



第六十二届会议

临时议程* 项目 85

外交保护

外交保护

秘书长的报告

增编

从各国政府收到的评论和意见

法国

[原件: 法文]
[2007年7月24日]

法国对国际法委员会在外交保护问题上所作的有益工作表示赞赏,并特别赞扬两位特别报告员本努纳先生和杜尔加德先生进行的一贯深入的探讨。

关于行使外交保护的惯行规则(有些规则已经很旧)已适于编纂的这个时候,委员会对外交保护问题的审议是非常适时的。由于外交保护在国际法上引起一些难题,所以这一审议工作是非常微妙敏感的。应秘书长的要求,法国谨向秘书长提出对国际法委员会二读提出的条款草案的评论。

为了避免在此重复一些在大会第六委员会审议国际法委员会年度工作报告时口头提出的意见,法国认为应先提出对委员会2006年通过的条款草案¹的总体评价,然后再提出对若干所拟条款的具体评论。

* A/62/150。

¹ 法国当时未能及时对委员会2004年一读通过的条款草案提出书面意见。



对 2006 年二读通过的关于外交保护的条款草案² 的总体意见

为理解委员会日前起草的案文的重要性，应回顾外交保护专题属于更广泛的关于国家的国际责任的法律范畴。委员会在 2001 年提出关于国家对国际不法行为的责任的条款最后案文时，特意保留了外交保护问题。这样，关于外交保护的条款草案是对 2001 年通过的草案的补充；因此，应参照关于国家责任的法律来审议该草案，包括外交保护的定义和草案所依据的一般逻辑（见下文(a)段）及其适用范围与后续问题（见下文(b)段）。

(a) 外交保护的定义和条款草案的一般逻辑

第 1 条的措词将外交保护界定为一国援引另一国责任的特定方式，³ 有益地突出了外交保护与国家责任法律的密切联系。实际上，外交保护只有产生国家间求偿才有意义（对第一条的评注，第 5 段）。总的来讲，委员会对该机制最突出的特点适当进行了编纂；如委员会在第 2 条和第 3 条第 1 款所指出的，行使这一机制是受损害人的国籍国的权利，这符合常设国际法院对“巴勒斯坦马夫罗马蒂斯租让地”案的判决。对第 2 条的评注非常必要地指出国际法牢固确立的原则，即：国家拥有决定“是否提供[外交]保护、在何种程度上提供保护以及何时停止提供保护”⁴ 的“酌处权”（对第 2 条的评注，第 2 段）。

条款草案所作的贡献是无可质疑的，但它也引起一些问题，主要是在最后确定的导向方面。从某种角度讲，委员会似乎忽视了专题的专一性，而倾向于扩大专题的范围，处理属于其他方面法律的问题。法国指出，好几条草案条款（尤其是第 8 条草案和第 19 条草案的“建议的做法”）所依据的逻辑，近似对个人权利的法律保护逻辑多于近似外交保护所应遵循的逻辑。

(b) 草案的适用范围与后续问题

矛盾的是，委员会选择处理一些与通常外交保护无关的其他领域，却没有处理外交保护的所有方面。如委员会对草案的评注指出，委员会仅处理“关于求偿可接受性的规则”，而不要详细研究行使外交保护的后果问题或外交保护与职能保护之间的关系。另外，在研究用尽当地救济时，似应研究个人向非国家性质的司法机构寻求救济的问题。法国认为，这些遗漏在一定程度上缩减了条款草案的范围，不能充分回应行使外交保护在当代实践中可能引起的问题。

² 见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 49 段。

³ 国际法院最近认为，委员会 2006 年通过的条款草案第 1 条是对习惯法的反映：艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案（几内亚共和国诉刚果民主共和国），初步抗辩，2007 年 5 月 24 日判决，第 39 段。

⁴ 巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案（比利时诉西班牙），第二阶段，1970 年 2 月 5 日判决《1970 年国际法院案例汇编》，第 44 页。

在这方面，委员会通过的条款草案不应算作对该专题审议工作的终结。法国对国家对国际不法行为的责任的案文表达的意见，在这里得到充分说明。建立外交保护的重要性以及委员会所作的选择都有力地说明，各国应召开国际会议讨论这个专题，以便通过一项统一这方面实践的国际公约。

鉴于上述各种考虑，法国对此项工作所应涉及的范围持有疑问，尤其是是否应将 2001 年通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款草案与 2006 年通过的关于外交保护的条款草案分开？

对若干条款草案的具体评论

除上述针对条款草案第一部分委员会通过的一般规定提出的总体意见之外，法国谨依照委员会对各部分的排序对其他条款草案提出评论。

(a) 国籍(条款草案第二部分)

第 3 条第 2 款和第 8 条

在这些条款中，委员会规定了对只有个人的国籍国可为其行使外交保护的原则的例外，这显然属于国际法逐渐发展的范围，完全没有得到各国实践的支持。法国特别怀疑，承认国家可以为其承认具有难民身份的人行使外交保护，是否符合《1951 年关于难民地位的日内瓦公约》附件的某些条款？因该公约明确指出，发放旅行证件不赋予证件持有人任何得到证件发放国外交或领事当局保护的权力。

第 4 条

法国认为，以一个条文来界定国籍国，可能有附带处理获得国籍问题的危险，但获得国籍属于国内法问题而不是行使外交保护的条件。

委员会在该条中所列的“关联因素”并不是详尽无遗的，不会影响国家授予国籍的专属权限，除非该国作出特殊承诺。然而，令人遗憾的是，委员会在第 4 条草案中一般性地提及国际法，承认被代表受损害外国人提出求偿的国家可“由于该人以违反国际法的方式取得国籍而予以质疑”（对第 4 条的评注，第 7 段），但未具体说明这方面的条件。还应指出，一国只能对这种国籍的可对抗性提出质疑，但不能对授予国籍的行为本身提出质疑。在这方面，委员会似不愿在外交保护方面确立诺特博姆案判例，即将“实际关联”作为对另一国提出国籍可对抗性的一般条件；但是，委员会没有指明一国可在何种条件下拒绝接受这种可对抗性。

第 5 条

关于持续国籍的第 5 条草案，除第 1 款对所谓持续国籍规则的重申之外，难以令人接受。事实上，委员会提议采用一种新办法，即一国可为在受损害之日以后“以不违反国际法的方式”获得该国国籍的人提出求偿（见第 5 条草案，第 2

款)，只要损害不归咎于原国籍国（同上，第3款）。国家行使外交保护是行使本国的权利，这意味着个人在受到损害时应具有提出求偿的国家的国籍，且该国籍可与第三国对抗。委员会这样做是质疑一项国际法确立的规则，这是一项棘手工作，时机并未成熟。

第6条

无评论。

第7条

这一条表达的一般原则肯定是可以接受的，即：一国不得为同属另一国国民的人针对该另一国行使外交保护。这项规则明确确立于关于国籍方面法律冲突的1930年海牙公约，并在实践中得到支持。但委员会的条款草案附加了一项例外情况，即第一国的国籍是“主要”国籍。除了确定国籍的主要性可能引起困难之外，委员会也没有提出关于主要国籍的标准，而只提出一些“考虑因素”。这个提议影响了上述一般原则的范围。

在实践中，主要国籍的概念是在发生非常严重的危机之后采用的，即将诉讼分解为一系列个别纠纷，计算赔偿“国家经济”受到的损害。从这个概念所引起的反映和它在移民国家的实践中得不到什么支持来看，它成为一般规则的价值令人怀疑；同时，除了在个别损害视为总体损害的一部分的案件之外，它在其他案件的适用性也令人怀疑。此外，在这类情况下采取的程序是否都属于外交保护也值得怀疑。

第8条

见上文第3条，第2款。

第9条

一读通过的第9条草案案文似乎更加合理，⁵因为它按照国际法院巴塞罗那电车公司案的判例，平等地采用成立地和公司总部的标准来确定有权对公司行使外交保护的国家的国家。对这个问题，委员会第9条草案的最后文本则优先着重成立地标准。虽然在公司成立地国与公司本身不存在关联时，委员会也考虑其他一些标准，但这只是作为例外。在这种情况下，委员会要求考虑公司总部和公司的财务控制权这两个标准。但如果从这两个标准推出两个不同国家，委员会认为公司成立地国仍是唯一有权行使外交保护的国家的国家（见对第9条的评注，第6段）。这样，委员会最后采纳的办法，似可避免一个重大缺点，即造成可以利用不同关联标准的国家进行双重保护和互相竞争的现象。

⁵ “为对公司行使外交保护的国家的目的，国籍国是指公司依照其法律成立、总部或领导机构设于其领土或与其领土有类似联系的国家”。

但法国认为，通过一项结合成立地与公司总部标准的办法，即可确保类似的结果，而且不会对行使外交保护造成很大限制，因为实际上公司的总部一般都设在成立地国。结合采用这两个标准，尤其可以限制在避税地成立的公司寻求保护的便利。单凭委员会优先着重的成立地标准，即使结合第 9 条第二句所述的例外，也不能确保这个目标，因为所考虑的次要标准可能指定不同的国家，最后（in fine）导致成立地国成为唯一能够行使外交保护的国家。

采用并合标准当然也存在缺点，即总部设在成立地国以外国家的公司没有了受保护的可能。为弥补这个漏洞，法国认为应指出，须以公司与成立地国和总部所在地国的实际关联为辅助标准。在此情况下，国籍国为与公司保持最密切关联的国家。

第 10 条

无评论。

第 11 条

关于国籍国对股东权利受到非法行为损害提供外交保护的惯例法，在委员会条款草案第 12 条得到适当反映；而第 11 条草案条款主要是在公司实际受到损害时对股东的外交保护。委员会对该条款草案的否定表达方式，旨在强调股东的国籍国只能作为例外情况在两个假设下行使外交保护；对这两个假设的评注称，它们在 1970 年得到国际法院“同意”（见对第 11 条的评注，第 3 段）。法国不赞同对巴塞罗那电车案判决的这种肯定性解读：国际法院确实提到这两个假设，但明确指出法院认为不必对两个假设的法律依据作出判定。另外，法院最近认定，各国的惯例和国际法院与法庭的判决“至少目前没有显示习惯国际法存在一项例外，允许[股东的国籍国因公司受到的损害对股东行使]替代性保护”。⁶

即使从国际法的逐渐发展角度，法国也不能赞同第 11 条草案的条款。实际上，依照第 11 条草案(a) 款所述的第一种假设，“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”，股东的国籍国可以行使外交保护。作为对不能行使保护情况的例外，这种提法实际上为股东国籍国的保护权敞开了大门。第 11 条草案(b) 款的情况相同，亦不能令人接受。这些条款的规定只是国际法院在巴塞罗那电车案中的一个“论点[……]，即如果所涉的责任国是公司的国籍国，股东的国籍国可以有权行使外交保护”；该论点是作为一个衡平考虑提出的，法院并未判定它是否有效。⁷

⁶ 艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案（几内亚共和国诉刚果民主共和国），初步抗辩，国际法院 2007 年 5 月 24 日判决，第 89 段。

⁷ 在艾哈迈杜·萨迪奥·迪亚洛案（几内亚共和国诉刚果民主共和国）初步抗辩中，法院认为不必判定委员会条款草案第 11 条(b) 款提出的例外情况是否反映习惯国际法，2007 年 5 月 24 日判决，第 93 段。

这种可能性如果在实践中是存在的，它可能打破股东参与投资在外国成立的公司可能得到的好处与股东接受该公司具有该国国籍而承受的风险之间的平衡。双边投资协定等规定的具体机制无疑有助于降低这一风险，但这不属于外交保护制度的目的和功能。

实际上，从一般国际法角度，采取这样的解决办法会影响外交保护最牢固的基础之一，即应当将可以受到保护的公司的权利与不可以受到保护的股东的利益区别开来。也就是说，所提的例外可能影响了对公司的外交保护制度的实质。这种例外情况从衡平角度讲也是不可接受的。按照国际法院对巴塞罗那电车案的判决的说法，给股东的国籍国提供这种可能，肯定可能造成“国际经济关系中的混乱和不安全气氛”，还可能破坏股东可能在国外享受的好处与其参与投资不具有其国籍的公司而承受的风险之间的平衡。

第 12 条

无评论。

第 13 条

该条款草案提出的问题很有意思，即公司以外的其他法人可否享受外交保护？原则上，法国认为没有任何理由要给这个问题否定回答。但各国的作法很不统一，不可能就这个问题制订具体规则。另外，也没有理由肯定，对所有法人的外交保护制度应与对公司的制度相同。法国认为，最好替换第 13 条，在草案一般规定部分增加一项条款，指出草案的规定不妨碍在公司以外的其他法人受到损害时行使外交保护。

(b) 当地救济(条款草案第三部分)

第 14 条

法国认为，第 14 条草案适当提出了用尽当地救济的习惯规则。如委员会的评注（见对第 14 条的评注，第 5 段）明确指出，这里所涉的只是基于法律的司法或行政救济，尤其不包括纯粹恩惠性的救济或旨在获得优惠而不是维护权利的救济。

第 15 条

委员会第 15 条草案明确提出了用尽当地救济规则的例外，法国对此没有多少意见可提。法国要指出的是，(b) 款的假设，即救济过程的“不当拖延”是被指称应负责的国家造成的，措词太过宽泛和模糊。实际上，只有这种拖延等于拒绝司法时，这种例外才起作用。因此，法国认为第 15 条草案(b) 款实际上可与该条(a) 款所述的假设合并成一类。

(c) 杂项规定(条款草案第四部分)

第 16 条

无评论。

第 17 条

法国赞同该条草案所述的观点。实际上，没有任何理由在外交保护方面排除维护特别法（*lex specialis*）的常规编纂条款。保护人权专门制度的适用，也可能导致排除关于对自然人行使外交保护的一般规则，虽然这种情况不一定会发生。

按目前的措词，第 17 条草案给人这样的印象：只要存在国际法专门规则，就可排除一般外交保护制度。该条款的措词应参考关于国家对国际不法行为的责任的案文第 55 条，可改为“草案条款在国际法专门规则对保护公司和股东问题另有规定的情况下，则不适用”。

第 18 条

无评论。

第 19 条

第 19 条草案既不是习惯，也不是国际法的逐渐发展，而是向各国建议委员会认为“适当”的作法。法国注意到，委员会不打算涉入实在法领域，也不打算报告各国的实际作法。总之，委员会的建议似在外交保护的性质、国家在进行外交关系中酌情行使机制以及其他关于对人权和外国投资的国际保护具体机制之间保持一种模糊关系。