联合国 A/CN.4/506

大 会

Distr.: General
7 March 2000
Chinese
Original: English

国际法委员会
第五十二届会议

2000 年 5 月 1 日至 6 月 9 日和
7 月 10 日至 8 月 18 日，日内瓦

关于外交保护的第一次报告

特别报告员：约翰·杜加尔德先生

目录

		段次	页次
一.	导言	1-8	3
二.	报告的结构	9-32	4
	导言	10-32	4
三.	条款草案	33-188	10
	第 1 条 范围	33-46	10
	评论	33-46	10
	1. 外交保护	33-40	10
	2. “行动”一词的含义	41-46	14
	第 2 条	47-60	16
	评论	47-60	16
	第 3 条	61-74	21

00-33075 (C) 120400 140400

目录(续)

	段次	页次
评论	61-74	21
第 4 条	75-93	26
评论	75-93	26
第 5 条	94-120	32
评论	94-120	32
第 6 条	121-160	40
评论	121-160	40
第 7 条	161-174	52
评论	161-174	52
第 8 条	175-184	55
评论	175-184	55
未来的报告（和条款）	185-188	58

一. 导言

1. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议指出“外交保护”是适合于编纂和逐渐发展的三个专题之一。[1] 同年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会进一步研究该专题，并根据在第六委员会辩论期间提出的评论和意见以及各国政府愿意提交的任何书面评论，提出专题的范围和内容。委员会 1997 年第四十九届会议第 2477 次会议按照大会上述决议，成立了关于该专题的工作组。[2] 在同届会议上，工作组提交了一份报告，经委员会核可。[3] 工作组力图：(a) 尽可能澄清专题的范围；以及(b) 指明应在专题范围内应予研究的问题。工作组提出了审议专题的大纲，委员会建议特别报告员根据这一大纲提交初步报告。[4] 委员会还决定应在本五年期结束前致力完成对专题的一读。

2. 委员会 1997 年 7 月 11 日第 2501 次会议任命穆罕默德·本努纳先生为该专题特别报告员。大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会决定将“外交保护”专题列入其议程。

3. 委员会 1998 年 4 月 28 日至 5 月 1 日第 2520 至 2523 次会议审议了特别报告员的初步报告（A/CN.4/484）。

4. 委员会 1998 年 5 月 22 日第 2534 次会议成立了不限成员名额工作组，由专题特别报告员本努纳先生任主席，以审议能否根据就处理专题的方式所进行的讨论，得出一些结论，并就特别报告员向委员会第五十一届会议提交的第二次报告所应探讨的问题提供指导。工作组于 1998 年 5 月 25 和 26 日举行了两次会议。关于处理专题的方式，工作组议定如下：

(a) 对外交保护的习惯法处理方式应构成委员会关于这一专题的工作的基础；

(b) 专题将研讨涉及外交保护的国际法次要规则；只有在必须澄清主要规则以便为明确拟订一项特定次要规则提供指导时，才会探讨主要规则；

(c) 实行外交保护是国家的权利。在行使这项权利时，国家应该考虑到受其实行外交保护的国民的权利和利益；

(d) 关于外交保护的工作应该考虑到国际法的发展，国际法日益承认和保护个人的权利并使个人有更多机会直接和间接向国际论坛申诉以坚持行使其权利。

---

[1] 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》（A/51/10），第 249 段，以及附件二，增编 1。

[2] 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》，（A/52/10），第八章。

[3] 同上，第 171 段。

[4] 同上，第 189 和 190 段。

工作组认为，这种发展在本专题范围内的实际及特定影响，应参照国家实践并就其所涉的诸如必须同国籍有联系等特定问题进行探讨；

(e) 国家实行外交保护的酌处权不妨碍它为其国民行使这项权利。在这一点上，工作组注意到有些国家的法律已经确认其国民享有政府提供外交保护的权利；

(f) 工作组认为，要求各国政府向委员会提供本国最主要的立法、本国法院的判决和本国在外交保护方面的实践是有助益的；

(g) 工作组回顾委员会 1997 年第四十九届会议关于要在本五年期终了时完成对专题的一读的决定。

5. 关于特别报告员的第二次报告，工作组建议它应该集中探讨工作组去年拟议的大纲第一章“外交保护的依据”中所提出的一些问题。

6. 委员会 1998 年 6 月 9 日第 2544 次会议审议并核可了工作组的报告。

7. 1999 年，本努纳先生当选国际法院法官，因而辞去在委员会担任的职务。1999 年 7 月，委员会选举本报告撰写人担任关于外交保护专题的特别报告员。

8. 1999 年 7 月，委员会在工作组非正式会议上审议了这个专题。

二. 报告的结构

9. 本报告分为三部分：

(a) 关于外交保护的导言，其中回顾这个专题的历史和范围，并建议如何可以利用外交保护权作为按照当代法律秩序的价值观促进对人权的保护的手段；

(b) 几项条款草案及关于这些条款的评注。这些条款提出了一些有争论的问题，特别报告员要求委员会就此表示意见，以指导他今后的工作。这些事项本来可以在上一任特别报告员的介绍性报告中提出，而不必试图把它们写成条款草案。但条款草案的形式确实使它们的重点更加鲜明，便于辩论。

(c) 将在今后各次报告中提出的其它条款大纲。

导言

10. 外交保护方面有很多实践和先例。尽管如此，它仍然是国际法中最有争议的问题之一。[5]

11. 在第二次世界大战和人权条约出现之前，在国际法下，个人要想对本国对待他的方式提出异议，几乎没有什么程序可循。另一方面，如果个人的人权在国外

[5] R. B. Lillich, The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law (1984 年) 1 (下称 Lillich, Human Rights)。

受到外国的侵犯，其本国可进行干预，对其加以保护或就其所受的损害索赔。实际上，主要是西方列强的国民享受这一特权地位，因为正是这些国家最愿意进行干预，保护其未得到西方国家确定的“一般文明标准”[6] 待遇的国民。此类外交保护必然会被发展中国家、尤其是拉丁美洲的发展中国家视为有歧视地施展强权的做法，而不是保护外侨人权的方法。

12. 更不利于非西方国家的是，由于拟制伤害国民就是伤害国家本身，外交保护或干预就更形重要了。1924 年，常设国际法院对 Mavrommatis Palestine Concessions 案（管辖权）所作的宣判，给予这一推定以司法认可：

> “事实上，一个国家为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。”[7]

13. 这一推定产生重要影响。在一个层次上，它为军事干预或炮舰外交提供理由。在另一个层次上，它允许美国和欧洲列强以国民不能放弃一项属于国家的权利为由，拒绝拉丁美洲迫使在拉美经商的外国人放弃或抛弃外交保护的企图。[8]

14. 对外侨的外交保护的滥用程度严重。英国进行英布战争（1899-1902 年）的理由是，这是为保护拥有威特沃特斯兰德金矿的英国侨民而进行的干预。美国以保护其在拉丁美洲的侨民为借口进行军事干预的做法，一直持续到最近；1983 年对格林纳达进行干预[9] 和 1989 年对巴拿马进行干预[10] 就是证明。采取就外侨所受的人身或财产损害索赔的形式进行非军事干预的做法也被滥用，[11] 尽管一名作者曾表示，通过仲裁解决索赔要求，常常使拉丁美洲各国免遭为坚持获得赔偿而进行的军事干预。[12]

---

[6] 见 Roberts 索赔案（美国诉墨西哥，1926 年）4《国际仲裁裁决汇编》，第 77 页；和 Neer 索赔案（美国诉墨西哥，1926 年）4《国际仲裁裁决汇编》，第 60 页。

[7] （希腊诉联合王国）1925 年《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 2 号，第 12 页。常设国际法院在 Panevezys Saldutiskis Railway 案（爱沙尼亚诉立陶宛）中重申这一判词。《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 16 页。

[8] 关于这项权利的放弃或“卡尔沃条款”的争论，详见 D. Shea，The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy（1955 年）。

[9] （1984 年）78《美国国际法学报》，第 200 页。

[10] （1990 年）84《美国国际法学报》，第 545 页。

[11] 见 Padilla Nervo 法官对巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案的个别意见，《国际法院案例汇编（1970 年）》，第 246 页。

[12] F. S. Dunn，The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law（1932 年），第 58 页。

15. 近年来变化很大。个人在国内及外国人在国外所面对的司法标准经历了重大变化。今天，约有 150 个国家是《公民及政治权利国际盟约》和（或）欧洲、美洲及非洲的相应区域性文书的缔约国，这些文书都规定了在刑事审判和犯人待遇方面应予遵守的司法标准。此外，在有些情况下，个人得以就其人权被侵犯而向诸如联合国人权事务委员会、欧洲人权法院、美洲人权法院或非洲人权及人民权利委员会等国际机构申诉。

16. 在国外经商的外国人也可以利用新的补救办法。1965 年《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》[13] 允许公司向国际投资争端解决中心对某一国家提起诉讼，条件是被告国和公司本国同意采取这项程序。双边投资条约也为在国外营业的公司提供类似的补救办法。[14] 无疑，冷战的结束和世界各地对市场经济原则的接受使外国投资者的生命和投资有了更大的保障。

17. 鉴于这些事态发展，有人认为，外交保护已经过时。其论点大约如次：与国民同等待遇标准及外侨待遇最低国际标准已为国际人权标准取代，后者给予国民及外侨以同一待遇标准，其中纳入了《世界人权宣言》的核心规定。[15] 个人现在成国际法主体，有资格在国际一级坚持行使其人权。国家代表其国民索赔的权利应限于外侨和损害国没有商定其它解决方法的案件。在此情形下，索赔国担任个人的代理人而不是以本身的资格行事。国家有权代表国民行事以维护本身权利的说法乃是过时的拟制，应予摒弃——但国家*切身*利益受影响的情形也许除外。[16]

18. 这一论点有缺陷，理由有：首先，它藐视在法律上使用拟制；其次，它夸大人权的国际保护的现状。

19. 在某些情形下，侵犯外侨的人权将涉及其本国的利益。[17] 如侵犯行为是系统性的，并表明损害国正奉行歧视有关国家所有国民的政策，则尤为如此。但就损

---

[13] （1965 年）4《国际法材料》，第 532 页。

[14] 见 J. P. Laviec，Protection et Promotion des Investissements. Etude de Droit International Economique（1985 年）。

[15] 加西亚·阿马多尔，“国家责任。一些新的问题”（1958 年第二集）94《海牙讲义集》，第 421、437 至 439 页（下称加西亚·阿马多尔，国家责任）；加西亚·阿马多尔，第二次报告，联合国文件 A/CN.4/106，《1957 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 112 至 116 页。亦见本努纳，《关于外交保护的初步报告》，A/CN.4/484，第 34 至 37 段（下称本努纳，初步报告）。

[16] 加西亚·阿马多尔，国家责任，前注 15，第 472 页。

[17] J. L. Brierly，“The Theory of Implied State Complicity in International Claims”（1928 年）9《英国国际法年鉴》，第 48 页。亦见 M. S. McDougal，H. D. Lasswell 和 Lung-chu Chen，“The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order：Responsibility of States Conjoined with Human Rights”（1976 年）70《美国国际法年鉴》，第 442 页：“但如同其它‘虚构的拟制’一样，公平的观察员以及提出要求方都认为，这种对国家及个人利益的认同在许多情形下十分接近社会现实。人们一直是、并仍然是地域社区的重要权力基础。”

害某外侨的孤立事件而言，干预国坚持该人的索赔，实际上就担当该人的代理人。此处，国家本身受损害的概念实属拟制。有两项规则特别说明了这一点：第一，要求该人用尽当地补救办法之后、外侨所属国方可干预的规则；第二，持续国籍规则要求该人在发生损害及提出索赔时均为保护国国民。[18] 此外，司法判决清楚表明，在评估国家受损害量度方面，将考虑到该个别国民所受的损害。[19]

20. 外交保护的虚拟性质是本努纳先生初步报告的显著特点；他在报告中请求委员会就以下问题给予指导：一国在提出国际索赔时，是在“坚持行使国家权利还是该受害国民的权利？”[20]

21. 本报告员不同意其前任对法律拟制的蔑视。大多数法系都有自己的拟制。事实上，罗马法十分依赖程序性拟制以实现公平。[21] 奥利弗·温得尔·霍姆斯如是说：“法律的生命从不在于逻辑，而在于经验”。外交保护之类的制度为一个宝贵的目的服务，我们不应仅仅因为它是基于拟制，经不起逻辑检验，就不予理会。

22. 必须更加注意国际人权法领域的发展已使外交保护过时的说法。国际法委员会关于国家责任的第一位特别报告员加西亚·阿马多尔指出，允许国家代表其受损害国民索赔的传统外交保护观念属于个人权利和国家权利不可分的时代。今天，情况“完全不同”。外侨如同国民一样，他们作为人，而不是因为其国籍，即享受各项权利。他继续说，“这意指外侨在国际上已被承认为独立于其本国的法人；他是国际权利的真正主体。”[22] 这一推理必然意味，该人现在作为国际法主体，享有国际法的各项权利和义务，在出国时应当自己照料自己，但在非常情形下除外。

23. 本报告不适宜对个人在当代国际法中的地位加以全面审查。今天，个人在国际法下显然享有比 50 年前更多的权利。但个人是否即因此而成为国际法的主体呢？这一问题并无定论。

24. 个人是否只是国际法的“客体”（传统观点）还是国际法的“主体”？对这个问题进行辩论是没有帮助的。比较可取的是把个人看成国际法律秩序的参与

---

[18] E. Wyler，La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International（1990 年）。

[19] 霍茹夫厂案（赔偿金）（案情实质）（德国诉波兰）1928 年《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 17 号，第 28 页。

[20] 前注 15，第 15 页，第 54 段。

[21] 见关于罗马法中的虚拟诉讼，R. Sohm，The Institutes（J. Crawford Ledlie 译），第 3 版（1907 年），第 259 和 260 页。

[22] 国家责任，前注 15，第 421 页（着重字体为本文所加）。

者。[23] 这样，个人可以根据人权条约或双边投资协定行使其权利，从而参与国际法律秩序。同时，必须认识到个人虽然在国际法下可能拥有权利，但他的补救办法却有限，而这一事实被加西亚·阿马多尔忽略了。[24]

25. 虽然《欧洲人权公约》可以对千百万欧洲人提供实际的补救办法，但难说《美洲人权公约》或《非洲人权和人民权利宪章》也取得了同样的成功。此外，世界人口多数都在亚洲，但亚洲却没有一项区域性人权公约。要说各项世界性人权公约、尤其是《公民及政治权利国际盟约》给个人以有效的保护人权补救办法，就是沉湎于幻想，而幻想不同于拟制，在法律推理中无任何地位。只有在承认个人有权向这些公约监测机构请愿的有限国家的少数个人，曾经从这些公约得到了或将得到令人满意的补救，而这是可悲的事实。

26. 在国外的外侨的处境实际上一样。世界性和区域性人权公约确实保护缔约国境内的所有个人——国民和外侨都一样。但在外国投资领域以外，尚无任何多边公约旨在对外侨提供保护其权利的补救办法。[25]

27. 1991 年通过了《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》。[26] 这一公约阐述一项移徙工人权利宪章，设立类似联合国人权事务委员会的监测机构，并规定个人有任择请愿权。第 23 条着重指出这些补救办法无意替代外交保护权，并规定：

> “移徙工人及其家庭成员在本公约所承认的权利受到损害时，应有权寻求其原籍国领事或外交机关或代表该国利益的国家的领事或外交机关的保护和协助。……”

公约尚未得到生效所必需的 20 个缔约国的批准——这就说明各国不愿意给予移徙工人以权利。

---

[23] R. Higgins，Problems and Process. International Law and How We Use It（1994 年）第 48 至 55 页。

[24] McDougal、Lasswell 和 Chen（前注 17）关于加西亚·阿马多尔的“新兴的人权法同较旧的保护外侨法的卓越的‘合成’”（国家责任，前注 15，第 454 页）的以下评论，最好地说明对这一‘合成’的不同反应：

> “有些人认为，他的提议是给予外侨以大大超越可合理地预期各国会接受的实质性保护，并加剧社会化程度不同的各国间的合作问题。其他人则可能认为，尚未确立任何有效的新的取代补救办法之前，他却削弱保护外侨方面一项重要的传统补救办法，而这一看法也许是有道理的。”

[25] 前文第 14 段。

[26] 见大会第 45/158 号决议；亦见（1991）30 《国际法材料》1517。关于这项公约，亦见 R. Cholewinski，Migrant Workers in International Human Rights Law（1997 年）。

28. 1985 年，大会通过《非居住国公民个人人权宣言》，[27] 旨在把《世界人权宣言》所载的各项权利给予外侨。该宣言并未设立强制执行机制，但重申外侨有权同其领事馆或外交使团联系，以获得保护。这赫然说明了现状：外侨在国际法下得作为人拥有各项权利，但在国际法下却没有任何补救办法，因为没有人权条约，除非通过其本国进行干预。[28]

29. 在个人在国际法下获得全面的程序性权利之前，放弃外交保护是人权领域的一项倒退。外交保护作为保护人权的重要工具，应当得到加强和鼓励。Richard • Lillich 教授在 1975 年写道：

> “在成立国际机构、保证由第三方裁定外侨索赔者同国家之间的争端之前，不仅要支持这一[外交保护的]理论，而且要竭力反对任何破坏或摧毁这一理论的努力，这是符合国际法学者的利益的。”[29]

30. 1968 年，波兰外交部的 Franciszek • Przetacznik 表达了类似的观点。他列举人们一般对外交保护提出的各种批评之后，写道：

> “人们可以承认这一批评有一定理由，但其中有夸张及故意一概而论之处。但无可否认，外交保护常常被滥用，较强的国家在实行外交保护方面处于较佳的地位。这样，过错主要在于手段太苛刻，而不在制度本身……
>
> “就人权的发展和加强而言，外交保护可能会失去其部分意义。但人权可能无法全面取代外交保护。
>
> “只要没有更好的补救办法可以取代外交保护，就必须保持外交保护，因为它是极有必要的，不管怎么说，其优点大于缺点。”[30]

31. 国际人权法并不只是包含人权公约。有一整套的公约和习俗，包括外交保护，共同构成国际人权法。《公民及政治权利国际盟约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》、《非洲人权和人民权利宪章》及其它世界性和区域性人权文书很重

---

[27] 大会第 40/144 号决议，附件。

[28] W. K. Geck，“外交保护”，见《国际公法大全》（1992 年）第 1059 和 1060 页。

[29] “The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law under Attack”（1975 年）69 《美国国际法学报》359（下称利利奇，Diplomatic Protection）。亦见 C. F. Amerasinghe，State Responsibility for Injuries to Aliens（1967 年）第 4 至 7 页。

[30] “The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection)”（1971 年）21 Österreichische Zeitschrift fur öffentliches Recht 第 113 页。

要，因为它们对缔约国境内的外侨和国民都给予保护。[31] 可是其补救办法很弱。另一方面，外交保护虽然只可以用来保护个人不受外国政府伤害，但却是国际法的一项习惯规则，普遍适用，并可能提供更有效的补救办法。大多数国家，相对于有人对其行为向人权监测机构提出申诉而言，会更认真地对待另一国提出的外交保护要求。[32]

32. 当代国际人权法给予国民和个人同样的保护，这远甚于西方列强早先确定的最低国际标准。但不能由此类推，以为这些事态发展已使国际习惯法确认的对待外侨的传统程序过时。[33] 虽然个人今天比以往任何时候都在保护其各项权利方面享有更多的国际补救办法，但外交保护仍然是人权保护武库中的重要武器。只要国家在国际关系中仍然举足轻重，则各国支持其国民因权利受侵犯而提出索赔，就仍然是促进人权的最有效补救办法。人们不应试图削弱这一补救办法，斥之为已失去其效用的过时拟制，而应竭尽全力加强构成外交保护权的各项规则。

三. 条款草案

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。

评论

1. 外交保护

33. 外交保护理论与对外侨造成损害的国家责任理论密切相关。到 1920 年代晚期，国际社会已普遍同意，国际不法行为或不行为对外侨造成的损害，即涉及可归咎这种行为或不行为的国家的责任。当时人们普遍同意，尽管一国没有义务接

[31] 例如，《公民及政治权利国际盟约》第 2 条第 1 款要求缔约国“尊重和保证在其领土内的一切个人”享有该盟约所承认的权利。亦见《欧洲人权公约》第 1 条；《非洲人权和人民权利宪章》第 2 条。

[32] 同样，个人根据《欧洲人权公约》提出控诉时如果得到外国政府的支持，可能增加控诉的份量。亦见 Soering 诉联合王国，《欧洲人权公约》A 辑，第 161 号（1989 年）（西德干预）；Selmouni 诉法国，第 25803/94 号申请书，1999 年 7 月 28 日判决书（荷兰干预）。丹麦诉土耳其，第 34382/97 号申请书，1999 年 6 月 8 日判决书。

[33] 巴塞罗那电车公司案，前注 11，第 165 页。Jessup 法官宣布：“尽管正在形成新的程序，但外交保护权制度肯定没有过时”。

纳外侨，但它一旦接纳之后，则对该外侨的国籍国负有义务，须依照外侨待遇的最低国际标准对其人身或财产提供一定程度的保护。[34]

34. 以往曾多次试图将此原则编成法典。1927 年，国际法学会通过一项决议，题为“国家对在其领土内外国人的人身或财产造成损害所负的国际责任”，其中表明：

> “国家应对因违背其国际义务采取的任何行动或不行动对外国人造成的损害负责。”[35]

1930 年，海牙国际法编纂会议第三委员会一读通过以下一项规定：

> “如果一国的机关未能履行该国的国际义务而对在其领土内外国人的人身或财产造成损害，该国负有国际责任。”[36]

后来，1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的哈佛公约草案》提议：

> “一国对依照国际法应归咎于该国、并对外侨造成损害的不法行为或不行为负有国际责任。”[37]

这项原则被认为是习惯国际法的一项规则，并应用于大量司法判决和仲裁裁决。在非殖民化期间，有些人拒绝接受其普遍适用性，因为它可能会被帝国主义强国所滥用，基本上是西方国家发明的原则，而且外侨不应享有比一国本身国民所享有的更广泛的保护。[38] 尽管有这些批评，对外侨造成损害的国家责任现已得到普遍接受。[39] 另外，人们也同意，这种责任应伴以赔偿的义务。[40] 因此，特别报告员加西亚·阿马多尔在 1961 年向委员会提交的订正草案中提议：

---

[34] C. Joseph, Nationality and Diplomatic Protection – The Commonwealth of Nations (1969 年) 3。R. Y. Jennings 和 A. Watts (编)，《奥本海国际法论》第九版 (1992 年) 第 897、910 至 911 页 (下称《奥本海国际法论》)。

[35] 草案第 1 条，加西亚·阿马多尔，第一次报告中转载，A/CN.4/96，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 227 页。

[36] 第 1 条，国际联盟出版物，V. Legal, 1930. V. 17 (C. 351 (c) M. 145 (c). 1930. V 号文件)，转载于加西亚·阿马多尔的第一次报告中，前注 35，第 225 页。

[37] 草案第 1 (1) 条转载于 L. B. Sohn 和 R. R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” (1961 年) 55 《美国国际法学报》545，第 548 页。

[38] 例如，见 S. N. Guha Roy, “Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens A Part of Universal International Law?” (1961 年) 55《美国国际法学报》，第 863 页。

[39] 见加西亚·阿马多尔, The Changing Law of International Claims (1984 年) 第 74 至 76 页 (下称加西亚·阿马多尔, Changing Law)。另外，许多作者在国家责任的总议题下讨论外侨待遇问题的事实也表明这一点。例如，见《奥本海国际法论》，前注 34；I. Brownlie, Principles of Public International Law, 第五版 (1998 年) (下称 Brownlie, Principles)；D. J. Harris, Cases and Materials on International Law, 第五版 (1998 年)；M. N. Shaw, International Law 第四版 (1997 年)。

[40] 关于这项原则的其他表述，见加西亚·阿马多尔，国家责任，前注 15，第 393 至 394 页。

> “为了本草案的目的，‘国家对在其领土内外侨的人身或财产造成损害所负的国际责任’涉及对这种损害进行赔偿……。”[41]

35. 目前这一套决议草案基本上是次要规则。因此，没有试图提出一项包括主要规则的规定，说明对外侨采取不法行为或不行为即涉及国家责任的情况。也没有试图拟订一项关于赔偿的规定，因为这是关于国家责任的条款草案所处理的事项。[42]

36. 从历史上来看，外交保护权归属受损害个人的国籍国。这项权利所基于的拟制是，对个人的损害是对国籍国的损害。这种学说或拟制可追溯到十八世纪，当时 Emmerich de Vattel 指出：

> “无论谁虐待一名公民，均间接损害须保护该公民的国家，受损害公民的君主必须对这项行为进行报复，并在可能情况下迫使侵犯者给予全面的赔偿或对其加以惩罚，因为否则该公民将不会得到公民社会的最终目的，即得到保护。”[43]

尽管这项传统的外交保护学说引起相当大的辩论，尤其是关于当国家代表其国民实行外交保护时是维护谁的权利的问题，[44] 但是，普遍接受的一项习惯国际法规则是，国家有权保护其在国外的国民。尽管居住国对外侨具有领土管辖权，国籍国仍然对其居住在另一国的国民保留属人管辖权。[45] 常设国际法院在 Mavrommatis Palestine Concessions 案中对这项关于国籍国属人管辖权后果的立场作了经典表述：

> “国际法的一项基本原则是，当一国国民因另一国违反国际法的行为而遭受损害，而且他们无法通过正常渠道获得赔偿时，该国有权加以保护。事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法诉讼，就是在维护其本身的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利。”[46]

---

[41] Changing Law, 前注 39，第 786 页。

[42] 见一读第 42 条，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》（A/51/10），第 142 页。

[43] The Law of Nations (1758 年), 第六章，第 136 页。

[44] 这一点在下面第 3 条的评注中予以更详细的讨论。

[45] G.I.F. Leigh, “Nationality and Diplomatic Protection”(1971 年)20《国际法和比较法季刊》，第 453 页。

[46] 前注 7，第 12 页。

国籍国以这种方式行使保护权已得到司法判决[47] 和学者著作[48] 的确认。此外，这项权利也编入 1961 年《维也纳外交关系公约》第 3 条和 1963 年《维也纳领事关系公约》第 5 条，这两项公约均将其列为外交和领事使团的职务：

“于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益。”[49]

37. 就国家行使外交保护权达成的一般共识促成了对外交保护的各种定义，这些定义均反映以国家为中心的传统立场。1915 年，Borchard 写道：

“外交保护实质上是一种国际程序，是‘一国吁请另一国履行因它们相互的权利和责任而产生的相互义务’。”[50]

Joseph 则对个人的损害和国家责任更加关切，他写道：

“外交保护可以界定为追究国家责任的程序，这种责任涉及因对某国公民的人身或财产造成法律上的损害而违反国际法的行为。”[51]

加西亚·阿马多尔赞成并援引 Charles de Visscher 关于外交保护的定义如下：

“各国维护其公民有权享有国际法规定的待遇的程序。”[52]

38. Geck 在《国际公法大全》中撰文时提出一项定义，其中考虑到向某一国际组织的代理人提供职能保护方面的动态：

---

[47] Panevezys-Saldutiskis Railway 案，前注 7，第 16 和 17 页，以及 Nottebohm 案，《国际法院判案汇编（1995 年）》，第 24 页。

[48] 例如，见 Joseph，前注 34，第 1 页。Leigh，前注 45，第 453 页；Geck，前注 28，第 1046 页；《奥本海国际法论》，前注 34，第 512 页。

[49] 1961 年《维也纳外交关系公约》第 3（1）（b）条。1963 年《维也纳领事关系公约》也在第 5 条列有十分类似但又更加具体的规定：

“领事职务包括：

(a) 于国际法许可之限度内，在接受国内保护派遣国及其国民——个人与法人——之利益；……

(e) 帮助及协助派遣国国民——个人与法人。”

1967 年《欧洲领事职权公约》第 2(1)条赞同这项原则。（《欧洲条约汇编》第 61 号）。

[50] E.M.Borchard The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims (1915 年)，第 354 页，援引国务大臣布莱恩。亦见同上，第 357 页。

[51] Joseph，前注 34，第 1 页。亦见 Leigh，前注 45，第 453 页。

[52] “Cours General de Principes de Droit International Public”，86《海牙讲义集》1954 年第二集，第 507 页。加西亚·阿马多尔引述这项定义以支持关于现有定义强调国家有权采取行动的概念。他本人没有提出任何全新的定义，而是引述其他作者和同样强调这项权利的司法判决（国家责任，前注 15，第 426 至 427 页）。

> “外交保护是……某一国际法主体向个人（即自然人或法人）提供的保护，使其免受另一国际法主体违反国际法行为之害。”[53]

国际组织提供的职能保护首次于 1949 年在损害赔偿案[54] 中得到阐述，它规定了保护国际组织雇用的个人的重要制度。[55] 由国家提供的传统外交保护与国际组织行使的职能保护之间必然存在重大差异。为此，目前的这套条款没有试图探讨职能保护问题。[56]

39. 或许令人惊讶的是，加西亚·阿马多尔没有试图对外交保护提出结论性定义。负责外交保护专题的第一位特别报告员本努纳先生在其初步报告中仅描述如下：

> “要求侨居国履行国际责任的机制或程序。”[57]

然而，他也确认：

> “外交保护从一开始即被视为一国人民在外国领土上遭受违反国际法行为的损害时该国对其人民行使属人管辖权的必然结果。”[58]

40. 第 1 条并未自称是外交保护的定义。它只是说明外交保护这个词在国际法的用语中如何得到理解。它基本上反映委员会 1997 年外交保护问题工作组给予该词的含义：

> “当自然人或法人在另一国受到损害和（或）被拒绝司法时，国家根据其国籍，对其他国家提出有权支持其诉讼理由并为其利益行事的主张。在这方面，外交保护历来依照国际法理被定义为国家的权利……。”[59]

第 1 条没有提到“拒绝司法”的概念，从而设法避免暗示该条是主要规则。

2. “行动”一词的含义

41. 外交保护的定义未能充分处理一国在实行外交保护时可以采取行的动的性质。

---

[53] Geck 前注 28，第 1046 页。

[54] 《国际法院案例汇编（1949 年）》，第 174 页。

[55] 国际法院咨询意见，“关于人权委员会特别报告员的诉讼程序豁免问题的分歧”（1999 年）38《国际法材料》，第 873 页。其中说明职能保护的权利如何可予利用。

[56] 1997 年外交保护问题工作组“没有对‘外交保护’专题是否应包括国际组织为其代理人的利益所要求的保护问题采取任何立场。”（前注 2，第 136 页。）

[57] 前注 15，第 4 页。

[58] 如上。

[59] 前注 2，第 134 页（第 182 段）。

42. 在Panevezys-Saldutiskis Railway 案中，常设国际法院似乎对“外交行动”和“司法诉讼”加以区别。[60] 国际法院在 Nottebohm 案中[61] 以及伊朗-美国索赔法庭在第 A/18 号案中[62] 也重复这一区别。

43. 相比之下，法律学者没有作出这种区别，并用“外交保护”一词来涵盖领事行动、谈判、调解、司法诉讼和仲裁程序、报复、回报、断绝外交关系、经济压力以及最后的解决办法——使用武力。[63] Dunn 在其 1932 年的研究报告中讨述外交行动一词如下：

> “总的来说它包括一国政府代表其在另一国管辖下的公民或其财产利益进行的各种正式交涉，以便防止因违反国际法可能造成的损害，或对其已蒙受的这种损害要求获得赔偿……。
>
> “就保护来说，通常的情况是，受损害的外侨本国政府提请违法行为国政府注意投诉的实情，并要求采取适当步骤处理这项申诉……。
>
> ‘外交保护’一词在此是一个统称，涵盖保护海外公民的一般问题，包括为强制坚持义务而可能采取外交手段以外的其他手段的情况……。
>
> 应当指出，在此我们只关注根据一项权利的主张（明示或暗示）提出的交涉或要求。各国政府经常代表其海外公民采取行动，而这种行动不是基于对国际义务的任何坚持，从技术上来说，也不属于保护类别。”[64]

44. 本努纳向委员会提交的关于外交保护的初步报告同样承认国家在行使外交保护权时可采取一系列行动。他指出：

> “原则上讲，国家在遵守其国际承诺和国际法的强制性规范时，保留了选择维护其国民的行动手段的权利。在实行外交保护时，尤其不能诉诸于进行武力威胁和使用武力。”[65]

---

[60] 前注 7，第 16 页。

[61] 前注 47，第 24 页。

[62] 第 A/18 号案（1984 年）5《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》251，第 261 页。

[63] Borchardue 前注 50，第 439 页及其后各页；Geck,前注 28，第 1061 至 1063 页；R.Weiss,Diplomatic Protection of Nationals and International Protection of Human Rights”（1971 年）4《人权学报》，第 645 页（下称 Weiss,Diplomatic Protection）。

[64] 前注 12，第 18 至 20 页。强调部分原文如此。Geck,前注 28，第 1046 页，同样明确指出，根据一项权利主张提出的要求不构成外交保护：

> “为了使其国民从驻在国获得特许或其他政府合同采取的外交和领事行动，或为一名被正当监禁的国民安排合法辩护，均不属于我们所认为的外交保护。这些行动通常既不针对另一个国家，也不基于实际或据称违反国际法的行为。”

见本努纳,初步报告，前注 15，第 4 页（第 12 段）。

[65] 同上，第 4 页（第 11 段）。

45. 一国可以选择的外交行动手段受到国际法对反措施所施加的限制约束。这些限制目前反映在关于国家责任的条款草案中。[66] 在实行外交保护时是否完全排除使用武力的权利问题在第 2 条中加以讨论。

46. 外交保护基本上涉及对海外国民的待遇，包括法人和自然人。在例外情况下，一国也可向非国民提供外交保护。这一事项在第 8 条和第 10 条中加以讨论。

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) 一旦国民被营救，即停止使用武力，且保护国撤出其部队。

评论

47. 正如就第 1 条所作的解释，对保护国可采取的外交行动手段的限制受国际法一般规则管辖，尤其是关于国家责任的条款草案[67] 所规定的涉及反措施的限制。使用武力作为外交保护的最终手段经常被视为外交保护专题的组成部分，因此在本条款草案中须特别加以注意。

48. 过去和现在的历史[68] 充满了利用保护国民为借口为进行军事干预辩护的例子。阿根廷法学家卡罗斯·卡尔沃的著作试图限制外交保护权利，是对在拉丁美洲发生的军事干预的一种反应，[69] 1903 年德拉戈主义[70] 试图宣布进行军事干预以索回欠外国国民的合同债务为不合法行为，这是就意大利、德国和英国于 1902 年对委内瑞拉采取行动所作出的反应，当时委内瑞拉没有向这些国家的国民支付合同债务。德拉戈主义产生了 1907 年《限制使用武力以索偿合同债务波特公约》（1907 年海牙和平会议第二项公约），该公约第 1 条要求各国“不要诉诸武力，

---

[66] 见第 47 至 50 条；以及 1999 年 7 月 19 日 A/CN.4/498/Add.4 号文件。

[67] 第 47 至第 50 条。

[68] 或许最近众所周知的这类干预是美国于 1983 年在格林纳达（(1984 年）78《美国国际法学报》第 131 和 200 页）和 1989 年在巴拿马（(1990 年）84《美国国际法学报》第 494 和 545 页）进行的干预。

[69] 前注 8。

[70] 见加西亚·阿马多尔，第一次报告，前注 35，第 217 页；和《涉及 1903 年美国外交关系的文件》，第 1 至 5 页。

以索偿一国政府声称另一国政府欠其国民的合同债务。”对该条款的限定表明，这项禁止使用武力的规定并非是绝对的：

> “然而，当债务国拒绝或没有对仲裁的提议作出答复、或在接受提议后阻止达成任何妥协、或在仲裁后没有服从裁决时，则不适用这项谅解。”[71]

49. 由于这段历史，再加上《联合国宪章》第二条第四项所载关于禁止使用武力的规定，使得委员会以往的特别报告员均断言，不得使用武力作为外交保护的手段。

50. 1956 年，加西亚·阿马多尔编写了一份载有若干“讨论依据”的报告（作为条款草案的序言），其中强调须通过和平手段解决涉及外交保护的索赔，并宣称：

> “直接实行外交保护绝不应意味进行武力威胁或实际使用武力，或以任何其他形式干预被告国的国内外事务。”[72]

尽管委员会的讨论记录没有表明对这些段落有任何反对意见，但唯一支持这项规定的唯一看法是 Krylov 和 Spiropoulos 表示赞成的简短说明。[73] 尽管如此，随后的所有报告均删去这项规定。

51. 本努纳在其初步报告中毫无保留地声明，各国“在实行外交保护时，不得诉诸进行武力威胁或使用武力。”[74]

52. 在实行外交保护时禁止进行武力威胁或使用武力的愿望是值得赞扬的，但却几乎没有考虑到当代国际法。对《联合国宪章》和各国实践的解释可以证明这一点。国际法目前所面临的两难困境反映在 Nguyen Quoc Dinh 编写的《国际公法》中，该书大胆地表明，在外交保护中禁止使用武力，然而它又认为，各国曾为保护其国民而进行军事干预的合法性问题是“微妙的”。[75] 与前几次报告不同，本报告试图说明目前国际法的状况，并提议关于使用武力的限制，而这些限制反映目前的国家实践。

53. 《联合国宪章》第二条第四项载有关于禁止使用武力的一般规定：

---

[71] 1899 年和 1907 年《海牙公约和宣言》，卡内基国际和平基金会编，（1915 年）89，转载于加西亚·阿马多尔的第一次报告中，前注 35，第 217 页。

[72] 第七（3）号讨论依据，载于加西亚·阿马多尔第一次报告中，前注 35，第 221 页。亦见同上，第 216 至 219 页。

[73] 《1956 年……年鉴》，第一卷，第 371 次会议（1956 年 6 月 20 日），第 234 至 235 页。

[74] 本努纳，初步报告，前注 15，第 4 页，第 11 段。

[75] 第 6 版（1999 年）P. Daillier 和 A. Pellet（编），第 777 和 908 页。亦见 A. Verdross 和 B. Simma, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 第 3 版（1984 年），第 905 页（第 1338 段）。

“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”

允许各国单方面使用武力是涉及自卫权的第五十一条，它是这项规定的唯一例外。

54. 使用武力索偿合同债务显然被第二条第四项禁止。[76] 为保护国民采取报复行动所进行的任何武力威胁或使用武力同样被禁。本报告不适宜讨论报复和使用武力的问题。只需要说，1970 年大会《关于各国依照联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》[77] 谴责强行报复行为违反《联合国宪章》，而国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性问题的咨询意见[78] 以及各种学术著作[79] 均认定这项结论。学者们认为国际法容忍“合理”的强行报复行为的说法[80] 的前提是，在武装攻击之后不久采取的旨在阻止未来武装攻击的报复行动与自卫行动难以区分。无论这项辩论如何重要，它均与使用武力保护国民的问题无关，后者涉及为确保国民安全而立即作出的反应，而非随后采取的惩罚性行动。

55. 只有能够把在实行外交保护时进行武力威胁或使用武力定性为自卫，才能证明它是合理的。目前关于外交保护的研究报告必须处理这项问题。尽管一些作者[81]

---

[76] 《奥本海国际法论》，前注 34，第 441 页。

[77] 大会在宣言中宣布，“各国皆有义务避免涉及使用武力的报复行为”（第 2625（XXV）号决议附件，第一部分）。

[78] 《国际法院案例汇编（1996 年）》，226，第 246 页，第 46 段。

[79] C.Tomuschat，“Article2(3)”，在 B.Simma(编),The Charter of the United Nations:A Commentary(1994 年)第 105 页;D.W.Bowett,“Reprisals involving Recourse to Armed Force”(1972 年)66《美国国际法学报》第 1 页（下称 Bowett,Reprisals）;K.J.Partsch,“Reprisals”(1982 年)9《国际公法大全》第 332 页；加西亚·阿马多尔第一次报告，前注 35，第 217 页，哈佛法学院，《国际法研究》第二卷，Responsibility of States，第 217 至 218 页（1929 年），加西亚·阿马多尔,在第一次报告中引述，前注 35，第 216 页;R.Higgins,The Dèvelopment of International Law through the Political Organs of the United Nation(1963 年)第 216 至 217 页；I.Brownlie，International Law and The Use of Force by States（1963 年），第 281 页（下称 Brownlie,Use of Force）;Verdross 和 Simma,前注 75，第 294 至 295 页（第 480 段）；O.Schachter，International Law in Theory and Practice(1991 年)第 128 至第 129 页;B.O.Bryde,“Self-Defence”(1982 年)4《国际公法大全》第 215 至 216 页;K.J.Partsch,“Self-Preservation”（1982 年）4《国际公法大全》第 218 页提到《友好关系宣言》和《赫尔辛基会议最后文件》；R.Barsotti，“Armed Reprisals”在 A.Cassese（编）,The Current Regulation of the Use of Force(1986 年)79，第 79 至 80 页。

[80] 见 Bowett,Reprisals,前注 79，第 3 页;Shaw 前注 39，第 786 页;Y.Dinstein,War,Aggression and Self-Defence,第 2 版（1994 年）第 222 页；Partsch，“Reprisals,”前注 79，第 332 页；Partsch，“Self-preservation”,前注 79，第 218 至 219 页。

[81] N.Ronzitti,Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity（1985 年）；W.Verwey，“Humanitarian Intervention”，载于 A.Cassese(编)The Current Regulation of the Use of Force（1986 年），第 57 页；Nguyen Qouc Dihn,前注 75，第 908 至 909 页。

未能明确区分为保护损害国的民族而进行的人道主义干预与一国为保护其国民而进行的干预，但没有人认为保护国民可被描述为人道主义干预.

56. 国际法关于自卫权的阐述远在 1945 年之前便已出现。它规定自卫采取的行动必须是对威胁到一国安全和切身利益的局势立即作出的必要反应。这种反应必须适度。这项权利的范围是广泛的，既包括防患未然的自卫行动，也包括为保护国民进行的干预。[82]

57. 《联合国宪章》第五十一条的范围相对较窄。它规定：

> “联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法，应立向安全理事会报告，此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行动之权责，以维持或恢复国际和平及安全。”

一些作者[83] 争辩，第五十一条对自卫权作出了全面而排外的规定，它将自卫权限于对一国进行武装攻击的情况。而其他一些作者则坚持认为，第五十一条中的“自然权利”一词保留了《宪章》产生之前的习惯权利。[84] 在尼加拉瓜案中，国际法院支持后者观点，认为“《宪章》第五十一条只有存在‘自然的’或‘固有的’自卫权时才有意义，而且即使其目前的内容已得到《宪章》的确认和影响，也难以看出它如何会不具有习惯性质”。[85] 国际法院关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性问题的咨询意见确认这项观点，表示对诉诸自卫的一些限制“是自卫概念本身所固有的”，而其他一些限制则在第五十一条中加以具体规定。此外，国际法院指出，

> “自卫权的行使服从必要性和相称性条件，这是习惯国际法的一项规则。”[86]

---

[82] D.W.Bowett, Self-Defence in International Low(1958 年)第 96 至 105 页（下称 Bowett, Self-Defence)。

[83] Brownlie, Use of Force, 前注 79，第 272 至 275 页；Verdross 和 Simma, 前注 75，第 288 页（第 470 段）；H.Kelsen, Law of the United Nations(1950 年)，第 914 页。

[84] Bowett, Self-Defence，前注 82，第 184 至 186 页；C.H.M.Waldock, “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law”，81《海牙讲义集》1952 年第二集，451, 第 496 至 497 页；H.G.Franzke, “Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland – insbesondere ihre Zulässigkeit nach der Satzung der Vereinten Nationen”（1966 年）16 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht，第 169 至 170 页。

[85] 《国际法院案例汇编（1986 年）》14，第 94 页。

[86] 前注，第 246 页，第 41 段。

58. 如果第五十一条保留习惯法的自卫权，则难以认为《宪章》禁止使用武力的规定也适用于对海外国民的保护。[87] 1945 年以来在紧急状况下支持进行军事干预以保护海外国民的国家实践很多，[88] 而且联合国所设法院[89] 和政治机构[90] 均没有谴责这种行动。使得这种论点变得更难以接受。奥本海国际法论写道，“各国几乎无意否认，仅限于保护国民的干预在紧急情况下是合理的。”[91]

59. 然而，人们普遍同意，使用武力保护国民的权利在过去已被大肆滥用，[92] 而且这种权利本身易于被滥用。[93] 因此，必须严格阐述这项权利，以表明首先不得援用它作为保护一国海外国民财产的理由，[94] 其次，只能在紧急情况下援用，以

---

[87] Bowett, Self-Defence，前注 82，第 87 至 105 页；Dinstein，前注 80，第 212 页；G.N.Barrie, “Forcible Intervention and International Law”(1999 年)116 《南非法律学报》791，第 800 页；G.Dahm,Vökerrecht(1961 年)209。相反的意见见 Brownlie,Use of Force,前注 79，第 289 至 301 页；科孚海峡案(案情实质)《国际法院案例汇编(1949 年)》,第 35 页；Ronzitti，前注 81；G.Tunkin，“Politics,Law and Force in the Interstate System”，219《海牙讲义集》1989 年第七集，第 337 至 338 页；V.I.Menzhinsky,Neprimeniie sily v mezhdunarodnyh otnosheniiah(1976 年)第 97 至 98 页。不清楚应就这个主题从国际法院对尼加拉瓜案的判决中得出什么推论。尽管国际法院明显没有就防患未然的自卫的合法性问题作出结论（前注 85，第 103 页，第 194 段），它也没有提到保护国民作为一种自卫形式的现有法律地位。

[88] 《奥本海国际法论》，前注 34，第 440 至 442 页。

[89] 在美国驻德黑兰的外交和领事工作人员案中，（《国际法院案例汇编（1980 年）》，第 18 页），国际法院拒绝对美国“行使其固有的自卫权”设法营救人质未遂的行动的合法性发表意见。然而，莫罗佐夫法官（第 57 页）和塔拉齐法官（第 64 页）驳回美国的论据，断定不能以第五十一条为由为这项营救行动辩护。见 J.R.D’Angelo，“Resort to Force by States to Protect Nationals: The U.S.Rescue Mission to Iran and its Legality under International Law”（1981 年）21《弗吉尼亚国际法学报》，第 485 页。

[90] 在使用武力营救或保护国民的所有情况中，安全理事会未能达成一项赞成或反对干预的决定。在 1976 年的恩德培袭击事件之后，没有就一项谴责以色列的决议进行表决：联合国 S/12139 号文件；（1976 年）15《国际法材料》，第 1227 页。

[91] 前注 34，第 440 页。

[92] 例如，见关于美国在格林纳达和巴拿马的军事干预的批评。参看（1984 年）78《美国国际法学报》，第 200 页；（1984 年）78《美国国际法学报》，第 131 页；（1990 年）84《美国国际法学报》,第 545 页；P.Nanda,“U.S.Forces in Panama: Defenders, Aggressors or Human Right Activists? The Validity of United States Intervention in Panama under International Law”（1990 年）84《美国国际法学报》，第 494 页。

[93] 见 Borchard，前注 50，第 331 和 447 页；加西亚·阿马多尔，第一次报告，前注 35，第 216 页；Guha Roy,前注 38，第 880 和 887 页；加西亚·阿马多尔，Changing Law,前注 39，第 79 页；Lillich,Human Rights,前注 5，第 14 至 15 页；F.Orrego Vicuña, The Changing Law of Nationality of Claims:提交给国际法协会外交保护问题委员会的最后报告，未经发表的手稿，3（下称 Orrego Vicuña, Changing Law）。关于否认外交保护会产生滥用的实际危险的看法，见 Dunn,前注 12，第 19 页。

[94] 《奥本海国际法论》，前注 34，第 441 页；Shaw,前注 39，第 793 页；Franzke,前注 84，第 171 页。

便为营救外侨辩护。1976 年以色列突击队在乌干达恩德培机场的强行干预[95] 可作为这种营救行动的模式。本条款是根据这项先例拟订的，旨在将使用武力保护国民的权利，限于这些国民遭受直接危险而领土所属国没有能力或意愿保护他们的紧急情况。与绝对禁止使用武力的规定（这与实际的国家实践无法调和）或与放任干预权（这与受害国和第三国在发生这种干预时提出的抗议无法调和）相比，本条款似乎更准确地反映国家实践。从政策角度来看，较为明智的做法是，承认这项权利的存在，但规定严格的限制，而非无视该权刘的存在，从而允许各国援引传统的论据，支持放任干预权，造成更多滥用。

60. 实际上，使用武力保护国民的权利除了援用于保护国的国民之外，也援用于保护受威胁的非本国国民。[96] 在紧急情况下，严格区分国民和非本国国民的做法既困难又不明智。不应该反对保护国营救与其国民一样遭受直接危险的非本国国民，但受威胁者必须绝大部分为保护国的国民。在多数受威胁者为非本国国民的情况下，作为人道主义行动使用武力是情有可愿的，但作为保护国民的自卫行动则说不过去。国际法是否承认强行进行人道主义干预的权利的问题不属于本项研究的范围。

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利。除须遵照第 4 条外，国籍国有行使这项权利的酌处权

评论

61. 在理论上，外交保护最有争议的方面所涉及的问题是,国籍国援引另一国对其国民造成损害的责任时，是维护谁的权利。传统的观点认为，国籍国是以本身的名义行事，因为损害国民就是损害国家本身。目前，这种理论受到挑战，因为它有各种内在的不一致之处，只不过是一种拟制。当代的发展使得个人可以直接向国际司法机构对外国和其国籍国提出赔偿要求，为这种批评提供了依据。

62. 传统观点起源于 Vattel 的下列表述：

> “不论谁虐待公民，都间接损害了国家，而国家必须保护该公民。”[97]

几个世纪以来，这种所谓的间接损害成为外交保护的依据。各个国际法庭都一再肯定这样一种论点，即一般说来，国家关注其国民在国外受到的待遇，并确保国

---

[95] 见 R.D.Margo, “The Legality of the Entebbe Raid in International Law”（1977 年）94《南非法律学报》，第 306 页，F.A.Boyle, “The Entebbe Hostage Crisis”（1982 年）第 29 页，《荷兰国际法评论》第 32 页；1976 年《联合国年鉴》第 315 至 320 页；（1976 年）15《国际法材料》，第 1224 页。

[96] 《奥本海国际法论》，闪注 34，第 442 页。

[97] Vattel，前注 43，第 136 页。

际法得到尊重，而必然的推论是，国家因国民受损害而提出国际赔偿要求，是维护其本身的权利。常设国际法院对 Mavrommatis Palestine Concession 案的判决对这项理论作了经典的阐述，法院指出：

> “事实上，一国为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际法律诉讼，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。因此，根据这一观点，目前的争端是否源于私人利益受损害的问题并不重要，事实上，许多国际争端都是由此产生。一旦国家在国际法庭上为其国民出面，该国际法庭就将国家当作唯一的诉讼者。”[98]

国际联盟逐步编纂国际法专家小组委员会通过的《格雷罗报告》[99] 和哈佛研究所 1929 年草案[100] 都赞同这一理论。在若干作者对这项传统概念提出批评之后，国际法院于 1955 年在 Nottebohm 案中也重申了这项原则：[101]

> “外交保护及以国际司法诉讼手段给予保护是捍卫国家权利的措施。”[102]

国际法学会 1965 年华沙会议议定：

> “就个人所受损害提出的国际赔偿要求，如果该人是某国国民，或依照国际法该国为外交保护的目的有权将其同化为本国国民，则具有国家性质。”[103]

63. 有人宣称，国家有权确保对国际法的尊重体现在其国民身上的依据是“自我保存权、平等权和交往权”。[104] 1928 年，Brierly 在评论损害国民就是损害国籍国的主张时，作出了令人比较满意的解释：

> “这种观点并没有如人们有时所说那样，引进了法律上的拟制；它也不是基于……象‘损害国家名誉’这种虚无缥缈的概念；它只不过表达一种简单的事实，即拒绝司法所造成的损害性结果不仅仅限于、也不一定限于个人受害者或其家庭，还包括同样处境的其他外国人感到‘不可信任和缺乏安全’等

---

[98] 前注 7,第 12 页。 十五年后，法庭对 Panevezys-Saldutiskis Railway 案件作出同样的表述，前注 7,第 16 页。

[99] 加西亚·阿马多尔, 第一次报告, 前注 35,第 192 页。

[100] 关于国家对在其领土内外国人的人身或财产造成损害所负责任的哈佛公约草案，第 1 条。（1929）《美国国际法学报》23。特别补编 22。

[101] 这些早期批评见 P.C. Jessup, A Modern Law of Nations, 重印本 (1968 年),第 116 页。

[102] 前注 47,第 24 页。

[103] Resolutions de l’Institut de Droit International, 1957-91(1992 年) 56，第 3 条。

[104] Borchard，前注 50,第 353 页, 引述 Hall, Despagnet, Pomeroy 和奥本海。

> 后果……该国政府往往对维护国际法原则比在特定案件中为本国公民争取损害赔偿更为关注……” [105]

Brierly 观点的前提是个人自己无法提出国际赔偿要求，[106] Geck 在《国际公法大全》中强调了这一前提，坚称外交保护的传统理论是受损害个人“缺乏实质性国际权利的必然后果”。[107]

64. 在司法诉讼中不是始终坚持损害个人即损害国家本身的概念。国家为其国民提起诉讼时，很少宣称是维护国家本身的利益，常常称受损害的个人为“原告”。[108] 国际法院在 Interhandel 案中指出，起诉国“为其国民出面，因为该国民据称另一国违反国际法无视其权利。”[109]

65. 在这些情况下，有些作者[110] 认为，国家实行国家保护时，是以受损害个人的代理人身份行事，是坚持行使该个人的权利而非国家的权利，因此出现这种看法并不奇怪。传统的理论逻辑混乱，譬如必须持续持有国籍的条件、用尽当地补救方法规则、以及依照个人所受损失确定损害赔偿额的做法，都为这种观点提供了依据。有些作者试图弥补传统理论的缺陷，他们解释说，实质性权利归属个人，但国家保留坚持行使这项权利的程序性权利。[111] 其他作者则不大愿意接受传统理论，认为它是拟制，在现代外交保护法中没有任何地位。[112]

66. 国际人权法提高了个人在国际法中的地位，国际人权法的发展进一步削弱了传统理论。如果依照人权文书规定，个人有权在国际机构面前针对其国籍国或外国而维护其基本人权，则很难坚持认为一国代表个人实行外交保护时，是维护其

---

[105] 前注 17,第 48 页。

[106] 同上，第 47 页。

[107] 前注 28,第 1057 页。亦见加西亚·阿马多尔，国家责任，前注 15,第 471 页。

[108] 1960 年《关于国家对外侨受损害所负国际责任的哈佛公约草案》采用这种处理办法。见 Sohn 和 Baxter，前注 37，第 21(5)条,第 578 页。1915 年，Borchard 在著作中认为外交保护是“国家酌处权范围内给予公民的非常法律补救办法。”前注 50,第 353 页。

[109] 《国际法院案例汇编（1959 年）》6,第 27 页。

[110] 关于这些论点的详细论述，见加西亚·阿马多尔，第一次报告，前注 35，第 192 至 193 页；加西亚·阿马多尔,国家责任，前注 15,第 413 至 428 页；加西亚·阿马多尔，Changing Law，前注 39,第 497 至 501 页；努纳，第一次报告,前注 15,第 5 至 11、14 至 15 页；Orrego-Vicuna，Changing Law 前注 93,第 1 至 6 页；Geck，前注 28,第 1057 至 1059 页；Guha Roy，前注 38,第 877 至 878 页。

[111] Geck，前注 28,第 1058 页；Guha Roy，前注 38,第 878 页。

[112] 贝努纳，初步报告，前注 15,第 8 页。亦见贝努纳，“La Protection Diplomatique, un Droit de L’Etat?”，在 Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber。Paix, Developpement, Democratie (1998 年),第 245 页。

本身的权利。使自然人和法人在国际机构面前获得法律补救办法的投资条约向传统理论提出了同样的质疑。

67. 没有人试图辩称这种传统观点是连贯一致的理论。正如 Brierly 在 The Law of Nations 一书中指出，传统观点事实上并不准确，

> “如果说一个国民在外国受到损害，其国家在总体上必然也受到损害，这种说法就言过其实了。”[113]

此外，有些做法与损害个人即损害国家的观点相矛盾，当代人权法和外国投资法的发展给予个人自己向国际法庭提起诉讼的权利，这都削弱了传统理论。因此，严格来说不能否认损害国民即损害国家的概念是拟制。

68. 本报告更关注的是传统观点是否有用，而不是它的逻辑是否严密。如导言所示，[114] 虽然外交保护基于拟制，但它是公认的习惯国际法制度，而且依然是保护人权的重要手段。它提供一种潜在的补救办法，保护无法从国际机构获得补救的数以百万计外国人，并为有些人提供比较有效的补救办法，因为他们虽然能够获得国际人权文书中所规定的补救，但这些补救往往无效。

69. 关于外交保护权持有者身份的辩论对于这一制度的范畴和效能具有重大后果。如果这项权利的持有者是国家，则国家可以坚持行使其权利，不论个人本身是否可从国际机构得到补救。另一方面，如果这项权利的持有者是个人，则可以认为国家的权利纯属剩余性质和程序性质，即只有在个人没有补救办法的情况下，才能行使这种权利。Orrego Vicuna 在 1999 年向国际法协会外交保护问题委员会提交的最后报告中就提出了这个方针：

> “外交保护的剩余作用似乎比较能满足需要，因为只有在受影响的个人不能直利用国际程序的情况下，这种机制才可进行干预。但是应该指出，如果可以直接利用国际程序，就应完全排除外交保护，除非也许是为了确保一项裁决获得执行，或确保对该个人有利的判决获得遵守：特别是，在个人诉诸国际程序或替代程序之后，外交保护的问题就不存在。
>
> “不过，还有采取并行行动的可能性：国家在个人寻求直接补救的同时，也可提出赔偿要求，但这种替代办法会导致程序的有条不紊进行受到种种干扰，而裁决的结果最终也受干扰。”[115]

这种观点反映了加西亚·阿马多尔提交国际法委员会的报告中主张的立场。[116]

---

[113] 第六版(1963 年),第 276 页。

[114] 前文第 17 至 31 段。

[115] 前注 93,第 7 至 8 页。

[116] 第一次报告，前注 35，第 215 至 217 页；第三次报告，A/CN.4/111,《1958 年……年鉴》，第二卷，第 47 号，第 61 至 63 页；第五次报告，A/CN.4/125，《1960 年……年鉴》，第二卷，第 41 号，第 51 至 55 页；国家责任，前注 15，第 462 至 473 页。

70. Jessup[117] 以及 Sohn 和 Baxter 在 1960 年《关于国家对外侨受损害所负责任的哈佛公约草案》[118] 都提出了妥协的解决办法，这种办法允许受损害的个人和国籍国都向损害国索赔，但规定国家的赔偿要求具有优先地位。第 3 条与这种解决办法相符合：它不排除个人在国际一级提出要求的可能性——只要有补救办法可援。同时，它也不限制国籍国本身进行干预。

71. Doehring 提出的另一种解决办法是，国家在其本身权利受影响时，可以提出赔偿要求，这也适用于国民的财产被没收的案例。另一方面，在个人的基本权利受到影响时，个人和国家都可以提出赔偿要求。这项建议也符合第 3 条的提议。[119]

72. 另外一种论点试图“矫正”外交保护的虚拟性质，但却大大缩小了外交保护的范畴，这种论点认为：只有在国家进行干预以保护人权、包括财产权被领土所属国侵犯的某一孤立个人或少数个人时，损害个人即损害国家的理论才是拟制。如果有计划地专门损害许多国民，因而证明推行歧视某国国民的政策，国籍国就的确受到损害，因为领土所属国的行为构成对国籍国本身的侮辱。[120] 在后一种情况下，也只有在后一种情况下，国籍国才得进行干预。

73. 第 3 条编纂了传统形式的外交保护原则。它确认外交保护是属于国家的权利，只要国民受到另一国非法损害，国家就可以自由地酌情行使这项权利(但须遵照第 4 条的规定)。国籍国的外交干预权不限于发生大规模、有计划地侵犯人权的情况。个人依照人权条约或外国投资条约享有补救办法时，国家也不必放弃此项权利。实际上，当受损害国民在争取国际补救时，国家无疑不会坚持其外交保护权。在可能的情况下，[121] 它或许会与个人一道依照有关条约维护该人的权利。

---

[117] 前注 101,第 116 至 117 页。Jessup 认为，只有在国家决定不进干预之后，个人才可以自由地诉诸国际程序。

[118] Sohn 和 Baxter, 前注 37,第 578 至 580 页。第 22 条规定，受损害的个人可以自己直接向损害国索赔；第 23 条规定国家可以索赔。第 23 条第 1 款规定：

> “如果个人及其国籍国都提出赔偿要求，则在国家要求补救时，个人提出或维持赔偿要求的权利应予中止。”

[119] K. Doehring, “Handelt es sich bei einem Recht, das durch diplomatischen Schutz eingefordert wird, um ein solches, das dem die protection ausubenden Staat zusteht, oder geht es um die Erzwingung von Rechten des betroffenen Individuums?” G. Ress 和 T. Stein, Der diplomatische Schutz im Volker-und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwichlungstendenzen(1996 年) 第 13 号,第 18 至 20 页。亦见 Ress 和 Stein 的类似评论，同上，第 22 至 23 页。

[120] 见加西亚·阿马多尔:

> “在损害个人或外侨的财产而产生责任的任何案例中，此种行为或不行为因其严重性或发生次数或由于其反映出对外国人的明显敌对态度，其后果超出这种具体的个人损害。换句话说，可能存在涉及行为或不行为的情势，其后果超出对外侨所造成的具体损害。”

国家责任，前注 15，第 422 页。亦见同上，第 466 至 467 页、第 473 至 474 页；加西亚·阿马多尔，第一次报告，前注 35，第 197 和 220 页，第三(2) (b)号讨论依据；加西亚·阿马多尔，第三次报告，前注 116，第 62 和 65 页；Jessup， 前注 101，第 118 至 120 页。

[121] 见 Soering 诉联合王国案, 前注 32; Selmouni 诉法国案, 前注 32。

但原则上，因国民遭非法损害而致使国家本身权利受到侵犯时，国家不必这样克制。

74. 关于国家代表其国民进行干预的酌处权在第 4 条的评注中加以讨论。

第 4 条

1. 如果一项严重违反绝对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。

评论

75. 依照传统的外交保护理论，国家有保护其国民的权利，但没有义务这样做。因此，依照国际法，国民在国外受损害，不享有外交保护的权利。1915 年，Borchard 明确指出，依照国际法，国家没有义务保护国民：

> “许多作者[122] 认为外交保护是国家的义务，亦是一项权利。如果说这是一项国际上的义务，则它只是一项道义性义务，而不是法律义务，因为这项义务无法强制履行。虽然国家可以自行确定公民所受损害是否十分严重而理应、或者出于政治上权宜之计而有理由为他调动集体保护力量——因为不能牺牲大多数人的利益，但国际法显然没有规定国家负有提供外交保护的法律义务。对公民是否负有此种义务则应由本国国内法作出规定，而基本规则是，即使依照国内法，国家亦无给予外交保护的法律义务。”[123]

Borchard 同样强烈地认为，为受损害国民实行外交保护的权利不存在：

> “……把公民求助于政府的外交保护的权力说成是一项应得到保护的‘权利’是不正确的……他要求政府进行干预，是针对其酌处权提出的。因此，这至多是一项不完善的权利……这种权利不具有强制性，只成为一项要求得到保护的特权。如果假定政府在这种情况下应对公民承担此种保护义务，则这种

[122] Borchard 引述的作者包括 Grotius 2.25.1 和 Vattel 1.2.13-16。

[123] 前注 50，第 29 页。

义务是政治义务而不是法律义务，妥善履行这种义务的责任是对全体人民，而不是对个别公民承担的。”[124]

1970 年，国际法院在巴塞罗那电车公司案中重申了这一立场：

“……在国际法规定的范围内，一国可采用其认为妥当的手段、在其认为妥当的程度上实行外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的公民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补救办法的。如有方法，他们也只能诉诸国际法，以期继续争取其利益或得到补救……

必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，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。”[125]

76. 虽然大多数作者都接受这种传统立场，[126] 但有人表示反对。De Visscher 指出，“国家在提供保护方面的绝对酌处权与外侨应得待遇属国际法问题的原则大相径庭。”[127] Orrego Vicuña 向国际法协会提交的报告指出，这一方面是现行制度的主要“不足之处”之一。[128]

77. 虽然可以认为实行外交保护是促进在国际上保护人权的手段，但是却不能将外交保护作为一项个人的人权。[129] 关于外侨权利的两项国际人权文书—1985 年联合国大会《非居住国公民个人人权宣言》[130] 和 1991 年《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》[131] 都确认这种看法，上述文书重申外侨有权要求其外交或领事使团提供保护，但未规定国籍国有义务对其提供保护。[132]

---

[124] 同上，第 356 页。

[125] 前注 11,第 44 页。

[126] D. W. Greig, International Law，第二版(1976 年) 523；《奥本海国际法论》，前注 34,第 934 页；Geck，前注 28,第 1051 和 1052 页；加西亚• 阿马多尔，国家责任，前注 15,第 427 页；H.F. van Panhuys, The role of Nationality in Intenational Law: An Outline (1959 年),第 103 页，第 221 页。

[127] C. de. Visscher, Theroy and Reality in Public International Law (P.E. Corbett 译) (1957 年),第 275 页。

[128] 前注 93,第 7 页。亦见本努纳，初步报告，前注 15,第 16 页（第 47 和 48 段）

[129] K. Skubiszewsk, “Introduction”，载于 E. Lauterpacht 和 J. G. Collier (编) Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年),第 10 页。

[130] 前注 27，第 10 条。

[131] 前注 26,第 1517 页，第 23 条。

[132] C. Warbrick, “Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems” (1988 年) 37,《国际法和比较法季刊》,第 1004 页。

78. 大会第六委员会最近的讨论表明，对这一问题存在各种不同意见。大多数发言者认为，是否实行外交保护的决定是国家具有充分酌处权的主权特权。[133] 贝克(以色列)指出，国家可能出于压倒一切的外交政策考虑而拒绝行使这项权利。此外，在国际法下，个人的索赔可能是错误的或者缺乏依据，因此是否实行外交保护应由国家酌处，以避免个人导致国家处于“徒劳无功的地位”。[134] 相反，什克尔克(斯洛文尼亚)虽然同意外交保护主要是国家的特权，但他提议审查国家在给予其国民得到外交保护的权利方面的立法实践。[135]

79. 还讨论了是否应将外交保护视为一项人权的问题。塞德(奥地利)对这种可能表示怀疑，他坚持认为，现行国际法不支持这种观点，也不能期望这种观点不久会成为法律程序的组成部分。[136] 戈瑞(澳大利亚)则比较开明，他建议(根据国家的观点和实践)审查个人拥有这项权利的法律依据，并指出有必要审议是否可以将这项权利作为一种人权。[137] 希拉尔德(西班牙)似乎赞成得到外交保护的权利是人权的看法，他争辩说，个人有权因其权利受侵犯且未获得外交保护而得到补偿。[138]

80. 第六委员会的讨论情况显示，国际法律界有些人士认为，个人应该得到外交保护，这是理所当然的。实际上，一些国家实践证实了这种观点，虽然这方面的实践有限。有些国家、主要是前共产主义集团国家的宪法确认，个人在国外受到损害，有权得到外交保护。这些国家包括阿尔巴尼亚、白俄罗斯、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、柬埔寨、中国、克罗地亚、爱沙尼亚、格鲁吉亚、圭亚那、匈牙利、意大利、哈萨克斯坦、老挝人民民主共和国、拉脱维亚、立陶宛、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、西班牙、前南斯拉夫的马其顿共和国、土耳其、乌克兰、越南和南斯拉夫。宪法有关条款通常有下列规定，譬如，“国家应保护在国外的 X 国国民的适当权利”或“Y 国国民侨居国外期间应得到保护”。意大利、西班牙和土耳其的宪法条款内容比较笼统含糊，规定保护在国外工人的某些权利，或就西班牙来说，规定国家“应力图保障”其在国外工作国

---

[133] 塞普尔韦达(墨西哥)，A/C.6/53/SR.16；德阿吉亚尔·帕特里奥塔(巴西)，同上；贝尼特斯·萨恩斯(乌拉圭)，同上；雷扎(印度尼西亚)，A/C.6/53/SR.15;奥哈拉(马来西亚)，同上；戈瑞(澳大利亚)，同上；隆格瓦(挪威)，A/C.6/53/SR.14；贝尔曼(联合王国)，同上；奥雷戈-比库尼亚(智利)，同上；丰巴(马里)都认为，应考虑到人权的发展，A/C.6/53/SR.13；卡弗利施(瑞士观察员)，同上；通卡(斯洛伐克)，A/C.6/53/SR.22;绍德因德(尼日利亚)，A/C.6/53/SR.17；巴哈尔纳(巴林)，A/C.6/53/SR.21。

[134] 贝克(以色列)，A/C.6/53/SR.15。关于这种论点的第一部分，亦见亚伯拉罕(法国)，A/C.6/53/SR.14。

[135] 什克尔克(斯洛文尼亚)，A/C.6/52/SR.23。

[136] 塞德(奥地利)，A/C.6/53/SR.15。

[137] 戈瑞(澳大利亚)，A/C.6/52/SR.23。

[138] 希拉尔德(西班牙)，A/C.6/53/SR.18。

民的“经济权利和社会权利”。[139] 《前南斯拉夫的马其顿共和国宪法》则更为有限，规定国家“关心”其在国外国民的福利。另一极端是，《大韩民国宪法》和《圭亚那宪法》规定国家“有义务”保护其在国外的国民。乌克兰“保证”提供保护，《波兰宪法》指出国民个人享有在国外获得保护的权利，而《匈牙利宪法》则规定，“匈牙利公民”侨居国外期间“有权得到”匈牙利的“保护”。[140] 在这些国家的国内法下，是否能够以及可在多大程度上坚持行使这些权利，而且这些权利是否超出了向驻国外领事官员求助的权利，都不明确。[141] 另一方面，这些权利却表明，某些国家认为对其在国外的公民提供外交保护是恰当的。

81. 这方面的国家实践很难进行查考。Orrego Vicuña 向国际法协会提交的关于外交保护的报告[142] 提到智利十九世纪的法律，其中规定外交部必须将要求获得外交保护的任何申请交给最高法院检察长，以便就政府是否应在该案中实行保护发表具有约束力的法律意见。而 Geck 则提到某些国家给予个人获得保护的不成文宪法权利以及其他国家提供外交保护的不成文宪法义务。[143] 他阐述了德意志联邦共和国根据 1866 年、1871 年和 1919 年《宪法》所发展的、1949 年以来未经有关宪法规定而适用的德国宪法传统。德国依照这一传统，在符合某些先决条件的情况下，承担提供外交保护的宪法义务。联邦宪法法院(Bundesverfassungsgericht)和德国其他法院的裁决证实德国当局负有这项义务。[144] 除国际法规定的条件外，只有在“不违背联邦共和国真正压倒一切的利益”的情况下，才必须给予外交保护。[145] 德国法院对这项条件的解释赋予政治当局一项酌处权，政治当局可以确定国家和人民压倒一切的利益是否排除外交保护的提供。

---

[139] 1992 年《西班牙宪法》，第 42 条。

[140] 1949 年《匈牙利宪法》及至 1997 年的修正，第 69 条。

[141] L.T. Lee, Consular Law and Practice, 第二版 (1991 年)，第八章，第 124 页和以后各页。Lee 对许多国家立法规定领事官员有义务保护国民权益是否正当持有疑虑。(同上，第 125 至 127 页)

[142] Orrego Vicuña ，Changing Law，前注 93，第 8 页。亦见 Orrego Vicuña，”Chile” ，载于 E. Lauterpacht 和 J.G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1997 年) 123，第 138 至 141 页。

[143] Geck，前注 28，第 1052 页。

[144] Hess-Entscheidung，1975 年 7 月 7 日，BVerfGE 55，第 349 页，转载于 90 《国际法案例汇编》，第 387 页；Ostevertrage，1980 年 12 月 16 日，Bverg GE 40，第 14 页，转载于 78 《国际法案例汇编》，第 177 页。亦见 E. Klein，“Anspruch auf diplomatischen Schutz?”在 G. Ress 和 T.Stein(编)，Der diplomatische Schutz im Volker-und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwichlungtenderzen (1996 年)，第 125 页和有关讨论。

[145] Geck，前注 28，第 1052 页。

82. 虽然以色列没有任何正式法律条款规定国家必须保护在国外的以色列国民，是否实行这种保护通常都由政府酌处，但是，最高法院于 1952 年裁定，国家有义务保护其在敌国境内的国民，“只要它能够通过某一友好政府斡旋加以保卫。”[146] 海法地区法院于 1954 年作出同样的裁决。[147]

83. 在瑞士，政府不承担为其国民实行外交保护的义务，148 但如 Caflisch 指出，《宪法》若干规定和 1967 年《领事条例》确认，瑞士领事使团负有保护瑞士国民的有限义务，除非这样做会妨害联邦的利益。[149]

84. 大不列颠及北爱尔兰联合王国不承认个人在国内法院面前有权坚持政府必须承担给予外交保护的义务。[150] 然而，Warbrick 指出，现在可以争辩，英国公民至少具有一种“正当的期待”，如果符合联合王国适用于国际索赔的规则所定的条件（持续持有国籍、当地补救方法用尽等），他们即得到外交保护。[151]

85. 在法国，行使外交保护权是一项政府行为，无须受行政机构审查。[152] 在美利坚合众国，虽然行政部门没有为国民实行外交保护的一般义务，但是，1868 年的所谓《人质法》规定，如果美国公民被“任何外国政府或在任何外国政府权力下以不当方式剥夺自由”，总统必须进行干涉。在这种情况下，“总统应使用他认为对争取或实现人质获释所必需的适当手段，只要这些手段不构成战争行为，而且法律未予禁止”。[153]

---

[146] Y. Blum，“Israel”，载于 E. Lauterpacht 和 J.G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年)，第 314 页，引述 Hakim 诉内政部案 (1952 年)，6 Piskei Din，第 642 页。

[147] 见同上，指检察长诉 Steiner 案 (1954 年)，9 Psakim Mehoziim 473，第 489 页。

[148] 这项规则在下列案件得到确立： Oswald 后裔诉瑞士联邦案 (1926 年)，《联邦法庭的判决》，52 II 235，Gschwind 诉瑞士联邦案(1932 年)，《联邦法庭的判决》，58II 463，Schoenemann 诉瑞士联邦案(1955 年)，《联邦法庭的判决》，81 I 159，引自 Caflisch(“Switzerland”，载于 E. Lauterpacht 和 J. G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年)，第 504 和 505 页。

[149] 同上，第 506 至 508 页。

[150] Mutasa 诉检察总长案 (1979 年)，3 All E. R. 第 257、261 至 262 页；78《国际法案例汇编》，第 490 页；女王诉外交和联邦事务大臣案：巴特单方面，未报告的 1999 年 7 月 9 日上诉法庭判决。亦见联合王国给国际法委员会的答复，1999 年 7 月，第 3 段。

[151] 前注 132，第 1009 页。

[152] Nguyen Quoc Dinh，前注 75，第 777 页。

[153] 22《美国法院案例汇编》1732 (补编二， 1990 年)。亦见 J. Young，“Torture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government’s Failure to Act”(1993 年) 16《黑斯廷斯国际法和比较法季刊》，第 663 页; K. Hughes，“Hostages’ Rights: The Unhappy Legal Prdicament of an American Held in Foreign Captivity”(1993 年) 26 《哥伦比亚法律与社会问题学报》第 555 页。

在 Redpath 诉基辛格案中，法庭判定，总统开展外交谈判以确保美国国民获释的酌处权不受司法管制。(415 F Supp.556(W.D. Tex.1976 年),附件, 545 F. 2nd 167 (第五巡回审判庭)。)

86. 在若干情况下，英国、荷兰、西班牙、奥地利、比利时和法国的索赔者曾试图坚持得到外交保护的权利。[154] 虽然对这些案件的判决对他们不利，但提出索赔本身就表明，索赔者有理由认为自己享有这项权利。

87. 总而言之，最近的国家实践、宪法和法律意见都有迹象支持一种观点，认为国家不仅有权、而且有法律义务保护其在国外的国民。这种看法显然与传统的观点背道而驰。但是，不能断然摒弃这种看法，因为它符合当代国际法的主要目的——促进个人的人权，而不是国家的主权权力。因此，如有必要，应以逐步发展的方式对这个问题进行审议。这种做法符合 1999 年 Orrego Vicuña 在向国际法协会外交保护问题委员会提交的报告中所提的建议：

> “应在适当程序的范畴内‘对政府行使酌处权拒绝代表个人提出赔偿要求的问题进行司法审查。”[155]

88. 第 4 条试图落实这种发展。由于这涉及逐步发展，而不是编纂条款，因此采取十分谨慎的态度，以期将拟议的国家义务限于特别严重的案例，给国家作出判断留有较大的余地，并将国家义务的对象限于与国籍国具有真正联系的国民。

89. 目前，人们普遍认为，绝对法的准则反映了国际社会最基本的价值，所以最应该得到国际保护。[156] 因此，如果一国对另一国国民采取的措施构成严重违反绝对法准则的行为，则要求后一国家对此作出反应，实行外交保护，并非不合理。[157] 如

---

[154] 同上，1004，Musasa 诉检察总长案，前注 150；女王诉外交和联邦事务大臣案：巴特单方面 (1999 年)，前注 150；Van Damme 案，NRC Handelsblad, 2000 年 1 月 5 日；HMHK 诉荷兰案 94 《国际法案例汇编》第 342 页；Commercial FSA 诉大臣会议 88《国际法案例汇编》第 694 页；I. Seidl-Hohenveldern 引述的案件，“Austria”，载于 E. Lauterpacht 和 J.G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年)，第 31 页；Mandelier (1966 年) 81 Journal des tribunaux，第 721 页和(1969 年)Pasicrisie belge II 246，引自 M. Waelbroeck，“Belgium”，载于 E. Lauterpacht 和 J.G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年)，第 59 页；P. Weil 引述的案件，“France”，载于 E. Lauterpacht 和 J.G. Collier，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (1977 年)，第 278 至 279 页。

[155] 前注 93，第 26 页，第 2 条。

[156] 见 1969 年《维也纳条约法公约》第 53 条。国际法委员会一读通过的关于给予国际责任的条款草案第 19 条规定，违反保护国际社会最基本利益的准则的行为是国际罪行。虽然这项规定未提及绝对法，但绝对法准则同引述的各种实例——如侵略、剥夺自决权、奴役、种族灭绝、种族隔离和大规模环境污染之间，具有明显的相互关系。

[157] Doehring 为外交保护和索赔的目的，将基本人权准则和其他准则作了区别：

> “如果……提供补偿或其他形式赔偿的原因是侵犯一项涉及所谓绝对人权的权利，即个人作为国际法的主体在任何情况下都应享有的权利，……则受影响的个人也有权得到赔偿……”

(Doehring，前注 119，第 19 页。着重字体为本文所加。亦见同上，第 14 至 15 页。)此外，虽然他指出国际法并未禁止、亦未规定国家负有提供保护的义务，国内法也未规定个人享有相应的权利，但他声称在国内法中适用条约必须遵守的原则时，可以衍生这项义务。见 K. Doehring, Die Pflicht des Staates zur Gewahrung Diplomatischen Schutzes (1959 年)，第 15 页。

果人权公约缔约国必须确保其管辖之下的所有人都得到有效保护，保证公约所列的权利不受侵犯，并提供充分的补救手段，[158] 则没有理由认为，当本国国民的基本人权在国外受到严重侵犯时，国籍国没有义务保护其国民。

90. 国家在履行这项义务需作出判断时，显然应有较大的余地。第 4 条第 2 款第一项规定，如果实行外交保护会危害其国家利益和国际利益，国家可以拒绝实行。但是，第 4 条第 3 款规定，国家的决定须经法院或其他独立的国家当局审查。这种做法符合 Orrego Vicuña 提交国际法协会的报告中的建议。[159]

91. 第 4 条第 1 款规定，如果国民本人可从主管国际机构得到补救，国家就无须履行保护的义务。因此，如果损害国是一项规定受损害个人可以向法院或其他机构提出申诉的人权文书缔约国，国籍国就不承担实行外交保护的义务。

92. 在某些情况下，受损害的国民可以得到另一国的保护。如果个人具有多重国籍，而另一国籍国已对其实行外交保护，就会出现这种情况。受损害个人并非其国民的另一国也可以决定对该个人实行外交保护。[160] 在这些情况下，国籍国就不承担实行外交保护的义务。

93. 最后，对于与国籍国无有效关系或真正关系的国民，国家不承担保护的义务。虽然国籍国若选择为与其有正当联系的受损害国民 [161] 行使进行干预的权利，就否定了在 Nottebhom 案中宣布的这项规定，但就实行外交保护的义务而言，似乎有理由接受这项规定。

第 5 条

为自然人的外交保护的目的，“国籍国”是指要求从其得到保护的个人，因出生、血统和正当归化而获得国籍的国家。

评论

94. 根据第 3 条的评注所谈到的传统理论，国家行使外交保护权以受损害个人与国家之间的国籍联系为依据。因此，除特殊情况外，国家不得向非本国国民提供保护，或支持其赔偿要求。[162]

---

[158] 见《公民及政治权利国际盟约》第 2 条；《消除一切形式歧视国际公约》第 6 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 13 条和第 14 条。

[159] 见上文，第 87 段。

[160] 见第 10 条。（本条将处理一个有争议的问题，即在违反普遍适用的义务的情况下，国家是否可以保护非本国国民。）

[161] 见第 5 条。

[162] Van Panhuys，前注 126，第 59 至 73 页；Jessup，前注 101，第 99 页；Orrego-Vicuña，Changing Law，前注 93，第 8 页；加西亚·阿马多尔，第三次报告，前注 116，第 66 页，第 22 段；Geck，前注 28，第 1049 页；D. C. Ohly，“A Functional Analysis of Claimant Eligibility”，载于 R. Lillich（编），International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens（1983 年），第 284 页；加西亚·阿马多尔，Changing Law，前注 39，第 501 页；《奥平海国际法论》，前注 34，第 512 页；*Nottebohm* 案，前注 47，第 23 页；1929 年《哈佛公约草案》，前注 100，第 15(a)条；1930 年海牙编纂会议，第三委员会，第 28 号讨论依据，国际联盟出版物，V. Legal，1292，V.3（C.75.M.69.1929.V.号文件转载于加西亚·阿马多尔第一次报告中，前注 35，第 223 页；1960 年哈佛公约草案）第 26(b)条和第 23(3)条，载于 Sohn 和 Baxter，前注 37；1965 年国际法学会决议（华沙会议），第 1(a)条，前注 103。

95. 1923 年，常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中表示：

> “按照目前的国际法，国籍问题Λ原则上属保留范畴之内。”[163]

这一原则得到 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》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。”[164]

96. 最近，1997 年《欧洲国籍公约》[165] 也赞同这一原则，因此很难对这项原则已获得习惯法地位的结论加以反驳。[166]

97. 国家关于个人持有其国籍的决定不会轻易受到质疑。奥本海认为：

> “这造成一种强有力的推定：一方面，根据国内法，个人持有该国的国籍；另一方面，国籍须为国际目的得到承认。”[167]

98. 不过，国家确定个人国籍的权利并非是绝对的。常设国际法院在突尼斯和摩洛哥国籍法令案中对此作了明确表示，认为某一事项是否“完全属于一个国管辖范围之内”——如给予国籍——，“基本上是一个相对问题，它取决于国际关系的发展。”[168] 此外，即使一国原则上拥有决定国籍的绝对权利，但国籍国与个人之间没有足够联系的情况下，或是在国籍的给予不妥当的情况下，其他国家也可以对这一决定提出异议。[169]

99. 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》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，还作出规定：

> “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。”[170]

100. 目前，尤其是人权领域的各项公约[171] 均要求各国在给予国籍方面遵守国际标准。美洲人权法院关于哥斯达黎加政治宪法归化规定修正草案的咨询意见

---

[163] （1923 年）《常设国际法院案例汇编》，B 辑，第 4 号，第 24 页。

[164] 179《国际联盟条约汇编》第 89 页。

[165] 《欧洲条约集》，第 166 号，第 3 条。

[166] Bar-Yaacov，《双重国籍》（1961 年），第 2 页。

[167] 《奥本海国际法论》前注 34，第 856 页。

[168] 前注 163。

[169] M. O. Hudson，《国籍，包括无国籍》，报告，《1952 年Λ年鉴》，第二卷，A/CN.4/50 号文件，第 10 页；Verdross 和 Simma，前注 76，第 788 和 799 页（第 1192 和 1194 段）。

[170] 前注 164。亦见 1997 年《欧洲国籍公约》第 3(2)条，前注 165。

[171] 见《美洲人权公约》第 20 条；《消除一切形式种族歧视国际公约》第 5(d)㈢条；《消除对妇女一切形式歧视公约》第 9 条。亦见国际法委员会关于国家继承涉及的国籍问题条款草案，A/CN.4/L.58/Add.1。

强调了这一点。美洲人权法院表示，给予国籍属于国家国内管辖范围的原则必须符合“国际法对国家权力施加某些限度的深一层原则，这些限度与国际保护人权制度规定的要求相联系。”[172]

101. 国际习惯和一般法律原则都限定了国籍的给予，说明国家与个人之间应有的联系，使得国家给予的国籍为外交保护的目的获得国际法承认。出生、血统和归化是国际法普遍承认的联系。除其中一个联系因素之外，尤其是归化因素，是否如在“Nottebohm”案中坚持那样，[173] 国家与个人之间必须有“真正”或“有效”联系，这还是一个需要认真考虑的问题。

102. 出生（出生地主义）和血统（血统主义）都被国际法承认是给予国籍的令人满意的联系因素。一些作者认为这种承认是一项习惯规则，[174] 而其他作者则认为这是一项一般法律原则。[175] 各项条约[176] 和司法判决[177] 都肯定此种承认。

103. 原则上，归化也被承认是为外交保护的目的给予国籍的一个令人满意的联系。各国通过归化方式给予国籍的情况各不相同。[178] 一些国家依据法律规定自动给予国籍（不经个人同意），[179] 如结婚和收养。其他国家只是在个人经过一段法定居住时期之后提出申请，或是在与国民结婚时，才通过归化给予国籍。[180]

104. 国际法不会承认所有情况下的归化。靠欺骗手段获得的归化[181] 和以基于种族和性别的歧视方式[182] 给予的归化，都是可能不予承认的例子。在没有任何

---

[172] 79《国际法案例汇编》283，第 296 页。

[173] 前注 47，第 4 页。

[174] Brownlie，Principles，前注 39，第 390 和 391 页；van Panhuys，前注 126，第 160 和 161 页。

[175] I. Brownlie，《国际公法中的国籍关系》，（1963 年），44《英国国际法年鉴》284，第 302、314 页（下称 Brownlie，国籍关系）。

[176] 《美洲人权公约》第 20 条：“人人有权持有其出生所在国的国籍，如果其没有持有任何其他国籍的权利”。

[177] Flegenheimer 索赔案（1958 年），25《国际法案例汇编》第 91 页。

[178] 关于可通过归化获得国籍的情况，见《欧洲国籍公约》第 6 条，前注 165。

[179] 见 Hudson，前注 169，第 8 页。

[180] 一般见 Brownlie，Principles，前注 39，第 394 至 397 页。D. P. O’Connell，《国际法》，第二版（1970 年），第 682 页。

[181] Brownlie，Principles，前注 39，第 402 页；P. Weiss，《国际法中的国籍和无国籍问题》，第二版（1979 年），第 218 至 220、244 页（下称 Weiss ，《国籍和无国籍》；Bar-Yaacov，前注 166，第 143 页；Flegenheimer 索赔案，前注 177，第 98 至 101 页；*Salem* 案（1932 年），《国际仲裁裁决汇编》，第 1184 页；Esphahanian 诉 Tejarat 银行案（1983 年），2《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 166 页。

[182] 哥斯达黎加政治宪法归化规定修正草案，前注 172，第 304 页。

联系或联系可能十分薄弱的情况下给予国籍，这样的归化大概不会为外交保护的目的得到承认。在此，拒绝承认的理由是给予国籍的国家滥用权利，从而使归化过程缺乏诚意。[183] 在强迫归化的情况下，无论国家与个人之间是否有实质性联系，也不会得到承认。[184]

105. 不过，有一种推定倾向于国家本着诚意行事。[185] 此外，正如美洲人权法院在哥斯达黎加政治宪法归化规定修正草案中强调，在决定认为对给予国籍所必要的联系因素时，国籍国应有“作出判断的余地”。[186]

106. 人们认为“Nottebohm”案[187] 是以下立场的权威依据：个人与国籍国之间应有一种“有效”或“真正联系”，这不仅就双重或多重国籍的情况而言（在此情况下，这种规定得到普遍接受[188]），而且在国民只有一个国籍的情况下也应如此。国际法院在此认为：

> “根据各国实践、仲裁裁决和司法判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，再加上相互的权利和义务的存在。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的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。国籍由一个国家给予，它只授权该国针对另一国实行保护，如果这在司法上使该个人的联系成为其国民。”[189]

107. 在探讨习惯国际法是否承认为外交保护的目的要求一种“有效”的国籍联系问题之前，有必要强调两个可能用于把“Nottebohm”案局限在其案情范畴之内的因素。

108. 首先，似乎国际法院关注列支敦士登给予 Nottebohm 国籍的方式，因为考虑到他申请归化的紧迫性，列支敦士登暂不执行其有关所需居留期限的一些规则。是认定列支敦士登在给予 Nottebohm 国籍时缺乏诚意，还是认定他缺乏与列支敦士登的“真正属性联系”呢？在两种选择面前，国际法院选择了后者，因为

---

[183] 《奥本海国际法论》，前注 34，第 855 页。亦见 van Panhuys，前注 126，第 158 至 165 页。

[184] G. Fitzmaurice，《从法治角度考虑国际法的一般原则》，《海牙讲义集》1957 年第二期，第 196 至 201 页；Jones，《英国国籍法和实践》（1965 年），第 15 页（下称 Jones，《英国国籍》。

[185] Brownlie，Principles，前注 39，第 402 和 403 页。

[186] 前注 172，第 302 和 303 页。

[187] 前注 47，第 4 页。

[188] 见下文第 6 条和第 7 条。

[189] 前注 47，第 23 页。

这不涉及对一个主权国家行为的谴责。这一看法在某种程度上得到持不同意见人士的支持，[190] 它主要取决于一个难以言喻的司法前提对多数人所起的作用，而且不足以为限制国际法院判决范围提供令人满意的依据。然而，它确实要表明，这一判决不应过分仓促地适用于没有迹象表明国籍国行为不规范的各种不同情况。

109. 第二，国际法院显然关注 Nottebohm 与列支敦士登之间“极为薄弱”的联系，[191] 相比之下，他与危地马拉之间有 34 年的密切联系。因此，国际法院认为允许列支敦士登在对危地马拉的索赔案中保护 Nottebohm 是不公平的。这说明它为什么一再坚持列支敦士登“没有权利相对城危地马拉向 Nottebohm 提供保护。”[192] 因此，这一案件的关键判词不是上文关于“真正联系”的意见，[193] 而是以下意见：

> “一方面，事实显然证明，Nottebohm 与列支敦士登之间没有任何属性联结，另一方面，他与危地马拉之间却有长期密切的联系，而这一联系绝不会因归化而削弱。归化并非基于事先与列支敦士登建立的任何真正的联系，也绝不改变在迅速和通融的特殊情况下获得国籍的人士的生活方式。在这两方面，如果它认为应有权得到象危地马拉那样一个国家的尊重，则它缺少了这样一种重要行为所必备的真诚因素。国籍的给予没有考虑到国际关系中采用的国籍概念”[194]

110. 国际法院无意就 Nottebohm 的列支敦士登籍的地位相对于所有国家作出宣判。它十分谨慎，把判决局限在列支敦士登相对于危地马拉代表 Nottebohm 实行外交保护的权利方面。因此，它使得列支敦士登是否应当能够在 Nottebohm 没有密切联系的一个国家面前向他提供保护的问题悬而未决。[195] 对这一问题的最好回应可能是肯定的回答，因为国际法院决意只提出一项相对性检验供参考，[196] 即 Nottebohm 与危地马拉之间的密切关系超越了他与列支敦士登之间的比较薄弱的国籍联系。在这些情况下，“Nottebohm”案所要求的“真正联系”应局限于案件的特定实情，而不应被作为适用于所有外交保护案件的一般原则。

---

[190] 见 Read 法官的意见，前注 47，第 37 至 39 页；Klaested，前注 47，第 29 至 33 页；J. Kunz，“The Nottebohm Judgment”（1960 年），54《美国国际法学报》第 548 至 560 页；C. Parry，《关于国际法对个人保护的一些思考》，90《海牙讲义集》1956 年第二期，第 707 和 708 页。

[191] 前注 47，第 25 页。

[192] 同上，第 26 页。

[193] 见前注 187 和所附案文。

[194] 前注 47，第 26 页，着重字体为本文所加。

[195] 见 Leigh，前注 45，第 468 页；van Panhuys，前注 126，第 99 页。

[196] Flegenheimer 索赔案，前注 177，第 91 页。巴塞罗纳电车公司案，前注 11，第 42 页。

111. 有人认为Nottebohm案中的有效和真正联系原则应被看作是一项习惯国际法规则，适用于不涉及双重或多重国籍的案件，但赞成这一说法的人不多。Read法官提出了反对意见，认为这项原则在双重国籍领域之外没有得到任何支持，[197] 此后不久，意大利-美国和解委员会在Flegenheimer案中赞同这项意见。该委员会在判决中把这一原则的适用局限于涉及双重国籍的案件，并表示：

> “当某人只拥有一个国籍，而这一国籍是通过血统主义或出生地主义、或通过致使确实失去先前国籍的有效归化而归属于他，则有效国籍理论的应用就会有造成混乱的风险。这一理论缺少明确的依据，不足以适用于在国家法中得到支持的国籍。”[198]

该委员会还表示，很难想象国际法院在“Nottebohm”案中“打算确立一项一般国际法规则”。[199] 各国在实践中没有试图把真正联系原则适用于船只，[200] 即证明各国不愿支持这样一项原则，因为就船只这一领域而言，社会和经济考虑大概会为这项规则提供依据。现有的国家实践也表明，对Nottebohm原则的支持不大。[201]

112. 学术界对此问题的意见有所分歧。Geck、[202] Randelzhofer、[203] Parry、[204] Kunz[205] 和Jones[206] 都不认为真正联系的要求是一项习惯国际法规则。其中许多学者指出，取得国籍的个人与出生地主义或血统主义之间常常联系不大，而且很难把真正联系的要求局限于归化的情况。其他学者[207] 则接受真正联系的要求。Brownlie的论点是，这项要求得到Nottebohm案之前的文献和国家司法判决的支

---

[197] 前注47，第41和42页。

[198] 前注177，第150页。

[199] 同上，第148页。

[200] 1982年《联合国海洋法公约》第91条；1986年《船舶登记条件公约》。参看《促进公海渔船遵守国际养护和管理措施的协议》（1994年），33《国际法材料》，第968页。

[201] 英国政府关于国际赔偿要求的规则没有提到个人方面的“真正联系条件”（规则一）：Warbrick，前注133，第1006页。参看这项原则适用于公司的规则四。

[202] 前注28，第1050页。

[203] “国籍”，3《国际公法大全》，第507页。

[204] 前注190，第707页。

[205] 前注190，第536页。

[206] “Nottebohm”案（1956年），5《国际法和比较季刊》，第239和240页、第243和244页（下称Jones，Nottebohm案）。

[207] van Panhuys，前注126，第158、161页。Fitzmaurice，前注184，第206和207页；D. Ruzié，“Nationalité, Effectivité et Droit Communautiare”1993年，《国际公法总评》，第113页；F. de Castro, “La Nationalité, La Double et Supra- Nationalité”，102《海牙讲义集》1961年第一期514，第582页；J. Bojars, Grazhdanstvo gosudarstv mira（1993年），第308至310页。

持，而且在双重国籍范畴之外，它“作为一项一般原则也发挥作用，可能适用于各种不同的情况”。[208] 不过，他也表示，这项原则不应“过分确切”地加以适用。[209]

113. 其他人则赞成效力原则。国际法委员会若干成员在第五届会议关于国籍、包括无国籍的辩论中对此表示支持。[210] 加西亚·阿马多尔在1961年向委员会提交的最后一次报告中提议在第23(3)条内编纂一项类似的规则：

> “如果国籍在法律上的联结不是以国家与个人之间的真正联系为依据，则国家不得代表个人提出赔偿要求。”[211]

最近，国际法协会个人和财产的外交保护问题委员会的两个报告员之一 Francisco Orrego Vicuna 提出了以下规则，以反映当代的“现实”和“趋势”：

> “与索偿国的国籍联系必须是真正和有效的。”[212]

不过，他也承认这项规则在适用时应当“更加灵活，适应不断变化的需要。”[213]

114. 委员会关于国家继承涉及的国籍问题条款草案[214] 第 19 条承认国籍方面的有效联系概念，但就外交保护而言则没有对其目前状况作出评判。

115. 1965年，国际法学会通过了一项关于国家为个人所受损害提出国际赔偿要求的国家特性的决议，其中对真正联系原则给予一定的支持：

> “在案件的特殊情况下，如归化似乎是在缺少任何属性联系时给予个人，则被告国可以拒绝某国为该人所受损害提出的国际赔偿要求，或宣布不可受理。”[215]

---

[208] Principles，前注 39，第 412 页。亦见第 415 页。见 Brownlie，国籍的关系，前注 175，第 349、364 页。

[209] 同上，第 423 页。其他作者也强调需要限制有效联系检验的适用范围：J. Combacau 和 S. Sur，《国际公法》，第 4 版（1999 年），第 325 页。

[210] 《1953 年鉴》，第一卷，第 180 页（第 24 段）、第 186 页（第 5、7 段）、第 239 页（第 45 和 46 段）（Yepes）；第 181 页（第 32 和 33 段）、第 218 页（第 63 段）（Zourek）；第 184 页（第 57 段）、第 237 页（第 24 段）（François）；第 239 页（第 50 段）（Amado）。

[211] 第六次报告，《1961 年…年鉴》，第二卷，第 49 页，A/CN.4/134 和 Add.1 号文件，第 1 页。

[212] 前注 93，第 27 页，第 6 条。

[213] 同上，第 12 页。

[214] 前注 171。第 19 条案文如下：

> “本条款草案中没有任何内容要求各国把与有关国家没有有效联系的有关人士作为该国国民对待，除非这会造成把这些人士作为无国籍人士对待。”

[215] 第 4(c)条，前注 103。

116. Nottebohm 案在国际法院对巴塞罗那电车公司案的辩论中占突出地位。[216] 国际法院虽然认为 Nottebohm 案在事实和法律上都有独特性质，但也认为该公司与加拿大之间确有一种“永久联系”。[217] 不过，国际法院十分谨慎，没有坚持认为在 Nottebohm 案中阐述的原则反映习惯国际法的一项原则。

117. Nottebohm 案中提出的真正联系要求如果严格加以适用，会严重妨碍外交保护的传统理论，因为它实际上会把数以百万计的人排除在受益于外交保护的范围之外。在当今经济全球化和人口移徙的世界上，数以百万计的人离开国籍国，在他们从未获得国籍的国家谋生。[218] 此外，还有无数的人因出生、血统或因与他们之间关系极为薄弱的国家的法律规定而获得国籍。连 Brownlie 和 van Panhuys 等 Nottebohm 案的支持者也承认，Nottebohm 原则须予灵活适用“。[219]

118. 习惯国际法承认，不得承认因欺诈、过失或严重错误而获得的国籍，[220] 而且国际法庭的职能就是调查国籍的给予，并在必要时免除国籍的给予，[221] 同时适当考虑到尊重国家给予国籍的效力[222] 和国籍国应有作出判断的余地的推定。[223] 这项原则可以纳入一项关于诚意的要求。国籍的给予为外交保护的目的将于承认，只要它不是在缺乏诚意的情况下作出，而且提出这种缺乏诚意的证据是被告国的责任。[224]

119. 事实上，国际法学会 1995 年的决议支持这样的规则，因为在缺少“任何属性联系”的情况下[225] 给予国籍正是缺乏诚意的初步证据。

---

[216] 前注 11，第 42 页。

[217] 同上。

[218] 见 K. Hailbronner, “Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatangehörigkeit”，载于 G. Ress 和 T. Stein(编),Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen（1996 年），第 36 页。

[219] Brownlie，Principles，前注 39，第 423 页；van Panhuys，前注 126，第 99 和 158 页。

[220] Flegenheimer 索赔案，前注 177，第 112 页和 153 页；Salem 案，前注 181，第 1185 页；Brownlie，Principles，前注 39，第 422 页；R. Y. Jennings，《国际法原则大纲》121《海牙讲义集》1967 年第二期 325，第 458 页。亦见上注 181。Bar-Yaacov，前注 166，第 150 至 152 页、第 158 页。

[221] Flegenheimer 索赔案，前注 177，第 96 至 112 页，尤其是第 98、103、104 和 106 页；Ralston 和 Doyle《1903 年委内瑞拉仲裁案》中的 Flutie 案，van Panhuys，前注 126，第 153 至 155 页。

[222] 前注 170 和 185；Jennings，前注 220，第 459 页。

[223] 前注 186。

[224] Flegenheimer 索赔案，前注 177，第 99、107 和 110 页。

[225] 前注 215。

120 在 Nottebohm 案中，国际法院面对的是一种极为特殊的情况，被告国与个人之间的联系十分密切，而该个人与原告国之间的联系则十分薄弱，从而暗示，国籍是在缺乏诚意的情况下给予的。因此比较明智的做法是把在此案中阐述的规则局限于案件的特殊事实，并采纳一项规则，允许以缺乏诚意为由对国籍的给予提出异议。

第 6 条

除须遵照第 9 条第 4 款外，[226] 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。

评论

121. 双重或多重国籍是国际生活的现实。个人可以获得一个以上的国籍，因为出生地主义和血统主义这两项原则并行，而且通过归化获得国籍不导致放弃先前国籍。在一国籍国设法保护双重国籍者不受其另一国籍国损害的情况下，这种现象在兵役义务和外交保护方面造成诸多困难。

122. 1930 年海牙国际法编纂会议本来打算减少或取消双重或多重国籍，[227] 但最终在《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 3 条中承认此类国籍的存在。[228] 该条规定：

“…持有两个或多个国籍者可被其每一国籍国视为国民。”

国际社会随后为取消双重和多重国籍所作的种种尝试也没有成功。欧洲国家在 1963 年《减少多重国籍和在多重国籍情况下的兵役义务的公约》中曾试图取消双重和多重国籍，[229] 该公约序言宣称，“多重国籍的情况会造成诸多困难，联合采取行动以尽可能减少成员国之间多重国籍的情况符合欧洲委员会的目标”。然而，该公约也未能实现其目标。在随后的几十年中，继续讨论该问题，最终达成 1997 年《欧洲国籍公约》，[230] 其中以更灵活的方式处理双重国籍问题，表明欧洲委员会内部有不同的利益考虑，许多成员国已日益接受这一现象。

123. 虽然许多国家国内法禁止其国民持有其他国家的国籍（护照？），但国际法没有此项禁令。因此，必须处理一国籍国是否可代表双重或多重国籍者针对另

---

[226] 案文如下：“新国籍国不得因其国民在仅是前一国籍国国民期间所受的损害针对前一国籍国实行外交保护”。亦见 Fitzmaurice ，前注 184，第 193 页。

[227] M. O. Hudson, “The First Conference for the Codification of International Law”, 24《美国国际法学报》，第 450 和 451 页（1930 年）。

[228] 前注 164。

[229] 《条约汇编》第 88 号(1971 年)，《欧洲条约汇编》第 43 号。阿拉伯国家联盟在 1954 年《国籍公约》框架内作出类似尝试。见 Brownlie，国籍关系，前注 175，第 351 页。

[230] 前注 165，第五章。

一国籍国实行外交保护的问题。编纂法律的尝试、国家实践、司法判决和学术著作在此问题上意见不一，但大部分学术权威都似乎倾向于支持第6条主张的规则。

124. 1929年《关于国家对在其领土内外国人的人身或财产造成损害所负责任的哈佛公约草案》宣称如下：

> “一国在受损害人或代表其提出赔偿要求的人曾是或现在是其国民的情况下不承担责任。”[231]

1930年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》赞同这项原则，并在第4条中规定：

> “一国不得针对国民的另一国籍国向其提供外交保护。”[232]

但在国际法编纂会议上显然意见分歧。有人建议列入“如果他惯常居住在后一国”，以便对上述规定施加限制，但多数人拒绝接受该项建议。一些代表团认为完全删除该项规定更为可取。另外一些建议如获通过，则可以就这些情况实行外交保护，如果人道主义的关注证明这种干预是正当的。因此，该规则是一个棘手的妥协。[233]

125. 公约第5条明确指出，应在双重国籍者的待遇中考虑主要或有效国籍的概念。该条规定：

> “在第三国内，持有一个以上国籍者的待遇应与持有一个国籍者的待遇相同。在不妨碍其关于个人地位的法律和任何生效公约的适用的情况下，对于此类人所持有的国籍，第三国应在其领土内只承认他惯常和主要居住国的国籍，或在这种情况下他似乎实际上与之关系最为密切的国家的国籍。”

虽然这一条约于1937年生效，但只有大约20个缔约国。

126. 1960年《关于国家对外侨造成损害所负国际责任的哈佛公约草案》[234]未明确允许或否定一国籍国代表双重国籍者向另一国籍国索赔的权利。[235]但该公约倾向于反对索赔，规定：

---

[231] 第16(a)条。前注100，第22页。

[232] 前注164。

[233] R. B. Flourney, Jr.“Nationality Convention, Protocols and Recommendations Adopted by the First Conference on the Codification of International Law”（1930年）24《美国国际法学报》，第471页；（1930年）《美国国际法学报》，第192至233页。

[234] Sohn和Baxter，前注37。

[235] 第21(3)(a)条中“国民”的定义很广，包括多重和双重国籍者；第23(1)条涉及国家索赔，未就代表双重国籍者对另一国籍国提出赔偿要求的问题表示看法。

“一国有权因另一人死亡提出其国民的赔偿要求，但死者不得是据称应负责任国家的国民。”[236]

127. 1965 年，国际法学会再度设法制订关于此问题的规则。在华沙会议上通过的决议第 4(a)条规定：

“被告国可拒绝一国因同时持有索偿国和被告国国籍的个人受到损害而提出的国际赔偿要求，负责此案的法院（管辖当局）不可予以受理。”[237]

应当指出，虽然法院不得受理此索赔案，但原则上显然未排除一国籍国针对另一国籍国采取外交保护的外交或领事渠道。但这种偏离 1930 年公约第 4 条文字的做法的实际意义有限。

128. 在 1930 年以前，很多都支持在涉及双重国籍者的仲裁案中适用主要国籍的原则。[238] 根据主要国籍裁定的第一宗索赔案是 James Louis Drummond 案。他持有法国和英国的国籍，1792 年被法国政府没收了财产。英国枢密院在其 1834 年的裁决中驳回了 Drummond 的索赔要求，裁定：

“Drummond 技术上是英国臣民，但实质上是法国臣民，（在没收其财产时）住在法国，具有法国的一切特征和属性……这是法国政府对自己臣民行使国内权力时对他采取的暴力行为。”[239]

129. De Brissot and de Hammer 案是另一经常被援引的案例，涉及向两名被委内瑞拉叛乱分子杀害的美国国民的遗孀和子女提供赔偿。1885 年，美国—委内瑞拉索赔委员会驳回这两名遗孀（原籍委内瑞拉，婚后成为美国国民）及其子女（因出生时父亲是美国人、母亲是委内瑞拉人而持有双重国籍）提出的赔偿要求，理由是在几个国籍之间出现冲突的情况下，出生和住所地的国籍应视为决定性因素。[240]

130. 委内瑞拉仲裁委员会在 1903 年和 1905 年期间裁定的 Milani 案，Brignone 案，Stevenson 案和 Mathinson 案也支持主要国籍原则，其中 Mathinson 案涉及一名英国—委内瑞拉国民因委内瑞拉政府造成的损失，向英国—委内瑞拉混合索赔委员会提出赔偿要求。仲裁人 Plumley 在确定 Mathinson 是英国国民之后宣称：

---

[236] 同上，第 23(5)条。

[237] 前注 103。

[238] 见 Joseph，前注 34，第 19 至 21 页；Leigh，前注 45，第 462 至 464 页；Brownlie，Principles，前注 39，第 403 和 404 页；Z.R.Rode，“Dual Nationals and the Doctrine of Dominant Nationality”（1959 年）53《美国国际法学报》，第 140 和 141 页；Weis，《国籍和无国籍》，前注 18，第 160 至 176 页。

[239] 2 Knapp，P.C.Rep.第 295 页，12 Eng.Rep.，第 492 页。着重字体为本文所加。

[240] 3 Moore，International Arbitrations，第 2456 至 2459 页（1898 年）。

“兹承认，如果按照委内瑞拉法律他也是委内瑞拉人，则住所地法律占优先，索赔者不得向本混合委员会提出赔偿要求。”[241]

131. 此外，还可援引常设仲裁法院 1912 年裁定的 Canevaro 案[242] 支持主要国籍原则。在该案中，常设仲裁法院面临的问题是意大利政府是否能够代表 Rafael Canevaro 提出赔款要求。他是意大利—秘鲁公民，因秘鲁政府不支付支票而蒙受损失。仲裁法院审查了 Canevaro 的履历，发现他多次以秘鲁国民身份行事，甚至竞选参议员，而且曾是秘鲁驻荷兰总领事，因此裁定秘鲁政府有权驳回意大利政府的赔偿要求。

132. Hein 案涉及曾是德国国民的英国人 Hein 要求的损害赔偿。德国争辩说，Hein 过去是德国国民，因此德国对他遭受的损害不承担国际责任。但英国—德国混合仲裁法庭裁定，无论 Hein 是否仍然正式是德国国民与此赔偿要求无关，因为

“他已成为英国国民，而且在该条约生效时住在英国，因此他有权索赔。”[243]

133. 1923 年再次出现这一问题。法国—德国混合仲裁委员会在 Blumenthal 案中作出了类似裁决。[244] 1925 年，该法庭应要求裁定一国是否可以就也是被告国国民的本国国民提出损害赔偿要求。该案涉及生为法国国民、因与德国国民结婚而成为德国臣民的 Barthez de Monfort 女士提出的赔偿要求。该委员会认为自己有权受理此案，因为索赔者“从未放弃其法国住所”，并因为

“国际法庭必须遵守实际国籍原则，即根据事实和法律的综合因素确定国籍，因此…索赔者是法国国民，有权得到相应的裁决。”[245]

134. 法国—墨西哥混合索赔委员会审理墨西哥政府是否有权代表出生在墨西哥但后来入了法国籍的 Georges Pinson 索赔。由于证据表明，在提出赔偿要求之前，墨西哥政府一直将 Pinson 作为法国国民对待，因此委员会裁定，即使可确定 Pinson 持有双重国籍，但墨西哥政府无权代表他提出赔偿要求。[246]

135. 1928 年，美国—奥地利和匈牙利三方索赔委员会对 Tellech 案作出裁决。在该案中，美国代表 Alexander Tellech 提出赔偿要求，因他在奥地利被迫服兵

---

[241] Mathinson 案，在 Ralston，《1903 年委内瑞拉仲裁案》，第 429 至 438 页。着重字体为本文所加。亦见 Brignone、Milani 和 Stevenson 案，同上，分别为第 710 页、第 754 至 761 页和第 438 至 455 页。

[242] Scott：《海牙法院案例汇编》，第一卷，第 284 页。

[243] 《1919—22 年国际公法案例年度摘要和汇编》，第 148 号案，第 216 页。着重字体为本文所加。

[244] 《混合法庭裁决汇编》，第 3 卷（1924 年），第 616 页。

[245] 《1925—26 年国际公法案例年度摘要和汇编》，第 206 号案，第 279 页。着重字体为本文所加。

[246] 《1927—28 年国际公法案例年度摘要和汇编》，第 194 号和 195 号案，第 297 至 301 页。

役。此项要求被驳回，理由是 33 岁的 Tellech 在奥地利生活了 28 年，作为双重国籍者，他冒着必须依奥地利法律履行其各项义务的风险，自愿住在奥地利。[247]

136. 伊朗—美国索赔法庭中的伊朗法官对上述裁决的解释提出质疑。他们断定，对其中一些案例（即使一般被解释为支持主要国籍论的案例）的正确解释支持国家对双重国籍者的赔偿要求不承担责任的观点。此外，他们认为其余案例毫不相干，因为它们是由战胜大国和战败国之间根据各项条约所设委员会和法庭裁定的，导致其管辖权基本上分配不公。[248] 但不可否认的是，如 de Brissot 和 de Hammer 案所示，有些裁决采用主要国籍原则，驳回战胜大国国民提出的赔偿要求。

137. 然而，在 Nottebohm 案之前的司法裁决中，国家对双重国籍者的赔偿要求不承担责任的规则也得到司法支持。

138. 其中最知名的案例之一是 Alexander 案。该案涉及英国—美国双重国籍者根据 1871 年《华盛顿条约》向美国—英国索赔委员会提出的赔偿要求。该法庭在确定 Alexander 的双重国籍之后驳回他的赔偿要求，裁定：

> “将他对另一主权国的不满视为国际问题，就是主张一种高于他也是臣民的另一国的管辖权。这必然使案情复杂化，因为任何政府都不会承认另一国有权代表它认为是自己臣民的人进行干预。”[249]

139. 同样，英国—墨西哥索赔委员会分别于 1929 年和 1931 年对 Oldenbourg 案 和 Honey 案作出裁决，根据该项原则驳回提出的赔偿要求，后来更认为该项原则是“公认的国际法规则”，

> “双重国籍者不能使他效忠的国家之一在国际法庭面前成为被告国。”[250]

英国代理人接受此项意见，撤回代表持有双重国籍的索赔者提出的所有赔偿要求。[251] 1931 年，该委员会在 Adams 和 Blackmore 案中得出类似结论。[252]

---

[247] (1928 年)2 《国际仲裁裁决汇编》，第 248 和 249 页。

[248] Shafie Shafeiei 博士关于双重国籍问题的反对意见（第 157 号和第 211 号案），2《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》，第 194 页。Bar-Yaacov 同意此项意见，前注 166，第 214、226 和 233 至 235 页。

[249] （1898 年）3 Moore, International Arbitrations, 第 2529 页。着重字体为本文所加。

[250] Oldenbourg 案，Decisions and Opinions of Commissioners，1929 年 10 月 5 日至 1930 年 2 月 15 日，第 97 页；Honey 案，Further Decisions and Opinions of Commissioners，1930 年 2 月 15 日之后，第 13 页。在 Rode 中引述，前注 238，第 141 页。

[251] Bar-Yaacov, 前注 166，第 212 页。

[252] 5 《国际仲裁裁决汇编》，第 216 和 217 页。

140. 仲裁法庭在 Salem 案中处理了略有不同的赔偿要求。索赔者出生在埃及，后来加入美国籍。虽然他出生在埃及，但证据表明，Salem 出生时是波斯国民，因此他生为波斯人而不是埃及人。但被告国埃及仍然争辩说，仲裁法庭对他没有管辖权，因为他的有效国籍是埃及籍。对此，仲裁法庭宣判如下：

> “在国际法中，似乎未充分确立埃及政府提及的‘所谓有效国籍’原则。著名的 Canevaro 案曾适用该原则，但当时任命的仲裁法庭所作的裁决仍然是孤立的。因此，只要埃及政府能证明 Salem 是埃及臣民，则无须引用‘有效国籍’原则反对美国的赔偿要求。”[253]

141. 1949 年，国际法院在联合国公务中所受损害赔偿案的咨询意见中，将国家不针对另一国籍国向其国民提供保护的惯例称为“普通惯例”。[254]

142. 在 Nottebohm 案和 Merge 案中，可看到对在涉及双重国籍者的案例中适用主要或有效国籍原则的最强有力支持。[255]

143. 第 5 条的评注充分探讨了 Nottebohm 案。该案裁定，索偿国的国籍应为有效国籍，并反映出“一种社会属性，一种存在、权益和情感的真正联系，再加上相互的权利和义务”。[256] 虽然国际法院处理的是单一国籍的案件，但判决主要以双重国籍领域中的先例为前提。例如，法院声称：

> “在出现涉及实行外交保护的问题时，国际仲裁人以同样的方式裁定了许多双重国籍案。他们优先考虑真正和有效国籍。此类国籍符合事实，并基于有关人士与其国籍国之一的更密切的实际联系。同时，还考虑到不同因素，而

---

[253] 前注 181，第 1187 页。

[254] 前注 54，第 186 页。

[255] P. de Visscher 认为（“Cours general de droit internaitonal public”136《海牙讲义集》（1972 年第二期）1，第 163 页）

> “正是在双重国籍者的外交保护问题方面，联系理论作为国际法一项特定限制取得了缓慢而逐步的发展。”

亦见 P. Klein，“La Protection Diplomatique des Doubles Nationaux: Reconsideration des Fondaments de la Régle de Non-Responsibilite”（1988 年）21 《比利时国际法评论》，第 184 页；G. I. Tunkin 和其他人，Mezhdunarodnoye pravo (1974 年)，第 221 页。

Leigh 认为，Nottebohm 案的裁决

> “可能产生的效果是，确保一国可以代表与之有有效联系的国民提出赔偿要求，即使索赔是针对该个人曾是其国民的另一国。在此情况下，效力原则的作用是允许提出赔偿要求，而平等原则却禁止索赔。”

前注 45，第 469 页。

[256] 前注 47，第 23 页。

> 这些因素在各个案件中的重要性有所不同：有关个人的惯常居住地是重要因素，但还有其他因素，如其权益的中心、家庭联系、参与公共生活的情况、对某一国家的情感的表现及对其子女的反复灌输等。”[257]

事实上，Read 法官在其反对意见中争辩说，对真正或有效联系的要求限于涉及双重国籍者的索赔案。[258]

144. 同年，意大利—美国调解委员会在 Merge 案中确认，将在 Nottebohm 案中阐述的原则适用于双重国籍案。在 Merge 案中，生为美国国民但与意大利国民结婚后成为意大利国民的 Florence Merge 因损失钢琴和其他个人财产，向意大利提出赔偿要求。该委员会就此指出：

> “基于各国主权平等的原则排除涉及双重国籍的外交保护。每当有效国籍是索偿国的国籍时，这项原则必须服从有效国籍原则。但如果未能证明这种优先地位，则无须服从，因为前一原则已得到普遍承认，可成为消除任何可能出现的不确定情况的实际适用标准。”[259]

委员会在其意见中阐明，有效国籍的原则和主要国籍的概念只是同一问题的正反两个方面。意大利—美国调解委员会在随后的 50 多宗涉及双重国籍者的案件中，均适用这项经采纳的规则和上述标准。委员会在每个案件中都提到其对 Merge 案的裁决。[260]

145. 根据这些案例，伊朗—美国索赔法庭在许多涉及持有伊朗和美国双重国籍的人对伊朗提出的索赔案中适用了主要和有效国籍的原则。Esphahanian 案[261] 是第一宗涉及双重国籍者的案件，其中首次确定该法庭对此类索赔案有管辖权；该法庭第二分庭的裁决基于上述法理，在理论上支持主要国籍原则。在多数意见中

---

[257] 同上，第 22 页。

[258] 同上，第 41 和 42 页。

[259] (1955 年)22《国际法评论》，第 455 页（第 V.5 段）。亦见（1955 年）16《国际仲裁裁决汇编》，第 247 页。

[260] 例如见 Spaulding 索赔案（1956）《国际法评论》，第 452 页；Zangrilli 索赔案（1956）25 《国际法评论》，第 454 页；Cestra 索赔案（1957 年）25 《国际法评论》，第 454 页；Puccini 索赔案（1957 年）25 《国际法评论》，第 454 页；Salvoni Estate 索赔案（1957 年）25 《国际法评论》，第 455 页；Rusppoli 索赔案（1957 年）25 《国际法评论》，第 457 页；Ganapini 索赔案（1959 年）30 《国际法评论》，第 366 页；Turri 索赔案（1960 年）30 《国际法评论》，第 371 页；Graniero 索赔案（1959 年）30 《国际法评论》，第 451 页；Di Ciccio 索赔案（1962 年）40 《国际法评论》，第 148 页。亦见 Verdross 和 Simma，前注 75，第 791 页（第 1197 段）。

[261] 前注 181，第 157 至 170 页。亦见 Shafeiei 的反对意见，前注 248，第 178 至 225 页。关于对这面裁决的批评，见 R.Khan， “The Iran-United States Claims Tribunal: Controversies, Cases and Contribution” （1990 年），第 120 页；J.F.Rezek, “Le Droit International de la Nationalite”198《海牙讲义集》1986 年第三期，第 368 页。

提到的学术权威，即 Basdevant、[262] Maury[263] 和 Paul de Visscher，都确认主要和有效国籍理论的有效性和普遍性。[264] 有关裁决赞同地引述了 de Visscher 的下段文字：

> “十九世纪期间，有效关系或主要联系理论经常被适用，但由于该理论一般用于驳回赔偿要求，所以它最终表明，为双重国籍者提出的赔偿要求通常不予受理…这意味着所有为双重国籍者提出的保护要求均应宣布为不可受理。国际法学会 1965 年认为应重申这项规则……这项规则未正确表达现行法律……国际法院对 Nottebohm 案作出宣判时，确实想要申明一项普遍原则。”[265]

就最新的文献来说，多数意见（即 Bellet 法官和 Aldrich 法官）认为，Rousseau、[266] Batiffol 和 Lagarde、[267] Siorat、[268] Rode[269] 的著作以及国际法委员会的文件[270] 对有效国籍论也表示赞成。多数意见还认为，法庭一般只有在双重国籍者本人身在被告国籍国的情况下时，才裁定一国籍国不得代表双重国籍者索赔。

146. Shafeiei 法官[271] 在其反对意见中强调，法学家对在涉及双重国籍者的案件中是否可以适用主要国籍原则的问题有分歧。他援引了 Borchard[272] 和 1965 年国际法学会关于该问题的讨论[273] 以及 Oppenheim、[274] Bar-Yaacov、[275] Nguyen Quoc Dihn、Dallier 和 Pellet[276] 及 von Glahn，[277] 以支持不承担责任原则。

---

[262] “Conflicts de nationalite dans les arbitrages venezueliens de 1903-1905”（1909 年）《国际私法评论》，第 41 至 63 页。

[263] Melanges en l’honneur de G. Scelle。

[264] Esphahanian 案，前注 181，第 164 页。

[265] 前注 255，第 162 页。

[266] Droit Internaitonal Public，Precis Dalloz(1976 年)，第 112 页。

[267] Droit International Prive，第 82 号，第 7 版（1981 年）

[268] Jurisclasseur Droit International，La Protection Diplomatique，专册 250-B,第 20 号（1965 年）。

[269] 前注 238，第 139 页。

[270] 加西亚·阿马多尔，第六次报告，前注 211，第 46 和 49 页。

[271] 前注 248，第 199 至 201 页和第 207 页。

[272] (1931 年)36-I Ann IDI, 第 289 页；(1932 年)37 Ann IDI，第 278 页。

[273] (1965 年)51-I 和 51-II Ann IDI。

[274] 《国际法》，第 8 版（1955 年），第一卷，第 348 页。

[275] 前注 166，第 238 页。

[276] Droit international public（1980 年），第 711 页。现见第 6 版，前注 75，第 774 页。Combacau 和 Sur 也怀疑 Merge 案是否推翻了 1930 年公约所阐述的传统规则：前注 209，第 327 和 328 页。

[277] Law Among Nations（1981 年），第 207 页。

147. 合议法庭在第 A/18 号案[278] 中认可了 Esphahanian 案。由非伊朗法官组成的多数意见[279] 以及少数意见[280] 再次声称大多数学术著作都支持其立场。

148 1981 年《阿尔及尔宣言》[281] 所设伊朗—美国索赔法庭未就代表国民提出国家间索赔问题作出规定。这

> “不是向国民提供外交保护的典型。在典型情况下，国家设法为其国民争取某种形式的国际补救，而设立一个法庭，当事方是国家而不是其国民。在这一典型情况下，国家支持其国民的赔偿要求，将要求赔偿的损害视为对本身的损害。但美国政府在本法庭中不是仲裁美国国民的赔偿要求的当事方，甚至在它作为这些国民律师的小索赔案中也不是。”[282]

虽然伊朗—美国索赔法庭具有这种体制上的特殊性，但其判例无疑向主张主要国籍原则的人提供了相当大的支持。[283] 已有大约 130 宗涉及双重国籍者的案件交由该法庭审理。[284]

149. 另一个支持主要国籍原则的机构是安全理事会设立的联合国赔偿委员会，以便对伊拉克占领科威特所造成的损害提供赔偿。该委员会在考虑也持有伊拉克国籍的双重国籍者的赔偿要求时，适用的条件是他们必须持有另一国的正式国籍。[285]

150. 加西亚·阿马多尔提交国际法委员会的各次报告均采用了主要国籍原则。他的第三次报告第 21(4)条指出：

---

[278] 前注 62。

[279] 多数意见增加了下列支持主要国籍原则的作者：Reuter，Droit International Public，第 5 版(1976 年)，第 236 页；Messia，“La protection diplomatiquen case de double nationalite”，Hommage a un Generation de Juristes au President Basdevant（1960 年），第 556 页；Donner，The Regulation of Nationality in International Law（1983 年），第 95 页；Leigh，前注 45，第 453 和 475 页；Griffin，State Department Memorandum of 5 Novermber 1957。

[280] 伊朗法官的长篇反对意见的依据是 Shafeiei 法官在 Esphahanian 案反对意见中援引的作者，以及 Fitzmaurice（前注 184，第 193 页）和 Jessup（前注 101，第 100 页）的观点（见 5《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》，第 327 至 328 页。）

[281] 《阿尔及利亚人民民主共和国政府宣言》（1981 年）20《国际法材料》，第 224 至 229 页；《关于美利坚合众国政府和伊朗伊斯兰共和国政府处理索赔问题的阿尔及利亚人民民主共和国政府宣言》（1981 年）20《国际法材料》，第 230 至 233 页。

[282] Esphahanian 案，前注 181，第 165 页。

[283] 一般见 G.H.Aldrich，The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal（1996 年），第 44 至 79 页；C.N.Brower 和 J.D.Brueschke，The Iran-United States Claims Tribunal（1988 年），第 32 至 42 页和第 288 至 323 页。

[284] M.Aghahosseini，“The Claims of Dual Nationals Before the Iran-United States Claims Tribunal: Some Reflections”（1997）10 《莱顿国际法学报》，第 22 页。

[285] 联合国 S/AC.26/1991/7/Rev.1 号文件，第 1 段。

“在双重或多重国籍案件中，只有外侨与之具有更强和更真正的法律或其他关系的国家才应行使提出赔偿要求的权利。”[286]

Orrego Vicuna 在其 1999 年提交国际法协会的报告中也对此表示支持。[287]

151. 1997 年《欧洲国籍公约》[288] 未就这个问题表明立场。该公约第 17(2)条规定，其关于多重国籍的条款不影响

“关于缔约国向同时持有另一国籍的国民提供外交或领事保护的国际法规则。”

152. 伊朗—美国索赔法庭所作的各项裁决表明，学术界对涉及双重国籍者的索赔案所采用的主要国籍检验意见不一。然而，甚至被援引以反对这种检验的作者[289]也承认其实用性。《奥本海国际法论》的最新版本赞同 1930 年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》第 4 条所载的规则（称该规则“可能”是一项习惯国际法规则），但也承认 1930 年《海牙公约》第 4 条和第 5 条有冲突，在处理涉及一国籍国向另一国籍国索赔的案件时往往以第 5 条为准，除非个人的主要国籍是索偿国的国籍。[290]

153. 对主要或有效国籍原则的主要反对意见之一是它不明确。虽然有些学术权威强调住所地[291] 或居住地[292] 是有效联系的证据，但其他学术权威则认为效忠[293] 或自愿归化 [294] 非常重要。伊朗—美国索赔法庭的判例对阐明在确定个人与其国籍国的有效联系时所应考虑的因素作出了重大贡献。该法庭在许多案件中予以考虑的因素包括：惯常居住地、在每一国籍国的居留时间、归化日期（即在索赔之前作为保护国国民的时间）；受教育地点、课程和语文；就业和金融利益；家庭

[286] 加西亚·阿马多尔，第三次报告，前注 116，第 61 页。亦见加西亚·阿马多尔，第五次报告中的第 23(5)条，前注 116，第 49 页。

[287] Orrego Vicuna 提议以下规则：

“在双重国籍案中，有效联系应高于其它考虑，除非有充分理由对个人也是其国民的国家提出赔偿要求。”前注 93，第 27 页，第 11 条。

[288] 前注 165。

[289] Brownlie，Principles，前注 39，第 404 页；Geck ，前注 28，第 1051 页；Parry， 前注 190，第 699 页。

[290] 前注 34，第 516 页。

[291] Borchard， 前注 50，第 589 页；Parry， 前注 190，第 711 页。

[292] 1930 年《海牙公约》第 5 条，前注 164；Bar-Yaacov， 前注 166，第 136 至 137 页和第 260 页；Fitzmaurice，前注 184，第 193 页。

[293] Read 法官在 Nottebohm 案中的反对意见，前注 47，第 44 至 45 页；Brownlie，Principles，前注 39，第 422 页。

[294] Jennings，前注 220，第 459 页；Randelzhofer，前注 203，第 507 页。

生活地点；在每个国家的家庭联系、家庭的国籍和在另一国籍国使馆的出生和结婚登记；参与社会和公共生活的情况；语文的使用情况；税务、银行帐户和社会保障保险；对另一国籍国的探访和与它的其他联系；拥有和使用另一国家的护照的情况；一个国籍的放弃；在一国服兵役的情况。这些因素都不起决定性作用，对每个因素的重视程度视案情而定。[295] 该法庭也很重视表明以欺诈手段获得或使用国籍的因素。[296]

154. 关于向双重国籍者提供针对其另一国籍国的外交保护，现行国家实践的记录极少。但所得记录表明，已发生有利于接受主要或有效国籍原则的变化。[297]

155. Bar-Yaacov 在其关于双重国籍的论文（1961 年）中指出，当代美国实践是拒绝向双重国籍者提供针对另一国籍国的外交保护，特别是如果他们住在该国。美国在下述情况不向其国民提供保护：在选择国籍时不优先选择美国国籍，或选择美国国籍后住在另一国籍国。关于入籍公民，美国原来的立场是不针对原籍国提供保护，但 1859 年取消了该项政策。美国国务院否定不承担责任的理论，称个人一旦成为美国公民，其与美国的联结是专属的。根据这一论点，美国政府多次试图代表入籍美国人针对其另一国籍国实行外交保护，甚至在他们返回该国之后。[298] 英国实践也很相似。只要个人住在另一国籍国，就不针对该国提供保

---

[295] Brower 和 Brueschke，前注 283，第 32 至第 42 页。

[296] 关于处理这些因素和涉及以欺诈手段获得或使用国籍的告诫见：Esphahanian 案，前注 181，第 166 页。Golpira 诉伊朗案(1983 年)2《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》171，第 174 页；Danielpour(M.)诉伊朗案(1989 年)2 2《 伊朗—美国索赔法庭案例汇编》118，第 121 页；Danielpour(S.J.)诉伊朗案(1989 年)2 2 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》，第 126 页；Berookhim 诉伊朗案(1990 年)2 5《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》278，第 285 页；Nemazee 诉伊朗案(1990 年)2 5 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》153，第 159 页；Golshani 诉伊朗案(1989 年)2 2《 伊朗—美国索赔法庭案例汇编》155，第 159 页；Etezadi 诉伊朗案(1990 年)25《 伊朗—美国索赔法庭案例汇编》264，第 270 页；Hemmat 诉伊朗案(1989 年)22《 伊朗—美国索赔法庭案例汇编》129，第 136 页；Ebrahimi 诉伊朗案(1989 年)22 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》138，第 144 页；Perry-Rohani 诉伊朗案(1989 年)2 2 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》194，第 198 页；Abrahamian 诉伊朗(1989 年)2 3 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》285，第 287 页；Ghaffari(A.)诉 Nioc 案(1990 年)25 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》178，第 184 页；Mahmoud 诉伊朗案(1985 年)9 《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》，第 350 页；Malek 诉伊朗案(1988 年)19《伊朗—美国索赔法庭案例汇编》48，第 52 页；Nourafchan 诉伊朗案(1989 年)23《 伊朗—美国索赔法庭案例汇编》，第 310 页等。亦见 Aldrich，前注 283，第 61 至 80 页；Brower 和 Brueschke，前注 283，第 298 至 305 页和第 315 至 316 页；D.J.Bederman，“Nationality of Individual Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal”，（1993 年）42 《国际法和比较法季刊》 119，第 129 页。

[297] Hailbronner 辩称，关于也针对国籍国提供保护的人权法领域的当代国家实践和法律发展，虽然在此领域还没有明确而统一的实践，大多数国家可能反对提供此类保护，但至少已慢慢发生变化，逐步接受有效国籍原则（前注 218，第 30 至第 36 页）。但论点与 Lee 相反，前注 141，第 159 页。

[298] Bar-Yaacov，前注 166，第 64 至 72 页和第 147 至 155 页。

护。但如果入了联合王国国籍的英国国民决定返回其原籍国，联合王国就不向其提供保护，这与美国的政策形成对照。[299]

156. 但因两国的政策发生了变化，Bar-Yaacov 的结论已经过时。目前，美国国务院适用有效国籍原则，[300] 而且根据英国政府 1985 年的规则：

> “如果被告国是[持有双重国籍者的]联合王国国民的第二国籍国，英国政府一般不受理其作为联合王国国民提出的赔偿要求；但如果被告国在造成损害时将索赔者作为联合国[原文联合王国]国民对待，则可受理其要求。”[301]

157. 1970 年代，智利政府拒绝针对另一国籍国提供外交保护。[302] 与此同时，德意志联邦共和国不反对非正式实行外交保护，[303] 而瑞士虽然认为不承担责任是一般规则，但不否定可能在例外情况下针对另一国籍国提供保护。[304]

158. 在双重国籍案中适用有效或主要国籍原则必然会引起各国籍国之间的较量。如果双重国籍者与两国的关系差不多，法庭在适用有效国籍优先的原则时应慎重，因为这会严重损害两个国籍国的平等关系。[305]

159. 有助于解决国籍国之间关于双重国籍者争端的办法见伊朗—美国索赔法庭在第 A/18 号案所阐述的告诫：

> “如果法庭根据索赔者的主要或有效国籍认定对案件有管辖权，另一国籍仍可能与索赔案的实质有关。”[306]

根据此项规则，法庭必须在案件实质阶段审查案情。如果认定双重国籍者利用被告国的国籍获得只向被告国国民提供的利益，法庭可拒绝作出有利于索偿国的裁决。[307]

---

[299] 同上，第 72 至 75 页和第 155 至 157 页。

[300] Brownlie，Principles，前注 39，第 404 页，引述 Digest of US Practice（1979 年）。亦见 Lee，前注 141，第 160 页。荷兰遵循同一原则。同上，第 161 页。

[301] 引自 Warbrick《适用于国际索赔的规则》第三条，前注 132，第 1007 页。

[302] Orrego Vicuna，智利，前注 142，第 141 页。

[303] Seidl-Hohenveldern，“Federal Republic of Germany”，在 E.Lauterpacht 和 J.G.Collier 编，Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An Internatinal Compendium（1977 年）243，第 247 页。

[304] Caflishch，前注 148，第 499 页。

[305] Rezek ，前注 255，第 266 和 267 页。亦见 Klein，前注 255，第 184 页。对 Merge 索赔案就是这样解释的（前注 259，第 455 页，第五.5 段，在上文第 6 条的评注（第 91 段）中引述）：见 van Panhuys(前注 126，第 78 页)；Verdross 和 Simma（前注 75，第 905 页（第 1338 段））；Jurgens （Diplomatischer Schutz und Staatenlose(1987),第 206 页）和 Leigh（前注 45，第 472 页）。

[306] 前注 62，第 265 和 266 页。

[307] 见 Khosrowshahi（F.L.）诉伊朗案（1990 年），24《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》，第 45 页；Saghi(J.)诉伊朗案（1993 年），第 544-298-2 号裁决。亦见 Aldrich，前注 283，第 76 至 79 页；Brower 和 Brueschke，前注 283，第 296 至 322 段。

160. 大部分学术权威都支持在涉及双重国籍者问题时适用主要国籍原则。此外，司法裁决和学术著作也阐明在作出此类裁决时应考虑的各项因素。因此，第6条所载的原则反映出习惯国际法现有的立场，符合国际人权法的发展一，甚至向个人提供针对其国籍国的法律保护。[308]

第7条

1. 根据第5条所列标准双重或多重国籍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。

评论

161. 有效或主要国籍原则也曾适用于国籍国针对第三国设法保护双重国籍者的情况。1926年南斯拉夫-匈牙利混合仲裁法庭在de Born案中就一名匈牙利-德国双重国籍者对南斯拉夫提出的赔偿要求作出裁决，在宣称其对该案有管辖权之前，确立如下：

> “本法庭有义务检查这两个国家之中哪一个从法律上及事实上都存在建立有效的国籍联系而不只是理论上的联系的要件，而具有国际管辖权的法庭也有义务解决国籍冲突。为此，它应当考虑索赔者在哪里定居、在哪里经营其业务和在哪里行使政治权利。应以适用上述检验方式断定的国籍为准。”[309]

162. 1930年《关于国籍法冲突的若干问题海牙公约》[310]第5条在一定程度上支持这项原则。该条规定：

> “在第三国里，持有多于一个国籍的人士应视为只持有一个国籍。在不妨碍其有关个人身份的法律以及现行任何公约的适用的情况下，对于任何此种人士所持有的国籍，第三国应只在其领土内承认此种人士的主要和惯常居住国的国籍或在这种情况下看来事实上与他最有关连的国家的国籍。”

虽然这一条没有具体提到外交保护，它可以适用于对双重国籍者的保护。

163. 其后拟议编纂的规则采取了类似的处理办法。1965年，国际法学会在华沙举行会议，通过一项决议，其中第4（b）条规定：

> “对于一国为受损害的个人提出的国际赔偿要求，如该人除持有索偿国的国籍外还持有被告国以外国家的国籍，则被告国可予拒绝，负责审理此索赔案

---

[308] 见Hailbronner，前注218，第35页。

[309] 1925-26年《国际公法案例年度摘要和汇编》，第205号案件。

[310] 前注164。

的法庭（管辖机构）也可不予受理，除非能够证明当事人与索偿国有更密切（主要）的关系。”[311]

164. 1960年《关于国家对造成外侨受损害所负国际责任的哈佛公约草案》[312] 默示支持这项规则，因为其对有效国际原则的一般性支持，可被解释为适用于涉及双重国籍者的外交保护的所有案例。加西亚·阿马多尔在其 1958 年第三次报告中采取了同样的处理办法。该报告载有一项建议，其大意是理应不能为双重或多重国籍者提供外交保护，除非能够证明个人与愿意提供此种保护的国家的关系比起任何其他国家来说“更深、更真切”。[313]

165. 在受损害者不是第三国国民的情况下，司法意见倾向于反对在为双重国籍者向第三国提出的诉讼中适用主要或有效国籍的规定。

166. 在 Salem 案中，仲裁法庭裁定埃及不能以受损害的个人持有有效的波斯国籍的事实来拒绝美国的索赔，因为该人也是美国国民。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。”[314]

167. 意大利-美国调解委员会在 Vereano 索赔案中也得出类似的结论。该案涉及为一名通过婚姻取得土耳其籍的美国人提出的赔偿要求。委员会引述了其在 MERGE 案中的裁决如下：

“根据这项条约，不持有意大利籍、但持有第三国国籍的美国国民可被视为‘美国国民’，即使其主要国籍是第三国的国籍。”[315]

168. 此一规则于 1958 年经委员会在 Flegenheimer 索赔案中予以确认。[316]

169. 在 Stankovic 索赔案中，同一委员会审理了美国为一名南斯拉夫国民提出的赔偿要求。该人在南斯拉夫联盟共和国成立之后移居瑞士，并于 1948 年在当地取得了无国籍人护照；1956 年他归化为美国公民。在意大利当局提出反对之后，委员会表示，即使 Stankovic 同时是另一国国民，美国也有权支持他的索赔。委

[311] 前注 103。

[312] 第 23(3)条。Sohn 和 Baxter，前注 37。

[313] 同上，第 21(4)条。

[314] 前注 181，第 1188 页（1932 年）。

[315] Merge 索赔案，前注 259，第 456 页，第 8 段，在 Vereano 索赔案（1957 年）中引述，25《国际法案例汇编》，第 464 和 465 页。

[316] 前注 177，第 149 页。

员会的意见是，从一个联合国会员国的国籍改为联合国另一个会员国的国籍不影响委员会的管辖权。[317]

170. 在涉及第三国的双重国籍案件中，上述关于是否必须规定有效联系的冲突最好能够折衷解决，这需要索偿国仅仅证明它与受损害者之间确实存在正当国籍联系即可。伊朗-美国索赔法庭在审理索赔者同时是美国及第三国国民的若干案件[318] 时一直依循这条规则。即使主要国籍问题在此种案件中提出，必要的证据常常没有象涉及伊朗-美国双重国籍的案件[319] 那样严格。不过，该法庭在一些案件中指出，如能证明索赔者也持有第三国国籍，则必须断定其主要国籍。[320]

171. 联合国赔偿委员会采取同样的方针，因为它不会考虑“为没有另一国正当国籍的伊拉克国民提出的”赔偿要求，但持有伊拉克籍以外的双重国籍者的索赔则没有限制。[321]

172. 如一国籍国为双重国籍者向另一国籍国提出赔偿要求，则明显地在法律上有冲突。[322] 不过，如国籍国要针对第三国向双重国籍者提供保护，则没有此种问题。因此，没有理由适用主要或有效国籍原则。[323] 英国的国家实践采用这种方针。[324]

173. 不过，如果双重国籍者是以欺诈手段取得索偿国国籍以提起诉讼，被告国有权提出异议。因此，与多重国籍者有正当国籍联系的任何国籍国皆理应可以针

---

[317] （1963 年）40《国际法案例汇编》，第 155 页。

[318] 例如见 Dallal 诉伊朗案（1983 年）3《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》10，第 23 页。Bederman，前注 296，第 123 和 124 页。

[319] 例如见 Saghi（J.M.）诉伊朗案（1987 年）14《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 4 和 6 页；McHarg、Roberts、Wallace 和 Todd 诉伊朗案（1986 年）13《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》，第 289 页。亦见 Aldrich，前注 283，第 56 和 57 页。

[320] Uiterwyk 公司诉伊朗案（1988 年）19《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》107，第 107 和 118 页。（Aldrich 认为此案支持这样的看法：这类案件不必要求那么严格的证据。前注 283，第 57 页。）Asghar 诉伊朗 1990 年）24《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 242 和 243 页；Daley 诉伊朗（1988 年）18《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》第 236 和 237 页。

[321] 前注 285，第 3 页。

[322] Parry，前注 190，第 707 页。

[323] 例如见《奥本海国际法论》，前注 34，第 883 页。亦见 S.V.Chernichenko，Mezhdunarodno pravovye voprosy grazhdanstva（1968 年）第 110 至 112 页；N.A.Ushakov 等，Kurs Mezhdunarodno Prava（1990 年）第 80 至 82 页；Hailbronner，前注 218，第 36 页。根据 Lee，在此种案件中侨居国一般不反对给予领事保护（前注 141，第 159 页。）

[324] Warbrick 援引的《英国政府适用于国际索赔的规则》第三条第一句（前注 132，第 1006 和 1007 页）指出：

> “如索赔者是双重国籍者，英国政府可为其提出赔偿要求（虽然在某些情况下，由英国政府与有权提出赔偿要求的其他政府共同提出可能是适当的）。

对任何第三国向其提供外交保护。应当容许多重国籍者在任何安排下提出赔偿要求，使与其有正当的国籍联系的任何国家的国民能够提出国际赔偿要求。

174. 原则上没有理由不能让两个国籍国共同行使归属每一国籍国的权利。因此，与受损害的个人有正当联系的两个或多个国籍国共同实行外交保护应是许可的。[325]

第 8 条

一国得为受损害的无国籍者和（或）无国籍的难民实行外交保护，如该人常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。

评论

175. 如第 1(1)条及其评注所示，传统上外交保护只限于国民。[326] 外交保护不惠及无国籍者，这一点在 Dickson Car Wheel 公司诉墨西哥合众国案中已清楚表明。该案的法庭指出：

> “一国损害无国籍的个人……并不构成国际不法行为，因此没有国家有权在损害发生之前或之后为其进行干预或投诉。[327]

这项传统规则没有考虑到无国籍者及难民的立场，因此不符合当代国际法，后者反映了对这两类人士地位的关切。[328] 这种关切见诸《减少无国籍状态公约》（1961 年）[329]及《关于难民地位的公约》（1951 年）[330]

176. 难民是一个特别棘手的问题，因为他们“不能或……不愿意诉诸〔国籍国〕的保护”。[331] 如果难民要求并得到其国籍国的保护，即失去难民地位。[332] 此外，Grahl-Madsen 辩说，国籍国失去为难民实行外交保护的权利。[333]

---

[325] Van Panhuys，前注 126；Ohly，前注 162，第 289 页；Warrick，前注 132，第 1006 和 1007 页。

[326] 在 1930 年海牙编纂会议上，荷兰建议确认侨居国保护难民的权利。这项建议未被采纳。见 van Panhuys，前注 126，第 72 页。

[327] 4《国际仲裁裁决汇编》699，第 678 页。

[328] 见《奥本海国际法论》，前注 34，第 887 页。

[329] 989《联合国条约汇编》，第 175 页。

[330] 189《联合国条约汇编》，第 150 页。

[331] 《关于难民地位的公约》第 1（A）(2)条，189《联合国条约汇编》，第 137 页。

[332] 见 A.Grahl-Madsen，“难民的原籍国对难民的保护”（1986 年）11《耶鲁国际法学报》，第 392 页。

[333] 同上，第 389、391 和 394 页。有关这个问题的一些讨论，见 Lee，前注 141，第 352 至 359 页。

177. 人权公约赋予居住在缔约国的所有人以权利，这为无国籍者及难民提供了一定的保护。此种保护必然有限，因为大多数国家都不接受这些文书，或不接受个人提出申诉的权利。

178. 关于难民和无国籍者的公约未能令人满意地处理外交保护问题。1951 年《关于难民地位的公约》附件就发给《难民公约旅行证件》作了规定，[334] 但清楚表明“发给这种证件绝不使持证者有权得到发证国的外交或领事当局的保护，并且不赋予这些当局保护权。”[335] 另一方面，Goodwin-Gil 说，“在实践中……发证国援助所给予的常常不是全面的保护……”[336] 1954 年《关于无国籍人地位的公约》[337] 建议居住国可视无国籍者具有“持有该国国籍所应得的权利和义务。”[338] 它并就行政援助作出进一步规定：

> “在无国籍者行使权利通常需要某一外国当局的援助但却无法向其求助时，他的居住地缔约国应作出安排，使其本国当局向他提供此种援助。”[339]

对比之下，1961 年《减少无国籍状态公约》[340] 则完全没有提及保护问题。

179. 在此种情况下，有人提议难民或无国籍者曾居住相当时间、并与其建立有效联系的国家应有权为其实行外交保护。[341] 这将与 Grahl-Madsen 所表达的看法一致：

> “申请庇护或难民地位并不仅是意愿的表达，而是一种确切的法律步骤，可导致给予庇护或难民地位。如果给予，则此种地位相当于取得新的国籍。”[342]

Lee 支持此种观点。他说：

> “实际上，有理由支持难民地位相当于庇护国国民的比喻。因为从难民的立场来看，他申请政治庇护一方面表示他有意切断与其原籍国的关系，另一方面表

---

[334] 就第 28 条来说。

[335] 第 16 段。

[336] 《国际法中的难民问题》，第二版（1996 年）第 305 页。瑞士采取的立场是，它会保护实际上与其原籍国已不再有联系的难民，但须征得被索偿国的同意：1978 年 1 月 26 日的照会（(1978 年）34 Schweiz J.I.R，第 113 页。）在比利时拥有难民地位的非比利时国民在海外可获得比利时提供的行政和领事保护。（Lee，前注 141，第 358 页。）

[337] 360《联合国条约汇编》，第 117 页。

[338] 第 1(2)（ii）条。

[339] 同上，第 25(1)条。亦见有关艺术权利和工业产权的第 14 条。

[340] 前注 329。

[341] Brownlie，Principles，前注 39，第 423 页；Ohly，前注 162，第 313 页，脚注 81。亦见《奥本海国际法论》，前注 34，第 886 和 887 页；Jurgens，前注 305，第 218 页。

[342] 前注 332，第 381 页。

示他愿意借助于庇护国的保护。庇护国给难民庇护，发给他身份证和旅行证件，即表示其愿意接受和保护他。”[343]

180. 居住地是有效联系的一个重要条件，正如伊朗-美国索赔法庭的判例所示。[344] 它也被公认为向联合国赔偿委员会提出赔偿要求的依据之一。[345]

181. 1967 年《欧洲领事职权公约》（仍未生效）建立了类似的制度，根据惯常居住地而不是根据国籍来决定是否为无国籍者提供保护：

“如适用本公约第 2 条第 1 款适用一样，无国籍者惯常居住地国的领事官员得向其提供保护，但该人必须不是接受国的前国民。”[346]

其关于保护难民的议定书有类似的规定：

“难民惯常居住地国的领事官员应有权依照公约向其提供保护并捍卫其权益，如有可能应与联合国难民事务高级专员办事处或继承该办事处的任何其他联合国机构协商。”[347]

182. 因此，第 8 条是符合与保护难民和无国籍者有关的当代发展的。它还得到 1960 年《关于国家对造成外侨受损害所负国际责任的哈佛公约草案》[348] 的支持。该公约草案将“国民”定义为“惯常居住在该国的无国籍者。”Orrego Vicuna 在其 1999 年向国际法协会提交的报告[349] 中也建议在“个人没有其他办法要求行使权利的人道主义情况下”，应容许为非本国国民提出赔偿要求。

183. 第 8 条是逐渐发展法律，而不是编纂法律。为此，必须为这项权利的行使规定条件。第 8 条的但书将该项权利的行使限制于对个人的损害发生在其成为索偿国的居民之后。由于难民或无国籍者出国旅行的自由一般受到缺乏护照或有效旅行证件的限制，在实践中将很少行使这项权利。

184. 这项但书为行使外交保护权规定了重要的条件。在许多情况下，难民受到其国籍国的损害，因而出逃以避免受迫害。不过，避难国在此种情况下为难民实行外

---

[343] 前注 141，第 358 页。亦见 1959 年 8 月 4 日慕尼黑 Verwaltungsgerichtshof 第 60 VIII 59 号决定。

[344] 见关于有效联系的讨论，前文第 97 段。

[345] 《索赔程序暂行规则》第 5(a)条规定，“一国政府得为其国民提出赔偿要求，如其愿意，并得为居住在其领土上的其他人士提出赔偿要求”，联合国文件 S/AC.26/1992/10。

[346] 《欧洲条约汇编》第 61 号，第 46(1)条。

[347] 《欧洲条约汇编》第 61 A 号，第 2(2)条。

[348] 见 Sohn 和 Baxter，前注 37，第 578 页（第 21(3)(c)条）。

[349] 前注 93，第 27 页，第 7 条。

交保护是不当的。反对允许后来国籍国保护某一国民不受其先前国籍国损害的论点更有理由适用于对难民的保护。这个问题在关于持续国籍的条款加以讨论。

未来的报告（和条款）

185. 将于稍后阶段就两个问题提出报告：

(a) 如果绝对法准则的违反造成损害，而国籍国拒绝实行保护，则一国是否有权为非本国国民的受损害者实行外交保护。这项条款草案将探讨一个具争议性的问题：普遍适用的义务理论能否适用于外交保护；

(b) 持续国籍及索赔的可转移性的规定。

186. 其后的报告将讨论：

(a) 当地补救方法用尽的问题；

(b) 为受损害者放弃外交保护；

(c) 为受损害者拒绝同意得到外交保护；

(d) 公司的保护。

187. 国际组织对该组织代理人——“职权保护”——提出了与外交保护完全不同的特殊问题。在现阶段，特别报告员尚未决定是否把这个专题列入其研究报告中。委员会就此问题提供意见将有助益。

188. “拒绝司法”是与外交保护密切相关的一个专题。尽管如此，它似乎是一项主要规则，而不是次要规则。兹希望委员会也建议是否应把这个专题列入。