



大会

Distr.: General
4 March 2004
Chinese
Original: English

国际法委员会

第五十六届会议

2004 年 5 月 3 日至 6 月 4 日和
7 月 5 日至 8 月 6 日，日内瓦

关于外交保护的第五次报告

特别报告员：约翰·杜加尔德先生

目录

	段次	页次
导言.....	1-4	3
A. 管理国或管理国际组织行使的保护.....	5-6	4
B. 外交保护权的授予和求偿权的转让.....	7-13	5
C. 国际组织的保护和外交保护.....	14-36	8
1. 导言.....	14	8
2. 第 23 条.....	15-18	8
3. 第 24 条.....	19-20	11
4. 第 25 条.....	21-36	11
D. 人权、外交保护和一般的保障条款.....	37-43	19
1. 第 26 条.....	37-40	19
2. 第 21 条的备选案文.....	41-43	20
E. 船旗国对船员的外交保护.....	44-73	20



1. 第 27 条	44-73	20
船只上的乘客	68	29
飞机机组人员和乘客	69-71	29
航天器	72	30
结论	73	30

引言*

1. 特别报告员已经就自然人和法人的外交保护以及用尽当地补救办法问题向委员会提交了四次报告。¹ 这些报告论述了上述专题涉及的全部传统课题，并提出了 22 项条款草案。委员会充分审议了上述所有报告，并核准了其中的 16 项拟议条款。委员会否定了另外 6 项草案条款，理由是它们不属于外交保护主题范畴或者法律编纂的时机尚未成熟。

2. 在其 2002 年提交的第三次报告中，特别报告员就一些建议进行了论述，这些建议要求将条款草案扩大，使其包括传统上不属于本领域范畴的一些事项。² 为此，在 2002 年召开的其第五十四届会议上，委员会审议了是否宜在目前这些条款草案中就下列问题做出规定：国际组织对其官员的职能保护问题；船舶或航空器的国籍国代表船员或机组人员（不管所涉个人的国籍为何）提出赔偿要求的权利；外交保护的授权；对国家控制、占领或管理的领土上或国际组织管理的领土上的人员的保护；拒绝司法；外交保护中的“干净的手”原则；以及外交保护的法律后果。³ 讨论表明，委员会不太赞同将这些议题列入目前的条款草案之中，但船舶或航空器的国籍国代表船员或机组人员求偿的权利这一条可能例外。⁴ 不过委员会表示，应当审议联合国的职能保护与国家外交保护之间的关系问题以及可能提出相竞保护要求的问题。⁵

3. 在其 2003 年第五十五届会议报告中，委员会请大会第六委员会就船旗国对船员行使外交保护和国家对在国际政府间组织任职的国民行使外交保护问题提出评论意见，就在委员会已经论及的议题之外是否还存在任何其他议题有待委员会在讨论外交保护专题时审议提出看法。⁶ 第六委员会会议上大多数发言者在谈及这些问题时反对或不在意是否增列船旗国对船员行使外交保护和国家对在国际政府间组织任职的国民行使外交保护问题。但是大家对上述议题有一定的兴趣，所以委员会应当进一步审议。有两个国家分别表示希望增列关于外交保护的授权（捷克共和国）⁷ 和对另一国家控制或占领的领土上或一国际组织管理的领

* 特别报告员对下列实习生在编写本报告过程中提供的协助表示感谢：纽约大学的 Amanda Rawls 和 Elina Kreditor；哈佛大学肯尼迪政府学院的 Frank Riemann；昆士兰大学的 Megan Hirst；以及莱顿大学的 Michael Vagias。

¹ A/CN.4/506 和 Corr.1 和 Add.1(2000)；A/CN.4/514 和 Corr.1(2001)；A/CN.4/523 和 Add.1(2002)；A/CN.4/530 和 Add.1(2003)。

² A/CN.4/523，第 16 段。

³ 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 118 至 149 段。

⁴ 同上，第 146 段。

⁵ 同上，第 145 段。

⁶ 同上，《第五十八届会议，补编第 10 号》(A/58/10)，第 28 至 29 段。

⁷ A/C.6/58/SR.17，第 48 段。

土上的人员的保护(葡萄牙)⁸ 的规定。除此之外,无人要求委员会审议外交保护专题中的其他议题。相反,许多代表团要求,既然委员会已经讨论了属于外交保护范畴的所有传统专题,因此委员会应当尽快结束其就这一专题进行的研究工作,而且肯定要在本五年期剩下的三年中将其结束。委员会成员也表达了类似的意见。

4. 本报告首先将讨论一国控制或占领的领土上或一国际政府间组织管理的领土上的人员的保护问题和外交保护权的授予及转让问题。特别报告员认为这两个问题不应当被列入目前的条款草案。报告接着将就下列议题提出建议:国际组织和国家同时要求对个人加以保护的问题,以及船旗国对船员的保护问题。

A. 管理国或管理国际组织行使的保护

5. 在其 2002 年召开的第五十四届会议上,委员会认真审议了是否在目前的条款草案中增列另一国家或一国际组织管理、控制或占领的领土上的人员的保护问题。⁹ 没有人支持增列在军事占领情形中行使这种权利的规定,因为这种情形属于国际人道主义法范畴,特别是 1949 年《关于保护平民的日内瓦第四公约》以及该公约 1977 年第二附加议定书的范围。¹⁰ 尽管委员会中有人支持审议国际组织保护其管理或控制下的领土上的人员问题,但委员会大多数成员认为,“这个问题最好放在国际组织的责任范围内探讨”。¹¹

6. 一国对居住在受其保护但不拥有主权的领土上的人员行使外交保护,这在国际法中不是没有先例。生活在被保护国、¹² 委任统治地¹³ 和托管领土¹⁴ 上的人员有时会受到管理国的外交保护,但这种做法有限制,¹⁵ 要视管理国和被管理国之间的条约及体制关系而定,并最终取决于这种保护所针对的国家是否同意。¹⁶ 国

⁸ A/C.6/58/SR.18, 第 3 段。

⁹ 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10),第 133 至 136 段。

¹⁰ 一个处于交战状态的占领者没有向被占领土国民提供外交保护的义务,这种观点具有权威性:参看(德国)赔偿案(1959),28《国际法案件汇编》,第 648 页;斯洛伐克国家拘留案(1970),70《国际法案件汇编》,第 691 页。

¹¹ 《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10),第 148 段。

¹² R. Jennings 和 A. Watts(编著),*Oppenheim's International Law*, vol.1, 9th ed. (1992), 第 266 至 274 页(特别参看第 270 页)。

¹³ 同上,第 298 至 300 页。

¹⁴ 同上,第 316 页 318 页。

¹⁵ 埃及国家银行诉奥匈银行案(1923 至 1924),2《国际公法案例年度摘要和汇编》,第 10 号;Fallal 至 Nataf 诉德国案 4(1927 至 1928)。同上,第 24 号;Parounak 和 Bedros Parounakion 诉土耳其政府案(1929 至 1930)5 同上,第 11 号;G. Schwarzenberger *International Law* vol.1 (International Courts), 3rd ed (1957) 第 378 至 381 页。

¹⁶ Schwarzenberger, 前引书,第 278 至 381 页,第 592 至 595 页。

际组织或机构对居住在由其管理——或者声称管理¹⁷的领土上的人员进行保护，或许有先例——但这种保护的性质和范围同样要视被管领土、管理国及第三国之间的体制安排而定。因此，没有证据或很少有证据表明这种做法普遍存在，以至于有理由将其编纂成法律或者逐步加以发展。从根本上说，我们在这里遇到的是某种形式的职能保护¹⁸问题，即**损害赔偿案¹⁹中认可的那种保护**，而委员会则已决定这种保护不属于本次关于外交保护问题的研究的范畴。

B. 外交保护权的授予和求偿权的转让

7. 外交保护权的授予和求偿权的转让之间有明确的区分。在前一种情况中，一个国家（或一组国家）可将其对一国民行使外交保护的权力授予另一国家。在后一种情况下，则是受损害人将其因受损害而出现的求偿权转让给另一个人，而这另一个人可能是，也可能不是同一国家的国民。

8. 一个国家可以通过签订国际协议，将其对本国海外国民的保护权授予另一国家。²⁰ 如果一个国家在另一个国家没有外交代表机构但却有许多本国国民居住在那里，²¹ 或者一个国家成为另一国家的“被保护国”；²² 或者在发生敌对行动后，交战国按照通常做法将对敌对国中本国国民的保护权移交给一个中立国，²³ 那么就可以签订上述这种协议。迄今，这种外交保护权授予的最众所周知的例子可以在《欧洲联盟条约》（《马斯特里赫特条约》）第 8 C 条中找到，此条规定：

“欧洲联盟的每个公民，若所在第三国无其国籍成员国的代表机构，则有权享受任何成员国外交及领事机构向本国国民提供的同样保护。成员国应当相互制定必要规则，并着手进行必要的国际谈判来确保提供这种保护。”²⁴

¹⁷ 大会在其 1967 年 5 月 19 日的第 2248 号决议（S 至 V）中设立的联合国纳米比亚理事会向纳米比亚人颁发旅行及身份证件，而南非当时仍然占领着纳米比亚。（参见 J.F. Engers, “The United Nations Travel and Identity Document for Namibians” (1971) 65 A.J.I.L. 571。）毫无疑问，该理事会认为，颁发这样的证件本身意味着一种保护权。但作者并未了解到提供此种保护的任何实际案例。另见 P.Daillier 和 A.Pellet(编著), Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, 7th ed. (2002), 第 613 页(第 394 段)。

¹⁸ Schwarzenberger, 前注 15, 第 593 页。

¹⁹ 《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页。

²⁰ Oppenheims’s *International Law*, 前注 12, 第 936 页。

²¹ Oppenheim 引述了根据 1962 年的一项《友好条约》对西萨摩亚国民进行保护的案例：同上，脚注 2。

²² 参见上文脚注 12 和 15。

²³ 参见 I.Detler de Lupis, *The Law of War* (1987), 第 322 页。

²⁴ 引自《建立欧洲共同体条约》合订本第 20 条。关于此条的一般介绍，请参见 Torsten Stein, “Interim Report on Diplomatic Protection under the European Union Treaty”

但并不清楚，在这条规定中或在其他此类安排中，外交保护一词的含义是同目前条款草案所理解的含义相同，即外交保护是指一国因其国民受他国的国际不法行为损害而自主采取的行动²⁵ 还是仅仅是一种领事行动，即对身处困境的国民给予立即援助。²⁶ 无论如何，很难认为，一第三国如果没有同意让一欧洲国家对非本国国民的受损害人行使外交保护，也会受法律的约束而必须承认该欧洲国家对非国民的保护权。外交保护的依据毕竟还是保护国和个人之间的国籍关系。²⁷ 而第 8 C 条本身也要求通过国际谈判来“确保提供这种保护”，从而清楚表明这一计划必须得到非欧洲国家的同意。²⁸ 这符合 1961 年的《维也纳外交关系公约》，其中规定，遇两国断绝外交关系，或遇使馆长期或短期撤退时，“派遣国得委托接受国接受之第三国代为保护……其国民之利益。”²⁹（楷体为后加，以示强调）

9. 在外交保护的授予方面没有通行的规则。一切要视授权国、被授权国和要求提供外交保护所针对的第三国之间的条约和体制关系而定。再加上这方面的国家实践很有限，因此认定，目前将这一问题编纂成法律的时机还不成熟。

10. 一人向他人转让其外交保护求偿权的情况也有多种，而死亡继承、出让或保险个案中的代位是最常见的情况。在这些情况下，应适用条款草案第 4 条中所述的持续国籍规则。³⁰ 这意味着，只要从造成损害直到提出赔偿要求期间求偿权一直属于求偿国的国民，那么这一求偿所有权的变更将不影响求偿国行使外交保护的权力。因此，在下列情况下，求偿将会被拒：

(a) 在关键时期内，该求偿权已被求偿国的国民转让给非国民，³¹ 即求偿权被“非国有化”；

International Law Association, Report of the Seventieth Conference (New Delhi, 2002), 第 277 页。

²⁵ 委员会通过的条款草案第 1 条，参见前注 3，第 280 段。

²⁶ Stein, 前注 24，特别是第 278, 289 页。

²⁷ 参见委员会通过的条款草案第 2 条，前注 3，第 280 段；Panevezys-Saldutiskis 案，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 16 页。

²⁸ 参见 Stein, 前注 24，第 280 至 281 页，284 页，287 页。另参看 E. M. Borchard, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad (1919)，第 472 页。

²⁹ 联合国，《条约汇编》，第 500 卷，第 95 页，第 45 条(c)款，另参看第 46 条。

³⁰ Oppenheim's International Law, 前注 12，第 514 页；I. Brownlie 著, Principles of Public International Law, 6th ed. (2003)，第 461 至 463 页；D. P. O' Connell 著, International Law, 2nd ed (1970)，vol. 2，第 1049 至 1051 页。另参看国际法学会 1965 年华沙会议通过的决议：《1965 年国际法学会年鉴》，第 2 卷，第 210 页。这项题为“一国为个人所受损害而提出的国际求偿的国家性质”的决议第 2 条规定：“如果国际求偿的受益人不是原先的受损害人，那么，在受损害之日和求偿提出之日，该求偿必须具有求偿国的国家性质，否则被求偿国可以拒赔，承接此案的法庭也可不予采信。”

³¹ Borchard, 前注 28，第 637 页。

(b) 该求偿权只是在损害造成后才由求偿国的非国民转让给国民,³² 即求偿权被“国有化”。

11. 有一种主张认为, 一人死亡, 以其名义提出的外交求偿只有当继承人或受遗赠人具有与死者相同的国籍时才可以合理地继续。³³ 这一主张具有充分的依据。而这一原则也同样适用于求偿权的出让。³⁴ Brownlie 认为:

“若在关键时期内, 求偿权由或向求偿国的非国民进行了出让, 那么求偿就须被拒。但是, 如果遵守了持续国籍原则, 那么出让就不影响求偿。”³⁵

12. 代位是一种法律机制, 通过它保险人可获得投保人权利, 并就其所受损害提出法律赔偿要求。保险人一向投保人付了款, 他就取代了原受损害人的地位。投保人自己就不能再提出赔偿要求, 因为他已经得到保险人的补偿,³⁶ 在保险代位的情况下, 只有在保险人和投保人都是求偿国的国民时, 才符合持续国籍的原则。³⁷ 即使投保人是本国国民, 求偿国也不能代表外国承保人采取行动。³⁸ 反过来, 一国也不得代表承保外国财产的本国公司求偿, 因为求偿权在损害发生时不属于本国国民。虽然在少数案件中, 外国财产保险人的求偿获得允许,³⁹ 但这些案件似乎都是本着公允的原则来进行的。无论如何, 这些案件并不能提供足够的证据来减损持续国籍规则而构成例外规则。

13. 由于求偿权的转让问题由持续国籍规则来规范, 因此不必考虑再将此问题编纂成法律。

³² Dobozy 索赔案(1958), 26《国际法案件汇编》, 第 345 页。

³³ Stevenson 索赔案(1903)9《国际仲裁裁决汇编》, 第 385 页; Gleadell 索赔案(1929)5《国际仲裁裁决汇编》, 第 44 页; Flack 索赔案(1929), 同上, 第 61 页; Eschauzier 索赔案(1931), 同上, 第 207 页; Kren 索赔案(1953)20《国际法院案例汇编》, 第 233 页; Perle 索赔案(1954)21《国际法院案例汇编》, 第 161 页; Bogovic 索赔案(1954)同上, 第 156 页; Hanover Bank 索赔案(1958)26《国际法院案例汇编》, 第 334 页; Friede 索赔案(1958-II), 同上, 第 352 页; Ruchwarger 索赔案(1959)30《国际法院案例汇编》, 第 215 页。

³⁴ Perle 索赔案(1954)21《国际法院案例汇编》, 第 161 页; Dobozy 索赔案(1958-II)26《国际法院案例汇编》, 第 345 页; 第一花旗银行索赔案, 同上, 第 323 页; 巴达维亚国家银行索赔案, 同上, 第 346 页。

³⁵ 前注 30, 第 462 页。

³⁶ M. Whiteman, *Damages in International Law* (1943), 第 1320 页。

³⁷ 房屋保险公司(美国)诉墨西哥合众国案, 4《国际仲裁裁决汇编》, 第 48 页。但是, 承保人应在考虑报单时承担风险, 因此没有资格获得保护, 这种观点是具有权威性的: *Eagle Star and British Dominions Insurance Limited and Excess Insurance Limited v. Mexico* (英国诉墨西哥) (1931), 5《国际仲裁裁决汇编》, 第 139 页, 142 页。

³⁸ O' Connell, 前注 30, 第 1051 页; Hackworth, *Digest of International Law* (1942), vol. 5, 第 810 页。

³⁹ 参见涉及 *Caldera* 号、*Circassian* 号和 *Mechanic* 号船舶的案例, 见 M. Whiteman, *Damages in International Law* (1943), 第 1320 至 1328 页。

C. 国际组织的保护和外交保护

1. 引言

14. 在委员会就外交保护专题进行讨论的过程中，也几次提到了政府间组织对其工作人员的保护（有时也称为“职能保护”）与外交保护之间的关系问题。现在必须回答的问题是，二者之间的关系问题是否应当放在关于外交保护的条款草案中来解决？如果是，那么又应该在何种程度上加以解决，以及如何解决？下文提出了若干条款草案，供委员会审议。这些条款试图将这一关系引发的所有问题都覆盖在内。第 23 条和第 24 条提出的这种保留条款很可能没有必要。而象第 25 条这样的一条规定则很可能是必要的，因为通过这样一条规定，可以确认国际组织的保护与外交保护之间的关系。

第四部分

国际组织的保护与外交保护

第 23 条

这些条款概不影响一国际组织对受到一国国际不法行为损害的工作人员行使保护的权力。

第 24 条

这些条款概不影响一国针对一国际组织行使外交保护的权力。

第 25 条

这些条款概不影响一国对在一国际组织工作的本国国民[在该组织不能或不愿对此人行使职能保护时]行使外交保护的权力。

2. 第 23 条

这些条款概不影响一国际组织对受到一国国际非法行为损害的工作人员行使保护的权力。

15. 国际法院在其 1949 年损害赔偿⁴⁰ 咨询意见中认定，联合国是一个“国际人”，即“是国际法的主体，能够拥有国际权利和义务，并有通过提出国际赔偿要求而维护其权利的行为能力。”⁴¹ 法院提出的理由是：

“为了使工作人员能够很好地履行职责，工作人员必须感觉到本组织已保证要向他提供这种保护，而且这一保证是可以信赖的。为了确保工作人员的独立性，以及本组织本身的相应独立性，该工作人员在其履行职责的过程中不必再依赖本组织提供的保护之外的任何其他保护（当然，其所在的国家理应给予的更直接和迅速的保护除外），这是至关重要的。特别是，他应当

⁴⁰ 执行联合国公务时受损害的赔偿，咨询意见，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页。

⁴¹ 同上，第 179 页。

不必依赖自己国家的保护。因为如果他不得不依赖自己国家的保护，就很可能有损于其独立性，有悖于《宪章》第一百条规定的原则。最后，不管该工作人员属于一个强国还是一个弱国；不管他的国家受国际活动的影响的程度如何；也不管该国是否赞同该工作人员的任务，该工作人员都应当知道，他在履行其职责的过程中受到本组织的保护。这一点至关重要。如果这名工作人员是无国籍者，那么这种保证就更有必要。

“通过审视本组织的职能特点及其工作人员任务的性质可以清楚看出，本组织对其工作人员进行某种程度的职能保护行为的能力，是《宪章》中的必要意旨所赋予的。”⁴²

法院最后主张：

“若联合国的工作人员在履行其职责时受到损害并且涉及某会员国的责任，那么联合国作为一个组织有权对负有责任的法律上的或事实上的政府提出国际求偿，以便联合国[和]……受害人或与其有关的其他享有权利者所受的伤害能够得到赔偿。”⁴³

16. 法院的这项意见获得了大会 1949 年 12 月 1 日第 365(IV)号决议的核准，并在法院的其他咨询意见⁴⁴ 中以及在国际劳工组织(劳工组织)行政法庭的 *Jurado 诉国际劳工组织*(第 1 号)案⁴⁵ 中得到参照，尽管只是在必要时暗示一下而已。而联合国为其受各国非法损害的工作人员求偿的一贯做法也进一步表明法院的意见已被接受。⁴⁶

⁴² 同上，第 183 至 184 页。

⁴³ 同上，第 187 页。

⁴⁴ “《联合国特权和豁免公约》第六条第 22 节的适用”，咨询意见，《1989 年国际法院案例汇编》，第 178 页、第 195 至 196 页；“豁免与人权委员会特别报告员法律程序的区别”，咨询意见，《1999 年国际法院案例汇编》，第 62 页，特别是第 50 至 51 段及第 63 至 64 段。

⁴⁵ (1970)40《国际法案件汇编》，第 296 页，第 301 页。

⁴⁶ 参见秘书长关于执行联合国公务时所受损害的赔偿问题的报告：A/1347(1950)，A/1851(1951)，A/2180(1952)；另参见秘书长关于本组织工作的年度报告：A/1287(1950)，第 124 至 125 页；A/1844(1951)，第 188 至 189 页；A/2141(1952)，第 160 至 161 页；A/2404(1953)，第 144 至 145 页；A/2663(1954)，第 101 至 102 页；A/2911(1955)，第 109 页；“联合国、各专门机构及国际原子能机构在其地位、特权以及豁免方面的做法：秘书处编写的研究报告”，《国际法委员会年鉴》，1967 年(第二部分)，第 218 至 219 页；F. Seyersted, “United Nations Forces: Some Legal Problems” (1961)27 BYIL 351，见第 424 至 426 页；D. W. Bowett, United Nations Forces(1964)，第 243 页；联合国近东巴勒斯坦难民救济和工程处主任提交的年度报告：1955 年 7 月 1 日-1956 年 6 月 30 日，A/3212，附件 G，第 17 段；1956 年 7 月 1 日 - 1957 年 6 月 30 日，A/3686，附件 H，第 8 段；1957 年 7 月 1 日 - 1958 年 6 月 30 日，A/3931，附件 H，第 5 段；1958 年 7 月 1 日 - 1959 年 6 月 30 日，A/4213，附件 H，第 7 段；I. Brownlie, 前注 30，第 654 至 655 页；“联合国中东维持和平部队经费的筹措：联合国驻黎巴嫩临时部队”，A/51/725/Add. 1，1997 年 6 月 11 日，第 8 段；大会第 51/233 号决议，1997 年 6 月 25 日，第 8 段；另参见下列敦促以色列遵守规定的大会决议：第 52/337(1998)；53/227(1999)；54/267(2000)；55/180 A(2000)；55/180 B(2001)；56/214 A(2001)；56/214 B(2002)；57/325(2003)号决议。

17. 职能保护和外交保护之间虽然存在类似之处，但也有重要的区别。外交保护的目的是确保一个国家的国民在受到损害后能够获得赔偿，其依据的原则是，对国民的损害即是对国家本身的一种损害。而功能保护是一个国际组织通过确保对工作人员的尊重来促进其运作效率的一种方法。鉴于这种区别，委员会⁴⁷和第六委员会⁴⁸得出结论认为，一个国际组织对其工作人员的保护不属于关于外交保护的草案的内容。在职能保护方面，有许多问题有待回答，其中最重要的问题是：一个国际组织的哪些工作人员有资格获得保护？⁴⁹对哪些国际组织适用？仅适用于联合国，还是适用于所有的政府间组织？⁵⁰是否仅适用于在履行公务过程中所受的损害？⁵¹一个国际组织是否有保护其工作人员的义务？⁵²受损害的工作人员是否必须首先用尽当地补救办法？⁵³能否针对受损害的工作人员的国籍国提出职能保护？⁵⁴

18. 从本质上说，一个国际组织对其工作人员的保护有别于外交保护。另外，这种形式的保护还存在许多不确定因素，因此很难找出这方面的任何明确的惯例。鉴于这种情况，似乎最好将这一专题排除在本次研究之外，并参照第 23 条，订立一项保留条款对此加以明确。委员会不妨发表意见说明职能保护是否属于关于国际组织责任的研究的范畴。从许多方面来看，这一专题与国际组织责任之间的

⁴⁷ 前注 3，第 122 和 145 段。

⁴⁸ 2002 年和 2003 年，第六委员会代表在关于国际法委报告的辩论中发言时表明了这一点。

⁴⁹ 参见 Azevedo 法官的单独意见，见损害赔偿案，前注 40，第 193 至 195 页；以及 M. J. L. Hardy, “Claims by International Organizations in Respect of Injuries to their Agents”, (1962) 37 BYIL 516, 第 522 至 523 页。

⁵⁰ Brownlie, 前注 30, 第 654 至 655 页。再分别参见 Hackworth 法官和 Badawi Pasha 法官在损害赔偿案中发表的不同看法，前注 40，第 200 和 210 页；P. Pescatore “Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales” (1961 II) 103 Recueil des Cours 9, 第 218 至 219 页；H. G. Schermers 和 N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd ed. (2003) 第 1184 页 (第 1857 段)。

⁵¹ Hardy, 前注 49, 第 521 和 523 页。

⁵² Jurado 诉国际劳工组织案，前注 45, 第 301 页；Pescatore 前注 50, 第 218 页；M. Akehurst, *The Law Governing Employment in International Organizations* (1967), 第 99 至 100 页。

⁵³ A. A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations”, (1979) 57 *Revue de droit internationale de sciences diplomatiques et politiques*, 81, 第 82 至 83 页；C. Eagleton, “International Organization and the Law of Responsibility”, (1980 II) 76 *Recueil des Cours*, 319, 第 351 至 352 页；Hardy, 前注 49, 第 526 页；C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations* (1996), 第 440 至 441 页；C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, (1990), 第 372 至 373 页。

⁵⁴ 国际法院在损害赔偿案中对这一问题给予了肯定的回答，前注 40, 第 186 页。但是也有相反的看法，参看 Krylov 法官的不同观点，同上，第 218 页。

关系类似于外交保护与国家责任之间的关系。因此，对这一课题进行单独研究，或许是有道理的。

3. 第 24 条

这些条款概不影响一国针对一国际组织行使外交保护的權利。

19. 国际法院在损害赔偿咨询意见中没有处理国家可否代表国民针对国际组织行使外交保护的问题，但个别法官对此感到关切。⁵⁵ 1962 年，Jean Pierre Ritter 写道，这是国际法中探讨得最少的领域。⁵⁶ 四十年后，Karel Wellens 评论说，Ritter 的看法“今天仍适用，因为这方面的国家实践很罕见，判例法也没有明确处理行使这种权利是否可行的问题。”⁵⁷

20. 这显然是一个与外交保护有关的专题。这方面将适用国籍规则，但在有关人员既是求偿国国民、又是被告国际组织的工作人员时，可能需要对双重国籍规则作出某些调整。关于用尽当地补救办法的规则是否适用，尚不非常肯定，因学者们就此专题提出了不同意见。⁵⁸ 尽管这一专题与外交保护关系密切，但它似属于委员会关于国际组织的责任的研究范畴，因其主要涉及归因、责任和赔偿问题。此外，目前的条款草案主要涉及从求偿国，而非从被告国的角度来看的外交保护，即可在什么情况下提出求偿。关于针对国际组织行使外交保护的研究，将无可避免地侧重于探讨可否针对由其自身的章程，而不是习惯国际法界定的具有法律人格的非国家实体行使此种保护，以及如果可以的话，如何行使。鉴于这种情况，建议在关于国际组织责任的研究中审议这一事项。是否需要在第 24 条提议的那类保留条款中提及此事，非常令人怀疑。

4. 第 25 条

这些条款概不影响一国对在—国际组织工作的本国国民[在该组织不能或不愿为此人行使职能保护时]行使外交保护的權利。

⁵⁵ 例如，见 Krylov 法官的反对意见：《1949 年国际法院案例汇编》，第 219 页。

⁵⁶ “La Protection diplomatique à l’égard d’une organisation internationale”, (1962) 8 *Annuaire français de droit International*, 427, at pp. 454-455.

⁵⁷ Remedies against International Organizations (2002), p. 74.

⁵⁸ C. Eagleton, “International Organization and the Law of Responsibility”, (1950 I) 76 *Recueil des Cours*, pp. 411-412; Wellens, 前注 57 at pp. 76-78; Cançado Trindade, 前注 53, pp. 83-85; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 53, pp. 373-377; H. G. Schermers 和 N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3rd ed. (2003), pp. 1184-1185 (para. 1858); L. Gramlich, “Diplomatic Protection against Acts of Intergovernmental Organs” (1984), 27 *German YBIL* 386, at p. 398; Ritter, 前注 56.

21. 国家可否对在一个国际组织工作的本国国民行使外交保护问题显然属于本研究范畴。从委员会⁵⁹和第六委员会的辩论⁶⁰中，可以清楚地看出这一点。

22. 在损害赔偿案咨询意见中向法院提出的问题明显反映了国家在联合国获准为在该组织工作的本国国民求偿时对外交保护权利的关切。⁶¹大会请法院在裁定联合国可向国家求偿以获得其工作人员的损害赔偿时就“联合国的行动可如何与受害人的国籍国所享有的此类权利相调和”提供咨询意见。⁶²

23. 法院在答复这一问题时，从一开始就确认，对联合国工作人员（并非被告国的国民）的损害可造成“国家外交保护权与国际组织的职能保护权之间出现竞争。”⁶³法院接着指出：

“在这种情况下，没有法律规则说明何者优先，或强求国家或国际组织不要提出国际求偿。法院不能理解有关各方为何不能凭借诚信和常识找出解决办法，而对于该国际组织与其会员国，法院提请注意会员国有义务根据《宪章》第二条第五款‘尽力予以协助’。

“虽然这两种求偿的依据不同，但这并非意味着可强求被告国对损害支付两次赔偿。各国际法庭已经熟知两个以上的国家均对一项求偿感兴趣的问题，并且知道在这种情况下如何保护被告国。

“可通过一项一般的公约或针对每一个特定案件签署协议，减少或消除国际组织与国籍国之间出现竞争的风险。毫无疑问，惯例到一定时候将会形成，而且值得一提的是，一些国家已经在本国国民为国际组织执行任务而受损害时显示出了找出务实解决办法的合理的合作意向。”⁶⁴

法院接着谈到工作人员为被告国国民时可能出现的问题。法院就此提出：

“一国不为本国国民针对将此人视为自己本国国民的国家行使保护的通常惯例，在此不能作为有意义的先例。事实上，该组织采取行动的依据

⁵⁹ 前注 3，第 123 段。

⁶⁰ 2002 年和 2003 年在第六委员会就国际法委员会的报告进行辩论时，有人表示支持审议这项专题。具体情况见下列国家代表的发言：2002 年摩洛哥 (A/C.6/57/SR.21，第 20 段)、伊朗伊斯兰共和国 (同上，第 28 段)、葡萄牙 (A/C.6/57/SR.24，第 12 段) 和阿尔及利亚 (A/C.6/57/SR.26，第 39 段)；2003 年德国 (A/C.6/58/SR.14，第 61 段)、大韩民国 (A/C.6/58/SR.16，第 81 段)、日本 (同上，第 86 段) 和葡萄牙 (A/C.6/58/SR.18，第 2 段)。

⁶¹ 见在第六委员会赞同请求提供咨询意见之前的辩论中的发言：《1948-1949 年联合国年鉴》，第 936 至 938 页；《大会第三届会议正式记录，第六委员会，第一部分，法律问题，会议简要记录》，第 112 次 (1948 年 11 月 9 日) 至第 121 次会议 (1948 年 11 月 25 日)，第 518 至 610 页。

⁶² 前注 40，第 175 页。

⁶³ 同上，第 185 页。

⁶⁴ 同上，第 185 至 186 页。

并非受害人的国籍，而是他作为该组织工作人员的地位。因此，被求偿国将此人视为本国国民与否无关紧要，因为国籍问题对可否受理求偿没有关系。

“因此，在法律上，工作人员拥有被告国国籍这一事实似乎并不妨碍该组织可就在该工作人员执行任务时该国违反对该组织的义务而提出赔偿要求。”⁶⁵

法院最后认为：

“联合国作为一个组织就对其工作人员造成的损害提出赔偿要求时，赔偿要求只能以违反了应对它承担的义务为依据；如遵守这一规则，一般就能防止联合国的行动与工作人员国籍国可能拥有的权利发生冲突，因而也使其各自的赔偿要求相调和；此外，这种调和还必须取决于对每一具体个案所适用的考虑因素，取决于该组织与各国之间的一般协议或针对个案达成的协议。”⁶⁶

24. 法院没有就可如何调和职能保护与外交保护两者相竞的求偿给予明确指导，这让持反对意见的法官⁶⁷ 以及在第六委员会有关咨询意见的辩论中发言的人⁶⁸ 感到不安。但是，对于如何取得这种调和，除了有关方面进行专门谈判以及可能就此专题签订一项一般的公约之外，并没有提出其他明确建议。⁶⁹ 专门谈判被视作这一问题的最佳解决办法，这一点已为秘书长关于咨询意见的报告⁷⁰ 和其后大会关于咨询意见的决议所确认。大会决议授权“秘书长采取步骤，就每一具体个案谈判所需的协议，以便使联合国的行动与受害人国籍国可能拥有的此种权利相

⁶⁵ 同上，第 186 页。

⁶⁶ 同上，第 188 页。

⁶⁷ 见 Azevedo 法官的意见，同上，第 193 至 195 页和 Krylov 法官的意见，同上，第 217 至 218 页。

⁶⁸ 见《大会第四届会议正式记录，第六委员会，法律问题，会议简要记录》，第 183 次(1949 年 11 月 3 日)至第 187 次会议(1949 年 11 月 9 日)。

⁶⁹ 同上，Maktos 先生(美利坚合众国)，第 183 次会议，第 277 页；Bastid 女士(法国)，同上，第 277 页；Fitzmaurice 先生(大不列颠及北爱尔兰联合王国)，第 184 次会议，第 280 页；Mattar 先生(黎巴嫩)，同上，第 284 至 285 页。

⁷⁰ “对执行联合国公务时所受损害的赔偿：国际法院的咨询意见和秘书长的报告”(A/955; A/960)，《大会第四届会议正式记录，第六委员会》附件，议程项目 51。报告第 21 段指出：

“如大会核准，秘书长提议采用下列程序：确定哪些案件似可能涉及国家责任；与受害人的国籍国政府进行协商，以确定该国政府对提出赔偿要求是否持反对意见，或是否希望参与求偿；在每个此类案件中，向所涉国家提出进行谈判的适当请求，以确定所涉及的任何事实和任何可能的赔偿数额。若秘书长与有关国家发生意见分歧，无法通过谈判解决，则建议将分歧提交仲裁。仲裁法庭由秘书长任命的一名仲裁员、所涉国家任命的一名仲裁员和经这两名仲裁员共同商定后任命的另一名仲裁员组成。如未产生商定结果，则第三名仲裁员应由国际法院院长任命产生。”

调和。”⁷¹ 有趣的是，记得苏联集团的发言者曾在第六委员会上对法院的咨询意见表示极力反对，理由是这损害了国家保护其国民的主权。⁷²

25. 在职能保护与外交保护的关系上主要有四个问题需要审议，并已在损害赔偿咨询意见中向国际法院提了出来：

- (a) 可能有多重求偿；
- (b) 联合国是否有权代表其工作人员向工作人员的国籍国提出赔偿要求；
- (c) 可否明确区分职能保护与外交保护问题；
- (d) 哪种求偿优先。

26. 多重求偿并不构成一个严重问题。法院在损害赔偿咨询意见中指出，⁷³ 这并非新的现象，对于这个问题，各国际法庭在处理涉及双重国籍国民的相竞外交保护权利要求方面已有经验。这方面适用的重要原则是，不应由被告国重复支付损害赔偿——这项原则已得到法院⁷⁴ 和秘书长关于咨询意见执行情况的报告⁷⁵ 的认可。关于为多重国籍国民求偿的条款草案⁷⁶ 没有提到这一明显的原则。因此，似无充足的理由说明为何要将多重求偿列入关职能保护与外交保护相竞求偿的条款中。

27. 法院在损害赔偿咨询意见中作出的认为国际组织有权代表其工作人员向工作人员的国籍国提出赔偿要求的裁定，⁷⁷ 被认为背离了一般原则，⁷⁸ 主要是因为，如同法院确认的那样，一国国籍国代表一双重国籍国民向另一国籍国求偿，这在当时尚不是习惯国际法中的公认规则。既然现在人们已经接受在求偿国的国籍为主要国籍时可提出这种赔偿要求，⁷⁹ 法院的这方面意见就与外交保护原则相一

⁷¹ 第 365(四)号决议，第 2 段。

⁷² 前注 68：Koretsky 先生（苏联），第 183 次会议，第 278 页；Krajewski 先生（波兰），第 184 次会议，第 279 至 280 页；Gottlieb 先生（捷克斯洛伐克），同上，第 286 页。M. V. Mitrofanov *Officials of International Organizations* (Moscow, 1981), p. 48。

⁷³ 前注 40，第 185 页，已在上文第 23 段中作了引述。V. N. Kudriavtzev (ed.), *International Law* (Moscow, 1990), vol. 3, p. 79。

⁷⁴ 同上。

⁷⁵ 前注 70，第 23 段。

⁷⁶ 第 5 条和第 7 条。

⁷⁷ 前注 65。

⁷⁸ 见 Krylov 法官在损害赔偿咨询意见中的评论，前注 40，第 218 页。U. R. Boyars, *Citizenship in International and National Law* (Riga, Stuchka State University of Latvia, 1981), p. 68。

⁷⁹ 见本套条款草案第 6 条，前注 3，第 280 段。A. N. Verechetin (ed.), *International Law* (Moscow, 1967), vol. 3, p. 75。

致。没有必须在一项条款草案中再特别提及此事，原因有二：第一，这项原则符合目前的条款草案第 6 条；第二，要设法阐述与国际组织的联系是主要联系这一原则，就需要研究有关组织的雇用做法和对其工作人员的委任，但此事不属于本研究的范围。

28. 使职能保护权利要求与外交保护权利要求相调和的最有效办法，或许是订立准则，明确规定职能保护可适用于哪种工作人员，并进一步确定有资格获得此类保护的职能特征。在确定了谁有资格作为工作人员以及哪种行动可算作职能保护意义上的公职后，才有可能将职能保护局限在明确划定的界限内。只有处于界限内的个人和行动才有资格获得职能保护，而界限以外的个人和行动有资格获得外交保护。这样就可以消除两种制度之间的竞争，并使其完全调和。但是，在实践中，按此界限对这两种制度进行明确区分并非易事。

29. 国际法院在损害赔偿咨询意见中的裁决没有就此专题给予明确指导。关于谁是工作人员问题，法院指出，它：

“非常宽泛地理解‘工作人员’一词，也就是说此人是该组织的一个机关委托履行或协助履行它的一项职能的任何人，不管是否向他支付薪酬，也不管是否予以长期雇用——简而言之，就是该组织通过其发挥作用的任何人。”⁸⁰

关于哪类职能应予保护问题，必须回顾，在损害赔偿咨询意见中，法院关心的是在工作人员执行公务时直接受到的损害。Kerno 博士在为联合国争辩时对这一点作了强调。他着重指出，联合国并没有要求为其官员取得支持求偿的一般权利，它所要求的仅仅是对于因公受到的损害的有限权利。⁸¹ 法院相应地按此预先假定处理了它面前的问题。

“要求予以赔偿的损害是因旨在协助该组织工作人员**执行公务**的义务遭到违反而产生的损害。这不是那种不法行为或不行为往往违反了一国在其对侨民的立场上所承担的一般义务的情形；那种情形下的求偿属于国家的权限范围，而一般来说并不属于该组织的权限范围。”⁸²

从以下陈述中可进一步看出法院所考虑的仅仅是工作人员的公务：

“该组织可能认为需要、而且事实上已经认为需要委派其工作人员在世界的动乱地区执行重要任务。许多任务从其本质来看，会使工作人员遇到一般人不会遭遇到的非同寻常的危险。”⁸³

⁸⁰ 前注 40，第 177 页。

⁸¹ 《国际法院诉状》，1949 年，第 65 页。

⁸² 前注 40，第 182 页。斜体为后加，以示强调。

⁸³ 同上，第 183 页。

可将法院的意见理解为下列主张的依据，即联合国在工作人员执行公务受到损害时拥有保护权，但这不包括在从事一些私人活动时受到损害的情况。⁸⁴ 不过，这项意见没有考虑到公务的外部界限。

30. 在损害赔偿咨询意见中，Azevedo 法官在他的单独意见中强调，对“工作人员”一词可作不同解释。他认为，“工作人员”包括该组织直接任命的任何国籍的官员或专家，但不包括会员国的代表或在顾及国籍的情况下任命的专家。⁸⁵ 根据这种解释，“工作人员”是否包括联合国直接任命的任何国籍的特别报告员，但不包括大会在地域分配作为一种相关因素的选举中选出的国际法委员会成员？这个问题表明了“工作人员”一词所具有的不确定性。

31. 对属于执行公务范围内的行为加以限制更具有争议性。用 Lon Fuller 的话来说，显然，核心是确定的，但也有许多未解决的模糊不清的问题。⁸⁶ 如果一工作人员的房东因其不缴房租气愤不已，冲进他的联合国办公室向他开枪，联合国可否行使职能保护？如果房东在家里将他打死，情况是否不同？职能保护的范围是否涵盖联合国官员在带薪假期受的损害？这种情形是否包括执行特派任务的联合国官员在餐馆遭到反对所在国政府、但并不反对联合国的恐怖主义分子杀害的情况？这种例子不胜枚举。Hardy 考虑到了此类例子，并回顾了法院的评注，即“联合国作为一个组织就对其工作人员造成的损害提出赔偿要求时，赔偿要求只能以违反了对联合国承担的义务为依据”，⁸⁷ 他认为：

“因此，虽然这一意见仅严格限于执行公务时受到损害的情形，但有人提出这实际上是以限制较少的理由，即以对该组织本身所承担的义务遭到违反作为要求赔偿的依据，因为这些义务的目的是为了该组织的利益保护工作人员。”⁸⁸

32. 鉴于“工作人员”一词的含义和公务范围不确定，如草拟一项条款，大意是：一国际组织可对工作人员在执行公务期间受到的损害行使职能保护，而此人受到的所有其他损害属于外交保护的范畴，这样做似乎有失明智。⁸⁹ 这样一项条款不

⁸⁴ F. Seyersted, “United Nations Forces: Some Legal Problems” (1961) 37 *BYIL* 357 at p. 424; Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law*前注 53, 第 440 页。损害赔偿咨询意见的这一解释在劳工组织行政法庭的 *Jurado* 诉劳工组织案中得到了参照，前注 45。另见 A. Remiro Brotons et al *Derecho Internacional*(1997), pp. 514–515。

⁸⁵ 前注 40, 第 195 页；又见 Krylov 法官，同上，第 218 页。Cf. Hardy, 前注 49, 第 522 至 523 页，他提出，有关组织与工作人员之间应存在“切实的联系”。葡萄牙代表 2003 年在第六委员会的辩论中也提出了类似看法(A/C. 6/58/SR. 18, 第 2 段)。

⁸⁶ “Positivism and Fidelity to Law” (1958) 71 *Harvard Law Review* 630。

⁸⁷ 已在上文脚注 66 中作了引述。

⁸⁸ 前注 45, 第 520 页。

⁸⁹ 大韩民国代表 2003 年在第六委员会提出了大意如此的提议(A/C. 6/58/SR. 16, 第 81 段)。

仅由于不确定原因而存在漏洞；它还会侵入职能保护领域，而人们一般认为职能保护属于另一项研究的范畴。

33. 有人提出，在确定应由国际组织还是国籍国行使保护时，需采用的标准应当是以谁为主的标准——也就是要看国际不法行为主要针对国际组织还是针对受损害的工作人员的国籍国。这种提法存在漏洞，原因同上。第 31 段描述了一些模糊不清的情形，其中无法分清工作人员受到损害时是否正在执行公务。在这种情形下，无法确定他受到损害是因为他是国际组织的官员，还是因为他是某国的国民。的确，在许多此类情形下，他会因与其雇用状况或国籍都无关的原因而成为攻击的目标。

34. 使相竞赔偿要求相调和的一个更为有益的办法或可是在职能保护与外交保护相冲突时，优先考虑职能保护。Clyde Eagleton 是这一观点最首要的倡导者，他在 1950 年《海牙讲义集》⁹⁰ 中，提出了优先考虑联合国赔偿要求的理由：

- (1) 联合国必须能保护自己的工作人员。工作人员只是因为联合国才要冒受伤害的风险，因此联合国应承担保护工作人员的责任。该组织必须能向其潜在的雇员表明它愿意提供保护，而且这种保护不能留给国籍国，因国籍国并非始终愿意或能够提供有效的保护。
- (2) 鉴于所涉的费用、国籍国可能不熟悉案情，以及可能损害与被告国的关系等原因，国籍国往往不愿坚持求偿，“如果能解除这一负担，可能更感到高兴”。
- (3) 被告国、特别是被告的小国，往往喜欢同联合国而不是另外一个国家（尤其是更强大或蛮横的国家）打交道。
- (4) 工作人员本人总是希望由联合国而不是其国籍国求偿。往往不清楚国籍国是否会行使外交保护，也不清楚如果行使的话，鉴于政治上的考虑，国籍国将在何种程度上支持个人的求偿案。此外，特别是小国无法发挥像联合国那样的政治影响力，或得到同等程度的公众注意和同情。
- (5) 《联合国宪章》第一百条规定，联合国工作人员效忠该组织，不得接受其国籍国的指示。有鉴于此，工作人员与联合国之间的联系比与其国籍国的联系更紧密、更相关。
- (6) 国际法要求对官员的保护应比对私人的保护更尽责。⁹¹ 为此原因，受损害的个人往往愿意让联合国而不是自己的国家提出赔偿要求。

⁹⁰ “International Organization and the Law of Responsibility” (1950 I) 76 *Recueil des Cours* 319, at pp. 361-363.

⁹¹ 关于这一事项的进一步情况，见 Hardy，前注 45，第 517 页。

(7) 联合国“是比其任何部分都重要的一个整体”。因此，以《宪章》第一百零三条类推，联合国的利益在与会员国的利益发生冲突时，联合国的利益应得到优先考虑。

35. Eagleton 提出的联合国可优先提出赔偿要求的论点确实有道理。这些论点是否同样适用于其他国际组织，尚不明确，因为这些论点有一些所依据的是《联合国宪章》这部更高一级的法律。此外，联合国实践中也没有实行优先原则的佐证。尽管如此，第 25 条括号部分列有国际组织保护工作人员的权利要求优先的原则。括号中的文字的效力是使国际组织有机会先对不法行为国家提出行使职能保护的权利要求。但该组织可能由于若干原因无法做到这一点。例如，“工作人员”可能不具备受保护的资格；损害行为可能发生在执行公务范围以外；该组织的章程可能在一般情况下或针对某一案情不承认职能保护。在这种情况下，如果工作人员国籍国决定给予外交保护，则国籍国的剩余权利就会生效。如该组织根据个案事实，在斟酌处理时决定不提供保护，则也会产生这一剩余权利。（但鉴于该组织有义务对工作人员因公受伤行使职能保护这一观点的依据，尚不清楚不提供保护是否可能）。⁹²

36. 委员会或愿通过一项条款，删除括号中认为职能保护优先的文字，仅确认在职能保护也是一种可能时国家有权行使外交保护。这样做将符合国际法院在损害赔偿咨询意见⁹³以及秘书长在咨询意见发表后提交的报告⁹⁴中采取的态度，即“没有任何法律规则指定一种[索赔要求]对另一种享有优先地位”，应由有关各方依靠“诚信和常识”，通过谈判和协议调和相竞的求偿。这种务实态度⁹⁵有其可取之处，这一点已经得到证实，因为在实践中，相竞求偿是通过谈判加以调和的，⁹⁶而且据特别报告员所知，尚没有有记录的案例表明国际组织与国籍国之间可能的冲突已演变成现实。另一方面，也可争辩说，若不订立优先原则，这项条

⁹² 见上文脚注 52 中引述的依据。

⁹³ 前注 63、66。

⁹⁴ 前注 70。另见 Remiro Brotóns，前注 84，第 515 页。

⁹⁵ 2003 年第六委员会就国际法委员会的报告进行辩论时，德国代表提出了一项纳入优先原则的务实建议：

“对于工作人员的国籍国和该组织之间相竞外交保护权的冲突问题，应采用务实做法。德国认为，由于外交保护涉及到国家或国际组织的权利，决定性标准应当是国际不法行为主要针对有关组织还是工作人员的国籍国。但是，如受损害最深的一方不能或不愿行使外交保护，则受损害较轻的一方，无论它是组织还是国家，都应有权行使外交保护权”（概述于 A/C.6/58/SR.14，第 61 段）。

⁹⁶ 见秘书长在就 1948 年中东发生的各种死伤情况采取行动之前与法国、挪威、瑞典和美利坚合众国进行谈判的报告：秘书长关于执行联合国公务时所受损害的赔偿问题的报告：A/1851 (1951)、A/2180 (1952)。

款对现有法律几乎没有增添什么新内容，它只是重述显而易见的情形，因此可以全部删除。

D. 人权、外交保护和一般的保障条款

1. 第 26 条

这些条款概不影响由于国际不法行为而使有权行使外交保护的国家以外的国家或个人可以享有的权利。

37. 本特别报告员在于 2000 年提交的关于外交保护的第一次报告中强调，习惯国际法有关外交保护的规则已经过数世纪的演变，它们与最新的人权保护原则相辅相成，最终服务于一个共同的目标——保护人权。⁹⁷ 因此，目前的条款应表明，它们并非旨在排除或取消受损害人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保护此人的权利。

38. 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盟约》、⁹⁸《消除一切形式种族歧视国际公约》、⁹⁹《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》、¹⁰⁰《欧洲人权公约》、¹⁰¹《美洲人权公约》¹⁰² 和《非洲人权和人民权利宪章》。¹⁰³ 同样，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¹⁰⁴ 中作出的国家不能提起诉讼程序来保护非本国国民权利的裁定，当今已被视为是一项错误的法律，国际法委员会已在关于国家责任的条款中对其作了明确的驳斥。¹⁰⁵ 此外，关于国家责任的条款第 48 条允许在所违反的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。

39. 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补救办法，不管这个国家是此人的国籍国还是另外一个国家。已经在关于国家责任的条款，即第 33 条内增添了一项保留条款，以顾及国际法的这一发展。

⁹⁷ A/CN.4/506，特别是第 22 至 32 段。特别报告员在第 32 段中指出，“外交保护仍然是人权保护武库中的重要武器。”

⁹⁸ 第 41 条。

⁹⁹ 第 11 条。

¹⁰⁰ 第 21 条。

¹⁰¹ 第 24 条。

¹⁰² 第 45 条。

¹⁰³ 第 47 至 54 条。

¹⁰⁴ 第二阶段，《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页。

¹⁰⁵ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，关于第 48 条的评注，脚注 766。

40. 在这种情况下，如在现有条款草案中增添一项措辞大致如同第 26 条那样的保留条款，可能较为明智。

2. 第 21 条的备选案文

这些条款概不影响国家或个人有权援引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[，虽然该不法行为也可能使受损害人的国籍国提出外交保护要求]。

41. 有人曾提议在现有条款草案中应列入一项特别法条款，规定在公司或其股东的保护须遵守国际法特别规则¹⁰⁶ 时不适用现有条款。在国际法委员会¹⁰⁷ 和第六委员会对该提议进行辩论时，有人建议或可列入一项涵盖双边投资条约和人权条约的总括性“不影响条款”。这样将表明，现有条款草案不影响有关保护自然人和法人或其财产的其他法律制度的存在和运作。国际法委员会之所以决定将有关特别法专题的拟议第 21 条交给起草委员会，以重新加以拟订，或许作为一项“不影响条款”¹⁰⁸ 置于条款草案的末尾，可能就是为了达到这一目的。尚不能确定的是，是否宜列入一项一般性的保留条款，以涵盖双边投资条约和人权条约这两种与外交保护不同的法律制度。不过，这一条款的措辞可按上文提议的案文拟订。

42. 这样一项总括性保留条款将确保各国、公司和股东有权援引双边投资条约中规定的权利和补救办法来保护外国投资，同时不排除它们有权运用外交保护方面的习惯国际法原则来支持或补充它们的权利要求。同时，这样可使受损害人的国籍国和其他国家以及受损害人本人寻求国际人权公约规定的补救办法，而且同样不排除它们有权使用可能有助于求偿人的外交保护原则。方括号中的文字可能是多余的。但是，它强调的是，保留条款所述的那种程序是外交保护的补充。

43. 外交保护、双边投资条约和人权条约都是旨在保护因国际不法行为而受到损害的个人的机制。这些机制用来相辅相成，彼此支持，以争取实现这一目标。现有条款应表明，这些体制并非相互竞争，也不彼此排斥。拟议条款重新拟订后应力求达到这一目的。

E. 船旗国对船员的外交保护

1. 第 27 条

船员在船只因国际不法行为遭受损害的过程中受到损害，不论其是否为船只国籍国的国民，船只的国籍国均有权对其行使外交保护。

¹⁰⁶ 现有拟议条款草案第 21 条，前注 6，脚注 76。

¹⁰⁷ 前注 6，第 124 至 139 段。

¹⁰⁸ 前注 6，第 139 段。

44. 正如一些司法裁定和国际法专家的著述所体现的那样，各国的实践在某种程度上支持船只的国籍国（船旗国）可以保护船上不具有该国国籍的船员这一立场。也有合理的政策考虑支持这种做法。

45. 国家实践主要来自美国。根据美国法律，外国海员在美国船只上供职时有权受到美国的保护。¹⁰⁹ 为了达到保护目的，“美国海员”一词包括定期在美国港口或外国港口的美国船只上供职的外国人，条件是他们表示有意成为美国公民。¹¹⁰ 一旦一个外国水手以这种方式获得了美国海员的特性，他就可以在外国港口重新受雇为船员，而不会失去其根据美国法律规定所拥有的权利和特权。¹¹¹ 美国的观点是，一个海员一旦成为一艘船只的船员，唯一相关的国籍就是船旗国的国籍。¹¹² 在 *Ross 诉 McIntyre* 案中，美国最高法院应用了这一原则，认定该法院对在美国船只上供职的英国国民拥有管辖权，原因是：

“通过……成为船员，他成为了一名美国海员，也就是一艘美国船只上的美国船员，从而有权享受国会为美国海员通过的一切法律保护和权益，并承担一切法律义务和责任”。¹¹³

最高法院指出，尽管他是一名英国公民，但他在美国船只上供职时，对美国表示了临时性效忠，因此不可能期望得到英国政府的保护。不过，他可以“坚持要求被看作是美国海员，并援引美国可以用来对本国出生的海员行使保护的一切权力来保护自己”。¹¹⁴ 在美国船只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得到了一贯的重申。¹¹⁵ 例如，尽管有各种排华法案，中国海员只要在美国船只上供职，就有权得到与美国水手相同的保护。¹¹⁶ 美国政府在就美国船只的船员受到的损害向中国政府提出的陈述中指出，船员作为海员，不论其所属国籍，均有权受到政府的保护。¹¹⁷ “胡佛总统号”美国船

¹⁰⁹ Borchard, 前注 28, 第 475 页; O' Connell, 前注 30, 第 1050 页。

¹¹⁰ Borchard, 同前, 第 475 页。1870 年的一项法案规定：“每个身为外国人的海员，假若向任何主管法院表示有意成为美国公民，在提出成为美国公民的意向声明后，在作为美国公民受到各种保护方面，被视为美国公民。” (2174) of the Revised Statutes of the United States; 1918 年废止又重新通过 (40 Stat. 542); 1935 年废止 (49 Stat. 376)。

¹¹¹ G. H. Hackworth, 前注 38, vol. 4, p. 883。

¹¹² *Ross 诉 McIntyre*, 140 U.S. 453 (1891)。

¹¹³ 同上, 第 472 项。另见 D. Moore 《国际法文摘》(1906 年) 第三卷, 第 797 页。

¹¹⁴ 如上。

¹¹⁵ Consular Regulations, 1888, ss. 171, 172; Foreign Service Regulations, June 1941. (Hyde, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied by the United States* (1945), vol. 2, p. 1180)。

¹¹⁶ Moore, 前注 113, 第 798 页。

¹¹⁷ Hackworth, 前注 111, 第 884 页。

只于 1937 年在上海附近遭到轰炸后，国务院向美国驻南京大使馆作出指示，“不论幸存船员的所属国籍，他们作为美国船只上的美国海员，被视为有权得到政府的援助”。¹¹⁸ 这一做法在国务院《求偿人一般说明》中得到确认，其中规定：

“美国政府通过外交渠道进行的有效干预只可代表政府本身，或代表以下两种求偿人：(1) 拥有美国国籍者……或(2) 在某些情况下，由于其他原因有权得到美国的保护者（例如，[美国船只上某些类别的海员](#)，美国武装部队或海军的成员等）。因此，除非求偿人可以证明自己属于这些类别求偿人中的一类，政府无法承诺将求偿人的主张提交给外国政府”。¹¹⁹

46. 美国的做法是否证明了存在一种支持船旗国对海员行使保护的习惯法规则，这个问题还有争议。Arthur Watts 在 1958 年撰写的一篇有影响力的文章中主张，¹²⁰ 美国的做法是基于抵制英国在拿破仑战争期间提出的在公海上拦截外国私人船只，并上船搜索逃兵及在英国负有服役责任者的权利主张。因此，这种做法“似乎由于其产生的情形而让人对其是否适用于求偿的国籍问题表示怀疑”。¹²¹ 美国国务院在 2003 年 5 月 20 日致国际法委员会的信件¹²² 中赞同 Watts 的观点，认为美国向拥有第三国国籍的船员提供外交保护的做法，“起源于美国反对英国——特别是在拿破仑战争期间——强征在公海上航行、悬挂美国国籍的商船上的海员入伍”。对美国做法的起源所作的这一历史说明，加之正如“我孤立无援案”¹²³ 中采取的相反立场所证明的那样，美国未能一贯坚持这一做法，使得美国国务院对于允许船只的国籍国向第三国船员提供保护这一习惯法规则的确定性表示怀疑，并提议将这一问题从现有条款草案中删除。

47. 尽管联合王国的国内法中没有任何代表外国水手求偿的依据，¹²⁴ 但在实践和判例法中，这种求偿权得到某些支持。W. Scott 爵士在 1804 年提出一种意见，似乎认为在联合王国拥有住所的外国水手因此“具备英国水手的特性”，从而有权享受“英国保护和航海的一切有利条件”。¹²⁵ 此外，在 R 诉 Carr 案（1882）中，王座分庭以类似于美国最高法院在 Ross 诉 McIntyre 案中使用的语言宣称：

¹¹⁸ 同上，第三卷，第 418 页。

¹¹⁹ 《国际仲裁裁决汇编》，第 7 卷，第 177 页，楷体为后加，以示强调。

¹²⁰ “The Protection of Alien Seamen” (1958) 7 International and Comparative Law Quarterly 691, at p. 708。

¹²¹ 如上。

¹²² 该信件存档于联合国法律事务厅编纂司。

¹²³ 在下文第 49 段讨论。

¹²⁴ 参见 British reply to the questionnaire of the Preparatory Committee of the Hague Codification Conference, League of Nations, document.C. 75, M. 69. 1929. V, p. 206。

¹²⁵ A. D. Mc Nair, *International Law Opinions* (1956), 第二卷，第 172 页。

“真正的原则是，登上执行英国法律的船只者，受到英国国籍的保护，而且作为一种相互依存关系，假如该人有权受到我国法律的保护，那么他就要服从我国法律的管辖，并要受到我国法律对违反法律要求者所实施的惩罚”。¹²⁶

48. 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 McCready（美国）诉墨西哥案中，公断人 Edward Thornton 爵士认为，“海员在悬挂非本国国旗的海军船只或商船上服务，服务期间有权获得其所服务之国旗国的保护”。¹²⁷（然而，Schwarzenberger¹²⁸ 和 Watts¹²⁹ 均认为，这一判定没有必要，因为存在着求偿人有权获得美国公民身份的证据。）在 Richelieu（美国）诉西班牙案¹³⁰ 中，西班牙条约求偿委员会作出有利于 Richelieu 的裁决：“一个法国人于 1872 年表示有意成为美国公民，并随后在美国商船上担任水手和乘务员达二十五年以上”。（不过，Watts 又一次质疑这一裁决的价值，认为 Richelieu 可能已丧失了法国国籍，并实际成为美国国民。”¹³¹）在 Shields（美国）诉智利¹³² 和 Hilson（美国）诉德国¹³³ 两案中，美国提出的有权向在美国船只上供职的外国人提供保护的主张遭到驳回，但主要是因为两个案件的仲裁协议均明确将求偿限于美国公民。¹³⁴

49. “我孤立无援案”¹³⁵ 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只相同的国籍。¹³⁶ 具有讽刺意味的是，美国对加拿大代表非国民提出赔偿要求的权利提出反驳。委员会在没有审查国籍问题的情况下，作出对所有三名非加拿大籍水手予以赔偿的裁决。

¹²⁶ L. R. 10 Q.B.D. 76 at p.85(1882)。另见 R. 诉 Anderson, L. R. :1 C. C. R. 161 at pp. 165-167(1868)。

¹²⁷ Moore, International Arbitrations, 第 3 卷, 第 2536 页。

¹²⁸ 前注 15, 第 593 至 594 页。

¹²⁹ 前注 120, 第 710 页。

¹³⁰ Watts 引用, 前注 120, 第 694 页。

¹³¹ 同上, 第 710 页。

¹³² Moore, 前注 127, 第 2557 页。

¹³³ 《国际仲裁裁决汇编》，第 7 卷，第 176 页。但请参见美国专员对此案的意见，此人强烈主张向外国船员提供保护的权利（第 178 页）。

¹³⁴ Schwarzenberger, 前注 15, 第 594 页。

¹³⁵ (1935) 29 A. J. I. L. 326。

¹³⁶ G. G. Fitzmaurice, “The Case of the I’m Alone”(1936) 17 B. Y. I. L. 第 82 页, 第 91 至 92 页。

50. 在损害赔偿咨询意见¹³⁷中，两名法官在其反对意见中越出常规对国家代表外国船员行使外交保护的权利表示支持。Hackworth 法官宣称：

“对于支持代表私人求偿人提出外交求偿而言，国籍是一个必要条件。除了某些条约规定的受保护人所处的特殊情况以及海员和在武装部队服役的外国人所处的特殊情况之外（他们均被视为居有国民地位），保护权仅限于保护国的国民这一点已经得到确立”。¹³⁸

Badawi Pasha 法官在该意见中解释了法庭的陈述，认为传统的求偿国籍规则有重要的例外，¹³⁹“与国旗的保护有关……，在这种情况下，保护扩展至船上的每一个人……，而无论国籍为何”。¹⁴⁰

51. 有关这一主题的文献不很多，而且根据上文讨论的实践和权威意见，可以预料，这些文献在支持这项权利方面存在分歧。例如，Watts¹⁴¹ 和 Schwarzenberger¹⁴² 对是否存在这种权利表示怀疑，而 Brownlie、¹⁴³ Dplzer¹⁴⁴ 和 Meyers¹⁴⁵ 则对这一习惯法规则的存在表示支持。Meyers 于 1967 年撰文指出，他“没听说过国际法庭或法院主张不允许船旗国保护外国船员的任何案例。”¹⁴⁶

52. 1999 年，国际海洋法法庭对 M/V “塞加号”（第 2 号）案（圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚）¹⁴⁷ 作出的裁定虽然不很明确，但对船旗国保护非国民船员的权利表示支持。

53. 该案件的争执是“塞加号”在向几内亚沿岸的渔船供应燃油时，遭到几内亚逮捕并扣押造成的。“塞加号”在圣文森特和格林纳丁斯（“圣文森特”）注册，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。海洋法庭于 1997 年根据《联合国海洋法公约》第二九二条采取行动，命令在圣文森特支付保释金后立即释放“塞加号”。尽管支

¹³⁷ 前注 40。

¹³⁸ 同上，第 202 至 203 页。

¹³⁹ 同上，第 181 页。

¹⁴⁰ 同上，第 206 至 207 页，脚注 1。

¹⁴¹ 前注 120，第 711 页。

¹⁴² 前注 15，第 594 页。

¹⁴³ 前注 30，第 460 页。

¹⁴⁴ “Diplomatic Protection of Foreign Nationals” in Encyclopedia of Public International Law (1992), 第 1 卷，第 1068 页。另见同上，第 1054 页。

¹⁴⁵ The Nationality of Ships (1967), 第 90 至 108 页。

¹⁴⁶ 同上，第 104 页。

¹⁴⁷ (1999) 38 I. L. M. 1323。

付了保释金，“塞加号”及其船员均未获释。此外，几内亚对船长提出刑事诉讼，并判决他有罪，同时还表示圣文森特负有民事责任。圣文森特随后对几内亚提起仲裁程序，对继续扣押“塞加号”以及对起诉船长的合法性提出抗诉。同时，几内亚上诉法庭判定船长犯有向几内亚非法进口燃料的罪行，对其课以高额罚款，并判处六个月监禁，缓期执行。此外，法庭下令没收货物，扣押船只，作为支付罚金的担保。1998年，双方同意将仲裁程序移交国际海洋法法庭。船长、船员以及船只于1998年2月28日获得释放。几内亚尽管同意将仲裁程序转交海洋法庭，但以受害人不是圣文森特国民，而且尚未用尽当地补救办法等为由，对受理圣文森特的求偿表示反对。海洋法庭驳回了对这一求偿的可采性提出的质疑，认为几内亚逮捕并扣押船只及其船员；没收货物、对船长提起诉讼并将其定罪；违反《联合国海洋法公约》关于紧追船只的规定；以及在逮捕过程中使用过度武力的行为等，均侵犯了圣文森特权利。最后，海洋法庭命令几内亚向圣文森特支付总额为2 123 357美元的赔款，作为对“塞加号”造成的损失以及对船员的损害的赔偿。

54. 尽管海洋法庭将这一争议主要视为关于对圣文森特的直接损害的争议，¹⁴⁸但法庭的推理表明，法庭还将该事项视为一个外交保护的案件。几内亚对船员求偿的可采性明确表示反对，理由是該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。¹⁴⁹ 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”。¹⁵⁰ 海洋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，其中包括第二九二条，没有将船旗国的国民与非国民加以区分。¹⁵¹ 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”。¹⁵² 最后，法庭说明了采取支持这一做法的政策理由。法庭表示，现代海洋运输的特征是“船只船员的组成具有短暂和多国籍的特性”，并警示“船只的船员可能由属于若干国籍的人员组成。假如每个受伤害者必须向其国籍所属国寻求保护，就会随之带来过度的困难”。¹⁵³

55. 法庭在驳回未用尽当地补救办法这一反对意见时所作的推论，在外交保护问题上并没有直截了当。首先，法庭认定，几内亚直接侵犯了《联合国海洋法公约》中规定的圣文森特的权利，因此无须用尽当地补救办法。¹⁵⁴ 再者，法庭认定，

¹⁴⁸ 同上，第1345页，第98段。

¹⁴⁹ 同上，第1346页，第103段。

¹⁵⁰ 同上，第104段。

¹⁵¹ 同上，第105段。

¹⁵² 同上，第106段。

¹⁵³ 同上，第107段。

¹⁵⁴ 同上，第1345页，第98段。

“即使……圣文森特和格林纳丁斯就自然人或法人提出的一些权利要求并非是由对圣文森特和格林纳丁斯的权利的直接侵犯造成的”，¹⁵⁵ 也没有必要用尽当地补救办法，理由是在“几内亚同圣文森特和格林纳丁斯提出的权利要求所涉及的自然人和法人之间不存在管辖关系”。¹⁵⁶

56. 法庭认为，圣文森特提出权利要求，不仅是因为对该国船只的损害造成了对该国本身的直接损害，而且是因为对该国船只上的船员的非法待遇造成了间接损害，这一点从法庭作出的赔偿裁定中看得很清楚，因为法庭的裁定将圣文森特“直接遭受到损害”与“‘塞加号’，包括参与该船操作或与该船操作有关的所有人员所遭受的损害或其他损失”区别开来，后者包括“人身伤害、非法逮捕、拘押或其他形式虐待等”。¹⁵⁷ 这一区别由法庭对赔偿金的评估加以确认，因为法庭裁决不仅对“塞加号”本身造成的损害给予赔偿，也对船员因非法拘押受到的损害以及人身损害给予赔偿。

57. 委员会于 2002 年（在非正式磋商中）以及第六委员会于 2002 和 2003 年（在答复委员会提出的就这一主题发表看法的请求时）对是否列入一项承认船旗国代表非国民船员行使外交保护权的权利的条款进行了辩论。尽管委员会对这一主题相持不下，第六委员会大多数发言者反对列入该项条款。反对列入该项条款的理由实质上有两个。首先，第 27 条草案中的这种规则所提供的保护与外交保护有很大不同，因为它不以国籍为基础。¹⁵⁸ 再者，这类保护由《联合国海洋法公约》第二九二条规范。这些反对意见中的第一个意见几乎不需要讨论，因为大家乐意承认我们在这里所关心的不是传统的外交保护。需要审议的问题是，这种形式的保护是否与外交保护有足够的类似，以致有理由将其包括在内，就像现有条款草案第 7 条规定对难民和无国籍人士提供外交保护那样。不过，对这第二个反对意见应给予更密切的关注。

58. 有人在委员会和第六委员会提出，海洋法庭对“塞加号”的裁定是以《联合国海洋法公约》第二九二条为基础，而不是以船旗国不论国籍代表全体船员行使保护的权力为基础的。第二九二条规定：

“1. 如果缔约国当局扣留了一艘悬挂另一缔约国旗帜的船只，而且据指控，扣留国在合理的保证书或其他财政担保经提供后仍然没有遵从本公约的规定，将该船只或其船员迅速释放，释放问题可向争端各方协议的任

¹⁵⁵ 同上，第 99 段。

¹⁵⁶ 同上，第 1346 页，第 100 段。另见 Wolfrum 法官的单独意见（同上，第 1380 至 1382 页）和 Warioba 法官的单独意见（同上，第 1434 页，第 61 段）。

¹⁵⁷ 同上，第 1357 页，第 172 段。

¹⁵⁸ 见 M. Kamto, “La nationalité des navires en droit international”, in *Les melanges liber amicorum J.P. Queneudec et L. Lucchini* (2003), 第 75 至 86 段。

何法院或法庭提出,如从扣留时起十日内不能达成这种协议,则除争端各方另有协议外,可向扣留国根据第二八七条接受的法院或法庭,或向国际海洋法法庭提出。

“2. 这种释放的申请,仅可由船旗国或以该国名义提出。

“3. 法院或法庭应不迟延地处理关于释放的申请,并且应仅处理释放问题,而不影响在主管的国内法庭对该船只、其船主或船员的任何案件的是非曲直。扣留国当局应仍有权随时释放该船只或其船员。

“4. 在法院或法庭裁定的保证书或其他财政担保经提供后,扣留国当局应迅速遵从法院或法庭关于释放船只或其船员的裁定。”

59. 第二九二条是根据各国代表团的愿望加进去的,以纳入一个安全保障程序条款,对迅速释放船员和船只作出规定。¹⁵⁹ 最初有人提议,该条款不仅应保护船只,还应保护被扣押的船员和乘客。¹⁶⁰ 解决争议非正式工作组审议了直接向海洋法法庭提出申诉的权利,但最后没有将这一权利直接给予船只的船主或经营人、船员或乘客。¹⁶¹ 提议允许个人向法庭提出求偿的动因是政府的解决争议机制十分繁复。¹⁶² 不过,该提议没有得到通过,因此向法庭提出求偿的权利仅限于船只的登记国。¹⁶³ 此外,该条的评注明确指出,申诉权限于该公约实质性部分规定的情形,并不适用于所有扣留案例,例如发生在领水的扣留案例。

60. 因此,第二九二条并不是要涵盖在各种情况下对船员的保护。该条在很大程度上是一项程序性机制,以确保出于经济目的,使船只得到迅速释放。不过,该条可以用作一种保障船只和船员得到迅速释放的机制。“塞加号”案和“大王爷号”案(伯里兹诉法国)均说明了这一点。¹⁶⁴

61. 对于连同释放船只的要求一起释放船员而言,第二九二条是一个有用的机制。然而,它不能取代对船员的外交保护,因为存在着许多情况使第二九二条无法确保船员受到保护。此外,尽管该条款可以确保船员得到释放,但在确保船员被拘押期间有一种国际认可的待遇标准方面,它却不能发挥任何作用。有人表示,

¹⁵⁹ University of Virginia Commentary on the UN Convention the Law of the Sea 1982, 第五卷(eds. M. Y. Nordquist, S. Rosenne and L. B. Sohn), 第 67 页。

¹⁶⁰ 同上, 第 67 段。

¹⁶¹ 同上。

¹⁶² 同上, 第 68 段。

¹⁶³ 同上, 第 69 段。

¹⁶⁴ 大王爷案(伯里兹诉法国)(2001 年 4 月 20 日)。迅速释放。裁决。可查阅 www.itlos.org/start2_en.html。M. I. Lazarev (ed.) Contemporary International Law of the Sea (Moscow, 1984), p. 211。

“塞加号”船员在拘押期间受到虐待。¹⁶⁵ 但不清楚的是，为什么这一点没有在诉讼期间提出，一种可能是，发生这种情况是因为这个案件是以侵犯船只权利为理由提出的，而不是作为一个侵犯船员人权的案件提出的。当然，第二九二条中对拘押期间保护船员的人权没有作出任何规定。概括地说，第二九二条没有涵盖船员因国际不法行为而遭受损害的所有案件，或许甚至没有涵盖大多数此类案件。有鉴于此，对船员的保护需要有一个比第二九二条更广泛的机制。第 27 条就试图建立这样一种机制。

62. 对于允许船旗国对船只的船员行使外交保护，存在着令人信服的政策理由。海洋法法庭在“塞加号”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。假如每个受伤害者必须向其国籍所属国寻求保护，就会随之带来过度的困难”。¹⁶⁶

63. 今天，许多船只的船员来自政治和经济力量薄弱的国家，这些国家的人权纪录乏善可陈，而且没有兴趣保护那些受雇于外国船只，与本国失去联系，在外国船只上供职时遭到损害的本国国民。诚然，船旗国有时只是一个提供方便旗的国家，对悬挂该国国旗的船只上的船员没有兴趣。另一方面，这些船旗国需要保护其作为方便旗提供国的声誉，而且这一点可以作为保护外国船员的刺激因素。与船员的国籍国相比，这种国家一定会更愿意向船员提供保护。

64. 船员与船旗国有着密切的联系。他们要接受船旗国的刑事管辖，而且用欧洲法院的话说，“必须强调的是，规范船员活动的法律不取决于船员的国籍，而是取决于船只的注册国。”¹⁶⁷ 此外，船旗国必须向所有船员提供适当的劳动条件，¹⁶⁸ 并给予他们海员身份证明以使之能够在停泊港上岸。¹⁶⁹ 在这些情况下，如果船员在国际不法行为造成损害的过程中受到损害，船旗国有权向他们提供保护似乎是恰当的。

65. 与提出赔偿要求有关的实际考虑不应受到忽视。与要求所有船员的国籍国代表其国民分别求偿相比，由一个国家代表全体船员行使保护则更容易，也更有效率。在巴塞罗那电车案¹⁷⁰ 中，国际法院在处理股东的求偿时不允许多重求偿。同样的考虑也适用于船只的船员。

¹⁶⁵ 见“塞加号”案，前注 147，第 1358 页，第 175 段。

¹⁶⁶ 前注 147，第 107 段。

¹⁶⁷ Anklagemyndigheden (Public Prosecutor) 诉 Peter Poulsen, judgment of 24 November 1992, Case C 286/90.

¹⁶⁸ 《联合国海洋法公约》第九十四条第 3 款(b)项；《1976 年劳工组织商船最低标准公约》，C 147。

¹⁶⁹ 《1958 年劳工组织海员身份证明公约》，C. 108。

¹⁷⁰ 《1970 年国际法院案例汇编》3，见第 48 至 40 页。另见“塞加号”案法官意见，前注 166。

66. 允许船旗国行使保护,可能导致由船旗国和船员的国籍国分别提出求偿的情况。这种可能性微乎其微,不成为一个问题,因为这与现有条款草案第5条论及的双重国籍国民的保护问题类似。

67. 给予船只船员外交保护可能引起对船只的乘客、飞机机组人员和乘客以及航天器机组人员给予类似保护的权利要求。据认为,无论是政策考虑还是国家实践都不支持权利要求的这种扩展。不过,将简要地分析一下此类权利要求。

船只上的乘客

68. 尽管船只上的乘客有权获得与船员相同的保护这一看法得到一些支持,¹⁷¹人们认为船员与乘客之间存在着一些重要的差别,因而不能作出这种结论。给予海员保护的理由在很大程度上基于以下理念:海员同意在商船上供职,就暂时接受了船旗国的管辖、法律并向船旗国效忠。这样,海员就具有了一个国民的特性以及得到船旗国保护的相应权利。¹⁷² 仅仅是因为海员的独特地位才赋予这些保护权利,而且这些权利受到严格的限制。¹⁷³ 乘客的情况并不相同,因为他们与船只的关系有更多的限制,也更加短暂。他们必须向其国籍国寻求保护。在船旗国向乘客提供保护方面没有国家实践也确认了这一点。

飞机机组人员和乘客

69. 如果将船只的船员和飞机的机组人员加以类比,也许会认为后者同样应该由飞机的注册国提供保护。在1963年《东京公约》中可以找到对这一立场的支持,因为该公约给予注册国对在飞机上实施的行为行使管辖的权限。¹⁷⁴ 不过,管辖权限与外交保护权之间存在着差别,而且在缺乏国家实践的情况下,很难主张给予飞机机组人员这种保护。此外,各种政策考虑并不支持向飞机机组人员提供保护。飞机机组人员不象船只的船员那样,与其国籍国隔离许多个月或许多年。此外,他们享有社会地位,更可能使其国籍国在必要时向他们提供保护。

70. 机组人员尚不能得到保护,那么飞机上的乘客就更不能享受任何保护了。在1954年国泰航空公司事件中可以找到对这一立场的支持,¹⁷⁵ 当时,一架英国飞机被中国军用飞机击落,美国要求中国对乘客中美国国民的死亡作出赔

¹⁷¹ Coleridge 伯爵在 R 诉 Carr 案 (10 QBD 76, 第 85 页 (1882) 中表示,在裁定英国船只上的某个人无论其身份如何均接受英国管辖和保护之后,必然的结果是,“我无法在船员与上船工作的那些人,不自愿在场的那些人和自愿前来的乘客之间作出分辨。”

¹⁷² See generally, Ross 诉 McIntyre, 140 US 453 (1891); Edward A. Hilson (U.S.) 诉 Germany, 7 UNRIAA 176 (1925)。

¹⁷³ 例如,保护权并不扩大到海员的妻子或直系亲属: Moore, 前注 113, 第 800 页。

¹⁷⁴ 《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》,联合国,《条约汇编》,第 704 卷,第 218 页,第 3 条。

¹⁷⁵ M. M. Whiteman (1965) 4 Digest of International Law, pp. 534-535。

偿。美国拒绝了中方提出的该事项应由联合王国和中国通过外交渠道解决这一主张。

71. 近年来发生的涉及飞机及其乘客的两起灾难可能被认为与这一主题有些关联。在泛美（洛克比）和空运联盟（尼日尔）两个案件中，受害人联盟不论死难者的国籍，代表所有死难者家属向阿拉伯利比亚民众国提出赔偿要求。¹⁷⁶ 尽管这些求偿分别得到了美国和法国的支持，但很难将这些求偿归类为外交保护的实例。最好将其视为由求偿人联盟提出的、得到飞机以及大多数乘客和机组人员的国籍国支持的私人求偿。

航天器

72. 就航天器机组人员的多国籍性质以及他们不得不在航天器上长期停留而言，航天器与船只类似。在航天器的注册国向机组人员提供保护方面目前尚没有任何国家实践，这一点并不令人惊讶。不过，在现阶段就这一主题逐步制定法律并不明智。

结论

73. 第 27 条起到了逐步扩展传统外交保护原则的作用。可以将此看作是在编纂工作上而不是在逐步发展方面的一种实践，因为有足够的国家实践来说明这一规则的合理性。这不是一个大胆的条款，因为它局限于外国国民在船只受到损害时遭受的损害，并不扩大到外国国民在上岸休假时受到的损害。此外，这也得到合理政策考虑的支持。因此，提议委员会通过该条款。不过，如果委员会决定不核准这一条款，也应该通过以下保留条款：

这些条款草案概不影响船只[或航空器]的国籍国对该船只的船员[或航空器的机组人员]行使保护，而不论这些人员是否为该国国民。

这一保留条款至少将确保，船旗国向船员提供保护这一习惯法规则的演变，不会因为在现有的条款草案中排除该规则而还受到损害。

¹⁷⁶ 在洛克比案中，1988 年泛美 103 号航班上的大多数遇难者似乎拥有美国国籍。不过，1989 年在尼日尔上空被击落的空运联盟班机牵涉 17 个不同的国籍。见 BBC News/Africa of 9 January 2004; (2000) 97 AJIL 987。