



国际法委员会

第五十届会议

1998年4月20日至6月12日,日内瓦

1998年7月27日至8月14日,纽约

有关外交保护的初步报告

特别报告员: 穆罕默德·本努纳

目录

	段次	页次
导言	1-13	2
一、外交保护的法律性质	14-54	3
A. 经典概念	15-32	3
B. 在国际上承认个人权利的问题	33-44	5
C. 国内法与外交保护的法律性质	45-48	7
D. 在外交保护有哪些相关权利?	49-54	7
二、外交保护规则的性质	55-65	8

导言

1. 对外交保护工作组报告的讨论,包括在委员会以及大会辩论期间¹展开的讨论,强调了该专题中必须初步阐述的两个决定性方面,以便委员会能向特别报告员提供所需的指导,使他得以继续开展委任他的研究工作。
2. 首先涉及外交保护的法律性质,或换言之,是附带权利拥有者的法律性质。事实上有人主张,委员会应通过日益被承认具有国际法主体性质的人身的权利发展,重新审议常设国际法院在 *Mavrommatis Palestine Concessions* 案中明确肯定的有关此方面的经典法律。²
3. 又有人指出,工作组建议此专题只限于编纂次级规则,在研究正好处于“初级规则和次级规则连结上的干净的手原则”³等问题时就会造成困难。
4. 本报告在回顾外交保护制度的历史发展后,将专门分析有关准则的性质。
5. 审查的专题包括了一大部分编纂工作;工作组在提及“*Mavrommatis* 案”判决时强调其习惯法的起因已经证实,即:“这是一项国际法的基本原则”它授权一国在另一国的违反国际法行为损害其国民而又不能通过通常手段获得满足时,向其国民提供保护”。⁴
6. 此项“原则”很早就有构想,这是因为人们经常求助于国际法理论家的先驱,尤其是 Vattel,他确认:“任何人只要损害公民就是对国家的直接冒犯。该公民的君主必须为受到的伤害进行报复,如有可能,应迫使侵犯

者全面赔偿或对其惩罚,否则公民就不能实现安全这一公民社会的重大目标”。⁵

7. 在此或可嗅出封建法的气味,统治者的保护是以其臣民的效忠(国籍)作为交换条件,或是为维护国家的合法性而在当时流行的《社会契约》理论的一种延续,这一理论将社会和平与对君主权力的确认结合起来”。
8. 然而,在 Vattel 的引文中似乎多少反映出对此制度的一种根本指责,即这一制度在本质上带有歧视性,因为只有强国才能用它对付最弱小的国家。因此,它根本是不平等的,因为个人就有可能按照其国籍关系从属的国家来确定其诉讼是否国际化。而且,外交保护也成了干涉某些国家事务的借口。法官 Padilk-Nervo 在下列一段话中揭露了这一现象:“国家对待外国侨民责任的历史就是一系列的凌辱、非法干涉弱国的内部秩序、提出不合理的索赔要求、威胁,甚至打着行使保护权的旗号进行军事侵略和实施制裁,以迫使一国政府作出所要求的赔偿”。⁶
9. 因外交保护变质形成恶果而首当其冲的拉丁美洲国家,试图使用以阿根廷的一位政治家(1824-1906 年)的名字命名的《Calvo》条款内的法律手段,根据这一条款,外国人放弃按契约规定的原籍国的外交保护。我们将在后文更深入地探讨此项条款产生的各次讨论。
10. 总之,当初在构想外交保护时,就将其作为一国成员在外国领土上遭受违反国际法行为的损害时国家对其人民行使属人管辖权的必然结果。⁷事实上这涉及到外国侨民接受国履行国际责任的机制或程序,为此一

¹ 关于国际法委员会第九届会议的辩论,见 A/CN.4/SR.2513 号文件。关于大会第五十二届会议的辩论,见第 A/C.6/52/SR.16 至 25 号。

² 常设国际法院...汇编 A,第 2 号,1924 年 8 月 30 日的判决。尤其见 Lukashuk 和 Paller 在委员会的发言(A/CN.4/SR.2513,第 5 和第 10 页)。

³ B. Simma 在国际法委员会第四十九届会议上的发言(第 A/CN.4/SR.2513 号,第 8 页)。

⁴ 由国际法委员会第四十九届会议设立的外交保护问题工作组的报告,第 A/CN.4/L.548 号文件。还见《*Mavrommatis* 案》上文(注 2)第 12 页。

⁵ E.de Vattel:《国际法或自然法原则》,(伦敦,1758 年)第一卷,第二部,第 309 页,第 71 段,载于《国际法经典》,华盛顿(特区),华盛顿卡内基研究所,1916 年。

⁶ 《国际法院 1970 年汇编》,第 246 页,法官 Padilla Nervo 对 1970 年 2 月 5 日判决的“比利时告西班牙的 Barcelona Traction 光电有限公司”案的个人意见。Charles De Visscher 则认为,“十九世纪帝国主义将私营公司和外交同时出卖”,载于《国际公法的理论和现实》巴黎, Pedone,1953 年)第 326 页。

⁷ 《国民一旦离开国土,便进入国际法范围...居住国只要在自己的领土上接受了外籍人,就是承认其国籍国的主权和此人与其国家的连带关系》(Edwin Borchard:《对境外公民的外交保护》,纽约,Banks 法律出版公司,1915 年,第 26 页)。

些作者认为,这方面的研究应包括外交保护。⁸然而在此情况下国与国之间关系的特点是,当国民受到损害时,这一关系就从一国领土转移到另一国领土。为了协调有关属人管辖权和领土管辖权,第二国在第一国尚未开始为其国民提出国际索赔要求之前,可优先赔偿损害(按照用尽当地补救办法的原则)。

11. 原则上讲,国家在遵守其国际承诺和国际法的强制性准则时,保留了为维护其国民以什么方式采取行动的选择权。在行使外交保护时,尤其不能诉诸于武力威胁和使用武力。

12. 然而,如委员会工作组所提出,严格意义上的外交保护完全不同于派遣国行使的外交使命或领事职务,那是为向本国国民提供协助或为保护其在接受国的利益而为,⁹尤其是当这些行动是为了在取得合同或进入市场方面争取某些特许、确保其国民的辩护权或向其提供一些程序上的方便时更是如此。在上述情况下,并不存在因另一国违反国际法向其索赔的问题。

13. 既然在行使外交保护之中,国家即保留了选择何种方式,还须确定的是其行动是建立在爱国本身还是个人权利基础之上。对此问题的答复决定外交保护的性质(见第二章)。然后(见第一章),有必要在国际法(初级准则)中外国国民的地位与国家关系(次级准则)中对外国国民保护的机制间确定外交保护有关规则的性质。

一. 外交保护的法律性质

14. 我们首先介绍外交保护的经典概念及对它的各种批评,然后便要了解这些批评是否会在人权的发展和在国际一级加强人的特权方面产生新的建议,同时又要铭记这方面的国内法。

⁸ Philip C. Jessup, 《各国的一种现代法—引言》(纽约,麦克米伦,1948年),第97页。

Herbert W. Briggs: 《国际法中对个人的保护:索赔的国籍》,“国际法研究所年鉴”,1965年,华沙会议,第51(1)卷。第9页。

⁹ 1961年4月18日有关外交关系的《公约》第3条列举了《外交使团的职务》。1963年4月24日有关领事关系的《维也纳公约》第5条确定了《领事职务》的定义。

A. 经典概念

15. 常设国际法院在“Mavrommatis” Concessions 案中已详细阐述了这一概念:

“事实上,一个国家支持某一国民,帮他诉诸于外交行动或国际法律诉讼就是在维护其本身的权利,是确保体现在其国民身上维护国际法的权利。因此,根据这一观点,没有必要了解争端是否因涉及个人利益而引发,而实际上,这是很多国家间争端的起因。一旦国家在一个国际法庭上支持其国民,该国际法庭就将国家当作唯一的诉讼者”。¹⁰

16. 当然,从一开始就存在接受国与外国国民之间因后者权利得不到承认、最终成为不公正待遇的受害者而产生的争端,该外国国民要求赔偿其物质和/或精神损失。如果假设此人不能使争端国际化和脱离当地法范围,其国籍国却可以承担为其进行索赔,使其在此争端中真正经历《义务的更新》。事实上,由于只有一国可对另一国的责任提出诉讼(个人不具有国际法主体的资格),对索赔的承担允许索赔者在国籍关系基础上要求尊重其固有的权利。

17. 经典概念借鉴国际法与国内法关系的二元论方法,将国籍国家作为主角,同时淡化个人(乃是经典概念的起因)的索赔要求。因此,有人将国家(例如因其领土和其公职人员)遭受的直接损害与在外国领土上的国民使国家蒙受并涉及国家属人受管辖权的间接损害对应起来。Reuter 教授早在1950年就提出,在国民的财产往往被算作国家财富的年代,这种区别是否仍然恰当。¹¹在加速生产方式私有化和《世界化》的时代就更存在这一问题。但是答案并非如此简单,它提出了财产与哪个国家有着连带关系的复杂问题,对此我们将在后文保护法人及其股东的专题下讨论。

¹⁰ 国际常设法院1924年8月30日判决,上文注2,第12页。

¹¹ P. Peuter: 《对国际公法中个人法律地位的评论》,载于《公法的技术与原则,为表示对 Georges Scelle 的敬意而进行的研究》(巴黎,法律与判例总书店,1950年),第540-541页。

18. 国际法委员会在国际责任草案中阐明用尽国内补救办法的原则¹²时,不得不考虑到这一理论上的辩论:一些人认为该原则仅仅是一条程序性规则,而另一些人则认为是实质性准则。在被委员会采纳的后一种假设中,只有当个人用尽国内补救办法时才产生接受国的责任问题。因为这些个人是与国际法保留给他们的待遇相关的“终了义务的直接受益者”,他们在国内法庭面前首先强调自己的权利。但委员会的评论并未说明在国内程序结束时,这样的权利怎样演变为国籍国的权利,以便重新回到外交保护的逻辑上来。

19. 在传统观念中,承担责任属于国籍国自由决定的权力范围,它有充分自由接受或拒绝“而无须以任何形式说明原因,例如无须根据申请的理由不足、或根据其外交政策的需要”。¹³

20. 如果国籍国决定开始索赔,它可以选择与领土国家争端的各种解决办法、包括友好和解,接受领土国家支付作为赔偿的一次总付款。极而言之,从国际法观点来看,个人自身最终获得什么赔偿并不很重要。

21. 实际上,传统观念在很大程度上是依据一种法律上的虚构。如果国籍国被人为在国际上是要求尊重其“自身权利”(参照国际法承认给予外国人待遇的著名“最低标准”),那么这种权利往往是仿效有关国民在

国内被承认享有的权利,如国际法院在“Barcelona Traction 案”中重申¹⁴的那样:

“在此情况下,重要的是弄清:Barcelona Traction 的比利时股东可能受的损失是否由于侵犯了他们是受益方的那些义务。换言之,一个不属于比利时国籍的公司,当其身为比利时国民的某些股东的权利可能被侵犯时,是否比利时的权利即被侵犯了呢?”

22. 另一方面,正是以外国国民所受损失来评估接受国的责任和估算应向国籍国付出的赔偿。国际法院用以下说法阐明了这种关系:

“应付给一个国家的赔偿采取赔偿金的形式、其数额按照个人所受损失来衡量,这一事实并不改变对国家赔偿的性质。因此个人所受损失在实质上永远不会与国家所受损失相同:前者只能为国家支付赔偿提供一个合适的尺度”。¹⁵

23. 国际法院认为应以预期理由宣布这两种损失是不同的,同时却承认其中一种(个人遭受的损失)可用来作为衡量另一种(仍然是虚构的)、并因而衡量应向国籍国付出赔偿的尺度;这样,那种虚构就确实存在。于是 L.Dubouis 教授感叹道:“在‘Chorzow 案’判决中这一著名的法官意见较高明的魔术师巧妙的偷换术还有过之无不及!”¹⁶

24. 在传统观念中,怎样才能解释要求个人自出现损害至提出索赔乃至结案始终保持国籍的连续性?如 Charles de Visscher 强调的那样:“如果某一国家国民遭

¹² 第三章关于《违反国际责任》(国家责任问题条款草案)第 22 条“用尽国内补救办法”如下:“当一个国家的行为造成不符合国际责任所要求对外国个人(自然人或法人)应有待遇的情况时,如果从这项义务可以看出:此种结果或同等的结果仍可通过国家此后的某种行为获得时,则不构成对上述责任的违反,除非有关个人已用尽可调动的各种国内补救办法而未能获得该责任规定的待遇,或者当不可能时,获得同等的待遇”。(见《第五十一届联大正式文件》,A/51/10,第三章 D)。关于对这一条款的评论,见《国际法委员会年鉴》,(1977 年第二册(第二部分),P.31 至 P.52,A/32/10。

¹³ G. Berlia:“对外交保护性质研究之我见”,《法国国际法年鉴》,1957 年卷,P.63 至 P.64。

¹⁴ 《Barcelona Traction 光电有限公司案件》,1970 年 2 月 5 日的判决,载《国际法院判例集》,1970 年,P.32 至 P.33。1972 年 3 月 29 日关于《空间实体造成损失的国际责任公约》第十二条规定:赔偿损失的性质应在于“自然人或法人...把损害恢复...到未发生前的原有状态。”见 Dupuy 先生:《各国对技术和工业损失应负的国际责任》,(巴黎 Pedone,1976 年)P.51 及 P.55。

¹⁵ 1928 年 9 月 13 日判决“Chorzow 作坊案件”,《国际常设法院判例汇编》,A 系列,第 17 期,1928 年 9 月 13 日判决,P.28。

¹⁶ L.Dubouis:《在外交保护中索赔国家的权利与国民权利的区别--关于 1977 年 6 月 14 日最高法院的判决》,“国际公法评论杂志”,1978 年,P.624。

受的待遇本身就是对于该国的冒犯,则该国于此时得到的干预权利不能因受害个人随后的国籍改变而丧失。”¹⁷

25. 本着同样的思路,在确定接受国责任时,个人的表现也在考虑之列;受害者(确实存在)的过失可被引证以减轻或免除上述责任(所谓“干净的手”规则)。

26. G. Scelle 甚至将外交保护形容为“前后矛盾并且虚幻的...虚假更新”,并且还说:“不仅虚构的国家人格吞没了个人的实际人格,而且从这个魔术还导致原始和实际的法律主体被彻底排除,初始的法律关系被政治关系取代。”¹⁸

27. 即使 G. Scelle 先生的批评是从这样一种国际法观念出发,即排斥以国籍关系为基础的主观法、而主张参照“国家间集体”¹⁹ 干预的客观法,它仍然揭示了有关法律构筑上的种种技巧,因而仍然是切题的。

28. 在 Calvo 条款轨迹上的拉丁美洲学说认为不可容忍的是,一个“拥有受损利益和权利”²⁰ 的个人,竟不能自愿放弃其国籍国的保护。如果这样做,他就等于接受同仅受本国法庭管辖的国民平等的原则。但争论并非停留于理论一级,因为某些国家的立法甚至将该条款变成与外国人签订的合同是否有效的条件之一。实际上,围绕 Calvo 条款的全部争论使我们归于一个中心问题:当国家实施外交保护时,有关权利(因而包括权利享有者)的性质是什么。

29. 由于旨在限制强国(亦即主要资本输出国)的错误,上述 Calvo 条款不免在发展中国家的发展中,改头换面地再现,并在七十年代变成争取建立国际经济新秩序的

提法。那是要将有关外国产业地位的争端仅仅限于由有关接待国的本国法庭处理。²¹

30. 但是应当指出:许多在国际一级支持这一论点的国家,却同时签订促进和鼓励投资的一些协议,协议承认国籍国有权在包括仲裁机构面前采取行动的权利,以使在协议中承认的、有利于其投资国民的权利得到尊重。

31. 但这里的协议属于有关国家双边关系整体的范围内,而且这些协议往往规定(从后文可以看出)个人也可以享有国际仲裁。

32. 不管怎样,外交保护被加上了很大的感情和政治负担,使它变得行迹可疑,似乎成了某种借口,用以操纵外籍国民的产业和行为,而这些外籍国民被贬至“特洛伊木马”的地位。但正是由于承认个人具有一定程度的国际法人资格(作为国际准则的直接对象以及为之提出索赔的权利享有者),就导致理论必须更明确地探讨外交保护的观念是否仍然适用的问题。

B. 在国际上承认个人权利的问题

33. 此种承认发生在某些领域,在那里国家框架已显出不足,因为它已不再符合人类社会的需要;例如关于不论国籍的个人人身的固有权利、外国投资者的权利,以至有关解决某些国际争端的问题。

人身固有的权利

34. 自通过联合国宪章和世界人权宣言以来,人们看见一种动向,即通过一系列普遍性主要国际公约对人身权利予以承认。²² 由此产生的某些法律后果完全超出外交保护传统观念所划定的范围。

¹⁷ Charles de Visscher:上文所引著作(注 6),P.331。

¹⁸ G. Scelle:《和平法》,“国际法学会教程”,1933年第四集,第 46 卷,P.660 至 P.661。

¹⁹ 在 Barcelona Traction 案中,国际法院进行了区分:“一种是各国对于国际社会整体的义务;另一种是在外交保护范围内对另一国家产生的义务,”见上文注释 6,P.32。

²⁰ Garcia Amador,国际法委员会关于国际责任问题的特别报告员,《国际法委员会年鉴》,1956 年,第二卷 P.194,A/CN.4/96。

²¹ R. B. Lillich《对在外国的国民的外交保护:受到攻击的一项国际法基本原则》,“美国国际法学报”,1975 年第 69 卷,P.359 至 P.365。作者特别提到 1974 年 12 月 12 日联合国大会通过的第 3281(XXIX)号决议《各国经济权利和义务宪章》规定:“因赔偿问题引起的任何争论均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决,除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法。”(第 2 条,第 2 段,C)

²² 特别是 1966 年 12 月 16 日的《公民及政治权利国际盟约》和《经济、社会、文化权利国际盟约》(见大会第 2200A(XXI)号决议附件)。

35. 国家不能再企图将个人禁锢在国家管辖权的唯一范围内,因为国际秩序直接赋予它某些权利,并使各国都负有保证予以尊重的义务。在某些条件下,个人甚至可以来到国际组织或国际公约建立的人权委员会面前进行申诉并维护自身权利(请愿权)。因此,曾经启示最初倡导外交保护的人士的那种二元论方法在此已不适用,因为在人权问题上人们看到的毋宁说是国家间机构与国内立法的连续性。

36. 另一方面,当国家为维护个人人身进行干预时,它不一定受以国籍联系为基础的主观利益驱动;它被认为是为尊重客观的国际法制而行动。国际法院在关于“Barcelona Traction 案”的“附带意见”中认为:“关于人身基本权利的规则”构成“对所有国家的义务”,从而形成所有国家愿采取行动的利益。²³

37. 例如,就人权传统准则以及要求各国争取予以绝对尊重一事,有人指出:“在理论上,可以看出此种办法较传统外交程序是一种革新。”确实,在此处涉及的是共同体利益,旨在“维护由制度认可的共同价值”。²⁴个人与提交欧洲人权法庭的程序相联系,甚至从此为他提供了直接投诉该法庭的机遇(1990年11月9日《第9号议定书》)。²⁵

外国投资者的权利

38. 自六十年代以来,有关促进和保护投资的双边公约越来越多。资本输出国与输入国间的这类公约已多达近三百项,通常依据资本输出国拟就的公约样本(其中主要是美国、大不列颠及北爱尔兰联合王国、法国和德国)。²⁶据 J.P.Laviee 说,“这类新出现的保护方式,

便因而显示为替代办法,以避开外交保护的暗礁,同时宣告了外交保护的没落”。²⁷

39. 的确,投资以及保障投资安全的相关法律就是这样界定的;习惯法得到阐明和补充(盈利和资本的转移,在被剥夺所有权时的补偿)。许多这类双边协定规定:在投资者与接受国发生争议时,为解决争议一方或另一方均可投诉国际投资争端解决中心。²⁸这样,投资者在同接受国的争端中就可直接求助于一个仲裁法庭。在这样的情况下,可认为投资者具有国际法人资格。

40. 争端双方同意仲裁的同时,就放弃了一切其他补救办法。因此就排除了要求接受国用尽一切国内补救办法、也排除了国籍国行使外交保护。换言之,当个人权利被国际法直接承认(前已提及的双边公约)并可由其本人在这一级别上出面维护时,那种“虚构”就不复有存在的理由。

解决某些国际争端

41. 各国建立了特设国际法庭,来解决它们之间一国与另一国国民的争端。首先出现的是十九世纪的混合委员会,其中第一个是由 1853 年 2 月 8 日的英美条约建立的。²⁹在第一次世界大战甫告结束之际,1924 年 11 月 26 日美国与奥地利、匈牙利之间的一项协定³⁰任命了一位专员,负责解决美国代表美国公民提出的各项索赔要求,这些美国公民在第一次世界大占期间遭受了可归咎于上述国家的一些损失。

²³ 国际法院《汇编》,1970年,1970年2月5日的判决,见上文(注释14),P.32,第33及34段。

²⁴ F. Sudre:《国际和欧洲人权法》,巴黎,法国大学出版社,1995年,P.74。欧洲人权公约第24条准许任何缔约国就另一缔约国任何违约行为向欧洲委员会投诉。按照委员会的说法,“根据第24条采取行动的国家不应被认为是为了维护自身权利,而更应被认为是向委员会提出一个涉及欧洲公共秩序的问题。”(1961年1月11日的决定,奥地利诉意大利,F. Sudre:引用,见前书P.281。)

²⁵ 《国际法律资料》第三十卷(1991年),P.693。

²⁶ 联合国跨国公司研究中心 1988年完成一项研究报告,题为《双边投资条约》(联合国出版物,出售品编号88.II.A.1),该报告统计有265项公约。

²⁷ J. P. Laviee:《保护和促进投资--国际经济法研究报告》(巴黎,法国大学出版社,1985年)P.5。

²⁸ “国际投资争端解决中心”是解决国家与别国国民间投资争端公约所建立的机构。该公约 1965年3月18日在华盛顿由国际复兴开发银行主持通过,见联合国《条约集》,第575卷,第8359号P.159。

²⁹ F. Rigaux,《在普遍相对性体制中的个别法律情况——国际私法一般教程》,见《国际法学会教程》,1989年第一集,第213卷,P.120。

³⁰ 国际联盟,《条约集》,第四十八卷,No .1151, P.69。

42. 较为晚近的是,1981年1月19日伊朗--美国的阿尔及尔协定³¹成立了两国争端仲裁法庭。该法庭已判决近4000宗案件,涉及主要是外国国民与某一接受国间的种种问题。这里也放弃了国内补救办法以及外交保护,因为个人已被准许直接在一个国际法庭维护自身权利。

43. 最后,可指出是在什么情况下安全理事会决定解决下述责任造成的后果,这一责任是由于“伊拉克入侵和占领科威特而为外国、国民和公司造成的任何直接损失”。³²处理这一责任被交给一项赔偿基金以及由一管理理事会领导的赔偿委员会,管理理事会的成员与安全理事会相同,并设址于日内瓦。³³但这一程序是混杂的,因为它包含一些司法性保障;由独立专员组成的三方委员会负责研究索赔要求,并向理事会提出建议;理事会在各种情况下均予核准。

44. 索赔要求可由各国或国际组织以有关个人或法人名义向委员会提出,然后通过它们偿付决定的赔偿金。在此情况下,国家在某种程度上被看成是个人的代理人,向负责解决它们与损失肇事国间争端的机构进行交涉。某些国家甚至在上述赔偿金支付前向国民提供预支款,“这就证实(如果尚需证实)在这一冲突中采取的办法与外交保护传统机制存在差距”。³⁴

C. 国内法与外交保护的性质

45. 在此阶段,问题并不在于审查所有法系与外交保护的关系,而仅仅是回顾主要要点,并试图揭示某些演变的迹象。

46. 国内法当然承认国家对外交保护拥有决定权。据此可作出下列推断:是否决定索赔、补救方式的选择、接受总揽赔偿(一笔总付的赔偿协议)、此种赔款的分配方式等问题均不受司法管制。然而,关于最后一点,有人注意到,自1950年代以来,国家在对赔款再支付时

³¹ 《国际法律资料》,第二十卷(1981年),P.230-233。

³² 1991年4月3日第687(1991)号决议,第16段。

³³ 1991年5月20日第692(1991)号决议。

³⁴ G. Cottareau: 《伊拉克的责任:自然人紧急赔偿一瞥》,《法国国际法年鉴》,1995年,P.166。由自然人提出的案件为2800000宗。

向建立司法管制方面发展,说明做法已有变化。例如,第二次世界大战后,法国、联合王国和美国曾设立具有司法性质的委员会,负责分配战后从某些东欧国家收到的整笔款项。

47. 如果从这一做法中得出结论认为,国家职权此后将从“自由决定权”转为“受到约束”,³⁵这样的结论就未免过于匆促,但这种变化还是清楚表明,“外交保护‘不平衡’因而不令人满意、甚至已陈旧过时的性质。”³⁶

48. 此后,多数国家的国内法规定可诉求于国内法庭,以确保再支付政府已收到的赔偿,并对偿款分配实行监督。然而,个人通常无权享受其国籍国的外交保护。因而国家通常在这方面亦无义务或责任。虽然某些宪法条文提到这种义务,³⁷但实际上与其说这是一种法律义务,不如说是道义义务;国籍国的干预显然取决于政治考虑和机会,需视相关外交关系而定。这种义务至少应与更高一级的国家利益相协调。³⁸

D. 在外交保护有哪些相关权利?

49. 毫无疑问,国家有“程序上的”权利,在遭受违反国际法的损害之后,有权提出国际索赔要求,以保护其国民。从与其他国家交往的常规做法来看,国家可以同意限制、甚至放弃这一权利。

50. 如经典概念所主张的那样,尚待回答的是:应由国家按此行事“维护国家权利”,还是仅仅充当其国民的代理人或代表,在国际上维护该国民拥有的“受法律保

³⁵ G. Berlia,前引书(注13),第66页。作者引用1948年至1951年期间上述三国与南斯拉夫和捷克斯洛伐克订立的协定。

³⁶ D. Carreau: 《国际公法》(巴黎,Pedone,1997年),第467页。

³⁷ 尤其是中国宪法以及俄罗斯联邦和某些东欧国家的宪法。

³⁸ 德国法院判例承认保护国民的责任,但有这一保留。见《国际公法百科全书》“外交保护”词条,由Rudolf Bernhardt指导出版(阿姆斯特丹, North Holland, 1992年),第一卷,第1052页。

护的”利益,因而也就是维护国民的权利。³⁹ 维护国家权利的主张意味着偏袒主权的古老惯例,甚至不惜求助于虚构;而维护国民权利的主张则意味着重视对惯例逐步发展并予以采纳,但考虑到国际上承认人身权利的现实。

51. 无疑,上述选择并非纯理论性的。这种选择会对外交保护的法律机制产生影响。事实上,如果国家行使属于其国民的权利,它就在某种形式上有义务在诉讼程序和可能的赔款了结方面让国民参与。在这种情况下,也可认为,国家提出国际索赔要求不能有悖于有关国民的意愿。因此,国民放弃国籍国的外交保护并不侵害国籍国的权利,而只是行使他自身的权利。

52. 我们已经说明用常规途径赋予个人权利甚至可以使个人能直接投诉国际机制和国际法庭,以使其尊重上述权利。然而,我们从普通国际法的角度,能否将他们视为权利拥有者?而国家只须通过提出国际索赔要求就能行使这些权利。这是目前关于外交保护的法律辩论的关键所在。外交保护问题特别报告员希望收到大家的指导意见,以便今后编写关于这一专题的报告。

53. 如果要采用“Mavrommatis 案”宣布的提法,那就可以说。国家在支持其国民时,是按照关于外国人(包括自然人和法人)待遇的国际义务维护其权利。有人可能会反对上述措辞,而这种措辞与最近国际法的发展变化更能兼容,此种变化在于将国际责任的基础奠定在一国违反国际义务与另一国可享有主观法相联系。然而,我们知道,人们日益承认:国家可以有义务维护享有国际法承认的权利之个人的利益。在这种情况下,我们认为没有人会反对下列看法:鉴于国籍国有责任保护其国民,国家可以支持其国民,并以其国民的名义提出国际索赔要求。Dominice 先生虽然承认“这个问题值得进一步研究”,但又指出“对于这一论点,似乎没有原则上的障碍”。⁴⁰

³⁹ 根据国际法院审理“Barcelona Traction”一案的用词,上文(注 14)国际法院《1970 年判例汇编》,第 35 页。

⁴⁰ 参见 Dominice “无争议的赔偿”载于《国际制度中的责任》,(巴黎,Pedone,1991 年),第 221 页。作者引用了关于总揽赔偿的协定,“其中涉及获得赔偿国家的国民对承诺支付国家的索赔要求”。因此,国家责任的承担是针对依国际法提出要求的个人。

54. 因此,特别报告员希望委员会能对下列问题作出答复:国家在提出国际索赔要求时,是维护国家权利,还是维护其受损害国民的权利?

二、外交保护规则的性质

55. 我们应否按委员会工作组的建议仅限于编纂这方面的次级规则?在拟订关于国家责任的条款草案时,根据 R. Ago 的倡议,曾采用同样的限制办法,似乎使拟订工作得“摆脱僵局”。⁴¹ 然而,关于各国在相互关系中某一领域的义务(初级规则)同因其受侵害而产生的义务(如索求赔偿的权利)(次级规则)的区分并非那么严格。国际法委员会虽然只限于审议一般性质的问题,回避有关属物法的内容,但为了在国家责任领域得出某些结论,只得将初级义务归入行为和结果的义务或旨在确保对外国个人待遇的义务。在进行这项工作的整个过程中始终遵循这一方法:“由于委员会多次提出的理由,在审议草案中用尽国内补救办法原则及其不同方面问题时,必须不异一切代价避免审查国际法“初级”规则的内容,例如,关于外国人待遇的规则。过去为编纂国际责任法律所作的尝试均难以为此下定义而以失败告终”。⁴²

56. 实际上,在研究国家责任专题的范围内,委员会决定从编纂其认为最合适的方面着手,即“国家对外国人人身及财产受到损害的责任”。⁴³

57. 特别报告员 Garcia Amador 先生曾决定首先探讨初级规则,即“基本原则和准则,也就是涉及国家对外国人遭受损害的国际责任的作为和不作为”,同时首次将“程序规则或与程序有密切联系的”的所有规则(次级规则)搁在一边,包括“用尽国内补救办法的规则、外国国民放弃其本国的外交保护或国家放弃其外交保护权利、解决方法和程序(包括提出索赔要求的国籍原则和关于提出国际索赔要求的能力的规则)、时效和其

⁴¹ A. Pellet “话言一场未完成的革命—国际法委员会关于国际责任的条款草案”,载于《法国国际法年鉴》,1996 年,第 8 页。

⁴² 对国家责任条款草案关于用尽国内补救办法的第 22 条的评论结论,第二卷(第二部分),第 50 页,A/32/10。

⁴³ 《国际法委员会年鉴》,1956 年,第二卷,第 221 页,A/CN.4/96。

他免除责任的理由、可减轻或加重过错的情节以及赔偿方式和范围”。⁴⁴

58. 正是考虑到上述初步经验,委员会工作组才建议在编纂外交保护规则的工作中只编纂次级规则,即 Garcia Amador 先生所提计划的第二方面,但属于国际责任法条款草案范围的要点不在此列。事实上,Garcia Amador 先生所采用的更为全面的方法使他陷于困境,因为他提议编纂涉及范围很广的国际法整套整套的规则,超越了严格意义上的责任,包括国家机关的行为、人权、公债、征用行为、国家与个人间的合同、既得权利等等。

59. 因此,我们可以同意,在审议外交保护专题时只限于“次级规则”的做法完全恰当,以利于避免出现“超越范围”的情况,而一旦分析国际责任问题,这种情况就不可避免。⁴⁵

60. 既已限定这一范围,委员会就应能在一般类别问题中涉及“初级规则”,并在必要时有效地编纂直接属于此专题范围的“次级规则”。在确定允许提出国际索赔要求的自然人或法人国籍关系或与个人行为有关的免除责任理由时尤其如此。研究“初级规则”并非针对这些规则本身,而是从其与“次级规则”关系的角度。因此,在这种情况下,所探讨的并非授予国籍的问题,而是对另一国家如何对置的问题。同样,我们在此将研究的并非个人尊重接受国法律的问题,而是个人的行为可使接受国免除责任的条件。

61. Brownlie 教授强调指出初级规则与次级规则之间的这种关系,他曾引用审理伊朗—美国争端的法庭对第 A/18 号案件作出的裁决(“在法庭管辖是以申诉人的主要、有效国籍为基础的案件中,其他国籍与申诉仍然有关”),并指出:“这一限制性规定明确针对依赖其他国籍会涉及的欺诈、禁止反言或诸如“干净的手”原

则等基本公平考虑的情况”。⁴⁶ 因此,不妨对初级规则也予以审查,以确定国家为保护其国民提出索赔要求的权利,尤其是评价国家的责任。

62. 因此,我们认为国际法固定不变的类别和二元论方法的时代已一去不复返。我们今后看到的是连贯关系,不仅是国内与国际的连贯关系,而且还有国际与共同体的连贯关系,⁴⁷ 当然视情况而各有侧重面。

63. 特别报务员也从这一观点出发,希望委员会提出指导意见,说明对审议外交保护专题只限于国际法次级规则的问题的看法。这一限制是否意味着提及这些规则时是排斥性的或主体性的。

64. 当然,如果采用第二种选择,我们将不重蹈 Garcia Amador 先生向国际法委员会提议的第一种办法的复辙。需要编纂的既不是关于外国人地位的规则,也不是投资法。然而应当铭记:委员会可能需要作为一般类别审查某些初级规则,以确定自然人和法人的国籍及其可对置性,并评价自然人和法人对接受国的行为,以便确定接受国的责任。

65. 因此,问题在于需要知道:我们是以一成不变的态度还是以灵活的态度对待外交保护的次级规则?

⁴⁴ 《国际法委员会年鉴》,1957年,第二卷,第120页,A/CN.4/106。

⁴⁵ M. Bennouna: “争端的解决能限制自我维护的‘权利’吗?”载于《欧洲国际法学期刊》,1994年第1期,第63至第64页。

⁴⁶ Brownlie: “在联合国成立五十周年之际的国际法—国际公法概论”载于《国际法学会教程汇编》,1995年,第255卷,第110页。关于A/18号案件见E. Lauterpacht(编写),《国际法报告》,剑桥,第75卷,1997年,第176至第194页。

⁴⁷ B. Simma: “从双边主义到共同体在国际法中的利益”,载于《国际法学会教程汇编》,1994年第六期,第250卷,第217至第384页。