



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

增编

目录

| | 段次 | 页次 |
|----------------------------|-------|----|
| 持续国籍及索赔的可转移性 | 1-30 | 2 |
| 第9条 | 1-30 | 2 |
| 评论 | 1-30 | 2 |
| 1. 这一规则的传统形式及其根据理由 | 2-4 | 2 |
| 2. 这一规则的现况 | 5-11 | 4 |
| 3. 这一规则内容的不确定性 | 12-17 | 10 |
| 4. 法理学和政策方面对持续性规则的挑战 | 18-23 | 13 |
| 5. 结论 | 24-30 | 15 |

持续国籍及索赔的可转移性

第 9 条

1. 如果受损害人在遭受损害后确实变更国籍，新国籍国可以针对此项损害为受损害人实行外交保护，但须原国籍国在国籍变更发生之日未曾或并非正在对受损害人实行外交保护。
2. 如果这项索赔确实已经转移给持有另一国国籍的一个或几个人员，也可以适用本条规则。
3. 受损害人国籍的变更或将索赔转移给另一国国民，并不影响原国籍国针对受损害人仍为该国国民时所受损害对该国一般利益造成的损害自行提出索赔要求的权利。
4. 新国籍国不得针对某人在其仍为原国籍国国民时所受损害，对原国籍国实行外交保护。

评论

1. 奥本海对有关国籍持续性的规则说明如下：

“从损害发生时间起到作出赔偿为止，索赔权必须持续不断属于(a)持有索赔提出国国籍而(b)非持有索赔接受国国籍的人员或一系列人员。”¹

虽然在国家惯例中，这一规则已经稳固确立，并在许多司法判决中得到支持，但是，如果受损害的个人，在损害发生后，并非为了提出国际索赔要求，而是由于自愿或非自愿的归化（例如婚姻）、领土的割让或国家的继承，确实已经变更国籍，则这一规则对受损害人可能造成巨大的侵害。在学说上，这一规则很难与瓦泰勒的拟制相容，瓦泰勒认为，对国民的损害即是对国家本身的损害，一旦发生对国民的损害，国籍国就拥有索赔权。这一规则也与现代将个人视为国际法一种主体的趋势发生抵触。因此需要重新评断这条关于国籍持续性的规则。这就是第 9 条所要实现的目的。

1. 这一规则的传统形式及其根据理由

2. 持续国籍规则被认为是“外交保护视个人国籍而定的原则的一项推论”。² 仲裁人 Parker 在《第五号行政判决》中对这一点解释如下：

¹ R. Y. Jennings 和 A. Watts（编），《奥本海国际法论》第 9 版（1992 年），第 512 页（下称《奥本海国际法论》）。

² W. K. Geck, “外交保护”，载于《国际公法大全》（1992 年），第 1055 页；G. I. F. Leigh, “国籍与外交保护”（1971 年）《国际法和比较法季刊》第 20 期，第 456 页。亦见 *Panevezys-Saldutiskis Railway* 案（爱沙尼亚诉立陶宛），《常设国际法院判例汇编》，A/B 辑，第 76 号，第 16 页。

“无疑地，国家一般惯例并不支持私人对另一国家索赔，除非从一开始，这项索赔持有索赔国的国籍。这一规则的理由是国家因其国民所受损害而连带受到损害，只有它可以要求赔偿，因为没有其他国家受到损害。在国家之间，造成损害的国家通常只听取受损害国家的控诉。第三国不会因为将索赔权转让给其国民或通过索赔者归化为其国民而不受损害。虽然归化造成对国家效忠的转移，但现有的国家义务并不随之转移。”³

3. 这一规则所根据的理由主要是防止被个人滥用（否则个人可以到处寻求保护）或被国家滥用（否则国家可以让受旧的索赔权，以便向被告国家施加政治压力）。⁴ 仲裁人在《第五号行政判决》中说：

“任何其他规则都会大大打开滥用之门，结果可能把一个强国变成替人索赔的机构，如果这些人在受到损害之后，把索赔权转移给该国国民，或利用该国的归化法取得该国支持他们索赔。”⁵

对于这一点，穆尔还提出夸大的评语，认为如果没有持续国籍的规定，

“就会允许[个人]连续与十几国政府洽商，并且为了加紧索赔，可以将其效忠转移到其中每一国家。根据这样的规则，假定必须承担责任的国家可能永远不会知道索赔事件何时才能讨论完毕。因此，所有国家都希望限制这样的权利要求。”⁶

4. 这一规则的来源的另一解释是，为审判外侨所受损害而成立的混合索赔委员会都是限于按照成立委员会的特定公约的规定进行审判，“除非索赔人能证明他在提出索赔要求时具有索赔国国籍，否则根据对该公约的规定所作的严格解释，通常的结果都是驳回索赔要求。”⁷ 公约的规定中不必插入任何关于持续国籍规

³ (1925年)《美国国际法学报》，第623至624页。

⁴ E. M. Borchard, “国外侨民的保护与原国籍的变更”(1934年)《耶鲁大学法律学报》第43期，第377至380页(下称Borchard, 原国籍的变更); I. Brownlie, 《国际公法原理》，第5版(1998年)，第483页; E. Wyler, 《国际诉讼中所谓国籍持续性的规则》(1990年)，第35至36页、第253至259页; Geck, 前注2, 第1056页。

⁵ 前注3, 第614页。亦见 *Ambiati* 案(美国诉委内瑞拉), J. N. Moore, 《国际仲裁》第3期, 第2348页。

⁶ 《国际法文摘》(1906年)第637号。亦见 D. C. Ohly, “索赔资格的实用分析”, R. Lillich (编)《国际法上国家对外侨所受损害的责任》(1983年), 第285页。

⁷ I. M. Sinclair, “索赔的国籍: 英国惯例”(1950年)《英国国际法年鉴》第27期, 第127页。亦见 R. Y. Jennings, “国际法原理普通课程”(1967 II), 第121页, 《海牙讲义集》, 第476至477页。Jennings 根据 Sinclair, 声称有确实理由认为索赔的持续国籍规则是程序性规则, 不是实质性规则。

定的条款，因为条约解释的普通规则确保在损害发生时和在索赔要求提交审判时，都需要受害人的国籍。⁸

2. 这一规则的现况

5. 常常有人坚称，国籍持续性规则已经成为一项惯例规则，因为它业经许多条约、国家惯例、司法判决、试图编纂的法律以及公法学家的一再申述和著作所赞同。

6. 这一规则“一再出现于许许多多条约之中，例如在第二次世界大战后签订的几乎所有 250 项总协定中”。⁹ 它也出现在设立伊朗—美国索赔法庭的《阿尔及利亚宣言》，其中规定：

“伊朗国民或美国国民的索赔权，无论为其中任何一国国民的索赔权，是指从索赔权产生日期起至本协定生效日期止该国国民持续拥有的索赔权……。”¹⁰

这一规则存在于美国¹¹和联合王国¹²的惯例规则中。此外，这一规则也在许多混合索赔委员会、仲裁法庭和国际法院的判决中得到确认。¹³ 例如 *Kren* 索赔案中，美利坚合众国与南斯拉夫索赔委员会于 1953 年认为：

⁸ Wyler, 前注 4 所列著作, 第 259 至 262 页; D. P. O'Connell, 《国际法》, 第二版 (1970 年), 第 1037 页。

⁹ Geck, 前注 2, 第 1055 页。亦见 Sinclair, 前注 7, 第 142 页; Wyler, 前注 4, 第 43 至 48 页。

¹⁰ 阿尔及利亚民主人民共和国政府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声明 (1981 年), 《国际法材料》第 20 期, 第 230 页。

¹¹ 1982 年, 主管国会关系的助理国务卿鲍威尔·A·穆尔致函众议院外交委员会主席, 说明“按照确立已久的持续国籍规则, 索赔人除非在索赔权产生时及其后至提出索赔要求止始终均为其请求协助的国家的国民, 否则无权得到该国的外交保护。实际上, 一项索赔要求, 无论在提出时或在蒙受损害或损失时, 均须为国家的索赔要求” ((1982 年) 《美国国际法学报》第 77 期, 第 836 页)。

¹² 1985 年, 英国政府发表其《国际索赔适用规则》。其中包括下列几条:

“第一条

“除非索赔人是联合王国国民, 且在损害发生之日也是联合王国国民, 否则英女王陛下政府将不受理索赔要求。

“**评语。** 国际法规定, 索赔人在损害发生时及其后直到正式提出索赔要求时, 均须为提出索赔要求国国民, 索赔要求才能得到认可。但是, 在实践中, 历来只须在受到损害之日和提出索赔要求之日证明国籍就够 (见 “索赔的国籍: 英国惯例”, I. M. Sinclair: (1950 年) 《英国国际法年鉴》第二十七期, 第 125 至 144 页) ……。

“第二条

“国际法的一项既定原则是，如要为外交上的支持提供理由，索赔权的来源必须具备国家性质；索赔权从一开始必须归属于国家有义务提供保护的人，而这些人必须对该国效忠（Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 第 666 页）。此外，虽然归属于一国公民的索赔权从一开始即带有国家性质，但由于权威性的份量，该项索赔权通常在其提出时必须继续具备国家性质（Borchard, 前述, 第 666 页），而且普遍同意，直到提起索赔诉讼为止，它必须具备国籍的持续性（Feller, *The Mexican Claims Commission*, 第 96 页）。¹⁴

常设国际法院在 *Panevezys-Saldutiskis Railway* 案件中对这项规则的支持则没有那么明确，但它在一个涉及国籍持续性规则的问题上却清楚表明，外交保护只限于对国民的保护，在“别国国民遭受损害的情况下，这种损害所可能产生的任何索赔要求均不在外交保护范畴之内。”¹⁵ 最近，这项规则重新得到伊朗—美国索赔法庭的确认。¹⁶

“如果索赔人在损害发生之日之后成为或不再是联合王国国民，英女王陛下政府可在适当情况下，与其先前或嗣后的国籍国协同提出其索赔要求……”

“第九条

“如果索赔人已于其本人或财产受到损害之日死亡，其私人代表可以设法为其遗产争取补救或赔偿。这种索赔不得与死者遗属为其死亡索取的赔偿混为一谈。

“评语。 如果该私人代表与原索赔人属于不同的国籍，可比照已经变更国籍的单独一个索赔人的情况，适用上列各条规则。”

见(1988年)《国际法和比较法季刊》第37期,第1006至1008页。关于英国惯例,并见Sinclair,前注7,第131至144页。

¹³ Minnie Stevens Eschauzier (大不列颠诉墨西哥合众国), 《国际仲裁裁决汇编》第5期,第209页; Stevenson 索赔案, 《国际仲裁裁决汇编》第9期,第494页; Milania 案, 《国际仲裁裁决汇编》第10期,第591页; Gleadell 案, 《国际仲裁裁决汇编》第5期,第44页; Bogovic 索赔案, 《国际法案例汇编》第21期,第154页。

¹⁴ 《国际法案例汇编》,第20期,第234页。

¹⁵ 前注2,第16和17页。在这一案件中,法院拒绝就关于持续国籍的初步反对意见作出裁决,理由是它属于案情实质。

¹⁶ 这项案件是对索赔权而非对索赔者施加。如索赔权的国籍在《阿尔及尔宣言》所述的行使管辖权截止日期(即1981年1月19日—《处理索赔问题的声明》生效之日)与提起索赔诉讼之日之间有所变更,为行使管辖权的目的,在截止日期时的国籍证明经裁定为足够 (*Gruen Associates, Inc. v. Iran Housing co. et al.* 案(1983年),3《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》,第97页); *Sedco, inc., et al. 诉 National Iranian Oil Co.* 案(1985年)9《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》,第248页)。法庭裁定遭受损害之日而非签署被违反的合同之日是行使管辖权所要求的起始日 (*Phelps Dodge Corp. 和 Overseas Private Investment Corp. 诉伊朗伊斯兰共和国案*(1986年),10《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》,第121、126页)。如不符合上述要求,法庭则以无管辖权为由不受理索赔案(例如 *James Ainsworth 诉伊朗伊斯兰共和国案*(1988年),18《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》,第95页; *International Systems and Controls Corporation 诉 Industrial Development and Renovation Organization of Iran* 案(1986

7. 人们曾多次试图编纂国籍持续性规则。这种试图的最早例子之一是美国国际法学会关于外交保护的第 16 号草案。该学会于 1925 年提议：

“为了使一项外交上的索赔要求可予受理，有关个人必须在行为发生时或导致索赔的事件发生时是代表其提出索赔要求的国家的国民，而且他必须在提出索赔要求时是该国国民。”¹⁷

1929 年，哈佛法学院拟订的《关于国家对在其领土内外国人的人身或财产造成所负责任公约草案》规定：

“(a) 只有在下列情况下，一国才须对代表一名本国国民索赔的另一国负责：索赔要求中可享用的利益直到提出索赔要求时一直归该名国民所有。

“(b) 只有在下列情况下，一国才须对代表一名非本国国民索赔的另一国负责：

(1) 受益者因法律的实施失去其国籍，或

(2) 索赔要求中的利益因法律的实施已从一名国民转移到受益人。”¹⁸

一年后，1930 年海牙法典编纂会议筹备委员会在第 28 号讨论依据中拟订了一项限制性更大的规则：

“一国不得就个人在外国领土内遭受的损害要求金钱赔偿，除非该受害人在造成损害的时刻是其国民，而且一直保留其国籍，直到对该索赔案作出判决为止。

“.....

“如果受受害人死亡，其国籍国已经提出的金钱赔偿要求只有在为了其继承人的利益的情况下才可予以维持，但其继承人必须是该国国民，而且他们必须有利害关系。”¹⁹

年)，12 《伊朗-美国索赔法庭案例汇编》，第 259 页)。关于法庭的相关判例，见 G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996 年)，第 45 和 46 页，以及 C. N. Brower 和 J. D. Brueschke, *the Iran-United States Claims Tribunal* (1998 年)，第 76 至 80 页。

¹⁷ 第八条。案文载于《1956 年.....年鉴》，第二卷，第 227 页。

¹⁸ 第 15 条；同上，第 229 页。

¹⁹ 同上，第 225 页。

国籍持续性的条件在加西亚·阿马多尔向国际法委员会提交的关于国家责任的第三次报告中再次出现。该报告提出了下列规则：

“1. 一国可行使前一条所指的提出索赔要求的权利，条件是外侨在遭受损害时持有其国籍，而且一直保留该国籍，直到对该索赔案作出裁决为止。

“2. 如果外侨死亡，该国代表有利害关系的后嗣或继承人提出索赔要求的权利受同一条件制约。”²⁰

1932年，国际法学会以极小多数否决了关于国籍持续性的传统规则。²¹但它于1965年却通过一项决议，重新肯定这项传统规则，强调索赔要求在提出之日和发生损害之日均须具备索赔国的国家性质。另一方面，它却放弃了这两个日期之间必须有持续性的条件。上述决议规定：

“第1条

“(a) 对于一国为个人所受损害提出的国际索赔要求，被索赔国可予拒绝，除非该索赔要求在提出之日和在发生损害之日均具备国家性质。在负责审理此索赔案的法院（**管辖机构**）面前，缺乏此一国家性质构成不可受理的理由。

“(b) 对于新成立的国家为一名在该国实现独立之前受损害的本国国民提出的国际索赔要求，在适用前段规定时，不得仅以该名国民是先前国民为由而予以拒绝或宣布不可受理。

“第2条

“对于一项受益人并非原来受损害的个人的国际索赔要求，被索赔国可予拒绝，而且负责审理此案的法院不可受理，除非它在发生损害之日和提出之日均具备索赔国的国家性质。

“第3条

“(a) ……

“(b) 发生损害之日是指个人遭受损失或伤害之日。

“(c) 提出之日就通过外交渠道提出索赔要求的情况来说，是指一国正式提出索赔要求之日，就诉诸国际法院（**管辖机构**）的情况来说，是指向其提起索赔诉讼之日。”²²

²⁰ 《1958年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/111号文件，第61页，第21条。

²¹ (1932年)《国际法学会年鉴》，第37卷，第278页。另见Wylter, 前注4, 第41页。参考Borchard, 原国籍的变更, 前注4。Borchard是特别报告员, 其关于重新肯定传统规则的提议被否决。

²² 关于一国为个人所受损害提出的国际索赔要求的国家性质的决议, 1965年华沙会议, *resolutions de l'Institut de Droit International, 1957-91* (1992年), 第55和56页, (1965年第二期)《国际法学会年鉴》, 第51卷, 第260至262页。

8. 大多数作者对持续性规则的支持充其量也是模棱两可。只有少数几个表现出 Edwin Borchard 对这项规则的十足热忱。Edwin Borchard 认为支持这项规则的理由是“其根本和无懈可击的有效性”。²³然而，对这项规则的意见却从质疑其习惯法地位²⁴到从国家和个人观点批评其公正性不等。²⁵Wylter 在其全面研究中正确地断定，只有少数几个法学家会无条件地捍卫这项规则。²⁶

9. 国籍持续性规则却得到一些司法判决、一些国家实践、一些试图编纂法律的努力和一些学者的支持。但也有人表示极力反对。

10. 在《第五号行政判决》中，仲裁人 Parker 一再表示国籍持续性条件不是一般国际法原则。他声明：

“国家一般惯例并不支持私人对另一国索赔，如该人从一开始即不持有索赔国国籍。但这一惯例不一定被遵循。德国代理据称援引的规则中有一句话规定，索赔要求从一开始到提出时或甚至到指定法庭作出最后裁决时，必须持续持有坚持这项索赔的国家的国籍，但这句话绝不如处理其原国籍的规则那样清楚确立。一些法庭拒绝遵循这项规则。其他法庭虽然遵循，但对其是否稳当表示质疑。”²⁷

1932 年，国际法学会无法就持续性规则达成协议。特别报告员 Borchard 提议核可了这项规则，但被 Politis 极力反对。Politis 表示：

“报告员借凭外交惯例和判例，以表明以下规则：如受损害人自损害发生之日以来已变更其国籍，则不应给予保护或不再能够实行保护。但实际情

²³ 原国籍的变更，前注 4，第 373 页。亦见第 300、377 至 380 页。另见 E.M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1915 年)，第 660 至 667 页（下称 Borchard, *Law of International Claims*）。

²⁴ O'Connell, 前注 8，第 1036 页。

²⁵ G. Balladore-Pallieri, “La Determinazione internazionale della Cittadinanza di fini dell'esercizio della protezione diplomatica” 载于 *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tomaso Perassi* (1957 年，第 1 卷，第 123 页；Geck, 前注 2，第 1055 和 1056 页；H.F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An outline* (1959 年)，第 90 页；C. Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection - The Commonwealth of Nations* (1969 年)，第 29 页；Ohly, 前注 6，第 72 页；Brownlie, 前注 4，第 483 页。Ohly 争辩说：

“严格适用持续国籍论致使这些索赔要求未获补偿，让国际不法行为一直未受惩罚，进一步激发有关行动产生索赔权的国家在今后以类似的不法方式行事”（前注 6，第 286 页）。

²⁶ 前注 4，第 228 至 231 页。亦见 Joseph, 前注 25，第 26 至 29 页。

²⁷ 前注 3，第 614 页。

况却完全不同。有大量案例适用相反的理论。事实上，应为个人实行保护而对国籍的变更不加考虑，但下列情况除外：他对原籍国政府提出索赔要求，或只为欺诈目的而决定取得新的国籍，以便寻求一个强大、能够对其索赔要求产生更大影响力的政府的保护。报告员认为难以证明这种欺诈而表示的异议没有说服力。外交惯例表明，能够提供类似证明的案例很多；有一些著名的案件，主要是离婚案件，其中已裁定欺诈业经证实，因此没有对国籍的变更加以考虑，虽然国籍已予变更。”²⁸

van Eysinga 受到这种无法达成协商一致的影响，因此他在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案的反对意见中断定持续性惯例并未“形成”为一项通则。²⁹

11. 关于编纂法律的提议也不一定支持这项原则。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》提议：

“一国只是在某人是该国国民的时期内才有权为其提出或坚持索赔要求。不应以某人在发生损害后才成为一国国民的事实为由而排除该国为其提出索赔要求。

“如在发生原损害与达成最后裁决或解决期间的任何时候，受损害外侨或在索赔要求中有利害关系的、持有可享用利益的人成为被索赔国国民，一国提出或坚持索赔要求的权利即告终止。”³⁰

在较近期，国际法协会外交保护问题委员会特别报告员 Orrego Vicuña 则提议下列案文：

“8. 在全球金融市场和服务市场及有关业务或其他特殊情况的前提下，国籍持续性规则可予免除。在此前提下，即使变更了国籍，损害仍追随个人，其索赔权也如此。

“.....

²⁸ (1932年)《国际法学会年鉴》(奥斯陆会议),第487和488页。关于Borchard的回应,见前注4。有关这一问题的叙述,见Brigg向国际法学会1965年会议提交的报告:(1965年第二期)《国际法学会年鉴》(华沙会议),第108至114页。

²⁹ 前注15,第34和35页。

³⁰ 第23(6)和(7)条,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》,第579页。亦见第24(2)条,其中规定:

“一国不因对受损害外侨或在索赔要求中持有可享用利益的任何其他人全部或局部施加其国籍而免除责任,除非有关人士对此表示同意,或施加国籍是与领土转移有关。此种同意不必明示.....”。

“9. 应协助索赔要求的转移，以执行上文第 8 段所列的标准。

“.....

“10. 只有最新国籍国才能根据上文第 8 段的规则提出索赔要求。此项索赔要求不应对前国籍国提出。国籍的变更和索赔权的转让必须本着诚意进行。”³¹

3. 这一规则内容的不确定性

12. 国籍持续性条件作为一项习惯规则的含糊地位由于围绕着这项据称的规则内容的不确定之处而更加显著。发生损害之日、国籍、持续性和终止日期（直到索赔要求所规定的持续期间截止之日）的意义均不明朗。

13. “发生损害之日”³² 通常被解释为答辩国对索赔国国民造成伤害的据称的损害性行为或不行为发生之日。国际法学会 1965 年决议第 3（b）条证实了这一解释。但有人争辩，认为起始日期是国际不法行为发生之日，即答辩国不给予补偿之日，或拒绝司法之日。³³ 但国际法庭拒绝对此作出区分。³⁴

14. 就发生损害时的国籍条件提出的另一问题是国民的定义。有人在不同的索赔委员会面前争辩，在发生损害时作出意图成为某国国民的声明应足以满足持续国籍规则的要求。虽然美国-墨西哥一般索赔委员会有时接受这种以居住在新的国籍国作为证明的意图声明，视之为相当于在提出索赔要求之始的国籍，但后来的国际索赔委员会却认为这一论点未能令人满意。³⁵

15. “国籍持续性”一词使人产生误解，因为在实践中很少会作出努力，设法追踪国籍从发生损害之日到提出索赔要求之日的持续性，而只是对这两个日子加以考虑。³⁶ 因此，1925 年美国国际法学会³⁷ 和 1965 年国际法学会³⁸ 的提案规定，索赔权持有人只是在发生损害和提出索赔要求时，才必须是索赔国国民。这样，如果索赔权持有人随后变更国籍，或将索赔权转移给别国国民，以致索赔权最终属

³¹ *the Changing Law of Nationality of Claims*: 向国际法协会外交保护问题委员会提交的最后报告。未经发表的原稿，第 27 页，第 8 至 10 条规则。

³² 关于这一主题的概论，见 Wyler，前注 4，第 53 页。

³³ Joseph，前注 25，第 25 页。

³⁴ Borchard, *Law of International Claims*, 前注 23, 第 663 页。

³⁵ 同上，第 662 和 663 页，Wyler，前注 4，第 91 页。

³⁶ 参考 Joseph，前注 25，第 24 至 26 页；Joseph 认为持续性是单独的第三个条件。

³⁷ 前注 17。

³⁸ 前注 22。

于某国国民，而在损害发生时，受损害人正是该国国民，则原国籍国可以支持这项索赔要求。

但是，这项规则的实用意义是有疑问的。Briggs 在其 1965 年向国际法学会提交的报告中强调了这一点：

“如果国际法庭的判例因此确立一项规则，规定一项索赔要求如要获得受理，它必须在起始时和向某一国际法院提出之日均持有索赔国国籍，则是否应有一项补充条件，规定这项索赔要求在上述两个日期之间必须持续具备国家性质？在法庭面前提出这样的问题是罕有的。在国际法庭明白宣告一项索赔要求从其起始到提出时必须持续具备国家性质的大多数案件中，它实际上是就以下问题作出裁决：一项索赔要求是否在这两个关键日子之中的一个或在这两个关键日子都持有索赔国国籍。（参考上文所述的 *Gleadell* 案和 *Flach* 案和下文所述的 *Benchiton* 案）。在法庭所审理的案件中，下列情况既罕有又引起争议：一项索赔要求在两个关键日子都持有必要的国籍，但在这两个日子之间，却失去或重新获得这一国籍。”³⁹

16. 未能就持续性规则的内容达成协议的最明显例子莫过于对终止日期的定义之争，终止日期就是直到索赔要求所规定的持续国籍截止之日。下列日子曾被建议并采用为终止日期：政府支持其国民的索赔要求之日；开始就索赔要求进行外交谈判之日；提起索赔诉讼之日；签署、批准关于将争端交付仲裁的条约之日或该条约生效之日；提出索赔要求之日；口头听讯结束之日；判决之日和解决之日。⁴⁰关于终止日期的争端的实际意义可由 *Minnie Stevens Eschauzier* 案加以说明：该人的索赔要求被驳回，因为她在提出索赔要求与作出判决期间因与一名美国国民结婚而失去其英国国籍。⁴¹对于终止日期的分歧大体上可解释为不同的协约被理解为规定不同的日子。仲裁人 Parker 在《第五号行政判决》中明确指出：

“对这些案件的多数判决进行分析的结果表明，在每个案件中，它们都受指导审理案件法庭的特定议定书的文字制约，这些文字将其管辖权限于以下索赔要求：不仅起始即持有坚持索赔要求的国家的国籍，而且持续地持有——在某些情况下直到提起索赔诉讼之日，在别的情况下直到向法庭提出这项索赔诉讼之日，在其他情况下直到作出判决之日，而在另一些情况下则直

³⁹ “La Protection Diplomatique des Individus en Droit International: La Nationalité des Reclamations”, (1965 年第一期) 《国际法学会年鉴》，第 72 和 73 页。着重部分原文所有。

⁴⁰ Wyler, 前注 4, 第 75 至 80 页; Briggs 前注 39, 第 24 页和以后各页; Sinclair, 前注 7, 第 128 至 130 页。Brownlie, 前注 4, 第 483 和 484 页; G. Schwarzenberger, *International Law*, 第 3 版 (1957 年), 第 1 卷, 第 597 和 598 页; 加西亚·阿马多尔, *The Changing Law of International Claims* (1984 年), 第 504 页。

⁴¹ 前注 13。

到解决之日。这种为管辖目的所规定的国籍持续期间之所以不统一，是因为每个案件均受特定指导协约的文字制约。”⁴²

不论这种解释是如何令人满意，它根本无法提供据以树立一项习惯规则的明确国家实践的证明。

17. 持续国籍规则中争议最少的内容是索赔要求必须源于对索赔国国民的损害的规定。根据 Borchard,

“没有几项国际法原则比以下规则更为牢固确立：为了证明外交支持是合理的，索赔权在产生时必须归属一名公民……索赔权必须起始于国家的这一原则产生于一国政府与其公民的互惠关系，一方必须提供保护，而另一方则必须效忠。支持一项起始于外国的索赔权——因为它碰巧落在一名公民身上——将使该国政府成为索赔代理。”⁴³

因此，一国不得为一名在损害之日后通过归化才成为其国民的人索赔。有几项判决坚持认为，始允许这样做，则准予新国籍国作为索赔代理行事。⁴⁴归化没有追溯效力，它转移效忠对象，但不转移现有义务。然而，如损害是持续的话，新国籍国可提起索赔诉讼。⁴⁵同一原则曾被适用于已死国民的外国后嗣的索赔要求、将索赔权转让给外国受让人的情况⁴⁶和保险代位权。⁴⁷这必然导致个别案件有不公正之处。

⁴² 前注 3，第 616 和 617 页。着重部分原文所有。

⁴³ 前注 23，第 660 页。着重部分原文所有。亦见同上，第 462、627 至 629、637 和 638 页；Geck 前注 2，第 1055 页；M. N. Shaw, *International Law* 第 4 版（1997 年），第 565 页；Brownlie, 前注 4，第 483 页；Joseph, 前注 25，第 24 和 25 页；C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, 《海牙讲义集》（1956 年，第二期），第 702 页；Sinclair, 前注 7，第 126 页；Benchiton 案，载于《国际公法年度摘要和汇编 1923 年至 1924 年》第 189 页。

关于这个问题，Schwarzenberger 说，

“除非指导文书要求另作解释，否则个人、公司或船只必须在发生损害之日（起始日期）持有索赔国国籍。理由是索赔权属于提出这项索赔要求的国际法主体。如在发生损害时有关个人持有另一国籍或没有国籍，则索赔国没有遭受损害”（前注 40，第 597 页）。

⁴⁴ 《第五号行政判决》，前注 3，第 614 页；Ambiati 案，前注 5，第 2348 页。

⁴⁵ Borchard, *Law of International Claims*, 前注 23，第 661 页。“持续不法行为”的概念由奥地利提出，以允许它保护第二次世界大战后归化奥地利的，“捷克裔德国人”，因为捷克斯洛伐克对他们的财产没收措施；van Panhuys 前注 25，第 95 页。

⁴⁶ *Stevenson* 索赔案，前注 13，第 494 页。

⁴⁷ Borchard, *Law of International Claims*, 前注 23，第 627 至 629；636 至 638 页；Brownlie, 前注 4，第 484 和 485 页。

4. 法理学和政策方面对持续性规则的挑战.

18. 对持续性规则的异议不限于其不明确的内容和不公平之处，从理论观点看，它不仅符合瓦泰勒关于损害个人即损害国家本身的拟制，而且也不符合日益把个人视为国际法主体的趋势。此外，在政策方面对这项规则也有强烈异议。为此，现在该是重新评估这项规则的时机了。

19. 外交保护是以瓦泰勒关于损害国民即损害国家的概念为前提⁴⁸逻辑似乎要求，对外侨的损害在发生损害时即立刻损及国籍国，为了索赔的目的，该个人本身或国籍的后来种种变更毫不相关。⁴⁹但在 *Stevenson* 案⁵⁰中，这一论点却被 1903 年英国-委内瑞拉索赔委员会驳回。在此案中，一名长期居住在委内瑞拉的英国臣民遭受委内瑞拉当局的损害。在对索赔案进行仲裁之前，该受损害国民去世，其索赔要求根据法律的实施传给了其遗孀——依委内瑞拉法律为委内瑞拉国民——及其 12 名子女，其中 10 名依委内瑞拉法律也是委内瑞拉国民。英国代理争辩说，在一国对另一国提起的索赔诉讼中，索赔国是就其本身遭受的损害寻求补救，而不只是代表其受损害国民行事。因此，受损害国民取得了答辩国国籍的事实不应阻止索赔诉讼，因为索赔的依据是索赔国通过其国民而受到损害。仲裁人 Plumley 拒绝接受这一论点：

“仲裁人并未注意到有这样的事例：国家之间仲裁员仅仅因此被要求或获准宣布损害一国尊严所涉的金钱价值。精通法律的英国代理认为，在国际法庭面前提起的每一项涉及容忍的索赔要求之下，始终都有答辩国政府通过一国国民损害该国尊严的情况，虽然这种看法无疑是正确的，但在这种性质的委员会中，始终都有一名受损害国民能够向冒犯的答辩国政府提出索赔要求并得到它给予的金钱补偿。在仲裁人注意到的所有案件中——他孜孜不倦地寻找各种先例——法庭一直都要求必须有受益人，其国籍应为依法有权获得经核实的费用或缴款的索赔国国籍。它们规定这项权利应归属受益人，直到授权并规定审理索赔案的国际法庭的条约缔结之时。”⁵¹

其他索赔委员会也赞同这种处理办法。⁵²

⁴⁸ 见上文第 3 条的评注，A/CN.4/506，第 62 段。

⁴⁹ O'Connell，前注 8，第 1034 页；Geck，前注 2，第 1056 页；Jennings，前注 7，第 475 和 476 页。

⁵⁰ 前注 13，第 494 页。

⁵¹ 同上，第 506 页。

⁵² 在 *Milani* 案中，意大利-委内瑞拉委员会指出：

“虽然对一名公民的违法行为依然是对国家的违法行为，但在国际法庭面前的索赔者通常都是为其公民出面的国家。国家在其公民不再归属于它的情况下依然拥有索赔权可以说是鲜有的”⁵²（前注 13，第 591 页）。

亦见 Hurst 讨论的 *Studer* 案，载于（1926 年）《英国国际法年鉴》，第 168 页。

20. 可以采用种种稳当而合符逻辑的理由来拒绝持续性规则而仅仅确认国民受损害时的国籍国为索赔国。这的确是 Wyler in La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International (1990 年) 中所主张的解决办法。⁵³但是, 这种解决办法并非没有弱点, 而 Wyler 也承认这一点。⁵⁴特别是, 它没有考虑到个人在国际法律秩序中所起的新作用。

21. 尽管个人尚未有资格成为国际法主体,⁵⁵但个人的基本权利今天已获得条约国际法和习惯国际法所确认。国籍持续性规则和给予发生损害时的国籍国以唯一索赔权的瓦泰勒概念都承认个人在当代国际法律秩序中享有一定地位。早在 1932 年, Politis 就强调这一点, 当时他成功地反对 Borchard 建议国际法学会通过传统的国籍持续性规则的提案⁵⁶后来, 诸如 Gech、⁵⁷ O'Connell⁵⁸和 Jennings⁵⁹等法学家都以类似理由批评这项规则。因此, 拒绝接受持续国籍论作为习惯国际法一项实质性规则似乎是可取的。虽然持续国籍论在非自愿变更国籍的情况下——如国家继承的情况——会产生特殊的困难, 但只就这种情况而加以拒绝是不对的。例如, 婚姻可能涉及国籍的变更, 而且是非自愿的变更, 但似乎没有很好的理由说明为什么它对实施索赔要求的国籍规则所产生的影响, 应有别于对国际继承的情况所产生的影响。⁶⁰

22. 本条款草案第 3 条肯定了只有国籍国才有权为受损害个人实行外交保护, 其主要理由是将这为个人提供最有效的保护。第 9 条没有因为允许新国籍国代表个人提起诉讼而违背了这项原则。但是, 它允许索赔权随个人情况起变化而变更, 从而在提起索赔诉讼方面引进若干灵活性, 在更大程度上确认个人的权利, 但同时承认国家能是个人权利的最有效保护者。

23. 在政策方面主张持续国籍规则的主要理由是它防止外交保护的滥用。⁶¹ Morre 曾暗示, 如果没有这项规则, 则一名受损害的人可“相继要求十多个国家政府——他可以将其效忠转移给每一个国家——为其索赔要求出面”⁶²今天,

⁵³ 前注 4, 第 264 页。

⁵⁴ 同上。

⁵⁵ 前文第 1 段。

⁵⁶ 前注 28。亦见加西亚·阿马多尔, 第一次报告, 《1956 年……年鉴》, 第二卷, A/CN.4/96 号文件, 第 194 页。

⁵⁷ 前注 2, 第 1055 页。

⁵⁸ 前注 8, 第 1034 至 1036 页。

⁵⁹ 前注 7, 第 476 和 477 页。

⁶⁰ O'Connell, 前注 8, 第 1036 页; van Panhuys, 前注 25, 第 92 至 94 页。

⁶¹ 前文第 3 段。

⁶² 前注 6。

这种意见的确合被视为毫无根据的空想。现代国家在授与国籍方面十分谨慎，在考虑准予归化之前，一般要求持久的居住期。假设或甚至暗示最有能力坚持一项有效的外交保护权利主张的工业强国。为了“收买”索赔权而会欺诈地准予归化是荒谬的。⁶³ 即使这样做，答辩国在大多数情况下都将能成功地提出缺乏真正联系的论点，如 *Nottebohm* 案所要求那样，⁶⁴ 作为阻止诉讼之由。⁶⁵ Gerald Fitzmaurice 爵士在 *巴塞罗那电车公司* 案的个别意见中表示：

“过分严谨和总括地适用持续性规则可导致以下情况：重要的利益未受保护，索赔者未获支持，损害未予补救；这并非基于同其案情实质有关的任何理由，而是纯粹的技术考虑导致没有一人国家有权行事。今天，这种情况更难情有可原，因为一向被视为持续性规则的另一个主要根据理由（有时甚至被视为其真正的根源），已大体上失去其效力，这项理由就是必须防止滥用，因为如果索赔权可根据某一价值转让给某国国民，而该国政府将强迫答辩国接受这些索赔要求，则会导致滥用。”⁶⁶

5. 结论

24. 传统的持续国籍“规则”已失去效用了。它在个人权利得到国际法确认、国籍不能随便变更的世界里已没有地位。很难不同意 Wyler 在其结论意见中表示的看法：

“无论如何，如果外交保护摆脱了持续规则，其效能将大大增加。”⁶⁷ 第 9 条旨在使外交保护制度从持续性规则的枷锁中解放出来出来，并确定一种灵活制度，既与当代国际法相符，但同时又考虑到可能被滥用的忧虑，而该项规则正是因为这些忧虑而制订的。

25. 第 9 条条 1 款允许一国代表一名在遭受损害后确实取得其国籍的人索赔，如果损害可归咎于该人以前国籍以外的国家，但须原国籍国未曾或并非正在针对这一损害实行外交保护。

26. 有若干因素确保这项规则不会导致不稳定和滥用。第一，根据瓦泰勒的拟制，它确认应优先考虑由原籍国提出的索赔要求。只有在没有这样做的情况下，而且个人变更了其国籍，索赔权才追随个人。第二，变更了国籍的受损害个人无法选

⁶³ Van Panhuys, 前注 25, 第 92 页。

⁶⁴ 《1955 年国际法院案例汇编》，第 23 页。

⁶⁵ 见 Ohly, 前注 6, 第 288 和 289 页。

⁶⁶ *巴塞罗那电车、电灯和电力公司* 案，《1970 年国际法院案例汇编》，第 101 和 102 页。亦见 Ohly, 前注 6, 第 286 页。

⁶⁷ 前注 4, 第 268 页。

择哪一个国家可以代表其索赔：原国籍国或新国籍国，只有新国籍国可以提起索赔诉讼，而且只有当它选择这样做。

27. 第三，新的国籍必须本着诚意取得⁶⁸ 如取得新的国籍只是为了得到新的保护国，这通常将有证据表明是欺诈的归化。⁶⁹ Borchard 在 1934 年作出的批评，即这“使动机和非法或欺诈行为混为一谈”，⁷⁰并非是没有根据的。但是在 *Nottebohm* 案之后的世界，没有国家可能会为一名归化国民提起诉讼，如果有任何迹象暗示和归化不是本着诚意取得，而且个人与国家之间没有任何联系因素。

28. 第 9 条第 2 款将上述原则延伸到索赔权的转移。

29. 第 9 条第 3 款确保原国籍国在其国家利益因其国民遭受损害而受影响的情况下有权索赔。第 1 款的但书也承认原国籍国的特有权利。这重新肯定了本条款草案第 3 条所载的原则。

30. 不应因为废除持续性规则，而致使新国籍国能够代表其新国民就某人仍然是先前国籍国国民时所受损害而向该国索赔。对赫尔姆斯-伯顿立法⁷¹的敌意反应表明这一后果是不可以接受的；该项法律旨在允许归化美籍的古巴人提起诉讼，以便追索在他们仍是古巴国民时古巴政府对其造成的损失的赔偿。⁷²第 9 条第 4 款确保这种情况不会发生，它取材自 Orrego Vicuna 向国际法协会提出的建议。⁷³

⁶⁸ 这一条件包括 Orrego Vicuna 向国际法协会提出的建议内：前注 31，第 10 条规则。

⁶⁹ 见 Politis，前注 28。

⁷⁰ 原籍国的变更，前注 4，第 383 和 384 页。

⁷¹ 1996 年《古巴自由和民主团结（自由）法》，1996 年 3 月 12 日公法，第 104 至 114 页，转载于（1996 年）35《国际法材料》，第 357 页。

⁷² 见 V. Lowe， “US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D’Amato Acts”，（1997 年）46《国际法和比较法季刊》第 386 至 388 页。

⁷³ 前注 31，第 10 条规则。亦见 Politis 向国际法学会的发言，前注 28。