



第六十二届会议

暂定项目表* 项目 85

外交保护

外交保护

秘书长的报告

目录

	页次
一. 导言	2
二. 从各国政府收到的评论和意见	2
阿根廷	2
奥地利	2
巴西	3
古巴	3
捷克共和国	3
印度	4
黎巴嫩	4
挪威(代表丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)	5
葡萄牙	5
俄罗斯联邦	6
大不列颠及北爱尔兰联合王国	6
美利坚合众国	8

* A/62/50。



一. 引言

1. 国际法委员会在其 2006 年第五十八届会议上通过了外交保护条款草案。¹ 大会 2006 年 12 月 4 日第 61/35 号决议注意到外交保护条款草案。大会还邀请各国政府就委员会关于在条款草案的基础上拟订一项公约的建议提交其评论。
2. 秘书长在 2006 年 12 月 18 日普通照会中邀请各国政府不迟于 2007 年 6 月 1 日就委员会关于在外交保护条款草案的基础上拟订一项公约的建议提交书面评论。
3. 2007 年 6 月 29 日, 秘书长收到了阿根廷、奥地利、巴西、古巴、捷克共和国、印度、黎巴嫩、挪威(代表北欧国家)、葡萄牙、俄罗斯联邦、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国的书面评论。兹将这些评论摘录如下。

二. 从各国政府收到的评论和意见

阿根廷

[原件: 西班牙语]

[2007 年 6 月 19 日]

阿根廷共和国常驻联合国代表团……表示阿根廷政府支持国际法委员会的建议, 即应该在条款草案的基础上拟订一项公约。

奥地利

[原件: 英文]

[2007 年 6 月 11 日]

奥地利重申祝贺国际法委员会二读通过外交保护条款草案, 这是最近五年的一项重大成就。奥地利一般提请参阅它在大会第六十一届会议期间 2006 年 10 月 23 日向第六委员会发言中就条款草案提出的评论。²

关于委员会提议拟订一项外交保护公约的问题, 奥地利并不认为应该立即开始这个项目。二读通过的案文是在一段很短的时间内拟订的, 必须让各国有时间思考这一结果。因此奥地利倾向于等待, 几年后再将这个项目列入议程, 以便能够采取必要步骤, 通过成立一个特设委员会、一个筹备委员会或召开一次编纂会议来拟订公约。这将使各国有机会进一步审议条款草案的内容。

¹ 见《大会正式记录, 第六十一届会议, 补编第 10 号》(A/61/10), 第 49 段。

² 见 A/C.6/61/SR.9, 第 66-68 段。

巴西

[原件：英文]

[2007年5月31日]

巴西政府同意关于大会在国际法委员会起草的外交保护条款基础上拟订一项公约的建议。

巴西政府认为这样一项公约将成为填补国际法中存在的空白并促进国际法更新发展的有效行动。

古巴

[原件：西班牙文]

[2007年5月30日]

古巴感谢特别报告员克里斯托弗·杜尔加德在起草外交保护条款草案方面取得成果，并表示同意委员会关于在外交保护条款草案基础上拟订一项公约的建议，应考虑到通过一项关于这个问题的文书要在案文内纳入源自国际法院判决和各国惯例的普遍接受的惯例。

古巴认为，根据条款草案拟订一项公约，将有助于编纂和逐步发展一套规则适用于提出外交保护要求的条件并确认国家有权通过外交行动或其他和平解决办法援引另一国家因其国际不法行为对属于援引这种责任的国家国民的自然人或法人造成任何伤害所负的责任。因此，一个国家在国家间行使外交保护仍然是保护在外国权利受到侵犯的人员的重要补救办法。

对古巴来说，外交保护是保护国际法规定的人权和基本权利方面的一大进步。已提交的条款草案确认外交保护制度适用于难民和无国籍人，将有助于保护他们的权利。

古巴建议，应在第六委员会框架内将国际法委员会拟议的条款草案提交一个工作组研究，以便能够最后确定未来外交保护公约的细节，从而完善案文并确保获得会员国更广泛的接受。

捷克共和国

[原件：英文]

[2007年5月25日]

捷克共和国倾向于认为，至少在现阶段没有必要通过一项以外交保护条款草案为基础的有法律约束力的国际公约，并认为外交保护条款即便以没有约束力的形式存在，也足以实现整合国际法这领域各种规则并影响各国相关惯例的目的。

捷克共和国也认为，在现阶段，以没有约束力形式存在的条款草案在某些方面可能比典型的国际公约形式更有用。

捷克共和国认为，条款如果保留这种没有约束力的形式，将更有余地开展整合工作而且可能通过国家惯例和国际司法和仲裁机构的裁决发展一些其中所含的外交保护要素。这样还可以排除可能拟订的外交保护公约无法包含现有条款草案已载入但可能不会立即获得国际社会普遍支持的一些进步要素的可能性，也可以排除可能只有少数国家批准可能拟订的公约的可能性，而如果出现此种情况这就会削弱其中所载的外交保护法律制度。

捷克共和国还认为，外交保护条款草案的命运与 2001 年国际法委员会第五十三届会议二读通过的对国际不法行为的责任的条款息息相关。捷克共和国提出这样的结论，主要是因为外交保护条款草案和对国际不法行为的责任的条款之间不论在实质和性质方面都互相关联而且彼此相似。因此，捷克共和国认为，外交保护条款草案的最终形式应与国家对国际不法行为的责任的条款的最终形式相应。在这方面，捷克共和国提到它的声明，³ 其中表示，关于国家对国际不法行为的责任的条款草案至少在现阶段应保持其没有约束力的形式。

印度

[原件：英文]

[2007 年 5 月 31 日]

印度支持国际法委员会关于应审议外交保护条款草案以便作为一项公约通过的提议，这项公约具有约束力而且使有关规则具有法律确定性。

黎巴嫩

[原件：阿拉伯文]

[2007 年 5 月 29 日]

黎巴嫩研究了国际法委员会所编制的外交保护公约草案案文及随后附上的说明函之后，尽管专门小组对语言方面提出的意见，尤其是认为某些地方表意不清且语句无力，但黎巴嫩认为，只要其条款与黎巴嫩关于公共秩序的约束性规定没有冲突，就不存在继续进行上述草案的法律障碍。

³ 见 A/62/63。

挪威(代表丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)

[原件: 英文]

[2007年5月25日]

北欧国家丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典,再次对国际法委员会于2006年通过关于外交保护的条款草案表示赞赏。

该条款草案令北欧国家普遍感到满意。北欧国家认为,该条款草案在兼顾了外交保护领域的国际法编纂和逐渐发展问题。

北欧国家认为,大会应采纳国际法委员会的建议,在较短的时间内以公约的形式通过该条款草案。关于外交保护的公约将在这一重要法律领域增强法律的清晰度和可预测性。

为加强今后关于这一重要专题的讨论,我们认为有必要在将来拟定关于外交保护的公约之前将该项目纳入大会议程,

葡萄牙

[原件: 英文]

[2007年5月31日]

葡萄牙再次对国际法委员会的工作表示祝贺,尤其对在整个过程中引导委员会进行这项工作的特别报告员约翰·杜尔加德教授表示赞赏。

自外交保护被确认为适合编纂和逐渐发展的专题以来,在不到10年的时间内完成了19条关于此专题的条款草案,证明对该专题进行编纂和逐渐发展的时机已经成熟。在当代国际关系中,这是一项非常重要和有益的议题。

葡萄牙对这一进展以及国际法委员会根据该条款草案拟定一项公约的建议表示欢迎。

在第六委员会讨论该专题期间,我们曾对条款草案的范围和某些特定内容,即就第8条、第11条和第12条草案对保护作为外交保护自主主体的股东设置的门槛过高等相关问题表示异议。尽管如此,葡萄牙共和国大体认同条款草案,并认为其适合成为国际公约。

我们认为,可在第六委员会的框架内建立一个特设委员会,其任务是以国际法委员会所通过的条款草案为依据拟定一项关于外交保护的国际公约。

如国际法委员会本身所认识到的那样,这些草案和国家责任条款草案历来是紧密相联的,我们希望两者可以很快形成两项平行公约的组成部分。这将在整合国际责任法律方面迈出的重要一步。

俄罗斯联邦

[原件：俄文]

[2007年6月22日]

俄罗斯联邦认为，外交保护条款草案是国际法委员会为澄清一项最重要的国际法制度的相关规则而开展的多年工作的圆满成果。鉴于该条例草案所涉事项的复杂性和紧迫性，以及该草案在处理这些问题上达成的均衡性，俄罗斯联邦认为大会应以公约形式通过委员会的这一最终成果。

在确保各国履行其尊重他国个人和实体的国际法义务的问题上，外交保护历来发挥着重要作用。此外，委员会制定的条款草案在很大程度上对国际法的既定规则进行了编纂。另外，各国行使外交保护往往引起复杂的法律问题，这些问题在众所周知的国际案件（如常设国际法院受理的马夫罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案及国际法院受理的诺特博姆案）。中已加以处理。

以公约形式通过该条款草案，可进一步澄清外交保护规则，并使委员会的最终成果在公认的习惯国际法规则中占有一席之地。

当然，一些国家继续批评外交保护条款草案的许多条款。这点在大会第六十一届会议期间第六委员会讨论《国际法委员会报告》(A/61/10)的过程中尤为明显。此外，该条款草案还包含一些构成建议的条款（特别是第19条），此类条款不宜纳入具有法律约束力的文件。

综上所述，若各国的普遍意见是反对通过一项新的国际公约，俄罗斯联邦将不反对通过一项大会决议来提请注意以条款草案为形式的委员会最终成果。

大不列颠及北爱尔兰联合王国

[原件：英文]

[2007年1月8日]

大不列颠及北爱尔兰联合王国政府对国际法委员会成员，特别是特别报告员约翰·杜尔加德对外交保护专题所做的宝贵工作表示赞赏。这一专题对各国政府都具有重要意义，我们对国际法委员会二读通过外交保护条款草案及其评注表示欢迎。

从条款草案评注中可以看出，在条款草案涉及的主题方面存在着大量既定的国家惯例。这一专题的主要特点是习惯国际法，并通过国家惯例以及国际法院和法庭的裁决得到发展。此外，条款草案的诸多方面基本符合我国的索赔规则。我们在国际法委员会研究期间提供了这些规则。

然而，正如联合王国多次指出，条款草案中还有一些构成法律逐步发展的重要因素，比如关于无国籍人士和难民外交保护的第8条。联合王国愿意接受其中

的一些因素，认为这是习惯国际法一个较好的发展方向，但是我们对其他一些因素却难以苟同。特别是，我们对列入题为“建议做法”的新第 19 条草案表示关切。联合王国认为，这一条款的列入，可能破坏习惯国际法的既定规则。据我们了解，其他代表团也有同样的关切。

我们注意到，委员会建议各国政府采取行动，以通过一项以条款草案案文为基础的公约。但是，各国政府最近才得到案文，我们尚未有足够的时间对案文及其评注进行充分的研究。政府其他部门也尚未对条款草案进行全面审议，虽然条款草案可能产生重大影响。已对条款草案进行审议的部门，则提出了一些严重关切。

另一方面，除我们对条款草案的实质表示关切外，还有条款草案与国家对外国不法行为的责任条款之间的联系问题。我们注意到特别报告员的看法，即关于外交保护的条款草案的命运与国家责任条款草案密切相关。我们对这一看法表示赞同。因此，确定关于外交保护的条款草案应该成为公约基础的条件尚不成熟，因为尚未就国家责任条款是否将以条约形式进行审议达成共识。

在这种情况下，联合王国认为在本阶段推动拟定公约毫无益处，因为可能出现就条款草案进行辩论的风险，并破坏委员会早已就这一专题开展的十分重要的巩固工作。鉴于会员国对条款草案的某些方面存在不同意见，为数较多的国家可能不会批准以条款草案案文为基础的公约。这一结果将削弱条款草案的法律效力和影响力。

联合王国认为，用一段时间来进一步审议条款草案及其评注对这一领域法律的发展最为有利。联合王国将要求大会通过一项决议，决议将注意到作为决议附件的条款草案，并将关于条款草案前途的决定推迟至 2012 年作出。这将使会员国和其他机构能够熟悉条款草案，并以目前的形式对其加以利用。条款草案随后可以通过国家惯例、国际法院及法庭的裁决以及学术文献进入国际法。过去提出的条款草案及其评注，已经得到国际法院和包括联合王国法院在内的国家法院的重视。这还将使大会在对条款草案的命运作出决定之前对国家责任条款的前途作出决定。

联合王国认为，现阶段暂缓拟订公约不会损害委员会对这一专题所做贡献的权威性和重要性。我们认为，委员会应该以创新和灵活的方法来对待这一专题工作的最终形式。我们不认为委员会的工作必须最终采取一份公约的形式才算“圆满”。联合王国认为，这是一个判断的问题，即采取何种方法最有利于这一领域的法律发展并确保以最积极、安全的方式拟定的原则得到充分的承认。

美利坚合众国

[原件：英文]

[2007年5月21日]

美利坚合众国政府赞赏国际法委员会成员，尤其是特别报告员约翰·杜加尔德的工作，他们为外交保护领域作出了宝贵贡献。这个议题很重要。我们欢迎委员会二读通过外交保护条款草案及其评注。

美国不认为试图就此议题通过一项具有约束力的文书是明智的。这些条款草案涉及的许多问题已有大量既定的国家惯例。为此原因，我们的评论仅强调指出少数关键问题。

美国欢迎委员会去年修改条款初稿中的一些规定，以更准确地反映习惯国际法，并明确说明有些条款，如第8条草案是对国际法的逐渐发展。⁴ 例如，我们认为有益的是，第1条草案的评注第8段表明，外交保护不包括不涉及援引另一国法律责任的交涉或其他外交行动，如要求采取纠正行动的非正式请求。我们还注意到，第2条草案评注第2段重申，国家无义务行使外交保护，因为是否支持求偿的问题是一项主权特权，行使这一特权必然涉及其他国家利益考虑。

美国感到高兴的是，考虑到评注，条款草案关于用尽当地救济的措辞在实质上符合习惯法规则。具体地说，美国的立场是，根据习惯国际法，在当地救济显然徒劳或明显无效的情况下，无需用尽当地救济。这种措辞所表达的实质内容与第15条(a)款草案一样。此外，评注第4段正确阐明，仅仅表明成功的可能性很小或进一步上诉有困难或费用昂贵还不够。标准不是看是否可能取得成功的结果，而是被告国的国内制度是否能够合理提供有效救济。第15条(d)款草案规定，在受害人明显被排除寻求当地救济的情况下，无需用尽当地救济。评注第11段表明，这是逐渐发展，须作狭义理解，受害人须承担举证责任，不仅证明在用尽当地救济方面存在严重障碍和困难，而且证明自己“明显”被排除寻求这种救济。关于用尽当地救济的第14条草案评注第14段还说明，用尽当地救济可以是以下事实的结果：另一人向被告国法院提出实质上一样的求偿。

美国认为，条款的某些其他规定在没有充足公共政策理由的情况下偏离作为习惯国际法的国家惯例。我们对这些规定的评论分为四类：连续国籍和截止日期；已不存在的公司；股东保护和关于建议的做法的第19条。

⁴ 第8条并未体现于习惯国际法，特别是“难民”的定义，该定义没有任何法律依据。

连续国籍和截止日期

条款草案在第 5 条和第 10 条中承认，在第 7 和 8 条中以暗示方式承认，既定的持续国籍原则⁵是替自然人和法人行使外交保护的一个先决条件。我们注意到，两个日期之间国籍的这种持续性，是习惯国际法的要求，而不是如第 5 条草案评注第 2 段所述是对法律的逐渐发展。不过，将正式提出求偿之日定为截止日期，是对法律的逐渐发展。这种办法偏离习惯国际法，因为持续国籍的要求只提及正式提出求偿之日，而未提及解决之日，以下情况除外，即受害人在提出求偿后取得被告国国籍，或如评注所述，以欺诈方式获取第三国国籍。我们认为，习惯国际法规则是清楚的国家惯例记录所反映的规则，是仲裁法庭对 Loewen Group 公司诉美利坚合众国案裁决中规则的最近阐述所反映的规则。法庭在此案中說，“以国际法的术语说，自引起求偿的事件发生之日……至求偿解决之日……求偿者必须有持续的国籍。”评注未援引有说服力的权威，表明受到损害之日和正式提出求偿之日皆为某国国民便足够了，却认为要求将国籍保持到求偿解决之日“可能会违背”受到损害的人的利益。因此，评注把正式提出求偿之日作为截止日期视为一项政策决定，一项没有习惯国际法依据的政策决定。

已不存在的公司

第 10 条第(3)款草案规定，一国可为在发生损害之日为其国民，但由于损害的原因，按照成立地国法律终止存在的公司行使外交保护。第 11 条草案对只有成立地国才能对该公司的求偿行使外交保护的一般规则规定了两项例外，其一是已不存在的公司受到的损害。具体地说，第 11 条(a)项允许股东的国籍国对“由于与损害无关的原因，按照成立地国的法律该公司已不存在”的公司受到损害所引起的求偿行使外交保护。正如我们在 2005 年 12 月 28 日的条款草案评论中解释的，⁶美国对第 10 条第(3)款和第 11 条(a)项草案有保留。首先，条款既不反映习惯国际法，也没有存在的合理理由。例如，虽然第 10 条第(3)款草案评注说，这个问题曾使审理巴塞罗那电车公司案的几位法官感到困惑，但除了格罗斯法官的个别意见外，他们的意见未涉及成立地国有权为已不存的公司提出求偿的问

⁵ 评注对为外交保护目的提出的国籍作了一些限制。例如，第 5 条评注第 13 段规定，如果受损害人以欺诈方式保持求偿国国籍至提出求偿之日而在此后获得第三国国籍，出于公平，就应要求终止求偿。虽然第 5 条第(2)款规定，在某种情况下，一国可对受到损害之日不是其国民的人行使外交保护，但评注第 10 段表明，这一例外不适用于某人出于同提出求偿有关的商业原因获得新国籍的情况。第 10 条评注第 1 段指出，公司一般只能通过在另一国重新组建或重新成立才能改变国籍，在这种情况下，公司具有了新的人格，因而中断了公司国籍的持续性。

⁶ 见 A/CN.4/561。

题。⁷ 此外，格罗斯法官没有像第 10 条第(3)款草案所设想的那样表示，国家支持求偿的权利应当持久持续。此外，尽管第 11 条草案评注第 2 至第 7 段所说的相反，国际法院在 1970 年 2 月 5 日的巴塞罗那电车公司案裁决中，根本没有对第 11 条草案提出的问题作出决定，因为该案没有发生审议这些问题的情况。

第二，条款将继承权扩大到成立地国法律所规定的范围以外。例如，第 11 条(a)款草案造成了一种不正常的状况，使得股东国籍国为公司提出求偿的权利大于成立地国为股东求偿的权利。此外，第 10 条第(3)款草案破坏了国内法中幸存者法规和公司结束法规所固有的终结的好处。第三，如果援引第 10 条第(3)款草案，可能会导致公司消亡后求偿的国籍发生变化，而如果援引第 11 条(a)款草案，则可能造成多个股东国籍国支持同一公司求偿的情况。

股东保护

第 12 条草案重申习惯国际法规则，即当股东受到直接损失时，其国籍国可以为之行使外交保护。虽然第 11 条草案评注第 1 段援引巴塞罗那电车公司案第 47 段说，只有在“所控行为针对股东的直接权利的情况下，股东才有独立的行动权”，但这句话（在第 47 段中的意思）只列举了一种可导致侵犯股东权利的行为的一个例子。第 47 段表明，意图不一定是直接侵犯股东权利的一个先决条件。相反，正确的标准是第 12 条草案本身所阐述的标准：股东是否受到直接损失。即便行动并非“针对”股东的直接权利，股东也可以受到直接损失。

美国不认为第 11 条(b)项草案反映习惯国际法。第 11 条(b)款草案规定，如果公司具有对其造成损害的国家的国籍，并且按照该国法律成立公司是在该国开展经营活动的前提条件，股东的国籍国便可以支持该公司的求偿。正如我们在 2005 年 12 月 28 日评论中解释的，评注没有为这一主张提供有说服力的权威。评注作为这项例外的依据而提供的所有案例均基于两国给予股东要求赔偿的权利的特别协定，或者造成损害国与本国公司之间向股东提供赔偿的协定。不仅这个问题在巴塞罗那电车公司案中没有在法庭上提出，而且西西里电子公司(ELSI)案涉及根据一项明确规定股东可以间接求偿的条约提出的求偿，因此不管评注第 11 段怎么说，这项条约都不能解读为支持关于这项例外是习惯国际法的一个要素的主张。

⁷ Jessup 的个别意见，193（认为在公司受到某个第三国损害后成立地国已将该公司清算或关闭时，一国可以向作为其国民的股东提供外交保护；未提到成立地国的权利）；Gros 的个别意见，277（如果公司的国籍国已经开始诉讼，则不能因为公司的消失而驳回其诉讼。即使这种诉讼是在公司消失之前提起的，也很难理解为何公司国籍国不能就作为其消失的根本原因之非法行动提出求偿。）Fitzmaurice 的个别意见，101-02（对于在受损害之日后持续国籍的必要性提出质疑）；Riphagen 的反对意见，101-02（公司是否消亡不相干，因为对股东的外交保护是一项独立的权利）。

关于“建议的做法”的第 19 条

我们对纳入关于“建议的做法”的第 19 条感到关切。将这一条列入条款并不合适，因为正如评注第 1 段所承认，这些做法尚未获得习惯法规则的地位，也不大可能在法律的逐渐发展过程中转化为法律规则。⁸ 评注认为这些做法是“值得采取的做法”，但这并不意味着将其列入条款案文是合适的。

最后，条款草案只是在少数问题上偏离既定的习惯国际法。尽管如此，召开一次外交会议的花费和其他负担是否值得，令人怀疑。谈判一项公约有可能危及委员会已就这个专题进行的重要工作，而如果许多国家不批准最后形成的公约，更是如此。相反，美国认为，大会应通过一项决议注意到这些条款草案，将其案文附于该决议之后。这样，各国和其他机构就可以利用目前形式的条款草案，同时适当考虑到某条款草案是否正确编纂习惯国际法，是否是对法律的适当逐渐发展。

⁸ 虽然评注第 1 段确认第 19 条草案的措辞是建议性的而非法定性的，而且第 3 段确认根据国际法国家无义务行使外交保护，但第 19 条 (a) 和 (b) 项规定，有权行使外交保护的国家应充分考虑这一可能性，并且对于诉诸外交保护和寻求赔偿的问题，应尽可能考虑受害人的意见。第 19 条 (c) 款规定，国家应把从责任国获得的任何损害赔偿在扣除合理费用之后转交受害人，尽管评注第 5 段确认，保护国没有义务这样做，而且无论如何，该国对转交的赔偿进行任何合理扣除，如要求补偿该国努力为其国民获得赔偿而发生的费用，或收回该国为他们提供货物或服务的费用，并无不妥之处。