



## 第七十一届会议

暂定项目表\* 项目 79

### 外交保护

## 外交保护

收自各国政府的评论和资料

秘书长的报告

### 一. 导言

1. 国际法委员会在 2006 年第五十八届会议上通过了外交保护条款草案。<sup>1</sup> 大会在其第 61/35 号决议中表示注意到委员会通过的外交保护条款草案，并邀请各国政府就委员会关于大会在这些条款基础上拟订一项公约的建议提交评论。<sup>2</sup> 大会在第 62/67 号和第 65/27 号决议中赞扬委员会提请各国政府注意外交保护条款，并请各国政府采用书面形式，就委员会关于以这些条款为基础制定一项公约的建议向秘书长提交任何进一步评论。大会在 2010 年第六十五届会议和 2013 年第六十八届会议上，参照各国政府的书面评论<sup>3</sup> 以及在大会第六十二届、第六十五届和第六十八届会议期间举行的辩论中发表的意见，在第六委员会一个工作组的框架内，探讨了以上述条款为基础制定一项关于外交保护的公约或采取任何其他适当行动的问题。

2. 大会在其第 68/113 号决议中再次回顾其第 62/67 号决议和国际法委员会建议大会在外交保护条款基础上拟订一项公约的决定。大会还强调《联合国宪章》第十三条第一项(子)款所述的国际法编纂和逐渐发展的持续重要性，并指出外交保

\* A/71/50。

<sup>1</sup> 见 A/61/10，第 49 段。

<sup>2</sup> 见 A/62/118 和 Add.1。条款案文随后附于第 62/67 号决议。

<sup>3</sup> 见 A/65/182 和 Add.1；A/68/113。



护是对国家间关系至为重要的议题。大会再次赞扬提请各国政府注意外交保护条款，决定将题为“外交保护”的项目列入第七十一届会议临时议程，并参照各国政府的书面评论以及在大会第六十二届、第六十五届和第六十八届会议期间举行的辩论中发表的意见，在第六委员会一个工作组的框架内，继续探讨在这些条款基础上拟订一项外交保护公约或采取任何其他适当行动的问题，并找出关于条款的意见分歧。

3. 大会在同一决议中邀请各国政府以书面形式向秘书长提出任何进一步评论，包括就国际法委员会关于以外交保护条款为基础拟订一项公约的建议提出评论。秘书长在 2014 年 1 月 21 日普通照会中邀请各国政府至迟于 2016 年 6 月 1 日提交这些评论。他在 2015 年 1 月 21 日和 12 月 18 日的普通照会中重申了这一邀请。

4. 截至 2016 年 6 月 17 日，秘书长收到了澳大利亚、奥地利、捷克共和国、萨尔瓦多、卡塔尔和多哥的书面评论。这些评论载录如下，按有关外交保护条款的任何未来行动的评论(第二节)和有关条款的评论(第三节)列示。

## 二. 有关外交保护条款的任何未来行动的评论

### 澳大利亚

[原件：英文]  
[2016 年 6 月 9 日]

澳大利亚欢迎国际法委员会通过外交保护条款及其评注。由于条款阐述了习惯国际法的重要方面，它们为各国和国际机构提供了有益的指南。现有形式的条款有其价值。

我们愿借此机会重申澳大利亚在 2010 年大会第六十五届会议期间代表澳大利亚、加拿大和新西兰在第六委员会讨论中提出的要点。<sup>4</sup> 我们不认为此时适宜以条款为基础通过一项公约。我们认为，这样一项公约的谈判进程可能因开启有关条款内容的辩论而破坏其影响力和价值。

外交保护条款与国家对国际不法行为的责任条款密切相关。国际法委员会对外交保护条款的评注中承认了这一点，其中指出，国家责任条款中所载的许多原则与外交保护相关，特别是涉及国际不法行为的法律后果的条款。在未就根据国家责任条款拟订一项公约达成明确共识的情况下，在外交保护条款基础上开始谈判一项公约是不成熟的。

而且，外交保护条款的一些方面超出了澳大利亚对有关外交保护的惯国际法的理解。关于无国籍人和难民的第 8 条便是这方面的一个例子。委员会的评注

<sup>4</sup> 见 A/C.6/65/SR.16。

承认，第 8 条体现了“法律的逐步发展”。澳大利亚也认为，尚不存在确认各国对难民或无国籍人行使外交保护的能力的既定习惯国际法规则。由于条款包含与习惯国际法发展有关的要素，而不仅仅是涉及习惯国际法的编纂，不大可能就这些要素是否应成为公约主题达成国际共识。

澳大利亚仍然认为，委员会关于条款的工作在澄清和发展关于外交保护的惯国际法方面是有价值的。我们认为，随着时间的推移，条款在提供信息和帮助国家确定在这一重要领域的做法方面起到有益的作用。

### 奥地利

[原件：英文]

[2016 年 6 月 1 日]

由于外交保护条款与关于国家对国际不法行为的责任条款之间的密切联系，奥地利对于国际法委员会关于拟订一项外交保护公约的建议的立场保持不变。奥地利已在大会第六十一届、第六十二届和第六十五届会议期间在第六委员会的发言和在 2010 年提交的书面评论中表述了意见。<sup>5</sup>

奥地利倾向于等待并在几年后再将这一项目列入议程，以评估通过召集一个特设委员会、筹备委员会或编纂会议采取必要步骤拟订一项公约的可能性。

### 捷克共和国

[原件：英文]

[2016 年 3 月 24 日]

捷克共和国在 2007 年向秘书长提交了关于外交保护专题的书面评论，<sup>6</sup>并在 2010 年重申了这一评论。<sup>7</sup>自该日以来，未出现有必要改变立场的重大情况。

### 萨尔瓦多

[原件：西班牙文]

[2016 年 5 月 31 日]

萨尔瓦多共和国认为，虽然国际法在过去一个世纪发生了很大变化，外交保护的裨益在于，它是在没有任何其他有效手段确保另一国国民所受伤害得到承认和赔偿的情形下，在肯定国家平等的基础上作为这样一个手段发展而成。

如今，外交保护与国家责任法和国际法庭管辖权等其他概念同时存在。不过，国际法委员会为这一问题任命的特别报告员之一约翰·杜尔加德强调了外交保护

<sup>5</sup> 见 A/C.6/61/SR.9、A/C.6/62/SR.10、A/C.6/65/SR.16 和 A/65/182。

<sup>6</sup> 见 A/62/118。

<sup>7</sup> 见 A/65/182。

的重要性，并指出，“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”。<sup>8</sup>

鉴于外交保护的重要保护职能，萨尔瓦多共和国认为，该条款可以成为一项具有法律约束力的国际文书，只要在制定该文书时考虑到有必要加强各国可以向本国国民提供的保护。

总之，萨尔瓦多支持开展必要的工作，以通过一项具有约束力的国际文书，改善外交保护的运用。萨尔瓦多将在下一届会议期间继续密切监测这方面的进展。

#### 卡塔尔

[原件：阿拉伯文]  
[2014年2月24日]

卡塔尔不反对国际法委员会有关以外交保护条款为基础起草一项公约的建议。如果大会通过一项公约，该公约将稍后提交各国，供其按照各自国内法律的惯例签署或批准。

#### 多哥

[原件：法文]  
[2016年5月13日]

对外交保护 19 项条款的分析结果表明，它们大多反映了国际惯例和判例法的现状。它们明确提出了应可为有效行使外交保护提供指南的主要原则。因此，如果这些条款构成一项公约的基础，与许多经委员会努力而获通过的外交和领事关系方面文书一样，它们无疑将是关于外交保护的国际法的一次意义重大的编纂和发展。这些文书按获得通过时间依次为：1961年4月18日《维也纳外交关系公约》；1963年4月24日《维也纳领事关系公约》；1965年3月18日《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》；1973年12月14日《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；2004年12月2日《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。

### 三. 有关外交保护条款的评论

#### 萨尔瓦多

[原件：西班牙文]  
[2016年5月31日]

关于这一主题的公约应在第 2 条(行使外交保护的权力)和第 19 条(建议的做法)之间建立更直接的联系，以订立有关适当行使外交保护的更具体指南。

<sup>8</sup> 见《2000年国际法委员会年鉴》，第二卷(第一部分)(联合国出版物，出售品编号 E.04.V.17(Part 1))，第 215 页，第 32 段。

## 多哥共和国

[原件：法文]  
[2016年5月13日]

多哥认为这些条款是有益的，但应该指出，案文存在若干不足之处，要真正做到详尽无遗，还需进一步审查。

### 外交保护的定义

拟议的定义似乎过于狭窄的两个主要原因是：

(a) 唯有在某一行动可归于一国的情况下才可寻求外交保护。这就提出了这样一个问题：如果这种行为是由所涉国家的国民实施，将会发生什么情况；

(b) 唯有在国民是不法行为的受害者情况下才可寻求外交保护。此人不得因自身行为而促成了自己遭受的伤害。如果他或她因某一违反了某一外国国内法律的行为而在该国正在受到起诉会怎样？在这种情况下，“无辜”原则对于行使外交保护不是重大障碍吗？鉴于国民有可能被错误地指控，在这种情况下，未能行使外交保护可能使个人处于困难境地，特别是在被指应负责的国家内没有任何公平和公正司法保障的情况下。

### 国际不法行为的概念

条款提到了国际不法行为，但没有为这个词提出任何定义。虽然委员会关于国家对国际不法行为责任的条款提出了一个定义，但应在外交保护条款中载列或澄清这一概念。在这方面，有必要确立可将某一行为归于一国的标准或条件，以避免实施不法行为的国家和旨在保护本国国民的国家对此作出创造性解释。

条款仅涉及国际不法行为，这可能表明，如果伤害不是国家违反国际义务的行为所致，外交保护就不适用。这就明确限制了外交保护的范围，应扩大这一范围。

### 行使外交保护的权利或义务

在第2条下，行使外交保护是作为国家的一项权利提出。因此，正如已经提到的那样，外交保护无疑属于每个国家的主权范围，更具体地说，外交保护事关国家行使一种“属人”管辖权。在此基础上，不可否认的是，行使外交保护是国家的一项“权利”。

然而，保障本国国民获得外交保护并进而保障他们寻求外交保护的權利，这难道不也应是国家的一项“义务”？

由于外交保护的法律规定如此，受害人的国籍国从来都没有义务向该人提供保护。是否应根据当时的政治利益行使保护，这由国家决定。为支持这一立场，

有观点认为，当一个国籍国行使外交保护时，它捍卫的更多的是国家利益，而不是因另一国的行为而直接受害的个人的利益。这就是为什么要求事先用尽当地补救办法。

然而，必须承认，正如瑞士法学家 Emmerich de Vattel 在 1758 年所述，外交保护的基本原则是，外交保护更多的是一种义务而不是一种权利。他指出，“虐待公民者也间接损害了公民国籍国，该国必须保护该公民”。在这方面，将外交保护确认为公民的权利和国家的义务，这是一个逻辑和常识问题，国际法近期发展对此是认同的。如今，主权被看作是一个责任问题，不再被认为是一项完全在自由裁量基础上行使的权利。因此，在大会第六十届会议高级别全体会议上，保护责任原则，即每个国家必须采取一切必要措施保护本国公民免遭侵犯公民基本权利的行为，得到了承认。

根据这些评论，在拟议的联合国外交保护公约草案中作出一项修改将是恰当的，即如果国家未履行保护义务，允许其公民在必要时向国际法院要求本国提供保护。

#### 主要国籍概念

第 7 条规定，在多重国籍的情况，只有在提出申诉国家的国籍相对于应对国际不法行为负责国家的国籍占主要地位，才可能行使外交保护。然而，该条并未具体说明“主要国籍”的含义。

确定主要国籍的标准为何？这一问题需要解答。

#### 多重国籍和针对国籍国的索偿

第 7 条规定的原则是，如果受害者既是被指称应对不法行为负责的国家的国民，又是打算行使外交保护的国家的国民，则不得行使外交保护。在不妨碍以上在主要国籍概念下提出的评论的情况下，多哥对这一规定有一些保留。

现有这项规定可能对行使外交保护构成重大障碍，而且唯一允许的例外情况无助于解决这个问题。多哥认为，应当根据具体个案确定外交保护是否应排除在外。这些问题不能事先决定，必要时应由国际司法机构审议。这样做可以防止以该条为依据宣布不可受理。

而且，鉴于外交保护的必要性，第 7 条宜规定，在多重国籍情况下，行使保护是规则，排除保护则是例外。

仔细审查第 15 条可以发现，这一立场得到支持，因为一些因素可能导致偏离第 7 条所载原则。

### 在公司受到损害的情况下保护公司股东

在行使外交保护权利时，公司的国籍国优先于股东的国籍国，这一原则有其道理，但必须指出的是，规定的例外情况不够充分。如果公司的国籍国因政治或其他原因认为不需要行使外交保护会怎样？国际法院在其 1970 年 2 月 5 日巴塞罗那电车公司案判决中，在这一点上采取灵活态度。<sup>9</sup> 它裁定，股东的国籍国(比利时)提出的索偿要求是不可受理的，因为公司的国籍国(加拿大)已决定不行使外交保护。不过，国际法委员会应致力于逐渐发展这一领域的国际法，特别是鉴于这种情况下的股东境遇可能确实令人痛惜。即使遭受损害的是公司，在有些情况下可能很难区分公司所受的损害和该公司股东受到的损害。

### 用尽当地补救的规则

行使外交保护前必须用尽当地补救办法的规则确保了被指称应负责国家的主权，但不应忽视出现这样一些情况的可能性，即难以区分对国民的伤害和对国籍国的直接损害。因此，最好列入一段，说明在那种情况下可适用的法律制度。此外，还有许多其他情况也不能适用这一规则，但该条款中未提及。

人们普遍认为，如果伤害是由跨界环境损害所致(如切尔诺贝利核电站爆炸产生的放射性沉降物落在斯堪的纳维亚半岛)或因意外误入一国领空的飞机被击落所致(如在保加利亚击落误入其领空的 EI-A1 飞机时发生的情况)，则不需要用尽当地补救办法。

### 结论

上文探讨的条款代表着当代国际法的希望，也即能有一个工具促进国家间和平，这对发展至关重要。然而，这需要勇气。特别是，外交保护应成为使个人受益的一个工具。目标应当是将外交豁免作为一项普遍人权确立，同时考虑到这样的事实，即：这是一个非常敏感的问题，必须以极大的智慧和谨慎态度加以处理，因为它影响到国家主权。

考虑到上述评论，多哥认为，条款具有当代意义。

---

<sup>9</sup> 《巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)，第二阶段，判决，1970 年国际法院案例汇编》。