



国际法委员会

第五十四届会议

2002 年 4 月 29 日至 6 月 7 日和 7 月 22 日
至 8 月 16 日，日内瓦

关于外交保护的第三次报告

特别报告员：约翰·杜加尔德先生

目录

章次	段次	页次
A. 导言.....	1-17	2
1. 外交保护问题研究的现状.....	1-10	2
2. 特别报告员的工作方式.....	11-12	3
3. 条款草案的未来方向.....	13-17	4
B. 必须用尽当地补救办法的一般原则的例外.....	18-101	5
第 14 条.....		5
1. 徒劳（第 14 条(a)项）.....	18-45	5
2. 放弃要求和禁止反言（第 14 条(b)项）.....	46-64	17
3. 自愿联系和领域联系（第 14 条(c)和(d)项）.....	65-89	25
4. 不当拖延（第 14 条(e)项）.....	90-99	34
5. 拒绝接触（第 14 条(f)项）.....	100-101	37
C. 举证责任.....	102-118	38
第 15 条.....		38

A. 导言*

1. 外交保护问题研究的现状

1. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适合编纂和逐步发展的三个专题之一。¹ 同一年，大会 1996 年 12 月 16 日第 51/160 号决议请委员会按照第六委员会辩论期间提出的评论和意见，以及各国政府可能提出的任何书面评论，进一步审查这一专题并指明其范围和内容。1997 年第四十九届会议期间，委员会按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了一个关于这个专题的工作组。² 工作组在同届会议上提交了一份得到委员会核可的报告。³ 工作组试图：(a) 尽可能阐明这一专题的范围；(b) 确定应在该专题范围内加以研究的问题。工作组提出了一个关于审议该专题的大纲，委员会建议将该大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。⁴

2. 委员会在 1997 年 7 月 11 日第 2510 次会议上指定穆罕默德·本努纳先生为这一专题的特别报告员。大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

3. 委员会在其 1998 年 4 月 28 日至 5 月 1 日的第 2520 次至 2523 次会议上，审议了特别报告员的初步报告 (A/CN.4/484)。

4. 委员会于 1998 年 5 月 22 日第 2534 次会议上设立了一个不限成员名额工作组，由专题特别报告员本努纳先生担任主席，审议根据对该专题着手处理方式的讨论有可能得出哪些结论，并就特别报告员向委员会第五十一届会议提交的第二次报告应该处理的问题提供指导。工作组于 1998 年 5 月 25 日和 26 日举行了两次会议。关于该专题的处理方式，工作组除其他外，议定了下列各点：

(a) 习惯法处理外交保护问题的方式，应当是委员会关于这一专题工作的基础；

(b) 专题应当处理涉及外交保护的国际法次要规则；必须澄清主要规则以便为明确拟订某项具体次要规则提供指导时才审议主要规则；

(c) 实行外交保护是国家的权利。在行使这项权利时，国家应当考虑到受其外交保护之国民的权利和利益；

* 特别报告员对 Leiden 大学博士研究生 Zsuzsanna Deen-Racsmány 女士在编写本报告过程中提供的协助表示感谢。

¹ 《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 248 段和附件二，补编一。

² 《1997 年…年鉴》，第二卷（第二部分），第八章。

³ 同上，第 171 段。

⁴ 同上，第 189-190 段。

(d) 关于外交保护专题的工作应当考虑到国际法的下述发展情况：日益承认和保护个人权利并使个人有更多机会直接和间接地在国际法院行使其权利。

5. 委员会 1998 年 6 月 9 日第 2544 次会议审议并核可了工作组的报告。

6. 1999 年本努纳先生辞去委员会职务。1999 年 7 月 14 日，委员会第 2602 次会议选举本报告的撰写人担任外交保护专题的特别报告员。

7. 委员会 2000 年第五十二届会议审议了现任特别报告员的第一次报告(A/CN.4/506 和 Corr. 1 和 Add. 1)。由于时间不够，委员会将对 A/CN.4/506/Add. 1 的审议推迟到第五十三届会议。在同一届会议上，委员会组建了一个不限成员名额的非正式协商，由特别报告员担任主席，对第 1、第 3 和第 6 条草案进行研讨。⁵ 委员会随后在第 2635 次会议上决定将第 1、第 3 和第 5 至第 8 条的草案连同非正式协商的报告提交起草委员会。

8. 委员会在 2001 年在五十三届会议上审议了特别报告员第一次报告(A/CN.4/506/Add. 1)的其余部分，以及他的第二次报告(A/CN.4/514 和 Corr. 1)。委员会于 2001 年 5 月 25 日和 7 月 9 日至 11 日分别举行的第 2680 次和第 2685 次至 2687 次会议讨论了 A/CN.4/506/Add. 1 号文件。委员会还于 2001 年 7 月 12 日至 17 日举行的第 2688 次至 2690 次会议上审议了特别报告员的第二次报告。由于时间不够，委员会仅能审议第二次报告中有关第 10 条和第 11 条草案的部分，并将 A/CN.4/514 号文件中有关第 12 条和第 13 条草案的其余部分的审议工作推迟到第五十四届会议。

9. 委员会在其 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议上决定将第 9 条草案提交起草委员会，并在 2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议上将第 10 条和第 11 条草案提交起草委员会。

10. 至今为止，起草委员会尚无机会审议已提交它的任何条款草案。预期起草委员会将在国际法委员会第五十四届会议期间开始对这些条款草案的审议工作。

2. 特别报告员的工作方式

11. 外交保护专题有着法典、公约、国家实践、判例和理论学说方面的大量权威典据。实际上，大概可以说没有任何其他的国际法部门能够有着如此丰富的权威根据。但是，这并不意味着关于外交保护的一般规则或者关于用尽当地补救办法的具体规则就必然清楚明确。情况恰恰相反，各种权威往往彼此不一和相互矛盾，并指向不同的方向。在这种情况下，委员会的工作就是在竞合规则之间做出选择。在做出这一选择时，委员会应当既以支持某项规则之权威的份量为指导，同时又

⁵ 非正式协商的报告载于《大会正式记录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 495 段。

得考虑到该规则在现代国际社会中的公正性。虽然委员会的工作主要是进行编纂，但它在各项提出的规则当中做选择时，则确实是在逐步发展有关的法律。

12. 特别报告员的职责不是要求委员会接受某项规则，而是给委员会摆出所有的权威典据和各种选择，以便委员会选择适当的规则。决定权在是委员会而不是特别报告员手上。有时特别报告员会向委员会提出若干选择。但在多数情况下，特别报告员会提出他认为最适于所有情况的某项规则。本报告的解释部分列入了各种竞合规则或某规则的各种不同措辞，以及支持这些规则的权威根据，以便委员会在倾向于选择特别报告员建议以外的某项规则或措辞时，可以作出知情的选择。

3. 条款草案的未来方向

13. 关于外交保护的第一次报告主要讨论求偿的国籍问题，而第二次报告则介绍了用尽当地补救办法规则。本（第三次）报告仅讨论两项条款草案：即第 14 条，审议在何种情况下不必用尽当地补救办法；以及第 15 条，讨论在适用当地补救规则时的举证责任。特别报告员打算为本报告编写一份增编（或两份单独的增编），讨论在当地补救规则的历史和发展过程中十分突出的两个争议性议题：即卡尔沃条款和拒绝司法。特别报告员知道，有人反对在关于外交保护的条款草案中列入有关拒绝司法的条款，理由是这一概念基本上属于（但当然不完全属于）主要规则的领域。⁶ 尽管如此，本特别报告员认为，委员会必须妥当地决定是否列入这样一项条款，因为它对关于当地补救规则的探讨的重要性不亚于丹麦王子对《哈姆雷特》的重要性。外交保护专题与中美洲历史和判例有着渊源流长的关系。这段历史主要涉及拒绝司法概念的范围和内容以及卡尔沃条款的法律后果。因此，要正确研究外交保护专题，就不能回避对这两个议题的审议。

14. 求偿国籍问题的关键成分之一，即法人国籍问题，尚有待在条款草案中讨论。第四次报告将介绍关于这一问题的若干条款。特别报告员提议，如果时间允许的话，不妨在本届会议的第二期会议期间由一个工作组审议关于这一问题的初步建议。

15. 第 14 段所述的条款草案被审议之后，对传统意义上外交保护次要规则的研讨即告结束。特别报告员提议，委员会不应谋求将条款草案的范围扩大至通常传统上被视为属于求偿国籍和用尽当地补救办法规则的事项以外。如果这一提议被采纳，就应当有可能在本五年结束之前结束本项研讨的一读和二读。

16. 有人建议扩大现条款草案的范围，使其包括一些与求偿国籍问题有关但传统上不属于该领域的事项。这些事项包括：⁷ (a) 国际组织对其官员的职能保护；⁸ (b)

⁶ 见关于外交保护的第二次报告，A/CN.4/514，第 10 段。

⁷ 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 183 段。

⁸ “执行联合国职务时遭受伤害的赔偿问题”（咨询意见），《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页。

船舶或飞行器国籍国为船员或机组人员，甚至为乘客（不论有关个人的国籍为何）提出求偿案的权利；⁹（c）一国根据他国的授权而对他国国民行使外交保护的情况；以及（d）某国家或国际组织管理或控制某一领土的情况。

17. 特别报告员反对扩大条款草案范围以便纳入这些事项。他特别反对在现研讨中纳入职能保护问题。这是一个十分复杂的问题，将使委员会超越人们传统上所理解的外交保护的范畴，并肯定会导致在本五年期内无法完成本专题条款草案。这并不是说，职能保护不是一个重要问题。它当然是个重要问题。但是，如果委员会认为应当研讨这个专题的话，则建议对它另行单独研讨。特别报告员将会欢迎委员会作出这样的决定，因为该研讨将利用本专题条款，并对其加以补充。在上一个五年期内，人们经常提出这一问题，而且显然大多数的成员都反对在现专题研讨中纳入职能保护问题。现在应当是立即和最终解决问题的时候了。

B. 必须用尽当地补救办法的一般原则的例外

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(a) 当地补救办法：

- 显属徒劳（选择 1）
- 没有合理的成功机会（选择 2）
- 没有提供获得有效补救办法的合理可能性（选择 3）；

(b) 被告国明示或默示放弃用尽当地补救办法的要求或基于禁止发言不得提出这项要求；

(c) 受害人与被告国之间没有自愿联系；

(d) 国际求偿所依据的国际不法行为不是在被告国领土管辖范围内实施的；

(e) 不当拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方；

(f) 被告国阻止受害人接触被告国内提供当地补救办法的有关机构。

1. 徒劳（第 14 条(a)项）

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

(a) 当地补救办法：

⁹ 见 The M/V “Saiga” (No. 2) (圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，国际海洋法法庭，1999 年 7 月 1 日判决，第 172 段，复印于 (1999) 38 I. L. M. p. 1323, at p 1387, 并可从 www.itlos.org 网址上查阅。

- 显属徒劳（选择 1）
- 没有合理的成功机会（选择 2）
- 没有提供获得有效补救办法的合理可能性（选择 3）；

.....

初步意见

18. 提交国际法委员会的关于外交保护的第二次报告在第 10 条¹⁰中提议，一国对其国民所遭受的损害，在该受害国民用尽“一切可以利用的当地法律补救办法”以前，不得提出国际要求。国际法委员会和大会第六委员会辩论时均有人建议修订这一条款，要求用尽“一切可以利用的充分和有效的当地法律补救办法”。这一建议可以理解，因为除了第 67 段“今后的工作”，第二次报告未提及补救办法必须“有效”（或不得为“无效”）这一要求。第 67 段旨在表明第三次报告将处理这一问题。

19. 没有人反对在第 10 条中列入应当具有可以利用的充分和有效的补救办法这样的措辞，但前提是必须另立一条关于无效或徒劳的补救办法的条款。如第 15 条所示，在大多数情况下，是否有当地补救办法及其效力方面的举证责任由不同当事方承担。被告国将被要求证明有当地补救办法可用，求偿国将被要求证明此类补救办法无效或徒劳。因此，无效问题属当地补救办法规则的例外情况，本条款便是如此处置。

20. 某一当地补救办法在如下情况下便为无效：“显属徒劳”/“没有合理的成功机会”/或“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”。这些措辞比“无效”这一泛泛用语更为精确，因此，法庭和著作者在阐述无效的当地补救办法这一现象时更愿用这些措辞。“显属徒劳”这一衡量标准高于“没有合理的成功机会”这一衡量标准，而“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”这一衡量标准居中。所有这三个备选案文都提交委员会审议。它们都有一些权威人士的支持。

21. 拒绝司法这一概念在很大程度上属主要规则范畴。但它与当地补救办法规则的许多特点密切相关，包括无效这一特点，因此可以说有次要规则的性质。正如第二次报告所建议的那样，¹¹ 拒绝司法与免除诉诸其他补救办法问题相关时可能被视为次要规则，当它涉及国际责任时则被视为主要规则。1930 年海牙国际法编

¹⁰ A/CN.4/514, B 节。

¹¹ A/CN.4/514, 第 10 段。

纂会议第三委员会一读通过的相关条款很好地阐述了拒绝司法的双重性质，其中第 9 条规定，拒绝司法在以下情况下应定义为一项主要规则，即如果一外国人“在行使其寻求司法补救办法的权利时受到司法部门的阻挠，或在诉讼过程中遭遇到意味着拒绝司法的不合理障碍或拖延”，同时，拒绝司法也具有次要规则的性质，因为它可在受害外国人遭遇拒绝司法时免除其用尽当地补救办法的义务（第 4 条第 2 款）。¹²

22. 将尽一切努力避免在本评注中使用拒绝司法一词。但这并非总能做到，因为当地补救办法规则与拒绝司法历来互为关联。如本报告导言所示，第三次报告的增编将审议拒绝司法在本条款草案中的位置。

导言

23. 如果当地补救办法无效或用尽这些补救办法也属徒劳，则无需用尽当地补救办法。其理由在于不要求求偿人在外国用尽司法手段，“如果该国并无任何司法办法可供利用”。¹³ 这一原则得到了司法判决、¹⁴ 法学理论、¹⁵ 国家实践¹⁶ 和当地补救办法规则编纂工作¹⁷ 的赞同。一读通过的国家责任的条款草案第 22 条要求只需用尽那些“有效的”补救办法。¹⁸ 这一原则尽管已被接受，但对其确切措辞有争议，下文将予以表述。

¹² F. V. García Amador 的第一次报告转载，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 173 页，见第 226 页，A/CN.4/96 号文件。

¹³ Robert E. Brown 求偿案（1923 年），《联合国国际仲裁裁决汇编》第 6 期，第 120 页，见第 129 页；美国国务卿 Fish 致 Pile 先生，J.B. Moore, History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party, 第 6 卷，第 677 页（以下称为“International Arbitrations”）；芬兰船只仲裁案（1934 年），《联合国国际仲裁裁决汇编》第 3 期，第 1479 页，见第 1497 页。

¹⁴ 见上文注 13 提及的案例以及 Panevezys-Saldutiskis Railway 案，《1939 年常设国际法院案例汇编》A/B 辑，第 76 号，第 4 页，见第 19 页；Ambatielos 求偿案（1956 年），《联合国国际仲裁裁决汇编》第 12 期，第 83 页，见第 122 至 123 页；国际工商业投资公司案，《1959 年国际法院案例汇编》，第 6 页，见第 27 至 29 页。

¹⁵ 见下文，尤其是注 53、54、59、60、64 和 66。

¹⁶ 关于美国和英国的国家实践的评述，分别见 Restatement of the Law of the Foreign Relations Law of the United States（第二版）（1965 年），第 207 段，评注(b)，第 615 至 616 页；（第三版）（1989 年），第二部分，第 713 段，评注(f)，第 219 页；C. Warbrick “Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems”（1988 年），I.C.L.Q.，第 37 期，第 1002 页，见第 1008 页。

¹⁷ 见下文注 26、27、30 和 31。例外情况有 1926 年 Guerrero 报告，它认为只有在外国人不能诉诸当地法院的情况下才无需遵守用尽当地补救办法这一规则：（1926 年）A. J. I. L.，第 20 期，第 176 页，见第 202 至 203 页。

¹⁸ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 60 页。

24. 必须在利用当地补救办法时确定其是否属徒劳。¹⁹ 而且, 必须根据求偿有理这一假设确定当地补救办法是否属徒劳。²⁰

25. 似乎显然应由相关国际法庭决定当地补救办法是否有效力的问题。如 Amerasinghe 所述:

“一般而言, 有三种可能的选择。法庭可接受求偿国关于补救办法效力问题的结论, 或接受被告国的结论, 或根据所提出的证据进行调查, 以便得出自己的结论。从逻辑和常理角度看, 似乎这是一个法律和事实的问题, 通常应由法庭根据所得证据进行调查并作出裁判。要确定某项补救办法的效力, 必须估计各种可能性, 没有理由断定法庭没有能力作出此类估计”。²¹

这一显见事实可能看上去有悖常设国际法院在 Panevezys-Saldutiskis Railway 一案判决中所发表的意见:

“立陶宛法院是否有权审理某一特定案件, 这取决于立陶宛的法律, 只有立陶宛法院才能作出最后裁决。本法院无权审议提出的论据, 援引立陶宛现行法律中某些条款确定立陶宛法庭的管辖权, 或断定立陶宛政府的行动具有某一种性质(依据统治权没收)而拒绝其管辖权。”²²

但从常设国际法院在同一判决中的评论意见中显然可以看出, 它不打算将这些问题的最后裁决权交给国内法院, 它认为“如果国内法院没有判给予救济办法的管辖权, 就没有必要诉诸于国内法院。”²³ Hersch Lauterpacht 爵士²⁴ 和 Garcia-Amador²⁵ 均认可国际法庭是裁定效力问题的合适机构。

¹⁹ C. F. Amerasinghe, “The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court” (1963 年), I.C.L.Q., 第 12 期, 第 1285 页, 见第 1312 页(以下称为“Exhaustion of Procedural Remedies”)。

²⁰ 芬兰船只仲裁案, 前注 13, 第 1504 页; Ambatielos 求偿案, 前注 14, 第 119 至 120 页。并见 G. Schwarzenberger, International Law, 第三版(1957 年), 第一卷, 第 609 页; G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht-The Scholar As Judge” (1961 年), B.Y.I.L. 第 37 期, 第 1 页, 见第 60 页; D.P.O’Connell, International Law, 第二版(1970 年), 第 2 卷, 第 1057 页; E.M. Borchard, “The Local Remedy Rule” (1934 年), A.J.I.L., 第 28 期, 第 729 页, 见第 730 页。

²¹ Exhaustion of Procedural Remedies, 前注 19, 第 1307 页。

²² 见前注 14, 第 19 页。

²³ 同上, 第 18 页。

²⁴ The Development of International Law by the International Court (1958 年), 第 101 页。并见 C.H.P. Law, The Local Remedies Rule in International Law (1961 年), 第 66 页。

²⁵ 第一次报告, 前注 12, 第 205 页, 第 169 段。

例外条款的拟订

26. 尽管已同意，如果当地补救办法属徒劳或无效，则无需用尽，但尚未就此例外条款的拟订达成一致意见。有些人希望从拒绝司法的角度行文措辞：如果出现拒绝司法的情况，则无需用尽当地补救办法。其他一些人倾向于在条款中要求补救办法必须有效，并非显属徒劳，有一定程度的成功可能，或有一定可能成为一个有效补救办法。将就这些衡量标准进行讨论，然后审议司法判决所认可的主要的徒劳或无效例子。一旦完成此项工作，便将提出最合适的例外条款案文。

27. 早期编纂的条款规定，如果出现拒绝司法的情况，则可不遵守当地补救办法规则。如上文所示，1930 年海牙国际法编纂会议第三委员会一读通过的条款规定，如果求偿人“在行使其寻求司法补救办法的权利时受到司法部门的阻挠”或“在诉讼程序中遭遇到意味着拒绝司法的不合理障碍或拖延”，他便无需用尽当地补救办法。²⁶ 1933 年在蒙得维的亚举行的第七次美洲国家国际会议也同意，“明显拒绝司法或不合理地拖延司法的情况”可不适用当地补救办法规则。²⁷ García Amador 也持类似观点。²⁸

28. 在编纂工作中，“效力”这一简单衡量标准得到一些支持。国际法学会在 1956 年格林纳达届会上通过的决议中表示，当地补救办法规则仅适用于以下情况，即“被告国国内法律制度向受害人提供的补救手段显然是有效和充分的。”²⁹ 国际法委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条要求用尽“有效的当地补救办法”。³⁰ 同样，Juliane Kokott 在 2000 年提交国际法协会个人和财产的外交保护问题委员会的“用尽当地补救办法”报告中提议，如果“不论出于何种原因，求偿人无法得到能有效补偿侵害行为的补救办法”，则求偿人可免于适用当地补救办法规则。³¹

29. “显属徒劳”这一决定是否可免于适用当地补救办法规则的严格标准源自 Bagge 仲裁员在 *Finish Ships* 仲裁案中作出的以下裁决：

²⁶ 同上，见第 226 页。并见 Law，前注 24，第 71 页。

²⁷ 转载于 García Amador 的第一次报告，前注 12，第 229 页。

²⁸ F. V. García Amador，第六次报告，《1961 年……年鉴》，第二卷，见第 48 页，A/CN.4/134 和 Add.1 号文件，第 18 条第 2 款和第 3 条第 2 款。并见 F. V. García Amador，“State Responsibility”（1958 年-II），94 *Recueil des Cours*，第 421 页，见第 452 页；又见 Tanaka 法官在巴塞罗那电车电力公司案（第二阶段）中的个别意见，《1970 年国际法院案例汇编》第 3 页，见第 145 页。

²⁹ （1956 年）46 *Annuaire de l'Institut de Droit International*，第 364 页。着重部分由作者标明。

³⁰ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 132 页。

³¹ 国际法协会第六十九届会议报告（2000 年）（以下称为“Exhaustion of Local Remedies”），第 606 页，见第 629 至 630 页。

“最后，关于第三个问题，即确定当地补救办法无效是否必须根据案件实质认为诉诸国内补救办法显属徒劳，还是按芬兰政府建议，只要补救措施似属徒劳便足以以下结论，根据 Borchard 在提到捕获案适用这一规则时所表示的意见，分析这一规则似应采较严格的标准。Borchard 说（促裁裁决书第 383 段）：一些捕获案的裁决认为，如果最高级法院作出的裁决划一，没有希望扭转裁决，则可免于上诉；但这一规则的解释标准最为严格，如果有实质上诉权利而不予上诉，将构成禁止寻求救济的理由。”³²

其后，这一免于适用当地补救办法规则的衡量标准的提法被 Ambatielos 仲裁案³³中的大多数委员所接受，并与 Panevezys-Saldutiskis Railway 一案所阐述的严格衡量标准相符，即补救办法的无效性必须“显而易见”。³⁴

30. 有些著作者严厉批评“显属徒劳”这一衡量标准，国际法院分庭在审理西里电子公司一案也未沿用这一标准，而假设当地补救办法的无效性。³⁵ Amerasinghe 声称，Bagge 仲裁员借用在捕获案中所阐述的严格衡量标准是不对的，因为捕获案产生于战争背景，国家对此有特别的管辖权，³⁶ 而 Mummery 认为显属徒劳这一衡量标准“几乎无助于准确和客观的思考”。³⁷ Amerasinghe 补充道：

“但对 Finish Ships 仲裁案所阐述的严格标准表示反对的真正原因似乎是，在外侨诉诸当地补救办法这一问题上没有理由适用这样一个严格标准，因为实事求是地讲，在正常情况下，如果可利用的补救办法似乎不大可能成功，而不必是很有可能不会成功，诉讼当事人便不会化时间和金钱去利用这些办法。涉及外侨的情况更有说服力。在此类情况中，所涉问题实际上并非诉诸

³² 前注 13，第 1504 页。根据 Tanaka 法官在巴塞罗那电车公司案中的个别意见，当地补救办法规则“似乎并没规定相关者必须采取显属徒劳或无意义的行动”，（前注 28，第 145 页）。

³³ 前注 14，第 119 页。

³⁴ 前注 14，第 19 页。这一标准似乎反映了英国的做法，它要求补救办法的无效性必须“明确证实”。见 Warbrick，前注 16，第 1008 页。1930 年，美利坚合众国国务院在一份意见中也要求“清楚证明”当地补救办法无效：G. H. H. Hackworth, Digest of International Law (1943 年)，第 5 卷，第 511 页。

³⁵ 《1989 年国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 46 至 47 页。该分庭在此表示：“在国内法院就分庭现在所收到的求偿案的实质进行的诉讼是如此之多（1968 年至 1975 年期间在多个意大利法院提起），因此应由意大利证明仍有些当地补救办法尚未尝试；或至少尚未用尽……（第 59 段）；在本案中……应由意大利证明，事实上，美国股东有某一补救办法可用而未加利用。分庭不认为意大利履行了这一责任”（第 62 段）。

³⁶ “The Local Remedies Rule in an Appropriate Perspective”（1976 年），36 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht，第 726 页，见第 752 页（以下称为 Local Remedies Rule）；E. M. Borchard 在“The Local Remedies Rule”中赞同 Bagge 仲裁员的态度，前注 20，第 732 至 733 页。

³⁷ “The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies”（1964 年），A. J. I. L. 第 58 期，第 389 页，见第 401 页。

补救办法与不诉诸此类办法，因而完全不能得到补偿这两者之间的问题，如一般诉讼当事人的情况。这是诉诸当地和国际补救办法与不在当地诉诸补救办法而援用可能带来充分补偿的国际补救办法这两者之间的问题。”³⁸

31. 以无效为由而免于适用当地补救办法规则的一个更好途径可能是拟订这样一项条款，即如果补救办法对求偿人而言没有合理的成功机会，则无需用尽当地补救办法。从强调求偿人寻求国内补救办法是否合理的那些标准中可以发现对这一提法的支持。这一衡量标准比“显属徒劳”的标准宽松，后者不仅要求证明当地补救办法没有合理的成功机会，而且要求证明当地补救办法显而易见注定失败。

32. 欧洲人权委员会的判例最明确地支持这一衡量标准，几次适用“真正”或“合理”的成功机会这一标准。³⁹ 评论者对该委员会是否打算用这一标准取代“显属徒劳”的标准这一问题的看法不一，并对在外交保护的一般法规中适用这一标准提出质疑。⁴⁰ 美国法学会的《Restatement of the Law (Second) of the Foreign Relations Law of the United States》(1965)在一定程度上支持这一标准：

“用尽补救办法并不要求外侨采取可能会带来有利裁决的每一步骤，但他必须采取有合理的成功可能性，但未必成功的所有步骤……如果相对于求偿的数量或性质而言，所涉及的费用或时间过多，这或许是决定应合理地采取哪些步骤以用尽可利用的补救办法时应考虑的因素。如果不大可能有补救办法可加利用，则不应要求外侨为援用这一补救办法花费大量费用和时间。”⁴¹

³⁸ 前注 36。

³⁹ Retimag 诉 FRG 案，诉状号 712/60, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights, 第 385 页，见第 400 页；X、Y 和 Z 诉联合王国案，诉状号 8022/77, 8027/77, 18 European Commission of Human Rights, Decisions and Reports, 第 66 页，见第 74 页。

⁴⁰ A. A. Cancado Trindade, The Application of the Rule of Local Remedies in International Law (1983 年)，第 97 页（以下称为 Application）；C. F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law (1990 年) 第 202 页（以下称为 Local Remedies）。

⁴¹ 第 207 段，评注(b)，见 615 至 616 页。着重部分由作者标明。但应指出的是，第 208 段使用了“apparent”和“clearly ineffective”等词语。同上，见第 618 页。参阅 The Restatement of the Law (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1989 年)，第二部分，第 713 段，评注(f)，见第 219 段，其中要求美国国民用尽当地补救办法，“除非此类补救办法显而易见是不够的”。美国官员以前的发言表明要求更严格，即“似乎无充分理由认为提供了充分的补救办法”，“在事实明确表明前，国务院……不能假设一国正规法院不愿执行司法工作”（1930 年 7 月 21 日，国务院律师的意见，Hackworth 援引之，前注 34，第 5 卷，第 511 页），或“国务院的政策始终是，并且仍然是，求偿人有机会利用法院时不出面干预，除非是法院的性质决定它不可能主持正义……”（1907 年 27 月 27 日国务院律师关于对加拿大的求偿案的信，同上援引之，见第 520 页）。

33. 如上文所示，⁴² 国际法委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条仅要求当地补救办法必须是有效的。不过，该条规定的评注的确支持“合理的成功机会”这种提法：

“从求偿人的角度看，要采取的行动显然是提供真正机会的途径，通过这些途径最终仍能实现国际义务当初所寻求的结果，或在确实不可能时取得同等结果。不过，看来同样明显的是，只应尝试有这种机会的途径。”⁴³

34. 尽管“显属徒劳”的检验标准过于严格，但“合理的成功机会”的标准则可能对求偿人过于有利。因此，看来宜找到一种提法，既援引合理性的概念，又不要轻易使求偿人免于遵守当地补救办法的规则。选择 3 中可找到可能的解决办法，即如果“不存在从被告国法院获得有效补救办法的合理可能性”，可免于适用当地补救办法规则。该提法避免了“显属徒劳”这一严格用语，但给求偿人规定了很大的责任，即要求他证明，根据案情以及被告国法律制度，他不大可能获得有效补救办法。这种检验比一些法律制度据以不允许向更高级别法院上诉的“没有合理的成功机会”的标准更为严格。

35. 此种检验标准吸收了 Hersch Lauterpacht 爵士在挪威贷款案中的个别意见。他在考虑了怀疑挪威法院不能提供任何有效补救办法的理由后指出：

“然而，这些怀疑看来不足以使首先用尽当地补救办法的规定无法实行。法律上关于该问题的立场不是足够清楚，无法证明不存在可以从挪威法院获得有效补救办法的合理可能性。”⁴⁴

一些著者赞同该观点。⁴⁵ Gerald Fitzmaurice 爵士可能对该检验作出了最佳阐述：

“...Lauterpacht 提出将是否存在提供补救办法的‘合理可能性’作为有效性的检验标准，换言之，他认为，按照有效性的观点，不能将任何追诉手段视为徒劳无功，除非该手段看来不大可能提供有效补救办法。此种检验标准可以接受，但首先应当铭记，必须存在合理可能性的是指存在一种可能有效

⁴² 第 28 段。

⁴³ 《1977 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 47 页，第 48 段。另见 Law，前注 24，第 78 和 79 页，他将该检验标准称为“合理的成功期望”。

⁴⁴ 《1957 年国际法院案例汇编》，第 9 页，见第 39 页。

⁴⁵ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed., 1998), p.499. D. R. Mummery 倾向于审查有关的当地补救办法是否“可合理地被视为不可能带来满意赔偿”（前注 37，第 401 页）。

的补救办法。求偿人因其要求在法律上站不住脚而不大可能获得该补救办法的事实并不构成没有合理可能性的情况，因而不能取代当地补救办法规则。”⁴⁶

36. 与“显属徒劳”的推理相比，仲裁员 Bagge 在 Finnish Ships 仲裁案中的推理可能更符合提议的案文。Simpson 和 Fox 对此有清楚的论述：

“然而，在上诉权方面使用‘显属徒劳’和‘明显不足’等用语会产生误导。在 Finnish Ships 案中，仲裁员先是听取了关于船主针对上诉法庭仲裁委员会的裁决提出上诉的权利及其未能行使该权利的冗长辩论，又在其裁决书中作出极为详细的推论，最后方才得出结论，认为凭借可上诉的法律问题‘显然’不足以推翻仲裁委员会的裁决。因此，‘明显’一词不应按照一目了然的含义理解。根据 Finnish Ships 案，要检验的是上诉理由的不充分性是否已得到结论性或至少是有说服力的证明。”⁴⁷

这种解释符合 Bagge 本人在另一场合表述的观点。他在提及 Finnish Ships 案的裁决时指出：

“要求私人当事人为很可能徒劳无功的追索花费时间和金钱是不合理的…即便国际法庭可能认为干预国在外交信函中称被告国应负责的行为造成损害的指控事实确凿，但国内法可能要求其他依据，这些依据对于在国内一级受理或不受理个人要求起决定作用，而对于是否存在这些依据也可能存在不同意见。只有看来不大可能存在意见分歧时[即没有合理的成功机会时]，……才应根据案件实质判定不必适用当地补救办法的规则。”⁴⁸

37. 对“显属徒劳”这种检验标准的异议是，该种检验认为当地补救办法的无效性从表面看来必须是“一目了然”的。⁴⁹ 加入“合理性”因素的做法解决了该问题。法院可以据此审查在具体案情中是否存在获得有效补救办法的合理可能性。Manley O. Hudson 在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案⁵⁰ 中的异议意见和 Hersch Lauterpacht 爵士在挪威贷款案⁵¹ 中的个别意见均强调了进行这种审查的必要性。Mummery 对正确办法有精彩阐述：

⁴⁶ 前注 20，第 60 和 61 页。另见 M. Herdegen, “Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen” in G. Ress and T. Stein, Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen (1966), P. 63 at p. 70.

⁴⁷ International Arbitrations (1959), p. 114. 着重部分由作者标明。

⁴⁸ “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local remedies and the Rights of Shareholders” (1958), 34 B. Y. I. L., p. 162 at pp. 166-167, 着重部分由作者标明。

⁴⁹ Simpson and Fox, 前注 47。

⁵⁰ 前注 14，第 48 页。

⁵¹ 前注 44，第 39 页。

“……国际法庭不应仅审查法律规定的补救办法，而且应审查补救办法所处的情况。如果由于这些情况导致有效补救办法失去效力，而且它们是国家活动而不是求偿人造成的结果，那么就适用该规则而言，该补救办法必须视为无效。这种灵活办法符合该规则的社会功能……——即将主要管辖权给予当地法院，但又不是绝对的，而是在当地法院能合理接受管辖权的情况下，并且接受国要具备适当能力，可以履行其提供补救办法的责任。因此，某一具体案件的结果将取决于各种因素间的平衡。例如，如果最好的当地法律咨询意见认为，进一步利用当地补救办法极不可能形成对求偿人有利的判决，在这种情况下的正确结论可能就是，如果进一步诉讼牵涉的费用远远超过形成任何满意结果的可能性，则当地补救办法已经用尽；反之，如果进一步诉讼牵涉很少或不牵涉任何麻烦或费用，则当地补救办法尚未用尽。”⁵²

当地补救办法被认定为无效或徒劳无功的情况

38. **当地法院对争议问题没有管辖权。**⁵³ 该原则在判例和文献中得到广泛接受。⁵⁴ Panevezys-Saldutiskis Railway 案并未否定该原则。在该案中，爱沙尼亚认为立陶宛法院对“国家行为”没有管辖权。法院认为，在立陶宛法院尚未作出裁决前，它不能接受这种说法。⁵⁵ 从案情来看，这是极为慎重⁵⁶ 的办法，甚至有些

⁵² Mummery, 前注 37, 第 400 和 401 页。另见 Herdegen, 前注 46, 第 71 页。

⁵³ Kokott, Exhaustion of Local Remedies, 前注 31, 第 622 页; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 197 和 198 页; R. Jennings and A. Watts (eds.), Oppenheim's International Law, 9th ed., (1992), vol. 1, p. 525; A Verdross and B. Simma, Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3rd ed., (1984), p. 884; Mummery, 前注 37, 第 396 和 397 页。

⁵⁴ 见 Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, reported in (1934), 28 A. J. I. L. p. 760 at p. 789. (“如果构成被控行为的是政府或履行其公务职责的政府人员采取的措施，用尽当地补救办法的规则一般不予适用。很少存在针对国家主管机关的行为的当地补救办法。”); R. Gelbtrunk and “Salvador Commercial Co.” et. al (1902), 《国际仲裁裁决汇编 15》, p. 467 at pp. 467-477; Lotti May Incident (1899), 《国际仲裁裁决汇编 15》, p. 29 at p. 31; Lauterpacht 法官在挪威贷款案中的个别意见, 前注 44, 第 39 和 40 页; E. M. Borchard, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad (1915), p. 823 (以下称为 Diplomatic Protection); Oppenheim's International Law, 前注 53, 第 1 卷, 第 525 页; Brownlie, 前注 45, 第 500 页; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 197 页; C. F. Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?” (1990), 5 I. C. S. I. D. Review, p. 292 at p. 306; E. Jimenez de Arechaga, “International Responsibility” in M. Sorensen (ed.), Manual of Public International Law (1968), p. 531 at pp. 587-588; Verzijl in (1956) 46 Annuaire de l' Institut de Droit International p. 266; Forests of Central Rhodope (1933), 《国际仲裁裁决汇编 3》, p. 1405 at p. 1420; 国际工商业投资公司案, 前注 14, 第 27 页; Verdross and Simma, 前注 53, 第 883 页; Law, 前注 24, 第 69 页; Schwarzenberger, 前注 20, 第 1 卷, 第 608 页。

⁵⁵ 前注 14, 第 19 页。

⁵⁶ 见 Lauterpacht, 前注 24, 第 101 页。

谨小慎微，但法院明确表示，它接受该原则，即“如果国内法院没有提供救济的管辖权，则没有必要向国内法院起诉。”⁵⁷

39. 该原则的一个必然推论是，如上诉法院的管辖权有限，则没有必要用尽上诉程序。因此，在 Finnish Ships 仲裁案中，仲裁员 Bagge 认为，如果争议的是事实问题，而上诉法院仅有权裁判法律问题，则当地补救办法已经用尽。⁵⁸

40. **法院不会审查外侨告诉的行为所依据的国家法律。**例如，如果已通过立法没收外侨财产，而且法院显然必须执行该立法，则没有必要用尽当地补救办法。因此，在 Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly 案中，就保加利亚根据 1904 年通过的一项保加利亚法律没收林地的做法，仲裁员 Uden 认为：

“农业部决定没收林地的依据是…1904 年的保加利亚法律。根据该法，所有草场均应视为国有财产。鉴于该法没有修改，在被兼并领土上适用一种特殊体制，因此，求偿人有理由认为，向保加利亚法院起诉保加利亚财政部的行动是无益的。”⁵⁹

41. **当地法院极不独立。**⁶⁰ 支持该原则的主要法律根据是 Robert E. Brown 索赔案。⁶¹ 在该案中，由于首席法官就 Brown 对某些采矿权的主张作出有利于求偿人

⁵⁷ 前注 13，第 1535 页。另见 Schwarzenberger，前注 20，第 1 卷，第 609 页；Jiménez de Aréchaga，“International Responsibility”，前注 54，第 588 页；Brownlie，前注 45，第 499 页；Mummary，前注 37，第 398 页；Law，前注 24，第 68 页。

⁵⁸ 前注 14，第 18 页。

⁵⁹ Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly，前注 54，第 789 页。另见 Forests of Central Rhodope，前注 54，第 1405 页；Ambatianos 求偿案，前注 14，第 119 页；国际工商业投资公司案，前注 14，第 28 页；Amerasinghe，Local Remedies，前注 40，第 198 页；Oppenheim’s International Law，前注 53，第 1 卷，第 525 页；Jiménez de Aréchaga，“International Responsibility”，前注 54，第 589 页；Law，前注 24，第 66、70 页；K. Doering，“Local Remedies, Exhaustion of” in Encyclopedia of Public International Law (E.P.I.L.)，(1997)，vol 3，p.238 at p. 240；Schwarzenberger，前注 20，第 1 卷，第 608 页；《1977 年…年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 至 50 页，第 50 段。

⁶⁰ Jiménez de Aréchaga，前注 54，第 589 页；Amerasinghe，Local Remedies，前注 40，第 198 页；Borchard，Diplomatic Protection，前注 54，第 823 页（提及被怀有敌意的民众所控制的法庭）；Oppenheim’s International Law，前注 54，第 1 卷，第 525 页；Brownlie，前注 45，第 500 页；Vélasquez Rodríguez case，(1989) 28 I.L.M.，p.291，pp.304-309；M.M. Whiteman，Digest of International Law，(1967)，vol. 8，p. 784；Tanaka 法官在巴塞罗那电车公司案（第二阶段）中的个别意见，前注 28，第 147 页；Levi Carneiro 法官在英国—伊朗石油公司案中的异议意见，《1952 年国际法院案例汇编，165》；Moore，International Arbitrations，前注 13，第 3 卷，第 1655、1657、3076 页等第和 4902 页；同上，第 6 卷，第 287 页；Mummary，前注 37，第 403 页；Law，前注 24，第 86 页；Cançado Trindade，Application，前注 40，第 78 页；Fitzmaurice，前注 20，第 59 页；《1977 年…年鉴》，第二卷（第二部分），第 30 至 50 页，第 50 段；Nguyen Quoc Dinh，Droit International Public (eds. P. Daillier and A. Pellet)，6th ed. (1999)，p.776。

⁶¹ 前注 13，第 120 页。

的裁定，南非共和国总统保罗·克鲁格撤销了首席法官的职务，而且总统及共和国立法机构均抨击首席法官的裁判。鉴于这些情况，Brown 的律师认为，进行损害赔偿诉讼没有意义，因为重组的高等法院显然对他不利。⁶² 审理国际求偿案的法庭不接受 Brown 没有用尽当地补救办法的说法，认为“进一步诉讼的徒劳无功已得到充分证明，其律师的建议完全合理。”法庭指出，“在没有司法途径可供用尽的情况下”，没有必要用尽司法途径。⁶³

42. **存在一贯对外侨不利的明确判例。**“如果结果肯定是已作判决的翻版，则没有必要再次向国内法院起诉”。⁶⁴ 仅仅证明有作出不利裁决的可能性是不够的：要求的标准必须“高于有可能败诉，但低于必然败诉。”⁶⁵

43. **被告国法院无权给予外侨适当、充分的补救办法。**⁶⁶

44. **被告国没有适当的司法保护制度。**在 Mushikiwabo and others 诉 Barayagwiza 案中，美国地区法院认为，可以免除当地补救办法规则，因为“卢旺达司法制度

⁶² 关于该案始末，见 J. Dugard, “Chief Justice versus President: Does the Ghost of Brown v. Leyds NO Still Haunt our Judges?” (1981), De Rebus, p. 421。

⁶³ 前注 13, 第 129 页。

⁶⁴ Panavezys-Saldutiskis Railway 案, 前注 14, 第 18 页。另见 Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, 第 823 和 824 页; S.S. Lisman (1937), 《国际仲裁裁决汇编, 3》, p. 1769 at p. 1773; S.S. Seguranca (1939), 《国际仲裁裁决汇编, 3》, p. 1861 at p. 1868; Finnish Ships 仲裁案, 前注 13, 第 1495 页; X v. Federal Republic of Germany (1956), 《欧洲人权公约年鉴, 1》, p. 138; X v. Federal Republic of Germany (1958), 《欧洲人权公约年鉴, 2》, p. 342 at p. 344; X v. Austria (1960), 《欧洲人权公约年鉴, 3》, p. 196 at p. 202; Jiménez de Aréchaga, “International Responsibility”, 前注 54, 第 589 页; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 196 和 197 页; Brownlie, 前注 45, 第 499 页; Kokott, Exhaustion of Local Remedies, 前注 31, 第 622 页; Mummery, 前注 37, 第 402 页; Law, 前注 24, 第 66 页; Cançado Trindade, Application, 前注 40; Restatement (Second), 前注 16, 第 618 页, 第 208 段; Doering, 前注 59, 第 240 页; Schwarzenberger, 前注 20, 第 1 卷, 第 609 页; 《1977 年...年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 48 页, 第 50 段。

⁶⁵ Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 196 页。

⁶⁶ Finnish Ships 仲裁案, 前注 13, 第 1496 和 1497 页; Vélasquez Rodriguez 案, 前注 60, 第 304 至 309 页; Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, 第 332 页; Oppenheim’s International Law, 前注 53, 第 1 卷, 第 525 页; Kokott, The Exhaustion of Local Remedies, 前注 31, 第 622 页; Yagci and Sargin v. Turkey, Application No. 16426/90, (1995) European Court of Human Rights, Reports and Decisions, No. 319 p. 3 at p. 17, para. 42; Hornsby v. Greece, Application No. 18357/91, (1997-II) European Court of Human Rights, Reports and Decisions, No. 33, p. 495 at p. 509, para. 37; Mummery, 前注 37, 第 401 和 402 页; Cançado Trindade, Application, 前注 40, 第 76 至 78 页; Verdross and Simma, 前注 53, 第 884 页; 哈佛国际法研究所拟订的 1960 年国家对外侨所受损害的国际责任公约草案第 19 条第 (2) 款 (a) 项, 转载于 L.B. Sohn and R.R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” (1961), 55 A.J.I.L., p. 545 at p. 577; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 198 页。

几乎停止运转，在最近的将来尚不能处理民事诉讼请求”。⁶⁷ 在智利军人专政期间，美洲人权委员会决定，由于军事司法下的诉讼程序必然存在不正当之处，因此没有必要用尽当地补救办法。⁶⁸ 与二十世纪前 60 年相比，由于国际人权法判例的影响，公平审判和适当法律程序的概念在当代国际法中占有更大份量，而关于用尽当地补救办法的许多开创性裁决均是在当时作出的。因此，关于当地补救办法的这一例外必须在当今给予更多重视。

结论

45. 免于诉诸当地补救办法的上述情形表明，求偿人仅证明当地补救办法没有合理的成功机会（选择 2）是不够的。相反，这些例子表明，求偿人须证明这些标准是徒劳无功的。不过，这些例子并不支持“显属徒劳”这种检验标准（选择 1），该种标准认为当地补救办法的徒劳无功必须是“一目了然”的。⁶⁹ 相反，在这些例子中，法庭必须审查与某一权利主张相关的情况，而这些情况可能不是一目了然的，例如司法机构的独立性、当地法院进行公平审判的能力、存在一系列不利于求偿人的判例以及被告国的行为。因此，在每一案件中，必须审查寻求当地补救办法的合理性。⁷⁰ 所有这些均指向选择 3：如果被告国法院“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”，求偿人即无须用尽当地补救办法。

2. 放弃要求和禁止反言（第 14 条 (b) 项）

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

(b) 被告国明示或默示放弃用尽当地补救办法的要求或基于禁止反言不得提出这项要求；

⁶⁷ (1997) 107 I.L.R. , p. 457 at p. 460.

⁶⁸ 另见 resolution no. 1a/88, Case 9755, Ann. Rep. IACom. HR 1987-88, p. 137; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, 第 200 页; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, 前注 54, 第 307 页; Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, 第 822 页; Mummery, 前注 37, 第 404 页; Restatement (Second), 前注 16, 第 618 页, 第 208 段; Doeiring, 前注 59, 第 239 页; Schwarzenberger, 前注 20, 第 1 卷, 第 609 页。

⁶⁹ Simpson and Fox, 前注 47, 第 114 页。

⁷⁰ Mummery 在这方面指出：“随着关于该问题的国际判例的发展，分析案件将需要运用比较法学方面的高超能力；因为对于有效国内补救办法的基本内容，普通法和大陆法系的各个法域已形成不同的概念，也许从这些概念中可以总结出当地补救办法规则所涉及的国际标准。因此，必须根据合理性这种统一的根本原则审理所有案件”（前注 37, 第 404 页）。

46. 国家有的时候愿意放弃用尽当地补救办法的要求。⁷¹ 由于此规则旨在保护被控告不当对待外侨的国家的利益，有关国家自然可以自行放弃这项保护。美洲人权法院申明：

“对于这类案件，根据公认的国际法原则和国际实践，规定事先必须用尽国内补救办法的规则是为了有关国家的利益而设，因为根据该条规则，国家对归咎该国的行为，在没有机会通过国内办法加以补救以前，无需在一个国际机构对指控作出答辩。这项规定因此被视为一项辩护手段，因而是可以放弃的，甚至可以默示放弃。”⁷²

47. 在实践上，表面看来没有禁止放弃当地补救办法的规定。但从理论角度来看，放弃要求与用尽当地补救办法作为一项实体性程序较难调和。⁷³ Amerasinghe 阐明了其中的理由：

“如果当地补救办法规则是一项程序性规则，那么，放弃要求确实是可以作出而且是可以理解的。这条规则只是规定国际诉讼的有序进行的一种手段，因此可以对规则作出例外规定，不采取命令的某些步骤。被指控的不法行为的性质不会受到任何影响。改变的只是解决方法。原来的不法行为保持不变，由一个国际法院直接作出终局裁判和补偿，而不由一般的初级法院作出。

“如果这项规则是一项实体性规则，那么就不可能放弃用尽当地补救办法的要求。利用当地补救办法成为向国际法庭控告的不法行为的一个重要部分。没有利用当地补救办法就没有诉因。如果允许放弃这项要求，就无法向国际法庭提出涉及国际责任的诉因。除了用尽补救办法，显示拒绝司法外，就必须证明缺乏足够的补救办法。在这种情况下提到真正的放弃是不可理解的。

“同一道理适用于因禁止反言或任何其他理由而丧失这项规则的利益的的情况。如果在不准适用规则后仍然有一项国际不法行为可以由一个国际法庭审理，则国际法庭可因上述理由停止适用规则。规则必须是程序性规则而不是实体性规则才可以有这样做。同样地，只有在审理案件的国际法庭要裁断的是一项涉及国际法的争端的情况下，此规则的真正例外规定[如补救办法实属徒劳]才可予适用。某一案件不适用的当地补救办法规则必须是程序性规则才可以这样做。”⁷⁴

⁷¹ 一国可以基于许多理由选择采取这种行动。譬如，有关国家可能认为这样做会省时间、省钱。见 C. F. Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens* (1967), p. 207。

⁷² *Government of Costa Rica 案*，美洲人权法院，(1984) 67 I. L. R. p. 578 at p. 587, para. 26. 另见 *西西里电子公司案*，前注 35, p. 42, para. 50; *De Wilde, Ooms and Versyp 案* (“*Vagrancy Cases*”), 欧洲人权法院 (1971) 56 I. L. R. p. 37 at p. 370, para. 55。另见 *Cançado Trindade, Application*, 前注 40, p. 133。

⁷³ 见关于外交保护的第二次报告，A/CN.4/514，第 33 段。

⁷⁴ 前注 71，见第 207—208 页。

48. 对于主张当地补救办法规则为实体性规则的人来说,放弃要求很有问题。可能是这个缘故,实体法论者比较少讨论放弃要求的问题,⁷⁵ 虽然没有人否认问题的存在。恰恰相反,著名的实体法论者 Borchard 承认放弃要求的可能性。⁷⁶ 倾向于赞同程序性观点的论著者支持被告国有权放弃要求,认为问题不大,⁷⁷ 即使是涉及人权公约的情况。⁷⁸

49. 放弃当地补救办法的形式有多种。有关规定可以载于在争端出现前或后缔结的双边或多边条约;可以见诸外侨和被告国之间的契约;可以是明示或默示的;或可以根据被告国在属于禁止反言或丧失权利的情况下的行为加以推定。

明示放弃

50. 明示放弃可以见诸为解决现有争端而缔结的特别仲裁协定,或规定将来出现的争端应通过仲裁或其他的国际争端解决方式予以解决的一般性条约。这项规定也可以载于国家与外侨所订的契约。普遍同意的是,明示放弃当地补救办法规则是合理的,⁷⁹ 且国际法学会⁸⁰ 和委员会特别报告员 García Amador⁸¹ 建议这项原则已经到了宜加编纂为成文法的阶段。

⁷⁵ Roberto Ago 在审查当地补救规则时没有考虑放弃的问题 R. Ago, 关于国家责任的第六次报告,《1977 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 3 页;同上,第二卷,第二部分,第 30 页。另见 O'Connell, 前注 20, vol. 2, p. 1059。

⁷⁶ 例见 Borchard, *Diplomatic Protection*, 前注 54, pp. 819, 825。

⁷⁷ Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, 前注 36, pp. 735-736; Law, 前注 24, p. 59; F. V. García Amador, 第三次报告,《1958 年……年鉴》,第二卷,第 47 页,见第 93 页, A/CN.4/111 号文件; F. V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), p. 466 (以下称 *Changing Law*) ; J. C. Witenburg, "La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales" (1932-III), 41 *Recueil des Cours* p. 1 at p. 55; K. Ipsen, *Völkerrecht*, 3rd revised ed. (1990), p. 313; E. M. Borchard, "Theoretical Aspects of the International Responsibility of States" (1929), 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, p. 223 at p. 240 (以下称 *Theoretical Aspects*)。见 *Restatement* (Second), 前注 16, vol. II, p. 620-622, para. 209; Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, 前注 31, p. 613。

⁷⁸ Cançado Trindade, *Application*, 前注 40, pp. 128-133。

⁷⁹ 见前注 77 所列论著。另见 Doering, 前注 59, p. 239; H. W. Briggs, "The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion", 50 *A. J. I. L.* (1956), p. 921 at p. 925; Amerasinghe, "Whither the Local Remedies Rule?", 前注 54, pp. 293-294; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, p. 251; Oppenheim's *International Law*, 前注 53, pp. 525-526; Schwarzenberger, 前注 20, vol. 1, p. 610; Verdross and Simma, 前注 53, p. 883; Herdegen, 前注 46, p. 69。

⁸⁰ 格林纳达届会通过的决议规定:“本规则不予适用……(b) 如果有关国家同意不予适用。”(前注 29, p. 315)。另见 Bourquin, (1954) *Annuaire de l'Institut de Droit International* vol. 1, p. 58。

⁸¹ García Amador, 第三次报告, 前注 77, 第 55 页。第 17 条规定,“如果国家明示同意外侨…不适用当地补救办法”,则不应适用用尽当地补救办法规则。另见其第六次报告(前注 28, 第 134 页),第 18 条,第 4 款。

51. 放弃要求是一种常见的当代国家实践方式，许多仲裁协定都载有放弃条款。⁸²最有名的实例可能是《关于解决投资争端的公约》第 26 条的规定：

“除非另有规定，双方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他补救办法而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法，作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。”⁸³

52. 普遍同意，载于国家间协定或国家与外侨间的契约的明示放弃都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。⁸⁴

默示放弃

53. 当地补救办法不得随便默示放弃。国际法院分庭在西西里电子公司案中就这个问题说，分庭

“不能接受，习惯国际法的一项重要原则，在没有明确表示意愿放弃的情况下，被认定为默示放弃。”⁸⁵

事实上，Georg Schwarzenberger 认为应推定没有默示放弃：

“在这种不明确的情况下，必须适当衡量三个有关的推定：推定没有默示放弃权利；主权应尽可能少受到限制；条约应根据国际习惯法的背景解释。这三项推定都倾向于不允许默示放弃当地补救规则。”⁸⁶

54. 但是，如果当事方明确表示放弃当地补救规则的意愿，则必须落实这个意愿。司法裁判⁸⁷与法学家的著作⁸⁸都支持此结论。特别报告员 Garcia Amador 对此问题所持的态度并不明确：在 1991 年向委员会提交的第六次，即最后一次报告

⁸² 例如，1923 年设立美国—墨西哥索赔委员会的公约（第五条）和 1920 年美国与英国的协定，引用于 Borchard, *Theoretical Aspects*, 前注 77, p. 240。另见美国—加拿大安大略湖(Gut 坝)仲裁协定, 第二(2)(c)条, 转载于(1965) 4 I.L.M. p. 468 at p. 469。

⁸³ 联合国,《条约汇编》第 575 卷, 第 159 页。

⁸⁴ Government of Costa Rica 案, 前注 72, p. 587, para 26; De Wilde, Ooms and Versyp cases, 前注 72, p. 370, para. 55; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, 前注 54, pp. 294–295; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, pp. 252–253; Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, 前注 36, p. 737; 英伊石油公司案联合国王国书状,《1951 年国际法院书状汇编》, 第 118–119 页。Sed contra 伊朗书状, 同上, 见第 501 页。

⁸⁵ 前注 35, p. 42, para. 50. 着重号后加。另见 Kokott, *Exhaustion of Local Remedies*, 前注 31, p. 626。

⁸⁶ 前注 20, pp. 610–611. 另见 García Amador, *Changing Law*, 前注 77, p. 467; García Amador, 第三次报告, 前注 77, p. 47, para 23; Salem 案, (1932 年)《国际仲裁裁决汇编》, 第 2 卷, 第 1165 页, 见第 1189 页; Law, 前注 24, p. 98; E. Jiménez de Aréchaga, “General course in public international law” (1978–I), 159 *Recueil des Cours* p. 1 at p. 292 (以下称 *General Course*); Cançado Trindade, *Application*, 前注 40, p. 131。

⁸⁷ 例如, *Steiner and Gross v. Polish State* (1927–28) 4 *Annual Digest of Public International Law Cases* (以下称 *Annual Digest*), p. 472; *American International Group Inc. v. Iran*, Award No. 93–2–3 (1983) 4 *Iran-US CTR* p. 96。

⁸⁸ Law, 前注 24, p. 93; Oppenheim’ s *International Law*, 前注 53, pp. 525–526; Amerasinghe, *Local Remedies Rule*, 前注 36, pp. 735–736; Borchard, *Diplomatic Protection*, 前注 54, pp. 819, 825。

中，他只考虑到明示放弃当地补救规则，⁸⁹ 但后来在 *The Changing Law of International Claims* (1984 年) 中，他接受可以默示放弃，但放弃必须是明确无误的。⁹⁰

55. 对于在什么情况下可以默示放弃当地补救办法的愿意，不可能为此制定一项通则。必须根据有关文书的措辞和制定的背景个别作出判断。⁹¹ 但是，不妨研究各类仲裁协定，因为不同的协定可能有其特别的考虑。

在争端发生前缔结的一般仲裁协定

56. 对于被告国同意把将来可能同请求国发生的争端交付仲裁的情况，有人认为这种协定“不涉及放弃用尽所有当地补救办法的要求，如果有关案件涉及缔约一方为其国民提出主张。”⁹² 事实上，在几个涉及这种一般性协定的案件中，请求国没有根据交付仲裁的事实提出默示放弃主张，以反驳基于没有用尽当地补救办法所提出的初步反对意见。⁹³ 国际法院分庭在西西里电子公司案中确定了在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。⁹⁴

⁸⁹ 在其报告中，他采取如下的观点：用尽当地补救办法规则“不应予以适用，如果被告国与受害外侨的国籍国达成明示协议，同意不必利用任何一项或所有当地补救办法”（García Amador, 第六次报告, 前注 28, 第 48 页, 第 18(4) 条）。另见 *Affaire relative à la concession des phares de l' Empire Ottoman* (Greece v. France) (1956 年) 《国际仲裁裁决汇编》，第 12 卷, 第 161 页, 见第 186—187 页。

⁹⁰ 见第 467 页。

⁹¹ García Amador 在其第一次报告中说，应当参考协定的准备工作材料，“以确定某项争端是否为仲裁协定所包括的事项，在肯定的情况下，确定该协定是否明示或默示免去在这些争端中适用当地补救办法规则。换言之，当地补救办法规则的适用不仅取决于协定的目的和范围，而且也必然取决于每一特定案件的情况。”第一次报告, 前注 12, 第 204 页, 第 64 段。另见 Law, 前注 24, pp. 93, 98; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, 前注 86, p. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, pp. 256—257; *Restatement (Second)*, 前注 16, vol. II, p. 620, para 209, cmt. (b)。另见 *Steiner and Gross v. Polish State*, 前注 87, p. 472。

⁹² F. A. Mann, “State contracts and international arbitration” (1967), 42 B. Y. I. L. p. 1 at p. 32; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice* (1938), p. 414; Verzijl, 前注 54, pp. 3—4; Oppenheim’s *International Law*, 前注 53, vol. 1, p. 526, n. 16; Jiménez de Aréchaga, *General Course*, 前注 86, p. 292; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, pp. 253, 257—258; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, 前注 54, pp. 295—296; Law, 前注 24, p. 98。

⁹³ 例见国际工商业投资公司案, 前注 14, 及西西里电子公司案, 前注 35。另见 Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, p. 253; Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?”, 前注 54, p. 295。

⁹⁴ 前注 85。

57. 常设国际法院在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案中裁定, 接受《法院规约》第 36 条第二款的任择条款并不构成默示放弃当地补救办法规则,⁹⁵ 尽管 van Eysinga 法官在一项异议意见中持有相反意见。⁹⁶ 在挪威公债案⁹⁷ 和国际工商业投资公司案⁹⁸ 中, 法院的管辖权都是以根据任择条款所作的声明为依据, 但对于未用尽当地补救办法的初步反对意见, 请求国都没有提出放弃要求作为反驳, 足资证实上述多数意见获得接受。根据任择条款接受国际法院的管辖权与一项一般性仲裁协定有相同之处, 因此可以引用这个关于任择条款的判例以支持一般性仲裁协定并没有默示放弃的推定。这是一个强有力的推定, 却不是不容置疑的。⁹⁹

在争端发生后缔结的特别仲裁协定

58. 对于在发生有关争端后才缔结的仲裁协定, 认定默示放弃当地补救办法比较容易。在这种情况下, 可以称说, 如果被告国与请求国在争端所涉的国民受到损害后才缔结关于国民待遇的仲裁协定, 而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定, 则可以视为默示放弃了该规则。¹⁰⁰ 索赔委员会的裁判支持这个立场。¹⁰¹ 鉴于有些在争端发生后缔结的仲裁协定明文规定必须用尽当地补救办法, 因此有人认为这证实了这类协定存在默示放弃的可能性。¹⁰² 常设国际法院和国际法院尚未处理过这一类协定的放弃问题。

⁹⁵ 前注 14。支持此立场的有: Verzijl, 前注 54, p. 4; Schwarzenberger, 前注 20, p. 610; Jiménez de Aréchaga, General Course, 前注 86, p. 292; 和 Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, pp. 256-257。

⁹⁶ van Eysinga 法官说, “立陶宛似乎不能对爱沙尼亚适用这项规则[当地补救办法规则], 因为两国已根据法院规约第 36 条接受法院的强制管辖权, 而这项接受是没有保留的……, 也就是说, 不对两国适用有关的规则。” Panevezys-Saldutiskis Railway 案, 前注 14, pp. 35-36。

⁹⁷ 前注 44。

⁹⁸ 前注 14。

⁹⁹ 见 Steiner and Gross v. Polish State, 前注 87, p. 472。在这里, 上西里西亚法庭裁定, 波兰默示放弃了 1922 年德国—波兰公约第 5 条规定的当地补救办法规则。该条规定: “国家是否应就取消或减少既得权利支付赔偿金及应付赔偿金数额的问题, 在合法求偿人提出申诉后, 由仲裁法庭直接裁断。” 法庭认为, “直接” 一语应解释为授权求偿人诉诸国际法庭, 无需先用尽当地补救办法。

¹⁰⁰ Law, 前注 24, pp. 93-94; Borchard, Theoretical Aspects, 前注 77, p. 240; Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, pp. 819, 825; García Amador, Changing Law, 前注 77, p. 550。

¹⁰¹ 印证此立场的案件, 见 Borchard, Theoretical Aspects, 前注 77, p. 240; Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, p. 819; 和 Hackworth, 前注 34, vol. 5, p. 525。另见 American International Group, Inc. v. Iran, 前注 87, p. 102; Giorgio Uzielli 案, 意大利—美国调解委员会, (1963 年)《国际仲裁裁决汇编》, 第 16 卷, 第 267 页, 见第 270-271 页。Sed contra Salem 案, 前注 86, p. 1189。

¹⁰² 例见 Borchard, Diplomatic Protection, 前注 54, p. 819。另见 van Eysinga 法官在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案的异议意见, 前注 14, pp. 37-38。

外侨和被告国间的契约

59. 外侨和东道国间明示或默示放弃当地补救办法的仲裁契约与讨论的问题没有直接关系,因为在这种情况下,解决争端并不涉及由外侨国籍国提出外侨的主张。但是,如果东道国拒绝仲裁,国籍国进行干预以保护其国民,则这种契约与现讨论的问题有关。接着的问题是,明示或默示排除当地补救办法的契约规定是否有效。明示放弃为有效规定的观点不乏支持,¹⁰³但国家与外侨之间同意以仲裁解决争端的契约,在没有明文规定诉诸当地补救办法作为交付仲裁的先决条件的情况下,是否应被解释为默示放弃当地补救办法,对这个问题所持的看法较不一致。论著者多数认为这种协定有意排除当地补救办法。¹⁰⁴一些仲裁法庭的裁决明显支持此观点,¹⁰⁵而且在许多这类案件中,被告国没有以未用尽当地补救办法作为提出反对意见的理由。¹⁰⁶常设国际法院和国际法院都听取过在这种情况下应视为默示放弃的论点,但均没有就问题作出裁断。¹⁰⁷

禁止反言

60. 被告国在国际诉讼程序中的行为可以因禁止反言而导致该国不得要求用尽当地补救办法。¹⁰⁸国际法院分庭在西西里电子公司案中承认这一点:

¹⁰³ Law, 前注 24, p. 94; Herdegen, 前注 46, p. 69; García Amador, 第三次报告, 前注 77, 第 55 页。García Amador 的第 17 条草案规定,“如果国家明示同意外侨,或在其他情况下同意外侨国籍国不适用当地补救办法”,则不应适用当地补救办法规则(第 15 条)。

¹⁰⁴ Mann, 前注 92, p. 32; Oppenheim' s International Law, 前注 53, vol. 1, p. 523, n. 3; García Amador, 第六次报告, 前注 28, 第 48 页, 第 18(5) 条; García Amador, Changing Law, 前注 77, pp. 539-550; S. M. Schwebel, International Arbitration: Three Salient Problems (1987), pp. 117-121; S. M. Schwebel and J. G. Wetter, "Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies" (1966), 60 A. J. I. L. p. 484 at pp. 499; Report of the Executive Directors of the Bank on the International Convention for the Settlement of Investment Disputes, 引用于 Whiteman, 前注 60, vol. 9, p. 806; Restatement (Third), 前注 16, vol. II, p. 226, para. 713, Reporter' s Note 5. 另见 Restatement (Second), 前注 16, vol. II, p. 621, para. 209, cmt. c; O' Connell, 前注 20, p. 1059. Sed contra A. O. Adede, "A Survey of Treaty Provisions on the Rule of Exhaustion of Local Remedies" (1977), 18 Harvard International Law Journal p. 1 at pp. 8. 他在其中主张,《美洲国家仲裁总条约》没有明确要求用尽当地补救办法,但国家在批准条约时所作的声明表示他们确信该规则并没有被放弃。

¹⁰⁵ LIAMCO v. Libya (1977) 62 I. L. R. p. 141 at pp. 179-180; Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company, (1982) 96 I. L. R. p. 252 at pp. 278-279, para. 44.

¹⁰⁶ Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, p. 262.

¹⁰⁷ 见瑞士在 Affaire Losinger and Co. 案的诉状《1936 年常设国际法院案例汇编》C 辑, 第 78 号, 第 40 页; 联合王国在英伊石油公司案中的主张, 前注 84, pp. 81-82; 法国在贝鲁特电力公司案中的论点,《1954 年国际法院书状汇编》第 14 页; 法国在贝鲁特港口、码头、仓库公司和东方广播公司案中的陈述,《1960 年国际法院书状汇编》第 39、91-93 页。Sed contra 南斯拉夫在 Affaire Losinger and Co. 案的书状《1936 年常设国际法院案例汇编》C 辑, 第 78 号, 第 132 页; 伊朗在英伊石油公司案中的陈述,《1951 年国际法院书状汇编》第 288 页; 黎巴嫩在贝鲁特港口、码头、仓库公司和东方广播公司案中的论点,《1960 年国际法院书状汇编》第 67-70 页。

¹⁰⁸ Kokott, Exhaustion of Local Remedies, 前注 31, p. 626; Oppenheim' s International Law, 前注 53, vol. 1, pp. 525-526; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 40, pp. 268-270, 272-275.

“不能排除的是，在应当有所表示的时候保持沉默，在某些情况下会产生禁止反言的情形”。¹⁰⁹

Heathrow Airport User Charges 仲裁案也持这项原则。¹¹⁰

61. 在空中事件（美国诉保加利亚）案中，美国主张：

“因 1955 年 7 月 27 日以色列航空公司‘星座’号被击落而丧生的美国人的亲属，如果在保加利亚有任何当地补救办法可加利用，保加利亚政府从没有提到，在美国于 1955 年和 1957 年向保加利亚政府提出其外交主张时也没有指出应该或必须用尽。恰恰相反，保加利亚政府接受外交主张并着手处理……。基于上述事实，保加利亚无权开始提出必须用尽当地补救办法的主张。”¹¹¹

但是，国际法院没有机会就此作出裁判。

62. 欧洲人权法院¹¹² 和美洲人权法院¹¹³ 都表示，被告国没有在适当时候根据未用尽当地补救办法提出反对意见，可以因禁止反言而不得提出反对意见。

63. 用尽当地补救办法规则是一项习惯国际法规则。因此，除非被告国的行为明显导致请求国以不利己方利益的方式行事，不得因禁止反言而不允许被告国要求实施这项规则。国际法院分庭在西西里电子公司案中說：

“仅仅因为没有在特定时候在杂乱无章的外交书信往来中提到某一件事就作出禁止反言的认定，这显然是有困难的。”¹¹⁴

在国际工商业投资公司案中，法院同样采取谨慎的态度，表示法院认为

¹⁰⁹ 前注 35, p. 44, para. 54。

¹¹⁰ United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges (Arbitration Tribunal), (1996) 102 I. L. R. p. 216 at p. 285, para. 6. 33。

¹¹¹ 《1959 年国际法院书状汇编》，第 326 页。

¹¹² 在 Foti and Others 案，法院说：“法院会审理这种初步反对意见[关于用尽当地补救办法]，如果被告国已根据反对意见的性质，在情况许可下先向委员会上提出，而且原则上应在初步审查可受理性的阶段提出；如果不履行此项条件，基于禁止反言，有关政府不得向本法院提出反对意见”(1982) 71 I. L. R. p. 366 at p. 380, para. 46。着重号后加。另见 Artico (1980), 60 I. L. R. p. 182 at pp. 192-194, paras. 24-27; Guzzargi (1980) 61 I. L. R. p. 276 at pp. 301-302, para. 67; origliano (1982) 71 I. L. R. p. 395 at p. 403。

¹¹³ 在 Castillo Petruzzi v. Peru 案，法院声称：“本庭也指出，该国没有在委员会上提到未用尽国内补救办法的问题。由于没有采取此行动，该国放弃了公约规定，而且有利己方的辩护手段，并默示承认不存在国内补救办法，或已及时用尽。这一点已在国际管辖机关的诉讼程序中提到(例如，欧洲法院认为，应当在委员会诉讼程序的最初阶段对可受理性提出反对意见，除非基于不能归咎于有关政府的原因无法在适当时候提出。)” (1999) 20 Human Rights Law Journal p. 176 at pp. 181, para. 56。

¹¹⁴ 前注 35, p. 44, para. 54。

“不必详细分析瑞士政府的主张，即‘美国本身承认国际工商业投资公司已经用尽美国法院提供的补救办法’。美国政府代表确曾多次表示此意见，特别是在附于国务卿照会的备忘录内……。事实证明，该意见是没有根据的。的确，国际工商业投资公司在美国法院提起的诉讼尚在进行中。”¹¹⁵

对于这个立场，Amerasinghe 一针见血地指出：

“必须有令人信服的证据，证明行为不仅是有意导致外侨或有关个人相信，基于某种理由，不必进一步用尽当地补救办法，而且证明有理由相信，后者将根据该项行为行事，并的确根据该项行为行事，因而没有利用可供使用的当地补救办法。”¹¹⁶

结论

64. 虽然有人赞同允许以默示放弃当地补救办法和禁止反言作为理由，反驳未用尽当地补救办法的反对意见，但明显的是，以此两项理由阻止适用一项习惯法规则是不易被接受的。尽管如此，必须认识到，视有关文书的措辞和特定案件的情况和所涉问题而定，这些反对理由是可能存在的。因此提出了这项当地补救办法的例外。

3. 自愿联系和领域联系（第 14 条 (c) 和 (d) 项）

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

……

(c) 受害人与被告国之间没有自愿联系；

(d) 国际求偿所依据的国际不法行为不是在被告国领土管辖范围内实施的；

65. 由于 (c) 和 (d) 项所载的必须用尽当地补救办法规则的一些例外密切相关，这些例外将一并审议。虽然有人支持这些规则，但是特别报告员怀疑这些规则是否合理，因为当地补救办法或国际法一般原则的其他例外通常会确保，在 (c) 和 (d) 项涉及的情况下排除当地补救办法规则。出于这一和其他原因，1977 年国际法委

¹¹⁵ 前注 14, p. 27。另见 Córdova 法官的异议意见，pp. 46-47。比较 Erich 法官在 Panevezys-Saldutiskis 案的异议意见：“被求偿国也许愿意讨论求偿的根据，甚至愿意把求偿案提交一国际法庭，虽然国内主管司法或行政当局尚未作出最终裁决。如果在某一案件中，有关政府的态度显示它已放弃这项条件，也就是说，愿意把求偿案直接移送国际一级，则该国政府其后不得反悔”（前注 14, p. 52）。

¹¹⁶ Local Remedies, 前注 40, p. 273。

员会审议国家责任条款草案第 22 条（一读）时，拒绝通过这一规则。¹¹⁷ 但是，这一问题确实需要加以仔细考虑。为此，现将(c)和(d)项所载的例外作为可能的规则提出，以备委员会决定通过关于这一问题的规定。支持和反对这些规则的论点提出如下，以使委员会有全面的认识。

66. 有作者提出，如果受害外侨与被告国之间不存在领土联系因而该外侨与被告国之间不存在自愿联系，那么用尽当地补救办法规则并不适用。¹¹⁸

67. 为支持这一观点，他们提出，在要求用尽当地补救办法的所有案例中，受害人与被告国之间都存在着某种联系，比如自愿留在国内、住所、拥有财产或与被告国的契约关系。因此，Meron 指出：

“虽然可能找到当地补救办法规则最为广泛的阐述，但是审查一下判例就可以看到以下共同的事实基础：在所有判例中，受害外侨已经以明示或暗示的方式与行为受到非难的国家自愿建立，或被认为建立了联系。建立这种联系的方式多种多样，无需在此一一赘述。只需提到一些较为普通的例子。这些例子包括这样的案例：外侨在被告国领土内永久或暂时居住，在该国经商，拥有财产，或已与该国政府订立契约关系。在所有已报告的与当地补救办法规则有关，而且被认为有必要让被指称实施不法行为的国家首先有机会通过该国法庭提供的手段纠正指称的不法行为的案例中，这种性质的联系看来确实存在。”¹¹⁹

68. 这一看法的支持者认为，外交保护的性质和当地补救办法近来已有重大变化。外交保护早期历史的特点是，在一外国居住和经商的外侨受到该国行动的伤害，因此要求他根据“前往外国的国民通常被认为接受其所在地的当地法律，包括为纠正不法行为提供的手段”的理论，¹²⁰ 而用尽当地补救办

¹¹⁷ 《1977 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 43 至 45 页，第 38 至 42 段。

¹¹⁸ 见 O'Connell, 前注 20, 第二卷, 第 951 页; T. Meron, "The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies", (1959) 35 *B.T.I.L.* p.83; C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law" (1956-II), 90 *Recueil des Cours* p. 190 at p. 688; Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 40, 第 138 页; Doahring, 前注 59, 239; Ipsen, 前注 77, 第 312 页; Herdegen, 前注 46, 第 66 页; Mummery, 前注 37, 第 394 页; I.L. Head, "A Fresh Look at the Local Remedies Rule", (1967) 5 《加拿大国际法年鉴》第 143 页, 见第 153 页; Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility" 前注 54, 第 583 页。 *See contra*, 见 W.K. Geck, "Diplomatic Protection" in E. P. I. L. (1992) Vol. 1, p. 1 045 at 1 056; G. Gaja, *L'Esaurimento dei picorsi interni nel diritto internazionale* (1967), p. 87.

¹¹⁹ 前注 118, 第 94 页。

¹²⁰ Borchard, *Theoretical Aspects*, 前注 77 和 240。又见 Borchard, *Diplomatic Protection*, 前注 54, 第 817 页; C. Eaglenton, *The Responsibility of States in International Law* (1928), p. 96。

法。而在今天，个人可能受到一外国在该国领土以外的行为的伤害，也可能受到在该国领土内的某种行为的伤害，而个人与该国领土却不存在联系。这方面的例子有：跨界环境损害（如苏联基辅附近切尔诺贝利核电站发生爆炸，在遥远的日本和斯堪的那维亚造成放射性微粒沉降）和击落误入一国领空的飞机（如保加利亚击落误入其领空的以色列航空公司班机的“空中事件”案所示）。Meron 指出：

“鉴于国家责任法律范围扩大，有必要重新审查当地补救办法规则的基础和范围。如果要求一外国在其领土以外所造成的伤害的受害人在该外国法院提出起诉，并以此作为受害人为其国民的国家提起国际诉讼的先决条件，这的确是不合理的；况且，受害人与被告国之间并不存在真正联系。”¹²¹

69. 支持采纳自愿联系 / 领土联系规则的人则强调，外侨自愿在外国承担的风险为当地补救办法规则的基础。¹²² 只有外侨自愿服从被告国的管辖，他才应用尽当地补救办法。

70. 判例没有明确支持或反对以自愿联系作为条件。

司法裁判

71. 司法裁判没有对这一问题提供引导。

72. 国际法院在“国际工商业投资公司”案中指出：

“认为有必要让**侵权行为发生地国**也有机会用本国手段加以纠正。”¹²³

这一意见允许领土国要求用尽当地补救办法，但不足以支持一个理论。C.F. Amerasinghe 却试图这样做，他认为这一意见支持了下述看法：不法行为必须发生在过失国领土内，因此“个人或财产也必须位于过失国之内”。¹²⁴ 在 Salem 案中，仲裁法庭宣布，“一般来说，外国人必须承认他选择居住的国家所实施的司法对他本人适用”。¹²⁵ 这种对当地补救办法规则的阐述毫无新意，不足以证明存在一项规则，要求把自愿联系作为当地补救办法规则的先决条件。

¹²¹ 前注 118，第 98 页。

¹²² Brownlie，前注 45，第 501 页。但是，Brownlie 的确表明，存在一种相反理论：“如果主要目的是提供一个比在国际一级提出诉讼相对更加便利的替代办法，那么任何有关联系的条件都将不适用”（在上述引文中）。

¹²³ 前注 14，第 27 页。着重号为作者所加。

¹²⁴ 前注 40，第 145 页。

¹²⁵ 前注 86，第 1 202 页。

73. “挪威公债”案¹²⁶提出过这一问题。法国在案中声称,持有挪威债券的法国国民在法国居住,因此没有义务在挪威用尽当地补救办法,并认为:

“对该规则的唯一解释在于这一要求:外国人与他选择在其主权范围内居住的国家发生争端,不得把案件转移到国际一级,而必须首先用尽所有的当地解决手段”。¹²⁷

挪威以“Finnish Ships”¹²⁸和“安巴提洛斯”¹²⁹两案的仲裁裁决为依据,在答辩中指出,实践并不支持法国提出的理论。这两个案例均认为,当地补救办法规则应予适用,尽管具体债券持有人并不在被告国居住。法院认为,没有必要讨论用尽当地补救办法的问题,因为有关案件是以其他理由作出裁决的。只有 Read 法官在异议意见中提到了双方有关这一问题的论点,他指出,“法国未能提出具有说服力的判例,……的确,判例支持另一观点”。¹³⁰

74. 在以色列就“空中事件”案提出的论点中,自愿联系的要求占有突出地位。以色列在该案中就保加利亚击落误入其领空的以色列民航客机造成的损害要求赔偿。Shabtai Rosenne 代表以色列提出:

“基本上,在适用[当地补救办法]规则之前,受害人与行动受到非难的国家之间应该存在联系。我认为,所有判例都表明,只有在作为受害人的外侨在本人和行动受到非难的外国之间已经建立,或被认为建立了自愿、自觉、有意的联系的情况下,才适用这一规则。这些判例总是涉及这样的情况:产生上述性质的联系,是由于受害人在该国居住、在该国经商、在该国拥有财产等原因——我认为这包括了多数情况——或者由于受害人与该国政府订立了某种契约。比如涉及外国债券持有人的案例;也许还有其他案例”。¹³¹

保加利亚对以色列的论点提出反驳。¹³²法院再次没有就此事作出裁决。¹³³

75. 在涉及跨界污染的 Trail Smelter 案¹³⁴中,并不存在自愿联系或领土联系,加拿大也没有坚持要用尽当地补救办法。这一案例和其他因不存在自然联系而放

¹²⁶ 前注 44。

¹²⁷ 《挪威公债》案,1957 年《国际法院书状汇编》,第 1 卷,第 408 页(R. Ago 引用,第六次报告,前注 75,第 38 页,第 98 段)。着重号为作者所加。

¹²⁸ 前注 13。

¹²⁹ 前注 14。

¹³⁰ 前注 44,第 97 页。

¹³¹ 以色列在空中事件案中的口头书状(以色列诉保加利亚),前注 111,第 531-532 页。着重号为作者所加。又见同上,第 590 页。

¹³² 同上,第 565 页。

¹³³ 1959 年《国际法院案例汇编》,第 127 页。

¹³⁴ (1935)3《国际仲裁裁决汇编》,第 1 905 页。

弃当地解决办法的案例¹³⁵一样，被解释为支持把自愿服从司法管辖作为适用当地补救办法规则的先决条件的要求。¹³⁶然而，这些案例没有坚持适用当地补救办法规则，也可以以其他理由作出解释。比如，Trail Smelter 案可解释为无需用尽当地补救办法的直接损害例子，也可以根据有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法对该案作出解释。

76. 自愿联系/领域联系要求的反对者提出，法庭在“Finnish Ships”、¹³⁷“安巴提洛斯”¹³⁸和“西西里电子公司(ELSI)”¹³⁹这类案例中认为，需要用尽当地补救办法，尽管受害人与被告国之间不存在密切联系。这是一个引起误解的论点，因为在所有三个案例中与被告国都存在某种联系，或是契约关系（“安巴提洛斯”和“西西里电子公司”），或是实际存在（“Finnish Ships”）。自愿联系要求的支持者并不把这种联系与住所等同起来，因此承认在上述案例中受害人与被告国之间存在着充分的联系，足以适用当地补救办法规则。¹⁴⁰如果住所成为一项要求，涉及征用外国拥有财产、外侨为非居民的契约交易的案例中将排除适用当地补救办法规则。今天，权威作者都不支持这一立场。

国家实践

77. 同样，国家实践也不明确。在英国早期实践中，外侨如果由于船只遭到扣押或捕获而在公海遭受损害，必须在扣押或捕获国内用尽当地补救办法。¹⁴¹C.F. Amerasinghe 理所当然地对此提出了疑问：这一实践今天是否得到承认。¹⁴²当然，在最近的英国实践规则中没有提到这一实践，也的确没有提到自愿联系要求。¹⁴³

78. 美国的初期实践非常不同。1834年，麦克莱恩国务卿指出，在下述情况下美国国民必须在所在地国家用尽当地补救办法：

“他们权利受到侵犯，因进入该国法律管辖地区而自愿服从该国法律，并必须同意遵守这些法律”。¹⁴⁴

¹³⁵ Virginius 案, J. B. Moore 《国际法摘要》(1906)中记载, 第二卷, 第 895 页, 见 903 页; Jessie 案, 《美国国际法学报》(1992) 16 中记载, 第 114 至 116 页。

¹³⁶ Law, 前注 24, 第 104 页; Meron, 前注 118, 第 98 页, 注 2。

¹³⁷ 前注 13。

¹³⁸ 前注 14。

¹³⁹ 前注 35, 第 42 页, 第 50 段。

¹⁴⁰ 见 Meron, 前注 118, 第 99-100 页; 和 Amerasinghe, 前注 40, 第 144 页。

¹⁴¹ McNair, 2 International Law Opinions (1956) P. 302。

¹⁴² 前注 40, 第 143 页。

¹⁴³ 见 Warbrick, 前注 16。

¹⁴⁴ Moore, *Digest*, 前注 135, 第 6 卷, 第 658 页。

不清楚美国是否还持这一立场。美国 Third Restatement of the Foreign Relations Law 对自愿联系作为当地补救办法规则先决条件的需要没有表态。¹⁴⁵

79. 最近的国家实践表明,对误击外国飞机负有责任的国家将不会要求把用尽当地补救办法作为受害人家属对其提出索赔的先决条件。1960 年,中国击落英国国泰航空公司的飞机,即向受害人支付赔偿,而没有要求用尽当地补救办法。¹⁴⁶ 美国导弹在伊朗领空误击伊朗客机后,美国也向伊朗国民提供惠给赔偿,没有要求用尽当地补救办法。¹⁴⁷ 最近,巴基斯坦对印度击毁其飞机造成的损害提出索赔,印度也没有对此提出没有用尽当地补救办法作为一项初步反对意见。¹⁴⁸

80. 同样的实践似乎也适用于跨界环境损害案例。例如加拿大放弃了用尽当地补救办法的要求,同意对因建造 Gut 大坝遭受损失的美国国民作出赔偿。¹⁴⁹ 1972 年《空间物体所造成损害的国际责任公约》进一步支持了这种观点:

“1. 依本公约向发射国提出赔偿损害要求,无需事先用尽求偿国或其代表之自然人或法人可能有之一切当地补救办法。

“2. 本公约不妨碍一国或其可能代表之自然人或法人向发射国之法院、行政法庭或机关进行赔偿要求。但一国已就所受损害在发射国之法院、行政法庭或机关中进行赔偿要求者,不得就同一损害,依本公约或依对关系各国均有拘束力之另一国际协定,提出赔偿要求。”¹⁵⁰

¹⁴⁵ Restatement (Third), 前注 16, 第二部分, 第 348 页, 第 902 段, 评注 (k); 第 219 页, 第 713 段, 评注 (f); 第 225 至 226 页, 第 713 段, 编者注 5。

¹⁴⁶ 该事件在 Law 中有说明, 前注 24, 第 104 页。

¹⁴⁷ 见《1988 年 7 月 3 日空中事件》(伊朗诉美利坚合众国),《国际法院书状汇编》,美利坚合众国提出的初步反对意见,第一部分,第三章,第一节,第 44-48 页。

¹⁴⁸ 《1999 年 8 月 10 日空中事件》(巴基斯坦诉印度),法院管辖权,(2000) 39I.L.M., P.1 116。

¹⁴⁹ 见《美利坚合众国-加拿大安大略湖(Gut 大坝)仲裁协议》,前注 82,及美国出席安大略湖索赔法庭代理的报告,载(1969) 8I.L.M.P. 118。加拿大的态度还可以这样得到解释:加拿大各法院宣布,它们对相关案件没有管辖权。(《美国-加拿大安大略湖(Gut 大坝)仲裁协议》,第 475 页)。

¹⁵⁰ (1975 年))《联合国条约汇编》,第 961 号,187,第 191-192 页,(1971 年) 10I.L.M.P. 965。1979 年,加拿大引用了该公约,当时苏联一个由小核反应堆驱动的卫星在加拿大上空解体,并在加拿大西北地区坠毁。苏联同意向加拿大支付 300 万加元的赔偿:(1979 年) 18I.L.M.P. 899;(1981 年) 20I.L.M.P. 689。在该案中,加拿大提出直接索赔,因为没有对加拿大国民或私人财产造成伤害。

作者们提出了令人信服的论点，如果要把国家责任的法律扩大到跨界环境损害，需要对当地补救办法规则的适用性重新加以考虑。¹⁵¹

编纂提议

81. 早期的编纂提议涉及阐述国家对“在其领土内对外国人个人或财产”所造成损害承担国家责任的原则。¹⁵² 因此，在外侨在被告国领土以外的情况下，没有注意到责任问题。1960年《国家对外侨所受损害的国际责任哈佛公约草案》不仅在相关条款（第19条）中没有包括领土自愿联系的要求，而且还在评注中明确指出，《公约草案》

“没有采纳这种看法，即应该放弃用尽当地补救办法，如果这一要求将对求偿人造成困难……诉诸当地补救办法也许麻烦，如果受害外国人与加害国没有切实的联系，比如外国人只是从有关国家的领域经过。如果他要有效地使用当地补救办法，他必须从自己的居住地长途旅行至伤害发生地国。虽然在这种情况下对一般规则作出例外规定也许是适当的，但判例没有支持这种做法”。¹⁵³

82. 国际法委员会在一读通过国家责任条款草案第22条时审议了这一问题。¹⁵⁴ 当时，国际法委员会拒绝了如果不存在领土联系或自愿联系，应该排除当地补救办法的提议，¹⁵⁵ 并决定，由于国家实践和司法裁决都没有

“就一国在其领土以外对外国人或其财产造成伤害的案例是否适用用尽当地补救办法的条件明确表示立场”，¹⁵⁶

¹⁵¹ K. B. Hoffman 指出：虽然“‘联系理论’”没有被承认为国际法原则，但似乎正在流行，随着国家责任法律适用范围扩大至环境问题，这一理论有可能成为该法律中的一个重要发展”：国际法和跨界环境损害中的国家责任（1976），25《国际法和比较法季刊》，第509页，见第540页。又见，R. J. M. Lefeber，《跨界环境干预及国家赔偿责任的起源》（1966），第123和154页；P. N. Okowa，《国际法中跨界空气污染的国家责任》（2000），第219页；Jiménez de Aréchaga, General Course, 前注86，第296页；O. Schachter, “International Law in Theory and Practice”, (1982-V) 178 *Recueil des Cours* 第9页，见203页。又见J. Barboza, 关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第六次报告，《1990年……年鉴》，第二卷（第一部分），第83页，见109页（第28条），A/CN.4/428和Add.1号文件。又见《1978年……年鉴》中劳工组织工作小组关于该问题的报告，第二卷（第二部分），第150页，见第151页，第15段。

¹⁵² 见1930年海牙编纂大会筹备委员会起草的“在本国领土内对外国人个人或财产造成伤害的国家责任”公约草案；1929年同标题哈佛公约草案；F. V. García Amada, 《在本国领域内对外侨或外侨财产造成伤害的国家责任的第二次报告》，《1957年……年鉴》，第二卷，第104页，A/CN.4/106号文件。

¹⁵³ Whiteman 引用了 Sohn 和 Baxter 的评注，前注60，第一卷，第794页。

¹⁵⁴ 《1977年……年鉴》，第二卷（第二部分），第43-45页，第38-42段。

¹⁵⁵ 同上，第40段。

¹⁵⁶ 同上，第38段。

因此，最好

“把一国在其领土以外对外侨或其财产造成伤害的案例或类似案例是否适用用尽当地补救办法原则的问题，由国家实践根据所能得到的最佳标准加以解决。”¹⁵⁷

结论

83. 司法裁判和国家实践尚未适当处理在缺乏自愿联系或领土联系情况下，当地补救办法的适用性问题。提倡当地补救办法规则有此例外的人士提出的观点，显然有其根据。在下列困难情况下，要求受害外侨用尽当地补救办法是不合理、不实际和不公正的：

- (a) 污染、放射性微粒沉降或人造空间物体导致的跨界环境法损害；
- (b) 击落在被告国领域之外或误入其领空的飞行器；
- (c) 驻扎在 A 国领土上的 B 国士兵杀害 A 国国民；
- (d) 被告国的特工人员从外国国民本国或第三国越境绑架该国民。

这里必须解决的问题是，此类情况是否要求一项特殊规则，使它们免于适用当地补救办法规则，或此类案件应受现行规则或国际法一般原则制约。

84. 在处理这一问题之前，必须强调，在许多此类案件中，除了对个人的伤害外，受害人所属的民族国家也将受到直接伤害。如果遵循第 11 条草案中建议的主要依据规则，用尽当地解决办法在许多此类案件中将是不适用的。正如 Trail Smelter 案所表明的，¹⁵⁸ 跨界环境损害在大多数案件中都会被定性为直接伤害。击落外国飞机也是如此；以色列在其与保加利亚的空中事件案中已经令人信服地说明了这一点。¹⁵⁹ 绑架同样构成了对国家的直接伤害，因为在绑架发生地，领土主权受到了侵犯。

85. 如果求偿国倾向不提出直接求偿，或对国民的伤害超过了对国家的伤害，则似乎在大多数情况下，将不适用当地补救办法，因为在被告国将没有可行的或有效的补救办法，或任何此类补救办法都是徒劳无益的。主要是出于这一理由，国际法委员会拒绝采纳关于自愿联系的特殊规则。¹⁶⁰ Juliane Kokott 在

¹⁵⁷ 同上，第 40 段。

¹⁵⁸ 前注 134。

¹⁵⁹ Meron 清楚阐明了以色列的观点，前注 118，第 92-94 页。

¹⁶⁰ 《1977 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 5 页，见第 44 页，第 39 段。罗伯托·阿戈在关于国家责任的第六次报告（前注 75，第 39 页，第 100 段）中阐述了这一主题：“对我们来说，似乎更符合用尽当地补救办法原则的存在理由乃至该项原则的逻辑的是，以一种有待制订的方式规定，不应当始终要求只有个人给予协作，才能启动有关机制，促使国家按照新的行动方针，纠正违背国际所要求结果的并因其最初行动造成的情况。此一规定，例如，可适用于违反外国人意愿，将其带入一国领土，或经由空中或陆地过境导致的伤害案件。人们可能会发现，**倘非如此，则转嫁到此一个人身上的负担将沉重得没有道理**。然而，即使没有明文规定可能损害有关原则稳妥性的例外，是否有可能认为，当地补救办法应当是有效的这项一般要求已经涵盖了这些为数不多的极端例子，而该项要求应理解为包括了在所提交的案件中，有关个人也可有效使用此类补救办法的进一步要求？”（第一段斜体字为新增；第二段为原有）。

其提交国际法协会人身和财产外交保护问题委员会的 2000 年报告中也提出了类似的看法。¹⁶¹

86. Jiménez de Aréchaga 驳斥了关于在此类案件中有效补救办法的要求可能优先于困难或不公正的说法：

“自然，在本国领土受另一国士兵或空间物体伤害的个人有可能在该另一国找到有效补救办法：即使如此，要求该个人在外国寻求此类补救办法仍然是不公平的，造成了不必要的困难。可见补救办法的有效性不是强制实行或免除该办法的充分理由。在这类案件中，最好的解决办法或许是规定当地补救办法是选择性而非强制性的，可由受害人作出选择。”¹⁶²

87. 在此类案件中造成当地补救办法规则不适用的一项一般法律原则是：侵权行为不产生权利。正如 Meron 所说：

“按照一般法律原则，一个国家如果非法干涉一外侨，而该外侨除受到这一干涉外与那个国家没有任何联系，倘允许该一国家从其非法行为中获益，确实是不可思议的。”¹⁶³

88. 管辖规则可能同样排除了在上述艰难情况中适用当地补救办法规则。虽然一个国家拥有广泛的域外管辖权，但在某些情况下，管辖权的行使将构成滥用或过渡使用该管辖权，致使该规则不适用。D. P. O'Connell 强调了这一点：

“要想更好地说明这一问题，不妨强调，当伤害发生在域外时，审理的问题在于，有关国家是否过渡行使了管辖权，这是一个最好交由国际法庭处理的国际法问题，而当伤害发生在域内时，审议面对的问题是伤害的性质以及实际上是否发生了按国际法要求应由国内法加以补救的过失。换句话说，在域外伤害案件中，国际法庭面临的问题是，国家是否因其行为违反了国际法，而在域内伤害案件中，问题在于，国家是否因其没有对伤害进行补救而违反

¹⁶¹ “Exhaustion of Local Remedies”，前注 31，第 614-615 页。另见 Geck，前注 118。

¹⁶² “General Course”，前注 86，第 296 页。另见 Schachter 前注 151，第 203 页；“Law”，前注 24，第 104 页；Lefeber，前注 151，第 123 和 154 页。除其他外，1978 年，关于国际不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任工作组以下列措词支持了这种看法：“应当指出，目前审议的此类责任与国家选择将自身或其财产置于该国领土的外侨所负责任有所不同。在本主题所涉情况下，不能假设人们因为这些风险或损害性后果在其所发生的国家领土或控制范围内得到容忍，就愿意接受这类风险或损害性后果。同时，也不要求寻求国内法提供的有效补救办法——实际上，除非有关各国接受的适用体制确实规定了这样一项要求”（前注 151，第 151 页，第 15 段）。另见联合国/欧洲经济委员会《跨界水污染责任指南》，联合国文件 E/ENVWA/R. 45，第 22 段。

¹⁶³ 前注 118，第 96 页。另见 Jiménez de Aréchaga “General Course”，前注 86，第 296 页；Head，前注 118，第 153 页；Amerasinghe，前注 40，第 146 页。

了国际法。两者的区别在于，前者事件发生在国内法庭管辖权之外，因此，国内法庭无法取证并作出宣判。”¹⁶⁴

89. 显然在受害外侨和被告国之间不存在自愿联系或领土联系的案件中，必须特别考虑当地补救办法规则的适用性问题。是否需要到目前的条款草案规定例外，尚不能确定。现有的对当地补救办法规则的例外可能涵盖第 75 段描述的大多数“艰难情况”，但委员会或许决定应当给予更有力和更明确的保护。特别报告员的暂定结论是，此类规定是不必要的，但如果委员会另有决定，他当然也不会反对。

4. 不当拖延（第 14 条（e）项）

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

（e）不当拖延提供当地补救办法的责任在被告国一方；

90. 在被告国对无理拖延提供当地补救办法负有责任的情况下，可以免除用尽当地补救办法的要求，编纂努力、人权文书和实践、司法裁判和学者意见确认了这一点。

编纂

91. 1930 年编纂会议筹备委员会提出的《论据基础》在《讨论基础 27》中，就用尽当地补救办法提出了一项规则。按照该提案，当地补救办法规则不得排除适用《第 5 号讨论基础》，即：

“国家可因下述事实对外国人所受损害负有责任：

“.....

“3. 法院一方不合理的拖延。”¹⁶⁵

92. 1930 年海牙编纂会议第三委员会提出了类似规定。该规则准许在拒绝司法的情况下不遵守用尽当地补救办法规则，并举出“无理……拖延意味着拒绝司法”

¹⁶⁴ O'Connell, 前注 20, 第 2 卷, 第 951 页。斜体文字为原有。另见 Herdegen, 前注 46, 第 66-67 页；国际工商业投资公司案, 前注 14, 第 27 页；Amerasinghe, 前注 40, 第 144-145 页。Sed 诉 R. Y. Jennings 案, “General Course on Principles of International” (1967-II), 121, Recueil des Cours P. 325 at P. 485。

¹⁶⁵ 转载于 García Amador, 第一次报告, 前注 12, 第 223 页。斜体字为新加。

作为例子。¹⁶⁶ 会议通过的公约最后文本确定了国家对拒绝司法，包括“不应有拖延”的责任，同时，不要求用尽当地补救办法。¹⁶⁷

93. 1933 年，在蒙得维的亚召开的第七次美洲国家国际会议认为“无理拖延”是当地补救办法规则的例外，但表明对此应做出“有限制的解释，也即，有利于分歧发生地国的主权”。¹⁶⁸

94. 1960 年，哈佛国际法研究编写的《关于国家对外侨所受损害的国际责任公约草案》载有下列建议：

“为本公约之目的，在下列情况中当地补救办法应视为不可得：

“.....

“(c) 如果补救办法过于迟慢或司法受到无理拖延。”¹⁶⁹

95. García Amador 没有将不当拖延列为对当地补救办法规则的例外，即使是在拒绝司法的情况下。¹⁷⁰ 罗伯托·阿戈承认，不当拖延可能导致当地补救办法无效的结论，¹⁷¹ 但没有提出这一点作为对第 22 条中当地补救办法规则的特殊例外。Juliane Kokott 在她提交给国际法协会人身和财产外交保护问题委员会的关于“用尽当地补救办法”的报告中，同样认为“无理延长诉讼”是当地补救办法规则的一项例外，但在她提出的条款草案中没有就这一例外另行提出建议。¹⁷²

人权文书和实践

96. 若干人权公约明确排除了需要用尽当地补救办法，如果其适用被“无理拖延”。¹⁷³ 这些公约监督机构的判例认可了这一例外。¹⁷⁴

¹⁶⁶ 同上，见第 225 页。见第 9（2）条。

¹⁶⁷ 第 9 条。相形之下，第 7、8 和第 10 至 12 条都要求用尽当地补救办法，作为确定国家责任的先决条件。

¹⁶⁸ 转载于 García Amador，第一次报告，前注 12，第 226 页。

¹⁶⁹ 第 19（2）条。转载于 Sohn 和 Baxter，前注 66，第 577 页。

¹⁷⁰ 见 García Amador，第六次报告，前注 28，第 46-47 页，第 48 页，第 3 和第 18（2）条。

¹⁷¹ 《1977 年.....年鉴》，第二卷（第二部分），第 48 页，第 50 段，脚注 204。

¹⁷² “Exhaustion of Local Remedies”，前注 31，第 623-624 页。

¹⁷³ 《公民和政治权利国际盟约》（第 41 条第 1 款（丙）项）《美洲人权公约》（第 46（2）（c）条）。

¹⁷⁴ Weirr 诉乌拉圭案，来函 28/1978，人权事务委员会，《决定选编》，第一卷，第 57 页，见第 59 页；Las Palmeras，美洲人权法院，《决定与判决》，C 编，第 67 号，第 38 段（2000 年 2 月 4 日）；Endogen 诉土耳其案，申请号 19807/9284A，欧洲人权委员会（1996 年），《决定与报告》，第 5 页，见第 15 页；Amerasinghe，“Local Remedies”，前注 40，第 203-205 页；Kokott，Exhaustion of Local Remedies，前注 31，第 623 页。

司法裁判

97. 司法裁判在某种程度上支持了“无理拖延”为当地补救办法规则的例外。在 El Oro Mining and Railway Co. 案中，英国-墨西哥索赔委员会认为“九年时间大大超过了可能有的最大宽限度”。因此，它认为补救办法是无效的，可以不必用尽当地补救办法。¹⁷⁵ 然而，国际法院在国际工商业投资公司案中，并不认为 10 年的诉讼期足以免除用尽当地补救办法的需要。¹⁷⁶ Armend-Ugon 法官批评了该裁判的这一方面，他在一项异议意见中认为，由于 10 年诉讼之后终局裁判仍遥遥无期，可用的补救办法过于迟缓，因此是无效的。¹⁷⁷ 在该案中，国际法院没有拒绝不当拖延可能导致放宽当地补救办法规则。它只是认为，10 年并非足够长的时间，可以在这一特殊案例中免除该一规则。尤其是因为国际工商业投资公司未能提供一些必要文件，导致了拖延。¹⁷⁸

学术界意见

98. 学术界基本支持这一例外，¹⁷⁹ 但人们也意识到，很难规定“不当拖延”的客观内容或含义。每一情况都必须根据其本身事实裁定。正如 Amerasinghe 所指出：

“每一案件的情节显然是一个决定因素。事情在很大程度上取决于对每一案件情况的司法评估……显然，过错性质一类问题是很有关系的，例如，相对于财产的损害而言，对侵犯人身和公民权利规定较短的时限比较容易。求偿人的性质也是一个有关因素，对大公司的损害引起的诉讼，可能比对个人的损害更复杂，前者的时限就会长于后者。归根结底，此类考虑只供参考，没有任何简单明了的规则界定不当拖延。”¹⁸⁰

¹⁷⁵ [1931 年]英国-墨西哥索赔委员会，《国际仲裁裁决汇编》，第 5 号，第 191 页，见第 198 页。另见 Administration of the Prince of Pless (1933 年)，《常设国际法院判例汇编》，A/B 辑，第 52 号，第 16 页。

¹⁷⁶ 前注 14。

¹⁷⁷ 同上，见第 87 页。

¹⁷⁸ Amerasinghe, “Local Remedies”，前注 40，第 203 页。

¹⁷⁹ 例见 Browlie，前注 45，第 505-506 页；Doering，前注 59，第 239 页；Schwarzenberger，前注 20，第一卷，第 620 和 622 页（在拒绝司法的背景下提到）；Cançado, Application，前注 40，第 79 页；Jiménez de Aréchaga, G 功 C，前注 86，第 294 页；Jiménez de Aréchaga, International Responsibility，前注 54，第 589 页；Mummery，前注 37，第 403 页。

¹⁸⁰ Amerasinghe，前注 40，第 205-206 页。在 El Oro Mining 案中，英国-墨西哥索赔委员会表示：“本委员会将无意明确规定法庭应在何种期限内作出判决。这将取决于若干因素，其中最重要的是深入审议案件所涉工作量，换句话说，要取决于后者的大小”（前注 175，第 198 页）。

99. 用尽当地补救办法的这一例外可纳入第 14 条(a)项中所载例外，作为徒劳的组成部分。然而，完全有理由认定这是一个单独的例外。众所周知，法庭程序非常缓慢。此一例外可提醒有关国家注意，如果它们不适当地拖延国内诉讼，希望可推迟国际法庭的审讯，那么，它们可能会失去当地补救办法规则的好处。

5. 拒绝接触（第 14 条（f）项）

第 14 条

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

.....

（f）被告国阻止受害人接触被告国内提供当地补救办法的有关机构。

100. 国家可能设法阻止受害外侨实际上接触该国法庭，例外，拒绝其进入该国领土，或制造危险，使之感到试图进入该国领土是不安全的。决心针对一个国家维护自己权利的外国人很少受到欢迎。因此，此类国家往往会行使其拒绝外国人入境的不受质疑的权利，或向外国人表示，一旦他进入该国领土，他的安全将得不到保障。事实上拒不给予当地补救办法的机会可能在第 14 条(a)项中涵盖，但最好承认此类情况是对当地解决办法规则的特殊例外，因为有关补救办法理论上即使是可能获得的也是有效的，但实际上却没有接触的机会。

101. 在国家实践、判例或法律学说中，没有明确支持将这类情况作为对当地补救办法规则的特殊例外。不过，Juliana Kokott 在其提交国际法协会人身和财产外交保护问题委员会的关于“用尽当地补救办法”的 2000 年的报告中，针对“求偿人事实上被阻止获得现有补救办法”，提出了对当地补救办法规则的一项例外。¹⁸¹ 为支持这一建议，她表示：

“出于事实理由的徒劳无益尤其包括申请人须冒生命危险在有关国家寻求补救办法的情况。这可能是由于对别国国民‘普遍的敌意’或也可能是基于特定外侨或某一群体面临的危险，只要这些危险得到令人满意的确认。事实上的徒劳无益的其他例子包括妨碍和阻止，拒绝司法等，导致外侨由于该国指示或容忍的做法或政策，无法接触法庭。”¹⁸²

Kokott 的建议源于人权判例，¹⁸³ 但没有恰当的理由表明，为什么不能通过逐渐发展的方式，将其扩展为制约用尽当地补救办法的一般法律原则。

¹⁸¹ Exhaustion of Local Remedies，前注 31，第 629 页。

¹⁸² 同上，见第 624-625 页。另见 Doering，前注 59，第 240 页。

¹⁸³ Exhaustion of Local Remedies，前注 31，第 624 页，注 86-91；Akdivar 诉土耳其案，99/1995/605/693，1996 年 9 月 16 日的判决，（1996-IV）《欧洲人权法院，报告和决定》，第 15 号，第 1192 页，见第 1213 页，第 73 段。

C. 举证责任

第 15 条

1. 按照提出论点方须证明其论点的原则，原告国和被告国在与用尽当地补救办法有关的事项方面分担举证责任。

2. 如无特殊情形，在不影响需证明论点的顺序的情况下：

(a) 被告国有责任证明用尽当地补救办法原则对所涉国际索赔适用，而且现有当地补救办法尚未用尽；

(b) 原告国有责任证明第 14 条所指的任何例外情况，或证明此项索赔事关对国家本身的直接损害。

102. 国际诉讼的举证责任所涉问题是须证明什么，须由哪一方来证明。从纳入许多国家法律体系的国际法来看，关于举证责任并无明确、详细的规则。¹⁸⁴ 但大家普遍同意，举证责任在于提出论点的一方。这可以是原告，也可以是被告，因为在诉讼过程中，举证责任随哪一方提出法律论点或见解而转移。¹⁸⁵ 这一处理举证责任的办法并非着眼于技术或形式，而是实用性的，¹⁸⁶ 适用于需要用尽当地补救办法的诉讼。

103. 以前编纂当地补救办法的规则时没有设法拟定关于这一专题的规则。但 Juliana Kokott 在提交国际法协会人员和财产外交保护问题委员会的报告中提议下列举证责任规则：

“1. 原告必须证明他已用尽当地补救办法，或

¹⁸⁴ Parker 案（美利坚合众国诉墨西哥），（1926 年）《国际仲裁裁决汇编》4，第 35 页、第 39 页。

¹⁸⁵ G. Ripert, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux” (1933-II), 《法院判例汇编》44, 第 565 页、第 546 页。又见 P. Guggenheim, 《Traité de droit international public》, 第 81 页；B. Cheng, “Burden of proof before the I. C. J.”, (1953 年), 《国际比较法季刊》第二期, 第 595 页、第 596 页；Law, 前注 24, 第 55 页；J. E. S. Fawcett, 《The Application of the European Convention on Human Rights》(1965 年) 第 458 页；A. P. Sereni, 《Principi generali di diritto e processo internazionale》(1955 年), 第 30、40、76、90 页；J. Chappez, 《La Règle de l'épuisement des voies de recours internes》(1972 年), 第 234-237 页；Amerasinghe, 《Local Remedies》, 前注 40, 第 277-283 页；Cancado Trindade, 《Application》, 前注 40, 第 134-136 页、第 169 页；G. Scelle, “Draft on arbitral procedure”, 载于《1958 年……年鉴》, 第二卷, 第 1 页, A/CN.4/113(特别参看第 21 条, 第 9 和 14 页)；瑞士在 Interhandel 案中递呈的文件, 《1959 年国际法院书状汇编》, 第 562-563 页。Sed contra B. Robertson, “Exhaustion of Local Remedies in International Human Rights Litigation-The Burden of Proof Reconsidered” (1990 年), 《国际比较法季刊》第 39 期, 第 191 页、第 191-193 页、第 196 页, 文中将法律举证责任与事实举证责任加以区分, 认为法律举证责任仍然在于一方（即原告）。

¹⁸⁶ Gaja, 前注 118, 第 227-231 页。

2. 他免于这样做。

3. 东道国必须证明进一步补救办法仍然存在，尚未用尽。”¹⁸⁷

104. 在各人权监测机构的工作中可找到许多关于举证责任的案例。¹⁸⁸ 欧洲人权法院的裁决指出，请求人首先有责任在其请求书中有合理把握地表明他已用尽东道国提供的当地补救办法。如果被告国随后称当地补救办法尚未用尽，取证责任就转到了被告国，被告国就需要使法院确信请求人仍然有能够纠正过错的有效补救办法。一旦被告国满足了这一要求，请求人就有责任说明政府提出的补救办法事实上已经用尽，或他有特殊情况，因而无法用尽这些补救办法。¹⁸⁹

105. 这些原则对一般国际法的适用是有限的，因为需证明的各种说法的先后秩序受下列情况的影响：

“各人权公约通常规定，有关监督机关只有在确信已按公约要求用尽当地补救办法之后才对请求书进行实质审理。”¹⁹⁰

此外，各人权机构可以审查遵守用尽当地补救办法的规则的情况，即使被告没有提出任何反对，原告也应理所当然地自行用尽这些补救办法。¹⁹¹

106. 仲裁裁决和司法裁决没有澄清这个问题。一些仲裁法庭裁定原告应有责任证明当地补救办法已经用尽或这条规则的某一例外可以适用，¹⁹² 其它一些仲裁法庭则根据案件情况假定补救办法无效，要求被告证明仍有尚未用尽的当地补救办法。¹⁹³ Panevezys-Saldutiskis 铁路案、芬兰海运公司案仲裁裁决、Ambatielos

¹⁸⁷ Kokott, “Exhaustion of Local Remedies”, 前注 31, 第 630 页。

¹⁸⁸ J. Kolott, 《The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law》(1998 年); Amerasinghe, 前注 40, 第 291-297 页; Cançado Trindade, 前注 40, 第 143-171 页; Robertson, 前注 185; Vélasquez Rodríguez 案, 前注 60, 第 305 页, 第 59-60 段; Akdivar 诉土耳其案, 前注 183, 第 1211 页, 第 68 段。

¹⁸⁹ 见 Foti 等其他人, 前注 112, 第 180-182 页; Selmouni 诉法国, 欧洲人权法院, 第 25803/94 号申请书, 1999 年 7 月 28 日判决书 (荷兰干预), 第 26 页, 第 76 段, 可在下列网址调阅: <http://www.dhcour.coe.fr/>。

¹⁹⁰ Kolott, “Exhaustion of Local Remedies,” 前注 31, 第 628 页。

¹⁹¹ Cançado Trindade, 《Application》, 前注 40, 第 153-157 页。

¹⁹² Studer 索赔案 (美国诉英国) (1925 年), 《国际仲裁裁决汇编》第 6 期, 第 149 页、第 153 页; La Guaira 电力公司案 (美国诉委内瑞拉) (1903-1905 年) (国际仲裁裁决汇编) 第 9 期, 第 240 页、第 243 页; Napier 案, Moore, 《International Arbitrations》, 前注 13, 第 3 卷, 第 3152 页、第 3154 页。

¹⁹³ 见 In re Gill 案 (联合王国诉墨西哥) (1931-32 年), 《年度摘要》第 6 期, 第 203-204 页; “Forests in Central Rhodopia”, 《年度摘要》第 7 期, 第 91 页、第 94 页, (1934 年) 《美国国际法学报》第 28 期, 第 774 页、第 789 页; Brown 索赔案, 前注 13。另见 Tanaka 法官在巴塞罗那牵引案中的分别意见, 前注 28, 第 145-147 页。

索赔案和 ELSI 案都涉及这个问题，Aerial 事件案（以色列诉保加利亚）和挪威贷款案（在此案中，Lauterpacht 法官就此专题分别发表了重要的意见）的书状中也提出了这个问题。

107. 在 Panevezys-Saldutiskis 铁路案中，请求国爱沙尼亚称，用尽当地补救办法规则不能适用，原因是立陶宛最高法院已经就此作出不利于请求人的裁决，因此立陶宛其他法院不能受理此案。关于这些问题，常设国际法院指出：

“如果这些论点之一能得到证明，本法院就有义务推翻立陶宛第二次发表的反对意见[认为当地补救办法没有用尽]。

“.....

“需清楚证明的是立陶宛法庭无权受理 Esimine 公司提出的关于它对 Panavezys-Saldutiskis 铁路所有权的诉讼案件。在这一点得到清楚证明之前，本法院不能接受爱沙尼亚代理的下列论点：由于立陶宛法律没有规定补救办法，用尽当地补救办法的规则在此案中不能适用。”¹⁹⁴

以上各段表明，一旦被告提出反对意见，认为当地补救办法没有用尽，举证责任就落到原告头上，原告就需要证明当地补救办法规则的一项例外可以适用。

108. 在芬兰海运公司案中，仲裁员 Bagge 认为：

“[当地补救办法规则]仅对原告国政府在国际程序中提出的事实论点和法律主张有影响；如要‘按案情是非曲直作出公平裁决’，只能参考根据这些论点提出的要求。”¹⁹⁵

Law 对上述不明确的推理作了字面解释，认为

“举证责任在于向法庭提出案件的国家，因为这需要完全参考该国提出的论点，这些论点如果有理，就意味着当地补救办法或不存在，或已经用尽。”¹⁹⁶

109. Ambatielos 案的审理采取了不同的办法，认为最初举证责任在于被告国，被告国需要证明有效补救办法仍然存在，尚未用尽：¹⁹⁷

“如果要充分说明某一国际诉讼程序不能受理，被告国必须证明在其国际法体系中还有尚未得到使用的补救办法。但法学家的意见和司法先例中表达的

¹⁹⁴ 前注 14，第 18-19 页。

¹⁹⁵ 前注 13，第 1502 页。

¹⁹⁶ 前注 24，第 56 页。

¹⁹⁷ 同上，第 56-57 页。

意见都认为，显然无效的补救办法即使存在，也不足以证明有理由适用这一规则。”¹⁹⁸

110. ELSI 案也为关于被告国有责任证明现有补救办法尚未用尽的论点提供了依据：

“关于分庭目前审理的索赔案的实质问题，在各市政法庭有如此多的诉讼案件。有鉴于此，意大利有责任证明某种当地补救办法尚未得到利用，或至少尚未用尽。意大利从未设法否认这一责任……

“但在本案中，意大利有责任证明某一补救办法仍然存在，美国股东可以利用，但没有利用。本分庭认为意大利尚未履行这一责任。

“由于在本案中许多人已投诉市政法庭，因此很难确定当地补救办法已否真正‘用尽’。但在本案中意大利尚未能够向本分庭证明某些补救办法显然仍然存在，而独立于 ELSI 及其破产财产管理人的 Raytheon 和 Machlett 本应利用和用尽这些补救办法。”¹⁹⁹

111. 在 Aerial 事件案中，被告国保加利亚的律师争辩说，被告国已经表明其法庭对外国人开放，可供外国人利用，因此请求国以色列就有责任证明这些补救办法并不存在或无效。²⁰⁰

112. 在挪威贷款案书状中举证责任问题十分突出，但法院不需就此作出裁决。法国争辩说，法国政府作为请求人/原告，没有责任证明挪威当地补救办法无效。相反，挪威有责任证明“其司法补救办法是有用的”。²⁰¹ 挪威在答复中争辩说，国际法规则要求原告在将案件提交法院之前先用尽当地补救办法：

“法国政府如果认为这条原则不能适用，就应提出不能适用的理由……²⁰² 挪威政府不需证明根据挪威国内法法国持票人有充分的补救办法，因此先用尽国内补救办法的规则须予以遵循。法国政府有责任证明情况并非如此。”²⁰³

随后，挪威承认被告需要证明国内补救办法确实存在，但认为原告需证明这种补救办法无效：

¹⁹⁸ 前注 14，第 119 页。

¹⁹⁹ 前注 35，第 46-48 页，第 59-63 段。着重部分由作者标明。

²⁰⁰ 《1959 年国际法院书状汇编》，第 559 页、第 565-566 页。

²⁰¹ 前注 127，第一卷，第 183-184 页。

²⁰² 同上，第一卷，第 208 页，第 110 段。

²⁰³ 同上，第一卷，第 281 页，第 114 段。

“国内补救办法存在的事实一旦确立，事先用尽国内补救办法的规则就应适用。请求国如果想回避这条规则，就有责任证明由于现有补救办法无效，因此这条规则不能适用。”²⁰⁴

法国在答复时争辩说，各方有义务合作提呈证据，挪威不能简单地声称其法院是不带偏袒的。此外，鉴于有关法律已造成争端，并且似乎排除了当地法庭的管辖权，挪威需要证明在挪威法庭寻求补救前景合理。²⁰⁵

113. Lauterpacht 法官在关于挪威贷款案的分别意见中提出下列看法：

“（1）通常，原告国有责任证明有效补救办法并不存在；

（2）如果法律字面规定已剥夺了私人原告获得补救的权利，则不需这种证明；

（3）在这种情况下，被告国就有责任证明尽管表面上得不到补救，但仍然可以合理地认为补救办法是存在的；

（4）举证责任不应过份苛求，以致举证过于困难。”²⁰⁶

一些法学家对 Lauterpacht 的意见表示完全支持，²⁰⁷ 但绝不能忘记这条意见适用于在法院陈述的事实，即挪威的法律事实上似乎使当地补救办法无效。因此，Lauterpacht 的意见“似乎不能普遍适用。”²⁰⁸

114. 许多法律文献都重点论及证明当地补救办法是否有效的责任问题，但在每个案件中，称当地补救办法无效所依据的情景各异。在某一案件中，当地补救办法无效可能很明显，因为法律规定地方法庭无权审理有关事项。在另一案件中，当地补救办法无效可能不那么明显，例如，据称法庭有偏见，或法庭受行政部门控制。在第一种情况下，在被告国反驳之前，可以假定当地补救办法无效，而在第二种情况下，原告国有责任证明其说法有理。²⁰⁹ 所有这一切都说明需要灵活对待举证责任。

²⁰⁴ 同上，第二卷，第 162 页。着重部分原有。又见同上，第二卷，第 161 页。

²⁰⁵ 同上，第二卷，第 187-188 页。

²⁰⁶ 前注 44，第 39 页。

²⁰⁷ Head，前注 118，第 155 页；O’Connell，前注 20，第 2 卷，第 1058 页。

²⁰⁸ T. Haesler, 《The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals》(1968 年)，第 59-59 页。

²⁰⁹ Brownlie，前注 45，第 500 页；Law，前注 24，第 57-58 页。

115. 法学家阐述举证责任专题时往往相当谨慎，不叙述涉及所有情况的整套详细规则和细则。²¹⁰ 虽然学者们详细分析了现有权威的论点，但极少有人超越 Jiménez de Aréchaga 的下列归纳：

“援引当地补救办法规则来反驳某一指控的国家需要证明某一补救办法尚未得到利用。如果原告国答复说，从案件情况来看，现有补救办法无效或不完善，该国就需要证明这一说法是正确的。”²¹¹

116. 举证责任在很大程度上取决于诉讼角色的分工（即哪一方提出什么样的问题），而诉讼程序在很大程度上又取决于案情。例如，如果案件由双方根据一项仲裁协议共同提交仲裁法庭，而仲裁协议意味着放弃这项规则，原告国就不太可能在其最初呈文中出具证据说明所有现有有效补救办法均已用尽。在这种情况下，被告国将首先提出这个问题，举证责任也就落在被告国头上，被告国需说明当地补救办法仍然存在，而且这条规则对案件适用。如果在同一情况下，特定案件中的原有伤害与外国人同被告国之间的一项合同有关，而这项合同中含有卡尔沃条款，其中规定该外国人放弃外交保护的权利，在这种情况下，被告国就可以援引卡尔沃条款来转移举证责任。²¹² 此外，如果指控是根据某一文书提出，而该文书明言要求用尽当地补救办法，则举证责任的分工就完全不同。原告国就有义务在其呈件中表明现有当地补救办法已经用尽，或表明为何这样做没有必要。被告国政府在答复时将需要说明进一步补救办法的存在，并说明这些补救办法是有效的，以此驳斥当地补救办法没有用尽的论点。

117. 由于上述理由，审查案例和文献只能得出一个结论：制定任何具体规则都很困难，也不明智，只能指出举证责任应由各方分担，在案件审理过程中不断彼此转移，提出某一确定论点的一方有责任证明这一论点。第 15 条设法对此作出规定。

118. 委员会不妨采取下列立场：第 15 条第 1 款是一项通则，不需加以编纂。在这种情况下，委员会可仅仅编纂第 15 条第 2 款。委员会也可以采用第 101 段提及的 Juliane Kokott 向国际法协会提出的简短、但不够精确的提案。

²¹⁰ C. F. Amerasinghe 写道：“但这个专题目前在某些方面含糊不清，尚未有人从法理上予以全面审议。由于举证责任与诉讼有关，同其有关的司法先例重要性不能低估。因此，很重要的一点是，虽然案文起草人同意举证责任应予以分配，但超越上文提及的既定规则、为这种分配制定任何具体规则既不可能，也不可取”（《Local Remedies》，前注 40，第 287-288 页）。

²¹¹ “General Course”，前注 86，第 295 页。又见 Jiménez de Aréchaga，“International responsibility”，载于 M. Sørensen 所编《Manual of Public International Law》（1968 年），第 531 页、第 590 页；《Oppenheim's International Law》，前注 53，第一卷，第 526 页。

²¹² 见德克萨斯北美疏浚公司案（美国诉墨西哥合众国），1926 年 3 月 31 日裁决，转载于（1926 年）《美国国际法学报》第 20 期，第 800 页、第 807 页、第 20-21 段。