



国际法委员会

第五十三届会议

2001年4月23日至6月1日和
7月2日至8月18日，日内瓦

关于外交保护的第二次报告

特别报告员约翰·杜加尔德先生

目录

章次	段次	页次
A. 用尽当地补救办法.....	1-4	2
B. 必须用尽当地补救办法的一般原则.....		3
C. 用尽当地补救办法规则是一项习惯法规则.....	5	3
D. 需要用尽当地补救办法的人.....	6	4
E. 主要和次要规则.....	7-10	4
F. 要用尽的补救办法.....	11-17	7
G. 提出要求的主要依据是一国国民所受的损害时必须用尽当地补救办法..	18-34	10
第 11 条.....	18-31	10
第 12 条.....	32-34	15
第 13 条.....	35-43	15
H. 编纂.....	35-43	17
I. 司法裁决.....	44-50	21
J. 国家实践.....	51-52	25
K. 法学家的意见.....	53-62	26
L. 结论.....	63-66	31
M. 今后的工作.....	67	32

A. 用尽当地补救办法

1. 用尽当地补救办法规则是习惯国际法的规则。在 *Interhandel* 案中，国际法院说：

“在进行国际诉讼前必须用尽当地补救办法的规则是习惯国际法公认的规则；一国受理本国国民声称另一国违反国际法漠视其权利时一般遵守这项规则。在这种情况下一国诉诸国际法院前，应让违法的国家有机会在其国内制度的框架内用本国办法进行补救，这被认为是必要的。”¹

在 *Elettronica Sicula (ELSI)* 案中，国际法院不仅说它是一项规则，而且称它为“习惯国际法的一项重要原则”。²

2. 这项规则有许多理由。波查德提出以下理由：

“第一，公民出国时推定会考虑到当地法律提供的纠错补救办法；第二，根据主权和独立权利当地国家完全有理由要求其法院不受干涉，因假定其法院有能力伸张正义；第三，投诉公民所属国政府必须让违法国政府有机会以它自己的正常方式为受害一方伸张正义，尽可能避免任何国际讨论；第四，如果是个人或低级公务人员造成的伤害，有必要用尽当地补救办法，以确定不法行为或拒绝司法是一国的蓄意行为；第五，如果是一国的蓄意行为，则必须确定该国打算对该不法行为不予纠正。如果有司法补救办法存在，必须寻求司法补救，这是合乎逻辑的原则。只有在寻求司法补救不果并确定拒绝司法时，才适宜进行外交干预。”³

希门尼斯·德阿雷查加认为，这项规则的基础是“尊重有能力通过本国司法机构处理这一问题的国家的主权和管辖权。”⁴

3. 用尽当地补救办法的规则列入于国际法委员会一读通过的关于国家责任的条款草案第 22 条。⁵ 该条的评注⁶ 把用尽当地补救办法的要求作为“一项一般国

¹ 1959 年《国际法院案例汇编》，英文本第 27 页。

² 1989 年《国际法院案例汇编》，英文本第 42 页，第 50 段。

³ 《国外公民的外交保护》(1915 年)，第 817 页和第 818 页。进一步的原因见《国际公法百科全书》，“用尽当地补救办法”，K. Dohering 编，第三卷，第 238 页；Bernardo Sepulveda Amor, “International Law and National Sovereignty: NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction” (1996 年)，19 *Houston Journal of International Law*, 第 586 页。

⁴ “International Responsibility”, in M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law* (1968 年)，第 584 页。

⁵ 《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》及其更正 (A/51/10 和 Corr. 7)，第三章 D. 1 节。

⁶ 《1977 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），英文本第 30 至第 50 页。

际法原则”。起草委员会 2000 年二读暂时通过的关于国家责任的条款草案⁷ 规定，“在下列情况下不得援引一国责任：……该项要求应适用用尽当地补救办法规则，但却未用尽可利用的有效当地补救办法”，⁸ 关于这个主题的这个规则的起草工作则留交这些研究报告处理。

4. 负责起草第 22 条的特别报告员罗伯特·阿戈成功地把用尽当地补救办法的许多原则纳入一项单独条款，整个条款是很长的一句。其内容如下：

“如一国行为造成不符合某项国际义务要求它给予外国人，不论自然人或法人的那种待遇的情况，但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果，则该国只在有关外国人用尽他们所利用的一切有效的当地补救办法，而仍未能得到该国际义务所规定的待遇或相当的待遇时，才算违背该国际义务。”

本报告不打算仿效这种手法，原因是，第一，本报告所审议的用尽当地补救办法规则的组成部分，超过阿戈涉及的范围；⁹ 第二，用几条条款草案比较可以达到清晰明了的目的。因此，本报告至少用 5 个条款替代罗伯特·阿戈的单一条款。

B. 必须用尽当地补救办法的一般原则

第 10 条

1. 一国对其国民、不论自然人或法人所遭受的损害，在该受害国民依照第 15 条的规定在据称应对其损害负责的国家内用尽一切可以利用的当地法律补救办法之前，不得提出国际要求。

2. “当地法律补救办法”指自然人或法人作为合法权利可以在普通的或特别的司法或行政法院或当局获得的补救办法。

C. 用尽当地补救办法规则是一项习惯法规则

5. 用尽当地补救办法是习惯国际法的一切公认规则，这一点没有任何争议。国际法庭¹⁰ 和国家法庭的裁决、双边和多边的条约、国家惯例、政府机构和非政府组织的法规汇编和法学家的论文，都肯定了这一点。条约、特别是投资条约有时

⁷ A/CN.4/L.600。

⁸ 同上，第 45 条。

⁹ 阿戈承认，第 22 条并不妄求涵盖用尽当地补救办法规则的所有方面，特别是超出条款草案目的的方面，如国家责任一般规则的编纂，见第 22 条评注，上文注 6，第 52 和第 61 段，英文本第 48 和第 50 页。

¹⁰ 见上文第 1 段。

也许不采用这项规则的事实，绝不减损该规则的通用性或其公认的普遍性。¹¹ 委员会一读通过的关于国家责任的条款草案第 22 条评注¹² 列述了一系列证明其正确性的来源。在这里不必复述这些来源。

D. 需要用尽当地补救办法的人

6. 自然人和法人都需要用尽当地补救办法。局部或主要由公有资本资助的外国公司如果从事管理权行为，也需要用尽当地补救办法。¹³ 另一方面，外交官或国营企业从事统治权行为无需用尽当地补救办法，因为对他们造成的损害就是对国家的直接损害，而用尽当地补救办法的规则不适用于这种损害。¹⁴

E. 主要和次要规则

7. 这里不打算界定或说明一广大系列的国际不法行为，这些行为在外侨遭受损害而用尽当地补救办法规则适用时，引起国家责任。如果这样做的话，会干扰国际法“主要规则”的领域，这是委员会在关于国家责任的条款草案中尽力避免的情况，也是委员会建议在外交保护的研究中避免的问题。¹⁵ 这项政策在委员会处理国家责任问题时发挥了良好作用。然而，应强调的是，第一，主要规则和次要规则之间没有明显的区别；第二，它们的区别仅以不很明确的制例为基础；第三，这种区别在关于用尽当地补救办法的研究方面价值不大。

8. 委员会成员间对于某项规则究竟应定为主要规则抑或次要规则的问题，常常意见分歧，¹⁶ 这证明明确区分主要规则和次要规则是行不通的。学者们也很难作出明确的区分。¹⁷

¹¹ 上文注 6，第 55 段，英文本第 49 页。另见 C. F. Amerasinghe, “Whither the Local Remedies Rule?” (1990 年), 5 ICSID Review 292 (下称“Whither the Rule”)。

¹² 上文注 6。

¹³ 上文注 6，第 45 段，英文本第 46 页；R. Ago, 《1977 年国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），关于国家责任的第六次报告，A/CN.4/209 号文件，第 103 段，英文本第 40 页；另见个人和财产外交保护问题委员会向国际法协会伦敦会议（2000 年）提交的报告，第 12 页和第 13 页；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* (1996 年), 第 65 页；C. H. P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961 年), 第 116 页至第 121 页。

¹⁴ 见下文第 27 段。

¹⁵ 在第四十九届会议上，国际法委员会的一个工作组建议，外交保护的研究工作“应限于编纂次要规则：在处理需要有国家国际不法行为为先决条件的问题时，不应处理被违反的国际法律义务的特定内容，无论是习惯法或条约法下的义务。”《大会正式记录，第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章 B 节第 181 段。

¹⁶ 委员会一读通过的关于国家责任的条款草案（上文注 5）中，关于国家国际罪行的有争议的的第 19 条常常被分类为次要规则法规中的主要规则。见 James Crawford 编写的关于国家责任的第一次报告（1998 年），A/CN.4/490，第 18 段。

9. 特别报告员加西亚·阿马多曾建议在他编写的关于国家责任的条款草案中编纂国际最低标准，这给委员会造成困难；为了摆脱这些困难，特别报告员罗伯特·阿戈提议区别主要规则和次要规则。¹⁸ 阿戈在其关于国家责任的第二次报告中首次提出这种区别时不大注意它的判例基础，他在报告中说：

“责任问题在各个方面都同委员会以前编纂的其他主题大不相同。在以前的条款草案中，委员会一般着重界定国际法规则，对某种国家间关系具体规定国家的义务。这些规则同其他规则相比，在某种程度上可以被称为‘主要规则’、而其他规则、包括责任方面的规则，则称为‘次要规则’，因为它们只是确定不履行主要规则规定的义务的后果。”¹⁹

1961年哈特在《法律概念》中阐述了主要规则和次要规则的区别，他把次要规则基本看作为认可规则，目的在鉴定有关义务的主要规则，²⁰ 熟悉哈特所作这种区别的普通律师立即可以看出阿戈还有其他一些法理学的解释。阿戈很可能受到阿尔夫·罗斯²¹ 等法学家的著作影响，罗斯认为，规定义务的“主要规范”必须加上实际有效力（制裁）的“次要规范”，一项法律规则方可视为完整。²² 不论委员会在区别主要规则和次要规则方面可能受到何种启发，它都没有建立在明确的法理学基础上。

10. 尽管区别主要规则和次要规则在国家责任领域有所帮助，但是研究外交保护范畴内用尽当地补救办法的问题时，不能过于严格地保持这种区别，因为拒绝司法的概念同用尽当地补救办法的规则密切相关。研究用尽当地补救办法规则的学者往往同时也研究拒绝司法问题，作为用尽当地补救办法规则的组成部分，或至

¹⁷ 见 R. B. Lillich, “Duties of States regarding the Civil Rights of Aliens” (1978 年, III), 161 *Recueil des Cours* 373。另见 J. Combacau and D. Allard, “‘Primary’ and ‘Secondary’ Rules in the Law of State Responsibility: Categorizing International Obligations” (1985 年), 16 *Netherlands Yearbook of International Law* 81。这篇非常深奥的文章并没有阐明主要规则和次要规则间的区别。相反，它只是证明区分它们的固有困难。

¹⁸ 见阿戈关于国家责任的第一次报告，《1969 年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/CN.4/217 和 Add.1 号文件，第 125 至第 141 页；和关于国家责任的第二次报告，《1970 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 177 至第 197 页，A/CN.4/233 号文件。

¹⁹ 《1970 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 178 至第 179 页，A/CN.4/233 号文件。

²⁰ K. Wellens, “Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law: Some Reflection on Current Trends”, in L. A. N. M. Barnhoorn and K. C. Wellens (eds.), *Diversity in Secondary Rules and the Unity of International Law* (1995 年), 第 3 页，他从哈特区别主要规则和次要规则的角度阐述了国际法问题。然而，文中并没有说这种区别启发了阿戈处理国家责任问题的方式。

²¹ *On Law and Justice* (1959 年), 第 209 和第 210 页。

²² 关于这一事项的讨论，见 L. F. E. Goldie, “State Responsibility and the Expropriation of Property” (1978 年), 12 *International Lawyer* 63。

少认为有必要探讨拒绝司法和用尽当地补救办法之间的联系。²³ 还有, 编纂当地补救法规则时往往设法给拒绝司法下某种定义。²⁴ 这类情况加上拒绝司法可能既被视为次要规则, 免除诉诸其他补救办法 (同第 15 条讨论的“无效规则”相联系), 又被视为主要规则造成国际责任的这一事实表明, 在研究国家责任问题时试图严格区别主要规则和次要规则的做法, 在现在这份研究报告中不应同样严格地仿效。委员会一读通过的关于国家责任的条款草案第 22 条评注告诫说, 审议用尽当地补救办法的专题时, “必须不惜一切代价避免涉及国际法‘主要’规则的内容。”²⁵ 不过, 这个告诫只针对编纂国家责任的规则, 并不妨碍委员会在研究外交保护问题时采用不同的处理方式。

²³ C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (1990 年), 第 3 章 (下称“Local Remedies”); Borchard, 上文注 3, 第一部分, 第 8 章; A. A. Cancado Trindade, “Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law” (1978 年), 53 *Philippine Law Journal* 404 (下称“Denial of Justice”); C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (1928 年), 第 113 页; and “Denial of Justice in International Law” (1928 年), 22 *A. J. I. L.* 542; D. P. O’Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970 年), 第二卷, 第 945 至第 950 页; R. Jennings & A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., (1992 年), 第一卷, 第 525 页和第 544 页; I. L. Head, “A Fresh Look at the Local Remedies Rule” (1967 年), 5 *Canadian Yearbook of International Law* 149; A. O. Adede, “A Survey of Treaty Provision on the Rule of Exhaustion of Local Remedies” (1977 年), 5 *Harvard International Law Journal* 1 (下称“Survey”); and “A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of the Denial of Justice” (1976 年), 14 *Canadian Yearbook of International Law* 76 (“the doctrine of denial of justice and the local remedies rule are two sides of the same coin”) (下称“Fresh Look”); F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law* (1932 年), 第 146 至第 159 页。

²⁴ “Articles Adopted in First Reading by the Third Committee of the Conference for the Codification of International Law”第 4 条和第 9 条 (1930 年, 海牙) (League of Nations publication V. Legal, 1930. V. 17) (见《1956 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 225 和 226 页); American Institute of International Law (1925 年) Project No 15, 第 4 条; (见《1956 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 226 页); Draft Convention on Responsibility of States for Injuries on their Territory to the Person or Property of Foreigners, Institute of International Law (1927 年), 第 5 和第 6 条 (同上, 第 228 页); Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners (particularly article 9), Harvard Law School 1929 年 (同上, 第 229 页); Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State in the Opinion of Latin-American Countries (第 8 条), prepared by the Inter-American Juridical Committee in 1962 (见《1969 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 153 页, A/CN.4/217 和 Add.1 号文件); F. V. Garcia Amador, Third Report to ILC, (见《1958 年国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 55 至 60 页, A/CN.4/111 号文件)。

²⁵ 上文注 6, 第 52 段, 第 48 页。

F. 要用尽的补救办法

11. 关于在提出国际要求之前外侨必须用尽的补救办法是什么，各国的规定肯定不尽相同。因此，任何编纂都不可能成功地提供一个适用于一切情况的绝对规则。

“一切”、“可利用的”等字以及当地补救办法以“普通的或特别的司法或行政法院或法庭”的补救办法为限的规定可提供某些指导，但不能指望涵盖一切情况。还有，该条必须同第 15 条一并研读，第 15 条规定必须用尽当地可利用的一切补救办法规则的例外情况。

12. 必须用尽给受害人带来成功希望的一切法律补救办法的意见，得到大力支持。在 Nielsen 诉 Denmark 案²⁶ 中，欧洲人权委员会说，用尽当地补救办法的规则要求“应可诉诸根据当地法律可以利用的一切法律补救办法”；而在 Ambatielos 索赔案²⁷ 中，仲裁法庭宣称，“国内法提供的整个法律保护制度必须全试验过”。学者们也编写要求用尽法律补救办法的规则。²⁸ 不过，当地补救办法中“法律”一词的含义有些含糊。

13. “法律”补救办法显然包括司法补救办法。外国国民必须用尽被告国国内法规定的可利用的一切司法补救办法。如果有国内法允许根据案情向最高法院上诉，则必须进行上诉，以保证此案获得最终裁决。在这方面，法院包括普通法院和特别法院，因为“关节点不是法律补救办法的普通性质或特别性质，而是它能否提供有效和充分的补救手段”。²⁹

14. 法律补救办法还包括行政机构的补救办法，条件是外国国民必须有权从法庭获得补救。有些权威文书制订的诉诸行政当局的规定过于广泛。1961 年哈佛法学院编写的“国家对外侨受损害的国际责任公约草案”³⁰ 说，“如果要求者使用了被告国向他提供的一切行政、仲裁或司法补救办法”，³¹ 应视为用尽了当地补救办法。还有，该公约草案的解释性评论说：

²⁶ 欧洲委员会，(1961 年) 欧洲人权委员会报告，第 343/57 号申请案，第 37 页。

²⁷ (1956 年) 12 U. N. R. I. A. A. 120。

²⁸ 例如，见 Oppenheim's International Law, 上文注 23, 第 523 页; Amerasinghe, Local Remedies, 上文注 23, 第 157 页; A. A. Cancado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law (1983 年), 第 58 页 (下称“Application of the Rule”)。

²⁹ B. Schouw Nielsen 诉 Denmark 案, Application No. 343/57 (1958 年至 1959 年), 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights 438. 另见 Lawless Case, Application No. 332/57 (1958 年至 1959 年), 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights 318-322。

³⁰ 公约文本，见《1969 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 142 页，A/CN.4/217 和 Add.1 号文件；(1961 年) 55 A. J. I. L. 577。

³¹ 第 19 条。

“行政补救办法指通过政府行政部门提供的一切补救办法，以及通过立法行动可能提供的特殊补救办法，条件是这类要求通常都通过私法法案处理补救问题。”³²

这种方式获得一些学者³³的支持，它表示，要求者不仅需要根据有权利即有补救方法的准则，用尽其有权利用的补救办法，而且需要要求行政部门（或立法部门？）行使斟酌处置权予以补救。显然，用尽种种方式以求获得补救的问题，不属于用尽当地补救办法的范围。必须用尽的当地补救办法包括法律性质的补救办法，“但不包括法律以外的补救办法或恩惠性质的补救办法”，³⁴也不包括“旨在获得优惠而不是维护权利”的补救办法。³⁵因此，非司法性或准司法性和斟酌处置性的行政或其他补救办法不属于当地补救办法规则的适用范围。³⁶

15. 在 *Ambatielos* 索赔案³⁷ 中，仲裁委员会认定有关的外国国民没有用尽当地补救办法，因为他没有召唤一名关键证人作证；仲裁委员会认为，“‘当地补救办法’不仅包括诉诸法院和法庭，而且包括利用国内法向这些法院和法庭诉讼当事人提供的程序性工具”；仲裁委员会的这一立场受到批评，认为这把过重的负担加在外国国民身上，³⁸ 这种批评是对的。起草准确反映 *Ambatielos* 索赔案复

³² L. B. Sohn & R. R. Baxter, *Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (1961 年), 第 164 页。

³³ Adede, “Survey”, 上文注 23, 第 4 至第 7 页。

³⁴ J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed. (ed. H. Waldock), 第 281 页; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998 年), 第 499 页(下称“Principles”); C. F. Amerasinghe, “The Local Remedies Rule in Appropriate Perspective” (1976 年), 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 747 (下称“The Local Remedies Rule”); A. M. Aronovitz, “Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights” (1995 年), 25 *Israel Yearbook on Human Rights* 89; *Greece v. United Kingdom*, Application No 299/57 (1958 年至 1959 年), 2 *Yearbook of ECHR* 192; *Finnish Vessels Arbitration* (1934 年), 3 *U.N.R.I.A.A.* 1479。

³⁵ *De Becker v. Belgium*, Application No 214/56, (1958 年至 1959 年), 2 *Yearbook of ECHR* 238; E. Jimenez de Arechaga, “General Course in Public International Law” (1978 年-I), 159 *Recueil des Cours* 293 (下称“General Course”)。

³⁶ *Cancado Trindade*, Application of the Rule, 上文注 28, 第 62 页; Amerasinghe, *Local Remedies*, 上文注 23, 第 161 页; J. E. S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965 年), 第 295 页(下称“Application”)。In *Velasquez v. Rodriguez*, *Inter-American Court of Human Rights*, Preliminary Objections, judgement of 26 June 1987, Series C, No.1 (1994 年): 法院把补救办法定义为“适合解决合法权利问题”的办法(同上, 第 64 段, 第 222 页)。

³⁷ 上文注 27, 第 120 页。

³⁸ 见仲裁员 Spiropoulos 的不同意见, 同上, 第 128 页; Amerasinghe, *Local Remedies*, 上文注 23, 第 215 页至第 249 页; E. Jimenez de Arechaga, “International Responsibility”, in M. Sorensen (ed.), *Manual of public International Law* (1968 年), 第 586 页至第 587

杂情况的规则，似乎既不可能，也不明智。较可取的办法似乎是把这个案例提请诉讼当事人注意：如果他们在国内一级编写和提出要求时失误，而在行动上没有用尽当地补救办法，他们就不可能在国际一级进行“第二次尝试”。³⁹

16. 为了以用尽当地补救办法为理由充分奠定国际要求的基础，外国的诉讼当事人必须在国内诉讼程序中提出他打算在国际诉讼程序中提出的所有论点。在芬兰船舶仲裁案中，仲裁员说：

“要求国政府提出的对事实的所有论点和法律陈述……都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。”⁴⁰

国际法院在 ELSI 案中确认了这项原则。⁴¹ 同 Ambatielos 索赔案中的“规则”一样，这项原则在评注中似乎是对可能的诉讼当事人的一种劝告，而不是作为用尽当地补救办法条款的一个组成部分。

17. 第 10 条明确规定，当地补救办法必须是“可以利用的”。这指当地补救办法必须在理论上和实践上都是可以利用的。然而，外国国民究竟必须在何种程度上检验或用尽表面上看来在理论上存在但实际上不能利用的当地补救办法，则意见不一。在 Rhodope Forest 索赔案⁴² 中，法庭认为，在根据国内法元首免受起诉的情况，根本没有补救办法可供利用。另一方面，在 Panevezys-Saldutiskis 铁路案⁴³ 中，常设国际法院拒绝接受以下论点：对于政府根据统治权进行没收的行为的合法性提出的反对，没有当地补救办法。法院认为：

“立陶宛法院是否有权受理某一诉讼案件的问题，取决于立陶宛的法律，这是只有立陶宛法院可以作出最后决定的问题。……在确凿证明[立陶宛法院]没有管辖权之前，……本法院不能接受……用尽当地补救办法的规则不适用的论点。”

页；(1956 年) 46 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 306-307 (下称“*International Responsibility*”)。Sed contra T. Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals* (1968 年)，第 81 页至第 92 页；C.H.P. Law, *The Local Remedies Rule in International Law* (1961 年)，第 83 页至第 91 页；Oppenheim's *International Law*, 上文注 23, 第 524 页。

³⁹ 见 O'Connell, 上文注 23, 第 1059 页。

⁴⁰ 上文注 34, 第 1502 页。另见 the Ambatielos Claim, 上文注 27, 第 123 页。

⁴¹ 上文注 2, 第 45 页至第 46 页。另见委员会一读通过的关于国家责任的条款草案第 22 条评注(上文注 6, 第 49 段, 第 46 页), 其中确认, 表明胜诉的打算具有决定性作用。

⁴² (1933 年) 3 U.N.R.I.A.A. 1420。

⁴³ 1939 年,《常设国际法院判例汇编》,A/B 辑,第 76 号,第 19 页。另见 Amerasinghe, “The Local Remedies Rule”, 上文注 34, 第 752 页至第 754 页; 国际法协会报告, 上文注 13, 第 17 页; Aronovitz, 上文注 34, 第 78 页至第 79 页。

法院应根据每宗案件的事实决定有关国家的法律制度里是否没有可以利用的补救办法。虽然律师关于补救办法是否存在的意见，应当认真予以注意，但这些意见不可能就是结论性的。⁴⁴ 第 15 条中将进一步审议补救办法是否存在的问题。

G. 提出要求的主要依据是一国国民所受的损害时必须用尽当地补救办法

第 11 条

提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决的主要依据是一国国民所受的损害，而且纯粹因为该国民遭受损害才提出法律诉讼程序时，应用尽当地补救办法。[在裁决此事项时应考虑所要求的补救方法、要求的性质和争端的主题等因素。]

18. 用尽当地补救办法规则应属外交保护问题的研究范围，因为该规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。如果要求国因另一国的不法行为而直接受到损害则不适用此规则，⁴⁵ 因为在此情况下，该国本身便有明显理由提出国际要求。而且，在此种情况下，也不可能指望一国用尽当地补救办法，因为这将违反平等者之间无统治权和管辖权的原则。⁴⁶

19. 实际上很难确定要求是“直接”还是“间接”，抑或“混合”，即要求包括国家及其国民都遭受损害的要素。⁴⁷ 提交国际法院的许多争端都有混合要求的特征。1955 年 7 月 27 日 Aerial Incident 案（以色列诉保加利亚），⁴⁸ 即保加利亚击落一架 El Al 航空公司班机案中，以色列国家及该班机上的以色列国民均受到损害；在 Hostages 案⁴⁹ 中，伊朗直接违背了对美利坚合众国承担的保护其外交官和领事的义务，同时，被劫持为人质的美国国民（外交官和领事）也受到损害；

⁴⁴ Amerasinghe, Local Remedies, 上文注 23, 第 191 页至第 192 页。

⁴⁵ 《奥本海国际法论》，前注 23, 第 523 页；阿梅拉辛格，《Local Remedies》，前注 23, 第 107 及其后各页；A. V. Freeman, 《the International Responsibility of States for Denial of Justice》，第 404 页；P. Jessup, 《A Modern Law of Nations》（1956 年），第 118 至 120 页；Cancado Trindade, 《Application of the Rule》，前注 28, 第 172 页（特别提到人权案例）；T. Meron, “the Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”（1959 年），《英国国际法年鉴》第 35 期, 85；A. Verdross 和 B. Simma, 《Universelles Volkerrecht: theorie und Praxis》，第 3 版（1984 年），第 886 页；Herdegen, 前注 13, 第 68 页；Adede, “Survey”，前注 23, 第 1 页, 注 1；《Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States》（1989 年），第二部分, 第 902 段, 评注 k, 第 348 页。参看 Brownlie, 《Principles》，前注 34, 第 498 页。

⁴⁶ Meron, 前注 45, 第 83、85 页。参看 Brownlie, 《Principles》，前注 34, 第 498 页。

⁴⁷ G. Fitzmaurice, “Hersch Lauterpacht—The Scholar as Judge”（1961 年），《英国国际法年鉴》第 37 期, 54。

⁴⁸ （初步反对意见）《1959 年国际法院案例汇编》，127。

⁴⁹ 美国驻德黑兰外交和领事人员案，《1980 年国际法院案例汇编》，3。

在 Interhandel 一案⁵⁰中，瑞士就两种不法行为提出要求，一种是违背条约使瑞士受到直接损害的不法行为，一种是因其本国公司受到损害而使瑞士受到间接损害的不法行为。在 Aerial Incident 案中，国际法院无需作出裁决；在 Hostages 一案中，国际法院将要求作为直接违反国际法处理；在 Interhandel 一案中，国际法院认为要求主要是间接的，而瑞士未用尽当地补救办法。

20. 一些作者建议采用不同的检验方法决定要求是直接的抑或是间接的。但是同一决定常常被用来印证不同的检验方法，而且不同检验方法之间有些重叠。以下是用于解释直接与间接要求之间区别的一些最常用检验方法或考虑因素：主要要素、争端的主题、要求的性质、补救办法的性质和必要条件的检验。

21. 在混合要求的情况，法庭必须审查要求的不同要素，决定主要要素是直接的还是间接的。⁵¹ Interhandel 和 ELSI 两案均采用这一检验方法。在 Interhandel 一案中，国际法院指出，尽管争端可能包括直接损害的要素，

“这些论点并不能排除该争端……具有这样的性质，即瑞士政府似乎为了维护其国民的利益。”⁵²

在 ELSI 一案中，国际法院分庭拒绝接受美国的论点，即其要求中有一部分是基于违反条约行为这一理由，因此无需用尽当地补救办法；分庭认为：

“分庭肯定，影响并贯穿美国整个要求的问题，是据称对 Raytheon 和 Machlett[公司]造成的损害。”⁵³

22. 与主要要素检验密切相关的是必要条件或“纯粹因为”的检验，这一检验的目的是要确定如果不是为了为受损害国民提出要求，包括直接和间接损害要素的要求是否会提出。如果这一问题的答案是肯定的，则这一要求为间接要求，必须

⁵⁰ 前注 1。

⁵¹ 根据《Restatement (Second) of the Foreign Relations of the United States》(1965 年)，用尽当地补救办法规则在以下情况下不适用，即“为其提出要求的外侨国籍国就同一不法行为对该国造成的直接损害单独提出主要要求”(第四部分，第 208(c)段)。《Third Restatement》(1989 年)载有同一原则：

“根据国际法，国家为个人提出正式要求前，……，该人通常必须用尽被告国所有的当地补救办法……不涉及个人的违反国际法行为案无需用尽当地补救办法；即便某一违反国际法行为在损害其国民的同时也损害了国家利益的情况下，该国也无需在被告国法院寻求补偿权利被侵的补救办法。”(第二部分，第 902 段，评注 k，第 348 页)。

并见 Meron，前注 45，第 86 页；M.M. Whiteman，《Digest of International law》(1967 年)，第 9 卷，第 779 页。

⁵² 前注 1，第 28 页。

⁵³ 前注 2，第 43 页，第 52 段。

用尽当地补救办法。⁵⁴ ELSI 一案被用来印证这一检验方法的可靠性，但如上文所示，也可用 ELSI 一案支持主要要素检验方法。

23. 主要要素检验方法与“纯粹因为”检验方法之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，那么事实证明，纯粹因为国民遭受损害才提出要求。反之，如果证据显示纯粹因为国民遭受损害才提出要求，这一证据通常表明要求主要是间接的。第 11 条对这两种检验方法均予采用，因为这两种方法都强调了一点，即提出要求是以国民遭受损害为主要因素时才需要用尽当地补救办法。

24. 为确定要求为直接或间接性质而采用的其他“检验方法”，与其说是检验方法，不如说是必须考虑的一些因素，这些因素可决定要求究竟主要作为直接要求抑或作为间接要求，或确定要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出。作出这一评估时应予考虑的主要因素包括争端的主题、要求的性质和所要求的补救办法。

25. 争端主题显然是确定某一要求为直接要求或间接要求时应予考虑的因素。如果受到损害的为外交官或领事官员（如 Hostages 案）或国家财产（如 Aerial Incident 案或 Corfu Channel 案⁵⁵），要求通常为直接要求。⁵⁶ 在大多数情况下，违反条约将导致直接要求，除非这一违约行为是与国民遭受损害连带发生的次要行为，例如 Interhandel 和 ELSI 两案的情况。

26. Meron 在讨论要求的性质作为考虑因素时认为，“正确的检验在于要求国所追求的真正利益和目的”。⁵⁷ 其他作者也论及这一决定性因素。Thirlway 指出：

“因此，在国际法院的判例中，是否适用用尽当地补救办法这一规则的决定因素似乎是要求的主要要素的性质。显然，如果要求不涉及可通过当地法院得到补救的损害，则完全排除这一规则；然而，这并不是因为要求涉及纯粹国家间性质的权利，而是因为要求的性质使得不可能在当地法院得到补救。但如果问题的实质是对国民的损害，且国家支持该国民提出的要求，而

⁵⁴ M. Adler, “The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice’s Decision in ELSI” (1990 年), 《国际法和比较法季刊》第 39 期, 第 641 页。

⁵⁵ 《1949 年国际法院案例汇编》, 第 4 页。

⁵⁶ Meron, 前注 45, 第 87 页; F. V. Garcia Amador, 《The Changing Law of International Claims》(1984 年), 第 467 至 468 页。并见《Draft Convention on the Responsibility of States for Damage Done in their Territory to the Person or Property of Foreigners》, 哈佛法学院, 1929 年, 及其评注, 第 23 期《美国国际法学报》特辑补编 (1929 年) 重印, 第 156 至 157 页。

⁵⁷ 前注 45, 第 87 页。

当地法院的补救可有效结束争端，则应适用这一规则，使该要求中可能被视为严格属于国家间直接关系事项的任何附属方面不能受理”。⁵⁸

Amerasinghe 在赞同“要求性质”检验方法的同时论道：

“用尽规则涉及被侵犯的权利或施加的损害，而不是据此提出的要求本身，提出的要求只是一种从属性或补救性权利。重要的是被侵犯的实质权利的本质，这应根据该权利所追求的目标和利益确定”。⁵⁹

Interhandel 案支持这一处理办法，国际法院在该案中指出：

“本法院认为，一项利益，仅仅一项利益，亦即 Interhandel 的利益，使得后者在美国法院提出和继续诉讼程序，瑞士政府提出国际诉讼程序也是为了这项利益。”⁶⁰

显然，要求国提出要求的“真正利益和目的”（Meron）、“要求的主要要素的性质”（Thirlway）和“被侵犯的实质权利的本质”（Amerasinghe）都是确定要求类别时应予考虑的因素。但它们都不具结论性质。这一问题的最终答案在于要求是否主要以国民遭受损害为基础，以及要求是否纯粹因为这一损害才提出。

27. 要求国所寻求的补救办法的性质也有助于该项要求的归类。如果国家寻求的纯粹是宣告性补救，则该项要求为直接要求；如国家寻求的是对其国民作出金钱补偿或偿还，则该项要求为间接要求。下面这一观点无疑得到支持，即如果国家未为其受害国民提出赔偿损害要求，而仅要求就某一条约的解释和适用作出裁决，则没有必要用尽当地补救办法。在美国与法国之间的 Air Service Agreement 仲裁案⁶¹中，美国反对法国政府作出的损害美国航空公司的决定，认为这些决定违反两国间双边航空事务协定。法国认为，泛美航空公司这一受法国行动影响最大的公司应在提出国际要求之前用尽当地补救办法；美国则辩称，从它所寻求的补救办法——对该航空事务协定作出权威性的解释，明显可以看出美国在该仲裁案的利益不仅涉及泛美航空公司的问题，而且涉及美国指定的其他航空公司。仲裁小组支持美国的论点，认为没有必要用尽当地补救办法，因为争端涉及“一国政府给予另一国政府的权利”。⁶²

⁵⁸ “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960—1989 年”（1995 年），《英国国际法年鉴》第 66 期，第 89 至 90 页。

⁵⁹ Local Remedies, 前注 23, 第 129 页。

⁶⁰ 前注 1, 第 29 页。

⁶¹ 《联合国国际仲裁裁决汇编》第 19 期（1978 年），第 415 页；《国际法案汇编》第 54 期，第 304 页。

⁶² 《国际法案汇编》第 54 期，第 324 页。并见瑞士联邦诉德意志联邦共和国案，《国际法案汇编》第 25 期，第 47 页，《英国国际法年鉴》第 34 期（1958 年）对此有注释。根据这些裁定，Adler

国际法院对联合国总部协定第 21 节规定的仲裁义务的适用案的意见也支持这一处理办法，法院在意见中表示，美国关于关闭巴解组织办事处的立法引起所谓争端

“仅涉及联合国根据《总部协定》视为其应有的权利。该协定设想的仲裁程序的目的是为了解决联合国与东道国之间可能出现的这种争端，而无需事先诉诸于国内法院，如果这一程序的执行必须事先诉诸国内法院，这便违背该协定的文字和精神。显然的，《总部协定》第 21 节那种性质的规定不能要求以用尽当地补救办法作为其执行的条件。”⁶³

28. 国家在国际要求中寻求“混合”补救办法的例子不少。在 *Interhandel* 和 *ELSI* 两案中，要求国对据称被告国在非法对待要求国国民过程中违反或无意中违反的某一条约，寻求就该条约的解释和适用作出宣告性裁决。在这两个案子中，要求国企图避免适用用尽当地补救办法规则的努力没有成功。国际法院在 *Interhandel* 一案中认为，瑞士的要求主要“旨在确保归还 *Interhandel* 在美国的资产”；⁶⁴ 在 *ELSI* 一案中，国际法院认为美国代表其国民提出的金钱损害赔偿“影响并贯穿美国整个要求”。⁶⁵

29. *Interhandel* 和 *ELSI* 两案表明，如果请求作出宣告性裁决与国民遭受损害所产生的其他补救办法相关联，则必须用尽当地补救办法。但一国似乎可寻求法院对涉及国民待遇的条约的解释作出宣告性裁决，而无需用尽当地补救办法，条件是它除这一请求外并无同时代表其国民提出补偿或偿还要求。⁶⁶ 这种情况不可取，因为它让国家可以“用请求作出宣告性裁决的办法避免适用当地补救办法规则，而此一宣告性裁决对其后的寻求赔偿的国际诉讼程序具有既决事项效力。”⁶⁷

30. 不可能起草这样的一条规则：一方面规定要求国在上述情况必须遵守当地补救办法规则，另一方面规定国家在涉及条约解释的情况无义务遵守用尽当地补救办法规则，即条约根本无需解释。⁶⁸ 但第 11 条明确规定，请求作出宣告性裁决本身并不豁免用尽当地补救办法规则。如果请求作出宣告性裁决与涉及国民损害的要求有附带关系或相关——**不论是否与代表受损害国民提出的赔偿或归还要**

认为“*ELSI* 一案前的判例表明，应以所要求的补救办法的性质决定用尽规则是否适用于混合要求”。（前注 54，第 643 页。）

⁶³ 《1988 年国际法院判例汇编》第 29 页，第 41 段。

⁶⁴ 前注 1，第 28 至 29 页。

⁶⁵ 前注 2，第 43 页。

⁶⁶ Adler，前注 54，第 652 页；Meron，前注 45，第 86 页。

⁶⁷ Arechaga，“General Course”，前注 35，第 293 页。

⁶⁸ 如上文第 29 段所述情况。

求相关，法庭仍有可能判定，从案情各方面看来，请求作出宣告性裁决主要以国民遭受的损害为基础。如果有证据表明要求国蓄意请求作出宣告性裁决以避免遵守当地补救办法规则，则法庭的这种判定是公正合理的。

31. 第 11 条在括号中列入了将要求归类为直接要求或间接要求时应考虑的若干因素。当然，委员会可能认为这些因素最好列入评注，因为，作为一项原则，国际法的编纂应避免将此类例子列入法律案文。

第 12 条

必须用尽当地补救办法的规则是一项程序性先决条件，国家在根据针对其国民所犯的违反当地法律和国际法的国际不法行为对该国民造成的损害提出国际要求前，必须予以遵守。

第 13 条

外国国民在一国国内法院提出法律诉讼程序以就一项违反该国国内法但不等于国际不法行为的行为取得补救时，此一诉讼程序在其国内提出的国家，如对该外国国民有拒绝司法的行为，即须负国际责任。除第 14 条的规定外，以该受损害外国国民名义提出的国际要求，在提出之前，该受损害外国国民必须用尽可能利用的任何其他当地补救办法。

32. Karl Doehring 在《Encyclopedia of Public International Law》中指出：

“只要当地补救办法规则存在，关于其概念性质的问题定然有争议，也就是该项规则究竟是构成诉讼程序法之一部分抑或是作为实体法的一部分运作。”⁶⁹

这一争议在国际法委员会也有所反映，它产生三种立场。⁷⁰ 第一种立场认为，不法国的国际不法行为，在用尽当地补救办法而不成功之前不成立；用尽当地补救办法是一项实质性条件，是国际责任是否存在的依据。第二种立场认为，用尽当地补救办法规则仅仅是提出国际要求前必须满足的一项程序性条件。第三种立场⁷¹ 将外侨在国内法下受到的损害和在国际法下受到的损害加以区分。如果损害是由于违反国内法但不构成违反国际法的行为所造成，国家责任只有在以

⁶⁹ K. Doehring, “Local Remedies, Exhaustion of”, 《Encyclopedia of Public International Law》(1997 年), 第 3 卷, 第 240 页。

⁷⁰ 另一种未得到多少支持的立场认为，如果国家的国际责任由原始损害确定，则不再要求用尽当地补救办法。(见 J.H.W. Verzijl, H.W. Briggs 在 “The Local Remedies Rule: A Drafting Suggestion” (1956 年) 中援引, 《美国国际法学报》第 50 期, 第 923 页)。

⁷¹ J.E.S. Fawcett, “The Exhaustion of Local Remedies: Substance or Procedure?” (1954 年), 英国国际法年鉴第 31 期, 第 452 页 (以下简称 “Exhaustion of Local Remedies”); Brownlie, 《Principles》, 前注 34, 第 497 页。

下情况才发生：在该外侨试图就该项违反国内法行为取得补救的过程中，被告国司法机关的行为或不行为对该外侨构成拒绝司法。在此，用尽当地补救办法规则是国际责任存在的一项实质性条件。相反的，如果对外侨的损害是违反国际法的行为所造成，则在损害发生之时便产生国际责任，提出国际要求之前仍须用尽当地补救办法这一要求，仅是一项程序性先决条件，不必确定被告国司法机关有拒绝司法的行为。而且，如果行为或不行为违反国际法而非违反国内法，则当地补救办法不存在，也就不存在必须用尽当地补救办法的问题。

33. 有些法学家认为，关于用尽当地补救办法规则是实质性规则抑或是程序性规则的辩论，纯属理论性的。⁷² 这显然是不正确的，因为国际责任发生的关键时间依所采用的处理办法而有不同。如果该规则为实质性规则，则只有在用尽所有当地补救办法后才产生国际责任；如果该规则为程序性规则，则在实行国际不法行为之时立即产生国际责任。这一区分对要求国籍的原则有严重影响，因为该原则通常规定受损害的外侨在实行国际不法行为之时必须为要求国国民。⁷³ 如果争端当事方对接受管辖权定有时限，如 *Phosphates in Morocco* 案⁷⁴ 那样，这一区分也可能影响到法庭的管辖权。此外，对该规则的性质采取的立场，对于在没有用尽当地补救办法情况下作出宣告性裁决，以及对于被告国免除诉诸当地补救办法的义务，有着决定性影响，因为在逻辑上，如果该规则被归类为实质性规则，这两者均不可能。⁷⁵ 该规则归类为实质性规则抑或程序性规则，也可能影响到在国际法庭的诉讼程序中究竟应将其视为初步反对意见（如为程序性规则）抑或视为案情实质的一部分（如为实质性规则）的问题。⁷⁶

34. 有关用尽当地补救办法规则的辩论反映于国际法的编纂工作、司法裁决、个别法律意见及国家实践。而且，关于用尽当地补救办法规则的严肃的学术著作如

⁷² Schwarzenberger 认为，

“在缺乏组织的国际社会这一层次，如检验国籍那样试图以实质性与程序性之区分这种不相干方式将当地补救办法规则归类是没有意义的。”（《International Law》，第三版（1957年），第1卷，第611页）

并见 Dunn，前注23，第156页；和国际法委员会评注，前注6，第35页，第14段。

⁷³ Doehring，前注69，第240页。

⁷⁴ 《1938年常设国际法院判例汇编》，A/B辑，第74号。

⁷⁵ C. F. Amerasinghe, 《State Responsibility for Injuries to Aliens》(1967年)，第201至208页（以下简称《State Responsibility》）；C. F. Amerasinghe, “The Formal Character of the Rule of Local Remedies” (1965年)，第25期《Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht》，第447至455页（以下简称“Formal Character”）；Amerasinghe, 《Local Remedies》，前注23，第330至337页。

⁷⁶ Amerasinghe, 《Local Remedies》，前注23，第333至335页。Sed contra, 见 Ago, 前注6, 第42页，第33段。

果不就该规则究竟为实质性规则抑或为程序性规则这一问题发表意见，便不完整。

H. 编纂

35. 试图编纂用尽当地补救办法规则的工作，通常避免对程序性立场或实质性立场明确表态。不过，在 1997 年国际法委员会核可实质性立场之前，可看出有赞成程序性观点的倾向。

36. 1927 年国际法学会决定

“只要受损害者可以利用有效的和充分的方法来获得应有的待遇，就不得通过国家外交渠道提出任何赔偿要求。

“如果责任国为受损害者提供了获得相应损害赔偿的有效方法，也不得提出任何赔偿要求。”⁷⁷

尽管这一规定算不上是个明确的范例，但它被解释为反映了这样的观点：用尽当地补救办法规则涉及要求是否可受理的问题，而不是责任的起源问题。此外，它还表示支持损害发生时即产生责任的观点。⁷⁸

37. 两年后，1929 年，1930 年海牙国际法编纂会议筹备委员会拟定条款如下：

“在国家法院（这一用语包括行政法院）为外侨提供了法律补救办法的情况下，国家可要求暂不提出任何国际责任问题，直至其法院作出最后决定。这一规则不妨碍[关于拒绝司法的国家责任]条款的适用。”⁷⁹

海牙会议第三委员会一读通过的案文规定：

“外侨遭受损害，在用尽根据所在国国内法可以利用的当地补救方法之前，不得援引该国的国际责任来取得损害赔偿”。⁸⁰

以上两项规定可视为故意含糊的例子。⁸¹ 一方面，这些规定表示在用尽当地补救办法之前，不产生国际责任；另一方面，它们又表示在用尽当地补救办法期间，责任只是暂不援引。⁸²

⁷⁷ 第七条，转载于 F. V. Garcia Amador 的第一次报告，《1956 年……年鉴》，第二卷，第 228 页，文件 A/CN.4/96。

⁷⁸ E. M. Borchard, “Theoretical Aspects of the International Responsibility of States” (1929 年), 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 223 at 235(以下称 “Theoretical Aspects”); C. de Visscher, “Responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d’après quelques documents récents” (1927), 8 *Revue de Droit International et Législation Comparée* 245。

⁷⁹ Basis of Discussion, 第 27 号，转载于 Garcia Amador 的第一次报告，前注 77，第 227 页。

⁸⁰ 第 4 条，同上，第 225 页。

38. 1929 年哈佛法学院拟订的《关于国家对在其领土内外侨的人身或财产所受损害的责任公约草案》的条款支持实质性立场。这些条款规定：

“第 6 条

“在用尽受损害外侨可以利用的当地补救办法之前，国家通常不负有责任（不负有向另一国家作出赔偿的义务）。

“第 7 条

(a) 如果外侨所受损害是国家的较高级当局在执行任务或职责的范围内的不法行为或不行为所造成，而且在用尽当地补救办法之后仍得不到适当的补救，则国家对该项损害负有责任。

(b) 如果外侨所受损害是国家下属官员或雇员在执行公务或职责的范围内的不法行为或不行为所造成，或如果受损害外侨不能诉诸司法，或如果对于不给予受损害外侨充分补救一事，国家没有对其官员或雇员给予纪律处分，则国家对该项损害负有责任。

“第 8 条

(a) 如果外侨所受损害是国家未履行它对该外侨负有的契约性义务所造成，而且在用尽当地补救办法之后仍得不到适当的补救，则国家对该项损害负有责任。

(b) 如果外侨所受损害是国家政治单位未履行它对该外侨负有的契约性义务所造成，则除拒绝司法的责任外，国家不负有责任。

“第 9 条

如果外侨所受损害是拒绝司法所造成，国家负有责任。”⁸³

1933 年第七次美洲国家国际会议通过的蒙得维的亚决议规定，在用尽当地补救办法之前，“不得展开外交保护”，⁸⁴ 这是进一步支持实质性观点。

39. 1956 年，国际法学会否定了 Verzijl 关于放弃当地补救规则的极端建议，⁸⁵ 并通过一项决议，赞同用尽当地补救办法规则是程序性质的观点：

⁸¹ 见国际法委员会评注，前注 6，第 36—37 页，第 (19) 段。

⁸² 见 A. A. Cançado Trindade, “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule” (1978 年) 58 *Revista di Diritto Internazionale* 158 (以下称 “Birth of State Responsibility”)。

⁸³ Garcia Amador 第一次报告案文，前注 77，第 229 页。

⁸⁴ 同上，第 226 页。

“一国声称违反国际法的行为使其国民的人身或财产受到损害时，在以下情况不得以其国民遭受此种损害为理由提出任何外交要求或向提出要求的国家国内受权司法机构提出要求：被要求国的国内法律秩序向受损害者提供看来有效和充分的补救办法，而尚未以正常方式用尽这些补救办法。”⁸⁶

40. 1956年，国际法委员会开始研究这个主题。特别报告员 Garcia Amador 提出了他关于国家责任的第一次报告。他在报告中提出以下讨论基础：

“除其他外，以下所述可视为免除[国际责任]的情况：

(a) 未诉诸当地补救办法，其含义是，在未用尽当地补救办法之前，不得提出国际要求，亦不必履行赔偿义务……”⁸⁷

评注解解说

“这项规则意味着一项暂停条件，这可能是程序性的，也可能是实质性的，但必须根据这项条件确定是否有权提出国际要求。责任可能存在，也可能不存在，视情况而定，但除非满足了上述条件，否则在此之前，要求国只拥有一种潜在的权利。这种责任可以归咎于国家，但不能声称国家有赔偿义务。因此，从纯法律理论来看，未用尽当地补救办法可能是也可能不是免除国际责任的理由，须视情况而定，但对提出国际要求而言，必定完全禁止。”⁸⁸

他在第三次报告中，对这一规定修正如下：

⁸⁵ Verzijl 在向学会提出的初步报告中建议：

“(一) 外侨人身或财产遭受的损害本身并不涉及在其领土上发生损害的国家的国际责任时，除非由于拒绝司法而产生国际责任，否则不得提出外交要求。

“(二) 外侨人身或财产遭受的损害本身涉及在其领土发生损害的国家的国际责任时，没有任何合理理由可以要求以事先用尽当地补救办法作为提出外交要求的条件。”

(1954年)45 *Annuaire de l'Institut de Droit international* 24, 31。关于这一提议并见 Briggs, 前注 70。

⁸⁶ (1956年)46 *Annuaire de l'Institut de Droit International* 364。

⁸⁷ Basis of Discussion No. V(2), Garcia Amador 第一次报告，前注 77，第 220 页。

⁸⁸ Garcia Amador, 第一次报告，前注 77，第 206 页，第 173 段。作者在 F. V. Garcia Amador 的 “State Responsibility. Some New Problems” (1958 II)94 *Recueil des Cours* 449) 和第三次报告中(前注 24，第 56 页，第 3 段)表达了同样的观点。

“除非国内法规定的所有补救办法均已用尽，否则不得为外侨据称受到的损害提出国际要求，以获得赔偿。”⁸⁹

1960年，大约相同时间，哈佛法学院提议以下规则，更明显地倾向于赞成程序性立场：

“(a) 外侨必须在用尽被要求国所提供的当地补救办法之后方有权根据本公约提出国际要求。

(b) 一国必须在被要求国所提供的当地补救办法和任何特别国际补救办法均已用尽之后方有权根据本公约代表其国民提出要求。”⁹⁰

41. 1997年，在特别报告员 Roberto Ago 的极力敦促下，国际法委员会一读通过了关于国家责任的条款草案第 22 条，该条采用实质性观点：

“如一国的行为造成不符合某项国际义务要求它给予外国人，不论自然人或法人的那种待遇的情况，但该项国际义务容许该国以其后的行为达成这项结果或相当的结果，则该国只在有关外国人用尽他们所能利用的一切有效的当地补救办法，而仍未能得到该国际义务所规定的待遇或相当的待遇时，才算违背该国际义务。”⁹¹

这一条款依据的前提是，一读通过的关于国家责任的条款草案第 20 和 21 条所载的行为义务同结果义务之间的区别。

42. 国际法委员会起草委员会二读暂时通过的条款草案只在第 45 条中简短提及用尽当地补救办法规则，⁹² 而让关于外交保护问题的本报告全面讨论这项规则。此外，条款草案不使用作为一读通过的条款草案第 22 条的前提的行为义务和结果义务之间的区别。

43. 2000年，国际法协会人身和财产外交保护问题委员会向在伦敦举行的协会全体会议提交了第一次报告。由 Juliane Kokott 编写的向委员会提交的临时报告中建议通过如下的条款草案：

⁸⁹ Garcia Amador, 第三次报告, 第 15 条, 前注 24, 第 55 页。在特别报告员后来提交的每一次草案中都有同样的规定。最后一次草案的规定, 见 F.V. Garcia Amador, 第六次报告, 第 18 (1)条, 《1961年……年鉴》, 第二卷, 第 48 页。文件 A/CN.4/134 和 Add.1。

⁹⁰ 哈佛国际法研究 1960 年编写的《关于国家对外侨所受损害的国际责任公约草案》第 1(2)条。转载于 Sohn 和 Baxter 的“Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens” (1961 年)55 A. J. I. L. 548。

⁹¹ 前注 6, 第 30 页。委员会对该条的辩论情况, 见委员会第 1463 和第 1465 至 1469 次会议的简要记录, 《1977 年……年鉴》, 第一卷, 第 250-283 页。

⁹² A/CN.4/L.600。

“根据国际法的一般原则，用尽当地补救办法是行使外交保护的程序性先决条件”。⁹³

I. 司法裁决

44. 司法裁决没有对所审议的问题提供明确的答案。同编纂机构一样，法院在当地补救办法规则的性质这一问题上，往往故意含糊其词。这就是为什么赞成实质性立场的人和赞成程序性立场的人常常都可以用同一项决定作为支持其论点的依据。⁹⁴

45. Mexican Union Railway 案明确地支持实质性立场，它认为：

“一国根据国际法应负的责任，只有在有关个人已利用根据有关国家的国内法可以利用的所有补救办法后，方可开始。”⁹⁵

另一方面，在 German Interests in Upper Silesia 案⁹⁶ 中以及在诸如 Chorzow Factory⁹⁷ 和 Electricity Co. of Sophia⁹⁸ 等案件中都可看得出是支持程序性观点。German Interests in Upper Silesia 案认为可在用尽当地补救办法之前作出宣告性裁决。在诸如 Chorzow Factory 和 Electricity Co. of Sophia 等案件中，当地补救办法规则被视为初步反对意见。

46. Phosphates in Morocco 案⁹⁹ 引起了一些相互冲突的观点。Roberto Ago 在这一案件中作为意大利一方的律师提出实质性立场的理由。

意大利政府于 1932 年 3 月 30 日向常设国际法院提出初步申请，要求法院对摩洛哥矿业部 1925 年 1 月 8 日的决定以及随后的拒绝司法行为作出判决，并宣布其违反了法国所负的尊重意大利公司既得权利的国际义务。法国政府曾于 1931 年 4 月 25 日发表一项声明，接受法院对“在批准本声明后可能出现的与此一批准之后出现的局势或事实有关的任何争端”的强制管辖权。因此引起了这样一个问题：意大利政府指控的国际不法行为是否可视为这一关键日期“后出现的事

⁹³ “用尽当地补救办法”，临时报告，国际法协会第六十九届大会的报告(2000年)，第 629 页。

⁹⁴ 把这两派的主要支持者 Amerasinghe 和 Ago 阐述的理由作个比较，很有意思。见 Amerasinghe, State Responsibility, 前注 75, 第 216-235 页; Amerasinghe, “The Formal Character”, 前注 75, 第 462-476 页; Amerasinghe, Local Remedies, 前注 23, 第 337-356 页, 以及 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 27-32 页, 第 27-79 段, 文件 A/CN.4/302 和 Add.1 至 3。并见同上, (第二部分), 第 37-41 页, 第 20-31 段。

⁹⁵ (联合王国诉墨西哥)(1926年)5 U.N.R.I.A.A. 122。

⁹⁶ 1925 年《常设国际法院判例汇编》, A 辑, 第 6 号。

⁹⁷ 1927 年《常设国际法院判例汇编》, A 辑, 第 9 号。

⁹⁸ 1939 年《常设国际法院判例汇编》, A/B 辑, 第 77 号。

⁹⁹ 前注 74。

实”。意大利政府说，1925年的决定引起的违反国际义务行为在1931年后的某些行为之后才成为完全的违反义务行为，尤其是在1933年1月28日法国外交部给意大利大使馆的照会以及同一日法国外交部给有关的意大利国民个人的信之后。意大利政府认为这份照会和这封信是对意大利国民既得权利的官方解释，而这一解释违反了法国的国际义务。意大利政府认为，这份照会 and 这封信证实法国对有关的意大利国民拒绝司法，因为法国总督不允许意大利国民向他提交采取补救办法的请愿书。新的拒绝司法行为是，在没有普通申诉方法的情况下，法国政府最后拒绝向要求者提供非常申诉方法，无论是行政方法还是其他方法。根据这些事实，意大利政府提出这样的论点：一种国际不法行为虽然是从国家最初违反其国际义务应有的结果的行为开始，但直至受损害个人诉诸所有现行的适当和有效的补救办法而仍未获得补救时，该不法行为才算完成。因此，意大利政府认为，责任是从那时起存在。

与意大利政府的观点相反，法国政府认为，如果如意大利政府所述，对1925年矿业部的决定所作的批评的确属实，即它违反了条约，违反了一般国际法，那么在该日法国违背其国际义务的行为即已发生和完成，所指称的国际不法行为亦即在该日发生。法国代表说：

“因此，在这里，用尽当地补救办法规则只不过是一个程序规则。国际责任已经存在；但必须首先用尽补救办法后，方可通过外交途径或通过诉诸国际法庭或诉诸常设国际法院以援引这一责任。”¹⁰⁰

法院在1938年6月14日的裁决中指出，它从法国政府在1925年的决定之后采取的行动中看不出有引起所涉争端的任何新因素，法国政府拒绝同意把争端提交特别法官裁决，并不构成引起新争端的国际不法行为。法院还说：

“法院不能把意大利政府指控的拒绝司法视为引起目前争端的一个因素。意大利政府在其申请书中把矿业部的决定视为国际不法行为，因为作出这项决定是为了排除外国股权，构成侵犯受国际公约保护的既得权利行为。如果是这样的话，我们应在这项决定中寻找违反国际法的因素，亦即一种本身直接涉及国际责任的明确行动：这种行动归于国家，并且违反另一国家的条约权利，立即确定了两国之间的国际责任。在这种情况下，指称的拒绝司法，无论是由于司法组织方面的缺陷所造成，还是由于拒绝采取旨在弥补这一缺陷的行政或特别补救办法所造成，均只是使不法行为继续存在。它对该行为的完成或对因此而产生的责任并无任何影响。”¹⁰¹

¹⁰⁰ 对此案的叙述摘自委员会一读通过的关于国家责任的条款草案第22条评注，第25至27段，前注6，第38-39页。

¹⁰¹ 前注74，第28页。表示着重的斜体是后加的。

Ago 认为，尽管常设法院驳回了意大利的申请，但并没有驳回意大利关于当地补救办法规则是实质性的论点。¹⁰² 这种说法很难接受，特别是因为法院裁定在作出矿业部的决定之后而不是在用尽当地补救办法之后，“立即”确定了“两国之间”的国际责任。¹⁰³ 由于这个原因，C. F. Amerasinghe 对这个案件的判决所作的评估比较可取：

“常设国际法院显然认为最初违反国际法的行为产生了国际……责任，并且这种责任不是完全在要求国声称随后发生的与用尽当地补救办法有关的行为之后才产生。对这个案件来说，国际责任产生的时间至关重要，因此对这个案件的判决是基于这样的理解：国际责任在任何诉诸当地补救办法的行动之前就已产生。这显然是根据当地补救办法规则是程序性的观点。”¹⁰⁴

47. Panevezys-Saldutiskis Railway 案虽然价值有限，但也在某种程度上支持了程序性立场，它把当地补救办法规则视为“原则上规定提出国际要求前必需先用尽当地补救办法”。¹⁰⁵ 此外，在这个案件同在 Administration of Prince von Pless 案¹⁰⁶ 和 Losinger & Co. 案¹⁰⁷ 一样，虽然由于问题复杂，把对用尽当地补救办法的反对意见结合进案件的实质内容，但它被作为初步反对意见，而非作为辩护案件实质内容的意见。

48. Finnish Ships Arbitration 案¹⁰⁸ 是观点分歧的另一个案例。国际法委员会的评注认为，仲裁人 Bagge “在关于用尽当地补救办法规则的两种立场之间，保持某种中立”。¹⁰⁹ 其他一些作者则认为裁决支持程序性观点。¹¹⁰ 仲裁人 Bagge 所述的理由无疑在某种程度上支持 Ago 的解释，¹¹¹ 即裁决对当地补救办法规则的性质这一问题上没有作出结论。Bagge 在 20 多年后发表的一篇文章¹¹² 中再次

¹⁰² 前注 6，第 39-40 页，第(28)段。

¹⁰³ 上文引述的法院判决书内段落中的斜体字句子似乎是法院判决的关键，但国际法委员会的评注在叙述这一案件时未列入这一句。前注 6，第 39 页，第(27)段。

¹⁰⁴ Local Remedies，前注 23，第 349-350 页。

¹⁰⁵ 前注 43，第 18 页。

¹⁰⁶ 1933 年《常设国际法院判例汇编》，A/B 辑，第 54 号。

¹⁰⁷ 1936 年《常设国际法院判例汇编》，A/B 辑，第 67 号。

¹⁰⁸ 前注 34。

¹⁰⁹ 前注 6，第 38 页，第(34)段。

¹¹⁰ Amerasinghe, Local Remedies，前注 23，第 344-347 页；A. P. Fachiri, “The Local Remedies Rule in the Light of the Finnish Ships Arbitration” (1936 年), 17 B. Y. I. L. 19。

¹¹¹ 尤其见裁决书（前注 34），第 1502-1503 页。

¹¹² “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders” (1958 年), 34 B. Y. I. L. 162。

没有阐明他对当地补救办法规则究竟是程序性还是实质性这一问题的立场，不过可看得出他支持程序性观点。

49. 国际法院没有任何判决支持当地补救办法规则是实质性的观点。尽管也没有在司法上明确支持程序性观点，但有迹象显示，比较赞成这种观点。在几项判决中，当地补救办法规则被作为初步反对意见¹¹³或结合案件的实质内容作为初步反对意见。¹¹⁴一些作者把这视为支持程序性观点的迹象。¹¹⁵但国际法委员会的评注否定这一点。¹¹⁶或许更重要的是法院在 *Elettronica Sicula (ELSL)* 案中的附带判词，认为缔约方可在条约中议定：“对于根据所指称的违反该条约行为而提出的要求不适用当地补救办法规则”。¹¹⁷如果当地补救办法规则是程序性的，这不会造成任何困难。然而，如果这项规则是实质性的，人们就可以合理地提出这样一个问题：条约的缔约国是否可以“决定同意把一项除非随后产生拒绝司法情况，否则在此之前通常不视为违反国际法的行为，在缔约国之间自始即视为违反条约行为处理？”¹¹⁸

50. 关于当地补救办法规则性质的意见分歧情况反映于单独的和异议的司法意见。Hudson、¹¹⁹ Cordova、¹²⁰ Morelli¹²¹ 和 Schwebel¹²² 法官的意见支持实质性立场。Lauterpacht、¹²³ Armand-Ugon¹²⁴ 和 Tanaka¹²⁵ 法官则赞成程序性观点。

¹¹³ *Ambatielos* 案，1953年《国际法院案例汇编》，18、22、23。

¹¹⁴ *Barcelona Traction* 案（初步反对意见），1964年《国际法院案例汇编》，41-44。

¹¹⁵ Amerasinghe, *Local Remedies*, 前注 23, 第 347、350-352 页。

¹¹⁶ 前注 6, 第 42 页, 第 (33) 段。

¹¹⁷ 前注 2, 第 42 页, 第 50 段。

¹¹⁸ *Thirlway*, 前注 58, 第 84 页。

¹¹⁹ Hudson 法官在 *Panevezys-Saldutiskis Railway* 案的异议意见中说：

“必须用尽当地补救办法而仍得不到补救时，一国才可成功地支持其国民对另一国提出的要求。这是一条非常重要的国际法规则。这不是一种程序性规则。它不只是按程序行事的问题。对国际责任、亦即国家对国家的责任来说，它是实体法的一部分。如果有足够的补救损害办法可供受损害者利用，受损害者只需与有关方面联系即可利用这些补救办法，则受损害者是其国民的国家没有根据支持他提出的要求。在尚未用尽当地补救办法之前，不产生任何国际责任。”（前注 43, 第 47 页）

¹²⁰ *Interhandel* 案，前注 1, 第 45-46 页。

¹²¹ *Barcelona Traction* 案（初步反对意见），前注 114, 第 114 页。

¹²² *ELSI* 案，前注 2, 第 116 页。

¹²³ *Norwegian Loans* 案，1957年《国际法院案例汇编》，41。

¹²⁴ *Interhandel* 案，前注 1, 第 88-89 页。

¹²⁵ *Barcelona Traction* 案（第二阶段），1970年《国际法院案例汇编》，143。

J. 国家实践

51. 有关当地补救办法规则性质的国家实践, 主要见于各国在国际法庭的法律诉讼程序中提供的论点。此种实践如果说真有什么价值的话, 其价值也是大有疑问的; 因为各国(或者更准确地说, 各国的律师)必然会根据实用的考虑、而不是根据信念来支持程序性立场或实质性立场。例如, 意大利在“Phosphates in Morocco”一案中大力依靠实质性方法¹²⁶, 但50年后, 在“ELSI”一案中¹²⁷, 意大利却辩称当地补救办法规则是程序性的! 在此种情况下, 要从律师的论点中找出法律惯例或法律意见的证据, 实在是毫无意义。

52. 国家偶尔也在法律诉讼程序范畴之外就当地补救办法规则的性质表示立场, 但这种情况并不多见。针对加西亚·阿马多关于国家责任的第一次报告, 美国国务院编写了一份备忘录, 对第34段所述的“第三种立场”表示大力支持:

“按照现行国际法, 被指控的最初行为或最初不法行为不得归责于国家, 必须用尽当地补救办法的结果为国家拒绝司法才能作此种归责。按此观点, 用尽补救办法规则属于实质性原则, 即必须按照国际法从实质性角度将责任归责于国家。

“另一方面, 如果被指控的最初行为或不法行为可以归责于国家, 则从实质性角度而言, 将责任归责于国家, 并不需要用尽当地补救办法。国际法委员会最后编写的草案规定, 在后一种情况必须用尽当地补救办法, 那么, 在此种情形下, 用尽当地补救办法规则就是程序性的, 即提出正式要求前的必要条件。

“因此, 用尽当地补救办法规则在某些类型的情况下可能是实质性的, 在其它类型的情况下则也可能是程序性的。”¹²⁸

1985年, 英国政府公布了一系列有关国际要求的规则, 其中指出:

“规则七

“对于联合国政府联合王国国民对另一国提出的要求, 在该国民用尽他在有关国家内可以利用的所有法律补救办法——如果有任何这种办法——之前, 通常不予接办及正式支持。

“评注。如能明确证明, 在该案的情况, 向国内上级法庭提出上诉不会有任何作用, 则未用尽任何当地补救办法这一点不妨碍提出要求。要求方对

¹²⁶ 上文, 第48段。

¹²⁷ 1989年《国际法院诉状, 口头辩论和文件》、第二卷, 第156至165页; 前注2, 第21页。

¹²⁸ 转载于M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, 第8卷(1967年)第789页和第790页。

另一国提出的要求，如该国并无任何司法办法可供利用，则该方不需要用尽司法办法。

“规则八

“要求方在用尽国内一切补救办法期间如受到歧视或阻挠等拒绝司法行为，联合王国政府可代表该方进行干预，以确保补救司法不公。”¹²⁹

虽然没有明确地表示出来，但规则七的措词和规则八的含义、即并非每一情况都必须有拒绝司法情形，表明英国政府同美国一样，都赞成第三种立场；这一立场认为，在对外侨实施国际不法行为的情况，当地补救办法规则为程序性规则；在用尽当地补救办法过程中发生拒绝司法情况，则这一规则为实质性规则。

K. 法学家的意见

53. 对于当地补救办法规则的性质，学术界意见不一，并如国际法委员会评注中指出的，作者间“并没有明显占主要地位的意见”。¹³⁰此外，很难说有什么明显的思想流派，“因为作者们提出的支持或反对某一特定理论的论点大相径庭，作者们有时还从实际相反的论点得出相同的结论。”¹³¹在促请注意这一情况的同时，阿戈编写了一份包括三家不同思想流派的文献目录。¹³²本研究报告无意全面叙述作者们的不同意见。它只促请注意三家不同思想流派主要作者所表述的观点。

54. 博尔夏德和阿戈是实质性流派的最热烈支持者。

1929年，博尔夏德写道：

“现时意见是否认为一国官员损害外侨时，该外侨所属国家即受到损害，很成疑问。外侨并不被视为其所属国家的实际体现；以致国家在国民遭受损害时，即视为国家同时受害。

.....

不论[程序性]观点看上去可能多么合乎逻辑，但在国际实践中显然被拼弃，原因无疑在于大多数国家的国内法尚未发展到认为国家对官员的侵权行为直接负责的地步。但即使撇开这一点不谈，上述观点也没有注意到对外侨的国内责任和对外侨所属国家的国际责任之间极其重要的区别。大多数意见认为，在外侨用尽他所能利用的、有效的当地补救办法之前，没有对要求国造成国际损害——而

¹²⁹ Rules Applying to International Claims, 1985年公布，转载于C. Warbrick, “Protection of Nationals Abroad: Current Legal Problems” (1988), 37 I. C. L. Q. 第1008页。

¹³⁰ 前注6，第34页，第(15)段。

¹³¹ 前引。

¹³² 前引，脚注135至137。

且似乎应该认为国际要求或国际损害与外交干预权同时发生、而不是在之前发生；这一意见在很大程度上受到以下事实的影响：外侨一般须接受与国民一样的同等法律待遇，国民如果只能对实施不法行为的官员起诉，则外侨所能要求的也就是这些，国家对外侨承担的责任并不比它对其国民所承担的责任大。这一观点似乎理由充足。”¹³³

上文多处提到罗伯托·阿戈 1977 年提交国际法委员会的报告中所表达的观点。然而，本研究报告必须更加全面地表述阿戈关于当地补救办法规则的性质的观点，否则不完整。希望以下的陈述能准确地表述阿戈的观点：

“应指出的是，例如确定了一周违反了条约规定的给予另一国国民某种待遇的义务，因而侵犯了该另一国有关其国民应得到条约规定的待遇的权利，这一确定等于说，在完全具备这方面条件的情况下，第一个国家对第二个国家应负国际责任。在我们所举的例子中，一项国际责任的产生等于建立了受害国的一项新权利：因条约赋予它的权利被侵犯而要求赔偿的权利。但很难设想的是，国际法律秩序赋予受害国的这项新权利，其行使须取决于某一个人在国内一级提起的诉讼程序的结果，而这项诉讼程序可能导致该个人的权利得到恢复，但不导致在国际一级属于国家并在国际一级被侵犯的权利得到恢复。如果用尽当地补救办法的条件没有得到完全满足，受害国就不能对指称损害其国民人身或财产以致损害该国的国际不法行为要求赔偿，因为目前它因遭受损害而要求赔偿的新权利尚未建立。换言之，违反条约规定的义务的行为尚未发生，至少是尚未肯定发生。因此，在这个时刻尚未产生国际责任；就本案而言，国际责任正反映在国家因受到损害而要求赔偿的权利。换言之，国家要求赔偿的权利只于有关个人的要求最终被拒绝后才存在的这一裁定，必然导致这样的结论：违反国际义务的行为于用尽这些补救办法之后才算完成；也就是说，要等到国家有关这些补救办法的新行为的消极后果同该国在该案中采取的最初行为的消极后果加在一起，使得国际义务所要求的结果肯定不可能实现的时候才算完成。”¹³⁴

虽然阿戈的名字显然同实质性观点联在一起，但应当指出，他的论点只涉及他所谓的“结果义务”，即同取得特定结果的方式无关的义务。在违反“行为义务”的情况，换言之，国家的行为本身违背国际义务，不论其所取得的结果合法与否，国家的国际责任不以用尽当地补救办法为条件。事实上，报告中虽然没有明说，但该项规则似乎根本不适用于阿戈计划中的这些情况¹³⁵

¹³³ Borchard, “Theoretical Aspects”, 前注 78, 第 236 页和 237 页。

¹³⁴ 前注 6, 第 35 页和 36 页, 第 (15) 段。

¹³⁵ 同上, 第 11 页至 18 页, 第 1 段至第 24 段。

55. 赞成实质性流派的作者有加亚¹³⁶和奥康奈尔¹³⁷等人；加亚认为用尽当地补救办法规则是不法性的“前题条件”，而奥康奈尔则强调国家有权力图在其本国法律制度范围内补救不法行为。

56. 实质性观点受到一些法学家的极力批评，阿梅拉辛格（C. F. Amerasinghe）批评尤甚；阿梅拉辛格曾发表大量著作、支持程序性立场。¹³⁸

他认为，实质性观点坚持以下的意见，根本不正确：国际责任取决于当地行为，违反国际法——和国际责任——的行为必须经当地法庭判定如此，违反行为才算完成。

“就国际法而言，国际法庭是最终认定违反国际法规则的适当机关。国内法庭可以就此问题作出判决，但就国际法律制度而言，这显然不能是最终判决。¹³⁹

实质性观点认为，在用尽当地补救办法之前，不算犯国际不法行为；阿梅拉辛格对此提出质疑。

“国际法所禁止的是对外侨的最初损害。认为国际法只禁止在诉诸当地补救办法后才实施的损害行为，因此，如果受损害侨民结果得到补偿，就不特别认为最初的损害构成违反国际规范的行为的这种说法，似乎是歪曲事实以配合理论。简言之，似乎很难接受这样的一种解释：国家只需要履行其次要义务，即通过它所选择的任何方式作出赔偿，以达成国际法所规定的义务应有的结果，因此，此一次要义务是唯一没有得到履行的义务，至于首先不得对外侨造成损害的主要义务，则不必特别重视。当地补救办法规则其实只属次要义务，违反主要义务的事实基本上没有变。”¹⁴⁰

¹³⁶ L' Esaurimento dei Ricorsi Interni nel Diritto Internzionale(1967),第12页、33页。

¹³⁷ 前注23,第1053页：“一国只有在外国国民受其损害而该国民自己不能从该国本身的法律获得补救的情况下，才对该外国国民负有国际责任。如果按照该国本身的法律，有可以利用的补救渠道——或向最高级法院提出上诉，或通过行政机制，则只有在利用该渠道无效的情况下，损害才算完成。”并参看Head,前注23,第150页；Nguyen Quoc Dinh, Droit international public(P. Daillier and A. Pellet(eds.))第6版(1999年),第775页,第490段；J. Combacau和S. Sur,Droit international public,第4版(1999年),第546页。

¹³⁸ State Responsibility,前注75,第169页至第270页；Local Remedies,前注23；“The Local Remedies Rule”前注34,第727页。

¹³⁹ State Resposonsibility,前注75,第215页。

¹⁴⁰ Local Remedies,前注23,第328页。

57. 德林认为，在某些情况下，不可能辩称最初的行为不是违反国际法的行为。¹⁴¹ 尽管他举的例子（一个人被杀）可能同保护人权的的关系更加密切，但从外侨待遇的角度来看，也是十分相关的，因此，具有较大的适用性。¹⁴² 此外，还有意见认为，当地补救办法规则的一些例外（例如国家在仲裁协定中的放弃要求）同国际责任只是在用尽当地补救办法后才产生的观念抵触。¹⁴³ 此外，如果要到用尽当地补救办法之后，才算实施了国际不法行为，则持续国籍的规则便不合逻辑。¹⁴⁴

58. 维尔齐勒的以下意见是反对用实质性观点理解该项规则的重要论据：

“如果假定要到用尽当地补救办法之后，才算有国际不法行为存在，那么，该项规则就必然比另一解释严格得多，因为在那种情况下，国际要求本身暂时就失去了任何法律依据。相反的，如果只承认它具有程序性质，那么，在减轻和限定这项规则方面就有大得多的自由，以避免可能出现的明显滥用该规则的情况——遗憾的是，这种情况经常发生。”¹⁴⁵

59. 美国法学会“Restatement of Law”（Third）没有就当地补救办法规则的性質采取立场，但“Second Restatement”规定：

“用尽的规定的程序性质。如第 168 段所示，有些种类的损害外侨行为，其本身按照国际法，即属不法行为，另外一些行为则只引起作出赔偿的义务，在后一种情况下，除非没有作出这种支付，否则在此之前违反国际法行为并不发生。但国际不法行为一旦实施之后，不论是造成最初的损害还是没有支付赔偿，国家的国际责任都已产生，用尽可以利用的补救办法主要是一项程序性的要求。”¹⁴⁶

60. 出于上述理由，许多国际法律工作者支持程序性立场。¹⁴⁷

¹⁴¹ 前注 69，第 240 页。德国其他作者对德林的观点表示支持：Herdegen，前注 13，第 65 页；Kokott，前注 93，第 613 页；W.K.Geck，“Diplomatic Protection”，Encyclopedia of public International Law, Vol.1（1992 年），第 1056 页。

¹⁴² 在保护人权的范畴内，用尽当地补救办法规则的程序性比外交保护方面更广泛地为人所接受。例如，参看 Amerasinghe, Local Remedies, 前注 23，第 354 页以下。

¹⁴³ Verdross 和 Simma 前注 45，第 883 页，n. 42。德国其他作者也持这一观点。例如，见 Kokott，前注 93，第 10 页；Herdegen，前注 13，第 65 页；J.Schwarze，“Rechtschutz Privater bei völkerrechtswidrigem Handeln fremder Staaten”（1986），24 Archiv des Völkerrechts 第 428 和 429 页。另见 Adede，“Survey”，前注 23，第 15 页。

¹⁴⁴ Schwarze 前注 143，第 429 页。

¹⁴⁵ J.H.W.Verzijl, International Law in Historical Perspective(1973), Part VI, 第 629 页。

¹⁴⁶ 前注 51, Part IV, 第 206 段, cmt d. 第 612 页。

¹⁴⁷ 见 C. de Visscher, “Le Deni de justice en droit international”（1935-II）, 52 Recueil des Cours, 第 421 页；Freeman, 前注 45，第 407 页以下；M.N.Shaw, International Law, 第 4 版（1997 年），第 603 页和 604 页；P.C.Jessup, A Modern Law of Nations,（1968 年）

61. 第三种流派起源于海德和伊格尔顿的著作，它同程序性立场无多大不同，主要的分歧在于持这一流派观点的人认为：

“在审查所提出的要求时，必须区分两种事件，一种事件显示领土主权者实施了国际不法行为，另一种事件显示该主权者在发生此种行为后没有提供补救方法；前一种事件确定国家责任，后一种事件确定有理由干预。”¹⁴⁸

换言之，这一流派认为，如果该规则所涉案情中，最初的行为或不行为本身构成违反国际法以及国内法的行为，该规则即为一项程序性条件。另一方面，如果造成损害的行为违反国内法但不违反国际法，则只有在用尽当地补救办法的结果为拒绝司法时，国际责任才开始。

62. 这一流派的主要学者是福塞特（J. E. S. Fawcett）。1954年，他发表了一篇文章，¹⁴⁹试图明确区分诉讼原因和诉讼权利，他列举必须考虑当地补救办法规则的运作的三种可能的法律情况：

“第一种情况：所指控的行为违反国际法但不违反当地法律。

第二种情况：所指控的行为违反当地法律，但不违反国际法。

第三种情况：所指控的行为既违反当地法律，也违反国际法。”¹⁵⁰

“在第一种情况，所指控的行为违反国际法但不违反当地法律，当地补救办法规则根本不适用，因为没有发生任何违反当地法律的行为，也就没有任何当地补救办法需要用尽。”¹⁵¹

重印，第104页；Geck，前注141，第1056页；Herdegen，前注13，第65页；Kokott，前注93，第613页；Schwarzenberger，前注72，第603页和604页。也可以认为这是《奥本海国际法》（前注23，第522页至第524页）以下陈述所持的立场：

“如果一国没有按照其国际义务对待境内的外侨，但后来采取行动仍然确保该名外侨得到该国义务所规定的待遇（或与之相等的待遇），那么，只有该外侨用尽了其在该国内所能利用的法律补救办法，国际法庭才会受理以这名外侨名义提出的要求。只要该国内最高主管当局尚未作出最终裁判，就不能说已经产生有效的国际要求。”

¹⁴⁸ C. C. Hyde, *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States* (1992), vol. 1, 第493页。亦见Eagleton，前注23，第97页至第100页。这一时期倾向于第三种流派的作者有：Dunn，前注23，第166页（从他评析哈佛法学院1929年关于国家对外国人在其境内遭受人身和财产损害的责任公约草案第8(a)条当中，可以看出这一点）；Fachiri，前注110，第33页；J. G. Starke, “Imputability in International Delinquencies” (1934), 《英国国际法年鉴》. 第107页和108页。

¹⁴⁹ “Exhaustion of Local Remedies”，前注71。

¹⁵⁰ 同上，第454页。

¹⁵¹ 同上，第455页。

属于这种情况的例子有：国家最高行政当局实施了损害性行为，国内法对此并无任何补救办法；或国家官员实施了危害人类罪（如种族隔离），当地法律宽恕或鼓励此种罪行。

“在第二种情况，所指控的行为违反当地法律但起初并不违反国际法，所指控的行为不引起国家的国际责任：只有在国家**后来**的行为对寻求最初指控的行为获得补救的受害方构成拒绝司法时，才引起国家的国际责任。”¹⁵²

在这里，当地补救办法规则的运作构成实质上禁止提出国际要求，因为在证明有拒绝司法情事之前，不能提出要求。

在第三种情况，

“所指控的行为既违反当地法律也违反国际协定或习惯国际法，用尽当地补救办法规则的运作构成在程序上禁止提出国际要求。”¹⁵³

福塞特的分析简单明了，赢得菲茨莫里¹⁵⁴和布朗利¹⁵⁵的支持，并对关于当地补救办法规则的性质的辩论提供了答案。不幸的是，阿戈的研究报告¹⁵⁶极少提到福塞特的分析。阿梅拉辛格试图把福塞特的立场同他自己的程序性观点统一，他说福塞特的第二种情况（采取实质性办法）同当地补救办法规则毫不相干。

“所谓该规则的实质性方面其实根本不是该规则的一个方面。对损害外侨的国家责任领域而言，这是不适当的用语，因为这个领域处理的是司法上违反国际法。所谓该规则的实质性方面其实是“拒绝司法”，并应如此对待。”¹⁵⁷

他继续说，理解这一点，福塞特的观点可以归纳为“基本上对该规则持程序性观点”。¹⁵⁸

L. 结论

63. “第三种立场”在逻辑上最令人满意。一国如果实施国际不法行为（例如对外侨实施酷刑），从实施行为的时候起，即负有国际责任。酷刑的行为造成对责

¹⁵² 同上，第 456 页。着重字体为原文所加。

¹⁵³ 同上，第 458 页。

¹⁵⁴ 前注 47，第 53 页。

¹⁵⁵ Principles, 前注 34, 第 497 页。

¹⁵⁶ 前注 6, 第 34 页, 第 13 段, n. 137 号。

¹⁵⁷ Amerasinghe, State Responsibility, 前注 75, 第 212 页至 214 页。Law 也表示类似的意见, 前注 13, 第 34 页。

¹⁵⁸ Local, Remedies, 前注 23, 第 326 页。

任国提起诉讼的原因，但在该国有机会通过本国法庭对有关情况作出补救（例如给予赔偿）之前，诉讼权利、亦即提起国际要求的权利，暂时停止。在这种情况下，当地补救办法规则属于程序性。这一观点得到一些编纂工作组、若干司法裁决和大多数作者的支持，并且既得到赞成程序性立场的人的支持，也得到属于“第三种流派”的人的支持。持实质性观点者无法接受对当地补救办法规则的这种解释，原因主要是他们拒绝接受违反国际法的损害外侨行为和仅违反当地法律的损害外侨行为之间的区别。

64. 以下一点得到更加清楚的共识：如果造成最初损害的行为或不行为只违反当地法律，则必须在国内诉讼程序过程中出现拒绝司法情事，才能提起国际要求。实质派学者同意这一点，程序派学者也同意这一点，但程序性流派认为，这一现象不属于当地补救办法规则的范畴。程序性流派拒不认为这类情况属于用尽当地补救办法的主题，没有什么实际意义，不必进一步加以考虑。

65. 最后剩下一个问题需要研究：拒绝司法是否也需要用尽剩下的当地补救办法，这不仅是对第 64 段所述的情况而言，而且也是地发生违反国际法行为之后出现拒绝司法的情况而言。在我们所讨论的著作中，对此问题表示看法的作者¹⁵⁹都支持这样的观点：在此种情况下，必须用尽当地补救办法。如果我们把拒绝司法视为违反国际法的行为，这一观点是合乎逻辑的。编纂工作、国际裁决或国家实践也没有反对这个观点。

66. 上述条款草案试图落实本报告得出的这项结论。决定不采取罗伯特·阿戈在一读通过的关于国家责任的条款草案第 22 条草案中提出的实质性立场，不是随便作出的决定。阿戈立场的前提是区分行为义务和结果义务，但起草委员会 2000 年暂时通过的关于国家责任的条款草案却没有保持这一区分。实质性观点没有得到编纂工作、司法裁决和作者的大力支持。此外，1977 年以来，作者们倾向于赞成程序性观点或第三种流派。因此建议委员会采用第 12 条草案和第 13 条草案所载的哲学观点。

M. 今后的工作

67. 对第 14 条草案的评注仍在编写之中。该条很可能采取以下形式：

在下列情况，无需用尽当地补救办法：

- (a) 没有任何有效的补救办法；**
- (b) 用尽当地补救办法徒劳无益；**
- (c) 被告国放弃用尽当地补救办法的要求；**

¹⁵⁹ Law, 前注 13, 第 34 页；Fitzmaurice, 前注 47, 第 59 页；Amerasinghe, “The Local Remedies Rule”, 前注 34, 第 732 页。

(d) 受害个人同被告国之间没有自愿的联系；

(e) 国际要求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。

关于用尽当地补救办法的其它条款将讨论举证责任和外国国民事先放弃国际要求（“卡尔沃条款”）。最好能根据第 13 条草案提到“拒绝司法”一词的情况，就该词的含义作出规定，尽管这样做可能就要拟定一项主要规则。但正如第 10 条草案的评注所指出的，在本编纂工作中，主要规则与次要规则之间的区分，没有多大作用。
