



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.619
7 June 2002
CHINESE
Original: ENGLISH

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

国际法委员会第五十四届会议工作报告草稿

报告员：瓦列里·库兹涅佐夫先生

第五章

外交保护

- A. 导言
- B. 本届会议审议这个专题的情况
 - 1. 研究情况概述
 - (a) 特别报告员的介绍
 - (b) 辩论概况
 - (c) 特别报告员的总结
 - 2. 第12和第13条
 - (a) 特别报告员的介绍
 - (b) 辩论概况
 - (c) 特别报告员的总结
 - 3. 第14条
 - 4. 第15条
 - (a) 特别报告员的介绍
 - (b) 辩论概况
 - (c) 特别报告员的总结

A. 导 言

1. 国际法委员会于 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐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书面评论，进一步审查这一专题并说明其范围和内容。委员会在 1997 年第四十九届会议期间按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了关于这个专题的工作组。² 工作组在同届会议上提交一份报告，得到委员会核可。³ 工作组打算：(a) 尽可能明确这一专题的范围；(b) 界定这一专题所应研究的问题。工作组拟议了审议这一专题的大纲，委员会建议以这一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 2501 次会议上任命穆罕默德·本努纳先生为这一专题的特别报告员。

3. 大会于第 52/156 号决议第 8 段中赞同委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

4. 1998 年委员会第五十届会议收到特别报告员的初步报告。⁵ 委员会在这届会议上设立了不限成员名额的工作组，根据讨论这一专题之研究方法的情况，审议可能得出的结论。⁶

5. 1999 年委员会第五十一届会议期间，在本努纳先生当选为前南斯拉夫问题国际法庭法官以后，任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为本专题的特别报告员。⁷

6. 委员会于 2000 年第五十二届会议收到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 的审议工

¹ 《大会正式纪录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 249 段和附件二，增编 1。

² 同上，《第五十二届会议，补编第 10 号》(A/52/10)，第八章。

³ 同上，第 171 段。

⁴ 同上，第 189 - 190 段。

⁵ A/CN.4/484。

⁶ 工作组的结论载于《大会正式纪录，第五十三届会议，补编第 10 号》(A/53/10)，第 108 段。

⁷ 《大会正式纪录，第五十四届会议，补编第 10 号》(A/54/10)，第 19 段。

作推迟到下一届会议进行。委员会于这届会议上设立不限成员名额的非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 1、第 3 和第 6 条草案。⁸ 委员会随后在第 2635 次会议上决定将第 1 条、第 3 条和第 5 至第 8 条的草案连同非正式磋商小组的报告提交起草委员会。

7. 委员会 2001 年第五十三届会议收到特别报告员第一次报告的余下部分(A/CN.4/506 和 Add.1)和第二次报告(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2 (仅更正西班牙文本))。委员会先后于 2001 年 5 月 25 日第 2680 次会议和 7 月 9 日至 11 日举行的第 2685 次至 2687 次会议上审议了 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草案第 10 和第 11 条的部分，把有关第 12 条和第 13 条草案的 A/CN.4/514 其余部分推迟到下一届会议审议。委员会决定把草案第 9 条提交 2001 年 7 月 12 日第 2688 次会议，把草案第 10 和第 11 条提交 2001 年 7 月 17 日第 2690 次会议。

8. 委员会第 2688 次会议设立了不限成员名额的非正式磋商小组，由特别报告员担任主席，研讨第 9 条。

B. 本届会议审议这个专题的情况

9. 委员会本届会议收到特别报告员关于第 12 条和第 13 条的第二次报告余下部分(A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2(仅更正西班牙文本))和第三次报告(A/CN.4/523 和 Add.1)。委员会先后于 2002 年 4 月 30 日至 5 月 14 日举行的第 2712 至 2719 次会议和 6 月 4 日第 2729 次会议上审议了第二次报告余下部分，以及关于外交保护专题研究情况和关于第 14 条和第 15 条的第三次报告第一部分。委员会随后于 5 月 24 日第 2725 次会议和 5 月 30 日至 6 月 4 日举行的第 2727 至 2729 次会议上审议了关于第 16 条的第三次报告第二部分。

10. 委员会决定于 2002 年 5 月 14 日第 2719 次会议上把第 14 条(a)款、(b)款、(d)款(拟与(a)款一并审议)和(e)款提交起草委员会。委员会还于 2002 年 6 月 4

⁸ 非正式磋商小组的报告载于《大会正式纪录，第五十五届会议，补编第 10 号》(A/55/10)，第 495 段。

日第 2729 次会议上决定把第 14 条(c)款提交起草委员会，供与(a)款一并审议。

11. 委员会于 2002 年 6 月 5 至 7 日举行的第 2730 至 2732 次会议上审议了起草委员会关于第 1 至第 7[8]条草案的报告。委员会于第 2730 次会议上通过了第 1 至 3[5]条、第 2731 次会议上通过第 4[9]、5[7]和 7[8]条、并于第 2732 次会议上通过第 6 条。

12. 委员会于.....举行的第.....至.....次会议上通过了上述条款草案的评注。

1. 研究情况概述

(a) 特别报告员的介绍

13. 特别报告员介绍其第三次报告(A/CN.4/523)说：外交保护专题在编纂工作、公约、国家实践、判例和学说方面的典据很多。国际法中没有任何其他领域有这么丰富的典据。但是，在实践上往往互不一致、相互矛盾。特别报告员的任务是介绍所有典据和备选办法，使委员会能够作出知情的选择。

14. 关于本条款草案的范围，特别报告员再度指出，他不拟使探讨范围超出外交保护范围内的传统专题——即求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法——以外。但是，他说，在前一个五年期的辩论过程中，有人建议研讨外交保护领域内的若干其他事项，例如：国际组织对其官员的职能保护、船舶或航行器的国籍国为船员或机组人员，甚至为乘客(无论当事个人的国籍为何)求偿的权利、甲国根据乙国的授权而对乙国的国民行使外交保护的情况、以及某一国家或国际组织管理或控制一领土的情况。他在答复时，虽然注意到那些问题的重要性，却坚持认为，委员会不应该在目前这套条款草案中审议那些问题，若委员会想在本五年期终了时一读和二读通过该条款草案，就更不应该审议那些问题了。他还告诫说，关于一国或一国际组织管理或控制一领土的情况等问题的辩论，可能超越外交保护传统领域的范围。

15. 他还说，委员会要完成关于外交保护的研究报告就必须研究拒绝司法和卡尔沃条款两者在这个专题的判例中占有显著的地位。

16. 特别报告员还确认，他打算在下一次报告中审议企业公司的国籍。

(b) 辩论概况

17. 有人对特别报告员提交了报告表示祝贺，认为他对问题采取了开明的探讨方式，但也有人认为，特别报告员的着手方式似乎过于概括。因此，有人表示赞成审议特别报告员第三次报告中所列的另一些问题。

18. 有人认为，不应该在本条款草案中列入国际组织对其官员的职能保护问题，因为这个问题成了国籍原则的例外事项，而国籍原则却是外交保护问题的基本原则。国际法院在对“联合国勤务中受到损害的赔偿”的咨询意见中，⁹ 明确指出：该组织求偿的依据并不是受害者的国籍，而是受害者作为该组织人员的身份。同样，国际劳工组织行政法庭在其 1964 年 9 月 11 日的判决¹⁰ 中指出，劳工组织官员的特权和豁免只有在合乎该组织利益的情况下才会给予。

19. 但是，有人建议国际法委员会审议一国际组织的国籍国有权行使外交保护(而不是职能保护)的因果关系。国际法院在“损害赔偿”咨询意见中提到了国籍国和联合国对联合国官员个人受到的损害的竞争性求偿问题。有人建议密切研究职能保护和外交保护之间的关系，在本条款草案中稍微提到职能保护。也有人认为，应该象国际法院在其咨询意见中那样，明确地指出：国家要行使外交保护权而国际组织要行使职能保护权的竞争，不能导致两项求偿或两项赔偿行为。因此，委员会可能审议是否需要限制求偿和赔偿。

20. 也有人指出，国际组织对其官员的职能保护问题是已有一些国民在国际组织任职的小国所关注的，因为如果只有国籍国才能够给予保护，就会导致待遇上的不平等。

21. 另外，有人问起：是否可以把这种保护定性为外交保护？如果委员会同意把对外交官员和领事官员的保护排除于本专题的范围以外，同样的推理规律便适用于国际组织的官员。同样，武装部队的成员通常受到负责领导这些部队的国家的保护，但是，这种保护不被视为“外交保护”。

22. 另一种意见认为，外交保护和职能保护的区分不一定适用于对武装部队成员行使的外交保护。这种保护是各该部队所属国家之合法利益的运用。虽然国

⁹ 《1949 年国际法院报告书》，p. 174。

¹⁰ 载于对胡拉多的答复，第 70 号判决。

籍联系是对国民、本国企业和机构的合法利益的主要表现，法律却确认合法利益的另一一些依据，例如武装部队的成员资格。

23. 为了支持将本条款草案的范围扩大到包括对船只的船员和乘客的外交保护的提议，有人引述了 M/V “Saiga” (No.2)(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)案¹¹，国际海洋法法庭认为，船只的国籍国有权就船员受到的损害求偿，而不论其个人的国籍为何；因此，国籍国并不拥有行使外交保护的专属权利。同时，有人针对内燃机船“赛加”号案告戒说，该案是依据《联合国海洋法公约》第二九二条提起的，并不是一般性的外交保护案件。

24. 也有人说，国际法的演变表现在：它越来越强烈关注对人权的尊重。因此认为，如果船员或机组人员能够从船只或飞行器的国籍国得到保护，这只是给予更有力的保护，应该受到欢迎。

25. 另一些人坚持认为，特别报告员提议委员会把船只或飞行器的国籍国以船员或机组人员或乘客的名义求偿的权利排除在本条款草案的范围以外，这是正确的做法。据指出，问题不在于一国应该如何在海外保护其国民，而是如何避免来自不同国家的竞争性求偿。在该船只悬挂方便旗的情况下，若船员的国籍国政府不行使外交保护，注册国也不会这么做。持这种看法的人认为，无论如何，这些案例应该属于海洋法的范围。

26. 也有人认为，对船员的保护问题适用《联合国海洋法公约》，¹² 也适用早期拟订的国际协定。因此，必须密切研究其他国际文书。

27. 也有人说，与飞行器的国籍有关的问题所适用的法律原则已经载于国际法，其中包括许多文书，例如《1963 年关于飞行器上违法行为和若干其他行为的东京公约》规定了容许机组人员和乘客继续旅行的义务等事项。在这个事例中，起决定性作用的因素是国籍国或注册国和某一船只或飞行器之间的特别关系。这种关系不涉及人员，不过，有关国际文书在若干情况下使一国有权行使特权，初看与外交保护类似，但这种保护具有另一种性质。因此，这种问题不属于外交保护专题的审议范围。

¹¹ 内燃机船“赛加”号(No.2) (圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)案，国际海洋法法庭，1999 年 7 月 1 日的判决。

¹² 《联合国条约汇编》，第 1833 卷，p. 3。

28. 特别报告员建议委员会不要审议甲国根据乙国的授权对乙国国民行使外交保护的情况，有人对此表示不同意。履行国家责任的手段是引起争议的问题。因此，原则上，一国没有理由不在上述情况下行使外交保护。另一些人说，如果将外交保护视为一国的裁量权，便可以在评注中阐明这样的论点：国家有权在国籍原则所规定的一些例外事项中授权其他国际法主体对其公民或与它有真正联系的人行使外交保护。但是，务必不要把外交保护的有关规则同对一些个人或利益的其他类型的保护混淆起来。

29. 特别报告员认为，本条款草案不应当审议一国际组织控制一领土的情况，有人对此表示支持。据指出，它涉及一种极为具体的保护形式，至少它与职能保护的关系同与外交保护的关系一样密切；而且，按照国家责任条款的研讨方式，委员会应该不理睬与国际组织有关的一切问题。但是，有人表示支持这样的建议：本条款草案应该审议受托管或控制某一领土的一国意图以该领土居民的名义行使外交保护的情况。

30. 另一种意见认为，在一国际组织管理一领土的情况下，该国际组织履行一国的所有职能，因此，应该对可能无国籍的人或国籍不明确的人行使外交保护。此外，国籍联系在过去具有一定程度的重要性，国家是国际舞台上的唯一行动者，在当今世界中国际组织与国家的协同作用日益增大，国际组织就变得不那么重要了。因此，有人认为，应该把这个问题列入本条款草案。但据指出，若以联合国作为领土管理者的特别职能和临时职能可以同国家对领土的管理等量齐观，则是轻率的观点。

31. 另外有人坚持认为，外交保护问题的核心是国籍原则，即：一国和它的国民之间的联系。当一国针对一国际不法行为对其国民造成的损害行使外交保护而索取合法权益时，合法权益和国家之间的联系是国民的国籍。据认为，如果将提议的更多问题载入本条款草案，即使只列为例外情况，也难免影响外交保护规则的性质，而不适当地扩大了国家的干预权。

32. 也有人认为，如果委员会决定不审议上述的另一些问题，至少应该在评注中予以提及。

33. 委员会又审议了将一些问题列入本条款草案范围的另一些建议。它研讨了是否需要在本条款草案中提到“干净的手”理论的问题。有人认为，虽然该理

论与对外交保护问题的讨论有关，却不可能在本条款草案中予以特殊处理。有人引述了委员会在国家责任专题对这个理论的处理方式，委员会决定：它不构成排除不法性的情况。¹³ 同样，有人认为，某人没有“干净的手”的事实不能成为拒不给予外交保护的理由。

34. 有人对“干净的手”概念的法律地位表示进一步的保留。据指出，除非作为一种偏颇论点提出以外，这一概念极少被使用，因此，委员会必须谨慎，不要“意外地”把它合法化了。但是，有人指出，在外交保护方面提到这个问题是合理的。作为行使外交保护对象的人是否有“干净的手”的问题不容忽视，无论从中得出任何结论，务必提出这个问题。另外，还有人指出，委员会应该不要对“干净的手”规则持赞成或反对的立场。

35. 委员会也审议了载列一项关于拒绝司法的条款的必要性。记得委员会以往不曾打算在本条款草案中明文提到它。也有人坚持认为，拒绝司法概念是实体法的一部分，属于外侨待遇的议题，与外交保护没有直接关系。有时候，在外侨使用法院的情况下，会发生拒绝司法情事，从这个意义上说，与涉及使用当地补救办法的任何境况相去甚远。因此，接受这个议题是不合理的，并且将使委员会陷入重大的困难。

36. 但是，有人指出，就外侨和国民使用司法系统的机会的平等待遇而言，拒绝司法问题触及实质问题。国际私法和有关这个题目的现有公约广泛地处理了这个议题，美洲区域更是这样，规定外侨有权使用与国民同样的补救办法，另一些最近的法律案文重申了这项权利。就此而论，很难漠视拒绝司法问题，作为本项研究的一部分，拒绝司法可能是需要行使外交保护的境况之一。

37. 考虑到其他意见，提议在进行本项研究时适度顾及行使外交保护的影响。

38. 也有人表示赞成按照特别报告员的建议研讨对企业公司的外交保护问题。

39. 在用语方面，有人指出，“求偿当事人的国籍”会引起混淆，这是以英语为母语者的概念，在其他正式语文中找不到类似用语。特别报告员在答复中承

¹³ 载于《大会正式记录，第五十四届会议，补编第10号（A/54/10）》，chp.V.B.48(A)，第411—415段。

认，这个用语具有英美法的意涵，但指出，国际法院院长并不是以英语为母语的人，他在“对联合国勤务中受到损害的赔偿”发表的咨询意见中使用了这个用语。

(c) 特别报告员的总结

40. 特别报告员指出，总的来说，人们似乎支持他的做法，即：把条款草案的范围限定于与求偿当事人的国籍和用尽当地补救办法规则有关的问题，以便能够在委员会五年期内结束对这个专题的审议。

41. 关于他在第三次报告中所查明的与求偿当事人的国籍有关、但历来不属于该领域范围的问题，特别报告员指出，没有任何代表认为应该彻底研究国际组织对其官员的职能保护问题。但是，有几位发言者强调必须在评注中辨别外交保护和职能保护，特别提到国际法院院长在联合国勤务中受到损害的赔偿咨询意见中对问题二(联合国行使职能保护如何与国籍国保护其国民的权利一致)的答复。他提议在对第 1 条的评注中阐述竞争性保护要求时处理这个事项，不过，他还没有决定是否单独载列关于这个事项的条文。

42. 特别报告员指出，看来几乎没有人赞成将条款草案的范围扩大到包括船舶或飞行器的国籍国为其船员或机组人员和乘客求偿的权利。但他说，将在评注中论述这个问题，特别提到内燃机船赛加号(M/V Saiga)案。

43. 关于一国授权他国行使外交保护的情况，他认为，在实践中这种情况不常发生，法律文献中也极少论及。他也指出，关于持续国籍的条文涉及这个问题的一部分。

44. 特别报告员还指出，把管理、控制或占领一领土的一国行使外交保护的问题纳入本项研究的范围的提议虽然获得极少支持，却也有些人支持。他还说，有些委员提议审议由国际组织保护其控制下领土居民的问题，例如联合国目前在科索沃和(以往)在东帝汶的情况。他认为，虽然有些人支持这种想法，委员们多半认为，这个问题最好放在国际组织的责任范围内探讨。

45. 关于“干净的手”原则，特别报告员说，它可能涉及受害人的行为、索赔国或求偿国，因此不容易提具一项适用于所有情况的规则。他也认为，这个问

题将在涉及卡尔沃条款的其第三次报告增编中(A/CN.4/523/Add.1)以及在涉及诺特邦案¹⁴和涉及巴塞隆那电车公司案的的第3(5)条的评注中予以述及。¹⁵

46. 关于拒绝司法，特别报告员说，虽然他不造成载列关于拒绝司法的一个条文，必须确认，如同卡尔沃条款的情况所示，它在外交保护的演变中具有显著的地位，拉丁美洲的情况尤其是这样，来自该区域的几位委员会一再提到这个问题。他对委员会中辩论情况的评价是，大多数委员会对在本项研究中载述这个问题持反对态度，保持中立就是最好的情况了。有几位委员会强调，这是初级规则，另一些委员会则指出，拒绝司法的确在一些程序中发生，因此采取次级规则的形式。但是，拒绝司法概念的内容并不确定。在二十世纪初期，这个概念涉及不许向法院提出告诉，拉丁美洲学者载述了司法偏见和司法延误，另一些人则认为，拒绝司法并不限于司法上的作为或不作为，而是包括了行政部门和立法部门违反国际法的行为，因此包括了整个国家责任领域。目前，普遍的看法认为，拒绝司法限于司法部门或司法程序的行为，其表现形式为不适当的程序或不公正的决定。总之，它在判例中的重要性越来越小，在很大程度上为国际人权文书中所规定的司法标准，尤其是《公民权利和政治权利国际公约》第14条所代替。¹⁶由于委员会明确地认为，这个概念不属于本项研究的范围，他不再打算为这个概念编写一份增编。

¹⁴ 《1955年国际法院报告书》，p.4。

¹⁵ 巴塞隆那电车、电灯和电力有限公司，第二阶段，《1970年国际法院报告书》，p.3。

¹⁶ 《联合国条约汇编》，第999卷，p.171。

2. 第 12 和第 13 条 ¹⁷

(a) 特别报告员的介绍

47. 特别报告员记得在 2001 年提交委员会第五十三届会议的第二次报告中探讨了第 12 条和第 13 条，但委员会由于时间不够，没有予以审议。他认为，这两个条文应该一并解读，因此，提议一并予以处理。但是，两者都涉及用尽当地补救办法规则是程序规则，还是实质规则的问题——这是在用尽当地补救办法方面最具有争议性的问题。

48. 据指出，委员会以前在国家责任专题范围内就这项事项采取了立场。他记得，委员会在 1977 年制订一个条文，并于 1996 年一读确认该条文为这个专题条款草案的一部分。¹⁸ 但是，他认为，这项规则本质上是一项程序规则，而不是实质性规则，因此必须重新审议这个事项。

49. 曾经采取的三项立场是：实质立场、程序立场和他所谓的“混合”立场。主张采取实质立场的人，包括博查德和阿戈，坚持认为，在用尽当地补救办法以前，违法国的国际不法行为并未完成。在这里，用尽当地补救办法规则是实质性规则，这是国际责任赖以存在的基础。

¹⁷ 第 12 条和第 13 条的内容是：

第 12 条

用尽当地补救办法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

一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。

¹⁸ 第 22 条。载于《1977 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 31 段；《1996 年...年鉴》，第二卷（第二部分），第 65 段。

50. 阿梅拉辛格等支持程序性立场的人的论点是：用尽当地补救办法规则是一个程序性条件，在提出国际求偿以前必须满足这个条件。

51. 福塞特辩称，混合立场区分了外侨在国内法范围内受到的损害和在国际法范围内受到的损害。如果损害是由不违反国际法、只违反国内法的行为造成的，例如由于违反特许合同造成的，则只有当被告国有拒绝司法行为时，例如司法部门在一外侨企图在一国内法庭行使其权利时对他存有偏见，才引起国际责任。在这种情况下，用尽当地补救办法规则显然是必须履行的实质性条件。反之，如果对外侨的损害违反了国际法或同时违反了国际法与国内法，在发生损害时，即已引起国际责任，而用尽当地补救办法规则是提出国际求偿的程序性条件。

52. 他进一步指出，虽然有些人辩称，这三种立场纯粹是学术性的，引起国际责任的时刻问题实际上往往相当重要。首先，就求偿当事人的国籍而言，在犯下国际不法行为时，外侨必须是一国民。因此，务必确定犯下国际不法行为的时刻。其次，可能会有摩洛哥磷酸盐案中发生的管辖权问题，¹⁹ 问题在于：为了决定法院是否有管辖权的目的，发生国际责任的时刻为何？第三、如果用尽当地补救办法规则是实质性规则，一国就不可能予以放弃，因为在没有当地补救办法的情形下，就没有任何国际不法行为。

53. 特别报告员说，困难在于：关于应该依循什么途径的资料来源并不清楚。他还在其报告中总结了以往多次尝试进行的各种编纂工作。据指出，虽然委员会在 1977 年在当时的国家责任条款草案第 22 条中倾向于持实质性的看法，到 2000 年，科科特在国际法协会中采取了一种纯粹程序性的立场。

54. 特别报告员还说，司法裁决也是不明确的，可以作出不同的解释，既可能支持程序性立场，也可能支持实质性立场。例如，关于摩洛哥磷酸盐案，特别报告员阿戈坚持认为，常设法院不曾作出反对实质性立场的裁决。但是，目前特别报告员对裁决中一段关键文字的解释是：法院支持了法国的论点，认为，当地补救办法规则不过是程序性规则罢了。

¹⁹ 《1938 年国际常设法院报告书》，汇编 A/B，第 74 号。

55. 特别报告员也说，国家实践极少价值，因为它通常采取在国际议事录中介绍论点的形式，一国必定会支持最符合其本国利益的立场。因此，无法从国家提出的论点中得到任何明确的结论。

56. 此外，据指出，对这个问题的学术意见也有分歧。他确认，很少人注意他所支持的第三个立场。例如，对一外侨施加酷刑的国家在它犯下这一行为的时刻已经引起国际责任，但是，它可能也意识到该行为违反了本国的法律规章。如果本国的补救办法已经存在，必须予以用尽以后，才能提出国际求偿；在这种情况下，当地补救办法是程序性的。第 12 条和第 13 条草案意图实施这项结论，学术意见也对这一立场提供了一些支持。

57. 委员会也面临着偏离它在国家责任条款草案中所通过第 22 条原案文的决定。但是，在拟议该条文时，当时的国家责任问题特别报告员曾经假定：该文件定本将区分行为的义务和结果，这一区分没有被保留下来。因此，特别报告员认为，委员会可以通过他所提议的立场。

(b) 辩论概况

58. 支持实质性立场的人认为，若必须用尽、却一直没有用尽当地补救办法，则不得行使外交保护。因此，不能就据称的违背义务行为提出求偿，并且不得采取反措施。在这一点上，一项据称违背义务以后没有补救办法的行为，若对有关的国家或个人来说没有在国际上产生任何后果，其实际意义并不明确。就此而论，由于先决条件适用于涉及这种情况的所有程序，所以必须把它视为实质性的。

59. 另一些人表示支持程序性立场，据指出，对于没有用尽当地补救办法而作出宣告性判决的情况来说，较小的国家认为，由于程序费用过于高昂等原因，用尽当地补救办法实际上是办不到的。在没有用尽当地补救办法的情形下获得的宣告性判决可能给予切实的抵偿，导致实际变革。但是，如果将用尽当地补救办法规则规定为实质性的，便会排除这种可能性。

60. 有人表示支持特别报告员在其报告中所描述的福塞特的“第三种观点”。另一方面，有人表示，福塞特的研究报告对国内法中的补救办法和国际法

中的补救办法作了区分，它所提到的各种可能性会引起理论上的争辩，不必要地使这个问题复杂化。

61. 委员会中占优势的观点认为，应该删除第 12 条和第 13 条，因为这两条没有对第 11 条增添任何内容。据确认，虽然采纳这个或那个理论以后，可能牵涉到一些问题，上述补救办法是实质性的或者程序性的问题多少在摩洛哥磷酸盐案等特殊情况下是避免不了的，它们并不是至关重要的，因此没有理由把它们列入有关条款草案中。同样，有人说，为了在全球探讨用尽当地补救办法问题，这种区分并不是很有用或者適切。这样做也不能达到许多的实际目的。的确，有人表示担心这种区分可能使得委员会的任务大大地复杂化，它将需要详细审议必须用尽的补救办法。也有人指出，第 12 条和第 13 条是使得第 10 和第 11 条中所载述的原则声明复杂化了，或者只是指出了拒绝司法一类的概念，完全没有加以阐述。

62. 此外，有人说，当纯粹从外交保护方面着眼时，这种区分似乎无关紧要。有一项假定是：已经犯下一国际不法行为；因此所要审议的问题只是当一个人受到损害时，应该基于哪些条件或许根据哪些程序，进行赔偿；因为在没有国际不法行为的情形下，外交保护不会发生。从那个观点着眼，这个问题是直截的；外交保护是可能借以履行国家的国际责任的一个程序；用尽当地补救办法是实施该程序的先决条件，它到底是一项实质或程序性规则没有什么差别。

63. 记得：最初是在审议国家责任专题期间为了确定发生不法行为的精确时刻才进行这种区分的。问题在于：是否一犯下国际不法行为就引起国家的责任，而与是否用尽当地补救办法无关。因此，据提议，为了前后一致，委员会依循了国家责任条款草案第 44 条“可否提出要求”中采取的着手方式。同样，据指出，人们针对第 12 条的起草情况问起：触犯当地法律本身是怎样构成一国际不法行为的？这似乎同时抵触了国际不法行为引起的国家责任条款的精神和文字，特别是其中的第 3 条。

64. 此外，有些发言者质疑这样的断言：自动放弃不符合当地补救办法规则的实质性。各国可以针对实质问题或程序问题自动放弃提出求偿的先决条件。有些规则并不是强制性的，但可以由各国议定。

65. 还有人说，当地补救办法规则的性质问题引起了难以解决的理论问题，而且在政治上产生影响，因为有人认为，程序理论轻视许多国家认为带根本重要性的一项规则的重要性。由于这些问题，委员会又没有达成协商一致意见，人们认为不宜赞同任何竞争性意见。

66. 也有人认为，委员会可以采取另一种办法，在政策、实践和历史情况的基础上，审议完全根据经验对当地补救办法规则进行研究的报告。例如，有人说，承担风险原则、外侨和东道国之间存在自愿联系、依常识适用当地补救办法可能比程序问题或实质问题更为有关。

67. 另一种看法认为，可以在第 10、11 和 14 条的评注中处理这个问题。

68. 另一些人坚持认为，第 12 条和第 13 条是有用的，但必须改用另一种形式提出。这种意见认为，当地补救办法规则作为一种程序事项，可能也会有实质的结果。因此，有人提议，应该规定例外情况，以便考虑到这种规则的适用不公平的情况，例如国籍改变或拒绝接受一国际法院的管辖。在这种情况下，必须规定该国有权要求行使外交保护的起始时间，它可能是该国国民受到伤害行为发生的时刻。如果采取这种措词方式，第 12 条和第 13 条就不会同第 10 条重复。

69. 也有人认为，只应该将第 12 条提交起草委员会，但应将第 13 条删除，因为它处理违反国内法的结果引起损害的情况，并不属于本条款草案的范围。

(c) 特别报告员的总结

70. 特别报告员确认，他并不强烈地倾向于在条款草案中保留对程序立场和实质立场的区分。他同意，这种区分并不是用于研究外交保护的大纲的论点。但是，在关于用尽当地补救办法的研究中不能完全忽视它，因为它在一读通过的国家责任条款草案(明确地体现在其中的第 22 条)，以及关于当地补救办法规则的所有法律著作中占有显著的地位。它在确定发生损害的时间(这是涉及求偿当事人的国籍的问题)方面也有实际的影响，因为在发生损害时，受到损害的外侨必须是求偿国的国民。

71. 有人认为，阐述用尽当地补偿办法规则的基本原理，以说明国际法作出这一规定的原因，应该比较有用，他在答复这一看法时，指出，他的第一次报告

中载有绪言部分，说明当地补救办法规则的基本原理，但是，没有在具体的层面上得到委员会的欢迎。他将在第 10 条的评注中进一步补救这个疏失。

72. 他认为，第 12 条和第 13 条受到相当多的批评，还没有得到普遍的认可。认为它过于概念化、不相干、是以双重立场为其前提、过分受到程序和实质的区分的影响。他总结认为，对第 13 条的有些批评有坚实的理据。他举例阐述说，某项国际规则被违背以后，外交保护便开始起作用，反之，第 13 条主要处理还没有发生国际不法行为的情况。他也说，一些委员指出：第 13 条主要处理犯下国际不法行为之时刻的问题：因此，它不属于用尽当地补救办法规则的范畴。

73. 因此，他提议：不将第 12 条和第 13 条提交起草委员会，这个解决办法的好处是可以避免用尽当地补救办法规则是程序性还是实质性的问题，可以让委员们随意对这个事项持自己的立场。

3. 第 14 条

[参阅：A/CN.4/L.619/Add.1]

4. 第 15 条²⁰

(a) 特别报告员的介绍

74. 特别报告员认为，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。这是一个难于编纂的问题，首先由于大多数国内法体系中所载述的

²⁰ 第 15 条的内容如下：

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。

那种国际法中的详细规则付诸缺如，其次则由于具体情况逐案不同，而适用于所有情况的一般规则难于规定。但是，他认为，这个议题对于用尽当地补救办法规则是重要的，因此，应该把它列入本条款草案中。

75. 他还认为，作为一般原则，举证责任应由发表主张的一方承担。第 15 条第 1 款体现了这个原则。但是，他认为，光是一般原则还不够，因此，他提议了载于第 2 款中的两项附加原则，它们涉及关于是否有当地补救办法、当地补救办法是否有效的举证责任。他记得，以前关于编纂当地补救办法规则的尝试避免了就这些议题拟订条款的诱惑。

76. 据认为，这个议题必须在相当一段期间内由人权条约监督机构予以审议，它们的判例支持了两项主张，即：被告国必须证明：还有求偿国尚未用尽的补救办法，如果有补救办法，求偿国必须证明办法无效或者适用当地补救办法的另一些例外情况。但是，他承认，这些判例严格地遵循了据以设立条约监督机构的文书，这些机构所阐述的原则是否直接与外交保护的一般原则有关，是可疑的。

77. 关于司法裁决和仲裁裁决，特别报告员提到，对他已经概述的原则的一些支持论据见于 *Panevezys - Saldutiskis* 铁路案、²¹ 芬兰船舶仲裁案、²² *Ambatielos* 求偿案、²³ *ELSI* 案、²⁴ 1955 年 7 月 27 日航空事故(以色列诉保加利亚)案²⁵ 和挪威贷款案。²⁶ 可以从这些案件中得到两项结论：一、举证责任在被告国一方，它必须证明有当地补救办法可资利用。二、求偿国负有举证责任显示如果有补救办法，确实是无效的，或者适用另一些例外情况，例如，对求偿国造成直接的损害。

78. 同时，他承认，拟订一般原则有其困难，因为其结果涉及每一案件的案情。他记得挪威贷款案，涉及具体的事实格局，在这样的范围内，劳特帕赫特法

²¹ 《1939 年国际常设法院报告书》，A/B 辑，第 76 号。

²² 芬兰船舶仲裁案（1934 年），3《联合国国际仲裁裁决报告书》1479。

²³ （1956）12《联合国国际仲裁裁决报告书》120。

²⁴ *ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI)*，《1989 年国际法院报告书》，p. 15。

²⁵ （初步反对意见）《1959 年国际法院报告书》，127。

²⁶ 《1957 年国际法院报告书》41。

官拟订了四项原则，在文献中得到相当的支持：原告国必须证明没有可供够采取的有效补救办法；如果有法律规章明示剥夺私人求偿者使用补救办法的权利，则无需这种举证；在这种情形下，被告国必须证明：虽然明显缺乏任何补救办法，可以合理地假定有这样的办法存在；举证的程度不应过于严格。

79. 特别报告员确认，他认为，劳特帕赫特法官所引证的四项原则来源于挪威贷款案中的不寻常情况。就此而论，它们并不妨碍他自己的假说，即基本上有两项规则：基本上，有两项规则涉及有无当地补偿办法和有无效能，载于第 15 条第 2 款(a)和(b)项。

(b) 辩论概况

80. 虽然有人表示支持第 15 条，委员会中也有人强烈反对将关于举证责任的第 15 条列入条款草案。有人质疑是否应该把证据规则载入本专题的范围。此外，习惯证据规则如果的确存在的话，却是难于证明的。有人提到英美法系和大陆法系在涉及举证责任方面的不同。同样，有人说，证据规则也因国际诉讼程序的类型而大为不同。而且，同一个条约机构在不同的程序阶段中可能使用不同的证据规则。有人引述了欧洲人权法院在这方面的事例。另外，有人指出，鉴于对举证责任的传统要求，任何司法或其他机构似乎不会由于附加规定极为复杂而感到为难。

81. 有人认为，被告国比法官或求偿国更便于证明有补救办法存在。同样，国籍国最便于提供个人的国籍证明。在这一点上，求偿国应负举证责任。因此，作为求偿国或被告国的立场似乎不比有无证据重要。

82. 此外，有人质疑，在程序体系内由特定条约的规定演化出来的人权判例是否适用于界定一般国际法中举证责任的范围。虽然特别报告员提议了简单、有吸引力的规则，实践中的情况肯定复杂得多。也有人说，可能不容易就第 15 条的议题达成协议。

83. 据认为，举证责任最好留给国际司法法庭在议事规则或仲裁协议中处理、以及在提交国内裁决法庭的情况下由该国法律处理。也有人提议在评注中讨论举证责任问题。

84. 对于第 1 款，有人认为，作为一般原则，提出主张的国家必须加以证明，因此对国家几乎没有起到指导作用。要紧的事项不是指控，而是当事方必须愿意证明看来有关的若干事实。另一方面，有人认为，第 1 款有用，应予列入。

85. 对于第 2 款，有人认为，被告国应该证明有补救办法，求偿国则应该证明补救办法缺乏效能，两者之间的区分是人为的。没有成功机会的补救办法是缺乏效能的，无需加以用尽。因此，被告国所关注的不光是证明有补救办法存在；它还必须证明自己会有合理的成功机会。引起争议的是，在受到损害时并没有恰当司法先例的情况下补救办法是否有效。另一种看法认为，这个问题只是起草问题，可交由起草委员会研究。

(c) 特别报告员的总结

86. 特别报告员说，有人认为第 15 条不会招怨，也有人认为它过于复杂，但多半反对将其载入条款草案。因此，他不建议将第 15 条提交起草委员会。

-- -- -- -- --