



大会

Distr.  
LIMITED

A/CN.4/L.619/Add.1  
2 August 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，日内瓦

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

增编

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....		
3. 第 14 条.....		
(a) 徒劳(第 14 条(a)项) .....		
(一) 特别报告员的介绍.....		
(二) 辩论概况.....		
(三) 特别报告员的总结 .....		
(b) 放弃要求和禁止反言(第 14 条(b)项).....		
(一) 特别报告员的介绍.....		
(二) 辩论概况.....		
(三) 特别报告员的总结.....		
(c) 自愿联系和领土联系(第 14 条(c)项) .....		
(一) 特别报告员的介绍.....		
(二) 辩论概况.....		
(三) 特别报告员的总结 .....		
(d) 不当拖延和拒绝接触(第 14 条(e)项和(f)项).....		
(一) 特别报告员的介绍.....		
(二) 辩论概况.....		
(三) 特别报告员的总结.....		

### 3. 第 14 条

#### (a) 徒劳(第 14 条(a) 项)<sup>1</sup>

##### (一) 特别报告员的介绍

1. 特别报告员在介绍第 14 条时说，他拟议了一项统括条款，用以处理用尽当地补救办法规则的例外情况。该条款采纳了在委员会和大会第六委员会中提出的如下建议：只有“一切现有的适当而有效的当地法律补救办法”才必须加以用尽。他同意这样的建议：在用尽当地补救办法的通则中规定当地补救办法必须是现有的和有效的，但必须以一项单独的条款专门处理当地补救办法无效或徒劳的情况。主要的理由是：如同他在拟议的第 15 条中所说的，被告国和原告国都应承担举证责任，前者必须证明当地补救办法的确存在，而后者则必须证明当地补救办法是徒劳的或无效的。

2. 他认为“无效”这一通称的含义过于模糊，应予舍弃。反之，他根据司法判决和文献提出据以确定“无效的”当地补救办法的三项检验标准。当地补救办法若“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”则是无效的。

3. 据指出，第一项检验标准，“显属徒劳”，要求当地补救办法的徒劳属性立即呈现，受到一些论著作者和国际法院审理 ELSI 案的法官的批评，<sup>2</sup> 认为它过于严格。同样，第二项检验标准因要求原告人只须证明当地补救办法“没有合理的成功机会”，而被认为软弱无力。第三项检验标准是头两项的综合，要求证明

---

<sup>1</sup> 第 14 条案文如下：

#### 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)；

....

<sup>2</sup> 1989 年《国际法院报告书》，p.14。

当地补救办法“没有提供获得有效补救办法的合理可能性”，他认为这个办法应该是优选办法。

4. 他为了支持自己的立场，引述了当地补救办法被认为无效或徒劳的情况：当地法院对争端没有管辖权的情况(例如 Panevezys-Saldutiskis 铁路案<sup>3</sup>)；当地法院必须适用有争议的本国法规的情况，例如没收财产的法规；当地法院缺乏独立性已经是众所周知的事实(例如 Robert E. Brown 求偿案，<sup>4</sup>)；有一贯对外侨不利的既定先例；被告国没有适当的司法保护制度。

## (二) 辩论概况

5. 发言者普遍表示赞成将(a)项提交起草委员会。尤其表示赞同第三项选择，据此，若有获得有效补救办法的合理可能性，才需要用尽某项补救办法。

6. 据指出，当地补救办法的徒劳是一个复杂的问题，因为它涉及主观的判断，并且由于它与举证责任的关系；它提出了一国籍国是否能够光凭当地补救办法基于若干理由显属徒劳的假设便向国际法院提出权利要求的问题。务必预防作出有利于原告国或东道国的极端解释的情况。就此而论，有人认为，第三项选择是优选办法，可据以起草适当的条款，因为它采取了适当的中间立场，提出了持平的看法。

7. 但是，有人认为，无效的检验标准必须客观。例如当地补救办法不当地无理拖延或不可能提供有效补救办法，或完全屈从于行政部门，便属于这种情况。

8. 但是，有人表示，无论采纳哪项选择，在拟议的术语中，无论是“徒劳”或“合理”，都留下了相当大的主观解释空间。合理性的检验标准是模糊的，并且涉及举证责任问题，从而与特别报告员拟议的第15条有关。但是，据指出，第15条未能对第14条中所采用的检验标准的明显的任意性施加限制。此外，有人指出，“有效补救办法”和“不当拖延”是相当的概念，不可能有普遍的标准。就此而论，必须根据具体的背景和情况以及法律之前人人平等、不歧视和透明等另一些同样重要的原则来加以判断。也有人认为，为了认定某一个人是否用尽当地

---

<sup>3</sup> 1939年《常设国际法院汇编A/B辑》，第76号，p.4。

<sup>4</sup> (1923年)，6《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.120。

补救办法，光是向主管法院提起某一讼案是不够的；原告人还必须提出有关的法律论点。

9. 有人提出若干起草上的建议，包括在(a)款的起首语中以单数提到“补救办法”，以避免概括地说明是否所有补救办法均可供使用；删除提到“合理”一语的冗余文字，从另一方面意味着：人们除非得到行为必须合理的具体训示，否则其行为就会不合理；所有“适当和有效的“当地补救办法都必须提到它；“合理的可能性”的措词必须加以细察，因为它们指原告国的主观评量。也有人指出，第14条(a)款似乎与(c)，(d)，(e)和(f)等款有些重叠，它处理可能无法提供有效补救的一些具体情况。

10. 也有人表示赞成采取第二项和第三项选择的综合办法。另一种意见认为，除非当地补救办法显属徒劳(即第一项选择)，否则就应该遵守用尽当地补救办法的规则。但是，有人说，显属徒劳的检验标准过于严格。

### (三) 特别报告员的总结

11. 特别报告员记得：在2001年委员会届会和随后在该年举行的第六委员会会议上，都有人认为，效能概念应该只当做例外事项处理。他希望，委员会对这一议题保持沉默，是表示对该项立场的支持。

12. 他认为，委员会曾以一致意见赞成将第14条(a)款提交起草委员会；委员会们大多赞成第三项选择，不过也有一些委员会支持第二项和第三项的综合办法；极少人支持第一项选择。因此，他认为，应该将第14条(a)款提交起草委员会，责成它审议第二项和第三项选择。

(b) 放弃要求和禁止反言(第 14 条(b)款)<sup>5</sup>

(一) 特别报告员的介绍

13. 特别报告员在介绍处理放弃要求和禁止反言的(b)款时指出, 由于当地补救办法规则是为了被告国的利益拟定的, 它可以选择放弃要求。放弃要求可采取明示或暗示的方式, 也可以作为被告国行为的结果, 在这种情况下, 可以说, 被告国不得反言宣称尚未用尽当地补救办法。他又指出, 可以在专案仲裁协议中载列明示放弃要求, 以解决已经存在的争端; 也可以在一般条约的情况下规定未来的争端应以仲裁方式解决。这种放弃要求的方式可以接受, 并且普遍认为不可撤消。

14. 以暗示方式放弃要求会出现较大的困难, 这一点可以从 ELSI 案中看出, 国际法院在该案中“无法接受不以明确说明动机而暗示放弃习惯国际法上一项重要原则的作法”。因此, 务必有明确的字句表达这种意图, 有些法学家一向提出反对暗示放弃的假设, 虽然这项假设并不是无可辩驳的。但若放弃当地补救办法规则的意图是明文载于协议中或一如该案的情况, 则必须暗示放弃要求。

15. 他认为, 对于他在第三次报告中引述的四个事例来说会发生困难, 在那种情况下, 可能适用一些特别考虑因素, 即: 以一般仲裁协议处理未来争端的情况-在这种协议中, 沉默并不意味着放弃要求; 根据任择条款提交声明是否意味着放弃要求的问题-国家实践显示不会这样(根据对 Panevezys-Saldutiskis 铁路案的判决); 在发生争端以后缔结专案仲裁协议而该协议对当地补救办法规则保持沉默的情况——沉默可以解释为放弃要求, 因为专案协议是在争端发生以后缔结的; 以及一外侨与东道国缔结一合同的情况意味着放弃当地补救办法规则, 被告国也就拒

---

<sup>5</sup> 第 14 条(b) 款案文如下:

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发言不得提出这项要求;

....

绝交付仲裁——如果国籍国在这种情形下接受求偿要求，暗示的放弃要求也可能扩大适用于国际诉讼，不过一些权威对此一论点有分歧。于是可以对此总结认为，放弃要求不能一概而论，但若有明确的迹象显示被告国有放弃要求的意图，则务必将其保留在第 14 条(b) 款中。

16. 在禁止反言的情况下，也适用同样的考虑因素。若被告国的行为显示它已经放弃要求用尽当地补救办法的权利，即不得改口要求在稍后阶段适用当地补救办法规则。国际法院的一个分庭在审理 ELSI 案时接受了在这种情况下禁止反言的可能性，一些人权案的判例也予以支持。

17. 此外，特别报告员指出，放弃当地补救办法规则在司法判决上引起一些困难，程序/实质上的区别便开始起作用。若用尽当地补救办法规则属于程序性质，便没有不能加以放弃的理由。它只是必须依循的程序，因此，被告国可以免除它。国际不法行为不受影响，争端可以由国际法庭判决。反之，若用尽当地补救办法是实质性的，就不能由被告国放弃要求，因为不法行为要等到在用尽当地补救办法方面发生拒绝司法情事以后、或者在确定了被告国没有任何适当或有效的补救办法以后才完成。诚然，有些实质论者认为，这个论点与实质立场一致。

## (二) 辩论概况

18. 有人支持按照特别报告员拟议的形式将第 14 条(b) 款提交起草委员会。

19. 据指出，放弃要求在外交保护方面起到一些不同的作用。国家对国际不法行为的责任条款第 45 条(a) 款考虑到由受害国放弃要求，而本条款草案第 14 条(b) 款则提到由被告国放弃要求。实际上，被告国的放弃要求通常涉及用尽当地补救办法的义务，但它也可能涉及可否受理求偿问题的其他方面，例如原告人的国籍。因此，有人提议，拟订比较概括性的条款，以便在外交保护方面作出由原告国或被告国放弃要求，以及关于默许或禁止反言的规定。此外，有人坚持认为，要是委员会还是认为，必须就放弃要求载列特定的、而不是概括性的规定，最好将这项规定同关于当地补救办法有效性的规定或该个人与被告国之间需有切实联系的规定分开，因为后者涉及该规则的范围和内容，而放弃要求主要涉及在特定情况下行使外交保护。

20. 也有人认为，放弃要求之所以不应该同原告国与被告国之间的协议混淆起来，原因在于：无需用尽当地补救办法，这种协议具有同样的作用，但属于特别法的情况，在编纂一般国际法时不应予以顾及。

21. 有人认为，可以密切研究暗示放弃要求和禁止反言问题进一步加以完善第 14 条(b) 款。就暗示放弃要求而言，有人担心，即使含义明确，也可能引起混淆。据认为，放弃要求是单方面行为，不应该予以撤消，也不应该轻易假定已放弃要求。据指出，明确显示暗指放弃要求的情况极少。1957 年《关于和平解决争端的欧洲公约》证实了上述论点，该《公约》是关于解决一般争端的极少数条约之一，它明文规定必须用尽当地补救办法。另外，有人认为，该条款表明：被告国必须以明示方式明确放弃关于应该用尽当地补救办法的要求。

22. 反之，有人认为，暗示放弃要求的可能性不应该不加约束地予以拒绝。应该优先采取因果关系的着手方式，强调意图的标准和意图的明确，同时考虑到一切有关因素。

23. 有人对提到禁止反言概念的作法是否可取，表示怀疑。据指出，这是一个普通法概念，民法的实务人员对它有些怀疑，禁止反言属于暗指放弃要求的更广泛概念范围内。有人还指出，特别报告员就禁止反言所引述的事例毫无例外地，都是一些情况，在这些情况下，有一项裁决或判决指出，由于被告国对未能用尽当地补救办法一直保持沉默，它不能在其后阶段援引这种情事。就此而论，第 14 条(b) 款和(f) 款的内容是有一些重叠。

24. 另一些人虽然接受该款中所载述的原则，却对其措词方式有所保留。据认为，应该指出，放弃要求的表达，即使是采取暗示的方式，也必须清晰而且明确。也有人认为提到“被告国”的措词似乎暗指诉讼，提交起草委员会的条文或第 12 条和第 13 条都没有提到该措词，因而表示严正质疑。有人认为，优选办法是采用《国家对国际不法行为的责任条款》中的用语。

### (三) 特别报告员的总结

25. 特别报告员认为，有人强烈支持以明示放弃要求作为用尽当地补救办法规则的例外，但许多发言者对暗示放弃要求感到困扰，因此认为应该以明晰和不含糊的方式放弃要求。但是，即使是这些委员会也没有否认起草委员会应该审议



这个问题。因此，他认为应该将第 14 条(b)款提交起草委员会，同时建议它对暗示放弃要求持审慎态度，并且考虑将禁止反言视为暗示放弃要求的一个形式。

(c) 自愿联系和领土联系(第 14 条(c) 款和(d)款)<sup>6</sup>

(一) 特别报告员的介绍

26. 特别报告员在介绍第 14 条(c) 和(d) 款时认为，这两款关系密切，委员会应将其一并审议。他指出，虽然有人支持这些规则，也有可能举出证据，表明一些排除当地补救办法的现行规则可能也包括了这两款。他也记得，当委员会在对国家责任条款第 22 条草案进行一读期间审议这一事项时，已经决定无需载列这些规定。

27. 他在报告中提出了国际法委员会是否需要以一个或多个单独条款处理缺乏自愿联系或领土联系的问题。对这个议题的辩论基本上产生于*航空事故案*，<sup>7</sup> 在该案中，受害方和保加利亚之间并没有任何自愿联系。他指出，在处理用尽当地补救办法规则的历来的一切案件中，在受害的个人与被告国之间都以身体的行踪、住所、财产所有权或与被告国之间的合同关系的形式存在着一些联系。此外，外交保护在近年来经历了重大的改变。在过去，外交保护所涉及的案情是一国民侨居国外，应该用尽当地补救办法以后，才能够在国际层面上进行诉讼程序。但是，最近以来，发生了诸如切尔诺贝利事故的灾难引起的越境环境损害问题。

---

<sup>6</sup> 第 14 条(c) 和(d) 款的内容如下：

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；

....

<sup>7</sup> 1959 《国际法院报告书》，p.146。

28. 特别报告员还指出，支持对当地补救办法规则采用自愿联系或领土联系作为例外情况的人强调，在传统的案件中，历来可能假设：外侨由于在被告国的管辖范围内，因而必须用尽当地补救办法。但是，对于是否需要拟订一项单独的规则，并没有明确的权威依据。特别报告员在指出关于这个问题的司法判决多半含糊其词时，提到若干此类判决，其中包括 *Internandel* 案<sup>8</sup>、*Salem* 案<sup>9</sup>、挪威贷款案<sup>10</sup>、和航空事故案。同样，凡是涉及越界损害的案件往往意味着无需用尽当地补救办法。例如，在特雷尔炼锌厂案<sup>11</sup>中，就没有坚持用尽当地补救办法。但是，该案的判决也可能被解释为那是被告国(美国)在处理原告国(加拿大)受到的直接损害，因此无需在那种情况下用尽当地办法办法。他认为，主张规定自愿联系/领土联系的人已经引证了一个有力的事例。

29. 还有人指出，主张规定自愿联系的人从来不曾将这种联系与住所等同起来。如果住所是必要条件，若受害外侨没有在被告国设置惯常居所，就无法为没收外国财产和进行合同交易而适用用尽当地补救办法规则。他还认为，若一国已经必须为意外落一架外国飞机负责，该国多半不会坚持首先必须用尽当地补救办法。同样的道理适用于越界环境损害的情况；例如加拿大放弃了这种要求的 *Gut Dam* 仲裁协议<sup>12</sup>和 1972 年《关于外空物体造成损害的国际责任公约》都没有要求用尽当地补救办法。

30. 特别报告员认为，早先的编纂努力通常把重点放在一国在其境内对外国人的 人身或财产造成损害的责任以及一外国人到另一国设置居所并且进行商业活动的传统情况。委员会避免在有自愿联系存在的情况下拟订当地补救办法规则的例外条款，因为由于国家实践或司法判决都不曾处理这样的例外条款，委员会认为，最好由现行规则予以处理，并且容许国家实践逐步开展。

31. 他认为，有很好的理由可据以认真考虑在第 14 条(c) 款和(d) 款中载列一些例外规则。在以下四种情况下，坚持外侨必须用尽当地补救办法似乎不切实

---

<sup>8</sup> 1959 《国际法院报告书》，p.6。

<sup>9</sup> (1932) 2 《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.1165。

<sup>10</sup> 1957 《国际法院报告书》，p.9。

<sup>11</sup> (1935) 3 《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.1905。

<sup>12</sup> 转载于(1965) 4 《国际法律资料》，p.468。

际，并且是不公平的：由污染、幅射落尘或人造外空物体造成越界环境法损害、击落位于被告国领土上的飞机或意外闯入其领空的飞机、驻扎在甲国领土上的乙国士兵杀害甲国国民、被告国人员从一外国国民的所在国或一第三国越界诱拐该外国国民。

32. 委员会应审查这些事例是否需要特别规则，以使它们脱离当地补救办法规则的范围，或它们是否已经适用现行规则。在许多这类情况下，被告国对原告国造成的损害是直接的。例如，对于越界环境损害、意外击落飞机和越界诱拐一国民的大多数情况来说，都属于这样的情况。就此而论，他要留待委员会决定它是否愿意遵循 1996 年采取的方针，从而容许这个事项在国家实践中发展，或是否它认为有必要根据拟议法介入这一事项。

## (二) 辩论概况

33. 有人表示支持一种看法，认为：在个人与被告国之间缺乏自愿联系或当被告国的行为是在其境外发生的情况下，硬性要求该个人用尽当地补救办法可能不公平，因而有理由在逐渐发展的状况中针对用尽当地补救办法规则规定上述例外事项。又有人指出，基本原则看来是一个常识问题和公平的问题。

34. 但是，特别报告员报告中的试探性语调引起问题，有人坚持认为，尽管赞成或反对自愿联系的明确权威依据份量不大，如果委员会愿意的话，可以任由它着手从事国际法的逐渐发展。因此，据认为，委员会可以更加直接地研讨当地补救办法规则的基本政策问题。

35. 但是，有人警告说，第 14 条(c) 款和(d) 款的案文直截了当地指出缺乏自愿联系和被告国的行为不是在其领土管辖范围内发生的事实本身是完全不需要用尽当地补救办法的情况，这种提法是走得太远了。据认为，应该拟订一个单一的条款，考虑到在上述两种情况下，如果有理有据，即可不必用尽当地补救办法的例外情况。

36. 另一种看法认为，这个问题不是用尽当地补救办法规则的一个例外情况，而是涉及该规则本身存在的基本理由。

37. 另一些人认为，自愿联系概念问题在于：“联系”是一个物质概念，是十九世纪人们对人员行踪的看法。但是，在经济全球化的时代，个人日益能够从

域外影响整个经济体。就此而论，当地补救办法规则也可以被视为对被告国起到保护作用，必须考虑到被告国的利益。

38. 据指出，用尽当地补救办法并不涉及风险的推定，而是在问题成为国际问题以前在政府之间加以解决的一种方式。因此，把重点放在该规则的若干方面，往往使得它被扭曲为个人风险的推定，会起到误导作用。固然应该作为合理性概念的一部分考虑到“自愿联系”概念或主要根据个人的活动和用尽当地补救办法的法律支持区分的另一些概念，却应该把它作为从属的、而不是主要的考虑因素、来研讨这一概念。

39. 也有人警告不要混淆了外交保护与一般国际求偿。固然这个概念有助于解释为什么必须用尽当地补救办法，如果因此就认为，若有自愿联系就不应该援引外交保护，却是错误的结论。

40. 也有人特别报告员报告中为支持自愿联系要求所引述的事例的适合性，表示怀疑。例如，据指出，在该报告第 79 段中提到的涉及击落外国飞机的情况下，一般说来，责任国坚持认为，该行为是一事故，拒绝接受对违法行为的责任，但为补偿受害人提供恩恤付款。也有人表示不同意 1972 年《外空物体造成损害的责任国际公约》的事例，因为它涉及一个特别的制度。

41. 虽然有人支持特别报告员所持关于在越界环境损害等困难情况下要求一受害外侨用尽国内补救办法是不合理的看法，但另一些人认为，越界损害概念有它自己的特性，无需符合外交保护的概念。

42. 对于切尔诺贝利事故的事例，有人举例指出，联合王国的原告们必须在乌克兰的法院用尽当地补救办法。有人认为，要求资金并不雄厚的人民团体在这种情况下用尽当地补救办法是难以忍受的。

43. 另一些人对将特雷尔炼锌厂案、切尔诺贝利案和其他越界损害以及环境污染案称为属于外交保护专题范围的适当性，表示怀疑。这些案件历来被当作对国家造成直接损害的事例处理。如果不这样处理，可能就把外交保护的范围扩得太大了。此外，切尔诺贝利事故是否构成国际不法行为并不明确。虽然它可能是国际责任问题，并不显然是国际责任问题。也有人坚持认为，将联合王国和其他国家相应采取的措施视为行使外交保护并不自然。

44. 另一方面，有人认为，切尔诺贝利事故的确产生了由于未能尊重预防的责任所引起的国际责任问题。也有人指出，该案中异乎寻常的只是受害人的人数；若干欧洲多边公约中都设想到发生核事故的危險，其根本目的是要限制缔约国在遇到这种事故时所承担的责任。

45. 此外，有人记得，委员会已在《预防越界损害条款草案》(第 15 条)中载列了关于平等使用权的规定。<sup>13</sup> 大多数环境条约中所载列的这种规定都鼓励住在其他国家的受害个人利用污染起源国现有的补救办法。但是，第 14 条(c) 款的作用是要劝告人们不要这样做，除非他们与起源国之间的联系是自愿的。因此有人提出忠告说，当委员会在一般国际法领域做任何事情的时候，应该考虑到特定领域内发生的可能与它着手进行的事情不合拍的情况。

46. 委员会审议了与第 14 条(c) 款的起草有关的若干备选案文，包括不将自愿联系要求视为用尽当地补救办法规则的例外规定，而不把它列为一个单独的条款，或将它连同第 14 条(a) 款或第 10 条和第 11 条一并审议。有些委员会将自愿联系要求视为必要条件，而不是例外情况。此外，还有一些委员会只把它视为一个考虑因素。

47. 关于第 14 条(d) 款，有些发言者承认对一并审查“自愿联系”概念和“领土联系”概念的做法，感到混淆。有人认为，第 14 条(d) 款没有任何价值，因为它似乎只是涉及第 14 条(c) 款之概念的一个次级概念。因此，有人提议将第 14 条(d) 款删除。

### (三) 特别报告员的总结

48. 特别报告员说，从辩论中得出的结论并不明确。一般普遍同意，无论第 14 条(c) 款成了什么样子，第 14 条(d) 款都是它的一个组成部分，没有理由加以分开处理。许多委员会认为，虽然第 14 条(c) 款体现了一个重要的原则，它首先是行使外交保护的先决条件，其次才是一个例外情况。另一些委员会坚持认为，这些问题可以在第 14 条(a) 款的合理性范围内加以处理。若干委员会辩称，越界损害的情况涉及没有违法行为存在情况下的责任，因此应该完全加以排除。他初

---

<sup>13</sup> 《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)，第 V.E.1。

步认为，无需载列第 14 条(c) 款和(d) 款，因为在大多数情况下，它们会被包括在关于直接损害的第 11 条和关于的第 14 条(a) 范围内。

49. 应委员会的要求，特别报告员随后分发了一份非正式讨论文件，总结指出他打算就第 14 条(c) 款采取的行动建议。他认为，自愿联系基本上是当地补救办法规则的存在理由，就此而论，它不适于编纂，国家责任的不断改变的性质证实了这一点。他认为，如果委员会要编纂自愿联系，可以采取若干方式进行，例如将第 10 条的案文修改为：“一国不得在受害国民用尽所有当地法律补救办法之前为其与责任国有自愿联系的一国民(无论其为自然人或法人)受到的损害提出国际索赔。”另一个办法是，自愿联系可以按照第 14 条(c) 款草案中所拟议的方针，作为例外条款保留下来。如果有人反对使用“自愿联系”一语，可以将第 14 条(c) 款的案文改为：“(c) 用尽当地补救办法的任何意图会对受害外侨造成重大困难[// 很不合理]”。另外一种意见认为，第 14 条(c) 款要不得，干脆删除算了，从有关越界损害的法律的发展情况看来，尤其是这样。

50. 他的优选办法是，不要对自愿联系给予明文规定，而是在第 10 条评注中提到它，作为用尽当地补救办法规则的传统理据；在第 11 条评注中提到它，讨论在无需用尽当地补救办法的情况下一国所受到的直接损害；并且在第 14 条(a) 款的评注中讨论当地补救办法是否为有效的补救提供合理的可能性。

51. 提到他在关于外交保护的第三次报告第 83 段中讨论到的困难以及在那种情况下要求受害外侨用尽当地补救办法是不合理的情况，他指出，在第一种情况即：污染、幅射落尘或人造外空物体所造成的越界环境损害的情况下，如果损害是由不属于国际不法行为的某一行为所引起的，就不属于外交保护的情况，而是责任问题。如果损害是由一国际不法行为引起的，这种损害就是直接损害。因此，他认为，没有必要以单独的条款把自愿联系列为适用当地补救办法规则的先决条件。在第二种情况即：在责任国领土以外击落一飞机或一飞机意外地进入其领空的情况，就发生直接损害了，国家实践显示：在大多数情况下，责任国不会坚持要求用尽当地补救办法。关于第三种情况，包括驻扎在甲国的乙国士兵杀害甲国国民的情况，在大多数情况下，通常会有国际条约规定对乙国提出求偿的可能性。但是，如果没有这样的协定，只要有得到有效补救的合理机会，就没有任何理由阻止该个人的继承人向乙国的法院要求补偿。这种情况已经包括在第 14 条

(a) 款中，因此没有必要为此单独载列一项规定。关于责任国的人员从一外国国民的本国或第三国加以越界诱拐，有两个可能的选择：如果明确侵犯了该外国人国籍国的领土主权，就会对责任国造成直接损害；受害方有可能在责任国的本国法院提起控诉，也就没有理由阻止他使用那种补救办法。如果这种可能性不存在，则属于第 14 条(a) 款所包含的情况。

52. 他认为，委员会不应该阻止关于这一问题的国际法的发展，鉴于环境损害等领域的国家实践不断演变，更是这样。他建议委员会不要在条款草案中对自愿联系作出明文规定，只要在关于若干情况的评注中提到它、并且在国际法不加禁止的活动所造成的损害的国际责任专题中加以处理就行了。

(d) 不当拖延和拒绝司法(第 14 条(e) 款和(f) 款) <sup>14</sup>

(一) 特别报告员的介绍

53. 特别报告员认为，关于不当拖延的第 14 条(e) 款在若干编纂工作、人权文书和诸如 El Oro Mining and Railway Co 案和 Interhandel 案的司法判决 <sup>15</sup> 中得到支持。虽然它可以包含在第 14 条(a) 款规定的例外条款中，却应该作为单独的条款保留下来，以便告戒被告国不应不当地拖延对其法院提出的告诉。

54. 他还认为，关于阻止接触司法机构的第 14 条(f) 款切合当代情况。被告国可能以不能保障外侨的安全为藉口或以不给签证的方式拒绝该外侨向其法院提出告诉，这种事例屡见不鲜。

---

<sup>14</sup> 第 14 条(e) 款和(f) 条款案文如下：

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；

(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。

<sup>15</sup> [1931] 英国—墨西哥索赔委员会，5《联合国国际仲裁裁决报告书》，p.191。



## (二) 辩论概况

55. 有人对第 14(e) 款(不当拖延)和第 14 条(f) 款(拒绝接触)表示满意。另一些人坚持认为,这两款并不构成特定的类别,因为就第 14 条(a) 款而言,无论按照选项 1 或选项 3 拟订案文,其适当的含义都应该同时包括两个例外情况。因此,有人认为,这两款可以按照第 14 条(a) 款的修订案文重新拟订。也有人提议,将第 14 条(e) 款同第 14 条(a) 款合并,或者至少加以移动,使它比较靠近该款。

56. 另一种意见认为,从第 14 条(a) 的含义看来,第 14 条(e) 款并不是多余的。第 14 条(a) 款和(e) 款所包含的情况从一定意义上说,是在时间上相连接:从第 14 条的角度看来,起初看来具有“合理可能性”的某一现有的当地补救办法,鉴于在适用过程中受到不当拖延,随后可能无需继续加以采用。也有人指出,案文应该提到的不是“不当地拖延提供当地补救办法”,而是法院在就已采用的补救办法作出决定方面的拖延。

57. 虽然议定,必须“毫不拖延地”获得判决,据认为,案文指明了滥用的情况。也有人指出,构成不当拖延的应该是必须在每一案件加以判决的事实内容。有人提议将这一条款重新拟订为“若国际不法行为责任国的法律无法在一段合理期间内提供使受害人获得赔偿的客观可能性,则无需用尽当地补救办法。”应该接着解释:“在一段合理期间内获得赔偿的客观可能性必须[参照通常的做法]或[遵照一般法律原则]加以评量”。

58. 另一方面,有人对第 14 条(e) 款中规定的例外的正当性表示怀疑,因为不当拖延可能只是司法部门工作过于繁重的结果,在审理案件的法官和其他资源严重欠缺的国家往往会有出现这样的情况。另一些委员会不同意这个观点,他们指出,一国不应该由于其本国司法部门容许案件不必要地拖延而从中获得好处。

59. 对于第 14 条(f) 款,有人认为,若使用补救办法的机会受到阻挠,即可据此论断根本不存在补救办法。就此而论,拟议的措词方式并不符合法意。反之,特别报告员的提议提到一种不同的情况,即:一外侨无法从据称的责任国取得入境许可或该外侨若入境则其安全堪虞的情况。通常,原告无需亲自到责任国要求民事补救。据指出,在大多数法系中,完全有可能由律师或代表用尽当地补救办法。



60. 据提议，例外条款应该只适用于原告亲自出面是成功使用补救办法的条件情况。也有人认为，应该在某些地方，即便只是在评注中，提到以恫吓手段阻挠个人或律师提起诉讼所引起的问题。同样，也有人问起：为什么该款只适用于被告国拒绝个人使用当地补救办法的情况。另外，非国家人员也有可能对这种使用形成阻碍。

61. 另一些人表示怀疑，认为，该款可能被视为属于第 14 条(a) 款的范围内。如果被告国有效地阻止受害的外侨向法院提起诉讼，则在实际上，当然不存在获得有效补救的合理可能性。因此，有人提议，把它作为(a) 款中所述及的有效性的概括检验标准列入评注中阐述。

### (三) 特别报告员的总结

62. 特别报告员指出，对关于不当拖延的第 14 条(e) 款有不同意见。虽然有些委员会予以反对，另一些委员会则建议把它列入第 14 条(a) 中处理。委员们多半主张把它列为单独的一款处理。因此，他提议把该款提交起草委员会，同时考虑到应该澄清拖延是由法院造成的提法。

63. 对于第 14 条(f) 款，特别报告员提到普通法和民法系统的区分。在普通法体系中，受害的个人可能必须亲自出庭出示证据，如果他或她不能从被告国取得入境许可，根本无法求偿。他认为，有些委员会支持将第 14 条(f) 款提交起草委员会。但是，委员们多半认为，最好在第 14 条(a) 款下处理这个问题。因此，他建议不要将第 14 条(f) 款提交起草委员会。

-- -- -- -- --