



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.637/Add.3
20 June 2003
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会
第五十五届会议
2003年5月5日至6月6日和
7月7日至8月8日，日内瓦

国际法委员会第五十五届会议工作报告草稿

报告员：威廉·曼斯菲尔德先生

第五章

外交保护

增编

目录

段次 页次

- C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 8 条至
第 10 条草案案文(续).....
2. 条款草案案文及其评注.....

C. 委员会暂时通过的外交保护条款草案第 8 条至
第 10 条草案案文(续)

2. 条款草案案文及评注

1. 委员会第五十五届会议通过的外交保护条款草案第 8 条至第 10 条案文草案转载如下：

外 交 保 护

第 8 [10] 条 ¹

用尽当地补救办法

1. 一国对于其国民或第 7[8]条 ² 所指的其他人所受的损害，在该受害人在不违反第 10[14]条的前提下用尽一切当地补救办法之前，不得提出国际要求。

2. “当地补救办法”指受害人依合法权利可以在据称应对损害负责的国家的普通或特别的司法或行政法院或机构获得的补救办法。

评 注

(1) 第 8 条设法编纂关于进行国际诉讼前必须用尽当地补救办法的国际习惯法规则。国际法院在 *Interhandel* 案中承认这一规则为“习惯国际法公认的规则”³，国际法院分庭在 *Elettronica Sicula(ELSI)* 案中也称它为“习惯国际法的一项重要原则”。⁴ 用尽当地补救办法规则确保“违法的国家有机会在其国内制度的框

¹ 第 8[10]、第 9[11]和第 10[14]条拟收在题为“当地补救办法”的未来第四部分里并且将重新编号。

² 如果条款草案包括了国籍规则的其他例外情形，那么将进一步审议对第 7[8]条的交叉参考。

³ 1959 年《国际法院案例汇编》，英文本第 27 页。

⁴ 1989 年《国际法院案例汇编》，英文本第 42 页，第 50 段。

架内用本国办法进行补救”⁵。国际法委员会以前在国家责任的范围内审议过用尽当地补救办法问题，认为这是得到司法判决、国家惯例、条约和司法学家著作肯定的“一般国际法原则”。⁶

(2) 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。行使保护的国家的非国民如有权在第 7(8)条所指例外情况下享有外交保护，也需要用尽当地补救办法。

(3) 第 1 段提到提出要求，而不是提交要求，因为“提出”比“提交”更准确地反映有关的过程。“提交”意指附有后果的正式行为，用来表示正式提出要求的时间最恰当。

(4) 对“所有当地补救办法”一语，必须按照第 10(14)条进行理解。该条叙述了不需要用尽当地补救办法的例外情况。关于在条款中说明只需要用尽“适当和有效的”当地补救办法的建议出于以下两个原因未被采纳：第一，因为限定用尽当地补救办法这一要求需要在单独条款中予以特别注意；第二，被告国一般负有举证责任证明可以得到当地补救办法，而要求国负有举证责任证明对受到损害的个人没有有效的补救办法⁷，这一事实表明当地补救办法的这两个方面需要分别处理。

(5) 外国国民提出国际要求前必须用尽的可利用补救办法在国家之间必然有很大差异。因此，不可能成功地编纂一项涵盖所有情况的绝对规则。第 2 款设法

⁵ Interhandel 案，前注 3，第 27 页。

⁶ 一读第 22 条，见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》和更正(A/51/10 和 Corr.7)，第三章 D1；《1997 年...年鉴》，第二卷(第二部分)，第 30-50 页；二读第 44 条，见《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10)第 304-307 页。

⁷ 见国际法院分庭关于 Elettronica Sicula(ELSI)案的判决，1989 年《国际法院案例汇编》，第 14 页，见第 46-48 页(第 59-63 段)。特别报告员在关于外交保护的第三份报告中论述了举证责任问题；A/CN.4/523 和 Add.1，第 102-118 段。委员会决定不列入关于这一议题的条款草案。《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 240-252 段。

广义地描述必须用尽的补救办法的主要类别。⁸ 首先，外国国民显然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”。⁹

还必须用尽行政补救办法。根据有权利即有补救办法的理论，受害外侨只需要用尽源于权利并可能导致约束性决定的补救办法。他不需要要求行政部门行使斟酌处置权予以补救。当地补救办法不包括恩惠性的补救办法¹⁰ 或“旨在获得优惠而不是维护权利的”的补救办法。¹¹

(6) 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，外国的诉讼当事者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：

“要求国政府提出的所有事实论点和法律陈述……都必须曾经经过国内法院的调查和裁决。”¹²

国际法院在 ELSI 案¹³ 中确认了这项原则。从这一点可以认为，外国的诉讼当事者必须提出他在用尽当地补救办法过程中得到的于支持其案件用的所有证据。¹⁴

⁸ 在 *Ambatielos* 索赔案中，仲裁法院宣布，“国内法规定的整个法律保护制度都必须接受检验。”(1956)12《国际仲裁裁决汇编》120。该议题的论述另见 C.F.Amerasinghe, 《国际法中的当地补救办法》，(1990)。

⁹ *B. Schouw Nielsen* 诉 *Denmark* 案, Application no. 343/57 (1958-9), 2《欧洲人权公约年鉴》第 438 页。另见 *Lawless* 案, Application No. 332/57 (1958-9), 2《欧洲人权公约年鉴》，第 318-322 页。

¹⁰ *Finnish Ships Arbitration* (1934) 3《国际仲裁裁决汇编》1479。

¹¹ *De Becker* 诉比利时, Application No. 214/56, (1958-9), 2《欧洲人权公约年鉴》238。

¹² 前注 10, 第 1,502 页。

¹³ 前注 4, 第 45-46 页。

¹⁴ *Ambatielos Claim*, 前注 8, 第 120 页。

他不能利用外交保护提供的国际补救办法来弥补他在国内一级提出要求时的准备不当。¹⁵

第 9 [11] 条¹ 要求的分类

在主要根据一国国民或第 7[8]条²所指的其他人所受的损害而提出国际要求或请求作出与该项要求有关的宣告性裁决时，应用尽当地补救办法。

评 注

(1) 用尽当地补救办法规则仅适用于要求国因其国民而“间接”受到损害的情况。¹⁶ 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，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。

(2) 实际上很难确定要求是“直接”还是“间接”的，如果要求是“混合”的，即要求包括国家及其国民都遭受损害的要素。提交国际法院的许多争端都有混合要求的特征。在 *Hostages* 案¹⁷ 中，伊朗伊斯兰共和国直接违背了它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；在 *Interhandel* 一案¹⁸ 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 *Hostages* 一案中，国际法院将要求作

¹⁵ D.P. O'Connell, *International Law*, 第二卷, 第 1,059 页。

¹⁶ 它符合常设国际法院在 *Mavrommatis Palestine Concession* 案中提出的原则，即“为其某一国民出面，代表他诉诸外交行动或国际司法程序，一个国家事实上在维护自己的权利，即通过其国民本身确保国际法规则得到尊重的权利”，1924，常设国际法院，Series A, No. 2, 第 12 页。

¹⁷ 《美国在德黑兰的外交和领事人员》，1980 年国际法院报告，3。

¹⁸ 前注 3。

为直接违反国际法案处理；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。

(3) 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。在 *ELSI* 案中，国际法院分庭反驳了美国关于其部分要求源自违反条约所以不必用尽当地补救办法的论点，指出，

“分庭毫不怀疑，影响并贯穿美国整个要求的事项是据称 *Raytheon* 和 *Machlett*[美国公司]受到的损害。”¹⁹

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，必须用尽当地补救办法。但是，主要要素检验与“纯粹因为”检验之间没有多大区别。如果要求主要是以国民遭受的损害为基础，这证明纯粹因为国民遭受损害才提出要求这一事实。在这种情况下，委员会倾向于只采用一个标准，即主要要素检验标准。

(4) 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，不如说是这些因素在决定要求究竟主要是直接要求抑或只间接要求，或要求是否纯粹因为国民遭受损害才提出时必须考虑的因素。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。因此，在争端主题是外交官²⁰ 或国家财产²¹ 的情况下，要求通常为直接要求。如果国家代表其国民提出金钱救济，要求则是间接的。

(5) 第 9[11]条明确规定，不仅在国际要求中，而且在主要基于一国民受到的损害而请求作出宣告性裁决时，都必须用尽当地补救办法。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。²² 但在有些情况下，要求

¹⁹ 前注 4，第 43 页，52 段；另见 *Interhandel* 案，前注 3，第 28 页。

²⁰ *Hostages* 案，前注 17。

²¹ *Corfu Channel* 案，1949 年国际法院报告，第 4 页。

²² 《航空服务协定》，(1978)19《国际仲裁裁决汇编》415；《根据联合国总部协定第 21 条仲裁义务的适用》，1988 年国际法院报告，第 29 页，第 41 段。

国寻求就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的解释和适用作出宣告性裁决时，需要用尽当地补救办法。²³ 第 9[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求相关——法庭仍有可能判定，从案情各方面看，作出宣告性裁决的请求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。

第 10 [14] 条¹

当地补救办法规则的例外

在下列情况下，无需用尽当地补救办法：

- (a) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；
- (b) 补救过程受到不当拖延，且不当拖延是由据称应对损害负责的国家造成的；
- (c) 受害人与据称应对损害负责的国家之间没有相关联系，或者依据案情，用尽当地补救办法实为不合理；
- (d) 据称应对损害负责的国家放弃了用尽当地补救办法的要求。²⁴

评 注

(1) 第 10(14)条涉及用尽当地补救办法规则的例外。(a)款至(c)款涉及要求受伤害的外国侨民进行国际诉讼前必须用尽当地补救办法不公平或不合理的情况，是用尽当地补救办法规则的明显例外。(d)款涉及一种不同的情况，即被告国放弃了用尽当地补救办法的要求。由于这一例外与(a)款至(c)款所指的例外不是同一性质，可能需要在后一阶段在单独一款中对这一情况作出规定。²⁵

²³ 见 *Interhandel*, 前注 3, 第 28-29 页; *ELSI*, 前注 4, 第 43 页。

²⁴ 以后可重新考虑(d)项, 以便把它放在题为“放弃”的单独一条规定里。

²⁵ 见注 24。

(a) 款

(2) (a)款涉及的用尽当地补救办法规则例外，有时被广义地称为“徒劳”或“无效”例外。委员会考虑了拟订不必用尽当地补救办法情况规则的三个选择：

- (一) 当地补救办法显属徒劳；
- (二) 当地补救办法没有合理的成功机会；
- (三) 当地补救办法不具有实现有效补救的合理可能性；

所有三种选择都得到了各当局的一定支持。

(3) 委员会考虑了 Bagge 仲裁员在 Finish Ships 仲裁案²⁶中提出的“显属徒劳”检验标准，但认为它的起点过高。另一方面，委员会认为，欧洲人权委员会在几项决定²⁷中接受的“没有合理的成功机会”标准，对求偿人过于有利。因此，它倾向于第三种选择既避免“显属徒劳”的严格用语，又对求偿人规定了很大责任，即要求他证明，根据案情和被告国的法律制度，他不大可能得到有效补救办法。这一检验标准吸收了 Hersch Lauterpacht 爵士在挪威贷款案²⁸中提出的个别意见，这一意见得到了法学家著作的支持²⁹。而且，它与司法决定是相符的，这些决定认为在当地法院对争议问题没有管辖权的情况下不需要用尽国内补救办法；³⁰ 当地法院不会审查外侨申诉的行为所依据的国家法

²⁶ 前注 11, 第 1,504 页。

²⁷ Retimag v FRG, Application No. 712/60, 4《欧洲人权公约年鉴》，p.385, at p.400; X, Y and Z v UK, Application Nos. 8022/77, 8027/77, 18 欧洲人权委员会，《决定和报告》，p.66 at p.74。另见委员会一读通过的国家责任条款草案第 22 条评注。《1977 年……年鉴》第 11 卷(第二部分)第 47 页，第 48 段。

²⁸ 《1957 年国际法院案例汇编》，9 at p.39。

²⁹ 见 2002 年关于外交保护的第三份报告，A/CN.4/523 and Add.1, 第 35 段。

³⁰ Panevesys-Saldutiskis Railway 案，1939 P.C.I.J. Series A/B, no.76, p.4 at p.18, Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, reported in (1934), 28 A.J.I.L. p.760 at p. 789; R Gelbtrunk and “Salvador Commercial Co.” et al. (1902), 15《国际仲裁裁决汇编》，p.467 at pp.467-477; Lotti May Incident (1899), 15《国际仲裁裁决汇编》，p.29 at p.31; Judge Lauterpacht’s separate opinion in the Norwegian Loans 案，前注 28, pp.39-40; Finnish Ships Arbitration; 前注 10, p.1,535。

律；³¹ 当地法院极不独立；³² 存在一贯对外侨不利的明确判例；³³ 当地国法院无权给予外侨适当、充分的补救办法；³⁴ 被告国没有适当的司法保护制度。³⁵

(4) 当地补救办法是否只有实现有效补救的合理可能性问题，必须参照利用补救办法时当地的法律和情况来决定。这是一个由负责审查用尽当地补救办法任务的主管国际法庭决定的问题。就这一事项作出决定时，必须假定有关要求在法律上有价值。³⁶

³¹ Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly, 前注 32, 第 789 页。另见 also *Forests of Central Rhodope*, (1933)3 《国际仲裁裁决汇编》第 1,405 页；*Ambatielos claim*, 前注 8, 第 119 页；*Interhandel* 案, 前注 3, 第 28 页。

³² *Robert E. Brown Claim* (1923)6 《国际仲裁裁决汇编》第 120 页；*Vélasquez Rodríguez* 案(1989) 28 I.L.M., p.291 at pp.304-309。

³³ *Panevezys-Saldutiskis Raoway* 案, 前注 30, p.18；*S.S. Lisman* (1937), 3 《国际仲裁裁决汇编》, p.1,769 at p.1,773；*S.S. Seguranca*(1939), 3 《国际仲裁裁决汇编》 p.1,861 at p.1,868；*Finnish Ships Arbitration*, 前注 10 p.1,495；*X 诉德意志联邦共和国* (1957), 1 《欧洲人权公约年鉴》, p.138；*X 诉德意志联邦共和国*(1958), 2 《欧洲人权公约年鉴》, p.342 at p.344；*X 诉奥地利*(1960), 3 《欧洲人权公约年鉴》, p.196 at p.202 页。

³⁴ *Finnish Ships Arbitration*, 前注 10, pp.1,496-1,497；*Vélasquez Rodríguez* 案, 前注 32, pp.304-309；*Yagci and Sargin v. Turkey*, Application No. 16426/90 (1995) 欧洲人权法院, 《报告和决定》, No. 319, p.3 at p.17, 第 42 段；*Hornsby v. Greece*, Application No. 18357/91, 1997-II) 欧洲人权法院, 《报告和决定》, No.33, p.495 at p. 509, 第 37 段。

³⁵ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza* (1977) 107, I.L.R. 457 at 460。智利军政权期间，美洲人权委员会认为，因军事司法下法律诉讼的固定不正常情况，不必用尽当地补救办法；*resolution 1a/88, case 9755, Ann.Rep 1 A Com HR 1987/88*。

³⁶ *Finnish Ships Arbitration*, 前注 10, 第 1,504 页；*Ambatielos Claim*, 前注 8, 第 119-120 页。

(b) 款

(5) 在被告国对无理拖延提供当地补救办法负有责任的情况中，可以免除用尽当地补救办法的要求，编纂努力³⁷、人权文书和实践³⁸、司法裁判³⁹和学者意见确认了这一点。委员会意识到赋予“无理拖延”以客观的内容或含义或试图规定一个执行当地补救办法的时限存在困难。对每一案件都须依自身事实作出判断。英国墨西哥索赔委员会在 El Oro 采矿案中说：

“委员会不打算精确地规定法庭将在哪一期限内作出判决。这取决于几种情况，最主要的是彻底审查案件所涉及的工作量，即后者的规模。”⁴⁰

(6) (b)款明确规定，补救过程拖延是据称对外侨损害负责的国家造成的。这里使用“补救过程”而不使用“当地补救办法”，是为了说明援引和执行当地补救办法以及引导当地补救办法的整个过程。

(c) 款

(7) 第 10[14]条(a)款所载的用尽当地补救办法规则的例外，说的是在**当地补救办法**不具有实现有效补救的合理可能性时无需用尽当地补救办法，并不包括当地补救办法虽具有实现有效补救的合理可能性，但用尽当地补救办法不合理或对受害外侨造成巨大困难的情况。例如，即使存在有效的当地补救办法，但在以下

³⁷ 见 F. v. Garcia Amador 在第一份报告和所述关于以前编纂的努力，《1956年...年鉴》，第二卷，p.173 at 223-226；1960 哈佛国际法研究所编写的《国家对外侨所受损害的国际责任公约》草案第 19 条第(2)款，转载(1961) 55 A.J.I.L. p.545 at p.577。

³⁸ 《公民权利和政治权利国际公约》(第四十一条(1)款(c)项)；《美洲人权公约》(第 46 条 (2)款(c)项)；Weinberger 诉乌干达，第 28/1978 号来文，人权事务委员会，若干决定，第 1 卷，p.57, at p.59；Las Palmeras, 美洲人权法院 Series C, 《决定和判决》，No. 67, 第 38 段(2000 年 2 月 4 日)；Erdogen 诉土耳其，Application No. 19807/92, 84 A, 欧洲人权委员会，(1996)，《决定和报告》，p.5 at p.15。

³⁹ El Oro Mining and Railway Co. (1931)5 《国际仲裁裁决汇编》，p.191 at p.198. Administration of the Prince of Pless (1933) P.C.I.J. Series A/B, No. 52, p.16.

⁴⁰ 前注 39, at p.198.

情况下要求受害人用尽当地补救办法不合理也不公平：其财产受到了来自非其财产所在国的污染、放射性微粒沉降或人造空间物体坠落导致的环境损害；其所乘坐的飞行器因误入被告国领空而被击落；被告国或某些其他机构对其利用当地补救办法设置严重障碍。在此类情况下，因受害人与被告国之间缺乏自愿联系或领土联系或因存在特别困难例外，当地补救办法无需用尽。

(8) 有些文献支持以下观点，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，比如自愿停留、居住、拥有财产或与被告国有契约关系。⁴¹ 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，因此可要求他根据“前往外国的国民通常必须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，用尽当地补救办法。而在今天，个人可能受到一外国在其领土以外的行为的伤害或在其领土内的某种行为的伤害，而个人与该国外国领土并不存在联系。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)。

这一自愿联系或领土联系规则的基础，是外侨承担在外国的风险。只有外侨自愿地接受被告国管辖，才可要求他用尽当地补救办法。

(9) 司法机构和国家惯例都没有就用尽当地补救办法规则例外的存在提出明确的指导意见。尽管在 *Interhandel* 案⁴² 和 *Salem* 案⁴³ 中，有一些支持此种例外存在的试探性论述，但在其他案件⁴⁴ 中，法庭判定在受害外侨与被告国之间缺少自愿联系的情况下仍可适用当地补救办法规则。在挪威借款案⁴⁵ 和空中事件(以

⁴¹ 见 Amerasinghe, 前注 8, p.138; T. Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, (1959) 35 B.Y.I.L. p.83 at p.94.

⁴² 国际法院说，“它认为发生侵权的国家也应有机会以自己的方式进行补救。”前注 3, at p.27, 着重号是后加的。

⁴³ 在该案中，仲裁法庭宣布，“作为一项规则，外国人必须承认他选择居住的国家的司法对其适用；”，(1932)2《国际仲裁裁决汇编》p.1,165 at p.1,202.

⁴⁴ *Finnish Ships Arbitration*, 前注 10; *Ambatielos Claim*, 前注 8。

⁴⁵ 法国的口头诉状，1957 年，《国际法院诉状汇编》，第一卷，第 408 页。

色列诉保加利亚)案⁴⁶中, 尽管有力地提出了支持自愿联系要求的论点, 但国际法院均未就该事项作出决定。在涉及跨界污染的 Trail Smelter 案⁴⁷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愿联系而放弃当地补救办法的案例⁴⁸, 被解释为支持把自愿服从司法管辖的要求作为适用当地补救办法规则的先决条件。这些案例没有坚持适用当地补救办法规则, 也可以作其他解释, 比如是无需用尽当地补救办法的直接损害例子, 或有关仲裁协定没有要求用尽当地补救办法等。

(10) 最近的国家实践表明, 对误击外国飞机负有责任的国家不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。⁴⁹ 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。⁵⁰ 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。⁵¹ 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。⁵² 1972年《空间物体所造成损害的国际责任公约》第十一条第1款进一步支持这种观点: “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。”⁵³

⁴⁶ 以色列的口头诉状, 1959年, 《国际法院诉状汇编》, 第531-532页。

⁴⁷ (1935)3《国际仲裁裁决汇编》, 第1,905页。

⁴⁸ 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114-116页。

⁴⁹ 该事件见于 C.H.P.Law, 《国际法中的当地补救办法规则》(1961), 第104页。

⁵⁰ 见《1988年7月3日空中事件》(伊朗诉美利坚合众国), 《国际法院诉状汇编》, 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。

⁵¹ 《1999年8月10日空中事件》(巴基斯坦诉印度), 法院管辖权, (2000)39 I.L.M., 第1,116页。

⁵² 见《美国-加拿大安大略湖(Gut 大坝)仲裁协议》, (1965), 4 I.L.M. 第468页。

⁵³ 《联合国条约集》, 第961卷, 第187页, 见第191-192页。

(11) 虽然委员会认为有必要明确规定当地补救办法规则的这一例外，但不喜欢用“自愿联系”一词来描述这一种例外，因为它强调受害人主观意愿，而不强调个人与东道国之间缺少可客观确定的联系。事实上，主观标准很难证明。因此，委员会决定要求受害外侨与东道国之间存在“相关联系”。这一联系必须“相关”，即它必须与所受损害有某种关联。法庭不仅需要审查受害人是否在东道国领土上停留、居住或经商，还要依案情审查该人在行为上是否承担了在遭受损害时接受东道国审理的风险。因此，它认为“相关”一词能够使法庭最好地考虑受害人与东道国之间在损害中的关系的核心要素，以确定受害外侨是否承担了愿意接受东道国审判的风险。

(12) (c)款第二部分的目的是，在依案情实在无法合理地要求遵守这一规则的情况下，使法庭有权免除用尽当地补救办法的要求。在做出这一决定时，显然需要对每起案件按其实质进行审查，因此不应试图列出允许这一例外的因素的综合清单。不过，委员会建议在以下情况下可行使例外权：在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；东道国的刑事密谋阻碍求偿人在当地法院提出诉讼；用尽当地补救办法的费用过高。

(d) 款

(13) 国家可能愿意放弃用尽当地补救办法的要求。由于此规则旨在保护被控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，规定事先用尽国内补救办法的规则是为了有关国家的利益而设计的，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。”⁵⁴

(14) 放弃当地补救办法的形式有多种。有关规定可以诸于争端发生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。

(15) 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。也可以诸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是有效的。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。最有名的实例可能是《关于解决投资争端的公约》第 26 条，其中规定：

“除非另有规定，当事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。”⁵⁵

普遍同意，明示放弃不管载于国家间协定或载于国家与外侨间的契约，都是不可撤消的，即使契约受到东道国法律的约束。⁵⁶

(16) 当地补救办法不得随便默示放弃。国际法院分庭在 ELSI 案中就这个问题说，分庭

“不能接受的是习惯国际法的一项重要原则，在没有任何明确表示愿意放弃的言词的情况下，被认定为默示放弃。”⁵⁷

⁵⁴ Government of Costa Rica 案，美洲人权法院(1984) 67 I.L.R.，第 578 页，见第 587 页，第 26 段。另见 ELSI 案，前注 7，第 42 页，第 50 段；De Wilde, Ooms and Versyp 案，“Vagrancy 案”，欧洲人权法院(1971) 56 I.L.R.，第 37 页，见第 370 页，第 55 段。

⁵⁵ 《联合国条约集》第 575 卷，第 159 页。

⁵⁶ 哥斯达黎加政府案案，前注 54，第 5,887 页，第 26 段；De Wilde, Ooms and Versyp 案，前注 54，第 370 页，第 55 段。

⁵⁷ 前注 7，第 42 页，第 50 段。着重号是后加的。

(17) 但是，如果当事方放弃当地补救办法的意愿是明确的，则必须落实这个意愿。司法裁判⁵⁸与法学家的著作都支持此结论。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。每个案例必须根据有关文书的措辞和制定的背景作出判断。在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下，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要求。”⁵⁹ 国际法院分庭在 ELSI 案中确认在这种情况下，基本上不推定默示或暗示放弃。⁶⁰ 在发生有关争端后才缔结的仲裁协定，比较容易默示放弃当地补救办法。在这种情况下，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涉及国民待遇的争端的仲裁协定，而且协定没有就保留当地补救办法规则作出规定，则可以称说默示放弃该规则。

(18) 虽然有人支持被告国在国际诉讼程序中的行为可导致该国不得要求用尽当地补救办法，⁶¹ 但考虑到国际法中对禁止反言理论尚无定论，委员会不赞成在关于放弃规则的措词中提及禁止反言。委员会认为，最好是允许将可推定为放弃当地补救办法的行为当作默示放弃。

-- -- -- -- --

⁵⁸ 见 Steiner and Gross 诉波兰(1927-28) 4, 《国际公法案例年鉴》，第 472 页；美国国际集团诉伊朗案，判决 No. 93-2-3 (1983) 4 Iran-US CTR, 第 96 页。

⁵⁹ F.A. Mann, “国家契约与国际仲裁”(1967), 42 B.Y.I.L. p. 1 at p. 32.

⁶⁰ 前注 7. 在 Panevezys-Saldutiskis Railway 案中，常设国际法院认为，接受《法院规约》第 36 条第 2 款的任择条款不构成默示放弃当地补救办法规则。1939, 《常设国际法院判例集》，A/B, 第 76 号，第 4 页。

⁶¹ 见 ELSI 案，前注 7, 第 44 页，第 54 段，美国与联合王国希恩罗机场使用费仲裁案(仲裁法庭)，(1966)102 I.L.R.第 216 页，第 6.33 段，Foti and others, (1982)71 I.L.R.第 360 页，见第 380 页，第 46 段。