

试论国际法上的用尽当地救济规则

邹立刚

随着我国涉外经济贸易和投资关系的广泛发展,用尽当地救济规则在现实中的运用也日益广泛,主要反映在如下几个方面:1. 针对海外投资政治风险的国家保险。从1980年10月底至今,中国对外签订了30多个投资保护和保险协定,这些协定无例外都规定了投资保险。在外国投资保险机构和外国投资者向东道国索赔时,就涉及到这条规则的运用。2. 国际投资保险。中国于1988年4月底批准加入《多边投资担保机构公约》,并在1991年11月同机构就投资保护、东道国货币的使用、担保项目的审批程序达成3个协定,至1993年6月底已批准了机构提出的5个担保申请。机构的索赔涉及到这条规则的运用。3. 东道国与外国投资者之间的争端,特别是关于征收、国有化及类似措施的争端。如中德协定规定:投资者可以请求东道国法院审查征收是否符合东道国法律,然后投资者可就赔偿金额的争端同东道国协商解决,不成功则提交临时国际仲裁。另外,投资保护协定通常都规定:缔约国应遵守其对缔约他国投资者的承诺和义务。虽然这样的条款并不能使投资合同或“国家契约”转化为国家间协议,但将使得国家遵守这样的合同或投资批准书等成为条约下的义务,埋下了投资者本国进行外交保护或国际求偿的伏笔。^① 4. 中国于1992年7月批准加入《解决国家与他国国民间投资争端的公约》,该公约第26和27条规定了用尽当地救济与外交保护和国际求偿的关系。5. 利用外资加速我国自然资源的开发是我国的战略决策。中国早在1982年1月即颁布了《对外合作开采海洋石油资源条例》,1993年10月发布《对外合作开采陆上石油资源条例》,也允许合作开发其他资源如煤炭。这类合作开发是由国有公司如中国海洋石油总公司、中国石油天然气总公司、中国统配煤矿总公司同外国投资者签订风险合同或其他合同进行。中国法律和对外签订的投资条约虽然主张合作者就有关争端采用当地救济解决,但也允许采用外国仲裁或国际仲裁解决。总之,研究用尽当地救济规则的现实意义,旨在在维护国家主权和经济发展利益的基础上,适当采用国际惯例,发展我国的国际经济合作关系,加快我国经济建设的步伐。

一、用尽当地救济规则的含义及其根据

用尽当地救济规则是公认的国际法规则。在国际法理论上,很多学者论述了这条规则。如在被西方奉为经典的《奥本海国际法》中,劳特派特认为:除非该外国人已经用尽有关国家内可以利用的一切救济方法,国际法庭将不受理一国代表本国人而提起的国际求偿,这已是一条公

^① 联合国跨国公司中心:《双边投资条约》,1988年英文版,第55—56页。

认的规则。在国际法实践中,有很多案例涉及到这条规则的适用。随着国际法的法典化,很多国际公约规定了这条规则。如华盛顿公约第26条规定: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。第27条进而规定:若东道国不执行就其同意交付仲裁的争端所作出的裁决,投资者国籍国可以进行外交保护或提起国际求偿。汉城公约第17条要求担保权人在机构支付赔偿前,按东道国法律寻求行政救济。按照第57条,机构与东道国之间关于机构代位求偿的争端,可以协议采用其他方法,诸如寻求按照东道国法律可以适用的救济,只有在特定的时间内得不到这种救济时,才诉诸仲裁。因此,用尽当地救济规则的基本含义应是:外国人在所在国由于该国行为而遭受损害时,必须用尽当地法所规定的一切救济方法;除非用尽当地救济而未获得补救,其本人或其国籍国不得提起国际求偿。这一定义包括几个方面的含义:1. 所谓外国人是指普通身份的自然人、法人及其他实体,损害范围限于人身和财产损害,特别是财产损害。对有特殊身份的外国人如外交代表的人身和财产损害,一般被认为是侵害了他所代表的国家,因此不适用这条规则。此外,这条规则在一定范围内适用于国家或国际保险机构,如美国海外私人投资公司和多边投资担保机构通常可以通过用尽当地救济解决代位求偿的争端。2. 所谓一切救济方法一般是指行政和司法救济方法,其中司法救济往往具有终局性;而用尽是指诉讼有关机关直至作出最后决定。3. 当地救济作为事后救济方法,是以事先存在损害事实为前提,且损害事实是否确实存在应通过利用当地救济判明;单纯的损害事实本身并不能最终构成国家的国际责任,除非受损害的外国人通过用尽当地救济而未获得补救。4. 当诉诸当地救济无效后,外国人及其国籍国或有关实体才可以提出国际求偿。

那末,用尽当地救济规则作为公认的国际法规则,其根据何在?博查德很早就有经典性论述:根据这条国际法规则,外国人当然隶属于并服从所在国法律的管辖。作为其必然的结果,外国人当其权益受侵害时必须寻求当地法院的救济。1. 当地法对于不法行为为外国人提供了补救方法。2. 主权和独立是所在国有权要求其法院不受干涉并确认其有司法能力的根据。受害人国籍国必须给加害国按其正常方式对受害人进行司法的机会,这样可以避免各种情况的国际纠纷。3. 若伤害是由个人或下级官员所致,必须用尽当地救济以确定不法行为或拒绝司法是国家的有意行为。4. 若是属于国家任其发生的有意行为,外国人也必须寻求法律救济;只有未获补救而产生了拒绝司法,这时外交干预方为正当。^①这一论述虽有时代局限性,但其基本原理是得到公认的。总之,用尽当地救济规则是国家对内最高权、对外独立权的体现,是国际法上国家主权原则和属地管辖权原则的具体化。

二、用尽当地救济规则的性质

在这个问题上,国际法理论历来存在着程序法和实体法两种对立的学说。程序法说认为:这条规则是程序性的而非实质性的。就是说构成违反国际法是最初错误(警察暴行、征收等),而不是被控国未提供当地救济;未用尽当地救济对提起国际请求仅构成暂时的程序上的障碍。阿库斯特即持这种观点。而实体法说的观点相反,如汉城公约第11条规定东道国违约并有拒绝司法三种情况之一方构成赔偿的国际责任。由此可知,两种学说的根本分歧在于:前者认为一国导致外国人损害这一事实本身即产生国家的国际责任;而后者主张,单纯的损害事实的存

^① 博查德:《对海外公民的外交保护》,1915年英文版,第817—818页。

在不能构成国家责任的充分根据,除非外国人用尽当地救济而未获得补救。

笔者赞同实体法说的观点。1. 根据属地管辖权原则,一国有权管辖其境内的外国人,同时也承担保护其人身安全和合法财产权益的义务。外国人一旦受到侵害,则有义务也有权利利用尽当地救济以获得补救。根据属人管辖权原则,外国人国籍国有义务敦促本国人服从所在国管辖,也有权保护其不受所在国不法行为的侵害。但是,国籍国的保护权仅是一种潜在的权利,还有待于用尽当地救济的结果而定。若外国人用尽当地救济获得了补救,则国际求偿没有提出的根据;除非未获得补救,国际求偿才有根据提出。正如联合国国际法委员会关于国家责任的特别报告人阿玛德所指出的:只要未用尽当地救济,就不能提起国际求偿,要求所在国承担损害外国人的国家赔偿责任。因为这样的责任可能存在也可能不存在,外国人国籍国仅有一种潜在的权利,除非且直至用尽当地救济这一条件被满足。^① 2. 单纯损害事实的存在,并不能直接构成国家的国际责任。因为国家是由行政、司法、立法诸机关组成的相互制约又统一的整体,完全有能力对在其境内一切导致外国人损害的行为提供补救,以免除其所可能应承担的国际责任。正如国际法委员会在《关于国家责任的条文草案》的报告中所述:一国开始的行为与国际义务所要求达到的结果不一致,但它却有采取补救措施,使其后的行为满足上述结果。条文草案第22条采纳了这一观点。

三、当地救济有效的国际标准问题

有些西方学者认为:尽管外国人可以在同国民平等的基础上获得充分的民事权利,但时常在与所在国的争端中处于不利的地位。那是因为他是外国人,没有政治权利,不能自由参与社会与经济决策,没有一个国民拥有的保护其利益的政治手段。^② 因此国际法要求给予外国人比在国内法管辖下的国民享有更广泛更自由的待遇和救济。以此为基调,他们列举了当地救济无效的种种情况:1. 在国有化的大多数情况下不能适用当地救济规则。因为对外国人造成损害是拘束当地法院的国内法适用的结果,法院不可能对按照国内法是合法的行为提供救济。^③ 2. 一国的司法程序要适当。如早期的芬兰船舶案,是常被引为例证的案件。国际仲裁庭独任仲裁员基于英国的上诉审是法律审而非事实审而认定求偿人上诉不会有效果。^④ 3. 一国司法机关适用的法律应适当。如在国际工商业投资公司案中,瑞士政府和一些学者均认为美国法院对该案适用法律不当,因而用尽当地救济不会有结果(后文叙及)。4. 当地救济所给予的补救或赔偿应充分。如在涉及到征收赔偿时,亨金主张“充分、即时、有效”的赔偿才符合国际司法标准,虽然承认有相反的观点和实践。^⑤

笔者认为,所谓国际标准不能作为判断当地救济是否有效的标准。1. 联合国跨国公司中心指出:这个标准反映的是发达国家的价值观和法律传统,是欧美国家为了扩张其在发展中国家的跨国商业活动发展而来,开始是为了保护其海外国民及其财产,后来扩及对其国民拥有的企业的保护。^⑥ 阿玛德曾这样评价这种标准:这一标准可以上溯到长期强加于亚非人民头上的附庸制度和治外法权,使外国人享有特权地位,从而违反了国家间平等的原则,在有关国家和公

① 《近来关于损害外国人的国家责任法的编纂》,1974年英文版,第73页。

②③ 克伦福尔:《对外国投资的保护》,1972年英文版,第15页,第24页。

④⑤ 亨金:《国际法案例和资料》,1980年英文版,第703—706页,第752—755页。

⑥ 联合国跨国公司中心:《双边投资条约》,1988年英文版,第24页。

众眼中是臭名昭著的。^①因此这一标准理所当然遭到发展中国家的普遍反对。2. 西方国际法理论和实践关于不适用当地救济的种种情况,往往互相矛盾。在芬兰船舶案中,仲裁庭支持芬兰政府关于上诉审在该案中无效的观点;而在安巴蒂洛基斯案中,仲裁庭却认为求偿人在二审后未继续上诉是未用尽当地救济的事实之一(后文叙及),尽管英国法关于上诉审的规定是一样的。又如国际工商业投资公司案,国际法庭认为在美国《对敌贸易法》下,当地救济对该公司是敞开的,尽管有前述相反的观点。而在征收问题上,投资保护协定规定征收可以采用当地救济解决争端的比比皆是,如中国同意大利、法国、泰国、挪威、芬兰等签订的协定都有类似前述中德协定的规定。华盛顿公约和汉城公约的规定自然也是这样的例子。3. 当地救济是一种事后补救手段,因此只有在适用的过程中或用尽后才能判断其有效与否。正如阿玛德所说的:外国求偿人在没有利用和用尽当地法所规定的一切救济之前,就无从判断损害是否存在,损害程度如何,是否可归责于国家的行为或失职的结果,是否他通过诉诸当地救济已获得了适当的赔偿。^②

四、当地救济的用尽及其无效的标准

一般而言,由于外国人自身的原因而未用尽当地救济,如诉讼时效过期、中途撤诉、不出庭等,这时所在国不承担责任。然而,由于所在国拒绝司法而使外国人不能利用或用尽当地救济,则当地救济无效,产生国家的国际责任。拒绝司法的含义在汉城公约中有较完整的表述:东道国政府不履行或违反与担保权人签订的合同,并且(1)担保权人无法求助于司法或仲裁机关对其提出的有关诉讼作出裁决。《多边投资担保机构营业细则》进而规定:司法或仲裁机关不是有资格独立于东道国行政部门的从事司法行为并被授权作出终局和有拘束力决定的法院或仲裁庭,或者担保权人由于东道国政府设置了不合理的程序障碍而被拒绝利用司法或仲裁机关,可以认为担保权人无法求助于这类机关。或(2)该司法或仲裁机关未能在担保合同根据机构的细则所规定的合理期限内作出裁决。细则规定从提起诉讼到作出最终决定之间不应少于两年。或(3)虽有这样的裁决但未能执行。细则规定从申请执行日起一般90天内应执行;若机构认为担保权人申请执行裁决等措施是无效果的,则不必坚持要求其采取这样的措施。在上述拒绝司法情况下,机构可代位向东道国索赔,东道国应承担赔偿责任。那末,怎样才是用尽了当地救济?

1. 求偿人必须依照当地法诉诸有权管辖的机关。当地救济机关是行政、司法、仲裁机关所组成的完整救济体系。在很多情况下首先诉诸行政机关是必要的,除非行政机关决定具有终局性,然而往往需要诉诸司法机关;或在没有行政救济规定的情况下直接诉诸司法机关;或有协议时诉诸仲裁机关。国际工商业投资公司案是一典型案例。1942年美国依据其1917年《对敌贸易法》,将在其境内的该瑞士籍公司的几乎全部股票收归国有,理由是这些股票实际属于德国一家化学工业公司所有。该瑞士公司曾于1945年向美国行政当局提出请求,但在行政当局作出最后决定前于1948年起诉于哥伦比亚地方法院。该法院驳回了求偿,理由是:当诉讼当事人没有用尽行政救济方法之前,法院不受理该案。可见,法院在此情况下驳回起诉不为拒绝司法。至于3年的行政诉讼未决是否拒绝司法,该法院在驳回请求的裁决中称:如外国人因行政救济的拖延而受的损失,法院在未来的判决中将考虑行政救济的诸因素,但不审查行政部门的行为,以维护行政机关的诚信。经过几年不成功的诉讼之后,该公司由美国国务院告之在美国

① ②《近来关于损害外国人的国家责任法编纂》,1974年英文版,第5页,第72页。

的求偿是无望的,然后瑞士政府将案件提交国际法院。但当国际法院受理时,美国最高法院命令重审。国际法院驳回了瑞士的请求,认为:美国最高法院1957年10月14日的判决命令重审该案,1958年6月16日撤销了二审法院驳回该公司请求的判决并将案件交由地方法院再审。因此,当地救济对该公司是敞开的,并有利于其在《对敌贸易法》下寻求可行救济,而在美国法院请求归还其股票。由此可见,经过10年司法诉讼,美国和国际法院仍不认为美国已构成了拒绝司法。但不少学者是有不同看法的,如布朗利认为:诉讼拖延了10年未决,可以认为当地救济是不充分的无效的。^① 2. 求偿人必须用尽当地法所规定的一切必要的程序性救济方法,如传唤证人、提供证据等。在国际工商业投资公司案中,该公司在瑞士银行保险法下不能向美国法院提供某些法律证明文件,则表明该公司未能用尽当地程序性救济方法。安巴蒂洛斯案则更为典型。1919年希腊船主安巴蒂洛斯同英国政府订立了一份从英国购买9艘在建造中的船舶的合同,因英国迟延履行并取消另两艘的交付,该船主于1922年向英国初审法院起诉,但因考虑到可能对他不利而未传唤一个重要证人导致败诉。当他得知该证人的证言将对他有利益时,他在上诉法院要求传唤该证人。然而英国的上诉审是法律审而非事实审,他的要求被驳回。因此他认为再无胜诉可能而未按英国法进一步上诉,而在此后由本国政府向国际法院起诉。英国以求偿人未用尽当地救济作为抗辩,而希腊认为当地救济在本案中无效。然而,国际法庭认为:地方救济不仅包括法院和法庭,还包括国内法中规定的诉讼程序便利。在国家作为其国民的保护人在国际法庭提出求偿之前,被告国国内法中所规定的整个法律保护制度都应受到检验。因此判定求偿人未用尽当地救济而驳回希腊的请求。

3. 求偿人必须依照当地法诉诸当地终审机关作出最后决定。在各国程序法上,一般都有上诉的规定,旨在纠正下级机关可能的错误以确保求偿人的合法权益。因此除非下级机关的决定为最后决定,发生拒绝司法时国家应承担国际责任,否则国家不构成拒绝司法。如斯塔克认为:在诉诸被告终审法院或最高当局以前,就不能说已经拒绝司法了。劳特派特也持同样的观点;只要一个国家的最高主管当局还没有作最后的宣告,那末就不能说已经确定地发生了拒绝司法的情形,因而发生了一个有效的国际求偿权。

4. 求偿人必须就执行对其有利的当地终审决定采取相应的措施,如在法定期限内申请执行,否则亦不构成所在国拒绝司法。

综上所述,可见当地救济的用尽与拒绝司法有着十分密切的关系。换句话说,拒绝司法是否产生,是当地救济有效与否的标志。没有出现拒绝司法,则当地救济是有效的;一旦出现拒绝司法,则当地救济是无效的。至此,我们也就回答了当地救济是否有效的标准问题。

(作者单位:中南政法学院)

责任编辑:张 涵

① 布朗利:《国际公法原理》,1979年英文版,第503—504页;斯坦纳和瓦茨:《跨国法律问题》,1976年英文版,第243—248页;斯塔克:《国际法导论》,1984年中译本,第253页;阿库斯特:《现代国际法概论》,1983年中译本,第118页;董惠康、黄进编:《国际公法、国际私法成案选》,1987年版,第184—187页。