

第七章

外交保护

A. 导言

158. 国际法委员会 1996 年第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐步发展的三项专题之一。¹¹²¹ 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任何书面评论，进一步审查该专题并指明其范围和内容。在 1997 年第四十九届会议期间，委员会按照大会上述决议在第 2477 次会议上设立了一个关于该专题的工作组。¹¹²² 工作组在同届会议上提交了一份报告，得到了委员会的核可。¹¹²³ 工作组试图：(a) 尽可能阐明该专题的范围；(b) 确定应在该专题范围内加以研究的问题。工作组提出了该专题的大纲供审议，委员会建议将这一大纲作为特别报告员提交初步报告的基础。¹¹²⁴

159. 委员会在 1997 年 7 月 11 日第 2510 次会议上任命穆罕默德·本努纳先生为该专题特别报告员。¹¹²⁵

160. 大会 1997 年 12 月 15 日第 52/156 号决议第 8 段认可委员会关于将“外交保护”专题列入其议程的决定。

161. 委员会 1998 年第五十届会议收到特别报告员的初步报告。¹¹²⁶ 委员会在同届会议上设立了一

¹¹²¹ 《1996 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 97-98 页，A/51/10 号文件，第 248 段和附件二，增编 1。

¹¹²² 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 60 页，第 169 段。

¹¹²³ 同上，第 171 段。

¹¹²⁴ 同上，第 62-63 页，第 189-190 段。

¹¹²⁵ 同上，第 63 页，第 190 段。

¹¹²⁶ 《1998 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，A/CN.4/484 号文件。

个不限成员名额的工作组，以期审议经过讨论可能就如何研究该专题得出的结论。¹¹²⁷

162. 1999 年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后，委员会任命克里斯托弗·约翰·杜加尔德先生为该专题特别报告员。¹¹²⁸

163. 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 的审议推迟到下届会议。委员会于同届会议着手对条款草案第 1 条、第 3 条和第 6 条进行不限成员名额的非正式磋商，由特别报告员主持。¹¹²⁹ 委员会随后在 2000 年 6 月 9 日第 2635 次会议上决定将条款草案第 1、第 3、第 5、第 6、第 7 和第 8 条连同非正式磋商的报告提交起草委员会。

B. 本届会议审议本专题的情况

164. 委员会本届会议收到特别报告员第一次报告的其余部分(A/CN.4/506/Add.1)和第二次报告(A/CN.4/514)。委员会于 2001 年 5 月 25 日和 7 月 9 日至 11 日分别举行第 2680 次和第 2685 至第 2687 次会议，审议了第三章(连续国籍和求偿的可转移性)。委员会还于 2001 年 7 月 12 日至 17 日举行第 2688 至第 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

¹¹²⁷ 关于工作组的结论，同上，第二卷(第二部分)，第 49 页，第 108 段。

¹¹²⁸ 《1997 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 17 页，A/54/10 号文件，第 19 段。

¹¹²⁹ 非正式磋商的报告转载于《2000 年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第 85 页，A/55/10 号文件，第 495 段。

第二次报告有关草案第 10 和第 11 条的部分，并将对有关条款草案第 12 和第 13 条其余部分的审议推迟到下届会议。

165. 委员会 2001 年 7 月 12 日举行第 2688 次会议，决定将条款草案第 9 条提交起草委员会，2001 年 7 月 17 日举行第 2690 次会议，决定将条款草案第 10 和第 11 条提交起草委员会。

166. 委员会在 2688 次会议上，就第 9 条组织了不限成员名额的非正式磋商，由特别报告员主持。

1. 第 9 条¹¹³⁰

(a) 特别报告员的介绍

167. 特别报告员介绍了他的第一次报告第三章，其中处理了关于持续国籍的条款草案第 9 条。他指出，虽然外交保护法是个具有大量国家实践、判例和理论的领域，但这些法律渊源似乎均指向不同的方向。在很大程度上讲，委员会的任务与其说是制订新规则，不如说是在新规则中做出选择。持续国籍问题正好说明了这一点。

168. 根据传统看法，一个国家只能代表从引起索赔的伤害发生时到提出索赔之时(包括在提出索赔时)一直是其国民的人行使外交保护。这种传统看法得到国家实践的印证，并体现在许多协定中。传统看法的根本理由主要是防止个人谋求给

予最有利保护的国家的帮助，从而防止强国成为“索赔代理机构”。

169. 然而，这项传统规则遭到了批评，理由有几个：它很难与瓦泰勒拟制相容，瓦泰勒认为，对国民的损害即是对国家本身的损害；有若干司法裁判质疑它作为一般规则的效力；其内容不肯定，因为诸如“发生损害之日”和国籍必须持续的截止日等关键概念不明确；其理由已失效，因为国家在授予国籍时非常谨慎，法院在诺特博姆案¹¹³¹中指出，索赔国必须证明它与代为提出索赔的国民之间存在有效联系；该规则不公正，因为它会导致无论是因国家继承还是其他原因，如婚姻或收养而非自愿变更国籍的个人得不到外交保护；它不承认个人是外交保护的最终受益人。面对这样的批评，委员会似乎必须重新审议传统立场并采纳更灵活的规则，在更大程度上承认个人为外交保护的最终受益人。

170. 特别报告员还说，虽然把非自愿变更国籍情况作为例外，可以保留该规则，但这样做还不够。因此，他提议放弃传统规则，采取新办法，即允许一国代表在损害发生之日后正当取得其国籍的人提出索赔，这种损害归于非先前国籍国的国家，但需原国籍国未曾或并非正就该损害之事行使外交保护。该条保留了防止滥用的若干保护规定：原国籍国仍将优先；正当取得国籍的要求和索赔国与其国民之间必须存在有效联系这两项仍适用；不得对在损害发生时个人仍为其国民的先前国提出索赔(这是为了避免诸如 1996 年《古巴自由和民主团结(自由)法》(《赫尔姆斯-伯顿法》)¹¹³²引起的困难的一项保护规定)。此法允许通过入籍成为美国公民的古巴人起诉古巴政府，追诉在他们仍是古巴国民时在古巴政府手中遭受的损失。第 2 款将新规则扩大到索赔的转移。

¹¹³⁰ 特别报告员所提第 9 条内容如下：

“第 9 条

“1. 如果受损害人在遭受损害后确实变更国籍，新国籍国可以针对此项损害代表受损害人行使外交保护，但须原国籍国在国籍变更发生之日未曾或并非正在对受损害人实行外交保护。

“2. 如果这项索赔确实已经转移给持有另一国国籍的一名或几名人员，也可以适用本条规则。

“3. 受损害人国籍的变更或将索赔转移给另一国民，并不影响原国籍国针对受损害人仍为该国民时所受损害对该国一般利益造成的损害自行提出索赔的权利。

“4. 新国籍国不得针对某人在其仍为原国籍国民时所受损害，对原国籍国实行外交保护。”

¹¹³¹ 诺特博姆案，第二阶段(见上文脚注 207)。

¹¹³² 《国际法律资料》，第 35 卷，第 2 号(1996 年 3 月)，第 359 页。

(b) 辩论摘要

171. 委员会赞扬特别报告员在报告中对该专题的公平处理。不过，有人也指出，特别报告员给自己规定了挑战国际习惯法既定规则的艰巨任务。实际上，持续国籍规则享有习惯国际法地位的意见，在委员会得到大力支持。

172. 也有委员表示支持保持传统规则，主要因为赞成该规则的理由仍然适用，即除其他外，是出于对避免个人或国家滥用外交保护的关切。另一些委员指出，采用持续规则的主要理由不仅是通过“挑选法庭”所致的滥用危险，而是对外交保护采取马夫罗马蒂斯案¹¹³³的处理办法，即国家“实际上是在坚持自己的权利”。这意味着在违约情事发生时，个人必需拥有索赔国的国籍。此外，由于国家实践具有优势地位，又没有新兴的原则或新做法出现，也就形成了反对改变该规则的作用。

173. 此外，据认为，如果委员会要采纳特别报告员的建议，就得增加一项条件：在违约行为发生时，被告国和代表随后取得其国籍的个人提出索赔的国家之间应存在有效义务，因为在违反义务行为发生时，即使索赔国不是某项义务的受益国，它仍有可能对违反该义务行为提出索赔。

174. 反之，特别报告员关于第9条的提案得到支持。正如许多判决和若干作者所表示的，尽管承认这样一种习惯规则存在，但也提到随着时间的推移而对该规则表示的种种怀疑。有的委员表示，即使公认的规则一旦不再符合国际社会的发展就可加以改变，而提出这种改变正是委员会有关国际法逐步发展的职责。因此，从实际观点出发，应该促进体制的积极演变，以确保它比过去更好地保护人民和公民的利益。同样，对国家本身容易被滥用的观点也存在争议，因为许多国家为国籍的取得制定了复杂程序。

175. 辩论中的一个关键问题是外交保护与根据国际法保护个人之间的关系。支持特别报告员所提新办法的委员，同意他的评估：持续国籍规则在个人权利得到国际法承认的当今世界里继续存在已无实际用处。有人指出，国家在行使外交保护时，并非为了保护自己的权利，而是谋求尊重个人权利。有人认为，实际上重要的只是提出索赔时的国籍。

176. 其他委员认为，国际法保护个人的一般趋势，没有为改变持续国籍规则提供正当理由。有人强调，在实行这种保护时，国家必须考虑受害者的人权，外交保护本身并不是一种人权机制。外交保护由于本身具有自由裁量的性质，也不是保护人权的最佳办法。也有人指出，现代外交保护主要以条约为基础，在很大程度上离不开国家之间的谈判进程，其中国家作为某一关系中的“立法者”的作用，不可能与国家作为有关权利最终保护者的作用分开。问题是如何规定个人权利和国家权利而不打破它们之间的微妙平衡。

177. 但是，委员们同意规则需要更加灵活以避免不公平的结果。支持特别报告员提案的委员们认为需要为此修改规则本身，但多数委员倾向于中庸之道，保留传统规则，允许某些例外，以防出现个人无法获得一个国家保护的情形。有建议称，基本的例外情况，应是因国家继承、结婚和收养的原因，而使受保护人非自愿改变国籍的情况。还有建议称，将这项规则扩大到其他情况，如因继承或代位引起索赔发生变化，造成涉及不同国籍的情况。还有人建议为无国籍人和例如由于原国籍国因解体或支解而消失因而无法适用持续规则等情况规定进一步的例外。然而，委员们对区分“非自愿”与“自愿”变更国籍两种情况却表示怀疑。

178. 对于特别报告员建议的第1款，有人建议加以改写，以阐明传统规则。此外，有种观点认为，正当改变国籍的要求过于主观，在法人变更国籍的情况下更是引起问题。有人提议，诺特博姆案¹¹³⁴中所采用的“有效”联系要求足以防止滥用行为。也有人提议，以指明原国籍丧失的方式

¹¹³³ 见上文脚注236。

¹¹³⁴ 诺特博姆案，第二阶段(见上文脚注207)。

澄清“变更国籍”的提法，以避免竞相提出要求的可能性。也有人认为，这一短语用词不当，因为它没有指明适用的法律，也没有指明发生这种“变更”的条件。

179. 关于第2款，有人建议，对法人之间转让索赔与自然人之间转让索赔两者加以区别，把法人排除在本条款之外。但是，曾记得，委员会在上届会议所持的看法是，它不妨在稍后阶段重新审议条款草案到底要不要包含保护法人的问题。¹¹³⁵ 特别报告员确认他的理解是，他的任务范围包括法人的待遇，但不包括国际组织提供的保护。他表示，他打算起草关于持续国籍规则和在法人情况下索赔可转移性的具体条文。还有人对于转让的概念是否有充分依据，表示深为怀疑。

180. 据指出，索赔的可转移性问题需要得到比报告中所给予的还要多的审议。有观点表示，第2款需要具有更大的限制作用，以便只有在索赔非自愿转移(例如受害人死亡)而不是自愿转移的情况下才免用持续规则。也有人认为应该澄清“国际索赔”这一用语的含义。

181. 关于第3款，有观点认为，不应该将索赔国的一般利益与具体受害个人的一般利益分开。同样，有人坚持认为，这一款可能引起混淆，因为它似乎同样多地涉及国家对国际不法行为的责任与外交保护。

182. 虽然表示支持第4款，但人们提议用范围更广的措辞加以拟定。还有人指出，这项规定会引起问题，因为根据有些国家的国内立法，其国民不可能丧失国籍。至于《赫尔姆斯—伯顿法》问题，有种看法认为，该法可能具有的不当性质主要涉及其域外适用，其次才涉及与该款中所述规则的任何抵触问题。

183. 建议委员会审议与索赔国籍有关的以下几个问题：(a) 国际组织的情况，为其官员同时行使职能保护和外交保护(依照对伤害赔偿案的咨询意见¹¹³⁶)；(b) 某一船舶或飞机的国籍国愿以船员或

机组人员和可能的话也以船舶或飞机乘客的名义提出索赔的权利，无论有关个人的国籍为何；¹¹³⁷ (c) 甲国在得到乙国授权的情况下对乙国国民行使外交保护的情况；以及(d) 一国或一国际组织管理或控制一领土的情况。

(c) 特别报告员的总结

184. 特别报告员重申，他认为：根据瓦特勒法律拟制，国家在代表国民采取行动时，也保护了自己的利益，这一拟制不是持续国籍规则的基础，因为它意味着只在发生损害时的国籍国才有可能成为索赔国，而不论受伤的个人在提出索赔时是否仍然保留该国的国籍。他承认，他为条款草案第9条拟议的案文具有创新性，尽管有些发过言的委员表示支持他的提案，但他们属于少数。然而，委员们一致认为，需要有某种形式的灵活性并进行修改。实现这一点的办法是对规则制定合理的例外，特别是在国家继承和婚姻方面。起草委员会也势必审议在长期居住后入籍是否构成该规则的例外。他还回顾了一些委员提出的若干令人信服的批评，主要涉及正当变更国籍的概念；有些委员在发言时认为委员会对索赔转移问题不够重视。他也说，必须进一步审议开始日和终止日的问题。

2. 第10条¹¹³⁸

(a) 特别报告员的介绍

185. 特别报告员在全面介绍条款草案第10条和必须用尽当地救济的规则时说，显而易见，该规则是国际法的一项习惯规则。这一点在国际工商

¹¹³⁷ “赛加羚羊号”轮船案(见上文脚注515)，第172段。

¹¹³⁸ 特别报告员建议的第10条内容如下：

“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14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救济之前，不得提出国际要求。

“2. ‘当地救济’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救济。”

¹¹³⁵ 《2000年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第85页，A/55/10号文件，第495段。

¹¹³⁶ 见上文脚注38。

业投资公司案¹¹³⁹ 和西西里电子公司案¹¹⁴⁰ 中得到国际法院的确认。它是建立在尊重东道国主权及其司法机构的基础之上的。他回顾说, 关于用尽当地救济规则的条款草案载于第四十八届会议一读通过的国家责任条款草案(条款草案第 22 条),¹¹⁴¹ 但之后委员会决定将该问题留给外交保护条款草案。

186. 条款草案第 10 条旨在为关于用尽当地救济的随后条款确立框架。第 1 款确认规则之存在及其对自然人和法人的适用。然而, 它不适用于涉及从事统治权行为的外交官或国营企业的情况, 因为这涉及对国家的直接损害, 因而不需要用尽当地救济。

187. 特别报告员还说, 不可能在关于外交保护的整个条款草案中始终坚持区分主要规则与次要规则。这一区别对关于国家对国际不法行为的责任的条款草案至关重要, 但对外交保护而言则次之。这是因为在编纂当地救济规则的多数努力尝试中, 突出的就是执法不公的概念。尽管他过去认为执法不公问题涉及主要规则而不应该在此处理, 但自此以来, 他逐步认为该问题应予以考虑。

188. 第 2 款叙述了当地救济规则的内容。在用尽一切法律救济之前不得提出国际索赔。然而, “法律救济”一词的定义存在种种困难。显然, 它包含国内制度规定可以利用的所有司法救济以及行政救济, 当然是这些救济作为权利可用之时, 而不是在它们属于自由裁量性质或作为恩赐而给予时。他还说, 安巴蒂耶洛斯案因要求索赔人用尽国内法院可以利用的“程序办法”而引起问题。¹¹⁴² 该裁决等于警告未能在国内适当提出诉讼的索赔人不能在国际上重新提出该事项。他还

提到要求外侨在国内法院提出打算在国际上提出的所有论点的原则。最后, 第 2 款规定, 若要使该规则适用, 则有关救济必须在理论和实际上都是“可以利用的”。

(b) 辩论摘要

189. 委员们对用尽国内救济规则表示支持, 视之为公认的习惯国际法规则。尽管有人建议第 10 条可重新拟成该规则的综合定义, 随后伴之以更具体的规定, 也有人表示支持特别报告员用若干条而不是一条冗长的条款处理该专题的办法。但是, 有人指出, 对应该要求的具体性要有限制, 因为当地救济规则的适用很大程度上取决于具体情况。

190. 关于第 1 款, 建议对“国际要求”的提法加以说明; 对“可以利用的……救济”等字需要更加仔细斟酌。另外, 有评论说, 该款缺少有效的标准, 传统上它是该规则的一个方面。有种看法认为, 如果不增加“有效”的修饰语, “一切”可以利用的当地法律救济的提法太泛, 会给受害人带来过分的负担。反之, 对列入“有效”的要求也表示了种种怀疑, 因为这种标准主观性大, 势必导致讨论公平审判问题——国际法中一个有争议的问题。再者, 基于条款草案除另有明确说明外, 都适用于自然人和法人的谅解, 建议删除“自然人或法人”的提法。

191. 关于第 2 款中“当地法律救济”的定义, 有评论说, 每个国家根据自己的程序(在许多情况中根据宪法)规定其救济。提议该款可载述要用尽的救济的目的; 在某些情况下, 可以利用当地救济防止损害, 而在其他情况下, 仅仅为了提供赔偿。

192. 关于“法律”一词, 建议它可以包括个人有权期待作出裁决、判决或行政裁定的所有法律机构。更有一种观点认为, “法律”一词是多余的。有人虽然表示支持特别报告员的立场, 即应该把非法律或裁量性救济排除在当地救济规则之外, 却说, 重要的是结果, 而不是达到结果的手

¹¹³⁹ 见上文脚注 684。

¹¹⁴⁰ 见上文脚注 85。

¹¹⁴¹ 《1996 年……年鉴》[英], 第二卷(第二部分), 第 58 页, A/51/10 号文件, 第 65 段。

¹¹⁴² 《国际仲裁裁决汇编》, 第二卷(出售品编号: 63.V.3), 第 120 页。

段。有人问起：“当地”一词是否包括向诸如欧洲人权法院一类的区域人权机制提出申诉。

193. 有种观点认为，特别报告员对“行政救济”的解释过于狭隘。有人要求对报告(第 14 段)关于从法庭获得行政救济的提法加以说明，因为许多此类救济是无法从法庭获得的。也有人问起：诉诸监察员是否可以视为行政上的“当地救济”。

194. 有的委员表示支持特别报告员的意见，即并非在所有情况中均需要区别主要规则与次要规则，僵化地坚持这种区分可能排除执法不公的概念。反之，有的委员说不需要载列关于执法不公问题的规定，因为它是当地补救措施无“效”的事例之一。

195. 有人对芬兰船东案¹¹⁴³中的“规则”表示怀疑，因为该规则要求诉讼方在国内诉讼中提出打算在国际诉讼中提出的所有论点。有人认为，该规则必须灵活适用，以便承认，固然某项论点可能足以在地方上证实一项要求，但在国际上可能不行。

(c) 特别报告员的总结

196. 特别报告员指出，虽然各位发过言的委员基本上接受第 10 条，但他们提出了起草方面的建议，起草委员会将予以审议。他接受对列入“自然人或法人”一语提出的批评。他还指出，打算用单独一条处理有效问题。然而，他认识到仍然有必要在第 10 条表明救济既可以利用又应该有效，以便体现国际法中的主流观点。在诸多情况中对可利用性的检验确实是充分的，但有事例(如在罗伯特·布朗索赔案¹¹⁴⁴中)表明：需要根据被告国司法制度考虑当地救济是否有效，这意味着对该国实行的司法标准提出质疑。

¹¹⁴³ 芬兰船东案(见上文脚注 103)，第 1484 页。

¹¹⁴⁴ 见上文脚注 295。

197. 他进一步解释说，第 2 款是对当地救济拟订一项范围广泛的定义的尝试，以便说明个人应用尽整个一系列可以利用的法律救济。关键点不是法律救济的一般性或特殊性，而是它是否提供了进行有效补救的可能性。

198. 此外，他注意到，有些人对外国诉讼人必须在国内诉讼中提出打算在国际诉讼中提出的所有论点的“规则”提出了一些批评。他承认对该规则并非没有异议，正是因为这样，他才没有将该规则列入该条款文。

199. 关于保留主要规则与次要规则之间的区别和列入一项执法不公问题规定是否可取的问题，他注意到对于是否列入这项概念发表了不同的意见。

3. 第 11 条¹¹⁴⁵

(a) 特别报告员的介绍

200. 特别报告员解释说，条款草案第 11 条叙述了为用尽当地救济规则之目的对“直接”要求与“间接”要求所作的区别。本条款草案需要这样一项规定，以便确定哪些情况属于本条款草案的范围。基本原则是，只有当国家的国民受到损害时，即该国因其国民遭到损害而受到“间接”损害时，该规则才适用。它不适用于国家本身受到直接损害的情况。

201. 为确定所受损害类型提出了两项标准：(a) 主要要素检验；和(b) 必要条件检验。他认为仅通过一种检验可能就足够了。根据第一种检验标

¹¹⁴⁵ 特别报告员所建议的第 11 条内容如下：

“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，而且纯粹因为该国国民遭受损害才提出法律诉讼程序时，应用尽当地救济。[在裁决此事项时，应考虑所要求的救济、要求的性质和争端的主体等因素。]”

准，问题在于受损害的是否主要是索赔国的国民，在这种情况下，所受损害是间接的，因而适用用尽当地救济规则。在另一种情况下，根据必要条件检验，必须确定索赔是否纯粹因为索赔国国民遭到损害才提出的。他指出，文献中还载有其他标准，包括：争端的“主体”、要求的“性质”、所寻求救济的性质。例如，如果一国只要求确认性救济，这可能表明损害是直接的。然而，如果一国为个人所受损害寻求宣告性命令以及赔偿，在这样的情况下法院得裁决何为主要要素。此外，他认为，有必要防备一国有可能寻求宣告性命令仅仅是为了避免用尽当地救济规则。他认为，在决定要求是“主要”直接抑或间接时，要考虑额外三个因素。就此而论，并不需要在条款草案中分别提及它们。然而，还是将它们放在括号内，这是为了征求委员会对是否将它们列入条款草案提供指导。

(b) 辩论摘要

202. 委员们虽然对第 11 条表示支持，认为它体现了时下的实践，但也建议对该条要作进一步斟酌。提案包括合并第 10 和第 11 条，完全删除第 11 条，因为它超越了外交保护的范畴。

203. 有人认为，“直接”和“间接”损害等用语会令人产生误解。有人提到了说法语的人对“*dommage mediat* (间接损害)”和“*dommage immediate*(直接损害)”所作的区别。“直接”损害是国家直接受到的损害，“间接”损害则是国家因其国民受到损害而受到的损害。

204. 有种观点认为，该条的主要难题是如何在混合要求情况中评价“主要要素”。也有人指出，若国家受到的损害与个人受到的损害相同，就会出现不能适用主要要素检验的情况。还有人认为，不应该把两种检验视为累积适用，也不应该要求在进行必要条件检验之前进行主要要素检验。有人又指出，尽管在西西里电子公司案¹¹⁴⁶中主观检验得到了一些支持，但是在该案和国际工商业投资公司案¹¹⁴⁷中，人们发现具有相关性的是，实质上是否存在同一起争端，它是否涉及对一名国民的损害。

205. 关于寻求确认性救济的问题，有人认为，受害国有权要求停止违反协定行为，而无需首先寻求当地救济。

206. 关于要考虑额外因素列表，有人认为可以予以删除，因为在编纂案文中列入说明性事例并非惯例。反之，有人建议鉴于括号内的句子确立了标准而不是列举事例，对有关该问题的决定又必然是主观的，所以应该保留括号内的句子。

(c) 特别报告员的总结

207. 特别报告员回顾说，委员们提出了各种起草建议，指出了须由起草委员会审议的一些进一步问题，包括能否仅使用主要要素检验的问题。他说，对括号内所列额外因素有意见分歧。他也注意到对“直接”和“间接”损害用词的批评。他指出，虽然他在报告中使用了这些用语，但并没有在条款本身中使用。

¹¹⁴⁶ 见上文脚注 85。

¹¹⁴⁷ 见上文脚注 684。