

国际法委员会年鉴

1991年

第二卷
第二部分

国际法委员会提交大会的
第四十三届会议
工作报告

联合国
纽约和日内瓦, 1994年



说 明

联合国文件都用英文大写字母附加数字编号。凡是提到这种编号，就是指联合国的某一个文件。

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”(如《1980年……年鉴》)。

国际法委员会每届会议的年鉴由两卷组成:

第一卷: 该届会议各次会议的简要记录;

第二卷(第一部分): 特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件;

第二卷(第二部分): 国际法委员会提交大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本年鉴各卷的最后印刷文本。

A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2)

联 合 国 出 版 物

出售品编号: C.93.V.9 (Part 2)

目 录

	页 次
A/46/10: 国际法委员会第四十三届会议工作报告 (1991 年 4 月 29 日至 7 月 19 日)	1
第四十三届会议文件一览表	135

国际法委员会第四十三届会议工作报告
(1991年4月29日至7月19日)

目 录

	页 次
简称.....	5
关于引文的说明.....	6
本卷所引用的多边公约.....	6
章 次	段 次
一、本届会议的组织.....	1-16 11
A. 委员会委员.....	2 11
B. 主席团成员.....	3-4 11
C. 起草委员会.....	5 12
D. 秘书处.....	6 12
E. 议程.....	7-8 12
F. 委员会第四十三届会议工作情况概述.....	9-16 12
二、国家及其财产的管辖豁免.....	17-28 14
A. 导言.....	17-24 14
B. 委员会的建议.....	25-26 15
C. 赞扬特别报告员小木曾本雄先生.....	27 15
D. 国家及其财产的管辖豁免条款草案及其评注.....	28 15
第一部分 导言.....	15
第1条 本条款的范围.....	15
评注.....	15
第2条 用语.....	16
评注.....	16
第3条 不受本条款影响的特权和豁免.....	23
评注.....	23
第4条 本条款不溯及既往.....	24
评注.....	25
第二部分 一般原则.....	25

* 起初作为《大会正式记录，第四十六届会议，补编第10号》分发。

目 录 (续)

章 次	页 次
第 5 条 国家豁免.....	25
评注.....	25
第 6 条 实行国家豁免的方式.....	26
评注.....	26
第 7 条 明示同意行使管辖.....	28
评注.....	28
第 8 条 参与法院诉讼的效果.....	31
评注.....	31
第 9 条 反诉.....	33
评注.....	33
第三部分 不得援引国家豁免的诉讼.....	35
第 10 条 商业交易.....	36
评注.....	36
第 11 条 雇用合同.....	44
评注.....	45
第 12 条 人身伤害和财产损害.....	47
评注.....	48
第 13 条 财产的所有权、占有和使用.....	49
评注.....	49
第 14 条 知识产权和工业产权.....	50
评注.....	51
第 15 条 参加公司或其他集体机构.....	52
评注.....	52
第 16 条 国家拥有或经营的船舶.....	53
评注.....	54
第 17 条 仲裁协定的效力.....	57
评注.....	57
第四部分 在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免.....	59
第 18 条 免于强制措施的国家豁免.....	59
评注.....	59
第 19 条 特定种类的财产.....	62
评注.....	62
第五部分 杂项规定.....	63
第 20 条 诉讼文书的送达.....	63
评注.....	63
第 21 条 缺席判决.....	64
评注.....	64
第 22 条 法院诉讼期间的特权和豁免.....	65
评注.....	65

目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
三、国际水道非航行使用法.....	29-59	66
A. 导言.....	29-34	66
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	35-58	66
C. 赞扬特别报告员斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生.....	59	69
D. 国际水道非航行使用法条款草案.....		69
1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文.....		69
2. 国际法委员会第四十三届会议暂时通过的第2、第10、第26至第29和第32条草案案文及其评注.....		73
第一部分 导言.....		74
第2条 用语.....		74
评注.....		74
第二部分 一般原则.....		76
第10条 各种使用之间的关系.....		76
评注.....		76
第六部分 杂项规定.....		77
第26条 管理.....		77
评注.....		77
第27条 调节.....		78
评注.....		79
第28条 设施.....		79
评注.....		80
第29条 武装冲突期间的国际水道和设施.....		80
评注.....		80
第32条 不歧视.....		81
评注.....		81
四、危害人类和平及安全治罪法草案.....	60-176	83
A. 导言.....	60-66	83
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	67-176	84
1. 审议特别报告员的第9次报告.....	67-69	84
(a) 适用于危害人类和平及安全罪的刑罚.....	70-105	84
(b) 国际刑事法院的管辖权.....	106-140	89
(c) 提起刑事诉讼.....	141-165	94
2. 委员会对本条款草案所作的决定.....	166-175	97
C. 赞扬特别报告员杜杜·锡阿姆先生.....	176	98
D. 关于危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案.....		98
1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文.....		98
2. 委员会第四十三届会议暂时通过的第3、第4、第5、第11、第14、第19至第22和第26条草案案文及其评注整个第二部分的评注.....		102

目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
第一部分 第二章 一般原则		102
第 3 条 责任和惩罚		102
评注		102
第 4 条 动机		103
评注		103
第 5 条 国家的责任		103
评注		103
第 11 条 政府或上级的命令		104
评注		104
第 14 条 抗辩和减罪情况		104
评注		104
第二部分 危害人类和平及安全罪行		105
第 19 条 种族灭绝		106
评注		106
第 20 条 种族隔离		106
评注		107
第 21 条 有计划或大规模侵害人权行为		107
评注		107
第 22 条 特别严重的战争罪行		109
评注		109
第 26 条 故意和严重损害环境行为		111
评注		111
五、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任	177-259	112
A. 导言	177-180	112
B. 本届会议审议这一专题的情况	181-259	113
1. 一般问题	183-197	113
2. 具体问题	198-259	115
(a) 本专题的标题	198-201	115
(b) 本文书的性质	202-212	115
(c) 本专题的范围	213-221	116
(d) 原则	222-253	118
(e) “全球公有领域”	254-259	122
六、国家和国际组织间的关系(本专题的第二部分)	260-301	123
A. 导言	260-267	123
B. 本届会议审议这个专题的情况	268-301	123
七、国家责任	302-322	129
A. 导言	302-307	129
B. 本届会议审议这个专题的情况	308-322	130
八、委员会的其他决定和结论	323-360	133
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作	323-339	133

目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
B. 同其他机构的合作	340-342	134
C. 同委员会的工作有关的其他合作活动	342-344	135
D. 第四十四届会议的日期和地点	345	135
E. 出席大会第四十六届会议的代表	346	135
F. 国际法讲习会	347-357	135
G. 希尔维托·阿马多纪念讲座	358-360	136
附件 长期工作方案工作组向规划组提交的报告		137

简 称

欧洲经委会	欧洲经济委员会
关贸总协定	关税及贸易总协定
原子能机构	国际原子能机构
红十字委员会	红十字和红新月国际委员会
劳工组织	国际劳工组织
经合发组织	经济合作与发展组织
贸发会议	联合国贸易和发展会议
环境规划署	联合国环境规划署
儿童基金会	联合国儿童基金会
训研所	联合国训练和研究所
难民专员办事处	联合国难民事务高级专员办事处
粮食计划署	世界粮食计划署
知识产权组织	世界知识产权组织

*

* * *

《美国国际法学报》	《美国国际法学报》
《年度文摘》	《国际公法案例年度文摘》
《讲义集》	《海牙国际法学院讲义集》
《国际法院裁决集》	《国际法院判决、咨询意见和命令集》
《立法文件》	《关于国际河流非航行使用的立法丛书、立法文件和条约规定》
《管辖豁免资料》	《联合国立法丛书, 关于国家及其财产的管辖豁免的资料》
《国际常设法院 A 辑》	《国际常设法院判决集》(第 1-24 集: 直到并包括 1930 年)
《案件报道》	《在美国最高法院中辩论和裁决的案件报道》

关于引文的说明

在引文中，以楷体排印且后接有星号的词句或段落落在原文中并不是斜体。
除另有说明外，从非英文著作所引的引文均由秘书处翻译。

本卷所引用的多边公约

来源

- 人权
- 《禁奴公约》(日内瓦, 1926年9月25日) 国际联盟, 《条约集》, 第60卷, 第253页。
- 《禁止强迫劳动第29号公约》(日内瓦, 1930年6月28日) 国际劳工局, 《公约和建议》, 1919-1966年(日内瓦, 1966年)第155页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约, 1948年12月9日) 联合国, 《条约集》, 第78卷, 第277页。
- 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度及习俗补充公约》(日内瓦, 1956年9月7日) 同上, 第266卷, 第3页。
- 《关于废止强迫劳动的第105号公约》(日内瓦, 1957年6月25日) 同上, 第320卷, 第291页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》(纽约, 1966年12月16日) 同上, 第999卷, 第171页。
- 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(纽约, 1968年11月26日) 同上, 第754卷, 第73页。
- 《美洲人权公约》(圣何塞, 1969年11月12日) 同上, 第1144卷, 第123页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日) 同上, 第1015卷, 第243页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(纽约, 1984年12月10日) 《大会正式记录, 第三十九届会议, 补编第51号》, 第39/46号决议, 附件。
- 特权与豁免, 外交关系
- 《联合国特权及豁免公约》(伦敦, 1946年2月13日) 联合国, 《条约集》, 第1卷, 第15页。
- 《各专门机构特权及豁免公约》(纽约, 1947年11月21日) 同上, 第33卷, 第261页。
- 《维也纳外交关系公约》(维也纳, 1961年4月18日) 同上, 第500卷, 第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(维也纳, 1963年4月24日) 同上, 第596卷, 第261页。
- 《欧洲国家豁免公约》(巴塞尔, 1972年5月16日) 欧洲理事会, 《欧洲条约集》, 第74号, (斯特拉斯堡, 1972年)。
- 《特别使节公约》(纽约, 1969年12月8日) 《大会正式记录, 第二十四届会议, 补编第30号》, 第2530(XXIV)号决议。
- 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(纽约, 1973年12月14日) 联合国, 《条约集》, 第1035卷, 第167页。
- 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(维也纳, 1975年3月14日) 联合国, 《1975年法律年鉴》(出售品编号: E.77.V.3), 第87页。

环境和自然资源

- 《有国际利害关系的通航水道制度公约和规则》(巴塞罗那, 1921年4月20日)
- 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》(拉密堡, 1964年5月22日)
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(伦敦、墨西哥、莫斯科和华盛顿, 1972年12月29日)
- 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》(纽约, 1976年12月10日)
- 《设立冈比亚河流域开发组织公约》(考拉克, 1978年6月30日)
- 《设立尼日尔河流域管理局公约》(法拉纳, 1980年11月21日)
- 《保护臭氧层维也纳公约》(维也纳, 1985年3月22日)
- 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(蒙特利尔, 1987年9月16日)
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(巴塞尔, 1989年3月22日)
- 《越界环境影响评估公约》(埃斯波, 1991年2月25日)
- 国际联盟, 《条约集》, 第七卷, 第35页。
- 联合国, 《关于国际水道非航行使用的条约集: 非洲》, 自然资源/水汇编第13号(出售品编号: E/F.84.II.A.7), 第42页。
- 联合国, 《条约集》, 第1046卷, 第120页。
- 同上, 第1108卷, 第151页。
- 联合国, 《关于国际水道非航行使用的条约集: 非洲》, 自然资源/水汇编第13号(出售品编号: E/F.84.II.A.7), 第42页。
- 同上, 第56页。
- 环境规划署, 《环境领域部分多边公约》(英格兰剑桥, 1991年), 第2卷, 第301页。
- 同上, 第309页。
- 同上, 第449页。
- E/ECE/1250号文件, 1991年。

海洋法

- 《统一国有船舶豁免的某些规则的国际公约》(布鲁塞尔, 1926年4月10日)
- 及附加议定书《布鲁塞尔, 1926年4月10日)
- 《关于扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔, 1952年5月10日)
- 《公海公约》(日内瓦, 1958年4月29日)
- 《领海及毗连区公约》(日内瓦, 1958年4月29日)
- 《联合国海上货物运输公约》(汉堡, 1978年3月31日)
- 《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)
- 国际联盟, 《条约集》, 第一百七十六卷, 第199页。
- 同上, 第215页。
- 联合国, 《条约集》, 第439卷, 第193页。
- 同上, 450卷, 第11页。
- 同上, 第516卷, 第205页。
- 联合国, 《贸易法委会年鉴》, 第九卷(1978年)(出售品编号: E.80.V.81), 第212页。
- 《第三次联合国海洋法会议正式记录》第十七卷(联合国出版物, 出售品编号: E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。

适用于武装冲突的公约

- 《陆战法规和惯例公约》(海牙, 1907年10月18日)
- 《关于禁用毒气(或类似毒品及细菌方法作战议定书》(日内瓦, 1925年6月17日)
- 《保护战争受害者日内瓦四公约》(日内瓦, 1949年8月12日)
- 及第一和第二附加议定书(日内瓦, 1977年6月8日)
- J.B 斯科特编辑, 《1899年和1907年的海牙公约和声明》, 第三版(纽约, 1978年), 牛津大学出版社, 第100页。
- 国际联盟, 《条约集》, 第九十四卷, 第65-66页。
- 联合国, 《条约集》, 第75卷, 第31页起各页。
- 同上, 第1125卷, 第3页起各页。

条约法

《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日)

同上, 第1155卷, 第331页。

核活动和外层空间活动所造成损害的责任

《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1967年1月27日)

同上, 第610卷, 第205页。

《空间物体所造成损害的国际责任公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年3月29日)

同上, 第961卷, 第187页。

《关于登记射入外层空间物体的公约》(纽约, 1975年1月14日)

同上, 第1023卷, 第15页。

《及早通报核事故公约》(维也纳, 1986年9月26日)

原子能机构, 《法律丛书》第14号(维也纳, 1987年)。

《核事故或辐射紧急情况援助公约》(维也纳, 1986年9月26日)

同上。

知识产权

《世界版权公约》(修订版)巴黎, 1971年7月24日)

联合国, 《条约集》, 第943卷, 第78页。

武器

《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)生物及毒素武器和销毁此种武器的公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年4月10日)

同上, 第1015卷, 第163页。

《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常

同上, 第1342卷, 第137页。

规武器公约》(纽约, 1981年4月10日)

民用航空

《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙, 1929年10月12日)

国际联盟, 《条约集》, 第一百三十七卷, 第13页。

《修改统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》(海牙, 1955年9月28日)

联合国, 《条约集》, 第478卷, 第371页。

《国际民用航空公约》(芝加哥, 1944年12月7日)

同上, 第15卷, 第295页。

《关于国际承认对航空器的权利的公约》

同上, 第310卷, 第151页。

《关于外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》(罗马, 1952年10月7日)

同上, 第181页。

《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》(瓜达拉哈拉, 1961年9月18日)

同上, 第500卷, 第31页。

《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》(东京, 1963年9月14日)

同上, 第704卷, 第219页。

《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙, 1970年12月16日)

同上, 第860卷, 第105页。

《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔,

同上, 第974卷, 第177页。

1971 年 9 月 23 日)

解决争端

《解决国家和其他国家国民间的投资争端的华盛顿公约》(华盛顿, 1965 年 3 月 18 日)

《美洲商业仲裁公约》(巴拿马, 1975 年 1 月 30 日)

同上, 第 575 卷, 第 158 页.

美洲国家组织, *Serie sobre Tratados*, 第 42 号, OEA/Ser.A/20 号文件.

第一章

本届会议的组织

1. 国际法委员会是根据1947年11月21日第174(II)号决议设立的。委员会依照作为该决议附件并经后来修正的委员会章程,自1991年4月29日至7月19日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十三届会议。第四十二届会议主席史久镛先生主持了会议开幕式。

A. 委员会委员

2. 委员会由下列成员组成:

博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王(尼日利亚);
侯赛因·巴哈纳先生(巴林);
奥恩·哈索内先生(约旦);
里亚兹·凯西先生(伊拉克);
加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生(意大利);
胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷);
朱里·巴尔谢戈夫先生(苏维埃社会主义共和国联盟);
约翰·艾伦·比斯利先生(加拿大);
穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥);
布特罗斯·布特罗斯-加利先生(埃及);
卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生(巴西);
莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生(委内瑞拉);
古兹蒙迪尔·埃里克松先生(冰岛);
劳雷尔·弗朗西斯先生(牙买加);
博恩哈德·格雷夫拉特先生(德国);
弗朗西斯·马洪·海斯先生(爱尔兰);
豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马);
安德烈亚斯·雅科维德斯先生(塞浦路斯);
阿卜杜勒·科罗马先生(塞拉利昂);
艾哈迈德·马希乌先生(阿尔及利亚);
斯蒂芬·麦卡弗里先生(美利坚合众国);
弗兰克·恩詹加先生(肯尼亚);
小木曾本雄先生(日本);

斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生(波兰);
阿兰·佩莱先生(法国);
彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度);
埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生(马达加斯加);¹
埃马努埃尔·鲁库纳斯先生(希腊);
塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生(墨西哥);
史久镛先生(中国);
路易斯·索拉里·图德拉先生(秘鲁);
杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔);
克里斯蒂安·托穆沙特先生(德国);
亚历山大·扬科夫先生(保加利亚)。

B. 主席团成员

3. 委员会在1991年4月29日和30日的第2205至第2206次会议上选出了下列主席团成员:

主席:阿卜杜勒·科罗马先生;
第一副主席:约翰·艾伦·比斯利先生;
第二副主席:塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生;
起草委员会主席:斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生;
报告员:侯赛因·巴哈纳先生。

4. 委员会扩大主席团成员由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员¹和各特别报告员组成。²扩大主席团的主席由委员会主席担任。根据扩大主席团的建议,委员会在1991年6月11日第2222次会议

¹ 即劳雷尔·B. 弗朗西斯先生、杜杜·锡亚姆先生、亚历山大·扬科夫先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、博恩哈德·格雷夫拉特先生和史久镛先生。

² 即加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、小木曾本雄先生和杜杜·锡亚姆先生。

上为本届会议设立了一个规划组，负责审议委员会的计划、程序和工作方法及其文件，并就此向扩大主席团提出报告。规划组人员组成如下：约翰·艾伦·比斯利先生（主席）、博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王、奥恩·哈索内先生、里亚兹·凯西先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、劳雷尔·弗朗西斯先生、博恩哈德·格雷夫拉特先生、豪尔赫·伊留埃卡先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、艾哈迈德·马希乌先生、弗兰克·恩詹加先生、斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生、埃马努埃尔·鲁库纳斯先生和克里斯蒂安·托穆沙特先生。规划组不限成员名额，欢迎其他委员参加。

C. 起草委员会

5. 委员会在第 2205 至第 2206 次会议上任命了由下列成员组成的起草委员会：斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生（主席）、侯赛因·巴哈纳先生、奥恩·哈索内先生、朱里·巴尔谢戈夫先生、穆罕默德·本努纳先生、卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、弗朗西斯·马洪·海斯先生、阿卜杜勒·科罗马先生、斯蒂芬·麦卡弗里先生、小木曾本雄先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生、史久镛先生和路易斯·索拉里·图德拉先生。

D. 秘书处

6. 副秘书长兼法律顾问卡尔-奥古斯特·弗莱施豪尔先生代表秘书长出席了本届会议。法律事务厅编纂司司长弗拉基米尔·科特赖尔先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。法律事务厅编纂司副司长杰奎林·多琪女士担任委员会副秘书长。高等法律干事桑原幸子女士和曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会高级助理秘书，法律干事玛努什·阿桑贾尼女士和姆帕齐·辛杰拉先生担任委员会助理秘书。

E. 议程

7. 委员会在 1991 年 4 月 29 日第 2205 次会议上，通过了第四十三届会议的议程项目如下：

1. 本届会议的工作安排。

2. 国家责任。
3. 国家及其财产的管辖豁免。
4. 危害人类和平及安全治罪法草案。
5. 国际水道非航行使用法。
6. 国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任。
7. 国家和国际组织间的关系。
8. 委员会的计划程序和工作方法及其文件工作。
9. 同其他机构的合作。
10. 第四十四届会议的日期和地点。
11. 其他事项。

8. 委员会审议了议程上的所有项目。委员会举行了 48 次公开会议（从第 2205 次至第 2252 次会议）。此外，委员会的起草委员会举行了 55 次会议，扩大主席团举行了 2 次会议，扩大主席团规划组举行了 6 次会议。

F. 委员会第四十三届会议工作情况概述

9. 在第四十三届会议上，委员会就议程上的三个专题取得了重大的进展。它完成了对“国家及其财产的管辖豁免”专题的审议工作，最后通过一套关于这个专题的条款草案。此外，委员会暂时通过了关于其议程上另外两个专题，即“危害人类和平及安全治罪法草案”和“国际水道非航行使用法”的全套条款草案。大家应该记得：委员会在其第四十一届会议上最后通过了关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位的条款草案及其任择议定书草案。因此，委员会在其成员本届任期内实现了它在任期开始时为自己规定的具体目标。

10. 关于“国家及其财产的管辖豁免”的专题（见第二章），委员会按照起草委员会的建议，³如同以上第 9 段所说明的，二读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会决定按照章程第 23 条建议大会召开一次国际全权代表会议，以审议这个条款草案，并就这个专题缔结一项公约。

11. 关于“国际水道的非航行使用法”的专题（见第三章），如同以上第 9 段所说明的，委员会一读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会决定按照

³ 1991 年 6 月 4 日至 7 日第 2218 至 2221 次会议上审查了起草委员会的建议。

章程第 16 和第 21 条通过秘书长将本条款草案递交各国政府征求它们的评论和意见，并请它们在 1993 年 1 月 1 日以前将这些评论和意见送交秘书长。在其工作的第一阶段，委员会审议了特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生的第 7 次报告（A/CN.4/436），其中具体载列了一个题为“用语”的条文草案。⁴ 委员会决定：将该条款草案提交起草委员会。在稍后阶段，委员会根据起草委员会的建议，⁵ 暂时通过了第 2 条（用语）、第 10 条（各种使用之间的关系）、第 26 条（管理）、第 27 条（调节）、第 28 条（设施）、第 29 条（武装冲突期间的国际水道）和第 32 条（不歧视）。委员会也根据起草委员会的建议通过了前几届会议上暂时通过的一些条文的订正案文。

12. 关于“危害人类和平及安全治罪法草案”的专题（见第四章），如同以上第 9 段所说明的，委员会一读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会按照章程第 16 和第 21 条决定通过秘书长将本条款草案递交各国政府，要求它们提出意见和评论，并请它们在 1993 年 1 月 1 日以前将这些意见和评论提交秘书长。在其工作的第一阶段，委员会审议了特别报告员杜杜·锡阿姆先生的第 9 次报告（A/CN.4/435 和 Add.1），除其他外，其中载有关于适用刑罚的条文草案。⁶ 委员会决定将该条文草案提交起草委员会。在稍后阶段，委员会按照起草委员会的建议，⁷ 暂时通过：（一）第 3 条（责任和惩罚），第 4 条（动机）和相应于原先所通过之第 3 条的第 5 条（国家的责任）；（二）第 11 条（政府或上级的命令）和第 14 条（抗辩和可以从轻量刑的情况）；（三）第 19 条（种族灭绝）、第 20 条（种族隔离）、第 21 条（有计划或大规模侵害人权）、第 22 条（战争罪）和第 26 条

（故意和严重损害环境）。委员会还按照起草委员会的建议通过了前几届会议上暂时通过的一些条文的订正案文。

13. 委员会按照特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生的第 7 次报告（A/CN.4/L.437）审议了“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题（见第五章）。⁸ 该报告载述对这一专题的主要问题的重新研讨，以便查明委员会内的协议范围，并促进有关这一专题的工作。

14. 委员会根据特别报告员莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生的第 5 次和第 6 次报告审议了关于“国家和国际组织间的关系”（专题的第二部分）（见第六章）。⁹ 第 5 次报告（A/CN.4/438）除其他外，载有 6 个条文草案，即第 12 条（档案）和第 13 条至第 17 条（出版物和通讯设施）。第 6 次报告（A/CN.4/439）载有 5 个条文草案，即第 18 条至第 22 条（印花税豁免和关税豁免）。委员会决定将这些条文提交起草委员会。

15. 关于“国家责任”的专题（见第七章），委员会听取了特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生对其第 3 次报告（A/CN.4/440 和 Add.1）的说明。¹⁰ 由于时间不够，不曾讨论该报告。

16. 关于委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作的事项在扩大主席团规划组和扩大主席团本身范围内讨论。委员会的有关建议将载于报告最后一章，该章也将载述与其他机构合作的情况以及一些行政事项和其他事项。

⁴ 1991 年 5 月 23 日至 6 月 4 日第 2215 至第 2218 次会议上审查了该报告。

⁵ 1991 年 6 月 21 日至 27 日第 2228 至 2231 次会议上审议了起草委员会的建议。

⁶ 1991 年 5 月 14 日至 24 日第 2207 至第 2214 次会议上审查了该报告。

⁷ 1991 年 7 月 5 日至 12 日第 2236 至 2241 次会议上审查了起草委员会的建议。

⁸ 1991 年 6 月 7 日至 21 日举行的第 2221 至 2228 次会议上审议了本专题。

⁹ 1991 年 6 月 27 日至 7 月 5 日举行的第 2232 至 2236 次会议上审议了本专题。

¹⁰ 于 1991 年 7 月 10 日第 2238 次会议上介绍了这份报告。

第二章

国家及其财产的管辖豁免

A. 导言

17. 题为“国家及其财产的管辖豁免”的专题是国际法委员会 1978 年第三十届会议¹¹根据委员会为了开始本专题的工作所设立的工作组的建议,并应大会 1977 年 12 月 19 日第 32/151 号决议(第 7 段)的要求而决定列入其目前的工作计划的。

18. 委员会在 1979 年第三十一届会议上收到了特别报告员颂蓬·素差伊库先生提交的初步报告。¹²委员会在同一届会议上决定向联合国会员国发出调查表,以便取得更多的资料,并了解各国政府的观点。从对调查表的答复中所收到的材料已于 1981 年第三十三届会议上提交委员会。从第三十二届会议(1980)至第三十八届会议(1986),委员会收到了特别报告员的另外七份报告。¹³

19. 委员会在第三十八届会议上一读通过了本

专题的全部条款草案,¹⁴按照委员会章程第 16 和第 21 条,全部条款草案通过秘书长送请各国政府提出评论和意见,并请各国政府在 1988 年 1 月 1 日前将评论和意见提交秘书长。

20. 委员会 1987 年第三十九届会议任命小木曾本雄先生为本专题的特别报告员。委员会 1988 年第四十届会议收到会员国和瑞士的答复。¹⁵委员会还收到了特别报告员的初步报告。¹⁶

21. 委员会 1989 年第四十一届会议收到了特别报告员的第二次报告,¹⁷以及为进行对条款草案的二读提交第四十届会议的初步报告。委员会在讨论了那些报告及各国政府的评论和意见后,决定将第 1 条至第 11 条之二的条款草案提交起草委员会,并向其转交特别报告员的建议和某些委员在全体会议讨论中提出的建议。¹⁸

22. 委员会 1990 年第四十二届会议收到特别报告员的第三次报告,¹⁹并根据该报告重新审议了条款草案的第 12 至 28 条,其中包括第三部分的标题。委员会完成对这些条款的审议工作后,决定将这些条款连同特别报告员的建议和全体会议收到的建议提交起草委员会。²⁰

¹¹ 《1978 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 152 至 155 页,第 179-190 段。

¹² 《1979 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 227 页, A/CN.4/323 号文件。

¹³ 特别报告员的这另外七份报告转载如下:

第二次报告:《1980 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 199 页, A/CN.4/331 和 Add.1 号文件;

第三次报告:《1981 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 125 页,文件 A/CN.4/340 和 Add.1 号文件;

第四次报告:《1982 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 199 页, A/CN.4/357 号文件;

第五次报告:《1983 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 25 页, A/CN.4/363 和 Add.1 号文件;

第六次报告:《1984 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 5 页, A/CN.4/376 和 Add.1 和 2 号文件;

第七次报告:《1985 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 21 页, A/CN.4/388 号文件;

第八次报告:《1986 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 8 至 22 页, A/CN.4/396 号文件。

¹⁴ 关于案文,见《1986 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 8 页。

¹⁵ 见《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 45 页, A/CN.4/410 和 Add.1-5 号文件。

¹⁶ 同上,第 96 页, A/CN.4/415 号文件。

¹⁷ 《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 59 页, A/CN.4/422 和 Add.1 号文件。

¹⁸ 见《1989 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 98 页,第 405 段。

¹⁹ 《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 3 至 22 页, A/CN.4/431 号文件。

²⁰ 见《1990 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 32

23. 起草委员会在委员会第四十二届会议上开始二读上述条款草案²¹并于目前的第四十三届会议上完成二读工作。起草委员会的报告由其主席提出,并在第2218次至2221次和2235次会议上连同起草委员会前任主席介绍的起草委员会上届会议工作报告一并审议。²²委员会根据这些报告通过了关于国家及其财产的管辖豁免的22个条文草案的最后案文。依照其章程,委员会在此将这些条文草案连同一份建议(见下文第25段)提交大会。

24. 有些委员提出从事商业服务的由国家拥有或国家经营的飞机以及空间物体的问题。委员会虽然确认这个问题的重要性,认为需要更多的时间来加以研究。

B. 委员会的建议

25. 1991年7月4日,委员会第2235次会议遵照其《章程》第23条决定建议大会应召开一次国际全权代表会议,以审查关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案,并就此缔结一项公约。

26. 委员会认为,前任特别报告员提出了条款草案的解决争端问题,²³如果委员会认为应该为争端的解决提供法律机制,则可由上述国际会议来处理这个问题。

C. 赞扬特别报告员小木曾本雄先生

27. 1991年6月7日,委员会第2221次会议通过国家及其财产的管辖豁免条款草案文本后,鼓掌通过下列建议:

“国际法委员会,

“通过了国家及其财产的管辖豁免条款草案,

“就特别报告员小木曾本雄先生孜孜不倦、竭诚努力编制草案而作出的卓越贡献以及在审议国家及

其财产的管辖豁免条款草案过程中取得的成果,向他表示深挚谢意和热烈祝贺。”

D. 国家及其财产的管辖豁免条款草案及其评注

28. 国际法委员会第四十三届会议通过的第1至22条条款草案的案文和评注载录如下:

国家及其财产的管辖豁免条款草案

第一部分

导 言

第1条 本条款的范围

本条款适用于国家及其财产对另一国法院的管辖豁免。

评 注

(1) 本条款的宗旨是拟定国家及其财产的管辖豁免这个专题的国际法规则。

(2) 第1条说明本条款应当适用于哪些问题。在可能产生国家豁免问题的任何情况下,似乎一定得有一些基本的观念或概念。首先,本条款草案的主要特征是“管辖豁免”。在这方面,“管辖豁免”一词不仅用于指主权国家有权避免通常由领土国法制内法官或裁判官行使的审判权力,还用于指不在司法程序中以任何措施或程序或由领土国的任何当局对其行使一切其他的行政权力和执行权力。因此,这个观念包括整个司法程序,从诉讼的提起或成立、传票的送达、调查、审查、讯问、能够构成暂时或临时措施的命令,到开列判决之各种情况的决定、这些判决的执行、或加以延缓和进一步加以豁免。还应该指出的是,本条款的范围不仅包括国家不受另一国法院审判的豁免问题,而且涉及国家财产在另一国法院的诉讼中不应受到扣押和执行令状等强制措施的豁免问题,如同第四部分所规定的那样。其次,两个独立主权国家的存在是管辖豁免问题的先决条件,即:外国和法院地国。条款草案通常提到“国家”和“另一国”,但是为了澄清含义,在一些条文中使用“外国”和“法院地国”比较合适。为本条款之目的“国家”一词的定义载于第2条。

页: 第166段。

²¹ 同上,第167段。

²² 见《1991年……年鉴》,第一卷。

²³ 前任特别报告员提出但未经审议的关于解决争端的第29至33条和附件载于委员会第四十一届会议工作报告(《1989年……年鉴》第二卷(第二部分),第611段)。

(3) 本案文中“法院的”一词旨在确认以下的了解: 本专题的范围主要限于不受国家“法院的”管辖的豁免。“法院”一词的定义载于第2条。

第2条 用语

1. 为本条款的目的:

(a) “法院”是指一国有权行使司法职能的不论名称为何的任何机关;

(b) “国家”是指:

- (一) 国家及其政府的各种机关;
- (二) 联邦国家的组成单位;
- (三) 受权为行使国家主权利而行为的国家政治区分单位;
- (四) 国家机构或部门和其他实体, 只要它们受权为行使国家主权利而行为;
- (五) 以国家代表身份行为的国家代表;

(c) “商业交易”是指:

- (一) 为出售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易;
- (二) 任何贷款或其他金融性质之交易的合同, 包括与任何此类贷款或交易有关的任何担保义务或赔偿义务;
- (三) 商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易, 但不包括雇用人员的合同。

2. 确定本条第1款(C)项下的合同或交易是否属于“商业交易”时, 首先应考虑合同或交易的性质, 但是, 如果在作为其缔约一方的国家的实践中该合同或交易的目的与确定其非商业性质有关, 则也应予以考虑。

3. 关于本条款用语的第1和第2款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义。

评注

第1款

(1) 本条合并了一读暂时通过的原第2和第3条, 其中考虑到国际法委员会成员以及第六委员会各代表团所提出和赞成的建议。

第1款(a)项

(2) 国际法委员会认为, 就第1条来说, “法院”一词的定义是必需的。在本条款范围内, 凡获授权行使司法职能的任何国家机关不论属于哪一级别, 也不论使用什么名称都是法院。虽然本条款草案没有为“诉讼”一词下定义, 它应被理解为不包括刑事诉讼。

(3) 关于“司法职能”一词, 应当指出: 这些职能根据宪法和法律体系不同而各异。为此, 国际法委员会决定不在本条内载列“司法职能”一词的定义。但是, 司法职能的范围应该理解为包括这种职能, 无论是由法院或行政机关行使的职能。司法职能可在法律诉讼的不同阶段行使, 即在提起法律诉讼之前或在进行法律诉讼期间, 或在执行判决的最后阶段行使。这种司法职能包括对诉讼进行裁判或解决争端、确定法律问题和事实问题、命令在法律诉讼的所有阶段采取临时的和强制执行措施, 以及由一个国家的司法当局或于其指导下在法律诉讼方面, 在法律诉讼的过程中, 或依照法律诉讼通常行使的其他行政职能和执行职能。尽管司法职能是由各国国内的组织结构确定的, 但为了本条款的目的, 司法职能一词不包括各方面的司法工作, 至少根据某些法律体系, 司法工作可能包括与任命法官有关的其他职能。

(4) 还应当指出, 根据不同的宪法和法律体系, 这一定义可能包括国家的特定行政机关行使权力以便下令实施或采取强制执行措施的行为(有时称为“准司法职能”。

第1款(b)项

(5) 鉴于管辖豁免范围内的判例对“国家”的含义持不同态度, 国际法委员会认为, 阐明这一措词为本条款的目的所指的特殊意义是有用的。用于说明“国家”的一般性措词不应意味着该项规定是一种没有限制的提法。“国家”一词应根据其宗旨和目的来理解, 即应确定在一国可以要求豁免的情况下, 哪些实体和个人有权援引国家豁免, 而且还应确定国家某些区分单位和部门在为行使主权利而行为时有权援引豁免。因此, 在本条款范围内, “国家”一词应理解为包括按此确定的所有类型或类别的实体和个人, 这些实体和个人可以受益于国家豁免的保护。

第1款(b)(一)项

(6) 第一类包括以自身的名义行为以及通过无论何种名称的各种政府机关而行为的国家本身, 这些机关例如君主或国家元首、政府首脑、中央政府、政府各部门、部或副部级部门、署和局以及附属机构和代表国家的使团, 包括外交使团和领馆、常驻代表团和使节, 使用“政府的各种机关”一语是想把政府的所有部门全包括在内, 而限于行政部门。

(7) “国家”一词包括完全自主和独立的外国, 但也进而包括有时并非真正是外国, 有时是并非完全独立或仅具有部分主权的实体。²⁴当然, 国家豁免适

用于一切外国, 不论其政府形式为王国、帝国、共和国、联邦、邦联或其他的形式。²⁵

(8) 一国君主或国家元首依其作为国家的主要机关的名义, 也有权享受豁免, 其程度与国家本身一样, 理由是君王、当政国王、君主国家元首、或甚至国家元首都可等同于中央政府。

(9) 一个国家在其绝大部分的国际关系和事务上, 通常都由政府代表, 对以政府为名的诉讼同对国家直接提出的诉讼也就分不开。²⁶长久以来, 国家惯例都承认, 对外国政府的诉讼的实际效果与对该国的诉讼一样。²⁷

(10) 正如国家由政府代表, 而政府同国家基本上互为一体一样, 政府通常由国家机关和部门组成, 代表政府行事, 这些国家机关和政府部门可以成为, 而

²⁴ 有些国家的惯例似乎支持以下的观点: 虽然半主权国或甚至殖民附属地可能属于国家本身的同一宪政组别, 但均被视为外国主权国家, 例如英国法院就一贯拒绝对控告英联邦成员国和附属于联合王国的半主权国家的诉讼行使管辖。因此, 巴罗达的土邦主就被视为“一个主权王公, 英国法院对之无管辖权” Gaekwar of Baroda 诉 Haiz Habib-ul-Haq 案 (1938) (《年度文摘, 1938-1940》(伦敦), 第9卷, (1942), 案件号78, 第233页)。美国法院对其本国附属地也采取同样的观点: Kawanakoa 诉 Polyblank 案 (1907) (《美国报道》, vol.205(1921), PP.349 和 353), 其中夏威夷领土被授予主权豁免; 同样, 根据联邦宪法, 对联邦各州也采取同样立场: 摩纳哥公国诉密西西比案 (1934) (《年度文摘, 1933-1934》(伦敦), 第7卷(1940), 案件号61, 第166页; 参看 G.H.Hackworth, 《国际法文摘》(Washington, D.C., 美国政府印刷所, 1941), vol.II, P.402)。最近, 在摩根担保信托公司诉吊琉共和国案 (639 F.Supp.706, 美国纽约南区地区法院, July 10, 1986, 《美国国际法学报》, 第81卷, 第220页(1987)), 法院认为, 即便《自由联系协定》不曾得到批准, 指定吊琉为“战略托管”的《联合国托管协定》的终止没有得到安全理事会的认可, 基于吊琉所行使之主权的事实程度, 为了外国主权豁免法的目的(见下文脚注40), 吊琉是一个“外国”, 法国法院对有关法兰西联邦内半主权国和成员国的案件也同样确认豁免: Bey of Tunis et Consorts 诉 Ahmed-ben-Aiad 案 (1893) (《司法判例期刊与评论汇编, 1894》(Dallos)(Paris), PART 2, P.421); 另参看关于“Gouvernement cherifien”的案件, 例如 Laurans 诉 Gouvernement imperial cherifien 和马赛信贷银行案 (1934) (《国际法评论》(Drras)(巴黎), 第三十卷, 第4期(1935年10-12月), 第795页, 以及 S.Basdevant-Bastid 夫人备忘录, pp.796 et seq.)。

另参看 Duff 发展建设有限公司诉 Government of Kelantan and another 案 (1924) (联合王国, 《法律报道》, 上议院, 枢密院司法委员会, 1924, p.797)。但也参看 Marine Steel Ltd. 诉马绍尔群岛政府案 (1981) (2 NZLR 新西兰高等法院, July 29, 1981, 《美国国际法学报》(华盛顿)第77卷, (1983)第158页, 在这个案件中, 新西兰高等法院认为, 马绍尔群岛等联合国托管领土还没有达到主权国家的地位, 因而无权享受管辖豁免。

²⁵ 参看 Dralle 诉捷克斯洛伐克共和国案 (1950) (《国际法报道》, 1950(伦敦), 第17卷(1956), 案件号41, 第155页); 西班牙国诉 Canal 案 (1951) (《国际法学报》(Clunet)(巴黎), 第79卷, 第1期(1952年1-3月), 第220页); Patterson-MacDonald 造船公司, MCLEAN 诉澳大利亚联邦案 (1923) (美利坚合众国, 《联邦报道员》, vol.293(1924), p.192); De Froe 诉现名“苏维埃社会主义共和国联盟”的俄罗斯国家 (1932) (《年度文摘, 1931-1932》(伦敦), 第6卷(1938), 案件号87, 第170页); 爱尔兰自由邦诉担保安全保险公司案 (1927) (《年度文摘, 1925-1926》(伦敦), 第3卷(1929), 案件号77, 第100页); 挪威王国诉联邦制糖公司案 (1923) (美利坚合众国, 《联邦报道员》, vol.286 (1923), p.188); Ipitrade 国际股份有限公司诉尼日利亚联邦共和国案 (1978) (美利坚合众国, 《联邦补编》, vol.465(1979), p.824); 40 D 6262 不动产公司和 40 E 6262 不动产公司诉阿拉伯联合酋长国政府案 (1978) (ibid, vol.447(1979), P.710); KAHAN 诉巴基斯坦联邦案 (1951) (联合王国, 《法律报道》, 皇家法务部, 1951, vol.II, p.1003); 维也纳诉刚果民主共和国案 (1968) (加拿大, 《自治领法律报道》, 第三汇编, vol.5, p.128)。

²⁶ 参看 Lakhowsky 诉瑞士联邦政府和 de Reynier 上校案 (1921) (《年度文摘, 1919-1922》(伦敦), 第1卷, 案件号83, 第122页); U. Kyaw Din 诉英王陛下联合王国政府和缅甸联邦案 (1948) (《年度文摘, 1948年》(伦敦), 第15卷(1953), 案件号42, 第137页); Etienne 诉荷兰政府案 (1947) (《年度文摘, 1947》, (伦敦), 第14卷, 案件号30, 第83页)。

²⁷ 有时对外国的殖民附属地也给予主权豁免, 因为诉讼实际上是牵连外国政府, 而国家与其政府是互为一体的。参看 The “Martin Behrman”, Isbrandtsen Co. 诉荷兰东印度政府案 (1947) (《年度文摘, 1947》(伦敦), 第14卷(1951), 案件号26, 第75页); Van Heyningen 诉荷兰东印度政府 (1948) (《年度文摘, 1948》, (伦敦), 第15卷(1953), 案件号43, 第138页)。

且事实上往往成为国家内部法律体制范围内的独立法律实体。它们虽然没有作为一个主权实体的国际法律人格,但它们仍可以代表国家或作为国家中央政府的代表行事,而且它们事实上是国家的组成部分。这种国家机关或政府部门,包括政府各部,²⁸包括武装部队,²⁹每个部内的下属单位,例如使馆、³⁰特别使节团、³¹领馆、³²和各司局处、委员会、理事会等等。³³这些机构不一定要是某一个部的组成部分,它们本身可以是一个自主的国家机关,对中央政府或其某个部负责,或由中央政府管理。国家的其他主要机关,例如外国的立法机关和司法机关,它们也视为与国家本身互为一体,如果它们提出的诉讼是与它们的公共或官方的行为有关的话。

第1款(b)(二)项

(11) 第二类是联邦国家的组成单位。为本条款的目的,联邦国家的组成单位被视为国家。³⁴一读暂时

²⁸ 参见 Bainbridge 诉邮政总长案(1905)联合王国,《法律报道》,王座法庭,1906, vol. I, p. 178; Henon 诉埃及政府和英国海军部案(1947)(《年度文摘, 1947》(伦敦),第14卷(1951),案件号28,第78页; Triandafilou 诉公共部长案(1942)《美国国际法学报》(华盛顿),第39卷,第2期(1945年4月,第345页); Piascik 诉英国国防运输部案(1943)(《年度文摘, 1943-1945》, (伦敦),第二卷(1949),案件号22,第87页); 土耳其采购委员会案(1920)(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦),第1卷(1932),案件号77,第114页)。

²⁹ 参看 The Schooner "Exchange" 诉 McFaddon 等人案(1812)中马歇尔首席法官的意见(W. Cranch, 《案件报道》, (纽约1911),第七卷,第3版,第135至137页)。另参看各项部队地位协定和外国访问部队法。

³⁰ 使馆是国家的附属机关,为派遣国外交部的一部分,其地位受《维也纳外交关系公约》管理。

³¹ 特别使节团也享有国家豁免,见1969年《特别使节公约》。另参看《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》。

³² 参看1963年《维也纳领事关系公约》。

³³ 参看 Mackenzie-Hennedy 诉 Air Council 案(1927)(联合王国,《法律报道》,王座法庭,1927, vol. II, p. 517); Graham and others 诉国王陛下公共工程和建筑专员案(1901)(联合王国,《法律报道》,王座法庭1901, vol. II, p. 781); Societe Vajes 诉西班牙国家旅游局案(1936), (《年度文摘, 1935-1937》(伦敦),第8卷(1941),案件号87,第227页); Felkes 诉匈牙利国家博物馆案, No. II (1942)(《年度文摘, 1941-1942》(伦敦),第10卷(1945),案件号169,第576页)。

³⁴ 参看 Sullivan 诉圣保罗州案(1941)(《年度文摘, 1941-1942》(伦敦),第10卷(1945),案件号50,第178页)。

通过的载有“国家”定义的原第3条第1款案文中并没有为联邦国家作出任何规定。国际法委员会考虑到一些委员和一些政府的意见,议定在二读时作出这一规定。在一些联邦制度中,其组成单位与第1款(b)(三)项所指的政治区分单位是有分别的,因为基于历史或其他原因,它们获得与国家一样的豁免,不必另

美国国务院确认了豁免的要求。在这个案件中,克拉克法官认为,可以以美国成员州相类似的理由给予豁免;汉德法官则怀疑是否外国的每一个行使很大政府权力的政治区分单位都应享有豁免。另参看《耶鲁法律学报》(New Haven, Conn.), vol. 50, No. 6 (April 1941), pp. 1088 et seq.; 《康奈尔评论季刊》(Ithaca, N. Y.), vol. 26 (1940-1941), pp. 720 et seq.; 《哈佛法律评论》(Cambridge, Mass.), vol. LV, No. 1 (1941年11月), p. 149; 《密西根法律学报》(Ann Arbor, Mich.), vol. 40, No. 6 (1942年4月), pp. 911 et seq.; 《南加州法律学报》(Los Angeles, Calif.), vol. 15 (1941-1942), p. 258, 这是当时获评论最多的案件。还参看 Hans 诉 Louisiana (1890《美国报道》, vol. 134 (1910), p. 1); 南达科塔诉北卡罗来那案(1904)(同上, vol. 192 (1911), p. 286); 美国诉北卡罗来那案(1890)(同上, vol. 136 (1910), p. 211 罗得岛诉麻萨诸塞案(1846)(B. C. Howard, 《案件报道》, 第二版,第四卷(1909),第591页;以及上文脚注24和26所举的案例。但也参看法国的惯例, Etat de Ceara 诉 Dorr et autres 案(1932)(Dalloz, 《司法判例期刊和评论汇编》, 1933 (Paris), part I, P. 196)。法院说:

“鉴于……此一规则[无管辖权]只在以下情况才适用:援引此一规则的实体能证明,从国际公法的观点而论,它在与别国的关系上具有独立的人格;又鉴于西阿拉州的情况并非如此,因为按照被下级法院正当作为判决依据的《巴西宪法》的规定,不论该州在其所属的巴西合众国主权联邦内的内部地位如何,该州无外交代表权,因此从国际政治关系的观点而论,本身没有独立的人格……”。

也参看 Dumont 诉 State of Amazonas 案(1948)(《年度文摘, 1948》(London), vol. 15, case No. 44, p. 140)。关于意大利,参看 Somigii 诉 Etat de Sao Paulo du Bresil 案(1910)(《国际私法和国际刑法杂志》(Darras) (Paris), vol. VI (1910), p. 527), 在该案中,圣保罗州被裁定对于促进外国人移民巴西的合同,应受意大利法院管辖。关于比利时,参看 Feldman 诉 Etat de Bahia 案(1907)(Pasirisie belge, 1908 (Brussels), vol. II, p. 55 (另参看《美国国际法学报补编》(Washington, D.C.), vol. 26, No. 3 (July 1932), p. 484), 在该案中,虽然根据《巴西宪法》巴伊亚州虽被认为是一个主权州,却被拒绝给予豁免。关于美利坚合众国的案件,参看 Molina 诉 Comision Reguladora del Mercado de Hemequen 案(1918)(Hackworth, 同前, vol. II, pp. 402-403), 在该案中,墨西哥合众国的成员州尤卡坦被裁定应受美国法院管辖;在 Commonwealth of Australia 诉 New South Wales (1923)案(《年度文摘, 1923-1924》(London), vol. 2 (1933), case No. 27, p. 161)中,法院说:

“将‘主权国家’这一称号适用于《英联邦宪法》的结构完全不合适,而且比无意义还糟糕。”

外规定它们必须为行使国家主权力而行为。第1款(b)(二)项是考虑到这一特殊情况而提出的。但是,各国惯例在此问题上并不划一。在另一些联邦制度中,它们与政治区分单位是没有分别的,因为它们只有在行使主权力而行为时,才获得联邦国家的管辖豁免。国家组成单位的这一种含糊地位在1972年《关于国家豁免的欧洲公约》和附加议定书中获得维持。³⁵因此,其组成单位是否在本款或下文第1款(b)(三)项中被作为一个国家对待,乃是取决于特定国家的宪政惯例或历史背景。

第1款(b)(三)项

(12) 第三类是依国内法有权为行使国家主权力而行为的国家区分单位。“主权力”一词在法文本中的相应措词是 *prerogatives de la puissance publique*。国际法委员会曾详细讨论英文本是否应采用“sovereign authority”一词还是“governmental authority”一词,最后断定在此情况下“sovereign authority”与法文本的 *prerogatives de la puissance publique* 一词的意义最相近。³⁶另一方面,有些委员认为,按照国际法,“sovereign authority(主权力)”一词通常是与国家的国际人格相联系。因此,有人认为“governmental authority(政府权力)”是法文措词 *la puissance publique* 的较好的英文译法。依国内

法有权为行使主权力而行为的国家自治区域也可在这一类别下援引主权豁免。

(13) 不论一国的区分单位的地位如何,以下的可能性必然存在:这种自主实体都是依国内法有权作为中央政府的机关或作为执行外国主权行为的国家机构而设立或行事的。³⁷这种区分单位可能事实上在行使国家指定由它们行使的主权力,这是不难想象到的情况。在一些案件中,法院为了权宜之计,不受理对这些自主实体提出的诉讼,认为它们是外国政府的组成部分。³⁸

第1款(b)(四)项

(14) 第四类包括国家的机构或部门以及包括民间实体在内的其他实体,但限于这些机构和部门有权为行使 *prerogative de la puissance publique* (政府权力)而行为的范围,如果它们超出为行使国家主权力而行为的范围,就不享有任何管辖豁免。因此,有权执行行使主权力的行为以及具有民间性质的行为的机构或部门或实体,只能在为行使主权力而行为方面援引豁免。

(15) “其他实体”一语是在二读时加上的,其目的是要包括在特殊情况下赋有政府权力的非政府实

³⁵ 该公约于1976年6月11日起在奥地利、比利时和塞浦路斯之间生效,随后又为大不列颠及北爱尔兰联合王国、瑞士、荷兰、卢森堡和德国批准。第28条第(1)款确认联邦国家的组成单位不享有豁免,但第(2)款容许联邦国家作出声明,宣布其组成单位可援引公约的规定。议定书于1985年5月22日在奥地利、比利时、塞浦路斯、荷兰和瑞士之间生效,并已得到卢森堡的批准。欧洲国家豁免问题法庭于1985年5月28日依据该议定书设立。

³⁶ 一些成员认为,法文本中 *prerogatives de la puissance publique del etat* 一语与英文本中“sovereign authority of the State”一词并不是同义词,可以引起不同的解释。法文本的用语似乎旨在指公共机构,并旨在将它们与私营机构区分。因此,不是所有种类的“*prerogatives de la puissance publique*”都与国家主权有关,而这些成员认为英文本内“sovereign authority of the State”一语的限制性过大。关于这一点,有人指出关于国家责任的条款草案第一部分采用了“government”或“government authority”一词,而国际法委员会认为这一措词是该条款草案法文本中 *prerogatives de la puissance publique* 的正确译法。因此,有人建议这一措词应被解释为“governmental authority”或“state authority”;实际上,这正是本条款草案俄文本所采用的措词。

³⁷ Pillet 在评论法国一个拒绝给予豁免的案件时,曾指出这个可能性。日内瓦市诉 *consorts de civry* 案(1894)(sirey,《法律和判决汇编,1896》(Paris), part 1, p.225起)。另参看 *rousse et maber* 诉西班牙银行案(1937)(sirey,《法律和判决汇编,1938》(Paris), part 2, p.17起)。在该案中,普瓦蒂埃上诉法院也设想这一可能性;卢梭在他的说明中认为巴斯克政府一类的省自治实体可能同时是“地方分权行政单位的一个执行机关。”比较英国上诉法院在以下一案的看法: *kahan* 诉 *federation of pakistan* 案(1951), (见上文脚注25)。另参看 *huttinger* 诉 *upper congo great african lakes railways CO. Et AL.* 案(1934)(《年度文摘,1933-34》(伦敦),第7卷,案件号65,第172-173页),以及上文脚注27所举的案例。

³⁸ 在 *Van Heyningen* 诉荷属东印度政府案(1984)中(《年度文摘,1948》(伦敦),第15卷(1953),案件号43,第138页起),昆士兰(澳大利亚)最高法院给予荷属东印度政府豁免。菲利普斯法官说:

“我的看法是,在我们的法院里,不能对外国主权国家的一个部分提起诉讼,如果这个部分是经该外国主权国家作为其政府的一个机关设立,对其领土的一部分行使政府控制权,而该部分领土又经该国设立为一个法律实体的话,我认为不能在本院对这个法律实体提起诉讼,因为这样做意味着一个外国君主的权力和领土最后服从本院的管辖和执行令状。”

体。这是为了考虑到第二次世界大战以后较常采取的做法，时至今日还是在一定程度上存在着这种做法。即某个国家将一些政府权力赋予民间实体，让它为行使国家的主权权力而行为。例如，有些商业银行得到政府的授权负责核发进出口许可证，这种业务完全属于政府权力的范围。因此，在民间实体履行着这种政府职能的情况下，为了本条款的目的，应该把它们视为“国家”。但是，有一位委员表示，他对所举证的事例是否常见到需要作出这样的载述，感到怀疑。另一位委员指出，在本条款范围内，*prerogative de la puissance publique* 一语显然是指“政府权力”。³⁹ “国家机构或部门或其他实体”的概念从理论上说可能包括国家企业或国家设立的从事商业交易的其他实体。但是，为了本条款的目的，一般假定，这种国家企业或其他实体无权执行政府职能，因此，通常无权对另一国法院援引管辖豁免(见第10条第3款)。

(16) 实际上，在国家的机构或部门与政府主管部门之间，是没有什么严格划分的界线的。“机构或部门”⁴⁰表示这两个用语是可以交换使用的。⁴¹对外国政府机构⁴²或外国的一个部门提起诉讼，不论该机

构或部门是否为一个独立实体，可以视为对该外国提起诉讼，特别是如果提起诉讼的原因与一国机构或部门行使该国主权权力时所从事的活动有关的话。⁴³

第1款(b)(五)项

(17) 第五类即最后一类国家豁免受惠者包括受权代表具有国家一切表现形式的自然人，即第1款(b)(一)至(四)项所提及的头三类所包括的各种形式。因此，具有官方身份的君主和国家元首可列入这一类及第一类，因为从广义来说，他们均为国家政府的机关。其他代表包括具有代表身份的政府首脑、部级行政部门的首长、大使、使团团长、外交人员和领事官员。⁴⁴ 在第1款(b)(五)项后而提到“以国家代表身份”行为是为了澄清：给予这种豁免的对象是他们基于属物理理由的代表身份。

(18) 应该指出，在实际实践中，不仅可以对有关的政府行政部门或办事处提起诉讼，而且还可以对具有官方身份的这些机构的负责人或常驻代表提起诉讼。⁴⁵ 对这种外国政府代表或代理人公务行为提起诉讼，基本上是对其代表的国家提起诉讼。通过其代表行事的外国，基于属物理理由享有豁免。这种基于属物理理由的豁免，是给予国家的，绝不受有关代表官方职务的变动或终止所影响。因此，对外国一名前任

³⁹ 也见上文脚注35。

⁴⁰ 例如参看1976年《美国外国主权豁免法》(《美国法典》，1982年版)，第12卷，标题28，第97章(案文转载于联合国，《管辖豁免资料》，p.55起)，其中在1603(B)节界定“外国机构或部门”为以下情况的一个实体：“(1)独立法人；(2)外国或其政治区分单位的机关，或外国或其政治区分单位拥有过半数股票或其他所有权权益的机关；(3)本编第1332(C)和(D)节所界定的美国公民或任何一州，亦非根据任何第三国法律而设立。”

⁴¹ 参看 *Krajina 诉 The Tass Agency and another* 案(1949)(《年度文摘》，1949)(伦敦)，第16卷(1955)，案件号37，第129页)比较阿根廷商业公司诉美国航运委员会案(1924)(《年度文摘》，1923-1924)(伦敦)，第2卷(1933)，案件号73，第138页)和 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo* 案(1956)(联合王国，《法律报道》，Queen's Bench Division，1957，vol.1，第438页起各页)，在该案中，詹金斯法官表示：

“不论如何称呼，一个部、司或部门是否应为法人团体或非法人团体的问题，似乎纯属政府机制的问题。”

⁴² 至于不同的意见，可参看科恩法官和塔克法官 *Krajina 诉 The Tass Agency* 等案(1949)(见上文脚注41)以及帕克法官在 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo* 案(1956)(同上)的意见。帕克法官在后一案中说：

“我看不出有什么理由可以认为，某一个设立为法人团体，具有订立合同以及起诉和被起诉权利的机构，与其继续作为国家的一个行政部门，是完全相抵触的。”

另参看紧急船队公司，美国航运委员会诉 *Western Union*

电报公司案(1928)(《美国报道》，vol.275(1928)，p.415)：

“像拥有私人权益的国家银行或联邦储备银行一类的机构并非政府的行政部门，它们是政府拥有权益的私人公司。”

但也应参看美国大使在阿根廷商业银行提起的案件中关于美国航运委员会的地位的证明书(见上文脚注41)。

⁴³ 参看 *Dollfus Mieg et Cie S.A. 诉 英格兰银行案*(1950)以及 *美利坚合众国和法兰西共和国诉 Dollfus Mieg et Cie S.A. 和 英格兰银行案——金条案*(1952)(《年度文摘》，1949)(伦敦)，第16卷(1955)，案件号36，第103页)；*Monopole des tabacs de Turquie et al. 诉 co-interessees des tabacs de Turquie* 案(1930)(《年度文摘》，1929-1930)(伦敦)，第5卷(1935)，案件号79，第123页)。

⁴⁴ 对政府代表——不论其特定资格为外交或领事人员或其他人员——所享有的豁免归根到底是国家豁免的这一事实，从来没有人表示怀疑。反之，这一事实一直不当地被忽视。不过，它们之间关系的迹象最近在一些政府提出的答复和资料中得到反映。牙买加关于外交豁免的法律和摩洛哥关于外交豁免的决定以及毛里求斯关于领事豁免的法律最能说明国家豁免与可追溯至国家的其他种类豁免之间的密切共性。

⁴⁵ 参看泰欧葛粉服务处诉巴基斯坦政府，粮食及农业部，农业用品管理局案(1975)(《全英法律报道》，vol.3，第961页起各页)。

代表以官方身份所作的行为提起诉讼,是不会成功的。因为有关代表的任务或职位终止后,国家豁免依然存在,其理由是有关的豁免不仅属于国家,而且也以活动的主权性质或官方性质为基础,因而是一种基于属物理由的豁免。⁴⁶

(19) 在政府代表和国家代理人所享受的各种豁免,有两类国家豁免的受惠人特别值得注意,即君主个人的豁免以及大使和外交代表的豁免,⁴⁷除了因代表的活动或官方职务的基于属物理由的豁免之外,君主个人和大使根据自己的权利在某种程度上还在个人及其与官方职务无关的私人活动方面,享有基于属人理由的豁免。基于属人理由的豁免与基于属物理由的豁免不同,后者在官方职务终止后仍然继续存在,前者则于公职一旦解除或终止后即无效。君主和大使的一切与其官方职务无关的活动,于君主或大使卸任后,即受当地管辖当局审查。⁴⁸事实上,这些豁免的适用也不是为了君主和大使的私人利益,而是为了他们所代表的国家的利益,使他们能够履行他们的代表职务或有效执行他们的官方职责。⁴⁹就外交代表来

说,这一观点进一步反映于以下的规则:外交豁免只能由派遣国的正式授权代表放弃,并须经政府正式核准。⁵⁰

第1款(c)项

(20) “商业交易”一语必须有一个定义,以便列出各种要归入其范围的合同或交易。“商业合同”一词在对原第2条第1款(B)项草案进行一读时已获通过,但国际法委员会一些成员和第六委员会一些代表团表示比较喜欢“商业交易”一语,因此应其要求予以取代。⁵¹如同以下所讨论的那样,人们一般对“交易”一词的理解是它的意义比“合同”一词广泛,因

案中,一个母亲和新生婴儿获准对一名前任外交官提起诉讼,诺埃尔·亨利在评论这一判决时说:

“……豁免的真正基础是职务的必要性。因此,原则是:豁免只适用于在职的外交官……外交官离职后,可对他起诉,但有关他执行职务时的行为除外;而且与其说是有关外交官的豁免,不如说是他所代表的政府的豁免”。

同时参看 M.Brandon, “……国家管辖豁免问题部委间委员会关于外交豁免的报告”,《国际法和比较法律季刊》(London), vol.1(1952年7月), p.358; p. Fiore, 《国际公法条约》第三版修订本(Turin, Unione tipograficoeditrice, 1887-1891), p.331, Para.491.

⁵⁰ 参看 Dessus 诉 Ricoy 案(1907)(《国际私法和比较法学报》(Clunet)(Paris), vol.34(1907)p.1086), 法庭在该案中说:

“……鉴于外交代表的豁免不是属于他们每人的,而是他们所代表的国家的一种标志和保障……外交代表不放弃其豁免,如果他不能提出其政府核准此种放弃的证明则尤其不能放弃。”

另参看 Reichenbach et Cie 诉 Mme Ricoy 案(同上, p.111); Cottenet et Cie 诉 Dame Raffalovich 案(1908)(同上, vol.36(1909), p.150; Grey 案(1953)(《国际法学报》, vol.80(1953 April-June), p.886); 上诉法院检察长诉 S.Docteur Franco-Franco 案(1954)(ibid., vol.81, No.1(1954), p.787. 同时参看《维也纳外交关系公约》各项规定。

⁵¹ 事实上,有些国家的法律使用了“商业交易”一词。参看《联合国王国国家豁免法, 1978》(section 3(3)《通用法规》, 1978, (文书局), part, chap.33, p.715; 转载于联合国《国家豁免资料》第28页起各页);《新加坡国家豁免法, 1979》(section 5(3)1979年新加坡共和国法规补编;转载于联合国《国家豁免资料》,第28页起各页);《巴基斯坦国家豁免法规, 1981》(section 5(3)《巴基斯坦政府公报》(Islamabad)1981年3月11日;转载于联合国《国家豁免资料》,第20页起各页);《南非外国豁免法, 1981》(section 4(3)(《政府公报》(Cape Town), vol.196, No.7879, 1981年10月28日;转载于联合国《国家豁免资料》,第34页起各页);《澳大利亚外国豁免法, 1985》(section 11(3)《1985年通过的澳大利亚联邦议会法》(Canberra, 1986), vol.2, p.2696;转载于《国际法律资料》(华盛顿), (vol.25(1986), p.715).

⁴⁶ 对物诉讼的豁免,在外国代表的任期终止后,可能仍然存在,不过这种豁免仍有限制和例外,与国家豁免通常在国家实践中要遵守的限制和例外相同。例如参看 Nobili 诉 Carlo d'Austria (1921)(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦),第1卷(1932),案件号90,第136页)和 La Mercantile 诉 Regno di Grecia 案(1955)(《国际法报道》, 1955(伦敦),第22卷(1958),第240页)。在后者的情形下,希腊大使缔结的原料交货合同义务可归于国家,并且须受当地管辖。

⁴⁷ 从历史上说,君主及大使的豁免的发展甚至先于国家豁免。在国家实践中,它们是由各种国际法原则规制着。从严格的理论上说,一切管辖豁免都假定可追溯到国家主权的基本规范。参看 S.Sucharitkul, 《国际法中的豁免和贸易活动》(London, Stevens 1959), chaps. 1 and 2; E. Suy, “国家豁免的受益者”,《国家的管辖豁免和执行豁免》, 1969年1月30-31日国际法中心联合讨论会文件(Brussels, 社会学研究所出版, 1971),第257页起各页。

⁴⁸ 例如日本最高法院在 The Empire 诉 Chang and Others 案(1921)中(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦),第1卷(1932),案件号205,第288页),确认中国公使馆前雇员对他们在公使馆担任服务员期间所犯与其官方职务无关的不法行为,应负罪责。另参看 Leon 诉 Diaz 案(1892)(《国际私法和比较法学报》(Clunet)(Paris), vol.19, p.1137),该案与乌拉圭驻法国前任公使有关; Laperdix et Penguer 诉 Kouzouboff et Belin 案(1926)(《国际法学报》, vol.53(1926年1至2月), pp.64-65),在该案中,美国大使馆一名前任秘书被判赔偿一次车祸造成的伤害。

⁴⁹ 参看日内瓦法院对 V... et Dicker 诉 D 一案(1927)的判决(同上, vol.54(1927年1至2月,第1179页起各页),在该

为前者包括商业谈判等非订立合同的活动。由于各种不同法律体系采用不同的术语,因此将“交易”一词译成其他正式语文时遇到某些困难。应指出的是,第10条第2款(A)项所指的“商业交易”,即国家之间以及在政府对政府的基础上订立的合同不在该条第1款的适用范围之内。对于这种交易,国家豁免继续存在和适用。有些委员认为,在定义中使用“商业”一词是赘冗而迂回的措词方式,应予避免。委员会在二读时仔细审议了这个问题,设法至少不要在第1款(C)(一)项和(C)(三)项中使用“商业”一词而改用其他措词方式,但没能找到适当的措词。有一位委员认为,营利与否是据以确定合同或交易的商业性质的最重要标准,应该把它载入“商业交易”的定义中。

(21) 为本条款的目的,“商业交易”一语包括三类交易。首先,它包括为出售或购买货物或提供服务而订立的所有各种商业合同或交易。

(22) 第二,“商业交易”一语除其他之外,还包括贷款或其他金融性交易的合同,如商业贷款、信贷或在另一国货币市场上发行证券等。国家往往不仅必须以本身的名义筹集贷款,而且有时如果其本国企业由外国银行或金融机构财团贷款购买例如民用或商用飞机时,还须为之担保或保证。国家提供的这种保证可以采取担保合同的形式,在其中规定国家有义务保证偿还或结清其企业所借贷款并在共同缔约方不履行债务时偿还债务,或有义务赔偿主要贷款合同或金融性交易一方造成的损失。保证义务和赔偿义务之间的区别可能在于对主要合同原缔约一方不执行或不履行合同义务可否采取比较直接或比较迅速的补救方法。赔偿义务也可说成是愿意或准备向原缔约一方赔偿由于另一方不履行其合同义务所造成的开支或损失,而且可以附有或不附有相应的代位权。委员会在二读时稍微对第(二)项作了文字上的改动,以便考虑到:担保的义务不仅存在于贷款,也存在于具有金融性质的其他协议。同样的情况也适用于保赔的义务。因此,委员会把提到担保义务和保赔义务的部分结合起来,使它们同时适用于贷款合同和其他具有金融性质的协议。

(23) 第三,“商业交易”一语也包括其他种类的商业、工业、贸易或职业性质的合同或交易,从而涉及相当广泛的国家活动领域,尤其是制造业,而且还可能涉及投资及其它交易,“雇用合同”不在本定

义范围内,因为这种合同可以成为另一条规则的主题,第11条草案将审查这样一条规则。

(24) 列为商业交易的各类交易的例子很多,第10条的评注就有说明。⁵²

第2款

(25) 为指导如何确定一项“合同或交易”是否第1款(c)项所指的商业交易,提议应用两种检验标准:首先应主要根据合同或交易的性质,如果确定是非商业性质的或者是政府性的,则不必再进一步调查其目的。

(26) 但是,如果应用“性质”检验标准后表明该合同或交易属商业性质,则被告国可根据合同或交易的目的,对这种检验结果提出异议的双管齐下办法不仅考虑到合同或交易的性质,有时也考虑到它的目的,这是为了充分保障和保护发展中国家,尤其是在它们努力促进国民经济发展的时候给予充分的保障和保护。如果在这项实践中,其目的同合同或交易之非商业性质的确定有关,则应该让被告国有机会证明某一合同或交易在该国的实践中应视为非商业性,因为这种合同或交易显然是为了公共目的,并且得到如下以国家利益为名的理由所支持:采购粮食是为了供应居民或赈济灾民、或为复兴易受灾地区,或供应药品是为了制止流行病蔓延;但是,为此种公共目的缔结这种合同或达成交易必须是该国历来的做法,但是,应该指出,在每一案件中,考虑到被告国的习例,决定一项合同或交易是否具有商业或非商业性质的是主管法院而不是被告国。第六委员会的一些代表团和国际法委员会的一些委员说,他们主张不要提目的的检验标准,他们认为,这项标准可能得到主观的解释。

(27) 从第10条的评注中所载的国家实践概况来看,不同的国家实践引起了很大的争议。第2条第2款旨在减少从应用如合同或交易性质这样单一的检验标准而引起的不必要争议,这种检验标准最初是有

⁵² 见以下第10条评注第13-18段。在最近的一项决定中,美国的一个法院认为,一项合同的商业或非商业性质必须根据协议的基本性质来加以确定,而不能以旨在方便合同之履行的辅助词语作为依据。见实用概念公司诉玻利维亚共和国案(1987)811 F.2d 1543,美国上诉法院, D.C.Cir., 1987年2月17日,《美国国际法学报》(华盛顿),第81卷,第952页。

用的,但绝非在一切情形下都可据此得出结论。因此,这项规定旨在提供一项补充标准,以便在某些情况下确定某一项出售货物或提供服务的合同或交易是“商业性质”还是“非商业性质”。因此,不应完全忽视“目的”的检验标准。⁵³由于可酌情以交易合同的性质标准和目的标准为依据,才能确保这种办法是均衡的。⁵⁴

(28) 上面所述同样适用于关于出售货物或提供服务的合同的情况,或第2条第1款(c)项界定的其他各种商业交易。例如,为购买商品订立的贷款合同或为这种贷款订立的担保合同的性质,由于最终考虑到订立购买合同是为了公共目的,因此也可能是非商业性质。因此,为采购粮食以便缓解饥荒而订立的贷款

⁵³ 例如在“Parlement Belge”案(1879)“联合王国,《法律报道,遗嘱查验法庭》1879, vol. IV, p. 129); Robert Phillmore 爵士审查了英美的案例后,认为“Parlement Belge”本身既不是战舰也不是游船,因此无权享有豁免。这项判决被上诉法院推翻(1880)(ibid., 1880, vol. V, p. 197); 参看高等法官 Brett 的判决(同上, p. 203),也参看西班牙政府诉 Casaux 案(1849)(Dalloz, 《司法判例期刊和评论汇编, 1849》(Paris), part. 1, p. 9),关于西班牙政府购买供西班牙军队用的靴子。比较 Hanukiew 诉 Ministere de L' Afghanistan 案(1933)(《年度文摘, 1933-1934》(伦敦), 第7卷(1940), 案件号 66, 第174至175页),关于购买武器的合同;以及各项贷款案件,例如,摩洛哥贷款, Laurans 诉 Gouvernement imperial cherifien et La Societe marseillaise de credit 案(1934)(见上文脚注 24)。另参看 vavasseur 诉 krupp 案(1878)(联合王国,《法律报道,大法官法庭》, 1878, vol. IX, p. 351); 参看 Trendtex 贸易有限公司诉尼日利亚中央银行案(1977), (《全英法律报道, 1977》(London) vol. I, p. 881),关于订购在尼日利亚建造兵营用水泥的货单。比较 Gugenheim 诉 State of Vietnam 案(1961)(《国际公法汇编》(Paris), vol. 66(1962), p. 654; 转载于联合国,《管辖豁免资料》,第257页),关于购买香烟给越南国民军的合同的案件。同目前所述情况有关的其他案件包括: Egyptian Delta Rice Mills Co. 诉 Comisaria General de Abastecimientos y Transportes de Madrid 案(1943)(《年度文摘, 1943-1945》(伦敦), 第12卷(1949), 案件号 27, 第103至104页)由 S. Sucharitkul 在“外国在国家当局面前的豁免”中引证,《讲义集, 1976-1》, (Leiden, Sijthoff, 1977)第149卷,第140至141页;参看 Khan 诉 Fredson Travel Inc. 案(1982年)(133 D.L.R.(3d)632. 翁大略高等法院,《加拿大国际法年鉴》, vol. XXI, p. 376 (1983); X 诉 Empire of ... (1963)(Entscheidendes Bundes verfassungsgericht)案(Tubingen), vol. 16(1964), p. 27; 联合国,《管辖豁免资料》,第282页起各页)。

⁵⁴ 鉴于一些国家在司法实践和立法方面正在形成的趋势,这一点是极为重要的。见下面第10条的评注,第(13)-(17)段。

担保合同由于其假定的公共目的通常属非商业性质。

第3款

(29) 第3款旨在将第1款和第2款中的用语,即“法院”、“国家”和“商业交易”,限于国家及其管辖豁免的范围。显然,这些用语在多边公约或双边协定等其他国际文书中,或在任何国家关于其他法律关系的国内法中,可能具有不同的意思。因此,这是向批准、加入或遵守本条款的国家发出的一个信号表明它们可以这么做而无需修改其关于其他问题的国内法,因为所使用的三个用语仅在本条款范围内被赋予特定的含义。这些定义并不影响国内法或其他国际文书中已经给予或将要给予这些用语的其他含义。但是,应当注意的是,本条款缔约国在有关本条款所指国家及其财产的管辖豁免的一切问题上,都必须按第2条第1款和第2款赋予那些用语的含义行事。

(30) 尽管第3款只限于第1和第2款中界定的用语,它也适用于本条款草案中使用的、但没有具体界定的其他措词。为保持本条款的独立性,这种理解是必要的。

第3条 不受本条款影响的特权和豁免

1. 本条款不妨碍一国根据国际法所享有的有关行使下列职能的特权和豁免:

(a) 其使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、或派往国际组织的机关或国际会议的代表团的职能; 和

(b) 与上述机构有关联的人员的职能。

2. 本条款同样不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免。

评注

(1) 第3条原来的设想是作为一个明显标志,用以排除本条款同关于特定种类的政府代表所享有的地位、特权、豁免及便利的某些现有公约发生重叠的可能性。它原先是作为单款条文起草的,处理不受本条款影响,应继续适用的现行外交及领事豁免制度。从历史上看,根据习惯国际法的外交豁免是首先被认为可以编纂的问题之一;实际上,各种外交豁免已被

编入了 1961 年《维也纳外交关系公约》和各个双边领事协定。根据习惯国际法享有的豁免的另一典型例子是君主或其他国家元首的豁免。说明本条款不妨碍这些豁免的规定载于第 3 条第 2 款。这两款都是为了保持根据现有一般国际法已经给予和根据现行的有关国际公约更充分地给予特定实体和个人的、不受本条款影响的特权和豁免。为了符合这种理解,并为了使第 1 款和第 2 款一致,已将“根据国际法”一语写入一读暂时通过的第 1 款案文。

第 1 款

(2) 第 1 款原来的案文具体提到获不同数量国家加入和批准的各项国际文书,并提及下列代表国家的使团和个人:

(一) 1961 年《维也纳外交关系公约》所指的外交使团;

(二) 1963 年《维也纳领事关系公约》所指的领事使团;

(三) 1969 年《特别使节公约》所指的特别使节团;

(四) 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》所指的国家代表;

(五) 派往国际组织或其一般机关的国家常驻使节团或代表团和观察团;⁵⁵

(六) 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》所指的应受国际保护人员。

(3) 第 3 条后来经过修订,现在的标题恰当地定为:“不受本条款影响的特权和豁免”。本条只是笼统地提到各种使团,没有具体列举受现有国际文书管辖的使团,因为它们在多边关系中的地位是极不一致的。第 1 款涉及两个类别:

(一) 外交、领事或特别使节团以及派驻国际组织的代表团或派往国际组织机关或国际会议的代表团;

(二) 同上述使节团有关联的人员。一国在第 1 款(A)项所指实体行使职能方面所享有的特权和豁免的程度,应酌情由上文第 2 段所提到的有关国际公约的规定或由一般国际法加以确定。在这方面,委员会把“一国享有的”改为“一国根据国际法享有的。”加

上“根据国际法”这五个字以后便使得第 1 款和第 2 款之间保持必要的一致了。“与它们(使节团)有关连的人员”一语也应同样的方式理解。

(4) “代表团”一词也包括 1975 年《维也纳关于国家代表权公约》所指的常驻观察员代表团和观察员代表团。

(5) 本条的目的是使现行的特别制度不受影响,尤其是就与所列使节团有关的人员来说。他们享有的豁免说到底也可视为国家豁免,因为他们享有的豁免属于国家,有关的国家随时可以停止这些豁免。

第 2 款

(6) 第 2 款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免。关于作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免则在第 2 条处理。第 2 条第 1 款(b)(一)项和(b)(五)项适用国家政府各种机关和国家代表,其中包括国家元首,不论政府的制度为何。因此,第 3 条第 2 款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的个人豁免和特权,但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及。⁵⁶

(7) 本条款草案不预先判断国家给予外国君主或其他国家元首、其家属或家庭工作人员的豁免的程度。在实践中,这些豁免可能也适用于他们的其他随从人员。同样,本条款也不预先判断国家给予政府首脑和外交部长的豁免的程度。但这些人员没有具体地被包括在第 2 款内,因为要拟订一份详尽无遗的清单是不容易的,而且列举这种人员的任何作法都会引起依据的问题,以及这种人员所应享有的管辖豁免的程度问题。有人一度提议在第 2 款“国家元首”后而加上政府首脑和外交部长,但没有得到国际法委员会的接受。

第 4 条 本条款不溯及既往

在不妨碍本条款所列、不以本条款为转移而根据国际法制约国家及其财产的管辖豁免的任何规则之

⁵⁵ 例如,见《联合国特权及豁免公约》和《各专门机构特权及豁免公约》,及区域性公约。

⁵⁶ 这方面的判例法,见《1958 年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/388 号文件,第 119 至 125 段。

适用的条件下, 本条款不应适用于在本条款对有关国家生效前, 在另一国法院对该国提起的诉讼所引起的任何国家及其财产的管辖豁免问题。

评 注

(1) 根据《维也纳条约法公约》第28条, 如果条款内未作任何相反规定, 不溯及既往是一条通则。然而, 关于在本条款的适用上的不溯及既往效果的性质和程度方面是一个问题。有必要确定一个本条款在已接受其规定的国家间适用的标准时间。国际法委员会已决定选择一个相对准确的时间, 既不溯及既往原则适用于本条款在有关国家间生效前提起的诉讼。

(2) 因此, 在有关国家之间, 本条款适用于生效后在法院提起的诉讼。为此, 第4条无意触及在其他方面的不溯及既往问题, 例如关于一国按照国际法规则给予另一国管辖豁免是否违背了它根据国际法所承担的义务的谈判。本条具体规定向法院提起的诉讼不溯及既往, 因此绝不影响《维也纳条约法公约》第28条所规定的不溯及既往通则。本条款草案也不妨碍国家及其财产的管辖豁免按照国际法均应遵守的其他规则的适用, 不论本条款是否有规定。本条款也无意妨碍国际法目前和今后在这个领域或在它们没有包括的任何其他有关领域的发展。

第二部分

一般原则

第5条 国家豁免

国家本身及其财产遵照本条款的规定对另一国法院享有管辖豁免。

评 注

(1) 国际法委员会第三十二届会议暂时通过的第5条(原第6条)载有一篇广泛地考察国家司法、行政和立法实践的评注。⁵⁷ 该评注一般仍适用, 但关于当时

通过的公式以及从两个方面处理豁免的段落则除外。当时的提法是, 豁免既是权利也是义务。至于后者, 第6条(实行国家豁免的方式)现已有充分规定。

(2) 第5条意在说明国家豁免的主要原则, 这一条很难草拟, 因为它是棘手的问题。关于豁免的确切性质和基础的法律理论很多。一般普遍同意, 为行使 *prerogatives de la puissance publique* 或“国家主权利力”而行为所享有的豁免不存在任何争议。然而, 在豁免的核心以外或周围则似乎存在一块中间区域, 在这块区域中, 人们的见解、现行判例法, 甚至立法都仍然千差万别。一些人认为, 豁免是对法院地国领土主权原则的一个例外, 因此在每一个情况下均需有具体的根据。其他一些人则认为国家豁免是国际法的一般规则或一般原则。这一规则在任何情况下都不是绝对的, 因为即使所有豁免理论中最绝对的理论也承认一项重要例外, 即同意的例外, 同意也构成国际法其他原则的基础。另一些人仍坚持以下的理论: 国家豁免规则是单一规则, 其本身就受到现有限制的制约。豁免或非豁免都是同一规则的一部分。换言之, 豁免与其固有的条件和限制是并存的。

(3) 在草拟第5条案文时, 国际法委员会考虑了所有有关学说以及条约、案例法和国家立法, 并得以通过一个折衷方案, 说明国家豁免的基本原则, 但以本条款指明不得援引国家豁免的诉讼种类加以限定。一读通过的案文载有方括号, 指明: “国家豁免也受到一般国际法有关规则”的制约。这种措词方式是为了强调: 本条款草案不妨碍国际法的发展, 给予国家的豁免也就同时受到本条款和一般国际法的制约了。这一字句引起了一些看法, 有的主张加以保留, 有的则表示反对。反对保留的一些委员认为, 保留下来会引起容许对本条款草案作出片面解释的危险, 以致于不当地扩大了国家豁免的例外范围。委员会终于在二读时决定加以删除, 因为它认为在本条款下给予的豁免或豁免的例外都不会影响一般国际法, 并且不致影响国家实践的未来发展。如果这些条

⁵⁷ 见《1980年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第142至157页。另一些国家最近制定了直接规定国家豁免的立法, 例如: 《新加坡国家豁免法, 1979》; 《巴基斯坦国家豁免

规程, 1981》; 《南非外国豁免法, 1981》, 1985〔和1988(《南非外国豁免法第5号修正案, 1988年3月3日》, 截至1991年4月还未生效)〕和《澳大利亚豁免法, 1985》(见上文脚注51); 以及《据以在加拿大法院提供管辖豁免的加拿大法规, 1982》(《加拿大政府公报》, 第三部分(Ottawa), 第6卷, 第15期, 1982年6月22日及加拿大法规1985年修订本, vol. VIII, Chapter S-18。关于国家豁免一般实践的最近情况, 又见特别报告员的第二次报告(上文脚注17)。

款成为公约，它们将只适用于它的缔约国。第5条也应被理解为关于国家豁免原则是本条款草案的基础的声明，但它不预先判断包括第5条在内的本条款应被视为编纂现行国际法规则这个问题的程度。

第6条 实行国家豁免的方式

1. 一国应避免对在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖，以实行第5条所规定的国家豁免；并应为此保证其法院主动地确定第5条所规定的对该另一国的豁免得到遵守。

2. 在一国法院中的诉讼应视为对另一国提起的诉讼，如果该另一国：

(a) 被指名为该诉讼的当事一方；

(b) 未被指名为该诉讼的当事一方，但该诉讼实际上企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动。

评注

第1款

(1) 第6条第1款试图明确实行国家豁免的义务的内容和实行该义务的方式。国家豁免规则可从给予管辖豁免的国家的角度来看。这样，就必须有一条补充性的独立条文。⁵⁸为此，重点不是放在要求豁免的国家的主权，而是更明确地放在按照国际法必须承认和给予另一国管辖豁免的国家的独立和主权。当然，第6条规定的实行国家豁免的义务只适用于要求豁免的国家依本条款享有豁免的情况。由于第5条明确规定，豁免是指不受“另一国管辖”的豁免，因此可以非常清楚地假定：该另一国对目前所审议的问题具有“管辖”权；如果没有管辖权，就完全无须援引国家豁免规则。因此，国家豁免与另一国对这一问题拥有管辖权这两者之间，必须有不可分的联系。

(2) 这个初步的前提也完全可以反过来阐述：先确定管辖的确实存在然后以一国的管辖为出发点，第

1款规定，国家有义务避免行使这种管辖，如果这种管辖涉及、关系到或在其他方面影响有权享受豁免而且不愿意接受该国管辖的另一国的话。这种对行使管辖的限制已定为国际法的前提，应按照在以后各条草案内审查和澄清的详细规则遵守。虽然这种避免对外国行使管辖的义务可视为一项通则，但它不是绝对的，它应按本条款的规定适用。从按照本国国内法行使管辖的国家的绝对主权的观点来看，这种行使管辖因国际法规定而受到的任何限制或中止，可视为一项限制。

(3) 因此，牵涉到管辖豁免的任何问题，第一个先决条件就是一项有效“管辖”的存在，这项管辖主要是以一国国内法的规则为根据，而且归根到底，这种管辖的具有和行使与国际公法的任何基本规范是没有抵触的。在这种情况下，才谈得上国家豁免的适用问题。但应强调的是，国际法委员会在审议本专题时，并不考虑一国关于管辖范围的国内法是否与一般国际法一致。如无有效管辖的证据，则无须着手提出任何国家豁免的主张，更无须证明此一主张有根据。按照国内法，确定是否有有效管辖存在的主管当局会有不同，虽然在实践中法庭通常有权确定其本身管辖的存在、范围和界限。

(4) 人们很容易不顾管辖的问题就进而决定豁免的问题，不首先弄清楚如果以其他理由提出争议时管辖是否存在。法庭应先确定自己具有权限，然后才着手审理关于管辖豁免的要求。在实际的实践中，法庭在审理当事方提出的管辖问题时，并无既定的优先次序，通常并无规则规定法庭必须全部审议关于管辖的其他主张或异议之后才可决定管辖豁免问题。

(5) 第1款第二部分“并应为此保证其法院主动地确定第5条所规定的对该另一国的豁免得到遵守”被加在一读通过的案文，其目的是要确定和加强本条款第一部分所规定的义务。如果法院地国法院不光凭其他国家的宣称采取行动，而能主动确定诉讼是否真的针对该国以及该国是否有权援引豁免，对管辖豁免的尊重就更会得到确保。到外国法院去援引豁免会使得诉讼当事国牵涉到重大的经费问题，因此不见得需要把它列为确定国家豁免问题的条件。另一方面，本条款却也无意反对诉讼当事国出庭，出庭能为取得满意结果得到最佳保证。“应……保证其法院……”的措词是为了载明法院地国负有义务，它有责任按照本国程序加以做到。提到第5条是为了表明，本规定不

⁵⁸ 这方面的具体规定在国家立法中并不是不寻常的情况。参看《联合国国家豁免法，1978》(section 1(2))；《新加坡国家豁免法，1979》(section 3(2))；《巴基斯坦国家豁免法，1981》(section 3(2))；《南非外国豁免法，1981》(section 2(2))；《据以在加拿大法院提供国家豁免的加拿大法规，1982》(section 3(2)) (上文脚注57)。也参看《关于国家豁免的欧洲公约》第15条。

应该被解释为预先断定该国是否实际有权按照本条款享受豁免的问题。

第2款

(6) 第2款处理在一国法院对另一国提起诉讼的概念。国家可因各种不同的方式在另一国法院的诉讼或诉讼程序中被控告或受牵连。

(7) 在一国法院提起的诉讼应视为对另一国提起的诉讼, 如果: 该另一国被指名为诉讼的当事一方, 或如果: 该另一国本身不是诉讼的当事一方, 但诉讼实际上是企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动。二读时修改了措词方式, 以便明确区分这两种情况。

第2款(a)项

(8) 一国如被指名为争讼的当事一方, 则它无疑被牵连在另一国法院的争讼之中。豁免问题只有在被告国不愿意或不同意被控告时才发生。如果该国同意成为诉讼程序当事一方, 则不发生豁免问题。

(9) 虽然在国家实践中, 给予管辖豁免的情况在一国没有被指名为诉讼的当事一方的案件中出现得较多, 但实际上, 却有好些国家实际被指名为被告直接牵连在诉讼中的案例却出乎人们意料之外的。⁵⁹

(10) 第2款(a)项适用于指明国家本身或任何实体或有权根据第2条第1款(b)项援引管辖豁免者为当事方的所有诉讼。

第2款(b)项

(11) 国家豁免的受惠者还有其他人, 但必须指

⁵⁹ 参看 F. Advokaat 诉 I. Schuddinck & den Beigischen Staat 案(1923)(《年度文摘, 1923-1924》(伦敦), 第2卷(1933), 案件号 69, 第133页); 美利坚合众国诉中华民国案(1950)(《国际法报道, 1950》(伦敦), 第17卷, (1956), 案件号 43, 第168页); The "Hai Hsuan"——美利坚合众国诉 Yong Soon Fe and another 案(1950)(同上, 案件号 44, 第170页); Stato de Grecia 诉 Di Capone 案(1926)(《国际法评论》(罗马), 第三集, 第六卷(1927), 第102页); Pauer 诉匈牙利人民共和国案(1956)(《国际法报道, 1957》(伦敦), 第24卷(1961), 第211页); 伦敦 Alfred Dunhill 公司诉古巴共和国案(1976)(《国际法律资料》(华盛顿), 第15卷, 第4期(1976年7月)第735页)。

出的是, 凡牵涉到没收或扣押公共财产或属于外国的或外国拥有或控制的财产的诉讼, 在国家实践中均视为实际牵连到外国君主或企图迫使外国服从当地管辖的诉讼。这类诉讼不仅包括物权诉讼或在海事法中对国家拥有或国家经营的为防卫目的和其他和平用途的船只提起的诉讼,⁶⁰ 而且也包括判决前的扣押或没收措施(保全扣押)和执行判决的措施(执行扣押)。判决后的命令或执行命令不在本条的范围内加以研究, 因为它不仅牵涉到管辖的豁免, 而且还牵涉到执行的豁免, 这是管辖豁免过程中更进一步的阶段。⁶¹

(12) 如上文所述, 在国家实践, 关于国家豁免的法律不是从直接对外国或外国政府以其名义提起的诉讼发展出来的, 而是较间接地通过一系列关于没收或扣押船只作为海上留置权或碰撞赔偿或救助服务费的诉讼发展出来的。⁶² 在国家实践中, 关于国家的舰艇、⁶³ 访问部队、⁶⁴ 弹药和武器⁶⁵ 和飞机⁶⁶ 的豁免的例子甚多。国家豁免根据的标准不限于外国政府对产权或所有权的主张,⁶⁷ 而且还明显包括外国实

⁶⁰ 关于这一点, 参看《统一关于国有船舶豁免的某些规则的国际公约》; 《领海和毗连区公约》, 《公海公约》和《联合国海洋法公约》。

⁶¹ 见下文第18至19条草案。

⁶² 参看 The Schooner "Exchange" 诉 McFaddon 等人案(见上文脚注29); The "Prins Frederik" 案(1820)(J. Dodson, 《在海军高等法院辩论和裁决的案件报告》(1815-1822)(London), vol. II(1828), p. 451); The "Charkieh" 案(1873)(United Kingdom, 《法律报道, 海军高等法院和教会法院》, vol. IV(1875), p. 97)。

⁶³ 参看 The "Constitution" 案(1879)(联合王国, 《法律报道, Probate Division》, 1879, vol. IV, P. 39); "维多利亚市" 案和 "苏丹" 案(1887)(参看 G. Gidel, 《国际海洋公法》(Paris, Sirey, 1932), vol. II, P. 303); "El Presidente Pinto" 案(1891)和 "Assari Tewfik" 案(1901)(参看 C. Baldoni, "外国领海中的军舰", 《讲义集 1938-III》(Paris, Sirey, 1938), vol. 65, 第247页起各页)。

⁶⁴ 参看 The Schooner "Exchange" 案(1812)和《部队地位协定》(见上文脚注29)。

⁶⁵ 参看 Vavasour 诉 Krupp 案(1878)和(上文脚注53)。

⁶⁶ 参看香港飞机——民用运输公司诉中央空中运输案(1953)(联合王国, 《法律报道, 上议院, 枢密院司法委员会, 1953》, p. 70)。

⁶⁷ 参看 Juan Ysmael & Co. 诉印度尼西亚政府案(1954)(《国际法报道, 1954(London), vol. 21(1957), p. 95)以及涉及一外国政府银行帐户的案件, 例如 Trendtex 贸易有限

际拥有或控制的财产的财产。68 法院行使管辖时，不应使外国君主必须在财产被剥夺和服从法院管辖之间作出选择。69

(13) 第 1 款(b)项也适用于未被指名为诉讼的当事一方但却间接涉及诉讼的情况，对军舰等国家财产提起的物权诉讼，便属于这种情况。一读时所通过的措词在二读时被简化了。首先，“只要该诉讼寻求迫使……该国……接受法院管辖”由于在所审议的情况下没有意义而被删除了。该句最后部分中的“to bear the consequences of a determination by the court which may affect(承担法院的确定所可能引起的后果)”等字句也删除了，因为它使得程序与对该国造成的后果之间的关系显得松散，因此可能对本款作出不当的广义解释。为了在这方面使案文更加严谨，但将这些字句改为“to affect(影响)”。最后，委员会删除了对第 2 条所载“国家”一词下了极为详尽的定义，而现已不再具有任何意义的第 3 款。

第 7 条 明示同意行使管辖

1. 一国如以下列方式明示同意另一国对一个事项或案件行使管辖，则不得在该法院就该事项或案件提起的诉讼中援引管辖豁免：

(a) 国际协定；

(b) 书面合同；或

(c) 在法院对特定诉讼发表的声明或对特定诉讼的书面函件。

2. 一国同意适用另一国的法律，不应被解释为同意该另一国的法院行使管辖权。

评 注

(1) 在条款草案的这一部分，第 5 条规定了国家豁免规则，第 6 条则规定实行国家豁免的方式。在这两项前提之后，依照逻辑，第三个要素即为“同意”的概念。70 本部分第 7、8 和 9 条将处理同意的各种

形式。71

第 1 款

(a) 同意的意义及其后果

(2) 第 1 款专门处理一国以该条所规定方式明示的同意，即一国在一项国际协定和书面合同中作出的同意，或就特定案件通过在法院发表声明或提出书面函件而作出的同意。

(一) 未作出同意作为国家豁免的必要因素

(3) 如同第 5 条(国家豁免)阐明的，又如同关于避免使另一国服从其管辖的义务的第 6 条(实行国家豁免的方式)更加清楚地表明的，一国法院若被要求对另一国行使管辖，则应推定另一国未作出同意或没有同意。如一国同意另一国法院行使管辖，则第 5 条下的管辖豁免不能适用。一国根据第 6 条没有义务按照其权限规则避免对已同意其行使管辖的另一国行使管辖。避免使另一国服从其管辖的义务并非绝对义务，它明显地受制于“未经其同意”的条件，或受制于企图对之行使管辖的国家未作出或没有同意的条件。

(4) 因此，未作出同意是国家豁免的必要因素，应予密切注意，避免对另一国行使管辖或避免对另一主权政府起诉的义务是基于管辖的行使是未经同意这一论断或假定。在每一情况下，未作出同意似乎都是一种假定，而非一种论断。适用国家豁免所依据的了解是，被行使管辖的国家不同意或不愿意服从管辖。除非指明情况并非如此，否则一般都推定不愿意或未作出同意。法院对一未出庭的外国行使管辖时，不可以而且一般也不假定或推定该外国同意或愿意服从管辖。必须具有同意的证明或证据，才能对另一国行使现有的管辖或权限。

(5) 国家实践证明，明白提到未作出同意是适用

公司诉尼日利亚中央银行案(1977)(上文脚注 53)。

68 参看 The “Philippine Admiral” 案(1975)(《国际法律资料》(华盛顿)，第 15 卷，第 1 期(1976 年 1 月)，第 133 页)。

69 Dollfus Mieg et Cie S.A. 诉英格兰银行案(1950)(见上文脚注 43)。

70 “同意”的概念还与国家豁免理论有关，领土所属国或接受国有时被认为是同意经过其领土的友好外国军队的存在并放弃其对这些军队的正常管辖。例如参看马歇尔首席法官

在 The Schooner “Exchange” 诉 McFaddon 等人案(1812)中的判词(参看上文脚注 29)。

71 国家的立法实践可参看《美国外国豁免法，1976》(section 1605(a)(1)(上文脚注 40))；《联合国国家豁免法，1978》(section 2)；《新加坡国家豁免法，1981》(section 4)；《南非国家豁免法，1981》(section 3)；《澳大利亚外国豁免法，1985》(section 10)(上文脚注 51)；据以在加拿大法院提供国家豁免的加拿大法规(section 4)(上文脚注 57)。

国家豁免的必要条件,发给各会员国的问题单的某些答复清楚表明了未作出同意与可行使管辖之间的这种联系。⁷² 同不行使管辖的义务有关的经常使用的“未经同意”一词在法学用语中有时被说成是“违反主权国家的意志”或“不顾不愿意的君主”。⁷³

(二) 同意作为允许行使管辖的因素

(6) 既然未作出同意阻止了管辖的行使,就应当审查一下有关国家作出同意的效果。依严格推理,被提起诉讼程序的国家如作出同意,管辖的实施和行使这一障碍就应随之消除。如未作出同意被视为国家豁免的必要组成因素,或反过来说,如未作出同意使本来有权行使其现有管辖的法院不能或无权行使管辖,则有关国家一旦表示同意,行使管辖的这一障碍即随之消除。如主权国家作出同意,另一国法院即能够或有权依照其一般权限规则行使管辖,好象该外国就是一名可以普通方式提起诉讼或被起诉的普通友好外国人一样,无须适用国家或主权豁免的任何学说或规则。⁷⁴

(b) 同意行使豁免的表示

(7) 作为局部说明或解释国家豁免学说的一种法律理论,同意的默示比较一般地是指一国同意不对

另一国行使其正常的管辖,或在另一国未同意的情况下放弃其对该另一国本来有效的管辖。因此,同意的概念可通过不止一种方式发生作用,特别是在国家同意放弃其管辖(因而另一国获得此种管辖的豁免)的第一种情形下,以及在目前审议的情形下即:另一国同意管辖的行使,从而排除国家豁免规则的适用。在特定案件中,一国可能同意另一国行使管辖。而且,一国对某一事项的同意可能只限于特定案件,因此不致影响该国在另一案件中就同一事项享有管辖豁免。国际法委员会便在二读时将本款的起首语末尾改为“就该事项或案件提起的诉讼中”。

(8) 就审议中的情形来说,即如果一国被起诉,似乎有好几种可确认的方法表示或表明同意。在这一特定情况下,不应将同意视为当然,也不应认为它必然是默示的。将“默示同意”作为本部分所列国家豁免一般原则的一项可能例外的任何理论应视为本身不是一项例外,而是一项原本有效并获公认的例外的附加说明或理由。因此,如一个不情愿的国家未以明白而公认的方式,包括第8条所规定的方式,表示同意的话,是不可能认为它已默示同意的。同意如何提出或表示,以清除另一国法院避免对一个同样地位的主权国家行使管辖的义务,还需加以研究。

(一) 就特定诉讼以书面合同或声明或书面函件表示同意

(9) 当一项争端已经发生,如国家特别就该项正由当局审理的特定案件以(b)项所指的书面合同或(c)项所指的特定诉讼的书面函件表示同意,⁷⁵ 这种同意就是另一种简易而无可置疑的证明。在后一种情形下,一国通常可以表示它同意另一国法院在对它提起的诉讼或与其利益有关的诉讼中行使管辖,办法是由它授权的代表,例如一名代理人或律师,在法院正式发表口头声明,或通过外交渠道或任何其他一般公认的通讯渠道,提出书面函件,作为这种同意的证据。一国也可以采取同样的办法,宣告它不愿意或不同意,或以书面证明这一意向,以驳斥任何关于同意

⁷² 参看特立尼达和多巴哥对发给各国政府的问题单的第1个问题的答复(1980年6月)。

“特立尼达和多巴哥共和国普通法具体规定了外国及其财产的管辖豁免,并一般规定了未经外国同意不对它们及其财产行使管辖。* 法院在受理任何企图对外国君主或国家起诉的案件时,均适用习惯国际法关于这一主题的规则。”(联合国,《管辖豁免资料》,第610页)。

⁷³ 参看 Atkin 爵士在 The “Cristina” 案(1938)中的表述,《年度文摘, 1938-40》(London), vol.9 Case No.36, p.250-252)。

“要求取消对船只的令状和扣留的根据见于已写入我国国内法的两项国际法前提,我认为这两项前提是完全确立和无可置疑的。第一项前提是,一国法院不对一外国君主起诉,也就是说,一国法院不会在其管辖程序中违反外国君主的意愿使其成为诉讼程序的当事方*, 不论该诉讼程序是涉及对他本人的指控,还是要他付出特定损害赔偿。”

⁷⁴ 例如,经1961年12月8日苏维埃社会主义共和国联盟法律核准的《苏联和各加盟共和国民事诉讼基本条例》第61条规定:

“对一外国提起诉讼,向它索取赔偿以及扣押其位于苏联境内的财产,只有*在有关国家的主管机关同意*下才可进行。”(联合国,《管辖豁免资料》,第40页)。

⁷⁵ 参看 Bayerischer Rundfunk 诉 Schiavetti agnani 案(最高法院, 12.1.1987)(《国际私法及诉讼评论》, vol.XXIV(1988), p.512), 该案涉及德国一个公营广播事业在意大利雇用一意大利新闻记者的问题。法院认为: 当事双方在合同中已同意给予意大利法院专属管辖, Bayerischer Rundfunk 不能援引管辖豁免,并且应该被当作私营企业对待。

的说法或主张。⁷⁶同原来的措词一样,(c)项规定:国家可以用在法院对特定案件发表声明的方式表示同意。但是,有人指出,按照这种措词方式,愿意发表这种声明的国家将需要派一位代表特别到法院出庭;应该能够让它以书面函件向原告或法院发表这种声明。因此,国际法委员会在二读时在(c)项加上最后的部分,规定国家可以用这种书面函件表示同意行使管辖。委员会也在二读时把“对特定案件”改为“对特定诉讼”,以确保(c)项同本款的起首语更好地协调。

(二) 预先以书面协定方式表示同意

(10) 一国可就一类或多类争端或案件表示同意。这种同意的表示按照作出同意的方式和情况,对于作出同意的国家一方具有拘束力,但以同意表示中所规定的限制为条件。其拘束力的性质与范围则视援引这种同意的一方而定。例如,如果同意是以国家间缔结的条约中的一项规定来表示,那么必然对表示同意的国家具有拘束力,有权援引条约各项规定的缔约国也有权利用这种同意的表示。⁷⁷同意管辖的表示是有效的,也确认条约的其他规定可以适用。因此,如未参加条约,非缔约方就无法享有条约各项规定的利益或好处。同样,如果同意的表示载于由国家和国际组织缔结的国际协定内的一项规定,所有缔约方包括国家组织在内都可以利用这种同意表示的许可效果。另一方面,个人或公司能否成功地援引条约或国际协定中的一项规定通常取决于同执行条约有关的本国法律秩序的特定规则。

(11) 国家的实践还不足以支持以下的前提,即一国的法院必须对以往曾在一条约或一项国际协

定的规定内,⁷⁸或甚至在有关的个人或公司的合同的明文规定中⁷⁹表示其同意管辖的另一个主权国家,行使其现有的管辖。虽然曾以任何这些方式明示同意的国家按国际法或国内法可以受到这种同意的拘束,但行使管辖或决定行使或不行使管辖完全是在审理法院本身的权限之内。换句话说,关于涉及某宗争讼的国家表示同意的规则对另一国法院并没有绝对拘束力,该法院可以继续不行使管辖,但当然它须遵照源于有关国家国内法的任何规则。法院可以而且必须制定自己的规则,并满足它本身制订的关于如何提出这种同意以便取得预期结果的要求。法院可以拒绝承认预先、不在诉讼进行时、不在主管当局面前作出的同意,或不是在出庭时提出的同意。⁸⁰因此,第7条草案所提出的前提对于法庭而言,是可以斟酌决定的,不是强制性的。法院可以行使也可以不行使其管辖。习惯国际法或国际惯例承认法院可以对曾以明确的方式表示其同意的另一国行使管辖,但这种管辖的实际行使则完全由该法院决定或属于其权力范围。法院可以对同意的表示订出更严格的规则。

(12) 同意在另一国法庭提起的诉讼中行使管辖,也包括同意上诉法院在该诉讼的任何后来阶段中行使管辖,直到并包括终审法庭作出裁决、再审和复审,但不包括判决的执行。

⁷⁸ 这方面有若干相关的多边条约,例如《关于国家豁免的欧洲公约》和1926年《布鲁塞尔公约》,以及联合国《管辖豁免公约》第三部分, B节,第150页起各页所列的那些公约。这方面还有若干非社会主义国家间、社会主义国家和发达国家间、以及社会主义国家和发展中国家间、缔结的有关的双边贸易协定(同上,第三部分, A.3和A.4节,第140页起各页)。

⁷⁹ 参看法国对外商业银行与泰国于1978年3月23日在巴黎由泰国财政部长授权的代表所签订的一项协定,第三条第3.04款规定:

“为了管辖以及执行或实施任何判决或裁决的目的,保证人据此证明他撤回并放弃在仲裁法庭或法院任何其他当局坚持提出基于其主权豁免的任何抗辩或例外的任何权利。”(《马来亚法律评论》(新加坡), vol.22, No.1(1980年7月), p.192,注22)。

⁸⁰ 参看 Duff Development Co., Ltd.诉 Government of Kelantan and another案(1924)(上文脚注24)。在该案中,吉兰丹政府并不因同意某一文书内的仲裁条款或要求法院撤销仲裁员的裁决,而接受高等法院在该公司后来要求执行裁决而提起的诉讼中的管辖。另参看 Kahan诉巴基斯坦联邦案(1951)(见上文脚注25)和 Baccus S.R.L.诉 Servicio Nacional del Trigo案(1956)(见上文脚注41)。

⁷⁶ 参看 Krajina诉 The Tass Agency and another案(1949)和第一忠实银行诉安提瓜和巴布达政府案(1989)(877 F.2d, p.189,美国上诉法院, 2nd Cir., 1989年6月7日)中委任的外交人员向法院提出的书面说明;比较阿根廷商业公司诉美国航运委员会案(1924)和 Baccus S.R.L.诉 Servicio Nacional del Trigo案(1956)(上文脚注41)。

⁷⁷ 在最近的一个案件: Frolova诉苏维埃社会主义共和国联盟案(761 F.2d, p.370,美国上诉法院, 7th Cir., 1985年5月11日,《美国国际法学报》(华盛顿)第79卷(1985), p.1057)中,美国上诉法院认为,为了《外国豁免法》的目的,苏联并没有由于签订《联合国宪章》和《赫尔辛基协定》而默示放弃豁免。法院指出,国会关于该法的报告是指以明示放弃的方式通过条约表示放弃,但不包括在默示放弃事例单中以条约表示放弃的情况。

第2款

(13) 一国同意适用另一国法律不应被解释为它同意其他同家的法院行使管辖, 同意行使管辖和对案件适用法律的问题必须分开处理。委员会在二读时添加了第2款, 以规定这一重要定义。

第8条 参加法院诉讼的效果

1. 一国如有下列情况, 则在另一国法院的诉讼中不得援引管辖豁免:

(a) 该国本身提起该诉讼, 或

(b) 介入该诉讼或采取与案情实质有关的任何其他步骤, 但如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实, 则它可以根据那些事实主张豁免, 条件是它必须尽早这样做。

2. 一国不应被视为同意另一国的法院行使管辖权, 如果该国仅为下列目的介入诉讼或采取任何其他步骤:

(a) 援引豁免; 或

(b) 对诉讼中有待裁决的财产主张一项权利或利益。

3. 一国代表在另一国法院出庭作证不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。

4. 一国未在另一国法院的诉讼中出庭不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。

评注

(1) 第8条规定在什么情况下一国参加另一国法院的诉讼可以被认为是该参加国同意有关法院行使管辖的证据。同意的表示或通知必须是明确的。同意也可以由国家的积极行为证明但不能仅仅由于该国的默示, 或沉默、默认或不行为而推定其存在。可以构成附和、赞成、赞同、认可或同意行使管辖的表示的行动或行为的一个明显例子, 就是该国或以该国的名义出庭对案情实质提出争议的做法。这种行动的方式可以是要求加入成为争讼的当事一方, 不论它准备或愿意接受裁决的拘束的程度如何或它事先接受以后的强制执行措施或判决执行的范围为何。⁸¹ 事实

⁸¹ 虽然为了实际的目的, F. Laurent 在他的《国际民法》(Brussels, Bruylant-Christophe, 1881), vol. III, pp. 80-81 对“判决的权力”(管辖)和“执行的权力”(执行)没

上, 以第7条所说的方式书面表示同意, 或以本评注所述的行动表示同意, 实际上都导致同样的结果。它们都表明一国自愿服从管辖, 表示一个主权国家出于其自由意志愿意并准备接受另一国法院的的裁决结果, 直到但不包括强制措施。强制措施须由该外国另行同意。

第1款

(2) 如果并当一国知情地为对一项权利主张答辩或对涉及该国的争端或对其具有利益的事项提出争议而出庭, 而且当这样的出庭是无条件的, 并且未提出国家豁免的要求, 这显然就是同意法庭实行和行使管辖的明确证据, 尽管已可能根据一般冲突规则或根据审理法院的权限规则所确认的管辖豁免以外的理由, 就法院对这一案件行使管辖一事提出其他异议。

(3) 一国若决定成为另一国法院争讼的当事方, 即明确地同意法院行使这种管辖, 不论它是原告或是被告, 或实际上是处于一宗单方诉讼或一宗物权诉讼中, 或是处于一宗要求扣押或没收属于它或它在其中有权益或由它拥有或控制的一项财产的诉讼中。

(a) 提起或参与诉讼程序

(4) 一种构成表示同意的明显行为形式, 就是向另一国法院提起诉讼或诉讼程序的行为。提出主张国为寻求司法或其他补救方法而在另一国司法当局前成为原告, 它显然须服从法院的管辖。毫无疑问, 当一国在另一国法院提起争讼时, 它就是决定服从该另一国的管辖, 因而再也不能提出反对它自己原先援引的行使管辖的申诉。⁸²

(5) 一国参与另一国法院的诉讼, 也产生同样的结果, 除非如第2款规定, 这种参与纯粹是一项国家豁免的抗辩, 或以主权豁免的理由特意反对行使豁免而参与。⁸³ 同样地, 一个参加互争权利的诉讼的国家

有加以区分, 但一国对另一国法院行使裁决权的同意, 不能推定为扩大到对未提出管辖豁免要求而出庭并因而同意行使管辖的国家行使实施或执行判决的权力。

⁸² 例如《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第1款规定:

“一缔约国在另一缔约国法院提起或参与诉讼, 即为诉讼的目的服从该国法院的管辖”。

⁸³ 为此, 《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第3款规定:

也自愿服从该法院的管辖。一国不是在任何强制下主动参加诉讼的案情实质而采取的任何积极行动,都与后来提出所谓自愿国是被违愿起诉的争议相矛盾。(b)项也规定了另一种可能性,使一国在下列情况能够主张豁免:它在采取与诉讼的案情实质有关的步骤之前,不知道可据以主张豁免的事实,已经有人指出,也许会有一国不熟悉可据以援引豁免的情况。这样的情况可能发生:该国在获知这些事实之前就提起了诉讼或介入了诉讼。在这种情况下,各国可以根据两个条件援引豁免。首先,该国必须使法院确信,它只是在介入了诉讼或采取了有关案情实质的措施以后才取得可据以要求援引豁免的事实。其次,该国必须尽早提出这方面的证据。⁸⁴在二读时添加的第1款(b)项规定了这一点。

(b) 基于自愿而出庭

(6) 虽然一国本身并非原告或提出主张国,也未参与另一国法院的诉讼,但也可以说它同意该另一国法院行使管辖。例如,一国可以自愿出庭或自由出庭,它不是为了对任何主张或任何传票进行答辩,而是出于其自由意志,以便就另一国法院的诉讼提出独立的主张。除非提出的主张是有关正在进行的诉讼的管辖豁免,否则,在另一国法院上基于自愿而出庭就构成同意行使管辖的另一例。出庭之后,它就无法提出任何国家豁免的抗辩。

第2款

(7) 一国有条件地出庭或为了主权豁免或国家

“一缔约国在另一缔约国法院诉讼中提出反诉,不仅就反诉而言而且就主诉而言,都应服从该国法院的管辖”。

葡萄牙共和国诉 *Algemene Oliehandel International(AOI)* 案, District Court of Rotterdam, 2 April 1982, NJ(1983) No.722, 《荷兰国际法年鉴》(1985), vol.XVI, p.522, 在该案中,葡萄牙关于管辖豁免的要求必定被驳回,因为它在反抗 Rotterdam District Court 命令葡萄牙向 AOI 公司支付一笔款项的缺席判决时自动地服从了荷兰法院的管辖。

⁸⁴ 参看《联合国国家豁免法, 1978》第2节第(4)(a)和(4)(b)分节(上文脚注51)。第5分节未将一国不知其有权享有豁免的事实而就另一国法院的诉讼所采取的任何步骤视为自愿服从管辖。

“如果这些事实不能合理地予以确定,而豁免的主张又是一旦适当可行就提出的”。

延迟提出管辖豁免的抗辩或答辩可能造成赞成服从管辖的印象。

豁免的理由特意出庭对管辖提出争辩或异议,不算是同意另一国行使管辖,虽然这样做连同为确立其豁免而对案情实质提出进一步争辩可能导致该法院实际行使管辖。⁸⁵为反对诉讼继续进行这个有限目的而参加也不视为同意行使豁免。⁸⁶此外,一国可在它不是当事方的诉讼中就争议的财产所有权提出表面证据,主张它对该财产有一项权利或利益,而不必根据第2款(b)项服从另一国的管辖。但是,如果一国在诉讼中对产权提出主张,这就视为参与案情的实质,从而不能在该诉讼中援引豁免。

第3款

(8) 提出这一款,是为了说明一国或其代表以官方身份在另一国法院诉讼中出庭的另一种情况,但这种出庭不构成该参加国同意法院行使管辖的证据。⁸⁷不过这项对关于一国参加外国诉讼的不豁免规则的例外只限于该国或其代表出庭作证的情况,例如出庭证实某人是该国国民,不涉及到一国或其代表在外国诉讼中出庭以便履行保护其国民的义务的一切情况。⁸⁸

⁸⁵ 在没有充分了解到有权以国家豁免的理由提出反对的情况下,不可能有真正的同意 *Baccus S. R. L. 诉 Servicio Nacional del Trigo* 案(1956)(见上文脚注41);但也参看 *Earl Jowitt 在 Juan Ysmael & Co. 诉印度尼西亚共和国政府* 案(1954)(见上文脚注67)中的判词,他在其中附带指出,一个提出主张国政府:

“……必须提出证据,使法院确信它的主张并非仅属虚构,或基于显然不充分的所有权。法院必须确信冲突的权利须根据外国政府的主张作出决定”。比较 *Hong Kong Aircraft* 案(见上文脚注66),在该案中,香港最高法院法官 *Leslie Gibson* 爵士不认为只提出所有权主张就足够(《国际法报道, 1950》(伦敦),第17卷(1956)案件号45,第173页)。对照 *Scrutton* 法官在 *The “Jupiter”* 第1号案(1924)(联合国,《法律报道,遗嘱查验法庭, 1924》, p.236)的判词和 *Radcliffe* 高等法院法官在“*the Gold Bars*”案(1952)(见上文脚注43)pp.176—177的判词。

⁸⁶ 参看《关于国家豁免的欧洲公约》第13条:

“如一缔约国在它不是当事方的另一缔约国法院待决的诉讼中主张它对该诉讼所处理的财产拥有权利或利益,而且情况是如果诉讼是对它提起的话它就有权享有豁免,则第1条第1款不适用”。

另参看 *Dollfus Miegiet Cie.S.A. 诉 Bank of England* 案(1950)(见上文脚注43)。

⁸⁷ 见上文脚注85。

⁸⁸ 但是,这项规定并不影响一国外交使团或领馆成员在另一国的司法或行政诉讼中出庭方面的根据国际法所给予的特权和豁免,见《维也纳外交关系公约》(第31条第2款)和

第4款

(9) 与此相对照,一国未在诉讼程序中出庭不应解释为消极服从管辖。在本条草案中,“未”字包括在程序问题的意义上有意或无意出庭的情况,它不影响关于一国在外国法院出庭或不出庭的实质性规则。⁸⁹另一方面,一国对于在争讼中的财产提出主张或利益要求与其管辖豁免的主张并无冲突。⁹⁰一国不能被迫在另一国法律出庭对一项正在进行物权诉讼的财产的提出利益主张,如该国不选择服从处理该诉讼的法院管辖的话。

第9条 反诉

1. 一国在另一国法院提起一项诉讼,不得就与主诉相同的法律关系或事实所引起的任何反诉援引法院的管辖豁免。

2. 一国介入另一国法院的诉讼中提出诉讼要求,则不得就与该国提出的诉讼要求相同的法律关系或事实所引起的任何反诉援引管辖豁免。

3. 一国在另一国法院对该国提起的诉讼中提出反诉,则不得就主诉援引法院的管辖豁免。

评 注

(1) 第9条是第7和第8条必然的结果。第7条处理国明示同意另一国法院行使管辖的效果,第8条则界定可从一国参加另一国法院诉讼的行为推断出来的同意程度。第9条处理对一国提出的反诉和一国提出的反诉的效果,从而使关于同意范围的规定成为完整的三部曲。

《维也纳领事关系公约》(第44条第1款)。

⁸⁹ 因此,在 Dame Lizarda dos Santos 诉伊拉克共和国案(最高法院,未注明日期)(《国际法学报》(clunet) (Paris) 摘要法文本,第115卷,(1988),第472页)中,在伊拉克大使馆受聘担任厨师的一个巴西国民上诉被驳回,他认为伊拉克已默示放弃豁免,法院原判决没有按照自己的倡议对伊拉克行使管辖,法院则认为,不能因为伊拉克拒绝回应申诉就是它已默示放弃豁免。

⁹⁰ 例如在 The “Jupiter” 第1号案(1924)(见上文脚注85), Hill 法官认为对苏联政府所拥有的一艘船只的物权执行令必须撤销,因为对船舶的起诉要求一切对之提出利益主张的人必须在法院提出他们的主张,而苏联则对它提出所有权主张但不服从管辖*。对照 The “Jupiter” 第2号案(1925),当时同一船只为一意大利公司拥有,苏联政府并没有对它提出利益主张。(联合国,《法律报道,遗嘱查验法庭》,1925, p.69)。

(2) 一国可根据第8条第1款(a)项在另一国法院提起诉讼,从而同意或接受该法院对此项包括预审、审讯、判决以及上诉等程序的诉讼行使管辖,此种同意管辖的表示并非同意执行措施,这是拟在关于国家财产的扣押和执行豁免的第四部分另行处理的独立事项。可能产生的问题是,一国若主动提起该项诉讼,会在什么程度上导致它服从或接受该法院对原告国提出的反诉的管辖。反之,在另一国法院被起诉的国家可能决定对提起诉讼的一方提出反诉。在这两种情况下,一国在某种程度上应接受该法院的合法管辖,因为这两种情况都清楚表明该国以行动或意志表示同意服从该法院的管辖。一国可以采取行动,例如提起诉讼、参与诉讼以提出主张、或甚至在被告的诉讼中提出反诉,作为同意的表示,但表示同意的后果实际上可能根据其同意有关主管司法当局行使管辖的效力而异。就这三种情况来说,每一种情况都产生一个重要的问题:如一国提出反诉或被反诉,它同意行使管辖的效果的程度和范围所引起的问题。

(a) 对一国提出的反诉

(3) “反诉”的概念预先假定一项主张先前已经存在或提出。反诉是被告为答辩一项原诉或主诉而提出的一项互诉或反控。因此,对一国提出反诉的情形似乎有两种可能的情况,第一种可能性是一国本身如第8条第1款(a)项和第9条第1款所述的那样,在另一国法院提起诉讼,第二种情况是一国本身未提起诉讼,但却为提出一项主张参与诉讼,但参与的目的附有重要的限制条件。第8条第1款(b)项规定,一国可就案情实质参与一项诉讼或采取任何与案情实质有关的其他步骤,并因此种参与而服从该法院对此一诉讼的管辖,但以(b)项所规定的条件为限。第9条第2款则处理一国为提出主张而参与诉讼的情况;因此,就该国通过参与诉讼提出的主张进行反诉的情形可能出现。参与诉讼国如未同时就该项诉讼提出主张,则对它提出反诉的可能性就不存在。例如,一国可在下列情况下参与诉讼而本身无须同意法院在整项诉讼中对其行使管辖:作为法院之友协助解决问题、或为了申张正义、或提出建议、或就一项法律问题或事实作证,这些行动不属于第9条第2款的范围。因此,如第8条第2款(a)项所规定,一国可以参与诉讼以便援引豁免,或如该条第2款(b)项所规定,一国可以参与诉讼以便对该诉讼中争议的财产主张一项权利或利益。就第8条第2款(b)项来说,由于参与诉讼国可算是提出了一项与诉讼有关的主张,因此

该国除了必须回答司法讯问或提出表面证据以证明它对第8条第2款(b)项所述的财产拥有或主张权利或利益之外,也可被认为已经同意对其提出的主张提出反诉。一国即使按第8条第2款(a)项规定援引豁免,它也可能被要求提供关于其豁免主张的证据或法律依据。但是,豁免主张一旦根据第8条第2款(a)项获得确认,或者主张或权利或所有权一旦根据第2款(b)项获得确立,则对行使豁免的同意即告终止。因此,在此种情形下,法院不应再对经确认享有豁免的国家或对经确定该国拥有利益的财产行使管辖,因为该国和该财产在通常情况下将免受法院管辖。但是,如该诉讼属于第三部分规定的例外之一,或如该国已另行同意行使管辖或放弃其豁免,则法院可继续行使管辖。

第1款

(4) 如第8条第1款(a)项所述,一国本身提起一项诉讼,即应“为同意法院在该项诉讼的所有阶段行使管辖,包括在初审法院的审和判决、上诉和终审裁决以及讼费的裁定(如由判决当局裁定的话),但不包括判决的执行。第9条第1款处理一国在另一国法院提起诉讼时在什么程度上可以说已同意法院在对其提出的反诉中行使管辖的问题。一国提起诉讼这一事实本身显然并不默示它同意恰巧应受法院地国同一法院或另一法院审理或管辖的向其提起的其他一切民事诉讼。在这种情况下,同意的程度并非没有限度,而第9条第1款的目的,就是要确保可允许对原告提出的反诉的程度有一个更加明确更加均衡的限度。一国在另一国法院提起诉讼,并不等于接受该法院所有种类的反控,或者接受除被告以外其他当事方的互诉。原告国并没有因此同意分别和独立的反诉。该国不一定要在所有时间都须接受对其提起的所有其他诉讼或所有法律行动。一国提起一项诉讼,就必须接受法院对与主诉相同的法律关系或事实所引起的反诉行使的管辖。⁹¹ 或对作为主诉内容的相同交

易或事件所引起的反诉行使管辖。⁹² 在一些国家的司法制度中,对原告国的反诉的效果在数量上也有限制,它不得超过主诉的数量;如果超过主诉的数量,则对该国的反诉只能起一种抵消作用。⁹³ 用美国的法律用语来表达,即“对提出主张的主权国的对证”,而这通常不能超过“所要求的正面补救的限度”。⁹⁴ 英美法系国家似乎只允许对外国提出防御性反诉。⁹⁵ 另一方面,一些大陆法系国家却允许独立的反诉起攻击性补救方法的作用,而且在一些案件中,据悉曾准予正面的补救。⁹⁶

⁹² 例如美国《外国主权豁免法, 1976》(见上文脚注40第1607节(反诉)分节(b)规定,对“产生于作为外国主诉内容的交易或事件”的任何反诉,不得给予豁免”。因此,在 *Kunst sammlungen zu Weimar and Grand Duchess of Saxony-Weimar* 诉 *德意志联邦共和国和 Elicofon* 案(美国上诉法院, 2nd Cir., 1982年5月5日,《国际法律资料》(华盛顿), vol. 21(1982), p. 773)中,法院被要求在德意志民主共和国、德意志联邦共和国、Saxony-Weimar 女公爵和一位美国公民之间的争议性要求中确定两幅珍贵的 *Albrecht Durer* 的画像的所有权。这位美国公民在不知道谁是画中人的情况下购买了这两幅画。法院认为,女公爵根据1921年协议提出的关于年金的反要求不属于与外国要求相同的交易或事件所引起的豁免的例外情况,《外国主权豁免法》, section 1607(b)。

⁹³ 《外国主权豁免法, 1976》第1607节分节(c)规定:“反诉所要求的补救在数量上不得超过而且在性质上不得异于外国所要求的补救”(见上文脚注40)。另参看 *Strousberg* 诉 *哥斯达黎加共和国案*(1881)(见上文脚注91)和 *苏维埃社会主义共和国联盟诉 Belaiew* 案(1925)(《全英法律报道, 1925》(London)(重印本), p. 369)。

⁹⁴ 参看南非共和国诉 *La Compagnie franco-beige du chemin de fer du Nord* 案(1897)(联合王国,《法律报道,大法官法庭》, 1898, p. 190)和上文脚注91和93所列举的案例。

⁹⁵ 关于在正当情况下要求正面补救的可能办法的例子,参看海地共和国诉 *Plesch et al* 案(1947)(《纽约补编, 2nd Series》vol. 73(1947), p. 645);墨西哥合众国诉 *Rask* 案(1931)(《太平洋报道, 2nd Series》, vol. 4 (1931)); p. 981; 又见《国际法和比较法季刊》(London), vol. 2 (1953), p. 480;《法律评论季刊》(London), vol. 71, No. 83, 283 (1955年7月), p. 305;《现代法律评论》(London), vol. 18 (1955), p. 417及《明尼苏达法律评论》(Minneapolis, Minn.), vol. 40 (1956), p. 124。但也参看 *Alberti* 诉 *Nicaraguense de la Carne* 案(705 F. 2d 250. 美国上诉法院, 7th Cir., 1983年4月18日)。

⁹⁶ 参看秘鲁国诉 *Kreglinger* 案(1857)(《Pasirisie belge, 1857》(Brussels), part 2, p. 348); *Letort* 诉 *Gouvernement ottoman* 案(1914); (《Revue juridique internationale de la locomotion aerienne》(Paris), vol. V (1914), p. 142)。

⁹¹ 例如联合国《国家豁免法, 1978》(见上文脚注51)第2节分节(6)规定:

“对任何诉讼的接受扩大到一切上诉,但不扩大到任何反诉,除非该反诉产生于与主诉相同的法律关系或事实。”

另参看 *Strousberg* 诉 *哥斯达黎加共和国案*(1881)(《法律时代报道》(London), vol. 44, p. 199)。在该案中,被告获准通过对原诉讼进行互诉或反控而提出任何主张,以便正义得以申张。但这种互诉或反控只能就相同的交易提出,而且只能起抵消作用。

(5) 在法院地国规则允许的情况下,第9条第1款也适用于对国家提出反诉的情况,而根据本条款的规定,特别是第三部分的规定,如果已在这些法院对该国另外提出诉讼,则该国不能就此反诉援引管辖豁免。⁹⁷因此,不构成主诉内容一部分的不同交易或事件所产生的独立反诉,或者与主诉截然不同的法律关系或另外的事实所产生的独立反诉,是不能对原告国提出的,除非这些反诉属于第三部分所允许的例外之一的范围。换言之,不论一国是否已如第9条第1款所述提起一项诉讼,或者如第2款所述已参与诉讼以便提出主张,只有可以根据本条款其他部分规定对该国另外提出诉讼时,才可对原告国提出独立的反诉或反控。

第2款

(6) 第9条第2款处理下列情况:一国参与另一国法院的诉讼并非是为了作为法院之友协助解决问题,而是作为有利害关系的当事方以便提出主张。只有在这种意义上,才能设想对作为提出主张者参与诉讼的一国提出反诉而不能对如第8条第1款(b)项所述仅作为证人或者发表声明而没有提出主张的一国提出反诉。一国一旦参与诉讼以便提出主张,它即可被反诉,但这项反诉必须产生于与自己提出的主张相同的法律关系或事实。适用于第1款的关于可对原告国提出反诉的限度的评注其他部分,也同样适用于第2款所设想的对参与诉讼的提出主张国的反诉,它们特别适用于参与诉讼国所提出的主张与反诉之间的法律关系和事实的同一性,也可能适用于以下问题:反诉的份量;是否允许并在什么程度上允许任何正面补救;是否允许并在什么程度上允许与参与诉讼国提出的主张性质不同的补救方法或超过其提出的主张的限度的补救方法。

(b) 一国提出的反诉

第3款

(7) 一国如就一项在另一国法院对其提起的诉讼中提出反诉,它就是采取第8条第1款所指的与诉

讼案情实质有关的步骤。在此情况下,该国即被视为不仅同意法院对它自己提出的反诉行使管辖,而且同意法院对指控它的主诉行使管辖。

(8) 一国自己在另一国司法当局提出反诉,即以行动同意该法院行使管辖。但是,一国根据第9条第3款提出的反诉的效果、程度和范围会比根据第9条第1款对原告国提出的反诉或者根据第2款对参与诉讼的提出主张国提出的反诉更为广泛。原因之一是,虽然被告外国提出的反诉,通常被地方法律限于与主诉相同的法律关系或事实所引起的事项,但是从寻求的补救的程度或范围看,或者从所要求的补救方法的性质看,却是没有限制的。实际上,如果反诉产生于与主诉不同的法律关系或产生于另外一些事实,或者如果它们的确是新的、单独的或独立的反诉,那么它们仍然可以作为独立的诉求或甚至作为完全与针对该国的主诉或原诉无联系的单独诉讼而存在。被告国显然可以作出选择,或者对原告提出反诉,或者另外提起一项新的诉讼,不论选择哪一种办法,一国根据第9条第3款提出反诉或根据第8条第1款另外提起一项诉讼,即视为同意该法院行使管辖。如前所述,根据第8条,原告国已同意接受在各级法院进行的直到判决的所有诉讼阶段的管辖,但不包括判决的执行。同样,根据第9条第3款,一国被视为同意法院对其反诉和对指控它的主诉都行使管辖。⁹⁸

第三部分

不得援引国家豁免的诉讼

(1) 一读暂时通过的第三部分的标题中有两个备选标题,置于方括号中,“国家豁免的(限制)(例外)”,它一方面反映了那些赞成使用“限制”一词的国家的立场,认为现行国际法在第三部分所涉领域中不承认国家管辖豁免,另一方面反映了主张使用“例外”一词的国家的立场,认为该词正确地描述了下列概念,即国家管辖豁免是国际法的规则,该规则的例外需经国家明示同意。委员会在二读时通过了目前的表述,以便调解这两种立场。

(2) 总之,应该铭记的是,国家豁免规则的适用是双边性质的。每个国家都可能是国家豁免的接受者或受益者,但它们也有责任履行下列义务:实行另一国所享有的管辖豁免。

⁹⁷ 参看美国1976《外国主权豁免法》(见上文脚注40),第1607节,分节(a):“如已在另外诉讼中对外国提出反诉,则该外国不得就此反诉根据本章第1605节援引豁免”。比较《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第2款和《附加议定书》。

⁹⁸ 参看《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第3款。

(3) 在具体说明国家豁免不适用的活动领域的尝试中,曾对国家豁免适用的行为或活动和不在国家豁免范围内的行为或活动作出了若干区分。这些区分已在提交国际法委员会的一份文件中予以较详细的讨论⁹⁹它们是根据审议下列因素的结果提出的:国家的双重人格、¹⁰⁰国家的双重身份¹⁰¹、统治权行为和管理权行为¹⁰²(这两种行为与国家行为的公私性质也有关¹⁰³)、以及商业与非商业活动。¹⁰⁴但是,国际法委员会决定采取重实效的做法,这样做时考虑到所涉及的情况和各国的实践。

第10条 商业交易

1. 一国如与一外国自然人或法人进行一项商业交易,而根据国际私法适用的规则,有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖,则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引管辖豁免。

2. 第1款不适用于下列情况:

(a) 国家之间进行的商业交易;

(b) 该商业交易的当事方另有明确协议。

3. 国家享有的管辖豁免在一个国家企业或国家设立的其他实体所从事商业交易的有关诉讼中不应受影响,该国家企业或其他实体具有法人资格,并有能力:

(a) 起诉或被诉;和

(b) 获得、拥有或占有和处置财产,包括国家授权其经营或管理的财产。

评注

(a) 对条款草案的一般评论

(1) 国际法委员会二读通过的第10条目前的标题为“商业交易”,取代了原先一读通过的“商业合同”一词,以与第2条(用语)第1款(c)项的改动取得一致。它是处理不得援引国家豁免的诉讼的第三部分的第一个实质条文。

第1款

(2) 第1款是一项折衷性案文,它是经过不断努力以求照顾以下不同观点的结果,即:愿意根据默示同意理论或其他理由,在贸易或商业活动方面接受国家豁免通则的例外的观点,以及认为一外国如从事贸易或商业活动,则不能援引国家豁免为理由以排除地方法院管辖的观点。为了清楚起见,在国际法委员会对这一草案进行二读后,一读暂时通过的原案文第1款内“该国被认为已同意行使”一语已被修正为“该国不得……援引……豁免”,第11至14条也作出了同样的修改,但这一改动并不意味着在理论上背离了上面所述的各种观点。国际法委员会就这一特定国家活动领域进行了广泛的辩论,¹⁰⁵并采取一种提法,以求考虑到制度和实践各有不同的所有国家的利益和观点。

(3) 国家管辖豁免的适用预先假定管辖的存在或法院根据法院地国有国内法具有管辖权限。法院地国有国内法可以是关于法院组织或司法管辖范围的法律、规则或条例,同时也可以包括国际私法的适用规则。

(4) 研究国家豁免的不同学派都一致认为,外国法院必须先有管辖权才能够行使管辖,只有根据法院地国的国内法,包括适用的管辖规则,这种管辖才能存在,其行使才能得到许可,特别是在需要解决或裁判的争端或争议涉及外国因素的情况下,“国际私法的适用规则”是一中性的用语,选用这个用语是为了按冲突法或国际私法的适用规则来解决各种管辖上的问题,不论是否能适用统一的管辖规则,每一个国家在管辖问题上,包括其法院或其他法庭的组织 and 确定它们的权限方面,都是完全自主的。

(5) 第10条第1款的规则处理一国与一外国自然人或法人在另一国法院可以而且有资格根据其自己的国际私法的适用规则行使管辖的情况下进行的

⁹⁹ 《1982年……年鉴》,第二卷(第一部分),第199页, A/CN.4/357号文件,第35至45段。

¹⁰⁰ 同上,第36段。

¹⁰¹ 同上,第37段。

¹⁰² 同上,第38段至39段。

¹⁰³ 同上,第40至42段。

¹⁰⁴ 同上,第43至45段。

¹⁰⁵ 参看《1982年……年鉴》,第一卷,第183至199页,第1728次会议,第7至45段,以及第1729至1730次会议;讨论摘要见《1982年……年鉴》,第二卷(第二部分), pp.98-99,第194至197段,也见转载于《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分),第51页起, A/CN.4/410和Add.1-5号文件中各国政府的观点和意见,及在《1988年……年鉴》,第二卷, (第一部分),第107至108页,第489—498段摘要介绍的委员会第四十一届会议的讨论。

商业交易。国家与其本国国民以外的自然人或法人进行商业交易不得援引对另一国司法当局的管辖豁免。如该司法当局根据其国际私法的适用规则有权行使管辖的话。另一国法院可根据各种理由行使管辖,如订立合同的地点、合同规定需要履行义务的地点、或一个或多个订约当事方的国籍或营业地点。一般来说,重要的领土关系构成行使管辖的坚实理由,但根据国际私法的适用规则,可能还有其他承担和行使管辖的正当理由。

第2款

(6) 第1款处理一国与一外国自然人或法人进行的商业交易,它的措词意味国与国间的交易不在本条范围内,而第2款澄清了这一理解,特别是因为“外国自然人或法人”可以广义解释为包括私人和公职人员。¹⁰⁶

(7) 第2款(a)项和(b)项确切规定了对所有国家的利益的必要保障和保护。众所周知,发展中国家经常与其他国家订立贸易合同,而社会主义国家除了相互进行直接国家贸易以外,还与其他发展中国家和高度工业化国家进行直接国家贸易。根据第2款(a)项,这类国家间订立的国际合同,不在第1款所述规则的适用范围之内。这样,国家豁免在这类情况下仍然是适用的规则。这类合同也包括为更好地和更有效率地管理粮食援助方案的各种三边交易。如粮食供应是为了救济饥荒或使受灾的农村或易受灾的地区复兴,它们的采购可以直接地或通过国际组织或联合国专门机构,由另一国或国家集团出资,并根据三边或多边谈判,在国家对国家的基础上向发展中粮食出口国购买,这样的交易不仅帮助了需要援助的居民,而且还可能促进发展中国家的出口,避免倾销或助长国际贸易中不公平的竞争。应当了解的是,“国家之间进行

的商业交易”是指一项涉及第2条第1款(b)项所界定的国家的所有机构和部门、包括政府的各种机关的交易。

(8) (b)项给予作为商业交易当事方的国家充分自由就有关交易的争议规定不同解决办法或方法。一国可在商业交易本身或通过以后的谈判明示同意,接受仲裁或其他友好解决办法,如调解、斡旋或调停。任何这样的明示的同意通常都应以书面提出。

第3款

(9) 第3款规定了国家对外国管辖豁免问题上国家与其某些实体之间的法律区别。在有些国家的经济体制中,第2条第1款(c)项所界定的商业交易一般由国家企业或国家建立的其他实体进行,它们具有独立的法人资格。一国设立国家企业或其他实体的方式按照该国的法律制度可能有所不同。在一些法律制度下,它们是根据一项法律或政府的法令设立的。在另一些制度下,它们可能被视为在母国收购大多数股份或其他所有权利益时已经设立。它们通常代表自己,作为独立于母国的实体而不是代表该国从事商业交易。因此,在因一国家实体所从事商业交易而发生的纠纷中,它可以在另一国法院被起诉,并对另一方索赔的任何后果负责。在这种情况下,母国本身的豁免不受影响,因为它并非该交易的一方。

(10) 第3款规定的适用需要某些条件。首先,诉讼必须涉及国家企业或其他实体所从事的商业交易。其次,国家企业或实体必须具有独立的法人资格。此种法人资格必须包括有能力:(a)起诉或被诉;和(b)获得、拥有、占有和处置财产,包括国家授权该企业或实体经营或管理的财产。在一些社会主义国家中,国家授权其企业或其他实体经营或管理的国家财产被称为“分离的国家财产”。第3款中未使用这一术语,因为该词未在其他国家中被普遍适用。第(a)和(b)项的要求是累积的:除了有能力起诉和被诉以外,此种国家企业和其他实体还必须满足(b)项中规定的某些财政要求,即:它们必须能够获得、拥有或占有和处置财产——国家授权它经营或管理的财产和由于其活动而得到的财产。(b)项中的“处置”一词特别重要,因为它使得人们可以对此种实体的财产、包括国家授权给它经营或管理的财产采取限制措施,诸如查封、扣押和执行,以满足债权人的要求。

(11) 第3款的案文是委员长时间讨论的结

¹⁰⁶ 参看叙利亚共和国诉阿拉伯埃及共和国案(最高法院,未注明日期)(法文《国际法学报》摘要(Clunet) (Paris),第115卷(1988),第472页)。该案涉及一座建筑物的所有权问题,该建筑物由叙利亚在巴西购得,随后由埃及使用,在两国联盟破裂之后由埃及持有。在该法院意见分歧的裁决中,管辖豁免以一票的多数占了上风。

政府检察官认为,只有阿拉伯埃及共和国接受巴西的管辖,实质性讨论才有意义。他说,其拒绝的权力是清楚的,甚至根据有限豁免的学说也是如此。该学说仍然混淆不清,很难令人信服。它在统治权行为和管理权行为之间进行区分,这是因为该与私人交易没有任何关系,而是涉及国家继承范围内的外交事务,它完全并首先属于国际公法的范畴。

果。特别报告员根据一些委员和政府的建议而提交的原提议(原第11条之二)是一个独立的条款,具体有关拥有分离财产的国家企业问题。但是,在委员会对该提议的审议中,有些委员认为,该规定的适用和范围有限,因为分离的财产概念为社会主义国家的特征,不应列入本条款草案。但是,另一些委员认为,国家企业以区别于国家的独立法律实体身份从事商业交易问题适用范围宽得多,因为它对发展中国家、甚至许多发达国家也有重大意义。他们进一步认为,本条款草案应澄清此种企业和母国之间的区别,以避免对国家滥用司法程序。考虑到这些观点,委员会采取了目前的表述,它不仅包括拥有分离的财产的国家企业,而且还包括国家设立来自己从事商业交易的任何其他企业或实体,该企业或实体具有法人资格,并符合(a)项和(b)项中的具体要求。委员会进一步同意将该规定作为第10条的一部分,而不作为单独的一条,因为第10条本身涉及“商业交易”。但是,有些委员对于第3款的实质有严重保留,他们认为,引入该款是为了数量有限的一些国家的关切,很可能不利于条款草案的整个目的,那就是确保进行商业交易和履行合同义务。另一些委员强调,第3款(a)项和(b)项并没有对“独立的法律人格”添加什么,因此是多余的。

(12) 虽然没有在条款草案中具体提到,应该注意到纳税事项的问题,特别是在同第10条的规定有关的方面。人们回顾到,一读暂时通过的前第16条涉及这个特定问题。¹⁰⁷一位委员对该条表示严重保留,因为它违反了国家主权平等原则,允许一国在其法院对另一国提起诉讼。在此方面,有人提议删除该条。提议删除的理由是,该条仅涉及两个国家之间的关系,即法院地国和外国;它基本上涉及由现行国际法规则管理的一个双边国际问题,反之,目前的条款草案则涉及一国与外国自然人或法人之间的关系,其目的是保护国家免于外国自然人或法人对其提起某些诉讼,或使前者能够面对国家保护自己。因此,该条由于仅涉及国家间关系而被认为在条款草案中没有适当的位置。但是,有些委员反对删除该条,因为该条以广泛的立法实践为基础,并经一读通过,经过一些讨论以后,终于决定删除原第16条。有一项理解是,第10条的评注将澄清它的删除不应影响有关纳税问题的法律。

(b) 国家豁免中的“商业交易”

(13) 为了正确评价在审议和确定“商业交易”¹⁰⁸这个特定领域的管辖豁免的确切限度时所涉问题的规模和复杂性,在这里按时间顺序对有关这个问题的国家实践作一简要概览是有用的。

(一) 国际和国内司法实践概览

(14) 这一简要概览的较详细内容已提交国际法委员会。¹⁰⁹概览首先叙述最早在国家实践中获得承认和适用的贸易活动(为本条款的目的,即“商业交易”)例外的案件之一: The “Charkieh” 案(1873)。在此案中,法院表示:

据我所知,没有一项国际法原则,没有一项已判决的案件,没有一种法学家的意见竟然做到这种地步: 当商人身份对一个主权君主有利时就允许他以商人身份出现; 当他对某一国民负有义务时又允许他抛弃——假如我可以这么说的话——他的伪装以君主身份出现, 为其自己的利益, 并为了损害一个私人的利益, 而第一次要求取得其君主身份的所有属性。”¹¹⁰

(15) 国家豁免规则在国家实践中的适用范围不明确, 从而在某种程度上致使国际一级的司法判例比较少。然而一个国家被外国法院作出不利司法判决时, 可以不向国际法院提出诉讼, 但保持沉默则有默许这种判决或这种处理的危险。从本条款草案第四部分可以看出, 虽然法院作出或一国得到可能对其不利的判决, 其财产也不会自动被没收、扣押和执行。

(16) 因此, 诸如意大利、¹¹¹比利时、¹¹²和埃

¹⁰⁸ 第10条必须与第2条第1款(e)项(“商业交易”的定义)和第2条第2款(对该定义的解释)结合起来看, 这些规定的评注也应予考虑。

¹⁰⁹ 参看前任特别报告员第四次报告(上文脚注13), 第49至92段; 和特别报告员第二次报告(上文脚注17), 第2至19段。

¹¹⁰ 这是裁定国有船舶的服务或使用的商业性质导致船舶无权享有国家豁免的第一个案例。

¹¹¹ 意大利法院从1882年起首先将国家豁免的适用范围限于外国作为“政治实体”而非“法人”的行为的案件(参看 Morellet ed altri 诉 Governo Danese 案(1882)(Giurisprudenza Italiana(Turin), vol.XXXV, part 1(1883), p.125), 或者以有别于“民法法人”的主权当局或政权的行为的案件(参看 Guttieris 案 Elmilik 案(1886)(Foro Italiano(Rome), vol.XI,

¹⁰⁷ 见《1986年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第11页。

及¹¹³等国的实践可以说是“限制性”豁免领域的先驱,它们不给予贸易活动的豁免,但德国、¹¹⁴美利

part I(1886), pp.920-922)另参看 Hamsphon 诉 Bey di Tunisied Erlanger 案(1998)(同上, vol.XII, part I(1887), pp.485-486)。

意大利司法只允许对“统治权行为”而不允许对“管理权行为”实行国家豁免。国家行为的公共性质是确定是否应给予豁免的标准。对私人行为或私法性质的行为,不承认豁免。参看美利坚合众国陆军部诉 Giori Savellini 案(Rivista)(Milan), vol.XXXIX(1956), pp.91-92 和《国际法报道, 1956》(伦敦), 第 23 卷(1960), 第 201 页。比较 La Mercantile 诉 Regno di Grecia 案(1955)(见上文脚注 46)最近,在一家意大利银行涉及对秘鲁一家银行转帐而发生的债务纠纷的 Bancode la Nacion 诉 Credito Varesino 案(Corte di Cassazione, 1984 年 10 月 19 日)(Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol.XXI(1985), p.635)中,法院认为,即使假设该银行为一公共实体,但有关不是由于行使主权权力,而是由于私人性质的活动而发生的争端,它不得援引对意大利法院的管辖豁免。

¹¹² 比利时的判例法早在 1857 年涉及秘鲁鸟粪专卖的三个有关案件中就确定下来。这三个案件是:(a)秘鲁国诉 Krelinger 案(1857)(见上文脚注 96);比较 E.W.Allen, 《外国在比利时法院中的地位》(New York, Macmillan, 1929), p.8; (b) Peruvian Loans 案(1877)(Passicrisie Belge, 1877(Brussels), part 2, p.307);此案不是起诉秘鲁而是起诉 the Dreyfus Brothers Company; (c)Peruvian Guano Company 诉 Dreyfus et consorts et le Gouvernement du Perou 案(1880)(同上, 1881, part 2, p.313)。在这三个案件中,布鲁塞尔上诉法院对秘鲁国的政府活动和私人活动加以区分,对秘鲁的私人活动拒绝给予豁免。因此,比利时法院自 1888 年以来,就象意大利法院一样,区分了国家以主权者(政府)和民间(私人)身份从事的行为:在枪弹制造公司诉保加利亚公国国防部 Mutkuroff 上校案中(1888)(同上, 1889(Brussels)part 3, p.62),布鲁塞尔民事法庭认为,保加利亚为购买子弹订立合同时,是作为私人行为的,须承受该合同的一切后果。同样,在 Societe anonyme des chemins de fer liegeois - luxembourgeois 诉 Etat neerlandais 案(Ministere du Waterstaat)(1903)(同上, 1903, part 1, p.294),一项在荷兰扩建火车站的合同须受比利时管辖,比利时法院自 1907 年以来一贯区分统治权行为和管理权行为:参看 Feldman 诉 Etat de Bahia 案(1907)(上文脚注 34)。

¹¹³ 战后埃及现行判例法确认埃及混合法院的判例,混合法院一贯沿用意大利—比利时实行的有限制豁免。外国管辖豁免在埃及构成“公共秩序”问题;参看开罗初审法院 1963 年第 1173 号判决(引证联合国,《管辖豁免资料》,第 569 页)。豁免只允许对主权当局的行为适用,不扩大适用于“普通行为”(同上)。

¹¹⁴ 德国法院的实践经历了比较曲折的道路。早在 1885 年,德国就开始根据公私活动的区别实行有限制豁免,主张国家豁免“至少有若干例外”;参看 Heizer 诉 Kaiser Franz-Joseph-Bahn A-G 案(1885)(Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern(Munich), vol.I(1885), pp.15-16;引证哈佛法学院,《国际法研究》,part III,“法院对于外国的权

坚合众国¹¹⁵和联合王国¹¹⁶等传统上主张比较无限制

限”(Cambridge, Mass., 1932),后印发为《美国国际法学报补编》(Washington, D.C.), vol.26(1932), pp.533-534)。在拉脱维亚共和国案(1953)中(Rechtsprechung zum Wiederqutmachungsrecht(Munich), vol.4(1953), p.368;《国际法律报道》, 1953(伦敦), 第 20 卷(1957), 第 180 至 181 页, the Restitution Chamber of the Kammergericht of west Berlin 拒绝给予豁免,理由是“外国……若介入商业关系……即不以主权者身份行事,而是由于从事纯粹私人性质的事务,特别是由于从事商业交往活动而完全在私法领域中行事,则该原则对其并不适用。”联邦宪法法院在后来的案件中一向沿袭这种限制性趋势;例如参看 X 诉……(伊朗)帝国案(上文脚注 53)其中判定伊朗大使馆取暖系统修理合同为“非主权”性质,因而无权享受豁免。1990 年,德国批准了《欧洲国家豁免公约》。

¹¹⁵ 当时有人说,美利坚合众国法院的实践开始是实行无限制国家豁免原则的,若较为细致查阅首席法官 Marshall,在 The Schooner “Exchange” 诉 MacFaddon and others 案(1812)(见上文脚注 29)的判词,就可以发现实际情况恰恰相反,在 Bank of United States 诉 Planters Bank of Georgia 案(1824)中(H.Wheaton)《案件报道》(New York, 1911), vol.IX, 4th ed., pp.904 和 907),法院认为,“一国政府如成为一家贸易公司的合伙人,则就该公司的交易活动而言,该政府已抛弃其主权者性质,而具有私人的性质”。

美国法院于 1921 年第一次根据统治权行为和管理权行为的区别,在“Pesaro”案中明确宣布实行限制性豁免(美利坚合众国,《联邦报道员》vol.277(1922), pp.473, at 479 480;另参看《美国国际法学报》(华盛顿),第 21 卷(1927),第 108 页)。这种区分得到国务院的支持,但于 1926 年在 Berizzi Brothers Co. 诉 The S.S. “Pesaro” 案中(《美国报道》, vol.271(1927), p.562),却遭最高法院驳回。在随后的案件中,各法院倾向于遵循政府政治部门的意见;(参看首席法官 Stone 在 Republic of Mexico et al. 诉 Hoffman 案(1945)中的判词(同上, vol.324(1946), pp.30-42)。但是,国务院的官方政策直到 1952 年的“Tate 信件”(美利坚合众国,《国务院公报》(Washington, D.C.), vol.XXVI, No.678(23 June 1952), pp.984-985)才以最明确的措词全面重申,主张基于统治权行为与管理权行为之间区别的限制性豁免理论。进一步参看胜利运输公司诉 Comisaria General de Abastecimientos y Transportes 案中(美利坚合众国),《联邦报道员》, 2nd Series, vol.336(1965), p.354;另参看《国际法报道》(London), vol.35(1967), p.110。

自通过 1976 年《外国主权豁免法》(见上文脚注 40)以来,美国法院已就豁免问题自行作出裁决,无须由国务院以“Tate 信件”的形式提出任何意见。目前,对商业活动例外问题,各法院都以 1976 年《外国主权豁免法》为法律上的准绳。参见 West 诉 Multibanco Comermex, S.A 案(807 F.2d 820, 美国上诉法院, 1987 年 1 月 6 日,《美国国际法学报》(华盛顿),第 81 卷(1987)第 660 页; Rush-Prsh-presbyterian-St.Luke's Medical Center 诉 The Hellenic Republic 案(美国上诉法院, 7th Cir., 1989 年 6 月 14 日),参看 De Sanchez 诉 Banco Centro de Nicaragua 案(720, F.2d p.1385, 美国上诉法院, 5th Cir.,

1985年9月19日,《美国国际法学报》(华盛顿),第80卷(1986),第658页;Gregorian诉Izvestia案(871 F.2d, p.1515, 美国上诉法院, 9th Cir., 1989年4月12日); Harris Corporation诉National Iranian Radio and Television and Bank Melli Iran案(美国上诉法院, 11th Cir.), 1982年11月22日,《国际法报道》(伦敦)第72卷(1987),第172页; America West Airlines Inc.诉GPA Group, Ltd.案(877 F.2在793, 美国上诉法院, 第9巡回法院, 1989年6月12日); MOL Inc.诉The People's Republic of Bangladesh案(美国上诉法院, 9th Cir.), 1984年7月3日,《国际法报道》vol.80, (1989, 第583页)。

¹¹⁶ 关于外国商业活动,尤其在航运或海运方面,联合王国的判例法在十九世纪始终摇摆不定,朝限制豁免方向走得最远的判决是The "Charkieh"案(1873)(见上文脚注62,又见前任特别报告员的第4次报告(见上文脚注13),第80段,相反方向的判决是The "Porto Alexanre"案(1920)(联合王国,《法律报道》,遗嘱查核法庭,1920, p.30),因此,无限制豁免原则在后来关于商业航运的案件,例如Compania Mercantil Argentina诉United States Shipping Board案(1924)(见上文脚注41),以及关于其他贸易活动的案件,例如涉及一批黑麦的普通销售的Baccus S.R.L.诉Servicio Nacional del Trigo案,都获得遵循。

但是,甚至在The "Cristina"案(1938)(见上文脚注73),对豁免学说适用于贸易船舶是否合理一点就颇有怀疑,而有些法官更倾向于重新考虑The Porto Alexandre案(1920)中的无限制豁免主张,因此,在包括Dollfus Mieg et Cie S.A.诉Bank of England案(1950)和美利坚合众国和法兰西共和国诉Dollfus Mieg et Cie S.A. and 英格兰银行案(1952)(见上文脚注43), Sultan of Johore诉Abubakar, Tunku Aris and Bendahara and others案(1952)(《全英法律报道》, 1952(London), vol.1, p.1621;另参看《法律评论季刊》(London), vol.68(1952), p.293和Rahimtoola诉Nizam of Hyderabad案(1957)(联合王国,《法律报道》,上议院, 1958, p.379)的一系列案例中,仍有倾向于“限制性”豁免观点的趋势,在Dollfus Mieg et Cie S.A.案(1950)中,主事官Raymond Evershed爵士同意Maugham勋爵的意见,认为“对豁免规则的范围应严加注意”在Sultan of Johore案(1952) Simon勋爵在判词中否认无限制豁免是在任何情况下都在英国适用的规则。

The "Porto Alexandre"案(1920)所坚持的无限制豁免最终被否定的一个先驱案例是1975年的The "Philippine Adminral"案(见上文脚注68),其中将The "Parlement belge"案(1880)(见上文脚注53)加以区别,并且引用The Sultan of Johore案以确立以下一点:遇国有船舶从事普通商业时,无限制豁免问题是有待解决的问题。

随后于1977年,上诉法院对Trendtex Trading Corporation Ltd.诉The Central Bank of Nigeria案(同上)一致判定主权豁免学说不再适用于普通贸易活动,因此限制性豁免学说不仅适用于对人的诉讼,而且也适用于对物的诉讼,《国家豁免法, 1978》(见上文脚注51)是在上议院1981年对1 Congreso del Partido案(1981)(《全英法律报道》, 1981(London), vol.2 p.1064)作出裁决之前通过的,它增强了这种正在形成的

的国家豁免学说的国家近来的实践现在也许已经领先。

(17) 在意大利和比利时法院宣布采用先前已经讨论过的“限制性”国家豁免观点之后不久,法国法院¹¹⁷、

趋势,由于有1978年《国家豁免法》和近来这一系列案例,现在可以说英国法院对外国政府贸易活动例外的司法实践已相当稳定,也见Planmount Limited诉The Republic of Zaire案(High Court, Queen Bench Division(Commercial Court), 1980年4月29日,《国际法报道》(伦敦),第64卷(1983),第268页)。

¹¹⁷ 考察法国法院实践的结果表明,早在1890年,在低级法院的判决中即可发现根据国家作为“公共权力机关”和“私人”的区别,以及根据“权力行为”和“管理行为”或“商业行为”之间的区别,对国家豁免实行某些限制的痕迹;参看Faucon et Cie诉Gouvernement grec案(1890)(Journal du droit international prive et de la jurisprudence comparee (Clunet) (Paris), vol.17(1890), p.288),但是,法国法院直到1918年才阐明和采取限制性国家豁免学说,在这一理论首次适用的“Hungerford”案中,Rennes上诉法院拒绝管辖,理由是所述船舶非为商业目的和私人利益,而是……出于国防需要而使用的,根本没有营利或投机的意思,但是该法院没有判定该合同本身是商业性质;参看Societe maritime auxiliaire detransports诉Capitaine du vapeur anglais "Hungerford"案(Tribunal de commerce of Nantes, 1918)(《国际私法杂志》(Darras)(Paris), vol.XV(1919), p.510)和Capitaine Seabrook诉Societe maritime auxiliaire de transports案(Court of Appeal of Rennes, 1919)(同上, vol.XVIII(1922 - 1923), p.743), 1924年,在Etat roumain诉Pascalet et Cie案中(《国际法学报》(Clunet)(巴黎),第52卷(1925),第113页)。

法国目前的判例可说是稳定遵循基于“贸易活动”的“限制性”国家豁免观点,但是,最近若干判决在解释商业行为理论时却得出某些歧异的结论,例如,在一方面,为外国军队采购香烟的活动以及考察巴基斯坦水力分布情况的合同都被认为是为公众服务的公共权力机关的行为;分别参看Gugenheim诉State of Viet Nam案(1961)(上文脚注53)和Societe Transshipping诉Federation of Pakistan案(1966)(《国际法报道》(伦敦),第47卷(1974),第150页),在另一方面,为某一外国政府的旅游组织商业租用办事处的合同以及筹募货款的方法却为法院适用商业行为标准时造成困难;分别参看Etat espagnol诉Societe anonyme de l'Hotel George V案(1970)(同上, (剑桥),第52卷(1979),第317页;和Montefiore诉Congo belge案(1955)(同上, 1955,第22卷,第226页(1958), Banque camerounaise de developpement诉Societe des Etablissements Robler案(最高法院, 1986年, 11月18日)(《国际法学报》, 1987)(Clunet)(巴黎),第114卷,第632页)涉及喀麦隆发展银行——一个国家银行——为喀麦隆为了在雅温得修建一家公共医院筹资而开立的汇票担保问题,在该案中,法院根据国家作为公共权力机关和私人个人之间的区别,持有限国家豁免的观点,法院认为,无论分歧的原因为何,该银行代表喀麦隆国家所作的担保是正常进行银行活动而从事的商业交

荷兰法院¹¹⁸和奥地利法院¹¹⁹也随之采纳这个观点。

(18) 若干发展中国家的司法实践也可以说采用了限制性豁免。前已指出¹²⁰埃及是这方面的先驱。

易,与行使公共权力无关,也见 *Banque Tejarat-Iranc.S.A. Tunzini Nessi Enterprises Equipements* 案 *Cour d'appel de Paris*, 1982年11月29日(*Recueil Dalloz-Sirey*, 1983, *Inf.rap.*, p.302)。

¹¹⁸ 考察荷兰法院的结果表明,该国于1917年曾通过一项法案,允许法院对统治权行为适用国家豁免,但对管理权行为却一直未作定论,直到1923年对这两类行为加以区分为止。但是,荷兰法院仍然十分勉强,不愿把政府进行的任何活动视为非行使政府职能的活动。因此,驳船为公众服务、公开筹募国家贷款以及国有船舶的经营均视为统治权行为;分别参看 *F.Advokaat 诉 Schuddinck & den Belgischen Staat* 案(1923)(上文脚注59), *De Froe 诉 The Russian State*, 现称“苏维埃社会主义共和国联盟”(1932), (上文脚注25)以及 *The “Garbi”* 案(1938)(*Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie*(Zwolle)No.96(1939);)《年度文摘, 1919—1942》(伦敦), 第二卷(1947), 案件号83, 第155页)。

荷兰法院直到1947年才能找出并适用较为可行的限制性国家豁免的标准,认为“关于国家免受外国管辖的国际法原则不适用于国营商业、工业或金融企业”;参看 *Weber 诉 USSR* 案(1942)(*Weekblad Van het Recht en Nederlandse jurisprudentie* (Zwolle), No.757(1942); 《年度文摘, 1919—1942》(伦敦), 第二卷(1947), 案件号74, 第140页)和 *荷兰银行诉 The State Trust Arktikugol*(Moscow)案; *苏联驻德国(Berlin)贸易代表团案*; *苏联国家银行案*(1943)(*Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie*(Zwolle), vol.600(1943); 《年度文摘, 1943—1945》(伦敦), 第12卷(1949), 案件号26, 第101页)。但是,贸易活动的例外在荷兰最高法院1973年就 *Societe europeenne d'etudes et d'entreprises en liquidation volontaire 诉 南斯拉夫社会主义联邦共和国案*所作的判决中有更清楚的说明。(《荷兰国际法年鉴》)(Leiden), vol.V(1974), p.290; 转载于联合国,《管辖豁免资料》第355页)。也参看 *L.F.and H.M.H.K.诉德意志联邦共和国案*, *District Court of Haarlem*, 7 May 1986, KG(1986)No.322, NJ(1987)No.955(《荷兰国际法年鉴》, (Leiden), Vol.X X(1989), pp.285, at 287-90)。

¹¹⁹ 奥地利的实践经历了曲折的过程,起初在十九世纪时实行无限制豁免,由1907年至1926年转向限制性豁免,然后又转而实行无限制豁免,直到1950年,奥地利最高法院在1950年判决 *Dralle 诉捷克斯洛伐克共和国案*时,它先回顾了现有国际法权威的学说,然后才作出判决,拒绝给予认为不是管理权行为的行为以豁免。该法院宣称:

“这种使管理行为服从国家管辖的规定立足于国家商业活动的发展。传统的豁免学说是产生于国家在外国的商业活动全部与其政治活动有联系的时期……今天情况已完全不同;国家从事商业活动,……与其本国国民和外国人进行竞争。因此,传统的豁免学说已失去其意义,而一旦失去此种理由,也就不能再被承认为国际法规则。”(见上文脚注 25)。

¹²⁰ 同上文脚注113

近年来,巴基斯坦¹²¹和阿根廷¹²²的司法实践是接受限制性豁免的例子,而菲律宾¹²³的司法实践中则有一些有关案例但没有关于商业交易是国家豁免例外的问题的判决。

(二) 国家立法概览

(19) 近来一些政府制定法律全面处理国家及其财产的管辖豁免问题。尽管这些法律有共同的主题,即“限制性”豁免的趋向,但是其中一些法律在重要的细节问题上有区别,值得注意。在这里虽然不深谈那些细节,但比较一下美国1976年《外国主权豁免法》¹²⁴和联合王国1978年《国家豁免法》¹²⁵规定的

¹²¹ 巴基斯坦最高法院在1981年对 *A.M.Qureshi 诉苏维埃社会主义共和国联盟驻巴基斯坦贸易代表和其他代理人案* (*《全巴基斯坦法律判决》(Lahore)vol. XXXIII(1981), p.377*)作出判决时,回顾了其他国家的法律和实践,以及有关公约和作者的意见,赞同地确认统治权行为和管理权行为的区别,判定巴基斯坦法院有权对外国政府的商业行为进行管辖。

¹²² 审查阿根廷的判例法的结果显示有赞成限制性国家豁免学说的趋势,法院在有关外国政府主权行为的各种案件中承认并适用主权豁免原则;例如参看 *BAIMA y BESSOLINO 诉 Gobierno del Paraguay* 案(1916)(*Argentina, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion*(Buenos Aires), 第123号裁决, p.58), *United States Shipping Board 诉 Dodero Hermanos* 案(1924)(同上,第141号裁决,第129页),和 *Zubiaurre 诉 Gobierno de Bolivia* 案(1899)(同上,第79号裁决, p.124); 所有案例均在联合国《管辖豁免资料》第73至74页提及。贸易活动的例外在关于拟在阿根廷共和国管辖范围内执行并遵守的销售合同的 *The “Aguila”* 案(1892)中得到确认(参看智利全权公使 *诉 Fratelli Lavarello* 案(同上,第47号裁决,第248页)。该法院宣布本身有权管辖,并下令诉讼继续进行,理由是“这项合同的固有合法性以及所有与其有关的事项应按我国普通法律管辖,我国法院对这类事项具有管辖权”(判决摘要见联合国,《管辖豁免资料》,第73页)。另参看 *I.Ruiz Moreno, El Derecho Internacional Publico ante la corte Suprema* (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1941)。

¹²³ 参看前任特别报告员的第四次报告(见上文脚注13), 第92段。例如,在美利坚合众国 *Capt. James E. Galloway, William I. Collins and Robert Gohier, petitioners 诉 Hon. V.M. Ruiz* (Presiding Judge of Branch XV, Court of First Instance of Rizal and Eligio de Guzman & Co. Inc., respondents, No. L - 35645, May 22, 1985, 菲律宾最高法院, en banc. 《菲律宾国际法年鉴》, vol. XI(1985), p.87)。菲律宾最高法院认为,修理海军基地的合同涉及一国的防卫、政府的职务,并不属于对商业活动的国家豁免例外情况。但是,看来没有作出商业交易不得享有国家豁免之例外情况的任何决定,智利也发生同样的情况。见前任特别报告员第四次报告(上文脚注13), 第91段。

¹²⁴ 参看 Sections 1604 & 1605(上文脚注40)。

“商业合同”例外的有关条文,是有重大意义的。巴基斯坦¹²⁶、新加坡¹²⁷和南非¹²⁸,在这一点上都密切仿照联合王国的《国家豁免法》而澳大利亚¹²⁹加拿大¹³⁰也部分仿照。

(三) 条约实践概览

(20) 一国政府的态度或观点从其确立的条约实践中可见一斑。双边条约可能载有规定,表明缔约国事前已同意在诸如贸易和投资等某些特定活动领域服从地方法院的管辖。例如,苏联的条约实践充分表明,它愿意由其具有独立法律人格的国营企业或贸易组织建立的商业关系,接受主管领土当局的管制。虽然一国在这个特定领域的实践具有一贯性,可以被看成是这个方面缺乏国际法规则的证据,或者是允许通过双边协定背离或减损这些规则的证据,但是如把这些双边条约实践综合起来,却可以证明国家在实践中一般都赞成议定的限制,在条件成熟时,这些限制即可成为国际实践中公认的例外。¹³¹但是,在一读时,有一位委员坚持认为,将这种例外再度列入具体协议中是以同意为依据,并不能认为一般普遍接受这种例外。

(21) 苏联与法国于1951年签订的协定¹³²是苏联与发达国家缔结的条约的典型。苏联与印度于1953

年的换文¹³³是苏联与发展中国家签订的这类协定的例证,进一步说明了同这种例外有关的条约实践。

(四) 国际公约和政府间机构的法典编纂工作概览

(22) 有一项区域性公约,即1972年《关于国家豁免的欧洲公约》和一项全球性公约(1926年《布鲁塞尔公约》),曾处理国家豁免例外的问题。虽然《欧洲公约》第7条¹³⁴对这个问题的论述很清楚,但应予以指出的是,就《布鲁塞尔公约》第1条¹³⁵而言,其主要目的显然是要把国家经营的商船在豁免问题上和私有商船等同起来。

(23) 在欧洲委员会作出努力致使1972年《关于国家豁免的欧洲公约》生效的同时,世界其他区域也作出了或正在作出类似的努力。中美洲国家、美洲国家理事会和加勒比国家一直在审议类似的计划。¹³⁶另一项重要的发展是美洲国家组织关于美洲国家管辖豁免公约草案的工作。1980年代初期,美洲国家组织大会请它的一个政治机构——常设理事会研究美

¹³³ 联合国,《条约集》第240卷,第157页。另参看苏联与其他发展中国家缔结的条约的类似规定,例如埃及(1956)(同上,第687卷,第221页);伊拉克(1958)(同上,第328卷,第118页);多哥(1961)(同上,第730卷,第187页);加纳(1961)(同上,第655卷,第171页);也门(1963)(同上,第672卷,第315页);巴西(1963)(同上,第646卷,第277页);新加坡(1966)(同上,第631卷,第125页);哥斯达黎加(1970)(同上,第957卷,第347页);玻利维亚(1970)(同上,第373页)。上述条约的有关规定的英文本载于联合国,《管辖豁免资料》,第145至150页。

¹³⁴ 第7条规定:

“1. 一缔约国不得主张不受另一缔约国法院管辖,如果它在法院地国领土上设立办事处、代理处或其他机构,并通过这些机构以与私人相同的方式从事工业、商业或金融活动,而诉讼与该办事处、代理处或其他机构的上述活动有关。

“2. 如果争端各方均为国家,或者如果各方另有书面协议,则第1款不适用。”

¹³⁵ 第1条规定:

“国家拥有或经营的海轮、国家拥有的货物、政府船舶运载的货物和旅客以及拥有或经营这些船舶或拥有这些货物的国家,在涉及与经营这些船舶或运载这些货物有关的索赔要求时,须服从适用于私人船舶、货物和装备的同样的赔偿责任规则和负有同样的义务。”

¹³⁶ 参看“巴巴多斯政府提出的材料:巴巴多斯政府目前……正在审议[类似联合王国1978年《关于国家豁免法》那样的]立法,此外还致力提倡一项《国家豁免的加勒比公约》”,(联合国,《管辖豁免资料》,第74至75页。)

¹²⁵ 见“豁免的例外情况” section 3(上文脚注51)。

¹²⁶ 1981年《国家豁免法令》section 5(同上)。

¹²⁷ 《国家豁免法, 1979》section 5(同上)。

¹²⁸ 《南非外国豁免法, 1981》(Section 4(1))(同上)。

¹²⁹ 《澳大利亚外国豁免法, 1985》(Section II (1)) and (2)(同上)。

¹³⁰ 据以在加拿大法院提供国家豁免的法规(《国家豁免法》)(见上文脚注57)。

¹³¹ 有一位委员陈述了这种看法,参看鹤冈先生在国际法委员会第三十三届会议上的发言,其中提到日本1953年与美国缔结和1957年与苏联缔结的贸易条约《1981年……年鉴》,(第一卷,第63页,第1654次会议,第23段)。

¹³² 联合国,《条约集》第221页,第95页,第10条。参看苏联与下列国家缔结的条约的类似规定:丹麦(1946)(同上,第8卷,第20页);芬兰(1947)(同上,第217卷,第3页);意大利(1948)(同上,第181页);奥地利(1955)(同上,第240卷,第289页);日本(1957)(同上,第325卷,第35页);德意志联邦共和国(1958)(同上,第346卷,第71页);荷兰(1971)(Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden (The Hague, 1971, No.163)。上述条约的有关规定的英文本载于联合国,《管辖豁免资料》,第140—144页。

洲司法委员会 1983 年通过的美洲国家组织管辖豁免公约草案,¹³⁷ 其中载有一项规定, 限制对“有关在法院地国进行的贸易或商业活动的主张”的豁免。¹³⁸ 常设理事会设立的一个工作组审议了该草案, 拟定了一份订正案文并对美洲国家组织的两份草案和国际法委员会关于管辖豁免的草案进行了比较分析。美洲国家组织的订正草案已经提请各国政府审议。

(24) 从以上的概览中可以看出, “商业交易”方面的管辖豁免的精确范围固然不得根据现有的国家惯例轻易地加以确定, 本条第 1 款所规定商业活动方面的国家非豁免概念在上文所审查的资料中找到先例。¹³⁹

(25) 第(3)款中有关国家或其从事商业交易的一些实体在对外国管辖援引国家豁免方面的规则也似乎得到最近一些条约¹⁴⁰ 国家立法¹⁴¹ 及美国的司法

实践¹⁴² 的支持, 虽然具体的做法和必要条件容或不

SSR, 1 July 1987, No.26(2412), Article 385, pp.427—463)(section I(1), (2)和(6); 也参看《1987 年关于在苏联领土上建立有苏维埃组织和资本主义国家及发展中国家参加的合资企业之程序及其活动法令》(苏联部长理事会 1987 年 1 月 13 日通过的法令, No.49. Sobraniye postanovleni Pravitelstva SSSR (1987), No.9.item 40, 该法曾依 1988 年 3 月 17 日 Decree No.352 和 1989 年 5 月 6 日 Decree No.385 修订过, Svod zakonov SSSR(1989), IX, 50-19: sobraniye postanovleni Pravitelstva SSSR (1989), No.23, item 75); 苏联最高苏维埃 1988 年 6 月 1 日通过的关于苏联合作社的法律(articles 5, 7 and 8); 中华人民共和国全民所有制企业法, 1988 年由第七届全国人民代表大会第一次会议通过(第 2 条); 中华人民共和国民法通则, 第六届全国人民代表大会通过, 由中华人民共和国主席以 1986 年 4 月 12 日第 37 号命令颁布, 自 1987 年 1 月 1 日起实施(第 36、37 和 41 条); 捷克斯洛伐克联邦共和国有外国财产参与的企业法令; 修订有外国财产参与的企业法令的 1990 年 4 月 19 日法令, No.173 of 1988, Coll.(articles 2 and 4).

¹⁴² 美利坚合众国的实践, 参看 Matter of SEDCO, Inc(543 F.Supp.561.U.S.District Court, Southern District, Texas, March 30, 1982); O'Connel Machinery Co.诉 M.V. "America" 案 and Italia Di Navigazione, spA 734, F.2d, p.115, 美国上诉法院, 2d.Cir., May 4, 1984 《国际法报道》(伦敦), 第 81 卷(1990), 第 539 页, 参看花旗银行诉 Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (1983)(103 S.Ct.p.2591, June 17, 1983.《美国国际法学报》(华盛顿), 第 78 卷(1984), 第 230 页, 也见 Foremost-McKesson, Inc.诉伊列伊斯兰共和国案(905 F.2d 438, 美国上诉法院, D.C.Cir., June 15, 1990), 和 Kalamazoo Spice Extraction Company 诉埃塞俄比亚临时社会主义军事政府案《国际法律资料》(华盛顿, 第 24 卷(1985), 第 1277 页), 比较 Edlow International Co.诉 Nuklearna Elektrarna Krsko 案(441 F.Supp.827(D.D.C.1977), 《国际法报道》(伦敦), 第 63 卷(1982), 第 100 页。

联合王国的司法实践, 参看 1 Congreso del Partido (1983)(《法律报道》, 1983, Vol.I, p.244), 上诉法院在其中指出:

“国家控制的具有法人地位、有能力从事贸易并缔订私法合同的企业, 虽然完全受制于国家的控制, 却是近代商业界的一个众所周知的特征, 它们之间的区别和它们的支配国可能看来是人为的; 但是在英国和其他国家的法律中却是一个被接受的区别, 按国家的指示行事的企业和国家控制的企业和行使主权职能的国家分别适用着很不一样的考虑因素。”(同上, P.258.引述从略)

后来, Wilberforce 爵士在他的意见中拒绝了以下的争论点: 国家拥有的组织所从事的商业交易可以归因于古巴政府:

“我们的法院熟悉这些组织”, 从来没有人认为, 有关国家应该为他们的行动负责任。”(同上, 271).

也参看 Trendex Trading Corp.诉尼日利亚中央银行案(1977)(见上文脚注 53), 在该案中, 法院裁定: 该银行并不是尼日利亚政府为确定它是否能够行使主权豁免之目的而设立的指定单位或机关: C.Czarnikow LTD 诉 Centrala Hondlu

¹³⁷ 《关于国家管辖豁免的美洲公约草案》于 1983 年 1 月 21 日获美洲法律委员会通过(OEA/Ser.G - CP/doc.1352/83, 1983 年 3 月 30 日), 另参看《国际法律资料》(华盛顿), 第 22 卷(1983), 第 2 期, 第 292 页。

¹³⁸ 根据公约草案第 5 条第 2 款, “一国的贸易或商业活动”意指一国按其普通经营贸易方式从事的个别交易或商业贸易行为。

¹³⁹ 参看前任特别报告员第 4 次报告中所载非政府组织的文献(见上文脚注 13), pp.226 - 227, 最近的情况另参看《国际法学会年鉴》, vol.63, Part II, session of Santiago de Compostela, 1989; 和国际法协会, Queens Conference (1990), 国家豁免国际委员会, 《关于 1982 年以来国家豁免方面事态发展的第一次报告》。

¹⁴⁰ 参看《关于国家豁免的欧洲公约》, 第 27 条和《苏维埃社会主义共和国联盟——美国 1990 年 1 月 23 日贸易关系协定》第 XII(1)条。

类似于苏美协定的条款也载于捷克斯洛伐克—美国 1990 年 4 月 12 日贸易关系协定, article XIV(1)和蒙古—美国 1991 年 1 月 23 日贸易关系协定, article XII(1)。

¹⁴¹ 参看《联合国国家豁免法, 1978》section 14(1), (2)和(3); 《新加坡国家豁免法, 1979》section 16(1), (2)和(3); 《巴基斯坦国家豁免法, 1981》section 15(1), (2)和(3); 《南非外国豁免法, 1981》section 1(2)和 15; 《澳大利亚外国豁免法, 1985》section 3(1)上文脚注 51 和《据以在加拿大法院提供豁免的加拿大法规》section 2, 3(1), II(3)和 13(2)(上文脚注 57), 另参看《美国外国主权豁免法, 1976》section 1603(a)和(b)和 section 1606(上文脚注 40)以及《第三注释汇编》section 452。

在这方面, 最有关国家立法最近已在一些社会主义国家制定, 参看《苏维埃社会主义共和国联盟 1987 年 6 月 30 日关于国家企业(合并)的法律》(Vedomosti Verkhovnogo Soveta

Zagranicznego Rolimpex 案(上诉法院(1978) Q.B.176, 上议院(1979)A.C.351, 《国际法报道》(伦敦), 第 64 卷(1983), 第 195 页), 其中上议院确认了下级法院的判决, 指出: 在缺乏明确证据和确切结论的情形下, 外国政府完全是为了开脱国家企业的国家合同中的责任而采取行动, 该企业不能视为国家机关。

加拿大的司法实践参看 Ferranti Pachard Ltd.诉 Cushman Rentals Ltd.等一案(同上, 第 63 页), 和 Bouchard 诉 J.L.Le Saux Ltee 案(1984), 45 O.R.(2d)792. 翁大略最高法院(Master's Chambers)(《加拿大国际法年鉴》, vol. XXIII (1985), pp.416-17)在前一个案件中, 翁大略高等法院(分庭)认为, 纽约干道管理局不是纽约州的机关或指定单位, 而是为进行其自己的商业活动而设立的一个独立的机构, 因此, 无权享有主权豁免。在后一个案件中, 虽然资深法官以 James Bay Energy Corporation 是 Quebec 政府的一个机关因而有权享有豁免为由达成撤销诉讼文书之送达的决定, 他的确考虑了是否有证据显示该公司从事完全的私人或商业的活动的问题。

法国的司法实践, 参看 Corporacion del Cobre 诉 Braden Copper Corporation and Societe Groupement d'Importation des Metaux(《国际法报道》, 第 65 卷(1984), 第 57 页), 在 Societe des Ets.Poclair & Cied'Assurances la Concorde 诉 Morflot USSR and Others 案(《国际法报道》第 65 卷(1984), 第 57 页), 在国家公路运输公司(SNTR)诉 Compagnie Algerienne de Transit et d'Affretement Serres et Pilaire and Another(1979)(同上(1984), 第 83 页起)案中, 上诉法院这样认为:

“SNTR 具有与阿尔及利亚国家不同的法人地位, 具有作为债权人的诉讼所专门针对的它自己的资产, 并以与普通企业相同的作业方式运输货物来从事商业活动。在发表了上述调查结果以后, 该上诉法院正确地总结指出, …… SNTR 不能在法国法院要求利用属于阿尔及利亚国家的资产, 也不能在加以利用的情形下依据公权力行为或基于公共事业的利益而采取行动。因此, SNTR 不能享有管辖豁免或行政豁免。”

德国的司法实践可以说是同时进行了结构和职能的试验, 参看 Nonresident Petitioner 诉尼日利亚中央银行案(1975)(同上, 第 131 页), 在该案中, 法兰克福地区法院认为, “我们无需决定, 根据指定给它的职能被告是否履行了主权职能, 根据尼日利亚的法律被告是否以法律人格行事, 以及在履行公法下责任方面它是否全部或部分地执行国家的权力。上诉人确切地指出, 按照一般案例法、法律出版物和关于国际法的著作, 外国的单独的法律实体不得享有豁免”(同上, 第 134 页), 法院小心地补充说, 即使被告是一个法律上从属的部门, 它仍然无权享有豁免, 因此统治权行为才能享有豁免, 管理权行为则不能享有豁免。此外, 在伊朗国家石油公司输油管合同案, 1980(同上, 第 212 页), 法兰克福省最高法院认为, 没有任何国际公法的一般规则规定本国管辖权不能适用于针对一个外国提出的关于其非主权活动(管理权行为)的诉讼, 并且进一步指出如下看法:

“在德国案例法和法律学说中, 具支配性的论点认为, 具有独立法人地位的外国商业企业不得享有豁免, ……具有决定性的因素是, 被告是根据伊朗的法律组成的公营有限公司——它作为私法上的法人在伊朗国家面前享有自主权。”

进一步参看伊朗国家石油公司对地区法院的若干命令提

一样。¹⁴³

第 11 条 雇用合同

1. 除有关国家间另有协议外, 一国在该国和个
人关于已全部或部分在另一国领土进行、或将进行的
工作之雇用合同的诉讼中, 不得对该另一国原应管
辖的法院援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况:

(a) 征聘该雇员是为了履行与行使政府权力密切有关的职务;

出的宪政申诉和法兰克福上诉法院对该申诉的预审扣押诉讼 37 WM Zeitschrift tur Wirtschafts-und Bankrecht 722 (1983)(联邦宪法法院, April 12, 1983.《国际法律资料》(华盛顿)第 22 卷(1983, 第 1279 页)。

瑞士的司法实践, 参看土耳其共和国中央银行诉 Weston 金融和投资股份有限公司案(1978)(《国际法报道》(伦敦)第 65 卷(1984), 第 417 页, 在该案中, 联邦法庭拒绝了豁免的请求, 它的理由是, 按当前银行惯例缔结的, 国家不是当事一方的关于两个商业银行之间“定期存款”之规定的协定, 应该按照它的性质归类为瑞士法院具有管辖权(管理权)的私法下的合同。在这种情况下, 看来, 就事而言的做法得到重视, 但同样是在这个案件中, 有人指出, 就有关交易而言, 国家银行被视为私营银行, 也参看 Banco de la Nacion Lima 诉 Banco Cattolica del Veneto 案(1984)(《国际法报道》(伦敦), 第 82 卷(1990), 第 10 页; Swissair 诉 X and Another 案(1985)(联邦法庭, 《国际法报道》, 第 82 卷(联邦法庭, 1985, 同上, 第 36 页)和 Banque du Gothard 诉 Chambre des Recours en Matiere Penale du Tribunal d'Appel du Canton du Tessin and Another 案(联邦法庭, 1987, 同上第 50 页), 在后一个案件中, Vatican City Institute 的银行存款被按照对待外国银行的方式处理。

有关在外国法院援引管辖豁免的国家企业或其他实体的问题的另一些案件包括: 比利时: “Dhillelmes et Masurel” 股份有限公司诉土耳其共和国中央银行案, (布鲁塞尔最高法院, 1963, 《国际法报道》(London), vol.45(1972), p.85); 意大: Hungarian Papal Institute 诉 Hungarian Institute (Academy)in Rome 案(最高法院, 1960, 同上, 第 40 卷(1970), 第 59 页)。

发展中国家关于外国企业或实体的司法实践由于缺乏资料, 还无法辨别清楚。关于印度法院的实践, 参看 New Central Jute Mills Co.Ltd.诉 VEB Deutfracht Seereederei Rostock 案(加尔各答高等法院, A.I.R.1983, cal 225, 《印度国际法学报》, vol.23(1983), p.589), 在该案中, 法院认为, VEB Deutfracht Seereederei Rostock 是根据德意志民主共和国法律成立的公司, 为了需要印度中央政府同意才能对一个外国提起诉讼的本国立法的目的, 它不是一个“国家”, 但不曾决定, 为了国际法下管辖豁免的目的, 该实体是否应被视为国家的一部分。

¹⁴³ 参看 C. Schreuer 《国家豁免: 一些最近的事态发展》(Cambridge, Grotius Publications, 1988, pp.92-124,)

(b) 该诉讼的主题是个人的征聘、雇用期的延长或复职;

(c) 该雇员在签订合同时既非法院地国的国民, 也非其长期居民;

(d) 该雇员在提起诉讼时是雇用国的国民; 或

(e) 该雇员和雇用国另有书面协议, 但由于公共政策的任何考虑, 因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。

评 注

(a) “雇用合同”的例外的性质和范围

(1) 国际法委员会通过的第 11 条草案所涉的领域通称为“雇用合同”, 这个领域最近成为国家豁免的一项例外, “雇用合同”不属于本条款草案第 2 条第 1 款(c)款对“商业交易”的界定的范围, 因此, 它在性质上与商业交易不同。

(2) 虽然没有专门对雇用合同下定义, 但为第 11 条的目的指出这样的一种合同的一些要素是有用的, 本条规定的例外范围是一国与自然人或个人之间关于全部或部分在另一国领土内进行的或将进行的工作的雇用或服务合同。其中涉及两个主权国家, 即雇用国和法院地国, 个人或自然人也是一项重要的要素, 他是雇用合同的一个当事方, 应聘在法院地国工作, 国家豁免的例外适用于因雇用合同所载规定和条件而产生的问题。

(3) 由于涉及两个主权国家, 因此两种法律体系竞相适用其各自的法律, 对雇用国而言, 国家或其行使政府权力的一个机关、机构或部门在选择、征聘和任命雇员时适用其法律是符合其利益的, 为了对其本身的工作人员或政府雇员行使纪律监督, 雇用国切望确保其本国条例以及因其作出的单方面决定而产生的任命权或解雇权得到遵守, 也是有道理的。

(4) 另一方面, 法院地国在关于保护其当地劳动力的国内公共政策的问题上, 即使没有压倒一切的利害关系, 也似乎应保留专属管辖权, 有关医疗保险、对某些风险的保险、最低工资、享受休息和娱乐的权利、带薪假期、雇用合同终止时应付的补偿费等问题, 都是法院地国最关切的问题, 尤其是如果雇员应

聘在该国工作, 或应聘时是该国国民或长期居民, 除此以外, 法院地国可能没有充分理由主张它在行使管辖方面有压倒一切或重大的利害关系, 管辖的基础显然而且无疑是雇用合同和法院地国之间的密切领土关系, 即: 工作是在法院地国进行的, 而且雇员是该国国民或长期居民或永久居民, 例如, 在外国使馆工作的当地人员的确除在法院地国外并没有其他切实方法提出一项主张。¹⁴⁴ 第 11 条在这方面为保护他们的合法权利提供了重要的保证, 属于本条范围内的雇员包括普通雇员和短期的独立经营承包商。

(b) 不豁免规则

(5) 因此, 第 11 条设法使雇用国和法院地国利益之间保持微妙的平衡, 即雇用国力争适用其法律, 而法院地国则切望适用其劳工法并在某些例外情况下也对诉讼标的物保留专属管辖权。

(6) 为此, 第 1 款致力说明不豁免规则, 从案文看, 法院地国主管法院行使管辖的基础显然是工作地点, 而根据雇用合同, 就是在法院地国领土内, 一读时通过的在原案文内关于法院地国的社会保障规定适用范围的字句在二读时已予删除, 因为不是所有国家都有严格意义上的社会保障制度, 而且一些外国可能不喜欢其雇员受法院地国社会保障制度照顾, 而且, 有些社会保障制度的福利不包括受雇时间很短的人员, 如果第 11 条保留提到社会保障的规定, 这些人就得不到法院地国法院的保护, 但是, 正是这些人处于最易受伤害的地位, 最需要有效的司法补救, 在一读时通过的原案文内关于在法院地国进行征聘的字句亦已予删除。

(7) 第 1 款的措词是作为一项补救规则拟写的, 因为国家总是可以另订协议, 从而采取另一种解决办法, 放弃当地劳工法而实行豁免, 尊重条约制度和尊重有关国家的同意是至为重要的, 因为在解决放

¹⁴⁴ 参见 S. 诉印度国案(联邦法庭, 1984 年 5 月 22 日)《瑞士国际法年鉴》, vol. 41(1985), p. 172, 该案有关解雇一名当地雇用的意大利籍雇员, 他最初作一名无线电——电信技术员被印度驻瑞士使馆雇用, 随后从事起草、翻译和照相工作, 最后作为一名正式雇员工作, 法院认为, 由于该雇员为意大利国民, 从事辅助性工作, 并是在印度以外被招聘, 因此他与印度国家没有联系, 对该案行使管辖权对行使国家职能没有任何妨碍, 因此, 该雇用合同不在印度公共权力范围之内, 瑞士法院对该案拥有管辖权。

弃豁免问题或由法院地国行使管辖问题或维持雇国的管辖豁免问题, 这两项因素具有决定性作用。在不反对通过第1款的情形下, 有些委员认为, 第1款应该作为一项规则就国家豁免作出规定, 第2款则应载列这项规则的例外情况。

(c) 应当保持国家豁免规则的情况

(8) 第2款的目的是建立和维持适当的平衡, 对适用不豁免规则的情况规定重要的限制, 列举仍然适用豁免规则的情况。

(9) 第2款(a)项说明雇用职责与行使政府权力有密切联系的高级政府雇员的豁免规则。这种雇员包括私人秘书、电码员、口译、笔译和职责同国家安全或国家基本利益有关的其他人员。¹⁴⁵(a)项当然也包括常驻的官员。有关他们的雇用合同的诉讼将不能在法院地国的法院内提起或受理。委员会二读时认为, 一读通过的案文中所载的“与行使政府权力有关的服务”这一表述可能导致过于广泛的解释, 因为一个国家缔结的雇用合同很可能“与行使政府权力有关”, 即使这种关系非常间接。有人建议, (a)项规定的例外只有在所从事的工作与行使政府权力有密切联系时才合理。因此将“有关”一词改为了“有密切联系”。为了避免与履行服务工作的合同造成任何混淆(这种合同属于“商业交易”定义的范围, 因而适用第11条, 在二读中将“服务工作”一词改为“职责”。

¹⁴⁵ 参见意大利的司法实践: 不列颠驻那不勒斯总领事馆诉 Ferraino 案(最高法院(联合庭), 1986年1月17日, 第283号, 《意大利国际法年鉴》, vol.V II (1986-1987) p.298-299; 比利时驻那不勒斯总领事馆诉 Esposito 案(最高法院(Sezioni Unite), 1986年2月3日, 第666号, 同上); Panattoni 诉德意志联邦共和国案(最高法院, 1987年7月15日)(《国际法评论》, 第七十一卷(1988), 第902页。

关于其他一些国家的司法实践, 参见波兰: Maria B. 诉华沙奥地利文化学会案(最高法院, 1987年3月25日, 《国际法报道》(伦敦), 第82卷(1990), 第1页); 法国: Conrades 诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(Hanover Labour Court, 1981年3月4日, 同上, 第65卷(1984)第205页); 比利时: Portugal 诉 Goncalves 案(布鲁塞尔民事法庭, 第二庭, 1982年3月11日, 同上, 第82卷(1990), 第115页); 瑞士: Tsakos 诉 Government of the America 案(日内瓦劳资关系法庭, 1972年2月1日, 同上, 第75卷(1987), 第78页); 联合王国: Sengupta 诉印度共和国案, (劳资关系上诉法庭, 1982年11月17日, 同上, 第64卷(1983), 第352页)。

(10) 第2款(b)项的旨在肯定现行的国家实践,¹⁴⁶ 拥护国家在行使任命或不任命某人但任某一

¹⁴⁶ 参看意大利的司法实践, 该国最高上诉法院联合庭于1947年对 Tani 诉苏联驻意大利商务代表案作出了颇有意思的判决(《意大利论坛》(Rome), vol.LXXI(1984), p.855; 《年度文摘, 1948》(伦敦)第15卷(1953), 案件号45, 第141页)。在该案中, 法院裁定苏联商务代表处在雇用一名意大利公民的问题上不受管辖, 因为这是统治权行为, 尽管任命当局是一个单独的法律实体, 或就此而言是由一国设立的外国公司。此外, 在这个案件中, 也没有将该商务代理机构的外交和商业活动加以区分。又如1955年美利坚合众国陆军部诉 Gori Savellini 案(见上文脚注111), 当时一名意大利公民就美国根据北大西洋条约在意大利建立的军事基地对他的雇用一事提起诉讼, 但最高上诉法院拒绝管辖, 因为这是与美国政府的“政府或政治职能”有关的“国家活动”, 任命行为是行使政府权力的行为, 因此视为“主权行为”。

在苏联商务代表诉 Kazmann 案中(1933)(《国际法评论》罗马, 第二十五卷(1933), 第240页; 《年度文摘, 1923-1934》(伦敦), 第7卷(1940), 案件号69, 第178页), 苏联商务代表处米兰办事处一名前雇员提起关于不当解雇的诉讼, 但意大利最高法院确认豁免原则, 这项判决成为其他意大利法院在其他案件中遵循的主要判例, 例如 Litte 诉 Riccio e Fischer 案(那不勒斯上诉法院, 1933)(《国际法评论》, 第二十六卷(1934), 第110页), (最高法院, 1934)(《年度文摘, 1933-1934》, 案件号68, 第177页); 那不勒斯上诉法院和最高法院在关于不当解雇墓地雇员 Riccio 的诉讼中拒绝管辖, 因为墓地是英国皇家财产, 并且是“由英国根据统治权为其国民作为英国国民而非作为个人而维持的”, 但另一宗案件, 即 Luna 诉罗马尼亚社会主义共和国案(1974)(《国际法评论》, (米兰), 第五十卷(1975), 第597页)是关于构成罗马尼亚大使馆一部分的一个经济机构所签订的雇用合同, Luna 要求赔偿7,799,212里拉作为根据雇用合同应得的报酬, 但最高法院不予受理, 法院认为此种劳动关系不属于意大利的管辖范围。

见荷兰法院的实践, 如 M.K. 诉土耳其共和国案(海牙分区法院, 1985年8月1日, Institute's Collection, 第R2569号; 《荷兰国际法年鉴》, 第十九卷(1988), p.435), 该案有关要求宣布解雇海牙土耳其使馆雇用的一名荷兰秘书无效的申诉。法院认为, 同一名没有外交或文官身份的荷兰职员缔结雇用合同是被告作为私法上的自然人或法人所从事的行为, 不存在任何纯粹政府行为的问题; 被告由其大使代表, 作为私法上的自然人或法人从事了一项合法交易, 因此法院判决被告援引豁免的要求必须予以驳回, 并进一步判决, 由于被告未经地区就业办公室主任同意, 未经 K 的同意就发出解雇通知, 且没有任何现有或甚至指称的紧迫理由, 因此该解雇无效。

也见西班牙法院的实践, 如 E.B.M. 诉赤道几内亚案(最高法院, 1986年2月10日, 摘自《西班牙国际法评论》, vol.40, II(1988), p.10, 有关一位西班牙国民要求复职, 担任赤道几内亚大使馆接待员的申请。法院说, 给予赤道几内亚管辖豁免意味着类此扩大外交豁免规则, 承认绝对国家管辖豁免为基本原则或习惯国际法规则, 而目前人们正对这一学说原则提出疑问, 国家法院在管理权行为的问题上正在对主权国家行使管辖

官方职位或工作职位的酌处权方面的豁免规则。这包括雇用国法律视为单方面的政府权力行为的实际任命。国家“解雇”或“撤换”政府雇员的行为也包括在内,这种行为通常是在结束作为雇用国行使监督或纪律管辖一部分的讯问或调查后发生的。(b)项也包括雇员被提前终止雇用后寻求继续雇用或复职的情况。豁免规则只适用于个人的征聘、继续雇用和复职的诉讼。它不妨碍仍然可以在法院地国采取可能补救办法,以便就“不当解雇”或违反征聘或继续雇用义务的行为索赔或提出损害赔偿要求。换言之,(b)项不阻止雇员在法院地国向雇用国提起诉讼,以便就个人的征聘、继续雇用或复职问题所引起的损失寻求补偿。委员会在二读时将一读通过的“该诉讼涉及”改为“该诉讼的主题是”,以便澄清这一点。新的措词打算澄清,例外的范围严格限于该项所提到的、合法地属于雇用国可自由采取行动的权力范围内的具体行为。

(11) 第2款(C)项也赞成在雇员既非法院地国国民也非其长期居民时适用国家豁免。上述这些条件的关键时间是签订雇用合同的时间。如果要采用另外一种时间,例如,在诉讼提起的时候,就会产生许多复杂的问题,因为这样可能产生改变国籍或者在法院地国安排长期或永久居所的动机,从而不当地限制了雇用国的豁免。此外,法院地国的保护主要是限于当地劳动力,包括法院地国国民和长期住在该国的非国民。如果没有国籍或长期居民身份的联系,法院地国在面外国雇用国时就没有必要的理由主张优先实行其适用的劳工法并行使管辖,尽管就征聘雇员的地点和合同规定的服务地点而言,领土关系是存在的。

(12) 第2款(d)项提供了保护雇用国利益的另一项重要保障。在诉讼提起时,雇员国籍属雇用国一点对不受法院地国法院管辖的规则起结论性的决定作用。由于这是国家与其国民之间的事情,任何其他国家都不应就雇用合同所产生的问题主张优先行使管

辖。雇用国内应有补救方法和向法院提起申诉的机会。不论适用的法律是雇用国或任何其他国家的行政法还是劳工法,在这里似乎都无关紧要。

(13) 最后,第2款(e)项规定契约的自由,包括选择法律和选择法院或当事方同意的法院的可能性。这项自由并不是没有限制的。它须受制于公共政策或公共秩序方面的考虑,或在一些制度下,受制于“善良风俗和公众良心”;因此,法院地国法院只能因诉讼标的物才保留专属管辖权。

(14) 第10条所订的各项规则看来是与愈来愈多国家最近的立法和条约实践日渐呈现的趋势是一致的。¹⁴⁷

(15) 委员会内有人认为,第2款(c)项可能使既非法院地国国民又非其长期居民的人得不到任何法律保护。

第12条 人身伤害和财产损害

除有关国家间另有协议外,一国在对据称由归因于该国的行为或不行为引起的人身死亡或伤害、或有形财产的损害或灭失要求金钱补偿的诉讼中,如果该作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内,而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内,则不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

¹⁴⁷ 关于第11条第2款(c)项的规定,参见联合国1978年《国家豁免法》第4节第(2)(b)分节规定,在下列情况下该节第(1)分节规定的不得豁免不适用:

“(b)在合同签订之时,该个人既非联合国国民又非其长期居民; ……”

巴基斯坦《国家豁免法》1981年第6节第(2)(b)分节;新加坡1979年《国家豁免法》第6节第(2)(b)分节;南非1981年《外国豁免法》第5节第(1)(b)(同上);澳大利亚1985年《外国国家豁免法》第12(3)节,(见上文脚注51);及1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第5条第2(b)款都采用类似措词规定。

如果在提起诉讼时雇员为雇用国国民,下列法令和公约给予雇用国豁免:联合国1978年《国家豁免法》(第4节第(2)(a));巴基斯坦1978年《国家豁免法》(2)(a);新加坡1979年《国家豁免法》(第6节第(2)(a));南非1981年《外国豁免法》(第5节第(1)(c));1972年《欧洲公约》(第5条第2(a)款)。

权:和D.A.诉南非案(最高法院,1986年12月1日),同上,p.11)在该案中,法院维持了一名非西班牙国民要求复职、担任南非大使馆秘书的申请,说统治权行为是国家管辖豁免一般规则的例外。

关于比利时法院的实践,参见Castanheira诉葡萄牙商务办事处案(1980年)(布鲁塞尔劳资关系法庭,摘自《比利时国际法评论》,vol.19(1986),p.368),该案涉及一名葡萄牙国民和葡萄牙公共实体Fundo de Fomento de Exportacao之间的一份雇用合同。法庭认为,尽管该实体作为国家的衍生物原则上享有管辖豁免,但雇用合同却具有私人管理行为(acte de gestion privée)的特性,因此豁免被驳回。

评 注

(1) 本条所述对国家豁免规则的例外, 涉及对自然人造成人身伤害或对有形财产造成损害或灭失的行为或不行为所产生的侵权行为或民事赔偿责任方面的例外¹⁴⁸

(2) 这个对豁免规则的例外只适用于有关国家按侵权行为地法应有赔偿责任的情况。虽然国家通常应不受另一国法院的管辖, 但就此一例外规定来说, 则不予豁免。

(3) 因此本条所载例外旨在向个人因可归因于一外国的有意、无意或疏忽行为或不行为而蒙受的人身伤亡或财产的有形损害或灭失, 提供补救或起诉的可能性。既然造成损害的行为或不行为是在法院地国领土内发生, 可适用的法律显然是侵权行为地法, 而且最方便的法院应是发生侵权行为的国家的法院。侵权行为地以外的法院可被视为“不便审理的法院”。如果国家有权援引其管辖豁免, 则受害者就会无法诉诸法律。

(4) 此外, 导致死亡或全部灭失或其他较轻伤害的人身伤害或有形财产的损害似乎主要限于可保险的风险。第 12 条规定的损害范围, 主要是关于交通事故——例如移动车辆、摩托车、火车或快艇——对个人造成的意外死亡或人身伤害或是对有形财产造成的损害。换句话说, 本条包括了以铁路、公路、空中或水路运输货物和运载乘客时所涉的大部分事故。不豁免规则将基本上排除保险公司借国家豁免为掩护, 逃避其对受害者的赔偿责任的可能性。此外, 第 12 条的范围很广, 足以包括例如殴打、恶意损坏财产、纵火或甚至杀人并包括政治谋杀在内的有意有形伤害。¹⁴⁹

¹⁴⁸ 见前任特别报告员第五次报告中引证的国家实践, (上文脚注 13, 第 76-99 段)。也见澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 13 节(上文脚注 51)。

¹⁴⁹ 参看 *Letelier 诉智利共和国案*(1980)(美利坚合众国, 《联邦补编》, vol.488(1980), p.655)所呈现的名称可能性; 另参看 H.D.Collins, “*Letelier case: Foreign sovereign liability for acts of political assassination*”, 《维吉尼亚国际法学报》(Charlottesville, Va.), vol. 21(1981), p.251, 《智利-美国关于解决莱特列尔和莫菲特死亡赔偿争端的协议》, 1990 年 6 月 11 日于圣地亚哥, 《国际法律资料》(华盛顿), 第 30 卷(1991), 第 421 页。

也见 *Olsen 诉 Mexico 案*(729F.2d 641, 美国上诉法院, 9th

(5) 第 12 条并不包括不发生有形损害的情况。从有形的意义来说, 破坏名誉或诽谤并不是人身伤害, 干预契约权利或任何权利包括经济或社会权利也不是对有形财产的损害。

(6) 要适用这项例外, 就需要同时具备两项条件。造成死亡、伤害或损害的行为或不行为必须全部或部分发生在法院地国领土内, 才能确定侵权行为地是在法院地国领土内。此外, 此一行为或不行为人在行为或不行为发生时也必须在该国境内, 以便进一步加强行为或不行为在法院地国造成损害的行为人或个人与法院地国的领土关系。

(7) 写入第二个条件, 即: 造成伤害或损害的行为或不行为人在行为或不行为发生时必须在法院地国领土内, 是为了确保将跨界伤害或跨界侵权行为或损害的情况, 排除在本条的适用范围以外。炸药、烟火或危险物质的输出都是例子, 它们可以因疏忽、无意或意外而爆炸或引起损害。越界射击或开火, 或因武装冲突而炮火越界外溢情况, 应排除在第 12 条适用范围之外, 这点也很明确。第 12 条主要是关于经常在法院地国领土内发生的事故, 而发生这种情况时, 许多国家可能仍然需要明确放弃国家豁免才能提出损害赔偿的诉讼。尽管索取补偿对象是保险公司, 而最后也是由保险公司作出补偿。¹⁵⁰

Cir., 1984 年 3 月 30 日, 1984 年 7 月 16 日订正); *Frolora 诉苏维埃社会主义共和国联盟案*(1985)(见上文脚注 77); *Gerritsen 诉 De La Madrid 案*(819F.2d, p.1511, 美国上诉法院, 9th Cir., 1987 年 6 月 18 日); *Helen Liu(刘崔蓉芝)诉中华民国案*(上诉法院, 9th Cir., 1989 年 12 月 29 日, 《国际法律资料》(华盛顿), 第 29 卷(1990), 第 192 页)。但是, 在法院地国以外所从事的此种行为, 或甚至武装攻击都在本条适用范围以外。参见美国: *McKeel 诉伊朗伊斯兰共和国案*(美国上诉法院, 9th Cir., 1983 年 12 月 30 日, 《国际法报道》(伦敦), 第 81 卷(1990), 第 543 页); *Perez 等诉 The Bahamas 案*, 上诉法院, 哥伦比亚特区, 1981 年 4 月 28 日, (同上), 第 63 卷(1982), 第 601 页; *Berkovitz 诉伊朗伊斯兰共和国等案*, 美国上诉法院, 9th Cir., 1984 年 5 月 1 日, (同上), 第 81 卷(1990), 第 552 页; *阿根廷共和国诉 Amerasia Hess Shipping Corp 案*(488 U.S.428, 美国最高法院, 1989 年 1 月 23 日, 《美国国际法学报》(华盛顿), 第 83 卷(1989), 第 565 页)。

¹⁵⁰ 在有些国家不能直接向保险公司提起诉讼, 因此这项例外就更有必要。在另一些国家中, 有法律规定外国代表必须购买保险, 例如美国 1983 年《外国使团修正法》(Public Law 98-164 of 22 November 1983, title VI, sec.603(《美国一般法规》, 1983), vol.97, p.1042)。这一法令修正了《美国法典》, title 22, 第 204 节。

(8) 对这项例外适用的情况承担和行使管辖的基础是属地性原则。侵权行为地提供了坚实的领土关系,不论行为或不行为的动机是有意或甚至是恶意,或是由于意外、疏忽、无意、鲁莽或粗心,甚至不论所涉活动的性质是统治权活动还是管理权活动。有些国家¹⁵¹在涉及执行公务或军事任务期间发生的汽车事故的判例法还保持这一区分。它们对统治权行为维持豁免,但对管理权行为则拒绝豁免。第12条提出的例外不作此区分。但在第一句却有一个限制条件,说明一项保留,但这项保留却实际上允许不同的规则适用于由条约、双边协定、或区域安排特设地管制的问题,因为这些文书都具体规定或限制赔偿责任或补偿的程度,或规定一种不同的解决争端程序。¹⁵²

(9) 总之,第12条旨在允许进行正常的诉讼及向本人或其已故的先辈或其财产受到本来可以起诉的有形伤害的个人提供补救。诉讼事由与在法院地国发生或造成有形损害有关,造成损害的行为或不行为当时实际处于该国境内,而一国按法院地国法律——也就是侵权行为地法——对此应负责任。

(10) 委员会在二读时在“赔偿”前增加了“金钱”二字,以便澄清“赔偿”一词不包括任何非金钱的赔偿形式。“行为人”一词应理解为指履行官方职责的一国代理人或官员,不一定指作为法人的国家本身。“归因于国家”这一表述也是旨在区分此种人员所为的、不归因于国家的行为和归因于国家的行为。但是,提到行为或不行为归因于国家并不影响国家责

任规则。应该强调本条不涉及国家责任问题,它仅处理一国在关于其代理人或雇员的行为或不行为所造成的损害的诉讼中不受另一国法院管辖的问题,这种行为或不行为“据称”可归因于该国但归因或有关国家的责任的确定显然不在本条规定的范围之内。它既不影响第3条所规定的外交豁免的问题,也不适用于涉及武装冲突的情况。

(11) 有些委员对该条十分广泛的范围及其可能对国家责任的影响表示保留。他们认为,通过外交渠道的谈判或保险可以有效地保证对受害个人的保护。

第13条 财产的所有权、占有和使用

除有关国家间另有协议外,一国在涉及下列问题之确定的诉讼中,不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免:

(a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益,或该国对该不动产的占有或使用,或该国由于对该不动产的利益或占有或使用而

(b) 该国对动产或不动产由于继承、赠与或绝产而产生的任何权利或利益;或

(c) 该国对托管财产、破产者产业或公司结业时的财产的管理的任何权利或利益。

评注

(1) 第13条处理国家不受另一国法院管辖的规则的一个重要例外,这种豁免不同于国家财产不受扣押和执行的豁免。应该回顾,根据第6条第2款(b)项¹⁵³即使不是直接对外国提起诉讼而只是旨在剥夺该外国的财产,或使其不能使用所占有或控制的财产,该国仍可援引豁免。因此,第13条是为了规定国家豁免规则的一个例外。但是,第13条的规定不妨碍一国根据国际法所享有的有关外交使团或其他政府代表处财产的特权和豁免,如第3条所规定。

(2) 从各国的司法和政府实践来看,对此例外并无任何严重的反对意见。¹⁵⁴这个例外的表述需要照

¹⁵¹ 参看下列国家所作的判决:比利时, S.A. “Fau gaz, electricite et applications” 诉 Office d'aide mutuelle 案(1956)(Pasicrisie belge(Brussel), vol.144(1957), part 2, p.88; 《国际法报道》, 1956(London), 第23卷(1960), 第205页; 德意志联邦共和国, 《联合王国的管辖豁免》(1957), 同上, 1957(伦敦), 第24卷(1961), 第207页); 埃及, Dame Safia Gueballi 诉 Colonel Mei 案(1943) (《埃及立法和判例学报》(Alexandria), vol.55(1942-1943), p.120. 《年度文摘, 1943-1945》(伦敦), 第12卷(1949), 案件号44; 第164页; 奥地利, Holubek 诉美国政府案(1961) Juristische Blätter(Vienna), vol.84(1962), p.43; 《国际法报道》(伦敦), 第40卷(1970), 第73页); 加拿大, Carrato 诉美利坚合众国案(1982)(141 D. L.R.(3d), p.456, 安大略高级法院, 《加拿大国际法年鉴》, vol.XXII(1984), p.403; 美国, Tel-Oren 诉阿拉伯利比亚共和国案, 美国根据最高法院复审令状请求向其提交的情况简述(《国际法律资料》(华盛顿特区)第24卷(1985), 第427页)。

¹⁵² 例子包括各种关于军队地位的协定以及关于民航或关于海上运输货物的国际公约。

¹⁵³ 见第6条及其评注。

¹⁵⁴ 参看前任特别报告员的第五次报告(上文脚注13)其中他讨论了东京法院对 Limbin Hteik Tin Lat 诉缅甸联邦案(1954)

顾到各国政府和各种理论对另一国法院行使管辖的基础的不同看法。在大多数情况下，财产特别是不动产都是位于该国。按照大多数权威的看法，第13条是一个清楚而确定的例外，但其他人可能仍认为它不是真正的例外，因为一国可以选择它是否参加该诉讼以主张它对于构成裁决或诉讼事由的财产的权利或利益。

(3) 第13条列出有关和涉及确定以下问题的各种诉讼：一国对动产或不动产的任何权利或利益，或对该动产或不动产的占有或使用，或由于对该不动产的利益或占有或使用而产生的任何义务。它无意对本无管辖权的法院授予管辖权。因此，“原应管辖”一语是用来具体说明另一国法院对诉讼的管辖权是存在的。“原应”一词只意味，如果没有待决的国家豁免问题，在正常情况下，管辖权是存在的。一般的理解是，该法院是根据国际私法的适用规则对此诉讼行使管辖的。

(4) (a)项处理不动产，但指明不动产仅限于“位于法院地国的‘不动产’。总的来说，(a)款不会引起任何争议，因为普遍接受“物所在地法”的适用应有优先，而且“物所在地法院”应有专属管辖权。但是，(a)款中“权利或利益”一语却引起一些困难。财产法，特别是不动产法有许多特点，一个体系中构成对财产权利的东西在另一个体系中可能被认为是利益。因此，“权利或利益”这一综合词是指一国在任何法律体系下都可以享有的任何权利或利益的总体。1972年《关于国家豁免的欧洲公约》法文本在第9条中最广义地使用“droit”一词，而不加上“interet”。关于这一点，还应该指出的是，“占有”并不总是被视为一种“权利”，除非是“相反占有”或“非武力非

隐密非无偿的长期占有”，则可能产生一种“权利”或“利益”，但这要视某一特定法律体系中的法律用语而定。因此西班牙文暂时采用了相当的“derecho o interes”一语。

(5) (b)项涉及国家对动产或不动产由于继承、赠与或绝产而产生的权利或利益。必须清楚了解，如果诉讼所涉的不仅是位于法院地国领土管辖范围内的动产，而且还涉及不动产，则可能需要另外提起诉讼，以便在不动产所在国法院，也就是说“物所在地法院”，确定这方面的权利或利益。

(6) (c)项不一定涉及国家对财产的一项权利或利益的确定，或与这种确定有关，但列入案文内是为了照顾到许多国家特别是英美法系国家有以下的情况：法院对托管财产或以其他方式信托的财产管理，对死亡者、精神失常者、破产者产业的管理，或对公司结业时财产的管理，行使某种监督管辖或其他职能，行使这种监督管辖完全是附带性质，因为诉讼可能部分涉及确定或确认所有利害关系当事方的权利或利益的问题，其中可能也包括一个外国的权利或利益。考虑到各国政府以及国际法委员会各成员的评论和意见，现有的(c)项将一读时通过的原第1款(c)项、(d)项和(e)项合并为一项。

(7) 鉴于第2条第1款(b)项详细阐述了“国家”一词的定义，在已提起的诉讼中一个国家虽然未被指名，但其财产、权利、利益或活动却有受到影响的可能性，一读暂时通过——尽管一些委员持有异议——的条文案文所载的原第2款¹⁵⁵已被删除。即使出现起诉的情况，该国也可通过提供其所有权的初步证据或证明该占有是根据当地法律而获得，避免其财产、权利、利益或活动受到影响。

第14条 知识产权和工业产权

除有关国家另有协议外，一国在有关下列事项的诉讼中不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免：

(a) 确定该国对在法院地国享受某种程度、即使是暂时的法律保护的专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或任何其他形式的知识产权或工业产权的任何权利；或

(b) 据称该国在法院地国领土内侵犯在法院

的判决和法院的判词(同上，第117段)，以及主事官丹宁勋爵在泰欧葛粉服务有限公司诉巴基斯坦政府农业部农业用品署案(1975)中的判词(同上，第118段；又见上文脚注45)。关于英国对信托的学说，参看第5次报告第120至121段举出的案例。其他国家的判例法也承认这个例外，特别是意大利的判例法(同上，第122段)。但是，参见巴西法院在叙利亚共和国诉阿拉伯埃及共和国案(上文注106)。

关于有关立法规定，可参看匈牙利1979年《第13号法令》第56节、马达加斯加1962年9月19日《第62—041号法令》第29条以及对秘书处调查表的答复(第五次报告第125至129段以及1985年《澳大利亚外国豁免法》(见上文脚注51))。关于其他立法规定、各项国际公约和国际意见的讨论，见第五次报告，第130至139段。亦参看现任特别报告员初步报告(见上文脚注16)，第1、第2和第7至第9段)对各国政府的评论和意见的分析。

¹⁵⁵ 见上文脚注14。

地国受到保护的、属于第三者的(a)项所述性质的权利。

评 注

(1) 第14条处理一个愈来愈具有实际重要性的国家豁免规则的例外。它涉及国内法在知识产权或工业产权领域内的一个专门部门。从此种工业产权或知识产权受到保护的法院地国的观点来看,这一条所涉的利益关系非常广泛。在某些特定的工业产权或知识产权领域内各国以国际公约形式承担的国际义务进一步加强和巩固了法院地国国内法规定的保护措施。¹⁵⁶

(2) 第14条规定的例外似乎介于第10条规定的“商业交易”的例外和第13条规定的“财产的所有权、占有和使用”的例外之间。许多国家现行的国内登记制度所提供的保护旨在促进发明和创造,并同时管制和保证国际贸易中的公平竞争。侵犯发明专利或工业设计或任何文学或艺术作品版权的行为不一定出于谋取商业或金钱利益的动机,但却一定损害所涉货物的生产和销售原应受到保护的制造者和生产者的商业利益或对它造成不利影响。总称为“知识产权或工业产权”的权利是一种非常专门的财产权利,它们是无形或无实体的,但各种法律体系都承认它们是可被拥有、占有和使用的。

(3) 第14条标题的用语是概括性的总称,目的是把现有和将来的各种形式、类型、种类或类别的知识产权或工业产权全包括在内。总的来说,本条设想的三种主要的产权包括:属于工业产权的专利和工业设计;同商业世界或国际贸易以及有关限制贸易的实施和不公平的贸易竞争(不正当的竞争)等问题有更多关系的商标和商号;版权或任何其他形式的知识产权。因此,本条所用的通称旨在包括所有可能归类为知识或工业财产权利的各种形式的知识产权或工业产权,例如包括植物繁殖者的权利和电脑作品的权利。有些权利仍然在演变过程中,例如电脑科学领域或其他受法律保护的各种现代技术和电子技术的权利。要确定这些权利为工业权利或知识权利并不容易。例如,电脑系统的硬件可能是工业产权,软件比较明显是知识产权,固件可能介于两者之间。也在版

权名下受保护的文学和烹饪艺术也可以自成一类。关于音乐、歌曲和表演艺术以及其他各种娱乐形式的版权也在本标题下受到保护。

(4) 本条文草案规定的工业或知识财产权利在国内和国际上都受到国家的保护。国家在其领土管辖范围内提供的保护,视该工业产权或知识产权的种类以及申请、登记或利用此种国内法保证保护的权力的特殊制度或有机制度而定。

(5) 一国自愿参加法院地国的法律体制,例如提交版权登记申请或登记版权等等,以及法院地国提供的法律保护,都是承担和行使管辖的有力的法律基础。一般说来,保护是以登记为前提,有时候甚至以交存或提出登记申请书为前提。在一些国家,在实际接受登记申请以前,可能已有一定程度的保护。因此,保护取决于国家立法的存在和范围以及登记制度。为此,除了有适当的国内立法以外,还应该有现行的有效登记制度,为管辖提供法律基础。国家实践似乎证明列入这一条是大有理由的。¹⁵⁷

(6) 第14条(a)项具体地处理一国对一项受法律保护的智力产权或工业产权的任何权利的确定问题。“确定”一词在此不仅是指查明或核实受保护的权利是否存在,而且是指评价或评估此种权利的实质,包括这种权利的内容、范围和程度。

(7) 此外,第14条设想的诉讼不仅限于对该国提起的诉讼或与该国拥有的任何权利有关的诉讼,它可能与第三者的权利有关,而且只有就这一点而言,才会产生该国对类似的知识财产或工业财产的权利问题。确定属于该国的权利对确立第三者权利来说,可能是附带的,甚至是不可避免的,但确定第三者的权利,是诉讼的主要目的。

(8) 第14条(b)项是关于据称一国在法院地国领

¹⁵⁶ 参看《世界版权公约》此外,还有一个联合国专门机构,即知识产权组织,参与这方面的工作。

¹⁵⁷ 1970年以来通过的国内法律都支持这种观点;参看联合国王国1978年《国家豁免法》第7节;新加坡1979年《国家豁免法》第9节;巴基斯坦1981年《国家豁免规程》第8节;南非1981年《外国主权豁免法》第8节;澳大利亚1985年《外国国家豁免法》第15节(见上文脚注51);美国1976年《外国主权豁免法》(见上文脚注40)对此没有直接的规定。事实上,该项法律第1605(a)(2)节可以说是基本上遮蔽,以至重复了版权和其他类似权利的使用。1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第8条也支持上述观点,支持这种观点的一个判例是奥地利最高法院在Dralle诉捷克斯洛伐克政府案(1950)中所作的判决(见上文脚注25)。

土内侵犯在法院地国受到保护的、属于第三者的任何上述权利的行为。本条的侵权行为不一定是本条款草案第 10 条所指明的因国家进行的商业活动而产生的；它也可以采取非商业目的的活动形式。适用这一项时，必须有两项标准。首先，据称一国侵犯版权的行为必须是在法院地国发生的。其次，属于第三者的此种版权必须是在法院地国受到保护的。因此，本条的适用范围是有限制的。根据本条，一国在其本国领土内而不是在法院地国内侵犯版权的行为，不足以构成法院地国行使管辖的基础。

(9) 第 14 条表达一项余补规则，不妨碍各国按照它们作为缔约国的有关国际公约拟订本国关于保护任何知识产权或工业产权的国内法律和政策，并且按照本国利益在国内适用这些法律和政策。第 14 条也不妨碍一国对其领土内的知识产权或工业产权实行国有化的域外效力。本条款的规定不影响一国按照其国内法对其领土内的此种权利实行强制收购、没收或采取其他国有化措施的域外效力的确切程度的问题。

(10) 应该指出，本条(b)项规定的国家豁免的例外的适用只限于在法院地国内发生的侵权行为。每一个国家均可在其本国领土内自由推行自己的政策。在另一国领土内侵犯此种权利的行为，例如，未经授权复制或发行有版权保护的出版物，不能避免由采取保护措施的国家的主管法院行使管辖。如果法院地国缺乏国际有机制度保护在其领土内被侵犯或违反的权利，它同样也有自由容忍或容许此种侵权行为或拒绝为此提供补救方法。

第 15 条 参加公司或其他集体机构

1. 一国在有关该国参加具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构的诉讼中，即在关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼中，不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免，但有以下条件：

(a) 该机构的参加者不限于国家或国际组织；而且

(b) 该机构是按照法院地国的法律注册或组成或其所在地或主要营业所位于法院地国。

2. 但是，如果有关国家同意，或如果争端当事方之间的书面协议作此规定，或如果据以建立或管理

有关机构的文书中载有此一规定，则一国可以在此诉讼中援引管辖豁免。

评 注

(1) 第 15 条对管辖豁免规则作出了例外规定，即：一国在有关该国参加一公司或其他集体机构的诉讼中不得对另一国的法院援引管辖豁免，如果该公司或机构是在法院地国建立或其所在地或主要营业所位于法院地国的话。该国参加的此一机构可以办理过注册，也就是说具有法人资格，也可以未办理过注册，而仅具有有限的权利能力。

(2) 第 15 条中的“具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构”一语是经过斟酌后选用的，其范围包括各种各样的法律实体以及不具法人资格的其他机构。此一行文旨在把名称各异的不同类型或种类的机构、集体和团体包括在内，诸如公司、协会、合伙企业和其他类似形式的集体机构，而在不同的法律制度中，这些机构可能具有不同程度的权利能力和法律地位。

(3) 国家与民间合伙人或私营部门机构共同参加的此一集体机构可以是营利性质的，例如贸易公司、商业企业或任何其他类似的商业实体或法人团体。另一方面，国家所参加的集体机构也可以是非营利性质的，例如学会、寺院、宗教团体、慈善机构或慈善基金会或任何其他类似的慈善组织。

(4) 因此，第 15 条所针对的是集体机构之内的法律关系或法人关系——法文中的用语 *rapports sociétaires* (社团关系) 更为允当，或涉及国家作为集体机构的一员对于该机构和对于该机构其他成员的权利和义务的法律关系。

第 1 款

(5) 第 1 款所载的无豁免权规则的适用与否，取决于是否同时具备或同时存在两项重要条件。首先，该机构的参加者必须不限于国家或国际组织。换言之，该机构必须有私营部门参加。因此，没有私营部门参加而完全由国家和/或国际组织组成的国际组织和其他形式的集体不在第 15 条的范围之内。

(6) 其次，该机构必须按照法院地国的法律注册

或组成, 或其所在地或主要营业所必须位于法院地国。所在地通常是指对实体进行管理的地方; 主要营业所是指经营主要业务的地方。一读暂时通过的第1款(b)项英文文本中的“place of control”(控制中心)一语¹⁵⁸已被删去, 因为有人认为确定一国如何控制一法人实体的问题是一个十分引人争议的问题。现在已将这种提法改为另一种较易确定的标准, 即法人实体的“所在地”。关于国家豁免的欧洲公约第6条中也使用了“所在地”一词。

(7) 如果一国参加了某一集体机构, 例如取得或持有某一公司的股份或成为某一法人团体的成员, 而该集体机构是在另一国组成和营业, 则该国自愿地进入了该另一国的法律制度, 发生了一种确认在该法律制度下具有约束力的关系。因此, 该国出于自愿地受该机构进行注册或登记或经营主要业务的所在地国的适用规则和国内法的约束, 并有义务遵守这些规则和法律。该国还在据以建立有限或注册合伙关系的法人章程、组织规章或其他类似文书的有关条款下具有权利和义务。在有关实体的组成、管理、领导、经营、解散或资产分配的问题上, 股东之间的关系或股东与公司或任何形式的机构之间的关系须遵守该机构的注册国或登记国或所在地国或主要营业所所在地国的法律。此种国家的法院最有资格适用其本国在这一特定领域的法律。

(8) 从各国的惯例¹⁵⁹可以日益明显地看出, 国家作为集体机构的一员而与该机构或其他成员的关系所引起的问题, 属于这项国家豁免例外规则的适用范围。在涉及此一关系的问题上坚持国家豁免规则, 无可避免地会造成管辖真空。必须确立下列三种与法院地国之间的实际领土联系关系中的任何一种, 其法

院才可具有和行使管辖权。这三种联系关系是: 指明注册制度、组织章程或其他组织条例的注册地; 所在地; 或主要营业所(siege social ou statutaire, 结社或法定地点)。

第2款

(9) 第1款针对一国参加公司或其他集体机构的情况所作的例外规定的一项前提是, 有关国家之间并未订有不同的或相反的协议。在这里, 有关国家是指法院地国一方以及被提起诉讼的国家一方, 而在此情况下, 法院地国即为注册国或所在地国或主要营业所所在地国。这项特定保留条件最初是载于第1款中, 但二读时被移至第2款, 其目的是在第1款中载明无豁免权的一般规则, 而把所有保留条款集中放在第2款中。第2款还确认争端各当事方有商定不按照第1款所载无豁免权规则行事的自由。而且, 法人关系(社团关系)的有关各方之间可议定作为成员或参加者的国家继续享有豁免, 或可选定或指定任何管辖法院或程序来解决它们之间或机构之内可能出现的争议。特别是, 据以建立或管理该机构的文书本身可能已规定, 与无豁免权规则相反的是, 国家作为成员、股东或参加者, 享有不受如此选定或指定的法院管辖的豁免。国家加入此一文书, 即表示它同意遵守该文书所载的各项规则, 包括对法律或管辖的选择。“据以建立或管理有关机构的文书”一语应理解为, 仅指法人团体的两种基本文书, 而非指任何其他种类的条例。

第16条 国家拥有或经营的船舶

1. 除有关国家间另有协议外, 拥有或经营一艘船舶的一国, 在另一国原应管辖的法院有关该船舶的经营的一项诉讼中, 只要在诉讼事由产生时该船舶是用于政府非商业性用途以外的目的, 即不得援引管辖豁免。

2. 第1款不适用于军舰、辅助舰艇, 也不适用于一国拥有或经营的、专门用于政府非商业性活动的其他船舶。

3. 为本条的目的, “有关该船舶的经营的诉讼”一语, 除其他外, 是指同确定下列要求有关的任何诉讼:

- (a) 碰撞或其他航行事故;
- (b) 协助、救助和共同海损;
- (c) 修理、供应或有关船舶的其他合同。

¹⁵⁸ 见上文脚注14。

¹⁵⁹ 可援引关于国家管辖豁免的最近各国立法作为此一例外规则的佐证。参看联合国1978年《国家豁免法》第8条; 新加坡1979年《国家豁免法》第10条; 巴基斯坦1981年《国家豁免规程》第9条; 南非1981年《外国豁免法》第9条; 和澳大利亚1985年《外国豁免法》第16条(见上文脚注51)。

在下列法律中, 此一例外规则似乎包含在于法院地国从事或进行贸易或商业活动所适用的更广泛的例外规则中: 美利坚合众国1976年《外国主权豁免法》第1605条(a)款(2)项(见上文脚注40)(美国法典, 1976年版, 第8卷, 第28篇, 第97章, p.206; 载于联合国《管辖豁免资料》, 第55页起各页); 1972年欧洲公约; 和关于国家管辖豁免的美洲公约草案(见上文脚注137)。

(d) 海洋环境污染引起的后果。

4. 除有关国家间另有协议外, 一国在有关该国拥有或经营的船舶所在载货物之运输的一项诉讼中, 只要在诉讼事由产生时该船舶是用于政府非商业性用途以外的目的, 即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

5. 第4款不适用于第2款所指船舶所承运的任何货物, 也不适用于国家拥有的、专门用于或意图专门用于政府非商业性用途的任何货物。

6. 国家可提出私有船舶、货物及其所有人所能利用的一切抗辩措施、时效和责任限制。

7. 如果在一项诉讼中产生有关一国拥有或经营的一艘船舶、或一国拥有的货物的政府和非商业性质问题, 由该国的一个外交代表或其他主管当局签署并送达法院的证件, 应作为该船舶或货物性质的证据。

评 注

(1) 第16条草案关系到外贸行为, 因此涉及海洋法的一个十分重要的领域。这一条的标题是“国家拥有或经营的船舶”, 此处“船舶”一词应理解为涵盖一切类型的海船, 无论其属哪一类名称, 而且即使仅部分从事海运也一样。该条拟订为一种余补规则, 因为各国之间都可缔结协定或安排¹⁶⁰从而可在对等或其他基础上对国家或其机构拥有或经营的从事商业服务的船舶适用管辖豁免。

(2) 第1款和第3款主要涉及从事商业服务的船舶, 第2款主要涉及军舰和辅助舰艇, 第4款和第5款主要涉及货物的地位。第4款订立了一项规则, 即, 在一国拥有或经营的船舶所载货物之运输的诉讼

中, 如船舶是用于政府非商业性用途以外的目的, 不得援引豁免。第5款规定, 对于第2款所指船舶所承运的任何货物以及专门用于或意图专门用于政府非商业性用途的任何货物, 依然维持国家豁免。

(3) 为第16条所述例外情况制订规则有固有的多方面困难。这些困难不仅仅是语言上的。从英文的情况来看, 是假定要使用一些不成文法术语中目前常用的词语, 但这些词语并不见于其他法系, 也没有对等用语。就此而言, “suits in admiralty(海事诉讼)”, “libel in rem(对物起诉)”, “maritime lien(海上留置权)”和“proceedings in rem against the ship(对船舶的物权诉讼)”等用语可能在大陆法系或其他非英美法系范畴内没有什么意义或根本没有意义。第16条所用术语是从较一般的适用角度考虑的。

(4) 围绕对船舶物权的诉讼可能性, 也存在概念上的困难, 例如, 送达关于船舶主桅的令状、或将船舶扣押在港内、或查封船舶和缴款放船, 此外, 还有一种特殊的 *ad fundandam jurisdictionem*(按管辖基础)的特别扣押程序。在有些国家, 可在所谓姐妹船管辖的基础上对所有权与引起索赔的船舶相同的另一艘船提起诉讼, 这在《扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔, 1952年)中已有规定。本条不应理解为承认按管辖基础扣押或姐妹船管辖扣押等制度为普遍适用的规则。依此, 若是对一国拥有或经营的一艘商船提出索赔, 该国拥有或经营的另一艘商船不会遭受对物诉讼。

(5) 从事普通商业活动的政府拥有或国家经营的船舶问题不是新出现的。一位论著作者对此有生动的描述。¹⁶¹并且以下事实也证实了这一情况: 一些海运大国认为有必要为此议题召开一次会议通过《统一国家拥有船舶豁免若干规则的国际公约》(布鲁塞尔, 1926年)及其附加议定书(1934年)。1926年布鲁塞尔公约的主要目的是不按所有权而按经营性质(*exploitation*——法语)或用途重新划分海运船舶, 不论是从事“政府的和非商业性的”服务还是从事“商业性”服务。

¹⁶¹ 可参看 G. van Slooten, 所著“关于国家船舶的法规的布鲁塞尔公约”, 《国际法和比较立法评论》(布鲁塞尔) 第3系列, 第七卷(1926年), 第453页, 特别是第457页。

¹⁶⁰ 参看 1968年4月3日联合国和苏联《商业航行条约》的1974年3月1日议定书(联合国, 《条约汇编》, No.104(1977)), 并可参看苏联与下列国家缔结的海上航行条约: 法国, 1967年4月20日《海运条约》(第14条)(联合国: 《条约集》, 第1007卷, 第183页); 荷兰, 1969年5月28日关于航运的协定(第16条)(同前, 第815卷, 第159页); 保加利亚、捷克斯洛伐克、德意志民主共和国、匈牙利、波兰、罗马尼亚, 1971年12月3日关于海上商业航运合作的协定(第13条)(同前, 第936卷, 第19页); 阿尔及利亚, 1973年4月18日关于海上航行的协定(第16条)(同前, 第990卷, 第211页); 伊拉克, 1974年4月25日关于海上商业航运的协定(第15条); 葡萄牙, 1974年12月20日关于海上航行的协定(第15条)。参看 M.M. Boguslavsky, 所著“外国国家豁免: 苏联的学说和实践”, 《荷兰国际法年鉴》(Alphen aan den Rijn), vol. X(1979), p. 173—174。

(6) 一读暂时通过的第16条案文¹⁶²维持了船舶服务的双重划分,即,根据“商业性和非政府”用途或“政府的和非商业性用途”双重标准划分。“政府的和非商业性”,一语见于1926年布鲁塞尔公约,“政府非商业性”一语见于一些具有普遍性质的公约,如:《公海公约》(日内瓦,1958年)和1982年《联合国海洋法公约》其中按用途划分船舶类别,即,政府非商业性服务相对于商业性服务。

(7) 委员会的一些委员在一读通过该条时对这种双重标准表示不满意,因为这意味着两个形容词可有极不相同的搭配,如:“政府商业性”服务或“商业性的和政府的”服务。反之,另一些委员则不认为会有这种理解,并且认为“商业性”和“非政府的”二词可选用。还有一些委员补充说,国家,特别是发展中国家,以及其他公共实体,可在不受国家法院管辖的情况下从事商业性质的和政府性质的活动。此外,军备采购交易往往是政府之间达成的,包括由任何一类承运人运输此类军备,一般国家法院通常不对之实行管辖。由于意见分歧,委员会一读时决定保留该条草案第1款和第4款“非政府”一语两边的方括号。

(8) 委员会经过进一步讨论,在二读时通过了第1款和4款“政府非商业性用途以外”这一当前的行文,这就解决了双重标准问题。

(9) 第1款中的“经营”(exploiter和 exploitation——法语)一词须以1926年《布鲁塞尔公约》和现有国家实践为背景来理解。“经营”是指利用或经营船舶作海上客、货运输。海上货运是国际贸易法的一项重要议题。贸易法委员会已对此作了研究,现已提出了一项海运法或海上货运法标准公约或法规,¹⁶³供正在考虑为此制订本国法规的发展中国家用作范本。这个议题涵盖海运活动的一个范围很大的领域,从组织商船部门、建造和建设商船队、培训船长和船员、确定发运和装卸代理人,直至海运保险。人们较熟悉的问题是:危险货物或动物承运人的赔偿责任、港口外近海油污排放、海上碰撞、救援和修理、共同海损、海员工资、海上优先请求权和抵押权。第3款以示例方式对商船或从事商务船舶的经营概念作了某种澄清。“经营一艘船舶的一国”也包括一国“拥有”、“控制”、“管理”和“租用”船舶,无论租

用是按时间一次计的还是按航次计的,也不论是光船还是其他情况。

(10) 拥有船舶组织另一实体经营的国家仍会受到诉讼,原因是有些英美法系国家可能会规定的对物诉讼或海事诉讼或海上优先请求权诉讼的特殊性质,而且这些诉讼是针对在船舶或货物方面有利益的所有人。在实践中,拥有但不经营船舶的国家不应以其他任何方式被要求对经营负赔偿责任,因为可由公司或经营实体来承担船舶经营引起的一切赔偿责任。第1款的规定应理解为,在船舶为一国拥有但由一具有独立法人地位的国营企业经营的情况下,应受法院所在地国法院管辖的是经营船舶的国营企业而不是拥有船舶的国家。也可以说,当可允许在不涉及国家或其管辖豁免要求的情况下对船舶的经营提起诉讼。在此种情况下,似无必要对拥有船舶的国家本身提起诉讼,尤其是如果诉讼事由涉及经营,诸如:海上碰撞、共同海损或海上货运。但是,如果诉讼涉及为船舶提供的修理或救援服务,在有些法系中可能难以设想拥有者不会得益于提供的修理或服务并且要经营者独自承担责任。如果发生此种情况,拥有但不经营船舶的国家可让经营者——许多情况下都是国营企业——出面处理投诉或索赔。通过双边安排,实践正在缓慢地朝此方向演化。

(11) 第2款规定了军舰和辅助舰艇方面的国家豁免,即使有时为应付紧急情况或其他自然灾害也会动用此类舰船。保留豁免的还有其他政府船舶,如:警察巡逻船、海关检查船、医护船、海洋调查船、训练船和挖泥船,此外是指国家拥有或经营、用于或拟用于政府非商业性服务的。1926年《统一国家拥有船舶豁免若干规则的国际公约》第3条也有类似规定。“专门”一词是参考了1982年《联合国海洋法公约》第96条之后在二读时增加的。但一些委员对案文的后半部分,即以“也不适用于的”开始的部分未删去提出了保留意见,理由是从第1款的规定来看,“一国拥有或经营的、专门用于政府非商业性活动”的提法既无必要,也不合逻辑。一位委员还对第2款“活动”一词的用法提出保留意见,认为应如第1款那样,用“用途”一词代替;由于第2款是第1款引起的规定,因此在这两个对应的规定中使用不同的用语会引起混乱。

(12) 应当指出,第1、2和4款适用于船舶的“用途”。这就澄清了船舶用途标准的适用,这是实际和

¹⁶² 见上文脚注14。

¹⁶³ 见《联合国海上货物运输公约》。

通行的。一读暂时通过的案文中原有的意向用途标准现已删去,因为第1款预先设定了与船舶经营有关的诉讼事由的存在,如果船舶不在实际使用,就不大可能引起此种事由。因此,委员会在二读时仅保留了实际用途标准,原因尤其在于人们认为意向用途标准十分含混,而且可能在实践中引起困难。出于同一原因,第2和4款中的意向用途标准也已删去。然而,一些委员对删去这一标准提出了保留意见。一位委员指出,A国可向B国造船厂订购意图用于商业用途的船舶。船造成后,要从B国港口驶往A国港口,在此段航程中,这艘意图用于商业用途的船实际并不用于运货。因此,他认为,删去“意图用于”一语在该方面造成了空白。

(13) “在另一国原应管辖的法院有关……的……诉讼中”一语目的在于回过来提及(*renvoyer*——法语)法院地国本国法律,包括海事法律之下主管法院既有的管辖,其中可承认多种诉讼事由并允许选择诉讼办法,如针对拥有者或经营者本身的诉讼或针对船舶本身的对物诉讼,或海事诉讼,或执行海上优先请求权的诉讼或取消抵押赎回权的诉讼。判断一法院是否有管辖权,可有多重依据,包括船舶停泊在法院地国港口,而且不一定是引起海上损失或负有其他赔偿责任的船舶,可以是属同一拥有者的类似商船。英美法系中的法院一般承认可按管辖基础扣留或扣押姐妹船,但在保证金交有关当局后即可放船并让诉讼继续进行。然而,如前所述,本条不应理解为承认此种不成文法实践为普通适用的惯例。因此,“任何诉讼”是指“任何种类的诉讼”,不论其性质如何,不论是对物、对人、海事抑或其他诉讼。第1和2款所定规则既有国家实践——司法的、立法的和政府的实践——支持,又有多边和双边条约的支持。¹⁶⁴

¹⁶⁴ 见原特别报告员的第六次报告(上文脚注13),第136-230段。

关于最近的立法实践,还可参看1981年《南非外国豁免法》(第11节)(上文脚注51);美国1988年《外国主权豁免法》海事管辖方面的修订法,修订的第100-640号公法,102法规3333(修订的第1605节以及修订的第1610节)。

关于最近的司法实践,参看加拿大:Lorac Transport Ltd.诉The ship "Atra"案(1984)(9 D.I.R.(4th)129,联邦法院,审讯部)。

《加拿大国际法年鉴》(vol.XXIII(1985), pp.417-418; 荷兰:苏联诉I.C.C.Handel-Maatschappij案;美利坚合众国:Transamerican Steamship corp.诉索马里民主共和国案(767 F.2d, p.998 美国上诉法院, D.C.Cir., July 12, 1985,《美国国际法学报》(华盛顿),第80卷(1986)第357页;中国化工

(14) 第3款列出一些诉讼示例,涉及第1款之下“用于政府非商业性用途以外的目的”的船舶经营。第3(d)款是根据一个国家的政府在大会第四十五届会议第六委员会内提出的一项建议于二读时增加的。虽然第3款的规定只是示例性质的,但委员会认为,鉴于国际社会十分重视环境问题,并且鉴于船舶所涉海洋污染问题,宜在其中增列这一示例。一读通过的原第18条没有这个分款,考虑到这一情况,国际法委员会和起草委员会对此问题作了一定程度的详细讨论。(d)分款和(a)至(c)分款一样,只是第1款规定将适用的理赔示例,因此并不影响第1款之下国家豁免例外的实质和范围。该分款也不构成与索赔的合法性或可受理性有关的实体法。一项索赔要求是否可付诸诉讼,要由主管法院决定。“引起的后果”一语是为了表达一些委员的关注,即,不加限定地提及船舶对海洋环境的污染有可能鼓励轻率的索赔或鼓励未受有形灭失或损害的索赔人提出要求。一位委员甚至认为需采用限定性更大的词语,诸如“损害性后果”,因此他对这个分款保留自己的立场。另一方面,其他一些委员则认为这种关注是没有必要的,因为法院不会接受轻率索赔要求或无根据的索赔要求,况且,国家豁免规则的作用也不在于根据是非曲直防止索赔。

(15) 第4款规定了无豁免规则,适用于属于一国的、用于或意图用于商业性非政府用途的货物。第5款目的在于维持第2款所述船舶装载的任何商业性或非商业性货物的豁免,并维持属于一国的、用于或意图用于政府非商业性活动的任何货物的豁免。这项规定除其他外维持救急活动所涉货物的豁免,如粮食救济或医疗用品运输。应当指出,在第5款中,保留了“意图用于”一语,这与第1、2和4款不同,原因是货物装载在船舶上一般不是使用的,因此,由其预计用途来决定有关国家是否有权援引豁免。

(16) 第6和第7款既对船舶适用,又对货物适用,这两款的目的是在第1和4款关于国家不得援引豁免的规定与应给予国家的某种保护之间保持适当平衡。第6款重申拥有或经营从事商业服务的船舶的国家可提出私有船舶、货物及其所有人所能利用的一切抗辩措施、时效和责任限制。第6条所定规则在适

进出口公司等诉M/V Lago Hualaihue and Another案(District Court, Maryland, 6 January 1981,《国际法报道》(伦敦),第63卷(1982),第528页)。

用中不限于与船舶和货物有关的诉讼。在任何涉及国家财产的诉讼中,国家都可要求采取一切可用的抗辩办法,第7款所示为一种实际方法,即,由船舶或货物所属国家的委派外交代表在通常情况下签署证书,分别作为船舶或货物为政府非商业性质的证据。如无委派的外交代表,则由另一主管当局一如:运输部长或有关领事官员一签署的证书应作为交送法院的证据。向法院交送证书当然遵照法院地国适用诉讼规则为之。然而,“应作为……证据”一语并不是指不可驳回的证据。

(17) 第16条并不载述关于飞机或空间物体的国家豁免问题。因此,它不能适用于飞机或空间物体。¹⁶⁵

¹⁶⁵ 这个问题在起草委员会讨论过,并经提交国际法委员会(见《1991年……年鉴》,第一卷,第2221次会议,第136-230段)。

关于国际民用航空法律的条约包括下列各项:

(a) 《国际民用航空公约》,芝加哥,1944年,(具体见第一章和第二章);

(b) 《统一国际航空运输某些规则的公约》,华沙,1929年(见第1条、第2条和附加议定书);

(c) 《修改1929年10月12日在华沙签订的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》,海牙,1955年,(见第二十六条);

(d) 《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》,瓜达拉哈拉,1961年;

(e) 《关于国际承认对航空器的权利的公约》,日内瓦,1948年,(见第十一、第十二和第十三条);

(f) 《关于外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》,罗马,1952年(见第1、2、20、23和26条);

(g) 《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》,东京,1963年(见第1条);

(h) 《关于制止非法劫持航空器的公约》,海牙,1970年(见第3条);

(i) 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》,蒙特利尔,1971年(见第4条)。

有关空间活动和空间物体的条约包括下列各项:

(a) 《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(《外层空间条约》),1967年;

(b) 《营救宇宙飞行员、送回宇宙飞行员和送回投入外层空间的物体的协定》,1968年,(大会第2345(XXII)号决议);

(c) 《空间物体所造成损害的国际责任公约》(《责任公约》),1972年;

(d) 《关于登记射入外层空间物体的公约》,1975年;

(e) 《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》,大会第34/168号决议。

第17条 仲裁协定的效力

一国如与一外国自然人或法人订立书面协定,将有关商业交易的争议提交仲裁,则该国不得在另一国原应管辖的法院就有关下列事项的诉讼中援引管辖豁免:

(a) 仲裁协定的有效性或解释;

(b) 仲裁程序;或

(c) 裁决的撤销。

但仲裁协定另有规定者除外。

评注

(1) 草案第17条针对另一国原应管辖的法院在决定有关仲裁协定的问题,如实行仲裁或诉诸仲裁或强行通过仲裁解决争议的义务之效力、仲裁条款或协定的解释和效力、仲裁程序和撤销仲裁裁决等问题时拥有的监督管辖权,规定了无豁免规则。¹⁶⁶

(2) 经一读暂时通过的该条文草案中两个有方括号的用语“商业合同”和“民事或商业问题”是仲裁协定例外的可选范围。这两个用语现已根据第2条第1(c)款的规定用“商业交易”予以代替。

(3) 本条中“原应管辖的法院”一语系指一法院在有关仲裁协定的诉讼中,根据法院地国的国内法,其中尤其根据其国际私法的规则,行使监督管辖的权力。法院因一种或多种原因得有权对商业仲裁行使此类监督管辖权。在正常情况下,法院可因仲裁地位于法院地国境内或因仲裁协定缔约方选定法院地的国内法作为仲裁适用法而拥有此种管辖权。此外,由于扣押或查封的财产处在法院地国境内,也可有此管辖权。

¹⁶⁶ 见前任特别报告员的第六次报告(上文脚注13),第247段至253段。另见,例如法国:上诉法院在南太平洋财产股份有限公司诉阿拉伯埃及共和国第一案中所作的判决,(January 6, 1987,《国际法律资料》(华盛顿),vol.26(1987),p.1004);欧洲研究和企业公司诉南斯拉夫等案,(上诉法院,November 18, 1986,《国际法律资料》(华盛顿),第26卷(1986),第377页)。也见瑞士:日内瓦法院和联邦法院的判决(摘录)对Westland Helicopters仲裁案所作的裁决(July 19, 1988,同上,第28卷(1989),第687页)。

还见1976年《美国外国主权豁免法》(见上文脚注40)。此后,美国通过了一项《执行美国国际商业仲裁公约法1988》,公法100-669,102Stat.3969,以修订1976年《美国外国主权豁免法》1605(a)和1610(a)。

(4) 关于这一点应该指出, 各国越来越倾向于创造诱人、有利的条件, 吸引当事方在其境内仲裁解决争议。其中一个吸引的方法是尽力简化司法管制程序。因此, 联合王国和马来西亚修订了普遍适用于仲裁的监督管辖立法。然而, 尽管有此趋势, 许多国家, 如泰国和澳大利亚, 对在其境内进行的民事、商业或其他事由的仲裁仍然实行颇为严格的司法管制或监督。于是, 在某种情况下, 原应管辖的法院或则会拒不行使监督管辖权, 或则会以新的立法使其管辖权受到限制。此外, 至少在某些情况下本可以排除行使监督管辖权, 其办法是当事方自行采用自治型仲裁, 例如国际投资争端解决中心的仲裁, 或是将仲裁裁决视为最终决定, 从而排除在任何阶段受到司法干预的可能。但当“除非仲裁协定另有规定”的目的是把有关当事方自行表示要选用的办法考虑进去, 这种选择办法有可能使仲裁诉讼摆脱国内司法的管制。尽管当事方表示不愿意, 有些法院仍然还会坚持对仲裁实行监督或管制。无论如何, 仲裁协定的执行虽然在某个时刻还取决于司法参与, 但是仲裁协定本身对缔约各方还是具有约束力的。

(5) 由于上述原因, 根据本条提交商业仲裁, 等于同意接受用仲裁协定明确规定的仲裁方式解决争议的义务, 并表示同意接受由此产生的一切后果。仲裁协定对有关的程序问题, 如仲裁地点和适用法等, 一般都有规定。因此, 豁免问题就由此种协定规定的法院而不是由任何别国的法院处理, 而(a)至(c)项提及的事项则按仲裁协定规定的仲裁程序处理。对于一国承担的仲裁义务而言, 另一国原应管辖的法院准备对仲裁协定包括仲裁程序和其他由仲裁协定或仲裁条款产生的问题行使监督管辖权只是偶然的情形。

(6) 象这样的同意仲裁并不等于放弃原应有权按事实裁定争端或争议的法院的管辖豁免权。但是, 同意接受商业仲裁必定意味着同意接受此种商业仲裁顺理成章产生的一切后果。因此, 只有在这一有限的领域里才可以说, 一国同意仲裁就意味着同意另一国法院行使监督管辖权, 监督仲裁协定的实施情况。

(7) 必须指出, 本条所指的是“一国与一外国自然人或法人订立的”而不是国家之间或国家与国际组织之间订立的“仲裁协定”。不属本条范围的还有国家间的条约¹⁶⁷或责成各国解决它们与其他国家国民

间的争议的条约, 如《关于解决各国与其他国家国民间投资争端的公约》(1966年于华盛顿)所规定的各种仲裁。上述这项公约自成一体, 含有裁决执行的规定, 这并不妨碍各国和国际组织缔结那种可能导致不得不接受法院地国监督管辖后果的仲裁协定。

(8) 此外还应指出, 在作为和平解决各种争端的手段的若干仲裁之中, 本条只考虑解决国家与外国自然人和法人间争端的那种仲裁。此类仲裁可采取任何形式, 如根据国际商会或联合国国际贸易法委员会的规则进行的仲裁或其他种种制度化的或临时特定的商业仲裁。例如, 将投资争端提交国际投资争端解决中心仲裁并不等于将其提交给本条文草案的规定的商业仲裁, 绝不能解释为放弃豁免, 接受原应管辖法院对诸如国际商会仲裁或美洲仲裁协会主持下的仲裁之类的商业仲裁行使监督管辖。¹⁶⁸

(9) 本条绝对无意增加或减少任何国家法院的现有管辖权, 也不干涉任何既定法制中的法官在司法管制和监督方面的作用, 他们可能被期望或者有权在司法审判中为执行争端的仲裁解决发挥那种必要的作用以确保道德和公共秩序。只有在这个狭义的范围

资协定》第11条。

¹⁶⁸ 参见 *Maritime International Nominees Establishment* 诉圭亚那共和国案(美利坚合众国, 调解者)(1982)(《联邦报道员》, 2nd Series, vol. 693(1983), p. 1094) 及 *Maritime International Nominees Establishment* 案(比利时安特卫普初审法院, 27 September 1985, 《国际法律资料》(华盛顿), 第24卷(1985), 第1639页; 塞内加尔诉西非工业混凝土公司(SOABI)之清算人 *Seutin* 案(法国, 巴黎上诉法院, December 5, 1989, 《国际法律资料》(华盛顿), 第29卷(1990), 第1341页; 阿拉伯利比亚社会主义民众国诉利比亚美国石油公司(LIAMCO)案(瑞士, 联邦最高法院, 第一公法部, 19 June 1980, 《国际法报道》(伦敦), 第62卷(1982), 第228页; *Tekno-Pharma AB* 诉伊朗案(瑞典, *Svea* 上诉法院, 24 May 1972, 同上, 第65卷(1984), 第383页; 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚社会主义人民共和国案(瑞典, *Svea* 上诉法院, 18 June 1980, 同上, 第62卷(1982), 第225页; 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚社会主义民众国-原阿拉伯利比亚共和国案(美国地区法院, 哥伦比亚特区, 18 January 1980, 同上, 第220页, 但参见 *Atlantic Triton Company* 诉几内亚人民革命共和国 and *Societe guineenne de peche* (Soguipeche)案(法国最高法院第一民事庭, 18 November 1986, 同上, 第82卷(1990), 第83页, 在该案中, 法院主张国际投资争端解决中心公约第26条规定的该中心仲裁的排他性并不阻碍该中心诉讼的一方在法国法院寻求采取查封形式的临时措施。

¹⁶⁷ 参见《日本与中华人民共和国关于鼓励和相互保护投

内才可以说：一国接受商业仲裁意味着它在有关仲裁协定方面接受另一国原应管辖的监督管辖。

第四部分

在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免

(1) 本条款在完成分别涉及“导言”，“一般原则”及“不得援引国家豁免的诉讼”的前三部分后，还应包括一个第四部分，涉及诉讼中免于强制措施的国家豁免。许多包括跨国公司在内的私人诉讼当事人在工业发达国家法院提起的诉讼中，近来越来越多地通过扣押发展中国家所有、占有或使用的财产，如使馆的银行帐户款项、中央银行或其他货币当局的资金，来寻求补救。鉴于这种做法，这方面国家所有、占有或使用的财产的豁免对各国而言更为重要。

(2) 草案第四部分涉及关于财产免于有关另一国法院的诉讼中对财产使用所采取的包括扣押、扣留和执行的强制措施的国家豁免。“强制措施”一词是作为普通名词选用的，而不是作为任何特定国内法中所使用的技术名词。国家实践中现有的各种强制措施彼此差异相当大，所以要想找到一个包括所有法律体系中每一种可能的强制办法或措施的词即便不是不可能，也是极为困难的。因此，仅仅举例提一下诸如扣押、扣留和执行这些较为熟悉和较易理解的措施就够了。国家实践在程序及强制措施方面的千差万别无庸置疑地使寻找在正式语文中较容易翻译的词的问题更趋复杂。

(3) 第四部分具有特殊的意义，因为它不但关系到诉讼期间宣告的措施或审判前或判决前扣押或没收作为管辖基础的财产的措施，也关系到诉讼的第二阶段，即执行措施。第四部分笼统地规定，一国在另一国法院诉讼中享有免于对其财产的使用实行的所有这类强制措施的豁免，但要受某些限制的制约。

第 18 条 免于强制措施的国家豁免

1. 不得在另一国法院的诉讼中采取针对一国财产的强制措施，例如查封、扣押、和执行措施，除非：

(a) 该国以下列方式明示同意就该有关财产采取此类措施：

- (一) 国际协定；
- (二) 仲裁协定或书面合同，或

(三) 在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；

(b) 该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的要求；或

(c) 该财产在法院地国领土上，并且被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的，而且与诉讼标的的要求有关，或者与被诉的机构或部门有关。

2. 按照第 7 条的规定同意行使管辖并非默示同意按第 1 款采取强制措施。关于强制措施必须另行表示同意。

评 注

(1) 第 18 条涉及的对强制措施的豁免只限于这些措施同司法诉讼有关联的范围。从理论上讲，免于强制措施的豁免是同国家管辖豁免分开的，因为后者专指免于诉讼裁判的豁免。第 18 条明确规定涉及财产，特别是作为有别于原来诉讼的独立程序的强制措施的第二阶段国家豁免规则。

(2) 国家实践已证实若干支持免于执行的豁免是独立于管辖豁免并同其毫无关联的理论。¹⁶⁹ 无论理论上怎么讲，为了本条的目的，只有在管辖豁免问题遭到否定后，只有在作出支持原告的判决后，才会出现执行的豁免问题。因此，免于执行的豁免可被视为国家豁免的最后阵地。如果人们承认，“没有哪个主权国家可对另一个同等的主权国家行使主权权力”（平等者之间不存在统治权），那么，一国当局就更不能用执行或胁迫的方式对另一国及其财产采取强制措施了。即使在国际诉讼中，无论是司法解决，还是仲裁，都不存在这种可能性。¹⁷⁰

¹⁶⁹ 见前任特别报告员第七次报告(上文脚注 13)第 73-77 段中所引的判例，并参看现任特别报告员的第二次报告(上文脚注 17)，第 42-44 段。特别报告员援引了 Schreuer 的论述 (State Immunity: Some Recent Developments 1988, p.125)(见上文脚注 143)，并说，一些学者提出论点认为，如果允许原告对外国提出诉讼，然后又通过执行的豁免不让原告享有胜诉带来的成果，这样做可能会使原告处于倍感沮丧的境地，即法律费用昂贵，而判决又无法执行，虽然政府和学者的大多数意见是，关于强制措施的豁免有别于国家的管辖豁免。

¹⁷⁰ 例如，可参看 Societe Commerciale de Belgique 案中 1939 年 6 月 15 日常设国际法庭关于 1936 年 1 月 3 日和 7 月 25 日仲裁裁决的判决(常设国际法庭，汇编 A/B，第 78 号，p.160)，和布鲁塞尔民事裁判庭 1951 年 4 月 30 日的裁决(《国际法学报》(Clunet)(巴黎)，第 79 卷(1952)，第 244 页)。

(3) 第18条是一读暂时通过的原第21和22条合并、重拟而成。原第21条涉及免于强制措施的国家豁免,原第22条涉及对此类措施的同意,这两条内表达的思想密切相关,因此,委员会同意了特别报告员关于两条合并的建议,此项建议得到许多委员和政府的支持。如此合并之后,就明确订立了在诉讼任何阶段不得对国家财产实施执行权的原则,随后则是对该原则的例外。

第1款

(4) 本条所提及的强制措施不限于执行-措施,它还包括扣押和扣留以及扣押、扣留和扣押执行的其他形式,包括执行仲裁裁决、查封财产、临时性、中间性及所有其他判决前的保全措施,这些措施有时仅仅为了冻结被告手中的财产。第1款所列强制措施只是示例,并不涵盖一切措施。

(5) 根据本条受到豁免保护的财产是国家财产,尤其包括第19条界定的财产。原第21条起首部分和第22条第1款的原有案文有一短语:〔,该国在其中有法律保护的利益的财产〕,委员会的委员中对此有意见分歧。一些政府在提交的书面意见中对这个短语提出了批评,认为颇含混,而且会导致扩大执行豁免的范围。因此现已将方括号中的这个短语删去,代之以“一国财产”。

(6) “另一国法院中的诉讼”一语中“国家”一词指财产所在国,而不管实质性诉讼在何处进行。所以,在执行任何强制措施前,应该在财产所在国的法院提起有关强制措施的诉讼。当然,在一些特殊情况下,如依据条约义务的情况下,一旦条约的另一缔约国的法院作出终局判决,可能就无须为执行再进行法院诉讼了。

(7) 此外,豁免原则受三个条件制约,如符合其中任一条件,就会导致不豁免:(a)由国际协定、在仲裁协定中或在书面合同中、或在向法院作的宣告中或在各方之间出现争端后发出的信函中表示同意采取强制措施;或(b)如有关国家已划拨给或指定用于清偿诉讼要求的财产;或(c)国家专门用于或意图用于政府非商业性用途以外的用途的财产。¹⁷¹

¹⁷¹ 关于涉及免于强制措施的豁免的判例法、国际舆论、条约及国家立法,见前任特别报告员第七次报告(上文脚注13),第33-82段,和特别报告员的第二次报告(上文脚注17),第42-44段。

关于最近的立法,还可参看1985年《澳大利亚外国豁免法》(sections 30-35);《南非外国豁免法1988年修订本》(section 14(b))(上文脚注51);《美国执行美洲国际商业仲裁公约法》(上文脚注166)。关于第1(a)款涉及第(一)项下国际协定明示同意要求的最新判例,可参看:O'Connell Machinery Co.诉MV Americana and Italia Di Navigazione案,SPA(上文脚注142),在该案中,尽管1965年《意大利-美国友好、通商和航行条约》第二十四(6)条有明示放弃豁免的规定,但法院并未把条约解释为允许放弃审判前查封。并参看:New England merchants National Bank诉Iran Power Generation and Transmission Co., Et Al案(502 F.Supp.120.美国纽约南区地区法院,September 26, 1980,《美国国际法学报》(华盛顿),第75卷(1981),第375页);E-Systems Inc.诉伊朗伊斯兰共和国和Bank Melli Iran案(美国地区法院, Northern District, Texas.19 June 1980,《国际法报道》(伦敦),第63卷(1982),第424页)。关于第(二)项下书面合同明示同意的要求,可参看:Libra Bank Limited诉哥斯达黎加国家银行案(1982)676 F.2d 47,美国上诉法院, 2nd Cir., 12 April 1982,《国际法律资料》(华盛顿),第21卷(1982),第618页。在该案中,法院认为,外国书面表示放弃贷款协定诉讼中的任何豁免权,即为明示放弃《外国主权豁免法》第1610(d)(1)条中的审判前查封豁免。关于第(二)项下仲裁协定明示同意的要求,可参看: Birch Shipping Corp.诉坦桑尼亚大使馆案(Misc.No.80-247.美国地区法院,哥伦比亚特区, 18 November 1980,《美国国际法学报》(华盛顿),第75卷(1981),第373页。在该案中,法院认为被告接受仲裁即默示同意放弃豁免,包括同意任何由此产生的裁决的判决。比较国际投资争端解决中心诉讼方面与强制措施有关的案例:几内亚人民革命共和国和Societe guineenne de peche(Soguipeche)诉Atlantic Triton Company案(法国, Rennes 上诉法院(第二法庭), 26 October 1984,《国际法报道》(伦敦),第82卷(1990),第76页);Atlantic Triton company诉几内亚人民革命共和国和Societe guineenne de peche(Soguipeche)(见上文脚注168);塞内加尔诉西非工业混凝土公司(SOABI)清算人Seutin案(同上);Benvenuti et Bonfant SARL诉刚果人民共和国政府案(法国巴黎上诉法院, 26 June 1981,《国际法报道》(伦敦),第65卷(1984),第88页);Societe Benvenuti et Bonfant诉刚果商业银行案(法国最高法院, 21 July 1987)(《国际法学报》(Clunet)(巴黎),第115卷(1988),第108页);几内亚诉Maritime International Nominees Establishment案(见上文脚注168);利比里亚东方木材公司(LETICO)诉利比里亚共和国政府案(美国纽约南区地区法院, December 12, 1986,《国际法律资料》(华盛顿),第26卷(1987),第695页)。

关于涉及第1款(c)项规定的最新案例,参看:伊朗伊斯兰共和国等诉Societe Eurodif and Others案(法国最高法院:第一民事法庭, 14 March 1984,《国际法报道》(伦敦),第77卷(1988),第513页)。法院在该案中称,尽管原则上外国享有执行豁免,但若被查封的资产已划拨用于诉讼要求所据私法性质的商业活动,可不考虑豁免。并参看:General National Maritime Transport Company诉Societe Marseille Fret案(法国最

在(c)项中还规定,就不豁免而言,财产必须同诉讼要求标的有关,或与被告的机构或部门有关。

(8) 第1款(a)项“就有关财产采取此类措施”既提到强制措施又提到该财产,所以,可以一般地对强制措施或财产明示同意,或对特定措施或特定财产明示同意,也可既对措施也对财产都明示同意。

(9) 一旦根据第1(a)款表示了同意,要想撤回该同意,只有根据国际协定(第(一)项)的条款或根据仲裁协定或合同(第(2)项)条款方可撤回。然而,一

旦在法院声明同意,或在书面信函中表示同意(第(三)项),该同意即不能撤回。一般说来,法院上的诉讼一旦开始,同意了就不能撤回。

(10) 在第1(b)款中,财产在已被拨充或指定用于清偿作为诉讼标的的诉讼要求或债务时,才可对之采取强制措施。这样就可以防止其他的或不受保护的债权人阻挠国家实现清偿具体诉讼要求或偿付某一被承认的债务的意图。可以理解,关于某一特定财产是否已被拨充清偿诉讼要求的问题有时可能难以断定,应当由法院来解决。

(11) 英文文本中第1(c)款使用“is”一词表明,财产应该是在为查封或执行提起诉讼时,国家专门用于或意图用于商业政府非商业性国家以外的目的之财产。确定一个较早的时间会不适当地限制国家处理其财产的自由。根据委员会的理解,各国将不会鼓励和允许滥用这一规定,例如通过改变其财产地位以逃避扣押或执行,以滥用这一规定。一读通过的案文中“商业(非政府性)”一语已按第16条中的用法改为“政府非商业性用途以外的目的”。

第2款

(12) 第2款进一步明确了按第四部分采取强制措施须另行表示同意的要求。第7条规定的同意不包括任何强制措施,而仅限于在对另一国的诉讼中免于该国法院管辖的豁免。¹⁷²

最高法院,第一民事法庭4 February 1986,同上, p.530; Re Royal Bank of Canada and Coriveau et al 案(加拿大安大略高等法院, 22 October 1980,同上, vol.64 (1983), p.69); Banque du Gothard诉Chambre des Recours en Matiere Penale du Tribunal d'Appel du Canton du Tessin and Another 案(上文脚注142); 阿拉伯利比亚社会主义民众国诉 Rossbeton officine Meccaniche s.r.l.和阿拉伯利比亚航空公司案, Ministero degli affari esteri e Ministero di grazia e giustizia(意大利最高法院, 25 May 1989)(Rivista di diritto internazionale privato e processuale (Padua), vol.XXVI(1990), p.663); 比较 International Consolidated Companies Inc.诉尼日利亚国家石油公司案(Tribunale di Taranto, 18 December 1987, 法院决议,《国际法评论》(米兰), 第七十二卷(1989), 第110页)。关于涉及国有企业财产的强制措施问题,可参看: In the Matter of constitutional complaints of the National Iranian oil Company Against Certain orders of the District Court and the Court of Appeals of Frankfurt in prejudgment Attachment Proceedings against the complainant (37 WM Zeitschrift für Wirtschafts-und Bankrecht 722 (1983) (上文脚注142); 其中,法院认为,国际法中并无一般规则规定国内银行内指定属一具有独立的法律人格的外国政府机构的帐户应视为外国财产。法院还表示,一般国际法并不要求以外国本身名义所开的帐户有绝对执行豁免,而是规定法院地国银行内的外国帐户唯有在扣押时该帐户本身指定用于国际保护的政府用途的情况下才能给予豁免。另外参见: 阿尔及利亚运输和商品化国营公司(Sonatrach)诉 Migeon 案(法国最高法院,第一民事庭, October 1985,《国际法律资料》(华盛顿), 第26卷(1987), 第998页);《国际法报道》(伦敦), 第77卷(1988), 第525页。其中,法院称,外国资产除非是在已划拨用于诉讼要求所据私法性质的商业活动,否则不受查封;法律上不同于有关外国的国有实体的资产可由该实体——无论何种类型——的债权人加以查封,但该资产应为划拨给私法管辖之主要实体的全部资金的一部分。并参看: 扎伊尔航空公司诉 Gauthier and Van Impe 案(法国巴黎上诉法院第一法庭, 31 January 1984, 同上, p.510)。

某些法制还要求在主题与法院地国之间有充分法律关系才能由法院考虑是否命令查封一外国在法院地国领土内的财产。可参看: 阿拉伯利比亚社会主义民众国诉美国利比亚石油公司(LIAMICO)案(见上文脚注168)。

¹⁷² 对各国司法和条约实践及政府合同更详尽的介绍,见前任特别报告员第七次报告(上文脚注13),第85-102段。在瑞士等法律体制中,执行是以与瑞士领上有足够联系(内在关系)为基础。参见: 希腊共和国诉 Walder 等一案,《瑞士联邦法院判决公报, 1930》, vol.56, p.237;《年度文摘, 1929-1930》(伦敦), 第5卷(1935), 案件号78, 第121页; J. F. Lalive, “瑞士在对外国财产的执行措施方面的法律与实践”,《荷兰国际法年鉴》(Alphen aan den Rijn), vol.X(1979), p.160; 以及 I. Sinclair, “主权豁免法: 最近发展情况”,《讲义集》, 1980-II(Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1981), vol.167, p.236, 并参看 Denning 勋爵在下案中的意见: 泰欧葛粉服务有限公司诉巴基斯坦政府粮食和农业部农业用品署案(1975)(上文脚注45)。关于对执行的另行同意或第2项同意的要求,参看法国艾克斯昂普罗旺斯上诉法院在捷克斯洛伐克国家银行诉 Englander 案中的判决(1966)(《法国国际法年鉴》, 1967)(巴黎)vol.13, p.825;《国际法报道》(伦敦), 第47卷(1974), 第157页,——但是,这项裁决被最高上诉法院撤销(1969),《国际法学报》(Clunet)(巴黎), 第96卷(1969), 第923页;《国际法报道》(剑桥), 第52卷(1979)。

第19条 特定种类的财产

1. 一国的以下各类财产尤其不应被视为第18条第1款(c)项所指被一国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外目的的财产:

(a) 用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机关或国际会议的代表团用途的财产, 包括任何银行帐户款项;

(b) 属于军事性质, 或用于或意图用于军事目的的财产;

(c) 该国中央银行或其他货币当局的财产;

(d) 构成该国文化遗产的一部分、或该国档案的一部分、并非供出售或意图出售的财产;

(e) 构成具有科学、文化或历史价值的物品展览的一部分、并非供出售或意图出售的财产。

2. 第1款不妨碍第18条第1款(a)项和(b)项。

评注

第1款

(1) 第19条旨在为某些特定财产种类提供一些保护, 将其排除在任何推定或默示同意强制措施的范围之外。第1款试图防止作出任何这样的解释, 即已划定归属任一特定种类的财产实际上是第18条第1款(c)项所指的国家专门用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的的财产。“尤其”一词意指(a)至(e)项的列举只是示例。

(2) 这种保护被认为是必要而及时的, 因为目前有一种趋向, 即扣押或冻结外国财产, 特别是银行帐户款项。¹⁷³ 中央银行资产¹⁷⁴或其他使馆财产¹⁷⁵和同

第335页); 以及 Clerget 诉越南民主共和国商务代表案(1969)(《法国国际法年鉴, 1970》(Paris), vol.16, p.931)。

¹⁷³ 可参看 Birch Shipping Corp.诉坦桑尼亚大使馆案(1980)(上文脚注171); 德意志联邦共和国联邦宪政法院1977年12月13日对X诉菲律宾共和国案所作的判决(联合国《管辖豁免资料》, 第297页); 以及 Alcom Ltd.诉哥伦比亚共和国案(1984)(《全英法律报道, 1984》, vol.2, p.6), 并参看利马国家银行诉 Banco Cattolica del Veneto 案(上文脚注142)。

¹⁷⁴ 可参看 Hispano Americana mercantil S.A.诉尼日利亚中央银行案(1979)(《劳氏法律报道, 1979》, vol.2, p.277; 转载于联合国《管辖豁免资料》, p.449); Re Royal Bank of

样值得保护的特定财产种类。这些特定种类中每一种由于其本身性质决定, 必须认为用于或意图用于排除任何商业考虑的政府性目的。

(3) 第1款(a)项所列财产仅限于用于或意图用于行使国家外交职能的“目的”。¹⁷⁶ 这显然不包括诸如使馆为商业目的保有的银行帐户一类的财产。¹⁷⁷ 有时, “混合帐户”会引起困难, 这种帐户以使馆名义开立, 但有时用于支付, 如购买货物或服务, 作为使馆的经常开支费。从近来的判例来看, 似有一种趋向, 即, 这种银行帐户中属外国政府的存款不应受法院地国法院的查封令管制, 因为这种帐户一般来说是非商业性的¹⁷⁸。此处也不包括那些曾用于或意图用于、但今后也不再用于或意图用于外交或同类目的的财产。“使馆”和“代表团”一词也包括1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》所指的常驻观察团和观察团。

(4) 第1款(b)项中, “军事”一词包括海军,

Canada and Corriveau et al.案(1980)(上文脚注171); Libra Bank Ltd 诉哥斯达黎加国家银行案(1982)(同上); 和 Trendetx 贸易公司诉尼日利亚中央银行案(1977)(上文脚注53)并参看阿拉伯利比亚社会主义民众国诉 Actimon SA 案(瑞士联邦法院, 24.4.1985, 《国际法报道》(伦敦), 第82卷(1990), 第30页, 参看 Bangue Compafina 诉危地马拉银行等一案(美国纽约南区地区法院, 23 March 1984, 《国际法律资料》(华盛顿)第23卷(1984), 第782页)。

¹⁷⁵ 可参看罗马尼亚公使馆案(1949)(《希腊国际法杂志》(雅典), vol.3(1950), p.331); 还有一案涉及印度驻伯尔尼使馆雇用合同, J. Monnier, “关于联邦法院第一民事法庭1984年5月22日对 affaire S.诉印度国家所作判决的说明”, 《瑞士国际法年鉴》(苏黎世), vol.41(1985), p.235。

¹⁷⁶ 可参看: Alcom Ltd.诉哥伦比亚共和国案(1984)(上文脚注173), 并参看: “A”共和国大使馆银行帐户案(奥地利最高法院, 3.4.1986, 《国际法报道》(伦敦), 第77卷(1988), 第489页); M.K.诉 State Secretary for Justice, Council of State, president of the Judicial Division(24 November 1986, KG (1987) No. 38. AROB (B/S(1986)No. 189), Benamar 诉阿尔及利亚民主人民共和国大使馆(意大利最高法院, 全体会议, 4 May 1989, 《美国国际法学报》(华盛顿)第84卷(1990), 第573页)。

¹⁷⁷ 可参看: Griessen(瑞士联邦法院, 23 December 1982, 《国际法报道》(伦敦), 第82卷(1990), 第5页)。

¹⁷⁸ 可参看 Benamar 诉阿尔及利亚民主人民共和国大使馆案(上文脚注176); Birch Shipping Corporation 诉坦桑尼亚联合共和国使馆案(见上文脚注171), 但参看“A”共和国大使馆银行帐户案(见上文脚注176)。

空军和陆军。¹⁷⁹

(5) 特别报告员提议在第1款(c)项末尾增加“用于货币用途”一语。¹⁸⁰但由于未得到普遍支持,未予列入。¹⁸¹

(6) 第1款(d)项的目的是只保护定性为构成国家文化遗产或档案的一部分而属于国家所有的财产。¹⁸²这种财产并非供出售或意图供出售时依本条受到保护。

(7) 第1款(e)项对于构成具有文化或科学或历史价值的物品展览的一部分的国家财产给予保护。¹⁸³本项不包括国家所有的用于工业或商业目的的展品。

第2款

(8) 尽管有第1款的规定,但对于归属于所列特定种类之一的或这些种类任何部分的任何财产,国家仍可放弃豁免,方式是按第18条第1款(b)项已按充或指定该财产的用途或按照第18条第1款(a)项,特别同意对其该类财产或该部分财产采取强制措施。一般地放弃豁免,或对于法院地国领土内的所有财产放弃豁免,而未提及任何特定种类,不足以成为允许对第1款所列种类的财产采取强制措施的依据。

第五部分

杂项规定

第20条 诉讼文书的送达

1. 以传票或对一国提起诉讼的其他文件送达诉讼文书应按以下方式进行:

¹⁷⁹ 可参看 *Wijsmuller Salvage BV 诉 ADM Naval Services* 案(荷兰阿姆斯特丹地区法院, 19 November 1987, KG(1987), No.527, S&S(1988)No.69)。

¹⁸⁰ 《1990年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第219段。

¹⁸¹ 同上, 第227段。

¹⁸² 可参看: 意大利国诉 X 和巴塞尔市共和州上诉法院案(瑞士联邦法院, 6 February 1985, 《国际法报道》(伦敦), 第82卷(1990), 第24页。

¹⁸³ 可参看: 瑞士联邦外交部国际法司 1984年10月26日照会, (《瑞士国际法年鉴》, 第41卷(1985), 第178页)。

(a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何适用的国际公约; 或

(b) 如无此公约, 则:

(一) 通过外交渠道送交有关国家的外交部; 或

(二) 采取有关国家接受的不受法院地国法律禁止的任何其他方式。

2. 以第1款(b)(一)项所指的方式送达诉讼文书时, 外交部收到该项文书即视为该项文书已送达。

3. 在必要时, 送达的文书应附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。

4. 任何国家在对其提起的诉讼中就实质问题出庭, 其后即不得声称诉讼文书的送达不符合第1款和第3款的规定。

评注

(1) 第20条在很大程度上涉及各国国内民事诉讼程序规则。它考虑到如要求各国修改其国内民事诉讼程序规则所牵涉的困难。同时, 它也没有规定一种过于宽容的诉讼文书送达制度, 因为这会导致作出过多的在被告国缺席的情况下的判决。因此, 本条提出了一个中间办法, 以保护被告国的利益和个人原告的利益。

第1款

(2) 第1款的目的是指出对一国提起诉讼时诉讼文书送达的一般方式。规定了送达诉讼文书的三类办法: 第一, 如有对法院地国及有关国家有约束力的适用的国际公约, 诉讼文书的送达按公约规定的程序进行。然而, 如无此类公约, 则诉讼文书的送达应(一)通过外交渠道或(二)有关国家接受的任何其他方式进行。就此而言, 在第1款规定的这三类送达诉讼文书方式中, 对两国具有约束力的国际公约优先于其他两类方式, 可采取方式的多样化在保护有关方面利益的同时, 确保了最大可能的灵活性。¹⁸⁴

¹⁸⁴ 参看《欧洲国家豁免公约》第16条, 第1-3款。

关于国家立法的有关规定, 可参看: 1976年《美国外国主权豁免法》(section 1608(a)-(d))(上文脚注40); 1978年《联合王国国家豁免法》(section 12(1), (2), (3), (6)和(7)); 1979年《新加坡国家豁免法》(section 14(1), (2), (3), (6)和(7)); 1981年《巴基斯坦国家豁免法规》(section 13(1), (2), (3)和(6)); 1981年《南非外国豁免法》(Section 13(1), (2), (3), (6)和(7))。

第2和第3款

(3) 鉴于诉讼文书送达时间在实际具有决定性的意义,第2款进一步规定,在通过外交渠道或挂号信传送时,外交部收到该项文书之日即视为该项文书送达之日。第3款进一步要求,在必要时,文件须附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。在这方面,特别报告员建议在第3款末增加“或至少译为联合国正式语文之一的译本”,这样,如果译为一种并非广泛使用的语文而使送达诉讼文书当局感到困难时,译为联合国正式语文之一或许是可接受的。但这项建议未获通过。

第4款

(4) 第4款规定,已就实质问题出庭,也就是说,未就任何管辖或程序问题提出异议的国家其后不得提出任何以不符合第1款和第3款诉讼文书送达规定为理由的反对意见。这一规则的理由是不言自明的。被告国既然已就实质问题出庭,也就是在实际承认它已按时收到对其提起诉讼的通知。当然,被告国一开始就有权附有条件地出庭或就管辖问题提出抗辩。

第21条 缺席判决

1. 不得对一国作出缺席判决,除非法院已认定:

1985年《澳大利亚外国豁免法》(sections 23 to 26)(上文脚注52)(同上); 1982年《据以在加拿大法院提供国家豁免的法律》(section 9)(上文脚注57)。

关于最近的司法实践,可参看: *Garden Contamination Case* (1)(德意志联邦共和国,波恩省级法院(Landgericht), 11 February 1987, 《国际法报道》(伦敦), 第80卷(1989), 第367页; *New England merchants National Bank and Others v Iran Power Generation and Transmission Company and Others* 案(上文脚注171); *International Schools Service* 诉伊朗政府案(美国地区法院,新泽西, 19 January 1981, 《国际法报道》(伦敦), 第63卷(1982), 第550页); *Velidor v L.P.G. Benghazi* 案(653 F.2d, p.812 美国上诉法院, Third Circuit, 30 June 1981, 《国际法律资料》(华盛顿), 第21卷(1982), p.621)。

(a) 第20条第1和第3款规定的要求已获遵守:

(b) 从按照第20条第1和第款送达传票或其他起诉文件之日算起、或认为已送达之日算起至少已经四个月;并且

(c) 本条款不禁止法院行使管辖权。

2. 对一国作出任何缺席判决,应通过第20条第1款所指的一种方式并按该款规定将判决书的抄本送交该有关国家,必要时附上译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。

3. 提请撤销一项缺席判决的时限不应少于四个月,时限应从有关国家收到判决书抄本或认为有关国家收到判决书抄本之日算起。

评注

(1) 似有一种既定惯例,即,要求证明遵守诉讼文书送达程序及时限已过,才能对未出庭的外国作出任何判决。另外还要求,凡是在缺席情况下作出的此类判决,都应通过送达诉讼文书的同一程序或渠道将判决书送交有关国家。¹⁸⁵

第1款

(2) 不得仅因一国未在另一国法院出庭而作出缺席判决。法院在作出判决前必须先确证已符合某些条件,第1款列出了这些条件。合法的诉讼文书送达是请求对一国作出缺席判决的先决条件。根据第1款

¹⁸⁵ 参看《欧洲国家豁免公约》第16条第7款。

类似规定可参看:

1976年《美国外国主权豁免法》(section 1608(e))(见上文脚注40); 1978年《联合王国国家豁免法》(section 12(4)和(5)); 1979年《新加坡国家豁免法》(section 4(4)和(5)); 1981年《巴基斯坦国家豁免规程》(section 13(4)和(5)); 1981年《南非外国豁免法》(section 13(4)和(5)); 1985年《澳大利亚外国豁免法》(sections 27 and 28)(见上文脚注51); 《南非外国豁免法1988年修订本》(section 13(5)); 《据以在加拿大法院提供国家豁免的法规》(section 10)(见上文脚注57)。

最近的司法实践可参看: *Azeta BV* 诉智利共和国案(荷兰鹿特丹地区法院, 5 December 1984, *Institute's Collection* No.2334); *Murphy* 诉巴拿马共和国 d.b.a 巴拿马国际航空公司案(751 F.Supp.1540, 美国佛罗里达南区地区法院, 12 December 1990)。

(a) 项, 即使被告国没有出庭, 法官仍要查明确实已按第 20 条第 1 和 3 款合法地送达诉讼文书。第 1 款 (b) 项规定自诉讼文书送达之日算起至少四个月内给予国家更多的保护。在一读通过的案文中, 这个期限为三个月, 二读时已改为四个月。法官当然可在本国法律允许的情形下随时决定延长为期四个月的起码时限。第 1 款 (c) 项还要求法院主动确定有关国家在该法院的管辖方面没有豁免。这项规定是根据第六委员会内提出、得到一些代表团支持的一项建议在二读时增加的, 提供了一项重要保障, 与第 6 条第 1 款的规定一致。但是, 新的第 1 款 (c) 项对法院主管权问题没有影响, 此一问题由每一法系确定。

第 2 款

(3) 第 2 款目的在于确保按第 20 条第 1 款之下确定的程序和方式将缺席判决书抄本送交一国。

第 3 款

(4) 第 3 款的目的是确保同有关国家进行切实通讯和使被告国有充分的机会通过上诉还是通过其他方式请求撤销缺席判决。如为请求撤销一项缺席判决确定任何时限, 至少须再过四个月才能根据一项判决采取任何进一步措施。在一读通过的案文中, 这个期限为三个月, 但在二读时已改为四个月。

第 22 条 法院诉讼期间的特权和豁免

1. 如一国未能或拒绝遵守另一国法院为一项诉讼的目的所下达的关于要求它实行或不实行一项特定行为、或提供任何文件、或透露任何其他资料的命令, 则除了这种行为对该案的实质可能产生的后果外, 不应产生任何其他后果。特别是, 不应因此对该国处以任何罚款或罚金。

2. 一国对它在另一国法院作为当事一方的任何诉讼, 均无须出具无论何种名称的担保、保证书或保证金保证支付司法费用或开支。

评 注

第 1 款

(1) 第 22 条是一读暂时通过的第 26 条和第 27 条合并而成, 其中规定了一国在另一国法院诉讼中在胁迫措施方面的豁免和程序上的豁免。

(2) 有时, 国家出于安全的理由, 或由于其本国国内法的规定, 可能不得向另一国法院提出某些文件或提供某些情报。因此, 国家不应为保护其国家安全或遵守其国内法而遭受惩罚。同时, 私人诉讼当事人的合法利益也不应被忽视。¹⁸⁶

(3) 第 1 款谈到所指的行为“不应”产生“后果”, 尽管它规定, 这种行为在一般情况下可能产生的同该案实质有关的后果仍然存在。这保留了法院地国执行其国内法任何有关规则的可能性, 而无须要求另一国提供证据或提出文件。

(4) 法院受其本国国内程序规则的约束。在许多国家的国内程序规则中, 如诉讼当事人由于任何理由拒绝提供证据, 则允许、甚至要求法官作出可能影响该案实质的推论。法官按照法院地国国内程序规则, 在允许的情况下作出的这种推论, 不被视为一种惩罚。最后一句规定不应处以任何罚款或罚金。

第 2 款

(5) 按照第 2 款, 其中规定的程序上的豁免既适用于原告国, 也适用于被告国。对一国在另一国法院的诉讼中作为原告的情况下适用这些程序上的豁免, 有人有一些保留, 因为, 在一些体系中, 只要求原告提供费用担保, 而不要求被告提供。

¹⁸⁶ 参看《欧洲国家豁免公约》第 17 条和第 18 条。

国家立法的有关规定可参看: 1985 年《澳大利亚外国豁免法》(section 29); 1981 年《巴基斯坦国家豁免法规》(section 14, 14(2)(a), (3)和(4)); 1979 年《新加坡国家豁免法》(section 15(1), (2), (3)和(5)); 1981 年《南非外国豁免法》(section 14(1)(a)和(2)); 1978 年《联合国国家豁免法》, section 13(1), (2a), (3)和(5)(上文脚注 51)。

第三章

国际水道非航行使用法

A. 导言¹⁸⁷

29. 为响应大会 1970 年 12 月 8 日第 2669 (XXV) 号决议中的建议, 委员会 1971 年第二十三届会议在其工作计划中列入“国际水道非航行使用法”的专题。

30. 斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生于 1985 年在委员会第三十七届会议上被任命为特别报告员, 继续进行三位前任特别报告员开始的工作。

31. 在该届会议上, 特别报告员提交了一份初步报告,¹⁸⁸ 该报告回顾了委员会到当时为止关于本专题的工作情况, 并且表明了他对委员会就这个专题的工作可以遵循的总方针的初步意见。特别报告员提出在拟订本专题其他条款时大体遵循前几任特别报告员拟议的大纲, 此提议获得普遍赞同。

32. 在第三十八届 (1986) 至第四十二届 (1990) 会议期间, 特别报告员又向委员会提交了有关本专题的五份报告。¹⁸⁹

¹⁸⁷ 有关本专题历史背景的更为全面的介绍以及委员会有关该专题的工作更为详细的说明见《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 68 页起各页, 第 268 - 278 段和《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分); p.142 起各页第 621 - 636 段。

¹⁸⁸ 《1985 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 87 页, 文件 A/CN.4/393)。

¹⁸⁹ 特别报告员的另外五次报告转载如下:

第二次报告: 《1986 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 87 页, A/CN.4/399 和 Add.1 和 2 号文件;

第三次报告: 《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 15 页, A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 号文件;

第四次报告: 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 205 页, A/CN.4/412 和 Add.1 和 2 号文件;

33. 委员会 1987 年第三十九届会议核可了起草委员会关于第 1 条和关于“系统”一词问题¹⁹⁰ 的建议, 并暂时通过了 6 个条文。¹⁹¹ 在 1988 年第四十届会议上, 委员会暂时通过了 14 个条文。¹⁹²

34. 委员会 1990 年第四十二届会议暂时通过了 6 个条文,¹⁹³ 根据特别报告员的建议, 委员会还将特别报告员在其第 5 次报告和第 6 次报告第一部分中所提议的条文提交起草委员会。¹⁹⁴

B. 本届会议审议这个专题的情况

35. 在本届会议上, 委员会收到了特别报告员第

第五次报告: 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 91 页, A/CN.4/421 和 Add.1 和 2 号文件;

第六次报告: 《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 41 页, A/CN.4/427 和 Add.1 号文件。

¹⁹⁰ 具体地讲, 委员会同意暂时将第 1 条 (用语) 问题和“系统”一词的使用问题先搁置起来, 在委员会 1980 年第三十二届会议接受的暂时工作假设基础上继续工作。见《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 25 页, 脚注 83。

¹⁹¹ 这些条款是第 2 至第 7 条。在完成一读时, 第 3 条成了第 2 条 (C) 款, 各条相应重新编号。见下文 D (1) 节和相应的脚注。这些条文的评注见《1987 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 25 至 38 页, 第 117 段。

¹⁹² 这些条文是第 8 至第 21 条。在完成一读时, 其中有些重新编了号。见下文 D (1) 节和相应的脚注。这些条文的评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 35 至 54 页, 第 190 段。

¹⁹³ 这些条文是第 22 至第 27 条。在完成一读时, 其中有些重新编了号。见下文 D (1) 节和相应的脚注。这些条文的评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 259 至 303 段。

¹⁹⁴ 这些条文暂时编为第 24 至第 28 条和特别报告员报告中的第 3 条第 1 款和第 4 条。见《1990 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 47 至 52 页, 第 259 至第 303 段。

六次报告的第二部分（A/CN.4/427/Add.1）和第七次报告（A/CN.4/436）。第六次报告的第二部分包括关于解决争端的一章，上届会议就已提出该章，但由于时间不够而没有进行讨论。为了使委员会能够充分利用时间，特别报告员建议不讨论该章。他建议把辩论的重点放在第七次报告上，特别是放在用语问题上。

36. 特别报告员提交的第七次报告包括关于第一部分条款草案的结构和关于用语问题的章节，还包括关于用语的第〔1〕〔2〕条的建议，其中包括两个备选案文，即A和B。¹⁹⁵

37. 委员会第2213次至2218次会议审议了第七次报告。在第2218次会议上，委员会根据特别报告员的建议将〔1〕〔2〕条提交起草委员会。

38. 特别报告员的第七次报告主要讨论“国际水道”一语的定义问题和作为水“系统”的水道概念问题。特别报告员认为应把正在起草的条款草案放在水文现实的基础上，即一水道是相互联系的水文组成部分的系统。因此可将国际水道定义为其组成部分位于

¹⁹⁵ 特别报告员为关于用语的第〔1〕〔2〕条提议的两个备选案文：

“第〔1〕〔2〕条用语

“备选案文A：

为本条款的目的：

（a）水道系统是由包括河流、湖泊、地下水和运河等在自然关系上构成一个整体单元的水文组成部分合成的水域系统。

（b）国际水道系统是其中某些部分位于不同国家境内的水道系统。

（c）〔水道〕〔系统〕国是某一国际水道系统一部分位于其领土内的国家。

“备选案文B：

为本条款的目的：

（a）水道是由包括河流、湖泊、地下水和运河等在自然关系上构成一个整体单元的水文组成部分合成的水域系统。

（b）国际水道是其中某些部分位于不同国家境内的水道。

（c）〔水道〕〔系统〕国是某一国际水道一部分位于其领土内的国家。

两个或更多国家的水道。他为关于用语的第〔1〕、〔2〕条提出两个备选案文A和B。尽管在两个案文中使用的定义是一样的，但是所定义的词语有细微差别；备选案文A包括“系统”一词，而备选案文B则限于“水道”一词。

39. 报告还提请注意地下水问题，地下水据说构成水道系统最重要的组成部分之一。就数量而言，地下水占地球上除极地的冰帽和冰川外的淡水的97%，与湖泊和河流包含的淡水形成对照，因后两者加起来还不到2%。特别报告员认为单是因为地下水的数量就有足够的理由将其包括在条款草案范围中。

40. 特别报告员还在报告中提出关于一条水道可以具有相对国际性质的概念问题。¹⁹⁶他认为相对概念不符合水道系统的整体性质并指出无论怎么说，关于对其他水道国实际和潜在影响的要求已经载入条款草案本身，因此他主张不再需要把相对国际性包括在“水道”一语的定义中。

41. 特别报告员提请对下列实质性问题进行评论，特别是：

（a）为本条款草案的目的，是否应该将“水道”一词定义为水的“系统”；

（b）地下水是否应该包括在“水道”定义中，如果应该，条款草案是否适用于与地面水有关的地下水（“自由”地下水）和与地面水无关的地下水（“受限制的”地下水），或者仅适用于“自由”地下水；

（c）为本条款草案的目的，是否应该视水道为具有“相对国际性质”。

¹⁹⁶ 大家记得，“水道的相对国际性质”的概念最初来自委员会1980年通过的作为其工作基础的临时工作假设。该临时工作假设内容如下：

“水道系统由水文部分例如河流、湖泊、运河、冰川和地下水组成，由于它们的自然关系构成一个整体单元；因此，影响系统一部分水的使用可能会影响另一部分的水。

“国际水道系统”是其中一些部分位于两个或更多国家的水道系统。

一国的水的某些部分不受另一国的水的使用的影响或不影响另一国的水的使用。在此范围内，不应该将其作为包括在国际水道系统中的部分处理。因此，在系统中水的使用相互影响的范围内，在此范围内但也仅在此范围内，该系统为国际系统；因此，没有绝对的而只有相对的水道的国际性质”（《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第108页，第90段。

42. 特别报告员还提出条款草案第一部分的结构问题, 他建议调换第1款和第2款的次序, 使草案的开始为关于“范围”的条文, 其后是关于“用语”的条文。他还建议把委员会早先通过的关于水道国(或系统国)定义的第3款并入关于用语的条款, 因为该定义与“国际水道”或“国际水道系统”的定义有密切关系。

43. 关于后两个问题, 就此问题发言的委员一致同意关于调换第1款和第2款位置的建议, 这样, 草案开头将为关于“范围”的条款, 其后为关于用语的条款。他们还一致同意把关于“水道国”的定义从第3条中调到关于用语的条文中。

44. 关于“水道”一词是否应当定义为水的“系统”的问题, 大部分就此问题发言的委员赞成在定义中采用这一概念。他们认为, 水道定义的核心是使系统成为整体单元的不同部分的相互依赖性。此外, 有人说, 只有全面地将国际水道看作是不断流动的系统, 才能使人们充分执行公正和合理利用水道的原则。

45. 但是, 一些表示支持系统概念的委员认为, 定义应该包括《赫尔辛基规则》¹⁹⁷所载的主张, 根据该规则, 系统中的水必须流入共同的终点。他们认为, 包括这一定义将使条款草案更加准确并使条款范围处于合理界线之内。

46. 但是, 一些就此问题发言的委员会对于在水道定义中使用系统概念持保留意见。据说, 这种定义可能会包括某一领土上的全部水。这将意味着该领土上的大部分水将被置于国际控制之下。有人说, 如果遵循这一方法, 将会侵犯国家主权并干扰每一国家根据国家优先次序和利益使用本国资源的权利。

47. 在这方面, 有一位委员说, 由于水道是由不同的部分组成, 应由有关国家通过具体水道协定确定其中哪些应由水道国进行调节。

48. 关于是否将地下水包括在水道定义中的问题, 大部分就此问题发言的委员赞成将其包括在定义中。他们认为, 单是地下水的数量、地下水与河水和湖水的相互关系和地下水几乎象地面水一样始终处于流动状态这一事实, 就是将其包括在水道定义中的充分理由。此外, 他们补充说, 任何有关地下水, 特别是有关“自由”地下水的行动都可能影响到国际水道的使用。但是, 大部分就此问题发言的委员认为, 只有与地面水有关的“自由”地下水应当被包括在定义中。这些委员认为不应该包括“被限制的”地下水, 因为他们认为这种地下水缺乏与地面水的自然关系, 因而并不构成“整体单元”中的一部分。但是, 有一位委员认为, 在两个或两个以上的国家之间游动的地下水也应该包括在内, 因为同样的规则可以适用。

49. 但是, 一些委员对把地下水包括在条款草案范围中持保留意见, 他们认为, 包括地下水可能会使某些国家领土上十之八九的水受到国际控制。他们认为这不是正在编写的条款草案的意图。

50. 另一些委员表示, 尽管为条款草案的目的可以把国际水道的所有部分视为整体单元, 但是应当起草针对地下水的特别规则, 尽管地下水是水循环的一部分。他们认为, 条款草案主要讨论地面水, 不包括把重点放在地下水具体特点的条款。因此, 建议在单独的体制中处理地下水特别是受限制的地下水。

51. 有人还指出, 在“水道”的定义中包括地下水将使人们很难“在大部分情形下通过简单的观察来确定”一水道的各个部分是否位于不同的国家。¹⁹⁸

52. 关于为条款草案的目的是否应该将水道视为具有“相对国际性质”的问题, 许多就此问题发言的委员表示同意特别报告员的意见: 委员会1980年通过的载于临时工作假设中的“相对国际性质”的概念是不必要的, 它将只会使条款的功能复杂化。此外, 有人指出, 水道的相对国际性质概念将会引起不确定性。如果通过了“水道系统”概念, 显然必须控制对构成该“系统”所有部分的使用, 使其不会对其他水道国或水道本身造成有害影响。此外, 人们认为水道的相对国际性概念不再需要, 因为在条款草案本身中

¹⁹⁷ 国际法协会于1966年通过的《关于国际河流的水的使用的赫尔辛基规则》; 见国际法协会, 《第五十二届会议的报告, 赫尔辛基, 1966年》(伦敦), 第484页起各页, 转载于《1974年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第357页起各页, A/CN.4/274号文件, 第405段。

¹⁹⁸ 见对第3条的评注, 《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第26页, 完成一读时, 第3条成了第2条(C)项。

已经包括了足够的保障措施,从而使这一概念成为多余。

53. 但是,若干委员认为,按照委员会1980年通过的临时工作假设,只有在使用一系统的水造成相互影响的范围内该系统才是国际的。因此,他们认为水道只有相对的而没有绝对的国际性质。他们说,关于水道相对国际性质一款的目的是向沿岸国保证不过分或者不适当地扩大条款草案的适用范围。

54. 关于讨论第七次报告中提出的问题,特别报告员在回答时说,关于是否在条款草案中使用“系统”概念的问题,委员会的讨论表明人们明显倾向于使用这一概念。

55. 关于包括地下水的问题,特别报告员的结论是:辩论清楚地表明应该把地下水包括在条款范围内,至少就其与地面水有关的部分。这种方法受到支持,是因为人们在很大程度上依靠地下水来作为饮用水,随着人口继续增长,这一情况在不远的将来将会大幅度增加。此外,他说,地面水的污染会污染含水层,反之亦然,从而使这些水资源不能用于人类的需要。辩论表明,至少某些种类的地下水应该包括在水道系统概念中。

56. 关于水道相对国际性问题,特别报告员指出,如果相对性概念被包括在条款草案中,就将严重影响条款草案的作用。例如,他说,除非和直至可以确定其领土上的水的一些部分受到另一国对水之使用的影 响或影响另一国对水的使用,这个国家将不知道它自己为“水道国”。他认为,水道国将发现很难执行条款草案中包括的各种义务以及享有其中的某些权利,他认为,辩论清楚地表明不应该在“国际水道”一语或者“国际水道系统”一语的定义中包括水道相对国际性质的概念。

57. 在第2228次至2231次会议上,委员会在审议了起草委员会报告之后,一读暂时通过了以下各条:第2条草案(用语);第10条草案(各种使用之间的关系);第26条草案(管理);第27条草案(调节);第28条草案(设施);第29条草案(武装冲突期间的国际水道和设施);和第32条草案(不歧视)¹⁹⁹。委员会还通过了第30条草案(间接程序)

和第31条草案(对国际或国家安全至关重要的数据和资料),这两条草案为过去通过的两条草案即第20和第21条草案,但案文已经过修订并重新编号。在第2231次会议上,委员会一读通过了全部条款草案。²⁰⁰

58. 在第2237次会议上,委员会按照其章程第16条和第21条决定通过秘书长将条款草案递交会员国政府,请它们在1993年1月1日以前将它们的评论和意见提交秘书长。

C. 赞扬特别报告员斯蒂芬·C.麦卡弗里先生

59. 1991年6月27日第2231次会议上,委员会在通过国际水道非航行使用法的两个条文的案文以后,鼓掌通过下列决议:

国际法委员会,

暂时通过了国际水道非航行使用法条款草案,

谨对特别报告员斯蒂芬·C.麦卡弗里先生表示深挚感谢,他通过学术研究并利用其广泛经验为本议题的处理作出杰出贡献,使委员会顺利完成对国际水道非航行使用法条款草案的一读。

D. 国际水道非航行使用法条款草案

1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文

第一部分

导 言

第1条 本条款的范围²⁰¹

1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道及其水,并适用于同使用这些水道及其水有关的养护措施。
2. 为航行目的使用国际水道不属于本条款的范围,但其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

第2条 用语²⁰²

为本条款的目的:

²⁰⁰ 见下文第D.1节。

²⁰¹ 原先通过的第2条,评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第25至26页。

²⁰² (C)项是原先通过的第3条评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26页。(a)项和(b)项的评注见下文第D.2节。

¹⁹⁹ 条款案文和对案文的评注见下文第D.2节。

(a) 国际水道是指其组成部分位于不同国家的水道;

(b) 水道是指地面水和地下水的系统, 由于它们之间的自然关系, 构成一个整体单元, 并流入共同的终点;

(c) 水道国是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。

第3条 水道协定²⁰³

1. 水道国可订立一项或多项按照某一特定国际水道或其一部分的特征和使用适用和调整本条款的规定的协定。以下称为“水道协定”。

2. 两个或两个以上水道国之间缔结的水道协定, 应规定其所适用的水的范围。这种协定可就整个国际水道或其任何部分订立, 亦可就某一特定项目、方或使用订立, 但以一个或一个以上的其他水道国对该水道的水的使用不受该协定明显不利影响为限。

3. 如果某一水道国认为因为某一特定国际水道的特征及使用而需调整或适用本条款的规定, 水道国应进行协商, 以期缔结一项或多项水道协定而进行诚意的谈判。

第4条 水道协定的当事国²⁰⁴

1. 每一水道均有权参加适用于整个国际水道的任何水道协定的谈判, 并成为该协定的当事国, 以及参加任何有关的协商。

2. 如水道国对某一国际水道的使用可能因执行只适用于该水道的某一部分或某一特定项目、方案或使用的拟议中的水道协定而受到明显影响, 则该水道国在其使用因而受到影响的限度内有权参加关于这一协定的协商和谈判, 并成为其当事国。

第二部分

一般原则

第5条 公平合理的利用和参与²⁰⁵

1. 水道国应在其各自领土内公平合理地利用国际水道。

²⁰³ 原先通过的第4条, 评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第27至30页。

²⁰⁴ 原先通过的第5条, 评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第30至31页。

²⁰⁵ 原先通过的第6条, 评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第31至36页。

特别是, 水道国在使用和开发某一国际水道时, 应着眼于实现与充分保护该水道相一致的最佳利用和受益。

2. 水道国应公平合理地参与国际水道的使用、开发和保护。这种参与包括本条款所规定的利用水道的权利和在对其加以保护和开发方面进行合作的义务。

第6条 与公平合理利用有关的因素²⁰⁶

1. 在第5条的含义范围内公平合理地利用国际水道需要考虑到所有有关因素与情况, 其中包括:

(a) 地理、水路、水文和气候、生态和其他自然性质的因素;

(b) 有关水道国的社会和经济需要;

(c) 一个水道国使用水道对其他水道国的影响;

(d) 对水道的现行使用和可能的使用;

(e) 水道水资源的养护、保护、开发和节约使用, 以及为此而采取的措施的费用。

(f) 某项计划使用或现有使用有无其他价值相当的备选方案。

2. 在适用第5条或本条第1款的范围内, 有关水道国应在需要时本着合作精神进行协商。

第7条 不造成明显损害的义务²⁰⁷

水道国应以不致对其他水道国造成明显损害的方式利用水道。

第8条 一般合作义务²⁰⁸

水道国应在主权平等、领土完整和互利的基础上进行合作, 以便实现国际水道的最佳利用和充分保护。

第9条 定期交换数据和资料²⁰⁹

1. 依照第8条, 水道国应定期交换关于水道状况, 特别

²⁰⁶ 原先通过的第7条, 评注见《1987年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第36至38页。

²⁰⁷ 原先通过的第8条, 评注见《1988年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第35至41页。

²⁰⁸ 原先通过的第9条, 评注见《1988年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第41至43页。

²⁰⁹ 原先通过的第10条, 评注见《1988年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第43至45页。

是关于水文、气象、水文地质和生态性质的、一般可得到的数据和资料以及有关的预报。

2. 如果一个水道国要求另一个水道国提供不属于一般可得到的数据或资料,后者应尽力满足这种要求,但可附有条件,即提出要求的国家需支付搜集和酌情处理这些数据或资料的合理费用。

3. 水道国应尽力以便于接受数据资料的其他水道国利用该数据资料的方式搜集并酌情处理数据和资料。

第 10 条 各种使用之间的关系²¹⁰

1. 如无相反的协议或习惯,国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

2. 在国际水道的各种使用相互冲突时,应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决,尤应顾及重要的人类需求。

第三部分 计划的措施

第 11 条 关于计划措施的资料²¹¹

各水道国应就计划的措施对国际水道状况可能产生的影响交换资料和相互协商。

第 12 条 关于可能造成不利影响的 计划的措施的通知²¹²

一个水道国在执行或允许执行可能对其他水道国造成明显不利影响的计划的措施之前,应及时向这些国家发出通知,并同时提供现有技术数据和资料,以便使被通知国能够估计计划的措施可能造成的影响。

第 13 条 对通知作出答复的期限²¹³

除另有协议外,按照第 12 条发出通知的水道国应容许被通知国在六个月的期限内对计划的措施可能造成的影响研究和估价并将结论告知发出通知的水道国。

第 14 条 通知国在答复期限内的义务²¹⁴

在第 13 条所述期限内,通知国应与被通知国合作,当后者要求时应向其提供为进行精确估价所需的其他任何现有的数据和资料,未经被通知国同意,不得执行或允许执行计划的措施。

第 15 条 对通知的答复²¹⁵

1. 被通知国应将其调查结论尽早告知通知国。

2. 如果被通知国认为,执行计划的措施将不符合第 5 或第 7 条的规定,应在第 13 条规定的期限内向通知国提出这种调查结论,并应同时提出作出此种调查结论之理由的附有有关文件的说明。

第 16 条 对通知不作答复²¹⁶

如果通知国在第 13 条规定的期限内未收到根据第 15 条第 2 款告知的调查结论,则通知国在不违反其依第 5 和第 7 条所负义务的条件下,可按照发给被通知国的通知和任何其他数据和资料着手执行计划的措施。

第 17 条 关于计划的措施的协商和谈判²¹⁷

1. 在按照第 15 条第 2 款告知调查结论的情况下,通知国和告知结论的国家应进行协商和谈判,以期公平地解决这种情势。

2. 协商和谈判应在各国必须诚意地合理照顾其他国家的权利和正当利益的基础上进行。

3. 在进行谈判和协商的过程中,如果被通知国在告知调查结论时提出要求,则通知国在不超过六个月的期限内,不应执行或允许执行计划的措施。

第 18 条 没有通知时的程序²¹⁸

1. 如果一个水道国有确实理由认为,另一水道国正在计划可能对其造成明显的不利影响的措施,前者可要求后者适用第 12 条的规定,提出这一要求时应同时提出阐述上述认识之理由的、附有有关文件的说明。

²¹⁰ 评注见下文第 D.2 节。

²¹¹ 评注见《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 45 至 46 页。

²¹² 同上,第 46 至 49 页。

²¹³ 同上,第 49 页。

²¹⁴ 评注见同上,第 50 页。

²¹⁵ 同上,第 50 页。

²¹⁶ 同上,第 50 至 51 页。

²¹⁷ 同上,第 51 至 52 页。

²¹⁸ 同上,第 52 至 53 页。

2. 如果正在计划措施的国家仍认为它没有义务按照第 12 条发出通知, 它应告知该另一国, 同时提出阐述这种认识的理由的附有文件的说明, 如果这一认识不能使该另一国满意, 则这两个国家应根据该另一国的要求立即按照第 17 条第 1 和第 2 款所示的方式进行协商和谈判。

3. 在协商和谈判期间, 如果该另一国在要求开始协商和谈判的同时提出这种要求, 则正在计划措施的国家应在不超过六个月的期限内避免执行或允许执行这些措施。

第 19 条 紧急执行计划的措施²¹⁹

1. 如果为了保护公共卫生、公共安全或其他同样重要的利益, 计划的措施的执行具有极为紧急的性质, 则尽管有第 14 条和第 17 条第 3 款的规定, 计划该项措施的国家仍可在不违反第 5 和第 7 条的条件下立即执行该项措施。

2. 在上述情况下, 应向第 12 条所提到的其他水道国发出关于措施的紧急性质的正式声明, 同时提供有关的数据和资料。

3. 计划该项措施的国家在第 2 款所指任何国家提出请求时, 应立即同它按照第 17 条第 1 和第 2 款所示的方式进行协商和谈判。

第四部分 保护和保全

第 20 条 保护和保全生态系统²²⁰

水道国应单独或共同保护和保全国际水道的生态系统。

第 21 条 预防、减少和控制污染²²¹

1. 为本条款的目的, “国际水道污染”系指由于人的行为直接或间接引起国际水道水的成分或质量的任何有害变化。

2. 水道国应单独或共同预防、减少和控制可能对其他水道国或其环境带来明显损害的国际水道污染, 包括对人的健康和安全的任何有益目的的使用或对水道的生物资源的损害, 水道国应采取措施协调它们在这方面的政策。

²¹⁹ 同上, 第 53 至 54 页。

²²⁰ 原先通过的第 22 条, 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 57 至 60 页。

²²¹ 原先通过的第 23 条, 评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 61 至 63 页。

3. 在任何水道国提出要求时, 水道国应进行协商, 以便确定其排放入国际水道水域中应予以禁止、限制、调查或监测的物质清单。

第 22 条 引进外来物种或新物种²²²

水道国应采取一切必要措施, 防止把可能对水道生态系统有不利影响从而对其他水道国造成明显损害的外来物种或新物种引进国际水道。

第 23 条 保护和保全海洋环境²²³

水道国应考虑到一般接受的国际规则 and 标准, 单独或共同对国际水道采取一切必要措施, 以保护和保全包括河口湾在内的海洋环境。

第五部分 有害状况和紧急情势

第 24 条 预防和减轻有害状况²²⁴

水道国应单独或共同采取一切适当措施, 预防和减轻可能对其他水道国有害的状况, 例如洪水或冰情、水传染病、淤积、侵蚀、盐碱化、干旱或沙漠化等, 而不论其是否由于天然原因或人为原因所造成。

第 25 条 紧急情势²²⁵

1. 为本条文的目的, “紧急情势”是指对水道国或其他国家造成或立即可能造成损害的情势, 这种情势是由于天然原因, 例如洪水、冰崩解、山崩或地震, 或人为原因, 例如工业事故所突然造成。

2. 在其领土内发生任何紧急情势时, 水道国应毫不延迟地以现有最迅速的方法通知其他可能受影响的国家和各主管国际组织。

²²² 原先通过的第 24 条, 评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 63 至 64 页。

²²³ 原先通过的第 25 条, 评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 64 至 65 页。

²²⁴ 原先通过的第 26 条, 评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 65 至 66 页。

²²⁵ 原先通过的第 27 条, 评注见《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 65 至 66 页。

3. 在其领土内发生紧急情势的水道国应与可能受影响的国家并酌情与各主管国际组织进行合作, 根据情况需要立即采取一切切实可行的措施, 预防、减轻和消除该紧急情势的有害影响。

4. 如有必要, 水道国应酌情与其他可能受影响的国家和各主管国际组织进行合作, 共同拟定应急计划, 以应付紧急情势。

第六部分

杂项规定

第 26 条 管理²²⁶

1. 在任何水道国的要求下, 各水道国应就可包括建立联合管理机构在内的有关管理国际水道的问题进行协商。

2. 为本条文的目的, “管理”一词尤其是指:

(a) 规划国际水道的持续发展和规定所通过的任何计划的执行; 并

(b) 以其他方式促进对水道的合理和最佳利用、保护和控制。

第 27 条 调节²²⁷

1. 水道国应酌情进行合作, 就调节国际水道之水的流动的需要和机会作出反应。

2. 除非另有协议, 水道国应公平参与它们同意进行的调节工程的兴建和维修, 或其费用的支付。

3. 为本条文的目的, “调节”是指用水利工程或任何其他持续的措施改变, 变换或另行控制国际水道的水的流动。

第 28 条 设施²²⁸

1. 各水道国应在各自的领土内尽力维修和保护国际水道的有关设施、装置和其他工程。

2. 在严重关切可能遭受明显不利影响的任何水道国的要求下, 各水道国应就下列事项进行协商:

(a) 国际水道有关设施、装置和其他工程的安全管理或维修;

(b) 保护设施、装置和其他工程免受故意行为或疏忽行为或自然力的危害。

第 29 条 武装冲突期间的国际水道和设施²²⁹

国际水道和有关设施、装置及其他工程应享有在国际及国内武装冲突中适用的国际法原则和规则所给予的保护, 并且其使用不应违反这些原则和规则。

第 30 条 间接程序²³⁰

在水道国之间直接联系有严重障碍的情况下, 有关的国家应通过它们所接受的任何间接程序履行本条款所规定的任何合作义务, 包括数据和资料的交换、通知、通讯、协商和谈判。

第 31 条 对国防或国家安全至关重要的数据和资料²³¹

本条款的任何规定均不应使水道国承担义务提供对其国防或国家安全至关重要的数据或资料, 但该国应同其他水道国进行诚意的合作, 以期尽量提供在这种情况下可能提供的资料。

第 32 条 不歧视²³²

水道国在准许由于同国际水道有关的活动而遭受明显损害或受到这种威胁的任何自然人或法人按照其法律制度使用司法程序和其他程序时, 不应基于国籍或住所加以歧视。

2. 国际法委员会第四十三届会议暂时通过的第 2、第 10、第 26 至第 29 和第 32 条草案案文及其评注

²²⁹ 同上。

²³⁰ 本条是原先通过的第 21 条, 已移至第四部分并重新措词, 以使它适用于整套条款草案。尤其是, 本条已重新拟定, 以提供据以履行草案所规定一切程序义务的间接手段。原第 21 条的评注对第 30 条仍为有效, 该项评注载于《1988 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 54 页。

²³¹ 原先通过的第 20 条, 评注见《1988 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 54 页。

²³² 评注见下文第 D.2 节。

²²⁶ 评注见下文第 D.2 节。

²²⁷ 同上。

²²⁸ 同上。

第一部分

导 言

[.....]

第 2 条

用 语

为本条款的目的:

(a) “国际水道”是指其组成部分位于不同国家的水道。

(b) “水道”是指地面水和地下水的系统, 由于它们之间的自然关系, 构成一个整体单元, 并流入共同的终点;

(c) “水道国”是指国际水道的组成部分位于其领土内的国家。

评 注

(1) 第 2 条为整个条款草案所使用的一些用语下了定义。只在一个条文中使用的另一些用语则在该条文中加以界定。

(2) (a)项为用于专题标题和整个条款草案的“国际水道”一词下了定义。本项的焦点在于“international(国际的)”这个形容词, 因为“watercourse(水道)”一词的定义载于(b)项。(a)项规定, 要能被视为“国际”水道, 该水道的一部分必须位于不同的国家。如同现已成为本条(c)项的原第 3 条评注中所说的, 水道的一部分是否位于不同的国家“取决于一些自然因素, 这些因素存在与否在大多数的情形下可以通过简单的观察来加以确定”。²³³最通常的例子是: 一条河流或小溪形成或穿过边界, 或一个边界从中通过的湖泊。“位于”一语并不是为了隐指该水是静止的。如同(b)项中“水道”一词的定义所显示的那样, 含有水的渠道、湖床或含水层本身固然是静止的, 它们所包含的水则是不断流动的。

(3) 委员会一位委员认为, 应该更精确地把本条款范围内的水道称为“multinational 多国的”或“plurinational(多国的)”, 因为他认为“国际”一词含有该水由数国共同管理的意思。

(4) (b)项为“水道”一词下了定义。虽然这个词除了同另一些词连用(如“国际水道”、“水道国”、“水道协定”)以外, 并不用于本条款草案中, 但为了明白和确切, 单独为它下了定义。由于“国际水道”一语在(a)项中被定义为具有若干地理特征的“水道”, 有必要明确地理解后一个词的含义。

(5) “水道”一词被界定为“地面水和地下水的系统”。它是指由不同的部分组成、水通过这些部分在地面和地下流动的水文系统。这些组成部分包括河流、湖泊、含水层、冰川、蓄水池和运河。只要这些组成部分相互关连, 它们就形成水道的一部分。这个概念表现在“由于它们之间的自然关系, 构成一个整体单元”。因此, 溪水可能从溪底渗入地下, 溢出溪岸, 接着又重新出现在溪流中, 流入湖泊并汇流到河流, 分流到运河和输送到水库等等。因为地面水和地下水形成一个系统, 并且由于它们的自然关系, 构成一个整体单元, 在系统中某一点进行的人为干预可能影响系统的另一些地方。从系统的整体性可以认识到, “水道”一词不包括“被限制的”地下水, 也就是说同任何地面水无关连的地下水。但是, 有些委员认为, 这种地下水只要包括“水道”的含水层同一个边界交叉便应该纳入“水道”一词的范围里。有人建议, 为起草条款草案的目的, 被限制的地下水可作为委员会单独研究的议题。

(6) 有些委员对把运河列为水道之一部分的做法表示怀疑。因为他们认为, 拟定本草案的根据是将“水道”设想为一种自然现象。

(7) (b)项还规定, 为了就本条款的目的, 构成“水道”的地面水和地下水系统必须流入共同的“终点”。载入这一规定是为了限制各条款的地理范围。为本条款的目的, 一条运河把两个不同的流域连接起来的事实并不能使它成为单一“水道”的一部分。

(8) 如同已经表明的, 原来载于第 3 条内的“水道国”的定义已被原封不动地移到第 2 条(c)项。这项

²³³ 见(1987年……年鉴), 第二卷(第二部分), 第 26 页。

改动是为了在同一条中一起说明在本条款中通篇出现的用语和措词的定义。

(9) 水道或河流系统的概念并非新鲜,这个词长期以来在国际协定里被用来指河流、它的支流和有关运河。凡尔赛条约有几个地方提到“河流系统”。例如,凡尔赛条约在宣布若干河流为国际河流时,它提到“这些河流系统的所有可航行部分……;连同为了复制或改善特定河流系统的天然可航行河段或连接同一河流的两个天然可航行河段而建造的运河和河道”(第331条)。虽然这一条只涉及航行用途,但是毫无疑问,由于其相互连接性,通过这同一水系统,可以影响到公平利用,或造成明显损害。在奥得河案中,常设国际法院认为,根据凡尔赛条约,奥得河的国际系统延及“这些河流的所有可航行部分……连同为了复制或改善特定河流系统的天然可航行河段或连接同一河流的两个天然可航行河段而建造的运河和河道……”。²³⁴

(10) 与凡尔赛条约相类似的规定可见于确定多瑙河最后地位的1921年公约。该协定第1条提到“国际化河流系统”,第2条把它定义为包括“……可能建造的任何侧面运河或水道”。

(11) 较近的时候,1950年苏联和匈牙利的公约在第1条和第2条提到“蒂萨河流域的水系统”。²³⁵南斯拉夫在1950年代中期与其邻国订立的一系列条约²³⁶在其范围内,除其他外,包括“水道和水系统”,特别包括“地下水”。²³⁷其中两个条约包括对“水系统”一词的广泛定义,包括“所有水道”(地面或底下,天然或人工)”。²³⁸

(12) 1960年印度和巴基斯坦之间的《印度河条约》也利用系统这一概念。在该协定前言,双方宣布它们“同意实现最充分和最圆满地利用印度河水系……”。²³⁹该条约适用于有名称的河流及其支流和任何连接湖,²⁴⁰并对“交流”一词作了广泛定义。²⁴¹

(13) 在更近期条约中,《关于共有赞比西河系无害环境管理行动计划的协定》及所附《行动计划》²⁴²对国际水资源管理所采取的全面方针值得注意。例如该行动计划本身说,它的目标是克服所列举的某些问题,“从而促进对整个河流系统制定和执行无害环境的水资源管理措施”。²⁴³其他一些条约进一步说明各国在其惯例中承认将国际水道系统作为一个统一体来处理的重要性。²⁴⁴各国际组织和专家也得出类似类似结论。²⁴⁵

²³⁹ 1960年9月19日印度和巴基斯坦之间的印度河条约,联合国,《条约集》,第419卷,第125页。

²⁴⁰ 同上,第1条,第3和第8款。

²⁴¹ 同上,第1条,第2款。

²⁴² 联合国环境规划署,《关于共有赞比西河系无害环境管理行动计划的协定》,《最后文件》,哈拉雷,1987年5月26日至28日(联合国,1987年),转载于《国际法律资料》(华盛顿),第27卷(1988),第1109页。

²⁴³ 同上,第15段。

²⁴⁴ 这些协定包括1963年10月26日尼日尔河流域国家航行和经济合作法(联合国,《条约集》,第587页,第9页;《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第289页,A/CN.4/274号文件,第41段)。又见1980年11月21日《设立尼日尔河流域管理局公约》;1964年5月22日开发乍得河流域公约和条例;1978年6月30日《设立冈比亚河流域开发组织公约》;1969年4月23日《拉普拉塔河流域条约》,1961年1月17日加拿大和美利坚合众国之间《关于开发哥伦比亚河流域水资源公约》(联合国,《条约集》,第542卷,第244页)和1944年关于研究如何利用哥伦比亚河流域水系的换文,同上,第109卷,第191页。有趣的是,哥伦比亚河流经其领土的国家中至少有一个用“系统”一词来形容其国际水道。见“根据习惯国际法和1909年条约对哥伦比亚-库特奈河系统使用国际水系统的法律方面”;(美国)国务院备忘录,国会第85届会议,第二次会议,文件第118号(华盛顿,1958年),第89页。

²⁴⁵ 欧洲经委会的工作遵循了这一总体办法。例如见欧洲经委会1984年通过的关于合理用水的政策宣言,(欧洲经委会,《二十年用水合作》,文件ECE/ENVWA/2(1988),p.15);以及该出版物载列的其他文书。联合国支持的若干会议已通过一些关于呼吁将国际水道作为一个整体单位处理的建议。例如,见1988年10月10日至16日在亚的斯亚贝巴举行的重点

²³⁴ 1929年9月10日判决,《国际常设法院A辑》,第23期。

²³⁵ 苏联和匈牙利之间的公约涉及用来防洪和调节苏匈边境蒂萨河地区的水文状况的措施,1950年6月9日,《立法文件》,条约第227号,第827页。

²³⁶ 《立法文件》,条约第228号(与匈牙利);第128号(与阿尔巴尼亚)和第161号(与保加利亚),《联合国,《条约集》,第552卷,第175页,第2条第3款);1972年瑞士与意大利之间关于保护边界水域防止污染的公约;《国际公法概论》,1975,第265页和1971年9月16日芬兰与瑞典之间的界河协定,第三章,第1条(联合国,《条约集》,第825卷,第191页)。

²³⁷ 立法文件;条约第228、128和161号。

²³⁸ 立法文件,条约第128和228号,第1条,第3款。

.....

第二部分

一般原则

.....

第 10 条

各种使用之间的关系

1. 如无相反的协议或习惯，国际水道的任何使用均不对其他的使用享有固有的优先地位。

2. 在国际水道的各种使用相互冲突时，应参酌第 5 至 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，尤应顾及重要的人类需求。

评 注

(1) 第 10 条规定了国际水道的任何使用均不对

在非洲区域的河流与湖泊发展区域间会议所通过的建议，《自然资源/水汇编》第 20 号(联合国出版物，出售品编号：90.II.A.10)，第 16 页起各页)，1958 年国际法协会通过的纽约决议中包括下述“国际法原则”：“一流域中的河流与湖泊系统应作为整体(而不是分为个体)来处理”；见国际法协会，《第四十八届会议报告，纽约，1958》，附件二，第 99 页，“国际法议定原则”，原则一，《赫尔辛基规则》(见上文脚注 197)在界定“国际流域”一语时采用了“水系统”的表达法(第二条，评注(a))。又见国际法协会通过的 1961 年《关于国际非海洋水域的使用的萨尔茨堡决议》第一条(“延及两个或更多国家领土的分水岭”)，《国际法协会年鉴》，萨尔茨堡会议，第 49 卷，t.II(1961)，p.87；和该协会 1979 年通过的《关于河流湖泊污染和国际法问题的雅典决议》，同上，第 58 卷，t.II，雅典会议，1979 年 9 月。1957 年，美洲律师协会这一私人法律专家团体通过一项决议，涉及“每一跨越或分割两国或两国以上领土的水道或河流湖泊系统，这种系统以下称为‘国际水域系统’”。(美洲律师协会，《1957 年 11 月 14 日至 21 日在布宜诺斯艾利斯举行的第十届会议记录》(两卷)(布宜诺斯艾利斯，1958 年)，载于《1972 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 208 页，A/5409 号文件，第 1092 段。从整体上调节和发展国际水道的需要还得到一些专家的承认，见 H.A.Smith，《国际河川和经济使用》(1931)，pp.150-151；J.L.Brierly，《国际法律》(第 5 版，1955)，p.204；J.G.Lammers，《国际水道污染》(The Hague, Martinus Nijhoff, 1984)，pp.19-20。

其他的使用享有固有的优先地位的一般原则。本条也针对国际水道的各种使用发生冲突的情况。

(2) 由于各国按照协议或惯例，往往给予某种或某一级的使用以优先地位，第 1 款隐含着一种互补规则。因此，本款的起首条款保留着有关水道国之间以“协议或习惯”确定的任何优先地位。“协议”一词按其广义使用，可以包括例如水道国之间已经达成的一种安排或临时解决办法等等。而且，它不只限于“水道协定”，因为航行等用途有可能用友好条约等其他种类的协定来加以解决。“习惯”一词适用于水道国之间可能没有任何“协议”，但是，按照传统或惯例，给了某种使用以优先地位的情况。“固有优先地位”一语同样表明，特定形式或类别的使用的任何性质均不能使它对其他使用具有推定的或固有的优先地位，而让水道国自由决定给予同某一国际水道有关的某种特定使用以优先地位。这同样适用于航行使用，按照第 1 条第 2 款，“其他使用影响到航行或受到航行影响的”属于本条款的范围。

(3) 第 2 款处理在没有按照习惯或协议确定任何适用的优先地位时国际水道的各种使用发生冲突或互相干扰的情况。在这种情形下，第 2 款表明，应参酌第 5 至第 7 条中所载述的各项原则和因素加以解决，“尤应顾及重要的人类需求。”因此，在本条的含义范围内，各种使用之间的“冲突”只有在有关水道国没有按照协议或习惯建立优先地位的制度或其他变通办法的情形下才会发生。它强调，本款是指国际水道各种使用之间的“冲突”，而不是水道国之间的冲突或争端。²⁴⁶

(4) 第 2 款规定解决国际水道各种使用之间的冲突所适用的原则和因素载于第 5、6 和 7 条，即：公平合理的利用和参与的义务和不造成明显损害的义务。第 6 条规定需要考到的因素是与该国际水道有关的因素。但是在决定如何解决这种冲突时，“尤应顾及重要的人类需求”。这是指：应该特别注意提供足够的水，以维持人类的生命，包括饮用水和制造食物所需要的水，以免饥饿。这项标准是第 6 条第 1 款(b)项中所载列因素的强调形式：“有关水道国的社会和经济需要。”由于第 2 款中提到第 6 条，后一因素

²⁴⁶ 见关于第 5 条(原第 6 条)的评注第 9 段，《1987 年……年鉴》，第二卷，(第二部分)，第 32 页。

无论如何都是有关水道国在解决各种使用之间的冲突时必须考虑到的因素。

(5) 尽管在本世纪初总的说来航行使用或曾享有优先地位,²⁴⁷但随着其他种类的用途开始在经济社会的重要性方面与航行使用竞争,各国认识到需要更大的灵活性。1966年,拉美经济与社会理事会部长级会议第四次年会通过一项决议,承认急需考虑水道的各种潜在用途,这表明了态度的转变。决议建议成员国为共同利益而促进它们这一地区的水文流域和溪流的经济开发,以利于“运输、发电、灌溉工程和其他用途,尤其是为了控制和防止洪水所引起的定期发生的破坏”。²⁴⁸同年,国际法协会得出结论,任一使用都不享有一般优先地位。该协会《国际河流使用赫尔辛基规则》第六条规定:“一种或一类使用对任何它种或这类使用而言都无权享有固有的优先地位”。²⁴⁹《代尔夫特宣言》最近强调,为保证供应足以满足人类下一世纪需求的淡水而保有足够灵活性十分重要。²⁵⁰《宣言》指出,至2000年,近一半的世界人口将居住在城市。《宣言》谈到,“鉴于农业灌溉和解决城市与工业污染造成的问题所需用水日增”,满足“爆炸”的都市用水之需是一“严峻”挑战。讨论会的水专家的结论是,为了“持久地”满足人类需水,“必须采取保护和保有水与环境资源的先进措施”如果一种特别使用享有固有的优先地位,往往不可能采取上述措施。在诸种用途中不分先后,将有助于执行旨在保证满足“重要的人类需求”的措施。

²⁴⁷ 1921年关于有关国际可航行水道制度的《巴塞罗那公约和规约》第10条是这一立场的表现。其他例子载于《蒙特维的亚宣言》第5条,1933年美洲国家第七届国际会议核准,载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第212页, A/5409号文件,附件一, A节; 1911年国际法协会《马德里决议》规则二,第4款(它是《蒙特维的亚宣言》第5条的基础)见《国际法协会年鉴,马德里会议,1911年4月》(巴黎,1911年), vol.24, 第365至367页; 转载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第200页, A/5409号文件,第1072段。

²⁴⁸ 第24-M/66号决议,“拉丁美洲的水文流域和溪流的控制和经济利用”单一的执行段落,转载于《1974年……年鉴》,第二卷(第二部分),第351页, A/CN.4/274号文件,第380段。

²⁴⁹ 见上文脚注197。

²⁵⁰ 开发计划署召集的于1991年6月3日至5日在荷兰代尔夫特举行的水部门能力建设战略研讨会上通过,议事摘要见 E/C.7/1993/4号文件,第24-27段。

.....

第六部分

杂项规定

第26条

管 理

1. 在任何水道国的要求下,各水道国应就可包括建立联合管理机构在内的有关管理国际水道的问题进行协商。

2. 为本条文的目的,“管理”一词尤其是指:

(a) 规划国际水道的持续发展和规定所通过的任何计划的执行;并

(b) 以其他方式促进对水道的合理和最佳利用、保护和控制。

评 注

(1) 第26条确认水道国在管理水道方面有必要进行合作以确保保护国际水道并使有关水道国得到最大的利益。这是为了方便水道国审议对个别国家和有关水道国的适当管理方式。

(2) 第1款规定,如果任何水道国提出要求,水道国应就国际水道的管理进行协商。该款并不规定水道国“管理”该水道或规定它们应设立联合组织,例如委员会或其他机构。协商的结果留待有关水道国作出。各国实际上建立了一些联合的河流、湖泊和类似的委员会,其中许多负责管理国际水道。但是国际水道的管理也有可能采取较不正式的手段,例如举行有国家主管机构或代表之间的经常会议。因此,第1款是指联合管理“机构”而不是一个组织,以便包括这种较不正式的管理手段。

(3) 第2款用通常的说法表明国际水道管理计划的最为共同的特征。(a)项鉴于国际水道的根本重要性,强调需要规划国际水道,使它能够为目前和今后世代的利益得到持续发展。联合委员会固然能够有效执行这种计划,但各有关水道国也可以个别地执行计划。(b)项提到的职能也是管理制度的共同特征。该

项中所载的特定用语多半来自草案的其他条文,尤其是第5条中“合理的”这个形容词表明,国际水道的“利用、保护和控制”由有关水道国计划,而不是任意地或在临时的特定情况下进行。总起来说,(a)项和(b)项应包括几项职能:国际水道的持久、多目标和综合发展规划;便利水道国之间的经常通讯和数据与资料交换;以及在持续的基础上监测国际水道。

(4) 审查一下关于机构安排的条约规定尤其能够发现:各国已经建立了管理国际水道的各种各样的组织。有些协定只涉及某一水道,另一些协定则涉及若干水道或广大的流域。各委员会的权力只适合个别协定的主题范围,因此,当协定涉及一个国际流域或一系列的河流、湖泊和地下蓄水层时,联合机构的职权可能规定得相当具体。第26条的用语是为了让它的含义足够广泛,使它适合一个纲要协定的情况。同时,该条的用意是要向水道国提供指导,使它们在可能决定设立的联合机构或体制的权力和职务方面有所依循。

(5) 设立联合机构管理国际水道并非一种新的构想。²⁵¹早在1911年,国际法学会就建议“有利害关系的国家应该任命常设的联席委员会”以处理有关“建筑新的工程或改建现有工程”问题。²⁵²许多早期的,尤其是十九世纪有关国际水道的协定都特别涉及到对航行和渔业的规范。²⁵³比较近的,尤其是第二次世界大战以后缔结的协定则更多地集中于国际水道的利用或开发的其他方面,例如水道开发潜力的研究、灌溉、洪水控制、水力发电和污染²⁵⁴。由于对水、粮食

和电力的需要量激增,这些用途已更为重要,从而更为需要设置共同的体制性机构来实施各种协定。目前的此类共同机构几乎已同重要国际水道的数目一样多。²⁵⁵它们可能是特设的或永久性的,均具有极为广泛的各种不同的职责和权力²⁵⁶。第26条不仅考虑到水道国的这一实践,而且考虑到在联合国主持下举行的各种会议的建议,建议这些水道国考虑设立联合管理机构,以便保护国际水道并从中得到最大的利益。²⁵⁷

第27条

调节

1. 水道国应酌情进行合作,就调节国际水道之水的流动的需要和机会作出反应。

²⁵⁵ 秘书处1979年编写的有关国际水道非航行使用的多边和双边委员会的调查报告列出了90个此种机构。《有关国际水道非航行使用的多边和双边委员会附注一览表》,1979年4月(未出版)。虽然所列委员会的绝大多数有关欧洲的水道,但世界各地均有反映,在一览表编制之时,发展中国家,尤其是非洲大陆委员会的数目正在增加。

²⁵⁶ 关于“为了证明办法的最大可能的多样性而选出的”某些此类协定的摘要见脚注254提到的出版物的附件四。另见国际法协会,《第五十七届会议报告》中有关设置国际水道共同管理机构的协定一览表, pp.256-266, Ely 和 Wolman, “管理”, 载于《国际流域法律》(Garretson, Hayton 和 Olmstead 编辑, 1966年), p.124; 特别报告员的第六次报告, (上文脚注189)第3-6段, pp.4-8。下列三个不同大陆的三项协定说明了赋予联合管理机构的职能和权力的类型: 1980年11月21日《关于设立尼日尔河流域管理局的条约》(贝宁、喀麦隆、乍得、科特迪瓦、几内亚、马里、尼日尔、尼日利亚和上沃尔特,第3至5条(见上文脚注244)), 1960年9月19日印度和巴基斯坦之间的《印度河水域条约》(见上文脚注239); 《英国和美国之间关于加拿大和美国间边界水域及美国和加拿大的边界问题的条约》, 1909年1月11日于华盛顿签署,《英国和外国文件, 1908-1909》(伦敦, 1913), vol.102, p.137, 《立法文件》, 条约第79号; 《1974年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第72页, A/5409号文件, 第154-167段。

²⁵⁷ 参见《联合国人类环境会议报告》, 1972年6月5日至16日, 斯德哥尔摩(联合国出版物, 出售品编号: E.73.II.A.14), 第二章, “人类环境行动计划”, 第51号建议: 联合国河流和湖泊发展区域间会议(重点在非洲区域)议事录(见上文脚注245), 特别报告员的第六次报告(见上文脚注189), 第7-17段中概述了国际组织在这一领域的工作。

²⁵¹ 奥地利女皇以米兰公国女主人的身份同威尼斯共和国缔结的1754年《瓦普里奥条约》就授权一个已经存在的联席边界委员会负责执行有关共同使用奥利亚河的职务(Parry, 《综合条约汇编》, vol.40, pp.215-228)。另见德国同荷兰之间的1785年《芳登布鲁条约》; 该条约设置了一个双边机构来决定共同在默兹河上建筑船闸的最佳地点(G.F. de Martens, 《条约汇编》, 第二版, Vol.4, p.56), 另载于1952年欧洲经委会的报告“具有共同利益的河流和湖泊水力发电开发的法律问题”, E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1号文件, 第175段起各段。

²⁵² 关于“涉及利用国际水道的国际规章”的决议(马德里会议, 见上文脚注247)。

²⁵³ 参见特别报告员第四次报告(见上文脚注189)。

²⁵⁴ 联合国“多边协定”的讨论情况说明了这一点, 《国际水资源管理: 机构和法律方面》, 自然资源与水专辑第1期(联合国出版物, 出售品编号: E.75.II.A.2), 第91至97段。

2. 除非另有协议, 水道国应公平参与它们同意进行的调节工程的兴建和维修, 或其费用的支付。

3. 为本条文的目的, “调节”是指用水利工程或任何其他持续的措施改变、变换或另行控制国际水道的水的流动。

评 注

(1) 第 27 条载述水道国对国际水道之水的流动的调节。水道流量的调节对预防水流的洪水和侵蚀等有害影响以及从水道得到最大的利益的目的来说, 往往是必要的。本条包括三款, 分别规定了调节方面的基本义务、公平参与调节事务的义务、并规定“调节”一词的含义。

(2) 第 1 款是第 9 条所规定一般合作义务的具体适用。该款规定水道国应酌情进行合作, 具体地就调节的需要和机会作出反应。如本评注前一段所示, 这种需要和机会通常是指灾害的预防和从该国际水道获取较大的利益。“酌情”一语强调该义务不是设法查明需要和机会的义务, 而是对已经存在的需要和机会作出反应。

(3) 第 2 款适用于水道国同意进行国际水道之流动的调节工程的情况。它是一项余补规则, 其中规定, 除非已议定另一些安排, 水道国应“公平参与”调节工程的兴建和维修, 或公平分摊其费用。这项义务是第 5 款中所载公平参与的一般义务的具体适用。它不要求水道国以任何方式参与它们不能受益的调节工程。它只是说明: 当一水道国同意另一水道国进行调节工程, 并且能够因之而受益时, 在没有相反的协议的情形下, 前一水道国有义务按照受益的比例支付兴建和维修的费用。

(4) 第 3 款载述“调节”一词的定义。该定义首先指明调节的手段, 也就是“水利工程或任何其他持续的措施”, 其次说明调节的目标也就是“改变、变换或另行控制国际水道的水的流动。”具体的调节手段通常包括水坝、水库、导流坝、运河、堤岸、沟渠及河岸加强工事等工程。其目标可以是调节水的流动以便预防季节性的水灾和旱灾; 防止河岸严重侵蚀, 甚或河流改道; 并确保有足够的水量, 例如使污染限定在可被接受的范围内, 或允许航行和漂木等使用。

用调节或控制工程使水的流动更加一贯也能够延长灌溉期间, 允许或增进水力发电, 缓解灾情, 避免形成滋生疟疾蚊虫的死水潭, 并使渔业得到持续发展。但是, 调节国际水道的水的流动也有可能对其他水道国造成不利的影响。例如, 堤坝可能降低下游国的季节水量, 或在上游国造成水灾。为了最大限度地利用水, 对水流的调节可能是必要的, 同时说明由于可能造成灾害, 水道国有必要按第 27 条所规定的方式进行合作。

(5) 有关调节国际水道流量的许多条约规定表明, 各国承认在这方面进行合作的重要性。²⁵⁸ 有关调节的实践及对加强水道国之间合作的需要还导致一个国际法专家组织详细拟订一套有关调节国际水道流量的一般规则和建议。²⁵⁹ 本条受到各国在这一领域的实践的激励, 本条中载有适于载入一份纲要文书的一般性义务, 与所有水道国关切的一个主题有关。

第 28 条

设 施

1. 各水道国应在其各自的领土范围内尽力维修和保护国际水道的有关设施、装置和其他工程。

2. 在严重关切可能遭受明显不利影响的任何水道国的要求下, 各水道国应就下列事项进行协商:

(a) 国际水道有关设施、装置和其他工程的安全管理或维修;

(b) 保护设施、装置和其他工程免受故意行为或疏忽行为或自然力的危害。

²⁵⁸ 特别报告员的第五次报告提到许多这些规定, (见上文脚注 189) 第 131-138 段。有代表性的例子包括 1959 年苏联、挪威和芬兰之间关于通过凯塔科斯基水电站和大坝调节伊纳里湖的协定(联合国, 《条约集》, 第 346 卷, 第 167 页); 1944 年美国墨西哥关于利用从得克萨斯、奎特曼堡至墨西哥湾的科罗拉多河和蒂华纳河及里奥格兰德(里奥布拉沃)的水的条约, (同上, 第 3 卷, 第 313 页); 1959 年阿拉伯联合共和国和苏丹关于充分利用尼罗河水的协定(同上, 第 453 卷, 第 51 页); 1969 年拉普拉塔河流域条约(阿根廷、玻利维亚、巴西、巴拉圭和乌拉圭)(第一条, 第(b)款), (同上, 第 875 卷, 第 11 页); 和 1960 年印度和巴基斯坦之间的印度河水域条约(见上文脚注 239)。

²⁵⁹ 国际法协会在 1980 年会议上通过了关于调节国际水道水的流量问题的九个条款, 国际法协会, 《第五十九届会议报告, 1980 年, 贝尔格莱德》(1982 年, 伦敦), 第 4 页。这些条款载于特别报告员的第五次报告, (见上文脚注 189), 第 139 段。

评 注

(1) 第 28 条涉及保护堤坝、河堰、沟渠和导流坝等设施,使它们不致由于情况恶化、可能对其他水道国造成明显损害的自然力或人的行为而受到损害。本条包括两款,分别规定了一般义务和关于设施安全的协商。

(2) 第 1 款规定:水道国应“尽力”维修和保护所述及的工程。水道国可以在各自能力范围内维修和保护设施、装置和其他工程,以履行这项义务。因此,这说明了这样一种情况:水道国应当注意维修水坝,也就是说:使它保持良好状态,以便不致爆开而对其他水道国造成明显损害。同样,也必须采取合理的预防措施,以免这些工程遭受由于洪水等自然力或人的故意行为或疏忽行为所造成的一些可以预见的损害。这种故意行为包括恐怖主义和破坏活动,疏忽行为则包括未能在设施受到损害的情况下行使一般的注意。“在其各自的领土范围内”一语反映这样的事实:工程的维修和保护通常应由该工程所在地的水道国进行。第 1 款绝不意指授权,更不是要求一个水道国在另一个水道国境内维修和保护工程,但可能会有宜由另一水道国参加维修和保护在其领土以外的工程的情况,例如由它与工程所在地国共同管理该等工程的情况。

(3) 第 2 款规定了水道国就用水工程的安全管理、维修或保护进行协商的一般义务。这种义务始自“严重关切可能遭受明显不利影响”的水道国提出的、由于该工程的管理、维修或保护所引起的要求。因此,同第 1 款相反,本款载述水道国发现特定危害之可能性的例外情况。第 2 款所载述的情况也应该同第 25 条的“紧急情况”区分开来。虽然后一条文所载述的情况特别涉及一种立即的威胁,本条第 2 款下的危险不一定是立即的危险,虽然它应该是极为轻微的危险。水道国应有“严正的理由相信”它可能遭受不利影响这一要求构成一种客观的标准,并且必须有某种实际的危险。“严正的理由相信”一语也用于第 18 条,在该条中也具有同样的含义。这种要求符合国家实践,因为国家通常有合理的理由关切到实际或潜在的不利影响时会举行协商。最后,“明显的不利影响”一语的含义同第 12 条中的含义相同。因此,这项标准所建立的级限低于“明显的损害”。²⁶⁰

(4) 按第 2 款进行协商的义务适用于可能以两种

方式产生的明显不利影响。第一,这种影响可能从工程的管理或维修中产生。因此,(a)项规定了关于以安全方式管理或维修的协商。第二,对其他水道国的不利影响可能来自故意行为或疏忽行为或自然力对用水工程的损害。因此,如果一水道国有严正的理由相信,它可能遭受上述行为或自然力的影响,它便有权根据第 2 款(b)项就保护该等工程的事项进行协商,使其不致受到恐怖主义行为和破坏行为或滑坡和水灾等自然力的影响。

(5) 各国对于设施的保护和安全的关切反映于国际协定中。有些涉及水力发电项目的协定载有关于设施之设计的具体规定,²⁶¹并且规定工程计划未经当事方事先同意即不得进行。²⁶²各国还在它们的协定中规定应由工程所在地国制定本国立法以确保工程的安全。²⁶³第 28 条没有作出这么彻底的规定,但是规定了一般性的剩余规则,其用意是为有关国际水道的工程之保护和安全管理规定基本的水平。

第 29 条 武装冲突期间的国际水道和设施

国际水道和有关设施、装置及其他工程应享有在国际及国内武装冲突中适用的国际法原则和规则给予的保护并且其使用不得违反这些原则和规则。

评 注

(1) 第 29 条规定武装冲突期间给予国际水道和有关设施的保护及其使用。本条不妨碍现行的法律,并不曾规定任何新规则。它只是提醒一下在国际和国内武装冲突中适用的国际法原则和规则载有关于国际水道和有关工程的重要条款。这些条款通常分为两类:关于国际水道和有关工程之保护的条款和关于这些水道和工程之使用的条款。由于详细规定这一事项会超出纲要文书的范围,第 29 条只不过提到每一类这样的原则和规则而已。

(2) 在特定情况中适用的国际法原则和规则对有

²⁶¹ 参看《1957 年瑞士和意大利关于使用 Spoel 水力公约》第 8 条,《立法文件》……,条约第 235 号,第 862 页;摘要载于《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 161 页起各页, A/5409 号文件,第 849-854 段。

²⁶² 《1963 年法国和瑞士关于 Emossion 水力发电项目的公约》,第 2 条,《国际公法概论》(巴黎),第 69 卷,第 1 期(1965 年 1 月至 3 月),第 279 页;又见《1974 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 311 页, A/CN.4/274 号文件,第 229 段。

²⁶³ 同上。

²⁶⁰ 见第 12 条评注第 2 段,《1988 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 46 页。

美国具有拘束力。第 29 条不曾改动或修订现有的法律, 它也无意把任何文书的适用性扩大到不是该文书当事国的国家。另一方面, 鉴于国际水道和有关工程在武装冲突期间也会受到其他国家的使用和攻击, 第 29 条并不是只针对水道国。虽然本条款当事国不会受到本条本身的拘束, 把非水道国纳入其范围被视为有其必要, 这是由于这个事项的非凡重要性, 也是由于这个条文的主要功能只是提醒各国武装冲突法律对国际水道的适用性。

(3) 当然, 本条款本身即使在武装冲突期间也还是生效的。在这些期间内, 水道国按照本条款保护和利用国际水道和有关工程的义务仍然存在。但是, 战事可能影响到水道和水道国对水道的保护和利用。在这种情形下, 第 29 条载明: 规制武装冲突的规则和原则应予适用。例如, 1907 年规制陆地战争之法律与习惯的海牙公约²⁶⁴和 1949 年 8 月 12 日日内瓦公约 1977 年第一号议定书第 54 条第 2 款都禁止向给水工程下毒, 而该议定书第 56 条第 1 款则规定应保护水坝、堤堰和其他工程, 不使它们受到“可能引起危险力量之释放从而使平民人口受到严重损失的”攻击。按照 1949 年日内瓦公约第二号议定书第 14 和第 15 条, 同样的保护也适用于非国际武装冲突。第一号议定书第 55 条第 1 款的条款也涉及武装冲突期间的保护: “在战事中应注意保护自然环境, 避免造成普遍、长期和严重的损害。”²⁶⁵在不适用特定规则的情形下, “Martens 条款”给了一些根本的保护。该条款原先加插在 1907 年海牙公约序言部分, 后来又载入一些公约和议定书中,²⁶⁶目前已具有一般国际法地位。从本质上说, 它规定: 即使在特定国际协定所不包括的情况下, 平民和战斗员仍然处于源自既定习惯、人道主义原则和公众良心的使唤的国际法规则的保护和权力之下。同样的一般原则也表示于第 10 条, 该条规定: 在调解国际水道各种使用之间的冲突方面, 应该特别注意重要的人类需求。

²⁶⁴ 《关于陆地战争之法律与习惯的公约》附载条例第 23 条。第 23 条评注见 L. Oppenheim, 《国际法: 论说》第七版, H. Lauterpacht, ed., (London, Longman, 1952), vol. 2, p. 340, Sect. 110.

²⁶⁵ 具有同一作用的较为一般性的规定载于第 35 条(基本规则), 同一议定书的第 3 款。

²⁶⁶ 参看 1925 年 6 月 17 日禁止毒气和生物战争方法议定书(序言部分, 第 1 和第 3 段); 1949 年 8 月 12 日日内瓦公约(第一号公约, 第 63 条第 4 款; 第二号公约第 62 条第 4 款; 第三号公约, 第 142 条第 4 款; 和第四号公约第 158 条第 4 款); 1949 年日内瓦公约第一号附加议定书(第 1 条第 2 款); 和 1980 年禁止或限制使用可能被视为具有过度伤害或滥杀作用的若干常规武器公约(序言部分, 第 5 段)。

[...] ²⁶⁷

第 32 条

不歧视

水道国在准许由于同国际水道有关的活动而遭受明显损害或受到这种威胁的任何自然人或法人按照其法律制度使用司法程序和其他程序时, 不应基于国籍或住所加以歧视。

评 注

(1) 第 32 条载述水道国应准许使用其司法程序和其他程序, 不基于国籍或住所加以歧视的基本原则。

(2) 本条的主要诉求是, 水道国准许他们的公民使用司法程序或其他程序时, 他们必须给予非公民或非居民同样的机会。这项义务不影响某些国家的现行做法, 他们规定非居民或外侨必须交付保证金, 作为利用其法院系统的条件, 以支付法院费用和其他费用。本条规定的这种做法是“不歧视的”, 并且考虑到“按照其法律制度”“遭受明显损害或受到这种威胁”等语显示, 不歧视原则适用于造成实际损害的情况, 也适用于预期性质的损害。由于后一种情况通常能够通过行政诉讼得到最有效的处理, 本条在提到“司法程序和其他程序”时规定: 应毫不歧视地准许使用法院和任何适用的行政程序。

(3) 有一位委员认为, 本条应仅适用于涉及在“其他国家”造成明显损害的情况以使本条限于造成跨境损害的情况。但是, 委员会最普遍的意见是, 本条应该涉及较广泛的范围, 以便包括在作为损害来源的水道国遭受损害的外国人的情况。这种意见的依据是, 水道国在准许使用其司法程序和其他程序时不应加以歧视, 不论损害发生在何处或可能发生在何处。有一位委员认为本条整条都是不能接受的, 因为本条处理的是国家之间的关系而不应该扩及于自然人或法人根据本国法律提起的诉讼的领域。

(4) 第 32 条所载义务的先例可以在一些国际协定和一些国际组织的建议中找到。例如, 丹麦、芬

²⁶⁷ 第 30 和 31 条草案是对已经通过的条款重新编号的文本。

兰、挪威和瑞典缔结的 1974 年 2 月 19 日保护环境公约第 3 条中便有如下的规定:

“受到另一缔约国中有害环境活动所引起之公害影响或可能受到其影响的任何人应该有权在该国的主管法院或行政当局控诉这些活动的容许度问题, 包括采取防止损害的措施问题, 并按照与活动所在国之法律实体所适用的程度和条件就该法院或行政当局所作的判决提出上诉。

“本条第 1 款的规定应该同样适用于就有害环境的活动引起的损害要求补偿的诉讼的情况。据以对补偿问题作出判决的规则不应减损适用活动所在国之补偿规则使受害方受到较不利的待遇。”²⁶⁸

经合发组织理事会已通过一项关于在跨界污染方面执行一个使用司法程序之平等权利和不歧视制度的建议。该建议第 4 款(a)项规定如下:

“来源国应确保受到跨界污染损害或在这方面处于重大危险境地的任何人至少应该得到与来源国在本国污染和类似情况下给予处于同等情况或境地的受害者的同等待遇……。”²⁶⁹

(5) 第 32 条不要求水道国为在他们各自领土内进行的与水道有关的活动在其他国家引起的明显损害提供补偿权利或按他们本国的法律给予救济。国际法委员会曾考虑列入一个单独的条款来处理这个问题, 但后来决定不要在专题的这个阶段这么做。但是, 有些委员认为, 应该在本条款中载列这样的规定。

²⁶⁸ 同样的规定载于欧洲共同体跨界污染情形下环境影响评量公约第 2 条第 6 款, Espoo, 1991 年 2 月 25 日; 跨界水污染的责任和赔偿准则, ENVWA/R.45 号文件, 1990 年 11 月 20 日; 欧洲共同体环境权利和义务宪章草案, 第 6 段, 在一次环境法律专家会议上拟订, 1991 年 2 月 25 日至 3 月 1 日, ENVWA/R.38 号文件, 附件一。

²⁶⁹ 经合发组织 C(77)28(Final)号文件, 附件, 载于经合发组织, 《经合发组织和环境》(巴黎, 1987), p.150. 参看环境规划署理事会 1978 年 5 月 19 日 6/14 号决定核准的两个或两个以上国家据以在环境领域保护和协调利用共有的自然资源的行为准则原则 14. 关于平等使用司法程序的原则的讨论, 参看 Van Hoogstraten, Dupuy and Smets, “Equal Right of Access: Transfrontier Pollution”, 《环境政策和法律》, vol.2(1976 年 6 月), p.77.

第四章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

60. 大会 1947 年 11 月 21 日第 177(II)号决议指示委员会: (a)编订纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则, 并(b)拟具危害人类和平及安全治罪法草案, 明示上列(a)段所称原则应具有的地位, 委员会 1949 年第一届会议任命让·斯皮罗普洛斯先生为特别报告员。

61. 在特别报告员报告的基础上, 委员会 1950 年第二届会议通过了拟订的纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则,²⁷⁰ 并连同评注提交大会; 此后, 委员会 1954 年第六届会议通过了危害人类和平及安全治罪法草案,²⁷¹ 并连同评注提交大会。²⁷²

62. 大会 1954 年 12 月 4 日第 897(IX)号决议考虑到, 委员会拟订的危害人类和平及安全治罪法草案提出了与侵略定义问题密切相关的问题, 并鉴于大会已委托一个特别报告员编写关于侵略定义草案的报告, 因此决定在特别报告员提交报告之前推迟审议治罪法草案。

63. 大会 1974 年 12 月 14 日第 3314(XXIX)号决议以协商一致方式通过了侵略定义。

64. 1981 年 12 月 10 日, 大会在第 36/106 号决议中请委员会恢复工作, 以拟定危害人类和平及安全治罪法草案, 并以必要的优先次序加以审查, 以便进

行复审, 同时适当考虑到国际法逐步发展过程中所取得的成果。²⁷³

65. 委员会 1982 年第三十四届会议任命杜杜·锡阿姆先生为本专题的特别报告员。²⁷⁴ 委员会从 1983 年第三十五届会议到 1990 年第四十二届会议收到特别报告员的 8 份报告。²⁷⁵

66. 在这几届会议上, 委员会对治罪法草案基于属人理由的内容和基于属物理理由的内容作了某些初步决定。²⁷⁶ 它还将特别报告员报告中所载的第 1 至 17 条、X 条和 Y 条送交起草委员会。²⁷⁷ 此外, 在这几

²⁷³ 随后大会 1987 年 12 月 7 日第 42/151 号决议同意国际法委员会的建议, 将专题的英文标题修改为: “Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind.”

²⁷⁴ 关于讨论本专题历史背景的详细情况, 见《1983 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 26 至 41 段。

²⁷⁵ 这些报告转载如下:

第一次报告: 《1983 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 137 页, A/CN.4/364 号文件;

第二次报告: 《1984 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), 第 89 页, A/CN.4/377 号文件;

第三次报告: 《1985 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/387 号文件;

第四次报告: 《1986 年……年鉴》第二卷, A/CN.4/398 号文件;

第五次报告: 《1987 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/404 号文件;

第六次报告: 《1988 年……年鉴》第二卷(第一部分), A/CN.4/411 号文件;

第七次报告: 《1989 年……年鉴》第二卷(第一部分), A/CN.4/419 和 Add.1 号文件;

第八次报告: 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第一部分), A/CN.4/430 和 Add.1 号文件。

²⁷⁶ 《1984 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 65 段。

²⁷⁷ 委员会在第三十七至四十二届会议上有关本专题的更详细情况, 见《1985 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 34 至 99 段, 《1986 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 77

²⁷⁰ 此后称为“纽伦堡原则”(《1950 年……年鉴》, 第二卷, 第 374 至 378 页, A/1316 号文件, 第 95—127 段)。

²⁷¹ 《1954 年……年鉴》, 第二卷, 第 150 至 152 页, A/2693 号文件, 第 49—54 段。

²⁷² 治罪法草案和纽伦堡原则的案文分别转载于《1985 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 8 页, 第 18 段和第 12 页第 45 段。

届会议上,委员会暂时通过了以下条款:第1条(定义)、第2条(定性)、第3条(责任和惩罚)、第4条(审判或引渡的义务)、第5条(不适用法定时效)、第6条(司法保证)、第7条(一事不再理)、第8条(不溯及既往)、第10条(上级的责任)、第11条(官方地位和刑事责任)、第12条(侵略)、第13条(侵略的威胁)、第14条(干涉)、第15条(殖民统治和其他形式的外国统治)、第16条(国际恐怖主义)、第18条(招募、使用、资助和训练雇佣军)和X条(非法贩运麻醉药品)和Y条及其评注。²⁷⁸

B. 本届会议审议这个专题的情况

1. 审议特别报告员的第9次报告

67. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员关于本专题的第9次报告(A/CN.4/435和Add.1),该报告由两个部分组成。在第一部分中,特别报告员载述了适用于危害人类和平及安全罪的刑罚。在本报告第一部分中,特别报告员指出,按照法无明文者不罚的原则,应在治罪法草案中规定刑罚。但是,这项工作包含两个方面的困难:一方面是司法制度的多样性,另一方面是程序问题。在司法制度的多样性方面,特别报告员指出,就国内法的不同来说,各国存在着可据以建立对所有罪行适用之独特惩罚制度的道德和哲学态度;在国际法方面,观念和哲学上的不同与单一的刑罚制度很不合拍。若干国家现行的一些刑罚在另一些国家没人知晓。作为这种多样性的实例,他特别研究了世界上若干国家和地区对于死刑和对于断肢等其他苦刑的不同态度。他总结指出,要建立一个在国际上统一适用的单一的刑罚制度很难。就程序问题上的困难来说,特别报告员问起:是否需要为危害人类和平及安全的每一罪行规定一致的刑罚,由于所有罪行都达到极为严重的程度是否应该按照一般的方式为所有罪行制定同样的刑罚,依是否有减罪情况而订出最高限度和最低限度的刑罚。另一些程序问题在于确定:治罪法条款,其中包括刑罚条款,是否必须直接纳入国内法,或者必须在治罪法本身规定这种刑罚,为此通过一项国际公约。特别报告员主张采用后一种

办法。在第一部分末尾,特别报告员提出了适用于所有危害人类安全及和平罪行的单一的条文草案(Z条草案)。

68. 特别报告员在其报告第二部分中确切指出:一方面,大会在其1990年11月28日第45/41号决议中请国际法委员会。

进一步审议和分析其关于国际刑事管辖问题的报告中所提出各种问题,包括设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机构的可能性。

另一方面,大会至少在目前阶段已不就采用普通管辖权制度、设立国际刑事法院或建立其他管辖机构,作出选择。所以,特别报告员没有提交国际刑事法院章程草案。但是,他想在委员会范围内就两个主要问题,即法院的管辖权和提起刑事诉讼的条件,引起更深入的讨论,以便得出必要的指导方针来据以起草可能的章程。因此,他在报告中提出了关于上述两个问题的条款草案,打算用它来作为讨论的基础,以期从中看出能对他起到指导作用的一般趋势。

69. 委员会第2207至第2214次会议审查了特别报告员的第9次报告。在听取了特别报告员的说明后,委员会审议了特别报告员提交的关于适用之刑罚的Z条草案,以及该报告中涉及可能设立国际刑事法院问题的部分。在第2214次会议上,委员会决定将Z条草案提交起草委员会,以便起草委员会能够更具体地参照国际法委员会委员,包括特别报告员在讨论中提出的具体建议来加以审查。对特别报告员第9次报告的评论和意见摘要载于以下C.一、二节,(a)至(c)分节。

(a) 适用于危害人类和平及安全罪的刑罚

70. 特别报告员在其第九次报告和关于适用于危害人类和平及安全罪的刑罚的第一部分说明中再度提到,他在提交的第八次报告中为处理刑罚问题提出了可能的条文草案的三种案文²⁷⁹,这些案文的目的是在国际法委员会范围内引起辩论,在现阶段不应被视为最后案文。因委员会若干委员指出,刑罚必须列入治罪法中,而不宜列入拟议中的法院规约。他目前提

至185段,《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第26至65段,《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第201至204段,《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第83至216段,及《1990年……年鉴》,第二卷(第二部分),第27至157段。

²⁷⁸ 条款案文见本报告下文第D.1分节。

²⁷⁹ 见《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分)(见上文脚注275),第101至105段。

出关于适用的刑罚的第 Z 条草案²⁸⁰，供列入治罪法草案中。

71. 特别报告员指出，适用的刑罚提出了相当棘手的问题，国际法委员会在一些政府的反对下从 1954 年治罪法草案中撤回涉及这一问题的条文草案，便说明了它多么棘手。国际法委员会曾在其 1951 年第三届会议上通过了第 5 条草案，其案文如下：

一切经本治罪法草案确定之罪行其刑罚由审判被告的主管法庭根据罪行之严重性加以确定。

但这一条规定的缺点在于任由法官确定适用的刑罚，在向国际法委员会提出评论的一些政府持强烈保留意见的情形下，国际法委员会终于作出最好撤回该案文的决定。

72. 特别报告员认为，适用的刑罚引起两类问题：一类是方法问题，一类是各国司法制度多样性所涉及的问题。

73. 对于方法问题，特别报告员强调了这样的问题：应否为每一罪行——种族灭绝、战争罪等——指明相应的刑罚，或者由于所有这些罪行都具有极端严重的特点，是否需要按照有无可从轻处罚情节以一般方式为一切实案件规定最低限度和最高限度的刑罚。特别报告员认为应该选择后一办法，他认为不可能为分别犯下的每一罪行规定一系列轻重不同的刑罚。

74. 关于司法制度多样性引起的问题，特别报告员指出，为了制定一系列轻重不同的刑罚，需要统一的道德和哲理观念，但这只存在于国内法而不存在于国际法中。依将予处罚的违法行为不同，刑罚因国而异。此外，还有一些刑罚，如死刑和其他造成痛苦的刑罚（如断肢刑）等，它们引起很大争议，没有得到普遍适用。

75. 因此，特别报告员尽力避免极端做法，而寻

²⁸⁰ 特别报告员提出的 Z 条草案案文如下：

“凡被宣判犯下本治罪法所定义的任何一项罪行的被告均应判处终身监禁，如有可减轻处罚的情节，被告应判处监禁 10 年至 20 年。

〔此外，可酌情宣判对被告窃取或侵占的财产全部没收或部分没收，法院应决定是否将这类财产委托人道主义组织管理。〕”

求一个可能为所有国家接受的中间道路。他的提议是，治罪法确定的罪行应处以终身监禁的刑罚。一些人在本委员会上届会议上对这种处罚方式持保留意见，认为它排除了定罪者改正或自新的任何可能性；但是，看来这种解决办法有可能取得广泛同意。如果允许有减轻处罚情节，可以判处 10 至 20 年监禁。

76. 特别报告员认为，他提出的 Z 条草案同国际法委员会在 50 年代提交（见上文第 71 段）然后又撤回的条文草案比较，算是一项进步，因为适用的刑罚不是由主管法官决定，而是由治罪法本身针对所列各种罪行予以确定的。这种刑罚可由本报告置于方括弧内的非强制性的刑罚予以补充，即：全部或部分没收被定罪者窃得或侵占的财产。《纽伦堡法庭组织法》已经规定这种刑罚，它尤其适用于战争罪行，因为战争罪行往往涉及军队偷窃或以武力侵占私人财产，尤其是在被占领领土。至于没收的财产给予何人，特别报告员指出，在国家一级上，没收的财产应归国家，但就国际一级来说，很难将其给予此国而不是彼国。因此，特别报告员提议由主管法庭将这些财产委托人道主义组织管理，例如儿童基金会、红十字国际委员会，或取缔非法贩运麻醉品的国际机关。

77. 国际法委员会委员们普遍认为，治罪法草案应包含关于适用之刑罚的条文。

(1) 将刑罚列入治罪法草案或放回国内法

78. 大多数委员认为，应该在治罪法本身规定这些刑罚，而不应简单地将其放回治罪法缔约国的国内法。在这方面，有人指出，在凭借一项国际公约所通过的治罪法本身中规定这些刑罚比较符合法无明文者不罚的原则，为了统一实行规定的刑罚，这样做也是不可或缺的，且可以避免各国刑事制度不同造成的不便。此外，让法庭决定刑罚的办法不仅可能引起在适用上不一致的问题，也使得治罪法不完整，因它仅将一些行为定性为犯罪而没有明确罪犯所应承担的后果，从而削弱了整个治罪法。还有人指出，与提及一般国际法原则的《公民权利和政治权利国际公约》第 15 条第 2 款不同，在治罪法中列入刑罚，在起诉涉及整个国际社会的罪犯时就可以避免为证明有理由起诉而提到一般国际法原则了。

79. 但是，另有一些委员在刑罚问题上倾向于将

其放回国内法的解决办法,他们怀疑在多元的世界中制定统一的刑罚制度是否明智。一位委员尤其指出,在加入规定刑罚的国际公约方面,有些国家会碰到一些程序和伦理上的问题,需要大幅度修订它们的刑法,因为这些国家的国内法对某些罪行所适用的刑罚可能比治罪法草案规定的轻。他问道,这会不会影响这些国家对于治罪法草案的接受程度。另一位委员认为,最好让有关国家按照本国国内法解决刑罚问题。为了防备可能的滥用情况,治罪法草案可以载列一项通则,要求在考虑到其严重性的情形下判处罪行。所有惩治恐怖主义的公约都包含这类条文,它们的适用得到了相当好的结果。

(2) 单一刑罚或每一罪行的刑罚

80. 尽管委员会大部分委员赞成在治罪法本身中确定适用的刑罚,但是有两派意见:一派主张按照所涉及的罪行规定不同的刑罚;另一派主张单一刑罚,而让法庭按照每一案件的具体情况决定最轻和最重刑罚。但是,在这方面,有一位成员认为,最好不要在治罪法草案中规定最低限度的惩罚,使法院在作出判决时能够较好地考虑到每一案件的具体情况。

81. 赞成为每一罪行分别确定刑罚的委员们提醒注意治罪法草案中包括的每一罪行的具体和个别性质。他们认为,灭绝种族、侵略、种族隔离和殖民主义等罪行不能同贩卖毒品或雇佣军罪行等量齐观。因此,治罪法中包括的罪行应该受到严厉的但又有所区别的判决。刑罚的严重程度应考虑到罪行的性质和犯罪情形。不应该留待法官斟酌处理这一问题,而应该在治罪法本身中作出规定,分别处理每一罪行并且规定最轻和最重刑罚。

82. 主张规定单一刑罚同时规定最重和最轻刑罚的委员们认为,一些罪行有可能被包括在治罪法草案中,其标准是这些罪行的极端严重性,事实上,它们是最严重罪行中的极端罪行。某些罪行,例如侵略或灭绝种族或许被看作比其他罪行更为严重,但是,规定单一刑罚并且规定最轻和最重刑罚所留给法院的余地已经将这些差别加以考虑。一位委员特别援引了实际原因。在他看来以及从理论上说,理想的解决办法是为每一罪行规定刑罚,因为尽管治罪法下罪行的特点是其极端严重性,但其严重的程度可以是不同

的。因此,正义和公正要求根据罪行的严重程度以及罪犯的责任程度来处罚罪行。但是,这一理想的解决办法或许无法应用,而且为了确定每一罪行、其严重程度和相应的适用刑罚,还可能引起漫无边际的辩论。因此,在实践上以及从现实出发,委员会除为所有罪行规定单一刑罚的原则外别无选择。

(3) 适用的刑罚类型

83. 委员会随后举行了长时间辩论,讨论将在治罪法中规定的刑罚的性质,换言之,讨论治罪法下应该有哪些刑罚的问题。委员们详细讨论了死刑、监禁刑罚、其他可能的刑罚、此类刑罚的等级和特别报告员在Z条草案中提议的解决办法。

死刑

84. 委员会许多委员支持特别报告员关于不应该在危害人类安全及和平罪的适用刑罚中包括死刑的立场。在此方面,人们指出,委员会不应该试图悖逆世界范围废除死刑的趋势,即使对最严重的罪行,例如灭绝种族罪也是一样。自从纽伦堡审判和东京审判以来,在法律思想中,废除死刑的观念就已经出现。这些委员认为,从道德上说,废除死刑是向前迈进,必须予以加强。死刑既无必要也无意义,任何人都没有权利剥夺另一人的生命。此外,许多国家的法律已取消死刑,废除死刑的国家对加入一份重新规定死刑的文件将会感到为难。在许多这样的国家中,废除死刑已经成为宪法原则,某些国际文书——其范围既是世界性的又是区域性的——也规定废除死刑或禁止重新实行死刑。人们援引了下列文书:《公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》,其目的是废除死刑(大会第44/128号决议,附件)、《欧洲保护人权和基本自由公约第6号附加议定书》,以及关于废除死刑的《美洲人权公约议定书》。

85. 其他一些委员对此立场表示了保留意见,他们认为,被要求为在死刑问题上持不同看法的各国拟定法律的本委员会,在此问题上采取一刀切的意见而不允许有关各国自行酌量,这还为时过早。许多国家在国内法律中依然为特别严重的罪行保留了死刑,不在治罪法草案中包括死刑必将引起各国之间的讨论,并有使治罪法变得对它们更加难以接受的危险。一些委员表达了下述观点:即使某些原则上规定废除死刑

的区域性文书也允许某些情况下的例外。例如，上文提到的《欧洲公约第6号任择议定书》尽管规定在和平时期废除并不得重新实行死刑，但也载有关于战争情形下和“迫在眉睫的战争威胁”情形下的但书，而某些作者认为，有关国家的当局将有自由就此但书作出决定。此外，大会通过的《公民权利和政治权利国际公约第二任择议定书》正如其名称表明的那样，是任择的而绝不是强制性的。治罪法草案仅仅处理最严重罪行的极端罪行，而不应该变成解决死刑问题的文件。这些委员认为，将这一问题留交各国自由酌量不会在任何意义上破坏法无明文者不罚的原则。所需要的只是在治罪法中包括一项原则规定，大意是对这些罪行的惩罚应该与其严重程度相称。一位委员特别建议，为了照顾已经废除死刑的国家的敏感，可以在规定该刑罚的条文之后加上保留规定，使提出诉讼的任何国家能够要求法院在定罪的情况不处以死刑。

终身监禁

86. 关于特别报告员提交的条款草案第1款，委员会一些委员表示倾向于终身监禁的刑罚，其中一些人认为这是唯一能够使人们接受废除死刑的情况，其优点是如有错判仍可纠正。他们指出，国际社会应该不遗余力地强调，适用于犯有野蛮罪行者之刑罚具有惩前毖后的性质，是为了防止重新发生这种行为并保护人权和基本自由。正是这一标准构成了下列文件的基础：《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》、《领土庇护宣言》(第1条)(大会第2312(XXII)号决议)以及关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯国际合作原则的大会第3074(XXVIII)号决议。其中一些委员认为，即使监禁了20、25或30年之后，也很难考虑释放犯有侵略、灭绝种族或其他同样严重罪行的独裁者，甚或贩毒头子。释放这样的个人是不可想象的。问题在于不仅要使刑罚适合罪行，而且也适合危险的严重程度并不惜一切代价防止重犯。失败之后而未倒台的独裁者倾向于即使不是自己主动行动，也会在从前的盟友或者支持者的鼓励之下故伎重演。

87. 赞成终身监禁的另一个论点是，大部分废除死刑的国家用终身监禁来代替死刑。通过此种刑罚将避免引起仍然主张死刑的国家提出激烈反对，或许甚而鼓励它们逐渐从国内法中取消死刑。

88. 其他委员对终身监禁持保留意见，理由是许

多国家也以终身监禁违背某些人权的基本原则为由而将其废除。其中某些委员认为处罚的目的是伸张正义，而不是盲目报复。随着时间的推移以及一旦罪犯不再构成危险，公众要求报复的愿望也会减退。判处一名老人终身监禁，使其不可能获释，这对人类良知毫无益处，许多国家已经采用宽恕或假释的制度。

有期徒刑

89. 一些委员赞成规定最重和最轻的刑罚，让法院有根据罪行的严重性和每一案件的具体情形来决定刑期的灵活性。许多委员建议25、30、35和40年为最长刑期，10、14和15年为最短刑期。

90. 尽管一些委员认为判决不应有上诉，在任何情形下都不允许犯人在服刑期满之前要求释放，但其他委员认为，犯人可因表现良好而获赦免或获假释。一位委员建议成立一个国际宽恕和假释委员会，但在犯人至少服满三分之二刑期以前不得考虑释放问题。

91. 关于有期徒刑，一些委员对特别报告员提议的条款草案第二款发表了意见。尽管接受该款建议的刑罚可以调节的主张，他们认为应该给法院留有余地，使之不仅考虑是否存在减轻处罚情节或加重处罚情节，并切实考虑任何其他有关情节，例如罪犯的人格、犯罪时的情形、后果的严重性、以及主犯或犯罪时起主要作用的人与在他人命令之下行为的从犯之间的区别。一些委员说，在确定刑罚时要考虑的加重处罚情节应包括不遵守安全理事会的决议，特别是包括被告的歹毒行为、预谋、筹划和有步骤地实施例如灭绝种族的计划；减轻处罚情节应包括单纯企图或部分免除被告的刑事责任。

92. 关于术语，一些委员认为特别报告员在条款草案第1和第2款中使用的“监禁”一词“含义不清”，他们指出，一些国家的国内法律规定了各种形式的监禁，例如严格的监禁和拘留。因此，这些委员赞成使用比较中性的术语，例如“剥夺自由”。

没收

93. 几位委员就特别报告员提议的条款草案中关于没收被窃财产的第三款发表了意见。

94. 这些委员认为，就该款的现状而言，该款真正体现的不是刑罚，而仅仅是归还，并且没有造成痛

苦的效果。为归还目的而实行没收和为刑罚目的而实行没收，二者之间应该有所区别。

95. 即使就该款的目前形式而言，以及从为归还而实行没收的角度看，该款也将引起一些困难，这些委员指出如下。首先，“侵占的财产”似乎包括了“窃取的财产”，这使得第二个词成为多余。第二，得自侵占财产的利润也应没收。第三，很难看出为什么此类财产的没收会是部分没收，报告提出的论点很难令人信服：罪犯本人或其配偶或其继承人都不应该从侵占的财产中获利。第四，尽管这一主张确实值得赞扬，但很难看出法院将根据什么原则把有关财产委托给人道主义组织。被窃财产应该归还其合法主人。只有在非常特别的情形下，即财产的主人已经去世并且没有留下继承人，才会发生如何处理财产的问题。

96. 一些委员建议，条款草案应该规定将没收财产或是作为补充刑罚，也就是说，作为治罪法中规定的但可由法院自由酌量适用的刑罚，或是作为辅助刑罚。在此情形下，它将被自动增加到主要的刑罚即监禁上。这些委员认为，没收之刑罚可依照情况采取上述两种形式之一。不难设想这一刑罚自动生效的情形，例如，没收犯下有关罪行时所使用的物件、生产和运输毒品的工具、犯罪活动的产物和因犯罪活动非法获得的利润；在其他情形下，没收为非强制性刑罚。

97. 关于在没收了被抢夺之财产而又无合法主人或合法继承人的情形下，或在将没收作为刑罚的情形下，委员们提出一些有关财产可能的受益人的建议。因此，有人建议，此类财产可首先用来补偿有关罪行受害人或受害国所遭受的损失。一些委员支持特别报告员的下述建议：把此类财产交与人道主义组织，例如红十字委员会、儿童基金会、与国际非法贩毒进行斗争的国际组织或粮食计划署。另一些委员建议，此类财产可分配给支助联合国维持和平行动的基金，甚至交与秘书长基金，用来帮助缺乏必要财政手段以向国际法院提出诉讼的国家。有一位委员认为，这种财产如果由于无法找到确当的物主而没有归还给他，便应该交给国家，由它分配给可能决定给予的一些慈善机构。一位委员建议，贩毒分子的财产没收后应给予嗜毒者康复中心。一位委员特别建议，此类财

产应交给一信托基金，给予审判罪犯的国家或要求执行法院判决的国家，或经由国际刑事法院本身保管。

其他可能的刑罚

98. 一些委员建议，应该用其他刑罚来补充特别报告员建议的监禁和没收这两种刑罚。有人指出，鉴于有关罪行的性质，刑事惩罚既应该造成痛苦又应贬损其名誉，即应影响罪犯的实际生活和他的道德名声、法律和政治地位以及家庭和社会状况。对待犯有此种罪行的人比对犯有普通罪行的人或犯有传统的政治罪行的人更加宽大，那是很难做到的。例如，一名委员建议，治罪法应该规定辅助刑罚如彻底剥夺法律行为能力和剥夺公民权。其他委员建议处以罚金和从事社区工作。一名委员指出，处以罚金实际上等于没收的一种形式。一些委员认为，应极为谨慎地对待从事社区工作问题，因为很难区别所提议的刑罚和强迫劳动，而某些人权公约禁止强迫劳动。

(4) 特别报告员的结论

99. 特别报告员在谈到委员们的各种看法时指出，在适用刑罚问题上缺乏一致性。

100. 一些委员认为，确定适用的刑罚是国内法问题，委员会不应处理这一问题，但特别报告员不同意这一观点。他认为，委员会肯定应该就适用刑罚问题提出建议，甚至在不侵害各国的特权的情况下提出具体刑罚，而归根到底，最终决定是由国家作出的。如果委员会不处理适用刑罚问题，就有招致1954年治罪法作者所受之同样批评的危险，人们曾指责那些作者起草了关于罪行的规定而未作出关于刑罚的规定，从而完全忽视了法无明文不罚的规则。

101. 谈到他的有关适用刑罚的条款草案引起的各种反应，特别报告员再次指出，各种立场已经十分鲜明。鉴于国际法的趋势，委员会一些委员认为死刑已经过时，在道德、宪法、公约和其他理由的基础上，不应该再包括进来。一些委员甚至走的更远，要排除终身监禁。他认为这将走得太远。不应该忘记，治罪法下的罪行异乎寻常地严重，因而要有异乎寻常的制度。况且，当委员会决定与所有刑法原则相反的关于法定时效不应适用此类罪行时就已经承认了这一

点。特别报告员认为,如果不在条款草案中包括方括号中的死刑,则至少应保留终身监禁。

102. 经过适当考虑,特别报告员决定不再包括加重处罚情节,其简单的理由是,鉴于有关罪行的严重性,很难看出如何会有此种情节。

103. 在刑罚问题上,他之所以建议以普遍的规定适用治罪法下的所有罪行,是因为他认为所有这些罪行都极端严重,可以等量齐观。但是,考虑到由于有减轻处罚情节,法官总是有可能调节刑罚,因而这一规定似乎不象看上去的那么严厉。

104. 关于没收财产,特别报告员承认 Z 条草案案文中的措词并非尽如人意。或许最好规定没收全部财产并且不将没收财产视为一种补偿形式,在有关补偿的案件中,应由受害方酌情提起诉讼以获得补偿。

105. 根据讨论中提出的意见,特别报告员起草了 Z 条草案的两个新案文。²⁸¹

(b) 国际刑事法院的管辖权

106. 特别报告员在第九次报告中以及在提出报告第二部分时指出,根据上文第 68 段中所反映的各种考虑,他在报告中特别编写了关于国际刑事法院的管辖权问题。在联合国,这一问题已多次得到审议,特别是在 1953 年得到国际管辖委员会的审议,该委员会

编写了国际刑事法院规约修订草案文本。²⁸²以该文本第 27 段为基础进行了若干修改和补充,特别报告员编写了可能的条款草案,目的是就此问题引发较为深入的辩论,以作为今后对他指导的基础。²⁸³因此,这一草案的目的不是提交起草委员会。

107. 谈到他编写的可能的条款草案第 1 款,特别报告员指出,该款首先规定法院有权审判个人,换言之,即审判自然人本身而不是国家,并制定了基于属物理理由的管辖权规则。该款提出两种选择:一是法院应审理治罪法规定的罪行;二是法院应审理法院规约附件规定的罪行,自然,后者将大大少于治罪法中的罪行。特别报告员个人认为,关于法院基于属物理理由的管辖权,目标太高是一个错误,因为所有讨论都显示在这一方面有某些保留意见。最好是谨慎而灵活地向前发展,例如开始时将法院的管辖权限于人们已经普遍同意的国际公约涉及的罪行,如种族灭绝、种族隔离、某些战争罪、某些恐怖主义行为——如伤害受外交保护的人员和财产——和贩运毒品,这些罪行应列入法院规约附件中。

108. 关于由国家赋予管辖权问题,特别报告员一方面指出他原则上反对这一规定,但又指出,国际现实使人们没有可能回避这一问题。在审议的情形中,这一规则可涉及四个国家:罪行在其领土内发生的国家、受害国(或其国民为罪行受害者的国家)、罪犯为其国民的国家和在其领土上发现罪犯的国家。关于最后一类国家,引渡或不引渡的决定事实上是是否承认法院管辖权的问题,这一问题仅在同其他三种国

²⁸¹ 特别报告员提出的 Z 条草案的两个新案文内容如下:
备选案文 A

“任何被判定犯有本治罪法所列之任何罪行者均应被判处〔终身监禁〕 15 至 35 年监禁,不得减免,并且不影响法院认为必要时判处下列其他刑罚:

1. 从事社区工作;
2. 没收全部或部分财产;
3. 剥夺部分或全部的公民权利和政治权利。”

备选案文 B

“1. 法院可判处下列刑罚之一:

〔(a) 终身监禁;〕

(b) 10 至 35 年监禁,不得减免。

2. 此外,法院可命令:

(a) 从事社区工作;

(b) 没收全部或部分财产;

(c) 剥夺部分或全部的公民权利和政治权利。”

²⁸² 《大会正式记录,第九届会议补编第 12 号》(A/2645),附件。

²⁸³ 该可能的条款草案内容如下:

“法院的管辖权

“1. 法院应审判被控犯有危害人类和平及安全治罪法所定罪行(被控犯本规程附件所定罪行)的个人,但必须经罪行据称在其领土内发生的国家赋予管辖权。

“2. 只有当犯罪者国籍国或受害国或罪行针对国或受害者国籍国,在依照其本国国内法亦有权审判这些个人的情况下才能要求它给予管辖权。

“3. 法院应有权审理对其管辖权提出的任何异议。

“4. 在有关国家赋予法院管辖权的情况下,法院亦有权审理这些国家之间可能出现的司法管辖权冲突,并有权受理对不同国家法院就同一罪行所作判决进行复核的申请。

“5. 法院可受理一个或几个国家提出的关于解释国际刑法某一条款的要求。”

家相联系时才出现。在1953年的规约草案中,有两种国家要求赋予管辖:罪行在其领土内发生的国家和罪犯为其国民的国家。但是,可能的条款草案则不那么严格。第1款毫无保留地确认属地原则,在此意义上,必须要求罪行在其领土内发生的国家赋予管辖权。定下此一原则之后,特别报告员还愿意将主动或被动人格原则包括进来,因为该原则的应用有扩大的趋向。尽管罪行并没有在其领土内发生,事实上很多国家在一些案件中互相承认了管辖权。因此,第2款规定,犯罪者国籍国或受害国或受害国国籍国,必须在依照其本国国内法在所审理的案件中要求赋予管辖权的情况下,法院才需要它赋予管辖权。需赋予管辖权的国家的多样性也增加了障碍,但是决定自身管辖规则的也是这些国家本身。特别报告员认为,从理论上说,完全撇开这些规则而不顾固然很诱人,但是实际上是行不通的。

109. 特别报告员指出,他编写的可能的条款草案还规定由法院审理对其本身管辖权提出的任何异议(第3款),法院有权审理关于司法管辖权的任何争端以及要求复核对同一罪行所作判决的申请(第4款),并且法院可受理解释刑法某一规定的要求(第5款)。在最后一情况下,法院的干涉可以澄清词语的不确切性并能准确说明国际刑法这一新领域中的法律所有借鉴于国内刑法的许多原则的意义和内容。

110. 许多委员支持特别报告员在即使缺乏大会明确要求的情况下,就国际刑事法院可能的规约中非常重要的两个方面采取谨慎步骤来拟订探索性的条款草案。他们认为,这一步骤完全符合大会第45/41号决议的措词。但是,有一些委员认为,委员会应当等待大会明确具体的要求,然后再着手关于建立国际刑事法院的今后工作。其他委员则相反,另一些委员认为,特别是鉴于大会第45/41号决议第3段,关于委员会在程序和机构问题上的职权尚不清楚的说法不再成为理由了。这些委员认为,委员会应决定何时深入审查国际刑事法院问题并在其咨询职能限度内就是否可能建立国际刑事法院或其他国际性质的刑事司法机制采取立场。

111. 几位委员表示支持建立一个法院,如同委员会在上届会议指出的那样,它标志着国际法发展上的又一进步,如果它能得到国际社会的广泛支持,就将在全世界加强法律规则。他们认为,仅建立一个国

际刑事法院就能在应用治罪法时保证必要的客观性和公正性,而没有客观性和公正性,就不可能有持久有效的国际秩序。这些委员还强调,最近的发展及一些国家采取的主动行动推动了国际刑事法院概念的向前发展。

112. 一位委员一方面赞成建立常设国际刑事法院,但他又特别认为,这一解决办法尽管是最好的,但也是最难应用的。为了绕过这些困难,这位委员认为,作为临时解决办法,在第一阶段有可能并且最好是建立这样一个法庭,其中不仅包括本国法官,也包括外国法官——例如受害国的、被告国籍国的或据认为罪行在其领土内发生的国家的法官(如果它不是进行诉讼的国家),如果有可能,其中一名或若干名法官属不同的国家或属不同的法系。这种解决办法或许能够使所有有关人员对于程序之公正性感到放心。有一位委员主张在暂时的基础上拟订关于国际刑事法院的条文,以弥补由于缺乏国际刑事管辖权所造成的差距。

113. 关于特别报告编写的关于法院管辖权的可能的条款的第1和第2款,若干委员指出,这两款主要涉及三个不同的问题。第一个问题是,法院管辖权的性质和范围,即它是否为绝对管辖权、与国家法院共有的共同管辖权或是受理对国家法院所作判决的上诉。第二个问题为基于属物理由的管辖权,也就是说,法院被要求审理罪行。第三个问题是赋予法院管辖权的问题,即法院要能够审理任何案件,是否需要一些国家的同意。

(1) 管辖权的性质和范围

114. 关于管辖权是否绝对的问题,一些委员注意到,条款草案虽然没有明说,但它的出发点是与国家共有的共同管辖权原则。关于这一议题,有人指出它是一种妥协办法,在一些国家的眼中,这种解决办法更容易被接受,因为它不会妨碍它们的司法主权。各国应有自由或是在其国家的法庭或是在国际法院提起诉讼,国际刑事法院仅仅在国家法庭宣称其没有管辖权的案件中才有管辖权。另一方面,一些委员对这一解决办法表示强烈的保留意见,他们认为这一解决办法过于复杂和敏感,因为它要求细心审查将国家法庭的管辖权与法院的管辖权结合起来的方法,以避免明显的管辖冲突,因为根据事件发展的过程,管辖冲突将导致瘫痪和不公正。这种共同诉讼的可能性会带来不幸的后果。

115. 其他一些委员指出,最简单的解决办法是使国际刑事法院拥有专属管辖权,它能消除或至少解决导致法院与国家法庭之间管辖冲突的许多复杂问题。尚须看目前在阶段各国是否能够接受这一解决办法。大会过去不愿对这一问题发表意见,而各国也似乎是众说纷纭。一些委员说,下述论点是不能令人信服的:各国将不会放弃其司法主权,而宁可审理一切罪行——无论多么严重的罪行——的权利留给自己,特别是当这意味着在它们愿意的情形下按具体案件考虑将此种管辖权赋予国际法院。他们认为,将此论点推到极端就不得不作出这样的结论:创立国际刑事法院不亚于乌托邦幻想。事实上,这样建立起来的体系必然产生出难以解决的——如果不是不可能解决的——问题。一些委员认为,大家应当理解到,主权原则已经不是象过去那么绝对了。援引主权概念以摒弃法院的专属管辖权似乎不合潮流。因此,委员会应当认真审查绝对管辖权的优点和缺点,寻找这样一种解决办法,在管辖权问题上,它能向大会提供尽可能广泛的各种解决办法。

116. 一些委员赞成复审(或在上诉中,或在翻案中)国家法院所作裁决的管辖权,他们认为,这将使法院统一惩罚国际罪行,保证起诉的客观和公正。这种解决办法还可起到防范作用,因为它鼓励国家法庭更加谨慎更加小心地应用国际法准则。一些委员表示怀疑各国是否有可能接受国际上监督其本国法庭的裁决特别是高级法庭如最高法院的裁决,赞同复审管辖权的委员对于这些论点的回答是,所有人权领域中的现有控诉程序只有在国内可以诉诸的办法用尽时才有效,并且人权法院和人权委员会只审理已经在国内法庭成为最终裁决的内容的案件。换言之,人权法院和人权委员会只复审那些有关国家最高司法机构所作裁决所表现出的国家实践。这些委员问,为什么在酷刑或不人道或侮辱性待遇案件中可以做到的,在危害和平及人类安全的一切罪行中就做不到呢?因此,他们认为,关于具有复审国内司法裁决职能和具有咨询权的国际刑事法院的设想是现实的并必将具有深刻意义。

117. 最后,委员会许多委员赞成一种混合的解决办法,在决定法院管辖权的范围时,此种办法将考虑到所犯罪行的性质。这些委员认为,应当将治罪法下的罪行分为两大类。关于第一类罪行,法院将有专属管辖权。关于第二类罪行,则与国家法庭一起有共同管辖权。赞成这一解决办法的委员在关于哪一类罪行属法院绝对管辖问题上意见并不一致。例如一位委

员认为,法院对危害和平及危害人类罪应有专属管辖权,而对战争罪和非法贩运毒品罪则有共同管辖权。其他委员指出,危害和平罪应受法院的专属管辖,但所有其他罪行应受共同管辖。另一位委员认为,专属管辖权应特别留予下述国际公约里的罪行,这些公约规定罪行——例如灭绝种族罪的行为人应受国际法庭的审判。作为通则,一些委员强调,当国家法庭(或是罪行发生地的法庭,或是行为人为其国民之国家的法庭,或是受害者国籍国法庭)有可能不以必须之公正与客观进行审判时,法院应有专属管辖权,而在其他案件中,法院与国家法庭有共同管辖权。

(2) 基于属物理理由的管辖

118. 除了法院管辖权的性质问题,一些委员还对特别报告员编写的条款草案第1款中关于法院基于属物理理由的管辖权问题进行了评论。

119. 一些委员赞成象特别报告员在第1款方括号中所设想的那样,将法院的管辖权限于极少数的非常严重的一类罪行。其中一些委员指出,可以由有效的国际公约例如针对灭绝种族的公约来界定这些罪行。这些委员认为,这一解决办法的优点是使某些国家更容易接受建立国际刑事法院的设想。

120. 另一种立场是:不仅把法院的管辖权扩大到治罪法下的罪行,而且扩大到其他一般的国际罪行。

121. 另一些委员认为,法院的管辖权应当仅包括治罪法涉及的罪行。谈到第119段中所反映的立场,这些委员认为,没有任何理由可据以作出那种无疑是不公平的选择而只将某些罪行归属法院管辖,这些委员也反对上文第120段中所反映的那种立场,他们指出,没有列入治罪法的国际罪行,其严重程度不足以使其受国际法院管辖。此外,这些委员还认为,现尚未足够清楚地确定构成其他国际罪行的成分,如果法院也审理这些罪行,法院的工作就将不胜负担了。

(3) 赋予管辖权

122. 条文草案第1和第2款提出的第三个大问

题是赋予法院管辖权的问题,即为法院能审理任何案件计,是否需要国家的同意。

123. 一些委员支持反映在该两款中的特别报告员采取的方式。一位委员说,各国在所有涉及主权的问题上都十分谨慎。因此,接受国际刑事法院规约不应自动表明接受法院管辖,如同1953年国际刑事法院规约草案第26款中所规定的那样,应当另外通过公约、仲裁协议和单方面宣布来给予此种同意。一国即使以一般方式接受了国际法庭的管辖,仍应能选用国内刑事管辖。这些委员赞同把属地原则、主动和被动人格原则和实际保护原则结合起来的设想,其中以属地原则为优先,因为他们认为,就保存各国主权而言,这种体系利大于弊,而且属地原则也是大部分国家的规则。一名委员特别指出,这一方法的优点超过了可能有的缺点,如在某些情形下将审理工作交与可能是下令进行犯罪行为的国家或在另一些情形下将审理工作交与受害国。

124. 其他一些委员能够同意特别报告员在条款草案中提议的解决办法,但是他们对第2款持严重保留意见。即使在第1款上,这些委员的解释也不总是一致。一位委员对第1款的解释是,该款意味着法院有管辖权来审理治罪法中界定的罪行和在缔约国领土上所犯的罪行。因此,治罪法缔约国不能声称要赋予法院以普遍的管辖权。但另一位委员对第1款的解释是,该款意味着一国批准或接受法院规约即表明该国愿意参加创立法院,但不能推断说该国事前同意法院行使管辖权。实际上,罪行发生地国将在每一案件中具体给予同意。尽管有这些诠释上的不同,这些委员都同意:属地原则的标准应在赋予法院管辖权中起关键作用。

125. 另一方面,这些委员表示极不赞同第2款主张的解决办法。他们认为,该款似乎对第1款中确立的属地原则又提出疑问,有悖创立刑事管辖的本身目标,因为许多国家可能拒绝赋予法院管辖权。需要其赋予管辖权的国家数目太多,且它们能够自己审判被告,而不是将其提交给国际刑事法院,鉴于各国不肯放弃管辖权的自然倾向,法院的权限受到大大削弱。

126. 最后,另一些委员不同意特别报告员在可能的条款草案第1和第2款中建议的方法,认为它有悖指导创立国际刑事法院的基本概念。这些委员指

出,事实上所有危害人类和平及安全的罪行一般都是国家犯下的,但这些罪行针对的是其他国家,甚至是全人类。关于这一类国际法下的罪行,管辖权问题不仅涉及个别国家,而且关系到整个国际社会。按照特别报告员的方法,他似乎放弃了国际法下的罪行的概念。但是,如果这些罪行不是国际法下的罪行,则创立国际刑事法院的问题即失去其重要性。特别报告员建议的解决办法甚至暗示着返回到通过《防止及惩治灭绝种族罪公约》之前的事态。这些委员赞成国际刑事法院对治罪法草案中的所有罪行拥有管辖权。既然所涉及的是整个国际社会,乎没有理由赞同给予犯罪地领土国以特权的规约。对通过法院审判危害人类和平及安全罪的国际社会来说,后一种国家、罪犯国籍国、受害国或受害者国籍国的同意都是没有必要的。这些委员认为,赋予管辖权的问题必须依照国际法的一般原则来解决。遵守法院规约的国家应当同时接受法院审判其国民的管辖权。

(4) 与管辖权有关的其他方面

127. 一些委员赞同特别报告员起草的条款草案第3款,根据此款,法院有权审理与其本身管辖权有关的任何质疑。他们认为,在此方面该款符合逻辑,在授权法院决定它是否在一特定案件中有管辖权方面符合一般惯例。鉴于法院被认为是国际秩序中的最高刑事法庭,不可能对其裁决进行上诉。

128. 关于条款草案涉及几个国家司法管辖权争端和涉及要求复核判决的第4款,一些委员表示同意特别报告员提出的解决办法。一位委员特别指出,对于拟建的这种司法机构来说,该款是必要的。如果几个国家按照第1和第2款规定的标准都要求赋予唯一的管辖权,则法院应就这些争端进行裁决。另一位委员指出,在法律和管辖权冲突情形下,该款提议的解决办法有助于统一司法实践,在两个或几个国家在几个法庭上对同一罪行起诉时,有助于遵守一事不再理的原则。

129. 其他一些委员对该款表示保留意见。一位委员问,法院可援引什么规则或标准来审理国家之间的司法管辖权争端或复核不同国家法庭宣布的判决。该款可能违背常设国际法院在荷花号案中关于行使管辖权的裁决并违背一事不再理的原则。

130. 另一位委员认为,该款预见的情况并非真

的是复审情况(在发现新事实后重开审判),而是不同国家的法庭判决的冲突。这位委员认为,为了解决此种争端,所有有关国家都应向国际刑事法院赋予管辖权,提交复审的判决应为最终的,换言之,所有的国内补救办法都已被用尽。但是,这就引起了这样的问题:在审讯阶段不愿意将管辖权让给国际刑事管辖的国家,是否会将其最高司法机构所作的判决交给该法院复审呢。这位委员认为,一般的理解是,在这样的情形下,1953年规约草案的作者们认为给予他们所建议的刑事法院以类似的复审权是不适当的。

131. 其他一些委员承认,法院作为上级法院在复审方面的管辖权可促使国家法庭更加尊重国际法规则并将其裁决建议在适当理由上。但是,他们认为,如同前段所说明的,比起给予该法院以直接管辖权来,给予该法院以复审管辖权是更加不会被那些国家接受的。

132. 许多委员支持特别报告员编写的条款草案中关于法院解释国际刑法某一规定的权限的第5款。在此方面,人们说该款使法院能够在统一国际刑法方面起重要作用并明确某些概念和原则——例如共谋、共犯和未遂的概念和法无明文不为罪、法无明文不罚和一事不再理的原则——在国际法中的意义和内容。

133. 一些委员完全支持该款,他们还提出一些建议,以更加准确地修改该款或将其向前发展。例如,一名委员指出,该款没有提及法院所作解释是否为强制性的或非强制性的。他强调,解释的强制性将大大加强法院的作用。另外一些委员建议,解释权限应仅针对治罪法草案的规定。一些委员建议,要求法院解释国际刑法某一规定的权利不仅应授予各国,而且也应授予大会、联合国安全理事会以及特定的政府间国际组织。

134. 一名委员特别指出,该款下的解释权限似仅针对抽象的规则,他建议,人们也可同样赋予法院就具体案件发表咨询性解释的权限。这样,法院就将成为国际压力工具,并帮助指导并形成国际舆论。

135. 特别报告员在提到他的可能的条款草案中关于国际刑事法院管辖权问题所引起的反应时首先指出,他去年参加了第六委员会辩论,所以他现在清楚地知道,一些国家仍然非常反对创立这样一个法院。因此,正是在考虑到这一现实的情形下,他编写了这

一可能的条款草案,目的仅在于引起委员会的深思,他力图避免只谈个人意见或强加自己的观点。

136. 关于法院管辖权的性质和范围,考虑到关于这个问题的辩论,特别报告员宣布自己赞成综合解决办法,这一办法授予法院在某些罪行例如灭绝种族等罪行上的专属管辖权,而在治罪法所针对的其他罪行上,授予法院与国家法庭共有的共同管辖权。委员会应当仔细确定法院对哪些罪行具有专属管辖权。另一方面,特别报告员对复审或上诉管辖权持强烈的保留意见,坚决反对法院比国家法庭占据更高位置的等级制。他认为,国际法院能使自己被赋予这一性质的管辖权的唯一的一些情形是:治罪法下的行为被认定为普通罪行而不是被认定为危害人类和平及安全罪,也许还有下述情形:受害国或受害者国籍国有理由认为,鉴于违反行为的残酷性,惩罚明显过轻。人们可以有理由地想象,当一国审判本国国民在外国所犯罪行时会出现此种情况,但是,这种情形很少,如果在有关国家之间建立起合作体系,允许这些国家通过能够得到档案,准确无误地了解事实,就可能可以完全加以避免。

137. 关于赋予管辖权问题,特别报告员不同意一些委员表达的关于凡定义为国际法下的罪行,就不需要赋予法院管辖权的意见。特别报告员认为,此种推理似建立在误解的基础上,罪行的定义是一回事,管辖权是另一回事。各国并不因为一罪行被定义为国际罪行就自动放弃审理这些罪行的权利。一国不难承认一罪行为国际法下的罪行,将其写入国内法,并由国内法庭依国内法程序规则对罪犯提起诉讼。特别报告员认为,当犯下一项危害人类和平或人类安全罪时,总是涉及直接有关的国家:罪行在其领土内发生的国家、罪行针对国或受害者国籍国,或罪犯国籍国。他认为,因一罪行为国际罪行而确定这些国家不能审理有关罪行,这就走得太远了。

138. 正是出于这一原因,他在可能的条款草案第1款中提出罪行在其领土内发生的国家有优先管辖权的原则。他指出,在此方面,一些作者倾向的但未曾曾在实践中真正占上风的普遍管辖权,会引起各种各样的问题——例如收集证据,这意味着普遍管辖权不能作为规则或基本原则。此外,大部分有关的国际公约——处理惩治针对民航安全的非法行为的、惩治非法劫持航空器的和惩治恐怖主义等的公约——都把在其领土内发生罪行的国家放在有审理有关罪行管辖权的诸国名单之首。

139. 特别报告员在其可能的条款草案中没有包括声称的罪犯处身的国家放在要求其赋予管辖权的国家中, 那是因为按照委员会暂时通过的第 4 条的规定, 该国被要求审判或引渡声称的罪犯。

140. 特别报告员认为, 如同某些有学术造诣的协会、机构和作者编写的法院规约的某些草案那样, 在要求赋予管辖权的国家中, 规定某种优先次序是有益的。这将促进国际刑法作为一门学科向前进步。但是, 为使国际法院能够审理刑事案件, 领土国应赋予它管辖权, 这是绝对需要的。

(c) 提起刑事诉讼
(向法院提交案件)

141. 特别报告员在第九次报告中以及在介绍该报告第二部分时指出, 根据上面第 68 段中的各种考虑, 他还在报告中特别注意到关于就危害人类和平及安全进行诉讼的问题。根据他提出的条款, 诉讼应由国家提出。但是, 关于侵略或威胁进行侵略的罪行, 诉讼应以安全理事会关于存在此种罪行的事先断定为淮。

142. 至于安全理事会作为国际和平与安全的保卫者, 自己是否可能有权直接提起国际刑事诉讼的问题, 特别报告员认为, 这样解释该安全理事会的作用, 超越了《宪章》对其规定的权限。毋宁说, 它的作用在于采取预防措施以阻止破坏和平, 或者采取措施以恢复和平。这些措施都是政治措施, 根本没有司法性质。因此, 在针对此类罪行的刑事诉讼中, 人们很难看到安理会的唯一管辖权根据何在。

143. 但是, 在某些案件中, 如果问题在于刑事诉讼是否不应以安全理事会的事前同意为准, 那就会有不同的答案。治罪法草案涵盖的罪行有严重破坏国际和平, 侵略或威胁进行侵略尤其应属于此类罪行。但是, 依照《联合国宪章》第三十九条, 安全理事会有权断定“和平之威胁、和平之破坏、或侵略行为之是否存在”。在这些情形下, 提起刑事诉讼前, 可先经安全理事会断定侵略行为或威胁进行侵略的存在。因此, 如果一国试图未经安全理事会事先同意直接诉诸法院, 则法院应当将控诉送交安理会先作审议表示同意。

144. 关于其他不法行为, 如战争罪、危害人类

罪, 特别是灭绝种族罪、或国际非法贩运毒品罪, 特别报告员认为不需要得到一个联合国机构的同意。

145. 鉴于这些考虑, 特别报告员强调下述事实: 他编写的可能的条款草案, 其目的仅仅是提供讨论这一问题的基础, 而辩论则是今后对他有益的指导。因此, 这一条文草案并非为了提交起草委员会,²⁸⁴ 而只是为了征询意见, 以便更清楚地全面了解委员会各位委员所持的不同观点。

(1) 谁应该有提起诉讼的权利

146. 关于有权提起诉讼者的问题和可能的条文草案第 1 款中设想的解决办法, 一些委员发表了意见。

147. 一些委员认为, 提起诉讼和提请国际法院注意某一情事, 二者应该加以区别。如同在国内司法体系中存在有权对个人提起刑事诉讼的主管机构, 也应当有一国际体系, 使具体机关有权针对国际罪行提起诉讼。这些委员认为, 各国的作用必须限于将罪行和被认为犯有罪行者告知法院以及提请法院注意提起诉讼的可能性, 但国家本身不应提起诉讼。检控权应托予附属于法院的检察院, 部分原因是为了保证检控之准备工作公正客观, 而且如将这一任务托予国家就很危险, 因为国家可能为政治目的而试图滥用权力。一位委员指出, 一国家可书面向一当局提出起诉状, 而该当局据法院规约是为此目的的主管当局, 并必须是独立公正的机构, 负责调查指控并断定是否有理由提起诉讼。

148. 一位委员认为, 未来的条款草案应清楚指明, 治罪法全体缔约国都有权将案件提请主管当局注意。

149. 另一些委员认为, 除国家以外的其他实体, 例如非政府组织、政府间组织、甚至个人也应被授予这一权利。有人论证说, 在危害环境罪等案件中,

²⁸⁴ 该可能的条文草案内容如下:

刑事诉讼

“1. 对于危害人类和平及安全罪行, 由国家提起刑事诉讼。

“2. 但如罪行为侵略或威胁进行侵略的罪行, 则应先经安全理事会断定此等罪行, 始得提起刑事诉讼。”

非政府组织或类似团体远比国家更容易提起诉讼,因为国家在国际关系上要谨慎从事。在战争罪和严重侵害人权罪方面,情况也是一样,非政府的人道主义组织比较容易采取行动。

150. 一位委员特别强调这一事实:除非得到国家的帮助或同意,个人不可能单独犯下危害人类和平及安全罪,因而不仅应允许国家,而且还应允许联合国大会、安全理事会(不使用否决权)和联合国组织承认的民族解放运动有权为刑事诉讼之目的向主管机关提出诉讼。

151. 另一位委员指出,刑事诉讼包括两个方面:公诉权利和要求赔偿金的诉讼。他认为为了保证判处罪犯支付补偿或归还窃夺的财产,提起要求补偿的诉讼是绝对必要的,因为根据从罗马法沿袭下来的司法原则,除非法庭的裁定采取继承惩罚的形式——其中受益人原则上不得为私人,法庭不能作出额外求偿标的或无求偿标的的决定。因此,似乎有必要另作有关索取补偿之诉讼的规定。

152. 特别报告员在谈到委员会的各位委员在辩论关于提起诉讼权利和提起诉讼者这一议题过程中发表的意见时,再次指出,他提出的条款草案仅仅是工作假设。关于“刑事诉讼”一词,可将其理解为提出控诉的权利和国家主管当局起诉的权利。特别报告员解释说,他将此词的意义解释为仅指作为当事者在国际刑事法院采取行动或在该法院提出控诉的权利。他认为这不同于群众行动。同委员会其他委员一样,特别报告员认为,在国际刑事法院提起诉讼的权利不仅应属国家(个人除外),也应属有关国际组织。

(2) 国际刑事法院和安全理事会在侵略或威胁进行侵略罪行情况下各自的作用

153. 关于侵略和威胁进行侵略的罪行,委员会大部分委员都谈到联合国安全理事会与国际刑事法院之间的可能存在的关系,这一点在提议的条款草案第2款中有所涉及。

154. 一些委员反对提起刑事诉讼前应由安全理事会事先认定确有侵略或威胁进行侵略之情事的观念。这些委员认为,给予安全理事会阻止刑事诉讼的可能性,会在被控犯有侵略罪行者之间造成根本上的不平等,而有悖刑法面前人人平等的原则。这些委员

可以同意,在安全理事会作出决定,断定存在侵略或威胁侵略罪行时,法院应受该决定的约束。然而,相反的情况却不能肯定。完全可能出现下述情形:当构成侵略罪行的各种成分俱全时,安全理事会却不将某一行为定性为侵略,仅因存在否决权,此种情况即有经常发生之危险。但是,如果一国因享有否决权而使其领导人或者其保护国之领导人所受待遇不同于另一较小或比较孤立的国家的领导人所受的待遇,这将是令人惊愕的。虽然毫无疑问,在任何情况下采用“双重标准”的作法都应受到批评,然而从政治的立场上,却又是可以理解的;不过在法律层面,这是不可理解的,在司法层面上就更加不可理解了。这些委员强调这两个机构必须在完全不同的层面发挥作用,安全理事会是《宪章》赋予其特别政治权力和特权的机构,任何机构都不得侵越这些权力和特权;而法院是具有司法权力的司法机构。

155. 一位委员对同一论点表示支持,他特别以如下方式概述了安全理事会与法院之间可能的关系。如果安全理事会断定一国的特定行为构成侵略或威胁进行侵略,那么无可争议的是,国际刑事法院不会作出不同定性,否则会有损于联合国系统。相反,如果安全理事会不对一国之行发表意见,则国际刑事法院完全有自由酌情断定侵略和威胁进行侵略的存在。如果由于这样或那样的原因,安全理事会最终在国际刑事法院定性之后对该行为作出断定——由于安理会的行动势将失去紧迫性,(这是不太可能的情形,)它将不认为自己受到法院裁定的束缚。在任何情形下,问题在于国际刑事法院和安全理事会的行动处于不同的层面:法院的作用在于惩罚犯罪行为,而安全理事会的作用在于采取措施解决问题和消除对国际和平和安全的威胁。

156. 为支持其论点,上述几位委员援引了国际法院1986年判决尼加拉瓜与美国之间的案件时采取的原则。法院从未拒绝审议这样的问题:两国争端之中的一方是否犯有侵略罪。虽然安全理事会并未作出断定。

157. 一些委员强调,因为联合国系统不存在任何制衡机制、不存在任何手段来确定一政治机构的行动是否越权,也就更有必要严格区分国际刑事法院的司法职能和安全理事会的政治职能。但是,游离于国际司法的国际法不是一种对理想的表述。独立的司法职能将加强并完善依《宪章》建立之制度的效能,而

使之完善的方式不应使人们认为该制度体现着法律和司法的脱节。一位委员特别强调：谈到安全理事会最近在波斯湾危机期间的作用，不应当超过确切必要的程度。人们只能猜测，未来特定的形势是否会再次促成安全理事会显示出在海湾事件中罕见的一致性，或者这只是由于特殊形势造成的孤例。人们不难援引最近以及较早的其他例子，证明安全理事会没有能力断定是否存在威胁进行侵略或侵略行为，而且人们能够以充分理由指出，由于不顾事件在法律上的是非曲直和出于政治动机而行使否决权，此类威胁或行为不但出现，而且得以继续下去。

158. 另一位委员认为，人们已经正确地表明，应当区别一政治机构关于存在侵略行为或威胁进行侵略的断定和国际刑事法院作出的此种断定。当安全理事会不作决定时，国际刑事法院可自行断定存在侵略。但是，在威胁进行侵略的情形下，换言之，在尚未实行侵略的情形下，法院就这一明显具有政治性质的问题表示司法意见就不恰当了。

159. 其他一些委员认为，根据《联合国宪章》，断定是否有侵略和威胁进行侵略的行为，历来是安全理事会的事。只有安全理事会认为一国犯有侵略罪，方能以侵略罪审判个人。尽管法院必须尊重安全理事会关于断定是否实际发生侵略行为的决定，但应由法院决定个人参与罪行的责任，并毋庸顾及安全理事会可能就此作出的决定。

160. 一位委员具体指称，侵略和威胁进行侵略的罪行具有独特性，因为据定义，只有安全理事会将某些行为定性为侵略和威胁进行侵略罪时才存在这样的罪行。在这些条件下，如果安全理事会不采取行动或者断定并无侵略或威胁侵略发生，他很难看出国际法院如何能够认定某一个人犯有侵略和威胁进行侵略罪。关于国际法院在尼加拉瓜与美国之间的案件上的判决，法院处理的是非常不同于侵略的自卫问题（正确与否取决于人们是否认为指控可以接受），在此方面，这位委员不完全赞成人们表示的意见。如果存在来自安全理事会和来自法院的两个不同的定性，不仅使人感到奇怪，而且，比方说，如国际刑事法院认为一位高级官员犯有侵略罪行而安全理事会得出的结论是，该高级官员任职的国家并无侵略罪行，这将有损于国际司法制度。这并不意味国际刑事法院不能处理涉及武装冲突的案件：如果法院被要求审判战争罪，则法院应予受理。

161. 另一位委员强调，安全理事会对侵略的断定不仅是政治行为，这一断定还渊源于国际法。他认为，因安全理事会是一政治机构而否定它对侵略的断定具有法律性质必将导致否定大会许多决议的法律性质，而正是这些决议规定了国际法的原则和规则。此外不应当忘记，诸如种族灭绝、种族隔离或侵略，不仅是罪行，而且也是政治行为。这位委员认为，赋予刑事法院——哪怕是国际法院——以断定侵略行为的职能，将导致破坏维系国际法律和秩序的现有体系。对联合国成员国来说，《宪章》乃是当代国际法最重要的渊源，刑事法院的任何决定如与安全理事会的决定冲突则将无效。同时，这位委员理解委员会委员们的担心，他们不愿意看到当安全理事会由于政治原因未能作出决定时听任侵略行为不受惩罚。这是一个棘手的问题，但在寻求解决办法时，最好是去适应国际关系的新现实而不是忽视或破坏现有的法律秩序。

162. 另一位委员认为，反对有必要由安全理事会在事前断定侵略和威胁进行侵略的委员，他们举出的论据反映了对分权和权力制衡制度的态度。但是，实际上它们在联合国系统中并不占有特别重要的地位，而且他不清楚这些论点是为了赞成还是反对法院不同于安全理事会断定的调查结果。

163. 特别报告员谈到在讨论过程中委员们对关键问题——即在侵略和威胁进行侵略情形下安全理事会的作用问题——所发表的不同意见，他强调他非常理解这一问题引起的强烈反应。然而，建议政治机构进行干涉并非错误，人们可以发现，过去提交的若干草案预见到了此种假设。特别是，在第二次世界大战之前，维斯帕西安·V.佩拉先生提出了关于在常设国际法院中建立刑事法庭的规约草案，国际刑法协会接受了这一草案，草案预见到：国际诉讼将由“国家协会理事会”——此一提法最终演变成“安全理事会”——进行。当然，安全理事会过去的行动使人们有理由对它怀疑，但是，如同人们在辩论过程所看到的那样，安理会已经向前发展了，安理会长期所处的瘫痪状态并非由于其内部缺陷，而是由于当时冷战占了上风。

164. 特别报告员补充说，几年前委员会就已审议过安全理事会作用的问题，当时曾讨论过若干可能的情形。首先有这样的情形：安理会明白无误地断定存在——比方说——侵略，国际刑事法院很难对此提出反对意见，这不是因为它显然从属于安全理事会，

而是避免控诉国和被控国发生冲突。另有关于行使否决权的可能性,但是,特别报告员曾指出,否决不是一种决定,而是不决定,是拒绝处理问题。在此意义上,否定不妨碍向国际刑事法院提起控诉,也不构成法院管辖的障碍。因此,否决权并不能包庇拥有否决权的大国。最后一种可能性是安全理事会不采取行动,因为它毕竟是一个谈判机构。在此情况下,安理会保持沉默也不妨碍国际刑事法院进行审判。

165. 特别报告员认为,据理推断,只有在第一种假设的情形中,安全理事会在诉讼范围中的作用不能构成问题。但是,特别报告员相信,委员会能够为解决这些问题找到明智审慎并考虑到新政治气氛的办法。

2. 委员会对本条款草案所作的决定

166. 在第2237次至2241次会议上,国际法委员会于审议起草委员会主席的报告后,暂时通过第11条(政府或上级的命令)、第14条(抗辩和可以从轻量刑的情况)、第19条(种族灭绝)、第20条(种族隔离)、第21条(有计划或大规模侵害人权)、第22条(特别严重的战争罪行)、第26条(故意和严重损害环境)、委员会也暂时通过了新的第3条(责任和惩罚),并把原第3条较大部分的案文分成两个条文,即:第4条(动机)和第5条(国家的责任)。

167. 此外,委员会还将前几届暂时通过的几个条文重新编号,即:原第4条(审判或引渡的义务)成为第6条;原第5条(不适用法定时效)成为第7条;原第6条(司法保证)成为第8条;原第7条(一事不再理)成为第9条;原第8条(不溯及既往)成为第10条;原第10条(上级的责任)成为第12条;原第11条(官方地位和刑事责任)成为第13条(官方地位和责任);原第12条(侵略)成为第15条;原第13条(侵略的威胁)成为第16条;原第14条(干涉)成为第17条;原第15条(殖民统治和其他形式的外国统治)成为第18条;原第16条(国际恐怖主义行为)成为第24条;原第18条(招募、使用、资助和训练雇佣军)成为第23条;原X条(非法贩运麻醉药品)成为第25条。

168. 此外,对于前几届会议上通过的关于若干罪行的条文草案,委员会对其中一些添加了起首款,有的稍微改动案文,以便针对将罪行归因于个人的问题和刑罚问题。以下按新序号排列的条文草案便属于

这种情况:第15条(侵略)、第16条(侵略的威胁)、第17条(干涉)、第18条(殖民统治和其他形式的外国统治)、第23条(招募、使用、资助和训练雇佣军)、第24条(国际恐怖主义行为)和第25条(非法贩运麻醉药品)。委员会议定,作为有的条文草案添加了起首款并对有的条文草案稍作改动的结果,将在那些条文的评注中作一些纯属编辑性质的改动。

169. 此外,委员会对前几届会议暂时通过的条文草案案文作了下列修正:在第6条(原第4条)(审判或引渡的义务)标题的脚注法文本中将 jurisdiction(管辖)改为 tribunal(法院)。第9条(一事不再理)(原第7条)第1款的脚注也作了同样的改动。第15条(原第12条)(侵略)第4款起首语中置于方括号内的“特别是”一词已于删除。

170. 关于治罪法的结构,委员会决定将其分为两部分。第一部分分为两章,第一章的标题为“定义和定性”(第1至第2条),第二章的标题为“一般原则”(第3至第14条)。第二部分的标题为“危害人类和平及安全罪行”(第15至第26条)。委员会议定:有关这些罪行之条文草案的次序并不以任何方式表示各该罪行之严重性的顺序。

171. 委员会决定将适用之刑罚问题推迟至对条款草案进行二读时参照委员会在本届会议期间就这一问题举行的讨论情况(见上文第70段至第105段)加以审议,同时考虑到各国政府就这一问题所提出的评论和意见。

172. 国际法委员会还决定,将在就条款草案进行二读时参照各国政府的评论和意见研讨这一涉及第3条草案第3款的问题,即:究竟是治罪法草案所列的所有罪行或只有其中的若干罪行涉及未遂,在后一种情况下,哪些罪行涉及未遂。

173. 国际法委员会在1991年7月12日第2241次会议上一读通过整个条款草案。但是,委员会在这样做的时候考虑到,条款草案仍可予以改进,这件工作可以在二读时从各国政府的评论和意见中吸取教益来进行。本条款草案附载于以下本章第D.1分节。

174. 也是在第2241次会议上,委员会决定:按照章程第16和第21条将载于本章第D.1分节的条款

草案通过秘书长递交各国政府,请它们于1993年1月1日以前就此问题向秘书长提出评论和意见。

175. 委员会于本届会议上一读完成的条款草案构成委员会有关危害人类和平及安全治罪法草案之工作的第一部分。当然,委员会将在下届会议继续进行大会在其1990年11月28日第45/41号决议第3段中赋予委员会的任务,它请委员会继续进行其制定危害人类和平及安全治罪法草案的工作,考虑进一步审议和分析其关于国际刑事管辖问题的报告中所提出的各种问题,包括设立一个国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的可能性。委员会也已开始执行这项任务,本届会议期间委员会所完成有关本专题的工作载于上文第106至第165段。

C. 赞扬特别报告员杜杜·锡阿姆先生

176. 在1991年7月12日第2241次会议上,委员会在暂时通过危害人类和平及安全治罪法草案以后鼓掌通过下列决议:

“国际法委员会

“暂时通过了危害人类和平及安全治罪法草案,

“对特别报告员杜杜·锡阿姆先生表示深挚感谢,他努力不懈地对本专题的拟订工作作出了杰出的贡献,使委员会得以顺利完成对危害人类和平及安全治罪法草案的一读。”

D. 关于危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案

1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文

危害人类和平及安全治罪法草案

第一部分

第1章 定义和定性

第1条 定义²⁸⁵

本治罪法中所规定的〔国际法上的〕罪行构成危害人类和平及安全罪行。

²⁸⁵ 评注见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第13页。

第2条 定性²⁸⁶

一项作为或不作为定性为危害人类和平及安全罪行不取决于国内法,该项作为或不作为是否可按国内法惩罚的事实不影响这种定性。

第2章 一般原则

第3条 责任和惩罚²⁸⁷

1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。

2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人,应为此负责并应受到惩罚。

3. 企图犯下〔第……条所载〕危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应为此负责并应受到惩罚。“未遂”是指已开始实施一项罪行,只因为不以犯罪者的意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情事。

第4条 动机²⁸⁸

危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。

第5条 国家的责任²⁸⁹

对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉,并不免除一个国家对可归因于它的作为或不作为依国际法所应负的任何责任。

第6条* 审判或引渡的义务²⁹⁰

1. 在其领土内出现据称犯有危害人类和平及安全罪行的个人的国家应对其进行审判或引渡。

2. 如果有几个国家要求引渡,应特别考虑罪行发生在其领土内的国家的要求。

3. 第1和第2款的规定并不预先判定国际刑事法院的设立和管辖权。

²⁸⁶ 同上,第14页。

²⁸⁷ 评注见下文第D.2分节。

²⁸⁸ 同上。

²⁸⁹ 同上。

* 如果设立国际刑事法院,本条将重新审查。

²⁹⁰ 评注见《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第67页。

第7条 不适用法定时效²⁹¹

危害人类和平及安全罪行不适用法定时效。

第8条 司法保证²⁹²

被指控犯有危害人类和平及安全罪行的个人应不受歧视地享有对人类所有人提供的在法律和事实方面的最低限度的保证。特别是，他在被证明为有罪之前应推定为无罪，并且有权：

(a) 在一个根据法律或条约正式建立的有管辖权、独立和公正的法庭上接受公平而公开的审理，由该法庭确定对他的指控有无根据；

(b) 以本人所懂的语文迅速详尽地获悉对自己提出的控诉的性质和理由；

(c) 具有必要的时间和便利条件为自己的辩护做好准备，并与自己选择的律师联系；

(d) 不过分延迟地接受审判；

(e) 在本人出庭的情况下接受审判，并亲自或通过自己选择的辩护人协助自己辩护；如果没有辩护人，应通知他有权聘用辩护人；如果他无力支付辩护人的报酬，则应免费为他指定辩护人；

(f) 讯问控诉证人或使其接受讯问，并在适用于控诉证人的同样条件下使辩护证人出庭并接受讯问；

(g) 如果他不懂或不会说法庭所使用的语文，应免费得到口译员的协助；

(h) 不被迫作不利于自己的证明或供认有罪。

第9条 一事不再理²⁹³

1. 任何人不得因已由一个国际刑事法院对其最终定罪或宣告无罪而受审或受惩罚。^{*}

2. 在第3、4和5款的限制下，任何人如果因按本治罪法定为罪行的行为已经由一个国家法院最终定罪或宣告无罪，而且如果已判刑该刑罚已经执行或正在执行，该人即不应因该罪行而受审或受惩罚。

3. 尽管有第2款的规定，如果作为普通罪行审判和惩罚的行为符合本治罪法所规定的一项罪行，则该个人仍可因本治罪法规定的罪行而受到一个国际刑事法院或一个国家法院的审判或惩罚。^{*}

4. 尽管有第2款的规定，另一国国家法院在下列情况下仍可因本治罪法规定的一个罪行对一个人进行审判和惩罚：

(a) 如果作为前一判决主题的行为发生在该国领土内；或

(b) 如果该国是罪行的主要受害者。

5. 如果一个人以后按本治罪法被定罪，法院在判刑时应将因过去对同一行为定罪而判处并执行的任何刑罚扣除。

第10条 不溯及既往²⁹⁴

1. 任何人不得因本治罪法生效前的行为按本治罪法定罪。

2. 本条的任何规定并不排除对于任何人因在行为时根据国际法或依国际法应适用的国内法构成犯罪的任何行为进行审判或惩罚。

第11条 政府或上级的命令²⁹⁵

凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行，如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其刑事责任不得免除。

第12条 上级的责任²⁹⁶

如果上级知道，或者掌握情报使其能够在当时的情况下断定，其下级正在或将要犯下危害人类和平及安全罪行，而且并不采取其权力范围内的可行措施，以预防或制止该罪行，则该罪行系下级所犯下的事实并不免除其上级的刑事责任。

第13条 官方地位和责任²⁹⁷

犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位，特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实，并不免除其刑事责任。

第14条 抗辩和减罪情况²⁹⁸

1. 主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。

2. 法院于判决时应酌情顾及减罪情况。

²⁹¹ 评注见《1987年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第15页。

²⁹² 同上，第16页。

²⁹³ 评注见《1988年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第68页。

^{*} 提到国际刑事法院并不预先断定此一法院的成立问题。

²⁹⁴ 同上，第69页。

²⁹⁵ 评注见下文第D.2分节。

²⁹⁶ 评注见《1988年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第70页。

²⁹⁷ 同上，第70页。

²⁹⁸ 评注见下文第D.2分节。

第二部分

危害人类和平及安全罪行

第15条 侵略²⁹⁹

1. 作为领袖或组织者计划、实行或命令实行侵略行为的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 侵略是指一国使用武力侵犯另一国的主权、领土完整或政治独立，或以与《联合国宪章》不符的任何其它方式使用武力。

3. 一国违反《宪章》的规定而首先使用武力，即构成侵略行为的初步证据，但安全理事会得按照《宪章》的规定下论断：根据其它有关情况，包括有关行为或其后果不甚严重的事实在内，没有理由可以确定已发生了侵略行为。

4. 在第2和第3款规定得到应有考虑的情况下，任何下列行为，不论是否经过宣战，都构成侵略行为：

(a) 一国武装部队侵入或攻击另一国领土，或因此一侵入或攻击而造成的任何军事占领，不论时间如何短暂，或使用武力吞并另一国的领土或其一部分；

(b) 一国武装部队轰炸另一国领土，或一国对另一国的领土使用任何武器；

(c) 一国武装部队封锁另一国港口或海岸；

(d) 一国武装部队攻击另一国的陆、海、空军或商船和民航机；

(e) 一国违反其与另一国订立之协定所规定的条件，或在协定终止后，使根据协定在接受国领土内驻扎的武装部队，延长该武装部队在该另一国领土内的驻扎期间；

(f) 一国以其领土供另一国使用，让该国用来对第三国进行侵略行为；

(g) 一国或以一国名义派遣武装小队、武装团体、非正规军或雇佣军，对另一国进行武力行为，其严重性相当于上面所列各项行为，或该国实际卷入了这些行为。

(h) 安全理事会确定的构成《宪章》规定下的侵略的任何其他行为。

〔5.安全理事会关于侵略行为的存在的任何决定对于国家法院均有约束力。〕

6. 本条中任何规定绝不得解释为扩大或缩小《联合国宪章》的范围，包括宪章中有关使用武力为合法的各种情况的规定在内。

7. 本条中任何规定绝不妨碍《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》里所述被强力剥夺了源自宪章的自决、自由和独立权利的人民，特别是在殖民政权和种族主义政权或其它形式的外国统治下的人民取得这些权

利，亦不得妨碍这些人民按照宪章的各项原则和上述宣言的规定，为此目的而进行斗争并寻求和接受支援的权利。

第16条 侵略的威胁³⁰⁰

1. 作为领袖或组织者实行或命令他人实行侵略的威胁的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 侵略的威胁在于使一国政府有确实理由相信正在认真考虑对该国进行侵略的声明、通告、示威行动或其他任何措施。

第17条 干涉³⁰¹

1. 作为领袖或组织者实行或命令实行干涉一国内政的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 以煽动〔武装〕颠覆或恐怖主义活动，或组织、协助或资助这种活动，或为这种活动提供武器，从而〔严重〕损害一国自由行使其主权利的方式，干涉该国的内政或外交。

3. 本条的任何规定绝不妨碍庄严载入联合国宪章的人民自决权。

第18条 殖民统治和其他形式的外国统治³⁰²

1. 作为领袖或组织者违反庄严载入《联合国宪章》的人民自决权以武力建立或维持，或以武力命令建立或维持殖民统治或任何其他形式的外国统治的个人，应于定罪后判处〔……〕。

第19条 种族灭绝³⁰³

1. 实行或命令实行种族灭绝行为的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 种族灭绝是指蓄意全部或部分地消灭某一民族、人种、种族或宗教群体而犯下的任何下列行为。

(a) 杀害该群体的成员；

(b) 对该群体的成员造成身体上或精神上的严重伤害；

(c) 故意迫使该群体承受某种生活状态，以图使其全部或一部分在肉体上被消灭；

(d) 采取强制措施，以图阻止该群体内的生育；

(e) 强行将该群体的儿童转移到另一群体。

³⁰⁰ 评注见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第68至69页。

³⁰¹ 同上，第69至70页。

³⁰² 同上，第70页。

³⁰³ 评注见下文第D.2分节。

²⁹⁹ 评注见《1988……年鉴》，第二卷（第二部分），第71页。

第20条 种族隔离³⁰⁴

1. 作为领袖或组织者实行或命令实行种族隔离罪行的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 种族隔离包括为建立或维持一个种族群体对任何其他种族群体的统治，并且有计划地压制其他种族群体而按种族分离和歧视的政策和办法犯下的任何下列行为：

(a) 剥夺种族群体的一个或一个以上成员的生命和人身自由的权利；

(b) 故意迫使一种族群体承受某种生活状态，以图使该群体的全部或一部分在肉体上被消灭；

(c) 采取任何立法措施和其他措施，以图阻止一种族群体参与国家的政治、社会、经济和文化生活，以及故意创造条件阻止该群体的充分发展；

(d) 采取任何措施，包括立法措施，以图主要用下列方法按种族界线分化人民：建立种族群体成员的保留地和集居区、禁止不同种族群体之成员通婚、剥夺属于种族群体或其成员的地产；

(e) 剥削种族群体成员的劳动，特别是对其实行强迫劳动；

(f) 迫害反对种族隔离的组织和个人，剥夺其基本权利和自由。

第21条 有计划或大规模侵害人权行为³⁰⁵

以有计划或大规模的方式实行或命令实行任何下列侵害人权行为的个人，应于定罪后判处〔……〕。

—— 谋杀，

—— 酷刑，

—— 建立或维持对人的奴役、劳役或强制劳动状况，

—— 藉社会、政治、种族、宗教或文化上的理由进行迫害；或

—— 驱逐出境或强制迁移人口。

第22条 特别严重的战争罪行³⁰⁶

1. 实行或命令实行特别严重的战争罪行的个人，应于定罪后判处〔……〕：

2. 为本《治罪法》的目的，特别严重的战争罪行是指严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的任何下列行为：

(a) 不人道的行为、残忍或野蛮对待人的生命、尊严或身体或精神完整〔尤其是故意杀害、酷刑、断肢、生物试验、劫人为质、强迫受保护者为敌对力量的军队服役、在停止敌对行动后无理拖延遣返战俘、驱逐或迁移平民人口和集体处罚〕；

(b) 在被占领土上建立居民点和改变被占领土的人口组成；

(c) 使用非法武器；

(d) 使用意图或可能对自然环境造成广泛的长期严重损害的战争方法或手段；

(e) 大规模毁坏平民财产；

(f) 故意攻击具有特殊宗教、历史或文化价值的财产。

第23条 招募、使用、资助和训练雇佣军³⁰⁷

1. 作为一国的代理人或代表实行或命令实行任何下列行为的个人，应于定罪后判处〔……〕：

—— 为进行针对另一国的活动或为反对各国人民合法行使根据国际法所确认的自决的不容剥夺之权利的目的，招募、使用、资助或训练雇佣军。

2. 雇佣军是指属于下列情况的任何个人：

(a) 在当地或国外专门招募以便在武装冲突中作战；

(b) 参与敌对行动主要出于获取个人利益的欲望的动机，而且事实上由冲突一方或其代表允诺给予物质报酬，这种报酬远超过该方对其武装部队中具有类似等级和职责的战斗人员所允诺或给予的物质报酬；

(c) 既非冲突一方的国民，也非冲突一方所控制的领土的居民；

(d) 非冲突一方武装部队的成员；而且

(e) 非由不属冲突一方的国家派遣作为其武装部队的成员执行公务。

3. 雇佣军也指在任何其他情况下属于下列情况的个人：

(a) 在当地或国外专门招募以参与一致的暴力行为，其目的为：

(一) 推翻一国政府或以其他方式破坏一国宪政秩序，或

(二) 破坏一国领土完整；

(b) 参加此种行为主要出于获取可观的个人利益的欲望的动机，并受允诺给予或领取了物质报酬所驱使；

(c) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民；

(d) 非由一国派遣执行公务；而且

(e) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。

³⁰⁴ 同上。

³⁰⁵ 同上。

³⁰⁶ 同上。

³⁰⁷ 评注见《1990年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29页。

第 24 条 国际恐怖主义行为³⁰⁸

作为一国的代理人或代表实行或命令实行任何下列行为的个人，应于定罪后判处〔……〕：

- 对另一国从事、组织、协助、资助或鼓励或容忍针对个人或财产的行为，并具有在知名人士一批人或公众心理上造成恐怖状态的性质。

第 25 条 非法贩运麻醉药品³⁰⁹

1. 实行或命令实行任何下列行为的个人，应于定罪后判处〔……〕：

- 在一国境内或跨国界从事、组织、促进、资助或鼓励大规模非法贩运麻醉药品。

2. 为第 1 款的目的，促进或鼓励非法贩运麻醉药品包括：明知财产得自本条所指罪行的个人，为了隐瞒或掩饰该财产的非法来源而取得、占有、转换或转让该财产。

3. 非法贩运麻醉药品是指违反国内法或国际法的规定，生产、制造、提炼、配制、提供、兜售、分销、出售、以任何条件交付、经纪、发送、过境发送、运输、进口或出口任何麻醉药品或任何精神调理物质。

第 26 条 故意和严重损害环境行为³¹⁰

故意亲自或命令对自然环境造成普遍、长期和严重损害的个人，应于定罪后判处〔……〕。

2. 委员会第四十三届会议暂时通过的第 3、第 4、第 5、第 11、第 14、第 19 至第 22 和第 26 条草案案文及其评注和整个第二部分的评注

第一部分

第二章 一般原则

第 3 条

责任和惩罚

1. 犯有危害人类和平及安全罪行的个人应为此负责并应受到惩罚。

2. 协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及

安全罪、或共谋或直接煽动犯下这种罪行的任何个人，应为此负责并应受到惩罚。

3. 企图犯下〔第……等条所载〕一项危害人类和平及安全罪行而未遂的个人应为此负责并受到惩罚。

“未遂”是指已开始实施一项罪行，只因为不以犯罪者的意图为转移的因素才遭失败或被制止的任何情事。

评 注

(1) 本条处理个人刑事责任、参与罪行和未遂问题。

(2) 第 1 款主要处理罪犯责任问题，它把刑事责任和由此而产生的惩罚限于个人，而把国家排除在外。确实，如果个人作为“国家代表”、“代表国家”、以“国家名义”行事或以没有任何法律权力的事实上的代理人行事，该个人所应负责的行为也应归因于国家。虽然第 3 条草案规定了个人的刑事责任，但第 5 条明确规定个人刑事责任不减损国家的国际责任。关于这一问题以及在全体会议上就此草案进行的辩论过程中，委员会一些委员支持这样的主张：不仅个人而且国家也可以被认为负有刑事责任。但是，委员会第 36 届会议曾决定在此阶段将治罪法草案限于个人的刑事责任，但这不妨碍随后参照各国政府发表的意见审议国际刑事责任这个概念是否适用于国家³¹¹。关于这一问题，应当指出，假设能够编纂国家的刑事责任，在调查、出庭和惩罚方面所适用的规则将是不一样的，两种刑事责任制度将有区别。委员会在通过关于国家责任的条款草案第 19 条评注时，就已经防范从该条中所使用的“国际罪行”一词得出刑法中所理解的刑事内容的倾向。它表示应该防止“该条中所使用的‘国际罪行’一词和规定应依各国国内法确切惩罚犯罪者的一些公约和国际文书中用于指极为凶残的个人罪行的‘国际法下的罪行’、‘战争罪’、‘危害和平罪’和危害人类罪等类似措词之间的任何混乱”。³¹² 委员会强调“委员会认为逐个惩罚作为国家机构犯有危害人类、危害和平等罪行的个人的义务不构成国家之国际责任的形式……”。³¹³

³⁰⁸ 同上，第 28 页。

³⁰⁹ 同上，第 29 至 30 页。

³¹⁰ 评注见下文第 D.2 分节。

³¹¹ 《1984 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 17 页，第 65（a）段。

³¹² 《1976 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 119 页，第 19 条评注第 59 段。

³¹³ 同上，第 104 页，第 21 段。

(3) 第2款涉及共谋, 该款将此概念定义为协助、教唆或提供手段使犯下危害人类和平及安全罪。纽伦堡第七项规则、1954年治罪法草案第2条第13款第(三)项以及1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》第三条(e)款都已作为参与罪行之形式规定了共谋的案文。大多数委员都认为犯罪之前或犯罪期间的一切协助或教唆或提供手段构成共谋的明显案件。但是, 对于如何对待事后的, 也就是说在犯罪之后帮助罪犯逃亡, 藏匿工具或藏匿犯罪结果等就有不同的看法了。目前似乎达成了这样的结论, 认为: 一切事前的协助、教唆或提供手段, 如果是犯罪之前达成的协议, 就应该把共谋视为在事后进行的协助、教唆或提供手段。但是, 对于没有事先协议而在事后协助、教唆或藏匿犯罪结果等就有不同的看法了。目前似乎达成了这样的结论, 认为: 一切事前的协助、教唆或提供手段, 但是, 对于没有事先协议而在事后协助、教唆和提供手段就有不同的意见了。代表一定法系的委员认为, 那也算是共谋, 根据他们的法系, 共谋和共犯都被称作“事后从犯”。另一些委员则认为, 这是一般称为“窝藏罪犯”的不同性质的犯法行为。例如, 他们不认为可以将一个窝藏种族灭绝罪犯的人视为参与了危害人类和平及安全罪行。此人确实犯了罪, 但他却不曾参加危害人类和平及安全的罪行。

(4) 第2款还提到共谋实行危害人类和平及安全罪行和煽动犯下这种犯罪行为, 把它们视为参与的可能形式, 个人需为此担负刑责, 并应受到处罚。委员会不主张使用法文中的 *complot*, 而倾向于使用 *entente* 一词, 这一术语的出处是《防止及惩治灭绝种族罪公约》第三条, 至少在法文中, 它区别于1954年治罪法草案和纽伦堡原则第六条中所用的术语。 *entente* 和 *complot* 都被译成“共谋”, 在英文文本中的用语是“conspiracy”。无论如何, 应受惩罚的行为是参与危害人类和平及安全罪行的共同计划的行为。委员会使用这一概念是指一种参与的形式, 而不是指个别犯下的违法行为或罪行。1954年的治罪法草案已经使用了直接煽动这一用语, 而《防止及惩治灭绝种族罪公约》也提到直接和公开煽动。委员会认为, 只要是有意实行某种罪行, 不一定是公开煽动才应该受到惩罚。

(5) 1954年治罪法草案(第2条第13款第(四)项和《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第三条(d)项))都把未遂定为应受处罚的行为, 但没有为未遂下

定义。本条文草案第3款规定了犯下未遂行为之任何个人的责任和惩罚, 并为它下了定义。这一定义明白规定, 未遂的概念包括以下组成部分: (a) 犯下某一罪行的意图; (b) 企图犯下该罪行的行为; (c) 犯下该罪行的明显可能性; (d) 由于不以犯罪者的意图为转移的原因才没有完成罪行的事实。但是, 1954年的治罪法草案将企图犯下草案所载“任何”罪行而未遂都定为罪行, 在目前情况下, 委员会委员对于是否本治罪法草案中所载列的一切罪行都应该规定未遂罪, 意见并不一致。一些委员认为应该, 另一些委员则认为, 应该详尽地逐条分析, 才能确定未遂的定性是否适用于个别犯下的每一罪行。在条款草案一读过程中, 委员会不拟就这两个方案作出选择。因此, 本款第一部分在方括号中含有“第……条所载”词语。委员会将在二读中根据各国政府的评论来解决这一问题。

(6) 法文本中的 *sanction* (惩罚) 一词与英文文本所用的“*punishment* (惩罚)”一词相当。

第4条 动机

危害人类和平及安全罪行的责任不应受到被告所援引不包括在罪行定义内之动机的影响。

评 注

本条文规定, 被告为推卸责任而援引不包括在罪行定义内之动机是不恰当的。委员会认为这一条是必要的, 以表示罪犯不能凭借任何托辞。如果罪行具有治罪法草案所规定的特点, 那么罪犯就无法援引任何动机作为借口。如果违法行为的真正动机属于治罪法草案规定的范围, 其目的则是排除根据另一动机来为其行为辩护。“动机”一词是指导致罪犯采取行为的冲动, 或(基于种族主义、宗教感情、政治见解等原因)促使罪犯产生情绪。任何动机都不能用来证明犯下危害人类和平及安全罪行是合法的。动机回答了是什么使得罪犯引起冲动的原因问题。通常以危害人类罪为其表征的动机乃植基于种族或民族仇恨或政治意见。因此, 由于这些动机, 本治罪法草案所涉及的罪行是最严重的罪行。动机必须与意图, 也就是蓄意犯罪区分开来, 这是将一项违法行为列为治罪法草案中的罪行的一个必要条件。条款草案第1条评注的第3段讨论了这一点。

第5条 国家的责任

对犯有危害人类和平及安全罪行的个人的追诉，并不免除一个国家对可归因于它的作为或不作为依国际法所应负的责任。

评 注

(1) 如同第3条评注中所指出的那样，本治罪法草案（第3条第1款）将危害人类和平及安全罪的刑事责任限于个人，委员会决定，至少在目前阶段，不对国家适用国际刑事责任。但是，第3条评注中也指出，个人不仅能够作为单纯的个人，而且能够作为、并且常常作为“国家代表”、“代表国家”、以“国家名义”，甚或以没有任何法律权力的光是事实上的关系，犯下危害人类和平及安全罪。

(2) 在假设中，本条款草案根据一般国际法用语的传统意义原封不动地搬用国家的国际责任，国家基于被告个人、国家代表所犯罪行，国家对由它引起的作为或不作为应负有责任。正如委员会在关于国家责任的条款草案第19条评注中所强调的那样，对国家代表、个人进行惩罚，“还得对国家所应负的国际不法行为的国际责任进行追诉，基于国家机关的行为，国家对这样的案情是负有责任的”。³¹⁴因此，国家仍负有责任，不能因对犯有罪行的个人进行起诉或惩罚，而免除国家对此所应负的责任。国家有义务对其代理人所造成的损害提供赔偿。

第11条 政府或上级的命令

凡因执行政府或上级命令被控犯危害人类和平及安全之罪行者，如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其刑事责任不得免除。

评 注

(1) 在犯下危害人类和平及安全罪行方面上级所能起的作用，可以从两个角度来看。第一个方面的问题是，下级犯下的罪行在何等程度上减免其上级的责任，问题的此一方面为下文第12条的内容。第二方面的问题是，确定上级下达的进行危害人类和平及安全罪行的命令能在何等程度上减免下级的责任。这是本条文草案处理的问题。

(2) 第二次世界大战之后的军事法庭判例确立了这一规则，据此规则，上级的命令不减轻下级的责任，纽伦堡原则的第七条原则和1954年治罪法草案第4条都申明了这一规则。例如，美国军事法庭在陆军元帅李斯特等人一案中确认，“军官有责任执行他收到的合法的命令”，“传达、下达或执行犯罪的命令者，如果知道或应该知道命令之犯罪性质，即成为罪犯。当然，作为具有四十年职业军官经历的德军陆军元帅，他知道或本应该知道这一命令的非法性质。”……“我们认为，如果下级不了解所收到的命令的非法性质，如果人们也不应期望他了解这一性质，则缺少作为犯罪前提的犯罪意图，下级人员将受宽宥”。³¹⁵

(3) 但是，还认识到，要使上级的命令减轻下级的责任，下级应能对此具有真正的选择机会，有不执行命令的真正可能性。在不可抗拒的道德约束或人身胁迫、必要状态或明显的和可接受的错误等情形下，不存在上述情况。但是，判例法对待这些辩护理由的态度还是极严厉的，所以纽伦堡第四项原则宣称，“如果罪犯在道德上有能力进行选择”，则命令不减免罪犯的责任。1954年的治罪法草案以更准确的措词宣称，如果下级“在当时有可能不遵守该命令的情况下”，上级命令不减免下级的责任。

(4) 可以清楚地看到，上级命令以及上级命令对下级责任的影响这个问题与委员会仍只暂时通过的在第14条草案中涉及的抗辩理论或责任原则的例外情况是有联系的，该条文草案评注中也是这样说明的。人们可能会问，委员会为什么不在针对抗辩和减罪情况的第14条中讨论这一问题呢，委员会认为这个问题的重要性及其与载述上级责任的第12条的关系，是委员会决定把它列入第11条草案而不列入第14条的理由。

第14条 抗辩和减罪情况

1. 主管法院应参照每一罪行的特性决定是否允许依一般法律原则抗辩。

2. 法院于判决时应酌情顾及减罪情况。

³¹⁴ 同上。

³¹⁵ 美国军事法庭，第七号案件，第十一卷，第1271页和第1236页。

评 注

第二部分

危害人类和平及安全罪行

(1) 本条暂时把刑法司法概念,即抗辩和减罪情况,合并在一处。这两个概念涉及确定危害人类和平及安全罪罪犯或参与犯下此种罪行者的责任和确定适用于他们的惩罚。因此,委员会认为这两个概念非常重要,委员会在本届会议期间进行了讨论。但是,由于在这两个概念会产生的影响或后果的问题上委员们意见有所分歧,委员会未能编写出很详细的条款草案,使所有委员都能同意。委员会因此决定在目前阶段限于通过这一通则,提及法庭可以考虑辩护理由或减罪情况之存在。将在稍晚阶段考虑各国政府的意见,研究更具体更适宜的措词,各国政府的意见将使委员会能在条款草案二读过程中草拟更加适当的条款草案。

(2) 关于辩护理由的第1款,委员们就治罪法草案所载的一些传统的刑法概念是否适用的问题交换了意见,这些概念是自卫、胁迫、必要状况、不可抗力 and 错误。例如,关于自卫,一些委员认为,治罪法所载的某些罪行的性质不承认其为辩护理由。有些委员接受只在侵略情况下自卫,其他委员回答说,如果断定侵略业已发生,则不可能以任何事实为其辩护。其他一些委员认为,在某些战争罪的情况下可以援引自卫的理由。还就其他问题交换了意见:胁迫、必要状况、不可抗力 and 错误以及其他可能的辩护理由,例如精神错乱³¹⁶。关于上级命令,委员会决定专门为其编写一条(第11条草案),该条草案的评注中解释了这样做的理由。一些委员认为,对于某些类型的罪行,例如危害人类罪,绝不可以援引任何辩护理由。

(3) 提到第2款,几位委员指出,此种条文在列举调节刑罚轻重的情况方面应大大提高其精确度³¹⁷。此外,关于在同一条文中包括两个本质上不同的概念是否适宜,一些委员也表示了保留意见,辩护理由与是否存在责任有关,而减罪情况则仅与量刑有关。但是,为了本评注第(1)段所指出的目的,委员会决定完整地保留该条草案。

(1) 第二部分界定了本治罪法草案基于属物理理由和基于属人理由的范围。

(2) 本草案不再维持危害人类和平罪行、战争罪行和危害人类罪行之间的区别。这种区别为确定对每一罪行的着手方式提供了有用的准则,但是,委员会认为,现阶段,在收到各国政府的评论以前,由于在每一罪行的组成要素和归因方面都有了解决的办法,就是没有这种区别也行。

(3) 载列罪行的次序并不意味着对这些罪行严重程度价值判断。

(4) 委员会采用了一种标准格式,以确定可将治罪法中每一罪行的罪责归咎于谁。委员会拟定了三种解决办法,视有关罪行的性质而定。委员会认为,治罪法中所界定的侵略(第15条)、侵略的威胁(第16条)、干涉(第17条)、殖民统治(第18条)和种族隔离(第20条)等罪行,总是由在国家政治或军事机器或国家的财政或经济生活中据有最高决策地位的个人实行或下令实行的。对于这些罪行,委员会把可能犯罪者限定为领袖或组织者,这是纽伦堡法庭组织法和东京法庭组织法中都使用过的术语。第二类罪行为招募、使用、资助和训练雇佣军(第23条)和国际恐怖主义行为(第24条),它属于治罪法中所指国家的代理人或代表的范围。第三类罪行是种族灭绝(第19条)、有计划或大规模侵害人权(第21条)、特别严重的战争罪行(第22条)、非法贩运麻醉药品(第25条)以及故意和严重损害环境(第26条),这些罪行均可依治罪法对犯罪者进行惩处。

(5) 本条款并不规定:被确定应负罪责的人本身必须犯下了有关的罪行;本条款只是要他们为下令实行这种行为一事负责而已。

(6) 有关犯罪者的规定必须同关于共谋、共犯和未遂的第3条结合起来理解。

(7) 委员会以标准的方式处理惩罚问题。委员会中的辩论情况显示了在这方面的不同趋向。有些委员认为,这个事项不应该归入治罪法,而应该由本国法处理。另一些委员则提到,1954年治罪法草案由于没

³¹⁶ 委员会第39届会议在审议特别报告员第五次报告时对这些概念进行了辩论,见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第44段至第45段。

³¹⁷ 关于这一问题,见本届会议全体会议上对适用刑罚的讨论情况。(上文第91段)。

有在这方面作出任何规定曾被许多方面视为该草案的重大瑕疵。因此,他们认为,一定得审理惩罚问题,他们之中有些主张列出可适用于一切罪行的惩罚范围;另一些委员则认为,除了为每一罪行下定义以外,还应该分别指明对应的惩罚。委员会在现阶段迄未试图调和这些歧见。委员会只是在每一条款中使用“应于定罪后判处[……]”的方式来显示这个问题的存在。按照这种方式,各方的立场都得至维护,委员会在二读时将能够在充分掌握各种可能的着手方式的情形下探讨这个问题(包括适用于共谋、共犯和未遂的惩罚问题)。

第 19 条 种族灭绝

1. 实行或命令实行种族灭绝行为的个人,应于定罪后判处[……]:

2. 种族灭绝是指蓄意全部或部分地消灭某一民族、人种、种族或宗教群体而犯下的任何下列行为:

- (a) 杀害该群体的成员;
- (b) 对该群体的成员造成身体上或精神上的严重伤害;
- (c) 故意迫使该群体承受某种生活状态,以图使其全部或一部分在肉体上被消灭;
- (d) 采取强制措施,以图阻止该群体内的生育;
- (e) 强行将该群体的儿童转移到另一群体。

评 注

(1) 灭绝种族罪的极端严重性和大会早在 1948 年即已制定了旨在防止和惩治该罪行的国际公约这一事实,一方面使得这一罪行必须包括在治罪法草案中,另一方面使得委员会的任务容易完成。本条文草案中包括的灭绝种族罪的定义完全以《防止及惩治灭绝种族罪公约》第二条的定义为基础,国际社会已广泛接受了这一公约,绝大多数国家也广泛地批准了这一公约。

(2) 1954 年治罪法草案第 2 条第 10 款“其中包括”字样,使得该款所载构成灭绝种族罪的行为没有列举穷尽,决定使用该公约第二条的措词,把各种灭绝种族行为列举穷尽。委员会决定赞成这一解决办法

是因为治罪法草案是一部刑事法典,法无明文不为罪以及不要过分离开国际社会接受的案文。

(3) 此罪行包括两个组成部分:

- (a) 实行条文草案列举的一项或数项行为;
- (b) 蓄意全部或部分地消灭条文草案所保护的群体。

(4) 该公约筹备过程清楚表明,所说的消灭,是通过肉体或生物学方面的手段从肉体上消灭一个群体,而不是消灭民族、语言、宗教、文化等方面的特征或一特定群体的其他特征。在“消灭”一词的定义中,未考虑民族或宗教因素以及种族或人种因素。这一词仅表达形体上的意义、肉体上或生物学上的意义。确实,秘书长 1947 年编写的公约草案以及 1948 年灭绝种族问题特设委员会审议的草案都载有关于“文化种族灭绝”的条款,其内容涉及意在消灭一群体的语言、宗教或文化方面所犯下的任何预谋行为,例如在日常交际中或在学校中禁止使用一群体的语言,或禁止印刷、发行用该群体的语言所编写的出版物,摧毁或禁止使用该群体的图书馆、博物馆、学校、历史古迹、宗教仪式场所或其他文化机构和物品。但是,第六委员会拟定的公约和大会通过公约文本,都去掉了两个草案中所载的“文化灭绝种族”概念,而仅限于列举其类型属于“肉体”或“生物”上的灭绝种族的行为。本条文草案的前三项列举了“肉体上的灭绝种族”的行为,后两项则列举了“生物上灭绝种族”的行为。

(5) 但是,委员会认为,第 2 款(c)项应包括为消灭该群体的全部或部分而进行的驱逐出境。

(6) 条文草案清楚表明,不必等到消灭一群体的最终结果实现以后才算犯下了灭绝种族罪。只要犯下该条草案列举的任何一项行为,其明显意图在于达到全部或部分地消灭一个被保护群体,就足以定罪了。

(7) 虽然本评注第(4)段列举的一些行为不属于灭绝种族定义的范围,但是,如果这些行为是有计划或大规模犯下的,这些行为即构成治罪法草案第 21 条所载“有计划或大规模侵害人权”的罪行。

(8) 委员会的一位委员认为,第 19 条草案第 2 款

(e)项所载的强行转移不应仅限于儿童,还应适用于成人。

第 20 条 种族隔离

1. 作为领袖或组织者实行或命令实行种族隔离罪行的个人,应于定罪后判处〔……〕。

2. 种族隔离包括为建立或维持一个种族群体对任何其他种族群体的统治,并且有计划地压制其他种族群体而按种族分离和歧视的政策和办法犯下的任何下列行为:

(a) 剥夺种族群体的一个或一个以上成员的生命和人身自由的权利;

(b) 故意迫使一种族群体承受某种生活状态,以图使该群体的全部或一部分在肉体上被消灭;

(c) 采取任何立法措施和其他措施,以图阻止一种族群体参与国家的政治、社会、经济和文化生活,以及故意创造条件阻止该群体的充分发展;

(d) 采取任何措施,包括立法措施,以图主要用下列方法按种族界线分化人民:建立种族群体成员的保留地和集居区、禁止不同种族群体之成员通婚、剥夺属于种族群体或其成员的地产;

(e) 剥削种族群体成员的劳动,特别是对其实行强迫劳动;

(f) 迫害反对种族隔离的组织和个人,剥夺其基本权利和自由。

评 注

(1) 种族隔离是一种制度化的种族歧视形式,它企图使对一个种族群体的统治和压迫永世不变,如今它已为世界良知所深恶痛绝,委员会不可能将其置于惩治危害人类和平及安全的滔天罪行的治罪法之外,在此问题上应该记得,关于《战争罪和危害人类罪行不适用法定时限公约》中就已将“源自种族隔离政策的非人道行为”列为危害人类罪,因此不适用法定时限。

(2) 草案本条载明的种族隔离罪的定义无论在文字上还是在精神上都是基于《禁止并惩治种族隔离

罪行国际公约》的第二条。但是,委员会认为,不将行为实例列入条文本身而仅将定义限于叙述构成罪行的行为趋向,比较符合刑法条文的性质。因此,只是由于技术上的原因才从定义中删除实例,但这毫不影响将这些实例视为罪行的可能性,也不影响法庭认为其他行为实例也具有本条文草案禁止的某一行为趋向的全部特点。

(3) 委员会已将本条款草案基于属人理由的范围限于领袖或组织者——它对侵略和干涉等另一些罪行也采取了同样的做法。它这样做是为了使应负责任的人只限于能够利用国家机器来规划、组织或持续进行这种罪行者。

(4) 委员会不想在条文草案中提及南非而限制该条定义的范围,如同含有此种提法的 1973 年公约的第二条那样。委员会还认为,无论这种作法有朝一日是否会在世界这一地区完全消失,象种族隔离这样受到如此普遍谴责的罪行,其定义还是必须适用于任何时间或地点。

(5) 对于 1973 年公约中所载列之罪行定义中屡次使用的“racial group or groups(种族群体)”一语,委员会认为,光是载列“a racial group”已足以包括“several groups(若干群体)”的情况,因此删除了“or groups”。

第 21 条 有计划或大规模侵害人权行为

以有计划或大规模的方式实行或命令实行任何下列侵害人权行为的个人,应于定罪后判处〔……〕:

- 谋杀,
- 酷刑,
- 建立或维持对人的奴役、劳役或强制劳动状况,
- 藉社会、政治、种族、宗教或文化上的理由进行迫害;或
- 驱逐出境或强制迁移人口。

评 注

(1) 1954 年治罪法草案第 2 条第(11)款将国家当局或个人在国家当局煽动或容忍下,藉社会、政治、种族、宗教、或文化上的理由对平民所犯的非人道行为,如暗杀、灭绝、奴役、驱逐出境或迫害等行为列为危害人类和平及安全罪。1954 年治罪法草案中的

这一条款规定得并非详尽无遗，委员会认为在重新审议该条时，一方面应保留其中所列的各种罪行，同时，也有必要从形式和内容上加以修订，并考虑到国际法在过去几十年间的各项发展变化。

(2) 首先，委员会指出，草案本条规定构成罪行的所有行为有个共同因素，那就是严重侵害某些基本人权。根据这一认识并考虑到自从1954年草案以来保护人权方面无论在国际文书的审议，负责实施这些文书的机构，还是广泛宣传保护人权的迫切需要方面所经历的巨大发展变化，委员会认为应将这个共同因素在条文草案本身以及标题中表现出来。

(3) 再者，鉴于治罪法草案所载行为必须具有极端严重性，因此根据委员会的本条文草案规定，只有有计划和大规模侵害人权的行为才属罪行。系统性指一贯的做法有步骤地筹划进行这些侵害行为。大规模受到这种侵害行为影响的人数或者受到影响的实体。实现本条所列举的任何一项为，无论是系统还是大规模，只要具有其中一方面，就足以构成侵害行为。另一方面，单独的谋杀或酷刑等行为——如果不是有计划或大规模进行，那么无论这种行为作为侵害人权行为多么应该严办惩处，也不在本治罪法草案规定范围之内。因此，关于犯罪行为的每一项应当同本条开头部分结合起来理解，因为，开头部分规定只有当这种行为构成有计划或大规模侵害人权的行为时才属罪行。

(4) 此外，与1954年治罪法草案相比，委员会扩大了行为清单，在其中包括了酷刑并突出了某些其他行为，例如驱逐出境或强制迁移人口等。但是，考虑到治罪法草案的刑事法和法无明文不为罪的原则，委员会认为有必要拟订一份详尽无遗的行为清单，使其不同于1954年治罪法草案中所列清单。

(5) 必须指出，条文草案没有把可能犯此种罪行的人仅仅局限于政府官员或代表。的确，这些人由于处在官方地位，具有广泛的确切机会，有可能犯下条文草案所载的罪行。但是，本条没有排除这样的可能性：具有实际权利或者加入犯罪团伙或集团的个人也能够犯下本条规定的那种有计划或大规模侵害人权的行为，遇此情况，他们的行为即属治罪法草案的范围。

(6) 关于谋杀，鉴于全世界各国的所有刑典对此种罪行都有规定，不需要在此详谈。但是，关于这一问题应当指出，委员会没有在本条文草案中列入1954

年治罪法相应条款中规定的“灭绝”这个概念。委员会认为，灭绝如果不属某种形式的种族灭绝，则属一种大规模谋杀，因此应列在本条文草案中。

(7) 1954年治罪法草案对酷刑罪未作规定。委员会认为，这一罪行的性质特别恶劣，很遗憾国际现实近几十年来提供了大量的实例，人们足可因此而把有计划或大规模施以酷刑列为危害人类和平及安全罪。至于其定义，《人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》(1975年12月9日大会第3452(XXX)号决议)以及《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》论述了酷刑罪。委员会一位委员同意该《公约》对这一罪行所下的实际定义，但是他认为，不应当将可能犯此罪的人仅仅限于政府官员或者其他以官方身份行事的人，他认为，个人组成的团体也可能是这一罪行的行为人。

(8) 条文草案规定的另一个侵害人权的行为是对一些人确立或维持受奴役、劳役或强制劳动状态。关于这些罪行的定义，委员会认为，鉴于这些罪行已有具体公约规定，条文草案只须列举罪行并让评注谈及这些公约体现的国际法原则即已足够。同样，1926年9月25日的《禁奴公约》和1956年9月7日《废止奴隶制、奴隶贩卖以及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》对奴役下了定义。后一公约还对劳役下了定义。此外，1966年12月16日的《公民权利和政治权利国际公约》第8条对奴役和劳役都有禁止的规定。该条还禁止强制劳动，并详细阐述了这一概念，另有一些公约也谈到这一概念，如劳工组织第29号公约和《废除强制劳动的第105号公约》。然而应当指出，与上述有些公约以及1954年治罪法草案不同的是，本条文草案不仅规定把一些人置于或使其陷于受奴役、劳役或强制劳动状态属于罪行，而且规定使治罪法生效时已经处于上述境地的人维持原状的行为也属于罪行。

(9) 藉社会、政治、种族、宗教或文化上的理由进行迫害的行为，1954年治罪法草案早已定为罪行，在这里指的是前几款中未涉及的有计划或大规模侵害人权的行为，这种罪行或是由政府官员所犯，或是由在某一领土上行使实际权力集团所犯，他们试图迫使一此个人或集团过一种其某些基本权利一再或始终被剥夺的生活。这种迫害可有多种形式，例如，禁止进行某些宗教信仰活动；长期和有计划地关押代表某一政治、宗教或文化团体的个人；连在私下使用民族语言也禁止；有计划地摧毁或销毁某一社会、宗

教、文化或其他集团具有代表性的纪念碑或建筑。这种行为如果是有计划或大规模地进行便属于本条所载述的范围。委员会一些委员认为,在缺乏普遍可以接受的关于迫害的定义的情况下,最好不要在条文草案中包括迫害问题。

(10) 委员会中有人指出,有计划地使人员失踪的做法同样是值得载入本治罪法草案的现象。

(11) 驱逐出境或强制迁移人口的行为单列为一项,是因为这一罪行本身必然具有大规模成分。委员会认为,这一性质的罪行不仅能在战时而且也能在平时发生,这使人们有理由将其包括在条文草案中。驱逐出境已列入1954年治罪法草案,这种行为指赶出国家领土,而强制迁移人口可以全部地发生在一国的领土之内。委员会中有人指出,条文对象在这里对于罪行的界定极其重要。条文草案所载的人口迁移是指——举例来说——出于政治、种族、宗教或其他理由,旨在改革一领土上的人口组成的迁移,或者是寻求将一民族全部迁离故土。委员会一位委员认为,这一罪行也应列入种族灭绝的标题之下。

第22条 特别严重的战争罪行

1. 实行或命令实行特别严重的战争罪行的个人,应于定罪后判处〔……〕:

2. 为本《治罪法》的目的,特别严重的战争罪行是指严重违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的任何下列行为:

(a) 不人道的行为、残忍或野蛮对待人的生命、尊严或身体或精神完整〔尤其是故意杀害、酷刑、断肢、生物试验、劫人为质、强迫受保护者为敌对力量的军队服役、在停止敌对行动后无理拖延遣返战俘、驱逐或迁移平民人口和集体处罚〕;

(b) 在被占领土上建立居民点和改变被占领土的人口组成;

(c) 使用非法武器;

(d) 使用意图或可能对自然环境造成广泛的长期严重损害的战争方法或手段;

(e) 大规模毁坏平民财产;

(f) 故意攻击具有特殊宗教、历史或文化价值的财产。

评注

(1) 本条文草案是两种趋向的折衷案文,第一种趋向是载列总的战争罪行的定义但不详细开列罪行的清单和列出此种罪行的类别,另一种趋向是在不妨碍总的定义的情况下,赞同载入一份本条文下的战争罪行的尽可能详细的清单,而本条文草案则是这两种趋向妥协的结果。因此,委员会选择了中间解决办法,在第2款的开头部分规定了治罪法草案下的战争罪行的总的定义,其后又详细地列举了有关战争罪行的类别。

(2) 应当强调,条文草案下的战争罪不是传统意义上的战争罪,也不是1949年日内瓦公约有关共同条款(《改善战地武装部队伤者病者境遇公约》第50条;《改善海上武装部队伤者病者和船上遇难人员境遇公约》第51条;《关于战俘待遇的(日内瓦)公约》第130条和《关于战时保护平民的公约》第147条)中所包括的所有严重罪行或日内瓦四公约第一附加议定书(第85条)中包括的严重违反行为。委员会严格遵守治罪法草案仅应包括最严重的罪行中之最极端者的标准,因此,在特别严重性这一标准的基础上,选出违反适用于武装冲突的国际法的行为作为此种性质之治罪法下的罪行。因此,根据人道主义法律的传统意义上的特定战争罪或在日内瓦四公约或附加议定书的意义之内严重违反行为没有作为危害人类和平及安全罪包括在本条文草案中,这一事实并不影响适用于武装冲突的国际法将它们列为罪行之事实:如同第2款开头部分一开始明确指出的那样,条文阐明的战争概念仅适用本治罪法的目的。

(3) 在本条文草案的意义内,战争罪行必须是:(a)属第2款(a)至(f)项的六类中任何一类的行为;(b)违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则的行为;(c)特别严重的违反行为。为治罪法的目的,这三种成分的结合才使一项作为或不作为成为战争罪。

(4) “违反适用于武装冲突的国际法各项原则和规则”一语是包括在日内瓦四公约第一附加议定书第2(b)条中的定义的简短形式。此外,“武装冲突”一语不仅包括日内瓦四公约第一附加议定书第1条第4款的意义内的国际冲突,还包括1949年日内瓦四公约第3共同条文包括的非国际武装冲突。

(5) 第2款开头的“特别严重”的违反一语和(a)至(f)项确定的六个类别如同上文已经指明的那样,是

指出治罪法包括的战争罪的具体性质。违反的严重性在很大程度上表现为违反之影响的严重性。该六个类别为详尽类别, 尽管将由法院确定或评估某些作为或不作为是否符合每一类别的特别严重性质。这样也给逐步发展适用于武装冲突的国际法留下了可能性。例如, 关于使用非法武装的类别可以考虑进一步禁止某些武器, 即将来可能规定的禁止。

(6) 第(a)项载述有关行为的细节, 这些细节涉及行为的性质或这些行为得以进行的方式以及涉及根据该项受到合法保护的财产。它们是不人道行为、残忍或野蛮对待人的生命、尊严或身体或精神完整。“行为”一词包括作为和不作为。例如, 该款肯定包括未能向一犯人提供食品的不作为, 如果该不作为引起犯人死亡的话。受保护者的“者”字, 应在个人或集体的意义上来理解。与此相应, 不人道行为、残忍或野蛮行为可能是有计划地针对一个人或一组人。在方括号中, 该项历数了无疑属于该项总定义范围的一些行为实例。一些委员认为, 在该项的正文中提出该项包括的数例行为是有益的。有些委员认为, 鉴于所给例证的不详尽和可质疑的性质, 没有理由插入这些内容。

(7) 根据第(b)项, 在被占领土上建立居民点和改变被占领土的人口组成为一罪行。若干原因使委员会将这些行为列入本条款草案。在一被占领土上建立居民点构成特别严重地滥用权力, 特别是由于这种行为可能涉及掩饰兼并被占领土的意图。对委员会来说, 改变被占领土的人口组成似乎为极其严重的行为, 几与种族灭绝无异。

(8) 第2款(c)项指出了条文草案包括的另一类特别严重的战争罪行, 即使用非法武器。这一原则已经具有很长的历史: 1868年的圣彼得堡宣言禁止在战争期间使用400克以下的爆炸性或燃烧性射弹; 1899年的海牙宣言禁止达姆弹, 禁止从气球上发射投射炮和炸药, 禁止使用散布窒息性气体或有毒气体的投射炮。后一宣言又被1925年关于禁止在战争中使用窒息性气体、毒气或其他气体和细菌的日内瓦议定书以及关于禁止发展、生产及储存细菌(生物)及毒素武器并销毁此种武器的公约所取代; 关于陆战法规和习惯的1907年海牙公约附件规则的第22和第23条, 除其他问题外, 禁止使用毒物或带有毒物的武器以及使用意在引起不必要痛苦的武器、投射炮或材料。一般说来, 在这方面已经有了一些逐步的发展, 并导致了关于禁止或限制使用联合国禁止或限制使用某些可被认为具

有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器会议。在1979年9月和1980年9月/10月于日内瓦举行的该会议上, 经协商一致, 通过了下列文书: 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》; 《关于无法检验的碎片的议定书(第1议定书》; 禁止或限制使用地雷(水雷)、饵雷和其他装置的议定书(第2议定书)和《禁止或限制使用燃烧武器议定书(第三议定书)》。

(9) (d)项有关意图或指望对自然环境造成广泛、持久和严重损害的作战方法或手段的作用, 其措词完全抄录《日内瓦公约》第一号附加议定书第35条第3款以及第55条。关于自然环境的概念的定义和源于这一概念的受保护的物体, 参见治罪法草案第26条的评注, 该条有关故意和严重损害环境问题。应该注意到, 除了第一号议定书中的有关规定外, 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》禁止为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害冲突另一方的手段。公约包括改变大气条件(云、降水、旋风和龙卷风)、改变气候条件、洋流、臭氧层和电离层状态、人工地震、海啸和扰乱一个地区生态平衡的技术等等。该项述及广泛、持久和严重损害。这一表述的解释, 参见关于故意和严重损害环境的第26条评注。此外, 应该指出, 根据该款的规定, 不仅采用旨在造成上述损害的作战方法或手段为一项罪行。就是采用可能造成此种损害的作战方法或手段也是一项罪行, 后一表述包括下列情况: 即毁坏自然环境并非战争方法或手段使用者的基本目的, 但是, 明知此种方法或手段可能对环境产生灾难性的后果, 他仍决定采用。有一位委员对(d)项提出保留意见。

(10) (e)项涉及“大规模毁坏平民财产”。1949年《日内瓦公约》及其第一号附加议定书阐明了在武装冲突中保护平民财产的原则。第四公约第147条认为“无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收”为严重破坏公约行为。同样, 根据第一号议定书第85条, “知悉攻击将造成第57条第2款(a)(三)所规定的过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害, 却发动使平民居民或民用物体受影响的不分皂白的攻击”等行为在违反该议定书有关规定而故意作出, 并造成死亡或对身体健康的严重伤害时, 应视为严重破坏该议定书的行为。在这方面, 议定书第57条第2款(a)(三)要求冲突各方“不决定发动任何可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害、或三种情况均有而且与预期的具体和

直接军事利益相比损害过分的攻击。”因此本项应联系这些规定来看待，并考虑到第2款起首语的规定，根据该规定，“特别严重地违反适用于武装冲突的国际法原则和规则行为”是一种罪行，同时牢记“大规模”一词，它与(d)项中所载述的那种毁坏的范围和数量有关。

(11) (f)项涉及对具有特别的宗教、历史或文化价值的财产进行任意攻击。与前项有关的评注在此也适用，即，它应该联系第2款起首语及适用于武装冲突的有关国际法规则来看待。在这方面应该注意到，

《日内瓦公约》第一号议定书第53条禁止“从事以构成各国人民文化或精神遗产的历史纪念物、艺术品或礼拜场所为对象的敌对行为；‘利用’这类物体以支持军事努力‘和使’这类物体成为报复的对象。”在武装冲突中保护文化财产也是1954年5月14日《海牙公约》所载述的一个事项。此外，第一号议定书认为直接攻击第53条所指物体是一种严重的违约行为，这些物体得到明确承认，并通过特殊安排给予特殊保护(例如，置于主管国际组织的范围之内，这种攻击造成广泛的损坏，并在没有证据证明敌方违反了禁止利用这类物体以支持军事努力的规定，且此种物体不紧靠军事目标的情形下进行(第85条(4)(d)款)。本条款草案(e)项突出了定义该罪行中的两个要素：攻击的任意性，换句话说即进行攻击的具体目的是为了对该财产造成损坏，以及该财产具有特殊价值。

第26条 故意和严重损害环境行为

故意亲自或命令对自然环境造成普遍、长期和严重损害的个人，应于定罪后判处〔……〕。

评 注

(1) 一读通过的关于国家责任的第19条已经反映出委员会对有关损害环境问题的关切。根据该条第3款(d)项，“保护和维持人类环境”已被视为人类社会的根本利益，违反对保护和保全人类环境至关重要的各项义务已被定为国际罪行。³¹⁸在治罪法草案的审议中，委员会也采取了下列观点，即环境保护很重要，因此，对人类这一根本利益进行的、某些特别严重的攻击应在治罪法的范围之内，肇事者应负国际刑事责任。

(2) 本条款草案的直接渊源是1974年《日内瓦公约》第一号附加议定书第55条第1款，然而，应该注意到，与议定书所载述的规定不同，本条款草案的适用不限于武装冲突，上面所提到的条文也属于这样的情况。

(3) 具备下列三个要素即适用本条文草案。第一、应是对“自然环境”的损害；第二、是“普遍、长期和严重的损害”；第三、损害必须是“故意”造成。

(4) “自然环境”应作广义解释，包括人类和人类在其中发展的环境，以及其维护对保护环境至关重要的地区。因此，这些措词的含义包括海洋、大气、气候、森林和其他植被、动物群、植物群和其他生物成分。在这方面，大家应该记得，《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术公约》第二条已将“改变环境的技术”定义为“通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、岩石圈、水气层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术”。

(5) “普遍、长期和严重的损害”是治罪法草案中所采用的一般严重性标准对损害环境罪的特殊运用。在这种特定情况下，严重性由三个积累因素确定：损害的范围或程度、其在时间上的持续性和受害地理区域的大小。有人在委员会上解释说，“长期”一词应被理解为指影响的持久性，而不是指损害将在很长一段期间后发生的这种可能性。有些委员说，“长期”一词的后果之一是推迟刑事诉讼，因为它意味着在提起刑事诉讼之前要确定持续的期间。另一些委员认为，影响的长期性可在损害开始时合理地评估。

(6) 界定这项罪行的最后一个要素是“故意”一词。它指的是造成明显损害的明确目的或具体意图。它将由于疏忽而造成损害的情况、和其明确目的或具体意图并不是对环境造成损害却故意违反禁止或限制使用某些物质或技术的规则而造成了损害的情况排除在该条款草案的范围之外委员会有些委员认为，对这一解决办法可有许多批评意见。他们认为，如果故意违反某些环保规则——例如为了营利——导致了普遍、长期和严重的损害，则应构成危害人类罪，无论其目的是否对环境造成损害。这些委员认为，第26条与关于战争罪的第22条相冲突，该条第2款(d)项也涉及环境保护问题。根据第22条，在意图造成损害和可能造成损害的情形下采用作战方法或手段，即使其目的并不是要对环境造成损害，都算是一种罪行。

³¹⁸ 一读通过的关于国家责任的第19条案文，见《1976年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第32页。

第五章

国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任

A. 导言

177. 国际法委员会于1978年第三十届会议上将“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”列入工作方案,并任命罗伯特·Q.昆廷-巴克斯特先生为本专题的特别报告员。³¹⁹

178. 委员会从第三十二届会议(1980年)到第三十六届会议(1984年)收到并审议了特别报告员提出的5份报告。³²⁰这些报告力图为本专题拟定一套基本概念和专题纲要,并载述了5个条文草案建议。该专题纲要载于特别报告员提交1982年国际法委员会第三十四届会议的第3次报告。³²¹这5个条文草案是在特别报告员向1984年委员会第三十六届会议的第5次报告中提出的,委员会审议了这些条文草案但没有作出将它们提交起草委员会的任何决定。

179. 1984年国际法委员会第三十六届会议还收到了下列材料:联合国法律顾问于1983年向16个选

定的国际组织寄发的问题单——除其他事项外,要求它们确定一下国家作为国际组织的成员互相负有并且履行的义务是否需要在这个意义上实行或取代专题纲要中所指的程序³²²和秘书处编写的一份研究报告:

“关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的国家实践概览”。³²³

180. 委员会于1985年第三十七届会议上任命了胡利奥·巴尔沃萨先生为本专题的特别报告员。委员会从1985至1990年收到特别报告员的6份报告。³²⁴国际法委员会在1988年第四十届会议上,将特别报告员为第一章(一般规定)和第二章(原则)提议的第1至第10条提交起草委员会。³²⁵1989年,国际法委员会也向起草委员会提交了那些条文的订正案文,将其减到九条。³²⁶

³²² 对问题单的答复载于《1984……年鉴》,第二卷(第一部分),p.129,文件A/CN.4/378。

³²³ 《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分)增编,文件A/CN.4/384。

³²⁴ 特别报告员的六次报告转载如下:

初步报告:《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分),第97页,文件A/CN.4/394;

第二次报告:《1986年……年鉴》,第二卷(第一部分),第145页,文件A/CN.4/402;

第三次报告:《1987年……年鉴》,第二卷(第一部分),第47页,文件A/CN.4/405;

第四次报告:《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分),第251页,文件A/CN.4/413号文件;

第五次报告:《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),第131页,文件A/CN.4/423号文件;

第六次报告:《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),第131页,文件A/CN.4/428和Add.1号文件。

³²⁵ 案文见《1988年……年鉴》,第二卷(第二部分),第9页。

³²⁶ 案文见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第84页,第311段。特别报告员又在他的第六次报告中提出对一些条文的改动,《1990年……年鉴》,第二卷(第一部分),第105至109页,文件A/CN.4/428和Add.1号文件,附件。

³¹⁹ 委员会在这届会议上成立了一个工作组,初步审议本专题的范围和性质,并向委员会提出有关报告,该工作组的报见《1978……年鉴》,第二卷(第二部分),第150至152页。

³²⁰ 特别报告员的5份报告见转载如下:

初步报告:《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分),第247页,文件A/CN.4/334和Add.1和2号文件;

第二次报告:《1981……年鉴》,第二卷(第一部分),第51页,文件A/CN.4/360号文件;

第三次报告:《1982……年鉴》,第二卷(第一部分),第51页,文件A/CN.4/383和Add.1号文件;

第四次报告:《1983年……年鉴》,第二卷(第一部分),第201页,文件A/CN.4/373号文件;

第五次报告:《1984年……年鉴》,第二卷(第一部分),第155页,文件A/CN.4/383和Add.1号文件。

³²¹ 该专题纲要的案文转载于《1982年……年鉴》,第二卷(第二部分),第83至85页,第109段。前特别报告员对该纲要的修改见《1983年……年鉴》,第二卷(第二部分),第129页,文件A/CN.4/378号文件。

B. 本届会议审议这一专题的情况

181. 国际法委员会在本届会议第 2221 至第 2228 次会议上审议了特别报告员的第七次报告 (A/CN.4/437)。

182. 特别报告员拟定了他的第七次报告, 同时考虑到国际法委员会本届会议是五年期间的最后一年了, 并且由于有其他优先事项, 起草委员会还是没有审议国际法委员会自从 1988 年以来向它提交的任何条文草案。而且, 委员会对形成本专题之基础的一些重要问题的立场还不完全明确。因此, 他的第七次报告是为了重新评价本专题在委员会内的发展情况, 并且让委员会的一些委员有机会重新考虑他们对本专题若干方面的立场和意见以及它的未来方向。第七次报告并无意重新展开一般性辩论, 而是要评价和总结现况。该报告虽然提到特别报告员迄今提出的条文并且用它们来说明各种备选办法和途径, 并无意专注于对这些条文的辩论。相反, 它意图鼓励就特定问题进行辩论。特别报告员在就他的报告提出口头说明时明确指出这一点, 他请委员们以他的报告作为基础, 致力探讨下列问题: 本专题的标题、本文书的性质、对本专题重要的一些原则、防止跨界损害、对跨界损害的责任、乃至对“全球公有领域”的损害问题。由于委员会内的辩论专注于特别报告员所提出的问题, 国际法委员会有关本章的报告也就依循着那个大纲。

1. 一般问题

183. 讨论期间, 有人提出一些一般性的问题。

184. 有人提起, 本专题被列入 1978 年国际法委员会工作方案, 从那时以来所获得的进展同委员会为这个专题所花的时间并不相称。一般确认, 本专题呈现了一些困难的政策问题, 必须使这些问题得到明确的回答, 才有可能就这个专题取得任何重大的进展。为了这个原因, 许多委员认为应该再度审查本专题的一些基本问题, 明确指出他们对未决问题的立场, 参照国际法委员会内外国际环境法律的发展情况加以重新评价。有人指出, 定于 1992 年在巴西召开的环发会议使国际法委员会有了一个评量迄今所获成就的好机会。但是, 少数委员认为无需重新审查委员会关于这个专题的工作和重新展开一般性辩论。他们认为, 这

样做是一种倒退。反之, 他们认为, 委员会应该自行制定一项工作假设, 或要求大会这么做。

185. 本专题的重要性得到普遍的确认, 一般也普遍理解到关于本专题的工作应该加快并且具有优先地位。有人指出, 其他论坛正在草拟有关环境问题的各种文书, 如果委员会的工作不能迅速得到进展, 就会被人家超越了。

186. 有些委员认为, 起草委员会目前应该审议国际法委员会自 1988 年以来向它提交的 10 个条文。特别是因为, 这些条文处理的是一些原则问题, 把这些原则制定下来就能够为本专题的进一步发展打好坚实的基础。他们指出由于起草委员会一直未能审理这些条文中的任何一条, 特别报告员也就无法利用这个专题的讨论结果, 特别是有关本专题的基本概念的讨论结果。

187. 另一些委员则持有不同的看法。他们认为, 在委员会能够着手制定条文以前, 它应该议定一些基本的前提和本专题的未来方针。他们认为, 委员会在对文书的内容和结构没有坚实的概念之前就要起草文书, 这是难以叫人理解的。在这方面, 有一位委员坚持认为, 按照现行的实质法律, 并没有确切的或一般性的规则载述严格意义的责任和赔偿, 特别是对具有造成跨界损害危险的活动所造成之损害的赔偿。他们认为, 为个领域正是从事逐步发展国际法的适当领域。

188. 有些委员不同意本专题是一个出乎意外地闯入人们面前的崭新的法律科目。他们认为, 目前已有一些法律文书载述这个课题, 涉及与本专题同类的一些问题。有一位委员尤其提到, 目前在判例和惯例法以及在习惯法方面有关的标准都多的是。他特别提到特雷尔炼锌厂仲裁案³²⁷和拉诺湖案³²⁸等仲裁裁决以及 1958 年《公海公约》、《禁止在大气中、外空和 underwater 进行核武器试验条约》、《外空条约》、《防止倾倒废物或其他物质污染海洋公约》及 1982 年《联合国海洋法公约》等与本题有关的现行条约; 因为它们也载述了一些环境问题。他认为, 委员会的工作主要

³²⁷ 联合国, 《国际仲裁裁决报告》, 第三卷(出售品编号: 1949.V.2), 第 1905 页。

³²⁸ 同上, 第十二卷, (出售品编号: 63.V.3), 第 281 页。

是根据现有的条约和国际习惯法上的先例选定同环境有关的一些原则，而不是去发明新法律。

189. 也有人指出，为了促进本专题工作的进展，可以区分一下条款草案的不同的适用范围。只有这样做了，委员会才有可能得到对于草案的充分支持，因为只要各国政府不十分了解条款草案的适用范围，他们也就不会做出承诺。

190. 有人指出，从特别报告员所提交的条款草案看来，法律关系被设想成双边的关系：受影响国诉行为国。虽然这种做法本身没有错，却需要赶上时势。在今日大多数的生活领域里，国际多边标准已经成为据以衡量某种可能造成损害的活动的可接受程度的尺度。因此，许多利益冲突由于有了可适用的标准而在多边的范围内得到解决。今后几年内，关于禁止和预防的国际标准的制定工作可能大为增加。这一事实应该在草案中予以顾及，即使只能有其他机构制定的规则供参考。

191. 有人指出，为了制定国际赔偿责任原则，委员会不仅必须顾及先例和当代的思潮，还必须注意将来可能发生的事件，并且拟定能够在今后五年内达成的明确和实际的目标。委员会也应该澄清是否制定导致赔偿责任的原则或是限制赔偿责任的外围课题。根据这一观点，委员会必须同时达成这两项目标而不仅仅是后一目标。

192. 有一位委员提到一些新研究报告，包括联合国编写的一些报告，这些报告透露，目前从事商业制造的各种化学品有 8 万种，每年有一千至两千种化学制品在市场上出现。一些国际机构正在研究这种工业活动对人体健康以及对运输、经销、利用或处理问题的影响，一些公约和其他文书已试图在这些问题上规定主要是预防性质的国家管制或国际合作。因此订立了一些公约和法律文书来处理这些具体问题。但是，有人引述了没有载述赔偿责任条款的一些最近的例子：1986 年关于尽早通知核事故或放射紧急情况的公约；在核事故或放射紧急情况下提供援助的公约；1987 年保护臭氧层维也纳公约和 1987 年关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书；1989 年关于控制危险废物的跨界移动及其处置的巴塞尔公约，乃至欧洲经委会于 1991 年拟定的关于工业事故的跨界影

响的公约草案。³²⁹ 因此，委员会关于本专题的工作可能弥补这个空隙。

193. 有些委员提到发展中国家的特殊情况。他们认为，本专题应该考虑到发展中国家的实际情况，从而据以制定条款草案。有人指出，特别报告员在他的关于本专题的报告中已经考虑到这一点，事实上，分别载述义务和合作的提议的第 3 和第 7 条都考虑到发展中国家的情况。但是，这些委员认为，应该以更有系统的方式考虑发展中国家的情况，因为发展中国家多半是近代工业生产的受害者，具有危险之活动和造成跨界损害的活动的经营人往往是一些跨国公司，许多发展中国家通常缺乏任何技术专门知识和资金来管理这些活动。这不仅涉及援助发展中国家的问题，还涉及跨界损害情形下的赔偿责任问题。作为受害国，发展中国家还面临着许多问题，例如：缺乏监测和评量损害的手段和缺乏技术与资金来使一些损害减至最低限度。

194. 又有一位委员谈到发展中国家的需要，他说，世界上有许多人不得不首先从满足一些基本需要着想，或改善他们的生活水平，并且能够解决人口增长和贫困问题。如果为了从最先进的国家获得技术、科学和资金援助，没有东西作为回报的发展中国家往往以国家主权或政治、经济或文化上的自由付出代价，对这些国家适用同样的赔偿责任标准怎么会是合乎道德和公平的呢？如果无视于各国生活水平的差距并且对大多数世界人民的发展需要无动于衷，任何制度都不能说是公平和以正义感作为基础的。

195. 有些委员对本专题过分强调环境保护表示关切。这些委员中有一位说，他同意国家在国际法不加禁止的活动对环境造成损害时负有责任，他并不曾把这个问题的重要性减至最低限度。但是，他认为，委员会如果明智的话，便不应该去赶时髦，而且不应该忘记，这些活动也有可能造成本条款草案应予顾及的人力和经济上的损失。他认为，如果委员会只关心环境问题，无论多么认真，都是令人感到遗憾的，因为这是许多委员和国际社会的偏见。另一位委员认为，旨在保护环境的任何规则应该采取禁止的办法和规定确切的防止义务，这些规则放在国家责任专题内将比放在本专题内适当。

³²⁹ 该公约草案随后被重新命名为“关于工业事故跨界影响的公约”，于 1992 年 3 月 18 日在赫尔辛基通过。

196. 特别报告员同意有人在委员会中表示的这种看法：委员会已经就本专题的重要领域达成广泛的协商一致意见，他将于稍后对此提出评论，这些协商一致意见已经形成进一步研讨的适当基础。谈到委员会的今后工作，他认为，已经形成的协商一致意见是这个专题应该在今后五年期内取得高度优先地位，起草委员会下届会议召开后的首要工作应该是审议已经提交的条文。

197. 特别报告员全心同意：在发展本专题的过程中应该始终考虑到发展中国家的特殊情况。最后，他同意有人在委员会中表示的如下意见：过去的二十年在环境法律方面拟订了许多规定具体活动的规则，只有少数规则载述概括的情况。同样，除了在斯德哥尔摩原则 21 和 22 中载述了对各国政府的劝告以外，在发展关于赔偿责任的一般原则方面所做的工作很少。他极力认为，应该拟订一些一般性原则，因为国际法律秩序不容留出任何显示人类不团结的空隙，使人们对国际社会的根本存在产生怀疑。

2. 具体问题

(a) 本专题的标题

198. 特别报告员在报告中谈到本专题的英文标题引起的困难，该标题提及国际法不加禁止的“行为”，而法文标题则提及活动。他认为，也如他在早先的各次报告中所指出的那样，同法文标题给予委员会的职权相比，英文标题给予委员会以不同的和更有限的职权，英文标题似乎只允许审议对有害后果的赔偿或补偿，但法文标题的范围却大得多。他认为，如果专题处理“行为”而不是“活动”，则预防措施在专题中就无地位，因为预防措施基本上是用各种禁止来表述的，而本专题所处理的是国际法“不加禁止的行为”；这将引起内容与专题标题之间的矛盾。

199. 大部分委员同意特别报告员的意见，认为可将专题的标题从“行为”改为“活动”，因后一标题似乎更接近该专题不断扩大的范围。一些委员认为，委员会可以向大会第四十六届会议建议改变标题，但另一些委员认为，标题的改变可留待将来，与此同时，委员会可以假设英文本的标题即指“活动”，从而与法文本一致，而委员会则在此假设上继续工作。有人指出，如果将标题改为“活动”，其他语文

本也必须修改。少数委员认为，总的说来，该专题的标题过于冗长和含糊，他们认为应该用对赔偿责任一词施加适当的限制的方式把标题简化。有一位委员认为，标题的改变同本专题的内容密切相关。

200. 少数委员表示，委员会应该将专题限于“行为”，因为在构成无过错责任的问题上，混乱的症结在于不能区别行为和活动。除了考虑这一专题是全文都使用“不法行为”一词的国家责任专题的分支以外，在本专题中从不法行为领域转移到合法行为领域也是符合逻辑的。如果现在谈及活动——包括除国家本身以外的实体的活动，而不是谈及国家的行为，这似乎涉及改变意思以及偏离委员会的职权。

201. 特别报告员在总结讨论情况时得出结论说，委员们基本上同意，应该将专题的标题修改，用“活动”一词替换“行为”。

(b) 本文书的性质

202. 特别报告员谈到正在起草的关于这一专题的文书的性质时说，性质问题是委员会意见不一致的诸问题之一。一些委员认为，如果委员会本身不关心最终要求各国接受的公约的起草规则，委员会或许能够更加容易地通过某些假设和条款草案。其他委员赞成一份有拘束力的文书，一份纲要公约。一位委员强调，所需要的是一份“总括”纲要公约，类似于《外层空间公约》、各人权公约、《联合国海洋法公约》第十二部分。但是，他认为关于这一问题的决定可以放到稍后阶段，与此同时，则起草一份前后一致、合理、政治上可被接受的条款草案。

203. 委员会在这一问题上的讨论向两个方向发展：大部分委员同意特别报告员的意见，即可以将关于这一问题的最后决定推迟到该专题取得更多进展时再作。其他委员则希望立即作出关于该文书性质的决定。赞成推迟的委员认为在目前这样的早期工作阶段就这一问题作出最终决定为时过早。

204. 有人说，当委员会晚些时候准备就文书的性质作出决定时，委员会应该考虑到，在上一个十年或更长的时间内，以委员会草案为基础的若干公约被证明是不成功的。因此，委员会今后提出条款草案应该采取的最终形式的建议之前，应该进行认真的审

议,在条款草案象本专题的情况那样,其性质为逐渐发展而不是简单的编纂时,就更加如此。在这种情形下,有人指出,委员会只有在收到各国政府对提议的该专题的条款所作的评论时才应该作出决定。

205. 有人认为,委员会或许应该设想能否节制一下自己的雄心,可以设想使条款限于阐明原则或非常一般的规则,仅仅规定核心内容。但是,那些核心内容必须以法律术语表述,规定权利和义务。

206. 一些委员尽管同意应该推迟关于文书性质的决定,但他们认为委员会应该将其目标放在灵活的纲要公约上,规定责任的一般规则,包括产生责任的情形;预防措施和适当注意的作用;责任的免除;补偿或赔偿的标准;衡平法的作用;和平解决争端;国际组织和其他讲坛的作用;以及通过国家立法制定有效的标准和建立监督机构。

207. 另一方面,希望立即就文书性质作出决定的委员们意见也不统一:其中有些委员赞成纲要公约模式,从而赞成具有拘束力的文书。他们指出,目前的国家惯例倾向于管理各种具体的活动,特别是通过有拘束力的双边或多边公约来管理。总得说来,他们认为条款草案应该具有余补性质;不应包罗万象,而让双边或其他多边协定来规定具体制度,当然,这些协定可以从本草案中得到启示。

208. 其他一些委员认为委员会不应该推迟决定正在起草的文书的最终形式,但是他们建议为整个草案提出另一个纲要公约的备选案文。他们也认为,未来编写草案的工作将在很大程度上取决于提议的文书的性质或特点。如果要使条款草案具有法律拘束力,至少该文书核心部分的起草必须反映目前国际法下的现行法,能够为大多数国家所接受。反之,如果它们只是建议的性质或只是准则性质,则人们甚至可能进而在目前国际法下创造一些新规则和原则。但是,这一问题并不一定要以统一方式解决;可以从措词方式着手使条款草案的不同部分具有不同的约束力。委员会也可考虑起草两份不同的文书:一份处理责任问题,另一份处理预防问题。两份文件中的第一份将具有约束力,而第二部分采取建议形式。

209. 有一位委员对纲要公约的着手方式表示保

留意见。他认为,这种着手方式会产生与编纂相对立的一套规则。目前需要的是一个一般性的公约,载述一下能够据以确切衡量权利与义务的标准。

210. 一位委员同意立即作出决定的主张,也同意两分不同文书的主张,但同前一位委员的意见相反,他赞成在责任问题上的灵活规则和在预防义务上的有约束力的规则。他认为,委员会提出处理本专题各个方面的标准条款是适宜的,其中包括责任问题,而各国可将其包括在条约和国内法律中。根据这位委员的意见,该问题无论是否与特别报告员设想的预防程序相结合,它在防范义务方面都将采取完全不同的形式。在这个问题上,向前发展并且根据习惯准则编写可以转变成公约的真正的条款草案,是有意义的事。

211. 有些委员指出,把所谓的“软法律”和所谓的“硬法律”绝对区分是办不到的。有一位委员也反对早先使用的旨在区分初级规则和次级规则的术语。

212. 在总结关于这一问题的辩论时,特别报告员认为,大部分委员赞成推迟决定文书的性质,尽管少数几位委员偏向于立即解决问题。因此,必须得出这样的结论:如通常所作的那样,关于向大会建议应该如何处理提交给它的条款的问题,将在关于本专题的工作结束时审理。

(c) 本专题的范围

213. 关于专题的范围,特别报告员提到他在过去历届会议上提出的建议:本专题处理有跨界损害之危险的活动以及引起跨界损害的活动,这是适宜的。所谓有危险的活动,他的意思是那些有引起跨界损害的超出正常的可能性;所谓引起跨界损害的活动(有损害影响的活动),他指的是在正常运作过程中引起这种损害的活动。

214. 至于这两种类型的活动是应当分别处理还是共同处理的问题,特别报告员认为,可以将他们共同处理,但有一项理解,如果在讨论结束时证明这种方法不适当,则可将它们分开。他还谈到专题纲要规定的该专题的最早布局,除其他问题外,该纲要涉及合作、不歧视、预防和赔偿、与两种类型活动有关的措施。就单方面预防措施例如采取法律和行政行动而

言, 对他来说, 两种类型的活动似乎都要求各国承担同样的责任。关于程序措施, 无论涉及那一种类型的活动, 它们都可适用。这些措施包括评价活动的跨界影响并在这一评价表明可能有跨界影响时进行磋商。特别报告员认为, 委员会的意见不同于第六委员会的意见, 但是有一种将两种类型的活动都包括的倾向。他认为, 委员会应在本届会议上进一步讨论这一问题。

215. 委员会许多委员同意包括有跨界损害之危险的活动以及引起跨界损害的活动。他们认为, 这两种活动并不能相互分开。相反, 进行预防的义务与有危险的活动有关, 而赔偿的义务包括引起损害影响的活动。有人还指出, “危险”和“损害”的概念非常灵活, 足以涵盖补救跨界损害的任何制度。随着关于该专题的工作向前发展, 委员会应该考虑这两种类型的活动是否相近到置于一个单独法律制度之下或者他们之间的区别使人们有理由规定不同的两套规则。他们认为, 存在两种类型活动共同的规则, 但这不排除每一种活动的少数具体规则。换句话说, 应当有一个共同的基本制度, 而晚些时候可能将需要考虑与有危险的活动或与有损害影响的活动相联系的任何特点。

216. 但是, 其他一些委员认为, 未来的文书应该主要处理赔偿问题。他们认为, 几乎所有的人类活动都有危险成分, 这意味着, 为本专题的目的, 将必须确定关于危险的某种界限。此外, 在赔偿的情况下, 关于危险的概念可能导致混乱, 因为这一概念可能被错误的视为赔偿或者补偿义务的基础。人们还指出, 使用危险这一概念及其相应的预防义务可能是侵及国家责任领域之始, 而且使该专题的范围失去控制。根据这一观点, 这一专题建立在衡平法的基本原则的基础上: 不应该让无辜受害者独自承担损失。

217. 在表达类似上一段阐述的一般观点时, 有人回顾说, 前任特别报告员在其第三次报告³³⁰中介绍预防概念时解释说, 在建立一预防制度方面, 所有的损失或损害都是预想的; 在建立一赔偿制度方面, 所有的损失或损害都是实际的。因此, 在这方面, 提出两项建议, 分别处理预想的损害或危险和实际损害。根据处理预想的损害的建议, 一国管辖或控制下进行的活动似乎有引起实质性有形跨界损害的重大危险时应该要求该国(a)评价危险和损害; (b)采取其能力以内

的所有可能措施以消除或尽量减少危险以及减少可预见的损害的程度; (c)向潜在的受影响国提供资料以及如果必要同它们进行磋商, 以期建立合作, 为同样的目的采取进一步措施。根据处理实际损害的建议, 将适用以下内容: (a)在一国管辖或控制内, 由于另一国管辖或控制下进行的活动引起对人身和事物的实质性有形损害, 前一国有权从该另一国获得补偿, 除非根据有关国家国内法律关于民事责任的规则, 已经获得补偿; (b)原则上, 补偿应该赔足损害, 但是, 补偿的数额应经有关国家同意, 如果在合理期间内未能达成协定, 可诉诸第三国裁定; (c)在考虑到具体情况中的诸项因素和情形——包括有关国家的相对经济和财政状况——后, 应考虑削减赔偿数额。

218. 少数委员认为, 如果预防措施在起草中被写成是具有拘束力的义务, 区别危险性活动和损害性活动这两个类别是有益处的。但是, 为本专题的目的, 需要决定危险的性质, 特别是在关于预防措施的条款中。例如, 可以使用非常的、严重的、显著的、或重大的危险等限制词。这是关于危险和损害的问题所产生的一个界限问题。有一位委员不否认合法活动造成的损害与赔偿责任之间的联系, 却指出: 如果光是把损害当作要求赔偿的理由, 那就有可能侵入对不法行为的国家责任专题, 因为损害是合法行为和不法行为的结果。

219. 一位委员认为, 分成有危险的活动和造成损害的两类活动并没有包括某些活动, 例如, 可能对邻国造成有害后果的重大工程的建设、建造飞机场或高速公路或燃烧矿物燃料。有一些是每一人类社会都进行的活动, 那些活动要求有具体规则。他认为, 具有现代社会特点的那些情况不同于特雷尔冶炼厂案仲裁裁决时的情况, 在该情况下, 英属哥伦比亚(加拿大)的一个冶炼厂在美利坚合众国造成了具体并且可以明确辨认的损害。在特雷尔冶炼厂案的情况下, 重点在于有毒气体的具体来源, 但是象空气污染这样的一般性的问题只能通过实行全球性的数量限制来加以处理, 各国事实上是通过保证减少议定的百分比数量的——比方说——消耗臭氧层的气体的数量来加入这一过程的。

220. 许多委员谈到关于活动清单或危险物质清单的问题, 他们似乎同意, 这种清单在进行一般定义的地方会对本专题的范围形成不必要和没有理由的限

³³⁰ 见上文脚注 324。

制。关于危险物质的清单,还会产生其他问题。例如,列入清单的物质或许并不意味着与该物质有关的活动将必然导致跨界损害,而此种危险或许是由于与危险物质无关的活动造成的。但是,少数几位委员认为,为预防措施的目的,可以编制一份指示性的危险物质的清单。

221. 特别报告员在总结这一部分辩论时说,他认为,委员会大部分委员赞成在本专题中包括主要与预防有关的有危险的活动和与责任及补偿有关的具有损害性影响的活动。他还认为,大部分委员不赞成载入关于危险活动或物质的清单。

(d) 原则

222. 特别报告员指出,委员会和第六委员会内似乎有相当多的人赞成本专题所涉的、对行动自由及其限制、合作、赔偿和不歧视分别作出规定的第6至10条³³¹所制订的那些原则。例如,行动自由及其限制(第6条)³³²这条原则的主题来源于《斯德哥尔摩宣言》的第21条原则,得到广泛一致的赞成。国际合作(第7条)原则亦如此。不歧视原则对民事责任制度的正常运转是不可或缺的因素,反对这条原则的人很少。他认为讨论得较多的两条原则是预防和赔偿的原则(第8和第9条)。他发现这两条原则如果措辞概括便得到委员会的普遍赞成,对其具体内容就众说纷纭。他解释说,预防原则涉及两种行动,一种要在跨界损害产生之前采取,而另一种是损害一旦产生要予以减轻的行动。这条原则还规定了两种义务:一种是程序性义务,这主要包括评估拟议开展的活动的跨界影响,通知假定受影响的国家以及进行协商等义务。另一种是比较具有实质性的单方面义务,后者包括由各国采取必要的立法、规章和行政措施:(a)确保经营者采取一切措施预防损害的出现;(b)尽量减少出现损害的可能性,或(c)限制已在受影响国境内产生的有害影响。

223. 关于赔偿原则,特别报告员指出,在民事赔偿责任、国家赔偿责任或两种赔偿责任兼而有之这三种备选处理方法中,似乎赞成最后一种的人较多。按照这方法,赔偿根据民事赔偿责任原则是经营者的

责任,而剩余赔偿责任则由国家承担。这种方法与现有许多针对具体活动的公约中采取的方法十分吻合。特别报告员指出,委员会当然可以考虑,如果负有赔偿责任的私人当事方无力全部赔偿或者无法确定因而受害方得不到任何赔偿,则扩大国家的赔偿责任,由国家负责。遇此种情形,问题可在起源国和假定受影响国进行谈判的基础上加以解决。

224. 委员会的辩论大部分集中在预防和赔偿两条原则上,下文在分列标题下介绍这些辩论的概况。此外,本文对以下概括介绍的其他原则作了评述。

225. 有人指出,草案第6条所载的国家行动自由及其限制的规定非常切合本专题,这条以《斯德哥尔摩宣言》第21条原则为蓝本的规定承认了国家在其境内进行合法活动的主权,同时又强调了国家要保证其活动不对别国造成跨界损害的责任。据指出,各条中提及的原则一般都适用于本专题。但是,除这些原则外,还应指出,专题纲要中载明的该专题原来宗旨依据的是使用自己的财产应不损及他人的财产这条原则。这是第1条获得委员会普遍同意的原则,并且是该主题的核心。这条原则还辅之以另一条原则,即不应让无辜的受害者承担自己蒙受的损失以及有关各国利益平衡测定。因此,草案中缺乏其意为“不应让无辜受害者承担自己蒙受的损失”的具体规定,即被认为是一个极需弥补的大缺陷,其弥补办法似可将其纳入第9条(赔偿)或者第6条(行动自由及其限制)。

226. 此外也有人认为,载于第6至第9条的各项原则源自一般国际法,因此不可能有人反对将其纳入草案之中。最后有人强调指出,委员会经长时间辩论后已在若干重要方面达成一致意见,例如:(a)使用自己的财产不应损及他人的财产原则;(b)本专题的主题是可能或实际已产生的跨界损害;(c)《斯德哥尔摩宣言》第21条原则的相关性;(d)不应让无辜受害者承担自己蒙受的损失的提法以及(e)利益平衡测定在本专题中的重要作用。

(一) 预防

227. 关于预防问题的审议工作将第11条(评估、通知和资料)、13条(假定受影响国的倡议)和14条(协商)的程序性措施同单方面预防措施作了区分。

³³¹ 见上文脚注326。

³³² 同上。

有人回顾指出,预防一向是本专题的宗旨之一,但是,在这个范围广泛的领域里,委员会从来没有赞成接受条款草案的主要目的必须是推动制订制度,以便监管任何具体的据信会导致实际的或潜在的实质性危险并产生跨界影响的活动的进行。³³³

228. 关于程序性规定,有人指出,草案第11、13和14条的规定太广,将各种活动都包罗其中。这些规定给各国在自己境内进行合法活动的权利造成太多的限制。一旦出现损害,这些程序性义务同赔偿之间缺乏联系,这是一些委员怀疑如此详细的程序规定是否有用的又一原因。根据这些规定,如无任何跨界损害,不遵守程序性义务并不构成本草案规定的控告依据。另一方面,假如确实出现损害,起源国即使事前严格遵循有关程序的规定也需作出赔偿。

229. 有些委员主张另外制订一个关于预防问题的无约束力文书,他们认为可以将特别报告员提出的第11至20条规定的大多数以指导原则或行为守则的形式列入这份文书。这种方法有两个优点。第一,它可以避免使用“涉及危险的活动”这一有争议的概念。第二,它将引起人们注意需要在特别有害的活动方面采取哪些措施。在这点上,有人提到若干公约,如《维也纳保护臭氧层公约》和《及早通报核事故公约》,制订了预防规则和程序,着重说明了需要采取预防措施的各类活动以及防止可能产生的损害所需的规则和程序。

230. 因此,委员会广泛一致地认为,程序性义务即使要拟订,也只应将其作为任择议定书附于以后的法律文书之后,要不就将其只作为建议处理而已。

231. 有些委员认为,通知和协商的责任不仅仅是程序性的。而有些委员则觉得应该制定简化的程序性措施,例如对活动产生跨界影响的评估、通报和协商等,因为这类措施涉及的是国际法不加禁止的活动,因而各国尽可不受外来干涉地行事。但是,除非各国同意承担通知和协商的责任,否则那些可能受损害的国家往往是在损害确实发生之后才意识到存在危险或有害影响。结果,这些国家事前毫无准备,只能

在损害确实发生后,或者说,已经为时过晚的情况下采取行动。因此,有必要制订有关程序,使有关国家了解其中潜在的危险。但是,这并不意味着由此确立的任何通报或协商程序将阻止各国开展活动。无疑是根据上述这种观点才认为确立此种程序是十分可取的。关键是要找到一种办法,以调和国家开展国际法不加禁止的活动的权利同它的义务之间的矛盾,同时又确实保护有受损害危险的国家。这种折衷办法要求委员会采取一种既有创造性又切实可行的途径。

232. 关于单方面预防措施,有些委员主张规定一种严格的应有注意的义务,要求在其境内开展可能造成跨界损害的活动的国家采取一切必要的措施预防此种损害的出现,并按一般国际法惩处其过失。根据这种方法,各国仍可在其境内自由酌情采取自己喜欢的任何预防措施。这种方法着眼的是结果,而不是过程或程序。

233. 关于向各国建议通过立法和行政措施可采取何种单方面措施的问题,有些委员指出,如果这种建议的目标是使现有的预防标准协调一致或使其更趋严格,则宜采纳。这些需要解决两个问题:受影响国提出禁止某一活动要求的起点如何确定以及何种机制能够解决起源国和受影响国之间关于起点问题的争议。

234. 有位委员认为,跨界损害产生后采取的减轻措施,严格地说不应视为预防措施。他认为,预防措施指损害产生前为避免产生损害而采取的措施。另一位委员认为,应有注意义务如要“过硬”,就应建立强制解决争端的制度。他认为这种制度在任何条约体系里都是不可分割的一部分。

235. 特别报告员总结指出,有相当一部分委员认为条款草案的程序性义务只应该具有建议性质,这种观点使委员们更倾向于分别制订两个法律性质不同的文书。委员会普遍认为程序还可简化,在任何情况下,某项活动的开展无须事先得到国际同意批准。关于单方面预防措施,有些委员认为应该具有约束性。

(二) 补偿

236. 有人回顾指出,赔偿主张是本专题孕育初

³³³ 第一任特别报告员的初步报告,《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分),第250页,A/CN.4和Add.1和2号文件,第9段。

期所考虑的根本问题。第一任特别报告员表示首要目的是

……对进行任何具体的据信会导致实际的或潜在的实质性危险并产生跨界影响的活动要推动制订有关制度，加以管制，而不是加以禁止。其次考虑的但也仍然是重要的问题是，在处理没有任何适用的专门法而有害后果确已产生的案例时，条款草案应有助于确定赔偿责任的范围。³³⁴

对于赔偿责任和赔偿提出了三个基本问题：(a)国家责任与民事责任的关系；(b)何种损害应予赔偿；和(c)赔偿的数额。

237. 关于第一个问题，委员们对私人活动开展人和国家之间如何分摊赔偿责任的问题发表了各种意见。较多的人赞成寻找一种制度，使活动开展人和国家双方都承担责任。

238. 许多委员指出，将责任全部推给国家或经营者中的任何一方这种解决办法难以接受，在某些情况下可能意味着不会给予赔偿。草案第3条的意思是，国家对自己确实不知其有危险或有害影响的私人活动不负任何责任。例如，许多国家，其中包括最发达国家多年来一直不知道某些废物的最终下落。在这种情况下，受害者也就无法向起源国寻求补偿，得不到任何赔偿。鉴于目前全球都存在着国家撤出商业活动而相应地鼓励私人企业从事商业活动的趋势，因此上述那种办法就更为重要。

239. 另有一些委员认为，国家同意因其管辖下的私人实体或个人的一切行为而对非国民负起财务责任的主张不现实。据指出，《外空物体所造成损害的国际责任公约》规定国家承担绝对责任，是因为草拟公约时设定将来所有的外空活动都是由国家进行的。这种假设对本专题并不成立。因此，绝对的国家责任的规定不能扩大而适用于本质属于私人性质的活动。将责任完全归咎于经营者也有其缺点。例如，损害可能很大，以至于经营者无力赔偿，从而使受害者得不到充分的赔偿，甚至根本得不到赔偿。

240. 许多委员发现某种共同赔偿责任制不失为公平的解决办法，但是，首要责任归国家还是经营者

仍然有待确定。在确定这一点时，委员们提到若干应该考虑的因素，其中包括国家事前是否已采取适当措施，以避免跨界损害；私人经营者是否有力赔偿；当事的私人经营者能否确定；发展中国家的特殊情况等等。

241. 许多委员一致同意，根据不应让无辜的受害者单独承担损失的原则以及使用自己的财产不应损及他人财产的箴言应该要求在活动——即使是合法活动——造成跨界损害时必须付给赔偿。同时还强调，赔偿责任的原则不应以危险为根据，而应以损害这一概念为根据。

242. 赞成将主要赔偿责任交给私人经营者的一些委员提出：所有有关公约看来都要求经营者负赔偿责任，只有《空间物体所造成损害的国际责任公约》是例外。这些公约明确规定了国家的责任是：(a)采取必要措施预防跨界损害并对之负起责任；(b)保证在其管辖和控制范围内进行的活动必须符合某些规定；(c)在其管辖和控制范围内的活动造成跨界损害时，保证根据其法律制度提供资源以进行赔偿和救助。这也是《联合国海洋法公约》第139条和第235条采取的方针。一些委员指出，有关私人经营者的公约，虽然明确地依据经营者或国家应为可适用的损害情况提供补偿，却多半是为了限制私人经营者的赔偿责任而拟订的。

243. 一些委员认为，如果不存在履行此项责任的国家或国家不履行此项责任时，则经营者应负赔偿责任。根据这一观点，尤其是在经营者部分或全部破产的情况下，可由国家承担剩余的赔偿责任。有一种观点认为，即使要求国家承担剩余的赔偿责任，也应为此提出理论上的根据，而目前对这一问题的处理办法中似乎还没有这种理论根据。至于一个国家既然已经通过了法律规章并已采取相当适宜的行政措施来保证其管辖下的人照章行事，为什么国家还要负赔偿责任的问题，仍然没有定论。根据这一观点，这便是危险的概念应该发挥作用之所在。第一，危险的概念提供了要求承担具体预防责任的基础。第二，在损害业已发生而经营者无力履行其偿付损失义务的情况下，这一概念即可以为要求国家承担辅助的赔偿责任提供根据。至于谈到负责指明应负责任的经营者，则问题在于：如果有害影响发生于整个地区或者是若干工业化国家经常活动的结果——如臭氧层损耗，那么为什么要由国家承担赔偿损害的责任呢？根据这一观点，仅

³³⁴ 同上。

仅以赔偿的主张为依据来处理这类案件是不容易取得成功的。

244. 还有一些委员指出, 现有的公约制度中并不存在关于国家的剩余赔偿责任或严格赔偿责任的公认制度, 除此之外, 许多国家的国内法也不承认此种国家赔偿责任, 即使依照民法程序未能从经营者方面取得赔偿, 也是如此。有人提到, 不顾跨界损害发生时的实际情况而对所有的个案适用“特莱尔·斯梅尔特原则”是不可以的。有人提到《联合国海洋法公约》第139条第2款和该公约附件三第4条, 说这些条款提供了典型的实例, 表明一旦要为承包人进行的活动承担赔偿责任, 即使该活动是由国家赞助的, 各个国家的态度也是很勉强的, 这表明在国家当中多少不肯明确地承认国际法的现有规则承认国家严格赔偿责任的原则有自动适用能力, 即使该赔偿责任仅仅是剩余责任也是一样。因此, 根据这一看法, 赔偿原则的提出只能采用笼统的措词, 而且不要走得太远, 不要把民法规定的因果关系赔偿责任和国家的剩余责任都包括进去。处理这些问题最好是依据针对范围明确的领域的法律文书, 如核损害、石油泄漏造成的环境污染等等。有些委员认为, 如果考虑到发展中国家的特殊情况, 那么指定经营者承担主要赔偿责任是个最好的解决办法, 尤其是私人经营者是跨国公司时, 其预算规模比许多发展中国家的预算大好几倍, 他们就没有理由不承担主要赔偿责任了。

245. 还有人表示一种看法, 认为就赔偿责任问题编纂法律, 至少是拟订公约, 目前尚未成熟, 根据这一看法, 如果发现有必要走到处理赔偿问题的地步, 则应只限于经营者的责任, 而不牵涉国家的剩余赔偿责任。因此这一主张赞成起草一些处理民事赔偿责任的示范性条款, 并鼓励各国在其国内法中采用。

246. 有些委员认为没有必要详细讨论民事赔偿责任规章。不同的国内法系统对此类规章的处理方法是不一样的, 因此将民事赔偿责任制度引入国际法是一项十分困难的任务。这些委员认为, 坚持在这方面把国内法统一起来也许甚至是不可取的。他们觉得最好让各个国家就如何使经营者对跨界损害负起赔偿责任去作出它们认为适当的规定。

247. 还有人建议说, 条文也许只能处理民事赔偿责任方面的一些重大问题, 例如一旦根据民事赔偿程序从经营者手中取得了补偿, 则不应再对国家提出

索赔; 或者还应该就补救办法和诉诸一国法院或法庭的权利问题拟订一项不歧视条款。

248. 另外一些委员指出, 在确定民事赔偿责任与国家赔偿责任二者之间的关系时, 不应忽视国际法有一条公认的原则, 即外交保护原则。与该原则并行的还有一条原则, 即每一求偿者首先充分使用本国的补救办法, 然后才可以寻求外交保护。他们认为, 这两项原则看来支持下述主张, 即私人经营者应承担主要的赔偿责任, 而在通过国内渠道证明不能取得补救的情况下, 则国家应承担剩余的或辅助的赔偿责任。

249. 在国家与经营者之间分担赔偿责任方面, 还提出了一些其他问题。例如有人指出, 某些造成跨界危害的活动是由国家直接进行的, 国家就是经营者。委员会有必要作出决定, 在这种情况下是直接选择国家承担赔偿责任呢, 还是继续要求按照有关国家的国内法首先用尽民事责任的补救办法呢? 在这种情况下, 与私人经营者的情况类似, 损害的金额可能相当巨大。为了保证实现补偿, 也许要设立一项政府间基金。

250. 关于第二个问题, 即什么样的损害应给予赔偿的问题, 有人指出必须作出一项决定, 是所有造成的轻微损害和重大损害都应以赔偿呢, 还是只赔偿那些已知有危险性的活动所造成的轻微损害和重大损害? 有些委员认为后一提法太狭隘了, 而其他委员则认为各个国家还没有接受前一种提法的准备, 虽然它符合国际法进步发展的方向。但是有些委员觉得, 委员会采取进步的立场应该是顺理成章的。这些委员还认为, 有一种观点认为这个问题应当以损失的概念为基础, 不应列举危险的活动或物质, 因此采取支持对一切造成的轻微损害和重大损害应予赔偿的原则的方针是更符合这种观点的。

251. 关于第三个问题, 即赔偿金额问题, 有人回忆说特别报告员已经建议该问题应由各国之间通过谈判解决。有人表示, 委员会应规定一些参数, 使上述谈判得以在其范围内进行。此种谈判还应受一项原则的制约, 即应该在各国举行常设谈判的需要和对国际法规范性内容的尊重二者之间达到微妙的平衡。例如, 有人提到, 危险是否可以预见的问题可以对赔偿的数额和形式产生影响, 这一赔偿条件得到赞成, 因为它关系到国家责任的形象。

252. 另有人表示一种看法,大意是根据国家之间的谈判确定赔偿额的做法可能证明为无效。据指出,应当牢记的是损害原则上必须充分给予赔偿,但是这项原则可以补充两项内容,第一,可以指出:应该考虑具体情况下的种种因素和事态,包括有关国家相对的经济和财政状况,而减少赔偿额(从赔偿金额中减少)。第二,如果在合理时间内不能达成协议时,应规定可求助于第三方协助确定赔偿数额。

253. 特别报告员在归纳这一部分的辩论时说,他发现关于无辜受害者不应单独承担损失的想法受到委员会大多数委员的明确支持,对此没有人提出反对意见。他还说,委员会内的主导趋势是支持私人经营者与国家双方结合的赔偿责任,即前者承担主要赔偿责任,后者承担剩余赔偿责任。

(c) “全球公有领域”

254. 有些委员把损害问题归结为所谓的“全球公有领域”问题。对于委员会应否在这一时刻、这一专题范围内处理这一问题意见并不相同。但是他们都同意,人类环境持续恶化是一个严重问题,具有普遍的影响,委员会应加以探讨。

255. 另一些委员认为不应该把“全球公有领域”问题包括在这一专题的范围以内,他们据以立论的理由是:如何将赔偿责任专题的理论根据和把解决损害“全球公有领域”问题所需的道理调和起来是困难的。他们回忆说,委员会从开始就这一专题进行工作以来一直是以下列认识为基础的:它关切的是在一国领土上、在一国管辖或控制下进行的活动对另一国家的人或财产造成的损害。在这种情况下,起源国和受影响国都不难判明,所造成的损害也是可以评估的。但是这些委员认为,对“全球公有领域”的损害所引起的问题却是不同的,其中包括在评估和确定损害时难以判定起源国和受影响国。此外他还提到,如果不能判明一个国家是受影响国或起源国,则要求赔偿的权利和防止损害的义务就难以落实了。基于这些理由,他们认为在本专题中把损害问题列入“全球公有领域”是不适宜的。他们建议本委员会将此问题列入委员会的长期工作计划,或在赔偿责任专题的工作完成之后再作研究。另有几位委员觉得,委员会对“全球公有领域的损害问题”提出国际法的普遍原则时机还不成熟。

256. 其他一些委员则另有看法。他们指出,《斯德哥尔摩宣言》第21条原则已经具体提到了若干国家管辖范围以外的领域。他们当中有些人认为,即令目前还没有保护“全球公有领域”的国际法适用规则,也应设法寻求这样的原则,当然要对这一问题的方方面面进行研究。在这方面还有人表示了一种看法,即委员会不应该采取不合时宜的保守态度,而应该同国际社会的大趋势保持更密切的联系,因为国际社会正日益认识到保护“全球公有领域”的重要性。一些委员强调,这一概念在为数众多的国际性和区域性会议和决定中得到体现,其中包括《斯德哥尔摩宣言》第21条原则和联合国大会1988年12月6日第45/53号决议则明确宣告气候改变是全人类“共同关切”的问题。此外,必须保护世代相传的财富也已经在持续发展与环境法的范围内受到越来越多的重视。

257. 有人指出,委员会可以制订一套有关保护“全球公有领域”的条款,甚至就负责执行这些条款的机构提出建议。例如,可以扩大托管理事会的职权,以包括保护“全球公有领域”的资源。最低限度,委员会应就例如公海污染、外层空间、臭氧层拟订一项关于普遍义务的更为详细的定义,并就“全球公有领域”资源方面开展群众行动在国家管辖范围以内以外各领域的当前形势作出断定。

258. 有人提到,委员会如果宣称它在从头开始,那是不符合它的利益的。相反,委员会应及早考虑环境问题。有人以气候改变为例,说这一问题受到关切已有将近20年之久,还提到了《斯德哥尔摩行动计划》的一项建议,该建议规定各国政府应认真估价有计划的活动影响气候的可能性和程度,并应在着手从事此类活动之前将调查结果尽最大可能广为散发。另一项建议是各国政府在筹划或实行具有影响气候的危险的活动时,应与其他有关国家作充分的磋商。气候改变问题甚至在条约文书中也有提及,其中包括《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》,可见已经有若干法律文书可以用来处理与“全球公有领域”有关的问题。这些委员认为,就“全球公有领域”问题开展工作一定不要再拖延下去了。基于这一理由,有几位委员将主张把保护“全球公有领域”的问题列为一个单独的专题。

259. 特别报告员在答复就此问题发表的意见时表示认为在能够进一步审议之前委员会不应决定是否应在现有专题范围内处理“全球公有领域”问题。

第六章

国家和国际组织间的关系 (本专题的第二部分)

A. 引言

260. 国际法委员会将题为“国家和国际组织间的关系”的专题分为两部分研讨。第一部分涉及派驻国际组织之国家代表的地位、特权和豁免,由委员会于1971年第二十三届会议拟就,通过一套条款草案,并将其提交大会。³³⁵

261. 大会随后将本专题第一部分的条款草案提交1975年于维也纳举行的外交会议,并通过了维也纳关于国家在对普遍性国际组织关系上的代表权公约。

262. 在1976年第二十八届会议上,委员会开始审议本专题第二部分,其中载述国际组织、其官员、专家和参与其活动但不具有国家代表之身份的人员的地位、特权和豁免。³³⁶

263. 在委员会第二十九届会议(1977)和第三十届会议(1978)上,前任特别报告员阿布杜拉·埃尔埃里兰提交了两份报告,已由委员会正式加以审议。³³⁷

264. 1979年第三十一届会议,委员会任命莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生为本专题的特别报告员。³³⁸

265. 由于委员会按照大会的建议优先完成工作方案中其条款草案的拟订已经取得进展的另一些专题的研讨工作,委员会不曾在1980年第三十二届会议或随后的几届会议上着手进行本专题的研究,直到1983年第三十五届会议才恢复有关本专题的工作。

266. 特别报告员在委员会第三十五届(1983)至第四十二届(1990)会议之间提交了5次报告。³³⁹在10届会议的过程中,委员会通过了一套有关本专题的初步决定,其中有一项制定了本专题特别报告员据以拟订条款草案的专题纲要。³⁴⁰

267. 1990年第四十二届会议,由于时间不够,委员会无法审议特别报告员的第5次报告。

B. 本届会议审议这个专题的情况

268. 在本届会议上,委员会收到了特别报告员的

页, A/34/10号文件,第196段。

³³⁹ 特别报告员的五次报告转载如下:

初步报告,《1983年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/370号文件;

第二次报告,《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/391和Add.1号文件;

第三次报告,《1986年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/401号文件;

第四次报告,《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分), A/CN.4/424号文件;

第五次报告,《1990年……年鉴》, A/CN.4/438号文件(将原先在1990年第四十二届会议上作为A/CN.4/432号文件印发的部分报告重新印发全部案文)。

³⁴⁰ 本专题较详尽的历史背景摘要,见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第686-707段。纲要案文载于该报告脚注323。

³³⁵ 《1971年……年鉴》,第二卷(第一部分),第284页起各页, A/8410/R.1号文件,第二章, C节和D节。

³³⁶ 《1976年……年鉴》,第二卷(第二部分),第164页,第173段。

³³⁷ 见初步报告,《1977年……年鉴》,第二卷(第一部分),第139页, A/CN.4/304和Add.1号文件;第二次报告,《1978年……年鉴》,第二卷(第一部分),第263页, A/CN.4/311和Add.1号文件。委员会讨论这两份报告的情况、达成的结论和秘书处采取的行动,见《1987年……年鉴》,第二卷(第二部分),第50至51页,第199至203段。

³³⁸ 《1979年……年鉴》,第二卷(第二部分),第189

第五次报告(作为 A/CN.4/438 号文件重新印发全部案文)和第六次报告(A/CN.4/439)。

269. 特别报告员在其第五次报告中审议了国际组织档案问题,并提交了有关该问题的第 12 条。该报告也载述了给予国际组织的出版物和通讯设施问题,并在特别提到通讯的情形下审议了电码、外交邮袋、外交信使、邮政服务和电讯,尤其是无线电台等问题。特别报告员还提交了关于出版物和通讯的第 13 至第 17 条草案。

270. 在其第六次报告中,特别报告员详尽研究了国际组织享有的免除印花税和免征关税之做法和有关问题,并就此提交了第 18 至第 22 条草案。

271. 委员会在第 2232 次至第 2236 次会议上审议了特别报告员的第五次和第六次报告。

272. 委员会在其第 2236 次会议上将条文草案第 12 至第 22 条提交起草委员会。委员会委员对这些条文草案的评论和意见摘要载于下文。

273. 特别报告员在介绍其第五次和第六次报告时说,这两份报告完成了对条款草案中有关国际组织的第一部分,也就是所通过的专题纲要第一、A 和 B 分节的研究。纲要草案第二节和第三节提到的问题,即具有特殊任务的国际官员和专家,或同该国际组织有公务关系的人员的特权与豁免问题,则仍然有待审议。

274. 关于其第五次报告,特别是载述国际组织的档案一节,特别报告员说,同国家一样,国际组织长期与其成员国、并在相互间进行通讯。国际组织经常与官方机构、民间机构和民间的个人通信。它们保持着工作人员、项目、研究报告、调查研究和它们可能涉及的任何其他形式的活动的档案,以期达成设立国际组织的宗旨。它们还保有作为其业务活动之脊梁的全套文献。保护和保全这些文献便构成国际组织的档案。

275. 为了维护、保护和保障上述档案的机密,为了保护它们自己的安全和拥有私密和私有财产的权利,也为了保护别人,特别是它们的成员国写给它们或委托它们的文献,国际组织的档案必须享有不被侵犯的保障。

276. 档案的不可侵犯是基于两个根本的原则:如同外交法律中的不干涉和保护。这个问题同时是秘密和在什么地方保存秘密的问题。在外交使团和领事馆的情形下,接受国不仅有义务不刺探秘密,还得尊重保存秘密的地方来加以保护,甚至应防止第三方侵犯这些秘密。拥有私密,亦即秘密的权利,已被确认为保证国际组织行动自由和业务效率的基本要素。尊重私密和保持秘密构成国际组织之独立性的根本基础。如果要恰切地实现建立国际组织的宗旨,国际组织必须享有这方面的权利。

277. 关于国际组织的出版物,特别报告员说,出版物是国际组织的主要表现形式,这几乎是不用证明的。因此,国际组织通常在法律文件和实践中所使用的“出版物”一语的范围比国内法通常所使用的广泛得多。当然,其范围的大小因文件而不同,从本报告中的分析便有可能看到这种情况。因此,国际组织必须在出版物不可侵犯方面享有最充分的保证,就是在自由分发和散发为进行其活动所必需的资料方面,也得有最充分的保证。

278. 国际组织所能使用的通讯手段必须与国家或外交使团所使用的相同。因此,条款草案把国际组织与外交使团等同起来,以便使它们也能够使用同样的通讯手段。

279. 特别报告员记得,欧洲法律合作委员会曾印发关于这个问题的意见:

并不是所有国际组织都需要使用信使或拥有密封邮袋、电码和密码等特别设施。就许多组织的情况来说,使用普通邮政和电讯服务应可足够。”³⁴¹

但是,是否所有国际组织都一定需要使用一切特殊的通讯手段不应该是主要关切事项。这一原则如同已经普遍得到确认的情况,应该获得确认,并且适用于适当情况。在某些组织的职务不应该适用这一原则的情形下,该组织应该有权加以放弃。无论如何,由于(电报打字、传真等)无线电话和无线电报技术日益先进,这个问题将会越来越不重要。将来和在更大程度上的现在,优先事项将只是安装适当的设备,并且就适用的税项和费率取得优惠税率和费率。

³⁴¹ 欧洲委员会, *Privileges et immunités des organisations internationales*, Rapport explicatif (strasbourg, 1970), p.37, para.81.

280. 特别报告员特别提到国际组织可能使用外交信使和外交邮袋, 并且再度提到委员会最近拟定的关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的条款草案,³⁴² 国际法委员会和第六委员会内关于此一条款草案的范围是否应该扩及于国际组织的外交信使和外交邮袋的讨论情况。虽然许多委员和许多国家主张在可能范围内将该草案的范围扩及于国际组织的外交信使和外交邮袋, 国际法委员会鉴于有些委员和有些国家反对, 已经决定不予扩展, 以免损害整个条款草案可被接受的程度。但是, 已经拟定了一项任择议定书草案, 以便据以供加入国在可能的情形下扩大条款草案的范围。³⁴³ 第 16 条提到“现行多边公约的规定”, 便是为了这个缘故。

281. 谈到第 6 次报告, 特别是国际组织的印花税豁免, 特别报告员指出, 各国在相互关系中互相给予的印花税豁免实际上是平等的对应物。根据主权和国家间平等的原则, 一国不能被视为须向另一国当局缴税。这一点在国际法的习惯和国际关系的实践中已经确立, 并经双边和多边协定或由国家的单方面决定予以确认, 至少就用于国家目的的财产而言是如此。给予国际组织的税捐豁免按照成员国间平等的同一原则似乎也是言之成理的。国家不能通过国际组织向另一些国家征税, 东道国不应该由于某一组织位于其境内而得到缺乏合理依据的印花税利益。

282. 谈到国际组织的关税豁免, 特别报告员说, 为了有效执行公务, 国际组织必须在可能范围内对其成员国享有最大程度的独立性; 这种独立性不能以任何方式受到妨碍。因此, 国际组织的物品和资金自由移动原则看来已被接受, 并且构成维护和保证上述独立性的基本要素之一。但是, 虽然为了实现其据以建立的宗旨, 国际组织的物品的自由移动是根本的, 而且是必要的, 各国当然有权保护自己不面对该原则被滥用或错误解释、从而使得真正目标被扭曲的情况。因此, 必须妥善兼顾这两项原则: 国际组织为公务用途进口或出口的物品自由移动的原则和国家保护其利益和安全的权利。

283. 在一般地谈到特别报告员第 5 次和第 6 次报告时, 有些委员附带提到委员会面前这一专题的有用

性。固然, 目前已经有了规制国际组织特权和豁免的一些多边公约和总部协定, 但如果总结认为, 本专题用处不大那就错了。反之, 本专题使得委员会有最好的机会来从事一项古典的编纂作业, 为此组织和系统化有许多不相一致之处的现有标准, 把共同特性抽出来, 并为国际组织在这方面应该享有的权力明确地制定必要的最低限度标准。为此需要极为小心地进行起草工作, 起草委员会的作用将因而明显地具有最高的重要性。委员会的工作可能将在国际关系的一些较新的领域, 例如由国际组织使用卫星通讯问题或在将来扩大维持和平行动时可能引起的特殊问题和高度敏感的问题中涉及逐步发展工作的若干方面。

284. 有人强调, 应该在给予国际组织特权和豁免方面适用的主要标准是职务上的必要性。在这方面, 有些委员说, 虽然特别报告员似乎原则上同意这项标准, 在某些情况下, 提议的条款或在提出这些条款时所表示的意见看来同这项标准并不完全符合。

285. 有些委员谈到第 5 次报告中涉及国际组织之档案的部分, 一般而言赞成特别报告员在其报告中载述的关于这些档案重要、应保障档案机密性并且有必要确保其不受侵犯的意见。有人强调, 国家不应应对这种档案进行采取任何行政或管辖上的强制行动。有一位委员问起: 档案的不可侵犯是否也应该包括对国际组织之徽章、名称, 有时还包括其旗帜的尊重。有人指出, 档案的不可侵犯, 无论是对于供内部使用的文件, 例如该组织工作人员的档案, 或对于供外部使用的档案, 例如同成员国和其他国际组织之间的信件来说, 为了使该组织有效发挥功能, 都是必要的。秘密或必要机密的程度必须完全由该组织判断, 因为职务上的合理依据已经得到一些国际文书, 包括联合国特权和豁免公约的证实。

286. 委员会一些委员在特别提到特别报告员提议的第 12 条草案³⁴⁴ 时, 虽然普遍赞成条文草案的内

³⁴⁴ 特别报告员提议的第 12 条草案内容如下:

“第 12 条

“ 1. 国际组织的档案, 一般而言属于这些组织或为其持有的一切文件, 无论藏于何处, 均属不可侵犯。

“ 2. 国际组织的档案, 应理解为是指国际组织之一切报告、文件、信函、书籍、影片、录音带、档案和记录等, 加上用来保护和保存这些东西的档案柜和家具。”

³⁴² 《1989 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 14 页起各页。

³⁴³ 同上。

容,却提议加以改善。例如,有一位委员便针对第1款说,或许应该在这一款中载列东道国关于保护国际组织档案的确切或积极义务。另一位委员认为,第1款中的“一般而言”可能被解释为:某一组织的文件并不是经常不可侵犯,因此提议加以删除。对于第2款,有些委员赞成在有关条文本身上,而不要在有关定义的一般条文中载列档案的定义。有些委员提议把定义的范围扩大到一定程度。有一位委员提议在档案的概念中载述保存档案的房舍,他认为这种房舍应比国际组织的其他房舍享有更大的保护程度。另一些委员主张扩大档案定义的范围,使包括现代通讯手段,例如电子计算机档案、电子信件和文字处理机。有一位委员提议,“国际组织的档案应理解为是指”应改为“国际组织的档案应包括”。另一位委员认为“应理解为是指”应该改为“应理解为特别是指”。

287. 有几位委员提到第5次报告中关于出版物和通讯设施的部分。关于出版物,他们赞成特别报告员的做法,说:国际组织应有权出版和散发其文件和出版物。例如,就联合国的情况来说,这项自由是来自联合国宪章的规定,并且得到1946年联合国特权和豁免公约的保证。该公约还规定:联合国出版物享有关税豁免,并且在不妨碍这些出版物重新出售的情形下不受任何进口或出口限制或禁止。

288. 有一位委员具体提到特别报告员提交的第13条草案³⁴⁵说,应该提醒委员会注意欧洲法律合作委员会国际组织特权和豁免小组委员会所拟订的评注。根据该项评注,成员国虽然应该为某一组织的出版物提供方便,这些国家应该保留采取措施保护公共秩序的权利。³⁴⁶另一位成员认为,第13条也可以提到最新的分发技术,例如磁盘、软盘和其他电算机化的产品。

289. 几位委员强调,一般而言国际组织需要对通讯设施享有充分的自由。只有那样,它们才能够适当

履行其职务,分发并传播各种概念以及委托它们进行的工作的成果。但是,这种自由应该以职能标准的适当适用为依归。例如,虽然基于这些组织和宗旨和职能,象联合国这样的一些国际组织需要使用一切可以获得的通讯手段,在范围上比较有限的另一些组织并不真正需要使用一切现有的通讯手段。对广播电台和电视台等通讯手段的情况来说,这种区分特别重要。在这方面,有些委员说,未来的条文可能发挥的作用之一是管理一些较新的领域,例如国际组织使用卫星电讯问题。此外,关于通讯设施,有些委员记得,根据各自的特权和豁免公约,联合国和一些专门机构有权使用外交信使和外交邮袋。但是,委员会所通过的关于外交信使和外交邮袋的条款草案仅限于国家的信使和邮袋,虽然有一项议定书将这些条款适用于普遍性国际组织的信使和邮袋。有些委员认为,委员会或许可以在所审议本专题的范围内就管理外交信使和外交邮袋问题多走几步。

290. 有一位委员具体提到第14条草案,³⁴⁷他认为,它的措词可予简化,只规定这样的一般原则:在通讯方面,国际组织在本公约草案的缔约国领土内所享有的待遇应不次于该国给予任何其他政府包括其使馆的待遇。另一位委员反对本条中关于只有取得东道国同意才可安装和使用无线电发射机的第二句。

291. 对特别报告员提议的第15条草案,出现了不同的意见。³⁴⁸例如,有一位委员认为,这一条完全可以接受,另一位委员则不认为这一条有其必要。这

³⁴⁷ 特别报告员提议的第14条草案内容如下:

“第14条

“国际组织在本公约每个缔约国领土内的公务通讯,在邮件、海底电报、无线电、无线电照相、电话、传真和他种通讯的优先权、收费率和税捐方面以及供给报界和无线电广播业消息的新闻电报收费率方面所享有的待遇,应不次于该国政府给予任何他国政府包括其使馆的待遇。但是,国际组织只有在征得东道国同意的情况下才可安装和使用无线电发射机。”

³⁴⁸ 特别报告员提议的第15条草案内容如下:

“第15条

“一国际组织的公务信件和其他公务通讯不应受到侵犯。

“公务信件和公务通讯指有关一组织及其职务的一切信件和通讯。”

³⁴⁵ 特别报告员提议的第13条草案内容如下:

“第13条

“国际组织在(本公约)每一缔约国领土上应有权自由散发和分发给进行其活动所必须的出版物和新闻材料,包括作为一组织新闻方案的一部分、为展出或转播而出口或进口电影、照片、印刷品和录音制品,以及书籍、期刊和其他印刷品。”

³⁴⁶ 欧洲委员会,前引书,第35页,第73段。

位委员认为由于有了第 12 条草案,第一款是多余的,第二款也是不必要的。另一位委员提议,把第二款删除,这一条的内容应该改为:“有关国际组织及其职能的官方信件和其他官方通讯应该是不可侵犯的”。此外,对于这一条文草案第二款来说,有一位委员认为它不符合严格的办事方法,因为不能光是把信件和通讯同组织联系在一起以便被视为具有公务性质因而是不可侵犯的,它们必须是为了完成该组织的宗旨有其必要或同那些宗旨有一定的关连。另一位委员批评说,该款不够具体,因为他认为,它应该是指某一组织所“发”或“收”的信件和通讯。

292. 关于第 16 条草案,³⁴⁹有一位委员认为它一般说来是令人满意的,虽然他问起是否有必要提到外交信使,因为他认为国际组织很少使用外交信使,他认为这个问题可以留给具体的总部协定去作出规定。另一位委员问起:这一条只是提到现有公约的规定而没有规定任何单独的规则,是否有必要存在。在提到现有公约方面,另一位委员说起:“现行”两字他认为不适当,因为公约可能有效,但不一定对所有国家都具有约束力,特别报告员可能无意通过第 16 条规定不是这些公约缔约国的国家的义务。另一位委员也问起现行多边公约,因为这些字眼并不载于联合国特权和豁免公约或专门机构的特权和豁免公约中。他认为,更适当的方式是提到国际法,主要原因是目前还没有在世界层面上通过关于外交信使和外交邮袋的任何多边公约。

293. 关于特别报告员提议的第 17 条草案,³⁵⁰有一位委员认为,国际组织的权利受到太多的限制,该条过分注重国家的利益。这些委员认为,必须在一

个较为均衡的条款中兼顾保护成员国安全的原则和国家必须尊重和促进国际组织宗旨之达成的。有一位委员还指出,在这方面,联合国和专门机构特权和豁免公约的对应条款比特别报告员所提议的第 17 条草案还要有利。

294. 关于特别报告员的第六次报告,一些委员一般地提到国际组织免除印花税和免除关税的有关问题,提出:豁免某一组织印花税的主要理由在于东道国不应该由于某一国际组织设在其境内而获得缺乏合理依据的利益。另一项理由是东道国必须为完成该组织之宗旨提供方便。在这方面,有些委员分别引述了联合国宪章第 105 条以及 1946 和 1947 年关于联合国和专门机构特权和豁免公约,认为它们是重要的依据。有人指出,豁免国际组织关税的依据是各该组织应享有一定程度的独立,以便实现其目标并行使其功能。在这方面,也有委员强调需要区分公务和其他用途,以便确定这些豁免的范围。

295. 有一位委员具体提到特别报告员提议的第 18 条草案,³⁵¹表示支持该条,他说,该条联合国和专门机构特权和豁免公约中有关条款的修订案文。另一位委员提请注意:对某一税项适用的“直接”和“间接”应该在该条或草案内的另一个地方下定义。另一位委员说,他主张删除该条最后部分“但是,有一项理解”的字句,并起草一个新案文,规定国际组织为所使用的公用事业服务支付费用的义务。

296. 关于第 19 条草案,³⁵²有一位委员指出,与其他条文不同,它是以《维也纳领事关系公约》作为

³⁴⁹ 特别报告员提议的第 16 条草案内容如下:

“第 16 条

“国际组织应有权使用电码及经由信使或用密封邮袋收发其公务通讯。这种信使或密封邮袋应享有外交信使和外交邮袋根据现行规制外交信使和没有信使护送的外交邮袋事务之多边公约的规定所享有的那种豁免和特权。”

³⁵⁰ 特别报告员提议的第 17 条草案内容如下:

“第 17 条

“本章各规定的任何内容都不应影响(本公约)每个缔约国为安全利益采取必要的预防措施和适当措施。”

³⁵¹ 特别报告员提议的第 18 条草案内容如下:

“第 18 条

“国际组织、其资产、收入和其他财产,凡意在用于公务活动的,应免除一切直接税;但是,有一项理解,国际组织将不要求免除事实上用于支付公用事业服务的付款的税。”

³⁵² 特别报告员提议的第 19 条草案内容如下:

“第 19 条

“1. 国际组织应免向国家、地区或市交纳无论为其拥有或租用的土地的捐税,但为所提供之特定服务支付的款项除外。

“2. 本条所指课税之免除不应适用于根据东道国法律应向与国际组织签有合同者支付之税款。”

基础。另一位委员问起：第18条草案中所指的“公用事业服务”和第19条第1款草案中所指的“提供的特定服务”有什么不同。如果没有什么不同，这两个条款就应该统一起来。另一位委员认为，第19条草案第2款可能没有必要，因为它所指的不是某一组织的活动，而是与它签有合同者。

297. 关于特别报告员提议的第20条草案，³⁵³ 有一位委员说，应该添加一款，以便指明东道国能够行使什么控制措施来防止豁免被滥用。另一位委员认为，“为公务用途”一语应改为“只为公务用途”，以突出豁免的业务性质。但是，该委员对该起首语“按照东道国的法律和规章”持有保留，因为他认为这有可能引起政府的滥用，它可能不同各组织商量就颁布可能大限制给予上述组织之特权的规定。另一位委员认为，同出版物有关的第20条(b)款的规定应列入第13条草案内，以便在单一的条文内处理出版物问题。

298. 关于特别报告员提议的第21条草案，³⁵⁴ 有几位委员认为，第1款中的“原则上”一语缺乏合理依据，因为有的组织有权、有的组织无权享有这一款中所指的税捐豁免。该词也有一个缺点，即国家有可能以各种方式加以解释，对有些组织有利而对另一些组织不利。有一位委员也认为不应该在该款中使用“要求”一词，因为它引起了各组织有权或无权享有

此处所述的捐税豁免的问题。有一位委员极力批评该款没有明确规定某一组织购买或出售不动产情况下的捐税豁免。这位委员说，东道国没有理由从其他成员国对该组织的预算缴款中获取利益。按照同一原则，另一位委员指出，某一组织交纳消费税的唯一理据可能是为每一情况确定豁免数额有困难这一实际理由。在大宗购买或大量购买的情况下这种困难往往消失，这是本条文草案第2款具有合理依据的原因。在这方面，有一位委员说，他主张在第2款所指的购买方面使用有些语文文本中所用的“major(主要的)”一词，而不是象英文本那样使用“large(大量的)”一词。

299. 在特别报告员为规定一些条文草案中所使用的“公务活动”或“公务用途”等语提议的第22条草案³⁵⁵中，有几位委员认为，这种定义对于整个草案来说，有其必要，因为它规定了草案所应该依据的职务标准。因此，它应该列入草案其他地方的一个较具普遍性的条款中，使它能够适用于本专题的一切条款。有一位委员强调说，该条文应明确载述一般原则，即：按照这种定义所称的公务活动中给予国际组织以它们所享有的一切特权和豁免。

300. 特别报告员谈到讨论中所提出的一些具体意见。谈到有人认为本条款草案也应该载述尊重和保护某一组织的徽章、名称，有时还涉及旗帜的问题，他说，他是要在本条款草案的末尾处理这个问题。他不认为这个问题必然同保护档案有关，他也不认为所有的国际组织都需要这种额外的保护。但是，这一问题值得考虑。谈到有人认为第14条草案也应该载述通讯方面的一些较新的领域，例如卫星电讯，他说，他注意到这一评论，即使它的范围已经广泛到足够包含这些领域，因为它从种属上说提到了“他种通讯”。虽然他对在第21条第1款中使用“原则上”一语持有保留意见，他也把它们列入了案文中，因为它们符合目前的实践，并且也载于联合国特权和豁免公约第8节第二条和专门机构特权和豁免公约第10节第三条和其他文书约。

301. 特别报告员补充说，他已经适当地注意到讨论期间提出的一切有用的意见，起草委员会将负责在国际法委员会能够普遍同意的案文中考虑这些意见。

³⁵³ 特别报告员提议的第20条草案内容如下：

“第20条

“国际组织、其资产、收入和其他财产按照东道国颁布的法律和规章，应免除：

“(a)贮存、运送及类似服务费用以外的一切种类的关税、捐税和有关费用，以及国际组织为公务用途而进出口和物品免除关税和进出口的禁令和限制；在此种豁免下进出口的物品，不论是否作为付款偿还，除在同进出国政府达成协议的条件下，不得在该境内予以处理；

“(b)对国际组织为公务用途而进出口的出版物的关税、禁令和限制。”

³⁵⁴ 特别报告员提议的第21条草案内容如下：

“第21条

“1. 国际组织原则上不应要求免除计入将要支付的动产和不动产的消费税和营业税。

“2. 尽管有前款的规定，当国际组织为公务用途而购置物品而此等物品已课或应课皮等捐税时，(本公约)缔约国应在可能时采取必要的行政规定，以免除或归还相当于此等捐税的款项。”

³⁵⁵ 特别报告员提议的第22条内容如下：

“第22条

“为前条的目的，“公务活动”或“公务用途”应指与达成国际组织宗旨有关的活动或使用。”

第七章

国家责任

A. 引言

302. 对于“国家责任”这个专题的条款草案，1975年委员会第二十七届会议通过的总计划设想的结构如下：第1部分涉及国家责任的起源；第2部分涉及国际责任的内容、形式和程度；委员会可能决定列入的第3部分可能涉及解决争端和“履行”国际责任的问题。³⁵⁶

303. 1980年委员会第三十二届会议一读暂时通过了关于“国际责任的起源”的条款草案第1部分。³⁵⁷

304. 委员会同一届会议也开始审议关于“国际责任的内容、形式和程度”的条款草案第2部分。

305. 委员会从第三十二届（1980）会议至第三十八届（1986）会议共收到特别报告员威廉·里普哈根先生提交的涉及条款草案第2和第3部分的七次报告。³⁵⁸第七次报告有一节（在委员会会议上既没有介

绍也没有讨论）载有条款草案第1部分进行二读的准备工作情况，涉及各国政府对第1部分中10个条款草案的局面评论。

306. 1986年第三十八届会议结束时，³⁵⁹ (a) 委

第1页，A/CN.4/397和Add.1号文件，

³⁵⁹ 委员会迄今为止暂时通过的第2部分条文草案为：

“第1条

“一国所犯的国际不法行为依照第1部分的规定引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

“第2条

“本部分各项规定，在不妨碍第4条和（第12条）规定的情况下，适用于一国的任何国际不法行为的法律后果，但那些法律后果已由专门有关该国际不法行为的国际法其他规则所确定者不在此限。

“第3条

“在不妨碍第4条和（第12条）规定的情况下，本部分各项规定未列出的一国国际非法行为的法律后果仍应遵照习惯国际法规则的规定。

“第4条

“本部分各项规定中所列一国国际不法行为的法律后果，在适当情况下应遵照《联合国宪章》关于维护国际和平与安全的程序和程序。

“第5条

“1. 为本条款的目的，‘受害国’指在一国行为根据本条款第1部分的规定构成该国的国际不法行为时，其权利遭受该国侵犯的任何国家。

“2. ‘受害国’特别指下列情况：

“（a）如一国行为侵犯因双边条约而产生的权利，则另一缔约国即为受害国；

“（b）如一国行为侵犯因国际法院或法庭的判决或其

³⁵⁶ 《1975年……年鉴》，第二卷，第55-59页，A/10010/Rev.1号文件，第38-51段。

³⁵⁷ 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26-63页。

³⁵⁸ 特别报告员的七次报告转载如下：

初步报告：《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第107页，A/CN.4/330号文件；

第二次报告：《1981年……年鉴》，第二卷（第一部分），第79页，A/CN.4/334号文件；

第三次报告：《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分），第22页，A/CN.4/354及Add.1和2号文件；

第四次报告：《1983年……年鉴》，第二卷（第一部分），第3页，A/CN.4/366和Add.1号文件；

第五次报告：《1984年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/380号文件；

第六次报告：《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分），第3页，A/CN.4/389号文件；

第七次报告：《1986年……年鉴》，第二卷（第一部分），

员会一读暂时通过了第2部分第1至第5条草案；
(b) 将第2部分第6至第16条草案³⁶⁰和第3部分第1至第5条草案及其附件提交起草委员会。³⁶¹

307. 1987年委员会第三十九届会议任命加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生为国家责任的特别报告员。³⁶²自1988年至1990年，委员会收到了特别报告员提交的两次报告。³⁶³在1989和1990年的第四十一和第四十二届会议上，委员会将条款草案第2部分第二章（国家不法行为产生的后果）第6和第7条草案³⁶⁴提交起草委员会。

他具有拘束力的解决争端的裁决而产生的权利，则有权享受该权利的其他争端当事国即为受害国：

“(c) 如一国行为侵犯因国际法院或法庭以外的国际机构的具有拘束力的裁决而产生的权利，则根据该有关国际组织的组成文书有权享受该权利的国家即为受害国；

“(d) 如一国行为侵犯因条约对第三国的规定而产生的权利，则该第三国即为受害国；

“(e) 如一国行为侵犯因多边条约或习惯国际法的规则而产生的权利，在证实下列条件的条件下，该多边条约的任何缔约国或受习惯国际法有关规则约束的任何其他国家即为受害国：

“(一) 已经设定或确立的权利对它有利；

“(二) 一国侵犯该权利必然影响多边条约其他缔约国或受习惯国际法规则约束的其他国家享受权利或义务；或

“(三) 已经设定或确立的权利的目的是为了保护人权和基本自由；

“(f) 如一国行为侵犯因多边条约而产生的权利，在证实条约明文规定这项权利的是为了缔约国的集体利益时，则该多边条约的任何其他缔约国即为受害国。

“3. 此外，如国际不法行为构成国际罪行，则（在第14和第15条规定的各国的权利和义务范围内）所有其他国家即为‘受害国’。”

³⁶⁰ 案文见《1985年……年鉴》，第二卷（第二部分），第20至21页，脚注66。关于在该届会议上提交起草委员会的情况，见第162段。

³⁶¹ 案文见《1986年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35至36页，脚注86。关于在本届会议上提交起草委员会的情况，见第63段。

³⁶² 《1987年……年鉴》，第二卷（第二部分），第220段。

³⁶³ 特别报告员的两次报告转载如下：

初步报告：《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分），第6页，A/CN.4/416和Add.1号文件；

第二次报告：《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），第1页，A/CN.4/425和Add.1号文件。

³⁶⁴ 第6和第7条案文见《1989年……年鉴》，第二卷（第二部分），第229和230段，第8、第9和第10条见《1990年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注271、289和291。

B. 本届会议审议这一专题的情况

308. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第三次报告（A/CN.4/440和Add.1），但是，由于时间不够，委员会无法在本届会议上审议本专题。虽然这样，委员会还是认为特别报告员应该提交报告，以便加速下一届会议的工作。

309. 特别报告员在委员会第2238次会议上介绍了他的第三次报告。由于该报告未经委员会审议，以下各段仅供参考。

310. 特别报告员的第三次报告载述了国际不法行为或“对抗措施”的“工具性”后果，即载述受害国可能对犯下国际不法行为的国家采取的措施的法律制度，原则上，主要是在违法情形下的适用措施。特别报告员指出，第三次报告的主要目的是要查明问题、意见和备选办法；并在委员会内外征求评论和批评，以便据以提出更周全的建议。

311. 特别报告员指出，构成关于国家责任的条款草案的第2部分核心之对抗措施的法律制度是整个专题中最难着手的一个课题。他说，人们可以从本国法律中得出比拟，来据以处理在国际层面上引起的类似问题，本国法律不能在对抗措施方面提供任何协助。研究对抗措施的另一个困难之处在于国际社会缺乏任何能据以对犯下国际不法行为的国家采取对抗措施的制度化的补救办法。因此，就一般国际法而言，受害国主要得依靠自己的单方面对应行动：在这方面，委员会必须极其小心地以合法方式采取此种行动的条件，以确保国家之间事实上的不平等现象不至不适当地造成强欺弱、富欺贫的局面。

312. 第三次报告首章依次论述了文献和实践中的用语。这些用语包括自卫、制裁、回报、报复、对抗措施、对等措施以及中止和终止条约。该报告实质部分接着详细谈到受害国可以以合法方式采取对抗措施的条件和限制、一般国际法下的对抗措施与所谓的自含制度的关系、查明一个或多个受害国有权采取措施的情况，最后述及对于对抗措施的实质性限制问题，例如：禁止使用武力、尊重人权、应受特别保护者的不可侵犯性以及强制法义务和普遍义务的相关性。

313. 特别报告员指出，对于是否只有在实际犯下

了不法行为以后才可以采取合法的报复,有多种多样的意见。有人认为,必须实际上犯下了不法行为,另一些人则认为,真诚地相信这种行为已经实际犯下也就够了。就这一专题来说,他指出,这个问题已经由第1部分加以解决,它预先假设有先前的不法行为存在。关于这些措施的目的,他谈到学者们的各种看法:基本上把国际不法行为看成“民事”侵权行为的学者倾向于把对抗措施的作用看成只恢复原状或补偿;而把不法行为看成主要具有“刑法”性质的学者则认为对抗措施具有惩罚作用。他认为,这些措施具有补偿和惩罚的双重作用,哪一种作用占主要地位视情况而定。

314. 他认为同样难办的是,使受害国采取对抗措施时实际想要达到的目标依不法行为的性质、损害的范围以及不法行为国的态度而不同的适切性。对抗措施制度应该考虑到下列措施之间的差别:一方面是旨在确保临时保护或劝使接受解决争端程序或至少确保外交对话的措施,另一方面是意图迫使停止不法行为和要求赔偿的措施。特别报告员认为,应该参照国家实践进一步研究对抗措施制度必须按照其作用或目标加以多样化的措施。他倾向于支持使对抗措施制度多样化的做法,特别是在关于先前要求赔偿、警告、遵守和平解决争端义务和相称性的影响方面。

315. 本报告提出的其他问题是在以合法方式采取报复措施之前应该先提出抗议、要求停止和赔偿等措施给予告示的范围和程度。特别报告员说,文献上载有不同的观点。有少数人认为,在对违法国采取报复措施之前不须提出关于停止或赔偿的要求。国家责任的古典理论采取不同的立场,它把停止和赔偿看作国际不法行为的主要后果,报复则基本上,虽然不是完全地,被视为勒令停止或取得赔偿的强制性手段。持这种理论的人自然会假设,在首先证明抗议和要求停止及赔偿不果之前,不能合法地诉诸报复行为。特别报告员认为,后一种立场的本质也受到该部分学说的维护,这部分学说认为,国际不法行为的后果并不只是恢复原状、补偿或赔偿,它还带有恢复原状或惩罚的性质。那些作者也都认为,无论其作用为何,除非要求停止/赔偿不果,否则即不能合法地诉诸报复。但是,特别报告员指出,一些作者设想到例外的情况。例如,有些作者认为,在违法国进行诈骗的情形下,受害国无需事先告示,即可合法地采取报复措施。特别报告员认为,这个问题应该参照国家实践更

加深入地进行探讨,以便了解光是编纂目前有趋势是否已经足够,或者委员会是否应该在这个领域的逐步发展上采取一些措施。

316. 有人提到另一些问题,认为这些问题同对抗措施合法性的确定有关,例如对抗措施的或多或少“温和”或“强力”的性质、藉以追求的保护性目标、补救的紧迫程度等。与事先赔偿要求的要件相互关联的是受害国关于争端解决程序的现有义务问题。这个问题可以用以下的方式提出:是否按照《联合国宪章》第二条第三项和第三十三条的规定,受害国在采取后一规则所列的一种或多种手段以前不应该诉诸任何措施呢?——受害国是否有权采取或应该有权采取任何措施,例如临时措施或意图劝使对方遵守任何解决义务,而不用等到使用任何解决手段不果以后呢?——一解决程序或半解决程序已经达到一定的进展阶段的事实是否会限制诉诸既定措施的权力,特别是在什么条件下受到限制呢?

317. 措施和不法行为的相称性这一极为关键的问题是特别报告员认为无论在国家实践还是理论上都缺乏一致性的另一个问题。他倾向于对相称性的要件采用比某些案例中出现的措词和1985年提议的条文草案案文都较为严格的措词。

318. 特别报告员解释说,另一个难办的问题是,对抗措施制度是否应该在中止和终止条约方面作出一些修正呢?在这方面,应该研究一些问题,但是,这些问题应该完全根据本专题的紧迫性加以解决——即在不使该制度与关于条约法的一般国际法规则,包括《维也纳条约法公约》第60条混淆的情形下按照国际不法行为后果的制度加以解决。例如,上述第60条中规定只有当实际违反条约时才予中止和终止的那一部分,是不能适用条款。双边条约和多边条约之间的区别也是需要研讨的基本点。所谓的自含条约制度,例如据以成立欧洲经济共同体的条约、人权条约等,也引起了一些问题。他倾向于认为,作为一项原则问题,对抗措施的一般制度,即使在所谓自含制度之一适用的情形下,也应该作为一项保障措施加以适用。这方面的情况多半取决于不法行为的性质、自含制度的效力等。

319. 需要探讨的另一个问题是查明有权采取对抗措施的一个或多个受害国。特别报告员指出,虽然

这个问题原先已经在关于国际罪行的第 19 条和侵犯普遍义务（面临多个受害国）的方面提到过，一般很快便了解到，这个问题在有过错的情形下也会发生。此外，不仅是在对抗措施方面，就是在停止、赔偿、补偿和保证不再重犯等实质后果方面，也会发生这个问题。但是，他认为，针对国际不法行为拟定一项或多项适用于所谓“非直接”或“较不直接”受害国的一般性原则，也许不是正确的做法。这些特殊情况不能按照一般的方式加以确定。一方面，它只能在每一个特定情况下按照案件本身的性质和情况具体地确定；另一方面，应该适用规制要求赔偿的权利和条件的一般规则，并且考虑到对抗措施的合法性（相称性、先前的要求、先前试用过解决争端程序等）。的确，所谓非直接受害国地位的独特性可能只是在赔偿和对抗措施方面的程度问题。

320. 在对抗措施需要探讨的另一些最重要和最困难的问题是对于一个或多个受害国可以合法地用为对抗措施的手段的限制。特别报告员称它们为“实质限制”或“限制”问题，并且把它们放在下列标题范围内处理：禁止使用武力；尊重人权；对受特别保护者的不可侵犯性；和遵守强制性义务与普遍性义务。

321. 关于谴责任何形式的武装对抗措施，特别报告员在大部分文献的见解和国际政治与司法机构的权威性声明中得到支持。一般的普遍见解认为，连同《联合国宪章》第二条第四项的整个内容在一起，这方面的禁止将成为一般性不成文国际法的一部分。许多人认为，经济上的强制措施并不属于宪章第 2 条第 4 款的范围，因此，只能作为禁止干涉的另一条的一部分加以谴责。特别报告员认为，无论如何，一些经济措施的极端形式可能属于禁止使用武力的范围。

322. 特别报告员认为，尊重人权是对于对抗措施的另一个实质限制，其中包括尊重一般性的人道主义原则。特别报告员提到，对受到特别保护者的不可侵犯性是对于采取对抗措施之能力的另一种实质性限制。他谈到关于不得对外交使节进行报复的理由的各种见解以及必须区分这些使节所享有之保护形式的看法，其中有些保护可能受到报复手段的限制。特别报告员所提到的最后一项实质性限制是强制性义务和普遍性义务。报复不能违反强制规范；第 1 部分第 30 条载有这种主张（国际不法行为方面的对抗措施）。

第八章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的计划、程序和工作方法 及其文件工作

323. 委员会注意到,大会在其第 45/41 号决议第 4 段中曾要求它:

(a) 进一步审议其工作方法的所有方面,同时考虑到交错审议某些专题,除其它好处外,可能有助于第六委员会更有效地审议其报告;

(b) 特别注意在年度报告中,就每一专题,指出各国政府或在第六委员会或以书面形式表示过意见的那些对委员会继续工作特别有关的各项具体问题。

324. 委员会决定,这些要求应放在其题为“委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作”的议程项目 8 中讨论。

325. 扩大的主席团规划组的组成见上文第 4 段。非规划组成员的委员会委员被邀请与会,其中一些委员参加了会议。

326. 规划组于 1991 年 6 月 25 日至 7 月 10 日举行了六次会议。规划组收到了大会第六委员会在第四十五届会议期间进行讨论的专题摘要中的 H.1 节,标题为“委员会的方案、程序和工作方法及其文件工作”,³⁶⁵连同委员会的一些委员提出的一些提议。

327. 扩大的主席团在第 2 次会议上审议了规划组的报告。在 1991 年 7 月 19 日第 2251 至第 2252 次会议上,委员会根据扩大的主席团经规划组讨论后产生的建议通过了下列段落。

长期工作方案

328. 根据委员会第四十二届会议工作报告第 544 段,为审议委员会长期工作方案而在第四十一届会议上设立的工作组³⁶⁶完成了对其职权范围内各项问题的审查,并向规划组提交了报告。³⁶⁷

329. 规划组和委员会先后注意到该报告及其中所载的建议。

330. 在该报告基础上,委员会拟定了一份专题一览表³⁶⁸,打算从中选定一些专题,将其列入长期工作方案:

- (a) 封闭的国际地下水的法律
- (b) 国家立法的域外适用
- (c) 关于国际移民的法律
- (d) 引渡和司法协助
- (e) 联合国决议的法律效力
- (f) 外债的国际法律规章
- (g) 资本投资的法律条件及其有关协定
- (h) 商品贸易的机构安排
- (i) 不属于国家管辖的地区(“全球公有领域”)之环境保护的法律方面
- (j) 少数民族的权利
- (k) 国际事实调查委员会
- (l) 裁军的法律方面

起草委员会

331. 关于大会第 45/41 号决议第 11 段所载的要

³⁶⁵ A/CN.4/L.456 号文件,第 471 至 500 段。

³⁶⁶ 工作组由迪亚斯-冈萨雷斯先生(主席)、哈索内先生、马希乌先生、帕夫拉克先生和托穆沙特先生组成(见《1989 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 734 至 735 段。

³⁶⁷ 全部案文转载于本报告附件。

³⁶⁸ 此表并无任何特定的次序。

求, 委员会愿指出, 根据其在第四十二届会议上所作决定,³⁶⁹ 第四十三届会议工作的安排使起草委员会在会议开始时进行了两星期的集中工作, 以便达到委员会为目前这五年规定的目标。

332. 在从4月30日至5月10日的两个星期中, 起草委员会举行了13次会议。由于集中的努力, 起草委员会得以在这些会议期间完成关于“国家及其财产的管辖豁免”专题的二读。它还将其中3次会议用于拟订“危害人类和平及安全治罪法草案”专题的新条款。

333. 5月的前二周在日内瓦的委员会所有委员都参加了起草委员会的会议。

规划组讨论的其他问题

334. 委员会建议在必要时应利用《章程》第16(d)条³⁷⁰所提供的各种可能性。

335. 委员会考虑到, 象《章程》第16(d)条所设想的那样, 它应该努力与同其目前工作方案各主题有关的联合国各机构、各区域组织和科学中心协调其工作。此种协调可采取几种形式, 包括交流有关主题的资料, 就其职权范围内的事项征求有关联合国机构的意见, 在有必要时并在预算许可的范围内, 互派代表参加对有关专题进行的审议。

336. 委员会认为, 为了便利委员会报告的审议, 便利国际法的编纂和逐渐发展, 委员会应在其委员下一届任期的第一年中将时间用于考虑报告的编写。

337. 委员会感兴趣地注意到法律顾问在1991年6月25日的发言中就在做出努力使联合国《条约汇

编》计算机化所提供的资料。正在发展中的计算机化数据库无疑将对委员会进行其工作很有助益。

下届会议的会期

338. 委员会希望重申其观点: 根据国际法的逐渐发展及其编纂的工作要求以及议程上各专题的份量和复杂性, 应该保持通常的会期。委员会还要强调, 它已充分利用在本届会议期间向它提供的时间和服务。

其他事项

339. 委员会审议以第四十二届会议工作报告³⁷¹第546段中所提出的关于能否将委员会的届会分成两部分的问题。但是, 由于这个问题未经规划组详细审议, 委员会议定在下届会议上讨论这个问题。必要时将由秘书处要求对这一事项所涉行政及经费问题进行研究。

B. 同其他机构的合作

340. 史久镛先生作为国际法委员会主席出席了亚洲法律协商委员会1991年4月于开罗举行的会议。他以国际法委员会观察员的身分参加会议并代表委员会在会上发了言。亚非法律协商委员会出席国际法委员会本届会议的代表是该委员会的秘书长弗兰克·恩詹加先生。恩詹加先生在委员会1991年7月2日第2233次会议上发了言, 其发言见该次会议简要记录。³⁷²

341. 卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生以国际法委员会观察员的身分出席了美洲法律委员会1990年于里约热内卢举行的会议。

342. 佩利特先生出席了欧洲法律合作委员会1990年11月在斯特拉斯堡举行的会议。他以国际法委员会观察员的身分参加会议并代表委员会在会上发了言。欧洲法律合作委员会出席国际法委员会本届会

³⁶⁹ 《1990年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第548段。

³⁷⁰ 该条内容如下:

“在大会为了国际法的逐渐发展而交给委员会一项提议时, 委员会一般应遵照下列的一种程序:

“……

“(d) 在收到对[其]调查表的答复之前, 它可以指派一些委员同特别报告员一道编写草案;

“……”。

³⁷¹ 见《1990年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第107页。

³⁷² 见《1991年……年鉴》, 第一卷, 第2233次会议, 第2至13段。

议的代表是玛格丽特·基勒比女士。基勒比女士在委员会1991年7月9日第2237次会议上发了言,其发言见该次会议简要记录。³⁷³

C. 同委员会的工作有关的其他合作活动

343. 委员会的一群委员和另一些学者参加了危害人类和平及安全治罪法草案和建立国际刑事管辖机构问题讨论会。该讨论会由建立国际刑事法院和国际刑事法委员会基金于1991年5月18-20日在塔鲁瓦赫(法国)举办。

344. 有些委员和另一些裁军法律专家参加了国际法协会军备管制和裁军法律委员会于1991年7月7和8日在日内瓦举行的会议。

D. 第四十四届会议的日期和地点

345. 委员会议定其下一届会议自1992年5月4日至7月24日在联合国日内瓦办事处举行。

E. 出席大会第四十六届会议的代表

346. 委员会决定由其主席阿卜杜勒·科罗马先生代表委员会出席大会第四十六届会议。³⁷⁴

F. 国际法讲习会

347. 按照大会第45/41号决议,联合国日内瓦办事处在国际法委员会本届会议期间举办了第二十七届国际法讲习会。根据委员会第四十二届会议通过的決定,本届讲习会称为“保罗·勒泰讲习会”,以纪念保罗·勒泰先生。³⁷⁵讲习会是为国际法研究生和在工作中处理国际法问题的年轻教授或政府官员举办的。

348. 由克里斯蒂昂·多米尼谢教授(日内瓦研究生院)担任主席的甄选委员会于1991年3月14日举行会议,在审议了大约80份参加讲习会的申请后,挑选出24名具有不同国籍、大部分来自发展中国家的参加者,20名获选人员以及5名联合国训研所研究金获得者得以参加讲习会本届会议。³⁷⁶

349. 在联合国日内瓦办事处梅克·诺尔-瓦根费尔德女士的主持下,本届讲习会于1991年6月3日至21日在万国宫举行。在委员会主席不在场的情况下,讲习会由委员会第一副主席约翰·阿兰·比斯利先生主持开幕。在为期三周的讲习会期间,讲习会参加者旁听了委员会的一些会议,并听取了专门为他们组织的讲课。

350. 在保罗·勒泰讲习会期间,有一些讲座用于纪念这位伟大的法学家、委员会的前委员,努力反映他在国际法领域中多方面的活动。在这方面,委员会委员举办了下列讲座:奥恩·哈索内先生:“《维也纳条约法公约》在国家和国际组织之间或国际组织相互之间的作用”;阿兰·佩利特先生:“国际关系中的伦理和法(保罗·勒泰,对国际法的一种伦理方法)”;埃马努埃尔·鲁库纳斯先生:“保罗·勒泰工作中有关国际组织、其成员国和第三方之间的司法关系”;克里斯蒂安·托穆沙特先生:“保罗·勒泰对创立欧洲煤钢联营——走向欧洲统一的第一步——的贡献”。让-皮埃尔·昆内得克教授、国际麻醉品

³⁷⁶ 第二十六届国际法讲习会的参加者名单如下:

法鲁克·阿塔尔先生(阿拉伯叙利亚共和国)(训研所研究金获得者)、穆罕默德·本塔加先生(摩洛哥)、巴纽拉·贝里纳先生(基里巴斯)、克莱尔·伯里女士(联合王国)、米里亚姆·布斯托斯·桑切斯女士(哥伦比亚)、米格尔·切利·维加斯先生(秘鲁)、埃斯特·希班达女士(津巴布韦)(训研所研究金获得者)、韦斯纳·茨尔尼奇女士(南斯拉夫)、他那·端拉达那先生(泰国)、约翰·艾约库·奥波洛特先生(乌干达)、西莉亚·弗莉亚女士(菲律宾)、卡门·冈萨雷斯·贝特龙触女士(乌拉圭)(训研所研究金获得者)、比吉特·科夫勒女士(奥地利)、马利拉·蒙巴先生(赞比亚)、菲比·奥科瓦·本纳女士(肯尼亚)、豪尔赫·罗查·阿兰布罗先生(玻利维亚)、乔治·萨蓬先生(加纳)、苏米特拉·斯里帕塔女士(印度)、卡里·塔卡马先生(芬兰)、费莱蒂·泰奥先生(图瓦卢)、何塞·汤普森先生(哥斯达黎加)、保罗·蒂耶德雷贝奥戈先生(布基纳法索)、彭查·查岗先生(蒙古人民共和国)(训研所研究金获得者)、玛丽-洛伊斯·维拉卡齐女士(斯威士兰)(训研所研究金获得者)、马克·韦勒先生(德国)。

³⁷³ 同上,第2237次会议,第2至14段。

³⁷⁴ 1991年7月19日第2252次会议上,委员会请国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任专题报告员胡利奥·巴尔沃萨先生参加大会第四十六届会议讨论该专题的会议。见《1991年……年鉴》,第一卷,第2252次会议,第3至5段。

³⁷⁵ 《1990年……年鉴》,第一卷,第2190次会议,第41段。

管制局成员举办了一次讲座，主题为：“保罗·勒泰对国际麻醉品管制局的贡献”。

351. 委员会委员就其他专题举办了一些讲座：安德烈亚斯·雅科维德斯先生：“国际法在当代的外交中的作用”；艾哈迈德·马希乌先生：“国际法委员会及其工作介绍”；斯蒂芬·麦卡弗里先生：“国际水道非航行使用法”；路易斯·索拉里·图德拉先生：“危害人类和平及安全治罪法草案”；杜杜·锡亚姆先生：“创立国际刑事法院的各种问题”。

352. 此外，联合国人权中心和红十字委员会法律司的人员也举办了下列讲座：格维兹门迪尔·阿尔弗雷德森先生：“联合国的人权方案”和路易丝·多斯沃尔德-贝克女士：“国际人道主义法和国际公法”。

353. 按照讲习会的传统，参加者受到日内瓦州的接待。州的新闻主任博林格尔先生致辞，立法和官方出版部主任 J.-J. 罗丝先生就瑞士的政治和宪法制度讲了话。

354. 在讲习会结束时，委员会主席阿卜杜勒·科罗马先生和利维尤·博塔先生——代表联合国日内瓦办事处主任向参加者发表了讲话。在这简短的仪式上，每一个参加者都得到一份证书，证明其参加了第二十七届讲习会。

355. 讲习会是由会员国的自愿捐款和各国政府为其国民提供的国家研究金提供经费的。委员会特别赞赏地注意到奥地利、丹麦、芬兰、德国、爱尔兰、摩洛哥、瑞典、瑞士和联合王国以向联合国有关的援助方案提供自愿捐款的方式特别为来自发展中国家的参加者提供了研究金。有了这些研究金，才能够实现参加者的适当地域分配，边远国家的合格人选才得以与会，否则他们即参加不了。今年有 13 个参加者得到全额研究金（包括旅费和生活津贴），1 名参加者得到部分研究金（仅有生活津贴）。这样自 1964 年开始举办讲习会以来，在曾参加讲习会的 596 个分别具有 142 种国籍的参加者中，共有 308 人得到过研究金。

356. 委员会希望着重指出它对讲习会的重视，讲习会使年轻的法学家、尤其是那些来自发展中国家的法学家能够熟悉国际法委员会的工作以及总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。委员会满意地注意到，在 1991 年，凡是申请财政支助的人都能得到研究金。这样，现有资金几乎用尽，因此，委员会建议大会再次吁请有条件的国家自愿提供所需的捐款，以便在 1992 年举行参加者尽可能广泛的讲习会。

357. 委员会满意地注意到在 1991 年向讲习会提供了充分的口译服务，并希望在将来的讲习会上能尽一切努力克服现有的财政困难向讲习会提供同样的服务和便利。

G. 希尔维托·阿马多纪念讲座

358. 为纪念杰出的巴西法学家、委员会前委员希尔托·阿马多，在 1971 年决定举行纪念讲座，邀请国际法委员会委员、国际法讲习会的参加者和其他国际法专家出席。

359. 希尔维托·阿马多纪念讲座所以能举行是由巴西政府的慷慨捐助。委员会在本届会议初期设立了由卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生（主席）、弗朗西斯·海斯先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、阿卜杜勒·科罗马先生和亚历山大·扬科夫先生组成的非正式协商委员会，以便就举行 1991 年希尔维托·阿马多纪念讲座的必要安排提出建议。第十一次希尔维托·阿马多纪念讲座于 1991 年 6 月 6 日举行，会前在第二十七届国际法讲习会期间举行了希尔维托·阿马多纪念晚宴。讲座于 1991 年 7 月 2 日举行，主讲人为巴西对外关系部长弗朗西斯科·雷泽克先生，讲题为：“二十世纪末的国际法、外交和联合国”。委员会希望，象前几次一样，这次的讲稿将以英文和法文出版，以便向国际法领域中尽可能多的专家提供。

360. 委员会感谢巴西政府的慷慨捐助，使希尔维托·阿马多纪念讲座得以在 1991 年举行。委员会请其主席向巴西政府转达其谢意。

附件

长期工作方案工作组向规划组提交的报告

1. 根据国际法委员会提交大会第四十五届会议的报告第 544 段, 长期工作计划工作组于 1991 年 6 月 12 日、19 日、20 日和 27 日以及 7 月 4 日召开会议, 审议属于其职权范围内的问题。

2. 审议结束时, 工作组决定建议规划组将随附的段落列入委员会向大会本届会议提交的报告。

“1. 根据委员会提交大会第四十五届会议的报告第 544 段, “长期工作方案工作组”^b又举行了会议, 以便就属于其职权范围的问题拟订适当的建议。

“2. 在其审议过程中, 工作组特别铭记:
(a)《国际法委员会章程》第 18 条; (b)大会 1990 年 10 月 28 日关于国际法委员会第四十二届会议工作的报告的第 45/41 号决议序言部分第四和第五段和执行部分第 4 段; (c)大会 1990 年 11 月 28 日关于联合国国际法十年的第 45/40 号决议执行部分第 4 段及其载有将在联合国国际法十年第一期(1990-1992)期间开始展开的活动方案的附件第一(2 和 3)段、第三(1)和第五(3)段; (d)委员会提交大会第四十五届会议的报告中所载述的工作组进度报告; ^c(e)秘书处编写的专题摘要(A/CN.4/L.456, 第 481 至 487 段)中反映的第六委员会的成员有关该进度报告的意见; (f)秘书长的报告(A/45/430)中所反映的各成员国和国际组织关于联合国国际法十年、特别是关于鼓励国际法的逐渐发展和编纂的意见。”

3. 工作组审查了委员会在过去四十五年中在编纂和逐渐发展国际法以及在把习惯国际法的传统规则转变为一套高度系统化准则方面所发挥的重要作用。工作组的结论是, 尽管在这一方面已经取得了实质性的进展, 但目前国际事态的复杂性和多样性及其不断的演变和进展继续提出各种挑战, 需要从国际法律方面对其作出反应。

4. 因此工作组认为, 委员会作为大会根据《联合国宪章》第 13 条第(1)项(a)款设立的编纂和逐渐发展国际法的主要机构, 特别适合应付这种挑战而且也适于对联合国国际法十年的目标作出实质性贡献。

5. 工作组认为, 委员会可以采取几种方式来对《十年》作出这种贡献。第一种方式是完成有关其现有议程上各专题的工作。在这一方面, 特别是关于“危害人类和平及安全治罪法草案”, 工作组认为, 若大会作出决定, 委员会起草一份《国际刑事法院规约》草案将是对推动《十年》的基本宗旨和加强国际关系中的法治作出的特别合适的贡献。

6. 此外, 随着上文第 5 段所述各项目标得到实现, 委员会议程上的议题必然逐步减少, 因而有必要查明一些新专题, 将其列入委员会今后几年的工作方案中。工作组认为, 委员会在向大会提出关于新的专题的建议时, 应该特别铭记《十年》的目标, 并确保其致力推动《十年》目标的工作实现最大的效能的必要性。

7. 在这方面, 工作组认为, 设想中的新议题应该回应国际社会上最为紧迫的需要, 其中的大多数议题必须主要是实用性, 而不是理论性的。其中大多数也应该是有可能在几年内完成, 或许应该在委员会下届任期内、或在《十年》的余下期间完成的专题, 而不妨碍探讨为数极少的、其编纂和逐渐发展可能需要一个较长过程的其他极为适切的专题。^a

^a 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分)。

^b 委员会在其第四十一届会议上设立的长期工作方案工作组由下列成员组成: 迪亚斯-冈萨雷斯先生(主席)、哈索内先生、马希乌先生、帕夫拉克先生和托穆沙特先生。

^c 《1990 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 107 页, 脚注 366。

8. 鉴于前几段中提出的考虑, 工作组提议: 委员会应该建议大会将下列专题列入委员会长期工作方案, 专题分列于五个标题下面, 每一个标题或其下的专题的排列顺序并不表示任何特定的优先次序。

专题一览表

国际经济法

- 外债的国际法律规章
- 资本投资的法律条件及其有关协定

环境保护的法律方面

- 不属于国家管辖的地区(“全球公有领域”)

- 之环境保护的法律方面
- 封闭的国际地下水的法律

联合国决议的法律效力

国家立法的域外适用

其他法律问题

- 关于国际移民的法律
- 少数民族的权利
- 引渡和司法协助
- 国际事实调查委员会

第四十三届会议文件一览表

文件	题目	备注和参考资料
A/CN.4/434	临时议程	油印件。通过的议程见上文第 10 页, 第 7 段。
A/CN.4/435 [和 Corr.1] * 和 Add.1 [和 Corr.1] *	特别报告员杜杜·锡阿姆先生关于危害人类安全治罪法草案的第九次报告	转载于《1991 年……年鉴》, 第二卷(第一部分)。
A/CN.4/436 [和 Corr.1,2] 和 3	特别报告员斯蒂芬·C.麦卡弗里先生关于国际水道非航行使用法的第七次报告	同上。
A/CN.4/437 [和 Corr.1]	特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任的第七次报告	同上。
A/CN.4/438 [和 Corr.1]	特别报告员莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生关于国家和国际组织间的关系(本专题的第二部分) 第五次报告	同上。
A/CN.4/439	特别报告员莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生关于国家和国际组织间的关系(本专题的第一部分) 的第六次报告	同上。
A/CN.4/440 和 Add.1	特别报告员加埃塔塔·阿兰焦-鲁伊斯先生关于国家责任的第三次报告	同上。
A/CN.4/L.456	秘书处编写的大会第六委员会在第四十五届会议期间讨论委员会报告的专题摘要	油印件。
A/CN.4/L.457	国家及其财产的管辖豁免条款草案。起草委员会二读通过的标题和案文: 第 1 至 23 条	见《1991 年……年鉴》, 第一卷, 第 2218 次会议(第 23 段起各段)、第 2219 次会议(第 59 段)、第 2230 次会议(第 9-60 段)的简要记录。
A/CN.4/L.458 [和 Corr.1] 和 Add.1	国际水道非航行使用法条款草案。起草委员会通过的标题和案文: 条款草案第一、二和六部分; 第 2、10 和 26-33 条	同上。第 2228 次会议(第 67 段)、第 2229 次会议(第 12 段起各段)、第 2230 次会议(第 6 段起各段)的简要记录。
A/CN.4/L.459 [和 Corr.1] 和 Add.1	危害人类和平及安全罪行治罪法草案。起草委员会通过的标题和案文: 第一和第二部分; 第 1-26 条	同上。第 2236 次会议(第 14 段起各段)、第 2237 次会议(第 34 段起各段)、第 2239 次会议(第 2 段起各段) 第

* A/CN.4/435 的更正和 A/CN.4/435/Add.1 的更正合为一个文件。

文件	题目	备注和参考资料
A/CN.4/L.460 A/CN.4/L.461	[没使用编号] 国际法委员会第四十三届会议工作报告草案: 第一章(本届会议的组织)	2240 次会议(第 2 段起各段)、第 2241 次会议(第 26-58 段的简要记录。 油印件。通过的案文见《大会正式记录, 第四十六届会议, 补编第 10 号》(A/46/10)。最后案文见上文第 9 页。
A/CN.4/L.462 和 Add.1[和 Add.1/Corr.2 和 3], 2 [和 Add.2/Corr.1], 和 3[和 Add.3/Corr.1]	同上: 第二章(国家及其财产的管辖豁免)	同上, 见上文第 12 页。
A/CN.4/L.463[和 Corr.1], 和 Add.1, 2, 3 和 4	同上: 第三章(国际水道非航行使用法)	同上, 见上文第 63 页。
A/CN.4/L.464 和 Add.1, 2, 3 和 4	同上: 第四章(危害人类安全及和平治罪法 草案)	同上, 见上文第 79 页。
A/CN.4/L.465	同上: 第五章(国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任)	同上, 见上文第 108 页。
A/CN.4/L.466	同上: 第六章(国家和国际组织间的关系)(专题的第二部分)	同上, 见上文 119 页。
A/CN.4/L.467	同上: 第七章(国家责任)	同上, 见上文 126 页。
A/CN.4/L.468 [和 Corr.1]	同上: 第八章(委员会的其他决定和结论)	同上, 见上文 130 页。
A/CN.4/SR.2205-A/CN.4/SR.2252	第 2205 至 2252 次会议的临时简要记录	油印件。最后案文见《1991 年……年鉴》, 第一卷。