

81. 人们有兴趣地注意到，至今为止还没有人指出，要制定的规则必须是强制性的和绝对的：如果他在评论第 28 条时有时间，本来是会这样做的。但是，无论如何，总是所涉双方较强大的一方决定是否应给予豁免，它自己的法庭是否有管辖权，因而也决定是否可实施它自己的法律。所以他担心在委员会和大会第六委员会纯粹根据数字的份量或政治势力最后通过的文本将是极不令人满意的。国际法的真正规则是共同的规则，例如，经济互助委员会或欧洲经济共同体制定的规则。不管在国际仲裁方面的保留意见如何不管它将引起什么问题，它的确指出了要遵循的道路，因为未来在于真正共同的国际立法。委员会应尽快从此角度重新审议这一论题。

下午 1 时散会。

第 2120 次会议

1989 年 6 月 16 日星期五上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、巴哈纳先生、哈索内先生、凯西先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯-冈萨雷斯先生、弗朗西斯先生、科罗马先生、马希乌先生、麦卡弗里先生、恩詹加先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、鲁库纳斯先生、史先生、索拉里·图德拉先生、锡亚姆先生、托穆沙特先生、扬科夫先生。

国家及其财产的管辖豁免(续)

(A/CN.4/410 和 Add.1-5,¹ A/CN.4/415,² A/CN.4/422
和 Add.1,³ A/CN.4/L.431,F 节)

〔议程项目 3〕

特别报告员的第二次报告(续)

二读审议条款草案⁴ (续)

1. 本努纳先生说,对所审议议题的讨论使他想起来一个传统的理论争议,即“文明国家承认的”国际法一般原则是产生于国内法还是产生于国际法。把国内法和国际法当作两个不同的、截然分开的领域来处理总是错误的。事实上,国内法和国际法不断地相互渗透和相互丰富。就管辖豁免这些具体问题来说,毫无疑问,是在各国国内管辖权的基础上给予豁免或拒绝豁免的,但各国在实施国内法时也考虑到某些国际规则。草案不应试图规定严格统一的规则,而是应仅限于制定出一般指导方针。公约草案的通过不是意味着国内法和国际法之间仍在进行的辩证过程的终结,而只是意味着这个过程内的某一阶段的完成。正如他在谈论第 1 至 11 条时建议的那样(第 2117 次会议),草案应包括一项这样的条款:规定在一段时间之后,比如 5 年或 10 年之后,应对公约加以审查。这样就表明,公约案文并不打算确定不变的,而是可以在适当时候加以修改或补充。这样的办法使达成协议更加容易,有助于克服他在委员们的一些评论中发现的略为悲观的态度。

2. 关于第 12 条,他同意特别报告员在其初步报告(A/CN.4/415,第 131-133 段)中提出的建议。与第 13 条相关的问题要复杂得多。好几国政府指出,人身伤害和财产损害问题是由关于国家责任的规则管辖的,与本草案不相关。

¹ 转载于《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

² 同上。

³ 转载于《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁴ 关于案文,见第 2114 次会议,第 31 段。

特别报告员建议的新的第 2 款（同上，第 143 段）并没有充分解决这个问题，因此他予以反对。另一方面他担心，如果删除“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”这一短语，这会使该条的范围更加广泛。这一短语应保留不动。实际上，该条整个来说需要委员会进一步深入审议。

3. 他同意特别报告员有关第 14 和 18 条的建议，并且注意到，他对第 15、16 和 17 条没有提出任何建议。

4. 关于第 19 条中方括号里的备选用语，“商业合同”概念已在关于用语的第 2 条得到足够宽泛的界定，应在整个案文里前后都使用，以避免混乱。

5. 他和其他委员一样怀疑是否有必要把第 20 条收在草案里；然而，如果委员会决定要保留第 20 条，他则同意卡莱罗·罗德里格斯先生的意见（第 2119 次会议），即该条不应在第三部分，而应移到第一部分，作保障条款。

6. 关于草案第四部分，按照特别报告员的建议和若干国家政府的意见，第 21 条应删除“或该国在其中有法律保护的利益的财产”这一短语，但是这样做并不能解决设想的那类财产的问题。一般公认，“法律保护的利益”这一用语并不完全令人满意，他建议，不妨提及国家对其拥有物权的财产，以取代“法律保护的利益”。对第 22 条也可以如此。关于从第 21 条（a）删除“非政府性”一词的建议是可以接受的，但是他反对删除“而且与诉讼要求的标的有关……”这一短语，因为这样将极度地扩大该项规定的范围。

7. 出于前边所述的原因，他同意删除第 23 条第 1 款中的“非政府性”一词，但不同意特别报告员这样的意见，即应在第 1 款（c）中加上“和为了货币目的”短语。第 2 款是多余的，应该删掉。提及第 21 条只会引起混淆；第 21 条本身已足够说明问题了。

8. 第 28 条产生了一系列问题。特别报告员本人让这一条的去留取决于提议的新的第 6 条之二（A/CN.4/422 和 Add.1，第 17 段）能否通过，似乎也是承认了这一点。在反对第 6 条之二的同时，他也认为第 28 条极为复杂，能对整个草案造成危害。澳大利亚政府说得对，该条不是涉及歧视或不歧视问题，而是涉及对等待遇问题。在这一点上，第 2 款（a）的关键性规定措词过于宽泛。当然，一国认为另一国在限制性地应用某项规定，这一点并不足以使前者有权同样做。毫无疑

问，这正是实际中一般发生的情况，但草案至少应试图树立一些风尚。

9. 最后，他对提议的草案的整个第六部分是否妥当相当怀疑，建议委员会在下届会议上更深入地审议解决争端问题。

10. 鲁库纳斯先生感谢特别报告员的细致工作，认为对委员会进行条款草案的二读很有帮助。然而，如果以后能把就一组条款提交的所有意见汇集一起，这将是很有用的，委员会便能对情况有个整体的、清楚的了解。对于那些没有自某一具体专题的讨论一开始便担任委员会委员的人来说这些意见尤其有价值。

11. 第13条规定了在某些人身伤害或有形财产损害的案例中国家管辖豁免规则的例外。根据该条规定，对于责任应归于外国并且发生在法院地国领土内的行为或不行为所造成的损害，个人可以在法院要求赔偿。根据对该条（原第14条）的评注，⁵ 该条规定主要包括了交通事故或以铁路、公路、飞机或水路运输货物和人员过程中发生的事故，因为尽管这类事故是可以投保的风险，但是保险公司可能借助其客户的豁免权，在赔偿问题上制造困难。然而，该条不适用于没有物质损害的案件，换句话说，不适用于名誉或合同、经济或社会权利受到损害的情况。该条的适用需满足两个条件。首先，行为或不行为必须全部或部分发生在法院地国领土内。其次，这种行为或不行为的当事方在行为或不行为发生时必须在该国。正是这后一项条件指明了第13条的范围，因为评注中关于该条设想的案件很少发生的一项意见只是暂时说得通。例如，评注还说，该条将适用于某些具体的损害案件，例如由快艇造成的损害——鉴于现代世界中各种关系发展的速度，这似乎不完全符合该条今后可能具有的范围。

12. 他进一步注意到评注里提到“向边境对面开枪开炮或流弹飞过边界的情况”（第7段），在这里他认为有必要规定武装冲突为例外。然而也有必要把外国军队驻扎另一国领土、军队或军事装备通过该领土以及同使用核动力有关的一系列可能事故等问题都包括在内。因此，他怀疑是不是提到现有公约就够了，而现有公约都不是具有普遍约束力的。特别报告员曾说，第13条开头用了短语“除有关国家间另有协议外”，提示参照其他国际协定，这能保证国际公约不受影响。但问题

⁵ 《1984年……年鉴》，第二卷（第二部分），第66-67页。

是其用意是不是要扩大已由缔约国议定并在一系列关于使用核动力的重要公约中得到确认的规则。

13. 关于提议的新第2款(A/CN.4/415, 第143段), 提示参照国际法中的国家责任的规则是不够的, 因为这里涉及法院是否有权调查应由外国负责的某些活动领域。显然这一款是有必要的, 但它应该更加详尽些。关于行为或不行为的当事方必须在法院地国的词语应保留, 至少目前不变, 因为这限定了该条的范围。

14. 他支持特别报告员有关第14条的建议(同上, 第156段), 也认为不能光提到某些法律制度或受到若干法律制度支配的机构。对案文作些适当的修改便可以很好地解决这一点。在这里, 他愿提请委员们注意, 在一个不同的但与此相关的领域——即大会第六委员会已给予详细审议的《联合国国际汇票和国际期票公约》⁶ 的通过问题——问题已达到如此程度, 必须寻找一个所有人都容易理解的并且不偏向于这个或那个法律制度的持平的案文: 对这个问题的审议曾有一段时间阻碍了这项公约的通过。

15. 他赞同特别报告员的意见, 认为由于第15条涉及计算机产生的作品, 所以应在评注里对该条的范围作出更详细的解释。对植物育种者权利作出更详尽的解释也是值得欢迎的。他还同意, 这个问题的具体方面不应列举, 因为这会引起对没有设想到的其他活动的审议。

16. 第18条当然是一个具有剩余性质的条款。从历史上讲, 国家管辖豁免问题的产生同船舶有关, 因为外国港口中的船舶是至少两个国家法律制度的接触点。因此, 这个问题已经受到条约的广泛约束; 上溯到19世纪的丰富的判例都确认了关于不从事政府性活动的船舶应受法院地国法院管辖的规则。因此, “从事商业〔非政府性〕活动的船舶”这一短语是发明出来的, 没有实际根据。另外, 从1982年《联合国海洋法公约》第236条可以清楚地看出, 豁免产生于船舶的非商业性质, 而不是其非政府性质。关于第18条第2款所设想的案例, 委员会最好仅考虑大致上平行的条款, 不要超越1926年《布鲁塞尔国有船舶豁免公约》。委员会尤其应当心不要使案文过于繁琐, 难以解释。

⁶ 大会1988年12月9日第43/165号决议, 附件。

17. 污染问题必须包括进去。另外，对该条（原第 19 条）评注中的一句话，即船舶或货物所属国的外交代表签发证明信一事当然受法院地国所适用的程序规则所约束，⁷ 需要给予更详细的解释，否则他不能确定这样的规定是否可列入该条。对特别报告员建议的新第 1 款之二（A/CN.4/422, Add.1, 第 26 段）也需要有更进一步的说明，在委员会下届会议上此款应作为优先事项讨论。然而如果最后还是决定将此规定收在草案里，那么它应列入新的第 11 条之二。

18. 在第 19 条里是使用“商业合同”还是使用“民事或商业问题”，这不应引起不必要的争议。也许加上下列词语便可将困难克服：根据本公约条款此法律行为归法院地国法院管辖”。

19. 最后，关于第 20 条，他指出，大约 40 年前，劳特帕克在其刊登在《英国国际法年鉴》的有名的文章里说过，法院地国法院同外国的立法行为毫无关系。自那时起，对这个问题的争议从未中断过。然而，如果委员会赞同就国有化措施的域外效力作出一项明确的保留，那么它对该条款没有什么反对意见。该条标题所用的“情况”一词需要进一步考虑；这里的意思可能是国有化的“效力”。

20. 主席以委员会委员的身分说，他和先前的发言人一样，感谢特别报告员的优秀报告，该报告的突出优点是，报告员极力推出一些建议，为达成妥协提供了适当的办法。

21. 为了取得普遍可以接受的结果，委员会有必要继续重申这样的指导原则，即根据它们的主权平等，各国及其财产享有管辖豁免。只有在这个基础上才可能清楚界定管辖的例外情况，这样才会在很大程度上消除对基本原则加以更多更广限制的必要性，因此有助于确保法律得到明白无误的执行。涉及国家及其财产管辖豁免的法律制度应小心地对待国家豁免的国际法原则、该原则的例外、用于防止不适当使用某些规则的法律补救办法这三者，不要有所偏倚。只有这样才能缔结一项文书，有助于权利平等但经济实力不等的各国之间的和平经济合作。

22. 作为对第 6 条方括号中“和一般国际法的有关规则”短语的一般性意见，他高兴地指出，特别报告员领会了一些委员的想法，这些委员主张删去这一词语。

⁷ 《1985 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 63 页，评注第 18 段。

他个人认为甚至在序言里都不应有这一词语。使用这些词语将为对豁免施加不应有的限制敞开大门，实际上犹如一项保留，最终会使整个未来公约解体。这会削弱人们所期望的法律保障，包含着如此之广的保留意见的国际协定不可能服务于稳定国际关系之目的，尤其是在国家及其财产豁免这个复杂的领域里。另外，也没有必要作这样的限制性规定，因为根据条款草案，各国可以协商偏离条款。这样的限制性规定只有在缔约各国就公约的解释发生分歧时才具有意义。在那种情况下，它们可以借助适当的手段寻求一致同意的解决办法，公约本身先敞开道路，容许进行偏颇的解释，这是令人遗憾的。

23. 为满足赞成更多限制的国家的立场，特别报告员在其第二次报告(A/CN.4/422和Add.1,第17段)里以新的第6条之二的形式提出了一种否认条款，根据这种否认条款，各国可以正式声明的形式限制外国的豁免，但如果被限制的国家在30天内表示反对，此声明便不能生效。如果采纳这一建议，这将破坏草案中制定的全部规则的统一性。从这项建议还可以看出，所设想的另外的例外不是“一般国际法”的事情，而是有关国家间具体协定的事情。他不认为第6条之二会解决问题。

24. 他的第二点一般性意见也涉及法律平等。虽然特别报告员考虑到了社会主义国家为确保自己不处于不利地位而表示的保留，但提议的新的第11条之二(A/CN.4/415,第122段)没有对涉及的实际问题给予足够考虑。草案必须使用毫不含糊的措词，以便单个的社会主义外贸企业不被等同于国家；否则，草案对社会主义国家没有任何价值。

25. 所有社会主义国家的做法是，把社会主义财产的某些部分清楚地划归独立的法人，完全用于商业活动。这些法人以自己的名义行事，有多少资产便具有多少责任能力，并不代表国家行动，因而不能要求豁免或放弃豁免。因此，不能把国家等同于这类法人，国家不能为它们负担的债务负责。当然，一个国家企业也不能对另一个企业的债务负责。

26. 遗憾的是，一些国家却习惯于这样做：一方面拒不承认社会主义国家企业的豁免，另一方面把它们当作国家机构对待，声称社会主义国家应尽其所有财产履行其单个法人所负担的义务。这造成了这种情况，即有关国家必须首先到法院地

国的法院出庭，使自己法律秩序得到尊重。即使它出庭了——实际上并非总是如此，但诉讼费用往往是一大笔开销。应当小心确保未来的公约不会被解释为进行外贸的一些国家的法律秩序只有当它们向法院地国的法律公司交付了适当的服务费之后才获得承认。他了解一些这样的案例：德意志民主共和国的外贸企业被作为国家机构或部门而卷入在美国的诉讼；德意志民主共和国被当作第二位被告，被认为负有责任。德意志民主共和国作为国家，对这些企业的商业交易不负有任何责任。要解释清楚这一点是很费力很花钱的事。

27. 否认一国就其商业交易援引豁免的权利，同时不顾其法律秩序要让它对其法律上独立的企业所进行的任何商业交易负责，这是有背于国家主权平等原则的。任何国家都不能接受这种情形。因此，德意志民主共和国建议在第3条里加上下列新的第2款：

2. “本条款所使用的‘国家’一词并不包括如第2条里所界定的国家建立的用于进行商业交易的机构，如果它们以自己名义行动并且以自身的资产负责的话”（A/CN.4/410和Add.1-5）。

这种规定有助于使条款草案对许多国家来说更加容易接受，而且这种规定也并非不寻常。例如，1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第27条第1款规定：“‘缔约国’一词不得包括缔约国的与其有别且能够起诉或被诉的法律实体，即使该实体被赋予公共职能”。这种规定也可以为明确的安排提供一个可能的基础。为此，特别报告员按照德意志联邦共和国和联合王国就第3条提出的意见建议在新的第2条（A/CN.4/415，第29段）第1款（b）项（3）目的末尾增加下列案文：

“……但一个与国家分开、有权占有和处置分离的国家财产而且有起诉和被诉能力的国营企业不应包括在该国的机构或部门之内，即使该国营企业被赋予公共职能”。⁸ 这样的修正会消除许多国家的疑问。

28. 他赞同特别报告员协调第2和第3条的努力，认为新的第2条第3款草案有助于在确定合同的商业性质时使“性质”标准和“目的”标准得到平衡的运用。

29. 在第7条里，“国家利益”和“国家控制的财产”这两个概念造成了一些困

⁸ 见《1988年……年鉴》，第二卷（第二部分），第100页，第508段。

难，或者应删掉，或者应精确地界定。他欢迎使用“法院地国”和“外国”这些措词，相信为了便于理解，其他各条也都会使用这些措词。使用“机构”和“部门”这两个词只有当它们在第2条里得到精确界定时才用得恰当。最好规定法院应依据职权审查是否存在豁免。

30. 泰国就第10条提出的建议如果获得通过，便会削弱该条的根基；提议的新的第4款（同上，第107段）可能引起反诉权利的滥用。该款应当修改得更具体，或者删掉。

31. 草案第三部分的标题再次反映了各国不同的利益，然而不同的利益最终应是可以调和的。他本人认为使用“例外”一词是重要的，因为豁免是常规，限制是例外。他不赞同推迟这个问题的审议，因为这是个关键问题，尽管他也理解特别报告员提出这样做的建议是希望如果在各项规则上能达成协商一致意见，这个问题便有可能失去重要性。

32. 第11条——关于国家豁免原则的主要例外——其措词尤其重要，该条开头不妨使用短语“除……另有协议外”。“一国如……订立商业合同”等词语含糊不清，应代之以更精确的词语，以便强调国家的产生自商业合同的义务以及同法院地国的法律关系。他认为，前任报告员在第四次报告⁹中所建议的这样一个规定是不可缺少的，特别是因为有些国家往往把管辖权建立在极为含糊的前提基础上。因此令人遗憾的是，报告员没有听从建议，没有把给定的争端同法院地国一定具有关系这一点表示清楚。应当谨慎小心，务必使未来的公约不被用作单方面施加管辖的借口，这种做法对原告有吸引力，对被告不利。他建议按照下列措词重新组织：

“除有关国家间另有协议外，如果诉讼的根据是一国从其与外国自然人或法人订立的商业合同产生的义务，并且商业活动部分或全部是在法院地国进行的，那么该国不得在另一国法院援引豁免。”

33. 尽管他理解到提议的新的第11条之二（同上，第122段）是特别报告员为克服某些困难而提出来的，但是仍有若干问题没有解决。如果采纳对新的第2

⁹ 《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分），第229页，文件A/CN.4/357，第121段。

条第 1 款 (b) (3) 提议的增加部分 (见上述第 27 段结尾), 问题或许会解决。第 11 条之二只包括了企业代表国家行事的例外情况, 没有包括——甚至排除——企业以自己名义行事、根本不享有豁免的典型情况。因此, 第 11 条之二不会使有关第 2 条的建议显得多余。史先生 (第 2115 次会议, 第 24 段) 和巴尔谢戈夫先生 (第 2117 次会议, 第 1 段) 提出的建议似乎为类似的解决办法铺平了道路。鉴于草案所依据的基本概念, 分离的国家财产问题不应在第三部分处理, 而是应在第一部分, 这样做的基本想法是防止不必要地扩大国家概念。这一点既适用于援引豁免, 又适用于不尊重国家财产中法律上独立部分的情况。

34. 对第 12 条所设想的劳工问题法律争端作出规定是不必要的, 因为这类争端一般是由相互协定或保险偿付来解决的。然而, 他不明白为什么特别报告员同意删除第 2 款 (b) 项: 例如, 法院地国不能强迫外国雇用某人。因此必须重新考虑第 12 条。

35. 第 13 条也容易招致严重的反对意见, 这从好几个国家所作的评论中已经可以看出来。该条似乎预断了豁免范围之外的国际责任问题。国家不论何时放弃豁免, 一般都是通过某一具体协定放弃的。有关的例子是 1969 年《特别使节公约》第 31 条和 1963 年《维也纳外交关系公约》第 43 条。第 13 条的措词似乎令许多国家难以接受, 同 1961 年《维也纳外交关系公约》第 31 条也相冲突, 因为措词隐含着一般放弃豁免的意思。对豁免的如此广泛限制在国家实践中前所未闻。然而, 如果象特别报告员在其第二次报告 (A/CN.4/422 和 Corr.1, 第 22 段) 里所建议的那样, 该条的适用范围可以缩小到一般可为其寻求保险偿付的交通事故一类, 各国也许乐意接受这样的处理办法, 这同《特别使节公约》第 31 条和 1963 年维也纳公约第 43 条更加一致。

36. 如果只把第 1 款 (a) 项保留下来, 第 14 条案文形式会变得更清楚。提及不动产的词语便会清楚地表示出法院地国同有关财产之间的必要司法联系。

37. 第 18 条引起的问题同他在谈到第 2 条时说过的问題相似。这些问题的产生大部分是由于“拥有”和“经营”的词语被视作相同。在涉及从事商业活动的政府船舶时, 如果由原告来决定是对拥有船只的国家采取行动还是对经营船舶的公司采取行动, 那么, 这只是因为没有考虑到这样的事实, 即航运公司是法律上独立的实

体并作为其船舶的唯一经营者而行动。在德意志民主共和国，航运公司是拥有法人资格的国有公司。它们是“经营者”，而国家不是。它们依据其资产而具有责任能力，并以自己名义行动，能够提起诉讼或被诉。因此它们不能援引豁免。第 18 条平行地提到“拥有者”，很容易使人想象到国家的次要责任；这种次要责任是不能接受的。

38. 问题不是要为拥有庞大国有资产部门的国家谋取好处，而是保护它们免受歧视，使它们脱离不利地位，因为它们有可能被要求对虽属自己却是单独的法律实体并且无权要求豁免的企业的义务负责。表面上是豁免的东西实际上影响了主权平等，近乎于对外国国内法律秩序的干涉。这是个一般国际法的问题，而不是社会主义国家独有的问题。社会主义国家尊重根据外国法律制度建立的法律实体，希望根据自己的法律制度建立的法律实体能得到同样的尊重。特别报告员（同上，第 24 段）正确地假定，如果一国允许单独的经营者海运公司回应船舶经营引起的起诉，那么没有理由认为作为船舶拥有者的该国应负责任。解决办法是由经营者而不是由拥有者负责：这种办法比较容易实现与特别报告员在第 18 条新的第 1 款之二（同上，第 26 段）中建议的相同结果。

39. 第 19 条的主要问题不是“商业合同”和“民事或商业问题”二者的选择问题，而是一个更复杂的问题，即是否可以老是把缔结仲裁协定看作在对协定或对裁决的效力发生争端时放弃豁免。他也认为，仲裁协定中可能暗含着放弃豁免，但这不能解释为同时暗含着对执行放弃豁免。

40. 关于第 20 条，国有化的情况并不是国家豁免的例外。相反，这类情况通常是一国的不受外国法院审查的主权行为。即使该条只是作为保障条款拟订的，但它并没有排除作出有害解释的可能性，这种解释会妨碍各国人民在没有外来干涉的情况下自主决定其政治状况并从事经济、社会和文化发展。特别报告员在报告（同上，第 25 段）中所举的例子并没有改变这一立场。实际上，这个例子只是表明了自决问题和干涉问题在这类情况中卷入的程度。一个法律实体在原属国依法解散了却在外国继续存在，这便构成对该国法律制度的范围深远的干涉，不论该国是以何理由决定解散这个实体的。他仍然坚信应该删除第 20 条。

41. 草案的第四部分最好和第二部分一样，在开头有一项一般规定，而不是

列举例外。第 21 条如果一般性地提及对强制措施的豁免，则更符合现代法律。另一方面，不妨设一项条款，规定各国义务遵从法院在未来公约的基础上向它们发出的终审判决。既然 1972 年《关于国家豁免的欧洲公约》已经包含有类似条款，那么应该有可能找到一个解决办法，使国际公认的关于禁止对其他国家财产执行判决的规定获得通过。也可以象特别报告员（同上，第 46 段）所建议的那样拟订一项基于对等原则的规定或者一个引导性短语“除……另有协议外”。但是他不能同意关于取消（a）项中有关财产与诉讼之间的联系的建议。鉴于一些国家在对待社会主义国家时的做法，恐怕会无视社会主义国家的财产结构，而对其财产的任何部分采取行动。设想一国同意让债权人在无视该国法定财产结构的情况下决定他希望用该国财产的哪些部分满足他的一项诉求或多项诉求，这是不大现实的。如果目的是防止被告乱用法律，逃避义务，那么必须寻找其他解决办法。对一国的任何资产一概可以采取行动的办法似乎不会得到普遍赞同。

42. 关于第 24 条，他赞同好几个国家提出的关于就诉讼文书的送达建立某种秩序的建议：为什么不完全通过外交渠道解决问题呢，没有理由不这样做，因为即使没有维持外交关系外交渠道总是存在的。通过外交渠道送达诉讼文书可以在任何情况下都保证有关国家的外交部及时获悉将采取的行动，并可以在自己国家内采取适当步骤，以相互协议的方式使争端在法院外获得解决，这会使所有方面都满意。关于通过邮局转送的可靠性问题，个人经验表明，一些怀疑是有道理的。

43. 对于修改第 25 条最后能取得什么结果，他不大有把握，但应该充分考虑到各国就缺席判决发表的评论，不论这种判决是如何送交的。不能推想文件既已送交就一定会被收到。

44. 第 28 条的标题与内容不完全相符。实际上这里的问题不是非歧视，而是使国家脱离该项未来的公约规则的做法合法化。然而，这会引起人们对编纂公约的目的产生疑问，也会为单方面的、偏离公约的规章提供理由。不需要用第 28 条处理以商定的或对等的方式实行或限制豁免问题。各国总是可以缔结这类安排的，从下列一点可以看出来，几乎所有例外情况的开头都使用短语“除……另有协议外”。因此该条似乎可以不要。

45. 麦卡弗里先生说，本努纳先生关于定期审查和修正草案的建议值得认真

考虑。很明显，该项未来的公约仍然处于成形阶段，委员会以及起草委员会都仍然需要进行深入的讨论。

46. 托穆沙特先生发表的意见（第 2119 次会议）几乎包括了他自己想就第 12 条和第 13 条提出的所有观点。第 12 条是必要的。这方面的国家惯例的确存在：尽管美国的 1976 年《外国主权豁免法》没有关于雇用合同的单独条款，但这类合同包括在该法案的商业活动例外条款中。雇用合同是好几国的法规。1972 年《关于国家豁免的欧洲公约》以及一些国家判例法所承认的例外。

47. 托穆沙特先生曾提到牵涉一名无线电和电报操作员的案件，他也了解一个类似的案件。此案件涉及一名瑞士籍电话接线员。该接线员在美国驻日内瓦代表团工作了大约 20 年，但出于工作条件和工作要求的变化，她决定不继续留在美国代表团工作。在离职时她声称有权获得某些离职津贴。她的这些要求没有被承认，此事随后争论到瑞士法院。法院认为美国不能援引豁免。法院在作出判决时，实际上援引了国际法委员会的议事录和一些委员的发言。

48. 他想再次强调托穆沙特先生的观点，即在这类案例中实际上无法取得外交保护：根据第 13 条产生的案例也是如此。例如，国际法院目前正在审查一个案件，涉及美国公司在意大利的子公司被征用一事。此案发生于 60 年代，自那时起，经意大利多家法院审查，久拖不决。必须用尽当地补救办法，官僚政治上的拖延自然不可避免。这项索赔涉及的价值达几百万美元，因此缠讼了 20 年。一般的雇用合同索赔和根据第 13 条的侵权行为索赔都肯定不会有这么大的份量，都有可能干脆了结。受到国家行动侵害的个人必须有某种有效的追索办法，从国际人权法来讲应是如此。

49. 特别报告员曾建议删除第 13 条中的第二项关于领土的规定，但最好保留这项规定：否则，便有可能引起大量的跨界侵权行为案。事实上，美国 1976 年《外国主权豁免法》非商业性侵权例外已经引发了若干诉讼，要求赔偿跨界侵权行为造成的损害，尽管该法案规定伤害或损害必须发生在美国，尽管该法案中叙述立法经过部分谈到侵权行为或不行为也必须发生在美国。

50. 特别报告员在口头介绍（第 2114 次会议）时说莱特利尔诉智利共和国案（1980 年）看起来是一个例外，但这不是真的。这类诉讼案可能不象产生于商

业活动例外的诉讼案那么多，但是它们确实存在，并对被告国造成了问题。在过去五六年里，在美国控告阿根廷的诉讼案起码有两件西德曼案指控阿根廷没收财产和侵犯人权，阿梅拉达·赫斯案，涉及一艘船舶，该船在福克兰（马尔维纳斯）冲突期间因偏离航向而过于靠近作战区，结果被炸弹击中。在后一案例中，炸弹没有爆炸，但被保存下来。当时不得不将船凿沉。也有些涉及墨西哥的案例，一案是由墨西哥湾的漏油事件引起的，这次漏油破坏了得克萨斯海岸线；另一案是由于墨西哥在根据囚犯交换条约运输囚犯过程中犯下过失而提起的意外致死诉讼。

51. 在若干诉讼案中，被告国政府没有出庭。正如委员会其他委员指出的那样，出庭参加诉讼涉及花钱雇用律师等等。但是缺席也有危险：判决的损害赔偿金额往往达到几百万美元。在美国国务院的鼓励下，一些国家后来出庭并请求复审缺席判决，最后成功地推翻了原判决。纵观整个问题，他认为委员会应考虑具体写明，也许是在第 25 条或在其评注里写明，法院在作出判决之前，必须依职权确定有关规定已经得到遵守。这会消除普通法体系中常常出现的情况：只要原告提出控告而被告没有提出辩护，便可作出对原告有利的判决。

52. 特别报告员在其第二次报告（A/CN.4/422 和 Add.1，第 21 段）中引用了对第 13 条（原第 14 条）的评注，评注（第 2 段）说：“豁免规则的这种例外仅适用于有关国家根据不法行为地法应负有责任的案件或情况……”。这在一定程度上是对的，但国际司法发生了急剧的变化，不再可能假定理所当然地会使用伤害发生地的法律。在美国，许多州使用利益分析方法或最重要关系方法来确定适用的法律。在欧洲也一样，当地法规并不完全适用于所有侵权案。他刚才援引的话应该解释为不法行为地法包括了法院地国有关选择法律的规则，不应解释为仅指法院地国的本地法。

53. 特别报告员也许提出了把第 13 条的范围限定于交通事故的可能性，因为损害赔偿金额判得很高，尤其是在美国，是令人恼火的主要原因。努力解决这个问题值得称赞，但这并不够，并没有为受害的个人提供切实的追索办法。委员会应进一步审议这个问题。把该条的适用范围限定于交通事故，这样做的好处是有可能加进个人必须参加保险的规定，这样便可以由保险公司承担赔偿责任。

54. 特别报告员建议新设一个第 13 条第 2 款（A/CN.4/415，第 143

段),以维护关于国家责任的规则,这是不必要的。在国家实践中这方面的问题并没有发生;尽管如此,这个问题可以在以后的报告里加以探讨。

55. 第14条确实应该简化。有些委员已经正确地指出,该条过多地考虑到普通法体系及其提及财产的独有方式。特别报告员关于使第1款(c)到(e)各项保持一致的建议(同上,第152-154段)是有建设性的。然而在这些项里所讨论的问题都是实际问题,不应该完全忽视。一国声称对一项财产拥有权利——或许因为根据其法律不动产应归属于它,这不应妨碍法院继续审理诉讼并确定个人对财产或资产拥有的权利和利益。关于第2款,他同意委员会应考虑重新拟订或者删除该款。

56. 他确信,第15至17条是草案的不可缺少的部分。关于第18条,“非政府性”一词应删除;否则它会暗含着如下意思:国家船舶如果用于政府商业性活动便享有豁免。马希乌先生(第2119次会议)和其他委员都认为应该重新措词。鲁库纳斯先生提请注意1982年《联合国海洋法公约》所用的词语。但他个人认为提及“商业用途”就够了。

57. 关于提议的新的第18条第1款之二(A/CN.4/422和Add.1,第26段),似乎没有必要具体规定出特别的制度。在这方面,他就提议的新的第11条之二发表的意见(第2117次会议)也可用于第18条第1款之二。他同意草案中不必包括国家飞机,但他不能同意特别报告员的说法(A/CN.4/422/Add.1,第31段),即在国家拥有或国家经营飞机的豁免方面没有统一的习惯国际法规则。人们的确可以看出这个领域已出现这样一个规则:它同有关公约中的规则密切相关,类似于关于国家船舶的规则。

58. 第19条极为重要,因为国家与国家实体和个人之间的合同中的仲裁条款越来越多地得到使用。正如该条(原第20条)¹⁰的评注和委员们指出的那样,该条涉及对仲裁程序的监督性管辖。马希乌先生和勒泰先生提到过的金字塔案说明了这条的必要性。另外,该条应明确阐明,在关于执行仲裁协定的诉讼中不得援引国家豁免。

¹⁰ 《1985年……年鉴》,第二卷(第二部分),第63-64页。

59. 关于第 19 条是否应提及对仲裁裁决的承认和执行作出规定这个问题，前任报告员曾认为，所有关于承认和执行的问题应放在草案的第四部分，第三部分应只涉及管辖豁免或不存在管辖豁免。第 21 条既然说到“任何”执行措施，想必包括了仲裁裁决的执行或强制执行措施。但委员会不妨更直接地处理这个问题，在草案的某个地方，比如在第 19 条或第 21 条对仲裁裁决的承认和执行作出明确规定。有些国家，其中包括联合王国和美国，不认为要求执行的财产与要求执行仲裁裁决的诉讼原因或诉讼标的这两者之间必须有联系。这同特别报告员的想法是一致的，报告员认为应删除第 21 条 (a) 中关于财产应与诉讼要求的标的有关的要求。

60. 关于第 19 条方括号中的措词，他十分倾向于使用“民事或商业问题”，不使用“商业合同”。没有任何理由缩小法院可对其实行监督性管辖的情况范围。毕竟国家同意了仲裁，而仲裁协定不应形同虚设：它对协定的双方都应具有约束力，并可以强制执行。

61. 最后，关于国有化的第 20 条并不是完全必要的。然而如果要加以保留，也应移到草案的第五部分。

62. 他认为，委员会应在下届会议上留出时间认真审议第 11-20 条以及草案的第四和第五部分，尤其是应考虑到特别报告员和各国政府提出的许多重要修改意见。

63. 阿吉博拉亲王对特别报告员就一个最困难的专题提交的卓越报告向他表示祝贺。

64. 他一方面赞同某些委员的意见，要求对这个专题采取谨慎的处理办法，另一方面则赞成另一些委员的意见，敦促委员会加快工作进度。本专题是国际关系中十分重要的专题，涉及各种类型的交易活动。因此对这个专题应谨慎处理。然而目前的形势是，许多国家反对某些法院地国家采取的削弱它们主权的行动。这些法院地国家正无视确立已久的平等者之间不存在统治权这一国际法规则；其他国家的船只被扣押，其中央银行或国家银行的帐户被毫无顾忌地冻结，包括建筑物和飞机在内的资产遭受到强制行动。鉴于所有这些原因，必须就此专题达成确切的结论，以免形势进一步恶化。总之，委员会应慢慢地加紧工作，以便最后草案最有可能获

得各国的普遍赞同。

65. 国家及其财产的管辖豁免原则是国际法中普遍接受和公认的原则。它是国家主权和主权平等原则的合乎逻辑的产物。保加利亚政府在其评论和意见中十分恰当地说到，这些原则规定了“一国不服从另一国管辖权威”（A/CN.4/410和Add.1-5）。

66. 他不赞同这样的说法，即在国家管辖豁免的问题上有两种思想流派，一种是绝对豁免论，一种是有限豁免论。但真实情况是只存在一个原则。当然，每项规则都有一些例外，所谓的有限豁免或职能豁免假设只不过表达了豁免原则最近出现的可能的和实际的例外情况。正如德意志民主共和国政府指出的那样，委员会的任务“是考虑到所有国家的正当利益，制订出一套规则，从而制止过去几年中日益增多的通过单方面行动极力缩小国家及其财产豁免权的企图”（同上）。因此真实情况是，某些国家的单方面行动实际上否定了关于国家豁免的国际法规则，损害了世界上一些贫穷国家、特别是第三世界国家的利益。有限豁免或职能豁免论正受到一些国家——其中大部分是工业化国家的传播和鼓励，其结果是，第三世界国家的主权被弄得完全有名无实。

67. 正如已指出的那样，只有几个国家就本公约条款草案提交了评论。答复者这么少，不能将此看作联合国会员国形成了一致意见。还应该牢记在心的是，一些国家虽提出了答复但其表达的观点却笼罩着1972年《关于国家豁免的欧洲公约》条款的色彩。应当记住的是，现在讨论的本公约条款草案所涵盖的范围要比1972年的欧洲公约大得多。

68. 他当然不会不在意管理权行为这个问题，但不幸的是，正是统治权行为遭到弱化，有时人们不仅会问统治权行为还剩有什么。他本国最近曾是这种情况的受害者。在70年代初内战结束后，尼日利亚由于需要进行国家重建和复兴，购买了大量的水泥，这种购买被当作了管理权行为。结果，该国的资产在世界许多地方被扣押，其不利影响现在依然能感受到。这方面的典型例子是在英国发生的特伦德克斯贸易公司诉尼日利亚中央银行案（1977年），在讨论中已经提到过这个案件。这个问题也会因商业合同问题而发生。总的来说，所有国家承认外国及其财产的管辖豁免，只有在很个别的情况下才有例外——不能单方面或主观地实行例外。

因此他感到高兴的是，特别报告员从未让有限论约束或干扰他对本专题目标和宗旨的思考，并采用了务实的做法。

69. 第1条从内容上说是可以接受的，但是他同意澳大利亚的建议，用“法院地国”和“一外国”分别取代“一国”和“另一国”，使案文更清楚。他自己的建议是把该条的措词改成大体上如下：

“本条款适用于一国及其财产（此处指‘外国’）免于另一国（此处指‘法院地国’）法院管辖的豁免。”

这种澄清，如放在第1条开头，便会消除其他条款，例如第6、7和11条中所有不确切和含混之处。

70. 特别报告员建议将第2和第3条合并为新的一条，标题定为“用语”（A/CN.4/415，第29段），此建议是可以接受的。新的一条第1款（a）中“法院”一词的定义范围很宽，包括了所有的国家管辖部门，赋予了很广的管辖范围。然而它有可能解释为既包括法院的民事管辖权，又包括法院的刑事管辖权。他建议使该项规定仅限于民事案件。因此，“有权行使司法职能的”短语应修改为：“有权行使民事方面司法职能的”。这一建议同德意志民主共和国（A/CN.4/410和Add.1-5）意见一致，认为“法院”一词的定义应包括对“司法职能”一词的准确说明。

71. 关于“商业合同”的定义，对“性质”标准并没有人提出任何评论，但对“目的”测验却提出了反对意见。他自己认为，两项标准都应保留。在他刚才提出的购买水泥的例子中，购买的目的是不是商业性的，而是同国家福利有关，换句话说说是同公共利益有关的目的。在他的国家内有一个实体，它负责从国外购买商品，部分具有商业动机，这就是尼日利亚全国供应有限公司。因此他赞同墨西哥（同上）和西班牙（同上）分别对已通过的第2条第1款（b）和第3条第2款的评论，赞同特别报告员关于保留现载入新的第2条第3款中规定的建议。同样，德意志联邦共和国也说得对（同上），本条款草案应有关于联邦国家的规定。

72. 联合王国以及其他国家曾建议，第4条应具体提到1961年《维也纳外交关系公约》、1963年《维也纳领事关系公约》以及其他关于外交法律的公约。在这个问题上他要指出的是，那些文书并不都是被所有国家批准的。实际上，

1961年和1963年的公约以及1969年《特别使节公约》和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》都明确规定了外交使团、领事馆、特别使节团、国际组织以及国际会议的管辖豁免。然而，总的来说，他对特别报告员所建议的措词（A/CN.4/415，第50段）感到满意。

73. 另外，他支持第5条，一项关于不溯及既往的规定，这是目前这类草案的惯有做法。但是墨西哥政府还是指出，一些条款应该溯及既往，因为它们申明了现有的国际法原则。

74. 第6条是整个草案的核心条款。放在方括号中的词语“和一般国际法的有关规则”应删除。他反对关于草案应从属于“国际法一般规则”的任何建议，那样做会给对国家豁免原则实行限制敞开大门。委员会根据章程应从事国际法的逐渐发展和编纂。在目前的工作中，应该谨慎小心，不要使条款草案都受制于一般国际法原则，从而使条款草案受到削弱。

75. 特别报告员重新拟定的第7条第1款案文（同上，第79段）消除了已通过的案文中含混不清之处。第2款和第3款应和第11条的规定一样都移到关于用语的一条。关于草案第三部分的标题应是“国家豁免的例外”，而不是“国家豁免的限制”。

76. 最后，他对提议的新的第11条之二（同上，第122段）没有定论，理由同巴哈纳先生（第2118次和第2119次会议）所说的相同。

77. 主席回答巴尔谢戈夫先生的询问说，第12至28条将在下届会议上讨论。

下午1时零5分散会。

第2121次会议

1989年6月20日星期二上午10时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、巴哈纳先生、哈索内先生、凯西先生、阿兰焦·鲁伊斯