

国际法委员会
第三十五届会议
工作报告

1983年5月3日至7月22日

大会

正式记录：第三十八届会议

补编第10号 (A/38/10)



联合国

国际法委员会
第三十五届会议
工作报告

1983年5月3日至7月22日

大会

正式记录：第三十八届会议
补编第10号 (A/38/10)



联合国
1983年，纽约

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。

前有年度和省略号的“年鉴”（如《1977年……年鉴》），是指《国际法委员会年鉴》。

委员会报告的排版本将载入《1983年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分。

目 录

章 次	段 次	页 次
一、会议的组织	1 - 25	1
A. 成员	3	1
B. 主席团成员	4 - 5	3
C. 起草委员会	6	4
D. 秘书处	7	4
E. 议程	8 - 9	4
F. 秘书长的访问	10 - 25	5
二、危害人类和平及安全治罪法草案	26 - 69	10
A. 导言	26 - 41	10
B. 本届会议审议这个专题的情况	42 - 69	19
1. 治罪法草案的范围	45 - 61	19
(a) 基于对事的理由的内容	46 - 49	19
(b) 基于对人的理由的内容	50 - 61	20
2. 方法	62 - 67	24
3. 执行	68	25
4. 结论	69	26
三、国家及其财产的管辖豁免	70 - 96	27
A. 导言	70 - 96	27
1. 委员会工作的历史回顾	70 - 75	27
2. 本届会议审议这个专题的情况	76 - 96	30
B. 关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案		36
1. 委员会至今为止暂时通过的条款草案案文		36

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2. 委员会第三十五届会议暂时通过的 第10条、第12条、第2条 第1款(g)项、第3条第2款和第 15条的案文及其评注		
第10条 反诉		42
第三部分 国家豁免的例外		49
第12条 商业合同		49
第2条 用语		73
第3条 解释性规定		74
第15条 财产的所有权、占有 和使用		76
四、国家责任	97 - 133	81
A. 导言	97 - 105	81
B. 本届会议审议这个专题的情况	106 - 133	83
C. 关于国家责任的条款草案 (条款草案 第二部分)		87
第1条		87
第2条		88
第3条		89
第5条		89
五、外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋 的地位	134 - 190	91
A. 导言	134 - 141	91
B. 本届会议审议这个专题的情况	142 - 189	100
(a) 对报告的一般评论	145 - 154	101

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(b) 给予外交信使的便利	155 - 171	103
(c) 外交信使的不可侵犯性和 管辖豁免	172 - 189	109
C. 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	190	115
第1条 本条款的范围		115
第2条 不属于本条款范围的信 使和邮袋		116
第3条 用语		117
第4条 公务通讯的自由		123
第5条 尊重接受国和过境国法 律和规章的责任		124
第6条 不歧视和对等待遇		126
第7条 外交信使的证件		128
第8条 委派外交信使		129
六、国际水道非航行使用法	191 - 260	131
A. 导言	191 - 206	131
B. 本届会议审议这个专题的情况	207 - 260	140
1. 特别报告员建议的总的做法	215 - 224	144
2. 特别报告员提出的大纲中的各章 和各条款	225 - 260	147
(a) 第一章 介绍性条款	225 - 234	147
(b) 第二章 一般原则——水系 国的权利和义务	235 - 248	151

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
(c) 第三章 有关国际水道系统的合作和管理	249 - 255	158
(d) 第四章 环境保护, 污染, 危害健康, 危害自然, 调节和安全, 使用上的优先, 国家或区域保护地点	256 - 257	164
(e) 第五章 争端的解决	258 - 259	171
(f) 第六章 最后规定	260	175
七、国家和国际组织间的关系 (专题的第二部分)	261 - 277	176
A. 导言	261 - 271	171
B. 本届会议恢复审议这个专题的情况	272 - 277	178
八、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	278 - 302	180
A. 导言	278 - 282	180
B. 本届会议审议这个专题的情况	283 - 302	181
1. 特别报告员对情况的评价	287 - 294	183
2. 委员会的讨论	295 - 302	186
九、委员会的其他决定和结论	303 - 340	190
A. 委员会的工作计划和方法	303 - 314	190
B. 与其他机构的合作	315 - 327	193
1. 美洲法律委员会	315 - 318	193
2. 亚非法律协商委员会	319 - 321	194
3. 欧洲法律合作委员会	322 - 325	194

目 录 (续)

<u>章 次</u>	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
4. 阿拉伯国际法委员会	326 - 327	195
C. 第三十六届会议的日期和地点	328	196
D. 出席大会第三十八届会议的代表	329	196
E. 吉尔贝尔托·阿马多纪念讲座	330 - 332	196
F. 国际法讨论会	333 - 340	197

第一章

会议的组织

1. 国际法委员会是根据大会1947年11月21日第174(II)号决议设立的。委员会依照附于该决议并经后来修正的委员会章程，于1983年5月3日至7月22日在联合国日内瓦办事处委员会的永久会址举行了第三十五届会议。第三十四届会议主席保罗·勒泰先生主持了会议开幕式。

2. 本报告说明委员会这一届会议的工作情况。报告第二章是关于危害人类和平及安全治罪法草案，叙述委员会关于这一专题的工作。第三章是关于国家及其财产的管辖豁免，叙述委员会关于这一专题的工作，并载有委员会在第三十五届会议上暂时通过的三条条文和其他两条的两款及有关评注；第四章是关于国家责任，叙述委员会关于这一专题的工作，并载有委员会在第三十五届会议上暂时通过的四条条文及有关评注。第五章关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位，叙述了委员会关于这一专题的工作，并载有委员会在本届会议上暂时通过的八条条文及有关评注。第六章关于国际水道非航行使用法，第七章关于国家“和国际组织间的关系”(专题的第二部分)，第八章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，这几章分别叙述了委员会关于上述这些专题的工作。最后，第九章叙述了委员会的工作计划和方法及若干行政和其他问题。

A. 成员

3. 委员会由下列委员组成：

理查德·奥苏奥拉莱·A. 阿金基德酋长(尼日利亚)

里亚德·凯西先生(伊拉克)

米库因·莱利埃尔·巴兰达先生(扎伊尔)
胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷)
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)
豪尔赫·卡斯塔涅达先生(墨西哥)
莱昂纳多·迪亚斯-冈萨列斯先生(委内瑞拉)
卡拉法拉·拉希德·穆哈迈德-阿赫迈德先生(苏丹)
延斯·埃文森先生(挪威)
孔斯坦廷·弗利坦先生(罗马尼亚)
劳雷尔·B. 弗朗西斯先生(牙买加)
豪尔赫·E. 伊留卡先生(巴拿马)
安德里亚斯·J. 雅乔维德斯先生(塞浦路斯)
S. P. 贾戈达先生(印度)
阿卜杜勒·G. 库鲁马先生(塞拉里昂)
霍塞·M. 拉克莱塔-穆诺兹先生(西班牙)
阿赫迈德·马伊乌先生(阿尔及利亚)
沙菲克·马莱克先生(黎巴嫩)
斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生(美利坚合众国)
倪征燠先生(中国)
弗兰克·X. 恩真加先生(肯尼亚)
小木曾本雄先生(日本)
西埃德·沙里夫丁·皮尔扎达先生(巴基斯坦)
罗伯特·昆廷·昆廷-巴克斯特先生(新西兰)

埃迪伯特·拉扎凡德拉朗博先生（马达加斯加）
保罗·勒泰先生（法国）
威廉·里普哈根先生（荷兰）
伊恩·辛克莱爵士（大不列颠及北爱尔兰联合王国）
孔斯坦廷·A·斯塔弗罗普洛斯先生（希腊）
颂蓬·素差伊库先生（泰国）
杜杜·提阿姆先生（塞内加尔）
尼科莱·A·乌沙科夫先生（苏维埃社会主义共和国联盟）
亚历山大·扬科夫先生（保加利亚）

B. 主席团成员

4. 委员会在1983年5月4日第1754次会议上选出下列主席团成员：

主席：劳雷尔·B·弗朗西斯先生

第一副主席：亚历山大·扬科夫先生

第二副主席：埃迪伯特·拉扎凡德拉朗博先生

起草委员会主席：霍塞·M·拉克莱塔—穆诺兹先生

报告员：S·P·贾戈达先生

5. 委员会本届会议的扩大的主席团由本届会议主席团成员、委员会各前任主席和各特别报告员组成。扩大的主席团主席由本届会议主席担任。根据扩大的主席团的建议，委员会在1983年5月13日第1760次会议上为本届会议设立了一个规划小组，负责审议有关委员会工作安排、工作计划和工作方法等事项，并就此向扩大的主席团提出报告。规划小组由下列成员组成：亚历山大·扬科夫先生（主席）、米库因·莱利埃尔·巴兰达先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·迪亚斯—冈萨列斯先生、安德里亚斯·J·雅乔维德斯先生、沙菲克·马莱克先生、

斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、保罗·勒泰先生、孔斯坦廷·A. 斯塔弗罗普洛斯先生、杜杜·提阿姆先生以及尼科莱·A. 乌沙科夫先生。该小组不限制成员人数，欢迎委员会其他委员参加它的会议。

C. 起草委员会

6. 国际法委员会在1983年5月9日第1757次会议上任命了由下列成员组成的起草委员会：霍塞·M. 拉克莱塔—穆诺兹先生（主席）、里亚德·凯西先生、米库因·莱利埃尔·巴兰达先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、卡洛斯·卡莱罗—罗德里格斯先生、孔斯坦廷·弗利坦先生、阿卜杜勒·G. 库鲁马先生、阿赫迈德·马伊乌先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、倪征噢先生、小木曾本雄先生、保罗·勒泰先生、伊恩·辛克莱爵士以及尼科莱·A. 乌沙科夫先生。S. P. 贾戈达先生也以委员会报告员的身分参与起草委员会的工作。委员会中非起草委员会成员的委员也被邀请列席。

D. 秘书处

7. 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本届会议，并在委员会1983年5月26日第1768次会议上讲了话。法律事务厅编纂司司长瓦伦丁·A. 罗曼诺夫先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。高等法律干事爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生担任委员会副秘书长。高等法律干事安德尼可·O. 阿迪迪先生，法律干事拉里·D. 约翰森先生、曼努埃尔·拉马—蒙塔尔多先生和马赫努希·阿尔珊加尼女士担任委员会助理秘书。

E. 议 程

8. 委员会在1983年5月4日第1754次会议上通过了第三十五届会议的议程，项目如下：

1. 国家责任

2. 国家及其财产的管辖豁免
3. 外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位
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. 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
7. 国家和国际组织间的关系（专题的第二部分）
8. 工作计划和方法
9. 同其他机构的合作
10. 第三十六届会议的日期和地点
11. 其他事项

9. 委员会审议了所有的议程项目。在本届会议期间，委员会一共举行了61次公开会议（第1753至1813次）和两次非公开会议。此外，起草委员会举行了30次会议，委员会扩大的主席团举行了两次会议，规划小组举行了四次会议。

F. 秘书长的访问

10. 联合国秘书长哈维尔·佩雷斯·德奎利亚尔阁下对委员会进行了访问，并在委员会1983年7月4日第1795次会议上讲了话。¹

11. 主席代表委员会全体委员向秘书长表示非常热烈和真诚的欢迎。并且说，秘书长作为一个在国际法问题上从事过教学和著述工作的法学家、学者和教授，到了国际法委员会应该有宾至如归之感。

在座的每一个人都尊敬和钦佩秘书长通过联合国为和平事业所作出的贡献。他曾以不同的身份在联合国工作，在他光辉的职业生涯中他经常表明他个人完全信守庄严载入宪章的原则和宗旨，以及他相信国际法作为实现宪章的目标的工具所起的重要作用。秘书长对国际法委员会的访问，是在他就任以后较早安排进行的，这进一步证明他深深献身于国际法律秩序的促进和维护。

¹ 根据委员会的决定，秘书长在访问时的发言全文作为A/CN.4/L.368号文件分发。

12. 秘书长感谢主席代表国际法委员会的委员对他的欢迎，并且说，由于他自己也是个法学家，对他来说和委员会的委员们相聚一堂特别感到高兴。由于他到国际法委员会来是第一次，他希望讲一讲他有关国际法的编纂和逐渐发展的极端重要性的一些想法。

13. 他强调说，完整和普遍接受的国际法体系的概念是宪章的核心。这样一个法律体系，不仅对以非暴力形式解决现存争端，而且对构成国际社会的许多国家的日常的共处和合作，都是十分重要的。可能有人会问，目前国际关系的状况是经常有人提出构成这个法律体系的基本原则遭到破坏，在这种时候强调国际法作用的重要性，是否有些讽刺意味。但是在他看来，目前关于国际行为规范存在着相当混乱的状态，现在比过去任何时候更加迫切需要重申和制定国际关系和国际法律秩序的基础。人类的历史已经表明，不明确制定法律原则作为各国为共同利益而行动的指针，世界在寻求国际事务的有秩序的方向时将遇到更大的困难。各国不论其意识形态、社会和经济制度如何，不论其大小和相对的军事和经济实力如何，都应该承认，除了在国际法的框架内的发展及和平共处政策，没有别的可行的长久的取代办法。

14. 秘书长提及，从宪章第十三条第一项条款中，可以看到期待联合国经常在完整和普遍接受的国际法体系的成长发展中起作用，该条款规定，大会应发动研究并作出建议，以“促进政治上之国际合作，并提倡国际法之逐渐发展与编纂”。旧金山会议通过这条条款，标志着国际法的逐渐发展与编纂过程中，开始一个新的前所未有的时期。宪章的制订者设想，国际法的逐渐发展和编纂的工作，是联合国的一个政治目的，为了实现这个目的，会员国承担有进行合作的政治和法律义务。

15. 他指出，发展和编纂国际法的过程，现在主要是在这个普遍性国际组织的会议上进行。与会者正在努力修订、形成、甚至改造指导它们之间关系的行为准则，使那些规范更能适应新的形势和更加有效。这个过程依赖多边外交来产生条约和编纂公约，而不是依赖习惯国际法通过实践、承认或默许的发展。其目标是满足各国和组织起来的国际社会的政治愿望、利益和需要，以期促进国际合作，并以法律的确定性为维护国际和平与安全作出贡献。

16. 他说，此外，人们普遍认为，在过去的40年里，国际社会发生了重大的变化，这就经常要求逐渐发展和编纂国际法，以满足当代的要求。正如一再强调指出的那样，在本世纪初，世界上60%的土地和70%的人口是由殖民地、自治领和保护国组成时，甚至到1945年，51个国家签署联合国宪章时，在那些时期是足够和适当的東西，不能期待它们满足今天国际社会的要求，今天的国际社会已有157个国家，并面临着一系列新的问题。这些问题也是科学技术的发展所带来的；科学技术的发展从物质上影响了全球的结构和全球的经济，并产生了对于本世纪中叶仍然是人的能力所不能及的活动在法律上加以管理的需要。问题在于持续的全球性相互作用使各国的生活和稳固的生存有赖于许多在它们国界之外起作用的因素；现代各国实际的发展和共存，日益有赖于它们识别这些因素的能力，以及设计可行的办法来处理这些因素。

17. 秘书长说，各国同时又一如既往十分珍视它们的独立和领土主权。当前所强调的，是各国之间的差异，而不是各国的共同点。而且毫无疑问，在一个资源有限、经济严重萧条的世界，一国占有更大的份额将使另一国占有更小的份额。因此就存在看不清共同利益以及对应向哪个方向发展达不成一致意见的危险。在这种相互依赖的背景下编纂法律原则，已证明是一个十分艰巨的任务，但是正是由于这个原因，这个任务才更加重要。

18. 他指出，到1983年11月，从大会根据第174(II)号决议设立国际法委员会作为履行宪章第十三条所赋予它的主要职能之一的工具算起，将过去36个年头。随着国际法委员会的设立，大会有了一个具有最高科学和技术质量的常设附属机构，来从事一切编纂工作的基本准备工作，即对各种复杂的专题拟订各种基本草案。委员会的组成情况还使其具有一个独特的特点：来自学术界、外交界和法律界的各个专家，他们各自的才能和经验有价值地结合起来，可以对国家实践、司法裁决和学说进行理论和实际的分析，并为将要制定的法律规则的内容划定范围。由于外交编纂工作不可能在政治真空中进行，大会已把国际法委员会作为联合国政治系统的组成部分，并使各会员国单独地或集体地参与编纂过程的各主要阶段。毫无疑问，法律的客观性和政治的主观性相结合是国际法委员会，也是联合国采用的编纂方法的最突出的特点之一。

19. 秘书长说，国际法委员会建立至今35年，已成为国际法的编纂和逐渐发展这个领域最受尊敬的国际机构。它对整个国际社会通过大会表达出来的呼吁作出了响应，这些年来，它草拟了一系列公约，其中有一些已成为当代国际法的主要里程碑。委员会取得的成就，不仅是其研究特定专题与各国政府表达的意见的协调过程有了改进的结果，也是它采取了灵活的做法的结果。委员会在这方面的实践已经表明，在推进其目标时存在着一系列的可能性，在一种场合可能适应某个特定专题和国际社会的需要的东西，对另一个专题可能就不适用。随着委员会在将来继续进行其工作，它将无疑在其章程的范围内丰富扩大其可以采用的方法，以利于成功地编纂和逐渐发展不同领域里的国际法。委员会肯定将进入国际法的新的领域，科学和技术的发展将要求发展法律规则来管理那些科学与技术所提供的极其有价值但有时潜藏着危险性的工具，当国际法委员会进入这些新的领域时，丰富扩大它所采用的方法就特别重要。

20. 他在其第一次联合国组织工作报告（A/37/1）中强调，完全实现联合国的作用和能力的重要的第一步，是各国政府认真地重新承担对宪章的义务。他认为，对于庄严载入他刚才提到的宪章条款的目的，当前重新承担义务将特别适宜。很明显，逐渐发展和编纂任何可被普遍接受的法律规则都不是简单的任务。今天比以往任何时候都需要法学家寻找办法调和对立的要求和关系，以及拟订完整的法律规则来提供指导，以满足和平共处和发展提出的要求。他深信，国际法委员会将再次证明能对变革之风作出反应，并继续满足人类的日益增长的期望。

21. 主席说，对秘书长第一次访问国际法委员会所发表的重要讲话，他代表委员会全体委员表示赞赏。

国际法委员会设立至今已经过去了35年，在这一段时间里，委员会致力于全面意义上的国际公法的基本篇章，特别致力于外交法、条约法和国家责任法。委员会遵照大会的指示，现在已开始研究其他复杂的广泛的对国际社会有着巨大实际价值的专题。

委员会因而在近期内议程是排得很满的，但是这并不是说它没有能力接受紧急的额外工作，如果大会认为必要的话。的确可以说，委员会按其目前的组成情况，

如果不是更及时的话，也可以和以往一样迅速地对于满足当代国际社会需要制定国际法律规章的紧迫要求作出反应。

22. 他回忆说，在1981年，大会决定按照商定的按地区分配席位的方式给国际法委员会增加九名委员，这样，委员会的规模和组成跟1961年以来联合国会员国的大量增加将更加协调一致。委员会成员的扩大，证明各国对在联合国系统内逐渐发展和编纂国际法的过程显示出持续的日益增长的兴趣。委员会了解它们的兴趣，也了解由此而带来的所有责任，它在任何时候都竭尽全力以最高的效率来履行这些责任。在这一点上，重要的是自从大会最近一届常会以来，对委员会最近拟订的三项最后草案中的一项已经采取了行动，预期各国对其他两项也将采取行动。

23. 主席说，大会在1981年增加了委员会成员，这是非殖民化过程以来大会本身会员国增加的必然结果。本组织会员国成分的改变带来了一系列变化，尤其是发展中国家坚持要求改变发达国家和发展中国家之间的国际经济、金融和贸易关系。国际法委员会是联合国大会的缩影，它不时需要处理诸如最惠国条款的条款草案第23、24和30条中所载的有关问题的法律方面问题。委员会之所以有充分条件来应付这种可能产生的情况，不仅是因为它的专门学识，而且是因为来自发达国家的委员和来自发展中国家的委员之间保持着特别良好的关系。

24. 他说，委员会在行使其职能时，很幸运得到一小批非常熟练、有能力和有献身精神的法律事务厅编纂司工作人员提供的服务和协助。他利用这个机会，对提供那样的协助向秘书长表示感谢，多少年来，这种协助已成为委员会工作的不可分的一部分，他表示希望将来不仅能维持这样的协助，而且能适应委员会在任何特定时间的需要而扩大。

25. 主席最后强调说，秘书长对委员会的访问具有重大的意义，因为委员会面临着艰巨的任务。秘书长的来临向委员会提供了继续从事国际法的编纂和逐渐开展工作所需要得到的鼓励。

第二章

危害人类和平及安全治罪法草案

A. 导言

26. 1947年11月21日大会第174(II)号决议设立了国际法委员会。在同一天，大会第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之国际法原则，并
(b) 拟具危害人类和平及安全治罪法草案，明示上列(a)段所称原则在该草案中所处之地位。”²

27. 委员会在1949年第一届会议上审议了第177(II)号决议提及的问题，并任命让·斯皮罗普洛斯先生为特别报告员，以继续进行下述工作：(a) 拟订纽伦堡法庭组织法及判决书所确认的国际法原则；(b) 草拟危害人类和平及安全治罪法草案，明示上列(a)段所称原则在该草案中所处的地位。委员会并决定发送调查表，征询各国政府除纽伦堡法庭组织法及判决书所确认的罪行外，是否尚有其他罪行应一并规定在第177(II)号决议所设想的治罪法草案内。³

28. 按照第177(II)号决议(a)段的规定，委员会第二届会议根据特别报告员提交的报告拟订了纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则，并连同评

² 不妨指出，早在国际法委员会成立以前，大会1946年12月11日第一届会议第95(I)号决议已经肯定了纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则，并指示由大会同一天第94(I)号决议设立的国际法编纂委员会“特别注重在关于危害人类和平与安全罪行之一般法律编纂中，或在国际刑法中，拟订纽伦堡法庭组织法及该法庭之判决书所确认的原则的计划”。该委员会（或称“十七国委员会”）建议大会设立一个国际法委员会，并拟订了准备作为这个委员会章程基础的规定。参看《大会正式记录，第二届会议，第六届委员会，附件一》。

³ 《1949年国际法委员会年鉴》，第283页，A/925号文件，第30-31段。

注提交大会。⁴ 关于第177(II)号决议(b)段所提的事项,委员会根据特别报告员的报告⁵和各国政府对调查表的答复⁶讨论了该专题。根据委员会对问题的讨论,一个起草小组委员会拟订了一份暂订的治罪法草案,发交特别报告员,请他再编写一份报告。⁷

29. 1950年12月12日,大会第五届会议第488(V)号决议请各会员国政府对拟订纽伦堡法庭组织法及法庭判决书所确认的国际法原则的工作提供意见,并请国际法委员会于草拟危害人类和平及安全治罪法草案时,参照各国代表团在大会第五届会议上对拟订工作所发表的意见及各会员国政府所提出的意见。

30. 特别报告员在1951年委员会第三届会议上提出了第二次报告。报告载有修订的治罪法草案及大会第五届会议对委员会拟订的纽伦堡原则所提意见的摘要。⁸委员会还收到各国政府对拟订的原则的意见⁹及维斯帕西安·佩亚教授就治罪法草案所写的一份备忘录。¹⁰委员会该届会议通过《危害人类和平及安全治罪法草案》,其中包括五条条文和评注,一并提交大会。¹¹

⁴ 《1950年……年鉴》,第二卷,第374—378页, A/1316号文件,第95—127段。

⁵ 同上,第253页, A/CN.4/25号文件。

⁶ 同上,第249页, A/CN.4/19号文件,第二部分和 A/CN.4/19/Add.1和2。

⁷ 同上,第38页, A/1316号文件,第157段。起草小组委员会成员包括特别报告员,里卡多·阿尔法罗先生和曼利·赫德森先生。

⁸ 《1951年……年鉴》第二卷,第43页, A/CN.4/44号文件。

⁹ 同上,第104页, A/CN.4/45和Corr.1和Add.1和2号文件。

¹⁰ 《1950年……年鉴》,第二卷,第278页, A/CN.4/39号文件

¹¹ 《1951年……年鉴》,第二卷,第134页, A/1858号文件,第57—58段。

31. 1951年大会第六届会议将治罪法草案的问题延至第七届会议审议。因此，促请各会员国政府注意1951年委员会拟订的治罪法草案，并请就该草案提出评论和意见。虽然收到的评论和意见在大会第七届会议（1952年）上予以分发，¹²但治罪法草案的问题未列入该届会议议程，当时的谅解是此项问题应继续由国际法委员会审议。委员会1953年第五届会议请特别报告员继续研究此问题。¹³

32. 特别报告员在其第三次报告¹⁴中讨论了各国政府提出的意见，并参照这些意见提议对委员会1951年通过的治罪法草案作若干改动。委员会于1954年第六届会议审议了该报告，并对前所通过的案文作出若干修订，并将修订的治罪法草案提交大会，其中包括四条条文及对条文的评注。¹⁵

¹² 《大会正式记录，第七届会议，附件》，议程项目54，A/2162和Add. 1和2号文件。

¹³ 《1953年……年鉴》，第二卷，第231页，A/2456号文件，第167—169段。

¹⁴ 《1954年……年鉴》，第二卷，第112—122页，A/CN.4/85号文件。

¹⁵ 同上，第150—151页，第48—53段。

33. 委员会 1954 年第六届会议通过的治罪法草案全文如下：

第 1 条

本治罪法所定危害人类和平及安全之罪，系依照国际法应行论处之罪，犯此类罪行之个人应予处罚。

第 2 条

下列行为为危害人类和平及安全之罪：

- (1) 任何侵略行为，包括一国当局为任何目的对他国使用武力之行为，但使用武力系为国家或集体自卫，或遵行联合国主管机关之决议或建议者，不在此限。
- (2) 一国当局以对他国实行侵略行为相威胁。
- (3) 一国当局为任何目的准备对他国使用武力，但作此准备系为国家或集体自卫，或遵行联合国主管机关之决议或建议者，不在此限。
- (4) 一国当局在其本国领土内或任何其他领土内组织武装部队或鼓励组织此种部队以谋侵入他国领土，或纵容在其本国境内组织此种部队，或纵容此种武装部队利用其领土作为活动基地或侵入他国领土之出发点，以及直接参与或支助此种侵入行为。
- (5) 一国当局从事或鼓励旨在煽动他国内乱之活动，或纵容旨在煽动他国内乱之有组织活动。
- (6) 一国当局从事或鼓励他国境内之恐怖活动，或纵容意图在他国境内实施恐怖行为之有组织活动。
- (7) 一国当局违反其依条约所负之义务，而此项条约系藉限制军备、军事训练、或设防、或藉其他性质相同之限制，以保证国际和平与安全者。
- (8) 一国当局藉违背国际法之行为，兼并他国领土。
- (9) 一国当局藉经济或政治性质之胁迫措施干涉他国内政或外交，以图强制贯彻其意愿从而获取某种利益。

- (10) 一国当局或个人意图消灭某一国族、民族、种族或宗教团体之全部或一部而实施之行为，包括：
- (i) 杀害该团体之分子；
 - (ii) 使该团体之分子在遭受身上或精神上之严重伤害；
 - (iii) 故意以某种生活状况加于该团体意图使其全部或一部在形体上归于消灭；
 - (iv) 强制施行办法企图阻碍该团体内之生育；
 - (v) 将该团体之儿童强迫转移至另一团体。
- (11) 一国当局或受其教唆或纵容之个人因社会、政治、种族、宗教或文化关系，谋杀、灭绝、奴役、放逐或迫害任何一地平民之不人道行为。
- (12) 违反战争法规或习惯之行为。
- (13) 构成下列各罪之行为：
- (i) 暗中结合图谋实施本条上列各款所定罪行之一者；或
 - (ii) 直接教唆实施本条上列各款所定罪行之一者；或
 - (iii) 共同实施本条上列各款所定罪行之一者；或
 - (iv) 着手实施本条上列各款所定罪行之一不遂者。

第 3 条

凡以国家元首或政府负责官员身分犯本治罪法所定任何罪行者，其应负之责任不得因其身分关系而免除。

第 4 条

凡因执行政府或上级命令被控犯本治罪法所定之罪者，如在当时情况下其本人有不遵行此项命令之可能，则其依国际法应负之责任不得免除。

34. 鉴于国际法委员会第六届会议拟订的本治罪法草案引起若干与确立侵略定义密切关连之问题，并由于大会已委托一个特别委员会负责草拟关于侵略定义草案的报告，因而大会1954年12月4日第897(IX)号决议决定延至关于侵略定义制定问题特别委员会提出其报告后再行审议治罪法草案。¹⁶ 1957年大会持类似的意见(1957年12月11日第1186(XII)号决议)，不过大会将治罪法草案送请会员国评议，并于该项目列入大会临时议程时将各国复文提交大会。¹⁷ 1968年大会再度决定待制定普遍同意的侵略定义取得进展之后，才将关于治罪法草案的项目以及“国际刑事审判机构”的项目列入议程。

35. 1974年12月14日，大会以协商一致方式通过《侵略定义》(第3314(XXIV)号决议，附件)。在将关于侵略定义制定的项目分配给第六委员会时，大会指出，除其他事项外，它已决定审议是否应该象大会以前的决议和决定所设想的那样，着手处理《危害人类和平及安全治罪法草案》问题和国际刑事审判机构问题。¹⁸

¹⁶ 此外，大会鉴于侵略定义制定问题、《危害人类和平及安全治罪法草案》和国际刑事审判机构问题三者之间的联系，在1954年12月14日的第898(IX)号决议中决定将1953年国际刑事管辖委员会的报告(《大会正式记录，第九届会议，补编第12号(A/2645)》)延至大会着手处理侵略定义制定问题和危害人类和平及安全治罪法草案之后再行审议。可以指出，在1953年国际刑事管辖委员会之前，曾设立过1951年国际刑事管辖委员会，该委员会是大会1950年第489(V)号决议所设立，它向大会第七届(1952年)会议提出其报告(《大会正式记录，第七届会议，补编第11号》(A/2136))。

¹⁷ 大会1957年12月11日第1187(XII)号决议也决定再度将国际刑事审判机构问题延至大会再次处理侵略定义制定问题和《危害人类和平及安全治罪法草案》问题时再行审议。

¹⁸ 见《大会正式记录，第二十九届会议，附件》，议程项目86，A/9890号文件，第2段。截至1983年7月，大会尚未审议国际刑事审判机构问题。

36. 委员会1977年的第二十九届会议工作报告指出，鉴于大会已核准《侵略定义》，大会可能要审议治罪法草案，如大会有此意愿，委员会也可能对草案进行审查。¹⁹

37. 虽然该项目列入大会第三十二届会议议程（1977年），但审议工作延至大会1978年届会才进行。大会1978年12月16日第33/97号决议请各会员国和有关国际政府间组织就治罪法草案提出其评论意见，其中包括对将采取的程序提出意见。这种评论意见载入A/35/210和Add. 1-2和Add. 2/Corr. 1号文件，在大会随后一届会议上分发。大会第三十五届会议1980年12月4日通过的35/49号决议再次按33/97号决议请各国提出评论意见，尤其请各国在复文中表明对将来审议本项目的程序的意见，包括提议将本项目发交国际法委员会审议的意见。这些评论意见随后载入A/36/416号文件分发。²⁰

38. 1981年12月10日，大会通过题为“危害人类和平及安全治罪法草案”的第30/106号决议，全文如下：

“大会，

“注意到《联合国宪章》第十三条第一项（子）款，其中规定大会应发动研究，并作成建议，以提倡国际法之逐渐发展与编纂，

“回顾其1947年11月21日第177(II)号决议，其中请国际法委员会编写《危害人类和平及安全治罪法草案》，

“审议了国际法委员会编写并于1954年向大会提出的《危害人类和平及安全治罪法草案》，

“回顾其信念，认为拟订《危害人类和平及安全治罪法》有助于加强国际和平与安全，从而促进和实现《联合国宪章》所列的宗旨及原则，

“铭记其1978年12月16日第33/97号决议，其中决定对题为危害人类和平及安全治罪法草案的项目优先并尽量充分地加以审议，

¹⁹ 《1977年……年鉴》，第二卷（第二部分），第130页，A/32/10号文件，第111段。

²⁰ 此外，秘书长遵照第35/49号决议，根据收到的各国复文及大会第三十三届和三十五届会议就该项目辩论期间的发言，编写出一份分析性文件。见A/36/535号文件。

“审议了秘书长按照 1980 年 1 2 月 4 日大会第 35 / 49 号决议提出的报告，

“考虑到国际法委员会刚完成其关于国家在国家财产、档案和债务方面的继承的一部分重要工作，因而目前的工作方案较轻，

“考虑到国际法委员会的成员数目在大会第三十六届会议期间有所增加，并且承担了一项新任务，以五年为期安排其未来的工作，

“考虑到本届会议辩论本项目期间所表示的意见，

“注意到 1981 年 1 2 月 1 0 日大会关于国际法委员会的报告的第 36 / 114 号决议第 4 段，

“1. 请国际法委员会恢复工作，以求拟订《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的逐渐发展过程所已取得的成果；

“2. 请国际法委员会第三十四届会议依其认为对《危害人类和平及安全治罪法草案》所应给予的优先次序在其五年方案的范围内审议治罪法草案问题并向大会第三十七届会议提出报告，同时审议向大会第三十八届会议提出除其他外关于治罪法草案的范围与结构的初步报告的可能性；

“3. 请秘书长再度邀请各会员国和有关国际政府间组织提出或增补它们对《危害人类和平及安全治罪法草案》的评论和意见，并向大会第三十七届会议提出报告；

“ 4. 请秘书长向国际法委员会提出各会员国和各有关国际政府间组织就题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的项目提出的一切必要的文件、评论和意见；

“ 5. 决定将题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’的项目列入其第三十七届会议的临时议程，并优先和尽量充分地加以审议。”

39. 于是，委员会 1982 年第三十四届会议任命杜杜·提阿姆先生为“危害人类和平及安全治罪法草案”专题的特别报告员，并为此专题设立了工作组，由特别报告员担任主席。²¹ 按照工作组的建议，委员会决定在其五年方案范围内给予该专题必要的优先，并表示有意在其第三十五届会议全体会议上根据特别报告员提出的第一次报告进行一般性辩论。委员会还表示将向大会第三十八届会议提出该一般性辩论的结论。²²

40. 委员会还按照工作组的建议，请秘书处给予特别报告员可能需要的协助，并向委员会提供一切必要的原始资料，其中特别包括一份有关国际文献的汇编和一份根据第 35/49 号决议编写的分析性文件的增订本。委员会已收到各国政府根据第 36/106 号决议第 4 段所载的请求提出的评论意见。²³

41. 大会于 1982 年 12 月 16 日通过第 37/102 号决议，请委员会依照第 36/106 号决议第 1 段并参照委员会第三十四届会议工作报告所载的决定（见上文第 39 段），继续其工作，以期拟订《危害人类和平及安全治罪法草案》。大会

²¹ 工作组由下列委员组成：

米库因·莱利埃尔·巴兰达先生、布特罗斯·布特罗斯-加利先生、延斯·埃文森先生、劳雷尔·弗朗西斯先生、豪尔赫·伊留卡先生、阿赫迈德·马伊乌先生、沙菲克·马莱克先生、弗兰克·恩真加先生、小木曾本雄先生、西埃德·沙里夫丁·皮尔扎达先生、威廉·里普哈根先生和亚历山大·扬科夫先生。《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10)，第 252 段和 258 段。

²² 同上，第 255 段。

²³ A/CN.4/358 和 Add.1-4。这些评论和意见载于 A/37/325 号文件，在大会第三十七届会议上分发。

还请委员会遵照第 36/106 号决议规定向大会第三十八届会议提交一份其中述及治罪法草案范围和结构等的初步报告，并再度请各会员国和有关国际政府间组织提出或增补其对治罪法草案的评论和意见。

B. 本届会议审议这个专题的情况

42. 委员会本届会议收到特别报告员就本专题提出的第一次报告 (A/CN.4/364) 以及秘书处根据委员会第三十四届会议的请求 (见上文第 40 段) 编写的有关国际文献汇编 (A/CN.4/368 和 Add.1) 和一份分析性文件 (A/CN.4/365)。委员会还收到会员国政府应第 37/102 号决议中所载的请求发来的复文 (A/CN.4/369 和 Add.1 和 2)。

43. 委员会依照其第三十四届会议工作报告所表示的意向 (见上文第 39 段)，在本届会议 (第 1755 次至 1761 次和 1802 次会议) 的全体会议上，根据特别报告员提出的第一次报告，就本专题进行了一般性辩论。

44. 特别报告员提出的报告涉及三个重要问题：

- (1) 治罪法草案的范围
- (2) 编纂草案的方法
- (3) 治罪法的执行

1. 治罪法草案的范围

45. 问题是要确定草案中基于对事的理由和对人的理由的内容。

(a) 基于对事的理由的内容

46. 治罪法适用于哪些罪行？委员会认为治罪法不适用于所有各种国际罪行，而只适用于影响人类和平及安全的国际罪行。国际罪行虽然有多种形式，但是，在性质上，如国家的国际责任草案第 19 条 (见下文第 53 段) 所规定的，基本上是相似的。

47. 但是，如果不是从国际罪行的性质，而是从其效果的角度来考虑，则会看到这种种效果有程度上的差异。当然，国际罪行整个都视为最严重的国际违法行为。然而从严重程度看，各种国际罪行的确存在着一种程度等级。危害人类和平及安全的违法行为当然居其首位，从某种意义上说是最严重罪行中最严重的罪行。

48. 委员会在这一点上意见完全一致。因此治罪法将列入最严重的国际罪行。所以，本草案显然不涉及第19条规定的一切国际罪行，那样就会成为一部国际刑法。本草案只涉及由于其特别严重性而在等级上居首位的罪行。其严重性可按造成祸害的程度来衡量，也可按可怖的性质来衡量，也可同时从两方面来衡量。上次世界大战中所犯的某些罪行可作为例子。因而基于对事的理由的内容将涉及这类罪行，其中每一罪行在治罪法草案中都有定义。

49. 此外，这类罪行是否有政治动机无关紧要。政治罪行的概念很难确定，而且严重危及人类根本利益的行为的动机可能很复杂，破坏环境就是一例。在这一点上，委员会的意见也一致。

(b) 基于对人的理由的内容

50. 问题是要确定国际刑事责任可归于哪些法律主体：仅仅归于个人还是也归于国家和其他实体？

51. 自纽伦堡和东京审判以来，对个人的国际刑事责任不再存有任何怀疑，委员会一致同意这个主张。

52. 但是，关于国家，许多法学作者坚持的观点，²⁴ 某种程度上委员会内渐起变化的看法以及委员会的工作使人提出这样一个问题，即国家及其他某些团体是否已经成为刑法的新主体。

53. 委员会关于国家责任的条款草案第19条规定一国的哪些国际不法行为构成国际罪行和国际违法行为。该条款文如下：

²⁴ (见下页)

“第19条 国际罪行和国际违法行为”

1. 一国的行为如构成违反国际义务，即为国际违法行为，不论所违反的义务的主题为何。

2. 一国所违反的国际义务对于保护国际社会的根本利益至关紧要，以致整个国际社会公认违反该项义务是一种罪行时，其因而产生的国际不法行为构成国际罪行。

²⁴ Q. Saldaña, "La justice pénale internationale", Recueil des cours, 1925-V (Paris, Hachette, 1927), vol. 10; V.V. Pella, La Criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir (2nd ed., Bucharest, Imprimerie de l'Etat, 1926), and La guerre-crime et les criminels de guerre (Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1964); and H. Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international (Paris, Sirey, 1928), p.418 et seq. 应该指出，有些法学作者，尤其是 G. I. Tunkin, Droit international public - problèmes théoriques, Paris, Pedone, 1965, 国际法委员会第二十八届会议工作报告，《1976年……年鉴》，第二卷（第二部分），第115至116页，A/31/10号文件，对第19条的评注的第47至49段）虽不至于主张国家的刑事责任，但还是认为国际不法行为的严重程度有若干不同的等级，其中最严重的是危及人类和平及安全的不法行为，尤其是侵略行为。

3. 在第2款规定的限制下，并根据现行国际法规则，国际罪行可以由于下列各项行为及其他一些行为而产生：

- (a) 严重违反对维持国际和平与安全具有根本重要性的国际义务，例如禁止侵略的义务；
- (b) 严重违反对维护各国人民的自决权利具有根本重要性的国际义务，例如禁止以武力建立或维持殖民统治的义务；
- (c) 大规模地严重违反对保护人类具有根本重要性的国际义务，例如禁止奴隶制度、灭绝种族和种族隔离的义务；
- (d) 严重违反对维护和保全人类环境具有根本重要性的国际义务，例如禁止大规模污染大气层或海洋的义务。

4. 任何国际不法行为按照第2款的规定并非国际罪行者均构成国际违法行为。”

54. 从而在委员会内就恢复了关于这个问题的辩论。大多数委员认为应该承认国家的刑事责任并写进治罪法草案。为支持这种观点提出的论点是：危害人类和平及安全的罪行，常常是由国家犯下的，有很多只能由国家犯下，例如侵略，种族隔离或兼并。不承认国家是刑法的主体只是意味着这些罪行可以不受惩处。他们还强调，不从第19条得出该条所载原则必然带来的一切法律后果是值得遗憾的，而适应于国家性质的制裁制度，包括道义和罚金的制裁等种种制裁，看来是完全可以设想的。他们说，认为在这方面不可能有刑事管辖，在某种意义上就等于承认战争不仅无法避免，而且是必要的，因为它是对抗国家犯罪行为的唯一补救措施和制裁这类行为的唯一手段。可是承认战争的必要性看来又与当代法律的趋势不相容，按当代的法律趋势，采用和平手段解决争端已被提高到强制性法律规则的地位。他们还强调治罪法的预防和威慑作用。惩治危害人类和平及安全罪行不如预防这些罪行。如果未来的治罪法的范围限于个人，它就达不到大会确定的目的；范围限于个人就是无视治罪法作为预防或威慑工具的价值，不顾国际社会三十年来的发展。有人认为，有些国家有能力诉诸武力保卫其利益，大多数其他国

家却不能。大多数国家要求在国际生活中确立一些行为守则，实行一些正义。为了中小国家的利益，治罪法草案的实施范围应包括国家和其他法人。²⁵

55. 另一方面，有些委员反对按本治罪法草案国际刑事责任可归于国家的思想。他们强调对国家提起刑事诉讼实际上是不可能的，认为国家豁免会阻止他国法院在这种情况下行使管辖。照他们看，以为被怀疑犯有国际罪行的国家会同意由一个国际法庭来对它们行使管辖，是不现实的。最后，这些委员争辩说，关于国家对列为国际罪行的行为的责任，只能在审议国家责任草案的范围内才能审议。

56. 另一方面，有人说，很容易想象，一个缺席的国家，由于拒绝到主管的法院出庭，就不仅可能遭到怀疑，而且除了它已受到的谴责外，还会遭到国际社会的普遍非难。至于国家对国际罪行的责任只关系到国家责任专题的论点，它暗示提出了国家对国际不法行为的责任的专题和本专题范围的划分问题。可是这两个专题的范围显然是决不可能混淆的，因为本专题只是针对危害人类和平及安全的罪行，而另一个专题则涉及范围广得多的全部国际罪行，即第19条所规定的罪行。说第19条列为国际罪行的一切行为的研究都只属于国家责任专题的范围，那是错误的。

57. 有些委员反对国家刑事责任的概念，因为，照他们看来，在现代国际法中并不存在这种责任。

58. 无论如何本草案不能忽视第19条。

59. 另一方面，对第19条表面上的统一性确实不应有误解，这一条对国际罪行下了一个综合的、全面的定义。它掩盖了国际罪行的多样性，其中危害人类和平及安全罪行构成一个特殊的种类，以其在世界良心上激起的特殊的憎恶感为特征。由于其特殊性质，这类罪行无论实质性规则或程序性规则是否都应服从特殊的制度？

60. 对个人而言，这种特殊的制度是没有疑义的。有象征意义的是只有个人犯下的危害人类和平及安全罪行才不受法定时效的限制。同样有象征意义的是，

²⁵ 一位委员认为，拟订《危害人类和平及安全治罪法草案》对所有现有的国家都具有重要性，只指出某几类国家是完全不能接受的。

即使是按属地管辖有权审理这些罪行的国家，也承认这些罪行应按特殊的规则处理，不一定按其国内法处理。例如里昂上诉法院的起诉庭1983年7月8日的裁定说：“由于其性质，危害人类罪……不仅属于法国刑法范围，而且属于国际惩治法范围，而国际惩治法是完全不考虑边界观念和由之产生的特殊规则的”（Klaus Barbie 案）。因此，个人对危害人类和平及安全罪行的刑事责任制度有别于关于国际不法行为责任的一般制度。否则，大会就不会要求对这些罪行另编一部治罪法。此外委员会委员们普遍同意有这样一种制度存在，只有某些委员认为刑事责任应限于个人。

61. 至于国家，主张这一种法人应负刑事责任的人认为，考虑到这种法律实体的特殊性质，尤其应该服从一种特殊的制度。

2. 方法

62. 委员会对编纂方法的讨论，集中在是应该采用演绎法、归纳法或者两者的结合的问题上。演绎法从一开始就要规定一条一般标准，根据这条标准，在每一情况下确定哪些罪行可以视为危害人类和平及安全的罪行。另一方面，归纳法则需要分析事实，研究有关的公约，如果有可能，在研究那些公约之后确定一条危害人类和平及安全罪行的标准。

63. 1954年国际法委员会采用的方法纯粹是一种列举法。委员会列举了一系列行为，按照委员会的观点，这些行为构成危害人类和平及安全的罪行；但是国际法委员会没有试图确立这种行为之间的联系，而只是声称这种罪行是违反国际法的罪行，没有在它们之间建立任何联系。事实上，上文关于草案基于对事的理由的范围的论述，似乎已经回答了，至少是部分回答了委员会目前面临的问题。

64. 应当注意的是，“危害人类和平及安全罪行”这个词所指的罪行，是最严重的国际罪行。

65. 因此，这是一条一般的标准，按照这条标准，可以判断一种国际罪行是否属于危害人类和平及安全的罪行这一类；如上所述，第19条所列举的罪行，并非都是危害人类和平及安全的罪行，那些被视为最严重的才是。当然很明显，这条标准是有主观的成分。整个国际社会的意见将是决定性的因素。

66. 委员会还认为，演绎法应该和归纳法密切结合起来，而且有必要研究大量有关的公约。这样委员会就可以补充完备其1954年开始的工作，考虑把符合所定标准的罪行，特别是随着非殖民化过程、促进基本人权的需要或强制法的发展出现的罪行都列进去。而且，这条一般的全面的标准有一个好处，它构成一种政策声明，从一开始就清楚地阐明草案所列一系列罪行并非详尽无遗，随着国际社会的发展还会有变化。

67. 总的说来，认为可取的办法是有一个导言，回顾刑法的一般原则，如刑法不溯及既往原则、加重处罚或减轻处罚情节理论、共犯、预备犯罪和正当行为等理论等。

3. 执行

68. 按治罪法构成危害人类和平及安全罪的罪行一经确定，为执行或应用治罪法，就有必要确定犯罪者的刑罚，并授权一个现有的或未来的审判机构判刑。一个刑法体系一般都有由三个连续阶段构成的三层结构：

(a) 罪行，它是通过一个名为定性的微妙过程确定的。在这个阶段，对事实进行详尽的分析和研究，然后在符合时即宣布为罪行，就治罪法而言，也就是列为危害人类和平及安全罪行；

(b) 量刑尺度，即对有关罪行可判的最高刑和最低刑。

(c) 司法组织（法院，管辖权和程序规则，判决，判决的强制执行，等等）。

1954年草案只限于第一步，即定罪，而撇开了(b)、(c)两项所述的行动。委员会面临的问题是，应该遵守1954年的立场还是更进一步。关于(b)项，看来草案无疑将要处理刑罚问题。可是有人表示说，就国家而论，应采取的方法是考虑到国家的特殊性质，寻求一个现实的合适的制度。但有些委员反对任何将国家包括在内的刑罚制度，他们希望刑罚制度只限于个人。关于(c)项，委员会中占优势的意见是，必须有一个国际刑事审判机构。可是有些委员尽管赞成这样一个机构，却认为其权限只限于个人犯下的罪行。最后，有一个委员认为，国际刑事审判机构问题应与治罪法草案分开处理，因为正如本报告历史部分所述（见上文注16），这项工作前后曾委托给两个委员会。可是，有人指出，所草拟的建议从来没有审

议过，尽管侵略定义在 1974 年就已经完成。因此这个问题仍然悬而未决，委员会有理由提出关于它的任务的范围的问题。

4. 结论

69. 总之，

- (a) 国际法委员会认为，治罪法草案应只包括最严重的国际罪行。这些罪行将根据一个一般的标准来确定，也参照现有有关的公约和宣言。
- (b) 关于可承担国际刑事责任的法律主体，由于这个问题的政治性质，委员会希望了解大会对这个问题的观点。
- (c) 关于治罪法的执行：
 - (1) 有些委员认为，一部既不规定刑罚又无有权限的刑事法院的法典是不起什么作用的，委员会应请大会指明委员会的任务是否也包括拟订有权审判个人的国际刑事法院的规约。
 - (2) 另外，委员会大多数委员赞成国家应负刑事责任，应请大会说明这个国际刑事法院是否也有权审判国家。

第三章

国家及其财产的管辖豁免

A. 导言

1. 委员会工作的历史回顾

70. 题为“国家及其财产的管辖豁免”的专题是国际法委员会1978年第三十届会议应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号决议的要求而决定列入其工作计划的。²⁶

71. 委员会在1979年第三十一届会议上收到了特别报告员颂蓬·素差伊库先生就本专题提出的初步报告。²⁷ 初步报告简略地回顾了国际上为编纂国家豁免法而作出的努力，并研究了国际法的渊源和国家豁免法的可能内容，包括国家惯例、国际公约、国际判决，及作为原始资料的作者意见。该报告也探讨了初步问题、定义、采用归纳法研究本专题的问题、国家豁免的一般规则和规则的可能例外。

72. 对该报告进行讨论期间，有人指出，应该尽可能广泛地参考与国家惯例有关的各种资料，包括社会主义国家和发展中国家的惯例。有人还强调，另一个可能的资料来源是各国的条约惯例，因为这些惯例表示出同意在某些具体情况下接受某些管辖豁免的限制。在这方面，委员会第三十一届会议决定发出调查表，请联合国各会员国政府回复，以取得进一步的资料。委员会指出，各国最了解它们自己的惯例，以及它们自己在各种活动中对豁免的需要，各国政府的观点和评论会恰当地显示出

²⁶ 《1978年……年鉴》，第二卷（第二部分），第152—155页，A/33/10号文件，第179—190段。

²⁷ 《1979年……年鉴》，第二卷（第一部分），第227页，A/CN.4/323号文件。

关于国家豁免的国际法的编纂和逐渐发展应有的方向。²⁸

73. 继初步报告后，特别报告员提出第二次报告²⁹ 供委员会 1980年第三十二届会议审议，³⁰ 第三次报告³¹ 供委员会 1981年第三十三届会议审议，³² 第四次报告³³ 供委员会 1982年第三十四届会议审议，³⁴ 及第五次报告³⁵ 供委员会本届会议，即第三十五届会议审议。

²⁸ 收到的资料最初由秘书处按顺序编排并以英、法、俄和西班牙文发表如下：第一部分载列各国政府对调查表的答复（A/CN.4/343和Add.3-4）。第二部分载列各国政府连同其对调查表的答复一并提交的有关资料（A/CN.4/343/Add.1）。第三部分载列尚未对调查表提出答复的各国政府所提交的资料（A/CN.4/343/Add.2）。这些材料现载于联合国法律丛书（英文或法文本）《关于国家及其财产的管辖豁免资料》（联合国出版物，出售品编号E/F81.V.10），下文简称《关于管辖豁免的资料》。

²⁹ 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分）第199页，A/CN.4/331和Add.1号文件。

³⁰ 委员会第1622至第1626次会议讨论了第二次报告。参看《1980年……年鉴》，第一卷，第195-204页和第214-220页。

³¹ A/CN.4/340和Corr.1和Add.1和Add.1/Corr.1。

³² 委员会第1653至第1657次会议和第1663至第1665次会议讨论了第三次报告。见《1981年……年鉴》，第一卷，第55-75页和第110-124页。

³³ A/CN.4/357和Corr.1。

³⁴ 委员会第1708至第1718次和第1728至第1730次会议讨论了第四次报告。摘要请参看《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10）第209-220页第171-198段。

³⁵ A/CN.4/363和Corr.1和Add.1和Add.1/Corr.1。

74. 特别报告员在第二和第三次报告中分两个部分提出十一条条款草案的案文。第一部分题为“导言”，包括五条条款草案：³⁶“本条款的范围”（第1条）；“用语”（第2条）；“解释性规定”（第3条）；“不属本条款范围的管辖豁免”（第4条）；“本条款不溯及既往”（第5条）。经过修订，第二部分题为“一般原则”，也包括五条条款草案：³⁷“国家豁免原则”（第6条）³⁸；“实行国家

³⁶ 在载于第二次报告的第一部分的五条条款草案和第二部分的第一条草案（第6条）中，只有第1条和第6条在委员会第三十二届会议上提交起草委员会，并在该届会议由委员会暂时通过。 并请参看B.1节和下文注54和57。 经特别报告员的请求，第2至第5条草案没有提交起草委员会。

但在委员会审议了载于第三次报告和委员会第三十四届会议提交起草委员会的第二部分其他条款草案后，委员会决定起草委员会也应审议与“管辖”和“贸易和商业活动”的定义问题有关第2和第3条的规定。 见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10）第220页，第198段。

³⁷ 第二部分其余的条款草案在特别报告员第三次报告中提出。 各草案如下：“权限规则与管辖豁免”（第7条）；“国家的同意”（第8条）；“自愿服从”（第9条）；“反诉”（第10条）；“放弃豁免”（第11条）。 根据委员会对第三次报告的讨论（见上文注32），特别报告员修订了第7至第11条的修订案文，把第9和第10条合成一条规定各种表示同意的方式。 修订条款的标题也有别于第三次报告的标题。（比较本注内各条款的标题和上文第74段所载的修订的标题）。

³⁸ 参看下文B.1节和注57。 委员会第三十二届会议暂时通过第6条（“国家豁免”）。 但在讨论了特别报告员第三次报告所提议的，在委员会第三十三届会议提交起草委员会的第二部分其余条款草案后，委员会决定第6条草案应由起草委员会根据对构成第二部分的所有条款草案的讨论重新进行审议。 见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10），第219-220页第198段。 由于时间不够，起草委员会没有审议在该届会议提交给它的第7至第10条。 见同上，第208页第169段。

豁免的义务”第7条)；“国家的同意”(第8条)；“同意的表示”(第9条)和“反诉”(第10条)³⁹

75. 特别报告员在第四次⁴⁰和第五次报告⁴¹提出构成题为“国家豁免的例外”的第三部分的另外五条条款草案。第四次报告提出下列第三部分的头两条条款草案：“本部分的范围”(第11条)和“贸易或商业活动”(第12条)。⁴²委员会第三十四届会议⁴³在结束审议这两条条款草案后决定把条款草案提交起草委员会。⁴⁴

2. 本届会议审议这个专题的情况

76. 委员会在本届会议收到特别报告员就本专题提出的第五次报告⁴⁵报告讨论了第三部分关于国家豁免的例外的条款草案并载有三条条款草案：“雇用合同”(第13条)；“人身伤害和财产损害”(第14条)；“财产的所有权、占有和使用”(第15条)。⁴⁶

³⁹ 在这些条款草案中，委员会第三十四届会议只暂时通过第7至第9条草案。第10条草案后来由委员会第三十五届会议暂时通过。参看下文B.1节。

⁴⁰ A/CN.4/357和Corr.1.

⁴¹ A/CN.4/363和Corr.1和Add.1和Add.1/Corr.1.

⁴² 另外三条条款草案在第五次报告提出。见下文第76段。

⁴³ 见上文注34.

⁴⁴ 起草委员会决定在审议了第三部分其余条款草案后审议第11条草案。国际法委员会第三十五届会议暂时通过第12条草案。见下文B节。

⁴⁵ A/CN.4/363和Corr.1和Add.1和Add.1/Corr.1.还参看下文注274.

⁴⁶ 第五次报告(同上)第26段已说明,第三部分总共包括第11至第20条,其中五条已经提了出来(见上文第75和第76段)。这部分的其他条款为:“专利、商标和其他知识产权”(第16条);“纳税责任和关税”(第17条);“股权和法人成员资格”(第18条);“商用船舶”(第19条);“仲裁”(第20条)。第五次报告提议的第13、14和15条的案文见下文注47、48和50.

77. 委员会第三十五届会议第 1762 至第 1770 次会议审议了特别报告员的第五次报告。

78. 特别报告员在提出第五次报告时指出，以前有人提议条款草案第二部分的标题或许应该从现在的“一般原则”改为“一般规定”。特别报告员认为，如果作出这样的修改，在题为“国家豁免的例外”的第三部分下的各条款草案或许也应改为指明在适用国家豁免规则方面受到进一步限制的若干具体活动领域。

79. 特别报告员提议的关于雇用合同为国家豁免的一种例外的问题的第 13 条草案⁴⁷ 引起了若干措词上和实质性的问题。所有提出的意见都旨在扩大或限制这个可能的例外的范围，以改进条款草案的案文。

80. 对条款草案的公正评价应确保承认国家任用或雇用其国外雇员方面的行动自由，但同时考虑到劳工关系、失业、社会福利和在当地和国际劳工市场上给予劳动队伍的福利等新出现的问题。

81. 委员会一些委员认为，该条草案第 1 款开头的短语“除另有协议外”的意思含混。因此，他们要求把它删掉。但其他委员认为该短语有其作用，因为这样就把有关的例外定为一条剩余规则而不是一条普遍规则。因此，他们支持保留上述短语。

82. 此外，有人认为第 13 条草案第 2 款(a)项：“不雇用个人或解雇雇员”等字样应予删掉或改写，使该款能够表达其基本用意，即一国没有义务雇用或留用某

⁴⁷ 特别报告员在其第五次报告中提议的第 13 条草案如下：

“第 13 条 雇用合同”

“ 1. 除另有协议外，一国在涉及另一国国民或居民在该另一国工作的雇用合同，的程序时，不豁免该另一国法院的管辖。

“ 2. 第 1 款不适用于下列情况：

- (a) 程序涉及不雇用个人或解雇雇员；
- (b) 在提起程序时该雇员是雇用国国民；
- (c) 该雇员在雇用时既非法院地国国民，也非其居民；或
- (d) 该雇员已以书面表示同意豁免，但该另一国法院根据法院地国法律基于主题事项享有专属管辖权者不在此限。”

一个人。另一个意见认为，根据获得工作的权利为一种人权的看法，第13条草案的例外也应包括有关“任用”或“解雇”国家雇员的程序。

83. 由于认识到条款草案涉及一个崭新的领域，有人提议为本条款的目的给“雇用合同”一词下定义。其他关于措词的意见要求在几个地方修改草案的案文，使草案更接近若干作为草案根据的现有法律文书的案文。

84. 根本的问题是，如果雇用合同是国家豁免的一种例外，那就很可能有外国雇员在地方法院提起程序的问题。假如地方法院不存在管辖权，这个问题根本就不会出现，因为如果法院通常对这种纠纷没有管辖权，特别是在合同仅受派遣国的行政或劳工法专属管辖的情况下，就没有必要援引国家豁免。

85. 有一种可能的迹象是：雇用国可能会选择把某一当地雇员置于服务地点国的社会保险制度之下。有人说，在这种情况下，可以说雇用国已经同意法院地国法院关于该雇员的管辖。

86. 特别报告员提议的涉及侵权行为问题的第14条草案⁴⁸ 引起了对实质性问题的广泛讨论。正如所设想的那样，该条仅限于人身伤害和财产损失，并不包括金融或经济损失，也不包括刑事犯罪行为。

87. 有人认为，该条草案中提出的例外比较新，其法律根据与所遭受的伤害或财产损害的肉体或物质性质以及侵权行为或不法行为的发生地点密切相关。有人说，这种不法行为主要涉及到可以接受保险的风险，包括交通事故受害者的赔偿损害要求或对于疏忽或无意造成的人身伤害或财产损害的补偿。因此，至少在一些国家，可以采取的补救方法是对保险公司起诉而不用直接对国家起诉。从而，在法院地国的法院进行这种司法程序绝不会损害有关国家的主权。

⁴⁸ 特别报告员在其第五次报告中提议的第14条草案如下：

“第14条 人身伤害和财产损失

除另有协议外，一国在涉及人身伤害或死亡或有形财产的损害或灭失的程序时，如果导致在法院地国的伤害或损害的作为或不作为发生在该法院地国领土上，而造成伤害或损害的行为者在其发生时处于该法院地国领土内，则不豁免该另一国法院的管辖。”

88. 委员会许多委员都对第14条草案是否有理由存在表示怀疑，因为适用这条草案的情况极少。对于把第14条列入条款草案也有人表示反对，理由是，既然作者们对这个问题的看法还不明朗，讨论该条草案上所设想的例外就还为时过早。不过，有人就此提出，早在1891年，就曾对以下事实采取了立场，即在可以对外国提出的诉讼中，有例如在法院地国犯下的不法行为或侵权行为造成的损害的诉讼。⁴⁹因此，第14条草案提议的并不是什么新内容。它试图对现有的有些国际文书所没有充分包括进去的国家的管辖豁免提出看法，这些文书诚然并未涉及可能出现国家及其财产的管辖豁免问题的所有活动领域。这些文书的确也不适用于所有国家。

89. 因此，有一种可能性，就是在该条中规定很狭而有限的例外，仅限于因公路、水路、铁路或航空等内陆运输的可以接受保险的事故而造成的人身伤害或财产损失。

90. 有人认为，该条草案中提出的例外确实应当扩大，以便把包括定时炸弹或书信炸弹在内的跨国界侵权行为的情况也包括进去。为此，必须把条文草案中规定的不法行为行为者必须处于发生伤害或损害的领土内这项条件删去。不过，另一种看法则倾向于从该条的范围排除有关刑事或政治罪行的赔偿责任。

91. 还有人认为，正如设想中的那样，第14条草案可能为更合适选用通过外交途径进行谈判来和平解决争端的方法的情况大开提起诉讼的闸门。但也有人指出，领土所属国并不总是帮助被伤害的私人当事方的，尤其是在除了通过外交途径进行谈判以外还有其他有效的合法的补救方法的情况下。按照这种看法，第14条草案的目的不是阻止通过外交途径进行谈判，而是要加快这种谈判的进程。

⁴⁹ 国际法学会在1891年9月11日于汉堡举行的会议上通过了关于法院在对外国或外国君主的诉讼中的管辖的国际规章草案，其中关于侵权行为损害赔偿诉讼的第4条第6款规定如下：“能受理的对外国的诉讼限于：……(6)在本国领土上的侵权行为或准侵权行为引起的赔偿损害的诉讼。”（《国际法学会年鉴》，第二卷，1891—1892年，第434—438页）。

92. 特别报告员提议的第15条草案涉及财产的所有权、占有和使用。⁵⁰ 这项条文作为国家豁免的一项例外，得到了普遍的赞同。 这项例外是以法院地国的法院确定该国领土上不动产的法律关系的专属权力为基础的。 这项例外的另一种基础，是需要法院地国的法院有能力裁定这些法院正在管理的对财产的互相冲突的要求。 外国如果作为若干要求者之一出现，坚持其对财产的所有权或继承权，那么把该外国看作已经同意由有权裁决这项权利主张的领土所属国的法院行使管辖是很自然的。 一旦所有权得到确认，领土所属国法院很可能会拒绝在此案中进一步行使管辖，假如没有其他理由受理超过确认对财产的所有权范围的程序的话。

⁵⁰ 特别报告员在其第五次报告中提议的第15条草案如下：

“第15条 财产的所有权、占有和使用”

1. 除另有协议外，在涉及下列问题的程序时，一国不豁免另一国法院的管辖：
 - (a) 该国对位于法院地国的任何不动产的任何权利或利益，或其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产生的任何义务；或
 - (b) 该国对位于法院地国的任何不动产或动产由于继承、赠与或绝产而产生的任何权利或利益；或
 - (c) 在死亡者、精神失常者或破产者产业的处理、公司的结业或托管财产的管理上，对资产的分配，一国对任何财产拥有或主张拥有权利或利益的情况；或
 - (d) 一国占有或控制的任何财产，或一国主张拥有权利或利益的任何财产，如果该项主张既未获承认，也未得到表面证据的支持，而且是针对个人而非针对一国提起的程序，即使是对该国本身提起程序该国也不享有豁免的情况。
2. 第1款不妨碍国家关于其财产免于扣押和执行的豁免，或外交使团、特别使节团或领事馆馆舍的不可侵犯性。

93. 已经在措词方面提出了某些建议，以便改进该条草案。普遍提出，该条第1款(d)项应当简化一些。还有人认为：第1款(c)项中“资产的分配”这一措词局限性太大，应当改成“产业的管理”。也有人提出这样一个问题：从该条草案的上下文看，第2款中的“馆舍的不可侵犯性”这一用语是否恰当。关于这一问题，有人提出的论点是：“不可侵犯性”这一用语本身比“管辖豁免”这一措词的范围要广，在一般情况下前者包括后者。因此，认为“不可侵犯性”这个词在该条文中是准确的用语。

94. 委员会在结束关于本专题的辩论时，决定将第13、第14和第15条草案提交起草委员会。

95. 起草委员会推荐第10、12和15条草案经本委员会第1806次会议暂时通过，同时还通过第2条第1款(g)项和第3条第2款等有关条款。

96. 根据委员会的讨论，特别报告员草拟并提交起草委员会⁵¹第13条草案（雇用合同）⁵²和第14条草案（人身伤害和财产损失）⁵³的修订案文。

⁵¹ A/CN.4/L.367.

⁵² 特别报告员的第13条修订案文如下：

“ 第 13 条
雇 用 合 同”

“ 1. 除有关国家间另有共同协议外，一国雇用个人从事全部或部分在另一国领土上进行的服务工作，并实际使该雇员享受该另一国的社会保险制度的待遇，即视为已同意在涉及雇用合同的程序时，由该另一国法院行使管辖。

“ 2. 第1款不适用于下列情况：

“ (a) 该个人系按雇用国行政法任命，并执行行使政府权力的职能；

“ (b) 该程序涉及寻求雇用或再次雇用的个人的不任命或解雇；

“ (c) 该个人在提起程序时是雇用国的国民；

（脚注52未完，脚注53见下页）

B. 关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案

1. 委员会至今为止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⁵⁴

本条款适用于一国及其财产不受另一国法院管辖的豁免。

(脚注 52 续)

“ (d) 在雇用合同签订时, 该个人既非法院地国国民, 也非其长期居民, 除非雇用合同各方另有书面协议;

“ (e) 该个人另有书面同意, 而法院地国的法院并不由于程序的事项内容或雇员系低级雇员从事纯粹内部或非政府性质的服务工作而具有专属管辖权。”

” 特别报告员的第 14 条修订案文如下:

“ 第 14 条

人身伤害和财产损害

“ 1. 除有关国家间另有共同协议外, 一国通过其行使政府权力行事的机关、机构或执行部门之一, 在另一国设有办事处、代理处或机构, 或在另一国置有房屋, 或在另一国从事航空、铁路、公路或水路的客运或货运, 即视为已同意该另一国法院在涉及人身死亡或伤害或有形财产的灭失或损害的赔偿的程序中行使管辖, 如果造成在法院地国的伤害或损害的作为或不作为发生在该国领土上, 而且对伤害或损害负责或参与造成这种伤害或损害的人在作为或不作为发生时处于该国领土内。

“ 2. 第 1 款不妨碍受指明或限制赔偿责任或补偿的程度的条约或其他双边协定或区域性协议或国际公约所具体规定的一国内个人对另一国的权利和责任。”

” 本条款案文在委员会第三十四届会议上重新作了审查, 并暂时通过。关于对条文的评注, 见《大会正式记录, 第三十七届会议, 补编第 10 号》(A/37/10), 第五章 B 节, 第 220—221 页。本条早先的案文由委员会在其第三十二届会议上暂时通过。见同上, 注 199。

第 2 条

用 语⁵⁵

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；
- (g) “商业合同”是指：
 - (1) 为出售或购买货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；
 - (2) 任何贷款合同或其他金融性质的交易，包括与任何此类贷款有关的任何担保义务或与任何此类交易有关的任何赔偿义务；
 - (3) 不论属于商业、工业、贸易或职业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。

第 3 条

解释性规定⁵⁶

.....

2. 确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时，首先应根据合同的性质，但如合同的目的在该国的实践中与确定合同的非商业性质有关，则也应予以考虑。

⁵⁵ 委员会在其第三十四届会议上讨论关于实行国家豁免的方式的第 7 条时通过了 (a) 项案文。关于该案文的评注，见同上，第 221 页。委员会在本届会议上讨论关于商业合同的第 1 2 条时通过了 (g) 项案文。关于该案文的评注，见下文 B. 2 节。

⁵⁶ 委员会在本届会议上讨论关于商业合同的第 1 2 条时通过了第 3 条第 2 款的案文。关于该案文的评注，见下文 B. 2 节。

第二部分

一般原则

第6条

国家豁免⁵⁷

第7条

实行国家豁免的方式⁵⁸

1. 一国应避免在其法院上对另一国提起的程序中行使管辖，以实行〔第6条所规定的〕国家豁免。

2. 一国法院上的程序如果事实上要迫使另一国服从该法院管辖，否则即承担该法院所作出可能影响该另一国权利、利益、财产或活动的裁决的后果，即应视为

⁵⁷ 第三十二届会议暂时通过的第6条如下：

“第6条

“国家豁免

“1. 一国按照本条款的规定不受另一国管辖。

“2. 实行国家豁免应按照本条款的规定”。

对该条的评注，见《1980年年鉴》第二卷（第二部分），第141—142页，A/35/10号文件，第六章，B节。

委员会第三十四届会议进一步审议第6条，但仍然有意见分歧。起草委员会也再次审查暂时通过的第6条草案。起草委员会在第三十四届会议上未提出任何新案文，于是委员会商定下届会议再审查第6条草案。但是由于时间不够，起草委员会在本届会议期间未能审议这个问题。

⁵⁸ 委员会第三十四届会议暂时通过了第7条。对本条的评注，见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》，(A/37/10)第五章B节，第223—237页。

对该另一国提起的程序，而不论该另一国是否被指名为该程序的当事一方。

3. 特别是，一国法院上的一项程序，如果是对另一国的一个机关、或一个机构或执行部门行使政府权力的行为提起的程序，或对该国的一位代表，就其以代表的身份所作的一项行为提起的程序，或用意在剥夺该另一国财产或使其不能使用所占有或控制的财产的程序，即应视为对该另一国提起的程序。

第8条

明示同意行使管辖⁵⁹

一国如以下列方式明示同意另一国法院对任何事项行使管辖，即不得对在该法院就该事项提起的程序援引管辖豁免：

- (a) 国际协定；
- (b) 书面合同；或
- (c) 在法院对特定案件发表的声明。

第9条

参加法院程序的效果⁶⁰

1. 一国如有下列情况，在另一国法院的程序中即不得援引管辖豁免：

- (a) 本身提起该程序；或
- (b) 就案情实质介入该程序或采取与案情实质有关的任何其他步骤。

2. 上述第1款(b)项不适用于任何介入或采取的步骤，如其唯一目的为：

⁵⁹ 委员会第三十四届会议暂时通过本条案文。对本条的评注，见同上第238-243页。

⁶⁰ 委员会第三十四届会议暂时通过本条案文。对本条的评注，见同上第244-247页。

- (a) 援引豁免；或
- (b) 主张程序中争执的财产的权利或利益。

3. 一国未能在另一国法院的程序中出庭不应视为该国同意该法院行使管辖。

第10条

反诉⁶¹

1. 一国如本身在另一国法院提起一项程序，则不能就与主诉相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引管辖豁免。

2. 一国在另一国法院的程序中介入提出诉讼要求，则不能就与该国提出诉讼要求相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引该法院的管辖豁免。

3. 一国在另一国法院对该国提起的程序中提出反诉，则不能对主诉援引该法院的管辖豁免。

第三部分

国家豁免的例外⁶²

第12条

商业合同⁶³

1. 一国如与一外国自然人或法人订立商业合同，而根据国际私法适用的规则，有关该商业合同的争议应由另一国法院管辖，则应认为该国已同意在该商业合同引起的程序中由该另一国法院行使管辖，从而不得在该程序中援引管辖豁免。

2. 第1款不适用于下列情况：

- (a) 商业合同是在国家之间或在政府对政府的基础上订立的；
- (b) 商业合同的当事方另有明确协议。

⁶¹ 委员会在本届会议暂时通过本条案文。对本条的评注，见下文B. 2节。

⁶² 委员会在审议了所有可能的例外之后，将重新研究这一部分的标题。

⁶³ 委员会在本届会议上暂时通过本条案文。对本条的评注，见下文B. 2节。

第 15 条

财产的所有权、占有和使用⁶⁴

1. 在涉及确定下列问题的程序中，一国不能援引国家豁免来阻止另一国原应主管的法院行使其管辖：

- (a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益，或其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产生的任何义务；或
- (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) 该国对构成死亡者、精神失常者或破产者产业一部分的财产的管理的任何权利或利益；或
- (d) 该国对公司解散或结业时财产管理的任何权利或利益；或
- (e) 该国对托管财产或以其他方式信托的财产的管理的任何权利或利益。

2. 凡属在另一国法院向国家以外的人提起的程序，尽管该程序涉及的或要使国家丧失的财产系：

- (a) 国家占有或控制的财产；或
- (b) 国家对之主张拥有权利或利益的财产，

但如该国本身在向其提起程序的情况下也不能援引豁免，或者该国家主张拥有的权利或利益既未得到承认，也无表面证据的支持，则不应阻止该另一国法院行使其管辖。

3. 以上各款不妨碍国家关于其财产免于扣押和执行的豁免，或使馆、特别使节团或其他官方使团馆舍或领馆馆舍的不可侵犯性，或外交代表为使团目的、代表派遣国拥有的私人不动产所享有的管辖豁免。

⁶⁴ 委员会在本届会议暂时通过本条案文。对本条的评注，见下文 B. 2 节。

2. 委员会第三十五届会议暂时通过的
第10条、第12条、第2条
第1款(g)项、第3条第2款和第
15条的案文及其评注

第二部分

一般原则(续)

第10条

反诉

1. 一国如本身在另一国法院提起一项程序, 则不能就与主诉相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引管辖豁免。

2. 一国在另一国法院的程序中介入提出诉讼要求, 则不能就与该国提出诉讼要求相同的法律关系或事实所引起的任何对该国的反诉援引该法院的管辖豁免。

3. 一国在另一国法院对该国提起的程序中提出反诉, 则不能对主诉援引该法院的管辖豁免。

评 注

(1) 第10条是第8条和第9条必然的延续。第8条述及一国明示同意另一国法院行使管辖的影响，而第9条则规定由一国参与另一国法院程序的行为推断出来的同意程度。第10条述及对一国提起的反诉及一国提起的反诉的影响，从而使关于同意范围的规定构成完整的三部曲。

(2) 一国可根据第9条第1款(a)项在另一国法院提起程序，从而同意或接受该法院对此程序，包括预审、审讯、判决以及上诉等行使管辖。此种同意管辖的表示并非同意执行处分，这是拟在涉及国家财产扣押和执行豁免的第四部分另外审议的独立事项。可能产生的问题是一国若主动提起该程序，会在多大程度上导致它接受或服从该法院对针对原告国提出的反诉的管辖。反之，在另一国法院对其提起程序的国家可能决定对提起程序的那一方提出反诉。在这种情况下，一国在某种程度上有义务接受该法院有权行使的管辖，因为无论何种情况都清楚表明通过行动同意或表示意愿接受该法院的管辖。通过行动，如提起程序、介入一项程序以提出诉讼要求甚或在对其提起的程序中提出反诉等方式表示同意的后果实际会随其同意有关主管司法机构行使管辖的实效大小而有所不同。在这三种情况下，遇其中任何一种情形都有这样一个重大问题，即一国遭到或提出反诉时，同意行使管辖的效果的程度和范围究竟有多大。

(a) 对一国提出的反诉

(3) 在现代英语惯用法中以及英国法制与英美法体系一般理解的“反诉”这一概念预先假定先前已存在或曾提出一项诉讼要求。反诉是被告应付或答复一项原诉或主诉而提出的一项互诉或交叉诉讼。大陆法体系亦然，也可针对“主诉”(demande principale)提出“反诉”(demande reconventionnelle)。因此，对一国提出反诉的情形似乎可能有两种，第一种是一国本身如第9条第1款(a)项和第10条第1款中所述的那样在另一国法院提起程序。第二种是一国本身未

提起程序，但介入一项程序以提出一项诉讼要求。对介入的目的附有重要的限制条件。第9条第1款(b)项中规定，一国可就案情实质介入一项程序或采取任何与案情实质有关的其他步骤，并以此种介入方式接受该法院对此程序的管辖。第10条第2款所述的情形是：一国介入提出诉讼要求，因而有可能出现就其以介入方式提出的诉讼要求对该国提出反诉的情形。一国如介入程序而未同时对该程序提出诉讼要求，则不可能这样对其提出反诉。例如，一国作为对法院的协助，或着眼公正审判，或为提出建议，或为就某一法律或事实问题作证，可以介入程序而本身并不同意在整个程序中对其行使管辖。因此，如第9条第2款(a)项所规定的那样，一国可以介入援引豁免，或如该条第2款(b)项所规定，可以介入以申明对该程序中所争执的财产拥有权利或利益。遇第9条第2款(b)项所述情形，由于介入国可以说已提出一项与程序有关的诉讼要求，因此该国除有义务按第9条第2款(b)项规定回答司法讯问或提出初步证据证明其拥有或有权要求财产权利或利益之外，也可视为已同意对其提出的诉讼要求提出反诉。甚至一国如按第9条第2款(a)项规定援引豁免，也可以要求该国提出要求豁免的证据或法律依据。但是，一旦豁免要求按第9条第2款(a)项规定得到确认，或者权利或所有权的要求按第2款(b)项规定确立，则对行使管辖的同意即告终止。于是，在此种情形下，法院不应再对经确认享有豁免的国家或对该国经确定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免受法院管辖。但是，如该程序属于第三部分规定的例外之一，或该国另行同意行使管辖或放弃其豁免，则法院可继续行使管辖。

(4) 正如第9条第1款(a)项所述，一国本身提起一项程序，即应视为在该程序的一切阶段同意法院的管辖，包括初审的审讯和判决、上诉和终审裁决以及由判决当局决定的费用的裁决，但不包括判决的执行。第10条第1款涉及在另一国法院提起程序的国家，可以在多大程度上说已同意法院在对其提出的反诉中的管辖的问题。很清楚，一国提起程序这一事实本身，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其他一切向其提起的民事诉讼。在这样的情形中，同意的程度并非没有限度，而第10条第1款的目的，就是要确保对原告

国可允许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程序，并不等于接受该法院所有种类的交叉诉讼，或者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的和独立的反诉。并不存在对该国提起的所有其他程序或所有诉讼的普遍接受，也不存在所有的时间的接受。一国提起一项程序，则应在与主诉相同的法律关系或事实所引起的反诉中接受法院的管辖，⁶⁵ 或者在作为主诉内容的相同交易或事件所引起的反诉中接受法院的管辖。⁶⁶ 在一些国家的司法制度中，对原告国的反诉的效果，在量上也加以限制，即不能超过主诉的量，如果超过了主诉，则对该国的反诉只能起一种抵销的作用。⁶⁷ 用美国的法律词汇来表达，即是“对提出要求的主权者的扣除”这通常不能超过“所要求的正

⁶⁵ 例如见1978年联合王国国家豁免法第2条第6款，《关于管辖豁免的资料》，第41至42页：“对任何程序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”。还见 Strousberg 诉 Republic of Costa Rica 案(1981年)，the Law times (new series) 第44卷，第199页，在该案中允许被告提出任何他作为对原诉的互诉或反诉的权利要求，以便公平审判。但是这种反诉和互诉只能在涉及相同的交易时提出，并仅仅起到抵销的作用。

⁶⁶ 例如见1976年美国外国主权豁免法(第94—538号公法)，90 Stat 2891，美国法典，第28篇，第1607节：反诉，(b)款：“产生于作为外国主诉内容的相同交易或事件……”，《关于管辖豁免的资料》，第59页。

⁶⁷ 同上，(c)款：“反诉所寻求的补救在数量上不超过外国所寻求的补救，在种类上无异于外国所寻求的补救”。还见上文注65的 Strousberg 诉 Costa Rica 案和 USSR 诉 Belaiev 案 the Times Law Reports, 第42卷(1925年)，第21页。

面补救的限度”⁶⁸。英美法系看来只允许对外国提出防御性反诉。⁶⁹另一方面，一些大陆法系国家却允许独立的反诉起进攻性补救方法的作用，而在一些案例中，据悉已准许给予正面的补救。⁷⁰

(5) 在法院地国的规则允许的情况下，第10条第1款还可适用于对国家提出反诉的情况，而且，如在那些法院对该国提起单独的程序，则根据本条款，特别是第三部分的规定，该国不得对该反诉援引管辖豁免。⁷¹因此不构成主诉内容一部分的不同交易或事件所引起的独立反诉，或者与主诉截然不同的法律关系或另外的事实

⁶⁸ 例如见 South African Republic 诉 La Compagnie Franco-belge 案 The Law Reports, Chancery Division (以后提及时简称为“Ch”) (1898), 第190页和上文注65和67所列举的案例。

⁶⁹ 至于正当情况下可能的正面补救的提示，参阅例如 Republic of Haiti 诉 Plesch 案 New York Supplement, 2nd Series, 第73卷, 第645页(1947); United States of Mexico 诉 Rask 案, Pacific Reporter, 第4卷(1931), 第981页; International and Comparative Law Quarterly, 第二卷, (1953) 第480页; Law Quarterly Review, 第71卷(1955)第305页; Modern Law Review, 第18卷(1955)第417页; Minnesota Law Review, 第40卷(1956), 第124页。

⁷⁰ 例如见 Etat du pérou 诉 Krélinger 案 (C. A. Bruxelles) Pas-icrisie Belge (1857)第二部分, 第384页; Lefort 诉 Gouvernement Ottoman 案(Tribunal Civil de La Seine, 1914), Revue Juridique Internationale de La La Locomotion Aérienne, 第五卷(1914), 第142页。

⁷¹ 例如见1976年美国外国主权豁免法, (见上文注66), 第1607节, (a)段“如在对外国单独的诉讼中提出反诉, 则该外国不得援引根据本章1605节的豁免”; 对比1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第2款, 《关于管辖豁免的资料》第157页。

所引起的独立的反诉，不得对原告国提出，除非这些反诉属于第三部分将要研究的可允许的例外之一的范围。换言之，不论一国是否已如第10条第1款所述提起一项程序，或者如第2款所述已介入提出诉讼要求，只有当根据本条款其他部分规定可对该国提起单独的程序时，才可对原告国提出独立的反诉或互诉。

(6) 第10条第2款所述的情况，是一国介入另一国法院的一项程序，不是作为对法院的协助，而是作为有利害关系的一方来提出诉讼要求。只有在这种含义上才可能设想对作为提出要求者而不是如第9条第1款(b)项所述仅仅作为见证人介入或者发表声明而没有提出诉讼要求的一国提出反诉。一旦一国介入一项程序并提出诉讼要求，它对于与其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则应接受审理。适用于涉及对原告国可允许的反诉的限度的第1款评注的其他部分，也同样适用于第2款所设想的针对介入的提出要求国的反诉。它们特别适用于介入国提出的要求和反诉之间的法律关系和事实的同一性，还可能适用于反诉的量，以及是否允许和在多大程度上允许有任何正面补救，是否允许和在多大程度上允许有与介入国提出的要求种类不同或超出了介入国提出的要求的补救方法的问题。

(b) 一国提出的反诉

(7) 一国如在另一国法院一项针对自己的程序中提出反诉，该国即是采取第9条第1款所指的与该程序案情实质有关的步骤。在这种情况下，即认为该国不单独同意法院在其提出的反诉中行使管辖，而且也同意法院在针对它的主诉中行使管辖。

(8) 一国本身在另一国司法当局前提出互诉或交叉诉或反诉，即用行动同意该法院行使管辖。然而，一国根据第10条第3款提出的反诉的效果、程度和范围会比根据第10条第1款对原告国提出的反诉或者根据第2款对介入的提出要求国提出的反诉要更广泛。原因之一是，被告外国提出的反诉，虽然通常被地方法律限于与主诉相同的法律关系或事实引起的事项，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，都不是有限制的。确实，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，或者如果确实是新的、单独的或独立的反诉，那么它们仍然可以作为独立的互诉或甚至完全与针对该国的主诉或原诉无联系的单独的程序而存在。很清楚，被告国可以作出选择，或者对原告提出反诉，

或者提起一个新的和单独的程序。不论选择哪一种办法，按照第10条第3款提出反诉或按照第9条第1款提起一项单独程序的国家，都视为同意该法院行使管辖。在每一个案例中，同意的程度可以有所不同。如前所述，按照第9条，原告国已同意在各级法院直到判决的所有阶段的程序，但不包括判决的执行。另一方面，第10条第3款在范围上有更多的限制，该国被视为不仅对其反诉，而且对于针对它的主诉，都同意法院行使管辖。⁷²

(9) 提出诉讼要求的国家和提出反诉的国家，在立场上似乎存在轻微而又明显的不同，从而在一些国家的实践中外国可能拥有小的技术上的优势。⁷³ 一国一般说来可自由选择提起程序成为原告，从而只限于使自己接受有时只可以起抵销作用的可允许的反诉的法院管辖，而可避免在另外情况下存在的正面补救，或者提出反诉的个人寻求的任何其他正面补救方法。另一方面，如果国家没有采取主动提起程序，它仍然可以提出反诉，其结果可以是有利于被告国的正面补救，或者是与主诉所寻求的在性质和种类上有所不同的补救方法。在不论作为起诉人或反诉人的两种情况下，一国在另一国法院的地位看来要比个人优越，它可能认为采取主动成为原告较为有利，因为针对该国的可允许的反诉在范围上有更多的限制，在性质上基本上是防御性和反应性的。

⁷² 例如见1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第3款，该条款规定：

“一缔约国在另一缔约国法院的程序中提出反诉，则不仅对其反诉，而且对主诉也服从该另一缔约国法院的管辖”。见《关于管辖豁免的资料》，第157页。

⁷³ 例如见上文注68至70。

第三部分

国家豁免的例外⁷⁴

第 12 条

商业合同

1. 一国如与一外国自然人或法人订立商业合同，而根据国际私法适用的规则，有关该商业合同的争议应由另一国法院管辖，则应认为该国已同意在该商业合同引起的程序中由该另一国法院行使管辖，从而不得在该程序中援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况：

- (a) 商业合同是在国家之间或在政府对政府的基础上订立的；
- (b) 商业合同的当事方另有明确协议。

评 注

(a) 对条文草案本身的一般性评论

(1) 委员会暂时通过的第 12 条草案现题为“商业合同”。这是关于“国家豁免的例外”的第三部分的第一条实质性条文。本部分的标题在委员会审议了所有可能的例外后将重新审查。

(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一般规则的例外的观点，和认为一外国如从事贸易或商业活动，则不能援引国家豁免的抗辩理由以排除地方法院的管辖权的观点。

(3) 委员会特别是在其第三十四届会议对这个特定的国家活动领域进行了广泛的辩论。⁷⁵ 现在能够暂时通过一项案文，在适当时机可修订和改进，以便更加充分

⁷⁴ 本部分的标题在委员会审议了所有可能的例外后将重新审查。

⁷⁵ 委员会第 1708 至 1718 次会议以及第 1728 至 1730 次会议讨论了第四次报告。讨论摘要参看《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10)，第 209-220 页，第 171-198 段。

地考虑所有不同制度和实践的国家的利益和观点。

(4) 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关国内法规定具有的权限。法院地国有关的国内法可以是关于法院组织或司法管辖范围的法律、规则或规章，同时也可包括国际私法适用的规则。

(5) 研究国家豁免的各不同学派都一致认为，外国法院必须原先已经有管辖权才能够行使管辖，这种管辖的存在和行使只能依据法院地国的国内法，包括适用的管辖规则，特别是在需要解决或裁判的争端或分歧涉及外国的因素情况下。“国际私法适用的规则”是一中性的用语，选用这个用语是要按法律冲突或国际私法适用的规则来解决管辖权问题，不论是否能应用统一的管辖权规则。每一个国家在管辖权问题上，包括其法院或其他法庭的组织 and 确定这些法院或其他法庭的权限范围，都是完全自主的。

(6) 第12条草案第1款的规则是关于一国与一外国自然人或法人订立商业合同而另一国法院根据其国际私法适用的规则，可以和有资格行使管辖的情况。国家与其本国国民以外的自然人或法人订立商业合同的行为已默示同意由另一国司法当局行使管辖，如该司法当局根据其国际私法适用的规则有权行使其管辖的话。另一国法院可根据各种理由行使管辖，如订立合同的地点、根据合同规定需要履行义务的地点、或订约的一个或几个当事方的国籍或营业地点。一般来说，重要的地域关系构成行使管辖的坚实理由，但根据国际私法适用的规则，可能还有其他可以具有和行使管辖权的理由。

(7) 但是，一些委员对载于第12条第1款的提法有看法，他们说，“国际私法适用的规则”的提法难以捉摸，可以有不同的解释，导致不同的结果，而“默示同意”的概念是生造的有问题的，因为与外国人签订商业合同的国家事实上并没有放弃豁免，也未同意接受领土管辖，也不应认为它已是如此。

(8) 条款草案第2款(a)和(b)项的规定正是给所有国家的利益提供必要的保障和保护。众所周知 发展中国家经常与其他国家订立贸易合同，社会主义国家除了在它们自己之间，同时还与其他国家，包括发展中国家及技术先进的工业化国家进

行直接国家贸易。 根据(a)项规定,这类国家间或在政府对政府的基础上订立的国家合同不在第1款的规则实施范围之内。 这样,国家豁免在这类情况下仍然是适用的规则,即使例如在政府对政府的基础上订立的合同也并不一定实际上由两国政府或由政府本身订立。 这类合同也包括各种为改进粮食援助方案和提高其效率的三边交易。 如粮食供应是为了救济饥荒或帮助恢复受灾的农村或易受灾的地区,粮食供应可以由另一国或国家集团出资,直接地或通过国际组织或联合国专门机构,根据三边或多边谈判,在政府对政府的基础上向发展中的粮食出口国购买。 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生产的粮食的出口,避免了倾销或助长国际贸易中的不公平竞争。

(9) (b)项给予作为商业合同当事方的国家完全自由,可规定对合同的分歧的不同解决办法。 一国可在商业合同内明示同意,或通过以后的谈判接受仲裁或其他友好解决办法,如调解、斡旋或调停。 任何这些明示的同意通常应以书面形式。

(10) 为了正确评价在审议和确定“商业合同”⁷⁶ 这个具体领域中的管辖豁免的确切限度过程中所涉及的问题的规模和复杂性,在这里从时间上对国家惯例作一简要研究是有用的。 既然第12条草案是第三部分关于不适用国家豁免的具体活动领域的第一个实质性条文,在这里同时对第三部分所有其他各条草案中所设想的这些具体领域的限制性作一简要评述也是合乎逻辑的。

(b) 国家豁免的例外的限制性

(11) 国家豁免是一条一般原则,归纳法已表明,国家惯例中实行的几种例外已使这条一般原则受到限制。 这些例外或限制在条款草案的这一部分叙述。

⁷⁶ 第12条草案必须与下文第2条草案第1款(g)项(“商业合同”的定义)和第3条第2款(对该定义的解释)结合起来看。 同时应考虑到上述条款的评注。

(12) 这些例外看来是限制性的，就是说，它们限制了国家豁免这项普遍规则的适用范围，不论这项规则是国家主张豁免的积极规则还是其必然结果，即实行豁免或履行第一项普遍规则或履行缺乏同意或不愿意服从管辖的条件义务。国家豁免的例外如果得到确认的话，则为法院甚至对不愿服从管辖的外国主权国家行使管辖扫清了道路。因此，在属于已得到承认的任何一种例外的情况下，尽管被告不愿意同意对其提起或继续进程序，主张国家豁免这个行使管辖的障碍还是排除了。就此而言，应当指出：一旦明示或以行为默示同意，在程序中以后任何一个阶段都不能撤销。

(13) 考虑到已经存在着一些国家豁免的例外，从这种豁免不是“绝对”豁免或者说不是在所有情况下，不论国家以何种身份行动也不论国家从事的是何种活动都给予豁免的意义上，可以说国家豁免是有限制的或有限的。指出以下这点也很重要：“不豁免”的法律依据可以说是“国家豁免”的法律依据的对应原则。这就是说，假如一国行使统治权是豁免的依据的话，那么，与统治权无关或活动与主权无关就为“不豁免”的情况提供了存在的理由。

(14) 不管国家豁免的法律依据或正当理由是什么，也不管本条款草案第二部分所规定的承认和实行国家豁免的相应义务的法律依据或正当理由是什么，看来有一点是清楚的，即国家豁免的程度和范围是有限制的。有法律依据才可以行使豁免。因此，就对国家豁免的每一种限制或国家豁免的普遍规则的每一种例外而言，看来都有一种坚持国家豁免的相对立的情况或一系列相反的情况。这些“相对立的”或“相反的”情况往往在阐明“有限制”国家豁免观点时并未适当地弄清。

(15) 因此，记住以下这点也许是有帮助的，即必须从有关国家的活动的性质以及在适用情况下这种活动的目的，从该国进行的由此出现争端或诉讼原因的活动领域方面，去寻找国家豁免的每一例外情况中拒绝给予国家豁免的正当理由。⁷⁷ 不过，根据“绝对”国家豁免的观点，豁免是完全的，所有例外都必须由于国家的同意，以口头或书面的明示方式或通过行为和法律上推断的默示方式所表示的同意。

(16) 总之，在研究本专题时始终必须记住：实施国家豁免规则是双边性质的。

⁷⁷ 见下文第 17 段。

意思就是，每个国家既可能是国家豁免的接受者或受益者，也处于有责任履行实行另一国所享有的管辖豁免的义务的地位。

(17) 在试图具体列举允许限制实施国家豁免的活动领域（例外）的过程中，已经对适用国家豁免的行为或活动和不属于国家豁免范围的行为或活动提出了若干区分界限。在业已提交委员会的一份文件中做了比较详细讨论的区分界限，⁷⁸是在审议了下列因素的基础上提出的：国家的双重人格、⁷⁹国家的双重身份、⁸⁰统治权行为和管理权行为⁸¹（这也与国家行为的公或私的性质有关⁸²）、以及商业与非商业活动⁸³。在讨论上述界限过程中出现的以及下面要进一步详述的问题是：在指出第12条草案中所规定的国家豁免的例外时，使用“商业合同”这一意义较狭窄的用语比“贸易或商业活动”这一意义较广泛的用语能更广泛地被接受。正如所指出的那样，为了在实际应用该项例外时有更加明确的概念，制定一项定义条款及对该定义进行解释说明（见下文）还是必要的。

(c) 作为国家豁免一项例外的“商业合同”的法律依据

(18) 已试图通过归纳法来弄清这种例外的国家惯例历来的演变。显然，在各种体系的判例法的演变过程中，同一法院在不同时期和不同体系的各种法院对于最初题为“贸易或商业活动”的例外方面的国家豁免得出了不同的结论。对于同一种行为，各级的不同法院可以有不同的解释，会得出截然不同或者甚至完全相反的结果来。所以，同一种活动可以被看作是贸易性或商业性活动，因而无权享受国

⁷⁸ 关于区分界限本身的更详细讨论，一般参阅特别报告员向委员会第三十四届会议提交的第四次报告，A/CN.4/357和Corr.1号文件，第35—45段。

⁷⁹ 同上，第36段。

⁸⁰ 同上，第37段。

⁸¹ 同上，第38—39段。

⁸² 同上，第40—42段。

⁸³ 同上，第43—45段。

家豁免，或者被看作是非商业活动，因而有权享受国家豁免。⁸⁴

(19) 法院确实很难完全忽视某项具体交易或合同的动机，尽管这项交易或合同显然是商业性和私法性质的，特别是假如它是一项有关购买或供应的合同，例如建造使馆所需的材料⁸⁵、陆海空军所需的建筑材料⁸⁶、维修陆军或军事基地所需材料⁸⁷

⁸⁴ 例如在 *Parlement Belge* 案 (The Law Reports Probate Division (以后简称 P. D.) 第四卷 (1879 年第 129 页中)，Robert Philmore 爵士在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。”该判决被上诉法院否定 (1880 年)。见 Bret 法官 P. D. ，第五卷 (1880 年) 第 203-220 页。

⁸⁵ 例如，参阅《关于国家及其财产的管辖豁免的资料》第 282 页所列举的 1963 年 *Neue Juristische Wochenschrift* 中的联邦宪法法院 1963 年 4 月 30 日裁决。

⁸⁶ 例如，参看 *Le Gouvernement espagnol* 诉 *Casaux* 案，*Recueil-general des Lois et des arrêts* (Sirey, 1849) (以后简称 Sirey)，第一部分，第 81 页；*Recueil Pevodique et critique de jurisprudence de legislation et de doctrine* (以后简称 *Dalloz*)，1849 年，第一部分，第 5 页，关于西班牙购买供西班牙军队用的靴子。参照 *Hanukiew* 诉 *Ministere de l'Afghanistan* 案，Sirey (1933 年)，第一部分，第 249 页，关于购买武器问题；以及各种贷款方面的案例，*Moroccan Loan*，Sirey (1935 年)，第一部分，第 105 页，还可参阅 *Vavasseur* 诉 *Krupp* 案 Ch. 第九卷 (1878)，第 351 页。

⁸⁷ 例如，参阅 *Trendtex Trading Corporation Ltd*，诉 *Central Bank of Nigeria* 案，*The All England Law Report* (以后简称 *ALL E. R.*)，1977 年，第 1 卷，第 881 页，关于订购在尼日利亚建造兵营用水泥。参照 *Guggenheim* 诉 *Etat de Vietnam* 案，《关于管辖豁免的资料》，第 257-258 页，关于购买军用香烟问题。

救济遭受自然灾害地区或救济水灾或地震灾民所需的粮食。⁸⁸棘手的案例不一定产生坏的法律，尽管它们可能会起到混淆适用豁免的案例与那些法院倾向于在涉及商业合同的活动领域中行使管辖的案例之间的某些比较细致的界限的作用。因此，有必要提出警告，强调必须极其谨慎地对待某些敏感问题，以免将为确保某国国民的安全而采取的重要的主权权力行为曲解为一种不受管辖豁免保护的单纯的商业交易。根据行为性质而定出来的这项客观标准往往是形式上的，有时甚至是机械的。因而，需加以补充，以得到合理的结果。从而，有人还提出了第二项检验标准。即目的标准，以便为确定某项合同或交易的性质提供解释上的指导。

(d) 国际和国内司法惯例概况

(20) 这个简要概况的更详细文本已提交委员会⁸⁹。概况一开始提到了最早在国家实践中承认并实施贸易活动例外（即我们所称的“商业合同”）的一个案例⁹⁰。在Charkieh案中，法院称：

“据我所知，没有一项国际法原则、没有一项已决的判例、没有一个法学家的学说竟发展到这样一种地步：允许一个君主当商人身份对他有利时就以商人身份出现；当他对某一私人负有义务时又允许他抛弃——假如我可以这么说的话——他的伪装而以君主身份出现，为其自己的利益，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”⁹¹。

(21) 自从国家贸易的出现以及商业发展领域中的国家活动的不断扩大，国家惯例一直朝着有利于这种“限制性”国家豁免观点的方向发展。因此，即使在最开

⁸⁸ 例如，参看素差伊库在Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Haye, 1976年-I, 第149卷, 第138页中引证的Egyptian Delta Rice Mills诉Commisaria General de Abasteclinientos案。

⁸⁹ 见特别报告员对委员会第三十四届会议提出的第四次报告, A/CN.4/357和Corr. 1号文件, 第52-92段。

⁹⁰ Charkieh案(1873年), The Law Reports, Admiralty and Ecclesiastical Division, 第四卷, 第59页。

⁹¹ 正如上面所指出的, 这是裁定国有船舶的服务或使用的商业性导致船舶无权享有国家豁免的第一个案例。

始的时候，“绝对”豁免观点在理论上也是被排除在贸易和经济发展领域之外的，尽管由于不同法院在不同时间对于相似的国家活动有不同的解释，这项规则在具体案例中的实际应用仍然存在着问题。

(22) 国家惯例中国家豁免规则的应用范围的变化不定在某些程度上就造成了国际上的司法判例比较少。国际法院最近在1980年判决的唯一案例⁹²直接关系到的是不可侵犯性问题，而不是通常那种国家财产管辖豁免问题。这个案例不涉及到与使馆或领馆馆舍有关的“商业合同”的例外。这可能起到说明各国政府态度和立场上灵活性的作用。一个国家在受到外国法院不利司法判决的影响的情况下，可以不向国际法院提出诉讼而冒默许同意这种判决或这种处理的危险。但是从条款草案第四部分可以看出，一旦作出可能对其不利的判决，国家仍然继续受第二阶段豁免的保护。即免除对其财产的没收、扣押和执行。

(23) 从国内法院的司法判决可以看出，国家惯例在朝着“限制性”国家豁免观点逐渐演变过程中就象蛇行似的，身子向左右两边扭动摇摆，迂回曲折地前进。

(24) 诸如意大利、⁹³比利时、⁹⁴和埃及⁹⁵等国的惯例可以说是“限制性”豁免领域的先驱，不给予贸易活动豁免，现在诸如德意志联邦共和国、⁹⁶美利坚合众国、⁹⁷和联合王国⁹⁸等传统上主张较无限制的国家豁免学说的国家近来的惯例也许已超过前几个国家。

⁹² 见特别报告员第二次报告，《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第227页，A/CN.4/331和Add.1号文件第114段指出的国际法院1980年5月24日判决，“美国驻德黑兰使领馆人员，判决书”，《1980年国际法院裁决集》，第3页。参照国际常设法院在1939年判决的Socobelge案，Société Commerciale de Belgique, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 78, 第160页。

⁹³ 意大利法院从1882年起首先限于对外国作为“政治实体”而非“法人”行动的案件（见Morellet诉Governo Danese案（1882），载于Giurisprudenza（接下页）

93

(续) Italiana 1883年, 第一卷, 第125页) 或者一国以有别于“民法法人”的主权当局或政权的身分行动的案件(见Guttieris 诉 Elmilik 案, Il Foro Italiano 1886年, 第一卷, 第920至922页) 实行国家豁免。也见 Hamsphon 诉 Bey di Tunisi 案, 同上, 1887年, 第一卷, 第485至486页。

意大利法制只允许对“统治权行为”而不允许对“管理权行为”实行国家豁免。国家行为的公共性是确定豁免的标准。对私人行为或私法性质, 不承认豁免。1950年关于建于意大利的美国军事基地案, Cassazione 法院对有关美国政府“公共或政治职能”的“公共活动”给予豁免(见 Department of the Army in U.S.A. 诉 Giori Savellini 案, Rivista di diritto internazionale, 第39卷(1956年), 第91-92页)。参看 La Mercatile 诉 Kingdom of Greece 案(1952年), International Law Reports 第22卷(1955年), 第240页。对意大利判例的详细评述, 见特别报告员的第四次报告(上文注89), 第56至57段。

94

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确定下来。这三个案件是: (1) Etat du pérou 诉 Krélinger 案(见上文注70)。参看 E.W. Allen, the position of Foreign States before Belgian courts (New York, Macmillan, 1929), 第8页; (2) Peruvian Loan 案 Pasicrisie Belge 1877年, 第二卷, 第307页。此案不是对秘鲁而是对 the Dreyfus Brothers 提起的诉讼。(3) Peruvian Guano's concession 案, 同上, 1881年, 第二卷, 第313页。在这三个案件中区分了秘鲁国家的政府活动和私人活动, 其中对其私人活动, 布鲁塞尔上诉法院拒绝给予豁免。因此, 比利时法院自1888年以来, 象意大利法院一样, 也区分国家以主权者(政府的)和民间(私人的)身分所作的行为, 例如, 比利时法院判定保加利亚为购

- ⁹⁴ (续) 买子弹订立合同时, 是作为私人行事的, 须承受该合同的一切后果 (见 *Société pour la fabrication des Cartouches* 诉 *Col. M. Ministre de la Guerre de Bulgarie* 案 (1888年), 同上, 1889年, 第三卷, 第62页)。同样, 在 *Société anonyme de Chemins de fer Liégeois-Luxembourgeois* 诉 *Etat néerlandais* 一案中, 荷兰为扩建火车站订立的一项合同经判定须服从比利时的管辖, 同上, 1903年, 第一卷, 第294页。因此, 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。见 *Feldman* 诉 *Etat de Bakia* 案 (1907年), 同上, 1908年, 第二卷, 第58页。还见特别报告员的第四次报告 (上文注89), 第58至59段。
- ⁹⁵ 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—比利时的有限豁免惯例。外国管辖豁免在埃及构成“公共秩序”问题。(见开罗初审法院1963年第1173号判决, 《关于管辖豁免的资料》第569页提及)。豁免只允许对主权当局的行为实行, 不扩大适用于“普通行为”, 见同上。还见特别报告员的第四次报告 (上文注89), 第60至61页。
- ⁹⁶ 德国法院的惯例经历了比较曲折的道路, 早在1885年就开始根据公私活动的区别实行有限豁免, 主张国家豁免“至少有若干例外”(见 *Heizer g. Kaiser-Franz-Joseph Bahn A-G* 案 (1885, *Bavarian Court of Conflicts*), *Gerichtshof für Kompetenzkonflikte*, 1885年, 第一卷, 第16—17页, *Harvard Draft on Competence of Courts in regard to Foreign States* 中引用, *American Journal of International Law*, 第26卷 (1932年), Supplement 第533页。在 *The Republic of Latvia* 案 (1953) *International Law Reports*, 1953年, 第180页中, *the Restitution Chamber of the Kammergericht of Berlin (West)* 拒绝豁免, 理由是“外国……若介入商业关系……即不以主权者身分行事, 而是由于从事纯粹私人性质的事务, 特别是由于

- ⁹⁶ (续) 从事商业交往活动而在私法领域中完全以私人权利和义务所有者身分行事, 则该原则对其并不适用。” 同上, 第181页。 联邦宪法法院在后来的案件中一向沿袭这种有限制的趋势。(如见载于《关于管辖豁免的资料》第282页的)(诉…… Empire 案(1963), 其中判定伊朗大使馆取暖系统修理合同为“非主权”性质的, 因而无权享受豁免。 还见特别报告员的第四次报告(上文注89), 第67至68段。
- ⁹⁷ 有时有人说, 美利坚合众国法院的惯例开始是实行无限制国家豁免原则的。 若较为细致查阅 Marshall 首席法官, 在 The Schooner Exchange 诉 MacFaddon 案(1812), W. Cranch, Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United State, 第三版 (New York, Banks Law Publishing, 1911年)第七卷, 第116页的判词, 就可以发现实际情况恰恰相反。 起初只承认对某些特定案件实行国家豁免: (1) 君主免于逮捕和拘留; (2) 给予外交部长的豁免; 和(3) 对通过领土的外国军队的豁免。 领土管辖由于当地主权者默示同意而免除, 因此豁免被认为是每一主权利力的属性的例外。 在领土主权者看来应对这样的豁免作限制性的解释。 在 Bank of United States 诉 Planter's Bank of Georgia 案(1824)中, 法院判决说, “一国政府如入伙经营一家贸易公司, 则就该公司的交易活动而言, 该政府已抛弃其主权者性质, 而具有私人公民的性质”。 Wheaton, United States Supreme Court Decisions, 第九卷, 第907页在 The Pesaro, Federal Reporter, 第277卷, 第479至480页, 及 American Journal of International Law 第21卷(1927)第108页)中, 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, 明确宣布实行有限制的豁免。 这种区分得到国务院的支持, 但于1926年在 Berizzi Brothers 诉 The S.S. "Pesaro" 案(1925), United States Reports, 第271卷, 第562页(及 Annual Digest of Public International Law Cases, 1925 - 1926年, 第135号案例), 中遭最高法院否定。 最高法院否定此项判决, 赞成司法部所表示的意见。 自此各法院倾向于遵循

⁹⁷ (续) 政府政治部门的主张(如见 Stone 首席法官在 Republic of Mexico 诉 Hoffman 案(1945)中的判词, United States Reports 第 324 卷, 第 30 至 42 页。但是, 国务院的正式方针直到 1952 年的 Tate 信件才以最明确的言词一般地重申, 主张基于统治权行为和管理权行为的区别的有限制的豁免理论。

自 Tate 信件以来的一系列案件之中, 从较近的 1964 年 Comisaria General de Abastecimientos y Transportes 诉 Victory Transport Inc. 案, Federal Reporter 2nd Series, 第 336 卷, 第 354 页(及 International Law Reports, 第 35 卷, 第 110 至 121 页)起, 出现一种颇有意思的趋势。联邦地方法院在一起因小麦运输合同引起的诉讼中驳回豁免要求, 拒绝豁免, 除非所述活动明显属于下列几种纯属政治行为和政府行为之一: (1) 国内行政行为, 诸如驱逐外侨等; (2) 立法行为, 诸如国有化等; (3) 涉及外交活动的行为; 或(4) 政府贷款。

自通过 1976 年《外国主权豁免法》以来, 美国法院现在可以就豁免问题自行作出裁决, 而无须由国务院以“Tate 信件”的形式提出建议。目前, 对商业活动例外问题, 各法院是以 1976 年《外国主权豁免法》为法律上的准绳。还见特别报告员的第四次报告(上文注 89), 第 74 至 79 段。

⁹⁸ 由于甚至允许对外国政府的贸易活动也享受国家豁免的一系列案例近来遭到推翻, 因而所谓英国法院在任何情况下都坚持管辖豁免的说法就不再时兴。关于外国商业活动, 尤其在航运或海运方面, 判例法在十九世纪始终摇摆不定。有限制豁免最明确的判决是上文注 90 所提到的 Charkieh 案(1873 年)。相反的判决是 The Porto Alexandre (1920) P.D., 1920 年, 第 30 页。于是随后涉及 1924 年商业装运的诸如 Compania Mercantil Argentina 诉 U.S. Shipping Board 案(1924 年), The Law Journal Reports, King's Bench Division, New series, 第 93 卷, 第 816 页, 之类的案件以及涉及其他贸易活动, 诸如 1957 年 Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo 案(1956), The Law Reports, Queen's Bench Division, 1957 年, 第一卷, 第 438 页,

98 (续)一案中普通购买大量黑麦的案件,遵循了无限制豁免原则。

上议院在1981年8月7日的 *The Weekly Law Reports, House of Lords*, 所载的 *the I Congreso del Partido* 案中最后结束了无限制豁免,在以前很久,英国法院的司法判决充满倾向于有限制豁免的意见和判词。甚至在 *The Christina* 案, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases* (以后简称 "A.C."), 1938年,第485页, *Annual Digest 1938-40 Case No.86* 中就对豁免学说用于贸易船舶是否合理表示怀疑,有些法官倾向于重新考虑 *The Porto Alexandre* 案中主张的无限制豁免。因此在包括 *Dollfus Mieg et Cie. 诉 Bank of England* 案 Ch. 1950年,第一卷第333页,和 *All E.R.*, 1952年第一卷,第572页; *Sultan of Johore 诉 Aris Bendahara Abubakar* 案, *All E.R.* 第1261页 (还见 *Law Quarterly Review* 第68卷, (1952年)第293页中的注,和 *Rahimtoola 诉 Nizam of Hyderabad* 案, A.C. 1958年,第379页,等案的一系列案例中,仍保持着对豁免持“有限制”意见的趋势。在 *Dollfus* 案判决中, *Evershed* 法官同意 *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* 案判决中, *Simon* 勋爵否认无限制豁免是在任何情况下都在英国适用的规则。

最终否定 *The Porto Alexandre* 案的无限制豁免的第一个案例是1975年的 *The Philippine Admiral* 案, A.C. 1977年,第373页,其中对 *The Parlement Belge* 案加以区别,并且引用 *The Sultan of Johore* 一案,认为此案确认: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 诉 The Central Bank of Nigeria* 案 (见上文注87),一致判定主权豁免学说不再适用于普通贸易活动,因此有限制学说不仅适用于对物的诉讼,而且也适用于对人的诉讼。1978年《英国国家豁免法》在上议院1981年对 *I Congreso del Partido* 案作出裁决之前通过,增强了这种正在形成的趋势。由于有1978年法和近来这一系列案例,因而现在必须说英国法院对外国政府贸易活动例外的司法惯例已相当确定。

(25) 我们曾指出，法国法院、⁹⁹ 荷兰法院、¹⁰⁰ 和奥地利法院 ¹⁰¹ 不久也随之采纳意大利和比利时法院宣布的“有限制”国家豁免观点。

⁹⁹ 对法国法院惯例的考察表明，早在1890年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“权力行为”和“管理行为”或“商业行为”之间的区别，对国家豁免作某些限制的痕迹。（见 Faucon et Cie 诉 Etat grec 案，*Journal du droit international privé*（以后简称“Clunet”），第17卷（1890年），第288页。）但是，法国法院直到1915年才制定采用有限制国家豁免学说。在1915年的第一件案例中，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动机……”（见 Société Maritime Auxiliaire de Transports 诉 Capitaine du Vapeur “Ungerford” 案，有时简称为“Hungerford”，*Revue de droit international privé et de droit pénal international* (Darras)，第15卷（1919年）第510页。但是Hungerford 案的上诉法院没有判定该合同本身是商业性的。1924年，马赛商业法庭对 Etat roumain 诉 Pascalet et Cie 案，*Clunet* 第52卷（1925），第113页，一案判定“进行称为‘商业行为’的行为时，排除了关于该国家政府权力的行使、该国的独立和主权的任何考虑”。

法国目前的判例可以说确定地主张基于“贸易活动”的“有限制”国家豁免观点。但是，最近若干判决解释“商业行为”理论时得出某些歧异的结论。例如，一方面判定为外国军队采购香烟的行为以及考察巴基斯坦水力分布情况的合同均是为“公众服务”的“公共权力机关的行为”（分别见上文注87提及的 Guggenheim 诉 Etat de Vietnam 案，和 Société Transshipping 诉 Pakistan（1966年）案，*International Law Reports*，第47卷，第150页）。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贷款的方法都给法院应用“商业行为”标准时造成困难。（分别见 Etat espagnol 诉 Société anonyme de l'Hôtel George V 案，《关于管辖豁免的资料》，第267—272页和 the Montefiore 诉 Le Congo Belge 案 *International Law Reports*（1955年）第226页。还见特别报告员的第四次报告（上文注89），第62至66段。

¹⁰⁰ 对荷兰法院的考察表明，1917年曾通过一项法案，允许法院对统治权行为实行国家豁免，此后，截至1923年区分两种行为为止，荷兰法院一直对管理权行为未作定论。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，驳船提供公众服务、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。（分别见 *Advokaat 诉 I. Schuddinck & den Belgischen Staat* 案 *Weekblad van het Recht* (1923), No. 11088, *Annual Digest* 1923, Case no. 69, *De Froe 诉 Rist. "U.S.S.R."* 案 *Weekblad ...* 1932年, No. 12453, *Annual Digest* 1931-1932, Case no. 87, 以及 *the Garbi* 案 (1938) *Annual Digest* 1919-42, Case no. 83.)

荷兰法院直到1947年才能找到并实行较为可行的限制国家豁免的标准，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”。（见 *Weber 诉 U.S.S.R.* 案, *Annual Digest* 1919-42 Case no. 74 和 *Bank of The Netherlands 诉 Arktikugol Soviet Trade Delegation and State Bank of Moscow* 案, *Annual Digest* 1943-45, Case no. 26.）但是，荷兰最高法院1973年对 *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire 诉 The Socialist Federal Republic of Yugoslavia* 案，《关于管辖豁免的资料》，第355—360页。还见特别报告员的第四次报告，上文注89），第69至71段）的裁决更清楚地说明了贸易活动的例外。

¹⁰¹ 奥地利的惯例与德国的相同，也经历了曲折的过程，起初在十九世纪时实行无限制豁免，由1907年至1926年转向有限制豁免，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年判决的一案中，先回顾了现有国际法权威的学说，然后才作出判决，拒绝给予判定为管理权行为的行为以豁免。该法院说：

“这种使管理行为接受国家管辖的规定立足于国家商业活动的发展。古典豁免学说产生的时期国家在外国的商业活动全部与其政治活动有联系……今天情况已完全不同；国家从事商业活动，……开始与其本国国民和外国人竞争。因此，古典豁免学说已失去其意义，失去此种理由也就不能再被承认为国际法规则。”《关于管辖豁免的资料》第195页。

(26) 若干发展中国家的司法惯例也可以说采用了有限制豁免。上面我们已指出(见上文注95), 埃及是这方面的先驱。近年来, 巴基斯坦¹⁰² 和阿根廷¹⁰³ 的司法惯例是接受有限制豁免的现成例子, 而智利¹⁰⁴ 和菲律宾¹⁰⁵ 则存在有关的案例, 但是没有关于商业合同是国家豁免例外的问题的判决。

¹⁰² 巴基斯坦最高法院 1981 年借判决 A.M. Qureshi 诉 Union of Soviet Socialist Republics and another 案的机会, 回顾评述其他国家的法律和惯例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。(见 All-Pakistan Legal Decisions, 1981 年, 第 377-453 页)。

¹⁰³ 对阿根廷判例法审查的结果表明, 存在赞成有限制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应用主权豁免原则, (如见 Baima and Bessolino 诉 The Government of Paraguay 案, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Decision No. 123, 第 53 页; The United States Maritime Administration 诉 Dodero Brothers 案, Fallos, Decision No. 141, 第 129 页; 和 Zubiarre 诉 The Government of Bolivia, Fallos, Decision No. 79, 第 124 页。所有各案例均在《关于管辖豁免的资料》第 73 至 74 页提及)。贸易活动的例外在拟在阿根廷共和国管辖范围内执行并遵守的销售合同的 SS "Aguila" 案中得到确认。(The SS "Aguila" Fallos, Decision No. 47, 第 248 页。) 该法院宣布有权管辖, 并命令继续审理该案, 理由是“该合同的内在有效性及与其有关的一切事项应依照我国一般法律的规定, 国家法院有权对此类事项进行管辖”。《关于管辖豁免的资料》, 第 73 页。(见 Dr. Isidoro Ruiz Moreno, "El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema", (布宜诺斯艾利斯, Imprenta de la Universidad 1941 年)。)

¹⁰⁴ 见特别报告员的第四次报告(上文注 89), 第 91 段。

¹⁰⁵ 同上, 第 92 段。

(e) 国家立法的概况

(27) 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精神，即“有限制”豁免的趋向，但是其中一些在重要的细节问题上有所区别，值得注意。在这里虽不深谈那些细节，然而重要的是比较载于美国 1976 年外国主权豁免法¹⁰⁶ 和联合王国 1978 年国家豁免法¹⁰⁷ 规定的“商业合同”例

¹⁰⁶ 该法除其他外，规定如下：

“第 1604 节，外国的管辖豁免

“除本章第 1605 至 1607 节规定者外，外国应豁免美国及各州法院的管辖，但须遵照颁布本法时美国为缔约国的现有国际协定。”

“第 1605 节，外国管辖豁免的一般例外

“(a) 在任何下列案件中，外国不得豁免美国或各州法院的管辖：

“(2) 在此案件中诉讼的依据是外国在美国进行的商业活动或者在美国的行为而与外国在其他地方的商业活动有联系；或者在美国领土以外的行为而与外国在其他地方的商业活动有联系并对美国带来直接的影响。”

见《关于管辖豁免的资料》，第 57 至 58 页。

¹⁰⁷ 该法除其他外，规定如下：

“豁免的例外

“3. (1) 一国在涉及下列程序时不享受豁免：

(a) 该国进行的商业交易；或

(b) 该国根据合同（不论是否属于合同交易）应全部或部分在联合王国履行的义务。”

见同上，第 42 页。

外的有关条文，巴基斯坦¹⁰⁸ 和新加坡¹⁰⁹ 在这一点上密切参照联合王国的法律，加拿大¹¹⁰ 也部分参照。

¹⁰⁸ 1981年国家豁免法令除其他外规定如下：

“5. 在巴基斯坦履行的商业交易和合同

“ (1) 一国在涉及下列程序时不享受豁免：

“ (a) 该国进行的商业交易；或

“ (b) 该国根据可能是也可能不是商业交易的合同应全部或部分在巴基斯坦履行的义务。”

第5节第3分节“商业交易”一词的定义为：

“ (a) 任何供应货物或提供服务的合同；

“ (b) 任何贷款或其他提供资金的交易和任何与这种交易或其他金融义务有关的任何担保或补偿；和

“ (c) 国家并非行使其主权权力而进行或从事的任何其他不论是商业、工业、金融、职业或其他类似性质的交易或活动。”

见同上，第21至22页。

¹⁰⁹ 新加坡立法的有关条文与巴基斯坦上述条文相似，但是不把国家和个人之间的雇用合同列入这种例外。见新加坡1979年国家豁免法第5(1)(b)节，同上，第29页。

¹¹⁰ 加拿大国家豁免法（1981年）第5节只作如下规定：“外国在涉及该外国任何商业活动的任何程序中不得豁免法院的管辖”。见同上，第8页。

(f) 条约惯例的概况

(28) 一国政府的态度或观点可从其确立的条约惯例中了解到。 双边条约可能载有条款，表明缔约国事前已同意在诸如贸易等某些具体活动领域服从地方法院的管辖。 因此，苏联的条约惯例充分表明，它愿意由其单独的企业或贸易组织建立的商业关系，接受主管领土当局的管理。¹¹¹ 虽然一国在这个特定领域的做法具有一贯性的事实，可以被看成是证明在这个方面缺乏国际法的规则，或者是允许通过双边协定背离或减损这些规则，但是这些双边条约惯例综合起来，却可以证明存在一般的国家惯例，支持协议的限制豁免，条件成熟时，即可成为国际惯例中公认的豁免的例外。 1981年委员会一位委员谈到他的国家的惯例，证实了这种观点。¹¹²

(29) 苏联与中华人民共和国1958年4月23日于北京签署的《贸易和航运条约》，为苏联与社会主义国家缔结的一系列条约所载的条款提供了一个典型的例子。¹¹³ 关于苏维埃社会主义共和国联盟贸易代表团在中国以及中国贸易代表团在苏联的法律地位，附件第4条规定：

“贸易代表团应享受一个主权国家有权享受的一切豁免，包括有关对外贸易的豁免，但缔约国一致同意仅有下列例外：

“(a) 有关贸易代表团在接受国领土上根据第8条签订或担保的商业合

¹¹¹ 见社会主义国家之间载有国家管辖豁免条款的条约清单，同上，第三部分，A. 2。

¹¹² 见鹤冈大使提到日本1957年与苏联及1953年与美国签订的条约的发言，《1981年……年鉴》，第一卷，第63页，第1654次会议，第23段。

¹¹³ 联合国《条约汇编》，第313卷，第135页。见《关于管辖豁免的资料》，第135页。比较与罗马尼亚(1947)、匈牙利(1947)、捷克斯洛伐克(1947)、保加利亚(1948)、德意志民主共和国(1957)、蒙古(1957)、阿尔巴尼亚(1958)、越南(1958)、朝鲜民主主义人民共和国(1960)和捷克斯洛伐克(1973)签订的条约，同上，第134至140页。

同的争端，在没有仲裁或任何其他管辖的保留时，应服从接受国法院管辖。不得作出提供保证金的中间性法院裁定。

“(b) 在上述争端中，对贸易代表团作出的在法律上已经有效的终局司法裁决，是可以强制执行的，但是这类执行只可以对应属于贸易代表团的货物和权利要求实施。”（着重号是后加的）

(30) 苏联与法国签订的协定中相似的第10条规定是苏联与发达国家缔结的条约中有代表性的规定，¹¹⁴ 苏联1953年与印度的换文中相似的第3款是苏联与发展中国家签订的这类协定的例证，¹¹⁵ 这些规定进一步说明了与这种例外有关的国家惯例。

¹¹⁴ 第10条除其他外规定如下：

“苏维埃社会主义共和国联盟驻法国的贸易代表团应享有上文第6条规定的特权和豁免，但有下列例外：

“有关苏维埃社会主义共和国联盟贸易代表团按照本协定第8条第1款在法国领土上签订或担保的商业交易的争端，在没有仲裁或任何其他管辖的保留时，应服从法国法院管辖，并按法国法律裁决，除非个别合同的条文或法国立法另有规定。

“但是不应对贸易代表团作出中间性裁定”。（着重号是后加的）（见联合国：《条约汇编》第221卷，第79页和《关于管辖豁免的资料》，第141—142页。例如见 *Société le Gostoyg et U.R. S.S. 诉 Association France Export* 案 (1926) *Sirey* 1930年，第一部分，第49页和 *Annual Digest 1925-26, Case O.125*. 还比较与丹麦 (1946) 芬兰 (1947)、意大利 (1948)、奥地利 (1955)、日本 (1957)、德意志联邦共和国 (1958) 和荷兰 (1971) 签订的条约的类似规定。（秘书处编写的条约规定汇编，《关于管辖豁免的资料》，第140至144页。）

¹¹⁵ 第3款全文如下：

“双方一致同意，贸易代表团成员包括驻新德里的成员在印度进行或担保的商业交易，应受印度法院和法律的管辖，除非上述交易缔约方另

(g) 国际公约和政府间机构编纂工作的概况

(31) 一项区域性公约¹¹⁶和一项全球性公约¹¹⁷接触到把商业合同作为国家豁免的例外的问题。虽然欧洲公约第7条对这个问题的论述十分清楚,¹¹⁸但是就布鲁塞尔公约第1条¹¹⁹而言,需要指出其主要目的明显地是要把国家经营的商船在豁免

有协议。只有对直接与贸易代表团签订或担保的商业交易有关的贸易代表团的货物、债权要求和其他资产才可执行与这种交易有关的法令和其他命令。双方理解,贸易代表团对其他苏联机构直接签订的没有贸易代表团担保的任何交易,将不承担责任。”(见联合国:《条约汇编》,第240卷,第143页和同上第148页。还见与埃及(1956)、伊拉克(1958)、多哥(1961)、加纳(1961)、也门(1963)、巴西(1963)、新加坡(1966)、哥斯达黎加(1970)和玻利维亚(1970)等发展中国家签订的条约的相应条款。(秘书处编写的条约规定汇编,同上,第145至150页。)

¹¹⁶ 1972年《关于国家豁免的欧洲公约》,见同上,第156至172页。

¹¹⁷ 1926年《统一有关国有船舶豁免某些规则的布鲁塞尔公约》,同上,第173至176页。

¹¹⁸ 第7条规定:

“1. 如果一缔约国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,而程序是与该办事处、代理处或其他机构的上述活动有关,则该缔约国不得要求豁免另一缔约国法院的管辖。

“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款应不适用”。同上,第158页。

¹¹⁹ 第1条规定:

“国家拥有或经营的海轮、国家拥有的船货、政府船舶运载的货物和旅客和拥有或经营这些船舶或拥有这些船货的国家,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、

问题上和私有商船等同起来。

(32) 在欧洲理事会作出努力的结果使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也正在审议类似的计划。¹²⁰ 指出亚非法律协商委员会在这个领域作出的贡献并非是没有意义的，该委员会设立了一个有关私人性质商业和其他交易的国家豁免委员会。在1960年，亚非法律协商委员会通过了该委员会的最后报告。最后报告写道，除了印度尼西亚代表团以外，其他的代表团“……一致认为，应该区分不同类型的国家活动，对于可称为商业性质或私人性质的活动，不应赋予外国豁免”。虽然推迟作出最后决定，但提出了下列的建议：

“ (1) 国家贸易组织按成立这些组织的国家的国内法如具有单独的法律实体，则其在外国的任何活动不应享有国家豁免。对这些组织和其代表在外国的交易或活动可以在该外国的国内法院提出起诉。

“ (2) 从事商业或私人性质交易的国家如因这些交易在外国法院被起诉，则不应提出主权豁免的要求。如果提出豁免要求，也不应接受其要求而剥夺国内法院的管辖”。¹²¹

(33) 关于国家管辖豁免的美洲国家公约1983年最新草案¹²²，载有类似条款限制对“有关在法院地国进行的贸易或商业活动的诉讼要求”的豁免。¹²³

货物和装备的同样的赔偿责任规则和负有同样的义务”。国际联盟：

《条约汇编》第176卷，第205页。

¹²⁰ 例如见巴巴多斯政府提交的材料：“巴巴多斯政府目前……正在审议（类似1978年联合王国国家豁免法）那样的立法，此外还把主要精力投入《关于国家豁免的加勒比公约》”。《关于管辖豁免的资料》，第74至75页。

¹²¹ 见M.M. Whiteman: Digest of International Law，第6卷（华盛顿，1968年），第572—574页。

¹²² 美洲法律委员会通过的《关于国家管辖豁免的美洲国家公约草案》（OEA/See. G; CP/doc. 1352/83, 1983年3月30日）。

¹²³ 同上，第5条。该条的第2款“贸易或商业活动”的定义为一国按照普通贸易活动方式进行的特定交易或商业贸易活动。

(h) 非政府机构的贡献

(i) 国际法学会的决议

(34) 1891年汉堡决议草案载有一条规定，限制在某些案件中应用豁免，主要指(第二条第1款第3项)“涉及外国在领土上经营的商业或工业机构或铁路的诉讼”。¹²⁴ 国际法学会第一委员会1951年决议最后草案第三条有类似规定：“如引起涉及外国的案件的行为系商业行为，类似普通人的行为，并符合与案件有关的各国所接受的定义，则一国的法院可以审理涉及该外国的案件。”¹²⁵ 1954年4月30日，国际法学会通过关于外国豁免管辖和执行的新的决议，确认主权行为的豁免，但是坚持按照法院地法不属主权权力的行为应受管辖。

(ii) 国际法协会的法典草案

(35) 国际法协会拟订的1926年Strupp法典草案第三条也列举了国家豁免理论的某些例外，包括“……特别是国家(或君主)的行为不是掌握公共权力的人的行为，而是私法中个人的行为，特别是如果它从事商业活动的所有案件……”¹²⁶ 更近些时候，国际法协会在其1982年蒙特利尔会议上重新审议了这个问题。

¹²⁴ 《1891年国际法学会年鉴》，第二卷，1891—1892年，“Projet de reglement international sur la Competence des tribunaux dans les proces contre les Etats ou souverains etrangers”，第436至438页。

¹²⁵ 同上，第44卷，1952—I，第37页。以前草案中所用“财产管理”一词由“商业行为”代替，根据同上第130页I. P. Niboyet所述，“后者更符合国家的现代活动”，而且因为“采用这个用语将提供比较稳定和熟悉的基础”(还见他的著作，Traite de droit international prive 第六卷(1949年)第350页)。

¹²⁶ 国际法协会1926年第34届维也纳会议报告，第426页。(着重号是后加的)。

(iii) 1932年关于法院对外国权限的哈佛公约草案

(36) 哈佛研究所拟订了一些公约草案，附有哈佛法学院“国际法研究”的评注。1932年关于法院对外国权限的哈佛公约草案第11条¹²⁷将外国置于地方管辖之下，“只要该外国在其他国家的领土上从事私人可以从事的工业、商业、金融或其他企业，或在该处作出一种与无论在何处经营的企业有联系的行为，而且根据这种企业的经营或这种行为提起程序”。

(iv) 国际律师协会的决议

(37) 1958年国际律师协会在科隆举行的会议上，美国律师协会提出了一条体现有限制国家豁免理论的决议草案。1960年7月在萨尔茨堡举行的会议上通过了一项决议，阐述了可以限制豁免的各种情况。该决议十分类似哈佛公约草案的相应条款，而第1段明显地赞成1926年布鲁塞尔公约的有限制原则。¹²⁸

(v) 国际法协会通过的国家豁免公约条款草案

(38) 国际法协会国家豁免问题委员会拟订的、1982年在蒙特利尔经该协会修正通过的国家豁免公约最新条款草案¹²⁹载有一条关于这种例外的有意义的案文。第三条豁免的例外规定：

“除其他外，在下列情况下，外国不应豁免法院地国审判的管辖：

……

B. 当诉讼的原因是由于

1. 外国进行的商业活动；或
2. 外国由于合同而承担的义务（不论是否属于商业交易，但不包括雇用合同），除非各方另有书面协议”。

¹²⁷ 见上文注96。

¹²⁸ 见W. H. Reeves的文章“Good Fences and Good neighbours: Restraints on Immunity of Sovereign”，American Bar Association Journal，第44卷（1958年），第521页。

¹²⁹ 国际法协会：Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982年，第6至10页（《国际法协会蒙特利尔国家豁免公约草案》）。

(39) 委员会一些委员指出，从这份概况中，不应得出大多数国家现在已赞成有限制豁免做法的结论。

第 2 条

用语

1. 为本条款的目的：

.....

(g) “商业合同”是指：

- (1) 为出售或购买货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；
- (2) 任何贷款合同或其他金融性质的交易，包括与任何此类贷款有关的任何担保义务或与此类交易有关的任何赔偿义务；
- (3) 不论属于商业、工业、贸易或职业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。

评 注

(1) 关于“商业合同”的第 12 条要求对这一提法下一个定义，以便列出各种可归入其范围的合同或交易。定义条款设想应列入第 2 条第 1 款，不过其实际位置和项目的确切编号还有待以后作最后的安排。

(2) “商业合同”一语用于本条款草案时包括三类合同。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。由于各种不同法律体系采用不同的术语，因此“交易”一词译为其他正式语文时遇到某些困难。在多数法律体系中，出售或购买协议与纯粹是一种交易的出售或购买的合同两者之间是有区别的。这里对各国国内法不作详细研究，“商业交易”一语可以看成是与“商业行为”更符合的用语，而“商业行为”是一个专门术语，在大陆法系各国有不同的含义。需要指出的是，如第 12 条第 2 款(a)项中提及的那些“商业合同”，即国家之间以及政府对政府的基础上订立的合同不在本条第 1 款的适用范围之内。对于这种合同，国家豁免继续存在和适用。

(3) 第二，“商业合同”一语也包括贷款合同或其他金融性交易，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筹款购买例如民航或商用飞机时，还须为之担保。国家提供的这种担保可以采取担保合同的形式，在其中规定承担义务保证偿还或结清其企业所借贷款并在合同缔约方不履行债务时偿还债务，或承担义务赔偿主要贷款合同或金融性交易一方造成的损失。担保义务和赔偿义务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合同一方赔偿由于另一方不履行其合同义务造成的费用或损失，可以附有或不附有因而产生的取代权。

(4) 第三，“商业合同”一语也包括其他各种合同或商业性、工业性、贸易性或职业性交易，从而涉及国家活动相当广泛的领域，尤其是制造业、可能还涉及投资及其他交易。“雇用合同”不在本定义范围内，因为这种合同可以另订一条规则，将在审查第13条草案时遇到。

(5) 对第12条的评注表明列为商业合同的各种合同的例子也是很多的。¹³⁰

第 3 条

解释性规定

.....

2. 确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时，首先应根据合同的性质，但如合同的目的在该国的实践中与确定合同的非商业性质有关，则也应予以考虑。

评 注

(1) 为指导如何确定出售或购买货物或提供服务的合同或交易的商业性质，第

¹³⁰ 见上文对第12条的评注第28段和29段。

3 条草案第 2 款提议先后按两种检验标准，首先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，则不必再进一步去调查其目的。

(2) 但是，如果应用“性质”检验标准后表明该合同或交易是商业性的，则国家还可根据合同或交易的目的，对这种检验结果提出异议。这种合同或交易的性质和目的双重标准的用意，是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。应该让各国有机会主张某一合同或交易在该国的实践中应视为非商业性，其原因是这种合同或交易的目的显然是公共性的，并且为如下的“国家理由”所证实：为一国的防务采购军备、或为建设海军基地采购材料，或为供应居民或赈济灾民、或为复兴易受灾地区而采购粮食、或为制止流行病蔓延而采购药品；但是，为此种公共目的缔结这种合同或达成这种交易必须是该国历来的做法。

(3) 从第 1 2 条的评注中所载的国家惯例概况看来，不同的国家惯例引起了很大的争论。¹³¹ 第 3 条第 2 款旨在减少不必要的争议或避免片面采用如合同性质这样单一的检验标准，起初根据合同性质进行检验是有用的，但绝非在一切情形下都可据此得出结论。因此，这项解释性规定旨在规定一项补充标准，以便确定某一特定的出售或购买货物或者提供服务的合同或交易是“商业性的”还是“非商业性的”。因此不应忽视目的检验标准。由于可以酌情采用两种标准：合同的性质及合同的目的，才确保采用的办法是公允的。¹³²

(4) 上述关于出售或购买货物或提供服务的合同的情况也同样适用于第 2 条第 1 款(g)项规定的其他各种商业合同。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，最终由于订立购买合同的目的的公共性而可能是非商业性的。因此，为采购军用飞机而订立的贷款担保合同由于其可能是为公共目的订立所以一般是非商业性的合同。

¹³¹ 见上文对第 1 2 条的评注第 2 0 段至 2 6 段。

¹³² 从上文对第 1 2 条的评注第 2 0 段至 2 7 段中提及的某些国家的司法惯例和国内立法中正在形成的趋势看，这一点极为紧要。

第 15 条

财产的所有权、占有和使用

1. 在涉及确定下列问题的程序中，一国不能援引国家豁免来阻止另一国原应主管的法院行使其管辖：

- (a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益，或其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产生的任何义务；或
- (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) 该国对构成死亡者、精神失常者或破产者产业一部分的财产的管理的任何权利或利益；或
- (d) 该国对公司解散或结业时财产管理的任何权利或利益；或
- (e) 该国对托管财产或以其他方式信托的财产的管理的任何权利或利益。

2. 凡属在另一国法院向国家以外的人提起的程序，尽管该程序涉及的或要使国家丧失的财产系：

- (a) 国家占有或控制的财产；或
- (b) 国家对之主张拥有权利或利益的财产，

但如该国家本身在向其提起程序的情况下也不能援引豁免，或者该国家主张拥有的权利或利益既未得到承认，也无表面证据的支持，则不应阻止该另一国法院行使其管辖。

3. 以上各款不妨碍国家关于其财产免于扣押和执行的豁免，或使馆、特别使节团或其他官方使团馆舍或领馆馆舍的不可侵犯性，或外交代表为使团目的、代表派遣国拥有的私人不动产所享有的管辖豁免。

(1) 第15条论述的是国家免于另一国法院管辖规则的一个重要例外，它不同于国家关于其财产免于扣押和执行的豁免。应该提起，按照第7条第3款，“一国法院上的一项程序，如果……用意在于剥夺另一国财产或使其不能使用所占有或控制的财产……即应视为对该另一国提起的程序”。¹³³ 因此即使不是直接对一个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，仍可援引国家豁免。所以第15条的意图是提出国家豁免规则的一个例外。

(2) 从各国的司法和政府实践来看，对这个例外并无任何严重的反对意见。¹³⁴ 这个例外在文字上的表述需要照顾到关于另一国法院，多数情况下是财产特别是不动产所在国法院行使管辖的基础的问题上各国政府的不同看法和各种不同的理论。按照大多数权威的看法，第15条是一个明确的确定的例外，而其他人可能仍认为

¹³³ 见委员会1982年第三十四届会议上暂时通过的第7条草案及其评注，《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》(A/37/10)，第五章B节。又见上文B1节。

¹³⁴ 见特别报告员的第五次报告增编，A/CN.4/363/Add.1和Corr.1号文件，第116至140段。关于司法裁决，可提到东京一个法院在Limbin Hteik Tin Lat诉Union of Burma案(1954)中的裁决，以及同上，第117段中提到的判词及英国法官丹宁勋爵在Thai-Europe Tapioca Service Ltd诉Government of Pakistan, Ministry of Agriculture, Directorate of Agricultural Supplies案(1975)中的判词，见同上第118段。关于英国对信托的学说，见同上，第120-122段举出的案例。其他判例法也承认这个例外，特别是同上，第122段举出的意大利的判例法。关于政府的观点，可提到匈牙利1979年第13号法令，第56节，见同上，第125段；马达加斯加1962年9月19日第62-041号法令第29条，见同上第126段；以及同上，第127-128段举出的对调查表的答复。还可以参见同上，第130-139段所举出的国家立法，国际公约和国际意见。

它不是真正的例外，因为国家可以选择它是否参加该程序以主张它对于待裁定或作为诉讼标的财产的权利或利益。

(3) 第15条第1款列举了涉及确定以下问题的各种程序：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。

(4) 本条第1款的用意不是对本无管辖权的法院授予管辖权。因此使用“另一国原应主管的法院”一语来说明对于该程序是存在管辖权的。“原应”一词只是说，如果不存在待确定的国家豁免问题，在通常情况下是有管辖权的。在其他正式语文中，也使用相等的词来表明法院对实际提起的程序有权行使管辖。根据理解，该法院是根据国际私法适用的规则对此具有管辖权的。

(5) 第1款(a)项涉及不动产，并附加了一个修饰语“位于法院地国的”。这一项总的说来并不引起任何争议，因为普遍都同意以适用“物所在地法”为主和“物所在地法院”的专属管辖权。可是这一项中“权利或利益”一语从英文原文译成其他正式语文引起了一些困难。每个国家国内法律体系中的财产法，特别是不动产法，都有许多特点和细微的差别。即使按英国惯用语来看，一个体系中的一种财产权利，在另一个体系中就可以被视为一种利益。因此，同时使用“权利或利益”这两个词就是指按任何法律体系一国所有的不论何种权利或利益的总体。《关于国家豁免的欧洲公约》¹³⁹ 法文文本使用最广义的“droit”一词，而不上“intérêt”。在这里还应该指出，“占有”并不总是被视为一种“权利”，除非是“逆向占有”或“*Possessio longi temporis, nec vi nec clam nec precario*”，在这种情况下就可能产生一种“权利”或“利益”，这要看在特定的法律体系中法律用语如何。所以西班牙文暂时采用相当的“derecho o interés”一语，附有一个保留，以后如找到更精确的用语可以更换。

(6) (b) 项涉及国家由于继承、赠与或绝产而产生的对动产或不动产的权利或利益。有一项清楚的理解是，如果程序所涉及的不仅是位于法院地国领土管辖范

¹³⁹ 《关于管辖豁免的资料》，第159页（第9条）。

围内的动产或不动产，则可能需要单另提起一个程序，以便在不动产所在国法院，即“物所在地法院”，确定这项权利或利益。

(7) (c)、(d)、(e) 三项不一定涉及国家对财产权利或利益的确定，但是也列入第1款，以包括许多国家，特别是英美法系国家的以下情况，即法院对死亡者、精神失常者、破产者产业的管理，或对公司解散或结业时财产的管理，或对托管财产或其他方式信托的财产的管理，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，因为程序可能部分涉及确定或确认所有有关方面的权利或利益，其中可能也包括一个外国的权利或利益。

(8) 本条第2款没有引起任何实质上的异议。如法院是主管法院，它选定在一个并非向国家提起的程序中行使其管辖，如果即使是向国家本身提起该程序，该国也不能成功地援引国家豁免，那似乎就没有任何理由根据国家豁免来反对这个程序。这只是一个保留条款或剩余条款，是要说明，如果国家不论基于任何理由或依据，均不享有豁免，则法院不能仅仅因为该程序“涉及的或要使国家丧失的财产系：(a) 国家占有或控制的财产或(b) 国家对之主张拥有权利或利益的财产”，就不行使其管辖。

(9) 鉴于近来关于外国的权利主张的影响的法律发展，第2款也是必要的。至少在某些国家的法律实践中，如果外国君主说，有争议的财产是他的，或者是他占有或控制的，那么地方法院就该据此拒绝管辖，这曾经是一条规则，而且在以前要比现在绝对得多。¹³⁶ 但是，同是这些国家更近些时候的法律实践，却要求外国至少提供拥有财产的表面证据，或证明这种占有是符合地方法律的。¹³⁷ 在某些情况

¹³⁶ 例如见 Scrutton 法官，在 The “Jupiter” 案 (No. 1) 中的判词，P. D. 1924年，第 236 页。

¹³⁷ 例如见 Earl Jowitt 在 Juan Ismael and Co. 诉 Government of the Republic of Indonesia 案 (1954年) 中的判词，The Weekly Law Reports, House of Lords, 1954年，第三卷，第 531 页。他附带说，提出要求的政府“必须提供证据使法院确信，它的要求并非仅仅是虚构的，也不是基于有明显缺陷的权利。必须使法院确信，应

下，外国还必须提供援引国家豁免的代理机构的官方地位的证据。¹³⁸

(10) 第2款的实质并不引起原则上的异议。大部分委员鉴于第7条第3款认为某些并非直接向国家提起的程序是对国家的程序，认为第15条中列入第2款是适宜甚至必要的。可是有人认为，列入第2款既无用处也无理由，因为该程序并不涉及国家以外的自然人或法人，而事实上是针对国家本身提起的。另一位委员保留他对这一款的立场，这一款的措词和意义会引起严重的困难，特别是因为这涉及在国家不在场的情况下剥夺国家财产的程序。他认为第2款应重新审查，然后才能决定最后是否将其列入第15条。

(11) 列入第3款是作为一个有用的路标，指明以下即将规定的国家关于其财产免于扣押和执行的豁免待遇。这也是借机会提醒读者某些公约中有关条款的存在和适用性。因此应提请特别注意本条款与第4条草案提到的其他现有公约的关系问题，这个问题尚待委员会讨论。¹³⁹ 最后，在委员会审议关于国家财产免于扣押和执行的豁免的第四部分及题为导言的第一部分第4条后，这一款也可能删去或修订或更改。

联系外国政府的要求对各种互相冲突的权利作出裁决。” 还见 Hong Kong Aircraft 案，Hong Kong Law Reports, 第35卷(1951年)，第215页。

¹³⁸ 例如见 *Compania Mercantil Argentina* 诉 *U. S. S. B.* 案(见上文注98)。

¹³⁹ 关于特别报告员在其第二次报告中提议的第4条的案文，见《1980年……年鉴》，第二卷(第一部分)，第213页，A/CN.4/331和Add.1号文件，第54段。

第四章

国家责任

A. 导言

97. 国际法委员会按照大会1979年12月17日第34/141号决议的建议，在1980年第三十二届会议上完成了关于这个专题的条款草案的第一部分¹⁴⁰的一读。

98. 条款草案的一般结构在委员会第二十七届会议的工作报告¹⁴¹中有详尽的介绍。按照委员会通过的一般计划，国际责任的起源构成草案第一部分的主题。委员会一读暂时通过的构成第一部分的三十五条条款草案，是关于确定由于什么理由和在什么情况下可以认定一国犯有国际不法行为，因此必须承担国际责任。

99. 草案第一部分的三十五条条文，计分五章。对于各章的条文，已请各会员国政府提供评论和意见。早先就第一、第二和第三章提出的评论，载于A/CN.4/328和Add.1至4号文件¹⁴²以及A/CN.4/342和Add.1至4号文件。对上述各章最近提出的评论，以及对第四和第五章提出的评论，载于A/CN.4/351和Add.1, 2, 2/Corr.1, 3和3/Corr.1和A/CN.4/362号文件。希望在委员会就条款草案第一部分进行二读之前，能够从会员国政府收到更多的评论。

100. 条款草案第二部分涉及国际责任的内容、形式和程度，也就是说，涉及确定按照国际法国家的国际不法行为在不同情况应承担的后果（国际不法行为引起的赔偿和惩罚后果，这两种后果之间的关系，赔偿和制裁可能采取的实际形式）。这两项重要的工作完成后，委员会或许会决定增加关于国际责任的“执行”和解决争端的条款草案第三部分。

¹⁴⁰ 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第26—63页，A/35/10号文件，第三章。

¹⁴¹ 《1975年……年鉴》，第二卷，第55—59页，A/10010/Rev.1号文件，第38—51段。

¹⁴² 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第87—106页。

101. 委员会根据其特别报告员威廉·里普哈根先生提出的一份初步报告¹⁴³，在其1980年第三十二届会议上开始审议第二部分。

102. 初步报告一般性地分析了条款草案第一部分所确定的一国的国际不法行为可能产生的各种新的法律关系（即新权利和相应的义务）。在初步报告中，特别报告员为一国的国际不法行为可能产生的新法律关系统列出了三个要素。第一个要素是犯有国际不法行为的国家的新义务，第二个要素是“受害”国的新权利，第三个要素则为“第三”国在国际不法行为所产生的状况中的地位。¹⁴⁴

103. 大会1980年12月15日第35/163号决议建议，除其他事项外，国际法委员会应考虑到各国政府的书面评论和在大会辩论中所发表的意见，继续进行关于国家责任的工作，以期开始拟订关于国家对国际不法行为的责任的草案第二部分的条款草案，并记住尚需对构成草案第一部分的条款草案进行二读。大会1981年12月10日第36/114号决议作出同样的建议，1982年12月16日第37/111号决议也一般地作出了建议。

104. 委员会第三十三届会议收到特别报告员提出的第二次报告¹⁴⁵，其中就国家责任的内容、形式和程度提出了五条条款草案，计分两章：第一章“一般原则”（第1至第3条）和第二章“犯有国际不法行为的国家的义务”（第4至第5条）。¹⁴⁶委员会在结束对第二次报告的辩论时¹⁴⁷决定将第1、2、3、4和5条送交起草委员会，但起草委员会没有在该届会议期间予以审议。

¹⁴³ 《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第107—129页，A/CN.4/330号文件。

¹⁴⁴ 关于在委员会表示的意见，见《1980年……年鉴》，第一卷，第73—98页，第1597次至1601次会议。

¹⁴⁵ A/CN.4/344和Corr.1（只有英文本）和2号文件。

¹⁴⁶ 关于条款草案的案文，参见《1981年……年鉴》，第二卷（第二部分），第144页，A/36/10号文件，注626和627。

¹⁴⁷ 关于在委员会表示的意见，见《1981年……年鉴》，第一卷，第126—144页和第206—217页，第1666次至1670次会议和第1682次至1684次会议。

105. 委员会第三十四届会议收到特别报告员提出的第三次报告，¹⁴⁸ 其中包括六条条款草案（第1至第6条），以列入草案第二部分。¹⁴⁹ 委员会在结束对第三次报告的辩论时¹⁵⁰ 决定将第三次报告提议的第1至6条送交起草委员会，并确认将第二次报告提议的第1至第3条送交起草委员会。当时的谅解是，起草委员会将拟订纲要性规定，和考虑类似新的第6条的条款是否应包括在这些规定之内。起草委员会没有第三十四届会议期间审议送交给它的条款。（根据起草委员会的建议，委员会在本届会议第1806次会议上暂时通过了第1、2、3和5条草案，见下文C节。）

B. 本届会议审议这个专题的情况

106. 委员会本届会议收到特别报告员提出的第四次报告（A/CN.4/366 和 Add. 1 和 Add. 1/Corr. 1）。

107. 第四次报告简略地回顾了关于专题的工作的情况，然后集中于关于国家责任条款草案第二和第三部分的可能内容的“大纲”。

108. 报告认为，委员会应尽早审议条款草案第三部分的可能内容，因为关于国家责任的“执行”的前景会影响第二部分的拟订方式。有人表示怀疑，如果在任何国际不法行为必然涉及的公平评价事实、解释与适用初级规则方面不能获得保证，国家是否会愿意接受关于国家责任的次级规则为对其有约束力的规则。

109. 在这方面提出的问题是，委员会工作的最终结果是拟订一项公约，或以某种形式赞同关于国家责任的条款草案，仅仅给面对国家责任问题的国家和国际机构提供指导，或是作为一个折衷解决办法，以公约形式接受这些条款，只规定国家间有关国际不法行为的存在的争端交由解决争端的国际程序解决。

¹⁴⁸ A/CN.4/354 和 Corr. 1 和 Add. 1 和 Add. 1/Corr. 1（只有中文本）和 2。

¹⁴⁹ 关于条款草案的案文，参见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10），第86段。

¹⁵⁰ 关于在委员会表示的意见，见 A/CN.4/SR.1731 至 1734 和 1736 至 1738。

110. 报告接着谈到国际不法行为的“分类”，以区分其各种法律后果。报告以条款草案第一部分第19条为起点（“国际罪行”），首先提出了以下问题：第二部分是否应当涉及侵略行为的具体法律后果，以及单独和集体自卫行为的相应概念。这是因为考虑到以下事实：(a) 联合国宪章和诸如侵略定义¹⁵¹和关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作的国际法原则宣言¹⁵²等有关文件的条款中已经涉及这两个概念；(b) 联合国宪章也已经规定了一个执行机构；(c) 这与委员会目前正在审议的另一专题即危害人类和平及安全治罪法草案有密切关系。

111. 报告然后又谈到除侵略行为以外的国际罪行，并列举了所有国际罪行的共同法律后果的四个因素：(1) 不法行为的影响所有人的性质；(2) 联合国对这种局势的管辖；(3) 不适用各国关于不干涉属于他国国内管辖范围的事务的责任；以及(4) 除行为国以外所有各国之间相互声援的责任。

112. 关于不属国际罪行的国际不法行为，报告指出，其法律后果有三个方面：(a) 确定是否“受害”国；(b) 国际不法行为所造成的新的法律关系的内容；以及(c) 这些法律后果可能“分阶段”的问题。

113. 就新的法律关系的内容而言，可以分三种：(a) 赔偿；(b) 中止或终止目前的国际一级关系；以及(c) 确保维护权利的“自助”措施。在指出以上内容以后，报告又谈到了“自助”措施、包括侵犯行为国权利（报复）是否可以采取的问题。

114. 关于这一问题，讨论了不能允许“包括使用武力在内的报复行为”，并指出，这条规则范围问题上缺乏国际一致的意见。

115. 报告然后又谈到是否允许以违反某种“客观制度”——在这种制度下，有关各国的义务是平行的，而不是相互的——所规定的某项义务的方式进行报复；报告指出了集体决策机构在这方面的影响。

¹⁵¹ 大会1974年12月14日第3314(XXIX)号决议，附件。

¹⁵² 大会1970年10月24日第2625(XXV)号决议，附件。

116. 关于法律后果可能“分阶段”的问题，报告提到作者们对这一问题的看法，即必须将采取报复的打算告知行为国；甚至只有在行为国已有机会停止违反行为并表示愿意赔偿后才可以采取报复行动。

117. 就可能“分阶段”问题，报告又论述了有无预定的争端解决程序对于是否可以采取报复措施问题的影响。

118. 在指出一国由于他国犯下了国际不法行为而拒绝继续给予积极的政府间合作这一特定情况以后，报告又回到了如何确定受害国的问题。

119. 报告承认，一般情况下，国际义务是双边的，因此破坏这种义务并不产生确定受害国的问题。但报告同时又再次提到了存在“客观制度”问题。这种客观制度保护超出一国范围的利益，因此，原则上使所有其他参加这一制度的国家都具有受害国资格，但这种制度可能须有一个集体决策机构来集体执行这种制度。

120. 最后，设想中的可能性是：在明显违反客观制度规定的某项国际义务破坏这种制度的目标和宗旨情况下，由于这种制度的存在而不允许采取某些措施的规定就不再适用了。

121. 委员会在其第1771至1773次会议以及1775至1780次会议上审议了第四次报告。

122. 会议一致认为，因为实际上涉及到整个国际法领域，所以确定所有国际不法行为的所有法律后果就是一项非常艰巨的任务。不过，讨论中的主要倾向是：委员会至少暂时应当朝着起草最终将体现在一项关于国家责任的一般公约的条款的方向努力。这项一般性公约将包括本专题的所有方面，尤其是规定那些关于侵略行为、其他国际罪行以及单纯违反双边义务的法律后果。有些委员说，即使这样一个公约不会得到大量国家的签署和批准，因而不会很快生效，但它仍然会影响各国的行为，是国际法院和法庭以及其他面临该项公约中所涉问题的国际机构的参考文件。

123. 关于第二和第三部分之间的联系，若干委员强调说，第二部分必须在对第三部分的可能内容形成一种看法以前就拟订。许多委员在不同程度上认识到“执行”条款对拟订第二部分、至少拟订该部分某些条款的重要性。就此而言，有人说：对于第二部分中涉及的不同情况可以设想不同的执行机构。

124. 委员会上对有关第二部分的工作进行次序没有达成一致意见。 尽管有些委员赞成从审议争议较少的问题着手，例如双边赔偿，然后转向报复问题，然后再审议国际罪行的法律后果，但是其他一些委员却倾向于首先着手审议最后提到的那个问题。有些委员认为只要在第二部分涉及国际罪行的法律后果，那么在开头或最后审议都行。

125. 尽管有些委员不愿在第二部分涉及有关在国际关系中使用武力的问题，因为这样做可能涉及到窜改联合国宪章的条款，但是大多数委员还是认为，至少应当在第二部分一般地指出国际侵略罪行的法律后果。

126. 关于“客观制度”，有些委员尽管不考虑甚至拒绝在条款草案中使用这种措词，但还是同意以下概念：从确定受害国的角度和不允许特定报复行为的角度可以区分规定平行义务的初级制度和规定相互义务的初级制度。其他委员对于在这两种制度中间是否可能划分一条明显的界限表示有些怀疑，而有些委员完全反对存在区域性“客观制度”。

127. 有些委员主张在讨论是否允许采取报复行为问题时持谨慎态度，这是由于考虑到冲突的逐步升级所固有的危险，而是否存在引起采取报复行为的权利的国际不法行为这个问题本身还是有争论的。

128. 关于在可采取国际补救方法而未全部运用这些方法之前不允许采取报复行为问题，有些委员表示怀疑。有人特别提到，报复行为可能具有保全措施的性质，而这种措施本身只有在全部运用补救方法之前采取才有实效。

129. 有些委员提请注意委员会关于国家责任这一专题的工作与关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作之间的关系。尽管承认个人的最后责任显然属于后一专题，而不属于前一专题，但是假如决定把国家本身犯下的罪行列入后一专题的话，那么这两个专题相互之间必然会有某些重复的地方（见上文第二章）。

130. 尽管大多数委员同意，在关于国家责任的规则中不应当涉及交战的报复行为问题，这个问题应当在拟订适用于武装冲突的人道主义法律时再加以研究，但是有些委员却说，关于国家责任的规则应当涉及有关“外交法”的问题，即使承认在这方面不允许以报复手段侵犯外交豁免。

131。有些委员提请注意进一步拟订把有些国际不法行为看作是影响所有人的不法行为这一概念的实际法律后果的必要性，尤其是关于各个国家对于这种行为的反应问题。

132。有一位委员建议，为了说明今后所应采取的方法，条款草案第二部分第一条可草拟如下：

第 1 条

1. 根据本条款第一部分规定产生的国家的国际责任为一国的国际不法行为对该国的消极法律后果。

2. 按照第 1 款在适当考虑到每一具体案件及其有关情况下，国家的国际责任除其他事项外包括：

- (a) 该国应受《联合国宪章》，包括宪章第七章所规定，按照《联合国宪章》所采取的措施和行动的制约，或受实施宪章规定而允许采取的措施的制约；
- (b) 该国应接受国际法规定的限制，包括有关使用其领土和（或）行使其权利的限制；
- (c) 该国应赔偿造成的损害，必要时应恢复被侵犯的权利和利益；
- (d) 该国应采取国际法，包括适用的国际协定规定的措施和行动；
- (e) 该国应向受害国提出必需的道歉；
- (f) 该国应对被控犯下产生其国际责任的罪行的人提起刑事诉讼。

133。其他委员反对写进这一条，因为其措词过于广泛。他们一般表示，关于国家责任的条款草案第二部分第一条应仅仅是第一部分和第二部分之间的过渡条文。

C. 关于国家责任的条款草案 (条款草案第二部分)

第 1 条

一国按照第一部分的规定，因该国所犯的国际不法行为引起的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

评 注

(1) 本条文的唯一目的，是要标明叙述引起一国的国际责任的条件的第一部分，与确定国际不法行为的法律后果的第二部分之间的过渡和联系。

(2) 正如在第二部分的条款中将要出现的，法律后果首先包括行为国新的义务，例如提供赔偿的义务。法律后果还可以包括其他国家，主要是受害国的新的权利，例如采取对抗措施的权利。

(3) 对特定的国际不法行为，另一种法律后果可能是，除行为国外的每一个国家，都有义务对此行为作出反应。

(4) 上文谈到了涉及国家之间法律关系的法律后果。但是第1条并不排除国际不法行为造成国家与国际法其他“主体”之间关系的法律后果。

第 2 条

本部分各项规定，在不妨碍〔第4条和〕第5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。

评 注

(1) 第2条规定了第二部分各项规定的剩余性质。国家与国家之间在形成“初级”权利和义务的时候，的确可能在同时（或者在以后已确立的“初级”义务遭到破坏之前的某个时候）确定所涉的国际不法行为在它们之间的法律后果。

(2) 这种预先确定的法律后果可能背离第二部分将要规定的那些法律后果。因此，建立关税同盟的多边条约的缔约国可能选择另一种制度来确保其效能，而不选择国际不法行为的正常法律后果（赔偿的义务、采取对抗措施的权利）。但是，国家不能在它们之间规定违反它们彼此承担的义务的法律后果，以致使违反一般国际法的强制性规范的行为得到认可，国家也不能逃避联合国负有维护国际和平与安全责任的主管机构的监督。

(3) 第2条的起始句旨在引起对这些限制的注意。¹⁵³

第 3 条

在不妨碍〔第4条和〕第5条规定的情况下，本部分各项规定未列出的一国的国际不法行为的法律后果应仍遵照习惯国际法规则的规定。

评 注

(1) 国际不法行为的法律后果可能包括那些不直接与行为国的新义务和其他国家的新权利或义务有关的后果。例如，《维也纳条约法公约》第52条¹⁵⁴宣布，条约的缔结“系违反联合国宪章所含国际法原则以威胁或使用武力而获”者无效。该公约的第62条第2款(b)项还提供了另一例子，该条款规定：“情况之基本改变不得援引为终止或退出条约之理由，倘情况之基本改变系援引此项理由之当事国违反条约义务或违反对条约任何其他当事国所负任何其他国际义务之结果。”本条款草案第二部分将不涉及这些类型的法律后果。

(2) 在这个问题上，应该提起国际法院在关于南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果的咨询意见，¹⁵⁵其中指出维也纳公约的多数条款是已经存在的习惯国际法的陈述。

(3) 不论如何，第二部分很可能不详尽包括国际不法行为的一切法律后果。

第 5 条

本部分各项规定中所述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規定和程序。

¹⁵³ 因委员会第三十五届会议尚未对制定强制性规范的条款作出任何决定，提到第4条时都将其放在方括号内。

¹⁵⁴ 《联合国条约法会议正式记录，会议文件》(联合国出版物，出售品编号：E.70.V.5)，第289页，A/Conf.39/27号文条，以下称《维也纳公约》。

¹⁵⁵ 《1971年国际法院裁决集》，第16页。

(1) 第二部分将从国家的新义务和新权利的角度指出国际不法行为的法律后果。

(2) 不能先验地排除，在特定情况下，履行这种义务和（或）行使这种权利可能造成一种与维护国际和平与安全有关的形势。在该特定情况下，适用联合国宪章的规定和程序，而且可能产生背离第二部分的一般规定的措施。特别是出于维护和平与安全¹⁵⁶的需要，可能暂时不对某一特定的国际不法行为采取对抗措施。在这个问题上，可以指出，即使按有关侵略定义的大会决议，安理会也被授权裁定，“根据其他有关情况，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经发生了侵略行为。”¹⁵⁷

¹⁵⁶ 按联合国主管机构的意见。

¹⁵⁷ 大会 1974 年 1 2 月 1 4 日第 3314 (XXIX) 号决议，附件，第 2 条。

第五章

外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位

A. 导言

134. 国际法委员会遵照大会 1976 年 12 月 13 日第 31/76 号决议的规定，在其第二十九届会议上开始审议关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位的专题。委员会第三十届会议审议了关于本专题的工作组主席阿卜杜勒·埃里安先生提出的该工作组的报告。工作组的研究结果于 1978 年提交给大会第三十三届会议。¹⁵⁸ 大会该届会议对委员会工作的成果进行讨论后，在 1978 年 12 月 19 日第 33/139 号决议内建议，

“国际法委员会继续研究外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位问题，包括委员会已经确定的那些问题，以期可能拟订一项适当的法律文书，进行研究时应参照大会第三十三届会议第六委员会辩论这个项目时所作的评论以及各会员国将来提出的评论。”

135. 大会 1978 年 12 月 19 日第 33/140 号决议决定，它

“将进一步审议这个问题，并认为，除非各会员国表示宜于早日审议，否则等到国际法委员会向大会提出它对是否可能拟订一项关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位的适当法律文书问题所进行的工作结果时，再进行审议，较为适当。”

136. 委员会第三十一届会议再次建立工作组，研究关于外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的地位问题。该届会议根据工作组的建议，任命亚历山大·扬科夫先生为本专题的特别报告员，并达成结论，委托他为一个适当的法律文书起草

¹⁵⁸ 见《1978 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 138—147 页，A/33/10 号文件，第 137—144 段。

一组条款草案。¹⁵⁹

137. 1980年委员会第三十二届会议收到了特别报告员提出的初步报告,¹⁶⁰还收到了秘书处编写的一份工作文件¹⁶¹委员会关于初步报告的辩论摘要载于委员会第三十二届会议工作报告的有关章节内。¹⁶²大会1980年12月15日第35/169号决议建议委员会考虑到各国政府的书面评论和在大会辩论中所发表的意见,继续进行本专题的工作,以期可能拟订一项适当的法律文书。

138. 委员会1981年第三十三届会议收到了特别报告员提出的第二次报告,¹⁶³

¹⁵⁹ 关于委员会对此专题的工作的历史回顾,见《1979年……年鉴》,第二卷(第二部分),第170页,A/34/10号文件,第149—155段;《1980年……年鉴》,第二卷(第二部分),第162—165页,A/35/10号文件,第145—176段;《1981年……年鉴》,第二卷(第二部分),第159—162页,A/36/10号文件,第228—249段;《大会正式记录,第三十七届会议,补编第10号》(A/37/10),第199—249段;特别报告员的初步报告,A/CN.4/335号文件,转载于《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分);特别报告员的第二次报告,A/CN.4/347号文件和Corr.1(只有英文本)和Corr.2和Add.1和2;特别报告员的第三次报告,A/CN.4/359号文件和Corrs.1(只有英文本)、2(只有中、英、法、西班牙文本),3(只有英文本)和4(只有中、英、法、西班牙文本)和Add.1.

¹⁶⁰ 见上文注159.

¹⁶¹ A/CN.4/WP.5.

¹⁶² 《1980年……年鉴》,第二卷(第二部分),第164—165页,A/35/10号文件,第162—176段。参看同上,第一卷,第260—264,274—276以及281—287页,第1634、1636和1637次会议。

¹⁶³ 见上文注159.

其中载有构成第一部分“一般规定”的六条条款草案案文。¹⁶⁴ 这六条条款草案包括了三个主要问题，即本专题条款草案的范围、用语以及国际法关于外交信使和外交邮袋的地位的一般原则。

139. 委员会在其第1691、1693和1694次会议上审议了第二次报告。¹⁶⁵ 委员会提交起草委员会六条条款草案，但起草委员会由于时间不够，未能加以审议。¹⁶⁶

140. 委员会于1982年第三十四届会议收到特别报告员的第三次报告。¹⁶⁷ 由于起草委员会没有审议第二次报告内所载的六条条款草案，特别报告员根据委员会的讨论以及大会第三十六届会议第六委员会的讨论，¹⁶⁸ 重新予以审查并在第三次报告内重新介绍了经过他修正的这些条款。第三次报告包括两部分，载有十四条条款草案。第一部分题为“一般规定”，载有下列六条条款草案：“本条款的范围”

¹⁶⁴ 六条条款草案的案文见国际法委员会第三十三届会议工作报告，《1981年……年鉴》，第二卷（第二部分），第159—162页，A/36/10号文件，注679—683。

¹⁶⁵ 关于委员会对第二次报告的辩论摘要，参看同上，第159—162页，第235—249段。

¹⁶⁶ 同上，第162页，第249段。

¹⁶⁷ 见上文注159。

¹⁶⁸ 参看秘书处编写的关于在第六委员会进行的讨论的专题摘要，A/CN.4/L.339号文件，第180—200段。

(第1条);¹⁶⁹ “不属于本条款范围的信使和邮袋”(第2条);¹⁷⁰ “用语”

¹⁶⁹ 经特别报告员修订的第1条草案如下:

“第1条 本条款的范围”

“本条款适用于国家为一切公务目的而同无论何处的该国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团之间以外交信使和外交邮袋以及以领馆信使和邮袋，特别使节团、常驻代表团或代表团的信使或邮袋方式进行的通讯，以及这些使团和代表团同派遣国之间或彼此之间以外交信使和外交邮袋，以及以领馆信使和邮袋，特别使节团、常驻代表团或代表团的信使和邮袋方式进行的公务通讯。”

¹⁷⁰ 特别报告员提出的第2条草案如下:

“第2条 不属于本条款范围的信使和邮袋”

“1. 本条款不应适用于国际组织为一切公务目的所用的信使和邮袋。

“2. 本条款不适用于国际组织为一切公务目的所用的信使和邮袋的事实不应影响:

“(a) 这类信使和邮袋的法律地位;

“(b) 本条款中关于按照国际法不论本条款有无规定均应提供的便利、特权和豁免的任何规则适用于这类信使和邮袋。”

(第3条)；¹⁷¹ “为一切公务目的通过外交信使和外交邮袋进行通讯的自由” (第

¹⁷¹ 经特别报告员修订的第3条草案如下：

“第3条 用语

“1. 为本条款的目的：

- “(1) ‘外交信使’是指一个经派遣国主管当局正式授权的人，负有任务保管、运送和递交外交邮袋给无论何处的该派遣国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团；
- “(2) ‘特派外交信使’是指派遣国在特殊场合所派遣的负有外交信使任务的官员；
- “(3) ‘外交邮袋’是指装载来往公文、公务文件或专供公务使用的物品的一切包裹，附有可资识别的外部标志，供派遣国同无论何处的该国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团之间通讯之用；其发送是通过外交信使或商营船舶船长或商营飞机机长或通过邮寄或其他陆运、海运、空运手段；
- “(4) ‘派遣国’是指向无论何处的本国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团发送有信使或没有信使护送的外交邮袋的国家；
- “(5) ‘接受国’是指一个国家、在其领土上：
- “(a) 驻有使馆、领馆、特别使节团或常驻代表团；或
- “(b) 举行某一国际组织的机构的会议或某一国际会议；
- “(6) ‘过境国’是指外交信使和(或)外交邮袋前往接受国途中经过其领土的国家；
- “(7) ‘使馆’是指1961年4月18日《维也纳外交关系公约》所指的常设使馆；

4 条)；¹⁷² “尊重国际法以及接受国和过境国法律和规章的义务”（第

(脚注¹⁷¹续)

“(8) ‘领馆’是指1963年4月24日《维也纳领事关系公约》中所指的任何总领事馆、领事馆、副领事馆或领事处；

“(9) ‘特别使节团’是指一国为了与另一国商讨特定问题或进行有关另一国的特殊工作，而在该国同意下派往该国的一个代表其本国的临时使团；

“(10) ‘常驻代表团’是指一国际组织的成员国派驻该组织，代表其本国的永久性代表团；

(11) ‘代表团’是指一国所派出代表其本国参与一国际组织的机构议事活动或一国际会议议事活动的代表团；

(12) ‘国际组织’是指一政府间组织；

“2. 第1款(第1、第2、和第3项)中关于‘外交信使’、‘特派外交信使’和‘外交邮袋’的规定也适用于派遣国的领馆信使和特派领馆信使，特别使节团、常驻代表团或代表团的信使和特派信使，以及领馆邮袋和特别使节团常驻代表团或代表团的邮袋。

“3. 第1和第2款内有关本条款用语的各项规定不妨害其他国际文书或任何国家国内法对这些用语的使用或给予的含义。”

¹⁷² 经特别报告员修订的第4条草案如下：

“第4条 为一切公务目的通过外交信使和外交邮袋进行通讯的自由”

“1. 接受国应在其领土上允许并保障派遣国按照第1条规定，为一切公务目的，同无论何处的该国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团，以及这些使馆、领馆和代表团彼此之间，自由进行通讯。

“2. 过境国应对本条第1款提到的以外交信使和外交邮袋进行的通过其领土的自由通讯提供便利”。

5 条);¹⁷³ 以及“不歧视和对等待遇”(第6 条)。¹⁷⁴第二部分题为“外交信使、特派外交信

¹⁷³ 经特别报告员修订的第5 条草案如下:

“第5 条 尊重国际法以及接受国
和过境国法律和规章的义务

¹⁷³ 1. 在不妨害给予外交信使的便利、特权和豁免的情况下, 派遣国及其外交信使有义务尊重国际法规则以及接受国和过境国的法律和规章。

“2. 外交信使在执行其职务时也有义务不干涉接受国和过境国的内政。

“3. 外交信使临时住处的使用不得与其按照本条款、1961 年《维也纳外交关系公约》的有关条款或国际法的其他规则或派遣国同接受国或过境国之间有效的任何特别协定所规定的职务有任何不相容之处。

¹⁷⁴ 特别报告员提出的第6 条草案如下:

“第6 条 不歧视和对等待遇

“1. 在适用本条款的规定时, 对于各国的外交信使和外交邮袋的待遇不得有歧视。

“2. 但下列情况不应视为歧视待遇:

“(a) 接受国限制性地适用本条款草案中任何规定是由于派遣国对其外交信使和外交邮袋限制性地适用该项规定;

“(b) 国家彼此之间依习惯或协定, 对其外交信使和外交邮袋所享有的便利、特权和豁免的程度加以修改, 但这种修改不得违反本条款的目的和宗旨, 且不得影响第三国享有其权利和履行其义务。”

使和携带外交邮袋的商营飞机机长或船舶船长的地位”，载有 8 条条款草案：“身份的证明”（第 7 条）；¹⁷⁵“委派外交信使”（第 8 条）；¹⁷⁶“两个或两个以上国家委派同一人为外交信使”（第 9 条）；¹⁷⁷“外交信使的国籍”（第 10 条）；¹⁷⁸

¹⁷⁵ 特别报告员提出的第 7 条草案如下：

“第 7 条 身份的证明”

“外交信使除了护照外，还应持有官方文件，载明其身份和所携带构成外交邮袋的包裹件数”。

¹⁷⁶ 特别报告员提出的第 8 条草案如下：

“第 8 条 委派外交信使”

“在第 9、第 10 和第 14 条规定的限制下，外交信使和特派外交信使是由派遣国的主管当局或使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团自由委派，并获准在接受国或过境国的领土上执行其职务”。

¹⁷⁷ 特别报告员提出的第 9 条草案如下：

“第 9 条 两个或两个以上国家委派同一人为外交信使”

“两个或两个以上国家可委派同一人为外交信使或特派外交信使”。

¹⁷⁸ 特别报告员提出的第 10 条草案如下：

“第 10 条 外交信使的国籍”

“1. 外交信使原则上应具有派遣国的国籍。

“2. 非经接受国明示同意不得委派接受国国民为外交信使；此项同意可随时撤销。

“3. 接受国对下列情形可保留第 2 款规定的同样权利：

“（a）派遣国国民但为接受国长期居民者；

“（b）第三国国民而非同时为派遣国国民者。

“4. 本条的适用不妨碍第 9 条关于两个或两个以上国家委派同一人为外交信使的规定”。

“外交信使的职务”（第11条）；¹⁷⁹ “外交信使职务的开始”（第12条）；¹⁸⁰ “外交信使职务的结束”（第13条）；¹⁸¹ “被宣告为不受欢迎或不能接受的人”（第14条）。¹⁸²

¹⁷⁹ 特别报告员提出的第11条草案如下：

“第11条. 外交信使的职务”

“外交信使的职务应为照管派遣国或无论何处的派遣国使馆、领馆、特别使节团、常驻代表团或代表团的外交邮袋并将外交邮袋送达其目的地。”

¹⁸⁰ 特别报告员提出的第12条草案如下

“第12条. 外交信使职务的开始”

“外交信使的职务应自他越过过境国或接受国国境之时开始，并以两者中先发生者为准”。

¹⁸¹ 特别报告员提出的第13条草案如下：

“第13条. 外交信使职务的结束”

“除其他情况外，在下列情况下，外交信使的职务结束：

“(a) 外交信使完成其将外交邮袋递送至最后目的地的任务；

“(b) 派遣国通知接受国，外交信使的职务已予终止；

“(c) 接受国通知派遣国，按照第14条的规定，它拒绝承认外交信使的官方地位；

“(d) 外交信使死亡。”

¹⁸² 特别报告员提出的第14条草案如下：

“第14条. 被宣告为不受欢迎或不能接受的人”

“1. 接受国可随时通知派遣国，宣告派遣国的外交信使为不受欢迎或不能接受的人，而无须解释其决定。遇此情事，派遣国应视情况召回有关人员或终止其职务。

“2. 如外交信使在其职务开始以前按照第1款的规定被宣告为不受欢迎或不能接受的人，派遣国应派遣另一名外交信使至接受国。”

141. 委员会第 1745 至第 1747 次会议审议了第三次报告。委员会对第三次报告进行辩论的摘要载于委员会第三十四届会议工作报告的有关章节中。¹⁸³ 委员会把 14 条条款草案交给起草委员会审议。¹⁸⁴ 大会 1982 年 12 月 16 日第 37/111 号决议建议委员会参照各国政府以书面或在大会辩论中口头表示的评论意见，继续其工作，以求对其现行计划中所有各专题拟订条款草案。

B. 本届会议审议这个专题的情况

142. 委员会本届会议收到特别报告员提出的第四次报告 (A/CN.4/374 和 Corr. 1 (只有英文本)、Add. 1 和 Corr. 1 (只有英文本)、Add. 2 和 Corr. 1 (只有英文本)、Add. 3 和 Corr. 1 (只有英文本) 以及 Add. 4 和 Corr. 1 (只有英文本) 和 2)。¹⁸⁵ 但是，委员会由于时间不够，仅审议了第四次报告的第一和第二部分，即 A/CN.4/374 和 Corr. 1 (只有英文本) 和 Add. 1 和 Add. 1/Corr. 1 (只有英文本) 号文件。这两部分载有条款草案题为“外交信使、特派外交信使和携带外交邮袋的商营飞机机长或船舶船长的地位”的第二部分的第 15 至 23 条：“一般便利” (第 15 条)、“进入接受国和过境国的领土” (第 16 条)、“行动自由” (第 17 条)、“通讯自由” (第 18 条)、“临时住处” (第 19 条)、“人身不可侵犯” (第 20 条)、“临时住处的不可侵犯” (第 21 条)、“交通工具的不可侵犯” (第 22 条) 和“管辖豁免” (第 23 条)。

143. 委员会第 1774 次、1780 至 1784 次和 1799 次会议审议了特别报告员提出的第四次报告。特别报告员在介绍该报告时曾提及前几年委员会为确定专题的范围和要素、其含义以及外交信使地位和其他外交人员地位之间可能类似的方面

¹⁸³ 《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10) 第 206—249 段。

¹⁸⁴ 同上，第 249 段。

¹⁸⁵ 委员会还收到各国政府提供的关于本专题的资料，A/CN.4/372 和 Add. 1—2 号文件。

而作的努力。他发现这些努力和第六委员会的讨论对他设计执行受委托的任务拟应用的方法和遵循的基本方针的工作极有帮助。

144. 特别报告员简要地评论了委员会暂时核准的条款草案的结构。他强调他决心采取着眼经验、职务和实效的方针，并周密研究外交通讯方面各国的惯例。

(a) 对报告的一般评论

145. 委员会委员对本专题以及特别报告员所取的方针普遍表示赞同，同时也提出了若干建议，其中有些与条款草案的文字和设计有关，其他的则涉及条款草案的实质。委员会若干委员对专题作一般评论时重申本专题目标很有限，只是要填补现有编纂公约中的一小块空白。

146. 委员会有些委员还评论了在委员会上届会议上已提交给起草委员会的第1至第14条。这些评论主要针对专题的范围问题。有些委员对国际组织为公务目的使用的信使和邮袋未列入草案范围内表示遗憾。他们虽然理解其原因，但担心委员会以后可能会被要求另外处理一个关于国际组织使用的信使和邮袋的专题。

147. 若干委员认为条款草案的范围应该扩大，将民族解放运动的通讯也包括进来。他们认为目前这种限制是无视国际关系和政治的现实情况。一些委员提及“得到承认的”民族解放运动，以别于任何民族解放运动。

148. 与此相反，委员会其他若干委员则提出警告，认为这样扩大关于规定范围的条款可能产生消极后果。他们认为如果委员会将条款草案的适用范围扩大到国际组织和民族解放运动，会严重限制许多国家接受条款草案的可能性。

149. 特别报告员回顾了他的初步报告，内中将这两类列入专题范围之内，但是委员会当时，以及第六委员会，均普遍主张不将其列入草案。他说他本人主张随时考虑扩大条款草案范围的可能性，但是，除非委员会有极其充分的理由，否则在这一阶段不就此作出决定。他认为必须极其审慎行事，以免造成任何可能阻碍进展的困难。作为委员会委员，他主张扩大条款草案的范围，把非国家的实体包括在内，但是，作为特别报告员，他有责任考虑到有助于这一问题的解决的趋势和条件。

150. 委员会一位委员评论整个专题时，对是否有必要编纂本专题表示怀疑。他怀疑现有外交法中是否有需要本专题填补的空白。他发现主要问题不是缺少法律，而是有人滥用至少在原则上几乎被普遍接受的现有规则。他认为由于这方面的法律已相当确定，委员会似宜建议条款草案最后采取大会决议的形式。

151. 关于编纂本专题的可行性问题，特别报告员说他要正式声明，委员会是在遵照大会一系列决议提出的建议。虽然他也认为现有法律已相当充分地包括所涉的问题，但仍然有予以详细规定或扩充的余地。作为特别报告员，他对条款草案的最后形式不能加以评论，但是，作为委员会委员，他不同意将如此重要的题材载入一个一般不具有法律约束力的文件之中。

152. 委员会多数委员同意特别报告员采取的统一处理的方针，但也有若干委员怀疑这种方针是否可取。他们认为委员会应该考虑对各种信使适用类似的种种考虑的程度，或者应该考虑各种信使一并处理是否合理。另有若干委员对第12条所述外交信使职务的开始和结束的时刻有疑问，并对措词提出一些意见。另有一位委员认为报告中几乎没有提及区分外交信使和特派外交信使的用处。

153. 特别报告员说他曾设法平衡派遣国和接受国的利益。他说他起初曾尽力提倡“官方”信使和“官方”邮袋的概念，但是当得不到大家赞同时，他只好重新采用更为传统、或许更为可靠的“外交”信使和“外交”邮袋的概念。他也认为外交信使的地位不能与外交代表或现有其他任何一类人员等同起来。他作此种类比的唯一目的是为了便于拟订适用于任何特定情形的基本规则。特别报告员还解释说，从接受国和过境国的角度看，外交信使的职务由信使进入其国境之时开始，至于他何时被任命为信使则无关宏旨。因此，特别报告员认为正规信使和特派信使之间若有区别，则在于他们在外国职务终止后的地位的不同。他认为在其他方面，就其工作的意义或者在其执行职务时应该给予的法律保护、便利、特权和豁免而言，两者并无区别。

154. 他认为，如果邮袋的一部分为领事馆所用，则众所周知，各国还是喜欢称

之为外交邮袋，因为 1961 年《维也纳外交关系公约》第 27 条的规定¹⁸⁶和 1963 年《维也纳领事关系公约》第 35 条规定¹⁸⁷ 在这方面有所不同。但是，总的说来，他认为对两者统一处理的方针最好，不过他也承认或许可以在起草委员会处理的阶段，对条款作出更为精确的规定。

(b) 给予外交信使的便利

155. 特别报告员介绍关于给予外交信使的便利的条款草案时，称之为保障外交关系妥善开展、促进国际合作和谅解的外交信使地位法的核心。他指出对等原则也许是正确应用外交法时最有效的补救办法，因为每个接受国同时又是派遣国和过境国。他认为本专题的概念范围是注重实际的，规定这一范围的最佳途径是根据现行惯例制定条款草案。因此外交信使的官方职务及其职责的机密性要求得到在性质和应用上均从职务着眼的适当待遇。

156. 特别报告员说，在起草关于给予外交信使便利的条款时，他严格遵循了四项公约即 1961 年《维也纳外交关系公约》、1963 年《维也纳领事关系公约》、1969 年《特别使节公约》¹⁸⁸ 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》¹⁸⁹ 的有关条款。他认为，特别使节团成员的职务和地位尤其类似外交信使的职务和地位，因为他们的职务是临时性质的，因此不能享有外交人员的一切特权和豁免。但是，在对比特别使节团成员和外交信使的地位时，他始终注意从职务着眼的办法、适用的限制规定以及国家惯例的主要趋势。在 1961 年《维也纳外交关系公约》中，外交信使的地位与使馆的行政、技术和服务人员的地位类似，根据该公约第 37 条第 2 和第 3 款的规定，这些人员在行使职务时享有某些特权和豁免。特别报告员认为，如果 1961 年维也纳公约给予

¹⁸⁶ 联合国：《条约汇编》，第 500 卷，第 95 页。

¹⁸⁷ 同上，第 596 卷，第 261 页。

¹⁸⁸ 大会 1969 年 12 月 8 日第 2530 (XXIV) 号决议，附件。

¹⁸⁹ 《联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权会议正式记录》，第二卷，《会议文件》（联合国出版物，出售品编号：E. 75. V. 12），第 207 页，A/CONF. 67/16 号文件。

此种特权和豁免，那么外交信使为履行其职务按道理也应该享有类似的特权和豁免，因为在某些情况下，外交信使受托执行的机密职务比使馆行政、技术或服务人员的职务重要得多。因此，他的总方针是不过分强调对外交信使的地位与外交工作人员的地位同等对待，但同时给予其行使职务所需的充分保护。因此，他审查了可给予外交信使、对其行使职务不可缺少的便利、特权和豁免的主要特点，设法确定四项公约中所体现的现行规则是否适用于外交信使。他还估价了外交信使地位和外交人员地位的可比性和一致性，找出两者的共同特点，为编纂和逐渐发展关于审议中本专题的国际法提供可靠的基础。凡有可能，他即考查各国惯例，以断定是否可以用条约、国内法或判例法来测试他提出的条款草案的可行性。涉及外交信使地位的国家惯例没有定论而且有限，因为各国政府喜用外交渠道秘密解决出现的问题，但是，他认为有某些证据表明国家惯例沿用的是四项公约规定的模式。

157. 特别报告员谈到关于一般便利的第15条¹⁹⁰时，提及情况的变化要求提供各种不同的便利。因此，他决定不使第15条过分详尽。他认为必须遵循四项公约的模式，其中尤其是1961年《维也纳外交关系公约》第25条，并且必须考虑到支持给予外交信使执行其官方职务的一般便利的国家惯例。

¹⁹⁰ 特别报告员提出的第15条草案如下：

“第15条

“一般便利

“接受国和过境国应给予外交信使执行其官方职务所需的便利。”

特别报告员对本条的论述，见A/CN.4/374号文件和Corr.1（只有英文本），第27—31段。

158. 关于外交信使进入接受国和过境国的便利的第 16 条¹⁹¹，特别报告员认为这是信使执行其职务必不可少的条件，是通讯自由原则的根本要点。因此，接受国和过境国的主要义务是参照外国人入境适用的一般规定，尽快签发外交信使的入境或过境签证。

159. 特别报告员认为外交信使执行其职务的另一必要条件是草案第 17 条规定的行动和旅行自由。¹⁹² 该条强调了行动和旅行自由的重要，但也考虑到各国因国家安全的缘故而禁止或管制进入某些地区的做法。此种做法反映在双边协定中，其中重要的一点是此种做法在对等的基础上实行极为切实有效。

¹⁹¹ 特别报告员提出的第 16 条草案如下：

“第 16 条

“进入接受国和过境国的领土

“ 1. 接受国和过境国应允许外交信使为执行其官方职务而进入它们的领土。

“ 2. 如需要入境或过境签证，接受国或过境国应尽快签发外交信使的入境或过境签证。”

特别报告员对本条的论述，见同上，第 32—33 段。

¹⁹² 特别报告员提出的第 17 条草案如下：

“第 17 条

“行动自由

“在有关因国家安全理由而禁止接近或管制接近的地区的法律规章限制下，接受国和过境国应确保外交信使在执行其官方职务时或返回派遣国途中在其领土上的行动自由。”

特别报告员对本条的论述，见同上，第 34—39 段。

160. 第18条草案¹⁹³ 涉及通讯自由问题。 据特别报告员的理解， 在外交信使遇到困难或灾难需要协助与派遣国或信使目的地使馆进行联系时， 应当提供通讯自由的便利。 尽管这方面的国家实践不很多， 但他认为， 第18条草案将会被视为一项切实可行的条文， 不应当给各国造成任何困难， 因为它适用于外交信使为公务目的旅行的情况。

161. 关于涉及临时住处问题的第19条草案，¹⁹⁴ 特别报告员指出， 协助外交信使取得临时住处不应视为接受国或过境国的一项例行义务。 不过， 外交信使在公务旅行期间有时可能遇到困难， 也许需要特别帮助。

162. 总的说来， 委员会对载于第15至19条草案的原则方面不存在较大问题。 委员们的大部分评论涉及条款的设计及其草案的措词。 许多委员都认为， 有关便利的条款草案过长， 过多； 他们建议将第15至第19条草案合并成一、 两条。 有

¹⁹³ 特别报告员提出的第18条草案如下：

“第18条

“通讯自由

如有必要， 接受国和过境国应对外交信使利用一切适当手段与派遣国及第1条所提及的其驻接受国或在可适用情况下驻过境国领土上的使团进行的通讯提供便利。”

关于特别报告员对本条的论述， 见同上， 第40—43段。

¹⁹⁴ 特别报告员提出的第19条草案如下：

“第19条

“临时住处

“在接到请求时， 接受国和过境国应协助外交信使在执行其官方职务期间取得临时住处。”

关于特别报告员对本条的论述， 见同上， 第44段。

些委员指出，其中个别条款与草案另一部分的条款或有关国家间关系或国家与国际组织间关系的公约的条款重复。有一位委员尽管也担心条文太繁太长，却认为，国际法的编纂难免会有重复，况且有时重述一些现行规则可能是有用的。另一委员认为，第15至第19条中普遍有模棱两可的情况是因为没有明确说明，这些条款是涉及有关国家责任专题第20和第21条草案所指的行为的义务还是结果的义务。¹⁹⁵

163. 委员会上除一致同意合并第15至第19条草案外，还对每条草案提出了一些措词及其他方面的意见。

164. 第15条原则上得到了委员会全体委员的同意。由于特别报告员在拟订该条时借鉴了1969年《特别使节公约》，所以有些委员会委员认为，在第15条草案结尾加上“考虑到外交信使的性质和任务”这一短语是妥当的。还有人提及，“所需的”一词也许应当改为“所必需的”，因为外交信使可以根据特定情况确定什么是必需的，而“所需的”这个措词可以有各种不同的解释。有一位委员还认为，“便利”一词需要澄清。

165. 对第16条原则上没有异议。在草案的措词方面提出了一些意见。例如，有几个委员认为，第16条草案第2款中的“如必需”这一措词比“如需要”更加准确。还有人建议把该款中的“如需要”改为“凡需要”，把“尽快”一语改为“从速”。

166. 委员会在第17条草案上也没有原则性问题。不过，为了与1961年《维也纳外交关系公约》第26条、1963年《维也纳领事关系公约》第34条、1969年《维也纳特别使节公约》第27条以及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》第56条保持一致，有些委员建议将“因国家安全理由而禁止接近或管制接近的地区”的字句改为“因国家安全理由而禁止进入或管制进入的地区”。他们认为，哪怕只是为了避免可能引起的曲解，委员会也应当保持后一种措词。由于同样的原因，有人建议，该项条文末尾的“或返回派遣国途中”这一短语可以删去。他们认为，该短语没有使该项条文增加任何意思，还可能导致对没有相应提法的公约的曲解。有一位委员认为，第17条的标题过于含糊。

¹⁹⁵ 见《1977年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第11-30页，A/32/10号文件，第二章B节。

167. 有些委员提出了第18条是否必要的问题。有人认为，负有将派遣国邮袋带到其驻接受国使馆或其他使团的使命的外交信使自然可以在接受国利用派遣国使团的公务通讯手段。因此，值得怀疑的是：是否有必要对接受国专门规定一项协助外交信使与派遣国当局或其使团进行通讯的义务。就过境国而言，有人指出，第4条草案第2款¹⁹⁶好象已经包括了上述这项义务的大部分内容。有一个委员建议，该项条文所未包括的任何可能情况，都可以在第15条草案的评注中提到。

168. 有几个委员认为，第18条好象与第4条重复。他们建议委员会对该项条文做更仔细审查，以弄清这条是否确实必要。不过，其他一些委员不同意上述意见；他们认为，这两条条文的侧重点实际上是各不相同的。另一问题是：谁能决定是否有必要对外交信使的通讯提供便利。有些委员建议将“如有必要”改为“如果外交信使提出此种请求”或“在接到请求时”。有一位委员认为，该条的标题十分含糊。另一委员认为没有理由把信使可以进行通讯的使团局限于驻接受国或过境国领土上的使团。他认为，也许会遇到下述情况：由于实际原因，信使不得不与其国家驻接受国或过境国以外的某一国家的使团进行通讯。因此，他建议该项条文后面的提法应当改为“及其使团”这几个字，其最后部分应当删去。

169. 尽管有些委员会委员对第19条没有提出什么重大异议，但其他几个委员对于这项条文是否有用表示怀疑。他们认为，接受国和过境国协助外交信使取得临时住处的义务应属于有关接受国和过境国应给予信使执行其官方职务所需的便利的一般义务。他们认为：第15条的评注可以说明这一点；为了该草案总的篇幅方面的节约，第19条可以删去。有一位委员认为，住处问题应当与外交信使的地位联系起来，而不应当与该条所述的“执行其官方职务”相联系。

170. 特别报告员同意大部分关于措词的意见，但须由起草委员会作出决定。他不反对合并某些条款草案，只要这些条款的规定不被删去或作大的修改。另一方面，他不能同意以下看法：第18条只不过是第4条的翻版，因此应当删去。他说，这两条草案之间当然是有联系的，但是，第18条具有一种不能失去的、与第4条大不相同的具体的实际意义。他认为，对于辩论中提出的所有其他意见都可以在起草委员会上进行讨论。

171. 委员会在其第1783次会议上决定把第15至19条草案提交起草委员会。

¹⁹⁶ 见上文注172。

(c) 外交信使的不可侵犯性和管辖豁免

172. 特别报告员在介绍载于 A/CN.4/374/Add.1 和 Corr.1 号(只有英文本)文件的报告的本部分时,一开始就阐明了不可侵犯性所包括的三个要点:信使在执行其职务时人身不可侵犯,这一点是第 20 条草案¹⁹⁷的主题;外交信使的临时住处不可侵犯,这是第 21 条草案¹⁹⁸的主题;以及外交信使使用的交通工具的不可侵犯,这一点是第 22 条草案¹⁹⁹的主题。关于信使的管辖豁免,包括刑事、民事和行政管辖豁免,他提出了第 23 条。²⁰⁰

¹⁹⁷ 特别报告员提出的第 20 条案文如下:

“第 20 条

“人身不可侵犯

“1. 外交信使在执行其官方职务时应享有人身不可侵犯权,不受任何形式的逮捕或拘留。

“2. 接受国或可适用情况下的过境国应以应有的尊重对待外交信使,应采取一切适当措施,以防止对外交信使人身、自由或尊严的任何侵犯,并应起诉和惩罚对这种侵权行为负责的人。”

关于特别报告员对本条的论述, 见 A/CN.4/374/Add.1 和 Corr.1 号(只有英文本)文件, 第 46—74 段。

¹⁹⁸ 特别报告员提出的第 21 条案文如下:

“第 21 条

“临时住处的不可侵犯

“1. 外交信使使用的临时住处不可侵犯。 接受国或过境国官员非经外交信使的同意不得进入其住处。

“2. 接受国或过境国有责任采取适当措施, 保护外交信使使用的临时住处不受侵入。

(脚注续)

3. 外交信使的临时住处应免于检查或搜查，除非有严重的根据可以认为住处内有接受国或过境国法律禁止进出口或检疫规章管制进出口的物品。这种检查或搜查只有在外交信使在场时才可以进行，但检查或搜查不得侵犯外交信使的人身的不可侵犯权或他护送的外交邮袋的不可侵犯权，也不得对外交邮袋的运送造成不合理的拖延和障碍。”

关于特别报告员对本条的论述，见同上，第46—48段以及第75—80段。

¹⁹⁹ 特别报告员提出的第22条案文如下：

“第22条

“交通工具的不可侵犯

“1. 外交信使在执行官方职务时所使用的个人交通工具应免于检查、搜查、征用、扣留和执行措施。

“2. 如有严重的根据可以认为，第1款所述个人交通工具载有接受国或过境国法律禁止进出口或检疫规章管制进出口的物品，上述国家的主管当局可以对该个人交通工具进行检查或搜查，但这种检查或搜查须在外交信使在场时进行，并不得侵犯外交信使护送的外交邮袋的不可侵犯权，也不得对外交邮袋的运送造成不合理的拖延和障碍。”

关于特别报告员对本条的论述，见同上，第81—86段。

²⁰⁰ 特别报告员提出的第23条案文如下：

“第23条

“管辖豁免

“1. 外交信使应享有接受国或过境国的刑事管辖豁免。

“2. 外交信使就执行其官方职务的一切行为而言还应享有接受国或过境国的民事和行政管辖豁免。

“3. 不得对外交信使采取任何执行措施，但如果属于本条第2款规定范围以外的情况，并且采取有关措施时不致侵犯其人身、临时住处或委托他的外交邮袋的不可侵犯权者不在此限。

173. 特别报告员说，外交信使的人身不可侵犯起源于一项很老的习惯国际法规则；不得逮捕、拘留信使或对其自由进行任何其他形式的限制；接受国应以应有的尊重对待信使，应采取一切适当措施，以防止对其人身、自由或尊严的任何侵犯；最后，接受国或过境国应起诉和惩罚犯有这种侵权行为的人。他说，最后一点可能是新的，是作为一项预防和强制措施提出，是实施通讯自由这项基本规则的逻辑上必然的结果。他说，职务上的需要是外交信使的人身不可侵犯的根本原则，这一点已反映在第20条草案的措词中。

174. 关于外交信使的临时住处及其个人交通工具的不可侵犯性，特别报告员指出，1961年的《维也纳外交关系公约》第30条规定，外交代表的私人寓所一如使馆馆舍应享有同样的不得侵犯权；该公约第37条第2款把这种豁免扩大至非接受国国民的使馆行政与技术人员。他找不到充分的理由说明，为什么不应当给予外交信使同样的待遇。他解释说，适用于外交信使使用的交通工具的规则与适用于信使临时住处的规则相同，并已分别载入第21和第22条草案，以确保在机密性、不可侵犯性、安全和公共秩序这几方面之间取得适当平衡。

175. 特别报告员说，在起草关于管辖豁免的第23条草案时，他极力遵循国家及其财产的管辖豁免专题采取的方针，以便保证这两个专题的主要趋势之间取得协调。他指出，按照1961年的《维也纳外交关系公约》第31条，外交代表免于刑事管辖的豁免是绝对的，但是民事和行政管辖豁免的某些例外则根据职务上的需要来确定。不过，就此而言，他建议委员会以1975年的《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》第60条为准绳，该条是以1961年《维也纳外交关系公约》第31条为基础的。

(脚注续)

“4. 外交信使没有出庭作证的义务。

“5. 外交信使使用或拥有的车辆肇事造成损害，如此种损害不能由保险人予以赔偿，则本条的任何规定均不使外交信使免受接受国或过境国对因此引起的赔偿损害诉讼的民事和行政管辖。

“6. 外交信使不因其对接受国或过境国的管辖享有豁免而免除派遣国的管辖。”关于特别报告员对本条的论述，见同上，第87—148段。

176. 关于以1975年维也纳公约第60条第1款为基础草拟的第23条草案第2款的用语“就执行其官方职务的一切行为而言”，他指出，从职务着眼预先假定赋予信使的豁免，并不是基于他个人的理由，而是由于他的职务；因此，豁免只限于官方行为。他回顾了区分官方行为本身以及虽是派遣国官员的行为，但不属于官方职务的范围的方法，并且讨论了谁有权决定行为的性质的问题，讨论了与此有关的各种理论。特别报告员还说明，他研究了豁免执行措施的问题。

177. 根据特别报告员的意见，由于信使只在接受国或过境国作短暂停留，以及他的主要任务是迅速递送邮袋，因此，任何涉及要信使提供证据的义务的措施，都可能妨碍其职务。因此他在第23条草案第4款中，取消了信使的这种义务。

178. 至于信使拥有或使用车辆造成的事故引起损害以及派遣国对其本国信使的管辖问题，他起草了第23条的第5和第6款。

179. 若干委员对减少条款草案的量的必要性问题发表了评论。他们认为，目的是确定哪些领域发生过实际问题，然后对这些领域作出规定，同时考虑到外交信使的责任，特别考虑到他的活动的流动性。一些委员还对第20条第2款末尾的规定提出疑问，该处要求接受国或过境国起诉和惩罚对任何侵犯信使人身、自由或尊严的行为负责的人。他们说，现有四项编纂公约并没有规定这样的义务，因为采取所要求的行动而又不违反许多国家关于正当程序的必要条件，无疑是困难的或者是不可能的。他们说，由于按第23条第4款规定，信使没有出庭作证的义务，这个问题就更加严重了。他们说，在那些情况下，起诉当局具有是否起诉的决定权的国家不可能接受起诉的义务。

180. 少数委员认为，第21和22条可以删去。他们说，信使通常住在使馆馆舍，并使用使馆的交通工具。信使住在接受国或过境国旅馆里的可能性不大，可以不予考虑。他们认为，国家机关可能不愿意为可能性如此小的偶然情况再承担一项义务。因此他们建议，删去第21和22条，如第21条应该保留，则必须补充规定，授权接受国或过境国官员在火灾或其他紧急情况下进入其住处。

181. 另一委员觉得第21条草案第3款或第22条草案第2款没有多少道理，他认为，上述条款损害了外交信使临时住处及其个人交通工具不得侵犯的原则。另一方面，委员会少数其他委员认为第21和22条有必要，不管它们可适用的情况是如何少见。

182. 少数委员说，虽然他们不知道过去有哪一个案例用得着第23条，他们在原则上准备接受基于1975年的维也纳公约第60条的关于管辖豁免的条款。一些委员还说，第23条第4款应有“有关涉及其行使官方职务的事项”之类的话来加以限制。同时他们说，出庭作证的义务当然不应该耽误信使履行其责任。少数其他委员感到第23条令人满意。

183. 对第20至23条的措词提出的许多评论意见，特别报告员认为是正确的并表示欢迎。他解释说，在起草关于外交信使临时住处不得侵犯的第21条第3款时，他是从职务方面考虑的。关于怀疑外交信使的临时住处存放了接受国或过境国的法律禁止进出口的物品而要检查或搜查的问题，他说该条草案为了保障信使的不可侵犯，也规定了若干程序性规则。他认为，一些委员提出的、增加一条类似1963年《维也纳领事关系公约》有关火灾之类紧急情况的第31条第2款的规定的建议，值得仔细加以审议。

184. 至于第22条第2款，他说他曾试图在信使不可侵犯的要求和接受国或过境国有关金融、财政、经济、保健或其他公共事项的合法利益之间谋求平衡。他说他深知对滥用外交邮袋问题的关切，正是因为这个缘故才起草了有关检查和搜查的第2款。

185. 特别报告员还解释，关于第23条，他曾试图明确区分行使信使官方职务之内和之外采取的行动。他自己的基本观点是，豁免管辖的规则受职务需要的概念的制约。因此，和所有其他特权和豁免一样，司法和行政管辖的豁免也必须建立在职务需要的概念之上。关于免除信使出庭作证的第23条第4款，他提起1961年《维也纳外交关系公约》以及其他编纂公约对技术和行政人员提供这种豁免的类似条款。他说，出庭作证当然是符合有关的信使的利益的，但是信使没有义务在与其官方职责有关的事情上作证。他认为除交通事故和某些其他案件外，信使也可以免于出庭作证。但是，特别报告员说他理解那些建议的正确性，在原

则上表示同意，并欢迎对这些条款草案提出更多的评论。他说他打算考虑第六委员会的评论意见和起草委员会工作中可能提出的其他意见，在下一届会议上提交另一份报告。

186. 特别报告员虽然并未正式介绍其第四次报告的增编 2 至 4，但简要地说明了其内容。他说，增编 2 载有关于外交信使地位的第 24 至 29 条，增编 3 载有第 30 至 32 条。第 30 条是关于携带外交邮袋的飞机机长或商船船长的地位。第 31、32 和其余载于增编 4 的条款论述外交邮袋的地位并包括了关于过境国在不可抗力情况下的义务、不承认国家或政府或没有外交或领事关系以及这些条款草案与其他公约和国际协定的关系的一些杂项规定。鉴于本专题全部条款草案的报告已送交委员会，特别报告员希望，国际法委员会和起草委员会在 1984 年国际法委员会的第三十六届会议上将分配更多的时间来审议这个专题。

187. 特别报告员对法律事务厅编纂司给予他的有价值的协助表示赞赏。根据特别报告员的建议，国际法委员会要求秘书处：(a) 继续补充有关本专题的条约汇编和其他一般的外交和领事关系领域以及特别涉及通过信使和邮袋进行的公务通讯领域的有关材料；(b) 向各国重申秘书长提出的要求，即进一步提供外交法领域有关信使和邮袋地位的国内法律、规章和其他行政法规，以及各种程序、推荐的惯例、司法判决、仲裁裁决和外交书信方面的资料；(c) 在各国政府可能提供或通过调查得到的情报和材料的基础上增订关于国家惯例的研究报告；和(d) 增订有关在联合国主持下制定的外交法领域四项多边公约现况的说明。

188. 特别报告员表示希望国际法委员会将第 20 至 23 条草案提交起草委员会，但是声明对国际法委员会可能作出的任何决定将不表示反对。

189. 国际法委员会在其第 1799 次会议上决定，在 1984 年第三十六届会议上继续对第 20 至第 23 条进行讨论，然后才将其提交起草委员会。

C. 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

190. 委员会在其第三十五届会议第1807次会议上一读通过的第1至第8条案文转录如下：

第 1 条

本条款的范围

本条款适用于国家为同无论何处的该国使团、领馆或代表团之间进行公务通讯，以及这些使团、领馆或代表团同派遣国之间或彼此之间进行公务通讯所用的外交信使和外交邮袋。

评 注

(1) 第1条在本条款草案的范围问题上采取了一个全面的方法，使其适用于国家为进行公务通讯所用的各种信使和邮袋。这种全面的方法是以外交法领域中的多边公约所载的外交信使和外交邮袋待遇的有关条款所规定的共同标准为依据的，而这些多边公约是各种信使和邮袋的统一待遇的法律依据。1961年《维也纳外交关系公约》、1963年《维也纳领事关系公约》、1969年《特别使节公约》以及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》中有关条款规定的制度基本上是一致的，没有多少区别。²⁰¹

(2) 尽管情况如上文所述，但委员会还是十分了解：许多国家还没有参加所有这四项目编纂公约，因此可能会倾向于下述看法，即本条款草案不要求对上述公约所涉及的各种不同类型的信使和邮袋给予同样的待遇。为了使文字简单明了，尽管允许各国自由选择它们希望适用这些条款草案于哪些信使和邮袋，委员会却决定采用上述这种统一的或全面的方法，同等对待所有各种信使和邮袋，但还是在草案中增加一条大致参照联合国海洋法公约第298条²⁰²拟订的条文。这条条文将允许各国选定它们希望适用这些条款的信使和邮袋。第3条中“外交信使”和“外交

²⁰¹ 关于这四项目公约，见上文注186至189。

²⁰² A/Conf. 62/122和Corr. 1-11。

邮袋”的定义的措词是预计把这样一条条文纳入草案。有些委员指出，在采用同等对待的方法时，委员会并不打算表明，这种方法必然反映习惯国际法，或者，这种方法是习惯国际法所要求的。

(3) 第一条草案的措词特意表明派遣国与其使团、领馆或代表团之间往返进行通讯的性质，以及其使团、领馆或代表团之间相互进行通讯的性质。

(4) 对于写进“无论何处”这几个字有过一些争论。尽管有些委员认为这几个字可以删去，这样做并不会影响该条的意义，而大多数委员认为，加上这一措词可以更加清楚地显示出该条款所提到的公务通讯是往返进行和相互进行的。例如，这样一来，就可以极为清楚地说明，草案包括的彼此之间进行公务通讯的驻接受国使团、领馆或代表团不仅是指驻同一接受国，而且是指驻不同接受国的使团、领馆或代表团。

第 2 条

不属于本条款范围的信使和邮袋

本条款不适用于国际组织公务通讯所用的信使和邮袋的事实不应影响：

(a) 这类信使和邮袋的法律地位；

(b) 本条款中关于按照国际法不论本条款有无规定均适用的任何规则对这类信使和邮袋的适用。

评 注

到目前为止，委员会和大会第六委员会上的普遍观点是：继续进行审议中的本专题的工作，将其限于第1条草案所述的范围。有人认为必须审慎行事，以避免可能会阻碍工作的迅速进展的不必要的困难。委员会原则上决定，在草拟本条款草案时，不考虑国际组织或诸如民族解放运动等其他实体的信使和邮袋。不过，这一事实并不排除在稍后阶段委员会作出最后决定时审查其法律制度的可能性。若干委员都表示了大意如此的看法，他们主张，本条款草案，包括为保护通讯机密的条款，也应适用于国际组织和民族解放运动。就此而言，例如，第2款维护了在

国际组织的信使和邮袋与国家的信使和邮袋之间存在着一种极其相似的法律制度的可能性。这一款还为今后规定其法律制度提供了充分的机会。

第 3 条

用 语

1. 为本条款的目的：

(1) “外交信使”是指经派遣国正式授权，或长期担任或在特殊场合作为特派信使担任：

- (a) 1961年4月18日《维也纳外交关系公约》所指的外交信使；
- (b) 1963年4月24日《维也纳领事关系公约》所指的领馆信使；
- (c) 1969年12月8日《特别使节公约》所指的特别使节团信使；或
- (d) 1975年3月14日《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》所指的常驻代表团、常驻观察团、代表团或观察团的信使，

受托负责保管、运送和递交外交邮袋，用于进行第1条所指公务通讯的人员；

(2) “外交邮袋”是指无论有无外交信使护送的，装载来往公文、公务文件或公务专用物品，用于进行第1条所指公务通讯，附有外部标记，可资识别其性质为下列邮袋的包裹：

- (a) 1961年4月18日《维也纳外交关系公约》所指的外交邮袋；
- (b) 1963年4月24日《维也纳领事关系公约》所指的领馆邮袋；
- (c) 1969年12月8日《特别使节公约》所指的特别使节团邮袋；或
- (d) 1975年3月14日《维也纳关于国家在其普遍性国际组织关系上的代表权公约》所指的常驻代表团、常驻观察团、代表团或观察团的邮袋；

(3) “派遣国”是指向或从其使团、领馆或代表团发送外交邮袋的国家；

(4) “接受国”是指在其领土上驻有派遣国收发外交邮袋的使团、领馆或代表团的国家的国家；

- (5) “过境国”是指外交信使或外交邮袋途中经过其领土的国家；
- (6) “使团”是指：
- (a) 1961年4月18日《维也纳外交关系公约》所指的常设使馆；
 - (b) 1969年12月8日《特别使节公约》所指的特别使节团；和
 - (c) 1975年3月14日《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》所指的常驻代表团或常驻观察团；
- (7) “领馆”是指1963年4月24日《维也纳领事关系公约》所指的总领事馆、领事馆、副领事馆或领事处；
- (8) “代表团”是指1975年3月14日《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》所指的代表团或观察团；
- (9) “国际组织”是指政府间组织。
2. 本条第1款有关本条款用语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

(1) 遵照在联合国主持下缔结的编纂公约的范例，本条款草案对其中最常用的术语作了说明，以便利于对本条款草案的解释和适用。定义仅限于能表现出所述实体的特点的基本要素。所有其他构成规则各方面的要素留待写入有关的实质性条款。

第1款第1项

(2) 第1款第1项在给外交信使下定义时应用了两个实质性的、必不可少的要素：(a) 他必须承担保管外交邮袋并将其运送递交至目的地的职务或职责，以及(b)他的官方身份或派遣国主管当局的授权。有时，派遣国在特殊场合委派其一名官员承担递送该国公务信件的使命。

(3) 有人认为，“外交信使”一词的定义应当具体明确提及要包括的所有各种信使。尽管由于习惯以及为使措词简练的原因，在整个条款草案中都使用了“外

“外交信使”这一用语，但应当明确的是：这一定义不仅适用于1961年外交关系公约所指的从严格的意义上说的“外交信使”，而且还适用于1963年《维也纳领事关系公约》、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》中分别所指的“领馆信使”、“特别使节团信使”以及常驻代表团、常驻观察团、代表团或观察团信使。详细列举本条款草案中解释的“外交信使”概念所包括的各种不同的信使，也是要明确表明，一国可以通过一项适当的声明，把本条款草案的适用范围局限于某几种信使，从而缩小它所承担的义务的范围。有人认为，应当使各国具有明确的选择权，可将今后的条款适用于哪些它们认为合适的信使。就此而言，对上述第1条的评注第2段中也谈到了与此有关的看法。

(4) 该定义不但包括长期的外交信使，而且包括特派外交信使。会议同意应当把“长期”一词理解成与“特派”或“在特殊场合”相对，并不是要表示与委派是否合法有关的任何概念。特派外交信使的特点是，其职务期限明确。他执行外交信使的全部职务，但仅仅是在特殊场合。在普遍的国家实践中，一向是指派属于派遣国外交部门或者在外交关系方面起到类似作用的其他机构的官员来担任特派外交信使的职务的，这种机构例如对外贸易部、对外经济关系部或者国际文化合作方面的有关国家机构。一项基本的必要条件始终是：须由派遣国主管当局正式授权。他的职务的具体期限关系到他享有有关条文中将规定的特派信使的便利、特权和豁免的期限。

(5) 定义中参照第1条的用意是阐明：定义不仅包括派遣国对其驻外使团的单方面通讯，而且还包括使团对派遣国以及派遣国各驻外使团之间的通讯。第1条已经确定了条款草案的范围，为使草案文字简练，因此，相互参照不但适当，而且可取。

(6) 关于这项定义的要素，将在具体条款即分别在第7条（身分的证明）和第11条（外交信使的职务）中进一步拟订。

第1款第2项

(7) 外交邮袋定义的两个客观和基本的特点是：(a) 它的作用，即作为派遣国及其驻外使团进行通讯的工具，装载来往公文、公务文件或公务专用物品；(b) 其可资识别的证明邮袋官方性质的外部标记。在区分外交邮袋和诸如外交代表的私人行李或普通邮包或货物等其他旅行容器时，这两个特点是十分重要的。一位委员指出，外交邮袋的真正的基本性质是盖有证明这种性质的可资识别的外部标记，因为即使发现其内容不是装有来往公文、公务文件或公务专用物品的包裹，它仍然是应当受到这种保护的外交邮袋。

(8) 邮袋的递交方式可以多种多样。可以由外交信使护送。也可以不由信使护送，而委托给商营飞机机长、商船船长或机组成员或船员。递交方式和使用的发送和运输工具也可以多种多样，可以邮寄或采用其他陆运、空运、水运或海运方式。有人认为，这些对邮袋的定义并不重要的做法上的多样性，可以在条款草案中有关外交邮袋地位的那一部分的开头增加一条新的条款适当加以规定。

(9) 关于定义中包括不同种类的“外交邮袋”以及参照第1条，本项与关于“外交信使”定义的第1项在结构上相类似。第1项评注中同样的话，包括关于各国在适用本条款草案时的选择权的话，在细节上作必要的修改后，也适用于“外交邮袋”的定义。

(10) 一些委员感到，由于在定义中提到“包裹”时指的是作为单一法律概念的“外交邮袋”，因此其中用的一些动词形式也应采用单数的形式。

第1款第3项

(11) “派遣国”一语和第4项中“接受国”一语沿用联合国主持下通过的所有四项外交法公约中的固定术语，本条款草案予以保留，其定义则稍有修改，以便更贴切地反映涉及无论有无信使护送的外交邮袋的具体情况。本项对“派遣国”的定义为“发送外交邮袋的”国家，从而包括一切可能出现的情形，发送没有信使护送的邮袋的国家和派出其职务恰恰是护送邮袋的外交信使的国家。此外还包括第2项评注提及的有信使护送邮袋的其他一切可能出现的情形。“向或从其使团、领馆或代表团”一语不仅阐明所涉公务通讯的双向性，而且也说明：邮袋无论是由国家、使团、领馆还是代表团发出，一概是派遣国的邮袋。

第 1 款第 4 项

(12) 在一组关于外交信使和外交邮袋的条款草案里采用“接受国”这一术语是完全合理的，因为按国际法规定有义务给予派遣国使团、领馆或代表团及其人员便利、特权和豁免的接受国，就是条款草案设想的如派遣国向同样那些使团、领馆或代表团发送信使或邮袋时规定给予该外交信使和外交邮袋以便利、特权和豁免的国家。如另外采用例如象“目的地国”那样的术语，实际上会引起混淆，因为这将背离对在其境内的外国使馆或领馆及其人员负有义务的国家和对外交信使或外交邮袋负有义务的国家之间的根本一致或同一的主张。

(13) 关于常驻代表团、常驻观察团、代表团或观察团的信使和邮袋问题，这里规定的接受国的概念也包括 1975 年《维也纳关于国家在对其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》所指的“东道国”的概念。委员会内意见的主流是：传统意义上的“东道国”和“接受国”的义务在涉及外交信使或外交邮袋的情况下的相似性并不说明在本条款草案中应对二者加以区分，尤其是因为草案范围扩大到国际组织信使和邮袋的问题尚未解决，条款草案采用了诸如“使团”之类的通称用语，以概括第 6 项所列的各种不同情形。

第 1 款第 5 项

(14) 委员会广泛认为“途中经过”一语或更确切地说，“经过”一词在现代国际关系和国际通讯中含义极其清楚明确，无须解释，虽然“过境国”的定义乍看起来似乎有点累赘，也还是既不易也不宜使用替换的用语。

(15) 该定义相当广泛，不仅足以包括事先已知外交信使按规定旅程往返最终目的地的途中需过其国境并且视需要发给签证的第三国，而且也足以包括信使遇非常情形下可能经过其国境的第三国，此类情况通常属于不可抗力情况或意外事件，如飞机迫降、交通工具发生故障、迫使突然改变原旅程的自然灾害或迫使信使在事先未曾料到的某国入境港停留的危难情形等。该定义范围之所以如此广泛的依据是 1961 年《维也纳外交关系公约》第 40 条、1963 年《维也纳领事关系公约》第 54 条、1969 年《特别使节公约》第 42 条和 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》第 81 条设想到的各种不同的情形。

(16) 该定义分别提及外交邮袋和外交信使，从而不仅包括没有信使护送的邮袋，而且也包括委托非外交信使的人员（飞机机长、商船船长、机组成员或船员）无论用何种运输手段（空中、陆路、水道或海路）运送邮袋的所有其他情形。

第 1 款的第 6、7 和 8 项

(17) 显然由于这几项的缘故，“使团”、“领馆”和“代表团”各词的定义可与有关的各项外交或领事法公约、即 1961 年《维也纳外交关系公约》、1963 年《维也纳领事关系公约》、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》中所载的有关定义相互参照。用语上的这种统一性有助于将这一组关于外交信使和外交邮袋问题的条款草案纳入外交法和领事法方面业已通过的整个规定系统和公约体系之中。

第 1 款第 9 项

(18) 委员会委员对本项拟用的文字表示了不同的意见。有人主张，为与以前已有各项相对称，本项案文应提及 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》，因为本项规定是参考该公约第 1 条第 1 款第 1 项草拟的。也有人考虑本项是否应将定义只限于普遍性政府间组织，以使其与 1975 年维也纳公约的范围相一致。委员们广泛认为该条涉及审议中本条款草案的两个不同方面。一方面，鉴于各条款也意在包括派驻或派往国际组织的常驻代表团、常驻观察团、代表团或观察团所用的外交信使和邮袋，因而其中即使被动地也还是含有“国际组织”的概念。仅仅由于这一点就有理由把关于“国际组织”的定义包括在其中。另一方面，设想之中的该项也涉及条款草案的范围问题，更确切地说，也涉及对草案第 2 条拟作的最后决定。占上风的意见认为应保留该项目目前这样的措词。这样，条款草案的范围将仍有可能扩大，而不必事先对最后决定作出判断。委员会可以根据以后对条款草案第 2 条作出的决定，再度审查本项所载的定义。

第 2 款

(19) 本款沿用 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》的第 1 条第 2 款。其目的是限制第 3 条目前所载各项定义的适用，只在其中载有这些定义这组条款草案的范围和体系内适用。这当然不妨碍其中有些

定义可能与其他国际文书所载的同样用语的定义相吻合，也不妨碍在某些情形下与其他国际文书对某些用语所下的定义相互参照的可能性。

第 4 条

公务通讯的自由

1. 接受国应允许并保护派遣国如第 1 条所述通过外交信使或外交邮袋进行的公务通讯。

2. 过境国对于派遣国通过外交信使或外交邮袋进行的公务通讯应给予与接受国给予的相同的自由和保护。

评 注

第 1 款

(1) 本条第 1 款的出处见联合国四项外交和领事法公约所载的条款，即 1961 年《维也纳外交关系公约》第 27 条第 1 款，1963 年《维也纳领事关系公约》第 35 条第 1 款，1969 年《特别使节公约》第 28 条第 1 款以及 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》第 57 条第 1 款。因此，公务通讯自由的原则已被普遍公认为现代外交法的法律基础，也必须被视为外交信使和外交邮袋法律制度的核心。安全地、畅通无阻地并迅速地传送外交信息及其机密性之不可侵犯，是这一原则最重要的现实方面，它为保护外交邮袋提供法律基础，责成接受国每当信使或邮袋进入其管辖范围时即给予某些便利、特权和豁免，以确保上述目的得到充分的遵行。

(2) 与第 1 条相互参照清楚表明第 4 条规定的自由均适用于规定条款草案范围的条款所述的全部公务通讯。

第 2 款

(3) 本款确认外交通讯自由的规则如要切实执行，不仅需要接受国允许并保护在其管辖范围内，通过外交信使和邮袋进行通讯的自由，而且也责成过境国承担相同的义务。因为在某些情况下，安全无阻迅速把外交邮袋递送至最后目的地显然

取决于邮袋能否按其旅程通过别国的管辖范围。第2款中的一般规则体现这一实际要求，其依据是载于联合国主持下通过的四项外交和领事法公约中的相应条款，即1961年《维也纳外交关系公约》第40条第3款，1963年《维也纳领事关系公约》第54条第3款，1969年《特别使节公约》第42条第3款和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》第81条第4款。

第5条

尊重接受国和过境国法律和规章的责任

1. 派遣国应确保不以违反本条款的目的和宗旨的方式使用其外交信使和外交邮袋得到的特权和豁免。

2. 在不妨碍给予外交信使的特权和豁免的情况下，外交信使有责任尊重接受国或过境国的法律和规章，并有责任不干涉接受国或过境国的内政。

评 注

第1款

(1) 本条总的目的、尤其是本款的目的是一方面要在派遣国安全无阻地递送邮袋的利益和另一方面要在接受国与过境国的安全及其他合法考虑之间，建立必要的平衡。在这方面，本条是与确立接受国和过境国义务的第4条对等的条款。本组条款草案的目的和宗旨在于确立一种体系，充分保障外交邮袋内容的机密性，充分保证邮袋安全到达其目的地，但必须防止滥用邮袋。所有特权、豁免或便利，无论是给予信使的还是给予邮袋本身的，都只考虑这一目的，因此是以其职务为基础的方针。本款具体规定派遣国有责任保证这些便利、特权和豁免的目的和宗旨不被违反。后面几条将详细规定派遣国掌握做到这一点的具体手段，例如召回或解雇其信使及终止其职务等。

(2) 委员会中有的委员指出，“应确保”一语应解释为“应竭尽全力以便”……应从这个意义去理解法文“veille”一词和西班牙文“Velar por”一词。

第2款：

(3) 第2款把其他外交或领事法公约的同样规定的原则适用到外交信使。该款除了若干修改外基本上参照1961年《维也纳外交关系公约》第41条，1963年《维也纳领事关系公约》第55条，1969年《特别使节公约》第47条，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》第77条的规定。该款具体提到，在不妨碍给予信使的便利、特权和豁免的情况下，外交信使有责任尊重接受国和过境国的法律和规章。外交信使必须遵守接受国或过境国确立的法律秩序的责任可包括一系列范围广泛的维持法律和秩序的义务，遵守公共卫生的规章和使用公共服务和交通工具的条例，或有关旅馆住宿的规章，外国人登记的规定，及驾驶执照的规章，等等。在派遣国或其外交信使根据条款草案的明确规定，可免于适用接受国或过境国的法律和规章的情况下，这种责任自然不再存在。

(4) 第2款还明确提出，外交信使有责任不干涉接受国或过境国的内政。在这方面，有人表示怀疑，是否实际可能出现外交信使干涉一国内政的情形，特别是信使并不代表派遣国。但多数人的意见认为，可以想象到外交信使作为派遣国的官员干涉他国内政的情况，例如，外交信使可能在接受国或过境国参加政治运动，也可能在外交邮袋内携带针对接受国或过境国政权的颠覆性宣传品，在接受国或过境国内散发。

(5) 条款草案的前几个文本都特别提到派遣国和外交信使有责任在接受国和过境国内尊重国际法规则。对这个问题进行了一些讨论后，多数人认为不必提及国际法，不是因为尊重其规则的责任不存在，而是因为所有国家及其官员，不论其身分地位，包括在特定情况下，作为派遣国或外交信使，都有义务尊重国际法规则。在这里提及“国际法”似乎在某种程度上是复述了不言而喻的道理。

(6) 条款草案原条文的第三款是关于外交信使临时住处的问题和按照某些规则使用的责任。会议认为这一款没有必要，因为通过的条款草案已有两款提及这个问题。

第6条

不歧视和对等待遇

1. 在适用本条款的规定时，接受国或过境国不得对不同国家加以歧视。
2. 但下列情况不应视为歧视待遇：
 - (a) 接受国限制性地适用本条款中任何规定是由于派遣国对其外交信使和外交邮袋限制性地适用该项规定；
 - (b) 国家彼此之间依习惯或协定，对其外交信使和外交邮袋所享有的便利、特权和豁免的程度加以修改，但这种修改不得违反本条款的目的和宗旨，且不得影响第三国享有其权利和履行其义务。

评 注

(1) 这项规定主要是参照1969年《特别使节公约》第49条，并在较小的程度上参照1961年《维也纳外交关系公约》第47条，1963年《维也纳领事关系公约》第72条，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》第83条。这一条规定了不歧视和对等待遇的原则。这项原则是在联合国主持下缔结的四项外交法领域多边公约的普遍原则的一部分。其根据国家主权平等的基本原则。对外交或领事人员适用这项原则导致建立一个可行和有系统的管理外交和领事往来关系的制度。不歧视和对等待遇两者之间固有的关联，及在对待上述人员和外交信使时保持有效的平衡有助于建立良好的基础，以制定一个可行的关于信使和邮袋制度的法律规则体系。不歧视待遇和对等待遇的相互关系也应从实际和有不断变动可能的角度来考虑，照顾到派遣国和接受国或过境国的关系状况。

第1款：

(2) 这一款规定上述的不歧视一般原则，其中不仅提到接受国，而且也提到过境国。

第2款：

(3) 这一款根据对等待遇原则列出一些关于第1款的例外，而这些例外不应视为歧视待遇。

第2款(a)项

(4) 第一项例外允许的是对等待遇，接受国或过境国可限制性地适用本条款草案中的规定，如果这是由于派遣国对其外交信使和外交邮袋限制性地适用该项规定的。有人在委员会指出，这项例外涉及过境国时，应绝对相对称地解释，如过境国的信使或邮袋曾经是在派遣国作为这些信使和邮袋的过境国时限制性地适用某项规定的对象，则可适用这项例外。这项规定给予接受国和过境国的选择反映出，这些国家和派遣国的关系状况必然影响条款草案的执行。但应该就可以忍受的限制程度订立一些标准或规定。应假定的是，对有关派遣国作限制性适用是严格按照有关规定执行，并且是在该项规定所允许的范围内；否则将是对本条款草案的侵犯，接受国或过境国的行为将变成报复行为。有人就这一点在委员会表示，适用(b)项规定时，绝不应以违反条款草案的目的和宗旨的方法进行。

第2款(b)项

(5) 第二项例外是指国家之间可依习惯或协定，对彼此的外交信使或外交邮袋给予较优惠的待遇的情况。同上面一样，国家可对等适用规定，但这里却是主动地、积极地在彼此之间建立一个比根据条款草案规定、它们与其他国家保持的更为优惠的待遇制度。这项例外是以1969年《特别使节公约》第49条的类似条款为依据，并且受到一项保留条款限制，即这些较优惠的待遇不得违反条款草案的目的和宗旨，且不得影响第三国按照条款草案规定享有其权利和履行其义务。这项保留条款的用意是在给予外交信使和没有外交信使护送的外交邮袋的便利、特权和豁免的范围方面维持若干国际标准和稳定。条款草案的“目的和宗旨”一语主要是指外交法的若干基本原则，如第4条草案所载的通讯自由原则。

第7条²⁰³

外交信使的证件

外交信使应持有官方文件，载明其身分和由其护送的构成外交邮袋的包裹件数。

评注

(1) 这项条款的直接来源是所有四项外交和领事法多边公约内有关外交或领馆信使的规定，即1961年《维也纳外交关系公约》第27条第5款，1963年《维也纳领事关系公约》第35条第5款，1969年《特别使节公约》第28条第6款，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》第57条第6款。

(2) 普遍实行的国家惯例，特别是在过去二十年来，都与上述公约规定的办法甚为一致，即发给信使特别文件，说明其信使身分和最基本的个人资料以及关于其携带包裹的件数和其他资料，如编号、目的地、大小、重量等。无论这种文件称为“官方文件”、“信使函件”、“证明”、“信使证明”或“特别证明”，其法律性质和目的基本上一样，即都是证明外交信使身分的官方文件。这种文件由派遣国主管当局或其驻外使馆或其他官方使团颁发。文件的格式，形式上的特点和名称完全是派遣国根据其法律、规章和既定惯例，在其管辖范围内可自行决定的事项。但最好取得起码的连贯和统一性，这将通过拟订普遍同意的规则和规章，有助于使外交邮袋安全、无阻碍和迅速地发送和递送。

(3) 以前的一个文本中，这一条草案开头是：“外交信使除了护照外，还应持有官方文件……”。“除了护照外”一语似乎反映出各国通行的惯例，除发给外交信使证明其身分的文件外还发给护照或普通旅行证件。事实上，许多国家的专业或正规信使甚至持有外交护照或公务护照。委员会认为，这句话会造成错误的印象，以为持有护照是强制性的规定，包括在接受国或过境国的法律和规章并没有这样要求的许多情况下。同时指出的是，假如不需要护照，那么，在证明外交信使身分的特别文件上也就不需要签证。但删掉这句话并没有免除外交信使的义务，即在接受国或过境国法律规章有规定时出示有效的护照。

²⁰³ 暂时编号。

(4) 如外交邮袋没有外交信使护送，但托交飞机机长、船舶船长或经授权的机组成员或船员，派遣国则发给另一种文件，证明外交邮袋的地位。这一组条款草案较后的条文将涉及发给这种文件的问题。

第8条²⁰⁴

委派外交信使

在〔第9〕、第10和第14条规定的限制下，外交信使由派遣国或其使团、领馆或代表团自由委派。

评注

(1) 本条规定外交信使可由派遣国主管当局自由委派，所用术语与关于除使团团团长或领馆馆长以外的外交工作人员或领馆工作人员的任命事项的所有四项外交公约中相应条款的用语一致。这些条款是：1961年《维也纳外交关系公约》第7条，1963年《维也纳领事关系公约》第19条第1款，1969年《特别使节公约》第8条和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》第9条。

(2) 委派外交信使是派遣国主管当局或其驻外使团指派人员执行官方职务，即保管、运送和递交外交邮袋的行为。委派在原则上是派遣国国内管辖范围内的行为，因此，在本条草案案文中使用了“自由”一词。所以，委派或特别委派的条件、委派行为所依的程序、有关主管当局的指定以及委派形式等应依照国内法律、规章及惯例。

(3) 但是，派遣国委派外交信使有某些涉及接受国或过境国的国际影响，因此有必要制定一些国际规则，以平衡派遣国的权利利益和外交信使在其境内执行职务的接受国或过境国的权利利益。这就是在本条草案中提及的第9、第10和第14条草案的目的。对这几条的评注将阐明达到上述平衡的方法。第9条放在括号里是由于委员会内对是否宜于在本条草案范围提及第9条的问题有意见分歧。有些

²⁰⁴ 暂时编号。

委员认为联合委派外交信使所涉协商和联合决定的过程有点偏离完全自由委派的性质，而别的委员则认为联合委派时，每一国均可完全自由决定是否参加所涉的联合决定，因此第9条草案丝毫不影响第8条草案规定的一般原则。

(4) 专业和正规外交信使一般由派遣国外交部主管机关的一道命令委派，因而成为外交部工作人员，与其保持长期的法律关系，具有由其公务员的职务所产生的权利和义务。另一方面，特派外交信使并不一定是外交官或外交部工作人员。这种职务可由派遣国任何官员或由其主管当局自由选派的任何人员执行。他是为特殊场合指派的，他与派遣国的法律关系是暂时性的，可由派遣国外交部委派，但是往往是由派遣国的使馆、领馆或代表团委派。

(5) 本条草案早先一个文本中最后有这样一句：“获准在接受国或过境国的领土上执行其职务”。普遍认为该句不应放在专门规定外交信使委派事项的第8条草案中，但这不妨碍承认其中所含提法本身是正确的。以后的条款草案，尤其是第16条草案将规定获准进入接受国和过境国领土的事项，或者也可在第11条后另立一条规定该事项。

第六章

国际水道非航行使用法

A. 导言

191. 大会 1970 年 1 2 月 8 日第 2669 (XXV) 号决议第 1 段建议国际法委员会“研究国际水道非航行使用之法律，以期逐渐发展与编纂该项法律，并参照该委员会预定之工作计划，一俟其认为适当时即考虑可否采取必要行动”。

192. 委员会 1971 年第二十三届会议在其总的工作计划中列入了“国际水道非航行使用”的专题。²⁰⁵ 大会 1971 年 1 2 月 3 日第 2780 (XXVI) 号决议第一节第 5 段建议“国际法委员会参照其预定工作计划，对国际水道非航行使用法专题所应给予的优先次序作出决定”。委员会 1972 年第二十四届会议表示，在讨论委员会长期工作计划时，它将采纳大会上述建议。²⁰⁶ 大会 1972 年 1 1 月 2 8 日第 2926 (XXVII) 号决议第一节第 5 段注意到委员会拟在讨论它的长期工作计划时对该专题所应给予的优先次序作出决定。

193. 委员会 1973 年第二十五届会议考虑到不久的将来秘书处将向各委员提出关于国际水道的补充报告，因此它认为关于何时开始该专题的工作的问题应等到各委员审查了该报告后才作出正式决定。²⁰⁷ 大会 1973 年 1 1 月 3 0 日第 3071 (XXVIII) 号决议第 4 段建议委员会“第二十六届会议除其他事项外，应通过其章程第 1 6 条所规定的初步措施，借此开始关于国际水道非航行使用法的工作”。

²⁰⁵ 见《1971 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 350 页，A/8410/Rev. 1 号文件，第 120 段。

²⁰⁶ 《1972 年……年鉴》，第 2 卷，第 324 页，A/8710/Rev. 1 号文件，第 7 7 段。

²⁰⁷ 《1973 年……年鉴》，第二卷，第 231 页，A/9010/Rev. 1 号文件，第 175 段

194. 委员会 1974 年第二十六届会议收到了秘书长根据大会第 2669 (XXV) 号决议要求提出的国际水道非航行使用有关的法律问题的补充报告。²⁰⁸ 按照大会第 3071 (XXVIII) 号决议第 4 段的建议，委员会第二十六届会议设立了国际水道非航行使用法小组委员会，由卡尼先生（主席）、艾利阿斯先生、沙哈维克先生、塞提·卡马拉先生和塔比比先生组成，负责审议此问题并向委员会提出报告。小组委员会提出了一份报告，²⁰⁹ 其中提议向各国发出一份调查表。委员会于 1974 年 7 月 22 日举行的第 1297 次会议上未经改动通过了小组委员会的报告。委员会还任命理查德·D·卡尼先生为国际水道非航行使用法专题的特别报告员。²¹⁰

195. 大会第二十九届会议 1974 年 12 月 14 日通过的第 3315 (XXIX) 号决议第一节第 4 (e) 段建议国际法委员会：

“参照大会 1970 年 12 月 8 日第 2669 (XXV) 号及 1973 年 1 月 30 日第 3071 (XXVIII) 号决议以及国际法委员会有关本专题工作的其他决议，并参照会员国对委员会报告第五章附件所提问题提出的评论，继续对国际水道非航行使用法的研究。”

秘书长 1975 年 1 月 21 日的通告照会请会员国，如果可能的话，于 1975 年 7 月 1 日以前将它们对大会第 3315 (XXIX) 号决议上述段落中提到的调查表提出的评论转达给他，交给会员国的调查表最后内容如下：²¹¹

“ A. 在淡水使用和淡水污染两者法律方面的研究上，国际水道的恰当定义范围是什么？”

“ B. 国际流域的地理概念是研究国际水道非航行使用法律方面的问题的恰当基础吗？”

²⁰⁸ 《1974 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 265 页，A/CN.4/274 号文件。

²⁰⁹ 同上，第二卷（第一部分），第 301 页，A/9610/Rev.1 号文件，第五章，附件。

²¹⁰ 同上，第 301 页，第 159 段。

²¹¹ 《1976 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 150 页，A/CN.4/294 和 Add.1 号文件，第 6 段。

“ C . 国际流域的地理概念是研究国际水道污染法律方面的问题的恰当基础吗？

“ D . 委员会应该用以下淡水用途大纲作为它研究的基础吗？

“ (a) 农业用途：

- 1 . 灌溉；
- 2 . 排水；
- 3 . 废物处理；
- 4 . 水产食品的生产。

“ (b) 经济和商业用途：

- 1 . 能量生产（水力发电、核能和机械能）；
- 2 . 制造；
- 3 . 建筑；
- 4 . 航行以外的运输；
- 5 . 木料漂浮；
- 6 . 废物处理；
- 7 . 采掘（采矿、产油等）。

“ (c) 家庭和社会用途：

- 1 . 消费使用（饮水、烹调、洗涤、洗衣等）；
- 2 . 废物处理；
- 3 . 娱乐（游泳、运动、钓鱼、划船等）。

“ E . 还有其他用途应包括在内吗？

“ F . 委员会的研究应该包括洪水控制和水土流失问题吗？

“ G . 委员会的研究中应考虑到航行用途和其他用途间的相互作用吗？

“ H . 你赞成委员会在其研究的最初阶段研究国际水道污染的问题吗？

“ I . 应该通过设立专家委员会等方式作出特别安排，以保证委员会获得它所需要的技术、科学和经济方面的咨询意见吗？ ”

196. 委员会 1975 年第二十七届会议没有审议本专题，它在等待会员国政府对

委员会调查表的答复。²¹² 大会 1975 年 1 2 月 1 5 日第 3495 (XXX) 号决议第 4 (e) 段建议国际法委员会继续研究国际水道非航行使用法。

197. 委员会 1976 年第二十八届会议收到了 2 1 个会员国政府对调查表的答复。²¹³ 它还收到了这个专题的特别报告员理查德· D· 卡尼先生提出的报告。²¹⁴ 委员会于该届会议讨论了这个专题，注意力主要集中于特别报告员的报告中对各国政府的答复的分析研究所提出的关于委员会在此专题的工作范围和“国际水道”一词的意义等问题。 报告指出，各国政府对调查表关于用国际流域的地理概念作为拟议的对用途以及污染这个特别问题两者的研究的基础问题的答复存在着很大的分歧。 委员会委员对特别报告员的报告进行辩论时所表示的意见也有分歧。 但大家一致同意，决定“国际水道”一词含义的问题不需要在委员会开始其工作的时候解决。 委员会第二十八届会议工作报告有关的段落如下：

“ 164. 探讨了淡水利用领域内需要做的工作的各个基本方面后，委员会普遍同意，确定“国际水道”一词的范围的问题不需要在工作开始时解决。 注意力应集中于开始拟订适用于这些水道使用的法律方面的一般原则。 同时在拟订各项规则时应尽量努力在既不过分详细以致无法普遍应用，又不过分一般化以致不起效用两者之间保持微妙的平衡。 此外，各项规则的目的应在于倡导设立各个国际河道的制度，由于这个理由，它们应是剩余备用性质。 应尽力使这些规则尽可能广泛地被接受，并考虑到各国特别关切其在水方面的利益。

²¹² 《1975 年……年鉴》，第二卷，第 183 至 184 页，A/10010/Rev. 1 号文件，第 138 段。

²¹³ 《1976 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 147 页，A/CN. 4/294 和 Add. 1 号文件。

²¹⁴ 同上，第 184 页。A/CN. 4/295 号文件。

“ 135. 在拟订水的使用的法律规则时，必须探讨权利的滥用、诚意、邻国合作和人道待遇等概念，这是除了责任的赔偿规定外应该考虑的问题。”²¹⁵

委员会的讨论表明普遍同意各国政府对于其他问题所表示的意见。

198. 大会 1976 年 12 月 15 日第 31/97 号决议第 4(d) 段和第 5 段建议国际法委员会继续进行关于国际水道非航行使用法的工作，并促请还没有这样做的会员国向秘书长提交它们关于国际水道非航行使用法这个问题的书面评论。

199. 委员会 1977 年第二十九届会议任命斯蒂芬·施韦贝尔先生接替理查德·卡尼先生担任国际水道非航行使用法专题的特别报告员，卡尼先生没有竞选连任委员。²¹⁶ 大会 1977 年 12 月 19 日第 32/151 号决议第 4(d) 段建议委员会继续进行关于国际水道非航行使用法的工作。大会 1978 年 12 月 19 日第 33/139 号决议也提出了同样的建议。

200. 委员会 1978 年第三十届会议分发了四个会员国政府按照大会第 31/97 号决议提交的答复。²¹⁷ 委员会在同一届会议上听取了特别报告员对这一专题的发言。委员会 1979 年第三十一届会议收到了特别报告员提出的关于这个专题的第一次报告²¹⁸ 以及一个会员国对委员会关于这一专题的调查表的答复。²¹⁹ 特别报告员在第一次报告中提出下列条款草案：本条款的范围（第 1 条），“使用国”（第 2 条）；“使用者协定”（第 3 条）；“定义”（第 4 条）；“使用者协定的当事方”（第 5 条）；“本条款与使用者协定的关系”（第 6 条）；“对国际水道

²¹⁵ 《1976 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 162 页，A/31/10 号文件。

²¹⁶ 《1977 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 124 页，A/32/10 号文件，第 79 段。

²¹⁷ 《1978 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 253 页，A/CN.4/314 号文件。

²¹⁸ 《1979 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 143 页，A/CN.4/320 号文件。

²¹⁹ 同上，第 178 页，A/CN.4/324 号文件。

生效”（第7条）；“资料的收集”（第8条）；“资料的交换”（第9条）；和“资料收集与交换的费用”（第10条）。委员会在这一届会议上对特别报告员的报告中提出的问题，以及对与整个专题有关的问题进行了一般性的辩论。辩论的摘要载于委员会第三十一届会议工作报告的一节内，其中记述了在审议这个专题时所提出的下列问题：专题的性质；专题的范围；关于专题的规则制定问题；制定关于专题的规则所应采取的方法；收集并交换关于国际水道的资料和专题将来的工作。²²⁰

201. 大会1979年12月17日第34/141号决议第4(d)段建议国际法委员会继续进行该专题的工作，同时顾及各国政府对委员会所拟调查表的答复以及在大会辩论期间就该专题所发表的意见。

202. 委员会第三十二届会议收到了特别报告员提交的第二次报告²²¹以及四个会员国政府的答复。²²²特别报告员的第二次报告提议的六条条款草案的案文如下：“本条款的范围”（第1条）；“水系国”（第2条）；“水系协定”（第4条）；“水系协定的谈判和缔结的当事国”（第5条）；“资料的收集和交换”（第6条）；“共有的自然资源”（第7条）。报告还提到嗣后将提出关于“用语含义”的第3条。在审议第二次报告时，委员会将特别报告员所拟的本专题的条款草案提交起草委员会。根据起草委员会的建议，委员会在第1636次会议上，暂时通过条款草案第1条至第5条以及X条如下：

²²⁰ 《1979年……年鉴》，第二卷（第二部分），从第163页开始，A/34/10号文件，第五章，B节，第111-148段。

²²¹ 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第159页，A/CN.4/332和Add.1号文件。

²²² 同上，第153页，A/CN.4/329和Add.1号文件。

第 1 条

本条款的范围

1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道系统及其水,并适用于与使用这些水道系统及其水有关的养护措施。
2. 为航行目的使用国际水道系统的水不属于条款的范围,但这些水的其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

第 2 条

水系国

为本条款的目的,国际水道系统一部分水域位于其领土内的国家,为水系国。

第 3 条

水系协定

1. 水系协定是两个或两个以上水系国之间的协定,按照某一特定国际水道系统或其一部分的特性和使用,适用和调整本条款的规定。
2. 水系协定应规定其所适用的水域。水系协定可就整个国际水道系统或其任何部分缔结,亦可就特定项目、方案或使用缔结,但以一个或一个以上的其他水系国对国际水道系统的水的使用不受较大不利影响为限。
3. 遇国际水道系统的使用有需要时,水系国应以诚意进行谈判,以期缔结一项或一项以上水系协定。

第 4 条

水系协定的谈判和缔结的当事国

1. 国际水道系统的每一个水系国都有权参加适用于整个国际水道系统的任何水系协定的谈判,并成为该协定的缔约国。

2. 某一水系国对国际水道系统的水的使用可能因执行某项提议的仅适用于该系统一部分或某一特定项目、方案或使用的水系协定而受到较大影响时，该国有权参加该项协定的谈判，但以其使用由此受到本条款第3条所述影响为限。

第5条

构成共有自然资源的水的使用

1. 国际水道系统的水在一个水系国的领土内使用会影响到该系统的水在另一个水系国的领土内使用时，这些水为本条款的目的构成一种共有自然资源。

2. 对于构成一种共有自然资源的国际水道系统的水，水系国应按照本条款的规定使用。

X条

本条款与现行有效的其他条约之间的关系

在不妨碍第3条第3款的情况下，本条款的规定不影响关于某一特定国际水道系统或其任何部分或关于特定项目、方案或使用的现行有效条约。委员会指出，起草委员会未能审议所拟关于“资料的收集和交换”的第6条草案，因为它发觉委员会能支配的时间太短，不可能对第6条所提出的重要问题加以适当处理。按照起草委员会的建议，委员会还接受了一个暂时的工作假设，即至少在委员会专题工作的最初阶段，关于“国际水道系统”含义的工作假设。叙述委员会对这个词的含义的初步了解的说明如下：

“水道系统是由河流、湖泊、运河、冰河、地下水等水文组成部分合成，由于它们之间的自然关系，这些部分构成一个整体单元，因此，任何影响到系统一部分水域的使用就可能会影响到另一部分的水域。

“‘国际水道系统’是指其组成部分位于两个或两个以上国家的

水道系统。

“如一国水域的某些部分既不影响对另一国水域的使用，也不受使用另一国水域的影响，则这些部分不应被视为包括在国际水道系统内。因此，如系统内水域的使用互有影响，则在这个范围内也只有在这个范围内，该系统成为国际系统，所以，水道的国际性是相对的，而不是绝对的。”

此外，委员会还接受起草委员会的以下建议，将各语文本内专题的标题用语统一起来，以求在法文本内忠实地反映标题的原意，因此，法文用语“des voies d'eau internationales” “des cours d'eau internationaux”，

203. 大会 1980 年 12 月 15 日第 35 / 163 号决议赞赏地注意到国际法委员会草拟国际水道非航行使用法条款草案取得的进展，建议国际法委员会继续草拟该专题的条款草案。

204. 由于本专题的特别报告员被选为国际法院法官而辞去国际法委员会的职务，本委员会在第三十三届会议上未能对本专题进行研究。大会 1981 年 12 月 10 日第 36 / 114 号决议建议委员会考虑各国政府的书面评论，以及在大会辩论时表达的观点，继续进行旨在起草本专题条款草案的工作。

205. 委员会在 1982 年第三十四届会议上指定延斯·埃文森先生为国际水道非航行使用法专题的特别报告员²²³。在那一届会议上，委员会收到两个会员国政府对本专题调查表 (A/CN.4/352 和 Add. 1) 的答复²²⁴。在那一届会议

²²³ 《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10) 第 250 段。

²²⁴ 截至 1983 年 7 月 22 日，下列三十二个会员国政府已对委员会的调查表作出答复：阿根廷、奥地利、孟加拉国、巴巴多斯、巴西、加拿大、哥伦比亚、厄瓜多尔、芬兰、法国、德意志联邦共和国、希腊、匈牙利、印度尼西亚、阿拉伯利比亚民众国、卢森堡、荷兰、尼加拉瓜、尼日尔、巴基斯坦、菲律宾、波兰、葡萄牙、西班牙、苏丹、斯威士兰、瑞典、阿拉伯叙利亚共和国、美利坚合众国、委内瑞拉、也门、南斯拉夫。

上还分发了前任特别报告员提交的本专题第三次报告(A/CN.4/348和Corr.1, 只有中文、英文和法文本);他是在1981年辞去国际法委员会职务之前开始编写那份报告的²²⁵。大会于1982年12月16日通过第37/111号决议,建议国际法委员会考虑各国政府不论是书面的或者在大会辩论过程口头发表的评论,继续进行其目前工作计划中所有专题的草案草拟工作。

206. 委员会从一开始工作,就认识到国际水道系统的多样性;其自然特点和它满足的人类需要受到多种多样地理和社会环境的影响,与全世界其他方面的情况类似。但是委员会也认识到,存在着某些共同的水道特点,而且有可能找到国际法某些现有的适用于一般国际水道系统的原则。提到了睦邻原则、使用自己的财产应不损及他人财产以及沿岸国的主权权利等概念。所需要做的事情,是拟订一组条款草案,提出国际水道非航行使用的原则,措词应相当广泛以适用于所有国际水道系统,同时又提供办法,以便考虑到每个水道系统的独特性质,以及该系统部分水域所在的国家多种需要,适用或修改这些条款。

B. 本届会议审议这个专题的情况

207. 委员会本届会议收到新任命的特别报告员提交的第一次报告(A/CN.4/367和Corr.1)。其中载有作为讨论基础的国际水道非航行使用法公约的初步草案。草案的目的是作为讨论的基础,共分六章39条如下:

²²⁵ 那份报告除其他内容外载有下列拟议的条款草案:公平参加(第6条);公平使用的确定(第7条);较大损害的责任(第8条);情报和资料的收集、处理和传播(第9条);环境保护和污染(第10条);危险的预防和减轻(第11条);国际水道的调节(第12条);水资源和设施安全(第13条);固有优先使用权的否定(第14条);行政管理(第15条);避免和解决争端的原则和程序(第16条)。

第一章 介绍性条款

- 第1条 本公约草案所用“国际水道系统”一词的解释(定义)
- 第2条 本条款的范围
- 第3条 水系国
- 第4条 水系协定
- 第5条 水系协定的谈判和缔结的当事国

第二章 一般原则——水系国的权利和义务

- 第6条 国际水道系统——一种共有的自然资源,这种资源的使用
- 第7条 公平分享国际水道系统及其水的使用
- 第8条 合理和公平使用的确定
- 第9条 禁止关于国际水道系统的活动对其他水系国造成较大损害

第三章 有关国际水道系统的合作和管理

- 第10条 合作和管理的一般原则
- 第11条 对其他水系国的通知,通知的内容
- 第12条 答复通知的时限
- 第13条 提出抗议的程序
- 第14条 水系国对第11至第13条规定的不遵守
- 第15条 国际水道系统的管理委员会的成立
- 第16条 情报和资料的收集、处理和传播
- 第17条 情报和资料的特别要求
- 第18条 就紧急情况提供情报的特别义务
- 第19条 限制性情报

第四章 环境保护,污染,危害健康,危害自然,调节和安全,使用上的 优先,国家或区域保护地点

- 第20条 关于保护环境的一般规定

- 第21条 环境保护的目的
- 第22条 污染的定义
- 第23条 预防污染的义务
- 第24条 水系国间防止污染的合作, 污染的减少和减轻
- 第25条 关于污染的紧急情况
- 第26条 控制和预防与水有关的危害
- 第27条 国际水道的调节
- 第28条 国际水道系统、设施及建筑物的安全
- 第29条 使用上的优先
- 第30条 将国际水道系统或其一部分划为国家或区域保护地点

第五章 争端的解决

- 第31条 以和平方法解决争端的义务
- 第32条 以协商和谈判解决争端
- 第33条 调查和调停
- 第34条 调解
- 第35条 调解委员会的职责和任务
- 第36条 调解委员会报告的效力, 费用的分担
- 第37条 国际法院、另一国际法庭或永久或临时仲裁法庭的裁定
- 第38条 裁定的拘束力

第六章 最后规定

- 第39条 同其他公约及国际协定的关系

特别报告员第一次报告中所载条款草案的案文列入下文本节的脚注中。

208. 委员会还收到一位委员提出的关于“指导各国养护及和谐利用两个或两个以上国家共有自然资源的环境方面行动守则草案”的说明(A/CN.4/L.353), 该草案经联合国环境规划署理事会通过。

209. 委员会在第1785至第1794次会议上审议了特别报告员的第一次报告。委员会注意到特别报告员的意图，是要提出一项公约的全面初步草案作为讨论的基础，以利于对专题的范围、做法和采用的方法以及具体的条款草案和其中所反映的原则进行具体的讨论，因此对报告作为一个整体进行了讨论。在这个框架内，委员会集中注意“国际水道系统”定义的问题（特别报告员草案大纲的第1条）、国际水道系统作为共有自然资源的问题（特别报告员草案的第6条）以及草案中将要反映的其他一般原则等问题上特别报告员建议采用的做法。现将辩论的主要倾向，从中可能得出的结论，特别是刚才提到的若干问题上的倾向和结论，简略综述如下，以便大会了解。²²⁶

210. 特别报告员在介绍其第一次报告的发言中，强调要牢记的第一点，是该专题的特殊性质；这个专题不仅是一个法律任务，而且是一个微妙的政治任务。每一个国际水道都有自己的特点和自己的一系列问题，但是所有的国际水道都有共同的特点并遵循一般的规律，而这些必然会在总的国际水道系统的经营管理上留下印记。因此他同意委员会以前所遵循的做法，即凡有必要时签订水系协定，对特定水道系统进行细致的调节，这并不排除为这一类水系协定奠定基础的一个现代纲要协定。

211. 他在报告中提出了这样一个纲要协定的大纲，包括39条初步的条款草案，将来如有需要还可以补充新的条款。他强调，由于本专题微妙的政治性质，有必要将所涉的各种问题作为一个整体而不是分别加以考虑。因此他提出了具体的案文；只有根据对案文的反应他才能够判断他是否抓住了主要问题，对各个问题的处理是否均衡。

212. 特别报告员解释说，这个纲要协定草案所包括的条款的规定，有根据广泛的国家惯例、国际法的一般原则和联合国宪章的条款，提出的规定，也有反映与国际水道系统的使用、经营和管理有关的问题上国际法的逐渐发展的规定。同时，其中也有一些规定并不准备作为严格的强制性的规则，而是作为水系国在联合或单

²²⁶ 因此，这份辩论中出现的主要倾向的综述材料，不包括对大纲的结构以及条款的安排和措词的详尽评论，也不包括对各条款的详尽分析。

独对这种资源进行组织、经营和管理时的指导方针。

213. 特别报告员强调指出，在拟订草案大纲时考虑了某些基本的原则。他所提到的原则中有：国家解决悬而未决问题时进行谈判的义务；作为共有自然资源的国际水道系统的概念；在经营和管理国际水道系统时进行合作的义务。他提到国家的主权，也提到他称之为“法律标准”的一些原则。这些原则对整个草案都适用，也要求各国遵守这些原则，虽然这种提法包含着各国依然有一定的斟酌权。其中一条标准涉及“合理和公平参与”或“合理和公平的方式”分享水道系统及其使用。另一条标准是，与国际水道的经营和管理有关的问题，对这些问题的谈判和观点的分歧，必须在“诚意和睦邻关系基础上”加以解决。他还提到有关取得“最适当利用”的标准，以及有关要求各国不从事会对邻国的权利或利益造成“较大损害”的利用或活动的标准。

214. 特别报告员在谈到具体的条款草案时，对其中一些条款的内容，以及这些条款与刚才提及的各种原则和标准的关系，作了详尽的阐述。他邀请委员会委员对他总的做法，对他概要列举的一般原则和标准作出反应，指出是否还有需要包括的任何其他的重要问题，在各种利益中他是否保持了合理的平衡。他提请委员们注意某些具体条款和章节，要求他们进行评论（例如第1条和第6条，第二章和第五章）。

1. 特别报告员建议的总的做法

215. 几乎所有针对该专题发言的委员都强调其重要性和特殊性。几位发言者强调，淡水是所有生物的生命源泉，淡水的数量和质量对大多数国家，特别是发展中国家是极端重要的。他们提到过去和现在世界各个地区淡水资源的关键作用，以及人口的增加、技术的影响、经济发展的速度和水平等因素，造成对水道的利用日益广泛，对淡水资源的需求不断增加。一旦涉及国际水道，这些常常是对立的要求会带来严重的后果，引起国家间的争端，甚至威胁和平。他们还强调指出，委托给委员会的任务是个政治上微妙的困难的任务。

216. 关于继续进行本专题的工作所要采用的方法，总的来说普遍赞成特别报告员主张的做法，即委员会应继续 1980 年开始的进程，即拟订作为一项纲要协定组成部分的条款草案，该协定将载有适用于所有国际水道系统的一般剩余规则，国际水道系统内各国在必要时可考虑它们的特殊需要和有关的水道系统的特点分别制定详尽的水系协定作为补充。委员们强调，采用这种做法既可以保持每个国际水道的独特性和法律环境，同时也承认所有国际水道的共同特点。委员们认为，这种讲究实际的灵活的做法将促使沿岸国合作，而不会在它们之间制造分歧。并非所有有关的国家都会接受这个纲要协定，这是一般多边条约制定过程都会碰到的危险，但是这也无损于这样一个协定对有关法律编纂或逐渐发展的影响。

217. 但是也有一些委员敦促对本专题采用一种新的做法。所设想的这种纲要协定，充其量只能规定最一般的规则，很可能只包含各国的行为准则。此外，这样一个协定的实用性值得怀疑，因为协定要有实际效用，需要国际水道系统所有的沿岸国都接受才行。

218. 特别报告员在总结辩论情况时说，通过辩论，了解到若干基本因素是将拟订的纲要协定必须的或应有的特点：纲要协定应是全面的协定，应包括大多数可能产生的重要问题；协定体现的原则应是一般原则，部分以法律标准的形式出现；应该鼓励缔结特殊水道、特殊用途、具体设施或某一水道具体部分的水系协定（也可有区域性质的水系协定），而且纲要协定应该包括国际法的编纂和逐渐发展。

219. 至于写入纲要协定的规定的性质问题，许多委员同意特别报告员的意见，认为草案不仅应包括有拘束力的规定，体现基于现有国家惯例、法庭裁决和学者著作的编纂因素，而且应包括除其他外体现逐渐发展的作为一般性指导方针的规定。这种体现了在特定情况下有实用和必要价值的原则，将证明对形成有关河流管理和合作的惯例以及法律规则的逐渐发展是必不可少的，而且能够从法律上和政治上促进各国缔结现代的水系协定。

220. 然而，一些委员表示怀疑。有一位委员认为，委员会作为专家组成的团体，历来都是起草构成后来的条约基础的案文，规定各种法律权利和义务，它不应该拟订包含建议或指导方针的草案。而且，写进那些限定性短语（如“在可能范

围内”或者“在认为恰当时”)只是突出证明需要有效解决争端的办法。另一种观点认为,草案只能采取一组共同沿岸国的指导方针的形式,协助它们缔结水系协定。

221. 有一些发言人认为,特别报告员的大纲和他建议的条款,从总体上似乎是可以接受的,并提出平衡所有有关利益的合理而公允的解决办法。草案看来反映出一个事实:除了国际水道的发源地国和出口国之外,其他沿岸国既是上流国,也是下流国。另一方面,某些委员担心,还没有恰当地平衡各方面的利益,主权的概念,特别是上游国主权的概念,还未得到足够的重视。此外,有人说,在实质内容和程序两者之间看来还缺乏平衡:实质性条款没有就国家的实质权利向各国提供充分的指导,关于发动争端解决办法的条款也许太详细,太具体。特别报告员表示,在以后的工作中,他将牢记大家有关条款草案在各种有关的利益之间是否做到合理的平衡的评论意见。

222. 存在广泛的一致意见,认为特别报告员的大纲一般说来可以作为本专题未来工作的基础。尽管针对大纲中所反映的各项原则、标准和条款进行了评论(见下文),大多数委员仍然认为,大纲触及了在拟订本专题纲要协定时将要解决的本质问题。

223. 少数委员还提到应在大纲中写进一些其他的因素,如邻接或衔接河,或者从国际水道引水的合法性。还有人建议写进一条有关构成国际边界的国际水道的条款,虽然对此问题也有人表示怀疑。

224. 关于未来的工作计划,特别报告员说,他希望按照国际法委员会和大会第六委员会讨论的情况,修订他的建议,向委员会提交他的第二次报告以供委员会下一届会议审议。

2. 特别报告员提出的大纲中的各章和各条款

(a) 第一章 介绍性条款

大纲第 1 条（本公约草案所用“国际水道系统”一词的解释（定义））²²⁷

225. 特别报告员在介绍第 1 条草案时说，为了对第六委员会提出的要求作出反应，他已努力在新的第 1 条中拟订了“国际水道系统”一词的定义或解释。他回顾委员会在 1980 年第三十二届会议上，曾把一条说明写进工作报告中，叙述了委员会对该词含义的初步了解（见上文第 202 段）。他认为，这个定义必须具体，避免那些诸如“流域”之类还没有被某些国家接受的理论性概念。拟议的新的第 1 条的目的，并不是要创造一个可以从中提取法律原则的上层建筑，因为那会背离

²²⁷ 特别报告员大纲第 1 条草案如下：

“第 1 条

“本公约草案所用国际水道系统一词的解释（定义）

“1. 国际水道系统是指通常由位于两个或两个以上水系国的淡水组成部分合成的水道系统。

“水道的全部或部分如易于因降水量、解冻、季节性冲裂、干旱或类似现象等季节性或其他自然原因而大致经常性地出现和消失，则应遵守本条款草案的规定。

“三角洲、河口或其他类似的半咸水或咸水地层如成为国际水道系统的自然组成部分，则同样应遵守本条款草案的规定。

“2. 如位于一水系国的水道系统的一部分或数部分既不受另一水系国境内对该水道系统的使用的影响，也不影响另一水系国境内对该水道系统的使用，则为本条款的目的，这些部分不应视为国际水道系统的组成部分。”

起草足够灵活的适应每个国际水道具体特点的原则的目标。同样，他也没有如1980年的说明那样详细列明国际水道系统的组成部分。但是他认为，“国际水道系统”和“水系国”等用词是很方便的叙述工具，相当全面，足以提供必要的指导。

226. 委员们发现，“国际水道系统”的概念在较大程度上可以接受。他们强调需要用纯粹叙述的方式给这个词下定义，无须从中演绎出任何法律规则或原则。一些委员强调，这个概念是灵活和相对的，使用这个概念不会形成一个过分刻板的概念上的框框。很明显，这个词适用于多种水系和多种使用，而在一个特定的水系内，一个沿岸国那些不受另一个沿岸国的使用所影响的部分，不视为本条款所适用的国际水道系统的组成部分。因此，根据那些委员的观点，“水道系统”这个概念可以有别于“流域”的概念，后者取决于地理、领土和水文性质的复合因素。

227. 大多数委员一致认为，委员会以前在本专题的工作中以及特别报告员不采用“流域”这个概念是正确的，“流域”这个概念在地理或科学研究中也许是有用的，但是在条款草案中使用却太广泛和太不精确了。“流域”这个词也容易形成一个上层建筑的概念，从中引伸出有关的法律原则来。由于这些原因和其他原因，这个词不太可能得到各国的支持。但是，某些委员认为，在涉及具体问题例如污染问题时，国际水道系统的功能概念可能要求考虑发生在陆地或更广义的水道系统的环境里的活动。其中有一位委员表示，“流域”概念更为合适，因为逐渐有人把水道看成是共同沿岸国根据联合制定的规则联合加以开发的一个单位，那些执行经济一体化政策的国家尤其如此。

228. 另一方面，某些委员觉得不能接受“国际水道系统”这个词。他们认为，这个词如果不是含义比“流域”略广些，就是“流域”的同义词；两个概念都有不能接受的后果，无论是理论上或者实践上，都不是正确的。他们强烈认为，不会有国家同意由于有了本条款而使一国的水道成为国际水道，也不会有国家同意与一水道无关的国家被视为“水系国”并因此有权参与有关水系使用的决策。根据这种观点，把国际水道看成是流经两个或两个以上国家领土的河流更为可取。还有人强烈主张放弃这个词组，因为它必然默示概念的单一性质，委员会就“流域”的

概念已经承认，这种性质不是拟订条款草案的健全基础。声称已赋予这个词灵活性和相对性，反而使这个词失去了任何含义。一些委员认为，在草案的规定获得一致同意之前的这个阶段试图拟订一个定义，只会妨碍委员会的工作。

229. 对于特别报告员大纲第1条的案文，几个提及此案文的委员对其内容初步表示同意。他们认为案文尽管简短，但颇足以达到预定的目的。他们表示支持特别报告员在案文中不列举国际水道的淡水成份；那样做必然会引起分歧。

230. 另一方面，其他几位提及此事的委员表示宁愿不要在这个阶段起草一条有关定义的条文，因为会有许多困难，他们宁愿跟委员会1980年所做的那样，在这个词的含义的初步了解或工作假设的基础上进行工作。在这一点上，某些委员认为保留1980年初步了解的说明的内容比较适宜，他们特别提到那个说明中指出淡水成分，对概念的相对性有更充分的阐述。

231. 然而，其他委员敦促在起草国际水道系统的定义时要谨慎，这个定义既是叙述性的，也要是实用性的。需要给这个词起草一个统一的定义，以免在草案中使用时具有不同的含义，同时需要认识到，在水道系统中互相依存的思想应该从相对的角度而不是绝对的角度来理解，这些都证明这个问题的复杂性。也有人说，事实上，给“国际水道系统”或“流域”下定义的问题，只是一场文字上的争论；委员会所关心的最根本的问题是责任问题，也即确定扰乱了大自然的平衡的国家的义务。

大纲第2条（本条款的范围）和第3条（水系国）²²⁸

²²⁸ 特别报告员大纲第2条和第3条草案如下：

“第2条

“本条款的范围

“1. 本条款适用于为航行以外目的使用国际水道系统及其水，并适用于与使用这些水道系统及其水有关的管理、经营和养护措施。

232. 特别报告员说，大纲第2条和第3条草案基本上引用委员会1980年第三十二届会议暂时通过的第1条和第2条的案文，只作了一些小的改动（见上文第202段）。在第2条第1款中，增加了“管理、经营”的字样。在第3条，增加了“组成部分”。虽然少数发言人对写进特别报告员建议的修改内容是否适宜表达了不同的观点，但对这两条案文没有广泛开展讨论。

大纲第4条（水系协定）和第5条（水系协定的谈判和缔结的当事国）²²⁹

（脚注228续）

“2. 为航行目的使用国际水道系统的水不属于本条款的范围，但这些水的其他使用影响到航行或受到航行影响的情况除外。

“第3条

“水系国

“为本条款的目的，国际水道系统的水域的组成部分／一部分位于其领土内的国家，为水系国。”

²²⁹ 特别报告员大纲第4条和第5条草案如下：

“第4条

“水系协定

“1. 水系协定是两个或两个以上水系国之间的协定，按照某一特定国际水道系统或其一部分的特性和使用方式，适用和调整本条款的规定。

“2. 水系协定应规定其所适用的水域。水系协定可就整个国际水道系统或其任何部分缔结，亦可就特定项目、方案或使用缔结，但以一个或一个以上的其他水系国对国际水道系统的水的使用不受较大不利影响为限。

233. 特别报告员大纲第4条和第5条逐字照录委员会1980年暂时通过的第3条和第4条的案文(见上文第202段)。虽然注意到这两条条款的重要性,但是发表的评论不多。对于第4条,评论意见认为第3款意义不明确,特别是第一个短语“遇国际水道系统的使用有需要时”。关于第5条,评论认为“较大”这个定语不精确,不是可靠的依据,因此建议删去。

234. 一些委员有这样的意见:委员会在其1980年第三十二届会议上暂时通过的第1条至第5条、X条和说明不应再在草案的一读中加以审议,以便特别报告员能开始就新的第6条作下一个报告。其他委员对已经暂时通过的条款的某些方面表示关切。

(b) 第二章 一般原则:水系国的权利和义务

235. 普遍认为准备列入大纲第二章的条款是属于本草案最重要的条款,因为它们将规定水系国的权利和义务。委员们评论了特别报告员所说指导其拟订大纲的一般原则和标准(见上文第213段),并认为原则上构成起草具体条款的可以接

(脚注229续)

“3. 遇国际水道系统的使用有需要时,水系国应以诚意进行谈判,以期缔结一项或一项以上水系协定。

“第5条

“水系协定的谈判和缔结的当事国

“1. 国际水道系统的每一水系国都有权参加适用于该整个国际水道系统的任何水系协定的谈判,并成为该协定的缔约国。

“2. 某一水系国对国际水道系统的水的使用可能因执行某项提议的仅适用于该水系一部分或某一特定项目、方案或使用的水系协定而受到较大影响时,该国有权参加该项协定的谈判,但以其使用由此受到本条款第4条所述影响为限。”

受的出发点。他们说，起草一般原则时应该小心谨慎，要考虑到国家惯例和其他有关原则，例如对自然资源的永久主权的权利和使用自己的财产应不损及他人财产的格言。但是一些委员指出载入本章的条款造成很大的困难，而且太死板。

大纲第6条（国际水道系统——一种共有的自然资源，这种资源的使用）²³⁰

236. 委员们回顾，特别报告员大纲第6条草案是以委员会1980年那届会议暂时通过的第5条为基础的（见上文第202段）。特别报告员在改写这一条时作了某些措词上的修改，而且第1款第二句是新增加的，该句内容为“每一水系国有权（在其领土内）公平合理地参加利用这一共有资源”。

237. 一些委员支持将第6条草案收入拟议中的纲要协定。他们认为，它构成了国际水道系统的经营管理中一个极其重要的概念，也是各国及其活动相互依赖性

²³⁰ 特别报告员大纲第6条草案如下：

“第6条

“国际水道系统——一种共有的自然资源，
这种资源的使用

“1. 国际水道系统及其水在一个水系国的领土内使用会影响到水道系统或其水在另一个水系国或其他水系国的领土内使用时，该水道系统及其水为本公约的目的构成一种共有自然资源。每一水系国有权（在其领土内）公平合理地参加利用这一共有资源。

“2. 对于构成一种共有自然资源的国际水道系统及其水，水系国应按照本公约各项条款和依第4条和第5条订立的其他协定或安排的规定使用。”

的重要和生动的例子。它形成特别报告员草案的核心，为第二章其他条款的拟订提供了基础。该条款着重说明，水系国的权利不是绝对的，而是相互关联的，至少就一水系国对水的使用影响另一水系国的使用而言，它们的权利是相互关联的。而且他们说，分享的思想是发展的权利的基础；对自然资源行使永久主权不应排除各国与其他国家共同享有一水道系统的义务。他们谈到，分享的概念并不是新的，还有人提到第六委员会对国际法委员会 1980 年暂时通过的第 5 条草案所表示的支持，以及提到前文已提及的联合国环境规划署的守则草案（见上文第 208 段）和联合国各机构会议上通过的有关决议。

238. 有一位委员认为，条款草案似乎是为制定管理人类共同继承的财产的规则作出重大贡献的起点；水道的水是共同沿岸国共同继承的财产的一部分，必须公平地加以使用。但是有几位委员感到，人类共同继承的财产的概念完全超出了正在审议的专题的范围。人类共同继承的财产的概念涉及国家管辖范围以外的资源，适用于完全不同的情况，使用这个概念的目的是为了满足不同自然资源概念完全不同的需要。

239. 一些委员认为，尽管草案中可能应该有构成共有自然资源的国际水道的基本概念的规定，但是特别报告员大纲第 6 条的提法需要澄清和进一步推敲。他们认为，如果这个概念仅仅是用来强调上游国家有义务让水流向下游，那么为了提出有关国家相应的权利和义务，这个概念是可以接受的，但是这个概念永远不能是新的权利和义务的基础。这一条应该规定，各国有权在其领土内公平合理地分享国际水道系统的水的有益使用。在这一点上，他们说 1980 年暂时通过的第 5 条的案文比特别报告员提出的修订案文更为可取。先前的条款清楚指出，作为共有的自然资源对待的应该是国际水道的水，每一沿岸国有权公平合理分享的是这种水的有益使用。使用“分享”这个词不应得出分享是平等的错误结论；那是不可能的事，因为水道并非在其流经的国家之间平等分配的。只能做到按比例的正，不能做到相等的公正，因为各国是根据它们所处的位置公平分担它们的权利和义务的。因此涉及到另一条基本原则，即公平的原则，或称为相称性原则。

240. 其他一些委员认为，起草第 6 条完全是一种重复。他们的观点是，如果

目前并不存在有关共有资源的国际法原则或规则，那么这个概念就不应该采用；但是如果那种原则确已存在，就宁可采用一个简单的提法，申明对共有自然资源适用的原则和规则，也适用于国际水道系统。这个领域的法律正在发展之中，委员会在这个问题上进一步深入是不可取的。

241. 一些委员感到，第6条应该搁置起来，或者不载入草案。一些委员强调，这个概念的精确范围和要素还没有充分确定。他们认为这个概念尚不清楚，其后果更不清楚。此外，已证明这个概念引起很大的争论，大会在对上文提及的联合国环境规划署的守则草案作出决定的有关背景就是例证。此外，据说这样一个没有明确的概念会给自然资源的永久主权的根本权利以及给新的国际经济秩序带来不利的影响。就分享原则而言，尽管无疑下游国拥有某种权利，但是要求所有其他沿岸国同意绝对否定其使用流经其境内的河流的水的主权权利，却是既不现实也不公正的。还有人说，把国际水道当成共有的自然资源是毫无道理的，因为不存在适用于这一概念的国际法规则。

大纲第7条（公平分享国际水道系统及其水的使用）和第8条（合理和公平使用的确定）²³¹

²³¹ 特别报告员大纲第7条和第8条草案如下：

“第7条

“公平分享国际水道系统及其水的使用

“国际水道系统及其水应由各水系国在诚意和睦邻关系基础上以公平合理的方式开发、使用和分享，以求得到最适当的利用，并使水道系统及其组成部分受到充分保护和控制。

“第8条

“合理和公平使用的确定

“1. 在确定一水系国是否按照第7条的规定以合理和公平的方式使用

(脚注 231 续)

一水道系统或其水时，一切有关因素均应考虑在内，而不论这些因素是一般性质，还是专门适用于该水道系统。

“这些因素包括：

- (a) 地理、水道、水文和气候因素以及该水道系统的其他相关情况；
- (b) 同其他水系国的需要，包括所有有关水系国的经济发展阶段相比较，该水系国对这种使用的特殊需要；
- (c) 同其他水系国相比较，该水系国对水系贡献的水量；
- (d) 该水系国对水道系统及其水的开发和养护；
- (e) 同其他水系国的使用包括使用的效率相比较，该水系国对水道系统及其水的其他使用；
- (f) 在对水道系统及其水作最适当利用、养护和控制的项目或方案中同其他水系国的合作情况；
- (g) 该水系国在一般情况下以及由于该特定使用对水道系统的污染；
- (h) 这种使用对其他水系国的使用或利益的其他干扰或不利影响，包括但不限于对这些国家目前使用该水道系统或其水的不利影响和对其他水系国的保护和控制措施的影响；
- (i) 该水系国和其他水系国是否具备可供替代的水资源；
- (j) 该水系国和其他水系国为求做到最适当利用、合理管理、保护和控制而在关于国际水道系统及其水的该一使用和其他使用的方案和项目中进行合作的程度和方式。

“2. 在按照本条第1款确定一项使用是否合理和公平时，有关各水系国应以诚意和睦邻关系精神进行谈判，以求解决各项悬而未决的问题。

“如有关各水系国未能在合理期间内通过谈判达成协议，则应采取本公约第五章所规定的和平解决程序。”

242. 一些委员特别提到特别报告员大纲第7条和第8条草案。他们指出，第7条提出的法律标准，由于有第8条有关公平分享的确定的一系列并非详尽无遗的因素而得到充分的说明。他们还提到这两条与第9条（见下文）之间的联系。

243. 关于第7条和第8条所反映的法律标准，一些委员表示支持采用“公平合理的方式”以及“最适当的利用”等语。另一方面，一些委员觉得这些用语模棱两可或没有必要。至于“诚意”和“睦邻关系”这两个用语，他们说，尽管强使各国善意是不可能的，然而它对解决国际水道的问题却是不可或缺的，因而也许在这个方面最多只能做到规定各国善意行动的义务。而且，他们敦促给睦邻原则更重要的地位，从大会议程列入这个项目就可看出这条原则的重要性。另一方面，有人对接受这个概念作为与诚意原则同等的法律原则表示怀疑；把睦邻关系作为补充原则并没有给诚意概念增添什么内容，因为睦邻关系还不如分享的概念那么关系密切。也有人怀疑提出“诚意”一词的必要性，因为在任何情况下，它都是指导所有国家的行为的普遍适用的概念。

244. 尽管发言的委员中有些人表示支持整个第7条，但是其他委员觉得这一条款有缺陷，建议重新拟订。有人表示，纲要协定应该承认每个国家有权按照自己的政策、计划和原则使用自己那一部分水以及其境内的国际水道系统。

245. 关于第8条第1款，一些委员赞成草案载入这样一条条款；该款指出了一系列政策因素，而不是刻板的规则，对于什么才是合理和公平的使用提出了准绳。然而他们认为这一系列的因素需要详细审议，使其具有客观性，并适当考虑上游和下游沿岸国的权利。有人提到还可能增加一个新的因素，即一个水系国给与其他水系国的补偿，这种补偿不一定与该水道系统有关。其他委员认为，由于这条条款太长、太复杂、太重复，而且把主客观因素混杂在一起，它对于解决问题并不能提供太多的指导。他们强调，每个国家可按照自己的要求确定自己的优先次序。

大纲第9条（禁止关于国际水道系统的活动对其他水系国造成较大损害）²³²

²³² 特别报告员大纲第9条草案如下：

246. 凡是提到特别报告员大纲第9条的委员，大部分都表示支持。他们认为，强调水系国有责任避免可能给其他水系国的权利和利益造成较大损害的利用或活动是很重要的。他们说，与第7条一并考虑，这两条条款即构成一条法律标准：合理和公平的使用不得造成较大损害。但是有些委员感到，“较大损害”一词含糊不清，需要加以说明，或者用诸如“重要损害”之类的词代替。

247. 还有人强调，有关的水系国应就什么构成较大损害达成协议，因为不可能有一个简单而全面的定义。他们说，依靠最初阶段的实况调查或技术专家会有利于联合确定这个词的含义，比立刻诉诸解决争端的程序强。而且还有人强调需要制定一条积极的规则，呼吁有关国家进行合作；各国有法律责任合作解决使用国际水道的水而引起的问题。

248. 一些委员还指出，第9条等条款与国家责任问题以及国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任问题有联系。在详细讨论大纲的时候，那些关系也需要进一步仔细研究。

(脚注232续)

“第9条

“禁止关于国际水道系统的活动
对其他水系国造成较大损害”

“水系国应避免和（在其管辖范围内）防止关于水道系统的使用或活动对其他水系国的权利或利益造成较大损害，除非水系协定或其他协定另有规定。”

(c) 第三章 有关国际水道系统的合作和管理

249. 特别报告员在介绍其第一次报告时强调，一项至为重要的原则是，在国际水道系统的共同经营管理方面有义务进行合作。这项法律义务起源于比较广泛的而又颇容易被忘记的睦邻关系原则以及联合国宪章在第一、二条和第六、九章中规定的原则，根据该原则，各会员国必须保证实现国际合作，并通过和平方法诚意地解决其国际争端。互相合作共同管理水道的原则在各国实践中得到了广泛的支持，尽管在具体情况下显然还需要以是否切实可行、是否合情合理，是否确有必要为前提。拟议中的大纲第10条²³³规定了合作和管理的一般原则。

250. 他认为，国际合作的一个必要方面是，一个水系国计划进行的方案如可能对另一水系国的权利和利益造成较大损害，则该水系国应向有关水系国发出有关方

²³³ 特别报告员大纲第10条草案如下：

“第10条

“合作和管理的一般原则

“1. 共有国际水道系统的水系国应在切实可行的程度上在有关该水道系统的使用、项目和方案方面进行合作，以便最适当地利用、保护和控制水道系统。此种合作应以所有水系国的平等、主权和领土完整为基础。

“2. 水系国应就该水道的管理和经营以及涉及区域利益的有关水道系统的其他方面定期进行协商（谈判）和交流情报和资料。

“3. 水系国应在必要时建立联合委员会或类似的机构或安排，作为推进这些条款所定措施和目的的手段”。

案的通知。这方面的有关规定可见拟议的大纲第 11 至第 14 条草案²³⁴ 以及从已确定的国际法原则中得出的基本因素，例如：诚意行动和遵守睦邻关系的义务，不对邻国造成较大损害的义务以及完全以和平手段解决悬而未决的问题的义务。

²³⁴ 特别报告员大纲第 11 至第 14 条草案如下：

“第 11 条

“对其他水系国的通知，通知的内容。

“ 1. 水系国从事、授权或准许的有关国际水道系统的利用、养护、保护或管理的项目或方案，或对已有项目和方案的改动或增加，如可能对其他水系国的权利或利益造成较大损害，该水系国应事先尽早向有关水系国发出关于这些项目或方案的适当通知。

“ 2. 通知除其他内容外，应包括充分的技术及其他必要的具体说明、情报和资料，使其他水系国能够尽可能准确地评价和确定这些计划中的项目或方案造成较大损害的可能性。

“第 12 条

“答复通知的时限

“ 1. 发出通知的水系国在按照第 11 条所发的通知中应给予接受通知的水系国从收到通知之时起至少六个月的时间，以研究和评价计划进行的项目或方案造成较大损害的可能性并将其说明理由的决定告知发出通知的水系国。

“ 2. 接受通知的水系国如认为需要进一步的情报、资料或具体说明以恰当评价所涉问题，则应尽可能迅速将此告知发出通知的水系国。发出通知国应尽可能迅速满足索取进一步的资料或具体说明的合理要求，各方应商定合理延长本条第 1 款所定的时限，以根据所得材料恰当评价情况。

“ 3. 在本条第 1 和第 2 款所定的时限内，发出通知国未经有关水系国同意不得开始实行通知所述的项目和方案。

“第 1 3 条

“提出抗议的程序

“ 1. 如果收到按照第 1 2 条发出的通知的水系国告知通知国，它断定通知所述的项目或方案会对该水系国的权利或利益造成较大损害，各方应避免不必要的拖延，开始协商和谈判，以便查证和确定计划中的项目或方案可能造成的损害。各方应尽可能就项目或方案的调整和修改达成协议，或商定其他解决办法，以消除可能对其他水系国造成较大损害的原因或另给该国合理补偿。

“ 2. 如果各方在合理期间内通过协商和谈判不能达成协议，则应毫不拖延地按照本公约、水系协定或其他有关协定或安排的规定通过其他和平手段解决争端。

“ 3. 在适用本条第 1 款的情况下，如果有关各方未能通过协议解决有待解决的问题，通知国在第 2 款尚未应用以前不应开始进行计划中的项目或方案，除非通知国认为该项目或方案极其紧急，如再有拖延可能会对通知国或其他水系国造成不必要的破坏或损害。

“ 4. 由于这种紧急情况而产生的赔偿破坏或损害的要求，应以诚意按照睦邻关系精神根据本公约规定的程序和平解决。

“第 1 4 条

“水系国对第 1 1 至第 1 3 条规定的遵守

“ 1. 水系国收到依照第 1 1 条发出的通知后，如果在第 1 2 条规定的时限内未告知发出通知的水系国它已断定计划中的项目或方案会对其权利或利益造成较大损害，发出通知的水系国可按照通知中的说明和资料开始执行该项目或方案。

在此情况下，发出通知的水系国不须因后来对其他水系国造成的损害而承担责任，但通知国须遵守这些条款的规定，该项目或方案的执行不得有明显可能会对其他水系国造成较大损害。

“ 2. 水系国如果不遵守第 1 1 至第 1 3 条的规定而开始执行项目或方案，即应负责赔偿该项目或方案对其他水系国权利或利益造成的损害”。

251. 特别报告员认为，在国际水道系统的合作和共同管理的方面的一个重要问题是：在各国实践和联合国组织系统的工作中明显趋向于使必要的机构制度化，通常包括建立联合委员会，定期收集、处理和交换情报和资料。由于这些问题很重要，他在第15至第19条草案中作了略为详尽的论述。²³⁵

²³⁵ 特别报告员大纲第15至第19条草案如下：

“第15条

“国际水道系统的管理，
委员会的成立

“1. 水系国在有利于合理经营、管理、保护和控制国际水道系统的情况下，应设立永久性的制度性机构，或在便利的情况下应加强现有组织或机关，以建立定期会议和协商的制度，提供专家咨询和建议，采用其他决策程序，从而促进最适当地利用、保护和控制国际水道系统及其水。

“2. 为此目的，水系国应在切实可行的情况下设立双边、多边或区域性的水道联合委员会，并应就委员会的工作方式、筹资办法和主要任务达成协议。

委员会除其他外可有如下职责：

- “(a) 收集、查证和传播有关国际水道系统的利用、保护和养护的情报和资料；
- “(b) 提议和进行有关利用、保护和控制的调查和研究；
- “(c) 不断监测国际水道系统；
- “(d) 向水系国建议最适当利用和有效保护与控制水道系统的必要措施和程序；
- “(e) 作为协商、谈判和进行水系国赋予委员会的其他和平解决程序的场所；
- “(f) 提议和操作有关污染、用水的其他环境影响、自然危害或可能对水系国权利或利益造成破坏或损害的其他危害的控制和警报系统。

“第16条

“情报和资料的收集、处理和传播

“1. 为确保水系国之间的必要合作，水道系统的最适当利用和水道系统使用在水系国之间公平与合理的分配，各水系国应尽其可能程度收集和处理本国境内水文、水文地质或气象方面必要的情报和资料，以及其他有关的情报和资料，除其他外，包括水道的水位和排水，与适当管理有关的地下水的产生和储存，各时期的水质、关于控制水灾、沉积和其他自然灾害以及有关污染或其他环境保护方面的情报和资料。

“2. 水系国应将第1款所述的有关情报和资料尽其可能程度提供给其他水系国。为此，各水系国应视需要缔结有关收集、处理和传播上述情报和资料的协定。为此，各水系国可达成协议，委托它们所建立的联合委员会或专门的（区域的）或一般的资料中心定期而适时地收集、处理和传播第1款所述的情报和资料。

“3. 水系国或本条第2款所述的联合委员会或资料中心应在可行与合理范围内将按本条要求所获得的情报和资料传递给联合国或各有关专门机构。

“第17条

“情报和资料的特别要求

“如一水系国要求另一水系国提供第16条各款所未包括的关于所涉水道系统的情报和资料，另一水系国接到上述请求后，应作出最大努力满足上述请求。除另有协议外，请求国应支付另一国收集、处理和传递此种情报和资料的合理费用。

“第18条

“就紧急情况提供情报的特别义务

“一水系国获知无论在其境内或境外发生有关一共有水道系统可能造成

其他水系国的人命或财产损失或其他灾害的紧急情况或事件，应以所能采用的最迅速方法，通知其他有关水系国。

“第19条

“限制性情报

“1. 一水系国认为对其国家安全或其他方面至关重要的情报和资料，不需要提供给其他水系国、组织或机构。拒绝提供上述情报或资料的水系国，应同其他水系国真诚合作，以便在实际可行的范围内提供有关问题的重要情报和资料。

“2. 如一水系国出于其他原因认为情报或资料的提供应为机密或限制性事宜，其他水系国应以诚意并根据睦邻关系精神遵守这种要求。”

252. 大多数委员会委员同意：按照设想中的方针的纲要协定应当包括有关国际水道系统的合作和管理方面的条款。这里不想对讨论中提出的某些细节问题做深入研究，但可以注意到，尽管有些委员认为第三章的条款对各种互相冲突的考虑作出了均衡的处理，因而能够得到赞同，但是其他委员却认为，关于通知、抗议等等的程序的某些条款（第11至第14条）似乎过于刻板，在规定一个水系国可以中止或制止另一水系国计划进行的项目或方案问题上走得太远。

253. 其他委员提议将第11至14条放在第二章内，作为不造成较大损害的明确义务（第9条）的后果，而不放在第三章（合作和管理），这一章的义务规定得不明确。

254. 有人建议本章补充以下几点：确保冒受损害危险的国家不得禁止另一国执行某项项目或方案，确保避免可能不利于就其打算从事某项项目或方案发出通知的国家的拖延，确保可能由这种项目或方案造成的较大损害的估计不得由发出通知的国家或接受通知的国家单方面自行确定。有些委员还建议，本章的规定应当服从某种形式的强制性解决争端程序。

255. 一致同意：特别报告员应当对这些条款逐条并整个地进行重新审查，以便公正平衡有关各国的利益。

(d) 第四章 环境保护，污染，危害健康，调节和安全，使用上的
优先，国家或区域保护地点

256. 尽管对特别报告员的大纲第四章并未进行详细讨论，但是那些谈到这一章的委员都一致认为，该章的第20至第30条条款²³⁶涉及到有关国际水道的一个

²³⁶ 特别报告员大纲第20至30条草案如下：

“ 第 20 条

“ 关于保护环境的一般规定

“ 1. 各水系国应在可能范围内单独或共同地采取必要措施，保护水道

至关重要的问题。他们注意到，第四章内的条款不仅涉及到国际水道系统本身，而

236 (续)

系统的环境不受其控制和管辖的原因或活动，或可合理减轻的自然原因所造成的不合理的损害、退化或破坏，或这种损害、退化或破坏的严重危险。

“2. 各水系国应单独或通过协调努力，采取管理和公平使用某一共同水道系统及其周围地区的必要措施和制度，以保护包括周围地区生态在内的水生环境不发生对上述环境或各水系有关利益造成较大损害的变化或改变。

“3. 各水系国应单独或通过协调努力，根据本公约和包括1982年12月10日《联合国海洋法公约》所规定的原则在内其他国际法的有关原则，采取必要措施尽量保护海洋环境不发生由国际水道系统所造成的较大退化或损害。

“第 21 条

“环境保护的目的

“第20条规定的措施和制度，除其他外，旨在在可能的程度上：

- “(a) 维护公共卫生；
- “(b) 保持国际水道系统的水的质和量达到适合饮用和其他家庭用途所需要的水平；
- “(c) 使水可供灌溉和工业使用；
- “(d) 维护包括动物群和植物群在内的水域资源的保存和发展；
- “(e) 使水道系统在可能程度上能用于娱乐活动，特别注意公共卫生和审美的考虑；
- “(f) 使水在可能程度上供家畜和野生动物使用。

且还涉及到与有关水系构成一个生态整体的周围地区。 他们极力主张在这个领域

236 (续)

“第 22 条

“污染的定义

“为公约的目的，污染是指人为的，直接或间接把物质、物种或能量引进国际水道系统的水；从而造成其成分或质量的物理、化学或生物的改变，以致对人类健康、安全或福利，对于为任何有益目的而用水或对环境的保全和保护，包括维护动物群、植物群和水道系统及周围地区的其他自然资源，造成有害影响。

“第 23 条

“预防污染的义务

“1. 任何水系国不得污染或允许污染国际水道系统的水，从而对其他水系国公平使用该共有水资源的权利或利益造成或可能造成较大损害，或造成其境内的其他有害影响。

“2. 遇有一水系国所发生的污染对其他水系国造成比本条第1款所述严重程度较轻的损害或干扰时，污染发源地的水系国应采取合理措施减轻或尽量缩小这种污染。 各有关水系国应进行协商，以就将采取的步骤和支付为减少或降低污染所需合理费用达成协议。

“3. 一水系国并无义务为了避免来自另一水系国的污染对第三水系国造成较大损害而减轻这种污染。 各水系国应尽可能迅速地提请发生污染的国家 and 受污染威胁的国家注意其情况、原因和影响。

小心谨慎，以免制定可能在国际水道使用方面造成不必要的紧张或纠纷的规则。

236 (续)

“第 24 条

“水系国间防止污染的合作，污染的减少和减轻

“1. 一国际水道系统的各水系国应通过定期协商和会议，或通过其联合区域或国际委员会或机构进行合作，以便经常交换该水道系统污染情况的情报和资料，并采取必要的措施和制度，适当地控制和保护水道系统及其环境免遭污染。

“2. 各有关水系国必要时应进行协商和谈判，以期通过一份全面的污染物清单，并禁止、限制或监测向国际水道系统水域内排放这些污染物。各国应在适宜情况下确立有效执行这些措施的必要程序和机构。

“3. 各水系国应根据需要制定计划，提出必要措施和时间表，防止有关国际水道系统的污染并减少或减轻这种污染。

“第 25 条

“关于污染的紧急情况

“1. 当一国际水道系统或其环境发生污染或类似危害的紧急情况时，在其管辖范围内发生这种紧急情况的水系国，应以现有最快的方式将此紧急情况连同一切可能与此情况有关的情报和资料通知有可能遭受影响的所有水系国。

“2. 在其管辖范围内发生紧急情况的水系国，应立即采取必要措施防止、中和或减轻紧急情况所造成的危险或危害。其他水系国应在合理程度上协助防止、中和或减轻紧急情况造成的危险或影响，发生紧急情况的水系国对上述措施的合理费用应给予补偿。

257. 有些委员具体提到了载于大纲第四章的各条具体草案，并对特别报告员的建议表示欢迎。他们对污染的定义（第22条），不区分“原有的”和“新的”污染（第23条）以及去掉一项有关在发生武装冲突的情况下保护水道的规定（第28条）表示赞同。不过，有少数委员对上述最后一个问题提出了建议或表示犹豫。

脚注²³⁶ 续

“第26条

“控制和预防与水有关的危害

“1. 各水系国应视特殊情况按照本公约规定合作，以求预防和减轻与水有关的危险情况和事件。这种合作，除其他外，应导致建立联合措施和制度，包括结构性和非结构性措施和对有关国际水道系统如洪水、积冰和其他障碍、沉积、冲裂、浸蚀、排水不足、干旱和盐水浸入等容易发生灾害的情况和事件进行有效监测。

“2. 各水系国应建立有效和及时的情报和资料交流和早期警报系统，这将有助于预防和减轻国际水道系统与水有关的危险情况和事件。

“第27条

“国际水道的调节

“1. 为本公约的目的，‘调节’是指采取经常措施控制、增加、节制或以其他方式改变国际水道系统中水的流动。这种措施除其他外，可包括利用水坝、水库、拦河坝、运河、水闸、抽水系统或其他水利工程蓄水、放水和改变水的流向。

“2. 各水系国应以诚意和睦邻关系的精神合作，估价水系调节的需要和可能性，以期最适当地和公平地利用共有水道资源。各国应合作拟订调节的适当计划，并通过谈判，就单独或共同地制定和维持适当的调节、工程和措施，以及上述水道调节费用的支付达成协议。

“第28条

“国际水道系统、设施和建筑物的安全

- “1. 水系国均应尽力维持并保护国际水道系统及所附属的设施和建筑物。
- “2. 为此目的，水系国均应合作协商，以期缔结有关下列事项的协定：
- “(a) 有关建立、操作和维持国际水道系统地基、设施、建筑物和工程的一般及特殊的条件和规格；
 - “(b) 制定适当的安全标准和安全措施，以期保护水道系统、其共有资源及有关的地基、设施、建筑物和工程，使之免受因自然力量、故意或过失行为所引起的危险或因建筑物有瑕疵、维修不良或其他原因导致的危害和危险。
- “3. 水系国均应在合理范围内交换有关本条所述安全问题的情报和资料。

“第29条

“使用上的优先

- “1. 在建立关于所有水系国公平参加利用国际水道系统及其资源的体系或制度时，任何特定的一项或数项用途均不应当然优先于其他的公平用途，但适用于该水道系统的水系协定、其他协定或其他法律原则和习惯如另有规定者，则不在此限。
- “2. 在解决冲突用途问题时，各项用途的需要和效果均应连同其他相关用途的需要和效果一并加以衡量，以期能够对共有水道资源达成最适当利用并且考虑到与该特定水道系统有关的一切因素，在各水系国之间实现公平、合理的分配共有水道资源。
- “3. 在建立和操作设施和建筑物时均应避免对该水道系统的其他公平使用造成较大损害。

“4. 遇有关于国际水道系统冲突用途或使用上的优先的问题时, 水系国均应按照诚意和睦邻关系原则, 避免开始进行同相关冲突用途有关, 但可能会使所涉问题的解决更加困难的设施、建筑物或其他水道工程或措施的施工。

“第30条

“将国际水道系统或其一部分
划为国家或区域保护地点

“1. 一个或数个水系国基于环境、生态、历史、自然景色或其他理由, 得宣布一个水道系统或其一个或数个部分是国家或区域保护地点。

“2. 其他水系国及区域和国际组织或机构应该按照诚意和睦邻关系精神进行合作并协助上述水系国养护、保护和维持上述保护地点的自然状态。”

(e) 第五章 争端的解决

258. 特别报告员在介绍中解释说，在有关争端的解决的大纲第五章的第31至第38条²³⁷中，他以《联合国宪章》第二和第三十三条中所规定的义务作为当然

²³⁷ 特别报告员大纲第31至第38条草案如下：

“第31条

“以和平方法解决争端的义务

“1. 各水系国以及其他当事国均应按照《联合国宪章》第二条的规定以和平方法解决它们之间有关解释或适用本公约的争端，并且为此目的，亦应设法以宪章第三十三条第一项所指的方法解决。

“2. 本章任何规定均不减损各当事国（各水系国）在任何时间协议以它们自选的任何和平方法解决它们有关解释或适用本公约的争端的权利。

“第32条

“以协商和谈判解决争端

“1. 各水系国之间或其他当事国之间如果就本公约的解释或适用发生争端，则争端各方均应尽速进行协商和谈判，以期针对争端达成公正而且公平的解决办法。

“2. 此项协商和谈判得由争端各方直接进行，或通过为管理和经营有关国际水道系统而设立的联合委员会，或通过当事各方所同意的其他区域或国际机关或机构进行。

“3. 当事各方如果无法在一段合理的时间达成解决争端的办法，即应诉诸本章所规定的其他各项和平解决程序。

“第33条

“调查和调停

“1. 关于第32条所规定的协商和谈判，有关本公约的解释或适用的

争端的当事各方，得经协议成立一个由合格专家组成的调查委员会查明与争端有关的事实，以利当事各方进行协商和谈判。该委员会的组成、所赋予的任务、完成其调查的时限及其他有关的工作准则均须取得当事各方的同意。调查委员会应确定其程序，除非当事各方另有决定。调查委员会的调查结果，除当事各方另有协议外，对当事各方无拘束力。

“2. 有关解释或适用本公约的争端的当事各方得经协议要求一个第三国、一个组织或一名或数名具有必要资格和声誉的调停人员协助它们进行第32条规定的协商和谈判并提出公正意见。此项调停所提出的意见对当事各方没有拘束力。

“第34条”

“调解”

“1. 如果水系协定或其他区域或国际协定或办法作出此项规定，或者如果有关解释或适用本公约方面的特定争端的当事各方已达成此项协议，则当事各方即应按照本条规定或该水系协定或区域或国际协定或办法的规定，将该争端提交调解。

“除非另有协议，争端的任一方均得以书面通知另一方或数方的方式提起此项程序。

“2. 除非另有协议，调解委员会应由五名成员组成。提起此项程序的一方应指派两名调解员，其中一人得为其国民。它应以书面方式将其指派的调解员通知另一方。

“该另一方亦应指派两名调解员，其中一人得为其国民。此项指派应在自收到第1款所述通知后30日之内为之。

“3. 如果争端的任一方未按照本条第1款或第2款指派其调解员，另一方当事人即得请联合国秘书长作出必要的指派，但如当事各方另有协议，则不在此限。联合国秘书长应在收到此项请求后30日内作出此项指派。

“4. 当事各方在指派所有四名调解员后30日内, 应以协议方式从一个第三国的国民中选出一人为委员会的第五名成员。 他应担任调解委员会的主席。 如果当事各方无法在该期间内达成协议, 则任一方均得在该期间届满后14日内请联合国秘书长作出该项指派。 联合国秘书长应在收到该项请求后30日内作出此项指派。

“第35条

“调解委员会的职责和任务

“1. 除非当事各方另有协议, 调解委员会应确定其自己的程序。

“2. 调解委员会应听取当事各方的陈述, 审查它们的主张和反对意见, 并向当事各方提出建议, 以便达成友好解决办法。

“3. 调解委员会应于其成立后十二个月内将其报告提交当事各方, 除非当事各方另有协议。 其报告应记录当事各方达成的任何协议, 如未达成协议, 则记录向当事各方提出的建议。 这种建议应载有委员会就与争端事项有关的事实和法律问题作出的结论, 以及委员会认为对友好解决争端公平而适当的建议。 载有协议或如未达成协议则载有委员会建议的报告应由委员会通知争端当事各方, 并应由委员会交联合国秘书长保存, 除非当事各方另有协议。

“第36条

“调解委员会报告的效力, 费用的分担

“1. 除争端各方通过调解程序达成并按照第35条第2和第3款载入报告的协议以外, 调解委员会的报告——其中包括其对当事各方提出的建议和就事实和法律作出的结论——对争端当事各方无拘束力, 除非当事各方另有协议。

“2. 调解委员会的各种费用应由当事各方以公平方式承担。

出发点。他在审查了大量的多边和双边条约之后，得出结论说，联合国海洋法公约²³⁸第十五部分和附件五、六、七、八的规定与第五章有关，尽管不能总是不加鉴别地把它们适用于国际水道。他还提到了其他国际文书，其中包括1949年修订的和平解决争端总议定书²³⁹以及给予他有用指导的区域性协定。尽管在此阶段不对本章所载的各条提前详细审议，特别报告员根据第三次联合国海洋法会议所得出的经验，还是请大家发表评论，是否应当一般地或者对具体问题规定强制性

²³⁷ (续)

“第37条

“国际法院、另一国际法庭或永久或临时
仲裁法庭的裁定

“各国如果未能以第31至第36条规定的方式达成协议的解决争端办法，即可将争端提交国际法院、另一国际法庭或永久或临时仲裁法庭裁定，但须，

“(a) 争端当事各国业已按照国际法院规约第三十六条接受国际法院的管辖，或根据一项水系协定或另一项区域或国际协定接受国际法院或另一国际法庭的管辖，或已具体协议将争端提交国际法院。

“(b) 争端当事各国已根据一项水系协定或另一区域或国际协定接受永久或临时仲裁法庭的强制性仲裁，或已具体协议将争端提交仲裁。

“第38条

“裁定的拘束力

“国际法院、另一国际法庭或仲裁法庭的判决或裁决，对各当事国应有拘束力和确定性。各当事国应予遵守并应以诚意协助其执行。”

²³⁸ A/CONF.62/122 和 Corr.1-11。

²³⁹ 联合国：《条约汇编》，第71卷，第101页。

调解程序，或者甚至对某些争端规定有具有约束力决定的强制性程序。此外，他还提请注意另一种解决程序，即成立一个专家机构或专家委员会，以便在发生争端时向水系国提供建议。

259. 尽管有些委员认为把有关解决争端的規定列入拟议的大纲为时过早或者是不可取，但是就该主题发言的大多数委员都强调列入这种规定的必要性。普遍表示赞同载于第31条的水系国以和平方法解决争端的义务的基本规定。尽管委员会尚未开始详细审议本章所载的条款，但是大多数委员却同意，应当补充关于强制性调解程序的规定。此外，委员们普遍欢迎以下建议：规定由专家进行实况调查程序，例如在援引更加正式的程序以前使用专家或技术委员会的方法，而且，某些委员还赞成列入对第三方有约束力的解决争端规定。有些委员建议这种规定应当适用于整个纲要协定，而另一些委员却认为它们可能仅仅适用于草案的某些条款或章节。在这一方面，尤其提到了有关国际水道系统的经营管理的问题。

(f) 第六章 最后规定

260. 关于特别报告员大纲第39条案文²⁴⁰，即便有人提出看法的话，也是极少的。这条是以委员会1980年第三十二届会议上暂时通过的案文作为基础。

²⁴⁰ 特别报告员大纲第39条草案如下：

“第39条

“同其他公约和国际协定的关系

“在不妨害第4条第3款的情形下，本公约的规定不影响关于一个特定国际水道系统或其任何部分，关于国际或区域水道系统或关于一个特定项目、方案或用途的现行有效的公约或其他国际协定。”

第七章

国家和国际组织间的关系

(专题的第二部分)

A. 导言

261. 国际法委员会对题为“国家和国际组织间的关系”这一专题的研究工作分为两个部分。委员会就第一部分关于各国驻国际组织代表的地位、特权和豁免问题研究完毕后，于1971年第二十三届会议上通过一组条款草案，并提交给大会。²⁴¹

262. 大会将关于专题第一部分的条款草案转交给1975年于维也纳召开的一次外交会议，该会议通过了《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》。²⁴²

263. 国际法委员会1976年第二十八届会议开始审查本专题即“国家和国际组织间的关系”的第二部分，这一部分论述了国际组织及其官员、专家和参加其活动但非国家代表的其他人员的地位、特权和豁免。²⁴³

264. 本专题的第二部分，是前任特别报告员、已故法官阿卜杜勒·埃里安提交的前两个报告论述的内容。

265. 特别报告员于1977年向国际法委员会第二十九届会议提出第一次（初步）报告。²⁴⁴ 委员会在讨论结束时授权特别报告员依照初步报告中所说的方针继续就专题第二部分进行研究。委员会也同意特别报告员索取补充资料，并希望特别报告员会循通常途径进行研究，包括调查联合国系统内外各个国际组织的协定和惯

²⁴¹ 《1971年……年鉴》，第二卷（第一部分），第284—338页，A/8410/Rev. 1号文件，第二章C节。

²⁴² 有关这方面情况，参见上文注189。

²⁴³ 《1976年……年鉴》，第二卷（第二部分），第164页，A/31/10号文件，第173段。

²⁴⁴ 《1977年……年鉴》，第二卷（第一部分），第139页，A/CN.4/304号文件。

例以及各国的立法和惯例。 1977年12月19日大会第32/151号决议第6段赞同国际法委员会就专题的第二部分工作所达成的结论。

266. 遵照索取补充的资料以协助特别报告员和国际法委员会的授权，联合国法律顾问在1978年3月13日分别写信给各专门机构和国际原子能机构的负责人，随函附上一份调查表，要求各专门机构和原子能机构，提供关于这些组织及其官员、专家和参加其活动但非国家代表的其他人员的地位、特权和豁免的惯例的资料。对调查表的答复，将补充1965年1月5日分发给同样的组织机构的类似调查表所收集起来的资料。上次调查所收集的资料，为秘书处1967年编写的题为“联合国、各专门机构和国际原子能机构关于其地位、特权和豁免的惯例”的研究报告提供了基础。²⁴⁵

267. 本专题前任特别报告员提交了第二次报告，并送委员会1978年第三十届会议审议。²⁴⁶

268. 委员会在第1522次、1523次和1524次会议上讨论了特别报告员的第二次报告。在讨论中提出的问题有：确定这个专题的工作次序，是否宜于分阶段，先从国际组织的法律地位、特权和豁免着手进行该项工作；各国政府明确为从业务性活动，有时甚至从事商业性活动而设立的业务性国际组织的特殊地位和管理性职能以及国际豁免的一般规则适用于这些国际组织的困难；国际组织的特权和豁免与其责任之间的关系；国家有责任确保其国民遵守作为国际官员的义务；需要研究各国法院在国际豁免方面的判例法；需要在国内法和国际法上确定国际组织的法律行为能力；需要研究各东道国关系委员会（例如在纽约联合国总部设置的东道国关系委员会）的活动；需要分析各组织的特权和豁免范围与其特定职能和目的之间的关系。

269. 讨论结束时，委员会同意特别报告员在第二次报告中提出的结论和建议。从这些结论中可以明显看出：

²⁴⁵ 《1967年……年鉴》，第二卷，A/CN.4/L.118和Add.1和2号文件。

²⁴⁶ 《1978年……年鉴》，第二卷（第一部分），第263页，A/CN.4/311和Add.1号文件。

- (a) 国际法委员会和大会第六委员会均对国际法委员会宜于着手研究“国家和国际组织间的关系”专题的第二部分存在普遍一致的意见；
- (b) 委员会关于该专题第二部分的工作应极为审慎地进行；
- (c) 鉴于该项研究应包括区域性组织，委员会进行本专题第二部分的初期工作中，应扩大着眼点。至于最终编纂时是否包括这类组织，只有在研究工作完成后才能最后决定；
- (d) 鉴于优先项目问题需推迟到研究工作完成后才能确定，对专题内容也将同样扩大着眼范围。

270. 委员会 1979 年第三十一届会议指定莱昂纳多·迪亚斯-冈萨列斯先生接替阿卜杜勒·埃里安先生担任本专题特别报告员，后者当选为国际法院法官后已辞职。²⁴⁷

271. 由于委员会工作计划中一些专题的条款草案的拟订工作进展较大，根据大会建议，国际法委员会有必要优先结束对这些专题的研究，委员会没有在 1980 年第三十二届会议或其后几届会议上进行本专题的研究工作，只是在 1983 年第三十五届会议上才恢复本专题的工作。

B. 本届会议恢复审议这个专题的情况

272. 委员会本届会议根据现任特别报告员提出的初步报告 (A/CN.4/370 和 Corr.1)，恢复对本专题的审议。

273. 特别报告员在初步报告中简明回顾了委员会迄今为止关于本专题的工作情况，指出在讨论前几个报告中提出的主要问题，²⁴⁸ 概略介绍了委员会关于研究本专题的方针所作的主要决定。²⁴⁹

274. 报告的目的是使目前扩大了委员会，特别是其新的委员，有机会考虑到

²⁴⁷ 《1979 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 189 页，A/34/10 号文件，第 196 段。

²⁴⁸ 摘要见上文第 268 段，并见 A/CN.4/370 和 Corr.1，第 9 段。

²⁴⁹ 概要见上文第 269 段，并见 A/CN.4/370 和 Corr.1，第 11 段。

委员会讨论上面提到的前两个报告时所提出的问题和所得出的结论，对特别报告员在研究本专题中应遵循的方针，提出他们的看法、意见和建议。

275. 委员会在第 1796 至第 1799 次会议上审议了特别报告员的初步报告。从讨论情况看，几乎所有委员都同意委员会在 1978 年第三十届会议上赞同的（见上文第 268 段）以及新特别报告员在报告中提及的结论。

276. 事实上，所有在讨论中发言的委员都强调，特别报告员应有相当大的自由，但也应极其审慎，对本专题尽力采取注重实际的方法，以免无休止地进行纯粹理论性的讨论。

277. 根据特别报告员在讨论结束时的总结，委员会得出如下结论：

- (a) 委员会应着手研究“国家和国际组织间的关系”专题的第二部分；
- (b) 这项工作应极为审慎地进行；
- (c) 鉴于这项研究应包括区域性组织，委员会进行本专题第二部分的初期工作中应扩大着眼点。至于今后编纂时是否包括这类组织，只有在研究工作完成后才能最后决定；
- (d) 对专题内容，如确定本专题的工作次序以及是否宜于分阶段进行研究，也应同样扩大着眼范围；
- (e) 应当请秘书处修订 1967 年编写的题为“联合国、各专门机构和国际原子能机构关于其地位、特权和豁免的惯例”的研究报告，修订时应参照对联合国法律顾问于 1978 年 3 月 13 日随函寄给各专门机构和原子能机构的调查表的答复。调查内容是关于这些机构的地位、特权和豁免，但不包括有关各国代表的事项。这次的调查表是对 1965 年 1 月 5 日发出的同一专题调查表的补充；
- (f) 应当请联合国法律顾问把分发给各专门机构和原子能机构法律顾问的类似调查表寄给各区域性组织的法律顾问，以便收集与通过分别于 1965 和 1978 年寄给联合国专门机构和原子能机构的两份调查表所获取的相同的资料。

第八章

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

A. 导言

278. 题为“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”的专题，是国际法委员会在1978年第三十届会议上列入它的现行工作计划的。在该届会议上，委员会成立了一个工作组来审议关于这一专题的未来工作问题，并任命了罗伯特·昆廷-巴克斯特先生为这个专题的特别报告员。²⁵⁰ 大会第三十四届会议在1979年12月17日通过了第34/141号决议，其中第5段请委员会继续进行其工作计划中的其他未完成的专题，包括本专题。

279. 1980年，委员会第三十二届会议收到了特别报告员提出的关于本专题的初步报告。²⁵¹ 委员会在第1630至1633次会议上审议了该报告。委员会第三十二届会议工作报告的有关章节载有辩论摘要。²⁵²

280. 委员会第三十三届会议收到了特别报告员提出的第二次报告。²⁵³ 委员会

²⁵⁰ 关于到1981年为止委员会就此专题所作工作的历史回顾，见《1978年……年鉴》，第二卷（第二部分），第149至152页，A/33/10号文件，第170至178段；《1980年……年鉴》，第二卷（第二部分），第158-161页，A/35/10号文件，第123-144段；《1981年……年鉴》第二卷（第二部分）第146-152页，A/36/10号文件，第162-199段；《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10），第104-201段。

²⁵¹ 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第247页，A/CN.4/334和Add. 1和Add. 2号文件。

²⁵² 同上，第二卷（第二部分），第158-161页，A/35/10号文件，第131-144段。

²⁵³ A/CN.4/346和Add. 1-2号文件。

在第 1685 至第 1687 次和第 1690 次会议上审议了该报告。²⁵⁴

281. 委员会第三十四届会议收到特别报告员的第三次报告。²⁵⁵ 报告载有两章，第二章介绍和载有本专题的纲要。第一章叙述该专题纲要与已经确认的并在国际法委员会和大会第六委员会的早先辩论中获得大多数支持的各项原则之间的关系。

282. 委员会第 1735、1739 和 1741 至 1744 次会议审议了第三次报告。委员会第三十四届会议工作报告有关章节已简略地介绍了辩论的情况。²⁵⁶ 大会 1982 年 12 月 16 日第 37/111 号决议建议委员会考虑到各国政府书面提出或在大会辩论中口头提出的意见，应继续进行工作，以期就当前工作计划中所有专题拟订条款草案。

B. 本届会议审议这个专题的情况

283. 委员会本届会议收到特别报告员提出的第四次报告 (A/CN. 4/373 和 Corr. 1 (只有英文本) 和 2 (只有英文本))。报告仅有一章，题为“本专题的概述”。正如报告所指出，²⁵⁷ 提出另一份一般性报告是既有偶然也有实际的原因。委员会 1982 年所决定的工作计划使本专题无法在本届会议进行深入的讨论，使起草委员会无法对可能提出的任何条款草案进行审议。此外，秘书处就本专题范围内的国家实践所提出的宝贵研究报告的第三部分，即最后一部分，也没有在委员会本届会议以前及时送交特别报告员研究；该研究报告的三个部分——分别关于多边和双边条约实践、解决办法和索赔实践——尚没有作为委员会文件印发。

²⁵⁴ 关于委员会审议第二次报告的情况，见《大会正式记录，第三十六届会议，补编第 10 号》(A/36/10 和 Corr. 1 (只有英文和法文本))，第 165—199 段。

²⁵⁵ A/CN. 4/360 和 Corr. 1 (只有英文本) 号文件。

²⁵⁶ 《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》(A/37/10) 第 129—156 段。

²⁵⁷ 见 A/CN. 4/373 和 Corr. 1 (只有英文本) 和 Corr. 2 (只有英文本) 号文件，特别是第 58 及以后各段和第 75 段。

284. 另一方面，特别报告员在第三次报告内提出的和转载于委员会 1982 年提交大会的报告第四章第 109 段²⁵⁸的专题纲要在 1982 年第六委员会审议国际法委员会第三十四届会议工作报告时引起了热烈的讨论。第四次报告主要目的是考虑 1982 年在第六委员会和国际法委员会内发表的意见；根据这些意见重新评价专题纲要；提供较好和较完整的评注。特别报告员欢迎委员会委员在本届会议的有限时间内可能提出的任何初步意见，另一方面，委员会委员也可以把第四次报告看作是委员会 1984 年会议的早期文件。秘书处编写的材料在该届会议应可分发委员会各委员；特别报告员则准备再提出一份报告，讨论专题纲要第 2 节所述的实况调查程序。特别报告员还会以报告序言或第四次报告增编的形式再另加一章，讨论专题纲要第 1 节所提及的范围和其他问题。

285. 尽管 1983 年不可能作出很大成绩，但是特别报告员认为，正如有些发言人在第六委员会上所建议的那样，1984 年——本五年时期的中点——应当是决定本专题前景的一年。就此而言，他指出：尽管在本委员会和第六委员会上都仍然有很多人赞成根据 1980 年以来的年度报告和辩论中详细讨论的方针来发展本专题，但还是有人反对，他们认为本专题被误解，或者叙述过于广泛，或者在现行法律上没有根据。掩盖立场上的分歧是毫无用处的；但是，对于这些分歧至少应当分辨清楚，不必要的误解应当消除。这些就是特别报告员提议在今年必然是简短的辩论中着重讨论的主题；但是他将乐于回答可能提出的任何其他问题。

286. 委员会在其第 1800 和第 1801 次会议上对本专题进行了审议。许多委员都参加了这次简短的辩论。在辩论结束时一致同意：正如特别报告员所建议的那样，²⁵⁹秘书处的国家实践概况第三部分应当改为分析性研究报告形式，这样可以与前两部分更密切相对应；并且应当扩大委员会许多委员和第六委员会许多代表都表示关心的这篇研究报告这三个部分的分发量。为了响应载于第四次报告的另一项建议，²⁶⁰还一致同意：特别报告员应当在秘书处的帮助下草拟一份调查表，寄给

²⁵⁸ 《大会正式记录，第三十七届会议，补编第 10 号》，(A/37/10)。

²⁵⁹ A/CN.4/373 和 Corr. 1(只有英文本)和 Corr. 2(只有英文本)号文件,第 58 段。

²⁶⁰ 同上,第 64 段。

选定的各个国际组织。这个做法的主要理由是：各国作为国际组织的成员而相互负有和履行的义务在这个范围内可以实现或取代专题纲要第2、第3和第4节中所述的某些程序。

1. 特别报告员对情况的评价

287. 对于范围问题已在1982年通过在本委员会和第六委员会上阐明立场的方式作出决定。在这两个机构上的占优势观点是：本专题范围应当仅限于避免、尽量减少和补偿由于一国领土或控制范围内的有形活动引起的有形跨界损害。不过，还必须表明，这样的限制并没有忽视发展中国家倡导减轻国际经济活动所可能引起的有害后果的规则合法利益。在过去几次辩论中，一致公认：经济活动和有形跨界损害是关于不法的作为或不作为的国家责任有关规则最没有效能的两个领域。这两种情况的理由都是，为了使行动自由与免于跨界损害相协调，必须调整和调和各种相竞争的利益，而不是依赖一般禁止规则。

288. 毫无疑问，严格赔偿责任原则是取代不法的作为和不作为的国家责任制度的唯一其他办法。因此，否认国际经济活动引起的损害领域可能适用严格赔偿责任就会成为一个严重的步骤。但还必须考虑到一种截然不同的观点，即否认在习惯国际法中存在与本专题有关的任何新的原则，主张严格赔偿责任始终是特定的协约制度的产物。本专题并未坚持这样一个众说纷纭的原则，而是建立在下述最基本的考虑上，即各国与国际法所赋予它们的对其领土和公民的专属支配权力相应彼此负有的责任。本委员会和第六委员会普遍认为，各国都有责任避免、减轻和赔偿有形跨界损害。这就在有形跨界损害和国际经济活动引起的损害之间作了区分，因为在后一情况中，确定公正和不公正竞争的准则尚有待充分拟订。

289. 不过，在有些情况下，国家并不承认——或者只是有条件地承认——避免、尽量减少和补偿有形跨界损害的责任。这种观点上的分歧并不等同于东西之间、或者南北之间、或者大陆法系和英美法系传统之间的差异。这种分歧不如说是新旧世界之间的一种差异。对于东西欧以及也许还有其他地区的一些国家而言，它们或者认为各国并不负有避免跨界损害的一般义务，除非在特定情况下已经形成一

种协定的义务形态；或者认为，由于责任归属问题或长期习惯，或者甚至由于否定国家对私人活动应承担的责任，避免跨界损害的义务受到了极大限制。相比之下，在北美有一种倾向，在包括欧洲在内的世界其他地区得到很大支持，即把任何可预见的跨界损害都视为对主权的一种侵犯；因此，避免、尽量减少和补偿有形跨界损害原则就取得一项法律规则的严格性质。²⁶¹

290. 从后一种出发点来看，在合法进行一项有益活动而又无法消除风险因素的情况下，阐明一项严格赔偿责任的规则只是很小的一步。但从前一种出发点看，确实是迈出了很大的一步。况且，在国家条约实践中，无条件的严格限制责任规则方面的实例很少，而且是很特殊的。因此，要说服各国对严格赔偿责任作为一种习惯法规则的地位采取一致的政策，并不容易。此外，在扩大合作的普遍兴趣与不愿承担新的义务的情绪相权衡之下，对于接受新的规则或准则的各项建议的态度有时会发生急剧变化。

²⁶¹ 除了第四次报告（A/CN.4/373和Corr.1（只有英文本）和Corr.2（只有英文本）号文件）中所引证的资料之外，还可参阅美洲法学会撰写的《复述外交政策法》（1983年的第四次初稿），第六部分，第1章，“环境保护”，第601节。

291. 另一方面，有一项体现在条约、索赔要求和解决办法中的国家实践，即承认需避免、尽量减少和赔偿有形跨界损害的一般责任以及在考虑到行动自由与免于跨界损害之间利益平衡的范围内履行这项责任的国家实践，这种实践普遍而多样化而且日益增多。甚至北美洲虽希望拟订明确的义务规则，也还不那么刻板，以至于不考虑评价上的差距。这些差距往往纳入对“重大的”或“较大的”或“相当的”损害的级限检验标准，每当有需分担或协调互不相容的使用的责任成分时，评价上的差距就更大。

292. 特别报告员指出，许多成分可参照关于国际水道非航行使用的特别报告员埃文森先生今年向委员会提出的条款草案。²⁶² 在这些条款草案中，第6条规定共有原则，第9条规定需避免较大损害的义务。第9条以后的各条款指出任何关于避免和赔偿有形跨界损害问题的草案中必须突出的程序规则，因为，即使规则本身措词明确，也还会有该规则适用于任何特定实际情形时的评价上的差距。在委员会本届会议审议水道专题时确立的几点中，特别有两点在本专题较为广泛的范围内有同等价值。第一，有人指出，合作责任，无论其内容多么含糊，也还不失为一项积极的法律义务。第二，历来公认不存在任何普遍一致的标尺来衡量“重大的”或“较大的”或“相当的”损害的限度：在城镇环境中具有破坏性的损害，在没有人烟的地区可能就微不足道。最初遇到的级限问题应该与随后遇到的利益权衡问题尽可能加以区分。

293. 必须再次强调指出，对本专题制定的规则不能取代任何现行的关于造成损害的不法性的规则。本专题的目标是：尽管应用现有规则通常会出现评价上的差距，还是要使这些规则发挥作用；促进制定各种由更加精确的规则组成的制度，使之适合各种特定情形的需要；若没有适用的制度，则坚持主张要赔偿损害，除非权衡各种因素之后，起源国的赔偿责任得到开脱，或由起源国与受影响国分担。本专题强调采取“软处理方法”来调和对立的利益；首先通过实况调查程序，然后如情况需要，通过建立商定的预防和赔偿制度，来防止出现对峙。模式是关于外侨待遇的标准义务，即只要还存在赔偿损害的渠道，就延迟考虑不法性问题，给接受国种

²⁶² 见上文第六章。

种机会，以确保依法处理。但是，最后还有赔偿有形跨界损失或损害的义务，如果不存在共同利益，而且此种损失或损害是可以预见的，则起源国的责任不能解脱。

294. 特别报告员指出，第六委员会和国际法委员会内均始终有多数人表示赞成本专题应该处理防止和赔偿的问题，而且也有同样多数的人主张不区分政府活动造成的损失或损害和私人活动造成的损失或损害，因为本专题涉及国家在其领土或控制范围内管制活动的义务。专题纲要似乎需在三个重要方面加以修订。第一，专题纲要第1节所述的专题范围，由于第287和第288段所述原因，将只限于一国在其领土或控制范围内进行的造成有形跨界影响的有形活动。第二，可根据现在即可完成的对国家实践所作的详尽调查，充实专题纲要第5节中对各项原则的说明。最后，关于专题纲要第2、第3和第4节中所述的程序，更着重注意国际组织的作用。

2. 委员会的讨论

295. 参加讨论的委员表示他们的评论是初步性质的，多数委员说本专题的审议工作正进入新阶段，必须从审议笼统的纲要转入审议细节问题，因为实况调查程序是根据国家实践制定的。委员们对秘书处完成国家实践的研究一事表示满意，并热烈赞成更广泛分发这份研究报告的提议。一些委员发言时指出委员会1984年会议必须拨出充足的时间来估价本专题的前景。若干委员指出，协调委员会关于本专题的工作和水道专题的工作会有好处，而且省事。

296. 有一位委员说他仍坚持以前的观点，即国际法没有任何规则规定国家对国际法不加禁止活动所产生的损害性后果应负赔偿责任。对某些易于确定的活动，例如人们可以设想得到其灾难性后果的危险活动，各国确已缔结一些全球性、区域性或双边性特别协定。在这方面他提到1972年关于空间物体造成破坏的国际赔偿责任的公约。²⁶³但是，他认为不可能宣布一项无限普遍性的义务，对无论是为发展工业或农业还是抗御自然的某种威胁而进行的任何合法活动的损害性后果的义务。在多数情形下，首先受此种活动之害的是起源国本国的人，但这并不是说起源国随

²⁶³ 大会1971年11月29日第2777(XXVI)号决议。

时准备赔偿邻国的受害者。 总之，这位委员认为，一国除非其签订的有关条约有这样的规定，否则对国际法所不禁止的活动造成的损害即不负任何赔偿义务。

297. 几位委员不同意这个结论，其中有人说，它看来反映出政策的不同，而不是一个概念的问题，其他人坚持一种普遍持有的主张，即引起损害的国家至少负有初步义务来弥补这种损害。 一些人强调睦邻这个主题，指出这个问题不是不法性的问题或严格赔偿责任的问题，而只是一个公平或公正的问题。 他们认为，起源国有义务真诚合作，以确保遭受损失和伤害的人得到公正的赔偿。 多数发言人表达的观点是，遭受有形跨界损害的往往是较穷的欠发达国家，也就是它们最需要明确叙述的法律规则。

298. 特别报告员虽然不同意补偿跨界损害的责任总是由于订有协约，但是说他对支持那种观点的许多论点并无异议。 正是由于有必要不侵犯国家行动的自由，才把本专题设想成一个避免和补偿跨界损害性后果而不追究起源国不法作为或不作为的责任的体制，还有，正是由于起源国在避免和补偿损害性后果方面与受影响国常常有着共同的利益，按照本专题制定的规则才可能提倡一种“软”处理方法，——首先是不受歧视地使用起源国国内法提供的补救方法。 如果存在着共同的或互惠的利益，各国常常会满足于这种安排；但是对危险的估计以及需要采取什么步骤来对付这些危险，却明显是所有有关的国家的事情，不仅仅是起源国的事情。 如果起源国选择单方面行动，那么它对最后造成的损害，就不能同时否认负有初步的赔偿责任。 如果对防止和补偿的制度有了协议，那是由于预见到了跨界损害的危险，不一定是不可避免的危险，而是进行一种活动所固有的风险。

299. 除了第290段介绍过其观点的那位委员外，其他发言的委员都普遍支持修订了的专题纲要。²⁶⁴ 多数发言人还一致认为，不法性规则或严格赔偿规则，本身都不能解决避免和补偿有形跨界损害的问题。 一位发言人提到，关于发电造成跨界污染的Poplar River案，几乎说明了本专题纲要第2节所载实况调查程序规则的每一个阶段。 几位发言人强调了防止和赔偿的密切不可分，以及在寻找解决办法时有必要讲究灵活性。 例如，Colorado River案把赔偿与避免未来的损失或伤害

²⁶⁴ 关于原专题纲要的修订，见上文第294段。

的措施结合起来，而不是补偿已经造成的损失或伤害。同样，关于一艘发生事故在马六甲海峡漏油的油轮Showa Maru案，最终达成的协议除其他事项外禁止超过一定吨位的油轮通过该海峡。几位委员特别强调一种义务形式的优点，这种义务形式不限制国家的行动自由，但坚持这种行动自由不应以损害其他国家为代价。

300. 虽然多数发言人同意，而且没有人不赞成范围限制于有形跨界损害，但是存在各种与专题的范围和题目有关的附带的问题。特别报告员同意，专题的题目很长（第四次报告脚注47回顾了题目是如何形成的），其英文和法文措词引起概念上的困难；但是他以为，在研究工作的最初阶段这个题目发挥了良好的作用，在将范围限制于有形跨界损害后在适当的时候需要重新审定。一位委员要求给予保证，这样限制范围并不排除审议有形损害的经济后果。特别报告员确认经济因素在估计遭受的损失或伤害以及在权衡利益时都永远是头等重要的。一位委员提出了不同的观点，他说如Lake Lanowx案仲裁裁决所示²⁶⁵有形损害的估计应排除外部因素，例如上游国家控制国际水道流量的能力提高了。一位委员怀疑“跨界”一词的用处；但是，正如前几次报告所指出，使本专题的范围与外侨待遇的责任范围有所区分，正是由于使用了这个词。

301. 其他的评论是为了促请大家注意特别报告员辩明的“新世界”和“旧世界”对待本专题的一些看法上的主要区别。²⁶⁶一位委员说，只要注意防止赔偿责任变成对造成跨界损害所附的税，在他看来，说那是“不法”损害，或者是有赔偿责任的允许的损害，在很大程度上是一种学术性争论。主张“新世界”的看法的人很容易采取这种立场，他们倾向于认为“无过失”赔偿责任与关于造成损害的不法性的一般规则是不可分的；而且受过英国普通法训练的法学家可能特别容易接受这种看法。另一位委员说，除非从哪些属于禁止之列来看，否则法学家很难设想赔偿责任，虽然他感到作出这种努力是重要的。毫无疑问，对那些继承了特别报告员称之为“旧世界”看法的人，这种概念上的障碍是巨大的。而且，正如第四次报

²⁶⁵ 《国际仲裁裁决集》，第十二卷（联合国出版物，出售品编号：63.V.3），第285页。

²⁶⁶ 见上文第289和第290段。

告所讨论过的 C.G.Caubet 的“混合制度”²⁶⁷ 所提示的，对那些接受大陆法基本法律训练的人来说，这种概念上的障碍是最大的。

302. 然而，每个国际法学家都理解并接受这种外侨待遇的国家责任中常见的复合初级义务，这种义务暂时不产生不法作为或不作为的责任，直到其行为有问题的国家已用尽一切机会在不造成不法性的情况下履行其承担的义务。正是这种形式的义务使起源国能够保留其行动的自由，同时给予其他国家保护，在起源国的行动自由可能造成任何重大损害时给予赔偿。这种灵活的体制还为引起国家对不法作为或不作为的责任的其他规则的形成提供了必要的条件。这一种规则可以是详尽的义务，构成对一个特定问题作出规定的协约制度的一部分，或者可以从国家的条约实践的一致性中发展而成的一般规则，禁止使他人蒙受一种已认清的极其严重的风险。

²⁶⁷ A/CN.4/373 和 Corr. 1 (只有英文本) 和 Corr. 2 (只有英文本)，第 52 至 54 段及从 56 段起。

第九章

委员会的其他决定和结论

A. 委员会的工作计划和方法

303. 委员会于1983年5月13日第1760次会议上，决定为本届会议设立扩大的主席团的规划小组。小组成员有第一副主席亚历山大·扬科夫先生（主席）和米库因·L. 巴兰达先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·A. 迪亚斯-冈萨列斯先生、安德里亚斯·J. 雅乔维德斯先生、沙菲克·马莱克先生、斯蒂芬·麦卡弗里先生、保罗·勒泰先生、孔斯坦廷·斯塔弗罗普洛斯先生、杜杜·提阿姆先生和尼科莱·乌沙科夫先生。小组负责审议委员会的工作计划和工作方法，并就此向扩大的主席团提出报告。规划小组于1983年5月19和31日以及两次于7月19日举行会议。特别报告员以及委员会中不是规划小组成员的其他委员也被邀请列席。他们中有几位列席并参加了讨论。

304. 扩大的主席团根据规划小组的建议，建议委员会在其向大会提出的本届会议的工作报告中载入下面第305至314段。委员会1983年7月22日第1813次会议审议了扩大的主席团的建议，并根据这些建议通过了以下各段。

305. 本届会议的规划小组专门召开四次会议讨论与委员会目前的工作程序和方法有关的问题。²⁶⁸讨论的基础是：小组内部在委员会第三十四届会议期间提出的若干有关的问题、²⁶⁹大会第六委员会在审议国际法委员会第三十四届会议工作报告时提出的某些问题²⁷⁰以及第六委员会工作小组关于“多边条约制定过程”议程的报告所提到的问题。²⁷¹这些问题与下列内容有广泛的联系：委员会各届会议的组织工作

²⁶⁸ 见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》（A/37/10），第266段。

²⁶⁹ 同上。

²⁷⁰ 见A/CN.4/L.352和Corr.1。

²⁷¹ 见A/C.6/37/L.29。

(一般组织工作和对附属机构的使用)；条款草案的拟订及其形式；特别报告员的工作；与各国政府以及第六委员会的合作；文件工作；秘书处研究工作的协助。

306. 大家认识到各个问题是互相联系着的，并对委员会完成指导在本届委员任期内的计划的一般目标和优先次序有影响。²⁷² 因此，例如，要达到推进某一特定专题的工作的目标，就要取决于若干互相有联系的因素，如每届会议上分配来审议特定专题的时间有多少；送交起草委员会的专题条款草案的工作阶段；及时分发第六委员会有关记录和特别报告员的报告等重要文件以及在委员会每届会议期间及时分发简要记录；专题的特别报告员或国际法委员会所要求的秘书处研究工作的协助。

307. 那些引起小组成员很大的兴趣和得到很大支持的建议中有一条是，更多地考虑分年交错重点审议目前工作计划中的专题。虽然大家认识到，委员会可能觉得象今年这样对目前工作计划中的每一个专题都进行一些审议比较合适，但是它可以只对有限的几个专题进行深入的审议，使特别报告员有更多的时间编写报告，使委员会的委员有更多的时间来研究报告。大家认为，这还允许，在适当情况下有更大程度的预先规划，来分配每一届会议和整个五年任期各专题审议的时间和优先次序，这会有利于提前组织各届会议的工作，以期实现委员会为在这个时期所要完成的工作确定的一般目标和指导方针。

308. 委员会认为，进一步扩大和加强法律事务厅编纂司的研究工作是需要和值得欢迎的。出席1983年5月31日规划小组会议并发表讲话的副秘书长兼法律顾问和编纂司司长指出，秘书处意识到当前的一些事态发展，包括国际法委员会成员的扩大及其审议的专题的增加，会促使期待秘书处完成的研究工作的协助，在数量上有所增加，在水平上有所提高。他们强调指出，秘书处认为重要的是，要求的新的研究项目和报告应尽量具体，以便使编纂司有立法授权按照这种要求采取行动。在他们看来，这样也可使编纂司的任务便利一些，可进行更经济、合理、迅速的工

²⁷² 见《大会正式记录，第三十七届会议，补编第10号》(A/37/10)，第263段。

作。小组几名成员还建议，编纂司工作人员中应该增加高水平的专家，最好是在特等干事一级增加高水平的专家，以便在有关国家惯例、学说和司法裁决的汇编和分类中进行研究、分析和协助，给特别报告员以帮助。

309. 委员会对秘书处在委员会每届会议期间给予的协助以及给予特别报告员的协助，特别是对任命了几位其经验和能力至今已证明是保证委员会正常工作所需的连续性所不可缺少的工作人员表示满意。第三十五届会议期间，秘书处增派了专门人员职类的官员，给委员会本届会议提供了业务性的服务，会议对此也表示十分欣赏。委员会还表示，目前这种配备工作人员的方式应当保持，因为在每届会议期间协助委员会的秘书处成员的数量，应该与委员会成员的增加和工作量的加重相称，与提供给特别报告员的不断增加研究工作的协助也应该相称。

310. 普遍对文件的情况表示关切。文件的翻译和印制，甚至在委员会开会前提交的那些报告或研究文章的翻译和印刷，事实上也只是在会议召开时或者是在开会后才完成的。还有人指出，为了加快特别报告员报告的编写和分发，第六委员会讨论国际法委员会报告的会议简要记录的分发也应该加快。委员会还表示，应该要求秘书处主管部门象分发大会第一委员会和特别政治委员会的记录一样，优先分发那些记录。委员会还注意到，把特别报告员的报告脚注摆在脚注有关正文的同一页上，查起来很方便，因而要求将过去一贯遵循的这个做法重新恢复过来。

311. 委员会强调，特别报告员有必要尽快提交其报告。无论如何，扩大的主席团将和过去一样，在向委员会建议是否对某一专题或某一特定报告的审议应该推迟或延到以后某一届会议时，要考虑到特别报告员的报告及其他重要文件提交的日期和分发情况。委员会希望强调其委员在每届会议开始前大大提前收到主要文件，特别是特别报告员的报告的重要性，以便他们有充分的时间以必要的细心和注意来研究这些总是涉及复杂的法律和政治问题的文件。委员会还强调，有必要及时编写和提交全部会前文件，包括特别报告员的报告，以便秘书处能够尽可能多地在会前及时分发给各位委员。还应该注意避免在会议期间给文件工作部门带来过重的负担，因为在会议期间，文件工作部门理应集中处理会期文件，而不是会前文件。

312. 委员会打算在以后各届会议上继续研究其程序和工作方法。

313. 委员会在仍然维持其第三十四届会议确定的一般目标和优先次序²⁷³的同时，对于在这一段时间内现计划中某些专题，考虑到大会的决议、某一特定专题的进展情况和其他实际问题，能否取得更大进展的问题不作结论。在这种情况下，鉴于起草委员会现在积压了许多工作，国际法委员会决定在其第三十六届会议上优先安排起草委员会的工作。

314. 委员会鉴于上述考虑以及根据大会有关决议，在第三十六届会议上打算继续从事与编写目前工作计划里所有专题的草案有关的工作。在第三十六届会议开始时，委员会在安排该届会议的组织工作时，将会对审议目前计划中各专题的时间分配作出相应的决定。

B. 与其他机构的合作

1. 美洲法律委员会

315. 劳雷尔·B·弗朗西斯先生以国际法委员会观察员的身份出席了1983年1月至2月在里约热内卢举行的美洲法律委员会会议，并在会议上讲了话。

316. 贾卢·里奥罗先生代表美洲法律委员会出席了国际法委员会第三十五届会议，并在1983年6月3日举行的委员会第1774次会议上讲了话。

317. 贾卢·里奥罗先生介绍了美洲法律委员会于1982年8月和1983年1月的会议上审议的问题，其中包括：《美洲人权公约》；环境法发展的形式；委员会作为法律咨询机构的权限范围；国际私法上的人和行为能力；国际航运，特别是提货单的问题；一项关于国际陆路运输货物的公约草案的基础；取得资料的权利。他特别提请注意在1983年1月美洲法律委员会会议上通过，并将在1984年4月举行的第三届美洲国际私法专题会议上审议的，关于国家管辖豁免的美洲国家公约草案。²⁷⁴ 贾卢·里奥罗先生指出，草案旨在填补一道空白，给美洲大陆的国家提

²⁷³ 同上。

²⁷⁴ 在“国家及其财产的管辖豁免”项目下以ILC(XXXV)/Conf. Room Doc. 4号文件在委员会内分发。

供一些法律指导原则，以便在处理免受其管辖的豁免这个敏感问题上有所可循。

他说，美洲法律委员会在拟订该草案时参考了1972年《关于国家豁免的欧洲公约》、若干国家最近通过的立法，以及国际法委员会就这个专题暂时通过的条款草案和特别报告员就专题提议的条款草案。他详尽地介绍了公约草案的内容，并与国际法委员会拟订的或特别报告员就专题提议的类似规定等进行了比较。

318. 美洲法律委员会一直邀请国际法委员会派遣观察员出席其各届会议，因此，国际法委员会请其主席劳雷尔·B·弗朗西斯先生出席美洲法律委员会下一届会议，如因故不能前往，则请他委派另一委员会委员出席。

2. 亚非法律协商委员会

319. 亚非法律协商委员会秘书长B. Sen先生代表该委员会出席了国际法委员会第三十五届会议，并在1983年6月6日举行的委员会第1775次会议上讲了话。

320. Sen先生说，亚非法律协商委员会所代表的地区的各国对国际法委员会工作的兴趣日益强烈。事实表明它们尤其感兴趣的专题是：“国际水道非航行使用法”、“国家及其财产的管辖豁免”和“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”。他指出了涉及亚非地区各国政府所关心的这三个专题的种种问题。Sen先生还说明了协商委员会目前的工作计划和活动。他指出，协商委员会支持联合国的工作，专注于技术基础结构，其中包括经济合作的法律构架，从而扩大了它的活动范围。关于这一点，他特别提到协商委员会在《联合国海洋法公约》方面所做的工作（其中包括公约生效时的法律地位、过渡时期的地位以及协商委员会今后在实行公约方面的作用等问题）、促进和保护投资、依照服务合同或贸易合同对等协助履行承诺、保护环境以及提倡在联合国主持下通过的多边公约等工作。

321. 由于亚非法律协商委员会一直邀请国际法委员会派观察员出席其各届会议，后者决定请主席劳雷尔·B·弗朗西斯先生出席协商委员会下届会议，如不能前往，则请他另外委派一位委员会委员出席。

3. 欧洲法律合作委员会

322. 委员会第三十四届会议主席保罗·勒泰先生作为委员会派出的观察员，出席了1982年11月至12月间在斯特拉斯堡举行的欧洲法律合作委员会第三十八

届会议，并在会上发言。

323. 费尔迪南多·阿尔巴尼斯先生代表欧洲法律合作委员会出席国际法委员会第三十五届会议，并在1983年7月12日举行的委员会第1801次会议上致词。

324. 阿尔巴尼斯先生告诉国际法委员会说，欧洲理事会于1982年设立国际公法专家委员会，协助欧洲法律合作委员会工作。其任务为：(a) 就欧洲理事会成员国在理事会范围外商讨的国际公法问题上的立场、交换意见，收集资料 and (b) 研究需要欧洲理事会采取行动的具体国际公法问题。关于理事会范围外处理的国际公法问题，他指出专家委员会已审查分给大会第六委员会的项目，如对多边条约制定过程的审查以及国际法委员会关于国家和国际组织间或国际组织相互间的条约法条款草案。专家委员会在筹备1983年3月至4月在维也纳就此问题举行的联合国会议过程中，还审议了国际法委员会关于国家对国家财产、档案和债务的继承的条款草案。至于那些拟将研究的关于欧洲理事会一级可能采取行动的问题，阿尔巴尼斯先生指出，专家委员会已审议欧洲理事会成员国表示同意接受条约约束时应取的程序，以期使表示此种同意的程序更加和谐、合理。他说委员会还讨论了有关使馆和领馆工作人员在东道国从事有收入工作的家属的特权和豁免问题。最后，他向国际法委员会谈及欧洲理事会近来缔结的有关国际公法问题的各项公约的现状。

325. 由于欧洲法律合作委员会一直邀请国际法委员会派观察员出席其各届会议，所以后者请其主席劳雷尔·B·弗朗西斯先生出席该委员会的下届会议，如果不能前往，则请他另外委派一位委员会委员出席会议。

4. 阿拉伯国际法委员会

326. 马哈默德·巴库谢先生代表阿拉伯国际法委员会出席了国际法委员会第三十五届会议，并在1983年7月21日举行的第1810次会议上讲了话。

327. 巴库谢先生指出，阿拉伯国际法委员会是阿拉伯国家联盟理事会的技术咨询委员会之一。根据其章程，该委员会负有类似国际法委员会的任务，但它是属于一个具有独特的阿拉伯文化和伊斯兰传统的地域的阿拉伯国家集团一级的机构。

它在逐渐发展该地区的国际法方面承担了一项特殊的责任。他强调说，阿拉伯地区接连交错出现战争与和平状况，对国际关系和国际法规则均有直接影响，甚至丰富了国际法规则。巴库谢先生说，鉴于其工作的重要性，阿拉伯国际法委员会要求国际法委员会建立一个能够为世界各国人民带来和平与正义的新的国际法体系的基础，并要求国际法委员会坚决否定以战争、侵略、靠武力夺取领土以及征服别国人民的合法性为基础的传统法律规则。他还说，该委员会注意到在加强国际与区域性组织对维护国际和平与安全，对发展事业、尤其对发展中国家的发展事业，对与殖民主义政策作斗争、反对种族歧视和种族隔离以及对保证人权和保护人类基本自由所起作用方面与国际法委员会进行合作的可能性。最后，巴库谢先生指出，阿拉伯国家联盟理事会已委托阿拉伯国际法委员会密切注意国际法委员会工作的任务，阿拉伯委员会目前正在审议国际法委员会议程上的若干专题，并从其委员中指定专人担任各个项目的特别报告员。

C. 第三十六届会议的日期和地点

328. 委员会决定其下一届会议从1984年5月7日至7月27日在联合国日内瓦办事处举行。

D. 出席大会第三十八届会议的代表

329. 委员会决定由其主席劳雷尔·B·弗朗西斯先生代表出席大会第三十八届会议。

E. 吉尔贝尔托·阿马多纪念讲座

330. 为纪念杰出的巴西法学家、国际法委员会前委员吉尔贝尔托·阿马多，在1971年决定举行纪念讲座，邀请国际法委员会委员、国际法讨论会的参加者和其他国际法专家出席。

331. 在巴西政府另一项赠款资助下，第六次吉尔贝尔托·阿马多纪念讲座于1983年6月3日在晚宴后举行。发表演讲的是巴西驻维也纳大使兼常驻联合国维也纳办事处代表G. E. do Nascimento e Silva先生阁下，讲题为：“科学技

术对国际法的影响”。委员会希望，象前五次一样，这次的讲稿将以英文和法文印发，以供国际法领域中尽可能多的专家阅读。

332. 委员会感谢巴西政府再次给予协助，并希望吉尔贝尔托·阿马多纪念讲座将继续举行。委员会请卡莱罗·罗德里格斯先生向巴西政府转达其谢意。

F. 国际法讨论会

333. 按照大会1982年12月16日第37/111号决议第8段，法律事务厅会同联合国日内瓦办事处，在国际法委员会第三十五届会议期间，举办了第十九届国际法讨论会。讨论会的参加者是国际法的高级研究生，以及经常在工作中研究国际法问题的年轻政府官员。

334. 1983年3月30日甄选委员会在联合国日内瓦办事处主任埃里克·絮伊先生主持下举行会议。委员会的成员有：M. A. 布瓦萨尔先生（训研所）、E. 克里斯皮尔先生（贸发会议）、K. 赫恩德勒先生（人权中心）和M. 塞布蒂先生（日内瓦办事处行政司）。委员会从六十四名候选人中选出了二十四名参加者，他们具有不同的国籍，大部分来自发展中国家。此外，有两人作为观察员参加这届讨论会。

335. 讨论会自1983年5月24日至6月10日在万国宫举行，参加者可利用万国宫图书馆的各种便利，并观看了联合国新闻处组织放映的一次电影。他们得到为听取了解国际法委员会的讨论和讨论会的专题讲演内容所必需的基本文件。此外他们还可以取得或廉价购取在他们本国得不到或难以得到的联合国出版物。讨论会结束时，国际法委员会主席和联合国日内瓦办事处主任发给参加者每人一份证书，证明他们在这第十九届讨论会上勤奋学习。

336. 在讨论会三个星期会议期间，委员会的以下四名委员在讨论会中作专题讲演，讲演后进行讨论：胡利奥·巴尔沃萨先生（“排除国家责任的情况”）；M. L. 巴兰达先生（“危害人类和平及安全治罪法问题”）；R. Q. 昆廷—巴克斯特先生（“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”）；M. W. 里普哈根先生（“国家责任的若干方面”）。

337. 此外国际法院法官阿戈先生作“关于国家责任法律编纂的若干看法”的报告；卡特先生和乔杜里先生作“关于联合国救灾协调专员办事处工作”的报告；迪凯纳先生作“关于欧洲经济委员会在运输领域活动”的报告；马苏耶先生作“关于世界知识产权组织活动”的报告；郝恩德勒先生作“关于人权中心”的报告。

338. 象1982年一样，讨论会的参加者受到日内瓦市在市政府亚拉巴马厅的正式接待。在接待中，日内瓦市礼宾长R·维厄先生介绍了日内瓦的国际方面。讨论会还安排访问了红十字国际委员会总部。参加者出席了红十字国际委员会理论和法律部主任Y·桑多兹先生主持的座谈会，会后受到红十字国际委员会主席亚历山大·海先生接见。

339. 和过去一样，讨论会的费用完全不由联合国负担，也未要求联合国支付参加者的旅费和生活费。奥地利、丹麦、芬兰、德意志联邦共和国、荷兰和越南政府为来自发展中国家的参加者提供了研究金。达纳国际法和比较法研究基金会(美利坚合众国俄亥俄州托莱多)也为此提供了研究金。由于颁发研究金，才能够实现参加者的适当地域分配，才能使遥远地区国家合格的候选人得以参加，否则他们会单纯由于费用问题而不能与会。今年得到研究金的参加者共十四人。自从讨论会开始举办以来，参加者共有425人，分别具有106种国籍，其中有198个参加者得到研究金。

340. 国际法委员会着重指出它对于讨论会的重视，讨论会使年轻的法学家有机会熟悉国际法委员会的工作和总部设在日内瓦的许多国际组织的活动。为了使讨论会能维持下去并得到发展，特别是为了颁发更多的研究金，委员会切望有尽量多的国家捐助用于旅费和生活费的经费，哪怕是象征性的捐助，以此表示它们对国际法讨论会会议关心。

×× ×× ×× ×× ××

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
