

68. 最后，他认为，在目前阶段不宜将条款草案送交起草委员会。

下午 6 时零 5 分散会。

---

第 2114 次会议

1989 年 6 月 7 日星期三上午 10 时

主席：伯恩哈德·格拉夫雷特先生

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

---

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(续)

(A/CN.4/384,<sup>1</sup> A/CN.4/413,<sup>2</sup> A/CN.4/423,<sup>3</sup>)

---

<sup>1</sup> 转载于《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分）/Add.1.

<sup>2</sup> 转载于《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

<sup>3</sup> 转载于《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

(议程项目 7)

特别报告员的第五次报告(续)

第 1 至 17 条<sup>5</sup> (续)

1. 迪亚斯·冈萨雷斯先生说,他和比斯利先生(第 2110 次会议)一样,认为本专题是国际法逐渐发展过程中的一项实践,委员会因而必定愿意研究为各国所关心的相关专题。这也恰恰是因为委员会的目的是研究约束某些活动的法律,设法防止这些活动可能造成的损害以及确保这种损害不会不受惩罚。

2. 然而,条款草案引出了法律定义以及法律方法和语言等问题。正如勒泰先生(同上)所说,虽然这个专题在委员会议程上搁置已久,但并不能因此而匆忙抛出条款草案,把那些基本的问题遮掩住。特别报告员为界定该专题的基本要旨曾寻找一个立足点,引入了有危险的活动概念。然而这种活动本身并不受国际法禁止。这确是必须解决的困难;不能仅仅拟定一套条款草案而把基本问题留给起草委员会解决。在界定义务时,不论是谈判义务还是防止义务,委员会都必须先确定这些义务的目的,因而确定所涉责任的基础。

3. 有人建议应在危险概念和损害概念两者之间建立联系,以便赔偿责任不仅仅以危险为基础,也就是说应建立适当的法律制度。在实在法中,特别制度是在具体协定或公约的基础上制订的——或许还在司法和仲裁机构的主持下制订,特莱尔

---

<sup>4</sup> 对本专题的审议,部分是根据前特别报告员昆廷-巴克斯特先生在委员会第三十四届会议上提交的专题纲要进行的。案文转载于《1982 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 83-85 页,第 109 段,对它的修改载于《1983 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 84-85 页,第 294 段。

<sup>5</sup> 关于案文,见第 2108 次会议,第 1 段。

冶炼厂案<sup>6</sup> 即为一例。在此之前已经提到过有关和平利用原子能、有关石油以及其他污染性物质污染海洋以及有关外空物体等公约。在所有这些公约中，赔偿责任都是严格赔偿责任，即只有在造成损害时才产生此责任；只有在国家未履行应有注意义务时，才产生国家责任。然而，危险的赔偿责任只有不存在国际非法行为时才能产生。这种责任的实行范围正在减小，因为各国日益承担起基于不法行为的新的国际义务；但是它们迄今明显地不愿意接受由不加禁止的行为所引起的危险的赔偿责任之原则。

4. 1972年的《关于环境问题的斯德哥尔摩宣言》<sup>7</sup> 以及1982年《联合国海洋法公约》都更多强调的是各国防止污染的义务，而不是强调建立新的赔偿责任制度。这些法律文书都仅限于陈述各国根据一般国际法对自己行为应给予应有注意的传统义务。为支持新的赔偿责任制度而迄今在委员会里援引的案例看起来不能令人信服。例如，特莱尔冶炼厂案中的仲裁判决是把过失行为作为赔偿责任的基础的，而过失是对应有注意义务的违反。同样，国际法院在科孚海峡案的判决中也基于同样的用意，提到“每个国家不在知情的情形下允许其领土被用于同其他国家权利相对的行为的义务”。<sup>8</sup> 因此，关于赔偿责任可以源于有危险的行为或活动的说法是很难令人接受的。在这个意义上，他同意鲁库纳斯先生的意见（第2112次会议），即最好不把这类活动描写为合法或非法，而是描写为造成了损害的物质活动。

5. 很明显，对于草案的目标，委员会里还存在许多疑惑。他自己十分乐意帮助拟订关于环境问题的公约草案，但这个公约草案不同于关于国际法不加禁止的活动的公约草案。至于术语问题，勒泰先生说得对，“reparation”有十分具体的法律含义和后果，这些都不能附之于危险；最好代之以“compensation”或“indemnification”。但是赔偿制度应考虑到分享所谈论的活动的益处的事例：例如，对于附近的一座发电站，邻国除了可能受损害外，还可能从中获益。

---

<sup>6</sup> 见第2108次会议，脚注9。

<sup>7</sup> 同上，脚注6。

<sup>8</sup> 同上，脚注10。

6. 特别报告员的建议当然是值得进一步研究的，但对其中中心思想必须进一步澄清，然后才可将条款草案交给起草委员会。有些困难可以通过将案文拟订得更明确而得到缓解，为此他赞同麦卡弗里先生给第1条草案重新拟订的案文（第2109次会议，第13段）。但对第1至9条草案的实质内容需进一步思考，以便委员会能够准确地决定条款所要规制的是什么。在委员会未能把对专题本身的各种不同观点统一起来之前便把新的第10至17条草案交给起草委员会，这未免为时过早。

7. 哈索内先生说，特别报告员的第五次报告（A/CN.4/423）表明，他对抽象概念的分析有严密的逻辑性，对委员会上届会议和大会第六委员会的辩论中出现的各种主要倾向都能驾轻就熟地加以容纳和吸收。

8. 他已在第三十九届会议上表达了他自己对本专题在国际法中的根据及其可行性的意见，<sup>9</sup> 他不想重复这些意见。不过他承认，使得委员会某些委员重又回到本专题的基本点的那种考虑因素是有其重要性的，即关切：草案应能为各国接受；意识到：不同的法律体系对本专题包含的基本概念有程度不一的承认；还考虑到一些术语问题。学术评论并非没有说服力：布朗利得出结论说，这项工程“从根本上说设计错误……众说纷纭。可引起国家责任原则的普遍混乱”。<sup>10</sup> 阿克赫尔斯特<sup>11</sup> 说，由于未能区分环境领域及其他领域活动的合法性和在这些活动过程中所做行为的不法性，仅仅因为活动本身是合法的，便使得因过失而产生的赔偿责任被错误地当作无过失而产生的赔偿责任。这些基本关切是惹人不安的，需要给予答复。特别报告员或许可以循其前任的样子做，先就此专题进行建设性对话，以期减少概念上的分歧。

---

<sup>9</sup> 《1987年……年鉴》，第一卷，第163页起各页，第2019次会议，第55-59段，和第2020次会议，第1-26段。

<sup>10</sup> I. Brownlie, *Systems of the law of Nations: State Responsibility*, Part I, (Oxford, Clarendon Press, 1983), p.50.

<sup>11</sup> M. B. Akehurst, "International liability for iujurions consequence arising out of acts not prohibited by international law", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985 (The Hague), Vol XVI, p.3.

9. 特别报告员在其报告（同上，第5段）中引入了应急或“条件性”过错概念。这是一种法律上的虚构，他个人怀疑这能否成为涉险活动之赔偿责任的基础。即使在发生了损害之后，法院也不会禁止所说的活动，只是要求支付金钱赔偿。这种做法与下述假定不符：隐含的过错一直是存在的，只有在发生损害时才显露出来。应急过错概念也带有对不法行为负有责任的含义；因此应避免使用这个概念，以免同国家责任的后果相混。无过错赔偿责任的更好理论基础，如果有必要的话，可能是不当得利论。这种理论有一种以费用分担概念为基础的赔偿制度。这一理论实际上在报告（同上，第70段）里被提到，尽管不是直接提到。

10. 特别报告员说，草案应包括造成明显跨界损害的污染活动，因为“一般国际法并没有对之施以禁止，使之排除在本专题外”（同上，第10段）。这一说法似乎难以成立。对于相对的观点却有足够的权威给予支持，这相对的观点是：一旦确认了明显跨界损害，则必然有国家责任问题。汉德尔说：“……当国家在明知排放污染物肯定会或将造成……明显跨界损害的情况下而故意排放污染物时，排放国显然将被视为对造成的损害负有责任。这种行为将被视为故意不法行为”。<sup>12</sup> 他自己认为，如果证明有严重过失，则还有责任问题。

11. 报告（同上，第6-7段和12-14段）谈到避免“可怕的”“绝对赔偿责任”概念的必要性。正由于此，特别报告员在其第四次报告（A/CN.4/413）里引入了有危险的活动概念。但他在第五次报告里指出“委员会内相当一部分意见是倾向于不把“危险”概念用作限制因素”（A/CN.4/423，第12段）。因此他重又引入了对损害的赔偿责任概念，同时把单一行为造成的损害排除在外，以避免绝对责任。然而，对活动的赔偿责任就是对危险的赔偿责任，只是名称不同而已。这个结论的依据是报告中的一句话，即“赔偿责任是与活动的性质联系在一起的”（同上，第14段）。另外，在无事的受害者看来，构成一项活动一部分的单个行为和多个行为都造成损害。把构成一项活动固有的组成部分的一个行为同一个孤立的行

---

<sup>12</sup> G.Handl, "Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work," *ibid.* pp58-59.

为区别开来，这是没有道理的。另外，也不可能确定一个行为不是一项活动的固有组成部分，除非武断决定。

12. 正如特别报告员正确指出的那样（同上，第 50 段），同不法行为的责任制度相比，因果或严格赔偿责任制度对于起源国来说是最不严厉的解决办法。严格赔偿责任和绝对赔偿责任的差别实质上是程度的差别：后者所载的免责成分少，因果链中的干涉因素也少。绝对赔偿责任制度见于许多关于具体事项的多边条约中。哥尔迪得出结论说，“比通常称之为‘严格的’赔偿责任形式更严格的赔偿责任形式现在摆在我们面前，特别是在国际领域”。<sup>13</sup> 鉴于此，他自己无法同意特别报告员的评论，即绝对赔偿责任“要求一定程度的统一性，而这种统一性只能在比我们目前国际社会更一体化的社会中发现”（同上，第 4 段）。

13. 报告的其他地方（同上，第 40 段起各段）也证明：严格赔偿责任制度同基于不法性的制度完全可以在同一个法律文书中共存，不论后者的义务属于行为义务还是结果义务。然而，他不大确信在第 4 条草案意义范围内但见于有关同样问题的其他国际协定中的严格赔偿责任标准是否能够同本条款草案中宣布的不那么严格的义务并存。由于第 4 条放弃了特殊法规则，因此这些协定中包含的义务可能被淡化，如果当事国也是本条款的参加国的话，现在正当人们越来越意识到环境问题的重要性的时候，如果发生这种情况，那么委员会不愿意通过一项绝对赔偿责任标准则是一种退步。

14. 在描述危险和损害时都使用了“明显”这一形容词，这会造成混乱，因为涉及危险程度时，它的意思是可发现的或可预见的，与带有隐含的或看不见的危险作比较。这一解释是从第（2）条草案（a）项（二）目中得出的。用“可察觉”一词可能更好。然而，涉及损害程度时，“明显”一词明显地表示出最小和最大程度之间的一点；用“显著”一词代替它会清楚许多。

15. 关于草案第三章中的程序性义务及其可履行性问题，关于国际水道非航行使使用法的条款草案中有可比的规定，这些规定是基于如下假定：这样的水道是一

---

<sup>13</sup> L. E. F. Goldie, “Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk”, *ibid.* p194.

种独立的生态系统，“在绝大多数情况下通过简单的观察”便可以把水道国辨别出来。<sup>14</sup> 根据目前的条款草案却无法进行这样的辨别，因为其范围就事而言和就人而言都极为广阔。由于在所有情况下受害国和起源国都难以辨认，所以很难理解例如关于通知的程序性义务如何履行。关于这一点，他对草案中提及国际组织表示欢迎，因为国际组织既可以帮助各国履行其防止义务，又可以帮助完成调查事实以及建立赔偿制度等任务，因而可以发挥重要作用。程序性义务的双边性质须加以修改，以便让国际组织更直接地参与。

16. 关于推迟或不推迟开展新活动的问题，他不同意特别报告员的意见（同上，第 112 段），即行动自由应具有优先地位。必须记住，一旦发生了明显的物质损害，则很可能是难以修补的，因为有可能造成了不可逆转的形势。对过去所犯的错误支付金钱赔偿，这有可能使受害国满意，但对减少对环境的破坏起不了多少作用。而且，新活动的存在会成为既成事实，妨碍有关国家建立专门制度的努力。在核试验案中，国际法院作出裁决，要求实施临时保护措施，要求法国政府“避免给所谈论的领土带来放射性落尘的核试验”。<sup>15</sup> 不用说由于裁决与实质问题无关，它们毫不损害所谈论活动的合法性或不合法性。推迟一项新活动也更加符合伊斯兰法律的古老原则，如《奥托曼民法》第 30 条中的原则，即“避免损害优先于获取利益”。

17. 关于谈判义务，谈判可能的确是必要的，尤其是在判断活动是否合法并没有切实可行的规则可依照这样的一个领域，但是谈判并不能代替实质性规则。

18. 他评论条款草案本身时说，他想知道第 1 条中的短语“贯穿于过程中的”是否意味着在部分过程中的危险或损害被排除在外。第 2 (a) (一) 和 (b) 条也存在同样问题。这两条都有必要重新拟订。对案文的精心拟订还会解决跨国公司问

---

<sup>14</sup> 《1987 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 26 页，第 3 条（水道国）的评注的 (2) 段。

<sup>15</sup> 核试验案（澳大利亚诉法国案）（新西兰诉法国案），临时保全，1973 年 6 月 22 日的命令，《1973 年国际法院裁决集》，第 99 和 135 页，见第 106 和 142 页。

题并应考虑到连带赔偿责任和共同赔偿责任问题。

19. 第3条草案的新标题“义务的确定”会在不法性责任的事项上避免同责任归属问题的混淆。经修订的第6条草案同前一次案文相比似乎更好地反映了“使用自己的财产应不损及他人的财产”这一准则。前一次案文只在谈及有明显危险的活动时才承认对他方的保护。

20. 第7条草案要求合作应具诚意，这一点是多余的，因为不具诚意的合作在词意上便相矛盾。对合作方式的规定应参照1982年《联合国海洋法公约》中类似规定的用语，特别是其第202和197条。

21. 关于第8条草案，他提到里普哈根先生说过的话：根据线性逻辑，防止义务和减到最低之义务是不能谈论的。既然赔偿责任和责任事项是根据有关义务是否已被履行来论断的，所以很有必要解释“预防”和“尽量减少”这两个词的含义。

22. 至于第9条草案，在关于不被禁止的活动的赔偿责任事项上，“compensation”当然要比“reparation”更合适，他想知道待拟订的特别制度是不是不仅仅包含金钱赔偿。他认为，技术援助也应占有一席之地，另外，法院可能要求所说的活动即使不是停止的话，也应至少在降低的水平上进行。特莱尔冶炼厂案<sup>16</sup>正是这样的一个先例，是一个可称作“部分停止”的例子。正如他已经指出的那样，第9条提及谈判，但这不能替代实质性规则。对他提到的所有要素都应进行认真研究，以期将它们收进对于合法行为的补偿制度中。

23. 比斯利先生说，委员会必须采取一种解决问题的办法，而不是纯粹的理论性办法。意见存在着分歧。一些委员想要一套基于损害的条款，而另一些委员却主张制订基于危险的条款。重要的一点是，两种意见持有者都引用了可用于反驳他们观点的观点。显然，委员们所采取的主观性处理办法反映了——也的确应该反映——他们曾学习的各不相同的法律体系。尽管如此，他还是认为有可能找到共同点；实际上已经取得了一些进展。例如，起初对如何解决“全球公地”这个问题存在着困难，现在委员会正在克服这个困难；先前曾有人坚持说解决国家之间的赔偿责任问题是过于复杂的，更不用说解决一国同整个国际社会之间的赔偿责任问题。然

---

<sup>16</sup> 见第2108次会议，脚注9。



而，委员会的所有委员都同意对法律逐渐加以发展是必要的。

24. 意在解决问题的办法是由海斯先生倡导的。他提出了有意思的建议第 2113 次会议，将该专题的两个分枝分开叙述，各成一章：一章载述关于无过错赔偿责任的条款，另一章载述关于有危险的问题的条款。就他自己来说，他已引证表明（第 2110 次会议），曾经有仲裁庭确认无过错责任的先例。例如，特莱尔冶炼厂案<sup>17</sup> 本身的判决实际上根据的就是严格赔偿责任概念，而不是根据过失概念。也存在着大量的关于特别危险活动的绝对赔偿责任的条约法。任何习惯法规则能否说是产生于那些法律令人怀疑。但是，光凭采用严格赔偿责任这一个办法还是无法拟订出一套连贯的条款草案。必须一方面考虑到严格赔偿责任或无过错赔偿责任，另一方面考虑到绝对赔偿责任才行。一系列国际公约对后者都有规定；这些公约是关于特别危险活动所造成的损害的国际责任的。

25. 施奈德<sup>18</sup> 最近援引了一些基于严格赔偿责任概念的国际司法和仲裁裁决，还清楚地说明，这个概念与绝对赔偿责任概念不可互换。严格赔偿责任基于损害，而不是基于过错。在他本人看来，或存在着或演变着以损害而不是以过错为基础的对环境损害的严格赔偿责任准则。尽管如此，对这一点似乎不应过分强调，因为那将有可能加深委员会内部的意见分歧。事实上另一位作者——伊恩·布郎利——就持有如下观点：国际法缺乏关于无过错严格责任的理论。

26. 许多多边公约对诸如核设施、核动力船舶和外空物体以及某些石油污染事故造成的损害等事项都直截地规定了绝对赔偿责任。这方面的法律文书包括 1962 年布鲁塞尔《核动力船舶经营人的责任公约》、1963 年《核能损害民事责任维也纳公约》、1960 年《核能方面第三当事者责任公约》、1971 年《海运核子原料方面民事责任公约》和 1972 年《外空物体所造成损害的国际责任公约》。<sup>19</sup> 这些条约在免责等事项上自然存在着一些差异，但它们都清楚地确立了无过错赔偿责任规则，而没有确立基于危险的责任。然而，如果说危险，尤其是例外的危险与

---

<sup>17</sup> 同上。

<sup>18</sup> 前引书（第 2111 次会议，脚注 17），第 164 页起各页。

<sup>19</sup> 这些公约的有关材料见文件 A/CN.4/384，附件一。

此专题无关，在这些条款草案中不应加以考虑，则也是不对的。

27. 面对所有这些困难，委员会必须找到解决办法。他自己觉得这是有可能的。关于第 10 至 17 条草案的讨论应继续进行；起草委员会应根据讨论和提出的关于如何处理危险与过错这一对问题的建议进行有关第 1 至 9 条草案的工作。对于解决这些在某些意义上来说是古老的但在立法意义上来说却是崭新的问题，委员会是最合适的机构。毫无疑问，为克服有关困难还需做大量的工作。就工作方法来讲，应把工作交给起草委员会来做，即使起草委员会时常把未解决的问题报回给委员会。

28. 最后，他提请注意关于诸如外层空间活动和大气层法律中的赔偿责任的有用的先例的摘要，他已将摘要的文本非正式地提供给了委员们。他了解联合国以外正在进行的有关活动是有益的。

29. 马希乌先生说，他打算在下届会议上就本项目发言。他难免要长篇论述，因为特别报告员的第五次杰出报告（A/CN.4/423）以及报告中提出的 17 个条款草案很重要。特别报告员把这个专题从玄奥的理论王国拉回到现实中，所以，委员会现在开始更清楚地看到这个极为重要的专题的含义和目的。在此期间，他同意将第 1 至 9 条草案送交起草委员会。

#### 国家及其财产的管辖豁免

(A/CN.4/410 和 Add. 1-5<sup>20</sup> , A/CN.4/415,<sup>21</sup> A/CN.4/422  
和 Add. 1<sup>22</sup> , A/CN.4/L.431, F 节)

#### 〔议程项目 3〕

#### 特别报告员的第二次报告

#### 二读审议条款草案

30. 主席提到特别报告员在上届会议上介绍了他关于本专题的初步报告

---

<sup>20</sup> 转载于《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

<sup>21</sup> 同上。

<sup>22</sup> 转载于《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

(A/CN.4/415),<sup>23</sup> 他在报告中分析了各国政府就委员会在1986年第三十八届会议上一读暂时通过的关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案所提出的评论和意见(A/CN.4/410和Add.1-5)。特别报告员在报告中还根据各国政府的评论和意见提议对条款草案进行某些修正。然而,由于缺少时间,委员会未能在上届会议上审议本专题。

31. 一读暂时通过的条款草案<sup>24</sup> 如下:

### 第一部分

### 导 言

#### 第 1 条 本条款的范围

本条款适用于一国及其财产不受另一国法院管辖的豁免。

#### 第 2 条 用语

1. 为本条款的目的:

- (a) “法院”是指一国有权行使司法职能的不论名称为何的任何机关;
- (b) “商业合同”是指:
  - (一) 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;
  - (二) 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保赔义务;
  - (三) 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。

---

<sup>23</sup> 见《1988年……年鉴》,第一卷,第260页起各页,第2081次会议,第2-26段。

<sup>24</sup> 《1986年……年鉴》,第二卷(第二部分),第8页起各页。

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

### 第3条 解释性规定

1. 本条款中使用的“国家”一词应理解为包括：

- (a) 国家及其各种政府机关；
- (b) 有权为行使国家主权权力而行动的国家政治区分单位；
- (c) 有权为行使国家主权权力而行动的国家机构或部门；
- (d) 以国家代表身分行动的国家代表。

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。

### 第4条 不受本条款影响的特权和豁免

1. 本条款不妨碍一国所享有的有关行使下列职能的特权和豁免：

- (a) 其使馆、领馆、特别使节团、派驻国际组织的代表团或派往国际组织机构或国际会议的代表团的职能，和
- (b) 与上述机构有关的人员的职能。

2. 本条款同样不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免。

### 第5条 本条款不溯及既往

在不妨碍本条款所列，不管本条款是否有规定，国家及其财产的管辖豁免按照国际法均应遵守的任何规则的适用的条件下，本条款不应适用于在本条款对有关国家生效前，在另一国法院对该国提起的诉讼所引起的任何国家及其财产的管辖豁免问题。

## 第二部分

### 一般原则

#### 第6条 国家豁免

一国本身及其财产遵照本条款的规定〔和一般国际法的有关原则〕享有不受另一国法院管辖的豁免。

#### 第7条 实行国家豁免的方式

1. 一国应避免在其法院上对另一国提起的诉讼中行使管辖，以实行第6条所规定的国家豁免。

2. 一国法院上的诉讼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财产、权利、利益或活动的裁决的后果，即应视为对该另一国提起的诉讼，而不论该另一国是否被指名为该诉讼的当事一方。

3. 特别是，一国法院上的一项诉讼，如果是对另一国的一个机关，或对其一个政治区分单位一个机构或部门行使主权利力的行为提起的诉讼，或对该国的一位代表，就其以代表的身分所作的一项行为提起的诉讼，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诉讼，即应视为对该另一国提起的诉讼。

#### 第8条 明示同意行使管辖

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诉讼援引管辖豁免：

- (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 参加法院诉讼的效果

1. 一国如有下列情况，在另一国法院的诉讼中即不得援引管辖豁免：
  - (a) 该国本身提起该诉讼，或
  - (b) 就案情实质介入该诉讼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：
  - (a) 援引豁免，或
  - (b) 对诉讼中争执的财产主张一项权利或利益。
3. 一国未在另一国法院的诉讼中出庭不应视为该国同意该法院行使管辖。

## 第10条 反诉

1. 一国如本身在另一国法院提起一项诉讼，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诉讼中介入提出诉讼要求，则不能就与该国提出的诉讼要求相同的法律关系或事实所引起的任何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诉讼中提出反诉，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〔限制〕〔例外〕

## 第11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诉讼中由该另一国法院行使管辖，从而不得在该诉讼中援引管辖豁免。

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。

## 第12条 雇用合同

1. 除有关国家间另有协议外, 一国对另一国原应管辖的法院中涉及该国和个人间关于已全部或部分在该另一国领土内进行的或将进行的服务工作的雇用合同的诉讼, 如果该雇员是在该另一国征聘, 而且适用该另一国实行的社会保险规定, 则不得援引豁免。

2. 第1款不适用于下列情况:

- (a) 征聘该雇员是为了进行与行使政府权力有关的工作;
- (b) 该诉讼涉及个人的征聘、雇用期的延长或复职;
- (c) 该雇员在签订雇用合同时既非法院地国的国民也非其长期居民;
- (d) 该雇员在提起诉讼时是雇用国的国民;
- (e) 该雇员和雇用国另有书面协议, 但由于公共政策考虑, 因该诉讼的事项内容而赋予法院地国法院专属管辖权者不在此限。

## 第13条 人身伤害和财产损害

除有关国家间另有协议外, 一国对于另一国原应管辖的法院涉及人身死亡或伤害或有形财产的损害或灭失的赔偿的诉讼, 如果据称责任应归于该国、造成死亡、伤害或损害的作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内, 而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内, 则不得援引豁免。

## 第14条 财产的所有权、占有和使用

1. 除有关国家间另有协议外, 在涉及确定下列问题的诉讼中, 一国不能援引国家豁免来阻止另一国原应管辖的法院行使其管辖:

- (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诉讼，尽管该诉讼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诉讼的情况下也不能援引豁免，或者该国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。

### 第 15 条 专利、商标和智力产权或工业产权

除有关国家间另有协议外，一国不得对另一国原应管辖的法院在有关下列事项的诉讼中援引豁免：

- (a) 确定该国对在法院地国享受包括暂时措施在内的法律保护措施的专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或其他任何类似形式的智力产权或工业产权的任何权利，或
- (b) 据称该国在法院地国领土内侵犯在法院地国受到保护的，属于第三者的上述 (a) 项权利的行为。



## 第 16 条 纳税事务

除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院有关该国按照法院地国法律可能须缴纳关税、赋税或其他类似捐费的纳税义务的诉讼，不得援引豁免。

## 第 17 条 参加公司或其他集体机构

1. 除有关国家间另有协议外，一国对另一国原应管辖的法院有关该国参加具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构的诉讼，即关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼，不得援引豁免，但有以下条件：

- (a) 该机构的参加者不限于国家或国际机构，而且
- (b) 该机构是按照法院地国的法律注册或组成或其控制中心或主要营业地位于法院地国。

2. 如争端当事方之间的书面协议或建立或管理该机构的章程或其他文书中有相反的规定，本条第 1 款即不适用。

## 第 18 条 国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶

1. 除有关国家间另有协议外，拥有或经营一艘从事〔非政府性〕商业活动的船舶的国家，在有关该船舶的经营的任何诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于军舰、辅助舰艇或一国拥有或经营而用于或意图用于政府性非商业活动的其他船舶。

3. 为本条的目的，“有关该船舶的经营的诉讼”一语应指包括确定下列诉讼要求的任何诉讼在内的诉讼：

- (a) 关于碰撞或其他航行事故的要求；
- (b) 关于协助、救助和共同海损的要求；
- (c) 关于修理、供应或有关船舶的其他合同的要求。

4. 除有关国家间另有协议外，一国在有关该国拥有或经营的、从事〔非政府性〕商业活动的船舶所载货物的运输的诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于或意图专用于〔非政府性〕商业用途，即不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

5. 第4款不适用于第2款所述船舶所运载的任何货物，也不适用于属于国家所有、用于或意图用于政府性非商业活动的货物。

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

7. 如果在任何诉讼中产生有关船舶或货物的政府和非商业性质问题，该船舶或货物所属国家的外交代表或其他主管当局签署的、送达法院的证件，应作为该船舶或货物性质的证据。

#### 第19条 仲裁协定的效力

一国如与一外国自然人或法人订立书面协定，将有关〔商业合同〕〔民事或商业问题〕的争议提交仲裁，则该国对于另一国原应管辖的法院关于下列事项的诉讼，即不得援引管辖豁免：

- (a) 仲裁协定的有效性或解释；
- (b) 仲裁程序；
- (c) 裁决的撤销。

但仲裁协定另有规定者除外。

#### 第20条 国有化的情况

本条款的规定不应预先判定关于一国对于包括动产或不动产、工业产权或智力产权在内的财产，所采取的国有化措施的域外效力所引起的任何问题。

#### 第四部分

#### 关于财产免于强制措施的国家豁免

#### 第 21 条 免于强制措施的国家豁免

一国在有关另一国法院的诉讼中，享有免于对其财产或该国占有或控制的财产，（或该国在其中拥有法律保护的利益的财产）的使用实行的强制措施的豁免，包括免于任何扣押、扣留和执行措施的豁免，除非该财产：

- (a) 系该国专门用于或意图用于商业（非政府性）用途而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关，或
- (b) 已被该国拨充或专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求。

#### 第 22 条 对强制措施的同意

1. 一国在有关另一国法院的诉讼中，对有关使用其财产，或该国占有或控制的财产（或该国在其中有法律保护的利益的财产）的强制措施，如果该国以：

- (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

明示同意对该财产采取强制措施，即不得援引豁免。

2. 按照第8条的规定同意行使管辖不应被认为默示同意按本条款第四部分采取强制措施，关于强制措施必须另行表示同意。

#### 第 23 条 特定种类的财产

1. 下列各类国家财产不应视为第21条（a）款所指的一国专门用于或意图用于商业（非政府性）用途的财产：

- (a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构或国际会议的代表

团用途的财产，包括任何银行帐户款项，

- (b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产，
- (c) 该国中央银行或其他货币当局位于另一国领土内的财产，
- (d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售或意图出售的财产，
- (e) 构成在另一国领土内举行的具有科学或历史价值的物品展览的一部分，并非供出售或意图出售的财产。

2. 对第1款所列财产种类或其一部分，不得在有关另一国法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第21条(b)款将该财产拨充或专门指定用途或按第22条具体同意对其该类财产或其一部分采取强制措施。

## 第五部分

### 杂项规定

#### 第24条 诉讼文书的送达

1. 以任何传票或其他对一国提起诉讼的文件送达诉讼文书应按以下方式进行：

- (a) 按照起诉人与有关国家之间关于送达文书的专门协议，或
- (b) 如无此项协议，则按照对法院地国和有关国家均有约束力的任何适用的国际公约，或
- (c) 如无此项协议或公约，则通过外交渠道送交有关国家的外交部，或
- (d) 如无上述办法，则在法院地国和有关国家的法律均允许的条件下，
  - (1) 可以需有签字收据挂号信送交有关国家外交部的首长，或
  - (2) 以其他任何方式送达。

2. 以第1款(c)项和(b)项(1)目的方式送达诉讼文书时，外交部

收到该项文书即该项文书之送达。

3. 在必要时，送达的文书应附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。

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

### 第25条 缺席判决

1. 除非证明符合第24条第1款和第3款的规定，而且从送达传票或其他起诉文件之日起或按照第24条第1款和第2款认为已送达文件之日起已过去至少三个月的时间，不得对一国作出缺席判决。

2. 对一国作出任何缺席判决，应将判决的抄本，必要时附上译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本。通过第24条第1款所列的一种方式，送交该有关国家，为撤销一项缺席判决所适用的时限不应少于三个月，时限应从有关国家收到判决书抄本或认为有关国家收到判决书抄本之日算起。

### 第26条 免于胁迫措施的豁免

一国在另一国法院的诉讼中，对要求该国实施或不实施特定行为否则即予罚款的任何胁迫措施享有豁免。

### 第27条 程序上的豁免

1. 一国未能或拒绝为另一国法院的诉讼的目的提出任何文件或提供任何其他情报，除这种行为对该案的实质可能产生的后果外，不应产生其他后果。特别是，不得因此对该国处以罚款或罚金。

2. 一国在另一国法院中作为诉讼当事方，则在任何这类诉讼中，均无须提供无论何种名称的担保、保证书或保证金，以保证支付司法费用和开支。

### 第28条 不歧视

1. 本条款的规定应不加歧视地适用于本条款各当事国。

2. 但下列情况不应视为歧视待遇:

- (a) 法院地国由于该有关的另一国家限制性地适用本条款的任何规定, 而限制性地适用该项规定,
- (b) 国家彼此之间依协定相互给予与本条款的规定所要求的不同的待遇。

32. 主席邀请特别报告员介绍他的第二份报告 (A/CN.4/422 和 Add.1), 委员会将与初步报告一并审议。

33. 小木曾先生 (特别报告员) 说, 该专题的条款草案是 1986 年一读通过的。公正估价国际社会对这些案文发表的看法, 也许为时尚早。这主要是因为: 到目前为止, 只有 29 个国家提交了评论和意见 (A/CN.4/410 和 Add.1-5), 并且因为他的初步报告 (A/CN.4/415) 并未引起第六委员会在大会第四十三届会议上大量的评论。因此, 他的第二次报告 (A/CN.4/422 和 Add.1) 的目的, 是想对初步报告作详细说明, 并根据各国政府的评论和意见对其中一些条款草案提出进一步的修正, 以有助于委员会的辩论。

34. 他首先提到草案的第二部分 (一般原则), 他说条款草案基本上包括一条国家豁免的一般原则, 如第 6 条之规定; 以及对该原则的若干例外和限制, 如第三部分第 11 至 19 条的规定。虽然在一读过程中, 委员会中的观点有明显分歧: 有些人赞同拟定一条国家豁免的绝对规则; 有些人赞同拟定一条限制性规则, 但是, 大家普遍认为, 国家豁免原则本身, 为习惯国际法的一项准则。这一结论, 是开始进行这一专题方面的工作的根据。

35. 特别报告员在初步报告中, 没有详述司法实践和国内法。这两方面的内容, 已在前任的特别报告员的八份报告中得到详述。<sup>25</sup> 然而, 应委员会一些委员的请求, 他在第二次报告中简述了关于国家豁免的一般的国家实践方面的最近的发展情况。

---

<sup>25</sup> 见《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 98 页, 脚注 351 和 353。

36. 在各国政府的评论中，有一种观点认为：一国实际上在一切情况下均免受一外国法院的管辖，除非该国明确同意接受此种管辖。根据此种观点，绝对豁免是一般国际法准则，不遵守该准则的国家则违反了国际法。然而，在司法实践中以及根据国内法，绝对豁免理论则已逐步让位于有限豁免理论。报告员在第二份报告（同上，第5-9段）中，简要审查了国内法院持有限豁免观点的过程。

37. 从上述国家实践的简要回顾中可以看出，国家豁免的绝对理论再也不能被认为是习惯国际法的具普遍约束力的准则了。人们可以认为：未同意修改这一准则的国家仍可依赖绝对豁免理论。但是，正如前任特别报告员在第六次报告中指出的<sup>26</sup> 除非绝对理论的倡导者提供具体证据，即某一司法裁定，在处理实行有限豁免的国家本拒绝给予豁免的案件时，给予豁免，否则，有限豁免在实行有限豁免的国家便不能遭到否认。换言之，不能仅通过发表一种相对立的理论或宣布一种绝对原则，而否认有限豁免。关键的一点是，坚持绝对豁免的各国的司法实践已有重大变化。

38. 反过来，问题是，根据一般国际法，一国现在是否可在它认为合适的情况下随意否认其它国家的豁免。如果国家豁免规则是由国际法支配的，那么，就能推断，国际法中包含一条准则，根据该准则，各国否认其它国家的豁免的自由，是受限制的。然而，由于此种限制的范围问题尚未解决，因此就不可能在这方面在普遍一致的情况下作出准确的规定。的确，国家豁免有限理论的倡导者曾提议：可将外国的行为分成两类——统治权行为和管理权行为，只是在涉及第一类行为时，外国才有资格享受豁免。遗憾的是，这种区分实际上很难做到。因此，显然，赞成绝对豁免理论者就不愿接受有限豁免理论。简言之，无论是统治权行为，还是管理权行为，都不存在单一的、普遍接受的定义，尽管一些学者支持有限豁免原则。然而，鉴于人们明显地逐步倾向于承认国家的管辖豁免有限这一原则，他认为，应在法律上对两种行为进行客观的阐述和解释。

39. 在他的初步报告（A/CN.4/415，第67段）中，他提议删除第6条

---

<sup>26</sup> 《1984年……年鉴》，第二卷（第一部分），第16页，文件A/CN.4/376和Add.1和2，第46-47段。

(国家豁免)方括号中“和一般国际法的有关规则”的字样。根据西班牙政府的意见,他还建议,可将这一意见包括进今后公约的序言中。当然,近期的发展是有利于有限豁免理论的,因此,保留所谈论的短语也不会完全不合逻辑。存在的危险是,它可能会增加豁免的例外,因而也就增加对统治权行为不适当限制的例外。如果出于这一原因或其它原因,大家同意删除有争议的字样,他愿提议下列新的第6条之二,以在两种不同的观点(A/CN.4/422和Add.1,第17段)之间求得平衡:

### 第6条之二

“尽管有第6条的规定,但是,任何当事国在签署本公约时或在交存批准书、接受书或加入书时,或在此后任何时候,还可声明除第11至第19条规定的情况以外的对国家豁免的任何例外,该国法院得据以受理对另一当事国的诉讼,除非后者声明作出后三十天内提出反对。作出声明的国家的法院,不得受理针对已反对该声明的国家的依据声明所载规定的诉讼。作出声明的国家或反对声明的国家可随时撤回其声明或其反对。”

该条款将符合有限豁免规则方面的国家实践的目前趋势,还会有助于制定一条基于国家间经常性的统一司法实践的准确的习惯国际法规则。然而,他认识到,如通过第6条之二草案,删除第6条方括号中的短语,则似有必要再次审查第28条。

40. 谈到草案第三部分,委员们一定记得:委员会为该标题保留了两个备选方案:一是对国家豁免的“限制”这一短语,一是国家豁免的“例外”这一短语。尽管他认为两者之间的选择不会构成特别困难,但最好以后在进行了二读之后将此事转交起草委员会,请它在研究了所有条款草案之后提出适当建议。

41. 与关于商业合同的第11条相关,他回顾说,他曾在初步报告里提出了用提议的新的第2条第3款的案文(A/CN.4/415,第29和39段)取代与商业合同的确定有关的第3条第2款。他提出要考虑到若干政府的意见,这些政府不同意在早先的草案中使用确定某些活动是否应视作商业活动的目的标准。这些政府还认为第3条第2款,特别是“如合同的目的在该国实践与确定合同的非商业性质有关”这一句语义不清,过于主观和带有人为性。然而他认为,在解救饥荒等情



况下目的标准便特别有必要，在涉及有关合同的情况下应加以考虑。

42. 然而，在该款中规定的双重标准基本上是与合同的性质相关的，也与外国的有关实践相关，会引起运用时的不确定情况，因为“国家的实践”不见得明确，因而有可能转化为绝对豁免论。从该项规定字面上的解释，可以看出，目的试验是在发生疑问时用作补充手段的，但正如该条的评注所指出，“如果在进行了‘自然’试验后，合同或交易看起来是商业性的，那么该国可以援引合同或交易的性质来对这项结论提出异议”。<sup>27</sup>

43. 根据被告国的实践，合同的性质几乎总是在单方面基础上确定的，联合国对第3条第2款的评论就说到这一点。事实上，双重标准的目的是向发展中国家提供适当保护，保护它们发展国民经济的努力。该条的必要性是不可否认的，但如要一个更具平衡性的标准便可以采纳为拟议的新的第2条第3款建议的下述案文（同上）：

“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，但如果有关国家间的国际协定或当事方之间的书面合同规定合同是为了公共的政府用途，在确定合同的非商业性质时，也应考虑”。

44. 他欢迎委员会对提议的新的第11条之二（同上，第122段）提出进一步的指导意见，因为现在讨论的这个问题是极为重要的。

45. 谈到第13条，正如先前的特别报告员在其第五次报告里指出的那样，<sup>28</sup> 近来编纂的文书的有关条款规定，对造成人员伤亡或财产损失的外国非法行为拒绝豁免。这些条款通常要求把领土管辖作为实行侵权行为免责的限制性因素。因此该条中第二个领土要求可以删除。

46. 关于国家责任问题，行为或不行为的非法性不是由国际法规则确定的。按照第13条（原第14条）的评注，“豁免规则的这种例外仅适用于有关国家依照

---

<sup>27</sup> 《1983年……年鉴》，第二卷（第二部分），第35页，第3条第2款的评注（2）段。

<sup>28</sup> 《1983年……年鉴》，第二卷（第一部分），第25页，文件A/CN.4/363和Add.1。

不法行为地法将负有责任的案件或情况”。<sup>29</sup> 换句话说，原则上法院地国法律为适用法律。

47. 在显然是例外的有名案例莱特利尔诉智利共和国案（1980年）中，曾就前智利驻美国大使被杀一事在美国法院提起对智利的诉讼，依据的是美国的1976年《外国主权豁免法》第1605(a)(5)条。智利声称享有主权豁免，理由是此杀人案属公开的政治谋杀行为。然而法院判定，可以对外国因其非法的公开行为而施加管辖。有时候一国可能出于政治考虑而不接受依据国际法中国家责任规则而成立的案件，但不能据此说，由受害者依据法院地国法律在当地法院提起对外国的诉讼便更恰当。

48. 而且，第13条包括了对人的身体伤害和对有形财产的伤害，但有人会说，其范围太宽，无法让足够多的国家接受其目前形式。反映在评注里的委员会意图是，第13条应主要包括平常发生在法院地国境内的事故。该条于1984年恢复了其现在的形式；前任特别报告员更换了其规定，把适用范围缩小到仅包括通常要求保险赔偿的交通事故。无论如何，委员会应重新审议该条款并考虑到如下事实：到此刻为止同刑事犯罪相关的赔偿责任案件在实际中很少遇到。如果该条范围缩小到这样程度，第6条草案之二（见上文第39段）便有可能成为一个折衷因素。

49. 好几个国家，如美国、联合王国、新加坡、南非等目前都有关于非商业性侵权行为的立法。然而在这种立法成为法律之前几乎所有有关的法院判案都属于交通事故；他的理解是，莱特利尔案可能是造成不豁免的人身伤害所适用的唯一例外案例。他因此希望委员们就如下问题发表意见：把第13条的范围缩小到仅包括交通事故，该条是否就变得更容易接受。

50. 一些发展中国家对第15条提出反对意见，因为它会对它们的经济增长和发展产生有害影响。它们一般认为，不制订保护工业或智力产权的立法，这是符合其国家利益的，因为在它们国家内自由复制任何技术进步新成果可能对整个社会有好处。或许可以说，保护智力产权是扩大世界商业活动的重要条件之一。

---

<sup>29</sup> 《1984年……年鉴》，第二卷（第二部分），第66页，评注的（2）段。

51. 第 15 条本身丝毫没有影响一国在其领土内选择并实行其国内政策的义务。事实上，它对提议的国家豁免的免除施加了两个具体的领土限制。首先，所谓的侵权行为必须发生在法院地国境内；其次，案件必须涉及在法院地国受保护的权利。因此，根据第 15 条，国内法院不能被授权判决发生在法院地国领土以外的侵权行为。在这方面，墨西哥政府对 (a) 项的评论（见 A/CN.4/415，第 160 段）是特别有关的，是对该条的正确解释。

52. 他曾在初步报告（同上，第 191 段）里建议将第 18 条中的词语“非政府性”删掉。如果保留下来，第 1 款和第 4 款便可能解释为：国家所有并用于商业的船只享有另一国管辖的豁免。这样，一方面在国家贸易制度下运营的所有商业船只可援引豁免，另一方面在自由市场制度下运营的商业船只，不论属于工业发达国家还是属于发展中国家，都将接受当地司法管辖。这种不公允的法律后果对于相当多的国家来说是完全不能接受的。删除“非政府性”一词将符合国际公约中的一般趋势，例如 1926 年《布鲁塞尔国有船舶豁免公约》、1958 年《领海及毗连区公约》（第 22 条）以及 1982 年《联合国海洋公约》（第 31 和 32 条）所表现的趋势。

53. 在这方面，有两个政府曾指出，应该在条款草案中引进分离的国家财产概念以便解决与国有或国营商业用船舶相关的问题。鉴于这些评论并由于有必要拟订一条新的同他的初步报告中提出的第 11 条草案之二相类似的条款，他建议第 18 条增加下列新的第 1 款之二（A/CN.4/422 和 Add.1，第 26 段）。

“如果一个国家企业，不论是国家的一个机关还是一个单独机构，代表国家经营一艘国家所有从事商业活动的船舶；根据国际私法应适用的规则，有关该船舶经营的争议应由另一国法院管辖，前一国家而被认为已同意在有关该船舶经营的诉讼中行使这种管辖，除非有权占有和处置分离的国家财产的该国家企业在该诉讼中能够起诉和被告。”

虽然该款的措词不同于第 11 条之二的措词，但并没有打算改变其内容。他希望起草委员会能作必要的调整。

54. 有一个政府建议，委员会应考虑国家拥有或国家经营的从事商业活动的飞机问题。正如他在其第二次报告（同上，第 28 段）中指出的那样，这个问题由国际航空条约规制，其中有《关于航空管理的公约》（巴黎，1919 年）；《统一国

际航空运输某些规则的公约》(华沙, 1929年);《统一暂行扣押飞机某些规则的公约》(罗马, 1933年);《国际民用航空公约》(芝加哥, 1944年);《关于外国飞机对地面(水面)上第三者造成损失的公约》(罗马, 1952年)。他倾向于持如下观点:除这些条约之外,就国有或国营飞机的豁免问题来说,并没有统一的习惯国际法规则,而且,能够构成国家惯例的有关法律案例也不多。因此他建议对飞机问题应按照他的报告中阐明的精神在评注中加以解决,而不是在第18条里加进一项具体的规定。

55. 关于第19条方括号中的两个备选案文,“民事或商业问题”这一短语要比“商业合同”好。如果默示同意是第19条背后的依据,那么便没有理由非要把在审定需要同意仲裁的案件时的免除豁免事项与一项例外,例如商业合同,联系起来。而且,使用“民事问题”一语似乎还有这样的好处:它没有排除这样的案例,例如对打捞船只后所提诉求的仲裁;这种案例可能不被视作单纯商作性的。

56. 第19条在提到法院时用了“另一国原应管辖的法院”几个字,而前任特别报告员最初的建议是“在其领土上或据其法律进行了仲裁或将进行仲裁的另一国的法院”(同上,第33段)。他本人倾向于后一种说法。尽管有时说仲裁是不同于法院审判的解决争议的特殊程序,但一般法院对仲裁起了辅助作用。鉴于这种法律实践,第19条在草案里引进了这么一点:在国内法院涉及仲裁的诉讼中,免除国家的豁免,即使诉讼一方是外国。当然,国内法院行使这种监督职能的方式可能依每一法律制度有关规则的不同而不同。根据第19条,仲裁的监督权跨过与仲裁协定有关的问题,例如协定的有效性和解释、仲裁程序、裁决的撤销。一些国内立法规定,可以出于公共政策理由而撤销裁决。1958年《关于承认及执行外国仲裁裁决的公约》规定,裁决只可由仲裁发生地国法院撤销。

57. 关于涉及另一国法院行使监督管辖权的诉讼的范围问题,有一个政府认为,第19条(c)项应增列关于“承认并执行裁决”的诉讼的提法(同上,第35段)。

58. 除有一个例外,最近编纂的法律并不把一国同意仲裁视作放弃执行的豁免,但他还没有机会研究美国最近就这方面提出的保留意见的有关部分。在国家实践中,对于一国同意仲裁后能否在执行针对它的裁决的有关诉讼中援引豁免,似乎

出现了两种相互冲突的意见。他的意见是，仲裁裁决的执行问题已在条款草案里得到正确处理，尽管澳大利亚在评论时提出有必要加以更明确的处理。

59. 如果在处理这一问题时采取如下观点：就执行提出申请，这除了可作为走向执行的第一步外没有任何其他用处，那么便允许在该诉讼中援引豁免以便获得初步裁决其根据是，该国并没有同意法院与实际执行有关的管辖。另一方面，如果人们认为——对确认裁决与执行裁决加以区分的话——确认是任何同意仲裁的协定之约束性特性的自然补充，并且不应受到主权豁免考虑的妨害，那么豁免就适用执行过程而不适用于在此之前对裁决的确认。

60. 在这方面，法国法院严格区分对裁决的确认与裁决的实际执行（同上，第40段）。要求执行针对外国的裁决的申请办法可能是法国特有的，但对委员会重新思考这一问题提供了有益的指导。因此他建议，为包括法院地国通过了国内立法，采纳了同法国法院相同的方针这样的情况，委员会便可在第19条里加进一个新的（d）项：“确认裁决”，这里有一项理解是，它不应解释为默示放弃对执行的豁免。

下午1时散会。

---

### 第2115次会议

1989年6月8日星期四上午10时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：哈索内先生、凯西先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、巴尔沃萨先生、巴尔谢戈夫先生、比斯利先生、本努纳先生、卡莱罗·罗德里格斯先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生、埃里克松先生、弗朗西斯先生、海斯先生、雅科维德斯先生、科罗马先生、马希乌先生、麦卡弗里先生、恩詹加先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、鲁库纳斯先生、塞普