

第 2117 次会议

1989 年 6 月 13 日星期二上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、哈索内先生、凯西先生、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、弗朗西斯先生、科罗马先生、马希乌先生、麦卡弗里先生、恩詹加先生、小木曾先生、帕夫拉克先生、斯里尼瓦萨·拉奥先生、拉扎凡德拉朗博先生、勒泰先生、鲁库纳斯先生、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。

国家及其财产的管辖豁免(续)

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

(议程项目 3)

特别报告员的第二次报告(续)

二读审议条款草案⁴ (续)

1. 巴尔谢戈夫先生继续他在上次会议开始的发言，他说，就苏联而言，在因该组织或企业的法定活动对其提出起诉时，由外贸组织或工业企业管理的国家财产

¹ 转载于《1988 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

² 同上。

³ 转载于《1989 年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

⁴ 关于案文，见第 2114 次会议，第 31 段。

不享有豁免。但是，在相反情况下却不然，在这种情况下，如果该财产系属国家财产，则不能从社会主义国家的财产中分离开。象任何其他国家财产，即分离财产一样，这种财产享有豁免。在这方面，他说，提议的新的第 11 条之二 (A/CN.4/415, 第 122 段) 从法律上讲存在不精确之处；同它所规定的正好相反，一个国家企业不“代表国家”订立合同。鉴于这些考虑，他提出第 11 条之二的如下备选案文：

“ (1) 如果一个国家企业与一个外国法人或自然人订立商业合同，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，该国家企业（国家法人）在该商业合同引起的诉讼中即不应享有管辖豁免。

“ (2) 如果不是对与外国自然人或法人订立商业合同的国家法人提起诉讼，而是对该国的另一个企业或对该国家本身提起诉讼，则不适用第 1 款的规定。而且在就合同以外的关系提起诉讼时，本条的规定均不适用。

“ (3) 如果法院地国在类似的案件中给予国家法人管辖豁免，该法院地国即不应适用第 1 款的规定。”

2. 上述规定似乎并不与有关该问题的国内立法相抵触。为证明这一点，他提到美国 1976 年的《外国主权豁免法》第 1603 条 (a) 款，该款对“外国”作出如下定义：

“‘外国国家’，……包括外国国家的政治区分单位或外国国家的机构或部门”。第 1603 条 (b) 款对该规定作了如下解释：

“‘外国国家机构或部门’指

(1) 本身系单独的法人，社团法人或其他法人，和

(2) 本身系外国国家或其政治区分单位的机构，或其大部分股份或其他所有权利益归外国国家或其政治区分单位所有的任何实体……”

在司法实践中，美国法院在承认国家机构作为国家企业的地位方面没有任何问题。在承认国家系其唯一所有者的企业为外国国家方面也不存在特别的困难。

3. 他非常感兴趣地注意到已谈过这一问题的委员会委员的发言，特别是史先生的发言，史先生还提出了一个新的第 11 条之二 (第 2115 次会议，第 24 段)。毫无疑问，史先生的提案象有关这一问题的其他提案一样，将为就该条款的内容取

得广泛的一致意见奠定基础。

4. 塞普尔维达·古铁雷斯先生注意到，特别报告员的工作使委员会向达成协议一致又迈进一步。他说，他只论及对第1至11条存有异议的方面。

5. 第1条是可以接受的，特别报告员对一读通过的该条案文未作任何补充是十分正确的。该条案文的优点在于简明扼要。

6. 把第2和第3条合为一条合乎逻辑，因为它们均涉及彼此相关的用语问题，而且第3条的标题（“解释性规定”）会引起某些争议。因此，他赞同特别报告员在其初步报告中解决这一问题的办法。然而，对提议的新的案文（A/CN.4/415，第29段）需提出几点意见。例如，第1款（b）项（2）目的措词应更为精确，以避免可能引起的疑虑和混乱。在西班牙语中，可能有更适当的措词来表达“Realizar actos en ejercicio de las prerrogativas del poder público”一语。还应对第3款加以修改，以清楚表明它所指的是为公共目的而订立的合同。

7. 尽管他在原则上赞同为第4条第1款提出的新案文（同上，第50段），却认为把它放在草案中实际上没有必要。马希乌先生在上次会议上对这一问题表示了一些疑虑，对此他有同感。

8. 第5条一开始的保障条款是必要的，因为在一些情况下，溯及既往可产生有益作用。如无保障条款，一个在其领土上正在进行与其所不承认的豁免有关的诉讼的缔约国就仍必须遵守未来公约中规定的制度。

9. 至于作为豁免制度中关键性规定的第6条，他赞同前几位发言者及特别报告员的意见，即鉴于方括号内的措词所产生的问题，应将其删除。特别报告员在其第二次报告（A/CN.4/422和Add.1，第17段）中作为可能的折衷办法提出的新的第6条之二所产生的问题多于它所解决的问题。

10. 他支持澳大利亚提出的关于在第7条中用“法院地国”和“外国”的措词的建议，赞成特别报告员提出的新案文（A/CN.4/415，第79段），该案文比一读通过的案文更为简明扼要。

11. 他赞同在第8条（c）款中的“声明”一词前加上“正式和书面”几个字或其他同义词的建议。此外，为更加明确起见，引言中的“事项”一词应改为“争端”。

12. 他还支持特别报告员提出的新的第9条案文（同上，第100段），尽管

第1款结尾的“尽早”一词对一项法律文书而言过于含糊。起草委员会无疑可找到更好的措词。

13. 对第10条提出的新的第4段案文(同上,第107段)是可以接受的,它使该条款更加具体。

14. 第11条必须明确解释“国家企业”的概念并应同草案的其他规定保持一致。对第1款提出的修订案文(同上,第121段)是可以接受的,但需作些修改。然而,他不赞同提议的新的第11条之二(同上,第122段),因为分离的国家财产的理论尚未得到所有国家的承认。委员会如想保护某些国家的权利,特别是第三世界国家的权利,就必须深入审议这一条款。他必须更仔细地研究巴尔谢戈夫先生对第11条之二(上文第1段)的提案,才能就此作出决定。

15. 最后,他建议把第1至11条草案送交起草委员会。

16. 锡亚姆先生对特别报告员表示赞扬,并说目前他不想论及已经详细讨论过的原则问题。相反,他只想就一些条款草案发表几点意见。

17. 他赞同第3条的措词,但是,考虑到某些国家实行的公法制度,他希望该条列出各种国家区分单位,特别是有权为行使主权权力而行动的行政区分单位,如最小行政区、部等。至于合同的特点,他指出,合同往往是根据其性质加以界定的,但他可以同意使用目的概念。然而,国家必须明确说明这一点,因为这方面的原则是以合同的性质为主。

18. 关于第4条,他说管辖豁免与外交豁免之间有重大区别。后者与外交职能相联,并有时限制,它同管辖豁免有性质上的区别。它的目的也不同,即保证外交职务的自由行使和确保外交人员的独立及执行其任务必不可少的自由。它自然也涉及到管辖豁免,但这种豁免是临时性的,只在外交人员执行其职务时对其提供保护。管辖豁免同国家主权本身相联系:它是永久性的,不依政府的变更而变化。因此,第4条不必要地涉及到某些问题,甚至可能引起混乱。例如,为什么要提到与问题无关的国家元首的特权和豁免呢?最明智的做法是删除本条款。

19. 他在谈到第6条时说,他不想就豁免是否属于国际法原则这一问题重新开始理论性,而且实际上是陷入了僵局的讨论;他倾向于只谈实际问题。在这方面,委员会必须牢记,各国一直在设法寻找最便利和最具体的办法来解决其关系组

合中出现的问题，而且是在对等的基础上这样做的。方括号中的措词含糊不清，可能导致意见分歧。删除这些措词将与事无妨。

20. 第7条也属不必要，而且其标题令人费解。此外，看一下该案文所包含的内容便可清楚，第3款指的是一国的“机关”，而“国家”一词已在前面的某一条中得到界定。

21. 他对第10条提议的新的第4款（A/CN.4/415，第107段）的含义不甚明确。为什么要对反诉的数量加以限制呢？要求两种诉讼要求之间存在法律关系是合乎逻辑的，但阻止一国提出比另一有关国家更多的诉讼要求则毫无道理。他提到这样一种情况：某不法行为对甲国和乙国造成不同数量的损害——甲国所蒙受的损失大于乙国——而甲国却被禁止正式提出要求数量上超过乙国的补救的反诉，来要求对其所遭受的损害进行补偿。凡产生这种效果的规定必须予以删除。

22. 提议的新的第11条之二（同上，第122段）引起了一些他尚无足够时间考虑的棘手的原则问题，特别是因为提议的备选案文，尤其是史先生的提案尚未译成法文。因此，他暂不对这一问题表示态度。

23. 恩詹加先生说，特别报告员以各国政府的评论和意见为基础，对一读通过的各条草案提出了经过改进的案文，这将对委员会的工作大有助益。他尤为感谢特别报告员对国家及其财产的管辖豁免概念的演变及绝对豁免和有限制豁免理论的法律基础进行的理论性分析。尽管在二读时不宜对管辖豁免的基础展开“理论性”辩论，但他希望指出，他认为特别报告员援引的判例法、国家实践和国家立法并不能为他在第二次报告中所下的结论提供法律依据，这一结论是：

“……绝对豁免理论逐渐让位于有限制豁免理论。因此，现在似乎没有哪项习惯国际法的现行规则自动要求一国普遍给予其他国家管辖豁免……”（A/CN.4/422和Add.1，第4段）。

24. 特别报告员所举的案例（同上，第7段和第8段）都是相当近期的例子，如美利坚合众国国务院的“塔特信函”（1952年），菲律宾海军上将案（1975年）和德国丹麦国家铁路公司案（1953年）等，但它们都取自世界的同一部分，即西方工业化国家。他所引用的国内立法也是较新的立法：1976年的美国《外国主权豁免法》，1978年的联合王国《国家豁免法》，以及新加坡1979年的、巴基

斯坦 1981 年的、南非 1981 年的、加拿大 1982 年的和澳大利亚 1985 年的类似立法。如有任何区别的话所有这些法律案文都可被认为背离了绝对豁免规则，而绝对豁免规则继续得到国际社会绝大多数成员，其中包括发展中国家的支持。他明确驳斥了 G.M.巴德 1984 年在题为《国家豁免：分析性和预测性观点》的著作中表达的，并由马希乌先生援引的观点（第 2116 次会议），即亚非法律协商委员会赞成有限制豁免理论。事实是，该委员会在其 1985、1986 和 1987 年的三届会议上广泛讨论了它认为由于美国《外国主权豁免法》承认域外管辖而对国家的管辖豁免造成的无理侵害。此外，1983 年召开的该委员会成员国法律顾问会议讨论了美国 1976 年的《外国主权豁免法》，这些顾问得出这样的结论：鉴于国家实践存在的分歧和日渐增多的制订国家立法来限制豁免的趋势，委员会最好对有关这一问题的法律进行编纂，以便对执行主权豁免规则建立统一做法。

25. 他在对条款第一部分（导言）发表评论时说，他赞成特别报告员关于把第 2 条（用语）和第 3 条（解释性规定）合并为一条，即题为“用语”的第 2 条的建议。至于对新的第 2 条第 1 款（a）项中“法院”一词的解释，他指出，在一些国家，司法职能还包括法院以外的国家机关所行使的职能。特别报告员可能愿意考虑 1985 年澳大利亚《外国国家豁免法》中对该词所下的定义。该法第 3 部分规定，法院包括法庭或其他具有或行使司法职能或权力或类似司法职能或权力的职能或权力的机构，而无论其名称为何。

26. 应赞扬特别报告员为确保“商业合同”一词不包括为公共事业进行的政府交易而作出的努力，这种政府交易实质上属于主权行为，必须继续享有豁免。新的第 2 条第 3 款（A/CN.4/415，第 29 段）对一读通过的案文（前第 3 条第 2 款）进行了改进，因为它规定要运用两个标准：合同的性质和合同的目的。但是，该款的草案规定只有在“有关国家之间的国际协定或各方之间的书面合同规定合同用于公共的和政府性目的”时，目的标准才予适用。他认为，这是对使用目的标准的过分限制，因为即便没有明确规定，某些交易，如在出现水灾，实行紧急救济或开展免疫运动时达成的交易显然属于为了公共目的。

27. 在谈到草案第二部分（一般原则）时，他说，支持绝对管辖豁免理论的人和限制管辖豁免理论的人都认为在这一问题上存在着基于国家主权平等原则

的习惯规范。在一个以不同社会、经济和政治制度为特征的世界里，如果每一国家都不失时机地对其他国家在其领土内进行的合法活动实行管辖，则国家间便不能保持和谐的关系。因此，委员会必须提出国家豁免的基本而带有限定性的原则，并确保该原则的普遍适用。这一原则不应受所谓“一般国际法有关规则”的限制，因为这些规则即便存在，也是不明确的。因此，他欢迎把第6条（国家豁免）方括号内的字样删除的提案。经此修改后的该条款将规定一个制度，这一制度并非僵死的或一成不变，它的执行方式将是第28条第1款规定的不加歧视方式，并以第28条第2款规定的对等原则为基础。还可规定根据具体协定在地区或分地区范围内实行的特别有利的制度。

28. 然而，他告诫不要根据对等原则和对这些条款的有限执行建立多种制度，而特别报告员提出的新的第6条之二（A/CN.4/422和Add.1，第17段）就含有这种危险。他认为，该条将严重妨碍制订国家豁免的客观标准，因此，他反对该条。委员会所商定的国家豁免的任何例外均应在草案第三部分中加以阐明；将来有必要规定的任何例外可列入修订未来公约的附加议定书中。

29. 他可以接受特别报告员对第7条（实行国家豁免的方式）提出的小修改，其中包括分别用“法院地国”和“外国”代替“国家”和“另一国”，以及简化第3款。他还支持特别报告员提出的新的第8条（c）项的案文（A/CN.4/415，第93段），新案文强调了将争端提交当地管辖的自愿性。

30. 他也可以接受对第9条提出的案文（同上，第100段），该条的依据是事先参加诉讼即默示同意行使管辖的理论。然而，他认为特别报告员在下述情况下对该规则加以限制是正确的：该国在采取与案情实质有关的步骤后方了解据以提出豁免的事实。因此，他赞同以1972年《欧洲国家豁免公约》第3条第1款为基础对第1款（b）项提出的补充。

31. 他希望特别报告员对提议的新的第10条第4款（同上，第107段）作一些解释。无论怎么说，该条的措词应加以改进。

32. 他认为，在目前阶段讨论草案第三部分标题（国家豁免的〔限制〕〔例外〕）的选择问题是徒劳的。一旦就不应援引国家豁免的情况的种类和性质达成令人满意的妥协，采用“限制”一词还是采用“例外”一词的问题就无关宏旨了。

33. 至于第 11 条 (商业合同), 他认为, 按照严格的界定, 商业活动属于从事贸易或商业的外国不应援引国家豁免以排除法院地国管辖的领域。尽管他欢迎为第 1 款提出的新案文 (同上, 第 121 段), 但由于在决定因素是合同缔结地法、住所地法, 还是所在地法这一问题上可能产生意见分歧, 执行“国际私法适用的规则”将存在实际困难。正如一些政府建议的那样, 在该条中列入一项有关商业合同与法院地国间的管辖联系的规则或许更好一些。此外, 第 2 款 (a) 项还应包括国家与国际组织, 如国际货币基金组织、世界银行和非洲发展银行等缔结的金融和商业协定。

34. 关于提议的新的第 11 条之二 (分离的国家财产) (同上, 第 122 段), 他说, 尽管特别报告员想以灵活而公正的方式兼顾不同社会和经济制度的愿望可嘉, 但一个人们普遍接受的观点是, 享有单独法律人格的国家贸易机构既不应谋求, 也不应接受豁免。尽管史先生 (第 2115 次会议) 和巴尔谢戈夫先生对社会主义国家中这类国家机构的运转情况作了解释, “分离的国家财产”这一概念对许多人仍然难以理解, 而且“分离的”一词本身就欠妥。他想指出, 在大部分发展中国家都有类似的机构, 它们有单独的法律人格, 且财政独立, 这类机构将没有资格要求国家豁免, 国家也不应代替它们受到起诉。因此, “分离的国家财产”的概念和第 11 条之二的行文需要进一步澄清, 因为豁免的问题可能与被诉讼方的问题混淆起来了。应该阐明, 在该条所涉情况下, 法院地国的法院将有权对一国家企业, 但不是该国本身提出诉讼要求。史先生提议的措词 (同上, 第 24 段) 是对特别报告员提出的案文的改进, 但为明确起见, 或许最好将第 1 款中“除非”改为“如果”。他还感到巴尔谢戈夫先生提议的措词 (上文第 1 段) 非常有趣, 但他怀疑第 3 款是否真有必要。

35. 他赞同特别报告员删除第 12 条 (雇用合同) 第 1 款中“而且适用该另一国实行的社会保险规定”一语的意见。但是, 他并不认为可以删除第 2 款 (a) 项和 (b) 项, 因为它们涉及已得到确认的国家豁免情况。

36. 他怀疑第 13 条 (人身伤害和财产损害) 规定的例外在原则上是否可以接受。这方面的司法裁决较为罕见, 他并不信服这样的论点, 即国家的尊严将不会受到非难, 因为在多数情况下, 保险公司将满足对人身伤害的索赔。常有人说, 拒

绝对由于外国的作为或不作为而遭受人身伤害或财产损害者进行赔偿是不公正的；这是一个强有力的论点。然而，对外交人员造成的损害也可这样说，认为应对国家的代表实行外交豁免，但拒绝给予国家本身同样的豁免是十分怪异的。然而，这样说并不等于排除责任。造成人身伤害或财产损害的作为或不作为可构成国际不法行为，行为国应根据国际法对此承担责任。正是基于这一点，他支持特别报告员增加第2款的建议（A/CN.4/415，第143段）。然而，鉴于该款所述原则普遍适用，该规定最好反映在导言中。

37. 第14条根据已牢固确立的法院地国在财产的所有权、占有和使用事项中享有主权利力的原则，规定了豁免的一个例外。然而，他赞同苏联政府的意见，即第1款（c）项、（d）项和（e）项甚至可以在财产与法院地国之间没有任何联系的情况下为外国管辖打开大门。因此，他支持特别报告员删除这几项的建议。

38. 第15条（专利、商标和智力产权或工业产权）是第11和第14条的扩展。这一条草案总的来讲可以接受，他支持特别报告员的如下建议：应在评注中说明，“其他任何类似形式的智力产权或工业产权”包括新种类的智力产权，如育种者的权利。

39. 他认为第16条（纳税事务）也是可以接受的，但须在评注中作出如下解释：该条不适用于用于外交或领事目的的国家财产。他对第17条（参加公司或其他集体机构）不作评论，因为必须推定，决定参加法院地国的公司或商业机构的国家已经接受该国的管辖。

40. 他大致上赞同第18条（国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶），但认为特别报告员关于从第1和第4款中删去过去不断引起争论的“非政府性”一词的建议将对管辖豁免造成严重侵害并将阻碍许多发展中国家的努力，这些国家正在努力建立国家航运公司不仅仅为了商业的目的而且把它作为国家的一项政策。

41. 他极力主张在起草第19条（仲裁协定的效力）时力行谨慎，因为该条就法院地国在仲裁中的监督作用规定了一项豁免例外。当事方通常都选择仲裁，而不是司法程序，因为仲裁节省时间和费用，它们不仅可自由选择仲裁员名单，还可自由选择适用的法律。如随后要求法院对仲裁协定、程序和裁决本身的效力作出裁定，所有这些优势都将丧失。当然，可在仲裁协定中明确禁止求助于司法机构，但

这种条款是否合法也可成为司法诉讼的原因。委员会或许至少应对这种可能性作出更加具体的规定。无论如何，他不赞同特别报告员关于把该条范围扩大到包括“民事或商业问题”争议的建议。

42. 关于第 20 条（国有化的情况）特别报告员正确地指出，没有人要求委员会就国有化措施的域外效力发表法律意见。至于他本人，他看不出有什么理由要保留这一条，特别是因为——正如泰国政府指出的那样——它与草案第三部分毫不相干。

43. 至于草案的第四部分（关于财产免于强制措施的国家豁免），他说，在一外国法院对争端的裁定中明示或默示放弃豁免并不一定等于放弃国家财产免于扣押、没收或执行的豁免，这是一个已得到确认的国际法原则。该原则甚至适用于条款草案中所考虑的豁免例外的情况。对国家财产实施强制措施将不利于和谐的国家关系，只要第 21 条阐明这一豁免规则，就是可接受的。然而，他并不认为该规则应有任何例外。任何强制措施都可能使国家间关系趋于紧张，他认为对国家强制执行法院裁决的最佳方式是通过外交渠道。当然，一国可随意在条约或公约中对强制措施给予书面同意，但这种同意必须是明确的。在符合这一条件的情况下，他支持第 22 条（对强制措施的同意）。他还支持第 23 条，该条开列了决不能对其执行强制措施的财产的种类。然而，对于第 1 款中的“非政府性”一词，他请各位委员参考他就第 18 条发表的意见。

44. 最后，关于草案第五部分（杂项规定），他大体上支持第 25 条（缺席判决），第 26 条（免于强制措施的豁免）和第 27 条（程序上的豁免），但他保留根据辩论情况就这些问题发表意见的权利。

45. 凯西先生就第 12 至 20 条发表意见，他说这些规定的提法为委员会提供了找出使整个条款草案得到各国更广泛接受所必须的折衷方案的机会。他相信委员会达到这一目标的努力不会失败。

46. 他赞同特别报告员的意见，即提到第 12 条第 1 款中的规定“社会保险”既无效力，也无必要，但他对如保留该条，则是否应删除第 2 款（a）项和（b）项表示怀疑。根据特别报告员对整条草案，特别是其中那几项发表的意见，有关案文似乎有充分的根据，且无含糊之处。有人担心“政府权力”这一用语可能导致过宽

的解释，其实其他条中类似的用语也可能引起这种担忧，不过简明扼要的评注足以排除任何模糊之处。

47. 关于第 13 条草案，他说仔细分析一下特别报告员在他的初步报告 (A/CN.4/415) 和他的第二次报告 (A/CN.4/422 和 Add.1) 中的陈述便可看出许多破绽。例如，尽管在 1984 年把该条的范围缩小到只包括交通事故，现在又建议删除第二个领土限制，即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的限制。这难道可以想象吗？交通事故难道可以通过遥控或通信发生吗？此外，难道象似乎设想的那样，把不法行为归责于国家有两个标准吗？一个作为国家责任的一般要求，另一个则为第 13 条的目的而确定。如果是这样，区别的基础是什么？其后果又是什么？该条还引起了其他问题，特别是苏联和德意志民主共和国在评论中所提及的问题。此外，特别报告员认为，委员会“应根据实际上迄今为止同刑事犯罪有关的责任案例非常罕见这一事实，重新考虑该条的范围” (同上，第 22 段)。需要作出的选择似乎是或者扩大该条的范围 (正如特别报告员正确指出的那样，相当一部分国家不会支持这一办法)，或者将该条范围明确限于交通事故。关于后一种选择，特别报告员也正确地指出，对交通事故将通过保险解决，因此，它没有多少实质内容，无须列为单独一条。鉴于这些无法肯定的因素，他对特别报告员提出的那一形式的规定是否表示强烈的怀疑。

48. 至于第 14 条，他赞成特别报告员删除第 1 款 (b) 项至 (e) 项的建议。至于第 15 条，特别报告员在解释其实质时所使用的论据十分有力。

49. 他对第 16 条尚未得出结论。一方面他在某种程度上赞同史先生的论点 (第 2115 次会议)，另一方面，他认为如果该条的实质可以接受，那么象西班牙提议的那样在该条中补充提及两个有关国家间生效的国际协定是值得赞同的。

50. 至于第 18 条草案 (国家拥有或国家经营的从事商业活动的船舶)，出于特别报告员在其两次报告中提出的理由，他同意删去第 1 和第 4 款方括号中“非政府性”一词。他还认为，提议的新的第 1 款之二 (A/CN.4/422 和 Add.1，第 26 段) 有助于综合意见分歧，但须按就提议的新的第 11 条之二商定的修改方式进行修改。有一点特别报告员似乎有必要加以澄清，这就是他在第二次报告中认为第 6 款“应重新拟订，因为它可能被误解为国家只有在涉及有关船舶和货物的经营

的诉讼中才可提出一切抗辩措施、时效和责任限制”(同上,第25段)。而第1款和第4款的规定专门而精确地论及有关船舶和货物的诉讼,很难看出它如何会产生误解。根据特别报告员在其报告(同上,第28-31段)中提出的论点,他完全赞同不应在第18条中增加有关飞机的特别规定的结论。

51. 同特别报告员一样,他倾向于在第19条(仲裁协定的效力)中使用“民事或商业问题”这一用语,因为它比“商业合同”一词更加全面。它不会引起问题,因为提交仲裁的问题将在协定中确定。由于提交仲裁只有在订立协定的情况下进行,认为第19条的规定应该受到以合同的商业性质为基础的例外的限制似乎是没有道理的。关于是否象特别报告员建议的那样增加一个新的关于裁决的承认的(d)项,条件是它不应被解释为有放弃执行的豁免的含义,关于这一问题,如果上述条件明确写入该新增的案文,他将接受这一建议。

52. 尽管特别报告员在其报告(同上,第41段)中提出的理由,他仍然认为第20条不应作为国家豁免的一项例外列入草案第三部分。甚至在特别报告员就第20条与第15条(b)款之间的关系所设想的假定情况下,乙国专利局为甲国重新颁发专利证是否可根据第15条(b)款使甲国在法院地国成为受保护权利的所有者这一问题仍然不清楚。无论如何,如果认为第20条的实质内应该列入条款草案,就应将其放在草案的第一部分。

53. 最后,他指出,尽管这些条款草案十分复杂,尽管许多委员正确地认为对某些条款需要进一步深入审议,委员会似乎仍在忙于结束条款草案的二读。希望委员会在今后的会议上拿出更多的时间对最有争议的条款进行彻底的审议,然后再将其送交起草委员会;这样它才能为起草委员会提供更加具体的指导。

54. 本努纳先生首先对特别报告员遵循其国家的思想传统,以适当的方式尽量避免争议,综合对立立场和采取务实方法表示了赞扬。然后他说,他不想重新开始理论性辩论,这对起草一个旨在赢得尽可能多的国家接受的公约来说几乎无关紧要。就一个已在不同国家法律制度的实践和判例法中得到显著发展的专题而言,无论如何也不可能找到通用于所有制度的理论或基本原则。委员会所能做的只是采取务实的做法,提出一些折衷方案,以满足由于各国经济和贸易关系间日益增强的相互依存而产生的需要。它不应顾及发达国家和发展中国家之间的区别,倒应考虑力

量均衡及不同力量的程度对它正在拟订的这些规则所产生的影响问题。

55. 根据作出的决定，他目前仅限于对第 1 至第 11 条发表意见。关于这些条款，他赞同特别报告员提出的大部分起草方面的改进意见。

56. 特别报告员建议把第 2 和第 3 条合为一条是可以接受的。然而，他对在国家定义中包括国家代表（合并的新的第 2 条第 1 款（b）项（4）目（A/CN.4/415，第 29 段）中就是这样做的）是否明智表示怀疑。“代表”与“被代表”之间的区别是一个根本的区别，应避免将国家的豁免与国家代表的豁免，如外交豁免和领事豁免混为一谈。

57. 关于与商业合同的定义有关的新的第 2 条草案第 3 款，他赞成保持合同性质这一客观标准，若这第一标准不够充分或不适用，再提及合同的目的，作为解释性的附加因素。提及有关国家之间国际协定这一假设情况是毫无意义的，因为如果存有这种协定，法院在任何情况下都会予以考虑。此外，合同中可以含糊地提及公共目的而并不改变其纯商业性质。然而，如果一个国家正在行使其主权权力（这种权力超出普通法律的范围），它可同其合同当事方商定将有关这一内容的规定列入合同，因而明确享有管辖豁免。

58. 他赞同其他几位委员关于删除第 6 条方括号内字样的意见。委员会不能一方面给予，另一方面又收回；它不能阐明豁免的法律规则，随后又提及“一般国际法的有关规则”（这些规则实际上不过是每一国家在其自己的法律制度内界定的规则），因而使豁免规则丧失实质内容。特别报告员在其口头介绍和初步报告（A/CN.4/415）中正确地承认了这一事实。西班牙提议在导言中提到一般国际法，如采纳这一建议，就等于把从前门扔出的东西又从后门拾回来。在政治性的决议或宣言中可能有理由作出这种妥协，在公约草案中则不行。

59. 新的第 6 条之二（A/CN.4/422 和 Add.1，第 17 段）是特别报告员根据保留和反对保留的法律技巧以妥协方式提出的，它旨在使各国能够提出新的规定和例外，即便这些规定和例外并未列入公约，也尚未谈判商定。他认为，这种规定将破坏草案的平衡，改变其整个结构，不仅不会确立一个普遍制度，反而可能产生大量各种各样的双边实践。第 6 条草案之二也未考虑到他已提到的力量均衡问题，换言之，也就是没有考虑到最强大的国家可以施加压力迫使其他国家因害怕得

不到其经济发展所需要的合同而接受这些国家的保留。因此，无论特别报告员的建议出于多么好的用心，他也不能接受。

60. 关于第 10 条：他认为遗憾的是，特别报告员根据泰国的建议提出新的第 4 款，旨在再用一个关于诉讼和反诉数量的条件限制豁免。这是完全不能接受的，因为一国只有提出在数量上超过主诉的反诉，才能阻止法院审理某一问题。正如锡亚姆先生所说，规定诉讼属同一性质，有关同一事实和基于同一法律关系就足够了。

61. 关于草案第三部分的标题，他对方括号内的措词并无偏向。他呼吁特别报告员发挥想象力和务实精神，以便找到尽可能中性的词，并说他愿在这项工作中助一臂之力。

62. 最后，提议的新的第 11 条之二（A/CN.4/415，第 122 段）反映了某些国家关注的问题，因此应受到欢迎。然而，他认为目前的案文令人无法接受。它所设想的情况是纯粹的假设；所提及的企业是不会被授权代表国家订立合同的。如果此处的目的在于引入一个保障条款（从表面上看，将这种条款放入第 3 条较为适宜），可以采用德意志民主共和国的建议，在关于用语的那一条款中详细说明，为本条款的目的，与私人自然人或法人受到同样贸易法规则和义务限制的国家企业，不应被认为代表国家行事。然而，如果各国对这种办法感到不满意，他不反对按照史先生（第 2115 次会议，第 24 段）和巴尔谢戈夫先生（上文第 1 段）提出的案文，通过一项新的规定。

63. 斯里尼瓦萨·拉奥先生说，建立拟议中的制度需要采取一种较少教条、较为务实的方法：这种方法是以下列原则为基础的：

64. 第一项原则是，有必要在国际关系中保护各国及其机构的主权豁免，其中包括联邦国家的组成部分及其机构的主权豁免。

65. 第二项原则是，必须确保商业交易——即用金钱购买货物和服务的交易——所引起的分歧和争议应服从于履行合同的义务产生问题时所处的法院地国的法律和法院。

66. 第三项原则是，在确定何为商业合同时，不仅必须充分注意合同的性质，还须充分注意交易的目的，同时合同的性质要根据具体情况和事情的来龙去脉

加以理解。

67. 第四项原则是，如果法院地国和外国达成一项承认合同的目的为公共目的，而不是商业目的的协定，即便是用金钱购买货物和服务，该合同所产生的任何分歧和争议也须通过两国间的谈判和协定解决，因为私人当事方的权利和利益是由法院地国代表的。在这种情况下，该外国作为对它所享受的管辖豁免的一种回报，有义务使问题得到法院地国感到满意的解决。

68. 第五项原则是，必须找到必要的折衷方案，以便使条款草案得到广泛接受，使委员会能够成功地建立一个将给国际关系和交易带来稳定与安全的、能够获得普遍承认的法律制度。主权豁免法最近遭到公认的少数国家的攻击，这种攻击以国内法和司法裁决的形式出现，一些人正极力把这种国内法和司法裁决说成是代表法律现状，至少构成国际法逐渐发展的基础。必须通过建立一种明确而全面的，以协商一致意见为基础的国际制度来遏止这种用单方面的解释来影响所有国家的法律主体的趋势。

69. 在提议的新的第2条案文(A/CN.4/415, 第29段)中，“法院”和“国家”二词的定义似乎已引起一些问题，因此最好避免使用诸如国家“政治区分单位”和“机构或部门”一类措词，这种措词产生的问题显然多于它们所解决的问题。如果在评注中适当强调需要充分注意合同的目的，第1款(c)项中“商业合同”一词的定义是可以接受的。他还支持第3款，理由同他在一般性评论中所说的一样，还因为该款有助于达成一致。

70. 第3条的规定的确应纳入第2条，但第3条第2款含义不明，因此会招致一些批评。此处所涉及的一般规则是，如在该外国的实践和政策中，一项活动被认为是商业性的，该国则不应在涉及同一类活动的诉讼和反诉中谋求免于法院地国法院管辖的豁免。这是一项公平规则，不容反悔规则，甚至是一项对等规则。要么直截了当地阐明这一规则，要么为促成协商一致删去第2款。特别报告员为新的第2条第3款提出的案文涉及的是一种不同情况，不能代替第3条第2款。

71. 第4条也产生了一些问题。他认为，无须在关于主权豁免的条款草案中涉及外交豁免问题：这是两个全然不同的领域。在导言中一般性地提及编纂外交和领事法的有关公约承认的豁免就足够了。第4条第2款中提到的豁免不仅应给予

国家元首，还应给予政府首脑和外交部长。在这方面，他不赞同特别报告员含糊其词的做法，特别报告员在初步报告中说，这些特权都是“根据国际礼让而不是根据既定的国际法”给予的（同上，第 49 段）。

72. 应从文字角度和实质内容角度重新研究关于不溯及既往的第 5 条。这里涉及一个简单的概念：如果条款草案在某些地方包括或反映了有关审议中专题的习惯国际法原则，这些条款甚至适用于在其通过前已发生的情况——否则，它们的适用就不能溯及既往。这一点必须阐明。此外，删去第 5 条并不会造成任何损害，因为在通常情况下，一项协定或公约都只是在生效后才在当事方之间予以实行，这不会影响其中所载习惯国际法原则的实行，但以这些原则未被改变为限。

73. 第 6 条中方括号内“和一般国际法的有关规则”一语应删除。每当委员会对一项规定是否能被接受感到某种怀疑时就提及那些“有关规则”，这不是一种健康的做法。采取这种办法只表明各国间未取得一致意见，并会促使产生各种不同解释，这是与建立一个普遍接受的制度的目标相悖的。此外，正如马希乌先生（第 2116 次会议）所解释和喀麦隆政府指出的那样，在目前状况下，国际法支持国家主权豁免的原则，仅允许有限的例外。

74. 提议的新的第 6 条之二（A/CN.4/422 和 Add.1，第 17 段）未起到任何有益作用。它涉及一种特殊情况，这使人联想起关于不歧视的第 28 条第 2 款所提到的对等情况。问题在于条款草案是否应规定和承认特别制度。

75. 他也不能肯定第 7 条是否真有必要。它似乎重复了第 1 和第 2 条的规定，并只阐明了已经显而易见的东西。无论如何，它现在的案文产生了如何解释的问题；应象澳大利亚政府建议的那样，对该条加以重新审议并予以缩减。

76. 第 8 条没有引起重大问题，他不能肯定按照特别报告员的建议（A/CN.4/415，第 93 段）修改（c）项是否必要。特别报告员依从墨西哥政府的意见提到 1969 年的《维也纳条约法公约》第 46 条是非常适宜的。

77. 他同意第 9 条，没有大的异议，但是，应牢记墨西哥政府就第 2 款提出的意见。的确，一个国家为保护其国民只是在一个司法机构出庭并不意味着它放弃了豁免。

78. 至于提议的新的第 10 条第 4 款（同上，第 107 段），他说，一国一旦服

从管辖，就不应能够以该规定中提出的理由排除司法解决的选择。

79. 至于提议的新的第 11 条之二，史先生（2115 次会议，第 24 段）和巴尔谢戈夫先生（上文第 1 段）提出的案文值得充分注意，因为它们更明确地阐明了分离的国家财产所包含的内容。

80. 麦卡弗里先生说，在逐一述及各条草案之前，他想先大致谈一下二读所遵循的方法，及特别报告员在其第二次报告（A/CN.4/422 和 Add.1，第 2 至第 19 段）中发表的一般性评论。

81. 委员会的二读工作是在前任和现任特别报告员及大部分评论员都已认识到以下这种趋势的情况下开始的，这就是对国家可援引管辖豁免的情况加以限制的趋势。此外，正如巴尔谢戈夫先生表明的那样，一些国家正在对其经济进行彻底的结构调整和权力下放，并在加强在世界市场上同其伙伴的关系。一些历来坚持绝对管辖豁免理论的国家正在重新考虑它们的立场。所以，在过去几年中，出现了一些几乎可称为大变革的事态发展，其潜力足以从根本上改变管辖豁免方面的国家实践，不过这种情况是不会突然发生的。

82. 鉴于上述原因，委员会对条款草案的二读所采取的方法应基于两种考虑。第一种考虑：委员会的工作态度应比通常二读时更加审慎耐心：没有理由急于求成，这项工作远远没有结束。第二种考虑：正在审议的这一领域的法律处于不断变化之中，甚至在有关条款草案的工作结束后还可能继续发生变化：例如，美利坚合众国刚刚通过了对其 1976 年的《外国主权豁免法》的修正案。因此，草案必须为管辖豁免法的进一步发展留有余地。这些考虑使他得出如下结论：委员会不应过于匆忙，目前应集中讨论第 1 条至第 11 条之二，把草案的平衡问题留待下届会议讨论。

83. 还是关于二读审议草案的问题，特别报告员正确地指出，委员会必须努力制订一项新的多边协议，以便可能“调和国家豁免的实行和不实行引起的主权利益冲突”（同上，第 3 段）。这毕竟是大会请委员会着手进行这一专题工作的主要原因。由于经济制度的不同和第二次世界大战结束以来国家贸易的增加，在一国及其机构在何种情况下免于另一国法院管辖的问题上不断出现争端。尽管这种争端常常是在计划经济国家（通常为被告）和市场经济国家（其公民通常为原告）之间产

生，但也影响到发展中国家，因为它们的许多贸易都是通过国家组织或企业进行的。所以，采取极端方法对哪一方都不利：或者使私营企业不愿与国家实体打交道，或者国家不愿面临在其他国家受到诉讼的危险。与此相反，倒有必要努力实现特别报告员所提到的妥协。

84. 他不想就有关这一问题的国际法现状展开辩论：他只想说，一个无可争辩的事实是，越来越多的国家或通过立法，或通过判例法，允许在某种情况下在其法院对外国提出起诉。尽管如马希乌先生（第2116次会议）指出的那样，说被告国没有对这种司法管辖的主张提出辩驳是不对的，但也必须承认，坚持有限制豁免方法的国家的实践长期来一直是一致和统一的；因此，不能断言说，各国普遍承认或遵守一种有关国家管辖豁免的统一规则。当同样这些国家又是世界上资本、货物和服务的主要供应者时，其实践的意义及委员会工作的极端重要性就更为尖锐地成为问题的焦点。

85. 关于条款草案本身，他说，特别报告员建议把第2和第3条合为一条是正确的，但对合并的第2条（A/CN.4/415，第29段）需略加评论。“主权权力”一词虽不十分理想，但旨在反映法文中“*puissance publique*”一词的含义。“政府性”一词在国家责任的问题中可起到有益作用，可是在管辖豁免问题中它所表达的意思却含糊不清：可以争辩说，甚至国家商业活动（管理权行为）也是“政府性”活动，因为它们是由政府进行的，尽管私人也可有同样行为。至于国家“机构或部门”是否应列入“国家”的定义，可以说，如不把它们列入这一定义，适用于国家的例外就将不适用于它们：这个问题值得委员会进行认真审议。

86. 新的第2条第1款（c）项中“商业合同”的定义限制性过大：它没有精确地反映国家实践，并可能引起误解。最好提“商业活动”。然而，如保留第一种说法，则须对其下一广泛的定义，就象第1款（c）项（3）目那样。

87. 至于确定合同性质的问题，他赞同特别报告员的意见，即一读通过的第3条第2款缺乏客观性，使得它意图规定的例外变得毫无意义。特别报告员在新的第2条第3款提出的修正是可取的，但仍有改进余地。为前后一致起见，应使用“商业合同”一词，而不使用“为出售或购买货物或为提供服务而订立的合同”一语。在法律文件中应避免使用“*should*”（应当）一词，特别是在将列入用语定义条款

的规定中，应避免使用“should”一词。

88. 然而，还有一个更为根本性的问题：即便一项条约或合同载有一项规定，有关合同用于公共和政府性目的，这对该合同的私人一方可能仍然不够明确。例如，在美国，1976年的《外国主权豁免法》并不把合同的目的作为一个相关标准：法院只注意活动的性质。一些国家的实践也是如此。处理这一问题的最好方法是由当事各方根据第11条第2款(b)项规定交易产生的任何争议将不受司法管辖：这样一来，当事各方就不会存有任何疑虑了。

89. 第4条提出了条款草案与1961年《维也纳外交关系公约》之间的关系问题。这是一个有趣的问题，但委员会本身不应对此过于关注。有人说，条款草案将导致一种异常的情况，因为同一行为可导致外交人员所代表的国家受到管辖，而其本人却根据1961年的维也纳公约享受豁免。然而，这一情况可能并不象宣称的那样异常。外交人员享受比国家更多的保护是可以理解的，理由很简单：不得不为一项诉讼辩护会严重妨碍其履行职务；另外还存在通过诉讼对其施加压力的可能性。最后，不应忘记，1961年的维也纳公约第31条第1款几乎是对正在审议的条款草案所载的一些例外进行了编纂。因此，他可以赞同特别报告员提出的经修订的第4条第1款的案文（同上，第50段）。

90. 第6条方括号内“和一般国际法的有关规则”一语应该保留，以便为目前趋势的继续发展留有余地。很难将这一短语放在草案的其他任何地方。特别报告员还提出了一个新的第6条之二（A/CN.4/422和Add.1，第17段），遗憾的是，它似乎没有达到预定的目的。例如，如果甲国作出一项声明，在草案所列例外的基础上又提出一项例外，但该声明由于乙国“在三十天内提出反对”而失效，那么，结果将是，甲国由于知道可能出现的后果而根本就不加入未来的公约。因此，第6条之二不是对草案的有益补充。

91. 草案第三部分的标题（国家豁免的〔限制〕〔例外〕）引起一个棘手的问题，因为赞成有限制理论的人想为一些超出条款草案的规定例外的国家实践留有余地。他想知道委员会是否可使用诸如“不可在另一国法院援引国家豁免的情况”一类措词。

92. 他非常赞同为第11条第1款提出的新案文（A/CN.4/415，第121

段)，特别是：“该国不得援引该管辖的豁免”一语。正如若干政府指出的那样，“默示同意”的理论可避开该条的意图。正如他已说明的那样，提“商业合同”不如提“商业活动”。

93. 提议的新的第 11 条之二（同上，第 122 段）涉及拥有自己财产的国家企业的情况，该条很容易使私人方面面临一个没有补救方法的合同。在违约的情况下，私人当事方只能对国家企业，而不是国家本身提出起诉；因此，实际上它所得到的补偿将受该企业所拥有财产数量的限制。这意味着，打算同一国家企业进行商业交易的私人方面必须查清该实体是否有足够的财产履行其义务：这即便可能做到，也是极为困难的。还有可能出现这样的情况：国家为尽可能减少本身受到的损失而设立国家企业——这就象一个公司可能设立一个子公司——但不给它们足够的资产来开展业务或履行义务。在这种情况下，法院可允许子公司的债权人对母公司提出起诉，但这种补救办法将不可能对一国家使用。这对私人方面而言是一个陷阱，草案应避免这样做。

94. 第 11 条之二还存在其他问题，特别是“代表国家”一词的使用。国家可以通过其企业进行贸易，但从法律上讲，这种企业是“代表国家”履行义务吗？如果是这样，无论企业是否有分离的国家财产，国家将始终负有责任。在这方面，巴尔谢戈夫先生提出一个案文（上文第 1 段），如果委员会决定在草案中包括一个关于分离的国家财产的规定，就应认真审议这项建议。

95. 最后，他提请人们注意美国 1988 年 11 月通过的 1976 年的《外国主权豁免法》修正案。其中一组修正案涉及扣押从事商业活动的外国船舶的问题；另一组关于仲裁的修正案放宽了该法中与强制执行仲裁裁决有关的规定。

下午 1 时零 5 分散会。