

1961年和1963年的公约以及1969年《特别使节公约》和1975年维也纳《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》都明确规定了外交使团、领事馆、特别使节团、国际组织以及国际会议的管辖豁免。然而，总的来说，他对特别报告员所建议的措词（A/CN.4/415，第50段）感到满意。

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

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

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

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

77. 主席回答巴尔谢戈夫先生的询问说，第12至28条将在下届会议上讨论。

下午1时零5分散会。

第2121次会议

1989年6月20日星期二上午10时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、巴哈纳先生、哈索内先生、凯西先生、阿兰焦·鲁伊斯

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、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(续完)*

(A/CN.4/384,¹ A/CN.4/413,² A/CN.4/423,³

A/CN.4/L.431.B节)⁴

(议程项目 7)

特别报告员的第五次报告(续完)

第 1 至 17 条⁵ (续完)

1. 巴尔沃萨先生(特别报告员),在总结辩论和答复勒泰先生的问题(第 2110 次会议(“究竟是做什么?”)时说,首先,它是履行大会对委员会的授权:拟定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条款草案。其次是

* 续自第 2114 次会议。

¹ 转载于《1985 年……年鉴》,第二卷(第一部分)/Add.1。

² 转载于《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

³ 转载于《1989 年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁴ 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。

⁵ 关于案文,见第 2108 次会议,第 1 段。

努力摆脱目前的状况，乌沙科夫先生 1982 年对此叙述如下：

“……国际法确实没有一般规则规定一国有责任对因其所进行的国际法不加禁止的活动而受伤害的本国国民、他国或他国国民予以赔偿……。”⁶

这种意见可能反映了当时的法律和法学家的看法，但现在听来却太古老了。

2. 关于他自己对该未来公约及其作用的看法，他指出，调节具体活动或发生此种活动范围的一系列公约和规则包括 1985 年《维也纳保护臭氧层公约》⁷ 1979 年《远程跨界空气污染公约》⁸ 和 1989 年的《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》。⁹ 这些文书所根据的原则从未予以明确表述，而责任问题只在案文中约略谈到。例如，巴塞尔公约规定签署一项议定书（第 12 条），1988 年《关于南极矿产资源活动规则的公约》¹⁰ 包括关于操作者责任的细则（严格责任），和由此而来的该操作员为其国民之国家的责任，它还规定了一项议定书；1985 年维也纳公约没有载明任何原则，其议定书也未提到责任问题；1979 年公约明确拒绝处理责任问题。这些空白必须通过一项确立适用于第 1 条草案所包括的所有活动的一些普遍原则和程序的十分普遍的公约来填补，只要该条的规定并非与具体公约或议定书的规定相悖。上述各种公约和议定书可能涉及一些具体活动或涉及第 1 条中包括的同样的活动，但它们包括更详细的规则和更有限的领土范围。若这一文书或议定书载有适用于正在审议中的纲要公约的活动清单，无疑就会如此。这样就可以消除确定一项活动之性质的程序阶段：若一项活动出现在清单上，它将属于第 1 条的范围，必须为它找到一个具体制度。

3. 关于该专题的未来工作，他首先打算起草一章，包括谈判的指导方针并详细阐述作为调整利益平衡手段的赔偿概念，同时考虑到成本分配理论。他还打算象他在介绍他的第五次报告（A/CN.4/423）时所说的那样（第 2108 次会议），

⁶ 《1982 年……年鉴》，第一卷，第 249 页，第 1739 次会议，第 47 段。

⁷ 联合国环境规划署，内罗毕，1985 年。

⁸ 见 2109 次会议，脚注 12。

⁹ 见 2112 次会议，脚注 6。

¹⁰ 见 2111 次会议，脚注 14。

处理普遍的危险或损害案件，这要求一种不同的程序，因为几个不能清楚辨别的受影响国那必须得到起源国的通知，而这些起源国本身也难以辨别，以及因为国际组织的参加，国际社会的可能利益和类似问题也必须予以考虑。

4. 此外，他还打算探讨对“全球公地”造成损害的活动的责任问题，并就此向委员会提出报告。显然，该议题可能使一些十分相似的责任原则发挥作用；预防的义务可能还有赔偿都必须予以规定。执行机制可能必须予以调整，因为在此种情况下，国际社会的“公共秩序”会受到影响，不属于任何特定国家的区域会受到损害。因而，可能必须由一个未直接受影响的实体来充当“受影响国”的角色，如一个国际实体或数个国家作为该社会公共利益的保管人。这个问题显然是该专题的一部分，因为它关系到国际法不加禁止的活动在“全球公地”产生的损害性后果的责任。它绝不仅是一个“环境法”的问题。

5. 他在总结辩论本身时说，他相信经修正的第1至9条草案及他报告中关于这些条款草案的评注和辩论中提出的意见可以交给起草委员会。但是，他并不提议把新的第10至17条草案交给起草委员会，因为它们尚属探讨性质。关于这两套条款，他将仅就提出的一些要点发表意见，而撇开不谈——虽很好地记下——那些纯属起草性的许多意见。

6. 他在第四次报告(A/CN.4/413)中介绍了危险的概念，因为需要一个标准来限制条款草案的范围。换句话说，损害引起赔偿，但只有当损害源于一项有危险的活动时才应予赔偿。然而，预防却是基于“明显危险”的概念。由于委员会许多委员和大会第六委员会许多代表强烈反对赋予危险概念这个作用，他在第五次报告中包括了可能引起损害的有危险的活动和实际引起了损害的活动，扩大了该草案的范围。这样，损害继续引起赔偿，但它可能是源于有危险的活动或是源于有损害结果的活动。在有危险的活动情况下，预防是基于“明显危险”的概念，在有损害结果的活动情况下，它是基于损害的确定性或可预见性。

7. 在本届会议期间，委员会仅有一位委员为危险概念辩护，将其作为限制该草案的标准。相反的观点要么为委员会大多数委员热心地采纳，要么为其他一些委员有保留地采纳，他们希望对第1条提到的活动的一些方面予以分别审议，或希望通过如活动清单等其他限制形式更好地界定其范围。

8. 有些不接受通过危险进行限制的委员宁愿该范围更加广泛，包括孤立的行动，即与任何活动均无联系的行动。一位委员说应包括定期行动。但实际上它们已经包括在所说的两类活动之中了，因为没有任何地方说构成一项活动的行动必须是连续的。

9. 他认为委员会希望他继续探讨对范围问题的扩大的处理办法，但是巴尔谢戈夫先生的立场（第 2113 次会议）仍值得加以评论。

10. 巴尔谢戈夫先生认为，把有跨界损害后果的活动包括在条款草案之中不合逻辑，因为此种活动很难被认为合法。在以一国无权故意使用或允许使用其领土在另一国领土造成损害这一前提为真正基础的原则方面及源于科孚海峡案¹¹ 和特莱尔冶炼厂案¹² 的原则而言，这确实如此。但是在现实生活中，该原则有两个明显的减损。首先，根据界限概念，若损害既不明显又不重大，受影响国就必须接受。第二，在具体活动中，必须要有特别的禁止规定，基本原则才能顺利地起作用，正如能源生产或化工活动，或汽车排气的情况，或家庭取暖设备排气等等所表明的那样。若不存在此种禁止，国际上是否会给予任何行动以权利就值得怀疑，这样，实际上就没有任何此种普遍限制。那些跨界后果不知怎么慢慢变成了合法，但是现在几乎不可想象将其作为非法来处理。若要解决那些活动引起的问题，除了本委员会正在拟定的文书所要建立的普遍制度外，每项活动都需要就一项对其适用的特别制度达成协议。

11. 关于“有条件过错”的概念，麦卡弗里先生（第 2109 次会议）和哈索内先生（第 2114 次会议）反对将其列入该报告（A/CN.4/423，第 5-7 段），锡亚姆先生（第 2113 次会议）承认该专题是不法性责任的一部分。关于这一概念，他说他并不曾打算介绍任何过错理论：他仅尝试表明在许多法律制度中每当发生损害就用来确定由该负责的那种心理过程。他用了“原罪”这一表述，正是为了不提到“过错”。

12. 有些发言者，如麦卡弗里先生、海斯先生（第 2109 次会议）、史先生

¹¹ 见第 2108 次会议，脚注 10。

¹² 同上，脚注 9。

(第 2110 次会议) 和恩詹加先生 (2112 次会议) 表示倾向于“活动”一词而非“行为”一词, 大多数委员没有反对选择“活动”一词。卡莱罗·罗德里格斯先生 (同上)、哈索内先生也许还有弗朗西斯先生 (第 2111 次会议) 希望指出, 孤立的行为也引起责任。

13. 人们就“管辖”和“控制”的用语提出了许多建议。麦卡弗里先生倾向于“有效控制”这一措词, 本努纳先生 (第 2112 次会议) 反对将“在没有这种管辖权的情况下, 在其控制之下”这些措词列入第 1 条草案, 因为管辖和控制可能是累积的。本努纳先生 (同上) 和弗朗西斯先生认为“管辖和控制”这一用语就足够了, 而拉扎凡德拉朗博先生 (第 2113 次会议) 则倾向于“管辖和有效控制”。格雷夫拉特先生 (第 2111 次会议) 希望有一个比完全基于地区性的定义更宽广的管辖的定义。他在答复所有这些委员时说, 正在编写中的公约不是一个关于管辖的公约, 其他公约使用此类用语没有引起问题, 起草委员会现在有足够的材料来寻找令人满意的措词。

14. 关于因果责任和不法性责任制度的双重适用问题, 他同意麦卡弗里先生的意见, 认为其共存取决于主要规则拟定的方式。但他认为, 麦卡弗里先生所举二例 (第 2109 次会议, 第 21 段) 均与不法性责任有关。无论主要规则是“A 国应尽适当努力防止对 B 国造成损害”, 还是“A 国应确保不对 B 国造成损害”, 它都禁止造成损害。因果责任中的主要规则, 实际上应以下列方式表述: “A 国可对 B 国造成一定程度的损害, 只要它对该损害支付赔偿。”

15. 在回答卡莱罗·罗德里格斯先生的评论时, 他提到了在其报告 (A/CN.4/423, 第 47 段) 中陈述的结论: 若两个国家是未来的国际水道非航行使用法公约和未来的国际责任公约的签字国, 若水道条款关于污染的第 16 (17) 条草案¹³ 仍保持其目前的形式, 那么, 根据正在审议的第 4 条草案, “应适用本条款, 但不得违反该另一国际协定”。因此, 在水道污染引起的明显损害的情况下, 若该损害是因正常进行有关活动所致, 则应适用水道公约规定的禁止。若是因意外事故所致, 则应适用关于国际责任的公约。

¹³ 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 26 页, 脚注 73。

16. 关于赔偿问题，他不同意托穆萨特先生（第 2110 次会议）认为第 9 条草案建立了一套次要规则的看法。他认为，所谈论的义务是初级义务。初级规则可或多或少拟定如下：“若对其造成的损害予以赔偿，你的活动将被允许。”仅在未予赔偿之时，即仅在作出赔偿的初级义务遭到违反之时，次级规则才生效。

17. 麦卡弗里先生、勒泰先生、凯西先生、埃里克松先生、弗朗西斯先生、扬科夫先生、迪亚斯·冈萨雷斯先生和哈索内先生倾向于“补偿”，而不用“赔偿”。在他第四次报告（A/CN.4/413）中，“补偿”被解释为几乎是专指货币支付，因此他其后使用“赔偿”一词，它可能部分地以起源国采取某种行动帮助消除或减轻对受影响国造成伤害的后果的形式，如它拥有受影响国所没有的适当技术。但他刚才提到的那些委员倾向于“补偿”一词，因为，在一个与不法性责任完全不同的领域，使用不同的术语是恰当的。他对这一反映十分满意，因为这表明委员会大多数委员现在同意因果责任完全不同于不法性责任，两年前还不是这样。只有索拉里·图德拉先生（第 2112 次会议）继续倾向于“赔偿”一词，他相信使用该词的好处是使人想起该专题源于对国家责任这一专题的审议。

18. 赔偿和补偿概念的实质意为恢复有关利益平衡，却未引起任何较大的反对意见——而是恰恰相反。本努纳先生希望提到公平，但公平是一个虚无的概念。正如在其第四次报告（A/CN.4/413，第 49 段）中指出的和根据简要大纲第 6 和第 7 节，利益平衡的概念以后将详细阐述。如本努纳先生和凯西先生提出的，“恢复”或“重新调整”该平衡涉及什么问题的观点（第 2112 次会议）也将在以后讨论。

19. 有些发言者、包括海斯先生和本努纳先生坚持关于用语的第 2 条草案必须是临时性的，因为有些术语必须重新定义，有些新术语可能还要包括进去。其他委员——扬科夫先生（第 2113 次会议）、本努纳先生和麦卡弗里先生——发现有些用语、特别是“地方”一词不常见。然而，该词用来表达与 1963 年的《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》¹⁴ 中完全相同的意义，该条约第 1 条第 1 款提到“在其管辖和控制下的任何地方。”

¹⁴ 联合国，《条约集》，第 480 卷，第 43 页。

20. 委员会有些委员，如巴尔谢戈夫先生和勒泰先生反对使用“无辜受害者”一词，而其他委员——海斯先生、埃里克松先生和帕夫拉克先生——则赞同使用。起草委员会无疑会找到一个令人满意的解决办法。

21. 关于预防的义务，史先生、本努纳先生和索拉里·图德拉先生说，他们倾向于：一国违反程序义务、也许违反预防的义务不涉及其不法性责任。弗朗西斯先生说，根据前特别报告员在专题纲要中采用的办法，在没有违反作出赔偿的义务之前，不应动用任何机制。实际上，那是他在其第四和第五次报告(A/CN.4/423, 第48、49和68段)中向本委员会提出的办法之一，它并没有遇到任何明确的反对。它可通过一项条款引入该草案，该条款规定，不遵守有关条款中所载义务，并不赋予受影响国以任何行动的权利；那样将仅适用关于补偿的条款制度。他希望此种办法会使反对关于预防的“硬”义务的卡莱罗·罗德里格斯先生满意。

22. 人们对用来描述损害和危险的术语意见分歧。相当数量的发言人，即小木曾先生(第2110次会议)、恩詹加先生、凯西先生、巴尔谢戈夫先生、帕夫拉克先生和格雷夫拉特先生表示在损害的情况中倾向于“重大”一词而不用“明显”一词，他们中有些人还希望“重大”一词用在危险的情况。恩詹加先生说，危险应通过“合理的检查”能够发现，而哈索内先生则表示倾向于“可察觉的危险”这种措词。另一方面，海斯先生、可能还有麦卡弗里先生赞成“明显”一词。措词的选择实际上没有什么影响；重要的是，关于需要一个界限来界定损害和危险这一点已不再有任何异议了。

23. 关于第4条草案，勒泰先生、托穆萨特先生和本努纳先生提请人们注意整个条款草案的剩余性质。本努纳先生说第4条应该更清楚地强调“特殊法”的优越地位。他个人无法看到这一点如何能比在第4条中阐述得更加清楚，但是，如果本努纳先生有更好的措词提议，起草委员会将甚为感谢。但巴哈纳先生(第2113次会议)却相信第4条没有必要，认为这一问题已为《维也纳条约法公约》第30条第3款(关于同一问题的一系列条约的适用)所规定。

24. 格雷夫拉特先生说，若无很好的理由，委员会就不能维持第3条草案第二款中的推断。不管好与不好，支持该推断的理由在他第四次报告

(A/CN.4/413, 第 62-70 段) 中已经提出。在第 68 段中, 他承认, 该草案“在这方面比科孚海峡案判决走得更远”, 并承认, “由于因果责任的性质, 这是有正当理由的, 它要求该草案的机制应更易于运用”(同上, 第 68 段)。

25. 确立如“有办法知道”这样的要求已经加上了一种限制, 目的是要考虑发展中国家的状况。但是, 将举证责任加在很可能是另一发展中国家的受影响国头上似乎不大合理, 特别是鉴于帕尔马斯岛案¹⁵ 和科孚海峡案中的法官意见, 即, 起源国的领土主权可以阻止受影响国进入起源国领土收集必然在该国手中的必要证据。在科孚海峡案中, 国际法院判决道: “一国在其边界内行使专有的领土控制这一事实影响到获得证据确立该国对此类事件是否知情的方式。”¹⁶ 由于该案是一个不法性责任案, 一项行为之归属该国必然更为复杂, 并由于因果责任要求一种简易的义务归属方式, 似乎有很好的理由在第 3 条草案中保持该推断。

26. 扬科夫先生强调合作的国际方面, 他建议委员会也许可借用 1982 年《联合国海洋法公约》第 197 条。不过第 7 条草案的措词在很大程度上与第 197 条思路相同; 或许应补充提及“区域”合作, 以使这两条更加一致。

27. 巴尔谢戈夫先生认为受影响国与起源国的合作限于“事故引起的伤害”(第 7 条) 的规定不合逻辑, 他说, 在有损害性后果的情况下, 起源国也可能不知情。但是, 在后一种情况下, 根据定义, 起源国会知道有关活动产生此种后果。因此其不知情不能被认为理所当然, 要求受影响国在其人口和领土受到起源国的损害时仍然合作似乎也太过分。

28. 国际组织参与该专题的可能性一般来说为本委员会所乐于接受, 他高兴地注意到了在这方面提出的有用建议。

29. 新的第 10 至 17 条草案引起了许多评论, 最清楚的信息是本委员会希望有一个更灵活的程序, 它对其与提议的国际水道非航行使用制度的相似性有许多疑问。尽管在他的下次报告中很可能有一套新的条款代替现有的第 10 至 17 条, 他

¹⁵ 联合国, 《国际仲裁裁决集》, 第二卷 (出售品编号: 1949.V.1) (1928 年 4 月 4 日的仲裁裁决)。

¹⁶ 《1949 年国际法院裁决集》, 第 18 页。

仍希望就提出的一些观点谈一谈。

30. 有三种可能的解决办法：一个象第 10 至 17 条提议的、对义务和措施都予以很好界定的详细程序；一个更加灵活、强制性较小的程序；和根本不要程序。最后一种办法相当符合逻辑，它根据的是赔偿的威慑效果。它似乎是卡莱罗·罗德里格斯先生赞同的办法，他说他希望避免给通知订出任何时限；没有时限当然就排除了多少带强制性的任何程序的可能性。但是，它有一个重大缺陷：不要求受影响国参与——没有任何程序的一个结果——会削弱预防。由于大会及本委员会强调预防，似乎不可能完全将其排除在外。因此，最佳办法似乎是一个比他提议的更为灵活的程序。

31. 委员会有些委员指出，第 10 至 17 条没有考虑到扩展损害的情况——例如远程污染——及此种损害或对“全球公地”损害的危險的情况。他将在下次报告中努力探讨这方面的情况。

32. 凯西先生和格雷夫拉特先生建议，有危險的活动和有损害后果的活动应予分别对待。该建议值得探讨，但数次初步审议似乎有利于仅将涉及各类问题的条款部分分开。首先，两类活动引起的损害来源相同：起源国。其次，在两种情形下，同样的责任归属（第 3 条）都有效。第三，预防也适用于引起损害性后果的活动，只要它打算将引起的损害保持在“明显”或“重大”损害界限之下。第四，在两种情形下损害都引起责任。第五，受影响国以同样方式受到影响，若对谁受到影响存有疑问，在这两种活动中都存在同样的不确定性。第六，相同的原则似乎适用于有危險的活动和那些引起有效跨界损害的活动（第 6 条，行动自由；第 7 条，合作；第 8 条，预防；第 9 条，赔偿）。第七，程序义务似乎也无重大区别。关于评估的要求（第 10 条）也相同，除了在有危險的活动情况下还必须对危險进行评估；关于通知和资料的规定，对两种情形都适用。

33. 哈索内先生认为，在适用制度问题解决以前，不应开始第 1 条中所提到的活动。但是，委员会多数委员似乎都接受第五次报告（第 A/CN.4/423，第 114-116 段）所提议的办法。

34. 格雷夫拉特先生对谈判的义务发表了两点意见：第一，第 16 条草案现有措词所提的义务，实际上是同意一项制度的义务；第二，磋商的义务更符合国际

惯例。本努纳先生认为使各国负有谈判的义务是不现实的。格雷夫拉特先生的第一点实际上并未为国际实践所证实；谈判的义务不应与达成协议的义务相混淆，它就是一项坐在谈判桌旁、以达成协议为目的诚意进行谈判的义务。这是谈判边界线或捕鱼权时所发生的情况。在审议的情况下，谈判的目标是一项制度，因为要解决的利益冲突是永久性的，有关各国必须谈判一项长期的制度。但是，当遇到建立一项制度问题时，磋商很可能是比谈判更好的办法。在没有就一项特定制度达成协定的情况下，就适用目前各条款的制度。然而，赔偿必定以谈判为前提，因而强加上一项谈判的义务。他仍相信，谈判的义务已经列明在国际法之中。若该未来公约的某一条款对缔约国加上该义务，甚至可以不用提到一般国际法；那样，提议的解决办法就不是严格取决于有关所讨论理论问题之任一立场的合理性。

35. 弗朗西斯先生说，他对责任的归属和谈判之间的关系表示关切。若 A 国拒绝与 B 国谈判，就必定有这些条款草案意义内的违反国际义务的情事。特别报告员在这一点上的立场很可能取决于他对在拒绝补偿之前无责任归属如何看待。

36. “全球公地”问题仍未解决。委员会应否将其列入该草案范围？这是一个棘手的问题，比 1982 年更为棘手。不对最后的决定预先作出判断，委员会可以审议该专题的这个方面。他自己的看法是，应举行一次讨论以确定这项概念包括些什么。

37. 巴尔谢戈夫先生（第 2113 次会议）提到乌萨科夫先生曾经表示的一种观点，回忆到，在讨论的范围内，该法律并不存在。乌萨科夫先生的这一评论仍然正确。鉴于不法性概念尚未进入目前的审议范围，因而责任问题应留待稍后一个阶段再解决。确实如此，若一国引起了跨界损害并故意进行引起该损害的活动，它就将自己置于一种非法的境地；但这并非最常见的情况。

38. 巴尔谢戈夫先生说，他没有建议把这些条款草案交给起草委员会。他仅同意提交先前的第 1 至 10 条草案。但是，特别报告员提议了根据完全不同基础的新案文。他问过特别报告员自己的立场是什么，特别是与乌萨科夫先生的意见更为接受的先前的条款现在是否过时，若然，在何种意义上过时。特别报告员答道，在没有可供编纂的要素时，目的是发展国际法。

39. 由于本委员会面前有基于一些全新概念的新案文，他打算在大会讨论该

报告时提议，请求大会第六委员会审议这些变化起着什么作用、本委员会是否应在由于合法活动而产生的所有跨界损害的“严格”或“绝对”责任之基础上、不考虑危险的概念，继续其工作。

40. 正在讨论的是些什么行动仍然不十分清楚。特别报告员谈到机动车辆交通和家庭供暖。想到的其他活动包括在西伯利亚和亚马逊伐木及非洲的农业，后者正在引起沙漠化。若这些是正在讨论的活动，应该向第六委员会讲清楚。

41. 弗朗西斯先生说，他对第1条草案中不再用“情况”一词表示遗憾，欢迎特别报告员对此作出进一步解释。

42. 关于“全球公地”，他注意到第1条提到跨界损害而没有表明任何确切限度；这样，该草案范围可以包括这些公地。在这种情况下，他提议看来同意这一点的本委员会应该原则上决定处理“全球公地”的问题。

43. 正如巴尔谢戈夫先生再次强调的，第1条供起草委员会审议尚不成熟。由于该条提到的有危险的活动能够引起损害，所以不必提到危险：它完全可以象该专题其他方面一样在别处予以处理。

44. 比斯利先生说，如果特别报告员总结辩论时的评论文本可以分发的话，这将是有益的。他关切的是本委员会正在冒着重复已经提出过的论点的风险重新开始一场老的辩论，尤其是关于它应该编纂现有的规则还是致力于国际法的逐渐发展的辩论。关于该问题的规则实际上确实存在，他对引证司法裁决、条约和公约感到厌倦，更不用说17年前协商一致通过的斯德哥尔摩宣言第21项原则¹⁷和“全球公地”的概念了，与此相关在1982年《联合国海洋法公约》中提出了一些最近的、但并非全新的想法。

45. 由于相信委员会成员的妥协精神，他在第2111次会议（第68段）上提到一本书，该书载有对“严格责任”和“绝对责任”这些用语意义的十分中肯的分析，他认为这些用语的范围并不相同。

46. 有许多活动根据国际法并非非法，但确实引起了损害，法院曾经在这方面就包括赔偿在内的一系列责任作出裁决。因此存在着国家实践，委员会成员之间

¹⁷ 见第2108次会议，脚注6。

的意见分歧不应阻止就该专题取得进展。委员会被赋予了一项特殊的使命，使它能够对“全球公地”问题和对整个专题的研究作出重大贡献。

47. 这些条款草案是否应送交起草委员会是个方法问题，尽管一些委员对此有保留。例如，关于危害人类和平及安全治罪法草案就是如此。不能指望委员会委员的全体一致，因为它太少见以致不可思议。

48. 主席说，若委员会希望重新开始就该专题的范围进行辩论，它就必须改变其工作计划。特别报告员实际上向本委员会提交了经修订的条款草案的新案文，从而给予其成员又一次机会讨论该专题的范围，但他也完全可以将这些案文提交给起草委员会。无论如何，起草委员会早晚要处理这一问题，即使推翻其在先前会议上所作的决定，不将经修订的条款草案现在交给起草委员会。还有，这个问题显然可能在大会第六委员会和本委员会下届会议上再次提出。

49. 阿吉博拉亲王说他同意主席的观点，即使委员会所有委员很自然都希望就特别报告员刚才总结讨论时的发言发表意见。但是，若委员会决定重新开始就该专题范围进行辩论，他保留就此问题详细发言的权利。

50. 哈索内先生说，即使本委员会将条款草案交给起草委员会，也绝不能阻止它就严格责任和绝对责任的概念向大会第六委员会提出问题，只要它将其置于其适当范围。根据拉丁格言“名字就是命运”，这两个概念因其命名——“严格”和“绝对”——而纠缠不清。因为他是提出在一适当制度建立之前是否应推迟活动的唯一委员，特别报告员得出委员会在这一点上已达成某种一致的结论（上述第33段）就错了。还有，在第2114次会议上，他不仅提到伊斯兰法，而且还提到国际法院关于临时保护措施的裁决；他还列举出了《荷兰国际法年鉴》上最近的文章。

51. 主席建议，巴尔谢戈夫先生提出的问题应反映在委员会的报告中，以便提请第六委员会注意该问题。

52. 埃里克松先生说，他基本上同意主席的观点，委员会可以在适当时候在其报告中决定如何提及该问题。特别报告员在先前的第1至10条草案送交起草委员会之前就已经概述过他的结论。1988年，大会第六委员会赞同了这些结论，它们在本委员会也得到广泛支持。但是，由于巴尔谢戈夫先生提出了严格责任问题，在目前情况下，说找到了一个临时解决办法也许更好，因为关于赔偿或补偿的谈判

所要遵循的指导方针仍有待拟定。特别报告员必须尽早处理这些问题。

53. 比斯利先生说，他同意埃里克松先生的意见，并回顾到，当本委员会将先前的第1至10条草案送交起草委员会时，本委员会数位委员特别强调，这些案文这样送交起草委员会有一项谅解，即改变它们的措词，以便考虑到特别报告员提到的、取自其前任的研究报告的三项一般原则。¹⁸ 这些委员还强调，尤其需要考虑到无辜受害者不应被迫承担损失这一原则。尽管他欢迎特别报告员总结讨论的方式，但他对选择一特定问题提交第六委员会的做法有保留。若该问题要得到人们很好地接受，它必须伴之以对绝对责任和严格责任之区别的理由充分、文件详实的解释，绝对责任载于范围广泛的现有国际公约，严格责任规定较宽，它源于国家实践。归根到底，不提该问题更好。他自己至少有一打问题想得到第六委员会的答复，但他相信，在从所有那些可能提交给第六委员会的问题中选择这一问题而非另一问题之前，委员会各委员首先应该进行磋商。

54. 主席在与委员会数位委员磋商后说，如无异议，他就认为委员会同意将修订的第1至9条草案送交起草委员会。

55. 他建议请特别报告员起草打算提交大会第六委员会的问题，以引起它注意一些主要问题，并欢迎它对此提出意见。本委员会在审议报告草稿时将研究这些问题，报告草稿也反映了巴尔谢戈夫先生和弗朗西斯先生的意见。

就这样议定。

国家及其财产的管辖豁免(续)

(A/CN.4/410和Add.1-5,¹⁹ A/CN.4/415,²⁰

A/CN.4/422和Add.1,²¹ A/CN.4/L.431, F节)

¹⁸ 见《1987年……年鉴》，第二卷（第二部分），第49页，第194(d)段。

¹⁹ 转载于《1988年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

²⁰ 同上。

²¹ 转载于《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分）。

(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²² (续)

56. 小木曾先生(特别报告员)总结就他前两次报告的辩论说,由于该专题会议的简要记录尚未全都拿到,他可能无意中忽略讨论中提出的某些问题。还有,为了节省时间,他不会有系统地一一提到就这一点或那一点发言的委员的名字。

57. 在其第二次报告(A/CN.4/422和Add.1)中,他解释了一些国家最近的趋势,它们改变了迄今为止坚持的绝对豁免原则,转而赞成有限豁免。这一趋势不仅在司法裁决中十分明显,而且在新的国内立法和国际协定中也十分明显。委员会数位委员反对他的陈述,他在重申伊恩·辛克莱爵士的观点时说:“不能再认为国家豁免的绝对理论是习惯国际法上一项具有普遍拘束力的准则了”(同上,第10段)。他自己认为,这与伊恩爵士的“并无普遍一致的赞同绝对豁免的意见”没有实质的不同(同上)。因此,他的观点是,在国家豁免领域,以绝对理论或以相对理论为准则在理论上没有协商一致的意见,因而应该努力在不适用豁免的国家活动方面达成一致意见。

58. 从这一观点出发,他欢迎数位委员提请注意需要一种务实的态度,以及无人反对该意见这一事实。这似乎表明,至少在目前阶段,对未来该专题的审议所要采取的方法有一种普遍的协商一致意见。

59. 科罗马先生提出这样的看法(第2115次会议),即特别报告员的报告中的历史分析限于西方发达国家;其前任面临同样的批评。但在非洲国家的情况下,很难找到有关司法裁决的例证,而且除南非外,那里没有关于该专题的国内立法。因为该专题主要是法律和技术问题,他倾向于只要有法院判决和国内立法,就依靠这些判决和立法,而不靠政治性的宣方。他对各国政府的书面意见和看法寄予很大希望。不幸的是,在所有非洲国家中,仅喀麦隆政府对大会征求意见的要求作出了反应。他适当地考虑到该国的观点,但不能从而推论它代表了世界那一地区大多

²² 关于案文,见第2114次会议,第31段。

数国家的观点。

60. 恩詹加先生对于亚非法律协商委员会赞成有限国家豁免理论的观点提出了类似的批评（第 2117 次会议）。不过根据对关于商业合同的第 11 条（原第 12 条）的评论第（32）段，情况是，亚非法律协商委员会 1960 年通过了其国家豁免委员会关于私人性质的商业和其他事务的最终报告，其中表明，除印度尼西亚外，所有代表团都认为，“……不应对其可称为商业或私人性的活动给予外国豁免。”²³ 同样，在森先生作为观察员在国际法委员会第三十八届会议的发言中（当时任亚非法律协商委员会秘书长），他说，“他个人认为，鉴于在许多领域中政府活动的扩展，有限制理论也许并非不合适。问题是确定合理限制的范围。”²⁴ 尽管该发言不是亚非法律协商委员会的正式观点，但它不能被解释为一种赞成绝对豁免的立场。因此他请恩詹加先生向他提供他可能需要的有关文件。

61. 谈到条款草案本身引起的意见，他注意到第 1 条似乎得到普遍接受。有人说，陈述整个草案基本思想的第 6 条应紧接第 1 条。甚至有人建议，第 6 条应构成第 1 条不可分割的一部分。他准备将这些建议提交起草委员会，但他倾向于维持目前条款的次序，以使第 6 条中的一般原则和第 11 至 19 条中规定的限制和例外不致相隔太远。

62. 关于提议的新的第 2 条（A/CN.4/415，第 29 段），大多数委员支持合并原第 2 和第 3 条，新案文没有引起反对意见。德意志民主共和国政府在其书面意见中建议，第 1（a）项中“法院”一词的定义应包括对“司法职能”一词的确切解释，恩詹加先生在这方面建议，澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 3 节应当用作参考。但他自己认为，很难在该条款内给该词下定义，不仅因为这样做将是同义反复，而且因为各国家制度不尽相同。因此他倾向于将该词的适当解释列入评注，因为这一问题无论如何应交给起草委员会。

63. 第 1（b）（2）目包括享有豁免权的国家机关和有权在行使国家主权中采

²³ 《1983 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 33 页。

²⁴ 《1986 年……年鉴》，第一卷，第 100 页，第 1958 次会议，第 37 段。

取行动的政治区分单位，关于该目，托穆沙特先生（第 2115 次会议）和其他一些委员认为，构成联邦国家的各州应享有豁免，即使它们不为或不代表中央政府而行动。因此，在他们看来，“公共权力的特权”这一表述译成英文应是“政府权威”。在这一点上，他请委员们看看第 3 条的评注第 3 段，该段中说，一国之政治区分单位包括“联邦国家的区分单位或包括有权在行使国家主权中采取行动的自治区的国家的政治区分单位”，并说“主权”是最接近“公共权力的特权”这一表述的同义词。²⁵ 他还愿请各位委员看看第 7 条草案的评注第 12 段，该段中说，

“没有任何东西可排除此种自治实体构成或作为中央政府的机关而行动、或作为行使该外国国家主权行为的国家机构而行动的可能性。联邦国家的一个州通常不享有主权国家所享有的豁免，除非它能证明对其提起的诉讼实际上牵涉到该外国……。”²⁶

因为，按照第 3 条的评注，“由于地方或市政当局行政一级的国家区分单位通常不从事行使国家主权的行为，因而不享有国家豁免”（第 3 段），他认为那些委员提议的措词改变会涉及实质的改变。在将该问题交给起草委员会时必须记住这一点。

64. 锡亚姆先生和本努纳先生（第 2117 次会议）建议，删除新的第 2 条第 1 (b) (4) 目。但是，由于对大使、外交官员或领事官员或政府任何其他代表提起的诉讼可能牵涉该外国，并由于第 1 (b) (1) 至 (3) 目不包括这些人士，他们应被包括在作为“国家代表”享有国家豁免的人士之中。第 4 条规定了这些条款草案与有关的维也纳公约之间的关系。

65. 他认为，关于新的第 2 条第 1 (c) 项中“商业合同”这一用语定义提出的两个起草问题应由起草委员会去处理。但是，在 (c) 项 (3) 目中保留“商业”一词是可取的，它包括与各种活动（其中包括生产和投资）有关的合同和协定，同时又排除了雇佣合同，雇佣合同常常被引用作为属于法院地所在国管辖的非商业合同的例子。麦卡弗里先生（同上。）和托穆沙特先生提议用“商业活动”代替“商业合

²⁵ 《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 14 页。

²⁶ 《1982 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 103-104 页。

同”。对此，他注意到，尽管前任特别报告员在其初步报告²⁷ 中使用“商业行为”一词，在第二次报告和第四次报告²⁸ 中使用“贸易和商业活动”一词，但1983年通过的第12条（现第11条）却题为“商业合同”。他假定该标题是在1983年届会时起草委员会的讨论过程中改变的，但却不能解释为什么或如何改变的。但是，若委员会大多数委员赞成重新考虑“商业合同”这一标题，他愿意尊重他们的愿望。

66. 十一位委员表示支持他关于新的第2条第3款的提议，三位委员说他们保持中立——尽管他们同意既考虑合同的性质又考虑其目的——四位委员提出了批评，主要是因为新的提法太僵化，难以包括不能预见的情况。该批评意见值得适当考虑。虽然他认为实际措词应留给起草委员会，但在该段末尾加上下列词句也许是可取的：“理所当然的是，法院地国法院在不能预见的情况下，得裁决该合同有公共目的。”根据麦卡弗里先生所提的意见，他进一步提议，该款第一部分应修订为：“在确定第1(c)项下之合同是否属于商业性质时，……。”这也是一个要交给起草委员会的问题。

67. 第4条没有遇到什么批评，大多数就此议题发言的委员同意他的建议，将“根据国际法”等字样加进第1款。有些委员一般来说同意该条，但他们谋求这些条款所规定的豁免与有关的维也纳公约所赋予的豁免之间的法律关系得到澄清。而其他一些委员认为，那些公约和这些条款性质截然不同，锡亚姆先生甚至说，这两个制度之间的不同如此明显以致第4条本身都没有必要。尽管他不能够接受后一观点，一般来讲，他同意这两个制度可以分别适用。许多委员还提议，基于个人理由给予国家元首的特权与豁免，应当扩大及于其他高级官员，如政府首脑和外交部长。在这一点上，他指出，外交机构及有关人士的特权与豁免由维也纳各项公约的一个特别制度所规定，而基于个人理由给予国家元首的特权与豁免为习惯国际法

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

²⁸ 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第199页，文件A/CN.4/331和Add.1；和《1982年……年鉴》，第二卷（第一部分），第199页，文件A/CN.4/357。

的规则所包括。国家元首和其他高级官员家庭的特权与豁免作为国际礼让而给予。他不反对在第2条中提及那几类严格来讲国际法并不包括其特权与豁免的人士，尽管他对此并不特别赞成。然而，毫无疑问，起草委员会将在适当时候考虑国际法与国际礼让在这方面的微妙区别。

68. 没有人对第5条表示任何意见。关于第6条，许多委员支持他的提议，即删除方括号内的“和一般国际法的有关规则”这一短语；10国政府赞成删除；10国政府反对。他提议删除这一短语的主要理由是，担心它们可能被法院地所在国法院用来单方面解释这些条款，特别是关于限制和例外；尽管有些委员提到其他一些理由。仅有麦卡弗里先生完全反对删除，虽然其他两位委员关于是否一定删除表示了犹疑不决。但他相信，应允许起草委员会在一读通过的案文基础上工作，假定方括号内的用语最终会被删除。然而，由于各国政府在这一点上意见分歧，并由于删除方括号内的短语意味着赞成有限制豁免的国家作出重大牺牲，他向本委员会提议另外两种可能的办法——一部分为了补偿该牺牲、部分为了考虑到已就国家豁免制定了立法的那些国家的情况，但还因为该立法规定的一些限制和例外未载于该条款草案。

69. 第一个可能的办法是，把西班牙建议的段落（A/CN.4/410和Add.1-5）列入该未来公约的序言。有几位委员表示同意这种想法，而更多的委员却加以反对。此外，根据传统，序言问题是在外交会议上解决。第二个可能的办法是包括一个新的第6条之二（A/CN.4/422和Add.1，第17段），针对由于习惯国际法的变化或发展将来可能出现的例外作出规定，并填补这些条款与国内立法之间任何可能的空白。第二个办法尚未得到任何人赞成，因而，这两项提议均不能作为讨论的基础。他没有谈到澳大利亚提出的将第6条中方括号内短语改写的提议（A/CN.4/410和Add.1-5），因为改写后的短语实质上没有什么不同。他相信起草委员会会通过诸如一项附加议定书等方式努力找到一个填补——至少是暂时地——该条款草案和国内立法之间的空白的办法。

70. 除了一些有关起草和可能删除第3款的意见外，大多数就第7条发言的委员都支持提议的新案文（A/CN.4/415，第79段）。该款与已经通过的案文相比已经有所简化，但若起草委员会予以进一步简化，他不会反对。

71. 关于第 8 条，有些委员支持他对 (c) 项的建议 (同上，第 93 段)，而其他一些委员则提议以一种较少限制的方式重新拟定，以便通过外交渠道获得明确赞同。尽管 (a) 项对他来说似乎已经足够，但他不反对将该项交给起草委员会。科罗马先生 (第 2118 次会议) 不接受初步报告 (A/CN.4/415，第 89 段) 关于 (b) 项的解释，建议应该仔细考虑由于不可抗力引起的情况根本变化。他个人不太赞成这种理论，因为它不适当地依赖一方的单方面评估，还因为在历史上、在第二次世界大战之前及期间，它曾被滥用，尽管是在另一场合。因而他坚持他在其初步报告中就此所表示的观点。

72. 最后，关于第 9 条，他提议在第 1 款 (同上，第 100 段) 加上如下保留：“但是，若该国满足法院的要求……只要它尽可能早这样做”仅仅适用于 (b) 项，此点已为数位委员所接受。许多委员也接受了他提议的关于一国之代表在另一国法院出庭作证之影响的新的第 3 款。有少数几位委员反对该款，虽然他们反对的理由并不清楚。就他自己而言，他继续认为新的一款是必要的。就此条提出的文字性建议可以在起草委员会审议。

下午 1 时散会。

第 2122 次会议

1989 年 6 月 21 日星期三上午 10 时

主席：伯恩哈德·格雷夫拉特先生

出席：阿吉博拉亲王、巴哈纳先生、哈索内先生、凯西先生、阿兰焦-鲁伊斯先生、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