

# 国际法委员会年鉴

# 1991年

第二卷  
第二部分

国际法委员会提交大会的  
第四十三届会议  
工作报告

---

联合国  
纽约和日内瓦, 1994年



## 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。

提及《国际法委员会年鉴》时省略为前有年度和省略号的“年鉴”（如《1980年……年鉴》）。

国际法委员会每届会议的年鉴由两卷组成：

第一卷：该届会议各次会议的简要记录；

第二卷(第一部分)：特别报告员的报告和会议期间审议的其他文件；

第二卷(第二部分)：国际法委员会提交大会的报告。

凡提及以上各卷和各卷中的引文均指作为联合国出版物发行的本年鉴各卷的最后印刷文本。

A/CN.4/SER.A/1991/Add.1 (Part 2)

联合国出版物

出售品编号： C.93.V.9 (Part 2)

# 目 录

	页 次
A/46/10: 国际法委员会第四十三届会议工作报告 (1991年4月29日至7月19日) .....	1
第四十三届会议文件一览表 .....	135

国际法委员会第四十三届会议工作报告  
(1991年4月29日至7月19日)

目 录

	页 次
简称.....	5
关于引文的说明.....	6
本卷所引用的多边公约.....	6
章 次	段 次
一、 本届会议的组织.....	1-16 11
A. 委员会委员.....	2 11
B. 主席团成员.....	3-4 11
C. 起草委员会.....	5 12
D. 秘书处.....	6 12
E. 议程.....	7-8 12
F. 委员会第四十三届会议工作情况概述.....	9-16 12
二、 国家及其财产的管辖豁免.....	17-28 14
A. 导言.....	17-24 14
B. 委员会的建议.....	25-26 15
C. 赞扬特别报告员小木曾本雄先生.....	27 15
D. 国家及其财产的管辖豁免条款草案及其评注.....	28 15
第一部分 导言.....	15
第1条 本条款的范围.....	15
评注.....	15
第2条 用语.....	16
评注.....	16
第3条 不受本条款影响的特权和豁免.....	23
评注.....	23
第4条 本条款不溯及既往.....	24
评注.....	25
第二部分 一般原则.....	25

\* 起初作为《大会正式记录，第四十六届会议，补编第10号》分发。

## 目 录 (续)

章 次	页 次
第 5 条 国家豁免.....	25
评注.....	25
第 6 条 实行国家豁免的方式.....	26
评注.....	26
第 7 条 明示同意行使管辖.....	28
评注.....	28
第 8 条 参与法院诉讼的效果.....	31
评注.....	31
第 9 条 反诉.....	33
评注.....	33
第三部分 不得援引国家豁免的诉讼.....	35
第 10 条 商业交易.....	36
评注.....	36
第 11 条 雇用合同.....	44
评注.....	45
第 12 条 人身伤害和财产损害.....	47
评注.....	48
第 13 条 财产的所有权、占有和使用.....	49
评注.....	49
第 14 条 知识产权和工业产权.....	50
评注.....	51
第 15 条 参加公司或其他集体机构.....	52
评注.....	52
第 16 条 国家拥有或经营的船舶.....	53
评注.....	54
第 17 条 仲裁协定的效力.....	57
评注.....	57
第四部分 在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免.....	59
第 18 条 免于强制措施的国家豁免.....	59
评注.....	59
第 19 条 特定种类的财产.....	62
评注.....	62
第五部分 杂项规定.....	63
第 20 条 诉讼文书的送达.....	63
评注.....	63
第 21 条 缺席判决.....	64
评注.....	64
第 22 条 法院诉讼期间的特权和豁免.....	65
评注.....	65

## 目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
三、国际水道非航行使用法.....	29-59	66
A. 导言.....	29-34	66
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	35-58	66
C. 赞扬特别报告员斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生.....	59	69
D. 国际水道非航行使用法条款草案.....		69
1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文.....		69
2. 国际法委员会第四十三届会议暂时通过的第 2、第 10、第 26 至第 29 和第 32 条草案案文及其评注.....		73
第一部分 导言.....		74
第 2 条 用语.....		74
评注.....		74
第二部分 一般原则.....		76
第 10 条 各种使用之间的关系.....		76
评注.....		76
第六部分 杂项规定.....		77
第 26 条 管理.....		77
评注.....		77
第 27 条 调节.....		78
评注.....		79
第 28 条 设施.....		79
评注.....		80
第 29 条 武装冲突期间的国际水道和设施.....		80
评注.....		80
第 32 条 不歧视.....		81
评注.....		81
四、危害人类和平及安全治罪法草案.....	60-176	83
A. 导言.....	60-66	83
B. 本届会议审议这个专题的情况.....	67-176	84
1. 审议特别报告员的第 9 次报告.....	67-69	84
(a) 适用于危害人类和平及安全罪的刑罚.....	70-105	84
(b) 国际刑事法院的管辖权.....	106-140	89
(c) 提起刑事诉讼.....	141-165	94
2. 委员会对本条款草案所作的决定.....	166-175	97
C. 赞扬特别报告员杜杜·锡阿姆先生.....	176	98
D. 关于危害人类和平及安全治罪法草案的条款草案.....		98
1. 委员会一读暂时通过的条款草案案文.....		98
2. 委员会第四十三届会议暂时通过的第 3、第 4、第 5、第 11、第 14、第 19 至第 22 和第 26 条草案案文及其评注整个第二部分的评注.....		102

## 目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
第一部分 第二章 一般原则 .....		102
第 3 条 责任和惩罚 .....		102
评注 .....		102
第 4 条 动机 .....		103
评注 .....		103
第 5 条 国家的责任 .....		103
评注 .....		103
第 11 条 政府或上级的命令 .....		104
评注 .....		104
第 14 条 抗辩和减罪情况 .....		104
评注 .....		104
第二部分 危害人类和平及安全罪行 .....		105
第 19 条 种族灭绝 .....		106
评注 .....		106
第 20 条 种族隔离 .....		106
评注 .....		107
第 21 条 有计划或大规模侵害人权行为 .....		107
评注 .....		107
第 22 条 特别严重的战争罪行 .....		109
评注 .....		109
第 26 条 故意和严重损害环境行为 .....		111
评注 .....		111
五、国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任 .....	177-259	112
A. 导言 .....	177-180	112
B. 本届会议审议这一专题的情况 .....	181-259	113
1. 一般问题 .....	183-197	113
2. 具体问题 .....	198-259	115
(a) 本专题的标题 .....	198-201	115
(b) 本文书的性质 .....	202-212	115
(c) 本专题的范围 .....	213-221	116
(d) 原则 .....	222-253	118
(e) “全球公有领域” .....	254-259	122
六、国家和国际组织间的关系(本专题的第二部分) .....	260-301	123
A. 导言 .....	260-267	123
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....	268-301	123
七、国家责任 .....	302-322	129
A. 导言 .....	302-307	129
B. 本届会议审议这个专题的情况 .....	308-322	130
八、委员会的其他决定和结论 .....	323-360	133
A. 委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作 .....	323-339	133

目 录 (续)

章 次	段 次	页 次
B. 同其他机构的合作 .....	340-342	134
C. 同委员会的工作有关的其他合作活动 .....	342-344	135
D. 第四十四届会议的日期和地点 .....	345	135
E. 出席大会第四十六届会议的代表 .....	346	135
F. 国际法讲习会 .....	347-357	135
G. 希尔维托·阿马多纪念讲座 .....	358-360	136
附件 长期工作方案工作组向规划组提交的报告 .....		137

简 称

欧洲经委会	欧洲经济委员会
关贸总协定	关税及贸易总协定
原子能机构	国际原子能机构
红十字委员会	红十字和红新月国际委员会
劳工组织	国际劳工组织
经合发组织	经济合作与发展组织
贸发会议	联合国贸易和发展会议
环境规划署	联合国环境规划署
儿童基金会	联合国儿童基金会
训研所	联合国训练和研究所
难民专员办事处	联合国难民事务高级专员办事处
粮食计划署	世界粮食计划署
知识产权组织	世界知识产权组织

\*

\* \* \*

《美国国际法学报》  
 《年度文摘》  
 《讲义集》  
 《国际法院裁决集》  
 《立法文件》  
 《管辖豁免资料》  
 《国际常设法院 A 辑》  
 《案件报道》

《美国国际法学报》  
 《国际公法案例年度文摘》  
 《海牙国际法学院讲义集》  
 《国际法院判决、咨询意见和命令集》  
 《关于国际河流非航行使用的立法丛书、立法文件和条约规定》  
 《联合国立法丛书, 关于国家及其财产的管辖豁免的资料》  
 《国际常设法院判决集》(第 1-24 集: 直到并包括 1930 年)  
 《在美国最高法院中辩论和裁决的案件报道》



## 关于引文的说明

在引文中，以楷体排印且后接有星号的词句或段落在原文中并不是斜体。  
除另有说明外，从非英文著作所引的引文均由秘书处翻译。

## 本卷所引用的多边公约

## 来源

- 人权
- 《禁奴公约》(日内瓦, 1926年9月25日) 国际联盟, 《条约集》, 第60卷, 第253页。
- 《禁止强迫劳动第29号公约》(日内瓦, 1930年6月28日) 国际劳工局, 《公约和建议》, 1919-1966年(日内瓦, 1966年)第155页。
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约, 1948年12月9日) 联合国, 《条约集》, 第78卷, 第277页。
- 《废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度及习俗补充公约》(日内瓦, 1956年9月7日) 同上, 第266卷, 第3页。
- 《关于废止强迫劳动的第105号公约》(日内瓦, 1957年6月25日) 同上, 第320卷, 第291页。
- 《公民权利和政治权利国际公约》(纽约, 1966年12月16日) 同上, 第999卷, 第171页。
- 《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(纽约, 1968年11月26日) 同上, 第754卷, 第73页。
- 《美洲人权公约》(圣何塞, 1969年11月12日) 同上, 第1144卷, 第123页。
- 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约, 1973年11月30日) 同上, 第1015卷, 第243页。
- 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(纽约, 1984年12月10日) 《大会正式记录, 第三十九届会议, 补编第51号》, 第39/46号决议, 附件。
- 特权与豁免, 外交关系
- 《联合国特权及豁免公约》(伦敦, 1946年2月13日) 联合国, 《条约集》, 第1卷, 第15页。
- 《各专门机构特权及豁免公约》(纽约, 1947年11月21日) 同上, 第33卷, 第261页。
- 《维也纳外交关系公约》(维也纳, 1961年4月18日) 同上, 第500卷, 第95页。
- 《维也纳领事关系公约》(维也纳, 1963年4月24日) 同上, 第596卷, 第261页。
- 《欧洲国家豁免公约》(巴塞尔, 1972年5月16日) 欧洲理事会, 《欧洲条约集》, 第74号, (斯特拉斯堡, 1972年)。
- 《特别使节公约》(纽约, 1969年12月8日) 《大会正式记录, 第二十四届会议, 补编第30号》, 第2530(XXIV)号决议。
- 《关于防止和惩治侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(纽约, 1973年12月14日) 联合国, 《条约集》, 第1035卷, 第167页。
- 《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》(维也纳, 1975年3月14日) 联合国, 《1975年法律年鉴》(出售品编号: E.77.V.3), 第87页。

## 环境和自然资源

- 《有国际利害关系的通航水道制度公约和规则》(巴塞罗那, 1921年4月20日)
- 《关于开发乍得湖流域的公约和条例》(拉密堡, 1964年5月22日)
- 《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》(伦敦、墨西哥、莫斯科和华盛顿, 1972年12月29日)
- 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》(纽约, 1976年12月10日)
- 《设立冈比亚河流域开发组织公约》(考拉克, 1978年6月30日)
- 《设立尼日尔河流域管理局公约》(法拉纳, 1980年11月21日)
- 《保护臭氧层维也纳公约》(维也纳, 1985年3月22日)
- 《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(蒙特利尔, 1987年9月16日)
- 《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》(巴塞尔, 1989年3月22日)
- 《越界环境影响评估公约》(埃斯波, 1991年2月25日)
- 国际联盟, 《条约集》, 第七卷, 第35页。
- 联合国, 《关于国际水道非航行使用的条约集: 非洲》, 自然资源/水汇编第13号(出售品编号: E/F.84.II.A.7), 第42页。
- 联合国, 《条约集》, 第1046卷, 第120页。
- 同上, 第1108卷, 第151页。
- 联合国, 《关于国际水道非航行使用的条约集: 非洲》, 自然资源/水汇编第13号(出售品编号: E/F.84.II.A.7), 第42页。
- 同上, 第56页。
- 环境规划署, 《环境领域部分多边公约》(英格兰剑桥, 1991年), 第2卷, 第301页。
- 同上, 第309页。
- 同上, 第449页。
- E/ECE/1250号文件, 1991年。

## 海洋法

- 《统一国有船舶豁免的某些规则的国际公约》(布鲁塞尔, 1926年4月10日)
- 及附加议定书《布鲁塞尔, 1926年4月10日)
- 《关于扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔, 1952年5月10日)
- 《公海公约》(日内瓦, 1958年4月29日)
- 《领海及毗连区公约》(日内瓦, 1958年4月29日)
- 《联合国海上货物运输公约》(汉堡, 1978年3月31日)
- 《联合国海洋法公约》(蒙特哥贝, 1982年12月10日)
- 国际联盟, 《条约集》, 第一百七十六卷, 第199页。
- 同上, 第215页。
- 联合国, 《条约集》, 第439卷, 第193页。
- 同上, 450卷, 第11页。
- 同上, 第516卷, 第205页。
- 联合国, 《贸易法委会年鉴》, 第九卷(1978年)(出售品编号: E.80.V.81), 第212页。
- 《第三次联合国海洋法会议正式记录》第十七卷(联合国出版物, 出售品编号: E.84.V.3), 第151页, A/CONF.62/122号文件。

## 适用于武装冲突的公约

- 《陆战法规和惯例公约》(海牙, 1907年10月18日)
- 《关于禁用毒气(或类似毒品及细菌方法作战议定书》(日内瓦, 1925年6月17日)
- 《保护战争受害者日内瓦四公约》(日内瓦, 1949年8月12日)及第一和第二附加议定书(日内瓦, 1977年6月8日)
- J.B.斯科特编辑, 《1899年和1907年的海牙公约和声明》, 第三版(纽约, 1978年), 牛津大学出版社, 第100页。
- 国际联盟, 《条约集》, 第九十四卷, 第65-66页。
- 联合国, 《条约集》, 第75卷, 第31页起各页。
- 同上, 第1125卷, 第3页起各页。

## 条约法

- 《维也纳条约法公约》(维也纳, 1969年5月23日) 同上, 第1155卷, 第331页。
- 核活动和外层空间活动所造成损害的责任
- 《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1967年1月27日) 同上, 第610卷, 第205页。
- 《空间物体所造成损害的国际责任公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年3月29日) 同上, 第961卷, 第187页。
- 《关于登记射入外层空间物体的公约》(纽约, 1975年1月14日) 同上, 第1023卷, 第15页。
- 《及早通报核事故公约》(维也纳, 1986年9月26日) 原子能机构, 《法律丛书》第14号(维也纳, 1987年)。
- 《核事故或辐射紧急情况援助公约》(维也纳, 1986年9月26日) 同上。

## 知识产权

- 《世界版权公约》(修订版)巴黎, 1971年7月24日) 联合国, 《条约集》, 第943卷, 第78页。

## 武器

- 《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)生物及毒素武器和销毁此种武器的公约》(伦敦、莫斯科和华盛顿, 1972年4月10日) 同上, 第1015卷, 第163页。
- 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(纽约, 1981年4月10日) 同上, 第1342卷, 第137页。

## 民用航空

- 《统一国际航空运输某些规则的公约》(华沙, 1929年10月12日) 国际联盟, 《条约集》, 第一百三十七卷, 第13页。
- 《修改统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》(海牙, 1955年9月28日) 联合国, 《条约集》, 第478卷, 第371页。
- 《国际民用航空公约》(芝加哥, 1944年12月7日) 同上, 第15卷, 第295页。
- 《关于国际承认对航空器的权利的公约》 同上, 第310卷, 第151页。
- 《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10月7日) 同上, 第181页。
- 《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》(瓜达拉哈拉, 1961年9月18日) 同上, 第500卷, 第31页。
- 《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》(东京, 1963年9月14日) 同上, 第704卷, 第219页。
- 《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙, 1970年12月16日) 同上, 第860卷, 第105页。
- 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔, 同上, 第974卷, 第177页。

1971年9月23日)

解决争端

《解决国家和其他国家国民间的投资争端的华盛顿公约》(华盛顿, 1965年3月18日)

同上, 第575卷, 第158页.

《美洲商业仲裁公约》(巴拿马, 1975年1月30日)

美洲国家组织, *Serie sobre Tratados*, 第42号, OEA/Ser.A/20号文件.

# 第一章

## 本届会议的组织

1. 国际法委员会是根据1947年11月21日第174(II)号决议设立的。委员会依照作为该决议附件并经后来修正的委员会章程,自1991年4月29日至7月19日在联合国日内瓦办事处的委员会永久会址举行了第四十三届会议。第四十二届会议主席史久镛先生主持了会议开幕式。

### A. 委员会委员

2. 委员会由下列成员组成:

博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王(尼日利亚);

侯赛因·巴哈纳先生(巴林);

奥恩·哈索内先生(约旦);

里亚兹·凯西先生(伊拉克);

加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生(意大利);

胡利奥·巴尔沃萨先生(阿根廷);

朱里·巴尔谢戈夫先生(苏维埃社会主义共和国联盟);

约翰·艾伦·比斯利先生(加拿大);

穆罕默德·本努纳先生(摩洛哥);

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);

莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生(委内瑞拉);

古兹蒙迪尔·埃里克松先生(冰岛);

劳雷尔·弗朗西斯先生(牙买加);

博恩哈德·格雷夫拉特先生(德国);

弗朗西斯·马洪·海斯先生(爱尔兰);

豪尔赫·伊留埃卡先生(巴拿马);

安德烈亚斯·雅科维德斯先生(塞浦路斯);

阿卜杜勒·科罗马先生(塞拉利昂);

艾哈迈德·马希乌先生(阿尔及利亚);

斯蒂芬·麦卡弗里先生(美利坚合众国);

弗兰克·恩詹加先生(肯尼亚);

小木曾本雄先生(日本);

斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生(波兰);

阿兰·佩莱先生(法国);

彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生(印度);

埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生(马达加斯加);<sup>1</sup>

埃马努埃尔·鲁库纳斯先生(希腊);

塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生(墨西哥);

史久镛先生(中国);

路易斯·索拉里·图德拉先生(秘鲁);

杜杜·锡亚姆先生(塞内加尔);

克里斯蒂安·托穆沙特先生(德国);

亚历山大·扬科夫先生(保加利亚)。

### B. 主席团成员

3. 委员会在1991年4月29日和30日的第2205至第2206次会议上选出了下列主席团成员:

主席:阿卜杜勒·科罗马先生;

第一副主席:约翰·艾伦·比斯利先生;

第二副主席:塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生;

起草委员会主席:斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生;

报告员:侯赛因·巴哈纳先生。

4. 委员会扩大主席团成员由本届会议主席团成员、曾任委员会主席的委员<sup>1</sup>和各特别报告员组成。<sup>2</sup>扩大主席团的主席由委员会主席担任。根据扩大主席团的建议,委员会在1991年6月11日第2222次会议

<sup>1</sup> 即劳雷尔·B. 弗朗西斯先生、杜杜·锡亚姆先生、亚历山大·扬科夫先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、博恩哈德·格雷夫拉特先生和史久镛先生。

<sup>2</sup> 即加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、斯蒂芬·C. 麦卡弗里先生、小木曾本雄先生和杜杜·锡亚姆先生。

上为本届会议设立了一个规划组，负责审议委员会的计划、程序和工作方法及其文件，并就此向扩大主席团提出报告。规划组人员组成如下：约翰·艾伦·比斯利先生（主席）、博拉·阿德苏姆博·阿吉博拉亲王、奥恩·哈索内先生、里亚兹·凯西先生、加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生、胡利奥·巴尔沃萨先生、莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生、劳雷尔·弗朗西斯先生、博恩哈德·格雷夫拉特先生、豪尔赫·伊留埃卡先生、安德烈亚斯·雅科维德斯先生、艾哈迈德·马希乌先生、弗兰克·恩詹加先生、斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生、埃马努埃尔·鲁库纳斯先生和克里斯蒂安·托穆沙特先生。规划组不限成员名额，欢迎其他委员参加。

### C. 起草委员会

5. 委员会在第 2205 至第 2206 次会议上任命了由下列成员组成的起草委员会：斯坦尼斯瓦夫·帕夫拉克先生（主席）、侯赛因·巴哈纳先生、奥恩·哈索内先生、朱里·巴尔谢戈夫先生、穆罕默德·本努纳先生、卡洛斯·卡莱罗-罗德里格斯先生、古兹蒙迪尔·埃里克松先生、弗朗西斯·马洪·海斯先生、阿卜杜勒·科罗马先生、斯蒂芬·麦卡弗里先生、小木曾本雄先生、阿兰·佩莱先生、彭马拉朱·斯里尼瓦萨·拉奥先生、埃迪尔贝·拉扎凡德拉朗博先生、塞缪尔·塞普尔维达-古铁雷斯先生、史久镛先生和路易斯·索拉里·图德拉先生。

### D. 秘书处

6. 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了本届会议。法律事务厅编纂司司长弗拉基米尔·科特赖尔先生担任委员会秘书，并在法律顾问未出席时代表秘书长。法律事务厅编纂司副司长杰奎林·多琪女士担任委员会副秘书长。高等法律干事桑原幸子女士和曼努埃尔·拉马-蒙塔尔多先生担任委员会高级助理秘书，法律干事玛努什·阿桑贾尼女士和姆帕齐·辛杰拉先生担任委员会助理秘书。

### E. 议程

7. 委员会在 1991 年 4 月 29 日第 2205 次会议上，通过了第四十三届会议的议程项目如下：

#### 1. 本届会议的工作安排。

2. 国家责任。
3. 国家及其财产的管辖豁免。
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. 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。
8. 委员会的计划程序和工作方法及其文件工作。
9. 同其他机构的合作。
10. 第四十四届会议的日期和地点。
11. 其他事项。

8. 委员会审议了议程上的所有项目。委员会举行了 48 次公开会议（从第 2205 次至第 2252 次会议）。此外，委员会的起草委员会举行了 55 次会议，扩大主席团举行了 2 次会议，扩大主席团规划组举行了 6 次会议。

### F. 委员会第四十三届会议工作情况概述

9. 在第四十三届会议上，委员会就议程上的三个专题取得了重大的进展。它完成了对“国家及其财产的管辖豁免”专题的审议工作，最后通过一套关于这个专题的条款草案。此外，委员会暂时通过了关于其议程上另外两个专题，即“危害人类和平及安全治罪法草案”和“国际水道非航行使用法”的全套条款草案。大家应该记得：委员会在其第四十一届会议上最后通过了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及其任择议定书草案。因此，委员会在其成员本届任期内实现了它在任期开始时为自己规定的具体目标。

10. 关于“国家及其财产的管辖豁免”的专题（见第二章），委员会按照起草委员会的建议，<sup>3</sup>如同以上第 9 段所说明的，二读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会决定按照章程第 23 条建议大会召开一次国际全权代表会议，以审议这个条款草案，并就这个专题缔结一项公约。

11. 关于“国际水道的非航行使用法”的专题（见第三章），如同以上第 9 段所说明的，委员会一读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会决定按照

<sup>3</sup> 1991 年 6 月 4 日至 7 日第 2218 至 2221 次会议上审查了起草委员会的建议。

章程第 16 和第 21 条通过秘书长将本条款草案递交各国政府征求它们的评论和意见，并请它们在 1993 年 1 月 1 日将这些评论和意见送交秘书长。在其工作的第一阶段，委员会审议了特别报告员斯蒂芬·麦卡弗里先生的第 7 次报告（A/CN.4/436），其中具体载列了一个题为“用语”的条文草案。<sup>4</sup> 委员会决定：将该条款草案提交起草委员会。在稍后阶段，委员会根据起草委员会的建议，<sup>5</sup> 暂时通过了第 2 条（用语）、第 10 条（各种使用之间的关系）、第 26 条（管理）、第 27 条（调节）、第 28 条（设施）、第 29 条（武装冲突期间的国际水道）和第 32 条（不歧视）。委员会也根据起草委员会的建议通过了前几届会议上暂时通过的一些条文的订正案文。

12. 关于“危害人类和平及安全治罪法草案”的专题（见第四章），如同以上第 9 段所说明的，委员会一读通过了关于这个专题的全套条款草案。委员会按照章程第 16 和第 21 条决定通过秘书长将本条款草案递交各国政府，要求它们提出意见和评论，并请它们在 1993 年 1 月 1 日以前将这些意见和评论提交秘书长。在其工作的第一阶段，委员会审议了特别报告员杜杜·锡阿姆先生的第 9 次报告（A/CN.4/435 和 Add.1），除其他外，其中载有关于适用刑罚的条文草案。<sup>6</sup> 委员会决定将该条文草案提交起草委员会。在稍后阶段，委员会按照起草委员会的建议，<sup>7</sup> 暂时通过：（一）第 3 条（责任和惩罚），第 4 条（动机）和相应于原先所通过之第 3 条的第 5 条（国家的责任）；（二）第 11 条（政府或上级的命令）和第 14 条（抗辩和可以从轻量刑的情况）；（三）第 19 条（种族灭绝）、第 20 条（种族隔离）、第 21 条（有计划或大规模侵害人权）、第 22 条（战争罪）和第 26 条

（故意和严重损害环境）。委员会还按照起草委员会的建议通过了前几届会议上暂时通过的一些条文的订正案文。

13. 委员会按照特别报告员胡利奥·巴尔沃萨先生的第 7 次报告（A/CN.4/L.437）审议了“国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任”专题（见第五章）。<sup>8</sup> 该报告载述对这一专题的主要问题的重新研讨，以便查明委员会内的协议范围，并促进有关这一专题的工作。

14. 委员会根据特别报告员莱昂纳多·迪亚斯-冈萨雷斯先生的第 5 次和第 6 次报告审议了关于“国家和国际组织间的关系”（专题的第二部分）（见第六章）。<sup>9</sup> 第 5 次报告（A/CN.4/438）除其他外，载有 6 个条文草案，即第 12 条（档案）和第 13 条至第 17 条（出版物和通讯设施）。第 6 次报告（A/CN.4/439）载有 5 个条文草案，即第 18 条至第 22 条（印花税豁免和关税豁免）。委员会决定将这些条文提交起草委员会。

15. 关于“国家责任”的专题（见第七章），委员会听取了特别报告员加埃塔诺·阿兰焦-鲁伊斯先生对其第 3 次报告（A/CN.4/440 和 Add.1）的说明。<sup>10</sup> 由于时间不够，不曾讨论该报告。

16. 关于委员会的计划、程序和工作方法及其文件工作的事项在扩大主席团规划组和扩大主席团本身范围内讨论。委员会的有关建议将载于报告最后一章，该章也将载述与其他机构合作的情况以及一些行政事项和其他事项。

<sup>4</sup> 1991 年 5 月 23 日至 6 月 4 日第 2215 至第 2218 次会议上审查了该报告。

<sup>5</sup> 1991 年 6 月 21 日至 27 日第 2228 至 2231 次会议上审议了起草委员会的建议。

<sup>6</sup> 1991 年 5 月 14 日至 24 日第 2207 至第 2214 次会议上审查了该报告。

<sup>7</sup> 1991 年 7 月 5 日至 12 日第 2236 至 2241 次会议上审查了起草委员会的建议。

<sup>8</sup> 1991 年 6 月 7 日至 21 日举行的第 2221 至 2228 次会议上审议了本专题。

<sup>9</sup> 1991 年 6 月 27 日至 7 月 5 日举行的第 2232 至 2236 次会议上审议了本专题。

<sup>10</sup> 于 1991 年 7 月 10 日第 2238 次会议上介绍了这份报告。

## 第二章

### 国家及其财产的管辖豁免

#### A. 导言

17. 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<sup>11</sup>根据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(第7段)的要求而决定列入其目前的工作计划的。

18. 委员会在1979年第三十一届会议上收到了特别报告员颂蓬·索差伊库先生提交的初步报告。<sup>12</sup>委员会在同一届会议上决定向联合国会员国发出调查表,以便取得更多的资料,并了解各国政府的观点。从对调查表的答复中所收到的材料已于1981年第三十三届会议上提交委员会。从第三十二届会议(1980)至第三十八届会议(1986),委员会收到了特别报告员的另外七份报告。<sup>13</sup>

19. 委员会在第三十八届会议上一读通过了本

专题的全部条款草案,<sup>14</sup>按照委员会章程第16和第21条,全部条款草案通过秘书长送请各国政府提出评论和意见,并请各国政府在1988年1月1日前将评论和意见提交秘书长。

20. 委员会1987年第三十九届会议任命小木曾本雄先生为本专题的特别报告员。委员会1988年第四十届会议收到会员国和瑞士的答复。<sup>15</sup>委员会还收到了特别报告员的初步报告。<sup>16</sup>

21. 委员会1989年第四十一届会议收到了特别报告员的第二次报告,<sup>17</sup>以及为进行对条款草案的二读提交第四十届会议的初步报告。委员会在讨论了那些报告及各国政府的评论和意见后,决定将第1条至第11条之二的条款草案提交起草委员会,并向其转交特别报告员的建议和某些委员在全体会议讨论中提出的建议。<sup>18</sup>

22. 委员会1990年第四十二届会议收到特别报告员的第三次报告,<sup>19</sup>并根据该报告重新审议了条款草案的第12至28条,其中包括第三部分的标题。委员会完成对这些条款的审议工作后,决定将这些条款连同特别报告员的建议和全体会议收到的建议提交起草委员会。<sup>20</sup>

<sup>11</sup> 《1978年……年鉴》,第二卷(第二部分),第152至155页,第179-190段。

<sup>12</sup> 《1979年……年鉴》,第二卷(第一部分),第227页, A/CN.4/323号文件。

<sup>13</sup> 特别报告员的这另外七份报告转载如下:

第二次报告:《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分),第199页, A/CN.4/331和Add.1号文件;

第三次报告:《1981年……年鉴》,第二卷(第一部分),第125页,文件A/CN.4/340和Add.1号文件;

第四次报告:《1982年……年鉴》,第二卷(第一部分),第199页, A/CN.4/357号文件;

第五次报告:《1983年……年鉴》,第二卷(第一部分),第25页, A/CN.4/363和Add.1号文件;

第六次报告:《1984年……年鉴》,第二卷(第一部分),第5页, A/CN.4/376和Add.1和2号文件;

第七次报告:《1985年……年鉴》,第二卷(第一部分),第21页, A/CN.4/388号文件;

第八次报告:《1986年……年鉴》,第二卷(第一部分),第8至22页, A/CN.4/396号文件。

<sup>14</sup> 关于案文,见《1986年……年鉴》,第二卷(第二部分),第8页。

<sup>15</sup> 见《1988年……年鉴》,第二卷(第一部分),第45页, A/CN.4/410和Add.1-5号文件。

<sup>16</sup> 同上,第96页, A/CN.4/415号文件。

<sup>17</sup> 《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),第59页, A/CN.4/422和Add.1号文件。

<sup>18</sup> 见《1989年……年鉴》,第二卷(第二部分),第98页,第405段。

<sup>19</sup> 《1989年……年鉴》,第二卷(第一部分),第3至22页, A/CN.4/431号文件。

<sup>20</sup> 见《1990年……年鉴》,第二卷(第二部分),第32



23. 起草委员会在委员会第四十二届会议上开始二读上述条款草案<sup>21</sup>并于目前的第四十三届会议上完成二读工作。起草委员会的报告由其主席提出,并在第2218次至2221次和2235次会议上连同起草委员会前任主席介绍的起草委员会上届会议工作报告一并审议。<sup>22</sup>委员会根据这些报告通过了关于国家及其财产的管辖豁免的22个条文草案的最后案文。依照其章程,委员会在此将这些条文草案连同一份建议(见下文第25段)提交大会。

24. 有些委员提出从事商业服务的由国家拥有或国家经营的飞机以及空间物体的问题,委员会虽然确认这个问题的重要性,认为需要更多的时间来加以研究。

#### B. 委员会的建议

25. 1991年7月4日,委员会第2235次会议遵照其《章程》第23条决定建议大会应召开一次国际全权代表会议,以审查关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案,并就此缔结一项公约。

26. 委员会认为,前任特别报告员提出了条款草案的解决争端问题,<sup>23</sup>如果委员会认为应该为争端的解决提供法律机制,则可由上述国际会议来处理这个问题。

#### C. 赞扬特别报告员小木曾本雄先生

27. 1991年6月7日,委员会第2221次会议通过国家及其财产的管辖豁免条款草案文本后,鼓掌通过下列建议:

“国际法委员会,

“通过了国家及其财产的管辖豁免条款草案,

“就特别报告员小木曾本雄先生孜孜不倦、竭诚努力编制草案而作出的卓越贡献以及在审议国家及

其财产的管辖豁免条款草案过程中取得的成果,向他表示深挚谢意和热烈祝贺。”

#### D. 国家及其财产的管辖豁免条款草案及其评注

28. 国际法委员会第四十三届会议通过的第1至22条条款草案的案文和评注载录如下:

#### 国家及其财产的管辖豁免条款草案

##### 第一部分

##### 导言

##### 第1条 本条款的范围

本条款适用于国家及其财产对另一国法院的管辖豁免。

##### 评注

(1) 本条款的宗旨是拟定国家及其财产的管辖豁免这个专题的国际法规则。

(2) 第1条说明本条款应当适用于哪些问题,在可能产生国家豁免问题的任何情况下,似乎一定得有一些基本的观念或概念。首先,本条款草案的主要特征是“管辖豁免”,在这方面,“管辖豁免”一词不仅用于指主权国家有权避免通常由领土国法制内法官或裁判官行使的审判权力,还用于指不在司法程序中以任何措施或程序或由领土国的任何当局对其行使一切其他的行政权力和执行权力。因此,这个观念包括整个司法程序,从诉讼的提起或成立、传票的送达、调查、审查、讯问、能够构成暂时或临时措施的命令,到开列判决之各种情况的决定、这些判决的执行、或加以延缓和进一步加以豁免。还应该指出的是,本条款的范围不仅包括国家不受另一国法院审判的豁免问题,而且涉及国家财产在另一国法院的诉讼中不应受到扣押和执行令状等强制措施豁免问题,如同第四部分所规定的那样。其次,两个独立主权国家的存在是管辖豁免问题的先决条件,即:外国和法院地国。条款草案通常提到“国家”和“另一国”,但是为了澄清含义,在一些条文中使用“外国”和“法院地国”比较合适,为本条款之目的“国家”一词的定义载于第2条。

页: 第166段。

<sup>21</sup> 同上,第167段。

<sup>22</sup> 见《1991年……年鉴》,第一卷。

<sup>23</sup> 前任特别报告员提出但未经审议的关于解决争端的第29至33条和附件载于委员会第四十一届会议工作报告(《1989年……年鉴》第二卷(第二部分),第611段)。

(3) 本案文中“法院的”一词旨在确认以下的了解: 本专题的范围主要限于不受国家“法院的”管辖的豁免。“法院”一词的定义载于第2条。

## 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) “国家”是指:

- (一) 国家及其政府的各种机关;
- (二) 联邦国家的组成单位;
- (三) 受权为行使国家主权权力而行为的国家政治区分单位;
- (四) 国家机构或部门和其他实体, 只要它们受权为行使国家主权权力而行为;
- (五) 以国家代表身份行为的国家代表;

(c) “商业交易”是指:

- (一) 为出售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易;
- (二) 任何贷款或其他金融性质之交易的合同, 包括与任何此类贷款或交易有关的任何担保义务或赔偿义务;
- (三) 商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易, 但不包括雇用人员的合同。

2. 确定本条第1款(C)项下的合同或交易是否属于“商业交易”时, 首先应考虑合同或交易的性质, 但是, 如果在作为其缔约一方的国家的实践中该合同或交易的目的与确定其非商业性质有关, 则也应予以考虑。

3. 关于本条款用语的第1和第2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。

## 评注

### 第1款

(1) 本条合并了一读暂时通过的原第2和第3条, 其中考虑到国际法委员会成员以及第六委员会各代表团所提出和赞成的建议。

### 第1款(a)项

(2) 国际法委员会认为, 就第1条来说, “法院”一词的定义是必需的。在本条款范围内, 凡获授权行使司法职能的任何国家机关不论属于哪一级别, 也不论使用什么名称都是法院。虽然本条款草案没有为“诉讼”一词下定义, 它应被理解为不包括刑事诉讼。

(3) 关于“司法职能”一词, 应当指出: 这些职能根据宪法和法律体系不同而各异。为此, 国际法委员会决定不在本条内载列“司法职能”一词的定义。但是, 司法职能的范围应该理解为包括这种职能, 无论是由法院或行政机关行使的职能, 司法职能可在法律诉讼的不同阶段行使, 即在提起法律诉讼之前或在进行法律诉讼期间, 或在执行判决的最后阶段行使。这种司法职能包括对诉讼进行裁判或解决争端、确定法律问题和事实问题、命令在法律诉讼的所有阶段采取临时的和强制执行措施, 以及由一个国家的司法当局或于其指导下在法律诉讼方面, 在法律诉讼的过程中, 或依照法律诉讼通常行使的其他行政职能和执行职能。尽管司法职能是由各国国内的组织结构确定的, 但为了本条款的目的, 司法职能一词不包括各方面的司法工作, 至少根据某些法律体系, 司法工作可能包括与任命法官有关的其他职能。

(4) 还应当指出, 根据不同的宪法和法律体系, 这一定义可能包括国家的特定行政机关行使权力以便下令实施或采取强制执行措施的行为(有时称为“准司法职能”)。

### 第1款(b)项

(5) 鉴于管辖豁免范围内的判例对“国家”的含义持不同态度, 国际法委员会认为, 阐明这一措词为本条款的目的所指的特殊意义是有用的。用于说明“国家”的一般性措词不应意味着该项规定是一种没有限制的提法。“国家”一词应根据其宗旨和目的来理解, 即应确定在一国可以要求豁免的情况下, 哪些实体和个人有权援引国家豁免, 而且还应确定国家某些区分单位和部门在为行使主权权力而行为时有权援引豁免。因此, 在本条款范围内, “国家”一词应理解为包括按此确定的所有类型或类别的实体和个人, 这些实体和个人可以受益于国家豁免的保护。

## 第1款(b)(一)项

(6) 第一类包括以自身的名义行为以及通过无论何种名称的各种政府机关而行为的国家本身, 这些机关例如君主或国家元首、政府首脑、中央政府、政府各部门、部或副部长部门、署和局以及附属机构和代表国家的使团, 包括外交使团和领馆、常驻代表团和使节, 使用“政府的各种机关”一语是想把政府的所有部门全包括在内, 而限于行政部门。

(7) “国家”一词包括完全自主和独立的外国, 但也进而包括有时并非真正是外国, 有时是并非完全独立或仅具有部分主权的实体。<sup>24</sup>当然, 国家豁免适

<sup>24</sup> 有些国家的惯例似乎支持以下的观点: 虽然半主权国或甚至殖民附属地可能属于国家本身的同一宪政组别, 但均被视为外国主权国家, 例如英国法院就一贯拒绝对控告英联邦成员国和附属于联合王国的半主权国家的的诉讼行使管辖, 因此, 巴罗达的土邦主就被视为“一个主权王公, 英国法院对之无管辖权” Gaekwar of 巴罗达邦铁路诉 Haiz Habid-ul-Haq 案(1938)(《年度文摘, 1938-1940》(伦敦), 第9卷, (1942), 案件号78, 第233页), 美国法院对其本国附属地也采取同样的观点: Kawananakoa 诉 Polyblank 案(1907)(《美国报道》, vol.205(1921), PP.349 和 353), 其中夏威夷领土被授予主权豁免; 同样, 根据联邦宪法, 对联邦各州也采取同样立场: 摩纳哥公国诉密西西比案(1934)(《年度文摘, 1933-1934》(伦敦), 第7卷(1940), 案件号61, 第166页; 参看 G.H.Hackworth, 《国际法文摘》(Washington, D.C., 美国政府印刷所, 1941), vol.II, P.402), 最近, 在摩根担保信托公司诉帛琉共和国案(639 F.Supp.706, 美国纽约南区地区法院, July 10, 1986, 《美国国际法学报》, 第81卷, 第220页(1987)), 法院认为, 即便《自由联系协定》不曾得到批准, 指定帛琉为“战略托管”的《联合国托管协定》的终止没有得到安全理事会的认可, 基于帛琉所行使之主权的事实程度, 为了外国主权豁免法的目的(见下文脚注40), 帛琉是一个“外国”, 法国法院对有关法兰西联邦内半主权国和成员国的案件也同样确认豁免: Bey of Tunis et Consorts 诉 Ahmed-ben-Aiad 案(1893)(《司法判例期刊与评论汇编, 1894》(Daloz)(Paris), PART 2, P.421); 另参看关于“Gouvernement cherifien”的案件, 例如 Laurans 诉 Gouvernement imperial cherifien 和马赛信贷银行案(1934)(《国际法评论》(Drras)(巴黎), 第三十卷, 第4期(1935年10-12月), 第795页, 以及 S.Basdevant-Bastid 夫人备忘录, pp.796 et seq.)

另参看 Duff 发展建设有限公司诉 Government of Kelantan and another 案(1924)(联合王国, 《法律报道》, 上议院, 枢密院司法委员会, 1924, p.797), 但也参看 Marine Steel Ltd. 诉马绍尔群岛政府案(1981)(2 NZLR 新西兰高等法院, July 29, 1981, 《美国国际法学报》(华盛顿)第77卷, (1983)第158页, 在这个案件中, 新西兰高等法院认为, 马绍尔群岛等联合国托管领土还没有达到主权国家的地位, 因而无权享受管辖豁免。

用于一切外国, 不论其政府形式为王国、帝国、共和国、联邦、邦联或其他的形式。<sup>25</sup>

(8) 一国君主或国家元首依其作为国家的主要机关的名义, 也有权享受豁免, 其程度与国家本身一样, 理由是君王、当政国王、君主国家元首, 或甚至国家元首都可等同于中央政府。

(9) 一个国家在其绝大部分的国际关系和事务上, 通常都由政府代表, 对以政府为名的诉讼同对国家直接提出的诉讼也就分不开。<sup>26</sup>长久以来, 国家惯例都承认, 对外国政府的诉讼的实际效果与对该国的诉讼一样。<sup>27</sup>

(10) 正如国家由政府代表, 而政府同国家基本上互为一体一样, 政府通常由国家机关和部门组成, 代表政府行事, 这些国家机关和政府部门可以成为, 而

<sup>25</sup> 参看 Dralle 诉捷克斯洛伐克共和国案(1950)(《国际法报道》, 1950(伦敦), 第17卷(1956), 案件号41, 第155页); 西班牙国诉 Canal 案(1951)(《国际法学报》(Clunet)(巴黎), 第79卷, 第1期(1952年1-3月), 第220页); Patterson-MacDonald 造船公司, MCLEAN 诉澳大利亚联邦案(1923)(美利坚合众国, 《联邦报道员》, vol.293(1924), p.192); De Froe 诉现名“苏维埃社会主义共和国联盟”的俄罗斯国家(1932)(《年度文摘, 1931-1932》(伦敦), 第6卷(1938), 案件号87, 第170页); 爱尔兰自由邦诉担保安全保险公司案(1927)(《年度文摘, 1925-1926》(伦敦), 第3卷(1929), 案件号77, 第100页); 挪威王国诉联邦制糖公司案(1923)(美利坚合众国, 《联邦报道员》, vol.286 (1923), p.188); Iptrade 国际股份有限公司诉尼日利亚联邦共和国案(1978)美利坚合众国, 《联邦补编》, vol.465(1979), p.824); 40 D 6262 不动产公司和 40 E 6262 不动产公司诉阿拉伯联合酋长国政府案(1978)(ibid, vol 447(1979), P.710); KAHAN 诉巴基斯坦联邦案(1951)(联合王国, 《法律报道》, 皇家法务部, 1951, vol. II, p.1003); 维也纳诉刚果民主共和国案(1968)(加拿大, 《自治领法律报道》, 第三汇编, vol. 5, p.128)。

<sup>26</sup> 参看 Lakhowsky 诉瑞士联邦政府和 de Reynier 上校案(1921)(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦), 第1卷, 案件号83, 第122页); U. Kyaw Din 诉英王陛下联合王国政府和缅甸联邦案(1948)(《年度文摘, 1948年》(伦敦), 第15卷(1953), 案件号42, 第137页); Etienne 诉荷兰政府案(1947)(《年度文摘, 1947》, (伦敦), 第14卷, 案件号30, 第83页)。

<sup>27</sup> 有时对外国的殖民附属地也给予主权豁免, 因为诉讼实际上是牵连外国政府, 而国家与其政府是互为一体的, 参看 The “Martin Behrman”, Isbrandtsen Co. 诉荷兰东印度政府案(1947)(《年度文摘, 1947》(伦敦), 第14卷(1951), 案件号26, 第75页); Van Heyningen 诉荷兰东印度政府(1948)(《年度文摘, 1948》, (伦敦), 第15卷(1953), 案件号43, 第138页)。

且事实上往往成为国家内部法律体制范围内的独立法律实体。它们虽然没有作为一个主权实体的国际法律人格，但它们仍可以代表国家或作为国家中央政府的代表行事，而且它们事实上是国家的组成部分。这种国家机关或政府部门，包括政府各部，<sup>28</sup>包括武装部队，<sup>29</sup>每个部内的下属单位，例如使馆、<sup>30</sup>特别使节团、<sup>31</sup>领馆、<sup>32</sup>和各司局处、委员会、理事会等等。<sup>33</sup>这些机构不一定要是某一个部的组成部分，它们本身可以是一个自主的国家机关，对中央政府或其某个部负责，或由中央政府管理。国家的其他主要机关，例如外国的立法机关和司法机关，它们也视为与国家本身互为一体，如果它们提出的诉讼是与它们的公共或官方的行为有关的话。

#### 第1款(b)(二)项

(11) 第二类是联邦国家的组成单位。为本条款的目的，联邦国家的组成单位被视为国家。<sup>34</sup> 一读暂时

<sup>28</sup> 参见 Bainbridge 诉邮政总长案 (1905) 联合王国，《法律报道》，王座法庭，1906，vol. I, p. 178; Henon 诉埃及政府和英国海军部案 (1947) (《年度文摘，1947》(伦敦)，第14卷 (1951)，案件号 28，第 78 页); Triandafilou 诉公共部长案 (1942) 《美国国际法学报》(华盛顿)，第 39 卷，第 2 期 (1945 年 4 月，第 345 页); Piascik 诉英国国防运输部案 (1943) (《年度文摘，1943 - 1945》，(伦敦)，第二卷 (1949)，案件号 22，第 87 页); 土耳其采购委员会案 (1920) (《年度文摘，1919 - 1922》(伦敦)，第 1 卷 (1932)，案件号 77，第 114 页)。

<sup>29</sup> 参看 The Schooner "Exchange" 诉 McFaddon 等人案 (1812) 中马歇尔首席法官的意见 (W. Cranch, 《案件报道》，(纽约 1911)，第七卷，第 3 版，第 135 至 137 页)，另参看各项部队地位协定和外国访问部队法。

<sup>30</sup> 使馆是国家的附属机关，为派遣国外交部的一部分，其地位受《维也纳外交关系公约》管理。

<sup>31</sup> 特别使节团也享有国家豁免，见 1969 年《特别使节公约》，另参看《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》。

<sup>32</sup> 参看 1963 年《维也纳领事关系公约》。

<sup>33</sup> 参看 Mackenzie-Hennedy 诉 Air Council 案 (1927) (联合王国，《法律报道》，王座法庭，1927，vol. II，p. 517); Graham and others 诉国王陛下公共工程和建筑专员案 (1901) (联合王国，《法律报道》，王座法庭 1901，vol. II，p. 781); Societe Najes 诉西班牙国家旅游局案 (1936) (《年度文摘，1935 - 1937》(伦敦)，第 8 卷 (1941)，案件号 87，第 227 页); Felkes 诉匈牙利国家博物馆案，No. II (1942) (《年度文摘，1941 - 1942》(伦敦)，第 10 卷 (1945)，案件号 169，第 576 页)。

<sup>34</sup> 参看 Sullivan 诉圣保罗州案 (1941) (《年度文摘，1941-1942》(伦敦)，第 10 卷 (1945)，案件号 50，第 178 页)。

通过的载有“国家”定义的原第 3 条第 1 款案文中并没有为联邦国家作出任何规定。国际法委员会考虑到一些委员和一些政府的意见，议定在二读时作出这一规定。在一些联邦制度中，其组成单位与第 1 款 (b) (三) 项所指的政治区分单位是有分别的，因为基于历史或其他原因，它们获得与国家一样的豁免，不必另

美国国务院确认了豁免的要求。在这个案件中，克拉克法官认为，可以以美国成员州相类似的理由给予豁免；汉德法官则怀疑是否外国的每一个行使很大政府权力的政治区分单位都享有豁免。另参看《耶鲁法律学报》(New Haven, Conn.), vol. 50, No. 6 (April 1941), pp. 1088 et seq.; 《康奈尔评论季刊》(Ithaca, N. Y.), vol. 26 (1940-1941), pp. 720 et seq.; 《哈佛法律评论》(Cambridge, Mass.), vol. LV, No. 1 (1941 年 11 月), p. 149; 《密西根法律学报》(Ann Arbor, Mich.), vol. 40, No. 6 (1942 年 4 月), pp. 911 et seq.; 《南加州法律学报》(Lo Angeles, Calif.), vol. 15 (1941-1942), p. 258, 这是当时获评论最多的案件。还参看 Hans 诉 Louisiana (1890 《美国报道》，vol. 134 (1910), p. 1); 南达科塔诉北卡罗莱那案 (1904) (同上, vol. 192 (1911), p. 286); 美国诉北卡罗莱那案 (1890) (同上, vol. 136 (1910), p. 211 罗得岛诉麻萨诸塞案 (1846) (B. C. Howard, 《案件报道》，第二版，第四卷 (1909)，第 591 页；以及上文脚注 24 和 26 所举的案例。但也参看法国的惯例，Etat de Ceara 诉 Dorr et autres 案 (1932) (Dalloz, 《司法判例期刊和评论汇编》，1933 (Paris), part I, P. 196)。法院说：

“鉴于……此一规则〔无管辖权〕只在以下情况才适用：援引此一规则的实体能证明，从国际公法的观点而论，它在与别国的关系上具有独立的人格；又鉴于西阿拉州的情况并非如此，因为按照被下级法院正当当地作为判决依据的《巴西宪法》的规定，不论该州在其所属的巴西合众国主权联邦内的内部地位如何，该州无外交代表权，因此从国际政治关系的观点而论，本身没有独立的人格……”。

也参看 Dumont 诉 State of Amazonas 案 (1948) (《年度文摘，1948》(London), vol. 15, case No. 44, p. 140)。关于意大利，参看 Somigi 诉 Etat de Seo Paulo du Bresil 案 (1910) (《国际私法和国际刑法杂志》(Darras) (Paris), vol. VI (1910), p. 527)，在该案中，圣保罗州被裁定对于促进外国人移民巴西的合同，应受意大利法院管辖。关于比利时，参看 Feldman 诉 Etat de Bahia 案 (1907) (Pasirisie belge, 1908 (Brussels), vol. II, p. 55 (另参看《美国国际法学报补编》(Washington, D.C.), vol. 26, No. 3 (July 1932), p. 484)，在该案中，虽然根据《巴西宪法》巴伊亚州虽被认为是一个主权州，却被拒绝给予豁免。关于美利坚合众国的案件，参看 Molina 诉 Comision Reguladora del Mercado de Hemequen 案 (1918) (Hackworth, 同前, vol. II, pp. 402-403)，在该案中，墨西哥合众国的成员州尤卡坦被裁定应受美国法院管辖；在 Commonwealth of Australia 诉 New South Wales (1923) 案 (《年度文摘，1923-1924》(London), vol. 2 (1933), case No. 27, p. 161) 中，法院说：

“将‘主权国家’这一称号适用于《英联邦宪法》的结构完全不合适，而且比无意义还糟糕。”

外规定它们必须为行使国家主权权力而行为。第1款(b)(二)项是考虑到这一特殊情况而提出的。但是,各国惯例在此问题上并不划一。在另一些联邦制度中,它们与政治区分单位是没有分别的,因为它们只有在行使主权权力而行为时,才获得联邦国家的管辖豁免。国家组成单位的这一种含糊地位在1972年《关于国家豁免的欧洲公约》和附加议定书中获得维持。<sup>35</sup>因此,其组成单位是否在本款或下文第1款(b)(三)项中被作为一个国家对待,乃是取决于特定国家的宪政惯例或历史背景。

#### 第1款(b)(三)项

(12) 第三类是依国内法有权为行使国家主权权力而行为的国家区分单位。“主权权力”一词在法文本中的相应措词是 *prerogatives de la puissance publique*。国际法委员会曾详细讨论英文本是否应采用“sovereign authority”一词还是“governmental authority”一词,最后断定在此情况下“sovereign authority”与法文本的 *prerogatives de la puissance publique* 一词的意义最相近。<sup>36</sup>另一方面,有些委员认为,按照国际法,“sovereign authority(主权权力)”一词通常是与国家的国际人格相联系。因此,有人认为“governmental authority(政府权力)”是法文措词 *la puissance publique* 的较好的英文译法。依国内

<sup>35</sup> 该公约于1976年6月11日起在奥地利、比利时和塞浦路斯之间生效,随后又为大不列颠及北爱尔兰联合王国、瑞士、荷兰、卢森堡和德国批准。第28条第(1)款确认联邦国家的组成单位不享有豁免,但第(2)款容许联邦国家作出声明,宣布其组成单位可援引公约的规定。议定书于1985年5月22日在奥地利、比利时、塞浦路斯、荷兰和瑞士之间生效,并已得到卢森堡的批准。欧洲国家豁免问题法庭于1985年5月28日依据该议定书设立。

<sup>36</sup> 一些成员认为,法文本中 *prerogatives de la puissance publique del etat* 一语与英文文本中“sovereign authority of the State”一词并不是同义词,可以引起不同的解释。法文本的用语似乎旨在指公共机构,并旨在将它们与私营机构区分。因此,不是所有种类的“*prerogatives de la puissance publique*”都与国家主权有关,而这些成员认为英文本内“sovereign authority of the State”一语的限制性过大。关于这一点,有人指出关于国家责任的条款草案第一部分采用了“government”或“government authority”一词,而国际法委员会认为这一措词是该条款草案法文本中 *prerogatives de la puissance publique* 的正确译法。因此,有人建议这一措词应被解释为“governmental authority”或“state authority”;实际上,这正是本条款草案英文本所采用的措词。

法有权为行使主权权力而行为的国家自治区域也可在这一类别下援引主权豁免。

(13) 不论一国的区分单位的地位如何,以下的可能性必然存在:这种自主实体都是依国内法有权作为中央政府的机关或作为执行外国主权行为的国家机构而设立或行事的。<sup>37</sup>这种区分单位可能事实上在行使国家指定由它们行使的主权权力,这是不难想象到的情况。在一些案件中,法院为了权宜之计,不受理对这些自主实体提出的诉讼,认为它们是外国政府的组成部分。<sup>38</sup>

#### 第1款(b)(四)项

(14) 第四类包括国家的机构或部门以及包括民间实体在内的其他实体,但限于这些机构和部门有权为行使 *prerogative de la puissance publique* (政府权力)而行为的范围,如果它们超出为行使国家主权权力而行为的范围,就不享有任何管辖豁免。因此,有权执行行使主权权力的行为以及具有民间性质的行为的机构或部门或实体,只能在为行使主权权力而行为方面援引豁免。

(15) “其他实体”一语是在二读时加上的,其目的是要包括在特殊情况下赋有政府权力的非政府实

<sup>37</sup> Pillet 在评论法国一个拒绝给予豁免的案件时,曾指出这个可能性。日内瓦市诉 *consorts de civry* 案(1894)(*sirey*, 《法律和判决汇编, 1896》(Paris), part 1, p.225 起)。另参看 *rousse et maber* 诉西班牙银行案(1937)(*sirey*, 《法律和判决汇编, 1938》(Paris), part 2, p.17 起)。在该案中,普瓦蒂埃上诉法院也设想这一可能性;卢梭在他的说明中认为巴斯克政府一类的省自治实体可能同时是“地方分权行政单位的一个执行机关。”比较英国上诉法院在以下一案的看法: *kahan* 诉 *federation of pakistan* 案(1951), (见上文脚注 25)。另参看 *huttinger* 诉 *upper congo great african lakes railways CO. Et AL.* 案(1934)(《年度文摘, 1933-34》(伦敦), 第7卷, 案件号 65, 第172-173页), 以及上文脚注 27 所举的案例。

<sup>38</sup> 在 *Van Heyningen* 诉荷属东印度政府案(1984)中(《年度文摘, 1948》(伦敦), 第15卷(1953), 案件号 43, 第138页起), 昆士兰(澳大利亚)最高法院给予荷属东印度政府豁免。菲利普斯法官说:

“我的看法是,在我们的法院里,不能对外国主权国家的一个部分提起诉讼,如果这个部分是经该外国主权国家作为其政府的一个机关设立,对其领土的一部分行使政府控制权,而该部分领土又经该国设立为一个法律实体的话,我认为不能在本院对这个法律实体提起诉讼,因为这样做意味着一个外国君主的权力和领土最后服从本院的管辖和执行令状。”

体。这是为了考虑到第二次世界大战以后较常采取的做法，时至今日还是在一定程度上存在着这种做法，即某个国家将一些政府权力赋予民间实体，让它为行使国家的主权权力而行为，例如，有些商业银行得到政府的授权负责核发进出口许可证，这种业务完全属于政府权力的范围，因此，在民间实体履行着这种政府职能的情况下，为了本条款的目的，应该把它们视为“国家”。但是，有一位委员表示，他对所举证的事例是否常见到需要作出这样的载述，感到怀疑。另一位委员指出，在本条款范围内，*prerogative de la puissance publique* 一语显然是指“政府权力”。<sup>39</sup> “国家机构或部门或其他实体”的概念从理论上说可能包括国家企业或国家设立的从事商业交易的其他实体。但是，为了本条款的目的，一般假定，这种国家企业或其他实体无权执行政府职能，因此，通常无权对另一国法院援引管辖豁免(见第10条第3款)。

(16) 实际上，在国家的机构或部门与政府主管部门之间，是没有什么严格划分的界线的。“机构或部门”<sup>40</sup>表示这两个用语是可以交换使用的。<sup>41</sup>对外国政府机构<sup>42</sup>或外国的一个部门提起诉讼，不论该机

<sup>39</sup> 也见上文脚注35。

<sup>40</sup> 例如参看1976年《美国外国主权豁免法》(《美国法典，1982年版》，第12卷，标题28，第97章(案文转载于联合国，《管辖豁免资料》，p.55起))，其中在1603(B)节界定“外国机构或部门”为以下情况的一个实体：“(1)独立法人；(2)外国或其政治区分单位的机关，或外国或其政治区分单位拥有过半数股票或其他所有权权益的机关；(3)本编第1332(C)和(D)节所界定的美国公民或任何一州，亦非根据任何第三国法律而设立。”

<sup>41</sup> 参看 *Krajina 诉 The Tass Agency and another* 案(1949)(《年度文摘，1949》(伦敦)，第16卷(1955)，案件号37，第129页)比较阿根廷商业公司诉美国航运委员会案(1924)(《年度文摘，1923-1924》(伦敦)，第2卷(1933)，案件号73，第138页)和 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional dei Trigo* 案(1956)(联合王国，《法律报道》，Queen's Bench Division, 1957, vol.1, 第438页起各页)，在该案中，詹金斯法官表示：

“不论如何称呼，一个部、司或部门是否应为法人团体或非法人团体的问题，似乎纯属政府机制的问题。”

<sup>42</sup> 至于不同的意见，可参看科恩法官和塔克法官 *Krajina 诉 The Tass Agency* 等案(1949)(见上文脚注41)以及帕克法官在 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo* 案(1956)(同上)的意见。帕克法官在后一案中说：

“我看不出有什么理由可以认为，某一个设立为法人团体，具有订立合同以及起诉和被起诉权利的机构，与其继续作为国家的一个行政部门，是完全相抵触的。”

另参看紧急船队公司，美国航运委员会诉 *Western Union*

机构或部门是否为一个独立实体，可以视为对该外国提起诉讼，特别是如果提起诉讼的原因与一国机构或部门行使该国主权权力时所从事的活动有关的话。<sup>43</sup>

#### 第1款(b)(五)项

(17) 第五类即最后一类国家豁免受惠者包括受权代表具有国家一切表现形式的自然人，即第1款(b)(一)至(四)项所提及的头三类所包括的各种形式。因此，具有官方身份的君主和国家元首可列入这一类及第一类，因为从广义来说，他们均为国家政府的机关。其他代表包括具有代表身份的政府首脑、部级行政部门的首长、大使、使团团长、外交人员和领事官员。<sup>44</sup> 在第1款(b)(五)项后而提到“以国家代表身份”行为是为了澄清：给予这种豁免的对象是他们基于属物理理由的代表身份。

(18) 应该指出，在实际实践中，不仅可以对有关的政府行政部门或办事处提起诉讼，而且还可以对具有官方身份的这些机构的负责人或常驻代表提起诉讼。<sup>45</sup> 对这种外国政府代表或代理人公务行为提起诉讼，基本上是对其代表的国家提起诉讼，通过其代表行事的外国，基于属物理理由享有豁免。这种基于属物理理由的豁免，是给予国家的，绝不受有关代表官方职务的变动或终止所影响，因此，对外国一名前任

电报公司案(1928)(《美国报道》，vol.275(1928)，p.415)：

“像拥有私人权益的国家银行或联邦储备银行一类的机构并非政府的行政部门，它们是政府拥有权益的私人公司。”但应参看美国大使在阿根廷商业银行提起的案件中关于美国航运委员会的地位的证明书(见上文脚注41)。

<sup>43</sup> 参看 *Dollfus Mieg et Cie S.A. 诉 英格兰银行案*(1950)以及 *美利坚合众国和法兰西共和国诉 Dollfus Mieg et Cie S.A. 和 英格兰银行案——金条案*(1952)(《年度文摘，1949》(伦敦)，第16卷(1955)，案件号36，第103页)；*Monopole des tabacs de Turquie et alet al. 诉 co-interessee des tabacs de Turique* 案(1930)(《年度文摘，1929-1930》)(伦敦)，第5卷(1935)，案件号79，第123页)。

<sup>44</sup> 对政府代表——不论其特定资格为外交或领事人员或其他人员——所享有的豁免归根到底是国家豁免的这一事实，从来没有人表示怀疑。反之，这一事实一直不当地被忽视。不过，它们之间关系的迹象最近在一些政府提出的答复和资料中得到反映，牙买加关于外交豁免的法律和摩洛哥关于外交豁免的决定以及毛里求斯关于领事豁免的法律最能说明国家豁免与可追溯至国家的其他种类豁免之间的密切共性。

<sup>45</sup> 参看 *泰欧葛粉服务处诉巴基斯坦政府，粮食及农业部，农业用品管理局案*(1975)(《全美法律报道》，vol.3，第961页起各页)。

代表以官方身份所作的行为提起诉讼,是不会成功的。因为有关代表的任务或职位终止后,国家豁免依然存在,其理由是有关的豁免不仅属于国家,而且也以活动的主权性质或官方性质为基础,因而是一种基于属物理由的豁免。<sup>46</sup>

(19) 在政府代表和国家代理人所享受的各种豁免,有两类国家豁免的受惠人特别值得注意,即君主个人的豁免以及大使和外交代表的豁免,<sup>47</sup>除了因代表的活动或官方职务的基于属物理由的豁免之外,君主个人和大使根据自己的权利在某种程度上还在个人及其与官方职务无关的私人活动方面,享有基于属人理由的豁免。基于属人理由的豁免与基于属物理由的豁免不同,后者在官方职务终止后仍然继续存在,前者则于公职一旦解除或终止后即无效。君主和大使的一切与其官方职务无关的活动,于君主或大使卸任后,即受当地管辖当局审查。<sup>48</sup>事实上,这些豁免的适用也不是为了君主和大使的私人利益,而是为了他们所代表的国家的利益,使他们能够履行他们的代表职务或有效执行他们的官方职责。<sup>49</sup>就外交代表来

<sup>46</sup> 对物诉讼的豁免,在外国代表的任期终止后,可能仍然存在,不过这种豁免仍有限制和例外,与国家豁免通常在国家实践中要遵守的限制和例外相同。例如参看 *Nobili 诉 Carlo d'Austria* (1921)(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦), 第1卷(1932), 案件号90, 第136页)和 *La Mercantile 诉 Regno di Grecia* 案(1955)(《国际法报道》, 1955(伦敦), 第22卷(1958), 第240页)。在后者的情形下,希腊大使缔结的原料交货合同义务可归于国家,并且须受当地管辖。

<sup>47</sup> 从历史上说,君主及大使的豁免的发展甚至先于国家豁免。在国家实践中,它们是由各种国际法原则规制着。从严格的理论上说,一切管辖豁免都假定可追溯到国家主权的基本规范。参看 *S. Sucharitkul*, 《国际法中的豁免和贸易活动》(London, Stevens 1959), chaps. 1 and 2; *E. Suy*, “国家豁免的受益者”, 《国家的管辖豁免和执行豁免》, 1969年1月30-31日国际法中心联合讨论会文件(Brussels, 社会学研究所出版, 1971), 第257页起各页。

<sup>48</sup> 例如日本最高法院在 *The Empire 诉 Chang and Others* 案(1921)中(《年度文摘, 1919-1922》(伦敦), 第1卷(1932), 案件号205, 第288页), 确认中国公使馆前雇员对他们在公使馆担任服务员期间所犯与其官方职务无关的不法行为, 应负罪责。另参看 *Leon 诉 Diaz* 案(1892)(《国际私法和比较法学报》(Clunet)(Paris), vol. 19, p. 1137), 该案与乌拉圭驻法国前任公使有关; *Laperdix et Penguer 诉 Kouzouboff et Belin* 案(1926)(《国际法学报》, vol. 53(1926年1至2月), pp. 64-65), 在该案中, 美国大使馆一名前任秘书被判令赔偿一次车祸造成的伤害。

<sup>49</sup> 参看日内瓦法院对 *V... et Dicker 诉 D* 一案(1927)的判决(同上, vol. 54(1927年1至2月, 第1179页起各页), 在该

说, 这一观点进一步反映于以下的规则: 外交豁免只能由派遣国的正式授权代表放弃, 并须经政府正式核准。<sup>50</sup>

#### 第1款(c)项

(20) “商业交易”一语必须有一个定义, 以便列出各种要归入其范围的合同或交易。“商业合同”一词在对原第2条第1款(B)项草案进行一读时已获通过, 但国际法委员会一些成员和第六委员会一些代表团表示比较喜欢“商业交易”一语, 因此应其要求予以取代。<sup>51</sup>如同以下所讨论的那样, 人们一般对“交易”一词的理解是它的意义比“合同”一词广泛, 因

案中, 一个母亲和新生儿获准对一名前任外交官提起诉讼, 诺埃尔·亨利在评论这一判决时说:

“……豁免的真正基础是职务的必要性。因此, 原则是: 豁免只适用于在职的外交官……外交官离职后, 可对他起诉, 但有关他执行职务时的行为除外; 而且与其说是有关外交官的豁免, 不如说是他所代表的政府的豁免”。

同时参看 *M. Brandon*, “……国家管辖豁免问题部委间委员会关于外交豁免的报告”, 《国际法和比较法律季刊》(London), vol. 1(1952年7月), p. 358; *p. Fiore*, 《国际公法条约》第三边版修订本(Turin, Unione tipograficoeditrice, 1887-1891), p. 331, Para. 491.

<sup>50</sup> 参看 *Dessus 诉 Ricoy* 案(1907)(《国际私法和比较法学报》(Clunet)(Paris), vol. 34(1907)p. 1086), 法庭在该案中說:

“……鉴于外交代表的豁免不是属于他们每人的, 而是他们所代表的国家的一种标志和保障……外交代表不放弃其豁免, 如果他不能提出其政府核准此种放弃的证明则尤其不能放弃。”

另参看 *Reichenbach et Cie 诉 Mme Ricoy* 案(同上, p. 111); *Cottenet et Cie 诉 Dame Raffalowich* 案(1908)(同上, vol. 36(1909), p. 150; *Grey* 案(1953)(《国际法学报》, vol. 80(1953 April-June), p. 886); 上诉法院检察长诉 *S. Docteur Franco-Franco* 案(1954)(*ibid.*, vol. 81, No. 1(1954), p. 787. 同时参看《维也纳外交关系公约》各项规定。

<sup>51</sup> 事实上, 有些国家的法律使用了“商业交易”一词。参看《联合国王国国家豁免法, 1978》(section 3(3)《通用法规》, 1978, (文书局), part, chap. 33, p. 715; 转载于联合国《国家豁免资料》第28页起各页); 《新加坡国家豁免法, 1979》(section 5(3)1979年新加坡共和国法规补编; 转载于联合国《国家豁免资料》, 第28页起各页); 《巴基斯坦国家豁免规程, 1981》(section 5(3)《巴基斯坦政府公报》(Islamabad)1981年3月11日; 转载于联合国《国家豁免资料》, 第20页起各页); 《南非外国豁免法, 1981》(section 4(3)(《政府公报》(Cape Town), vol. 196, No. 7879, 1981年10月28日; 转载于联合国《国家豁免资料》, 第34页起各页); 《澳大利亚外国豁免法, 1985》(section 11(3)《1985年通过的澳大利亚联邦议会法》(Canberra, 1986), vol. 2, p. 2696; 转载于《国际法律资料》(华盛顿), (vol. 25(1986), p. 715).



为前者包括商业谈判等非订立合同的活动。由于各种不同法律体系采用不同的术语，因此将“交易”一词译成其他正式语文时遇到某些困难。应予以指出的是，第10条第2款(A)项所指的“商业交易”，即国家之间以及在政府对政府的基础上订立的合同不在该条第1款的适用范围之内。对于这种交易，国家豁免继续存在和适用。有些委员认为，在定义中使用“商业”一词是赘冗而迂回的措词方式，应予避免。委员会在二读时仔细审议了这个问题，设法至少不要在第1款(C)(一)项和(C)(三)项中使用“商业”一词而改用其他措词方式，但没能找到适当的措词。有一位委员认为，营利与否是据以确定合同或交易的商业性质的最重要标准，应该把它载入“商业交易”的定义中。

(21) 为本条款的目的，“商业交易”一语包括三类交易。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。

(22) 第二，“商业交易”一语除其他之外，还包括贷款或其他金融性交易的合同，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贷款购买例如民用或商用飞机时，还须为之担保或保证。国家提供的这种保证可以采取担保合同的形式，在其中规定国家有义务保证偿还或结清其企业所借贷款并在共同缔约方不履行债务时偿还债务，或有义务赔偿主要贷款合同或金融性交易一方造成的损失。保证义务和赔偿义务之间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缔约一方赔偿由于另一方不履行其合同义务所造成的开支或损失，而且可以附有或不附有相应的代位权。委员会在二读时稍微对第(二)项作了文字上的改动，以便考虑到：担保的义务不仅存在于贷款，也存在于具有金融性质的其他协议。同样的情况也适用于保赔的义务。因此，委员会把提到担保义务和保赔义务的部分结合起来，使它们同时适用于贷款合同和其他具有金融性质的协议。

(23) 第三，“商业交易”一语也包括其他种类的商业、工业、贸易或职业性质的合同或交易，从而涉及相当广泛的国家活动领域，尤其是制造业，而且还可能涉及投资及其它交易，“雇用合同”不在本定

义范围内，因为这种合同可以成为另一条规则的主题，第11条草案将审查这样一条规则。

(24) 列为商业交易的各类交易的例子很多，第10条的评注就有说明。<sup>52</sup>

## 第2款

(25) 为指导如何确定一项“合同或交易”是否第1款(c)项所指的商业交易，提议应用两种检验标准：首先应主要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，则不必再进一步调查其目的。

(26) 但是，如果应用“性质”检验标准后表明该合同或交易属商业性质，则被告国可根据合同或交易的目的，对这种检验结果提出异议的双管齐下办法不仅考虑到合同或交易的性质，有时也考虑到它的目的，这是为了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。如果在这项实践中，其目的同合同或交易之非商业性质的确定有关，则应该让被告国有机会证明某一合同或交易在该国的实践中应视为非商业性，因为这种合同或交易显然是为了公共目的，并且得到如下以国家利益为名的理由所支持：采购粮食是为了供应居民或赈济灾民、或为复兴易受灾地区，或供应药品是为了制止流行病蔓延；但是，为此种公共目的缔结这种合同或达成交易必须是该国历来的做法，但是，应该指出，在每一案件中，考虑到被告国的习例，决定一项合同或交易是否具有商业或非商业性质的是主管法院而不是被告国。第六委员会的一些代表团和国际法委员会的一些委员说，他们主张不要提目的的检验标准，他们认为，这项标准可能得到主观的解释。

(27) 从第10条的评注中所载的国家实践概况来看，不同的国家实践引起了很大的争议，第2条第2款旨在减少从应用如合同或交易性质这样单一的检验标准而引起的不必要争议，这种检验标准最初是有

<sup>52</sup> 见以下第10条评注第13-18段。在最近的一项决定中，美国的一个法院认为，一项合同的商业或非商业性质必须根据协议的基本性质来加以确定，而不能以旨在方便合同之履行的辅助词语作为依据。见实用概念公司诉玻利维亚共和国案(1987)811 F.2d 1543。美国上诉法院，D.C.Cir.，1987年2月17日，《美国国际法学报》(华盛顿)，第81卷，第952页。



用的,但绝非在一切情形下都可据此得出结论。因此,这项规定旨在提供一项补充标准,以便在某些情况下确定某一项出售货物或提供服务的合同或交易是“商业性质”还是“非商业性质”。因此,不应完全忽视“目的”的检验标准。<sup>53</sup>由于可酌情以交易合同的性质标准和目的标准为依据,才能确保这种办法是均衡的。<sup>54</sup>

(28) 上面所述同样适用于关于出售货物或提供服务的合同的情况,或第2条第1款(c)项界定的其他各种商业交易。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,由于最终考虑到订立购买合同是为了公共目的,因此也可能是非商业性质。因此,为采购粮食以便缓解饥荒而订立的贷款

<sup>53</sup> 例如在“Parlement Belge”案(1879)“联合王国,《法律报道,遗嘱查验法庭》1879, vol.IV, p.129); Robert Phillmore 爵士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。这项判决被上诉法院推翻(1880)(ibid., 1880, vol. V, p. 197); 参看高等法官 Brett 的判决(同上, p.203),也参看西班牙政府诉 Casaux 案(1849)(Daloz, 《司法判例期刊和评论汇编, 1849》(Paris), part, 1, p.9),关于西班牙政府购买供西班牙军队用的靴子。比较 Hanukiew 诉 Ministere de L' Afghanistan 案(1933)(《年度文摘, 1933-1934》(伦敦), 第7卷(1940), 案件号66, 第174至175页),关于购买武器的合同;以及各项贷款案件,例如,摩洛哥贷款, Laurans 诉 Gouvernement imperial cherifien et La Societe marseillaise de credit 案(1934)(见上文脚注24),另参看 vavasseur 诉 krupp 案(1878)(联合王国,《法律报道,大法官法庭》, 1878, vol.IX, p.351); 参看 Trendtex 贸易有限公司诉尼日利亚中央银行案(1977), (《全英法律报道, 1977》(London) vol.I, p.881),关于订购在尼日利亚建造兵营用水泥的货单。比较 Gugenheim 诉 State of Vietnam 案(1961)(《国际公法汇编》(Paris), vol.66(1962), p.654; 转载于联合国,《管辖豁免资料》,第257页),关于购买香烟给越南国民军的合同的案件。同目前所述情况有关的其他案件包括: Egyptian Delta Rice Mills Co. 诉 Comisaria General de Abastecimientos y Transportes de Madrid 案(1943)(《年度文摘, 1943-1945》(伦敦), 第12卷(1949), 案件号27, 第103至104页)由 S.Sucharitkul 在“外国在国家当局面前的豁免”中引证,《讲义集, 1976-1》, (Leiden, Sijthoff, 1977)第149卷,第140至141页;参看 Khan 诉 Fredson Travel Inc. 案(1982年)(133 D.L.R.(3d)632.翁大略高等法院,《加拿大国际法年鉴》, vol. XXI, p.376 (1983); X 诉 Empire of ... (1963)(Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht)案(Tubingen), vol.16(1964), p.27; 联合国,《管辖豁免资料》,第282页起各页)。

<sup>54</sup> 鉴于一些国家在司法实践和立法方面正在形成的趋势,这一点是极为重要的。见下面第10条的评注,第(13)-(17)段。

担保合同由于其假定的公共目的通常属非商业性质。

### 第3款

(29) 第3款旨在将第1款和第2款中的用语,即“法院”、“国家”和“商业交易”,限于国家及其管辖豁免的范围。显然,这些用语在多边公约或双边协定等其他国际文书中,或在任何国家关于其他法律关系的国内法中,可能具有不同的意思。因此,这是向批准、加入或遵守本条款的国家发出的一个信号表明它们可以这么做而无须修改其关于其他问题的国内法,因为所使用的三个用语仅在本条款范围内被赋予特定的含义。这些定义并不影响国内法或其他国际文书中已经给予或将要给予这些用语的其他含义。但是,应当注意的是,本条款缔约国在有关本条款所指国家及其财产的管辖豁免的一切问题上,都必须按第2条第1款和第2款赋予那些用语的含义行事。

(30) 尽管第3款只限于第1和第2款中界定的用语,它也适用于本条款草案中使用的、但没有具体界定的其他措词。为保持本条款的独立性,这种理解是必要的。

### 第3条 不受本条款影响的特权和豁免

1. 本条款不妨碍一国根据国际法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、驻国际组织代表团、或派往国际组织的机关或国际会议的代表团的职能; 和

(b) 与上述机构有关联的人员的职能。

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。

### 评注

(1) 第3条原来的设想是作为一个明显标志,用以排除本条款同关于特定种类的政府代表所享有的地位、特权、豁免及便利的某些现有公约发生重叠的可能性。它原先是作为单款条文起草的,处理不受本条款影响,应继续适用的现行外交及领事豁免制度。从历史上看,根据习惯国际法的外交豁免是首先被认为可以编纂的问题之一;实际上,各种外交豁免已被

编入了 1961 年《维也纳外交关系公约》和各个双边领事协定。根据习惯国际法享有的豁免的另一典型例子是君主或其他国家元首的豁免。说明本条款不妨碍这些豁免的规定载于第 3 条第 2 款。这两款都是为了保持根据现有一般国际法已经给予和根据现行的有关国际公约更充分地给予特定实体和个人的、不受本条款影响的特权和豁免。为了符合这种理解，并为了使第 1 款和第 2 款一致，已将“根据国际法”一语写入一读暂时通过的第 1 款案文。

#### 第 1 款

(2) 第 1 款原来的案文具体提到获不同数量国家加入和批准的各项国际文书，并提及下列代表国家的使团和个人：

(一) 1961 年《维也纳外交关系公约》所指的外交使团；

(二) 1963 年《维也纳领事关系公约》所指的领事使团；

(三) 1969 年《特别使节公约》所指的特别使节团；

(四) 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》所指的国家代表；

(五) 派往国际组织或其一般机关的国家常驻使节团或代表团和观察团；<sup>55</sup>

(六) 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》所指的应受国际保护人员。

(3) 第 3 条后来经过修订，现在的标题恰当地定为：“不受本条款影响的特权和豁免”。本条只是笼统地提到各种使团，没有具体列举受现有国际文书管辖的使团，因为它们在多边关系中的地位是极不一致的。第 1 款涉及两个类别：

(一) 外交、领事或特别使节团以及派驻国际组织的代表团或派往国际组织机关或国际会议的代表团；

(二) 同上述使节团有关联的人员。一国在第 1 款(A)项所指实体行使职能方面所享有的特权和豁免的程度，应酌情由上文第 2 段所提到的有关国际公约的规定或由一般国际法加以确定。在这方面，委员会把“一国享有的”改为“一国根据国际法享有的。”加

上“根据国际法”这五个字以后便使得第 1 款和第 2 款之间保持必要的一致了。“与它们(使节团)有关连的人员”一语也应以同样的方式理解。

(4) “代表团”一词也包括 1975 年《维也纳关于国家代表权公约》所指的常驻观察员代表团和观察员代表团。

(5) 本条的目的是使现行的特别制度不受影响，尤其是就与所列使节团有关的人员来说。他们享有的豁免说到底也可视为国家豁免，因为他们享有的豁免属于国家，有关的国家随时可以停止这些豁免。

#### 第 2 款

(6) 第 2 款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免。关于作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免则在第 2 条处理。第 2 条第 1 款(b)(一)项和(b)(五)项适用国家政府各种机关和国家代表，其中包括国家元首，不论政府的制度为何。因此，第 3 条第 2 款的保留专指私人行为或国家实践所承认和给予的个人豁免和特权，但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及。<sup>56</sup>

(7) 本条款草案不预先判断国家给予外国君主或其他国家元首、其家属或家庭工作人员的豁免的程度。在实践中，这些豁免可能也适用于他们的其他随从人员。同样，本条款也不预先判断国家给予政府首脑和外交部长的豁免的程度。但这些人员没有具体地被包括在第 2 款内，因为要拟订一份详尽无遗的清单是不容易的，而且列举这种人员的任何作法都会引起依据的问题，以及这种人员所应享有的管辖豁免的程度问题。有人一度提议在第 2 款“国家元首”后而加上政府首脑和外交部长，但没有得到国际法委员会的接受。

#### 第 4 条 本条款不溯及既往

在不妨碍本条款所列、不以本条款为转移而根据国际法制约国家及其财产的管辖豁免的任何规则之

<sup>55</sup> 例如，见《联合国特权及豁免公约》和《各专门机构特权及豁免公约》，及区域性公约。

<sup>56</sup> 这方面的判例法，见《1958 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/388 号文件，第 119 至 125 段。

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。

### 评注

(1) 根据《维也纳条约法公约》第28条, 如果条款内未作任何相反规定, 不溯及既往是一条通则。然而, 关于在本条款的适用上的不溯及既往效果的性质和程度方面是一个问题。有必要确定一个本条款在已接受其规定的国家间适用的标准时间。国际法委员会已决定选择一个相对准确的时间, 既不溯及既往原则适用于本条款在有关国家间生效前提起的诉讼。

(2) 因此, 在有关国家之间, 本条款适用于生效后在法院提起的诉讼。为此, 第4条无意触及在其他方面的不溯及既往问题, 例如关于一国按照国际法规则给予另一国管辖豁免是否违背了它根据国际法所承担的义务的问题的外交谈判。本条具体规定向法院提起的诉讼不溯及既往, 因此绝不影响《维也纳条约法公约》第28条所规定的不溯及既往通则。本条款草案也不妨碍国家及其财产的管辖豁免按照国际法均应遵守的其他规则的适用, 不论本条款是否有规定。本条款也无意妨碍国际法目前和今后在这个领域或在它们没有包括的任何其他有关领域的发展。

## 第二部分

### 一般原则

#### 第5条 国家豁免

国家本身及其财产遵照本条款的规定对另一国法院享有管辖豁免。

### 评注

(1) 国际法委员会第三十二届会议暂时通过的第5条(原第6条)载有一篇广泛地考察国家司法、行政和立法实践的评注。<sup>57</sup> 该评注一般仍适用, 但关于当时

通过的公式以及从两个方面处理豁免的段落则除外。当时的提法是, 豁免既是权利也是义务。至于后者, 第6条(实行国家豁免的方式)现已有充分规定。

(2) 第5条意在说明国家豁免的主要原则, 这一条很难草拟, 因为它是棘手的问题。关于豁免的确切性质和基础的法律理论很多。一般普遍同意, 为行使 *prerogatives de la puissance publique* 或“国家主权利力”而行为所享有的豁免不存在任何争议。然而, 在豁免的核心以外或周围则似乎存在一块中间区域, 在这块区域中, 人们的见解、现行判例法, 甚至立法都仍然千差万别。一些人认为, 豁免是对法院地国领土主权原则的一个例外, 因此在每一个情况下均需有具体的根据。其他一些人则认为国家豁免是国际法的一般规则或一般原则。这一规则在任何情况下都不是绝对的, 因为即使所有豁免理论中最绝对的理论也承认一项重要例外, 即同意的例外, 同意也构成国际法其他原则的基础。另一些人仍坚持以下的理论: 国家豁免规则是单一规则, 其本身就受到现有限制的制约。豁免或非豁免都是同一规则的一部分。换言之, 豁免与其固有的条件和限制是并存的。

(3) 在草拟第5条案文时, 国际法委员会考虑了所有有关学说以及条约、案例法和国家立法, 并得以通过一个折衷方案, 说明国家豁免的基本原则, 但以本条款指明不得援引国家豁免的诉讼种类加以限定。一读通过的案文载有方括号, 指明: “国家豁免也受到一般国际法有关规则”的制约。这种措词方式是为了强调: 本条款草案不妨碍国际法的发展, 给予国家的豁免也就同时受到本条款和一般国际法的制约了。这一字句引起了一些看法, 有的主张加以保留, 有的则表示反对。反对保留的一些委员认为, 保留下来会引起容许对本条款草案作出片面解释的危险, 以致于不当地扩大了国家豁免的例外范围。委员会终于在二读时决定加以删除, 因为它认为在本条款下给予的豁免或豁免的例外都不会影响一般国际法, 并且不致影响国家实践的未来发展。如果这些条

<sup>57</sup> 见《1980年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第142至157页。另一些国家最近制定了直接规定国家豁免的立法, 例如: 《新加坡国家豁免法, 1979》; 《巴基斯坦国家豁免

规程, 1981》; 《南非外国豁免法, 1981》, 1985〔和1988(《南非外国豁免法第5号修正案, 1988年3月3日》, 截至1991年4月还未生效)〕和《澳大利亚豁免法, 1985》(见上文脚注51); 以及《据以在加拿大法院提供管辖豁免的加拿大法规, 1982》(《加拿大政府公报》, 第三部分(Ottawa), 第6卷, 第15期, 1982年6月22日及加拿大法规1985年修订本, vol. VIII, Chapter S-18。关于国家豁免一般实践的最近情况, 又见特别报告员的第二次报告(上文脚注17)。

款成为公约，它们将只适用于它的缔约国。第5条也应被理解为关于国家豁免原则是本条款草案的基础的声明，但它不预先判断包括第5条在内的本条款应被视为编纂现行国际法规则这个问题的程度。

## 第6条 实行国家豁免的方式

1. 一国应避免对在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖，以实行第5条所规定的国家豁免；并应为此保证其法院主动地确定第5条所规定的对该另一国的豁免得到遵守。

2. 在一国法院中的诉讼应视为对另一国提起的诉讼，如果该另一国：

(a) 被指名为该诉讼的当事一方；

(b) 未被指名为该诉讼的当事一方，但该诉讼实际上企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动。

## 评注

### 第1款

(1) 第6条第1款试图明确实行国家豁免的义务的内容和实行该义务的方式。国家豁免规则可从给予管辖豁免的国家的角度来看。这样，就必须有一条补充性的独立条文。<sup>58</sup>为此，重点不是放在要求豁免的国家的主权，而是更明确地放在按照国际法必须承认和给予另一国管辖豁免的国家的独立和主权。当然，第6条规定的实行国家豁免的义务只适用于要求豁免的国家依本条款享有豁免的情况。由于第5条明确规定，豁免是指不受“另一国管辖”的豁免，因此可以非常清楚地假定：该另一国对目前所审议的问题具有“管辖”权；如果没有管辖权，就完全无须援引国家豁免规则。因此，国家豁免与另一国对这一问题拥有管辖权这两者之间，必须有不可分的联系。

(2) 这个初步的前提也完全可以反过来阐述：先确定管辖的确实存在然后以一国的管辖为出发点，第

1款规定，国家有义务避免行使这种管辖，如果这种管辖涉及、关系到或在其他方面影响有权享受豁免而且不愿意接受该国管辖的另一国的话。这种对行使管辖的限制已定为国际法的前提，应按照在以后各条草案内审查和澄清的详细规则遵守。虽然这种避免对外国行使管辖的义务可视为一项通则，但它不是绝对的，它应按本条款的规定适用。从按照本国国内法行使管辖的国家的绝对主权的观点来看，这种行使管辖因国际法规定而受到的任何限制或中止，可视为一项限制。

(3) 因此，牵涉到管辖豁免的任何问题，第一个先决条件就是一项有效“管辖”的存在，这项管辖主要是以一国国内法的规则为根据，而且归根到底，这种管辖的具有和行使与国际公法的任何基本规范是没有抵触的。在这种情况下，才谈得上国家豁免的适用问题。但应强调的是，国际法委员会在审议本专题时，并不考虑一国关于管辖范围的国内法是否与一般国际法一致。如无有效管辖的证据，则无须着手提出任何国家豁免的主张，更无须证明此一主张有根据。按照国内法，确定是否有有效管辖存在的主管当局会有不同，虽然在实践中法庭通常有权确定其本身管辖的存在、范围和界限。

(4) 人们很容易不顾管辖的问题就进而决定豁免的问题，不首先弄清楚如果以其他理由提出争议时管辖是否存在。法庭应先确定自己具有权限，然后才着手审理关于管辖豁免的要求。在实际的实践中，法庭在审理当事方提出的管辖问题时，并无既定的优先次序，通常并无规则规定法庭必须全部审议关于管辖的其他主张或异议之后才可决定管辖豁免问题。

(5) 第1款第二部分“应为此保证其法院主动地确定第5条所规定的对该另一国的豁免得到遵守”被加在一读通过的案文，其目的是要确定和加强本条款第一部分所规定的义务。如果法院地国法院不光凭其他国家的宣称采取行动，而能主动确定诉讼是否真的针对该国以及该国是否有权援引豁免，对管辖豁免的尊重就更会得到确保。到外国法院去援引豁免会使得诉讼当事国牵涉到重大的经费问题，因此不见得需要把它列为确定国家豁免问题的条件。另一方面，本条款却也无意反对诉讼当事国出庭，出庭能为取得满意结果得到最佳保证。“应……保证其法院……”的措词是为了载明法院地国负有义务，它有责任按照本国程序加以做到。提到第5条是为了表明，本规定不

<sup>58</sup> 这方面的具体规定在国家立法中并不是不寻常的情况。参看《联合国国家豁免法，1978》(section 1(2))；《新加坡国家豁免法，1979》(section 3(2))；《巴基斯坦国家豁免规程，1981》(section 3(2))；《南非外国豁免法，1981》(section 2(2))；《据以在加拿大法院提供国家豁免的加拿大法规，1982》(section 3(2)) (上文脚注57)，也参看《关于国家豁免的欧洲公约》第15条。

应该被解释为预先断定该国是否实际有权按照本条款享受豁免的问题。

## 第 2 款

(6) 第 2 款处理在一国法院对另一国提起诉讼的概念。国家可因各种不同的方式在另一国法院的争讼或诉讼程序中被控告或受牵连。

(7) 在一国法院提起的诉讼应视为对另一国提起的诉讼，如果：该另一国被指名为诉讼的当事一方，或如果：该另一国本身不是诉讼的当事一方，但诉讼实际上是企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动。二读时修改了措词方式，以便明确区分这两种情况。

### 第 2 款(a)项

(8) 一国如被指名为争讼的当事一方，则它无疑被牵连在另一国法院的争讼之中。豁免问题只有在被告国不愿意或不同意被控告时才发生。如果该国同意成为诉讼程序当事一方，则不发生豁免问题。

(9) 虽然在国家实践中，给予管辖豁免的情况在一国没有被指名为诉讼的当事一方的案件中出现得较多，但实际上，却有好些国家实际被指名为被告直接牵连在诉讼中的案例却出乎人们意料之外的。<sup>59</sup>

(10) 第 2 款(a)项适用于指明国家本身或任何实体或有权根据第 2 条第 1 款(b)项援引管辖豁免者为当事方的所有诉讼。

### 第 2 款(b)项

(11) 国家豁免的受惠者还有其他人，但必须指

<sup>59</sup> 参看 F. Advokaat 诉 I. Schuddinck & den Beigischen Staat 案(1923)(《年度文摘, 1923-1924》(伦敦), 第 2 卷(1933), 案件号 69, 第 133 页); 美利坚合众国诉中华民国案(1950)(《国际法报道, 1950》(伦敦), 第 17 卷, (1956), 案件号 43, 第 168 页); The "Hai Hsuan"——美利坚合众国诉 Yong Soon Fe and another 案(1950)(同上, 案件号 44, 第 170 页); Stato de Grecia 诉 Di Capone 案(1926)(《国际法评论》(罗马), 第三集, 第六卷(1927), 第 102 页); Pauer 诉匈牙利人民共和国案(1956)(《国际法报道, 1957》(伦敦), 第 24 卷(1961), 第 211 页); 伦敦 Alfred Dunhill 公司诉古巴共和国案(1976)(《国际法律资料》(华盛顿), 第 15 卷, 第 4 期(1976 年 7 月)第 735 页)。

出的是，凡牵涉到没收或扣押公共财产或属于外国的或外国拥有或控制的财产的诉讼，在国家实践中均视为实际牵连到外国君主或企图迫使外国服从当地管辖的诉讼。这类诉讼不仅包括物权诉讼或在海事法中对国家拥有或国家经营的为防卫目的和其他和平用途的船只提起的诉讼，<sup>60</sup>而且也包括判决前的扣押或没收措施(保全扣押)和执行判决的措施(执行扣押)。判决后的命令或执行命令不在本条的范围内加以研究，因为它不仅牵涉到管辖的豁免，而且还牵涉到执行的豁免，这是管辖豁免过程中更进一步的阶段。<sup>61</sup>

(12) 如上文所述，在国家实践，关于国家豁免的法律不是从直接对外国或外国政府以其名义提起的诉讼发展出来的，而是较间接地通过一系列关于没收或扣押船只作为海上留置权或碰撞赔偿或救助服务费的诉讼发展出来的。<sup>62</sup>在国家实践中，关于国家的舰艇、<sup>63</sup>访问部队、<sup>64</sup>弹药和武器<sup>65</sup>和飞机<sup>66</sup>的豁免的例子甚多。国家豁免根据的标准不限于外国政府对产权或所有权的主张，<sup>67</sup>而且还明显包括外国实

<sup>60</sup> 关于这一点，参看《统一关于国有船舶豁免的某些规则的国际公约》；《领海和毗连区公约》，《公海公约》和《联合国海洋法公约》。

<sup>61</sup> 见下文第 18 至 19 条草案。

<sup>62</sup> 参看 The Schooner "Exchange" 诉 McFaddon 等人案(见上文脚注 29); The "Prins Frederik" 案(1820)(J. Dodson, 《在海军高等法院辩论和裁决的案件报告》(1815-1822)(London), vol. II(1828), p. 451); The "Charkieh" 案(1873)(United Kingdom, 《法律报道, 海军高等法院和教会法院》, vol. IV(1875), p. 97)。

<sup>63</sup> 参看 The "Constitution" 案(1879)(联合王国, 《法律报道, Probate Division》, 1879, vol. IV, P. 39); "维多利亚市" 案和 "苏丹" 案(1887)(参看 G. Gidel, 《国际海洋公法》(Paris, Sirey, 1932), vol. II, P. 303); "El Presidente Pinto" 案(1891)和 "Assari Tewfik" 案(1901)(参看 C. Baldoni, "外国领海中的军舰", 《讲义集 1938-III》(Paris, Sirey, 1938), vol. 65, 第 247 页起各页)。

<sup>64</sup> 参看 The Schooner "Exchange" 案(1812)和《部队地位协定》(见上文脚注 29)。

<sup>65</sup> 参看 Vavasseur 诉 Krupp 案(1878)和(上文脚注 53)。

<sup>66</sup> 参看香港飞机——民用运输公司诉中央空中运输案(1953)(联合王国, 《法律报道, 上议院, 枢密院司法委员会, 1953》, p. 70)。

<sup>67</sup> 参看 Juan Ysmael & Co. 诉印度尼西亚政府案(1954)(《国际法报道, 1954(London), vol. 21(1957), p. 95)以及涉及一外国政府银行帐户的案件, 例如 Trendtex 贸易有限

际拥有或控制的财产的案件。<sup>68</sup> 法院行使管辖时, 不应使外国君主必须在财产被剥夺和服从法院管辖之间作出选择。<sup>69</sup>

(13) 第1款(b)项也适用于未被指名为诉讼的当事一方但却间接涉及诉讼的情况, 对军舰等国家财产提起的物权诉讼, 便属于这种情况。一读时所通过的措词在二读时被简化了。首先, “只要该诉讼寻求迫使……该国……接受法院管辖”由于在所审议的情况下没有意义而被删除了。该句最后部分中的“to bear the consequences of a determination by the court which may affect(承担法院的确定所可能引起的后果)”等字句也删除了, 因为它使得程序与对该国造成的后果之间的关系显得松散, 因此可能对本款作出不当的广义解释, 为了在这方面使案文更加严谨, 但将这些字句改为“to affect(影响)”。最后, 委员会删除了对第2条所载“国家”一词下了极为详尽的定义, 而现已不再具有任何意义的第3款。

### 第7条 明示同意行使管辖

1. 一国如以下列方式明示同意另一国对一个事项或案件行使管辖, 则不得在该法院就该事项或案件提起的诉讼中援引管辖豁免:

- (a) 国际协定;
- (b) 书面合同; 或
- (c) 在法院对特定诉讼发表的声明或对特定诉讼的书面函件。

2. 一国同意适用另一国的法律, 不应被解释为同意该另一国的法院行使管辖权。

### 评注

(1) 在条款草案的这一部分, 第5条规定了国家豁免规则, 第6条则规定实行国家豁免的方式。在这两项前提之后, 依照逻辑, 第三个要素即为“同意”的概念。<sup>70</sup> 本部分第7、8和9条将处理同意的各种

形式。<sup>71</sup>

### 第1款

#### (a) 同意的意义及其后果

(2) 第1款专门处理一国以该条所规定方式明示的同意, 即一国在一项国际协定和书面合同中作出的同意, 或就特定案件通过在法院发表声明或提出书面函件而作出的同意。

#### (一) 未作出同意作为国家豁免的必要因素

(3) 如同第5条(国家豁免)阐明的, 又如同关于避免使另一国服从其管辖的义务的第6条(实行国家豁免的方式)更加清楚地表明的, 一国法院若被要求对另一国行使管辖, 则应推定另一国未作出同意或没有同意。如一国同意另一国法院行使管辖, 则第5条下的管辖豁免不能适用。一国根据第6条没有义务按照其权限规则避免对已同意其行使管辖的另一国行使管辖。避免使另一国服从其管辖的义务并非绝对义务, 它明显地受制于“未经其同意”的条件, 或受制于企图对之行使管辖的国家未作出或没有同意的条件。

(4) 因此, 未作出同意是国家豁免的必要因素, 应予密切注意, 避免对另一国行使管辖或避免对另一主权政府起诉的义务是基于管辖的行使是未经同意这一论断或假定。在每一情况下, 未作出同意似乎都是一种假定, 而非一种论断。适用国家豁免所依据的了解是, 被行使管辖的国家不同意或不愿意服从管辖, 除非指明情况并非如此, 否则一般都推定不愿意或未作出同意。法院对一未出庭的外国行使管辖时, 不可以而且一般也不假定或推定该外国同意或愿意服从管辖, 必须具有同意的证明或证据, 才能对另一国行使现有的管辖或权限。

#### (5) 国家实践证明, 明白提到未作出同意是适用

公司诉尼日利亚中央银行案(1977)(上文脚注53)。

<sup>68</sup> 参看 The “Philippine Admiral” 案(1975)(《国际法律资料》(华盛顿), 第15卷, 第1期(1976年1月), 第133页)。

<sup>69</sup> Dollfus Mieg et Cie S.A. 诉英格兰银行案(1950)(见上文脚注43)。

<sup>70</sup> “同意”的概念还与国家豁免理论有关, 领土所属国或接受国有时被认为是同意经过其领土的友好外国军队的存在并放弃其对这些军队的正常管辖, 例如参看马歇尔首席法官

在 The Schooner “Exchange” 诉 McFaddon 等人案(1812)中的判词(参看上文脚注29)。

<sup>71</sup> 国家的立法实践可参看《美国外国豁免法, 1976》(section 1605(a)(1)(上文脚注40)); 《联合国国家豁免法, 1978》(section 2); 《新加坡国家豁免法, 1981》(section 4); 《南非国家豁免法, 1981》(section 3); 《澳大利亚外国豁免法, 1985》(section 10)(上文脚注51); 据以在加拿大法院提供国家豁免的加拿大法规(section 4)(上文脚注57)。

国家豁免的必要条件,发给各会员国的问题单的某些答复清楚表明了未作出同意与可行使管辖之间的这种联系。<sup>72</sup> 同不行使管辖的义务有关的经常使用的“未经同意”一词在法学用语中有时被说成是“违反主权国家的意志”或“不顾不愿意的君主”。<sup>73</sup>

## (二) 同意作为允许行使管辖的因素

(6) 既然未作出同意阻止了管辖的行使,就应当审查一下有关国家作出同意的效果。依严格推理,被提起诉讼程序的国家如作出同意,管辖的实施和行使这一障碍就应随之消除。如未作出同意被视为国家豁免的必要组成因素,或反过来说,如未作出同意使本来有权利行使其现有管辖的法院不能或无权行使管辖,则有关国家一旦表示同意,行使管辖的这一障碍即随之消除。如主权国家作出同意,另一国法院即能够或有权依照其一般权限规则行使管辖,好象该外国就是一名可以普通方式提起诉讼或被起诉的普通友好外国人一样,无须适用国家或主权豁免的任何学说或规则。<sup>74</sup>

### (b) 同意行使豁免的表示

(7) 作为局部说明或解释国家豁免学说的一种法律理论,同意的默示比较一般地是指一国同意不对

<sup>72</sup> 参看特立尼达和多巴哥对发给各国政府的问题单的第1个问题的答复(1980年6月)。

“特立尼达和多巴哥共和国普通法具体规定了外国及其财产的管辖豁免,并一般规定了未经外国同意不对它们及其财产行使管辖。\* 法院在受理任何企图对外国君主或国家起诉的案件时,均适用习惯国际法关于这一主题的规则。”(联合国,《管辖豁免资料》,第610页)。

<sup>73</sup> 参看 Atkin 爵士在 The “Cristina” 案(1938)中的表述,《年度文摘, 1938-40》(London), vol.9 Case No.36, p.250-252)。

“要求取消对船只的令状和扣留的根据见于已写入我国国内法的两项国际法前提,我认为这两项前提是完全确立和无可置疑的。第一项前提是,一国法院不对一外国君主起诉,也就是说,一国法院不会在其检控程序中违反外国君主的意愿使其成为诉讼程序的当事方\*, 不论该诉讼程序是涉及对他本人的检控,还是要他付出特定损害赔偿。”

<sup>74</sup> 例如,经 1961 年 12 月 8 日苏维埃社会主义共和国联盟法律核准的《苏联和各加盟共和国民事诉讼基本条例》第 61 条规定:

“对一外国提起诉讼,向它索取赔偿以及扣押其位于苏联境内的财产,只有\*在有关国家的主管机关同意\*下才可进行。”(联合国,《管辖豁免资料》,第 40 页)。

另一国行使其正常的管辖,或在另一国未同意的情况下放弃对该另一国本来有效的管辖。因此,同意的概念可通过不止一种方式发生作用,特别是在国家同意放弃其管辖(因而另一国获得此种管辖的豁免)的第一种情形下,以及在目前审议的情形下即:另一国同意管辖的行使,从而排除国家豁免规则的适用。在特定案件中,一国可能同意另一国行使管辖。而且,一国对某一事项的同意可能只限于特定案件,因此不致影响该国在另一案件中就同一事项享有管辖豁免,国际法委员会便在二读时将本款的起首语末尾改为“就该事项或案件提起的诉讼中”。

(8) 就审议中的情形来说,即如果一国被起诉,似乎有好几种可确认的方法表示或表明同意。在这一特定情况下,不应将同意视为当然,也不应认为它必然是默示的。将“默示同意”作为本部分所列国家豁免一般原则的一项可能例外的任何理论应视为本身不是一项例外,而是一项原本有效并获公认的例外的附加说明或理由。因此,如一个不情愿的国家未以明白而公认的方式,包括第 8 条所规定的方式,表示同意的话,是不可能认为它已默示同意的。同意如何提出或表示,以清除另一国法院避免对一个同样地位的主权国家行使管辖的义务,还需加以研究。

### (一) 就特定诉讼以书面合同或声明或书面函件表示同意

(9) 当一项争端已经发生,如国家特别就该项正由当局审理的特定案件以(b)项所指的书面合同或(c)项所指的特定诉讼的书面函件表示同意,<sup>75</sup> 这种同意就是另一种简易而无可置疑的证明。在后一种情形下,一国通常可以表示它同意另一国法院在对它提起的诉讼或与其利益有关的诉讼中行使管辖,办法是由它授权的代表,例如一名代理人或律师,在法院正式发表口头声明,或通过外交渠道或任何其他一般公认的通讯渠道,提出书面函件,作为这种同意的证据,一国也可以采取同样的办法,宣告它不愿意或不同意,或以书面证明这一意向,以驳斥任何关于同意

<sup>75</sup> 参看 Bayerischer Rundfunk 诉 Schiavetti agnani 案(最高法院, 12.1.1987)(《国际私法及诉讼评论》, vol.XXIV(1988), p.512), 该案涉及德国一个公营广播事业在意大利雇用一意大利新闻记者的问题。法院认为: 当事双方在合同中已同意给予意大利法院专属管辖, Bayerischer Rundfunk 不能援引管辖豁免,并且应该被当作私营企业对待。

的说法或主张。<sup>76</sup>同原来的措词一样, (c)项规定: 国家可以用在法院对特定案件发表声明的方式表示同意。但是, 有人指出, 按照这种措词方式, 愿意发表这种声明的国家将需要派一位代表特别到法院出庭; 应该能够让它以书面函件向原告或法院发表这种声明。因此, 国际法委员会在二读时在(c)项加上最后的部分, 规定国家可以用这种书面函件表示同意行使管辖。委员会也在二读时把“对特定案件”改为“对特定诉讼”, 以确保(c)项同本款的起首语更好地协调。

## (二) 预先以书面协定方式表示同意

(10) 一国可就一类或多类争端或案件表示同意。这种同意的表示按照作出同意的方式和情况, 对于作出同意的国家一方具有拘束力, 但以同意表示中所规定的限制为条件。其拘束力的性质与范围则视援引这种同意的一方而定。例如, 如果同意是以国家间缔结的条约中的一项规定来表示, 那么必然对表示同意的国家具有拘束力, 有权援引条约各项规定的缔约国也有权利用这种同意的表示。<sup>77</sup>同意管辖的表示是有效的, 也确认条约的其他规定可以适用。因此, 如未参加条约, 非缔约方就无法享有条约各项规定的利益或好处。同样, 如果同意的表示载于由国家和国际组织缔结的国际协定内的一项规定, 所有缔约方包括国家组织在内都可以利用这种同意表示的许可效果。另一方面, 个人或公司能否成功地援引条约或国际协定中的一项规定通常取决于同执行条约有关的本国法律秩序的特定规则。

(11) 国家的实践还不足以支持以下的前提, 即一国的法院必须对以往曾在一项条约或一项国际协

<sup>76</sup> 参看 *Krajina 诉 The Tass Agency and another 案*(1949)和 *第一忠实银行诉安提瓜和巴布达政府案*(1989)(877 F.2d, p.189, 美国上诉法院, 2nd Cir., 1989年6月7日)中委任的外交人员向法院提出的书面说明; 比较 *阿根廷商业公司诉美国航运委员会案*(1924)和 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo 案*(1956)(上文脚注 41)。

<sup>77</sup> 在最近的一个案件: *Frolova 诉苏维埃社会主义共和国联盟案*(761 F.2d, p.370, 美国上诉法院, 7th Cir., 1985年5月1日, 《美国国际法学报》(华盛顿)第79卷(1985), p.1057)中, 美国上诉法院认为, 为了《外国豁免法》的目的, 苏联并没有由于签订《联合国宪章》和《赫尔辛基协定》而默示放弃豁免。法院指出, 国会关于该法的报告是指以明示放弃的方式通过条约表示放弃, 但不包括在默示放弃事例单中以条约表示放弃的情况。

定的规定内,<sup>78</sup>或甚至在与有关的个人或公司的合同的明文规定中<sup>79</sup>表示其同意管辖的另一个主权国家, 行使其现有的管辖。虽然曾以任何这些方式明示同意的国家按国际法或国内法可以受到这种同意的拘束, 但行使管辖或决定行使或不行使管辖完全是在审理法院本身的权限之内。换句话说, 关于涉及某宗争讼的国家表示同意的规则对另一国法院并没有绝对拘束力, 该法院可以继续不行使管辖, 但当然它须遵照源于有关国家国内法的任何规则。法院可以而且必须制定自己的规则, 并满足它本身制订的关于如何提出这种同意以便取得预期结果的要求。法院可以拒绝承认预先、不在诉讼进行时、不在主管当局面前作出的同意, 或不是在出庭时提出的同意。<sup>80</sup>因此, 第7条草案所提出的前提对于法庭而言, 是可以斟酌决定的, 不是强制性的。法院可以行使也可以不行使其管辖。习惯国际法或国际惯例承认法院可以对曾以明确的方式表示其同意的另一国行使管辖, 但这种管辖的实际行使则完全由该法院决定或属于其权力范围。法院可以对同意的表示订出更严格的规则。

(12) 同意在另一国法庭提起的诉讼中行使管辖, 也包括同意上诉法院在该诉讼的任何后来阶段中行使管辖, 直到并包括终审法庭作出裁决、再审和复审, 但不包括判决的执行。

<sup>78</sup> 这方面有若干相关的多边条约, 例如《关于国家豁免的欧洲公约》和1926年《布鲁塞尔公约》, 以及联合国《管辖豁免资料》第三部分, B节, 第150页起各页所列的那些公约。这方面还有若干非社会主义国家间、社会主义国家和发达国家间, 以及社会主义国家和发展中国家间、缔结的有关的双边贸易协定(同上, 第三部分, A.3和A.4节, 第140页起各页)。

<sup>79</sup> 参看法国对外商业银行与泰王国于1978年3月23日在巴黎由泰国财政部长授权的代表所签订的一项协定。第三条第3.04款规定:

“为了管辖以及执行或实施任何判决或裁决的目的, 保证人据此证明他撤回并放弃在仲裁法庭或法院任何其他当局坚持提出基于其主权豁免的任何抗辩或例外的任何权利。”(《马来亚法律评论》(新加坡), vol.22, No.1(1980年7月), p.192, 注22)。

<sup>80</sup> 参看 *Duff Development Co., Ltd. 诉 Government of Kelantan and another 案*(1924)(上文脚注 24)。在该案中, 吉兰丹政府并不因同意某一文书内的仲裁条款或要求法院撤销仲裁员的裁决, 而接受高等法院在该公司后来要求执行裁决而提起的诉讼中的管辖。另参看 *Kahan 诉巴基斯坦联邦案*(1951)(见上文脚注 25)和 *Baccus S.R.L. 诉 Servicio Nacional del Trigo 案*(1956)(见上文脚注 41)。



## 第2款

(13) 一国同意适用另一国法律不应被解释为它同意其他国家的法院行使管辖, 同意行使管辖和对案件适用法律的问题必须分开处理。委员会在二读时添加了第2款, 以规定这一重要定义。

## 第8条 参加法院诉讼的效果

1. 一国如有下列情况, 则在另一国法院的诉讼中不得援引管辖豁免:

(a) 该国本身提起该诉讼, 或

(b) 介入该诉讼或采取与案情实质有关的任何其他步骤, 但如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实, 则它可以根据那些事实主张豁免, 条件是它必须尽早这样做。

2. 一国不应被视为同意另一国的法院行使管辖权, 如果该国仅为下列目的介入诉讼或采取任何其他步骤:

(a) 援引豁免; 或

(b) 对诉讼中有待裁决的财产主张一项权利或利益。

3. 一国代表在另一国法院出庭作证不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。

4. 一国未在另一国法院的诉讼中出庭不应被解释为前一国同意法院行使管辖权。

## 评注

(1) 第8条规定在什么情况下一国参加另一国法院的诉讼可以被认为是该参加国同意有关法院行使管辖的证据。同意的表示或通知必须是明确的。同意也可以由国家的积极行为证明但不能仅仅由于该国的默示, 或沉默、默认或不行为而推定其存在。可以构成附和、赞成、赞同、认可或同意行使管辖的表示的行动或行为的一个明显例子, 就是该国或以该国的名义出庭对案情实质提出争议的做法。这种行动的方式可以是要求加入成为争讼的当事一方, 不论它准备或愿意接受裁决的拘束的程度如何或它事先接受以后的强制执行措施或判决执行的范围为何。<sup>81</sup> 事实

<sup>81</sup> 虽然为了实际的目的, F. Laurent 在他的《国际民法》(Brussels, Bruylant-Christophe, 1881), vol. III, pp. 80-81 对“判决的权力”(管辖)和“执行的权力”(执行)没

上, 以第7条所说的方式书面表示同意, 或以本评注所述的行动表示同意, 实际上都导致同样的结果, 它们都表明一国自愿服从管辖, 表示一个主权国家出于其自由意志愿意并准备接受另一国法院的的裁决结果, 直到但不包括强制措施。强制措施须由该外国另行同意。

## 第1款

(2) 如果并当一国知情地为对一项权利主张答辩或对涉及该国的争端或对其具有利益的事项提出争议而出庭, 而且当这样的出庭是无条件的, 并且未提出国家豁免的要求, 这显然就是同意法庭实行和行使管辖的明确证据, 尽管已可能根据一般冲突规则或根据审理法院的权限规则所确认的管辖豁免以外的理由, 就法院对这一案件行使管辖一事提出其他异议。

(3) 一国若决定成为另一国法院争讼的当事方, 即明确地同意法院行使这种管辖, 不论它是原告或是被告, 或实际上是处于一宗单方诉讼或一宗物权诉讼中, 或是处于一宗要求扣押或没收属于它或它在其中有权益或由它拥有或控制的一项财产的诉讼中。

## (a) 提起或参与诉讼程序

(4) 一种构成表示同意的明显行为形式, 就是向另一国法院提起诉讼或诉讼程序的行为。提出主张国为寻求司法或其他补救方法而在另一国司法当局前成为原告, 它显然须服从法院的管辖。毫无疑问, 当一国在另一国法院提起争讼时, 它就是决定服从该另一国的管辖, 因而再也不能提出反对它自己原先援引的行使管辖的申诉。<sup>82</sup>

(5) 一国参与另一国法院的诉讼, 也产生同样的结果, 除非如第2款规定, 这种参与纯粹是一项国家豁免的抗辩, 或以主权豁免的理由特意反对行使豁免而参与。<sup>83</sup> 同样地, 一个参加互争权利的诉讼的国家

有加以区分, 但一国对另一国法院行使裁决权的同意, 不能推定为扩大到对未提出管辖豁免要求而出庭并因而同意行使管辖的国家行使实施或执行判决的权力。

<sup>82</sup> 例如《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第1款规定: “一缔约国在另一缔约国法院提起或参与诉讼, 即为诉讼的目的服从该国法院的管辖”。

<sup>83</sup> 为此, 《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第3款规定:

也自愿服从该法院的管辖，一国不是在任何强制下主动参加诉讼的案情实质而采取的任何积极行动，都与后来提出所谓自愿国是被违背起诉的争议相矛盾。(b)项也规定了另一种可能性，使一国在下列情况能够主张豁免：它在采取与诉讼的案情实质有关的步骤之前，不知道可据以主张豁免的事实，已经有人指出，也许会有一国不熟悉可据以援引豁免的情况。这样的情况可能发生：该国在获知这些事实之前就提起了诉讼或介入了诉讼。在这种情况下，各国可以根据两个条件援引豁免。首先，该国必须使法院确信，它只是在介入了诉讼或采取了有关案情实质的措施以后才取得可据以要求援引豁免的事实。其次，该国必须尽早提出这方面的证据。<sup>84</sup>在二读时添加的第1款(b)项规定了这一点。

### (b) 基于自愿而出庭

(6) 虽然一国本身并非原告或提出主张国，也未参与另一国法院的诉讼，但也可以说它同意该另一国法院行使管辖。例如，一国可以自愿出庭或自由出庭，它不是为了对任何主张或任何传票进行答辩，而是出于其自由意志，以便就另一国法院的诉讼提出独立的主张。除非提出的主张是有关正在进行的诉讼的管辖豁免，否则，在另一国法院上基于自愿而出庭就构成同意行使管辖的另一例。出庭之后，它就无法提出任何国家豁免的抗辩。

### 第2款

#### (7) 一国有条件地出庭或为了主权豁免或国家

“一缔约国在另一缔约国法院诉讼中提出反诉，不仅就反诉而言而且就主诉而言，都应服从该国法院的管辖”。

葡萄牙共和国诉 *Algemene Oliehandel International(AOI)* 案, District Court of Rotterdam, 2 April 1982, NJ(1983) No.722, 《荷兰国际法年鉴》(1985), vol.XVI, p.522, 在该案中, 葡萄牙关于管辖豁免的要求必定被驳回, 因为它在反抗 Rotterdam District Court 命令葡萄牙向 AOI 公司支付一笔款项的缺席判决时自动地服从了荷兰法院的管辖。

<sup>84</sup> 参看《联合国国家豁免法, 1978》第2节第(4)(a)和(4)(b)分节(上文脚注51)。第5分节未将一国不知其有权享有豁免的事实而就另一国法院的诉讼所采取的任何步骤视为自愿服从管辖。

“如果这些事实不能合理地予以确定, 而豁免的主张又是一旦适当可行就提出的”。

延迟提出管辖豁免的抗辩或答辩可能造成赞成服从管辖的印象。

豁免的理由特意出庭对管辖提出争辩或异议, 不算是同意另一国行使管辖, 虽然这样做连同为确立其豁免而对案情实质提出进一步争辩可能导致该法院实际行使管辖。<sup>85</sup>为反对诉讼继续进行这个有限目的而参加也不视为同意行使豁免。<sup>86</sup>此外, 一国可在它不是当事方的诉讼中就争议的财产所有权提出表面证据, 主张它对该财产有一项权利或利益, 而不必根据第2款(b)项服从另一国的管辖。但是, 如果一国在诉讼中对产权提出主张, 这就视为参与案情的实质, 从而不能在该诉讼中援引豁免。

### 第3款

(8) 提出这一款, 是为了说明一国或其代表以官方身份在另一国法院诉讼中出庭的另一种情况, 但这种出庭不构成该参加国同意法院行使管辖的证据。<sup>87</sup>不过这项对关于一国参加外国诉讼的不豁免规则的例外只限于该国或其代表出庭作证的情况, 例如出庭证实某人是该国国民, 不涉及到一国或其代表在外国诉讼中出庭以便履行保护其国民的义务的一切情况。<sup>88</sup>

<sup>85</sup> 在没有充分了解到有权以国家豁免的理由提出反对的情况下, 不可能有真正的同意 *Baccus S. R. L. 诉 Servicio Nacional del Trigo* 案(1956)(见上文脚注41); 但也参看 *Earl Jowitt 在 Juan Ysmael & Co. 诉印度尼西亚共和国政府* 案(1954)(见上文脚注67)中的判词, 他在其中附带指出, 一个提出主张国政府:

“……必须提出证据, 使法院确信它的主张并非仅属虚构, 或基于显然不充分的所有权, 法院必须确信冲突的权利须根据外国政府的主张作出决定”。比较 *Hong Kong Aircraft* 案(见上文脚注66), 在该案中, 香港最高法院法官 *Leslie Gibson* 爵士不认为只提出所有权主张就足够(《国际法报道, 1950》(伦敦), 第17卷(1956)案件号45, 第173页)。对照 *Scrutton* 法官在 *The “Jupiter”* 第1号案(1924)(联合国, 《法律报道, 遗嘱查法法庭, 1924》, p.236)的判词和 *Radcliffe* 高等法院法官在 “*the Gold Bars*” 案(1952)(见上文脚注43)pp.176—177的判词。

<sup>86</sup> 参看《关于国家豁免的欧洲公约》第13条:

“如一缔约国在它不是当事方的另一缔约国法院待决的诉讼中主张它对该诉讼所处理的财产拥有权利或利益, 而且情况是如果诉讼是对它提起的话它就有权享有豁免, 则第1条第1款不适用”。

另参看 *Dollfus Miegiet Cie.S.A. 诉 Bank of England* 案(1950)(见上文脚注43)。

<sup>87</sup> 见上文脚注85。

<sup>88</sup> 但是, 这项规定并不影响一国外交使团或领馆成员在另一国的司法或行政诉讼中出庭方面的根据国际法所给予的特权和豁免。见《维也纳外交关系公约》(第31条第2款)和

## 第4款

(9) 与此相对照, 一国未在诉讼程序中出庭不应解释为消极服从管辖。在本条草案中, “未”字包括在程序问题的意义上有意或无意出庭的情况, 它不影响关于一国在外国法院出庭或不出庭的实质性规则。<sup>89</sup>另一方面, 一国对于在争讼中的财产提出主张或利益要求与其管辖豁免的主张并无冲突。<sup>90</sup> 一国不能被迫在另一国法律出庭对一项正在进行物权诉讼的财产的提出利益主张, 如该国不选择服从处理该诉讼的法院管辖的话。

## 第9条 反诉

1. 一国在另一国法院提起一项诉讼, 不得就与主诉相同的法律关系或事实所引起的任何反诉援引法院的管辖豁免。

2. 一国介入另一国法院的诉讼中提出诉讼请求, 则不得就与该国提出的诉讼请求相同的法律关系或事实所引起的任何反诉援引管辖豁免。

3. 一国在另一国法院对该国提起的诉讼中提出反诉, 则不得就主诉援引法院的管辖豁免。

## 评注

(1) 第9条是第7和第8条必然的结果。第7条处理国明示同意另一国法院行使管辖的效果, 第8条则界定可从一国参加另一国法院诉讼的行为推断出来的同意程度。第9条处理对一国提出的反诉和一国提出的反诉的效果, 从而使关于同意范围的规定成为完整的三部曲。

《维也纳领事关系公约》(第44条第1款)。

<sup>89</sup> 因此, 在 Dame Lizarda dos Santos 诉伊拉克共和国案(最高法院, 未注明日期)(《国际法学报》(clunet) (Paris) 摘要法文本, 第115卷, (1988), 第472页)中, 在伊拉克大使馆受聘担任厨师的一个巴西国民上诉被驳回, 他认为伊拉克已默示放弃豁免, 法院原判决没有按照自己的倡议对伊拉克行使管辖, 法院则认为, 不能因为伊拉克拒绝回应申诉就是它已默示放弃豁免。

<sup>90</sup> 例如在 The “Jupiter” 第1号案(1924)(见上文脚注85), Hill 法官认为对苏联政府所拥有的一艘船只的物权执行令必须撤销, 因为对船舶的起诉要求一切对之提出利益主张的人必须在法院提出他们的主张, 而苏联则对它提出所有权主张但不服从管辖\*。对照 The “Jupiter” 第2号案(1925), 当时同一船只为一意大利公司拥有, 苏联政府并没有对它提出利益主张。(联合国, 《法律报道, 遗嘱查验法庭》, 1925, p.69)。

(2) 一国可根据第8条第1款(a)项在另一国法院提起诉讼, 从而同意或接受该法院对此项包括预审、审讯、判决以及上诉等程序的诉讼行使管辖, 此种同意管辖的表示并非同意执行措施, 这是拟在关于国家财产的扣押和执行豁免的第四部分另行处理的独立事项。可能产生的问题是, 一国若主动提起该项诉讼, 会在什么程度上导致它服从或接受该法院对针对原告国提出的反诉的管辖。反之, 在另一国法院被起诉的国家可能决定对提起诉讼的一方提出反诉。在这两种情况下, 一国在某种程度上应接受该法院的合法管辖, 因为这两种情况都清楚表明该国以行动或意志表示同意服从该法院的管辖。一国可以采取行动, 例如提起诉讼、参与诉讼以提出主张、或甚至在被告的诉讼中提出反诉, 作为同意的表示, 但表示同意的后果实际上可能根据其同意有关主管司法当局行使管辖的效力而异。就这三种情况来说, 每一种情况都产生一个重要的问题: 如一国提出反诉或被反诉, 它同意行使管辖的效果的程度和范围所引起的问题。

## (a) 对一国提出的反诉

(3) “反诉”的概念预先假定一项主张先前已经存在或提出。反诉是被告为答辩一项原诉或主诉而提出的一项互诉或反控。因此, 对一国提出反诉的情形似乎有两种可能的情况, 第一种可能性是一国本身如第8条第1款(a)项和第9条第1款所述的那样, 在另一国法院提起诉讼, 第二种情况是一国本身未提起诉讼, 但却为提出一项主张参与诉讼, 但参与的目的附有重要的限制条件。第8条第1款(b)项规定, 一国可就案情实质参与一项诉讼或采取任何与案情实质有关的其他步骤, 并因此种参与而服从该法院对此一诉讼的管辖, 但以(b)项所规定的条件为限。第9条第2款则处理一国为提出主张而参与诉讼的情况; 因此, 就该国通过参与诉讼提出的主张进行反诉的情形可能出现。参与诉讼国如未同时就该项诉讼提出主张, 则对它提出反诉的可能性就不存在。例如, 一国可在下列情况下参与诉讼而本身无须同意法院在整项诉讼中对其行使管辖: 作为法院之友协助解决问题、或为了申张正义、或提出建议、或就一项法律问题或事实作证, 这些行动不属于第9条第2款的范围。因此, 如第8条第2款(a)项所规定, 一国可以参与诉讼以便援引豁免, 或如该条第2款(b)项所规定, 一国可以参与诉讼以便对该诉讼中争议的财产主张一项权利或利益。就第8条第2款(b)项来说, 由于参与诉讼国可算是提出了一项与诉讼有关的主张, 因此

该国除了必须回答司法讯问或提出表面证据以证明它对第8条第2款(b)项所述的财产拥有或主张权利或利益之外,也可被认为已经同意对其提出的主张提出反诉。一国即使按第8条第2款(a)项规定援引豁免,它也可能被要求提供关于其豁免主张的证据或法律依据。但是,豁免主张一旦根据第8条第2款(a)项获得确认,或者主张或权利或所有权一旦根据第2款(b)项获得确立,则对行使豁免的同意即告终止。因此,在此种情形下,法院不应再对经确认享有豁免的国家或对经确定该国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将免受法院管辖。但是,如该诉讼属于第三部分规定的例外之一,或如该国已另行同意行使管辖或放弃其豁免,则法院可继续行使管辖。

#### 第1款

(4) 如第8条第1款(a)项所述,一国本身提起一项诉讼,即应作为同意法院在该项诉讼的所有阶段行使管辖,包括在初审法院的审和判决、上诉和终审裁决以及讼费的裁定(如由判决当局裁定的话),但不包括判决的执行。第9条第1款处理一国在另一国法院提起诉讼时在什么程度上可以说已同意法院在对其提出的反诉中行使管辖的问题。一国提起诉讼这一事实本身显然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向其提起的其他一切民事诉讼。在这种情况下,同意的程度并非没有限度,而第9条第1款的目的,就是要确保可允许对原告提出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诉讼,并不等于接受该法院所有种类的反控,或者接受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和独立的反诉。该国不一定要在所有时间都须接受对其提起的所有其他诉讼或所有法律行动。一国提起一项诉讼,就必须接受法院对与主诉相同的法律关系或事实所引起的反诉行使的管辖。<sup>91</sup> 或对作为主诉内容的相同交

易或事件所引起的反诉行使管辖。<sup>92</sup> 在一些国家的司法制度中,对原告国的反诉的效果在数量上也有限制,它不得超过主诉的数量;如果超过主诉的数量,则对该国的反诉只能起一种抵消作用。<sup>93</sup> 用美国的法律用语来表达,即“对提出主张的主权国的对证”,而这通常不能超过“所要求的正面补救的限度”。<sup>94</sup> 英美法系国家似乎只允许对外国提出防御性反诉。<sup>95</sup> 另一方面,一些大陆法系国家却允许独立的反诉起攻击性补救方法的作用,而且在一些案件中,据悉曾准予正面的补救。<sup>96</sup>

<sup>92</sup> 例如美国《外国主权豁免法, 1976》(见上文脚注40第1607节(反诉)分节(b)规定,对“产生于作为外国主诉内容的交易或事件”的任何反诉,不得给予豁免”。因此,在 *Kunst sammlungen zu Weimar and Grand Duchess of Saxony-Weimar 诉 德意志联邦共和国和 Elicofon 案*(美国上诉法院, 2 nd Cir., 1982年5月5日,《国际法律资料》(华盛顿), vol. 21(1982), p. 773)中,法院被要求在德意志民主共和国、德意志联邦共和国、Saxony-Weimar 女公爵和一位美国公民之间的争议性要求中确定两幅珍贵的 *Albrecht Durer* 的画像的所有权。这位美国公民在不知道谁是画中人的情况下购买了这两幅画。法院认为,女公爵根据1921年协议提出的关于年金的反要求不属于与外国要求相同的交易或事件所引起的豁免的例外情况,《外国主权豁免法》, section 1607(b)。

<sup>93</sup> 《外国主权豁免法, 1976》第1607节分节(c)规定:“反诉所要求的补救在数量上不得超过而且在性质上不得异于外国所要求的补救”(见上文脚注40)。另参看 *Strousberg 诉 哥斯达黎加共和国案*(1881)(见上文脚注91)和 *苏维埃社会主义共和国联盟诉 Belaiew 案*(1925)(《全英法律报道, 1925》(London)(重印本), p.369)。

<sup>94</sup> 参看 *南非共和国诉 La Compagnie franco-beige du chemin de fer du Nord 案*(1897)(联合王国,《法律报道,大法官法庭》, 1898, p.190)和上文脚注91和93所列举的案例。

<sup>95</sup> 关于在正当情况下要求正面补救的可能办法的例子,参看 *海地共和国诉 Plesch et al. 案*(1947)(《纽约补编, 2nd Series》vol.73(1947), p.645); *墨西哥合众国诉 Rask 案*(1931)(《太平洋报道, 2nd Series》, vol.4(1931); p.981); 又见《国际法和比较法季刊》(London), vol.2(1953), p.480;《法律评论季刊》(London), vol.71, No.83, 283(1955年7月), p.305;《现代法律评论》(London), vol.18(1955), p.417及《明尼苏达法律评论》(Minneapolis, Minn), vol.40(1956), p.124。但也参看 *Alberti 诉 Nicaraguense de la Carne 案*(705 F.2d 250.美国上诉法院, 7th Cir., 1983年4月18日)。

<sup>96</sup> 参看 *秘鲁国诉 Kreglinger 案*(1857)(《Pasicrisie belge, 1857》(Brussels), part 2, p.348); *Letort 诉 Gouvernement ottoman 案*(1914);(《Revue juridique internationale de la locomotion aerienne》(Paris), vol.V(1914), p.142)。

<sup>91</sup> 例如联合王国《国家豁免法, 1978》(见上文脚注51)第2节分节(6)规定:

“对任何诉讼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。”

另参看 *Strousberg 诉 哥斯达黎加共和国案*(1881)(《法律时代报道》(London), vol.44, p.199)。在该案中,被告获准通过对原诉讼进行互诉或反控而提出任何主张,以便正义得以申张。但这种互诉或反控只能就相同的交易提出,而且只能起抵消作用。

(5) 在法院地国规则允许的情况下,第9条第1款也适用于对国家提出反诉的情况,而根据本条款的规定,特别是第三部分的规定,如果已在这些法院对该国另外提出诉讼,则该国不能就此反诉援引管辖豁免。<sup>97</sup>因此,不构成主诉内容一部分的不同交易或事件所产生的独立反诉,或者与主诉截然不同的法律关系或另外的事实所产生的独立反诉,是不能对原告国提出的,除非这些反诉属于第三部分所允许的例外之一的范围。换言之,不论一国是否已如第9条第1款所述提起一项诉讼,或者如第2款所述已参与诉讼以便提出主张,只有可以根据本条款其他部分规定对该国另外提出诉讼时,才可对原告国提出独立的反诉或反控。

## 第2款

(6) 第9条第2款处理下列情况:一国参与另一国法院的诉讼并非是为了作为法院之友协助解决问题,而是作为有利害关系的当事方以便提出主张。只有在这种意义上,才能设想对作为提出主张者参与诉讼的一国提出反诉而不能对如第8条第1款(b)项所述仅仅作为证人或者发表声明而没有提出主张的一国提出反诉。一国一旦参与诉讼以便提出主张,它即可被反诉,但这项反诉必须产生于与自己提出的主张相同的法律关系或事实。适用于第1款的关于可对原告国提出反诉的限度的评注其他部分,也同样适用于第2款所设想的对参与诉讼的提出主张国的反诉,它们特别适用于参与诉讼国所提出的主张与反诉之间的法律关系和事实的同一性,也可能适用于以下问题:反诉的份量;是否允许并在什么程度上允许任何正面补救;是否允许并在什么程度上允许与参与诉讼国提出的主张性质不同的补救方法或超过其提出的主张的限度的补救方法。

### (b) 一国提出的反诉

## 第3款

(7) 一国如就一项在另一国法院对其提起的诉讼中提出反诉,它就是采取第8条第1款所指的与诉

讼案情实质有关的步骤。在此情况下,该国即被视为不仅同意法院对它自己提出的反诉行使管辖,而且同意法院对指控它的主诉行使管辖。

(8) 一国自己在另一国司法当局提出反诉,即以行动同意该法院行使管辖。但是,一国根据第9条第3款提出的反诉的效果、程度和范围会比根据第9条第1款对原告国提出的反诉或者根据第2款对参与诉讼的提出主张国提出的反诉更为广泛。原因之一是,虽然被告外国提出的反诉,通常被地方法律限于与主诉相同的法律关系或事实所引起的事项,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,却是没有限制的。实际上,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,或者如果它们的确是新的、单独的或独立的反诉,那么它们仍然可以作为独立的诉求或甚至作为完全与针对该国的主诉或原诉无联系的单独诉讼而存在。被告国显然可以作出选择,或者对原告提出反诉,或者另外提起一项新的诉讼,不论选择哪一种办法,一国根据第9条第3款提出反诉或根据第8条第1款另外提起一项诉讼,即视为同意该法院行使管辖。如前所述,根据第8条,原告国已同意接受在各级法院进行的直到判决的所有诉讼阶段的管辖,但不包括判决的执行。同样,根据第9条第3款,一国被视为同意法院对其反诉和对指控它的主诉都行使管辖。<sup>98</sup>

## 第三部分

### 不得援引国家豁免的诉讼

(1) 一读暂时通过的第三部分的标题中有两个备选标题,置于方括号中,“国家豁免的(限制)(例外)”,它一方面反映了那些赞成使用“限制”一词的国家的立场,认为现行国际法在第三部分所涉领域中不承认国家管辖豁免,另一方面反映了主张使用“例外”一词的国家的立场,认为该词正确地描述了下列概念,即国家管辖豁免是国际法的规则,该规则的例外需经国家明示同意。委员会在二读时通过了目前的表述,以便调解这两种立场。

(2) 总之,应该铭记的是,国家豁免规则的适用是双边性质的,每个国家都可能是国家豁免的接受者或受益者,但它们也有责任履行下列义务:实行另一国所享有的管辖豁免。

<sup>97</sup> 参看美国1976《外国主权豁免法》(见上文脚注40),第1607节,分节(a):“如已在另外诉讼中对外国提出反诉,则该外国不得就此反诉根据本章第1605节援引豁免”。比较《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第2款和《附加议定书》。

<sup>98</sup> 参看《关于国家豁免的欧洲公约》第1条第3款。

(3) 在具体说明国家豁免不适用的活动领域的尝试中,曾对国家豁免适用的行为或活动和不在国家豁免范围内的行为或活动作出了若干区分。这些区分已在提交国际法委员会的一份文件中予以较详细的讨论<sup>99</sup>它们是根据审议下列因素的结果提出的:国家的双重人格、<sup>100</sup>国家的双重身份<sup>101</sup>、统治权行为和管理权行为<sup>102</sup>(这两种行为与国家行为的公私性质也有关<sup>103</sup>)、以及商业与非商业活动。<sup>104</sup>但是,国际法委员会决定采取重实效的做法,这样做时考虑到所涉及的情况和各国的实践。

## 第 10 条 商业交易

1. 一国如与一外国自然人或法人进行一项商业交易,而根据国际私法适用的规则,有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖,则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况:

(a) 国家之间进行的商业交易;

(b) 该商业交易的当事方另有明确协议。

3. 国家享有的管辖豁免在一个国家企业或国家设立的其他实体所从事商业交易的有关诉讼中不应受影响,该国家企业或其他实体具有法人资格,并有能力:

(a) 起诉或被诉;和

(b) 获得、拥有或占有和处置财产,包括国家授权其经营或管理的财产。

## 评 注

### (a) 对条款草案的一般评论

(1) 国际法委员会二读通过的第 10 条目前的标题为“商业交易”,取代了原先一读通过的“商业合同”一词,以与第 2 条(用语)第 1 款(c)项的改动取得一致。它是处理不得援引国家豁免的诉讼的第三部分的第一个实质条文。

## 第 1 款

(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通则的例外的观点,以及认为一外国如从事贸易或商业活动,则不能援引国家豁免为理由以排除地方法院管辖的观点。为了清楚起见,在国际法委员会对这一草案进行二读后,一读暂时通过的原案文第 1 款内“该国被认为已同意行使”一语已被修正为“该国不得……援引……豁免”。第 11 至 14 条也作出了同样的修改,但这一改动并不意味在理论上背离了上面所述的各种观点。国际法委员会就这一特定国家活动领域进行了广泛的辩论,<sup>105</sup>并采取一种提法,以求考虑到制度和实践各有不同的所有国家的利益和观点。

(3) 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国内法具有管辖权限。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、规则或条例,同时也可以包括国际私法的适用规则。

(4) 研究国家豁免的不同学派都一致认为,外国法院必须先有管辖权才能够行使管辖,只有根据法院地国的国内法,包括适用的管辖规则,这种管辖才能存在,其行使才能得到许可,特别是在需要解决或裁判的争端或争议涉及外国因素的情况下,“国际私法的适用规则”是一中性的用语,选用这个用语是为了按冲突法或国际私法的适用规则来解决各种管辖上的问题,不论是否能适用统一的管辖规则,每一个国家在管辖问题上,包括其法院或其他法庭的组织 and 确定它们的权限方面,都是完全自主的。

(5) 第 10 条第 1 款的规则处理一国与一外国自然人或法人在另一国法院可以而且有资格根据其自己的国际私法的适用规则行使管辖的情况下进行的

<sup>99</sup> 《1982 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 199 页, A/CN.4/357 号文件,第 35 至 45 段。

<sup>100</sup> 同上,第 36 段。

<sup>101</sup> 同上,第 37 段。

<sup>102</sup> 同上,第 38 段至 39 段。

<sup>103</sup> 同上,第 40 至 42 段。

<sup>104</sup> 同上,第 43 至 45 段。

<sup>105</sup> 参看《1982 年……年鉴》,第一卷,第 183 至 199 页,第 1728 次会议,第 7 至 45 段,以及第 1729 至 1730 次会议;讨论摘要见《1982 年……年鉴》,第二卷(第二部分),pp.98-99,第 194 至 197 段,也见转载于《1988 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 51 页起, A/CN.4/410 和 Add.1-5 号文件中各国政府的观点和意见,及在《1988 年……年鉴》,第二卷,(第一部分),第 107 至 108 页,第 489—498 段摘要介绍的委员会第四十一届会议的讨论。

商业交易。国家与其本国国民以外的自然人或法人进行商业交易不得援引对另一国司法当局的管辖豁免。如该司法当局根据其国际私法的适用规则有权行使管辖的话，另一国法院可根据各种理由行使管辖，如订立合同的地点、合同规定需要履行义务的地点、或一个或多个订约当事方的国籍或营业地点。一般来说，重要的领土关系构成行使管辖的坚实理由，但根据国际私法的适用规则，可能还有其他承担和行使管辖的正当地理由。

## 第2款

(6) 第1款处理一国与一外国自然人或法人进行的商业交易，它的措词意味国与国间的交易不在本条范围内，而第2款澄清了这一理解，特别是因为“外国自然人或法人”可以广义解释为包括私人和公职人员。<sup>106</sup>

(7) 第2款(a)项和(b)项确切规定了对所有国家的利益的必要保障和保护。众所周知，发展中国家经常与其他国家订立贸易合同，而社会主义国家除了相互进行直接国家贸易以外，还与其他发展中国家和高度工业化国家进行直接国家贸易。根据第2款(a)项，这类国家间订立的国际合同，不在第1款所述规则的适用范围之内。这样，国家豁免在这类情况下仍然是适用的规则。这类合同也包括为更好地和更有效率地管理粮食援助方案的各种三边交易。如粮食供应是为了救济饥荒或使受灾的农村或易受灾的地区复兴，它们的采购可以直接地或通过国际组织或联合国专门机构，由另一国或国家集团出资，并根据三边或多边谈判，在国家对国家的基础上向发展中粮食出口国购买。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的出口，避免倾销或助长国际贸易中不公平的竞争。应当了解的是，“国家之间进行

的商业交易”是指一项涉及第2条第1款(b)项所界定的国家的所有机构和部门，包括政府的各种机关的交易。

(8) (b)项给予作为商业交易当事方的国家充分自由就有关交易的争议规定不同解决办法或方法。一国可在商业交易本身或通过以后的谈判明示同意，接受仲裁或其他友好解决办法，如调解、斡旋或调停。任何这样的明示的同意通常都应以书面提出。

## 第3款

(9) 第3款规定了国家对外国管辖豁免问题上国家与其某些实体之间的法律区别。在有些国家的经济体制中，第2条第1款(c)项所界定的商业交易一般由国家企业或国家建立的其他实体进行，它们具有独立的法人资格。一国设立国家企业或其他实体的方式按照该国的法律制度可能有所不同。在一些法律制度下，它们是根据一项法律或政府的法令设立的。在另一些制度下，它们可能被视为在母国收购大多数股份或其他所有权利益时已经设立。它们通常代表自己，作为独立于母国的实体而不是代表该国从事商业交易。因此，在因一国家实体所从事商业交易而发生的纠纷中，它可以在另一国法院被起诉，并对另一方索赔的任何后果负责。在这种情况下，母国本身的豁免不受影响，因为它并非该交易的一方。

(10) 第3款规定的适用需要某些条件。首先，诉讼必须涉及国家企业或其他实体所从事的商业交易。其次，国家企业或实体必须具有独立的法人资格。此种法人资格必须包括有能力：(a)起诉或被诉；和(b)获得、拥有、占有和处置财产，包括国家授权该企业或实体经营或管理的财产。在一些社会主义国家中，国家授权其企业或其他实体经营或管理的国家财产被称为“分离的国家财产”。第3款中未使用这一术语，因为该词未在其他国家中被普遍适用。第(a)和(b)项的要求是累积的：除了有能力起诉和被诉以外，此种国家企业和其他实体还必须满足(b)项中规定的某些财政要求，即：它们必须能够获得、拥有或占有和处置财产——国家授权它经营或管理的财产和由于其活动而得到的财产。(b)项中的“处置”一词特别重要，因为它使得人们可以对此种实体的财产，包括国家授权给它经营或管理的财产采取限制措施，诸如查封、扣押和执行，以满足债权人的要求。

(11) 第3款的案文是委员长时间讨论的结

<sup>106</sup> 参看叙利亚共和国诉阿拉伯埃及共和国案(最高法院，未注明日期)(法文《国际法学报》摘要(Clunet) (Paris)，第115卷(1988)，第472页)。该案涉及一座建筑物的所有权问题，该建筑物由叙利亚在巴西购得，随后由埃及使用，在两国联盟破裂之后由埃及持有。在该法院意见分歧的裁决中，管辖豁免以一票的多数占了上风。

政府检察官认为，只有阿拉伯埃及共和国接受巴西的管辖，实质性讨论才有意义。他说，其拒绝的权力是清楚的，甚至根据有限豁免的学说也是如此。该学说仍然混淆不清，很难令人信服。它在统治权行为和管理权行为之间进行区分，这是因为该与私人交易没有任何关系，而是涉及国家继承范围内的外交事务，它完全并首先属于国际公法的范畴。



果。特别报告员根据一些委员和政府的建议而提交的原提议(原第 11 条之二)是一个独立的条款,具体有关拥有分离财产的国家企业问题。但是,在委员会对该提议的审议中,有些委员认为,该规定的适用和范围有限,因为分离的财产概念为社会主义国家的特征,不应列入本条款草案。但是,另一些委员认为,国家企业以区别于国家的独立法律实体身份从事商业交易问题适用范围宽得多,因为它对发展中国家、甚至许多发达国家也有重大意义。他们进一步认为,本条款草案应澄清此种企业和母国之间的区别,以避免对国家滥用司法程序。考虑到这些观点,委员会采取了目前的表述,它不仅包括拥有分离的财产的国家企业,而且还包括国家设立来自己从事商业交易的任何其他企业或实体,该企业或实体具有法人资格,并符合(a)项和(b)项中的具体要求。委员会进一步同意将该规定作为第 10 条的一部分,而不作为单独的一条,因为第 10 条本身涉及“商业交易”。但是,有些委员对于第 3 款的实质有严重保留,他们认为,引入该款是为了数量有限的一些国家的关切,很可能不利于条款草案的整个目的,那就是确保进行商业交易和履行合同义务。另一些委员强调,第 3 款(a)项和(b)项并没有对“独立的法律人格”添加什么,因此是多余的。

(12) 虽然没有在条款草案中具体提到,应该注意到纳税事项的问题,特别是在同第 10 条的规定有关的方面。人们回顾到,一读暂时通过的前第 16 条涉及这个特定问题。<sup>107</sup>一位委员对该条表示严重保留,因为它违反了国家主权平等原则,允许一国在其法院对另一国提起诉讼。在此方面,有人提议删除该条。提议删除的理由是,该条仅涉及两个国家之间的关系,即法院地国和外国;它基本上涉及由现行国际法规则管理的一个双边国际问题,反之,目前的条款草案则涉及一国与外国自然人或法人之间的关系,其目的是保护国家免于外国自然人或法人对其提起某些诉讼,或使前者能够面对国家保护自己。因此,该条由于仅涉及国家间关系而被认为在条款草案中没有适当的位置。但是,有些委员反对删除该条,因为该条以广泛的立法实践为基础,并经一读通过,经过一些讨论以后,终于决定删除原第 16 条,有一项理解是,第 10 条的评注将澄清它的删除不应影响有关纳税问题的法律。

## (b) 国家豁免中的“商业交易”

(13) 为了正确评价在审议和确定“商业交易”<sup>108</sup>这个特定领域的管辖豁免的确切限度时所涉问题的规模和复杂性,在这里按时间顺序对有关这个问题的国家实践作一简要概览是有用的。

### (一) 国际和国内司法实践概览

(14) 这一简要概览的较详细内容已提交国际法委员会。<sup>109</sup>概览首先叙述最早在国家实践中获得承认和适用的贸易活动(为本条款的目的,即“商业交易”)例外的案件之一: The “Charkieh” 案(1873)。在此案中,法院表示:

据我所知,没有一项国际法原则,没有一项已判决的案件,没有一种法学家的意见竟然做到这种地步: 当商人身份对一个主权君主有利时就允许他以商人身份出现; 当他对某一国民负有义务时又允许他抛弃——假如我可以这么说的话——他的伪装以君主身份出现, 为其自己的利益, 并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。”<sup>110</sup>

(15) 国家豁免规则在国家实践中的适用范围不明确, 从而在某种程度上致使国际一级的司法判例比较少。然而一个国家被外国法院作出不利司法判决时, 可以不向国际法院提出诉讼, 但保持沉默则有默许这种判决或这种处理的危险。从本条款草案第四部分可以看出, 虽然法院作出或一国得到可能对其不利的判决, 其财产也不会自动被没收、扣押和执行。

(16) 因此, 诸如意大利、<sup>111</sup>比利时、<sup>112</sup>和埃

<sup>108</sup> 第 10 条必须与第 2 条第 1 款(e)项(“商业交易”的定义)和第 2 条第 2 款(对该定义的解释)结合起来看, 这些规定的评注也应予考虑。

<sup>109</sup> 参看前任特别报告员第四次报告(上文脚注 13), 第 49 至 92 段; 和特别报告员第二次报告(上文脚注 17), 第 2 至 19 段。

<sup>110</sup> 这是裁定国有船舶的服务或使用的商业性质导致船舶无权享有国家豁免的第一个案例。

<sup>111</sup> 意大利法院从 1882 年起首先将国家豁免的适用限于外国作为“政治实体”而非“法人”的行为的案件(参看 Morelletted altri 诉 Governo Danese 案(1882)(Giurisprudenza Italianna(Turin), vol.XXXV, part 1(1883), p.125), 或者以有别于“民法法人”的主权当局或政权的行为的案件(参看 Guttieris 案 Elmilik 案(1886)(Foro Italiano(Rome), vol.XI,

<sup>107</sup> 见《1986年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 11 页。



及<sup>113</sup>等国的实践可以说是“限制性”豁免领域的先驱，它们不给予贸易活动的豁免，但德国、<sup>114</sup>美利

part I(1886), pp.920-922)另参看 Hamsphon 诉 Bey di Tunised Erlanger 案(1998)(同上, vol.XII, part I(1887), pp.485-486)。

意大利司法只允许对“统治权行为”而不允许对“管理权行为”实行国家豁免。国家行为的公共性质是确定是否应给予豁免的标准。对私人行为或私法性质的行为，不承认豁免。参看美利坚合众国陆军部诉 Giori Savellini 案(Rivista)(Milan), vol.XXXIX(1956), pp.91-92 和《国际法报道, 1956》(伦敦), 第 23 卷(1960), 第 201 页。比较 La Mercantile 诉 Regno di Grecia 案(1955)(见上文脚注 46)最近, 在一家意大利银行涉及对秘鲁一家银行转帐而发生的债务纠纷的 Bancode la Nacion 诉 Credito Varesino 案(Corte di Cassazione, 1984 年 10 月 19 日)(Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol.XXI(1985), p.635)中, 法院认为, 即使假设该银行为一公共实体, 但有关不是由于行使主权权力, 而是由于私人性质的活动而发生的争端, 它不得援引对意大利法院的管辖豁免。

<sup>112</sup> 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就确定下来。这三个案件是: (a) 秘鲁国诉 Krelinger 案(1857)(见上文脚注 96); 比较 E.W.Allen, 《外国在比利时法院中的地位》(New York, Macmillan, 1929), p.8; (b) Peruvian Loans 案(1877)(Passicrisie Belge, 1877(Brussels), part 2, p.307); 此案不是起诉秘鲁而是起诉 the Dreyfus Brothers Company; (c) Peruvian Guano Company 诉 Dreyfus et consorts et le Gouvernement du Perou 案(1880)(同上, 1881, part 2, p.313)。在这三个案件中, 布鲁塞尔上诉法院对秘鲁国的政府活动和私人活动加以区分, 对秘鲁的私人活动拒绝给予豁免。因此, 比利时法院自 1888 年以来, 就象意大利法院一样, 区分了国家以主权者(政府)和民间(私人)身份从事的行为: 在枪弹制造公司诉保加利亚公国国防部 Mutkuroff 上控案中(1888)(同上, 1889(Brussels)part 3, p.62), 布鲁塞尔民事法庭认为, 保加利亚为购买子弹订立合同时, 是作为私人行为的, 须承受该合同的一切后果。同样, 在 Societe anonyme des chemins de fer liegeois - luxembourgeois 诉 Etat neerlandais 案(Ministere du Waterstaat)(1903)(同上, 1903, part 1, p.294), 一项在荷兰扩建火车站的合同须受比利时管辖。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: 参看 Feldman 诉 Etat de Bahia 案(1907)(上文脚注 34)。

<sup>113</sup> 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—比利时实行的有限制豁免。外国管辖豁免在埃及构成“公共秩序”问题; 参看开罗初审法院 1963 年第 1173 号判决(引证联合国, 《管辖豁免资料》, 第 569 页)。豁免只允许对主权当局的行为适用, 不扩大适用于“普通行为”(同上)。

<sup>114</sup> 德国法院的实践经历了比较曲折的道路。早在 1885 年, 德国就开始根据公私活动的区别实行有限制豁免, 主张国家豁免“至少有若干例外”; 参看 Heizer 诉 Kaiser Franz-Joseph-Bahn A-G 案(1885)(Gesetz und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern(Munich), vol.I(1885), pp.15-16; 引证哈佛法学院, 《国际法研究》, part III, “法院对于外国的权

坚合众国<sup>115</sup>和联合王国<sup>116</sup>等传统上主张比较无限制

限”(Cambridge, Mass., 1932), 后印发为《美国国际法学报补编》(Washington, D.C.), vol.26(1932), pp.533-534)。在拉脱维亚共和国案(1953)中(Rechtsprechung zum Wiederqutmachungsrecht(Munich), vol.4(1953), p.368; 《国际法律报道》, 1953(伦敦), 第 20 卷(1957), 第 180 至 181 页, the Restitution Chamber of the Kammergericht of west Berlin 拒绝给予豁免, 理由是“外国……若介入商业关系……即不以主权者身份行事, 而是由于从事纯粹私人性质的事务, 特别是由于从事商业交往活动而完全在私法领域中行事, 则该原则对其并不适用。”联邦宪法法院在后来的案件中一向沿袭这种限制性趋势; 例如参看 X 诉……(伊朗)帝国案(上文脚注 53)其中判定伊朗大使馆取暖系统修理合同为“非主权”性质, 因而无权享受豁免。1990 年, 德国批准了《欧洲国家豁免公约》。

<sup>115</sup> 当时有人说, 美利坚合众国法院的实践开始是实行无限制国家豁免原则的, 若较为细致查阅首席法官 Marshall, 在 The Schooner “Exchange” 诉 MacFaddon and others 案(1812)(见上文脚注 29)的判词, 就可以发现实际情况恰恰相反, 在 Bank of United States 诉 Planters Bank of Georgia 案(1824)中(H.Wheaton)《案件报道》(New York, 1911), vol.IX, 4th ed., pp.904 和 907), 法院认为, “一国政府如成为一家贸易公司的合伙人, 则就该公司的交易活动而言, 该政府已抛弃其主权者性质, 而具有私人的性质”。

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, 在“Pesaro”案中明确宣布实行限制性豁免(美利坚合众国, 《联邦报道员》vol.277(1922), pp.473, at 479-480; 另参看《美国国际法学报》(华盛顿), 第 21 卷(1927), 第 108 页)。这种区分得到国务院的支持, 但于 1926 年在 Berizzi Brothers Co. 诉 The S.S. “Pesaro”案中(《美国报道》, vol.271(1927), p.562), 却遭最高法院驳回。在随后的案件中, 各法院倾向于遵循政府政治部门的意见; (参看首席法官 Stone 在 Republic of Mexico et al. 诉 Hoffman 案(1945)中的判词(同上, vol.324(1946), pp.30-42)。但是, 国务院的官方政策直到 1952 年的“Tate 信件”(美利坚合众国, 《国务院公报》(Washington, D.C.), vol.XXVI, No.678(23 June 1952), pp.984-985)才以最明确的措词全面重申, 主张基于统治权行为与管理权行为之间区别的限制性豁免理论。进一步参看胜利运输公司诉 Comisaria General de Abastecimientos y Transportes 案中(美利坚合众国), 《联邦报道员》, 2nd Series, vol.336(1965), p.354; 另参看《国际法报道》(London), vol.35(1967), p.110。

自通过 1976 年《外国主权豁免法》(见上文脚注 40)以来, 美国法院已就豁免问题自行作出裁决, 无须由国务院以“Tate 信件”的形式提出任何意见。目前, 对商业活动例外问题, 各法院都以 1976 年《外国主权豁免法》为法律上的准绳。参见 West 诉 Multibanco Comermex, S.A 案(807 F.2d 820, 美国上诉法院, 1987 年 1 月 6 日, 《美国国际法学报》(华盛顿), 第 81 卷(1987)第 660 页; Rush-Prsh-presbyterian-St.Luke's Medical Center 诉 The Hellenic Republic 案(美国上诉法院, 7th Cir., 1989 年 6 月 14 日), 参看 De Sanchez 诉 Banco Centro de Nicaragua 案(720, F.2d.p.1385, 美国上诉法院, 5th Cir.,

1985年9月19日,《美国国际法学报》(华盛顿),第80卷(1986),第658页;Gregorian诉Izvestia案(871 F.2d, p.1515, 美国上诉法院, 9th Cir., 1989年4月12日);Harris Corporation诉National Iranian Radio and Television and Bank Melli Iran案(美国上诉法院, 11th Cir.), 1982年11月22日,《国际法报道》(伦敦)第72卷(1987),第172页;America West Airlines Inc.诉GPA Group, Ltd.案(877 F.2在793, 美国上诉法院, 第9巡回法院, 1989年6月12日);MOL Inc.诉The People's Republic of Bangladesh案(美国上诉法院, 9th Cir.), 1984年7月3日,《国际法报道》vol.80, (1989, 第583页)。

<sup>116</sup> 关于外国商业活动,尤其在航运或海运方面,联合王国的判例法在十九世纪始终摇摆不定,朝限制豁免方向走得最远的判决是The "Charkieh"案(1873)(见上文脚注62, 又见前任特别报告员的第4次报告(见上文脚注13), 第80段, 相反方向的判决是The "Porto Alexanre"案(1920)(联合王国, 《法律报道》, 遗嘱查验法庭, 1920, p.30), 因此, 无限制豁免原则在后来关于商业航运的案件, 例如Compania Mercantil Argentina诉United States Shipping Board案(1924)(见上文脚注41), 以及关于其他贸易活动的案件, 例如涉及一批黑麦的普通销售的Baccus S.R.L.诉Sevicio Nacional del Trigo案, 都获得遵循。

但是, 甚至在The "Cristina"案(1938)(见上文脚注73), 对豁免学说适用于贸易船舶是否合理一点就颇有怀疑, 而有些法官更倾向于重新考虑The Porto Alexandre案(1920)中的无限制豁免主张, 因此, 在包括Dollfus Mieg et Cie S.A.诉Bank of England案(1950)和美利坚合众国和法兰西共和国诉Dollfus Mieg et Cie S.A. and 英格兰银行案(1952)(见上文脚注43), Sultan of Johore诉Abubakar, Tunku Aris and Bendahara and others案(1952)(《全英法律报道》, 1952(London), vol.1, p.1621; 另参看《法律评论季刊》(London), vol.68(1952), p.293和Rahimtoola诉Nizam of Hyderabad案(1957)(联合王国, 《法律报道》, 上议院, 1958, p.379)的一系列案例中, 仍有倾向于“限制性”豁免观点的趋势, 在Dollfus Mieg et Cie S.A.案(1950)中, 主事官Raymond Evershed爵士同意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(1952) Simon勋爵在判词中否认无限制豁免是在任何情况下都在英国适用的规则。

The "Porto Alexandre"案(1920)所坚持的无限制豁免最终被否定的一个先驱案例是1975年的The "Philippine Adminral"案(见上文脚注68), 其中将The "Parlement belge"案(1880)(见上文脚注53)加以区别, 并且引用The Sultan of Johore案以确立以下一点: 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 Ltd.诉The Central Bank of Nigeria案(同上)一致判定主权豁免学说不再适用于普通贸易活动, 因此限制性豁免学说不仅适用于对人的诉讼, 而且也适用于对物的诉讼, 《国家豁免法, 1978》(见上文脚注51)是在上议院1981年对1 Congreso del Partido案(1981)(《全英法律报道》, 1981(London), vol.2 p.1064)作出裁决之前通过的, 它增强了这种正在形成的

的国家豁免学说的国家近来的实践现在也许已经领先。

(17) 在意大利和比利时法院宣布采用先前已经讨论过的“限制性”国家豁免观点之后不久, 法国法院<sup>117</sup>、

趋势, 由于有1978年《国家豁免法》和近来这一系列案例, 现在可以说英国法院对外国政府贸易活动例外的司法实践已相当稳定, 也见Planmount Limited诉The Republic of Zaire案(High Court, Queen Bench Division(Commercial Court), 1980年4月29日, (《国际法报道》(伦敦), 第64卷(1983), 第268页)。

<sup>117</sup> 考察法国法院实践的结果表明, 早在1890年, 在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, 以及根据“权力行为”和“管理行为”或“商业行为”之间的区别, 对国家豁免实行某些限制的痕迹; 参看Faucon et Cie诉Gouvernement grec案(1890)(Journal du droit international prive et de la jurisprudence comparee (Clunet) (Paris), vol.17(1890), p.288), 但是, 法国法院直到1918年才阐明和采取限制性国家豁免学说, 在这一理论首次适用的“Hungerford”案中, 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意思, 但是该法院没有判定该合同本身是商业性质; 参看Societe maritime auxiliaire detransports诉Capitaine du vapeur anglais "Hungerford"案(Tribunal de commerce of Nantes, 1918)(《国际私法杂志》(Darras)(Paris), vol.XV(1919), p.510)和Capitaine Seabrook诉Societe maritime auxiliaire de transports案(Court of Appeal of Rennes, 1919)(同上, vol.XVIII(1922 - 1923), p.743), 1924年, 在Etat roumain诉Pascalet et Cie案中(《国际法学报》(Clunet)(巴黎), 第52卷(1925), 第113页)。

法国目前的判例可说是稳定遵循基于“贸易活动”的“限制性”国家豁免观点, 但是, 最近若干判决在解释商业行为理论时却得出某些歧异的结论, 例如, 在一方面, 为外国军队采购香烟的活动以及考察巴基斯坦水力分布情况的合同都被认为是为公众服务的公共权力机关的行为; 分别参看Gugenheim诉State of Viet Nam案(1961)(上文脚注53)和Societe Transshipping诉Federation of Pakistan案(1966)(《国际法报道》(伦敦), 第47卷(1974), 第150页), 在另一方面, 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却为法院适用商业行为标准时造成困难; 分别参看Etat espagnol诉Societe anonyme de l'Hotel George V案(1970)(同上, (剑桥), 第52卷(1979), 第317页; 和Montefiore诉Congo belge案(1955)(同上, 1955, 第22卷, 第226页(1958), Banque camerounaise de developpement诉Societe des Etablissements Robler案(最高法院, 1986年, 11月18日)(《国际法学报》, 1987)(Clunet)(巴黎), 第114卷, 第632页)涉及喀麦隆发展银行——一个国家银行——为喀麦隆为了在雅温得修建一家公共医院筹资而开立的汇票担保问题, 在该案中, 法院根据国家作为公共权力和个人之间的区别, 持有限国家豁免的观点, 法院认为, 无论分歧的原因为何, 该银行代表喀麦隆国家所作的担保是正常进行银行活动而从事的商业交

荷兰法院<sup>118</sup>和奥地利法院<sup>119</sup>也随之采纳这个观点。

(18) 若干发展中国家的司法实践也可以说采用了限制性豁免。前已指出<sup>120</sup>埃及是这方面的先驱。

易，与行使公共权力无关。也见 *Banque Tejarat-Iranc.S.A. Tunzini Nessi Enterprises Equipements* 案 *Cour d'appel de Paris*, 1982年11月29日(Recueil Dalloz-Sirey, 983, Inf.rap., p.302).

<sup>118</sup> 考察荷兰法院的结果表明，该国于1917年曾通过一项法案，允许法院对统治权行为适用国家豁免，但对管理权行为却一直未作定论，直到1923年对这两类行为加以区分为止。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，驳船为公众服务、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；分别参看 *F.Advokaat 诉 Schuddinck & den Belgischen Staat* 案(1923)(上文脚注59)，*De Froe 诉 The Russian State*，现称“苏维埃社会主义共和国联盟”(1932)，(上文脚注25)以及 *The "Garbi"* 案(1938)(*Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie*(Zwolle)No.96(1939); )《年度文摘，1919—1942》(伦敦)，第二卷(1947)，案件号83，第155页。

荷兰法院直到1947年才能找出并适用较为可行的限制性国家豁免的标准，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”；参看 *Weber 诉 USSR* 案(1942)(*Weekblad Van het Recht en Nederlandse jurisprudentie* (Zwolle), No.757(1942); 《年度文摘，1919—1942》(伦敦)，第二卷(1947)，案件号74，第140页)和 *荷兰银行诉 The State Trust Arktikugol*(Moscow)案；*苏联驻德国(Berlin)贸易代表团案*；*苏联国家银行案*(1943)(*Weekblad van het Recht en Nederlandse Jurisprudentie*(Zwolle), vol.600(1943); 《年度文摘，1943—1945》(伦敦)，第12卷(1949)，案件号26，第101页)。但是，贸易活动的例外在荷兰最高法院1973年就 *Societe europeenne d'etudes et d'entreprises en liquidation volontaire 诉 南斯拉夫社会主义联邦共和国案*所作的判决中有更清楚的说明。(《荷兰国际法年鉴》)(Leiden), vol.V(1974), p.290; 转载于联合国, 《管辖豁免资料》第355页)。也参看 *L.F.and H.M.H.K.诉德意志联邦共和国案*, *District Court of Haarlem*, 7 May 1986, KG(1986)No.322, NJ(1987)No.955(《荷兰国际法年鉴》, (Leiden), Vol.XX(1989), pp.285, at 287-90)。

<sup>119</sup> 奥地利的实践经历了曲折的过程，起初在十九世纪时实行无限制豁免，由1907年至1926年转向限制性豁免，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 *Dralle 诉捷克斯洛伐克共和国案*时，它先回顾了现有国际法权威的学说，然后才作出判决，拒绝给予认为不是管理权行为的行为以豁免。该法院宣称：

“这种使管理行为服从国家管辖的规定立足于国家商业活动的发展。传统的豁免学说是产生于国家在外国的商业活动全部与其政治活动有联系的时期……今天情况已完全不同；国家从事商业活动，……与其本国国民和外国人进行竞争，因此，传统的豁免学说已失去其意义，而一旦失去此种理由，也就不能再被承认为国际法规则。”(见上文脚注 25)。

<sup>120</sup> 同上文脚注 113

近年来，巴基斯坦<sup>121</sup>和阿根廷<sup>122</sup>的司法实践是接受限制性豁免的例子，而菲律宾<sup>123</sup>的司法实践中则有一些有关案例但没有关于商业交易是国家豁免例外的问题的判决。

## (二) 国家立法概览

(19) 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主题，即“限制性”豁免的趋向，但是其中一些法律在重要的细节问题上有区别，值得注意。在这里虽然不深谈那些细节，但比较一下美国1976年《外国主权豁免法》<sup>124</sup>和联合王国1978年《国家豁免法》<sup>125</sup>规定的

<sup>121</sup> 巴基斯坦最高法院在1981年对 *A.M.Qureshi 诉 苏维埃社会主义共和国联盟驻巴基斯坦贸易代表和其他代理人案* (*全巴基斯坦法律判决* (Lahore)vol. XXXIII(1981), p.377)作出判决时，回顾了其他国家的法律和实践，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。

<sup>122</sup> 审查阿根廷的判例法的结果显示有赞成限制性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适用主权豁免原则；例如参看 *BAIMA y BESSOLINO 诉 Gobierno del Paraguay* 案(1916)(Argentina, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion(Buenos Aires), 第123号裁决, p.58), *United States Shipping Board 诉 Dodero Hermanos* 案(1924)(同上, 第141号裁决, 第129页), 和 *Zubiaurre 诉 Gobierno de Bolivia* 案(1899)(同上, 第79号裁决, p.124); 所有案例均在联合国《管辖豁免资料》第73至74页提及。贸易活动的例外在关于拟在阿根廷共和国管辖范围内执行并遵守的销售合同的 *The "Aguila"* 案(1892)中得到确认(参看智利全权公使 *诉 Fratelli Lavarello* 案(同上, 第47号裁决, 第248页)。该法院宣布本身有权管辖，并下令诉讼继续进行，理由是“这项合同的固有合法性以及所有与其有关的事项应按我国普通法律管辖，我国法院对这类事项具有管辖权”(判决摘要见联合国, 《管辖豁免资料》，第73页)。另参看 *I.Ruiz Moreno, El Derecho Internacional Publico ante la corte Suprema* (Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1941)。

<sup>123</sup> 参看前任特别报告员的第四次报告(见上文脚注13)，第92段。例如，在美利坚合众国 *Capt. James E. Galloway, William I. Collins and Robert Gohier, petitioners 诉 Hon. V.M. Ruiz* (Presiding Judge of Branch XV, Court of First Instance of Rizal and Eligio de Guzman & Co. Inc., respondents, No. L - 35645, May 22, 1985, 菲律宾最高法院, en banc. 《菲律宾国际法年鉴》，vol. XI(1985), p.87)。菲律宾最高法院认为，修理海军基地的合同涉及一国的国防、政府的职务，并不属于对商业活动的国家豁免例外情况，但是，看来没有作出商业交易不得享有国家豁免之例外情况的任何决定，智利也发生同样的情况。见前任特别报告员第四次报告(上文脚注13)，第91段。

<sup>124</sup> 参看 Sections 1604 & 1605(上文脚注40)。

“商业合同”例外的有关条文,是有重大意义的。巴基斯坦<sup>126</sup>、新加坡<sup>127</sup>和南非<sup>128</sup>。在这一点上都密切仿照联合王国的《国家豁免法》而澳大利亚<sup>129</sup>加拿大<sup>130</sup>也部分仿照。

### (三) 条约实践概览

(20) 一国政府的态度或观点从其确立的条约实践中可见一斑。双边条约可能载有规定,表明缔约国事前已同意在诸如贸易和投资等某些特定活动领域服从从地方法院的管辖。例如,苏联的条约实践充分表明,它愿意由其具有独立法律人格的国营企业或贸易组织建立的商业关系,接受主管领土当局的管制。虽然一国在这个特定领域的实践具有一贯性,可以被看成是这个方面缺乏国际法规则的证据,或者是允许通过双边协定背离或减损这些规则的证据,但是如把这些双边条约实践综合起来,却可以证明国家在实践中一般都赞成议定的限制,在条件成熟时,这些限制即可成为国际实践中公认的例外。<sup>131</sup>但是,在一读时,有一位委员坚持认为,将这种例外再度列入具体协议中是以同意为依据,并不能认为一般普遍接受这种例外。

(21) 苏联与法国于1951年签订的协定<sup>132</sup>是苏联与发达国家缔结的条约的典型,苏联与印度于1953

年的换文<sup>133</sup>是苏联与发展中国家签订的这类协定的例证,进一步说明了同这种例外有关的条约实践。

### (四) 国际公约和政府间机构的法典编纂工作概览

(22) 有一项区域性公约,即1972年《关于国家豁免的欧洲公约》和一项全球性公约(1926年《布鲁塞尔公约》),曾处理国家豁免例外的问题。虽然《欧洲公约》第7条<sup>134</sup>对这个问题的论述很清楚,但应予指出的是,就《布鲁塞尔公约》第1条<sup>135</sup>而言,其主要目的显然是要把国家经营的商船在豁免问题上和私有商船等同起来。

(23) 在欧洲委员会作出努力致使1972年《关于国家豁免的欧洲公约》生效的同时,世界其他区域也作出了或正在作出类似的努力。中美洲国家、美洲国家理事会和加勒比国家一直在审议类似的计划。<sup>136</sup>另一项重要的发展是美洲国家组织关于美洲国家管辖豁免公约草案的工作。1980年代初期,美洲国家组织大会请它的一个政治机构——常设理事会研究美

<sup>133</sup> 联合国,《条约集》第240卷,第157页。另参看苏联与其他发展中国家缔结的条约的类似规定,例如埃及(1956)(同上,第687卷,第221页);伊拉克(1958)(同上,第328卷,第118页);多哥(1961)(同上,第730卷,第187页);加纳(1961)(同上,第655卷,第171页);也门(1963)(同上,第672卷,第315页);巴西(1963)(同上,第646卷,第277页);新加坡(1966)(同上,第631卷,第125页);哥斯达黎加(1970)(同上,第957卷,第347页);玻利维亚(1970)(同上,第373页)。上述条约的有关规定的英文本载于联合国,《管辖豁免资料》,第145至150页。

<sup>134</sup> 第7条规定:

“1. 一缔约国不得主张不受另一缔约国法院管辖,如果它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,而诉讼与该办事处、代理处或其他机构的上述活动有关。

“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款不适用。”

<sup>135</sup> 第1条规定:

“国家拥有或经营的海轮,国家拥有的货物,政府船舶运载的货物和旅客以及拥有或经营这些船舶或拥有这些货物的国家,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、货物和装备的同样的赔偿责任规则和负有同样的义务。”

<sup>136</sup> 参看“巴巴多斯政府提出的材料:巴巴多斯政府目前……正在审议[类似联合王国1978年《关于国家豁免法》那样的]立法,此外还致力提倡一项《国家豁免的加勒比公约》”。(联合国,《管辖豁免资料》,第74至75页。)

<sup>125</sup> 见“豁免的例外情况” section 3(上文脚注51)。

<sup>126</sup> 1981年《国家豁免法令》 section 5(同上)。

<sup>127</sup> 《国家豁免法,1979》 section 5(同上)。

<sup>128</sup> 《南非外国豁免法,1981》(Section 4(1))(同上)。

<sup>129</sup> 《澳大利亚外国豁免法,1985》(Section II (1)) and (2)(同上)。

<sup>130</sup> 据以在加拿大法院提供国家豁免的法规(《国家豁免法》)(见上文脚注57)。

<sup>131</sup> 有一位委员陈述了这种看法,参看鹤冈先生在国际法委员会第三十三届会议上的发言,其中提到日本1953年与美国缔结和1957年与苏联缔结的贸易条约《1981年……年鉴》,(第一卷,第63页,第1654次会议,第23段)。

<sup>132</sup> 联合国,《条约集》第221页,第95页,第10条,参看苏联与下列国家缔结的条约的类似规定:丹麦(1946)(同上,第8卷,第20页);芬兰(1947)(同上,第217卷,第3页);意大利(1948)(同上,第181页);奥地利(1955)(同上,第240卷,第289页);日本(1957)(同上,第325卷,第35页);德意志联邦共和国(1958)(同上,第346卷,第71页);荷兰(1971)(Tractatenblad van het Koninkrijk der-Nederlanden (The Hague, 1971, No.163)。上述条约的有关规定的英文本载于联合国,《管辖豁免资料》,第140—144页。

洲司法委员会 1983 年通过的美洲国家组织管辖豁免公约草案,<sup>137</sup> 其中载有一项规定, 限制对“有关在法院地国进行的贸易或商业活动的主张”的豁免。<sup>138</sup> 常设理事会设立的一个工作组审议了该草案, 拟定了一份订正案文并对美洲国家组织的两份草案和国际法委员会关于管辖豁免的草案进行了比较分析。美洲国家组织的订正草案已经提请各国政府审议。

(24) 从以上的概览中可以看出, “商业交易”方面的管辖豁免的精确范围固然不得根据现有的国家惯例轻易地加以确定, 本条第 1 款所规定商业活动方面的国家非豁免概念在上文所审查的资料中找到先例。<sup>139</sup>

(25) 第(3)款中有关国家或其从事商业交易的一些实体在对外国管辖援引国家豁免方面的规则也似乎得到最近一些条约<sup>140</sup> 国家立法<sup>141</sup> 及美国的司法

实践<sup>142</sup> 的支持, 虽然具体的做法和必要条件容或不

SSR, 1 July 1987, No.26(2412), Article 385, pp.427—463)(section I(1), (2)和(6); 也参看《1987 年关于在苏联领土上建立有苏维埃组织和资本主义国家及发展中国家参加的合资企业之程序及其活动法令》(苏联部长理事会 1987 年 1 月 13 日通过的法令, No.49. Sobraniye postanovleni Pravitelstva SSSR (1987), No.9.item 40, 该法曾依 1988 年 3 月 17 日 Decree No.352 和 1989 年 5 月 6 日 Decree No.385 修订过。Svod zakonov SSSR(1989), IX, 50-19: sobraniye postanovleni Pravitelstva SSSR (1989), No.23, item 75); 苏联最高苏维埃 1988 年 6 月 1 日通过的关于苏联合作社的法律(articles 5, 7 and 8); 中华人民共和国全民所有制企业法, 1988 年由第七届全国人民代表大会第一次会议通过(第 2 条); 中华人民共和国民法通则, 第六届全国人民代表大会通过, 由中华人民共和国主席以 1986 年 4 月 12 日第 37 号命令颁布, 自 1987 年 1 月 1 日起实施(第 36、37 和 41 条); 捷克斯洛伐克联邦共和国有外国财产参与的企业法令; 修订有外国财产参与的企业法令的 1990 年 4 月 19 日法令, No.173 of 1988, Coll.(articles 2 and 4).

<sup>142</sup> 美利坚合众国的实践, 参看 Matter of SEDCO, Inc(543 F.Supp.561.U.S.District Court, Southern District, Texas, March 30, 1982); O'Connell Machinery Co.诉 M.V. “America” 案 and Italia Di Navigazione, spA 734, F.2d, p.115, 美国上诉法院, 2d.Cir., May 4, 1984 《国际法报道》(伦敦), 第 81 卷(1990), 第 539 页, 参看花旗银行诉 Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (1983)(103 S.Ct.p.2591, June 17, 1873. 《美国国际法学报》(华盛顿), 第 78 卷(1984), 第 230 页, 也见 Foremost-McKesson, Inc.诉伊朗伊斯兰共和国案(905 F.2d 438. 美国上诉法院, D.C.Cir., June 15, 1990), 和 Kalamazoo Spice Extraction Company 诉埃塞俄比亚临时社会主义军事政府案《国际法律资料》(华盛顿, 第 24 卷(1985), 第 1277 页), 比较 Edlow International Co.诉 Nuklearna Elektrarna Krsko 案(441 F.Supp.827(D.D.C.1977), 《国际法报道》(伦敦), 第 63 卷(1982), 第 100 页。

联合王国的司法实践, 参看 1 Congreso del Partido (1983)(《法律报道》, 1983, Vol.I, p.244), 上诉法院在其中指出:

“国家控制的具有法人地位、有能力从事贸易并缔订私法合同的企业, 虽然完全受制于国家的控制, 却是近代商业界的一个众所周知的特征。它们之间的区别和它们的支配国可能看来是人为的; 但是在英国和其他国家的法律中却是一个被接受的区别。按国家的指示行事的企业和行使主权职能的国家分别适用着很不一样的考虑因素。”(同上, P.258.引述从略)

后来, Wilberforce 爵士在他的意见中拒绝了以下的争论点: 国家拥有的组织所从事的商业交易可以归因于古巴政府:

“我们的法院熟悉这些组织”, 从来没有人认为, 有关国家应该为他们的行动负责任。”(同上, 271)。

也参看 Trendex Trading Corp.诉尼日利亚中央银行案(1977)(见上文脚注 53), 在该案中, 法院裁定: 该银行并不是尼日利亚政府为确定它是否能够行使主权豁免之目的而设立的指定单位或机关; C.Czarnikow LTD 诉 Centrala Hondlu

<sup>137</sup> 《关于国家管辖豁免的美洲公约草案》于 1983 年 1 月 21 日获美洲法律委员会通过(OEA/Ser.G - CP/doc.1352/83, 1983 年 3 月 30 日), 另参看《国际法律资料》(华盛顿), 第 22 卷(1983), 第 2 期, 第 292 页。

<sup>138</sup> 根据公约草案第 5 条第 2 款, “一国的贸易或商业活动”意指一国按其普通经营贸易方式从事的个别交易或商业贸易行为。

<sup>139</sup> 参看前任特别报告员第 4 次报告中所载非政府组织的文献(见上文脚注 13), pp.226 - 227, 最近的情况另参看《国际法学会年鉴》, vol.63, Part II, session of Santiago de Compostela, 1989; 和国际法协会, Queens Conference (1990), 国家豁免国际委员会, 《关于 1982 年以来国家豁免方面事态发展的第一次报告》。

<sup>140</sup> 参看《关于国家豁免的欧洲公约》, 第 27 条和《苏维埃社会主义共和国联盟——美国 1990 年 1 月 23 日贸易关系协定》第 XII(1)条。

类似于苏美协定的条款也载于捷克斯洛伐克—美国 1990 年 4 月 12 日贸易关系协定, article XIV(1)和蒙古—美国 1991 年 1 月 23 日贸易关系协定, article XII(1)。

<sup>141</sup> 参看《联合国国家豁免法, 1978》section 14(1), (2)和(3); 《新加坡国家豁免法, 1979》section 16(1), (2)和(3); 《巴基斯坦国家豁免规程, 1981》section 15(1), (2)和(3); 《南非外国豁免法, 1981》section 1(2)和 15; 《澳大利亚外国豁免法, 1985》section 3(1)上文脚注 51 和《据以在加拿大法院提供豁免的加拿大法规》section 2, 3(1), II(3)和 13(2)(上文脚注 57), 另参看《美国外国主权豁免法, 1976》section 1603(a)和(b)和 section 1606(上文脚注 40)以及《第三注释汇编》section 452。

在这方面, 最有利的国家立法最近已在一些社会主义国家制定。参看《苏维埃社会主义共和国联盟 1987 年 6 月 30 日关于国家企业(合并)的法律》(Vedomosti Verkhovnego Soveta

Zagranicznego Rolimpex 案(上诉法院(1978) Q.B.176, 上议院(1979)A.C.351, 《国际法报道》(伦敦), 第 64 卷(1983), 第 195 页), 其中上议院确认了下级法院的判决, 指出: 在缺乏明确证据和确切结论的情形下, 外国政府完全是为了开脱国家企业的国家合同中的责任而采取行动, 该企业不能视为国家机关。

加拿大的司法实践参看 Ferranti Pachard Ltd.诉 Cushman Rentals Ltd.等一案(同上, 第 63 页), 和 Bouchard 诉 J.L.Le Saux Ltee 案(1984), 45 O.R.(2d)792. 翁大略最高法院(Master's Chambers)(《加拿大国际法年鉴》, vol. XXIII (1985), pp.416-17)在前一个案件中, 翁大略高等法院(分庭)认为, 纽约干道管理局不是纽约州的机关或指定单位, 而是为进行其自己的商业活动而设立的一个独立的机构, 因此, 无权享有主权豁免。在后一个案件中, 虽然资深法官以 James Bay Energy Corporation 是 Quebec 政府的一个机关因而有权享有豁免为由达成撤销诉讼文书之送达的决定, 他的确考虑了是否有证据显示该公司从事完全的私人或商业的活动的问题。

法国的司法实践, 参看 Corporacion del Cobre 诉 Braden Copper Corporation and Societe Groupement d'Importation des Metaux(《国际法报道》, 第 65 卷(1984), 第 57 页), 在 Societe des Ets.Poclair & Cied'Assurances la Concorde 诉 Morflot USSR and Others 案(《国际法报道》第 65 卷(1984), 第 57 页), 在国家公路运输公司(SNTR)诉 Compagnie Algerienne de Transit et d'Affretement Serres et Pilaire and Another(1979)(同上(1984), 第 83 页起)案中, 上诉法院这样认为:

“SNTR 具有与阿尔及利亚国家不同的法人地位, 具有作为债权人的诉讼所专门针对的它自己的资产, 并以与普通企业相同的作业方式运输货物来从事商业活动, 在发表了上述调查结果以后, 该上诉法院正确地总结指出, …… SNTR 不能在法国法院要求利用属于阿尔及利亚国家的资产, 也不能在加以利用的情形下依据公权力行为或基于公共事业的利益而采取行动, 因此, SNTR 不能享有管辖豁免或行政豁免。”

德国的司法实践可以说是同时进行了结构和职能的试验, 参看 Nonresident Petitioner 诉尼日利亚中央银行案(1975)(同上, 第 131 页), 在该案中, 法兰克福地区法院认为, “我们无需决定, 根据指定给它的职能被告是否履行了主权职能, 根据尼日利亚的法律被告是否以法律人格行事, 以及在履行公法下责任方面它是否全部或部分地执行国家的权力, 上诉人确切地指出, 按照一般案例法, 法律出版物和关于国际法的著作, 外国的单独的法律实体不得享有豁免”(同上, 第 134 页), 法院小心地补充说, 即使被告是一个法律上从属的部门, 它仍然无权享有豁免, 因此统治权行为才能享有豁免, 管理权行为则不能享有豁免, 此外, 在伊朗国家石油公司输油管合同案, 1980(同上, 第 212 页), 法兰克福省最高法院认为, 没有任何国际公法的一般规则规定本国管辖权不能适用于针对一个外国提出的关于其非主权活动(管理权行为)的诉讼, 并且进一步指出如下看法:

“在德国案例法和法律学说中, 具支配性的论点认为, 具有独立法人地位的外国商业企业不得享有豁免, ……具有决定性的因素是, 被告是根据伊朗的法律组成的公营有限公司——它作为私法上的法人在伊朗国家面前享有自主权。”

进一步参看伊朗国家石油公司对地区法院的若干命令提

一样。<sup>143</sup>

## 第 11 条 雇用合同

1. 除有关国家间另有协议外, 一国在该国和个个人间关于已全部或部分在另一国领土进行、或将进行的工作之雇用合同的诉讼中, 不得对该另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

2. 第 1 款不适用于下列情况:

(a) 征聘该雇员是为了履行与行使政府权力密切有关的职务;

出的宪政申诉和法兰克福上诉法院对该申诉的预断扣押诉讼 37 WM Zeitschrift tur Wirtschafts-und Bankrecht 722 (1983)(联邦宪法法院, April 12, 1983.《国际法律资料》(华盛顿)第 22 卷(1983, 第 1279 页)。

瑞士的司法实践, 参看土耳其共和国中央银行诉 Weston 金融和投资股份有限公司案(1978)(《国际法报道》(伦敦)第 65 卷(1984), 第 417 页, 在该案中, 联邦法庭拒绝了豁免的请求, 它的理由是, 按当前银行惯例缔结的, 国家不是当事一方的关于两个商业银行之间“定期存款”之规定的协定, 应该按照它的性质归类为瑞士法院具有管辖权(管理权)的私法下的合同, 在这种情况下, 看来, 就事而行的做法得到重视, 但同样是在这个案件中, 有人指出, 就有关交易而言, 国家银行被视为私营银行, 也参看 Banco de la Nacion Lima 诉 Banco Cattolica del Veneto 案(1984)(《国际法报道》(伦敦), 第 82 卷(1990), 第 10 页; Swissair 诉 X and Another 案(1985)(联邦法庭, 《国际法报道》, 第 82 卷(联邦法庭, 1985, 同上, 第 36 页)和 Banque du Gothard 诉 Chambre des Recours en Matiere Penale du Tribunal d' Appel du Canton du Tessin and Another 案(联邦法庭, 1987, 同上第 50 页), 在后一个案件中, Vatican City Institute 的银行存款被按照对待外国银行的方式处理。

有关在外国法院援引管辖豁免的国家企业或其他实体的问题的另一些案件包括: 比利时: “Dhillelmes et Masurel” 股份有限公司诉土耳其共和国中央银行案, (布鲁塞尔最高法院, 1963, 《国际法报道》(London), vol.45(1972), p.85); 意大利: Hungarian Papal Institute 诉 Hungarian Institute (Academy)in Rome 案(最高法院, 1960, 同上, 第 40 卷(1970), 第 59 页)。

发展中国家关于外国企业或实体的司法实践由于缺乏资料, 还无法辨别清楚, 关于印度法院的实践, 参看 New Central Jute Mills Co.Ltd.诉 VEB Deutfracht Seereederei Rostock 案(加尔各答高等法院, A.I.R.1983, cal 225, 《印度国际法学报》, vol.23(1983), p.589), 在该案中, 法院认为, VEB Deutfracht Seereederei Rostock 是根据德意志民主共和国法律成立的公司, 为了需要印度中央政府同意才能对一个外国提起诉讼的本国立法的目的, 它不是一个“国家”, 但不曾决定, 为了国际法下管辖豁免的目的, 该实体是否应被视为国家的一部分。

<sup>143</sup> 参看 C. Schreuer 《国家豁免: 一些最近的事态发展》(Cambridge, Grotius Publications, 1988, pp.92-124.

(b) 该诉讼的主题是个人的征聘、雇用期的延长或复职;

(c) 该雇员在签订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; 或

(e) 该雇员和雇用国另有书面协议, 但由于公共政策的任何考虑, 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。

## 评注

### (a) “雇用合同”的例外的性质和范围

(1) 国际法委员会通过的第 11 条草案所涉的领域通称为“雇用合同”, 这个领域最近成为国家豁免的一项例外, “雇用合同”不属于本条款草案第 2 条第 1 款(c)款对“商业交易”的界定的范围, 因此, 它在性质上与商业交易不同。

(2) 虽然没有专门对雇用合同下定义, 但为第 11 条的目的指出这样的一种合同的一些要素是有用的, 本条规定的例外范围是一国与自然人或个人之间关于全部或部分在另一国领土内进行的或将进行的工作的雇用或服务合同, 其中涉及两个主权国家, 即雇用国和法院地国, 个人或自然人也是一项重要的要素, 他是雇用合同的一个当事方, 应聘在法院地国工作, 国家豁免的例外适用于因雇用合同所载规定和条件而产生的问题。

(3) 由于涉及两个主权国家, 因此两种法律体系竞相适用其各自的法律, 对雇用国而言, 国家或其行使政府权力的一个机关、机构或部门在选择、征聘和任命雇员时适用其法律是符合其利益的, 为了对其本身的工作人员或政府雇员行使纪律监督, 雇用国切望确保其本国条例以及因其作出的单方面决定而产生的任命权或解雇权得到遵守, 也是有道理的。

(4) 另一方面, 法院地国在关于保护其当地劳动力的国内公共政策的问题上, 即使没有压倒一切的利害关系, 也似乎应保留专属管辖权, 有关医疗保险、对某些风险的保险、最低工资、享受休息和娱乐的权利、带薪假期、雇用合同终止时应付的补偿费等问题, 都是法院地国最关切的问题, 尤其是如果雇员应

聘在该国工作, 或应聘时是该国国民或长期居民, 除此以外, 法院地国可能没有充分理由主张它在行使管辖方面有压倒一切或重大的利害关系, 管辖的基础显然而且无疑是雇用合同和法院地国之间的密切领土关系, 即: 工作是在法院地国进行的, 而且雇员是该国国民或长期居民或永久居民, 例如, 在外国使馆工作的当地人员的确除在法院地国外并没有其他切实方法提出一项主张。<sup>144</sup> 第 11 条在这方面为保护他们的合法权利提供了重要的保证, 属于本条范围内的雇员包括普通雇员和短期的独立经营承包商。

### (b) 不豁免规则

(5) 因此, 第 11 条设法使雇用国和法院地国利益之间保持微妙的平衡, 即雇用国力争适用其法律, 而法院地国则切望适用其劳工法并在某些例外情况下也对诉讼标的物保留专属管辖权。

(6) 为此, 第 1 款致力说明不豁免规则, 从案文看, 法院地国主管法院行使管辖的基础显然是工作地点, 而根据雇用合同, 就是在法院地国领土内, 一读时通过的在原案文内关于法院地国的社会保障规定适用范围的字句在二读时已于删除, 因为不是所有国家都有严格意义上的社会保障制度, 而且一些外国可能不喜欢其雇员受法院地国社会保障制度照顾, 而且, 有些社会保障制度的福利不包括受雇时间很短的人员, 如果第 11 条保留提到社会保障的规定, 这些人就得不到法院地国法院的保护, 但是, 正是这些人处于最易受伤害的地位, 最需要有效的司法补救, 在一读时通过的原案文内关于在法院地国进行征聘的字句亦已于删除。

(7) 第 1 款的措词是作为一项余补规则拟写的, 因为国家总是可以另订协议, 从而采取另一种解决办法, 放弃当地劳工法而实行豁免, 尊重条约制度和尊重有关国家的同意是至为重要的, 因为在解决放

<sup>144</sup> 参见 S. 诉印度国案(联邦法庭, 1984 年 5 月 22 日)《瑞士国际法年鉴》, vol.41(1985), p.172, 该案有关解雇一名当地雇用的意大利籍雇员, 他最初作一名无线电——电信技术员被印度驻瑞士使馆雇用, 随后从事起草、翻译和照相工作, 最后作为一名正式雇员工作, 法院认为, 由于该雇员为意大利国民, 从事辅助性工作, 并是在印度以外被招聘, 因此他与印度国家没有联系, 对该案行使管辖权对行使国家职能没有任何妨碍, 因此, 该雇用合同不在印度公共权力范围之内, 瑞士法院对该案拥有管辖权。



弃豁免问题或由法院地国行使管辖问题或维持雇用国的管辖豁免问题，这两项因素具有决定性作用。在不反对通过第1款的情形下，有些委员认为，第1款应该作为一项规则就国家豁免作出规定，第2款则应载列这项规则的例外情况。

### (c) 应当保持国家豁免规则的情况

(8) 第2款的目的是建立和维持适当的平衡，对适用不豁免规则的情况规定重要的限制，列举仍然适用豁免规则的情况。

(9) 第2款(a)项说明雇用职责与行使政府权力有密切联系的高级政府雇员的豁免规则。这种雇员包括私人秘书、电码员、口译、笔译和职责同国家安全或国家基本利益有关的其他人员。<sup>145</sup>(a)项当然也包括常驻的官员，有关他们的雇用合同的诉讼将不能在法院地国的法院内提起或受理。委员会二读时认为，一读通过的案文中所载的“与行使政府权力有关的服务”这一表述可能导致过于广泛的解释，因为一个国家缔结的雇用合同很可能“与行使政府权力有关”，即使这种关系非常间接。有人建议，(a)项规定的例外只有在所从事的工作与行使政府权力有密切联系时才合理。因此将“有关”一词改为了“有密切联系”。为了避免与履行服务工作的合同造成任何混淆(这种合同属于“商业交易”定义的范围，因而适用第11条，在二读中将“服务工作”一词改为“职责”。

<sup>145</sup> 参见意大利的司法实践：不列颠驻那不勒斯总领事馆诉 Ferraino 案(最高法院(联合庭)，1986年1月17日，第283号，《意大利国际法年鉴》，vol.V II (1986-1987) p.298-299；比利时驻那不勒斯总领事馆诉 Esposito 案(最高法院(Sezioni Unite)，1986年2月3日，第666号，同上)；Panattoni 诉德意志联邦共和国案(最高法院，1987年7月15日)(《国际法评论》，第七十一卷(1988)，第902页。

关于其他一些国家的司法实践，参见波兰：Maria B. 诉华沙奥地利文化学会案(最高法院，1987年3月25日，《国际法报道》(伦敦)，第82卷(1990)，第1页)；法国：Conrades 诉大不列颠及北爱尔兰联合王国案(Hanover Labour Court，1981年3月4日，同上，第65卷(1984)第205页)；比利时：Portugal 诉 Goncalves 案(布鲁塞尔民事法庭，第二庭，1982年3月11日，同上，第82卷(1990)，第115页)；瑞士：Tsakos 诉 Government of the America 案(日内瓦劳资关系法庭，1972年2月1日，同上，第75卷(1987)，第78页)；联合王国：Sengupta 诉印度共和国案(劳资关系上诉法庭，1982年11月17日，同上，第64卷(1983)，第352页)。

(10) 第2款(b)项的旨在肯定现行的国家实践，<sup>146</sup> 拥护国家在行使任命或不任命某人但任某一

<sup>146</sup> 参看意大利的司法实践，该国最高上诉法院联合庭于1947年对 Tani 诉苏联驻意大利商务代表案作出了颇有意思的判决(《意大利论坛》(Rome)，vol.LXXI(1984)，p.855；《年度文摘，1948》(伦敦)第15卷(1953)，案件号45，第141页)。在该案中，法院裁定苏联商务代表处在雇用一名意大利公民的问题上不受管辖，因为这是统治权行为，尽管任命当局是一个单独的法律实体，或就此而言是由一国设立的外国公司。此外，在这个案件中，也没有将该商务代理机构的外交和商业活动加以区分。又如1955年美利坚合众国陆军部诉 Gori Savellini 案(见上文脚注111)，当时一名意大利公民就美国根据北大西洋条约在意大利建立的军事基地对他的雇用一事提起诉讼，但最高上诉法院拒绝管辖，因为这是与美国政府的“政府或政治职能”有关的“国家活动”，任命行为是行使政府权力的行为，因此视为“主权行为”。

在苏联商务代表诉 Kazmann 案中(1933)(《国际法评论》罗马，第二十五卷(1933)，第240页；《年度文摘，1923-1934》(伦敦)，第7卷(1940)，案件号69，第178页)。苏联商务代表处米兰办事处一名前雇员提起关于不当解雇的诉讼，但意大利最高法院确认豁免原则，这项判决成为其他意大利法院在其他案件中遵循的主要判例，例如 Litte 诉 Riccio e Fischer 案(那不勒斯上诉法院，1933)(《国际法评论》，第二十六卷(1934)，第110页)，(最高法院，1934)(《年度文摘，1933-1934》，案件号68，第177页)；那不勒斯上诉法院和最高法院在关于不当解雇墓地雇员 Riccio 的诉讼中拒绝管辖，因为墓地是英国皇家财产，并且是“由英国根据统治权为其国民作为英国国民而非作为个人而维持的”，但另一宗案件，即 Luna 诉罗马尼亚社会主义共和国案(1974)(《国际法评论》，(米兰)，第五十卷(1975)，第597页)是关于构成罗马尼亚大使馆一部分的一个经济机构所签订的雇用合同。Luna 要求赔偿7,799,212里拉作为根据雇用合同应得的报酬，但最高法院不予受理，法院认为此种劳工关系不属于意大利的管辖范围。

见荷兰法院的实践，如 M.K. 诉土耳其共和国案(海牙分区法院，1985年8月1日，Institute's Collection，第R2569号；《荷兰国际法年鉴》，第十九卷(1988)，p.435)。该案有关要求宣布解雇海牙土耳其使馆雇用的一名荷兰秘书无效的申辩。法院认为，同一名没有外交或文官身份的荷兰职员缔结雇用合同是被告作为私法上的自然人或法人所从事的行为，不存在任何纯粹政府行为的问题；被告由其大使代表，作为私法上的自然人或法人从事了一项合法交易，因此法院判决被告援引豁免的要求必须予以驳回，并进一步判决，由于被告未经地区就业办公室主任同意，未经 K 的同意就发出解雇通知，且没有任何现有或甚至指称的紧迫理由，因此该解雇无效。

也见西班牙法院的实践，如 E.B.M. 诉赤道几内亚案(最高法院，1986年2月10日，摘自《西班牙国际法评论》，vol.40，II(1988)，p.10，有关一位西班牙国民要求复职，担任赤道几内亚大使馆接待员的申请。法院说，给予赤道几内亚管辖豁免意味着类此扩大外交豁免规则，承认绝对国家管辖豁免为基本原则或习惯国际法规则，而目前人们正对这一学说原则提出疑问，国家法院在管理权行为的问题上正在对主权国家行使管辖



官方职位或工作职位的酌处权方面的豁免规则。这包括雇用国法律视为单方面的政府权力行为的实际任命。国家“解雇”或“撤换”政府雇员的行为也包括在内，这种行为通常是在结束作为雇用国行使监督或纪律管辖一部分的讯问或调查后发生的。(b)项也包括雇员被提前终止雇用后寻求继续雇用或复职的情况。豁免规则只适用于个人的征聘、继续雇用和复职的诉讼。它不妨碍仍然可以在法院地国采取可能补救办法，以便就“不当解雇”或违反征聘或继续雇用义务的行为索赔或提出损害赔偿要求。换言之，(b)项不阻止雇员在法院地国向雇用国提起诉讼，以便就个人的征聘、继续雇用或复职问题所引起的损失寻求补偿。委员会在二读时将一读通过的“该诉讼涉及”改为“该诉讼的主题是”，以便澄清这一点。新的措词打算澄清，例外的范围严格限于该项所提到的、合法地属于雇用国可自由采取行动的权力范围内的具体行为。

(11) 第2款(C)项也赞成在雇员既非法院地国国民也非其长期居民时适用国家豁免。上述这些条件的关键时间是签订雇用合同的时间。如果要采用另外一种时间，例如，在诉讼提起的时候，就会产生许多复杂的问题，因为这样可能产生改变国籍或者在法院地国安排长期或永久居所的动机，从而不当地限制了雇用国的豁免。此外，法院地国的保护主要是限于当地劳动力，包括法院地国国民和长期住在该国的非国民。如果没有国籍或长期居民身份的联系，法院地国在面外国雇用国时就没有必要的理由主张优先实行其适用的劳工法并行使管辖，尽管就征聘雇员的地点和合同规定的服务地点而言，领土关系是存在的。

(12) 第2款(d)项提供了保护雇用国利益的另一项重要保障。在诉讼提起时，雇员国籍属雇用国一点对不受法院地国法院管辖的规则起结论性的决定作用。由于这是国家与其国民之间的事情，任何其他国家都不应就雇用合同所产生的问题主张优先行使管

权。和 D.A. 诉南非案(最高法院，1986年12月1日)，同上，p.11)在该案中，法院维持了一名非西班牙国民要求复职、担任南非大使馆秘书的申请，说统治权行为是国家管辖豁免一般规则的例外。

关于比利时法院的实践，参见 *Castanheira* 诉葡萄牙商务办事处案(1980年)(布鲁塞尔劳资关系法庭，摘自《比利时国际法评论》，vol.19(1986)，p.368)。该案涉及一名葡萄牙国民和葡萄牙公共实体 *Fundo de Fomento de Exportacao* 之间的一份雇用合同。法庭认为，尽管该实体作为国家的衍生物原则上享有管辖豁免，但雇用合同却具有私人管理行为(*acte de gestion privée*)的特性，因此豁免被驳回。

辖。雇用国内应有补救方法和向法院提起申诉的机会。不论适用的法律是雇用国或任何其他国家的行政法还是劳工法，在这里似乎都无关紧要。

(13) 最后，第2款(e)项规定契约的自由，包括选择法律和选择法院或当事方同意的法院的可能性。这项自由并不是没有限制的。它须受制于公共政策或公共秩序方面的考虑，或在一些制度下，受制于“善良风俗和公众良心”；因此，法院地国法院只能因诉讼标的物才保留专属管辖权。

(14) 第10条所订的各项规则看来是与愈来愈多国家最近的立法和条约实践日渐呈现的趋势是一致的。<sup>147</sup>

(15) 委员会内有人认为，第2款(c)项可能使既非法院地国国民又非其长期居民的人得不到任何法律保护。

## 第12条 人身伤害和财产损害

除有关国家间另有协议外，一国在对据称由归因于该国的行为或不行为引起的人身死亡或伤害、或有形财产的损害或灭失要求金钱补偿的诉讼中，如果该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，则不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。

<sup>147</sup> 关于第11条第2款(c)项的规定，参见联合国1978年《国家豁免法》第4节第(2)(b)分节规定，在下列情况下该节第(1)分节规定的不得豁免不适用：

“(b)在合同签订之时，该个人既非联合国国民又非其长期居民；……”

巴基斯坦《国家豁免规程》，1981年第6节第(2)(b)分节；新加坡1979年《国家豁免法》第6节分节(2)(b)；南非1981年《外国豁免法》第5节分节(1)(b)(同上)；澳大利亚1985年《外国国家豁免法》第12(3)节，(见上文脚注51)；及1972年《关于国家豁免的欧洲公约》第5条第2(b)款都采用类似措词规定。

如果在提起诉讼时雇员为雇用国国民，下列法令和公约给予雇用国豁免：联合国1978年《国家豁免法》(第4节分节(2)(a))；巴基斯坦1978年《国家豁免规程》(2)(a)；新加坡1979年《国家豁免法》(第6节分节(2)(a))；南非1981年《外国豁免法》(第5节分节(1)(c))；1972年《欧洲公约》(第5条第2(a)款)。

## 评注

(1) 本条所述对国家豁免规则的例外, 涉及对自然人造成人身伤害或对有形财产造成损害或灭失的行为或不行为所产生的侵权行为或民事赔偿责任方面的例外<sup>148</sup>

(2) 这个对豁免规则的例外只适用于有关国家按侵权行为地法应有赔偿责任的情况。虽然国家通常应不受另一国法院的管辖, 但就此一例外规定来说, 则不予豁免。

(3) 因此本条所载例外旨在向个人因可归因于一外国的有意、无意或疏忽行为或不行为而蒙受的人身伤亡或财产的有形损害或灭失, 提供补救或起诉的可能性。既然造成损害的行为或不行为是在法院地国领土内发生, 可适用的法律显然是侵权行为地法, 而且最方便的法院应是发生侵权行为的国家的法院。侵权行为地以外的法院可被视为“不便审理的法院”。如果国家有权援引其管辖豁免, 则受害者就会无法诉诸法律。

(4) 此外, 导致死亡或全部灭失或其他较轻伤害的人身伤害或有形财产的损害似乎主要限于可保险的风险。第 12 条规定的损害范围, 主要是关于交通事故——例如移动车辆、摩托车、火车或快艇——对个人造成的意外死亡或人身伤害或是对有形财产造成的损害。换句话说, 本条包括了以铁路、公路、空中或水路运输货物和运载乘客时所涉的大部分事故。不豁免规则将基本上排除保险公司借国家豁免为掩护, 逃避其对受害者的赔偿责任的可能性。此外, 第 12 条的范围很广, 足以包括例如殴打、恶意损坏财产、纵火或甚至杀人并包括政治谋杀在内的有意有形伤害。<sup>149</sup>

<sup>148</sup> 见前任特别报告员第五次报告中引证的国家实践, (上文脚注 13, 第 76-99 段)。也见澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 13 节(上文脚注 51)。

<sup>149</sup> 参看 *Letelier 诉智利共和国案*(1980)(美利坚合众国, 《联邦补编》, vol.488(1980), p.655)所呈现的名称可能性; 另参看 H.D.Collins, “*Letelier case: Foreign sovereign liability for acts of political assassination*”, 《维吉尼亚国际法学报》(Charlottesville, Va.), vol. 21(1981), p.251, 《智利-美国关于解决莱特列尔和莫菲特死亡赔偿争端的协议》, 1990 年 6 月 11 日于圣地亚哥, 《国际法律资料》(华盛顿), 第 30 卷(1991), 第 421 页。

也见 *Olsen 诉 Mexico 案*(729F.2d 641, 美国上诉法院, 9th

(5) 第 12 条并不包括不发生有形损害的情况。从有形的意义来说, 破坏名誉或诽谤并不是人身伤害, 干预契约权利或任何权利包括经济或社会权利也不是对有形财产的损害。

(6) 要适用这项例外, 就需要同时具备两项条件。造成死亡、伤害或损害的行为或不行为必须全部或部分发生在法院地国领土内, 才能确定侵权行为地是在法院地国领土内。此外, 此一行为或不行为人在行为或不行为发生时也必须在该国境内, 以便进一步加强行为或不行为在法院地国造成损害的行为人或个人与法院地国的领土关系。

(7) 写入第二个条件, 即: 造成伤害或损害的行为或不行为人在行为或不行为发生时必须在法院地国领土内, 是为了确保将跨界伤害或跨界侵权行为或损害的情况, 排除在本条的适用范围以外。炸药、烟火或危险物质的输出都是例子, 它们可以因疏忽、无意或意外而爆炸或引起损害。越界射击或开火, 或因武装冲突而炮火越界外溢情况, 应排除在第 12 条适用范围之外, 这点也很明确。第 12 条主要是关于经常在法院地国领土内发生的事故, 而发生这种情况时, 许多国家可能仍然需要明确放弃国家豁免才能提出损害赔偿的诉讼。尽管索取补偿对象是保险公司, 而最后也是由保险公司作出补偿。<sup>150</sup>

*Cir.*, 1984 年 3 月 30 日, 1984 年 7 月 16 日订正); *Frolora 诉苏维埃社会主义共和国联盟案*(1985)(见上文脚注 77); *Gerritsen 诉 De La Madrid 案*(819F.2d, p.1511, 美国上诉法院, 9th Cir., 1987 年 6 月 18 日); *Helen Liu*(刘崔蓉芝)诉中华民国案(上诉法院, 9th Cir., 1989 年 12 月 29 日, 《国际法律资料》(华盛顿), 第 29 卷(1990), 第 192 页)。但是, 在法院地国以外所从事的此种行为, 或甚至武装攻击都在本条适用范围以外。参见美国: *Mckee 诉伊朗伊斯兰共和国案*(美国上诉法院, 9th Cir., 1983 年 12 月 30 日, 《国际法报道》(伦敦), 第 81 卷(1990), 第 543 页); *Perez 等诉 The Bahamas 案*, 上诉法院, 哥伦比亚特区, 1981 年 4 月 28 日, (同上), 第 63 卷(1982), 第 601 页; *Berkovitz 诉伊朗伊斯兰共和国等案*, 美国上诉法院, 9th Cir., 1984 年 5 月 1 日, (同上), 第 81 卷(1990), 第 552 页; *阿根廷共和国诉 Amerada Hess Shipping Corp 案*(488 U.S.428, 美国最高法院, 1989 年 1 月 23 日, 《美国国际法学报》(华盛顿), 第 83 卷(1989), 第 565 页)。

<sup>150</sup> 在有些国家不能直接向保险公司提起诉讼, 因此这项例外就更有必要。在另一些国家中, 有法律规定外国代表必须购买保险, 例如美国 1983 年《外国使团修正法》(Public Law 98-164 of 22 November 1983, title VI, sec.603(《美国一般法规》, 1983), vol.97, p.1042)。这一法令修正了《美国法典》, title 22, 第 204 节。

(8) 对这项例外适用的情况承担和行使管辖的基础是属地性原则。侵权行为地提供了坚实的领土关系, 不论行为或不行为的动机是有意或甚至是恶意, 或是由于意外、疏忽、无意、鲁莽或粗心, 甚至不论所涉活动的性质是统治权活动还是管理权活动。有些国家<sup>151</sup>在涉及执行公务或军事任务期间发生的汽车事故的判例法还保持这一区分。它们对统治权行为维持豁免, 但对管理权行为则拒绝豁免。第12条提出的例外不作此区分。但在第一句却有一个限制条件, 说明一项保留, 但这项保留却实际上允许不同的规则适用于由条约、双边协定、或区域安排特设地管制的问题, 因为这些文书都具体规定或限制赔偿责任或补偿的程度, 或规定一种不同的解决争端程序。<sup>152</sup>

(9) 总之, 第12条旨在允许进行正常的诉讼及向本人或其已故的先辈或其财产受到本来可以起诉的有形伤害的个人提供补救。诉讼事由与在法院地国发生或造成有形损害有关, 造成损害的行为或不行为当时实际处于该国境内, 而一国按法院地国法律——也就是侵权行为地法——对此应负责任。

(10) 委员会在二读时在“赔偿”前增加了“金钱”二字, 以便澄清“赔偿”一词不包括任何非金钱的赔偿形式。“行为人”一词应理解为指履行官方职责的一国代理人或官员, 不一定指作为法人的国家本身。“归因于国家”这一表述也是旨在区分此种人员所为的、不归因于国家的行为和归因于国家的行为。但是, 提到行为或不行为归因于国家并不影响国家责

任规则。应该强调本条不涉及国家责任问题, 它仅处理一国在关于其代理人或雇员的行为或不行为所造成的损害的诉讼中不受另一国法院管辖的问题, 这种行为或不行为“据称”可归因于该国但归因或有关国家的责任的确定显然不在本条规定的范围之内。它既不影响第3条所规定的外交豁免的问题, 也不适用于涉及武装冲突的情况。

(11) 有些委员对该条十分广泛的范围及其可能对国家责任的影响表示保留。他们认为, 通过外交渠道的谈判或保险可以有效地保证对受害个人的保护。

### 第13条 财产的所有权、占有和使用

除有关国家间另有协议外, 一国在涉及下列问题之确定的诉讼中, 不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免:

(a) 该国对位于法院地国的不动产的任何权利或利益, 或该国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

(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) 该国对托管财产、破产者产业或公司结业时的财产的管理的任何权利或利益。

### 评注

(1) 第13条处理国家不受另一国法院管辖的规则的一个重要例外, 这种豁免不同于国家财产不受扣押和执行的豁免。应该回顾, 根据第6条第2款(b)项<sup>153</sup>即使不是直接对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, 该国仍可援引豁免。因此, 第13条是为了规定国家豁免规则的一个例外。但是, 第13条的规定不妨碍一国根据国际法所享有的有关外交使团或其他政府代表处财产的特权和豁免, 如第3条所规定。

(2) 从各国的司法和政府实践来看, 对此例外并无任何严重的反对意见。<sup>154</sup>这个例外的表述需要照

<sup>151</sup> 参看下列国家所作的判决: 比利时, S.A. “Fau gaz, electricite et applications” 诉 Office d'aide mutuelle 案 (1956)(Pasicrisie belge(Brussel), vol.144(1957), part 2, p.88; 《国际法报道》, 1956(London), 第23卷(1960), 第205页; 德意志联邦共和国, 《联合王国的管辖豁免》(1957), 同上, 1957(伦敦), 第24卷(1961), 第207页); 埃及, Dame Safia Guebali 诉 Colonel Mei 案(1943) (《埃及立法和判例学报》(Alexandria), vol.55(1942-1943), p.120.《年度文摘, 1943-1945》(伦敦), 第12卷(1949), 案件号44; 第164页; 奥地利, Holubek 诉美国政府案(1961) Juristische Blatter(Vienna), vol.84(1962), p.43; 《国际法报道》(伦敦), 第40卷(1970), 第73页); 加拿大, Carrato 诉美利坚合众国案(1982)(141 D. L.R.(3d), p.456, 安大略高级法院, 《加拿大国际法年鉴》, vol.XXII(1984), p.403; 美国, Tel-Oren 诉阿拉伯利比亚共和国案, 美国根据最高法院复审令状请求向其提交的情况简述(《国际法律资料》(华盛顿特区)第24卷(1985), 第427页)。

<sup>152</sup> 例子包括各种关于军队地位的协定以及关于民航或关于海上运输货物的国际公约。

<sup>153</sup> 见第6条及其评注。

<sup>154</sup> 参看前任特别报告员的第五次报告(上文脚注13)其中他讨论了东京法院对 Limbin Hteik Tin Lat 诉缅甸联邦案(1954)

顾到各国政府和各种理论对另一国法院行使管辖的基础的不同看法。在大多数情况下，财产特别是不动产都是位于该国。按照大多数权威的看法，第13条是一个清楚而确定的例外，但其他人可能仍认为它不是真正的例外，因为一国可以选择它是否参加该诉讼以主张它对于构成裁决或诉讼事由的财产的权利或利益。

(3) 第13条列出有关和涉及确定以下问题的各种诉讼：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。它无意对本无管辖权的法院授予管辖权。因此，“原应管辖”一语是用来具体说明另一国法院对诉讼的管辖权是存在的。“原应”一词只意味，如果没有待决的国家豁免问题，在正常情况下，管辖权是存在的。一般的理解是，该法院是根据国际私法的适用规则对此诉讼行使管辖的。

(4) (a)项处理不动产，但指明不动产仅限于“位于法院地国的‘不动产’。总的来说，(a)款不会引起任何争议，因为普遍接受“物所在地法”的适用应有优先，而且“物所在地法院”应有专属管辖权。但是，(a)款中“权利或利益”一语却引起一些困难。财产法，特别是不动产法有许多特点，一个体系中构成对财产权利的东西在另一个体系中可能被认为是利益。因此，“权利或利益”这一综合词是指一国在任何法律体系下都可以享有的任何权利或利益的总体。1972年《关于国家豁免的欧洲公约》法文本在第9条中最广义地使用“droit”一词，而不加上“interet”。关于这一点，还应该指出的是，“占有”并不总是被视为一种“权利”，除非是“相反占有”或“非武力非

隐密非无偿的长期占有”，则可能产生一种“权利”或“利益”，但这要视某一特定法律体系中的法律用语而定。因此西班牙文暂时采用了相当的“derecho o interes”一语。

(5) (b)项涉及国家对动产或不动产由于继承、赠与或绝产而产生的权利或利益。必须清楚了解，如果诉讼所涉的不仅是位于法院地国领土管辖范围内的动产，而且还涉及不动产，则可能需要另外提起诉讼，以便在不动产所在国法院，也就是说“物所在地法院”，确定这方面的权利或利益。

(6) (c)项不一定涉及国家对财产的一项权利或利益的确定，或与这种确定有关，但列入案文内是为了照顾到许多国家特别是英美法系国家有以下的情况：法院对托管财产或以其他方式信托的财产管理，对死亡者、精神失常者、破产者产业的管理，或对公司结业时财产的管理，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，因为诉讼可能部分涉及确定或确认所有利害关系当事人的权利或利益的问题，其中可能也包括一个外国的权利或利益。考虑到各国政府以及国际法委员会各成员的评论和意见，现有的(c)项将一读时通过的原第1款(c)项、(d)项和(e)项合并为一项。

(7) 鉴于第2条第1款(b)项详细阐述了“国家”一词的定义，在已提起的诉讼中一个国家虽然未被指名，但其财产、权利、利益或活动却有受到影响的可能性，一读暂时通过——尽管一些委员持有异议——的条文案文中所载的原第2款<sup>155</sup>已被删除。即使出现起诉的情况，该国也可通过提供其所有权的初步证据或证明该占有是根据当地法律而获得，避免其财产、权利、利益或活动受到影响。

#### 第14条 知识产权和工业产权

除有关国家另有协议外，一国在有关下列事项的诉讼中不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免：

(a) 确定该国对在法院地国享受某种程度、即使是暂时的法律保护的专利、工业设计、商业名称或企业名称、商标、版权或任何其他形式的知识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

的判决和法院的判词(同上，第117段)，以及主事官丹宁勋爵在泰欧葛粉服务有限公司诉巴基斯坦政府农业部农业用品署案(1975)中的判词(同上，第118段；又见上文脚注45)。关于英国对信托的学说，参看第5次报告第120至121段举出的案例。其他国家的判例法也承认这个例外，特别是意大利的判例法(同上，第122段)。但是，参见巴西法院在叙利亚共和国诉阿拉伯埃及共和国案(上文注106)。

关于有关立法规定，可参看匈牙利1979年《第13号法令》第56节、马达加斯加1962年9月19日《第62—041号法令》第29条以及对秘书处调查表的答复(第五次报告第125至129段以及1985年《澳大利亚外国豁免法》(见上文脚注51))。关于其他立法规定，各项国际公约和国际意见的讨论，见第五次报告，第130至139段，亦参看现任特别报告员初步报告(见上文脚注16)，第1、第2和第7至第9段)对各国政府的评论和意见的分析。

<sup>155</sup> 见上文脚注14。

地国受到保护的、属于第三者的(a)项所述性质的权利。

### 评 注

(1) 第 14 条处理一个愈来愈具有实际重要性的国家豁免规则的例外。它涉及国内法在知识产权或工业产权领域内的一个专门部门。从此种工业产权或知识产权受到保护的法院地国的观点来看，这一条所涉的利益关系非常广泛。在某些特定的工业产权或知识产权领域内各国以国际公约形式承担的国际义务进一步加强和巩固了法院地国国内法规定的保护措施。<sup>156</sup>

(2) 第 14 条规定的例外似乎介于第 10 条规定的“商业交易”的例外和第 13 条规定的“财产的所有权、占有和使用”的例外之间。许多国家现行的国内登记制度所提供的保护旨在促进发明和创造，并同时管制和保证国际贸易中的公平竞争。侵犯发明专利或工业设计或任何文学或艺术作品版权的行为不一定出于谋取商业或金钱利益的动机，但却一定损害所涉货物的生产和销售原应受到保护的制造者和生产者的商业利益或对它造成不利影响。总称为“知识产权或工业产权”的权利是一种非常专门的财产权利，它们是无形或无实体的，但各种法律体系都承认它们是可被拥有、占有和使用的。

(3) 第 14 条标题的用语是概括性的总称，目的是把现有和将来的各种形式、类型、种类或类别的知识产权或工业产权全包括在内。总的来说，本条设想的三种主要的产权包括：属于工业产权的专利和工业设计；同商业世界或国际贸易以及有关限制贸易的实施和不公平的贸易竞争(不正当的竞争)等问题有更多关系的商标和商号；版权或任何其他形式的知识产权。因此，本条所用的通称旨在包括所有可能归类为知识或工业财产权利的各种形式的知识产权或工业产权，例如包括植物繁殖者的权利和电脑作品的权利。有些权利仍然在演变过程中，例如电脑科学领域或其他受法律保护的各种现代技术和电子技术的权利。要确定这些权利为工业权利或知识权利并不容易。例如，电脑系统的硬件可能是工业产权，软件比较明显是知识产权，固件可能介于两者之间。也在版

权名下受保护的文学和烹饪艺术也可以自成一类。关于音乐、歌曲和表演艺术以及其他各种娱乐形式的版权也在本标题下受到保护。

(4) 本条文草案规定的工业或知识财产权利在国内和国际上都受到国家的保护。国家在其领土管辖范围内提供的保护，视该工业产权或知识产权的种类以及申请、登记或利用此种国内法保证保护的权力的特殊制度或有机制度而定。

(5) 一国自愿参加法院地国的法律体制，例如提交版权登记申请或登记版权等等，以及法院地国提供的法律保护，都是承担和行使管辖的有力的法律基础。一般说来，保护是以登记为前提，有时候甚至以交存或提出登记申请书为前提。在一些国家，在实际接受登记申请以前，可能已有一定程度的保护。因此，保护取决于国家立法的存在和范围以及登记制度。为此，除了有适当的国内立法以外，还应该有的有效登记制度，为管辖提供法律基础。国家实践似乎证明列入这一条是大有理由的。<sup>157</sup>

(6) 第 14 条(a)项具体地处理一国对一项受法律保护的智力产权或工业产权的任何权利的确定问题。“确定”一词在此不仅是指查明或核实受保护的权利是否存在，而且是指评价或评估此种权利的本质，包括这种权利的内容、范围和程度。

(7) 此外，第 14 条设想的诉讼不仅限于对该国提起的诉讼或与该国拥有的任何权利有关的诉讼，它可能与第三者的权利有关，而且只有就这一点而言，才会产生该国对类似的知识财产或工业财产的权利问题。确定属于该国的权利对确立第三者权利来说，可能是附带的，甚至是不可避免的，但确定第三者的权利，是诉讼的主要目的。

(8) 第 14 条(b)项是关于据称一国在法院地国领

<sup>156</sup> 参看《世界版权公约》此外，还有一个联合国专门机构，即知识产权组织，参与这方面的工作。

<sup>157</sup> 1970 年以来通过的国内法律都支持这种观点；参看联合国 1978 年《国家豁免法》第 7 节；新加坡 1979 年《国家豁免法》第 9 节；巴基斯坦 1981 年《国家豁免规程》第 8 节；南非 1981 年《外国主权豁免法》第 8 节；澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》第 15 节(见上文脚注 51)；美国 1976 年《外国主权豁免法》(见上文脚注 40)对此没有直接的规定。事实上，该项法律第 1605(a)(2)节可以说是基本上遮蔽，以至重复了版权和其他类似权利的使用。1972 年《关于国家豁免的欧洲公约》第 8 条也支持上述观点。支持这种观点的一个判例是奥地利最高法院在 Dralle 诉捷克斯洛伐克政府案(1950)中所作的判决(见上文脚注 25)。

土内侵犯在法院地国受到保护的、属于第三者的任何上述权利的行为。本条的侵权行为不一定是本条款草案第 10 条所指明的因国家进行的商业活动而产生的；它也可以采取非商业目的的活动形式。适用这一项时，必须有两项标准。首先，据称一国侵犯版权的行为必须是在法院地国发生的。其次，属于第三者的此种版权必须是在法院地国受到保护的。因此，本条的适用范围是有限制的。根据本条，一国在其本国领土内而不是在法院地国内侵犯版权的行为，不足以构成法院地国行使管辖的基础。

(9) 第 14 条表达一项余补规则，不妨碍各国按照它们作为缔约国的有关国际公约拟订本国关于保护任何知识产权或工业产权的国内法律和政策，并且按照本国利益在国内适用这些法律和政策。第 14 条也不妨碍一国对其领土内的知识产权或工业产权实行国有化的域外效力。本条款的规定不影响一国按照其国内法对其领土内的此种权利实行强制收购、没收或采取其他国有化措施的域外效力的确切程度的问题。

(10) 应该指出，本条(b)项规定的国家豁免的例外的适用只限于在法院地国内发生的侵权行为。每一个国家均可在其本国领土内自由推行自己的政策。在另一国领土内侵犯此种权利的行为，例如，未经授权复制或发行有版权保护的出版物，不能避免由采取保护措施的国家的主管法院行使管辖。如果法院地国缺乏国际有机制度保护在其领土内被侵犯或违反的权利，它同样也有自由容忍或容许此种侵权行为或拒绝为此提供补救方法。

### 第 15 条 参加公司或其他集体机构

1. 一国在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中，即在关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼中，不得对另一国原应管辖的法院援引管辖豁免，但有以下条件：

(a) 该机构的参加者不限于国家或国际组织；而且

(b) 该机构是按照法院地国的法律注册或组成或其所在地或主要营业所位于法院地国。

2. 但是，如果有关国家同意，或如果争端当事方之间的书面协议作此规定，或如果据以建立或管理

有关机构的文书中载有此一规定，则一国可以在此诉讼中援引管辖豁免。

### 评 注

(1) 第 15 条对管辖豁免规则作出了例外规定，即：一国在有关该国参加一公司或其他集体机构的诉讼中不得对另一国的法院援引管辖豁免，如果该公司或机构是在法院地国建立或其所在地或主要营业所位于法院地国的话。该国参加的此一机构可以办理过注册，也就是说具有法人资格，也可以未办理过注册，而仅具有有限的权利能力。

(2) 第 15 条中的“具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构”一语是经过斟酌后选用的，其范围包括各种各样的法律实体以及不具法人资格的其他机构。此一行文旨在把名称各异的不同类型或种类的机构、集体和团体包括在内，诸如公司、协会、合伙企业和其他类似形式的集体机构，而在不同的法律制度中，这些机构可能具有不同程度的权利能力和法律地位。

(3) 国家与民间合伙人或私营部门机构共同参加的此一集体机构可以是营利性质的，例如贸易公司、商业企业或任何其他类似的商业实体或法人团体。另一方面，国家所参加的集体机构也可以是非营利性质的，例如学会、寺院、宗教团体、慈善机构或慈善基金会或任何其他类似的慈善组织。

(4) 因此，第 15 条所针对的是集体机构之内的法律关系或法人关系——法文中的用语 *rappports societaires*(社团关系)更为允当，或涉及国家作为集体机构的一员对于该机构和对于该机构其他成员的权利和义务的法律关系。

### 第 1 款

(5) 第 1 款所载的无豁免权规则的适用与否，取决于是否同时具备或同时存在两项重要条件。首先，该机构的参加者必须不限于国家或国际组织。换言之，该机构必须有私营部门参加，因此，没有私营部门参加而完全由国家和/或国际组织组成的国际组织和其他形式的集体不在第 15 条的范围之内。

(6) 其次，该机构必须按照法院地国的法律注册

或组成，或其所在地或主要营业所必须位于法院地国。所在地通常是指对实体进行管理的地方；主要营业所是指经营主要业务的地方。一读暂时通过的第1款(b)项英文文本中的“place of control”(控制中心)一语<sup>158</sup>已被删去，因为有人认为确定一国如何控制一法人实体的问题是一个十分引人争议的问题。现在已将这种提法改为另一种较易确定的标准，即法人实体的“所在地”。关于国家豁免的欧洲公约第6条中也使用了“所在地”一词。

(7) 如果一国参加了某一集体机构，例如取得或持有某一公司的股份或成为某一法人团体的成员，而该集体机构是在另一国组成和营业，则该国自愿地进入了该另一国的法律制度，发生了一种确认在该法律制度下具有约束力的关系。因此，该国出于自愿地受该机构进行注册或登记或经营主要业务的所在地国的适用规则和国内法的约束，并有义务遵守这些规则和法律。该国还在据以建立有限或注册合伙关系的法人章程、组织规章或其他类似文书的有关条款下具有权利和义务。在有关实体的组成、管理、领导、经营、解散或资产分配的问题上，股东之间的关系或股东与公司或任何形式的机构之间的关系须遵守该机构的注册国或登记国或所在地国或主要营业所所在地国的法律。此种国家的法院最有资格适用其本国在这一特定领域的法律。

(8) 从各国的惯例<sup>159</sup>可以日益明显地看出，国家作为集体机构的一员而与该机构或其他成员的关系所引起的问题，属于这项国家豁免例外规则的适用范围。在涉及此一关系的问题上坚持国家豁免规则，无可避免地会造成管辖真空。必须确立下列三种与法院地国之间的实际领土联系关系中的任何一种，其法

院才可具有和行使管辖权。这三种联系关系是：指明注册制度、组织章程或其他种组织条例的注册地；所在地；或主要营业所(siege social ou statutaire，结社或法定地点)。

## 第2款

(9) 第1款针对一国参加公司或其他集体机构的情况所作的例外规定的一项前提是，有关国家之间并未订有不同的或相反的协议。在这里，有关国家是指法院地国一方以及被提起诉讼的国家一方，而在此情况下，法院地国即为注册国或所在地国或主要营业所所在地国。这项特定保留条件最初是载于第1款中，但二读时被移至第2款，其目的是在第1款中载明无豁免权的一般规则，而把所有保留条款集中放在第2款中。第2款还确认争端各当事方有商定不按照第1款所载无豁免权规则行事的自由。而且，法人关系(社团关系)的有关各方之间可议定作为成员或参加者的国家继续享有豁免，或可选定或指定任何管辖法院或程序来解决它们之间或机构之内可能出现的争议。特别是，据以建立或管理该机构的文书本身可能已规定，与无豁免权规则相反的是，国家作为成员、股东或参加者，享有不受如此选定或指定的法院管辖的豁免。国家加入此一文书，即表示它同意遵守该文书所载的各项规则，包括对法律或管辖的选择。“据以建立或管理有关机构的文书”一语应理解为，仅指法人团体的两种基本文书，而非指任何其他种类的条例。

## 第16条 国家拥有或经营的船舶

1. 除有关国家间另有协议外，拥有或经营一艘船舶的一国，在另一国原应管辖的法院有关该船舶的经营的一项诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于政府非商业性用途以外的目的，即不得援引管辖豁免。

2. 第1款不适用于军舰、辅助舰艇，也不适用于一国拥有或经营的、专门用于政府非商业性活动的其他船舶。

3. 为本条的目的，“有关该船舶的经营的诉讼”一语，除其他外，是指同确定下列要求有关的任何诉讼：

- (a) 碰撞或其他航行事故；
- (b) 协助、救助和共同海损；
- (c) 修理、供应或有关船舶的其他合同。

<sup>158</sup> 见上文脚注14。

<sup>159</sup> 可援引关于国家管辖豁免的最近各国立法作为此一例外规则的佐证。参看联合国1978年《国家豁免法》第8条；新加坡1979年《国家豁免法》第10条；巴基斯坦1981年《国家豁免规程》第9条；南非1981年《外国豁免法》第9条；和澳大利亚1985年《外国豁免法》第16条(见上文脚注51)。

在下列法律中，此一例外规则似乎包含在于法院地国从事或进行贸易或商业活动所适用的更广泛的例外规则中：美利坚合众国1976年《外国主权豁免法》第1605条(a)款(2)项(见上文脚注40)(美国法典，1976年版，第8卷，第28篇，第97章，p.206；载于联合国《管辖豁免资料》，第55页起各页)；1972年欧洲公约；和关于国家管辖豁免的美洲公约草案(见上文脚注137)。



## (d) 海洋环境污染引起的后果。

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船舶所载货物之运输的一项诉讼中, 只要在诉讼事由产生时该船舶是用于政府非商业性用途以外的目的, 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款所指船舶所载运的任何货物, 也不适用于国家拥有的、专门用于或意图专门用于政府非商业性用途的任何货物。

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. 如果在一项诉讼中产生有关一国拥有或经营的一艘船舶、或一国拥有的货物的政府和非商业性质问题, 由该国的一个外交代表或其他主管当局签署并送达法院的证件, 应作为该船舶或货物性质的证据。

## 评注

(1) 第16条草案关系到外贸行为, 因此涉及海洋法的一个十分重要的领域, 这一条的标题是“国家拥有或经营的船舶”, 此处“船舶”一词应理解为涵盖一切类型的海船, 无论其属哪一类名称, 而且即使仅部分从事海运也一样。该条拟订为一种余补规则, 因为各国之间都可缔结协定或安排<sup>160</sup>从而可在对等或其他基础上对国家或其机构拥有或经营的从事商业服务的船舶适用管辖豁免。

(2) 第1款和第3款主要涉及从事商业服务的船舶, 第2款主要涉及军舰和辅助舰艇, 第4款和第5款主要涉及货物的地位, 第4款订立了一项规则, 即, 在一国拥有或经营的船舶所载货物之运输的诉讼

中, 如船舶是用于政府非商业性用途以外的目的, 不得援引豁免。第5款规定, 对于第2款所指船舶所载运的任何货物以及专门用于或意图专门用于政府非商业性用途的任何货物, 依然维持国家豁免。

(3) 为第16条所述例外情况制订规则有固有的多方面困难。这些困难不仅仅是语言上的, 从英文的情况来看, 是假定要使用一些不成文法律术语中目前常用的词语, 但这些词语并不见于其他法系, 也没有对等用语。就此而言, “suits in admiralty(海事诉讼)”, “libel in rem(对物起诉)”, “maritime lien(海上留置权)”和“proceedings in rem against the ship(对船舶的物权诉讼)”等用语可能在大陆法系或其他非英美法系范畴内没有什么意义或根本没有意义。第16条所用术语是从较一般的适用角度考虑的。

(4) 围绕对船舶物权的诉讼可能性, 也存在概念上的困难, 例如, 送达关于船舶主桅的令状、或将船舶扣押在港内、或查封船舶和缴款放船, 此外, 还有一种特殊的 *ad fundandam jurisdictionem*(按管辖基础)的特别扣押程序。在有些国家, 可在所谓姐妹船管辖的基础上对所有权与引起索赔的船舶相同的另一艘船提起诉讼, 这在《扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔, 1952年)中已有规定。本条不应理解为承认按管辖基础扣押或姐妹船管辖扣押等制度为普遍适用的规则。依此, 若是对一国拥有或经营的一艘商船提出索赔, 该国拥有或经营的另一艘商船不会遭受对物诉讼。

(5) 从事普通商业活动的政府拥有或国家经营的船舶问题不是新出现的, 一位论著作者对此有生动的描述,<sup>161</sup> 并且以下事实也证实了这一情况: 一些海运大国认为有必要为此议题召开一次会议通过《统一国家拥有船舶豁免若干规则的国际公约》(布鲁塞尔, 1926年)及其附加议定书(1934年)。1926年布鲁塞尔公约的主要目的是不按所有权而按经营性质(*exploitation*——法语)或用途重新划分海运船舶, 不论是从事“政府的和非商业性的”服务还是从事“商业性”服务。

<sup>160</sup> 参看 1968 年 4 月 3 日联合国和苏联《商业航行条约》的 1974 年 3 月 1 日议定书(联合国, 《条约汇编》, No.104(1977), 并可参看苏联与下列国家缔结的海上航行条约: 法国, 1967 年 4 月 20 日《海运条约》(第 14 条)(联合国: 《条约集》, 第 1007 卷, 第 183 页); 荷兰, 1969 年 5 月 28 日关于航运的协定(第 16 条)(同前, 第 815 卷, 第 159 页); 保加利亚、捷克斯洛伐克、德意志民主共和国、匈牙利、波兰、罗马尼亚, 1971 年 12 月 3 日关于海上商业航运合作的协定(第 13 条)(同前, 第 936 卷, 第 19 页); 阿尔及利亚, 1973 年 4 月 18 日关于海上航行的协定(第 16 条)(同前, 第 990 卷, 第 211 页); 伊拉克, 1974 年 4 月 25 日关于海上商业航运的协定(第 15 条); 葡萄牙, 1974 年 12 月 20 日关于海上航行的协定(第 15 条)。参看 M.M Boguslavsky, 所著“外国国家豁免: 苏联的学说和实践”, 《荷兰国际法年鉴》(Alphenaan aanden Rijn), vol. X(1979), p.173—174.

<sup>161</sup> 可参看 G.van Slooten, 所著“关于国家船舶的法規的布鲁塞尔公约”, 《国际法和比较立法评论》(布鲁塞尔), 第 3 系列, 第七卷(1926 年), 第 453 页, 特别是第 457 页。



(6) 一读暂时通过的第16条案文<sup>162</sup>维持了船舶服务的双重划分,即,根据“商业性和非政府”用途或“政府的和非商业性用途”双重标准划分,“政府的和非商业性”,一语见于1926年布鲁塞尔公约,“政府非商业性”一语见于一些具有普遍性质的公约,如:《公海公约》(日内瓦,1958年)和1982年《联合国海洋法公约》其中按用途划分船舶类别,即,政府非商业性服务相对于商业性服务。

(7) 委员会的一些委员在一读通过该条时对这种双重标准表示不满意,因为这意味着两个形容词可有极不相同的搭配,如:“政府商业性”服务或“商业性的和政府的”服务。反之,另一些委员则不认为会有这种理解,并且认为“商业性”和“非政府的”二词可选用,还有一些委员补充说,国家,特别是发展中国家,以及其他公共实体,可在不受国家法院管辖的情况下从事商业性质的和政府性质的活动,此外,军备采购交易往往是政府之间达成的,包括由任何一类承运人运输此类军备,一般国家法院通常不对之实行管辖,由于意见分歧,委员会一读时决定保留该条草案第1款和第4款“非政府”一语两边的方括号。

(8) 委员会经过进一步讨论,在二读时通过了第1款和4款“政府非商业性用途以外”这一当前的行文,这就解决了双重标准问题。

(9) 第1款中的“经营”(exploiter和exploitation——法语)一词须以1926年《布鲁塞尔公约》和现有国家实践为背景来理解,“经营”是指利用或经营船舶作海上客、货运输,海上货运是国际贸易法的一项重要议题,贸易法委员会已对此作了研究,现已提出了一项海运法或海上货运法标准公约或法规,<sup>163</sup>供正在考虑为此制订本国法规的发展中国家用作范本,这个议题涵盖海运活动的一个范围很大的领域,从组织商船部门、建造和建设商船队、培训船长和船员、确定发运和装卸代理人,直至海运保险,人们较熟悉的问题是:危险货物或动物承运人的赔偿责任、港口外近海油污排放、海上碰撞、救援和修理、共同海损、海员工资、海上优先请求权和抵押权,第3款以示例方式对商船或从事商务船舶的经营概念作了某种澄清,“经营一艘船舶的一国”也包括一国“拥有”、“控制”、“管理”和“租用”船舶,无论租

用是按时间一次计的还是按航次计的,也不论是光船还是其他情况。

(10) 拥有船舶组织另一实体经营的国家仍会受到诉讼,原因是有些英美法系国家可能会规定的对物诉讼或海事诉讼或海上优先请求权诉讼的特殊性质,而且这些诉讼是针对在船舶或货物方面有利益的所有人,在实践中,拥有但不经营船舶的国家不应以其他任何方式被要求对经营负赔偿责任,因为可由公司或经营实体来承担船舶经营引起的一切赔偿责任,第1款的规定应理解为,在船舶为一国拥有但由一具有独立法人地位的国营企业经营的情况下,应受法院所在地国法院管辖的是经营船舶的国营企业而不是拥有船舶的国家,也可以说,当可允许在不涉及国家或其管辖豁免要求的情况下对船舶的经营提起诉讼,在此种情况下,似无必要对拥有船舶的国家本身提起诉讼,尤其是如果诉讼事由涉及经营,诸如:海上碰撞、共同海损或海上货运,但是,如果诉讼涉及为船舶提供的修理或救援服务,在有些法系中可能难以设想拥有者不会得益于提供的修理或服务并且要经营者独自承担责任,如果发生此种情况,拥有但不经营船舶的国家可让经营者——许多情况下都是国营企业——出面处理投诉或索赔,通过双边安排,实践正在缓慢地朝此方向演化。

(11) 第2款规定了军舰和辅助舰艇方面的国家豁免,即使有时为应付紧急情况或其他自然灾害也会动用此类舰船,保留豁免的还有其他政府船舶,如:警察、巡逻船、海关检查船、医护船、海洋调查船、训练船和挖泥船,此外是指国家拥有或经营、用于或拟用于政府非商业性服务的,1926年《统一国家拥有船舶豁免若干规则的国际公约》第3条也有类似规定,“专门”一词是参考了1982年《联合国海洋法公约》第96条之后在二读时增加的,但一些委员对案文的后半部分,即以“也不适用于的”开始的部分未删去提出了保留意见,理由是从第1款的规定来看,“一国拥有或经营的、专门用于政府非商业性活动”的提法既无必要,也不合逻辑,一位委员还对第2款“活动”一词的用法提出保留意见,认为应如第1款那样,用“用途”一词代替;由于第2款是第1款引起的规定,因此在这两个对应的规定中使用不同的用语会引起混乱。

(12) 应当指出,第1、2和4款适用于船舶的“用途”,这就澄清了船舶用途标准的适用,这是实际和

<sup>162</sup> 见上文脚注14。

<sup>163</sup> 见《联合国海上货物运输公约》。

通行的。一读暂时通过的案文中原有的意向用途标准现已删去，因为第1款预先设定了与船舶经营有关的诉讼事由的存在，如果船舶不在实际使用，就不大可能引起此种事由。因此，委员会在二读时仅保留了实际用途标准，原因尤其在于人们认为意向用途标准十分含混，而且可能在实践中引起困难。出于同一原因，第2和4款中的意向用途标准也已删去。然而，一些委员对删去这一标准提出了保留意见。一位委员指出，A国可向B国造船厂订购意图用于商业用途的船舶。船造成后，要从B国港口驶往A国港口，在此段航程中，这艘意图用于商业用途的船实际并不用于运货。因此，他认为，删去“意图用于”一语在该方面造成了空白。

(13) “在另一国原应管辖的法院有关……的……诉讼中”一语目的在于回过来提及(*renvoyer*——法语)法院地国本国法律，包括海事法律之下主管法院既有的管辖，其中可承认多种诉讼事由并允许选择诉讼办法，如针对拥有者或经营者本身的诉讼或针对船舶本身的对物诉讼，或海事诉讼，或执行海上优先请求权的诉讼或取消抵押赎回权的诉讼。判断一法院是否有管辖权，可有多种依据，包括船舶停泊在法院地国港口，而且不一定是引起海上损失或负有其他赔偿责任的船舶，可以是属同一拥有者的类似商船。英美法系中的法院一般承认可按管辖基础扣留或扣押姐妹船，但在保证金交有关当局后即可放船并让诉讼继续进行。然而，如前所述，本条不应理解为承认此种不成文法实践为普通适用的惯例。因此，“任何诉讼”是指“任何种类的诉讼”，不论其性质如何，不论是对物、对人、海事抑或其他诉讼。第1和2款所定规则既有国家实践——司法的、立法的和政府的实践——支持，又有多边和双边条约的支持。<sup>164</sup>

<sup>164</sup> 见原特别报告员的第六次报告(上文脚注13)，第136—230段。

关于最近的立法实践，还可参看1981年《南非外国豁免法》(第11节)(上文脚注51)；美国1988年《外国主权豁免法》海事管辖方面的修订法，修订的第100—640号公法，102法规3333(修订的第1605节以及修订的第1610节)。

关于最近的司法实践，参看加拿大：Lorac Transport Ltd. 诉 The ship “Atra” 案(1984)(9 D.I.R.(4th)129，联邦法院，审讯部)。

《加拿大国际法年鉴》(vol.XXIII(1985)，pp.417—418；荷等：苏联诉 I.C.C.Handel -Maatschappij 案；美利坚合众国：Transamerican Steamship corp. 诉索马里民主共和国案(767 F.2d, p.998 美国上诉法院，D.C.Cir., July 12, 1985，《美国国际法学报》(华盛顿)，第80卷(1986)第357页；中国化工

(14) 第3款列出一些诉讼示例，涉及第1款之下“用于政府非商业性用途以外的目的”的船舶经营。第3(d)款是根据一个国家的政府在大会第四十五届会议第六委员会内提出的一项建议于二读时增加的。虽然第3款的规定只是示例性质的，但委员会认为，鉴于国际社会十分重视环境问题，并且鉴于船舶所涉海洋污染问题，宜在其中增列这一示例。一读通过的原第18条没有这个分款，考虑到这一情况，国际法委员会和起草委员会对此问题作了一定程度的详细讨论。(d)分款和(a)至(c)分款一样，只是第1款规定将适用的理陪示例，因此并不影响第1款之下国家豁免例外的实质和范围。该分款也不构成与索赔的合法性或可受理性有关的实体法。一项索赔要求是否可付诸诉讼，要由主管法院决定。“引起的后果”一语是为了表达一些委员的关注，即，不加限定地提及船舶对海洋环境的污染有可能鼓励轻率的索赔或鼓励未受有形灭失或损害的索赔人提出要求。一位委员甚至认为需采用限定性更大的词语，诸如“损害性后果”，因此他对这个分款保留自己的立场。另一方面，其他一些委员则认为这种关注是没有必要的，因为法院不会接受轻率索赔要求或无根据的索赔要求，况且，国家豁免规则的作用也不在于根据是非曲直防止索赔。

(15) 第4款规定了无豁免规则，适用于属于一国的、用于或意图用于商业性非政府用途的货物。第5款目的在于维持第2款所述船舶装载的任何商业性或非商业性货物的豁免，并维持属于一国的、用于或意图用于政府非商业性活动的任何货物的豁免。这项规定除其他外维持救急活动所涉货物的豁免，如粮食救济或医疗用品运输。应当指出，在第5款中，保留了“意图用于”一语，这与第1、2和4款不同，原因是货物装载在船舶上一般不是使用的，因此，由其预计用途来决定有关国家是否有权援引豁免。

(16) 第6和第7款既对船舶适用，又对货物适用，这两款的目的是在第1和4款关于国家不得援引豁免的规定与应给予国家的某种保护之间保持适当平衡。第6款重申拥有或经营从事商业服务的船舶的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。第6条所定规则在适

进出口公司等诉 M/V Lago Hualaihue and Another 案 (District Court, Maryland, 6 January 1981, 《国际法报道》(伦敦)，第63卷(1982)，第528页)。

用中不限于与船舶和货物有关的诉讼。在任何涉及国家财产的诉讼中，国家都可要求采取一切可用的抗辩办法，第7款所示为一种实际方法，即，由船舶或货物所属国家的委派外交代表在通常情况下签署证书，分别作为船舶或货物为政府非商业性质的证据。如无委派的外交代表，则由另一主管当局一如：运输部长或有关领事官员一签署的证书应作为交送法院的证据。向法院交送证书当然遵照法院地国适用诉讼规则为之。然而，“应作为……证据”一语并不是指不可驳回的证据。

(17) 第16条并不载述关于飞机或空间物体的国家豁免问题，因此，它不能适用于飞机或空间物体。<sup>165</sup>

<sup>165</sup> 这个问题在起草委员会讨论过，并经提交国际法委员会(见《1991年……年鉴》，第一卷，第2221次会议，第136—230段)。

关于国际民用航空法律的条约包括下列各项：

(a) 《国际民用航空公约》，芝加哥，1944年，(具体见第一章和第二章)；

(b) 《统一国际航空运输某些规则的公约》，华沙，1929年(见第1条、第2条和附加议定书)；

(c) 《修改1929年10月12日在华沙签订的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》，海牙，1955年，(见第二十六条)；

(d) 《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》，瓜达拉哈拉，1961年；

(e) 《关于国际承认对航空器的权利的公约》，日内瓦，1948年，(见第十一、第十二和第十三条)；

(f) 《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(见第1、2、20、23和26条)；

(g) 《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》，东京，1963年(见第1条)；

(h) 《关于制止非法劫持航空器的公约》海牙，1970年(见第3条)；

(i) 《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，蒙特利尔，1971年(见第4条)。

有关空间活动和空间物体的条约包括下列各项：

(a) 《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》(《外层空间条约》)，1967年；

(b) 《营救宇宙飞行员、送回宇宙飞行员和送回投入外层空间的物体的协定》，1968年，(大会第2345(XXII)号决议)；

(c) 《空间物体所造成损害的国际责任公约》(《责任公约》)，1972年；

(d) 《关于登记射入外层空间物体的公约》，1975年；

(e) 《关于各国在月球和其他天体上活动的协定》，大会第34/168号决议。

## 第17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，将有关商业交易的争议提交仲裁，则该国不得在另一国原应管辖的法院就有关下列事项的诉讼中援引管辖豁免：

(a) 仲裁协定的有效性或解释；

(b) 仲裁程序；或

(c) 裁决的撤销。

但仲裁协定另有规定者除外。

## 评注

(1) 草案第17条针对另一国原应管辖的法院在决定有关仲裁协定的问题，如实行仲裁或诉诸仲裁或强行通过仲裁解决争议的义务之效力、仲裁条款或协定的解释和效力、仲裁程序和撤销仲裁裁决等问题时拥有的监督管辖权，规定了无豁免规则。<sup>166</sup>

(2) 经一读暂时通过的该条文草案中两个有方括号的用语“商业合同”和“民事或商业问题”是仲裁协定例外的可选范围，这两个用语现已根据第2条第1(c)款的规定用“商业交易”予以代替。

(3) 本条中“原应管辖的法院”一语系指一法院在有关仲裁协定的诉讼中，根据法院地国的国内法，其中尤其根据其国际私法的规则，行使监督管辖的权力。法院因一种或多种原因得有权对商业仲裁行使此类监督管辖权。在正常情况下，法院可因仲裁地位于法院地国境内或因仲裁协定缔约方选定法院地的国内法作为仲裁适用法而拥有此种管辖权，此外，由于扣押或查封的财产处在法院地国境内，也可有此管辖权。

<sup>166</sup> 见前任特别报告员的第六次报告(上文脚注13)，第247段至253段，另见，例如法国：上诉法院在南太平洋财产股份有限公司诉阿拉伯埃及共和国第一案中所作的判决，(January 6, 1987,《国际法律资料》(华盛顿), vol.26(1987), p.1004)；欧洲研究和企业公司诉南斯拉夫等案，(上诉法院，November 18, 1986,《国际法律资料》(华盛顿)，第26卷(1986)，第377页)，也见瑞士：日内瓦法院和联邦法院的判决(摘录)对 Westland Helicopters 仲裁案所作的裁决(July 19, 1988, 同上，第28卷(1989)，第687页)。

还见1976年《美国外国主权豁免法》(见上文脚注40)，此后，美国通过了一项《执行美国国际商业仲裁公约法1988》，公法100-669，102Stat.3969，以修订1976年《美国外国主权豁免法》1605(a)和1610(a)。

(4) 关于这一点应该指出, 各国越来越倾向于创造诱人、有利的条件, 吸引当事方在其境内仲裁解决争议。其中一个吸引的方法是尽力简化司法管制程序。因此, 联合王国和马来西亚修订了普遍适用于仲裁的监督管辖立法。然而, 尽管有此趋势, 许多国家, 如泰国和澳大利亚, 对在其境内进行的民事、商业或其他事由的仲裁仍然实行颇为严格的司法管制或监督。于是, 在某种情况下, 原应管辖的法院或则会拒不行使监督管辖权, 或则会以新的立法使其管辖权受到限制。此外, 至少在某些情况下本可以排除行使监督管辖权, 其办法是当事方自行采用自治型仲裁, 例如国际投资争端解决中心的仲裁, 或是将仲裁裁决视为最终决定, 从而排除在任何阶段受到司法干预的可能。但当“除非仲裁协定另有规定”的目的是把有关当事方自行表示要选用的办法考虑进去, 这种选择办法有可能使仲裁诉讼摆脱国内司法的管制。尽管当事方表示不愿意, 有些法院仍然还会坚持对仲裁实行监督或管制。无论如何, 仲裁协定的执行虽然在某个时刻还取决于司法参与, 但是仲裁协定本身对缔约各方还是具有约束力的。

(5) 由于上述原因, 根据本条提交商业仲裁, 等于同意接受用仲裁协定明确规定的仲裁方式解决争议的义务, 并表示同意接受由此产生的一切后果。仲裁协定对有关的程序问题, 如仲裁地点和适用法等, 一般都有规定。因此, 豁免问题就由此种协定规定的法院而不是由任何别国的法院处理, 而(a)至(c)项提及的事项则按仲裁协定规定的仲裁程序处理。对于一国承担的仲裁义务而言, 另一国原应管辖的法院准备对仲裁协定包括仲裁程序和其他由仲裁协定或仲裁条款产生的问题行使监督管辖权只是偶然的情形。

(6) 象这样的同意仲裁并不等于放弃原应有权按事实裁定争端或争议的法院的管辖豁免权。但是, 同意接受商业仲裁必定意味着同意接受此种商业仲裁顺理成章产生的一切后果。因此, 只有在这一有限的领域里才可以说, 一国同意仲裁就意味着同意另一国法院行使监督管辖权, 监督仲裁协定的实施情况。

(7) 必须指出, 本条所指的是“一国与一外国自然人或法人订立的”而不是国家之间或国家与国际组织之间订立的“仲裁协定”。不属本条范围的还有国家间的条约<sup>167</sup>或责成各国解决它们与其他国家国民

间的争议的条约, 如《关于解决各国与其他国家国民间投资争端的公约》(1966年于华盛顿)所规定的各种仲裁。上述这项公约自成一体, 含有裁决执行的规定, 这并不妨碍各国和国际组织缔结那种可能导致不得不接受法院地国监督管辖后果的仲裁协定。

(8) 此外还应指出, 在作为和平解决各种争端的手段的若干仲裁之中, 本条只考虑解决国家与外国自然人和法人间争端的那种仲裁。此类仲裁可采取任何形式, 如根据国际商会或联合国国际贸易法委员会的规则进行的仲裁或其他种种制度化的或临时特定的商业仲裁。例如, 将投资争端提交国际投资争端解决中心仲裁并不等于将其提交给本条文草案的规定的商业仲裁, 绝不能解释为放弃豁免, 接受原应管辖法院对诸如国际商会仲裁或美洲仲裁协会主持下的仲裁之类的商业仲裁行使监督管辖。<sup>168</sup>

(9) 本条绝对无意增加或减少任何国家法院的现有管辖权, 也不干涉任何既定法制中的法官在司法管制和监督方面的作用, 他们可能被期望或者有权在司法审判中为执行争端的仲裁解决发挥那种必要的作用以确保道德和公共秩序。只有在这个狭义的范围

资协定》第11条。

<sup>168</sup> 参见 *Maritime International Nominees Establishment* 诉圭亚那共和国案(美利坚合众国, 调解者)(1982)(《联邦报道员》, 2nd Series, vol.693(1983), p.1094)及内亚诉 *Maritime International Nominees Establishment* 案(比利时安特卫普初审法院, 27 September 1985, 《国际法律资料》(华盛顿), 第24卷(1985), 第1639页; 塞内加尔诉西非工业混凝土公司(SOABI)之清算人 *Seutin* 案(法国, 巴黎上诉法院, December 5, 1989, 《国际法律资料》(华盛顿), 第29卷(1990), 第1341页); 阿拉伯利比亚社会主义民众国诉利比亚美国石油公司(LIAMCO)案(瑞士, 联邦最高法院, 第一公法部, 19 June 1980, 《国际法报道》(伦敦), 第62卷(1982), 第228页; *Tekno-Pharma AB* 诉伊朗案(瑞典, Svea 上诉法院, 24 May 1972, 同上, 第65卷(1984), 第383页); 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚社会主义人民共和国案(瑞典, Svea 上诉法院, 18 June 1980, 同上, 第62卷(1982), 第225页); 利比亚美国石油公司诉阿拉伯利比亚社会主义民众国-原阿拉伯利比亚共和国案(美国地区法院, 哥伦比亚特区, 18 January 1980, 同上, 第220页, 但参见 *Atlantic Triton Company* 诉几内亚人民革命共和国 and *Societe guineenne de pe che* (Soguipeche)案(法国最高法院第一民事庭, 18 November 1986, 同上, 第82卷(1990), 第83页, 在该案中, 法院主张国际投资争端解决中心公约第26条规定的该中心仲裁的排他性并不阻碍该中心诉讼的一方在法国法院寻求采取查封形式的临时措施。

<sup>167</sup> 参见《日本与中华人民共和国关于鼓励和相互保护投

内才可以说：一国接受商业仲裁意味着它在有关仲裁协定方面接受另一国原应管辖的监督管辖。

#### 第四部分

在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免

(1) 本条款在完成分别涉及“导言”，“一般原则”及“不得援引国家豁免的诉讼”的前三部分后，还应包括一个第四部分，涉及诉讼中免于强制措施的国家豁免。许多包括跨国公司在内的私人诉讼当事人在工业发达国家法院提起的诉讼中，近来越来越多地通过扣押发展中国家所有、占有或使用的财产，如使馆的银行帐户款项、中央银行或其他货币当局的资金，来寻求补救。鉴于这种做法，这方面国家所有、占有或使用的财产的豁免对各国而言更为重要。

(2) 草案第四部分涉及关于财产免于有关另一国法院的诉讼中对财产使用所采取的包括扣押、扣留和执行的强制措施的国家豁免。“强制措施”一词是作为普通名词选用的，而不是作为任何特定国内法中所使用的技术名词。国家实践中现有的各种强制措施彼此差异相当大，所以要想找到一个包括所有法律体系中每一种可能的强制办法或措施的词即便不是不可能，也是极为困难的。因此，仅仅举例提一下诸如扣押、扣留和执行这些较为熟悉和较易理解的措施就够了。国家实践在程序及强制措施方面的千差万别无庸置疑地使寻找在正式语文中较容易翻译的词的问题更趋复杂。

(3) 第四部分具有特殊的意义，因为它不但关系到诉讼期间宣告的措施或审判前或判决前扣押或没收作为管辖基础的财产的措施，也关系到诉讼的第二阶段，即执行措施。第四部分笼统地规定，一国在另一国法院诉讼中享有免于对其财产的使用实行的所有这类强制措施的豁免，但要受某些限制的制约。

#### 第 18 条 免于强制措施的国家豁免

1. 不得在另一国法院的诉讼中采取针对一国财产的强制措施，例如查封、扣押、和执行措施，除非：

(a) 该国以下列方式明示同意就该有关财产采取此类措施：

- (一) 国际协定；
- (二) 仲裁协定或书面合同，或

(三) 在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；

(b) 该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的要求；或

(c) 该财产在法院地国领土上，并且被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的，而且与诉讼标的的要求有关，或者与被诉的机构或部门有关。

2. 按照第 7 条的规定同意行使管辖并非默示同意按第 1 款采取强制措施。关于强制措施必须另行表示同意。

#### 评注

(1) 第 18 条涉及的对强制措施的豁免只限于这些措施同司法诉讼有关联的范围。从理论上讲，免于强制措施的豁免是同国家管辖豁免分开的，因为后者专指免于诉讼裁判的豁免。第 18 条明确规定涉及财产，特别是作为有别于原来诉讼的独立程序的强制措施的第二阶段国家豁免规则。

(2) 国家实践已证实若干支持免于执行的豁免是独立于管辖豁免并同其毫无关联的理论。<sup>169</sup> 无论理论上怎么讲，为了本条的目的，只有在管辖豁免问题遭到否定后，只有在作出支持原告的判决后，才会出现执行的豁免问题。因此，免于执行的豁免可被视为国家豁免的最后阵地。如果人们承认，“没有哪个主权国家可对另一个同等的主权国家行使主权权力”（平等者之间不存在统治权），那么，一国当局就更不能用执行或胁迫的方式对另一国及其财产采取强制措施了。即使在国际诉讼中，无论是司法解决，还是仲裁，都不存在这种可能性。<sup>170</sup>

<sup>169</sup> 见前任特别报告员第七次报告(上文脚注 13)第 73-77 段中所引的判例，并参看现任特别报告员的第二次报告(上文脚注 17)，第 42-44 段。特别报告员援引了 Schreuer 的论述 (State Immunity: Some Recent Developments 1988, p.125)(见上文脚注 143)，并说，一些学者提出论点认为，如果允许原告对外国提出诉讼，然后又通过执行的豁免不让原告享有胜诉带来的成果，这样做可能会使原告处于倍感沮丧的境地，即法律费用昂贵，而判决又无法执行，虽然政府和学者的大多数意见是，关于强制措施的豁免有别于国家的管辖豁免。

<sup>170</sup> 例如，可参看 Societe Commerciale de Belgique 案中 1939 年 6 月 15 日常设国际法庭关于 1936 年 1 月 3 日和 7 月 25 日仲裁裁决的判决(常设国际法庭，汇编 A/B，第 78 号，p.160)，和布鲁塞尔民事裁判庭 1951 年 4 月 30 日的裁决(《国际法学报》(Clunet)(巴黎)，第 79 卷(1952)，第 244 页)。

(3) 第 18 条是一读暂时通过的原第 21 和 22 条合并、重拟而成。原第 21 条涉及免于强制措施的国家豁免，原第 22 条涉及对此类措施的同意，这两条内表达的思想密切相关，因此，委员会同意了特别报告员关于两条合并的建议，此项建议得到许多委员和政府的支持。如此合并之后，就明确订立了在诉讼任何阶段不得对国家财产实施执行权的原则，随后则是对该原则的例外。

#### 第 1 款

(4) 本条所提及的强制措施不限于执行 - 措施，它还包括扣押和扣留以及扣押、扣留和扣押执行的其他形式，包括执行仲裁裁决、查封财产、临时性、中间性及所有其他判决前的保全措施，这些措施有时仅仅为了冻结被告手中的财产，第 1 款所列强制措施只是示例，并不涵盖一切措施。

(5) 根据本条受到豁免保护的财产是国家财产，尤其包括第 19 条界定的财产。原第 21 条起首部分和第 22 条第 1 款的原有案文有一短语：「该国在其中有法律保护的利益的财产」，委员会的委员中对此有意见分歧。一些政府在提交的书面意见中对这个短语提出了批评，认为颇含混，而且会导致扩大执行豁免的范围。因此现已将方括号中的这个短语删去，代之以“一国财产”。

(6) “另一国法院中的诉讼”一语中“国家”一词指财产所在国，而不管实质性诉讼在何处进行。所以，在执行任何强制措施前，应该在财产所在国的法院提起有关强制措施的诉讼，当然，在一些特殊情况下，如依据条约义务的情况下，一旦条约的另一缔约国的法院作出终局判决，可能就无须为执行再进行法院诉讼了。

(7) 此外，豁免原则受三个条件制约，如符合其中任一条件，就会导致不豁免：(a) 由国际协定、在仲裁协定中或在书面合同中、或在向法院作的宣告中或在各方之间出现争端后发出的信函中表示同意采取强制措施；或 (b) 如有关国家已划拨给或指定用于清偿诉讼要求的财产；或 (c) 国家专门用于或意图用于政府非商业性用途以外的用途的财产。<sup>171</sup>

<sup>171</sup> 关于涉及免于强制措施的豁免的判例法、国际舆论、条约及国家立法，见前任特别报告员第七次报告(上文脚注 13)、第 33-82 段，和特别报告员的第二次报告(上文脚注 17)、第 42-44 段。

关于最近的立法，还可参看 1985 年《澳大利亚外国豁免法》(sections 30-35)；《南非外国豁免法 1988 年修订本》(section 14(b))(上文脚注 51)；《美国执行美洲国际商业仲裁公约法》(上文脚注 166)。关于第 1(a)款涉及第(一)项下国际协定明示同意要求的最新判例，可参看：O'Connell Machinery Co. 诉 MV Americana and Italia Di Navigazione 案，SPA(上文脚注 142)，在该案中，尽管 1965 年《意大利-美国友好、通商和航行条约》第二十四(6)条有明示放弃豁免的规定，但法院并未把条约解释为允许放弃审判前查封。并参看：New England merchants National Band 诉 Iran Power Generation and Transmission Co., Et Al 案(502 F.Supp.120 美国纽约南区地区法院，September 26, 1980。《美国国际法学报》(华盛顿)，第 75 卷(1981)，第 375 页)；E-Systems Inc. 诉伊朗伊斯兰共和国和 Bank Melli Iran 案(美国地区法院，Northern District, Texas. 19 June 1980, 《国际法报道》(伦敦)，第 63 卷(1982)，第 424 页)。关于第(二)项下书面合同明示同意的要求，可参看：Libra Bank Limited 诉哥斯达黎加国家银行案(1982)676 F.2d 47, 美国上诉法院，2nd Cir., 12 April 1982, 《国际法律资料》(华盛顿)，第 21 卷(1982)，第 618 页。在该案中，法院认为，外国书面表示放弃贷款协定诉讼中的任何豁免权，即为明示放弃《外国主权豁免法》第 1610(d)(1)条中的审判前查封豁免。关于第(二)项下仲裁协定明示同意的要求，可参看：Birch Shipping Corp. 诉坦桑尼亚大使馆案(Misc.No.80-247. 美国地区法院，哥伦比亚特区，18 November 1980, 《美国国际法学报》(华盛顿)，第 75 卷(1981)，第 373 页。在该案中，法院认为被告接受仲裁即默示同意放弃豁免，包括同意任何由此产生的裁决的判决。比较国际投资争端解决中心诉讼方面与强制措施有关的案例：几内亚人民革命共和国和 Societe guineenne de peche(Soguipeche)诉 Atlantic Triton Company 案(法国，Rennes 上诉法院(第二法庭)，26 October 1984, 《国际法报道》(伦敦)，第 82 卷(1990)，第 76 页)；Atlantic Triton company 诉几内亚人民革命共和国和 Societe guineenne de peche(Soguipeche)(见上文脚注 168)；塞内加尔诉西非工业混凝土公司(SOABI)清算人 Seutin 案(同上)；Benvenuti et Bonfant SARL 诉刚果人民共和国政府案(法国巴黎上诉法院，26 June 1981, 《国际法报道》(伦敦)，第 65 卷(1984)，第 88 页)；Societe Benvenuti et Bonfant 诉刚果商业银行案(法国最高法院，21 July 1987)(《国际法学报》(Clunet)(巴黎)，第 115 卷(1988)，第 108 页)；几内亚诉 Maritime International Nominees Establishment 案(见上文脚注 168)；利比亚亚东方木材公司(LETCO)诉利比亚共和国政府案(美国纽约南区地区法院，December 12, 1986, 《国际法律资料》(华盛顿)，第 26 卷(1987)，第 695 页)。

关于涉及第 1 款(c)项规定的最新案例，参看：伊朗伊斯兰共和国等诉 Societe Eurodif and Others 案(法国最高法院：第一民事法庭，14 March 1984, 《国际法报道》(伦敦)，第 77 卷(1988)，第 513 页)。法院在该案中称，尽管原则上外国享有执行豁免，但若被查封的资产已划拨用于诉讼要求所据私法性质的商业活动，可不考虑豁免。并参看：General National Maritime Transport Company 诉 Societe Marseille Fret 案(法国最

在(c)项中还规定,就不豁免而言,财产必须同诉讼要求标的有关,或与被告的机构或部门有关。

(8) 第1款(a)项“就有关财产采取此类措施”既提到强制措施又提到该财产,所以,可以一般地对强制措施或财产明示同意,或对特定措施或特定财产明示同意,也可既对措施也对财产都明示同意。

(9) 一旦根据第1(a)款表示了同意,要想撤回该同意,只有根据国际协定(第(一)项)的条款或根据仲裁协定或合同(第(2)项)条款方可撤回。然而,一

旦在法院声明同意,或在书面信函中表示同意(第(三)项),该同意即不能撤回。一般说来,法院上的诉讼一旦开始,同意了就不能撤回。

(10) 在第1(b)款中,财产在已被拨充或指定用于清偿作为诉讼标的诉讼要求或债务时,才可对之采取强制措施。这样就可以防止其他的或不受保护的债权人阻挠国家实现清偿具体诉讼要求或偿付某一被承认的债务的意图。可以理解,关于某一特定财产是否已被拨充清偿诉讼要求的问题有时可能难以断定,应当由法院来解决。

(11) 英文文本中第1(c)款使用“is”一词表明,财产应该是在为查封或执行提起诉讼时,国家专门用于或意图用于商业政府非商业性国家以外的目的之财产,确定一个较早的时间会不适当地限制国家处理其财产的自由。根据委员会的理解,各国将不会鼓励和允许滥用这一规定,例如通过改变其财产地位以逃避扣押或执行,以滥用这一规定。一读通过的案文中“商业(非政府性)”一语已按第16条中的用法改为“政府非商业性用途以外的目的”。

## 第2款

(12) 第2款进一步明确了按第四部分采取强制措施须另行表示同意的要求,第7条规定的同意不包括任何强制措施,而仅限于在对另一国的诉讼中免于该国法院管辖的豁免。<sup>172</sup>

高法院,第一民事法庭4 February 1986,同上, p.530; Re Royal Bank of Canada and Coriveau et al案(加拿大安大略高等法院, 22 October 1980,同上, vol.64(1983), p.69); Banque du Gothard诉Chambre des Recours en Matiere Penale du Tribunal d'Appel du Canton du Tessin and Another案(上文脚注142); 阿拉伯利比亚社会主义民众国诉 Rossbeton officine Meccaniche s.r.l.和阿拉伯利比亚航空公司案, Ministero degli affari esteri e Ministero di grazia e giustizia(意大利最高法院, 25 May 1989)(Rivista di diritto internazionale privato e processuale (Padua), vol.XXVI(1990), p.663); 比较 International Consolidated Companies Inc.诉尼日利亚国家石油公司案(Tribunale di Taranto, 18 December 1987, 法院决议,《国际法评论》(米兰),第七十二卷(1989),第110页),关于涉及国有企业财产的强制措施问题,可参看: In the Matter of constitutional complaints of the National Iranian oil Company Against Certain orders of the District Court and the Court of Appeals of Frankfurt in prejudgment Attachment Proceedings against the complainant (37 WM Zeitschrift für Wirtschafts-und Bankrecht 722 (1983) (上文脚注142); 其中,法院认为,国际法中并无一般规则规定国内银行内指定属一具有独立的法律人格的外国政府机构的帐户应视为外国财产,法院还表示,一般国际法并不要求以外国本身名义所开的帐户有绝对执行豁免,而是规定法院地国银行内的外国帐户唯有在扣押时该帐户本身指定用于国际保护的政府用途的情况下才能给予豁免,另外参见:阿尔及利亚运输和商品化国营公司(Sonatrach)诉 Migeon案(法国最高法院,第一民事庭, October 1985,《国际法律资料》(华盛顿),第26卷(1987),第998页);《国际法报道》(伦敦),第77卷(1988),第525页其中,法院称,外国资产除非是在已划拨用于诉讼要求所据私法性质的商业活动,否则不受查封;法律上不同于有关外国的国有实体的资产可由该实体——无论何种类型——的债权人加以查封,但该资产应为划拨给私法管辖之主要实体的全部资金的一部分,并参看:扎伊尔航空公司诉 Gauthier and Van Impe案(法国巴黎上诉法院第一法庭, 31 January 1984,同上, p.510)。

某些法制还要求在主题与法院地国之间有充分法律关系才能由法院考虑是否命令查封一外国在法院地国领土内的财产,可参看:阿拉伯利比亚社会主义民众国诉美国利比亚石油公司(LIAMICO)案(见上文脚注168)。

<sup>172</sup> 对各国司法和条约实践及政府合同更详尽的介绍,见前任特别报告员第七次报告(上文脚注13),第85-102段,在瑞士等法律体制中,执行是以与瑞士领上有足够联系(内在关系)为基础,参见:希腊共和国诉 Walder等一案,《瑞士联邦法院判决公报, 1930》, vol.56, p.237;《年度文摘, 1929-1930》(伦敦),第5卷(1935),案件号78,第121页; J. F. Lalive, “瑞士在对外国财产的执行措施方面的法律与实践”,《荷兰国际法年鉴》(Alphen aan den Rijn), vol.X(1979), p.160; 以及 I. Sincclair, “主权豁免法:最近发展情况”,《讲义集》, 1980-II(Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1981), vol.167, p.236, 并参看 Denning 勋爵在下案中的意见:泰欧葛粉服务有限公司诉巴基斯坦政府粮食和农业部农业用品署案(1975)(上文脚注45),关于对执行的另行同意或第2项同意的要求,参看法国艾克斯昂普罗旺斯上诉法院在捷克斯洛伐克国家银行诉 Englander案中的判决(1966)(《法国国际法年鉴》, 1967》(巴黎)vol.13, p.825;《国际法报道》(伦敦),第47卷(1974),第157页,——但是,这项裁决被最高上诉法院撤销(1969), (《国际法学报》(Clunet)(巴黎),第96卷(1969),第923页;《国际法报道》(剑桥),第52卷(1979),



## 第 19 条 特定种类的财产

1. 一国的以下各类财产尤其不应被视为第 18 条第 1 款(c)项所指被一国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外目的的财产:

(a) 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、派往国际组织的机关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的财产;

(d) 构成该国文化遗产的一部分、或该国档案的一部分、并非供出售或意图出售的财产;

(e) 构成具有科学、文化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. 第 1 款不妨碍第 18 条第 1 款(a)项和(b)项。

## 评 注

## 第 1 款

(1) 第 19 条旨在为某些特定财产种类提供一些保护, 将其排除在任何推定或默示同意强制措施的范围之外, 第 1 款试图防止作出任何这样的解释, 即已划定归属任一特定种类的财产实际上是第 18 条第 1 款(c)项所指的国家专门用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的的财产。“尤其”一词意指(a)至(e)项的列举只是示例。

(2) 这种保护被认为是必要而及时的, 因为目前有一种趋向, 即扣押或冻结外国财产, 特别是银行帐户款项,<sup>173</sup> 中央银行资产<sup>174</sup> 或其他使馆财产<sup>175</sup> 和同

第 335 页); 以及 Clerget 诉越南民主共和国商务代表案(1969)(《法国国际法年鉴, 1970》(Paris), vol.16, p.931)。

<sup>173</sup> 可参看 Birch Shipping Corp.诉坦桑尼亚大使馆案(1980)(上文脚注 171); 德意志联邦共和国联邦宪法法院 1977 年 12 月 13 日对 X 诉菲律宾共和国案所作的判决(联合国《管辖豁免资料》, 第 297 页); 以及 Alcom Ltd.诉哥伦比亚共和国案(1984)(《全英法律报道, 1984》, vol.2, p.6), 并参看利马国家银行诉 Banco Cattolica del Veneto 案(上文脚注 142)。

<sup>174</sup> 可参看 Hispano Americana mercantil S.A.诉尼日利亚中央银行案(1979)(《劳氏法律报道, 1979》, vol.2, p.277; 转载于联合国《管辖豁免资料》, p.449); Re Royal Bank of

样值得保护的特定财产种类, 这些特定种类中每一种由于其本身性质决定, 必须认为用于或意图用于排除任何商业考虑的政府性目的。

(3) 第 1 款(a)项所列财产仅限于用于或意图用于行使国家外交职能的“目的”。<sup>176</sup> 这显然不包括诸如使馆为商业目的保有的银行帐户一类的财产。<sup>177</sup> 有时, “混合帐户”会引起困难, 这种帐户以使馆名义开立, 但有时用于支付, 如购买货物或服务, 作为使馆的经常开支费。从近来的判例来看, 似有一种趋向, 即, 这种银行帐户中属外国政府的存款不应受法院地国法院的查封令管制, 因为这种帐户一般来说是非商业性的<sup>178</sup>。此处也不包括那些曾用于或意图用于、但今后再也不用于或意图用于外交或同类目的的财产。“使馆”和“代表团”一词也包括 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》所指的常驻观察团和观察团。

(4) 第 1 款(b)项中, “军事”一词包括海军,

Canada and Corriveau et al.案(1980)(上文脚注 171); Libra Bank Ltd 诉哥斯达黎加国家银行案(1982)(同上); 和 Trendex 贸易公司诉尼日利亚中央银行案(1977)(上文脚注 53)并参看阿拉伯利比亚社会主义民众国诉 Actimon SA 案(瑞士联邦法院, 24.4.1985, 《国际法报道》(伦敦), 第 82 卷(1990), 第 30 页, 参看 Bangué Compafina 诉危地马拉银行等一案(美国纽约南区地区法院, 23 March 1984, 《国际法律资料》(华盛顿)第 23 卷(1984), 第 782 页)。

<sup>175</sup> 可参看罗马尼亚公使馆案(1949)(《希腊国际法杂志》(雅典), vol.3(1950), p.331); 还有一案涉及印度驻伯尔尼使馆雇用合同, J. Monnier, “关于联邦法院第一民事法庭 1984 年 5 月 22 日对 affaire S.诉印度国家所作判决的说明”, 《瑞士国际法年鉴》(苏黎世), vol.41(1985), p.235。

<sup>176</sup> 可参看: Alcom Ltd.诉哥伦比亚共和国案(1984)(上文脚注 173), 并参看: “A”共和国大使馆银行帐户案(奥地利最高法院, 3.4.1986, 《国际法报道》(伦敦), 第 77 卷(1988), 第 489 页); M.K.诉 State Secretary for Justice, Council of State, president of the Judicial Division(24 November 1986, KG (1987) No. 38. AROB (B/S(1986)No. 189), Benamar 诉阿尔及利亚民主人民共和国大使馆(意大利最高法院, 全体会议, 4 May 1989, 《美国国际法学报》(华盛顿)第 84 卷(1990), 第 573 页)。

<sup>177</sup> 可参看: Griessen(瑞士联邦法院, 23 December 1982, 《国际法报道》(伦敦), 第 82 卷(1990), 第 5 页)。

<sup>178</sup> 可参看 Benamar 诉阿尔及利亚民主人民共和国大使馆案(上文脚注 176); Birch Shipping Corporation 诉坦桑尼亚联合共和国使馆案(见上文脚注 171), 但参看 “A”共和国大使馆银行帐户案(见上文脚注 176)。



空军和陆军。<sup>179</sup>

(5) 特别报告员提议在第1款(c)项末尾增加“用于货币用途”一语。<sup>180</sup>但由于未得到普遍支持,未予列入。<sup>181</sup>

(6) 第1款(d)项的目的是只保护定性为构成国家文化遗产或档案的一部分而属于国家所有的财产。<sup>182</sup>这种财产并非供出售或意图供出售时依本条受到保护。

(7) 第1款(e)项对于构成具有文化或科学或历史价值的物品展览的一部分的国家财产给予保护。<sup>183</sup>本项不包括国家所有的用于工业或商业目的的展品。

## 第2款

(8) 尽管有第1款的规定,但对于归属于所列特定种类之一的或这些种类任何部分的任何财产,国家仍可放弃豁免,方式是按第18条第1款(b)项已拨充或指定该财产的用途或按照第18条第1款(a)项,特别同意对其该类财产或该部分财产采取强制措施,一般地放弃豁免,或对于法院地国领土内的所有财产放弃豁免,而未提及任何特定种类,不足以成为允许对第1款所列种类的财产采取强制措施的依据。

## 第五部分

### 杂项规定

## 第20条 诉讼文书的送达

1. 以传票或对一国提起诉讼的其他文件送达诉讼文书应按以下方式进行:

<sup>179</sup> 可参看 *Wijsmuller Salvage BV 诉 ADM Naval Services* 案(荷兰阿姆斯特丹地区法院, 19 November 1987, KG(1987), No.527, S&S(1988)No.69).

<sup>180</sup> 《1990年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第219段。

<sup>181</sup> 同上, 第227段。

<sup>182</sup> 可参看: 意大利国诉 X 和巴塞尔市共和州上诉法院案(瑞士联邦法院, 6 February 1985, 《国际法报道》(伦敦), 第82卷(1990), 第24页。

<sup>183</sup> 可参看: 瑞士联邦外交部国际法司 1984年10月26日照会, (《瑞士国际法年鉴》, 第41卷(1985), 第178页)。

(a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何适用的国际公约; 或

(b) 如无此公约, 则:

(一) 通过外交渠道送交有关国家的外交部; 或

(二) 采取有关国家接受的不受法院地国法律禁止的任何其他方式。

2. 以第1款(b)(一)项所指的方式送达诉讼文书时, 外交部收到该项文书即视为该项文书已送达。

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。

## 评注

(1) 第20条在很大程度上涉及各国国内民事诉讼程序规则。它考虑到如要求各国修改其国内民事诉讼程序规则所牵涉的困难, 同时, 它也没有规定一种过于宽松的诉讼文书送达制度, 因为这会导致作出过多的在被告国缺席的情况下的判决, 因此, 本条提出了一个中间办法, 以保护被告国的利益和个人原告的利益。

## 第1款

(2) 第1款的目的是指出对一国提起诉讼时诉讼文书送达的一般方式, 规定了送达诉讼文书的三类办法: 第一, 如有对法院地国及有关国家有约束力的适用的国际公约, 诉讼文书的送达按公约规定的程序进行, 然而, 如无此类公约, 则诉讼文书的送达应(一)通过外交渠道或(二)有关国家接受的任何其他方式进行。就此而言, 在第1款规定的这三类送达诉讼文书方式中, 对两国具有约束力的国际公约优先于其他两类方式, 可采取方式的多样化在保护有关方面利益的同时, 确保了最大可能的灵活性。<sup>184</sup>

<sup>184</sup> 参看《欧洲国家豁免公约》第16条, 第1-3款。

关于国家立法的有关规定, 可参看: 1976年《美国外国主权豁免法》(section 1608(a)-(d))(上文脚注40); 1978年《联合王国国家豁免法》(section 12(1), (2), (3), (6)和(7)); 1979年《新加坡国家豁免法》(section 14(1), (2), (3), (6)和(7)); 1981年《巴基斯坦国家豁免法规》(section 13(1), (2), (3)和(6)); 1981年《南非外国豁免法》(Section 13(1), (2), (3), (6)和(7));

## 第2和第3款

(3) 鉴于诉讼文书送达时间在实际具有决定性的意义,第2款进一步规定,在通过外交渠道或挂号信传送时,外交部收到该项文书之日即视为该项文书送达之日。第3款进一步要求,在必要时,文件须附有译成有关国家正式语文或正式语文之一的译本,在这方面,特别报告员建议在第3款末增加“或至少译为联合国正式语文之一的译本”,这样,如果译为一种并非广泛使用的语文而使送达诉讼文书当局感到困难时,译为联合国正式语文之一或许是可接受的,但这项建议未获通过。

## 第4款

(4) 第4款规定,已就实质问题出庭,也就是说,未就任何管辖或程序问题提出异议的国家其后不得提出任何以不符合第1款和第3款诉讼文书送达规定为理由的反对意见。这一规则的理由是不言自明的。被告国既然已就实质问题出庭,也就是在实际承认它已按时收到对其提起诉讼的通知。当然,被告国一开始就有权附有条件地出庭或就管辖问题提出抗辩。

## 第21条 缺席判决

1. 不得对一国作出缺席判决,除非法院已认定:

1985年《澳大利亚外国豁免法》(sections 23 to 26)(上文脚注52)(同上); 1982年《据以在加拿大法院提供国家豁免的法律》(section 9)(上文脚注57)。

关于最近的司法实践,可参看: Garden Contamination Case (1)(德意志联邦共和国,波恩省级法院(Landgericht), 11 February 1987,《国际法报道》(伦敦),第80卷(1989),第367页; New England merchants National Bank and Others诉Iran Power Generation and Transmission Company and Others案(上文脚注171); International Schools Service诉伊朗政府案(美国地区法院,新泽西, 19 January 1981,《国际法报道》(伦敦),第63卷(1982),第550页); Velidor诉L.P.G Benghazi案(653 F.2d, p.812.美国上诉法院, Third Circuit, 30 June 1981,《国际法律资料》(华盛顿),第21卷(1982),p.621)。

(a) 第20条第1和第3款规定的要求已获遵守:

(b) 从按照第20条第1和第款送达传票或其他起诉文件之日算起,或认为已送达之日算起至少已经四个月;并且

(c) 本条款禁止法院行使管辖权。

2. 对一国作出任何缺席判决,应通过第20条第1款所指的一种方式并按该款规定将判决书的抄本送交该有关国家,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。

3. 提请撤销一项缺席判决的时限不应少于四个月,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。

## 评注

(1) 似有一种既定惯例,即,要求证明遵守诉讼文书送达程序及时限已过,才能对未出庭的外国作出任何判决,另外还要求,凡是在缺席情况下作出的此类判决,都应通过送达诉讼文书的同一程序或渠道将判决书送交有关国家。<sup>185</sup>

## 第1款

(2) 不得仅因一国未在另一国法院出庭而作出缺席判决,法院在作出判决前必须先确证已符合某些条件,第1款列出了这些条件,合法的诉讼文书送达是请求对一国作出缺席判决的先决条件,根据第1款

<sup>185</sup> 参看《欧洲国家豁免公约》第16条第7款。

类似规定可参看:

1976年《美国外国主权豁免法》(section 1608(e))(见上文脚注40); 1978年《联合王国国家豁免法》(section 12(4)和(5)); 1979年《新加坡国家豁免法》(section 4(4)和(5)); 1981年《巴基斯坦国家豁免法》(section 13(4)和(5)); 1981年《南非外国豁免法》(section 13(4)和(5)); 1985年《澳大利亚外国豁免法》(sections 27 and 28)(见上文脚注51); 《南非外国豁免法1988年修订本》(section 13(5)); 《据以在加拿大法院提供国家豁免的法规》(section 10)(见上文脚注57)。

最近的司法实践可参看: Azeta BV诉智利共和国案(荷兰鹿特丹地区法院, 5 December 1984, Institute's Collection No.2334); Murphy诉巴拿马共和国d.b.a.巴拿马国际航空公司案(751 F.Suppl.p.1540, 美国佛罗里达南区地区法院, 12 December 1990)。

(a)项,即使被告国没有出庭,法官仍要查明确实已按第20条第1和3款合法地送达诉讼文书。第1款(b)项规定自诉讼文书送达之日算起至少四个月内给予国家更多的保护。在一读通过的案文中,这个期限为三个月,二读时已改为四个月。法官当然可在本国法律允许的情形下随时决定延长为期四个月的起码时限。第1款(c)项还要求法院主动确定有关国家在该法院的管辖方面没有豁免,这项规定是根据第六委员会内提出、得到一些代表团支持的一项建议在二读时增加的,提供了一项重要保障,与第6条第1款的规定一致。但是,新的第1款(c)项对法院主管权问题没有影响,此一问题由每一法系确定。

### 第2款

(3) 第2款目的在于确保按第20条第1款之下确定的程序和方式将缺席判决书抄本送交一国。

### 第3款

(4) 第3款的目的是确保同有关国家进行切实通讯和使被告国有充分的机会通过上诉还是通过其他方式请求撤销缺席判决。如为请求撤销一项缺席判决确定任何时限,至少须再过四个月才能根据一项判决采取任何进一步措施。在一读通过的案文中,这个期限为三个月,但在二读时已改为四个月。

## 第22条 法院诉讼期间的特权和豁免

1. 如一国未能或拒绝遵守另一国法院为一项诉讼的目的所下达的关于要求它实行或不实行一项特定行为、或提供任何文件、或透露任何其他资料的命令,则除了这种行为对该案的实质可能产生的后果外,不应产生任何其他后果。特别是,不应因此对该国处以任何罚款或罚金。

2. 一国对它在另一国法院作为当事一方的任何诉讼,均无须出具无论何种名称的担保、保证书或保证金保证支付司法费用或开支。

## 评注

### 第1款

(1) 第22条是一读暂时通过的第26条和第27条合并而成,其中规定了一国在另一国法院诉讼中在胁迫措施方面的豁免和程序上的豁免。

(2) 有时,国家出于安全的理由,或由于其本国国内法的规定,可能不得向另一国法院提出某些文件或提供某些情报。因此,国家不应为保护其国家安全或遵守其国内法而遭受惩罚。同时,私人诉讼当事人的合法利益也不应被忽视。<sup>186</sup>

(3) 第1款谈到所指的行为“不应”产生“后果”,尽管它规定,这种行为在一般情况下可能产生的同该案实质有关的后果仍然存在。这保留了法院地国执行其国内法任何有关规则的可能性,而无须要求另一国提供证据或提出文件。

(4) 法院受其本国国内程序规则的约束。在许多国家的国内程序规则中,如诉讼当事人由于任何理由拒绝提供证据,则允许、甚至要求法官作出可能影响该案实质的推论。法官按照法院地国国内程序规则,在允许的情况下作出的这种推论,不被视为一种惩罚。最后一句规定不应处以任何罚款或罚金。

### 第2款

(5) 按照第2款,其中规定的程序上的豁免既适用于原告国,也适用于被告国。对一国在另一国法院的诉讼中作为原告的情况下适用这些程序上的豁免,有人有一些保留,因为,在一些体系中,只要求原告提供费用担保,而不要求被告提供。

<sup>186</sup> 参看《欧洲国家豁免公约》第17条和第18条。

国家立法的有关规定可参看:1985年《澳大利亚外国豁免法》(section 29); 1981年《巴基斯坦国家豁免规程》(section 14, 14(2)(a), (3)和(4)); 1979年《新加坡国家豁免法》(section 15(1), (2), (3)和(5)); 1981年《南非外国豁免法》(section 14(1)(a)和(2)); 1978年《联合王国国家豁免法》, section 13(1), (2a), (3)和(5)(上文脚注51)。