



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.584/Add.1
15 July 1999
CHINESE
Original: ENGLISH

国际法委员会

第五十一届会议

1999年5月3日至7月23日，日内瓦

国际法委员会第五十一届会议工作报告草稿

报告员：罗伯特·罗森斯托克先生

第七章

国家及其财产的豁免

增编

附件

国家及其财产的管辖豁免工作组报告

目录

	<u>段次</u>	<u>页次</u>
一、导言.....	1 - 9	3
二、工作组的评论和建议.....	9 - 129	5
A. 为豁免目的的国家概念.....	10 - 30	5
1. 国际法委员会的有关条款.....	10	5

目 录 (续)

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
2. 问题的沿革	11 - 17	5
3. 最近的有关案例法摘要	18 - 21	8
4. 工作组的建议	22 - 30	10
B. 关于判断合同或交易的商业性质的标准	31 - 60	12
1. 国际法委员会草案的有关规定	31	12
2. 问题的沿革	32 - 44	13
3. 最近的有关案例法摘要	45 - 55	17
4. 工作组的建议	56 - 60	21
C. 关于国家企业或其他实体商业交易的概念	61 - 83	22
1. 国际法委员会草案的有关规定	61	22
2. 问题的沿革	62 - 71	23
3. 最近的案例法摘要	72 - 77	26
4. 工作组的建议	78 - 83	28
D. 雇用合同	84 - 107	29
1. 国际法委员会草案的有关规定	84	29
2. 问题的沿革	85 - 94	30
3. 最近的案例法摘要	95 - 102	32
4. 工作组的建议	103 - 107	34
E. 对国家财产执行强制措施	108 - 129	34
1. 国际法委员会草案的有关规定	108	34
2. 问题的沿革	109 - 118	35
3. 最近的有关案例法摘要	119 - 124	41
4. 工作组的建议	125 - 129	43
三、附 件		45
附 录		47

一、导 言

1. 委员会在1999年5月7日第2569次会议上决定设立国家及其财产的管辖豁免工作组，负责编写大会1998年12月8日第53/98号决议执行部分第2段要求提出的初步评论。委员会还决定任命格·哈夫纳先生为工作组主席。

2. 工作组由下列委员组成：

格·哈夫纳先生(主席)、山田中正先生(报告员)、侯·巴哈纳先生、伊·布朗利先生、恩·坎迪奥蒂先生、詹·克劳福德先生、克·杜加尔德先生、G·加亚先生、纳·埃拉拉比先生、贺其治先生、莫·坎托先生、伊·卢卡舒克先生、特·梅莱斯卡努先生、彭·拉奥先生、贝·塞普尔维达先生、P·托姆卡先生和罗·罗森斯托克先生(当然成员)。

3. 工作组于1999年6月1日至7月5日举行了10次会议。

4. 工作组备有大会1998年12月8日第53/98号决议执行部分第1和第2段，其内容如下：

“大 会，

1. 决定在大会第五十四届会议上设立一个第六委员会不限成员名额工作组，也开放给各个专门机构的成员国参加，审议与国际法委员会通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案相关而尚未解决的实质性问题，其中考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法、立法和任何其他因素的最新发展情况以及各国依照第49/61号决议第2段和第52/151号决议第2段提出的评论意见，并审议工作组认为应该要求委员会进一步评论和建议的问题；

2. 请国际法委员会参照根据大会1993年12月9日第48/413号决定举行的非正式协商的结果，并考虑到自条款草案通过以来各国对这个问题的做法和其他因素的最新发展情况，在1999年8月31日之前，就条款草案所涉及的尚未解决的实质性问题提出它可以作出的任何初步评论，以便协助工作组履行任务”。

5. 工作组还备有委员会向1991年大会提交的关于这个专题的条款草案；载述主席于1994年在大会第六委员会根据后者的决定举行的非正式协商之结论的第

A/C.6/40/L.2号文件；各国政府自1991年以来在不同的场合应大会的邀请提交的评论(A/48/464和Add.1；A/52/294；A/47/326和Add.1至5；A/48/313；A/48/464和A/C.6/48/3等号文件)；大会第六委员会第四十七届会议(1992)和第四十八届会议(1993)设立的两个工作组的报告(分别参看A/C.6/47/L.10和A/C.6/47/L.4号文件)；法律事务厅编纂司编写的非正式文件，其中载有1991至1999年发生的关于国家及其财产的管辖豁免的案件摘要以及关于这些案件的一些结论；非正式背景文件以及工作组报告员山田中正先生就与这个专题有关的问题编写的一些备忘录；1972年关于国家豁免的欧洲公约案文；国际法学会1991年巴塞尔届会就涉及管辖和强制执行问题之国家豁免的“当代”问题通过的决议；国际法协会国家豁免问题国际委员会1994年在布宜诺斯艾利斯举行之届会的报告。

6. 工作组在审议如何安排其工作的可能方式时特别考虑到大会第53/98号决议第2段的措词：“请国际法委员会参照根据大会1993年12月9日第48/413号决定举行的非正式协商的结果，……就条款草案所涉及的尚未解决的实质性问题提出它可以作出的任何初步评论……。”

7. 因此，工作组决定集中探讨A/C.6/49/L.2号文件中所载列的主席对于上述非正式协商之结论中所确定的五个主要问题：(1) 为豁免目的的国家概念；(2) 关于判断合同或交易的商业性质的标准；(3) 关于国家企业或其他国家实体商业交易的概念；(4) 雇用合同；(5) 对国家财产执行强制措施。

8. 以下各段载列工作组对上述问题中每一个问题得出的评论。其中载有国际法委员会案文中与每一个问题有关的规定、对问题的沿革的审查、最近的有关案例法摘要、以及工作组针对解决每一问题的可能方式作为进一步审议的基础以建议形式提出的初步评论。这些建议往往载有技术上可能采取的各种备选办法，需由大会通过一项决定来作出最后的选择。

9. 此外，报告作为附件载列了一份简短的背景文件，载述工作组从最近实践中查明的可能与管辖豁免专题有关的另一个问题。由违背强制法规范等义务的行为所引起的诉讼中不存在管辖豁免的问题。工作组不拟直接审议这个问题，决定提请第六委员会注意这个问题。

二、工作组的评论和建议

A. 为豁免目的的国家概念

1. 国际法委员会草案的有关规定

10. 委员会建议 1991 年大会通过的草案载有下列规定：

第 2 条. 用语

1. 为本条款的目的：

... ..

(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；

... ..

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。

2. 问题的沿革

11. 上文表明，第 2 条第 1 款(b)(二)项确定“联邦国家的组成单位”属于为本条款之目的“国家”定义范围。这项规定历来是联邦国家和非联邦国家之间争论的主题，当国家及其组成单位在按照有关宪法分配公权力的情况下涉及组成单位代表国家或代表它们自己以潜在的双重名义行使政府权力的问题时更是这样。讨论的重点是联邦国家的组成单位在属于“国家”概念含义范围的情况下以自己的名义用自己的名称行事是否可以不附加任何要求就成为国家豁免的对象。

12. 1986 年一读通过以后的条款草案中没有载列这项规定。大会于 1986 年和 1987 年要求各国政府就上述条款草案提交评论。1988 年，有一个国家评论说，联邦

国家的组成单位应该与中央政府的组成单位一样，不必附加确立主权权力的要求即可得到同样的豁免。¹ 另一个国家评论说，整个草案没有象《1972年豁免问题欧洲公约》那样为联邦国家载列特别的规定。²

13. 特别报告员小木曾本雄先生编写了“关于国家及其财产的管辖豁免初步报告”³ 这份报告是委员会在1988年第四十届会议期间讨论这个专题的基础。特别报告员在答复有关这个专题的评论时指出，在这届会议期间，他不曾反对在未来的公约中载列那种规定，但是希望知道委员会对这个事项的看法。⁴ 有些委员会在国际法委员会1989年第四十一届会议期间表示：联邦国家的组成单位应该列入“国家”一语的定义中。⁵ 二读通过的条款草案第2条第1款(b)(二)项作为第2条第1款(b)(一之二)项首次载列于第三次报告中，其中提到《1972年欧洲公约》对联邦国家组成单位特别强调。这是特别报告员提请国际法委员会审议的一项提案。⁶ 委员会考虑到一些委员和政府所表示的看法，同意将这项规定提交二读。⁷

14. 1992年，若干国家在响应大会决议就本条款草案提交书面意见时，并没有就这项规定的内容提出批评。⁸ 大会在第六委员会范围内设立的工作组审议了各国政府的书面意见和在大会第四十六届会议辩论期间发表的看法。有些政府认为，这

¹ 《1988年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，p.51；奥地利的评论。

² 《同上》，第二卷，第一部分，p.70；当时的西德-德意志联邦共和国的评论。

³ 各国政府的具体评论，《同上》，第二卷，第一部分，p.102。

⁴ 《1988年国际法委员会年鉴》，第一卷，p.261。国际法委员会提交大会的报告(《1988年国际法委员会年鉴》，第二卷，p.100,)载述了同样的看法。

⁵ 托穆沙特先生，《1989年国际法委员会年鉴》，第一卷，p.142,第54段，巴塞戈夫先生，《同上》，p.148,第52段，巴哈纳先生，《同上》，p.166,第73段。国际法委员会报告中有关这个问题的报章节参看《1989年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，p.100,第426段。

⁶ 《1990年国际法委员会年鉴》，第一卷，p.65,第4段；第二卷，第一部分，p.8。

⁷ 《1991年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，p.16,小木曾先生在对这一条的评注中指出一些联邦制度的组成单位基于历史原因或其他原因，不用附加关于它必须履行国家主权权力的要求即可享受豁免。

⁸ 见澳大利亚、瑞士和美国等国政府的评论，分别载于A/47/326, pp.3,20, 和28。

项规定过于总括，表示他们赞同一项提案，其中认为应由中央政府发布一项声明，以之作为准许联邦国家组成单位主权豁免的条件。⁹ 工作组主席卡洛斯·卡列罗—罗德里格斯先生考虑到工作组的讨论情况和各国政府的评论，建议将“联邦国家的组成单位”改为：

“(三)分项所不包括的联邦国家的组成单位，只要联邦国家向本文书的保管人提交一份声明，表示其组成单位应可受权援引国家豁免。”

以1972年欧洲公约第28条为蓝本的这项提案意图就有关这项规定的不同看法寻求折衷案文。有些委员赞成维持明文提到联邦组成单位的措词方式，另一些委员则认为二读通过的措词方式过于总括，因而可能引起不确定的情况。¹⁰

15. 工作组于1993年再度审议了这个问题。工作组的报告指出，有些国家的法律规定在中央政府和组成单位之间分配公权力。但是，组成单位在国际法上是否能够与国家一样享受同等程度的豁免，还是成问题。¹¹ 有些委员认为，第2条第1款(b)(三)项应该包括联邦国家的组成单位，因为在大多数情况下，它们为行使国家政府权力而行为。所以，第2条第1款(b)(二)项只包括了有限的情况。主席参照这些看法重新拟订了如下案文：

“联邦国家的组成单位在不适用(三)分项的情况下，只要联邦国家向本文书的保管人提交一项声明，表示其组成单位有权援引国家豁免。”¹²

16. 在1994年举行了非正式协商。联邦国家的组成单位是否无须附加要求即可享受主权豁免的问题还是没有得到解决。非正式协商主席卡列罗—罗德里格斯先生认为，规定以可能方式确认联邦组成单位的豁免权能够促使各国更加广泛地参加公约。主席拟议了下列案文作为就这个问题寻求折衷案文的基础：

“如《关于国家豁免的欧洲公约》第28条所规定，可以根据联邦国家所作的声明确认组成单位的豁免权。这样，可使各联邦国家的法律有差异

⁹ 《问题和评论概要》，国家及其财产的管辖豁免公约工作组，第二届会议，1992年9月29日，p.1；瑞士的提案。

¹⁰ A/C.6/47/L.10,第9和第10段。

¹¹ A/C.6/48/L.4,第17段。

¹² 《同上》，第18和19段。

时更为灵活，同时也方便各国适用这些规定，减少联邦国家组成单位之身份的不明确性。”¹³

17. 大会再度请各国对1994年非正式协商会主席的结论提出其评论意见。¹⁴ 有一个国家认为，“联邦国家的组成单位”和“国家政治区分单位”看不出有明显区分。该国认为，“国家的组成单位”是指组成一个独立国家，而不是指联邦国家。该国建议将“组成单位”改为“自治的、领土的、政府的实体”。¹⁵ 有些国家支持主席提议的折衷案文。¹⁶ 另一个国家评论说，(二)和(三)两个分项含义不清。¹⁷

3. 最近的有关案例法摘要

18. 以下各段从委员会秘书处编写的一份1991至1999年期间案例摘要中提取了一些结论。¹⁸

¹³ A/C.6/49/L.2,第3和第4段。

¹⁴ 大会第49/61号决议。秘书长于1997年再度请各国提交评论。

¹⁵ A/52/294,第5至第9段；阿根廷的评论。

¹⁶ A/53/274,p.2。A/52/274/Add.1,p.2,第4段；奥地利和德国的评论。

¹⁷ 《同上》，p.4,第4段。

¹⁸ 秘书处在其摘要中审查了与这个问题有关的下列案例：联合王国国会上议院1991年2月21日阿拉伯货币基金诉Hashim等人；美国上诉法院第九巡回法庭1991年6月5日Risk诉Halvorsen等人（ILR 98,p.125）；美国上诉法院第二巡回法庭1991年6月21日Klinghoffer等诉SNC Achille Lauro等（ILR 96,p.68）；美国上诉法院第五巡回法庭1992年6月11日Arriba有限公司诉Petroleos Mexicanos（ILR 103,P.490）；美国上诉法院第五巡回法庭1992年7月8日Walter Fuller Aircraft Sales Inc.诉菲律宾共和国（ILR 103,p.503）；美国上诉法院第七巡回法庭1992年12月14日Richard A. Week 诉凯曼群岛（Lexis 32985）；美国上诉法院纽约州南区1993年1月14日Drexel Burnham Lambert Group Inc诉Galadari 等的诉讼中财产管理人委员会，Refco Inc 诉Galadari 等（ILR 103,p.532）；美国上诉法院第二巡回法庭1993年3月16日Seetransport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, Kommanditgesellschaft 诉Navimpex Centralia Navala（ILR 103,P.559）；美国上诉法院第二巡回法庭1993年4月19日Cargill International Sa 诉M/V Pavel Dybenko；加拿大安大略上诉法院1993年6月17日，Jaffe诉Miller等人（ILR 95,P.446）；美国上诉法院第九巡回法庭1994年6月16日Inre Estate Of Ferdinand Macros Human Rights Litigation Hilao等诉Estate Of Marcos（ILR 103,p.52； ILR 104,p.119）；

19. 国家一级上有关本专题的法院判决历来强调一国的下列指示性参数：界定的领土、常住居民、在本国政府的管理之下、有能力与其他国家缔结正式关系并履行通常伴随着对国际社会的参与而来的义务。

20. 历来强调的国家部门和机构的特性包括：可根据事实推定它具有来源于国家主权的独立性但以一国国家机关或一国政治区分单位的形式与国家主权维持联系或拥有国家或其政治区分单位对它拥有的股份中的大多数、以及履行历来由个别政府机构在其疆界范围内开展的职能。此外，一般历来认为，一个部门具有单独的法律地位，不过对于一个机构是否必然具有单独的法律人格似乎有不同的意见。在决定一个实体是否一个单独的法人时，历来提到需要评估该实体的核心职能以及它是否国家政治组织的一个整体部分或者它的结构和职能是否具有居于支配地位的商业性质。军队和与国家结构有密切联系的其他实体往往被视为国家本身而不是一个单独的机构或国家的部门。¹⁹ 一些国家为履行若干国际职能所创立的实体历来被视为

美国上诉法院华盛顿哥伦比亚特区1994年7月19日 Transaero Inc. 诉 La Fuerza Aerea Boliviana(ILR 107, P.308); 美国上诉法院第五巡回法庭1994年7月19日 Moran 诉 沙特阿拉伯王国(ILR 107, p.303); 美国特拉华州上诉法院1994年8月3日 EAL(特拉华)公司、ELECTRA AVIATION INC. 等诉 欧洲航天安全组织和英国民航管理局(ILR 107, p.318); 美国上诉法院第五巡回法庭，1994年10月17日 Gopalakrishnan N.Mangattu, Derryl F. Remedio, and Thaluthara K.Francis 诉 M/V IBN Hayyan 等，阿拉伯联合航运公司；爱尔兰高等法院，1994年11月22日，Schmidt 诉 联合王国政府内务部部长，都会警察专员和 Jones(ILR 103, p.322); 美国上诉法院，1995年5月16日 Gates 等人 诉 Victor Fine Foods 等(ILR 107, p.371); 美国上诉法院第九巡回法庭1995年5月22日 出口集团 等 诉 Reef Industries Inc. 和 Mexican Coffee Institute(ILR 107, P.393); 联合王国就业问题上诉法庭1995年6月6日 阿拉伯埃及共和国 诉 Gamal/Eldin(ILR 104, p.673); 联合王国高等法院大法官法庭1996年11月5日 Bank Of Credit And Commerce International Ltd 诉 Price Waterhouse 等(ILR 111, p.604); 联合王国上诉法院1997年4月17日 Propend Finance Pty Limited 等 诉 Sing 等(ILR 111, p.611); 美国上诉法院第九巡回法庭1997年4月23日 Nordmann 诉 Thai Airways Int'l Ltd(Lexis 8646)。

¹⁹ 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭1994年8月3日 Transaero Inc 诉 La Fuerza Aerea Boliviana(ILR 107, p.308)。

与履行同样职能的外国机构或部门具有同样的地位。²⁰

21. 就确定或拒绝豁免的责任来说，上述案例显示：一个实体应确定该项责任属于“国家”的定义范围。如果一实体确定了该项责任属于国家的定义范围，则另一当事方有责任表明可以适用豁免的例外情况。如果该项责任得到履行，该实体即应确定所提出的例外情况不适用。²¹ 责任的程度在各司法管辖范围内可能有所不同。例如，至少在一些司法程序中，原告人只须指出能够显示豁免的某一例外情况可以适用的事实而被告人则须承担豁免的主要举证责任。在比较可能发生的另外一种情况下，差异可能是一种假象，是由表达方式的不同造成的。

4. 工作组的建议

22. 委员会工作组在审查这个问题时，也考虑到国家责任专题中将授权行使某些政府权力之其他实体的行为归于国家的问题，研讨了两者之间的关系。²²

²⁰ 美国特拉华上诉法院1994年8月3日 EAL(特拉华州) Corp、Electra Aviation Inc等诉欧洲航空安全组织和英国民航管理局(ILR 107,p.318)。

²¹ 美国纽约州南区上诉法院1993年1月14日 Drexel Burnham Lambert Group Inc诉Galadari等的诉讼中财产管理委员会、Refco Inc诉Galadari等(ILR 103,p.532)。

²² 1971年特别报告员阿戈先生提交第三次报告时对这个问题拟议了一个条文，其内容如下：第7条.与国家不相连属的公共机构之机关的行为归于作为国际法主体的国家。在一国国内法律秩序范围内具有一公共公司或其他自主公共机构或一领土公共实体(市、省、区、州、联邦国家的成员国以及未独立领土的管理机构等)之一机关的地位、并在有关情况下以那种身份行事的一人或一群人的行为也视为国际法上的国家行为(《1971年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，p.262)。1974年，国际法委员会在几次会议上讨论了这个条文[《1974年国际法委员会年鉴》，第一卷，pp.5-16,21-31 [第1251-第1253次会议、第1255-第1257次会议]]。结果，委员会通过了第7条草案及其评注。条款草案案文内容如下：第7条.经授权行使政府权力要素的其他实体的行为归于国家。1. 一个国家内地方政治实体的机关的行为亦应视为该国在国际法上的行为，但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。2. 虽非国家或地方政治实体正式结构的一部份，但经该国的国内法授权行使政府权力要素的实体，其机关的行为依国际法亦应视为该国的行为，但以该机关在有关事件中系以此种资格行事为限。[《1974年国际法委员会年鉴》第二卷第一部份，pp.277-283]。评注中指出：如将一机关的某一行为视为就国际责任而言的该国行为，此种实体之机关的

23. 虽然工作组有些成员认为，国家豁免草案中的“为豁免目的的国家概念”与国家责任草案中的“受权行使政府权力之实体的行为归于国家”两者之间应该存在平行关系，另一些成员却认为，不一定需要有这样的关系。虽然有些成员认为，不一定要在两套条款草案之间建立明确的连贯关系，却有人认为需要使这套条款草案同国家责任草案保持一致。

24. 此外，工作组考虑到上述各分节中提到的所有要素，议定向大会提交下列建议。

25. 草案第2条第1款(b)(二)项可予删除，并将“联邦国家的组成单位”与“国家的政治区分单位”一并载列于目前的第1款(b)(三)项内。

26. “经授权为行使国家主权权力而行事”的修饰语可以同时适用于“联邦国家的组成单位”和“国家的政治区分单位”。

27. 还建议：在该款中增添“但以该实体系以此种资格行事为限”等字句，暂时放置在方括号内。

28. 工作组也建议：将修饰语“主权权力”改为“政府权力”，以便与当代的用法和国家责任草案的用语保持一致。

29. 上述建议是为了缓解某些国家表示的特别关注。这样做考虑到组成单位的豁免权，但也考虑到对联邦组成单位和国家的政治区分单位的不同处理方式感到困惑的国家的关注事项。

30. 于是，建议大会通过的第2条第1款(b)项的新案文内容如下：

1. 为本条款的目的：

... ..

(b) “国家”是指：

(一) 国家及其政府的各种机关；

行为必须涉及经授权行使政府权力要素的有关实体的活动部门。[同上，p.282,第(18)段]。1998年委员会国家责任起草委员会依照二读期间的讨论情况暂时通过第7条草案的另一个案文。条文草案内容如下：7条. 行使政府权力要素的实体其行为归于国家。虽非第5条中所指国家机关、但经该国法律授权行使政府权力要素的实体其行为应视为该国在国际法上的行为，但以该实体在有关事件中系以此种资格行事为限。[A/CN.4/L.569]。

- (二) 经授权为行使国家政府权力而行使的国家政治区分单位, [但以该实体系以此种资格行事为限];
- (三) 国家机构或部门和其他实体, 但以经授权为行使国家政府权力而行事为限;
- (四) 以国家代表身份行事的国家代表。

B. 确定一项合同或交易的商业性质的标准

1. 国际法委员会草案的有关条款

31. 国际法委员会 1991 年向大会建议的草案载有以下的条款:

第 2 条. 用语

1. 为本条款的目的:

... ..

(c) “商业合同”是指:

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

2. 在确定按照第 1 条(c)款一项合同或交易是否一种“商业交易”时, 首先应当提到该合同或交易的性质, 但是, 也应当考虑到它的目的, 如果作为合同或交易一方的国家, 按其做法目的也关系到确定该合同或交易非商业性质的话。

3. 上述第 1 和第 2 段关于用语的规定, 并不影响在其他的国际文书或任何国家的国内法中, 对于这些用语的使用或者可能赋予这些用语的含义。

2. 这一问题的发展

32. 1991 年国际法委员会的草案是来自下述观点：一个国家享有限制性的豁免，也就是说，当一个国家进行商业活动的时候，不应当享受管辖豁免。虽然关于这个问题原则上可以达成一致意见，但是限制性的观点引起的主要问题之一是：为了国家豁免的目的，对于“商业交易”应如何下定义，这恰恰是一个有争议和各持己见的问题。在这方面，一些国家认为：在确定它是否商业性的时候，仅仅应当考虑该项活动的性质。另一些国家却认为：单靠性质的标准，并不总能使法院就一项活动是否属于商业性作出结论。因此，有的时候也需要使用目的这一标准，此项标准旨在查明所采取的行动究竟是为了商业的目的还是政府的目的。虽然有几种不同的提议，以便将上述两种检验结合在一起，但是，此种做法并没有产生一致同意的解决办法。第 1(c)段以及第 2 条的第 2 段，是一种将两个标准结合在一起的尝试，但是迄今为止，它在第六委员会却遇到了抵制。

33. 在委员会有关这方面工作的早期阶段，越来越多的国家趋向于限制性的理论，但是也还有一定数量的国家，仍然给予外国以绝对的豁免。因此，委员会在寻找这两种办法之间的妥协方面遇到了困难。然而，委员会最终决定：仍然按照限制性的办法来起草各个条款，并且于 1986 年完成了初读²³。

34. 在初读之后各国政府提出的评注可以划分为三类不同的态度，用以对待所有的条款草案²⁴。有一个国家支持绝对豁免的概念。²⁵ 另外一个国家对各条款草案采取积极的态度。²⁶ 有一个国家集团反对在商业交易的定义中纳入目的的检验。²⁷

²³ 1986 年第 3 条第(2)款草案案文如下：确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时，首先应根据合同的性质，但如合同的目的在该国的实践与确定合同的非商业性质有关，则也应予以考虑。

²⁴ 文件 A/CN.4/410 和 Add.1-5,《国际法委员会年鉴》，1988 年，第二卷，第一部分，第 51 页及以后各页。

²⁵ 巴西。

²⁶ 南斯拉夫。

²⁷ 加拿大、墨西哥、五个北欧国家、卡塔尔、西班牙和联合王国。

35. 第二位特别报告员小木曾本雄先生总结了书面的评注以及在第六委员会的口头意见，并且在初步报告中这样表述了他自己的观点：“关于第2款，由于许多国家赞成以性质作为确定一项合同是否属于商业合同的准则，并对目的作出批评，它们认为这个准则较不客观而且又是片面的，因此特别报告员也不反对将目的这一准则删掉。同时，应当指出的是，若干国家政府在第六委员会上提出的书面评论和口头意见都赞成将目的这一准则包括在内。”²⁸ 在同一份报告中，特别报告员接受了几个国家政府提出的提议，即将一读的第2和第3条合并，他并提出了新的案文²⁹。特别报告员就此种重新编写作出了如下的解释：“他并没有困难从条款中删除目的检验，而仅仅留下性质检验，但他没有把握说这样一种做法虽然在法律上是站得住脚的，但是在大会第六委员会将不会引起新的困难。在这样的情况下，最好的解决办法将是重新编写目的检验，如同他在新的第2条第3款所做的那样。”³⁰

36. 特别报告员的新的建议在委员会的报告中有所反映，并且在第六委员会进行了讨论。有些代表表示：在确定一项合同是否商业性质时，应当对合同的性质和目的给予同等的重视。他们强调特别是发展中国家当前的国际惯例尤为重要，而且，它们所投入的合同交易，对于其国民经济或预防灾害以及救灾至关重要。他们补充说：如果将目的检验排除在外，而仅仅适用性质检验，发展中国家即使在行使政府职能的活动中，也都不能够享受豁免。³¹ 另一方面，有一位代表强调应删除目的检验，他表示：委员会在确定是否可以要求豁免的时候，应当避免将一项交易的“目的”之类的主观因素牵扯进来。他还建议采取折衷办法，即在确定豁免时的标准应

²⁸ 小木曾本雄先生编写的关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告，文件A/CN.4/415，《国际法委员会年鉴》，1988年，第二卷，第一部分，第102页。

²⁹ 同上，第101页。案文如下：“确定出售或购买货物或提供服务的合同是否属于商业合同时，首先应根据合同的性质，但如果有关国家间的国际协定或各方之间的书面合同规定合同为政府用途，则确定合同的非商业性质时，应考虑此种目的”。

³⁰ 《委员会就第四十届会议工作向大会提交的报告》，第510段，《国际法委员会年鉴》，1988年，第二编，第二部分，第100页。

³¹ 大会第六委员会第四十四届会议讨论情况主题摘要，第227段，A/CN.4/L.443，第67页。

当是合同的性质，但是，法院所在地国家的法院在商业合同的案件中，可以自由决定是否考虑政府目的这个因素。³²

37. 经过这一番讨论之后，虽然某些代表赞赏特别报告员的提议是有可能采取的折衷，但是大多数代表的意见却认为该提议过于死板，应当予以进一步的改善。³³

38. 特别报告员考虑到一位代表在第六委员会提出的提议，在1990年他的第三份报告中提交了另一项折衷方案。³⁴ 在这个提议中，他的意图是将该条款编写成这样：即在确定豁免时的首要标准应当是交易的性质，但是，一个法院所在地国家的法院也可以自由地将政府的目的考虑在内。他建议：有必要将公共目的考虑在内是由于应当想到预防饥荒或类似的可预见的情况和案件。他解释说：为了表示灵活的目的，可能较为有利的办法是：将自由选择的权利交给法院所在地国家的法院，而不是具体地规定相关的情况。³⁵

39. 1991年，委员会完成了二读。关于商业交易的定义和标准，委员会在特别报告员第三次报告所提议的基本办法的基础上通过了这一条款。³⁶

40. 在国际法委员会将二读案文提交第六委员会之后，商业交易的定义和标准仍是这些条款草案最有争议的问题之一，如同各国政府分别按照第46/55、49/61和52/151号决议提交的评述所反映的那样。此类争论在第六委员会又再度出现。

41. 各国政府自1992年以来提交的评注³⁷可以分为两类：一类表示欢迎条款草案，包括目的检验³⁸，而其中一类则强调性质检验，认为这是唯一的标准。后一

³² 同上，第228段，第68页。

³³ 同上，第229段。

³⁴ 该段文字如下：“在确定属于第1(c)款的一项交易是否具有商业性质时，首先应当考虑交易的性质，但是法院所在地国家的法院不能被排除考虑该项交易的政府性目的。”

³⁵ 《关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告》，《国际法委员会年鉴》，1990年，第二卷，第一部分，第7-8页。

³⁶ 《委员会就第四十三届会议工作向大会提交的报告》，《国际法委员会年鉴》，1991年，第二卷，第二部分，第14页和第19-21页。

³⁷ A/47/32和Add.1-5, A/48/313、A/48/464、A/C.6/48/3和A/52/294。

³⁸ 巴西、法国。

类国家认为，目的检验在确定商业交易的性质当中，可能引进一些主观的因素，从而以无法预见的方式扩大了统治权的范围。³⁹

42. 第六委员会在 1992 年建立的工作组充分地注意到了各国政府的这些评注，并且试图找到一种妥协的办法。在工作组的讨论中，主席建议将(1)和(3)两分段合并。⁴⁰ 它的目的在于：对现在的“商业交易”的说法定义不够直接了当的因素至少部分予以排除，并且就此种交易提供一个不完全的名单。他还对第 2 条第 2 段建议了两个备选方案，以便协调两种关切：一种是来源于仅仅以性质为根据来确定这一问题；另一种是认为有必要一方面具有预见性，另一方面是关切发展中国家重视“目的”检验，要求有关国家在合同中、或作为交易的一部分具体表示，它保留适用目的检验的这种可能性。⁴¹ 主席除自己的提议之外，还载入了委员会特别报告员向他作出的提议。⁴² 但是所有这些提议中的任何一个都没有取得一致同意。⁴³

43. 1993 年第六委员会建立的工作组在前一年成果的基础上讨论了这个问题。关于“商业交易”的定义，主席重新编写了他的提议，从而得到了广泛的支持。⁴⁴

³⁹ 澳大利亚、奥地利、联合王国、美国、德国、意大利、荷兰、比利时和保加利亚。

⁴⁰ 这一提议如下：“现在的(一)和(三)分段被以下的段落代替：(一)一个国家除行使国家主权之外而进行或从事的任何属于商业、工业、[贸易]或专业性质的合同或交易、包括出售商品或提供服务的合同或交易、但不包括雇用人员的合同。第 2 段的备选方案：尽管有第 1 段(c)的条款，一项合同或交易将不被认为具有商业性质，如果双方在进行该合同或交易时如此商定。2. 尽管有第 1 段(c)的条款，一个法院在确定一项合同或交易是否“商业交易”时，将考虑到该合同或交易的目的，如果在签订合同时作为缔约一方的那个国家声明保留此种可能性的话。”

⁴¹ 《工作组的报告》，6/47/L.10，第 13-16 段，第 3 和第 4 页。

⁴² 同上，第 18 段，第 4 页。该项提议为：“2. 在按照第 1 (c)段确定一项合同或交易是否“商业性交易”时，首先应当考虑该项合同或交易的性质，但在特殊的情况下，当合同或交易的进行是为了人道主义援助，包括采购食品以缓解饥荒的局势、或者供应药品以治疗正在蔓延的传染病，那么，这样一种合同或交易就可以被认为是“非商业性的”。

⁴³ 同上，第 17 和 19 段，第 4 页和第 11 页。

⁴⁴ 工作组的报告，A/C.6/48/L.4，第 33-35 段，第 6 和第 7 页。

至于确定性质的标准，工作组确没有能够提出一致意见，尽管各国代表提出了许许多多提议。⁴⁵

44. 按照大会第 48/413 号决定而于 1994 年举行的非正式磋商中，有关标准的争论仍在继续。主席建议了妥协的一种可能的基础。建议基本的想法是给予各国自由选择的权利，以便指出按照其本国的法律和作法，目的标准可能是相关的，指出的方式或者是与协议有关的一项一般性声明、或者是以任何一种方式就某一具体的合同或交易向另一方作出具体的通知，或者是将以上两种办法相结合，以便确保所要求的预见性。⁴⁶

3. 最近相关的案例法简况

45. 拥有豁免法规或法案的那些国家的国内法院一般的作法是仅仅按照性质来确定一项活动的商业性。⁴⁷ 除去这些国家的先例以外，还有津巴布韦和马来西亚按照性质检验予以确定的先例。在 Barker McCormac (Pvt)有限公司诉肯尼亚的案件中，津巴布韦最高法院明确支持性质检验。⁴⁸ 在澳大利亚联邦诉 Midford (马来西亚)案中，马来西亚最高法院认定：它按照英国的习惯法确定了该项行动的商业性质，并且适用了性质检验。⁴⁹

⁴⁵ 同上，第 36-48 段，第 4-10 段。

⁴⁶ 按照大会第 48/413 号决定所进行的非正式磋商的文件 A/C.6/49/L.2，第 3 页，第 6 段。妥协方案的基础案文为：“如果国家可以利用发表关于公约的总声明，或以任何方式就某一合同或交易或两者向另一方发出明确通知而表示根据本国法律和惯例可能涉及目的标准，便可大为提高确定性。这不仅使私营企业在同国家签订合同或进行交易时，得以澄清情况，也使法院在接到要求援引公约规定时得以澄清情况。”

⁴⁷ 例如，1996 年 7 月 31 日联合王国上诉法院，某有限公司诉 B 银行以及 X 银行。

⁴⁸ Barker McCormac (Pvt)有限公司诉肯尼亚政府，1983 年 7 月 22 日，津巴布韦最高法院高等法庭，1985 年 1 月 16 日，84 I.L.R. 18

⁴⁹ 澳大利亚联邦诉 Midford (马来西亚) Sdn Bhd 和另一家，马来西亚最高法院，1990 年 2 月 9 日，86 I.L.R. 640

46. 另一方面,也有一些例子是支持目的检验的。例如,在教廷诉 Starbright 销售企业公司案中,菲律宾的最高法院考虑了购买土地的意图,从而否定了有关行动的商业性质⁵⁰。法国法院表示了下面的看法:虽然首先应当考虑有关行动的性质,但是在某些案件中,也可以考虑有关行动的目的。⁵¹

47. 下文的各段取自某些结论性的意见,包括委员会秘书处编写的涉及 1991 年至 1999 年期间各种案例的摘要。⁵²

⁵⁰ 教廷诉 Starbright 销售企业公司,菲律宾最高法院,1994 年 12 月 1 日,102 I.L.R. 163

⁵¹ 例如:欧洲装备公司诉科特迪瓦农产品稳定和支助储蓄银行欧洲中心,1991 年 2 月 7 日法国巴黎中级法庭, A. Mahiou 评注,见 118 J.D.I 604 (1991 年);以及 Mouracade 先生诉也门,1991 年 2 月 20 日法国巴黎上诉法院,由 A. Mahiou 评注,见 119 J.D.I.398(1992 年)。

⁵² 秘书处审查了与这一问题相关的以下案例:美国上诉法院第五巡回区,1991 年 2 月 11 日, Stena rederi AB 诉墨西哥共和国石油工人革命工会总执行委员会合同委员会;美国上诉法院第二巡回区,1991 年 4 月 17 日, Shapiro 诉玻利维亚共和国以及其他 (ILR98, 第 110 页);美国上诉法院第九巡回区,1991 年 4 月 19 日 Schoenberg 等人诉 Sa Sa De CV 股份有限公司出口商 (ILR98, 第 118 页, Lexis 6724);美国上诉法院第七巡回区,1991 年 6 月 13 日, Santos 诉法国国家航空公司 (ILR98, 第 131 页);美国上诉法院第四巡回区,1991 年 9 月 5 日, Gerding 等人诉法兰西共和国等 (ILR98, 第 159 页);美国上诉法院第六巡回区,1991 年 6 月 22 日, Gould 公司诉 Pechiney Ugine Kuhlmann 和 Trefimetaux (ILR98, 第 137 页; Lexis 24913);美国县法院,1991 年 10 月 14 日, Fickling 诉澳大利亚联邦 (ILR103, 第 47 页);美国上诉法院第二巡回区,1991 年 10 月 28 日、美国上诉法院第二巡回区,1993 年 7 月 21 日, Antares 飞机制造商诉尼日利亚联邦共和国和尼日利亚机场管理局 (ILR107, 第 225 页);澳大利亚维多利亚最高法院,1992 年 2 月 17 日, Reid 诉瑙鲁共和国 (ILR101, 第 193 页);加拿大最高法院,1992 年 5 月 21 日, 美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等 (ILR94, 第 264 页);美国上诉法院第九巡回区,1992 年 5 月 22 日, Siderman de Blake 等诉阿根廷共和国等 (ILR103, 第 454 页);美国上诉法院第五巡回区,1992 年 6 月 4 日, 美国诉 Moats (ILR103, 第 480 页);美国上诉法院第五巡回区,1992 年 6 月 11 日, Arriba 有限公司诉墨西哥石油公司 (ILR103, 第 490 页);美国最高法院,1992 年 6 月 12 日, 阿根廷共和国等诉 Weltover 公司等 (ILR100, 第 510 页);美国上诉法院第五巡回区,1992 年 7 月 8 日, Walter Fuller 飞机销售公司诉菲律宾共和国 (ILR103, 第 503 页);美国上诉法院第七巡回区,1992 年 12 月 14 日, Richard A. Week

48. 只有国家才能够采取的公共、主权和政府性的行动、而又是核心的政府职能者，被认为不是商业性行动。与此相反，可能是、并且经常确实是有私人行动者所采取的行动、同时又与政府权力脱钩者，看来可以被认为是商业性行动。有一个案例将上诉各种主张联结成某种形式的检验：即弄清导致此种程序的有关行动是否属于私法的性质、或者属于政府行动的范围。另一个案例⁵³显示：“私人”关于主权豁免的检验应当限制在行动展开的商业背景范围内。

49. 经审查的许多案例⁵⁴采取的方法是：活动的目的与决定一项合同或交易的性质无关，而是活动的性质本身构成决定性的因素。但是，在不同的国家法律秩序下的某些案例强调：始终有可能通过对相关行动的性质进行评估来确定一个国家是否有权利得到主权豁免。这是因为：据称，该行为的性质不容易与行为的目的分离开来。在这样的情况下，有时人们坚持有必要审查行动的动机。有时，即使动机

诉开曼群岛；美国最高法院，1993年3月23日，沙特阿拉伯等诉 Nelson (ILR100, 第545页)；联合王国上诉法院，1993年11月12日，Littrell 诉美利坚合众国(ILR100, 第438页)；美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区，1994年7月19日，Cicippio 等诉伊朗伊斯兰共和国(ILR107, 第297页)；美国 Delaware 县法院，1994年8月3日，EAL(Delaware)公司、Electra 航空公司等诉欧洲飞行安全组织和英国民航航空管理局(ILR107, 第318页)；爱尔兰高等法院，1994年11月22日，Schmidt 诉联合王国政府内政大臣、市政警察专员及 Jones (ILR103, 第322页)；新西兰上诉法院，1994年11月30日，Pitcairn 及有关群岛总督诉 Sutton (ILR104, 第508页)；美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区，1995年1月20日，Janini 诉科威特大学(ILR107, 第367页)；美国上诉法院，1995年5月16日，Gates 等诉 Victor 精细食品公司等(ILR107, 第371页)；新西兰上诉法院，1996年2月16日，KPMG Peat Marwick 等诉 Davison/监督员和总审计员诉 Davison Brannigan 等诉 Davison (ILR104, 第526页)；美国上诉法院第五巡回区，1996年3月18日，Brown 诉 Valnet-Appleton (Lexis 4875)；联合王国上诉法院，1996年7月31日，一家股份有限公司诉 B 银行和 X 银行 (ILR111, 第590页)；美国上诉法院第九巡回区，1997年4月23日，Nordmann 诉泰国航空公司(Lexis 8646)；以及美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区，1998年10月28日，Atkinson 诉美国联络 Dev 银行(Lexis 24915)。

⁵³ 加拿大最高法院，1992年5月21日，美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等 (ILR 94, 第264页)。

⁵⁴ 特别是上文脚注49提到的美国法院的案例。

和目的被裁定与确定一项活动的商业性质无关，却仍然参照了该项活动进行时的背景。⁵⁵

50. 正是有关申诉的活动的性质、而不是该实体投入的其他活动的性质，才具有真正的重要意义。因此，以下的事实是不够的：有关的实体进行了与申诉无关的某些形式的商业活动。换句话说，在商业活动与该行动的原因之间必须有某种联系。行动的原因应当以相关的方式从商业交易中显示出来。一个实体进行其他场合的商业活动这一单纯的事实并不意味着：它在特定的案例中不可能要求豁免。

51. 在某些国家，活动的地点也被认为是重要的，因为它是要求管辖的一项单独的标准，或者它被认为与确定交易的商业性质有关。在这样的情况下，以商业活动为理由而排除豁免可能是不适用的，如果在商业活动与审议该问题的法院所在国家之间并不存在任何关系或联系的话。⁵⁶

52. 还可能同样重要的是：应当在所有有关情况的背景下审查这项活动，例如行为的全过程，以确定它究竟是一项主权活动或商业活动。因此，购买服务从表面上看可能是一项商业活动，但联系背景来观察，它可能显示为一项非商业活动。

53. 两个国家的政府以政府的身份直接相互打交道的活动，尽管主题题目涉及它们的公民或政府实体的商业活动，却被裁定并不构成商业活动。

54. 以下的活动被认为是“商业活动”：发行债务、谈判并安排多数股票持有人、出租不动产进行私营商业活动，⁵⁷由一家属于国家的银行发行汇票作为公共工

⁵⁵ 例如见澳大利亚维多利亚最高法院，1992年2月17日，Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101, 第193页)。

⁵⁶ 加拿大法院的一项案例假定上文的规定为两个阶段的调查，即评估该项活动的性质、接着评估该项活动与国内法院程序的关系。但是，那是涉及就业的一个案例，这在草案中是另行处理的。见加拿大最高法院，1992年5月21日，美利坚合众国诉加拿大公共服务联合会等(ILR 94, 第264页)。

⁵⁷ 巴黎中级法庭第二区，1991年2月7日，欧洲装备公司诉科特迪瓦农产品稳定和支助储备银行欧洲中心等，ILR 1992, 第37页。

程建筑的保证、⁵⁸ 按照一项租船合同向某个政府公司出租船只并予以担保⁵⁹，以及向一家私营公司租用服务以便对一个国家的农村发展提供咨询意见。⁶⁰

55. 以下的活动被认为不是“商业活动”：接受解释性的声明、决定取消此类声明、向公众发出通知、在航运基地处理劳资关系、发行货币、向公司包租、公司的规章、对公司进行监督、行使警察权力、在本国或国际领空因航行服务而征集税收、事先未经司法批准没收财产以收回债权、实施一般国家政策以维护法律与秩序并保持和平，以及在另外一个国家保持某个国家的钱币以便予以支配或实际上的支配。

4. 工作组的建议

56. 根据上文的要素对这一问题进行讨论之后，工作组商定：以下的建议可以转递大会。

57. 关于适用什么样的标准以确定一项合同或交易的商业性质的问题，其产生仅仅是由于有关双方对于适用某一个具体的标准未能取得一致意见，⁶¹ 以及适用的法律并没有作出其他规定。

58. 在国家法律中考虑的标准或者由国家法院实施的法律表现出某种多样性，除其他外包括有关行动的性质、它的目的或动机，以及某些其他补充性的标准，例如活动的地点以及所有与行动有关的情况的背景。

59. 工作组审议这一问题时，审查了以下可能的备选方案：

- (a) 以性质检验作为唯一的标准；
- (b) 以性质检验作为首要的标准。[第二条第 2 段后半部分应予删节]；

⁵⁸ 法国上诉法庭，1996 年 11 月 18 日，喀麦隆发展银行诉机构公司，ILR 1988，第 532 页。

⁵⁹ 新西兰奥克兰高等法院海事区，Reef 轮船有限公司诉 Fua Kavenga 轮船公司，ILR 1992，第 556 页。

⁶⁰ 美国上诉法院哥伦比亚特区巡回区，1997 年 2 月 17 日，务实观念公司诉玻利维亚共和国，ILR 1993，第 420 页。

⁶¹ 见上文脚注 40。

- (c) 首先强调性质检验，同时以目的检验作为补充，而由每一国家发表声明，说明其国内法律规则或政策；⁶²
- (d) 首先强调性质检验，并以目的检验为补充；
- (e) 首先强调性质检验，并以目的检验为补充，但对“目的观”的范围加以某些限制，或者对“目的”作某些例举⁶³。这类限制或例举应当比仅仅提到某些人道主义的理由要更为广泛；
- (f) 在第2条中仅仅提及“商业合同或交易”，而不作进一步的解释；
- (g) 采纳1991年国际法学会建议中所采取的办法⁶⁴，这一办法的基础是例举各种标准并且将各种原则予以平衡，以便根据某一特定案例的管辖豁免界定法院的职权范围。

60. 作为这一审查的结果，并且考虑到每一案例的事实区别，以及不同的法律传统，小组成员认为：上文(f)备选方案是最容易被接受的。人们认为：在所谓性质检验与目的检验之间的区分可能在实际上并不象长时间辩论所暗示的那样意义重大。人们指出：国际法学会条款草案所载的某些标准可以作为有益的指南，用以指导国家法院和法庭确定在具体的案例中是否应当给予豁免。

C. 关于国家企业或其他国家实体商业交易的概念

1. 国际法委员会草案的有关规定

61. 委员会1991年向大会建议草案载有如下规定：

第10条. 商业交易

... ..

3. 一国享有的管辖豁免在一个国家企业或该国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：

⁶² 文件A/C.6/49/L.2第6段所建议的备选方案(见上文脚注46)。

⁶³ 见上文脚注42。

⁶⁴ 关于案文，见下文附录。

- (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。

2. 问题的沿革

62. 委员会一读通过的条款草案没有就国家企业作任何特别规定。委员会在第二位特别报告员初步报告中建议第 11 条之二后开始审议这一议题。他解释说，制订新的提案时考虑到了若干国家的一般性评述。⁶⁵ 这些国家建议列入分离的国家财产方面的某种规定，因为这在社会主义国家得到广泛的承认，这意味着国家企业作为一个法律实体，拥有国家财产的分离部分。⁶⁶ 鉴于国家对这类企业有着基本利益，因此它们认为，如果不对这些企业豁免，就可能会影响到有关国家的豁免。为了保护后者，这类规定被认为是必要的。相反的观点认为，由于企业与国家的关系密切，应该能够穿透法人的面纱，使国家无法利用这类企业逃避责任。

63. 委员会 1989 年第四十一届会议，根据特别报告员初步报告提出的建议，讨论了分离的国家财产问题。特别报告员建议说，该规定的目的不止是界定分离的国家财产的概念，而且还要免除外国主权国家出庭在国家企业与分离财产和外国法人之间在商业合同方面的分歧诉讼中援引豁免。⁶⁷ 虽然委员会许多委员认识到这种规定的意义，但他们不能就案文达成一般性的协议。

⁶⁵ 白俄罗斯苏维埃社会主义共和国和苏维埃社会主义共和国联盟。第 122 段，《关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告》，A/CN.4/415，《1988 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 109 页。

⁶⁶ 白俄罗斯苏维埃社会主义共和国，各国政府提出的说明和意见，A/CN.4/410 和 Add.1-5，《国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，第 3 段，英文第 60 页；苏维埃社会主义共和国联盟，同上，第 6 和第 7 段，英文第 83 页。

⁶⁷ 第 2115 次会议，第 23 段，《第四十一届会议各次会议简要纪录》，《1989 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 138 页。提出的建议如下：“如果一个国家企业代表国家与外国自然人或法人签订商业合同，而根据国际私法所适用的规则，商业合同方面的分歧属另一国的法院管辖，那么前一个国家不能在因这项商业合同引起的诉讼中援引管辖豁免，除非代表国家为合同当事方并有权拥有和处置分离的国家财产的该国家企业在商业合同方面受到与自然人或法人一样的责任规则的管辖。”

64. 在 1989 年的联大第四十四届会议上，第六委员会讨论了分离的财产问题。有些代表表示支持，建议该条款在商业合同方面对国家及其独立企业作必要的区分，这是一个重要的概念，值得详细研究。有人说，这一概念如果能一贯适用，可用于限制在国营企业缔结的商业合同方面对国家滥用司法诉讼。一名代表不同意这条规定。他认为，参与经济和贸易活动的国家实体，包括公司、企业或有独立法人资格的其他实体，根据国内法或国际法，实际上并不享受管辖豁免；而如果这些实体参与管辖所在地国的商业活动，那么在商业合同和其他民事问题上，它们受到与私人 and 法人同样的责任规则的管辖。他认为，将这些国营实体的责任归因于国家本身，等于要国家保证对它的实体的行为承担无限责任。他还指出，在司法豁免方面将国家从它们的独立实体中分开，是所有国家关注的问题。⁶⁸ 还有的代表认为，分离的国家财产概念需要作进一步澄清，他们对是否有必要在条款草案中对这一专题作特别规定表示疑问。一名代表指出，虽然这一规定要解决的真正问题是国家在国家企业缔结合同时产生的责任，但有可能在这些条款草案中予以处理。⁶⁹

65. 特别报告员在 1990 年委员会第四十二届会议上就第 11 条之二提交了新的建议⁷⁰，委员会讨论了这一议题。主要的论点有二类：一方面，有些委员认为，国家企业作为独立并在法律上独立于国家的实体从事商业交易，适用范围非常广泛，因为它特别适合于发展中国家，甚至也适合于许多发达国家。另一方面，还有些委员认为，这一规定适用有限，因为分离财产的概念是社会主义国家的特点，不应列入条款草案。⁷¹

⁶⁸ 《大会第四十四届会议第六委员会举行的讨论专题概要》，第 241 段，A/CN.4/L.443, 英文第 72-73 页。

⁶⁹ 同上，第 242 段，英文第 73 页。

⁷⁰ 《关于国家及其财产的管辖豁免的第 3 次报告》，A/CN.4/431, 《1990 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，英文第 13 页。

⁷¹ 第四十二届会议各次会议简要纪录，第 2158 次、第 2159 次、第 2160 次、第 2161 次、第 2162 次和第 2163 次会议，《1990 年国际法委员会年鉴》，第一卷，英文第 78-94 页。

66. 在 1991 年第四十三届会议上，起草委员会提出了新的案文，⁷² 委员会通过了这条案文。这条新案文的要点如下：第一，以前的第 11 条之二作为第 3 款插入第 10 条，第二，用词更笼统，特别是删除了“分离的”一词。⁷³

67. 1992 年大会第 46/55 号决议设立的工作组主席提出了一条非常不同的案文，建议删除第 10 条第 3 款，列入新的条款。⁷⁴ 他提出这项提案是为了用尽量明确的措词就豁免问题表达国家与国家设立并拥有独立法人地位的某些企业和实体之间的区分。只要不涉及行使国家主权，不仅在企业从事的商业活动方面，而且还在企业的其他活动方面均承认这种区分。⁷⁵

68. 他的提案没有解决有些代表提出的国家企业资本不足的问题。为此，主席介绍了他在辩论结束后收到的委员会特别报告员就这一专题提出的提案。⁷⁶ 该提案的目的是要给私人公司以“穿透公司面纱”的机会，就国家企业从事的交易向国家提出起诉。主席支持这一提案，并提出：将关于加强国家企业财务透明度，以免有些代表团反对的条款，似乎更容易接受。⁷⁷

69. 1993 年按照第 47/414 号决议设立的工作组继续讨论这一问题。关于要采取的办法，有两种不同观点：一种是支持国际法委员会条款草案的办法，另一种要在第二部分(总原则)或草案第四部分所载的保留条款中处理这一问题。主席根据后

⁷² 第四十三届会议各次会议简要纪录，第 2218 次会议，《国际法委员会年鉴》，第一卷，英文第 68-72 页。

⁷³ 《委员会提交大会的第四十三届会议工作报告》，《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 11 段，英文第 35-36 页。

⁷⁴ 这条建议涉及删除第 10 条第 3 款，列入下列新的条款，可作为第 5 条第 2 款或作为第五部分的新的一条：“在与行使主权所从事的行为无关，而涉及国家设立的(a)拥有独立法人资格，(b) 能够起诉或被诉，(c) 能拥有、控制、处置财产的国家企业或其他实体的诉讼中，另一国的法院不应对一国及其财产行使管辖权。”

⁷⁵ 《工作组报告》，A/CN.4/47/L.10,第 31 和 32 段，英文第 6-7 页。

⁷⁶ 该提案设想在第 10 条第 3 款或在主席对第 2 条第 1(b)(四款的另一提案中增加下列案文：保持交易另一方可以按照该国国内法或书面合同获得的适当的资产负债表或财务记录。”

⁷⁷ 同上，第 33 和 34 段，英文第 7 页。

一种办法提出了一项提案。⁷⁸ 打算将第 2 款代替第 10 条第 3 款，第 3 款将规定国家作为国家企业或其他实体担保人而可能承担的责任。⁷⁹

70. 工作组分别讨论了主席提出的提案各款。第 1 款一字不变地照搬国际法委员会的案文，对该款在措词上提出了一些建议。就第 2 款而言，虽然有些代表团反对，另有一些代表团对过个问题保留意见，但总的来说，除有一些保留外，该提案受到欢迎。在第 3 款是否合适及其所涉的问题上交换了各种意见。

71. 在根据大会第 48/413 号决定举行的非正式磋商中，主席扼要介绍了主要问题，并提出一项可能的折衷基础。⁸⁰ 委员会一些委员在书面评述中支持主席的折衷基础。⁸¹

3. 最近的有关案例法摘要

72. 以下各段是根据委员会秘书处编写的案例摘要中所载的一些结论编写的，时间范围从 1991 年至 1999 年。⁸²

⁷⁸ 案文如下：“将目前的第 5 条案文变成第 1 款，加进如下两条新款：2. 在 (a) 拥有独立法人地位，(b) 能以自己的名义起诉和被诉，(c) 能采购、占有或持有和处置财产的国家企业或国家设立的另一实体所从事的商业交易方面，一国法院不应对其另一国及其财产行使管辖权。

3. 如果国家作为国家企业或其他实体的债务担保人，或者如果企业或实体在交易中充当国家授权机构，上述第 2 款不影响法院考虑国家的责任。”

⁷⁹ 《工作组报告》，A/C.6/48/L.4, 第 49 和 50 段，英文第 10 页。

⁸⁰ 根据大会第 48/413 号决定举行的非正式磋商，A/C.6/49/L.2, 第 7 和第 8 段，英文第 3 和第 4 页。折衷基础的案文如下：“第 10 条第 3 款的规定范围可以澄清，只要指出，就国家企业或国家设立的其他实体所从事的商业交易而言，国家责任问题可以提出，如：(a) 国家企业或其他实体以国家授权代表身份从事商业交易；(b) 国家实体的债务的担保人；或(c) 国家实体故意误服其财务状况或随后减少其资产以避免偿付索赔。”

⁸¹ 各国提交的答复，A/53/274 和 Add.1。

⁸² 秘书处在摘要中讨论了与这一问题有关的以下案例：联合王国、高等法院，1991 年 7 月 9 日，Re Rafidain 银行(ILR 101, 这 332)；美国，上诉法院，第二巡回庭，1991 年 10 月 28 日，美国，上诉法院，第二巡回庭，1993 年 7 月 21 日，Antares Aircraft LP 诉尼日利亚联邦共和国和尼日利亚机场管理局(ILR 107, p. 225)；澳大利亚，维克多利亞最高法院，

73. 那样能够将实体的行为看作国家部门的行为，在国家与有关实体之间是乎必须要有一种法律关系。如果不能表明这种法律关系，就不能“穿透面纱”触及该部门的资产。

74. 有权获得主权豁免的国家实体与充当政府代理人或代表机构的国家实体在责任方面已作出了区分。后者被认为需要比实体更加实质的关系来确定为国家实体。⁸³ 有一种假定，即国家部门保留它们独立的法律地位，原告承担反驳这种假定，证明存在着代理机构关系的责任。⁸⁴

1992年2月17日，Reid诉瑙鲁共和国(ILR101,p. 193); 美国，上诉法院，第九巡回庭，1992年5月22日，Siderman de Blake等诉阿根廷共和国等(ILR 103,p. 454); 美国，上诉法院，第五巡回庭，1992年6月4日，美国诉Moats (ILR 103,p. 480); 美国，上诉法院，第五巡回庭，1992年6月11日，Arriba有限公司诉墨西哥石油公司(ILR 103,p. 490); 美国，上诉法院，第五巡回庭，1992年7月8日，Walter Fuller飞机销售公司诉菲律宾共和国(ILR 103,p. 503); 美国，上诉法院，第七巡回庭，1992年12月14日，Richard A. Week诉开曼群岛(Lexis 32985); 美国，上诉法院，第二巡回庭，1993年3月16日，Seetranssport Wiking Trader Schiffahrtsgesellschaft MBH & Co, Kommanditgesellschaft诉Navimpex Centralia Navala (ILR 103,p. 559); 美国，最高法院，1993年3月23日，沙特阿拉伯等诉Nelson (ILR 100,p. 545); 美国，上诉法院，第二巡庭，1993年4月19日，Cargill International SA诉M/TPavel Dybenko; 加拿大，安大略上诉法院，1994年1月31日，Walker等诉纽约银行股份有限公司(ILR 104,p. 277); 美国，上诉法院，第九巡回庭，1994年6月16日，关于菲由南·马科斯财产的人权诉讼Hilo等诉马科斯财产(ILR 103,p. 52; ILR 104,p. 119); 美国，上述法院，1995年5月16日，Gates等诉Victor Fine Foods等(ILR 107,p. 371); 美国，上诉法院，第九巡回庭，1997年4月23日，Nordmann诉泰国航空有限公司(Lesis 8646); 美国，上诉法院，哥伦比亚特区巡回庭，1998年10月28日，Atkinson诉美洲开发银行(Lexis lexis 24915)。

⁸³ 美国，上诉法院，第五巡回庭，1992年7月8日，Walter Fuller飞机销售股份有限公司诉菲律宾共和国(ILR 103,p. 503)。

⁸⁴ 美国上诉法院，第五巡回庭，1992年6月11日，晶Arriba有限公司诉墨西哥石油公司(ILR 103,p. 490)。

75. 如果国家违背国际法获得财产权，而且获得的这种财产由国在另一国从事商业活动的代理机构或部门经营，那么国家不能要求豁免。⁸⁵

76. 银行及其雇员，如按海关官员的要求参加假冒的武器交易，则被认为是外国代理人，因此，尽管银行及其雇员与国家没有体制上的关系，但仍可免于起诉。⁸⁶

77. 委员们认为，凡在官方身份外，未经外国授权而从事活动的人可予拒绝豁免，因为他们的行为不国家代理人的行为。⁸⁷

4. 工作组的建议

78. 工作组根据上述内容讨论了该议题。它特别审议了第六委员会 1994 年非正式磋商会议主席的报告中就这一议题所载的可能达成折衷的基础。⁸⁸

79. 工作组的结论是，可以将下列结论提交大会。

80. 对第 10 条第 3 款可作澄清，即表明国家豁免不适用于下列情况下国家企业或该国设立的其他实体所从事商业交易方面的责任赔偿：

(a) 国家企业或其他实体作为国家授权机构从事商业交易；

(b) 国家充当国家企业或其他实体的责任担保人；

可以通过将(a)和(b)所述的行为定为商业行为或者在该条款通过时共同如此理解来实现这种澄清。

81. 工作组还审议了上述折衷基础所建议国家责任的第三种理由，即“故意误报财务状况或者随后为了逃避赔偿而减少自己的资产”。

⁸⁵ 美国，上诉法院，第九巡回庭，1992年5月22日，Siderman de Blake 等诉阿根廷共和国等(ILR 103,p. 454)。

⁸⁶ 加拿大，安大略上诉法院，1994年1月31日，Walker 等诉纽约银行股份有限公司(ILR 104,p. 277)。

⁸⁷ 美国，上诉法院，第九巡回庭，1994年6月16日，关于菲迪南·马科斯财产的人权诉讼 Hilao 等诉马科斯财产(ILR 103,p. 52； ILR 104,p. 119)。

⁸⁸ 文件 A/C.6/49/L.2, 第 8 段；(见上文脚注 80)。

82. 工作组认为，这一建议超出了第 10 条的范围，它处理如下问题：管辖豁免、执行豁免以及特殊情况下穿透公司面纱是否合适的问题。工作组还认为，这一建议忽视了国家实体在这样做时是自行其是还是在按国家指令做的问题。

83. 工作组认识到，穿透公司面纱的问题引起一些实质问题和豁免问题，但它认为不宜在它的现行任务范围内予以处理。

D. 雇用合同

1. 国际法委员会草案的有关规定

84. 委员会向大会建议的草案包括下列规定：

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；
- (b) 该诉讼的主题是个人的征聘、雇用期的延长或复职；
- (c) 该雇员在签定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。

2. 问题的沿革

85. 第 11 条设法使雇用国和法院地国相互竞争的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，⁸⁹ 特别是需要保护雇用者，使他们可以利用法律程序。

86. 第 11 条第 1 款说明这样的规定：各国在有关当地雇用的诉讼中，不享有管辖豁免。第 2 款列举了该规定的例外情况。人们关切，例外情况将削弱规定的效力。⁹⁰

87. 在 1994 年非正式磋商中，对于第 2 款(a)和(c)项有着分歧的看法。关于(a)项，有这样的问题：“与行使政府权力密切有关的”等字样是否足够清楚，可以便利法院适用此一规定。关于(c)项，有人建议这项规定与基于国籍的非歧视原则相抵触。主席建议，进一步审议能否澄清(a)项所载的字样。他也建议根据非歧视原则，删除(c)项。⁹¹

88. 关于(a)项，应当指出的是，一读通过的条款草案已经包括这项例外情况，当时的案文是：

“(a) 征聘该雇员是为了提供与行使政府权力有关的服务”；

89. 1988 年，特别报告员 Motoo Ogiso 先生在初步报告中说，他对于若干政府在书面评论中表达的忧惧具有同感，即当时措辞的(a)项可能引起过分宽松的解释，从而导致日后实施公约上的混乱。他建议予以删除。⁹² 1989 年，他表达了同样的看法。⁹³

90. 特别报告员建议删除(a)项是对下述意见的反应：委员会若干成员和各国政府认为该项规定涵盖的人员种类太广泛。然而，特别报告员认为，(a)项的主要目的

⁸⁹ 第 11 条评注 5。

⁹⁰ 见 A/C.6/L.4 号文件，第 62 段。

⁹¹ A/C.6/49/L.2, p.4, 第 9 和 10 段。主席提出折衷的基础如下：“可以进一步考虑是否能够澄清(a)项的措辞，并且鉴于非歧视原则，将(c)项删除”。

⁹² 《国际法委员会年鉴》，1988 年，第二卷，第一部分，第 110 页，第 132 段。

⁹³ 《国际法委员会年鉴》，1989 年，第二卷，第二部分，第 110 页，第 508 段。

在于使得外交使团的行政和技术人员不得适用第 1 款。因此，他于 1990 年撤回他删除(a)项的提议，并提出备选案文。提出的案文是：

“(a) 该雇员是外交或领事使团的行政或技术人员，与行使政府权力有关；”

91. 委员会若干成员支持特别报告员的备选案文；而另外成员倾向于要么删除该项，要么使用一读通过的案文的大致措词。

92. 1991 年，二读通过了目前形式的(a)项。委员会二读认为，一读通过的案文中“与行使政府权力有关的服务”的提法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“有密切联系”。为了避免与履行服务工作的合同造成混淆(这种合同属于“商业交易”的定义范围，因而适用第 10 条)，遂将“服务工作”改为“职务”。⁹⁴

93. 1991 年二读通过了目前形式的(c)项。关于本项是否造成同非歧视原则的冲突，1988 至 1990 年一直没有加以讨论。⁹⁵

94. 评注说，本规定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，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。⁹⁶

⁹⁴ 《国际法委员会年鉴》，1991 年，第二卷，第二部分，第 43 页，第 9 段。

⁹⁵ 《国际法委员会年鉴》，1988 年，第二卷，第一部分，第 110 页，第 130 段。
《国际法委员会年鉴》，1990 年，第二卷，第二部分，第 34 页，第 183 段。

⁹⁶ 《国际法委员会年鉴》，1991 年，第二卷，第二部分，第 44 页，第 11 段。

3. 最近的案例法摘要

95. 以下各段引用委员会秘书处关于 1991-1999 年期间所编写案例法摘要所载的若干结论。⁹⁷

96. 虽然有人主张，没有普遍接受的国际法原则来约制外国雇员的地位，但有关的案例法经常认为雇用合同只是特殊形态的商业/私法合同。

⁹⁷ 与本问题有关的下列案例由秘书处在其摘要中予以审查爱尔兰，高等法院，1991年3月14日，最高法院1999年3月12日，加拿大政府诉雇用上诉法院和Burke(ILR 95，第467页)；芬兰，最高法院1991年，M. K. B. van der Hulst诉美国(NYIL 1992年，第379页)；澳大利亚，维多利亚最高法院1992年2月17日，Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101，第193页)；荷兰，海牙分区法院，1992年4月15日，M. H. C. 诉古巴共和国(NYIL 1996年第319页)；加拿大，最高法院，1992年5月21日，美利坚合众国诉加拿大公共事业联盟及其他(ILR 94，第264页)；美国，上诉法院，第五巡回法庭，1992年6月11日，Arriba Limited诉Petroleos Mexicanos(ILR103，第490页)；荷兰，最高法院，1993年3月2日，L. F. L. M. 诉公共检察厅(NYIL 1994年，第527页)；比利时，布鲁塞尔上诉法院，1993年3月10日，Rafidain银行和伊拉克工业部诉Consarc公司(ILR 106，第274段)；美国，最高法院，1993年3月23日，沙特阿拉伯及其他诉内尔松(ILR 100，第545页)；荷兰，阿姆斯特丹区法院，1993年5月26日，1993年5月26日，意大利共和国诉B. V(NYIL 1995年，第338页)；联合王国，雇用上诉法庭，1994年11月17日，尼日利亚大学委员会伦敦办公室诉Bastians(ILR 107，第613页)；新西兰，上诉法院，1994年11月30日，Pitcairn及附属岛屿省长诉Sutton(ILR 104，第508页)；联合王国，雇用上诉法庭，1994年12月14日，Jayetilleke诉巴哈马高级委员会(ILR 107，第622页)；联合王国，上诉法院，1995年3月3日，雇用上诉法庭，1995年7月10日，阿拉伯联合酋长国诉Abdelghafar及另一人(ILR 104，第647页)；联合王国，雇用上诉法庭，1995年6月6日，阿拉伯埃及共和国诉Gamal/Eldin(ILR 104，第673页)；联合王国，雇用上诉法庭，1993年10月8日，上诉法院民事部，1995年7月6日，沙特阿拉伯王国政府诉Ahmed(ILR 104，第629页)；美国，上诉法院，哥伦比亚特区巡回法庭，1995年1月20日，Janini诉科威特大学(ILR 107，第367页)；美国，上诉法院，1995年5月16日，Gates及其他诉Victor Fine Foods及其他(ILR 107，第371页)；美国，上诉法院第五巡回法庭，1996年3月18日，Brown诉Valmet-Appleton(Lexis 4875)。

97. 在这方面，重要地是区分两类国家：一类国家关于主权豁免的法律对雇用合同作出具体规定；一类国家没有这种法律或者对于这一专题没有规定。在后一种情况必须把雇用合同当作商业或私人法律合同予以分析，而在前一种情况，唯一的问题是，雇用合同是否属于相关的条款。

98. 重要的关注一贯是，在国家主权与司法利益之间求得平衡，当个人与国家交易时涉及这种利益。达到这种平衡的一种方法是，强调属于主权公共或政府性质的行为属于商业或私人性质的行为两者的区别。在拒绝承认国家豁免的情况，⁹⁸ 人们认为重要的是，一名外国航空公司雇员履行的任务与一名商业驾驶员相同，因此不得行使主权权力。在另一种情况，⁹⁹ 人们认为重要的是承认下述的主权豁免：一位雇员的雇用在于履行主权职责的行政和事务支助。

99. 受雇于外交或领事职位的人员，其工作涉及政府权力的行使，一般获得豁免。

100. 受审理的案件表明法院有种趋势要找出，它们有管辖权可听取有关雇用合同的争议，而这种雇用是私人部门的雇用。然而，也有一种理解，有些雇用根据涉及雇员从事政府活动的合同，在这种情况下，法院准备给予豁免。

101. 尽管如此，工作组注意到，根据第 11 条第 2 款(b)项，外国在关于雇用合同的案件，其诉讼的主题是征聘、雇用期延长或复职，该国不享有豁免。但是豁免并不排除对于未付薪金或者在这种情况下免职损害赔偿金的管辖权。

102. 工作组注意到，个别雇员的权利与义务有着区别，而且注意到一般雇用政策的问题，¹⁰⁰ 后者主要是关于法院地国公共事务的管理问题。

⁹⁸ 澳大利亚，维多利亚最高法院，1992年2月17日，Reid诉瑙鲁共和国(ILR 101, 第193页)。

⁹⁹ 新西兰，上诉法院1994年11月30日，Pitcairn and Associated Islands 荷兰诉 Sutton(ILR 104, 第508页)。

¹⁰⁰ 尤其是，见下列各案：意大利大使馆和领事馆工作人员工会诉美国，1981年，65 ILR, 第338页；美利坚合众国诉加拿大公共事业及其他，ILR 94, 第264页。

4. 工作组的建议

103. 在根据上述因素讨论本问题之后，工作组同意向大会提出下述建议。

104. 关于第 11 条第 2 款(a)项，工作组暂时同意，在“履行与行使政府权力密切有关的职务”这种提法中删除“密切有关”字样，以便把该项的范围限于“在行使政府权力中履行职务的人士”。

105. 工作组还同意，可以进一步澄清该项；清楚说明：如果征聘该雇员是为了在行使政府权力中履行职务，则不适用第 11 条第 1 款，特别是：

- 正如《1961 年维也纳外交关系公约》和《1963 年维也纳领事关系公约》分别界定的外交人员和领事官员。
- 常驻国际组织代表团和特别使团的外交人员。
- 享有外交豁免的其他人员，诸如征聘代表一国出席国际会议的人员。

106. 关于第 11 条第 2 款(c)项，工作组同意向大会建议，由于该项与基于国籍的非歧视原则相抵触，宜于将之删除。然而，不应根据要求可能不被接受而过早判断这项删除，这项要求根据的是国家豁免以外的，例如法院地国缺少管辖权的情况。在这方面，工作组注意到第 11 条第 1 款由于“部分”二字含义，而可能造成的不确定性。

107. 工作组注意到，宜于在第 11 条清楚反映上文第 102 段所述的区别。

E. 对国家财产执行强制措施

1. 国际法委员会草案的有关规定

108. 委员会 1991 年向大会建议的草案包括下列规定：

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。

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。

2. 问题的沿革

109. 1991 年通过的条款草案明确地区分了管辖豁免和强制措施的豁免。它们的出发点是不得采取强制措施的原则，因此也规定了对这一原则的某些例外。

110. 委员会一读时通过了三条案文：第 21 条(免于强制措施的豁免)、第 22 条(对强制措施的同意)和第 23 条(特定种类的财产)¹⁰¹。关于第 21 条，各国政府的评论可分成两类：一类认为有必要阐明规定的范围并避免对可能合法地对财产施加强

¹⁰¹ 《1986 年国际法委员会年鉴》第二卷，第 2 部分，委员会第三十八届会议报告(A/41/10)。一读时的条款案文如下：

第 21 条. 免于强制措施的国家豁免

一国在有关另一国法院的诉讼中，享有免于对其财产或该国占有或控制的财产[，或该国在其中拥有法律保护的利益的财产]的使用实行的强制措施的豁免，包括免于任何扣押、扣留和执行措施的豁免，除非该财产：(a) 系该国专门用于或意图用于商业[非政府性]用途而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构或部门有关，或(b) 已被该国拨充或专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求。

第 22 条. 对强制措施的同意

1. 一国在有关另一国法院的诉讼中，对有关使用其财产，或该国占有或控制的财产[，或该国在其中有法律保护的利益的财产]的强制措施，如果该国以(a) 国际协定；(b) 书面合同，或(c) 在法院对特定条件发表的声明明示同意对该财产采取强制措施，即不得援引豁免。

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

第 23 条. 特定种类的财产

1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条(a)款所指的一国专门用于或意图用于商业[非政府性]用途的财产：(a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构或国际会议的代表团用途的财产，包括任何银行帐户款项，(b) 属于军事性质，或用于或意图用于军事目的的财产，(c) 该国中央银行或其他货币当局位于与一国领土内的财产，(d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售或意图出售的财产，(e) 构成在另一国领土内举行的具有科学或历史价值的物品展览的一部分，并非供出售或意图出售的财产。

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

制措施的情况作不必要的限制，¹⁰² 另一类坚持认为免于强制措施的国家豁免原则很重要。¹⁰³ 与其他两条规定比较，就第 22 条提出评论的国家较少。¹⁰⁴ 关于第 23 条，各国政府的评论集中于进一步澄清每一款和项的意义。¹⁰⁵ 根据审查各国政府的评论的结果，特别报告员在其初步报告以及第二次报告中都建议了一些修改，但没有改变有关条款的基本结构。¹⁰⁶ 对一读通过的案文仍然存在批评。

111. 特别报告员在第三次报告中建议了两个备选案文供二读。第一备选案文是一读时通过的案文，第二备选案文则将它改写了。¹⁰⁷ 他解释说，根据到目前为止

¹⁰² 下列国家政府的评论可说是属于这一类：联合王国、德意志联邦共和国(当时)、比利时、五个北欧国家、澳大利亚、加拿大、卡塔尔和瑞士，“关于国家及其财产管辖豁免的初步报告”(A/CN.4/415)第 211-213 段，《1988 年国际法委员会年鉴》第二卷，第 1 部分，第 117 页。

¹⁰³ 德意志民主共和国、白俄罗斯和苏联的评论属于这一类，第 216 段，同上，第 117 页。

¹⁰⁴ 第 222-225 段，同上，第 118 页。

¹⁰⁵ 第 228-237 段，同上，第 118-119 页。

¹⁰⁶ “关于国家及其财产的管辖豁免的初步报告”(A/CN.4/415)第 240 段，《1988 年国际法委员会年鉴》第二卷，第 1 部分，第 119 页；“关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告”(A/CN.4/422 和 Add.1)第 46 段，《1989 年国际法委员会年鉴》第二卷，第 1 部分，第 73 页。案文见附件三。

¹⁰⁷ “关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告”(A/CN.4/431)，《1990 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 1 部分，第 18-19 页。案文如下：第一备选案文：一读时通过的案文；第二备选案文：第 21 条免于强制措施的国家豁免：1. 法院所在国不得对其领土上的一个外国的财产采取查封、扣押和执行等强制措施，除非：(a) 该一外国以下列方式明示同意对该财产采取此类措施：(一) 仲裁协定；(二) 国际协定或书面合同；(三) 在双方发生争端之后提出的书面同意书；或(b) 该财产已被该一外国拨充和专门指定用于清偿作为该诉讼标的的诉讼要求；或(c) 该财产在法院所在国领土上，并且该国专门用于或意图用于商业[非政府性]用途[而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构和部门有关]。

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

第 22 条：特定种类的财产：1. 下列各类国家财产不应视为第 21 条第 1 款(c)项所指的一国专门用于或意图用于商业用途的财产：(a) 位于另一国领土内，用于或意图用于该国使馆、领馆、特别使节团、驻国际组织代表团、派往国际组织的机构和国际会议的代表

收到的书面评论以及在第六委员会和委员会上所提出的意见，审慎限制执行而不是完全禁止执行可能更有机会获得大家的赞成。¹⁰⁸ 他还增加了关于国营企业的新规定。¹⁰⁹

112. 委员会委员普遍支持第二备选案文的基本做法，包括将第 21 条和第 22 条合并的做法。¹¹⁰ 不过，他们对新的第 21 条的内容表示了不同的意见。尤其是，所讨论的两个主要问题之一是拟议删去一读时通过的第 21 条起始段和第 22 条第 1 款列入的放在方括号中的措词“或该国在其中有法律保护的利益的财产”。¹¹¹ 委员们意见不一致的另一点是关于是否删去新的第 21 条第 1 款(c)项中放在方括号中的措词“而且与诉讼要求的标的有关，或者与被诉的机构和部门有关”。关于特别报告员建议的新的第 22 条，许多委员赞成在第 1 款(c)项中增加“并且用于货币用途”的措词。¹¹² 关于新的第 23 条，大多数委员认为这一条可能没有必要，不过认为委员会不妨等待关于新的第 2 条中“国家”一词定义的工作的最后结果和第 11 条之二草案的最终命运再作决定。委员们认为，为商业目的设立的国营企业，并不是新的

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) 该一外国中央银行和其他货币当局位于法院所在国领土内并且用于货币用途的财产；(d) 构成该国文化遗产的一部分，或档案的一部分，位于另一国领土内，并非供出售和意图出售的财产；(e) 构成在另一国领土内举行的具有科学和历史价值的物品展览的一部分，并非供出售和意图出售的财产。

2. 对第 1 款所列财产种类和其一部分，不得在有关法院所在国的法院的诉讼中采取强制措施，除非该国已按第 21 条第 1 款(a)项具体同意对此类财产和其一部分采取强制措施，和已按第 21 条第 1 款(b)项将该财产拨充或专门指定用途。

第 23 条：如果一个国家的财产，包括一个单独的国家财产已经由该国委托国营企业作为商业用途，则该国对该国有财产在法院所在国的法院中，不得援引强制措施的豁免。

¹⁰⁸ 第 5 段，同上，第 20 页。

¹⁰⁹ 第 9 段，同上，第 20 页。

¹¹⁰ “国际法委员会第四十二届会议工作报告”，第 222 段，《1990 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 2 部分，第 42 页。

¹¹¹ 第 223 段，同上。

¹¹² 第 227 段，同上。

第 2 条所界定的国家，无权根据国家的政府权力行事，并认为它并不属于国家的管辖豁免专题范围，因此新的第 23 条不应列入草案。¹¹³

113. 委员会在 1991 年第四十三届会议上完成了二读。关于执行，它通过了特别报告员在 1990 年建议的第 21 条和第 22 条，分别作为新的第 18 条和第 19 条。¹¹⁴

114. 若干国家在其书面评论中坚持有必要进一步审查第 18 条。有些评论提到应当区分“判决前或临时措施”和“执行措施”；另一些评论提到在第三国执行判决的可能性；还有一些评论认为条款需要规定一国有义务履行对它作出的判决。¹¹⁵ 关于第 19 条，各国政府的多数评论要求进一步明确和澄清财产种类，特别是第 1 款(a)项和(c)项。¹¹⁶

115. 根据大会第 46/55 号决议设立的工作组进一步讨论了执行问题。关于第 18 条，提出供讨论的有下列几点：第一，财产与诉讼要求或被诉机构或部门之间存在联系的要求；第二，国家履行判决的义务；第三，“意图用于”一词是否需要；最后，缺少关于资金不足的国家机构或部门的规定。关于第 19 条，有人就某些款项的含意提出了问题，特别是“银行帐户”（第 1 款(a)项）一词所包括的范围和“货币当局”（第 1 款(c)项）一词的意义。有些委员对是否需要第 19 条表示怀疑，另一些委员则认为该条是需要的，因为它加强了某些种类国家财产享有的保护，并避免了对这类财产的豁免的任何误解。¹¹⁷ 主席认为关于国家有义务履行对它作出的判决的规定可能提供折衷的基础。在这些讨论之后，主席提出了关于第 18 条的新建议。¹¹⁸

116. 根据工作组主席 1992 年提出的关于第 18 条的建议，委员们继续在 1993 年根据决议设立的工作组内进行讨论，并且主席在工作组内提出了一项对拟议的新

¹¹³ 第 228 段，同上。

¹¹⁴ “国际法委员会第四十三届会议工作报告”；《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 2 部分，第 56-59 页。

¹¹⁵ 关于各国政府的评论，见 A/47/326 和 Add.1-5、A/48/313、A/48/464 和 A/C.6/48/3。

¹¹⁶ 联合王国、意大利。

¹¹⁷ 工作组的报告，A/C.6/47/L.10，第 11-14 页。

¹¹⁸ 第 21-24 段，同上，第 4-5 页。

款的修正案。尽管进行了广泛的讨论，委员们未能就任何建议达成折衷方案。¹¹⁹ 关于第 19 条，其适当性问题再次被提出来。委员们还就每一款项的意义交流了意见。¹²⁰

117. 按照大会第 48/413 号决定举行的非正式磋商进一步讨论了强制措施。这些磋商未能得出折衷方案，主席查明的问题如下：

“法庭在审理对一外国提出的主张的法律依据的程序中实施管辖权是否意味着有权对该国财产执行强制措施以履行确认主张的有效判决的问题一般有不同的看法。即使承认此一权力，可对哪些财产执行强制措施的问题也有不同的看法。任何旨在调和对这些问题所持的不同看法的尝试必须考虑到国家利益，即尽量减少因对其财产执行强制性措施而对其活动造成的干扰，以及私人当事方的利益，即根据一项经有效司法判决确认的对一外国提出的主张的获得赔偿。”¹²¹

118. 他还建议了可能的折衷基础如下：

“12. 鉴于问题复杂，不可能在目前有限的时间内对达成折衷的基础取得普遍协议。非正式协商显示，为了找到一个可获普遍接受的折衷，可能有必要审议几个因素，并提出下列因素供进一步审议。第一，通过进一步强调国家自愿服从有效判决的做法，也许可以减少执行强制措施的需要。为了实现此一办法，也许可以由国家全权决定以哪些财产履行判决及给予合理时间以作出必要的安排。第二，不妨考虑以国际争端解决程序解决有关公约的解释或适用问题。如判决无效，还可免除履行判决的必要性。由于上面两个因素，法庭采取强制措施的权力将限于国家不履行判决的情况和不在合理时间内采取争端解决程序的情况。鉴于国家可全权决定用于履行有效判决的财产并有合理一段时间采取此一行动，法庭将有权在宽

¹¹⁹ 第 67-80 段，“工作组报告” (A/C.6/48/L.4)，第 13-15 页。主席建议的案文如下：“在一国得到充分机会履行判决之前不得对该国的财产采取强制措施”。

¹²⁰ 第 81 和 82 段，同上，第 15 页。

¹²¹ A/C.6/49/L.2 号文件，第 11 段。

限期过后立即对法庭所在国内任何不用于政府非商业用途的国家财产采取强制措施。”

“ 13. 关于判决前措施，强调国家自愿服从最终作出的判决连同可能采取的强制措施也可以减少这种预防性措施的必要性。这些措施可予取消或考虑限于、作为提起诉讼的对象的国家机构、工具或其他实体所拥有的，而非国家或其机关所拥有的财产。这样可保持判决前措施须有关系的規定，只准在对国家机构、工具或其他实体提起的程序中采取判决前措施。”¹²²

3. 最近的有关案例法摘要

119. 以下各段引用了委员会秘书处编写的 1991 年至 1999 年期间有关案例的摘要中所载的一些结论。¹²³

120. 所审查的案例似乎可分成两类，但这两个类别反映的可能是不同的情况，而不是可看出它们的做法有什么不同。关键问题似乎在于争论中的国家财产的性质，它是否为履行主权职能所必需，或者是否指定专用于履行主权职能。

121. 在第一类包括的一系列案例¹²⁴中，要求法院对外国财产发出的各种指令不是被拒绝就是被推翻，因为有各种法律论据，包括《联合国宪章》、《联合国一

¹²² 同上，第 12 和 13 段。

¹²³ 秘书处在其摘要中审查了与这个问题有关的下列案件：美国第五巡回上诉法院，1991 年 2 月 11 日，Stena Rederi AB 诉 Comision de Contratos del Comite Ejecutivo General del Sindicato Revolucionario de Trabajadores Petroleros de la Republica Mexicana SC；意大利宪法法院，1992 年 7 月 15 日，Condor 和 Filvem 诉司法部(ILR 101, 第 394 页)；美国纽约南区地区法院，1992 年 7 月 6 日，Foxworth 诉乌干达共和国常驻联合国代表团(ILR 99, 第 138 页)；美国第二巡回上诉法院，1993 年 3 月 4 日，767 Third Avenue Associates and Another 诉扎伊尔共和国常驻联合国代表团(ILR 99, 第 195 页)；荷兰最高法院，1993 年 5 月 28 日，俄罗斯联邦诉 Pied-Rich B.V.(NYIL 1994, 第 512 页)；比利时布鲁塞尔民事法院，1995 年 2 月 27 日，伊拉克诉 Dumez(ILR 106, 第 284 页)；比利时布鲁塞尔民事法院，1995 年 3 月 9 日，扎伊尔诉 D’Hoop and Another(ILR 106, 第 294 页)；荷兰鹿特丹地区法院，1996 年 4 月 18 日，P.C. van der Linden 诉美利坚合众国政府(海军部)(NYIL 1997, 第 344 页)。

¹²⁴ 见上文注 123 中所列的美国法院案例。

美国总部协定》和《维也纳公约》规定，例如使节团的房地不可侵犯以及给予联合国会员国的代表团和代表为执行其外交职务所需的便利和法律保护。这类案例的一个重要因素似乎是审理案件的法院所在国和其财产有争论的国家对上述协定的解释持一致意见。另一个重要的相关因素可能是希望维持承认外交官的外交特权和豁免的互惠性。

122. 在第二类或许倾向于另一个方向的案例中,有一个案例¹²⁵作了如下评论:

- 外国在法院地国的查封和执行豁免不是单纯的管辖豁免的延伸;
- 执行豁免的绝对性在过去 30 年来日益被摒弃;
- 不再有绝对排除对外国财产执行强制措施的习惯国际法通例;
- 现已广泛接受的是: 对外国财产执行措施不能作为原则问题予以排除;
- 这类豁免的范围仍然大于管辖豁免, 后者不适用于根据经营权利进行的活动;
- 为了要能够适用查封和执行豁免, 不仅需要具有争论的活动和交易是根据经营权利进行的, 而且需要受影响的财产不是预定用于履行主权职能;
- 行政部门希望与其他国家保持良好关系的外交政策利益不再是作出预定专用于履行主权职能的财产绝对免于查封和执行的裁决的理由;
- 如果行政部门希望避免可能的麻烦, 它仍然有可能介入诉讼提议清偿寻求对外国财产执行措施的债权人或者保证偿付债务, 换取债权人撤回查封这类财产的要求。

123. 其他案例似乎属于第二类。例如, 在一个案例¹²⁶中, 法院驳回一个国家的免于执行的权利要求, 并判定没有如下意义的不成文国际法通例: 只有在限定

¹²⁵ 意大利宪法法院, 1992 年 7 月 15 日, *Condor* 和 *Filvem* 诉司法部(ILR 101, 第 394 页)。

¹²⁶ 荷兰最高法院, 1993 年 5 月 28 日, 俄罗斯联邦诉 *Pied-Rich B.V.*(NYIL 1994, 第 512 页)。

的情况下才允许扣押属于一个国家的拟用于商业航运的船舶。在另一个案例¹²⁷中，法院判定一个国家无资格享受管辖豁免或执行豁免，因为它以一般私人身份行事，而且因为安全理事会决议剥夺了它作为主权国家的特权。该案例重申根据国际法，国家无权享受绝对的执行豁免，这种豁免仅适用于某些资产，而且有必要确定被查封的资金是否已全部或部分分配给主权活动。同一法院在另一个案例中作了类似的评论，认为法院有权力审查一个国家的资产以便确定其性质。¹²⁸

124. 上面各段提到的两类案例并不一定表明做法的不同。法院始终不愿意允许对预定专用于履行主权职能的国家财产采取强制措施。此外，第一类案例似乎遵循了国际公约和其他文书中关于国家在与其他国家的关系中具有某些权利和义务的规定，而第二类案例似乎是在没有任何这类规定的情况下裁定的。

4. 工作组的建议

125. 在参照以上各要素研究了这个问题之后，工作组同意可将以下建议转交给大会。

126. 工作组认为对判决前和判决后强制措施作出区分可有助于理清这个问题固有的难题。不过工作组强调这两类措施都须符合第19条的条件[用于政府非商业性用途的财产]。

127. 关于判决前强制措施，工作组认为[只有]在下述情况下可以执行这类措施：

- (a) 国家特别或事先明示同意的措施；
- (b) 对指定用于清偿诉讼要求的财产采取的措施；
- (c) 根据国际上接受的规定[特别法律]可采取的措施，例如根据《扣留海运船舶的国际公约》(布鲁塞尔，1956年2月24日)扣留船舶；
- (d) 享有独立法人地位的机构作为诉讼被告时对其财产采取的措施。

¹²⁷ 比利时布鲁塞尔民事法院，1995年2月27日，伊拉克诉Dumez(ILR 106, 第284页)。

¹²⁸ 比利时布鲁塞尔民事法院，1995年3月9日，扎伊尔诉D'hoop and Another(ILR 106, 第294页)。

128. 关于判决后措施，工作组认为〔只有〕在下述情况下可以执行这类措施：

- (a) 国家特别或事先明示同意的措施；
- (b) 对指定用于清偿诉讼要求的财产采取的措施。

129. 此外，工作组探讨了三种可能的备选方案，大会不妨决定是否采用：

备选方案一

- (一) 国家承认判决，并给予国家 2 至 3 个月的宽限期来履行判决以及决定用于执行措施的财产的自由；
- (二) 如果在宽限期内未履行判决，可对国家财产〔须符合第 19 条〕执行措施。

备选方案二

- (一) 国家承认判决，并给予国家 2 至 3 个月的宽限期来履行判决以及决定用于执行措施的财产的自由；
- (二) 如果在宽限期内未履行判决，索赔即变成国家间争端解决领域的问题；这将意味着开始与执行索赔问题有关的争端解决程序。

备选方案三

大会可决定不处理草案的这个方面，因为所涉的问题很敏感而且复杂。问题将由国家实践去处理，对此有各种不同看法。草案关于这个专题的标题将因此作相应的修改。

三、附件

1. 大会在其第 53/98 号决议中请国际法委员会在考虑到通过条款草案以来的国家惯例和其它有关因素的发展的情况下就和国家及其财产管辖豁免条款草案有关的未决实质性问题提出意见。

2. 看来,第 53/98 号决议只要求国际法委员会就和第 A/C.6/49/L.2 号文件(根据大会第 48/413 号决议进行的非正式协商)所考虑的问题有关的国家惯例最新发展情况。

3. 另一方面,条款草案通过之后,在国家惯例和有关国家豁免问题的立法方面还有另一种新的发展,国际法委员会认为有必要提请第六委员会注意这一情况。这一情况即越来越多的人提出,在由于国家违反具有强制法规性质的人权和标准,特别是禁止酷刑的规定而造成人员死亡或人身伤害的情况下,应当取消豁免。

4. 在过去十年中,特别是在美国和联合王国,针对不是在诉讼地国,而是在被告国和其他国家发生的酷刑事件向城市法院提出了一些民事诉讼。¹²⁹

5. 为坚持这些诉讼,原告争辩说,在具有强制法规性质的人权和标准受到侵犯的情况下,有关国家无权申请豁免。

6. 国家法院在某些案例中¹³⁰对这种意见表示了某种同情。

7. 但是,在多数案件中,¹³¹申请国家豁免都得以成功。

¹²⁹ 见 J. Bröhmer: 国家豁免和侵犯人权(1997 年); 国际法协会国家豁免问题委员会报告(1994 年)。

¹³⁰ 见: (联合王国) Al-Adsani 诉科威特政府 100 ILR 465 at 471; (新西兰)主管兼总审计师诉 Ronald Davidson 爵士 [1996 年] 2 NZLR 278,特别是在 290(per Cooke P.); Wald 法官对(美国)Princz 诉德意志联邦共和国(26 F 3d 1166(DC Cir.1994 年) at 1176-1185 一案的异议。

¹³¹ 见: (美国) Siderman de Blake 诉阿根廷共和国 965 F 2d 699(9th Cir.1992 年); (美国)阿根廷共和国诉 Amerada Hess 海运公司 488 US 428 (1989 年); (美国)沙特阿拉伯诉 Nelson 100 LIR 544; (美国)Princz 诉德意志联邦共和国 26 F 3d 1166(DC Cir.1994 年); (联合王国) Al-Adsani 诉科威特 107 ILR 536。

8. 由于这些决定都是宣布的，发生的两个重要情况都进一步支持关于国家在严重侵犯人权的情况下不得申请豁免的意见。

9. 首先，美国修订了其《外国主权豁免法》（《主权豁免法》），对豁免规定了一个新的例外。1996年的《反恐怖主义和有效死刑法》第221条实行了这一例外，其中规定，对‘因酷刑、法外处决、破坏飞行器、扣留人质……造成的人身伤害或死亡向外国提出索赔要求’的任何案件都没有豁免。

如果国务卿根据联邦立法没有认定有关外国是恐怖主义赞助国，或在犯罪行为发生时索赔者或受害者不是美国国民，法院将拒绝受理案件。

10. 对两个案件适用了这一规定。¹³²

11. 其次，在 Pinochetu 一案中强调了在国家官员严重侵犯人权的情况下豁免是有限的。¹³³

12. 虽然上院对该案件的判决只是坚持，在涉及在本国犯下的酷刑行为的情况下，一个前国家元首没有资格得到豁免，并明确表示，这并不影响在民事诉讼中坚持主权豁免申请的决定的正确性，因为它涉及刑事诉讼，但毫无疑问的是，这一案件及其所受到的广泛宣传使下述意见得到广泛支持：在不论是民事诉讼还是刑事诉讼中，国家官员对其在本国领土上犯下的酷刑行为没有权利申请豁免。

13. 在国家及其财产的管辖豁免条款草案中没有具体涉及本附件中所审查的发展情况。尽管如此，这些仍然是不应忽视的有关豁免的最近发展情况。

¹³² 见：(美国) Rein 诉利比亚(1999年) 38 ILM 447；(美国) Cicippio 诉伊朗 18 F Supp 2d 62 (1998年)。

¹³³ 见：(联合王国) R 诉 Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate： Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3) [1999年] 2 WLR 827 (HL)。

附 录

国际法研究所 1991 年草案第 2 条¹³⁴ 如下：

第 2 条

在管辖豁免方面表明行为发生地国法院或其他有关机构权力的标准

1. 在确定行为发生地国有关机构是否有权力的问题时，要根据有关事实和有关标准分别确定有权和无权的情况；不得预先推定任何一类标准具有优先地位。

2. 在没有相反协议的情况下，下述标准表明行为发生地国有关机构有权确定要求的实质，不管是否有作为当事方的外国提出管辖豁免要求：

- (a) 行为发生地国的机构有权进行关于其中有外国(或其代理)作为当事方的商业交易的诉讼。
- (b) 行为发生地国的机构有权进行关于有外国(或其代理)作为当事方的由私法性关系产生的法律争议的诉讼；所提到类别的关系包括(在不只限于)下列法定关系：商业合同；提供服务、贷款和筹资安排的合同；财务义务方面的保证或赔偿；财产的所有权、占有和使用；工业和知识产权的保护；依附于法人实体、非法人实体、协会和伙伴关系的法律事件；针对船舶和货物的对物诉讼；汇票。
- (c) 行为发生地国的机构有权进行关于有外国(或其代理)作为当事方的雇用合同和专业服务合同的诉讼。
- (d) 行为发生地国的机构有权进行关于由某种关系产生的法律争议的诉讼，这种关系根据该国法律不具有“私法性质”，但仍然是根据在当地法律范围内的诚意和可靠性(法律保障)等要素建立的关系，

¹³⁴ 见上面第 55 和第 60 段。

- (f) 行为发生地国的机构有权进行关于由于在本国管辖下的外国及其代理人的活动造成的人员死亡、人身伤害或有形财产损失的诉讼。
- (g) 行为发生地国的机构有权进行关于外国的动产或不动产权益的诉讼，这种权益产生于继承、礼物或无主物；或是产生于对死亡者或精神不正常者或破产者部分财产的管理的权益；或是产生于对解散或结束营业公司财产的管理的权益；或是产生于对信托财产或委托财产的管理的权益。
- (h) 行为发生地国的机构在对关于在外国和自然人或法人之间进行仲裁的协议有监督性管辖权的情况下有权处理有关案件。
- (i) 行为发生地国的机构有权对当事方不打算按外交程序解决争议的交易进行合理干预。
- (h) 行为发生地国的机构有权进行关于债务责任、所得税、关税、印花税、注册费以及类似责任的诉讼，只要这些责任是伴随当地法律制度范围内的商业和其他法律关系的正常责任。

3. 在没有相反协议的情况下，在涉及外国当事方管辖豁免的案件中，下述标准表明行为发生地国的机构没有管辖权：

- (a) 根据国际公法，争议主题事项与被告国交易的有效性之间的关系。
- (b) 根据国际公法，争议主题事项与被告国国内行政管理和立法法案的有效性的关系。
- (c) 行为发生地国的机构对已经分配到其他补救范围解决的问题不应行使权利。
- (d) 行为发生地国的机构不应当行使权利对被告国的国防和安全政策的内容或执行情况进行调查。
- (e) 行为发生地国的机构不应当对受国际公法制约的建立代理机构、机构或基金的政府间协议或决定的有效性、含义和执行情况等行使权利。

-- -- -- -- --