



武汉大学国际法博士文库

Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University

国家豁免中的 商业例外问题研究

陆寰 / 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

武汉

Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University

国家豁免中的 商业例外问题研究

A Study on Commercial Activity
Exception to State Immunity

陆寰 / 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家豁免中的商业例外问题研究/陆寰著. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 10

武汉大学国际法博士文库

ISBN 978-7-307-18652-1

I. 国… II. 陆… III. 豁免权—商业活动—例外管理—研究
IV. D993. 7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 220175 号

责任编辑: 林 莉 责任校对: 汪欣怡 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 虎彩印艺股份有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 17.25 字数: 307 千字 插页: 1

版次: 2016 年 10 月第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-18652-1 定价: 39.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序

国家豁免是一个涉及国际公法、国际私法和国际经济法的共同课题。从1812年美国的 *Schooner Exchange v. The Mcfaddon* 案^①开始到2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》^②再到2008年的美国 *FG HEMISPHERE ASSOCIATES LLC* 诉刚果政府和中铁集团案，国家及其财产豁免的理论与实践经历了从无到有、从个别到普遍、从绝对到相对的发展过程。在这一过程中，国家豁免中的商业例外问题成为了世界各国国家豁免法和国际豁免公约所必须面对的核心问题。

19世纪期间，绝对豁免主义在国际法理论界一度占有支配地位。在这一时期，国家及其财产的豁免是绝对的，除国家的自我放弃外，没有任何例外。第二次世界大战以来，限制豁免理论在国际法学界逐渐取得了明显的优势，两个最重要的世界性国际法学术团体，即国际法学会和国际法协会都一贯支持限制豁免理论。根据限制豁免理论，在一些例外情况下，国家不得援引管辖豁免。国家及其财产豁免的依据是其行为与履行国家主权有关，因此欠缺主权要素的行为可以构成拒绝给予豁免的理由。根据限制豁免理论，承认在某些情况下不得援引国家豁免与主权平等原则并不矛盾。在上述不得援引国家豁免的例外情形中，最为重要的就是商业例外。2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》在第三部分专门规定了不得援引国家及其财产管辖豁免的七种情形，其中商业例外居于首位。美国1976年《外国主权豁免法》、欧洲理事会1972年《欧洲国家豁免公约》和英国1978年《国家豁免法》等都规定了国家及其财产豁免的商业例外问题并将该问题作为不得援引国家豁免的核心内容。

就我国的情况来说，从司法实践看，我国政府、有关政府官员及其有关国有企业多次在外国法院被诉（主要是美国），但目前尚无外国政府等在中国内地法院被诉的实践。不过随着我国企业海外投资和外国企业在中国投资的迅猛发展，有关当事人与外国国家之间的国际民商事交往日渐增多，法律关系日益错综复杂，争议的发生不可避免。有关当事人是否可以在中国法院

起诉外国政府？中国法院应如何处理有关国家豁免的实体与程序问题？这都是必须予以回答和解决的问题。遗憾的是，我国相关立法严重缺失，对国家豁免问题进行专门立法的重要性日益凸显。需要特别指出的是，2008年中国香港特别行政区法院受理的“刚果金”案的一审和二审判决，也为我们敲响了警钟，提醒我们必须开始重视港澳特别行政区法院和我国台湾地区法院对国家豁免的态度，以及如何在港澳特别行政区法院或台湾地区法院受理的国家豁免案件中维护我国的国家利益和外交利益。

从立法实践看，我国政府过去一贯主张国家及其财产管辖的绝对豁免，但近年来，积极参加和推动了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的起草，并签署了该公约。学者认为，我国政府的相关立场似乎出现了一些变化，开始在一定程度上接受“限制豁免论”。目前与我国国家豁免相关的现行立法仅有《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》、《外交和领事特权与豁免条例》，这些远不能满足我国实践的需要。当务之急是及早制定一部系统、全面的《中华人民共和国国家豁免法》。我国外交部已积极着手推动有关国家豁免的立法工作。而作为国家豁免法中的核心内容，国家豁免的商业例外问题的研究刻不容缓。因此，顺应我国立法的实际需要，有针对性地开展国家豁免中商业例外问题的研究具有深远的理论及实际意义。需要特别指明的是，虽然我国政府在“刚果金案”中表明了绝对豁免的立场，但并不代表我国会永远坚持绝对豁免的理论。究竟采取何种理论作为国家豁免制度的指导思想取决于国家具体国情和维护国家利益的需要。随着我国经济社会水平的逐步提高，我国也会越来越多地参与到私人才能参与的领域中，其他国家在我国也会出现类似的情况。这种情况很有可能导致我国国家豁免政策的转变，为了更好地应对未来出现的这种情况，现在就有必要对国家豁免中的例外问题进行深入的探讨。而在众多国家豁免例外中，商业例外是最为重要的环节，也是有关国家豁免制度国际国内立法中的核心内容。故此，本书对国家豁免中的商业例外制度进行了深入的研究，并力争在研究的基础上就我国国家豁免立法中的商业例外条款的制度设计提出具体的建议。

注释：

①参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法、国际经济法的一个共同课题》，北京大学出版社2005年版，第13页。

②See The UN Convention on Jurisdictional Immunity of State and Their Property, 2004. 公约中的第三部分规定了商业交易、雇佣合同、人身和财产损害、财产的所有、占有和使用、知识产权和工业产权、参加公司和其他集体机构以及国家拥有或经营的船舶等七项不得援引国家及其财产豁免的情形。其中的商业交易例外是本书研究的主要内容。

2016年8月

序二（原论文后记）

只影、枯伞、细雨，第一次考研失败后独上珞珈山。满山灵性仅留灰色之忆。其时方知缘何以珍馐美饌而入口，又以酸涩苦柴而出口；缘何以美景美人示于前，又似幽风枯骨而不见，盖心萧索矣。

此后愈加奋发，于东湖新村觅得一陋室而居。其为浴室所改，3.5平方米方圆，终年难见灿烂之日光。夏日入室感清风拂面心下欣喜未久，奈何岁月穿梭、时光轮转之速，拂面已成凌冽。六月入，次年二月方出，室虽陋，实福地耳。期间司法考试同研究生考试均告大捷，心中甚慰，自始得一明悟“嚼得菜根，百事可做”，主席诚不欺我。

入学之时，心中仍颇为忐忑，心虑往日如雷贯耳之大家究竟真身为何？交往日久，感触弥深，盖对大家之认识亦可分为三个境界。其首为见山是山，见水是水。某日午后，国际私法诸多名家与我等小辈齐聚323，师长逐个发言引人深省。心中有感，果不愧大家风范。言语虽随和仍可见严师之资。其次为见山不是山，见水不是水。与诸多师长交流之后，发现其虽为严师，亦可为益友，诸位师长皆为真性情者。我之导师杜志华老师平和亲切，每隔三五日必与我等相聚并大快朵颐、间或小酌。其实大块入口者为我而徐徐善诱者杜师也。至今仍忆我全体同学与师长于第一年末齐聚“田园”举杯共贺，期间觥筹交错好不热闹。肖永平老师与蔡兴老师每常劝饮，何其生老师不时加入欢饮，黄进老师和杜志华老师亦时常举杯，唯郭玉军老师身在美利坚，宋连斌老师及邓朝晖老师身在外地未能齐聚，甚憾。临了之时肖师谓我等：闲时可来我办公之所谈学。特嘱：不饮酒，饮茶佐以点心即可。此时方才发觉大家亦有可爱之面。其末为看山依旧是山，看水依旧是水。此感发于论文答辩之时，诸位师长严厉训导，虽最终得过仍心下不安。严师究竟是严师，纵时为益友难掩其本色矣。

硕士学业将成，心生进修之念。遂一心考博不问其他，然资质愚鲁，成绩终不理想。幸蒙郭玉军老师提携，得入郭师门下。此前与郭师交往次数虽少但印象深刻。首次为考研面试之时，郭师问：此次成绩颇佳，为何前次欲入面试而不得？心下赧然，答曰：综合。郭师报以微笑解我尴尬，此忆为

深。二次为考博准备期间。其时郭师刚从美利坚归国，我遍寻郭师一篇文章而不得遂前往求索。年余不见，郭师对我仍有印象，尽翻室中文献而寻。仍不得后遂为我面授，心中颇感。入门之后与郭师交往愈多，日感郭师学问深湛，品德高尚。每每求教必有所获，学问人生皆有所长。除此之外，郭师对我妻玲玲也同样关怀，与其考博之时多加提点，心中感激。郭师之夫蔡兴老师对我亦关怀有加。每每与欢聚之时教授我等做人、社交、学问之理，心下甚感。尤以前些时日亲自来电询问工作之事并指点机巧，关心之情溢于言表，更对我夫妻二人之工作出谋划策。郭师蔡师待之我等正可谓如其子女一般，师长如父恰可为写照。

除郭师、蔡师、杜师外，另一影响深刻的老师乃邓师朝晖。其人风趣、幽默、豪爽、细腻，与之交往总觉春风拂面。端庄、妩媚兼而有之。其自诩为：端庄中透着妩媚的邓老师。吾窃以为唯有“兼”字更得其味，不独端庄妩媚，前述风趣、幽默、豪爽、细腻均是如此。吾常欲寻一词以盖而终难得，昨夜夜读小说偶现一词吾以为尚可，曰：妙人矣。此妙字妙矣。邓师虽言其不善学问，其实不然。古人云：世事洞明皆学问，人情达练即文章。邓师即是如此。每与众人相聚如有邓师同席，则索然亦可化为欢宴，如无邓师则欢宴亦觉缺味，其能可见一斑。邓师与我诸般照顾自不必谈，唯愿时常同饮。

除导师外，所中诸贤皆为我师。宋师连斌学识渊博，风趣幽默，与学问之外尚精于诸般杂学，每每与其交谈均有所获，实乃良师。然闻其将离珞珈山，深感遗憾。惟愿宋师于京师大展才华。何师其生亦对我指点有加，并亲送两本著作供我学习，心中感言。徐师祥对我亦影响颇深，其治学态度之严谨对我等影响甚深，“要对学术怀有敬畏之心”将终铭记。甘师勇和乔师雄兵为我同门师兄，我等常借郭师、蔡师诞辰欢聚，期间颇有妙语，深入我心。

治学期间最大之欣慰为我妻玲玲。我二人相识于珞珈山，相恋于珞珈山亦相伴于珞珈山。玲玲聪慧、贤淑。不弃我其时家徒四壁仍未有之，毅然“裸婚”伴我。我二人结婚至今已近两载，愈感双方之珍贵。惟愿白首仍相依。泰山泰水两老人亦不嫌我，待我如亲子，定当奉孝。至于我之父母，则其情、其亲、其善无法言表矣。

同窗之情亦殊难得。世人多谓“文人相轻”，然我等同窗处之绝无此感。同学之间相互扶助共解难题，实为兄弟之属。若论才学诸君无有高下之分，皆可为我之榜样。若论性格，其间另有一妙人。张弛，弓长弓也耳。我二人可谓患难之交，考博之时同时忐忑不安，寻职之即亦同病相怜。此皆为

过往之苦，愿今后均有各自之福，亦望常同饮之。

其上为吾求学珞珈山五年所感。至于论文吾不愿多谈，唯以四字盖之“痛并快乐”。天下无不散之筵席，曲终人散之时亦近。此时又近我当日初上珞珈山之日，愿此次出山亦有六字：鸳侣、骄阳、锦途。

2016年8月1日

目 录

第一章 国家豁免中商业例外的理论基础.....	1
第一节 国家豁免的概念和法理依据.....	1
第二节 国家豁免的历史起源.....	3
第三节 有关国家豁免的几种理论.....	5
一、绝对豁免理论.....	5
二、限制豁免理论.....	6
三、废除豁免理论和平等豁免理论.....	7
第四节 商业例外的理论基础——限制豁免理论.....	8
一、限制豁免理论的适当性.....	8
二、主要国家对国家豁免问题的立场转变	10
小结	23
第二章 国家豁免中商业例外的措辞、定义和范围	39
第一节 商业例外的措辞	39
第二节 商业行为的定义	41
一、直接定义法	41
二、间接列举法	42
三、混合方法	46
第三节 商业行为的范围	47
小结	49
第三章 商业行为的判断标准	55
第一节 性质标准	55
一、立法中的“性质标准”	55
二、司法实践中的“性质标准”	56
三、性质标准的新发展——具体领域中的判断	61
第二节 混合标准	65

一、联合国“公约”出台前的主要立法和实践	65
二、联合国公约的选择	67
小结	71
第四章 立法设计中的商业例外条款	79
第一节 管辖豁免中的商业例外条款	79
一、商业行为和诉讼之间的关系	79
二、一般管辖权的确定	81
三、“合同义务条款”的特殊规定	88
四、商业例外条款的排除	90
第二节 其他管辖豁免例外中的商业因素	93
一、用于商业目的的船舶和船货	93
二、雇佣合同例外中的商业因素	97
第三节 执行豁免中的商业例外	99
小结	102
第五章 对我国的立法建议	122
第一节 我国对国家豁免问题的立场	122
一、我国最新的司法实践	124
二、我国的相关立法	129
三、可能的转变——我国采取限制豁免理论的理由	130
第二节 商业例外条款的构建	133
一、商业行为的定义	133
二、商业行为的判断标准	135
三、管辖豁免中的商业例外条款	137
四、其他管辖豁免例外中的商业因素	138
五、执行豁免中的商业例外	139
小结	140
结语	144
附录	147
参考文献	255

第一章 国家豁免中商业例外的理论基础

国家豁免中的商业例外是指原则上某一国家行为可以通过援引国家豁免制度从而豁免于另一国法院的管辖，但由于该国家行为本身的商业属性而不得援引国家豁免制度的例外情形。商业例外作为现代国家豁免制度中的一个重要环节并不是凭空产生的，国家豁免制度本身的起源和形成、有关国家豁免制度各种理论的产生与发展都对国家豁免中的商业例外有着深远的影响。本章将对国家豁免制度的相关基本问题进行简单的梳理，并重点阐释国家豁免中商业例外的理论基础。

第一节 国家豁免的概念和法理依据

国家豁免也被称为主权豁免，或被进一步表述为国家及其财产的豁免。^①其含义为一个国家及其财产在另一国免于管辖。^②豁免的内容包括管辖豁免、程序豁免和执行豁免三个部分，即一国在另一国境内可以免受他国法院的审判，其财产也可以免于扣押、执行等强制措施。需要指出的是，国家享有管辖和执行的豁免并不意味着国家在相关的案件中没有法律责任，只是国家的法律责任不能够通过司法途径予以解决，国家豁免制度本身并不能排除国家的相关法律责任。

在了解国家豁免制度的概念后，需要进一步探求的就是国家豁免制度的理论基础。各国的理论和实践在此问题上有着不同的观点，其中，主权平等理论得到了广泛的支持，国家主权平等早已成为国际社会公认的国际法基本原则。^③联合宪章第2条第1款就明确表明主权平等原则是联合国及其会员国应当遵守的基本原则。1970年联合国大会通过的《各国依据宪章建立良好关系及合作的国际法院原则宣言》（Declaration on Principle of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the United Nations Charter）也规定主权平等是国际法基本原则之一。所以，国家主权平等理论作为国家豁免的法理依据具有坚强的法理基础和法律依据。另一方面，国家主权平等理论作为国家豁免的法理依据早已为各国所

接受。“平等者之间无管辖权”的谕令是主权平等理论作为国家豁免法理依据的有力证据。一些著名的司法判例也支持上述观点。在美国的“交易号”(The Schooner Exchange v. Mcfaddon)案中,大法官马歇尔认为:一个主权者在任何地方都不从属于另一个主权者,它有最高的义务不把自己或其主权置于另一主权者的管辖之下而导致国家尊严的受损。它只有在明示的特许下或相信给予其独立主权豁免时方能进入另一国领土。^④在英国的“比利时国会号”(The Parlement Belge)案中,布莱特法官认为(Lord Brett):由于每一主权的绝对独立和每一主权国家尊重其他主权国家的独立和尊严,每一主权国家都拒绝由其法院对任何国家的君主或大使,或者其用于公共目的的财产行使管辖。^⑤法国法院则认为:国家间的独立是国际法普遍承认的原则之一,一个政府从事活动时不可从属于另一国家的管辖,各国拥有审理由于自己行为引起争议的管辖权,而这是其所固有的权力,别国政府如果不想冒着彼此关系恶化的风险,就不要请求此项权力。^⑥

为进一步明确国家豁免的概念和法理依据,需要将国家豁免和与其近似的外交豁免制度进行比较。外交豁免指依据国际公约或双边条约,接受国给予派遣国使馆和外交领事人员的特权和豁免。外交豁免的法理依据主要有三种主张:第一种是治外法权论,这种主张认为一国位于他国的使馆相当于本国领土的延伸,所以不受该外国的管辖;第二种是代表论,认为一国的外交人员代表着派遣国的尊严,所以应当给予豁免;第三种是功能论,认为接受国之所以给予派遣国的外交人员一定的特权和豁免是为了确保派遣国使馆及其外交领事人员能够切实、有效地执行其职务,从而实现外交人员和机构应有的功能。功能说是目前普遍被接受的看法。《维也纳外交关系公约》在序言中明确指出:“此等特权与豁免的意义,不再给予个人以利益,而在于使代表国家的使馆能够切实有效的执行职务。”《维也纳领事关系公约》也有类似的规定。^⑦虽然国家豁免和外交豁免有着密切的联系,但二者也有着明显的区别。^⑧首先,法律效力和各国遵守的程度有所不同。外交豁免由于已有生效的国际条约规范,各国不但普遍遵守而且豁免的主体及范围也没有太大争议。而国家豁免则不同,没有业已生效的国际社会普遍认可的国际条约,只能构成国际习惯法规则。^⑨各国的立场,立法与实践具有较大差异。^⑩其次,历史发展进程有所不同。外交使节的特权与豁免制度是随着常驻外交使节制度的形成而形成发展的。常驻使节制度最早出现在13世纪的意大利共和国。自15世纪末期开始,德国、英国、法国和西班牙曾派常驻使节驻在彼此宫廷。到17世纪后半叶,常驻使节成为普遍的制度。^⑪到18世纪中叶,有关外交官及其财产、房舍、通信等方面的特权与豁免的国际习惯法规

则和制度已经大体成型。^⑫而国家豁免则产生较晚。自 18 世纪后期开始,法国大革命与美国的独立,不仅为资本主义制度奠定了政治基础,同时也解放了生产力,促进了生产的发展,并且使一些国家政府职能向经济方面扩大。政府对经济活动的参与使它在国际关系上活动逐渐从外交领域扩大到经济领域,这就使政府与外国私人之间发生经济关系。当国家与私人在经济活动中出现纠纷时,不可避免地出现了私人在一些国家的法院起诉外国政府的情形,这就产生了外国国家在内国法院的豁免问题。因此,从历史发展方面说,外交豁免早于国家豁免出现。^⑬再次,法理依据不同。如前所述,国家豁免的法理学依据是主权平等理论,而外交豁免的法理学依据则是功能论,二者有着根本的不同。最后,内容不尽相同。外交豁免对外交人员的部分私人财产和行为也赋予了相应的豁免权,而国家豁免则仅限于国家行为或财产。但有些时候,二者也存在重合,例如使馆属于外交豁免的对象,而同时作为国家的财产也应当属于国家豁免的对象。

总之,国家豁免作为国际法上的一项制度具有其独特的法理依据,性质和内容,应当自成体系,不断完善和发展。

第二节 国家豁免的历史起源

对国家豁免的历史起源很难有清晰的界定,在这个问题上较为一致意见的是国家豁免制度在早期受到了外交豁免、外国君主豁免以及国内法上主权豁免制度的影响。^⑭

在 19 世纪以前,有关国家豁免的案例和国家实践极少,虽然早在 1668 年荷兰就发生过一件国家豁免案件。但依照荷兰法学家宝克斯克(Bynkershock)的研究,荷兰政府在该案中不行使管辖权是出于政策因素的考量,而非法律原则。^⑮所以,该事件并不能构成国家豁免的最早先例。此外,19 世纪以前,一些著名的国际法学者的著作也没有探讨国家豁免问题。^⑯这种情况一直持续到 19 世纪,国与国之间的交往日益频繁,相关的案件才逐渐增多。^⑰而且,可以确定的是,19 世纪以来各国的国内法判例和国家豁免制度的建立密切相关。^⑱所以,一般认为国家豁免制度主要是起源于一些西方国家的相关判例,关于国家豁免问题的学术思想和国际条约多是后来出现的,至于相关国家的专门立法,则更是晚近时期的产物。^⑲国家豁免的历史起源特点可以归纳为以下几项:

第一,在国家豁免的历史形成过程中,到 19 世纪末期,除了斯堪的纳维亚半岛国家和荷兰外,国家豁免已经在欧洲和美国得到了广泛的承认。^⑳

其中美国 1812 年的交易号案 (The Schooner Exchange v. Mcfaddon), 法国 1894 年的西班牙政府诉卡索案 (Le Gouvernement Espagnol v. Cassaux) 和英国的比利时国会号案 (The Parlement Belge) 影响最大。^②早期各国的判例均认为, 一个主权国家不从属于另一个主权国家。所以当外国的国家代表或者财产位于本国境内时, 应视为国家明示许可或默示承认该外国享有豁免, 而这种豁免则被理解为国家放弃了部分领土管辖权。

第二, 在各国的实践中, 关于国家豁免的具体应用, 最早并不是由针对国家提起的诉讼发展而来, 而是间接地通过对一系列船舶有关的诉讼展开。因此, 当时外国政府船舶的法律地位非常值得关注。1812 年的交易号案 (The Schooner Exchange v. Mcfaddon) 是最早确定外国军舰享有豁免的案件; 英国的比利时国会号案 (The Parlement Belge) 则最早宣告外国政府所有的非军用船舶也享有豁免权。其他国家也有相关案例, 但他们的判断是基于条约约定而非国际法, 所以虽然外国军舰享有豁免的国际法原则在 19 世纪已经建立, 但非军用船舶在当时是否具有同等的法律地位尚无统一认识。^③

第三, 在 19 世纪末以前, 国家豁免只出现于处于平等地位的所谓欧美文明国家之间。这是因为当时亚洲、非洲和拉丁美洲的国家正在为争取民族独立和脱离殖民地地位而奋斗, 根本无法在所谓的西方文明国家援引国家豁免以保护自身利益。^④以我国为例, 1840 年之后, 外国列强通过一系列不平等条约在我国取得了诸如“领事裁判权”、“会审公廨”等治外法权, 我国政府对位于我国境内的普通外国国民尚无法行使管辖权, 更不要说在外国法院主张自身的豁免了。

第四, 国家豁免和外交豁免既有联系又有区别。如前所述, 国家豁免在早期受到了外交豁免的影响。但当国家豁免作为一项独立的制度真正发展起来之后, 二者均拥有了自己独立的发展轨迹。外交豁免主要是通过国际条约和国内立法建立起了一套公认的制度; 国家豁免则主要通过欧美国家的国内法判例累积而成。通过对这些判例进行细致的观察可以发现, 英美法系国家有关国家豁免的判例主要集中于针对外国政府所有船舶的海事诉讼。而欧洲大陆法系国家则大多表现为民事契约纠纷。^⑤

第五, 从 18 世纪末到 19 世纪, 各国有关国家豁免的判例大多承认国家享有豁免权并且坚持绝对豁免原则。但限制豁免原则已经开始萌芽。^⑥美国州与联邦之间的宪法争议也影响了美国的理论和实践。早先美国最高法院认为依据美国宪法第 3 条, 对一州和他州公民之间的争议行使权力不需要经过该州的同意。但通过第 11 条宪法修正案以后各州均享有联邦司法管辖豁免。^⑦

第三节 有关国家豁免的几种理论

国家豁免制度的建立是世界各国长期实践的结果。由于各国的经济发展程度和法律基本理念的差异,国家豁免在各国的发展也有很大差异。在19世纪末以前,各国国家豁免制度的指导思想是绝对豁免理论,从19世纪末开始,各国有关国家豁免的实践开始出现不一致的情况。除了传统的绝对豁免理论外也有国家开始采纳限制豁免的主张。^②第二次世界大战后,也有学者提出了关于国家豁免的新理论,以下分述之:

一、绝对豁免理论

绝对豁免理论(The Doctrine of Absolute Immunity)认为某一国家在其他国家应当享有绝对的豁免,即任何国家行为和财产都不受他国法院的管辖和执行。除非自己放弃,否则绝对豁免于他国法院的管辖和执行。1983年英国著名的克里斯蒂娜号(The Cristina)案中, Lord Atkin 的意见很好地诠释了绝对豁免理论。他认为:第一,一个国家不可以对另一个主权者进行诉讼,他们不可以经由诉讼使外国主权者成为一方当事人,不论诉讼是针对国家本身或者寻求特定的财产或者要求损害赔偿。第二,无论外国主权者是否为一方当事人,都不可经由诉讼程序查封或者扣押其所有或者控制的财产。^③所以,在绝对豁免理论的指引下,相关诉讼的重点在于判断被告人的身份,即只要被告能够被证明为国家或者被证明为构成国家的代表,则无论其所从事的行为是公法性质还是私法性质,无论其财产用于何种目的也无论该财产是对人还是对物,国家都享有绝对的豁免。

除了之前提到了美国交易号案(The Schooner Exchange v. Mcfaddon)和英国的克里斯蒂娜号案(The Cristina)外,德国和奥地利也有关于绝对豁免理论的实践。1921年德国法院在“冰王号”案中表示:虽然最近国际法学说中有取消外国的私人商业行为援引国家豁免的倾向。但这个倾向并不足以改变以往被普遍承认的国际法原则。因此,即使外国国家从事的行为具有纯粹的私法性质,该行为仍旧应当或免于国内法院的管辖。^④奥地利法院在一个有关“外国国家(公使馆建筑)豁免”的案件中认为,无论某一外国国家所为的行为是产生于外国国家的主权权力还是出于私法权利,该行为都不能使一个国家服从外国法院的管辖。^⑤在1942“韦伯诉苏联”案中,荷兰法院明确表现出了对绝对豁免理论的支持。该法院判决中指出,对国家主权的承认和尊重,不允许有外国法院对一个国家行使管辖权,所谓“统治权

行为”和“管理权行为”的区分既不当，也是行不通的，因为公法职能和私法职能这两种要素经常是混合在同一国家的同一行为之中。阿姆斯特丹上诉法院还认为，国家的所有行为都是主权行为，因而拒绝对该案行使管辖权。^③

虽然绝对豁免理论对国家豁免制度的发展有很大的促进作用，但因其过于绝对还是引起了很多批评的声音。^④其实即使是传统的绝对豁免理论也并不是绝对的。传统的绝对豁免理论并不给予外国关于不动产诉讼的豁免。20世纪30年代以后，一些坚持绝对豁免的国家如巴西、智利、波兰、葡萄牙、委内瑞拉、土耳其、匈牙利等国参加了1926年的布鲁塞尔公约，不再给予外国国有商船以国家豁免。苏联则同三十多个国家签订了条约，放弃商务代表在接受国缔结或担保的商业管辖豁免。很多国家也宣布放弃国有企业作为国家豁免的主体。^⑤所以，随着国际社会经济交往的进一步发展，即使是绝对豁免理论也存在一定的例外，成为了一种拥有越来越多例外的绝对。可以说，随着国家豁免制度的发展，绝对豁免的指导思想和不得援引国家豁免的例外情形之间的距离已经在日益缩短。通过国家承认这一形式，即使主张绝对豁免理论的国家在相关实践中也认可例外情形的存在。这说明，绝对豁免理论与例外之间并非水火不容。

二、限制豁免理论

限制豁免理论试图限制传统的国家及其财产绝对豁免原则，把国家的行为划分为主权行为（*acta jure imperii*）和非主权行为（*acta jure gestionis*），或是统治行为和管理行为，或是商业行为和非商业行为，或是公法行为和私法行为。依据限制豁免理论，国家的非主权行为和用于该行为的财产不享有豁免。而国家从事主权行为或用于该行为的财产则享有豁免。^⑥

国家豁免的理论由绝对豁免向相对豁免发展是与整个国际社会经济、文化的发展相适应的。其原因可以具体表述为：首先，自19世纪以来，随着经济的逐渐发展和国家角色的扩展，国家开始进入到以往被认为是私权行为的领域。但一旦产生纠纷时，国家却享有豁免的权力，从而使私人相对人一方处于不利的地位。这样一来会极大地阻碍个人和国家进行经济活动的积极性。在国家参与经济和商业活动日益频繁的今天，传统国家绝对豁免理论变得不合时宜。其次，公平的理念深入人心。传统的国家豁免理论使国家成为了没有任何规则限制的运动员。它可以凭借雄厚的实力参与任何的经济活动，但实际上超脱于法律规则之外。这种绝对豁免理论的存在实际上使个人丧失了请求保障公平的最后依仗，不利于世界的健康发展。相对豁免理