



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

国家侵权的 国际私法问题研究

Studies on Transnational State Torts from Perspective of
International Private Law

李华成◎著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

国家侵权的 国际私法问题研究

Studies on Transnational State Torts from Perspective of
International Private Law

李华成◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家侵权的国际私法问题研究 / 李华成著. —北京:
法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0298 - 4

I. ①国… II. ①李… III. ①国际私法—研究 IV.
①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 283444 号

国家侵权的国际私法问题研究

李华成 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 杨锦华

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 17 字数 229 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0298 - 4

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建森 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
应松年 赵秉志 赵旭东 郑成良 张庆福 张守文
张卫平 张新宝 朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目经由21人组成的评审委员会的评审，14项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2016年9月

序

国家是多类型法律关系的重要主体，国家行为可能会对其他主体的合法权益造成侵害。当国家侵权法律关系中的主体、客体或法律事实的任一要素涉及两个或以上国家时，构成涉外国家侵权。尽管涉外国家侵权不同于一般涉外民事侵权及非涉外性国家侵权，但仍可诉诸司法解决，在对涉外国家侵权纠纷司法解决时须特别关注管辖权、法律适用及判决承认执行等国际私法的基本问题。

国家侵权案件被诉国自身行使司法管辖权已然成为常态，外国法院管辖则可能会面临国家管辖豁免的“法律障碍”。英美等国家的国内法规定了管辖豁免原则，但同时也规定若干管辖豁免的例外，2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》原则上确立了“一国本身及其财产遵照本公约的规定在另一国法院享有管辖豁免”，使国家管辖豁免及其例外具有更广泛的影响力。

法律适用是涉外国家侵权司法解决中必然会遇到的重要问题。国家应当就其侵权承担相应赔偿责任，但由于许多国家的国家赔偿法中关于国家侵权归责原则、赔偿行为范围、赔偿损害范围、赔偿标准形式等问题的规定差异很大，受案法院如何选择法律将直接影响案件的最终结果。当然，国际条约、惯例、一般国际法原则等也应成为涉外国家侵权司法解决的重要依据。

截至 2015 年,中国已成为世界第三大资本输出国和第二大资本输入国,与中国有关的涉外国家侵权有可能会随之增加,适时建立中国涉外国家侵权法律制度,保护国家和国民的合法权益十分必要。国内学界目前尚缺乏有关涉外国家侵权问题的论著,更缺乏以中国为视角的系统著述,本书选题无疑具有新颖性、重要的理论价值和现实意义。

全书以涉外国家侵权的司法解决为主线,从涉外国家侵权的可诉性入手,探讨涉外国家侵权的国际管辖、国别管辖、国内管辖问题,研究分析重要国家的涉外国家侵权处理机制及相关典型案例,内容丰富生动。全书以最终服务国家立法为目标,对如何建构中国的涉外国家侵权制度给出切实可行的立法建议,这将为正纳入立法规划中的“国家豁免法”部分条款提供参考,也能够为国内法院处理涉外国家侵权案件提供指导。

作者论述时尽管援引了较多国外案例和文献,包括《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、有关人权条约和诸多“软法”,但并没有盲从西方学者观点,通过对资料“抽丝剥茧”式梳理分析,尽可能地从客观立场对涉外国家侵权问题进行评析。作者所进行的探讨中不乏许多值得肯定的学术见解和立法建议。作者认为尽管涉外国家侵权案件国内法院的确定是国内法问题,但考虑案件特殊性,其提出各国应考虑确立有重要联系区域的高级别法院对涉外国家侵权案件予以初审。在涉外国家侵权法律适用问题上,作者指出应注意对国际条约和习惯的适用,可考虑区分国家行为性质适用不同法律选择模式,应将法律选择上的主观选择方法和客观选择方法都考虑进来。

除本书详细论述的管辖权、法律适用、判决承认执行外,涉外国家侵权领域还有许多需要研究的其他问题,如涉外国家侵权案件普遍民事管辖权的确立,行为国域内涉外侵权的专属管辖权,国际强行法对国家管辖豁免权的否定,非主权行为侵权应否适用一般侵权冲突规范等。尽管本书对此都有所涉及,但仍有进一步挖掘的空间。

本书是李华成博士在其博士学位论文基础上进一步修改而成。他法学功底扎实，知识面宽，视野开阔，学术悟性高，才思敏捷，善于捕捉问题，勤奋高效。在攻读博士学位期间，先后在重要刊物发表近十篇较高水平的论文，并参与了我主持的教育部重点基地重大项目和其他课题的研究工作，体现了一个青年学者认真勤勉、积极进取的学术态度，较高的学术研究能力和水平，本书的出版拓展了我国国际私法研究的新领域。我相信也期待在未来学术之路上他会继续砥砺前行取得新的更大的进步。

我曾担任李华成攻读博士学位期间的导师，欣闻中国法学会资助其出版他个人的第一部学术著作，受其邀请，欣然提笔，是为序。

郭玉军

2016年6月于珞珈山

目 录

Contents

绪论·····	1
一、问题的源起 ·····	1
二、国内外研究现状 ·····	5
三、研究方法和结构 ·····	11
第一章 涉外国家侵权的基础性问题·····	14
第一节 涉外国家侵权释义 ·····	14
一、涉外国家侵权的含义 ·····	15
二、涉外国家侵权的类型 ·····	17
第二节 涉外国家侵权的特殊性 ·····	20
一、主体特殊 ·····	21
二、行为特殊 ·····	22
三、解决路径特殊 ·····	24
四、责任特殊 ·····	27
第三节 涉外国家侵权中国家的角色 ·····	28
一、侵权者角色 ·····	28
二、受理者角色 ·····	30

三、其他角色	32
本章小结	34
第二章 涉外国家侵权的法律冲突	35
第一节 国家侵权归责原则的法律冲突	35
一、归责原则种类	36
二、归责原则冲突的表现	39
第二节 国家侵权赔偿行为范围的冲突	40
一、立法例的冲突	41
二、赔偿行为范围的确定	42
三、具体事项的冲突	43
第三节 国家侵权赔偿损害范围的冲突	49
一、人身损害的赔偿冲突	49
二、财产损害赔偿冲突	51
三、其他损害赔偿的冲突	52
第四节 国家侵权赔偿方式、标准和费用的冲突	54
一、赔偿方式的冲突	54
二、赔偿标准的冲突	55
三、赔偿费用的冲突	59
本章小结	61
第三章 涉外国家侵权的管辖权问题	63
第一节 涉外国家侵权的可诉性	63
一、可诉性及其认定	64
二、国家侵权可诉性的形成发展	65

三、涉外国家侵权可诉性的影响因素	68
第二节 外国国家侵权的管辖豁免	71
一、国家管辖豁免理论及影响	71
二、外国国家侵权管辖的国内立法与实践	74
三、外国国家侵权管辖的国际立法与实践	78
第三节 涉外国家侵权案件管辖权的确定	81
一、国际司法机构管辖	81
二、行为国管辖	83
三、受害者母国管辖	85
四、行为地国管辖	90
五、其他有管辖权国家	95
第四节 涉外国家侵权国家管辖权的行使	100
一、初审法院的级别	100
二、管辖法院的属性	103
三、管辖法院的区域	106
本章小结	109
第四章 涉外国家侵权的法律适用	111
第一节 涉外国家侵权法律适用理论	111
一、国家行为原则	112
二、公法适用理论	115
三、国际法性质及实施理论	118
四、其他国际私法相关理论	121
第二节 涉外国家侵权国际法的适用	125

一、国际法适用的条件	125
二、国际法可能适用的范围	128
三、国际法适用的具体实践	132
第三节 涉外国家侵权国内法的适用	134
一、国内法适用的理由和事项	135
二、被援引的国内法的范围	138
三、国内法援引的一般方法	139
本章小结	143
第五章 涉外国家侵权判决的承认与执行	145
第一节 涉外国家侵权判决承认执行概述	145
一、承认执行定义	145
二、承认执行意义	147
三、承认执行中的问题	148
第二节 涉外国家侵权判决承认执行理论	150
一、国家公产理论	150
二、公共秩序理论	153
三、国家财产豁免理论	155
第三节 涉外国家侵权判决承认执行的立法与实践	157
一、国际立法	157
二、国内立法与实践	160
本章小结	165
第六章 中国涉外国家侵权法律制度的建构	167
第一节 中国涉外国家侵权管辖制度的建构	167

一、现状与问题	167
二、可管辖案件的范围	174
三、国内具体管辖法院的确定	177
第二节 中国涉外国家侵权法律适用制度的建构	184
一、现状与问题	184
二、应确立的原则	186
三、应采用的方法	189
第三节 中国涉外国家侵权判决承认执行制度的建构	193
一、现状与问题	193
二、中国法院判决的承认执行	196
三、外国法院判决的承认执行	198
本章小结	201
结语	203
参考文献	207
附录一	222
附录二	227
附录三	231
附录四	239
附录五	254
后记	256

绪 论

一、问题的源起

2012年2月国际法院对德国诉意大利一案作出的判决认为,即使德国在意大利境内对意大利公民造成人身伤害的国家侵权行为违反国际法,也并不意味着德国国家豁免权的丧失,意大利法院对诉德国国家侵权案件的受理以及意大利法院欲执行希腊法院做出的德国国家侵权判决的行为侵犯了德国依据国际法应享有的豁免权。^①国际法院的判决进一步明确了国家管辖豁免这一古老的国际法原则,支持了一国不能任意减损外国国家的管辖豁免权。

国际法院判决肯定国家管辖豁免权,但并不能由此可以主张国家不需要对其侵权所造成的损害承担法律责任,更不能由此说明一国完全不能介入外国国家侵权纠纷的处理。事实上,国际社会已有相当数量的国际性和国内性法律文件都涉及了对外国国家侵权案件的司法管辖问题,实践中也

① 在意大利受理的诉德国案中,1998年意大利人Ferrini在法院起诉德国政府要求赔偿其因战争被运送至德国某工厂强制劳动的损失。一审法院和上诉法院均以德国作为主权国家享有“管辖豁免权”为由,驳回诉讼,而最高法院在审理中认为,意大利法院对该案拥有管辖权,因为在被诉行为构成国际犯罪的情形下,德国不享有豁免权。在意大利执行希腊对德国国家判决案中,2007年6月,希腊的请求人依据2006年佛罗伦萨上诉法院的判例要求执行德国在Como湖附近的Villa Vigoni。有关判决全文参见Germany v. Italy: Greece intervening, ICJ, 2012.2.2.3, General List No.143。

产生了许多相关案例。外国国家侵权是涉外性国家侵权的一种具体表现,随着国际交往的纵深发展,涉外性国家侵权案件可能会越来越多,如何确定对涉外国家侵权案件的诉讼管辖权,如何进行法律适用以及承认执行相关判决等问题应当被更加关注。

过去半个多世纪以来,国际人权法得到迅猛发展,但国际社会人权实施状况并不十分理想,尤其是对国家侵权者的惩处机制还不完善。国家行为可能会给一般民事主体造成人身伤害和财产损失,若该侵权赔偿法律关系的要素具有跨国因素时,则构成国际私法上的国家侵权。涉外国家侵权相对一般侵权更为特殊,从关系的主体上来看,因侵权者具有主权者身份可能会基于“平等者之间无管辖权”的国际法原则,侵权行为国以外的国家行使司法管辖的合法性会受到质疑;从引起该关系行为的性质上来看,因存在主权行为和非主权行为的差异,可能会出现部分行为引发的侵权不具有可诉性;从结果上看,若对纠纷处理不当,甚至可能会引发国家间争端。实践中,为数众多的可归于国家的涉外侵权并没有诉诸司法,即使该纠纷被相关国内法院受理,受害者也大多没有获得相应赔偿,涉外国家侵权赔偿理应作为一特殊法律问题受到国际社会的重视。

很长一段时期,国家侵权赔偿并不被认为是一个法律问题,针对国家的侵权赔偿诉讼,通常会被法院以种种理由拒绝受理。在专制社会,根本不存在所谓国家侵权。国王或君主具有至高无上的地位和权威,“王言即法”“君权神授”“主权至上”是君主专制统治的基本特征,主权是国家的最高权力即王权本身,这种权力是国家之中绝对的权力,是处理国民与庶民的无上权力,不受任何法律的限制。直到19世纪70年代以后,国家逐渐否定国家无责的概念,逐步明确了国家对公务活动所引起的损害应当承担赔偿责任,并逐步通过法治对国家侵权进行明确。

国家侵权的法治化是一逐步发展的过程,尽管国家赔偿已被绝大多数国家所确立,但在对特定侵权处理上仍存在理论上争议和实践上的困惑,

这主要体现在对外国国家侵权的处理上。20 世纪 70 年代以前,个人受到外国国家的作为或不作为引起的人身伤害或财产损失,一般是通过外交途径加以解决的。但这种外交途径解决国家侵权纠纷的方式中,作为重要主体的受害人基本不可能参与到纠纷的解决中,其权益保护完全被动地交由其国籍国行使,受害人的权益很可能会因母国怠于或不当行使而无法得到充分保护。伴随着国际社会对人权问题的重视,赋予受侵害个人对侵权国家的诉权逐渐从一个理论性问题转化为部分国家的立法和司法实践。当前,多数国家的国家赔偿法都肯定了外国人享有对本国国家致损行为的起诉权。此外,一部分国家如美国、英国、澳大利亚、加拿大、阿根廷、南非等国还在其国内立法中肯定对外国国家侵权案件的司法管辖。不仅如此,部分国际条约如 1972 年《欧洲国家豁免公约》^①、2004 年《联合国国家豁免公约》^②也都明确缔约国有权受理国家行为导致的越来越多的人身伤害或财产损害诉讼。

尽管涉外国家侵权诉讼正被更多国家的立法和实践所肯定,但国际社会对国家管辖的标准、范围、国内管辖法院性质级别等问题的认识仍存在分歧。以对外国国家侵权的司法管辖为例,国际社会仍存在两种不同的理论,即绝对豁免论和限制豁免论,前者基于国家主权平等原则认为国内法院无权受理以外国国家为被告的任何侵权案件,而后者则认为外国国家的管辖豁免应是有限制的,国内法院可以受理一定范围内的外国国家侵权案件。即使是在都持限制豁免论立场的国家,在确定对外国国家侵权管辖的

①《欧洲国家豁免公约》第 11 条规定:“缔约国不得主张免于另一缔约国法院的管辖,如果诉讼涉及因人身伤害或毁损有形财产而请求损害赔偿,而造成伤害或损毁的事实又发生于法庭地国的领域内,其伤害和损毁的肇事者在发生此项事实时,亦在该领域内。”

②《联合国国家豁免公约》第 12 条规定:“除有关国家间另有协议外,一国在对主张由可归因于该国的作为或不作为引起的死亡或人身伤害、或有形财产的损害或灭失要求金钱赔偿的诉讼中,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,则不得向另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。”

依据和范围上也有所不同,如部分国家仅管辖同本国存在领土联系的外国国家的非主权行为侵权,而另外一些国家则在行使对外国国家侵权管辖时并不过多考虑外国国家行为的性质,也并不要求存在必然的领土联系。因此,必须在全面把握国家侵权管辖理论和国际社会具体实践的基础上去架构适当的涉外国家侵权管辖制度。

国内法院受理涉外国家侵权案件后面临的又一问题是法律适用。国际层面的国际人权法、国家责任制度对国家侵权损害范围的认定、国家归责等问题有所涉及。同时,涉外国家侵权赔偿也是各国国内法关注的一大问题,关于国家侵权赔偿责任的各国国内实体法差异较大,关于国家侵权归责原则、侵权的行为范围、侵权的损害范围、赔偿的形式以及赔偿标准等都不完全一致。必须从法律上明确涉外国家侵权的处理依据,受诉法院首先面临的是在国际法和国内法间进行选择,若确定应适用国内法时,则还将遇到适用何国法的问题。因此,国际法与国内法关系、公法域内效力、国家行为原则、实质程序问题、分割统一论等国际法和国际私法学说理论都对涉外国家侵权法律适用有着重大影响,实证考察具体国家在涉外国家侵权法律适用问题上的具体做法可能对制度构建完善比较重要。

此外,作为涉外国家侵权诉讼归宿的判决承认执行问题也必须重视。对国内法院做出的外国国家侵权判决在域内承认执行时会遇到外国国家财产执行豁免的问题,而若涉外国家侵权判决是由外国法院做出的,则承认执行时可能还需要进行管辖权、法律适用、互惠、公共秩序保留等方面的审查。非常有必要探讨涉外国家侵权判决承认执行的相关理论,并实证考察主要国家关于执行主体、程序、条件、方式等问题的具体规定和做法。

就中国来说,涉外国家侵权制度的建构可能更为迫切。以民间对日侵华战争索赔为例,基于历史、政治等多重原因,外交途径解决还难以获得