

2012年度教育部人文社会科学研究青年基金项目
《国家豁免权的正当程序保障问题研究》
(12YJC820103)



GUOJIA HUOMIANQUAN DE
ZHENGDANG CHENGXU BAOZHANG WENTI YANJIU

国家豁免权的 正当程序保障问题研究

王 卿 / 著
by wangqing

法律出版社 | LAW PRESS·CHINA

2012年度教育部人文社会科学研究青年基金项目
《国家豁免权的正当程序保障问题研究》
(12YJC820103)



国家豁免权的 正当程序保障问题研究

王 卿 / 著

法律出版社 | LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家豁免权的正当程序保障问题研究 / 王卿著. —
北京:法律出版社,2016.8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9772 - 5

I. ①国… II. ①王… III. ①豁免权—研究 IV.
①D993.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 170971 号

国家豁免权的正当程序保障问题研究

王卿著

责任编辑 周丽君
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8 字数 205 千

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 - 5118 - 9772 - 5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪 言/1

- 一、演变中的国家豁免理论与实践/1
- 二、研究的动机与目的/5
- 三、国内外研究现状综述/8
- 四、研究内容和研究方法/15

第一章 国家豁免权本体论/20

第一节 国家豁免权的本质/21

- 一、国家豁免权的多元性解释/21
- 二、国家豁免权的权能涵括/27
- 三、国家豁免权客体的范围/29

第二节 国家豁免权的行使/33

- 一、积极行使：外国国家主动提出国家豁免权抗辩/33
- 二、消极行使：国家豁免权的放弃/37
- 三、国家豁免权的特别关照：法院主动启动国家豁免审查程序/46

本章小结/48

第二章 国家豁免权程序保障的必要性/50

第一节 国家豁免权的“危机”/51

一、理论危机/51

二、现实危机之一：国家豁免权的权利界限模糊/53

三、现实危机之二：裁判结果的不确定性/55

第二节 程序保障的现实意义/57

一、程序保障的必要性/58

二、规范层面的特殊程序/61

三、实践层面的特殊程序/67

本章小结/69

第三章 涉及国家豁免案件的国内管辖/71

第一节 国内管辖的实践/72

一、地域联系的要求/72

二、专属管辖/76

三、移送管辖/80

四、审判地的确定/87

第二节 国内管辖制度的正当性分析/90

第三节 中国的对策与选择/93

一、应对被诉的策略/93

二、中国的立法选择/96

本章小结/102

第四章 对外国国家的送达/104

第一节 国家豁免法中的送达规则/105

一、国家豁免法中的送达规则概况/106

二、区别送达对象/108

三、遵循送达次序/110

四、送达方式/113

第二节 对外国国家送达的实施/119

一、美国的实践/120

二、英国的实践/128

第三节 对外国国家送达制度的正当性/134

一、对程序公正的强调/134

二、对判决可接受性的关切/137

第四节 中国的对策与选择/139

一、应对被诉的策略/139

二、中国的立法选择/141

本章小结/148

第五章 外国国家的诉讼程序豁免/150

第一节 外国国家诉讼程序豁免的规范表现/151

一、诉讼程序豁免的范围/155

二、诉讼程序豁免的例外/158

第二节 外国国家诉讼程序豁免的正当性/159

第三节 中国的对策与选择/161

一、应对被诉的策略/161

二、中国的立法选择/161

本章小结/165

第六章 对外国国家的缺席判决/166

第一节 对外国国家适用缺席判决的学理分析/166

一、缺席判决的含义/166

二、对外国国家作出缺席判决的风险/169

第二节 对外国国家作出缺席判决的程序条件/171

一、有效送达/172

二、答辩期限届满/176

三、管辖豁免的排除/180

第三节 对外国国家的缺席判决的送达和
撤销/183

一、缺席判决的送达/183

二、缺席判决的撤销/185

第四节 对外国国家的缺席判决制度的正
当性/187

第五节 中国的对策与选择/189

一、应对被诉的策略/189

二、中国的立法选择/191

本章小结/194

第七章 对外交介入问题的反思/197

第一节 外交介入的原因及方式/197

一、外交介入的原因/197

二、外交介入的方式/201

第二节 外交介入的正当性分析/205

一、美国国务院的“豁免建议”之考察/206

二、“FG公司诉刚果(金)案”中的外交部致函
之评析/209

第三节 中国的对策和选择/214

一、应对被诉的策略/214

二、中国的立法选择/215

本章小结/216

结 语/218

一、正当程序的多元意义/220

二、程序之正当性再审视/224

三、中国的对策与选择/227

参考文献/232

后 记/246

绪 言

一、演变中的国家豁免理论与实践

传统的市场经济社会中,经典的“市民社会-国家”的二元结构模式下,政府的基本功能是提供法律的保障空间,制定普遍性行为规则;当且仅当社会经济出现自身无法解决的缺陷和矛盾冲突时,才有必要适时适度地介入,以社会公共利益代言者的角色进行仲裁和调控,以协调利益的平衡发展。^① 直至 19 世纪,这种状态基本没有太大改变,一国政府的主要职能是宏观调控、维护市场秩序、分配和协调各种利益,国家作为民商事主体在他国被诉的基础尚不具备。然而,经济危机的频发,西方的自由资本主义面临严重危机,挽救资本主义的国家垄断资本主义登上历史舞台。在 19 世纪,西方资本主义国家“在很大程度上表现为一个商业企业家;造成国家对贸易、铁路、海运和邮政服务的垄断,第一次世界大战使得这些活动增加”。^② 与此同时,第一次世界大战后崛起的社会主义国家实施计划经济,使国家和政府对经济的控制和支配表现得尤其突出,国

① 桑玉成:《利益分化的政治时代》,学林出版社 2002 年版,第 88 页。

② [英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社 2003 年版,第 359 页。

家和政府成为对外经济活动的显性主体。在与私人主体进行经济交往中,政府不再是高高在上的调控者、秩序的维护者,而是民商事活动的直接或间接的参与者。国家及其政府越来越多地参与到民商事活动当中,政府角色的此种转换,为国家豁免理论和实践的转化——从绝对豁免原则转向相对豁免原则(尽管此种转化尚未在整个国际社会完全实现)奠定了政治基础。同时,观念层面的相对豁免论是一种变化了的国家和政府哲学的结果,这种哲学倾向于重申古希腊民主中业已宣告的观念,即“在我们城邦中,以任何方式行使公共职能的任何人皆不能就其行为免除应负的责任”。^①

国家豁免权是主权的一项重要权能。与主权一样,国家豁免权也是界定和表征着主体地位及主体间相互关系的范畴,其最基本的含义是一个国家及其财产免受其他国家国内法院的司法管辖、强制措施和执行。在其现代表现形式当中,国家豁免的理由可以在对一外国提起诉讼的情况下被用到。国家管辖豁免常常在程序开始时被提出来,但其只是一个初步理由,提出这一理由的目的是阻止法院行使管辖权。在民事司法领域中,国家豁免权总是在与作为原告的私人的诉权相对立的情境中被考虑和被讨论的。特别是在执行阶段,国家豁免制度的基本内容就是处理国家财产权与私人财产权之间的关系问题。^②

随着相对豁免原则的日益扩张,传统的国家豁免权和绝对豁免原则遭遇到理论和实践的双重拷问。例如,在国际民商事活动中,国家豁免权缘何绝对地优先于私权?长远来看,对国家豁免权的捍卫确实对国家有利吗?毫无疑问,当国家与私人进行国际民商事交

① [意]莫诺·卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第87~88页。

② 蔡从燕:“论国际法的财产权逻辑”,载《法律科学》2011年第1期。

往时,国家豁免权是令人尴尬的“双刃剑”,在给予国家以保护的同时,又不免导致对方当事人因此顾虑而犹豫不决,从而限制了国家对外经济活动的范围。国家为了争取合同的签订,不得不主动声明放弃豁免。即便如此,国家与外国私人之间的经济纠纷仍然常常上升为国家间的外交争端,这对于国家的对外关系的稳定性是非常不利的。诸此种种,迫切需要发展一种新的司法方法,让国家对其进入国际商业界从事的作为和不作为负责。早在1952年,美国《泰特公函》列举的转向相对豁免的理由中,就将个人的私权考虑其中,该文件指出:外国政府大量从事经济活动,有必要形成一种使与外国政府做生意的个人能够诉诸法院以决定其权利的制度。按照相对豁免原则的逻辑,民事活动的最重要原则是平等和公平原则,在获得司法救济的权利以及财产权的保护等问题上,私人主体与作为特殊民事主体的国家或其政府部门,应当享有同等的权利。与绝对豁免原则相比,相对豁免原则冲破了豁免制度对国家财产权保护的堡垒,从而加强了对私人主体之财产权的保护。二十多年之后《美国外国主权豁免法》的制定,给私人到法院起诉外国国家提供了明确的法律依据。^①

相对豁免论主张将国家行为区分为主权行为和非主权行为,主权国家的非主权行为和用于该行为的财产不享有豁免权,重点在于考察国家的“行为”。^② 彰显主权的国家行为,在其他国家的法院获得管辖和执行的豁免。脱离了主权之根据的国家行为,即非主权行为,因不再具备国家豁免权的权利基础而不享有豁免。当然,如何

^① Kevin P. Simmons, *The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976: Giving the Plaintiff His Day in Court*, 46 Fordham L. Rev. 543 (1977), p. 547.

^② 杨玲:“欧洲的国家豁免立法与实践——兼及对中国相关立场与实践的反思”,载《欧洲研究》2011年第5期。

界定主权行为和非主权行为,并非易事,亦有很多分歧和争论。^①

可见,在私权与国家豁免权的博弈中,私权本位观的价值取向得到越来越多的认可和接受,国家豁免权不再神圣不可侵犯。因此,很多国家通过立法或者司法实践,纷纷转向了相对豁免。恰如亨金多年前指出的那样,世界秩序发生了变化,似乎可以期望全世界朝“私有化”方向发展……导致对限制理论的普遍接受。国际体系迟早会抛弃绝对豁免,但是会有什么豁免,不太清楚。^② 限制理论也是以承认豁免为起点,接受特定的限制。然而,该类限制缺乏清楚的或完全的一致意见,并且,在不同国家也有所不同。

无论如何,“权利义务关系的存在意味着两个国家一致并立或者每个国家拥有同一主权这两方面一致并立,那是一种皆大欢喜的同时存在。因为从根本上说,每个国家都是国家豁免权的授予者和接受者,这就使我们可能在隧道的尽头看到一线光亮”。^③ 现实情况是,有关国家豁免的专门立法相继出现,至今已有十几个国家制定了国家豁免法;国际条约方面,除了《欧洲豁免公约》之外,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《联合国豁免公约》)反映了未来国际社会对国家豁免问题的基本共识。国内和国际司法实践能够更加及时而客观地展现国家豁免问题的最新动态,尤其值得关注的是司法诉讼中的国家豁免问题。一些具有代表性的典型判决,不仅为研究国家豁免问题提供了分析资料,而且也成为国际

① 深入探讨“主权行为”和“非主权行为”或“商业行为”的中文文献有很多。例如,郭玉军、徐锦堂:“论国家豁免的相对性”,载《武大国际法评论》2003年第1期;黄进等:“国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题”,载《中国法学》2001年第4期。

② [美]路易斯·亨金:《国际法:政治与价值》,张乃根等译,中国政法大学出版社2005年版,第384页。

③ [泰]宋庞·苏察里特库尔:“国家豁免学说的发展及前景”,刘慈忠译,载《环球法律评论》1983年第3期。

投资、国际贸易的法律政策评估指标之一。

世界经济飞速发展,世界格局日益变化,新型国际关系正在形成。传统的、建构在概念主义之上的国家豁免权也面临着各种挑战,至少存在以下4个方面的质疑:一是概念上的不统一和不严谨;二是法理上的不纯粹;三是适用上的复杂和不确定;四是实体共识上的缺失。面对诸此种理论上的困惑,我们不妨着眼于相关司法过程,观察国家豁免权在司法程序当中是如何实现和保障的,这可能比沉溺于理论上的辩解更易发现问题的症结所在。

二、研究的动机与目的

(一)以程序为视角研究国家豁免权

在诉讼过程中,程序与实体之间的关系如骨架与血肉,二者缺一不可。有关诉讼程序问题的妥善解决对被诉国家之豁免权是否能得到尊重、豁免主张能否被采纳起着至关重要的甚至决定性作用。

本书通过实证的案例考察,全面而客观地展现涉及国家豁免问题的诉讼过程,将国家豁免立法、条约和司法实践整合起来,特别关注如何在诉讼程序上保障国家豁免权。具体而言,重点关注诉讼程序的正当性与否以及其对国家豁免权抗辩成功与否的影响。并非单纯地介绍有关法律规范和各种理论,而是研究这些法律规范和理论在实际案件处理过程中的解释和适用过程;并非简单地描述法律事实甚至忽略法律事实认定问题,而是更加注重法律事实的形成和判断;并非局限于国家豁免本身,而是同时审视其外围相关制度、因素对国家豁免权问题解决的作用。程序问题处理得是否正当,直接决定着当事人双方的实体权益是否得到公正的维护。对作为被告的外国国家来讲,正当的诉讼程序可以避免其在国外法院被滥诉,或者在被诉之后能够充分运用正当程序保障其合法权益不受侵犯。当然,“正当”本身即有合理性和合法性之内涵,不应当一味地

强调对外国国家的豁免权的保护。换言之,正当程序保障的另外一层意思在于摒弃对外国国家程序上的不正当的偏袒。对法院地国来讲,通过设置正当的程序来平衡原告之私权和被告之国家豁免权的博弈,以避免处理不当可能引发的法院地国与被告国家间的政治冲突。总之,洞悉国家豁免权在司法程序中的动态保障,无论对国际民事关系的私人主体还是主权国家来讲,都具有更直接和更有价值的指导意义。

(二) 为中国应对在国外被诉提供策略

近十多年来,中国国家、地方政府或国有企业在外国法院被诉频繁,给中国国家形象和财产造成巨大损失。中国处理此类案件一般通过以下几种方式:第一,由外交部门出面,进行外交交涉,如在“湖广铁路债券案”^①审理过程中,1983年我国外交部向美国国务院递交备忘录,强调中国作为主权国家无可争辩地享有国家豁免权。第二,采取相应法律措施,中国政府及其诉讼代理人出庭提出管辖异议方面的辩护,如同样是在“湖广铁路债券案”中,阿拉巴马州地方法院作出中国政府败诉的判决后,针对此判决,中国政府聘请当地律师以特别出庭的方式,主张撤销缺席判决并驳回起诉;此外,在“莫里斯诉中华人民共和国案”^②的诉讼过程中,中国政府就积极应诉,提交答辩状,要求撤销案件。第三,在企业 and 政府同时作为共同被告的案件中,一般只是由企业进行应诉,中国政府不应诉,如在

① Russell Jackson, et al. v. The People's Republic of China, 550 F. Supp. 869 (N. D. Ala. 1982); Jackson v. People's Republic of China, 794 F. 2d 1490 (1986); Jackson v. People's Republic of China, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 801 F. 2d 404 (1986).

② Marvin L. Morris, Jr. v. The People's Republic of China et al., 478 F. Supp. 2d 561 (2007). 我国国内学者又将此案称为“善后大借款案”。

“沃特斯夫妇诉中华人民共和国”一案^①中,中国政府就没有出庭应诉,法院最终主动审查中国的执行豁免问题,认定中国政府虽未出庭,但并未放弃执行豁免。第四,请非政府组织作为法庭之友来参与案件的审理过程。综观中国政府和国有企业的应对措施,从最初的消极不应诉到现在的积极应诉并提出管辖和执行豁免之抗辩,越来越主动。然而,在很多案件中,中国基于绝对豁免原则提出的管辖异议并没有得到外国法院的认可。事实上,中国胜诉的很多案件恰恰是法院基于一般管辖、送达等程序问题的考虑而作出裁判的。从维护中国国家主权和利益的目的出发,研究美国、英国、加拿大等国家的国家豁免法中的程序规则,以及司法活动当中的程序方面的实践,掌握应对诉讼的技巧,才能知己知彼,最大限度地维护中国的尊严和实际利益。

(三)为中国未来国家豁免立法提供参考意见

中国一直坚持外国国家在中国法院享有管辖豁免,至今中国内地尚未受理过以外国国家为被告的案件。但现实中并不是没有人起诉外国国家,如中国民间对日本侵华索赔、海外投资者诉东道国违约或侵权等。这些诉请因受到国家豁免的阻碍,无法在中国获得司法解决,国民或企业不得不千里迢迢赴外国起诉,负担沉重的负累和诉讼风险。站在十字路口,我们是否仍然抱守所谓的能够维护“大国尊严”的绝对豁免原则?香港法院于2011年作出终审判决的“美国FG公司诉刚果(金)案”的一波三折,迫使我们不得不考虑为中国的国家豁免立场和处理规则进行立法。中国的相关部门已经展开对中国国家豁免立法的前期调研和准备工作,并明确列出需要解决的程序问题。已有研究集中于国家豁免的实体问题,而缺少对

^① Walters v. The People's Republic of China, 672 F. Supp. 2d 573.

相关诉讼程序问题的关注和系统研究。通过对国内管辖权的确定、对外国国家的送达、缺席判决、程序豁免、外交介入等一系列程序问题进行静态和动态的全面研究,细致梳理、比较和研究典型国家的立法和司法实践,为中国未来国家豁免立法提供科学的资料储备。

三、国内外研究现状综述

(一) 国内研究现状及评析

如上所述,中国内地法院至今几乎没有审理过以外国国家为被告的案件。尽管曾经有人起诉外国政府,但一般都不予立案。这一情况决定了国内对国家豁免实践的研究几乎是对外国法院的审判实践进行分析和探讨,尤其对以中国政府、国有企业为被告的案件分析得较多。国内专门研究国家豁免问题公开出版的专著主要有黄进教授的《国家及其财产豁免问题研究》、^①龚刃韧教授的《国家豁免问题的比较研究》^②,还有夏林华博士的博士学位论文《不得援引国家豁免的诉讼:国家及其财产管辖豁免例外问题研究》^③等。这些专著对国际法上的国家豁免问题进行了详细的梳理和研究,兼具理论开创性和实践探索意义,其中某些章节介绍了对外国国家的送达、缺席判决等程序问题。论文方面,研究国家豁免问题的文章为数不少,早在20世纪80年代,《国际法年刊》1983年卷和1986年卷中就收录了国际法家倪征燠、陈体强、李浩培、李泽锐、黄进等先生的探讨国家豁免的一系列文章,这些文章以深刻的理论和翔实的案例资料为基础,分析了国家豁免权的理论基础、绝对豁免与相对豁免、各国的司法实践等,并结合当时的社会背景、政治环境和

① 黄进:《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社1987年版。

② 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》,北京大学出版社2005年版。

③ 夏林华:“不得援引国家豁免的诉讼:国家及其财产管辖豁免例外问题研究”,武汉大学2011年博士学位论文。

国实践,对绝对豁免论的合理性进行了深刻论证。其后的代表性的文章有黄进教授等的“国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题”、^①郭玉军教授等的“论国家豁免的相对性”、^②肖永平教授等的“美国国家豁免法的新发展及其对中国的影响”^③和王虎华教授的“《联合国国家及其财产管辖豁免》规则的性质与适用”^④等。这些文章探讨了国家豁免问题中的实体热点问题,其中也有涉及诸如送达规则、管辖规则等程序问题。涉及《美国外国主权豁免法》中的程序问题的文章有肖永平教授的“从天宇公司案看美国法院关于‘直接影响’的认定”、^⑤李庆明博士的“加拿大一公司诉四川省政府案”、^⑥龚柏华教授的“中国政府及国有企业在美国法院面临的主权豁免问题分析”^⑦等,这些文章中对管辖、送达和缺席判决等问题进行了以案说法式的介绍。这些前期成果为本书的研究提供了非常宝贵的资料。

1. 在对国家豁免问题进行综合研究的同时,介绍了已有国家豁免法中的某些特殊的程序规则——对外国国家的送达、缺席判决等规则和实践,如在张帆的博士学位论文《中国在美被诉的主权豁免

① 黄进、曾涛、宋晓、刘益灯:“国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题”,载《中国法学》2001年第4期。

② 郭玉军、徐锦堂:“论国家豁免的相对性”,载《武大国际法评论》2003年第1卷。

③ 肖永平、张帆:“美国国家豁免法的新发展及其对中国的影响”,载《武汉大学学报》(社会科学版)2007年第6期。

④ 王虎华、罗国强:“《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规则的性质与适用”,载《政治与法律》2007年第1期。

⑤ 肖永平、张帆:“从天宇公司案看美国法院关于‘直接影响’的认定”,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期。

⑥ 李庆明:“加拿大一公司诉四川省政府案”,载《中国审判》2008年第1期。

⑦ 龚柏华:“中国政府及国有企业在美国法院面临的主权豁免问题分析”,载《国际商务研究》2010年第4期。

问题研究》中,^①有些章节就对《美国外国主权豁免法》中的一般管辖规则、送达规则及其在司法实践中的适用进行了介绍和分析,但比较研究并不多见。现有有关综合研究国家豁免问题的论著中,多集中对国家豁免实体问题的研究,而有关程序问题的研究成果相对较少,而从司法过程的视角系统研究其中的特殊程序问题及其对国家豁免权的影响的文献则更加少见。

2. 在送达问题上,已有研究成果主要集中在对《美国外国主权豁免法》中的某些条文及其司法实践的探讨。例如,何其生教授的《域外送达制度研究》一书中专门有一节探讨美国的“对外国国家的送达”制度,对《美国外国主权豁免法》中的送达程序条款进行了分析和研究。^②南楠的硕士学位论文《有关国家豁免的送达规则研究——以国际私法为视角》专门探讨了现有国家豁免法中的对外国国家的送达规则等。^③上述成果为本书的研究提供了诸多资料和启发,但这些成果并未对相关问题进行全面而深入的比较研究,特别是对送达顺序和送达方式的选择的总结、立法目的以及司法实践中对送达规则的解释及其根源等问题的研究尚未展开。

3. 在国内管辖的问题上,有些文献中重点研究了《美国外国主权豁免法》中的“直接影响”,并对“直接影响”在国家豁免司法实践当中的适用情况进行了详细分析。^④除此之外,陆寰博士在其博士

① 张帆:“中国在美被诉的主权豁免问题研究”,武汉大学2007年下半年博士学位论文。

② 何其生:《域外送达制度研究》,北京大学出版社2006年版。

③ 南楠:“有关国家豁免的送达规则研究——以国际私法为视角”,武汉大学2012年硕士学位论文。

④ 肖永平、张帆:“从天宇公司案看美国法院关于‘直接影响’的认定”,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期;龚柏华、曹姝:“加拿大天宇网络公司就合资企业被迫解散在美国法院告四川省政府案评析”,载《国际商务研究》2009年第3期;李庆明:“加拿大一公司诉四川省政府案”,载《中国审判》2008年第1期。