

The Proceedings in Which
State Immunity Cannot be Invoked

不得援引国家豁免的诉讼

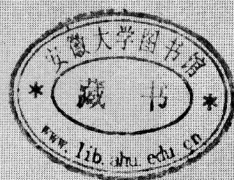
——国家及其财产管辖豁免例外问题研究

夏林华 著

The Proceedings in Which
State Immunity Cannot be Invoked

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



图书在版编目 (CIP) 数据

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/夏林华著. —广州：暨南大学出版社，2011. 8
ISBN 978 - 7 - 81135 - 908 - 4

I. ①不… II. ①夏… III. ①豁免权—研究 IV. ①D993. 7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 140671 号

出版发行：暨南大学出版社

地 址：中国广州暨南大学
电 话：总编室 (8620) 85221601
营销部 (8620) 85225284 85228291 85228292 (邮购)
传 真：(8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)
邮 编：510630
网 址：<http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版：广州市天河星辰文化发展部照排中心
印 刷：佛山市浩文彩色印刷有限公司

开 本：787mm × 960mm 1/16
印 张：13.25
字 数：250 千
版 次：2011 年 8 月第 1 版
印 次：2011 年 8 月第 1 次

定 价：28.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题，请与出版社总编室联系调换)

序 言

国家及其财产管辖豁免是一项普遍接受的习惯国际法原则。按照这一原则，一国及其财产在另一国的法院享有管辖豁免。但是，随着经济全球化的发展，国家从事国际商业活动日益增多，国家及其财产管辖豁免原则是否存在例外以及例外的范围问题引起了国际社会激烈的争论。有关国家豁免问题的国际法理论和实践的最新发展反映在第 59 届联合国大会于 2004 年 12 月 16 日通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。该公约在明确肯定国家及其财产管辖豁免是国际法原则的同时，第一次以全球性公约的形式明确规定了“不得援引国家豁免”的八类诉讼，为国际社会处理国家管辖豁免的例外问题提供了明确的法律规则。

国家及其财产管辖豁免问题，既是国际法的重大理论问题，也是国际社会中迫切需要解决的现实问题。20 世纪 70 年代以来，美国（1976 年）、英国（1978 年）、加拿大（1982 年）、澳大利亚（1985 年）等国相继通过国内立法对国家豁免进行限制，为本国法院处理国家豁免领域的诉讼案件提供了法律依据。近年来，在国家豁免领域，我国已面临多起在他国被诉的案件。长期以来，我国缺乏对国家管辖豁免例外问题的研究，也缺乏相关的国内立法。这使得我国在处理国家管辖豁免领域的诉讼案件方面，长期处于被动应付的局面。

夏林华博士的《不得援引国家豁免的诉讼——国家及其财产管辖豁免的例外问题研究》是我国第一部专门对不得援引国家豁免诉讼问题进行研究的学术专著，是对国家及其财产管辖豁免例外问题开创性研究的学术成果，有重要的理论和实际价值。

不得援引国家豁免的诉讼问题是国家豁免领域的一个最核心又最具争议的问题。作者选取这一核心问题进行研究，反映了作者勇于探索的学术精神。该书研究视角独特，研究方法多样。作者对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中有关不得援引国家豁免的诉讼的法律规则进行了比较全面的梳理和研究，并在此基础上进一步探讨了该领域的理论、实践问题及其发展趋势。该书资料新颖、全面。作者收集、阅读和研究了国内外大量的资料，为该书

的写作奠定了坚实的资料基础。该书理论联系实际，内容丰富，结论合理。作者在深入研究的基础上提出了自己独到的见解，反映出作者良好的学风和认真做学问的态度。例如，在商业交易的判断上，针对有关“性质”和“目的”的争论，作者提出应该从行为的全过程着手，在一些情形下除了考察行为的性质、目的或动机以外，还要考察其他如场地等补充性的因素，这样才能对国家的行为作出更准确的定性。又如，对政府中途介入国有企业所从事的商业交易的问题，作者认为要综合考察整个涉案行为的商业性，国有企业的商业交易行为并不一定因政府行为的介入而改变其性质。本书还对一些国家随意扩大本国法院对外国侵权行为管辖范围的趋势表示了担忧，提出应该严格按照有关公约的规定确定管辖的基础，如“侵权行为地”标准、“损害发生地”标准等；本书在分析大量的案例的基础上，较全面地概括了各国在处理有关雇佣合同诉讼中的国家豁免问题时的四种做法，主张雇员的工作内容、性质等因素应该作为确定被告国是否享有豁免权的重要依据。

本书是在作者博士论文的基础上经过修改补充而完成的。在博士论文的评阅和答辩中，该文获得了校内外专家的一致好评。本书作为开拓创新之作，难免存在不足。例如，限于篇幅，本书没有对香港法院正在处理的国家豁免案件进行分析。但是，无论是从事国家豁免领域的理论研究，还是从事国家豁免领域的立法或司法实践工作，本书都是一本有价值的参考书。作者在武汉大学攻读博士学位期间，我作为其导师，非常了解作者对国际法研究的全心投入。因此，很高兴借此机会，将作者和本书介绍给大家。我也衷心祝愿作者今后在国际法学的研究和教学中取得更大的进步。

邵沙平

2011年5月24日

（序言作者为中国人民大学法学院国际法教授，博士生导师）

目 录

序 言	1
第一章 导 论	1
第一节 国家及其财产管辖豁免问题概述	1
第二节 国家豁免理论与实践的历史审视	6
第三节 不得援引国家豁免的诉讼的范围	17
第二章 商业交易	32
第一节 《联合国国家豁免公约》中的“商业交易”条款	32
第二节 其他国际条约与各国立法中的有关条款	39
第三节 商业交易的判断依据问题	45
第四节 特殊领域中的商业交易	55
第五节 关于“国际私法的适用规则”问题	59
第三章 仲裁协定	67
第一节 仲裁与国家豁免的关系	68
第二节 《联合国国家豁免公约》中的“仲裁协定”条款	70
第三节 其他国际条约与各国立法中的有关条款	72
第四节 司法审判实践	76
第四章 人身伤害和财产损害	86
第一节 人身伤害和财产损害问题概述	86
第二节 《联合国国家豁免公约》中的“人身伤害和财产损害”条款	88
第三节 其他国际条约及各国立法中的有关条款	91
第四节 “人身伤害和财产损害”例外的几个要件	94
第五节 司法审判实践	99

第五章 国有船舶	111
第一节 国有船舶豁免问题概述	111
第二节 《联合国国家豁免公约》中的“国有船舶”条款	112
第三节 《布鲁塞尔公约》与各国立法中的有关条款	117
第四节 司法审判实践	124
第六章 雇用合同	134
第一节 雇用合同问题概述	134
第二节 《联合国国家豁免公约》中的“雇用合同”条款	137
第三节 其他国际条约与各国立法中的有关条款	143
第四节 司法审判实践	147
第七章 我国的立场与对策	166
第一节 我国在国家豁免问题上的立场	166
第二节 我国司法实务中有关不得援引国家豁免的诉讼问题	180
第三节 我国国家豁免立法中有关不得援引国家豁免的诉讼问题	186
结束语	192
参考文献	196
附录:《联合国国家及其财产管辖豁免公约》	200

第一章 导 论

第一节 国家及其财产管辖豁免问题概述

一、关于国家及其财产管辖豁免原则

国际社会是由众多独立并存的主权国家组成的。国际体系内中央权威的缺乏必然导致各主权国家之间法律上的平等，因为主权本身就是一种平等权利。^① 法学家巴托尔在 1354 年曾经提出“平等者之间无管辖权”的著名学说。^② 根据这一学说，引申出一项原则，即主权国家不受外国法院管辖，这就是国家豁免原则。

国家豁免是习惯国际法中一个比较古老的原则。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第五条明确规定：一国本身及其财产在另一国法院享有管辖豁免。从公约的规定可以看出，豁免的范围不仅包括国家不受另一国法院的审判，而且包括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。豁免的内容就广义而言应包括整个司法程序，即从诉讼的提起或成立、传票的送达、调查、审查、讯问、能够构成临时措施的命令，到开列判决之各种情况的决定，以及这些判决的执行等，但一般主要指两部分，即司法管辖豁免和执行豁免。^③

根据国家及其财产豁免原则，国家不受另一国法院审判，其财产在另一国法院也可免于遭受扣押等强制执行措施。但这并不表示国家可以免除其实

① [美] 熊玠. 无政府状态与世界秩序. 余逊达, 张铁军译. 杭州: 浙江人民出版社, 2001. 109.

② 参见巴托尔. 论报仇. 1354. 问题 1/3, 第 10 号. 转引自李浩培文选. 北京: 法律出版社, 2000. 528.

③ Louis Henkin, Richard C. Paugh, Oscar Schachter et al. *International Law: Case and Materials* (3rd ed.). West Publishing Co., 1993, 1127.

体法上的责任，它只是赋予国家享有程序上的豁免而已。^①此外，这也并不表示案件不能被裁判，只是因为案件涉及的当事人为外国国家或政府，所以国内法院依法不予管辖。至于实行国家豁免的方式，《联合国国家豁免公约》第六条第一款规定：一国应避免对在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖权，并应为此保证其法院主动地确定该另一国享有的豁免权得到尊重。同时该条第二款还规定了两种被视为对他国提起诉讼的情形：一是他国被指明为某诉讼的当事方；二是他国虽未被指明为诉讼的当事方，但诉讼实际上企图影响他国的财产、权利、利益或活动。

“国家及其财产享有豁免权”也并不表示外国的任何行为都可以不受任何拘束而为所欲为。《联合国国家豁免公约》规定，国家在某些情形下或从事某些特定行为时，不得主张援引国家豁免。这主要包括国家明示同意外国法院行使管辖（第七条）、一国本身在外国法院提起或介入诉讼或采取与案件实体有关的步骤（第八条）、一国就另一国法院的诉讼提起反诉（第九条）等情形，以及国家在有关下列事由的诉讼中不得援引国家豁免：商业交易（第十条），雇用合同（第十一条），人身伤害和财产损失（第十二条），财产的所有、占有和使用（第十三条），知识产权和工业产权（第十四条），参加公司或其他集体机构（第十五条），国家拥有或经营的船舶（第十六条），仲裁协定（第十七条）等。

从法律实务的角度来看，“国家及其财产豁免”是国际民事诉讼活动中常见的问题，涉及国际公法、国际私法和国际经济法等领域，既受国际法的规制，又受有关国家的国内法规范。这主要是因为目前的国际经济活动中，国家本身常常会不可避免地参与民事交易活动，如基于公共目的采购军备和购买医药品等。而从民事法律关系的角度来看，国家理当和普通当事人一样享有同样的民事权利和承担同样的民事义务，所以地位应是相同的。但是，国家又是一个主权者，基于国与国之间主权平等，除非国家同意，否则其本身及其财产都不应受外国法院管辖。在这种情况下，一旦产生国际民事争议，一个国家是否能在外国法院被诉，或是国家财产是否能在外国法院作为诉讼标的，往往成了一个不可避免而必须先解决的问题。

早在 19 世纪末期，就开始有国际学术机构就国家豁免问题展开学术研究。1891 年，国际法学会（Institut de Droit International）在汉堡召开会议，通过了一个决议。该决议声称：“国家在有关商业、工业或国家领土内经营的

^① Sompong Sucharitkul. Development and Prospects of the Doctrine of State Immunity: Some Aspects of Codification and Progressive Development. *Netherlands International Law Review*, Vol. XXIX, 1982, 256.

铁路方面的诉讼中不得援引管辖豁免。”^① 国际法学会在 1954 年的会议中通过了一个有关“外国国家管辖和强制执行豁免”方面的文件，该文件只有五个条款，是对 1891 年决议的补充与修订。^② 1932 年，《美国国际法杂志》（增刊）发表了哈佛法学院起草的一个有关一系列专题的国际公约草案，其中包括“国内法院对外国国家的管辖权问题”。该草案第九、十、十一、十二条分别规定了外国国家在有关权利、不动产、商业交易、工业、金融及国家债务等的诉讼中不得援引管辖权的豁免。^③ 国际律师协会（International Bar Association, IBA）于 1956 年第六次会议期间举办了一个关于“限制国家在有关国家侵权和商业合同的诉讼中援引主权豁免”的研讨会，但这次会议没有通过任何决议。^④ 1960 年，国际律师协会第八次会议通过了“关于国家在其领土外从事商业行为时的国家豁免”的决议。^⑤ 该决议与哈佛法学院起草的公约草案的内容大体相似。国际法协会（International Law Association, ILA）在 20 世纪初就非常关注国家豁免问题。1926 年，国际法协会在维也纳召开第 34 届会议，讨论了法兰克福大学教授 Karl Strupp 起草的“国际法上的豁免公约”草案。该草案第三条规定，国家在有关其商业行为、法院地国的不动产、雇佣合同等的诉讼中不得援引管辖豁免。^⑥ 在 1950 年哥本哈根第 44 届会议和 1952 年卢赛恩第 45 届会议上，国际法协会继续讨论了国家豁免的问题。在卢赛恩会议上还通过了一个关于“外国在有关其参加的私人实体的诉讼中不得援引管辖豁免”的决议。^⑦ 1980 年，在贝尔格莱德召开的第 59 届会议上，国际法协会执行委员会任命了一个 18 人小组，专门研究并起草有关国家豁免的公约。1982 年，蒙特利尔第 61 届会议通过了《国家豁免公约草案》^⑧。1994 年，国际法协会在布宜诺斯艾利斯对该草案作了进一步修改。^⑨

各国有关国家豁免方面的国内立法始于 20 世纪 70 年代，主要是一些普通法系的国家，其中最具代表性的是美国 1976 年《外国主权豁免法》、英国 1978 年《国家豁免法》、澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》等。在国际层

① *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1891, at 436 - 437.

② *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1954, at 221 - 222.

③ G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*. Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 143.

④ IBA. *The Sixth Conference Report*. Martinus Nijhoff, 1957, at 238 - 247.

⑤ IBA, *The Eight Conference Report*. Martinus Nijhoff, 1960, at 8 - 10.

⑥ *Report of the Thirty-fourth Conference of ILA*, Vienna, 1926, at 426 - 440.

⑦ *Report of the Forty-fifth Conference of ILA*, Lucerne, 1952, at 395 - 406.

⑧ *Report of the Sixty-first Conference of ILA*, Montreal, 1982, at 372 - 391.

⑨ *Report of the Sixty-sixth Conference of ILA*, Buenos Aires, 1994, at 291 - 305.

面上,早在19世纪末期,就有国际机构就国家豁免问题开展学术研究。^①这些学术研究有力地促进了国家豁免原则、规则和制度的发展,为国家豁免问题的国际法编纂奠定了基础。欧盟理事会于1972年通过了《关于国家豁免的欧洲公约》,这是第一个在国际层面上具有法律约束力的国家豁免公约。联合国国际法委员会于1979年在联合国大会的建议下开始着手研究国家及其财产管辖豁免的法律问题。^②国际法委员会先后于1986年和1991年一读和二读通过了《国家及其财产管辖豁免条款草案》。经过二十多年的努力,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《联合国国家豁免公约》)最终于2004年12月16日经第59届联大通过,这标志着国家及其财产豁免原则的演变进入了一个新的里程碑,即迈出了国际统一立法与司法实践的实质性的一步。

二、国家及其财产豁免问题的产生

国家及其财产豁免既是一项基于国家尊严、独立、主权和平等的国际公法原则,又是一项限制国内法院权限的国际私法规则,它产生的背景是国内法院审理有关涉及外国国家或其财产的民事案件,即在一国法院对另一国提起诉讼。虽然是民事案件,但由于涉及主权国家,所以既要考虑国际私法规则,也要接受国际公法的规范。

根据《联合国国家豁免公约》第六条第二款的规定,下列情况被视为对国家提起的诉讼,被诉国可以提出“国家豁免”作为抗辩理由:一是一国在另一国法院的诉讼中被指明为诉讼的当事一方;二是虽未被指明为诉讼的当事方,但该诉讼实际上是企图影响该国的财产、权利、利益或活动。在实践中,一国没有明确被指为诉讼当事方的情况下,法院给予其管辖豁免的情况比较多,但也有很多案例,国家实际被指明为被告直接牵连在诉讼中而法院也给予其豁免。^③

上述第一种情况适用于指明国家本身或公约第二条第一款第(二)项规

① 早期在国际立法方面的努力包括1891年国际法学会的汉堡决议(*Annuaire de l'Institut de Droit International* 1891, at 436-437)、1926年国际法协会讨论的“国际法上的豁免公约草案”(Report of the Thirty-Fourth Conference of ILA, Vienna, 1926)、1932年的哈佛法学院草案(G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 143)、1960年国际律师协会第八次会议决议(IBA. *The Eighth Conference Report*, 1960, at 8-10),以及1982年国际法协会修订的“蒙特利尔草案”(Report of the Sixty-first Conference of ILA, Montreal, 1982)。

② 1979年12月19日,第32届联大通过第32/151号决议,建议国际法委员会着手研究国家及其财产管辖豁免的法律,以逐渐发展和编纂国家豁免法。

③ Report of the Forty-third Conference of ILC, 1991, 47.

定的其他实体为当事方的所有诉讼。^① 一国被指明为争讼的当事一方，则它无疑被牵连在另一国法院的争讼中。但许多有关国家豁免的案例显示，以国家直接作为被告的情况实际上比较少，大多数诉讼是关于国有企业以及国家的舰艇、访问部队、弹药武器和飞机等的。^② 必须注意的是，豁免问题只有在被告国不愿意或不同意被控告时才发生，如果被告国同意成为诉讼的当事人，则不发生豁免问题。《联合国国家豁免公约》第二十条规定：一国可以明示同意他国法院对其财产采取强制措施，但按照第七条的规定同意行使管辖，并不构成默示同意采取强制措施。因此，即使国家以明示的方法放弃了管辖豁免权，可是在判决作出前或下达后如果牵涉到对其财产进行扣押或执行，则国家也可以提出豁免主张。

此外，根据《联合国国家豁免公约》第八条第一款的规定，一国本身在另一国法院提起诉讼，即国家本身作为原告，以及一国介入另一国法院的诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤时，该国不得援引国家豁免。《联合国国家豁免公约》第九条规定了反诉的情况，分为三种情形：一是如果被告在诉讼中提起与主诉的国家对该反诉也不能主张国家豁免；二是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引起的任何反诉援引管辖豁免；三是一国在另一国法院对该国提起的诉讼中提出反诉，则不得就本诉向法院援引管辖豁免。

被视为是对国家提起的诉讼的第二种情况表示，即使国家不被直接指明为被告，但诉讼如果涉及国家的财产、权利、利益或活动等事项时，该国家也可以主张豁免。这种情形发生的第一种可能性是，诉讼是针对或影响到一个外国国家所拥有或控制的财产，则外国可以要求援引国家豁免。例如，针对国家拥有的船舶所提起的对物诉讼就是一个典型例子。^③ 如前所述，在国家实践中，有关国家舰艇、访问部队、弹药和武器、飞机等的豁免案件非常多，而且给予豁免的对象也不限于外国直接拥有的财产，还包括外国实际控制的财产。至于另一种可能则是在对外国国家的财产受托人或代理人提起的诉讼中，外国也可以提起国家豁免的主张。其实，在国家实践中，关于国家豁免的法律不是直接从对外国或外国政府提起的诉讼中发展而来的，而是较间接

① 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第二条第一款对作为豁免主体的“国家”作了解释，包括：①国家及其政府的各种机关；②有权行使主权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位；③国家机构、部门或其他实体，但须他们有权行使并且实际在行使国家的主权力；④以国家代表身份行事的国家代表。

② *Report of the Forty-third Conference of ILC*, 1991, 49.

③ Robert Jennings, Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law*. Vol. 1, 9th ed., Part 1, England: Longman Group UK Limited, 1992, 348.

地通过一系列关于没收或扣押船只作为海上留置权、碰撞赔偿或救助服务费的诉讼发展起来的。^① 因此, 第二种情形在实践中更为常见。

必须指出的是, 当诉讼影响到与国家有关的财产时, 如果希望能够成功地主张国家豁免而排除外国法院的管辖权, 则仅仅强调国家和该财产之间存在着一种利益关系是不够的, 该国还必须提出充分的证据支持其主张。^②

第二节 国家豁免理论与实践的历史审视

一、国家豁免原则演进的历史背景

很显然, 国家及其财产管辖豁免问题产生的前提条件是: 在国际社会中, 国家之间通过各种方式进行交往。然而, 在 18 世纪以前, 国家之间在和平时期的往来主要限于外交使节的派遣和接受。因此, 也仅出现了有关外交使节的特权及豁免制度。18 世纪以后, 随着欧洲各国中央集权制的加强, 封建君主专制制度极为盛行, 国家之间的关系愈来愈体现为君主个人之间的关系。正是在这一时期, 作为国家主权者的君主的管辖豁免理论也就被提了出来。^③

从 18 世纪后半叶开始, 发端于英国的工业革命对近代国际关系的发展产生了深远的影响。尤其是进入 19 世纪以后, 由于人工开凿运河、利用汽船航运以及修建铁路等, 极大地改善了国际交通状况, 促进了各国之间的往来, 特别是推动了经济贸易关系的发展。

法国大革命和美国独立, 又为近代资本主义的国家制度奠定了政治基础。在一些欧美国家中, 政府及其各部门开始取代过去的封建专制君主个人, 从而发挥着越来越重要的作用。同时, 各国政府的职能也在不断扩大。例如, 在经济领域, 许多国家的政府直接参与铁路运输、邮电、电信事业以及金融等方面的活动。与此同时, 近代各国政府的对外活动, 也逐渐超出传统的外交关系领域, 而扩大到经济以及其他领域。

特别是在 19 世纪以后, 不仅国家政府之间的各种方式的交往迅速发展, 一国政府及其机关与他国个人或法人之间的各种方式的交往关系也随之发展

① *Report of the Forty-third Conference of ILC*, 1991, 48.

② Robert Jennings and Arthur Watts (eds). *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, 9th ed., Part 1, Longman Group UK Limited, 1992, Queen's Bench, 349.

③ G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Martinus Nijhoff Publisher, 1984, 9.

起来。与此同时, 在一些国家的国内法院出现了个人或法人诉外国政府的现象。^①正是在这种情况下, 外国国家及其财产管辖豁免问题开始引起各国的关注。因此, 工业革命以及资产阶级革命为近代国际法上国家管辖豁免问题的出现奠定了经济和政治基础; 而政府职能的扩大以及对外活动的增多, 又构成了国家管辖豁免问题产生的直接契机。^②

资本主义生产方式发端于欧洲。当欧洲一些国家和美国已进入资本主义阶段时, 其他各大洲的国家和地区仍然处于封建社会阶段, 甚至有不少国家还处于奴隶社会或原始社会阶段。这种情况决定了欧美国家在近代国际关系中起着主要作用。正因如此, 近代国际法起源于欧洲, 且具有强烈的排他性, 它把南美、亚、非各洲均排除在当时适用国际法的国际社会(“欧洲团体”)之外, 称非基督教各国为非“文明”国家。^③在近代国际关系史上, 由于殖民主义、帝国主义的对外扩张, 欧美资本主义国家和其他各国之间长期处于不平等的关系。例如, 19世纪期间, 西方国家就通过不平等条约, 在包括中国在内的一些东方国家获得了领事裁判权。^④这些东方国家的领土主权因此单方面受到限制, 其国内法院甚至连对普通的外国国民都不能行使正常的司法管辖。作为国际法上的国家管辖豁免问题只能出现在处于平等关系的国家之间。上述不平等的关系使有关国家之间的国家管辖豁免问题丧失了存在的基础。至于那些被西方国家完全侵占和吞并的亚非国家, 由于已经丧失了原有的国家主权和独立, 成为殖民地或附属地, 因而就更不可能在外国法院要求国家豁免的权利。上述情况就决定了至少在19世纪末以前, 国家管辖豁免问题只能出现在基本处于平等关系的欧美国家之间。

国家豁免的发展, 主要是由一些西方国家判例法形成的。^⑤19世纪以来, 各国的国内法院判例与国家豁免理论及实践的产生和发展密切相关。^⑥通过考察国内法院判例可知, 在19世纪以前, 有关国家豁免的案例和国家实践极少。^⑦到19世纪末期, 除了斯堪的纳维亚半岛国家及荷兰外, 国家豁免原则已经在欧洲和美国获得了广泛承认。^⑧美国、英国、法国、德国、比利时、奥地利、意大利都有判例支持这一原则。

① S. Sucharitkul. *Immunities of Foreign States before National Authorities*. 1976, 8.

② J. Brohm. *State Immunity and the Violation of Human Right*, Martinus Nijhoff Publisher, 1987, 14.

③ 梁西. 国际法(第二版). 武汉: 武汉大学出版社, 2000. 30.

④ 周鲠生. 国际法(上册). 北京: 商务印书馆, 1976. 288~298.

⑤ 倪征燠. 关于国家豁免的理论和实践. 中国国际法年刊, 1983. 8.

⑥ G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*. Martinus Nijhoff Publisher, 1984, 1.

⑦ G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*. Martinus Nijhoff Publisher, 1984, 1.

⑧ 龚刃韧. 国家管辖豁免的历史形成过程. 中外法学, 1991(1): 35~38.

19 世纪, 在各国的审判实践中, 特别是在普通法系国家的审判中, 海事诉讼占有十分突出的地位, 产生了大量有关国有船舶管辖问题的判例, 而国家及其财产豁免问题也就发端于与船舶有关的诉讼。^① 1812 年, 美国的“交易号”案被认为是最早确认外国军舰享有管辖豁免的案例; 而关于外国政府非军用船舶方面, 最重要确认豁免的判例是英国的“比利时国会号”案。^②

二、两种理论的形成与博弈

19 世纪后半叶, 国家豁免原则已被国际法学者广泛承认。然而, 由于对这一原则的具体适用范围见解不同, 出现了绝对豁免主义和限制豁免主义两种不同的理论派别。根据绝对豁免理论, 除了不动产以及外国同意以外, 国内法院对外国的任何行为都没有管辖权; 而限制豁免理论则将国家的行为分为“统治权行为”和“管理权行为”, 主张国家豁免的原则只适用于前者, 而不适用于后者。

最初, 持绝对豁免理论的国际法学者比较多。^③ 19 世纪末期以后, 支持限制豁免理论的学者逐渐增多。^④ 绝对豁免理论和限制豁免理论从一开始就针锋相对。^⑤ 1895 年, 法国学者吉罗在详细总结了 19 世纪的国际法学说后指出, 作为原则或一般规则, 国内法院对外国政府不得行使管辖权无疑是得到确立的, 但关于这个原则存在着例外, 而将这种例外限制在狭窄范围内的学说和试图扩大这种例外的学说之间的对立也明显存在。^⑥

(一) 绝对豁免理论及其审判实践

1. 绝对豁免理论的内容及依据

绝对豁免理论主张国家及其财产在其他国家法院应享有完全绝对的豁免, 理由是从事的行为都是主权行为, 除非自己同意, 否则国家绝对不能接受外国法院管辖。按照绝对豁免论, 在诉讼中, 被告是否享有管辖豁免的权

^① G. Kahale and M. A. Vega. Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 18, 1979, 211.

^② I. Sinclair, *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*. 1980, 122.

^③ 早期主张绝对豁免理论的学者主要有 Bluntschli, Calvo, Chretien, Gabba, D. Anzilotti, Holtendorff, Nys, Oppenheim, Westlak 等。

^④ 早期主张限制豁免理论的学者主要有 Bar, Demangeat, Fiore, Gianzana, Heffter, Laurence 等。

^⑤ 有关国家豁免问题各种学说的介绍, 详见 S. Sucharitkul. *State Immunities and Trading Activities in International Law*. London, 1959, 259-267.

^⑥ 龚刃韧. 国家管辖豁免的历史形成过程. 中外法学, 1991 (1): 35-38.

利,重点在其身份的性质^①,只要被告能证明其身份为国家、政府或其他国家机构,且诉讼直接或间接与其有关,则无论其从事的行为是公法或私法性质,也无论其财产用作何种目的,更无论诉讼是对人还是对物,只要它不明示接受管辖,外国法院就不能对它行使管辖权。

关于国家享有绝对豁免权的理论依据,在国际法学界有不同的主张。在理论上,国际法学者和专家们提出以治外法权说、尊严说、国际礼让说和主权平等说作为国家豁免的依据,其中主权平等说得到了最广泛的支持^②。

国家拥有独立的主权,是国际法律关系的平等主体。这种平等的资格排除了相互的从属关系,排除了相互的管辖和支配权,使国与国在相互交往中明示或默示地承认有尊重别国独立权、限制自己对内最高权的国际义务,从而在自己的领土内不能对他国实行管辖,使他国享有管辖豁免权。因此,一国免受他国的管辖是顺理成章的。主权平等理论较正确地说明了国家相互给予豁免的原因。国家豁免是国家之间相互平等的结果,这就克服了治外权说或其他理论主张对国家管辖豁免的根据所不能充分说明的原因和弱点。原国际法院法官倪征燠指出:“关于国家主权平等和独立不容侵犯的理论,主要贯穿在近代一二百年期间,见诸各国法律、条约和判决等国家实践中,成为对一个外国国家给予管辖豁免的主要根据。”^③ 曾任国际法院法官的美国著名国际法学家 Hackworth 指出:“这种对当地管辖的豁免,在理论上是基于当地的明示或默示同意,是基于国家在国际法上一律平等的原则,基于作为国际大家庭成员之间进行友好交往不可缺少的因素,而使当地管辖权在这方面有作出让步的必要……这种豁免现在可以说是基于普遍接受的习惯或惯例,即国际法。”^④ 《奥本海国际法》也指出:“国家在国际法面前一律平等,是从国家的国际人格推引出来的一个特性。按照传统的学说,尽管各国之间大小、人口、力量、文化程度、财富或其他特性是不平等的,然而,作为国际人格者,他们是平等的。这种法律上的平等,具有下述四个重要后果……国家平等的第三个后果是:按照平等者之间无统治权的规则,没有一个国家可以对另一个国家主张管辖权。因此,虽然国家能够在外国法院提起诉讼,然而他们通常不能在外国法院被诉,除非他们自愿服从该国法院的管辖权。这个规则不仅用于对外国国家直接提起的诉讼,并且适用于间接的诉讼,如对外国国家

① R. Higgins. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press, 1996, 79.

② S. Sucharitkul. *State Immunities and Trading Activities in International Law*. London, 1959, 262.

③ 倪征燠. 关于国家豁免的理论与实践. 中国国际法年刊, 1983. 4.

④ G. Hackworth. *Digest of International Law*, Vol. 2, 1941, 393.

占有的船舶提起的物权诉讼。虽然有时候法院在实行这个规则时以“国际礼让”作为他们判决的根据,但是,主权国家免受其他国家法院管辖的原则,在事实上已被许多国家视为一项国际法规则。”^①

主权平等理论正确地反映了国家在国际社会中的平等地位,并且这种平等地位是构成国家之间关系的基础,因而也为国家豁免原则的适用提供了客观依据。国际关系发展的历史证明,国家豁免原则只适用于相互平等的国家之间,否则国家豁免原则就丧失了赖以存在的基础。另外,主权平等理论从法律意义上正确解释了国家豁免的缘由。

2. 关于绝对豁免主义的审判实践

从19世纪到20世纪中期,美国、英国、荷兰、德国、奥地利等国都有判例支持绝对豁免主义。

美国最高法院1812年对“交易号案”的判决一般被认为是绝对豁免主义的先例,^②为美国法院以及其他国家的法院所频繁援引。该案的简要事实如下:1810年,原为美国人所有的“交易号”船舶被法国海军扣留,并改名为Balaou,扣留原因是当时拿破仑宣布对英国封锁,并扣留任何由新大陆至英国的船只。1811年,Balaou为了躲避风暴驶入费城,原船主McFaddon和其合伙人发现该船只,于是在联邦地方法院提起诉讼,主张拥有该船的所有权,地方法院同意了检察官的观点,即虽然原告的船舶是被非法捕获的,但其所有权目前已转归法国,故法国可以主张豁免。但第二审巡回法院却不同意地方法院的见解,本案因而上诉至最高法院。美国最高法院判决美国无管辖权而驳回原告之诉。最高法院法官马歇尔认为,“国家在其领域内具有完全的管辖权,但基于主权平等原则,一国不得对另一主权者实施管辖”,“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,因而导致国家的尊严受损”。^③很显然,在本案中美国最高法院所表达的立场是:主权国家在他国法院享有绝对的管辖豁免权。

美国另一个比较典型的体现绝对豁免主义的案例是1926年的“皮萨罗号

^① 劳特派特修订. 奥本海国际法. 上卷(第一分册),王铁崖,陈体强译. 北京:商务印书馆,1989:200~202.

^② 但也有学者对“交易号”案能否构成绝对豁免主义的先例提出质疑,见I. Sinclair. *The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments*. Recueil DES Cours, 1980, Vol. 167 (II), 122. 巴德尔甚至认为“交易号”案是“限制豁免主义理论的先驱,而不是绝对豁免主义的出发点”,见G. M. Badr. *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*. Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 13. 另见龚刃韧. 国家豁免问题的比较研究(第二版). 北京:北京大学出版社,2005,28~29.

^③ *United States Supreme Court Reports*, 1812, 136.