

司法判例与《公约》的差距还比较大。^⑥由于《公约》并没有专门禁止保留,各国在批准《公约》时可能也还会保持一定的灵活性。《公约》的最终效

果将取决于其生效后各国的善意遵守和履行。惟有如此,才是真正符合国际社会的共同利益的。

国家豁免的本质、适用标准和发展趋势

赵建文*

一、国家豁免的本质及价值

国家豁免是国家主权平等的引申,是国家属地管辖权的例外。由于“平等者之间无管辖权”,在互相平等的主权国家的关系中,任何国家不得对其他国家的主权行为及其财产行使司法管辖权。主权国家在相互享有豁免权的同时,也承担了豁免对外国的主权行为或财产的司法管辖的义务。

从本质上讲,国家豁免是解决主权冲突的一种妥协方式。这正如联合国国际法委员会1978年在国家及其财产管辖豁免专题的报告中所指出的:“国家豁免原则是两个国际法的基本原则相互作用的结果:领土原则和国家人格原则,这两者是国家主权的两个方面。”^①这里所说的“领土原则”,是指主权国家在自己领土范围内具有最高权,可以对所有主体及其行为行使管辖权,这是国家主权的域内效力;这里所说的“国家人格原则”,是指国家作为主权人格者,在其领土范围之外与其他国家具有平等地位,可以不服从他国管辖,这是国家主权的域外效力。国家豁免是在解决一国主权的域内效力与他国主权的域外效力的冲突时,主权的域内效力对他国主权的域外效力的让步。在1812年美国最高法院判决的“交易号案”中,首席法官马歇尔就是这样阐述国家豁免的基本理由的:“一个主权者在任何国家不从属于另一主权者,他负有最高的义务不把自己或其主权权利置于另一主权者管辖之下,从而贬损其国家的尊严”;“主权者的这种完全

平等和绝对独立,以及促使它们互相交往并彼此修好的共同利益”,导致“主权国家放弃行使各自具有的一部分完全排他的属地管辖权”。^②

国家豁免对于维护和谐的国际关系是必不可少的。国际法院在“美国驻德黑兰外交和领事人员案”的判决中指出:“外交机构及其伴随的特权与豁免,这是经受了多少世纪以来的考验,并经证明是在国际社会中有有效合作的一种重要工具;而且不问各国的国家组织及社会制度如何,均是有助于国家间达到互相谅解并以和平方法解决争端的不可缺少的手段。”这里关于外交特权与豁免价值的论断,对整个国家豁免制度都是适用的。在国际交往中,象征或代表着国家主权的国家代表、武装部队、国家船舶或国家航空器进入别国管辖范围的事是经常发生的。如果一个国家强行管辖其他国家及其财产,势必损害被诉国的主权和尊严、影响正常的国际秩序和国家间的友好关系。^③

在肯定国家豁免的积极作用的同时,也应当指出这项制度“在国家与自然人或法人的交易方面”对自然人或法人利益的保护有消极影响。当一国自然人或法人与外国国家发生交易或纠纷时,国家一方可以提起诉讼,而自然人或法人一方提起诉讼的权利则因外国国家的豁免而受到限制。在这种情况下,外国国家的利益是有保证的,而自然人和法人

^⑥ David P Stewart, The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties, AJIL, 2005, Vol.99, No.1, pp.210—211.

* 郑州大学法学院教授。

^① Yearbook of the International Law Commission, 1978, Vol. II (Part Two), p.153.

^② 《美国最高法院判决集》,第11卷,1812年,第116页。

^③ Mark W. Janis, An Introduction to International Law, 4th, Citic Publishing House, New York, 2003, p.347.

的利益是否有保证是不确定的。早在1878年英国法院审理的“查凯号案”中，荷兰一家公司对属于埃及君主财产的商业用船“查凯号”提起了对物诉讼，罗伯特·菲利摩尔法官当时就指出：没有这样的国际法原则、确定的判例或法官意见：当对君主有利时允许其以商人资格出现，当对私人负有义务时又允许其去掉商人伪装以君主身份出现，为君主自己的利益而损害私人的利益。^① 由于国家豁免涉及的是一个主权国家与外国自然人或法人的关系，容易发生国家一方为了本国利益而漠视外国自然人或法人利益的事情。

《国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《公约》）在实现国家与自然人或法人利益的适当平衡

方面取得了可喜的进步。《公约》序言说明了缔约国缔结该公约的意图：“相信一项关于国家及其财产的管辖豁免国际公约将加强法治和法律的确定性，特别是在国家与自然人或法人的交易方面，并将有助于国际法的编纂与发展及此领域实践的协调”。《公约》在重申“国家及其财产的管辖豁免为一项普遍接受的习惯国际法原则”并明确“国家”概念的同时，明确了“不得援引国家豁免的诉讼”即国家不享有管辖豁免的事项。这样做的目的是在维护主权平等、发挥国家豁免制度的积极作用的同时，也使“国家与自然人或法人的交易”的方面“法治和法律的确定性”得到一定程度的保证。

二、限制豁免：主体标准与行为标准的结合

（一）主体标准

享有国家豁免的主体当然是国家。作为主权的政治实体，国家的行为要通过代表国家行使主权利力的那些机关或个人的行为表现出来，因而国家豁免要通过给予代表国家从事主权行为的机关或个人享有豁免权来实现。

根据《公约》第2条“用语”（b）项的规定，“国家”（State）包括：

1. 国家及其政府的各种机关（the State and its various organs of government）。

这里的“国家”是特定的国家（the State）。国家豁免首先牵涉国家本身。通常意义上的国家都是完全主权的，但也有并非完全主权或独立的“类似国家的政治实体”。1985年澳大利亚《外国国家豁免法》第3条第1款规定，该法中的“国家”概念包括“不是独立主权国家一部分的分离领土（无论是否自治）”。国际法委员会在对1991年二读草案的“国家”概念的评注中指出：“‘国家’一词包括完全自主和独立的外国，但也进而包括有时并非真正是外国、有时是并非完全独立或仅具有部分主权的实体”。^② 从国家豁免是主权豁免的意义上讲，

有部分主权的政治实体也是应当享有豁免权的。此外，在决定外国国家的管辖豁免的时候，法院地国是否承认有关的国家可能会影响到豁免权的承认。坚持“构成说”的国家一般不承认其未承认的国家的豁免权，而坚持“宣告说”的国家则不然。就外国国家的管辖豁免来说，“宣告说”更为可取。

这里的“政府的各种机关”是指中央政府的各种机关。国际法上所指的政府，并不限于国家的中央行政机关，而是指国家构成要素意义上的政府，包括各类国家机关。英国《国家豁免法》第14条第1款（a）、（b）和（c）项规定：凡提及外国国家之处，应理解为包括：“以官方身份行为之君主或元首”、“该国之政府”、“以及该政府的任何部门”。《公约》对“国家”的定义没有专门列出国家元首，但根据国际法委员会对1991年二读草案的评注，以官方身份行事的国家元首，既可以归类于国家机关，也可以归类于以国家代表身份行事的国家代表。^③ 在中国，作为中国国家元首的“中华人民共和国主席”规定在《中华人民共和国宪法》第三章“国家机构”的第二节，中国的国家元首应当

^① 《法律判决书：海事和宗教法庭判决汇编》（L.R.4 A.&E.），第4卷，第99—100页；转引自：龚初刃：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社1994年版，第41页。

^② 国际法委员会报告，A/46/10，1991年中文版，第17页。

^③ 同上书，第29页。

归类于国家机关。《公约》第3条第2款规定：“本公约不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免。”这里所谓的“给予国家元首个人的特权与豁免”，是指国家元首因私人行为应当享有的特权与豁免。这种特权与豁免在《公约》中没有具体规定，应当根据国际习惯法来确定。

2. 有权行使主权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。

联邦国家的组成单位或单一制国家的政治区分单位 (political subdivisions of the State)，通常不行使国家主权，因而不享有国家豁免。但是，在例外情况下，如果它们“有权行使主权权力并以该身份行事”，也应享有国家豁免。“主权权力”是最高权力，只有在“联邦国家的组成单位”根据联邦宪法享有某种最高权或者单一制国家的某些特别行政区根据宪法享有高度自治权的情况下，这些联邦国家的组成单位或者单一制国家的政治区分单位才应当享有一定的国家豁免权。

3. 国家机构、部门或其他实体 (agencies or instrumentalities of the State or other entities)，但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权权力。

有些国家的中央银行、国家通讯社等机构、部门和其他实体，有时以“行使国家主权权力”的国家机关的资格行事，有时作为具有法人资格的经济实体从事经营活动。这种机构或部门和其他实体的不行使国家主权权力的行为，不享有国家豁免。

但是，无论如何，仅具有独立法人资格而不行使任何主权权力的国有企业不享有国家豁免。

4. 以国家代表身份行事的国家代表 (representatives of the State acting in that capacity)。

国家代表的豁免是给予国家的，而不是给予代表个人的，所以不受有关代表个人的职务变动或终止的影响。《维也纳外交关系公约》序言针对外交特权与豁免指出：“确认此等特权与豁免之目的不在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务。”该公约第39条第2款规定：即使享有特权与豁免人员之职务终止，“关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效。”职务终止的国家代表对其执行职务期间的私人行为不得再援引国家豁免，但对其执行职务期间的公务行

为始终可以援引国家豁免。

(二) 行为标准

绝对豁免原则完全是“因人豁免”：凡被告是“外国国家”的诉讼，无论牵涉外国国家的何种行为或财产，除非该国自愿放弃豁免权，一律享有管辖豁免。绝对豁免原则“绝对地”保证了被诉国的利益，但使与被诉国发生交易或纠纷的自然人或法人的利益处于不确定状态。限制豁免原则“限制”了国家的特权与豁免的范围，在保护国家利益的同时也使自然人或法人的利益在一定范围内得到保证。

限制豁免原则更为符合国家豁免的本质。国家豁免是主权豁免，是因“主权”而豁免，是实行主权平等原则的必然结果。根据限制豁免原则予以限制的事项，不是主权事项，不是国家以主权的人格者所必然从事的事项。如果一国从事的事项不是主权事项，两个国家的法律冲突不是主权的冲突，就不需要用国家豁免制度来解决这种冲突。

限制豁免原则更为符合国家豁免的根据。确保代表主权国家的机关或代表有效执行职务，是国家享有的所有特权与豁免的共同根据。不是代表主权国家执行职务的行为是不应当享有国家豁免的。

限制豁免原则引入了“因事豁免”（行为标准）来对“因人豁免”（主体标准）加以限制。在符合主体标准的前提下，该主体的行为不是一概地豁免，而要看这个行为是什么行为。从有限限制豁免的实践来看，一般是把外国国家的行为分为两类：统治权行为 (acta jure imperii) 和管理权行为 (acta jure gestionis)。在英美法系国家的司法实践中，这两类行为的相应的用语是“主权行为”和“商业交易行为”；在大陆法系国家的相应用语是“公法行为”和“私法行为”。主权行为、统治权行为或公法行为，是指国家的政治、军事和外交等以国家的主权者的资格行事的行为，属于国家豁免范围；经营管理权行为、商业交易行为或私法行为，是指国家直接参与经济、贸易等商业活动的行为，不属于国家豁免的范围。同时，国家在以与自然人或法人平等的地位参与市场经济的交易活动时如果享有豁免，也不符合市场经济的性质。

《公约》采取有限豁免原则，列出了八种“不

得援引国家豁免的诉讼”。^⑦ 它们是：1. 商业交易；2. 雇佣合同；3. 人身伤害或财产损失（Personal injuries and damage to property）；4. 财产的所有权、占有和使用（Ownership, possession and use of property）；5. 知识产权和工业产权（Intellectual and industrial property）；6. 参加公司或其他集体机构（Participation in companies or other collective bodies）；7. 国家拥有或经营的船舶；8. 仲裁协定的效力。《公约》在这里采用排除法确定了国家豁免的范围，凡是没有明文排除的事项，都属国家豁免的范围。

在判断国家行为是否应当享有豁免时，行为性质是主要标准，但在某些情况下应当兼顾行为目的标准。例如，《公约》第2条第2款规定：“在确定一项合同或交易是否为第1款（c）项所述的‘商业交易’时，应主要参考该合同或交易的性质，但如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。”

国家豁免涉及民事诉讼，也涉及刑事诉讼。在2004年12月2日联合国大会通过《公约》的第59/38号决议中，大会表示“同意在特设委员会达成的一般性谅解，即《联合国国家及其财产管辖豁免公约》不涉及刑事诉讼程序”。在国际刑事诉讼程序中，从纽伦堡审判、东京审判到前南地区刑事法

庭、卢旺达刑事法庭、国际刑事法院，都坚持国家豁免不影响追究国家官员个人的国际刑事责任的原则。在国内法院审理的案件中，已有不少涉及外国官员的刑事诉讼豁免问题的案件。例如，1999年3月24日英国上议院关于皮诺切特案的最终判决认为，在酷刑罪行问题上皮诺切特不享有豁免权。

就行为标准而言，有些国家的国内法规定和司法实践与《公约》有所不同。例如，美国《外国主权豁免法》和司法实践中的“征收例外”、“恐怖主义国家例外”、“违反国际法例外”等。^⑧ 美国、英国、加拿大等国都有案件涉及国家豁免与侵犯人权的关系问题。^⑨ 例如，2004年10月28日英国上诉法院关于琼斯诉沙特及其官员案的判决，争论的焦点是外国官员个人是否豁免以其酷刑行为的求偿为案由的民事诉讼。本案判决一再强调因人的豁免（immunity *ratione personae*）和因事的豁免（immunity *ratione materiae*）的区别，认为国家官员的豁免是因为他们所做的“事”即公务行为具有国家行为的性质。英国法院不能再给予外国官员一揽子的“因事的豁免”，给不给豁免要看是什么“事”。由于国际强制法（*jus cogens*，也译为强行法）禁止酷刑等国际罪行，继续承认国家官员的违背国际强制法的罪行在英国享有民事诉讼的豁免，在国际法和英国法上已无根据。^⑩

三、国家豁免制度的发展趋势

在早期，国家豁免并无绝对豁免和限制豁免之分。从19世纪后半叶开始，由于国家从事贸易、铁路、海运和邮政业等商业活动，出现了限制豁免的理论和实践。在欧洲大陆，比利时和意大利一直坚持限制豁免原则，其他国家基本上是实行绝对豁免原则。英国和美国判例中占支配地位的意见是绝对豁免，但并不是没有限制豁免的主张。

美国最高法院关于“交易号案”的判决被作为绝对豁免的案例反复引用，但也有人认为该案是限制豁免理论的先驱，理由是马歇尔法官在该案中主张区分君主个人的私有财产和类似外国军舰的公有财产。^⑪ 在前述英国法院“查凯号案”的判决中，罗伯特·菲利莫尔法官就表达了限制豁免的主张。在1880年“比利时国会号案”中，初审法官非利

^⑦ 在国际法委员会起草《公约》的过程中，对不得援引国家豁免的诉讼，限制豁免论者认为是“国家豁免的限制”，因为限制豁免是国际法的规则，绝对豁免论者认为这是“国家豁免的例外”，因为国家豁免是国际法一般规则，《公约》采用的“不得援引国家豁免的诉讼”的提法回避了双方的分歧，是两派意见折衷的结果。

^⑧ Thomas Buergenthal, Sean D. Murphy, *Public International Law*, 3rd, West Group, 2002, pp.241—244; Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, 4th, Citic Publishing House, New York, 2003, p.353.

^⑨ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th, Cambridge University Press, 2003, pp.638—640.

^⑩ 本案判决书来源：<http://www.courtservice.gov.uk/judgmentsfiles/j2871/jonesandmitchell-v-saudi-arabia.htm>.

^⑪ C. M. Badr, *State Immunity: An analytic and Prognostic View*, Martinus Nijhoff Publishers: , Hague, 1984, p.13.

莫尔更加明确地主张限制豁免原则,认为比利时国会号虽属比利时国家所有,但因其从事商业客货运输活动而应与私有船舶同等对待。虽然上诉法院撤销了原审判决,但指出:比利时国会号的主要目的是运送邮件,从事商业运输是次要的;该船部分地或次要地用于商业目的这一事实,并不使其丧失豁免地位。按照上诉法院的上述意见,如果该船全部或主要用于商业运输,就会丧失豁免地位。

1891年国际法学会(又称国际法研究院)汉堡会议上通过了有关国家豁免问题的决议。该决议第2条第1款规定了国内法院可以受理的涉及外国的诉讼事项,比如与外国国家在法院地国领土上创立工业或商业、或经营铁路有关的诉讼。该条第2款规定:禁止对外国国家的主权行为提起诉讼,禁止对外国国家的公债行为提起诉讼。这实际上是把国家行为区分为“主权行为”和“非主权行为”,采纳了限制豁免原则。^①

1926年《关于统一国有船舶豁免的若干规则的公约》(《布鲁塞尔公约》),规定国有商用船舶及货物,应当服从适用于私有船舶及货物的同样规则,而用于非商业目的的国有船舶,如军舰、巡逻船、医院船、辅助船及供应船等,仍享有豁免。这是首个有关国家豁免问题的国际公约,尽管缔约国只有11个欧洲大陆国家和两个南美国家。在1926年美国最高法院对有关意大利政府拥有并经营的商船“佩萨罗号”案的审理过程中,美国政府认为“佩萨罗号”不同于外国军舰,应当与普通商船一样服从国内法院管辖,但法院援引1812年“交易号案”判决所阐述的原理,坚持绝对豁免原则,判决对该船无管辖权。^②

1958年《领海及毗连区公约》第21条和第22条、《公海公约》第8条和第9条的规定与《布鲁塞尔公约》基本一致,批准或加入这两个公约的国家分别是45个和56个。但是,前苏联、东欧国家和墨西哥对这两个公约上述限制豁免的规定提出了保留,主张一切国有船舶都享有豁免权,仍然在该领域坚持绝对豁免原则。

1965年,在世界银行倡导下在华盛顿签署的《解决国家和他国国民间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》),在解决国家和他国国民的投资争端方面取得了两个突破:一是在此类投资争端的解决方面使缔约国实际上同意放弃国家豁免;二是规定私人投资者与外国国家在投资争端的解决程序中具有相抗衡的地位。

1969年《国际油污损害民事责任公约》第2条规定,国有船舶应当接受有关国家的管辖,放弃一切以主权国家的地位为根据的抗辩。

1972年《欧洲国家豁免公约》适应“对一国在外国法院被诉案件中得主张的豁免权加以限制的趋势”,在第1—14条列举了非豁免事项。该公约是在总体上放弃绝对豁免原则、实行限制豁免原则的区域性国际公约。

1976年美国《外国主权豁免法》和1978年英国《国家豁免法》是长期坚持绝对豁免原则的英美两国最后都采取限制豁免的立场的标志,也是西方国家从整体上采取了限制豁免原则的标志。^③

1982年《联合国海洋法公约》在海洋法领域全面地彻底地采取了限制豁免原则。公约关于沿海国在领海海域的司法管辖权、关于公海海域的管辖豁免和关于在各海域的海洋环境保护和保全方面的规定,都把用于商业目的的政府船舶排除在国家豁免之外,只承认军舰等政府公务船舶的豁免权。

1986年国际法委员会一读通过的《国家及其财产管辖豁免条款草案》和1991年二读通过的该草案,实际上都是采取限制豁免原则。2004年12月2日联合国大会第59/38号决议通过了《公约》,限制豁免原则取得了初步胜利。《公约》规定的不得援引国家豁免的诉讼的范围将来在《公约》生效后很有可能逐渐扩大,国家“因事豁免”的事项的范围可能越来越小。

国际法确认国家豁免制度,但不是说一个国家援引国家豁免的次数越多越好,而是相反。如果将来任何国家都不援引国家豁免,这项制度名存实亡,就到了著名国际法学家劳特派特早就主张的从

^① 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》,北京大学出版社1994年版,第62页。

^② 《国际公法判例年度摘要》,第3卷(1925—1926),第187页。

^③ Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, Citic Publishing House, New York, 2003, p.349.

根本上取消国家豁免(某几类事项例外)的时候。¹⁵ 尽管现在取消国家豁免制度还不现实,但至少可以通过以下方法尽量减轻其副作用,为最终取消国家的这项特权创造条件。首先,各国应当尽量避免以国家或政府机关或其代表等官方身份与外国自然人法人从事商业交易,应当尽量减少对国家豁免的援引。其次,各国在援引国家豁免时,一秉诚

意通过外交途径公平合理和及时地解决有关争议;或者建立便利外国国民的诉讼制度,把外国诉讼转变为本国诉讼,使外国国民通过被诉国的诉讼途径获得救济具有现实可行性。其三,各国自愿放弃管辖豁免,接受解决国家与他国国民的争端的国际程序。《华盛顿公约》以及根据该公约建立的“解决投资争端国际中心”就是这方面的成功尝试。

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》对国际法治和中国法治的影响

邵沙平*

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。2004年联合国大会通过并于2005年1月17日开放签署的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》是国家及其财产管辖豁免原则发展新的里程碑。这一公约不仅使国家及其财产管辖豁免这一习惯法原则的内涵更为明确,还给各国提供了一套有关国家及其财产管辖豁免领域的统一的国际法律规则。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》所确立的法律原则和规则在继承传统国际法注重保护国家合法权益的基础上,也考虑到了与国家进行交易的自然人和法人的合法权益,更为合理的体现了国际法治中的正义和公平精神。我国应善用这一公约的原则和措施,完善我国在国家及其财产管辖豁免领域的法律对策和措施,维护我国的国家和个人的合法权利,推动国际法治与中国法治的良性互动。

尽管国家及其财产管辖豁免原则是一项普遍接受的习惯国际法原则,但随着国家与个人商业交易的增多以及国家责任法、国际人权法的发展,如何解释和适用这一普遍接受的习惯国际法原则逐渐成为国际社会面临的新问题。由于并没有一个全球性的国际公约对该原则的内涵予以明确,各国对这一

原则的解释往往各执一词,在适用这一原则处理有关国家及其财产管辖豁免的实践方面也开始出现严重分歧。上述这种情况无疑不利于实施《联合国宪章》所提出来的维持国际和平及安全等宗旨及原则。为了解决这一问题,1977年,联合国大会通过32/151号决议,强调需要逐渐发展和编纂国际法,使它成为实施《联合国宪章》以及《各国建立友好关系及合作的国际法原则宣言》所揭示的宗旨和原则的更有效的工具,并请国际法委员会在适当时间开始进行国家及其财产管辖豁免权这一专题的编纂工作。1991年国际法委员会在其第43届大会上完成了《国家及其财产管辖豁免条款草案》(以下简称“1991年国家豁免条款”)的二读,并建议联合国大会召开一次有全权大使参加的国际会议,审议国家及其财产管辖豁免条款草案,就此缔结一项公约。经过联合国多年不懈的努力,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》终于获得通过。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》所确立的国家及其财产管辖豁免的法律原则和规则将对国际法治和各国法治带来重要影响。

一、《公约》推进了国际法治

正如2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》所指出的,一项关于国家及其财产的管辖豁

¹⁵ [英]劳特派特:《外国国家的管辖豁免问题》,载《英国国际法年刊》(1951),第228页。除劳特派特外,瑞士国际法学者拉利弗,荷兰国际法学者鲍切兹,也都是废除国家豁免论者。参见黄进:《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社1987年版,第105页。

* 中国人民大学法学院教授,博士生导师。