

【国际私法】

《海牙判决公约》与 国家相关判决的承认与执行

何其生

【摘要】在国家作为一方当事人的民事诉讼中,《海牙判决公约》作出了如下发展:一是在不影响国家及其财产所享有的特权与豁免的同时,增加了国家相关判决承认与执行的几率,提供了国家相关判决承认与执行的公约路径和国内法路径;二是为国家设置了多层自我保护机制,如特别例外和声明机制,且这些机制具有相当鲜明的特色;三是在国家相关判决承认与执行的规定方面,体现了绝对豁免与限制豁免、促进判决流通与国家利益自我保护的平衡。未来在批准《海牙判决公约》时,我国需要基于届时在管辖豁免和执行豁免问题上所持立场,决定是否依据《公约》第19条作出限制适用声明。

【关键词】《海牙判决公约》;国家相关判决;管辖豁免;执行豁免;绝对豁免

【作者简介】何其生,北京大学法学院教授。

【原文出处】《环球法律评论》(京),2020.3.147~161

【基金项目】本文为作者主持的2016年度教育部人文社会科学重点研究基地重大研究课题“一带一路倡议与法律合作研究”(16JJD820009)的研究成果。

在国家作为一方当事人的国际民事诉讼中,长期存在绝对豁免与限制豁免的争论。2019年在荷兰海牙签署的《承认与执行外国国民商事判决公约》(*Convention on the Recognition, and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*,下称“《海牙判决公约》”或“《公约》”)适用于民商事判决的承认与执行,并未排除对国家作为一方当事人判决的适用。尽管有2005年《选择法院协议公约》作为基础,但这一问题依旧是谈判焦点,并一度成为中美欧达成合意的障碍所在。最终形成的规则看似分散,内部却有着密切联系。本文主要分析《海牙判决公约》关于国家相关判决的规定,梳理其内在机制及这些机制彼此之间的关系。

一、国家相关判决承认与执行的现实障碍

“国家相关判决”是《海牙判决公约》所使用的术语,其表述仅见于公约第19条“关于国家相关判决的声明”(Declarations with Respect to Judgments Pertain-

ing to a State),但《公约》及其解释报告均未对该概念进行界定。在谈判中,凡是涉及国家相关判决的制度均纳入此问题的范畴。国家相关判决的“国家”这一主体,包括国家及政府机构,以及代表该国或政府机构行事的自然人;一国的次级政治实体,包括区域或地方政府,均可纳入该声明的范畴,但不包括代表该国行事的法人,除非该法人是该国的政府机构。^①

国家相关判决的承认与执行问题涉及传统的国家及其财产豁免的两个领域,即管辖豁免和执行豁免。在胜诉方当事人向一国法院申请承认和执行针对另一国家的判决时,前者是否受理案件通常涉及该法院对外国的管辖权问题。而只有在法院承认了外国判决并宣布该外国判决具有可执行性时,才涉及具体的执行程序,进而涉及执行豁免问题。管辖豁免和执行豁免是一对古老的话题,二者之间有“一体说”与“区分说”之分。“一体说”将二者视为一体,即如果国家不享有管辖豁免,则国家的财产也不享

有执行豁免。^②一体说主要存在于早期的一些实践,^③而区分说则是晚近实践中的主流。根据区分说,管辖豁免与执行豁免在性质、法律根据以及效果上分属不同领域,应区别对待。区分说又分为完全区分说和部分区分说。完全区分说是指在上述两方面的立场完全不同,如在管辖豁免上采限制豁免,而在执行豁免上采绝对豁免立场;部分区分说则是指虽然在管辖豁免和执行豁免上均采限制主义立场,但二者程度不同,执行豁免相对而言更具“绝对性”。^④

国家相关判决在执行阶段更为严格有其客观原因:一是国家财产的扣押或执行会触及国家职能的运行;二是在法院地执行国家财产常常涉及法院地国与被执行国的外交关系和政治关系,具有敏感性,容易导致外交纠纷;^⑤三是对外国国家财产的执行容易招致外国的报复措施。^⑥因此,主权国家不享有管辖豁免或者放弃管辖豁免,并不意味着当然地放弃执行豁免。^⑦在管辖豁免越来越多地受到商业活动相关限制的情况下,执行豁免就十分关键,至今仍是“国家豁免的最后堡垒”。^⑧

在上述背景下,国家相关判决的承认与执行主要体现在一些国家国内法上的突破,如美国、英国、法国等,而要形成国际性的机制依旧困难。目前区域性机制中具有代表性的是1972年《欧洲豁免公约》。该公约第23条规定,不得对缔约国在另一缔约国领土内的财产采取任何执行措施或保全措施,但对于特定案件经缔约国以书面明示同意时,在其同意的范围内,不受此限制。从该条内容来看,除国家书面明示同意之外,公约适用的是绝对豁免原则。因此,有观点认为,在20世纪80年代以前,针对国家财产的执行没有任何国际法规则可言。^⑨多边机制则以2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*,下称“《国家豁免公约》”)为代表。该公约区分判决前的强制措施和判决后的执行豁免,对于判决前的程序性强制措施采取绝对豁免原则,仅在国家通过书面方式同意执行国法院采取强制措施,以及国家主动拨出或专门指

定财产用于清偿诉讼标的的情况下,方可实施;对于判决后的执行豁免,则采取限制豁免原则,除国家同意豁免例外之外,还增加了商业财产豁免例外,但需要满足具有商业目的、位于法院地国领土以及与被诉实体有联系等条件。尽管如此,由于《国家豁免公约》尚未生效,因此很难说在国家相关判决执行领域形成了限制豁免的全球性机制。

在2008年国际法院审理的德国诉意大利的国家豁免案中,^⑩由于涉及二战受害者的赔偿问题,意大利法院不仅受理了针对德国的诉讼,意大利最高法院还裁定自己对该案有管辖权。希腊法院也采取了类似做法。两国法院先后作出了有利于二战受害者的判决。2008年,德国在国际法院对意大利提起诉讼,认为意大利法院支持本国国民诉德国的行为和支持希腊国民寻求在意大利执行德国国家财产的行为,侵犯了德国依国际法所享有的豁免。德国的诉求得到了国际法院的支持。可见,即使是在管辖领域采取限制豁免的欧洲国家,在执行国家财产领域的绝对豁免依旧是主流趋势。

在前述《国家豁免公约》已有规定的情况下,《海牙判决公约》无疑不适合对此问题再行谈判。但由于《海牙判决公约》适用于国家作为一方当事人的民商事判决,而且建立了民商事判决承认与执行的全球流通机制,其必然会产生类似于1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*,下称“《纽约公约》”)的效果,即扩大国家相关判决承认与执行的几率。这是《海牙判决公约》所确立的全球流通机制的自然副产品。为此,《公约》为国家提供了一系列自我保护手段。

二、《海牙判决公约》中国家相关判决承认与执行的路径

《海牙判决公约》在民商事领域规定了缔约国有相互承认与执行法院判决的义务,并为国家相关判决的承认与执行提供了公约路径和国内法路径。

(一)公约路径:增加执行的几率

所谓公约路径,是指符合《公约》规定的国家相关判决,只要满足间接管辖权的规定(《公约》第5条和第

6条),又不存在拒绝承认与执行外国判决的理由(《公约》第7条),就可以在《公约》下流通。^⑩

在民商事领域,《公约》不排除对国家作为一方当事人的判决的适用。《公约》第1条规定,其适用于民商事判决的承认与执行。尽管《公约》第21条要求在解释《公约》时应考虑其国际性质以及促进其统一适用的需要,但《公约》并未对“民商事事项”进行界定,而是要求在《公约》下进行自治性解释。^⑪就“民商事事项”的判断而言,标准主要取决于法律关系或诉讼争议的性质,而不是法院的性质或当事人的性质。对于国家作为一方当事人从事民商事活动所引发的争议,《公约》第2条第4款明确规定:“不能仅因为诉讼当事人一方是国家,包括政府、政府机构或者任何代表国家行事的人这一事实,就将判决排除在本公约适用范围之外。”因此,国家作为原审国诉讼程序的当事人,本身并不阻止《公约》的适用。具言之,如果诉讼当事人是私人,即使争议缘起于国家的行为,相关事项原则上也应该是民商事性质;如果一方当事人是公共机构,诉讼的性质则取决于该公共机构是否以公权力行事或不行事,因行使公权力所导致的赔偿或损害请求是公法上的事项。总之,在国家或公共机构涉诉时,必须确定该争议是否缘起于一方当事人(国家或政府机构)在功能上以不同于私人的权力和职责行事。

此外,国家相关判决要在《公约》下得到承认和执行,还需满足《公约》第5条和第6条关于间接管辖权的规定。《公约》第5条包括3款,第1款列出了13个间接管辖权基础,分别基于与被告的联系、同意、争议与原审国的联系等因素,^⑫只要满足其中之一,原审法院所作判决就适格于在《公约》下流通;第2款针对消费者合同和雇佣合同的弱方当事人,提供了一些保护性要素,排除了第1款中某些管辖权基础的适用;第3款针对不动产租赁和登记,规定由不动产所在地排他性管辖。第6条则针对不动产物权,规定由不动产所在地排他性管辖。

如果国家相关判决满足了上述要求,判决就可以在《公约》下流通。假设这样一个场景:《公约》有20个缔约国,缔约国甲针对缔约国乙作出判决;在国

家财产执行问题上,缔约国乙采取绝对豁免,而在另外18个缔约国中有10个采取绝对豁免、8个采取限制豁免。在此情形下,上述针对乙国的判决即使在乙国得不到承认与执行,还可以根据《公约》在采取限制豁免的8个国家得到承认与执行,胜诉当事人可以选择此8个国家中的任一国申请承认和执行判决。在该机制产生之前,胜诉当事人需要逐个向他国申请,判决的承认与执行不仅取决于被请求国关于主权豁免的立场,还取决于原审国与被请求国之间是否有双边条约或者互惠关系。而《海牙判决公约》消除了对双边条约和互惠关系的依赖,增加了国家相关判决得到承认和执行的几率。

(二)国内法路径:既有路径的保留

国家相关判决在《公约》路径下流通,需要满足《公约》所规定的条件。而对于那些不完全符合《公约》关于间接管辖权的规定,或者存在可以拒绝承认与执行的理由的判决,则依旧可以考虑国内法路径。《公约》第15条规定:“在不违反第6条的前提下,本公约不妨碍根据国内法承认或者执行判决。”这一规定来自于正式谈判之前的工作组草案,^⑬体现了支持承认判决的原则。在判决的流通上,《公约》设定了承认与执行外国判决的最低标准,而缔约国国内法可能会更加开放、标准更低,但根据国内法的承认与执行不得违反第6条不动产物权由不动产所在地排他性管辖的规定。^⑭

具体来说,由于《公约》鼓励判决在缔约国间流动,因此对于不符合《公约》上述标准和要求的判决,如与《公约》第5条规定的管辖权基础不对应、存在《公约》第7条规定的拒绝承认与执行的理由等,虽不得在《公约》机制下请求承认与执行,但若某一缔约国在此领域采取更为宽松的立场,则仍可到该缔约国依其国内法申请承认与执行。

《海牙判决公约》通过保留既有的国内法路径以及建立自身的流通机制,客观上增加了国家判决承认与执行的几率。在全球范围内,在涉及国家相关判决的承认与执行上,仅《国家豁免公约》第19条有所规定,且该规定采取的是原则加例外的方式。具言之,原则上不得在另一国法院的诉讼中针对一国

财产采取判决后的强制措施,例如查封、扣押和执行措施,除非存在如下情况:一是该国明示同意采取此类措施;二是该财产满足目的性要求,即该国已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的请求;三是该财产满足关联性的要求,即已经证明该财产被该国用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的,且处于法院地国领土内。相较《国家豁免公约》而言,《海牙判决公约》下国家相关判决的承认与执行没有如此多限制,条件更为宽松,机制更加灵活。

《海牙判决公约》《纽约公约》和《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(下称“《新加坡调解公约》”)均未涉及执行豁免问题,但又都会在一定程度上促进国家作为一方当事人时纠纷决定的执行。而不同之处在于,《纽约公约》处理的是“仲裁裁决”,《新加坡调解公约》处理的是“和解协议”,二者不仅以国家合意为发生前提,而且不具有司法性质。《海牙判决公约》则涉及具有严格司法性质的“诉讼判决”,且并不一定以国家的合意或同意为前提。从三类文书的性质差异和各国态度来看,判决的流通无疑面临更大障碍。《公约》以迂回的方式削弱了执行豁免这一国家豁免的最后堡垒,增加了胜诉当事人的选择权。

三、《海牙判决公约》中的国家自我保护机制

在增加国家相关判决承认与执行的几率的同时,《海牙判决公约》在反向平衡即国家的自我保护机制上也可谓独具特色,复杂性和多元性是其显著特征。复杂性体现在其内容上,在具体条文中既涉及国家豁免、武装力量活动、执法活动、主权债务等事项,也涉及国家的声明机制;多元性则体现在国家相关判决要得到承认与执行,除满足《公约》路径的一般性要求外,还专门设置了特别例外和声明排除这样的双重自我保护机制。

(一)特别例外

所谓特别例外,是指针对《公约》的适用范围而专门规定的排除事项,主要规定于《公约》第2条,涉及国家相关判决的主要包括武装力量活动、执法活动以及通过国家单边措施进行的主权债务重组。前者彰显了大国的特殊需求,后者则是小国在危机中

的自我保护手段。

1. 武装力量活动和执法活动

《公约》第2条第1款第14项和15项分别规定,《公约》不适用于“武装力量的活动,包括其人员执行公务的活动”以及“执法活动,包括执法人员执行公务的活动”。就武装力量的活动而言,原则上这些事项并非民商事项,应排除在《公约》适用范围之外,执行此类活动的人员也会根据国际法享有管辖豁免。但由于各国对于“统治权行为”与“管理权行为”的区分没有统一标准,实践中可能产生问题。《公约》的这一规定明确了无论相关行为在原审国或被请求国是否构成统治权行为,缔约国均无义务承认和执行关于此类事项的判决,由此提供了确定性。《公约》不仅排除了武装力量的活动,还排除了执行公务的武装力量人员的活动,但这些活动必须是执行公务的行为。反之,因士兵个人行为而导致的私人诉讼,如上述人员私人购买车辆或者假期旅行发生交通事故等,则适用《公约》的规定。而若前述交通事故发生在军事演习期间,则此类判决将被排除在《公约》的适用范围之外。^⑥

就执法活动而言,为避免对执法主体界定的分歧,此事项特别提及“执法活动”,而未提及人或团体。其包含了警察和边界巡逻官员的活动。此类判决针对的大都不是民商事项,但考虑到各国对“统治权行为”解释的分歧,专门作出规定。^⑦

2. 通过国家单边措施进行的主权债务重组

《公约》第2条第17项排除了通过国家单边措施进行的主权债务重组。主权债务重组来自于阿根廷的提案,该国曾经遭受严重的主权债务危机。阿根廷最初希望《公约》对于主权债务重组问题整体采取绝对豁免立场,^⑧但遭到美欧国家一致反对。考虑到《公约》所处理的是民商事项,而主权债务既涉及主权行为也涉及债务协议,各国最后达成了将“通过国家单边措施进行的主权债务重组”排除在《公约》适用范围之外的一致意见。“主权债务重组”的概念取自联合国关于这一问题的各项决议,^⑨这些决议承认主权国家有权自行决定其宏观经济政策,包括重组主权债务。列入“单边”一词是为了缩小排除范围。

该事项包括一国采取的债务重组的强制性措施,即最初借款条款中没有规定的、未经或违反投资者同意而采取的措施;相反,根据借款条件采取的债务重组措施或与投资者自由协商的债务重组措施则不在本排除事项范围内。^③

(二)声明机制

在《公约》谈判过程中,一些国家不愿意《公约》适用于国家作为当事人的判决,一些国家认为“行使主权权力”标准易受挑战。更主要的是,有不少国家认为第2条第5款关于《公约》不影响国家主权及其财产特权与豁免的规定不足以保护国家利益。关于国家声明机制的第19条遂应运而生。^④该条规定的声明机制具有以下特色。

首先,防止机会主义的策略性声明。第19条规定的声明机制包括如下三个方面:一是要求所有国家的声明内容不得超出必要范围,且所排除的事项必须界定清楚和准确。例如,声明可提及民商事领域的任何诉讼,也可以提及特定种类的诉讼;声明可以限定于特定标的,也可以详述例外标准以限制其范围,如特定的政府机构,或者标的物与被请求国或特定类型救济之间的特殊联系。二是不论国家或该国的政府机构,抑或是代表二者之一行事的自然人是原审法院诉讼的原告还是被告,该项声明均不得对判决进行区分,亦即国家不能声明自己是被告时不适用《公约》,是原告时则可以适用《公约》。三是不得根据这些主体是判决的债权人还是债务人而对判决加以区分,亦即国家不得声明自己胜诉时适用《公约》,败诉时则不适用《公约》。这些保护措施旨在防护那些策略性和机会主义性的声明。在缔约国作出声明的情况下,该国没有承认与执行判决的条约义务,但根据公约第15条,缔约国可以根据国内法自愿承认与执行。因此,《公约》第19条并不阻止声明国根据其国内法承认或执行对其有利的判决。^⑤

其次,对等但并非普遍的效力。《公约》规定,如果诉讼一方当事人是下列主体,那么对于声明国法院所作的判决,另一国可以拒绝承认或执行:声明国、被请求国、声明国或者被请求国的政府机构、代表声明国或者被请求国行事的自然人、代表声明国

或者被请求国政府机构行事的自然人。

举例来说,如果甲国根据第19条第1款进行了声明,声明范围涵盖了国家是一方当事人的所有诉讼,乙、丙两国作为《公约》缔约国并未声明,那么此时将至少涉及4种可能的情形:一是乙国针对甲国作出的判决,根据《公约》,甲国可以不予承认或者执行(但该判决可以在《公约》其他缔约国间流通);二是甲国针对乙国(被请求国)作出的判决,根据第19条第2款,乙国可以拒绝承认或执行;三是甲国针对乙国作出了判决,但在第三国丙国是被请求承认与执行国的情况下,乙国不得援引第19条第2款主张不适用《公约》;四是如果判决在丙国(原审国)作出,而声明国甲国是判决债权人,那么被请求国乙国也不得根据第19条第2款拒绝承认或执行。^⑥从上述规定可以看出,声明只具有相对效果,即仅约束声明国与其他缔约国之间判决的相互承认与执行。

再次,例外的主体有自然人却无法人。根据《公约》,代表一国行事的自然人可以纳入第19条的范畴,但代表该国行事的法人则不能。这与国有企业议题的谈判密切相关。在2017年第三次特委会上,美国和以色列提出关于国家是一方当事人的声明的提案,在提案第1款中的脚注中注明缔约国不得就国有企业提出声明,并认为这一立场至少应该在《公约》的解释报告中反映出来。^⑦在后来的《公约》谈判中,这一提案演化成国家声明例外可以适用于自然人和一般性法人,但国有企业则不能适用。^⑧

在国家及其财产管辖豁免的问题上,中国一直主张将国有企业与国家区分开来,国有企业不享有豁免。但《公约》草案将一般性法人与国有企业区分开来,在多边公约中创立了所有制分立的做法,从而与世界贸易组织所奉行的所有制中立原则相悖。考虑到国际贸易大环境尤其是中美经贸摩擦,该草案条款的目的在于对中国国有企业施加不平等待遇。

然而,欧盟和其他一些国家则表达了完全不同的关切,即《公约》第19条的规定可能涉及如下情形,如果有国家以国有企业行使公共职能为借口,故意声明《公约》不适用于其国有企业,这将使《公约》下国有企业相对于私人企业或其他商事主体产生特别

优势。在此情况下,国有企业的特殊地位将导致缔约国间经济上的不平衡:一些国家(如中国)的主要经济活动或国内生产总值来自于国有企业;而另一些国家,例如欧盟成员国,国有企业所从事的商业活动微乎其微。基于此,欧盟认为声明机制不适用于国有企业的规定更多地是一种自我防护。^⑤由于分歧严重,国有企业和一般性法人的区分规定成为各种正式和非正式磋商的争议焦点。最终结果是删除该条中涉及一般性法人和国有企业的规定,从而没有创立所有制分立的先例,没有使国有企业承受不平等待遇。

综上,《公约》在国家相关判决承认与执行上不仅规定了例外条款,还规定了声明机制,这些规定更多是一种保守的防护机制。相较于《选择法院协议公约》的简洁和开放,《公约》在制度设计上分散而复杂。从绝对意义上看,《海牙判决公约》虽然增加了国家相关判决承认与执行的几率,但本身并无关于管辖豁免和执行豁免的规定,且设置了一系列的自我保护机制,因此最终获得承认与执行的国家判决可能并不会大幅度增加。相较而言,《纽约公约》的态度更为开放,在国家作为仲裁一方当事人时并未规定声明或保留条款,没有排除对国家相关仲裁裁决的适用。

《海牙判决公约》也不同于《新加坡调解公约》允许国家作出保留的规定。《新加坡调解公约》第8条第1款规定,该公约当事方可声明,对于其作为一方当事人的和解协议,或者对于任何政府机构或者代表政府机构行事的任何人作为一方当事人的和解协议,在声明所规定的限度内,不适用《新加坡调解公约》。在符合《维也纳条约法公约》相关规定的条件下,《新加坡调解公约》下的保留具有普遍效力。而《海牙判决公约》只允许国家进行声明,这种声明无需其他国家表示是否接受,但效果只及于声明国与其他被请求缔约国之间,不具有普遍效力,不影响国家相关判决在上述国家之外的《公约》缔约国之间流通。

四、国家相关判决流通机制与国家自我保护机制的平衡

在《公约》下国家相关判决制度的谈判中,始终

存在绝对豁免与限制豁免的博弈,以及促进判决流通与保护国家利益的博弈。这两种博弈造就了《公约》相关制度的分散性和复杂性。分散的规定使《公约》下国家相关判决所涉及的机制或路径很难被一览全貌,复杂性则体现在《公约》的相关措辞上。例如,虽然《公约》带给人们的直观感受是主张限制豁免,但实际上却是绝对豁免与限制豁免的平衡。

(一)绝对豁免与限制豁免的平衡

《公约》适用于民商事判决的承认与执行,且第2条第4款进一步规定,不能仅因为诉讼当事人一方是国家就将判决排除在《公约》适用范围之外。由于《公约》本身确立的是判决承认与执行的全球合作机制,不对国家相关判决排除适用的规定带给人们的强烈第一印象是《公约》采取了限制豁免的立场。但实际上,《公约》第2条第5款又进一步规定,《公约》的任何规定不应影响国家或者国际组织自身及其财产所享有的特权和豁免。这一“零效果条款”旨在避免错误解释第2条第4款。^⑥

原则上,《公约》民商事事项的适用范围与国家及国际组织的特权和豁免并无冲突。特权和豁免通常涉及行使统治权的行为,不包含民商事事项,《公约》当然也不予适用。^⑦但若国家和政府部门涉及的是“民商事事项”争议,例如当案件涉及由于政府部门的管理权行为而产生的侵权诉求,则根据第2条第5款,仅在当事国个案放弃绝对豁免或立法采取限制豁免并接受原审国法院的管辖权时,《公约》才予适用。而最终判决能否执行还要进一步取决于被请求国关于执行豁免的规定。由于国家或政府部门的特权和豁免主要取决于各国立场,若违反被请求国法律相关规定,被请求国可以拒绝承认和执行判决。^⑧

尽管如此,许多国家代表在《海牙判决公约》的谈判中都对上述规定中所体现的限制豁免倾向表达了关切。阿根廷、俄罗斯等国先后多次提案,建议采纳绝对豁免的立场。这种顾虑在当前大多数国家在执行方面采取绝对豁免的立场下是有一定道理的。一是,与《选择法院协议公约》不同,《海牙判决公约》没有直接管辖权的规定。《选择法院协议公约》的适用源自于国家的同意,即以当事方已经就审理法院

达成协议为前提。而《海牙判决公约》的适用不仅无需当事人的同意,而且适用范围非常广泛。即使像美国这样采纳限制豁免理论的国家,也认为《海牙判决公约》所建立的机制会给国家从事民事商事活动带来一定风险。^③二是,国家行使职权的事项与“民事事项”的区分是决定《公约》是否适用的关键,但《公约》本身并未界定这一术语的范围,而是倾向于采取自治解释的方法,从而有可能把许多国家所认定的公法事项纳入民事范畴。^④而限制豁免适用的基本前提也是在主权行为与商业行为之间进行区分,且此区分也可用于执行豁免。但客观情况是,主权行为与商业行为的区分极具模糊性,没有明确标准。在一国认为是主权行为而另一国认为是商业行为的灰色区域,原告可以在认定为商业行为的国家起诉,然后再根据公约到其他缔约国寻求执行,^⑤从而对那些认为该行为是主权行为的国家造成伤害。

尽管上述理由存在一定的合理性,在谈判中也得到不少国家支持,但国际社会毕竟还存在不少采纳了限制豁免的国家。实际上,《公约》第2条第4款和第5款的规定是20世纪90年代以来国际社会就直接管辖权和间接管辖权反复讨论的结果。虽然《公约》明确规定,不能因为国家为一方当事人就排除《公约》的适用,但《公约》也提供了一系列保护手段来回应对绝对豁免立场国家的关切,体现了绝对豁免与限制豁免的平衡。

(二) 多边合作与单边利益保护的平衡

在判决承认与执行的问题上,判决的全球流通自然会带来一些副产品,增加国家相关判决承认与执行的几率便是其中之一。为了保护国家利益,促进判决流通机制与国家自我保护机制间的博弈不可避免。而为了实现缔约国的自我保护,《公约》除了间接管辖权、拒绝承认与执行外国判决的理由等一般性要求外,还专门规定了排除事项和声明机制,可以说判决流通机制与自我保护机制在《公约》中相辅相成,实现了权利与义务的平衡。

《公约》谈判中武装力量活动和执法活动的排除便是二者平衡的例证。《公约》不适用于武装力量活动和执法活动的规定是《选择法院协议公约》及其他

公约所无,涉及美国的驻军地位协定。驻军地位协定通常包含如下内容:一是规制美国军队在外国的军事行动,界定驻外国军队的法律地位;二是规定驻军与当地民政当局或者民众之间的关系;三是通常含有争议解决条款,允许在当地法院诉讼。^⑥如果驻军地位协定下的事项在法院地国不被视为主权行为,相关判决就可能依据《公约》在第三国流通。

在美国,军事和执法行动一般被认为是行使国家权力的行为,但意大利、希腊和德国并不认同美国的观点。对于不承认上述行为系国家行使主权行为的国家,此类判决能够在这些国家间流通。^⑦武装力量活动和执法活动通常规定于一系列反复协商的双边或多边(驻军地位)协定之中,这些协定本身包含了排他性的、详尽的争议解决机制以及成本共享机制,代表着各方微妙的平衡。一方面,原审国在此事项所作判决对于该国可能没有意义,但对于在外驻军的国家(如美国)可能是巨大的风险;另一方面,由于派遣国缺乏足够理由阻止该判决在《公约》下流通,该判决就有可能在上述不认为是主权行为的国家得到承认和执行,从而使胜诉方当事人成功规避驻军地位协定的相关规定。因此,为保护国家利益、遏制此类判决的流通,就需要将其排除在《公约》适用范围之外,这是避免此类潜在问题的基本方法。^⑧这些排除规定增加了国家自我保护的力度,是对国家相关判决流通机制的平衡。

《公约》下的国家相关判决流通机制与国家自我保护机制的平衡体现了国际社会的共识。判决的流通是许多国家积极推动的成果。例如,欧盟内部已经建立了判决流通的互信原则,且自1968年《关于民事商事裁判管辖权及判决执行的公约》以来具有丰富的判决流通经验,更加全面和开放的规定符合欧盟的需求。相较而言,国家的自我保护机制是缔约国维护自身利益的措施,是各国利益的折中和妥协。总体而言,站在创制国际规则的角度,一个机制从无到有且相对开放,无疑是一种进步。

五、《海牙判决公约》与中国的相关考量

中国作为海牙国际私法会议的重要一员,无论是在《公约》谈判中还是在决定是否批准《公约》时,

都必须考虑中国在《公约》下涉及的现实立场及其未来可能的变化,并在此基础上作出权衡和选择。

(一) 中国国家及其财产豁免的立场与实践

作为一般原则,中国在多个场合均表达了坚持国家及其财产享有豁免权的国际法基本原则,即未经一国放弃司法管辖豁免,另一国法院不得受理和审判以该国国家为被告的案件;即使一国已放弃了司法管辖豁免,如未经该国放弃执行豁免,另一国法院不得对该国国家财产采取强制措施。^⑤而在《公约》涉及的管辖豁免、执行豁免、国有企业以及与《国家豁免公约》的关系等具体方面,中国亦有较为明确的立场和实践。

首先,我国不接受外国法院对以我国国家为被告或针对我国国家财产的案件的管辖。在美国公民莫里斯就袁世凯政府旧债在美国法院对中国提起的诉讼中,^⑥中国政府出庭抗辩管辖权,并在《中国外交部就莫里斯案提交的法律备忘录》中声明我国不接受外国法院对以我国国家为被告或针对我国国家财产案件的管辖。^⑦

其次,在涉及我国国家财产的执行程序上,我国一直持绝对豁免立场。在“沃特思案”中,^⑧我国明确表示,中国作为主权国家享有执行豁免。在福建船舶企业合同纠纷在美国法院被申请执行仲裁裁决案中,^⑨我国多次向美方提出交涉并提交照会,表明中国坚持国家豁免,不接受美方司法管辖。^⑩

再次,虽然我国2005年签署了《国家豁免公约》,但该公约尚未生效且中国也未批准,我国的国家豁免立场尚未发生变化。在刚果(金)在香港被诉承认与执行外国仲裁裁决案中,^⑪全国人大常委会的释法报告表明了我国绝对豁免的立场。^⑫

最后,尽管在涉及国家的案件上持绝对豁免立场,但我国已把国家本身的活动与国有企业的活动区别开来,认为国有企业是具有独立法律人格的经济实体,不应享受豁免。早在20世纪70年代的“司考特案”中,中国即已作出此种区分。^⑬

另外,就中国法院对外国国家及其财产的管辖权而言,中国法院的现实立场是不管辖以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件。^⑭在蓝婕诉马

腾和荷兰驻广州总领馆机动车交通事故责任案中,最高人民法院重申了绝对豁免原则,即“荷兰驻广州总领事馆系荷兰派驻我国的外交代表机构,其不具备民事诉讼主体资格,不应作为本案被告参加诉讼,且根据我国一贯坚持的国家绝对豁免原则,亦不能将该领事馆的派遣国荷兰作为本案的被告”。^⑮在李晓波诉红十字国际委员会东亚地区代表处房屋租赁合同纠纷案中,红十字国际委员会东亚地区代表处一方面明确表示通过诉讼解决纠纷,另一方面向法院提出豁免申请。《中华人民共和国政府和红十字国际委员会协议》第4条第1款规定,红十字国际委员会及其财产和资产享有法律程序豁免,包括免受搜查、征用、没收和征收;在特殊情况下,经红十字国际委员会明示放弃其豁免时,不在此限。最高人民法院认为,东亚地区代表处作为红十字国际委员会在我国境内设立的代表机构,享有该条规定的法律程序豁免。^⑯

(二) 关于未来立场的考量

我国目前在管辖豁免和执行豁免上均采绝对豁免原则,但随着中国经济的逐渐对外开放,尤其是投资和金融领域的进一步开放,在管辖豁免和执行豁免领域都潜藏了发生变化的可能。在投资领域,2019年通过的《外商投资法》将“外国投资者”界定为“外国的自然人、企业或者其他组织”,而2015年商务部公布的《外国投资法(草案征求意见稿)》中还包括“其他国家或者地区政府及其所属部门或机构”和“国际组织”。^⑰在1993年签订的《中华人民共和国政府和阿拉伯联合酋长国政府关于促进和保护投资协定》中,阿联酋投资者的定义就明确包括了联邦政府、地方政府及其地方金融机构。在中国当事人与作为外国投资者的政府主体发生纠纷后,中国法院不行使管辖权,而是让中国当事人到外国寻求救济,这无疑不合情理和法理;而如果外国政府在中国境内有财产,我国法院作出了判决却因为自己国家执行豁免的立场而在国内不能执行,同样匪夷所思。

此外,在国际金融领域尤其是在主权熊猫债的争端解决机制上,中国因为坚持“双重绝对豁免”,不得不采取在中国境内仲裁并到外国法院申请执行的

反常模式,而大多数国家已经实现了由本地法院全面负责处理主权债务纠纷的争议解决模式。这就导致主权熊猫债的中国债权人维权无比困难,需要去其他国家法院维权,不利于我国债市开放。^⑨因此,允许中国投资者选择中国法院作为外国主权政府熊猫债的纠纷解决机构和判决后的执行机构,就成为了客观需要。如果中国在国家豁免上的立场发生变化,未来利用《海牙判决公约》寻求国家相关判决的承认与执行无疑也应纳入考虑范围。

首先,在现有的双重绝对豁免立场下,应在未来批准《公约》时根据第19条提出声明。在现有模式下,中国不会对外国国家行使管辖权,不会作出涉及外国国家的相关判决,因此不会发生中国法院作出的国家相关判决到外国承认与执行的情形。相反,如果《公约》某一缔约国(原审国但未声明)针对中国作出判决并到中国申请承认与执行,根据《公约》,中国有承认与执行的义务;但中国因采纳双重绝对豁免立场而不会承认与执行该判决,如果不声明就违反了我国承担的条约义务,因此中国需要借助第19条的声明机制来限制《公约》对我国的影响。

其次,如果未来中国采取完全区分模式,即管辖上采纳限制豁免立场,而执行上采纳绝对豁免立场,那么此时需要考虑到两种情形:一是我国法院针对外国(例如未根据《公约》第19条进行声明的乙国)作出国家相关判决,若我国没有根据《公约》第19条进行声明,则乙国有承认与执行我国判决的义务;如果我国进行了声明,则乙国可以拒绝承认与执行我国法院的判决,但我国法院的判决仍可在《公约》其他缔约国得到承认与执行。当然,乙国也可以根据其国内法自愿承认与执行我国法院的判决。二是乙国法院作出针对中国的国家相关判决,如果中国未进行声明就需要承担承认与执行乙国法院判决的义务,但由于我国在执行上采纳的是绝对豁免,因此仍需借助第19条声明机制来减免《公约》义务。

再次,如果未来中国采取部分区分模式,即在管辖和执行上均采取限制豁免立场,或者批准了2004年《国家豁免公约》且该公约已经生效,那么是否需要根据《海牙判决公约》第19条进行声明则取决于国

家的意愿,有相当大的自由度。在管辖和执行上都采取限制豁免的情形下,如果《公约》缔约国都不声明,则国家相关判决自由流通。如果我国不声明而某外国进行了声明,则该外国针对我国作出的判决,我国既可以根据《公约》拒绝承认和执行,也可以根据国内法自愿承认和执行;而我国针对该外国的判决则得不到其承认和执行,只能考虑到其他缔约国申请承认与执行。从博弈论的角度看,声明似乎是对等和最佳的选择;但从国际合作角度或者国家采取限制豁免立场的本意出发,则不需要声明,因为限制豁免本身就旨在管辖国家的商业活动并寻求国家相关判决的承认与执行,而《公约》的规定无疑有利于这一目标的实现。

六、结论

概而言之,《海牙判决公约》适用于民商事案件的承认与执行,并未排除国家相关判决在《公约》下的流通,但《公约》也不影响国家及其财产所享有的特权与豁免。就国家相关判决而言,《公约》有如下发展:其一,《公约》扩大了国家相关判决承认与执行的几率。《公约》提供了公约路径和国内法路径,产生了类似于《纽约公约》的效果,便利了国家相关判决的承认与执行。即使缔约国根据《公约》对国家相关判决作出声明,此声明也仅适用于声明国与其他缔约国之间判决的相互承认与执行,不排除判决在其他缔约国之间流通。其二,《公约》为保护国家利益,设置了多重自我保护机制。除要求判决需具备间接管辖权基础且不存在《公约》规定的拒绝承认与执行的理由外,还包括排除《公约》适用范围的特别例外、第19条声明机制等。特别例外中既有大国的关切也有小国的顾虑;而第19条声明机制虽属国家自我保护的传统手段,但具体规定也颇具特色。其三,《公约》关于国家相关判决承认与执行的规定分散且复杂,体现了绝对豁免与限制豁免、促进判决流通与国家利益自我保护的平衡。

中国目前在管辖豁免和执行豁免上采“双重绝对豁免”立场。未来我国处理与《公约》的关系可以分为三种情形:若现行绝对豁免立场未有改变,则需要批准《公约》时根据第19条对国家相关判决作出

声明;若采取完全区分模式,即在管辖上采取限制豁免、在执行上采取绝对豁免,则仍需作出声明,以减免《公约》规定的执行外国判决义务;若绝对豁免立场发生较大变化,例如全面采取限制豁免做法或者批准了2004年《国家豁免公约》,则有较大的弹性空间来决定是否进行声明。

注释:

①See Draft Explanatory Report on the HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, para.345(hereinafter "Draft Explanatory Report on the HJC").

②See Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge University Press, 1988, p.125.

③例如,参见 *Kingdom of Greece v. Julius Bar & Co.*, 18 ILR 195(1956); *United Arab Republic v. Mrs. X*, Swiss Fedend Tribunal 65 ILR 384(1960); *Socobel v. The Greek State*, 181 ILR 3(1951); *Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya v. Rosseton SRL*, 87 ILR 63(1992)。

④参见龚刃韧著:《国家豁免问题的比较研究》,北京大学出版社1994年版,第353-355页。

⑤例如,在刚果(金)在香港被请求承认与执行外国仲裁裁决案中,中国外交部曾发函指出,如不给予豁免,将会给国家整体利益带来长远和严重的负面影响,包括国家间友好关系受损、中国及国家财产可能在国外受到对等对待、正常国际交往和经贸合作受到妨碍、中国支持发展中国家发展经济的国际形象受损等。参见外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,世界知识出版社2018年版,第353页。

⑥参见刘元元著:《国家财产执行豁免问题研究》,厦门大学出版社2015年版,第23页。在1982年“湖广铁路债券案”中,美国亚拉巴马州法院作出缺席判决,要求中国向原告支付4300万美元;若中国政府对该判决置之不理,美国法院将扣押中国在美国的财产,以强制执行判决。1983年《中华人民共和国外交部就“湖广铁路债券案”给美国国务院的备忘录》指出:“如果美方无视国际法,强制执行上述判决,扣押中国在美国的财产,中国政府保留采取相应措施的权利。”参见何其生主编:《国际私法入门笔记》,法律出版社2019年版,第52页。

⑦See Jin Sun, *The Linkage Requirement in Enforcement Immunity*, 4 *Chinese Journal of International Law* 699, 700(2010).

⑧Peter-Tobias Stoll, *State Immunity*, in *Max Planck Ency-*

clopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2015, para.51.

⑨See UN International Law Commission, *Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, with commentaries, 2 *Yearbook of the International Law Commission* 1, 56 (1991).

⑩*Jurisdictional Immunities of the State*(*Germany v. Italy: Greece Intervening*), ICJ, 3 February 2012, General List No.143.

⑪此类判决应具备承认或执行的一般性要求,即判决只有在原审国是有效的,才应该被承认;只有在原审国是可执行的,才应得到执行。参见《公约》第4条第3款。

⑫详见何其生:《国际规则中的“民商事事项”:范围之争与解释方法》,《北大法律评论》2020年第1期,第1页以下。

⑬具体包括:被申请人惯常居所地、自然人主要营业地、原告起诉地、被告分支机构或代表机构所在地、被告明示同意管辖、被告应诉管辖、反诉、非排他性选择法院协议、合同义务履行地、不动产所在地、损害行为实施地、信托文书指定的国家,以及信托主要管理地。

⑭See Proposed Draft Text on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, drawn up by the Working Group on the Judgments Project, Prel. Doc. No 1, April 2016.

⑮详见何其生:《统一化与分割化:〈海牙判决公约〉下的不动产问题》,《国际法学刊》2020年第2期,第33页以下。

⑯See Draft Explanatory Report on the HJC, paras.64-65.

⑰See Draft Explanatory Report on the HJC, para.66.

⑱See Proposal of the delegation of Argentina, Twenty-Second Session(18 June-2 July 2019), Work. Doc. No 74 E, distribution in 26 June 2019.

⑲See Resolution adopted by the General Assembly on 9 September 2014, 68/304, Towards the establishment of a multilateral legal framework for sovereign debt restructuring processes; Resolution adopted by the General Assembly on 29 December 2014, 69/247.

⑳See Draft Explanatory Report on the HJC, para.72.

㉑See Draft Explanatory Report on the HJC, para.344.

㉒See Draft Explanatory Report on the HJC, para.346.

㉓See Draft Explanatory Report on the HJC, paras.348-350.

㉔See Proposal of the delegations of Israel and the United States of America, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(13- 17 November 2017),

Work. Doc. No 186.

⑳在第四次特委会后期的谈判中,除了中国一家反对外,将国有企业问题纳入第20条第2款成为整个谈判会场的共识。See Report of Meeting No 2, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(24- 29 May 2018), distribution in June 2018, paras.32 & 34.

㉑See Procès-Verbal No 6 Minutes, COMMISSION I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, distribution on 21 October 2019, paras.3-48.

㉒See Preliminary Draft Convention adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, Prel. Doc. No 11 of August 2000 for the attention of the Nineteenth Session of June 2001, in Proceedings of the Twentieth Session(2005), para.46; Trevor Hartley and Masato Dogauchi, Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, para.87.

㉓See Minutes of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(1-9 June 2016), Minutes No 8, para.59.

㉔See Draft Explanatory Report on the HJC, paras.83-87.

㉕See Report of Meeting No 8, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(13- 17 November 2017), distribution in January 2018, paras.3-12.

㉖参见何其生:《国际规则中的“民商事事项”:范围之争与解释方法》,《北大法律评论》2020年第1期,第1页以下。

㉗See Procès-Verbal No 5 Minutes, COMMISSION I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, distribution on 21 October 2019, para.132.

㉘See Proposal of the delegations of Israel and the United States of America, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(13- 17 November 2017), Work. Dec. No 187, distribution in October 2017.

㉙See Report of Meeting No 8, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments(13- 17 November 2017), distribution in January 2018, paras.3-13.

㉚See Procès-Verbal No 5 Minutes, COMMISSION I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, distribution on 21 October 2019, para.101.

㉛参见《中华人民共和国外交部就“湖广铁路债券案”给美国国务院的备忘录》(1983年2月2日)。

㉜Morris v. People's Republic of China, 05 Civ.04470(S.D. N.Y).

㉝参见外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,世界知识出版社2018年版,第408页。

㉞Walters v. Industrial and Commercial Bank of China, Ltd., 651 F.3d 280(2d Cir.2011).

㉟First Investment Corporation of the Marshall Island v. Fujian Mawei Shipbuilding Ltd., Fujian Shipbuilding Industry Group Corporation, the People's Republic of China, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, No.12-30377, decided on December 21, 2012.

㊱参见外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,世界知识出版社2018年版,第412-431页。

㊲Democratic Republic of the Congo v. FG Hemisphere Associates LLC,(2011) 14 HKCFAR.

㊳外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,世界知识出版社2018年版,第408页。

㊴参见杜新丽主编:《国际私法教学案例》,中国政法大学出版社1999年版,第253-254页。

㊵参见外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,世界知识出版社2018年版,第408页。

㊶《最高人民法院关于原告蓝婕诉被告马腾和荷兰驻广州总领事馆等机动车交通事故责任纠纷一案受理问题的请示的复函》,[2012]民四他字第31号。

㊷参见《最高人民法院关于李晓波诉红十字国际委员会东亚地区代表处房屋租赁合同纠纷一案豁免问题的请示的复函》,[2009]民四他字第25号。

㊸参见《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第11条。

㊹参见唐应茂:《外国主权政府熊猫债纠纷解决模式研究》,《法商研究》2016年第6期,第149页。