

中国政府在美国被诉 引用主权豁免抗辩的法律探析

龚柏华 丁伯韬

【摘要】中国政府或其政治性分支机构如果在美国法院被滥诉,首先可进行程序性抗辩。美国1976年《外国主权豁免法》是处理外国主权豁免及豁免例外问题的程序性法律,规定了美国国内法院确立管辖的两个前提条件:对事管辖权和对人管辖权。梳理过去数十年里美国相关判例,可归纳豁免例外、文书送达、缺席判决等程序性问题的抗辩理由和判决结论,在涉及中国政府诉讼情况下管辖权异议动议在应对滥诉时至关重要。在某些管辖权明显缺乏法理基础的情况下,中国政府也可不采取实质行动,因为美国法院在作出缺席判决前仍须考虑管辖权问题。即使有缺席判决,中国政府也可寻求撤销缺席判决,重回诉讼途径。

【关键词】主权豁免;《外国主权豁免法》;豁免例外;送达程序;缺席判决

【作者简介】龚柏华,复旦大学教授,博士生导师;丁伯韬,复旦大学法学研究生。

【原文出处】《上海政法学院学报》(法治论丛),2020.6.1~18

【基金项目】本文系2020年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“境外投资立法重大问题研究”的阶段性研究成果,项目编号:20JZD017。

一、美国主权豁免立法及其主要例外

美国长期以来奉行绝对主权豁免主义。美国联邦最高法院马歇尔(Marshall)大法官在美国最早的国家主权豁免案件“交易号案”中指出,各主权国家由于享有平等的地位和绝对的独立,所以基于共同利益会放弃部分完全排他的属地管辖权。^①随着20世纪50年代越来越多的国家从事国营贸易,美国这一绝对豁免主义立场开始松动。1952年美国国务院代理法律顾问泰特(Tate)向美国司法部致函(泰特信函)事件,成为美国由“绝对豁免主义”向“限制豁免主义”转变的标志。^②

后来,美国1976年《外国主权豁免法》将限制豁免主义落实为成文法,并将主权豁免的判断权力由行政部门移转至司法部门。^③美国1976年

《外国主权豁免法》生效后,经历了若干次修正案补充。如2005年修正案在《美国联邦法典》第28编第1603(d)条后增加1603(e)条款,指出“在美国境内从事商业活动的行为”是指外国政府从事的行为与美国有实质联系;2008年和2016年修正案在第28编第1605条后分别增加了1605A和1605B两个“恐怖主义豁免例外”条款;2016年修正案在第28编第1605(g)条后增加1605(h)条款,将在美国短期展出艺术品的行为排除在“商业活动”之外。

《外国主权豁免法》不仅适用于传统意义上的外国政府,还适用于外国政府的“政治性分支机构”(political subdivision of a foreign state)、“代理机构或辅助机构”(agency or instrumentality of a foreign state)。^④“政治性分支机构”是个广义的概念,

一般指外国中央政府之下的行政单位,包括地方政府。^⑤“代理机构或辅助机构”指“满足以下要件的实体:(1)独立法人或非法人社团;(2)为外国政府或其政治性机构的组成部分,又或者其股权或其他所有者权益中大部分归所在国政府或其政治性分支机构所有;(3)非美国及第三国公民”。^⑥“代理机构或辅助机构”的认定常常成为主权豁免相关案件的争议焦点。为了证明自身是享有主权豁免权利的主体,被告往往要按照“代理机构或辅助机构”的三个要件进行逐一举证。就第一个要件而言,被告须证明其核心功能是商业性的而非政府性的;就第二个要件而言,被告须证明其大多数股份被外国国家直接持有;就第三个要件而言,被告须证明其非按照美国法律或第三国法律设立。^⑦在上述三个要件中,关于第二个要件的认定尤为关键。根据美国联邦最高法院在“多乐食品公司案”中的判决精神,由于国有企业的子公司的股份不直接由国家持有,因此不属于《外国主权豁免法》的适用对象。^⑧以中国国有企业在美被诉案件为例,在“远洋航线公司诉中国国家采购公司案”中,由于中国租船公司是中国外运长航集团有限公司的子公司,所以法院否定了中国租船公司的“外国政府代理机构或辅助机构”身份^⑨;而在“彩虹集团公司阴极射线显像管反垄断案”中,被告经认定为中国国务院国有资产监督管理委员会的直属企业,因此有资格享受主权豁免。^⑩

对《外国主权豁免法》适用对象的范围进行界定在诉讼中有着重要意义,一旦被告“外国政府”的身份被否认,被告就无法引用主权豁免作为管辖权抗辩理由。因此,在美国法院的司法程序中,被告自证“外国政府”身份是一个必须重视的前置问题。

根据《外国主权豁免法》,美国法院要确立对外国政府的管辖权,需满足两个条件:确立对事管辖权和确立对人管辖权。^⑪就对事管辖权而言,判断标准在于案件所涉事项是否属于《外国主权豁免

法》,即《美国联邦法典》第28编第1605条和第1607条所规定的豁免例外。这些例外具体包括:“放弃豁免例外”“反诉例外”“商业行为例外”“征收财产例外”“继承或赠与与不动产例外”“非商业侵权例外”“仲裁例外”“恐怖主义例外”“海事优先权例外”等。就对人管辖权而言,《外国主权豁免法》规定,只要对事管辖权成立日送达程序已经依法完成,法院即享有对人管辖权。^⑫

如果想要否认美国国内法院对外国政府被诉案件的管辖权,只需要证明对事管辖权、对人管辖权中至少有一项不符合《外国主权豁免法》的要求。又因为对人管辖权取决于对事管辖权的成立和送达程序的合法性,所以对事管辖权和送达程序是抗辩美国法院管辖权的关键。

值得注意的是,美国国内法院确立对事管辖权时主要考察案件是否属于《外国主权豁免法》规定的主权豁免例外之一,因此否定美国国内法院的对事管辖权也要从主权豁免例外入手。

1.“放弃豁免例外”及“反诉豁免例外”

外国政府可以通过明示或者默示的方式放弃在美国国内法院享受的主权豁免权利。明示放弃的方式如在合同中订立放弃豁免权利条款。^⑬默示放弃的方式则主要包括接受基于同一诉争提起的仲裁管辖、订立合同时同意适用某一国家的法律、在案件答辩中未提及主权豁免等等。^⑭放弃豁免的形式是无法穷尽的,美国联邦地区法院在判断被告外国政府具体行为是否构成放弃豁免时享有一定的自由裁量权。^⑮

关于外国政府的反诉是否构成默示放弃豁免,目前各巡回法院的判例存在分歧。^⑯但是,根据《外国主权豁免法》,如果某外国在联邦法院或州法院提起诉讼或参加诉讼,那么该外国对下述任何一项被告提起的反诉不得享受豁免:(1)此项反诉已在控诉该外国的另一诉讼中提出,而按照本章第1605条的规定该外国对于此项反诉是无权享受豁免的;(2)反诉系由该外国所提出的作为

权利要求主体部分的事件或事务所引起的;(3)反诉索赔的范围在数额上不超过该外国索赔额,或在种类上和该外国索赔无不同。^⑩

2.“商业行为豁免例外”

“商业行为豁免例外”是《外国主权豁免法》的一般例外中重要的一种。^⑪依据该项例外,外国政府的以下行为在美国法院被诉时不能享受主权豁免:(1)在美国境内从事商业活动的行为,(2)在美国境内完成的、与境外商业活动有关的行为;(3)在美国境外从事商业活动,但该行为在美国境内造成直接影响。^⑫

从“商业行为豁免例外”的构成要件来看,诉讼双方的争议焦点往往会集中在两个问题:原告提起诉讼所基于的行为是否属于“商业活动”?如果属于“商业活动”,那么被诉行为是否与美国存在“连接点”(在美国境内完成或对美国造成“直接影响”)?

关于如何辨别“商业行为豁免例外”项下的“商业活动”,《外国主权豁免法》的规定是“取决于该行为的性质而非其目的”。^⑬联邦最高法院在“阿根廷诉维尔特沃公司案”中对这一标准做了更具体的解释:商业活动应当是主权政府和私主体都能从事的活动,因此那些只能由主权政府完成的活动不在此列。^⑭然而即便如此,不同的美国法院在判断“商业活动”范围时也会存在狭义解释和广义解释的区别。如纽约州南区联邦地区法院认为,尽管格林纳达违约取消了原告在该国海岸勘探石油和天然气的许可,但是管控自然资源属于政府行为,因此可以享受豁免。^⑮法院对商业活动做了狭义解释。德克萨斯州西区联邦地区法院认为,尽管沙特阿拉伯雇佣原告从事飞机的维护工作属于军事行为,但是在签订合同时被告是以市场主体的身份参与的,因此雇佣行为属于商业行为。^⑯这是广义解释商业活动。可见,在判断某行为是否属于“商业活动”时,司法实践中存在着很大的不确定性,也因此值得被告外国政府重点

抗辩。

而关于被诉行为是否与美国存在“连接点”,当被诉行为发生在美国境内时一般不存在争议,但是当被诉行为发生在美国境外时,法院就需要对该行为是否对美国造成“直接影响”进行认定。《美国对外关系法重述(第二次)》^⑰曾提到“直接影响”是指实质的、可预见的影响。^⑱而在《外国主权豁免法》通过后的一定时期内,各法院也依照这一标准来判断“商业行为豁免例外”中的“直接影响”。例如在“哈里斯公司诉伊朗国家广播电视台案”中,原告一家美国公司申请法院宣告与被告签订的运输合同因不可抗力而终止,而被告主张法院不具备管辖权。联邦第五巡回法院认为,由于双方的合同对美国的影响是可预见的,所以符合“商业行为豁免例外”的要求。^⑲但是,美国联邦最高法院在“阿根廷诉维尔特沃公司案”中对“直接影响”的判定改变了这一标准。该案中,原告起诉阿根廷政府债券违约,案件的一个焦点在于阿根廷政府的违约行为是否对美国造成了“直接影响”。最高法院认为,某行为如果对美国造成“立即的”影响,则可以被认为是“直接的”。阿根廷的违约行为对纽约金融中心地位的影响过于遥远,因此从这一角度来看并不构成对美国的“直接影响”。但是,由于纽约是阿根廷与原告约定的合同履行地,因此阿根廷的违约行为导致应付账款无法汇入纽约的银行账户,这可以被视为一种“直接的”影响。^⑳

3.“征收财产豁免例外”

《外国主权豁免法》规定,外国政府因下述情况被诉时不享有主权豁免:违反国际法取得与外国在美国进行的商业活动有关的财产,且该财产(包括用该财产换得的任何财产)在美国境内,或者该财产是外国在美国从事商业活动的代理机构或辅助机构(包括其经营者)所有。^㉑从“征收财产豁免例外”的规定可以归纳出适用该例外必须满足的几个条件:(1)诉讼标的为财产;(2)涉诉财产被外

国征收;(3)外国政府的征收行为是违反国际法的;(4)涉诉财产在起诉时位于美国境内,或在起诉时由外国在美经营商业活动的代理机构或辅助机构(包括其经营者)所有。因此被告抗辩“征收财产豁免例外”需要证明上述条件至少有一项不满足。

除了上述4个必须具备的条件,美国法院在审理“征收财产豁免例外”相关案件时,对于是否要求原告“用尽当地救济”产生过分歧。如在“卡希尔诉西班牙案”中,联邦第九巡回法院认为,《外国主权豁免法》没有明确要求原告在起诉前用尽当地救济,因此其不影响“征收财产豁免例外”的适用。^②而在“阿贝雷斯诉匈牙利国家银行案”中,联邦第七巡回法院认为,尽管《外国主权豁免法》没有明确要求在适用“征收财产豁免例外”时原告必须穷尽当地救济,但是国际习惯法上对此有做要求。原告没有穷尽在匈牙利国内的救济,因此不能适用“征收财产豁免例外”。^③

4.“继承、赠与不动产豁免例外”

根据《美国联邦法典》第28编第1605(a)(4)条,如果案件所涉权利是与基于继承或赠与获得的位于美国境内的不动产相关,则外国政府不享有主权豁免。由于这一例外在实践中较少运用,因此发生的争议也较少。

5.“非商业侵权豁免例外”

所谓“非商业侵权豁免例外”是指,如果外国政府或其官员、雇员在职务或雇佣范围内的行为(但不属于上述的“商业活动”)发生了侵权,从而在美国境内造成人身伤害、死亡或者财产损失,则外国政府因该类行为被诉时不享有主权豁免。《外国主权豁免法》规定了两种特殊情况下“非商业侵权豁免例外”不予适用:一是被诉行为属于外国政府行使自由裁量权;二是被诉行为属于诬告、滥用程序、文字诽谤、口头诽谤、歪曲、欺骗或干涉合同权利中的一种。其中,“行使自由裁量权”在美国法院的司法实践中被解释为“基于政策考量的判决或选择行为,且法律法规没有强制要求作出何种

判决或选择”。^④

从《外国主权豁免法》的立法文件中可知,“非商业侵权豁免例外”的规定主要是为了应对外国官员或雇员在美国交通肇事侵权的情形。^⑤然而在实践中,原告依据该例外提起的诉讼范围远远超出了外国官员或雇员交通肇事。例如在“郝雷思诉古巴案”中,原告的诉因是古巴政府在20世纪70年代对其进行肉体和精神上的酷刑构成了侵权。^⑥又如在“费尔南德斯诉西班牙案”中,原告的诉因是西班牙政府在一起挪用公共资金的刑事案件中侵犯了他的权利。^⑦

对侵权行为地的要求在信息时代也引发了争议,尤其是在美国法院否定“多伊诉埃塞俄比亚案”的管辖权后。该案中,作为美国公民并受美国庇护的原告诉称,埃塞俄比亚政府通过电子邮件的方式在原告的电脑和手机内植入窃密程序,侵犯了原告的隐私。初审法院认为,由于埃塞俄比亚政府的侵权行为发生在美国领土以外,因此不能适用“非商业侵权豁免例外”,从而无法确立对该案的对事管辖权。^⑧上诉法院也在后来的上诉审中支持了初审法院的观点。^⑨但是,有学者对法院的这种判断表达了担忧,认为关于侵权行为地的认定标准会使得美国公民的电脑系统在受到境外攻击后无法获得民事诉讼的救济。^⑩

6.“仲裁豁免例外”

《外国主权豁免法》规定,在执行仲裁协议或仲裁裁决的案件中,外国政府在遇到以下情况时不享有主权豁免:(1)仲裁发生或将要发生在美国境内;(2)有关国际条约要求承认和执行依据仲裁协议作出的仲裁裁决;(3)仲裁涉及的争端本身可依据其他豁免例外被提交到美国国内法院;(4)“放弃豁免例外”能够得到适用。^⑪

“黛格诉捷克卫生部案”是对该例外适用的典型案件之一。在该案中,原告请求执行一份仲裁裁决,裁决内容涉及捷克卫生部干涉原告同第三方的商业合作关系。哥伦比亚特区联邦地区法院

按照《外国主权豁免法》进行了逐条分析。首先,该裁决发生在捷克境内;其次,有关诉争本身不满足其他豁免例外的要求;再次,被告没有放弃主权豁免;最后,本案不适用任何国际条约。故初审法院以缺乏对事管辖权为由驳回了原告的起诉。^⑨但哥伦比亚特区联邦巡回法院在上诉审查时认为,根据《纽约公约》,其适用范围是“因自然人或法人间之争议而产生、且在申请承认及执行地所在国以外之国家领土内作成的仲裁裁决,其承认及执行”。而缔约方可以声明将适用的裁决限定为与“商业性质的法律关系所产生的法律争议”有关,美国即作出此项保留。本案争议发生时,原告同被告有商业关系,因此《纽约公约》得以适用,法院基于“仲裁豁免例外”对该案享有管辖权。^⑩

7.“恐怖主义豁免例外”

“恐怖主义豁免例外”是指,如果外国政府及其官员、雇员或代理人在职权范围内实施酷刑、法外处决、劫持航空器、劫持人质,或为上述行为提供资助,那么在上述行为被诉时外国政府不享有主权豁免。^⑪规定这一例外的主要目的是为恐怖主义袭击中的受害者提供民事诉讼救济,并对恐怖主义行为加以遏制。

“恐怖主义豁免例外”的适用也需要受到一定的限制。首先,根据《外国主权豁免法》的规定,能够适用“恐怖主义豁免例外”的外国必须被列为“恐怖主义资助国”。^⑫其次,可以被诉的恐怖行为局限于“实施酷刑、法外处决、劫持航空器、劫持人质,或为上述行为提供资助”中的一种。再次,原告必须在起诉时证明损害,及损害与恐怖行为之间的因果关系。而在实践中,外国政府往往也会因为上述限制而被排除“恐怖主义豁免例外”的适用。例如,在“9·11恐怖主义袭击案”中,联邦第二巡回法院认为,由于沙特阿拉伯不在“恐怖主义资助国”之列,所以“恐怖主义豁免例外”无法得到适用。^⑬

“恐怖主义豁免例外”和上文提到的“非商业侵权豁免例外”在一定程度上会发生重合,而“恐

怖主义豁免例外”不予适用并不意味着“非商业侵权豁免例外”不能予以适用。例如在“多伊诉本·拉登案”中,联邦第二巡回法院认为,“恐怖主义豁免例外”不是受害人寻求外国政府赔偿的唯一途径。如果被诉行为不属于“恐怖主义豁免例外”列举的行为范围,或被诉政府不在“恐怖主义资助国”之列,那么“非商业侵权豁免例外”同样能够提供救济。^⑭

8.“海事优先权豁免例外”

不同于上述其他一般例外,“海事优先权豁免例外”作为一种特殊例外情形被单独列于《美国联邦法典》第28编第1605(b)条。该例外的具体内容为:如果原告对外国的船舶或货物享有的优先权是基于外国的商业活动取得的,则根据优先权对外国船舶或货物的强制执行排除外国政府的豁免权利。

尽管“海事优先权豁免例外”是一项特殊例外,但在适用该例外时,如何定义“基于外国的商业活动取得”优先权应当同“商业行为豁免例外”相统一。

二、中国政府在美国被诉案中对管辖权抗辩的法律分析

(一)对事管辖权的抗辩

自美国《外国主权豁免法》颁布以来,中国政府或中国国有企业在美被诉时有发生。根据现有案例,中国政府及国有企业在抗辩“商业行为豁免例外”时面临的问题集中在两方面:如何界定“商业活动”以及如何判断被诉行为同美国领土的“连接点”。

1.关于界定“商业活动”的抗辩

“仰融诉中国辽宁省政府案”(以下简称为“仰融案”)中辽宁省政府就第一个问题做出过一次成功的抗辩。原告起诉中国辽宁省政府非法征收其公司股份、其他股东权益及其他财产,并援引“阿根廷诉维尔特沃公司案”^⑮和“第一麦克森公司诉伊朗案”^⑯来证明法院管辖权成立。辽宁省政府认

为,剥夺原告在合资企业中的股份及管理者身份是一种征收行为。同样借助“阿根廷诉维尔特沃公司案”的标准,征收这种强行变更私有财产所有权的行为显然不能由普通私有主体做出,因此征收行为本身属于主权行为而非“商业活动”。辽宁省政府的抗辩得到了初审法院的支持。初审法院指出,“仰融案”的案情与“阿根廷诉维尔特沃公司案”和“第一麦克森公司诉伊朗案”是不同的:“仰融案”中辽宁省政府与原告不存在合同关系,而有关的征收行为属于典型的市场管理行为;后述两案中,阿根廷和伊朗分别与各案原告存在合同关系,由此产生的债权违约和公司内部经营权纠纷都具有商业性质。因此初审法院以缺乏管辖权为由驳回了原告的起诉。上诉法院也维持了初审法院的判决。^⑭

2. 关于界定对美造成“直接影响”的抗辩

“天宇公司诉中国四川省政府案”(以下简称“天宇案”)是中国地方政府关于“直接影响”认定的一次成功抗辩。原告加拿大天宇网络有限公司因中方终止合资协议,丧失从合资企业中获取预期利润的权利。天宇公司为了索要赔偿,在美国犹他州联邦地区法院起诉四川省政府及成都市青羊区政府,主张的管辖权基础是“商业行为豁免例外”中的第三种情况:被诉行为与外国政府在美国境外从事的商业活动有关,且对美国造成了直接影响。初审法院没有对被告的行为是否属于“商业活动”给出结论,而是将讨论集中在被告的行为是否对美国造成“直接影响”。初审法院支持了四川省政府及青羊区政府的抗辩,即原告天宇公司所遭受的损害不能被视为对美国造成了“直接影响”。

根据“联合世界贸易公司诉曼格什拉克石油生产协会案”(以下简称为“联合世界贸易公司案”)的判决,“商业行为豁免例外”中的“直接影响”必须是由被告的被诉行为产生的直接后果。^⑮而在“天宇案”中,天宇公司作为一家注册于英属维尔

京群岛、住所位于加拿大的公司,在中国遭受的投资损失产生的影响只会发生在中国、英属维尔京和加拿大。而天宇公司主张的其美国母公司由于投资损失发生的重组,只能被认定为被告行为产生的间接影响。^⑯

后来在上诉过程中,原告主张初审法院援引的“联合世界贸易公司案”有违联邦最高法院在“阿根廷诉维尔特沃公司案”中的判决精神。^⑰然而上诉法院否定了原告的观点。上诉法院指出,“阿根廷诉维尔特沃公司案”中,“直接影响”得以成立是因为纽约是原被告双方约定的合同履行地;而“联合世界贸易公司案”中合同签订地为莫斯科,汇款地为伦敦。原告仅凭应收款项本应汇回美国主张“直接影响”是不足的。原告的美国公民身份不足以使得发生在美国境外的经济损失被认定为给美国造成“直接影响”。天宇公司母公司虽为美国公司,但是遭受的损失发生在中国,不能被视为对美国造成“直接影响”。最后上诉法院维持了初审法院的判决,认为法院对四川省政府及青羊区政府不具有管辖权。^⑱

类似的抗辩还发生在“莫里斯诉中华人民共和国案”(以下简称为“莫里斯案”)中。该案原告莫里斯以其2000年用数百美元购买的旧中国1913年发行的“五厘金币善后贷款债券”为依据,向中华人民共和国索要债券本金1亿8千万美元。双方的争议焦点之一在于被诉债券违约行为是否对美国造成“直接影响”,而中方的立场得到了法院的支持。纽约州南区联邦地区法院在判决中指出,原告的购买行为发生在1939年终止支付利息60年后,同时是在1960年债券到期40年后。如此漫长的时间间隔表明莫里斯即使遭受财产损失,也并非中方债券违约行为直接产生的结果。莫里斯于2000年购买该债券实际上属于一种“介入因素”(intervening element),阻断了债券违约“直接影响”。另一方面,法院还就债券违约是否“对美国造成影响进行了分析。法院指出,本案涉及的债

券的发行银行没有一家位于美国境内,中国在发行债券时也没有在美国境内设置代理人。不仅如此,关于债券发行、支付事宜的商讨没有发生在美国境内,债券款项的支付也不是用美元。最为重要的是,债券本金和利息的约定支付地点均位于美国境外。因此债券违约行为没有“对美国”造成直接影响,对事管辖权也无从确立。^⑤

3.“商业行为豁免例外”与中国国有企业

“仰融案”“天宇案”和“莫里斯案”的被告都是中国政府机关,然而实践中涉及美国国内法院斗争更多的是中国国有企业。美国法院对于中国国有企业(中国政府直接持股)是《外国主权豁免法》上的“外国政府代理机构或辅助机构”这一观点往往持肯定态度,但是即便如此,很多情况下凭借“商业行为豁免例外”仍然能够剥夺被告中国国有企业的主权豁免权利。^⑥

国有企业作为市场经济的参与者一般不会对“商业行为豁免例外”中“商业活动”的界定提出抗辩,而会将争议焦点落在被诉行为与美国是否有“连接点”上。例如,在“东方矿产公司诉中国银行案”中,双方对被诉行为在性质上属于“商业活动”并无异议,但是对被诉行为是否与美国存在“连接点”展开争论。原告认为,中国银行的被诉行为同时满足“商业行为豁免例外”项下的三个“连接点”,即(1)有商业行为发生在美国境内;(2)有行为发生在美国境内,且与境外商业活动有关;(3)有商业行为发生在境外,但对美国境内造成直接影响。就第一种情形而言,原告指出被告曾给其开具过一封保证资金安全的承诺书,并有数次书信往来。但法院认定这些行为不能被认定为发生在美国境内。另外,原告主张其与被告之间的资金往来都需要经过被告位于纽约的分行,因此属于在美国境内从事商业行为。然而法院同样予以否认,因为原告的起诉并不基于这些资金往来。故“商业行为豁免例外”的第一种情形无法满足。就第二种情形而言,原告举出了同上述一样的理由,

而法院也予以否认。就第三种情形而言,原告主张被告未经授权将其账户中的400000美元转出至美国犹他州账户,构成对美国的“直接影响”。为此,法院比照了“联合世界贸易公司案”,指出本案中被告的汇款行为不再仅仅是造成公司利润损失,而是直接对美国造成了影响。因为汇款的接收地位于美国,而美国方面接收到款项是中国银行未经授权提款的直接后果。最终法院也由此确立了对事管辖权。^⑦

(二)对送达合法性的抗辩

中方在“湖广铁路债券案”中就已面临送达程序相关的问题。中国大使馆在收到美国国务院的外交照会及诉讼文书后,将前述文书悉数退回。阿拉巴马州北区联邦地区法院东部分庭的判决中法官依据《外国主权豁免法》审查了送达是否完成。^⑧虽然该初审法庭的结论对中方不利,但是这从侧面反映了送达程序的可抗辩性。美国《外国主权豁免法》根据不同被诉主体分别规定有先后顺序的送达方式:

1.向外国政府或其政治性分支机构的送达

美国向外国政府或其政治性分支机构送达法律文书有四种途径。这四种途径按照优先层级(优先者在先),分别为:(1)由原告和被告缔结一项特别协议;(2)依据可适用的国际条约送达;(3)由法院向外国政府外交部门首长发送邮件;(4)申请美国国务院以外交照会的形式送达。^⑨

具体而言,在当事双方没有达成特别协议的情况下,向外国政府及其政治性分支机构送达优先依据可适用的国际条约。而目前在美国国内法院可以适用的与送达相关的多边条约只有两个:《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》(以下简称为“《海牙送达公约》”)和《美洲国家间关于嘱托书的公约》。^⑩其中,《海牙送达公约》规定了向缔约国中央机关送达这一主要的送达方式,同时还规定了领事或外交送达(指请求国通过其外交或领事机构向被告送达,不同

于上文提到的美国国务院通过外交照会送达)、直接邮寄送达、主管人员直接送达、利害关系人直接送达等可替代的送达方式。而缔约国可对上述可替代的送达方式予以保留。另外,根据《海牙送达公约》第13条,基于侵犯主权和国家安全的考虑,缔约国可以拒绝接受被送达的文书。

如果不能依据可以适用的条约送达,则原告可以尝试通过邮寄方式送达。邮寄方需申请法庭书记员通过国际注册邮箱向外国外交部长发送,邮寄的文件包括传票、起诉书、诉讼通知及前述文件的翻译件,而有效的送达需要法院收到经签署的回执。在收到回执之前,原告必须至少等待30天再寻求下一种送达途径。另外,此处的邮寄送达不包括电子邮件送达。^⑤

如果通过邮件仍然不能实现送达,则需要借助最后的途径——外交照会送达。申请外交照会送达需要原告申请法庭书记员向位于华盛顿哥伦比亚特区的美国国务卿寄送传票、起诉书、诉讼通知及前述文件翻译件各2份。当然,在送达之前,美国国务院会考察申请人是否已经穷尽了前述送达方式。^⑥如果前提条件满足,则国务卿会将有关文件以照会方式通过美国驻外使馆或外国驻美使馆送达文书,并向主审法院发送外交照会复印件作为证明。照会复印件注明的文书转送日期,即为送达日期。^⑦

尽管外交途径送达是向外国政府或其政治性分支机构送达的最后途径,但是并不意味着所有情况下都能够实现送达。有时由于美国同被诉国政府没有建立外交关系,所以需要第三国作为中介帮助送达。^⑧如果连可以帮助送达文书的第三国也不存在,那么整个送达程序只能以失败告终,法院也无法获得管辖权。^⑨

2. 向外国政府代理机构或辅助机构的送达

美国向外国代理机构或辅助机构送达法律文书有3种途径。这3种途径按照优先层级(优先者在前),分别为:(1)由原告和外国政府机构缔结一

项特别协议;(2)向外国在美国境内的代理人送达,或依据可适用的国际条约送达;(3)根据外国有权机关指示的方式送达,或附回执的邮寄送达,或法院依送达地国法指示的方式送达。^⑩

向外国政府或其政治性分支机构送达的方式,和向外国政府代理机构或辅助机构送达的方式,都强调双方通过特别协议确定送达途径的优先性。然而在之后顺位的送达途径中,向外国政府代理机构或辅助机构送达的途径是不同且可以选择的。如在无法通过双方达成协议送达的情况下,有两条路径可以选择:要么通过外国在美国境内的代理人送达,要么根据可适用的国际条约送达。

只有在第二顺位的两种方式都没有办法送达的情况下,原告才能运用第三顺位的送达途径向外国政府代理机构或辅助机构送达。第三顺位的送达方式包括三种可选择的途径:(1)根据外国有权机关指示的方式送达;(2)通过附回执的邮件送达;(3)依法院根据送达地国法指示的方式送达。而无论选择上述三种方式中的哪一种,原告的送达都必须满足“合理地实质送达”的要求。^⑪另外,如果被送达国的法律允许电子邮件送达,那么通过电子邮件向外国政府代理机构或辅助机构进行送达也是符合规定的。^⑫

(三)司法审判中遇到的送达问题

由于成功送达是美国法院对外国政府被诉案件确立管辖权的必要条件,因此遵守《外国主权豁免法》关于送达程序的规定十分重要。而司法实践中,各级法院在审判中遇到的送达问题也各不相同。

1. 被告主体性质的区分

在确定被告属于《外国主权豁免法》适用范围的前提下,区分被告主体的性质对送达的合法性有着举足轻重的影响,因为不同的主体性质意味着可能会有不同的送达方式要求。然而从立法上来讲,两类主体之间,尤其是政治性分支机构和代

理机构、辅助机构之间的界限并非完全清晰。

联邦第九巡回法院在“伊朗国防部和武装部队诉库比克防卫系统公司案”中对这一问题作出了较为清晰的解读。联邦第九巡回法院认为,区分两类主体的着眼点在于被告实体是否属于“独立法人”。而就这一问题,以往的司法实践中存在“核心功能”和“法律特征”两种标准。根据“核心功能”标准,如果某实体的主要活动或其核心功能实质上是扮演政府角色,那么其会被视为政治性分支机构;如果某实体的核心功能主要是商业性质的,则其会被视为“独立法人”,亦即代理机构或辅助机构。^⑥而根据“法律特征”,如果某实体依照设立它的外国法,能够以自己的名义起诉、被诉、订立合同或持有财产,那么该实体则会被视为外国的“独立法人”。^⑦联邦第九巡回法院认为,“核心功能”标准是更为可取的,因为《外国主权豁免法》及其他法律肯定了政治性分支机构、代理机构及辅助机构以自己名义起诉或被诉的可能性,而凭借是否能够起诉、被诉来界定“独立法人”显然不符合《外国主权豁免法》的内在逻辑。不仅如此,其他联邦巡回法院和美国国务院都赞成采取“核心功能”标准来辨别被告主体是否属于“独立法人”,即代理机构或辅助机构。^⑧

2. 被送达文书的完整性

《外国主权豁免法》对被送达文书的范围有着明确的规定。如在对外国政府或其政治性分支机构进行送达时,如果送达途径为邮寄送达或外交照会送达,那么需要送达的文书包括传票、起诉书、诉讼通知及前述文件翻译件。其中,诉讼通知的格式需要按照美国国务卿的要求制定。^⑨如果原告送达的文书不完整,那么法院可能以此为由否定对案件的管辖。例如在“40D 6262 房地产公司诉阿联酋案”中,原告在向阿联酋政府进行邮寄送达时,只寄送了诉讼通知书,而没有传票、起诉书及翻译件。之后法院认定原告送达无效,并指出法院在合法送达之前不具有管辖权。^⑩

3. 邮寄送达的目的地

根据《外国主权豁免法》的规定,有关文书需要邮寄给被诉国外交部门首长,然而并未规定应当邮寄到何处。因此在“哈里森诉苏丹案”中,原告认为送达至苏丹位于美国华盛顿特区的大使馆即可,而苏丹则认为原告应送达至该国外交部长的办公地址,即位于首都喀土穆的外交部。联邦第二巡回法院认为《外国主权豁免法》没有明确邮寄送达的目的地,因此原告送达至苏丹大使馆可以被视为必然送达到苏丹外交部长。^⑪然而联邦最高法院认为,从《外国主权豁免法》字面解读,苏丹方面的立场应当得到支持,并且向外国驻美使馆送达法律文书有违《维也纳外交关系公约》中的“使馆不可侵犯”原则。^⑫

4. 外交送达的效力

外交送达作为向外国政府送达的兜底性途径,体现了美国司法部门和行政部门在送达事项上的合作。根据《外国主权豁免法》的规定,国务院一旦向外国政府发送照会,则必然会向主审法院回复照会复印件,而照会复印件将被视为送达成功的凭证。由于《外国主权豁免法》没有提及寄回的照会复印件需要被送达方的同意,因此从字面上看,只要美国国务院发送照会,就必然产生成功送达的效力。当然,实践中很多国家对于此类外交照会送达持反对态度。如在“机械师和航空航天工人国际协会诉石油输出国组织案”中,13个被告里有6个国家直接拒绝了美国国务院的外交送达,还有2个国家向美国国务院发送了拒绝接受送达的照会。^⑬然而外国政府的反对并不会影响美国国务院依照《外国主权豁免法》给主审法院发送照会复印件。^⑭为了应对外国政府的反对,美国国务院往往会向外国政府解释国务院在相关案件中不持任何立场,且管辖权是否成立也是由美国法院判断的。另外,美国国务院还会建议外国政府聘请美国律师应诉,以防出现缺席判决。^⑮

三、新冠疫情下滥诉中国政府案法律应对策略

自2020年3月12日Alters等人在佛罗里达州南区联邦地区法院提起疫情索赔集体诉讼以来,美国国内法院已受理类似案件达数十起。从事实和实体法律依据上来看,此类诉讼实属无理无据的“滥诉”,一般情况下可以不予理会。然而,中国政府在必要时也可考虑运用美国《外国主权豁免法》提出程序性抗辩,以达到“以彼之盾御彼之矛”的效果。因此,对美国《外国主权豁免法》中的程序性抗辩问题应给予足够的重视。

(一)就送达合法性提出抗辩

自“湖广铁路债券案”以来,涉及外国政府被告的文书送达的法律背景已有了一定的变化。1992年之后在处理类似案件中的送达程序问题时,《海牙送达公约》可以产生约束力。中国于1991年批准加入《海牙送达公约》,并自1992年1月1日起受该公约效力约束;美国于1967年批准加入《海牙送达公约》并自1969年2月10日起受该公约效力约束。这意味着自1992年起,中美两国之间的民事诉讼文书送达存在共同可适用的国际公约,即《海牙送达公约》。但是,《海牙送达公约》中规定的各种送达途径并非都能适用于中美之间的民事诉讼文书送达程序。中国在加入公约时对除中央机关送达途径之外的送达途径都做出了保留。^⑥因此在未经中方同意的情况下,美方不可采取邮寄送达、主管人员直接送达或利害关系人直接送达的方式向中方送达文书。且如若采取领事或外交途径送达,被送达人必须为美国公民。故亦可推知美方在双方未就送达方式达成协议时送达涉中方主权的民事诉讼文书,只能通过中方指定的中央机关,也就是中国司法部。然而,《海牙送达公约》第13条第1款又赋予了缔约国在认为执行送达请求侵害其主权和安全时,拒绝送达请求的权利。因此一旦中方基于主权考量拒绝送达,美方是无法通过国际公约途径完成送达程

序的,《联邦统一法典》第28编第1608(a)(2)条和第1608(b)(2)条的程序要求也无法实现。不仅如此,第1608(a)(3)条和第1608(b)(3)条所规定的邮寄送达方式由于中方在《海牙送达公约》中做出的保留,同样无法实现。^⑦

经过上述分析,美方在涉华主权豁免的民事案件中能够符合《外国主权豁免法》送达程序要求的送达途径只剩下:(1)通过美国国务院以外交照会形式向中国“政府或其政治性分支机构”送达,和(2)通过中国在美国境内代理人,或中国有权机关指示,或美国法院依中国法指示方式向中国“代理机构或辅助机构”送达。鉴于中方在主权问题上的一致性,如果中国司法部拒绝美方依《海牙送达公约》送达,那么中国政府应该也不会在美国境内委托送达代理人或令有权机关指示送达方式。因此向“代理机构或辅助机构”送达的途径只剩下美国法院依中国法指示方式送达。至此又会产生如下问题:《外国主权豁免法》在美国依《海牙送达公约》送达失败之后增加公约未规定的送达路径,是否构成国内法与国际法的冲突?对此,笔者认为外交照会送达或依中国法指示方式送达是违反《海牙送达公约》的。首先,《海牙送达公约》第一条规定,该公约适用于向境外送达民商事案件司法文书或司法外文书的所有情形。而中美皆为该公约的缔约国,理应完全依照公约提供的送达方式进行送达。即使《海牙送达公约》并不完全排斥其他送达方式,但从条约表述可知采取其他送达方式的前提在于双方或多方之间缔结另外的协议。更何况适用《海牙送达公约》的所有送达请求都受制于第13条规定的基于主权考虑拒绝送达之权利的约束。美国以国内法《外国主权豁免法》的程序性要求来否定其在国际条约法上的义务,显然是违反国际法的。其次,美国国务院表示《联邦统一法典》第28编第1608(a)(3)条和第1608(b)(3)条规定的邮件送达方式受《海牙送达公约》缔约国保留的限制,那么同属1608条规定的其他送达方

式理应同样受限于《海牙送达公约》。忽视被送达国家基于主权考量拒绝送达的立场,而强硬地通过外交照会等方式进行“有效送达”显然是违背《海牙送达公约》的。

(二)以适当形式提出抗辩

当中国政府或中国国有企业成为美国国内法院受理案件的被告时,基于《外国主权豁免法》中的对事管辖权和送达程序规定提出抗辩是解决争议的有力武器。当然,在提出相关抗辩时也应选择适当的方式。

美国的民事程序法中,答辩(responsive pleading)和动议(motion)是两个不同的概念。根据《联邦民事诉讼规则》第7条,这两者最大的区别在于,答辩是向对方当事人发出的,目的在于回应对方的起诉;而动议是向法庭发出的,目的是请求法院作出一定的命令。其中,动议必须满足以下条件:(1)除在听证或审判中提出外,须为书面形式;(2)须说明请求法院作出命令的依据;(3)须明确请求法院救济的内容。另外,根据《联邦民事诉讼规则》第12(b)条,动议的内容可以是抗辩对事管辖权、对人管辖权、送达程序等,并且基于前述事由的动议必须要先于答辩提出。

区分答辩和动议对于外国政府程序抗辩至关重要,因为答辩会被视为放弃主权豁免,而动议则不会。以“BAE公司诉韩国案”为例,原告2014年11月发出了对被告韩国政府的起诉书,而韩国政府则于2015年9月提出了一项动议撤销起诉。该动议没有提及主权豁免,也没有被法院支持。2016年2月,韩国政府对原告第一次作出了答辩,并提出了数项反诉。法院最后认为,韩国政府在2016年2月的第一次答辩和反诉构成默示放弃主权豁免,故否定了韩国政府在2016年3月修订版答辩书中提出的主权豁免主张。^⑦因此,被告外国政府如果要提出豁免管辖的程序性抗辩,应当在第一次答辩前以动议的形式向主审法院提出,并且该动议格式及内容应符合《联邦民事诉讼规则》

的要求。

中国在“湖广铁路债券案”中选择的“特别出庭”方式,就目前看来并不存在美国国内法依据。在1938年以前,“特别出庭”是指仅就法院的管辖权问题出庭进行抗辩,而“一般出庭”则是对各种问题进行出庭抗辩。然而,“橙色剧院公司诉雷赫兹娱乐公司案”中玛丽斯(Maris)法官指出,“特别出庭”的概念在《联邦民事诉讼规则》第12(b)条的规定下显得不再重要。^⑧又依据“MCI电信公司诉阿拉得胡德案”的判决精神,被告政府没有出庭并不构成对主权豁免权利的放弃。^⑨因此,中国在进行程序性抗辩时已无需再区分“一般出庭”和“特别出庭”,而应更加注重动议的提出。

(三)理性对待缺席判决

诉讼文书成功送达之日起60天内,如果被告外国政府不作出答辩,则有可能面临缺席判决的风险。^⑩但是,法院在作出支持原告的缺席判决之前,必须要经过两个步骤:第一,主动审查是否对案件具备管辖权;第二,原告举出了“足以采信的证据”(satisfactory evidence)。^⑪以“阿普杜拉诉伊拉克驻美大使馆案”为例,被告伊拉克政府始终没有出庭或作出任何答辩,然而宾夕法尼亚州东区联邦地区法院在决定是否作出缺席判决时,仍然先审查了该案是否符合《外国主权豁免法》的豁免例外。在确认原被告之间的争端属于“商业行为豁免例外”后,地区法院又对原告提出的诉讼理由和证据予以审查。

美国《外国主权豁免法》第1608(e)条规定:“联邦法院或者州法院不得对外国及其政治区分单位或者外国的机构或部门做缺席判决,除非原告能够提出令法院信服的证据使其要求或权利得到确认。”此时,做出缺席判决的唯一情况是,原告向法院提供充分的、令法官信服的证据。^⑫由于在诉讼理由和证据上有所欠缺,地区法院最终没有支持原告的请求。尽管原告提出由于被告伊拉克政府故意缺席审判因此不能适用《美国联邦法典》第

1608(e)条规定的“足以采信的证据”标准,地区法院仍然认为依据《外国主权豁免法》是否故意缺席审判并不影响“足以采信的证据”标准的采用。^⑧

另一方面,即使法院作出缺席判决,被告外国政府仍具备救济途径。美国法院推崇“公正需要通过有理有据的审判实现,而非缺席判决”,因此,在很多情况下,如果被告外国政府能回到诉讼的轨道上来,主审法院也是乐意撤销缺席判决重新审判的。^⑨《联邦民事诉讼规则》第60条(b)款规定,被告外国政府可以依据以下理由申请撤销缺席判决:(1)疏忽;(2)有新证据;(3)对方当事人欺诈、虚假陈述或行为不当;(4)判决无效;(5)依赖的先例已经被推翻,或依赖先例已不再是公平的;(6)其他原因。其中,“判决无效”和“其他原因”是撤销外国政府被诉案件缺席判决的主要依据。

以《联邦民事诉讼规则》第60条(b)(4)款“判决无效”为依据时,法院需要考察原审法院是否具备管辖权。但是由于管辖权往往夹杂着实体问题,因此现实中法院更倾向于以第60条(b)(6)款“其他原因”为依据。^⑩值得注意的是,主审法院有时在借助“其他原因”撤销缺席判决时会回避管辖权问题。例如在“实践概念诉玻利维亚案”中,哥伦比亚特区联邦巡回法院尽管已经认识到原被告之间的合同关系构成《外国主权豁免法》的“商业行为豁免例外”,但是仍然以存在“令人信服的理由”为依据维持了地区法院撤销缺席判决的决定。而这当中具体的原因并没有得到详细的解释。^⑪这一结果和联邦第十一巡回法院审理的“湖广铁路债券案”的结果十分类似。^⑫

除了上述法律条文,美国法院的司法实践也发展出了一些撤销缺席判决需要遵守的准则。如在“杰克逊诉比奇案”中,法院指出在撤销缺席判决时应考察3个因素:(1)缺席判决是否是被告所放任的(willful);(2)撤销缺席判决是否会对原告造成不公;(3)被告提出的抗辩是否有价值(meritorious)。^⑬其中,“抗辩是否有价值”的含义是指至少

提供一定的线索。

(四)重视疫情索赔诉讼中的特有程序性抗辩

从对事管辖权来看,原告基于《外国主权豁免法》提出的豁免例外主要包括“商业行为豁免例外”“非商业侵权豁免例外”和“恐怖主义豁免例外”。

就“商业行为豁免例外”而言,原告的理由包括:原告是参与商业活动的市场主体,例如进行商业性质的病毒研究、经营管理海鲜市场、运营媒体和医疗系统等;被告在疫情爆发之前与多家美国研究机构订立了很多协议,资助或者被资助进行有关病毒研究;^⑭被告在美国从事商业活动并向美国出口货物;^⑮被告从事健康调查并散布错误信息属于私主体也可以从事的商业行为;被告采购医用口罩属于商业行为;病毒的泄露与被告申请一种药物的专利有关,而专利申请属于商业行为;^⑯被告在疫情中生产、采购、出口、进口医疗设备属于商业行为。^⑰

面对上述林林总总的理由,笔者认为,首先应当质疑原告声称的事实的真实性,主张不存在“足以采信的证据”。而在对原告枉顾科学研究提出的无稽之谈予以批驳后,根据“商业行为豁免例外”的要件,中国理论上亦可做出抗辩。如管理海鲜市场、医疗系统、媒体等行为显然属于私主体无法参与的主权行为,因此不属于“商业活动”,依据法理不应被审查。而病毒研究、申请药物专利、采购医疗设备等行为发生在中国境内,且没有科学证据表明前述行为与美国疫情爆发之间存在直接的因果关系。更何况美国公民遭受的损失与中国疫情爆发之间也存在很多介入因素,如美国政府的防疫不力。就“非商业侵权豁免例外”而言,原告的理由包括以下几点:被告允许无症状患者离开中国并入境美国,造成病毒传播;^⑱中国驻美使领馆没有就病毒做出警告;^⑲被告在病毒传播方面的过失导致美国国内民众恐慌等。^⑳

然而,美国法院对“非商业侵权例外”中侵权

行为发生地点的要求限制了这一例外的运用。根据美国联邦最高法院于1989年确立的先例“阿根廷诉阿美拉达赫斯航运公司案”,适用“非商业侵权例外”的侵权行为必须完全发生在美国境内。^⑧因此在实践中,法院往往因为侵权行为不是完全在美国国内发生的,而认定不适用“非商业侵权例外”。例如“菲尔南德斯诉西班牙案”中,美属波多黎各联邦地区法院认为西班牙的司法程序很明显发生在美国之外(西班牙),因此驳回了原告的主张。^⑨有原告为了打破侵权行为地必须在美国国内的限制,特意将侵权行为区分为侵权行为本身和损害发生两阶段。例如“郝雷思诉古巴案”中,原告认为古巴政府的酷刑行为虽然发生在古巴,但是他受到的损害在其到达美国后仍然存在。然而哥伦比亚特区联邦地区法院和联邦巡回法院都没有认同原告的主张,而是认为适用非商业侵权要求侵权行为本身和发生的损害都是在美国境内。^⑩另外,根据有关判例,“发生在美国国内”还被限定为不包括美国大使馆等境外虚拟领土。如在“珀辛格诉伊朗案”中,哥伦比亚特区联邦巡回法院认为,依据最高法院“阿根廷诉阿美拉达赫斯航运公司案”的判决精神及国会的立法意图,非商业侵权例外中要求的“发生在美国境内”是指在美国大陆及岛屿的领土内,而不包括美国在海外的使馆。^⑪因此,各种疫情索赔诉讼中原告提出的“非商业侵权豁免例外”从美国国内判例法的角度也难以得到适用。

就“恐怖主义豁免例外”而言,原告指出被告从事了美国法中的“国际恐怖主义”行为。根据《美国联邦法典》第18编第2331(1)条,“国际恐怖主义行为”是指满足以下条件的行为:(1)违反联邦或任何州的刑法的暴力行为或危及生命的行为,或联邦、任何州的管辖范围内的犯罪行为;(2)意图恐吓或胁迫平民,或以恐吓、胁迫等手段影响政府的政策,或以大规模破坏、暗杀、绑架等手段影响政府行为;(3)主要发生在美国领土管辖范围以外,

或行为方式、恐吓或胁迫实施者、犯罪者活动或寻求庇护的地点等方面有跨越国界的特点。仅从上述条件(2)来看,基于“国际恐怖主义”提出的豁免例外是荒谬的。自疫情发生至今,中国政府从未恐吓、胁迫美国民众,也未曾有过恐吓、胁迫美国民众的意图。这当然不同于“9·11”袭击等手段极端、目的明确的恐怖活动。

当然,除却关于对事管辖权的抗辩,中国政府亦可在送达程序上提出异议。首先,目前很多疫情索赔诉讼是将中华人民共和国政府、湖北省政府、武汉市政府及武汉病毒研究所等多个主体列为共同被告的,因此如果严格按照《外国主权豁免法》的规定,应当分别适用不同的送达方式。其次,原告是否依据《外国主权豁免法》的送达顺序进行送达值得关注。最后,美国政府通过外交照会帮助送达构成违反国际法也可以成为抗辩理由。

(五)警惕《外国主权豁免法》修正案

2020年7月30日,共和党参议员麦萨丽(McSally)代表另外四名议员向参议院提交的《外国主权豁免法》修正案获表决通过。该修正案的目的是在《外国主权豁免法》即《美国联邦法典》第28编第1605B条后增加1605C条,即“新冠病毒致损豁免例外”。具体而言,如果外国政府或其官员、雇员或代理人的作为或不作为导致新冠病毒在美国传播,并造成美国境内的死亡及健康、经济损失,那么该外国不能免除美国国内法院的管辖。且该条文中明确修正案的效力及于修正案通过之前。^⑫美国国会的这一动向是值得中国警惕的。因为单就美国国内法制而言,只要法律中有明确表述,后出台的《外国主权豁免法》修正案的确能够对在此之前的行为形成约束力。美国联邦最高法院2020年5月在“欧帕蒂诉苏丹案”的判决中指出,美国国会可以为《外国主权豁免法》创设一种新的、溯及既往的例外。如果外国政府认为法律溯及既往的做法有违美国宪法,则必须提出合宪

性审查。^⑤因此法律不溯及既往的原则并不直接从司法层面对国会立法进行限制,而只有在被告主张修正案违反正当程序时才有否定修正案效力的可能性。

此前,2016年美国国会通过的《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》对“恐怖主义豁免例外”予以修正即为例证。该法允许恐怖主义受害者及其家属在美国联邦法院直接起诉“恐怖主义资助国”以获得民事赔偿,且“恐怖主义豁免例外”新增一种适用情形,即外国政府实施国际恐怖主义行为,或其官员、雇员或代理人在职权范围内的行为导致美国境内人身伤亡或财产损失的,不享受豁免权利。^⑥这意味着“恐怖主义豁免例外”适用对象不再局限于被列为“恐怖主义资助国”的国家,而是扩张到任何国家。该法通过后,“9·11”事件的受害者和家属即可依据该例外起诉涉嫌资助恐怖主义活动的沙特阿拉伯,因此该法也招致了沙特阿拉伯方面的强烈反对。^⑦当然,从另一个角度来看,虽然美国此次提出《外国主权豁免法》修正案以移除“主权豁免”障碍的意图可谓昭然若揭,但是,这也从侧面反映出现行国际法及美国《外国主权豁免法》下中国享有毋庸置疑的豁免权利。

四、结语

综上所述,中国政府在美国国内法院对管辖权进行程序性抗辩时,应当注重对《外国主权豁免法》中豁免例外和送达程序的考察。尤其是要注意利用豁免例外适用的限制条件,因为基于送达程序的抗辩往往只能拖延诉讼,而对于豁免例外的反驳才能真正达到撤销案件的目的。另外,适时地提出管辖权异议动议对于应对美国国内被诉案件而言也至关重要。当然,在某些管辖权明显缺乏法理基础的情况下,外国政府对被诉案件不采取实质行动也不失为一种策略。因为根据美国法院的司法实践,在作出缺席判决前必然会考虑管辖问题。即使最后缺席判决真的产生了,被告外国政府也可以寻求撤销缺席判决,重回诉讼途

径。当然,本文仅为法律角度的分析,可能更为有效和直接的解决方法是中美双方政府通过外交途径沟通,使这类“滥诉”案件自我流产。

注释:

① The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 US(7 Cranch) 116, 137(1812).

② 26 Dep't State Bull. 984(1952).

③ S. 3553, 94th Cong., 2d Sess., 122 Cong. Rec. 8, 17454 (1976).

④ 为了便于表述,在本文中无特别说明的情况下,外国政府、政治性分支机构、代理机构或辅助机构统一由“外国政府”代指。

⑤ 参见毕莹:《“政治分支机构”的概念及相关问题研究——以美国〈外国主权豁免法〉为背景》,《上海对外经贸大学学报》2018年第5期。

⑥ 28 U. S. C. §1603(b).

⑦ 参见陈泰铭:《中国国有企业在美国法下主权豁免实证研究》,《合作经济与科技》2019年第1期。

⑧ Dole Food Co v. Patrickson, 538 U. S. 468(2003).

⑨ Ocean Line Holdings Ltd. v. China Nat. Chartering Corp., 578 F. Supp. 2d 621, 627(S. D. N. Y. 2008).

⑩ In re Cathode Ray Tube(CRT)Antitrust Litigation, 2018 WL 659084, at*3(N. D. Cal. 2018).

⑪ 28 U. S. C. §1330(a)-(b).

⑫ 同注⑪。

⑬ Capital Venture Int'l v. Republic of Argentina, 552 F. 3d 289, 294(2d Cir. 2009).

⑭ Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics, 761 F. 2d 370, 377(7th Cir. 1985).

⑮ Canadian Overseas Ores Ltd. v. Compania de Acero del Pacifico S. A., 727 F. 2d 274, 278(2d Cir. 1984).

⑯ UNC Lear Servs., Inc. v. Saudi Arabia, 720 F. Supp. 2d 800, 803(W. D. Tex. 2010).

⑰ 28 U. S. C. §1607.

⑱ Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U. S. 607, 611(1992).

⑲ 28 U. S. C. §1605(a)(2).

⑳ 28 U. S. C. §1603(d).

㉑ Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U. S. 607, 614(1992).

㉒ RSM Prod. Corp. v. Fridman, 643 F. Supp. 2d 382, 399(S. D. N. Y. 2009).

㉓ UNC Lear Services, 2008 WL 2946059, at*10-11(W. D.

Tex. 2008).

②“法律重述”(Restatements of Law)系列是美国法学会集结法学家对美国判例加以整理,并对仍有效力的法律原则和规则加以重新阐明,最后分类编纂成册的出版物。其中,《美国对外关系法重述》是“法律重述”系列中专门针对适用于美国的国际法、对美国对外关系产生实质性影响的国内法的汇编。除了第一次“法律重述”中不包含《美国对外关系法重述》,截至目前,美国法学会出版了《美国对外关系法重述(第二次)》《美国对外关系法重述(第三次)》《美国对外关系法重述(第四次)》三个版本。

⑤Restatement(Second)of Foreign Relations Law of the United States §18(Am. Law Inst. 1965).

⑥Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television, 691 F. 2d 1344, 1348-51(11th Cir. 1982).

⑦Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U. S. 607, 618(1992).

⑧28 U. S. C. §1605(a)(3).

⑨Cassirer v. Kingdom of Spain, 616 F. 3d 1019, 1034(9th Cir. 2010).

⑩Abelesz v. Magyar Nemzeti Bank, 692 F. 3d 681, 685(7th Cir. 2012).

⑪USAA Cas. Ins. Co. v. Permanent Mission of Republic of Namib., 681 F. 3d 103, 111-12(2d Cir. 2012).

⑫H. R. Rep. No. 94-1487, 94th Cong. 2d Sess. (1976).

⑬Jerez v. Republic of Cuba, 775 F. 3d 419(D. C. Cir. 2014).

⑭Fernandez v. Spain, 2014 WL 1807069, at*1(D. P. R. 2014).

⑮Doe v. the Federal Democratic Republic of Ethiopia, 189 F. Supp. 3d 6, 18-25(D. D. C. 2016).

⑯Doe v. the Federal Democratic Republic of Ethiopia, 851 F. 3d 7, 428 U. S. App. D. C. 102(D. C. Cir. 2017).

⑰See Samuel Tilden: “Doe v. Federal Democratic Republic of Ethiopia: the Collapse of the Non-Commercial Tort Exception to the Foreign Sovereign Immunities act in the Digital Age”, 26 Tul. J. Int'l & Comp. L. 473(2018).

⑱28 U. S. C. §1605(a)(6).

⑲Diag Human S. E. v. Czech Republic—Ministry of Health, 64 F. Supp. 3d 32-33(D. D. C. 2014).

⑳Diag Human S. E. v. Czech Republic—Ministry of Health, 824 F. 3d 131, 136(D. C. Cir. 2016).

㉑28 U. S. C. §1605 A.

㉒28 U. S. C. §1605 A(a)(2)(A)(i). 目前被列为“恐怖主义资助国”的国家包括:朝鲜、伊朗、苏丹、叙利亚,参见:<https://www.state.gov/state-sponsors-of-terrorism/>, 2020年8月14日访问。

㉓In re Terrorist Attacks, 538 F. 3d 71, 89(2d Cir. 2008).

㉔Doe v. Bin Laden, 580 F. Supp. 2d 93, 97(2d Cir. 2008).

㉕Republic of Argentina v. Weltover, Inc., 504 U. S. 607, 614(1992).

㉖Foremost—McKesson, Inc. v. Islamic Republic of Iran, 905 F. 2d 438, 449(D. C. Cir. 1990).

㉗Yang Rong v. Liaoning Provincial Government, 362 F. Supp. 2d 83, 97(D. D. C. 2005); Yang Rong v. Liaoning Provincial Government, 452 F. 3d 883(D. C. Cir. 2006); 参见杨松:《从仰融案看跨国诉讼中的国家豁免问题》,《政治与法律》2007年第1期。

㉘United World Trade, Inc. v. Mangyshlakneft Oil Production Ass'n, 33 F. 3d 1232, 1236(10th Cir. 1994).

㉙Big Sky Network Canada, Ltd. v. Sichuan Provincial Government, 2006 WL 3692663(D. Utah 2006).

㉚参见宋锡祥、高大力:《从“天宇案”透视国家主权豁免问题》,《东方法学》2010年第1期。

㉛Big Sky Network Canada, Ltd. v. Sichuan Provincial Government, 533 F. 3d 1183(10th Cir. 2008).

㉜Morris v. People's Republic of China, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007); 参见黄进、李庆明:《2007年莫里斯诉中华人民共和国案述评》,《法学》2007年第9期。

㉝参见龚柏华:《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——兼评美国 Walters 夫妇就“中国制造”手枪质量问题导致儿子死亡告中华人民共和国政府缺席判决执行案》,《国际商务研究》2010年第10期;陈泰铭:《中国国有企业在美国法下主权豁免实证研究》,《合作经济与科技》2019年第1期。

㉞Orient Mineral Co. v. Bank of China, 506 F. 3d 980(10th Cir. 2007).

㉟Jackson v. People's Republic of China, 550 F. Supp. 869, 873(N. D. Ala. 1982).

㊱28 U. S. C. §1608(a).

㊲参见: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-assistance/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>, 2020年8月14日访问。

㊳Bleier v. Bundesrepublik Deutschland, No. 08-C-06254, 2011 WL 4626164, at*6(N. D. Ill. Sept. 30, 2011).

㊴Letter from Robert W. Dry, for the Director, Office of Special Consular Services to Frank R. Matera(March 24, 1978).

㊵28 U. S. C. §1608(c)(1).

㊶22 C. F. R. §93. 1(c)(3).

㊷Electronic Data Systems Corp. (EDS)v. Social Security Organization of Iran, No. CA3-79-218-F(N. D. Tex. 1979).

㊸28 U. S. C. §1608(b).

㊹28 U. S. C. §1608(b)(3).

⑥ Rice Corp. v. Grain Bd. of Iraq, 582 F. Supp. 2d 1309, 1312 (E. D. Cal. 2008).

⑦ Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana, 30 F. 3d 148, 151 (D. C. Cir. 1994); see also Garb v. Republic of Poland, 440 F. 3d 579, 594 (2d Cir. 2006); Roeder v. Islamic Republic of Iran, 333 F. 3d 228, 234 (D. C. Cir. 2003); Magness v. Russian Fed'n, 247 F. 3d 609, 613 (5th Cir. 2001).

⑧ Hyatt Corp. v. Stanton, 945 F. Supp. 675, 684 (S. D. N. Y. 1996).

⑨ Ministry of Def. & Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Sys., Inc., 495 F. 3d 1024, 1034-35 (9th Cir. 2007).

⑩ 28 U. S. C. §1608(a).

⑪ 40D 6262 Realty Corp. v. United Arab Emirates, 447 F. Supp. 710 (N. D. Cal. 1978).

⑫ Harrison v. Republic of Sudan, 802 F. 3d 399, 404-06 (2d Cir. 2015).

⑬ Harrison v. Republic of Sudan, 587 U. S. ____ (2019).

⑭ Int'l Ass'n of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC, 477 F. Supp. 553 (C. D. Cal. 1979); see also Diego C. Asencio & Robert W. Dry, "An Assessment of the Service Provisions of the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", 8 J. Legis. 230, 247 (1981).

⑮ Jackson v. People's Republic of China, 550 F. Supp. 869, 873 (N. D. Ala. 1982).

⑯ U. S. Dep't of State airgram A-1578 (May 15, 1979).

⑰ 参见: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=393&disp=resdn>, 2020年8月14日访问。

⑱ 美国国务院官方表示,如果《海牙送达公约》缔约国对邮寄送达方式做出保留,则《外国主权豁免法》提供的邮寄送达路径不可采用。参见: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-assistance/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>, 2020年8月14日访问。

⑲ BAE Systems v. Korea, 884 F. 3d 463, 473 (4th Cir. 2018).

⑳ Orange Theatre Corp. v. Rayherstz Amusement Corp., 139 F. 2d 871, 874 (3d Cir. 1944).

㉑ MCI Telecommunications Corp. v. Alhadhood, 82 F. 3d 658, 662 (5th Cir. 1996).

㉒ 28 U. S. C. §1608(d).

㉓ 28 U. S. C. §1608(e); see also MCI Telecommunications Corp. v. Alhadhood, 82 F. 3d 658, 662 (5th Cir. 1996).

㉔ 参见郭玉军、王卿:《对国家做出缺席判决的风险及其预防措施——以现有国家豁免立法和司法实践为中心》,《学习与实践》2011年第9期。

㉕ Abdulla v. Embassy of Iraq at Washington, DC., 2013 WL 4787225, at*1 (E. D. Pa. 2013).

㉖ United Coin Meter v. Seaboard Coastline R. R., 705 F. 2d 839, 846 (6th Cir. 1983).

㉗ First Fidelity Bank v. Government of Antigua & Barbuda, 877 F. 2d 189, 196 (2d Cir. 1989).

㉘ Practical Concepts v. Republic of Bolivia, 811 F. 2d 1543 (D. C. Cir. 1987).

㉙ Jackson v. People's Republic of China, 794 F. 2d 1490, 1496 (11th Cir. 1986).

㉚ Jackson v. Beech, 658 F. Supp. 2d 124, 127 (D. D. C. 2004) (citing Jackson v. Beech, 636 F. 2d 831, 836 (D. C. Cir. 1980)).

㉛ Bella Vista LLC v. People's Republic of China, No. 2: 20-cv-574, complaint, p. 22-23 (D. Nev. Mar. 23, 2020).

㉜ Benitez-White v. People's Republic of China, No. 4: 20-cv-1562, complaint, p. 9 (S. D. Tex. May 3, 2020).

㉝ Edwards v. People's Republic of China, No. 2: 20-cv-1393, complaint, p. 18-19 (E. D. La. May 8, 2020).

㉞ Missouri ex rel. Schmitt v. People's Republic of China, No. 1: 20-cv-99, complaint, p. 10 (E. D. Mo. Apr. 21, 2020).

㉟ Alters v. People's Republic of China, No. 1: 20-cv-21108, complaint, p. 13 (S. D. Fla. Mar. 12, 2020).

㊱ Ibid.

㊲ Missouri ex rel. Schmitt v. People's Republic of China, No. 1: 20-cv-99, complaint, p. 35-37 (E. D. Mo. Apr. 21, 2020).

㊳ Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U. S. 428, 441 (1989).

㊴ Fernandez v. Spain, 2014 WL 1807069, at*2 (D. P. R. 2014).

㊵ Jerez v. Republic of Cuba, 775 F. 3d 419, 424 (D. C. Cir. 2014).

㊶ Persinger v. Islamic Republic of Iran, 729 F. 2d 835, 839 (D. C. Cir. 1984).

㊷ 参见: <https://www.congress.gov/116/bills/s4212/BILLS-116s4212is.pdf>, 2020年8月14日访问。

㊸ Opati v. Republic of Sudan, 590 U. S. ____ (2020).

㊹ 28 U. S. C. §1605 B.

㊺ 参见王蕾凡:《美国国家豁免法中“恐怖主义例外”的立法及司法实践评析》,《环球法律评论》2017年第1期。