【国际公法】

对外关系法中的国家豁免问题研究

王 佳

【摘 要】国家豁免问题是对外关系法的重要方面。《对外关系法》第36条对国家豁免在内的各种豁免问题做出了原则规定、提供了法律指引。《外国国家豁免法(草案)》对国家豁免问题做出了全面规定。该草案适应时代变化,体现了限制豁免论,旨在在尊重外国国家主权的同时,维护当事人的合法权益。《外国国家豁免法(草案)》所规定的外国国家豁免制度主要包括五个方面:一般原则、管辖豁免的例外、执行豁免的例外、特殊诉讼程序问题、外交部门的作用。尽管《对外关系法》和《外国国家豁免法(草案)》比较完整、全面地形成了我国的外国国家豁免制度,但《外国国家豁免法(草案)》未规定国际习惯在国家豁免中的地位和作用,而国家豁免问题的发展与国际习惯的关系密切,这是一个需要得到关注的问题。

【关 键 词】对外关系法;国家豁免;限制豁免;国际习惯

【作者简介】王佳,外交学院国际法系副教授。

【原文出处】《武大国际法评论》(武汉),2023.4.49~62

对外关系法(foreign relations law)一般是指一国[①]调整其对外关系(涉外关系)的所有法律规范的总称。[②]对外关系法可表现为多种形式,包括宪法、制定法、行政规章和司法判决等。[③]以欧盟为例,欧盟对外关系法的渊源包括欧盟基础条约等宪法性文件以及一般法律原则等不成文法。[④]《中华人民共和国对外关系法》(以下称《对外关系法》)是我国对外关系法中具有基础性、综合性、指导性的一部立法,该法将为其他对外关系法提供授权和指引。

一般来说,对外关系既包括一国与其他国家的交往,也包括一国与其他国家公民、居民或国际机构之间的交往。[⑤]因此,对外关系法的涵盖面非常广泛。国家豁免问题既涉及国家与国家之间的交往关系,也涉及国家与公民、组织之间的交往关系,是对外关系法的重要部分。例如,美国法学会(American Law Institute)编纂的《美国对外关系法(第四次重述)》中,国家豁免问题占据了相当大的篇幅。[⑥]

国家豁免问题也是我国对外关系法律体系的重要组成部分。《对外关系法》第36条是对豁免问题的全面规定。与此同时,《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》(以下称《国家豁免法(草案)》)是专门围绕国家豁免问题的立法。本文将结合《对外关系法》和《国家豁免法(草案)》,对对外关系法中的国家豁免问题进行分析。

一、《对外关系法》第36条的规定分析

《对外关系法》第36条规定:"中华人民共和国依据有关法律和缔结或者参加的条约和协定,给予外国外交机构、外国国家官员、国际组织及其官员相应的特权与豁免。中华人民共和国依据有关法律和缔结或者参加的条约和协定,给予外国国家及其财产豁免。"从文本来看,《对外关系法》只是规定了原则,确定了法律依据,而未直接规定特权与豁免的内容。《关于〈中华人民共和国对外关系法(草案)〉的说明》指出,制定《对外关系法》

“重在明确我国对外工作具有指导意义、普遍意义的思想、方针、原则，为其他涉外法律提供授权和指引，做好配套衔接，留足接口”。[⑦]有鉴于此，《对外关系法》对豁免问题的规定旨在提供授权和指引，并与国家豁免法等其他豁免立法做好制度衔接。

《对外关系法》第36条所包含的豁免问题范围很广，可以分为以下几类：第一，外国国家豁免；第二，外交特权与豁免；第三，外国国家官员豁免；第四，国际组织及其官员特权与豁免。对于以上几类主体给予豁免是国际法上已经确立的原则，《对外关系法》的规定体现了我国对国际义务的遵守。因本文研讨主题是国家豁免问题，故下文将仅对第36条规定的外国国家豁免问题进行分析，而不涉及其他种类的豁免。

《对外关系法》规定我国给予特权与豁免的依据是有关法律法规和缔结或者参加的条约和协定。在法律法规方面，长期以来，我国一直没有专门的法律处理国家及其财产管辖豁免的问题。[⑧]2005年10月25日通过并施行的《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》是我国第一部有关国家财产豁免的法律。该法共四条，规定的范围仅涉及外国中央银行财产执行豁免。

该法规定了我国对外国中央银行财产给予财产保全和执行的司法强制措施的豁免。不过，外国中央银行或者其所属国政府书面放弃豁免的或者指定用于财产保全和执行的财产除外。[⑨]另外，该法还规定了对等原则：外国不给予中华人民共和国中央银行或者中华人民共和国特别行政区金融管理机构的财产以豁免，或者所给予的豁免低于本法的规定的，中华人民共和国根据对等原则办理。[⑩]因此，《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》原则上给予外国中央银行财产以豁免，但是豁免并不是绝对的，而是存在一些例外和限制。

2022年12月29日，国务院第160次常务会议讨论并原则通过的《国家豁免法(草案)》是对外国国家豁免问题的全面规定。《国家豁免法(草案)》若得以通过，则将是我国从绝对豁免全面转向限制豁免的里程碑。《国家豁免法(草案)》所规定的豁免范围与内容将成为根据《对外关系法》第36条给予外国国家豁免的重要依据。

在条约和协定方面，国家豁免领域存在的唯一一部专门的普遍性国际公约是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下称《联合国公约》)。《联合国公约》第30条第1款规定：本公约应自第30份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日后第30日生效。目前，该公约有23个批准国，未达到生效条件，因而尚未生效。[⑪]

我国于2015年9月14日正式签署《联合国公约》，却尚未批准。根据《维也纳条约法公约》第18条的规定，如一国已签署条约或已交换构成条约之文书而须经批准。接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思，则一国负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动。因而，我国签署《联合国公约》仅表示国家初步同意成为缔约国，但真正使公约对我国生效还须经过法定程序批准。

除《联合国公约》外，我国还批准了一些含有国家豁免条款的多边条约。典型代表是1969年《国际油污损害民事责任公约》(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage)，该公约第11条涉及政府所拥有的商用船舶的管辖豁免问题。

在双边条约方面，我国与他国所缔结的一些条约中涉及国家豁免问题。以1958年我国与苏联缔结的通商航海条约为例，该条约第4条规定，在互惠的基础上，中国同意以例外的方式放弃与其贸易代表团在苏联所从事的特定商业行为的管辖和执行豁免。[⑫]

因此，在条约和协定方面，《联合国公约》尚不属于《对外关系法》第36条所指引的得以适用的

条约。我国所批准的其他涉及国家豁免条款的多边和双边条约虽不是专门规定国家豁免问题的，但是应属于《对外关系法》第36条指引的范围。

总之，根据《对外关系法》的指引，我国给予他国豁免的主要依据是我国立法和缔结或参加的条约。在我国立法方面，目前可依据的主要是《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，但其适用范围非常有限。《国家豁免法(草案)》通过后，由于其是对国家豁免问题的全面规定，因此将成为我国处理国家豁免问题的主要法律依据。在条约方面，由于《联合国公约》尚未生效且我国亦未批准，虽然其是对国家豁免问题的全面编纂，但尚不是《对外关系法》所规定的依据。而我国缔结或参加的其他涉及国家豁免的双边、多边条约则属于《对外关系法》规定的范围。当然，目前存在的问题是，若《联合国公约》的某些内容是习惯国际法的体现，或在国家豁免领域存在未经条约编纂的习惯国际法，在这样的情况下，习惯国际法能否成为我国给予豁免的依据。因此，本文将先分析《国家豁免法(草案)》规定的外国国家豁免制度，再对习惯国际法的问题进行分析。

二、《国家豁免法(草案)》所确立的外国国家豁免制度

《国家豁免法(草案)》共22条，内容借鉴了《联合国公约》的规定，体现了国际法与国内法的良性互动。根据《关于〈中华人民共和国外国国家豁免法(草案)〉的说明》，出台《国家豁免法(草案)》的主要原因是绝大多数国家已从“绝对豁免”转向“限制豁免”，而我国对外交往不断扩大，我国企业和公民与外国国家之间的经济合作越来越频繁，为适应新形势新变化，助力高水平对外开放和推动共建“一带一路”高质量发展，制定外国国家豁免法。由此可见，作为我国全面转向限制豁免的里程碑，《国家豁免法(草案)》旨在实现两方面关系的平衡：即通过尊重外国国家主权以维护外交关系和通过适当限制豁免以保护本国公民、组织的合法利益。

具体而言，《国家豁免法(草案)》以外国国家及其财产在我国的法院享有管辖豁免为原则，体现了对外国国家主权的尊重；同时，又明确列举了若干项例外，主要是为了防止外国国家利用豁免逃避对个人或组织所承担的法律责任。此外，《国家豁免法〈草案〉》对例外的规定比较谨慎，未采纳“恐怖主义例外”等激进做法，从而避免了无限扩大国内法院管辖权而出现的滥诉情况，有助于对正常外交关系的维系。

《国家豁免法(草案)》的规定的外国国家豁免制度可以总结为以下几个方面：第一，一般原则，即外国国家及其财产在我国法院享有管辖豁免；第二，管辖豁免的例外，包括商业活动的例外、劳动或劳务合同的例外、侵权行为的例外、特殊财产事项的例外、知识产权的例外、仲裁的例外等；第三，执行豁免的例外，包括明示放弃豁免的、已经拨出或者专门指定财产的等；第四，特殊诉讼程序问题，主要涉及送达、缺席判决等；第五，外交部门的作用，主要包括出具证明文件和意见等。下文对以上五个方面的评析主要结合《联合国公约》及主要国家的国家豁免立法。

(一)一般原则

《国家豁免法(草案)》第3条规定：外国国家及其财产在中华人民共和国的法院享有管辖豁免，本法另有规定的除外。第3条表明《国家豁免法(草案)》以外国国家及其财产享有豁免为原则，反映了对外国国家主权的尊重；同时提出“本法另有规定的除外”，是典型的限制豁免论的体现。

限制豁免论与绝对豁免论的主要区别在于，根据绝对豁免论，在诉讼中，被告是否享有国家豁免的权利，重点在其身份的性质，即只要被告是国家，就应该享有豁免；[13]而根据限制豁免论，被告是否享有国家豁免的权利，关键不是被告的身份性质，而是被告所从事的行为，即认为国家在从事非主权行为时，应该遵守法院地国法院的管辖权。[14]

在第二次世界大战之前，美国、英国和法国等在历史的较长时期内，都曾坚持绝对豁免论；[15]而意大利、比利时等国自19世纪晚期即奉行限制豁免论。[16]然而，在第二次世界大战之后，国家职能发生了变化，为了促进经济发展，国家越来越多地介入到了此前所谓的“私领域”。[17]为了解决外国国家与本国公民、组织之间日益增多的争议，维护国家利益，美国、英国等先前坚持绝对豁免论的国家也先后转变立场。

美国1952年著名的泰特信函(Tate Letter)很好地解释了国家由绝对豁免转向限制豁免的理由。时任美国国务院代理法律顾问的泰特(Tate)致函美国司法部长，声称美国国务院此后将采取限制豁免的立场，其主要理由包括：第一，目前世界上少有采取绝对豁免论的国家，国家开展外贸活动时愈来愈严格地按照限制豁免论行事；第二，美国政府因合同或侵权问题在外国法院被起诉时，并不提出国家豁免的主张；第三，与国家从事贸易活动的人应获得司法救济。[18]

从泰特信函来看，从绝对豁免转向限制豁免主要是由于国际经济形势的变化。同时，国家豁免问题又比较特殊，即作为国际法和国内法的结合，国家享有豁免是国际法上的原则，但是国家豁免的范围又是由国内法院通过适用国内法决定的。因此，即使一国坚持绝对豁免，也可能无法在其他国家获得同等待遇。另外，国家豁免问题不仅涉及国与国之间的关系，为与国家发生合同等关系的自然人、组织提供救济也有其必要。由此可见，《国家豁免法(草案)》第3条反映了当前时代背景下国际社会对国家豁免问题的一般立场与实践。

(二)管辖豁免的例外

在国家豁免原则发展早期，管辖豁免的例外主要通过限制豁免论对国家行为的划分来实现。限制豁免论的核心是将国家的行为划分为“主权行为”(acta jure impreii)和“非主权行为”(acta jure gestionis)，或称非商业行为和商业行为。其中，对主权行为或非商业行为，国家享有管辖豁免；而对于非主权行为或商业行为，国家不享有管辖豁免。限制豁免论的理论框架说明早期管辖豁免的例外仅限于商业行为。此后，随着时代的发展还出现了其他例外。比如，在20世纪50年代，出现了国家豁免的侵权行为例外，当时是为了在交通事故案件中解决赔偿问题。而伴随着知识产权制度日新月异的发展，为保护法院地国内的知识产权及相关权益，知识产权例外也在20世纪50年代应运而生。

实践中，对于国家豁免存在哪些例外的问题，也即国家豁免原则的具体适用范围，各国没有统一的做法。《联合国公约》以“不得援引国家豁免的诉讼”的提法代替管辖豁免的例外，总共规定了八项不得援引国家豁免的诉讼。《国家豁免法(草案)》共规定了六项例外，较《联合国公约》少了“参加公司或其他集体机构”和“国家拥有或经营的船舶”两项。《国家豁免法(草案)》所规定的六项例外——商业活动的例外、劳动或劳务合同的例外、侵权行为的例外、特殊财产事项的例外、知识产权的例外、仲裁的例外——的存在是在国际实践中得到较普遍认可的。因此，本文仅就“参加公司或其他集体机构”和“国家拥有或经营的船舶”两项例外进行分析，以界定我国国家豁免制度的边界。

《联合国公约》第15条“参加公司或其他集体机构”的第1款规定如下：

1.一国在有关该国参加具有或不具有法人资格的公司或其他集体机构的诉讼中，即在关于该国与该机构或该机构其他参加者之间关系的诉讼中，不得向另一国原应管辖的法院援引管辖豁免，但有以下条件：

(a)该机构的参加者不限于国家或国际组织；而且

(b)该机构是按照法院地国法律注册或组成，或其所在地或主要营业地位于法院地国。

目前，一部分国家的国家豁免立法中含有此项例外，如英国1978年《国家豁免法》、新加坡1979年《国家豁免法》等；还有一些国家的国家豁免立法中不包含此项例外，而在实践中试图通过商业活动例外覆盖参加公司或其他集体机构的情形，如美国1976年《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act，FSIA)。

不过，在《联合国公约》尚为《国家及其财产管辖豁免条款草案》时，国际法委员会在评注中指出，该条所载“集体机构”用语覆盖面广，国家既可能因谋取利润的动机而参加集体机构，如公司；亦可能非因经济利益的动机而参加集体机构，比如参加某些学会、慈善机构等。[19]而若作此解释，则商业活动例外难以覆盖国家非因经济利益参加机构的情形，除非立法对“商业活动”做出泛化界定。对此，我国《国家豁免法(草案)》规定：“本法所称商业活动，是指任何非行使主权权力的关于货物、服务的交易、投资或者其他商业性质的行为。”该规定很难将国家非因经济利益参加集体机构的情况涵盖到“商业活动”之中。因此，《国家豁免法(草案)》仅能够覆盖“参加公司或其他机构”的一种情形，即因谋取利润的动机而参加集体机构的情形。

《联合国公约》第16条“国家拥有或经营的船舶”的第1款规定如下：

1.除有关国家间另有协议外，拥有或经营一艘船舶的一国，在另一国原应管辖的法院有关该船舶的经营的一项诉讼中，只要在诉讼事由产生时该船舶是用于政府非商业性用途以外的目的，即不得援引管辖豁免。

该条涉及的是海事法领域，针对的是国家通过其拥有的船舶从事对外商业活动的情况。国际法委员会在评注中指出，该条具有“剩余规则”(residual rule)性质，因为很多国家基于互惠或其他理由，通过缔结协定来处理政府商业船舶的问题。[20]另外，1926年《关于统一国有船舶豁免若干规则的公约》(Convention for the Unification of Certain Rules relating to the State-owned Vessels，以下称《布鲁塞尔公约》)和1958年《日内瓦领海与毗连区公约》(Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone)等海事法、海洋法领域的多边公约也涉及政府商业船舶豁免问题。因此，《国家豁免法(草案)》未规定“国家拥有或经营的船舶”意味着该问题主要将通过国家缔结协定或适用其他条约或协定的方式解决。

(三)执行豁免的例外

一般认为，国家豁免主要包括司法管辖豁免和执行豁免两个方面。[21]其中，管辖豁免指的是一国不受其他国家法院审判；执行豁免指的是一国的财产在其他国家法院免于判决前和判决后强制措施。一般来说，执行豁免所涵盖的范围较管辖豁免更广，在很多情况下，即使国家在管辖问题上不享有豁免，在执行方面仍享有豁免。而且执行豁免问题事实上可能严重影响外交关系，因为不给予执行豁免可能最终意味着强制执行他国的财产，因此执行豁免问题常常被视为国家豁免中最敏感的部分。[22]《国家豁免法(草案)》对执行豁免持谨慎态度，用两个条文规定了执行豁免问题。其中，第13条规定了执行豁免的三项例外，第14条规定了不被认为是用于商业活动的财产。

与《联合国公约》不同，《国家豁免法(草案)》未明确区分判决前强制措施和判决后强制措施，而是合并规定在第13条中。该条主要内容如下：

外国国家的财产享有司法强制措施豁免，但有下列情形之一的除外：

(一)外国国家以国际条约、仲裁协议、书面合同或者向中华人民共和国的法院提交书面文件的方式明示放弃司法强制措施豁免；

(二)外国国家已经拨出或者专门指定财产用于司法强制措施执行的；

(三)为执行中华人民共和国的法院的生效判决，且外国国家的财产用于商业活动、与诉讼有联

系、位于中华人民共和国领域内的。

该条内容合并了《联合国公约》第18条“免于判决前的强制措施的国家豁免”[23]和第19条“免于判决后的强制措施的国家豁免”[24]。从文本来看，鉴于《联合国公约》第18条和第19条中大部分内容都是重复的，合并规定的主要意图在于使条款内容更加简练。

不过，第13条的除外情形的第三点与前两点不同，其设有“为执行中华人民共和国的法院的生效判决”前提条件，意味着该点仅针对的是“免于判决后的强制措施的国家豁免”，而前两点则既针对“免于判决后的强制措施的国家豁免”，也针对“免于判决前的强制措施的国家豁免”。

然而，与《联合国公约》不同的是，第三点“为执行中华人民共和国的法院的生效判决”的规定排除了执行外国法院判决的情形，而《联合国公约》则保留了这种可能。《中华人民共和国民事诉讼法》第288条规定了外国法院判决的承认与执行。[25]《国家豁免法(草案)》对执行外国法院判决时的执行豁免问题规定得不够明朗。究竟是执行外国法院判决时不存在执行豁免的例外，即不能执行外国法院的须执行外国国家财产的判决，抑或是执行外国法院相关判决时只适用第13条前两点，目前看来这一规定可能还存在一定的解释空间。

2012年国际法院判决的德国诉意大利管辖豁免案，涉及意大利执行希腊针对德国的判决问题。在该案中，法院指出无须确定希腊法院是否违反了管辖豁免，而只须考虑意大利法院在受理判决许可程序时是否违反了管辖豁免。最后，法院主要根据《联合国公约》第6条“实行国家豁免的方式”得出了结论，即“在一国法院中的诉讼应视为对另一国提起的诉讼，如果该另一国……未被指名为该诉讼的当事一方，但该诉讼实际上企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动”。[26]因此，国际法院并未否定外国法院判决的执行，只不过认为也应尊重他国的豁免。

(四)特殊诉讼程序问题

在国家豁免诉讼的特殊程序方面，《国家豁免法(草案)》主要规定了送达和缺席判决的问题，基本上参照了《联合国公约》的相关规定。其中，送达问题作为程序事项具有重要的意义。在民事诉讼中，送达本来就是一项基础性的诉讼制度，不仅涉及当事人的权利，也影响案件的进程。而在国家豁免诉讼中，因被告是外国国家，送达问题更加敏感。由此，目前现有国家豁免国内立法和国际条约大多规定了专门的送达程序规范，形成了民事送达规则的特别法。[27]

在国家豁免国内立法方面，可以大致以美国和英国为代表，它们所采取的模式此后也为其他国家立法所效仿。其中，美国《外国主权豁免法》包含了一套复杂、详尽的送达规则，其鲜明特点是不同主体适用不同的送达程序，以及严格规定送达方式的顺序。[28]其一，在主体分类方面，根据美国《外国主权豁免法》，外国国家(a foreign state)包括国家本身、政治区分单位(political subdivisions)、机构(agencies)和部门(instrumentalities)。国家本身、政治区分单位作为一类主体，与机构和部门作为另一类主体，送达程序是不同的。[29]其二，在送达方式的顺序方面，以对于外国国家本身的送达为例，《外国主权豁免法》规定原告应该依顺序按以下步骤进行：(1)约定送达；[30](2)公约送达；[31](3)邮寄送达；[32](4)外交送达。[33]加拿大、澳大利亚、以色列等国的规定类似于美国。英国《国家豁免法》未对主体进行分类，且未规定送达方式的顺序，即或通过外交送达，或通过外国所同意的任何方式。[34]新加坡、南非、巴基斯坦等国基本效仿了英国的送达规定。

这两种模式各有利弊。美国式送达对外国国家进行分类主要是因为其认为对外国国家本身的诉讼更加敏感而重要，同时美国以当事人送达为主，由此设置了送达方式的顺序。但过于复杂的送

达规定使得在《外国主权豁免法》通过初期,美国法院一般只要求"实质"地遵守即可,重点是被告国是否收到通知并且采取适当的步骤回应。[35]而英国的规定则更加简便,然而由于未规定送达方面的国际公约和特殊安排,从而导致其对外国国家的送达实践不可避免地面临诸多困难和麻烦。[36]

《联合国公约》的送达规则兼采英美立法之长,而我国《国家豁免法(草案)》的相关内容则大体借鉴了《联合国公约》。《国家豁免法(草案)》的规定一方面避免了过于烦琐、复杂而给送达带来困难的后果,另一方面又不过于笼统,注意了与送达方面的相关公约的衔接,可以说在追求有效送达的同时,兼顾了程序正义的问题。

(五)外交部门的作用

国家豁免问题既是一个法律问题,也是一个涉及国家对外关系的政策问题[37],因此外交部门能在国家豁免案件中发挥一定作用。事实上,主要国家在立法或实践中都承认外交部门的作用。具体来说,外交部门的作用主要有三方面,一是证明,包括证明是否承认外国国家是国家,以及一国是否为某些条约的缔约国等;二是送达,即承担外交送达的任务;三是出具意见,即对案件的事实和法律问题发表意见。外交部门的证明和送达作用一般被认为是应有之义。而在实践中,外交部门出具意见是具有争议和敏感性的问题。

美国国务院在国家豁免案件中的作用值得注意。美国国家豁免立场的改变正是由国务院促动,并以泰特信函为里程碑。不过,在泰特信函后,在司法实践中,美国法院依然尊重国务院的意见。国务院开始采取一种准司法程序来判断是否请求法院赋予豁免。在这套程序中,当事各方必须提出书状说明,并且出席听证会。[38]自泰特信函发出后,到1976年《外国主权豁免法》通过前,美国国务院共接受了110个外交请求,其中很多完全是为了商业行为要求豁免。[39]国务院对商业行为要求豁免的部分案件也给出了豁免建议,主要是基于政治考虑。

《外国主权豁免法》通过后,准司法程序不复存在。因为该法第1602节规定:外国国家提出的豁免要求应由美国联邦法院或州法院依本章阐明之原则做出决定。不过国务院对国家豁免案件依然发挥作用。1976年11月2日,国务院法律顾问门罗·雷(Monroe Leigh)致函美国司法部长指出:在《外国主权豁免法》生效后,国务院仍然将在主权豁免案件中发挥作用,例如在对美国政府具有重大利益的案件中作为"法庭之友"出庭。此外,泰特信函中还提到,国务院如果认为法院错误地适用法律,会将其观点通知上诉法院。[40]实践中,美国国务院会出具一个利益声明,宣称法院如果行使管辖权可能会对美国的外交政策、对外关系、国家利益产生影响,要求法院撤销案件。[41]

由美国的实践可见,外交部门对国家豁免案件发挥作用、出具意见是必然的,是由国家豁免问题兼具法律和外交双重属性的本质决定的。不过,外交部门出具意见时也会保持谨慎。一般来说,国家豁免国内立法的出台往往与外交部门的推动有关。因为由外交部门专断国家豁免问题,既消耗行政资源,也可能因为标准不一而影响外交关系。因此,外交部门倾向于将国家豁免的决定权转移至法院。而在涉及重大利益的案件中,外交部门又不可能不介入。《国家豁免法(草案)》的规定似乎便反映出这种倾向。另外,《中华人民共和国宪法》第131条规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。因此,外交部门在发挥作用时,会考虑在维持外交关系和保证人民法院依照法律独立行使审判权之间的平衡。

三、国家豁免与国际习惯

根据《对外关系法》,我国给予外国国家以豁免主要根据有关法律和条约的指引。然而,国家豁免是一项习惯国际法上的原则。国家豁免问题在国际法上演进的过程一般是一国或数国的司法

实践中开始出现的国家豁免的新的例外，继而其他国家效仿，最后变为主流，形成国际习惯。因而，国家豁免有可能存在国内立法和条约所未覆盖的领域。比如，尽管《联合国公约》是对习惯国际法的重要编纂，但仍“申明习惯国际法规则仍然适用于本公约没有规定的事项”。实际上，将来的司法实践中可能存在《国家豁免法(草案)》等立法或条约所未覆盖的国家豁免争议。举例来说，《国家豁免法(草案)》未规定征收例外，而商业活动例外基本不能覆盖征收的情况。

美国《外国主权豁免法》第1605节第1条第3款规定，“如果对违反国际法征收的财产发生争议，且该财产或将该财产交换而取得的其他财产位于美国境内，并同外国国家在美国进行的商业活动相关；或者该财产或将该财产交换而取得的其他财产为外国机构或部门所拥有或运营，且该机构或部门在美国从事商业活动”。这就是征收例外的具体规定。征收显然是国家的主权行为，无论如何无法将其归类为商业活动。而征收例外在实践中经常涉及艺术品展览的问题，即外国国家所有而出借给美国展览的艺术品常成为国家豁免诉讼的标的。[42]《国家豁免法(草案)》虽然在执行豁免方面规定了“用于展览的具有科学、文化或者历史价值的物品，且非供出售或者意图出售的财产”不是用于商业活动的财产，[43]但是在管辖豁免部分没有相应规定。另外，正如国际法院在德国诉意大利管辖豁免案的判决的逻辑所反映的，武装冲突中的侵权行为等问题一般是通过习惯国际法来确定的。

《国家豁免法(草案)》未就国际习惯问题进行规定，只规定了其与条约的关系，即“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”[44]。这显然无法解决国际习惯的适用问题。《对外关系法》亦只规定了“条约与协定”，一方面规定国家“善意履行有关条约和协定规定的义务”[45]，另一方面规定国家“采取适当措施实施和适用条约和协定”[46]。然而，对于国际习惯的地位和作用，却未进行规定。

国际习惯是一项重要的国际法渊源。《国际法院规约》第38条第1款被广泛承认为关于国际法渊源的最权威和最完全的表述。[47]该款规定了国际法的三项形式渊源——条约、国际习惯、一般法律原则。[48]

其中，国际习惯是最为古老的国际法渊源，指的是各国在其实践中通过重复类似的行为而形成的具有法律拘束力的行为规则。[49]顾名思义，国际习惯的形成往往需要较长的时期。一般认为，国际习惯具有两个因素：一为物质因素，即各国的反复实践；二为心理因素，即各国的法律确信。不过，到了现代，由于国际交往的增多和科技的迅猛发展，国际习惯形成的时间大大缩短。[50]由于国际习惯并不要求具有成文化的形式，所以在实践中对国际习惯的证明是一个重要问题。当然，国际社会已经开始通过编纂国际法来使国际习惯成文化。然而，这并不能说明国际习惯作为国际法渊源已不具有意义。相反，条约不能完全覆盖国际习惯，而国际习惯仍具有独立意义，特别是在某些特殊领域，包括国家豁免在内的豁免领域即为例证。

因此，有必要在《国家豁免法(草案)》中对国际习惯加以规定，承认在国家豁免领域国际习惯的地位和作用。这样的规定一方面有助于在出现立法和条约未加规定的情形下正确适用法律和审理案件；另一方面在国家豁免领域激烈变革、新的国际习惯可能形成的形势下，有助于保障立法的前瞻性。

四、结语

国家豁免是对外关系中的重要方面。我国《对外关系法》对豁免问题进行了原则规定，主要是为豁免问题提供了法律指引。《国家豁免法(草案)》对国家豁免问题进行了全面规定，采纳了限制豁免论，如获通过，将成为具有里程碑意

义的立法。

根据《国家豁免法(草案)》,我国外国国家豁免制度的主要方面包括一般原则、管辖豁免的例外、执行豁免的例外、特殊诉讼程序问题、外交部门的作用。从总体来看,《国家豁免法(草案)》主要借鉴了《联合国公约》,兼采一些国家国内立法之长,是一部比较成熟、全面的立法草案。同时,《国家豁免法(草案)》对于国家豁免的范围,呈现比较谨慎、稳重的立场,没有为了扩大管辖权而一味否定他国豁免,体现了我国一贯以来的大国气派与气度。

国家豁免问题既是法律问题,也是涉及国家对外关系的政治问题。一国的国家豁免制度设计既要考虑维护合法权益的法律问题,又要考虑维系对外关系的政治问题。目前看来,《国家豁免法(草案)》兼顾了以上两方面的考虑。

由于国家豁免实质上是由习惯国际法发展而来的,可能存在未由国内立法、条约所覆盖的问题,同时也可能存在形成新的习惯国际法规则的机会,因此,国际习惯可能在国家豁免问题上发挥较大的作用。然而,《国家豁免法(草案)》目前未曾规定国际习惯的地位和作用,这可能是一个需要解决的问题。

注释:

①在特殊情况下,国际组织可能也存在对外关系法的实践,如下文提到的欧盟。

②参见杜涛:《对外关系法的中国范式及其理论展开》,《云南社会科学》2022年第4期,第133页。

③See Curtis A. Bradley, Foreign Relations Law as a Field of Study, 111 American Journal of International Law 1 Unbound 316 (2017-2018).

④参见张华:《欧洲联盟对外关系法原理》,法律出版社2016年版,第3-6页。

⑤See Curtis A. Bradley, Foreign Relations Law as a Field of Study, 111 American Journal of International Law Unbound 316 (2017-2018).

⑥See The American Law Institute, The Restatement of the Law Fourth, Foreign Relations Law of the United States (American Law Institute Publishers 2018).

⑦参见全国人大常委会法制工作委员会副主任武增:《关于〈中华人民共和国对外关系法(草案)〉的说明》,http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202306/6aa6c46e80574fc88e3821a9e47eb646.shtml,2023年6月30日访问。

⑧参见邵沙平主编:《国际法》,中国人民大学出版社2010年版,第158页。

⑨参见《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第1条。

⑩参见《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条。

⑪关于《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的签字和批准国情况,https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en,2023年6月1日访问。

⑫See China-Soviet Union Treaty of Trade and Navigation, United Nations Treaty Series, Vol. 313, 135.

⑬See R. Higgins, Problem and Process: International Law and How We Use It 79(Oxford University Press 1994).

⑭See D. W. Greig, Forum State Jurisdiction and Sovereign Immunity under the International Law Commission's Draft Articles: Part 1, 250 International & Comparative Law Quarterly 2 (1989).

⑮参见龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》,北京大学出版社2005年版,第28-33页。

⑯See Gamal Moursi Badr, State Immunity: An Analytical and Prognostic View 21, 24(Martinus Nihoff Publishers 1984).

⑰See Max Sorensen (ed.), Manual of International Law 425 (St. Martin's Press 1968).

⑱泰特信函全文参见Barry E. Carter, Phillip R. Trimble & Allen S. Weiner, International Law 563(Aspen Publishers 2007).

⑲See Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with Commentaries 1991, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, p. 49.

⑳See Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with Commentaries 1991, Yearbook of the International Law Commission, 1991, Vol. II, Part Two, pp. 50-51.

㉑See Louis Henkin, Richard C. Paugh, Oscar Schachter & Hans Smit, International Law: Cases and Materials 1127(West Publishing Company 1993).

㉒See Xiaodong Yang, State Immunity in International Law 344(Cambridge University Press 2012).

㉓《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第18条规定：不得在另一国法院的诉讼中针对一国财产采取判决前的强制措施，例如查封和扣押措施，除非：(1)该国以下列方式明示同意采取此类措施：①国际协定；②仲裁协议或书面合同；或③在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；或(2)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。

㉔《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第19条规定：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：(1)该国以下列方式明示同意采取此类措施：①国际协定；②仲裁协议或书面合同；或③在法院发表的声明或在当事方发生争端后提出的书面函件；或(2)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；或(3)已经证明该财产被该国具体用于或意图用于政府非商业性用途以外的目的，并且处于法院地国领土内，但条件是只可对与被诉实体有联系的财产采取判决后强制措施。

㉕《中华人民共和国民事诉讼法》第288条规定：外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

㉖See Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 99.

㉗王卿：《国家豁免诉讼的若干程序问题研究》，武汉大学2013年博士学位论文，第46页。

㉘See 28 U. S. C. §1608(a)(b).

㉙尽管两类主体的分类具有重要的意义，但是美国《外国主权豁免法》并未明确界定什么是国家和政治区分单位，对于外国的机构或部门则确定了三种情形：(1)独立的法人、公司或其他；和(2)外国国家或其政治区分单位的机关，或外国国家或其政治区分单位拥有主要股份或其他所有权权益的机关；和(3)此机关现非美国某州公民，亦非依任何第三国法律成立的实体。See 28 U.S.C.§1603(b).

㉚即依照原告和被告之间事先约定的送达方法送达。See 28 U.S.C.§1608(a)(1).

㉛即如果双方没有约定，而原告国和被告国都参加相同的国际送达公约时，则该公约所规定的送达方式将被适用。See 28 U.S.C.§1608(a)(2).

㉜即如果双方没有约定，且也缺乏可适用的国际公约，则由法院的书记官以要求签名回执的邮寄方式向外国政府的外交部长送达一份相关的诉讼文书、诉讼通知和上述文书的当地国文字翻译本。See 28 U.S.C.§1608(a)(3).

㉝即如果在30日内无法完成前三项的送达程序，则可以由法院的书记官以要求签名回执的邮寄方式，将诉讼文件及被告国文字的翻译本寄给美国国务院国务卿，并注明由“特别领事服务主任”(Director of Special Consular Services)代收。国务卿则被要求以外交途径将一份相关文件送达至被告国，并应通知法院书记官何时寄送。See 28 U.S.C.§1608(a)(4).

㉞参见英国《国家豁免法》第12条。

㉟参见陈纯一：《国家豁免问题之研究——兼论美国的立场与实践》，三民书局2000年版，第160页。

㊱参见王卿：《国家豁免诉讼的若干程序问题研究》，武汉大学2013年博士学位论文，第50页。

㊲参见李适时：《美国行政部门在国家豁免实践中的作用与影响》，《外交评论》1984年第2期，第74页。

㊳参见王佳：《国家侵权行为的管辖豁免问题研究》，世界知识出版社2016年版，第32页。

㊴See H. R. Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 7, 12.

㊵See U. S. Department Bulletin, 1976, Vol. 12, p. 64.

㊶参见黄进、李庆明：《诉权的行使与国际民事诉讼管辖权》，《政治与法律》2007年第1期，第132页。

㊷参见李庆明：《美国的外国主权豁免理论与实践研究》，人民日报出版社2021年版，第211页。

㊸参见《国家豁免法(草案)》第14条。

㊹参见《国家豁免法(草案)》第21条。

㊺《对外关系法》第30条。

㊻《对外关系法》第31条。

㊼参见[英]马尔科姆·N.肖：《国际法》，白桂梅等译，北京大学出版社2011年版，第56页。

㊽《国际法院规约》第38条规定：“1.法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之，裁判时应适用：(子)不论普通或特别国际协约，确立诉讼当事国明白承认之规条者。(丑)国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。(寅)一般法律原则为文明各国所承认者。(卯)在第五十九条规定之下，司法判例及各国权威最高之公法学家学说，作为确定法律原则之补助资料者。2.前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。”

㊾参见邵沙平主编：《国际法》，中国人民大学出版社2010年版，第55页。

㊿参见林灿铃：《国际环境法》，人民出版社2011年版，第127页。