

国家豁免案件的法律适用问题研究

——在司法与外交复合语境中的探讨

孙 昂*

摘要：国际法的国家豁免原则现呈绝对豁免论和限制豁免论并存之势，法律适用问题，即判断国家豁免的标准的问题，也因此成为妥善应对国家豁免案件的关键之一。在外交层面，被诉国和法院地国将分别陈述各自的国际公法立场；在司法层面，法院将依其国际私法规则适用法院地法。如在持限制豁免论的国家被诉，即使被诉国持绝对豁免论，法院裁判案件时将适用限制豁免论。改革开放以来，中国在美国法院面临的国家豁免案件均属这一情形。对此，中方有权依绝对豁免论向美方提出外交交涉、在舆论战中向受众传递绝对豁免立场、并在选择出庭应诉时向美国法院主张绝对豁免。同时，需针对法院适用本国法裁判案件的现实，从美国法律和判例中发掘出并利用好可支持中方豁免主张的内容，并在法律条文存在解释余地时，研判美国法官和政府解释法律时分别依据的法律意识和对外政策（含一般政策和国别政策）。

关键词：国家豁免 《外国主权豁免法》 法律适用 法官造法 对外政策

引言：国家豁免案件的司法和外交双重属性

国家豁免^①案件，无论是一国在外国法院被诉、还是其国家财产在外国法院被提起执行程序，直接呈现的是该国在外国法院的诉讼，因此，国家豁免具有司法属性。同时，这类案件涉及被诉国政府和法院地国政府各自的对外政策，构成两国间外交事件，故亦具有外交属性。正如全国人大常委会法制工作委员会副主任李飞所强调的：“国家豁免……既是一个法律问题，又是一个涉及国家

* 中国驻安提瓜和巴布达大使，G20 反腐败追逃追赃研究中心特邀研究员，中国国际私法学会会员。曾在中国外交部条约法律司、中国驻美国大使馆、中国驻印度尼西亚棉兰总领事馆、联合国难民署驻缅甸联络处、联合国安理会基地组织制裁委员会专家组任职。本文仅代表作者个人观点，不代表作者目前或曾经任职的任何机构的观点。本文所用资料截至时间为 2020 年 12 月 12 日，下文不再专门标注网络文献的最后访问时间。

① “国家豁免”（state immunity）也称“主权豁免”（sovereign immunity），两者之间往往可以互换使用。针对同一事项，美国相关法律称《外国主权豁免法》，英国相关法律称《国家豁免法》。也有将“国家豁免”和“主权豁免”合称为“国家主权豁免”（sovereign immunity of state）的。本文参照《联合国国家及其财产管辖豁免公约》使用“国家豁免”一词，在引用或转述原文时，根据上下文视情也称“主权豁免”或“国家主权豁免”。

对外关系的政策问题。”^① 因此，要完整阐释国家豁免制度，需将其置于司法和外交的复合语境之中。

改革开放以来，在外国法院特别是美国法院多次发生针对中国的诉讼。中国妥善应对这些国家豁免案件的过程是从初步接触到基本熟悉、再到掌握其规律（法理）的过程。鉴于中国近年、当下以及在可预见的将来面临的国家豁免案件主要发生在美国法院，本文主要分析中国和美国^②的立法和司法实践。其他国家以及国际司法/仲裁机构的实践，仅在独到的补充作用时，才予引述和探讨。

囿于篇幅，本文仅探讨国家豁免案件的法律适用问题，包括国际公法在国家豁免案件中的适用、国际私法关于国家豁免案件的法律适用规则、适用于国家豁免案件的法律（准据法之查明）、对外政策作为国家豁免的法律渊源等。

一 国际公法在国家豁免案件中的适用

（一）国家豁免案件适用国际公法概说

在“湖广铁路债券案”中，中国政府明确反对美国法院管辖，所陈述的依据之一是“根据公认的国际法^③（本文着重号均为作者标注）以及联合国宪章所确认的国家主权平等的原则，‘平等者之间无管辖权’。中国作为主权国家，在外国享有绝对主权豁免，除非自愿，不受任何外国法律的管辖。美国法院依据的1976年《外国主权豁免法》仅是美国国内法，不能取代国际法而强加于中国。”^④

国家豁免事项适用国际法也曾是一些西方国家的立场。美国国会1976年制定《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act）时的立法报告表示：“几乎在所有国家，美国发现主权豁免是一个由法院决定的国际法问题。”^⑤ 英国最高法院也表示：“在20世纪初，国家豁免是一项习惯国际法原则，作为普通法的一部分在英国得以适用。”^⑥

联合国大会2004年通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》开宗明义第一句就是“本公约缔约国，考虑到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。”

国际法的渊源主要是国际条约和习惯国际法，^⑦ 以下分别探讨两者在国家豁免案件中的适用。

（二）国内法院在国家豁免案件中对国际条约的适用

1. 中国法院在国家豁免案件中适用国际条约的制度

关于国际条约在中国法院办理国家豁免案件时的适用问题，中国现行法律未直接规定。《民

① 全国人大常委会法制工作委员会副主任李飞2011年8月24日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释（草案）的说明》，以下称《说明》。

② 美国也是目前受理国家豁免案件最多的国家。在能够公开检索到的案例中，美国法院的“国家豁免”案例超过其他国家这一领域案例的总和。

③ “国际法”也称“国际公法”，本文结合上下文视情分别使用“国际法”或“国际公法”。

④ 段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，法律出版社2011年版，第36页。

⑤ H. R. REP. 94-1487 (1976), p. 9.

⑥ *NML Capital Ltd v. Argentina* [2011] UKSC 31 (6 July 2011), para. 8.

⑦ 《国际法院规约》第38条第1款规定：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议，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。

法通则》第142条第2款曾规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”^①《民事诉讼法》（2017年修正）第260条也规定：“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。”由此可以推论，中国法律允许适用且在一定条件下优先适用与国家豁免有关的国际条约。

2. 美国法院在国家豁免案件中适用国际条约的制度

关于条约在美国国内法中的地位，美国《宪法》第6条第2款规定：“本宪法及依本宪法所制定之合众国法律；以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国之最高法律。”联邦最高法院在1829年将条约分成“自动执行”和“非自动执行”两类。^②前者无需借助国会立法，即可在美国法律体系中得以执行；后者不能直接在国内法中执行，需要通过国会制定的法律才能在美国法律体系中执行，法院不能依据此类条约裁判案件。可见，美国法院裁判国家豁免案件亦可能适用条约，但只限自动执行条约。^③

对于自动执行条约，由于美国法院在同一案件中需同时适用条约和国内法，因此，两者间可能存在冲突。根据美国《宪法》的上述“最高法”条款，条约与国会立法均为美国的“最高法”。如果二者适用于同一事项而规定不尽一致时，法院首先会尽可能将二者解释为不相冲突，以便使二者均保有法律效力，即“只要其他解释仍有可能，国会立法就不应解释为违反国际法”。^④如通过解释不能消弥冲突，美国依“后法优于前法”原则解决冲突：若缔约在先、立法在后，适用法律；若立法在先、缔约在后，适用条约。^⑤

然而，在国家豁免领域，美国规定了“条约一概优先于法律”的特别制度。美国国务院和司法部1975年10月31日联名向国会提交《外国主权豁免法》草案时，针对国家豁免事项上条约与国内法的冲突，随草案一并送交国会的两部公函表示：“美国为当事国的‘现行’条约和其他国际协定所规定的豁免条款，如果与本法案相冲突，条约和国际协定的规定优先……（法案中的）这些豁免条款也受制于‘未来的’国际协定，包括未来可能关于主权豁免的国际公约。”公函示例的与主权豁免有关的条约包括美国与北约各国签订的《北大西洋公约组织驻军地位协定》。^⑥美国司法部民事司外国诉讼处处长里斯塔乌（Ristau）1976年在国会制定《外国主权豁免法》的听证会上表示：“在理想情况下，主权豁免这一主题能够由一项综合性国际公约来规

① 根据中国《民法典》第1260条，自《民法典》2021年1月1日起施行，“《中华人民共和国民事诉讼法通则》……同时废止。”另，《民法典》中不含与《民法通则》第142条第2款相对应或相类似的内容。因此，自《民法典》2021年1月1日施行之日起，基于《民法通则》的上述讨论不再具有法律规范的意义，只具有法理的意义。本文引用的中国立法均使用简称，不在法律法规名称前加“中华人民共和国”。

② *Foster v. Neilson*, 27 U. S. 253 (1829).

③ 《联合国宪章》第55条和第56条分别规定联合国应促进“全体人类之人权和基本自由之普遍尊重和遵守”和“各会员国担允采取共同及个别行动，以达成第五十五条所载之宗旨。”原告系美国人，声称苏联拒绝其苏联籍丈夫离开苏联的行为违反《联合国宪章》第55条和第56条而起诉苏联，美国法院认为《宪章》在美国非自动执行，不能据此否认苏联的国家豁免。*Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 761 F. 2d 370 (7th Cir. 1985).

④ *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U. S. (2 Cranch) 64 (1804). 联邦最高法院据此在该案中认为，美国1888年《排华法》(Chinese Exclusion Act) 优先于中美1868年《续增条约》(也称《蒲安臣条约》)。

⑤ *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U. S. 581 (1889).

⑥ H. R. REP. 94-1487 (1976), p. 17.

范,如同外交法和领事豁免目前由《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》规范。”^①

为了使“任何现行和未来关于外国国家可诉性的国际协议均优先于本法各条款”,^②《外国主权豁免法》规定:其适用须“符合制定本法时美国为缔约方的现行国际协定”,即制定《外国主权豁免法》时已经存在的条约,优先于该法。另依上述“后法优于前法”的一般规则,制定该法后缔结的条约,也优先于该法。这两者构成国家豁免领域“条约一概优先于法律”的完整表述。

3. 可适用于国家豁免事项的国际条约概述

目前在国家豁免领域可适用于中国的国际条约可以举出《国际油污损害民事责任公约》^③和《联合国海洋法公约》。^④中国法院在裁判相关案件时应依上述两项《公约》行事,但这两项公约对美国法院涉华国家豁免案件几乎没有法律意义,因为美国不是这两项公约的当事国,^⑤即使今后美国加入这两项公约,该两项公约也仅涵盖了国家豁免中相当狭窄的领域,且与美国法院迄今已发生的各涉华国家豁免案件的事由几无交集,未来发生交集的可能性也不大。

在其他国家之间,目前已经生效的多边公约主要是《关于国家豁免的欧洲公约》,但该公约1976年生效后迄今仅有8个当事国。^⑥目前,该公约的存在感和影响力主要表现为在国家豁免理论研究中受到国际法学界的广泛关注。

一些国家之间的部分双边条约也含有国家豁免方面的内容。例如,伊朗在国际法院起诉美国的“伊朗诉美国某些资产案”^⑦依据的就是伊美1955年《友好、经济关系和领事权利条约》,特别是条约中的以下内容:“国家所有或控制的缔约方企业,包括公司、协会和政府的代理机构及辅助机构,在缔约另一方境内从事商业、工业、航运业或其他营业活动时,其本身及其财产,均不应享有……诉讼、执行判决……方面的豁免。”需要提及的是,中美之间的双边条约无此类条款。^⑧

(三)《联合国国家及其财产管辖豁免公约》及其适用

目前全球层面关于国家豁免的公约主要是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(下称《联合国公约》或《公约》)。《公约》于2004年12月2日由联合国大会通过,^⑨尚未生效。

美国在起草《公约》的过程中发挥了重要的影响,《公约》在整体上与美国1976年《外国

① Jurisdiction of U. S. courts in suits against foreign states: hearings before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations of the Committee on the Judiciary, House of Representatives, Ninety-fourth Congress, second session, on H. R. 11315, June 2 and 4, 1976. 本文简称美国国会1976年6月2日和4日关于《外国主权豁免法》的听证会记录。

② 美国国会1976年6月2日和4日关于《外国主权豁免法》的听证会记录。

③ 《国际油污损害民事责任公约》第XI条规定:“关于为一缔约国所有而用于商业目的的船舶,每一国家都应接受第IX条所规定的管辖权范围内的控告,并放弃一切以主权国地位为根据的抗辩。”

④ 《联合国海洋法公约》第28条“对外国船舶的民事管辖权”、第32条“军舰和其他用于非商业目的政府船舶的豁免权”。

⑤ 美国不是《联合国海洋法公约》缔约国,但表示公约部分规定是习惯国际法,在美国有国际法效力。参见美国国会研究部2005年2月10日报告: The Law of the Sea Convention and U. S. Policy, <https://fas.org/spp/crs/row/IB95010.pdf>. 对于习惯国际法在国家豁免事项上的适用,本文另有讨论。

⑥ *Benkharbouche & Anor v. Foreign & Commonwealth Office* [2017] UKSC 62.

⑦ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, <https://www.icj-cij.org/en/case/164>.

⑧ 中美之间有解决实体争议的条约,对国家豁免案件有一定的意义,如1979年5月11日中美《关于解决资产要求问题的协议》。

⑨ 《公约》是联合国大会第59/38号决议不经表决通过的。“不经表决通过”也称“协商一致通过”,可理解所有与会国家,或者赞成决议,或者对决议不持异议,但没有一个国家反对决议。由此推论,对于此项决议及作为决议《附件》的《公约》,在通过时,中国或者赞成,或者对决议不持异议,但不反对。

主权豁免法》高度相似。^① 美国没有签署《公约》，在可预见的将来也不会成为《公约》当事国，因为美国《外国主权豁免法》的“恐怖主义例外”与《公约》不符。^② 鉴于在当前政治、安全情势下，美国废除“恐怖主义例外”的可能性微乎其微，美国近期成为《公约》当事国的可能性也微乎其微。

中国签署了《公约》，但未批准《公约》。作为国际条约法的一般原则，条约仅对当事国有约束力，^③ 国家豁免领域的条约亦不例外。

关于中国与《公约》的关系，李飞副主任在《说明》中表示：“2005年9月14日，我国签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》……但该公约尚未生效，全国人大常委会也未批准该公约，目前我国仍然实行一贯坚持的国家豁免规则和政策。”中国外交部驻香港特别行政区特派员公署曾针对“刚果民主共和国案”^④ 表示：

我国于2005年9月14日签署了《公约》，以表明我国对国际社会上述协调努力的支持，但我国迄今尚未批准《公约》，《公约》本身也未生效。因此，《公约》对我国不具有拘束力，更不能作为判断我国在相关问题上的原则立场的依据。在签署《公约》后，我国坚持绝对豁免的立场并没有发生变化，也从未适用或认可所谓的限制豁免原则或理论。^⑤

中国签署《公约》的国际法意义，法理上需分三种情形分别探讨。《维也纳条约法公约》对其中两种情形作了规定。一是签署但尚未批准条约，且条约已经生效，则签署国“负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”。^⑥ 二是条约已对当事国生效，则“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”^⑦ 对于第三种情形，即已签署《公约》、但《公约》尚未生效，《维也纳条约法公约》无明确规定。目前《公约》有22个当事国，^⑧ 不足生效所需的30个当事国。2015—2020年间仅赤道几内亚成为当事国。按此节奏，《公约》生效并非指日可待。但《公约》一旦生效，中国无需采取进一步行动，^⑨ 自动承担“不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”的国际法义务。

① 英国法院亦曾表示：《公约》“在相当程度上与英国法律一致。英国法律是（公约）起草者参考的模式之一。” See *Benkharbouche & Anor v. Foreign & Commonwealth Office* [2017] UKSC 62 and *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah* [2017] UKSC 62.

② 美国《外国主权豁免法》的“恐怖主义例外”首现于1996年，早于联合国大会通过《公约》。可见，《公约》条款不包含“恐怖主义例外”，并非疏忽，而是明知而为之。

③ 《维也纳条约法公约》第34条在“关于第三国之通则”项下规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。”

④ 中国香港特区法院案例：*FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo and others* (CACV 373/2008 & CACV 43/2009)。关于该案的详细介绍，见中国香港特别行政区政府官网：https://www.doj.gov.hk/chi/public/basiclaw/cbasic14_3.pdf。

⑤ 中华人民共和国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385页。

⑥ 《维也纳条约法公约》第18条在“不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务”项下规定：“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：(a) 如该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。”

⑦ 《维也纳条约法公约》第26条。

⑧ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》缔约国主要是西欧国家以及东欧和中东的部分国家。

⑨ 从国际法理论和各国实践看，一国签署但未批准条约之前，还存在着一种可能：撤销签署。从中国的一贯实践看，中国签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》后几乎不存在撤销签署的可能性。

如果中国今后批准公约，中国目前的绝对豁免立场在法理上可理解为：

第一，《联合国公约》第4条明确规定其不溯及既往：“本公约不应适用于在本公约对有关国家生效前，在一国法院对另一国提起的诉讼所引起的任何国家及其财产的管辖豁免问题。”中国政府在“湖广铁路债券案”等既往案件中阐明的绝对豁免立场，因《公约》不溯及既往而不受中国批准《公约》的影响。

第二，如果中国批准《公约》，仅意味着在《公约》范围内同意其他缔约国法院对中国行使管辖权或对中国国家财产采取强制措施，在此“同意”的范围之外，包括与非缔约国间的关系以及《公约》未涵盖事项，中国仍有权依习惯国际法主张国家豁免。中国已接受的《联合国海洋法公约》和《国际油污损害民事责任公约》中的上述限制豁免各条款，在法理上亦应作此理解。对此，其他国家已有实践。如澳大利亚1985年《外国国家豁免法》（Foreign States Immunities Act）针对国际条约引起的类似情势规定：

如果部长足以认定某外国国家根据本法享有的豁免或特权不同于根据条约、公约或其他国际协定所要求的豁免或特权，且该国和澳大利亚均为其缔约方，则总督对该外国国家可通过条例修正本法关于该豁免或特权的适用，以使本法经修正可与条约、公约或国际协定相符。^①

第三，《公约》序言载明，其制订是“考虑到国家及其财产的管辖豁免方面国家实践的发展”。如同其他国家一样，中国在国家主权豁免领域的国家实践也可发展，包括可根据中国的国家利益考虑接受《公约》的限制豁免制度。^②

（四）国内法院在国家豁免案件中对习惯国际法的适用

《公约》在当下和可预见的将来不能用于解决美国法院涉华国家豁免案件。如果美国法院涉华国家豁免案件适用国际法，主要指习惯国际法。《公约》刚通过时，国际法律界有较强的声音认为其体现了习惯国际法，但这一声音正日渐式微。仅以英国法院的态度为例，2007年英国枢密院上诉法庭判决认为：《公约》是“关于民事案件国家豁免界限当今国际理解的最具权威的表述”。^③但在2017年，英国最高法院却认为：“不能认为《公约》各个部分均重述了习惯国际法。”^④在

① 澳大利亚《外国国家豁免法》第42条第2款。英国《国家豁免法》第15条、新加坡《国家豁免法》第17条、南非《外国国家豁免法》第16条、巴基斯坦《国家豁免法》第16条等也有类似的规定。

② 外交部副部长武大伟2005年8月23日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上所作《关于提请审议对在外国中央银行财产给予司法强制措施豁免的议案的说明》中表示：“目前，国际上给予主权国家及其财产以豁免，已普遍从最初的绝对豁免转为对主权国家及其财产实行相对豁免，即有限豁免。比如主权国家用于商业交易的财产不予豁免，对主权国家承诺放弃或者指定用于财产保全等的财产也不给予豁免。草案根据有限豁免的原则，规定：‘中华人民共和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；但是，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。’”见全国人民代表大会官网：http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343123.htm。另参见郭玉军、徐锦堂：《论国家豁免的相对性》，载《武大国际法评论》第1卷，武汉大学出版社2003年版，第93页以下。

③ *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia* [2007] 1 AC 270.

④ *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah* [2017] UKSC 62. 在该案中，摩洛哥籍的贾娜赫女士2005年起作为家政女工受雇于利比亚驻英国大使馆，并辗转工作于多个利比亚外交官家庭，包括在大使官邸从事家政工作，2012年被解雇。贾娜赫随即向英国法院起诉利比亚违反英国最低工资、工作时长等法律，并有歧视和骚扰等行为。

此意义上,与其纠结于《公约》是否构成习惯国际法,不如直接考察关于国家豁免的习惯国际法。

1. 中国法院在国家豁免案件中对习惯国际法的适用

中国法律对法院可否就国家豁免适用习惯国际法无明文规定,但实践表明,中国法院可就国家豁免适用习惯国际法。李飞副主任在上述《说明》中表示:“我国坚持奉行国家豁免这一维护国家间关系正常发展的重要法律原则,……我国的国家豁免立场,体现在我国政府对外正式声明和实践之中。”针对“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豁免”这一国家豁免制度中的局部事项,外交部武大伟副部长向全国人大常委会表示:“我国长期以来一直主张并坚持国家及其财产司法管辖豁免的原则,在司法实践中,我国法院既不对外国中央银行行使司法管辖权,也不对外国中央银行采取强制措施。”^①“蓝婕诉马腾和荷兰驻广州总领事馆等机动车交通事故责任纠纷案”(下称“荷兰驻广州总领事馆案”)^②可视为中国法院适用习惯国际法的实例。最高人民法院对该案批复表示:“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。”

2. 美国对习惯国际法的立场

尽管美国曾明确承认国家豁免为国际法问题,但《外国主权豁免法》生效后,美国法院在国家豁免案件中出现了回避习惯国际法的倾向。这一倾向在美国国会1976年制定《外国主权豁免法》时已有迹象。美国国会立法报告未提及习惯国际法在美国法院审理国家豁免案件时的作用,相反,强调《外国主权豁免法》“规定了用以解决主权国家在美国联邦和各州法院提出的主权豁免问题的唯一和排他的标准”。^③

美国法院案例体现了国会这一观点。美国法院在“杰克逊诉中华人民共和国案”(下称“湖广铁路债券案”)^④二审判决中认为:美国“国会依其关于对外贸易和对外关系的职权,毫无争议地享有通过联邦法律决定外国国家是否以及在何种情形下可以在美国被诉的权力”。联邦最高法院1989年进一步强调了美国国内法的地位,^⑤认定“《外国主权豁免法》是对外国国家及其代理机构和辅助机构管辖权的唯一基础(sole basis)”,并表示:美国“国会可以根据其认为适合于公共利益的确切程度和性质”来决定下级法院的诉讼事由(subject-matter)管辖权,至于国际法,“国会在制定《外国主权豁免法》时已将外国违反国际法考虑进去了”。即仅视国际法为国会立法过程中需要考虑的因素,而不是法院在审理国家豁免案件的司法程序中适用的法律规则。^⑥

① 外交部副部长武大伟2005年8月23日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上所作《关于提请审议对在华外国中央银行财产给予司法强制措施豁免的议案的说明》。见全国人民代表大会官网:http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2005-10/27/content_5343123.htm。

② 《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年8月15日〔2012〕民四他字第31号。

③ H. R. Rep. No. 94-1487 (1976), p. 12.

④ *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F.2d 1490 (11th Cir. 1986). 另见孙昂:《美国对外事务法律机制(下)》,国际文化出版公司2010年版,第671—690页。该书“湖广铁路债券案”所引用的材料来自美国贝克和麦肯齐律师事务所收藏的“湖广铁路债券案”案卷。

⑤ *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp.*, 488 U. S. 428 (1989).

⑥ 针对国家豁免,英国也有淡化国际法的倾向。英国最高法院曾表示:“英国签署了1926年布鲁塞尔《统一国有船舶豁免的某些规则的公约》和1972年巴塞尔《关于国家豁免的欧洲公约》。1978年《国家豁免法》的目的之一是赋予《布鲁塞尔公约》和《巴塞尔公约》效力,以便英国能够批准它们。1979年,英国批准了这两项公约。但截至此时,这两项公约在很大程度上被普通法所采纳的限制国家豁免原则所取代。”*Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah* [2017] UKSC 62.

3. 中国作为被诉国时在美国法院援引习惯国际法的情况

在中国为被诉国时，习惯国际法（或称一般国际法）是中国主张豁免的主要法律依据之一，如上述“湖广铁路债券案”所示。另在“莫里斯诉中华人民共和国案”^①中，中国外交部2006年4月12日致美国国务院“法律备忘录”表示：“‘国家豁免’是国际社会普遍公认的国际法原则”，并强调：“根据国际法，中国作为一个主权国家享有国家豁免，中国本身及其财产在美国法院享有管辖豁免。国家豁免是一项一般国际法原则。”^②

4. 习惯国际法中绝对豁免论和限制豁免论的并存

习惯国际法原则认为，未经一国同意，外国法院不得管辖以该国为被告的诉讼；即使一国同意接受诉讼管辖，非经该国另行同意，外国法院亦不得强制执行该国国家财产，即国家及其财产享有绝对豁免。但自20世纪中叶起，这一制度发生了变化。对此，李飞副主任在上述《说明》中表示：“在国与国之间实行国家豁免的实践中，有些国家对国家豁免规定了例外情况，把国家的商业活动和用于商业活动的财产等排除在国家豁免的范围之外，这种做法通常被称为限制豁免。”

美国的国家豁免观点有过变化。在1812年的“交易号案”中，首席大法官马歇尔（Marshall）代表联邦最高法院撰写的判决书接受了美国政府观点，认为：虽然“国家在其本国领土内的管辖权必然是排他的和绝对的”，但“主权者完全平等和绝对独立，共同的利益推动它们相互交往……由此产生的案件，每一主权者理解为部分放弃行使此种完全排他的领土管辖权”。^③1926年，美国联邦最高法院进一步明确“交易号案”确立的豁免原则同样适用于外国国家的商业活动。^④

美国的立场在国务院代理法律顾问泰特（Tate）1952年致代理司法部长的公函（以下简称《泰特公函》）中发生了重大变化：美国将“按限制国家豁免论”，只承认外国政府公务行为享有国家豁免，不再承认外国政府商业行为和私人行为的豁免。尽管如此，《泰特公函》并未全然否认国际法中的绝对豁免论，而是认为出现了绝对豁免论和限制豁免论并存的局面。但在1976年制定《外国主权豁免法》时，美国国务院法律顾问则改口认为当时关于国家豁免的习惯国际法已然仅是限制豁免论：

根据今日之国际法，外国国家仅在基于其“公共”行为的案件中享有主权豁免。然而，如果诉讼基于外国国家的商业交易或一些其他“私人”行为，外国国家不享有主权豁免。提出H. R. 11315（指《外国主权豁免法》草案）正是为了将这项国际法原则的具体适用制定成法。^⑤

1976年《外国主权豁免法》（《联邦法典》第28编第1602节）据此规定：“根据国际法，就其商业活动而言，国家不能豁免于外国法院的管辖。”

5. 存在分歧时的国际法适用规则

由上述可见，关于国家豁免的习惯国际法，中美之间存在明显分歧，中国持绝对豁免论，美国持限制豁免论。中方并不回避这一分歧的存在。

由中国外交部条约法律司官员集体撰写的《中国国际法实践案例选编》一书如此描述目前的情势：

① *Morris v. People's Republic of China*, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007).

② 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第408页。

③ *The Schooner Exchange v. McFadden*, 7 Cranch 116, 3 L. Ed. 287 (1812).

④ *Brizzi Brothers Co. v. The Pesaro*, 271 U. S. 562 (1926).

⑤ 见美国国会1976年6月2日和4日关于《外国主权豁免法》的听证会记录。

当今国际法在国家豁免领域存在绝对豁免和限制豁免两种制度,各国的看法和实践多不一致,尽管美国《外国主权豁免法》、英国《国家豁免法》(State Immunity Act)^①等国内立法采取了限制豁免规则,但没有迹象显示绝对豁免规则已被摒弃,其仍旧是可适用的国际法上的豁免规则。此外,2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》开放签署后尚未得到广泛接受,这从一定程度上可以说明限制豁免规则并未完全取代绝对豁免规则。^②

面对这一情势,除了需要在宏观层面“就这一问题制定国际公约”,以“平衡和规范各国的实践……维护国际关系的和谐和稳定”,^③在微观层面,亦需要在分歧中明确国际公法在国家豁免案件中的法律适用规则。

在“湖广铁路债券案”中,中方针对法律适用问题表示:

尽管近年来部分国家开始采纳限制主权豁免论,但其尚未成为国际法规则,并且,这些国家是少数,主要不是发展中国家。发展中国家认为限制主权豁免不符合它们的利益……美国不能通过改变其国内法来减损久已存在的国际法上的绝对主权豁免原则。尽管限制主权豁免可能是一项正在形成之中的习惯国际法规则……但对不接受它的主权国家没有约束力……因此,限制主权豁免论只适用于接受它的那些国家,不适用于坚持绝对主权豁免原则的中国。^④

即中国认为限制豁免论是适用于部分国家的“特别习惯国际法”。

关于“特别习惯国际法”,国际法委员会2016年呈交联合国大会的《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》表示:“特别习惯国际法规则,不论是区域的、地方的还是其他层面的,都是仅在数量有限的国家之间适用的习惯国际法规则。”对案文的“评注”进一步表示:

一般习惯国际法规则对所有国家有约束力,而特别习惯国际法规则在数量有限的国家之间适用。特别习惯国际法规则虽然并不十分常见,但照顾到了不尽相同的、仅某些国家特有的利益和价值观,因而在国与国关系中发挥着重要作用……特别习惯国际法规则本身不为第三国创设义务或权利。^⑤

美国法院在“湖广铁路债券案”判决书中提及中国政府引用习惯国际法作为豁免主张的依据,但未作正面回应,且回避了“特别习惯国际法”规则。

① 英国1978年《国家豁免法》的限制豁免论曾延伸适用于香港。中国外交部驻香港特别行政区特派员公署2010年8月25日针对“刚果民主共和国案”的公函提及:“1997年6月30日以前,英国将其1978年《国家豁免法》延伸适用于香港……该法所反映的‘限制豁免’原则自中国对香港恢复行使主权时起不再在香港特别行政区实行。”转引自中华人民共和国外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,第387页。

② 中华人民共和国外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,第366页。

③ 中国外交部驻香港特别行政区特派员公署2009年5月21日针对“刚果民主共和国案”的公函。另见中华人民共和国外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,第385页。

④ *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F. 2d 1490 (11th Cir. 1986).

⑤ 见联合国官网: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/chinese/chp5.pdf>。

（五）国际司法机构在国家豁免案件中对国际法的适用

1. 国际司法机构在国家豁免案件中适用国际法概说

国际司法机构迄今裁判的国家豁免案件主要是国际海洋法法庭“阿根廷诉加纳自由号案”（临时措施）和国际法院“德国诉意大利管辖豁免案”。另外，国际法院已裁定对“伊朗诉美国某些伊朗资产案”享有部分管辖权，目前尚未就案件实体争端作出裁判。

不言而喻，国际司法机构适用的法律是国际法。如《国际法院规约》第38条规定“法院对于陈诉各项争端，应依国际法裁判之”。在“阿根廷诉加纳自由号案”中，国际海洋法法庭根据《联合国海洋法公约》界定了何谓“军舰”，进而表示：“依照一般国际法，军舰享有豁免”，并命令采取相应的临时措施，“以确保全面遵行适用的国际法规则，从而保全当事方各自权利”。^①

2. 国际司法机构在国家豁免案件中适用的习惯国际法

鉴于国家豁免领域几无可适用的国际条约，国际司法机构适用的国际法主要指习惯国际法。以国际法院“德国诉意大利管辖豁免案”为例。意大利最高法院判决认为德国对其在二战期间违反“强制法”的战争罪行不享有豁免权，德国随即将案件诉至国际法院。国际法院对适用于该案的“国际法”作了详尽分析：第一，法院认定不存在适用于当事双方的国际条约，发现德意两国均认为本案应依习惯国际法裁判：“国家豁免作为习惯国际法的一部分，其效力和重要性获得双方的广泛认同。”第二，法院认定德意两国对“习惯国际法”有不同认知：

虽然双方均同意：各国通常对于统治权行为享有豁免，但双方对于豁免是否适用于武装冲突过程中一国武装部队（及与武装部队合作的其他机关）所作行为有不同意见。德国坚持认为：豁免应予适用，且对国家在统治权行为方面享有的豁免并无相关限制。而意大利一方则坚持认为：在意大利法院审理的这些案件中，德国不享有豁免。

第三，国际法院探讨了裁判此案时适用的习惯国际法。《国际法院规约》第38条第1款将习惯国际法定义为“通例之证明而经接受为法律者”，国际法院认为“通例”指“国家实践，包括利益特别受到影响的国家的实践，必须是既广泛又基本上统一的”（“北海大陆架案”）。^②在此基础上，国际法院认为意大利法院引用的习惯国际法并不存在，因为各国没有就此形成“既广泛又基本上统一的”实践。

基于上述，国际法院判决认为：“德国根据习惯国际法享有豁免权，而意大利法院不给予德国以豁免，此行为违反了意大利对德国负有的义务。”^③

3. 国际法院关于国家豁免案件法律适用的方法论

从本文的“法律适用”主题出发，国际法院在“德国诉意大利管辖豁免案”中认定习惯国际法规则的方法论值得重视。

针对“被控违反强制法的案件”是否限制被诉国豁免权这一核心问题，国际法院考察了美国、英国、南非、巴基斯坦、加拿大、澳大利亚、新加坡、阿根廷、以色列、日本的立法后认为：“任何关于国家豁免的国内立法均未限制在被控违反强制法的案件中的豁免权。”国际法院

① *The “ARA Libertad” Case (Argentina v. Ghana)*, ITLOS Case No 20, Order of 15 December 2012, para. 26.

② 联合国国际法委员会《关于习惯国际法的识别的第五次报告》也表示：“有关惯例必须具备一般性，即必须足够普及和有代表性，还必须是几乎统一的。”联合国官网：<https://undocs.org/ch/A/CN.4/717>。

③ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, pp. 99 – 156.

还在考察了英国、加拿大、波兰、斯洛文尼亚、新西兰、希腊法院以及欧洲人权法院案例后认为，这些法院均不认为在“被控违反强制法的案件”中可限制被诉国豁免权，而“意大利法院的判决是唯一认可意大利论点推理的国内法院裁决”，据此判意大利败诉。

国际法院上述方法论对于国家豁免案件实务至少有以下三个方面的意义：

第一，对于国际法院未来裁判案件的思路有一定的预示意义。伊朗于2016年向国际法院起诉美国，^①显然是看到了国际法院这一方法论对伊朗的有利之处。该案需要追溯到美国法院针对伊朗的一系列国家豁免案件。美国法院曾依《外国主权豁免法》“恐怖主义例外”判令伊朗向1000余名“伊朗支持的恐怖主义活动的受害者”支付赔偿。^②美国国会2002年制定《减少恐怖主义威胁保险法》(Terrorism Risk Insurance Act)，授权法院强制执行被美国政府认定的支持恐怖主义国家的财产。据此，部分原告申请美国法院扣押伊朗中央银行通过一家卢森堡公司存放在美国花旗银行的17.5亿美元债券。伊朗中央银行和该卢森堡公司应诉，表示此项资产并非伊朗央行所有，且不位于美国境内。为了消除这些法律争议，美国国会2012年制定的《减少伊朗威胁和叙利亚人权法》(The Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act)授权美国法院强制执行此项资产。伊朗中央银行将案件上诉至美国联邦最高法院，认为国会通过专项立法影响一项未决案件的结果，违反美国《宪法》的“三权分立”原则，并违反法不溯及既往原则。联邦最高法院2016年判决伊朗中央银行败诉，认为美国国会这一立法并未违反“三权分立”原则，因为这项立法针对的是多起诉讼产生的一组待执行判决。^③

美国联邦最高法院这一判决作出后不久，伊朗将此案及美国法院的类似案件一并诉至国际法院，指控美国“违反了1955年8月15日在德黑兰签署的《友好、经济关系和领事权利条约》……就伊朗被指控参与多起主要发生在美国之外的恐怖主义行为……判处伊朗支付总共超过560亿美元的赔偿金”。

美国法院针对伊朗的系列案件依据的都是美国《外国主权豁免法》的“恐怖主义例外”。“恐怖主义例外”在各国国家豁免立法中极为罕见。正如美国国际法教授道奇(Dodge)所述：“确实，大多数为外国主权豁免制定了法律的国家，都没有恐怖主义例外。”^④笔者所见资料，除美国外，现仅加拿大为其《国家豁免法》(State Immunity Act)制定了与美国类似的“恐怖主义例外”，并用于执行美国法院依“恐怖主义例外”作出的判决，如“特蕾西诉伊朗信息和安全部案”。^⑤与此形成鲜明对比的是，欧盟对“恐怖主义例外”持明显的保留态度。在美国国会2016年通过《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》(Justice Against Sponsors of Terrorism Act)后，欧盟驻美国使团照会美国国务院，要求美国总统否决该法案。照会表示：“国家豁免是国际法律秩序的一个中心支柱”，“如果制定和实施《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》，将与国际法的基本原则特别是国家主权豁免原则相冲突。”^⑥甚至连美国国务院前法律顾问贝林格也承认：“恐怖

① *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, <https://www.icj-cij.org/en/case/164>.

② *Peterson v. Islamic Republic of Iran*, 264 F. Supp. 2d 46, 49 (2003).

③ *Bank Markazi, a. k. a. the Central Bank of Iran v. Peterson*, 136 S. Ct. 1310 (2016).

④ William S. Dodge, “Does JASTA Violate International Law?”, <https://www.justsecurity.org/33325/jasta-violate-international-law-2/>.

⑤ *Tracy v. The Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759.

⑥ 欧盟使团这一照会的影印件见《华盛顿邮报》官网：<https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp-content/uploads/sites/47/2016/09/EU-on-JASTA.pdf>。

主义例外不符合普遍接受的国际法原则。”^①

从国际法院上述方法论看，仅被美国和加拿大承认的“恐怖主义例外”不仅不构成习惯国际法，相反，是对习惯国际法的违反。正因为此，伊朗选择诉诸国际法院，美国则反对国际法院对此案行使管辖权。国际法院现已部分驳回美国的管辖权抗辩。

第二，对绝对豁免论和限制豁免论之争可能产生影响。依上述方法论，绝对豁免论能否得到国际法院的支持存在着不确定性。国际法院在“德国诉意大利管辖豁免案”所引各国法律均持限制豁免论。各国司法案例不如立法那样容易梳理和统计，但一些持限制豁免论的国家已对此得出了自己的“结论”。除了上述美国1976年《外国主权豁免法》认为限制豁免论已然是国际法，英国最高法院2017年^②也表达了类似的观点：“今日，支持限制论几乎已成为完全的国际共识。有数个国家的本国立场尚不清楚。在俄罗斯2015年采纳限制论后，^③唯一显然仍持绝对论的国家就是中国。”

对于国际法院“德国诉意大利管辖豁免案”的上述方法论，优素福法官在该案所附反对意见中认为：

国家豁免如瑞士奶酪般千疮百孔。因此，尽管继续存在着不同的国内司法裁决，但将豁免的某些例外说成是习惯国际法的一部分也不令人信服；依据同样具有冲突性的司法裁决，将其他一些例外解释为习惯规范不存在的证明，也缺乏说服力。在形式上调查国内法院的这些互相冲突的司法裁决以及进行数学式计算，并不能解决习惯法的这些不确定之处。^④

对国家豁免案件“进行数学式计算”不具有足够的说服力，不仅是因为“国家豁免如瑞士奶酪般千疮百孔”，更是因为目前全球各国国家豁免立场“底数”不清。国际法院在“德国诉意大利管辖豁免案”中逐一引述的法律和案例，大体涉及十几个国家。^⑤与联合国193个会员国相比，仍存在“沉默的大多数”。在此情况下，贸然就国家豁免问题“进行数学式计算”，自然难以“解决习惯法的这些不确定之处”。

遗憾的是，国际法院优素福法官对“德国诉意大利管辖豁免案”方法论的批评，仅是其个别意见，不影响国际法院今后裁判国家豁免案件时沿用这一方法论。在此情形下，持绝对豁免论的国家单纯在抽象的理论层面作法理论证（legal reasoning），不足以有效回应国际法院这一方法论，还需进一步在实证层面以各国立法和司法具体而确切的实例来证明有一定数量的国家持绝对

① 美国国会参议院第111—858次听证会记录，<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg64296/html/CHRG-111shrg64296.htm>。

② *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah* [2017] UKSC 62.

③ 指俄罗斯法律“The Federal Law on Jurisdictional Immunity of a Foreign State and a Foreign State’s Property in the Russian Federation”。俄罗斯立法机关通过后，普京总统于2015年11月3日签署该法。该法已于2016年1月1日生效。见美国国会法律图书馆（The Law Library of Congress）2016年5月报告“Laws Lifting Sovereign Immunity In Selected Countries”，<https://www.loc.gov/law/help/sovereign-immunity/lifting-sovereign-immunity.pdf>。

④ 优素福法官此言并非为了支持绝对豁免论，相反，是为了支持意大利的立场，即在《联合国公约》之外，国家豁免原则还可以有其他例外。

⑤ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》起草过程中，联合国曾多次征集各国政府意见，但向联合国提交其意见的国家数量大体维持在数十个，不足联合国会员国半数。见 *Comments by Governments, Jurisdictional immunities of States and their property-Information and materials submitted by Governments (1981) (A/CN.4/343, Add.1, Add.2, Add.3 and Add.4)*，见联合国官网：<https://legal.un.org/avl/ha/cjistp/cjistp.html>。

豁免论。

第三, 国际法院上述方法论“缺乏说服力”, 并结合“国家豁免如瑞士奶酪般千疮百孔”的现实, 客观上造成各国在国家豁免问题上目光内视的倾向, 这既表现为全球绝大多数国家对《联合国公约》的淡漠以及欧洲绝大多数国家对《关于国家豁免的欧洲公约》的淡漠, 也表现为占压倒多数的国家豁免案件存在于各国国内法框架内。

就各国国内法而言, 面对“国家豁免如瑞士奶酪般千疮百孔”的现实, 在解决国家豁免案件的法律适用问题时, 更多依靠国际私法的法律适用规则。

二 国际私法关于国家豁免案件的法律适用规则

(一) 国家豁免事项的法律适用规则

1. 诉讼程序事项的法律适用规则

国家豁免是国际法原则, 但直接针对的是一国在他国国内法院被诉或其财产被提起执行程序时的法律地位。在各国国内法院诉讼实务中, 一旦认定被诉国享有国家豁免, “要求法院在不对案件是非曲直作出裁判的情况下, 就驳回起诉”。^① 在此意义上, 国家“豁免法律在性质上属于程序法, 其规范的是对具体行为行使管辖权, 故而完全区别于确定行为是否合法的实体法。”^② 按各国国际私法法律适用规则的通例, 诉讼程序事项适用法院地法。^③

诉讼程序事项适用法院地法主要是因为程序法属于公法, 原则上只能适用法院的本国法, 不能适用外国法。否则, 会因法院不熟悉外国程序法而发生确定程序的困难, 从而导致案件审理上人力和财力资源的浪费, 并可能导致法院程序规则的不确定和不统一。^④

除了概括性地规定程序事项适用法院地法外, 各国法律中罕有直接针对国家豁免事项法律适用规则的规定, 但在司法判例和其他法律文件中存在着许多这方面的实例。如美国联邦最高法院在“尼日利亚中央银行案”中表示: 联邦“地区法院在每一起针对外国主权者的诉讼中都必须适用该法”(指《外国主权豁免法》)。^⑤ 联邦最高法院1989年也表示: “《外国主权豁免法》的案文和结构表明, 国会有意使《外国主权豁免法》成为我们法院获得对外国国家管辖权的唯一基础(sole basis)。”^⑥ 美国政府联邦司法中心出版的《〈外国主权豁免法〉法官指南》将美国法

① *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v. Janah* [2017] UKSC 62.

② *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 124, para. 58.

③ 《美国第二次冲突法重述》第122条规定: “诉讼程序规则, 通常由法院地州的本地法确定, 即使法院对案件中其他问题适用另一州的本地法。”另见中国《民事诉讼法》(2017年修正)第259条规定: “在中华人民共和国领域内进行涉外民事诉讼, 适用本编规定。本编没有规定的, 适用本法其他有关规定。”

④ 参见李浩培: 《国际民事诉讼法概论》, 法律出版社1996年版, 第17—18页。

⑤ *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480 (1983). 美国联邦最高法院还认为: “众议院(立法)报告清楚地表明, 这项法律的主要目的是‘确定规范主权豁免的综合性规则; 这项法律中的管辖权条款仅仅是综合性制度的一部分……这项法律将规范外国主权豁免的标准作为联邦实体法的一个方面而制定成法。”换言之, 联邦最高法院认为《外国主权豁免法》不仅包括管辖权规则, 还包括实体方面的规则, 因此, 可视其为一部“联邦实体法”。本文依国际法院“德国诉意大利管辖豁免案”的观点, 视国家豁免法为程序法。

⑥ *Argentine Republic v. Amerasia Shipping Corp.*, 488 U. S. 428 (1989).

律的相关规定概括为：“针对外国主权者的诉讼……管辖权和程序依循《外国主权豁免法》。”^①

中国《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》表示：

根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第十三条第一款和第十九条的规定，香港特别行政区，包括香港特别行政区法院，有责任适用或实施中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策，不得偏离上述规则或政策，也不得采取与上述规则或政策不同的规则。

上述内容针对的是香港特区法院，但推而广之，全中国各法院均“有责任适用或实施（中国）中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策”。

2. 国家豁免事项适用法院地法的原因

国家豁免事项适用法院地法，除各程序事项均适用法院地法的一般原因外，还因为国家豁免兼具司法与外交双重属性。李飞副主任在《说明》中指出，“国家豁免作为国家对外政策问题，它直接关系到一国与外国国家的关系和该国对外政策的实施，直接涉及国家的对外关系和利益，各国都按照本国国情需要和对外政策，采用符合本国利益的国家豁免制度。”针对中国首部国家豁免法律《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，外交部副部长武大伟向全国人大常委会所作《说明》表示：“为了给予在香港的外国中央银行财产以豁免保护，维持并巩固香港作为国际金融中心的地位，并考虑到外国中央银行财产豁免问题涉及国家主权和外交事务。”

美国法院也强调国家豁免法与政府对外政策的密切关系。如联邦最高法院1945年表示：“每一项对外国政府船只行使或放弃管辖权的司法行为均会对我们与该政府之间的关系产生影响。因此，决定法院在此类案件中行使或放弃其管辖权的指导性原则是，法院不应以导致行政机关处境难堪的方式行事。”^②

3. 国家豁免案件先决问题的法律适用规则

“国家豁免事项适用法院地法”仅限于被诉国是否享有国家豁免这一问题，案件的先决问题（preliminary question）需另行确定其法律适用规则。美国《外国主权豁免法》没有对先决问题的法律适用作出规定，法院案例表明，先决问题不一定适用法院地法。在认定被告是否构成《外国主权豁免法》所指“外国国家”时，适用被告所在国法律。例如，美国德克萨斯南区联邦地区法院依墨西哥《政治宪法》认定墨西哥石油公司是《外国主权豁免法》所指“外国国家”，^③美国纽约南区联邦地区法院首先依据苏联《宪法》承认新闻出版社是苏联国家的“辅助机构”（instrumentality），^④然后依据美国《外国主权豁免法》判决苏联新闻出版社享有国家豁免。

4. 国家豁免案件实体争议的法律适用规则

案件实体问题（merits）也需另行确定其法律适用规则。美国《〈外国主权豁免法〉法官指南》概括道：“《外国主权豁免法》本身并未提供实体法，而是规定，不存在豁免时，外国国家的责任‘应同于相同情形下私人承担责任之方式和范围’。因此，《外国主权豁免法》项下的案

① David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* (Federal Judicial Center, 2nd edn, 2018), p. 23.

② *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U. S. 30, 36 (1945).

③ *Matter of Sedco, Inc.*, 543 F. Supp. 561, 567 (S. D. Tex. 1982).

④ *Yessemin-Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp. 849 (S. D. N. Y., 1978).

件，多数情况下仍应适用（美国）各州实体法。”^①

美国法院涉华案件可以举出“巴尔卡尼奇诉中国民航总局案”^②为例。1985年1月18日，美国公民巴尔卡尼奇（Barkanic）和福克斯（Fox）乘坐中国民航客机时失事遇难。其遗属向美国法院起诉中国民航总局。中国民航总局认为根据中国法律，在空难中遇难的外国公民赔偿上限为每人2万美元。联邦地区法院判决认为，根据《外国主权豁免法》，此类案件应适用“作为或不作为”发生地的法律适用规则，而中国的法律适用规则规定此类案件适用中国法律。原告上诉认为，《外国主权豁免法》规定此类案件应适用法院地的法律适用规则。上诉法院同意原告观点，认为《外国主权豁免法》没有明示地包含法律适用规则，但依该法，案件实体争议适用相关“州的实体法，包括该州的法律适用规则”（state substantive law, including choice of law rules），法院地（即纽约州）法律适用规则规定此类案件适用事故发生地法，即中国法律，因此，赔偿上限仍然是每人2万美元。

在法律适用问题上区分国家豁免和实体争议，其意义还在于实体争议的法律适用不影响被诉国的豁免，特别是被诉国与原告协议选择适用法院地国法时，不意味着被诉国放弃豁免、接受法院地国司法管辖。“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”从相近视角（“国际组织豁免”^③视角）说明了这一问题。李晓波和红十字国际委员会东亚地区代表处签订的租赁合同第10条约定：“本合同的成立，其有效性、解释、签署和解决与其有关的一切纠纷应受中华人民共和国法律的管辖并依据中国法律解释。”最高人民法院认定这一法律选择条款不影响该代表处在本案中的豁免权。^④这一观点符合《联合国公约》第7条第2款：“一国同意适用另一国的法律，不应被解释为同意该另一国的法院行使管辖权。”

（二）国家豁免事项法律冲突的特点及对法律适用的影响

1. 国家豁免事项法律冲突的特点

国际私法法律适用规则之所以存在，是因为各国法律存在冲突。如无法律冲突，无论案件适用何国法律，判决结论均无实质性区别，法律适用规则就不具有相应的意义和价值。

自近现代国际法形成至20世纪中叶，各国基本奉行绝对豁免论，在国家豁免领域几乎不存在法律冲突，也无法律适用规则的用武之地。国家豁免制度在20世纪中叶发生重大变化，造成现阶段绝对豁免论与限制豁免论的并存及冲突，其主要特点如下：

如果被诉国和法院地国均持绝对豁免论或者均持限制豁免论，原则上不存在法律冲突。前者如在“刚果民主共和国案”^⑤中，“刚果民主共和国和中国中铁股份有限公司及其子公司主张，刚果民主共和国享有国家豁免，香港法院对刚果民主共和国无司法管辖权。”在中央政府通过《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款

① David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, p. 23.

② *Barkanic v. General Admin. of Civil Aviation of People's Republic of China*, 822 F.2d 11 (2d Cir. 1987).

③ 国家豁免与国际组织豁免不完全相同，但法理上亦有相通之处，故引述作为例证。

④ 《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年10月14日〔2009〕民四他字第25号。

⑤ 关于“刚果民主共和国及其他人诉FG Hemisphere, Associates LLC案”的详细介绍，见中国香港特别行政区政府官网：https://www.doj.gov.hk/en/publications/pdf/basiclaw/basic14_3.pdf。

和第十九条的解释》向香港特区终审法院明确中国持绝对豁免论后，案件得到顺利解决。后者如在美国与西欧国家之间，

二战以来，美国越来越多地卷入外国法院的诉讼……（美国）行政部门了解到，几乎所有西欧国家均遵循限制主权豁免原则，而在与法院有必要连结点的侵权及合同案件中，（美国）政府的豁免主张往往不被接受。因此，到20世纪60年代，美国司法部的做法变成了美国在持限制豁免原则的国家被诉时，避免主张豁免。^①

可见，经短暂过渡，美国和西欧国家均依限制豁免论行事，冲突不复存在。

如果被诉国持限制豁免论、法院地国持绝对豁免论，鉴于绝对豁免论承认被诉国有放弃豁免的权利，因此，被诉国可选择接受赋予它的绝对豁免，也可予放弃。在此情况下，被诉国与法院地国对于国家豁免问题，虽立场不同，但无法律冲突。如在“荷兰驻广州总领事馆案”中，中国法院承认荷兰享有绝对豁免。如果荷兰依其限制豁免论，不认为在本案中享有豁免，可明示放弃，或就案件实体争议应诉而默示放弃豁免。

只有在被诉国持绝对豁免论、法院地国持限制豁免论的情况下，才会形成真正的法律冲突。^② 此种法律冲突的特点是，既源于国际公法上绝对豁免论和限制豁免论的分歧，也源于法院地国际私法的法律适用规则。换言之，被诉国依其绝对豁免论主张豁免，是基于其国际公法观点；法院依其限制豁免论裁判案件，既基于法院地国的国际公法观点，也基于其国际私法的法律适用规则（国家豁免适用法院地法）。改革开放以来，中国在美国法院的国家豁免各案，包括“湖广铁路债券案”“莫里斯诉中华人民共和国案”等，均属此情形。

2. 国家豁免事项法律冲突的特点对法律适用的影响

对于此种法律冲突，在美国法院各涉华案件中，一方面，中国政府有权依绝对豁免论与美国政府进行外交交涉、向美国法院主张绝对豁免、在舆论战中向受众传递绝对豁免立场。另一方面，在中国坚持绝对豁免立场的情况下，美国法院不会改变其国际私法的法律适用规则，仍将在裁判涉华案件时适用体现限制豁免论的《外国主权豁免法》。

美国法院近年在多处涉华国家豁免案件中判中方胜诉，包括“湖广铁路债券案”和“莫里斯诉中华人民共和国案”等，但美国法院并非依中国所持之绝对豁免论裁判案件，而是首先根据美国的国际私法规则适用其《外国主权豁免法》，然后根据该法及其时际法规则等，承认中国在这些案件中享有国家豁免。

持限制豁免论的法院依限制豁免论裁判案件，这是其国际私法法律适用规则所致，那么，持绝对豁免论的被诉国能否用法院地的限制豁免论支持其豁免主张？

① U. S. Department of State, *Digest of United States Practice in International Law 1976*, pp. 321 - 325.

② 广义地说，在任何国家豁免案件中，只要被诉国认为其有豁免，而法院不承认这一豁免，即发生真正的法律冲突。法理上，同持限制豁免论的国家之间的上述法律冲突和持绝对豁免论的被诉国与持限制豁免论的法院地国之间的法律冲突无原则性区别，因此，本文的探讨原则上亦适用于同持限制豁免论的国家之间的上述法律冲突。考虑到本文主旨是探讨如何应对美国法院涉华国家豁免案，因此，对同持限制豁免论的国家之间的法律冲突和相应的法律适用规则不再展开讨论。

（三）被诉国引用限制豁免论支持豁免主张的国际私法法理

1. 被诉国引用限制豁免论与公共秩序保留

依国际私法规则指引而适用外国法时，并不仅仅以该外国与法院地国政治、经济、社会制度存在重大差异而拒绝适用该外国法，除非该外国法违反法院地法基本原则或其适用损害法院地国社会公共利益。国家豁免案件中被诉国引述法院地法，在国际私法法理上也可纳入上述“公共秩序保留”框架予以分析。

限制豁免论，顾名思义，不否定豁免，只限制豁免。美国法院在“莫里斯诉中国案”^①中认为，根据《外国主权豁免法》，对于美国境外与外国国家商业活动有关的行为，只有当该行为对美国有直接影响时，美国法院才不承认外国的豁免。而本案所涉债券向英、德、法、俄、日五国银行组成的银行团发售，并约定在这五国支付本息，对美国没有“直接影响”，故中国在本案中享有国家豁免。

在“沃尔特斯诉中国案”（Walters v. People's Republic of China）^②中，原告要求强制执行华盛顿国家动物园的两只大熊猫及相关资金。大熊猫由中国野生动物保护协会租借给美方，中方保留所有权。美国司法部2001年12月13日向法院出具法律意见书，^③反对强制执行大熊猫和相关资金，理由之一是大熊猫作为濒危野生动物，不是商业贸易对象，向中方支付大熊猫的租借及其他相关费用是为了保护和研究大熊猫，这些资金具有非商业性质，依《外国主权豁免法》享有执行豁免。法院接受美国司法部意见，驳回了原告的执行请求。^④

无论是“莫里斯诉中国案”中商业活动对美国没有直接影响，还是“沃尔特斯诉中国案”中大熊猫及相关资金具有非商业性质，均属限制豁免论。若依绝对豁免论，中国的国家行为，无论是否属于商业活动，亦无论是否对美国有直接影响，均享有诉讼豁免；中国的国家财产，无论是否具有商业性质，均享有执行豁免。尽管绝对豁免论和限制豁免论在法理层面存在根本分歧，但在上述两案中，两种豁免观的结论一致：中国享有管辖豁免，中国国家财产享有执行豁免。

由上述可见，被诉国持绝对豁免论、法院地国持限制豁免论时，被诉国可以在国家豁免案件中引述法院地法中能够支持其豁免主张的内容，同时，须依“公共秩序保留”原则拒绝接受法院地法中限制/否认被诉国豁免的内容。

在此意义上，持绝对豁免论的被诉国找出并用好法院地国限制豁免论中的可用之处，法理上有依据，实务中有必要，对于妥善应对国家豁免案件的意义，怎么强调都不为过。

2. 被诉国视角下法院地法的性质

持绝对豁免论的被诉国视情引用法院地国限制豁免论支持其豁免主张时，被诉国如何看待法院地法，涉及为被诉国设计应对此类案件的路径提供法理依据和实务指引。

关于被诉国视角下法院地法的性质，在法理层面，如李飞副主任在上述《说明》中所述：“我国的国家豁免立场，体现在我国政府对外正式声明和实践之中，这是一个法律事实，并为国际社会广泛了解。”即一方面中国政府和法院将中国的国家豁免立场付诸实践，另一方面，对于

① *Morris v. People's Republic of China*, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007).

② *Walters v. People's Republic of China*, 672 F. Supp. 2d 573 (S. D. N. Y. 2009).

③ U. S. Department of State, *Digest of United States Practice in International Law 2001*, pp. 488 - 489.

④ 此后，该案原告又试图在美国强制执行中国的其他国家财产。

国际社会各成员国，无论其持绝对豁免论、还是限制豁免论，中国的国家豁免立场是“一个法律事实”。由此推论，在持绝对豁免论的被告国和持限制豁免论的法院地国之间，一方面法院依其国际私法规则适用限制豁免论，另一方面，从被告国角度看，法院的这一实践并不构成对被告国有约束力的“法律”，只是“一个法律事实”。

在实务层面，持绝对豁免论的被告国视情引用限制豁免论支持其豁免主张时，只是引用、而非接受限制豁免论，因此需适时重申绝对豁免立场，且外交文件不宜用过多篇幅引用限制豁免论，毕竟被告国主张豁免的立论基础始终是绝对豁免论，且绝对豁免论和限制豁免论之间存在原则分歧。以“中国外交部就莫里斯案提交的法律备忘录”为例，文件主要论述“‘国家豁免’是国际社会普遍公认的国际法原则”和“‘恶债不予继承’是国际法原则”等中方立场，引述美国《外国主权豁免法》指出“本案不属于‘商业行为’例外、并非对美有‘直接影响’”的内容不足全文的十分之一。^①

然而，向法院主张豁免时，考虑到原告方在引述限制豁免论中对其有利的法律条款和判例时，往往长篇大论、旁征博引，为了在普通法“对抗式”诉讼中与原告的论点、论据形成有效竞争，直至形成压倒性优势，被告国一方引用限制豁免论支持其豁免主张时可能不得不同样长篇大论、旁征博引。好在此项工作通常由被告国政府聘请的法院地国律师承担，而律师作为法院地国国民和该国法律从业人员，对本国法律长篇大论、旁征博引，属于正常法律业务和诉讼活动，不至于对被告国产生负面的政治和法律影响。

（四）国家豁免的时际法问题

1. 时际法的一般规则

1952年《泰特公函》标志着美国从绝对豁免论改为限制豁免论。法律制度的变化往往会提出法律适用的时际法（intertemporal law）问题，即适用何时的法律。

国际法的时际法规则确立于1928年“帕尔马斯岛仲裁案”。^②常设仲裁法院院长胡伯在裁决中认为：“权利的产生必须适用权利产生时有效的法律”，即法不溯及既往。

2. “湖广铁路债券案”陈述的时际法规则

“法不溯及既往”原则曾适用于“湖广铁路债券案”。中方就该案向美国法院主张豁免时表示：即使美国可以改变其主权豁免法律制度，赋予此种变化溯及既往的效力将违反国际法。一审法院和上诉法院均接受中方观点。联邦第11巡回上诉法院判决认为：“将这部法律（指1976年《外国主权豁免法》）追溯适用于1952年（即签发《泰特公函》那年）之前的事件，会干涉其他主权者先前的权利。美国在将近四分之三世纪之后变更其1911年已赋予外国的豁免权，显失公平。”在湖广铁路债券发行和到期之时，美国奉行的仍是《泰特公函》之前的绝对豁免论，1976年《外国主权豁免法》没有溯及力，中国在本案中仍可依当年的绝对豁免论享有国家豁免。^③

① “中国外交部就莫里斯案提交的法律备忘录”收入《中国国际法实践案例选编》一书，全文占100行，引述美国限制豁免论的部分仅占9行。见中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第407—411页。

② 裁决书全文见联合国官网：https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf。

③ *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F.2d 1490 (11th Cir. 1986). 另见孙昂：《美国对外事务法律机制（下）》，国际文化出版公司2010年版，第671—690页。

“湖广铁路债券案”陈述的时际法规则对美国其他法院的案件产生了较大影响。^①

3. “奥尔特曼诉奥地利案” (Republic of Austria v. Altmann) 陈述的时际法规则

然而,在“奥尔特曼诉奥地利案”^②中,情况出现了逆转。该案涉及二战期间奥地利纳粹政府的行为。奥地利政府依“湖广铁路债券案”主张豁免,但美国联邦地区法院判决《外国主权豁免法》有溯及力,据此拒绝承认奥地利的国家豁免,^③上诉法院维持原判。^④奥地利申请联邦最高法院调档阅卷。联邦最高法院同意奥地利的申请,随即判决认为:国会在《外国主权豁免法》中表达的意思是,从此往后所有主权豁免主张均应适用这部法律,因此,《外国主权豁免法》有溯及力,可适用于发生于《泰特公函》前的事件。这实际上推翻了“湖广铁路债券案”陈述的时际法规则。

“奥尔特曼诉奥地利案”陈述的时际法规则偏离“帕尔马斯岛仲裁案”确立的“法不溯及既往”规则,亦不反映其他持限制豁免论国家的立场。如英国1978年《国家豁免法》第23(3)节规定,该法“不适用于涉及该法生效以前发生的事件的诉讼”。2006年“中国外交部就莫里斯案提交的法律备忘录”表示:“美国最高法院在2004年‘Altmann v. Austria案’判决中认为,1976年《外国主权豁免法》(FSIA)具有溯及力。但其对有关溯及力问题的认定不符合国际社会公认的法律原则,中国依国际法享有的权利和地位,不应因上述判决受到任何影响。”^⑤

4. 《联合国公约》和国际法院案例中的时际法规则

关于“奥尔特曼诉奥地利案”中陈述的时际法规则,同年通过的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第4条作了模糊处理:“本公约不应适用于在本公约对有关国家生效前,在一国法院对另一国提起的诉讼所引起的任何国家及其财产的管辖豁免问题。”即《公约》反对将其适用于“在本公约对有关国家生效前”开始的诉讼,但对于诉讼发生于“本公约对有关国家生效”后、但事件发生于“本公约对有关国家生效”前的案件,《公约》对能否适用保持沉默。

国际法院2012年“德国诉意大利管辖豁免案”接受了“奥尔特曼诉奥地利案”陈述的时际法规则。该案实体问题涉及纳粹德国1943年至1945年在意大利犯下的违反国际法的行为,意大利法院受理就这些行为起诉德国的各项诉讼发生于近年。国际法院认为,某项行为“与国际法是否相符仅可参考行为发生之时生效的法律确定……因此,国际法院必须审查和适用在意大利诉讼开始时存在的国家豁免法律,而不是1943年至1945年存在的国家豁免法律。”^⑥

5. “恐怖主义例外”陈述的时际法规则

根据美国联邦最高法院的观点,“奥尔特曼诉奥地利案”陈述的时际法规则仅以国会立法意图为基础,只要国会有赋予追溯力的意图,相关法律就有溯及力。这一“法理”影响了美国“恐怖主义例外”的时际法规则。2016年美国联邦最高法院判决认为,可以将2012年《减少伊

① See e. g., *Slade v. United States of Mexico*, 617 F. Supp. 351, 356 (D. D. C. 1985); *Carl Marks & Co. v. Union of Soviet Socialist Republics*, 841 F.2d 26, 27 (2d Cir. 1988); *Djordjevich v. Bundesminister Der Finanzen, Federal Republic of Germany*, 827 F. Supp. 814 (D. D. C. 1993).

② *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

③ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F. Supp. 2d 1187 (CD Cal. 2001).

④ *Republic of Austria v. Altmann*, 317 F. 3d 954 (CA9 2002).

⑤ 转引自中华人民共和国外交部条约法律司编著:《中国国际法实践案例选编》,第407—411页。

⑥ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 124, para. 58.

朗威胁和叙利亚人权法》适用于其生效前业已开始、但尚未执行完毕的诉讼：“国会可以修订法律并使其适用于未决诉讼。”^①值得注意的是，这一判决与《联合国公约》的时际法规则亦不相符。

美国法院部分国家豁免案件（连同其执行程序）持续时间长达十数年甚至更长，如“沃尔特斯诉中国案”逾20年方结案。在如此长的诉讼过程中，如果美国法律发生不利于被诉国的变化，且美国法院依“奥尔特曼诉奥地利案”将美国法律适用于其制定前发生的事件，甚至依“伊朗中央银行诉彼得森案”将美国法律适用于其制定前开始的诉讼，将大幅增加被诉国在美国法院国家豁免案件中的潜在风险。

三 适用于国家豁免案件的法律（准据法之查明）

（一）从法律适用规则到准据法之查明

常规意义上的“外国法查明”指法律适用规则指定适用外国法、法院在裁判案件时查明所适用的外国法。就国家豁免案件而言，鉴于法律适用规则指定适用法院地法，因此，法院适用的是其本国法（内国法），不存在外国法查明的问题。但自被诉国视角观之，法院地法属外国法。如果被诉国要从法院地法中探寻可用于支持其豁免主张的内容，就需要“查明”法院地法。为了区别于国际私法常规意义的“外国法查明”，本文将被诉国了解法院地法的行为称之为“准据法查明”（ascertainment of applicable law）。鉴于国家豁免案件的法律冲突主要发生在持绝对豁免论的被诉国和持限制豁免论的法院地国之间，本文对准据法查明的讨论，主要涉及查明持限制豁免论的国家之法律，特别是美国的国家豁免法。在“查明”这一概念下，本文的目的并非介绍美国国家豁免法的具体内容，而是为查明提供法理和实务指引。

（二）限制豁免论的一般特征

1. 持限制豁免论各国的法律不尽一致

在现实的法律世界中，不存在一般的限制豁免论，存在的只是各国特有的限制豁免论。如关于“商业活动”例外，美国《外国主权豁免法》（《联邦法典》第28编第1605节第1条第2款）规定，在美国境外发生、但对美国造成直接影响的外国商业活动，该外国在美国法院不享有豁免权，但《联合国公约》中没有相对应的内容。鉴此，被诉国应对国家豁免案件时，需要查明的是法院地国特有的限制豁免论，而不是一般的限制豁免论。这就要求在研究限制豁免论时，不能停留于一般概念，还需进一步关注各国法律条文和判例的细节。

以美国法院国家豁免案件中常见的“非商业侵权”为例。《外国主权豁免法》（《联邦法典》第28编第1605节第1条第5款）规定，如果外国政府或政府官员、雇员在职务范围或受雇范围内实施侵权行为，并在美国境内造成人身伤亡或财产损毁，外国不享有主权豁免。美国国会立法报告认为，只有当“人身伤亡或财产损毁”发生在美国境内，并且侵权行为也“发生

^① *Bank Markazi, a. k. a. the Central Bank of Iran v. Peterson*, 136 S. Ct. 1310 (2016).

在美国管辖领域内”，外国才不享有主权豁免。^① 美国法院基本按照众议院这一理解裁判相关案件。^②

2. 国家豁免制度存在于各国法律体系之中

各国法律自成体系，各项法律相互关联，查明法院地国的国家豁免法时，也需查明该国相关联的其他法律。如在美国《外国主权豁免法》“非商业侵权”中，如果诉讼针对是外国政府或其官员、雇员可“自由裁量的职权”，外国政府有豁免权。《外国主权豁免法》未规定何为“外国可以自由裁量的行为”。但在有关美国政府赔偿责任的《联邦侵权求偿法》（Federal Tort Claims Act）项下，美国法院界定了“自由裁量的职权”。^③ 美国法院在依《外国主权豁免法》判断“自由裁量的职权”时，往往会参考《联邦侵权求偿法》的“自由裁量的职权”。^④

3. 案件事实查明法院地国家豁免法中的意义

联合国《关于司法机关独立的基本原则》第3条表示：“司法机关应当……以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件。”应对国家豁免案件时，事实和法律不可偏废。事实的意义不仅是用作证据，而且需要通过事实的指引，来查明可以支持豁免主张的具体法律条款和判例。如索托马约尔（Sotomayor）法官在“罗宾逊诉马来西亚政府案”^⑤ 单独意见（concurring opinion）中所述：“美国国会制定《外国主权豁免法》时，对于该法不同的条款，要求有不同的事实来确立管辖权。我们的职责是说明需要的是何种管辖权事实（jurisdictional facts）。”此处的“管辖权事实”即是美国法院在“莫里斯诉中国案”^⑥ 中所指“具有法律意义的行为”（legally significant act）。就被诉国而言，无论在时间上还是在法理上，案件事实都在法院地国法之前，设计案件的具体应对路径时，需从“管辖权事实”出发（而不是抛开案件事实一头扎进法院地法）去查明法院地法中可支持豁免主张的内容。

另外，与单纯的国内诉讼相比较，国家豁免案件的特点是，被诉国清楚案件事实，而法院地国律师通常熟悉本国豁免法。因此，若被诉国出庭主张豁免，在法院地国聘请当地律师是常见现象，如中国政府在“湖广铁路债券案”和“莫里斯诉中国案”中均聘请了美国律师出庭。然而，被诉国聘请的法院地国律师未必熟悉案件事实。如在“仰融诉辽宁省政府案”^⑦ 中，为了判断该案能否适用《外国主权豁免法》中的例外，美国法官和当事双方的美国律师均在各自撰写的诉讼文书中详细陈述了自1991年起仰融与“华晨中国”之间持续十余年的复杂法律和经济关系。这一时期，正是中国经济体制改革不断深化的年代，中国政府、企业、个人间的关系决非美国法官和律师轻易所能了解和理解。要从如此之长的时间框架内发生的如此之多的事实中找出“管

① H. R. Rep. No. 94 - 1487 (1976), p. 20.

② American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 379.

③ 联邦最高法院对《联邦侵权求偿法》的“自由裁量的职权”作了界定：指“联邦法律、规章或政策具体规定了雇员所应采取的行动”，因为在此种情形下，“雇员没有选择余地，而只能遵循指示”。*Berkovitz v. United States*, 486 U. S. 531, 536 (1988).

④ American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity*, p. 381.

⑤ *Robinson v. Government of Malaysia*, 269 F.3d 133 (2d Cir. 2001). 索托马约尔女士自2009年起担任美国联邦最高法院大法官。

⑥ *Morris v. People's Republic of China*, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007).

⑦ *Yang Rong v. Liaoning Provincial Government*, 452 F.3d 883, 888 (D. C. Cir. 2006).

管辖事实”，并以此为线索查明法院地法中可支持豁免主张的内容，决非被诉国聘请的美国律师单独即可完成，而需要被诉国主办人员全力协助。^①而被诉国主办人员要提供有效协助，则需要对美国《外国主权豁免法》及相关判例和法理有足够的了解和理解，以便搭建联通案件事实和法律的桥梁。

4. 如何处理“查明”时发现的限制论中多于绝对论的豁免

顾名思义，“限制豁免论”试图限制各国依绝对豁免论享有的国家豁免，据此似可推论，限制豁免论承认的国家豁免少于绝对豁免论，但实际情况并非完全如此。在某些领域，绝对豁免论未必承认有国家豁免之处，限制豁免论却明确承认有国家豁免。

例如，美国《外国主权豁免法》认为国有企业和事业单位之类实体可作为“外国国家的代理机构（agency）和辅助机构（instrumentality）”享有国家豁免。国会《外国主权豁免法》立法报告列出的此种“机构”包括国营贸易公司、采矿企业、航运公司、航空公司、钢铁公司、中央银行、出口协会、政府采购机构等。^②可见，《外国主权豁免法》一方面限制豁免事项，另一方面扩大了豁免主体。在“上海对外贸易公司案”中，^③联邦法院认为根据《外国主权豁免法》，上海对外贸易公司构成中国国家的代理机构或辅助机构，其行为属于商业活动，但对美国无直接影响，根据《外国主权豁免法》仍享有国家豁免。

关于中国的实践，《民事诉讼法》（2017年修正）第261条规定“对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理”，未提及外国的国有企业或非营利组织。《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》规定“对人民法院受理的涉及特权与豁免的案件建立报告制度”，并列出了11类享有特权与豁免的实体和人员，^④未提及美国国会报告及美国法院上述各案所指各类实体。

① 关于诉讼中事实与法律的关系，也可举出美洲人权法院“黄海勇引渡案”为例。黄海勇以引渡回中国后其人权不能得到保障为由，要求美洲人权法院判令秘鲁政府不得将其引渡给中国。虽然案件的直接当事方是秘鲁政府和黄海勇，但争讼的焦点是黄海勇引渡回中国后其人权能否得到保障。秘鲁政府希望中方派员作为专家证人出庭，向法院证明黄海勇引渡回中国后人权能够得到保障。这一要求完全合理，因为本案所涉法律是《美洲人权公约》，出庭的秘鲁检察官熟悉这一《公约》；但本案所涉事实是中国的人权状况，特别是中国有关不判死刑和禁止酷刑“外交承诺”的相关实践，这些事实是秘鲁检察官所不熟悉的。在这一背景下，中方派员出庭作证，并在作证过程中针对各方的提问，详细介绍了中国相关领域的人权进步状况，在国际性人权法院中赢得了涉华第一案。

② H. R. REP. 94-1487 (1976), p. 16.

③ *Transatlantic Shiffahrtskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corp.*, 204 F.3d 384 (C.A.2 (N.Y.), 2000). 美国《外国主权豁免法》上对“外国国家”界定范围较广问题，另见李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法性分析》，载《法律适用》2020年第21期，第61—63页；李庆明：《美国联邦法院确认外国仲裁裁决的管辖权问题——以涉及中国政府的两个案件为例》，载《国际法研究》2015年第3期，第68—82页。

④ 《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》所列11类享有特权与豁免的实体和人员包括“一、外国国家；二、外国驻中国使馆和使馆人员；三、外国驻中国领馆和领馆成员；四、途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女；五、途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女；六、持有中国外交签证或者持有外交护照（仅限互免签证的国家）来中国的外国官员；七、持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的领事官员；八、来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员；九、来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表；十、临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家；十一、联合国系统组织驻中国的代表机构和人员”。尽管《通知》有“兜底”条款（十二、其他在中国享有特权与豁免的主体），但参照上述11类实体和人员，很难认为该“兜底”条款包括外国的国有企业或非营利组织。

在联合国大会第六委员会（法律委员会）1998年11月9日会议上，中国代表就起草《联合国国家及其财产管辖豁免公约》发言时表示：“如果国家为了促进社会公益而从事交易，外国法院在国家事先没有明确放弃豁免的情况下对其行使管辖权显然是不适宜的。国有企业以自己的名义从事商业交易的例子很多，它们作为独立的实体应当对自己的经营活动负责，”^① 未主张国有企业应如同国家一样享有国家豁免。^②

如果中国国有企业和事业单位在外国法院被诉、且法院地法认为这些单位依法法院地限制豁免论享有主权豁免，无论中国法律和政策是否认为国有企业和事业单位享有国家豁免，中国国有企业和事业单位均可查明其在法院地国家豁免法中是否享有豁免，并在诉讼中视情主张豁免，以争取赢得诉讼、维护自身权益，正如持绝对豁免论的中国政府可用法院地国的限制豁免论支持自身的豁免主张（其法理已如上述）。^③

对于中国国有企业和事业单位在外国法院依法法院地法主张国家豁免，在实践中还需注意两点：首先，外国国家代理机构和辅助机构能否在中国法院享有国家豁免，只适用中国法律和政策，不适用涉案机构本国的国家豁免法。即便曾有中国国有企业和事业单位在外国法院依法法院地法主张国家豁免，中国政府和法院亦不承担依对等原则承认该外国类似机构享有国家豁免的法律义务。其次，如果中国国有企业和事业单位放弃外国法项下的豁免，不得视为中国国家或政府放弃国家豁免。

（三）作为准据法查明对象的判例法

在法院地法为美国的国家豁免法时，其基本特征是除了成文法，还包括法院判例。尽管1976年《外国主权豁免法》篇幅不小，且此后国会又围绕“恐怖主义例外”补充了多项条款，但与该法生效以来美国各级法院在国家豁免领域的判例相比较，后者的体量要大得多。可以说，《外国主权豁免法》构成美国国家豁免法的骨骼，其血肉则是法院判例。在此意义上，查明美国的国家豁免法时，固然应重视《外国主权豁免法》的条文，同样应重视法院判例。

1. 判例法的原则

美国独立时继承了英国的判例法制度，即法院判决除了约束本案，还根据遵循先例原则（*stare decisis*）约束此后的类似案件，以“促进法律原则平衡、可预见和协调一致地发展”。^④

遵循先例原则放大了法院判决的效力。为了引起各国政府关注，美国政府有时会提醒各国驻美国使团关注重要的新判例。例如，联邦最高法院于2007年6月14日对纽约市强制征收印度和蒙古两国常驻联合国代表团宿舍房地产税的案件作出判决。判决本身针对的只是印度和蒙古，但在遵循先例制度下，这一判决可能影响其他国家驻美国使团。因此，美国国务院同年6月28日

① 见联合国官网：<https://undocs.org/zh/A/C.6/53/SR.23>。

② 《公约》对此的规定是“国家”包括“国家机构（agencies）、部门（instrumentalities）或其他实体，但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权权力”。关于中文译文问题，《公约》中文作准文本将agencies和instrumentalities分别译为“机构”和“部门”，笔者认为“机构”和“部门”二词相互之间缺乏明确的区分，用于此处的含义也不甚明了。因此，除引述《公约》外，笔者在本文中將agencies和instrumentalities分别译为“代理机构”和“辅助机构”。

③ 对于这一问题的详细讨论，见李庆明：《论中国国有企业在美国民事诉讼中的国家豁免》，载《江西社会科学》2018年第11期，第169—177页。

④ *Helvering v. Hallock*, 309 U. S. 106 (1940).

照会各国驻美国使团团长，通报这一判例。^①

2. 判例法的规则和体系

美国的判例法经多年发展，已形成一套规则和体系。遵循先例首先意味着各法院受本院先前案例的约束。在各法院之间，判例的效力不尽一致。联邦最高法院判例约束全国联邦各级法院和州各级法院，效力不亚于国会立法，其宣判国会立法违宪的判例，其效力甚至高于国会立法。联邦巡回上诉法院判例约束本巡回司法区各联邦地区法院。平级法院的先例、甚至其他巡回司法区下级法院的先例虽不能约束其他法院，但对后者有一定的参考价值。

值得注意的是，美国1891年《司法法》^②设立调档复核制度（certiorari）后，联邦最高法院只复核极少数案件，绝大多数案件包括国家豁免案件止步于联邦巡回上诉法院。最高法院拒绝复核不意味着赞同下级法院判决。因此，下级法院终审判决作为判例有一定的不确定性，其中陈述的法律规则随后被联邦最高法院在其他案件中推翻的实例不在少数。

以外国政府官员豁免为例。美国法院的一些国家豁免案件包括涉华案件，除了将外国和/或外国政府列为被告，有的还将被诉国政府官员列为共同被告。在2010年“萨曼塔尔诉尤赛夫案”（*Samantar v. Yousuf*）^③之前，美国许多法院在此类案件中都将外国政府官员视为外国政府的“代理机构或辅助机构”，可根据《外国主权豁免法》享有国家豁免。^④然而，在“萨曼塔尔诉尤赛夫案”中，联邦最高法院认为，《外国主权豁免法》称“代理机构或辅助机构”为“实体”（entity），而“实体”一词通常指“组织”（organization），因此，本案被告萨曼塔尔（Samantar，索马里前副总统、前总理）作为自然人不享有《外国主权豁免法》项下的国家豁免。

联邦最高法院判例具有权威性和确定性，但联邦最高法院有权推翻自身的判例，尽管这种情况并不常见。在国家豁免领域，联邦最高法院在1926年承认绝对豁免论，^⑤但在1976年有四位大法官认为1926年绝对豁免的观点实际已被推翻，^⑥限制主权豁免论现已成为这个国家适用的法律。^⑦由此可进而推论，联邦最高法院与限制豁免论相冲突的判例均已被推翻。

关于遵循先例与推翻先例（偏离先例）之间的关系，联邦最高法院曾表示，“遵循先例原则如此有说服力，我们总是要求偏离先例需得到特别理由的支持”。^⑧在国家豁免领域，自美国采纳限制豁免论以来，尚未出现可能导致联邦最高法院“偏离先例”的“特别理由”，该法院限制豁免论项下各判例均仍有效。

3. 判例与不作为判例的案例

美国法院案例有“出版的案例”（Published）和“不出版的案例”（Unpublished）之分，前者不仅存在于法院案卷中，还以各级各类法院报告的形式出版；后者亦公开，如上网等，但不以法院报告形式出版。在美国法院涉华国家豁免案件中，“湖广铁路债券案”等是出版的案例，

① 参见孙昂：《美国对外事务法律机制（上）》，国际文化出版公司2010年版，第173页。

② Circuit Courts of Appeals Act 26 Stat. 826 (1891).

③ *Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305 (2010).

④ 参见美国国会研究部2013年12月16日报告：*The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) and Foreign Officials*。

⑤ *Brizzi Brothers Co. v. The Pesaro*, 271 U.S. 562 (1926).

⑥ *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682 (1976).

⑦ 见美国国会1976年6月2日和4日关于《外国主权豁免法》的听证会记录。

⑧ *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1986).

“道布诉中国案”^①等为不出版的案例。

各法院自定规则决定出版或不出版哪些案例。其中联邦最高法院和各州最高法院案例全部出版；上诉法院案例多予出版，但也有部分不出版；联邦地区法院仅出版部分案例；大多数州一审法院不出版任何案例。

按美国的依循先例法理，只有出版的案例才是法院有意使其成为判例的案例，不出版的案例作为判例的效力可忽略不计。^②如加利福尼亚州法院曾表示：“各上诉法院出版的或‘可引用’的（法律）意见，指依命令出版于《正式报告》（Official Reports）中、可引用或被其他法院或当事方依循（relied on）的意见。”^③

随着互联网搜索功能的发展，许多不出版的案例也能从网上检索，但被诉国引述以支持己方豁免主张时，需对其是否构成判例心中有数（用于法学理论研究时不受此限）。

（四）判例法与法官造法

1. 从依循先例到产生先例

在时间轴上，“依循先例”是从未决案件这一时间节点看既往判例。但先例也曾是未决案件，未决案件一经法院判决，同样可能成为新判例。新判例可能只是重复并强化此前判例，也可能包含新内容。这一动态过程就是“法官造法”。

“法官造法”意味着被诉国不仅需要“查明”其未决案件之前的相关判例，而且需要关注本案法官是否会在裁判时提出以往判例所没有的新观点，特别是可能影响被诉国豁免权的新观点。从实证角度看，美国联邦最高法院裁判的国家豁免案件数量不多，但几乎每一起案件都不是仅仅重复其此前判例，而是包含新的内容。因此，仅根据法律条款和现有判例推测联邦最高法院将如何裁判未决案件，未必可靠。

如上所述，联邦第11巡回上诉法院在“湖广铁路债券案”中认定《外国主权豁免法》无溯及力，这一判例随后还得到多家法院判例的强化。如果奥地利政府认为在在“奥尔特曼诉奥地利案”中可以躺在这些对其有利的判例上高枕无忧，就可能大意失荆州。在美国法官持续造法的过程之中，一切过往，皆为序章，而非终曲。在此意义上，联邦最高法院在“奥尔特曼诉奥地利案”中改判《外国主权豁免法》有溯及力，不应感到意外。

2. 法官造法与法律解释

关于法官造法，联邦最高法院霍姆斯（Holmes）大法官1917年发表异议意见时表示：“我毫不犹豫地承认，法官造法且必须造法，但他们只能在缝隙处（interstitially）如此行事。”^④四年后，卡多佐（Cardozo）大法官在《司法过程的性质》一书中针对法官的自由裁量权与法律的缝隙（gaps）之间的关系表示：宪法、成文法或普通法规则为法官解决大多数问题提供了清晰而一致的解决方案。但法律偶有缝隙。当法律存在缝隙时，法官不得不决定适当的法律规则和原则以及如何适用它们。在此情况下，法官不是发现和适用现行法律，而是造法。当争议诉至法院时，法律的清晰性通常不给法官自由裁量权，也不提供法官造法的机会。仅在争议面临法律的缝

① *Daub v. Government of the People's Republic of China*, 03 Civ. 4402 (GEL) (DF) (S. D. N. Y. Jul. 26, 2007).

② 参见内华达大学法学院官网：<https://law-unlv.libguides.com/caselaw/published-versus-unpublished>。

③ 参见加利福尼亚州法院官网：<https://www.courts.ca.gov/opinions-slip.htm>。

④ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U. S. 205, 221 (1917) (Holmes, J., dissenting).

隙时，法官才造法。^①

法律的缝隙就是法律的解释空间。“万物皆有裂痕，那是光照进来的地方。”^②

中国《立法法》第二章第四节专设“法律解释”一节，第45条第2款规定法律需要解释的情况有二：“（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的”以及“（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的”。美国法没有关于“法律解释”的总体性规定，在实务中，需要对法律作出解释的无非也是上述两种情况。

3. 美国国家豁免法的解释空间

概括而言，美国国家豁免法的解释空间存在于《外国主权豁免法》不够清晰之处。例如，关于外国人（自然人和法人）能否在美国法院起诉外国国家，《外国主权豁免法》的规定是，美国法院有权管辖“针对外国国家、且外国国家不享有豁免的所有不通过陪审团审判的民事案件”，未提及原告的国籍。国会立法报告“提及‘美国公民’和外国国家之间正在增加的争议，并表示意图确保‘我国公民……可诉至法院’”。^③似乎该法针对的仅仅是美国公民起诉外国国家的案件。法律条款在这一事项存在不够清晰之处需要解释。

在“尼日利亚中央银行案”^④中，某荷兰公司因商业纠纷向美国法院起诉尼日利亚中央银行。一审法院判决认为美国《外国主权豁免法》不排除外国人在美国法院起诉外国国家。上诉法院判决认为美国《宪法》不允许外国人在美国法院起诉外国国家。联邦最高法院判决认为《外国主权豁免法》允许外国人在美国法院起诉外国国家。至此，《外国主权豁免法》上述不清晰之处，经联邦最高法院判例得以明确，法律缝隙得以填补。

鉴于联邦最高法院判例在判例法体系中的最高效力，可以认为，凡有联邦最高法院判例之处，即无解释空间，正如西谚道：“清晰的规则无需解释”（In claris non fit interpretatio）。相应地，《外国主权豁免法》条款不够清晰、且无任何法院判例之处，自然存在解释空间。该法条款不够清晰、且有下级法院判决、但无联邦最高法院判例之处，同样存在解释空间。由于目前国家豁免领域各判例多为下级法院判例，仅有为数不多的联邦最高法院判例，因此可以认为美国国家豁免法仍存在相当多的解释空间。正如纽约南区联邦地区法院曾经所述：“《外国主权豁免法》是一座‘迷宫’（labyrinth），因为其异乎寻常的结构和故意模糊不清的语言产生了众多需要解释的问题。”^⑤联邦第5巡回法院也曾表示：“《外国主权豁免法》的具体规定故意模棱两可，留待法院对主权权利的一些难解问题提出创造性的解决方案。”^⑥

① Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), https://constitution.org/1-Constitution/cmt/cardozo/jud_proc.htm. 中文本将 gaps 翻译为空白，〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1997年版，第4页。

② 莱昂纳德·科恩（Leonard Norman Cohen）《颂歌》（Anthem）：There is a Crack in Everything, That's How the Light Gets in.

③ H. R. Rep. No. 94-1487 (1976).

④ *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480 (1983).

⑤ *Gibbons v. Udaras na Gaeltachta*, 549 F Supp 1094, 1105 (S D NY 1982). 位于纽约市的纽约南区联邦地区法院和位于首都华盛顿市的哥伦比亚联邦地区法院是美国各法院中受理国家豁免案件最多的一审法院。根据美国审计署的统计，2007—2017年期间，在美国法院的国家豁免案件中，总计完成的289次“外交送达”中，受理法院为纽约南区联邦地区法院者占8%（24起），居第二位，仅次于占第一位的哥伦比亚特区联邦地区法院（212起，占73%）。见美国审计署官网：<https://www.gao.gov/assets/700/695926.pdf>。

⑥ *Stena Rederi AB v. Comision de Contratos del Comite*, 923 F2d 380, 385 (5th Cir 1991).

4. 法律解释的多种可能性

法律需要解释时，依何标准解释？对此，中国和美国法律均未作总体性、综合性的规定。《维也纳条约法公约》第31—33条规定了“条约之解释”规则，可资参考。《公约》所列条约解释的依据包括（但不限于）：用语之通常意义、条约之目的及宗旨、与条约有关之任何协定、嗣后对条约解释之协定、有关国际法规则、用语之特殊意义、条约之准备工作及缔约之情况。这些因素在解释法律时或多或少也发挥着作用（仅需将《公约》上述各处的“条约”二字改为“法律”）。另外，美国联邦最高法院大法官卡多佐认为，逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确的行为标准，是一些独自或者共同影响法律进步的力量。^①

影响法律解释的因素之多样性导致法律解释时多种可能性并存。例如，联邦最高法院在“奥尔特曼诉奥地利案”中认为《外国主权豁免法》有溯及力，不过，9名大法官呈6:3的意见分歧。大法官们之间的分歧集中于《外国主权豁免法》中“从今往后”（henceforth）一词的含义上。6位大法官认为，这表明美国法院从该法生效之日起，均应依其裁判国家豁免案件，即使案件所涉事件发生于该法生效前（即该法有溯及力）。而其他3位大法官则认为，从文字看，“从今往后”似有此意，但结合上下文并参考最新版《韦氏英文词典》，“从今往后”一词仅指该法生效的时间，未规定该法有溯及力。^②

在“苏丹共和国诉哈里森案”^③中，关于《外国主权豁免法》是否允许美国原告向被告国驻美国大使馆邮寄以该国外交部长为收件人的诉讼文书，作为对该国的送达，《外国主权豁免法》的相关规定是：“法院书记官通过任何形式的附回执邮件，以有关外国的外交部长为收件人，并交付邮寄”，以此完成对外国国家的送达。联邦最高法院在判决中认为：“这段文字最自然的解读是送达必须直接邮寄至外交部长在外国的办公室。这是最自然的解读，尽管我们并未认为这是该法律条文的唯一合理解读。”即认为该段文字并非只有一种合理解读，遑论只有一种解读。联邦最高法院9名大法官未能就该段文字的解释达成一致意见，最终以8:1的分歧作出判决。

存在多种解释的可能性时，不同的法官为何会作不同的选择？这是因为法官的主观世界具有能动作用，而非如电脑程序般机械地适用法律。

5. 法官的法律意识与法律解释

卡多佐大法官在《司法过程的性质》一书中将法官主观世界的能动作用描述为深深掩藏在表象之下的下意识在司法过程中所起的重要作用：包括喜爱和厌恶、偏好和偏见、本能、情感、习惯和信念的复合体，这一切构成了一个的人，无论这个人是否诉讼者还是法官。^④卡多佐大法官所列上述各项心理因素可合称为“法官的法律意识”。

从卡多佐大法官所列各项心理因素可以推知，法官们的法律意识不尽一致。以美国联邦最高法院为例，已故金斯伯格（Ginsburg）大法官任内高度关注妇女权益，且毫不隐瞒其将个人立场融入司法实践的做法。^⑤而与她同一时期的斯卡利亚（Scalia）大法官则正相反，认为：“法官必

① [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，第62页。

② *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

③ *Republic of Sudan v. Harrison*, 587 U. S. ___, 203 L. Ed. 2d 433, 139 S. Ct. 1048 (2019).

④ [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，第94页。

⑤ 金斯伯格大法官的名言包括：“我不要求给女性特权。我要求的只是男同胞们把自己的脚从我们脖子上挪开。”见 <https://www.bbc.com/zhongwen/trad/world-54238349>。

须按照法律的字面含义适用法律。法官不是政策制定者，他们必须坚决搁置自己对任何政策的个人看法。”^① 金斯伯格的释法路径近于卡多佐所指的“人们接受的正确的行为标准”，斯卡利亚的路径则近于《维也纳条约法公约》所指的“用语之通常意义”。

法官依其法律意识在不同的法律解释方案之间作出选择，其所选择的解释方案进而影响国家豁免案件的裁判结论。在此意义上，法官的法律意识间接构成准据法，亦属“准据法查明”之对象。

6. 对法官法律意识的研判

研判（或曰“查明”）法官法律意识的常规做法是归纳、分析其在以往同类案件中的观点。一些美国法官，特别是法学教授出身的法官，同时也是著述颇丰的法学家。除了案例，他们的法律意识也体现于著述中。例如，曾有一起重大涉华豁免案件上诉至联邦第7巡回上诉法院，在该法院任职的著名法学家波斯纳教授是该案合议庭三名法官之一。要研判波斯纳法官对这起涉华国家豁免案件所持立场，他的数十本著作和数量更多的论文就和他在既往案件中撰写的判决词一起构成研究的素材。

另一常见研判路径是从法官的党派色彩推测其法律意识。对于法官的党派色彩，美国前总统威尔逊曾表示：

不管最高法院的法官们如何正直和无可指责，最高法院本身一般带有、并且无疑地将继续带有鲜明的政治色彩……众所周知，约翰·马歇尔执掌的最高法院，在观点上是坚定的和公开承认的联邦派。但是1835年以后的10年里，民主党迅速地取代了联邦党人的法官席位，因而法院的观点相应地有了改变。^②

联邦最高法院大法官们如此，下级法院法官们也或多或少带有党派色彩。在美国目前两党政治中，共和党的票仓主要是社会上层、工商界和制造业工人，民主党的票仓主要是社会中下层和少数群体。基于法官的党派色彩，以下两项推测应有一定合理性：第一，“商业活动”类国家豁免案件的原告多来自工商界，较易得到共和党总统任命的法官的同情；“非商业侵权”类国家豁免案件的原告往往是普通民众或少数群体，较易得到民主党总统任命的法官的同情。第二，共和党总统领导下的政府就国家豁免案件向法院陈述的立场，较易得到共和党总统任命的法官的接受，同时，较易遭到民主党总统任命的法官的拒绝；反之亦然。

法官的法律意识也可能受到具体案情影响。以美国法院各涉华旧债券案为例，原告作为标的物诉至法院的清末民初债券多作为收藏品购入，其市场价格与债券面值毫无关系，并可随行就市在收藏品市场再予出售。在“莫里斯诉中国案”^③中，原告持9张总面额为660英镑的北洋政府1913年“五厘金币善后借款债券”，要求法院判令中华人民共和国政府向其赔偿1.8亿美元。法官在判决中推测“原告可能于2000年以数百美元在‘收藏品’市场”购入了这些债券。另有同案150余名原告向中国政府索赔总额近900亿美元。此类恶意索赔案件往往易使法官基于“朴素

① 转引自巴雷特在接受联邦最高法院大法官提名时的演讲，https://www.sohu.com/a/421121110_123753。

② [美] 威尔逊：《国会政体》，熊希龄、吕德本译，商务印书馆1986年版，第24页。

③ *Morris v. People's Republic of China*, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007)。

的正义感”（卡多佐语）而对原告心生反感。

基于同理，美国三级法院在“奥尔特曼诉奥地利案”中一改“湖广铁路债券案”判例，均认为《外国主权豁免法》可溯及既往，使原告得以胜诉。该案涉及二战期间奥地利纳粹政府强征犹太人奥尔特曼家族的6幅绘画（系奥地利国宝级画家克林姆特的作品）。玛丽亚·奥尔特曼（Altmann）逃离纳粹迫害、入籍美国，并向美国法院起诉奥地利政府，以索还这些绘画作品。奥地利现政府在该案中强调《外国主权豁免法》不溯及既往，实际上是以此为由拒不归还。这易使法官们基于“朴素的正义感”而对原告心生同情。

无论基于何种方法研判法官的法律意识，都有一定的难度和不确定性。例如，基于成案的研判路径，因国家豁免案件不常见，且不同的案件各有其特殊的事实和法律问题，往往缺乏足够的样本作为有效归纳的基础。法官著述也存在类似问题，即使是波斯纳这样著作等身的法学家，其著述往往也很少甚至没有直接谈及国家豁免。至于法官的党派色彩，因美国联邦法官终身任职、直至自愿退休或去世，许多法官任职时间长达数十年，任内党派色彩发生变化并不罕见（多是共和党总统任命的法官逐渐倾向于民主党立场）。另有部分法官任职后党派色彩逐渐淡化，立场摇摆。他们在合议庭中往往成为其他法官意见分歧时起决定作用的关键票，联邦最高法院尤其如此，需要格外关注。

鉴此，要对法官的法律意识作相对准确的研判，有时需要作沉浸式（immersion）研究，即在条件允许的情况下尽可能多地了解主审法官职业生涯的相关情况。除案例和著述外，还需要阅读其传记、演讲、媒体访谈，直至旁听其庭审和在法庭外与其非正式交往等，以把握其“包括直觉、朴素的正义感、遗传本能、传统信仰、后天的确信、喜爱和厌恶、偏好和偏见等等因素”（卡多佐语）。

四 对外政策作为国家豁免案件的法律渊源

（一）对外政策在国家豁免案件的法律意义

1. 对外政策在国家豁免立法中的意义

对于国家豁免制度，对外政策的首要意义是构成立法的基础，正如李飞副主任在上述《说明》中所述：国家豁免“作为国家对外政策问题，它直接关系到一国与外国国家的关系和该国对外政策的实施，直接涉及国家的对外关系和利益，各国都按照本国国情需要和对外政策，采用符合本国利益的国家豁免制度。”

美国1976年《外国主权豁免法》由国务院和司法部起草，实际上是美国政府国家豁免政策的法律化。

2. 对外政策在国家豁免司法中的意义概说

中国《民事诉讼法》（2017年修正）第7条规定：“人民法院审理民事案件，必须以事实为根据，以法律为准绳。”美国联邦最高法院称“《外国主权豁免法》是获得和执行美国法院对外国国家判决的唯一的和排他的框架。”^①似乎国家豁免案件的司法活动没有为对外政策留出用武

^① *Argentina Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U. S. 428, 434-435 (1989).

之地，但实际情况并非完全如此。

中国1986年《民法通则》第6条曾规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”2020年《民法典》未再赋予国家政策类似的法律地位，其原因应是《民法典》在民事领域大幅减少了法律没有规定的情形。但中国尚无《国家豁免法》，在此领域还有诸多法律没有规定的情形，仍需参照《民法通则》，遵守国家政策。正如李飞副主任上述《说明》所述：“中央人民政府有权决定我国的国家豁免规则或政策，并在全国范围内统一实施……香港特别行政区法院，必须适用和实施中央人民政府决定采取的国家豁免规则或政策。”此处“规则或政策”并提，并以“适用和实施”为其动词，表明政策和规则均为中国国家豁免制度的法律渊源。

对外政策在美国的国家豁免案件中也曾发挥过主导作用。在1952年《泰特公函》前，美国国务院认为，“法院在个案中承认豁免的基础是国务院的决定，如果国务院未作决定，则是国务院的一般政策。”^①联邦最高法院在1943年“秘鲁案”^②中针对国有船舶豁免表示：“法院应接受和遵从船舶享有豁免的行政决定。……这一做法的基础是政策，国务院和法院均认可。”

推而广之，尚未制定国家豁免法的国家，一是直接适用政策；二是适用习惯国际法；^③三是适用纳入国内法（主要指普通法）中的习惯国际法。在习惯国际法中绝对豁免论和限制豁免论并存的现状下，后两种渊源都需要首先由政策在绝对豁免论和限制豁免论之间作出选择（如《泰特公函》）。在此意义上，在尚未制定国家豁免法的众多国家，政策或直接、或间接起着法律渊源的作用。

美国1976年《外国主权豁免法》生效后，该法成为“用以解决主权国家在美国联邦和各州法院提出的主权豁免问题的唯一和排他的标准”，^④在此意义上，政策不再是美国国家豁免制度的法律渊源。

在美国之后，又有少数国家制定了国家豁免法。鉴于未制定国家豁免法的国家所占巨大比例，在全球范围内，政策在国家豁免案件法律适用中的意义，无论如何强调都不为过。即使在美国等已经制定了国家豁免法的国家，对外政策依然通过政府的法律解释影响国家豁免。

3. 对外政策与政府对国家豁免法的解释

如上所述，国家豁免法不够清晰之处需要作出解释。美国政府未将法律解释视为法官的排他性职能。国务院法律顾问1976年11月2日致司法部长公函表示：在国家豁免案件中，“如果法院错误地解释新法律，美国政府很可能有兴趣向上诉法院表达其对法律问题的立场。”^⑤

美国政府依其对外政策在国家豁免未决案件中解释法律相当常见。如在“恰巴德诉俄罗斯联邦案”^⑥中，原告2011年提出动议，申请法院强制俄罗斯履行判决，并在俄罗斯拒绝履行判

① U. S. Department of State, *Digest of United States Practice in International Law 1977*, p. 1018.

② *Ex Parte Peru*, 318 U. S. 578 (1943).

③ 此处之所以只提习惯国际法，而不涉及国际条约，是因为《联合国国家及其财产管辖豁免公约》尚未生效，且《关于国家豁免的欧洲公约》适用面相当窄，在本文框架内可以忽略不计。

④ H. R. Rep. No. 94-1487 (1976).

⑤ Letter to the Attorney General from Department of State Legal Advisor on Nov. 2, 1976. *Materials on Jurisdictional Immunity of States and Their Property*, United Nations, 1982, pp. 127-128.

⑥ *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*, 466 F. Supp. 2d 6, 10-14 (D. D. C. 2006).

决时以藐视法庭予以处罚。2012年8月29日,美国国务院向法院提交法庭之友(amicus curiae)^①文件,反对原告这一动议。美国政府的法律解释是“《外国主权豁免法》没有授权法院给予(原告)此种形式的救济。”另如,美国联邦地区法院在“库马尔诉苏丹共和国案”^②中认定向苏丹驻美国大使馆邮寄以苏丹外交部长为收件人的诉讼文书为有效送达。苏丹向美国法院表示送达无效。美国政府2017年2月7日向法院提交法庭之友文件,表示《外国主权豁免法》不允许原告向被告国驻美国大使馆邮寄以该国外交部长为收件人的诉讼文书,作为对该国的送达。

正如法官解释法律时受其个人立场(法律意识)影响,政府解释法律时受其官方立场(对外政策)影响。如在上述“恰巴德诉俄罗斯案”^③中,美国政府的政策考虑是,

此种命令有严重损害(美国)对外政策利益的风险……即使法院有权施加(原告)建议的制裁,它仍应依其自由裁量权拒绝如此行事,以避免损害美国的对外政策利益……如果施加此种制裁被他人据以作为先例,此种命令将损害美国自身的利益……例如,“一些外国基于对等原则作出其主权豁免决定”。^④

4. 美国政府对外政策对法院的法律效力

美国政府向法院陈述的对外政策不直接表达其对案件的观点,属于“事实”范畴。而在政策基础上对法律所作之解释,则表达了美国政府对案件裁判结论的观点,属于“规范”范畴。从事实到规范的过渡中,美国政府和法院遇到了英国哲学家休谟(Hume)提出的法哲学经典问题:事实(以“是”或“不是”为联系词的命题)不同于规范(以“应当”或“不应当”作联系词的命题),两者之间无必然的联系,无法从前一命题必然推论出后一命题。具体到美国政府对外政策和法院裁判间的关系,美国政府陈述的对外政策“是”什么,不能必然地推论出美国法院“应当”如何裁判案件。如在“菲力浦诉德意志联邦共和国案”^⑤中,美国政府向法院表示:“法院曾注意到《外国主权豁免法》项下的诉讼涉及对外事务的敏感问题。”然而,即使法院意识到事情敏感,并不能必然地从中推论出其裁判结论。

对此,美国法院的立场是一方面“政府强调法律行动可能涉及敏感的外交考量时,尽管我们(指美国法院)通常予以考虑,但我们只会遵从合理而具体地解释的观点”,^⑥另一方面,“司法机关是法律条款解释问题的最后权威。如果行政机关的解释不符合国会清晰表达的意图,就必

① “法庭之友”是美国司法制度中案外机构或人员就未决案件向法院表达意见的方式。美国政府的法庭之友地位见美国《联邦法典》第28卷第517节规定:“司法部长在联邦法院的未决诉讼中,派遣司法部官员维护美国利益。”美国政府就国家豁免案件提交的法庭之友文件名称不一,本文通称为“法庭之友文件”。关于国家豁免案件的法庭之友文件通常由国务院法律顾问办公室以公函方式向司法部说明其对特定豁免案件的立场;司法部在此基础上制作法庭之友文件,并单独或与国务院联名向法院提交。

② *Kumar v. Republic of Sudan*, No. 16-2267 (4th Cir. 2018).

③ *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*, 466 F. Supp. 2d 6, 10-14 (D. D. C. 2006).

④ 美国政府此项法庭之友文件见美国国务院官网: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/211955.pdf>。

⑤ *Philipp v. the Federal Republic of Germany*, 248 F. Supp. 3d 59 (D. D. C. 2017).

⑥ *FG Hemisphere v. Democratic Republic of Congo*, 637 F.3d 373 (D. C. Cir. 2011).

须予以拒绝。”^①即美国政府的法律解释对法院没有约束力。在上述“恰巴德诉俄罗斯案”的后续程序中，美国法院就没有接受政府的法律解释，而是接受原告动议，命令俄罗斯履行判决，并在俄罗斯拒绝履行判决时以藐视法庭处以罚款。^②

5. 美国对外政策对被诉国的法律意义

美国对外政策对国家豁免案件被诉国的法律意义分以下三种情形：

第一，由于美国法院才是“法律条款解释问题的最后权威”，因此，如果政府的法律解释被法院采纳，发生效力的是采纳了政府法律解释的法院判决，而不是政府法律解释本身。

第二，对于政府已提交其法律解释的未决诉讼，由于法院尚未作出判决，政府的法律解释具有被法院接受的可能性，因此，需引起被诉国高度重视。如果政府的法律解释支持被诉国的豁免主张，被诉国选择应诉时，可参考美国政府的法律解释，并与之相互呼应、相互补充。被诉国选择不应诉时，美国政府的法律解释有时能够起到代替被诉国抗辩管辖的效果。如在“鲁宾诉伊朗伊斯兰共和国案”^③中，原告为执行美国法院对伊朗的缺席判决向法院提出动议，表示美国芝加哥大学和菲尔德自然历史博物馆持有的若干古代波斯文物属伊朗政府所有，要求法院扣押或限制转移这些文物，以便用于强制执行。伊朗没有出庭主张执行豁免。美国司法部2006年3月3日向法院提交利益声明书，表示伊朗没有将这些文物用于商业活动，根据《外国主权豁免法》，这些文物享有主权豁免，不受强制执行。

如果政府的法律解释反对被诉国的豁免主张，被诉国应以适当方式予以必要回应。如果政府的法律解释既有支持被诉国豁免主张的内容，也有反对的内容，则被诉国应依上述原则分别作出相应处理。

第三，如上所述，只有美国联邦最高法院的判决才构成终极意义上的判例，下级法院的判例可能被联邦最高法院推翻。因此，如果联邦地区法院和巡回上诉法院拒绝接受美国政府的法律解释，并不意味着美国政府这一法律解释已无法律意义。在司法实务中，美国政府的法律解释被下级法院拒绝后，美国政府仍可能在同一案件的嗣后阶段或在其他案件中重复提出同一法律解释，直至联邦最高法院作出“一槌定音”的判决。因此，美国政府的法律解释，无论已被多少下级法院拒绝，只要未被联邦最高法院拒绝，就应引起被诉国重视。

如在上述“恰巴德诉俄罗斯案”中，美国法院拒绝接受美国政府2012年8月29日法律解释，以藐视法庭对俄罗斯处以每日5万美元罚款。原告于2014年要求法院就俄罗斯已积累的未缴纳罚款作出判决。美国政府再次提交法庭之友文件，重复其反对意见。法院再次拒绝接受美国政府的法律解释，于2015年9月判决认定俄罗斯已累积未缴纳罚款4370万美元。^④2016年2月3日，美国又向法院重复其观点，并陈述了更多的材料论证外国对等措施的危害性：

① *U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984). 该案涉及美国法律中关于“难民”的相关规定，美国法律在不同条款中分别规定了“有正当理由畏惧”（a well founded fear）和“该外国人受到迫害的可能性大于相反的可能性”（it is more likely than not that the alien would be subject to persecution）。分别见美国《移民和国籍法》（the Immigration and Nationality Act）第243（h）节和第101（a）（42）（A）节。案件争议的焦点在于国会对于这两项不同规定的意图。

② *Agudas Chasidei Chabad of U. S. v. Russian Fed'n*, 128 F. Supp. 3d 242（D. D. C. 2015）.

③ *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816（2018）.

④ *Agudas Chasidei Chabad of U. S. v. Russian Fed'n*, 128 F. Supp. 3d 242（D. D. C. 2015）.

进一步的执行措施,包括查询俄罗斯在美国的资产,有可能促使俄罗斯针对美国资产采取对等措施并以美国法院违反国际法在先作为合法理由……俄罗斯文化部和俄罗斯国家图书馆已经在莫斯科对美国及其国会图书馆提起民事诉讼,寻求返还1994年借给国会图书馆的7本书。^①2014年5月,莫斯科法院作出判决,命令美国及其国会图书馆返还这些书籍,并在未履行判决前以藐视法庭处每日5万美元民事罚款……2015年11月,俄罗斯总统普京将关于外国国家及其财产在俄罗斯的管辖豁免的法案签署成法……该法含有一项条款,允许俄罗斯法院根据俄罗斯及其俄罗斯财产在外国受到的待遇,在对等的基础上限制该外国国家及其财产的豁免。^②

美国联邦巡回上诉法院在上述“库马尔诉苏丹案”^③中拒绝接受美国政府提出的法律解释后,在基于类似事实的“苏丹共和国诉哈里森案”^④中,美国政府提出的法律解释向联邦最高法院提出了相同的法律解释。联邦最高法院接受了美国政府的法律解释,认为《外国主权豁免法》不允许美国原告向被告国驻美国大使馆邮寄以该国外交部长为收件人的诉讼文书,作为对该国的送达。

在严格的法律意义上,美国政府依其对外政策作出的法律解释,不是法官裁判国家豁免案件的法律依据。但如上述,政府“合理而具体”^⑤的法律解释可能被法官采纳,从而成为法官自己的法律解释,并进而成为法官裁判国家豁免案件的法律依据。沿政府对外政策、政府法律解释、法官法律解释、法官判案依据这一路径,可将美国政府对外政策间接视为美国国家豁免法的渊源。

上述美国政府对外政策均为不分国别的一般政策,相应的法律解释也不针对任何特定国家。在美国与俄罗斯、苏丹、伊朗双边关系不佳的情况下,美国政府的上述法律解释客观上分别有利于俄罗斯、苏丹和伊朗。

(二) 国别政策在国家豁免案件法律适用中的意义

1. 美国政府国别政策对国家豁免案件的影响概说

在国家豁免案件中值得重视的不限于美国政府不分国别的一般对外政策,针对特定国家的国别政策同样值得关注。

① 俄罗斯国家图书馆1994年借给美国国会图书馆的7本书是恰巴德向俄罗斯索还的古籍的一部分,已由美国国会图书馆移交恰巴德。尽管说是临时移交给恰巴德的,但恰巴德迄今未将这7本书交还美国国会图书馆。因此,美国国会图书馆几乎没有可能向俄罗斯归还这7本书。见美国国际法协会官网: <https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/8/reviewing-agudas-chasidei-chabad-v-russian-federation-et-al-dispute>。

② 俄罗斯《外国国家及其财产在俄罗斯联邦管辖豁免的联邦法》(The Federal Law on Jurisdictional Immunity of a Foreign State and a Foreign State's Property in the Russian Federation)第5条规定了对等原则:如果外国限制俄罗斯的管辖豁免,则可以限制该外国的豁免。为此,要求俄罗斯外交部就俄罗斯联邦在外国享有管辖豁免提供信息。美国政府就“恰巴德诉俄罗斯案”向法院提交的这项法庭之友文件见美国国务院官网: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/27-U.S.-statement-of-interest-in-Chabad.pdf>。

③ *Kumar v. Republic of Sudan*, No. 16-2267 (4th Cir. 2018)。

④ *Republic of Sudan v. Harrison*, 587 U.S. ___, 203 L. Ed. 2d 433, 139 S. Ct. 1048 (2019)。

⑤ *FG Hemisphere v. Democratic Republic of Congo*, 637 F.3d 373 (D.C. Cir. 2011)。

从历史上看,早在美国国家豁免制度奠基时期的“交易号案”^①就体现了美国政府的国别政策。宾夕法尼亚州联邦检察官达拉斯(Dallas)代表美国政府向一审法院表示:“美国和法国皇帝兼意大利国王拿破仑之间和平、友好。根据万国法和美国法律,该皇帝和国王的公共船只可以自由驶入美国港口,并可按其意愿离开,不受扣押、逮捕或骚扰。”意即“交易号”的豁免权与美法之间的“和平、友好”关系有关。联邦最高法院判决承认法国军舰的豁免权。除各项法律理由外,马歇尔首席大法官撰写的判决书也承认:本案涉及“美国和法国之间的政治关系”。

法院对美国政府国别政策的重视贯穿了美国国家豁免法的整个绝对豁免论时期。近200年后,联邦最高法院在2010年的“萨曼塔尔诉尤赛夫案”^②中如此陈述绝对豁免论时期国别政策的影响:“自1812年‘交易号案’到1952年之前,(美国)国务院所遵循的通常做法是,对于针对友好主权者的所有案件,均请求(法院给予)豁免。”

除了承认友好国家的绝对豁免,也有相反的实例,即基于国别政策拒绝承认特定国家依当时美国所持绝对豁免论本可享有的豁免权。例如,美国国务院1949年4月27日发布题为《美国法院对于可辨认的、涉及纳粹强制转移财产的案件之管辖权》的第296号新闻公报,表示“关于美国法院对于这些纳粹官员行为有效性的管辖权,行政部门的政策是取消一切限制。”即完全取消纳粹官员行为的豁免权(这与“德国诉意大利管辖豁免案”中国际法院的观点正相反)^③。第296号新闻公报被美国法院在多起针对纳粹德国的案件中用作裁判的法律依据,^④甚至在半个多世纪后的“奥尔特曼诉奥地利案”中,美国法院仍认为奥地利纳粹政府行为的豁免权亦已被上述第296号新闻公报取消。^⑤

改持限制豁免论后,美国法院依然重视政府的国别政策,联邦最高法院表示:在《泰特公函》时代,“在决定是否及如何适用‘限制’主权豁免论时,我们法院意识到行政机关在对外事务方面具有专业知识,就严重依赖这一机关的意见。”^⑥

进入《外国主权豁免法》时期后,美国政府国别政策产生影响的法律环境发生了根本性变化。美国政府在起草《外国主权豁免法》的过程中,美国律师协会代表在国会听证会上表示支持这项立法,因为“决定一项特定的诉因是否源于商业或非商业活动(的权力)属于法院……国务院作为一个政治和决策机关,在不带感情色彩地决定商业/非商业及相关事项时,不是合适的机构”,^⑦即反对美国政府的国别政策影响国家豁免案件的裁判。

美国律师协会的立场与美国国会立场相契合。国会认为:

其制定《外国主权豁免法》的主要目的就是将对主权豁免的决定从行政机关移到司法

① *The Schooner Exchange v. McFadden*, 7 Cranch 116, 3 L. Ed. 287 (1812).

② *Samantar v. Yousef*, 130 S. Ct. 2278 (2010).

③ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

④ *Bernstein v. N. V. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij*, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954). 在该案中,美国法院原拟承认纳粹德国的行为有豁免权,但美国国务院1949年4月27日发布题为《美国法院对于可辨认的、涉及纳粹强制转移财产的案件之管辖权》(Jurisdiction of United States Courts Re Suits for Identifiable Property Involved in Nazi Forced Transfers)的第296号新闻公报后,法院改判可对纳粹德国的行为行使管辖权。

⑤ *Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

⑥ *Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne International Drilling Co.*, 137 S. Ct. 1312 (2017).

⑦ 见美国国会1976年6月2日和4日关于《外国主权豁免法》的听证会记录。

机关，以此减少决定主权豁免时的对外政策影响，并且对诉讼各方保证，这些往往具有关键意义的决定是基于纯粹的法律理由并通过确保正当程序的流程作出的……美国的豁免实践将会与几乎所有其他国家一样，主权豁免决定排他地由法院作出，而不是由外交部门作出。^①

由此取消政府国别政策“这一因素暗藏的影响力 (hidden influence)”^②

但授权法院不分国别、对所有被诉国统一适用1976年《外国主权豁免法》，并不能消除国家豁免案件固有的外交属性，国别政策在国家豁免案件中的作用仍难回避。正如联邦最高法院在1983年“尼日利亚中央银行案”^③中所述：“在我国法院起诉外国主权者的案件提出了关系到美国对外关系的敏感问题。”

从法理上讲，美国政府针对特定被诉国的国别政策与《外国主权豁免法》不区分被诉国的普遍适用性之间存在矛盾 (tension)。在实务中，美国通过两种路径解决这一矛盾：一是立法授权，二是法律解释。

2. 政府国别政策依据立法授权影响国家豁免案件

美国国会制定法律允许依政府国别政策对不同国家适用不同的豁免制度，始于“恐怖主义例外”。

1986年，美国空袭利比亚，造成数以十计的平民伤亡。1988年“洛克比空难”导致美国客机和英国地面共200余人遇难，美英指控利比亚应对此事负责。1994年，“洛克比空难”部分遇难者家属在美国法院起诉利比亚。^④利比亚出庭应诉，根据《外国主权豁免法》主张豁免，美国法院判决承认利比亚的豁免。在此背景下，为了解决“美国公民在境外遭受酷刑或被杀害，根据美国现行法律无法在美国法院起诉外国主权者”^⑤的问题，美国国会1994年试图为《外国主权豁免法》增加“恐怖主义例外”，但美国政府反对这一法案。1996年，国会再度提出“恐怖主义例外”法案，并同意其仅适用于美国国务院指定的“支持恐怖主义国家”。

将一些国家指定为“支持恐怖主义国家”是美国国别政策的一项重要内容。以朝鲜为例，美国指控朝鲜应对1987年韩国客机在印度洋上空发生爆炸一事负责，并于次年将朝鲜列入支持恐怖主义国家名单。在2003年开始的关于朝鲜半岛核问题的六方会谈上，朝鲜要求将其从支恐国家名单中删除。在六方会谈2007年2月《落实共同声明起步行动》声明中，美国承诺“将启动不再将朝鲜列为支恐国家的程序”，以换取朝鲜“关闭并封存宁边核设施”。^⑥次年6月26日，朝鲜正式承诺将于次日开始对宁边核设施冷却塔实施爆破。同日，小布什总统启动法律程序，将朝鲜从支恐国家名单中删除。2017年11月20日，特朗普政府重新指定朝鲜为支恐国家。美国媒

① H. R. Rep. No. 94-1487 (1976).

② U. S. Department of State, *Digest of United States Practice in International Law 1977*, p. 1018.

③ *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480 (1983).

④ *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 886 F. Supp. 306 (E. D. N. Y. 1995).

⑤ 美国国会研究部2008年8月8日报告：*Suits Against Terrorist States by Victims of Terrorism*。当时被美国国务院指定为支持恐怖主义国家有古巴、伊朗、伊拉克、朝鲜、利比亚、苏丹和叙利亚。

⑥ 中国新闻网：《六方会谈共同文件：落实共同声明起步行动》，<http://www.chinanews.com/gj/xwbj/news/2007/02-13/874336.shtml>。

体认为，这是为了对“平壤的核武器项目施加压力”。^①可见，美国政府将朝鲜等国列入支恐国家名单、从名单中删除、再列入名单，起作用的主要是美国国别政策，而不是通常意义上的“恐怖主义”问题。

美国国会将“恐怖主义例外”限定适用于支恐国家后，这一“例外”为美国政府实现针对特定国家的国别政策提供了法律工具，美国政府就不再阻挠国会制定“恐怖主义例外”。对此，美国国务院前法律顾问贝林格曾向美国国会表示：“1996年为《外国主权豁免法》增设恐怖主义例外，反映了国会和行政部门之间微妙的妥协，它将针对外国政府的诉讼限制在行政部门认定的支恐国家。”^②

除了上述基于国别政策限制特定国家在美国法院豁免权的做法，近年也有基于国别政策“恢复”特定国家豁免权的实例。^③美国公民贝蒂（Beaty）在萨达姆政权期间依“恐怖主义例外”在美国法院起诉伊拉克。美军攻入伊拉克、萨达姆政府倒台后，美国国会2003年4月制定《战时紧急补充拨款法》（Emergency Wartime Supplemental Appropriations Act），授权总统决定不再将部分美国法律适用于伊拉克。同年5月，小布什总统依该法决定，美国法律中所有因伊拉克曾经支持恐怖主义而对其适用的条款“不再适用于伊拉克”，包括恢复伊拉克被美国“恐怖主义例外”剥夺的豁免权。但贝蒂执意继续推进诉讼。哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院法官罗伯茨（后来担任联邦最高法院首席大法官）在二审判决中认为：“2003年，美国首次遭遇了这样的情势，即一个友好的初创新生政府，因《外国主权豁免法》的‘恐怖主义例外’而被针对旧政权的巨额赔偿而压垮。”联邦最高法院在判决中也认为，判令后萨达姆时期的伊拉克对美国原告作出数十亿美元计的赔偿“可能危及该国的迅速重建”。在此背景下，美国法院支持由政府根据《战时紧急补充拨款法》的授权决定伊拉克的国家豁免问题。联邦最高法院在判决中解释道：继续否认伊拉克的主权豁免、并“允许诉讼继续进行，必然有助于受到伤害的受害者们获得赔偿”，但“将数十亿美元的重建项目转化成对萨达姆若干受害者的赔偿安排，这才是令人费解的……外国主权豁免‘反映的是当下的政治现实和政治关系’。”

从本文聚焦的“法律适用问题”看，上述法律本身不能直接适用于具体案件，还需要政府依其国别政策另行作出决定予以补充，如为1996年“恐怖主义例外”认定特定国家支持恐怖主义，或依《战时紧急补充拨款法》决定恢复伊拉克的豁免权。因此，美国政府依其国别政策针对特定国家所作决定，是法院将这些法律适用于特定国家的前提条件，或者说，政府依国别政策所作决定构成这些法律的组成部分。在此意义上，政府国别政策亦属于“国家豁免案件的法律适用问题”的探讨对象。

① 见《华盛顿邮报》报道：<https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/11/20/north-koreas-on-again-off-again-status-as-a-state-sponsor-of-terrorism/>。

② 美国国会参议院第111—858次听证会记录。网络版见美国“政府信息”官网：<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111shrg64296/html/CHRG-111shrg64296.htm>。值得注意的是，美国国会2016年通过的《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》将“恐怖主义例外”的适用范围扩大到所有国家，不再受美国政府认定的“支持恐怖主义国家”的限制，从而在很大程度上取消了美国政府国别政策的作用，因此，遭到美国政府的强烈反对。2016年9月12日，国会通过了这项法案，奥巴马总统于9月23日否决此项法案，但国会参众两院分别以97：1和348：77票推翻奥巴马的否决，使法案生效成法。考虑到美国在国家豁免法领域仍有部分针对特定国家的法律存在，《对恐怖主义资助者实行法律制裁法》的生效，不影响本文对于这一问题的基本分析框架。

③ *Republic of Iraq v. Beaty*, 556 U. S. 848 (2009).

3. 政府国别政策通过法律解释影响国家豁免案件

国会立法授权政府依其国别政策影响国家豁免案件的情形只针对少数国家。针对其他国家，美国政府的国别政策亦可能产生影响。以“湖广铁路债券案”为例，在该案审理过程中，中美之间的外交互动以及美国政府向法院陈述的国别政策产生了重要影响。

中国出庭应诉前，^①

为了使美方准确了解中方立场，1983年2月中国领导人邓小平在会见美国国务卿舒尔茨时，亲自阐明了中国政府的严正立场，指出中国政府不接受美国法院管辖，表示“这是我们最后的态度”，并把此案提到了两国关系的高度。外交部长吴学谦也向舒尔茨提交了备忘录，陈述了中方基本立场和观点。^②

中国出庭应诉并要求美国法院撤销缺席判决时，美国政府1983年8月18日向法院提交利益声明书，表示从美国对外政策利益出发，美国政府支持中国提出的撤销缺席判决并进行管辖权抗辩的动议。舒尔茨国务卿同时向法院提交的宣誓声明书表示：

允许中华人民共和国出庭将极大地推进美国的外交政策利益；相反，不允许它出庭可能对美国利益带来负面影响。本案，特别是针对中华人民共和国作出的缺席判决，已经构成美中双边关系的重大问题，邓主席（笔者注：指中国中央军委主席邓小平）1983年2月亲口向我提出的交涉、本案整个诉讼期间中方向国务院其他官员提出的交涉以及中华人民共和国在本案中反复递交的外交照会，均清楚地表明了这一点。因此，可以预期，本案得以最终解决的方式将会对美国对华关系的其他重大利益产生影响。^③

美国法院对本案的政治影响也有充分认知。联邦地区法院1984年2月27日同意撤销对中方的缺席判决时表示：“注意到本案管辖权问题较多，并意识到最终判决可能对中美关系产生的深远影响，本法院认为公正和公共利益要求撤销缺席判决。”^④ 联邦巡回上诉法院1986年7月25日二审判决表示：“在我们与另一主权者之间关系的高度敏感领域出现了问题。而与该主权者之间尚可接受的关系是在许多年之后才得以恢复。这些问题不仅影响中华人民共和国的利益，也影响我们国家的（利益）。”^⑤ 在此背景下，美国法院判决认为中国享有国家豁免。

30多年后，中国外交部条约法律司官员集体编写的《中国国际法实践案例选编》一书对此作了如此描述：中美“联合行动取得了较好的效果，成功促使美国法院重新作出了对中国有利的判决”。^⑥

① 在“湖广铁路债券案”中，美国联邦地区法院曾对中国作出缺席判决，判令中国向美国原告赔偿41,313,038美元及案件诉讼费用。因中国没有提起上诉，该缺席判决遂成为终审判决。中方此后向原审法院提出撤销原判的动议，法院同意中方动议后，该案获得第二次一审的机会，法院重新作出判决。*Jackson v. People's Republic of China*, 794 F.2d 1490 (11th Cir. 1986).

② 段洁龙主编：《中国国际法实践与案例》，第36页。

③ *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F.2d 1490 (11th Cir. 1986).

④ *Jackson v. People's Republic of China*, 596 F. Supp. 386 (N. D. Ala. 1984).

⑤ *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F.2d 1490 (11th Cir. 1986).

⑥ 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第394页。

细看“湖广铁路债券案”一审和二审判决书，法院据以裁判案件的依据不是美国政府国别政策，而是美国政府为填补《外国主权豁免法》的一处“缝隙”而提出的法律解释。具体而言，鉴于“《外国主权豁免法》没有包含清楚而无歧义的声明：它有意追溯适用于1952年之间的交易”，^① 美国政府认为1976年《外国主权豁免法》不适用于1952年《泰特公函》以前发生的事件。一审法院和二审法院均接受美国政府这一法律解释，认为中国享有豁免。^②

除了基于国别政策希望法院作出有利于被诉国裁判的情况外，也有美国政府基于国别政策希望法院作出不利于被诉国裁判的实例。如在“欧帕提诉苏丹共和国案”^③ 中，1998年8月7日美国驻坦桑尼亚和肯尼亚大使馆被恐怖分子炸毁，造成数百人死亡和数千人受伤，部分受害者和家属向美国法院起诉苏丹。美国法院一审判决苏丹在本案中不享有豁免，并须赔偿原告总计102亿美元，其中约43亿美元为惩罚性赔偿。苏丹认为美国相关法律没有授权法院在国家豁免案件中对被诉国判处惩罚性赔偿。美国政府法庭之友文件^④ 陈述了对该案的政策考量：

对于（苏丹提出的）这一问题的回答，仅在这些案件中，就会影响到向大约150名美国政府雇员和合同工及他们数以百计的家庭成员支付的数十亿美元的惩罚性赔偿。他们是在履行职责过程中被谋杀或受伤，而他们之所以成为目标是因为他们为美国提供了服务。

在陈述其国别政策后，美国政府也就此案所涉法律问题提出其法律解释：美国法律授权法院在此类诉讼中对被诉国判处惩罚性赔偿。联邦最高法院在判决中接受了美国政府的观点。

美国政府在上述各案中向法院陈述的国别政策分别针对中国和苏丹，但是，为了解决国别政策的特殊性和《外国主权豁免法》的普遍适用性之间的矛盾，美国政府在两案中对《外国主权豁免法》提出的法律解释则具有普遍适用性。即对外政策可“一国一策”，但法律解释需“一以贯之”。如在“湖广铁路债券案”后，美国政府在针对其他国家的案件中维持了《外国主权豁免法》不溯及既往的观点，包括就“奥尔特曼诉奥地利案”向美国法院陈述这一观点，直至联邦最高法院在这一案件中判决认为《外国主权豁免法》可溯及既往。^⑤

如同上述一般对外政策的法理，如果法官采纳政府依其国别政策所作之解释法律并用于裁判

① *Jackson v. People's Republic of China*, 596 F. Supp. 386 (N. D. Ala. 1984).

② 对于法律授权法院自由裁量的事项，美国政府在表态其国别政策时，无需寻找法律“缝隙”、作出法律解释，只需请求法院在行使其自由裁量权时充分考虑美国政府的国别政策。如在“湖广铁路债券案”中，原告律师1984年5月29日向法院提交了一项要求中方提交文件和其他证据的请求，请求附有文件和证据的清单（共19类），并要求中方回答其书面提出的44个问题。中方律师6月25日致函法院，表示在本案中证据开示（discovery）完全没有必要，并且毫无根据，提出这些证据开示请求的目的是滋扰中国政府。6月27日，美国司法部主管官员致函法院，重申美国政府要求法院在此案中尽量减少给美国对外政策造成的困难，尽量尊重外国政府，尽早解决此案的法律问题。法院驳回了原告的证据开示请求。另如，在“帕潘德利欧部长案”中，利比里亚一家旅游公司在美国法院起诉希腊政府多个实体和旅游部长帕潘德利欧，希腊方主张豁免。一审法院根据原告动议签发了证据开示令，对希腊政府若干部长取证，包括录取希腊旅游部长帕潘德利欧的证言。帕潘德利欧部长要求上诉法院判令一审法院取消证据开示令。美国政府向法院表示此案“所涉敏感的外交考虑”与美国政府的利益相关，支持帕潘德利欧部长的立场。In *re Papandreou*, 139 F3d 247, 252 (DC Cir 1998).

③ *Opati v. Republic of Sudan*, 140 S. Ct. 1601 (2020).

④ 美国政府此项法庭之友文件全文见美国联邦最高法院官网：https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1268/100570/20190521175425666_17-1268%20Opati.pdf。

⑤ *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

案件，该国别政策即通过法律解释的传导间接构成美国国家豁免法的法律渊源。

4. 国别政策与美国政府介入国家豁免案件的意愿

国别政策不仅影响美国政府就国家豁免案件具体法律问题向法院提出何种法律解释，也影响美国是否愿意针对特定国家的豁免案件向法院提出法律解释。

如在“卡尔·马克公司诉苏联案”^①中，美籍债券持有人向美国法院起诉苏联，要求偿还沙皇俄国1916年债券。在美方就该案向苏联外交部实施邮寄送达后，苏联外交部1982年5月14日照会美国驻苏联大使馆：“法院邮寄的文件收悉但不予执行……根据国家主权平等原则……苏联享有不受外国法院管辖的豁免权。”在同一照会中，苏联外交部还要求美国政府介入这一诉讼，确保美国法院承认苏联的豁免权。同年10月20日美国驻苏联大使馆就此案对苏联外交部实施外交送达，苏联外交部复照要求“美国当局立即采取有效措施向苏联提供司法豁免、且法院驳回本案。”但美国政府两次收到照会后均未介入此案，只是表示，在美国，豁免案件由法院而不是由政府审判。鉴于案情重大，主审法官1983年3月主动致函美国联邦检察官，表示“要给美国司法部合理的机会，以便在（国务院）有此建议时，代表美国政府介入这一在国际关系上有明显重要性的事项。”美国政府依然没有介入。1986年3月31日，美国法院就本案对苏联作出缺席判决。次年3月30日，苏联聘请美国律师首次在本案中出庭，要求法院撤销缺席判决。5月27日，美国国务院向法院提交法庭之友文件，强调案件对于美苏关系的重要性，请求法院撤销缺席判决，重审此案。然而，法院判决书显示，在该案重审过程中，美国政府未像在“湖广铁路债券案”中那样，为支持苏联的豁免主张而出具法庭之友文件并派员出庭。

“湖广铁路债券案”和“卡尔·马克公司诉苏联案”案情相似，且均发生于冷战高峰时期。这一时期，正值苏军入侵阿富汗、美国支持阿富汗抗苏并抵制莫斯科奥运会。这一时期也见证了中国打开国门和中美建交后两国关系相对稳定的发展。有理由认为，美国政府对两案的不同态度是其对中苏两国的不同国别政策所致。

美国对“莫里斯诉中国案”^②的态度也不同于“湖广铁路债券案”。该案原告通过《海牙送达公约》对中方实施送达后，中方即向美国政府表明了绝对豁免的原则立场。美国国务院对中方实施外交送达后，

中国政府进一步加大交涉力度，敦促美国政府重视此案，采取有效措施，促使法院撤销此案。2006年2月底，时任外交部条约法司司长刘振民赴美国与美国国务院法律顾问磋商。3月上旬，时任外交部长李肇星致信美国国务卿赖斯，阐明中国关于“主权豁免”和“恶债不予继承”的立场……强调此案处理不当将对中美关系造成不利影响，敦促美国国务院介入此案。4月12日，中国外交部向美国国务院递交了法律备忘录……再次要求美国政府切实负起责任，避免事态恶性发展损害中美关系。^③

对于中国政府上述高密度、高层次外交交涉，尽管美国政府“表示认识到此案对中国国家

① *Carl Marks & Co. v. Union of Soviet Socialist Republics*, 841 F.2d 26, 27 (2d Cir. 1988).

② *Morris v. People's Republic of China*, 478 F. Supp. 2d 561 (S. D. N. Y. 2007).

③ 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第389—390页。

利益的严重危害”，但仅“同意‘密切关注’此案，将视案件进展考虑可能采取的行动。”^① 美方另“鼓励中方自行委托律师出庭解决纠纷”。“中方对美方立场予以驳斥，指出美方不能以所谓‘三权分立’为由逃避政府在处理国际关系上的责任”。但是，美国政府始终未像“湖广铁路债券案”那样介入此案。^②

“莫里斯诉中国案”发生时，冷战已成历史，中美苏（俄）大三角战略关系发生了根本变化，美国对华政策因此调整。有理由认为，美国对“莫里斯诉中国案”和“湖广铁路债券案”的不同态度，与美国对华政策的这一调整有关。

（三）美国政府的对外政策与应诉国政府的外交交涉

发生国家豁免案件后，应诉国政府可能会对美国政府提出外交交涉。这样做的意义有二：一是单纯向美国政府表达应诉国的国家豁免立场，即通过外交途径阐述豁免主张；二是促使美国政府向法院提出有利于应诉国豁免主张的法律解释。

能否通过外交交涉促使美国政府向法院提出有利于应诉国豁免主张的法律解释，在相当程度上与美国政府的对外政策有关。其中一般对外政策往往影响美国政府是否愿就国家豁免案件的特定法律问题向法院出具法律解释，国别政策往往影响美国政府是否愿为特定国家向法院出具法律解释。^③ 理论上讲，两者重叠时，即无论出于一般政策还是国别政策，美国政府都有需要时，往往会向法院出具法律解释。两者仅有一时，美国政府是否向法院出具法律解释具有不确定性。如果两者皆无，应诉国往往不易推动美国政府向法院出具法律解释。^④

因此，需要在司法和外交的复合语境中筹划应诉国的外交交涉，既研究美国政府的一般对外政策及据此可能提出的法律解释，也研究美国政府的国别政策及据此可能提出的法律解释。

结语：依何标准判断在案件中是否存在国家豁免

国家主权豁免是国际法的重要原则。目前这一领域呈绝对豁免论和限制豁免论并存态势，其中中国持绝对豁免立场，西方国家均持限制豁免论。在此情势下，发生国家豁免案件时依何标准判断是否存在国家豁免？法律适用问题因此成为妥善应对国家豁免案件的关键之一。

发生国家豁免案件时，基于其司法和外交双重属性，在外交层面，两国政府将分别陈述各自

① 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第390页。

② 中华人民共和国外交部条约法律司编著：《中国国际法实践案例选编》，第395页。

③ 在实务中，还有一层因素需要考虑，即美国政府的对外政策并非完全基于国别，对于同一国家的不同案件，也可能会有不同的政策考量。以“政府官员豁免”案件为例，美国政府的政策往往也受到其对涉案具体官员态度的影响。囿于篇幅，本文仅分析到“国别政策”这个层次，不再分析国别政策范畴内针对不同豁免案件的特殊政策。

④ 美国政府向法院出具对被诉国不利的法律解释，通常不是被诉国外交交涉的结果，而是美国政府出于其对外政策主动采取的行动。但实践中也有被诉国提出外交交涉后，美国政府的态度的实例。如在“第一富达银行诉安提瓜和巴布达案”中，安提瓜和巴布达驻联合国大使以“安提瓜和巴布达常驻联合国代表团”的名义向美国第一富达银行借款。发生争议后，安提瓜和巴布达政府向美国法院主张豁免，理由是其大使的借款未获政府授权，系其私人行为，不属于政府的“商业行为”，美国法院就此对安提瓜和巴布达政府行使管辖权不符合《外国主权豁免法》“商业活动例外”的规定。安提瓜和巴布达政府提出上诉时，曾要求美国国务院向法院出具法庭之友文件，以支持其豁免主张。美国国务院法律顾问不但拒绝出具法庭之友文件，还非正式地表达了对原告有利的观点。*First Fidelity Bank v. Government of Antigua Barbuda*, 877 F.2d 189 (2d Cir. 1989).

的国际公法立场；在司法层面，法院将依其国际私法规则适用法院地国的国家豁免法。如在持限制豁免论的国家被诉，即使被诉国持绝对豁免论，法院裁判案件时将适用限制豁免论。改革开放以来，中国在外国法院特别是在美国法院面临的国家豁免案件，均属这一情形。

中国政府在美国法院各涉华国家豁免案件中有权依绝对豁免论与美国政府进行外交交涉、在舆论战中向受众传递绝对豁免立场、并在选择出庭应诉时向美国法院主张绝对豁免。另一方面，美国法院不会因中方的外交、舆论和法律行动而在裁判涉华案件时适用中国法律或中国的国际法立场，而是仍适用美国的国家豁免法。面对这一现实，要赢得美国法院涉华国家豁免案件，在坚持绝对豁免立场的同时，还需在美国国家豁免法中发掘出并利用好可支持中方豁免主张的内容。

美国国家豁免法主要是1976年《外国主权豁免法》，同时也体现于众多司法判例之中。美国有“法官造法”的传统，法官审理案件时依其法律意识的指引解释法律，以填补法律的解释空间，并据以裁判案件。美国政府也基于其对外政策（包括一般政策和国别政策）作出法律解释，获法官接受后成为裁判案件的依据。美国国家豁免法存在不少解释空间，因此，在应对美国法院的国家豁免案件时，既要重视研究美国的成文法和判例，也要重视研判法官的法律意识和政府的对外政策，以最大限度地调动一切有助于有效应对国家豁免案件的法律和外交因素，全力维护我国合法权益。

Study on Application of Law in Cases of State Immunity: Discussion in the Compound Context of Judicature and Foreign Affairs

Sun Ang

Abstract: The principle of state immunity in international law shows the reality of coexistence of absolute immunity doctrine and restricted immunity doctrine. The applicable law, i. e. the criteria to determine state immunity, thus become one of the key issues in dealing with state immunity lawsuits. At diplomatic level, the defendant state and the state of forum will express their respective positions of public international law, whilst at judicial level, the court will apply the law of the forum in accordance with its rules of private international law. If sued in a state which adopted the doctrine of restricted immunity, court will apply that doctrine when deciding the case, even if the defendant state holds the doctrine of absolute immunity. This has been the case in all the lawsuits of state immunity that China has faced in the US courts since the reform and opening up. In this regard, China has the right to lodge diplomatic representations with U. S. based on the doctrine of absolute immunity, convey its position of absolute immunity to the audience in public relation campaigns, and claim absolute immunity in U. S. court if choosing to appear in court, as well as make best use of U. S. statute and case law, to support immunity claims. When there are gaps in U. S. law, it is necessary to study the legal consciousness and the foreign policy, including general policy and country-specific ones, which may be employed by judges and U. S. government respectively in their interpretation of law.

Keywords: State Immunity, *Foreign Sovereign Immunities Act*, Application of Law, Judicial Lawmaking, Foreign Policy

（责任编辑：李庆明）