

论当代中国的国家豁免政策选择

叶 研*

摘 要：国家豁免是国际社会公认的习惯国际法原则，具有国内法和国际法、法律和政治外交的双重对立统一性。受对等原则的制约，各国在制定本国的国家豁免政策时应综合考虑国内国外两种环境，从本国国情出发，在国际社会的国家豁免博弈中作出对本国利益最大化的政策选择。中国长期的司法和立法实践证明，除“自愿接受”和适用“对等原则”这两种情况外，中国在国家豁免问题上坚持国家在他国法院享有绝对豁免，国有企业在他国法院一般不享有豁免，即“限制的绝对豁免”。限制豁免对于保障极少数私人的诉权和市场经济下的公平竞争秩序仅具有很小的理论象征意义，无法满足中国当前所处的国际政治外交和经济环境的基本需求，不但会使中国丧失在境外主张国家豁免的国际话语权和法理基础，还可能给中国带来不必要的外交纠纷，影响“一带一路”倡议的实施，损害中国的国家尊严，给中国现行司法系统带来重大挑战。无论是同国际社会接轨，维护中国对外开放的国际形象，还是中国已签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的事实，都无法成为当代中国采取限制豁免的合理理由。限制豁免是中国在国际社会国家豁免博弈中的较差选项，而中国长期以来坚持的“限制的绝对豁免”才是当代中国国家豁免政策的最优选择。中国应尽快通过立法对“限制的绝对豁免”予以确认，并通过相应的制度设计，扬长避短，使其更好地服务于当前中国的外交大局。

关键词：国家豁免 限制的绝对豁免 限制豁免 外交政策 对等原则 滥诉

中国从未进行过系统的国家豁免立法，对于实践中遇到的国家豁免纠纷主要通过外交途径解决。尽管中国理论学界长期以来致力于推动中国采纳限制豁免，但中国在外交实践中采纳的仍然是黄进教授所称的“已经改变了的绝对豁免理论”。^①中国的国家豁免研究目前亟需回答两个关键问题：第一，中国应当采取何种国家豁免政策？第二，中国是否应当进行以及如何进行国家豁免立法？本文将尝试从法律、政治、经济和文化角度对第一个问题进行分析，并对第二个问题提出初步方案和建议。

* 北京大学法学博士，西南政法大学国际法学院兼职教授，中国石油国际勘探开发有限公司高级经济师。本文是教育部重大攻关课题“对‘一带一路’沿线国家投资风险监测预警体系研究”（19JZD053）阶段性成果。感谢北京大学李鸣教授、中国国际法学会黄进会长和北京大学陈一峰副教授在主权豁免当代外交实践问题上给予的指导。本文仅代表作者个人观点，文责自负，作者邮箱：yeyan@pku.edu.cn。本文中所有网络资源最后访问时间均为2021年12月20日。

① 参见黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，中国政法大学出版社1987年版，第272—273页。

一 国家豁免及其中国实践

国家豁免（又称主权豁免），是指国家根据国家主权和平等原则不接受他国管辖的特权，是一项国际社会公认的习惯国际法原则，主要包括诉讼豁免和执行豁免两个方面。^①

（一）国家豁免概述

在国家豁免的发展历史上，一直存在着绝对豁免和限制豁免两种理论和实践。绝对豁免认为，国家及其财产的绝对豁免基于主权国家的独立、平等和尊严，国家所有的域外行为都是主权行为，不受他国法院管辖，除非该国自愿放弃该豁免权。^②一般认为，绝对豁免同身份相关（immunity *ratione personae*），国家凭其身份就可以在他国法院享有完全的豁免权。限制豁免同行为相关（immunity *ratione materiae*），这种行为被分为“统治权行为”（*acta jure imperii*）和“管理权行为”（*acta jure gestionis*），前者属于国家履行政府职能的公法行为，在他国法院享有绝对豁免，后者是具有民商事属性的私法行为，不应享有豁免，这种行为一般被认为包括商业行为、侵权行为等。^③19世纪初，几乎所有国家都赞同绝对豁免。^④进入20世纪，由于国营船队和国营贸易机构开始直接涉足商业活动，一些西方国家为了保护本国实体经济利益，开始从绝对豁免向限制豁免过渡，但绝对豁免在世界范围内仍然占据优势地位。第二次世界大战后，社会主义国家国营垄断经营和贸易增加，非殖民化运动后外国投资者在发展中国家的投资遭到征收和损害的情况也一再出现，为给自由经济下的私人经济主体提供公平的竞争环境，欧美发达资本主义国家开始全面转向限制豁免。^⑤2004年联合国大会通过了以限制豁免为原则起草的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《公约》），这被认为是国际社会从绝对豁免向限制豁免过渡的标志性事件。^⑥2011年的一项研究显示，全球被调查的118个国家中的75个都已经采取了限制豁免，该调查认为目前仍坚持绝对豁免的国家包括中国、印度、印尼、塔吉克斯坦等，^⑦但学者们一般都认可限制豁免仍未成为普遍接受的国际法规则。^⑧

（二）国家豁免的双重对立统一性

国家豁免具有国际法和国内法的对立统一性。国家豁免是一项习惯国际法规则，各国在国际

① Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Psychology Press, 1997), p. 118.

② 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》（以下简称龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》），北京大学出版社2005年第2版，第26—27页。

③ Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 32–35.

④ 黄进：《国家及其财产豁免问题研究》，第51页。

⑤ 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第47、60—67、76—79、80—106、335—336页。

⑥ See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2015), pp. 441, 457–458.

⑦ See Pierre-Hugues Verdier and Erik Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 (2) *International Studies Quarterly* 209, pp. 214, 220.

⑧ 参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第339页；Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, pp. 163–164；Gerhard Hafner, Marcelo Kohen and Susan Breau (eds.), *State Practice Regarding State Immunities/La Pratique des Etats concernant les Immunités des Etats* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2006), pp. 27–29.

法层面应当尊重他国的豁免权。但与此同时，国家豁免又具有强烈的国内法属性，“是国际法原则在地方法院的适用……案件受理法院所在国的法律决定了其具体的适用范围和方式”，^① 具体体现在以下几个方面。首先，目前国际社会并未形成统一的国家豁免规范，各国的国家豁免政策完全由本国的立法机关自主决定，并由本国司法机关予以实施。^② 其次，国家豁免在本质上是国家之间在管辖权问题上的互惠和利益交换，一个国家在制定本国的国家豁免政策时，要充分考虑他国国内法关于国家豁免问题的规定，以作出对本国最有利的选择。最后，各国法院（尤其是采取限制豁免国家的法院）在判断外国国家和国有企业是否享有国家豁免时，也要直接考虑他国国内法的相关规定。例如，在“苏联新闻社案”中^③，美国法院在判断苏联新闻社是否构成苏联的政府机构进而有权主张豁免时，就援引了苏联宪法中关于苏联新闻社的规定，认定苏联新闻社有权主张豁免。国际法委员会认为“国家豁免的特殊性在于它处于国际法与国内程序法的交汇点”，^④ 有学者也认为国家豁免的国际法和国内法双重属性会使该问题复杂化，并加剧法律冲突。^⑤

国家豁免具有法律和政治外交的对立统一性。尽管国家豁免首先表现为国际法问题，但国家豁免被普遍认为是“政府无法彻底回避的、有关外交关系的政治敏感问题”，^⑥ 处理不当会给“法院地国和有关外国之间的外交关系带来严重的后果”。^⑦ 各国政府也接受此观点，例如中国政府就明确表示国家豁免“既是一个法律问题，又是一个涉及国家对外关系的政策问题”。^⑧ 国家豁免的政治外交性主要表现在两个方面。一方面，各国的国家豁免政策选择实践要符合本国的政治外交需要。例如，随着美国政治外交需求的变化，美国在 20 世纪 50 年代对外主张绝对豁免，60 年代根据法院地国的立场来决定是否主张豁免，70 年代后基本根据《泰特公函》（Tate letter）确立的限制豁免立场来决定是否提出管辖豁免要求。^⑨ 而且各国在选择本国的国家豁免政策时，还要考虑外国国家豁免政策可能对本国政治外交带来的影响，这是一个受对等原则客观支配的双向政治外交选择过程。另一方面，各国的国家豁免司法实践也会受到政治外交的影响。在美国颁布《泰特公函》并采纳限制豁免后，美国国务院仍经常建议法院授予外国国家豁免，即便是在美国颁布 1976 年《外国主权豁免法》并将审理此类案件的权力交由法院行使后，这种实践仍在继续。^⑩ 例如在“湖广铁路债券案”中，美国政府向法院出具了对中国有利的“利益声明”，而美国法院也认为自己应当为了公共利益对该案进行一定的自由裁量，因为“不这样做会对重要且微妙的中美关系带来不利影响”。^⑪ 在国家豁免的执行问题上，意大利、加拿大、希腊和阿根廷

① Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, p. 1.

② Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 42 - 44, 124 - 127.

③ *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp. 849 (S. D. N. Y. 1978).

④ Burkhard Heß, “The International Law Commission’s Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property”, (1993) 4 *European Journal of International Law* 269, p. 271.

⑤ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, p. 1.

⑥ 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第 122 页。

⑦ Hersch Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, (1951) 28 *British Year Book of International Law* 220, p. 243.

⑧ 李飞：《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》（以下简称李飞：《2011 年 8 月 24 日说明》），载《全国人民代表大会常务委员会公报》2011 年第 6 期，第 587 页。

⑨ 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第 99 页。

⑩ 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第 81—83 页。

⑪ Suzanne M. Nora, “Sovereign Immunity and the PRC”, (1984) 3 *International Financial Law Review* 33, p. 34.

廷等国更是直接通过立法授予了行政部门执行决定权。^① 建立在分权理念上的西方国家之所以在国家豁免问题上给予行政权介入司法权的空间，就是因为国家豁免具有强烈的政治外交属性，固化的法律规定并无法有效灵活保护本国的政治外交利益，应允许行政机关介入司法机关审理的个案。^②

（三）国家豁免中的对等原则

国际法上的对等原则又称互惠（Reciprocity）原则，要求“国家基于特定国际法规则提出主张，也必须遵守此规则”。^③ 对等原则在国家豁免问题上主要体现在两个方面：

一方面，对等原则客观存在于国家豁免的实践中。如果一个国家持续性采取绝对豁免，就意味着该国法院无权受理以他国为被告的案件，但该国同时也获得了向他国主张自己同样享有绝对豁免的话语权利、或是在他国不给予自己豁免的情况下进行报复的权利；如果一个国家采取了限制豁免，就意味着该国法院在特定情形下可以受理以他国为被告的案件，但对于他国在同样情形下受理的以该国为被告的案件，该国无权再提出国家豁免的主张。各国的国家豁免实践在客观上都受制于对等原则，例如美国法院就认为，美国在处理国家豁免问题时要谨慎，以避免“遭到他国的报复措施……（因为）美国自身也有着广泛的海外利益”。^④ 俄罗斯在2018年“民主党诉俄罗斯案”给美国的“豁免声明”中也警告称，“美国从其在全球外国法院享有的国家豁免中获益巨大……国家豁免是‘自我利益的互惠’……美国法院应当拒绝受理（针对俄罗斯的）该案件，否则美国就将失去其所依赖的在外国享有的国家豁免的保护”。^⑤

另一方面，各国立法和实践会直接规定和适用对等原则。英国《国家豁免法》第15条规定，如果外国授予英国的豁免权低于英国给予该国的豁免权，则英国可以对该外国在英国享有的豁免予以限制。加拿大、新加坡、巴基斯坦、南非等国的国家豁免立法也都存在类似规定。^⑥ 相比较采取限制豁免的国家而言，对等原则对于采取绝对豁免的国家具有更重要的意义。国际法委员会的调查问卷显示，采取绝对豁免的国家如俄罗斯、阿根廷、巴西和委内瑞拉等也往往明确采纳对等原则，^⑦ 中国2005年《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条也有同样规定。此外，一些涉及国家豁免问题的国际公约也会直接规定对等原则，^⑧ 一些国家也会通过司法实践来确认国家豁免问题上的对等原则。^⑨

① 刘元元：《国家财产执行豁免问题研究》，厦门大学出版社2015年版，第26—27页。

② 李适时：《美国行政部门在国家豁免实践中的作用与影响》，载《外交学院学报》1984年第2期，第74—82页。

③ 王欣濛、徐树：《对等原则在国家豁免领域的适用》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2015年第6期，第127—134页。

④ *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 372 U. S. 10, 21 (1963); *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 729 F. 2d 835, 841 (D. C. Cir.), cert. denied, 469 U. S. 881 (1984).

⑤ Ministry of Justice of the Russian Federation, “Statement of Immunity of the Russian Federation on the Russian Federation’s Immunity from the U. S. District Court’s Jurisdiction Under the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act and Other Issues Relating to the Democratic National Committee’s Allegations in Case No. 1: 18 - CV - 3501 (S. D. N. Y.)”, 6 November 2018, para. II (e) and (f).

⑥ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, note 118, p. 520.

⑦ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, p. 148.

⑧ Article 6 of International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-owned Vessels, signed at Brussels, April 10th 1926, signed at Brussels, 24 May 1934.

⑨ 诸如波兰等国家的司法实践参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第115页和第155页。

尽管理论界认可对等原则是国家豁免最重要的原则之一,^①但实践中的国家豁免案件不但数量极少,而且也取决于私人主体诉权的行使,这使对等原则在国家豁免问题上的效果的产生存在着明显的“滞后性”和“不确定性”,这也被认为导致各国的国家豁免实践缺乏重复性和系统性,^②有学者甚至认为“没有任何直接的证据表明(在国家豁免问题上)存在互惠或有效的报复”。^③

(四) 中国的国家豁免实践和“限制的绝对豁免”

中国目前采取的国家豁免政策包括如下两个方面:一方面,在“国家”的国家豁免问题上,中国长期以来“不管辖、实践中也从未处理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件……也不接受外国法院对以我国国家为被告或针对我国国家财产的案件享有管辖权”,^④这种国家豁免政策可概括为中国“既不主动对他国进行管辖,也不接受他国的管辖”,但中国会基于对等原则对外国实施报复,并且在他国同意的情况下有过对外国进行管辖的尝试;另一方面,在“国有企业”的国家豁免问题上,中国政府认为国有企业一般情况下并不享有国家豁免。中国的这种国家豁免政策并非西方传统意义上的绝对或限制豁免,它在本质上属于绝对豁免,但直接排除了对国有企业的适用,在现实经济意义上同限制豁免已经十分接近,有西方学者甚至认为中国的这种国家豁免政策“同限制豁免之间的主要差别仅存在于理论中……中国的实用主义的做法已经导致两者间差异在实践中几近消失”。^⑤

中国这种在长期外交实践中形成的国家豁免政策被黄进教授称为“已经改变了的绝对豁免”,笔者将其英文简称为“限制的绝对豁免”(Restricted Absolute Immunity)。“限制的绝对豁免”认为,除“自愿接受”和适用“对等原则”外,国家在他国法院享有绝对的管辖豁免,国有企业在他国法院一般不享有管辖豁免,但本国签署的国际条约中有特殊规定的除外。由于“限制的绝对豁免”认为“国有企业”不享有国家豁免的主体资格,这同限制豁免在国有企业问题上的规定并不存在原则差异,因此本文将主要讨论“国家”的国家豁免问题。

二 当代中国国家豁免政策选择的关键问题

中国将国家豁免识别为以法律形式所表现的政治外交问题,认为“国家豁免规则或政策属于国家对外事务中的外交事务范畴……外国国家及其财产在一国法院是否享有豁免,直接关系到该国的对外关系和国际权利与义务……国家豁免规则或政策是一种涉及外交的国家行为”,认为“我国采用何种国家豁免原则,涉及我国与外国的关系,涉及我国的国际权利和国际义务,是国家外交事务的重要组成部分”。^⑥当今世界处于“百年未有之大变局”,中国正面临着前所未有的复杂外交环境,国家豁免问题首当其冲:一方面,西方反华势力当前针对中国的诬告滥诉频发,

① Ernest K. Banks, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Springer, 2005), pp. 41–42.

② Francesco Paris and Nita Ghei, “The Role of Reciprocity in International Law”, (2003) 36 *Cornell International Law Journal* 93, pp. 93–123.

③ Pierre-Hugues Verdier and Erik Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 *International Studies Quarterly*, pp. 6, 12.

④ 李飞:《2011年8月24日说明》,第587页。

⑤ *Halsbury's Laws of Hong Kong*, 190.041, n. 17 (2009), LexisNexis online.

⑥ 李飞:《2011年8月24日说明》,第587页。

其首要障碍就是中国在国际法上享有的国家豁免；另一方面，中国同亚非拉国家之间的友好关系在当前只能加强不能削弱，在同这些国家出现经济纠纷时，中国法院是否要直接对其予以强制管辖，这里首先需要解决的也是外国在中国法院享有的国家豁免问题。无论中国采取何种国家豁免政策，都要充分考虑当代中国的基本国情和外部环境，从国际话语权、政治外交、对外经济政策、国家主权、国家安全和司法制度层面综合分析，并对如下关键问题作出妥善回答。

（一）是否会使中国丧失对外主张国家豁免的话语权、法理依据和政治灵活性

中国在国家豁免问题上一直以来的政策是“不接受他国的管辖”，这是中国在长期的外交实践中进行政策选择的结果，其目的是保护中国在外交、政治和经济方面的国家利益。

首先，绝对豁免是中国在西方国家法院主张豁免并保护中国国家主权的第一道话语权防线，也是中国拒绝承认和执行西方国家判决的话语权基础，更是中国在西方国家强行对中国管辖的情况下采取报复措施的话语权武器。如果中国坚持国家享有绝对豁免，就可以继续以国家豁免是一项习惯国际法原则、国家主权不容侵犯、外国法院对中国没有管辖权、对中国的强制管辖是非法和无效的等话语逻辑，拒绝承认外国法院可能对中国的管辖和作出的判决。例如日本在1984年的“菲德力西案”中就以其持有绝对豁免主张为由，直接表示没有义务服从另一国法院的管辖。^①但如果中国接受了限制豁免，对于非政治性案件，中国政府就可能会被外国法院强制管辖，中国外交部认为这会导致“相关国家就可能会对中国及其财产采取对等措施，这会威胁到中国财产的海外安全和利益”。^②对于政治性案件，无论这些案件的事实与理由多么荒谬，中国就等同于在诉讼伊始主动放弃了主张绝对豁免的话语权武器。正如中国当前在美国面临的诬告滥诉案件，如果中国采纳了限制豁免，按照对等原则，这就等同于中国接受了美国法院就此类案件对中国进行管辖的第一层法理基础，中国将不得不赴美国法院应诉，甚至需要对一些恶意抹黑中国的实体问题予以抗辩，以证明自己并不符合美国《外国主权豁免法》所规定的豁免例外情况。这本身就存在着遭受美国“司法不公”的风险。

其次，连续的绝对豁免实践是中国在境外主张国家豁免的法理依据。虽然中国2005年签署了以限制豁免为原则的《公约》，但《公约》目前尚未生效，中国政府也未正式批准《公约》，《公约》中关于限制豁免的规定并不适用于中国，中国当前的“限制的绝对豁免”实践并不违反任何条约国际法的规定。^③国家在外国法院享有豁免权是普遍接受的习惯国际法原则，^④限制豁免在当代并未成为普遍接受的习惯国际法，中国并无习惯国际法下的义务遵守限制豁免。而且，即便限制豁免在未来某一时刻成为习惯国际法，但只要中国一贯且连续地坚持“限制的绝对豁免”，中国届时也可以主张自己构成限制豁免习惯法的“一贯反对者”（persistent objector），^⑤限

① 陈纯一：《国家豁免问题之研究》，中国台湾地区三民书局2000年版，第79页。

② *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC*, FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 211, 5 (4).

③ 但有学者认为，中国在《公约》签署后、批准前的“限制的绝对豁免”实践妨碍了以限制豁免为原则的《公约》“目的及宗旨”，并因此存在着一定的法理瑕疵。See Ding Yilin, “Absolute, Restrictive or Something More: Did Beijing Choose the Right Type of Sovereign Immunity for Hong Kong?”, (2012) 26 *Emory International Law Review* 997, pp. 1019 – 1020.

④ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 33 – 41.

⑤ “一贯反对者”是指一国如果对于一项习惯国际法规则从其形成的最初阶段就表示反对，一直到该规则最终形成和形成之后的现阶段一贯坚持这种反对，该国就是这项规则的“一贯反对者”，相关的习惯国际法规则对其没有拘束力。参见白桂梅：《国际法》，北京大学出版社2015年版，第46页。

制豁免对中国就无法适用，直至中国按照外交政策的需要主动将国家豁免政策调整到限制豁免为止。但如果中国在当前的某一时刻贸然接受了限制豁免，未来就无法再援引对限制豁免的“一贯反对者”身份，这将可能在未来使中国处于被动的境地。以俄罗斯为例，为反制下文提到的“尤科斯案”中欧洲诸国对俄罗斯资产的强制执行，俄罗斯于2015年修改了其绝对豁免政策并颁布了限制豁免立法。在2018年“民主党诉俄罗斯案”中，美国民主党在美国法院起诉俄罗斯通过黑客手段“对美国民主制度进行了无耻的攻击”。^①俄罗斯司法部在向美国法院递交的“豁免声明”中表示，自己享有“习惯国际法下的国家豁免……俄罗斯在该案中享有的国家豁免是绝对的”。^②尽管审理该案的美国法官从美国《外国主权豁免法》的角度认定俄罗斯享有国家豁免，但在国际法层面，俄罗斯此前的限制豁免立法已构成其绝对豁免国家实践的中断，构成法律上的“禁止反言”（estoppel），俄罗斯今后很难再以“一贯反对者”的身份主张绝对豁免，这就给其今后在国际法层面上处理此类问题埋下了隐患。

再者，对于外国对中国政府的强制管辖行为，如果中国采取限制豁免，中国就丧失了采取反措施的权利，只能等待此后出现类似案件时对该国再施以同样的限制豁免措施。由对等原则的“滞后性”和“不确定性”所决定，这一过程可能会十分漫长。然而对于国家豁免案件、尤其是敏感的政治性案件而言，采取及时有效的反措施在外交层面具有高度的必要性。限制豁免不能满足中国外交对于政治灵活性和及时性的要求，可能使中国在国际政治斗争中处于不利境地。

最后，限制豁免在某种程度上是一个“潘多拉的魔盒”，在中国当前所处的外部国际环境下，一旦开启就容易沦为美国等西方国家攻击中国的法律武器。例如美国就在限制豁免原则下设立了“恐怖主义例外”，目前还在尝试推动设立“人权例外”甚至是“疫情例外”，为反华滥诉提供法律空间。尽管美国的此种行径已被国际法院“德国诉意大利案”等案的判决证明违反国际法，^③但这一做法的逻辑前提却正是限制豁免理论。

因此，采纳限制豁免将会使中国失去在国外主张豁免的话语权武器、法理依据和政治灵活性，为美国反华政策提供法律空间。而继续坚持“限制的绝对豁免”则使中国能够在外国对中国强行管辖时，一方面继续持有继续对抗的话语权和法律武器，另一方面又能通过对等原则予以有效反击。在这一点上，“限制的绝对豁免”明显优于限制豁免。

（二）是否会导致中国产生外交纠纷

中国在国家豁免问题上一直以来的政策是“不主动对他国进行管辖”，其目的是为了贯彻我国以对话和协商的方式解决国际争端的外交政策，^④维护良好的对外关系。更有观点认为各国在国际法层面有义务通过《联合国宪章》所认可的诸如谈判等方式来解决纠纷，而非单方面对另

① *Democratic National Committee v. The Russian Federation* (1: 18 - cv - 03501), District Court, S. D. New York.

② Ministry of Justice of the Russian Federation, “Statement of Immunity of the Russian Federation on the Russian Federation’s Immunity from the U. S. District Court’s Jurisdiction Under the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act and Other Issues Relating to the Democratic National Committee’s Allegations in Case No. 1: 18 - CV - 3501 (S. D. N. Y.)”, 6 November 2018, para. I (b) and II (d).

③ Benjamin Nußberger and Victoria Otto, “Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy, Greece Intervening*)”, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, November 2015.

④ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，2017年10月18日。

一国作出有法律效力的决定。^①

长期以来,中国对于运用双边投资保护协定对他国政府提起国际仲裁已是极为慎重。^②例如在“萨努姆投资公司诉老挝案”中,中国驻万象大使馆在案件关键阶段就通过外交照会表示,《中国—老挝双边投资保护协定》“不适用于澳门,除非中老今后对此另有安排”,^③对中国澳门的私人企业就其商业纠纷向老挝政府提起的投资仲裁明确表示不予支持。又如在实践中,中国大陆企业(尤其是国有企业)在提起对他国政府的国际仲裁或诉讼前需要获得中国外交和商务部门的认可或支持,而这种认可或支持的获取难度相当大。中国法院更是从未对他国政府进行过强制管辖,对于外国法院单方面对中国强制管辖的行为,中国也会明确表示反对。^④中国政府的这种立场,很大程度上就是为了避免由于单纯的经济问题引发不必要的外交纠纷。

如果中国采取限制豁免,中国法院将有义务受理私人实体针对其他主权国家提起的诉讼,这不但同中国的外交政策相悖,而且容易将经济问题升级为外交问题。例如在“刚果(金)案”中,中国香港法院对刚果(金)政府的强制管辖直接导致刚果(金)政府向中国政府多次提出了外交抗议,^⑤刚果(金)政府同他国企业之间的商事纠纷演变成了刚果(金)政府同中国政府之间的政治外交纠纷,中国政府在该案中表示,“如果香港对他国采取限制豁免,则这些国家就可能向中央政府提出抗议……并因此影响中国和他国之间的友好关系”。^⑥因此,采纳限制豁免可能会导致中国同他国间产生外交纠纷,而“限制的绝对豁免”由于坚持国家享有绝对的豁免,能够有效避免此类外交纠纷的发生。

(三) 是否会影响“一带一路”倡议的顺利实施

“百年未有之大变局”之下的当代中国处于复杂的国际环境之中,深化“一带一路”倡议对中国极具现实重要意义。“一带一路”沿线国家绝大多数是发展中国家,法治环境有待进一步改善,随着“一带一路”倡议的深化,中国企业在这些国家的投资纠纷也会随之增加。这些国家倾向于将他国就商业纠纷对其的管辖识别为政治外交问题,中国贸然采取限制豁免并对“一带一路”沿线国家实施强制管辖会“影响中国和相关国家之间的交流与合作”,^⑦甚至会导致中国同这些国家之间产生外交摩擦,影响到中国在“一带一路”国家的长期外交政治利益。

在经济层面,中国继续坚持一直以来所秉承的“限制的绝对豁免”并不会对中国经济产生额外的不利影响,但采取限制豁免带来的外交摩擦却可能会直接导致“一带一路”国家对中国企业采取限制性政策。而且,由于“一带一路”国家是中国重要的投资目的国、资源来源国和制成品销售国,在出现由于中国采取限制豁免而导致中国同“一带一路”国家互相强制执行对方资产的极端情

① 孙昂:《国家豁免案件的管辖权问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨(上)》,载《国际法学期刊》2020年第4期,第19—21页。

② 自1990年加入ICSID公约以来,中国企业在ICSID起诉他国政府的案件截至2021年9月30日一共只有8起, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china/investor>。

③ *Sanum Investments Ltd v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, [2016] SGCA 57, Court of Appeals of Singapore, para. 10.

④ 参见叶研:《“限制的绝对豁免”:中国国家豁免的实践特色与立法进路》,载《国际经济法学刊》2022年第1期。

⑤ *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC*, FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 211, 5 (3).

⑥ *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC*, para. 211, 5 (3).

⑦ *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC*, para. 211, 5 (4).

况时, 中国在经济层面遭受的损失也只会更大。对于此类经贸纠纷, 中国可以考虑借助国际仲裁或构建中国特色的“一带一路”纠纷解决机制, 包括在“共商、共建、共享”原则的基础上, 通过双边或多边协定, 灵活运用外交手段予以解决,^① 而非直接对他国政府进行强制管辖。

(四) 是否会损害中国的国家尊严和主权

国家尊严理论是国家豁免的基础理论之一。^② 区别于西方国家在国际关系中强调“法”治, 中国作为礼仪之邦历来强调“礼”治,^③ 并将国家尊严看成是国家主权的重要组成部分。中国目前将国家豁免识别为政治外交问题, 认为外国法院对中国的强制管辖会损害中国的国家尊严和主权。^④ 一些学者认为, 中国被殖民的历史、^⑤ 主权至上的传统文化和社会主义意识形态都是中国在国家豁免问题上采纳绝对豁免的原因。^⑥ 如果中国采取限制豁免, 中国今后就不得不赴其他国家法院进行应诉和答辩, 这一行为本身就同中国外交所追求的国家尊严背道而驰。如若中国任由外国法院对于此类案件进行审理, 将不可避免地影响到中国的国家尊严和主权利益。因此, 采纳限制豁免同中国“维护本国的主权与尊严”的外交原则不符, 而“限制的绝对豁免”由于明确反对外国对我国行使管辖权, 能够有效避免这种情况的发生。

(五) 是否会给中国现行司法制度带来较大挑战

限制豁免对中国现行司法制度的挑战包括两方面: 一方面, 由于国家豁免被中国识别为政治外交问题, 因此中国的司法系统在实践中并不具备独立审理此类案件的客观条件, 外事部门应当充分参与此类案件的处理以最大限度保护中国的国家利益, 但这又会给中国宪法规定的司法机关“独立行使审判权”带来一定的制度性冲击。另一方面, 通过比较法研究可以看到, 各国在限制豁免下受理的以外国政府为被告的案件一般都较为复杂, 并且极具外交和政治敏感性。同时, 限制豁免本身又存在着诸如国家行为的性质难以界定等一系列固有弊端,^⑦ 案件审理需要适用多种语言和多国法律, 对法官的整体素质要求很高, 这会给中国的司法系统带来较大的人力和物力负担。因此, 采纳限制豁免会给中国现行司法制度带来较大的挑战, 而继续坚持“限制的绝对豁免”并禁止中国法院对他国进行强制管辖, 则可以有效避免上述问题的产生。

综合上述分析可以看出, 限制豁免会对中国国家利益造成重大不利影响, 中国长期以来坚持的“限制的绝对豁免”是对当代中国最有利的政策选择。

① 参见林尧初:《完善“一带一路”一站式纠纷解决机制》, 载《人民法院报》2019年8月28日, 第2版。

② Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 16.

③ 参见汤岩:《古代中国主导的国际法: 理念与制度》, 载《中南大学学报(社会科学版)》2015年第5期, 第100—104页。

④ 在“湖广铁路债券案”中, 中国外交部在向美国国务院提交的备忘录中就表示, “将美国国内法强加于中国……是损害中华民族尊严的行为。”参见龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》, 第121—122页。

⑤ 美国政府在“湖广铁路债券案”中给法院的利益声明中就使用了此观点, 参见 *Jackson v. People's Republic of China*, 794 F. 2d 1490, 1494 (11th Cir. 1986), para. III.

⑥ Ferdous Rahman, “Questioning Chinese Government’s Stand for Sovereign Immunity”, (2017) 9 *Transnational Corporations Review* 41, p. 46.

⑦ 即便是支持限制豁免的国际法学者也普遍认同, 限制豁免下管理权行为和统治权行为之间并没有一个明显的界限, 实践中会受到各国法院的任意解读, 容易造成法律冲突, 国际法委员会在《公约》的起草中也将其作为限制豁免尚未解决的主要问题之一。See Crawford, “International Law and Foreign Sovereigns”, (1983) 54 *British Year Book of International Law* 75; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, pp. 4, 33—38.

三 当代中国视角下对限制豁免政策的反思

中国的国际法学者们近年来较多推崇限制豁免立法,^①但当我们从当代中国的特殊国情出发,以政治、经济、外交和法律的复合视角来分析限制豁免,就会发现这些观点在现阶段都需要得到慎重的再评估。

(一) 限制豁免对于保障私人诉权和公平竞争秩序仅具有理论上的象征意义

支持限制豁免的学者认为,限制豁免置国家、个体于同样地位,保障了私人诉权和对私人公平的竞争秩序,有利于促进民事交往。^②但事实上,为保障私人的诉权和公平竞争秩序而在中国采取限制豁免仅具有很小的理论象征意义:

首先,当代以国家为被告的国家豁免案件绝对数量极少,以限制豁免来保障私人诉权和公平竞争秩序的现实经济意义不大。第二次世界大战后导致限制豁免兴起的客观经济环境在如今已发生了重大改变:(1)社会主义国家的国营垄断经营和贸易职能已被现代企业制度下的国有企业完全取代,现在很少有国家会直接参与贸易和商业活动,而目前世界上几乎已经没有哪个国家会为本国国有企业主张国家豁免。20世纪80年代就已有学者认为这种变化使限制豁免要实现的目的已经“不那么有说服力”。^③在中国和各社会主义国家已完成国企改革的今天,通过限制豁免对国家的直接贸易行为进行管辖的经济现实意义已经极低。(2)相比较非殖民化浪潮时期,东道国政府对外国实体投资的直接征收或违约行为在当代已经较少发生,并且几乎都能够得到合同或投资保护协定的有效保护,^④这些合同或投资保护协定往往会规定通过国际仲裁来解决此类纠纷,无需本国法院强行对这些案件进行管辖。龚刃韧教授也认为,战后社会主义国家在资本主义国家法院被诉的案件之所以并不如想象的那么多,是因为这些国家已通过签署双边条约避免了有关纠纷。^⑤而且,对于此种情况下的国际仲裁,中国企业完全可以在采纳限制豁免的第三国强制执行被告国的资产,这不但可以借助于他国的限制豁免规定来实现对中国私人主体利益的保护,而且还不必使中国政府承担强制管辖他国政府的不利外交后果。(3)各国直接对外国私人主体侵权或违约的情况极少发生,被告国家出于形象的考虑一般也会对此类案件积极予以赔偿,但政治类案件除外。实践中,即便被告国家在这极少数的案件中拒绝赔偿,各国也很少会对其进行强制管辖。例如在“朝鲜大使馆案”中,俄罗斯外交部和法院也都以朝鲜使馆享有国家豁免为由拒绝受理原告向朝鲜使馆追索借款的请求。^⑥整体而言,客观经济环境的变化导致以国家为被告的国家豁免案件绝对数量已经极少,为保护私人诉权和公平竞争秩序而采取限制豁免,这在当前

① 有学者统计显示,建议我国采取限制豁免立场的观点已成为学界主流。参见张连举、袁茜:《国家管辖豁免的转向——以“一带一路”工程商业争端为视角》,载《政法学刊》2019年第3期,第36—37页。

② 纪林繁:《不得援引国家豁免的商业交易诉讼研究》,法律出版社2016年版,第250—251页。

③ Wang Houli, “Sovereign Immunity: Chinese Views and Practices”, (1987) 1 (1) *Columbia Journal of Asian Law* 23, p. 30.

④ 当前国际社会有着高效的双边和多边投资保护机制,世界主要经济体都同贸易伙伴之间签署了大量的投资保护条约,例如中国目前有效的双边投资条约有107个,具有投资保护条款的条约有23个,参见联合国贸易和发展会议官方网站, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>。

⑤ 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》,第336页。

⑥ *Oleynikov v. Russia*, Application no. 36703/04, European Court of Human Rights, 14 March 2013.

更多只是具有象征意义。以中国为例，英国和美国是主要采取限制豁免并且同中国这一最大的社会主义国家经济往来密切的国家，经检索两国的法院系统可以发现，自1949年以来，中国同英国之间仅有“两航公司案”这一起国家豁免案件，^①中国同美国之间真正经济意义上的关于“国家”的国家豁免案件也仅有不过十余起，^②实践中中国法院采纳限制豁免并强行受理此类案件的现实经济意义不大。

其次，限制豁免仅能为保障私人诉权和对私人公平的竞争秩序提供效果欠佳的额外保护。实践中，中国企业同东道国政府之间产生纠纷时，相当数量的案件能够通过东道国提起行政复议、行政诉讼、^③或申请中国使领馆提供外交保护等得到解决，因为“任何在国际活动中抱严肃态度的主权国家，都会允许通过正常的外交途径来解决一旦发生的民事争议。”^④在通过上述途径纠纷仍未得到解决的情况下，中国企业还可以选择通过商业合同中约定^⑤或投资保护协定下规定^⑥的国际仲裁的方式获得法律救济，而同意国际仲裁是国际社会公认的国家主动放弃管辖豁免的方式。^⑦这些纠纷解决方式尤其是国际仲裁在当代国际社会中的执行效果要远超中国法院的判决。此外，由于限制豁免在国家公权或私权行为性质的认定问题上并无统一标准，即便是法院强行对外国政府进行管辖，也难以对政府行为的性质作出适当的判断。综上，国际仲裁等机制能够为个人提供比通过限制豁免在本国法院起诉外国政府更加有效的保护。^⑧

再者，当代国际商务实践在很大程度上也排斥国内法院的诉讼。尽管有观点认为法律诉讼存在不可替代的优势，^⑨但从国际商事和法律实务的角度出发，不可否认的事实是，通过国际仲裁解决同国家之间的商事纠纷已成为当前国际经济交往的主要趋势。^⑩对于绝大多数中国企业的涉外投资和贸易而言，由于几乎所有的国际商事合同都会采取国际仲裁作为纠纷解决方式，因此即便中国政府采纳限制豁免并为中国企业提供国内诉讼的渠道，绝大多数案件也无法在中国法院直接提起司法程序。

最后，采纳限制豁免并允许在中国境内起诉他国，对原告而言也绝非好的选择。由于国家豁免在中国被识别为政治外交问题，因此即便中国法院能够受理此类案件，以外国国家为被告的案件在审理中也不可避免地会受到各种法律之外因素的干扰，不但诉讼的时间可能会被延长，其判决结果及执行也会存在巨大的不确定性，而且可能会影响原告诉诸其他救济途径。中国法院目前

① *Civil Air Transport Incorporated v. Central Air Transport Corporation* [1952] 2 All ER 733.

② 参见叶研：《“限制的绝对豁免”：中国国家豁免的实践特色与立法进路》，载《国际经济法学刊》2022年第1期。

③ 参见赵建文：《国家豁免的本质、适用标准和发展趋势》，载《法学家》2005年第6期，第24页。

④ 李双元：《美国1976年〈外国主权豁免法〉所奉行的“限制豁免论”批判》，载《法学评论》1983年第2期，第67页。

⑤ See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 3rd edn, 2010), pp. 286 – 289.

⑥ See Todd Allee and Clint Peinhardt, “Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining over Dispute Resolution Provisions”, (2010) 54 *International Studies Quarterly* 1, pp. 1 – 26.

⑦ 黄进、杜焕芳：《国家及其财产管辖豁免立法的新发展》，载《法学家》2005年第6期，第11页。

⑧ Derek Asiedu-Akrofi, “Central Bank Immunity and the Inadequacy of the Restrictive Immunity Approach”, (1990) 28 *Canadian Yearbook of International Law* 263, pp. 304 – 306.

⑨ 何志鹏：《对国家豁免的规范审视与理论反思》，载《法学家》2005年第2期，第116页。

⑩ See ICSID, “The ICSID Caseload — Statistics (Issue 2020 – 2)”, p. 7, <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>; ICC, “ICC Dispute Resolution 2019 Statistics”, 2020, p. 10, <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>.

受理的4个以外国国家为被告的案件中的3个都以原告的撤诉结案,可见一斑。^①因此,即便中国采纳限制豁免,原告也并无在中国法院起诉他国的强烈动力。

(二) 限制豁免在维护中国对外开放的国际形象方面意义不大却代价高昂

一些学者认为,限制豁免有利于提升中国“对外开放”的国家形象。^②但事实上,采纳限制豁免对于维护中国对外开放的国家形象的意义不大但却代价高昂。

中国采纳限制豁免,在中国法院层面会导致两种结果:第一种是中国私人主体可以在中国法院起诉外国国家,第二种是外国私人主体可以在中国法院起诉外国国家。如果说前者还能够在一定程度上保护极少数中国私人主体仅具有理论象征意义的诉权,那么后者就完全是以中国的外交利益为代价在为国际社会提供公共产品。不可否认,英国当年采取限制豁免的目的是为了争夺国际金融中心的地位和促进外国私人的投资,^③其本质上就是在向国际社会提供限制豁免这一公共产品,以获得良好的国际形象。但如前所述,当前国际社会的客观经济环境已发生了重大变化,限制豁免作为国际社会公共产品的价值已几乎可以忽略不计。目前,就连英国在剥夺他国的主权豁免的问题上也已十分克制,2021年4月英国高等法院就以俄罗斯享有主权豁免为由,在“尤科斯案”中拒绝了英国企业提出的对俄罗斯财产的强制执行。^④中国改革开放40多年来的经验告诉我们,中国对外开放的国家形象并不是通过采纳限制豁免得以实现的。反倒是,由于中国和很多“一带一路”国家仍将国家豁免识别为政治外交问题,如果中国采取限制豁免允许私人实体在中国法院起诉这些国家,在这些案件中犹豫不决或在经过政治考虑后作出不利于私人实体的判决,这反倒会对中国的国家形象带来负面影响。中国在经济发展的现阶段,是否有足够的政治决心和国家实力为国际社会提供这种成本高昂但现实意义不大的国际社会公共产品?这需要中国政府慎重抉择。

(三) 限制豁免是国际社会国家豁免博弈中对中国的较差选项

一些外国学者认为,如果同中国进行经济往来的国家绝大多数已经采取了限制豁免,那么继续坚持绝对豁免对中国是没有任何益处的。^⑤不少中国学者也持有此观点。^⑥这些学者主要是通过平等原则作用下的博弈论分析得出该结论。如表1所示,如果中国采取绝对豁免,在外国采取限制豁免的情况下,中国将处于不利的地位;在外国采取绝对豁免的情况下,双方处于平等的地位。如果中国采取限制豁免,在外国采取绝对豁免的情况下,中国将处于有利的地位;在外国也采取限制豁免的情况下,双方处于平等的地位。很明显,采取限制豁免对中国、乃至对任何国家而言都是最有利的选择。

① 参见叶研:《“限制的绝对豁免”:中国国家豁免的实践特色与立法进路》,载《国际经济法学期刊》2022年第1期。

② 郭玉军、徐锦堂:《论国家豁免的相对性》,载《武大国际法评论》2003年第1期,第13页。

③ 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》,第337页。

④ *Hulley Enterprises Ltd & Ors v The Russian Federation* [2021] EWHC 894 (Comm) (14 April 2021).

⑤ Pierre-Hugues Verdier and Erik Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 (2) *International Studies Quarterly* 209, p. 212.

⑥ 例如,参见Dahai Qi, “State Immunity, China and Its Shifting Position”, (2008) 7 *Chinese Journal of International Law* 307, p. 307; 齐静:《国家豁免立法研究》,第59页;郭玉军、徐锦堂:《论国家豁免的相对性》,第95页;何志鹏:《国家豁免的中国立场》,载《政法论坛》2015年第3期,第77—78页。

表 1

外国	绝对豁免	限制豁免
中国		
绝对豁免	双方平等	对中国不利
限制豁免	对中国有利	双方平等

但为什么在过去的半个世纪以来，中国在国家豁免问题上一直都未采取限制豁免这种明显对自己有利的国家豁免政策呢？抛开这种观点将中国的“限制的绝对豁免”同绝对豁免划等号的错误不谈，其最大的问题是忽略了“限制的绝对豁免”中的对等原则和“中国特殊国情”这两个重要变量。如前所述，“限制的绝对豁免”在国家的豁免问题上包含了包含了对等原则的绝对豁免，对等原则本身即可实现对限制豁免的精准反制，并不会使中国处于不利的地位。由中国的特殊国情和当代外交政策的需求所决定，限制豁免对中国而言是较差选项。

首先，限制豁免本身就是对社会主义国家天然不利的制度设计。西方国家多建立在相对一致的政治意识形态、宪政体制和自由市场基础上，倡导自由经济和有限政府，限制政府对经济活动的参与，限制豁免正是这种情况下西方社会的政治、经济和社会意识形态产物。在中国特色社会主义制度下：一方面，中国政府承担着向社会提供大量公共产品的职能，对社会经济的管理和参与程度远高于西方资本主义国家；另一方面，中国的国有企业数量远超主要的西方资本主义国家，而是否可以刺破国有企业的面纱并使国家承担连带责任，也是理论和实务界最具争议的问题之一。社会主义中国同西方国家在政治和经济制度上的这种差异，在客观上会导致中国更容易成为限制豁免案件中的被告，相比较而言，主要西方资本主义国家却很难直接成为国家豁免案件的被告，陈体强先生甚至一度认为限制豁免是“对社会主义国家和实行计划经济的发展中国家的歧视”。^① 作为社会主义国家，中国采纳限制豁免就意味着接受了对自己的实质性不平等，中国在进行国家豁免政策选择时对此要予以充分考虑。

其次，限制豁免并无法保证在国际社会国家豁免博弈中给中国带来实质性利益，这是由对等原则在国家豁免问题上产生效果的“滞后性”和“不确定性”所导致。中国即便采纳限制豁免，也仅仅是为实现中国和外国在国家豁免问题上的公平提供了形式上的可能性，其最终的实现效果主要取决于案件性质、诉由、事实和较多其他因素，绝非采纳限制豁免就能达成对中国有利的结果。比较典型的例子是俄罗斯在“尤科斯案”中的国家实践。该案中，由于复杂的国际政治等多种原因，2014年常设国际仲裁法庭和欧洲人权法院要求俄罗斯向尤科斯公司的股东支付399亿美元的巨额赔款，在遭到俄罗斯的拒绝后，西欧多国冻结了俄罗斯政府及其国有公司的资产以保证判决的执行。^② 为对此予以反制，俄罗斯在2015年颁布了《外国国家及财产管辖豁免法》，^③ 将其长期以来坚持的绝对豁免转为限制豁免，并表示这部法律出台的原因是“目前在外国法院起诉俄罗斯的案件数量正在增加……如果俄罗斯的资产在特定国家不享有或仅享有有限的豁免，

① 参见陈体强：《湖广铁路债券案与国家主权豁免问题》，载《世界知识》1983年第6期，第3—4页。

② Peter Roudik, “Russian Federation: New Law Allows Seizure of Foreign Governments’ Property”, the Library of Congress, 2 December 2015, <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/russian-federation-new-law-allows-seizure-of-foreign-governments-property/>.

③ *Federal Law No. 297 - FZ on Jurisdictional Immunity of a Foreign State and a Foreign State’s Property in the Russian Federation*, <https://perma.cc/PY6H-DFPT>.

那么俄罗斯应当有权对该国家在俄罗斯的资产采取同样的限制。”^①但截至2021年9月，尚未有一起针对这些欧洲国家的反制诉讼通过该法被提起，反倒是该法在颁布的当年就被一家私人企业用于一起针对立陶宛的诉讼，^②不但完全没有实现俄罗斯在“尤科斯案”中反制西欧多国的立法初衷，还给俄罗斯同立陶宛之间带来了额外的外交负担。与此同时，俄罗斯的司法系统不仅在实践中出于各种考虑并未抛弃绝对豁免，^③而且俄罗斯在2016年同中国的声明中又特别强调国家豁免的重要性，表示“各国在任何时候均须履行与其他国家及其财产和官员豁免相关的国际义务……违反这些国际义务的做法不符合国家主权平等原则，可能会导致紧张局势升级。”^④目前，俄罗斯在国家豁免立法、司法和外交实践中互相矛盾的做法，无不显示出其贸然采纳限制豁免立法导致自己处于立法政策和法律实践相互矛盾的尴尬境地。

最后，限制豁免的针对性和灵活性较差，在国家豁免博弈中会波及其他国家，可能会给中国带来不可预见的重大危害。仍然以俄罗斯为例，我们很难想象如果目前有人利用俄罗斯的限制豁免立法提起对其友好国家（如中国）的诉讼，俄罗斯又该如何处理？是为前车之鉴。而且，在目前中美斗争的外交实践中，通过制定限制豁免立法对美国进行司法反制，其效果远不如直接使用对等原则或直接采取报复措施更精准快捷、灵活有效。

（四）同国际社会接轨并不能构成中国采取限制豁免的理由

有学者认为，既然绝大多数国家都采取限制豁免，中国也应采取限制豁免，以同国际社会接轨。^⑤这种观点并不可取。首先，限制豁免并未成为国际社会普遍接受的国际法规则，中国在国际法上并无采纳限制豁免的义务。其次，当代中国所采取的“限制的绝对豁免”在现实经济意义上同限制豁免已十分接近，这种认为中国目前采取的“限制的绝对豁免”同国际社会脱轨的观点本身就是错误的。中国目前要做的，是及时构建“限制的绝对豁免”话语权，向国际社会澄清事实，而非盲目跟随西方学者对中国的错误批判。最后，中国的国家利益、而非同国际社会接轨才是中国在国家豁免政策选择中所需要考虑的最重要因素。中国的特殊国情和当前所处的国际环境，要求中国必须采取对中国国家整体、长远和政治外交利益最大化的国家豁免政策，而非机械地将西方的自由主义和人本主义作为衡量中国采取何种国家豁免政策的标准，而且即便是持有这种限制豁免立场的学者也不得不承认，在当前国际关系的实践中，“国家权力仍然超越个人权利……政治地位、利益选择超越个人主义……国家之间的相互竞争、国家为了自身的利益而斗争是一个不得不面对的现实。”^⑥综上，同国际社会接轨并不能成为中国采取限制豁免的理由。

① Peter Roudik, “Laws Lifting Sovereign Immunity: Russia”, the Library of Congress, June 2016, <https://www.loc.gov/law/help/sovereign-immunity/russia.php>.

② Beata Fojcik, “Russian fund takes Lithuania to court over Snoras Bank takeover”, S&P Global Market Intelligence, 9 May 2019, <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/trending/Odm-IMOJyUiq-EVbmwGIFQ2>.

③ American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2018), p. 363.

④ 2016年6月25日《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于促进国际法的声明》第八条，载《人民日报》2016年6月26日，第2版。

⑤ 张美榕：《〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉及其批准情形对中国的启示》，载《南京工业大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第30—36页。

⑥ 何志鹏：《国家豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期，第79页。

（五）已签署《公约》并不能成为中国采取限制豁免的理由

有学者认为，中国既然已经签署以限制豁免为基础的《公约》，那么中国批准《公约》并采纳限制豁免也是必然的选择。^① 首先，中国当前的“限制的绝对豁免”实践并不构成对《公约》下的国际条约法义务之违反，中国并无国际法上的义务采取限制豁免。其次，正如本文所分析，限制豁免并不适应当代中国的国情，“限制的绝对豁免”在一段时间内仍应是当代中国需要坚持的国家豁免政策，中国当前批准《公约》并采纳限制豁免的实质条件尚不成熟。最后，中国政府当前在《公约》问题上的立场也已十分明确，表示尽管“我国签署了《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”。^② 因此，从维护当代中国国家利益的角度中国不应当、从国际条约法的角度中国也无义务采纳《公约》中规定的限制豁免，中国已签署《公约》的事实并无法成为中国采取限制豁免的理由。

（六）为保证案件处理的稳定性并减轻外交压力而采取限制豁免并无必要

一些学者认为，采取绝对豁免会导致涉及外国国家的纠纷需通过外交途径解决，会导致案件的处理缺乏稳定性，给中国外交带来压力，因此需要采取限制豁免并将此类纠纷纳入司法程序。^③ 尽管美国颁布《外国主权豁免法》并采纳限制豁免的核心目的之一，就是避免美国政府对国家豁免案件处理决定的不一致，并因此将其交由法院来处理，^④ 但国家豁免是具有政治外交属性的法律问题，国家外交利益的最大化才是国家豁免政策所追求的目标。中国外交部门介入此类案件并促成其灵活的政治解决，是中国国家利益最大化的需要，在现阶段具有高度的必要性，^⑤ “限制的绝对豁免”就恰恰是实现这一结果的最便捷方式。相反，如果中国采纳限制豁免并对他国政府强制管辖，却反倒容易导致外交纠纷，增加中国外交部门的压力。

四 中国的国家豁免政策选择及其立法进路

虽然研究中国国家豁免政策和立法问题愈加显示出迫切性，^⑥ 但中国在进行国家豁免的政策选择时，应当以中国的基本国情为根本出发点，满足新时期中国外交的基本需求。

（一）“限制的绝对豁免”是当代中国国家豁免政策的最优选择

在国家豁免问题上，一个国家采取何种国家豁免政策应当由其国家利益需求来决定。从1812年“交易号案”之后的一个多世纪，美国之所以会采取绝对豁免，主要是由其在当时所奉

① 宋锡祥、谢璐：《国家及其财产管辖豁免的国内法调整到国际公约的转变——兼论莫里斯和仰融两案》，第41—43页。

② 李飞：《2011年8月24日说明》，第587页。

③ 李颖：《国家豁免例外研究》，知识产权出版社2014年版，第160页。

④ 齐静：《国家豁免立法研究》，第54页；龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第82页。

⑤ 参见郭华春：《外交介入国家豁免诉讼之“补缺”功能与结构安排》，载《法商研究》2017年第6期，第166—175页。

⑥ 有人大代表和学者近期提出就反制“新冠疫情诉讼”推进中国的国家豁免立法工作，参见《全国人大代表建议制定国家豁免法》，载《北京商报》2020年5月28日，第2版；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59页。

行的中立外交政策和其希望从欧洲战争中获益所决定。^① 当前美国之所以在执行外国国家财产问题上较为保守,是因为这“会导致美国在外国法院遭到同样的不利对待,而美国在全球的外交和安全行动中又有着广泛的海外利益”。^② 实践中,很多国家都是从本国利益出发选择国家豁免政策,日本、印度、菲律宾等都会根据本国的国家利益需求适时在绝对豁免和限制豁免之间切换,^③“即便是限制豁免的最坚定的信徒,在可能的情况下都通过在法院或直接拒绝应诉的方式主张过国家豁免”。^④ 例如在“德国诉意大利案”中,意大利采取了激进的限制豁免政策并对德国实施了强制管辖,而同一时期当意大利在“恩丽卡·莱克西号案”中在印度成为被告时却又转为了保守的绝对豁免立场,认为印度无权对自己管辖。评论认为“尽管意大利在对内层面上持较为激进的立场,在对外层面上,它一贯坚持本国得享有最大程度的豁免,即使这样的主张与之前的说法大相径庭”。^⑤ 很明显,国家利益才是国家豁免政策选择的首要标准。

中国政府认为国家豁免“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”,^⑥ 一直以来都强调对国家整体、长远和政治外交利益的保护。在“刚果(金)案”中,中国政府就表示,限制豁免尽管能够为原告提供一定的法律救济,但却“无疑会损害中国的主权,对中国的整体利益产生长期影响和严重损害”。^⑦ 在“烟花案”中,中国外经贸部向被诉的中国私人企业表示,“美国法院将我国政府作为被告,造成很坏影响……有关公司必须对外应诉……应首先将我国政府从案件中解脱出来”,^⑧ 并表示其“必须要应诉……不能因为应诉费用耽误时机,如果出现任何对国家不利的后果,要追究公司负责人的责任”。^⑨ 尽管中国政府的立场遭到了一些学者对于中国“忽视保护个人利益”的批评,^⑩ 但从政治经济学的角度来看,很难说在个案中对个体短期利益的暂时减损不是对国家长期利益的保护。这两种模式体现的是东西方在解决国际纠纷问题上的文化和外交习惯差异,也是当代中国对国家宏观利益和个体微观利益、国家的长期利益和个体短期利益、政治外交利益和经济利益进行权衡的结果。

中国之所以在过去的半个世纪以来一直采取“限制的绝对豁免”,有着其深层次的外交、政治、经济和社会背景。如本文所分析,尽管限制豁免能够给数量极少的私人主体提供仅具有理论象征意义的保护,但却代价高昂,不但会使中国丧失在境外主张国家豁免的话语权、法理依据和政治灵活性,还会导致中国产生不必要的外交纠纷,给“一带一路”倡议的顺利实施、国家尊严和主权的维

① 郭华春:《外交介入国家豁免诉讼之“补缺”功能与结构安排》,第169页。

② CarrieLyn D. Guymon, *Digest of United States Practice in International Law 2012*, Office of the Legal Adviser United States Department of State, 2013, p. 281.

③ 龚刃韧:《国家豁免问题的比较研究》,第152—154页。

④ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, pp. 25 - 26.

⑤ 王佳:《意大利的国家豁免立场探析》,载《时代法学》2018年第1期,第105页。

⑥ 李飞:《2011年8月24日说明》,第587页。

⑦ *Democratic Republic of the Congo and Others v. FG Hemisphere Associates LLC* [2011] HKCFA 43; (2011) 14 HKCFAR 95; [2011] 4 HKC 151; FACV 7/2010 (8 June 2011), para. 211. 5.

⑧ [1996] 外经贸法函第84号《关于美国烟花爆竹案应诉事函》,转引自何培华:《历史“重演”,结局迥异:“中国马牌”烟花在美国爆炸伤害案述评》,载《国际经济法论丛》2000年第3期,第495—496页。

⑨ 何培华:《历史“重演”,结局迥异:“中国马牌”烟花在美国爆炸伤害案述评》,第499页。

⑩ Ding Yilin, “Absolute, Restrictive or Something More: Did Beijing Choose the Right Type of Sovereign Immunity for Hong Kong?”, pp. 1024 - 1031.

护带来重大不利影响，给中国现行司法系统带来较大的压力。从宏观策略上看，尽管“限制的绝对豁免”确实会使极少数私人实体在个案中处于相对不利的地位，同西方国家主流的限制豁免政策也存在一定的差异，但这些缺点相比较“限制的绝对豁免”对于当代中国的重要意义而言几乎可以忽略，中国在当前及今后的一段时间内仍需继续坚持“限制的绝对豁免”。事实上，我们在国家豁免问题上“既要防止国家或政府机关利用豁免特权任意逃避与外国私人或法人之间法律关系的义务和责任，也要防止通过无限扩大国内法院管辖权而对外国国家进行滥诉。当前，后者的危险性似乎更加突出”。^①

需要引起注意的是，当前中国外交环境的突变，导致学者在涉外立法的政策选择上出现了以“对抗模式”取代“治理模式”的倾向，^②即仅注重在个别问题上同西方国家反华政策的对抗和反制，忽视了对中国宏观外交政策影响的系统性评估。在国家豁免问题上，中国采取的是“防御型”的外交政策，这同中国当前所处的国际环境和大国外交的国家战略息息相关，不但要利用国家豁免进行自我保护，而且要对不同的国家豁免政策可能给中国带来的影响进行综合利弊评估。中国要保持较高的政治站位，以自身的战略定力和张力应对外来挑衅，按照中国特殊国情慎重进行相关制度选择，尽量避免轻易将国家豁免政策由“防御型”整体转向为“进攻型”，给中国宏观外交利益造成更大损害。

（二）中国国家豁免立法的进路

新时期中国特色社会主义法治建设要求中国尽快进行系统的国家豁免立法。中国国家豁免立法的空白已不再适合中国当前的政治外交需求，会导致中国在应对外部风险时出现法律和政策工具的缺失，中国国家豁免法的出台在现阶段具有特殊的重要意义。

中国目前可以通过单独立法的方式对中国长期以来坚持的“限制的绝对豁免”政策予以法律确认，同时也可以基于中国的特殊国情并借鉴各国的立法经验，设计一系列具有中国特色的诸如“限制豁免国别清单制度”“禁令制度”以及“国家救助制度”等特殊安排，使“限制的绝对豁免”能够更好地扬长避短，兼顾对国家利益和私人利益的保护。

五 结语

当今国际社会并非传统实在法学者所描绘的那样秩序井然，近年来一些国家的国际实践充分展示了国际法的国际政治本质属性。^③一些国家正利用法律战为其压制中国寻求话语霸权，但是由中国现阶段所处的国际政治环境、外交政策和基本国情所决定，中国的国家豁免政策是维护中国国家主权和利益的盾，而绝非主动四面出击的矛。目前，限制豁免对中国弊远大于利，“限制的绝对豁免”是当前中国应当继续坚持的最优的国家豁免策略。中国一方面应当明确向国际社会提出“限制的绝对豁免”概念，并通过立法对这种国家豁免政策予以确认，同西方国家“限制豁免”或“绝对豁免”的两分法相区别，避免国际社会对中国误解的近一步扩大；另一方面也要继续推动对外开放并增强国力，为未来可能采取限制豁免做好充分的物质和外交准备。

① 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，第341页。

② 本文对“治理模式”和“对抗模式”的拓展性思考，来源于中国人民大学法学院刘洋老师在2020年北京国际法年会上以“域外适用的治理视野”为主旨的发言。

③ 李鸣：《国际法的性质及作用：批判国际法学的反思》，载《中外法学》2020年第3期，第808页。

Essays on the Choice of State Immunity Policy of Contemporary China

Ye Yan

Abstract: State immunity is a principle of customary international law recognized by the international community. It has the dual unity of opposites of both domestic law and international law, law and politics/diplomacy. Restricted by the principle of reciprocity, in formulating their own state immunity policies, countries should consider their national conditions and consider their domestic and foreign political/diplomacy environments comprehensively and choose policies which can maximize their own interests in the “game of state immunity” of the international community. China’s long-term judicial and legislative practice has proved that, except for the voluntary acceptance of jurisdiction and the application of the principle of reciprocity, China insists that the state enjoys absolute immunity in the courts of other countries and state-owned enterprises generally do not enjoy immunity. This practice and policy is also referred to as “Restricted Absolute Immunity”. As a part of China’s overall foreign policy, China’s state immunity policy should conform to the basic principles of China’s contemporary foreign policy. In analyzing China’s state immunity policy, it is found that “Restrictive Immunity”, on the one hand, only has very small theoretical and symbolic meaning to China in protecting quite few private entities’ litigation rights and maintaining China’s fair market economy, while on the other hand, can barely meet China’s basic needs in its contemporary international political and economic environment. “Restrictive Immunity” not only will make China lose its international political discourse and legal bases to assert state immunity abroad, but also will bring unnecessary diplomatic disputes to China, affect China’s “Belt and Road Initiative”, damage China’s national dignity and national political security and bring major challenges to China’s current judicial system. On the contrary, it is found that neither following other countries’ practice, maintaining China’s international image of opening-ups, nor the situation that China has signed the *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* can constitute reasonable grounds for contemporary China’s choosing of “Restrictive Immunity”. Generally, “Restrictive Immunity” is China’s poor choice in the “game of state immunity” in international community while China’s long-standing practice of “Restricted Absolute Immunity” is the best choice for contemporary China. At present, the changes of China’s diplomatic environment make China’s state immunity legislation highly necessary and urgent. China should confirm its “Restricted Absolute Immunity” policy through legislation as soon as possible while, through corresponding system design, make best use of its advantages and bypass its disadvantages, to better serve China’s overall diplomatic situation.

Keywords: State Immunity, Restricted Absolute Immunity, Restricted Immunity, Foreign Policy, Principle of Reciprocity, Malicious Litigation

(责任编辑:李庆明)