

论国家豁免的相对性

郭玉军¹ 徐锦堂²

(1. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

摘要 本文对国家豁免问题的几个主要方面进行了比较全面和深入的阐述, 旗帜鲜明地支持限制豁免主义理论。我们认为限制豁免主义正确处理了领土管辖权与国家豁免权的国际公法关系和国家当事人与私方当事人之间的国际私法关系, 具体体现了国际民商事新秩序的发展要求, 并且已经成为不以人的意志为转移的世界趋势; 同时, 文章对国家行为的划分标准、豁免主体和对国家财产的强制措施问题, 也进行了详细的论述, 阐明了自己的见解; 最后, 文章介绍了我国政府和学界从绝对豁免主义到限制豁免主义的转变情况, 并对产权不清和政企不分的问题, 以及它们可能带来的后果进行了一定的探讨, 提出了有价值的建议。

关键词: 国家豁免; 绝对豁免主义; 限制豁免主义

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

国家及其财产豁免是国际法上一个古老而又常新的话题, 同时又是一个重大的理论和实践问题, 尽管在范围和程度上有所争议, 但国家及其财产享有免于被审判和执行的管辖豁免特权是国际法上公认的一项普遍原则, 世界各国的学说、政府意见和司法判例以及国家立法和国际条约都广泛而又强烈地支持这一点。20世纪70年代以来, 国际上对国家及其财产豁免问题的立法进入了一个新的高潮, 成文化是这一时期的典型特征, 判例法国家的成文化运动也不示弱, 再次彰显两大法系逐步融通之大势。1972年欧洲理事会通过了《欧洲国家豁免公约》, 1976年美国制定了《外国主权豁免法》, 1978年英国颁布了《国家豁免法》, 这几个重要的立法带动了其它一大批国家的成文化运动。²1978年联合国大会决定编纂关于国家及其财产豁免问题的有关公约, 1986年联合国国际法委员会提出了《国家及其财产管辖豁免条款草案》的一读文本, 1991年修订二读通过并提交联大审议, 联大把前期工作交给了它的第六委员会具体负责, 根据1998年第53届联大决议, 第六委员会于1999年成立了“国家及其财产管辖豁免公约”工作组对条款草案进行专门审议, 2000年第55届联大决定于2002年3月成立“国家及其财产管辖豁免公约”特设委员会, 就“国家及其财产管辖豁免”专题制订国际文件。因此关于“国家及其财产管辖豁免”的国际立法也已经进入了一个实质性的阶段。当然争议是存在的, 尤其是对个别关键性问题的争议还比较激烈, 所以这一立法不会一帆风顺。为了配合“国家及其财产管辖豁免”专题的国际和国内立法, 我国学者应该大大加强这方面的研究。在此我们愿尽一丝绵薄之力。

一、国家豁免的根据

关于在国际交往中国家及其财产为什么享有豁免权的问题, 也就是国家豁免的根据问题, 尽管存在不同的说法, 但为我国也为世界国际法学者广为接受和普遍支持的主张是国家主权说。³该学说认为: “国家豁免权 and 国家的属地管辖权一样, 是国家主权派生出来的一项国家权利。因此也可以说, 国家豁免原则是国家主权原则派生出来的一项独立的国际法原则。我们知道, 主权是国家具有的独立自主地处理自己的对内和对外事务的最高权力。国家主权具有两方面的特性, 在国内是最高的, 对外国是独立和平等的。国家主权在本国领土内享有最高权力这一特性派生出属地管辖权, 而国家主权在国际关系中的平等和独立性则派生出国家豁免权。由此可见, 国家豁免权是国家固有的权利, 国家豁免原则来源于国际法的基础——国家主权原则。”^[1] 1945年《联合国宪章》和1970年《国际法原则宣言》明确规定“各会员国主权平等之原则”, 而“平等者之间无管辖权”是自古罗马帝国以来公认的法律原则。这样基于主权的原因, 国家就享有免于被他国管辖的特权。⁴

正如主权理论所正确分析的那样，国家主权是国家独立自主处理自己内外事务的最高权力，国家主权在本国领土内享有最高权力派生出属地管辖权，而属地管辖权行使的范围及于一国领域内的所有人、物和事，即便是非本国人也都要服从本国法律的，任何违反本国法律的行为，本国都有权管辖。这是主权的必然要求。只有同样基于主权或者超主权的理由，主权的属地性才会收敛自己的脾气，把它作为“例外”而加以容忍。

这里我们就需要讨论一下豁免与管辖，谁是原则谁是例外的问题，这在国际上有较多的探讨，有关论著都毫不例外地加以研究。在国内，管辖权和豁免权则往往分开阐述，人们通常只接触到这样的结论：“领土内的一切都属于领土，国家对其领土范围内的一切人、物和事享有完全的排他的管辖权”、“由于国家领土内的一切人和物都属于国家的属地权威的支配，因而每个国家对他们都有管辖权”或者“国家及其财产豁免是一项普遍的国际法原则”、“是一项久已确立的国际法原则”、是“国际习惯承认的一项基本规则”。无疑，这些结论都是正确的，只是没有把领土管辖权问题与国家豁免权问题结合起来进行对比研究，在此基础上得出进一步的结论。我们有必要对此加以检讨。

正如联合国国际法委员会“国家及其财产管辖豁免”专题第一任报告员素差伊库（S·Sucharitkul）所讲：“如果从国家豁免的论题出发，并考虑作为国际习惯法证据的国家的一般惯例，显然可以将国家管辖豁免视为一个规则，一个国家实践本身承认某些例外的一般规则或一般原则。”^[2]确实，从一个国家的豁免请求在另一个国家通常能得到豁免的情况来讲，豁免是原则，是多数情况，不豁免是少数情况，是例外。但是如果从一个比较宏观的国际法视野出发，我们就不难发现，与领土管辖权相比，豁免权却变成例外了。首先，领土管辖权是直接根源于主权的，是主权利力的直接体现，所以又被称为“领土主权”；而豁免权虽然也是以主权为根据的，但却是间接派生出来的，其逻辑过程是这样的：国家主权--主权平等--平等者之间无管辖权--主权豁免。其次，领土管辖权处于更基础的地位，只有在存在管辖权的前提下，才会出现豁免的问题，无管辖就无所谓管辖豁免；相反，管辖权却并不以豁免权的存在为前提，即便不享受豁免权，管辖权依然有效。再次，管辖权是普遍及于领域内一切人、物和事，客国的任何行为首先不得违反地主国的法律，在治外法权早已成为历史遗迹的今天，我们认为，入乡还要随俗，所以，无论从道义上还是法律上讲，异国遵守地主国法律都属应然；相反，只有基于主权的人、物和事才会产生豁免的问题，因而是普遍的。最后，由于异国首先有服从地主国相关法律的义务，如果异国违反了相关规定，地主国有权对其采取相应的措施，这是勿庸赘言的。因此管辖权具有主动性，相反，客国的主权豁免请求取决于地主国的法律规定，具有显然的受动性。不言而喻，管辖权与豁免权相比处于更突出的地位。正是基于以上原因，素差伊库才肯定地认为：“当论述领土主权时，毫无疑问国家或个人的管辖豁免可以被视为领土管辖的例外”，^[3]“不容否认，国家豁免学说是对于国家的管辖权、统治权或者主权利力的更基本规范的一种例外或限制。”^[4]对领土管辖权这种作为例外的限制体现了主客双方的平等性，同时也构成主权非绝对化的又一个证明。因此可以说，国家豁免权即是一项原则，又是一个例外，这更多的是一个角度问题，取决于比较的对象。我们认为这才是一个全面辩证的认识，忽视任何一个方面都有失偏颇。

二、符合根据的国家豁免理论：限制豁免主义

国家豁免的根据是主权，当基于主权的理由时，国家的行为就享有不可剥夺的豁免权。这样我们可以顺理成章地得出符合逻辑的结论：当国家从事主权行为时，享有豁免权；当国家从事非主权行为时，就不享有豁免权。这也就是限制豁免主义的基本观点。显而易见的是，在关于国家豁免问题的几个学说中，限制豁免主义才是最符合根据且逻辑最圆满的国家豁免理论。其它理论则不具有这样的特点，绝对主义认为国家的一切行为都可享受豁免，这是没有充分根据的，因为并非任何国家行为都具有主权性；废除豁免主义又恰恰相反，认为原则上应否认国家豁免权，只有在明确规定的几种情况下作为例外国家才享有豁免权，这显然是颠倒主次轻重不分，因为在市场经济条件下以国家名义从事的行为大多数还是公法行为，或主权行为，以国家名义从事私法行为或非主权行为是极少数的情况，这是由国家作为一个公共机关的性质所决定的。

限制豁免主义不仅完全切合国家豁免的主权根据，而且是公正的，也势在必行。

首先，限制豁免主义正确处理了领土管辖权与国家豁免权的国际公法关系，承认国家豁免是国际法的一项原则，国家不享有豁免的情况是例外。这样限制豁免主义就不是“对国家主权的极大蔑视”，而是对国家主权恰如其分的尊重，如果不带偏见的话，我们很容易从限制豁免主义的典型立法中看到这一点，如 1972 年《欧洲国家豁免公约》、1976 年美国《外国主权豁免法》、1978 年英国《国家豁免法》、国际法委员会 1991 年二读通过的《国家及其财产的管辖豁免条款草案》。^[5]因此，无论是国家立法还是国际条约都对豁免权给予了极大的肯定，对客国主权给予了必要的尊重，因此，限制豁免主义既不是“对国家主权的极大蔑视”，“与主权原则是不相容的”，更谈不上“彻底违反国际法”。因此，对有的国家会“利用内国法院对其它主权国家滥用自己的司法管辖以任意干涉侵犯他国主权和利益”的担心即便不是多余，也不宜过分渲染。同时，限制豁免主义在肯定豁免是一个原则的同时，又列举了一些具体事项，客国不能享受豁免权，地主国并不放弃管辖，这样也有力地维护了地主国的领土主权，从而比较妥善地处理了地主国领土主权和客国豁免权的关系，真正体现了主权平等和利益均衡。

其次，限制豁免主义也公平处理了国家当事人与外国私方当事人之间的国际私法关系。正如一个人有多种身份，一个国家也会扮演不同的角色，在公法关系中它是不平等的管理者和服务者，在私法关系中它是平等的当事人。“尽管国家参与国际民商事活动仍然是主权者，但一旦它直接参与之，就意味着它同时具有了国际民商事法律关系的当事者的身份，也就是说，它是以国际民商事法律关系的当事者和主权者的双重身份出现的。根据当事人在民商事活动中地位平等原则，在国际民商事法律关系中，国家首先是民商事法律关系的当事者，应限制其主权者地位，以免背离这一基本原则。”^[6]国家既然参与私法关系从事私法活动，理应遵守基本的私法规则，与私方当事人一样平等地享受权利履行义务和承担责任。我们认为，勇于承担自己的责任不仅不会贬损自己的尊严，恰恰相反，这是讲求信誉值得赞赏的“壮举”，同时也是任何一个“负责任”的国家所应为。可以断言，国家在私法关系中享有豁免权的绝对豁免主义是国际民商旧秩序的体现，而国家在私法关系中不享有豁免权的限制豁免主义则是国际民商新秩序的重要内容！绝对豁免主义违反了私法的根本原则，破坏了私人在私法关系中的正当期望和依赖利益，从而不利于发展国际经贸合作，不利于促进跨国友好往来，进而不利于改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行。在这里，我们有必要对“平等者之间无管辖权”的法谚进行一下深入的分析：平等从来都是具体的，不存在抽象的普遍的平等。在不同性质的法律关系中，平等的主体和内涵是不一样的。在主权行为中，公法关系的参与者之间是平等的，他们之间互不享有管辖权，也就是说一个作为主权者的国家不受另一个主权者的管辖；同样，在商业交易中，私法关系的参与者之间是平等者，他们之间也互不享有管辖权，也就是说一方当事人不受另一方当事人的管辖，即便其中一方是国家时也是如此。所以在国家参与商业行为时，它是以私法主体面目出现的，与另一方当事人的法律地位是平等的，此时，“平等者之间无管辖权”仅是指国家当事人和私方当事人之间互不享有管辖权，国家当事人不受私方当事人管辖，私方当事人也不受国家当事人管辖，并不是指参与私法关系的某方当事人可以不受任何管辖。具体的法律关系不同，平等者的对象也就不一样，在某一法律关系下的平等者并不意味着在其他任何法律关系中都是平等的。我们要克服把国际公法中的平等与国际私法中的平等混为一谈的错误倾向，尽管目前它在世界上还比较流行。

需要强调的一点是，在新的世纪，一个日趋现代化的逐步“走出去”的中国绝不会总是站在被告席上，我们还会是法院地国或者是私方当事人的祖国，因此，我们在角色定位时，一定要克服片面甚至僵化的倾向。

不仅如此，妥善处理了“两个关系”的限制豁免主义还具有极强的渗透力和扩张性，从第一个采取相对主义立场的国家开始，它就注定会向全世界扩散。当这个最初执火炬者对任何一个其它国家的私法行为行使管辖权时，根据对等和互惠原则，其它任何一个绝对豁免主义国家无论是出于利益还是尊严的考虑，在以后的案件中它都不会作茧自缚，当然地不会给予或不会长久地给予最初执火炬者的私法行为以豁免权，这样任何其他国家都会向最初执火炬者看齐，至少在事实上采取相对主义的政策，⁵尽管它也可能宣称自己是个绝对豁免主义者。如果说在相对主义的初期，这种理论上的宣示还具有很大的实际

意义的话，那么在世界上多数国家都采取相对主义立场的今天，这种理论宣示的意义就极其有限了。鉴于单方面的无条件的国家豁免不可能存在或者不可能持久，因此限制豁免主义自其产生之日起就注定会是世界趋势，尽管这一趋势在初期可能并不明显。顽固坚持绝对豁免主义的立场既会危害本国利益和尊严，又会为世界潮流所抛弃。作为一个已经是不以人的意志为转移的趋势，对于限制豁免主义，你可以批判，你可以抗议，但你最终会系属于他。国际法具有“软法”的性质，国家“必然如此”的事项屈指可数，不幸的是，限制豁免主义就是其中之一，看来顽固的绝对主义者那无可奈何的惆怅是不可避免了。

正是由于以上诸多原因，限制豁免主义才会大兴于世，“在实践中得到广泛的支持”^[7]，“成为一种越来越有力的世界性趋势”^[8]，“将最终取代绝对豁免主义”⁶。据统计，目前，采用绝对豁免主义立场，或者说对限制豁免主义有所抵制的国家，主要限于亚洲以及拉丁美洲等地区的一些发展中国家。其中，亚洲国家有我国、泰国、印尼、老挝、叙利亚、科威特，拉美国家有巴西、委内瑞拉、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、特立尼达和多巴哥，另外还有少数非洲国家如苏丹，以及个别西欧国家如葡萄牙，其它大多数国家，无论是原创还是效仿，则采取限制豁免的立场。^[9]有重大影响的学术见解包括国际法学会1891年《汉堡决议》（全称《关于外国国家及其元首的法院管辖权限问题的决议》）及1991年经过修正的《关于国家豁免的决议草案》，国际法协会1926年《国际法上关于豁免的条约草案》及1982年经过修正的《关于国家豁免公约的条款草案》，还有哈佛法学院主持拟定的以杰塞普为主报告人的《哈佛研究草案》（全称《关于法院对外国国家管辖权限的条约草案》，这在当时奉行绝对豁免的美国可以说是一石激起千层浪，起到了解放思想的作用）也都是以限制豁免主义为基础的。另外，在国际公约方面，1926年的《布鲁塞尔公约》（即《关于统一国有船舶豁免若干规则的公约》），1969年《国际油污损害民事责任公约》，1972年《欧洲国家豁免公约》，1983年美洲法律委员会起草的《美洲国家豁免公约草案》以及1991年联合国国际法委员会二读通过的《国家及其财产管辖豁免条款草案》也以限制豁免主义为基调。尽管这些并不构成我国采用限制豁免主义的充分根据，但是，我国作为世界的一部分显然不能不考虑国际上的通行作法。⁷

国内外都有一些国际法学者否认公法和私法的划分，进而否认公法行为/私法行为或主权行为/商业行为的区别，从而达到否定限制豁免主义的目的。他们认为“社会主义法制根本不存在所谓的‘公法’‘私法’之分”，^[10]“国家主权行为和非主权行为的区分是武断和虚构的”，^[11]“在现代社会，统治权行为和事务权行为的划分不能建立在稳固的逻辑基础之上”，^[12]“把国家从事商业活动划分出来拒绝给予豁免权”，“这种有限豁免在理论上是错误的，在逻辑上是混乱的”。^[13]否认公法私法之分的观点是苏联法学遗迹，是对列宁语录的教条式理解，是不符合社会主义市场经济要求的。

我们认为公法和私法的区分自古罗马乌尔比安以来已存在数千年之久，而且成为欧陆法系最根本的法律分类方法，奠定了欧陆法律体系的基本结构。既然国内法上存在公法私法之分，那么就不能理所当然地认为国际法上公法私法之分就没有“稳固的逻辑基础”，就不能认为国际法上的公法私法之分就是“主观的虚构的”，难道“国际公法”“国际私法”的法律部门和法律学科是杜撰出来的吗？否定论者一定要正视这个问题。国际法上公法和私法的划分既具有深厚的国内法基础，又具有丰富的国际法历史渊源，因而是不能否认，也是否认不了的。

三、主权行为和商业行为的划分问题

限制豁免主义首先要解决一个问题，这就是界定主权行为/商业行为或公法行为/私法行为的划分标准。目前国际上关于国家行为的划分主要存在三种理论和实践，即“性质标准”、“目的标准”以及性质和目的比重不同的诸多“混合标准”，当然核心的概念是“性质”和“目的”。性质标准认为，主权行为是一国只能以主权者身份依照公法行使权力的行为，如果私人依法也能从事的行为则是非主权行为，而不管其动机和目的如何。性质标准又被称为国家行为划分的“客观标准”。目的标准认为，如果国家的某一行为以公共利益为目的，则此行为是主权行为，享有豁免权，否则就是非主权行为，不享有豁免权。这又被称为划分国家行为的“主观标准”。性质标准和目的标准争议的焦点是国家以社会公共利益为目的而从事的商业行为是否享有豁免的问题。

人们过去往往容易把“性质标准”和“目的标准”当作完全对立的两个标准，其中最典型的的就是 1976 年美国《外国主权豁免法》的规定：一项活动的商业性，应当根据行为的过程的性质，或特殊的交易和行为的性质决定，而不是根据其目的来决定。”其实性质和目的两者之间是相互渗透密切联系的，尤其是在识别行为的性质时，往往要通过考察其目的来确定。任何事物的身上都不会粘附着“性质”的天然标签，因此事物的性质需要人来分析和判断。比如，商业行为本身在很大程度上就是根据该行为的目的来判定的，某行为之所以成为商业行为并不是因为它们本身固有某种神秘莫测的性质，而是因为它们往往是以谋利为目的。主权行为同样也可以这样分析。也就是说“性质”和“目的”不是两个绝缘体，而是有内在联系的两个导体。⁸鉴于性质标准在很大程度上已经内化了“目的”，所以我们觉得把性质标准突出出来作为一条主要标准是完全合适的，同时考虑到“目的”并没有完全被“性质”化解，所以我们主张“以性质为主以目的为辅”的混合标准。不管怎么说，“目的”都不应成为主要的划分标准，因为它作为一种主观的东西，有两个极大的缺陷：首先，目的作为一种主观概念，外人难以确知并界定，只能根据表现出来的行为作一般的推论，针对性不足，随意性有余，具有很大的不确定性，因此它不可能成为划分行为的基础性标准；其次，国家作为公共机构，其绝大部分行为都有社会公共利益方面的考虑，另外还有一部分行为具有混合目的，如果按照目的标准来划分的话，那么相对豁免实际上就会与绝对豁免相差无几，从而失去限制豁免主义的意义。所以，目的论标准“已遭受许多国家的抛弃，相反，性质论标准则受到相对豁免立场的学者、国家占绝对优势的支持”。^[14] 1923 年，曾任常设国际法院法官的魏斯就提出以行为的性质作为标准来区分主权行为和非主权行为；1932 年，哈佛法学院主持拟定的研究草案对此也持肯定态度；1957 年英国法官丹宁在审理案件时也表明了性质标准的主张，当然最绝对的做法是 1976 年美国《外国主权豁免法》的规定。我们认为行为的性质标准之所以被广泛接受，主要有下面几个原因：首先，从哲学上讲，性质是一事物区别于其它事物的质的规定性，可见，性质是事物分类上的哲学标准，具有普遍性，国家行为依此划分也属正常；其次，在国内法上行为也主要是以性质而不是以目的来划分的；再次，性质标准较为客观，容易识别，适用便宜，能有效避免目的标准的主观随意性和难以确定的缺陷；最后，性质标准更加符合限制豁免主义的宗旨，如果按照目的论标准，限制豁免主义就会与绝对豁免主义没有多少差别，从而丧失其在人们心目中的价值。⁹

尽管性质标准如此优越，但是把国家行为的性质作为划分主权行为/商业行为的唯一标准而完全不考虑行为的目的，也不妥当。首先，目的并没有被性质全部消解，“性质的专制”只会带来偏执和混乱。性质标准是一个客观标准，而目的标准是个主观标准，人类世界从来就不只是客观的，主客观相统一向来就是哲学的一个重要原理。“目的”作为划分的一个辅助标准或考虑因素很有必要，因为它对性质标准具有补充和修正的功能，这是极为重要的。首先，虽然“性质”标准为限制豁免主义提供了一个一般的标准，但并非所有的国家行为依此都能作明确的划分，因为到底哪些行为是“一国只能以主权者身份行使权力的行为”，哪些行为是“私人依法也能从事的行为”，并非总是一目了然的，对于那些处于模糊区域的非典型性行为，如果仅依性质标准就将其认定为是主权行为或非主权行为，就显得有些粗率武断而不能令人心悦诚服，这时就需要借助目的标准来权衡，如果这个非典型性行为是以公共利益为目的，就把它识别为主权行为，否则，就把它识别为非主权行为。在此情形下，适用目的标准显然可以对性质标准起到补充的作用，从而增强判决的说服力。其次，目的在划分标准中占有一席之地更重要的是还因为它有另外一个优点，这就是它的灵活性，可以在性质标准的基础上稍稍扩大对主权行为的认定，进而扩大国家豁免的范围。在需要考虑国家关系的重大案件时，为法院在审判中接受作为“法庭之友”的行政机关的建议或自由裁量时留下了回旋的余地，从而不致严重影响国家间的友好关系。确切地讲，某一国家行为根据性质标准是商业行为，但根据目的标准又被判断为主权行为，在必要时，可以把该行为当作主权行为处理，这就是目的标准对性质标准的修正功能。上述情况都是特殊情形，不是问题的主要方面，“目的”作为“性质”之外的辅助性标准恰如其分。联合国国际法委员会起草的《国家及其财产的管辖豁免条款草案》采取的正是这种作法。

根据我们“以性质为主以目的为辅”的理念，对于“国家以社会公共利益为目的而从事的商业活动”这个焦点问题，我们认为，国家从事商业活动本身就已经构成了商业性质的初步证据，原则上不享有豁免权，国家欲使其商业活动得到豁免，就必须证明该商业活动是以社会公共利益为直接目的。例如，政

府为改善其工作条件而进行的商业采购，尽管最终可能增进社会公共利益，但由于不是以社会公共利益为直接目的，就不能算是主权行为，依然不能豁免。同样，“使馆维修设备”、“军队购买衣靴”也不是以社会公共利益为直接目的，因而也摆脱不了其商业性质。但是“军队购买用于保家卫国的武器”、“政府采购用于赈济灾贫的食品”，由于是以社会公共利益为直接目的，这就可以破除该交易的商业性质，因而也就可以作为主权行为享受豁免权。当然，在这里举证责任是由国家承担的。

关于合同或交易的商业性质的判断标准问题，国际法委员会在讨论其第 51 届工作报告时，委员会主席介绍了这方面的情况。他说由于性质标准和目的标准的整合遇到了障碍，准备删除这一条款，在考虑这一问题时可供选择的方案有：（1）完全的性质标准；（2）性质标准作为首要的标准（将被删除的第 2 条第 2 款就是如此）；（3）目的标准补充性质标准，由每个国家在相关的国内法或政策中宣布；（4）目的标准补充性质标准（均衡使用）；（5）目的标准补充性质标准，但目的的范围受到一些限制或对其进行列举；（6）仅仅规定“商业合同或交易”而不作进一步的详细说明；（7）接受国际法学会 1991 年推荐的方案，该方案以标准的列举和原则的平衡为基础，以在与司法豁免相关的特定案件中界定法院的权限为目的。他接着说：鉴于案件事实和法律传统的差异，委员会决定删除该款并采用（6）方案，并认为这是最可接受的，同时国际法学会的建议为国家法院和裁判所在决定是否满足豁免要求的具体案例中能够提供有效的指导。但有代表团认为工作组删除该条款的建议并不妥当。因为如果把交易或商业性质的决定权交给各国法院，那实践的结果就会与国家的政治体制一样花样繁多。另外这种删除做法还有悖于整个条款的目标，即向政府、法院和执行人员提供指导。¹⁰

这里笔者还想就国家行为划分中的两个国际私法问题谈一下自己的看法。

1. 国家行为性质的识别依据

某一具体的国家行为到底是主权行为还是商业行为，这是国际私法上的识别问题。我们认为首先应根据有关国际法进行识别，国际上普遍承认为主权行为的，比如立法行为、执法行为、司法行为、军事行为、外交行为和国有化，不得认定为商业行为；国际法上规定为商业行为的，也不得认定为主权行为，比如公约草案第三部分列举的行为就应被识别为非主权行为；其次，如果没有这方面的国际公约、国际习惯法规则或一般法律原则，则应适用法院地国对该具体行为的冲突法所指引的准据法来确定；如果不存在相关的冲突规范，或准据法对其界定也不明确或违反公共秩序，则适用法院地法来识别。适用法院地法是实践中解决识别冲突的最惯常最主要的作法。在此过程中，对于一些普适性差争论性大的特殊事项，则应充分尊重客国法律。如某一外国或其媒介让渡矿产开发权的行为，就属于这种情况，法院不应武断地根据本国法认定其性质，它应考虑客国法的规定。如果客国法规定只有主权机关才有转让的权力，则此让渡是主权性；如果客国法规定任何土地所有者在其财产范围内都有让渡的权力，则该让渡行为就是商业性的。在很大程度上，此时的客国法实际上就是法院地国冲突法所指引的准据法。国家行为性质的识别依据问题，是一个权宜性相当强的领域，试图提供一个固定规则的企图，可能是“法学家的空想”。“具体分析区别对待”总是对的，那就把裁量权留给面对案情的法官吧。

2. 管辖权的行使是否要求地主国与案件事实有一定的联系

由于国家在国际私法关系中与普通当事人具有一样的地位，所以地主国调整关于双方都是普通当事人的管辖权规则同样适用于一方当事人是国家的情形。因此这在很大程度上并不是一个新的问题。按照我们的理解管辖权的行使自然应与案件存在一定的联系。其实，这也是很多国家的做法。《欧洲国家豁免公约》不仅明确而且严格地将领土联系作为一缔约国对另一缔约国行使管辖权的前提条件；此外《美洲国家豁免公约草案》关于领土联系的规定体现得也很明确；甚至美国《外国主权豁免法》也以特殊方式规定了领土联系的必要性。^[15]而且对外国国家行使管辖权毕竟是一个敏感的问题，理应谨慎从事，因此法院地国应与案件存在着领土上的关联，行使管辖权应以此为必要条件，否则就是过分地扩张了本国的管辖权，造成管辖权上的积极冲突不说，关键是如此管辖很难得到当事国的认同和尊重。即便勉强作出判决，也很难得到承认和执行。正如有的学者所主张的那样：为了防止不公正的挑选法院和原告对被告的滥用诉权，规定诉讼案件和法院地国存在一定的联系，是合理而又必要的做法。同时，为了防止外

国私人对一个主权国家滥诉权，也应该要求豁免案件和法院地国存在一定的联系，甚至是实质性的联系。^[16]

四、国家豁免的主体问题

限制豁免主义认为国家的主权行为应享有豁免权，这样确定豁免权的主体便是一个非常重要的问题。因为国家是一个抽象概念，所谓“国家行为”总是由具体的机关和个人作出的。当然由于限制豁免主义的兴起，国家豁免的主体问题已经不如以前那么重要了，但对它仍然不可忽略。

我们认为从原则上讲，既然国家豁免的根据是主权，而主权又是处理内外事务的最高权力，那么就只有掌握内外事务最高权力的机关，也就是主权者才能成为国家豁免的主体。如此看来，国家元首、最高代议机关、最高行政机关、最高司法机关和最高军事机关等最高权力机关才能作为主权者享受豁免权，其中，最高行政机关或中央政府是当今世界豁免的基本主体，中央政府的各职能部门，如部、署、局、委等，作为最高行政机关的组成部分也享有豁免权。所以单一制国家的地方政府不能成为独立的国家豁免权主体，不能以自己的名义请求国家豁免权。不过事实往往并不如此简单，地方政府的私法行为固然是不豁免的，但地方政府的公法行为要为外国法院所管辖，这也为我们难以理解和接受，国际法似乎还未发展到这一步。历史上之所以存在否定地方政府是豁免权主体的判决和理论，一方面是因为它们没有抓住问题的本质，另一方面更可能是因为当时还没有更好的理由对地方政府的商业行为行使管辖权，¹¹因此这只是历史的产物。我们认为，单一制国家地方政府虽然不是独立的国家豁免权主体，但在本质上，单一制国家地方政府是中央政府的派出机构或分支机构，其公法权力是中央政府通过法律或其它方式授予的，在授予的权力范围内，地方政府的公法行为是归之于中央政府的，在国际法上其法律后果由中央政府承担，而中央政府对公法行为可以享有豁免权，所以，地方政府的公法行为最终可以豁免，¹²当然这种豁免权是间接的派生的非独立的，不能以自己的名义享有。同时，任何其它实体在国家授权范围内的权力行为也都是可以豁免的。

关于我国的香港特别行政区和澳门特别行政区，是否可以成为独立的豁免主体呢？我们认为根据我国宪法和特别行政区基本法的规定及其精神，特别行政区实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，中央也一再强调不会干预特别行政区的内部事务，鉴于作为单独法域的特别行政区拥有比联邦国家组成单位更大的权力，因此我们认为特别行政区在宪法和基本法的范围内可以享有独立的豁免权，成为独立的豁免权主体。¹³另外，国内有学者还提出了“中国内部各法域之间给予一定的司法豁免权”的观点。^[17]

现在结合条款草案给国家所下的定义来研究一下国家豁免权的主体问题，草案第2条规定，国家是指：（一）国家及其政府的各个机关；（二）联邦国家的组成单位；（三）受权为行使国家主权权力而行为的国家政治区分单位；（四）国家机构或部门和其它实体，只要它们受权为行使国家权力而行为；（五）以国家代表身份行为的国家代表。

“联邦国家的组成单位”这一项成为联邦国家和非联邦国家之间争论的对象，焦点是草案把联邦制国家的组成单位和单一制国家的政治区分单位完全分开，似乎前者与国家一样享有完全的豁免权，这样当联邦国家组成单位为了自己利益并以自己名义行事时，在没有任何附加条件的情况下，它们是否也享有“国家”豁免呢？委员会的解决之道是把第（二）项并入到第（三）项中去，也就是规定联邦制国家的组成单位和单一制国家的政治区分单位都要须“受权为行使国家权力而行为”的条件限制。¹⁴这个建议也并不是很理想，因为诚如国际法委员会在评注中所正确地认为那样：在一些联邦制度中，其组成单位与（单一制国家的）政治区分单位是有分别的，在另一些联邦制度中，其组成单位与（单一制国家的）政治区分单位是没有分别的，^[18]因此，联邦制国家的组成单位是否被作为一个“国家”对待，成为独立的豁免权主体，取决于特定国家的宪政惯例或历史背景。有的联邦是由原来拥有主权的国家签订条约让渡部分主权而形成的新国家，在保留主权的范围内其成员国仍然具有最高权力，可以成为独立的豁免权主体。但另外一些联邦则是由单一制国家转变而成，其组成单位的权力不仅有限而且源于中央授予，在实践中与单一制国家的政治区分单位确实也没有什么明显的不同，这些组成单位就不能成为独立的豁免

权主体。

“国家机构或部门 (**agencies or instrumentalities of state**)”，这是一个需要重点探讨的问题，它们到底是指哪些实体？特别的是这个译名是否准确地传达了原意？因为在我国“机构或部门”往往是个公法概念，而按我们的理解，在豁免法上“**agencies or instrumentalities of state**”是私法概念，它们原则上不享有豁免权，只是在授权范围内行使国家权力的行为才能享受豁免，主要是指国家企业¹⁵或国家设立的从事商业交易的其他实体，因此下面我们将把“国家机构或部门”全部换成“国家媒介” (**instrumentalities of state**)，这样似乎更加确切。那么如何判断某一实体到底是“国家媒介”还是“国家”本身呢？这里主要有两种标准。

第一个是“法律特征” (**legal characteristics**) 标准，即通过审查该实体表现出来的法律特征，如它是否具有单独人格，能否以自己名义缔结合同或控制 (**hold**) 财产，是否有能力起诉和被告，以及政府的控制程度等，如果该实体具有上述法律特征，那么它就是“国家媒介”，否则的话就是“国家”。

第二个是“核心职能” (**core function**) 标准，即如果该实体的核心职能主要是商业性而不是政府性的，那么它就被认为是“媒介”。无论采用哪一种标准，有一点是明确的，那就是任何实体一旦被认定为“国家媒介”，那么它在原则上就不能享有豁免权。

我们比较倾向于“核心职能”标准，因为它更符合相对豁免的本质，与国家主权行为和商业行为的划分标准也更加协调。而根据法律特征标准，一个实体，无论公法实体还是私法实体，只要它具有独立主体资格，就是“媒介”。照它看来，一个独立的公法实体是国家媒介，不享有推定豁免权，相反一个不独立的私法实体，比如国营公司，反倒被认为是国家本身，享有推定的豁免权，这与豁免的本质显然是矛盾的，也是不可接受的，因此它必然会规定一系列的例外情况。尽管在限制豁免主义条件下，从理论上讲，这两种标准的差别所带来的最终后果可能并没有什么不同，因为任何主权行为都可得到豁免，不论实施该行为的主体是否独立，也不论该主体的核心职能为何；同样，任何商业行为都不能豁免，尽管实施该行为的主体核心职能是政府性的。那么，这两个标准的区分是否就没有意义呢？当然不能这样认为，两者之间其实大有不同之处。同一个主体按照不同的标准可能具有不同的法律地位，而这种地位虽然从理论上讲不会冲击判决最后的实质性内容，但至少会对审判和执行过程中的程序方面带来不容低估的影响，并且会在实际的诉讼活动中影响到判决的实体内容，在一定条件下判决内容甚至可能会完全相反。因此，两个标准的区别的意义主要是程序方面的，主要是适用不同的标准当事人的举证责任分配有所不同，进而就可能产生实质上的影响。因为某实体一旦被认定为“国家媒介”，它就被推定为不享有豁免权，那么它就要承担证明其具体行为是主权行为的举证责任；相反如果它被认定为“国家”，那么它就被推定为享有豁免权，对方就承担着证明其行为是商业行为的举证责任。举证责任的分配是确定实体结果的关键性因素之一，因此一般来讲，只要被排斥在“媒介”之外，那么该实体就赢得了先机，掌握了主动权。在执行阶段，国家和国家媒介也存在着差别待遇。

随着世界各国经济、政治和法律状况的日益复杂化，主体中出现了两种新情况，因此需要讨论一下它们的法律地位，它们是否属于国家媒介。一类是 **Tier**，即不是由国家直接设立，其所有权权益之全部或大部也不直接由国家享有的实体，它们是由国家媒介设立的，其所有权权益之全部或大部间接的为国家所有；另一类是 **Pool**，即其所有权权益之全部或大部为两个或更多的国家所有的实体，而且每个国家单独享有的所有权权益都不超过全部的 50%。我们认为仍可十分便利地根据核心职能标准来判定这些主体是否属于“国家媒介”。而根据法律特征标准就要复杂得多，对于 **Tier**，它一方面认为国家利用 **Tier** 管理和控制着国家利益的重要领域，应推定所有的 **Tier** 都有豁免权，另一方面又假定第二级和更低级的 **Tier** 从事商业活动，而且这一假定可以被推翻。^[19]假定过来又假定过去，我们认为这是没有抓住要害的表现，把简单的问题搞复杂了，复杂的问题搞得更复杂了。

另外，由于任何事物都是变化发展着的，一个实体的法律地位也是如此，它可能由“国家”转变为“国家媒介”，比如在我国体制改革过程中，原第六机械工业部整体转化为我国船舶工业总公司，原国家有色金属管理总局转变为我国有色金属总公司，等等，很多集团公司或控股公司都是从工业部局转变

过来的；¹⁶相反的情况也存在，一个“国家媒介”如果被赋予较多的行政管理职能它就可能转变为“国家”本身，那么在被告法律地位发生变化的情况下，法院该如何界定其在诉讼过程中的地位呢？是以争议发生时的地位还是以立案时的地位为准呢？或者两者都可以？我们认为由于主体在豁免问题是次要的，不起决定性的作用，关键在于行为自身的性质，这才是实质性的。而且按照一般的法理念，应该根据行为时该实体的法律地位来确定它在审判过程中是作为国家还是作为国家媒介而存在。如果在行为时它是国家，则应承受与国家相适应的权利义务，尽管它后来已转化为国家媒介；如果在行为时它是国家媒介，则应承受与国家媒介相适应的待遇，即使它后来已转变为国家。不过出于国际礼节，避免或减轻对外交关系可能存在的潜在损失，由“国家媒介”转变为“国家”的实体可以享有国家在程序上的优待和礼遇，尤其是执行时要以国家对待之。因为，如果说审判是面向历史的话，那么执行则是立足于现实的，理应采取现实主义的态度。

五、国家财产的强制措施问题

管辖豁免和执行豁免的关系有“一体说”和“区分说”两种理论，^[20]“一体说”认为，国家财产的执行豁免应当与国家行为的管辖豁免是结为一体不可区分的一个问题，关于管辖的规定同样适用于执行。如果在管辖问题上采取绝对豁免主义，那么自然不存在执行的问题；如果在管辖上采取限制豁免主义，那么在执行情况上也应完全如此。“区分说”认为管辖豁免与执行豁免在性质、法律根据以及效果上都属于不同的领域因而应该区别对待。区分说又分为完全区分说和部分区分说。完全区分说常常表现为对国家的管辖豁免和执行豁免采取截然相反的态度，也就是说在管辖问题上采取限制豁免主义，而在执行问题上采取绝对豁免主义。部分区分说则表现为一方面对管辖豁免和执行豁免都采用了相对主义的立场，但另一方面又不同程度的对管辖豁免和执行豁免加以区别对待，对外国财产的强制措施问题采取更为严格的规定。目前部分区分说有为越来越多的国家所接受的趋势。联合国国际法委员会一读和二读通过的条款草案基本上采取的是“部分区分说”。我们赞同“部分区分说”的观点，因为“一体说”无视管辖豁免和执行豁免客观上存在的差别，把两个确实不同的问题当作一个问题处理显然是不科学的，而且可行性不强。完全区分说看到了执行比管辖具有更大的不可违反性，因而在执行问题上采取绝对主义的立场，显然，这也不是非常值得称道的。这样做一方面不符合限制豁免主义的宗旨，限制豁免主义的一个重要目的就是把国家的私法行为区别出来以使其在私法关系中承担平等的责任，如果国家财产绝对不能执行或者其执行取决于被执行者的态度的话，则此目的很难达到。因而这是不完整不彻底的限制豁免。另一方面这样做人为地割裂了管辖和执行间的密切联系。没有执行保障的管辖无疑会失去司法最基本的属性，也就是强制性和权威性，使管辖丧失实际价值而陷入矛盾尴尬的境地，基于这种管辖作出的判决无异于向当事人“打白条”。所以我们赞同“部分区分说”，管辖是执行的前提，执行是管辖的归宿，不能执行的管辖是无家可归的弃儿。可管辖的原则上就是可执行的，只是出于国际法上的特殊考虑，执行财产时需要更加谨慎，条件更加严格而已。

我们的观点是国家行为不享有绝对的管辖豁免，同时国家的财产也不能完全免于执行。当然人们也不应该去设想国家的全部财产都可以成为执行的对象。因为基于主权原则，国家用于公共利益的财产是不能执行的，同时，对国家财产的执行不得导致国家丧失最低限度的必要的公共职能。¹⁷最高人民法院2001年3月颁布的《关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》也体现了这一点，其第十五条规定：人民法院在审理有关移交、撤销、脱钩的企业的案件时，认定开办单位应当承担民事责任的，不得对开办单位的国库款、军费、财政经费账户、办公用户、车辆等其他办公必需品采取查封、扣押、冻结、拍卖等保全和执行措施。第十六条规定：人民法院在执行涉及开办单位承担民事责任的生效判决时，只能用开办单位财政资金以外的自有资金清偿债务。如果开办单位没有财政资金以外自有资金的，应当依法裁定终结执行。因此我们认为只有对下列财产才可采取强制措施：1.国家明示同意或已确定用于清偿的财产；2.包括参与诉讼所基于的商业行为的财产在内的全部商用财产；3.包括继承和赠与在内的意外所得；4.明显闲置或明显超出职能需要的过于奢侈的财产。

由于国家商用财产是法院地国执行的主要对象，而一个实际的困难就是如何界定国家商用财产。一

般来说，从时间角度看，正在用于商业的财产是商用财产，可以对其采取强制措施，这是显而易见的，如果有充分证据证明国家预定即将用于商业的财产也是可以执行的，但是仅仅过去用于商业目的的财产不是商用财产，不可强制执行。从领土管辖权与豁免权的关系来看，只有处于法院地国的商业财产才有可能被强制执行，根据主权原则，法院地国无权执行客国在第三国境内的财产，更别说客国在其本国领域内的财产了，因为这些财产在法院地国的实际有效控制之外。¹⁸至于财产是否必须与诉基行为存在一定的联系，各国的实践并不一致，国际法上也没有统一的规则。美国和国际法委员会认为只有财产与外国国家商业活动相联系时才可能成为强制措施的对象，但是英国和德国却有不同立场。笔者认为要求商用财产与诉基行为之间存在一定的联系是不必要的。首先，债务人必须以其全部财产（在此问题上是指全部商用财产）作为其债务的总担保，这是债法上的一个基本规则，在国际法上要求财产必须与诉基行为之间存在联系并没有什么特别的理由。其次，国际法上理论和实践对国家及其财产豁免方面的保护应该说已经是非常充分了。在私法关系中不应存在任何特权。否定商业财产与诉基行为之间必须存在一定的联系是为了“合理的平衡”私法关系中双方当事人的利益，促进国际民商新秩序的建立。事实上，在联大六委会“国家及其财产管辖豁免公约”工作组新的备选案文中，“财产与诉讼标的的要求有关”是受到了极大轻视的。^[21]而美国律师协会工作组的报告也认为对一商业行为案件判决的执行仅限于与同一商业行为有关的财产，这过分限制了对外国国家的执行，在外国国家不愿履行时，应给予胜诉原告实现判决的更大机会，不应要求被扣押或执行的财产与争议有关，同时也应明确只有外国的商业财产才可用来执行。^[22]

在六委会工作组 2000 年的讨论过程中，关于“免于强制措施的国家豁免”提出了三个二读草案未涉及的话题，这就是“公共秩序”、“判决前和判决后强制措施的区分”、“判决履行宽限期”，它们有的在最近的订正案文中得到了体现。“公共秩序”是在工作组主席提交的取代二读草案第 18 条的初步案文中出现的，（备选案文三）：一国如果不能在诉讼中要求豁免，则有义务执行另一国法院针对其作出的最后判决，除非此项义务与该国的公共秩序抵触。该案文并未为会议最后订正案文所接受。我国是否应积极主张在此部分条文中加入“公共秩序”的规定呢？笔者以为大可不必，因为从此条文中看，它首先给国家附加了一项前提性义务即“有义务执行一国法院作出的最后判决”，这也是极为敏感的一个问题¹⁹。另外从条款体系来看，“公共秩序”的实际意义还取决于其它条款的规定。如果地主国法院能普遍地不受地域限制地对某一国财产采取强制措施的话，那么“公共秩序”就有很大的价值，因为客国可以法院终局判决违反本国公共秩序为由拒绝或禁止执行在国内的国家财产；但如果地主国法院仅能对在其本国领域内的外国财产采取强制措施的话，那么“公共秩序”则基本上无用武之地，因为客国即便认为判决违反其“公共秩序”也根本阻止不了法院地国采取强制措施，因为它的管辖和执行是自足的。从草案的现有条文来看，其一直都坚持法院的强制措施仅限于其领域范围内。鉴于此，笔者认为在“国家及其财产管辖豁免公约”中加入“公共秩序”的规定不是很必要。当然这并不是说在国家豁免案件中不会涉及“公共秩序”问题，在诉讼过程中尤其是法律适用过程中，公共秩序是很有价值的。²⁰

关于区分判决前和判决后强制措施的问题，第一任专题报告员素差伊库在 1985 年就已提出，但在一读和二读草案中均未被采纳，二读草案只是笼统的规定“在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免”，并未对强制措施作出判决前和判决后的区分。一般认为，这表明草案对判决前和判决后的强制措施是采取同一立场的，并未对判决前强制措施予以更大的限制。不过我国代表团当年并不同意对国家财产可以实行诉讼保全措施或判决前的扣押措施。^[23]所以我国的态度是争取禁止对国家财产采取判决前的强制措施，因为这会“造成国与国之间的紧张关系，对各国之间的正常经贸关系也会带来严重后果”。^[24]把判决前和判决后的强制措施分开规定从立法技术上看也是有问题的，两个条款的内容多为重复，这很不符合立法简约的原则。当然即便我国的努力不成功，把判决前后区分开来也可以接受，因为依照案文只有在“明示同意”和“已经拨出或专门指定该财产用于清偿该诉讼标的的要求”这两种情况下才可以对国家财产采取判决前强制措施，而这样基本上也就没有什么危害了。

国际法委员会第 51 届工作报告中对于判决后强制措施的落实问题提出了三种办法：^[25]

1. 给予被执行国 2-3 个月的宽限期，由其自由地决定用哪些财产来履行判决；若在宽限期内未履行，

则法院地国可对其财产予以强制执行。

2. 给予被执行国 2-3 个月的宽限期，由其自由地决定用哪些财产来履行判决；若在宽限期内未履行，则可将执行判决之请求诉诸国际争端解决机制（比如国际法院），这将启动与执行请求特定问题相关的争端解决程序。

3. 由于强制措施问题的复杂性和微妙性，对之不予规定。

关于判决履行宽限期的规定，这似乎是理所当然的，因为不可能法院判决一作出，就要求国家当事人立即履行，中间肯定会有一段合理的宽限期，而且除非破产，²¹无限期拖延肯定是不行的，即便在国内债法上也是这样。因此这一规定只是对实际作法的法律化规范化，其目的是谋求执行双方利益的合理平衡，一方面给予了被执行国一段合理的时间来履行判决，另一方面又使执行国能及时保证有关当事人获得的胜诉判决得到履行。正如有学者所言：在国家财产的强制执行问题上，设置履行宽限期可以缓冲全球经济一体化与主权皇冠下的国家利益之间的冲突，同时它也是一个桥梁，可以将国际争端解决的法律方法和其它如政治方法结合起来，以期减少和避免国家间的摩擦。^[26]

六、我国最近的立场、问题和对策

我国目前还没有专门关于国家及其财产豁免的法律，但在这方面有一些政策和立场。从 1949 年“两航公司案”和 1978 年“湖广铁路债券案”可以看出我国基本上是采取绝对豁免主义政策的，不过同时也赞成通过协议来消除各国在国家豁免问题上的分歧。后来情况有所变化。1986 年第 41 届联大六委会上，我国政府代表就国际法委员会一读通过的《关于国家及其财产管辖豁免条款草案》表明立场：“根据国家主权和主权平等原则，以及‘平等者之间无管辖权’这一著名法律格言，国家享有豁免是一项重要的国际法原则；一国非经其同意不受他国法院管辖”；“条款草案既应以明确的规范性语言确认国家豁免是国际法的一般性原则，同时又要充分注意到这一原则的实施可能受到某些‘例外’的限制，从而达到真正‘合理的平衡’”^[27]；1991 年第 46 届联大六委会上，我国政府代表进一步表明立场：“国家豁免是基于国家主权和主权平等的一项国际法基本原则”，“国家财产的执行豁免是一项久已确立和公认的原则”，同时我国代表重申：“为了维护和促进国家间正常的往来和经贸关系，可以就国家管辖豁免制定一些例外的规定。然而考虑到国家豁免原则的性质和内涵，这些例外必须限于实际需要的某些情况而保持在最低限度上”。“我们承认和尊重国际上已存在着关于国家及其财产豁免的两种不同的主张和实践，我们认为这两种不同的主张都有合理的内核”。^[28] 1994 年第 49 届联大六委会上，我国代表还表示：“就这一问题制定一项国际公约，有助于平衡和规范各国的实践，找出各方都能接受的解决办法，不仅为私方当事人提供公平合理的救济，而且也避免由于豁免问题而影响到有关国家间关系”。^[29]我国政府在国际会议上在表明“国家豁免是一项国际法基本原则”的同时，又表示可以“就国家管辖制定一些例外的规定”，“为私方当事人提供公平合理的救济”，限制豁免主义“也有合理的内核”，可见我国政府的立场已经开始从绝对豁免主义的立场上缓和，体现了限制豁免主义的趋势。而在理论界，从公开发表的论文来看，较早的一些观点几乎全是批判限制豁免主义的，²²但现在一些学者尤其是中青年学者已经观点大变，开始接受和赞同限制豁免主义了。有学者认为：在现今世界法律环境中，我国如一味地坚持绝对豁免论，势必是行不通的。实际上，我国似乎也没有从绝对豁免论中受益。限制豁免论本身是伸缩性非常强的概念，留下很大的回旋余地，我们必须结合自己的国情和现状加以接受。^[30]在去年我国国际法学会“展望 21 世纪国际法发展”武汉研讨会“国家及其财产豁免”的专题讨论上，发言的专家学者几乎一致“接受”、“不反对”和“肯定”限制豁免主义，并认为限制豁免主义走向立法是一个趋势。^[31]鉴于政府和学界立场的巨大变化，因此我国接受公约草案的可能性是很大的。事实上，我国代表在第 48 届联大六委会上关于“国家及其财产管辖豁免条款草案”的发言中就表示“总的来看，草案是可以接受的，可以作为将来缔结一项国际公约的基础”。^[32]

尽管在采取限制豁免主义这样一个大的原则上，政府和学界的立场是趋于一致或者比较一致，不过在限制豁免主义的基础上到底是采用什么标准来划分国家的具体行为，两者之间的主张就不尽然。在 1997 年第 52 届联大六委审议公约草案的会议上，我国代表主张：如果国家以其名义从事以营利为目的

的商业交易，则不应在外国主张管辖豁免；如果国家为社会公共利益从事交易，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。^[33]这似乎是完全的目的标准。不过，在1994年第49届联大六委会上，我国代表的主张则是：“关于商业交易的判断标准，我们强调在把合同或交易的性质作为主要标准的同时，也把目的标准作为一个相关的标准。在很多情况下，国家所从事的商业活动，与公共利益是密切相关的，以性质作为唯一的标准并不能涵盖所有的情况。另一方面，为使得有关的规定更为明确，消除不确定性，对于主席的建议，我们将会给予认真考虑。”^[34]由此可见，我国政府在划分标准上并没有成熟和确定的立场，游离于性质标准和目的标准之间。而有见解的学者则认为：不能完全放弃目的，力图作到性质标准和目的标准的均衡使用。^[35]这里有以性质标准为主的意味，同时又强调两个标准的均衡使用。至于笔者的主张，前面已经阐述清楚，在此不予赘言。

客观上讲我国作为一个世界贸易大国，作为一个进行现代化建设的社会主义市场经济国家，坚持绝对豁免绝对是不现实的，我国应顺应当今世界国家豁免的趋势，结合我国的国情，尤其是存在的问题，制定出我国的对策。

很多学者认为把国有企业的财产与国家财产区别开来非常紧迫，如果不做区分，规定国有企业只有法人财产权，没有财产所有权，“财产所有权属于国家，使国家不可避免地承担了国家企业的对外债务，从而在国家及其财产豁免的外交实践中陷入极为被动的局面”。这固然是一个紧迫的问题，但因为一方面国内法已经规定国有企业或者“以国家授予其经营管理的财产承担民事责任”，²³或者“以其全部资产对公司的债务承担责任”，²⁴也就是说，从法律上讲，我国国有企业的财产作为分离的国家财产已经与狭义的国家财产区分开来了，²⁵所以国家为国有企业承担责任并非“不可避免”；另一方面国家不对其国有企业或其它实体承担连带责任，也是通行的做法，²⁶而且国际法委员会二读通过的条款草案第10条第3款规定：“国家享有的管辖豁免在一个国家企业或国家设立的其他实体所从事商业交易的有关诉讼中不应受影响，只要该国家企业或其它实体具有法人资格，并有能力：(a) 起诉和被诉；和 (b) 获得、拥有或占有和处置财产，包括国家授权其经营或管理的财产。因此，笔者认为，国有企业财产所有权属于国家在国际法上并不必然会给国家带来不利（当然，与国家享有股权相比也没有什么好处），相反倒是会给国有企业尤其是效益好的大型跨国企业带来风险，第一个风险就是它可能会被迫为国家本身的商业性行为承担责任。因为，如果一个国家本身由于其商业行为在地主国导致的大量债务，由于不能得到管辖豁免和执行豁免，当地主国法院对其作出了终局判决后，在一段合理的期限内，假如该国政府不同意或不能够清偿债务的话，那么地主国法院就可依法对在其领域内的商用财产采取强制措施，而国有企业中的国家财产显然属于该国的商用财产因而能够成为强制措施的对象。这样的法律后果很少被人提及。即便按照学者建议，“国家作为投资人享有国有企业的股权，而国有企业享有法人所有权”，但国家股权仍然是国家的商用财产，照旧可以被执行。所以在国家及其财产豁免问题上，把国家对企业的财产所有权改为股权，并不能解决全部问题，尽管如此我们仍然坚持所有权改股权，因为这对国家利益并没有任何损失，对国有企业却具有重要意义，因而会直接或间接地维护国家的利益。执行所有权与执行股权在处理上是不同的，对企业经营的实际影响也有差异。国有企业财产所有权属于国家给国有企业尤其是效益好的大型跨国企业带来的第二个风险是，一个国有企业可能会被迫为另一个独立的国有企业承担连带责任。因为外国法院可能认为作为所有者的国家与作为经营者的企业之间是一种委托-代理的关系，代理的一切法律后果归之于被代理人，国有企业的债务也就是国家的债务，要由国家来承担，但法院会跨过国家这个障碍，径直判决执行其境内的另一效益好的大型跨国企业的财产来偿还国家的债务。这样的话，一个国有企业就可能为另一个与它无关的国有企业承担责任。本来国有企业作为独立法人，其责任也是独立的，但是如果规定其所有权属于国家，就会给外国法院提供可乘之机。为了堵住这个漏洞，彻底解决“一企负债，众企惶惶”的问题，改国家所有权为国家股权极为必要。国有企业拥有财产所有权，就会真正成为一个独立法人，从法律上彻底解决有的外国法院对多个国有企业因为共同属于一个所有者而要求它们之间相互承担连带责任的问题。如此判决虽然极为少见，但一旦发生则企业根本无能为力。正确的作法如法国最高法院1988年在“罗马尼亚海运公司诉伯纳马尔航海公司和其他案”中认为不能仅仅因为是社会主义国家，就用某一国有企业的财产来清偿另一国有企业的债务；1976年美国众议院司法委员会的报告专门提到：关于外国机构或部门财产执行的《外国主权豁免法》第1610条(b)

款不能解释为允许用某一机构或部门的财产来清偿对另一无关的机构或部门的判决。这是有强制性理由的。如果美国法律不尊重不同机构或部门之间的单独法律资格，将鼓励外国司法机关无视不同的美国公司之间或者某一美国公司和其独立的子公司之间的法律区别。^[36]另外条款草案也规定被采取强制措施的财产应“与被诉的机构或部门有关”。要求一个独立的国有企业对另一个国有企业承担连带责任的判决是非法的，令人厌恶的，也是不可接受的，因而完全可以采取相应的报复措施。

其实，更为紧迫的问题是，在社会主义市场经济体制和现代企业制度基本确立的这一段时期，由于政府职能和企业管理体制需要逐步转变，这样政企不分的问题就会在一定范围和程度上存在，一套人马两块牌子，一个主体两种身份，既是政府机关又是企业法人。应该说，在改革初期，政企不分主要表现为企业本身就承担政府机关的职能，由政府直接经营管理，完全依附于政府，实质上是行政公司，后来随着改革的深入，许多从事经营活动的政府机关整体转化为企业；到了十四大，“国营企业”转变为“国有企业”，企业的自主权大大提高；公司法颁布实施后，转化为公司的国有企业的法人地位在国内得到了确认，尽管还不是很彻底。当然那些还未改制为公司的国有企业仍然是没有独立法律人格的。总的来说，改革开放 20 年来尤其是提出建立现代企业制度以来，从法律上讲，绝大部分国有企业的独立人格已经确立起来了，政企不分的现象已经极大的减少，但不容否认，这仍然是一个需要继续研究解决的问题。按照草案，国有企业只有在具有法人资格并有相当独立的法律行为能力时，国家享有的豁免才不受影响，如果政企不分，外国法院就有理由认为我国国有企业没有独立的行为能力，进而否认其法人资格，并把国有企业的行为视为国家的行为，从而要求国家承担无限连带责任，这是很值得警惕的。国际法委员会甚至在酝酿新的条款：国家企业或其它实体代表政府或者作为国家授权机构从事商业交易，可以看作是政府与私方当事人的交易，此时国家不得援引豁免。^[37]这个条款尽管得到一些代表团的支持，但显然没有什么根据，因而很难在以后的审议中得到通过。问题的关键是公司的面纱是否那么容易揭开以及合同相对性理论是否那么容易突破，即便在国内法上这都是一个非常谨慎的问题，因为这涉及到法人制度和合同制度的根本。

因此，为了应付国际趋势和挑战，一方面，我国要维护本国利益和形象，破除意识形态的禁锢，与时俱进开拓创新，大胆接受限制豁免主义。另一方面，我国应该继续大力推进社会主义市场经济体制建设和积极建立现代企业制度，使国有企业在统一开放竞争有序的市场体系中成为产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学的独立实体，化被动为主动，以迎接新世纪的挑战。这是宏观上的最根本的措施。此外，我国要继续坚持国家及其财产豁免权是一项国际法原则的主张，国家本身、国家行为和国家财产原则上都享有豁免权，同时把国家本身与国家媒介、国家公法行为与国家私法行为、国家公共财产与国家商用财产明确区分开来。国家公法行为只要不违反国际法，非经我国同意，不受任何司法机关管辖；国家公共财产只要不是违反国际法所得，非经我国同意，亦得拒绝任何强制措施。如果外国司法机关蔑视我国主权恶意牵连责任，对我国家行为任意审判，对我国家财产随意执行，则我国享有对等报复之正当权利。

从微观上，为了更好地保护国家财产维护国家权利，同时避免不必要的纠缠和争议，我们认为国家可以针对不同情况采取相应的具体对策：

1.对于需要进行的商业性行为，宜尽力避免直接以国家名义从事，可委托公司进行此类活动，不得已而为之的情况则可以约定包括仲裁在内的替代性争端解决机制。在实践中，国家作为国际商业行为的一方当事人往往不愿意把纠纷提交给一个权力来自于他国的法院，而宁愿提交仲裁。仲裁协议首先就是对法院管辖的排斥，这是毋庸置疑的。在国家与私人订立的合同中常规定有仲裁条款。一方当事人是国家或国家实体的仲裁在国际商事仲裁中已占有相当大的比例，国际商会依其仲裁规则进行的仲裁中涉及国家或国家实体的约占 1/3。^[38]

2.在争议发生后，通过司法途径依然是十分重要的方法，我国法院可以受理国家当事人或私方当事人的起诉，我国家当事人也可以到外国法院应诉，以维护自己的正当权利，而不应对在外国被诉产生本能的排斥。在 1979 年的“烟火案”中，我国有关部门根据事实和法律对起诉提出答辩，主张自己的

权利；在同年的“湖广铁路债券案”中，我国政府委托美国私人律师对法院管辖权提出抗辩，要求撤销缺席判决。^[39]这都不同程度地体现了我国政府灵活开放的姿态，这也是在当今世界更有力地捍卫自己权利所必需的姿态。当然，外交手段在一定情况下也是解决私法争议的一个可行途径，不过这通常低效而且麻烦，只有极少数案件会通过这种方法解决。

3.许多国家,无论是发达国家还是发展中国家都先后制定了关于国家及其财产豁免的相关国内立法,为本国的实践提供国内法律依据。而作为世界贸易大国的我国却缺乏一部比较系统的相关法律,这不仅令人遗憾,而且还落后于我国对外交往的实际需要。所以我国应尽快制定有关法律,对豁免的主体、行为和财产等各个方面作出恰当的规定,同时签订双边和多边条约以协调国际立场,尤其是要一如既往地积极参加和大力支持联合国正在进行的立法活动,尽量把我国的利益和意志反映到公约中去,以促使其向可以接受的方向发展。签订双边和多边条约是防止和解决涉及国家及其财产豁免问题争议的比较理想的方法。

参考文献

- [1] 黄进.国际私法[M].北京:法律出版社,1999.198.
- [2] 国际法委员会年鉴(英文版 2 卷)[C].1982.203.龚刃韧.国家豁免问题的比较研究 [M].北京:北京大学出版社,1994.416.
- [3] 龚刃韧.国家豁免问题的比较研究[M].北京:北京大学出版社,1994.416.
- [4] [泰] 颂蓬 素差伊库.国家豁免学说的发展及前景[J].荷兰国际法评论(英文版),1982(2):261.黄进.国家及其财产豁免问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,1987.19.
- [5] 国家及其财产的管辖豁免条款草案[J].王铁崖,田如莹.国际法资料选编(续编)[Z]北京:法律出版社,1993.79.
- [6] 同[1]195.
- [7] 刘想树.国际私法基本问题研究[M].北京:法律出版社,2001.211.
- [8] 龚刃韧.国家豁免问题的比较研究[M].北京:北京大学出版社,1994.447.
- [9] 同[8]141-142.
- [10] 余先予.冲突法[M].上海:上海财经大学出版社,1999.193.
- [11] [英]菲茨莫里斯.国家在外国法院程序上的豁免[J].英国国际法年刊,1933.
- [12] [英]劳特派特.外国国家的管辖豁免问题[J].英国国际法年刊,1951.黄进.国家及其财产豁免问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,1987.111.
- [13] 同[10]193.绝对豁免说的论据还可参见李双元,谢石松.国际民事诉讼法概论[M].武汉:武汉大学出版社,2001.280-281.
- [14] 黄进.国家及其财产豁免问题研究[M].北京:中国政法大学出版社,1987.77.
- [15] 同[8]320.
- [16] 黄进,邹国勇.“展望 21 世纪国际法发展”武汉研讨会综述[J].法学评论,2001(4):142.
- [17] 谭岳奇.美国州主权豁免理论之透视[J].李双元.国际法和比较法论丛[C].2002(3): 569.
- [18] 国际法委员会年鉴(中译本)[C]. 1991.2.19.
- [19] Working Group of the American Bar Association. Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act [J]. Columbia Journal of Transnational law, 2002, 40(3):525.
- [20] 同[8]352.
- [21] 联合国文件: A/C.6/55/L.12[Z]. 2000.25-26.
- [22] 同[19]588.
- [23] 中国国际法年刊[C].1994.432-433.

- [24] 同[23]。
- [25] 联合国文件: A/C.6/54/SR.18[Z].1999.5.
- [26] 黄进,曾涛,宋晓,刘益灯.国家及其财产豁免的几个悬而未决的问题[J].中国法学,2001(4):149.
- [27] 中国国际法年刊[C].1987.835.
- [28] 董立坤.国际私法论[M].北京: 法律出版社, 2000.191.
- [29] 中国国际法年刊[C].1994.467.
- [30] 同[26]143-144.
- [31] 同[16]142.
- [32] 同[23]432.
- [33] 中国国际法年刊[C].1997.427-429.
- [34] 同[29]468.
- [35] 同[26]144.
- [36] 同[8]406-407.
- [37] 联合国文件: A/C.6/54/SR.18[Z].1999.3.
- [38] 韩健.现代国际商事仲裁法的理论和实践[M].北京: 法律出版社,2000.25,74.
- [39] 同[14]263,269.

On the Relativity of State Immunity

GUO Yu-jun¹; XU Jjn-tang²

(1. Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072,China;

2. Institute of international law, Wuhan University; Wuhan 430072,China)

Abstract: This article deals with the issues about the immunities of states and their property. It agrees with the doctrine of restricted immunity and holds that the doctrine of restricted immunity has its own advantages. The authors believe the doctrine is helpful to establish the new international civil and commercial order, and adopting the doctrine has been an unavoidable world tendency. So far as to “the criteria for determining the state activity”, “the subjects of state immunity” and “the enforcement measures against state property”, the writers put forward some valuable views and prove it in detail. Finally, this article introduces the transformation of the attitudes of Chinese government and researchers from the doctrine of absolute immunity to the doctrine of restricted immunity, and discusses other important problems in China.

Key words: State Immunity; absolute immunity; restricted immunity

收稿日期: 2003-05-15;

作者简介: 郭玉军(1964-),女(汉族),河南唐山人,武汉大学国际法研究所教授(博士生导师),法学博士;徐锦堂(1980-),男(汉族),湖北武汉人,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

¹ 由于该法在语言和结构方面都存在着一一些问题，美国正试图对其进行修订。美国律师协会工作组已经提出了修改报告，该报告发表在 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, Vol. 40, No. 3.

² 例如有，新加坡 1979 年《国家豁免法》，巴基斯坦 1981 年《国家豁免法令》，南非 1981 年《外国主权豁免法》，加拿大 1982 年《国家豁免法》以及澳大利亚 1985 年《外国国家豁免法》等。

³ 另外还有治外法权说、国际礼让说、互惠说和尊严说等。每一种学说都具有或者曾经具有一定的合理性，除治外法权说外，其它学说皆可资利用。

⁴ 国家豁免根据的主权说的另一层含义是只有基于主权的理由，一个国家才享有豁免的特权。而这一内涵由于非常浅显往往为国内学者所忽略和不察。

⁵ 这就是学者主张的“要管大家管”的道路。参见李泽锐：《国家豁免问题的回顾和前瞻》，载《中国国际法年刊》，1986 年，第 276-277 页。

⁶ 董立坤：《国际私法论》，法律出版社 2000 年第 2 版，第 191 页。国内学者的相关论点还有（限制豁免主义）“已基本形成一种趋势”，王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1995 年版，第 132 页；“已成为一种世界性趋势”，韩健：《现代国际商事仲裁法的理论和实践》，法律出版社 2000 年修订版，第 498 页；“目前，这种限制国家豁免的主张和实践已是大势所趋，并可能成为国际习惯规则”，梁淑英：《浅析国家豁免的几个问题》，载《政法论坛》，2000 年第 2 期；“越来越多的国家主张限制豁免论”、“限制豁免主义已成为一种世界性趋势”，黄进、曾涛、宋晓、刘益灯：《国家及其财产豁免的几个悬而未决的问题》，载《中国法学》，2001 年第 4 期，第 150 页。

⁷ 从最高人民法院 2001 年 3 月颁布的《关于审理军队、武警部队、政法机关移交、撤销企业和与党政机关脱钩企业相关纠纷案件若干问题的规定》来看，我国公法主体在一定条件下是需要承担民事责任的，其第 3 条规定：被开办企业虽然领取了企业法人营业执照，但投入的资金未达到《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》第 15 条第 7 项规定数额的，或者不具备企业法人其他条件的，应当认定其不具备法人资格，其民事责任由开办单位承担。第 7 条：开办单位或其主管部门在被开办企业撤销时，向工商行政管理机关出具证明文件，自愿对被开办企业的债务承担责任的，应当按照承诺在其接受财产范围内对被开办企业的债务承担民事责任。第 12 条：被开办企业被宣告破产的，开办单位对其没有投足的注册资金、收取的资金和实物、转移的资金或者隐匿的财产，都应当由清算组负责收回。这是否表明了公法主体在国内私法关系中不享有特权的限制豁免主义取向呢？

⁸ 相似观点还有：“对人类活动的性质进行分类而不涉及其目的是不可能的。某项活动的性质不是抽象的理念，更确切的说集中的或‘中心的’目的，对‘政府的’和‘商业的’分类本身就是显示目的的。”澳大利亚法律改革委员会：《外国国家豁免》，1984 年英文版，第 28 页；事实上，一些西方国家的法院在具体判例中也时常将目的因素作为辅助标准加以考虑，例如《外国主权豁免法》颁布生效后的 1980 年，美国联邦德克萨斯西部地区法院在“卡斯特罗诉沙特阿拉伯案”中就仍以“非营利”作为承认美国与沙特阿拉伯之间培训军事人员协定主权性质的辅助理由。《国际判例汇编》，第 63 卷，第 412-422 页。转引自注 6，龚刃韧前引书，第 428 页。美国立法历史文件也陈述商业行为包括“通常为了利润的行为（customarily carried on for profit），See Working Group of the American Bar Association :Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, Vol. 40, No. 3, p. 552.

⁹ 关于性质标准的其它优点，可参见黄进：《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 80-81 页；龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 1994 年版，第 425-426 页。

¹⁰ 联合国文件：A/C.6/54/SR.18, 1999 年英文版第 3 页；A/C.6/55/L.12, 2000 年中译本，第 6 页。最后，联大第六委员会公约工作组 2000 年的订正案文是：备选案文一，删除此条款；备选案文二，在确定合同或交易是否属于第 1 款（3）项所述的“商业交易”时，应考虑合同的性质，以及签订合同的目标，即它是否涉及执行公务任务，但须作为当事人一方的国家已明示保留该种可能性而且对方未明示反对。

¹¹ 奥斯曼帝国行省埃及的船舶在泰晤士河发生碰撞，英国海事法院以埃及不是独立国家、没有国际法上的主权权力和地位为主要理由而对之行使管辖权。而现在，该行为不是主权行为已然成为否定其豁免权的充分根据，无需再寻找任何其他理由。该案例可参见龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 1994 年版，第 41 页。

¹² 国际法委员会对条款草案的评注似乎支持了这一观点。“在一些案件中，法院为了权宜之计，不受理对这些自主实体提出的诉讼，认为它们是外国政府的组成部分”。同时介绍了一个法院的判决：“不能对外国主权国家的一部分提起诉讼，如果这个部分是经该外国主权国家作为其政府的一个机关设立，对其领土的一部分行使政府控制权，而该部分领土又经该国设立为一个法律实体的话，我认为不能在本院对这个法律实体提起诉讼，因为这样做意味要一个外国君主的权力和领土最后服从本院的管辖和执行令状。”参见《国际法委员会年鉴》，1991 年，第二卷第二部分，中译本，第 19 页。

¹³ 国际法学会也认为：“一个实体具有联邦国家组成单位之地位或类似特别自治实体之地位的事实，根据该外国法律不妨碍有关行为的豁免。”转引自龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 1994 年版，第 189 页。

¹⁴ 六委会工作组 2000 年订正案文正是依照这一思路，它规定，“国家”是指：（一）国家及其政府的各个机关；（二）有权行使主权权力的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位，但须证明这些实体是以该身份行事；（三）国家机构或部门和其它实体，但须它们有权行使并且实际在行使国家权力；（四）以国家代表身份行事的国家代表。参见联合国文件：A/C.6/55/L.12, 2000 年中译本，第 22 页。另外在讨论中有代表团提出用“政府权力”取代“主权权力”，果真如此的话，就可以对“国家”作出广泛的解释，地方政府似就可以作为独立的主体了。

¹⁵ 关于“国家企业”（State Enterprises）的概念有必要加以说明，因为迄今为止在国际法学界尚未见到有关的解释，从而极易使人们把它与“国有企业”（State-owned Enterprises）混同。按照国际货币基金组织的口径以及经济学界的一般观点，西方的国有企业（State-owned Enterprises）可以具体分为以下三种类型：第一种国家企业（State Enterprises），是指由政府直接经营管理和经营的企业，这类企业的财务和会计帐目至少部分与政府财政预算有直接联系，它的另一个特征是雇员是国家公务员或享有公务员待遇；第二种，国有公司（State-owned Companies），是

指按普通公司法建立的国有企业，具有与私人公司相同的独立法人之地位；第三种是介于两者之间的“国办企业”（State-sponsored Enterprises），在西方是指依据特殊法律条文创办和经营的企业，有一定的独立性，这类企业可能完全归政府所有，或者政府通过特殊方式对其实施控制。参见顾宝炎主编：《外国国有企业的管理和改革》，中国人事出版社 1999 年版，第 227 页。

¹⁶ 美国联邦第九巡回法院 2001 年审理的 *Patrickson v. Dole Food Co., Inc.* 案中，被告的法律地位发生了变化。在侵害发生时，它是为以色列政府所有的国家媒介。但在立案后，它被私有化，以色列政府不再拥有任何所有权权益或控制权。由于，如果外国实体“是”（is）外国国家的机构（an organ of a foreign state），美国“外国主权豁免法”（FSIA）才赋予有关案件以联邦管辖权，否则就是州法院管辖事项。最后巡回法院认为即使在侵害发生时，被告也不是 FSIA 意义上的国家机构（organs）或媒介（instrumentalities），因而该法院断定此案中不存在联邦事项管辖权而将该案发回到州法院继续审理。see Symeon C. Symeonides: Choice of Law in the American Court in 2001: Fifteenth Annual Survey, *The American Journal of comparative Law*, winter 2002, Vol. 50, N. 1, p. 18.

¹⁷ 值得一提的是，通常国家在国内的豁免权是其在国际上主张豁免权的一大原因，不过关于主权的国内豁免问题的专门研究在国内似乎还没有出现。在地方政府尤其是乡镇政府大量欠债以至成为影响社会稳定严重隐患的情况下，我国确有这方面的迫切的实际需要，可以说在这一点上，理论的指导作用并没有发挥出来，相反是落后于实践的。因此，在国内法上，尤其是在强制措施方面，是否需要借鉴国际法上的国家主权豁免的理论和实践就是一个很值得探讨的问题。我们注意到地方基层政权的办公大楼因政府欠债而被法院查封的情况已经出现，当然，那个被查封的基层政权是还有一幢办公大楼的。

¹⁸ 被执行财产“处于法院地国领土上”已为二读草案所肯定，而且在 2000 年工作组的两个备选案文中都得到了完全的保留。参见联合国文件：A/C.6/55/L.12，2000 年中译本，第 25 页。

¹⁹ 中国代表在第 49 届联大六委关于《国家及其财产的管辖豁免条款草案》的发言认为：“为国家履行外国国内法院的判决设加时限或者规定为一种条约义务，或者试图把某种争端解决机制引入公约的做法，都将使国家豁免问题变得更加复杂，不利于就公约早日达成协议。”参见《中国国际法年刊》，1994 年，第 469 页。

²⁰ 在 2002 年英国上议院受理的“科威特航空公司（KAC）诉伊拉克航空公司（IAC）”案中，上议院就以伊拉克革命指挥委员会（RCC）第 369 号令违反英国的国际义务和公共秩序为由拒绝适用伊拉克法，尽管依据“侵权行为适用侵权行为地法”的英国国际私法规则，应选择适用伊拉克法。同时上议院也不认为 IAC 对 KAC 飞机的占据和使用是国家主权行为。Available at (visited Dec. 15, 2002) [http://www.lexisnexis\(TM\)academic-document/sovereign-imm-Kuwait,Iraqi.htm](http://www.lexisnexis(TM)academic-document/sovereign-imm-Kuwait,Iraqi.htm).

²¹ 国家可以破产吗？据悉某一重要国际组织在芝加哥学派经济学家的协助下正在起草国家破产方面的公约，据说这样可以把国家从无穷无尽的债务深渊中解放出来。美国律师协会工作组的报告也提到了国家破产的问题，并认为在国家面临财政或其它方面的极大困境时，破产能够平衡债权人利益和债务人保护两者之间的关系，同时认为赋予法院暂停诉讼的权力也可起到一样的效果，不过这两种方法都超出了豁免法的范围而应成为更广泛努力的一部分。See Working Group of the American Bar Association: Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, Vol. 40, No. 3, pp. 589-590.

²² 这方面的论文有陈体强：《国家豁免与国际法》，载《中国国际法年刊》，1983 年；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 1 期。

²³ 《中华人民共和国全民所有制工业企业法》第 2 条第 2 款。

²⁴ 《中华人民共和国公司法》第 3 条第 1 款。

²⁵ 当然国有企业财产与国家财产的彻底区分则是指实行新的“两权分离”，即国家作为投资人享有国有企业的股权，而国有企业享有法人所有权。不过，股权也是一种所有权，尽管它是一种特殊的最终的所有权。

²⁶ 例如在 1987 年联邦德国法院审理的“果菜园污染案”中，原告以其果菜园因 1986 年苏联切尔诺贝利核电站事故而遭受污染为由，对苏联国家提起诉讼。波恩地方法院指出，根据苏联行政法，经营该核电站的是作为独立法人的切尔诺贝利核电站，而不是苏联国家本身。由于苏联对经营核电站没有直接的责任，所以该法院认为主张苏联对此负责是没有根据的。另外，美国《对外关系法第三次重述》也表明了国家在通常情况下不对该国独立法人的行为负责的见解。转引自龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究》，北京大学出版社 1994 年版，第 213 页。