



## 对等原则在国家豁免领域的适用

王欣濛 徐 树

**摘 要:** 对等原则是国际法的一项重要原则,其在国家豁免领域也有可适用性。当前,各国立法、判例关于国家豁免范围的实践不一致,有必要通过适用对等原则来解决。部分国家在国内立法中规定了“豁免和特权的限制和扩大”条款,授权一国依据对等原则对另一国的豁免和特权予以限制或扩大。我国目前只在外国中央银行财产执行豁免、外交和领事豁免中明文采取对等原则。为了解决我国与外国立场不同而导致的不利局面,我国应在国家豁免立法中明文采取对等原则,明确对等原则适用的范围、程序和条件。

**关键词:** 对等原则; 国家豁免; 豁免范围; 中国立场

国家豁免(state immunity)是国际法中的一项重要原则,即一个国家及其财产不受另一国管辖。在国际实践中,各国法院给予外国国家及其财产的管辖豁免范围并不一致。有些国家通过国内立法或司法判例确立了限制豁免主义立场,而有些国家则坚持绝对豁免主义立场,即使在采纳限制豁免立场的国家之间对于国家豁免范围的界定也存在很大分歧(Hazel,2002:292)。正是在这一背景下,出现了对等原则在国家豁免领域是否具有可适用性的问题,即一国可否基于对等原则对外国国家及其财产给予对等的管辖豁免。

关于这一问题,我国学者对此多予以质疑(郭延曦,1995:39),而鲜有支持者(王虎华、罗国强,2007:34-38;倪征焯,1983:3-30)。但是,学者一厢情愿的主张并不完全代表我国的立法实践。我国《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条规定,“外国不给予中华人民共和国中央银行或者中华人民共和国特别行政区金融管理机构的财产以豁免,或者所给予的豁免低于本法的规定的,中华人民共和国根据对等原则办理。”该条明确规定我国在外国中央银行财产的执行豁免上适用对等原则,这也意味着我国政府保留对外国央行财产不予豁免的权利,也可以认为这是一种“有例外”的豁免。本文通过分析国际法中对等原则的概念、内涵并研究国际社会在国家豁免领域适用对等原则的国家实践,为我国在国家豁免领域是否适用以及如何适用对等原则给出立法建议。

### 一、国际法中对等原则的概念与内涵

对等原则,在学理上也被称为相互原则或互惠原则,是国际法的一项重要原则。对等原则在条约法、武装冲突法、外交关系法、领事关系法、国家责任法、外国人待遇、外国法院判决的承认与执行等领域都有具体运用。对等原则在国际法下的基本含义是,一国如依据一项特定国际法规则对另一国提出权利主张,则该国也必须接受该规则的约束。在高度发达的国内法律体系下,对等原则在很大程度上已经被国内统一的法律规则所取代,例如在国内刑法领域,私人之间的报复已经为法律所禁止。而在缺乏中央立法机关、体系化程序较低的国际法律体系下,对等原则仍然是维持国际法律秩序的一个重要途径。

对等原则源于国家间的主权平等原则和国际法本身的横向型、任意性特征。国际法的创立、遵守和制裁都以相互为主导原则,一项习惯法规则的创立、遵守和制裁都体现出国家之间的相互性特征(李浩培,1994:35)。国际法正是通过调整具体的对等相互关系来达到调整整个国际社会的国际关系。有学者甚至据此将对等原则视为国际法体系的一项元规则(meta-rule)(Francesco Paris&Nita Ghei,2004:93-123)。

对等原则可分为积极意义的对等和消极意义的对等,积极的对等是指两国相互给予某种权利或权益,而消极的对等是两国相互采取限制或歧视措施(张亚非,1984:60)。互惠原则一般作为积极意义的对等原则而被论及,因此多在外国法院判决的承认和执行等涉及相互给予优惠的领域中运用。尽管我国学者在外国法院判决的承认与执行上多主张从宽或者软化处理互惠原则的适用,但仍认为应继续坚持互惠原则(徐崇利,2004:70),完全放弃互惠原则被认为是不现实的(杜涛,2007:110-119)。2014年12月18日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第544条规定:当事人向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行外国法院作出的发生法律效力判决、裁定的,如果该法院所在国与中华人民共和国没有缔结或者共同参加国际条约,也没有互惠关系的,裁定驳回申请,但当事人向人民法院申请承认外国法院作出的发生法律效力判决的除外。根据该规定,互惠原则适用于外国法院离婚判决以外的判决在中国法院的承认和执行,是否存在互惠关系由中国有管辖权的中级法院予以裁定。此外,我国《对外贸易法》第6条也规定,我国在对外贸易方面根据所缔结或参加的国际条约、协定,给予其他缔约方、参加方最惠国待遇、国民待遇,或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。但在对外贸易领域中对等原则的适用目前主要是由政府机关予以实施。

从国际法的任意性特征来看,对等原则在国家豁免领域同样具有可适用性。国家豁免作为一项原则为国际社会所普遍认可和遵守,但是至今没有实践和理论主张国家豁免原则曾经或者将要成为强行法规范。根据《维也纳条约法公约》第53条的界定,强行法是指国家所组成的国际社会作为整体接受并公认为具有强行性且不得损抑的国际法规范,而且这种规范只能由与之相同性质的国际法规范对其进行变更。可见,强行法规范与一般国际法规范在效力上存在着等级差别,一般性的国际法规范不得与强行法规范相违背,否则无效。国家豁免原则并不是“不得损抑”的强行法,其在性质上属于任意法规则(*jus dispositivum*),国家之间可以通过特别法规则予以偏离。在“国家管辖豁免案(德国诉意大利:希腊介入)”中,国际法院虽然肯定一国并不因其违反国际人权法的行为而丧失在另一国法院的管辖豁免权,但是同时指出国家豁免不具有强行法的地位<sup>①</sup>。因此,国家既可以通过单方面接受外国法院的管辖而放弃豁免,也可以通过双边条约或者对等实践的方式在彼此之间不给予管辖豁免。因此在国家豁免领域,一国有权依据对等原则对外国国家决定是否给予管辖豁免。如果某一外国国家在特定情形下对一国不给予管辖豁免,则一国在相同情形下对该外国国家也可对等地不给予管辖豁免。

## 二、对等原则在国家豁免领域的适用实践

尽管学理上对于对等原则在国家豁免领域能否适用还存有争议,但国际社会的实践已经肯定了对等原则的可适用性。国际法委员会在1985年关于国家及其财产管辖豁免公约的一份草案中特别规定了“豁免和特权的限制和扩大”条款,该条款规定一国可针对另一国限制或扩大其豁免或特权,只要该国认为这一限制或扩大是基于互惠而适当的,或者是与该另一国的实践标准相一致的,或者是适用于该两国的条约或其他国际协定要求须嗣后进行调整的。草案特别报告员认为,为了保持在一定程度上予以调整适用的弹性,有必要加入该条款使一国能对另一国给予相应的管辖豁免和特权,无论这是否是基于互惠对等的考虑<sup>②</sup>。

英国、澳大利亚、加拿大、新加坡、南非、巴基斯坦等国在其国家豁免立法中虽未明文规定对等原则,

<sup>①</sup>参见国家管辖豁免案(德国诉意大利:希腊介入)判决(2012). *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*,载 <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php>, para 92-93.

<sup>②</sup>See International Law Commission Document A/CN.4/388, *Seventh report on jurisdictional immunities of States and their property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, para. 135.

但都赋予本国国家元首或政府针对特定国家“限制或扩大豁免和特权”的权力。

英国《国家豁免法》第15条为“对豁免和特权的限制和扩大”条款，该条第1款规定：“如果女王陛下认为一国根据本法该部分所享有的豁免和特权：(a)超出根据该国法律对联合王国所给予的豁免和特权；或者(b)少于根据任何条约、公约或其他国际协定所要求的豁免和特权，且该国和联合王国均为其缔约方，则女王陛下可通过枢密令限制或者根据具体情况扩大该豁免和特权，只要女王陛下认为适当。”对于英国《国家豁免法》第15条的规定，香港特区终审法院在“FG Hemisphere Associates 诉刚果(金)案”中进行了如下评价：《国家豁免法》第15条赋予了英国行政机关根据对等原则并依照其国际权利和义务对国家豁免范围进行调整的权力<sup>①</sup>。

澳大利亚《外国国家豁免法》第42条第1、2款规定：“(1)如果总督足以认定某外国国家根据本法享有某项豁免或特权，但该外国国家法律并不给予澳大利亚该项豁免或特权，则总督对该外国国家可通过规例修正本法关于该项豁免或特权的适用。(2)如果总督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规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。”而且，根据澳大利亚《外国国家豁免法》第42条第3、4款的规定，总督根据第42条第1、2款通过的规例具有溯及力，可以适用于规例生效前提起的诉讼，只要该诉讼还未终结。

加拿大《国家豁免法》第15条规定：“如果总督认为本法给予某外国国家的豁免或特权超出该外国国家法律所给予的豁免或特权，则在外交部部长的建议下，总督可通过命令限制本法对该外国国家所给予的豁免或特权。”

加拿大总督曾针对美国《外国主权豁免法》与加拿大《国家豁免法》给予豁免的不同，通过一项“限制有关美国特定豁免的命令”(Order Restricting Certain Immunity In Relation to the United States)。该项命令要求，“美国根据《国家豁免法》所享有的豁免，不得适用于代表美国行事或者根据美国命令或要求行事的法律实体，无论其是否为公司实体，也无论其在何处注册，除非该法律实体的多数股份或其他所有权益由美国或美国的政治区分单位所拥有。”

新加坡《国家豁免法》第17条规定：“如果总统认为一国根据本法该部分所享有的豁免和特权：(a)超出根据该国法律对新加坡所给予的豁免和特权；或者(b)少于根据任何条约、公约或其他国际协定所要求的豁免和特权，且该国和新加坡均为其缔约方，则总统可通过命令限制或者根据具体情况扩大该豁免和特权，只要总统认为适当。”

南非《外国国家豁免法》第16条规定：“如果国家总统认为某特定外国国家根据本法所享有的豁免和特权：(a)超出或少于根据该外国国家法律对南非所给予的豁免和特权；或者(b)少于根据任何条约、公约或其他国际协定所给予的豁免和特权，且该国和南非均为其缔约方，则国家总统可通过在宪报上公告限制或者根据具体情况扩大该豁免和特权，只要他认为适当。”

巴基斯坦《国家豁免法》第16条规定：“如果联邦政府认为一国根据本法所享有的豁免和特权：(a)超出根据该国法律对巴基斯坦所给予的豁免和特权；或者(b)少于根据任何条约、公约或其他国际协定所要求的豁免和特权，且该国和巴基斯坦均为其缔约方，则联邦政府可通过官方宪报通告限制或者根据具体情况扩大该豁免和特权，只要这被认为是适当的。”

从以上国家立法可知，英国、澳大利亚、加拿大、新加坡、南非、巴基斯坦等六个国家的国家豁免立法都赋予本国针对特定国家变通适用本国国家豁免法的法律空间。这种变通适用主要体现为限制或扩大适用豁免，即限制适用根据本国法应当享有的豁免或者扩大适用根据本国法不能享有的豁免。而且，这里的豁免既包括司法管辖豁免，也包括执行管辖豁免。总结以上国家规定，主要有以下特征：

第一，本国国家豁免法并非适用于所有外国国家，如果本国法律赋予某外国国家的豁免超出该外国

<sup>①</sup>参见 FG Hemisphere Associates 诉刚果(金)案判决, *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of Congo*, Court of Final Appeal of the HKSAR, FACV 5,6 & 7/2010, 8 June 2011, para. 258.

国家法律对本国所给予的豁免,则本国可针对该外国国家限制适用该豁免。这一规定,实质上是在本国和该外国国家之间适用对等原则,即如果外国国家法律与本国法律给予的豁免范围相同,则按本国法律处理,而如果外国国家法律给予的豁免少于本国法律给予的豁免,则对少的那部分豁免按照外国国家法律标准对等处理。但值得注意的是,与其他国家立法不同,南非《外国国家豁免法》还规定如果南非法律赋予某外国国家的豁免少于该外国国家法律对南非所给予的豁免,则对该外国国家可扩大该豁免。

第二,在特定条件下,可以对某外国国家扩大适用本国国家豁免法未给予的豁免情形。如果本国国家豁免法规定的豁免范围少于条约、公约或其他国际协定规定要求的豁免范围,本国对同为条约、公约或其他国际协定缔约国的外国国家可以扩大适用超出本国国家豁免法规定的那部分豁免。而且这里的条约、公约或其他国际协定包括双边性质和多边性质两大类。

第三,外国国家豁免法给予的豁免是否少于本国国家豁免法所给予的豁免,由国家元首或者行政机关来认定。而是否限制或扩大适用本国国家豁免法的规定,其决定权也在于国家元首或者行政机关,而且国家元首或者行政机关具有自由裁量权,其中加拿大国家豁免法还规定总督在作出决定前需要有外交部部长的建议。

第四,针对特定外国国家限制或扩大豁免的决定,需要通过规例、命令、宪报公告等特定的程序。而且对豁免的限制是针对本国法律与外国法律在法律规定上存有差异的处理,而不是针对具体案件的终局处理。该外国国家在具体案件中是否享有豁免,还需要本国法院根据本国国家豁免法以及规例、命令、宪法公告等规定进行认定。

尽管上述国家在本国的国家豁免立法中包含了对等原则的条款。但是,在这些国家的司法实践中还未出现直接适用该条款的案例。这是因为在这些国家的立法中,对等原则仅在本国法律赋予某外国国家的豁免范围超出该外国国家法律对本国所给予的豁免范围时才适用。而事实上,根据上述国家的国家豁免立法,外国国家所享有的豁免范围非常有限,外国国家对于其所从事的商业交易行为、雇佣行为、侵权行为等不享有豁免。因此,对等原则在这些国家司法实践中的适用机会非常少见。

与上述国家不同的是,在一些没有制定国家豁免法的国家,对等原则在司法实践中却被广泛的适用。波兰法院就明确依据对等原则确定是否给予外国国家及财产以管辖豁免(Ian,1986:206-208)。例如,在1948年的“阿尔多娜诉英国财政部案”中,原告是英国政府在波兰的某新闻机构的雇员,其因为薪酬争议在波兰法院起诉英国财政部。波兰最高法院指出,为了决定外国国家管辖豁免问题,应以各国间的对等原则作为基础。由于当时英国法院仍然采取绝对豁免立场,波兰法院因此根据对等原则判决英国财政部享有管辖豁免。此外,在1978年的“马里亚诉奥地利文化协会案”中,波兰法院也同样基于对等原则给予被告以管辖豁免(龚刃韧,2005:115)。

### 三、我国采取对等原则的必要性及制度设计

在国家豁免领域,我国目前只在外国中央银行财产执行豁免、外交和领事豁免中明文采取对等原则,在国家管辖豁免和其它财产的执行豁免上是否适用对等原则因缺少专门立法而尚不明确。在共和国成立后的早期实践可以看出,无论是“中央两航空公司案”,还是“湖广债券案”中,我国政府都在外国法院判决执行了我国财产后采取了相应的报复措施,这种报复措施与我国对外国央行财产豁免法中所提及的对等原则在本质上是一致的,即在外国法院没有给予我国财产以豁免权时,我国也相应地不给予对方国家财产豁免权。而在“湖广铁路债券案”中,我国外交部在1983年2月2日向美国国务卿提交了备忘录,重申了我国政府的这一立场,即:“如果美方无视国际法,强制执行上述判决,扣押中国在美国的财产,中国政府保留采取相应措施的权利。”通过分析,本文认为中国在今后的国家豁免立法或者政策声明中,无论是坚持绝对豁免立场还是转向限制豁免立场,都应明确采取对等原则。

#### (一) 采取对等原则的必要性

首先,对等原则在国家豁免制度中的适用得到了相关国家实践的支持。英国、澳大利亚、加拿大等国的国家豁免立法中都实质上采取了对等原则,而且国家元首或行政机关对于是否适用对等原则具有

自由裁量权。而美国之所以在《外国主权豁免法》中没有规定对等原则,是因为美国《外国主权豁免法》相对于其他国家的国家豁免法而言,其豁免例外的情形是最多而且最广的,换言之,其规定的豁免范围是最有限的,因此并无必要规定对等原则。如上所述,加拿大即曾针对美国《外国主权豁免法》与加拿大《国家豁免法》给予豁免范围的不同,通过一项“限制有关美国特定豁免的命令”。

其次,采取对等原则使得实践中对于国家豁免案件能够灵活处理,可以解决在某些情况下由于各国立法的差异或者立法缺陷造成的复杂局面。当前,对于国家豁免存在着所谓绝对豁免主义和限制豁免主义之争,即使在主张限制豁免主义立场的国家之间,也存在着较大的差异。而多边条约途径对于解决绝对豁免主义与限制豁免主义之间的分歧效果并不理想,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》自1977年起开始起草,直至2004年通过,但至今由于批准国家过少而迟迟未能生效<sup>①</sup>。考虑到多边途径的困难,采取双边的对等原则对于解决两国间的立场分歧而言更为务实。当就有关国家豁免问题出现争议时,法院往往依照法院地国的国内立法或者司法实践来确定是否给予相关国家以管辖豁免。比如,美国《外国主权豁免法》中将国家侵犯人权行为作为国家豁免的例外情形,而我国对于美国的这一规定是不可能接受的。如果美国法院在针对中国的人权诉讼案件中不给予中国以国家豁免,则中国也可以采取对等措施,即中国法院在针对美国的人权诉讼案件中不给予美国以国家豁免。如此,在外交政策上也可以在一定程度上构成对其他国家的威慑。

如果对特定国家不采取变通适用,则可能造成外国国家对我国行使管辖,而我国在同等情形下对外国国家却不行使管辖的被动局面。这样,我国事实上处于明显的不利地位。因而,在国家豁免立法中规定对等原则,对于解决我国国家豁免立法与其他国家的豁免立法或司法实践之间的差异有着重要作用。

有观点认为,适用对等原则将使管辖豁免的有无处于不确定状态(Hersch,1951:220-250)。对等原则的适用前提应当是承认国家豁免原则的存在,否则对等原则适用的结果将是否定国家豁免原则的存在。而这恰恰是部分学者用来证明国家豁免原则不存在的理由,他们认为一国可以任意决定是否给予管辖豁免,因而给予他国以管辖豁免并非一项国际法义务。国家豁免作为一项国际法原则受到了国际社会的普遍认可,对外国国家及财产给予管辖豁免的义务性是不容置疑的。适用对等原则并不影响国家豁免的习惯国际法地位,相反是通过促进各国对外国给予管辖豁免以确保国家豁免的国际法地位。

再次,对等原则在绝对豁免立场和限制豁免立场下都可以有效运用。对于处在从绝对豁免立场向限制豁免立场过渡的国家,对等原则同样具有可适用性,可以更好地协调立场转变前后的做法。尽管中国政府在“FG Hemisphere Associates 诉刚果金案”中明确表达了其对绝对豁免立场的坚持,但是中国政府的这一表态并不能阻止英美等国通过国内法的形式采取限制豁免立场。在坚持绝对豁免立场的同时,对持限制豁免立场的国家采取对等原则,可以为中国未来转向限制豁免立场积累实践经验。中国目前已签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,如果未来批准该公约,则可以实现从绝对豁免立场向限制豁免立场的平稳过渡。即使中国未来转向限制豁免立场,中国所承认的豁免例外范围也不可能广于美国等国所要求的豁免例外范围。在这种情况下,即使中国转向限制豁免立场,美国等国依然会按照其本国立法对我国不承认的国家豁免例外情形予以管辖,在这种情形下中国依然处于被动和不利的地位。因此,解决这一被动局面仍有必要采取对等原则。

更重要的是,当前我国企业在国际贸易、国际投资市场中的地位迅速提升。在“一带一路”政策的推动下,中国企业、装备将更频繁地参与海外基础设施建设、投资和贸易往来。因此,中国企业很可能将不可避免地东道国政府更频繁地发生商业纠纷。例如,2014年11月7日,中国铁建在墨西哥中标的高铁项目被墨西哥政府单方面撤销。对于墨西哥的权益侵害行为,当地救济可能并不能提供足够的法律保护,因为当地救济易受当地政府的干扰。而寻求外交保护则会把普通的商业纠纷提升到国家与国家间层面的政治性纠纷。因此,根据对等原则,在东道国采取限制豁免立场的情况下,允许中国投资者在中国法院就东道国政府的权益侵害行为起诉,可以为走出去的企业提供多一层保护。

<sup>①</sup>目前仅有芬兰、意大利、挪威、瑞典、瑞士、伊朗、沙特阿拉伯等国批准了该公约,而公约第30条要求公约须经30国批准始得生效。

## (二) 采取对等原则的制度设计

### 1. 对等原则的适用范围

从英国、澳大利亚、加拿大等国立法的规定来看,这些国家对等原则的适用范围包括两项:第一,限制适用本国法律超出外国法律所给予的那部分豁免;第二,扩大适用条约、公约或国际协定超出本国法律所要求的那部分豁免。

第一项适用范围在我国还没有明确的法律依据,在我国国家豁免立法中应当明确予以规定。而且,应当借鉴英国、澳大利亚、加拿大等国立法的规定,仅在本国给予外国国家及财产的豁免超过外国给予本国国家及财产的豁免的情形下适用对等原则。而南非《外国国家豁免法》对于本国给予外国国家及财产的豁免少于外国给予我国国家及财产的豁免的情形下也适用对等原则,在立法中持该立场的目前只有南非。这一立场目前看来对我国还没有必要,因为我国仍然持绝对豁免主义立场,即使今后承认部分国家豁免例外,所承认的豁免例外情形相比美国、英国等西方国家仍然有限。所以,我国近期面临的主要问题是,外国国家豁免立法给予的豁免范围低于我国所给予的豁免范围。

而第二项适用范围在我国已经有法律依据,实际上并非对等原则的要求,而是履行国际条约义务的必然要求,因而我国没有必要把这一项作为对等原则的适用范围。我国《民法通则》第142条第2款、《民事诉讼法》第237条、《外交特权与豁免条例》第27条、《领事特权与豁免条例》第27条等条款都明确规定,如果该法与国际条约有不同规定的,应当适用国际条约的规定。这一做法也符合国际法规则的要求,因为一国不能以本国法律的规定为由而不履行国际条约义务(贺其治,2003:227)。所以,我国在国家豁免立法中应当重申这一规定,如果我国给予外国国家的豁免范围不同于国际条约的规定,即应当适用该国际条约的规定,当然前提是该国家条约对我国具有约束力,而且我国对该国际条约的规定未作保留。

### 2. 对等原则的适用程序

根据英国、澳大利亚、加拿大等国的国家豁免法,女王、总统、总督或联邦政府可以通过枢密令、规例、命令或者在宪报上公告或通告的形式对特定外国国家限制适用本国豁免法所给予的豁免或特权,或者根据具体情况扩大本国豁免法所给予的豁免或特权,而且女王、总统、总督或联邦政府对于是否限制或扩大适用豁免具有自由裁量权。

我国目前立法在管辖豁免领域规定对等原则的条款主要是《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条、《外交特权与豁免条例》第26条和《领事特权与豁免条例》第26条。从这些条款的表述来看,外国中央银行财产执行豁免的对等原则是强制适用的,只要外国不给予我国中央银行财产豁免或者所给予的豁免低于我国法律规定,我国即根据对等原则办理。而对于外交豁免和领事豁免,中国政府根据对等原则,“可以”给予相应的外交豁免或领事豁免。对比我国关于外国中央银行财产执行豁免和外交豁免、领事豁免适用对等原则的规定,可发现有两点不同:第一,前者对于对等原则的适用是强制性的,而后者是可选择的,中国政府具有自由裁量权;第二,前者没有明确规定由哪一机关适用对等原则,只是抽象地规定“中华人民共和国根据对等原则办理”,而后者具体规定了由中国政府根据对等原则办理。

那么,在我国国家豁免立法中应当如何设置对等原则的适用程序? 相比而言,《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条关于对等原则的规定模式更适合于国家豁免立法。

首先,关于对等原则的适用是否应当具有强制性。我国在外交豁免和领事豁免领域赋予中国政府“可以”适用的余地,主要是考虑到外交豁免和领事豁免涉及我国与外国国家间的敏感外交关系和外交政策,由中国政府根据对等原则选择性地给予相应的外交豁免或领事豁免,可以更灵活地体现外交政策。而中央银行财产执行豁免涉及我国与外国国家之间的深切利益,尤其是政治、经济利益,针对外国国家强制性地适用对等原则,可以对外国构成威慑力,同时更好地保护我国中央银行或金融管理机构的经济利益不受他国任意侵害。

国家豁免立法不仅涉及国家管辖豁免,还涉及财产执行豁免,更广泛地影响着我国与外国国家之间的政治、经济、外交利益关系,这需要统一地适用对等原则。而且,如果选择性地适用对等原则,容易造

成不确定性和不可预期性,私人主体在与外国国家之间从事交易行为时很难预期我国是否会针对该外国国家适用对等原则,这将不利于对企业等私人主体与外国国家进行交易时的利益保护。因而有必要借鉴《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条的规定,要求一律适用对等原则。

其次,关于对等原则的适用主体。我国在外交豁免、领事豁免领域明确由中国政府根据对等原则办理。而中央银行财产执行豁免领域则概括性地规定由中华人民共和国根据对等原则办理,这意味着,不论是我国行政机关还是司法机关根据对等原则办理,都符合该条款的规定。

我国国家豁免立法作为国家豁免领域的专门性立法,涉及我国在国家豁免立场上的转变,甚至会突破我国以往关于国家豁免的实践,相关实践经验还不够丰富,因而应当本着宜粗不宜细的精神,不应把相关程序设置的过为烦琐。在对等原则适用主体的问题上,应当借鉴《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条的规定,概括性地规定中华人民共和国根据对等原则办理,而不具体规定是由中国政府还是由人民法院对具体案件根据对等原则办理。具体如何适用,可待我国国家豁免立法生效后相关实践来予以完善。

### 3. 对等原则的适用条件

在外国法院判决的承认和执行上适用的互惠原则,其互惠条件可以分为条约互惠、法律互惠、事实互惠(李旺,1999:92-98)。在国家豁免领域,对等原则的适用条件也可以分为条约对等、法律对等、事实对等。条约对等是国家间基于条约的对等关系,法律对等是两国法律在国家豁免范围规定上的对等,而事实对等则是两国法院判例在给予管辖豁免上的对等。

国家豁免领域对等原则的适用,其目的在于防止他国任意否定或者限制本国国家及财产的管辖豁免,从而维持国家依据国际法所享有的管辖豁免的地位。因此,对等原则的适用条件应当予以严格界定,避免对习惯国际法下的国家豁免制度造成冲击。在两国间存在管辖豁免的条约时,按照条约的规定处理。而在两国间不存在相关的条约时,对等原则的适用应采用事实对等标准,即只有当存在外国法院对我国国家及财产的管辖豁免予以否认或者限制的事实时,我国才依照对等原则处理。而且,在对等关系的认定上,应推定外国法院在相同情形下对我国国家及财产给予管辖豁免,除非有相反的证明。

原告当事人在中国法院以外国国家或其国家机构作为被告提起诉讼请求的,应当对中国与该外国国家是否存在互惠关系进行举证。这里的原告当事人包括具有中国国籍的自然人、法人或其它组织,以及不具有中国国籍的自然人、法人或其它组织。其中,后者还必须证明中国与原被告间的争议存在实际联系。除非有相反的证据证明中国与某外国国家不存在互惠关系,否则中国法院应当认定两国间存在互惠关系,因此法院应当给予该外国国家以管辖豁免,以不具有管辖权为由驳回原告的起诉。外国国家或其国家机构是否提出管辖权异议不影响对等原则的适用,除非其明确同意中国法院的管辖权。

## 四、结 语

自改革开放以来,我国在国家豁免问题上的绝对豁免立场对国家推行“走出去”及“引进来”战略产生了一些困扰。特别是自香港和澳门地区回归起,我国有关国家豁免的绝对豁免国家立场面临了更大的挑战。而从中国自身角度看,一方面,作为一个社会主义公有制国家,国有经济依旧占我国国民经济很大比重,对保持原有“绝对”立场提出了要求。另一方面,我国企业的迅速海外扩张以及国内大力推进法治建设的现实需求,对转变“相对”立场提出了需要。因此,对国家豁免问题的中国选择成为了一个亟待解决的问题,但这种选择需要置于国际法下该原则的发展与实践之中,乃至国际法治发展与实践之中。

然而,不论中国今后继续坚持绝对豁免立场还是转向限制豁免立场,都应当采取对等原则的做法。在绝对豁免立场下,采取对等原则的做法可以冲销本国相对于持限制豁免立场的国家的地位,最大限度地维护本国利益。而在限制豁免立场下,采取对等原则的做法则可以保持适用上的灵活性,这一原则有必要在限制豁免的立法中予以明确。本文关于对等原则的立法建议是:“外国不给予中华人民共和国国家及其财产以豁免,或者所给予的豁免低于法律规定的,中华人民共和国根据对等原则办理。

当然,对等原则并不是万能药,其只能作为一个维护国家利益的法律工具来予以利用。解决我国国

家豁免困境最根本的出路仍然在于推进国内经济体制改革和政企改革,从而从根本上降低我国政府因为商业行为在外国法院被诉的可能性。

### 参考文献:

- [1] 杜 涛(2007). 互惠原则与外国法院判决的承认与执行. 环球法律评论,1.
- [2] 龚刃韧(2005). 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问题. 北京:北京大学出版社.
- [3] 郭延曦(1995). 中国关于主权豁免问题的对策. 法学,3.
- [4] 贺其治(2003). 国家责任法及案例浅析. 北京:法律出版社.
- [5] 李浩培(1994). 国际法的概念和渊源. 贵阳:贵州人民出版社.
- [6] 李 旺(1999). 外国法院判决的承认和执行条件中的互惠原则. 政法论坛,2.
- [7] 李 颖(2014). 国家豁免例外研究. 北京:知识产权出版社.
- [8] 倪征燠(1983). 关于国家豁免的理论和实践. 中国国际法年刊.
- [9] 王虎华、罗国强(2007). 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规则的性质与适用. 政治与法律,1.
- [10] 徐崇利(2004). 经济全球化与外国判决承认和执行的互惠原则. 厦门大学法律评论,8.
- [11] 张亚非(1984). 浅论对等和互惠原则及其作用. 社会科学,10.
- [12] 郑志杰(2013). “走出去”的法律问题与实践. 北京:法律出版社.
- [13] Francesco, Paris & Nita, Ghei (2004). Role of Reciprocity in International Law. *Cornell International Law Journal*, 36.
- [14] H. ,Lauterpacht (1951). The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law*,28.
- [15] Hazel, Fox (2002). *The Law of State Immunity*. London: Oxford University Press.
- [16] Ian, Sinclair(1980). The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments. *Recueil des Cours*,167.

## Application of the Reciprocity in the Regime of State Immunity

Wang Xinmeng (Tsinghua University)

Xu Shu (South China University of Technology)

**Abstract:** The principle of reciprocity is an important principle in international law and is also applicable in the field of state immunity. Currently, many states practice on the scope of state immunity in domestic legislations and judicial decisions is inconsistent. It is thus necessary to adopt the principle of reciprocity to resolve differences among state practice. The state immunity legislations of several countries incorporate the clause of “restriction and extension of immunities and privileges” enabling a state to restrict or extend immunities and privileges to another state on the basis of reciprocity. China applies the principle of reciprocity in the immunity of execution against the properties of foreign central banks and diplomatic and consular immunity currently. The application of reciprocity can resolve the adverse situation caused by the different positions between China and foreign states. China should adopt the principle of reciprocity explicitly in its legislation on state immunity and stipulate the sphere, procedure and requirements in the application of the principle of reciprocity.

**Key words:** principle of reciprocity; state immunity; the range of immunity; China's position

■作者地址:王欣濛,清华大学法学院;北京 100084。Email:sinmong@gmail.com。

徐 树,华南理工大学法学院。

■基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助(2015BS18)

■责任编辑:李 媛