

论我国《外国国家豁免法》中对等原则的具体适用

马忠法 王又丹

摘要:我国《外国国家豁免法》第21条规定在国家管辖和执行豁免问题上适用对等原则,且将条件限于对方给予我国豁免待遇低于我国给予对方豁免的情形。由于现有规定过于原则化,在适用方式、适用主体、认定标准、适用强制性等方面尚不明确,在具体适用中可能会出现法律不确定性、减损个人救济以及构成非法的反措施等争议或误解。借鉴各国的已有实践,《外国国家豁免法》在具体适用的制度安排上可在以下方面进一步完善:在适用方式上,由司法机关直接适用对等原则条款,不设立法或行政等前置程序;在适用主体上,明确适用主体仅为司法机关,外交机关可就其适用出具不具有约束力的书面意见;在适用条件的认定上,采用“事实对等”兼“推定豁免”的标准;在适用的强制性问题上,暂不要求适用的强制性,以便为解释和适用该原则预留裁量空间。

关键词:对等原则;国家豁免;《外国国家豁免法》

中图分类号: D990 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2025)03-0057-09

“国家豁免”指一国的行为及其财产不受另一国的司法管辖,即非经一国同意,该国的行为免受所在国法院的审判,其财产免受所在国法院扣押和强制执行^①。《中华人民共和国外国国家豁免法》(以下简称《外国国家豁免法》)于2023年9月1日正式颁布,自2024年1月1日起施行。《外国国家豁免法》的实施完成了国家豁免专门性立法从无到有的创举,实现了从绝对豁免到限制豁免立场的正式转变。其中第21条明确规定:“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定的,中华人民共和国实行对等原则。”这为我国法院在他国给予我国豁免待遇低于我国给予他国豁免待遇时,以对等原则为由管辖以外国国家为被告的民事案件、执行外国国家财产提供了关键法律依据和有效反制手段。然而,第21条仅就对等原则作出概括性的规定,而在适用主体、适用条件如何认定、由谁认定以及适用程序等具体事项上不甚清晰,亟待补

充和完善。

当下,国内外关于国家豁免语境下的对等原则的研究尚不充分,且多成文于《外国国家豁免法》出台之前。如国内有学者于2015年首先提出这一问题,并梳理了多国立法实践,指出适用对等原则的必要性^②;随后有学者更为深入地探究了对等原则在不同语境下的概念内涵,考量了适用对等原则的利弊,并对尚未颁布的国家豁免法提出了立法建议^③;亦有学者对《外国国家豁免法》中的对等原则条款进行了简要解读与述评^④。外文文献中,有学者反对在国家豁免中适用对等原则,认为其会导致豁免的不确定性^⑤;有学者对拉美国家和俄罗斯的对等豁免法律条文和司法实践进行了介绍^⑥;还有一些学者从国际法中的对等原则、豁免与反措施等视角提供了建设性的分析^⑦。从总体上看,目前学界对于国家豁免领域中对等原则的研究较为欠缺,有关该原则的理论发展和具体实践的研究相对有限,对

收稿日期:2024-10-30

基金项目:国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”(18ZDA153)。

作者简介:马忠法,男,复旦大学法学院教授、博士生导师(上海 200433)。王又丹,女,复旦大学法学院博士生(上海 200433)。

于《外国国家豁免法》第21条的文本分析和实施建议更是接近空白。有鉴于此,本文旨在分析和解决《外国国家豁免法》第21条对等原则的适用可能引发的争议,并结合他国已有实践和我国具体情况,在制度设计上为对等原则的具体适用提供建议。

一、对等原则的基本内涵、适用基础及必要性

1. 对等原则的基本内涵

对等原则(the principle of reciprocity)往往又译作“互惠原则”,国际法院法官西玛(Bruno Simma)对于对等的定义是:“两个或两个以上国家之间关系的状态,其中一方的行为以某种方式于法律上取决于另一方的行为,且在大多数但非全部的情况下相当于同等待遇。”^⑧对等原则的内涵包括积极的对等和消极的对等。积极的对等往往又称互惠,表现为相互予以权利和利益;消极的对等表现为互相减损权利或增设义务。无论是积极的对等还是消极的对等,本质上都要求权利与义务的对称性。在国家豁免语境下,对等原则指一国给予他国的豁免待遇应当等同于他国给予本国的豁免待遇。国家豁免的积极对等表现为以他国给予本国的豁免待遇为限,扩大本国依法或依条约应给予他国的豁免待遇;国家豁免的消极对等表现为以他国给予本国的豁免待遇为限,限制本国依法或依条约应给予他国的豁免待遇。

《外国国家豁免法》第21条规定:“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定的,中华人民共和国实行对等原则。”从文本上看,至少有两个问题已经得到明确:一是对等原则的适用条件是外国提供的豁免待遇低于我国依法给予对方的豁免待遇,是向下的“对等”而非向上的“互惠”;二是对等原则适用范围不再局限于执行豁免,还涵括管辖豁免,这是对《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条在执行豁免方面成功经验的发扬与扩大^⑨。

2. 适用对等原则的理论和现实基础

考察国家豁免制度的发展历程与国际实践,可以发现,在国家豁免领域中适用对等原则有着深厚的理论和现实基础,这为我国在《外国国家豁免法》中纳入对等原则提供了有力支撑。

近代国际法的发展过程中,对等或互惠原则虽然很少被直接适用于国家豁免领域,但在基于国际

礼让的主权豁免理论中有所涉及,如斯塔克(Starke)在其《国际法导论》中总结了五个国家豁免理论学说,其中就包括“互惠或礼让”^⑩。根据国际礼让说,各国基于政治和外交需求而非法律原因相互给予对方政府以管辖和执行豁免,反映了国家间的相互尊重,体现着国际交往中的对等原则。国际礼让说由荷兰学者胡伯(Huber)提出,用以解决国际私法中的法律域外效力来源问题。美国最高法院大法官斯约瑟夫·斯多利(Joseph Story)最早将国际礼让说引入国家豁免领域,称外国主权豁免理论是“基于公共礼让和便利原则”^⑪。根据国际礼让说,一国在他国的领土和管辖范围内没有天然得到豁免的特权,他国只是出于主权国家相互间的尊重才予以豁免;如果一个国家拒绝予以另一国豁免,对方也可以采取“对等”的行动。

不过,由于以政治和外交因素而非法律因素为依据,国际礼让说在现代遭遇了许多学术上的批评^⑫。与之相比,“平等者之间无统治”(par in par- em non habet imperium)及其推论出的“平等者之间无管辖”(par in parem non habet jurisdictionem)说法从众多学说中脱颖而出,被视为国家豁免重要的理论基础,主权的平等和独立被法官和学者广泛引用以论证国家豁免的正当性。然而,这一法律格言原是用以描述教皇或君主个人之间的关系,直到20世纪末才为法官所正式援引^⑬。在国家豁免首次司法实践“Schooner Exchange v. MacFaddon”案的判决中,大法官马歇尔(John Marshall)虽然提及了主权平等,但其视角并非平等者之间无管辖,而是将国家豁免视为一国在其绝对和排他的领土管辖权上通过明示或暗示的方式自愿设置的例外,本质是一国对管辖的放弃^⑭。劳德派特(Lauterpacht)同样指出,在以格劳秀斯(Hugo Grotius)和宾刻舒克(Bynkershock)为代表的古典国际法中没有管辖豁免源于国家间的平等和独立这样的表述^⑮。在遭受批评的同时,在司法实践中,国际礼让说也并未退出历史舞台,美国最高法院在2003年的“Dole Food Co. v. Patrickson”一案中仍将外国主权豁免称为“美国与其他主权国家之间的礼让姿态”^⑯。新西兰法院亦在“Controller v. Davison”一案中指出:“允许外国及其机构享有一定程度的国内法院管辖豁免的公共政策理由来自以下一般原则:领土主权、国家平等和独立的一般原则,礼让和互惠的概念,以及对过度主张管辖给外交关系带来的风险的评估。”^⑰

事实上,国家豁免的理论和实践似乎并非萌芽

于某个确切的国际法原则或公理,而是在从外交豁免到君主个人豁免再到国家豁免的发展过程中逐步确立起来的¹⁸。在这个过程中,管辖放弃、主权平等、国家尊严、互惠礼让等要素共同作用,推动产生了主权国家豁免的司法实践,最终形成国际社会所广泛认可的国际法原则。对等原则作为国际礼让说的核心内容,亦是国家豁免制度的重要理论基础之一。

今天,越来越多的国家已经在立法或司法中以对等原则指导适用国家豁免法律实践。英国、加拿大、澳大利亚、新加坡等英联邦国家往往通过“对豁免和特权的限制和扩大”条款达到对等的效果。以英国为例,《英国国家豁免法》第15条规定:“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)少于该国和联合王国均为缔约方的任何条约、公约或其他国际协定所要求的豁免和特权,则女王陛下可通过枢密令在其认为适当的范围内限制或者根据具体情况扩大该豁免和特权。”拉美地区的阿根廷、巴西、哥伦比亚、智利等国的豁免立法和司法也普遍承认对等原则¹⁹。如智利法律规定:“任何外国及其机关、机构和企业均可在智利要求管辖豁免和执行豁免(视情况而定),只要其条件、范围和例外情况与该国外法律承认的有利于智利国或其机关、机构和企业的条件、范围和例外情况相同。”²⁰值得注意的是,2015年新修的俄罗斯《国家豁免法》不仅首次在条文中明确使用“对等原则”(the principle of reciprocity)一词,并且同我国《外国国家豁免法》第21条一样,仅规定了国家豁免的消极对等,而不允许以对等为由给予他国更优的豁免待遇²¹。此外,波兰、瑞士等国虽然未在立法上确认外国国家豁免对等原则,但在司法实践中承认了该原则的可适用性。波兰最高法院在判决中指出:“在决定有关外国的法院豁免问题时,应直接依据国际判例中公认的原则,其中最重要的是国家间的对等原则。该原则包括一国拒绝或给予另一国法院豁免权的程度与后者给予或拒绝前者豁免权的程度相同。”²²

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》在起草过程中也曾试图引入对等原则。对等原则条款最早见于1985年特别报告员向国际法委员会提交的第七次报告,其中“豁免及特权的限制和扩张”条款作出了类似英联邦国家豁免立法中对等原则的规定²³。由于苏联籍代表对该条的反对,英国籍代表

辛克莱尔(Sinclair)建议参考《维也纳外交关系公约》第47条对该条进行大幅度修改以减少争议²⁴。该建议被起草委员会采纳,修改后的条文将对等原则称为“非歧视待遇”²⁵。对于该条,起草委员会征求了30国政府的意见,其中只有民主德国明确反对将其纳入该修改后的条款,指出“该条可能被援引以为不符合公约的单方面的限制豁免进行辩护”²⁶。部分成员国政府对该条的表述有不同意见,但对于对等原则的可适用性没有异议。包括中国在内的其他25个成员国及非成员国瑞士都并未对该条表示反对。尽管最终该条款在1991年被起草委员会予以删除,但原因更多是对于起草委员会内部意见分歧的妥协,而并非该条款本身与国家豁免的法理与实践不相容。对此,起草委员会明确指出:“虽然第28条(即非歧视待遇条款)的规定没有一处与国家实践相矛盾,但依靠一般国际法,特别是条约法可能更好。”²⁷其暗含之义为在国家豁免领域中适用对等原则在理论和现实上都是可行的。

3. 限制豁免主义下适用对等原则的必要性

主权平等理论作为国家豁免最坚实的理论依据,本身就蕴含着对等原则的应有之义。在各国豁免例外规定不尽相同的情形下,适用对等原则既是主权平等的内在要求,亦是主权平等的重要保障。

在绝对豁免的语境下,对等原则并无讨论的必要。因为任何国家的行为和财产不论其性质在他国都享有绝对的管辖和执行豁免,各国给予对方的豁免待遇完全一致,不存在权利与义务不平等或不对等的可能。在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》草案谈判过程中,苏联籍代表乌沙科夫(Ushakov)始终反对对等原则条款的一项重要理由是,该条允许各国在一定程度上限制他国的豁免待遇²⁸,而这与苏联所坚持的绝对豁免立场相悖。然而,在绝对豁免式微、限制豁免成为主流的今天,各国规定的国家豁免例外已然出现差异。首先,采取限制豁免立场的国家和采取绝对豁免立场的国家之间存在差异。限制豁免理论区分主权行为(acta iure imperii, 又称统治行为、公法行为)和非主权行为(acta iure gestionis, 又称商业交易行为、私法行为),针对商业活动、劳动或劳动合同等公认的非主权行为设置管辖豁免例外。其次,采取限制豁免立场的国家大多在非主权行为例外的基础上进一步拓宽豁免例外范围,如侵权例外、知识产权例外、恐怖主义例外等,这些例外突破了限制豁免的传统框架,并不依赖对于主权行为和非主权行为的区分,但同样得到广泛承

认²⁹。由于各国拓宽的程度有所不同,国家豁免例外制度呈现出碎片化态势。在多边层面,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中规定了8项管辖豁免例外,包括商业活动例外、劳动或劳务合同例外、侵权行为例外、特殊财产事项例外、知识产权例外、参加公司或其他集体机构例外、国家拥有或经营的船舶例外、仲裁例外。我国作为公约成员国在《外国国家豁免法》中仅纳入了其中6项,对“参加公司或其他集体机构例外”和“国家拥有或经营的船舶例外”未予规定。美国则在限制豁免传统的商业活动例外的基础之上,设置了非商业侵权例外、征用例外以及恐怖主义例外。最后,各国对同类型豁免例外的规定亦存在差异。例如,俄罗斯国家豁免法规定了相较国际条约和各国通例更为宽泛的侵权例外,不仅涵盖人身伤害和财产损失,还包括名誉侵权的情形³⁰。随着各国国家豁免规则的增加和细化,国家豁免的内容差异将进一步扩大,本应享有平等豁免待遇的国家主体因各国内法的不同而产生了权利与义务实质上的不同,这有违主权平等原则的要求;而适用对等原则能够有效调节两国间不对称的豁免待遇,实现主权在个案上的平等。

新颁布的《外国国家豁免法》颠覆了我国长期以来坚持的绝对豁免主义立场,转向国际通行的限制豁免主义,并规定了一系列管辖和执行豁免例外。其中第21条所规定的对等原则正是对于这一立场转变的配套调整,在承认他国对我国主权行为和主权财产豁免待遇适当限制的同时,将有效维护主权平等的基本原则,合理保障我国的权利及利益。

二、对等原则具体适用中可能存在的问题及其因应

《外国国家豁免法》引入对等原则,既扎根于理论与实践的土壤,也是为了满足限制豁免成为主流的现实需要,其正当性无可非议。然而,第21条对于对等原则仅作概括性规定,对于对等原则的适用方式、适用主体、适用标准等具体问题未予明确,这可能为我国在未来的具体适用中启用对等原则带来一些争议或误解,甚至招致某些别有用心国家的批判和攻击。这里将在分析对等原则具体适用中可能出现的问题的基础上,探讨如何通过细化规则以规避相关争议,进而为第21条具体适用的制度设计提供明确的方向指引,增强该条款的可操作性与国际认可度。大致说来,对等原则在具体适用中可能存

在以下问题或误区。

1. 法律规定不明确可能导致具体操作中存在分歧

对于在国家豁免案件中适用对等原则最响亮的批评,当属劳德派特提出的法律不确定性问题。在限制豁免的情形下,许多国家在豁免问题上的法律规定不明确,司法判例也未形成统一的标准,有时甚至存在相冲突的判决,查明他国的豁免待遇将非常困难³¹。例如,各国虽然大都规定了商业行为豁免例外,但是在主权行为和非主权行为的区分上存在繁复的规则与判例。美国《外国主权豁免法》明确提出主权行为和非主权行为的判断标准是行为性质而非目的³²,但在司法判例中往往还存在另一种判断方法,即考察该行为是只能由政府从事还是私人主体都可以从事。美国法院在“*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*”案中指出,若行为是任何普通私人主体都能进行的行为,则该行为属于非主权行为;反之,若行为只有主权者才能进行,则属于主权行为³³。复杂的标准一方面对于查明行为主体将是一个艰巨的挑战;另一方面,能否适用对等原则也因此变得不甚清晰,对于当事方而言,法律将缺乏可预测性。

对于这一操作上的疑难,我们可以参考外国判决承认与执行中互惠原则的适用与解释,通过细化对等原则的具体认定标准加以解决。在外国判决承认与执行的各国实践中,互惠原则的适用方式分为“法律互惠”和“事实互惠”。“法律互惠”指依照一国法律或判例,另一国法院判决能够得到该国的承认和执行,即可认定两国之间存在互惠关系。“事实互惠”不仅要求法律上的可能性,还要求该外国已有承认和执行我国法院判决的先例。“推定互惠”作为补充性规则,是指除非能证明一国确有不承认和执行我国法院判决的先例,就应推定互惠关系存在³⁴。移植到《外国国家豁免法》第21条对等原则的消极适用的语境下,“法律对等”即从文本出发,无论是否存在依据我国《外国国家豁免法》应给予他国豁免,而在同等条件下他国拒绝给予我国豁免的先例,只要依该国法律或判例存有相关可能性,我国即可适用对等原则。“事实对等”则要求对方“先走一步”,在他国存在同等条件下拒绝给予我国国家豁免之实例的前提下,由我国采取嗣后的对等措施。“推定豁免”指除非能证明一国确有同等条件下拒绝给予我国豁免待遇之先例,就应推定不存在先例,不得适用消极对等原则。若《外国国家豁

免法》第21条采用事实对等标准兼推定豁免标准,法院则无需对他国豁免规则和案例进行全面的检索与释义,只需查明同等条件下是否存在对方拒绝予以我国国家豁免之先例,在个案与个案之间进行豁免待遇的比较,操作简便,确定性强。

2. 适用对等原则可能剥夺个人司法救济

有观点认为,国家豁免语境下适用对等原则可能会导致个人司法救济的减损³⁵。例如,在一国采取绝对豁免原则立法,而另一国采取相对豁免立法原则的情形下,后者若根据积极对等的要求给予前者绝对豁免的待遇,那么其国民原本对另一国政府提起诉讼的权利将被剥夺。有学者对这一论点进行反驳,认为国家豁免具有程序属性,一国即使获得程序上的豁免,在实体法上的责任也并不因此而免除,私人主体可以通过其他途径向政府主张实体法上的责任³⁶,然而这一解释似乎并未对救济渠道的实质缩减作出回应。

笔者认为,减损个人救济并不构成对等原则适用正当性的挑战。在外交豁免的情形下,亦存在基于互惠的原因给予他国外交人员更优的豁免与特权而导致本国国民丧失司法救济的问题,然而出于国家尊严的保障和政治外交利益的维护等多重考虑,依互惠原则互相给予外交代表豁免与优待在国际条约和国家实践层面都被广泛承认,个人救济不足并不能动摇对等原则适用的正当性基础。再者,个人救济减损的问题仅发生在以互惠为由互相予以更优豁免待遇的情形下,在以对等为由互相限制豁免待遇的情形下并不存在。因为在后者的情况下,适用对等原则只会赋予私人更多获得救济的可能。我国《外国国家豁免法》第21条则直接将对等原则的适用限于他国给予我国豁免待遇低于我国给予他国待遇的情形,很好地回避了这一问题。

3. 适用对等原则可能构成反措施

还有一种认识上的误区,即适用对等原则会构成报复性的反措施。国际法上的反措施(counter measures)特指受害国针对责任国不法行为采取的措施,旨在敦促责任国停止其不法行为和赔偿由此而造成的损失³⁷。可以肯定的是,以对等原则为由限制他国豁免待遇的行为不全是反措施,因为反措施针对的对象是不法行为,而当涉诉国家并无违反国际法之嫌,只是相较法院地国设置了更为广泛的豁免例外,那么法院决定在同等条件下限制该国的豁免待遇显然不属于反措施,只是对于主权豁免规则的弹性适用。但是,如果涉诉国家存在违反国际

法的先行为,那么法院适用对等原则以限制该国豁免待遇的裁判似乎属于反措施的范围。倘若这一行为未能满足《国家对国际不法行为的责任条款》草案对于反措施在实体及程序上的要求,对等原则的适用将陷入合法性旋涡。

从深层次来看,对于适用对等原则可能构成报复性的反措施的担忧是对法律意义上的反措施行为和事实层面的报复效果的混淆。尽管适用对等原则可能产生同反措施类似的实际报复效果,但是国家豁免领域适用对等原则并非国际法意义上的反措施,二者在实施方式、实施条件、实施目的、行为性质等诸多方面都存有显著差异。

第一,反措施是一种国际法上的自助行为,其实施不以存在对等原则条款为前提,如果一国希望以国家豁免形式针对他国不法行为采取反制手段,它可以直接援引一般国际法寻求反措施作为救济,而不拘于适用对等原则的形式。例如,美国并不支持在国家豁免案件中适用对等原则,但是在与伊朗的长期国际冲突中,美国国会通过了《反恐怖主义和有效死刑法》《福拉陶修正案》《减少伊朗威胁和叙利亚人权法案》等一系列法案,确立和完善了恐怖主义管辖和执行例外,并主张在涉及恐怖主义的案件中取消对于伊朗的某些豁免是针对其资助恐怖主义的不法行为所采取的国际法允许的反措施³⁸。

第二,反措施是针对另一国国际不法行为的报复性措施,而对等原则的适用不以存在不法行为为前提,无论他国拒绝予以我国豁免的先行为是否侵犯我国固有的管辖或执行豁免权,都不影响对等原则的可适用性;适用对等原则时,决定机关也无需对他国先行为的合法性进行考察和判断。事实上,如果将国家限制豁免的行为视为反措施,那么法院则必须对涉诉国家先前针对本国的行为是否违反国际法做出评估,而这与阻却一国法院对另一国行为进行直接审理的主权豁免制度本身是相悖的³⁹。

第三,实施反措施的目的旨在敦促不法行为的责任国尽快履行国际义务,而设置对等原则条款是为了赋予国家在限制豁免主义原则下适度调整其给予他国的豁免待遇的弹性空间。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》制定过程中,国际法委员会曾就该问题进行讨论,支持引入对等原则条款的辛克莱尔委员明确指出,对等原则条款中“出于对等理由”(for reasons of reciprocity)的表述不是指《国家对国际不法行为的责任条款》草案中作为反措施的对等⁴⁰。

第四,《国家对国际不法行为的责任条款》二读草案第22条对于一读草案中“国际法上合法的措施”这一表述的删除表明,国际法委员会倾向于认为反措施本身是违反国际法的,只因其满足反措施的要件而得以排除行为不法性。而正如上文所言,适用对等原则并不构成对国际法的违反,因而不需要满足反措施的实体及程序要求以获得合法性。

第五,反措施所针对的行为和反措施本身都应尽可能是可逆的,即达到使责任国履行义务的目的后就应停止该行为,“恢复受害国与责任国之间的法律状态,而不是制造一种新情况使得责任国无论怎样回应针对它的要求都不可能改正”^{④1}。相较而言,满足对等原则适用条件的先行为和适用本身往往是不可逆的司法行为,尤其是在采取“事实对等标准兼推定豁免标准”的情况下,对等原则的适用以存在他国在同等条件下限制我国豁免的、已经发生法律效力为判决为前提,无论采取何种报复行为,案件既判力都不受影响。

为了合理排除适用对等原则构成反措施的争议,我们还可以从司法机关和外交机关的职能和权力分配的规则设计着手。反措施是否能由司法机关作出一直存有争议。《国家对国际不法行为的责任条款》草案仅泛泛地规定国家是采取反措施的主体,并未明确禁止司法机关作出反措施,而根据国际常设法院在“荷花号”案中确立的“国际法不禁止即为允许”原则,司法机关应当被认为是合格的反措施行为主体^{④2}。然而,有学者指出,鉴于反措施的非惩罚性、非法性、可逆性、临时性等特点,反措施是适合行政部门的自由裁量行为,行政部门可以根据各种原因采取或不采取反措施,而法院似乎不能采取真正的反措施^{④3}。因此,确定司法机关对于国家豁免的对等原则适用的决定性作用、减少行政或外交部门的干预也有助于澄清对等原则的性质。笔者认为,是否存在“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定”的情形,即能否适用对等原则的认定权以及是否适用对等原则的决定权交由司法机关更为合适,行政机关可以就对等原则的适用发表意见,但其意见不宜对司法机关具有约束力。

三、《外国国家豁免法》对等原则具体适用的制度建议

基于上文对《外国国家豁免法》对等原则适用

争议的分析,以及我国的实际情况和各国的法律实践,《外国国家豁免法》第21条的具体适用可以在制度层面进一步完善,具体建议如下。

1. 适用方式

考察各国对于对等原则的规定,以英联邦国家为主的一些豁免立法往往通过先由元首、总统或政府颁布枢密令、规例、命令等次级立法形式,再由法院直接适用次级立法的模式来实现豁免待遇的限制。例如,加拿大就曾依据《国家豁免法》第15条于1997年颁布了《限制与美国有关的某些豁免权的命令》,以对等条件为限取消了美国行为及财产的部分豁免待遇。与之相比,俄罗斯没有要求复杂的前置程序,而是直接赋予司法机关适用对等原则条款的权力。这样不仅避免了繁复的行政流程,也有利于在个案中保护当事人得到及时救济。否则,当事人必须等待枢密令或命令颁布才能提起诉讼。笔者认为,在第21条的适用方式上,我国也可以充分借鉴和参考俄罗斯的方案,以司法方式而非立法或行政模式实施对等原则,在适当淡化对等原则适用的政治和外交底色的同时,更好地维护当事人的权利和利益。

2. 适用主体的认定及外交机关介入方式

如前所述,对等原则的适用虽然可能产生同反措施近似的效果,为我国在他国任意限制我国豁免权利的情形下提供有效的反制途径,但是其性质仍属于国家豁免法律适用的灵活性条款。因此,笔者认为,认定是否存在第21条中可以适用对等原则的情形的权能主体和最终决定是否适用对等原则的权能主体都应当是司法机关。然而,由于国家豁免问题兼具外交和司法属性,法院对于国家豁免案件的裁判理由和裁判结果在一定程度上代表着国家对于涉诉国家和相关事务的立场,因此,也有必要保证外交部门对于国家豁免案件的正当介入以降低政治风险。

外交机关对国家豁免司法的介入在世界范围存在长期的实践,介入方式通常包括转递诉讼文书、出具证明书和提出建议^{④4}。我国《外国国家豁免法》第19条对于外交机关在国家豁免案件中的介入方式首次作出了明确规定。第19条第1款规定:“中华人民共和国外交部就以下有关国家行为的事实问题出具的证明文件,中华人民共和国的法院应当采信:(一)案件中的相关国家是否构成本法第二条第一项中的外国主权国家;(二)本法第十七条规定的外交照会是否送达以及何时送达;(三)其他有关国

家行为的事实问题。”该款表明,外交部门对以上三类事项的证明文件具有一锤定音的效果,对于司法机关具有约束力,司法机关应直接采信,而不用考虑当事人提供的证据或意见。该款对于外交部门证明地位的规定属于国际通例,英国《国家豁免法》第21条、新加坡《国家豁免法》第18条、加拿大《国家豁免法》第14条等均有类似表述,但都采取了封闭式列举的形式。相较而言,我国增加了第三项“其他有关国家行为的事实问题”作为兜底性规定,可以避免立法的不周延,但如何确定哪些事项属于“事实问题”且“有关国家行为”有待进一步明确。如果认为是否存在“外国给予中华人民共和国国家及其财产的豁免待遇低于本法规定”的情形,即是否存在可以适用对等原则的情形,属于第三项所称的“其他有关国家行为的事实问题”,那么外交部门的认定对于对等原则适用将起到决定性作用,其证明文件对法院具有约束力。然而,从逻辑结构上看,该款的前两项与第三项是并列关系。前两项中,“是否构成本法第二条第一项中的外国主权国家”涉及国家承认等问题,与我国外交政策与立场息息相关^⑤;“外交照会是否送达以及何时送达”涉及外交部门传递文书的事务,与外交部门直接相关。相对而言,外国给予我国的豁免待遇是否低于我国给予外国的豁免待遇,更多涉及法律问题而非事实问题,且与外交部门的职能并无紧密联系。因此,笔者认为,不宜将这一问题理解为第三项的“其他有关国家行为的事实问题”,不应由外交机关就该问题出具决定性意见。

第19条第2款规定:“对于前款以外其他涉及外交事务等重大国家利益的问题,中华人民共和国外交部可以向中华人民共和国的法院出具意见。”该款实际上为外交部门保留了对国家豁免案件最基本的干预途径,只要外交部门认为案件涉及国家重大利益,均可以就案件发表意见,其中也包括涉及对等原则适用的国家豁免案件。尽管此类意见在法律上不具有约束力,但在现实中往往能够左右案件结果。在各国豁免实践中,美国、阿根廷等国家也允许行政机关作为“法庭之友”(amicus curiae)对涉及国家重大利益的国家豁免案件发表意见。在“湖广铁路债券案”中,美国国务院就作为“法庭之友”对法院施加影响,以该案涉及美国重要利益和中美国际关系为由,要求法院撤销案件,法院最终作出了相应的裁决。

除第19条以外,在细化对等原则适用相关规则

的过程中,还可以就外交部门对于对等原则条款适用问题的介入途径予以专门规定。考察国际立法情况可以发现,俄罗斯对于国家豁免适用对等原则的立法模式同我国最为接近。根据俄罗斯《国家豁免法》第4条、《民事诉讼法》第417.9条和《商事诉讼法》第256.9条,法院是决定是否适用对等原则的机关,而在确定俄罗斯联邦在外国享有的管辖豁免权与外国在俄罗斯联邦享有的管辖豁免权时,法院应当依据当事人提供的证据和国家机关(即俄罗斯外交机关)的官方建议^⑥。我国可以充分参考和借鉴俄罗斯的做法,赋予外交部门对于外国是否存在限制我国豁免、在何种程度上限制我国豁免等问题出具书面意见的权力。一方面,该意见对法院不具有约束力,法院应综合考量外交部门官方意见以及当事人证据和意见,判断是否存在同等条件下外国给予我国及财产的豁免待遇低于我国国家豁免规定的情形,并最终决定是否在案件中适用对等原则。另一方面,应当明确出具意见是外交部门的权力而非义务,将是否介入对等原则适用的自由裁量权交由外交部门。

综上所述,根据《外国国家豁免法》第19条,外交机关有权在涉及外交事务等重大利益的情形下就对等原则适用问题发表意见,但能否出具对法院具有约束力的证明文件尚不明确。笔者认为,在当前情况下,不宜认为外交机关对于对等原则能否适用问题具有决定性的证明地位,可以通过专门性规定的形式,赋予外交部门针对对等原则适用问题出具对法院不具约束力的书面意见的权力。

3.对等的认定标准

基于前文的分析,考虑到司法实践的可操作性与法律适用的可预期性,笔者建议在判断他国与我国给予对方的豁免待遇是否对等时,宜采用事实对等兼推定豁免标准。具体而言,对等原则的适用应以对方国家法院在同等条件下拒绝给予我国豁免待遇为前提条件;同时,除非有明确证据表明对方国家已经作出此类限制性判决,否则应推定互惠关系存在,不适用对等原则。

需要注意的是,积极互惠与消极对等的法律效果是相反的。我国在外国判决的承认与执行中的互惠立场已通过最高人民法院2021年颁布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》明确从事实互惠转为法律互惠^⑦,以避免两国因均未存在互惠之先例而导致无可适用甚至相互报复的“囚徒困境”^⑧。在国家主权豁免的情形下,采用事实对等

而非法律对等,同样可以避免各国在无拒绝或限制豁免先例的情形下作出不利推定,从而导致相互报复的“滑坡”情形。事实对等与法律对等的适用标准看似相反,但在目的和效果上是一致的。

4. 适用的强制性问题

《外国国家豁免法》第21条仅简略地规定了我国给予我国国家及其财产的豁免待遇低于我国给予对方待遇的情况下实行对等原则,对于该条款的适用是否强制并未提及。在具体实践中,如果认为对等原则的适用具有强制性,则法院和外交部门的工作量较大,每一起国家豁免案件都必须审查外国给予我国的豁免待遇是否低于我国依法给予对方的豁免待遇的问题;如果不要求对等原则的强制适用,亦存在被指责为差别对待的可能。

当前,大多数国家豁免立法中都没有就对等原则适用采取强制性要求。俄罗斯规定,外国及其财产的管辖豁免权可在互惠原则的基础上受到限制(can be limited on the basis of the principle of reciprocity)^{④⑨};智利同样在立法中使用了非强制性的措辞,规定只要双方豁免待遇一致,任何外国及其机关、机构和企业均可(may)在智利要求管辖豁免和执行豁免^⑩;英国也将对等原则的适用条件限制在极为主观的“如果女王陛下认为”(If it appears to Her Majesty that...)^⑪的情况。因此,笔者建议,我国在细化《外国国家豁免法》第21条规则的时候,可以沿用现有表述,对本条适用的强制性问题暂不作规定。这样既可以避免司法机关和外交机关在每一起国家豁免案件中审查的烦琐,也可以为日后解释和适用第21条预留适当的裁量空间。

结 语

对等原则作为古典国际法的根本原则和基础特征,往往同“双边”相联系,而这在奉行多边主义的当代屡屡遭受挑战^⑫。“互惠构成了社会互动的根本现象,因此也是法律增长和应用背后的决定性因素……然而,法律秩序的制度化的程度越低,直接对等的机制就越多。”^⑬如何在国家豁免语境下,通过细化规则,消解对等原则所带来的法律不确定性和减损私人救济的缺陷,厘清对等原则与反措施的区别,是适用《外国国家豁免法》第21条所必须正面回应的难题。

在各国豁免制度呈碎片化态势的法律环境下,对等原则条款不仅为我国调整给予他国的豁免待遇

提供了政策空间,也对他国起到威慑效果,为应对他国针对我国的恶意扩大管辖范围、恣意限制我国豁免待遇的行为提供了强有力的制度支撑。我国《外国国家豁免法》颁布实施的时间不长,对等原则适用的相关制度有待进一步研究和细化。只有让《外国国家豁免法》第21条实实在在落地,才能真正发挥其调适和威慑作用,避免这一抽象和原则性的条款虚置。

注释

- ①参见梁淑英:《浅析国家豁免的几个问题》,《政法论坛》2000年第2期。②参见王欣濛、徐树:《对等原则在国家豁免领域的适用》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2015年第6期。③④参见徐树:《中国国家豁免立法中的对等原则:概念内涵、法理依据及制度设计》,《国际法研究》2022年第2期。⑤参见李庆明:《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》,《国际法研究》2023年第5期。⑥参见Lauterpacht H. “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *British Year Book of International Law* 28, 1951. ⑦参见See Pérez-Aznar F. “State Immunity Regimes in Latin America: A First Approximation to a Global Analysis”, in Bismuth R, Rusinova V, Starzhenetskiy V, Ulfstein G (eds), *Sovereign Immunity Under Pressure: Norms, Values and Interests*, Springer International Publishing, 2022; Starzhenetskiy V. “Russian Approach to State Immunity: If You Want Peace, Prepare for War?” in Bismuth R, Rusinova V, Starzhenetskiy V, Ulfstein G (eds), *Sovereign Immunity Under Pressure: Norms, Values and Interests*, Springer International Publishing, 2022. ⑧参见Whelan A. *Reciprocity in Public International Law*, Cambridge University Press, 2023; Longobardo M. State Immunity and Judicial Countermeasures, *European Journal of International Law* 32, 2021. ⑨参见Simma B. Reciprocity, in Wolfrum R (eds). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, para. 2. ⑩《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》第3条规定:“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。”⑪参见Starke J G. *An Introduction to International Law*, Butterworths, 1977, p.275. ⑫参见“The Santissima Trinidad”, 20 U.S. (7 Wheat.) 283, 353 (1822). ⑬参见“Texas Trading v. Nigeria”, US, 647 F.2d 300, p.302 (2nd Cir. 1981); 63 ILR 552, p.553. ⑭参见“The Schooner Exchange v. McFaddon”, US, 11 US (7 Cranch) 116, p.137. ⑮⑯参见Lauterpacht H. “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, *British Year Book of International Law* 28, 1951, p.228, p.246, p.246. ⑰参见“Dole Food Co. v. Patrickson”, 538 U.S. 468, 479 (2003). ⑱参见“Controller v. Davison”, New Zealand, [1996] 2 NZLR 278, p.300. ⑲参见Pérez-Aznar F. “State Immunity Regimes in Latin America: A First Approximation to a Global Analysis”, in Bismuth R, Rusinova V, Starzhenetskiy V, Ulfstein G (eds), *Sovereign Immunity Under Pressure: Norms,*

Values and Interests, Springer International Publishing, 2022, pp.135-137.⑳参见 *Decree Law* No. 2349 of Chile, article 9.㉑参见 *Federal Law* No. 297-FZ of Russia, article 4.1.㉒参见 United Nations. *Materials on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, 1982, p.91.㉓参见 International Law Commission. *Seventh report on jurisdictional immunities of States and their property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, A/CN.4/388, p.47.㉔㉕㉖参见 International Law Commission. *Seventh report on jurisdictional immunities of States and their property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, A/CN.4/399, p.189, p.121, p.184.㉗参见 International Law Commission. *Comments and observations received from Governments*, A/CN.4/410, p.69.㉘参见 International Law Commission. *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, A/CN.4/L.457, p.93.㉙参见 Shan W and Wang P. “Divergent views on state immunity in the international community”, *Handbook on Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p.74.㉚参见 *Federal Law* No. 297-FZ of Russia, article 11.㉛参见 28 U.S. Code § 1604, section 1603(d).㉜参见 Lew A. “Republic of Argentina v. Weltover, Inc. : Interpreting the Foreign Sovereign Immunity Act’s Commercial Activity Exception to Jurisdictional Immunity”, *Fordham International Law Journal* vol.17, 1993, pp. 752-754.㉝参见杜涛,王洪根:《外国判决承认执行中互惠关系认定标准的重构》,《中国国际私法与比较法年刊》2019年第1期。㉞参见 International Law Commission. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, A/56/10, 2001, p.181.㉟参见李庆明:《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》,《国际法研究》

2023年第5期。㊱㊲参见 Longobardo M. “State Immunity and Judicial Countermeasures”, *European Journal of International Law* vol.32, 2021, pp. 472-473, pp. 470.㊳参见 International Law Commission. *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, A/CN.4/L.399, pp.184-195.㊴参见 International Law Commission. *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, A/56/10, p.331.㊵参见 Focarelli C. *International Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 376-377.㊶㊷参见王卿:《国家豁免权的正当程序保障问题研究》,法律出版社2016年版,第201-205、203页。㊸参见 Starzhenetskiy V. “Russian Approach to State Immunity: If You Want Peace, Prepare for War?” in Bismuth R, Rusinova V, Starzhenetskiy V, Ulfstein G (eds), *Sovereign Immunity Under Pressure: Norms, Values and Interests*, Springer International Publishing, 2022, p.68.㊹参见最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第44条。㊺例如1995年“日本国民五味晃申请承认和执行日本法院判决”案后,曾出现中日两国互不承认和执行判决、国际合作难以推进的不利后果。㊻参见 *Federal Law No. 297-FZ on the Jurisdictional Immunity of a Foreign State and the Property of a Foreign State*, article 4.1.㊼参见 *Decree Law* No. 2349 of Chile, article 9.㊽参见 *State Immunity Act of United Kingdom*, 1978, article 15.1.㊾参见 Cambridge Studies in International and Comparative Law, *Reciprocity in Public International Law*, Cambridge University Press, 2023, p.2.㊿参见“Application of the Interim Accord of 13 September 1995” (the Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports 2011, Separate Opinion of Judge Simma, p. 699

On the Specific Application of the Principle of Reciprocity in China’s Foreign State Immunity Act

Ma Zhongfa Wang Youdan

Abstract: Article 21 of China’s *Foreign State Immunity Act* provides for the application of the principle of reciprocity in matters of national jurisdiction and implementation of immunity, and limits the conditions to cases in which the other party grants our country less immunity than it grants to the other party. Since the existing provisions are too principled and unclear in terms of the manner of application, the subject of application, the criteria for determination and the mandatory nature of application, disputes or misunderstandings may arise in the specific application, such as legal uncertainty, derogation of individual relief and the constitution of unlawful countermeasures. Drawing on the existing practices of various countries, the specific institutional arrangements for the application of the *Foreign State Immunity Law* can be further improved in the following aspects: in terms of application methods, the principle of reciprocity clauses can be directly applied by judicial organs, without establishing legal or administrative pre-procedures; in terms of the applicable subject, it is clear that the applicable subject is only judicial organs, and diplomatic organs may issue non-binding written opinions on its application; in terms of determining the applicable conditions, the standard of “factual equivalence” and “presumed immunity” shall be adopted; in terms of the mandatory nature of application, there is currently no requirement for mandatory application, so as to reserve discretion for interpreting and applying this principle.

Key words: principle of reciprocity; state immunity; *Foreign State Immunity Act* (FSIA)

责任编辑:一鸣