

# 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

徐 树\*

**摘 要：**实现对等豁免是中国国家豁免立法的重要考量因素。所谓对等豁免，是将对等原则作为主张或给予国家豁免的适用条件，其不同于国家责任法语境下的反措施，也有别于外交豁免领域的对等原则实践。对等原则作为应对国家豁免规则冲突的法律工具，能够灵活调整国家豁免范围，兼具防御性与进攻性功能。对等豁免不是国家豁免的虚无主义。适用对等原则并不当然导致国家豁免标准的不确定性，也并非所谓的双重或多重标准。实践中，越来越多的国家将对等豁免的政策主张予以法律化，其适用空间不断扩展。中国国家豁免立法应当结合自身的利益定位在国家豁免规则的“模糊地带”表明立场，与此同时应明确规定对等原则，充实法律工具箱，防范他国恣意否定国家豁免。对于适用对等原则可能带来的不确定性、不可预期性等问题，可以通过法律化的制度设计，细化对等原则适用的情形、程序和条件，将其不利影响控制到最小。

**关键词：**对等豁免 国家豁免立法 绝对豁免 限制豁免 反措施 制度设计

传统上，国家豁免被认为是“绝对的”，即一国国家及其财产在外国法院享有绝对的管辖豁免和执行豁免。在“绝对豁免主义”时期，各国法院普遍认可外国国家及其财产的绝对豁免权，因而并未形成有关“对等豁免”的实质性讨论。然而，自20世纪中期以来，越来越多的国家开始转向“限制豁免主义”，对于外国国家的商业交易等非主权行为不再给予管辖豁免。美国等少数国家还通过本国立法自行设置“恐怖主义例外”等多项豁免例外，否定外国国家及其财产的豁免权。在坚持绝对豁免的国家与转向限制豁免的国家之间，出现了豁免不对等的局面。即使在转向限制豁免主义的国家之间，也因为各自标准的不同而呈现出豁免范围的不一致性。在此背景下，开始出现以对等原则为依据来调整国家豁免的学理讨论。支持者认为对等原则是解决国家豁免立场分歧的务实方案，<sup>①</sup>而反对者则质疑对等原则在国家豁免领域的可适用性。<sup>②</sup>

长期以来，中国始终坚持绝对豁免立场。在此立场下，主张以对等原则为依据来调整国家豁免范围，似乎与绝对豁免的原则和实践难以兼容。但是，这并不代表中国就此否定了对等原则的

---

\* 华南理工大学法学院副教授。本文系国家社会科学基金青年项目“国际投资仲裁庭的裁判偏好及中国对策研究”（17CFX048）的阶段性研究成果。本文中所有网络资源最后访问时间均为2021年12月20日。

① Alona E. Evans, “Should Sovereign Immunity Be Governed by Reciprocity?”, (1958) 52 *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* 85, pp. 85–88.

② Hersch Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, (1951) 28 *British Yearbook of International Law* 220, pp. 245–246.

可适用性。《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条即明确规定：“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。”问题在于，该条规定能否扩展适用于国家豁免的全部事项？对等原则在国家及其财产的管辖豁免、执行豁免等各方面是否均有可适用的空间？

截至目前，除外国中央银行执行豁免领域外，中国尚未制定国家豁免的专门性法律。近年来，一些原本坚持绝对豁免主义的国家也通过立法转向限制豁免立场。例如，俄罗斯于2015年出台《外国国家及其财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》，该法明确采纳限制豁免立场，并设置对等原则条款。鉴于国家豁免制度向限制豁免主义发展的总体趋势，有不少学者也建议中国批准《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，适时转向限制豁免。<sup>①</sup>尤其在新冠肺炎疫情全球大流行的背景下，美国等国家法院先后受理了多起以疫情索赔为由的对华滥诉案件，而中国却没有对等反制的国家豁免立法，导致中国在涉外法律斗争中缺乏国家豁免例外的法律工具和实践经验。<sup>②</sup>在2020年十三届全国人大三次会议中，有代表建议加快制定符合中国国情的外国国家豁免法，对等反制美国等国家国内法院的新冠疫情滥诉。<sup>③</sup>实现对等豁免，可以说是推动中国国家豁免立法的关键考量因素之一。因此，有必要系统梳理对等豁免的概念渊源和法理依据，考察对等豁免的域外法律实践，并在此基础上分析中国国家豁免立法中引入对等豁免条款的必要性、可行性及制度设计。

## 一 对等豁免概念的使用语境

对等原则，其英文表述为“reciprocity”，而中文表述则更为多元化，在不同语境下也被称为互惠原则或相互原则。3种表述的含义相似，但各有侧重。就用语本身而言，对等原则通常在消极意义上使用，指两国相互采取限制性或歧视性措施。互惠原则通常在积极意义上使用，指两国相互给予某种权利或利益。而相互原则的表述则更为中性，可以涵盖消极的对等和积极的互惠。<sup>④</sup>尽管如此，为表述便利，本文将对等原则与相互原则作为同义词使用，其包含消极对等和积极互惠两个层面。讨论对等原则在国家豁免领域的可适用性问题，首先要明确究竟是在何种语境下使用对等原则的概念。在不同语境下，对等原则具有不同的概念内涵。

### （一）作为法理基础的对等原则与作为适用条件的对等原则

对等原则作为国家豁免的法理基础与作为国家豁免的适用条件在内涵上有所不同。在前者语境下，对等原则与主权原则、平等原则、独立原则、礼让原则等概念均可能被视为国家豁免制度的法理基础。而在后者语境下，对等原则成为是否给予外国国家及其财产以管辖、执行豁免的具体条件。对等原则作为国家豁免制度的法理基础之一得到了广泛的认可，但是其能否作为调整国家豁免范围的适用条件则存在分歧，而这即是本文所要讨论的问题。

① 何志鹏：《主权豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期，第64页。

② 李庆明：《美国新冠疫情诬告滥诉的违法行为分析》，载《法律适用》2020年第21期，第68页。

③ 两会特别报道：《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。

④ 参见李浩培：《国际法的概念和渊源》，贵州人民出版社1994年版，第35页。

国际法的创立、遵守和制裁均以相互为主导原则。有学者也因此将对等原则视为国际法律体系的一项“元规则”。<sup>①</sup>在此意义上，对等原则也是国家豁免制度形成和发展的法理基础。国际法院在“德国诉意大利管辖豁免案”中即明确指出，一国在是否主张自身的豁免权以及是否给予外国国家以豁免权的问题上，通常以国际法下具有国家豁免的权利为出发点，其在给予外国国家以豁免权的同时，也要求其他国家尊重和赋予本国以豁免权。<sup>②</sup>简言之，国家豁免的权利义务是相对的、对等的，即在享受豁免权利的同时，也承担尊重他国豁免权利的义务。

在绝对豁免主义时代，各国普遍认可外国国家及其财产的绝对豁免权。保障外国国家及其财产的绝对豁免权，对于国家之间的互惠关系也是重要的保障。在“交易号案”中，美国联邦最高法院时任首席大法官马歇尔即指出，主权者之间的此种完全平等和绝对独立，以及促使主权者之间相互交往的共同利益，导致在相关案件中，每个主权国家均达成共识放弃对外国主权者的完整性、排他性的领土管辖权。<sup>③</sup>而随着限制豁免主义实践的日益盛行，外国国家及其财产的豁免权受到越来越多的例外限制。与绝对豁免主义强调豁免的绝对性、无例外性不同，限制豁免主义更多地关注豁免例外的技术性问题，如是否属于豁免主体、是否构成不得援引豁免的商事交易行为等。但是，限制豁免主义依然承认外国国家主权行为的豁免权，国家主权平等、平等者之间无管辖权等原则依然被视为国家豁免制度的法理基础。在“戴维森案”中，新西兰上诉法院在论及外国国家及其机构在本国法院的管辖豁免基础时同样指出，一国法院给予外国国家以管辖豁免有着多项公共政策依据，广为接受的理论依据包括国家的领土主权、平等及独立原则、互惠及礼让原则，维护国际秩序以及对过度管辖影响国际关系的风险评价等政策考虑。<sup>④</sup>由此可见，对等原则作为国家豁免制度的法理基础之一，可以说是绝对豁免主义和限制豁免主义的理论共识，区别仅在于在何种范围、何种程度上保障国家间的对等豁免。

但是，在宏观、抽象意义上将对等原则视为国家豁免的法理基础，并不当然意味着对等原则可以在微观、个案意义上成为主张或给予国家豁免的适用条件。学者关于对等原则能否适用于国家豁免领域的争论主要聚焦在微观、具体层面，而非宏观、抽象层面。在微观、具体层面，一国法院能否以外国国家未能尊重本国应有的国家豁免权为由，对等地否定或限制该外国国家的豁免权？这就涉及对等关系的判断，即外国国家在法律上或事实上对法院地国给予多大范围、多大程度的豁免权。这也是学者质疑对等原则可能存在不确定性、难以操作的主要方面，下文将聚焦这一语境下的对等原则展开分析。

## （二）作为豁免依据的对等原则与作为反措施的对等原则

作为豁免依据的对等原则与作为反措施的对等原则，其主要区别在于前者将对等原则作为主张和给予国家豁免的主要依据，而后者则将对等原则局限于国家责任语境下的反措施。在后者的语境下，仅在外国国家不正当地否定或限制本国应有的豁免权时，本国才可针对该外国国家对等地采取否定或限制其豁免权的反措施。而在前者的语境下，对等原则被视为一项可以独立、主动

<sup>①</sup> Francesco Paris & Nita Ghei, “Role of Reciprocity in International Law”, (2004) 36 *Cornell International Law Journal* 93, pp. 93 - 123.

<sup>②</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 24.

<sup>③</sup> *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. (7 Cranch) 116 (1812), p. 137.

<sup>④</sup> *Controller and Auditor-General v. Davison, New Zealand*, [1996] 2 NZLR 278 (CA), p. 300.

适用的中性原则，外国国家否定或限制本国的豁免权是否违反国际法在所不问，其主要考量即在于实现对等豁免的结果。

联合国国际法委员会关于国家及其财产管辖豁免条款的早期草案中曾规定对等原则条款。草案中对等原则条款的表述前后有多个版本，其中一个版本（第28条）表述如下：“一国可以在其认为适当的范围内限制另一国在本条款草案下享有的豁免权，一国限制另一国豁免权的理由包括对等原则、与另一国实践标准相一致或者是两国之间可适用的国际协定有此要求。但是，此种限制不得减损国家为履行主权职能而从事的行为（主权行为）所享有的豁免权。”<sup>①</sup>对于该条款，国际法委员会的委员之间存在激烈的争论。苏联籍委员乌沙科夫（Ushakov）明确反对规定对等原则，其认为针对他国违反国际法限制本国豁免权利的行为，可以通过符合条件的合法反措施予以反制，而不是将其包装为允许单边任意限制他国豁免权的对等原则。而英国籍委员辛克莱尔（Ian Sinclair）则认为草案第28条文本中的对等原则并非国家责任语境下的反措施。国家豁免规则存在“灰色地带”，对等原则条款可以为国家应对此种“灰色地带”保留弹性空间。国家善意地援引对等原则限制外国国家的豁免权，并不当然构成国际不法行为。而且，他还进一步认为，草案第28条第二句话对于对等原则的适用设置了“底线”，即不得以对等原则为由减损外国国家主权行为的豁免权。<sup>②</sup>

从国际法委员会关于对等原则条款的谈判历史可以看出，其争论焦点在于是否将对等豁免仅作为国家责任语境下的反措施，还是作为应对国家豁免规则“灰色地带”的弹性法律工具。作为报复或反措施的“对等”，其特点在于后发制人，即对方国家违反国际法的行为在先，己方采取的反措施在后。作为反措施的对等原则，须以对方国家存在不法行为为前提，采取对等措施的目的在于促使不法行为国纠正其违反国际法的行为。<sup>③</sup>在此语境下，国家豁免规则不存在“灰色地带”，国家豁免的权利在一般国际法下是客观存在的，外国国家否定或限制本国豁免权利的行为即构成国际不法行为。为了援引该外国国家的责任，敦促其履行给予豁免权的义务，一国在该限度内可以采取对等豁免的反措施。在“湖广铁路债券案”中，对于美国法院恣意否定中国国家豁免权的行为，中国政府明确表示“美国应负完全的责任”，中国政府“保留采取相应措施的权利”。<sup>④</sup>这里的相应措施，实际上即是国家责任法语境下的反措施。

如果将对等豁免理解为国家责任法语境下的反措施，那么在国家豁免国际公约或国内立法中规定专门的<sup>①</sup>对等原则条款似乎就没有太大的意义。即便没有对等原则条款，相关国家依然可以按照国家责任法下的反措施制度，在可允许的限度内采取对等豁免的反措施。事实上，国际法委员会国家豁免公约早期草案中之所以规定对等原则条款，其主要考量并非基于国家责任法下的反措

① Article 28. Restrictions of immunities: A State may restrict in relation to another State the immunities provided in the present articles to such extent as appears to it to be appropriate for reasons of reciprocity, or conformity with the standard practice of that other State, or as required by any international agreement applicable in the matter between them. However, no such restriction shall prejudice the immunities which a State enjoys in respect of acts performed by it in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*). See International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, p. 183.

② International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, pp. 184-185.

③ 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《国际法学刊》2020年第4期，第22—23页。

④ 陈体强：《国家主权豁免与国际法——评湖广铁路债券案》，载《中国国际法年刊》1983年卷，第53页。

施制度，而是意在为国家调整国家豁免范围保留适当的弹性空间。<sup>①</sup>可见，国家豁免公约特别报告员所设想的对等豁免条款，已超出国家责任法下反措施的调整范畴，而是进一步将对等原则本身作为衡量国家豁免范围的尺度。倪征燠先生关于豁免的“相互原则”也有相似的判断：“在没有条约或其他协议的情况下，各国可以根据相互原则来决定对一特定外国国家是否给以管辖豁免。这一办法被认为是比较公平合理的。”<sup>②</sup>本文也主要在这一语境下分析对等豁免的必要性及可行性。

### （三）国家豁免的对等原则与外交豁免的对等原则

国家豁免与外交、领事豁免既有区别，也有联系，而且有着相互作用的关系。<sup>③</sup>在能否以及如何适用对等原则的问题上，两类豁免领域也可能存在差异。相对而言，外交、领事豁免更具备自成一体制度属性，有关外交、领事豁免的规则主要体现为《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》两项公约。《维也纳外交关系公约》第47条、《维也纳领事关系公约》第72条均明确规定了对等原则条款。根据该条款的规定，接受国在适用本公约时，对各国不得实行差别待遇。但是，下列情形不应视为差别待遇：（1）接受国因派遣国对接受国使馆、领事馆适用公约任一规定有所限制，对同一规定之适用亦予限制；（2）各国依惯例或协定，彼此给予较公约所规定者更为有利之待遇。可见，两项公约虽未直接提及对等、互惠的概念，但是其允许接受国在对等、互惠的基础上，限制或扩张派遣国在公约下所享有的豁免待遇，这本质上即属于对等豁免的一般性授权。美国、英国、加拿大、荷兰、比利时等不少国家在国内转化立法中均明确规定了对等原则条款。<sup>④</sup>中国的《外交特权及豁免条例》第26条、《领事特权及豁免条例》第26条也有类似的规定。

作为非歧视豁免义务的例外条款，该条款的表述非常宽泛，以致于任何歧视性的豁免待遇均可能因双边协定或对等互惠而获得合法性。但是，实践中接受国针对派遣国采取歧视性豁免待遇措施的情形较少发生，原因有三。其一，这源于国家之间互惠对等的考量，接受国会尽可能地避免减损派遣国应有的外交、领事豁免权，否则可能招致派遣国“以牙还牙”式的对等报复。<sup>⑤</sup>其二，公约所允许的“限制适用”（restrictive application）仅限于公约规则所允许的范围之内，而不包括明显违反公约规则的限制适用。<sup>⑥</sup>换言之，如果公约某项豁免规则本身存有模糊性，给缔约国留有裁量空间或幅度，那么缔约国可以在该空间或幅度内采取最大限制的适用措施。但如果一国采取的限制适用措施已明显违反公约的豁免规则要求，那么接受国采取的对等措施依据实际上是国家责任法下的反措施，而非公约中的对等原则条款。其三，实践中对等原则条款的运用更多地表现为国家间通过惯例或协定，彼此给予相比公约规定更为有利的豁免待遇。可见，对等原则在外交豁免领域的实践运用，更多地体现为积极、互惠意义上的对等豁免，而非消极、互损意

① International Law Commission, *Seventh report on jurisdictional immunities of States and their property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, *Special Rapporteur*, A/CN.4/388, 1985, p. 46.

② 倪征燠：《关于国家豁免的理论和实践》，载《中国国际法年刊》1983年卷，第29页。

③ 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问题》，北京大学出版社2005年版，第5页。

④ Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Oxford: Oxford University Press, 2016), pp. 407–408; Shahrhad Nasrolahi Fard, *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function* (New York: Routledge, 2016), p. 62.

⑤ Paul Behrens, *Diplomatic Law in a New Millennium* (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 9, 19.

⑥ International Law Commission, “Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with Commentaries”, *Yearbook of International Law Commission*, 1958, vol. II, p. 105.

义上的对等豁免。因此,就对等原则在国家豁免领域的适用路径而言,在借鉴外交豁免领域的对等原则实践的同时,也要留意两类豁免领域可能存在的差异。

## 二 对等豁免的利弊考量

有关国家豁免对等原则的讨论,与国家豁免实践立场的演变息息相关。在绝对豁免主义时期,各国在相互间普遍给予绝对的管辖和执行豁免权,因此以对等原则为依据来调整国家豁免范围的必要性并未凸显。然而,随着越来越多的国家转向限制豁免立场,有关国家豁免的实践立场日益呈现不确定性、不一致性的特征。在个案中,国家豁免权利的存在与否、范围大小、受益主体、主张条件等问题充斥着大量的“灰色地带”。在此背景下,相比那些更愿意限制外国国家豁免权利的国家而言,以中国为代表的绝对豁免立场国家往往处于被动、不利的局面。对等原则能否成为打破这一被动、不利局面的有力法律工具?对等原则在国家豁免领域是否存在可适用的空间?对等原则对于主张或给予国家豁免的国家而言有何影响?下文将围绕这些问题,对于对等原则的利弊得失展开分析。

### (一) 对等原则的肯定性理由

#### 1. 变通处理的弹性法律工具

对等原则的适用涉及两国豁免立场的比较,通常是就两国之间的相对立场进行比较。就两国之间的国家豁免立场而言,如果一国对豁免范围作出更多的限制,另一国对豁免范围作出更少的限制,可将前者称为豁免立场的“优势国家”,将后者称为豁免立场的“劣势国家”。所谓“优势”“劣势”,仅限于两国之间国家豁免立场的相对关系。

国家豁免立场的“优势国家”与“劣势国家”之间可能存在以谁的立场为参照标准给予对等豁免的问题。国家豁免实践的总体发展趋势是从绝对的、没有例外的豁免向有限的、更多例外的豁免转变。那些转向限制豁免立场的国家往往提出,对豁免的限制或例外规定体现了一般国际法的要求,因而不大可能以互惠对等为由放弃自身的限制豁免立场。因此,在豁免立场的“优势国家”与“劣势国家”之间的关系上,前者不会因为自身的相对优势而给予后者对等互惠的豁免,否则有悖于自身的限制豁免立场。但反过来,“劣势国家”可能因为自身的相对劣势而对等地限制或减损“优势国家”的豁免。在此意义上,豁免立场的“劣势国家”可以借助对等原则,灵活处理国家豁免案件,解决由于各国豁免规则或实践差异造成的不利局面。

#### 2. 对等原则的威慑性、预防性功能

在某种程度上,对等原则不仅具有事后填补功能,也具有事前威慑性、预防性功能。俄罗斯2015年出台《外国国家及其财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》,该法目的之一即在于明确采用对等原则,实现俄罗斯与外国国家在国家豁免问题上的平衡关系,让外国国家在俄罗斯法律下的豁免权与俄罗斯在外国国家享受的豁免权保持平衡。俄罗斯联邦政府在向俄罗斯国家杜马提交该法案的立法说明中指出,如果俄罗斯在某个外国国家的豁免权遭到限制或否定,那么俄罗斯也应有权对该外国国家相应地采取限制措施。<sup>①</sup>在该法的审议过程中,俄罗斯联邦委员会(上院)也明

<sup>①</sup> 参见俄罗斯联邦政府官方网站,“Submitting to the State Duma a draft law establishing the jurisdictional immunity of a foreign state and its property on Russian territory”, <http://government.ru/en/docs/19165>。

确表示“该法应具有预防性特征，以保护俄罗斯免受其他国家的不良行为”。<sup>①</sup>

有学者指出，俄罗斯政府推动制定国家豁免立法，很大程度上是为了实施对等原则作立法铺垫。<sup>②</sup> 在该项立法之前，俄罗斯在外国法院、国际仲裁机构中先后面临多起巨额索赔诉讼、仲裁案件。其中，在“尤科斯诉俄罗斯案”等案件中，仲裁庭裁定俄罗斯应向投资者作出高达500亿美元的赔偿，<sup>③</sup> 投资者随后在多个国家法院寻求执行该裁决。在此背景下，俄罗斯出台的该项立法可能会促使这些裁决的执行地国法院更加谨慎和克制。执行地国法院对俄罗斯财产采取强制措施，可能招致俄罗斯的对等措施。截至目前，尤科斯案投资者已在美国、英国、法国、德国、比利时、印度等多国法院寻求执行裁决，但均无实质性进展。<sup>④</sup> 可见，俄罗斯在其国家豁免立法中纳入对等原则，其威慑性、预防性功能不容忽视。

美国国会修订外国主权豁免法、增设恐怖主义例外的立法过程也在一定程度上体现了对等原则的考量。对于美国众议院、参议院通过的《针对恐怖主义支持者的正义法》(Justice Against Sponsors of Terrorism Act, 以下简称 JASTA)，美国时任总统奥巴马于2016年9月23日提出否决意见，其主要考量即是其他国家可能采取对等措施。奥巴马指出：

对等原则在对外关系中发挥重要的作用，不少国家已经在其立法中允许依据其在外国法院享受的待遇来调整外国在本国的豁免权。JASTA 的通过将刺激外国政府采取对等措施，允许其国内法院对美国或美国官员行使管辖权。这可能导致对美国或美国官员的诉讼，即使所谓的控诉主张最终被认定缺乏依据。<sup>⑤</sup>

值得注意的是，美国国会随后推翻了奥巴马的否决意见，使该法最终生效。尽管如此，外国对等地限制或否定本国豁免的可能性，无疑依然是各国制定国家豁免政策的重要考量因素。

### 3. 促进遵守国家豁免的一般国际法规则

当前，有关国家豁免的实践立场各有差异，试图精确地界定国家豁免的一般国际法规则是非常困难的。但是，国家豁免作为国际法下的一项原则依然得到广泛的认可，分歧主要在于国家豁免的例外方面。在“德国诉意大利管辖豁免案”中，两国均认可国家豁免是国际法下的权利而非单纯的礼让。<sup>⑥</sup> 国际法院明确指出，在习惯国际法下，外国国家的军事行为享有不受法院地国管辖的豁免权，即便该行为涉嫌严重违反国际法，其豁免权亦不受影响。<sup>⑦</sup>

因此，国家豁免的一般国际法规则更多地表现为抽象的原则性约束，而非具体的细节性规定。<sup>⑧</sup> 一方面，国家豁免规则目前存在大量的模糊空间或“灰色地带”，国家往往在这些模糊地

<sup>①</sup> Law Library of Congress, *Laws Lifting Sovereign Immunity in Selected Countries*, LL File No. 2016-013750 (May 2016), p. 13.

<sup>②</sup> 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）》，第24页。

<sup>③</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, 18 July 2014.

<sup>④</sup> 范晓宇：《投资仲裁裁决执行的国家豁免困境、成因及出路》，载《武大国际法评论》2021年第3期，第122页。

<sup>⑤</sup> White House Press Release, “Veto Message from the President – S. 2040”, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/09/23/veto-message-president-s2040>.

<sup>⑥</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 23.

<sup>⑦</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, pp. 33, 37.

<sup>⑧</sup> Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?”, (2010) 21 *The European Journal of International Law* 853, p. 874.

带之内自行设置国家豁免的例外，根据自身政策确定国家豁免的范围和程度。另一方面，国家豁免规则也有不容突破的边界或“底线”，例如外国国家主权行为的豁免权不得任意予以减损或否定，外国中央银行财产、外国国家用于军事、外交等目的的财产非经外国国家同意不得采取强制措施。一国违反这些规则“底线”，限制或否定外国国家及其财产应有的豁免权，将构成国际不法行为，该外国国家可以采取对等措施，追究不法行为国的责任。<sup>①</sup>在此意义上，所采取的对等豁免措施即属于国家责任法语境下的反措施，其目的在于促使对方国家纠正其国际不法行为。

在“德国诉菲利普案”中，美国政府向美国联邦最高法院提交法庭之友陈述，指出法院不应应对《外国主权豁免法》中的征收例外进行宽泛解释，这有利于保护美国的“互惠利益”。由于一些国家依据对等原则确定外国国家的主权豁免，因此避免对外国主权豁免的例外作出宽泛解释是符合美国利益的。因此，当征收例外条款存有疑问时，法院应当作出有利于外国主权豁免、不行使司法管辖权的解释结论。<sup>②</sup>美国联邦最高法院最终认定，外国国家在《外国主权豁免法》下应推定具有管辖豁免权，征收例外条款中“违反国际法征收财产”的规定不适用于外国国家征收其国民财产的情形。<sup>③</sup>可以说，尽管美国《外国主权豁免法》规定的豁免例外情形非常多，但是美国法院、美国政府在个案中依然会考虑美国的对等利益及国家豁免的一般国际法规则，尽量避免对豁免例外作出扩张性解释。

#### 4. 推动国家豁免立场的趋同化和一体化

就动态层面而言，在国家豁免实践立场多元化、碎片化的情形下，采用对等原则也有助于推动国际社会在国家豁免规则的“灰色地带”凝聚共识，形成固定的国家实践和法律确信。尤其在国家豁免的主体范围、国家豁免的例外情形、国家豁免的弃权条件等争议领域，对等原则的适用将有利于积累相关的国家实践，促使国家豁免实践立场的趋同化和一体化。

随着越来越多的国家转向限制豁免立场，试图以对等原则为依据要求所有国家都回归绝对豁免立场是不现实的。持限制豁免立场的国家不太可能因为持绝对豁免立场的国家给予自身绝对豁免而对等互惠地给予后者绝对豁免。即使同为限制豁免主义阵营，不同国家之间对于豁免范围的限制程度也有所不同。对豁免范围限制更多的国家也不太可能因为对等互惠而给予其他国家更多的豁免。但反过来，对于持绝对豁免立场的国家或者从绝对豁免逐渐转向限制豁免的国家而言，对等原则可以成为其针对外国国家对等地限制或否定豁免的依据。

因此，对等原则的适用更有可能推动国际社会向限制豁免立场聚合。朔伊尔（Schreuer）教授即认为那些尚未明确立场或者还没有形成固定实践的国家，可能基于对等豁免的考虑而不断转向限制豁免主义，因为这些国家作为被诉国在持限制豁免立场的国家法院不再享有豁免，它们也可能开始在一定程度上否认法院地国的豁免。<sup>④</sup>曾参与国家豁免公约编撰的联合国秘书处法律事务厅官员巴德尔也指出，对等原则的适用将不可避免地使限制豁免立场越来越多地得到应用，一国在外国法院被限制或否定豁免，也可能在本国法院限制或否定该外国国家的豁免。随着时间的

<sup>①</sup> 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）》，第23页。

<sup>②</sup> *Federal Republic of Germany, et al. v. Alan Philipp, et al.*, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners, 11 September 2020, pp. 26–29.

<sup>③</sup> *Federal Republic of Germany, et al. v. Alan Philipp, et al.*, 592 U. S. \_\_\_\_ (2021), pp. 26–29.

<sup>④</sup> Christoph Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments* (Cambridge: Grotius Publications Limited, 1988), p. 170.

流逝，那些对豁免限制较多的实践立场将可能因为对等豁免效果而逐渐成为广为接受的共同立场。<sup>①</sup>

## （二）对等原则的否定性理由

### 1. 对等原则与国家豁免规则不相兼容

质疑者认为，对等原则在国家豁免领域不具有可适用性。如果国家豁免规则是广泛认可的、应予遵守的一般国际法规则，那么就不能以对等原则为由任意限制或否定外国国家应有的豁免权。外国国家限制或否定本国的豁免权，不应成为本国对等限制或否定外国国家豁免权的正当性依据。在国际法下，采取对等豁免措施只能是针对外国国际不法行为所采取的合法报复措施。<sup>②</sup> 据此观点，对等原则仅限于国家责任法语境下的反措施，而不能宽泛地作为调整国家豁免范围的直接依据。否则将使得国家豁免规则的义务性要求失去意义，使得国家之间陷入竞相限制或减损豁免的“逐底竞争”（race to the bottom）怪圈之中。如此，对等原则的适用非但不能作为维护国家豁免规则的法律工具，反而最终会导致对国家豁免规则的否定，使得国家豁免的一般国际法规则沦为摆设。

国际法委员会关于国家豁免公约的早期草案中曾规定对等豁免的条款，允许一国对等地限制另一国的豁免。对此，英国籍委员辛克莱尔、德国籍委员托姆沙特（Tomuschat）、意大利籍委员穆诺兹（Munoz）、巴西籍委员罗德里格斯（Rodrigues）等人表示赞同，认为有必要借鉴《维也纳外交关系公约》第47条的规定，为国家调整国家豁免的范围保留适当的弹性空间。但这遭到了苏联籍委员乌沙科夫、尼日利亚籍委员阿金吉德（Akinjide）、塞拉利昂籍委员科罗马（Koroma）等人的反对。他们认为，对等豁免条款实质上是变相地允许一国不遵守公约下给予外国国家豁免的义务。这会造成令人难以接受的局面，一国单边地限制外国国家应有的豁免权，与此同时其他国家也被迫作出同样的限制，并将其美名为对等豁免。这将使国家在该条约下应有的豁免权利成为对等原则的牺牲品。<sup>③</sup>

国际法委员会的这些委员之所以存在分歧，与当时各国所持豁免立场息息相关。以苏联为代表的社会主义阵营仍然坚持绝对豁免立场，反对西方阵营的限制豁免立场，也不赞同以对等原则为借口限制或否定国家应有的豁免权利，除非是针对在先不法行为的反措施。而以英国为代表的一些西方阵营国家已经转向限制豁免立场，并在国内立法中预留对等豁免的弹性空间，因此极力主张将国内立法中的对等豁免条款输送到国际条约之中。然而，随着越来越多的国家转向限制豁免立场，限制豁免主义已成为国家豁免的主流趋势。<sup>④</sup> 试图继续主张限制豁免立场不符合一般国际法的要求似乎已不太可能。在此背景下，俄罗斯于2015年制定国家豁免立法，明确转向限制豁免立场并采纳对等原则。这表明，国家豁免制度并不当然排斥对等原则的可适用性。在各国国家豁免实践立场之间存在诸多不一致的情况下，对等原则是解决彼此立场冲突的可选路径之一。问题不在于对等原则能否适用于

① Gamal Moursi Badr, “Recent Developments in the Dynamics of Sovereign Immunity”, (1985) 30 *American Journal of Comparative Law* 678, p. 683; Gamal Moursi Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 101 – 103.

② Hersch Lauterpacht, “The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States”, p. 246.

③ International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, pp. 184 – 187.

④ Wenhua Shan & Peng Wang, “Divergent Views on State Immunity in the International Community”, in Tom Ruys et al (eds.), *Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), pp. 61 – 78.

国家豁免制度，而在于如何运用对等原则，既保障国家豁免原则不受侵蚀，也能预留适当的政策空间。

## 2. 造成国家豁免的不确定性、不可预期性

不可否认的是，对等原则的适用有可能造成国家豁免的不确定性、不可预期性。首先，从操作层面来看，对等原则面临的首要难题是可操作性不强，难以证明或认定两国在豁免问题上的对等关系。在具体个案中，为了实现对等豁免，一国需要考察涉案外国国家的国家豁免立场。而外国国家关于主权豁免的实践或立场可能是模糊不清的，外国国家在豁免主体的范围、豁免例外的情形、豁免弃权的条件等方面可能存在相互矛盾的国内司法实践。以美国为例，由于其《外国主权豁免法》存在较大的解释空间，不同的法院、不同的法官对于该法往往有着不同的解释适用偏好。例如，在《外国主权豁免法》是否具有溯及力的问题上，“湖广铁路债券案”与“奥尔特曼诉奥地利案”即得出了完全相反的结论。<sup>①</sup>在此背景下，试图精准地“查明”外国国家的主权豁免立场是较为困难的，这也会导致对等豁免结果的不确定性。

其次，从适用目的来看，对等原则的适用存在较强的主观性，可能被恶意滥用，成为强国任意制裁他国的法律托辞。阿金吉德即认为，对等原则带来的问题比它解决的问题还要多，总体而言弊大于利。<sup>②</sup>对等原则的初始目的是维护国家豁免原则，促进国家豁免规则实践的趋同化和一体化。然而，对等关系存在与否、对等豁免如何界定等问题在一定程度上取决于相关国家的主观判断。将对等原则作为衡量国家豁免范围的唯一依据，非但不能促进国家豁免规则的统一化，反而可能会造成双重或多重标准，加剧豁免规则的碎片化和相互冲突。如此观之，对等原则的短期作用似乎更多地是在不确定的规则世界中增加更多的不确定性。

## 3. 减少私人获得司法救济的可能性

在某种程度上，限制外国国家的豁免权与拓展私人司法救济的空间是此消彼长的关系。如果认为保障私人的司法救济权利是法治的首要价值，那么以外国国家享受豁免为由否定对私人的司法救济即显得不公平、不正义。在此意义上，对等豁免与保障司法救济的要求也难以兼容，因为私人能否获得司法救济将取决于外国国家是否对等地给予法院地国以豁免权。对等原则的适用使得司法救济受制于对等互惠的政策考量，这将进一步加剧私人司法救济不足的局面。<sup>③</sup>这一观点将司法救济与国家豁免放在对立面，看似合情合理，却忽视了国家豁免规则的程序属性。在“德国诉意大利管辖豁免案”中，国际法院明确指出国家豁免法为程序性规则，其与认定国家行为合法与否的实体性规则完全不同，两者之间并不存在冲突。<sup>④</sup>换言之，一国法院对外国国家是否有管辖权与外国国家在实体法上应否承担责任是两个不同的问题。一国法院是否给予外国国家以豁免权，均不影响相关主体通过其他途径主张该外国国家的实体法律责任。

## 4. 弱化国家豁免立法的意义

有观点还认为，如果适用对等原则，就没有必要进行国家豁免立法。即便立法也只需要一条规定，即根据对等原则办理。如此理解对等原则，将导致国家豁免的虚无主义。事实上，国家豁

① 孙昂：《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，载《国际法研究》2021年第2期，第27—31页。

② International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, p. 184.

③ Hersch Lauterpacht, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", p. 246.

④ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, pp. 25, 38.

免作为国际法原则依然为国际社会所普遍认可。虽然美国等国家通过国内立法规定了长短不一的例外情形，但是均无一例外地肯定国家豁免的习惯国际法地位。当然，各国对于国家豁免的主体范围、例外情形和弃权条件等问题依然存在分歧。因此，采纳对等原则的前提依然是明确自身对于国家豁免的基本立场。在国家豁免立法中，不仅要强调国家豁免的原则地位，也要结合自身的利益定位在国家豁免规则的“灰色地带”表明立场。与此同时，通过细化对等原则的适用情形、程序和条件，保留灵活处理国家豁免案件的弹性空间。

### 三 对等豁免的实践发展

尽管对等豁免的原则在学理上还有争议，但其在国家实践中已经得到不少国家的认可，而且对等豁免的适用空间还在不断扩展。总体而言，对等豁免原则在实践中的发展趋势有两个主要特征。其一，越来越多的国家开始将原本作为政策考量因素的对等原则予以法律化，作为国家豁免法律适用的标准之一。其二，对等豁免原则的实践形态也逐渐从仅作为反措施的被动主张转向作为豁免依据的主动调适。对等豁免的实践发展趋势，对于中国国家豁免立法也具有很强的借鉴价值。

#### （一）国内立法实践

英国 1978 年《国家豁免法》是首个规定对等豁免条款的国内立法。该法第 15 条的标题为“对豁免和特权的限制和扩大”，该条款规定：

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。

该条款与英国 1964 年《外交豁免法》第 3 条类似，其目的均在于保留对等豁免的政策空间。该条款虽然在用语上并未使用对等原则的概念，但其本质上即为对等豁免条款。英国向欧洲理事会提交的本国国家豁免法介绍指出，第 15 条旨在允许对于特定国家的豁免进行微调。当该外国国家给予英国较少的豁免时，英国基于对等原则可以相应减少对该外国国家的豁免。<sup>①</sup> 对于该条款，中国香港特区终审法院在“刚果民主共和国案”中也称其赋予英国政府根据对等原则调整国家豁免范围的权力。<sup>②</sup>

英国关于对等豁免的立法实践，也得到新加坡、巴基斯坦、南非、马拉维、加拿大、澳大利亚等英联邦国家的认可。新加坡 1979 年《国家豁免法》第 17 条、巴基斯坦 1981 年《国家豁免法》第 16 条、南非 1981 年《外国主权豁免法》第 16 条、马拉维 1984 年《特权与豁免法》第

<sup>①</sup> “CAHDI Notes: United Kingdom”, September 2014, <https://rm.coe.int/16802eed57>.

<sup>②</sup> *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.

28条、加拿大1985年《国家豁免法》第15条、澳大利亚1985年《外国国家豁免法》第42条等条款，均参考了英国《国家豁免法》第15条的规定，允许通过规例、命令、宪报公告等程序针对特定国家适当调整国家豁免的范围。<sup>①</sup>

美国1976年《外国主权豁免法》并未规定对等豁免条款，在很大程度上是由于该法在豁免例外的规定上相比其他国家有过之而无不及。《外国主权豁免法》对外国主权豁免的限制范围之广、程度之深，其他国家的豁免立法还难以企及。该法也成为美国法院认定外国国家豁免存在与否、范围大小的唯一依据，美国法院没有必要考虑其他国家的豁免立场。但是，美国《外国主权豁免法》的数次修订过程也一直存在关于对等原则的讨论。只不过其关于对等原则的讨论并非出于保留调整外国国家豁免范围的弹性法律空间的考量，而是更多地对于其他国家针对美国采取对等限制措施的担忧。如前文所述，美国《外国主权豁免法》恐怖主义例外的立法修订过程充斥着对等原则的争辩。美国国际法专家布拉德利及戈德史密斯均认为，美国国会通过JASTA规定恐怖主义例外，涉嫌违反国际法并将招致其他国家的对等措施，限制美国在其他国家法院的主权豁免。<sup>②</sup> 美国时任总统奥巴马也罕见地以对等原则为由对该法案行使了否决权，尽管其否决最终未能阻止JASTA的通过。事实上，伊朗、古巴即针对美国制定了对等豁免立法，规定在特定情形下可以限制或否定美国的主权豁免。<sup>③</sup>

自美国疫情爆发以来，一些反华人士在美国法院针对中国提起了多项疫情索赔滥诉案件，与此同时还有些美国政客鼓动美国国会修改《外国主权豁免法》，试图通过立法手段允许以疫情为由对中国提起索赔诉讼。基特纳（Chimène Keitner）教授在美国参议院司法委员会新冠肺炎疫情涉外听证会上即指出，国际法并不允许一国国内法院以疫情追责为由剥夺外国国家的主权豁免，美国法院对于针对中国的疫情索赔诉讼没有管辖权。如果美国国会通过立法取消针对流行病的外国主权豁免，将引发“跟风”效应（copycat effect），美国将会对等地受到外国诉讼当事人在外国法院的频繁起诉，导致美国遭受更大的损失。<sup>④</sup>

以苏联为代表的社会主义阵营国家长期坚持绝对豁免主义立场，认为国家及其财产在习惯国际法下享有绝对的主权豁免权利。与此同时，如果外国国家限制或否定苏联所主张的绝对豁免权利，苏联也会根据情形保留采取对等措施的权利。南斯拉夫、波兰等其他社会主义阵营国家也基本持相同的立场。<sup>⑤</sup> 这一时期苏联等国家主张的对等豁免措施，实际上属于国家责任法语境下的反措施，是对其他国家不法行为的对等报复。但是，随着限制豁免主义的日益盛行，试图将限制豁免主义国家的管辖实践全部界定为国际不法行为已变得不太可能。国家责任法语境下的反措施

① 关于国家豁免国内立法的中文译本，参见徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社2019年版。关于国家豁免国内立法中对等豁免条款的比较，另见王欣濛、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128—130页。

② Curtis Bradley & Jack Goldsmith, “Don’t Let Americans Sue Saudi Arabia”, *New York Times*, 22 April 2016.

③ Law Library of Congress, *Laws Lifting Sovereign Immunity in Selected Countries*, LL File No. 2016 - 013750 (May 2016), pp. 1 - 9.

④ Chimène Keitner, “The Foreign Sovereign Immunities Act, Coronavirus, and Addressing China’s Culpability”, Testimony for the United States Senate Committee on the Judiciary, 23 June 2020, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Keitner%20Testimony.pdf>.

⑤ See M. M. Boguslavsky, “Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice”, (1979) 10 *Netherlands Yearbook of International Law* 167, pp. 170 - 171; James Crawford, “Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity”, (1981) 75 *American Journal of International Law* 820, p. 834.

已难以涵盖对等豁免措施的全部情形。在此背景下，俄罗斯2015年制定《外国国家及其财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》，明确转向限制豁免立场，并将对等原则的政策主张法律化，规定外国国家及其财产根据该法享有的管辖豁免范围可以依据对等原则进行调整。这里的对等原则，已不限于反措施语境下的对等豁免措施，而是作为调整豁免范围的直接法律依据。为实施该法律，俄罗斯还修订了民事诉讼法、仲裁程序法、执行程序法等法律。根据《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第417条第9款、《俄罗斯联邦仲裁程序法典》第256条第9款，在确定俄罗斯在外国被赋予管辖豁免的范围时，俄罗斯法院应依据当事方以及俄罗斯联邦外交部提供的证据。可见，在对等豁免原则的法律定位上，俄罗斯已经与英国、加拿大、澳大利亚等国的立场趋于同化，将对等原则视为弹性调整国家豁免范围的法律工具。

## （二）国际立法实践

达成一项广泛参与的多边国际条约是解决国家豁免立场分歧的理想方案。为了收集各国的国家豁免立场信息，联合国国际法委员会曾面向各国就国家及其财产管辖豁免问题进行问卷调查。该问卷调查中的第5项问题与对等原则有关。该问题的内容为：对等原则是否适用于国家及其财产管辖豁免的事项？特别是，在外国国家拒绝给予贵国豁免的情况下，贵国法院是否会在类似的争端案件中适用对等原则，即便贵国法院在此类案件中通常会给予外国国家以豁免权？国际法委员会的文件显示，在对此问题进行答复的国家中，匈牙利、叙利亚、特立尼达和多巴哥明确肯定对等原则的可适用性，而巴西、荷兰、苏丹、瑞典、美国则明确否定对等原则的可适用性。另外，黎巴嫩、多哥、突尼斯、英国偏向肯定对等原则的可适用性，埃及、德国、肯尼亚、葡萄牙则未表明立场，仅指出国内尚未有相关实践。<sup>①</sup>

在国际法委员会关于国家及其财产管辖豁免公约的谈判历史中，有关对等原则条款的规定先后经历了多个版本。特别报告员在其向国际法委员会提交的第七次报告中首次引入了对等原则条款。该条款标题为“豁免及特权的限制和扩张”，内容为：

一国可以在其认为适当的范围内限制或扩张另一国在本条款草案下享有的豁免权，一国限制或扩张另一国豁免权的理由包括对等原则、与另一国实践标准相一致或者两国之间可适用的条约、公约或其他国际协定要求嗣后调整。

特别报告员认为，由于各国的实践差异巨大，该条款对于保留调整国家豁免范围的弹性空间是必要的。<sup>②</sup>在第八次报告中，该条款得以继续保留。<sup>③</sup>

随后的起草委员会草案对该条款进行了修改，删除了对等扩张豁免的规定，并增加了不得减损主权行为豁免权利的规定。修改后的条款为：

<sup>①</sup> International Law Commission, *Jurisdictional Immunities of States and Their Property-Information and materials submitted by Governments*, A/CN.4/343, 1981, pp. 48-52.

<sup>②</sup> International Law Commission, *Seventh Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, *Special Rapporteur*, A/CN.4/388, 1985, p. 46.

<sup>③</sup> International Law Commission, *Eighth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, *Special Rapporteur*, A/CN.4/396, 1986, p. 32.

一国可以在其认为适当的范围内限制另一国在本条款草案下享有的豁免权，一国限制另一国豁免权的理由包括对等原则、与另一国实践标准相一致或者是两国之间可适用的国际协定有此要求。但是，此种限制不得减损国家为履行主权职能而从事的行为（主权行为）所享有的豁免权。

之所以删除扩张豁免的表述，是因为没有必要提及扩张豁免，即使没有该规定，国家依然可以自行扩张外国国家的主权豁免。而增加的第二句话目的在于保障国家豁免的核心权利不受侵蚀，即主权行为的豁免权利不得以对等原则为由予以减损。<sup>①</sup>对于修改后的条款，委员之间的意见针锋相对。苏联籍委员乌沙科夫等人明确反对该条款，而英国籍委员辛克莱尔等人则认为该条款不可或缺。<sup>②</sup>

在特别报告员小木曾本雄提交的初步报告中，前述条款的名称被修改为“非歧视”，条款的表述借鉴了《维也纳外交关系公约》第47条。修改后的条款内容为：

在适用本条款草案时，不得在缔约国之间实行歧视性待遇。但是，下列情形不应视为歧视性待遇：（1）法院地国因另一国对本条款草案的适用有所限制，对同一规定的适用亦予限制；（2）各国根据协定，彼此给予较本条款草案规定不同的待遇。

对于该条款，英国政府明确表示其对于保留未来国家实践的发展空间是非常必要的。<sup>③</sup>在特别报告员小木曾本雄提交的第三次报告中，该条款继续保留。<sup>④</sup>但是，由于存在分歧，起草委员会最终决定删除该条款。起草委员会认为，该条款带来的问题比它解决的问题还要多。该条款可能被国家滥用，导致对豁免原则的冲击。起草委员会因此建议，虽然该条款与国家实践不相冲突，但是公约对此不作规定，根据一般国际法尤其是条约法来解决该问题是更为适当的。<sup>⑤</sup>

尽管《联合国国家及其财产管辖豁免公约》最终文本并未规定对等原则，但这并不意味着该公约排斥对等原则的可适用性。正如公约序言所强调的，习惯国际法规则仍然适用于本公约没有规定的事项。该公约在国家豁免的主体范围、例外情形等方面依然存在较大的解释空间。即便公约最终生效，缔约国对于公约下国家豁免范围的把握仍有一定的裁量空间，这将为对等豁免的主张提供现实基础。而且，考虑到当前国家豁免实践的巨大差异，该公约短期内生效的可能性不大。在此背景下，各国将继续根据各自政策和国内立法来处理国家豁免事项，对等原则作为应对各国立场分歧和规则差异的法律工具，仍将继续发挥重要作用。

① International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, p. 183.

② International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee*, A/CN.4/L.399, 1986, pp. 184 – 187.

③ International Law Commission, *Preliminary Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, by Mr. Motoo Ogiso, *Special Rapporteur*, A/CN.4/415, 1988, pp. 121 – 122.

④ International Law Commission, *Third Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, by Mr. Motoo Ogiso, *Special Rapporteur*, A/CN.4/431, 1990, p. 22.

⑤ International Law Commission, *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: Titles and Texts Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, A/CN.4/L.457, 1991, p. 93.

## 四 对等豁免的中国立法路径

我国目前仅在外国中央银行财产执行豁免、外交和领事豁免等领域明确实行对等原则，在国家管辖豁免和其他财产的执行豁免上是否适用对等原则尚不明确。长期以来，对于外国法院拒绝给予中国国家及其财产以豁免权的，中国政府始终坚持绝对豁免立场，并依据国家责任法的反措施制度保留采取相应措施的权利。随着限制豁免主义的日益盛行，外国国家及其财产的豁免受到越来越多的例外限制，要求对等绝对豁免的外交主张已显得捉襟见肘。在商事交易例外等国家豁免的“模糊地带”，试图将限制豁免主义国家的管辖实践全部界定为国际不法行为已变得不太可能。在此背景下，有必要转变思路，从国家责任法语境下的被动反制实践转变为依据对等原则弹性调整国家豁免的主动作为。对于适用对等原则可能带来的不确定性、不可预期性等问题，可以通过法律化的制度设计将其不利影响控制到最小。

### （一）对等豁免原则的必要性及可行性

国家豁免实践的显著差异是促成对等豁免原则形成和推广的主要因素。各国对于在多大范围、多大程度上限制国家的主权豁免难以形成共识，关于国家豁免的规则冲突和实践差异短期内无法调和，国家豁免规则的“模糊地带”仍将长期存在。一方面，虽然限制豁免主义是主流发展趋势，但是远未形成统一规则。另一方面，持绝对豁免立场的国家也难以将外国限制或否定本国豁免权的行为一概界定为国际法不法行为，并以此为依据采取对等的反措施。因此，国家责任法语境下的反措施制度不足以解决国家豁免的规则冲突问题。在此背景下，有必要借助新的法律工具，既能保留在国家豁免规则上的灵活性，也能防范他国恣意否定自身豁免权。

本文认为，中国在今后的国家豁免立法或者政策声明中，无论是继续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。<sup>①</sup> 首先，有关国家豁免的多边条约进展并不顺利，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》自2004年通过以来迟迟未能生效。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。其次，采取对等原则，可以保留在国家豁免问题上的灵活性，避免不利的被动局面。再次，对等原则是备用选项，可以充实法律工具箱，防范他国恣意否定国家豁免。最后，对等原则兼具防御性和进攻性功能，有助于平衡国家对外关系利益与私人利益。

国家豁免的对等原则与外国法院判决承认与执行的互惠原则既有相似之处，又有不同。在习惯国际法下，一国没有承认与执行外国法院判决的一般性义务。除非有关国际条约或协定另有规定，否则各国可以自行在互惠对等的基础上决定是否承认与执行外国法院判决。而在习惯国际法下，国家豁免原则是得到普遍认可的，只不过各国对于豁免的主体范围、例外情形、弃权条件等方面存在较大分歧。因此，对等原则在国家豁免领域的适用路径应当区别对待。首先，对于国家豁免规则的核心部分，各国承担尊重外国国家主权豁免的义务，不得以对等原则为由任意否定外国国家的主权豁免。例如，外国国家军事行为等主权行为的豁免权不得任意减损，外国中央银行

<sup>①</sup> 王欣濛、徐树：《对等原则在国家豁免领域的适用》，第130页。

财产、外国国家用于军事、外交等目的的财产非经外国国家同意不得采取强制措施。在这些方面，对等原则的适用仅可表现为国家责任法语境下的反措施，其目的仅在于敦促他国修改国际不法行为。其次，在国家豁免规则的“模糊地带”，各国对于是否给予或限制外国国家的豁免有一定的裁量权，对等原则可以作为主动调整国家豁免范围的直接依据。例如，外国国家的商业交易行为是否享有豁免，如何认定外国国家行为的商业属性等问题，并不存在普遍性规则义务。在此情形下，可以将对等原则作为是否给予豁免的依据。

因此，对等豁免不是国家豁免的虚无主义。适用对等原则并不当然导致国家豁免标准的不确定性，也并非所谓的双重或多重标准。采取对等豁免原则的前提是明确自身对于国家豁免的基本立场。在国家豁免立法中，不仅要强调国家豁免的原则地位，也要结合自身的利益定位在国家豁免规则的“模糊地带”表明立场。无论是继续坚持绝对豁免立场还是转向限制豁免立场，对等原则的适用均包含作为反制措施与作为豁免依据两种情形。在国家豁免规则的核心部分，对等原则的适用继续表现为国家责任法语境下的反措施。而在国家豁免规则的“模糊地带”，由于不存在普遍性义务要求，对等原则即可作为主动调整豁免范围的裁量性依据。

就可行性而言，对等原则可能带来的不确定性、不可预期性问题并非不可克服，合理的制度设计能够提升对等原则适用的可操作性。在这方面，外交、领事豁免领域的对等原则实践可以提供借鉴。而且，如前文所述，英国、新加坡、巴基斯坦、南非、马拉维、加拿大、澳大利亚、俄罗斯等国家已通过国家豁免立法明确采纳对等原则，积累了对等豁免的实践。国家依据对等原则调整外国国家豁免范围的实践并不鲜见。加拿大1985年《国家豁免法》第15条规定：“在外交部长的建议下，如果总督认为依本法向外国国家给予的豁免或特权，超出该外国国家法律所给予的豁免或特权，则可以通过命令限制本法对该外国国家所给予的豁免或特权。”由于美国1976年《外国主权豁免法》在给予豁免的范围上相比加拿大《国家豁免法》更为狭窄，加拿大总督曾根据第15条的授权，针对美国作出对等限制豁免的命令——《限制有关美国的特定豁免命令》。<sup>①</sup>

中国长期以来坚持绝对豁免，与此同时在外交主张上仍然保留采取对等措施的权利。但由于缺乏相应立法，采取对等措施的政策主张难以在国家豁免诉讼中得到适用。因此，有必要在国家豁免立法中将采取对等措施的政策主张法律化，通过细化对等原则的适用情形、程序和条件，保留灵活处理国家豁免案件的弹性空间。事实上，《外交特权与豁免条例》《领事特权与豁免条例》等不少国内立法均有关于对等原则的规定。在国家豁免立法中规定对等原则条款，也有助于进一步丰富和完善中国对外关系法律体系。借助对等原则条款，国家可以在对等互惠的基础上用自身的管辖权、执行权去制约外国国家，从而提升在法律层面“讨价还价的能力”。<sup>②</sup>

## （二）对等豁免原则的制度设计

### 1. 适用情形

就对等原则的制度设计而言，需要从对等原则的适用情形、适用程序和适用条件等方面作出细化规定。在适用情形方面，对等原则应当适用于对外国限制豁免的情形，涵盖管辖豁免和执行

<sup>①</sup> “Order Restricting Certain Immunity In Relation to the United States”, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-97-121/page-1.html>.

<sup>②</sup> 何志鹏：《主权豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期，第78页。

豁免两个阶段。此外，如果本国法律规定的豁免范围与条约规定有所不同，应当根据条约规定相应地限制或扩大对外国的豁免范围。

从英国、澳大利亚、加拿大等国立法实践来看，对等原则条款的适用情形包括两项：第一，限制适用本国法律超出外国法律所给予的豁免；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豁免。第一项适用情形在中国还没有明确的法律依据，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，仅在本国法律给予的豁免超过外国法律给予本国的豁免的情形下才适用对等原则。中国当前面临的主要问题是，外国国家豁免立法给予的豁免范围低于中国所给予的豁免范围。因为中国仍然持绝对豁免立场，即使今后转向限制豁免立场，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。当然，外国国家的豁免立法也可能在国有企业的豁免资格等少数方面给予更多的豁免。对此，中国没有必要根据对等原则给予该外国类似机构相应的国家豁免权利。<sup>①</sup>

而第二项适用范围在中国已经有法律依据，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。中国《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。所以，中国在国家豁免立法中应当重申这一规定，如果中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，而且中国对该国际条约的规定未作保留。这也可以为中国后续对外谈判、签署和批准国家豁免议题的条约预留空间。

## 2. 适用程序

对等原则的适用程序涉及适用主体和适用路径。在外交豁免领域，豁免待遇更多地属于行政权限事宜，行政机关是决定对等待遇的核心主体。而在国家豁免领域，豁免待遇主要表现为司法管辖的豁免，对等原则的适用也更多地在国家豁免诉讼中得以体现，因此司法机关应当是适用对等原则的主要主体。问题在于，司法机关能否直接适用对等原则条款，在国家豁免诉讼中对外国国家及其财产的豁免范围进行司法调整？

在对等原则条款的司法适用方面，英国、澳大利亚、加拿大等国与俄罗斯的国家豁免立法有着不同的授权模式。英国、澳大利亚、加拿大等国法律规定，行政部门可以根据国家豁免立法的授权，通过枢密令或规例等次级立法（secondary legislation）的方式，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。行政部门在是否针对特定外国国家制定限制豁免的次级立法方面，具有裁量权。法院并不直接适用对等原则条款，而是根据行政部门的二级立法在个案中确定有关外国国家的豁免范围。换言之，如果行政部门并未制定限制外国国家豁免的二级立法，则法院没有机会援引对等原则条款调整外国国家的豁免范围。正因如此，英国等国司法实践中虽然有大量适用国家豁免立法的豁免诉讼案件，但极少出现援引对等原则条款来确定外国国家豁免范围的案件。

与此不同，俄罗斯2015年《外国国家及其财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第4条则似乎允许法院直接适用对等原则条款，而无须立法的另行授权或者行政部门的前置程序。当然，在对等关系的认定方面，外交部门有权针对俄罗斯联邦及其财产在外国国家享有管辖豁免问题作出认定。这一立法模式赋予法院更大的职权，法院将更多、更直接地运用对等豁免原则，调整外国国家的豁免

<sup>①</sup> 孙昂：《国家豁免案件的法律适用问题研究——在司法与外交复合语境中的探讨》，第25页。

范围。法院在国家豁免诉讼中直接适用对等豁免原则，也成为服务本国对外关系利益的重要手段。与此同时，外交部门也可以通过提供认定或证明文件等方式，发挥对国家豁免诉讼的“补缺”功能。<sup>①</sup>

考虑到中国法院此前从未受理以外国国家及其政府为被告的案件，而且也鲜有适用涉及其他国家主权的国际法规则的司法经验，<sup>②</sup> 授权法院直接适用对等豁免原则的立法模式难以匹配中国法院在对外关系法中的功能定位。否则，将使法院被迫卷入对外政策的敏感领域，疲于应对国家豁免诉讼中当事各方关于对等豁免的相反主张或抗辩。相较而言，由国家豁免立法进行一般性授权，并由行政机关根据情况需要，通过行政法规或规章等行政立法形式作出具体性授权的适用模式，更符合中国基本国情。在这一模式下，是否针对外国国家适用对等原则的裁量权归属于行政部门，而非法院。在没有行政法规或规章等具体授权规定的情况下，法院将依据国家豁免立法的其他条款来确定外国国家的豁免范围，而无需考虑对等原则。如此，既能维持外交政策的灵活性，也能保障法院居中裁判的司法地位，提升国家豁免的确定性和可预期性。

### 3. 适用条件

对等豁免原则的适用，其目的在于解决国家豁免规则实践的内外差异，防范他国恣意否定自身豁免权。对等原则的不当适用，可能导致国家豁免的不确定性和不可预期性，动摇国家豁免的基本原则。因此，对等原则的适用条件应当予以严格界定。首先，当两国间存在关于国家豁免的相关条约时，应按照条约的规定处理，国家豁免的国内立法不能作为违反国际条约义务的依据。例如，英国根据其1978年《国家豁免法》第15条的授权，曾通过《1997年国家豁免（商船）令》扩大俄罗斯、乌克兰及格鲁吉亚船舶在《国家豁免法》下的执行豁免权，而这些豁免是英国与苏联通商航海条约议定书要求给予的。<sup>③</sup> 而随着该议定书的终止，英国随后又通过《1999年国家豁免（商船）撤销令》，恢复《国家豁免法》相关条款对俄罗斯、乌克兰及格鲁吉亚船舶的适用。<sup>④</sup>

其次，当两国间不存在相关的条约时，对等原则的适用应采用推定豁免标准，即应推定外国法律在相同情形下对中国国家及财产给予豁免，除非有相反的证明。就对等关系的证明而言，可以考虑规定当事方承担举证责任，与此同时规定外交部门有权就对等关系提供建议，法院应当遵从外交部门的建议。就对等关系的认定而言，可以规定除非有明确的相反证据，应当推定存在对等豁免关系。关于外交部门的建议权，需要明确其权利属性，即外交部门就中国在外国享受豁免的问题有权作出认定，但这并非外交部门的义务。换言之，外交部门有权依据法院或当事方的请求出具认定结论，也有权主动介入国家豁免诉讼案件出具认定结论，法院应遵从外交部门的认定结论。在外交部门不予出具认定结论的情况下，法院应当推定存在对等豁免关系，除非当事方举证明外国给予中国的豁免低于中国法律的规定。法院有权就当事方提供的外国立法、司法判例、行政措施等证据的证明力作出判断。

## 五 结语

限制豁免立场虽已成为主流趋势，但各国关于国家豁免的规则冲突和实践差异短期内无法消

① 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页。

② 蔡从燕：《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期，第37页。

③ “The State Immunity (Merchant Shipping) Order 1997”，<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1997/2591/made>。

④ “The State Immunity (Merchant Shipping) (Revocation) Order 1999”，<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/668/made>。

除。国家豁免规则的模糊空间或“灰色地带”仍将长期存在，各国将继续根据各自政策和国内立法来处理国家豁免事项。传统上，对于他国违反国际法限制本国豁免权利的行为，一国可以采取对等豁免的反措施，敦促他国修改不法行为。但是，由于各国规则冲突和实践差异大量存在，试图精确地界定国家豁免的一般国际法规则是非常困难的。外国限制或否定本国豁免的行为是否构成国际不法行为，也难以作出清晰的判断。依赖国家责任法语境下的反措施制度，已无法解决各国间国家豁免的规则冲突问题。在此背景下，有必要转变思路，从国家责任法语境下的被动反制实践转变为依据对等原则弹性调整国家豁免的主动作为，发挥对等原则防御性与进攻性的双重功效。中国长期以来坚持绝对豁免，与此同时在外交主张上保留采取对等措施的权利。但由于缺乏相应立法，采取对等措施的政策主张难以在国家豁免诉讼中得到适用。因此，有必要在中国国家豁免立法中将采取对等措施的政策主张法律化，通过细化对等原则适用的情形、程序和条件，保留灵活调整国家豁免范围的弹性空间，防范他国恣意否定自身豁免权。

## **The Principle of Reciprocity in China's State Immunity Legislation: Conceptual Meaning, Legal Basis and Institutional Design**

*Xu Shu*

**Abstract:** Achieving reciprocal immunity is among the most important considerations in China's state immunity legislation. The so-called reciprocal immunity, distinguishable from the concept of countermeasures in the context of the law of state responsibility or the practice of reciprocity in the area of diplomatic immunity, aims to apply the principle of reciprocity as the prerequisite of claiming or granting state immunity. The principle of reciprocity, as the legal toolkit for dealing with conflicts of state immunity rules, also having both defensive and aggressive functions, is conducive to flexibly adjusting the scope of state immunity. Reciprocal immunity would not end up in nihilism of state immunity. Applying the principle of immunity does not necessarily lead to the uncertainty or the so-called double or multiple standards of state immunity. In state practice, the policies of reciprocal immunity have been written into law by more and more countries and the application of the principle of reciprocity keeps expanding. In her state immunity legislation, China should make clear her position over "grey zones" in state immunity rules based upon interest evaluation. Meanwhile, the principle of reciprocity should be explicitly stipulated to fill the legal toolbox, preventing other countries from arbitrarily denying China's state immunity. The uncertainty and unpredictability that might be brought by applying the principle of reciprocity could be minimized through legalized institutional design and by refining the circumstance, procedure and conditions for the application of the principle of reciprocity.

**Keywords:** Reciprocal Immunity, State Immunity Legislation, Absolute Immunity, Restrictive Immunity, Countermeasure, Institutional Design

(责任编辑：李庆明)