

《海牙判决公约》国家豁免问题的谈判与启示

何其生*

摘要：《承认与执行外国国民商事判决公约》（《海牙判决公约》）适用于民商事判决的承认与执行，并未排除国家作为一方当事人的适用。公约不影响国家及其财产所享有的特权和豁免，国家相关判决最终能否得到执行取决于各缔约国在国家豁免上的立场，此规定客观上将增加国家相关判决在公约下被承认与执行的几率。公约不适用于武装力量活动和执法活动，其与驻军地位协定的关系值得中国关注。针对阿根廷等国的主权债务问题，公约排除了通过国家单边措施进行的主权债务重组。公约还允许缔约国就国家是一方当事人的判决进行声明，但此问题所涉国有企业的谈判意味着，中国与相关国家之间在国际贸易领域的博弈延伸至国际私法领域。

关键词：海牙判决公约 国家豁免 国家相关判决 主权债务 国有企业 武装力量活动 执法活动

2019年在荷兰海牙达成的《承认与执行外国国民商事判决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters，以下简称《海牙判决公约》）适用于民商事判决的承认与执行，并没有排除国家作为一方当事人的适用。在公约谈判过程中，国家作为一方当事人的判决，即国家相关判决（judgments pertaining to a state）的承认与执行是谈判博弈的热点，并一度成为各国达成合意的障碍和难点。公约谈判中涉及国家豁免的问题主要有三个方面：武装力量活动、执法活动问题；主权债务问题；国有企业代表国家行事时的豁免问题。这些问题有些与国家豁免紧密相关，有些则有一定的联系，下文分别述之。

一 基本原则：不影响缔约国国内法有关国家豁免的立场

就内容而言，《海牙判决公约》谈判的是判决在全球流通中缔约国之间的权利与义务，而国家或国际组织的特权和豁免并非是公约的主题，但当国家是判决一方的主体时，则公约不可避免地会涉及国家豁免问题。

首先，在民商事领域，公约不排除对于国家作为一方当事人的判决的适用。公约的适用范围（第1条）非常简洁，即公约适用于民商事判决的承认与执行。“民商事事项”的判断标准主要取决于法律关系或诉讼争议的性质，而非法院的性质或当事人的性质。对于国家作为一方当事人所从事的民商事活动发生的争议，公约第2条第4款明确规定：“不能仅因为诉讼当事人一方是国家，包括政府、政府机构或者任何代表国家行事的人这一事实，就将判决排除在本公约适用范围

* 北京大学法学院教授。本文是国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”（20&ZD202）资助的中期成果之一。

之外。”因此，国家作为判决一方的当事人，本身并不阻止公约的适用。^①

其次，公约无意制定国家豁免的新规则，不影响各国国内法关于国家及其财产特权与豁免的立场。在国家作为一方当事人的民事案件中，允许国家相关判决在全球进行流通，但其能否得到承认和执行则取决于各国国内法关于国家及其财产豁免的立场。公约并没有对国家和政府机构豁免的范围进行界定，而是强调，如果这一问题为其他国际法律文书或国际公法的一般原则所界定，公约并不违背这些规则的适用。公约第2条第5款规定：“公约的任何规定不应影响国家或者国际组织自身及其财产所享有的特权和豁免。”这种“零效果条款”（nil-effect clause）旨在避免错误解释前述第4款国家是判决一方当事人时公约的适用问题。^②

最后，原则上公约所规定“民商事项”的适用范围与国家及国际组织的特权与豁免方面并没有冲突。特权和豁免通常意味着行使国家权力（*acta iure imperii*）。涉及特权与豁免的事项，通常不包含“民商事项”，公约当然也不予以适用。因此，即使一国放弃豁免，而接受另一国法院的管辖权，公约也不适用于相关判决的承认与执行。^③在极其例外的情况下，国家和政府部门的豁免可能涉及“民商事项”，例如，豁免涉及针对政府部门（外交机构）管理权行为（*acta iure gestionis*）而产生的侵权诉求。在此类情况下，如果当事国放弃豁免并接受原审国法院的管辖权，公约方才适用。而最终判决能否执行尚取决于被请求国关于执行豁免的规定。因此，公约并不干涉各国国内法关于特权与豁免立场，特权与豁免的范围由被请求国的法律和判断标准所决定。如果违反被请求国特权与豁免的国内法，该国可以拒绝承认和执行判决。^④

综合来看，公约一方面不排除对国家作为一方当事人所作判决的适用，另一方面又不影响国家及其财产的特权与豁免。前者照顾了限制豁免国家的立场，后者则不影响绝对豁免和限制豁免国家各自的规则，兼顾了最大程度的中立。考虑到公约本身就是促进判决全球流通的机制和平台，其中立的立场有利于国家相关判决在缔约国间的承认与执行。

二 武装力量活动和执法活动的排除与豁免问题

《海牙判决公约》第2条第1款规定，公约不适用于“武装力量活动，包括其人员执行公务

① See HCCH, *Note on Article 1 (1) of the 2016 Preliminary Draft Convention and the Term “Civil or Commercial Matters”*, Preliminary Document No. 4 of December 2016 for the Attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, December 2016, para. 7. 需要注意的是，在公约下有三个不同的概念，“承认”（recognition）“执行”（enforcement）以及针对某一国家财产的“执行”（execution）。在胜诉当事人申请承认和执行时，通常涉及被请求国法院对外国国家的管辖权问题。而在被请求国承认了外国判决，并宣布该外国判决具有可执行性的时候，才涉及具体的执行程序。因此，当讨论执行豁免的时候更多的是指针对国家财产的执行。See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, paras. 14 – 17.

② 该条也涵盖政府官员包括享有外交和领事豁免权人员的特权和豁免。See HCCH, *Preliminary Draft Convention Adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar*, Prel. Doc. No. 11 of August 2000 for the Attention of the Nineteenth Session of June 2001, August 2000, para. 46; Trevor Hartley and Masato Dogauchi, *Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements* (Hague Conference on Private International Law, 2005), para. 87.

③ See HCCH, *Minute No. 8 of the Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 1 – 9 June 2016, para. 59.

④ See Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters; Explanatory Report* (Hague Conference on Private International Law, 2019), paras. 87 – 88.

的活动”(第14项);“执法活动,包括执法人员执行公务的活动”(第15项)。此规定源自于美国对其武装力量境外活动以及执法机构境外执法活动的关切,由于此类活动所造成的民事损害在一些国家并非属于行使国家权力行为,其也因此不属于国家豁免的范围。

在2017年11月公约谈判的第三次特委会上,美国联手以色列就国家是一方当事人提出了一系列的提案,希望将武装力量活动与执法活动、驻军地位协定以及执法活动协定等排除在公约适用范围之外,而且允许国家是一方当事人时声明排除公约的适用。^①实际上,为保护其利益,美国此举同时运用公约的排除条款和声明条款打出“双保险方案”,即一方面企图将其关切的事项排除在公约适用范围之外,另一方面也希望公约的声明机制允许其声明前述事项排除在公约适用范围之外。欧盟对美国的做法表示反对,尤其是反对将上述事项排除在公约适用范围之外,而建议美国考虑声明机制。^②

美国的理由是,《海牙判决公约》所规定的判决承认与执行机制使判决能够在缔约国之间流通,美国在此机制下面临全球财产被执行的风险。当前各国关于国家豁免的理论并不一致,存在着绝对豁免理论和限制豁免理论的分歧。武装力量活动和执法活动一般认为是行使国家权力的行为,但意大利、希腊、德国等欧洲国家并不认同美国的立场,与武装力量活动和执法活动相关的民事损害判决可以在这些国家之间流通。^③对于美国的提案,加拿大、韩国、新加坡、以色列、巴西等国家^④表达了支持意见。

欧盟认为,在主权行为和管理权行为之间应该有重要的区分,美国所建议的声明机制对于主权行为事项来说是必要的,但对于管理权行为事项来说则并不需要。从公约中排除这些事项意义不大,况且公约还允许缔约国根据其国内法自愿承认和执行相关判决。^⑤日本代表担心排除武装力量活动,将可能导致作出与《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《国家豁免公约》)相反的解释,《国家豁免公约》并不适用于武装力量活动。^⑥鉴于在公约中排除武装力量活动和执法活动对于许多公约谈判者而言非常敏感和重要,特委会主席建议成立专门的非正式工作组。尽管非正式工作组通过邮件和会议的形式进行了多次磋商,但效果一般。

① See HCCH, *Proposal of the Delegations of Israel and the United States of America*, Work. Doc. No. 186 - 188, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017.

美国在其第188号提案中曾建议在第2条增加如下两款:

2.6 This Convention shall not apply to judgments arising from conduct within the scope of an agreement between states on the presence, status, or conduct of armed forces and their personnel.

2.7 This Convention shall not apply to judgments arising from conduct within the scope of an agreement between states on the presence, status, or conduct of law enforcement agencies and their personnel.

美国代表认为,这两款提案与美国的驻军地位协定(the status of forces agreements)相关。但如果武装力量活动和执法活动的提案被采纳,第188号提案则无须纳入到公约中。

② See HCCH, *Report of Meeting No. 9*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017, para. 7.

③ See HCCH, *Report of Meeting No. 8*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017, para. 66.

④ HCCH, *Report of Meeting No. 9*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017, paras. 3, 8 - 12.

⑤ HCCH, *Report of Meeting No. 9*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017, para. 7. 公约第15条规定,公约不妨碍根据国内法承认或者执行判决。

⑥ HCCH, *Report of Meeting No. 9*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 - 17 November 2017, paras. 13 - 15.

在 2019 年外交大会召开前夕，韩国加入了美国和以色列的提案。^① 三国认为，将这些敏感的事项排除在公约适用范围之外，有利于更多的国家加入公约。美国还进一步主张，这些事项通常规定在一系列多边或双边的驻军地位协定和执法活动协定之中，这些协定本身包含了排他性的争议解决机制以及成本共享机制，代表着各方微妙的平衡。原审国法院在此事项所作判决对于原审国可能没有实质性意义，但对于美国等国家而言则可能是巨大的风险。由于没有充足的理由阻止公约下与武装力量活动和执法活动相关的民事损害判决的流通，诉讼者有可能会努力规避上述多边或双边协定，从而不利于其境外武装力量的活动以及境外执法合作。因此，避免此类潜在问题的最好方法是将上述事项排除在公约适用之外。上述解释得到了加拿大和澳大利亚等国家的支持，同时，也得到了欧盟的理解，最终该提案被纳入了公约的案文。^② 各方还就武装力量活动和执法活动的主要内涵达成如下解释。

1. 武装部队活动。此事项不仅排除了武装部队活动，也排除了执行公务的武装部队人员活动。如果是基于士兵的个人行为而进行的私人诉讼，例如，私人购买车辆或者假期旅行发生汽车交通事故，则适用公约的规定。相反，如果交通事故发生在军事演习期间，此类判决将被排除在公约的适用范围之外。^③ 原则上，与武装部队活动相关的判决不是民商事项，本应排除在公约适用范围之外，而且执行此类活动的人员也会根据国际法享有管辖豁免。由于各国对于“统治权行为”和“管理权行为”并没有统一的标准，将武装力量活动排除在公约适用范围之外，不管原审国还是被请求国是否将其识别为统治权行为，缔约国都没有义务承认和执行关于此类事项的判决，从而提高了公约适用的确定性。

2. 执法活动。此规定排除了执法活动以及执法人员执行公务的活动。为了避免对执法主体界定的分歧，此项特别提及是“执法活动”，而并没有提及人与团体，其包含了警察和边界巡逻官员的活动。就像武装力量活动一样，此类判决大多无关民商事项，但考虑到对于“统治权行为”解释的分歧，而专门作出此规定。^④

三 主权债务重组措施的排除与豁免问题

公约第 2 条第 1 款第 17 项排除了通过国家单边措施进行的主权债务重组。“主权债务重组”的术语取自联合国关于这一问题的决议。这些决议通常承认主权国家有权自行制定其宏观经济政策，包括重组主权债务。^⑤ 列入“单方面”一词是为了缩小排除范围，此类“主权债务重组”仅

^① See HCCH, *Proposal of the Delegations of Israel, the United States and the Republic of Korea*, Work. Doc. No. 19 E, Twenty-Second Session, 18 June – 2 July 2019.

^② HCCH, *Procès-Verbal No. 5 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 101, paras. 103 – 118.

^③ See Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters; Explanatory Report*, paras. 66 – 67.

^④ See Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters; Explanatory Report*, para. 68.

^⑤ See United Nations, *Towards the Establishment of a Multilateral Legal Framework for Sovereign Debt Restructuring Processes*, A/RES/68/304, 9 September 2014; United Nations, *Modalities for the Implementation of Resolution 68/304*, A/RES/69/247, 29 December 2014; United Nations, *Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes*, A/RES/69/319, 10 September 2015.

包括一国采取的债务重组的强制性措施，即最初借款条款中没有规定的、未经或违反投资者同意而采取的措施。相反，根据借款条件采取的债务重组措施，或与投资者通过自由协商而进行的债务重组措施，不在公约排除事项范围内。诚然，在很大程度上，主权债务重组的单方面措施不属于公约所适用的“民商事项”的范围，但在通过公约的外交大会上，各缔约方同意为防止任何误解，应明确排除此类事项。^①

主权债务重组来自于阿根廷最初的提案，主要排除两个方面：（1）主权债务和主权债务重组程序；（2）中央银行或财政机构行使主权职能所采取的措施。^② 阿根廷的这一提案与该国曾经遭受的主权债务危机密切相关。

20世纪90年代末，阿根廷推动新自由主义经济改革，在拉美国家率先提倡市场开放和私有化政策（即所谓的“华盛顿共识”）。2001年阿根廷爆发金融危机，国家违约金额高达千亿美元，而不得不对主权债务进行重组。但有一部分美国的对冲基金（俗称“秃鹫基金”）拒绝阿根廷的重组方案，并先后采取了扣押阿根廷军舰、在美国起诉^③等措施，要求阿根廷偿还债务。虽然阿根廷在2016年与大部分“秃鹫基金”达成了协议，^④但2018年美国德劳对冲基金（Draw Capital Partners）在美国法院又提起诉讼，向阿根廷政府追索6.5亿美元债务。阿根廷主权债务新旧不断，对拉美甚至全球的经济都产生了影响。对此，2014年联合国大会曾通过了77国集团和中国提出的“外债可持续性与发展”决议，^⑤旨在推动为主权债务重组进程建立一个多边法律框架。^⑥在《海牙判决公约》谈判的过程中，阿根廷代表陈述了本国所遭遇的困境，赢得谈判现场各缔约国代表的支持和理解。

阿根廷最先的提案并非主权债务，而是针对公约前述第2条第4款“不能仅因为诉讼当事人一方是国家……就将判决排除在本公约适用范围之外”的规定，将其改为：“对于诉讼当事人一方是国家，包括政府、政府机构或者任何代表国家行事的人这一事实，相关判决应排除在公约适用范围之外，除非该国明示同意原审国法院的管辖权。”^⑦ 阿根廷的理由归纳有如下几个方面。

① See Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report*, para. 74. 欧盟已有案例涉及将主权债务重组措施定性为“民事或商事事项”，例如，*Hellenische Republik v. Leo Kuhn*, C-308/17, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 November 2018, EU: C: 2018: 911.

② See HCCH, *Proposal of the Delegation of Argentina*, Work. Doc. No. 74 E, Twenty-Second Session, 18 June – 2 July 2019.

③ 2012年11月21日，美国联邦第二巡回法院裁决阿根廷向“秃鹫基金”等债权人支付总计13.3亿美元的违约债务本息。阿根廷上诉，美国联邦第二巡回上诉法院要求阿根廷提交新的重组方案，但该国新的重组方案依旧被美国秃鹫基金拒绝。之后，虽然德国、法国、美国政府等表达了对阿根廷政府的支持，但是2013年11月上诉法院作出了有利于“秃鹫基金”的判决。阿根廷再次上诉至美国联邦最高法院，2014年，美国联邦最高法院拒绝审理该案。See *NML Capital v. Argentina*, 573 U. S. 134 (2014).

④ 2016年，阿根廷与“秃鹫基金”达成协议，向上述基金支付46.53亿美元，约占参加诉讼金额的85%。参见《阿根廷与秃鹫基金达成初步协议》，中华人民共和国商务部网站：<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/1/201603/20160301266243.shtml>，最后访问时间：2022年1月30日。

⑤ 参见 United Nations, *External Debt Sustainability and Development*, A/C.2/69/L.3, 14 October 2014. 该决议草案以128票赞成、4票反对（加拿大、以色列、日本、美国）、46票弃权获得通过。

⑥ 参见联合国大会：《宏观经济政策问题：外债可持续性与发展》，A/69/466/Add.3, 2014年12月9日。

⑦ See HCCH, *Proposal of the Delegation of Argentina*, Work. Doc. No. 31 E, Twenty-Second Session, 18 June – 2 July 2019. Paragraph 1 of the proposal states that “a judgment is excluded from the scope of this convention by the mere fact that a state, including a government, a governmental agency or any person acting for a state, was a party to the proceedings, unless such state has consented to the jurisdiction of the court of origin.”

第一,《海牙判决公约》更容易导致执行豁免问题的产生。尽管《海牙判决公约》采纳了2005年《选择法院协议公约》第2条第4款和第5款的规定,但不同的是,《选择法院协议公约》有直接管辖权的规定,而《海牙判决公约》则没有。如果国家是一方当事人时适用《选择法院协议公约》,就意味着国家与另一方当事人达成了选择法院的协议,此种适用源自于国家的同意,也意味着国家放弃了管辖豁免。而《海牙判决公约》的适用则无需当事人同意,适用范围是整个民商事事项,关切的并不是判决的“承认”,而是判决的执行问题。^①

第二,《国家豁免公约》并未生效,执行豁免领域仅有的规则是绝对豁免。除有些国家的国内立法外,关于执行的国际法一直采取的是绝对豁免。《国家豁免公约》规定了执行豁免,但也规定了3个明显的例外,即国家明示的同意、财产的相关性、具体的资产。^②而且即使存在这3个例外,公约达成已经17年,至今仍未生效,可见《国家豁免公约》尚未在国际社会得到认可。

第三,《海牙判决公约》不应改变国际公法的国家豁免原则。根据《海牙判决公约》的设计意图,不排除对国家作为一方当事人的判决的适用,由此可以推论出公约倾向于限制性豁免的立场。限制性豁免一个基本的前提是在主权行为和商业行为之间有一个明确的区分,而此区分同样也可以用于执行豁免。但阿根廷认为,主权行为和商业行为的区分可以用在管辖豁免上,但不能用于执行措施。

第四,由于《海牙判决公约》规定“被请求国不得对判决的实质问题进行审查”(第4条第2款),如果原审国法院已经判定某一行为是商业行为,被请求国法院不能对该行为是否是商业行为进行审查。但是,核心的问题是国际社会在判断是否是商业行为上没有统一的标准,由此,原告可以在认可某一行为是商业行为的国家起诉,然后到其他国家寻求执行。^③

阿根廷在国外诉讼的管辖权以及判决执行程序上,都面临外国索赔诉讼所带来的种种问题。而一般来说,阿根廷的主权债务和重组程序、政府社保基金的管理、中央和财政机构所采取的措施等,都是主权行政行为。阿根廷代表还专门提及了“德国诉意大利国家豁免案”(Jurisdictional Immunities of the State)作为支持其立场的理由。^④在该案中,核心问题并非是管辖豁免,而是意大利试图执行当地法院的决定以及希腊法院的判决。在此案之前,欧洲人权法院以及德国联邦最高法院均以德国的豁免权被侵害为由,驳回希腊当事人执行判决的企图。由此可见,判决执行层面的豁免问题已经影响了具体国家的权益,但国际社会的主流立场依旧是绝对豁免。

阿根廷代表的发言得到墨西哥、俄罗斯、秘鲁、南非、乌拉圭、乌克兰和智利等国家的支持。^⑤

① See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 13.

② 参见《国家豁免公约》第19条。

③ HCCH, *Procès-Verbal No. 5 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 132, para. 136. 阿根廷这一主张实际上是错误的,根据公约第4条第2款的规定:“被请求国不得对判决的实质问题进行审查,仅出于适用公约的需要才能考虑此类审查。”被请求国法院是可以来审查原审国法院的判决是否具有民商事性质,从而决定是否适用公约。

④ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012.

⑤ See HCCH, *Procès-Verbal No. 5 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, paras. 137 - 143; HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 9, para. 11.

然而，除俄罗斯曾建议删除公约第2条第4款的规定外，^① 美国、欧盟和中国先后发言不支持阿根廷的提案。

美国认为，《海牙判决公约》第2条第4款和第5款的规定，是上世纪90年代以来，国际社会尤其是海牙国际私法会议关于直接管辖权和间接管辖权反复讨论的结果。而且美国不同意阿根廷代表关于国际公法上执行豁免的立场，这一问题应主要由各国国内法来决定。^②

尽管阿根廷代表的发言涉及欧盟成员国之间的国家豁免问题，但欧盟代表并不支持阿根廷的提案，其主要原因是排除范围过大。欧盟不同意阿根廷代表关于执行豁免的观点，认为此问题应最终取决于各国国内法的规定。欧盟建议阿根廷应就其关切提出具体排除事项，而非笼统地排除国家作为一方当事人的判决。^③

中国代表对阿根廷的关切表达了理解，但也强调了如下几点：一是国际私法条约不应该影响或改变国际公法的规则或原则。考虑到已有的《国家豁免公约》，阿根廷的提案仅反映一部分国家的立场，但难以为其他国家所接受（如前述美国和欧盟）。目前起草的公约是国际私法领域判决承认和执行，而不应该是制定国家豁免的规则。^④ 二是在制定《选择法院协议公约》时，国家豁免问题已经得到充分的讨论。公约第2条第4款和第5款应当作整体理解，第5款清晰地表述了豁免问题将不受本公约的影响，取决于各国国内法的立场；第4款也可以兼容绝对豁免和限制豁免两种类型的国家，而阿根廷的提案则只反映了绝对豁免的一种做法。

在三个主要谈判参与方的反对下，阿根廷原先的提案未被接受，但在之后的非正式磋商中，阿根廷被允许就其特殊关切提出具体事项。阿根廷随后提出公约不适用于主权债务和债务重组程序等事项。^⑤ 考虑到主权债务问题既涉及主权债务的重组措施，也涉及主权债务发行国与债权人之间的债务协议等，而前者是阿根廷在前述美国“对冲基金”所提诉讼中所面临的真正问题，后者则属于公约所处理的民商事项。因此，特别委员会最后达成了将现有公约第2条第1款第17项“通过国家单边措施进行的主权债务重组”排除在适用范围之外的方案。

四 国有企业代表国家行事时的声明机制与豁免问题

在公约的谈判过程中，一些代表不同意公约适用于国家作为一方当事人的判决，还有一些代表认为国家豁免标准中“行使主权权力”的判断易受挑战。更进一步而言，有代表认为第2条

① See HCCH, *Proposal of the Delegation of Argentina*, Work. Doc. No. 76 E, Twenty-Second Session, 18 June – 2 July 2019.

② HCCH, *Procès-Verbal No. 5 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 141.

③ See HCCH, *Procès-Verbal No. 5 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, paras. 144 – 145.

④ 阿根廷代表后来认为，《海牙判决公约》是关于国际私法的条约，但其依旧具有国际公法的特征，受国际公法规则的支配，适用《维也纳条约法公约》。习惯国际法关于执行的规则是绝对豁免（尽管有些国家是例外）。由于本公约缔结在后，在本公约缔约国之间就取代了习惯国际法。尽管公约并不打算影响国家豁免的规则，但公约实际上则具有这一效果。See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 13.

⑤ 非正式磋商过程中，阿根廷认为公约不适用于如下事项：（1）主权债务和债务重组程序；（2）政府部门所管理的退休基金；（3）中央银行和财政部门所采取的措施。

第5款的主权豁免条款不足以保护国家利益。在这种背景下，公约第19条“与国家相关判决的声明”应运而生，允许声明当国家是一方当事人时不适用公约，^①即公约不适用于下列主体之一作为诉讼当事人的相关判决：（1）该国，或者代表该国行事的自然人，或（2）该国的政府机构，或者代表此政府机构行事的自然人。显然，该条所涉及的主体包括国家及政府机构，以及包括代表该国行事的自然人，但不包括代表该国行事的法人，除非该法人是该国的政府机构。^②那么，为何该条只涉及自然人而不涉及法人呢？

关于国家是一方当事人的声明，在2017年第三次特委会上由美国和以色列提出提案，最先是美国与欧盟之间的争论，但后来演变成中国与欧盟之间关于国有企业条款的激烈博弈，而博弈的最终结果是删除所有“法人”。国有企业条款的谈判大致经历了4个阶段。

1. 早期注释阶段。早期美国和以色列的提案主要包括两个方面的内容：一是缔约国可以声明公约不适用于国家相关判决；二是此声明只在声明国和其他缔约国之间适用。美国在提案第1款的脚注中注明缔约国不得就国有企业提出声明，并认为这一立场至少应该体现在公约的解释报告中。^③美国关注的核心点是允许缔约国对于国家相关判决作出声明，“与国家相关判决的声明”机制（现公约第19条）就是实现这一目标的方法，是对公约的限制性适用。排除公约适用于国家相关判决是国家主权所决定的。美国认为，如何界定国有企业，如何实施和适用公约是非常复杂问题，不进行具体的规定可能会产生政治和外交问题。^④但是，美国并没有说明会产生什么样的政治和外交问题，而且对国有企业的谈判立场较为弹性，以支持欧盟为主。

2. 公约正文内容阶段。在谈判的过程中，新加坡最先建议将国有企业的脚注纳入正文，^⑤并得到以色列和俄罗斯的附和。之后，不管是美国、以色列和韩国的提案，^⑥还是专门组建的非正式工作小组磋商的提案，都包含缔约国不得对于国有企业作为一方当事人的判决声明排除公约适用，即：

① See Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report*, para. 343.

② 该款主要在于鉴别能够行使主权利力的机构，不管其行使权力的方式是直接的或是通过代表的方式，是一般的还是在具体的领域。例如，负责竞争或消费者法的执法机构，不管其是在政府的架构中还是一个自治或独立的实体，将属于第1款的范围。一国的次级政治实体，包括区域或地方政府，均可纳入该声明的范畴。本质上，第19条声明的主体的职能只能是公共性质，但从事的是商业行为。Francisco Garcimartín and Geneviève Saumier, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report*, para. 345.

③ See HCCH, *Proposal of the Delegations of Israel and the United States of America*, Work. Doc. No. 186, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 – 17 November 2017. 在第1款第1句话之后，美国加了一个注释：The explanatory report will clarify that this provision is not intended to explicitly allow declarations in respect of state-owned companies.

④ See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 41.

⑤ See HCCH, *Report of Meeting No. 9*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13 – 17 November 2017, para. 9.

⑥ See HCCH, *Proposal of the Delegations of Israel, Korea and the United States of America on Article 20 (Declarations with Respect to Judgments Pertaining to Governments)*, Work. Doc. No. 250 (E), Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24 – 29 May 2018.

一国可声明，公约不适用于该国或该国的政府机构，或者代表该国或该国政府机构的任何人（any person），作为诉讼当事人的相关判决。然而，该声明不应排除公约对于国有企业（enterprise owned by a state）作为诉讼一方当事人所作判决的适用。^①

该规定最初的政策倾向也符合中国的立场。首先，在国家及其财产管辖豁免的问题上，中国一直主张将国有企业与国家区分开来，国有企业不享有豁免，从事民商事活动的国有企业代表国家行使职能更是史无前例。其次，在早期的谈判中，为澄清案文防止对国有企业的不公平对待，中国代表团请求大会澄清提案中的“any person”的含义，是指自然人还是法人？中国代表团得到两种不同的答案。一是非正式工作组的主席认为，此处“任何人”应该是指自然人。因为“政府机构”已包含代表国家行事的任何类型的法人，不可能再有其他法人，^②因此，代表国家行事的有自然人和政府机构两类。二是特委会主席、俄罗斯和美国代表均认为“任何人”应该包含“自然人和法人”。^③

3. 成为专门一款阶段。在2018年第四次特委会谈判中，形成了如下的正式案文：

第二十条 关于政府相关判决的声明

一、一国可声明，公约不适用于下列主体作为诉讼当事人的相关判决：

- (一) 该国，或者代表该国行事的人，或
- (二) 该国的政府机构，代表此政府机构行事的人。

……

二、第一款声明不应排除公约对于国有企业作为诉讼一方当事人所作判决的适用。……^④

这一版的条文组合在一起就偏离了原有的政策倾向，逐渐演化成对国有企业的歧视。在第四次特委会之后的谈判中，国有企业问题纳入本条成为整个谈判会场的共识，但中国予以反对。^⑤由于欧盟在此问题上的态度最为坚决，且有众多欧洲国家的支持，因此，国家相关判决的声明问题成为中国与欧盟之间的原则性立场分歧，或者说中国与其他所有谈判国家之间的分歧。

最为重要的是，该草案将一般法人和国有企业区分开来，创立了所有制分立的做法，与世界贸易组织（以下简称WTO）下不对企业进行区分的所有制中立原则相违背。考虑到国际贸易大

^① See HCCH, *Proposal of Informal Working Group IV on Judgments Pertaining to Governments*, Work. Doc. No. 237 (E), Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24–29 May 2018.

^② See HCCH, *Report of Meeting No. 2*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24–29 May 2018, paras. 9–10. 对于政府机构是否具有单独的法人资格，非正式工作组主席主张应具有单独的法人资格，且能够代表国家从事统治权和管理权的行为。但俄罗斯代表则指出，在俄罗斯的法律制度中政府机构并没有法人资格。

^③ See HCCH, *Report of Meeting No. 2*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24–29 May 2018, paras. 11–12, 14. 加拿大代表在谈判中询问草案的“enterprise owned by a state”是不是一个蓄意的用语，是指国有全资子公司（wholly state-owned enterprises）还是允许公私合营（public-private partnerships）。该代表建议应该是指政府具有所有权利益的企业（an enterprise in which a state had an ownership interest）。非正式工作组的主席认为“enterprise owned by a state”包括全部和部分为国家拥有的企业。这一解释得到了大会主席和很多国家代表的认可。

^④ See HCCH, *Revised Draft Text Submitted by the Drafting Committee*, Work. Doc. No. 262 E, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24–29 May 2018.

^⑤ See HCCH, *Report of Meeting No. 2*, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 24–29 May 2018, paras. 32, 34.

环境，尤其是中美贸易摩擦以及 WTO 下中国国有企业所面临的指责，条款的很大目的在于对中国国有企业施加歧视性待遇。例如，自 2017 年 12 月到 2018 年 5 月，美国、欧盟、日本三方贸易代表莱特希泽（Robert Lighthizer）、玛姆斯托姆（Anna Cecilia Malmstrom）、世耕弘成（Hiroshige Seko）连发 3 个联合声明，其内容主要针对中国，指控非市场主导政策和做法、行业补贴和国有企业对市场的扭曲，矛头直指中国的国有企业。^①

在 2019 年 2 月非正式磋商中，中国要求删除国有企业条款，并陈述了如下理由：第一，第 1 款中的“人”既包括自然人也包括法人，国有企业自然包含其中；第二，不应该对于国有企业规定歧视性待遇；第三，现有的 WTO 协议并未对企业区分国有企业和私人企业。但上述主张没有被非正式工作组接受。^②

4. 条款删除阶段。在外交大会之前，中国代表团联合以色列^③正式提出提案，提出了两种可供选择的修改意见：一是删除国有企业条款；二是改变意思表达，添加新的表述，即“第 1 款声明不应排除公约对于国有企业作为诉讼一方当事人所作判决的适用，如果该企业并非以国家或者以政府机构的名义行事”。^④ 在 2019 年外交大会的谈判中，非正式工作组的主席承认草案“第 1 款声明不应排除公约对于国有企业作为诉讼一方当事人所作判决的适用”，尽管获得了大多数缔约国的支持，但并没有达成一致协议。

在外交大会上，欧盟表达了如下立场。首先，欧盟自始反对“与国家相关判决的声明”机制的规定。对于国家作为一方当事人，要么其行使公共权力，排除在公约适用范围之外，要么像其他当事人一样从事的是民商事行为，属于公约的适用范围。如果该条一方面允许从事民商事行为的国家在加入公约后将公约适用于自然人和法人，另一方面在国家作为案件一方当事人且另一方当事人是相对弱势方的自然人或法人时免于适用，既不公平也不具有说服力。^⑤ 其次，作为一个基本原则，该声明机制不应提供给国有企业。现有规定存在不确定性，并不能排除缔约国故意声明公约不适用于其国有企业的可能性，缔约国之间的关系可能因此而备受影响。欧盟认为，有些缔约国的经济活动或国内生产总值主要来自国有企业；而在另一些国家，例如欧盟的成员国，国有企业所从事的商业活动微乎其微。欧盟坚持此声明机制不适用于国有企业，更多的是一种自我防护机制。国有企业不应该从此声明机制中获利。再次，对于中国所提出的第 1 款和第 2 款的矛盾以及可能给国有企业带来歧视性待遇的问题，欧盟认为除国家或政府机构外，最好不允许任何法人从此声明中获益，从而避免在国有企业和其他法人之间产生歧视性的待遇。^⑥

① 分别为 2017 年 12 月 12 日布宜诺斯艾利斯联合声明；2018 年 3 月 10 日布鲁塞尔声明；2018 年 5 月 31 日巴黎声明。

② 相反，为了条文中不出现“国有企业”字样，非正式工作组尝试使用其他一些表述，比如“独立实体”（separate entity）等，但未被中国代表团接受。See HCCH, *Report of Informal Working Group IV-Declarations with Respect to Judgments Pertaining to Governments*, Preliminary Document No. 5 of April 2019, Twenty-Second Session on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 18 June – 2 July 2019.

③ See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 25.

④ See HCCH, *Proposal of the Delegations of Israel and the People's Republic of China*, Work. Doc. No. 18 E, Twenty-Second Session, 18 June – 2 July 2019.

⑤ See HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, para. 37.

⑥ HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes*, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, paras. 3 – 40.

中国不赞成创立所有制分立的先例，以及不希望对国有企业施加不平等的待遇，因此，对于欧盟在大会上的提议，中国代表团迅即进行了回应。首先，中国不主张国有企业从事商事活动享有国家豁免的待遇，而是关切本条关于法人规定的逻辑性和法律一致性。如果国有企业具有独立法律人格，是一种纯粹的商业机构，应和其他法人企业一样能够起诉和被告。其次，如果欧盟建议声明机制不适用于所有的法人，中国是可以接受的。中国代表团在谈判中坦率地承认中国的国内生产总值确实有很大一部分来自于国有企业，但中国并不主张国有企业享有与国家一样的豁免，因为它们是独立的法人。删除条文中的法人和国有企业条款是中欧之间可能的解决方案。其后，欧盟确认同意删除国有企业和其他任何法人，^①从而形成了现有公约第19条的规定。

在国家相关判决声明机制上，历经4个阶段的博弈，现有条文为了不对国有企业作出特别规定而删除了全部“法人”的内容。就国际规则的制定来说，这一做法延续了WTO文件中所有制中立的原则，没有创立所有制分立的先例，没有赋予国有企业不平等的待遇。国有企业的谈判彰显了国际社会对中国国有企业问题的关注。可以预见，这一问题在未来一段时间内仍将是中国与其他国家在国际规则上博弈的热点。

五 《海牙判决公约》国家豁免问题谈判的启示

综上所述，传统国际法关于国家相关判决的承认与执行，既涉及管辖豁免问题，也涉及执行豁免问题。《海牙判决公约》适用于民商事案件的承认与执行，并未排除国家相关判决在公约下的流通，但公约也不影响国家及其财产所享有的特权和豁免。因此，国家相关判决最终能否得到执行取决于各缔约国在国家豁免上的立场。《海牙判决公约》还增加了一些新的规定：在适用范围上排除了武装力量活动和执法活动；针对阿根廷等国的主权债务问题，排除了通过国家单边措施进行的主权债务重组；公约还允许缔约国就国家作为一方当事人的判决进行声明，在声明国和其他国家之间排除公约的适用。

第一，出于对传统国际法的尊重，公约虽然涉及国家相关判决，但对国家及其财产的特权与豁免不持立场。在国际民事诉讼中，内国法院之所以不对国家进行管辖，主要是由于国际民事案件往往会对外国政府利益及个人利益造成影响，因此，法院的判决就可能干涉国家的对外关系。^②对此，美国学者路易斯·亨金（Louis Henkin）认为，“就对外事务而言，法院已学会适当地——我认为有时是不适当地——遵从政治机构的意见来行使其职能。这种遵从不仅是公开明示的，而且成了一项审判原则……其中主要的理由似乎是有关政府行为会牵涉到国家在对外关系中的利益问题”。^③而采用绝对豁免理论，就意味着排除对国家对外关系的司法干涉，禁止法院对外国政府实施行为的有效性进行审判，赋予国家行政部门尤其是外交机构灵活的空间。但现在毕竟有不少国家采纳了限制豁免的立场，作为一个管辖权及判决承认与执行领域条约谈判的难题，自20世纪90年代以来，国家豁免问题经过了长期的博弈，最终在《选择法院协议公约》中达成

^① 之后，瑞士、加拿大重申了对国有企业的关切，英国和挪威发言强调了国有企业在经济上的威胁。HCCH, *Procès-Verbal No. 6 Minutes, Commission I on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Twenty-Second Session, 21 October 2019, paras. 42, 45-48.*

^② 参见张茂：《美国国际民事诉讼法》，中国政法大学出版社1999年版，第21页。

^③ [美] 路易斯·亨金：《宪政·民主·对外事务》，邓正来译，三联书店1996年版，第102页。

了各方都能接受的方案，并沿用至《海牙判决公约》。《海牙判决公约》并没有排除国家相关判决的承认与执行，但在国家豁免问题上不持立场，国家相关判决能否被承认和执行取决于缔约国国内法的规定。

第二，公约虽然对国家及其财产的特权与豁免不持立场，但并未排除国家作为一方当事人的民商事判决的适用，客观上将有利于限制豁免国家。中国目前在管辖豁免和执行豁免上均采纳绝对豁免原则，中国法院不会受理和审判以外国国家为被告的诉讼，也不接受外国法院对以中国国家为被告或针对中国国家财产的案件享有管辖权。但这一立场必须考虑如下现实：一是目前国际社会已经有不少国家在执行豁免的问题上采纳了限制性豁免，中国不仅已多次在国外被诉，国家财产也多次陷入外国的执行程序之中。二是在公约的背景下，国家相关判决满足公约所规定的条件可以自由流通，而最终能否执行取决于各国关于国家豁免的国内法规定。即使不满足公约所规定的条件，缔约国自愿根据其国内法承认和执行相关判决，公约也是允许的（公约第15条）。尽管公约也允许根据第19条进行声明，但声明只及于作出声明的缔约国和其他缔约国之间，并不能阻止国家相关判决在其他采取限制豁免的缔约国间流通。由此可以看出，《海牙判决公约》增加了国家相关判决承认与执行的几率。因此，在上述这些背景下，坚持绝对豁免的国家将会面临更多的困扰。

第三，公约不适用于武装力量活动和执法活动，其与驻军地位协定的关系值得中国关注。在公约的谈判中，美国关于武装力量活动和执法活动的关切，对中国在外驻军和武装力量活动具有一定的借鉴意义。以美国的驻军地位协定为例，此类协定规制美国军队在外国的军事行动，界定驻外国军队的法律地位，此类协定可能是双边的，也可能是多边的。驻军地位协定一定程度上会规定驻军与当地民政当局或者民众之间的关系，被认为是民事协定（civil affairs agreement）。美国表示，所有的驻军地位协定均有争议解决条款，允许在当地法院诉讼。如果该判决在法院地国不认为是主权行为，该驻军协定下的判决就可能根据公约在第三国流通。同样，中国如果达成相关的驻军地位协定，也应该考虑相关判决的限制流通性。虽然武装力量活动和执法活动一般认为是行使国家权力的行为，但在欧洲，意大利、希腊、德国等国家并不认同美国军事行动造成的民事损害属于主权权力行为。而潜在的民事诉讼行为无论是对于维和行动，还是国家在外驻军的武装活动都会滋生干扰。

第四，公约关于国有企业的谈判意味着中国与相关国家之间在国际贸易领域的博弈延伸至国际私法领域。公约关于“国家相关判决的声明”问题涉及国有企业的谈判，虽然声明条款最终没有对国有企业作出规定，但国有企业问题却是公约谈判的热点和难点。尽管中国代表团在国有企业问题上反复表明国家及其财产所享有的特权和豁免不适用于国有企业，但国际社会纷纷表达了对国有企业所带来的经济上的不平衡或者是潜在威胁的顾虑。为遏制国有企业，从早期的注释条款或者强调在公约解释报告中说明，到上升为公约条款的内容，到成为专门一款，不惜破坏公约内在逻辑的严谨性，创造所有制分立的立场。尽管此次谈判中国成功破解了国有企业代表国家的问题，但从博弈的形势来看，国有企业的博弈已经从世界贸易组织的平台延伸至国际私法领域。

综合《海牙判决公约》所涉国家豁免问题的谈判，国家相关判决的承认与执行既是法律问题，也是政治问题。作为法律问题，涉及一国法院对外国国家及其财产是否拥有管辖权，以及外国国家及其财产在一国法院是否享有豁免权。作为国家对外政策问题，直接涉及国家的对外关系

和利益，各国都要遵守本国国情和对外政策需要，采用符合本国利益的国家豁免制度与谈判立场。而就公约所涉国家豁免问题的谈判来说，既有零和博弈也有正和博弈。在公约的谈判过程中，美国提案排除武装力量活动和执法活动，不影响其他国家的利益，甚至是美国驻军的韩国也参与到提案中来，加拿大、澳大利亚和欧洲的一些国家表达了认同，因此这一提案得到了谈判代表的接受，这可以被视为一种正和博弈。而阿根廷和俄罗斯关于绝对豁免的主张，则直接影响到限制豁免国家的立场和关切，属于有你无我的零和博弈状态，因其不具有兼容性，很难纳入公约的规定。同样，中欧之间关于国有企业的博弈亦属于单边受益的谈判，而最终的结果是删除所有与之有关的表述。而阿根廷主权债务重组之所以能够纳入公约，是因为其并不对其他国家的利益产生负面效益。零和博弈在公约的谈判中容易形成两方对垒，很难在多边场合形成公约的正文。在公约谈判中，如何能够形成正和博弈，并有着令人信服的说理，无疑是每个谈判者都应该做足的功课。

Negotiations of the HCCH 2019 Judgments Convention on State Immunity and Its Inspiration

He Qisheng

Abstract: The HCCH 2019 Judgments Convention applies to the recognition and enforcement of judgments in civil or commercial matters, and does not exclude the judgments pertaining to a state, but nothing in the Convention shall affect privileges and immunities of states. The issue of whether the judgments pertaining to a state can be recognized and enforced depends on the national law on privileges and immunities of the states. However, such provisions will objectively increase the probability of the recognition and enforcement of the relevant judgments among restrictive immunity states. Moreover, the Convention does not apply to activities of armed forces and law enforcement activities, and its relationship with the status of forces agreements deserves China's attention. For the sovereign debt of Argentina and other countries, the Convention excludes sovereign debt restructuring through unilateral state measures. Under the Convention, a state may declare that it does not apply this Convention to judgments arising from proceedings to which the state is a party. However, the negotiation on state-owned enterprises involved in this issue shows that the game between China and Western countries in the field of international trade has extended to the field of private international law.

Keywords: The HCCH 2019 Judgments Convention, State Immunity, Judgments Pertaining to a State, Sovereign Debt, State-owned Enterprises, Armed Forces Activities, Law Enforcement Activities

(责任编辑: 郝鲁怡)