

人权领域之国家豁免规则的新发展 ——兼论我国的国家豁免立法

王萍

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 保护人权的国际强行法规则是否可列为国家豁免规则的例外, 已成为后者发展中面临的新问题。实践表明, 国家豁免规则可以与强行法共存, 二者在程序和实体上拥有不同的属性, 为此, 在违反人权情形下援引国家豁免规则应区分公私行为性质、分清损害对象, 敦促违反国在诉讼程序外承担“非免责性”后果。在国际交往愈加频繁深刻的时代背景下, 国家豁免规则的具体落实更依赖于国内法律制度的完善, 而中国进行专门的国家豁免立法是时代的必然。

关键词: 管辖豁免; 人权保护; 强行法; 国家责任; 国家豁免立法

中图分类号: D990

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2014)04-0086-05

国家豁免泛指一国的行为和财产免受另一国立法、司法、行政等方面的管辖。但是, 随着国际法所要调整的关系和范围变得愈加复杂且广泛, 在国家豁免问题上许多国家逐渐从坚持绝对主义向相对主义转变, 并且制定专门的法律界定豁免的例外情形。事实上, 由于各国法律适用的地域局限性, 因此也不足以解决跨国人权纠纷中的豁免问题。虽然《联合国国家及其财产管辖豁免公约(2004)》(以下简称《豁免公约(2004)》)探讨了国家在管辖豁免领域所出现的新理论问题, 但是有关条款的最终实施仍取决于国家间的共识。现今, 由于国家豁免规则难以尽快形成一个完整的体系, 因此中国在对外开放过程中面对日益增加且复杂的国际争端, 进行相关立法就显得尤为必要。

一、国家豁免规则的内容及国际法依据

(一) 程序与实体上的国家豁免规则

主权国家免受他国法院管辖事实上已被许多国家视为一项国际习惯法规则^[1], 它主要是在“平等主权者之间无管辖(*par in parem non habet imperium*)”原则的基础上发展而来。国家管辖豁免的法律依据是国家主权平等原则、尊重国家独立及完整性原则。随着国际法向纵深方向发展, 出现了人权保护与国家豁免相冲突这一新问题。从如今国家实践来看, 各国授予管

辖豁免的范围在逐渐缩小, 而这正是豁免相对主义的体现。根据德国法院针对伊朗案, 一国是否能够援引豁免, 往往需要考察行为的性质而非目的^①, 被诉国所援引的管辖豁免若否定了一项人权救济的正当法律诉求, 那么被诉国的豁免请求将受到限制。实际上, 如果仅仅以对等性原则为基础来确定管辖豁免的范围往往会使问题趋向政治化, 使人权丧失法律实体意义上的真正保护。程序正义与实体正义的实现途径往往不呈线性发展, 被诉国援引管辖豁免是为了追求程序正义, 是为了阻断对其不利的诉讼行为。然而, 人权保护的实体正义却能以非诉讼渠道得以最终实现, 例如赔偿、道歉等方式。可见, 程序上的豁免规则并不能阻止被诉国自愿实现和拥护人权保护的实体正义。

(二) 国家管辖豁免的国际法依据

侵权行为例外的理论基础主要是领土管辖原则和方便法院地管辖的规则。《豁免公约(2004)》第12条具体规定了造成人身损害的金钱赔偿诉讼是国家管辖豁免的例外^②。第12条的适用有两个前提条件, 即行为地和行为实施者都处于法院地国的领土之内。在德国诉意大利的管辖豁免案中, 国际法院也明确表明, 公约第12条不适用于国家基于统治权而实施的行为, 即对于发生武装冲突而引起的赔偿诉讼, 国家仍然享有管辖豁免。许多学者对条款草案中要求“作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内”的规定表示不理解或反对, 认为这是一个“不

收稿日期: 2013-09-12; 修回日期: 2014-02-27

作者简介: 王萍(1989-), 女, 湖南岳阳人, 武汉大学国际法所博士研究生, 主要研究方向: 国际法

方便、没必要且复杂化了的规定”。国际法委员会在对第12条的评注中，一方面指出第12条规定的损害范围，主要限于可保险的风险，其目的在于排除保险公司逃避对受害者的赔偿责任。但另一方面委员会又指出第12条的规制范围也包括殴打、恶意损害财产甚至杀人等在内的有形损害，而不论所涉活动的性质是“统治权行为(*jus imperii*)”还是“管理权行为”。^③笔者认为，一般情况下，被诉国在他国法院享受管辖豁免的国际法依据是，国家基于主权所实施的统治权行为而造成的人身及财产损害发生在法院地国领土之内。

《豁免公约(2004)》被认为是国际习惯法的编纂而应被普遍遵守。该公约在理论上为各国处理国家豁免相关问题提供了国际法基础，明确了国家管辖豁免的请求权基础。中国认为：公约所列条款为国家在管辖豁免问题上提供了一个坚实的基础。这些条款具有法律约束力，并可以被一些国内法院直接引用来审理相关案件。由于该公约现今还未生效，且美国等一些大国也都不是该公约的缔约国，这便极大地限制了该公约的适用范围与效力。《豁免公约(2004)》随着国际法的发展而不断更新丰富，肯定了“豁免”是原则，“不豁免”是例外。总而言之，该公约的出台将结束各国在豁免问题上各自为政的局面。它是一个巨大的外交成就，不仅统一归类了很多国际争端，而且为各国在国家豁免这个重要问题上提供了法律准则，也对国内立法和司法实践都产生了重要的影响。

二、人权保护对国家豁免规则的影响及其应对

一般情形下，享受国家豁免权的主体为国家，而那些具有独立法律人格的经济实体和个人则不在此列，除非它们经国家授权代表国家行使主权权力。保护人权的强行法规则是否构成援引国家豁免规则的例外，是国家豁免规则发展进程中出现的新问题。

(一) 严重违反人权情况下国家是否享有管辖豁免？

1. 限制国家管辖豁免的法律基础

人权保护的强行法规则正在形成之中，诸如种族屠杀、灭种罪等严重违反人权的行为被认为违反了国际强行法。但是，其他违反人权的行为是否也构成对强行法的违反，以及多大程度上的违反才能限制一国援引国家豁免规则，这都还需等待国家实践的考证。虽然国家豁免为国际习惯法规则，但事实上可授予豁免行为与不能豁免行为的划分早已超出了国际习惯法所规制的疆域^[2]，而人权领域强行法的发展正对此发

起了挑战。正如国际法院在巴塞罗那电车案中所述，国际法现今已从主要调整国家间关系的规则发展成为也试图加强对个人的保护。国际社会现今试图给予人权以更大力度的保护，间接地建立了类似强行法的规则以保护人权。这些方面都已超出了国家“对一切义务”(obligation erg omnes)的双边范围，这也意味着人权保护是“所有国家的关注”，并且所有国家在人权保护中都存在“法律利益”(legal interest)。^④另外，虽然国家自愿放弃豁免可以明示或暗含的方式进行^[3]，但一国因另一国违反人权的行而使自己的利益受损，并且该行为违反了强行法性质的基本人权规则，则违反国就不应该授予豁免，而应被视为默示地放弃了豁免。^[4]

在违反人权情形下授予国家豁免等同于“完全否定公平”(deny of justice)。这种观点认为，若保护人权是强行法，而国家豁免是习惯法，依据强行法优先适用于习惯国际法的原则，因此在违反人权情形下国家不享有豁免权。此种观点若仅仅依据《维也纳条约法公约》第53条和第64条也是存在争议的。首先，国际社会并未形成对强行法的准确定义，《维也纳条约法公约》第53条也只是针对此公约而言，尽管现实中常将其认为是强行法的定义，但它也未能准确界定习惯国际法与强行法之间的效力等级。^[5]一般认为，强行法可以使那些与其相违背的国际法规则失去效力，强行法应优先于一般国际法规则(其中包括国际习惯法)而适用于国际关系中。其次，《维也纳条约法公约》的有关条款并未涉及到除条约以外的其他国际强行法的适用范围，而国际习惯也理应是国际强行法的一个作用范围。^{[6](90)}最后，人权的许多公约是在二战后制定的，这远远晚于国家豁免规则的形成，但一般认为强行法可以追溯到该公约生效以前任何与之相抵触之条约^{[6](121)}。强行法不需要基于国家同意而要求所有国家遵守，虽然强行法的具体范围和内容并不确定，但至少某些国际人权法规和与人道主义法应该被认为是国际强行法的基本内容^[7]。因此，尽管存在如上争议，但是不可否认，人权保护的强行法规则能够适用于违反人权的情形，并且限制国家管辖豁免规则的适用。

2. 国家享有管辖豁免且不与强行法相违背

如上文分析，违反强行法就意味着一国默示地放弃了豁免权，虽在理论上具有法律依据，但各国实践中却鲜有支撑案例。国际社会现今仍然趋向于认为，国家豁免规则仍然适用于违背强行法的情形。在德国诉意大利国家管辖豁免案中，国际法院认定管辖豁免规则与违反人权的强行法不相冲突且共存。因为豁免权是一国免于另一国司法管辖的有关规则，而这种规则在本质上是属于程序性规则，它与评判行为是不是合

法的实体规则不相冲突。这也反映了豁免权是法院立案审理需要解决的初步问题(preliminary question), 当一国援引国家豁免时, 只是在程序上阻断了法院进一步对案件进行事实上的审理^[8]。国际法院从尊重国家主权及平等原则出发, 现今还是对限制国家豁免的观点持保守的态度。但这也可以被理解为, 国际法院是为了维护国际法的稳定性与持续性。国家豁免在国际法秩序下不是绝对权利, 主权豁免是管辖的例外, 而非管辖是豁免的例外。^[9]因此, 基于领土管辖原则, 损害行为地国法院在原则上对违法行为进行审理是常态, 而一国援引国家豁免则是例外情形。尽管意大利最高法院在 *Ferrini* 案件中阐述了, 在违反基本人权情形下国家豁免规则不能予以适用^⑤, 但是一国的单方行为不足以改变国际法规则关于处理跨国人权纠纷的实践, 国际法的整体性与普遍性需得到尊重^[10]。国际法在不断发展之中, 不能否认今后当国家豁免与强行法发生冲突时, 国家仍继续享有豁免权。当一国严重违反人权的行爲, 虽然在程序上国家豁免规则阻碍了诉讼的继续进行, 但实体正义的实现仍将是人权保护的终极目标。因此, 各国在国内法层面应制定相关法律, 追惩那些严重违反国际强行法规则的行为者, 并同时完善相应的救济措施体系。

3. 国家豁免规则之外个人求偿权的实现

个人是否可以直接运用国际法而获取司法救济, 这也是与个人在国际法上地位的改变或个人从国际法客体向主体转变相联系的。国际法院在 *Danzig* 法院管辖权案件的判决中认定:“条约仅对协议双方产生权利和义务, 并不对个人产生权利和义务, 因此 *Danzig* 法院没有管辖权审理由员工提起的诉讼……。”^⑥尽管基本人权已融入习惯国际法和许多人权公约中, 但这并不意味着“国内法院为个人直接创设了权利与义务”。一般情况下, 国家是适用保护人权规则的主体, 而个人是否可直接适用国际条约则取决于一国宪法的相关规定。尽管人权受损是个人诉求的起因, 但违反人权的法律后果不同于违反国际条约适用的问题, 这是因为国际人权规则通常是判定行为合法性的基础, 即个人合理正当的诉权不会被剥夺, 但是否能够得到救济却因实践中缺少法律规定而常常招致失败。因此, 在违反人权的案件中, 否定国家豁免赋予个人直接的司法求偿权等同于将人权规则赋予所谓的“程序性直接效力”, 而这与人权规则的实体性内涵相违背。实际上, “程序性直接效力”(可进行诉讼管辖并审理案件)类似于国家豁免的一般例外情形, 假使赋予人权规则以程序上的“直接效力”来限制国家豁免, 则这只会陷入实体、程序规则的混沌之中。个人诉诸法院之权利

即所谓的诉权(access to the court)作为程序上保障人权的方式, 已经成为国际人权制度的一部分, 这在欧洲人权公约及欧洲人权法院的许多案例中都得到了体现^⑦, 至于受理案件后法院是否有权进一步审理则取决于立案要件是否完备^[11]。个人的求偿权尽管得不到直接的诉讼保障, 正如国际法院在德国诉意大利案件中所陈述的, 这并不排除通过诉讼外渠道使个人获得公平适当的补偿。

(二) 违反人权情形下国家如何援引豁免规则?

1. 不再拘泥于公私行为的划分

美国法院的实践表明, 豁免的侵权行为例外独立于商业活动规则, 并且无需必然地遵守已建立的对于公私行为划分的标准。在违反人权情况下, 豁免例外的认定不再基于行为的性质(sov^{er}ign nature or official), 而取决于是否有国际协定规定的例外情形(international agreement exception), 这实际上是授予外国法院在认定豁免例外情形时拥有普遍管辖权。^⑧若单纯依靠“后法优于前法”(last in time)的规定, 违反国可能会私自扩大国内法院的管辖权范围, 而这却与司法谨慎传统及公平正义理念相违背。针对以上问题, 笔者认为, 首先, 对违反人权行为性质的判定, 应由国际机构(international body)运用国际程序来进行判决, 例如运用《公民权利和政治权利国际公约》(ICCPR)或《经济、社会、文化权利国际公约》(ICESCR)。其次, 国际机构应仅仅是针对某一行为作出价值判断, 并不需涉及具体的赔偿问题, 该问题应留给另一缔约国的国内法院解决。把关于赔偿的民事诉讼区别于行为的违法性断定, 这既遵守了国际人权保护的标准, 又尊重了各国国内的司法独立。最后, 赔偿问题的确定以及被诉国是否享有豁免, 仍应由法院地国具体问题具体分析。

2. 分清不同情况适用豁免例外

区分豁免例外的两种适用情形并采取不同的解决办法: 第一, 当违反人权的行爲针对的是特定(individualised)对象时, 不应受到国家豁免规则的保护。这是因为行为国在当时有“完全的行为能力”, 且在行为之时完全有能力对行为后果进行价值判断。因此, 行为国就应承担针对特定对象的不损益其功能性主权权利(functional sovereignty)(主要指涉及国家主权权利的情形)的责任。第二, 若违反人权的行爲不是针对特定对象而是针对“个人的集合体”(a community of individuals)如一个国家、一个种族或一个民族, 而且该犯罪行为不仅违反国际法规则同时还对个人造成了巨大的损害, 此种情形下, 当发生侵略、种族大屠杀等严重违反人权的犯罪, 因这种犯罪造成的损害程度

非常大，理论上应该对该国进行审判并否定该国所享有的国家豁免权。但是，如果否定一国功能性主权利将会使国际社会的和平秩序受到威胁时，此时，国际社会可通过审判主要领导者来承担其国家责任，使国家不成为直接的诉讼主体，如东京和纽伦堡审判。

（三）国家豁免规则的“非免责性”后果

一个国家在他国享有豁免权绝不意味着它免除了国际法或国内法上应承担的责任，这仅仅意味着一国在他国领域内涉及纠纷时不受后者管辖，而双方应通过非诉讼途径来予以解决^{[12](47)}。英国国际法学者布朗利在论及国家豁免时说道：“必须强调，按照一般国际法规定，没有什么国际责任的豁免。”国家责任与国家豁免是两个完全不同性质的国际法规则，国家责任规则是实体规则，是用来评判行为合法与否的标准，而国家豁免规则只是赋予国家享有程序上的豁免权却并不意味着实体法上的责任免除。实际上，国家豁免的援引并不消除一国因其行为需要承担的国际责任，往往受害国会通过道义上的谴责、外交上的施压等方式促使违反国承担一定的责任。总而言之，严重违反人权的行为构成国家豁免的例外，是新时期传统国家豁免规则的新发展。在绝对豁免主义向相对豁免主义转变的过程中，诸如强行法、国家责任等实体性规则虽与程序性豁免规则相冲突，但并存的发展趋势也是不容小觑。因此，明确违反人权情形下适用豁免规则的特定条件，有助于维护个人权益和国家主权。

三、关于我国国家豁免立法的思考

（一）明确中国对国家豁免的立场

从中国的外交实践及参与签署的多边、双边条约可知，中国在 20 世纪 90 年代以前，在国家豁免问题上的立场可概括为“肯定国家豁免原则，倾向于绝对豁免立场，但却又允许一定‘例外原则’的存在”^[13]。国家及其财产豁免的立法，既涉及到国际法，也涉及到国内法。因此，国家豁免是一个很复杂的跨法律法律问题，中国应主要从以下几个方面明确立场原则：

第一，承认国家豁免是国际法的一般原则，是中国运用国家豁免原则时的立足点。中国不能一味地反对限制豁免论和废除豁免论，应以绝对豁免原则为主，区别不同情况授予管辖豁免和财产豁免。

第二，积极促成国际协议或双边规定来消除各国在国家及其财产豁免问题上的立场分歧。例如，中国在 1980 年参与签订的《国际油污损害民事责任公约》第 11 条第 2 款规定了：“缔约国针对用于商业目的的

船舶，每一国都应接受第 9 条管辖权受理的控告，并放弃一切以主权国地位为根据的豁免。”通过订立公约来明确放弃国家豁免，有利于在适当回避主权问题上，减轻争议发生时缔约方的担忧。同时，中国应积极参与国际立法活动，协调我国和其他国家在这个问题上的利害关系，健全相关法律法规^{[12](304)}，并参照《豁免公约(2004)》的相关内容，制定相应的国内法。

第三，中国国家豁免法的法律位阶问题，大致应位于基本法之下，各种规章制度之上，是法院可以直接适用的法律渊源。尽管中国民事诉讼法没有明文规定，但国家豁免作为公认的国际习惯法规则，已为中国法院所适用。^[14]目前中国尚无主权豁免方面的专门立法，诉讼方面涉及不得援引国家豁免的内容仅仅是一些零星的法律法规，因此尽快进行统一立法切实可行。

虽然国际层面上已出台了《豁免公约(2004)》，但作为各国利益妥协产物的国际公约，不可能所有内容都符合中国的实际情况。为此，《中华人民共和国国家及其财产豁免法》应顺势而生，改变中国在国家豁免问题上的被动地位，改变长期依靠对等原则的情形，并借鉴外国国家诉讼的惯例。法律的诞生不仅能为国家依据领土主权原则而行使管辖权提供立法根据，而且有助于在通过外交途径解决争端时改变受制状态。

（二）规定国家豁免立法的主要内容

仰融案是新中国历史上地方政府首次在国外被起诉的案例，且不论仰融是否为民营企业家有无起诉依据，中国在是否应诉及是否援引国家豁免问题上应有所启示。若中国完全采取绝对豁免立场，对中国而言虽是免除了诉讼，但对中国要想获得国际认可却是不利的。中国一味不予应诉，置外国法院的诉讼文书于不顾，只会延误时机，给后续法律进程自行设置阻碍，反而有损国家利益。在此，作为美国常住居民的仰融已经提起诉讼且美国法院受理并向中方辽宁省政府寄出传票，若此时终止诉讼不但维护不了中国自身利益，而且也不会为美方所接受。对此，中国应该区分案件所涉行为的性质，积极主动地利用“穷尽当地救济”原则来维护中国利益。即便如有些学者认为的，被告应是“华晨中国”的中方法人代表而非中方政府，中国政府也不应该在有相当可能获得国家豁免的情况下，放弃此种比外交途径更为迅速、高效的解决方法。因此，国内豁免立法的制定对于维护本国国家利益，增强国际影响力都是大有裨益的。

总体上，国家豁免规则在人权领域得到了巨大的发展，中国应顺应发展趋势，在国家豁免立法上采用列举不得援引国家豁免事项为主，列举可以援引豁免

事项为辅的方式。具体而言,在确定国家豁免为一般原则的前提之下,详细规定哪些事项不得援引国家豁免,哪些事项可以援引国家豁免,这有利于增加法规的透明度和可操作性。同时,在国家及其财产豁免问题上,中国必须把国家本身及其财产和国营公司或企业及其财产明确区分开来。国家本身及其财产应享有豁免,非经中国同意,外国国家不得对中国国家及其财产行使司法管辖权。中国既要坚持国家豁免这一普遍性规则,也要在实际对外活动中充分运用国际公约的有关规定,采取灵活多样的措施来协调各方利害冲突,捍卫中国国家豁免权。

注释:

- ① Claims against the Empire of Iran, BVerfGE, ILR, Vol. 16, 1963.
- ② 《豁免公约(2004)》第12条:“除有关国家间另有协议外,一国在对主张可由归因于该国的作为或不作为引起的死亡或人身伤害、或有形财产的损害或灭失要求金钱赔偿的诉讼中,如果该作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内,而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内,则不得向另一国法院援引管辖豁免。”
- ③ 联合国文件, A/46/10, 1991年中文版,第113-117页。
- ④ Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), ICJ Reports, 1970, p. 3.
- ⑤ Ferrini v. Germany, Appeal decision, No. 5044/4; ILDC 19(IT 2004), 2004.
- ⑥ Jurisdiction of the Courts of Danzig, PCIJ, Ser. B, No. 15, 1928, pp. 17-8.
- ⑦ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Art. 6(1), Nov. 4, 1950, 213 UNTS 222.
- ⑧ Von Dardel v. USSR, 623 F. Supp. 246 (D.D.C.1985).

参考文献:

- [1] 劳特派特. 奥本海国际法·上卷(第一分册)[M]. 王铁崖等译, 北京: 商务印书馆, 1989: 200-202.
- [2] Lee M. Caplan. State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory [J]. American Journal of International Law, 2003, 97(4): 758.
- [3] Ian Brownlie. Principles of Public International Law [M]. Oxford: Oxford University Press, 2008: 340.
- [4] Jürgen Bröhmer. State Immunity and the violation of Human Rights [M]. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997: 194.
- [5] Mark E Villiger. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [M]. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2009: 669-675.
- [6] 张潇剑. 国际强行法论[M]. 北京: 北京大学出版社, 1995: 90.
- [7] 万鄂湘, 石磊, 杨成铭, 等. 国际条约法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2000: 324.
- [8] Hazel Fox. The Law of State Immunity [M]. Oxford: Oxford University Press, 2008: 151.
- [9] Rosalyn Higgins. Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity [J]. Netherland International Law Review, 1982, 29(2): 265-270.
- [10] Lauterpacht H. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States [J]. British Year Book of International Law, 1951, 28(220): 227-228.
- [11] James Crawford, Lowe V. British Year Book of International Law 2003 [M]. Oxford University Press, 2004: 340.
- [12] 黄进. 国家及其财产豁免问题研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1987: 47.
- [13] 夏林华. 不得援引国家豁免的诉讼: 国家及其财产管辖豁免例外问题研究[M]. 广州: 暨南大学出版社, 2011: 166.
- [14] 龚刃韧. 国家豁免问题的比较研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 118.

Influence of human rights protection: on state immunity rules and corresponding measures——on state immunity legislation in China

WANG Ping

(Law School, WuHan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: With the development of a large number of human rights rules are becoming *jus cogens*, the issue on whether individuals or countries can invoke *jus cogens* to exclude the application of state immunity in the court of mischief has been further developed in theory and practice. State practice shows that state immunity and *jus cogens* can coexist and the two have different attributes on procedural and substantive aspects. Thus the prosecuting country should distinguish acts of nature, distinguish victims and push the violating country to bear the ‘non-exemption’ responsibility when citing state immunity in the case of human right violations. In the era of increasingly and profoundly frequent international exchanges, the specific implementation of the state immunity rules are more dependent on sound domestic legal system, thus formulating the specialized Chinese legislation on state immunity is inevitable.

Key Words: jurisdictional immunity; human rights protection; *Jus Cogens*; state responsibility; state immunity legislation

[编辑: 苏慧]