

美国FSIA侵权例外规则的 司法适用与中国应对

孙心依* 杜涛**

内容摘要:美国《外国主权豁免法》第1605节(a)条(5)款的“非商业性侵权例外”作为管辖豁免例外之一,近年来在美国法院得到了广泛的司法适用。该例外的适用涉及对侵权主体、侵权行为地域联系以及侵权行为主权性质这三个要素的认定,被告根据后两个要素提出抗辩易获得优势。对中国而言,侵权例外虽已在涉华国家豁免案件中多次出现,但总体未得到足够的重视。考虑到侵权行为与主权行为往往关系密切,侵权例外一旦适用,将可能导致美国法院对我国的主权行为进行管辖。因此,为避免侵权例外未来在涉华案件中得到适用,我国应基于侵权例外的认定规则和适用场景优化当前策略,根据不同的案件特征和被告主体制定直接抗辩或间接应对的法律预案,实现在美司法救济;同时,还应加紧制定国家豁免国内立法,细化规定侵权行为国家豁免的有关问题,增设“主权行为”相关定义,为我国应对因侵权行为引起的国家豁免诉讼设定宏观法律指引与制度保护。

关键词:外国主权豁免法 豁免例外 非商业性侵权例外 主权豁免 管辖豁免

引言

外国国家从事侵权行为的豁免问题在当今世界具有非同寻常的意义。根据传统的国家豁免原则,未经一国同意,该国的行为及财产免受他国国内法院的司法管辖。在这一原则下,外国国家的侵权行为可以享有管辖豁免。然而,随着国家豁免制度向限制性理论不断发展,传统的国家豁免原则在侵权领域也被不断淡化。越来越多欧美国家的国内立法和国际条约都在承认主权豁免的基础上,通过规定豁免例外的形式排除了对特定范围内的外国国家侵权行为的管辖豁免。20世纪70年代开始,越来越多的国内法院出现了涉及外国国家侵权行为的案件。美国《外国主权豁免

* 华东政法大学国际法学院博士研究生。

** 华东政法大学国际法学院教授、博士生导师。

本文系国家社科基金重点课题“中美贸易争端背景下我国应对美国长臂管辖权法律机制研究”(项目批准号:19AFX025)、国家社科基金重大项目“中国特色社会主义对外关系法律体系构建研究”(项目批准号:19ZDA167)的阶段性成果。

免法》(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA)是世界上最早的国家豁免成文法,其第 1605 节(a)条(5)款的“非商业性侵权例外”^①(the non-commercial tort exception, 以下称“侵权例外”)对外国国家侵权行为的管辖权做出了特别规定:“第二款(商业活动例外)未涵盖的其他情形,如因人身伤害、死亡、外国国家或其官员、雇员在其职权或雇佣范围内的侵权行为或不作为造成的在美国境内的人身伤害、死亡、财产损失或丧失而向外国国家索赔”,该外国国家在美国联邦法院或州法院都不享有管辖豁免。但本款不适用于以下两种情形:“1)诉讼请求的提出是基于被诉外国国家行使、履行或未能行使、履行自由裁量权,不论该自由裁量权是否被滥用;或 2)诉讼请求的提出是基于恶意控诉、滥用程序、诬蔑、诽谤、诈称、欺骗或干预合同权利”^②。据此,在符合侵权例外构成要件的前提下,美国法院可以管辖美国民事主体对外国国家侵权行为提起的索赔诉讼。

在国际交往加深、冲突加剧的背景下,外国国家侵权行为的跨境色彩越发浓郁,侵权形式也越发多样化。近年来,侵权例外成为了 FSIA 管辖豁免例外中最常用的例外之一,部分被告国家因为构成 FSIA 侵权例外而无法享有推定的国家豁免,美国法院也因此对这些以国家为主体的侵权行为获得了管辖权。2016 年基丹诉埃塞俄比亚共和国案、2019 年美国民主党全国委员会诉俄罗斯案以及 2020 年以中国政府为被告的一系列与新冠肺炎疫情相关的侵权诉讼均引起了国际社会的广泛关注,而这些案件也都涉及 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款侵权例外规则的适用。除了 2020 年新冠肺炎疫情相关的侵权诉讼外,侵权例外还曾在多个涉华案件中被原告援引,用做突破主权豁免的重要论点,但这些案件总体上未得到足够重视。

本文将结合 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的文本内容、立法历史以及现有的司法判例,从侵权例外的认定规则和适用场景入手,对该例外在美国法院的司法适用进行系统研究。同时,本文还将通过总结归纳他国的应对经验,分析侵权例外规则在司法实践中的抗辩优势和难点,从实务的角度为我国未来应对此类与侵权例外相关的国家豁免诉讼提供初步的思路和对策。

一、FSIA 侵权例外的条款内容及其实践概况

(一)FSIA 侵权例外的条款内容分析

FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的文本首先列明了本条款适用的侵权结果,即“因人身伤害或死亡,或财产损失而向外国寻求金钱赔偿的案件”。因此,基于遭受精神痛苦或人格利益损害等无形损害的诉讼将无法通过 FSIA 下侵权例外主张突破管辖豁

^① See Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) of 1976, 28 U.S.C. §1605(a)(5).

^② 对 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的翻译,依据中华人民共和国外交部条约法律司审定的《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》,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,第 5 页。

免。^①其次,第1605节(a)条(5)款仅可用于法院对管辖权问题的程序性判断,而不涉及对实体侵权责任的界定。因此,本条款对行为人的主观过错(故意或过失)、侵权行为与损害事实之间的因果关系等实体侵权责任的构成要件不作规定。再者,该条款还明确了其与FSIA第1605节(a)条(2)款商业活动例外(the commercial activity exception)的区别,指出侵权例外仅适用于“商业活动例外未涵盖的情形”,国会众议院的报告进而解释该例外“适用于第1605节(a)条(2)款商业活动例外所不包括的、对人身或财产造成损害的侵权诉讼”。^②这一解释与第1605节(a)条(5)款的立法历史也相吻合,毕竟该条款的立法本意仅为解决交通事故引发的问题。可见,侵权例外的适用场合与商业活动例外互斥。因此,法院认定有关行为适用侵权行为例外的前提是该行为须与商业往来无关。^③

综上,根据第1605节(a)条(5)款的条款内容,FSIA下的侵权例外适用于:(1)不属于商业活动例外的侵权行为或不作为;(2)由国家或其代理人实施;(3)造成了人身伤害或财产损失;以及(4)在美国境内发生。另外,第1605节(a)条(5)款还排除了两种情况下侵权例外的适用:基于被诉外国国家行使或未能行使“自由裁量权”的索赔,以及基于“恶意控诉、滥用程序、诬蔑、诽谤、诈欺、欺骗或干预合同权利”的索赔。在这两种情况下,即使上述第(1)至第(4)项条件全部满足,仍然不得适用侵权例外。

然而,通过对上述适用条件的进一步研读,笔者发现FSIA第1605节(a)条(5)款对于侵权行为如何归咎于外国国家、如何判定外国国家的侵权行为是否属于“自由裁量权”的范畴、侵权行为及其损害后果的领土联系等具体问题缺乏规定。以“自由裁量权”一词为例,第1605节(a)条(5)款甚至没有对这一概念做出定义,对如何认定相关行为、如何适用具体场景更是面临较大的不确定性,实践中需要通过司法判例和解释进行补充。

(二)援引FSIA侵权例外的实践概况

FSIA自出现伊始就已成为美国国际争议解决实践的重要组成部分,2011年的一项统计表明,美国法院平均每年有超过100项裁决涉及FSIA的运用。^④其中,最常援引的是第1605节(a)条(2)款商业活动例外和第1605节(a)条(5)款侵权例外。根据Westlaw数据库的检索结果,2000年1月至2022年7月,与FSIA相关的美国联邦法院的2694个判例中,有355个判例援引了第1605节(a)条(5)款侵权例外条款(占

^① 参见陈泽宪主编:《国际法研究》,社会科学文献出版社2013年版,第284-285页。

^② See U.S. Congress, House of Representatives (94th Congress, 2d Session), Reprinted in 1976 U.S. Code Congressional and Administrative News 6619, 6620.

^③ See Judi L. Abbott, *The Noncommercial Torts Exception to the Foreign Sovereign Immunities Act*, 9 Fordham International Law Journal 144 (1985).

^④ See Crowell & Moring LLP, *The Foreign Sovereign Immunities Act: 2010 Year in Review*, 17 Law & Business Review of America 639 (2011).

案件总数的 13.17%)^①,另有 27.87%的案件援引了商业活动例外条款^②。可见,就案件数量而言,在根据 FSIA 判断国家豁免权时,侵权例外具有同样的重要性。

为更清晰地统计 FSIA 侵权例外在美国法院适用的具体情况,笔者对检索得到的 355 个案件按照下列标准进行了筛选:(1)原告的起诉包含了初步证据;以及(2)法院对侵权例外条款的适用问题进行了较为完整的论述。^③筛选后共得到 65 个案件用于本文的统计,这些案件涉及 39 个被告。

1. 案件数量及其发展趋势

2000 年至 2022 年侵权例外相关案件的数量呈增长趋势。本文统计的 65 个案件中,仅有 6 个案件因侵权例外适用而导致被告无法享有 FSIA 赋予的主权豁免。另有 5 个案件虽未适用侵权例外,但被告因构成商业活动例外等 FSIA 下其他的主权豁免例外而丧失管辖豁免。数据表明,实践中原告通过援引侵权例外突破管辖豁免的成功率仅为 9.2%,远低于商业活动例外的同期数据。

案件类型方面则体现出从传统的美国境内侵权向跨境侵权发展的趋势。2016 年之前,案件集中在对民事主体的财产或人身造成损害的传统侵权纠纷,此类案件中的侵权行为地和损害结果地都非常明确。2016 年基丹诉埃塞俄比亚共和国案(以下称“埃塞俄比亚黑客案”)成为了首个具有“跨境”性质的网络空间侵权案件。^④随后,2018 年阿联酋拉斯海马投资局与阿齐马纠纷案^⑤、2019 年美国民主党全国委员会诉俄罗斯政府案(以下称“俄罗斯黑客案”)^⑥、2020 年美国加州理财公司 Broidy Capital Management 诉卡塔尔国案^⑦均是关于网络侵权的新型侵权案件。上述几个案件中,被告都被指控通过黑客攻击的方式,从美国境外非法侵入美国公民或政府机构的计算机获取信息。2020 年因传染病大流行而在美国法院首次出现的因重大公共卫生事件引起的侵权索赔,如 Kling 等诉世界卫生组织案^⑧、密苏里州诉中国案^⑨(以下称“密苏里州案”)等,与网络空间的侵权案件类似,此类案件同样具有跨境性质。跨境和互联网交往使侵权行为不再受到传统的时间和空间的约束,导致此类案

① 2022 年 7 月 11 日,笔者在 WESTLAW CLASSIC 数据库中使用“FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT”或“FSIA”作为关键词进行检索,获得超过 10000 个搜索结果;随后在结果中检索“SOVEREIGN IMMUNITY”关键词并设置“Date range: 2000-2022”,共获得检索结果 2694 个。进一步检索关键词“1605(a)(5)”,得到检索结果 355 个。

② 在结果中搜索关键词“1605(a)(2)”,获得 751 个结果。

③ 初步阅读与非商业侵权例外相关的 355 份裁判文书后,发现部分案件来自不同层级、地区的法院对同一案件进行的裁判,部分案件中国家豁免并非诉讼争议焦点,还有部分案件已经被法院以“轻率或恶意”为由驳回。

④ See *Doe v. Fed. Democratic Republic of Ethiopia*, 189 F. Supp. 3d 6, 28 (D.D.C. 2016).

⑤ See *Azima v. Rak Investment Authority*, 305 F. Supp. 3d 149 (D.D.C. 2018).

⑥ See *Democratic National Committee v. Russian Federation*, 392 F. Supp. 3d 410 (S.D.N.Y. 2019).

⑦ See *Broidy Capital Mgmt., LLC v. State of Qatar*, 982 F.3d 582, 586 (9th Cir. 2020).

⑧ See *Kling et al. v. The World Health Organization*, No.7:2020cv03124 (S.D.N.Y. 2021).

⑨ See *State of Missouri v. People's Republic of China*, 1:20-cv-00099 (E.D. Mo. 2020).

件中侵权行为发生的具体时间、地点以及行为主体变得难以确定。

2. 被告的应诉情况

本文统计的65个案件涉及39个被告,有6个在12个案件中未应诉。其余近90%的被告对美国法院的起诉予以应诉并提出抗辩,通过法律途径主张本国基于FSIA享有的豁免权利。在未回应的国家或地区中,委内瑞拉^①、古巴等在诉讼程序中被送达传票但未应诉,对中国、伊朗^②和奥地利^③的传票未能送达。值得注意的是,奥地利虽未回应案件,但同为被告的3家奥地利公司均基于缺乏管辖权的理由主张驳回起诉。

上述未应诉案件中,只有Miango诉刚果民主共和国案^④(以下称“Miango案”)因构成侵权例外突破主权管辖:该案中原告就刚果民主共和国卡比拉(Kabila)总统的安全部队对其在美国境内的殴打行为提出侵权索赔。虽然对刚果民主共和国的传票成功送达,但该案没有任何被告对案件做出回应,哥伦比亚特区联邦地区法院根据原告提交的证据及FSIA的例外条款进行了独立审查,认为本案符合侵权例外的情形,刚果民主共和国因此失去主权豁免资格,法院对该案进行管辖并做出了缺席判决。相比之下,涉古巴的2个案件最终都以古巴享有豁免告终,但过程却耐人寻味:古巴共和国、卡斯特罗和古巴革命武装力量部等被列为被告,这些被告在佛罗里达州的诉讼程序中被送达诉讼文书。古巴虽未应诉,但在外交照会中声称美国法院对其没有管辖权。佛罗里达联邦地区法院独立审查后做出了不利于古巴的缺席判决,裁定适用侵权例外。该案在纽约南区联邦地区法院因执行原因被重新审理,而该法院却认为不适用侵权例外,案件最终因缺乏管辖权被驳回。^⑤

在所有应诉并做出程序性抗辩的国家中,也有部分因适用侵权例外而受到美国法院的管辖,包括:沙特阿拉伯、尼日利亚、纳米比亚、加拿大、瑞士、土耳其、日本等国,其中,不乏与美国意识形态一致且外交关系甚好的国家。^⑥可见,在与FSIA侵权例外有关的司法实践中,主权国家的意识形态、外交关系、经济发展程度及其关于国家豁免的立场未对美国法院是否适用侵权例外的决定造成实质性影响。这些案件中,法院均根据原、被告双方提供的证据和案件事实,结合侵权例外的相关适用规则进行了独立分析,并据此做出裁判。

① See *Bruce v. Consulate of Venezuela* Civil Action No.04-933 (RWR) (D.D.C. 2005).

② See *Mohammadi v. Islamic Republic of Iran* 947 F. Supp. 2d 48 (D.D.C.2013).

③ See *Fagan v. Republic of Austria*, 2011 WL 1197677 (S.D.N.Y. 2011).

④ See *Miango v. Democratic Republic of Congo*, 288 F. Supp. 3d 117 (D.D.C. 2018).

⑤ See *Martinez v. Republic of Cuba* 221 F. Supp. 3d 276 (N.D.N.Y. 2016); *Jerez v. Republic of Cuba*, 775 F.3d 419 (D.C. Cir. 2014).

⑥ 在应诉的国家中,沙特阿拉伯3次被起诉,其中1个案件美国法院获得管辖权;尼日利亚被起诉3次,1个案件进入实体审理阶段;纳米比亚涉诉1次,该案进入实体审理阶段;加拿大涉诉2次,1个案件美国法院获得管辖权;瑞士被起诉2次,1个案件进入实体审理阶段;土耳其涉诉1次,美国法院获得管辖权;日本被起诉3次,1个案件进入实体审理阶段。

3. 中国的涉诉情况

虽然中国长期坚持绝对豁免,但中国政府及国有企业在外国法院仍多次被诉,湖广铁路债券案、仰融诉辽宁省政府和莫里斯案等广为人知的案件均与 FSIA 下第 1605 节(a)条(2)款的商业活动例外相关,因此,我国不仅实践中对商业活动例外的运用经验丰富,与商业活动例外的认定标准及适用模式有关的学术研究也比较深入。相比之下,我国与侵权例外规则有关的研究较少,在认定规则及适用模式的研究上存在空白。不过实践中,中国政府或中国国有企业在美涉及侵权例外的诉讼时有发生。自 2007 年侵权例外首次在涉华案件中得到运用,至 2022 年 6 月已经有超过 10 个案件与该例外相关(其中 8 个案件已完结,4 个案件正在审理过程中)。^①从这些案件可以看出,虽然侵权例外和商业活动例外属于互斥关系,但原告在实践中倾向于同时援引这两个例外,意图将它们用做突破国家豁免的“双重保险”——当被告国家的行为被认为是商业行为时,即适用商业活动例外;如果不属于商业行为,则适用侵权例外。^②

上述涉华案件中,我国采取的策略均为拒绝文书送达、不予直接应诉,但同时根据不同的被告主体采用多样化的方式间接回应,包括通过外交途径提出绝对豁免的立场声明、通过民间组织提交“法庭之友”意见等方式。在 8 个已完结的案件中,仅有 Daub 诉中国等案^③(以下称“Daub 案”)适用侵权例外突破了主权豁免。该案中,原告因中国驻纽约总领事馆门前倒地的钢梁受到的人身伤害起诉中国及该领事馆,法院认定该案满足侵权例外的构成要件并做出缺席判决,要求被告赔偿原告相应的损失。其余 7 个案件中,1 个案件原告主动撤诉,6 个案件法院均认定侵权例外不适用,基于主权豁免驳回起诉。^④

二、FSIA 侵权例外的适用规则及司法实践进展

根据上文侵权例外规则适用的统计数据,司法实践中对 FSIA 侵权例外适用的争议焦点集中在对侵权主体、侵权性质和侵权地域联系的认定上。鉴于 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的文本内容并未明确如何认定这些问题,实践中法院的司法适用主要参考了判例法确定的相应认定规则。

(一) 侵权行为主体的认定规则及实践进展

为了适用 FSIA 的管辖豁免例外,原告必须将有争议的侵权行为归咎于一个外国国家。考虑到外国国家主体的抽象性,国家本身难以对一般民事主体造成侵权,

^① 详见附表一。

^② 以密苏里州案为例,原告在对国家豁免问题做出回应时,声称“即使因被告的侵权行为无法被认定为商业活动而无法适用商业活动例外,本案仍属于非商业侵权例外的适用范围”。See Plaintiff's Supplemental Brief Regarding Service and FSIA Immunity in Response to the Court's Order, *State of Missouri v. People's Republic of China* (1:20-cv-00099), p.51.

^③ See *Daub v. People's Republic of China et al.*, 03 Civ. 4402 (S.D.N.Y. 2007).

^④ 详见附表一。

实践中较为常见的侵权行为主体是外国政府的代理或执行机构(agency or instrumentality)和外国政府的官员、雇员。外国政府的代理或执行机构的判定涉及FSIA第1603节(b)条的运用,本文不做探讨。下文仅基于第1605节(a)条(5)款讨论在外国政府或国家关联机构的官员、雇员作为实际侵权行为人的情况下,其行为能否归咎于外国国家。

1.“职权或雇佣范围”认定规则之确立

根据第1605节(a)条(5)款,侵权例外适用的对象包括“外国国家或其官员、雇员在其职权或雇佣范围内的侵权行为或不作为”,当且仅当侵权主体是外国政府的官员、雇员,且诉称的侵权行为或不作为属于其职权或雇佣范围内时,实际侵权行为人方可成为FSIA的适格主体。这样一来,如何判定这一范围成为了研究侵权例外适用的首要问题。

鉴于条款本身未明晰“职权或雇佣范围”的认定规则,在与外国国家侵权有关的诉讼中,关于如何认定上述范围的争议比较突出。判例法下,虽然FSIA本身并不涉及实体责任的评判,但为了确定FSIA下外国国家的雇员、官员是否在其职权或雇佣范围内行事,法院一般依据法院地有关雇主责任的实质性州法和判例进行认定。^①而各州在这方面的实践均依据美国侵权法下“雇主责任原则”(the doctrine of respondeat superior),但在具体标准上存在差异。根据《美国代理法(第三次重述)》[Restatement (Third) of Agency],大部分州采用以下两种标准判断官员、雇员实施的侵权行为是否可被视为职权或雇佣范围内:(1)侵权行为是否属于行为人的本职工作范围内/能被视为本职工作;或者(2)行为人实施侵权行为的唯一目的是实现行为人自身的目的,而非为了雇主满足以上任何一个标准时,侵权人的雇主或隶属的政府机构也须对侵权行为担责。^②

在本文统计的65个案件中,7.7%的案件对如何认定职权或雇佣范围产生了争议,法院在这些案件中均采用法院地的州法认定职权或雇佣范围。例如,2018年Miango案中,原告在刚果民主共和国卡比拉总统访美期间对其做出抗议性举动,因此遭到总统安全部队人员的殴打。原告声称安全部队人员的行为可归咎于刚果民主共和国,并据此主张侵权例外的适用。哥伦比亚特区联邦地区法院认为应参照当地法律(本案中为哥伦比亚特区法律)中雇主责任原则判断“安全部队人员是否在其职权或雇佣范围内行事”。法院最终得出结论:卡比拉总统的安全部队在原告表达抗议并与总统进行目光交流后立即对原告进行了殴打,并且安全部队是总统的随行人员,因此哥伦比亚特区“雇主责任原则”的两个要件均获满足,安全部队人员的侵

^① 联邦第九巡回上诉法院在1987年Joseph v. Office of Consulate General of Nigeria案中运用了美国侵权法领域“雇主责任原则”来确定职权或雇佣范围。See Joseph v. Office of Consulate General of Nigeria, 830 F.2d 1018 (9th Cir. 1987).

^② See Restatement (Third) of Agency (2006) §7.07, Comment b.

权行为发生在其受雇范围内,可被视为刚果民主共和国的国家行为。相反,在2020年萨莫恩诉伊拉克共和国案^①中,加州南区联邦地区法院根据加州的“雇主责任原则”认为本案中侵权行为人的偶然行为不属于其职责,并且雇主无法合理预见行为人的不当行为,因此责任不应归咎于其雇主伊拉克共和国和伊拉克共和国大使馆。

2.“职权或雇佣范围”认定规则之发展

最近的案例中,部分法院对职权或雇佣范围的解释出现扩张化的趋势:如果侵权行为是由官员或雇员的本职工作导致的,也可能被认为属于“行为人的本职工作范围内/能被视为本职工作”,即使该行为与雇主的命令相违背,也并非出于维护雇主的利益。^②法院一般着重关注行为人的目的或动机,当且仅当雇员“纯粹出于个人动机且严重偏离其工作职责”的情况下,雇主才能够避免承担相应的侵权责任。^③部分法院认为,官员和雇员造成的损害是外国政府机构所必须承担的风险,因此对“侵权行为人的行为是否属于本职工作范围”这一要件的认定采用宽泛的标准。这一背景下,未来外国国家官员和雇员造成的损害被认定为属于职权或雇佣范围的可能性将进一步提高。^④

目前在与侵权例外相关的涉华案例中暂未出现对职权或雇佣范围的认定产生争议的案件,但仍须对这一领域认定规则的发展保持关注。毕竟,在以政府官员为被告的诉讼中,对FSIA适用对象的范围进行界定具有极其重要的意义。一旦侵权行为人无法将自己的行为归咎于外国主权实体,其将无法援引主权豁免作为管辖权抗辩的理由。因此,为了避免被告官员的职务行为被美国法院管辖,被告在诉讼程序中需要首先证明被诉的行为属于其职权或雇佣范围,而非纯粹出于个人动机。

(二)侵权行为领土联系的认定规则及实践进展

属地管辖原则下,外国国家在法院地国境内的行为造成损害时,法院地国的法院可以对此进行管辖。然而,若外国国家造成损害的行为发生在法院地国境外时,法院地国的法院就不再当然对该行为拥有管辖权——此时,如果对领土联系不加分析就实施域外管辖,可能构成对外国国家属地管辖权的干涉。因此,侵权行为与美国的领土联系是法院根据第1605节(a)条(5)款侵权例外条款确立管辖权须考虑的关键问题。

1.完整侵权规则的确立

根据第1605节(a)条(5)款,美国法院对在美国境内的人身伤害或死亡、财产损失或丧失引发的诉讼具有管辖权。从该条款的文本上看,仅规定了侵权行为损害后

^① See *Shamoun v. Republic of Iraq*, 441 F. Supp. 3d 976 (C.D. Cal. 2020).

^② See *Shamoun v. Republic of Iraq*, 441 F. Supp. 3d 976 (C.D. Cal. 2020).

^③ See *Rodriguez v. Republic of Costa Rica*, 99 F. Supp. 2d 157 (D.P.R. 1999).

^④ See Edan Burket, *The Ninth Circuit Strips the Holy See of Foreign Sovereign Immunity in Doe v. Holy*, 27 Brigham Young University Law Review 49 (2010).

果的发生地。不过,根据众议院司法委员会对该条的解释,侵权例外适用的前提是诉称的侵权行为在美国境内实施。^①从司法判例的角度,法院在确定具体的领土联系规则时经历了从“至少一部分”侵权行为到“主要的”侵权行为在美国境内实施的变化。最终,最高法院于1989年通过阿根廷与阿美拉达赫斯航运公司案首次确立了完整侵权规则(entire tort doctrine)——要求“全部的侵权行为或不作为,以及侵权的损害结果均须发生在美国境内”。^②所有处理过该问题的巡回法院(第二、第五、第六、第七巡回上诉法院、哥伦比亚特区巡回上诉法院)均承认第1605节(a)条(5)款对侵权行为领土联系提出的高标准——除非全部的侵权行为以及损害结果发生在美国境内,否则美国法院对案件没有管辖权。可见,侵权例外的领土联系要求较商业活动例外的效果标准更为严格,而对地域连结因素的限制也有效避免了对外国国家管辖权的不当干涉。目前,完整侵权规则已被广泛接受,甚至被纳入了《对外关系法重述(第四次)》。^③

另外,完整侵权规则对“美国境内”一词的定义也相当之严格。根据相关判例法,“美国境内”不包括公海上悬挂美国国旗的船只以及美国驻外使领馆。根据哥伦比亚特区巡回上诉法院的解释,FSIA第1603条使用“大陆或岛屿”(continental or insular)这一修饰性短语限制了“受美国管辖的所有领土和水域”的范围,这意味着“美国境内”只包括美国大陆、附属于美国的岛屿以及美国的领地。^④基于这一解释,哥伦比亚特区巡回法院在Schermernhorn诉以色列案中判定在公海上的美国船只上实施的侵权行为不适用侵权例外。法院进一步明确,当法律在实际意义上而非比喻意义上使用“领土”一词时,它指的是“具有固定位置和公认边界的区域”。^⑤

2.完整侵权规则在涉华案件中的适用

与我国有关的国家豁免案件中曾多次涉及完整侵权规则的适用,对这一规则的适用与应对已经有了比较丰富的经验。例如,2016年,Lin Zhang诉美国等案及Havensight Capital公司对中国提起的诉讼中均涉及侵权例外中的领土联系问题。^⑥这两个案件中,原告因无法证明诉称的侵权行为全部发生在美国境内而导致不适用侵权例外,起诉被驳回。针对中国石膏板生产商的漫长跨国诉讼In re Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation案(以下称“石膏板案”)其

① See U.S. Congress, House of Representatives (94th Congress, 2d Session), Reprinted in 1976 U.S. Code Congressional and Administrative News 6619, 6620.

② Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp., 488 U.S. 428, 439-41 (1989).英文原文为:“noncommercial torts exception does not cover tort committed outside U.S. territory even if it may have effects in the U.S.”

③ See The Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law §457, Reporter's Notes 1, p.380.

④ See Persinger v. Islamic Republic of Iran, 729 F.2d 835 (D.C. Cir. 1984).

⑤ See Schermernhorn v. State of Israel, 876 F.3d 351, 358 (D.C. Cir. 2017).

⑥ See Lin Zhang v. United States et al., 177 F. Supp. 3d 242, 258 (D.D.C. 2016); Havensight Capital LLC v. People's Republic of China, Case No.CV 15-01206 DDP, 2015 WL 12778414 (C.D. Cal. 2015).

实也涉及侵权例外领土联系问题和完整侵权规则的适用。该案中,原告对中国建材集团有限公司(下称“中国建材集团”)就中国石膏板所涉缺陷导致的损害进行索赔。中国建材集团提交了其为中华人民共和国的“机构或工具”(agency or instrumentality)的表面证据,主张享有国家豁免,并以此为由提出了缺乏主体管辖权的驳回动议。随后,原告提出 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的侵权例外应在本案中适用。法院很快裁定这一例外不适用,因为被指控的侵权行为并未发生在美国境内——中国建材集团在美国没有从事任何与石膏板相关的行为,其作为其他被告的股东可能发挥的任何作用都发生在中国境内,侵权例外对侵权行为发生地的要求无法满足。因此,中国建材集团作为国企可以享有 FSIA 下推定的主权豁免。^①

3.完整侵权规则的最新发展

本文统计的 65 个案件中,49.2%的案件涉及领土联系的争议,这些案件中,法院均基于完整侵权规则驳回了原告的起诉。总体来看,侵权例外领土联系规则的司法适用非常严格,这从侧面也体现出美国法院对外国国家领土管辖权的一定尊重。哥伦比亚特区巡回上诉法院曾在判决中提醒各法院不要将侵权例外广泛适用于所有与美国有某种关系的侵权行为。该法院警告,若将侵权例外适用于完全在美国境外发生的侵权行为,将无法在民事主体的私人利益和国家间的外交关系间维持必要的平衡。^②与侵权例外领土联系有关的实践也表明,被告国家基于完整侵权规则提出的抗辩具有很强的威力,只要诉称的侵权行为有部分未发生在美国境内,就可以很大程度避免侵权例外适用的风险。

最近几年,由跨境侵权和网络侵权引发的 FSIA 诉讼频现,不过,至今尚无跨境或网络侵权的案件适用侵权例外。在新的侵权形式下,美国法院仍选择严格适用完整侵权规则。2016 年埃塞俄比亚黑客案、2019 年俄罗斯黑客案以及 2020 年 Broidy Capital Management 诉卡塔尔国案都是因跨境网络侵权引起的国家豁免案件,但美国法院倾向于认为这一类型的案件不能满足侵权例外的领土联系规则——在此类型的案件中,黑客从国外编程和传输计算机病毒,侵权意图也在美国境外产生,因此诉称的侵权行为至少有一部分发生在美国境外,无法满足完整侵权规则。美国学界对上述案件判决的批评不断,认为完整侵权规则成为了外国国家对美国进行网络攻击的法律漏洞,排除了外国国家网络侵权受害者获得补救的可能性。^③在埃塞俄比亚黑客案中,哥伦比亚特区巡回上诉法院承认“互联网打破了传统的概念,该标准未能处理好现代世界的问题”,但法院同时也声明,除非

^① See *In re Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation*, 168 F. Supp. 3d 918 (E.D. La. 2016).

^② See *Asociacion De Reclamantes v. United Mexican States*, 561 F. Supp. 1190 (D.D.C. 1983).

^③ See Ryan J. Hayward, *Misinterpreting the “Entire Tort” Requirement of the FSIA’s Noncommercial Tort Exception: A Critique of the D.C. Circuit’s Opinion in Kidane v. Ethiopia*, 10 *Columbia Law Review* 15 (2019); Samantha N. Sergent, *Extinguishing the Firewall: Addressing the Jurisdictional Challenges to Bringing the Cyber Tort Suits against Foreign Sovereigns*, 72 *Vanderbilt Law Review* 391 (2019).

国会对 FSIA 下的侵权例外进行修改,否则完整侵权规则无法被突破。^①2020 年与新冠肺炎疫情有关的诉讼又引发了对完整侵权规则在跨境侵权案件中适用的讨论,多个案件在审理过程中引发了法院对侵权行为领土联系的检视。例如,在 Kling 等诉世界卫生组织案中,原告称世界卫生组织(World Health Organization, WHO)的疏忽行为发生在美国,因为 WHO 发布错误信息导致的侵权后果是由美国互联网上的数字媒体促成的。但美国纽约南区联邦地区法院认为位于美国的互联网和媒体平台不能被直接视为在“美国境内”,因此不符合完整侵权规则。

虽然目前美国法院尚无扩张解释完整侵权规则的趋势,被告国家利用该规则能够获得较大的抗辩优势,但伴随着跨境环境污染、跨境侵权、网络攻击等新的侵权形式不断出现,必须对这一规则的不确定性和潜在变化保持谨慎。尤其是第 1605 节(a)条(5)款条文本本身存在宽泛的解释空间,不能排除未来法院可能会对侵权行为领土联系的判定规则进行突破性的解读。

(三)侵权行为性质的认定规则及实践进展

在本文统计的 65 个案件中,有 37% 的案件就侵权行为的性质展开了讨论,其中,超过 70% 的案件因此避免了侵权例外的适用。因此,有必要对侵权行为性质的认定规则进行归纳和分析,在此基础上了解其他涉诉国家关于这一认定规则的运用场景以及不同论据的司法实践效果。

1. 自由裁量权例外的认定规则

限制豁免理论下,国家行为被区分为统治权行为(*acta jure imperii*)和管理权行为(*acta jure gestionis*),外国国家仅对其作为主权国家行使的政治、军事、外交等统治权行为享有豁免。类似地,侵权例外也只适用于特定性质的侵权行为,FSIA 第 1605 节(a)条(5)款设置了自由裁量权例外:若诉讼请求的提出是基于被诉外国国家行使、履行或未能行使、履行自由裁量权,不论该自由裁量权是否被滥用,侵权例外均不得适用。这一“例外的例外”对国家侵权行为的性质进行了区分,避免美国司法部门以侵权诉讼为契机对他国政府基于社会、经济和政治等公共政策的主权行为进行“事后猜测”(second-guessing)。^②

不过,FSIA 第 1605 节(a)条(5)款的文本对“自由裁量权”(discretionary function)一词未下定义,对其适用场景和认定规则也未予明确。因此,在早期涉及 FSIA 自由裁量权条款的案件中,法院为了确定第 1605 节(a)条(5)款对“自由裁量权”设定的范围,一般会参考《联邦侵权赔偿法》(Federal Tort Claims Act, FTCA)中类似条款的解

^① See *Doe v. Fed. Democratic Republic of Ethiopia*, 189 F. Supp. 3d 6, 19 (D.D.C. 2016).

^② See *The Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law* (2018) § 457, Reporter's Note 4, p.382.

释和判例。^①FTCA 的判例法将“自由裁量权”一词定义为“与国内政策有关的计划和活动的制定或执行,包括政府雇员或行政官员所作的、与制定和实施相关方案法规等相关的决定”。^②最高法院在 Berkovitz 诉美国案^③中提出了 Berkovitz 标准,用于检验外国国家的侵权行为是否属于“自由裁量权”范畴,该标准由下列两部分组成:

第一,法院需要审查涉案行为是否“涉及需要判断或选择的要素”。如果法规或政策已经对政府官员或雇员的行为规定了具体的行动方针或指示,此时行为人除了遵循相应的指令外没有其他选择,不得适用自由裁量权例外;第二,若没有相应的法规政策,法院还要确定涉案行为是否“基于公共政策的考虑”,只有基于文化、经济、公共利益等因素实施的政府行动和决定才能受到自由裁量权例外的保护。实践中,法院还会评估政府行动和决定与其伤害的利益之间是否能够保持平衡——如果两种冲突的利益(风险)显然不具备同等重要性,则认为不存在自由裁量权。^④

总体来看,美国法院对 FSIA 下自由裁量权例外的裁决缺少一致性。实践中,各巡回上诉法院曾将下列行为列为不属于自由裁量权行为的“负面清单”:(1)外国国家实施的违反国际强行法的严重犯罪行为;(2)外国国家实施的违反联邦刑法的犯罪行为;(3)对于涉及使用武力或暴力的行为,法院会根据侵权行为实施的时机和使用武力的程度逐案裁决。^⑤不过,各巡回区法院未就上述负面清单达成一致,因此,无法确定根据美国国内法或国际法属于非法的行为是否一定会被视为自由裁量权例外。^⑥最新的案例中,第九巡回上诉法院指出,FSIA 下外国国家的自由裁量权并不受美国宪法、联邦法规的约束,而是由约束它的相应国内法和国际法强行性规范进行评价。^⑦从这一描述可知,外国国家的某些行为即使违反了美国法律也仍可能落入自由裁量权的范畴。

2. 从涉华案件看自由裁量权例外的司法实践发展

2007 年 YoumingJin 等诉中国国安部、公安部及中央电视台案^⑧(以下称“YoumingJin 案”)中,自由裁量权例外成为了被告中国国安部、公安部能否享有国家豁免的

^① 根据 FTCA 第 2680 条(a)款,免除政府对基于政府雇员行使或未能行使自由裁量职责的侵权行为的赔偿责任。FSIA 该部分的文本内容与 FTCA 中规定的“自由裁量权例外”相同,且 FSIA 在订立这一部分时借鉴并沿袭了 FTCA 的立法语言。第九巡回上诉法院在 Joseph v. Nigeria 案中指示“对 FSIA 下自由裁量权例外进行分析时可以参考 FTCA 的自由裁量权例外”。See Joseph v. Nigeria, 830 F.2d 1018 (9th Cir. 1987),

^② See Dalehite v. United States, 346 U.S.15 (1953).

^③ See Berkovitz v. United States, 486 U. S. 531 (1988).

^④ See Gary B. Born & Peter B. Rutledge, International Civil Litigation in United States Courts 331 (Aspen Publishers 2018).

^⑤ See Sienho Yee, *The Discretionary Function Exception under the Foreign Sovereign Immunities Act: When in America, Do the Romans Do as the Romans Wish?* 93 Columbia Law Review 745 (1993).

^⑥ See Curtis Bradley, International Law in the U.S. Legal System 316-317 (Oxford University Press 2021).

^⑦ See Broidy Capital Management v. State of Qatar, No.18-56256 (9th Cir. 2020).

^⑧ See YoumingJin et al. v. Ministry of State Security et al., 475 F.Supp. 2d 54 (D.D.C. 2007).

关键点。该案中,原告指控几名受雇于被告的人员对其进行攻击、殴打和恐吓,原告要就因此受到的人身伤害索赔。原告在起诉状中声称被告的行为属于FSIA下的侵权例外,企图使被告失去主权豁免资格。被告之一中央电视台认为,原告的索赔基于“恶意控诉、滥用程序、诬蔑、诽谤、诈欺、欺骗或干预合同权利”,属于侵权例外不适用的情形,据此要求驳回起诉。中国国安部、公安部虽未对此案做出回应,但中国国际私法学会提出“法庭之友”意见表示美国法院对本案被告没有对事管辖权。“法庭之友”意见对侵权行为主体的认定、侵权行为的领土联系均做出了分析,但对自由裁量权例外的适用只字未提。最终,华盛顿特区联邦地方法院运用Berkovitz标准对“自由裁量权”例外的适用进行了独立审查,认为被告雇佣、培训和管理雇员的人力资源决定显然“涉及一定程度的政策判断”,因此,被告两部委和中央电视台被指控的行为构成自由裁量权的运用,不构成FSIA下的侵权例外。

2010年1月,CYBERSitter诉中国侵犯知识产权案^①(以下称“CYBERSitter案”)中,自由裁量权例外再次成为突破国家豁免的关键点。美国加州一家名为CYBERSitter的软件公司以盗用商业秘密、侵犯知识产权为由向加州中区联邦法院提起诉讼,被告为中华人民共和国、北京大正和郑州金惠这两家“绿坝-青春护航”软件(以下称“绿坝软件”)的开发商,以及索尼、海尔、联想等PC厂商。原告称绿坝软件拷贝了其软件代码,被告中华人民共和国在其互联网审查计划中使用该软件的行为侵犯了其知识产权,索赔22亿美元。值得注意的是,原告并未质疑本案被告中国政府在PC电脑上实施互联网审查计划的政策决定,只是针对这一政策所附带产生的复制和传播程序的侵犯知识产权的侵权行为。^②原告认为,本案中被告侵犯知识产权的行为与国家层面的政策指令没有本质或必然的关系,因为该指令可以通过其他非侵犯知识产权的软件实现,因此,被告在本案中的侵权行为不符合自由裁量权例外。本案中,不论是中华人民共和国还是其他任何被告,都没有对原告企图突破主权豁免的主张进行正面回应。中国大使馆在2010年11月24日的信函中指出,中国政府应用和安装绿坝软件的政策决定是一项“旨在保护未成年人免受互联网色情和其他危险影响的公共管理活动”。但中国大使馆在信中只是否认了原告对知识产权侵权的指控,未针对第1605节(a)条(5)款的侵权例外及自由裁量权例外的适用进行回应或辩驳。所幸,本案最终以原、被告双方和解、原告撤诉告终。

上述案件表明,我国早年间对FSIA下自由裁量权例外的认识不足,未充分注意

^① See CYBERSitter, LLC v. People's Republic of China 805 F. Supp. 2d 958 (C.D. Cal. 2011).

^② 参见龚柏华、刘秀娇:《美国公司就“绿坝”过滤软件侵权告中华人民共和国及相关企业案评析——兼评美国“法院不方便管辖”在涉及中国企业案中的运用》,《国际商务研究》2011年第2期,第46-47页。

到该例外对具有主权性质的行为所提供的特别保护,也未全面发挥该例外在避免侵权例外适用中发挥的重大作用。另一方面,随着与自由裁量权例外相关的美国判例法不断发展,自由裁量权例外的定义和认定规则逐渐清晰,法律确定性也逐渐增强。在2020年密苏里州案中,虽然中国仍然未应诉,但中国国际私法学会两次提出“法庭之友”意见,成功运用自由裁量权例外进行抗辩,避免了侵权例外的适用。法院采纳了该意见,密苏里州东部联邦地区法院认为中国没有任何法规、条例或政策对防疫抗疫措施的执行流程做出规定,因此如何具体执行此类措施需要相关职能部门根据情况进行判断——此处显然具有“需要判断或选择政策的要素”,可以通过Berkovitz标准的检验。

值得注意的是,中国国际私法学会提交的“法庭之友”意见并未着墨于论证中国的防疫措施如何落入自由裁量权的范畴,仅提出“本案中自由裁量权例外的存在将阻止侵权例外的适用”。^①这是因为自由裁量权例外的举证责任分配向主权国家有所倾斜——最高法院在Gaubert诉美国案^②中明确:如果没有约束政府官员或雇员具体行为的法规或政策,则原告必须列举事实证明被告的侵权行为不是基于社会、经济和公共政策的判断,否则被告政府官员或雇员的行为将被推定为行使自由裁量权。可见,主权国家在该例外的证明方面享有天然的优势。所以,在密苏里州案中,法院应当推定我国政府官员实施相关行为属于可自由裁量的主权行为,应由作为原告的密苏里州承担相悖论点的举证责任。

国家的侵权行为往往带有强烈的主权属性并涉及重要的国家利益,而自由裁量权例外在相关诉讼中更展现出一锤定音的重要性。法院实践表明,主权国家主张自由裁量权例外具有举证方面的优势。因此,被告国家要善于运用、准确运用该例外,一来突出强调被诉侵权行为的主权属性;二来也能够在完整侵权规则被突破的情况下提供最后的救济。

三、FSIA 侵权例外司法适用的中国应对

相比于商业活动例外的法庭实践和学术研究,FSIA下的侵权例外虽然在涉华案件中多次出现,但总体未得到足够重视。2020年与疫情相关的索赔诉讼中,该例外成为美国法院能否对中国进行管辖的关键点,虽然目前密苏里州案等多个与疫情有关的涉华案件已经被美国法院驳回,但未来侵权例外仍可能得到更加广泛的运用。另外,近年来外国国家的侵权行为已从传统侵权发展为跨境的网络空间侵权、公共卫生侵权、知识产权侵权等,美国不只一次暗示针对美国的黑客攻击事件可能

^① The Amicus China Society of Private International Law's Memorandum on Certain Threshold Questions Identified by the Court (14 February 2022), *State of Missouri v. People's Republic of China* (1:20-cv-00099), p.9.

^② See *Gaubert v. United States*, 499 U.S. 315 (1991).

与中国有关联。^①在这些因素的作用下,中国必须对类似的侵权诉讼保持警惕。尤其是侵权例外具有很强的主权属性,该例外一旦适用,我国的主权行为很可能受到美国法院的不当评价。这一部分,文章将基于我国现有的应对模式,借鉴他国回应此类诉讼的模式与经验,从司法对策和立法进路两个角度讨论我国在当前形势下应对侵权例外规则司法适用的相关建议。

(一) 现有应对模式分析

在所有将我国及政府机构列为被告的侵权例外案件中,我国均未直接应诉,这与我国在国家豁免问题上始终坚持绝对豁免的实践相吻合,显示出我国对限制豁免理论一贯且连续的反对。^②不过,我国也并非全然拒绝回应,而是根据不同的被告主体灵活变化策略,采取多样化的方式予以间接回应:早期的案件中,中国大概率对案件不予回应或选择通过由政府外交途径表达本国关于绝对豁免的立场。例如,在 Daub 案中,中国于 2006 年 1 月 5 日致函美国国务院,要求其向美国法院转达中方绝对豁免的立场;CYBERSitter 案中,原告因政府在采购软件中涉及的侵权行为起诉中国政府,中国大使馆于 2010 年 11 月 24 日向法院提交信函,表明了中国关于主权豁免的严正立场:“根据国际法承认的国家豁免原则,一个国家的司法机关不得对另一个主权国家行使管辖权,因此,美国法院不应受理或审理美国民事主体对中国国家提起的任何诉讼”,并据此要求美国法院驳回诉讼。^③不过,有时通过外交途径表达立场似乎未达预期效果:Daub 案中,法院仍对中国被告径行做出了缺席判决,判决书中也未提及中国外交文件主张的绝对豁免立场;CYBERSitter 案中,诉讼程序在中国政府的立场文件提交后继续推进,最后以原被告和解、原告撤诉告终。可见,在侵权例外相关的诉讼中,政府通过外交途径主张绝对豁免的作用有限,实践中,美国法院的裁判似乎并未受到外交的影响。

近年来,我国的应对策略有所转变,越来越多的案件选择通过民间组织提交“法庭之友”意见的方式进行“准回应”。以 2020 年密苏里州案为例,中国国际私法学会提交了“法庭之友”意见,并应法院要求对国家豁免的特定问题再次做出答复,从《联邦民事诉讼规则》和 FSIA 的角度进行分析,表明了侵权例外的不适用。该“法庭之友”意见对法院认定被告享有主权豁免起到了重要作用。

不同于政府的间接回应,中国的国有企业和事业单位更多选择直接应诉,提出

^① 例如,美国华盛顿东区联邦检察官办公室和国土安全局网络安全部于 2020 年 7 月 21 日起诉两名中国黑客,声称其与隶属中国国家安全的广东省国家安全厅合作,在全球范围内进行大规模的计算机入侵活动,窃取知识产权和机密的商业信息。See *United States v. Li Xiaoyu & Dong Jiazhi*, No.4:20-CR-6019-SMJ (E.D. Wash. 2020); Nicole Perlroth, *How China Transformed Into a Prime Cyber Threat to the U.S.*, *The New York Times*, <https://www.nytimes.com/2021/07/19/technology/china-hacking-us.html>, visited on 20 July 2022.

^② 参见叶研:《论当代中国的国家豁免政策选择》,《国际法研究》2022 年第 5 期,第 42-43 页。

^③ See Document Received by the Court from the Embassy of the People's Republic of China, *CYBERSitter, LLC v. People's Republic of China* 805 F. Supp. 2d 958 (C.D. Cal. 2011).

关于管辖豁免的抗辩。例如,中国建设集团有限公司在石膏板案中被列为被告,该企业主动应诉主张管辖豁免,并据此提出驳回起诉的动议。YoumingJin 案中,中国中央电视台(CCTV)也提出了驳回起诉的动议,主张管辖豁免以及侵权例外的不适用。

总体看来,我国应对侵权例外相关案件的模式多样化,其中提交“法庭之友”意见的方式得到了比较正面的回应。不过,从其他国家的相关实践来看,应对侵权例外的适用存在更多策略。当然,不论采用何种模式,只有深入研究并把握 FSIA 侵权例外的司法适用规则和适用场景并在此框架下寻找直接抗辩或间接应对的思路,方可实现救济。

(二)司法对策:参考他国经验优化现有策略

考虑到美国法院在现有的侵权相关国家豁免案件中所体现出的独立性和中立性,我国未来可以考虑通过司法手段应对此类诉讼。而司法机构是否享有管辖权不仅是推进民事诉讼需要解决的前置性问题,也是国际私法中的重要问题。当民事诉讼的一方当事人为主权国家时,这一问题则变得更为关键。因此,必须充分把握国家行为(可归咎于国家的行为)可能涉及的外国管辖权冲突规则。一旦国家或政府在外国法院被起诉,则要灵活运用法院地国的冲突规范解决矛盾、控制风险,最大限度维护国家主权,避免国家利益受到他国民事主体的侵害。

1.灵活运用认定规则主张管辖豁免

当中国政府或国有企业成为美国民事诉讼的被告时,为了避免 FSIA 侵权例外的适用及可能导致的缺席判决,基于 FSIA 提出程序性抗辩、主张国家豁免是最直接、最高效的应对方法。^①在与侵权例外有关的司法实践中,大部分国家选择直接应诉,主张管辖豁免,并提出事实证据对原告所述的案件事实进行了有效的反驳。不过,考虑到我国一以贯之的绝对豁免立场,加之近年来对中国的诬告滥诉有所增多,直接应诉在当前形势下非最优解,相比之下,间接回应是更可行的选项,若参考他国的应对经验对现有的几种方式稍加优化,可发挥更大作用。

首先,民间组织提交“法庭之友”意见时可以考虑强调自由裁量权例外的运用。早在 YoumingJin 案中,中国国际私法学会提交的“法庭之友”意见指出美国法院对中国缺乏对事管辖权。鉴于该意见未对侵权例外的适用进行针对性的回应,法院虽然接受了该意见,但仅将其作为裁判的辅助性意见,最终美国法院依据自己的独立调查确认了侵权例外的不适用。本次密苏里州案中,中国国际私法学会针对商业例外和侵权例外的不适用再次提出了“法庭之友”意见。然而,在第一次提出意见时,对侵权例外的讨论止步于“诉称的侵权行为缺乏领土联系”,^②第二次意见中才提及了

^① 参见龚柏华、丁伯韬:《中国政府在美国被诉引用主权豁免抗辩的法律探析》,《上海政法学院学报》2020年第6期,第14页。

^② See generally, Amicus Curiae Brief of the China Society of Private International Law in Opposition to Plaintiff the State of Missouri's Complaint Against Defendants the People's Republic of China *et al.* (15 September 2021), State of Missouri v. People's Republic of China, 1:20-cv-00099 (E.D. Mo. 2020).

自由裁量权例外的适用。^①根据上文的分析,基于侵权形式的时代变化和相关法律文本的模糊性,不排除未来法院会对侵权行为领土联系的认定规则进行突破性的解读和适用,而此时,自由裁量权例外将提供最后的救济。如上文所述,自由裁量权例外体现了 FSIA 对基于公共政策的政府行为的尊重和保护,因此,未来在关于侵权例外的法律分析中,应注意将自由裁量权作为反驳的首要论据。

其次,考虑到美国法院严格按照 FSIA 的立法原意和判例法确定的认定规则进行审理,单纯的外交立场声明对其可能鲜有影响。俄罗斯的回答方式提供了一种“政治与法律相结合”的新思路:俄罗斯黑客案中,美国民主党以俄罗斯政府、俄罗斯总参情报总局为被告,起诉俄罗斯非法进行网络攻击窃取 2016 年总统选举有关材料的侵权行为。俄罗斯虽然没有出庭应诉,但其司法部门向美国法院递交了《关于主权豁免的声明》(Statement of Immunity),要求驳回原告的诉讼请求。该立场文件长达 10 页,第一段指出俄罗斯将通过立场文件的方式进行法律分析,对原告的起诉书进行回应;第二段随即宣布俄罗斯政府不会在诉讼中出庭,拒绝承认美国法院的管辖权,但不放弃其在国际法或美国 FSIA 下享有的主权豁免。随后,该声明讨论了 FSIA 豁免例外的适用问题,从“侵权行为缺乏领土联系”以及“侵权行为因涉及主权相关的政策判断而属于自由裁量权例外”两个角度就 FSIA 下侵权例外的不适用性进行了详细分析。不仅是法律分析,俄罗斯在声明中暗示其可能采用对等的方式对待美国——“若美国当局推进俄罗斯在美国法院的民事诉讼,将意味着为其他国家对美国提起类似的民事赔偿诉讼清扫了法律上的障碍”。^②2019 年 7 月 30 日,纽约南区联邦地区法院参考上述声明驳回了起诉,称即使俄罗斯政府参与了黑客攻击,本案也无法突破 FSIA 下的主权豁免。俄罗斯选择使用官方出具的主权豁免声明配合法律分析的方式对案件的管辖权问题进行了回应,有效体现了国家对于主权豁免的强硬态度和坚定立场。

当然,出具立场文件或提交“法庭之友”意见绝不是应对此类案件的唯二选择。两者同时适用也是一种可行的方式。由于美国民事诉讼规则的限制,“法庭之友”意见只限于对法律问题提出意见,无法就原告提出的事实证据进行反驳。以密苏里州案为例,原告在本案中歪曲事实、捏造证据,但“法庭之友”意见不能直接进行纠正,不利于就案件事实做出澄清。外交途径出具的文件对此则没有限制,可以对案件的事实做出陈述,例如 CYBERSITTER 案中的外交立场文件就略有提及案件事实。另外,在企业 and 政府同为被告的情况下,还可以考虑由企业应诉并基于管辖权问题进行程序性抗辩,企业甚至还可以代为提交优势证据,配合“法庭之友”意见即能够实现事实问题和法律问题的澄清。在费根诉奥地利共和国案中,奥地利政府虽为被告,

^① See The Amicus China Society of Private International Law's Memorandum on Certain Threshold Questions Identified by the Court (14 February 2022), *State of Missouri v. People's Republic of China* (1:20-cv-00099), p.9.

^② See Statement of Immunity of the Russia Federation on the Russian Federation's Immunity from the U.S. District Court's Jurisdiction under the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act and Other Issues Relating to the Democratic National Committee's Allegations in Case No.1:18-CV-03501 (S.D.N.Y.), pp.1, 4, 6-7.

但未对案件做出回应,仅由同为被告的三个奥地利公司提出驳回起诉的动议,并提交相应证据予以反驳。^①

2. 关注案件不同阶段举证责任的承担

虽然对美国法院涉华诉讼的回应可以选择多种策略,但这些策略均建立在对 FSIA 侵权例外的适用之上,因此,掌握和运用相关的举证责任分配规则尤为重要。FSIA 第 1602 节规定了主权豁免案件中的举证责任分配。一般情况下,原告对主权国家提起诉讼后,被告应首先提出享有主权豁免的主张及其作为 FSIA 所定义的“外国国家”的初步证据。随后,由原告负责证明本案中 FSIA 下法定管辖豁免例外中的一项或多项适用,此处原告承担的举证责任是“提供证据责任”(burden of production)。^②一旦原告提供了相应证据,主张豁免的一方(被告)即须提出证据证明上述豁免例外情形的不适用。注意,此处被告国家所承担的是最终的“说服责任”(burden of persuasion),也即被告国家必须提供优势证据(preponderance of evidence)使陪审团或法官相信该项例外情况不适用于本案。^③这一证明标准要远高于原告提供证据责任。

以侵权例外下的自由裁量权例外为例,虽然为了更好地维护外国国家的主权,这一例外的举证责任有意向主权国家倾斜——除非原告提出证据证明被告的侵权行为不是基于社会、经济和公共政策的判断,否则诉称的侵权行为将被推定为行使自由裁量权的范畴。土耳其在乌索扬诉土耳其共和国案中的表现提供了警示:土耳其安全部队为埃尔多安(Erdogan)总统提供了其在美国哥伦比亚特区访问期间的安全保障,安保过程中对原告造成了人身伤害。原告乌索扬(Usoyan)提出证据称自由裁量权例外在涉及使用武力或暴力的行为中不适用,被告土耳其因此对证明该例外在本案中适用负有最终的说服责任。然而,在后续的庭审中,土耳其无法证明自己符合 Berkovitz 测试,未能履行其说服责任,自由裁量权例外无法适用,法院因此认定适用 FSIA 侵权例外,对该案进行了实体审判。相比之下,中国国际私法学会为密苏里州案出具的“法庭之友”意见中也未就本案中自由裁量权例外的适用性展开论述,但前提是该案中原告并未提出自由裁量权例外的相关论点。大多数情况下,自由裁量权例外作为适用 FSIA 侵权例外最后的“安全港”仍需要得到特别关注和充分证明。

他国的诉讼经验表明,诉讼中原告一旦提出 FSIA 例外情形适用的主张及相应证据,被告国家能否充分履行说服责任、提供充分证据,对法院的最终判决有重大影响。因此,我国未来在侵权诉讼中对举证责任的承担,特别是自由裁量权的证明责

^① See *Fagan v. Republic of Austria et al.*, 2011 WL 1197677 (S.D.N.Y. 2011).

^② See *Moran v. Kingdom of Saudi Arabia*, 27 F.3d 169,172 (5th Cir. 1994).

^③ See David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* 25 (Federal Judicial Center 2018).

任应给予更多的关注。

3. 关注不同法院的判案差异

根据美国法下的遵循先例原则,联邦地区法院必须遵从对其有管辖权的联邦巡回法院的先例。^①本文统计的65个案件中,来自哥伦比亚特区巡回上诉法院辖区的案件远远多于其他巡回区法院(共有23个案件涉及侵权例外的运用),第二巡回区的法院和第九巡回区的法院也有着比较丰富的裁判经验,各有超过10个案件与侵权例外相关。相比之下,第四、第七、第十巡回上诉法院辖区的法院从未裁判过任何有关侵权例外的案件,也即这些司法辖区内完全没有与侵权例外相关的、具有约束力的先例,甚至没有同级其他法院的先例可供参考。

另外,虽然上文提到美国法院的司法实践完全依据FSIA的相关规定进行裁判,但不同巡回区的法院的判决可能因法官政治倾向、司法意识形态等原因呈现明显差异。^②实践表明,不同巡回区法院对侵权例外规则的解释和运用有较大差别:例如,本文统计的所有适用侵权例外突破国家豁免的案件均来自哥伦比亚特区巡回上诉法院辖区及第二巡回上诉法院辖区(下辖纽约州、康涅狄格州、佛蒙特州)。其中,4个案件来自哥伦比亚特区巡回区法院,这些案件中法官对自由裁量权例外均进行了严格的解释。例如,一个案件中,法官认为“未发出警告”不属于可自由裁量的行为;另一个案件中,法官认为使用武力的行为不属于自由裁量权的职能范围,即使该行为是出于保护总统安全考虑的合理反应。这些判例显示,哥伦比亚特区巡回上诉法院倾向于对条文规定进行严格解释,特别是对自由裁量权例外的适用规定了很高的标准。因此,中国今后应对涉及第二巡回区和哥伦比亚特区巡回区下辖法院内有关侵权例外的案件时,须更加严密地进行论证,满足上述这些法院对自由裁量权例外适用的高标准。在涉及跨州原告的情况下,还可以通过审前合并审查程序(multidistrict litigation)将诉讼合并转移至其他州联邦法院,避免遭遇上述巡回区法院的严格解释。

相比之下,虽然联邦第九巡回上诉法院(下辖加利福尼亚州、亚利桑那州、爱达荷州、夏威夷州、内华达州、俄勒冈州等)一向被认为是最富有自由精神的巡回上诉法院——倾向于扩大化、激进地解释相关法律。^③但在其有关侵权例外的实践中,却未体现出司法激进主义的特征——该巡回区没有一个案件适用侵权例外突破主权豁免。相比其他法院,这一巡回区的法院似乎倾向于尊重外国国家的主权,避免具有主权性质的国家侵权行为受到不当管辖。不过,考虑到侵权例外的规定比较模糊,且相关认定规则尚未受到最高法院的判决认可,很难预判该巡回区的法院未来

^① 参见林彦:《美国法院如何遵循先例》,《中外法学》2009年第6期,第955页。

^② See Andreas Broscheid, *Comparing Circuits: Are Some U.S. Courts of Appeals More Liberal or Conservative than Others*, 45 Law & Society Review 188-189 (2011).

^③ See Andreas Broscheid, *Comparing Circuits: Are Some U.S. Courts of Appeals More Liberal or Conservative than Others*, 45 Law & Society Review 174-175 (2011).

是否会不按常理出牌、扩大化地解释这一例外,在诉讼中也不可掉以轻心。

(三)立法进路:加紧制定侵权豁免相关立法

虽然可以基于案件特征和被告属性,多样化应对与我国相关的、因侵权行为引起的国家豁免诉讼,但以国家为被告的外国民事诉讼案件毕竟事关重大,专门化的国家豁免立法不可或缺。未来,应加紧制定一部纲领性的国家豁免立法,对中国在国家豁免相关案件中是否应诉、如何应诉进行宏观的指导以及专门的法律指引,并通过在相关立法中增设对“主权行为”的定义,避免我国的主权行为受到外国法院的不当管辖。另外,考虑到我国已经签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《公约》),未来《公约》一旦生效,我国必将面临从绝对豁免向限制豁免立场的转变,这更强化了加紧制定我国的国家豁免立法的重要性。

1. 细化规定与侵权豁免有关的关键问题

《公约》第12条规定,外国国家侵权行为引起的“人身伤害和财产损害”的诉讼不得援引管辖豁免,目前国际上主流的国家豁免立法也体现了对外国国家侵权行为豁免问题的共识。^①因此,我国未来如果进行国家豁免立法,侵权例外将是剥夺外国国家管辖豁免的重要突破口。然而,侵权例外与国家的统治权行为甚至是主权利益联系密切,与之有关的诉讼往往敏感而复杂。美国 FSIA 作为国家豁免领域的代表性国家立法,其第1605节(a)条(5)款的侵权例外在实践中已经引发了诸多争议,也为我国相关制度、条款的设计提供了警示和借鉴。我国未来在国家豁免立法中可以考虑对下列与侵权行为豁免有关的关键问题进行细化规定:第一,明确法院地国与外国侵权行为的行为发生地、损害结果地之间的领土联系要求。第二,明确损害赔偿的范围排除精神损害等无形损害赔偿,仅包括死亡、人身伤害或财产损害。第三,在政府官员或雇员造成侵权的情况下,对如何认定侵权行为是否发生在职权或雇佣范围内进行细化规定。第四,也是最为重要的一点,即明确哪些国家行为被排除在管辖豁免之外——《公约》不区分国家的统治权行为和管理权行为,^②而美国 FSIA 侵权例外通过自由裁量权例外规定,具有主权性质的国家行为不受管辖豁免例外的限制。显然,美国豁免法下的侵权例外对国家的主权行为给予了更多的尊重和保护,值得借鉴。

2. 为主权行为不受外国管辖设计制度保护

国家的侵权行为属于特殊的侵权形态,不同于国家责任源于对国际法义务的违反,侵权例外适用的侵权行为违反的是他国国内法规定的义务。如果一国具有统治

^① 参见王佳:《国家侵权行为的管辖豁免问题研究》,世界知识出版社2016年版,第209页。

^② See Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-third Session, A/CN.4/SER.A/1991/Add. 1 (Part 2), Commentary (8) of Article 12, p.45. 英文原文为:“While immunity has been maintained for acts jure imperil, it has been rejected for acts jure gestionis. The exception proposed in article 12 makes no such distinction.”

权性质的行为因适用侵权例外而受到他国法院的管辖,将意味着一国主权行为受到他国的管辖,对一国的主权利益会造成重大冲击。因此,未来国家豁免立法中不仅可以规定对国家豁免案件是否应诉、如何应诉,还可以通过立法途径最大程度规避外国法院对我国主权行为的管辖。例如,可以在我国的国家豁免立法中增设对“主权行为”的定义,这一定义可以高度原则性,留出解释的空间。未来在美国法院就自由裁量权例外的认定产生争议时,可以将我国立法中对“主权行为”的这一定义用做参考,主张涉诉行为属于中国法定义下的主权行为,避免美国法院根据 FSIA 第 1605 节(a)条(5)款对我国具有统治权特征的行为进行不当管辖。另外,还可以将对等豁免的政策主张通过国家豁免立法中的法律条文予以落实,明确对等豁免用做主权豁免的例外情形,一旦外国滥用其国内司法程序对我国的主权行为适用了侵权例外,我国也将对等适用该例外,这样成文化的对等豁免原则不仅可以表明我国坚决反对外国践踏我国主权的行爲,还能向他国具象化地展示我国可能采取的措施。

当然,结合目前国际形势,当下并非我国出台国家豁免法、转变绝对豁免立场的最佳时机。中国长期以来坚持绝对豁免的立场,已经构成对限制豁免一贯而连续的反对,如果此时断然转为限制豁免立场或对涉华案件直接应诉,在当前公共卫生危机和中美经贸摩擦的背景下可能引发外国国家或个人的滥诉,这些不必要的讼累不仅会耗费我国大量资源,还可能导致我国以后丧失主张绝对豁免的国际法法律地位。但是,仍然不可忽视对这一领域的研究,2020 年美国诉讼中对侵权例外规则的普遍运用显示出对外国国家侵权行为进行管辖的复杂性和敏感度,这是一个警示,更是一个契机,提醒我国未来应当对该领域的国家豁免立法开展更为细化的专门研究。

四、结语

根据对相关案件的统计和分析可知,美国法院对侵权例外规则的解读仍属保守,严格按照 FSIA 的立法原意和判例法确定的认定规则进行审理。虽然我国应对侵权例外规则的运用已有一定经验,但侵权例外与国家的主权利益毕竟联系密切,与之有关的诉讼往往敏感而复杂。因此,我国应灵活运用侵权例外的认定规则,参考他国在相关诉讼中的经验教训,在现有诉讼策略之上进一步优化、细化法律预案,对管辖权问题进行针对性回应的同时表达我国对主权豁免的强硬态度和坚定立场。

另外,考虑到当前外国国家侵权的形式呈现多样化、跨境化的特点,未来,我国应对网络空间侵权、公共卫生侵权、知识产权侵权等引起的国家豁免诉讼时还须保持警惕,持续观望美国法院是否有突破现有认定规则的扩张解释。当然,对侵权例外的应对不能局限于从司法角度“见招拆招”,还须加紧制定我国的国家豁免法。一方面,细化规定侵权行为国家豁免的有关问题,对因侵权行为引起的国家豁免诉讼中我国是否应诉、如何应诉设定宏观的法律指引;另一方面,通过在相关立法中增设对“主权行为”一词的定义,为避免我国的主权行为受到外国法院的不当管辖提供制度保护。

附表一 与侵权例外有关的涉华案件

	案号	被告	法院	争议的侵权例外规则	判决结果	回应方式
1	【已完结】Daub v. People's Republic of China <i>et al.</i> , 03 Civ. 4402 (2007)	中华人民共和国; 中国驻纽约总领事馆	纽约南区联邦地区法院	/	适用侵权例外, 法院做出缺席判决, 赔偿原告623,061.81美元。	外交途径
2	【已完结】Youming Jin <i>et al.</i> v. Ministry of State Security <i>et al.</i> , 475 F.Supp. 2d 54 (2007)	中国国安部、公安部; 中国中央电视台 (CCTV)	哥伦比亚特区巡回上诉法院	自由裁量权例外	不适用侵权例外, 驳回起诉。被告雇佣、培训和监督侵权行为人的行为属于人力资源决定, 涉及“政策判断”, 属于自由裁量权例外。	CCTV 应诉, 主张侵权例外不适用, 要求驳回起诉; 两部未回应, 中国国际私法学会提出“法庭之友”意见主张主权豁免。
3	【已完结】CYBERsitter, LLC v. People's Republic of China 805 F. Supp. 2d 958 (2011)	中华人民共和国	加利福尼亚中区联邦地区法院	自由裁量权例外	原告撤诉	外交途径
4	【已完结】Havensight Capital LLC v. People's Republic of China, Case No.CV 15-01206 DDP, 2015 WL 12778414 (2015)	中华人民共和国	加利福尼亚中区联邦地区法院	完整侵权规则	不适用侵权例外, 驳回起诉。因原告提交的证据不能证明诉称的侵权行为发生在美国境内。	未回应
5	【已完结】In re Chinese-Manufactured Drywall Products Liability Litigation, 168 F. Supp. 3d 918 (2016)	中国建材集团	路易斯安那东区联邦地区法院	完整侵权规则	不适用侵权例外, 驳回起诉。原告未能具体说明中国建材集团涉嫌在美国实施侵权行为, 不符合完整侵权规则。	中国建材集团提出驳回起诉的动议。
6	【已完结】Lin Zhang v. United States <i>et al.</i> , 177 F. Supp. 3d 242, 258 (2016)	美国; 中国台湾地区	哥伦比亚特区巡回上诉法院	完整侵权规则	不适用侵权例外, 驳回起诉。诉称的侵权行为未发生在美国境内。	未回应
7	【已完结】Stirling v. People's Republic of China <i>et al.</i> , 3:20-cv-00713 (2020)	中华人民共和国	俄勒冈州联邦地区法院	自由裁量权例外	不适用侵权例外, 驳回起诉。法院主动援引 FSIA §1605(a) (5) “非商业侵权例外”条款, 认为原告的过失索赔基于中国政府“行使或未行使自由裁量权的职能”, 无论该自由裁量权是否被滥用。	未回应

续表

	案号	被告	法院	争议的侵权例外规则	判决结果	回应方式
8	【已完结】State of Missouri v. People's Republic of China, 1:20-cv-00099 (2020)	中华人民共和国; 中国共产党; 应急管理部; 武汉卫健委; 湖北省政府、武汉市政府、武汉病毒研究所、中科院	密苏里州东区联邦地区法院东南分庭	自由裁量权例外	不适用侵权例外, 驳回起诉。诉称的行为属于自由裁量权例外情况。	中国国际私法学会两次提出“法庭之友”意见。
9	【进行中】Aharon <i>et al.</i> v. Chinese Communist Party & People's Republic of China, 9:20-cv-80604 (2020)	中华人民共和国; 中国共产党; 中石油美洲公司	佛罗里达州南区联邦地区法院	自由裁量权例外	等待传票送达	未回应
10	【进行中】Patella <i>et al.</i> v. People's Republic of China <i>et al.</i> , 1:20-cv-00433 (2020)	中华人民共和国; 中国共产党; 应急管理部; 武汉卫健委; 湖北省政府、武汉市政府、武汉病毒研究所、中科院	北卡罗来纳州中区联邦地区法院	/	等待传票送达	未回应
11	【进行中】Greco <i>et al.</i> v. People's Republic of China <i>et al.</i> , 5:20-cv-02235 (2020)	中华人民共和国; 中国共产党	宾夕法尼亚州东区联邦地区法院	/	等待传票送达	未回应
12	【进行中】Einsenberg v. People's Republic of China, 1:22-cv-10194 (2022)	中华人民共和国	马萨诸塞州联邦地区法院	自由裁量权例外	法院做出初步指示, 认为侵权例外不适用。防疫抗疫措施属于中国的政治、非商业活动, 并且这一活动受到中国官方认可, 属于“自由裁量权的职能”范围。	未回应

The FSIA's Non-Commercial Torts Exception: Judicial Applications and China's Response Strategies

Abstract: In recent years, the “Non-Commercial Tort Exception” in Section 1605(a)(5) of the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) has been extensively applied in the U.S. courts, as one of the exceptions to State Immunity under FSIA. In judicial practice, application of the Tort Exception involves the identification of three elements: the proper defendant, the situs of the torts and whether the infringement is a sovereign act. By raising defenses according to the latter two elements, foreign countries as defendants tend to obtain comparative advantages. As for China, although a few China-related cases involve the application of the Tort Exception, so far insufficient attention has been attached to it overall. Considering that the tortious act of a State and sovereign act are closely associated. The Tort Exception, once applied, may lead to the jurisdiction of U.S. court over China's sovereign act. In order to deal with the state immunity litigation related to the Tort Exception and to achieve judicial relief in the U.S. court, it is suggested that the current response strategy shall be optimized based on the relevant rules and scenarios, and the preparation of legal schemes shall be advanced depending on diverse defendant subjects, such as appearing in court to claim state immunity or make indirect response. It is further suggested that the drafting of domestic legislation on state immunity should be expedited, the issues related to the tortious act of a State shall be refined, and the definition of “sovereign act” shall be provided, so as to set macro legal guidelines and institutional protection for China in deal with FSIA state immunity litigations arising from the tortious act.

Key words: Foreign Sovereign Immunities Act; exceptions to state immunity; non-commercial tort exception; sovereign immunity; jurisdiction immunity

(责任编辑:乔雄兵)