

论国家主权豁免与 我国民事诉讼管辖制度的衔接

孙 劼*

内容摘要:在全面推进依法治国和“一带一路”建设过程中,必然会面临国家主权豁免案件。我国应摒弃既往实践中“从未处理”的做法,转而通过法院裁判的方式对国家主权豁免案件进行审查;在他国法院涉及我国主权豁免的案件中,我国也应通过参与诉讼的方式主张豁免,而不应单纯地依赖外交途径。在理论上,国家主权豁免是与主权派生出的司法裁判权相联系的制度,但是,在实践中,其通常与国际私法或涉外民事诉讼制度相结合,直接涉及国际民事裁判管辖权。因此,在具体程序方面,国家主权豁免的审查可以与我国《民事诉讼法》中的管辖制度相结合。由于司法活动的中立性和被动性,法院首先应当实行被动审查模式,国家主权豁免可作为管辖异议的理由被提出。不过,因为外国国家的特殊地位,法院也应当依职权采取主动审查模式。两种审查模式的分界时点应设在答辩期间届满,以便更好地与“应诉管辖”、“缺席判决”等制度衔接。

关键词:国家主权豁免 国际民事裁判管辖权 管辖权异议 依职权审查

国家主权豁免,系指一个国家及其财产未经该国同意免受另一国家法院的管辖和执行的国际法规范。^①其作为国际法的重要原则之一,不仅涉及国际公法领域的管辖权问题,同时也涉及国际私法领域的国际民事裁判管辖权问题、国际经济法领域的国家从事商事交易行为的相关问题。^②由于国际范围内至今没有产生

* 清华大学法学院2015级博士研究生、日本东北大学法学研究科博士研究生。

① 参见《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第5条;黄进:《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社1987年版,第1页;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课题》,北京大学出版社2005年版,第1页;王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第93页;车丕照:《国际经济法概要》,清华大学出版社2003年版,第54页;贾兵兵:《国际公法:理论与实践》,清华大学出版社2009年版,第245-246页;[意]安东尼奥·卡塞斯:《国际法》,蔡从燕等译,法律出版社2009年版,第133页。

② 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第93页。

一致的国际实践,致使国家主权豁免仍是国际法学领域的重要课题。然而,学者们对于国家主权豁免问题的研究仍主要集中在实体方面,如绝对豁免主义与相对豁免主义的争议、商业行为的判断标准等,而程序方面的研究则相对薄弱。我国正在推进“一带一路”建设,“引进来”与“走出去”并重,在此过程中必然会涉及国家及其财产的相关法律问题,包括国家主权豁免问题。同时,我国正处在全面推进依法治国的进程中,涉及国家及其财产这类重要且复杂的社会关系,^①应当通过法律对其进行有效调整。并且,该法律制度不仅应当包括实体方面,也应当包括程序方面。

本文以国家主权豁免与我国民事诉讼管辖制度的衔接为最终落脚点,首先,从处理国家主权豁免的方式和决定权问题展开,论证二者衔接的必要性;其次,从管辖权多层次概念的角度,探讨国家主权豁免与管辖权的衔接关系,论证二者衔接的可行性;最后,提出国家主权豁免的主动审查与被动审查两种模式,并将两种审查模式与我国现有的管辖制度结合,试图在现有法律体系中构建一套合理的审查国家主权豁免的程序制度,为我国将来实施国家主权豁免提供理论支持。

一、衔接的必要性:国家主权豁免的决定权

国家主权豁免的根据,历史上有4种学说,即治外法权说、国际礼让说、互惠说和国家主权说。^②在该问题上,当今学术界已基本达成共识,主张国家主权说,即认为在国际交往中,国家及其财产享有豁免权的根据是国家主权原则(主权平等原则)。换言之,国家及其财产享有的豁免权是国家主权派生出的权利。^③而主

① 我国在国家主权豁免方面,案件数量较多,且涉及问题复杂。1949年以来,我国在国家主权豁免方面的案件主要有:1951年永灏号油轮案,1953年纽约运通银行存款案,1957年贝克曼诉中华人民共和国案,1967年光华寮案,1977年海后一号案、烟花案,1979年湖广铁路债券案,1985年美国空难家属诉中国民航总局案,1992年列车颠覆案,1993年中国马牌烟花案、沃尔特斯夫妇案,2003年仰融案,2005年天宇案,莫里斯诉中华人民共和国案以及2008年FG半球联营有限责任公司诉刚果民主共和国案等。并且这些涉及我国国家主权豁免的案件,从最初仅以我国财产为诉讼标的,发展到以我国政府(含行政区划等)为被告,再到以我国国有企业为被告的同时以我国政府为共同被告,最后到我国法院受理国家主权豁免案件,全国人大常委会针对国家主权豁免问题作出相关说明。案件涉及的深度逐步推进,涉及的问题也愈加复杂。

② 参见黄进:《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社1987年版,第4-5页。

③ 参见贾兵兵:《国际公法:理论与实践》,清华大学出版社2009年版,第244页;[英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2007年版,第288页;车丕照:《国际经济法概要》,清华大学出版社2003年版,第54页。

权虽然以“权”为名,与其说是权力,不如说是身份,即主权者与共同体的其他成员的法律关系。^①一方面,作为主权者之国家因“平等者之间无管辖权”(par in parem non habet jurisdictionem)的基本理念而产生与其他国际社会成员之间的关系,导致主权国家之间互相给予豁免或互相不予管辖;另一方面,在国内社会,没有任何其他社会成员的意志高于国家意志,因此,在具体案件中,主权者有权决定是否给予以及如何给予国家主权豁免,而只要是主权者认可的机关作出的决定即有权代表主权者之意志。

关于由何机关处理国家主权豁免案件的问题涉及案件的两个方面:一方面,国家作为国家主权豁免案件的决定方时如何处理案件;另一方面,国家作为国家主权豁免案件的当事方时如何处理案件。考察各国实践,主要有两种做法:其一,作为主权者之国家通过行使“行政权”处理案件;其二,作为主权者之国家通过行使“司法权”处理案件。具体而言,当国家作为案件决定方时,其通过行政机关(如国务院)决定是否给予国家主权豁免的方式应当被认为是“行政权”的行使,而其通过司法机关(如法院)决定是否给予国家主权豁免的方式则应当被认为是“司法权”的行使;当国家作为案件当事方时,其通过行政途径(如外交声明)主张国家主权豁免的方式应当被认为是主张“行政权”的行使,而其尊重当地司法权(如参加诉讼)进而主张国家主权豁免的方式应当被认为是主张“司法权”的行使。并且,在后一情形中,作出外交声明或参加诉讼的机关本身的性质并不影响对国家所主张行使权力的性质的判断。例如,国家通过外交部等行政机关参加另一国家法院诉讼的行为仍应当被认为是尊重“司法权”的行使。就此而言,无论是通过“行政权”的行使还是“司法权”的行使来处理国家主权豁免问题,都是一国内政,都不违反国际法。然而,两种方式各有利弊,并且通常只有通过司法机关处理国家主权豁免案件,才有必要进一步讨论其与诉讼管辖制度的衔接问题。因此,本部分将就两种处理方式的选择进行论述,并分析利弊。

(一)我国处理国家主权豁免问题的实践

在进行方式选择及利弊分析之前,首先梳理我国处理国家主权豁免问题的国家实践,考察我国对于两种方式的立场态度。

一方面,当我国作为国家主权豁免案件的当事方时,涉及以我国政府(含行政区划、政府部门等)为被告的案件、以我国国有企业为被告并同时以我国为共同被告的案件以及以我国国家财产为诉讼标的物的案件。我国在该类案件中的国家实践和立场态度大致可以分为两个阶段:其一,中华人民共和国成立至改革开放

^① 参见车丕照:《身份与契约——全球化背景下对国家主权的观察》,《法制与社会发展》2002年第5期,第55页。

之前,我国主要通过行政途径(外交声明等)主张我国在国家主权豁免问题上的立场。^①在1951年永灏号油轮案和1953年纽约运通银行存款案中,我国交通部以及邮政总局发表了主张国家主权豁免的外交声明。在上述案件中,我国均拒绝通过司法途径(参与诉讼)解决国家主权豁免问题,而是通过外交声明解决问题,即在這一时期内,我国倾向于通过“行政权”的行使来交涉国家主权豁免问题。从案件结果来看,我国的立场在上述案件中均没有得到当地国家(或地区)法院的认可,最终只能通过反制手段对他国财产进行强制征用来维护国家权益。其二,自改革开放以来,我国逐渐倾向于通过参与诉讼的方式主张国家主权豁免。在1977年烟花案中,我国外交部在接到美国法院送达的传票后,通过外交照会声明了我国立场。但该案中,我国并未完全拒绝出庭,而是在调查后委派国内有关部门向法院提出了答辩。^②在1979年湖广铁路债券案中,我国也在反复发表外交声明未果后,于1983年8月进行了特别出庭请求撤销缺席判决,导致美国法院最终判决认为适用的法律不具有追溯效力而使得我国享有国家主权豁免。^③在1985年美国空难家属诉中国民航总局案、1996年马牌烟花案、2003年仰融诉辽宁省政府案、2005年天宇公司诉四川省政府及成都市青羊区政府案以及莫里斯诉中华人民共和国案中,我国政府也都通过参与诉讼或提出动议的方式主张了国家主权豁免。由此可见,改革开放以来,我国逐渐转向了通过“司法权”行使的方式来处理国家主权豁免问题。

另一方面,当我国作为国家主权豁免案件的决定方时,除2008年我国香港特别行政区法院受理过FG半球联营有限责任公司诉刚果民主共和国案(FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo)之外,我国内地法院从未受理过国家主权豁免案件。在该案诉讼过程中,我国外交部驻中国香港特别行政区特派员公署曾向香港上诉法院发出过信函,强调我国长期坚持绝对豁免

① 参见王海虹:《国家豁免问题研究》,中国政法大学2006年博士学位论文,第130-131页。

② 参见王海虹:《国家豁免问题研究》,中国政法大学2006年博士学位论文,第132页。

③ See Jackson v. People's Republic of China, 550 F. Supp. 869 (D. C. Ala. 1982); Jackson v. People's Republic of China, 596 F. Supp. 386 (D. C. Ala. 1984); Jackson v. People's Republic of China, 794 F.2d 1490, 5 Fed. R. Serv. 3d 7116 [C.A.11 (Ala.) 1986].

立场,香港法院在国家主权豁免问题上应与中央政府保持一致。^①2011年6月8日,香港终审法院作出临时判决,同时就该案提请全国人大常委会就《中华人民共和国香港特别行政区基本法》进行解释。同年8月26日,全国人大常委会就香港终审法院的提请通过了《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释》。从上述两个国家行为来看,虽然前者是通过行政部门作出的行为,后者是通过享有立法权的国家权力机关作出的行为,但是二者本质上都尊重中国香港特别行政区法院“司法权”的行使。但是,作为案件决定方,我国则从未处理过国家主权豁免案件,体现出拒绝通过“司法权”的行使来处理国家主权豁免问题的态度。

综合上述两方面的考察,可以得出以下两个结论:其一,当我国作为案件决定方时,从我国法院“不管辖、实践中也从未处理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件”^②的事实来看,我国在既往的国家实践中不倾向于通过“司法权”的行使来决定国家主权豁免问题;其二,当我国作为案件当事方时,我国主张国家主权豁免的方式正在从依赖外交途径向通过参与诉讼的方式转变,并且尽量通过法院地国的法律规定合理解决国家主权豁免问题;而判决后的处理方式也从强制征用、扣押等方式转变为通过调解、准据法的适用、法律的溯及力等方式减少或免除诉讼对我国国家财产的影响。换言之,在我国作为当事方的案件中,我国正在从“行政权”的行使逐渐向“司法权”的行使方向转变。

(二)美国在处理国家主权豁免问题方面的实践

美国在其国家主权豁免制度的发展过程中也经历了行政部门和司法部门权力交替的过程,该过程大致可分为三个阶段:第一阶段为1812年至1952年。1812年,美国最高法院受理的交易号诉麦克法登号案(The Schooner Exchange v. Mc-

① 我国外交部驻中国香港特别行政区特派员公署曾于2008年11月20日向香港上诉法院发出函件,作出如下阐述:“中国的一贯原则立场是,一个国家及其财产在外国法院享有绝对豁免,包括绝对的管辖豁免和执行豁免,从未适用所谓的‘限制豁免’原则或理论。中国法院不能管辖、在实践中也从未受理过以外国国家及政府为被告、或针对外国国家及政府财产的案件,不论该外国国家及政府的相关行为的性质和目的如何,也不论该外国国家及政府的相关财产的性质、目的和用途如何。同时,我国也不接受外国法院对以我国国家及政府为被告、或针对我国国家及政府财产的案件享有管辖权。我国政府的这一原则立场是明确和一贯的。”See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, [2010] 2 HKLRD 66, para. 90.

② 李飞:《关于〈全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第十三条第一款和第十九条的解释(草案)〉的说明》,《人民日报》2011年8月27日,第7版。

Faddon)被认为是美国处理外国国家主权豁免问题的开端。首席法官马歇尔在该案中首次阐述并确认了传统的外国国家主权豁免准则。美国是一个判例法国家,判例尤其是最高法院的判例对其后类似的诉讼具有法律效力。在其后的贝里兹兄弟公司诉佩萨罗号船案(Berizzi Bros Co. v. The Pesaro)和墨西哥共和国诉霍夫曼案(Republic of Mexico v. Hoffman)中,法院也遵循了相同的立场。^①在这一时期内,司法部门(法院)主要掌握着国家主权豁免的裁判权,即主要通过“司法权”的行使来决定国家主权豁免问题。

第二阶段为1952年至1976年。1952年5月19日,美国国务院发表了代理法律顾问泰特致司法部长的公函,即著名的泰特公函。该公函除了说明美国将采取限制豁免主义的做法外,还指出,以后遇有外国政府要求豁免时,国务院将随时向司法部提出劝告并将国务院所采取的行动通知司法部。^②在其后的胜利运输公司诉供应和运输委员会案(Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes)、纽约和古巴邮轮诉韩国案(New York and Cuba Mail S. S. Co. v. Republic of Korea)、哈里斯和公司广告公司诉古巴共和国案(Harris and Company Advertising, Inc. v. Republic of Cuba)、里奇诉纳维拉股份公司案(Rich v. Naviera Vacuba, S.A.)、化学自然资源公司诉委内瑞拉共和国案(Chemical Natural Resources Inc. v. Republic of Venezuela)等案件中,尽管法院所采取的绝对豁免或相对豁免的立场不一致,但是都反映出其根本目的在于维护美国利益和推进美国的对外关系,并且政府行政部门在国家主权豁免问题上开始实际享有决定权力。^③在这一时期,涉及国家主权豁免的案件总是起始于法院,而最后决定权却归于国务院,^④即主要通过“行政权”的行使来决定国家主权豁免问题。

第三阶段为1976年至今。1976年10月21日,美国国会通过了《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA),正式以立法的形式把外国国家主权豁免问题纳入国内司法管辖范围。^⑤前述很多涉及我国的案件就发生在这一时期的美国法院。在这些案件中,法院而非国务院对国家主权豁免问题享有决定权,即回归到了主要通过“司法权”的行使来决定国家主权豁免问题。

① 参见周小林:《美国国家豁免问题的理论和实践》,《法学研究》1981年第4期,第60页。

② 参见何志鹏:《主权豁免的中国立场》,《政法论坛》2015年第3期,第66页。

③ 参见周小林:《美国国家豁免问题的理论和实践》,《法学研究》1981年第4期,第61-62页。

④ 周小林:《美国国家豁免问题的理论和实践》,《法学研究》1981年第4期,第62页。

⑤ 参见周小林:《美国国家豁免问题的理论和实践》,《法学研究》1981年第4期,第63页。

(三) 国家主权豁免的决定权之选择

在考察了我国和美国在国家主权豁免方面的国家实践后,笔者认为,当我国作为案件决定方时,我国应该通过立法的形式明确国家主权豁免是司法性质的问题,其决定权应在司法部门,即主要在各级法院,而“行政权”的行使则应当仅作为“司法权”行使的辅助手段;当我国作为案件当事方时,针对外国法院对我国国家及财产的管辖和执行,我国也应主要通过参与诉讼来主张国家主权豁免,而不是仅通过外交途径与外国国家交涉周旋。其理由主要基于以下两方面:

一方面,当我国作为国家主权豁免案件当事方时,上述案件反映出外交声明等方式作用的有限性,即在该类案件中行使“行政权”方式的局限性。首先,外交方式解决该类问题具有不经济性。随着国际经济交往的频繁,对外商业活动中发生争议的可能性增加,这种争议有大有小,要想每个案件都通过外交途径解决,事实上是难以做到的。^①其次,现今的外交方式解决缺乏有效性。上述司法实践清晰的反映出两种趋势:其一,随着时间的推移,外交途径能够发挥的作用在限缩。并且,在案件中,我国即使通过外交声明主张国家主权豁免,外国法院仍然会按照其诉讼程序进行裁判,而很少受到外交声明的影响。其二,即使是通过参与诉讼的方式主张国家主权豁免,我国主张的绝对豁免主义的立场也不会被采取相对豁免主义的国家法院所接受。法院会根据其本国的法律或立场进行裁判。即使法院判决我国享有国家主权豁免,也并非因为法院尊重了我国绝对豁免主义的立场,而是因为不符合“直接影响”标准或不是商业行为等理由而不能适用国家主权豁免例外,进而享有国家主权豁免。由此可见,参与诉讼的方式都无法影响法院在国家主权豁免方面立场的选择,外交途径的影响力更为有限。综合前述两种趋势而言,外交途径在国家主权豁免问题上,无论是对于案件的诉讼程序还是裁判结果都缺乏有效的影响力。

另一方面,当我国作为国家主权豁免案件决定方时,如前所述,国家有权选择由何机关决定国家主权豁免问题,但是国家主权豁免原则作为由主权派生出的、与司法管辖权并列的原则,其本质是一种司法方面的原则,而通过“行政权”的行使决定国家主权豁免问题会导致权力分工的混乱。我国不是三权分立国家,不存在立法权、行政权、司法权的分离问题,但是我国各个国家机关或组织行使自己的

^① 参见林欣、李琼英:《国家对外商业活动中的主权豁免问题》,《中国社会科学》1991年第2期,第194页;王海虹:《国家豁免问题研究》,中国政法大学2006年博士学位论文,第138-140页;吕孝辰:《相对豁免原则的国际法应用及其对中国的启示——以“华晨案”和“中航油案”为例》,《商业文化》2010年第8期,第44页。

职权,进行分工合作。中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议(以下简称“十八届四中全会”)强调,“完善确保依法独立公正行使审判权和检察权的制度。各级党政机关和领导干部要支持法院、检察院依法独立公正行使职权”。^①新修改的《中华人民共和国宪法》(以下简称“《宪法》”)在規定人民法院、人民检察院和监察委员会时,也使用了“独立行使”、“分工负责”、“互相配合”、“互相制约”等表述。^②十八届四中全会决定与我国《宪法》所强调的正是国内层面上行政与审判、检察、监察等机关应分工负责。国家主权豁免制度是涉及司法管辖权的制度,判断另一国家及其财产在我国是否享有国家主权豁免的权力应当属于法院审判系统。美国20世纪主权豁免立法的目的也在于把决定豁免保护效力的职能转移给法院,以便依法律原则对豁免请求进行裁定。^③除此之外,通过“行政权”的行使处理国家主权豁免案件,也在某种程度上体现出不透明性和缺乏严格程序性,容易导致国家在主权豁免问题上立场不明确、判断标准不公开、不稳定等弊端。

综合以上两方面理由,笔者认为,当我国作为国家主权豁免案件决定方时,我国应该确立相关法律制度,通过司法裁判方式对国家主权豁免问题进行审查和判断。即使我国仍然坚持绝对豁免主义立场,在国家主权豁免案件中也会涉及是否存在放弃豁免的行为等问题的审查和判断,这就需要通过司法裁判的方式进行处理。同时,当我国作为国家主权豁免案件当事方时,我国应该更多地通过参与诉讼的方式主张豁免,而不是单纯地采取外交方式声明我国立场。

二、衔接的可行性:国家主权豁免与管辖权的关系

如前所述,当我国作为案件决定方时,我国应主要通过“司法权”的行使来决定国家主权豁免案件。在国际法上,国家“司法权”的行使通常与“管辖权”相联系。然而,“管辖权”是一个宽泛的概念,在不同层次上对应着不同的含义。因此,在论述国家主权豁免与具体诉讼管辖制度的衔接问题之前,有必要先考察国家主权豁免与“管辖权”的关系以及二者在何种层次衔接的问题。

^① 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014年10月29日,第1版。

^② 参见《中华人民共和国宪法》第127条、第131条、第136条和第140条等。

^③ 参见[澳]M.索纳拉贾赫:《限制主权豁免理论适用中的问题》,赵红野译,《国外法学》1986年第6期,第20页。

(一) 国家主权豁免与“管辖权”理论上之关系

有学者认为,当一个国际民事案件^①寻求司法解决之时,首先应当考虑的问题是本国对该案件是否可以行使“司法裁判权”(jurisdiction)。“司法裁判权”是国家享有的权力,是国家主权的表现。除了国际法的限制,如基于国家及其财产豁免权、外交和领事豁免权以及国际组织及其有关人员的管辖豁免权而不得行使管辖权,各国基于主权原则都有司法裁判权。^②当确认了案件不属于前述裁判权豁免的范畴,可以进行司法管辖之时,接下来的问题便是本国法院是否应当管辖该案件,即“国际民事裁判管辖权”(international jurisdictional competence)问题。如果确定本国法院可以进行管辖,接下来将涉及“特别管辖权”的问题,即由哪个地区的哪类、哪级和哪个法院具体审理案件。^③由此看来,通常所称之“管辖权”涉及与主权相联系的“司法裁判权”、国际私法或涉外民事诉讼法意义上的“国际民事裁判管辖权”以及民事诉讼法上的“特别管辖权”3个层次。

从理论层面考察,笔者赞同上述学者的观点。如前所述,国家及其财产享有的豁免权是国家主权派生出来的权利;而作为司法裁判权的“管辖权”亦是国家主权内在和不可或缺的要素。由此看来,管辖权和豁免权都是国家主权的衍生和体现。^④这两个从国家主权原则中派生出的权力和权利,是国家主权身份的一体两面,当国家豁免权限缩之时,国家管辖权就会随之扩大,反之亦然。换言之,二者

① 在国际交往中,国家可以不同身份在3类关系中出现,即国家之间的关系、国家与私人的管理关系以及国家与私人的平等关系。国家间关系中的国家通常不能被国内法院管辖,而是通过国家之间的外交途径或第三方国际机构进行裁判;而国家与私人的管理关系,通常是通过私人在东道国司法或行政机构寻求当地救济,或寻求母国的外交保护等,而不会在另一国家法院被管辖。因此,国家主权豁免往往涉及国家与私人之间的平等关系。而在一些有国家主权豁免立法的国家,涉及国家的刑事诉讼案件又被排除在国家主权豁免的范围之外,如英国1978年《国家豁免法》第16条、新加坡1979年《国家豁免法》第19条、南非1981年《外国国家豁免法》第2条、巴基斯坦1981年《国家豁免法令》第17条、1982年《外国国家在加拿大法院豁免法》第17条等。除此之外,《关于通过〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉的联合国大会决议》中同样说明《联合国国家及其财产管辖豁免公约》“不涉及刑事诉讼程序”。因此,更进一步来说,国家豁免通常适用于国家与私人之间平等民事关系的案件。

② 参见李旺:《国际民事诉讼法》,清华大学出版社2011年版,第13页。

③ 参见李旺:《国际私法》,法律出版社2011年版,第273页。

④ 参见孙林:《国家主权豁免原则的发展趋势》,《国际问题研究》1984年第1期,第59页;周晓林:《审判管辖权与国家豁免》,《中国国际法年刊》(1988),法律出版社1988年版,第91页;张露黎:《国家豁免专论》,中国政法大学2005年博士学位论文,第7页。

之间是“非此即彼”的关系,^①主权者对于不享有国家豁免权的主体或物(英美法系中有“对物诉讼”)即享有司法裁判权。有人会质疑此种“非此即彼”的关系,认为并不是所有不享有国家主权豁免的情况下主权者均享有管辖权,如案件与某国不具有“实质联系”或者因“不方便法院原则”而致使法院不具有管辖权的情形。就此而言,前述司法裁判权是国际公法意义上的管辖权,其涉及的是主权派生的权力划分问题,受主权者的意志支配。其与国际私法意义上的国际民事诉讼管辖权是不同的概念。而不具有“实质联系”或者因“不方便法院原则”而不具有管辖权正是国际民事诉讼管辖权的范畴,其受国际私法和涉外民事诉讼法的支配,涉及的不是主权者权力划分的问题,而是与他国管辖权协调和分配的问题。具有司法裁判权是前提,只有享有司法裁判权才能继续考察在具体案件中是否具有国际民事裁判管辖权,因此,实践中会出现享有司法裁判权但对案件最终不具有管辖权的情况。

综上所述,就理论层面而言,与国家主权豁免所对应的“管辖权”应该是作为主权派生权力的“司法裁判权”,其应当是国际民事裁判管辖权的前提(如图1)。

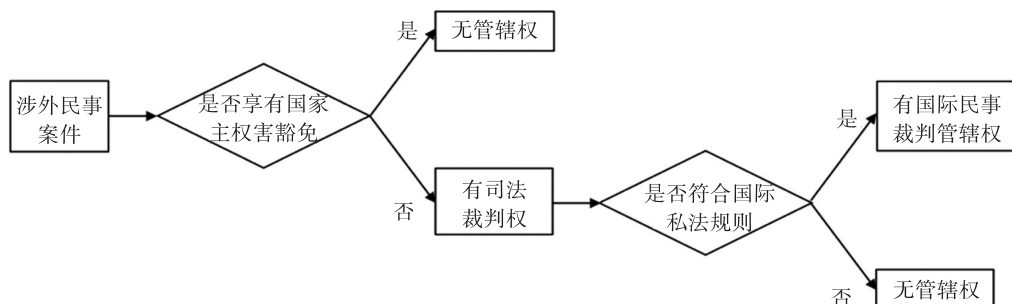


图1 国家主权豁免与管辖权理论上之关系

(二)国家主权豁免与“管辖权”实践中之关系

如上所述,司法裁判权涉及的是一国是否有权管辖的问题,而国际民事裁判管辖权涉及的是一国在具体案件中是否应当管辖的问题,二者是不同层面的问题。然而,这种区分是理论层面的,在实践中,经常出现的情形是一个法院既要对司法裁判权进行判断又要对国际民事裁判管辖权进行判断。因此,在享有国家主

^① 应当予以说明,此处所称“非此即彼”的关系,仅指涉及国家主权豁免的案件,在其他案件中,法院也可能因为外交或领事的特权与豁免等原因而不享有司法裁判权。

权豁免的主体或物所涉及的案件以及不具备国际民事裁判管辖权条件的案件中,法院都不具有管辖权;反之,只有涉案主体或物不享有豁免且具备国际民事裁判管辖权条件时,法院才具有管辖权。两种管辖权实际上没有一定的先后判断顺序,进而在实践中往往出现将二者一并判断处理的情况,导致二者在实践中的混同与结合。

既有的国际造法和各国立法中便有将国际私法规则与国家主权豁免相结合的规定。如《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称“《豁免公约》”)^①第 10 条第 1 款规定:“一国如与外国一自然人或法人进行一项商业交易,而根据国际私法适用的规则,有关该商业交易的争议应由另一国法院管辖,则该国不得在该商业交易引起的诉讼中援引管辖豁免。”有学者对这条规定的理解是,国家主权豁免的前提是法院地国要享有有效的管辖权,而该条规定中“根据国际私法适用的规则”即是决定法院是否有管辖权的基础。换言之,关于判定管辖权是否存在的具体标准,要“依国际私法规则中的住居所、国籍、领土连系、或是物之所在地等观念来决定”。^②笔者对该条规定的理解与该学者持不同观点。该学者对规定的理解可以被拆分成两个部分来考察:首先,其认为国家享有有效的管辖权是国家主权豁免的前提,即认为国家主权豁免是管辖权的例外,只有在有管辖权时才涉及国家主权豁免的问题;其次,其认为判断作为前提的管辖权的方法是“根据国际私法适用的规则”。前一部分观点涉及国家主权豁免与管辖权之间何为例外的问题。该问题历来都有争议,但是现在学者们大多比较倾向于认为国家主权豁免是管辖权的例外。^③因此,该学者将有效的管辖权视为国家主权豁免的前提的观点与大多数学者的观点一致,笔者亦赞同。但是,关于后一部分观点,《豁免公约》的

① 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》于 2004 年 12 月 2 日联合国第 65 次全体大会通过,28 个国家签署了该公约,21 个国家批准、接受、核准或加入了该公约,但根据其第 30 条之规定,至今未生效。我国于 2005 年 9 月 14 日签署了该公约,但至今未批准该公约, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=III-13&chapter=3&clang=en, 2018 年 4 月 20 日访问。

② 陈纯一:《国家豁免问题之研究——兼论美国的立场与实践》,三民书局 2000 年版,第 33 页。

③ 目前的主流国际法教材都将豁免视为管辖权的限制。See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* 487-506 (Oxford University Press 2012); Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations* 270-284 (Oxford University Press 2012); Malcolm Shaw, *International Law* 697-750 (Cambridge University Press 2008); 参见梁西主编、曾令良主持修订:《国际法》(第三版),武汉大学出版社 2011 年版,第 87-88 页。何志鹏:《主权豁免的中国立场》,《政法论坛》2015 年第 3 期,第 77 页。

规定所表述的“根据国际私法适用的规则”虽然是判断是否有管辖权的方法,但是这种方法并不是判断作为国家主权豁免前提的管辖权的标准。作为国家主权豁免前提的“管辖权”应该是指最高层次的“司法裁判权”,是主权权力的体现,而《豁免公约》中“根据国际私法适用的规则”判断的管辖权则是国际民事裁判管辖权。由此来看,该学者观点理解错误的原因在于其忽视了“管辖权”的多层次性。

从司法裁判权与国际民事裁判管辖权区分的角度来考察,虽然能够解释对《豁免公约》规定理解的谬误,但是尚没有完全解决如何具体解释适用上述《豁免公约》规定的问题。《豁免公约》尚未生效,因此没有国际实践可供参考。然而,除了《豁免公约》外,也有他国国内立法将国际私法规则引入国家主权豁免制度中的情形,如美国《外国主权豁免法》第1605条第1款第2项规定:“如有下列任何一项情况,外国不能免于联邦法院或各州法院的管辖:该诉讼是基于该外国在美国进行的商业活动而提出的;或者基于与该外国在别处的商业活动有关而在美国完成的行为提出的;或者基于与该外国在别处的商业活动有关,而且在美国领土以外进行但在美国引起直接影响的行为提出的”。该条款针对商业活动的3种情形进行了规定,分别要求“在美国进行”、“在美国完成”以及“在美国引起直接影响”。这3个要求本质上是国际私法或涉外民事诉讼法上对案件与法院地有实质联系要求的体现。因此,可以美国实践为参考,阐释如何解释适用这类条款的问题。

以前述提及的莫里斯诉中华人民共和国案(Morris v. People's Republic of China)为例。在该案中,法院阐述了适用国家豁免的基本原则,即“在《外国主权豁免法》之下,除非列举的例外被适用,外国国家被推定免除美国法院的管辖”。在具体分析过程中,法院首先认为,要在《外国主权豁免法》下挑战管辖权,被告必须首先提出“初步证据证明其为外国主权者”;其后,法院审查了《外国主权豁免法》中商业活动例外的情形,认为其没有满足“直接影响”和“在美国”的直接影响两个要件,驳回了原告的请求。^①对该案裁决进行理论分析可以得出以下结论:首先,国家管辖权(司法裁判权)既是原则又是前提,没有司法裁判权就没有国家主权豁免问题的产生,进而也就不会涉及商业活动例外的审查,因此,应从原则着手。关于司法裁判权的判断方法,如前所述,司法裁判权与国家豁免权是“非此即彼”的相伴相生关系,即只要是主权者,对于没有国家主权豁免情况的案件即享有司法裁判权。因此,对于一国(主权者)的法院而言,作为前提的司法裁判权本质上没有具体的判断标准,通常可以默认享有司法裁判权。这也正是美国法院不考虑司法裁判权而直接进行国家主权豁免审查的原因。其次,对国家主权豁免的审

^① See Morris v. People's Republic of China, 478 F.Supp.2d 561 (S.D.N.Y. 2007).

查,其本质上只有一个适用条件,即主体是“外国国家”^①。这也正是美国法院在裁决中为何首先要求被告提出初步证据证明为“外国主权者”的原因。最后,既然国家主权豁免本质上是司法裁判权的例外,而国家从事商业活动又是国家主权豁免的例外,因此商业活动就是司法裁判权“例外的例外”。在司法裁判权没有具体的判断标准而国家主权豁免仅需初步证据证明为“国家”的情况下,这就导致在司法实践中,法院通常直接从管辖权“例外的例外”开始审查。符合豁免例外的构成要件则有管辖权,不符合则适用国家主权豁免。但是,需要注意的是,规定中“例外的例外”其实包含两个部分:其一,商业活动的判断;其二,与法院地有实质联系的判断(国际私法规则)。前者是判断司法裁判权的要件之一,而后者则是判断国际民事裁判管辖权的要件。因此,该规定中就出现了将二者结合混同的情况。分析完美国法下的案例,再考察《豁免公约》的规定,就会发现其适用的法理是一致的,即规定中的“一国”是判断国家主权豁免的要件,而“商业交易”与“根据国际私法适用的规则”则是两种管辖权结合判断的情况。

综上所述,在实践中,法院通常不会区分司法裁判权和国际民事裁判管辖权等理论层次,而是直接从“国家”和例外情形(包含国际私法规则的适用)两个构成要件入手,判断是否具有管辖权(见图2)。

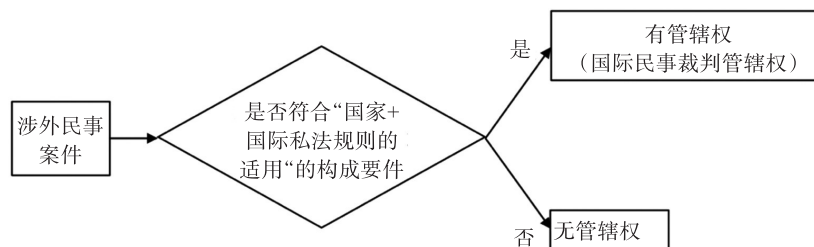


图2 国家主权豁免与管辖权实践中之关系

总体而言,在理论层面,国家主权豁免是仅与司法裁判权相关的制度,而法院

^① “国家”(State)是个抽象的概念。国家的行为都是由代表国家的实体完成的。因此,要确定作为国家豁免主体的“国家”,就必须确定代表国家或经国家授权从事国家行为的实体。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条第1款b项规定:“‘国家’是指:(一)国家及其政府的各种机关;(二)有权行使主权利力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治区分单位;(三)国家机构、部门或其他实体,但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权利力;(四)以国家代表身份行事的国家代表。”其强调的是行使主权利力的实体,即行使作为主权者(sovereignty)的“国家”权力的实体。

是否具有国际民事裁判管辖权则是进一步与国际私法规则或涉外民事诉讼法规则有关的问题;而在实践层面,外国国家主权豁免的审查与国际私法规则或涉外民事诉讼规则的适用产生了混同结合的情形。法院并不区分司法裁判权和国际民事裁判管辖权两个层次管辖权的问题,而是将国际私法规则或涉外民事诉讼规则纳入国家主权豁免的审查中一并处理。笔者认为,对于管辖权多层次的理论区分虽有必要,其对于阐明理解和适用的错误非常重要,但是实践中未免导致不易操作,因此,可以借鉴《豁免公约》的规定和他国的做法,将国家主权豁免与国际私法和涉外民事诉讼规则结合起来。

三、衔接的具体安排

尽管国家主权豁免排除的司法裁判权与涉及国际私法规则或涉外民事诉讼规则的国际民事裁判管辖权是两个层面的管辖权问题,但是,归结到特定案件上时,二者本质上都涉及一国法院对该案件是否能够进行管辖的问题。因此,将二者结合起来一并审查判断既不违背法理,也能够简化司法程序。具体而言,结合我国的法律规定,即是将国家主权豁免制度与《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“《民事诉讼法》”)中管辖制度的相关规定相衔接。

(一)国家主权豁免的被动审查与主动审查

在确定具体制度之前,首先应该明确国家主权豁免审查的主要方式,即是通过被动审查的方式进行,还是通过主动审查的方式进行,抑或是二者兼有。笔者认为,在审查的主要方式方面应当二者兼有,但应以被动审查为主、主动审查为辅。

一方面,法院作为国家审判机关,其主要职能是裁判,而司法裁判的本质特征要求法院本身在司法活动中处于中立和被动的地位。^①换言之,被动性是司法的主要特点。而被动性体现在国家主权豁免的程序方面便是被动审查,具体而言,即是指国家主权豁免可以作为管辖权异议的一种理由由被诉或被涉及国家财产的外国国家在答辩期间向法院提出而进行审查。除此之外,中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中指出:“改革法院案件受理制度,变立案审查制为立案登记制,对人民法院依法应该受理的案件,做到有案必立、有诉必理,保障当事人诉权。”^②由此可知,保护当事人诉权也是法院的重要任务。在被动审查的模式下,法院不主动对案件是否属于国家

^① 参见陈瑞华:《司法公正与司法的被动性》,《人民法院报》2001年3月19日,第3版。

^② 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《人民日报》2014年10月29日,第1版。

主权豁免范畴进行审查,不仅在立案阶段保障了当事人的诉权,也给应诉管辖制度的适用留出了适当空间。

另一方面,由于外国国家的特殊地位,法院也有必要在适当时依职权主动审查,即实行国家豁免的方式除外国国家主张(即人民法院被动审查)外,法院也应当依职权进行审查(即人民法院主动审查)。主动审查制度在国际法和各国立法中均有所体现。《豁免公约》第 6 条第 1 款规定:“一国应避免对在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖,以实行第 5 条所规定的国家豁免;并应为此保证其法院主动地(on their own initiative)确定该另一国根据第 5 条享有的豁免得到尊重”;《关于国家豁免的欧洲公约》第 19 条第 1 款规定:“法院对以缔约国为当事人而提起的诉讼,应在一方当事人的请求下,或如其本国法律许可,得依职权拒绝该案件的进行或中止诉讼程序”。除此之外,各国法律也都有“对在诉讼中未出庭的国家,法院亦应实施本条所赋予的豁免”之规定或类似规定。^①这些规定都要求法院在被动审查的同时,也要通过主动依职权的方式审查国家主权豁免,以保证对他国主权的尊重。尽管上述条约规定对我国不具有约束力,但是,其与他国国内法的规定共同反映出的平等主权者之间互相尊重主权的理念是符合国际法原则的,应当予以采纳。

但是,需要说明的是,即使要求法院主动审查,国家主权豁免的实行仍然应当主要依据外国国家的主张和法院的被动审查。因为,被动性才是司法的本质特征,主动审查则应当是辅助情形。

(二)审查模式与管辖制度的结合

在明确了对国家主权豁免问题应同时采取被动审查和主动审查方式之后,将进一步分析国家主权豁免与我国管辖制度相关程序规定的衔接问题,即将两种审查模式与国家主权豁免、我国管辖制度的规定相结合。要讨论衔接问题,就应当首先明确我国现有的制度包括哪些。

我国《民事诉讼法》及其相关司法解释的规定是我国在管辖制度方面最为重要的规定,其中具有最为紧密联系的制度主要包括管辖权异议制度、应诉管辖制度和缺席判决制度等。但是,另一方面,我国尚没有成文的国家主权豁免立法,换言之,无论是国家主权豁免的实体方面还是程序方面,我国都还没有形成一套规则。尽管我国已经签署了联合国《豁免公约》但尚未批准,且《豁免公约》本身也尚未生效。因此,《豁免公约》的规定对我国尚不具有约束力。但是,本

^① 如英国 1978 年《国家豁免法》第 1 条第 2 款、新加坡 1979 年《国家豁免法》第 3 条第 2 款、巴基斯坦 1981 年《国家豁免条例》第 3 条第 2 款、加拿大 1982 年《外国国家在加拿大法院豁免法》第 3 条第 2 款。

部分探讨的是管辖方面的程序问题,并不涉及绝对豁免主义与相对豁免主义的争议。无论是采绝对豁免主义还是采相对豁免主义,都要面临管辖方面审查和判断的程序过程,因此,《豁免公约》中关于程序方面的规定是可以被借鉴作为参考的。《豁免公约》中涉及的程序问题主要包括“参加法院诉讼”的规定和“缺席判决”制度等。因此,便可将衔接的问题简化为我国《民事诉讼法》中的相关制度与《豁免公约》中相关程序安排的衔接问题。将该衔接问题与前述两种审查模式相结合,其问题的核心便是保护当事人诉权与尊重外国国家主权之间的平衡点在何处,即被动审查与主动审查的分界时点应设在何时。笔者认为,二者的分界时点应设在答辩期间届满(即提交答辩状期间届满)(如图3)。

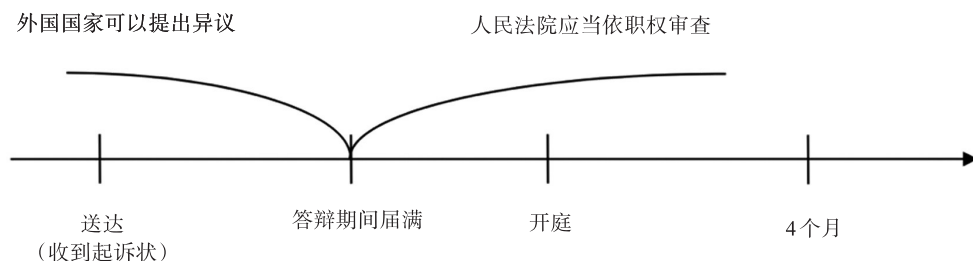


图3 人民法院被动审查与主动审查分界时点示意图

具体而言,人民法院受理对外国国家提起的诉讼时,该外国国家基于国家主权豁免对管辖权有异议的,可以在提交答辩状期间提出。人民法院对外国国家提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定该外国国家享有国家主权豁免,驳回原告的起诉;异议不成立的,裁定驳回管辖异议。而外国国家在答辩期间届满后未提出管辖异议或主张国家主权豁免,人民法院应当依职权审查,认定诉讼属于国家主权豁免范围的,裁定驳回原告的起诉。以下具体阐述各具体制度的衔接及其理由。

首先,考察我国现有的涉外民事诉讼中管辖制度的相关安排。我国《民事诉讼法》第127条第1款规定:“人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。”第268条第1句规定:“被告在中华人民共和国领域内没有住所的,人民法院应当将起诉状副本送达被告,并通知被告在收到起诉状副本后30日内提出答辩状。”结合这两条规定可知,管辖异议的期间为“提交答辩状期间”,而根据我国现有规定,涉外民事

诉讼程序中的提交答辩状期间一般为30日,换言之,被动审查管辖权的期间为提交答辩状期间的30日。另一方面,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“《民事诉讼法解释》”)第35条规定:“当事人在答辩期间届满后未应诉答辩,人民法院在一审开庭前,发现案件不属于本院管辖的,应当裁定移送有管辖权的人民法院。”此处需要特别说明的是,《民事诉讼法》中的“提交答辩状期间”与《民事诉讼法解释》中的“答辩期间”所指向的是同一概念,在民事诉讼法学界,学者们也经常将两个概念交替使用。^①因此,根据上述《民事诉讼法解释》的规定,法院在答辩期间届满后应当依职权移送不属于本院管辖的案件,换言之,主动审查管辖权的期间为答辩期间届满至一审开庭前。但是,此处《民事诉讼法》的规定与国家主权豁免的被动审查和主动审查不完全相同,即法院依《民事诉讼法》上述规定而审查的管辖权并不是司法裁判权或国际民事裁判管辖权,而是第三个层次的“特别管辖权”。对于国家主权豁免的审查结果涉及我国法院是否有管辖权,而依据《民事诉讼法》上述规定的审查结果通常仅涉及哪级哪个法院有管辖权。虽然涉及的管辖权层次不同,但仍可从该条规定中看出在该层次管辖权审查方面被动审查和主动审查的分界时点,并以此作为国家主权豁免程序安排的参考。

其次,考察我国现有的应诉管辖制度与国家主权豁免中的“参加法院诉讼”制度。我国《民事诉讼法》第127条第2款规定:“当事人未提出管辖异议,并应诉答辩的,视为受诉人民法院有管辖权,但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”本条所规定的制度在学理上被称为“应诉管辖”或“默示协议管辖”。^②另一方面,《豁免公约》第8条第1款b项规定:“在下列情况下,一国不得在另一国法院的诉讼中援引管辖豁免:介入该诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤。但如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实,则它可

① 江必新大法官在解释民事诉讼法修改新规定的一项制度——应诉管辖的条件时,认为其中一要件为“当事人未在答辩期内提出管辖权异议”,而此处的“答辩期”应当指“提交答辩状期间”,参见江必新主编:《民事诉讼新制度讲义》,法律出版社2013年版,第210页;宋朝武教授在其教科书中谈及管辖权异议时,认为“人民法院受理的第一审民事案件,当事人对管辖权有异议的,必须在法定的答辩期限内(即《民事诉讼法》规定的被告应当在收到起诉状副本之日起15日内)提出。当事人在法定的答辩期间内对受诉法院的管辖权提出了异议,但是在受诉法院就有无管辖权问题作出裁定前,又以书面或口头形式表示接受受诉法院管辖的,视为当事人自动放弃了异议”,而此处的“答辩期限”与“答辩期间”也均指“提交答辩状期间”,参见宋朝武主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社2015年版,第162页。

② 参见江必新主编:《民事诉讼新制度讲义》,法律出版社2013年版,第205-206页;江伟主编:《民事诉讼法》,高等教育出版社2013年版,第160页。

以根据那些事实主张豁免,条件是它必须尽早这样做。”根据《豁免公约》规定,外国国家参与法院诉讼的行为被认为是默示同意行使管辖或默示放弃豁免。该规定本质上与我国《民事诉讼法》中规定的“应诉管辖”的效果是一致的,可将两个规定视为同一制度进行安排。《豁免公约》对于默示放弃豁免的行为没有规定相应期限。而关于我国《民事诉讼法》的规定,有学者认为,应从应诉答辩的立法目的和制度内涵来加以解释,“未提出管辖权异议”指的是答辩期内没有提出,而对“应诉答辩”则不应设阶段的限制。^①换言之,除了在送达至答辩期间届满这段时间内未提出管辖权异议而对实体问题进行答辩的典型情形外,超过答辩期间应诉答辩的,也属于应诉管辖的情形。

再次,考察缺席判决制度。缺席判决制度本身与管辖制度的关系并不紧密,但是其涉及应诉管辖的问题,在此作简要分析。《豁免公约》第23条第1款规定:“不得对一国作出缺席判决,除非法院已查明:(a)第22条第1款和第3款规定的要求已获遵守;(b)从按照第22条第1款和第2款送达传票或其他起诉文书之日算起,或视为已送达之日算起至少已经4个月;并且(c)本公约不禁止法院行使管辖权。”由此可知,法院对案件具有缺席判决权力的条件是:第一,送达及诉讼文书符合法定要求;第二,法院对案件享有管辖权;第三,自送达之日起4个月,此处的“送达”即指被告收到起诉状。另一方面,我国《民事诉讼法》第143~145条也主要规定了缺席判决制度适用的情形。但是,相较于《豁免公约》中的3个适用前提条件,我国法律对于缺席判决的期限并没有严格要求。因此,对于国家主权豁免缺席判决制度的衔接应作特别安排。结合前述应诉管辖制度来看,从理论上来说,在缺席判决之前,外国国家都可以应诉答辩而导致应诉管辖;而送达之日起4个月起,人民法院则可以获得缺席判决的权力(如图4)。

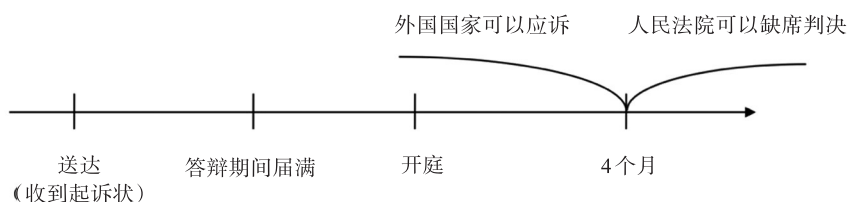


图4 人民法院应诉管辖与缺席判决分界时点示意图

^① 王亚新:《新民事诉讼法关于庭前准备之若干程序规定的解释适用》,《当代法学》2013年第6期,第18页。

最后,结合上述分析的涉外民事诉讼管辖制度与国家主权豁免制度,将人民法院在国家主权豁免方面被动审查与主动审查的分界时点设定在答辩期间届满,能够与现有制度较好地衔接,并且能够较好地平衡保护当事人诉权与尊重外国国家主权之间的关系(如图 5)。

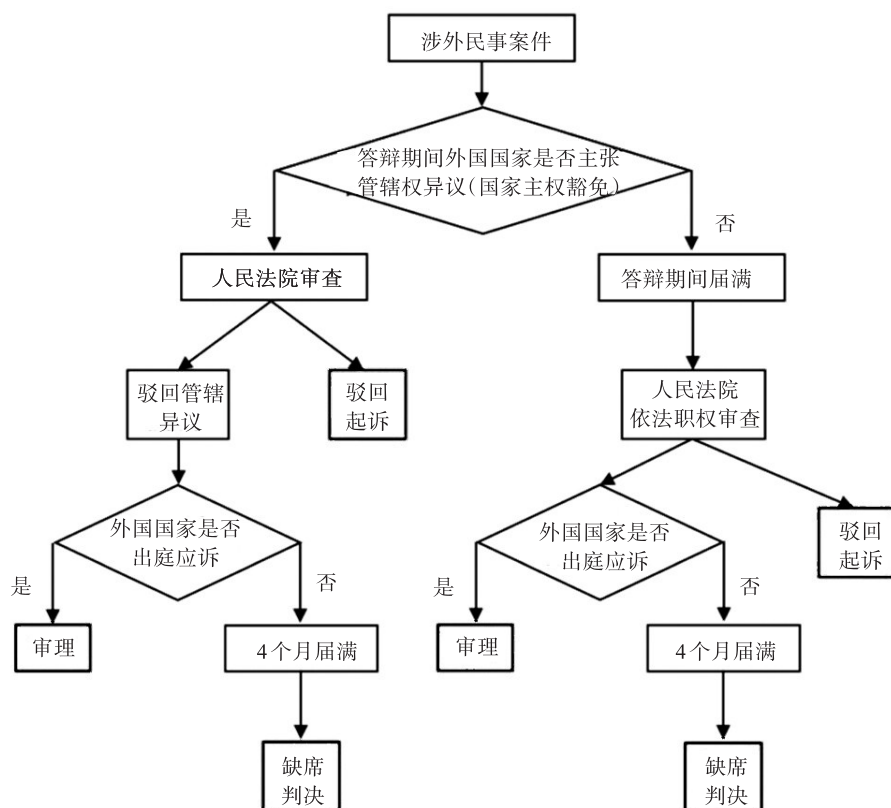


图 5 国家主权豁免的审查程序流程图

上述制度中主要体现保护当事人诉权的制度有管辖权异议制度、应诉管辖制度以及缺席判决制度;而主要体现尊重外国国家主权的制度是人民法院依职权审查的制度。上述分界时点的设定与我国《民事诉讼法》中“特别管辖权”的主动审查与被动审查的分界时点是一致的,能够将国家主权豁免作为管辖权异议的理由之一,较好地与现有管辖权异议制度衔接。但是,该分界时点设定会导致在一种情况下无法平衡保护当事人诉权与尊重外国国家主权的情形,即外国国家不在答辩期间主张国家主权豁免(或主张管辖权异议)而人民法院依职权审查认为属于国家豁免范围而驳回起诉时的情形。在该情形下,会导致排除《豁免公约》中

“参加法院诉讼”(《民事诉讼法》中“应诉管辖”)规定适用的可能性。换言之,将两种审查模式的分界时点设定在答辩期间届满,并且将依职权审查国家主权豁免作为人民法院的义务,就会导致理论上在缺席判决之前都可适用的应诉管辖制度在实践中受到人民法院主动审查的限制。进而在该情形下,就会导致在尊重外国国家豁免权与保护当事人诉权之间更侧重前者的结果。这样的分界时点虽在上述情形下无法兼顾两者权利,然而其已经是在我国现有涉外民事诉讼法律制度与国家主权豁免制度协调后的最佳选择。一方面,在我国原有的民事诉讼法律体系下,本就存在人民法院依《民事诉讼法解释》第35条之规定而在开庭前依职权裁定移送管辖而排除《民事诉讼法》第127条第2款应诉管辖的情况。而上述分界时点的选择并没有产生新的体系不协调。另一方面,如果将两种审查的分界时点设定在其他时间点,也同样无法避免这样的情形出现,并且还有可能导致其他的制度不协调的情形。如果将分界时点设定在答辩期间届满前的某个时点,则会进一步限缩管辖权异议制度与应诉管辖制度的适用,导致当事人的诉权更无法得到保障;如果将分界时点设定在答辩期间届满至送达之日起4个月(缺席判决之日)之间的某个其他时间点(如一审开庭之日),则依然会导致在该日至缺席判决之日之间的时间段内出现同样的情形,应诉答辩也同样会受到限制;如果将分界时点设定在送达之日起4个月(缺席判决之日)及其之后的某个时间点,就会导致人民法院依职权审查国家主权豁免的制度没有适用的空间,进而完全忽视外国国家的特殊地位。因此,总体来说,上述分界时点的设定不会对我国现有民事诉讼制度造成冲击。法律规定的选择总是以价值选择为导向,在当前的选择下,笔者更倾向于维护现有法律制度以及更倾向于尊重外国国家的豁免权。

四、结语

关于国家主权豁免绝对主义与相对主义的争论至今仍然存在。但是,无论我国采取何种立场,都有必要制定一套国家主权豁免的审查和判断的程序机制,因为,即使是采取绝对豁免主义,也会面临是否存在放弃豁免的行为等问题的审查和判断。随着全面依法治国和“一带一路”建设的推进,国家政府与私人之间的交往增多,该领域的实体和程序方面的法律不能仅以习惯做法为依据。尤其是“一带一路”倡议中提到的设施联通、贸易畅通、资金融通等合作重点,^①就涉及他国的国家基础设施的建设、贸易投资便利化的促进等事项,进而涉及他国的国家财产相关问题以及投资者—国家投资争端的解决等问题。在这些问题上,我国不应仍

^① 参见《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,《人民日报》2015年3月29日,第4版。

然坚持“不管辖、实践中也从未处理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件”的做法,而应该通过“司法权”的行使来处理国家主权豁免问题。具体而言,当我国作为国家主权豁免案件当事方时,我国应该更多地通过参与诉讼的方式主张豁免,同时采取外交方式声明我国立场作为辅助手段;当我国作为国家主权豁免案件决定方时,我国应该确立相关法律制度,一方面明确国家主权豁免问题的决定权属于司法系统,另一方面明确具体的审查和判断国家主权豁免问题的标准和程序,进而通过司法裁判的方式处理国家主权豁免问题。除此之外,虽然在理论上国家主权豁免涉及的管辖权与国际私法或涉外民事诉讼法涉及的管辖权分属不同层次,但是,在实践中国家主权豁免往往与国际私法和涉外民事诉讼规则结合,使得司法裁判权与国际民事裁判管辖权一并处理。因此,国家主权豁免与我国民事诉讼管辖制度的衔接既有必要性,也有可行性。进而,就具体程序安排而言,我国人民法院应兼采被动审查和主动审查两种模式。以我国《民事诉讼法》与联合国《豁免公约》中的管辖制度相关程序规定为依据,将人民法院依管辖异议的被动审查与依职权的主动审查的分界时点设定在答辩期间届满,能够较好地理顺管辖权异议、应诉管辖和缺席判决等制度的适用问题,从而确立一套国家主权豁免审查和判断的程序规则。

The Connection between State Sovereign Immunity and China's Civil Procedure Jurisdictional System

Abstract: In the process of comprehensively promoting the rule of law and the construction of “the Belt and Road”, it is unavoidable to face the cases concerning the principle of state sovereign immunity. China should give up the way of “never dealing with” in the past practices, and turn to the way of examining the cases concerning state sovereign immunity through the judgment of the courts. And in cases involving China itself in the courts of other states, it should claim immunity mainly through participating in the proceedings, instead of solely relying on diplomatic methods. In theory, the state sovereign immunity is an institution relating to the “Jurisdiction” derived from the sovereignty, but in practice, it is often combined with the rules of private international law or foreign-related civil procedure law, which directly concerns “International Jurisdictional Competence”. Therefore, in terms of specific procedures, the examination of state sovereign immunity may be combined with the

jurisdictional system in China's Civil Procedure Law. Due to the neutrality and passivity of judicial activities, the court should at first adopt the mode of passive examination, and state sovereign immunity may be raised as the excuse for objection to jurisdiction. However, owing to the special status of foreign states, the court should also adopt the mode of initiative examination based on its powers and functions. The division point of the two examination modes should be set at the expiration date of the period for submitting a statement of defense, in order to better connect with the rules such as "responding jurisdiction", "default judgment" and so on.

Key words: state sovereign immunity; international jurisdictional competence; objection to jurisdiction; examination based on powers and functions

(责任编辑:乔雄兵)