

論主權豁免例外的性質與演變

(政治大學外交所博士生黃建豪)

(政治大學外交所博士生楊一達)

壹、前言

主權豁免係源自於君主豁免與外交特權觀念，歷經十九世紀西方各國國內法院的判例，而逐漸形成其內涵。然而主權豁免的實踐至十九世紀末期開始逐漸出現不一致之情形，主要分為絕對豁免說與限制豁免說，而現今主權豁免原則的適用係以限制豁免說為通說，意即在商業行為、財產的所有權、佔有和使用、人身傷害和財產損害(領域內侵權原則)、僱用契約及仲裁領域排除主權豁免之適用。多數學者認為主權豁免原則已具備國際習慣法的性質，然而其例外排除適用的幾個情形卻定性不一，根據 2004 年聯合國大會通過的《國家及其財產管轄豁免公約》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property) 規定，雖使這些例外情形具備國際條約性質，然而其中有些已經具備國際習慣法性質，例如商業行為等是；有些卻尚未成為國際習慣法，例如領域內侵權原則經過 2012 年國際法院的闡述(德義主權豁免案)，認定其尚未具備國際習慣法的實踐一致性而非屬國際習慣法。

在國際法法源適用的位階上，如在條約與習慣法不發生特別法優於一般法(*Lex specialis derogate generali*)的情況時，兩者的位階相同，¹在形成的先後上或可條約先於習慣法，抑或習慣法早於條約。以條約與習慣法的形成難易度觀之，條約僅需數國簽訂即可，而其效力原則上亦僅可約束締約國(基於條約不為第三國創設義務或權利原則)；而習慣法卻須主觀上具有「法之確信」(*opinion juris/opinion juris sive necessitatis*)，客觀上具備實踐一致性、空間普遍性及時間持續性始得形成，因此形成難度較高。本文的主要目的在探討主權豁免的五個例外情形之性質及其演變，藉以了解當前限制豁免在適用範圍上之發展與未來趨勢。而執行豁免之例外由於性質上較為敏感，可直接影響國家利益，成為國際習慣法的可能性較低，因此不在本文研究範圍之內。

¹ 丘宏達，《現代國際法》，台北：三民書局，2008 年，頁 63。

貳、國家豁免及其例外之淵源

一、國家豁免之歷史淵源與法理依據

國家豁免的歷史淵源難以考證，但是多數學者認為，國家豁免主要係受到外交豁免及外國君主個人的管轄豁免所影響。²亦有學者指出，國家豁免可最早可追溯到封建時代，與當時君主的上帝恩寵原則(*rex gratia dei*)密切相關，君主的神權，使得一般人無法反抗君主。至十三世紀約翰王(John King)的兒子英王亨利三世(Henry III)確立了君主在自己的法院不得受追訴原則，然而卻須受到上帝的法律及良心的拘束。³

國家豁免的法理依據眾說紛紜，主要可歸納為以下五種：(一)治外法權說：此說認為，治外法權理論在 19 世紀以前為外交使節享受特權及豁免的主要依據，而該理論亦一併適用至國際豁免；(二)尊嚴說：此說著眼於英美判例中，維護外國尊嚴通常也是國家豁免之依據，惟尊嚴通常非為主要依據，須併隨其他概念；(三)國際禮讓說：此說係以外交關係的角度，認為國家互相給予豁免乃基於雙方的禮讓及善意；(四)互惠說：國家間給予豁免非屬於法律義務，而係互利互惠；⁴(五)主權平等說：羅馬教皇格里高利九世(Gregory IX)於 1234 年頒布「平等者無管轄權」教諭後，確立了國家主權在對外上的獨立性與平等性，而國家豁免便由此而生，此說為目前通說。

二、國家豁免例外之起源

國家豁免的適用範圍上，素來有絕對豁免及相對豁免之爭論，絕對豁免乃係國家豁免原始的主張，基於國家主權之平等性及獨立性，並不受他國法院之管轄，除非國家自願放棄豁免之行使；持相對豁免者則認為，國家豁免僅適用於國家主權所行使的行為，非國家主權之行為則無適用國家豁免之餘地。絕對豁免與相對豁免之爭亦受到主權觀念發展的影響，主權(Sovereignty)一詞係由法國人布丹(Jean Bodin)於 1577 年所提出，布丹認為，主權係絕對且不受任何法律限制的最高永久權利，並藉由君主主權的提倡來對抗封建勢力。⁵布丹所提出的絕對主權(absolute sovereignty)概念有其時代背景的需求，時值封建制度崩壞，各王國皆朝絕對王權的目標邁進，因此絕對主權概念的提出，有助於建立君主專制制度。

² 陳純一，《國家豁免問題之研究—兼論美國的立場與實踐》，台北：三民書局，1990 年，頁 9。

³ Christopher Shortell, *Rights, Remedies, and the Impact of State Sovereign Immunity*, New York: State University of New York University Press, 2008, p. 13.

⁴ 陳純一，前引書，頁 6-7。

⁵ Jean Bodin, *On Sovereignty: Four chapters from the six books of a commonwealth*, trans, Franklin, Julian H., Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 3.

然 17 世紀盛行的主權不可分(indivisible)由於現實上難以達成，⁶導致主權的可分性漸獲承認，而絕對國家主權概念至 19 世紀亦產生改變，20 世紀初期，鑑於國家之間的互動漸增，絕對主權概念有其修正必要，相對主權概念(relative sovereignty)相應而生，相對主權概念係主張國家仍須遵守國際法規範，使國家成為國際法上的主體。⁷

國家豁免與主權概念的演變相呼應，早期西方各國國內法院對國家豁免案總是採取絕對豁免的立場，例如前述的美國最高法院「交易號案」等是，絕對豁免在 19 世紀已逐漸受到各國學者及法院的廣泛認同。19 世紀初期，商業行為的主體多為私人企業，然而 19 世紀末期國家開始介入及參與商業行為，歐洲各國開始反思國家行為全面豁免的必要性，並區分主權行為(或曰統治權行為 acta jure imperii)與非主權行為，當時的主權行為係指出於主權的統治行為；非主權行為則是營業目的的商業交易行為，亦稱之為事務權行為(acta jure gestionis)。

國家豁免之例外根植於限制豁免的發展，國家的商業行為首先被排除在國家豁免之外，由於國家的商業行為涵括了大部分的非主權行為，亦有些國家的國內法院直接將商業行為稱之為事務管理權行為。⁸在 1880 年「比利時國會號」案(The Parlement Belge)中，比籍的郵船「國會號」與英國「戴琳號」相撞，後者因此嚴重受損，進而向英國海事法院起訴，向比國要求損害賠償，比國則以該船為比國國王財產為由拒絕接受英國法院管轄，海事法院認為該船兼營載客服務屬於商業行為，英國法院得扣押該船，然上訴法院則認為主權者可以擁有該船為由而享有豁免，無論該船是否以從事商業行為為目的。

1926 年的《統一關於國有船舶豁免的某些規則國際公約》(International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Immunity of State-owned Vessels)首度將政府商業活動的船舶豁免取消，締約國共有：比利時、巴西、荷蘭、義大利、德國、匈牙利等。⁹1938 年美國最高法院審理 *Compania Espanola v. The Navemar* 一案時，即由外國政府並未從事公共服務之事實，進而否定國家豁免的適用。¹⁰1952 年美國國務院的法律顧問泰德(Jack B. Tate)曾致函美國司法部，表示美國政府已決定放棄採取絕對管轄理論，對於外國政府所主張的商業活動豁免，不再予以贊同。而後美國亦於 1976 年通過《外國主權豁免法》。¹¹其餘各國例如英國法院亦於 1938 年的 *The Christina* 案中，開始質疑國家豁免適用

⁶ 17 世紀以後，由於神聖羅馬帝國境內的各諸侯紛紛獨立，導致半主權國家的出現。

⁷ Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World*, New York: Columbia University Press, 2002, p. 8.

⁸ C. Sehrener, *State Immunity: Recent Development*, Cambridge: Grotius Publications, 1988, p. 10.

⁹ 丘宏達，前引書，頁 686。

¹⁰ *Compania Espanola De Navegacion Maritima, S.A. v. The Navemar*, 303 U.S. 68, 58 S. Ct. 432(1938).

¹¹ 丘宏達，前引書，頁 687。

在國家為一般商業行為時的妥當性，¹²1977 年的 *Trendtex Trading Corp v Central Bank of Nigeria* 案中曾表示英國政府已開始贊同限制國家商業行為豁免之適用。¹³而國家豁免例外之發展在英美各國制定的相關國內法及《聯合國國家及財產管轄豁免公約》通過後，逐漸分為以下八項：商業交易、雇用契約、個人傷害、死亡或對財產的損害的賠償事件、財產的所有權、佔有或使用事件、專利、商標、智慧財產或工業財產的事件、參加公司或其他集體機構及國家與法人或自然人之間的仲裁協定的效果。

三、國家豁免之性質：從一般法律原則到國際習慣法

國家豁免在 19 世紀時成為西方各國國內法院引申的重要法律原則，在西方各國法院的實踐上，1812 年美國聯邦最高法院曾在「交換號控麥法登號」(*The Schooner Exchange v. McFadden and Ohters*)以下簡稱交易號案)及「奧金訴中央皮革公司案」兩案中曾援引國家平等原則作為國家豁免的立論基礎；在「交易號案」中，首席法官馬歇爾(John Marshall)首度引用該原則，並且闡述了其內涵：「一個主權者在任何方面不服從另一主權者，以及不受另一主權者之影響與義務的拘束而減損自身尊嚴，僅有在主權者明示的同意或默示的保留豁免之行使時，使得將管轄延伸至該主權者」；¹⁴英國上訴法院在「比利時國會號案」及法國最高法院在 1849 年的「西班牙政府貝戈和皮諾爾號案」中亦曾援引該原則。《奧本海國際法》曾將國家豁免納入國家的基本權利—平等權之中：「國家的國際法人格可導出國家在國際法上具有平等地位，雖然各國的領土大小、人口、實力、文化及財富不一，在國際法上卻享有平等地位。」¹⁵

在第一次世界大戰前，國家豁免尚未成為西方國家間國際條約規定的內容，至多僅出現在各國國內的法院判例中，惟一戰結束後，逐漸以國際條約與國內法的形式出現。在國際條約的部分，例如 1926 年 4 月在布魯塞爾簽訂的《統一關於國有船舶豁免的某些規則國際公約》、1928 年 2 月通過的《布斯塔曼特法典》(Bustamante code)及 1972 年 5 月訂立的《歐洲國家豁免公約》(European Convention on State Immunity)；而後者例如美國於 1976 年通過，1977 年 1 月生效的《外國主權豁免法》、1978 年 7 月英國《國家豁免法》(State Immunity Act)、1981 年南非的《南非主權豁免法》及加拿大的《國家豁免法》。這些國內法與國際條約的制定與通過，可視為各國普遍實踐的明證。以各國長期的外交實踐、各國的國內立法及國際條約的內容觀之，國家豁免不僅是國際法上重要的一般原則，在《聯

¹² *The Cristina* [1938] A.C. 485.

¹³ *Trendtex Trading Corporation Ltd. V. Central Bank of Nigeria*, (1976) 1 W.L.R. 868.

¹⁴ Gamal Moursi Badr, *State Immunity: an analytical and prognostic view*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 10.

¹⁵ Sir Robert Jennings & Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, London: Longman, 1992, pp. 341-355 ; 200-202.

合國國家及其財產管轄豁免公約》的前言部分亦曾提及：「本公約締約國，考慮到國家及其財產的管轄豁免為一項普遍接受的習慣國際法原則，銘記《聯合國憲章》所體現的國際法原則....。」，明確揭示了國家豁免在國際法上已具備國際習慣法性質，為世界各國所遵守。¹⁶無論是採取絕對豁免或限制豁免的國家，幾乎都承認國家豁免已成為國際習慣法，曾有學者認為，目前的限制豁免尚未成為國際習慣法，¹⁷

本文則認為，限制豁免乃係絕對豁免的一個相對應的理論，兩方支持的學者各自有其基本論述與堅持，因此限制豁免如要達到實踐一致性，而具備國際習慣法性質，在現實上仍有其難度，尤其限制豁免在適用範圍的界定上亦無法明確，使得若干國家對其心生忌憚。例如中國雖堅持採取絕對豁免立場，卻承認豁免仍有其例外，從 1949 年的「兩航空公司案」到 1978 年的「湖廣鐵路債券案」及 2004 年「奧地利訴奧特曼案」等案件中，可得知中國堅持絕對豁免的立場，然而中國亦非採行「所有的國家行為都可適用豁免」的絕對豁免立場，中國將絕對豁免視為一項國際法原則，該原則也在適用上也存在例外的情況，此種例外仍須獲得國家明示的同意。1992 年的《中華人民共和國領海及毗連區法》第 10 條規定外國政府船舶在從事商業活動時不享有豁免權，而中國 1980 年簽訂的 1969 年《國際油污損害民事責任公約》、1989 年簽署 1993 年批准的《國際救助公約》、1996 年批准的《聯合國海洋法公約》，皆承認用於商業目的之國有船舶或國有貨物不享有豁免權。¹⁸

由以上可知，在當前國家的實踐中，以絕對豁免及限制豁免來區分各國在國家豁免的立場已失去意義，即使堅持絕對豁免立場的國家，亦不免承認國家豁免有其例外，倘若以國家豁免的幾個主要例外情形來觀察各國的實踐與立場，並試圖釐清這幾項例外的性質，或許可使吾人深入了解國家豁免在當前的發展與國際實踐情形。

參、聯合國國家及其財產管轄豁免公約之制訂

(一)制定背景：歐洲國家豁免公約及英美國內法的影響

早在二次大戰結束後的 1949 年聯合國國際法委員會中，國家及其財產的豁免問題即被列入臨時修訂國際法的項目中，然而實際開始制定草案則迨至 1978

¹⁶ Preface of UNCJIS Convention.

¹⁷ Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University press, 2011, p. 155.

¹⁸ 尹雪萍，〈一國兩制視野下的國家主權豁免權問題：分歧與協調〉，《東岳論叢》，第十一期，二〇一一年，頁 175-180。

年該委員會的第 30 屆會議。1986 年 6 月 20 日，該委會暫時通過《聯合國國家及財產管轄豁免公約草案》(Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property)，全文共計 28 條；1991 年 6 月則通過 22 條的條款草案；2004 年 12 月 2 日，聯合國第 59 屆大會正式通過《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》，並邀請各國成為締約方。¹⁹在該草案制定前，1972 年「歐洲理事會」(Council of Europe)於布魯塞爾召開會議，會中英、法、奧、比、西德、盧、荷、瑞八國簽訂《歐洲國家豁免公約》；美國曾於 1976 年通過《外國主權豁免法》，英國則於 1978 年通過《國家豁免法》，而《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》無論在制定的動機與內容上，均受英美兩國國內制定的國家豁免法影響甚大，尤其是在限制豁免的採行與國家豁免例外情形的部分，茲將之論述如下：

1. 歐洲 1972 年《歐洲國家豁免公約》

依據《歐洲國家豁免公約》第 4-12 條，基本上採取限制豁免立場，並規定締約國在法院地國領土內從事下列九項之行為所產生的訴訟，不得援引管轄豁免：

20

- (1) 締約國在法院地國內所履行契約義務之訴訟
- (2) 應於法院地國內履行之僱傭契約之訴訟
- (3) 締約國在法院地國參加公司、社團等法人組織時，與該組織參加者間之訴訟
- (4) 締約國在法院地國內建立從事工業、商業及金融活動之機構之訴訟
- (5) 以專利、工業設計、商標、服務標章及版權等無體財產權為標的之訴訟
- (6) 以法院地國內的不動產權益為標的之訴訟
- (7) 在法院地國因繼承、贈與之動產或無主財產所生之訴訟
- (8) 在法院地國人身傷害及財產損害的訴訟
- (9) 民事及商事仲裁協定之訴訟

2. 美國 1976 年《外國主權豁免法》

二戰結束後，美國通過馬歇爾計劃(Marshall Plan)來資助歐洲重建工作，然而當美國在歐洲的一些工程與商務契約產生糾紛時，由於歐洲各國限制豁免的盛行，使美無法主張豁免，促使美國開始思考限制豁免的必要性與制定國內法，²¹而後美國終於在 1976 年通過《外國主權豁免法》，並於翌年 1 月生效。根據該

¹⁹ 丘宏達，前引書，頁 696。

²⁰ Article 4-12 of ECS Convention.

²¹ 陳純一，前引書，頁 131-132。

法第 1605、1610-1611 條規定(1996 修法前)，國家豁免之例外情形可分為管轄豁免及財產執行豁免兩大類，關於管轄豁免例外之部分：²²

- (1) 該外國國家明示或默示放棄豁免
- (2) 該外國國家在美國進行的商業活動所生之訴訟
- (3) 違反國際法所得之財產所生之爭議
- (4) 由繼承或贈與所得之美國境內財產所生之訴訟
- (5) 在第 2 款範圍以外，由於外國國家或其官員僱用人在其職務或僱用範圍內，於美國所發生之侵權行為或不作為所造成的人身傷害或死亡、財產損害或喪失的金錢賠償訴訟
- (6) 對於外國國家的船舶或貨物的海事留置權執行訴訟，且該留置權係源於外國的商業活動

在國家財產的執行豁免方面，則有下列例外情形：

- (1) 國家明示或默示放棄執行豁免
- (2) 現在或過去被用於商業活動且構成訴訟案件權利主張的財產
- (3) 違反國際法所得之財產
- (4) 繼承或贈與所得之財產
- (5) 位在美國境內，而與一國維持其外交使領館或館長官邸無關之不動產

3. 英國 1978 年《國家豁免法》

根據英國《國家豁免法》第 2-11 條規定了國家豁免例外的十項情形：²³

- (1) 自願接受法院管轄
- (2) 於英國境內從事商業行為，商業行為的定義如下：a. 供應貨物或服務的契約 b. 借貸或提供資金的其他交易，或其他關於交易或金融債務的保證或補償 c. 國家參與的任何非行使主權權力的任何交易或活動
- (3) 僱傭契約
- (4) 人身傷亡及財產損害
- (5) 財產的所有、擁有及使用
- (6) 專利和商標
- (7) 集體組織成員
- (8) 仲裁
- (9) 用於商業目的的船舶
- (10) 加值稅及關稅

²² 28 U.S.C §1610, 1611.

²³ “State Immunity Act 1978,” *Legislation.gov.uk*, (July 2, 1978) available at <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. (last visited on November 2, 2012).

就三者間的關係觀之，《歐洲國家豁免公約》的制定較早，且英國為該約之簽訂國，因此英美兩國之國家豁免法多係參考該約而制定，英美兩國對於管轄豁免例外的規定大同小異，在外國財產執行的部分，美國的規定較為仔細且嚴格，例如違反國際法所得的財產不得豁免，英國則無此規定；在商業交易的定義上，英國的定義較為具體明確；而相同的是兩國對於限制豁免的一致看法，促成《聯合國國家及其財產管轄公約》日後的制定。

(二)聯合國國家及其財產管轄公約有關國家豁免例外之規定與各國

通過情形

《聯合國國家及其財產管轄公約》第 10-20 條規定，國家豁免的例外或限制的情形共可分為八種情形：²⁴

- (1) 商業交易，惟不包括國家之間的商業交易行為及該商業交易的當事方另有明確協議之情形。
- (2) 僱用契約，惟不包括兩種情形：其一，招聘為了履行政府權力的特定職能；其二，招聘的僱員係屬於 1961 年《維也納外交關係公約》的外交代表、1963 年《維也納領事關係公約》、常駐國際組織代表團之外交工作人員及特別使節團成員或受聘代表國家出席國際會議的人員及其他享有外交豁免之人員。
- (3) 個人傷害、死亡或對財產的損害的賠償事件
- (4) 財產的所有權、占有或使用事件，可分為以下三種情形：其一，該國位於法院地國的不動產相關的任何權利或利益，以及該國對該不動產的佔有或使用，或該國由於對該不動產的利益或佔有或使用而產生的任何義務；其二，該國對於繼承、贈與或無人繼承的財產所產生之任何權利或利益；其三，該國對信託財產、破產者財產或公司解散前清算之財產的管理的任何權利或利益。
- (5) 專利、商標、智慧財產或工業財產的事件，可分為以下兩種情形：其一，確認該國對在法院地國享有某些程度或是暫時性的法律保護之專利、工業設計、商業名稱或企業名稱、商標、版權或任何其他形式的智慧財產權或工業財產的任何權利；其二，據稱該國在法院地國領土內侵犯在法院地國受到保護的、屬於第三者的前項所述性質的權利。
- (6) 參加公司或其他集體機構的事件
- (7) 國家所有或經營的船舶
- (8) 關於國家與法人或自然人之間的仲裁協定的效果

²⁴ Article 10-20 of UNCJIS Convention.

該公約的雖將國家豁免的例外情形列舉出來，卻尚未表明限制豁免的法律性質，在前言甚至表示國家豁免已成為國際習慣法，顯示出該公約雖由英美及歐洲各國等支持限制豁免的國家所制定，卻希望拉攏堅持絕對豁免的國家一同加入，因此不僅在制定時迴避了絕對豁免與相對豁免的爭論，在公約前言亦指出：「...申明習慣國際法的規則仍然適用於本公約沒有規定的事項。」藉此降低採行絕對豁免國家的疑慮。²⁵根據該約第 30 條規定，自第 30 份批准書或加入書存放於聯合國秘書長處後 30 日生效，²⁶惟截至目前為止，簽署該公約的國家總計 28 國，而批准、接受、贊同或加入該約之國家卻僅有 13 國。²⁷

表 1 《聯合國國家及其財產管轄公約》簽訂狀況一覽表

參與國家	簽訂時間	批准、接受(A)、贊同(AA)、 加入(a)
Austria	17 Jan 2005	14 Sep 2006
Belgium	22 Apr 2005	
China	14 Sep 2005	
Czech Republic	13 Oct 2006	
Denmark	19 Sep 2006	
Estonia	30 Mar 2006	
Finland	14 Sep 2005	
France	17 Jan 2007	12 Aug 2011 AA
Iceland	16 Sep 2005	
India	12 Jan 2007	
Iran	17 Jan 2007	29 Sep 2008
Japan	11 Jan 2007	11 May 2010 A
Kazakhstan		17 Feb 2010 a
Lebanon	11 Nov 2005	21 Nov 2008
Madagascar	15 Sep 2005	
Mexico	25 Sep 2006	
Morocco	17 Jan 2005	
Norway	8 Jul 2005	27 Mar 2006
Paraguay	16 Sep 2005	
Portugal	25 Feb 2005	14 Sep 2006
Romania	14 Sep 2005	15 Feb 2007
Russian Federation	1 Dec 2006	

²⁵ Preface of UNCJIS Convention.

²⁶ Article 30 of UNCJIS Convention.

²⁷ "Chapter III Privileges and Immunities Diplomatic and Consular Relations, Etc," *United Nations Treaty Collection*, (December 2, 2004) available at <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. (last visited on November 5, 2012).

Saudi Arabia		1 Sep 2010 a
Senegal	21 Sep 2005	
Sierra Leone	21 Sep 2006	
Slovakia	15 Sep 2005	
Spain		21 Sep 2011 a
Sweden	14 Sep 2005	23 Dec 2009
Switzerland	19 Sep 2006	16 Apr 2010
Timor-Leste	16 Sep 2005	
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	30 Sep 2005	

資料來源：“Chapter III Privileges and Immunities Diplomatic and Consular Relations, Etc,” *United Nations Treaty Collection*, (December 2, 2004) available at <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. (last visited on November 5, 2012).

肆、當前國家豁免例外情形之法律性質

一、商業行為

限制豁免理論出現後，區分主權行為及事務權行為，在事務權行為中大部分為商業行為，而商業行為也是在國際社會中被廣泛認同的豁免例外情形。如何界定商業行為乃係一大難題，已開發國家多認為應以性質當作界定之標準，例如美國；而開發中國家卻認為應以目的作為界定標準。已開發國家所採取的性質標準，主要係為限縮國家豁免的範圍，將某些國家與私人間的契約行為，排除在國家豁免外，藉以保障司法上私人在面對國家時的弱勢現象，由於已開發國家多係奉行資本主義，保障私人經濟活動的自由與保障遂格外重要；而開發中國家則多為前共產主義國家，即使冷戰結束後，前共產國家中仍存在大量的國有企業，因此企業活動中的私人保障並不如已開發國家，使其採取目的標準。²⁸性質標準較為客觀，因此對於限制豁免的發展較為有利，目的標準則較為模糊且易為主觀隨意操縱。²⁹

雖然各國在商業行為的認定上具有重大分歧，美國的《外國主權豁免法》與英國的《國家豁免公約》《歐洲國家豁免公約》及《聯合國國家及其財產管轄公約》第 10 條卻已明確將商業行為納入國家豁免例外之情形之一，使商業行為具備國內法與國際條約的性質。商業行為成為豁免的例外在各國長期的實踐之下，

²⁸ Ernest K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg: Springer, 2005, pp. 80-81.

²⁹ Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, London: Longman Group, 2008.

已逐漸形成法之確信，進而具備國際習慣法之性質。即便是採取絕對豁免的中國，在歷年來的國家豁免實踐可知，經過「貝克曼訴中華人民共和國案」及「湖廣鐵路債券案」後，中國政府在處理對外貿易及司法實踐時，已開始區分國家活動及國有公司或企業之活動，並承認國有公司或企業係具有獨立法律人格的經濟實體，不得享有國家豁免權。³⁰在 2012 國際法院(International Court of Justice, 簡稱 ICJ)審理的 Germany v. Italy 一案，ICJ 表示：「在目前國際習慣法的發展狀態下，國家享有對另一個國家在其國內法律訴訟上的管轄豁免(商業行為除外)，即使這些行為構成國際罪行。」顯然 ICJ 認為管轄豁免之例外—商業行為，已與國家豁免同屬國際習慣法。³¹

二、財產所有權、佔有及使用事件

「財產所有權、佔有及使用事件」之所以列於管轄豁免之例外，主要係由於不動產的「物之所在地法原則」(lex loci rei sitae)與國家主權之間的平衡，在限制豁免理論尚未形成時，國際間仍將國家主權置於首位，俟國際間私人的經濟活動頻繁後，資金及商品流動迅速，如採「物之所在地法原則」將使證據及事實的保存與發現更加便利。各國之國家豁免法對於「財產所有權、佔有及使用事件」之豁免皆有所規定，例如英國《國家豁免公約》第 6 條及美國《外國主權豁免法》第 1605 條 a(4)等是，使得「財產所有權、佔有及使用事件」具備國內法性質。而《歐洲國家豁免公約》第 9-10 條及《聯合國國家及其財產管轄公約》第 13 條則賦予「財產所有權、佔有及使用事件」國際條約之性質。然而採行絕對豁免的國家在處理該事件時仍不將其視為豁免的例外情形之一，導致「財產所有權、佔有及使用事件」無法具備國際習慣法性質。

三、人身傷害和財產損害

美國《外國主權豁免法》第 1605 條 (a) (5)規定，外國國家在美國境內造成非商業性侵權如人身傷害或死亡，或損壞或財產損失的，不得適用國家豁免。³²英國《國家豁免法》第 5 條規定，一國於英國境內造成之人身死亡或傷害與有形財產的損失，將不得行使國家豁免。英美國內之國家豁免法相關規定，使「人身傷害和財產損害」豁免的例外具備國內法性質。而在《歐洲國家豁免公約》第 11 條亦規定：「當在他國有效控制內發生人身傷害與財產損害的行為時，國家

³⁰ 鄧傑，《國際私法分論》，北京：知識產權出版社，2004 年。

³¹ Chimene I. Keitner, "Germany v. Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity," *ASIL* (February 14, 2011), available at <http://www.asil.org/insights120214.cfm#_edn6>. (last visited on November 6, 2012).

³² John M. Rogers. "FSIA §1605 as amended through 1997," University of Kentucky Website (2002), available at <<http://www.uky.edu/~jrogers/fsia05.htm>> (last visited on November 20, 2012).

不得援用國家豁免；而不得主張國家豁免的規則同樣也適用在非物質損害。」《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》第 12 條對於人身傷害和財產損害也有相同規定，「除有關國家間另有協議外，一國在對主張由可歸因於該國的作為或不作為引起的死亡或人身傷害、或有形財產的損害或滅失要求金錢賠償的訴訟中，如果該作為或不作為全部或部分發生在法院地國領土內，而且作為或不作為的行為人在作為或不作為發生時處於法院地國領土內，則不得向另一國原應管轄的法院援引管轄豁免。」本條是一條重點規範，也是主張人身傷害和財產損害之侵權已經具有國際習慣法的地位之論述最常引用的法條。惟其中確切的內涵則尚未清楚。³³儘管如此，兩公約之規定使得「人身傷害和財產損害」豁免的例外具備國際條約性質。

「人身傷害和財產損害」豁免的例外，在當前國家豁免例外情形中扮演著舉足輕重的角色，特別是論及基本人權、絕對法與目前許多戰爭罪、違反人類罪等相互交錯之爭論。對於領域內人身傷害和財產損害之侵權行為是否已經成為一個國際習慣法，希臘最高法院(Areios Pagos)於 2000 年宣判 *Distomo* 一案時，³⁴曾認為人身傷害和財產損害之侵權已經具有國際習慣法的地位，因此希臘可以拒絕德國的國家豁免，並向德國訴訟賠償。³⁵而類似的爭點，希臘特設最高法院 (Special Supreme Court)於 *Margellos* 案時則將人身傷害和財產損害之侵權的範圍限縮為非武裝衝突所產生之人身傷害和財產損害。³⁶在 2012 國際法院 *Germany v. Italy* 一案當中，原告德國認為義大利在其司法實踐中並沒有尊重德國的主權管轄豁免而違反國際法。德國主張義大利的司法機構無視德國作為一個主權國家所享有的主權管轄豁免，而在義大利法院，則以二戰期間受到傷害的後果，向德國人提出起訴。義大利以德在二戰時違反國際人道法之行為為由，同意其國內法院對德國提起民事訴訟，並要求德國賠償已經違反了其按照國際法所應承擔的責任。義大利認為在人身傷害和財產損害之非商業侵權範圍上，國家不得享有豁免，即使是一個政府的主權行為 (*jure imperii*)。

ICJ 最後認為，人身傷害和財產損害侵權豁免之例外尚未形成國際習慣法。國際法院首先注意到的是關於人身傷害和財產損害之侵權在國際實踐中並沒有主權行為與非主權行為的區分。而領域內侵權之人身傷害與財產傷害的起源是關於交通意外與其他所謂「可保險之風險」(insurable risks)。若一國家在他國境內牽涉到交通意外與可保險之事項時，其行為會被歸類成非主權行為，不能享有主權豁免。³⁷1991 年聯合國國際法委員會 (International Law Commission)針對《聯

³³ David P Steward, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property," Vol. 99, No. 1(2005), pp. 201.

³⁴ *Distomo* 案源自「*Distomo* 大屠殺」，是德國對希臘的平民在第二次世界大戰期間犯下的最嚴重的罪行之一。1944 年 6 月 10 日，德國國防軍進入了希臘村莊 *Distomo*，採取了報復性的攻擊。

³⁵ Jasper Finke, Jasper, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?" *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4 (2010), p. 853.

³⁶ Jasper Finke, Jasper, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?" *op. cit.*, p. 862.

³⁷ International Court of Justice case: Jurisdictional Immunities of the State (*Germany v. Italy: Greece*

合國國家及其財產管轄豁免公約》第 12 條領域內侵權進行說明。所謂的人身傷害和財產損害主要關心的是意外死亡或人身傷害的人或涉及交通意外，如行駛中的車輛，摩托車，鐵路機車或快艇有形財產損害。該條最初的立法目的係為避免保險公司以主權豁免來規避對交通意外造成傷害之個人的賠償，但是現今卻時常被過度濫用。1991 年聯合國國際法委員會所補充的 121 條亦指出，若是人身傷害和財產損害之侵權是在武裝衝突的狀況下發生的，則並不適用主權豁免的例外。國際法院認為，當今各國的實踐還是會把主權行為與非主權的行為帶入侵權例外的規範當中，因而造成人身傷害的武裝衝突行為無法成為侵權例外的依據。各國更是缺乏一致的實踐，更談不上法之確信。即使 ICJ 不認為「人身傷害和財產損害」豁免之例外已成為國際習慣法，義大利所提出的主張亦足顯示，「人身傷害和財產損害」豁免之例外情形已逐漸向國際習慣法過渡。

四、僱傭契約

涉外僱傭契約絕大部分皆是僱員與外國僱主之間所產生之訴訟，而以往在面臨訴訟時，僱主總是享有絕對豁免。在 1942 年的「僱傭契約案」中，美國再度重申了國家豁免在僱傭契約仍有其適用，³⁸然而近年來在經濟全球化的作用下，人力資源大量流動，發展中國家需要已開發國家的高階人力與科技技術，已開發國家則需要發展中國家的勞工來從事勞力密集的工作，國家基於保護國民與居民，以及勞工保障觀念的進步，遂使僱傭契約被納入管轄豁免之例外。各國界定「僱傭契約」的作法主要係透過區別外國簽訂該契約之行為性質，係屬於統治權行為或管理權行為，再來判定是否屬於國家豁免之例外。「僱傭契約」在美國《外國主權豁免法》第 1605 條 a(5)及英國《國家豁免公約》第 4 條等規定將其納入管轄豁免之例外後，已具備國內法性質。而《歐洲國家豁免公約》第 5 條及《聯合國國家及其財產管轄公約》第 11 條之規定，使「僱傭契約」具有國際條約的性質。

在僱傭契約性質的演變上看來，亦與資本主義市場經濟的發展息息相關，在冷戰期間，共產主義與資本主義對壘，採行共產主義的國家及前蘇聯附庸國在貨物、資金與勞力無法與資本主義國家相互流通，使得僱傭契約的豁免例外無法得到各國一致的實踐。然而蘇聯解體後，前共產國家及前蘇聯附庸國皆紛紛採行資本主義制度，使得人力資源得以相互流通。例如中國採取市場經濟後經濟發展迅速，也吸引了大量的外資進入中國設廠，這些外資企業雇用中國當地勞工，當雙方因僱傭契約發生爭執時，僱傭契約的豁免例外便可保障中國國內勞工的權益。曾有學者認為，中國雖在國家豁免上採行絕對豁免立場，在國際民商事活動中卻

Intervening), Judgment of 3 FEBRUARY 2012, I.C.J. Reports 2012, p. 27.

³⁸ R. Rajesh Babu, "Foreign State Immunity in Contracts of Employment with Particular Reference to Indian State Practice," *Journal of Indian Law Institute*, Vol. 49, No. 4(2007), p. 2.

須採取靈活多元立場，始得以保障國內勞工權益。³⁹發展中國家外資企業的設廠與進駐，將可望轉變其在涉外僱傭契約上的立場，使得僱傭契約的豁免例外逐漸向國際習慣法邁進。

五、仲裁

以當今的國際政治經濟的角度來觀察國家與國家、國家與非國家行為者間互相依賴的商業情形，主權國家常透過國營企業或是持有的股份穿梭在全球市場的脈絡中，使得主權豁免與仲裁領域 (Effect of an arbitration agreement) 之例外成為相當重要的研究焦點。倘若依據《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》第 2 條對於「國家」之定義，⁴⁰任何對於一國之相關機構、其他實體或是企業之訴訟與仲裁，均會被視為對國家的法律行為，也就會遇上主權豁免的問題。而現今的趨勢，仍係透過仔細區分主權行為與非主權行為的本質、動機與目的來作為是否援引主權豁免與仲裁領域例外的主要依據。⁴¹在國內法的實踐上，美國於 1988 年新增訂《外國主權豁免法》第 1605 條(a)6：「如果所進行之訴訟是要執行一項仲裁協議，或者是要確定依據一項仲裁協議所獲得的仲裁裁決時，外國國家則不能主張管轄豁免。」；英國《國家豁免法》第 9 條亦規定，仲裁為國家豁免例外之情形之一。使得仲裁具備國內法性質。而美國在 *M. B. L. International Contractors Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobagou* 一案中認為，根據《外國主權豁免法》之規定，其有權管轄當事國一方為外國且簽訂仲裁協議之案件於美國執行之案件，因為當事人簽訂仲裁契約後，便等同放棄管轄豁免。⁴²

國際實踐上，《歐洲國家豁免公約》第 12 條規定，民事及商事仲裁協定之訴訟不在豁免範圍之內；《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》第 17 條則規定關於國家與法人或自然人之間的仲裁協定的效果不得主張國家豁免。兩公約的制定使得仲裁豁免之例外具備國際條約性質。採行絕對豁免的國家，例如中國的學者亦開始思考在現今經濟全球化的發展下，國際商務仲裁的發生勢不可免，制定相關仲裁豁免例外的國內法規定的必要性。⁴³足以顯示在未來國際的實踐上，開發中國家對於仲裁豁免例外的態度將有望改變，透過各國以制定國內法的方式，來實踐仲裁豁免之例外，將該項例外的性質推向國際習慣法。

³⁹ 管又慶、夏林華，〈從涉外雇用合同糾紛看國家及其財產豁免問題〉，《建築知識》，第六期，二〇〇七年。

⁴⁰ 「國家」是指：(一) 國家及其政府的各種機關；(二) 有權行使主權權力並以該身份行事的聯邦國家的組成單位或國家政治區分單位；(三) 國家機構、部門或其他實體，但須它們有權行使並且實際在行使國家的主權權力；(四) 以國家代表身份行事的國家代表。

⁴¹ A. F. M. Maniruzzaman, "State Enterprise Arbitration and Sovereign Immunity Issues: A Look at Recent Trends," *Dispute Resolution Journal*, Vol. 60, No. 3(2005), p. 3.

⁴² 725 F. Supp. 52,56(D.D.C.1989).

⁴³ 鍾澄，〈論國際商事仲裁中國家對豁免的放棄〉，《仲裁研究》，第四期，二〇〇九年，頁 92。

伍、結論

國家豁免的性質從一開始國內法院援引的一般法律原則，到英、美國內法的制定及國際條約—《聯合國國家及其財產管轄公約》的出現，使得國家豁免同時具備一般法律原則、國內法及國際條約的性質。而《聯合國國家及其財產管轄公約》前言又確認國家豁免原則已具備國際習慣法性質，儘管如此國家豁免的兩大理論從最初的絕對豁免，乃至於較晚出現的限制豁免，卻仍然爭論不休。採行絕對豁免的國家多為發展中國家；而採行相對豁免的國家則多為已開發中國家，例如歐洲國家及英美等是，其主要原因在於發展中國家在經濟發展上較為落後，與國際經濟合作的關係較不密切，有些甚至為前共產國家，即便目前已改採資本主義，國有企業仍係該國主要經濟活動主體，在私人經濟活動的發展尚非繁盛。然而這樣的態勢已逐漸改變，開發中國家中國、印度、俄羅斯及巴西經濟發展突飛猛進，被稱之為金磚四國，在經濟迅速發展的情形下，勞力、資金、貨物暢行無阻，私人經濟活動愈形重要，在國家豁免的立場上將可望轉向限制豁免。

以中國的國家豁免立場來看，從早期的「兩航公司案」到 1978 年的「湖廣鐵路債券案」，皆可了解其堅持絕對豁免的立場至為明確，即使於 2005 年簽署了《聯合國國家及其財產管轄公約》，至今亦尚未批准該約。而中國的絕對豁免立場雖堅定，在適用上仍有其例外，例如《中華人民共和國領海及毗連區法》規定外國政府船舶在從事商業活動時不享有豁免權，以及中國簽署 1969 年《國際油污損害民事責任公約》、1993 年批准的《國際救助公約》皆承認用於商業目的之國有船舶或國有貨物不得享有豁免權。堅持絕對豁免的國家主要忌憚相對豁免的範圍難以界定，例如在商業行為豁免例外之適用上，商業行為之界定即存有性質說與標準說兩種不同判斷標準。因此採取絕對豁免的國家，亦非絕對反對國家豁免之適用沒有例外，僅是一切須以國家豁免的例外視之，這種例外情形還須得到國家的明示同意始得為之，因此絕對豁免與限制豁免之分在現實上已非絕對。而這兩個理論的論戰由於各有其堅持的基本立論，未來全面過渡到限制豁免有其困難。從國家豁免例外的個別情形來探討其性質之演變，不僅可擺脫絕對豁免與限制豁免之爭論，還可深入解這些個別情形在當前的發展。

目前國家豁免例外的性質，在國內法與國際條約的制定與發展上大致與國家豁免同，已兼具一般法律原則、國內法及國際條約之性質。與國家豁免不同之處在於，這些例外情形的性質有些已具備，有些則尚未具備國際習慣法性質。具備國際習慣法性質者如商業行為，雖尚未具備卻逐漸走向國際習慣法者有「人身傷害和財產損害」、「僱傭契約」及「仲裁豁免之例外」豁免之例外，尚未具備亦無走向國際習慣法者「財產所有權、佔有及使用事件」豁免之例外。實則國家豁免例外性質之演變端視開發中國家的經濟發展及態度而定，這些國家豁免的例外情形在已開發國家地區已行之有年，單論已開發國家在客觀上實踐一致性、空間

普遍性及時間持續性上皆已具備，並在主觀上已產生法之確信，成為國際習慣法並不困難。然而發展中國家除了金磚四國及少數經濟較具開發規模的國家外，在國家豁免例外的承認上仍無法普及，因此未來國家豁免例外性質之演變仍需觀察發展中國家的經濟發展及態度。

參考文獻

- 丘宏達，《現代國際法》，台北：三民書局，2008年，頁63。
- 陳純一，《國家豁免問題之研究—兼論美國的立場與實踐》，台北：三民書局，1990年，頁9。
- 鄧傑，《國際私法分論》，北京：知識產權出版社，2004年。
- 尹雪萍，〈一國兩制視野下的國家主權豁免權問題：分歧與協調〉，《東岳論叢》第十一期，二〇一一年，頁175-180。
- 管又慶、夏林華，〈從涉外雇用合同糾紛看國家及其財產豁免問題〉，《建築知識》第六期，二〇〇七年。
- Babu, R. Rajesh “Foreign State Immunity in Contracts of Employment with Particular Reference to Indian State Practice,” *Journal of Indian Law Institute*, Vol. 49, No. 4 (2007), p. 1-27.
- Badr, Gamal Moursi, *State Immunity: an analytical and prognostic view*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg: Springer, 2005.
- Bodin, Jean, *On Sovereignty: Four chapters from the six books of a commonwealth*, trans, Franklin, Julian H., Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Bull, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World*, New York: Columbia University Press, 2002.
- “Chapter III Privileges and Immunities Diplomatic and Consular Relations, Etc,” *United Nations Treaty Collection*, (December 2, 2004) available at <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. (last visited on November 5, 2012).
- Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?” *The European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4 (2010), pp. 853-881.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, London: Longman, 1992.
- Jennings, Sir Robert and Sir Arthur Watts, *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, London: Longman Group, 2008.
- Keitner, Chimene I. “Germany v. Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity,” *ASIL* (February 14, 2011), available at <http://www.asil.org/insights120214.cfm#_edn6>. (last visited on November 6, 2012).
- Rogers, John M. “FSIA §1605 as amended through 1997,” University of Kentucky Website (2002), available at <<http://www.uky.edu/~jrogers/fsia05.htm>> (last visited on November 20, 2012.)

- Sehrener, C. *State Immunity: Recent Development*, Cambridge: Grotius Publications, 1988.
- Shortell, Christopher, *Rights, Remedies, and the Impact of State Sovereign Immunity*, New York: State University of New York University Press, 2008.
- “State Immunity Act 1978,” *Legislation.gov.uk*, (July 2, 1978) available at <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. (last visited on November 2, 2012).
- Steward, David P., “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property,” *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1(2005), pp. 194-211.
- Waibel, Michael, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University press, 2011.

Exceptions to Sovereign Immunity: Their Nature and Developments

Abstract

The Origin of Sovereign Immunity had emerged from concepts of “the Crown can do no wrong” and “Diplomatic Privileges.” It had gone through a transformation from Absolute Immunity to Restrictive Immunity with various national jurisdictions in the 19th century and a more comprehensive content had been formed gradually. However, there appears to be a discrepancy between different practices of Sovereign Immunity in contemporary era. Restrictive principal is the main practice, meaning to prohibit sovereign immunity with regard to commercial transactions, Ownership, possession and use of property, Personal injuries and damage to property (territorial torts), Contracts of employment and Effect of an arbitration agreement. Though many scholars regard Sovereign Immunity as a principal of customary international law, the proceedings of exceptions are incongruous. Despite that they are all treaties according to “United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004),” a few of them have already obtained the status of customary international law, such as commercial transactions, and some of them have not. This essay aims to investigate the nature of these five exceptions of Sovereign Immunity and attempts to map out the applicable scope and future developments.

Keywords: Sovereign Immunity, Restrictive Immunity, Customary International Law, territorial tort principle, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property