



涉外法治专栏：国家豁免法（一）

国家豁免中“国家”的识别：以法律适用为视角

袁发强 胡程航*

摘要： 被告方是否为“国家”是国家豁免案件面临的首要问题。若要准确识别国家，便不能盲从域外司法实践所归纳的国家类型，而应关注国家识别中的法律适用过程。国家豁免案件审理依据的国内法转向和各国关涉“国家”的立法差异是“依何法识别国家”之问产生的重要原因。考察发现，一国法院既有依法院地法识别“国家”的实践，也有依外国法识别的情形。前者多受制于识别适用法院地法的固有观念，而后者则往往出于对外国政府的礼让。为妥善处理国家豁免案件，法院识别“国家”时不宜僵化适用法院地法，而应在三种场景中考察适用外国法：其一，待识别主体于法院地法无所对应；其二，法院地法与外国法规定两相矛盾；其三，基于非国家实体主权行为的二次识别。有鉴于此，中国在审理国家豁免案件时，应立足于《中华人民共和国外国国家豁免法》第2条，结合个案考察适用被告方所属国之宪法、宪法性法律、组织法等以准确识别国家。

关键词： 国家豁免 法律适用 外国国家豁免法 法院地法 外国法

引言

20世纪中期以来，国家政府频频参与跨国商业交易活动，致使绝对豁免与相对豁免的立场之争愈演愈烈，不同被告主体能否享有“国家豁免”也成为一国法院亟待解决的现实问题。由于各国政体组成不同，法院难以依照一般国际法判断被告主体有无国家豁免的资格。当被告主体自认为属于外国政府机构，或代表外国政府行为时，法院需先识别该被告实体是否属于国际法意义上的“国家”，^①尔后才能判断案件中有无“商业交易行为”等豁免之例外。学界长期聚焦于美国1976年《外国主权豁免法》（Foreign Sovereign Immunities Act，下称FSIA）中的豁免例外，而未重视什么样的被告方才享有国家豁免的资格。这一问题也可以表述为：应如何识别豁免法中

* 袁发强，法学博士，华东政法大学国际法学院教授、武汉大学国际法研究所兼职研究员；胡程航，华东政法大学国际法专业博士研究生。本文为教育部人文社科重点研究基地重大项目“统筹发展与安全的涉外管辖权研究”（项目编号22JJD820011）之阶段性研究成果。本文所用资料截至2024年6月20日，下文不再标注网络资源的最后访问时间。

① 在语义上，国家具有两层属性，即“国家具体组成部分的内部属性”和“作为独立主权国家的外部属性”。前者聚焦于何种机构、实体能够代表国家；后者侧重于考察国家作为国际法主体的独立地位。本文所谈论的国家识别主要指代前者。这一分类借鉴了英国学者对于“国家的内部属性”（internal attributes of the State）和“国家的外部属性”（external attributes of the State）的区分。See Hazel Fox CMG QC & Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 336–345.

的“国家”? 2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(下称《联合国国家豁免公约》)第2条第1款曾试图统一厘定国家概念,但又在第3款允许各缔约国依国内法差异化地理解“国家”,这使国家识别之问更显扑朔迷离。

作为宏大而抽象的概念,“国家”往往外化于职权机构的形式。^①各国豁免法也主要从国家机构组成形式和有无主权行为实质来界定“国家”。事实上,各国机构设置纷繁复杂、风格迥异,加之,国家参与跨国活动的形式手段日趋多样,法院在诉讼过程中难以通过概念套用的方法来识别被诉方的豁免资格。更为重要的是,被诉方是否为“国家”也不能交由举证责任分配的证据规则来解决,因为这关系着法院能否行使管辖权,不论被诉方举证与否、充分与否,法院最终都无法回避识别“国家”的重任。为解决这一问题,学界已有总结美国司法实践以划分国家类型的研究成果,^②也有通过梳理“控制标准”“职能标准”以识别国家媒介的尝试。^③然而,现有研究忽略了国家识别中的法律适用问题,即法院应当依法院地法抑或外国法识别“国家”。

司法实践中,“国家”识别并不限于法院地法的适用。例如,美国法院曾依被诉方所属国之法(即外国法),将被诉方识别为“国家”。^④由此,从国际私法学视角看,国家豁免案件审理过程中出现了一个有趣的话题:各国对国家概念存在不同的规定和理解,法院应当依法院地法抑或外国法识别国家?若可以依外国法识别,那么其理据何在?在何种情形下需依外国法识别?当前,《中华人民共和国外国国家豁免法》(下称《外国国家豁免法》)业已实施,国家识别问题既关乎《外国国家豁免法》第2条的理解适用,也影响中国法院判断诉讼主体有无豁免资格。

一 国家豁免中主体资格识别的缘起

在阐明国家豁免主体资格识别,即国家识别问题产生的原因前,有必要澄清国家之“识别”与传统国际私法理论之“识别”的关联。通常,识别指的是“在适用冲突规范的过程中,依一定法律观念,对有关事实构成作出‘定性’或‘分类’,将其归入一定法律范畴从而确定援用哪一冲突规范的认知过程”。^⑤本质上,国家“识别”仍属于国际私法中的“识别”,而不同于国内法律规范构成要素的解释问题。^⑥形成这一论断的原因有二。

其一,识别的原有定义尚不能囊括所有识别冲突的情形。实践中,国家识别冲突客观存在,同一事实依据不同法律可能产生两相冲突的“国家”识别结果。例如,按照美国法,国家直接控股的企业属于国家,而按照中国法,国家直接控股的企业却不属于国家,除非其被授权行使主权行为。这一冲突的根源在于法院地国与被诉方所属国之间的法律观念差异,其仍属于识别冲突。

① 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第217—219页。

② 参见李庆明:《中国在美国法院的主权豁免诉讼述评》,载《国际法研究》2022年第5期,第3—28页。

③ 参见梁一新:《论国有企业主权豁免资格——以美国FSIA、英国SIA和UN公约为视角》,载《比较法研究》2017年第1期,第84—85页;参见李庆明:《美国的外国主权豁免理论与实践研究》,人民日报出版社2021年版,第42—48页。

④ See *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp. 849 (S. D. N. Y. 1978).

⑤ 参见陈卫佐:《比较国际私法》,法律出版社2022年版,第145页。

⑥ 法律解释指的是查明一项用语在国内法律中的意义。法律解释的目的是,认识某一概念在法律上的意义以完成将案件事实涵摄(subsumption)到规范的要素之下的推导过程,其往往从立法者意志或从立法者意志和法律文本之外的目标出发。参见〔德〕洛尔福·旺克:《法律解释》(第六版),蒋毅、季红明译,北京大学出版社2020年版,第24页、第50—61页。

其二，国家识别并未脱离冲突规范的语境。国家识别是对“国家豁免问题适用法院地法（国家豁免法）”或“国家豁免问题适用国际公法”这一不成文的冲突规范中相关概念的解释，其目的仍然是为了适用国家豁免法（法院地法）。鉴于豁免案件中客观存在的国家识别冲突问题，国际私法识别理论在弥合各国对法律概念理解差异以达至各国判决趋于一致的重要作用，应当认为国家识别问题可以沿用国际私法中的识别理论。

实践中，国家识别问题的出现与国家豁免案件的司法属性和各国国内法中有关“国家”规定的差异有关，前者是国家识别问题产生的语境前提，后者使国家识别中的法律适用问题得以彰显。

（一）国家豁免案件的产生及其司法属性

国家豁免案件冠以“豁免”之名，但案涉的实体争议可以是任何涉外民商事法律关系中的实体问题。例如，原告与俄罗斯之间就苏联国家图书馆收藏的犹太古籍归属权所产生的实体争议与“国家豁免”并无关联，直至原告将争议诉诸美国法院，而被诉方主张管辖豁免时，豁免问题才成为两造争讼中的焦点。^①

虽然国家豁免并非一个纯粹的诉讼问题，而是兼具司法和外交双重属性的特殊问题，但豁免案件的政治性不宜被过分放大，国家识别问题也不能过分依赖外交证明。从诉讼过程看，豁免案件的司法性表现在，当被诉方主张“国家豁免”而提出管辖异议时，法院需要识别被诉方是否为国家以及是否存在豁免例外。如豁免成立，则驳回起诉；如豁免不成立，法院将继续行使管辖权。因此，豁免案件所固有的司法属性是国家识别及其法律适用问题产生的逻辑前提。

（二）国家豁免案件中法律适用的国内法转向

国家豁免是一项公认的国际法原则。由于国家豁免原则的模糊性，其在实践适用中充满了争议。晚近以来，为解决豁免案件审理中的法律争议，各国对“国家豁免”的国际法原则开展了国内立法活动，法院审理豁免案件的依据也逐渐从国际法转向了国内法。

豁免立法活动的勃兴，也与各国起初在豁免立场上的冲突有关，其可溯源至“绝对豁免”与“限制豁免”争论的早期。19世纪以前，国家豁免的表述具有绝对性特征，即国家的所有行为都可以豁免。^② 例如，在1849年“西班牙政府诉朗贝尔及普霍尔案”（*Spanish Govt v. Lambege and Pujot*）中，法国最高法院认为：“国家彼此独立是普世公认的国际法原则之一，由此可以引申出的结论是：一国不得违背另一国政府的意愿对其行使管辖。”^③ 然而，同时期的比利时法院坚持认为，外国国家作为民事主体从事商业行为的，应当接受商事法院管辖。^④

此外，各国在国家豁免制度规则的理解上也存在长期分歧，这使《联合国国家豁免公约》至今仍未生效，^⑤ 也致使习惯国际法层面的“国家豁免”千疮百孔、支离破碎。各国在豁免规则

① See *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*, 466 F. Supp. 2d 6, 10-14 (D. D. C. 2006).

② 参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社2004年版，第94页。

③ See *Spanish Govt v. Lambege and Pujot*, 1849, Sirey, recueil general des lois et des arrêts 1849 1, 81, 转引自 Hazel Fox CMG QC & Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 27.

④ See *Rau, Vanden Abeele et Cie v. Duruty* (1879) Pasicrisie beige, 1879 (Brussels), part 2, p. 175.

⑤ 该公约生效要件是批准条约的国家数量达到30个，目前仍未达到。见联合国条约库（United Nation Treaty Collection），https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en.

上的分歧既扩大了各国寻求国内立法以解决豁免问题的意愿，也催生了一种有趣的现象：即20世纪后半叶以来，国内法院在处理国家豁免案件时，不再笼统地援引习惯国际法规则，而是依据国内法来判断某一行为主体是否为国家、有无豁免资格。例如，印度最高法院认为，可以依据本国《民事诉讼法典》对国际法所普遍承认的“国家豁免”规则做适当调整。^①可见，豁免案件审理依据由国际法转向国内法的客观变化，使国家识别中法律适用问题得以产生。

（三）国内法中“国家”的差异

各国对“国家”理解的差异，尤其是存于法院地国和被诉方所属国之间的差异，是国家识别中法律适用问题产生的根本原因。有关“国家”理解的差异，主要源于以下两个方面：

其一，国内法中的概念界定差异。尽管各国都试图在豁免法中厘定“国家”概念，但各国的立法规定有所不同。例如，英国、新加坡、巴基斯坦认为，“国家”主要包括“该国君主或其他元首、该国政府以及政府的任何部门”，而“独立于政府行政机构的实体”仅在行使主权职能时享有豁免资格。^②与之不同的是，《美国法典》第28编第1603节规定外国国家包括“外国国家机构或部门”和“外国国家或其政治分支机构所持有大部分股权或拥有其他所有者权益的实体”。^③2015年《俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第2条也将实际行使国家主权利力的实体机构视为“外国国家”，而未直接将非国家机构的法人实体排除在“国家”概念之外。^④

其二，各国国家机构部门、政治分支的构成差异。近现代以来，世界各国宪法对政体做出了相当详尽但不尽相同的规定。^⑤正如王世杰先生所言，“然现今诸国，虽群认国家职权之分化为必要，虽各设有议会、行政机关与法院……而关于此种机关之组成及其职权之限界，彼此仍极不一致”。^⑥以行政机关为例，英国、德国、意大利、日本所采用的内阁制和美国实行总统制下的行政权力归属于不同的国家机构，而即便同属于内阁制的英、德、日、意四国之间，内阁本身所享有的权力范围和内阁所统筹的下属委员会及其他机构也存在不同。^⑦

当前，国家豁免案件的司法属性、国家豁免案件中法律适用的国内法转向、各国国内法中对“国家”概念的差异化规定，是致使国家识别中法律适用问题得以产生的三个原因。

二 司法实践中国家识别的法律适用及争论

当前，国家参与跨国活动形式日益多样，国家豁免案件中的被诉方也呈现出纷繁复杂的特

① See *Mirza Ali Akbar Kashani v. United Arab Republic*, 1966 Air 230, 1966 SCR (1) 319, Air 1966 Supreme Court of India 230.

② 1978年《英国国家豁免法》第14条、1979年《新加坡外国国家豁免法》第16条、1981年《巴基斯坦国家豁免条例》第15条。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25页、第37页、第44页。

③ 参见徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，第4页。

④ 参见徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，第125页。

⑤ 所谓“政体”是与国体相对称的概念，在广义上泛指国家的组织形式，或国家的政治制度。参见沈宗灵：《比较宪法——对八国宪法的比较研究》，北京大学出版社2002年版，第131页。

⑥ 王世杰：《比较宪法》，武汉大学出版社2013年版，第189页。

⑦ 参见沈宗灵：《比较宪法——对八国宪法的比较研究》，第205—210页、第223—227页。

点。司法实践中，国家识别的难题往往不在于甄别国家元首、中央政府等为公众所熟稔的“国家”，而在于如何识别一国特有的国家职能机构和以国有企业为典型的非国家实体。

（一）司法实践中识别国家的法律适用问题

鉴于美国处理豁免案件的数量和“经验”，不妨用美国的司法实践来呈现国家识别的法律适用争论。考察发现，美国法院既有依法院地法识别国家的实践，也有依外国法识别国家的例证。

美国依法院地法识别国家，通常是按照法院地之豁免法，即 FSIA 中关于国家的规定开展识别。例如，在“阴极射线管案”（*Cathode Ray Tube*）中，^① 彩虹集团和埃里克显示器公司（Irico Display）是该案的两个被诉方，前者为中国国务院直接控股的企业，后者为国务院间接控股的企业。依 FSIA 中“外国国家或其政治机构持有实体多数股份”的规定，被诉方只需证明其大部分股份由外国或其政治分支机构直接持有，美国法院便可据此将其识别为 FSIA 中的“国家媒介”（instrumentality）。按此识别思路，法院可将由中国国务院直接全资控股的彩虹集团识别为国家，而由国务院间接持有多数股比的埃里克显示器公司则不能被识别为国家。

美国依外国法识别国家，往往是依据外国宪法或组织性法律识别特殊的国家机构。例如，在 1978 年“苏联新闻出版社案”（*Novosti Press Agency*）中，^② 美国纽约南区联邦地区法院在判断苏联新闻出版社作为被诉方是否属于国家而享有豁免时，着重依据苏联宪法和依苏联宪法制定的《新闻出版社规章》（*Novosti Statute*）对新闻出版社进行了识别。

在国有企业能否被识别为国家的问题上，依法院地法和依外国法可能产生不同的豁免效果。例如，美国法院在识别中国国有企业是否为豁免主体时，按照 FSIA 规定，中国政府直接控股的国有企业应被识别为“国家”。然而，若依被诉方所属国法，即按照中国《外国国家豁免法》第 2 条，国有企业不当然地属于“国家”，其仅在代表国家主权从事主权行为时才能视为国家。此外，依据《中华人民共和国企业国有资产法》（下称《企业国有资产法》）第 1 条、第 6 条，国有企业具有独立的地位。因此，若按中国法，国有企业不属于“国家”，国家识别的冲突也由此产生。在这一冲突中，FSIA 作为美国法院处理豁免问题的国内法依据，依 FSIA 识别似乎理所应当，但识别的结论却明显违背了中国政府否认国有企业具有国家豁免之主体地位的一贯主张。

由此可见，在部分豁免案件中，国家识别适用法院地法和外国法将产生不同的豁免效果，由此产生了应当依据法院地法抑或外国法识别国家的问题。

（二）依法院地法识别国家的理据及其破绽

国家识别是对“国家”这一法律概念的认识过程。法院依法院地法识别国家是出于一种对本国法更为熟悉的本能。实践中，美国法院依法院地法 FSIA 识别国家也是一种较为普遍的做法。从理据上看，大抵有如下两方面的原因。

第一，豁免法在豁免案件中适用的唯一性。美国联邦最高法院在“阿根廷诉阿美拉达赫斯公司案”（*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping*）中认为，FSIA 为美国法院对外国国家行使

① See *In re Cathode Ray Tube (CRT) Antitrust Litig.*, MDL No. 1917 (N. D. Cal. 2018).

② See *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency*, 443 F. Supp. 849 (S. D. N. Y. 1978).

管辖权提供了唯一的依据，意思是不能在 FSIA 之外寻找管辖外国国家的依据。^① 在“阴极射线管案”中，美国法院基于“彩虹集团在 2007 年是由中国国务院直接全资控股实体”的事实和 FSIA 中关于国家的规定，将其识别为国家，而并未考虑中国法。^②

第二，识别适用法院地法的固有观念。识别适用法院地法是识别理论诞生之初便存在的经典主张，法院地法说也是识别理论的重要学说阵营。^③ 包括中国在内不少国家仍然在立法上采纳了法院地法说。^④ 在豁免案件中，国家识别的目的在于解决国家豁免问题，对“国家”概念的解释大抵等同于对“豁免问题适用法院地法”这一冲突规范中法律概念的解释，因而国家识别也应按照本国豁免法及本国相关的法律观念加以解释。可见，法院按本国法中有关“国家”的规定识别国家是一种合乎逻辑的做法。按照国际法院的观点，豁免法在本质上具有程序法特征，其所规范的是法院就特定行为有无管辖权的程序性问题。^⑤ 在法则区别说兴起时，程序问题所涉法律或称“程序法”，便于法则性质划分过程中被单独抽离，形成了“程序法应当在程序所制定的法院中得到适用”的基本观点。^⑥ 因此，若认为豁免法是程序法，那么依据法院地法解决豁免主体（国家）识别问题也便不难理解。

然而，上述理据也存在着如下破绽。首先，FSIA 在豁免问题上的唯一性，并不代表豁免主体识别问题也需要强制适用法院地国的豁免法。被诉方是否属于 FSIA 中的国家是审理案件的“前置性问题”（preliminary question），^⑦ 国家识别问题具有相对独立性和可分性，不必受制于 FSIA 的唯一性。其次，识别适用法院地法的论断并不绝对。实践中，并非所有概念都可以恰当地被法院地法识别，因而部分国家采取了更为灵活的识别方法，允许识别适用外国法律。^⑧ 这类规定说明了识别法律概念所依之法并非只能是法院地法，也可以是外国法。

（三）依外国法识别国家的理据及其困境

1. 依外国法识别国家的理据

依外国法识别的理据大抵有如下两个方面。

一是国际礼让。基于“礼让”适用外国法似乎是一种道义上的谦让，实则不然。胡伯认为，礼让本身是对国家主权的一种限制，沃尔夫则将礼让视为法律的理性，进一步认为礼让等同于公平和实利。^⑨ 在豁免案件中，国家识别缘何需要向被诉方所属国之法进行礼让？孟西尼所主张的国籍原则有助于我们理解这一过程。按照孟西尼的观点，国籍涵盖了乡土、气候、宗教、语言文

① See *Argentina Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U. S. 428, 434–435 (1989).

② See *In re Cathode Ray Tube (CRT) Antitrust Litig.*, MDL No. 1917 (N. D. Cal. 2018).

③ 参见宋晓：《识别的对象与识别理论的展开》，载《法学研究》2009年第6期，第199页。

④ 《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》（下称《法律适用法》）第8条规定，“涉外民事关系的定性，适用法院地法律”，便在一定程度上体现了“识别适用法院地法”的观念。

⑤ See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 124, para. 58.

⑥ 参见李双元、欧福永主编：《国际私法》（第5版），北京大学出版社2018年版，第44—45页。

⑦ See *Tifa Ltd. v. Republic of Ghana*, 692 F. Supp. 393 (D. N. J. 1988).

⑧ 例如，1999年《亚美尼亚共和国民法典》第1254条规定：“如果待识别的法律概念无法根据亚美尼亚共和国法律解释来加以确定，则对这些概念进行法律识别时可适用外国法律。”2014年《俄罗斯联邦民法典》第6编第1187条也有类似规定。参见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，武汉大学出版社2017年版，第21页、第93页。

⑨ [德] 马丁·沃尔夫：《国际私法》（第2版上册），李浩培、汤宗舜译，北京大学出版社2009年版，第31页。

化、历史传统等因素，彰显了一个民族的整体精神。据此，孟西尼断言：“个人权利只能受到他所出生之社会的法律审判。”^① 因此，对外国人按照其所属国籍适用其本国法并不是一种空洞的礼让，而是一种真正的义务。^② 在国家豁免案件中，主体识别之所以适用被诉方所属国之法律，是出于对被诉方所属国治理模式、历史传统、文化制度乃至民族精神的礼让，也是一种出于寻求公平实利和法律理性的结果导向。此外，豁免案件中的国家识别属于当事人（被诉方）的主体性质判断，是一个与当事人利益密切相关的重要问题。按照克格尔的观点，“与当事人的利益要求适用与该当事人联系最密切之法律，即当事人的住所地或国籍地法律”。^③ 实际上，在判断当事人豁免主体资格问题上，与之联系最为密切的法律当属被诉方所属国的法律，因为被诉方是否为国家往往由其所在国的国家制度所决定。由此，按照外国法而非法院地法识别被诉方是一种合乎最密切联系要求、合乎国际私法法理的识别方法。

二是国际法。国家豁免在本质上是一个国际法问题，国家及其财产的管辖豁免也是一项普遍接受的习惯国际法。国家豁免起源于《联合国宪章》第2条第1款所载明的各国主权平等原则，^④ 因而充分理解主权平等原则是理解国家豁免问题的前提。依据主权平等原则，各国可以独立行使主权、自由地选择政治、社会制度，^⑤ 一国的政治体制、国家组织形式也是国家独立行使主权的結果。各国应当本着国家法律地位平等的原则，对他国的政治制度、机构设置予以充分尊重。此种尊重不仅是出于礼让的主动选择，更是遵循各国主权平等这一国际法原则的义务要求。因此，在国家豁免案件中，一国法院按照被诉国法律（外国法）识别被诉方是否为国家，在本质上是对该国独立行使主权、自由选择政体结构的基本尊重，也是对主权平等原则的根本遵循。

2. 依外国法识别国家的困境

依外国法识别国家的困境在于如何识别、适用外国法。例如，尽管美国通过《联邦民事诉讼规则》第44.1条确立了“外国法查明适用应视作法律问题”的基本立场，^⑥ 但美国法院在实践中仍苦于其能否直接采信由外国政府提供的外国法内容证明。美国联邦最高法院认为，法院固然应当对外国政府提供的外国法律声明予以一定重视，但也应当主动、全面地审查其他有关于外国法的材料。^⑦ 这一论断肯定了法院具有质疑外国政府提供的外国法内容声明的权力，但其否认中国政府所提供的相关声明，在根本上违背了国际礼让原则，也遭至了学界的强烈批评。正如有研究指出，该案所需查明的法律是外国的管制性法律而非一般民商事法，法院应秉持国际礼让原则，遵从外国政府的相关声明，而不应当自行查明。^⑧ 该案所呈现的争议是当前外国法查明困境

① 参见李双元、欧福永主编：《国际私法》（第5版），第51页。

② 参见陈卫佐：《比较国际私法》，第97页。

③ 当事人利益、商业合同利益和物权行为利益都可能要求适用外国实体法，而不仅仅是本国法律。只有当外国法的适用违背了实体法上的利益时才会通过“公共秩序”条款来排除其适用。参见杜涛：《利益法学与国际私法的危机和革命》，载《环球法律评论》2007年第6期，第69页。

④ See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 124, para. 57.

⑤ See United Nation General Assembly, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations* (25th session, 1970), p. 124.

⑥ 参见霍政欣：《美国法院查明外国法之考察》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》2007年第4期，第78—79页。

⑦ See *Animal Science Products, Inc. v. Hebei Welcome Pharmaceutical Co.*, 138 S. Ct. 1865, 1869–1870 (2018).

⑧ 参见宋晓：《外国管制性法律的查明——以“维生素C反垄断诉讼案”为中心》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2021年第4期，第93—104页。

的一个缩影，其客观上阻碍了外国法在涉外案件中的适用。

此外，如何具体适用外国法是法院面临的又一难题。适用外国法的方式包括引用成文法和援用判例法。^①如果说适用外国成文法的困难在于把握条文规范意涵的准确性，那么适用外国判例法的困难还在于掌握判例的先例规则、理解判例的裁判理由及附随意见。但不论外国法的性质如何，也不论外国法的适用方式如何，外国法的特殊性在于其往往不为本国法官所熟悉，也难以在司法实践中得到与国内法同等程度的适用。即便冲突规范赋予了国内法和外国法平等适用的机会，但法官对外国法认识的局限性限制了外国法适用的实际效果。因此，理论上法院可以依据外国法识别国家，但实践中法院容易陷至“如何查明、适用外国法”的泥沼之中。

（四）国家识别适用法院地法抑或外国法

国家识别所暴露的选法矛盾，实质上是法院地国和被诉方所属国之间对于“国家”认识和界定的冲突。从诉讼过程来看，国家识别是法院确立豁免案件管辖权所面临的首要问题，因而法院适用法院地法是一种近乎本能、无可厚非的“条件反射”。因此，实践中美国法院依法法院地法识别国家的情况并不少见。然而，考察发现美国法院仍不乏依外国法识别国家的实践，在部分豁免案件中，甚至出现了依外国法识别与依法法院地法识别各执一端、莫衷一是的局面。那么，法院在识别国家过程中究竟应当如何适用法律？其应当适用法院地法抑或外国法？

事实上，倘若法院依据本国豁免法便足以识别国家，或依外国法识别结果与依法法院地法无异，那么法院则不必纠结于依何法识别的问题。是故，解决这一问题的关键在于，明确国家识别的外国法适用场景及其适用方式。一旦明确了适用外国法的识别场景，依何法识别国家的问题便迎刃而解。

三 国家识别的外国法适用场景及适用条件

法院适用外国法识别国家的场景可划分为如下三种：一是待识别对象依法法院地法无法识别而借助外国法；二是在法院地法与外国法冲突时，出于国家礼让而适用外国法；三是针对非国家独立实体有无主权行为的二次识别。前两种识别场景是基于被诉方实体的身份特征的外观识别，主要识别依据是外国宪法、组织法中关于“国家”概念的规定，而第三种识别场景的识别对象往往是非国家的独立实体，包括独立法人、非法人等组织，其识别的依据主要是创设该实体的组织性、职能性法规。

（一）待识别主体于法院地法无所对应

各国国家机构的组成存在客观差异，法院依法法院地法识别被诉主体是否为国家时，可能会出现识别无果的情况。此时，法院考察适用外国法似乎便成为了一种完成国家识别的被迫选择。在20世纪七八十年代，美国法院便曾有过依外国法识别外国国家的司法实践。彼时，美国法院将外国法作为识别国家直接依据的做法既有出于对外国政体构成的尊重，也有一种囿于待识别对象

^① 参见孙尚鸿：《涉外民商事审判中外国判例的适用问题研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第4期，第146页。

在法院地法中无所对应的无奈。如以前述“苏联新闻出版社案”为例，美国并无与苏联新闻出版社类似的机构，纽约南区联邦地区法院最终依据苏联宪法和依苏联宪法制定的《新闻出版社规章》认定苏联新闻出版社是为实现苏联宪法第125条、第126条之规定而成立的公共信息机构，事实上也是由苏联共产党所领导的并服务于国家的机构组织，是具有一定的政府公共职能的自愿协会，属于FSIA中的“国家”，具有豁免主体资格。

再以1982年“赛德克案”（*Matter of Sedco*）为例，美国德克萨斯州南区地区法院在判断墨西哥石油公司（*Petroleos Mexicanos*）是否为FSIA中的国家时，认为“墨西哥根据墨西哥宪法和监管法专门设立了墨西哥国家石油公司，以实施国家碳氢化合物资源开发计划，由总统任命的行政委员会参与管理……毫无疑问，其属于FSIA中所称之国家”。^①从这段论述中可见，美国联邦法院识别FSIA中豁免主体的重要根据是墨西哥宪法和监管法，法院着重认为监管法是一部专门落实墨西哥石油资源开发的政策性法律，也是墨西哥国家石油公司设立的组织性法律，其明确了墨西哥国家石油公司在促进国家碳氢化合物资源开发计划的政策性作用。鉴于此，法院依据墨西哥宪法和监管法将墨西哥国家石油公司识别为了具有豁免资格的“国家”。

上述案件的共性在于，法院不能直接依据法院地法识别被诉方是否为国家。造成这一情况的原因是本国法中有关国家的规定并未包含待识别之主体。例如，苏联新闻出版社、墨西哥石油公司并未直接与法院地法中有关“国家”的规定相对应。然而，苏联新闻出版社、墨西哥石油公司的国家地位分别规定于苏联和墨西哥的国内法当中，受案法院可以分别按照苏联宪法、《新闻出版社规章》和墨西哥宪法、监管法的规定，完成被诉方是否为“国家”的识别过程。实际上，依外国宪法、政策性法律等公法性法律识别国家也能较大幅度地尊重被诉方所属国的政体结构和政策部署，并能更为准确地判断被诉方是否确为“国家”，具有一定的合理性。^②

国家识别在本质上是一种法律概念的识别过程。从部分国家的立法来看，如果某一法律概念难以按照法院地法确定，则可以依照外国法识别。^③这类规定在本质上是对某一法律概念在无法根据本国法进行识别、解释时的一种补救，暗含了先适用法院地法、法院地法识别无果，尔后适用外国法识别的次序逻辑。在识别国家这一法律概念时，亦是如此。

（二）法院地法与外国法规定两相矛盾

国家识别存在法院地法与被诉方所属国法（外国法）对“国家”概念规定不一致的情况，从而产生冲突。国家识别中的法律冲突，尤以国有企业识别为甚，以美国法院识别中国国有企业为典型。美国法院依法院地法FSIA和依中国法识别国有企业或将产生不同的豁免结论，进而引发识别冲突。在此情况下，法院应选择适用被诉方所属国之法（外国法）而非法院地法。

首先，法院应当对被诉方所属国的特殊制度安排加以礼让。毫无疑问，国有企业是一国市场经济体制改革和国家经济政策推行的产物，法院应当尊重被诉方所属国的国家政策。实

^① See *Matter of Sedco, Inc.*, 543 F. Supp. 561, 567 (S. D. Tex. 1982).

^② 值得一提的是，基于以往司法实践中的经验总结，美国法院归纳出了识别FSIA项下国家机构（organ）应当考量的五个要素：（1）实体创设之政策目的；（2）受国家监督程度；（3）公职人员雇佣情况；（4）独立性；（5）外国法对待该实体的方式。See *Kelly v. Syria Shell Petroleum Dev. B. V.*, 213 F.3d 841, 846-847 (5th Cir. 2000).

^③ 例如，1999年《白俄罗斯共和国民法典》第1094条、2002年《摩尔多瓦共和国民法典》第1577条、2014年《俄罗斯联邦民法典》第1187条。参见邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，第30页、第56页、第93页。

践中，美国法院将国企识别为豁免主体是僵化适用法院地法的结果，既未能真正尊重一国独立自由行使主权的客观结果，也忽视了中国社会主义市场经济制度的安排。然而，与之形成鲜明对比的是南非高等法院对于中国国有企业制度的礼让尊重和准确把握。^①南非高等法院依据《中华人民共和国宪法》序言关于“社会主义市场经济的目标”和《企业国有资产法》第6条关于“政企分离”的规定，认可了案涉国有企业的独立性。南非高等法院在判断国有企业独立性问题适用中国法，既妥善解决了案涉的关键法律问题，也彰显了对中国社会主义市场经济制度安排的尊重。因此，在判断国有企业是否受控于国家、能否等同于国家的过程中，应当适用国有企业所属国之法。

其次，从个案处理的效果上看，美国依 FSIA 将国有企业识别为国家机构遭到了国内外的批评。^②有研究认为美国法院宽泛界定豁免主体的司法实践存在法理缺陷，并呼吁中国国有企业通过放弃豁免以换取在美国公正待遇的议价空间。^③从公司治理的角度看，FSIA 中按国家持有股比所拟制为“国家”的公司实体，在中国现行公司法律制度构造下，属于国家出资公司而非国家，^④美国法院也不应当按 FSIA 将国家直接控股的国有企业识别为国家。

从被诉方所属国的角度来看，“国家”的机构形式和组织设置与该国的政治经济制度相关，也是该国独立行使主权的結果。鉴于此，在国家识别冲突生成时，法院应当考虑适用被诉方所属国之法，以尽可能尊重该国的国家机构设置和基本制度安排，这既是“各国主权平等”的内在要求，也是一种合乎法理的礼让。

（三）非国家实体之主权行为的二次识别

1. “二次识别”的界定

如果说前两种识别场景都建立在“外观主义”的基础上，是通过被诉主体身份、股份结构等外在特征的识别，那么第三种识别场景是一种建立在“行为主义”基础上，通过某一独立实体有无从事主权行为而判断其是否为国家的识别。此种场景下，待识别的对象往往不属于国家政治机关、国家机构，而是一种特殊的法人或非法人组织，识别的重点也不在于被诉实体的身份特征，而在于有无主权授权和主权行为，对应着中国《外国国家豁免法》第2条第3项之情形。值得一提的是，尽管《英国国家豁免法》（State Immunity Act 1978，下称 SIA）未将诸如国有企业在内的独立实体视为“国家”，但仍然在其行使主权行为时予之国家豁免主体资格，^⑤本质上与中国《外国国家豁免法》第2条第3项规定无异，同等地将代表国家行使主权的法人、非法人组织视为国家。

从识别的逻辑次序上看，基于被诉方外观特征的识别在先（不妨称之为“首次识别”），而按照有无国家主权行为的识别在后，可视为“二次识别”。从条文设计上看，英国 SIA、中国

① See *DHL Project & Chartering Ltd v. MV “Shandong Hai Chang”* (A10/2020), [2022] ZAKZDHC 24 (30 May 2022).

② 参见叶研：《“限制的绝对豁免”：中国国家豁免的实践特色与立法进路》，载《国际经济法学刊》2022年第1期，第21页。

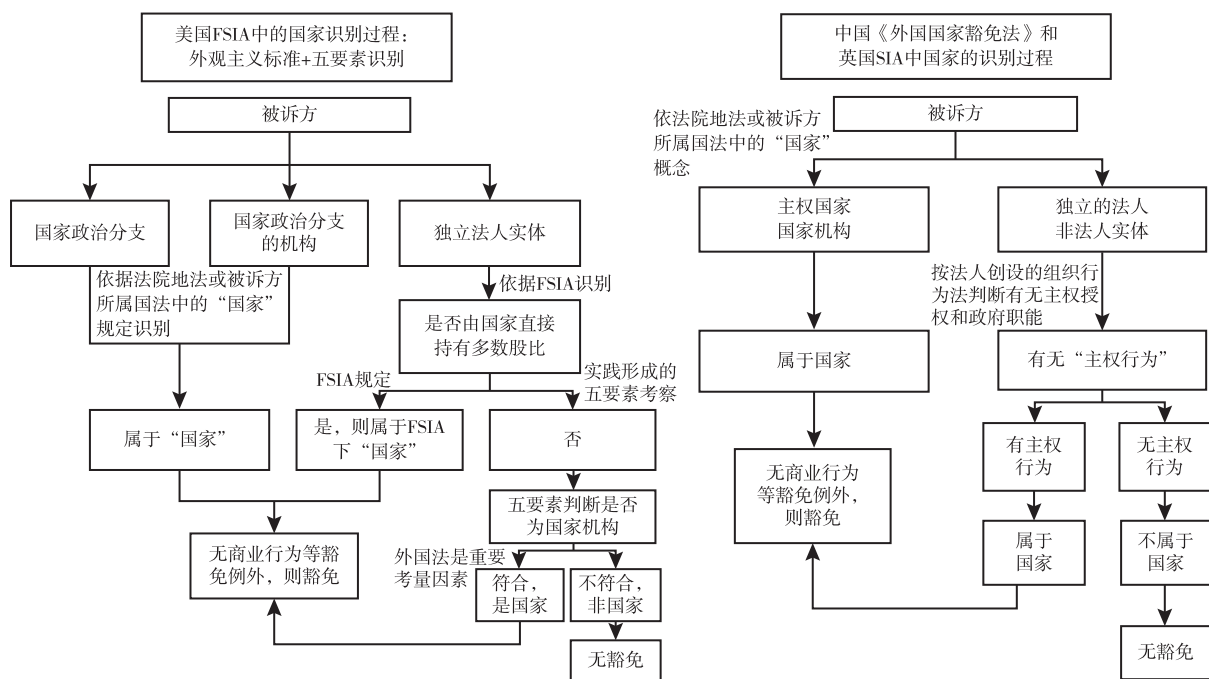
③ 参见梁一新：《论国有企业主权豁免资格——以美国 FSIA、英国 SIA 和 UN 公约为视角》，载《比较法研究》2017年第1期，第83页。

④ 参见胡国梁：《国家出资公司进入〈公司法〉逻辑理路》，载《政治与法律》2022年第12期，第134—136页。

⑤ 参见徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，第25页。

《外国国家豁免法》与《联合国国家豁免公约》都规定了从事主权行为的独立实体可以被识别为国家，本质上是一种基于主权行为特征的识别，是用以处理特殊个案的“兜底性”规定。因此，即便被诉方首次识别结果为非国家实体，也不必然意味着其不享有国家豁免的主体资格，而需要从有无国家主权行为的基础上进行二次识别。

二次识别的产生与豁免法的条文设计和识别逻辑有关。如下图所示，美国 FSIA 中的国家识别不存在单独实体的主权行为识别，因为美国 FSIA 在条文设计中采取了“国家直接持有多数股比”的外观主义模式，将具备这一特征的法人实体等地视为国家，随后通过审查有无商业行为例外的方法，综合判断被诉主体有无豁免，因而不单独识别法人实体有无主权行为。^① 这种依据行为主体持股比例外观而判断是否为国家的规定模式也是产生国家识别冲突的重要原因。然而，中国《外国国家豁免法》和英国 SIA 明显区分了主权国家、国家机构和从事主权行为的法人实体，在识别思路采用了更为简洁、清晰的两步法：先基于外观特征识别被诉方是否为一般法律概念中的“国家”，若属于法人、非法人等非国家实体，则通过二次识别该实体有无主权行为以最终完成国家识别。不论在逻辑上，还是效果上，这一种区分国家外观和国家主权行为的识别方法都更值得推崇。



(美国 FSIA、中国《外国国家豁免法》和英国 SIA 识别国家的过程图解。图片来源：作者整理)

2. 二次识别中适用有关实体外国法规定的展开

基于主权行为判断的二次识别在一定程度上仍然可以通过外国法中有关被诉实体的规定来判断。主权行为是指一国排他性行使政治权力的行为，^② 往往将商业交易等私主体行为排除在外。主权行为也可以表现为国家经由立法授权某一主体从事政府管理职务的行为，因此法院仍可以依

① 如果法人实体不满足 FSIA 中的股比要求，美国法院还可以按照五要素的方法识别其是否为国家机构。

② See Francis Harry Hinsley, *Sovereignty* (Cambridge University Press, 2nd edn, 1986), p. 1.

据外国法中关于行为实体的规定来识别其有无主权行为，从而完成被诉实体是否为国家的二次识别。

在判断实体有无主权行为和主权职能时，可以借鉴“核心功能”标准：若实体的核心功能为商业功能，则可以直接排除行为的主权性质；若实体具有政府管理职能，则可以认为该行为具有主权性质。^① 核心功能标准最初是来源于美国司法实践，用以区分国家具体形态的方法，^② 这一标准也可以为识别非国家实体有无主权行为提供镜鉴。一般而言，与情报收集和国家安全活动相关的往往被认为具有政府职能性质，^③ 而钢铁企业、贸易企业、矿产企业的活动则多被认定具有商业性质。^④ 实践中，法院也将外国的成文法、判例法作为一种判断“核心功能”的重要依据。例如，在2020年“匈牙利国家资产案”（*De Csepel v. Hungary*）中，基于匈牙利国家资产管理公司（Hungarian National Asset Management Inc.）的改革事实和匈牙利宪法法院对其不能免除公司法适用的判例观点，美国第四巡回上诉法院最终认定其核心职能具有商业性而非管理性。^⑤ 再如，在“泰勒诉瑞典案”（*Taylor v. Kingdom of Sweden*）中，法院指出：瑞典国家世界文化博物馆（Sweden's National Museums of World Culture，下称NMWC）是依据瑞典议会法所设立的实体，其属于瑞典国家文化部内的一个国家机构。瑞典法律规定了NMWC的运作方式和管理职能，同时瑞典文化部要求NMWC执行国家规定的某些政府优先事项。^⑥ 据此，法院进一步认为NMWC具有一定的政府职能。

可见，考察适用非国家实体在被诉方所属国的法律在判断其有无国家政府职能、有无主权行为方面发挥了重要作用，是二次识别国家的重要依据。依外国法识别这类实体有无主权行为的合理性在于，外国法往往规定了组织实体的基本职能和政策目的，有助于判断实体行为的主权性质。然而，需要注意的是，主权行为的识别仍不能盲目遵从于这一类外国法规定中实体所表征的商业职能，仍然要结合案情中的具体行为性质、事件背景以最终判断。例如，英国上议院曾指出，识别行为属性时，应从行为的整体背景（whole context）出发，判断是主权行为还是私法行为。^⑦ 在“科威特航空公司案”（*Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.*）中，^⑧ 英国司法实践区分不同行为的商业性质和主权性质得到了更为具体的呈现：在伊拉克入侵科威特的事件背景下，伊拉克航空公司（下称IAC）根据国家交通部长的命令控制了科威特航空公司（下称KAC）的10架飞机。随后，伊拉克政府解散KAC，IAC将原先控制的10架KAC飞机投入商业运营。KAC认为IAC的行为侵权，并在英国起诉IAC，要求IAC向其返还飞机并进行赔偿。该案件中，被诉方IAC是独立于伊拉克的实体公司，但IAC认为其控制KAC飞机的行为存在主权授意，是一项主权行为，因而主张国家豁免。英国上议院终审认定，IAC在本国交通部长的命令下护送10架飞机回国的行为是主权权力行使的客观结果，享有主权豁免资格，但IAC对飞机进行

① See *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148, 151 (D. C. Cir. 1994).

② 参见李庆明：《美国的外国主权豁免理论与实践研究》，第37页。

③ See *Regier v. Islamic Republic of Iran*, 281 F. Supp. 2d 87, 102 (D. D. C. 2003); *Cicippio-Puleo v. Islamic Republic of Iran*, 353 F.3d 1024, 1033 (D. C. Cir. 2004); *S. K. Innovation, Inc. v. Finpol*, 854 F. Supp. 2d 99, 108 (D. D. C. 2012).

④ See *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148 (D. C. Cir. 1994).

⑤ See *De Csepel v. Republic of Hungary*, 613 F. Supp. 3d 255, 273-274 (4th Cir. 2020).

⑥ See *Taylor v. Kingdom of Sweden*, Civil Case No. 18-1133 (RJL) (D. D. C. 2019).

⑦ See *I Congreso del Partido*, 1 AC 244, 64 ILR 307 (1983).

⑧ See *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.*, 1 WLR 1147 (1995).

的商业运营活动属于商业行为，区别于主权行为，因而不享有主权豁免资格。^①由此可见，是否属于主权行为的二次识别仍然要结合事件背景和单次行为的具体性质综合判断。

3. 二次识别中法律适用的定性：填入法院地法的外国法“衣料”抑或适用外国法

按照新法院地法说的观点，法院考察外国法中对于非国家实体职能的规定，在本质上是为了回到本国的国家豁免法框架之下，以完成国家识别的过程。考察外国法中关于非国家实体职能的规定是否便等同于适用法院地法？

答案是否定的。从学理上看，新法院地法之“新”在于对法律概念的识别超越了内国法的概念体系，是一种灵活的识别思维过程而非机械适用识别规则，其主张从外国法规则中的相关概念入手，赋予法律概念本身更为“开明”和“普遍”的意涵。^②从这个意义上说，新法院地法说在本质上仍然是通过适用外国法的方法解释内国法的概念体系，超脱了原有的内国法概念，有别于传统的法院地法说和准据法说。尽管新法院地法说的代表人物巴蒂福尔主张协调识别冲突的方法是将外国规则准确地翻译为本国概念，继而认为没有一个外国法制度能够超出内国法概念的范畴，^③但其忽略了该识别仍然建立在考察外国法的基础之上，是将外国法的“法律衣料”放至本国法的“抽屉”中的思维过程，与传统意义上的法院地法说相去甚远。实际上，其他两位新法院地法说的代表人物，福尔肯布里奇和卡恩·弗罗因德（Kahn Freund）主张识别应尽可能地从外国法规则入手，更为“开明”地解释某一法律概念，因而更贴近于准据法说而非法院地法说。例如，卡恩·弗罗因德认为，只要各国在立法与司法实践中扩大共同法律概念的数量，识别冲突的规模就会日渐缩小。^④因此从学说本身来看，考察外国法中非国家行为主体的规定、类比外国法中有关国家的规定仍然应当视为国家识别的外国法适用场景。从立法和司法实践来看，“国家”这一抽象概念往往外化于具体的组织机构或外化于具体的主权行为。因此，考察外国法中的非国家行为主体相关职能的规定，仍然是在按照外国法识别国家，属于外国法适用的识别场景。

从法律适用角度检视国家识别的全过程，不难发现如果法院固守法院地法，仅诉诸于本国的国家豁免法以期解决识别问题，那么其在识别特殊国家机构、非国家独立实体时恐将陷入困境。因此，要准确识别国家、妥善处理豁免案件，就应当在上述三种场景下，考虑适用外国法。

（四）国家识别外国法适用的限制条件

前述三种适用外国法的场景还需以外交介入为例外，这是由国家豁免案件所具有的外交属性所决定的，其超出了原有司法审判和法律适用的语境前提。不难理解，当民事诉讼程序适用于牵涉外国国家为当事人的豁免案件，需要从结构上弥补对外关系利益主体缺位的情况，而外交部门介入的机制安排为平衡对外关系利益和私人利益之间的矛盾提供了制度保障。^⑤对此，中国《外国国家豁免法》第19条也做了相应的制度设计。

① See *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.*, 1 WLR 1147, 1161 (Lord Goff 1995).

② 尽管新法院地法的三位代表人物在新法院地法说的理论阐释中各有侧重和区别，但总体上他们的学说都反对机械地适用内国法的概念体系，而尽可能地从外国法规则入手，更为“开明”地解释某一法律概念。参见宋晓：《识别的对象与识别理论的展开》，第203页。

③ 参见宋晓：《识别的对象与识别理论的展开》，第203页。

④ Kahn Freund, *General Problems of Private International Law* (Sijthoff and Noordhoff, 1980), pp. 227 - 228.

⑤ 参见郭华春：《外交介入国家豁免诉讼之“补缺”功能与结构安排》，载《法商研究》2017年第6期，第166页。

从传统国际私法的理论来看，外国法适用往往以公共秩序保留为限。公共秩序保留指的是法院依据冲突规范应当适用外国法，但外国法的适用结果与法院地国的重大利益、基本政策、基本道德观念相抵触时，可以拒绝适用外国法的一项保留制度。^①然而，国家识别中的法律适用问题属于识别冲突问题，其围绕着应当按照哪一法律观念识别“国家”概念展开，不等同于法律适用本身，故而不受此限制。当然，法院识别国家的结果最终要以外交部门的声明意见为准（如有），这既是外交介入机制安排的应有之意，也是豁免案件司法性与外交性并存的客观要求。

四 中国立法现状与司法实践的应有态度

中国有关国家豁免中国家识别的立法规定见于《外国国家豁免法》第2条和《法律适用法》第8条。前者厘定了国家的基本概念和具体类型，而后者规定了识别所应适用的法律，即法院地法。这带来的直观后果是，在前述应当适用外国法识别国家的三类场景时，中国法院似乎也只能依据法院地法识别。此时如何理解《外国国家豁免法》第2条与《法律适用法》第8条之间的关系便显得尤为重要。

（一）《外国国家豁免法》中关于国家识别的规定

按照《外国国家豁免法》第2条规定，外国国家包括三类主体：主权国家、主权国家的机构或组成部分、由主权国家授权并代表国家行使主权利力的自然人或组织。这三类主体的划分依托于两个标准：一是国家机构或国家组成部分的外观形式；二是从事国家主权行为的实质。两者共同为司法识别国家提供了条文依据。

从立法上看，《外国国家豁免法》第2条的规定保证了国家识别的灵活性，这与中国所采纳的兼顾外观主义与行为主义的立法模式有关。如果条文过分细致地界定国家形式，或制定偏向外观主义的“国家”标准，那么国家识别将丧失灵活性，容易使法院陷入识别的困局。通常，法院在审理豁免案件时往往会先按本国的豁免法识别国家，这是由法院更为熟悉本国法律的客观情况所决定的。倘若一国豁免法过于详尽地界定国家概念，那么其在实践中将容易引发识别不当或识别不符合他国国情的情况。

在国家识别的举证问题上，《外国国家豁免法》并无相关的举证责任分配规定，这并不意味着国家识别问题可以适用“谁主张，谁举证”的一般原则，也不能依据《外国国家豁免法》第16条而照搬《中华人民共和国民事诉讼法》中的举证责任分配规定。一方面，豁免问题是关乎法院自身管辖权行使的重要程序问题；另一方面，在缺席判决的情况下，外国国家作为被诉方未出庭时必然无法围绕其有无主体资格而举证，此时法院仍然需要识别被诉方有无豁免资格。

（二）《法律适用法》中关于识别的规定

《法律适用法》第8条规定：“涉外民事关系的定性，适用法院地法律。”该条款自颁布伊始便争论不断，^②仍待澄清的问题有二：其一，厘定涉外法律关系中的相关概念是否属于条文所谓

^① 参见李双元、欧福永主编：《国际私法》（第5版），第139页。

^② 参见翁杰：《论涉外民事法律适用中的定性——兼评〈中华人民共和国民事诉讼法〉第8条》，载《法学家》2012年第2期，第156—158页。

的“定性”；其二，如若有待识别或定性的法律概念或民事法律关系在法院地法中无所对应或与外国法相冲突时，则能否依照外国法。这两个问题关乎《法律适用法》第8条的理解，也影响着法院识别国家过程中的法律选择。

从措辞上看，《法律适用法》第8条的用语为“定性”（characterization），特指一种针对案件事实所属法律关系的识别，旨在将其纳入冲突规范中的连接对象所表示的法律范畴，与“分类”（classification）属同义词。^①在冲突法理论中，识别的对象可以是案件争议事实与诉因，也可以是连结因素与范围中的法律概念。^②实际上，各国国际私法立法中也区分了法律关系识别（定性）和法律概念识别。例如，2004年《卡塔尔国民法典》第10条中的“识别”便是一种法律关系的识别；^③而2002年《摩尔多瓦共和国国民法典》第1577条、2014年《俄罗斯联邦民法典》第1187条中的“识别”是一种法律概念的识别。^④因此，严格来说，国家识别应当属于法律概念的识别，而不同于中国《法律适用法》第8条的“定性”。

从司法过程看，法院有可能多次识别同一法律概念。这是因为法院在对案件争议性质和诉因进行判断时，最初尚不知晓待识别对象的准据法是什么，只能依照法院地法律先进行识别。^⑤类似地，法院在审理豁免案件中，往往也会先按照法院地法识别被诉方是否为国家，而随着案件审理过程的推进，才可能会依被诉方所属国之法再次识别。从豁免案件产生的缘由看，豁免案件中的国家识别问题往往与实体争议问题及争议的法律关系定性无关。因为豁免案件往往与诉讼主体的身份和法院管辖权等程序性问题密切相关，案件所涉实体问题可以是任何含有涉外因素的民事法律关系。即便回归至传统的国际私法识别理论，识别适用法院地法也遭致了学界的批评和反对。新法院地法说便是一种典型的、反对机械适用法院地法识别法律概念的力证。^⑥

因此，为准确、妥善地完成国家识别，不妨对《法律适用法》第8条作如下澄清和解读。

首先，并非每个豁免案件都需要识别国家。在双方就被识别问题达成一致，或法院凭一般观念便可以识别（例如被诉方为一国中央政府）时，法院无需纠结于依何法识别的问题，也不必援用《法律适用法》第8条。

其次，即便认为《法律适用法》第8条包含了法律概念识别，“识别适用法院地法”的规定也将识别国家的准据法指向了《外国国家豁免法》第2条。这意味着《外国国家豁免法》第2条的适用便是“识别适用法院地法”的直接结果，而一旦法院按此条文便足以识别被诉方是否为国家，那么国家识别的过程也便止步于此。

最后，如若法院按《外国国家豁免法》第2条识别国家未果，或按此条文的识别结果与外国法规定两相矛盾，或需进一步识别非国家的独立实体有无主权行为，那么法院便需要考察适用

① 参见陈卫佐：《比较国际私法》，第144页。

② 参见肖永平：《法理学视野下的冲突法》，高等教育出版社2008年版，第91页。

③ 2004年《卡塔尔国民法典》第10条规定：“如果在诉讼中对法律关系的种类有争议，并且所涉及的多种法制彼此冲突，则为了确定准据法而确有必要对该法律关系进行识别时，以卡塔尔法律为准。”邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，第67页。

④ 邹国勇译注：《外国国际私法立法选译》，第56页、第93页。

⑤ 参见袁发强：《论“二级识别”现象存在的客观性——以〈鹿特丹规则〉为视角》，载《法学家》2011年第1期，第150页。

⑥ 参见宋晓：《识别的对象与识别理论的展开》，第203页；李双元：《国际私法：冲突法篇》，武汉大学出版社2016年版，第167页。

外国法以延续国家识别的过程。此时，法院依据外国法第二次识别国家的过程不应视作对《法律适用法》第8条的突破，而应当视为《外国国家豁免法》第2条解释适用过程的应然延伸，其既与《外国国家豁免法》第2条的文本设计相适应，也未偏离《法律适用法》第8条的本意。一方面，《法律适用法》第8条本质上是一种对于案件事实中涉外民事法律关系的定性，目的在于将其纳入冲突规范中的连接对象所表示的法律范畴，该条文本身并未限制法院如何解释某一具体的法律概念；另一方面，从识别的逻辑次序和目的上看，国家识别本身仍然以《外国国家豁免法》第2条为依据，优先检验被诉方实体能否纳入至该条文的“国家”范畴之中，仅在识别未果或识别冲突时，才进一步考虑适用外国法中有关国家的规定。换言之，考察适用外国法的最终目的仍然是为了回归适用《外国国家豁免法》以继续审理豁免案件。在此过程中，国家识别往往既不涉及案件的实体争议问题，也不涉及案件中民商事法律关系的定性，因而不应认为国家识别中考察适用外国法的过程与《法律适用法》第8条之规定相矛盾。

（三）中国司法识别国家豁免主体资格的应有态度

中国法院在审理豁免案件过程中，为实现妥善识别国家之目的，不宜僵化理解《法律适用法》第8条和《外国国家豁免法》第2条，而应当在以下三种情形下考察适用外国法：

首先，待识别主体于法院地法无所对应时，法院可以选择适用外国国家的宪法、组织法及行政法规。国家豁免规则是基于各国主权平等的一种“延伸法则”。在国家豁免成为一项“平等者之间无管辖”的国际法规则之前，其可溯源于“女王不可诉”和“国王无错误”的法谚。^①依外国宪法和宪法性法律识别豁免主体既是出于对于主权国家的礼让，也是出于对一国政治制度设计、国家结构安排的尊重。需指出的是，法院不应盲从外国法中对于机构的定性，还应当结合具体事实加以判断。例如，依据一国宪法和其他相关法律、判例，该国某组织应当属于民间机构，但事实上该机构履行着部分国家职能。在这种情况下，法院还应当就个案依据《外国国家豁免法》第2条第3项判断被诉方有无主权授权或主权行为。

其次，法院地法与外国法两相冲突时，法院可以选择适用外国法。尤其是在识别外国国有企业是否应为豁免主体时，法院可以依据该国的公司法判断企业本身有无独立性，同时结合该国的宪法等判断被诉主体是否承担政府公共职能。如若僵化适用法院地法，罔顾外国法中对于国家的界定，便会出现识别不当的情况。

最后，在通过判断非国家独立实体有无主权行为以完成二次识别的过程中，法院也可以考察适用外国法。例如，法院可以考察被诉实体的组织法以判断其有无公共职能、是否具有执行国家政策的主权行为。同时应当注意的是，法院仍然要结合被诉方行为发生的背景事实、单次行为的具体性质来综合判断案涉的争议行为是否构成主权行为。换言之，只有在非国家的组织实体从事主权行为、且该主权行为与案涉争议事实有关时，该实体才能被识别为《外国国家豁免法》第2条第3项意义上的“国家”。

因此，中国法院识别豁免主体时不宜僵化适用法院地法，陷入“识别适用法院地法”的思维桎梏，而应当在《外国国家豁免法》条文规范的基础上，结合个案考察适用被诉方所属国的宪法、宪法性法律、组织法、市场经济法以准确识别被诉方是否为“国家”。

^① See Ernest K. Banks, *The State Immunity Controversy in International Law* (Springer, 2005), p. 38.

五 结论

一国法院适用豁免法审理豁免案件，是将国家豁免问题从外交语境转向司法场域的能动过程，有助于转移潜在的外交矛盾。因此，妥善处理豁免案件尤为重要。在豁免案件审理过程中，如何识别国家往往是法院面临的首要问题，而明确依何法识别国家则是解决这一问题的关键。毫无疑问，中国法院应当按法院地法，即《外国国家豁免法》第2条之规定识别国家。然而，鉴于各国有关国家界定规则的差异性、豁免案件中“国家”认定的复杂性，中国法院依法院地法识别国家可能会出现识别未果、识别结果与外国法冲突以及有待进一步识别国家形态的情况。此时，法院选择适用外国法识别国家，既是法院解释适用《外国国家豁免法》第2条过程的自然延伸，也是《外国国家豁免法》第2条文本设计的应有之意，更是法律文本开放性与豁免案件复杂性相适应的体现。

The Identification of “State” in State Immunity: From a Perspective of Application of Laws

Yuan Faqiang and Hu Chenghang

Abstract: To identify whether the defendant is a “state” is a primary issue in the immunity cases. If courts hope to accurately identify a state, they may not just refer to different forms of a “state” as classified by foreign judicial practice but should pay attention to the application of laws when identifying a state. Currently, the basis for the trial of the immunity cases is gradually shifting from international law towards domestic law, and the legislative provisions related to the “state” varies from countries to countries. These situations have jointly led to the question of “which country’s law should be employed to identify a state”. The research found that there are not only scenarios where domestic courts identify the defendant as a state in accordance with *lex fori*, but also with examples of identifying the defendant in accordance with foreign laws. The former situation is often influenced by *lex fori* doctrine, while the latter is often driven by the comity to the foreign governments’ interests. In order to properly solve immunity disputes, courts should not rigidly apply *lex fori* when identifying states but should consider choosing to apply foreign laws in three scenarios: firstly, the subject to be identified does not correspond to *lex fori*; secondly, there is a contradiction between *lex fori* and foreign laws; thirdly, identifying the independent non-state entities under the secondary identification. Consequently, in order to accurately identify a “state”, China’s courts may base themselves on Article 2 of the Foreign State Immunity Law and, in light of individual cases, examine the application of the constitution, constitutional laws, organizational laws, etc. of the country to which the defendant belongs.

Keywords: State Immunity, Application of Law, Foreign State Immunity Law, *Lex Fori*, Foreign Law

(责任编辑：李庆明)