



涉外法治专栏：国家豁免法（二）

国家豁免立法的商业活动例外研究

王佳*

摘要：商业活动是限制豁免论的核心概念，商业活动例外是国家豁免立法中最常被援引的条款，也是国家豁免领域最复杂的问题之一。目前，虽然各国对于商业活动作为国家豁免的例外基本无异议，但却对商业活动例外的范围有较大争议。国家豁免立法的商业活动例外的适用关键在于商业活动的界定和领土联系的确定。商业活动的定义和判断标准多样，《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》）及各国立法对此有不同规定，实践中有“性质说”“目的说”“混合标准说”等。对于领土联系，《联合国国家豁免公约》规定模糊，美国《外国主权豁免法》规定复杂且争议颇多。由于在国家豁免案件中，法院要平衡提供司法救济与减少外交争议之间的关系，对于商业活动的界定，建议中国法院综合考虑行为性质和目的界定商业活动，参考请求要点检验法判断诉求与行为之间的关系，对整体案件背景进行分析；对于领土联系的确定，建议法院对于“在我国领域内发生的行为”按照实质联系的要求判断，对中国产生“直接影响”的判断考虑实质联系和未受干扰两个要素。

关键词：外国国家豁免法 国家豁免 商业活动 限制豁免 直接影响

引言

在国家豁免领域，“商业活动”^①（commercial activity）一词本是为方便而采用的术语，与国家豁免的“限制豁免论”相伴而生。限制豁免论主张把国家行为划分为“主权行为”（*acta jure imperii*）和“非主权行为”（*acta jure gestionis*），或是统治权行为和管理权行为，或是商业行为和非商业行为，或是公法行为和私法行为。^②此时，“商业活动”是“非主权行为”“管理权行为”“私法行为”的同义词，即它涵盖一国不能免于外国国内法院管辖的所有情况，也表示识别和确定上述情况的一般标准。^③

* 王佳，外交学院国际法系副教授。本文系国家社科基金2024年度一般项目“《外国国家豁免法》实施中的外交介入问题研究”（24BFX150）的阶段性成果。

① “商业活动”（commercial activity）、“商业交易”（commercial transaction）、“商业合同”（commercial contract）等是一些国际条约和国内立法所采用的概念，这些概念的实质内容区别不大，在实践中可以互相替换。参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社2016年版，第55页；Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 75.

② 参见陈纯一：《国家豁免问题之研究》，中国台湾地区三民书局1999年版，第17页。

③ See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, p. 75.

20世纪70年代后,一些国家对国家豁免进行专门立法,商业活动例外被所有国家豁免立法所承认。国家豁免立法中,商业活动例外通常与侵权行为例外、雇佣合同例外、知识产权例外等相并列,作为外国国家不能在一国法院援引豁免的具体情形。此时,商业活动的外延相较于起初的“限制豁免论”中的“商业活动”缩小。

在实践中,商业活动例外是国家豁免的诸项例外中最常被援引的情形。^①对于商业活动作为国家豁免的例外,国际社会目前基本没有反对意见。但是,围绕商业活动例外的内涵,在实践中存在着有关商业活动的界定和领土联系的确定这两大争议。对于商业活动的界定,关键问题是究竟应按照“性质说”,还是“目的说”,抑或是其他标准认定;对于领土联系的确定,关键问题是外国国家的商业活动和法院地国之间的联系程度。

《中华人民共和国外国国家豁免法》(下称《外国国家豁免法》)第7条规定的“商业活动例外”是管辖豁免例外中的重要例外,未来中国法院可能面临不少以该例外为理由起诉外国国家的案件。因此,本文在梳理商业活动例外的国际条约和国内立法规定、商业活动的界定和领土联系的确定等问题后,专门分析中国立法的有关规定,以期对未来中国法院的实务提供一些参考。

一 国际条约和国内立法对商业活动例外的规定模式

迄今为止,有关国家豁免的专门国际条约是2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and Their Property,下称《联合国国家豁免公约》)和1972年《国家豁免欧洲公约》(European Convention on State Immunity)。但是,前者至今尚未生效,因为公约尚未获得第30条第1款规定的30份批准书、接受书、核准书或加入书;后者没有载有专门商业活动例外条款。^②本文主要以《联合国国家豁免公约》为分析对象。

目前,以下国家就国家豁免问题进行了专门立法:美国、英国、新加坡、南非、澳大利亚、加拿大、阿根廷、以色列、日本、巴基斯坦、马拉维、西班牙和俄罗斯。^③基于对上述条约和立法的商业活动例外规定的综合分析,本文认为可以大致将有关规定归纳为3种模式:“公约模式”“美国模式”和“英国模式”。

(一) 商业活动例外的“公约模式”

“公约模式”是指《联合国国家豁免公约》所采纳的有关商业活动例外的规定模式,可能对

^① See *Fourth Report on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, A/CN.4/357, p. 210.

^② 《关于国家豁免的欧洲公约》虽未直接规定商业活动例外,但其中第4条和第7条体现了有关“商业活动”的内容。其中,第4条规定:“缔约国不得主张免于另一缔约国法院的管辖,如果该诉讼涉及该国的一项债务,而依照合同,此项债务应在法庭地国家的领土内履行者。”第7条规定:“如缔约国在法庭地国的领土上设有办事处、代理机构或其他任何形式的组织,通过它,和私人一样,从事于商业、工业或金融业的活动,而诉讼与该办事处、代理机构或其他任何形式的组织的此项活动有关时,不得主张免于另一缔约国的司法管辖。”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134—135页。

^③ 这些立法的中译本,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3—130页。

未来新通过国家豁免立法的国家产生重要影响。《联合国国家豁免公约》第10条“商业交易”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。”该款对商业交易的领土联系问题进行了规定。第2款进一步规定，在确定一项合同或交易是否为第1款(c)项所述的“商业交易”时，应主要参考该合同或交易的性质，但如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。该款是对商业交易判断标准的规定。

另外，在第2条“用语”中，《联合国国家豁免公约》明确规定“商业交易”包括3类情况：(1)为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易；(2)任何贷款或其他金融性质之交易的合同，包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；(3)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。

从以上规定来看，“公约模式”在商业活动例外的规定方面体现出3项特征：第一，具体列举了商业交易的种类；第二，商业交易的判断标准问题既考虑“性质”，也考虑“目的”；第三，将领土联系问题交由国际私法规则解决。

(二) 商业活动例外的“美国模式”

“美国模式”是美国《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act, FSIA)所采纳的有关商业活动例外的规定模式。美国《外国主权豁免法》的核心条款编纂在《美国法典》(United States Code)第28编中，其规定的商业活动例外被认为是外国国家被拒绝豁免的最具重大意义的例外。^①美国《外国主权豁免法》对该例外的规定较为独树一帜，目前没有对其进行整体效仿的国家立法，但其商业活动例外规定中的部分要素成为一些立法参考的对象。

《美国法典》第28编第1605节(a)(2)项规定：“在下列任一情况下，外国国家在美国联邦法院或州法院都不享有管辖豁免：……诉讼是基于外国国家在美国进行的商业活动提起的；或基于外国国家在美国的行为提起，而该行为与外国国家在美国境外的商业活动相关；或行为虽发生在美国领土外，但与外国国家在美国境外的商业活动相关，且对美国产生直接影响。”该条对外国商业活动与美国领土之间的关系进行了非常复杂的规定。第1603节(d)项又对“商业活动”的定义和判断标准进行了规定：“商业活动”指通常的连续的商业行为或特定的商业交易或行为。确定活动的商业性质，应考虑连续的商业行为或特定交易或行为的性质，而非其交易的目的。“美国模式”的特征是：第一，“商业活动”的定义非常笼统，类似于循环定义；第二，明确采纳了“性质说”作为商业活动判断标准；第三，领土联系方面规定了3个层次的复杂标准。

(三) 商业活动例外的“英国模式”

“英国模式”是英国《国家豁免法》(State Immunity Act, SIA)所采纳的有关商业活动例外的规定模式。这种模式影响面较大，一些英联邦国家在英国之后出台了国家豁免方面的立法，这

^① 参见李庆明：《美国的外国主权豁免理论与实践》，人民日报出版社2021年版，第182页。

些国内法对“商业交易”的规定与英国《国家豁免法》的规定大同小异。^① 英国《国家豁免法》第3条第1款规定，国家在涉及下列情事的诉讼中，不得享有豁免：（1）国家参加的商业行为；（2）国家根据契约所承担的义务（不管是否为商业行为），其全部或部分应在联合王国境内履行的。第2款规定，本条商业行为系指：（1）任何提供货物或服务的契约；（2）任何贷款或其他提供资金和保证的行为，或有关此等行为的补偿，或其他金融债务；（3）国家除行使主权外所参加或从事的任何其他行为或活动（不论是否为商业的、工业的、金融的、职业性的或其他类似性质的行为或活动）。“英国模式”的特征是：第一，将商业行为与契约义务区别；第二，具体列举了商业行为的种类；第三，并未规定判断商业行为的标准。实际上，《联合国国家豁免公约》关于商业交易的规定吸纳了“英国模式”的一些要素，如对商业行为的列举。

以上3种模式揭露出国家对于商业活动例外的立场不一致，折射出实践中的争议。当然，正如前文所述，各国对于“商业活动”作为国家豁免的例外本身基本不存在争议。争议的关键在于商业活动的界定和领土联系的确定，因为这两点将直接影响法院地国的管辖权行使，直接影响外国国家所享有的管辖豁免的范围。

二 商业活动的界定问题

（一）商业活动的定义

商业活动的判断标准一直是各国国家豁免法以及国际立法中最为核心的问题。^② 什么是“商业活动”？“商业活动”到底包括哪些具体类型？国际条约和国内立法并未给出一致答案。《联合国国家豁免公约》第2条“用语”对商业交易进行了定义。不过，国际法委员会在进行条款草案的一读时，原用语为“商业合同”（commercial contract），而非“商业交易”（commercial transaction），然而国际法委员会的部分委员和联合国大会第六委员会的部分代表反对前者，因而进行了替换，认为“商业交易”较“商业合同”词义更广，因为它包括了非契约活动，如商业谈判等。^③

根据《联合国国家豁免公约》第2条第1款（c）项，商业交易分为3类。第一类“为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同或交易”是最常见且无争议的类型。第二类主要针对国家进行贷款或金融交易的活动，而且不限于国家以自身名义进行贷款，还包括其提供担保或承担补偿义务的情况。在二读时，国际法委员会修改了这一类的部分措辞，将“或其他金融性质之交易”纳入，原因是国际法委员会认识到担保或补偿义务的存在不仅限于贷款合同的情况，也可能出现在其他金融性质的交易中。^④ 第三类情形属于兜底性条款，其涵盖范围极其广泛，只是排除了雇用合同，原因是雇用合同将被单独列举为不得援引国家豁免的情况。正如前文所列举，从其内容来看，《联合国国家豁免公约》基本上借鉴了英国《国家豁免法》第3条对商业行为的界定。

① 参见夏林华：《不得援引国家豁免的诉讼——国家及其财产管辖豁免例外问题研究》，暨南大学出版社2011年版，第44页。

② 参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，武汉大学出版社2016年版，第55页。

③ *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries*, 1991, p. 19.

④ *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries*, 1991, p. 19.

综上,《联合国国家豁免公约》和英国《国家豁免法》可以被称为列举式规定,尽可能详细地列举了商业活动的范围。而美国《外国主权豁免法》则只规定“商业活动”指通常的连续的商业行为或特定的商业交易或行为,未具体列举类型。在审议《外国主权豁免法》的这一条款时,美国国会中有很多争议,认为很难对商业活动进行完备的定义,国家行为如同在一个光谱图上,其中一端是商业行为,另一端是政府行为,商业活动所包含的范围非常广泛,其余的问题可能要由法院来处理。^①因而,美国《外国主权豁免法》未对“商业活动”下定义,法院将承担这项任务。^②

(二) 商业活动的判断标准

当然,即便是列举式规定,由于其包括兜底性条款,其涵盖面亦极其广泛。在实践中似乎也要由法院承担判断的重任。因此,判断标准问题便成了至关重要的问题。在实践中,有3种判断标准:一为“目的说”;二为“性质说”;三为“混合标准说”。

1. “性质说”

目前,“性质说”为国内立法和司法判例的主流。如前文所列举,美国《外国主权豁免法》就明确规定应采纳“性质说”而非“目的说”。美国联邦最高法院对“性质说”的阐释是:当外国政府不是作为市场的监管者,而是以私人参与者的方式行事时,外国政府的行为在《外国主权豁免法》的意义上是“商业的”。^③

英国《国家豁免法》在草案阶段曾规定以交易的“性质”而非“目的”作为标准,但是在该法正式通过时删除了这一规定。在司法判例方面,英国法院体现了依性质而非目的来判断商业活动的一致性。比如,在轰动一时的“特伦德特克斯贸易公司诉尼日利亚中央银行案”(Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria)中,虽然尼日利亚及其中央银行采购水泥的根本目的是修建军营,但是英国法院认为尼日利亚的行为属于商业交易。^④

2. “目的说”

在“目的说”方面,法国、德国、菲律宾等国家曾在一些案例中采用“目的说”作为检验依据。^⑤以法国法院的“乔治五世酒店诉西班牙案”(état Espagnol v. Société Anonyme de L'Hôtel George V)为例,西班牙驻巴黎总领事馆与乔治五世酒店签订了租房合同,为西班牙旅游办公室租办公场所。租房合同的形式和条款与一般的商业租房合同无异。然而,巴黎上诉法院认为,租房合同是西班牙政府为了保证西班牙旅游办公室在法国的职能正常开展而缔结的,缔结合同的行为目的是保证公共利益的实现。^⑥

^① See H. R. REP. NO. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 7 (1976), pp. 16-17.

^② See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 355.

^③ See *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U. S. 607, 614 (1992).

^④ 尼日利亚政府曾在20世纪70年代初向一些国家的公司购买水泥,目的是建造军营。尼日利亚中央银行发出了信用证,旨在支付货款。但是后来尼日利亚发生了军事政变,新政府宣布停止输入水泥,且要求中央银行拒绝兑现信用证。于是,无法得到货款的外国公司在英国、美国、德国等地的法院提起了诉讼。上述法院都认为尼日利亚从事了商业活动。See *Trendtex Trading Corp. v. Central Bank of Nigeria*, (1983) 64 *International Law Reports* 111, p. 131.

^⑤ 参见夏林华:《不得援引国家豁免的诉讼——国家及其财产管辖豁免例外问题研究》,第49页。

^⑥ See *état Espagnol v. Société Anonyme de L'Hôtel George V*, (1979) 52 *International Law Reports* 317, pp. 317-322.

尽管采纳“目的说”的实践较少，但是也非绝迹，而且“目的说”也自有其优势。若出于外交考虑，需要把明显的商业活动认定为非商业活动从而赋予豁免时，“目的说”就大有用处了。

3. “混合标准说”

“混合标准说”是指既考虑性质，也考虑目的。《联合国国家豁免公约》采取该种妥协之道。国际法委员会指出，《联合国国家豁免公约》的规定是将两个标准按顺序适用。第一步，适用“性质说”，若根据性质得出结论，外国国家的行为是非商业活动，则不需要进一步检验。若结论是商业活动，则需要进一步检验。第二步，适用“目的说”，通过目的标准进行检验。^①“混合标准说”主要是为了“给发展中国家以充足的保障和保护，特别是它们促进国内经济发展的努力”。^②不过最终判断商业活动性质的是法院地国而非被告国，被告国政府基于目的的主张能否被采纳并不确定。尽管如此，《联合国国家豁免公约》所采纳的方法并非毫无争议，一些学者担心目的标准的适用可能会导致限制豁免论的大幅倒退。^③中国《外国国家豁免法》的判断标准规定类似于《联合国国家豁免公约》，但与之不完全一致。^④

总之，在商业活动的界定方面，至关重要的问题是判断标准，即究竟采“性质说”，还是“目的说”，抑或是“混合标准说”。不同标准的采纳可能会对外国国家的行为是否属于商业活动作出完全不同的判断。目前在国际实践中占主流的是“性质说”，但并不是说目的检验不再发挥作用。《联合国国家豁免公约》和中国立法都兼采性质与目的，至于在司法实践中如何具体操作，将在本文第四部分进行讨论。

三 领土联系的确定的问题

领土联系指的是外国国家的某一行为与法院地国领土之间的关系问题。^⑤领土通常是指处于国家主权支配下的地球表面的特定部分，包括陆地、水域以及陆地和水域的上空和底土。^⑥由于领土是国家排他性支配区域，^⑦从理论上讲，一国法院对外国国家的一些行为行使管辖权应以存在一定的领土联系为前提，否则可能影响他国主权，危及外交关系。不过，在各国实践中，领土联系究竟是不是对外国国家的某些行为行使管辖权的前提条件，是一个存在争议的问题。

（一）《联合国国家豁免公约》对领土联系的规定

即便是《联合国国家豁免公约》，似乎也并不确定领土联系是一国法院对外国国家行使管辖的必要前提。有关商业交易的《联合国国家豁免公约》第10条没有明确规定领土联系问题，但

① See *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries*, 1991, p. 20.

② See *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries*, 1991, p. 20.

③ See Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 9th edn, 2021), p. 612.

④ 中国立法的规定虽然不完全等同于《联合国国家豁免公约》，但不冲突，因为公约虽然规定“应主要参考该合同或交易的性质”，但是也规定了“如果……根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑”。

⑤ 参见龚刃初：《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237页。

⑥ 参见邵沙平主编：《国际法》（第4版），中国人民大学出版社2020年版，第133页。

⑦ 参见〔日〕小寺彰、岩泽雄司、森田草夫编：《国际法讲义》，梁云祥译，南京大学出版社2021年版，第238页。

是却规定了有关商业交易的争议由另一国法院管辖的前提是“根据国际私法适用的规则”。对于“国际私法适用的规则”这一表述的含义，国际法委员将其解释为一个“中性用语”，并在二读草案的评注中说明，“另一国法院可以根据多种理由行使管辖，如合同订立地、合同义务履行地、缔约方国籍国或营业地等。一般来说，重要的领土联系构成行使管辖权的基础，但是根据国际私法的适用规则，可能还有其他行使管辖权的正当理由”。^① 评注说明领土联系似乎并不是国内法院对于外国国家商业交易行为行使管辖权的必然前提，还可能存在根据其他理由行使管辖权的可能。

而实际上，“国际私法适用的规则”这一措辞十分笼统，特别是在世界上不存在统一的有关管辖权的国际私法规范的情况下。国际法委员会国家豁免专题的特别报告员素查依库（Sucharitkul）曾指出，选用“国际私法适用的规则”这一用语是为了按照冲突法或国际私法规则来解决管辖权上的各种问题，而不论是否能适用统一的管辖规则。^② 看来，《联合国国家豁免公约》的笼统表述似乎是为了协调各国冲突的观点，以妥协的安排使公约更易被各国接受。

（二）美国《外国主权豁免法》对领土联系的规定

从国家实践来看，一些国家在立法中对领土联系的要求十分严格，而一些国家的立法则对领土联系不予考虑，尽管在其实践中依然会考虑领土联系问题。其中，美国和英国在商业活动例外方面十分强调领土联系。如前文所列举，美国《外国主权豁免法》规定了3种条件的领土联系。^③ 而英国《国家豁免法》中有关商业活动例外的第3条标题为“在联合王国履行的商业行为和契约”，显然已经直接设定了领土联系的要求。由于美国的实践极富特色，其立法设定的领土联系要求也最为复杂，且中国《外国国家豁免法》中的部分规定与其较为近似，本文对其有关情况进行分析。

从历史角度来看，美国在起草《外国主权豁免法》时，管辖权是一个被重点讨论的问题。美国国会认为，《外国主权豁免法》中的管辖权规定应该实现美国公民、法人获得美国司法救济与减少因美国法院行使域外管辖权而引发外交争议之间的平衡。^④ 同时，还应实现正当程序与长臂管辖权之间的平衡。因此，美国在处理该问题时，将其作为一个重要的政策取向问题来对待。在普通的跨国民商事诉讼中，大多数美国学者认为“最低程度的联系”（minimum contacts）是判断管辖权的标准。^⑤ 但是，美国立法规定和有关判例在这方面并不是非常明确。于是，在《外国主权豁免法》中，美国对商业活动的领土联系进行专门的规定与强调。不过，其规定的主要目的当为防止美国法院变为世界法院。^⑥

① *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries*, 1991, p. 34.

② See Sompong Sucharitkul, “Immunity of States”, in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 330.

③ 这3种领土联系是：第一，外国国家在美国进行的商业活动；第二，外国国家在美国的行为，而该行为与外国国家在美国境外的商业活动相关；第三，行为虽发生在美国领土外，但与外国国家在美国境外的商业活动相关，且对美国产生直接影响。

④ See H. R. REP. NO. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 7 (1976).

⑤ See Joseph Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations* (Transnational Publishers, 2nd edn., 2002), p. 175.

⑥ See Statement of Bruno Ristau, *Chief of the Foreign Litigation Section of the Civil Division of the Department of Justice*, 94th Cong., 2d Sess. 31 (1976).

对于美国立法的第一项条件，美国众议院司法委员会在立法报告中表示，商业活动是否全部或部分在美国履行由法院来决定，而这一定义的目的是反映一定程度的联系，而不是仅仅因为原告是美国公民就认定外国在美国进行商业交易。可以说，这种解释是相当模糊的，使美国法院具有相当大的自由裁量空间。

在美国法院实践中，有关第一项条件，法院要解决的是外国从事的商业活动与美国之间是否存在实质联系（substantial contact）。^① 而根据学者总结，下列情况在实践中被认为符合第一项条件：第一，在美国设立办公室及代表；第二，在美国从事正常的航空运营；第三，在美国公开要约投标；第四，在美国实质磋商合同内容；第五，安排运送在美国购买的货物。^②

第二项条件是指外国在他国的商业活动与外国在美国的行为有联系，这种情形在实务中的重要性不高，因为第三种情形基本可以覆盖第二种情形，目前看来后者在实务中似属多余。^③

第三项条件的争议较大，因为有人怀疑其可能扩张美国法院的管辖权。关于什么是“直接影响”（direct effect），此前美国法院主要有两种看法：一种看法以财产损失为标准，即外国的商业活动使美国公司造成损失即为产生了直接效果；另一种看法以“实质且可预见的效果”（substantial and foreseeable effect）为标准，认为应该参考《美国对外关系法重述》（第二次）第18条，即行为应在美国产生了实质且可预见的效果。^④ 后来，美国最高法院在“阿根廷诉威尔特欧威公司案”（*Republic of Arg. v. Weltover, Inc.*）中确定，直接效果是“被告活动立刻产生的一个结果”（an immediate consequence of the defendant's activity）。^⑤ 此后，下级法院常常沿用这一标准。^⑥

根据“被告活动立刻产生的一个结果”标准，对美国的影响可以不具有实质性和可预见性，但是必须没有干扰因素，在没有偏离和中断的情况下以直线的方式（in a straight line without deviation or interruption）产生影响；^⑦ 如果只存在远程的（remote）或减弱的（attenuated）效果，则不存在直接影响。^⑧ 举例来说，如果外国在美国以外没收原告本来打算转移到美国的财产，不对美国产生直接效果；但是，如果外国在美国以外的活动造成了在美国的人身侵害，则产生直接效果。^⑨

① 参见陈纯一：《国家豁免问题之研究——兼论美国的立场与实践》，第208页。

② See Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Development* (Grotius Publications Limited, 1988), p. 38.

③ 美国国会立法时，对第二种情形的主要考虑是法院在适用第一种情形时，如果对实质联系标准采取太严格的要求时，则第二种情形可以作为补救措施。See Joseph Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*, p. 89.

④ See Nicolas J. Evanoff, “Direct Effect Jurisdiction under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976: Ending the Chaos in the Circuit Courts”, 1991 (28) *Huston Law Review* 629, pp. 639 – 646.

⑤ See *Republic of Arg. v. Weltover, Inc.*, 112 S. Ct. 2160 (1992). 该案的背景是，威尔特欧威公司作为债券持有人在联邦法院起诉阿根廷，主张法院应根据《外国主权豁免法》的“直接效果”规定行使管辖权。案件的起因是阿根廷为了推行稳定本国货币的计划而发行债券，并进行单边再融资的行为。威尔特欧威公司所称的“直接影响”是债券到期在纽约以美元付款。

⑥ See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 359.

⑦ See *Crystallint Int'l Corp. v. Petroleos de Venez., S. A.*, 251 F. Supp. 3d 758 (D. Del. 2017).

⑧ See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 359.

⑨ See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 359.

但是，还是有一些法院拒绝如最高法院那般严格以文义解释“直接效果”。相反，这些法院认为在发现“直接影响”之前，应该要求“具有法律意义的行为”（legally significant act）发生在美国。^① 具有法律意义的行为有时被描述为使诉求产生或与外国国家的责任有关的行为。^② 当然，“具有法律意义的行为”检验有可能与美国联邦最高法院的标准导致的结果不一致。总之，目前对于“直接影响”，虽然美国最高法院在判决中进行了解释，但是在司法实践中看法并不统一，法院具有很大的自由裁量空间。

总体而言，美国《外国主权豁免法》中的领土联系规定比较复杂，实务中更是充满争议。领土联系关系着法院地国管辖权的行使，而在国家豁免案件中，管辖权的行使要平衡两方面的关系：提供司法救济与减少外交争议。严格的领土联系显然有助于减少外交争议，而可能降低提供司法救济的可能。反之，宽松的领土联系可能有助于提供司法救济，但却增加了引发外交争议的可能性。因此，商业活动例外中的领土联系要求极其重要，是国家豁免立法的一个重要方面。

四 中国《外国国家豁免法》有关规定与司法实践建议

中国《外国国家豁免法》确立“以管辖豁免为原则，不豁免为例外”的规范，意味着中国认可了豁免的相对性。^③ 那么，作为限制豁免核心的商业活动例外就格外重要。^④ 《外国国家豁免法》第7条对商业活动例外进行了规定，内容如下：

外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人进行的商业活动，在中华人民共和国领域内发生，或者虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的，对于该商业活动引起的诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。

本法所称商业活动是指非行使主权利力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。中华人民共和国的法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。

从内容来看，该条涵盖的内容比较丰富，既规定了商业活动的定义，也规定了判断标准，且对领土联系进行了细化规定。对比他国立法与国际公约，可发现该条规定主要借鉴了《联合国国家豁免公约》和美国《外国主权豁免法》，即商业活动的定义和判断标准主要借鉴《联合国国家豁免公约》，而领土联系的要求主要借鉴美国立法。

不过，中国《外国国家豁免法》对美国《外国主权豁免法》的借鉴属扬弃性质。很明显，

^① See David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* (Federal Judicial Center, 2nd edn, 2018), p. 59.

^② See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 359.

^③ 参见何志鹏：《〈外国国家豁免法〉的司法功能与话语功能》，载《当代法学》2023年第6期，第30页。

^④ 关于商业活动例外是限制豁免论的核心的论述，参见 David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* (Federal Judicial Center, 2nd edn, 2018), p. 50.

《外国国家豁免法》仅借鉴了《外国主权豁免法》的领土联系的第一项和第三项条件，即“在中华人民共和国领域内发生”，和“虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响”。

正如上文所述，从各国实践来看，预计商业活动例外将是国家豁免案件主要被援引的条款，加上“商业活动”是国家豁免领域最复杂的概念之一，^①商业活动例外的相关问题当然应该是中国法院处理国家豁免案件的重点。

一般来说，法院适用商业活动例外条款应回答3个问题，除了商业活动的界定和领土联系的确定外，还要回答当事人所提诉求和被告国家行为的关系问题。具体为：第一，所涉国家或政府的行为是否能被界定为“商业活动”；第二，原告的具体诉求是否基于上述行为；第三，上述行为是否与法院地国存在足够的管辖联系。^②

本文结合中国立法条款，参考美国、英国等国家国内法院有关实践和联合国国际法委员会起草《联合国国家豁免公约》的有关文件回答上述问题，尝试对中国法院的未来实践提供一些参考。

（一）法院对商业活动的界定

国际法委员会曾指出，没有必要列举出所有类型的商业交易。^③原因当然是商业交易所涉类型过于众多。中国《外国国家豁免法》对商业活动的兜底规定——“其他商业性质的行为”——也使试图列举商业活动类型的努力徒劳无功。既然无法列举商业活动的类型，那么对法院来说，判断商业活动的标准就变得格外重要。对此，中国《外国国家豁免法》对法院进行了明确指引，即“应当综合考虑该行为的性质和目的”。这虽然是“混合标准说”的体现，但却与《联合国国家豁免公约》的规定并不一致。因为后者规定“应主要参考该合同或交易的性质”，只有在一些情况下，才应考虑目的。^④而中国立法的规定则并非是以性质为主，而是综合考虑性质和目的。那么，相较于《联合国国家豁免公约》，显然中国立法更倾向于将被诉的行为认定为非商业行为，从而为外国国家提供更多保护。这体现了中国立法在商业活动认定方面十分谨慎，且高度尊重他国主权。

那么，中国法院在实践中如何综合考虑性质和目的呢？本文认为，背景分析法（contextual approach）是一个可供参考的做法。背景分析法实际上是综合判断的一种表现，即法院要“对案件的背景作整体的分析”。^⑤该方法早期体现在英国上议院对“党代会一号案”（*I° Congreso del Partido*）的判决。威尔博福斯勋爵（Lord Wilberforce）在判决中强调，“在考虑根据限制豁免论是否应赋予国家豁免时，法院必须考虑针对外国国家请求的整体背景（whole context），以确定诉讼请求所基于的相关行为在这样的背景下是应该被认为属于贸易或商业活动……或属于政府或主

① See Christoph H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Development* (Grotius Publications Limited, 1988), p. 14.

② See David P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges* (Federal Judicial Center, 2nd edn, 2018), p. 51.

③ *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with Commentaries*, 1991, pp. 19-20.

④ 即如果合同或交易的当事方已达成一致，或者根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非商业性质有关，则其目的也应予以考虑。

⑤ See *Vasteras v. Iceland*, (1999) 128 *International Law Reports* 707, p. 707.

权范围”。^①

澳大利亚维多利亚州最高法院在“里德诉瑙鲁案”(*Reid v. Nauru*)中对于背景分析法有更加深入的剖析:“在一些情况下很难将行为与动机、目的分开。在一些案件中,特定行为背后的动机或目的可能构成行为的部分定义,而在其他案件中,行为的本质或性质可能不能在独立于行为作出的背景的情况下被确定。”^②

由此看来,背景分析法是解决“性质说”和“目的说”的机械性的一种方案。判断活动的商业性本来就是极其复杂的问题,仅依据“性质”或“目的”是不够的。极端地说,一方面,国家参与商业活动,最终总是会出于一定的主权目的和职权。^③正如美国联邦最高法院在“佩萨罗号案”(*The Pesaro*)中所特别强调的:“没有任何国际惯例承认,和平时期维持并增加人民经济利益比维持和训练海军更缺少公共目的。”^④另一方面,国家所从事的非商业活动,也很可能包含一些商业手段或程序。

关于法院如何具体运用背景分析法进行综合判断,新西兰法院的“戴维森案”(*Controller v. Davison*)可以作为一个典型案例来分析。在该案中,针对库克群岛政府发放纳税证明的行为(证明能被持有人用来在新西兰抵税),新西兰法院在进行了整体背景检验后,认为该行为是商业行为。当然一般从性质来看,政府发放纳税证明显然是主权行为,但是法院认为库克群岛政府的行为目的不在于完善税收制度等,而是获取利益,因此被视为商业行为。^⑤

因此,背景分析法是一种全过程的分析方法,即法院在审查时从行为的全过程入手,既考察行为的性质,也分析行为的目的。在法院审查过程中,应该注重全方面的材料,比如作出某一行为的动机、行为的背景、行为的地点、行为的具体从事者、行为的结果等。根据对所有与行为有关的材料的分析,确定行为究竟是商业行为还是非商业行为,从而对行为作出更加合理的定性,防止以“性质说”或“目的说”作出片面的结论。

(二) 法院对诉求与行为之间关系的判断

一般来说,在司法实践中,在适用标准判断商业活动之前,还有选择行为的问题,即哪些行为将被作为判断的对象。因为某些复杂的案件往往涉及很多行为,法院必须确定哪些行为应作为案件的核心而应被判断性质。毫无疑问,法院决定选哪些行为作为判断对象必将影响判决的结果。^⑥美国联邦最高法院在“沙特阿拉伯诉内尔森案”(*Saudi Arabia v. Nelson*)的判决中就体现了选择行为对判决的影响,并确立了法院对诉求与行为之间关系的判断思路。该案的事实背景是,美国公民内尔森受雇于沙特阿拉伯的一家医院,他发现医疗设施中存在安全隐患,遂多次向医院高层和政府委员会汇报,医院要求其忽略这一隐患。后内尔森因此事被沙特阿拉伯政府人员

^① See *I° Congreso del Partido*, (1981) 64 *International Law Reports* 154, pp. 307 & 318.

^② See *Reid v. Nauru*, (1995) 101 *International Law Reports* 193, p. 193.

^③ 夏林华:《不得援引国家豁免的诉讼——国家及其财产管辖豁免例外问题研究》,暨南大学出版社2011年版,第65页。

^④ See A. D. McNair & H. Lauterpacht, *Annual Digest of Public International Law Cases, Years 1925 and 1926* (Green & Co., 1929) p. 187.

^⑤ See *Controller and Auditor-General v. Davison*, (1996) 104 *International Law Reports* 526, p. 526.

^⑥ Joan E. Donoghue, “Taking the Sovereign out of the Foreign Sovereign Immunities Act, A Functional Approach to the Commercial Activity Exception”, 1992 (17) *Yale Journal of International Law* 489, p. 509.

非法逮捕并扣押，还遭到各种殴打和酷刑。内尔森主张他在美国应聘并签约，因而被告方的行为是商业活动而不享有豁免。但是，美国联邦最高法院认为，构成诉讼基础的行为不是应聘和签约，而是殴打和酷刑等，这不是商业活动，因而判决沙特阿拉伯享有豁免。^① 具体来说，在该案判决中，美国联邦最高法院认为原告需要证明诉讼“基于”（based upon）特定行为，而不仅仅是诉讼与商业活动具有一些联系或关系。^②

在“OBB 客运股份公司诉萨克斯案”（*OBB Personenverkehr AG v. Sachs*）^③ 中，美国联邦最高法院进一步澄清：诉因（cause of action）必须构成诉讼的请求要点（gravamen）。^④ 由此发展出了所谓的“请求要点检验”（gravamen test）。“请求要点”被定义为请求的“根据”（basis）或“基础”（foundation），即“那些要素，如被证实，则将使原告获得救济”。^⑤ 换言之，“我们必须抓住诉讼的核心”。^⑥ 这就是确定《外国主权豁免法》的商业活动例外是否适用的“门槛步骤”（threshold step）。

此后，在“MMA 顾问公司诉秘鲁案”（*MMA Consultants I, Inc. v. Republic of Peru*）中，美国联邦第二巡回上诉法院进一步解释了请求要点检验。^⑦ 第二巡回上诉法院援引“OBB 客运股份公司诉萨克斯案”判决称，我们不是通过“逐个请求，逐个要素分析”的方式进行请求要点检验。相反，我们只问一个简单的问题：外国国家的什么行为“真正地侵害”（actually injured）了原告？^⑧

从美国实践来看，法院对原告诉求与有关行为关系的判断确实十分重要，这可能会最终影响案件的判决。而美国法院在司法实践中形成的请求要点检验法有一定的参考价值。总之，法院只要提出并回答一个简单的问题即可——哪些行为真正影响了原告？只有那些行为才能作为诉讼的基础。那么，为什么在国家豁免案件中，会出现原告的诉讼请求不基于真正的、对其产生影响的行为的情况？这主要是因为原告需要证明某项例外得以适用，而相较于侵权行为例外等来说，商业活动例外一般对领土联系的要求会低一些。因此，原告可能会对本来属于侵权行为例外的情

① See *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U. S. 349 (1993).

② See *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U. S. 349, 113 S. Ct. 1471 (1993).

③ 该案的背景是：乘客萨克斯夫人是美国公民，她在奥地利国有铁路所拥有的一列火车上摔倒受伤。她在美国起诉奥地利客运公司，援引的是《外国主权豁免法》的商业活动例外。萨克斯夫人声称其所提起的诉讼基于她在网络上购买了欧洲铁路通票，而一家马萨诸塞的旅行代理商代表奥地利客运公司提供服务。美国最高法院指出，萨克斯夫人提起的诉讼基于在奥地利西南部城市因斯布鲁克发生的被指控的铁路失职行为，而有关欧洲铁路通票的销售活动本身并无任何过错，因此不属于商业活动例外。See *OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S. Ct. 390, 396 (2015).

④ See *OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S. Ct. 390 (2015).

⑤ See *OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S. Ct. 390, 395 (2015).

⑥ See *OBB Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S. Ct. 390, 396 (2015).

⑦ 该案的背景为：MMA 公司持有秘鲁于 1875 年签署并执行的 14 份无记名债券。2015 年，据称 MMA 向秘鲁驻美大使馆发送了 3 封要求支付债券的信件，但没有收到任何回复。2015 年 7 月 16 日，MMA 向美国纽约南区联邦地区法院提起诉讼，指控秘鲁未能支付债券本金和利息，从而违反了合同。后 MMA 不服法院所作的认为不具有事项管辖权的判决，向美国联邦第二巡回上诉法院提起了上诉。该案中，MMA 公司称，其请求的要点并不是秘鲁未能支付债券，而是秘鲁于 1875 年签署并执行债券，以及秘鲁拒绝向秘鲁驻美大使馆发出的要求函。但是法院认为真正伤害了 MMA 公司的是秘鲁未能赎回债券，而秘鲁首次发行债券“没有任何错误”。See *MMA Consultants I, Inc. v. Republic of Peru*, 719 F. App'x 47, 52 (2d Cir. 2017), cert. denied, 139 S. Ct. 85 (2018).

⑧ See *MMA Consultants I, Inc. v. Republic of Peru*, 719 F. App'x 47, 52 (2d Cir. 2017), cert. denied, 139 S. Ct. 85 (2018).

况，主张适用商业活动例外。^①

因此，中国法院应对于上述情况予以注意，虽然《外国国家豁免法》并未明确规定这一步骤，但是法院应在判断《外国国家豁免法》的商业活动例外能否适用前，首先判断原告诉求与有关行为之间的关系，在判断时可参考请求要点检验法。

（三）法院对领土联系的把握

如前文所述，领土联系是否构成对外国国家的某些行为行使管辖权的前提条件，在理论上是一个尚存争议的问题。然而，在实践中，国家出于维持外交关系的考虑，一般都会要求法院所在地和诉讼之间存在一定的联系。为此，有的国家在国家豁免立法的具体条款中对领土联系的要求进行了规定，如美国；而有的国家则通过民事诉讼的一般程序性规范来确定领土联系。

《中华人民共和国民事诉讼法》虽然在第 276 条第 1 款规定了涉外民事诉讼的管辖问题，但是从规定来看，“对在中华人民共和国领域内没有住所的被告”这样的表述说明该条并不能包含以国家为被告的情况，且“可供扣押财产所在地”“代表机构住所地”这样的规定似乎能令任何一个与中国有外交关系的国家所涉诉讼为中国法院所管辖。因此，该条并不能有效地为国家豁免案件提供管辖权依据。因此，中国《外国国家豁免法》对领土联系进行了专门规定，其要求是“在中华人民共和国领域内发生”，或者“虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的”。这样的规定类似于美国《外国主权豁免法》的 3 项领土联系条件中的两项，即“外国国家在美国进行的商业活动”和“行为虽发生在美国领土外，但与外国国家在美国境外的商业活动相关，且对美国产生直接影响”。^②

关于“在中华人民共和国领域内发生”的标准，这一规定与美国立法的第一项条件类似，都比较宽泛。从文义上来看，似乎可以作两种解释。一种解释倾向宽松，只要有外国国家的商业行为发生在中国领域内即可；另一种解释倾向于严格，必须有外国国家的实质性的商业行为发生在中国领域内。从美国司法实践来看，一般接受后者，即上文提到的“实质联系”。

前一种解释的例子是，只在中国领域内进行了一些有限的接触，比如开了一次商业会议，或者将款项转至中国银行账号，抑或是与中国领域内的人进行一次电话交流或发送邮件。后一种解释的例子是，必须进行了实质性的商业活动，比如在中国领域内进行实质性的商业谈判，在中国领域内发出或收取货物等。^③

本文认为，中国法院应倾向于第二种解释，这是由国家豁免立法的特性决定的。国家豁免法

① 举例来说，1979 年“哈里斯诉苏联国际旅行社案”（*Harris v. VAO Intourist Moscow*）的案情是，原告哈里斯起诉两个苏联旅行机构和苏联国家，因为其亲属作为游客在莫斯科某宾馆的大火中丧生。原告称，由于苏联旅游业是集中化管理的，莫斯科某宾馆的疏忽行为与苏联在美国开展的旅游活动息息相关。法院则认为这两者的关系微乎其微，原告的诉求与苏联在美国进行的商业活动毫无关系。该案的原告也是以“商业活动例外”来主张拒绝国家豁免，虽然案件中的人身伤亡属于民事关系中的侵权行为结果。原因也主要在于“非商业侵权行为例外”要求的连接因素无法满足，人身伤亡是发生在苏联而非美国的。See *Harris v. VAO Intourist Moscow*, 481 F. Supp. 1056 (E. D. N. Y. 1979).

② 笔者认为，《外国国家豁免法》未借鉴美国立法的第二项条件的理由可能是：第二项条件指的是外国在他国的商业活动与外国在美国的一个行为有联系，这种情形在实务中的重要性不高，因为第三项条件基本可以覆盖第二项条件，目前看来第二项条件在实务中似属多余。

③ 美国法院受理过类似情形的案子，一般都拒绝认可前一种解释的例子，而是认可后一种解释的例子。See The American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity* (American Law Institute Publishers, 2018), p. 358.

要平衡对外交关系的维系和对当事人的救济。在这种情况下，不能不对本国法院的管辖范围加以一定的限制。况且，美国一直被国际社会诟病为滥用管辖权，而美国法院尚且在国家豁免案件上设限，当然更进一步说明了严格解释的必要性。所以，建议中国法院从严解释“在中华人民共和国领域内发生”，要求外国国家的商业行为与中国存在实质联系。

中国《外国国家豁免法》的第2项条件是“虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的”。显然，该项条件是第1项条件的补充，就是为了避免无法管辖在领域外的商业活动产生对中国影响的情况。该项的要点是“直接影响”的判断。同样，基于国家豁免立法的特性，本文认为法院也应对“直接影响”进行严格解释，不应该扩大其范围。虽然美国在司法实践中尚未形成对“直接影响”的统一解释，但综合其各种标准，本文认为实质和未受干扰这两项要素应该是“直接影响”的核心要义。第一，关于实质的要素。鉴于即使在本国领域内发生的商业活动都要具有实质联系才能被认可，那么在领域外发生的商业活动当然也应具备实质性的要求，即应对中国产生实质影响。第二，关于未受干扰的要素。“未受干扰”应是“直接”的应有之义，也就是不应存在干扰的要素。^①如果在国家豁免案件中，存在干扰的要素而造成对中国的影响的话，那么不应认为构成直接影响。

总之，“直接影响”首次作为中国立法的管辖权条件出现，中国法院面临的是一项全新的挑战。为此，法院应该结合有关立法资料等对该条件进行深入的分析 and 研究，在条件成熟的情况下发布指导性案例以提供参考。

五 结论

商业活动是限制豁免的核心概念，商业活动例外是国家豁免立法的重要例外。商业活动的界定以及领土联系的确定在国家豁免立法的商业活动例外的适用方面是关键问题。有关商业活动的界定，“性质说”和“目的说”各有其问题，中国立法所规定的“应当综合考虑该行为的性质和目的”是“混合标准说”的体现。至于领土联系的确定问题，中国立法可能借鉴了美国《外国主权豁免法》的规定，但是对其进行了优化处理。

《外国国家豁免法》的施行标志着中国法院可以开始受理国家豁免案件。与其他普通涉外案件不同，法院要在国家豁免案件中平衡两方面的关系：提供司法救济与减少外交争议。本着对这种平衡关系的认识，本文认为在商业活动例外方面，对于“应当综合考虑该行为的性质和目的”的规定，法院应对整体案件背景进行分析。对于领土联系的规定，本文认为“在我国领域内发生的行为”应按照实质联系的要求判断；对中国产生“直接影响”的应考虑实质联系和未受干扰两个要素。此外，虽然中国立法并未明确规定，但是在司法实践中，法院将需要首先判断诉求与行为之间的关系。在这方面，请求要点检验法可以提供一些帮助。

总体而言，从主要国家司法实践来看，商业活动例外条款不仅是最常被援引的例外，且其适

^① 鉴于在理解未受干扰的要素时可能存在困难，特举美国法院案例来说明。在“弗兰克诉安提瓜和巴布达案”（*Frank v. Antigua & Barbuda*）中，美国联邦第五巡回上诉法庭认为，虽然安提瓜和巴布达可能协助了销售盗版CD的行为，但是销售者的刑事犯罪活动是“打断安提瓜的行为和对在美国的投资者的任何影响之间的因果链条的一项干扰行为”。因此，安提瓜和巴布达的行为被认为对美国不构成直接影响。See *Frank v. Antigua & Barbuda*, 842 F.3d 362, 370 (5th Cir. 2016).

用在很大程度上存在法院自由裁量的空间。并且由于外国国家豁免制度是一个涉及政治和法律、外交和司法的交叉领域,^① 法院也可能要在政治和法律之间作出考虑, 并尽力实现提供司法救济与减少外交争议之间的相对平衡。因此, 对于中国法院来说, 预计商业活动例外的适用在未来将面临比较大的挑战。

Study on the Exception of Commercial Activities in State Immunity Legislation

Wang Jia

Abstract: The concept of commercial activities is the core concept of restrictive immunity theory, and the exception of commercial activities is the most frequently cited clause in State immunity legislation and one of the most complex issues in the field of State immunity. At present, although there is generally no objection to commercial activities as an exception to State immunity, there is significant controversy over its scope. The key to the application of the exception of commercial activities in national legislation lies in the definition of commercial activities and the determination of territorial connections. There are diverse definitions and judgment criteria for commercial activities. The United Nations Convention and others have different regulations. In practice, there are the Nature Theory, the Purpose Theory, and the Mixed Standard Theory, with the Nature Theory being the mainstream, but other criteria also have their roles. Regarding the territorial connection, the United Nations Convention has ambiguous regulations, and the US Foreign Sovereign Immunities Act has complex and controversial regulations. Considering the maintenance of the balance between providing judicial remedies and reducing diplomatic disputes in cases of State immunity, it is recommended that Chinese courts comprehensively consider the nature and purpose of the act to define commercial activities, refer to the gravamen test to judge the relationship between claims and acts, and analyze the overall background of the case in defining commercial activities. For the determination of territorial connection, it is recommended that the courts judge “takes place in the territory of the People’s Republic of China” according to the requirements of substantive connection, and consider two elements of substantive connection and undisturbed when judging “causes a direct effect in the territory of the People’s Republic of China”.

Keywords: The Law on Foreign State Immunity, State Immunity, Commercial Activities, Restrictive Immunity, Direct Effect

(责任编辑: 王惠茹)

^① 参见李庆明:《论中国〈外国国家豁免法〉的限制豁免制度》,载《国际法研究》2023 年第 5 期,第 28 页。