



外国国有企业在美国法院的刑事豁免问题研究

阮京丞*

摘要：国家豁免问题通常发生在民事诉讼中，但随着美国司法部日益频繁地通过刑事起诉外国国有企业来推行对外政策，刑事豁免问题逐渐浮出水面。根据美国《外国主权豁免法》，外国主权实体如构成该法意义下的“外国”则有权取得豁免，但其能否适用于刑事诉讼仍存争议。美国法院在经历了一系列判例发展后，最终在“美国诉土耳其哈尔克银行案”中认定该法不适用于刑事诉讼，但留下了适用普通法空间。在豁免问题上，普通法规则既包括司法尊让原则，也包括习惯国际法和判例法渊源。就司法尊让原则而言，普通法下的豁免认定权是在法院掌握最终决定权的基础上，根据不同案件情况给予行政部门不同程度的尊重，但刑事起诉本身可能无法当然地被视为行政部门拒绝豁免的意见。就习惯国际法和判例法渊源而言，外国国有企业不论民事还是刑事诉讼，仅在主权行为范围内享有豁免。是否构成主权行为的关键标准仍在于行为本身“是否涉及公权力的行使”或“体现出公权力的投射”，而行为背景、动机、目的、过程可能将原属商业性质的行为转化为主权行为。综观哈尔克银行的应诉过程和中国国有企业的涉诉经历，中国应当坚持国有企业的独立法人资格，反对国有企业提出刑事豁免抗辩，支持国有企业妥善防范与应对刑事诉讼。

关键词：刑事豁免 美国诉土耳其哈尔克银行案 外国主权豁免法 司法尊让 习惯国际法

一 引言

近年来，美国司法部^①对起诉外国国有企业的兴趣日渐浓厚，尤其是在网络犯罪、经济间谍活动和规避制裁措施方面。^②在这些诉讼中，有的企业主张其构成美国《外国主权豁免法》(Foreign Sovereign Immunities Act, 下称 FSIA)^③ 中的外国媒介 (instrumentality)^④ 而应当被给予

* 阮京丞，武汉大学国际法研究所博士研究生。本文系 2022 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“全球治理的区域转向与中国参与亚洲区域组织实践研究”（项目批准号：22JZD040）阶段性成果之一。本文所有网络文献的最后访问日期为 2025 年 5 月 1 日。

① 本文所称的法院、国务院、司法部、司法部门、行政部门等如无特别限定，均为美国相关机构。

② See Chimene Keitner, “Prosecuting Foreign States”, (2021) 61 *Virginia Journal of International Law* 221, p. 244; Steven Arrigg Koh, “Foreign Affairs Prosecutions”, (2019) 94 *New York University Law Review* 340, p. 370; Michael Farbiarz, “Extraterritorial Criminal Jurisdiction”, (2016) 114 *Michigan Law Review* 507, pp. 512–513.

③ FSIA 已经编入《美国法典》第 28 编第 1330 节、第 1332 节、第 1391 节、第 1441 节以及第 1602 至 1611 节。

④ See 28 U. S. C. § 1603 (b).

豁免。2018年9月7日，攀钢集团等4家中国国有企业被指控“密谋进行经济间谍活动及相关犯罪”。这些企业均主张其是中国的媒介而免于起诉。2021年7月26日，第九巡回上诉法院指出，“对于FSIA所赋予的豁免权是否适用于刑事案件以及适用于哪些案件存在尖锐的分歧”，但最终认定法院“不必触及这些问题”，因为被告攀钢集团不构成中国的媒介。^① 2019年10月15日，土耳其哈尔克银行（Turkiye Halk Bankasi A. S.）被指控“通过洗钱和欺诈的方式共谋规避对伊朗的经济制裁”，它主张构成土耳其的媒介而免于起诉。2023年4月19日，联邦最高法院确认FSIA仅适用于民事案件，而不适用于刑事案件，并将“普通法下的刑事豁免”问题发回下级法院重审。^② 其中，戈萨奇（Neil Gorsuch）大法官认为普通法中的豁免问题有两种可能：一是服从行政部门关于是否给予外国主权豁免的判断，二是由法院根据习惯国际法和其他渊源作出豁免决定。^③ 2024年10月22日，第二巡回上诉法院在重审判决中认定，根据普通法豁免规则，应当尊重行政部门通过提起刑事诉讼的方式来否认外国国有企业的刑事豁免权，但并未回应习惯国际法是否适用的问题。^④

过去，有关豁免问题的争议一般限于民事领域，国家和国际实践几乎明示或默示地将刑事程序排除在外。国内外学术界对于刑事豁免的讨论也屈指可数。^⑤ 究其原因可能有三。第一，外国主权实体中几乎仅有外国代理机构或媒介才有可能涉嫌犯罪，国家及其行政或分支机构通常不可能在另一国涉嫌犯罪。只有美国将外国持股达到一定比例的外国国有企业视为外国本身，才能引发刑事豁免的问题。然而，绝大多数国家都不给予外国国有企业以豁免资格，除非后者涉及主权利力的行使。第二，法人刑事责任最早肇始于19世纪的英美法系，而大陆法系直到20世纪中晚期才开始逐渐接受这一责任形式。^⑥ 甚至在欧洲，个别国家至今仍未承认法人刑事责任。第三，在外国国有企业可能涉及刑事犯罪的情况下，各国可以大量非司法措施来实施政府层面的制裁，或是采取辩诉交易的方式以避免诉讼可能招致的法律障碍与外交风波，鲜有案件能真正到达诉讼这一步。^⑦ 正因如此，有学者甚至明确将“美国诉土耳其哈尔克银行案”（*United States v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*）视为豁免法划时代的标志性案件。^⑧

① See *United States v. Pangang Grp. Co. Ltd.*, 6 F.4th 946, 960 (9th Cir. 2021).

② See *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States*, 598 U.S. 264 (2023).

③ See *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States* (Opinion of Justice Gorsuch), 598 U.S. 264, 282–287 (2023).

④ See *United States v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*, 120 F.4th 41 (2d Cir. 2024).

⑤ 参见 American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, The Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction and Sovereign Immunity*, Pt. IV, Ch. 5, § 451, Reporter's Notes, para. 4; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 85–96; John Balzano, “Crimes and the Foreign Sovereign Immunities Act: New Perspectives on an Old Debate”, (2012) 38 *North Carolina Journal of International Law* 43; Megan Q. Liu, “The Scope of Sovereign Criminal Immunity: Instrumentalities under the Foreign Sovereign Immunities Act”, (2021) 60 *Columbia Journal of Transnational Law* 276; Chimene Keitner, “Prosecuting Foreign States”, (2021) 61 *Virginia Journal of International Law* 221; 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24—27页。

⑥ See Gennady A. Esakov, “Corporate Criminal Liability: A Comparative Review”, (2010) 2 *City University of Hong Kong Law Review* 173.

⑦ See Megan Q. Liu, “The Scope of Sovereign Criminal Immunity: Instrumentalities under the Foreign Sovereign Immunities Act”, (2021) 60 *Columbia Journal of Transnational Law* 276, p. 295; Frederick T. Davis, “Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements: A Comparative Study”, (2022) 60 *Colombia Journal of Transnational Law* 751, p. 756.

⑧ See Sydney E. Robinson, “A Common Law Corporate Crisis: The Status of Common Law Criminal Immunities for Foreign State-Owned Enterprises in a Post-Halkbank Era”, (2024) 73 *American University Law Review Forum* 303; Kate Yoon, Doruk Erhan and Chloe Miller, “On the Legality of Prosecuting State-Owned Enterprises: *Halkbank v. United States*”, *Yale Journal of International Law Online* (15 September 2024).

尽管与外国国有企业刑事豁免相关的案件较少，但它们从整体上反映了一种新的倾向，即美国意图通过刑事起诉来促进对外政策目标的实现。^① 如若在“美国诉土耳其哈尔克银行案”中扫清了刑事起诉外国国有企业在豁免方面的各种障碍，或将进一步扩大美国实施对外政策的“武器库”。如若不进行有效界定与限制，这样的法律实践可能会恶化已然陷入白热化的地缘政治态势。此前，拜登政府已明确表示将继续优先起诉“与国家安全有交叉的公司犯罪”，并进一步表示“当公司及其高管的行为威胁到我们的国家安全时……司法部将坚决予以应对”。^② 伴随着越来越多的国有企业在不同方面卷入刑事诉讼的现实状况，模糊的国家豁免标准将使得这一问题变得愈加复杂。因此，厘清外国国有企业刑事豁免可能涉及的各项法律规则，将有助于中国国有企业研判法律风险，并在必要时制定合理的应诉策略。

二 《外国主权豁免法》与刑事豁免

外国国有企业的刑事豁免问题在先前的判例中早有端倪。不仅就《反有组织犯罪和腐败组织法》(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, 下称 RICO) 中作为民事责任前提的“任何可被起诉的行为”，而且在签发传票程序中，美国法院均审议了 FSIA 能否适用于刑事豁免的问题。“美国诉土耳其哈尔克银行案”的出现则最终明确了 FSIA 不适用于刑事程序。

(一) 《反有组织犯罪和腐败组织法》涉及的刑事豁免问题

1990 年“古尔德公司诉三井金属矿业株式会社案”(Gould, Inc. v. Mitsui Mining & Smelting Co.)^③ 是涉及 FSIA 是否授予刑事豁免权这一问题的第一案。在该案中，法院被要求考虑根据 RICO 提起的民事诉讼在 FSIA 下能否成立。欲成立 RICO 项下的民事责任，原告必须证明作为违反该法行为基础的上游行为是“任何可被起诉的行为”。^④ 由此，一旦被告被认定为外国主权实体，那么是否会因为主体身份而排除“可被起诉”的资格？俄亥俄州北区地方法院指出，为了确定是否可以根据 FSIA 对符合条件的外国主权实体提出民事索赔，必须审议 FSIA 的覆盖范围是否包括刑事问题。法院认为，《美国法典》第 28 编第 1604 节的措辞足够宽泛，既包括民事诉讼，也包括刑事诉讼，而且立法历史中没有任何内容反对这一结论，因而其授予了外国主权实体以刑事豁免。此外，《美国法典》第 28 编第 1330 节仅赋予联邦地区法院管辖属于 FSIA 例外情形的民事诉讼案件，而并未赋予刑事案件以管辖权。法院最终裁定，一项行为若要成为“可被起诉”的行为，就必须针对可以定罪的“行为人”，而享有刑事豁免权的外国主权实体并不在此列。第六巡回上诉法院后续在 2002 年“凯勒诉尼日利亚央行案”(Keller v. Central Bank of Nigeria) 中

① 有学者提出了“外交事务起诉”(foreign affairs prosecutions)，意指“涉及其他国家刑事司法利益和美国外交政策利益的起诉”。参见 Steven Arrigg Koh, “Foreign Affairs Prosecutions”, (2019) 94 *New York University Law Review* 340。

② See “Lafarge Pleads Guilty to Conspiring to Provide Material Support to Foreign Terrorist Organizations”, US Department of Justice Office of Public Affairs, <https://www.justice.gov/opa/pr/lafarge-pleads-guilty-conspiring-provide-material-support-foreign-terrorist-organizations>.

③ *Gould, Inc. v. Mitsui Mining & Smelting Co.*, 750 F. Supp. 838 (N. D. Ohio 1990).

④ 18 U. S. C. § 1961.

认可了这一判决中的观点。^① 在该案中，法院同样依据最高法院的判例，即 FSIA 是获得对外国主权实体管辖权的唯一手段以及第 1604 节的宽泛措辞，认定其授予外国主权实体以刑事豁免。

相反，在 1999 年“南路建筑公司诉尼日利亚央行案”（*Southway v. Central Bank of Nigeria*）中，第十巡回上诉法院却得出了完全相反的结论。^② 法院同样在判定 RICO 意义上的“可被起诉”的行为时，认为“可被起诉”的判断是和“行为”本身相关，而非“行为人”的地位，因此 FSIA 不能构成诉讼的障碍。在 FSIA 是否适用于刑事诉讼的问题上，法院进一步指出：“如果国会希望……被告根据 FSIA 享有刑事起诉豁免权，国会应修订 FSIA，明确规定这一点。”法院还认为：“行政和立法部门是外交关系和国际礼让的主要参与者，因此比法院更有能力处理刑事背景下的外国主权豁免问题。”据此，FSIA 并未涉及刑事豁免的问题，而将其完全交由行政和立法部门决定。此外，在 1993 年“美国诉亨德伦案”（*United States v. Hendron*）中，法院对 FSIA 的文本及立法史进行了广泛的调查，确定 FSIA 仅适用于民事诉讼。^③ 法院指出，该法本身指的是“外国国家和诉讼当事人”，而“诉讼当事人”一词是指民事诉讼中的一方，而不是刑事案件中的检察官。此外，该法的案文包含描述民事判决的语言，并且仅讨论了与民事诉讼有关的损害赔偿。法院还指出，该法讨论了仅适用于民事诉讼的反诉，以及仅适用于民事诉讼的时间表和程序。最后，法院审查了 FSIA 的立法历史，没有发现任何适用于刑事豁免的暗示。

（二）大陪审团传票程序涉及的刑事豁免问题

在 2010 年“‘德尔图瓦机动船’相关的大陪审团诉讼程序案”（*In re Grand Jury Proceedings Related to M/V Deltuva*）中，一艘由立陶宛航运公司所有的船只被海岸警卫队登临并扣押，理由是该船因涉嫌海上排放油污而违反美国《防止船舶污染法》。^④ 由于立陶宛航运公司的多数股权由立陶宛政府持有，立陶宛交通部致函美国国土安全部，确认该船为立陶宛所有并要求其放行，但美国国土安全部没有采取行动。最终，美国司法部向法院提起刑事诉讼，于是立陶宛政府向法院请求下令撤销大陪审团的传票。由此，本案的争议焦点在于：FSIA 能否赋予立陶宛航运公司以刑事豁免权。法院认为，正如最高法院在“维尔林登公司诉尼日利亚央行案”（*Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*）和“美国诉诺列加案”（*United States v. Noriega*）中所述，FSIA 管辖“针对外国的每一项民事诉讼中的豁免主张”，它“既不涉及国家元首豁免，也不涉及刑事背景下的外国主权豁免”。法院在该法的立法史中没有发现国会意图让该法像管辖民事诉讼一样管辖刑事诉讼。此外，法院认为该法的各项条款概述了民事诉讼程序和民事补救措施。因此，法院没有发现任何迹象表明国会打算让 FSIA 适用于针对外国政府机构或媒介的刑事诉讼。

而在 2019 年“大陪审团传票案”（*In re Grand Jury Subpoena*）^⑤ 中，哥伦比亚特区法院的联邦大陪审团向一家外国全资公司发出传票要求其提供相关信息，理由是其涉嫌干预 2016 年总统大选。该公司声称，根据 FSIA，它“不受美国法院的管辖，也不受美国传票的影响”。同时，根据该传票的要求实施相关行为将违反其本国的国内法。因此，它主张该传票是不合理的，并对公

① *Keller v. Central Bank of Nigeria*, 277 F. 3d 811 (6th Cir. 2002).

② *Southway v. Central Bank of Nigeria*, 198 F. 3d 1210 (10th Cir. 1999).

③ *United States v. Hendron*, 813 F. Supp. 973 (E. D. N. Y. 1993).

④ *In re Grand Jury Proceedings Related to M/V Deltuva*, 752 F. Supp. 2d 173 (D. P. R. 2010).

⑤ *In re Grand Jury Subpoena No. 7409, No. 18-41 (BAH)*, 2018 WL 8334866 (D. D. C. 2018).

司的合法权利造成了压迫，最终以上述理由申请撤销传票。哥伦比亚特区法院驳回了撤销动议，该公司随即上诉至哥伦比亚特区巡回上诉法院，后者以缺乏上诉管辖权为由驳回上诉。地区法院随后判定该公司藐视法庭。该公司随即就将藐视法庭的指令上诉至巡回法院。争议的关键仍然在于，美国是否可以通过强制外国国有企业遵守大陪审团的传票来对其行使管辖权。法院指出，“考虑到我们有义务避免对我们面前的案件做出过于宽泛的裁决，我们无需对这一争议进行权衡”，“即使假定第 1604 节规定的豁免权适用于刑事诉讼，公司仍不享有对该传票的豁免权”^①。在论证过程中，法院仍然强调了“包含刑事绝对豁免权的解读更难与该法案的上下文和目的相协调”，而且“如果国会真的打算为这样一个充满争议的问题提供一个明确的答案”，应当“将这个答案在法案文本中明确显示出来，或者至少使其在立法过程中成为一些讨论的主题”。联邦最高法院也在后续驳回了相关的调卷令。^②

（三）“美国诉土耳其哈尔克银行案”涉及的刑事豁免问题

在 2023 年“美国诉土耳其哈尔克银行案”中，联邦最高法院彻底终结了这一论战，确认了 FSIA 不适用于刑事程序，并将普通法豁免权的问题发回重审。^③ 土耳其哈尔克银行是一家由土耳其政府通过土耳其财富基金（Turkey Wealth Fund）持股 87.7% 的商业银行。2019 年，美国司法部起诉该银行通过帮助伊朗“清洗”价值数十亿美元的石油和天然气收益并欺骗美国财政部的方式，多年来共谋规避美国对伊朗实施的经济制裁。哈尔克银行请求驳回起诉，理由是它可以免于刑事起诉，因为它的多数股权由土耳其持有。2020 年，美国纽约南区地方法院认为 FSIA 不适用于刑事案件。此外，即使 FSIA 适用，根据 FSIA 中的豁免例外，哈尔克银行也不享有豁免权。^④ 哈尔克银行随即提出了上诉，2021 年联邦第二巡回上诉法院维持原判。法院认为，它不必决定 FSIA 是否适用于刑事案件，因为如果该法适用，那么其豁免例外情况也必须适用，而哈尔克银行根据商业例外不享有豁免权。^⑤ 对于适用普通法的问题，法院认为：“在普通法中，主权豁免的确定是行政部门的特权；因此，提出刑事指控的决定必然表明行政部门认为不存在主权豁免。”

联邦最高法院随即颁布调卷令提审此案。法院在开始分析时指出，该法的上下文都凸显出其“完全的民事聚焦点”，包括该法的各种条款都提到了“民事诉讼”，提到了“诉讼当事人”而非检察官，以及该法与第 28 编中的其他民事条款并列。另一方面，FSIA 对外国在美国法院的刑事诉讼豁免“只字未提”，如果国会意图将该法扩展到刑事案件，那么这种沉默就是不合理的，而在 FSIA 中给予绝对的刑事豁免恰恰是人们期望国会明确作出的决定。法院还驳回了哈尔克银行的类比，即从先前的判决中引入刑事方面的语言，暗指 FSIA 是“在联邦法院获得对外国管辖权的唯一依据”。最后，法院还驳回了哈尔克银行的一个论点，即除非 FSIA 豁免外国主权国家的刑事诉讼，否则检察官将可以自由地起诉任何外国政府，这或将引起重大外交政策问题。然而，法院认为这种后果论的论点不能取代法院对案文的分析，而且哈尔克银行没有提供任何证据来支持这一论点。此外，可以采取多种方式避免这样的风险。至于普通法下的豁免规则，法院否认了下

① *In re Grand Jury Subpoena*, 912 F.3d 623, 627 (D. C. Cir. 2019).

② See *In re Grand Subpoena*, 139 S. Ct. 1378 (2019).

③ See *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States*, 598 U.S. 264 (2023).

④ See *United States v. Türkiye Halk Bankasi A. S.*, 15 Cr. 867 (RMB) (S. D. N. Y. 2020).

⑤ See *United States v. Türkiye Halk Bankasi A. S.*, 16 F.4th 336 (2nd Cir. 2021).

级法院的认定并决定将其发回重审。^①

总体来看,美国法院主要基于以下4个理由裁定FSIA不适用于刑事诉讼。第一,从条款本身以及上下文的逻辑来看,《美国法典》第28编第1330节规定的属事管辖条款仅仅提及民事诉讼。尽管《美国法典》第28编第1604节并未限制诉讼的性质,但从FSIA的其他条款以及第28编的名称(民事诉讼程序)来看,^②该条款显然仅限于民事性质的诉讼。第二,从条款的立法目的来看,该法的立法文件表明其仅为在美国法院的民事诉讼中确定外国主权豁免制定了统一标准,并仅为针对外国及其代理机构和媒介的民事诉讼中的联邦管辖权制定了长臂法规;^③此外,从《泰特公函》(Tate Letter)到FSIA出台的25年间里,国务院对豁免的所有裁定中仅有一次在传票程序中提到刑事诉讼。^④第三,从法院的判例来看,美国法院不仅在刑事豁免问题上逐渐形成合意,而且不断重申FSIA的民事性质。^⑤第四,考虑到刑事诉讼自带的“污名化本质”与“道德谴责”可能损害“外国在国际秩序中的平等和尊严”^⑥,FSIA如若涉及刑事程序,应当以明确的形式表达,否则不应当视其包含刑事豁免的情形。

那么,应当如何理解FSIA不适用于刑事诉讼?首先,必须从根本上摒弃一个观念,即FSIA是处理外国主权豁免问题的唯一法律依据。例如,外国官员豁免问题不在FSIA的管辖范围内;^⑦《美国法典》第11编第106节废除了破产程序中“政府单位”主权责任豁免。^⑧可以说,国家豁免问题都必须经过FSIA的考察,但FSIA绝非解决国家豁免问题唯一的依据。其次,FSIA在认定某被告是否构成“外国”时具有权威地位。尽管某些豁免问题不在FSIA的框架下解决,但作为先决问题的被告身份认定无法脱离FSIA。在这方面,应当注意FSIA和相关实体

① See *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States*, 598 U. S. 264, 271–281 (2023).

② 具体来说,《美国法典》第28编第1602节规定该法规的目的是将豁免决定权移交给法院,以“保护外国和诉讼当事人(litigants)的权利”。《美国法典》第28编第1605(a)节规定外国在任何案件中(in any case)均不得免受美国或各州法院的管辖。此外,许多规定,包括《美国法典》第28编第1330(a)、1610、1611节关于扣押责任的规定、《美国法典》第28编第1391(f)节关于审判地点的规定、《美国法典》第28编第1441(d)节关于从州法院移送联邦法院的规定、《美国法典》第28编第1606节关于责任原则的规定以及《美国法典》第28编第1607节关于反诉的规定、《美国法典》第28编第1608(a)至(d)节关于送达的规定及《美国法典》第28编第1608(e)节关于缺席判决的规定,均不适用于刑事诉讼。参见 Joseph W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations* (Martinus Nijhoff, 2nd edn, 2003), p. 37.

③ See “H. R. Rep. 94–1487”, (1976) U. S. C. C. A. N. 6604, pp. 6604–6635; American Law Institute, *Restatement of the Law Fourth, The Foreign Relations Law of the United States: Selected Topics in Treaties, Jurisdiction and Sovereign Immunity*, Pt. IV, Ch. 5, § 451, Reporter’s Notes, para. 1.

④ See John A. Boyd, “Sovereign Immunity Decisions of the Department of State—May 1952 to January 1977”, (1977) *Digest of United States Practice in International Law* 1017, p. 1038.

⑤ See *Verlinden B. V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480, 488 (1983); *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U. S. 428, 443 (1989); *United States v. Hendron*, 813 F. Supp. 973, 975 (E. D. N. Y. 1993); *Republic of Austria v. Altmann*, 541 U. S. 677, 691 (2004); *Samantar v. Yousuf*, 560 U. S. 305, 323 (2010); *OBV Personenverkehr AG v. Sachs*, 136 S. Ct. 390, 394 (2015); *Bank Marlazi v. Peterson*, 136 S. Ct. 1310, 1317 (2016); *In re Grand Jury Subpoena*, 912 F.3d 623, 630 (D. C. Cir. 2019); *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 142 S. Ct. 1502, 1508 (2022); *Halkbank v. United States*, 598 U. S. 264, 271–281 (2023).

⑥ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 89; John Balzano, “Crimes and the Foreign Sovereign Immunities Act: New Perspectives on an Old Debate”, (2012) 38 *North Carolina Journal of International Law* 43, p. 83.

⑦ See *Samantar v. Yousuf*, 560 U. S. 305, 308 (2010).

⑧ See 11 U. S. C. § 106.

法对外国等类似概念的不同定义。^① 最后, FSIA 之于刑事诉讼, 应当理解为该法未确立、也未排除对外国代理机构和媒介的刑事管辖权。^② 在没有立法的情况下, 对豁免的主张是普通法问题, 应当诉诸习惯国际法、行政部门的解释、过往的司法实践以及相关的法律法规。^③

三 司法尊让原则与刑事豁免

司法尊让原则 (principle of judicial deference) 作为美国法院可以诉诸的普通法依据, 历来处于司法与行政权力分野的风口浪尖。司法尊让的本质是将部分法律或事实的解释主导权由专司审判的法院让与行政部门, 是分权宪制背景下司法审查的政治要旨所在,^④ 而在豁免领域则一般表现为豁免认定权。事实上, 国家豁免案件无论是民事还是刑事性质, 都牵涉对外关系因素与本国公私利益之间的平衡问题, 因而需要行政部门就案件所涉及的基本事实问题乃至是否给予豁免的问题提供建议。^⑤ 行政部门长期处理对外事务, 熟悉国家豁免规则, 又能及时与外国保持沟通, 同时兼顾外国可能援引的对等原则, 因而能更为审慎地处理国家豁免案件。^⑥ 豁免认定权在司法与行政部门之间摇摆不定的现实, 自豁免规则诞生伊始就初现端倪, 即使 FSIA 已通过达半个世纪之久而未曾停歇, 甚至在普通法豁免问题上又再度重演。这从很大程度上缘于豁免规则兼顾公正司法与友善外交的双重属性, 而在外国国有企业的刑事豁免问题上, 情况则更为复杂。

(一) 豁免认定权归属问题的历史梳理

在早先的豁免问题中, 行政部门明确表示没有能力约束司法部门。^⑦ 这一时期, 仅在有限的事实问题上, 例如“谁对相关船只拥有所有权”或“政府是否正式拥有主权”等并不涉及豁免法本身的问题, 法院才给予行政部门一定的尊重。据此, 法院认为其可以像裁决任何其他普通法问题一样自由地裁决豁免问题, 而不受“豁免建议”^⑧ 的约束。^⑨ 这种司法独立 (judicial

① 例如, 在“美国诉攀钢集团案”中, 法院就认为《经济间谍法》对“外国媒介”的定义比 FSIA 的定义要宽泛得多。由此, 攀钢集团在该法下对国有性质的主张, 无法达到 FSIA 项下的“外国及其政治分支机构直接所有”的要求。参见 *United States v. Pangang Group Co.*, 6 F.4th 946, 960 (9th Cir. 2021)。

② See Chimene Keitner, “Prosecuting Foreign States”, (2021) 61 *Virginia Journal of International Law* 221, p. 234.

③ See Ingrid Wuerth, “The Future of the Federal Common Law of Foreign Relations”, (2018) 106 *Georgetown Law Journal* 1825, p. 1850.

④ 参见张佳俊:《通往机构主义:司法尊让与美国司法—行政关系的重构》,载《美国研究》2021年第1期,第120—121页。

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—167页。

⑥ 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316页。

⑦ See Chimène Keitner, “The Forgotten History of Foreign Official Immunity”, (2012) 87 *New York University Law Review* 704, p. 713.

⑧ 豁免建议 (suggestion of immunity) 是指政府向法院出具其认可被告享有或不享有豁免的函件, 参见 John A. Boyd, “Sovereign Immunity Decisions of the Department of State—May 1952 to January 1977”, (1977) *Digest of United States Practice in International Law* 1017, p. 1019.

⑨ See G. Edward White, “The Transformation of the Constitutional Regime of Foreign Relations”, (1999) 85 *Virginia Law Review* 1, pp. 27 – 28; Ingrid Brunk, “Foreign Official Immunity Determinations in U. S. Courts: The Case Against the State Department”, (2011) 51 *Virginia Journal of International Law* 915, pp. 924 – 925. 例如, 在 1812 年“斯库诺交易号诉麦克法登案”中, 法院考虑了行政部门关于豁免要求的意见, 但对相关国际法理论进行了独立审查。参见 *The Schooner Exchange v. McFaddon and Others*, 11 U. S. 116, 132 – 147 (1812)。

independence) 集中体现于“贝里兹兄弟公司诉佩扎罗汽船案”(Berizzi Bros. Co. v. S. S. Pesaro)。在最高法院审理该案之前,美国发生了一系列扣押外国所有和运营船只的案件。其中,有的法院明确对国务院不建议豁免的决定给予了重视,而有的法院则以船只构成外国主权财产和主权的一部分为由给予船只以豁免权,并未向行政部门征求意见。最后,最高法院也未征求行政部门的意见,以海事管辖权不包含“对友好外国政府公共船只的物权诽谤”为由,认定该船只免于诉讼。^①因此,在这一时期,法院将管辖权豁免问题视为法律问题,无需考虑行政部门的意见。

直至20世纪30年代末伊始,豁免决定权逐渐转向行政部门,这一过程在1945年“墨西哥诉霍夫曼案”(Republic of Mexico v. Hoffman)中达到顶峰。^②在该案中,法院正式将“国务院拒绝承认豁免”作为拒绝给予豁免的一个重要原因。法院认为其“不能拒绝中国政府认为应该允许的豁免权,或以新的理由允许政府认为不应该承认的豁免”,但在“行政部门不承认所主张的豁免权的情况下,法院可以自行决定豁免权的所有必要条件是否成立”^③。自“霍夫曼案”以来,法院将这一判词解释为行政部门对豁免权的决定拥有专属权。^④杰塞普和亨金对这一观点进行了深刻的批判,认为这是一种对司法权的僭越,而外交途径只有在法院无法提供正义的情况下才能诉诸。^⑤由此,有学者总结道,在1938至1945年的过渡时期内,行政部门的观点取代了法院豁免的传统标准,但法院对国务院提出的豁免建议应给予多大的重视仍然令人困惑。^⑥

1952年美国国务院发布了《泰特公函》,宣布全面采纳限制豁免理论。这一变化使豁免决定权陷入混乱。首先,外国政府有时会在面临美国法院的诉讼时向国务院施加外交压力,要求其出面干预案件并撤销对外国的起诉。^⑦据统计,自《泰特公函》发布以后到FSIA生效以前,美国国务院一共向法院出具了118份豁免建议。^⑧而在一些案件中,尽管依照《泰特公函》的精神美国法院本可以对某

① 在“贝里兹兄弟公司诉佩扎罗汽船案”中,法院似乎否认了行政部门拒绝给予豁免的立场,并给予外国政府所有、占有和使用的商船豁免。参见 *Berizzi Bros. Co. v. S. S. Pesaro*, 271 U. S. 562, 576 (1926)。然而,在后续案件中,最高法院认为该案中没有提及国务院的立场,因此没有明确承认它偏离了行政部门的观点。参见 *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U. S. 30, 35 (1945)。此外,最高法院对该案判决的持续有效性提出了质疑,认为在“纯粹商业交易引发的案件”中,贝里兹兄弟案“不再正确地陈述法律”。参见 *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U. S. 682, 699 – 703 (1976)。这一时期有关外国公共船只争端的判例分析,参见 Chimène I. Keitner, “Between Law and Diplomacy: The Conundrum of Common Law Immunity”, (2019) 54 *Georgia Law Review* 217, pp. 268 – 277。

② See Chimene Keitner, “The Common Law of Foreign Official Immunity”, (2010) 14 *Green Bag 2d* 61, pp. 71 – 75。国会也认可类似的转变,参见“H. R. Rep. 94 – 1487”, (1976) U. S. C. C. A. N. 6604, p. 6606。

③ *Republic of Mexico v. Hoffman*, 324 U. S. 30, 34 – 35 (1945)。综观这一时期发生的系列案件,法院对行政部门豁免建议的尊重,更多是出于维护行政部门保护国家利益的立场,而非着眼于某些特定的案件事实情况,参见 *Compahia Espahola de Navegacihn Maritima S. A. v. The Navemar*, 303 U. S. 68, 74 – 75 (1938); *Ex Parte Peru*, 318 U. S. 578, 588 – 589 (1943); *Heaney v. Government of Spain*, 445 F. 2d 501, 503 (2d Cir. 1971)。

④ See *Bank Markazi v. Peterson*, 578 U. S. 212, 325 (2016)。

⑤ See Philip C. Jessup, “Has the Supreme Court Abdicated One of Its Functions?”, (1946) 40 *American Journal of International Law* 168, pp. 168 – 169; Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* (Oxford University Press, 2nd edn, 1996), p. 56。

⑥ See Notes, “Immunity from Suit of Foreign Instrumentalities and Obligations”, (1941) 50 *Yale Law Journal* 1088, pp. 1091 – 1093。

⑦ See Monroe Leigh, “To Define the Jurisdiction of U. S. Courts in Suits Against Foreign States”, (1976) Hearing on H. R. 11315 Before the Subcomm. on Admin. Law & Governmental Relations of the H. Comm. on the Judiciary, 94th Cong., pp. 34 – 35。

⑧ See Adam Chilton, “The Politics of ‘Suggestions of Immunity’: An Empirical Analysis of the State Department’s Sovereign Immunity Decisions from 1952 to 1977”, <https://projects.iq.harvard.edu/files/govposters/files/adamchilton.pdf>。

些商业行为实施管辖，但国务院仍然可能将外交政策考量置于豁免规则之上，从而建议法院给予豁免。^① 其次，国务院对豁免与否的决定因案而异，可能与其总体政策不一致。^② 再者，外国有时不向国务院请求豁免权，或者国务院在接到请求后不采取行动，使得法院在裁断方面缺乏指导，而通常只能参考国务院之前的决定，这又进一步诱发了混乱。^③ 最后，在尊让行政部门豁免决定的情况下，尽管诉讼双方当事人享有向美国国务院申请书面或口头陈述的机会，但仍然缺乏庭审程序的充分保障。^④

在此种现状的推动下，制定统一的主权豁免立法以限制行政部门的决定权并统一美国法院可适用的豁免标准，成为了历史的必然趋势。1976年美国通过了FSIA，该法强调尊重历史上赋予外国主权的豁免权与在某些情况下要求外国主权为其行为负责之间的谨慎平衡，并很大程度上沿袭了《泰特公函》所确认的限制豁免理论。在豁免决定权问题上，FSIA将该权力从行政部门转向司法部门，并明确规定了适用于外国及其代理机构和媒介的豁免标准，否认国务院在该法所涉案件中的主导地位。^⑤ 美国法院也多次指出，该法的目的是“将政府从逐案处理的外交压力中解脱出来，澄清管辖标准，并向诉讼当事人保证，裁决是在纯粹的法律依据和确保正当程序的情况下做出的”^⑥。这反映出豁免认定权从行政部门转向司法部门的总体趋势。

（二）普通法意义下豁免认定权的归属及限度问题

尽管FSIA明确将豁免认定权收归司法部门所有，而行政部门也不在FSIA所覆盖的问题领域向司法部门提交豁免建议，但这并不代表在所有豁免问题上都是如此。在FSIA无法覆盖的领域，如外国官员豁免和外国国有企业的刑事豁免，法院在无法可依的情况下，只能诉诸普通法下的豁免规则。那么，在普通法豁免规则的意义下，豁免认定权是否还像FSIA所追求的那样转向司法部门？如果二者之间不是非此即彼的关系，那相互之间的边界又在哪里？

如前所述，在FSIA通过以前，无论行政部门是否认为其豁免建议对法院具有决定权，法院总体上都会出于维护行政部门保护国家利益之立场的目的，而给予行政部门以不同程度的尊重。在《泰特公函》通过以后，泰特在公开讲话时仍然指出，虽然“行政部门的政策转变无法控制法院”，但司法部认为，在行政部门拒绝的情况下，法院“不太可能允许主权豁免的请求”。^⑦ 此

① See *New York and Cuba M SS Co. v. Republic of Korea*, 132 F. Supp. 684 (S. D. N. Y. 1955); *Chemical Nat. Res. v. Venezuela*, 420 Pa. 134 (Pa. 1966); *Isbrandtsen Tankers v. President of India*, 446 F. 2d 1198 (2d Cir. 1971).

② See Peter Trooboff, “To Define the Jurisdiction of U. S. Courts in Suits Against Foreign States”, (1976) Hearing on H. R. 11315 Before the Subcomm. on Admin. Law & Governmental Relations of the H. Comm. on the Judiciary, 94th Cong., pp. 59–60; Edwin D. Dickinson, “The Law of Nations as National Law: ‘Political Questions’”, (1956) 104 *University of Pennsylvania Law Review* 451, p. 477; Leo Drachsler, “Some Observations on the Current Status of the Tate Letter”, (1960) 54 *American Journal of International Law* 790, pp. 793–796.

③ See Frederic A. Weber, “The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976: Its Origin, Meaning and Effect,” (1976) 3 *Yale Journal of International Law* 1, p. 6.

④ 国务院允许诉讼各方在作出决定前参加非正式听证会，并提交案情摘要和进行口头辩论。参见 Robert B. von Mehren, “The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976”, (1978) 17 *Columbia Journal of Transnational Law* 33, p. 34.

⑤ See Ingrid Brunk, “Foreign Official Immunity Determinations in U. S. Courts: The Case Against the State Department”, (2011) 51 *Virginia Journal of International Law* 915, p. 928.

⑥ See *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480, 488 (1983); *Opati v. Republic of Sudan*, 140 S. Ct. 1601, 1605 (2020).

⑦ See Chimène I. Keitner, “Between Law and Diplomacy: The Conundrum of Common Law Immunity”, (2019) 54 *Georgia Law Review* 217, p. 273.

外,如前所述,美国法院多次承认,FSIA 通过的的目的之一是将政府从逐案处理的外交压力中解脱出来。这意味着,即使是法院也认为行政部门在豁免问题上具有逐案处理的权力,但是在与民事诉讼有关的豁免问题上由该法授权法院全权处理。^①而在无法被 FSIA 覆盖的豁免问题上,情况仍然比较模糊。

在外国官员豁免方面,美国国务院在 1990 年“崔典诉菲律宾国家银行案”(Chuidian v. Philippine National Bank)中首次就该问题向美国联邦法院提交豁免建议,并要求法院认定本案的豁免受普通法而非 FSIA 来调整,进而遵从行政部门的意见。法院并未采纳该论点,而是将外国官员豁免问题置于 FSIA 的框架内讨论,认为外国官员构成该法意义下的“外国代理机构或媒介”。^②在 2012 年“萨曼塔尔诉优素福案”(Samantar v. Yousuf)中,国务院提出了类似论点。这次法院采纳了国务院的观点,并推翻了上述认定,将外国官员豁免置于普通法的框架下讨论。法院认为:“没有理由认为国会想要取消国务院在确定普通法下个人官员豁免方面的作用……国务院作用的大小在很大程度上取决于所主张的豁免类型。”^③法院进一步指出,针对国家元首的豁免建议是行政部门宪法权力的职能之一,因此对司法部门具有支配作用。与外交豁免一样,国家元首豁免涉及“正式的承认行为”,是“典型的行政职能”,应予以绝对尊重。^④相反,行政部门对外国官员豁免的问题却没有决定权,因为此类案件只涉及外国官员公务范围的问题。因此,在涉及身份豁免的问题上,行政部门具有决定权;而在涉及行为豁免的问题上,行政部门仅仅享有建议权,但对司法部门具有重大影响。^⑤

在外国国有企业的刑事豁免方面,法院也参考了美国政府的意见。在“美国诉土耳其哈尔克银行案”中,美国政府认为,对哈尔克银行的联邦刑事起诉反映了行政部门的决定,即外国主权豁免在本案中无正当理由。^⑥法院认为,普通法中对行政部门的决定所给予的尊重,同时适用于行政部门寻求和拒绝豁免的情形,并且也适用于刑事案件。此外,因为行政部门在此案中的立场与普通法中给予外国国有企业的豁免权范围是一致的,即外国国有企业因其商业行为而遭遇起诉时不享有普通法下的豁免权,法院无需确定在这种情况下所给予豁免权的外部界限。最后,法院还特别就该案的豁免认定权问题作出两点说明:一是即使涉嫌的行为可能属于商业性质,但行政部门仍可决定外国国有企业在刑事案件中享有豁免权,法院应当予以尊重;二是当行政部门拒绝给予外国主权实体豁免权的行为减损了普通法的规定,如起诉的是一个国家,那此种情况下是否应当限制对行政部门的尊重则留待后议。

综上所述,普通法下的豁免认定权不是一个非此即彼的问题,而是在法院掌握最终决定权的基础上,根据不同案件情况给予行政部门不同程度的尊重。行政部门的豁免建议具有混合性质,

① 即使是在 FSIA 覆盖的豁免范围内,行政部门的建议仍然具有重要的意义。参见张启扉:《美国司法豁免认定权的配置及其启示》,载《国际经济法学刊》2021年第4期,第133—134页;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172页。

② See *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F. 2d 1095, 1099 – 1103 (9th Cir. 1990).

③ *Yousuf v. Samantar*, 699 F. 3d 763, 775 (4th Cir. 2012).

④ See Peter Rutledge, “Samantar, Official Immunity & Federal Common Law”, (2011) 15 *Lewis & Clark Law Review* 589, p. 606.

⑤ See Curtis A. Bradley, “Conflicting Approaches to the U. S. Common Law of Foreign Official Immunity”, (2021) 115 *American Journal of International Law* 1, p. 9.

⑥ See *United States v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*, 120 F. 4th 41 (2d Cir. 2024).

既有法律原则方面的考虑，又有外交政策方面的考虑，这使得司法和行政部门在作出具有约束力的豁免决定时各自的权限问题变得复杂。^① 尽管如此，似乎存在4个一般性规则。其一，在宪法赋予行政部门以外交特权的范围内，行政部门对特定问题享有决定权，如对外国元首的承认就是对其身份豁免的决定；其二，在行政部门建议不给予相关实体以豁免时，同时这一建议又与普通法或习惯法规则明显相悖时，如决定起诉外国及其行政机构，法院作为豁免问题的安全阀，可能会拒绝行政部门的豁免建议；其三，在行政部门建议给予相关实体以豁免时，如基于某些特殊的外交考虑而阻断某些诉讼，那么不管是否符合普通法或习惯法规则，法院一般会尊重行政部门的豁免建议；其四，在行政部门不作出任何豁免决定时，法院应当自行判断是否给予豁免。

（三）联邦刑事起诉能否被视为行政部门对豁免的否定立场

外国国有企业刑事起诉在豁免认定权上还存在一个问题，那就是国务院和司法部何者能够代表豁免认定权中的行政部门？换言之，联邦刑事起诉本身能否被视为行政部门对豁免的否定立场？在这方面，美国政府认为，通过选择提起刑事诉讼，行政部门已经评估了这一诉讼对本国与土耳其关系的影响，并认为外交政策方面的考虑不应阻碍这一诉讼。法院也认为，应当检验“行政部门的表述”而非其“表现形式的技术性质”，因而支持联邦法院的起诉即为行政部门不予豁免的决定。^② 在这方面，美国法院早已在外国官员刑事豁免问题上认定：“通过追捕诺列加并提起诉讼，行政部门表明了拒绝给予诺列加普通法下国家元首豁免权的明确态度。”^③ 因此，多数学者认同，当美国以主权国家的身份提起刑事诉讼时，法院会认为司法部已经权衡了国内诉讼的价值和任何外交政策方面的顾虑。^④ 这些学者普遍认为，美国政府内部应当存在某种沟通和协调机制，使得其在豁免问题上能作出一致的决定。

尽管如此，刑事诉讼的出现仍可能带来两方面的问题。一方面，虽然国务院和司法部可能进行协调，但它们的目标可能并不总是保持一致，且并不存在透明的沟通交流机制，因此可能在行政部门的对外决策过程中产生矛盾。正如有学者所指出的那样：

每个机构在执行其法定任务时都有一定程度的“通道视野”……在外交事务诉讼中，司法部将坚定不移地执行其联邦执法任务——倾向于对条约、联邦法规和原则进行更广泛的解读——同时着眼于维护与外国的合作执法关系，但可能缺乏对外交因素的全面认识和敏感性。同样，国务院在培育外交关系方面也有其自身的动机，有时会牺牲特定案件的刑事责任。^⑤

另一方面，在并未禁绝州法院起诉外国国有企业的前提下，州检察官的起诉决定更加不能等同于行政部门的豁免决定。以往在涉及外交关系的民事豁免问题时，由于存在《美国法典》第

① See Chimène I. Keitner, “Between Law and Diplomacy: The Conundrum of Common Law Immunity”, (2019) 54 *Georgia Law Review* 217, p. 286.

② See *United States v. Türkiye Halk Bankası A. S.*, 120 F. 4th 41, 49 (2d Cir. 2024).

③ *U. S. v. Noriega*, 117 F. 3d 1206, 1212 (11th Cir. 1997).

④ See Megan Q. Liu, “The Scope of Sovereign Criminal Immunity: Instrumentalities under the Foreign Sovereign Immunities Act”, (2021) 60 *Columbia Journal of Transnational Law* 276, pp. 310 – 311; Chimene Keitner, “Prosecuting Foreign States”, (2021) 61 *Virginia Journal of International Law* 221, p. 267.

⑤ Steven Arrigg Koh, “Foreign Affairs Prosecutions”, (2019) 94 *New York University Law Review* 340, pp. 392 – 393.

28 编第 1330 节的联邦管辖权条款和第 1441 节 (d) 项的移送条款, 豁免案件通常都在联邦法院系统内部解决。然而, 在认定了 FSIA 不适用于刑事诉讼后, 移送规则自然也随之无法适用。结果就是, 没有任何法律来规制州政府刑事起诉外国国有企业甚至外国政府。^① 哈尔克银行在法庭辩论中也提出了类似论点, 但法院最终认为哈尔克银行并未提出类似先例, 且能以政府豁免建议、最高法院复审、外交事务优先原则和国会立法的方式予以预防和纠正, 因此驳回了相关的论点。^② 在这方面, 戈萨奇大法官也表达了类似的忧虑: 一旦打开了刑事诉讼的“潘多拉魔盒”, 各州政府可能不论是非曲直竞相就主权国家及国有企业提起诉讼, 而本案多数意见中的各类保障措施可能无法有效抑制各州对外国及其国有企业的调查和起诉。^③ 由此, 在美国联邦主义原则的要求下, 州检察官既没有资格也没有能力衡量诉讼所涉及的复杂外交关系, 而国务院同样也存在难以干预州层面司法独立性的问题。

四 习惯国际法以及判例法渊源与刑事豁免

国家豁免实践自出现以来就存在一对难以调和的、由国家主权原则引发的“原则间的冲突”。^④ 一方将天平停留在“国家主权至上原则”, 认为国家对其领土范围内的一切行为和对象具有最高统治权, 而豁免只是基于一国对另一国的尊重、恩惠与礼让, 因而对是否给予豁免具有充分的自由裁量权;^⑤ 另一方则将天平倾斜至“国家主权平等原则”, 主张根据国际法中的“平等者之间无管辖权”, 一国原则上应当给予另一国以豁免, 除非符合公认的豁免例外。^⑥ 这两种原则间谁都不能断言何者处于优先顺位。^⑦ 由此, 国家豁免规则要求在国家法律体系的自主性与国际法律义务的总体框架之间取得平衡。在外国国有企业的刑事豁免方面, 尽管第二巡回上诉法院

① Frederick T. Davis and Cosima Schellhout, “Can Sovereign-Owned Enterprises be Prosecuted in National Courts?”, (2023) 2 *Transnational Criminal Law Review* 113, pp. 117–118.

② See *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States*, 598 U. S. 264, 280 (2023).

③ See Amy Howe, “Justices Probe Global Consequences of Allowing U. S. Prosecutions of Companies Owned by Foreign Governments”, SCOTUS Blog, <https://www.scotusblog.com/2023/01/justices-probe-global-consequences-of-allowing-u-s-prosecutions-of-companies-owned-by-foreign-governments/>.

④ See Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Cambridge University Press, 2005), p. 486.

⑤ 美国法院多次宣称给予外国主权豁免是出于恩惠和礼让。参见 *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. 116, 136 (1812); *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U. S. 759, 762 (1972); *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480, 486 (1983); *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U. S. 468, 479 (2003); *Austria v. Altman*, 541 U. S. 677, 696 (2004); *Philippines v. Pimentel*, 553 U. S. 851, 866 (2008); *Rubin v. Iran*, 138 S. Ct. 816, 821 (2018)。

⑥ 绝大多数学者都持此立场。参见龚刃韧:《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》(第2版), 北京大学出版社2005年版, 第20—27页; 陈纯一:《国家豁免问题之研究——兼论美国的立场与实践》, 中国台湾地区三民书局2000年版, 第6—9页; 丘宏达主编:《现代国际法》(第5版), 中国台湾地区三民书局1986年版, 第389—390页; [奥]阿·菲德罗斯等:《国际法》(上册), 李浩培译, 商务印书馆1981年版, 第278页; 杨泽伟:《主权论——国际法上的主权问题及其发展趋势研究》, 北京大学出版社2006年版, 第61页; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 13–14; Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge, 8th edn, 2019), pp. 230–231; Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 9th edn, 2021), p. 601; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 9th edn, 2019), p. 470.

⑦ See Jasper Finke, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?”, (2010) 21 *European Journal of International Law* 853, p. 875.

在重审程序中并未深入辩论涉及豁免的习惯国际法，但这并不代表在后续最高法院的调卷令以及其他案件中不会重新讨论这一问题。本部分将从3个层面拆解习惯国际法中的外国国有企业刑事豁免规则，并结合美国法院的判例法进行综合分析。

（一）身份豁免与行为豁免的认定问题

在“美国诉土耳其哈尔克银行案”中，土耳其在宣称主权豁免意义下“哈尔克银行就是土耳其”的同时，也退一步主张其因行使政府赋予的权力而享有豁免。联邦最高法院在决定将普通法豁免权问题发回重审时，同时指出“上诉法院也没有讨论外国及其媒介在刑事方面的普通法豁免权是否以及在何种程度上有所不同”^①。联邦第二巡回上诉法院在重审判决中承认国家本身无法被刑事起诉的基础上，认为“长期以来适用普通法的法院一直在区分给予外国的豁免权和外国拥有的实体的豁免权”^②。法院紧接着在一系列涉及外国国有企业豁免的案例中，识别出判断的标准仍然在于其是否涉及政府或行政职能，最终强调普通法并没有对起诉国有企业的商业行为设置独立的障碍。此外，虽然 FSIA 将国家拥有多数股权的媒介定义为“外国”^③，但该法还将该媒介归类为“独立法人”^④，并规定不能对外国、但可以对拥有多数股权的代理机构和媒介提出惩罚性赔偿^⑤。由此，不管是法院判决还是学者评论都表达了一个类似的观点，即外国本身享有的绝对豁免权并不能当然赋予外国国有企业，而后者享有豁免权的关键仍然在于是否涉及主权权力的行使。^⑥

在国际法层面，此种区分可以借鉴外国官员刑事豁免中的身份豁免（亦称属人豁免，*immunity ratione personae*）与行为豁免（亦称属事豁免，*immunity ratione materiae*）两个概念。身份豁免是指国家高级官员因其职位或职务而获得的属人豁免权，这种权力是绝对的，并持续到相关官员的整个任期；而行为豁免则是指官员因其官方身份所实施的行为而获得的属事豁免权，这种权力是相对的，仅就行使政府职能时实施的特定行为。^⑦这一区分对外国国有企业在刑事豁免问题上的立场具有相当重要的价值。从已有的豁免实践来看，已经制定了国家豁免法的国家，除美国将国有企业视为媒介而当然地赋予其豁免权以外，大都将国有企业视为不当然享有豁免权的“独立法人”，仅在其行使主权或政府权力时才赋予其有限的豁免权；^⑧而在无国家豁免单独立法的国家中，也有国家在其判例中确认了这一点。^⑨由此，可以认为，国有企业在一般情况下不是国家豁免的主体，仅在实施主权行为时才享有豁免权。

① *Turkiye Halk Bankasi A. S. v. United States*, 598 U. S. 264, 280 (2023).

② *United States v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*, 120 F. 4th 41, 52 (2d Cir. 2024).

③ See 28 U. S. C. § 1603 (a).

④ See 28 U. S. C. § 1603 (b) (1).

⑤ See 28 U. S. C. § 1606.

⑥ See John Balzano, “Crimes and the Foreign Sovereign Immunities Act: New Perspectives on an Old Debate”, (2012) 38 *North Carolina Journal of International Law* 43, pp. 98 – 99; Chimene Keitner, “Prosecuting Foreign States”, (2021) 61 *Virginia Journal of International Law* 221, p. 269; Sydney E. Robinson, “A Common Law Corporate Crisis: The Status of Common Law Criminal Immunities for Foreign State-Owned Enterprises in a Post-Halkbank Era”, (2024) 73 *American University Law Review Forum* 303, pp. 346 – 347.

⑦ See International Law Commission, “Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”, *Report of the International Law Commission Seventy-third Session*, U. N. Doc. A/77/10, p. 190.

⑧ 包括中国、英国、澳大利亚、加拿大、新加坡、南非、巴基斯坦、日本、以色列、马拉维。

⑨ 参见龚刃韧：《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》（第2版），北京大学出版社2005年版，第83—85页。

(二) 民事豁免与刑事豁免的相通性问题

一般而言,国家本身在外国国内法院享有刑事起诉的绝对豁免权。^①从各国的实体法来看,几乎没有国家将国家本身及其政治分支机构列为刑事诉讼的被告。可以认为,习惯国际法一般将刑事诉讼豁免权视为实体法上无行为能力的问题,即一国刑法对另一国不适用的问题,而非仅是程序缺陷的问题。^②从各国的程序法来看,已经形成单独豁免立法的国家,几乎都以明示或默示的方式将刑事诉讼排除在国家豁免法以外;^③而将国家豁免规则融入其他法律的国家,则几乎都将该规则融入私法体系中^④。此外,在联合国大会通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004)时,明确了该公约“不涵盖刑事诉讼”,并将其视为“一般的理解”;^⑤而《欧洲国家豁免公约》(European Convention on State Immunity)甚至未曾设想刑事诉讼。国际法院也在“国家管辖豁免案”(Jurisdictional Immunities of the State)中承认,国家在其他国家国内法院享有刑事起诉的绝对豁免权,无论被指控的罪行是否违反了强行法规范。^⑥究其原因,各国反对将刑事程序纳入豁免的讨论之中,很大程度上是出于刑事诉讼的公共事务性以及外交敏感性,因而认为应当交由两国政府采取其他途径来解决。

尽管如此,国家享有的绝对刑事豁免权并不能当然推至作为“独立法人”的国有企业。然而,现有关于外国国有企业刑事豁免的国家实践与法律确信的证据非常罕见,不足以支撑起普遍、一致且持续的实践。首先,从国家立法和声明来看,现有的国家立法均不涉及外国国有企业的刑事豁免问题,但仅有个别国家倾向于认定外国国有企业的绝对刑事豁免权。例如,在“美国诉土耳其哈尔克银行案”中,土耳其主张其多数所有的商业银行应当享有绝对豁免权。阿塞拜疆、巴基斯坦和卡塔尔3国也在共同的法庭之友意见中表明,目前没有任何国际共识表明允许对外国媒介提起刑事诉讼。^⑦其次,从条约和司法实践来看,并未有公约涉及外国国有企业的刑事豁免问题,而已有的司法判例也几乎集中于国家及其代理机构或媒介的民事豁免,几乎没有案例涉及国有企业的刑事豁免。一个比较相近的案例是“财政部司法代理人诉马耳他海事管理局和卡梅尔十世案”(Agent judiciaire du Trésor v. Malta Maritime Authority and Carmel X)。在该案中,法国最高法院刑事分庭裁定,马耳他海事管理局作为马耳他国的代理机构,不受法国刑事法庭的管辖,因为其行为涉及相关国家的主权。^⑧最后,从豁免法领域的最高权威公法学家学说来看,

① See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 427.

② See Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 92.

③ 包括中国、美国、英国、澳大利亚、加拿大、新加坡、南非、巴基斯坦、日本、以色列、马拉维。

④ 包括匈牙利、哈萨克斯坦、捷克、印度。

⑤ See “G. A. Res. 59/38”, U. N. Doc. A/RES/59/38, 2 December 2004, p. 2. 列支敦士登和瑞士在批准该公约的“解释性声明”中甚至特别强调了这一点。

⑥ See *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, pp. 140–142.

⑦ See “Brief for Amici Curiae Republic of Azerbaijan, Islamic Republic of Pakistan, and State of Qatar in Support of Petitioner”, *Turkiye Halk Bankasi A. S v. United States of America*, No. 21–1450, 21 November 2022, p. 28.

⑧ See *Agent judiciaire du Trésor v. Malta Maritime Authority and Carmel X*, Cour de cassation [Cass.] [supreme court for judicial matters] crim., Nov. 23, 2004, Bull. crim., No. 04–84. 265 (Fr.), quoting from Brief for Professor Roger O’Keefe as Amicus Curiae Supporting Defendant Appellant, *Turkiye Halk Bankasi A. S v. United States of America*, No. 21–1450, 21 November, 2022, p. 12.

他们也仅仅承认民事诉讼方面的限制豁免规则发展可能会间接指示刑事豁免的例外情况。^①

基于此，运用推理技术将外国国有企业在民事领域中的习惯国家豁免法推至刑事领域的做法是否合理？从二者所调整的社会关系来看，尽管刑法所保护的是国家以及社会的公共利益，但其所调整的社会关系非常广泛，不仅包含代表公共秩序与国家安全的个体之于整体的关系，而且囊括涉及人身安全与财产归属的个体之于个体的关系。刑法规范调整的社会关系与民法所调整的社会关系在“个体之于个体”层面是重合的。由此，学者们在描述刑法的性质时，在公法定性和私法定性之间莫衷一是。^② 从二者所保护的法律利益来看，公益与私益的划分也是随着社会的发展而变化的，二者之间的边界并不清晰。例如，随着某些民事行为对社会的危害性逐渐增加，政府可能将这些行为定义为犯罪。从二者所诉诸的制裁手段来看，民事制裁的发展使得其越来越类似于刑事制裁。美国通常对国有企业诉诸此种惩罚性民事制裁，其中比较典型的是《反海外腐败贿赂法》(Foreign Corrupt Practices Act) 和 RICO 项下的民事责任。^③ 正因如此，刑法的介入本身并不影响国有企业实施主权或商业行为的判断：一个行为可以既是商业行为，也是犯罪行为；可以既是主权行为，也是犯罪行为。对于是否应当给予国有企业以豁免的判断标准，仍然在于其行为是否构成主权行为。可以认为，外国国有企业仅在主权行为范围内享有豁免，不论涉及民事还是刑事诉讼。

(三) 主权行为与商业行为的界分问题

如前所述，在判断是否给予豁免权时，一切的标准最终回归到国有企业在刑事诉讼中的涉诉行为是商业行为 (*jus gestionis*) 还是主权行为 (*jus imperii*)。尽管国家实践和国际条约中有关商业行为的判断标准并不统一，^④ 但仍然反映出一些共同的区分原则。第一，作为刑事或民事不法行为被起诉的始终是相关实体的特定行为，而非涉及行为背景、过程、动机、目的等要素的国家活动模式。^⑤ 第二，判断行为是否构成主权行为的关键标准在于行为本身“是否涉及公权力的行使”或是“体现出公权力的投射”。因此，即使可能构成对国际法或国内法的违反，主权行为的前提仍然是行使国家所拥有的法律权力或是体现出国家间公权力的互动关系，而不是在公权力的支持与指示下、为某些公共目的与利益而实施任何私人都有权实施的行为。第三，行为背景、动机、目的、过程等要素在特定情况下可以将原属于商业性质的行为转化为主权行为。在这方面，《国家及其财产管辖豁免公约条款草案》规定的二阶段判断法具有一定的参考意义。^⑥

① See Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), p. 93.

② 具体的学者观点，参见窦海阳：《刑法与民法的“分”“合”之辨》，载《北京工业大学学报（社会科学版）》2017年第5期，第70页。

③ Kate Yoon, Doruk Erhan and Chloe Miller, “On the Legality of Prosecuting State-Owned Enterprises: *Halkbank v. United States*”, *Yale Journal of International Law Online* (15 September 2024), p. 14.

④ 参见陆寰：《国家豁免中的商业例外问题研究》，2012年武汉大学博士学位论文，第54—74页。

⑤ See Alexander Orakhelashvili, “Jurisdictional Immunity of States and General International Law—Explaining the *Jus Gestionis v. Jus Imperii* Divide”, in Tom Ruys, Nicolas Angelet and Luca Ferro (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), pp. 112–117.

⑥ 该草案主张通过一种平衡的方法来考察相关行为的性质与目的。首先，应主要参考合同或交易的性质，如果确定其属于非商业或政府性质，则无需进一步询问其目的。其次，如果在适用“性质”测试后，发现合同或交易似乎具有商业性质，那么被告国可以参照合同或交易的目的对这一结果提出异议，前提是合同或交易的目的与确定合同或交易的非商业性质有关。参见 International Law Commission, “Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II, Pt. 2, p. 20.

在美国的法律实践中, FSIA 已经明确对“商业活动”进行定义, 即常规的商业行为或特定的商业交易或行为, 并指出商业活动的判断标准是行为性质而非目的。^① 后续, 美国法院通过一系列的司法判例逐渐对行为性质的判断标准进行细化。从商业行为出发, 联邦最高法院已经在“阿根廷与阿根廷中央银行诉威特沃公司案”(*Republic of Argentina and Banco Central De La Republica Argentina v. Weltover, Inc.*) 和“沙特阿拉伯诉纳尔森案”(*Saudi Arabia v. Nelson*) 中确立了商业行为的判断标准, 即国家是否以同私人主体类似的方式参与市场活动,^② 即便是为了公共或主权目的^③。相较而言, 在“德桑切斯诉尼加拉瓜中央银行案”(*De Sanchez v. Banco Central De Nicaragua*) 中, 联邦第五巡回上诉法院又转向考虑行为的目的。法院认为尼加拉瓜中央银行支付支票的行为不是为了“赚取利润”, 而是“维持汇率稳定, 并将稀缺的外汇储备分配给其他用途”。法院进一步强调, 对“商业行为”定义条款的解释“并不完全禁止考虑不同类型行为的目的”, “商业行为本身在很大程度上就是根据其目的来定义的”。^④ 值得注意的是, 该案涉及的行为是作为政府机构的中央银行支付支票的行为, 它既可以定性为作为商业行为的出售外汇, 也可以定性为作为主权行为的管理和监督尼加拉瓜的外汇储备; 而法院通过对支付支票行为的目的加以衡量后, 发现该行为本质上是承载政府职能的外汇管理行为。

从主权行为出发, 在“维多利亚运输公司诉西班牙物资与运输总局案”(*Victory Transport Inc. v. Comisaria General*) 中, 联邦第二巡回上诉法院列举了五种享有豁免权的“严格意义上的政治或公共行为”, 包括内部行政行为、立法行为、有关武装部队的行为、有关外交活动的行为和公共贷款。^⑤ 由此, 法院认为, 西班牙政府媒介签订的一份小麦运输合同不是政治或公共行为, 因为即使该交易是“根据《剩余农产品协议》为西班牙人民提供粮食”而进行的, 但也是“通过私人贸易渠道进行的”, 该机构的“行为与任何私人小麦购买者都很相似”。相反, 在“希尼诉西班牙政府案”(*Heaney v. Government of Spain*) 中, 联邦第二巡回上诉法院认为, 西班牙政府为促进西班牙在直布罗陀的利益而让某人对英国政府“进行不利宣传”的合同属于“有关外交活动的行为”。^⑥ 此外, 在“布伦海姆资本控股有限公司诉洛克希德·马丁公司案”(*Blenheim Capital Holdings Ltd. v. Lockheed Martin Corp.*) 中, 联邦第四巡回上诉法院认定向武装部队提供只能从美国政府获得、并只能提供给友好政府的 F-35 战斗机是一种“特殊主权”活动, 而该活动“不是公民个人或公司可以从事的类型”。^⑦

尔后, 联邦第二巡回上诉法院在“美国诉土耳其哈尔克银行案”的重审程序中从所涉行为的性质和目的两个方面论证其为商业行为。首先, 哈尔克银行所涉交易行为全程是通过私人商业银行渠道进行的, 因此其性质更像是私人商业行为, 而非公共或政治行为。其次, 哈尔克银行被土耳其政府指定为伊朗石油收益存放处的事实, 以及增加土耳其的出口统计数据而使土耳其政府受益的目的, 并不能将其商业行为转变为“内部行政行为”, 即使某些政府官员参与了这些计

① See 28 U. S. C. § 1603 (d).

② See *Republic of Argentina and Banco Central De La Republica Argentina v. Weltover, Inc., et al.*, 504 U. S. 607 (1992); *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U. S. 349 (1993).

③ See *Texas Trading & Mill. Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F. 2d 300, 310 (2d Cir. 1981).

④ See *De Sanchez v. Banco Central De Nicaragua*, 770 F. 2d 1385, 1393 (5th Cir. 1985).

⑤ See *Victory Transport Inc. v. Comisaria General*, 336 F. 2d 354, 360 (2d Cir. 1964).

⑥ See *Heaney v. Government of Spain*, 445 F. 2d 501, 503-504 (2d Cir. 1971).

⑦ See *Blenheim Capital Holdings Ltd. v. Lockheed Martin Corp.*, 53 F. 4th 286, 295-297 (4th Cir. 2022).

划。最后，哈尔克银行对美国财政部官员的不实陈述，也并不意味着起诉涉及土耳其的“有关外交活动的行为”，因为这些相互通信涉及哈尔克银行官员，与“银行可能参与伊朗制裁规避”有关，但不涉及主权国家间的外交关系。^① 尽管如此，也有学者指出，一方面，在当代地缘政治冲突的大背景下，战争的形式不再限于传统的物理战争，而扩展至经济战、法律战和外交战，规避制裁行为更接近发动战争的主权行为；另一方面，制裁行为尽管看似具有商业性质，但如今却深深牵涉到国家公共权力的投射，对于公权力支持下逃避制裁的行为，也不应当否认其主权性质。哈尔克银行采取的手段表明了其正是在主权权力指挥下行事的外国媒介。^②

笔者认为，哈尔克银行的行为究其本质是主权行为。从行为性质来看，案涉行为是欺诈和洗钱行为。表面上看，该行为是一种任何私人主体都可以参与的市场经济活动，不涉及任何主权性质。从行为目的来看，案涉行为主要是为伊朗获得存放在哈尔克银行的、原本受限制的资金，而哈尔克银行无疑仅仅是伊朗为规避制裁措施而采取行动的媒介。从行为背景来看，案涉行为发生在美国大规模制裁伊朗的背景下，而这一背景足以赋予案涉行为以外交活动的性质。从行为过程来看，哈尔克银行无法在伊朗和土耳其政府不介入的情况下，实施如此大规模的交易行为；相反，两国政府可能对案涉交易行为的时间、地点、方式、范围和金额具有决定性的控制权。从诉讼性质来看，在明知两国政府参与其中的情况下，刑事诉讼自带的污名化本质与道德谴责，可能诋毁外国在国际秩序中的平等和尊严。事实上，有法院早已在“凯里诉国家石油公司案”（*Carey v. National Oil Corp.*）中认定，利比亚诱使石油公司违反合同的行为具有主权性质，因为这些行为是外交政策的武器化表征，尽管石油公司订立合同的行为是商业行为。^③ 因此，这些因素足以将原属商业性质的行为转化为主权行为。

五 结语

在美国政府利用刑事手段扩大对外政策武器库的大背景下，与外国国有企业有关的类似诉讼可能会再次出现。然而，现有的判例规则只是阐明了 FSIA 不适用于刑事诉讼，既未厘清在普通法豁免意义下司法与行政部门的豁免认定权配置问题，也未就习惯国际法和判例法中外国国有企业的刑事豁免规则作出令人信服的决定。除此以外，类似的诉讼还带来了诸如习惯国际法是否以及如何适用于美国法院、联邦普通法在何种范围内约束州法院、州法院是否有资格刑事起诉涉及豁免问题的法律实体等依然悬而未决的难题。由此，最好的解决办法应当是由美国国务院出具豁免建议以阻断此类诉讼，转而使用久经考验的政治工具或诉诸国际法院，避免此种事实上的国家间争端落入国内法院的管辖范围。如若美国执意打开以刑事手段推行制裁措施的“潘多拉魔盒”，可能会加剧制度层面的逐底竞争，促使其他经济体效仿美国的制裁策略来避免自身受到损害，从而导致国际政治经济秩序进一步陷入动荡不安的局面。

于中国而言，近年来，中广核集团、攀钢集团、中兴通讯、福建晋华等国有和混合所有制企业相

^① See *United States v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*, 120 F. 4th 41, 57–58 (2d Cir. 2024).

^② See Kate Yoon, Doruk Erhan and Chloe Miller, “On the Legality of Prosecuting State-Owned Enterprises: *Halkbank v. United States*”, *Yale Journal of International Law Online* (15 September 2024), p. 12.

^③ See *Carey v. National Oil Corp.*, 453 F. Supp. 1097, 1102 (S. D. N. Y. 1978), affirmed on other grounds, 592 F. 2d 673 (2d Cir. 1979).

继因涉嫌非法生产、违反制裁以及经济间谍等行为而遭到美国司法部起诉。在一些案件中，有的企业主张其构成美国法意义下的外国而应当被授予豁免，但因没有被认定为外国而被剥夺豁免资格；在另一些案件中，还有的企业则不主张豁免而在实体诉讼中取得胜利。与此同时，综观“美国诉土耳其哈尔克银行案”的发展历程，不难看出哈尔克银行在诉讼过程中采取的诸多策略在还未取得成功时，已经先对其母国产生了诸多负面影响。由此，中国可以从以下3个方面明晰在处理这一问题时的立场。

首先，坚持中国国有企业的独立法人资格。中国一直在法律实践中主张政企分离，强调国有企业的独立法人资格，严格区分国有企业和国家之间的法律地位。^①在民事领域尚且如此，在刑事领域更复如是。如若国有企业在刑事诉讼中积极主张豁免，尤其是像哈尔克银行那样主张在主权豁免意义下“哈尔克银行就是土耳其”，那这一立场在一定程度上会影响该企业的独立法人资格。毕竟，美国最初在FSIA中将外国国有企业纳入外国范围，是出于对于公有制企业的不信任。这样做一方面可以避免美国以此为据对中国发动法律和外交战，从而在国家博弈过程中始终占据高位，维护中国的国际声誉与国家形象；另一方面则能够维护中国一贯的政治立场，避免在刑事诉讼方面的混同对国有企业在其他方面宣称独立地位造成不利影响。

其次，反对中国国有企业提出刑事豁免抗辩。从“美国诉土耳其哈尔克银行案”的辩论过程来看，哈尔克银行在论证其行为构成主权行为时，不仅明确主张该行为构成土耳其的“内部行政行为”，而且提出土耳其和伊朗的官员为这一行为提供了支持，甚至将提高土耳其出口统计数据也作为行为的目的之一。这些主张非但没能在美国法院得到支持，反而将土耳其置于国家博弈的不利地位和国际舆论的风口浪尖，颇有得不偿失之意。事实上，只要国有企业提出刑事豁免抗辩，必然会被要求论证行为本身与公权力的关联性，而这恰恰可能为母国政府埋下法律、政治和外交隐患。由此，在面临类似诉讼时，更为合适的办法是积极向美国政府申请豁免建议，或是与美国司法部达成诉讼和解，再或是不主张豁免而在实体阶段据理力争。

最后，支持中国国有企业应对与防范刑事诉讼。在实体层面，随着中国科技实力的增强与贸易需求的增加，中国国有企业可能面临更高的联邦被诉风险，如涉及洗钱活动、规避贸易制裁、违反出口管制、经济间谍、窃取商业机密和恐怖主义资助。在程序层面，美国政府可能重拾先前由于对豁免范围的理解局限而无法使用的调查工具。例如，如果起诉目标是外国国有商业实体，美国检察官可以签发“新斯科舍银行传票”^②或“爱国者法案传票”^③直接获取外国商业记录或银行记录，而无需进行同等程度的内部或司法审查。此前，由于与接受国固有的利益冲突，通过司法协助途径获取此类记录的成功性较小。这势必会给外国国有企业和银行带来额外负担。此外，美国政府可能会申请扣押外国国有企业的污点资产，并寻求对上述资产进行罚没，至少会使公司资产在美国法院的诉讼程序中被冻结数年。^④因此，中国应当采取多元化途径促进国有企业

① 参见李庆明：《论中国国有企业在美国民事诉讼中的国家豁免》，载《江西社会科学》2018年第11期，第169—170页。

② 新斯科舍银行传票（Bank of Nova Scotia Subpoenas）授权美国通过向位于美国境内的银行或企业分支机构送达传票来获取位于国外的银行或企业记录，即使提供记录会违反外国的保密法。

③ 爱国者法案传票（Patriot Act Subpoenas）允许美国政府查阅非美国银行与代理账户有关的任何记录，包括“在美国境外保存的与外国银行存款有关的记录”。

④ See John B. Bellinger, III *et al.*, “The Supreme Court Removes Two Obstacles to the Criminal Prosecution of Foreign States in U. S. Courts”, Arnold & Porter, <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/advisories/2023/05/prosecution-of-foreign-states-in-us-courts>.

调整刑事合规措施，必要时甚至可以出台相关规范性文件予以执行，避免国家利益在冗长的刑事诉讼过程中蒙受损失。

A Study of the Criminal Immunity of Foreign State-Owned Enterprises in U. S. Courts

Ruan Jingcheng

Abstract: The issue of state immunity usually arises in civil proceedings, but as the U. S. Department of Justice increasingly pursues foreign policy through criminal prosecution of foreign state-owned enterprises, the issue of criminal immunity has gradually come to the fore. Under the Foreign Sovereign Immunities Act, foreign sovereign entities are entitled to immunity if they constitute a foreign state within the meaning of the Act. However, it is still controversial whether the Act applies to criminal proceedings. After a series of case developments, the U. S. court finally ruled in the *U. S. v. Turkiye Halk Bankasi A. S.* that the Act does not apply to criminal proceedings, but leaves room for the application of common law. In terms of immunity, common law rules include both the principle of judicial deference and sources of customary international law and case law. In terms of the principle of judicial deference, the power under common law to determine immunity is based on the court's final decision-making power, and different levels of deference are given to the executive branch based on the circumstances of each case. However, criminal prosecution may not be considered as an automatic decision by the executive branch to deny immunity. In terms of customary international law and case law sources, foreign state-owned enterprises enjoy immunity only within the scope of sovereign acts, regardless of civil or criminal proceedings. The key criterion for determining whether an act constitutes sovereign's is still whether it involves the exercise of public power or manifests the projection of public power. The background, motive, purpose and process of such an act may transform what is originally a commercial act into a sovereign act. Considering the process of the Halkbank's response to the lawsuit and the experience of Chinese state-owned enterprises involved in a string of lawsuits, China should adhere to the separate legal personality of state-owned enterprises, oppose state-owned enterprises raising the defense of criminal immunity, and support state-owned enterprises in preventing criminal proceedings.

Keywords: Criminal Immunity, *U. S. v. Turkiye Halk Bankasi A. S.*, Foreign Sovereign Immunities Act, Judicial Deference, Customary International Law

(责任编辑: 王惠茹)