

# 后金融危机时代的国家主权豁免原则： 基于主权财富基金的司法实践和理论盲域

沈 伟\*

**摘 要：**变局下的主权概念和主权原则仍然处于不断变化之中，包括主权财富基金在内的市场参与者正在以一种缺乏透明度和政治驱动的方式参与全球商业活动。国家通过这些投资工具，以非传统的方式追求外交政策战略目标，深入参与政治经济领域，扭曲了国际法中的现有概念。主权财富基金既从事商业活动也从事与国家有关的统治权行为。这样的二元功能可能制造一个国际法上的“黑洞”。限制豁免学说已经成为一个议题，但各国法院判决几乎没有提供明晰而一致的指导。与主权财富基金有关的豁免原则和主权原则需要深入探讨。主权国家政府对国有企业和主权财富基金的控制力以及实现功能存在差别，使得适用于国有企业的主权豁免原则不能完全适用于主权财富基金。有鉴于主权财富基金的重要性和竞争中原则的国际法化，需要对主权财富基金参与国际经济活动时涉及的主权豁免原则进行重新审视。

**关键词：**主权原则 主权豁免原则 主权财富基金 主权豁免原则例外 条约法实践

国家主权问题在国际法上是一个必须不断加以审视的问题。当代国际法构建于威斯特伐利亚体系的传统国家概念。随着主权性质和主权与法律关系的演进，主权的基础也在变化。国际法主要调整主权国家之间的关系，而全球化的深化（和摇摆）挑战了传统国际法概念。私人企业频繁参与国际商业活动，国际投资仲裁案件越来越多，市场参与者向国家政府提出权利诉求，打破了主权国家和私人商业实体之间的权力动态平衡。国际法不再是一个仅仅包括确定的国际参与者的封闭法律体系。<sup>①</sup>相反，国际商业活动中的其他参与者（例如跨国公司、主权财富基金、国际组织、非盈利性组织，其中有些被视为是有争议的参与者<sup>②</sup>）改变了全球经济治理和国际法律体系主要由主权参与者主导的图景。

全球金融危机改变了金融市场和全球金融治理体系的图景。转型和发展中经济体在后金融危机时代展现出强劲的发展势头，在跨境投资和金融活动中的重要性日益突出，成为全球金融和投资市场中的重要力量，与传统发达国家并驾齐驱，进而改变了全球金融治理体系的势力均衡。全球金融治理体系和规则孕育了新的变革动力。金融危机导致各国加大国家干预经济的规模和程

---

\* 上海交通大学凯原法学院教授。作者感谢商舒博士的指正和帮助。

① Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford: Clarendon Press, 5th edn, 1998), pp. 66 – 67.

② Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, pp. 66 – 67. 在其他国际法领域，私人军事和安全公司这样的新参与者的出现给国际人道法带来了新的挑战。Daniel Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context* (Hague: Hague Academy of International Law, 2011), p. 252.

度，新一轮“国家资本主义”（state capitalism）伴随着国有财富、国有投资和国有企业而强势回归。<sup>①</sup> 国家资本主义的回潮需要我们重新审视现有国际法原则和国家兼具主权和“公司”双重角色的可能性，其中主权财富基金尤其值得关注。在后金融危机时代，主权财富基金成为重要的投资主体，大举进入资本市场和金融市场，在金融危机中逆势发展，在规模、数量、体量方面引人注目。区别于传统投资工具，主权财富基金是一种国家拥有和控制的跨国投资载体和工具。<sup>②</sup> 国际货币基金组织（简称 IMF）基于目标定义主权财富基金——“由政府所有的具有特定目的的投资基金或安排”。<sup>③</sup> 根据 IMF 的评估，主权财富基金经过 21 世纪头 10—15 年发展已达到 7 万亿美元资产的规模。主权国家通过主权财富基金加深对全球金融市场的介入，整合经济资源，协调经济活动，以实现经济和主权目标。

主权财富基金的地缘政治价值、投资规模和投资总额的增长使其成为法律和政策的焦点。如果主权投资者被视为国家的工具并有收入来源，则国家确实是在把权力扩张到其他国家的领地之上。这使得国际法和国际关系更趋复杂。“圣地亚哥原则”<sup>④</sup> 规范了主权财富基金，但该原则仅提供了一个软法式的法律框架，所以规范主权财富基金的任务大部分留给了接受投资国的国内法。<sup>⑤</sup> 如有争议发生，主权财富基金一旦提出豁免请求，原告或司法机关可能要面临主权豁免问题，针对主权财富基金的判决执行就变得困难。因此，主权规则和豁免规则都需要改写或调整以限制这些扩张对主权造成的过度影响。

主权豁免的概念起源于这一基本原则，即在没有外部不适当影响的情况下，国家行使主权的权力必须得以保护。<sup>⑥</sup> 起初，尽管国有企业具有商业特征，但一般还是按照国家的“代理机构或工具”加以对待，因此也受到豁免保护。例如，限制豁免理论在美国的采用导致了 1976 年《外国主权豁免法》的颁布。该法将传统学说转换为现代学说。传统学说认为外国主权投资者在美国法庭享有绝对的诉讼豁免权，现代学说则认为豁免应该限制在国家行为层面，国家行为指的是实质上的主权或政府行为，不包括实质上的商业行为。<sup>⑦</sup> 实质上的商业行为是指类似于自然人实施的私人行为。

① Ian Bremmer, “The Return of State Capitalism”, (2008) 50 (3) *Survival: Global Politics and Strategy* 55, p. 55.

② For example, “SOEs as Driving Force”, in Lutz-Christian Wolff (ed.), *China Outbound Investments: A Guide to Law and Practice* (Hong Kong: CCH Hong Kong Limited, 2011), p. 4.

③ International Working Group of Sovereign Wealth Funds (IWG) “Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices ‘Santiago Principles’” (2008); David Gaukrodger, “Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors”, OECD Working Papers on International Investment, 2010, [https://www.oecd.org/corporate/mne/WP-2010\\_2.pdf](https://www.oecd.org/corporate/mne/WP-2010_2.pdf) (last visited 12 December 2020).

④ “圣地亚哥原则”于 2008 年 10 月由 IMF 正式通过，其中涉及的主权财富基金“普遍接受的原则和实践”（The Generally Accepted Principles and Practices, 简称 GAPP）包括 24 条自愿原则，可作为主权财富基金运行的最佳应用。经济合作与发展组织（简称 OECD）也发展了主权财富基金的自愿原则的最佳应用，主要关注主权财富基金的投资接受国。OECD 在 2008 年采用了这些原则，<http://www.oecd.org/dataoecd/34/9/40408735.pdf>，最后访问时间：2020 年 12 月 12 日。

⑤ Mark Thatcher, “National Policies Towards Sovereign Wealth Funds in Europe: A Comparison of France, Germany and Italy”, LSE Policy Brief No. 2, April 2013, <https://core.ac.uk/display/19578392> (last visited 1 February 2021).

⑥ Phillip Riblett, “A Legal Regime for State-Owned Companies in the Modern Era”, (2008) 18 *Journal of Transnational Law and Policy* 1, p. 5.

⑦ 1976 年《外国主权豁免法》。

对于主权财富基金适用司法管辖豁免的标准,通说认为应当同时符合主体标准和行为标准。<sup>①</sup>首先,根据主体标准,主权财富基金被分为三种类型:第一类具有独立的法人人格与完全行为能力,由专门的组织法进行调整,例如韩国投资公司;第二类是国有企业,例如中国投资有限责任公司(简称中投公司);第三类是没有独立合法身份的资产池,资产池由国家或央行所有,如挪威政府养老基金。第三类可以归属为国家及政府机构,享有管辖豁免权。第一类和第二类则不享有豁免权。<sup>②</sup>也有学者认为,主权财富基金的特殊性在于政府投资背景,“如果主权财富基金不具有独立于国家的法人实体资格,可以认为它们实际上是拥有国政府在进行该项投资。”<sup>③</sup>其次,就行为标准而言,各国在实践中有所差异,具体包括以下三种。一是行为性质标准,该标准主张国家从事的行为如在性质上只能为国家所为,则可享有豁免,如果国家从事的行为在性质上是可以为其他主体所为的,则不可享有豁免。<sup>④</sup>目前,英国、美国、加拿大等国都以行为性质标准来判断主权财富基金是否应当获得管辖豁免权。二是行为目的标准,即根据行为的目的与动机来对其加以区分,如某个行为具有公共目的,可享有豁免,否则不能享有豁免。在该标准之下,主权财富基金更有可能获得豁免权,“因为国家的任何行为都多少与公共目的有关”。<sup>⑤</sup>三是商业交易标准,即以国家是否从事商业交易活动为判断标准来确定东道国是否拥有豁免权。<sup>⑥</sup>虽然学界提出了各种标准,但是各国法院在个案中的裁判各异。

本文尝试厘清困惑之处,重点考察与中国和美国与主权豁免原则相关的若干案例。本文第一部分主要讨论中国主权财富基金不断参与跨境投资活动的现状,特别是主权财富基金和传统国有企业的不同之处。主权财富基金在一定程度上可以通过直接购买海外资产和企业股权的方式稳定供给并分享利润。中国加大海外投资的“走出去”战略促进了中国主权财富基金的增长,使得监管图景更为复杂。<sup>⑦</sup>第二部分深入分析与中国有关的两个案例,即“FG半球基金诉刚果民主共和国案”<sup>⑧</sup>[简称“刚果(金)案”]和“刚果国家矿业公司诉FG半球基金案”<sup>⑨</sup>(简称“刚果国家矿业公司案”)。这两个案例都引发了国际社会对中国适用主权豁免规则的进一步解读。国家主权豁免原则和金融危机之后蓬勃兴起的主权财富基金碰撞出一个国际法上的“黑洞”,即使在中国法上国家主权豁免也仍然是未决事项。第三部分重点分析后金融危机时代的世界经济变化和国家改变监管重点的背景下,不断演进的国际法上关于主权、豁免、治外法权规则的定义以及它们之间的复杂关系。这部分的分析表明,国家主权是动态的概念,而国家主权豁免原则是一

① 袁梦:《论主权财富基金司法管辖豁免的范围及标准》,载《国际经济法学刊》2019年第1期,第117页。

② See Kazuhiro Nakatani, “Sovereign Wealth Funds: Problems of International Law between Possessing and Recipient States”, (2015) *International Review of Law*, Special Issue on Sovereign Wealth Funds, p. 7.

③ 漆彤:《论主权财富基金之若干法律纷争》,载《武大国际法评论》第11卷,武汉大学出版社2009年版,第209页。

④ 练爽:《论主权财富基金的司法豁免——以〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉和〈美国外国主权豁免法〉为例》,载《中国政法大学学报》2011年第4期,第102页。

⑤ 王佳:《意大利的国家豁免立场探析》,载《时代法学》2018年第1期,第102页。

⑥ 练爽:《论主权财富基金的司法豁免——以〈联合国国家及其财产管辖豁免公约〉和〈美国外国主权豁免法〉为例》,第103页。

⑦ Jacob N. Koch-Weser and Owen Haacke, “China Investment Corporation: Recent Developments in Performance, Strategy, and Governance, Economics and Trade”, U. S. -China Economic and Security Review Commission Research Paper, 2013, <http://uschinareport.com/wp-content/uploads/2013/06/China-Investment-Corporation-Staff-Report.pdf> (last visited 12 December 2020).

⑧ *FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo & Ors* [2010] FACV 5, 6 & 7/2010.

⑨ *La Generale des Carrieres et des Mines v. F. G. Hemisphere Associates LLC (Jersey)* [2012] UKPC 27.

个变量维度，因为其基于的合理性可以是法律的、政治的、甚至是意识形态的。<sup>①</sup> 变动的主权和随之变化的主权豁免原则反映的是现实主义的国际法和国际关系。第四部分讨论主权财富基金豁免范围。尽管主权豁免原则基本确立，但是针对主权财富基金而言，传统的主权豁免原则仍有适用的缝隙和弹性。第五部分是结论。

## 一 主权财富基金的现状和特征——以中国为例

国有企业和主权财富基金是中国国有投资的两种主要形式。中国长期以来通过国有企业进行海外投资。第一个也是唯一官方承认的主权财富基金——中投公司于2007年成立，目的是管理中国的大量外汇储备。中国设立主权财富基金，在全球投资和金融市场上调配资源并参与竞争。<sup>②</sup> 中国主权财富基金和中国国有企业在功能上几乎没有差别，两者都是协调公共和私营投资的纽带核心，在财富或利润最大化的同时实现政府主导的政治目标。两者的差别主要体现在治理结构方面，而公司结构对于法律实体的定性具有决定意义。下表1总结了二者在许多方面的细微区别。这些差别对于法院适用主权豁免原则会有一定影响，法院对于国有企业适用主权豁免原则的技术考量无法完全适用于主权财富基金。

表1 中国主权财富基金和中国国有企业比较

主要方面	主权财富基金	国有企业
国家所有权	中国中央政府	中国中央政府或地方政府
资金来源	外汇储备/出口和投资利润,伴随着高外汇风险	国家出资,主要以人民币计价和筹资
投资组合	多样化投资组合,既有高风险固定资产,也有低收益流动资产,如政府债券和货币市场工具,不控股投资目标公司 <sup>③</sup>	控股投资目标公司
国家监管	直接 <sup>④</sup>	直接或间接
投资模式	被动为主,由于监管和政治限制,股东消极主义	积极为主,股东能动主义,旨在管理和整合目标公司以加入全球经营活动
政府控制	全部	部分
公司形式	具有独立于政府的法人资格,但被视为政府部门 <sup>⑤</sup>	独立法人
透明度	通常很低(中投公司最高)	通常很高,尤其是上市公司
投资方式	长期投资	长期投资和短期投资混合

① Paul Gragl, “Jurisdictional Immunities of the State in International Law”, in Stephen Allen *et al.* (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law* (Oxford University Press, 2019), p. 231.

② Ewa Cieřlik, “Investment Strategy of Sovereign Funds from Emerging Markets: The Case of China”, (2014) 24 *Bulletin of Geography. Socio - economic Series* 27, p. 28.

③ 比如,挪威的政府全球养老基金持有超过2%的欧洲上市公司股票,在全球范围内则超过1%。该基金拥有9000家公司的股票,遍及全球78个国家,其中包括苹果、微软和雀巢公司。

④ 挪威的政府全球养老基金的独立性没有宪法保证,但作为央行内部的一个独立单位受到保护,由财政部监管,并受议会监督。主权财富基金的管理机构是由政府官员组成的。

⑤ 据统计,48%的主权财富基金是以资产池的形式,而不是独立公司法人的形式存在,这是主权财富基金被视为政府分支机构的原因。Efraim Chalamish, “Global Investment Regulation and Sovereign Funds”, (2012) 13 *Theoretical Inquiries in Law* 646, p. 668.

主要方面	主权财富基金	国有企业
投资市场	大量投资国外	主要投资国内
目标	主权目标、混合目标	经济目标
国际规范	主权豁免原则	有限豁免原则
个体责任	无明确个人责任(不像养老金有个人责任),主权财富基金的唯一责任方和受益方是政府和一般意义上而不是特定意义上的国家居民	独立于股东有限责任的单独责任

中国国有企业的所有权直接或间接地归属于国家。国有企业通常不享受豁免权,除非国有企业实施国家职能行为。当国有企业被诉至中国法院时,它不会被认定为是国家的一部分而享有豁免权。现在,许多中国国有企业不再是国家控制经济活动的公司形式,在功能上更像私营企业。虽然国有企业的国家所有权在减少,国家监管在弱化,政治职能也不断从商业活动中分离出来,但主权财富基金还不完全如此。

此外,中国主权财富基金的投资方式转向间接方式,即由主权财富基金的子公司和合伙企业给中国海外企业提供资金支持。由于中国是“圣地亚哥原则”的初始起草者之一,中投公司已经善意实施了这些原则。<sup>①</sup>通过经济激励和政策驱动,主权财富基金协调众多投资参与者以扩大主权投资,这种努力在整合资源上表现出潜在进步,即整合主权投资、公共政策、私人市场以及全球经济治理。这种整合表明国家或许能够通过制定对国外市场和公司控制权市场(market for corporate control)进行干预的政策,实现经济驱动的目标。

尽管存在着适用于国有企业的传统主权豁免规则,但主权财富基金地位不断上升的状况以及自身的特征引发了一些新问题。第一,主权财富基金通常由政府全资控股,更有可能从事战略投资,即投资更多是“政治驱动”而不是“经济驱动”或“商业驱动”,其行为更可能被认定是主权行为而非商业行为。这可能使得针对主权财富基金的判决及其执行变得棘手。例如,在“AIG诉哈萨克斯坦共和国案”(AIG v. Republic of Kazakhstan)中,英国法庭给予执行豁免,因为该主权投资基金投资于有价证券的目的是积累公共资产。<sup>②</sup>第二,主权财富基金所有者的公共属性是构建监管框架的基础,挑战了传统的国家豁免规则。如果把主权财富基金视为主权工具,它可以获得税收和主权豁免待遇;如果把主权财富基金当作国家所有的纯粹的投资基金,它则会失去主权豁免权。根据美国《国内税法》,外国政府来源于股票、证券或其他国内有价证券的收入免除征税。<sup>③</sup>一个例外是免税不适用于来源于商业活动的收入。<sup>④</sup>如果这个“例外——例外”(exception-to-exception)规则得以实施,至少来源于主权财富基金投资的收入不能免税。第三,主权财富基金的治理结构和国有企业明显不同。由于报告义务很小,主权财富基金透明度很低,

① Chris Carr, “National Interest’ Concerns and Uncertain Investment Regime Are Impeding Important Investments by Sovereign Wealth Funds”, (2013) 3 *Harvard Business Review Online* 67, [http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2013/03/Carr\\_National-Interest-Concerns.pdf](http://www.hblr.org/wp-content/uploads/2013/03/Carr_National-Interest-Concerns.pdf) (last visited 12 December 2020).

② *AIG Capital Partners Inc. v. Kazakhstan* [2005] EWHC 2239 (Comm.), 129 ILR 589. 法庭判决除了提到本文讨论的投资的非商业特性之外,还指出了第二个替代性的理据,即由于国家基金资产是哈萨克斯坦中央银行的“财产”,故其享有绝对豁免权。

③ 美国《国内税法》第61(a)(1)条。

④ 美国《国内税法》第61(a)(2)条。

因此外界通常不知道其所有权和管理结构。然而，根据传统豁免规则，公司结构对于法律实体的定性具有决定意义，一个国家所有的法律实体究竟是独立法人（国有企业即是如此）还是从属国家而没有独立法人资格，很大程度上是这个实体的治理结构决定的。<sup>①</sup> 例如，在英国、澳大利亚和大多数大陆法系国家，独立实体一般没有诉讼豁免权或执行豁免权。<sup>②</sup> 因此，如果主权财富基金被界定为主权机构但又没有主权豁免权，那么主权国家不负责任的原则将会受到极大挑战。主权财富基金具有的更多“主权”特性，更少“商业目的”，互相交织的主权和企业的双重角色本质上会使全球监管变得越发困难。

## 二 主权豁免原则的复杂性和“刚果（金）案”

内国法院是国际法发展和规则创设的主要载体。关于国家豁免的国际法主要是各国司法实践发展起来的，<sup>③</sup> 各国法院的判决在理解国家实践方面起到关键作用。<sup>④</sup>

### （一）“刚果（金）案”体现的中国主权豁免立场

#### 1. 案情简介

中国直到2005年才通过国家豁免方面的第一部法律，即《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。<sup>⑤</sup> 这部法律明确，中国对外国中央银行财产给予财产保全和执行的司法强制措施的豁免。这部法律也适用于中国特别行政区。<sup>⑥</sup> 该法为在内地、香港和澳门的外国中央银行财产提供司法强制措施的绝对豁免。但是，该法并未提及其他形式的国家投资工具所适用的豁免规则。因此，司法判例是我们寻求中国政府对国家投资工具豁免态度的线索。2011年6月，香港终审法院对“刚果（金）案”作出宣判。香港终审法院判决认为，香港回归中国后，主权国家在香港法院享有完全豁免，该豁免不能被当事方在争议发生前签订的合同文件免除。中国法院历史上很少对国际公法问题作出判决，此案对于理解中国关于主权豁免原则的立场具有重大意义。

在“刚果（金）案”中，刚果民主共和国〔简称刚果（金）〕被一家在美国特拉华州注册的“秃鹫基金”（vulture fund）<sup>⑦</sup> 公司诉至香港法院。FG半球基金（FG Hemisphere Associates，

① David Gaukrodger, “Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors”, p. 15.

② David Gaukrodger, “Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors”, p. 15.

③ Preliminary Report by Mr Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, on the topic of jurisdictional immunities of States and their property, UN Doc. A/CN.4/323 (1979), para. 23.

④ Rosanne van Alebeek, “Domestic Courts as Agents of Development of International Immunity Rules”, (2013) 26 *Leiden Journal of International Law* 559, p. 564.

⑤ 《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议于2005年10月25日通过并执行。

⑥ 《中华人民共和国关于制定第一部国家财产豁免法的立法报告》，2006年3月2日，[http://www.fmprc.gov.cn/web/wjb\\_673085/zjzg\\_673183/t238012.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zjzg_673183/t238012.shtml)，最后访问时间：2020年12月10日。

⑦ IMF将秃鹫基金定义为专注于在二级市场以远低于市场的价格获得二级债务的套利追逐者。Brian Finlay, “Taming the Vulture: Turning Distressed-Debt Investors into Agents of Social Change”, Henry L. Stimson Center, 2 July 2007, <http://www.stimson.org/spotlight/taming-the-vulture-turning-distressed-debt-investors-into-agents-of-social-change> (last visited 12 December 2020).

简称 FG) 申请强制执行分别由法国和瑞士的国际商会作出的针对刚果(金)的两份仲裁裁决。为清偿刚果(金)在这两项裁决中所负债务,FG 请求执行中国国有公司中国中铁(香港)应支付给刚果国家矿业公司(Gécamines)的 92.5 亿美元“采矿入门费”和中国中铁为获取刚果(金)境内 1000 余万吨铜钴储备开采权而支付的 3.5 亿美元。本案的争议焦点在于国家豁免的本质和适用范围,即刚果(金)在 FG 向香港法院的起诉中是否享有完全的国家豁免权。如果香港法院遵循的是普通法上的有限豁免原则,刚果(金)将要在商业纠纷中对损失承担责任。

## 2. 法院判决

中国一直坚持和实践的是完全豁免原则,从未承认商业例外原则。<sup>①</sup>但是,英国的豁免原则及实践都只承认主权国家享有有限豁免权,排除了针对纯粹商业或私人性质事务的豁免。在香港回归中国之前,香港法院采取普通法上的有限豁免原则。香港在 1997 年后关于国家豁免的立场不再明晰。首先,英国的《国家豁免法》在香港不再继续适用。其次,继续在香港适用有限豁免原则可能与内地关于国家豁免的司法实践产生矛盾。第三,香港在回归之后还没有通过地方立法,填补法律真空。正是基于这些原因,FG 在香港的诉讼中辩称刚果(金)对于商业交易不应享有完全的国家豁免,有着普通法传统的香港应该继续适用英国的有限豁免原则。

关于此案的讨论有两种进路。第一种观点认为,在英国《国家豁免法》适用于香港之前,香港的普通法就承认有限豁免原则,而在香港回归中国后,《国家豁免法》在香港停止适用的同时香港并没有地方立法来填补该真空地带,所以本案应当恢复并继续适用有限豁免原则。上诉法院以 2:1 的裁决,驳回了刚果(金)关于特区自治权不能延伸至外交事务,故香港法院无管辖权的论点。上诉法院裁决认为:“有限豁免原则如今继续在香港适用。”香港终审法院驳回了这一裁决,但认为原有的普通法若要继续在香港适用,必须有相应的修改、适应、限制或例外,以符合香港作为中国特别行政区的地位。这个进路的目的和合理性在于要防止与《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(简称《基本法》)之间的任何不一致。否则,正如香港终审法院所指出的那样,如果香港法院在国家豁免权问题上采取截然不同的立场,“可能引起对国家外交关系的损害”。<sup>②</sup>

第二种观点认为,根据《基本法》第 13 条和第 19 条,中央人民政府负责管理香港特别行政区的外交事务,香港法院不能对国家豁免问题进行司法审判。香港终审法院的大多数法官遵循这一思路,认为《基本法》的效力在普通法之上,因此普通法中的国家豁免原则应当依照《基本法》的要求进行修改。这个结论有两个依据。首先,按照普通法,没有任何国家的地区、市可以独立行使主权或适用与其所从属的国家不一致的国家豁免原则。作为中国的特别行政区,香港应该采用与内地相同的国家豁免规则。其次,根据《基本法》第 13 条,外交事务是由中国的中央政府负责管理的事项。《基本法》第 19 条第 3 款明确将外交事务排除在香港特别行政区拥有的自治权范围之外,香港法院对“国防、外交等国家行为”没有司法管辖权。由于国家豁免权属于外交事务的一部分,香港的法院有义务尊重绝对主权豁免原则,并在行动和实践上与之

① 关于中国应对外国法院诉讼的立场,可参见 William H. Reeves, “The Foreign Sovereign before United States Courts”, (1970) 38 *Fordham Law Review* 455, pp. 455 - 456.

② *Democratic Republic of the Congo and ors v. FG Hemisphere Associates LLC, Final appeal* [2011] FACV 5, 6 & 7/2010, paras. 321, 464.

保持一致。<sup>①</sup>

### 3. 中国对主权豁免原则的立场

“刚果（金）案”的重要性体现在两个方面。首先，仲裁条款或协议仍然有效并对一外国国家有约束力，在实践中也仍然可用。美国《外国主权豁免法》规定，主权国家可以明示或默示方式放弃豁免。仲裁协议或者法律选择条款可以构成默示放弃豁免的情形。<sup>②</sup>然而，在当事人要求一个中国（包括香港地区）的法院采取临时救济措施或在执行阶段支持裁决时，该外国国家可能就这些程序享有管辖豁免权。“刚果（金）案”提出了一个难以克服的问题——除非有明确的豁免权放弃，如何处理位于香港或内地的外国财产或对在香港或内地的外国财产进行执行程序。《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，简称《豁免公约》）和《欧洲国家豁免公约》都认为执行豁免的放弃必须以明示方式作出，且仲裁协议不构成放弃执行豁免的一种形式。美国《外国主权豁免法》规定，如果主权国家默示放弃豁免，国家财产只有实在用于商业目的的条件下才可以被执行，而且该条件是唯一条件。<sup>③</sup>其次，当案件涉及到中国（包括香港和澳门地区）而又没有明确的豁免权放弃时，应坚决适用绝对主权豁免原则。

中国在坚守绝对主权豁免原则立场的同时，也采取事实上的双轨制（*de facto* dual-track system），<sup>④</sup>在投资和商事仲裁实践中一定程度地接受有限豁免原则。比如，中国与同意放弃豁免的国家签订条约；<sup>⑤</sup>中国在国内立法和国际公约（比如《解决国家与他国国民间投资争端公约》）中包含限制性因素的国家主权豁免条款；<sup>⑥</sup>参加数起基于中国双边投资协定的投资者——东道国投资仲裁案件而未援引主权豁免原则。从技术上讲，中国对于绝对豁免原则的例外持谨慎态度。或许可以从中国多种多样的区分主权行为与非主权行为的路径中找到原因。<sup>⑦</sup>此外，中国曾长期忍受西方国家强加的优待外国国民的司法豁免制度和域外管辖权制度，被迫签订了一系列不平等条约。<sup>⑧</sup>当下中国国有企业积极开展海外投资和参与跨境商业活动，这也可以解释中国对有限豁免原则持消极和排斥态度。因此，在解释《基本法》第13条和第19条的含义时，中国坚定地再次重申了长期的立场，即从未承认绝对豁免原则的商业例外原则。

## （二）英国对主权豁免原则的不同理解

### 1. 案情简介

FG在通过香港终审法院对刚果（金）执行仲裁裁决失败后，又试图通过在英国皇家属地泽

① 从程序上来说，香港的法院在确定关于国家行为的事实问题时，行政长官应当与中华人民共和国政府授予其的证书保持一致。

② Dhisadee Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration* (Cameron May, 2007), p. 89.

③ Alexis Blane, “Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards”, (2009) 41 *New York University Journal of International Law and Politics* 499, pp. 500 – 501.

④ Manjiao Chi, “The Impeding Effects of the Immunity Plea on International Arbitration: China’s Position Revisited”, (2016) 12 (1) *Asian International Arbitration Journal* 21, pp. 21 – 23.

⑤ Huang Jin and Ma Jingsheng, “Immunities of States and Their Property: The Practice of the People’s Republic of China”, (1989) *Hague Yearbook of International Law* 163, pp. 165 – 166.

⑥ 何志鹏：《主权豁免的中国立场》，载《政法论坛》2015年第3期，第73–76页。

⑦ Houli Wang, “Sovereign Immunity: Chinese Views and Practices”, (1987) 1 *Journal of Chinese Law* 23, pp. 23 – 25.

⑧ Dong Wang, *China’s Unequal Treaties: Narrating National History* (Lexington Books, 2005), p. 2.

西岛提起“刚果国家矿业公司案”[La Generale case (Jersey)], 直接对刚果国家矿业公司执行两项仲裁裁决。英国枢密院作出了最后判决。

在本案中, FG 请求法院对在执行国有资产案件中的国有企业作出定性。更确切地说, FG 为了顺利执行仲裁裁决, 声称刚果国家矿业公司是一个国家机关。尽管国家豁免仍然是一个潜在的问题, 本案讨论的主要问题是国有企业究竟在什么情形下应被视为国家机关, 以及在什么情形下应被视为一个独立实体。在“刚果(金)案”中, 刚果国家矿业公司和刚果(金)之间存在着密切联系。刚果国家矿业公司由刚果(金)政府组建, 并全资拥有。刚果国家矿业公司所有的资产一开始是以采矿特许权形式由刚果(金)政府提供。刚果(金)政府对该企业实体拥有相当大的控制权。例如, 刚果国家矿业公司的董事会、管理委员会主席及账户主管都由刚果(金)总统任命和撤职。另外, 刚果(金)政府对于刚果国家矿业公司的财产处置、借贷、实质性货物服务合同签订等事项拥有否决权。

## 2. 英国法上的主权豁免原则

英国自“特兰德泰克斯案”(Trendtex) 起就确立了有限豁免原则。在适用豁免原则的语境下, 形成了国家与独立实体(即使是行使国家主权的实体)之间的鲜明差异。《国家豁免法》(1978)将这种独立实体界定为“任何……与国家政府的执行机关有别但有诉讼能力的实体, 即使该实体已经被赋予公共职能”。<sup>①</sup>通常, 首先通过观察其是否具有独立的法律地位来判定国有企业是否属于国家机关。“尤其是在国家出于表面上商业或工业目的而组建的独立法律实体”, “我们可以强烈地假设独立的公司地位应得到尊重。”<sup>②</sup>然而, 这远非定论。即使拥有独立的法律人格, 如果该实体执行“维护治安、管理对外事务、负责国防等国家传统职能”, 它也可能被认为是国家的一部分并对该国家的海外债务承担责任。<sup>③</sup>在后金融危机时代, 通过主权财富基金开展大规模海外投资的国家应谨慎行事, 因为主权财富基金的活动也可能给国家带来债务或其他义务。

自“特兰德泰克斯案”后发生的一系列案件逐渐衍生出一项更具功能性的测试方法, 其包括两个部分。首先, 法院为了判定一个国有企业是否是国家机关, 应审查国家对于该国有企业在管理性事务、财务和其他方面的控制程度。控制力越强, 该国有企业就越可能被认定为国家机关。其次, 考察企业是否具有独立且真实的商业目的, 即“功能独立性测试”(functional independence test)。企业存在的目的不是“协助、推动和促进发展、繁荣和经济福利”, 并且执行政府政策等与许多国有企业促进国家需求的本质相悖。在“刚果国家矿业公司案”中, 枢密院认为下级法院(皇家法院和上诉院)在适用特兰德泰克斯双重测试标准时过于宽松。

## 3. 法院判决

枢密院进行控制力测试时, 首先试图通过目的来审视刚果国家矿业公司的构成, 包括为什么外国公民加入了管理团队, 为什么通过了章程之后, 公司由公共机关掌控转变为私人股东掌控。鉴于这种特殊的管理架构, 只有公司管理委员会和监管当局共同同意, 公司的行动才是有效的。尽管监管当局拥有某些控制权, 但国有企业仍可以自己采取行动, 被看作是独立行动的个体。而

① 原文为“any legal entity of a Contracting State which is distinct therefrom and is capable of suing or being sued, even if that entity has been entrusted with public function”。

② *La Generale des Carrieres et des Mines v. F. G. Hemisphere Associates LLC (Jersey)* [2012] UKPC 27, p. 16.

③ *La Generale des Carrieres et des Mines v. F. G. Hemisphere Associates LLC (Jersey)* [2012] UKPC 27, p. 16.

回顾企业的商业活动，可以发现牵涉到国家或与国家有关的服务都是与政府分开谈判的，这使得企业看上去是独立于国家运作的。在枢密院看来，刚果国家矿业公司并非是一个功能上和刚果（金）政府不可分割的虚假实体。诚然，下级法院在认定企业的主要功能与活动具有政府性时也并非错误，该企业与行使主权利力的主权行为不同。因此，枢密院认为在一个现代化的民主国家，允许国有企业开采煤、油和矿产等资源并不能将其性质转化成国家机关。

“刚果国家矿业公司案”表明，即使在英国这样长期承认有限豁免原则和主权豁免商业例外的国家，为了让主权国家偿还债务而执行针对国有企业的判决也变得日益困难。如前所述，FG选择在泽西岛（一个英国皇家属地）而非英国起诉的原因在于，英国2010年通过了《英国债务减免法》，“停止债权人（包括所谓的秃鹫基金）利用英国法庭向贫穷国家榨取残酷而又不公的债款，而债权人可能在这些债务中仅仅支付出了一部分成本”。如果FG选择在英国法院执行仲裁裁决，刚果（金）将会是这个立法的受益者。当论及债权人试图执行针对国有资产的债务时，英国法院趋向于更为严格的方法。这与普通法中仅在极少数情形下把国有企业资产认定成国有财产的传统相背离。

### （三）中国绝对主权豁免原则在主权财富基金中的适用

作为主要新兴国家中最重要的资本输出国之一，中国在直接投资领域的对外投资已经超过对内引资。<sup>①</sup> 中国政府致力于确保国有企业和主权财富基金的对外投资获得良好规划和保护，国有企业的法律地位一直是热议的问题。中国坚持绝对主权豁免原则，<sup>②</sup> 当中国的国有企业在外国法院被列为商事诉讼案件的被告时，这些国有企业通常极力辩称应当适用绝对主权豁免原则，企业应当在诉讼中被豁免，即使诉讼请求源于纯粹的商事活动。<sup>③</sup> 很多人认为，针对中国及其国有企业的商事仲裁，面临裁决执行的困难。这在很大程度上与中国双边投资协定实践相一致。中国早期的双边投资协定表明，中国对允许外国投资者参与投资协定仲裁持保留态度。但为确保以国有企业为核心的“走出去”战略受到有利于投资者的争端解决条款的保护，<sup>④</sup> 中国新一代双边投资协定在立场上有所转变。中国新近签署的双边投资协定和自由贸易协定很大程度上参照了《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement）和《2012年美国双边投资协定范本》（2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty）。<sup>⑤</sup> 在“捷克斯洛伐克商业银行诉斯洛伐克共和国案”（*CSOB v. Slovak Republic*）的投资仲裁裁决中，仲裁庭提出，这种对国有企业更加有利的保护只能扩展到国有企业不“履行国家职能”的情形。<sup>⑥</sup>

国有化实体的所有制结构被认为是确定国家主权豁免原则适用的最重要考量因素，这在前文

① Karl P. Sauvant and Michael D. Nolan, “China’s Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law”, (2015) 18 (4) *Journal of International Economic Law* 893, p. 894.

② Karl P. Sauvant and Michael D. Nolan, “China’s Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law”, p. 894.

③ See *Jackson v. People’s Republic of China*, 794 F.2d 1490 (1986).

④ See *Jackson v. People’s Republic of China*, 794 F.2d 1490 (1986), p. 916.

⑤ 最近完成谈判的《中欧全面投资协定》（CAI）没有包含投资者——国家争端解决（ISDS）条款。中欧双方将采取与《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）第10章第18条相同的方式确定之。缔约双方先行公布和签署实体内容，然后就ISDS条款进行协商。

⑥ *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, paras. 23–27.

提到的双重测试标准之下也适用。然而，中国国有企业和主权财富基金经历了大规模重建和重组，大部分已经不再处于国家的直接控制之下。例如，中投公司有三层结构：董事会、监事会和执行委员会。<sup>①</sup> 董事会被授权在国务院设定的目标和政策基础上，监督公司运行和整体绩效，同时受监事会监督。董事会授权执行委员会代表中投公司开展日常经营，执行委员会也受到监事会监督，在经营上独立并可以做出个别投资和经营决策。<sup>②</sup> 执行委员会既要向董事会负责，也要向国务院负责。国务院通过国有资产监督管理委员会拥有和行使任命、解雇中投公司管理层成员的权力。<sup>③</sup> 这样，中投公司在组织形式上实现了国家与基金运营者的分离，使得中投公司可以被认定为是一个完全依照中国公司法成立的独立实体。即使是更加不透明的中国主权财富基金，中国华安投资有限公司（简称 SIC）也是在香港注册为私人公司，受香港公司条例和相关合规和披露要求的规制。虽然 SIC 的资金来源不是可以公开获取的信息，但它设立的目的之一是为了运营外汇储备。尽管国家外汇管理局任命公司董事会成员，公开的注册和经营记录表明 SIC 与国家不是不可分离的。<sup>④</sup> 因此，结构和功能上的独立不再是确定中国对国有企业和主权财富基金控制程度的决定性因素。中国的海外投资很大程度上是国家政策驱动，或者是与公共政策考虑有关。<sup>⑤</sup> 在这种背景下，国际法似乎没有做好充足的准备。在揭开的主权面纱下，对于国家可能对这些实体采取的巧妙控制的研究，是一个有待填充的国际法空白。

### 三 主权豁免范围的影响因素及其趋势

主权是国际法的核心概念。主权豁免的范围与主权概念的发展息息相关。主权作为不断演进的国际法概念也影响了主权豁免范围，并且随着国际关系的变化而呈现出一定的政治化趋势。

#### （一）传统理论中主权豁免范围的影响因素

##### 1. 主权豁免原则中的主权变量

传统理论中，不同国家主张的主权豁免原则中“主权”范围的大小，是国家权力大小的反映。主权豁免体现了一个国家的治外法权，即一个国家在外国主权范围的权力大小。给予外国多大的主权豁免，一定程度上反映出一个国家在外国能够有多大的治外法权。小国家力量小，在外国主权范围小。他们的企业在外国得不到保护，本国企业也较少进行海外投资。因此小国家主张限制主权豁免范围，更倾向于严格认定国家机关，将外国在本国的投资认定为主权豁免的商业例外，从而实施管辖。大国的豁免范围较宽，他们的企业有较多的海外投资，而且他们的企业

① Hong Li, “China Investment Corporation: A Perspective on Accountability”, (2009) 43 *International Lawyer* 1495, pp. 1502 – 1505.

② Hong Li, “China Investment Corporation: A Perspective on Accountability”, pp. 1502 – 1505.

③ Hong Li, “China Investment Corporation: A Perspective on Accountability”, pp. 1502 – 1505.

④ Margalit Faden, “Improving Cross-Border Investment Regulation: A Case Study of China’s Largest and Least Known Sovereign Wealth Fund”, (2013) 7 *East Asia Law Review* 429, pp. 431 – 438.

⑤ Karl P. Sauvart and Michael D. Nolan, “China’s Outward Foreign Direct Investment and International Investment Law”, pp. 2 – 5.

在外国能够得到本国力量的外交干涉及保护，因此他们倾向于让本国企业在外国有更大的活动自由，主张的主权豁免认定范围较为宽松。

主权和权力密切相关。主权的反射性体现在，“它反映了使权力在各个案件中进行最优分配的探索，因此出现了问题，也潜在地改善了本国和外国实行主权的。”<sup>①</sup> 理解主权原则的政治化为理解国家法律和国际关系开辟了道路。确定国家豁免规则相关性的关键参数包括主权财富基金与国家的正式联系、主权财富基金管理的公共资源、主权财富基金的追求目的、与主权财富基金国家宏观经济和金融利益挂钩的公共目标、以及母国对主权财富基金的活动和投资决定的控制。<sup>②</sup> 主权财富基金可以公司状态而呈现工具性地位，通过公司状态能够强加其管理和活动，多数所有权则是该工具性地位的基准。随着中国国际地位的提升，中国政府正在不断将原本被认为是国家政权延伸的企业分开，从而缩小了对中国主权财富基金的豁免权保护范围。国有企业正在逐渐失去主权保护伞的保护，因为它们所进行的活动越来越多地以商业为导向，超出了国家的控制。然而，这种将企业从国家政权中分离的路径对国有企业的影响，需要进一步的司法实践加以测试。

中国国际法学者的早期经典著作认为“主权意味着最高的权力”，“主权是国家具有的独立自主地处理自己的对内和对外事务的最高权力”，即“在国内是最高的，对外是独立的”。<sup>③</sup> 摩根索将主权描述为一个至高无上的立法权威和执行权威，并认为主权权威不可分割。<sup>④</sup> 但是，主权在历史上一直是一个变量概念，具有模棱两可的性质。<sup>⑤</sup> 19世纪“国际法共同体”的“文明”更多地带有一种话语而非法权结构的性质。这种话语背后则是西方国家19世纪在面对非西方世界时，所拥有的政治、经济、军事上的压倒性优势。<sup>⑥</sup>

豁免原则与主权原则密切相关。国家政府通常引用主权为其在国际仲裁中的案件辩护。<sup>⑦</sup> 阿根廷在一些未决投资仲裁案中，曾主张两个相互独立的观点。这两个观点触及国家发展基础政策的主权特权的核心。阿根廷条约法上的论点援引了双边投资协定中的不排除措施条款，允许国家为了应对特殊情形而采取某些行动，并且不受条约规定的实质保护。阿根廷在习惯国际法上的主张是，必要性原则可以证明阿根廷针对突发公共事件采取措施的任意性和不法性是正当的。<sup>⑧</sup> 在

① Samantha Besson, “Sovereignty in Conflict”, in Colin Warbrick & Stephen Tierney (ed.), *Towards An International Legal Community: The Sovereignty of States and the Sovereignty of International Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), pp. 17, 131.

② 美国最高法院认为，“外国只有对多数股份有直接所有权才满足法定要求”，排除了赋予非直接所有公司的豁免权。*Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 US 468 [2003] 474. 本案核心要点是所谓的“层级结构”，否定了政府的子公司的子公司的豁免主体资格，只承认政府直接控股的子公司构成“外国国家”。

③ 周鲢生：《国际法（上册）》，武汉大学出版社2010年版，第64页。

④ Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace* (New York: Alfred A. Knopf, 3rd edn, 1949), p. 281 and p. 328.

⑤ [法] 雷蒙·阿隆：《战争与和平：国际关系理论》，中央编译出版社2013年版，第707—708页。

⑥ 赖骏楠：《国际法与晚清中国：文本、事件与政治》，上海人民出版社2015年版，第171页。

⑦ 除了豁免规则以外，恶债理论也被国家政府引用作为不支付主权债务的理由。Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Economic Foundations of International Law* (Cambridge, MA and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013), p. 159.

⑧ William W. Burke-White, “The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System”, (2008) 3 *Asian Journal of WTO & Health* 199, p. 201; Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 3.

“北京城建集团有限公司诉也门共和国案”中,<sup>①</sup>也门共和国作为被申请人声称,申请人是国有企业,具有政府职能,因此应被视为中国政府的代理人,尽管它表面上参与的是商业事务。仲裁庭不同意此观点。根据博若切斯(Broches)原则和归因规则,除非国有企业是作为政府代理人(acting as an agent for the government)或正在履行基本政府职能(discharging an essentially governmental function),否则应被视为另一缔约国的国民而享有国际投资仲裁的当事方主体资格。<sup>②</sup>根据博若切斯原则,投资者的活动是根据“(商业还是政府)性质”(nature)而不是“目的”(purpose)加以判断的。这一原则与国家豁免原则中的“商业交易”(commercial transaction)例外原则一致。这个标准在其他投资仲裁案件中得以延续。<sup>③</sup>

《豁免公约》和国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》(Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,简称《责任草案》)对企业是否享有国家豁免采取了不同的认定路径。《豁免公约》规定了限制豁免,强调国家商业性的私法行为不享受豁免。因此在判断国有企业是否享受管辖豁免时,主要依据国有企业行为是否具有商业性质进行判断。在《豁免公约》中,商业行为被排除出主权的概念范围内,主权更多地体现为国家的行政职能。

《责任草案》的逻辑起点是国家应当为其不法行为承担责任,《责任草案》中关于国际不法行为的规定,旨在认定哪些行为属于国家行为,从而让国家承担责任,因此对于企业行为是否归属于国家,重在国家的控制程度。当国家授权企业行使行政管理职责的行为或者国家指挥企业实施非政府权力要素的国际不法行为时,企业的行为可以被认定为国家行为。<sup>④</sup>《责任草案》第8条规定,个人或团体在国家的指挥或控制之下所做出的行为构成国家行为。根据该条款规定,国家拥有控制权不会马上导致国有企业被视为国家机关,国有企业要被视为国家机关还需要国家实际行使控制权的行为。在国家指挥或者控制之下,企业实施的行为即使不是行使行政管理职能,该行为也应当由国家来承担责任。

## 2. 主权豁免原则的适用——以美国为例

美国司法机关适用主权豁免原则的理论和实践历来是重要的研究对象。这不仅是因为美国法院在主权豁免原则适用方面有丰富的判例实践,<sup>⑤</sup>而且更为重要的是他国或其机构经常在美国受到讼累,涉及到他国及其机构的切身利益,这些司法实践对他国的经济活动乃至国际法的发展产生重要影响。

在“阿拉尼察控股公司诉主权财富基金萨姆鲁克-卡齐纳·JSC公司案”(Alantica Holdings v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC,简称“SK基金案”)中,哈萨克斯坦所有的主权财富基金SK基金被认定对其证券交易进行了虚假陈述。法院认为它可以根据《外国主权豁免法》第1605条(a)款第(2)项规定的商业例外实施管辖权。这一条文规定,如果发生在美国境外

① *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30.

② *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 80-81.

③ *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17 December 2003, para. 17; *Rumeli Telekom A. S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 212.

④ 张磊:《论国际法上构成国家行为的基本原则》,载《天津行政学院学报》2016年第2期,第88页。

⑤ 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170页。

的某一行为对美国产生了“直接影响”，法院可以对该行为进行管辖。<sup>①</sup> 这种“直接影响”条款目前已经成为最经常引起诉争的《外国主权豁免法》条款之一。在判断国内活动与域外商业活动的关系上，法院需要努力解决什么构成直接影响，什么构成间接影响。<sup>②</sup> 以领土为核心的判断方法在最近的一系列案件中反映出来，包括“赫尔默里奇 - 佩恩国际钻井公司诉委内瑞拉案” (*Helmerich & Payne International Drilling Co. v. Bolivarian Republic of Venezuela*)<sup>③</sup>、“德塞佩尔诉匈牙利案” (*De Csepel v. Republic of Hungary*)<sup>④</sup>、“SK 基金案”。在“SK 基金案”中，经济损失起因于主权财富基金在向投资者陈述和信息备忘录中所作的虚假陈述，但是主权财富基金的商业活动发生在其他国家。法庭论证了哪些虚假陈述对美国产生了“直接影响”。基于冲突法原则，美国构成了该主权财富基金域外商业活动有关的侵权行为损害地，直接影响了包括个人在内的美国私人市场参与者的经济利益。<sup>⑤</sup>

在“凯悦公司诉斯坦顿案” (*Hyatt Corp. v. Stanton*) 中，在美国特拉华州设立的凯悦公司 (Hyatt Corporation) 在纽约州起诉芬兰政府担保基金 (Finish Government Guarantee Fund) 所有的芬兰斯科普银行 (Skopbank) 的高级副总裁斯坦顿 (Stanton)。斯坦顿将案件移至联邦法院。凯悦公司主张该银行是芬兰政府担保基金所有，构成了“外国政府的机构或部门”。法院认为要决定斯科普银行是否是一个“国家机构或部门”，首先要决定芬兰政府担保基金是否是“国家政治区分单位”或者芬兰政府的“机构或部门”。法院基于“法律性质”测试 (legal characteristics test) 标准区分“国家政治区分单位”和“机构或部门”。如果根据设立该机构的本国法规定，该机构有权以自己名义起诉或者拥有财产，该机构就是“机构或部门”。根据这一标准，芬兰政府担保基金是芬兰政府的“机构或部门”，但是芬兰政府担保基金持有多数股份的斯科普银行不是《外国政府豁免法》规定的外国政府。<sup>⑥</sup> 但是这一标准被第九上诉庭认为是不合逻辑的。<sup>⑦</sup> 其他美国巡回法庭一般适用核心功能测试标准 (core function test) 判断一个企业是否是外国政府的机构或部门。<sup>⑧</sup>

这些判决说明，美国法院对于主权市场参与者的监管态度既不明确也不一致。大体上看，美国法院依据主权原则对这些新的市场行为主体提供更多保护，这可以有两方面的解释。首先，在主权豁免还未被上升到宪法高度的美国，法院更愿意尊重行政和立法部门的态度，它们三者对规则不一致的解释反映了国家变化的政治需求和经济利益。<sup>⑨</sup> 在金融危机中，美国财政部也积极参

① 28 U. S. C. 1605 (a) (2).

② Crowell & Moring LLP, “The Foreign Sovereign Immunities Act: 2013 Year in Review”, (2015) 21 *Law & Business Review of the Americas* 241, pp. 250 – 260.

③ *Helmerich & Payne International Drilling Co. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 784 F. 3d. 804 (D. C. Cir. 2015). 此案已经被最高法院改判。

④ *De Csepel v. Republic of Hungary*, 714 F. 3d. 596 (D. C. Cir. 2013).

⑤ *Atlantica Holdings v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC*, No. 14 – 197 (2d Cir. 2016).

⑥ *Hyatt Corp. v. Stanton*, 945 F. Supp. 675 at 690.

⑦ *Ministry of Def. & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Def. Sys. (MOD v. Cubic)*, 495 F. 3d 1024, 1035 (9th Cir. 2007).

⑧ *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F. 3d. 148 (D. C. Cir. 1994).

⑨ Phillip M. Thoenness, “Eo Nomine: The Divergence of State and Foreign Sovereign Immunity”, (2015) 19 *Lewis & Clark Law Review* 543, pp. 575 – 578.

与救援,购买了通用汽车公司的股票,一度成为控股股东。<sup>①</sup>其次,主权原则和豁免规则的结合在本质上允许国家行使一些域外司法控制权,这种司法权的适用有其界限。伴随着受国家财富支持的主权市场参与者的增加,商品和资本以更大规模和更快速度跨境流动,主权国家只有在其他国家代理人的行为直接损害本国私人市场参与者的利益或者扭曲国内市场秩序时,才会考虑对这些代理人的行为进行规制。虽然法律解释上的不确定性仍然存在,以干涉另一个国家的行为为代价的私人利益保护因为缺少市场监管的强烈需要,并不能一直保证监管权的有力扩张。在国内,主权财富基金在证券和资本市场上的投资对市场经济的公平竞争产生威胁效果,因为主权财富基金在获取和调动不同资源(特别是金融资源和政治联系)方面能力更大。主权财富基金与其母国政府的政治联系,可能使其与其他市场参与者相比获得更具竞争力的优势。20世纪末在全球范围内兴起的反对私有化的趋势,<sup>②</sup>可能是主权财富基金兴起的副产品。

## (二) 影响主权豁免范围的新因素

### 1. 国家从事商业活动对主权豁免范围的影响

二战以来,国家越来越多参与经济建设,以经济力量的形式在外国进行活动,与之前的政治存在不同。此时东道国主张限制主权豁免范围,对外国的国有企业加强管理,增加商业例外的适用。主权财富基金便是国家参与商业活动的典型表现。

主权财富基金以及其他政府支持的投资工具(比如国有企业),在数量和资产上的增长具有政策和经济上的重要意义。许多主权财富基金致力于将以国家政府债券和美国国债为重点的保守的投资策略转变为利益导向型的投资策略,对高风险高收益的股票和公司收购进行投资。<sup>③</sup>这种转变并不必然产生法律问题,但会对法律和规制产生影响。主权财富基金和其他主权投资实体的兴起及其竞争优势改变了国际经济法的图景,国家政府不仅扮演着监管者的角色,而且也是市场参与者。<sup>④</sup>这可能引起贸易和投资活动的畸变。发展中国家或新兴经济体的主权财富基金增长的经济影响力,为世界各国提供了参与世界金融体系和国际经济秩序改革的机会。与中国特别相关的是,随着人民币和一些以人民币为中心的国际金融机构的兴起,比如金砖国家新开发银行、<sup>⑤</sup>亚洲基础设施投资银行<sup>⑥</sup>和丝路基金,<sup>⑦</sup>未来可能出现一种多极的全球金融治理管理体系。

不同参与者的多样性表明了主权多面向的属性。主权的概念朝着集合的、共享的方向演

① Eric Beech, "US Government Says It Lost MYM11.2 Billion on GM Bailout", 30 April 2014, <http://www.reuters.com/article/us-autos-gm-treasury-idUSBREA3T0MR20140430> (last visited 10 December 2020).

② Lawrence Summers, "Op - Ed, Sovereign Funds Shake the Logic of Capitalism", *Financial Times*, 30 July 2007.

③ 其中,大多数的股票和收购交易的对象是主权财富基金和政府养老基金的投资组合。

④ Ines Willems, "Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economics Law: Are We Moving in the Right Direction?", (2016) 19 (3) *Journal of International Economic Law* 657.

⑤ Wei Shen, "Is Brics' New Development Bank New?", (2014) 29 (10) *Butterworths Journal of International Banking and Finance Law* 655, pp. 655 - 658.

⑥ Wei Shen, "Asian Infrastructure Investment Bank: Gap Filler or System Challenger?", (2015) 30 (4) *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 228, pp. 230 - 232.

⑦ Wei Shen, "The 'One Belt, One Road' Initiative, The Renminbi Internationalisation Strategy and Neo-Global Financial Governance", in Lutz-Christian Wolff and Chao Xi (ed.), *Legal Dimensions of China's Belt and Road Initiative* (Hong Kong: Wolters Kluwer Hong Kong Limited, 2016), Ch. 12.

化——日益具有共同性，过去是在政府之间集中的，现在是利益攸关者参与其中。当代国际法的制定、解释和执行依赖于国家政府、跨国公司、国际组织和非政府组织在不同领域内的合作和互动，而这种合作和互动就是跨国法律程序。<sup>①</sup>这种集合性的主权是“国家对其内部和外部事务的法律权威，通过不包括国家否决权在内的程序对行为予以授权”。<sup>②</sup>对主权原则和豁免规则的重新定义减弱了主权投资中的主权因素。现在的国家主权更多地是通过在国际领域中的政府行为和活动加以体现。<sup>③</sup>

如果主权财富基金被理解为主权国家的政府机构，就有可能适用“商业活动”例外的例外原则或是国家之间例外原则。当争议的商业活动发生在两国或者多国之间时，这种例外原则修复了主权豁免。<sup>④</sup>换言之，商业活动例外原则不适用于发生在两国或者多国之间的交易、争端、合同和诉讼。国家之间例外原则通过扩张国际法的适用，缩小了商业活动例外原则的适用范围。但是在一个商业交易牵涉两个国家时，这个规则显然有合理性。这两个国家同对方进行交易的动机以及对争端解决方式的选择，都与私人主体之间进行的商事交易不同。例如，与商业银行相比，主权国家有许多不同的借贷目的。其他国家间交易可能涉及食品援助计划和其他发展性项目。这些交易是混合型交易，综合了商业特征和政治意图。这类交易中的大多数与国内外的政策目标有关。这是一个主权豁免法上缺少足够研究的难题。虽然国家作为国际体系主要支柱的作用将会继续，但非国家主体和参与者可能发挥比之前更大的作用。全球化使得国家在各自领土内失去了一些控制权，不得不求助于公权力的域外行使，以维持某种程度的控制力。国家公权力的向外迁移和拓展侵蚀了领土国家的权力。这为正在凸显的国际或全球市民社会及其法治提供了框架。国际法（International Law）正处于向世界法律（World Law）转变的进程之中，国际法是调整国家与国家之间关系的法律，而世界法律涵盖的主体不限于国家，还包括非政府组织、公司和个人。<sup>⑤</sup>这种转变引起了参与的非主权实体行为者范围的扩大。因此，在主权的概念化过程中，需要重新强调国家主权从领土到功能上的根本权威。与之对应的是，与主权豁免原则有关的规则继续经历一种越发差别化、特殊化和特定化的过程，各国的具体规则也越发复杂和完备。<sup>⑥</sup>

## 2. 人权理论与实践对主权豁免范围的影响

传统的国家中心主义的主权以牺牲人权为代价，人权的维度也阻碍国际法的渐进发展。同时，主权豁免原则的传统习惯法和国际法现代化有机协调也依赖于国家主权原则。<sup>⑦</sup>随着人权理论与实践的发展，出现了限制“主权”范围的呼声。英国上议院在1998年的案件中就以微弱多数支持这样的观点，一国前任元首在涉及到反人类的犯罪案件中不享有主权豁免。有学者认为，

① Harold Hongju Koh, “On American Exceptionalism”, (2003) 55 *Stanford Law Review* 1479, p. 1502.

② Robert O. Keohane, “Ironies of Sovereignty: The European Union and the United States”, (2002) 40 *Journal of Common Market Studies* 743, p. 748.

③ Robert Jennings, “Sovereignty and International Law”, in Gerard Kreijen *et al.* (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance* (Oxford University Press, 2012), pp. 27, 36.

④ UK State Immunity Act 1978 s 33 (3) (2).

⑤ Jost Delbrück, “Prospects for a ‘World (Internal) Law?’: Legal Developments in a Changing International System”, (2002) 9 (2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* 400, p. 402.

⑥ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 461.

⑦ Francesco Francioni, “From Utopia to Disenchantment: The Ill Fate of ‘Moderate Monism’ in the ICJ Judgment on The Jurisdictional Immunities of the State”, (2012) 23 (4) *European Journal of International Law* 1125, pp. 1128 – 1129.

这一案件开启了世界范围内的普遍管辖权的实践。<sup>①</sup>在“奈特-连姆案”(Nait-Liman)中,欧洲人权法院拒绝采用民事普遍管辖原则。<sup>②</sup>此外,也有学者认为国际刑法的发展、国际刑事法庭作用的上升也阻碍了民事普遍管辖的适用和发展。<sup>③</sup>

国家主权很大程度上是一个基于属地原则的<sup>④</sup>从绝对权威到相对权威演进的概念和原则。国家秩序也被认为是一个更大的法律秩序的一个部门。<sup>⑤</sup>“国家主权的相对性主要体现在国家的对外关系上”,<sup>⑥</sup>体现国家对内和对外权威的主权也有相对性。这和“国家主权确认说”有不谋而合之处。有观点认为,“任何个别国家恰好不是产生于自己的主权,而是产生于所有其他国家对待领土国家的世界秩序的确认以及在此范围内对该国家的确认。”<sup>⑦</sup>国际社会的形成基于威斯特伐利亚公会。根据《威斯特伐利亚和约》第63条至第69条的规定,对于上述各国作为主权国家的承认,方才使得本不拥有主权的各国真正地拥有了国家主权。此外,“主权转移的观念亦十分流行。”<sup>⑧</sup>威斯特伐利亚体系还要求国家保护自己国民的利益和满足其对国际社会的义务。<sup>⑨</sup>

国际法主要还是一种横向结构的共存法,在没有全球性的超国家体系有效分配全球资源的时候,限制主权就可能有政策目的。<sup>⑩</sup>国际关系的建构主义学派强调这样一种观点:作为国际关系行为体的国家与作为国家生存的社会环境的国际结构有着一种互构的关系。<sup>⑪</sup>20世纪后半叶,国际关系从民族国家作为原生、核心、主导行为体的组织结构拓展为政府间组织积极参与全球治理结构,在主体和方式上对国际秩序予以重塑,从“国本主义”衍生出尊重和保护人权、维护人类共同财产的人本主义理念。<sup>⑫</sup>

国际法的规范被认为仅适用于“文明国家”之间,实际上仅仅是“欧洲公法体系”。<sup>⑬</sup>国际法的公正性仅仅是表面的。<sup>⑭</sup>当代国际法主要还是西方文化的一种表现,存在着文化上的倾向性和制度上的偏好性。国际法还没有达到实质正义的程度。<sup>⑮</sup>在国际关系和国际社会现实中,国家

① *R v Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet (No 1)* [2000] 1 AC 61 HL (UK); see also Amnesty International, Report, AI Index: EUR 45/01/99, United Kingdom: The Pinochet Case - Universal Jurisdiction and the Absence of Immunity for Crimes against Humanity, AI Index: EUR 45/01/99 (January 1999).

② See LawEuro, “*Nait-Liman v. Switzerland* [GC] (European Court of Human Rights)” (Information Note on the Court’s case-law 216 March 2018), <https://laweuro.com/?p=8854> (last visited 23 December 2020).

③ Anna Su, “Rise and Fall of Universal Civil Jurisdiction”, (2019) 41 (4) *Human Rights Quarterly* 849, pp. 851, 872.

④ Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 459.

⑤ [法] 雷蒙·阿隆:《战争与和平:国际关系理论》,第704页。

⑥ 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第76页。

⑦ [德] 乌尔里希·贝克主编:《全球化与政治》,王学东、柴方国译,中央编译出版社2000年版,第12页。

⑧ [法] 雷蒙·阿隆:《战争与和平:国际关系理论》,第704页。

⑨ A More Secure World: Our Shared Responsibility: Report of the Secretary-General’s High Level Panel on Threats, Challenge and Change (New York: United Nations, 2004), para. 29.

⑩ 西方国际法学者也指出,弱化主权概念或其在国际法上的重要性也和一些学者对主权的焦虑,以及希望通过弱化主权的努力达到强化人权、民主和民族自决的企图。这种努力的本质是天然地觉得主权是国际法所有矛盾的焦点。Susan Marks, “State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence”, (2006) 19 (2) *Leiden Journal of International Law* 339, pp. 340, 346.

⑪ 何志鹏、孙璐:《中国的国际法观念:基于国际关系史的分析》,载刘志云主编:《国际关系和国际法学刊》第5卷,厦门大学出版社2015年版,第89页。

⑫ 何志鹏、孙璐:《中国的国际法观念:基于国际关系史的分析》,第83—84页。

⑬ Malcolm D. Evans (ed.), *International Law* (Oxford University Press, 3rd edn, 2010), pp. 12 - 21.

⑭ 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社2007年版,第14页。

⑮ 杨泽伟:《国际法史论》,高等教育出版社2011年版,第81—82页。

之间存在着巨大的经济和政治差异，主权平等实际上最多是形式上的。<sup>①</sup> 国际社会始终有开放和封闭、普遍性和特殊性、人权与主权、现代与传统之间的张力。国际法学界也存在一种对法律或伦理规则的信仰与对历史或政治现实的膜拜之间的张力。即使是西方国家在涉及自身利益的时候，也更倾向于主权豁免以保护和实现自身利益，而不愿服从人本主义的道德规范。<sup>②</sup> 至少在国际关系层面，国家主权仍然高于人权，人本主义仍然具有现实局限性，尽管国际法院在“管辖权豁免案”（*Jurisdictional Immunities of the State*）中重新激活了围绕国家在严重违反人权和人道主义法的情形下能否在他国法院享有主权豁免的问题。<sup>③</sup> 国际法理论需要做的是解释国家主权转化以及变化的国际秩序和国际法的内在逻辑。<sup>④</sup> 2014年，意大利宪法法院在其“决定238”（Decision 238）中认为，执行国际法院的判决将会与意大利宪法所规定的基本人权原则不相一致。<sup>⑤</sup> 一些学者认为，这是国内法院筑起的防止国际法侵犯的高墙。<sup>⑥</sup> 也有学者认为，国内法院在他国违反人权法等国际法强制性规则时可以采用反制措施来否认他国的主权豁免。<sup>⑦</sup>

#### 四 主权财富基金的主权豁免范围

主权财富基金豁免范围的影响因素，除了上述内容，还与国家间权力互动与平衡密切相关。

##### （一）全球化过程中的权力平衡与主权财富基金的主权豁免

主权国家的政府强势地渗透到私人投资领域，主权财富基金介入跨境交易模糊了市场与监管的空间界限。除了在投资组合公司里作为股东的外国政府与普通股东之间的利益冲突外，外国政府与母国政府的利益之间也存在着紧张关系。这种紧张关系的结果是，主要经济体已经实施了监管保护以抵御国家利益面对的潜在威胁，主要表现为取得控制权。<sup>⑧</sup> 国家监管机构采用的监管方法包括提高披露要求、限制市场准入、适用“刺破公司面纱”原则和其他公司治理规则等。这些规制方法旨在解决信息不对称和利益冲突。例如，澳大利亚外国投资审查局对主权财富基金适用的六项原则之一就是确认主权财富基金是否“独立于其相关的外国政府进行经营”。<sup>⑨</sup>

① 王栋：《中国的平等条约：国耻与民族历史叙述》，复旦大学出版社2011年版，第135页。

② 何志鹏：《主权豁免的中国立场》，第68—73页。

③ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012.

④ Robert Jennings, “Sovereignty and International Law”, pp. 27, 38.

⑤ “Italian Constitutional Court Judgment 238/2014 Declares Customary International Law on State Immunity Inapplicable in the Italian Legal Order As Far As War Crimes and Crimes Against Humanity Are Concerned”, <http://www.qil-qdi.org/summary-prepared-by-the-editorial-board-of-qil-qil-will-devote-in-the-following-weeks-a-zoom-out-to-the-legal-issues-arising-from-the-italian-constitutional-court-no.2382-14/> (last visited 1 February 2021).

⑥ Giuseppe Bianco, “Some Remarks on the Development and Consolidation of State Immunity in International Law”, STALS Research Paper 3/2018, p. 19.

⑦ Marco Longobardo, “State Immunity and Judicial Countermeasures”, (2021 forthcoming) *European Journal of International Law*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3688059](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3688059) (last visited 23 December 2020).

⑧ Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in An Era of Economic Globalization* (Springer, 2002). 这种类型的监管计划中最有名的是美国根据艾克森-佛罗里奥条款设立的跨机构的外国投资委员会，它的目的就是审查外国投资者取得对美国公司控制权的交易，并阻止会给国家安全造成威胁的交易协议。

⑨ Henny Sender & Peter Smith, “IMF Urges Action on Sovereign Wealth”, *Financial Times*, 24 January 2008, p. 4.

主权豁免范围与主权财富基金是双向影响关系。主权财富基金代表着国家从事商业互动，引起了东道国要求从严认定“主权”概念，限制主权豁免范围，加强对主权财富基金的管理。而主权豁免范围的从严限制，影响着主权财富基金，要求其经济职能独立出来，成为独立于国家的实体。

2008年的全球经济危机加深了国家对私人商业领域的介入，提升了承认和规制国有企业的重要性，使得与中国等新兴国家相关的主权财富基金日益活跃。近年来，主权财富基金的兴起和中国等新兴国家国际地位的提高给国际经济治理结构和国际法律框架带来了挑战。特别是当涉及到针对主权财富基金的裁判和执行时，就可能对现行的国家豁免原则产生影响。在世界范围内，新的立法和司法判例已经预示了一种普遍的趋势：将保护国家财产和有独立地位的主权财富基金进一步从国家中分离出来。

从世界范围上看，主权财富基金正在对接受投资国的主权产生威胁，因为主权财富基金可能根据政治而不是经济因素做出决定。<sup>①</sup> 政治因素可能包括“获得技术和专门知识以使国家获得战略利益”<sup>②</sup> 或者“直接或间接地促进管制政府地缘政治目标”<sup>③</sup> 的途径或方法。其他可能的战略考虑包括保证获得自然资源、（通过降低投资组合公司的价值）提高国内公司的竞争地位、帮助国家发展工作和其他政策目标。<sup>④</sup> 这些目标可能使得主权财富基金有别于国有企业，国有企业常常是为“商业目的”服务，而非行使主权之目的，<sup>⑤</sup> 从而使得有限豁免规则的适用变得正当。作为政府投资机构，主权财富基金并不是纯粹和独立的投资实体。这种联系很容易使母国国家政府对主权财富基金施加影响，间接对东道国产生威胁。

## （二）主权豁免中“主权”概念与国家域外权力

主权豁免中的“主权”概念并非是一成不变的，国家在域外权力的大小影响着其对主权豁免范围的主张。主权概念是与世界法律体系的基本结构和原理内在相连的国际法概念。<sup>⑥</sup> 国家豁免规则是传统国际法和主权传统概念里的一项重要因素。主权豁免原则作为国际体系中的建构性原则，其内涵随着时间而变化。<sup>⑦</sup> 领土主权已经从主权概念里缓慢地解构出来，<sup>⑧</sup> 并逐渐丧失了主权原则里的支配作用。因此，治外法权规则反映了国际体系中权力和利益的单边主义。<sup>⑨</sup>

① James Politi, "Sovereign Funds Face US Threat", *Financial Times*, 14 February 2008, p. 8.

② Commission on the European Communities, A Common European Approach to Sovereign Wealth Funds, COM (2008) 115 final, 27 February 2008, p. 4.

③ Press Release, US Treasury Department, "Treasury Reaches Agreement on Principles for Sovereign Wealth Fund Investment with Singapore and Abu Dhabi", 20 March 2008, [www.ustreas.gov/press/releases/hp881.com](http://www.ustreas.gov/press/releases/hp881.com) (last visited 10 December 2020).

④ Benjamin A. Templin, "State Entrepreneurism", Thomas Jefferson School of Law Working Paper No. 1428108, 2009, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1428108](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428108) (last visited 10 December 2020).

⑤ Martin Dixon, *Textbook on International Law* (Oxford University Press, 6th edn, 2007), p. 195.

⑥ Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law* (Hague: Hague Academy of International Law, 2012), p. 68.

⑦ Samuel J. Barkin and Bruce Cronin, "The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations", (1994) 48 *International Organization* 107, p. 107.

⑧ Kal Raustiala, "The Evolution of Territoriality: International Relations and American Law", in Miles Kahler & Barbara F. Walter (ed.), *Territoriality and Conflict in An Area of Globalization* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), pp. 219 - 220.

⑨ Kal Raustiala, "The Evolution of Territoriality: International Relations and American Law", pp. 219 - 220.

主权豁免原则与治外法权规则，或许是发达国家为了实现本国利益最大化而提出的。同时，主权的话语体系建立在道德模式之中。全球化被用来说明豁免和治外法权规则向宽松转变的正当性。治外法权规则与相对豁免规则一起运作。相比之下，绝对豁免规则常常被国内法域外效力较小的国家提出并倡导。<sup>①</sup> 此类国家依赖绝对豁免规则去弥补本国法域外效力的不足和缓解他国法律带来的压力，<sup>②</sup> 以此来保护国外投资者的权利。法律空间性的减弱，或者领土与主权的分离，可归因于全球化浪潮。法律的地域性与法律政治动机和功能的潜在改变联系更加密切。严格的地域性规则或者豁免规则能为国家政府带来间接利益而受到支持。但是相对地域性规则在国家域外权力不断扩大的背景下被证明是更为重要的。

### （三）最新的条约法实践

主权财富基金的兴起对确定此类实体的国际法地位提出了挑战。在国际投资争端解决中心受理的投资仲裁案中，仲裁庭认定投资者购买的希腊主权债券不是双边投资协定保护的投资，因此仲裁庭对投资者提起的仲裁请求没有管辖权。仲裁庭区分了一般债务和主权债务的区别，认为主权债务涉及到政府复杂的政治决定，比如通过增加税收或减少公共开支或投资以偿付主权债务。<sup>③</sup>

在“阿巴克莱特（Abaclat）等人诉阿根廷政府案”<sup>④</sup> 和“联邦快递案”（*Fedax*）<sup>⑤</sup> 中，仲裁庭认定涉案的主权债券具有投资属性，仲裁庭因此对案件有管辖权。由于主权财富基金夹杂着公和私的双重属性，这种依赖于一系列复杂因素确立主权财富基金公私属性的方法，在操作中存在不确定性和不充分性。<sup>⑥</sup> 强调国有实体与政府之间代理关系或履行实质政府功能的国家责任归因原则（state attribution doctrine）或许可以用来补充博若切斯标准，<sup>⑦</sup> 以便确定主权财富基金的功能和活动目标。<sup>⑧</sup> 国际条约也是解决这一模糊问题的途径。

沙特阿拉伯和中国在 1996 年签订的双边投资协定就明文将主权财富基金纳入条约涵盖的投资者范围之内。<sup>⑨</sup> 以美国为首的西方国家正在推进“竞争中性”原则国际化，以此限制国有企

① 有实证研究指出，国家采取限制主权豁免原则与该国的人权保护水平和外贸水平成正相关关系。Pierre-Hugues Verdier and Erik Voeten, “How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity”, (2015) 59 (2) *International Studies Quarterly* 209, p. 209.

② Nico Krisch, “More Equal Than the Rest? Hierarchy, Equality and US Predominance in International Law”, in Michael Byers & Georg Nolte (ed.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 135, 144.

③ *Poštová banka, a. s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 9 April 2015.

④ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5.

⑤ *Fedax N. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3.

⑥ Paul Blyschak, “State-owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and their Investments Protected?”, (2011) 6 (2) *Journal of International Law and International Relations* 1, p. 31.

⑦ 《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 25 (1) 条对“他国国民”的要求不仅包括国民为他国国民的国籍要求，而且包括该国民的商业（而非政府）属性，即从事商业（而非政府）活动。Mark Feldman, “The Standing of State-owned Entities Under Investment Treaties”, in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011* (Oxford: Oxford University Press, 2012), Ch. 15.

⑧ Christopher Beus, “Sovereign Wealth Funds in the ICSID: A New Approach to Standing”, (2014) *Indonesian Journal of International and Comparative Law* 543, pp. 543 – 545.

⑨ Agreement between the Government of the People’s Republic of China and the Kingdom of Saudi Arabia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, China-Saudi Arabia, art. 1 (2) (b) (3).

业在国际经贸活动中的不公平竞争问题。一些新近的国际经贸协定已经开始对国有企业和主权财富基金作出“竞争中性”的限制。新兴经济体在新一代国际经贸规则形成的过程中必须有相应的警觉和行动。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)附件17-E对新加坡的主权财富基金进行了特别规定,基于竞争中性例外原则,对于主权财富基金拥有或控制的国有企业一般给予豁免,但是如果对于主权财富基金拥有或控制的国有企业高管或大部分董事成员任命进行过多干预,或者以其他方式指示和控制国有企业的商业决策,以及向另一国有企业提供非商业援助、作出商业决策指示等行为一旦出现,主权财富基金下的国有企业的豁免则将被取消。这类竞争中性例外规则需要在谈判中预先设计和积极争取。

## 五 初步的结论

在具体争议中的主权或豁免不仅仅是解释意义上,更是构建意义上的法律术语。<sup>①</sup> 本文通过讨论“刚果(金)案”等案件,提炼并阐明了主题。“刚果(金)案”为中国提供了一个确定绝对豁免原则立场和表明处理香港特别行政区对外事务态度的机会。一方面,因为中国的主权财富基金在组织和功能上逐渐与国家相分离,在跨国法律领域内的积极参与不应当使国家背负更多义务(债务)。另一方面,中国法院对可分性事项的裁判态度难以预测,造成了中国可能对主权财富基金的监管空白,外国主权财富基金在中国参与诉讼时可能获得管辖和执行的豁免地位。从长远来看,不论中国对香港地区选择适用绝对豁免是否会削弱特别行政区作为重要经济中心的地位,或者中国对绝对豁免的态度是否会随着中国主权财富基金在功能上更独立于国家而发生转变,这些问题留待未来的法律发展予以解决。换言之,主权的定义受地缘政治环境的影响,因此在很大程度上是自为的。引申而言,主权财富基金作为特殊的商事主体,在后金融危机时代除了显示出更为重要的交易地位外,如何适用主权豁免原则也是国际法上需要解决的问题。

除去技术上的因素,主权的概念在本质上体现了国际关系的持续变化。<sup>②</sup> 作为国际法上永恒的主题,主权概念需要伴随着国际法律体系的发展而得到不断认知。它既是这次全球经济危机余波中需要重构的重点,也是国际法需要审视的问题来源。主权豁免原则作为一项管辖权的例外原则很容易被提升为国际法的优先原则。<sup>③</sup> 在内国法院和国际司法组织的司法实践中,主权豁免原则的适用并不是一成不变,相反,至少在某些领域发展快速。<sup>④</sup>

① Martti Koshenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument - Reissue with a New Epilogue* (Cambridge University Press, 2005), p. 39.

② Xue Hanqin, *Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law* (Hague: Hague Academy of International Law, 2012), p. 68.

③ Rosalyn Higgins, “Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity”, (1982) 29 *Netherlands International Law Review* 265, p. 271.

④ Justice against Sponsors of Terrorism Act (JASTA), s. 2040, 28 September 2016.

# State Sovereignty Immunity Rule in the Aftermath of Global Financial Crisis: Judicial Practice and Theoretical Loophole Surrounding the Sovereign Wealth Funds

*Shen Wei*

**Abstract:** The concept of sovereignty and the state sovereignty rule are in flux in the changing world. Market players including sovereign wealth funds are more engaged in global business activities in a less transparent and politically-driven manner. States, through these vehicles, are pursuing foreign or strategic policy objectives and heavily participating in the political and economic spheres in an unconventional way, distorting the boundary of international law. Sovereign wealth funds not only participate in commercial activities but also exercise the public functions traditionally associated with states (*acts iure imperii*). This dual functions create a black hole in international law. The doctrine of restrictive immunity has come into play and the bulk of municipal court decisions however offered little clear guidance. The immunity rule and the concept of sovereignty in relation to sovereign wealth funds need to be explored in depth. Due to the functional differences between sovereign wealth funds and state-owned enterprises, the state immunity rule applicable to state-owned enterprises cannot entirely apply to sovereign wealth funds. Given the importance of sovereign wealth funds and legalization of competitive neutrality, there is a need to revisit the state immunity rule when it comes to the involvement of sovereign wealth funds in international economic activities.

**Keywords:** The Principle of Sovereignty, State Immunity Rule, Sovereign Wealth Funds, Exception Rules to State Immunity Rule, Treaty Practice

(责任编辑：谭观福)