

國家豁免法中國家的範圍及認定方法

紀林繁*

摘 要 在限制豁免制度下，法院側重於考察被訴主體的行為以決定豁免，但是這不意味著對國家身份的認定不再重要。國家的身份是一國在另一國法院享有管轄豁免的屬人理由，只是在特定例外情形下，法院才能根據屬物或屬事的理由而排除豁免。從各國的實踐來看，國家豁免法中國家的範圍要大於傳統國際法中的國家，它除了包括作為政治統一體的國家之外，還包括國家的政治區分單位、政府部門、代理國家行使職權的各種機構或實體以及國家代表。現實中，由於各國政治制度和經濟體制的差異，國家的代理機構或實體表現形式多樣，不能統一將其認定為國家。從各國的立法來看，對這類代理機構或實體的國家身份的認定大致使用了“職能權力+實際行為”的方法。中國《外國國家豁免法》分三個層次界定了外國國家。其中，第2條第3項“擁有主權權力並據以行事的組織或個人”，可以視為對代理機構或實體的國家身份的界定，這反映了職能主義的要求。《外國國家豁免法》這種區分處理的做法會影響到司法程序中舉證責任的分配。當國內法院在處理涉及國家豁免的案件時，法院對外國國家身份的認定應當以其本國法作為依據；在這一過程中，法院可能會考察被訴方所屬國的法律，但這一法律主要是用以證明被訴方國家身份的參考材料，而不是一種應當適用的法律。

關鍵詞 國家豁免 國家身份 屬人理由 職能主義 法院地法

一、引言

國際法上的國家是指定居在特定的領土之上，並結合在獨立主權之下的人的集合體。^[1] “當人民在主權政府統治下，定居於一塊土地上時，一個真正意義的國家就存在了。”^[2] 在國際實踐中，各國對國家概念的認定標準並沒有太多的爭議。關於一個組織體是否具備國家的資格問題在 1933 年《關於國家權利與義務的蒙特維多公約》的第 1 條得到了說明：

“國家作為一個國家人格者應當具備下列條件：（1）常住之人口；（2）確定之土地；（3）

* 紀林繁，中國政法大學博士後、青島大學法學院副教授，法學博士。

[1] 參見邵津主編：《國際法》，北京大學出版社2008年版，第34頁。

[2] [英]詹寧斯、瓦茨修訂：《奧本海國際法》（第一卷第一分冊），王鐵崖、陳公綽、湯宗舜、周仁譯，中國大百科全書出版社1993年版，第92頁。

政府之組織；（4）與他國交往之能力。”^[3]

盡管該公約本身並不具有普遍的拘束力，但是它的這一規定符合國家形成和存在的事實，確立了國際社會承認國家的基本標準，被大多數國家所接受，這一表述逐步成為了習慣國際法的要求。因此，一個組織體要成為國際法意義上的國家，需要擁有一定的人口，同時必須對這些人口賴以生存的土地實施有效地控制。這一組織體對內擁有獨立的統治體系，通過一定的組織結構實施管理；對外為他國所承認，並具有同他國交往的資格與能力。^[4]其中，主權是塑造國家最重要的因素。它確保了國家在法律人格上的獨立性，構成了國家享有國際權利、承擔國際義務的前提。正是因為擁有主權，國家才享有了國際法上的人格。大多數時候，作為政治統一體的國家並不直接參與國際事務，其人格必須通過具體化的組織或實體的行為方可得以展現。^[5]這些組織或實體通常作為國家的代表被賦予了主權職能，並因此得被視為國家。這樣，國際法中國家的範圍就不再局限於具有領土、人口、政府組織和主權能力的政治統一體。

另一方面，國家作為國際法體系的基本主體，是履行國際法義務的主要保障，亦不能被過度泛化。由於意識形態、文化傳統和政治制度的差異，國際社會對哪些組織或實體可以構成國家存在認識上的分歧。在國家豁免問題上，這種情況表現的尤為突出，其中最為關鍵的兩個問題在於：（1）外國國家的範圍以及認定方法，特別是採取何種標準判定一些機構或實體能否構成國家豁免法意義上的國家；（2）在認定被訴實體的國家身份時應當依據何種法律。本文擬圍繞這兩個問題展開論證，並根據《外國國家豁免法》的規定探討中國在處理有關問題時的應然做法。

二、國家豁免法中的國家身份

（一）國家活動範圍的擴張

國家豁免不是通過國際條約締造出來的一項制度，而是在各國司法實踐中逐漸形成的一項習慣國際法。它並沒有明確可界定的開端，也沒有確定的形成過程。^[6]但是，早期國家豁免的形成受到了國內法上的主權豁免以及外交豁免的影響卻是一個不爭的事實。^[7]近代以前的封建社會，君主是國家的代表，其作為主權者具有至高無上的權力，甚至不受法律的拘束，在國內享有主權豁免。這一時期，君主的活動範圍一般限於本國境內，因而實踐中很少出現一國君主在他國法律地位的問題。隨著國家間交往的深入，一國君主出訪外國的機會日益增多，在這種形勢下，一國的君主自然希望其在國內享有的主權豁免能夠延伸至本國之外。於是，基於禮讓與互惠考慮，各主要國家的君主相互給予對方以豁免以確保他們在其本國所享有的尊嚴不至於因地域的變化而受到貶損。而常駐外交使節制度的形成又推動了國家間外交關係向縱深發展，外交使節既然是一國君主的代表，那麼當然要享有同君主一樣的待遇，因此，外交豁免被提出並得到了當時主要國家的認可。這些制度實踐為日後國家豁免原則的出現奠定了堅實的基礎。

隨著工業革命的發展，國際交通方式取得了巨大的進步，這使得各國間的政治經濟往來日趨緊

[3] *League of Nations Treaty Series*, Vol.165, No. 3802.

[4] 國際法理論上對國家的形成有兩種主張：“宣告說”與“承認說”。See Malcolm D. Evans, *International Law (Fourth Edition)*, Oxford University Press, 2014, p.236-241.

[5] 參見[英]伊恩·布朗利：《國際公法原理》，曾令良、余友敏譯，法律出版社2007年版，第65頁以下。

[6] See Gamal Moursi Badr, *State Immunity: An Analytical and Prognostic View*, Springer Science & Business Media, 2013, p.9.

[7] 參見龔刃韜：《國家管轄豁免原則的歷史起源》，載《中國法學》1991年第5期，第91頁。

密。美國獨立戰爭和法國大革命推動了近代資本主義制度的建立。資本主義國家出現以後，其職能不斷擴張，政府開始直接參與各種經濟活動。相應地，各國的對外活動也超脫出傳統的外交領域，逐步擴大到其他領域。^[8]這樣，外國政府與他國公民或法人之間的交往關係隨之增多，出現糾紛在所難免，由此，外國國家的管轄豁免問題開始出現。美國聯邦最高法院在1812年的“斯庫諾交易號案”中明確闡述了國際法上管轄豁免的一般原理：

“一個主權者在任何方面都不從屬於另一主權者，他負有最高的義務不把自己及其主權置於另一主權者的管轄之下，從而損害其國家的尊嚴……”

各國主權完全平等和絕對獨立，共同的利益促使他們相互交往並和平相處，由此產生了各主權國家放棄行使各自享有的一部分完全排他的屬地管轄權的情況。”^[9]

此後，英國、法國、德國、比利時、意大利以及奧地利等主要資本主義國家在司法實踐中相繼確立了這一原則。^[10]到19世紀，國家及其財產管轄豁免在國際法的理論和實踐中已經得到了普遍承認。^[11]

國家豁免原則的發展同國家活動範圍的變化有著密不可分的聯系。在19世紀以前，國家的活動相對簡單，政府的職能限於政治與外交，整個國家行為都服務於國家的主權性事務，因此，在這一時期，國家在所有的情形中都享有在管轄權上的完全豁免，絕對豁免主義占據了主導地位。在早期的國家實踐中，這種因國家身份而享有完全豁免的做法極為常見。但是，隨著國家職能的擴張，政府介入經濟活動的程度越來越深，人們不希望對國家在商業方面的行為給予主權行為一樣的特殊待遇。特別是由於政府代理機構、公共事業單位、國有企業數量的增多，它們參與民商事活動的情況也日趨頻繁，如果出現爭議，允許這些機構和企業以國家的身份援引管轄豁免，那麼將不恰當地賦予它們以優於私人公司的法律地位，這顯然有失公平。^[12]因而，在一些國家的司法實踐中將外國國家的行為區分為統治權行為（*acta jure imperii*）與管理權行為（*acta jure gestionis*）。只能給予一國所從事的政治、外交以及軍事行為等基於統治需要而發生的主權行為以管轄豁免。而不再給予一國從事的經濟、商業行為等管理需要而發生的非主權行為以管轄豁免。

事實上，國家活動範圍的擴張打破了傳統市民社會與政治國家的二元對峙格局，國家越來越多地介入到市民生活並以一種類似私人的方式參與民事活動，這使得國家豁免問題呈現出一種複雜化的趨勢。國家的代理機構或實體儘管不是傳統國際法上的那種作為政治統一體的國家，但是因其承擔著國家的主權職能、具備主權者的身份，從而享有管轄豁免。從這個意義上講，國家豁免國際法的權利主體的範圍有擴張之勢。

（二）確定國家資格的主權標準

從國際政治實踐來看，國家豁免是國家間解決彼此主權沖突的一種妥協方式，主權國家當然享有國家豁免的權利。國家的行為要通過代表國家行使主權權力的實體或個人的行為表現出來，因而，國家豁免要通過給予代表國家從事主權活動的實體或個人以豁免權來實現。^[13]國家豁免問題中國家的範圍通常要大於作為政治統一體的主權國家。就其外延，國家豁免中的國家所指向的不僅是具有國際法人格的政治統一體，而且包括了國家內部的組織機構、政府部門、政治區分單位、特定

[8] 參見龔刃朝：《國家管轄豁免原則的歷史形成過程》，載《中外法學》1991年第1期，第88頁。

[9] *Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) 7 Cranch 116.

[10] 參見龔刃朝：《國家豁免問題的比較研究》，北京大學出版社2005年版，第31-40頁。

[11] 參見黃進：《國家及其財產豁免問題研究》，中國政法大學出版社1987年版，第21-47頁。

[12] 參見紀林繁：《不得援引國家豁免的商業交易訴訟研究》，法律出版社2016年版，第48頁。

[13] 參見趙建文：《國家豁免的本質、適用標準和發展趨勢》，載《法學家》2005年第6期，第20頁。

的被授權實體以及國家代表等主體。^[14] 可以說，凡是具有主權職能的單位或個人都可能構成國家豁免法上所謂的國家。

晚近以來，國家豁免逐步從絕對豁免主義轉向了限制豁免主義。^[15] 在國家身份的認定中，法院愈加依賴對主體行為的判斷。絕對豁免主義遵循“因人豁免”的邏輯，只要確認了被訴主體的國家身份，那麼它就有權在法院援引管轄豁免；限制豁免主義引入了“因事豁免”來對“因人豁免”加以限制，^[16] 對一國的豁免不再絕對地以身份作准，在解決了國家身份問題之後，還要審查國家的行為是否屬於主權行為；有時甚至通過主體的行為推斷其是否具備國家資格。

國家豁免的理論基礎在於各國主權平等的國際法原則。儘管限制豁免主義對國家豁免的範圍施加了限制，但其在本質上仍遵循了國家主權平等原則的要求。它的邏輯基礎在於以主權為標準對國家行為予以區分，對於一國的主權行為，給予其管轄豁免；而對於一國以平等主體的身份參與的民事活動，則不包含主權因素，不能給予管轄豁免。可以說，國家行為的二分法為限制豁免主義的適用找到了一種明確可行的標準，構成了司法實踐中適用限制豁免主義的方法論。由於限制豁免主義這種側重考察行為的特點，它擺脫了結構主義靜態識別國家的缺陷，從而使一些傳統上不被認為國家或政府範疇的公共組織、事業單位、國有企業等也可能被納入國家之域。

在限制豁免的背景下，法院側重於從行為的性質或目的來決定豁免問題，但是，這並不意味著對國家身份的認定無足輕重。對國家身份的認定與對行為的識別是交互作用的。實踐中，國家身份的認定對於豁免問題仍有至關重要的影響。國家豁免的對象是外國國家及其財產，因而，究竟什麼是外國國家，哪些機構或個人可以歸屬於外國國家，哪些財產屬於國家財產是適用國家豁免原則首先要解決的問題。不解決國家身份的問題，對所謂的行為性質或目的的判斷也就無從談起。當被訴主體不具備國家之身份時，它自然沒有援引國家豁免的權利；當被訴主體具備國家之身份時，也並不必然表明它就享有國家豁免權，而是要進一步分析其行為的主權性，只有它所從事的行為屬於主權行為時，才享有豁免權。

可以說，國家身份的認定仍是決定外國國家是否享有管轄豁免權的重要環節，它是限制豁免主義進行行為判斷的前提條件。正因如此，有關的國際公約以及各國立法通常都有專門的條款對國家的範圍加以界定。

三、國際條約與國內立法的有關實踐

（一）《關於國家豁免的歐洲公約》對國家的界定

1972 年《關於國家豁免的歐洲公約》是世界上第一個生效的有關國家豁免的多邊條約，它的開放簽署為歐洲地區形成統一的國家豁免規則提供了制度保障。^[17] 這部公約順應了國際法的發展趨勢，採取了限制豁免的立場。它主張以主權為標準限制國家豁免的範圍，規定了一系列不得援引管轄豁免的事項，對一國是否享有豁免權的判斷從身份轉向了行為。

公約在審查一國的豁免問題時重視對國家行為的認定，因而，公約的約文並沒有對何謂外國國家給予確切的界定，也沒有對外國國家的範圍給出詳細的描述，只是在第 27 條說明締約國資格時

[14] 參見江國青：《聯合國國家及其財產管轄豁免公約——一個並不完美的最好結果》，載《法學家》2006年第2期，第14頁。

[15] See Yang Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p.11.

[16] 參見趙建文：《國家豁免的本質、適用標準和發展趨勢》，載《法學家》2005年第6期，第21頁。

[17] 參見楊玲：《歐洲的國家豁免立法與實踐》，載《歐洲研究》2011年第5期，第142頁。

附帶性地提及了國家身份的問題：

1. 本公約所稱之締約國不包括與之有區別的、可以起訴或被訴的締約國的任何法律實體，也不因該實體經被授予公共職能而有所不同。

2. 第1款所述之實體可以同私人一樣在另一締約國法院對之起訴，但是，法院對有關實體行使國家主權的行為，不得受理。^[18]

顯然，第27條第1款的規定並不是為了解釋何謂國家豁免中的國家，而意在說明締約國的範圍，即哪些主體可以成為締約國而參加到公約之中。這是因為在國家豁免問題上國家的範圍要大於作為國際法主體而具有締約能力的國家；如果將兩者混淆，可能會不恰當地將一些原本不具有締約能力的所謂“國家”引入公約體系。第27條第2款則說明了，一些實體即便不屬於締約國的範圍，只要在履行國家主權的行為，那麼它就享有管轄豁免。這表明，在公約框架下，享有國家豁免的主體除了主權國家之外，還包括一些被授予主權職能的法律實體，這些實體只要在從事國家的主權活動就得援引管轄豁免。行為的性質對於決定豁免問題有著主導性的作用。

公約第27條通過引入“法律實體”的概念把國家豁免的判斷依據從對國家身份的關注轉向了对實體行為的關注，這樣，那些原本不屬於國際法上的主權國家的政府機構、地方政府、社團法人乃至國有企業等主體都可以被納入法律實體，進而根據這一實體所實施的行為的性質來決定豁免與否。^[19]例如，公約第28條第1款規定了，組成聯邦國家的各邦不享有豁免權。這種原則性的表述並不意味著一國國內的地方政府在任何情況下都不再享有豁免權；其實，地方政府等實體仍可以藉由第27條第2款對其因承擔主權職能而實施的國家行為在相關訴訟中援引豁免。

歐洲公約所採用的“法律實體”的概念產生了深遠的影響，美國在1976年《外國主權豁免法》中引入了“實體”的概念用以容納除政府部門或政治分支機構以外的可能承擔主權職能的任何機構或部門；英國在1978年《國家豁免法》中使用了“獨立實體”的概念，並將其擴展到英聯邦國家的立法體系之中。

（二）美國《外國主權豁免法》對國家的界定

1976年美國《外國主權豁免法》是世界範圍內首部有關國家豁免的國內立法，它在第1603條的用語中明確闡釋了作為豁免主體的外國國家的範圍。按照《外國主權豁免法》，只有外國國家才能在美國聯邦法院或地方法院援引管轄豁免，因此，這部立法首先以列舉的方式指出了外國國家的外延。從表述上，外國國家分為三種類型：作為政治統一體的外國國家、外國的政治分支機構以及外國的代理機構或部門。第1603條的規定是有層次的，雖然外國國家的範圍十分廣泛，外國的政治分支機構、外國的代理機構或部門都被認定為“國家”，但卻不能將它們等同視之。外國代理機構或部門並不嵌套於政府的組織結構之中、也不天然地擁有公共權力，對其國家身份的認定有更為嚴格的要求。在該法第1608條對於不同主體所設定的不同送達方式中也可以看出這種區別。

《外國主權豁免法》第1603條納入外國的代理機構或部門的做法擴大了外國國家的範疇。^[20]按照第1603條（b）款的要求，外國的代理機構或部門並不必然具有公共職能，它們有別於外國國家的政府部門。這類機構或部門要想援引管轄豁免，必須滿足下列條件：第一，人格的獨立性；第

[18] See Andrew Dickinson, Rae Lindsay, James P Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2004, p.20.

[19] 參見紀林繁：《不得援引國家豁免的商業交易訴訟研究》，法律出版社2016年版，第121頁。

[20] See Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, p.333.

二，外國國家對其形成了直接的控制關係；^[21] 第三，不隸屬於美國或任何第三國。^[22] 據此，那些由外國國家控制的國有企業可能通過外國的代理機構或部門的管道被納入到國家的範疇。在美國法院的判例中，外國國家控股的貿易公司、礦山企業、國有航空公司、政府採購機構以及中央銀行都曾被視為外國國家。^[23] 受制於政治制度和經濟模式的影響，社會主義國家與資本主義國家對於國有企業的存在形態有著不同的認識，對於國有企業是否具有國家的身份，各國之間並沒有統一的意見。這具體要看這些國有企業是否承擔了政府職能並實施了主權行為，對此法院有根據案情裁量判斷的權力。有時，在某個案件中對某一實體的身份認定不僅僅是一個法律問題，而且還是一個影響到國家間關係的政治問題，法院可能需要行政部門的意見支持。這時，行政部門出具的意見對法院的判斷有著重要影響。^[24] 為了進一步申明何謂外國國家，《外國主權豁免法》在第 1603 條（c）款還界定了美利堅合眾國的範圍。

（三）英國《國家豁免法》對國家的界定

1978 年英國《國家豁免法》在補充條款第 14 條規定了“享有特權與豁免的國家”。該條的第（1）款指出，這部立法所規定的特權與豁免適用於外國國家，並列舉了外國國家的主體構成。其中，（a）項認為，君主或國家元首代表了國家，具備國家資格；但這種資格附有條件，即君主或國家元首在執行公職的情況下方得構成國家。根據《國家豁免法》第 20 條，君主或國家元首又享有 1964 年《外交特權法》所規定的外交特權與豁免。所以，從立法的結構來看，這部立法區分了“國家豁免”與“外交豁免”。第 20 條又重申“國家元首”的問題旨在說明一國的君主或元首不僅受到《國家豁免法》的保護，而且也受到《外交特權法》的保護。^[25] 這兩部立法所規定的國家君主或元首的豁免權不是一種互斥的關係而是一種互補的關係，從而不致減損其權利。值得注意的是，第 20 條（5）項在君主或元首的國家豁免問題上特別強調了“行使公職”這一要件，這意味著，一國君主或元首如果沒有實際以公職身份行事，那麼他將不會受到國家豁免的保護。這一規定貫徹了這部立法以行為認定國家豁免的限制主義立場。

鑒於在國家豁免問題上國家並不僅限於作為政治統一體的主權國家，因而，對國家身份的審查就顯得十分重要。對於這一問題，英國《國家豁免法》給出了一種頗具建設性的方案：將該法第 14 條（1）款同第 21 條的有關規定加以綜合考量。^[26] 按照第 21 條的規定，如果有國務大臣或其代表出具的關於國家問題的證明文書，那麼它構成一種對國家認定的結論性證據。這反映出了國家豁免問題所帶有的政治屬性以及司法權對行政意見的必要尊重。

第 14 條（1）款的（b）、（c）項闡明了政府和政府部門具有國家之資格，有權援引管轄豁免。通常，一國之政府是一個龐大而複雜的組織，在行政權日益擴張的背景下，一些社會團體、事業單位、國有企業等都可能經由法律的授權獲得公共職權，從而構成所謂的政府。^[27] 實踐中，各國

[21] 在 *Dole Food Co. v. Patrickson* 案中，美國聯邦最高法院認為，被告死海公司不屬於《外國主權豁免法》中所指的外國的代理機構或部門，因為它們的股權被以色列政府的下屬部門持有，而不是由以色列國家所直接持有。See *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 US 468, 479 (2003); 123 S Ct 1655 (2003).

[22] 參見紀林繁：《不得援引國家豁免的商業交易訴訟研究》，法律出版社 2016 年版，第 123 頁。

[23] 參見李慶明：《美國的外國主權豁免理論與實踐》，人民日報出版社 2021 年版，第 43 頁。

[24] 參見張啟扉：《美國司法豁免認定權的配置及其啟示》，載《國際經濟法學刊》2021 年第 4 期，第 125 頁-143 頁。

[25] See Andrew Dickinson, Rae Lindsay, James P Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2004, p.434.

[26] 參見紀林繁：《不得援引國家豁免的商業交易訴訟研究》，法律出版社 2016 年版，第 125 頁。

[27] 參見[日] 藤田宙靖：《行政法總論》（上卷），王貴松譯，中國政法大學出版社 2023 年版，第 15-19 頁。

對政府及政府部門是否包含這些授權組織存在意見分歧。對此，英國《國家豁免法》持有一種否定態度，它引入了“獨立實體”的概念，認為這類實體有別於一國的政府機構，它們並不當然地被視為國家。^[28]

在這部立法中，獨立實體的國家地位需要滿足更加嚴格的條件。英國法院一般會根據第14條（2）款的要求來推斷涉案的主體是否構成了國家。^[29]這類實體得享有豁免必須滿足兩項條件：代為行使主權權力，並且屬於外國國家可以援引豁免的情形。其實，第14條（2）款說明，英國《國家豁免法》區分處理了“國家及其政府機構”與“被國家授權的實體”，對於前者，特別是在國務大臣或其代表出具證明文書的情況下，通常不必再特別證明其國家身份；對於後者，它們本質上不屬於國家、不具有普遍意義上的豁免資格，只有在其被授權代理國家行使主權權力時才構成所謂的國家，並獲得了援引豁免的機會。

第14條（3）、（4）款是英國《國家豁免法》在議會審議通過時被加入的。^[30]這兩款旨在說明管轄豁免與強制措施豁免是分離的兩個問題，享有豁免權的獨立實體在訴訟程序中接受了法院的管轄不代表它放棄了免於強制措施的豁免。其中，第（4）款特別說明了中央銀行或金融主管部門的豁免地位問題。在此，中央銀行沒有直接歸入第（1）款（c）項的政府部門，這主要是因為不同政治體制下中央銀行所承擔的職能有著很大的區別。在一些國家，中央銀行的主要職責是對國民經濟的進行宏觀調控，制定和執行貨幣政策，並對金融業進行監管。這時，中央銀行無疑應當屬於政府部門。但是，在另一些國家，中央銀行還可能從事以營利為目的的金融服務，這就帶有了很強的商業色彩。在英國的司法實踐中，外國中央銀行簽發信用證^[31]、出具期票^[32]以及轉移股份的行為都曾被視為商業活動被拒絕豁免；相反，發行鈔票^[33]、管理國家的外匯儲備的行為則被視為主權活動而享受豁免。有鑒於此，英國的《國家豁免法》並沒有將中央銀行或金融主管部門預設為政府部門，而是采取了一種因事制宜的方法。當在某些情形下一國的中央銀行或金融主管部門不屬於政府部門時，它們仍可以作為獨立實體而援引豁免，^[34]同時，它們的財產不應視為“被用於或意圖用於商業目的”的財產而遭到強制執行。

第14條（5）款指出，經樞密院之命令聯邦國家之邦國可以作為“國家”而享有豁免權。在《國家豁免法》頒行以前，英國法院一般傾向於承認聯邦國家的組成單位享有豁免，而新的立法對此附加了條件：倘若沒有樞密院的命令，聯邦國家的組成單位就不能當然地被視為“國家”而享受豁免。這一條款似乎推翻了以往的實踐，但事實並非如此。按照第（6）款的規定，在缺乏樞密院命令的情況下，聯邦國家的組成單位還可以藉由獨立實體的身份來援引管轄豁免。

第14條採用了一種階層遞進式的規定，它內在的邏輯在於：主權國家——國家的表現形式——獨立實體。第14條首先肯定了作為政治統一體的國家享有特權與豁免；其次，對國家的一般表現

[28] See Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012, p.232-241.

[29] See Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, p.253.

[30] See Andrew Dickinson, Rae Lindsay, James P Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2004, p.398.

[31] See *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* (1977) QB 529; *Hispano Americana Mercantil SA v. Central Bank of Nigeria* (1979) 2 Lloyd's Rep.277.

[32] See *Cardinal Financial Investment Corp. v. Central Bank of Yemen*, 12 April 2000, Longmore J; 1999 folio no. 1195 QBD (Comm. Ct); *Central Bank of Yemen v. Cardinal Financial Investment Corp.*(No. 1) (2001) Lloyd's Rep.Bank 1, CA.

[33] See *Camdex International Ltd v. Bank of Zambia*, (No. 2) (1997) 1 All ER 728.

[34] See Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2008, p.254.

形式做出列舉：君主或元首、政府、政府各部門；再次，介紹了獨立實體，並申明了獨立實體享有特權與豁免的一般條件；最後，列舉了若干特殊的機構或單位，並闡述了它們構成獨立實體時的豁免問題。

英國《國家豁免法》接續《關於國家豁免的歐洲公約》對“法律實體”的規定，創造性地使用了“獨立實體”的概念來延展國家的範圍。實踐中，英國法院可以通過對第14條規定的解釋把那些因政治體制差異而造成的他國特有的機構、部門或企業納入其中，在通過對是否“代理國家行使主權行為”的標準來判斷這類實體是否享有管轄豁免。英國作為英聯邦的宗主國，它的這種立法方案被其他的英聯邦國家廣泛接受，對《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》有關國家問題的規定產生了重要影響。新加坡1979年《國家豁免法》第16條第（2）款、^[35] 巴基斯坦1981年《國家豁免條例》第15條第（2）款、^[36] 馬拉維1984年《特權與豁免法》第16條第（2）款，澳大利亞1985年《外國主權豁免法》第3條第（1）款^[37] 都採用了“獨立實體”的概念，並對其豁免條件做出了要求。

（四）《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》對國家的界定

2004年通過的《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》在回顧和借鑒以往條約實踐和國內立法經驗的基礎上，對國家豁免問題中“國家”一詞進行了特別說明。公約第2條1款（b）項指出：

“國家”是指：

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

公約在開篇就指出，其宗旨在於通過對國家及其財產管轄豁免問題的規定保護國家在與自然人或法人交易方面的法律確定性，對國家的界定構成了國家豁免適用的前提。因此，公約在第2條詳細闡述了“國家”的涵義，從而為準確地適用公約的實質條款做好鋪墊。

根據公約第2條第1款（b）項之規定，國家包含四種類型。這裏的國家不僅包括作為政治統一體的主權國家、政府及其工作部門，而且還包括了那些行使公共職能的單位或實體、甚至包括了以國家代表身份行事的自然人。在第2條第1款（b）項所列舉類型中，第（2）目至第（3）目只有在滿足了一定條件：某一單位、機構、實體或代表必須被授予了主權職能而且實際行使主權權力時，方能構成公約所謂的國家。這暗示了，某一主體在特定時期內所具有的主權職能以及行事的主權特徵構成了一國法院審查其管轄權的關鍵所在。倘若某一主體不享有主權職能或雖享有主權職能但並未實際行使主權權力，那麼其不具備國家的身份，當然也就不會享有豁免權。

值得注意的是，第2條第1款（b）項所界定的國家只是在國家豁免法框架下的概念，它超越了通常意義上國際法所謂的國家，因此，它對國家的定義不具有普遍適用性。

1. 國家及其政府機關

根據公約第2條第1款（b）項（1）目之規定，“國家”的用語包含了作為政治統一體的主權國家、政府及政府的各種機關。按照國際法委員會的意見，這裏的國家是指以自己的名義並通過各種政府機關行事的國家本身，包括中央政府、政府內的不同系統、機關或部委，部委下屬的部門、

[35] See Andrew Dickinson, Rae Lindsay, James P Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Press, 2004, p.511.

[36] Ibid., p.502

[37] Ibid., p.470

司局或辦公署，附屬機構以及對外代表國家的外交部門、領事機構、常駐使團等。採用“政府的各種機關”的表述是為了攬括政府的所有部門及分支，而不僅僅限於行政系統。^[38] 至於一國政府的組織形式則無關緊要。

實際上，一個國家在其絕大部分的國際事務上通常由政府代表，對以政府為名的訴訟同對國家直接提出的訴訟沒有本質的區別。^[39] 正如國家由政府代表，而政府同國家基本上互為一體一樣，政府通常由國家機關或政府部門組成，並由它們代表政府行事。這些國家機關或政府部門雖然缺乏作為一個主權實體的國際法律人格，但它們仍可以作為國家或其中央政府的代表行事。就此而論，對國家機關或政府部門的訴訟的實際效果如同對該國政府的訴訟一樣。^[40]

政府的外交部門也享有國家豁免權，同時，它又受到外交豁免制度的保護。事實上，公約在第3條第1款指出，公約內容不妨礙國家根據國際法所享有的外交特權與豁免。可見，國家豁免與外交豁免這兩項制度並行不悖，外交部門受到國家豁免與外交豁免的雙重保護。

2. 邦國或地方政府

考慮到各國在國家結構形式上有單一制與複合制之分，公約第2條第1款(b)項(2)目採取了“聯邦國家的組成單位或國家政治區分單位”的措辭以便將聯邦制國家與單一制國家的情況都加以統攝。“聯邦國家的組成單位”主要是指在複合聯邦制下的邦國或州；“國家政治區分單位”則是指在單一制國家中除中央政府以外的地方政府，無論其名稱是省、縣、州、府抑或其他。

通常，單一制國家呈現出一種層級式的管理結構，地方政府受到中央政府的嚴格控制。所以，單一制國家的地方政府到底能否構成國家、享受豁免待遇一直存有爭議。

出於自身利益的考慮，複合聯邦制的國家傾向於規定邦國或地方政府具有國家的身份以便使其援引豁免。美國《外國主權豁免法》第1603條(a)款、加拿大《國家豁免法》第2條以及澳大利亞《外國主權豁免法》第3條第3款(a)項在界定國家範圍時都將政治分支機構或組成單位等地方政府納入其中。但這可能不當地擴大豁免主體的範圍。因而，有些法律文件並不直接承認組成聯邦國家之邦國的豁免資格。例如，《關於國家豁免的歐洲公約》第28條第1款就原則性地規定，組成聯邦國家的各邦不享有管轄豁免權。從形式上看，將國家的組成單位或政治區分單位列為國家擴大了享有國家豁免的主體範圍，但事實未必如此，因為公約對此附加了兩項重要的條件。

其一，聯邦國家的組成單位或國家政治區分單位被授予了主權職能，有權行使主權權力。對於這類邦國或地方政府是否具有主權職能，通常要以其本國的國內法為依據作出判斷。客觀而言，作為一國政治系統有機組成部分的邦國或地方政府都承擔了一定的主權職能，並擁有行使主權權力的能力。

其二，聯邦國家的組成單位或國家政治區分單位必須基於主權身份行事。這意味著，對於邦國或地方政府所從事的主權行為，它得享有管轄豁免；而對於其所從事的非主權行為，由於沒有實際運用主權權力，自然不應享有管轄豁免。似有一種觀點認為，“以主權身份行事”的措辭並沒有為條款增添新的內容。^[41] 但是，有權行使主權權力和實際行使主權權力畢竟是兩回事。有權行使主權權力代表的是一種資格，但沒有反映出行為的性質；實際行使主權權力則說明了行為帶有主權性。

[38] See International Law Commission, *Commentary on Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 1991, draft art.2, para.6.

[39] Ibid., para.9.

[40] Ibid., para.10.

[41] See Roger O'keefe, Christian J. Tams, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2013, p.50.

這一措辭反映了限制豁免主義以行為為標準判斷豁免的邏輯。

3. 國家機構、部門或其他實體

根據公約第2條第1款(b)項(3)目之規定，國家機構、部門或實體也可以作為國家而享有管轄豁免權。從內容上看，它同第(1)目似有重合。但是，這裏的國家機構、部門或其他實體不同於政府的各機關，它是指那些並不隸屬於政府、但卻承擔著公共職能、具有官方背景的機構或部門，包括一些事業單位、社會團體以及國有企業等。例如，美國的郵政局、航空航天局、能源部、鐵路客運公司、國家科學基金等機構或部門是獨立於美國政府的機構，^[42]有些實體甚至是以企業的形式存在的，但這些機構或部得到了美國政府的資助，服務於社會公共利益、支持美國的國家戰略目標，在美國經濟和社會發展中扮演著重要的角色。中國亦有類似的情況。中國的新華社、科學院、法學會、電信公司、煙草公司等並不是組織法上的國家機關或政府部門，但是它們大都承擔著公共服務的職能、負責完成國家指派的任務，在特定條件下，它們可以視為政府在某一領域的化身。

一般認為，機構或部門兩個用語沒有嚴格的界線，兩者是可以交換使用的。公約起初的草案並不包含“其他實體”，這一用語是在二讀時加上的，其目的是要包括在特殊情況下被授予政府權力的非政府實體。現實中有這樣一種趨勢：一些國家將部分政府權力讓渡給民間組織或私人實體，讓它代為行使國家的主權權力、完成一定的國家任務。例如，有些商業銀行得到了政府授權負責審批外匯業務或核准進出口許可，這種業務完全屬於政府權力的範圍，所以，在民間組織或私人實體履行這種政府職能的情形下，應當將其視為“國家”。依據國際法委員會的意見，一國政府投資設立或參股控制的、從事商業活動的國有企業可以作為“其他實體”而構成國家。^[43]這意味著，國家豁免法中國家的範圍是極為廣泛的。

現實情況是複雜多變的。國家機構、部門或其他實體可以構成“國家”並不意味著它當然地就是“國家”。在何種情況下一個機構、部門或實體得以確定為國家有兩項必要條件。第一，它是否得到授權而承擔一定的主權職能、擁有行使主權權力的資格；第二，它是否實際行使了主權權力、所實施的行為是否具有主權性質。只有在某一國家機構、部門或其他實體在“有權行使並且實際在行使主權權力”的情況下，其方能被視為國家。

4. 國家的代表

公約第2條第1款(b)項(4)目規定了自然人被視為“國家”的情形。公約採用了“代表”一詞用於概括代表一國政府行使主權權力的君主、元首、外交部長等所有的個人。具有國家代表的身份並非是構成“國家”的充分條件。國家代表還必須實際以國家代表的身份行事、履行公職才被視為“國家”。

在認定個人的國家身份時，常會遇到時際法的問題：已離任的國家代表能否就其行為援引國家豁免。公約第2條第1款(b)項(4)目沒有對前任代表的身份問題表達一般性意見。國際法委員會認為，國家豁免不因一國代表的更換或終止而受到影響；前任代表對在其履職期間所從事的行為仍有權主張豁免。^[44]這一解釋貫徹了限制豁免主義以行為判斷身份的邏輯。

總體而言，公約第2條第1款(b)項對國家的解釋是極為寬泛的，有些條目在表意上難稱精確、邏輯上亦有重複之嫌。但這是基於現實的考慮而做出的必要妥協。在限制豁免背景下，國家豁

[42] 參見王明揚：《美國行政法》（上冊），中國法制出版社2005年版，第187頁-190頁。

[43] See International Law Commission, *Commentary on Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 1991, draft art.2, para.15.

[44] Ibid., para.18.

免制度更側重於對主權行為的保護，國家的範圍要遠大於傳統國際法上的國家。公約所使用的國家“組成單位”或“政治區分單位”、“國家機構、部門或其他實體”等用語擴展了國家的範圍，使更多的主體被納入國家豁免的保護範疇，從而為那些實際行使主權職能的實體提供了周全的保護。除第（1）目外，公約在認定某一主體的國家身份時基本都要求“有權並實際行使”主權權力，這種對職權與行為的雙重要求為後續其他國家的立法提供了借鑒。

四、各國立法對國家界定的模式及中國的立法情況

（一）各國立法對國家的區分處理

《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》通過後，又有不少國家以公約為模板展開了立法活動。以色列、日本、西班牙、俄羅斯以及中國等國家在對公約文本有所損益的情況下制定了本國的國家豁免法，這些立法都對外國國家的概念進行了界定。

以色列的《外國國家豁免法》在第1條的定義中規定了“外國國家”，“外國國家”包括構成聯邦國家的組成單位、政府機構或部門、在其職務活動中對外代表國家的官方機構以及獨立實體。同時，它又對“中央銀行”與“獨立實體”單獨加以闡釋。“中央銀行”系指任何作為中央財政機構的國家部門；“獨立機構”是指具有外國政府資格的法人實體。該法在對外國國家的界定中並沒有特別強調擁有主權職能並且實際行使主權權力這一特徵性要件。

日本的《對外國國家民事裁判權法》在第2條定義中指出，“外國國家是指除日本國以外的下列實體：（1）國家及其政府機關；（2）有權行使主權權力的聯邦國家的州或其他國家的行政區分單位；（3）除了前兩項以外的被授權行使主權權力的實體；（4）前三項所列實體中履行相應職責的代表。”該法採用了同聯合國公約類似的表述，將有權行使主權權力作為某一實體構成國家的必要條件。

西班牙《有關外國政府享有特權與豁免的組織法》在第2條定義中規定了“外國國家政府”的內容，具體包括：（1）政府及各政府部門；（2）有權行使主權權力的州政府或政府分支的各部門；（3）有權行使主權權力的政府各機構以及其他公共機構；（4）有權行使國家主權的政府代表。同時，該法又對“國家元首”、“政府首腦”、“外交部長”、“國際組織”以及“國際會議”等用語進行了解釋說明。

俄羅斯《外國國家及其財產在俄羅斯聯邦的管轄豁免法》第2條闡明了外國國家的概念，包括四個方面的內容：（1）除俄羅斯聯邦以外的國家及其國家機關；（2）有權行使主權權力並以該身份行事的外國國家的組成單位及其機構；（3）有權行使並實際行使主權權力的機構或實體，無論其法人地位如何；（4）以外國國家代表身份行事的代表。該法對國家的界定基本沿襲了聯合國公約的表述方式，除了作為政治統一體的主權國家以外，無論是單位、機構或實體只有在滿足有權行使並實際行使主權權力的條件下才能被視作國家。

這些國家的立法基本延續了聯合國公約的做法，有層次地規定了國家的範圍，並設定了相應的判定條件。從國際公約以及各國立法的表述來看，國家豁免法中國家的範圍顯然要比傳統國際法上的國家更為廣泛，在此背景下，對外國國家的界定呈現出一種模式化的表達：第一層次是作為政治統一體的主權國家，這一類型的國家通常是由它的中央政府代表、並通過其中央政府的活動展現出來。這類主體的國家豁免權一般不會受到質疑。第二個層次是中央政府及其各機關。正如國家由政府代表一樣，政府通常由政府的各類機關或部門組成、代表政府行事。政府的各機關通常是由國內憲法或組織法加以規定，它們天然地承擔著主權職能，其從事的行為一般都是主權行為。即使它們

介入民事活動或商業交易，大多也不是由其自身實施，而是由其機構或代表代理完成。第三個層次是地方政府，這類主體往往不具有完全獨立的主權，但它們擁有部分主權，在此意義上，它們被認定為國家。第四層次是機構或實體，這類主體的存在形式多種多樣，它們或是各類政府的下設機構或附屬單位、或是承擔公共服務職能的社會團體或媒介、或是擁有政府背景的國有企業，甚至是為實現特定國家戰略或政府目標而組建的實體。這類機構或實體只有在承擔主權職能並且實際行使主權權力的情形下，才能被視為國家。有時，一些國家的立法或條約中還有第五個層次的規定，即國家之代表。毋庸置疑，國家代表的公職身份表明他們承擔著主權職能，但是僅此仍不足以證明其有權援引國家豁免；國家代表還必須實際履行公職、以國家代表的身份行事，方得援引國家豁免。

（二）對代理機構或實體之國家身份的程序化表達

就國際公約和國內立法實踐來看，它們對國家的界定的目的在於肯定“國家”基於屬人的理由在另一國法院享有管轄豁免的權利，只是在法律的例外情形下，方能基於屬物或屬事的理由而不得援引管轄豁免。^[45]對於屬人地位問題，中央政府、國家元首以及政府部門的主權職能往往規定於憲法及組織法中，它們的主權地位毋庸置疑，因而各國普遍承認這些主體的國家身份，並認可其援引豁免的權利。

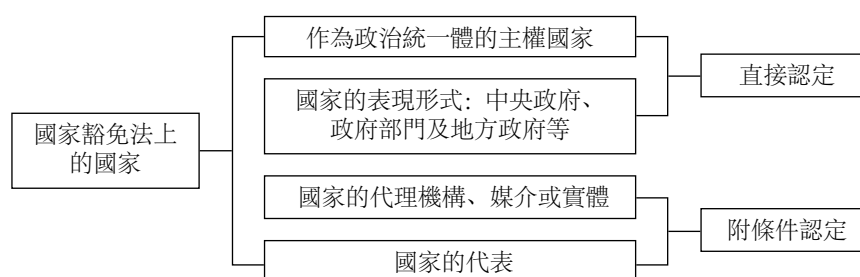
另一方面，現代社會，政府任務繁巨，很多時候政府不得不借助社會組織或私人實體的力量來實現國家戰略或政府治理目標，政府由消極的守夜人轉變為積極的服務者。特別是在行政領域，行政授權現象廣泛存在。一些社會組織、政黨團體、獨立實體等經常被法律法規特別授權而獲得主權職能。^[46]這時，它們就可能具備主權者的身份，進而享有管轄豁免的權利。這種實例並不鮮見。例如，美國航空局是一個專注於航天及太空科學研究的科研機構，同時，它乃是基於《美國國家航天太空法案》而創設，負責制定、實施美國國家的太空計劃，就此而言，它享有主權職能。再如，中國海洋石油公司是一個主營海上油氣勘探開發、煉化銷售的國有企業，它經《中國對外合作開采海洋石油資源條例》的授權負責對外合作開采海洋石油資源的業務，並享有在對外合作海區內進行石油勘探、開發、生產和銷售的特許專營權。因此，它也享有部分的主權職能。對這類國家的代理機構或獨立實體不能單純從國內組織法以及政府結構的視角來否定其援引管轄豁免的可能，而要進一步考察其被法律法規授權的狀況以及實施行為的性質。

由此可知，各國在立法實踐中對外國國家所做類型化處理仍可在理論上做進一步歸納，總結為兩種情形：其一，對於作為政治統一體的國家、中央政府及政府部門一般會直接設定其國家資格；若無特殊的屬物或屬事的理由，對其從事的行為亦會被推定為行使主權權力的主權行為。其二，對於國家的代理機構、獨立實體等組織一般不會直接認可其國家資格，而是引入職能標準，考察這類主體是否得到了法律的授權，同時是否基於這種授權而開展活動。這種立法狀況意味著，外國國家的代理機構或獨立實體在被訴援引豁免時對其國家身份問題要承擔更重的舉證責任。

無論如何，基於各國意識形態和政治體制的差異，在立法或公約中很難把一國那些承擔主權職能的機構或實體一一羅列，對此，一種解決方案是確立識別這類主體的方法。從既有的立法經驗中可以提取公因式而得到一種程序化的表達：“職能權力＋實際行為”。現實中，一些機構或實體經由法律授權在特定領域享有主權職能，但這尚不足以證明其一定會依此職權而行事，也無法推導出其實際行為的主權屬性。易言之，這類機構或實體僅僅獲得法律授權並不足以使其具有援引管轄豁免的國家資格；它們只有在承擔主權職能並且實際行使主權權力的情形下，方得被視為國家而援引管轄豁免。

[45] 參見李穎：《國家豁免例外研究》，知識產權出版社2014年版，第20頁。

[46] 參見胡建森：《行政法學》，法律出版社2015年版，第66-69頁。



（三）中國《外國國家豁免法》對國家的界定及其影響

中國《外國國家豁免法》採納了限制豁免的制度，其第2條指出，外國國家包括：（1）外國主權國家；（2）外國主權國家的國家機關或者組成部分；（3）外國主權國家授權行使主權權力且基於該項授權從事活動的組織或個人。這部立法對外國國家的規定分成了三個層次：首先是作為政治統一體的主權國家；其次是國家機關及地方政府；最後是擁有主權權力並據以行事的組織或個人。儘管它同聯合國公約對國家的列舉不盡相同，但其內在邏輯是一致的。這部立法第2條（3）項規定的內容其實是將聯合國公約第2條1款（b）項的（3）與（4）進行了合並處理。整體而言，《外國國家豁免法》對外國國家的界定符合國際通行的做法和有關國際公約的要求。

從各國實踐來看，有關國家代理機構或實體的管轄豁免是一個複雜而又極具爭議的問題。對於外國國家的代理機構或實體是否具有管轄豁免的屬人理由存在兩種基本的判定立場：結構主義與職能主義。結構主義認為，某一機構或實體在其法律體系與國家結構中的地位決定了它與國家之間的關係，並影響到其豁免的資格問題。倘若根據一國的法律制度，某一機構或實體具有獨立的法人資格和財產，並不隸屬於政府管理體系，也不依賴於財政支持，政府對其控制程度不高，那麼它就不能被視為國家。而職能主義則以一種動態的眼光來審視這一問題，它認為應當依據某一機構或實體在具體法律關係中所承擔的職能以及實施的行為來認定其同國家的關係，機構或實體如果被法律授權承擔主權職能，而又實際行使這種權力的情況下，它就可以被視為國家。^[47]各國間的社會制度和經濟體制的差異導致了國家同一些機構、媒介或實體的複雜關係，中國《外國國家豁免法》第2條考慮到了這一情況，認識到這一問題無法通過一攬子的方案加以解決，因此，它在申明作為政治統一體的主權國家、中央政府及其部門以及地方政府得作為國家的前提下，又概況性地指出被授權行使主權權力且基於該項授權從事活動的組織或個人也應當視為國家。這反映出了職能主義的要求。

《外國國家豁免法》第2條這種區分處理的立法設計會影響到司法程序中舉證責任的分配。一般而言，法院審查被訴主體援引國家豁免的請求主要基於兩個向度的考慮：第一，屬人的理由，即被訴主體能否構成國家；第二，屬物或屬事的理由，即被訴主體的行為是否構成了管轄豁免的例外。如果被訴主體不具備屬人的理由，那麼法院就可以直接駁回其豁免請求而無須再去考察屬物或屬事的理由。按照《外國國家豁免法》第2條的規定，在被訴主體是外國主權國家、外國國家的國家機關或者組成部分時，它們可以直接被認定為國家，有權援引管轄豁免；除非作為原告的私人一方能夠舉證證明其行為屬於豁免的例外事項，否則就應推定其享有管轄豁免權。但是，外國國家的代理機構或實體以及國家代表等只有在滿足“授權行使主權權力且基於該項授權從事活動”的條件時，才能援引管轄豁免。這意味著，被訴的代理機構或實體應當對自己被授權行使主權權力並基於該授權從事活動的相關事實負擔舉證責任，如果不能舉證證明有關情況，那麼，它們就不能被認定為國家，也就不具備相應的屬人理由而無權援引管轄豁免。

[47] 參見龔刃韜：《國家豁免問題的比較研究》，北京大學出版社2005年版，第148頁。

國家豁免是一個法律問題，又是一個涉及國家對外關係的政策問題。^[48] 在這其中，國家身份的認定極為複雜又至關重要，出於尊重外交權力的考量，中國法院在處理這一問題時應當秉持審慎的態度，必要時應當按照《外國國家豁免法》第19條的要求就相關事實問題征詢外交部門的意見。

五、認定外國國家時的准據法問題^[49]

國家豁免法在國際法層面主要表現為習慣國際法，^[50] 帶有很強的抽象性和不確定性。隨著限制豁免主義的發展，各國相繼出台了本國關於國家豁免的立法，從而使這一國際法規則成文化，在一定程度表現為國內法。多數時候，受訴法院要適用其國內立法所確定的規則或標準來處理外國國家涉訴的案件。

中國《外國國家豁免法》的出台標志著對國家豁免適用的主導權由行政權過渡到司法權。^[51] 對於是否給予外國國家及其財產豁免以及給予何種程度的豁免屬於司法問題，主要取決於法院的判斷。

在有關國家豁免的案件中，確定何為外國國家是法院首先要面對的問題。受制於社會經濟制度的差異，各國立法對“外國國家”的規定並不一致。僅僅考察本國法的規定對於認定何為外國國家是不夠的。鑒於外國國家的身份在一定程度上受制於它的屬人法，一國法院需要考察有關外國法的整體結構及其對國家範圍的規定。這時，法院面臨著要依照何種法律來認定外國國家的問題。有觀點認為，國內法院主要依據被訴方所屬國之法來認定外國國家，而非法院地法。^[52] 較為和緩的觀點認為，法院識別國家時不宜僵化適用法院地法，特定情形下也應依據外國法加以識別。^[53] 但是，這兩種觀點有待商榷，因為它對“依據的法律”作出了過於寬泛的理解。

事實上，法律中的諸多規定因其普遍適用性而不可避免地帶有抽象性，其所適用的措辭包含著一些帶有概況性和模糊性的不確定法律概念（undefined statutory concepts）或主觀語言（subjective language）。^[54] 它們涉及經驗性、技術性甚至一定的屬人性，通過語言表達難以窮盡其範疇，對此法院享有自由裁量的空間。同時，法院對這類用語的解釋並非恣意而為，它需要說理與論據來支撐自己所作的取舍判斷。國家豁免法中的“國家”即屬此類情況。

在認定外國國家身份的過程中，法院要多方面求取論據，其中當然包括該外國的法律。例如，在美國的司法實踐中，法院需要通過對外國的憲法、組織法、政策性法令甚至是機構或公司章程等文件的分析來獲取外國國家的信息，以增強其判斷的準確度。但是，美國法院對這些文件或材料的理解仍舊依托於《外國主權豁免法》對外國國家的界定以及既往判例所確立的標準。盡管《外國主

[48] 參見《全國人民代表大會常務委員會關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第十三條第1款和第十九條的解釋》。

[49] 通常，准據法是國際私法的一個概念，是指經過衝突規範指引用來解決國際民商事爭議的具體實體法規則。參見韓德培主編：《國際私法》，高等教育出版社2014年版，第108頁。此處的准據法特指法院應當依據和適用的法律。

[50] See Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2013, p.1.

[51] 參見何志鵬：《〈外國國家豁免法〉的司法功能與話語功能》，載《當代法學》2023年第6期，第34-37頁。

[52] 參見李慶明：《論中國國有企業在美國民事訴訟中的國家豁免》，載《江西社會科學》2018年第11期，第171-172頁。

[53] 參見袁發強、胡程航：《國家豁免中“國家”的識別：以法律適用為視角》，載《國際法研究》2024年第6期，第41頁；參見胡程航：《論外國國家豁免法中國家的“識別”》，載《中國國際法學會2023年學術年會論文集》，第1448頁。

[54] 參見吳國喆：《不確定法律概念研究》，商務印書館2024年版，第21頁。

權豁免法》在其 1603 條 (a)、(b) 對何為外國國家作了列舉說明，美國法院在案件中可能還要考察被訴方所屬國的法律，並將其作為認定國家身份的參考材料。這並不表示法院有義務遵循該國的法律。既然如此，美國法院在外國國家認定中仍主要是適用其本國法。只不過法律帶有的抽象性決定了法院必須對那些概況性的法律用語尋找佐證材料以確定其具體含義，從而準確地適用法律。

同樣地，中國《外國國家豁免法》第 2 條規定了國家授權行使主權權力且基於該項授權從事活動的組織或個人得視作國家。其中，“授權行使主權權力”就需要根據特定的事實加以判斷。它是一個事實問題，而不是法律問題。確定某一組織或個人是否被外國國家授權行使主權權力需要通過考察該組織或個人所屬國的法律來完成，但是，這時法院並不是在適用該外國法，而只是使用該外國法作為證明國家身份這一特定事實的證據。當法院確定了該組織或個人被國家授權行使主權權力這一事實後，仍需要審查這一事實是否符合《外國國家豁免法》第 2 條規定的條件，並據此判斷該組織或個人是否構成外國國家。由此可見，法院所適用的是其本國法，或者說法院地法。既然該外國的法律充其量只能算作一種證明國家身份的證據，那麼，法院並不負有必須依據它來做判斷的義務。

不寧唯是，被訴主體援引國家豁免的請求本質上是對法院行使管轄權的一種程序性抗辯。管轄權問題屬於程序問題，對於程序問題適用法院地法是國際民事訴訟中的一項基本准則。法院對外國國家身份的認定發生於確定管轄權階段，而非實體審理階段，因此，對外國國家身份的認定是隸屬於管轄程序問題的一個環節，其本質上仍是一個程序問題，從這個意義上講，對外國國家身份的認定也應當依據法院地法加以處理。

中國《外國國家豁免法》第 19 條規定了外交介入的問題，其中第 1 款指出，外交部可以就案件中的相關國家是否構成外國主權國家等事實問題出具證明文件，對此，法院應當采信。盡管此處採用了“應當采信”的措辭，但從該條的表述來看，外交部門主要是就“有關國家行為的事實問題”而非法律問題出具證明文件，因此，這一條所涉及的是事實認定的問題，而非法律適用問題。法院所采信的是外交部門就事實問題發表的意見，由於事實認定和法律適用是兩回事，外交部門的這種意見不構成應當適用的法律依據。

綜上所述，中國法院在對外國國家身份認定時應當依據中國的《外國國家豁免法》、《民事訴訟法》等有關法律；在這一過程中，法院可能會考察被訴主體的屬人法，但這一法律主要是用以證明被訴方國家身份的參考材料，而不是一種應當適用的法律；被訴方屬人法的規定對法院不具有規範上的約束力。

六、結語

國家豁免法對外國國家進行界定的目的乃是肯定國家基於屬人的理由在另一國法院享有管轄豁免權，只是在法定例外情形下，才能根據屬物或屬事的理由而阻卻管轄豁免。因此，對國家身份的認定至關重要。從國際公約和各國立法實踐來看，國家豁免法中國家的範圍要大於傳統國際法上的國家。對外國國家的界定呈現出一種層次化、模式化的表達。對於政治統一體的國家、中央政府及政府部門一般會直接設定其國家資格；若無特殊的屬物或屬事的理由，對其從事的行為亦會被推定為行使主權權力的主權行為。對於國家的代理機構、獨立實體等組織一般不會直接認可其國家資格，而是引入職能標準，考察這類主體是否得到了法律的授權，同時是否基於這種授權而開展活動。對這類代理機構或實體的國家身份的認定大致使用了“職能權力 + 實際行為”的方法。中國《外國國家豁免法》對外國國家的界定參考了國際通行的做法和有關國際公約的要求，它的第 2 條分三個層次規定了外國國家的範圍：首先是作為政治統一體的主權國家；其次是國家機關及地方政

府；最後是被授權行使主權權力並據以行事的組織或個人。這種區分處理的立法設計會影響到司法程序中舉證責任的分配。在被訴主體是主權國家、中央政府及其部門或者地方政府時，它們可以直接被認定為國家；除非作為原告的私人一方能夠舉證證明其行為屬於豁免的例外事項，否則就應推定其享有管轄豁免權。但是，國家的代理機構或實體以及國家代表等只有在滿足“授權行使主權權力且基於該項授權從事活動”的條件時，方得援引管轄豁免。這意味著，被訴的代理機構或實體應當對自己被授權行使主權權力並基於該授權從事活動的相關事實負擔舉證責任，如果不能舉證證明有關情況，那麼，它們就不能被認定為外國國家而享有管轄豁免。

由於國家身份的複雜性，當國內法院在處理涉及國家豁免的案件時會面臨要依據何種法律來認定外國國家的問題。對此，法院要多方面求取證據，其中當然包括該外國的法律。特別是對於外國國家的代理機構或實體的國家身份的認定，需要對“授權行使主權權力”以及“基於該項授權從事活動”的事實加以判斷，這時需要通過考察該機構或實體的屬人法來完成。值得注意的是，在這種情形下，法院並不是在適用該外國法，而只是使用該外國法作為證明國家身份這一特定事實的證據。對外國國家身份的認定主要是依據法院地法，被訴主體的屬人法對法院只具有參考作用，不具有規範上的拘束力。

《外國國家豁免法》是一部司法程序法，其應用的場景是外國國家在中國法院被訴，向中國法院提出的有關國家豁免的請求；這部立法中對外國國家的有關規定並不妨礙中國的有關機構或實體在外國法院提出任何關於國家管轄豁免的抗辯。

Abstract: Under the system of restricted State immunity, the domestic court of a State focuses on examining the acts of the defendant and determining immunity based on its behavior, but this does not mean that the recognition of State identity is no longer important. The identity of a State is a *ratione persone* for a State to enjoy jurisdictional immunity in another State courts, and only in statutory exceptions can the national courts exclude immunity based on the grounds of *ratione materiae*. From the practice of various States, the scope of a foreign State under State immunity law is larger than that of State under traditional public international law. It includes not only States as political entities, but also political subdivisions of States, government departments, various agencies or entities acting on behalf of States to exercise their powers, and State representatives. In reality, due to the differences in political and economic systems among countries, the various forms of representation of national agencies or entities cannot be uniformly recognized as States. From the perspective of domestic legislations, the identification of the national identity of such agencies or entities generally uses the method of “authorized sovereign authority + actual exercise of sovereignty”. *The Foreign State Immunity Law of China* defines foreign States on three levels. The third item of Article 2 of this law can be seen as a definition of the State identity of the agency or entity, which reflects the requirements of functionalism. The distinguishing treatment in the *Foreign State Immunity Law of China* will affect the allocation of burden of proof in judicial proceedings. Considering the complexity of State identity, when national courts handle cases involving State immunity, determining which States’ law should be used as the applicable law to determine the identity of a foreign State becomes a key issue. The court’s determination of a foreign State identity should be based on its own national law; In this process, the court may examine the law of the defendant State, but this law is mainly used as a reference material to prove the defendant State identity, rather than a law that should be observed.

Key words: State Immunity; State Identity; *Ratione persone*; Functionalism; *Lex fori*

(責任編輯：咎晨東)