

我国商业活动例外条款的立场转向与司法适用研究

戴莎莎

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年1月15日; 录用日期: 2024年2月21日; 发布日期: 2024年2月29日

摘要

在国家豁免领域, 国际社会存在着“绝对豁免”与“限制豁免”两种不同的实践。在多数国家转向限制豁免主义立场的潮流中, 国内学者对我国坚持“绝对豁免”立场一直多有批评。而《外国国家豁免法》的出台标志着我国从“绝对豁免”立场转向“限制豁免”立场, 从而为我国法院受理针对外国国家的诉讼提供了法律依据。在限制豁免主义的语境下, “商业活动”的界定和“司法管辖联系”的判断是法院受理主权豁免诉讼正当性的基础。针对“商业活动”的界定, 可以将综合考虑行为的性质和目的的理解转变为考察行为中公权力因素的参与。针对司法管辖联系判断, 可以在“诉因联系”和“领土联系”的框架下, 结合我国的司法传统, 将美国法院提供的司法经验“本土化”。

关键词

主权平等原则, 限制豁免, 绝对豁免, 商业活动例外, 外国国家豁免法

Study on the Position Shift and Judicial Application of China's Commercial Activity Exception Clause

Shasha Dai

International Law School of East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 15th, 2024; accepted: Feb. 21st, 2024; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

In the area of State immunity, there are two different practices in the international community,

文章引用: 戴莎莎. 我国商业活动例外条款的立场转向与司法适用研究[J]. 争议解决, 2024, 10(2): 1101-1114.

DOI: 10.12677/ds.2024.102152

namely, “absolute immunity” and “limited immunity”. In the trend of most countries turning to the position of restrictive immunity, domestic scholars have been critical of China’s adherence to the position of “absolute immunity”. The introduction of the Foreign State Immunity Act signaled a shift from the “absolute immunity” position to the “limited immunity” position, thus providing a legal basis for the courts of China to accept lawsuits against foreign States. In the context of limited immunity doctrine, the definition of “commercial activities” and “jurisdictional connection” is the basis for the court to accept the legitimacy of sovereign immunity lawsuit. The definition of “commercial activity” can be transformed from an understanding that takes into account the nature and purpose of the act to an examination of the involvement of public authority in the act. For the judgment of jurisdictional connection, under the framework of “cause of action connection” and “territorial connection”, combined with China’s judicial tradition, the judicial experience provided by the U.S. courts can be “localized”.

Keywords

Principle of Sovereign Equality, Limited Immunity, Absolute Immunity, Commercial Activity Exception, Foreign State Immunity Law

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

2023年9月1日,第十四届全国人民代表大会常务委员会第五次会议审议通过了《外国国家豁免法》,该法案被认为是我国“统筹推进国内法治和涉外法治的又一里程碑”[1]。《外国国家豁免法》的出台,意味着我国法院可以管辖以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件。2023年8月24日,日本不顾国际社会的严重关切和坚决反对,启动福岛核污水排海计划[2]。有新闻媒体评论道,《外国国家豁免法》为我国法院审判以他国作为被告的民事案件提供了法律依据,日本有可能成为我国法院运用《外国国家豁免法》维护本国公民合法权益的“第一位被告”[3]。

主权平等原则是公认的国际法的基本原则,管辖权是一国国家主权的重要组成部分。“平等者之间无管辖权”(par in parem non habet imperium)是国际法的古老法谚,对这一法谚的深度解读应当回归到国际社会的无政府状态。在无政府状态的国际现实下建构的国际法体系是平位的(horizontal),也就意味着,在整个国际社会中没有“超国家的权威”,各国应当尊重其他国家的主权利。所以,传统的国际法观念中,主权国家及其财产在另一国法院享有管辖豁免是国际法的基本原则。

管辖与豁免就像一枚硬币的两面,两者之间是原则与例外的关系。豁免意味着原告起诉的当事人主体并不具有“适格被告”资格,法院对以该国际法主体作为被告的案件不享有管辖权,同时,在大多情形下也意味着责任的免除。在国家豁免领域,存在“绝对豁免”与“限制豁免”两种不同的做法:前者指的是“在所有案件中国家在他国管辖权下享有绝对豁免权”;后者区分“统治权行为(jure imperii)”与“管理权行为(jure gestionis)”,外国国家的“统治权行为”享有在本国法院的管辖豁免,“管理权行为”则不享有管辖豁免[4]。从上世纪70年代开始,国际社会存在着从“绝对豁免”立场向“限制豁免”立场转变的趋势。

我国新出台的《外国国家豁免法》中的商业活动例外条款大体可以分为两个方面:第一部分是“商业活动例外条款”的主体部分,即其作为行使诉讼管辖权的例外,要求满足“诉因联系”和“领土联系”的条件;第二部分是“商业活动”的定义及其判断,即什么是“商业活动”以及如何认定“商业活动”。

具体条文内容如下：

第七条 外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人进行的商业活动，在中华人民共和国领域内发生，或者虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的，对于该商业活动引起的诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。

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

本文主要围绕《外国国家豁免法》中商业活动例外条款从“绝对豁免”到“限制豁免”的立场转向以及该条款在我国法院的司法适用展开。在迈向“限制豁免主义”的背景下回顾我国在“绝对豁免主义”理念下的陈旧实践，并研究“商业行为”的认定问题；在探讨我国法院适用“商业活动例外条款”时，以美国法院的实践经验为借鉴，在“诉因联系(subject-matter connection)”和“领土联系(territorial connection)”视角下为我国法院审理以外国国家为被告的案件提供指引。

2. 商业活动例外条款的立场转向：从绝对豁免到限制豁免

在《外国国家豁免法》出台之前，我国在主权豁免领域一直奉行“绝对豁免”原则。而国际社会在主权豁免方面已经走在我们的前面，联合国框架下的豁免公约和多数国家的主权豁免法已经转向“限制豁免”立场，这就导致参与国际民商事交往的我国主体完全处于被动地位。我国大部分的国际法学者都认为中国应该摒弃陈旧的“绝对豁免”理念，在主权豁免领域转向“限制豁免”原则，与国际通行规则接轨。

2.1. 国际社会的立场分野

2.1.1. 坚持绝对豁免立场的国家实践

在主权平等原则的指导下，以前苏联为代表的社会主义国家长期坚持绝对豁免的立场。M.M.博古斯拉夫斯基(M.M. Boguslavsky)指出，社会主义国家在政治和经济上享有至高无上的统一领导权，因而无法将社会主义国家划分为两个主体——主权国家和遵从私法规则的实体。限制豁免主义的理论前提是“公法”与“私法”的划分，但是如果一个国家的法律秩序不区分两者，限制豁免主义也就很难在该国找到生长的土壤[5]。1929年的《苏联中央执行委员会和人民委员会令》规定，只有在征得人民委员会的事先同意的情况下，才能对外国财产采取扣押等强制措施。¹同时，苏联《民事诉讼基本规则》规定，对外国提起诉讼、临时扣押和对苏联境内的外国财产征收执行税，只有在得到该国主管机构同意的情况下才被允许。²由此可知，苏联政府时期的豁免规则具有绝对性质。前苏联地区的乌克兰、白俄罗斯、塔吉克斯坦等国家现在仍然坚持绝对豁免的立场。一些非洲地区、拉丁美洲地区的国家以及少数欧洲地区的国家仍然坚持绝对豁免立场，这些国家的数量大约占到国际社会的36%左右(118个受调查国家中有43个坚持绝对豁免立场)[6]。

2.1.2. 坚持限制豁免立场的国家实践

第一次世界大战结束后，废除外国国家司法豁免的主张甚嚣尘上。原因在于国际社会对管辖豁免原则的最初认识是其指向应为严格意义上的主权国家的政治活动，而当国家行为日益向商业、工业等领域扩展时，绝对豁免原则指导下的国家豁免实践越来越彰显出虚假、不公正、无法适应国际社会发展的弊端，具有浓重的前现代国际关系的痕迹[7]。随着国家间民商事交往的日益密切，许多国家逐渐放弃了绝对豁免原则，开始转向限制豁免原则。

¹Decree of the Central Executive Committee and the Council of People's Commissars of the USSR of 14 June 1929, Art. 1.

²See Fundamental Principles of Civil Procedure, Art.61. Also see Code of Civil Procedure of the RSFSR, Art.435.

美国可谓是限制豁免实践的先驱。在其 1976 年的《外国主权豁免法》(FSIA)中就旗帜鲜明地规定了“商业活动例外”³、“侵权例外”⁴等主权豁免的例外情形,为本国法院受理针对外国国家的诉讼提供了法律依据。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》被认为是国际社会从绝对豁免立场转向相对豁免立场的里程碑式事件,该公约提供了商业交易、雇佣合同、人身伤害和财产损害等不得援引国家豁免的情形。⁵目前为止该条约的签署情况是 28 个国家签署了该公约,但是仅有 23 个国家批准通过[8]。而根据公约的条文规定,“本公约应自第三十份批准书、接受书、核准书或加入书交存联合国秘书长之日后第三十天生效”,故该公约由于尚未满足批准通过的国家数量,目前处于未生效状态。⁶

日本法院在转向“限制豁免”立场的过程中走在立法机构的前面。1928 年,日本大审院(最高法院)决定采用了绝对豁免主义,后来在 2000 年下级法院东京地方法院的判决中采取了限制豁免主义的立场[9]。而这一立场要等到 2009 年的《日本对外国国家的民事管辖法》才得到立法的确认,明确在某些具体情形下外国国家不享有主权豁免。⁷俄罗斯在其 2015 年制定的《外国国家及财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》考虑了国际社会广泛存在的“限制豁免”实践以及俄罗斯联邦及其机构所面临的国际诉讼数量的急剧增加的现实,从“绝对豁免”立场转向了“限制豁免”立场[10]。

限制豁免立场已经成为国际主权豁免实践的主流模式,但其是否构成习惯国际法,在国际法学界一直存在争议。丁译林(Yilin Ding)例举了英国法院的有限实践和一些权威国际法学家的著作,表达了“主权豁免的限制性规则正在形成或可能已经形成习惯国际法规则”的观点[11]。在“FG Hemisphere Associates, LLC 诉刚果民主共和国(以下简称刚果金)案”中,上诉庭法官杨振权认为,限制豁免原则尚未取得习惯国际法的地位,所以香港法院必须遵照内地对国家豁免的立场,认定刚果金在本案中享有管辖豁免。关于限制豁免原则是否构成习惯国际法这一问题,需要回归到习惯国际法规则的构成要素。在国际法委员会《关于习惯国际法的识别的结论草案案文》提出了确定习惯国际法规则存在的两个构成要素——“一般惯例”和“法律确信”。就一般惯例而言,认定习惯国际法规则时需要考察的是国家惯例,权威国际法学家的著述并不能成为一般实践存在的证明。此外,惯例必须要具备一般性,仅以英国法院的司法实践为例,并不能够得出限制豁免原则已经成为一项习惯国际法规则的普遍结论。⁸因而,笔者赞成杨振权法官的意见,限制豁免原则尚未形成习惯国际法规则。值得一提的是,曾经有学者通过对主权豁免的国家实践的回归分析得出结论,尽管越来越多的国家采取限制豁免的立场,但是并没有形成具有普遍性和一致性的国家实践,可能限制豁免原则正在经历着形成习惯国际法规则的过程。

2.2. “绝对豁免”立场下我国的陈旧实践

从实证角度对我国在“绝对豁免”立场下的陈旧实践进行适时反思,可以对我国作为坚持“绝对豁免”立场的少数国家的不利处境与转向“限制豁免”立场的现实需要有更深刻的认识。“湖广铁路债权案”涉及成立的中华人民共和国政府对清朝政府的债务是否应当继承的问题。初审法院美国阿拉巴马州地方法院作出的缺席判决指出,中华人民共和国政府是清朝政府和国民政府的继承者,有义务继承前任政府的债务。裁决作出后,我国外交部部长在提交的备忘录中表明了中国作为主权国家享有管辖豁免的立场,这一观点也得到了美国国务院和司法部的承认。

“仰融案”和“天宇案”均是原告认为自己因政府行为遭受损失而引发的诉讼。“仰融案”中原告

³28 U.S. Code § 1605(a)(2).

⁴28 U.S. Code § 1605(a)(5).

⁵United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Art.10-17.

⁶United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Art.30(1).

⁷Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to Foreign States, Act No. 24 of April 24, 2009, Art.8.

⁸Chapter V, *Identification of Customary International Law*, in Report of the International Law Commission on the work of its seventieth session.

仰融在美国哥伦比亚特区地区联邦法院依据《外国主权豁免法》中的“商业活动例外条款”起诉辽宁省政府。被告辽宁省政府认为，案涉征收行为属于政府行为，而非商业行为。政府行为在另一国法院享有管辖豁免，因而美国哥伦比亚特区地区联邦法院对该案件不享有管辖权。⁹“天宇案”的法官认为被诉行为不构成商业活动例外，以“主权豁免”为由撤销了该案件。当然，“天宇案”最有影响力的还是对“被告的行为是否对本国领土产生了直接影响”，这一点将在下文中详细展开。

正如有学者所称，豁免的决定权在于审理案件的法院，一国的国家豁免立场主要由该国的法院予以操作，法院依据该国的豁免立场决定是否受理案件、可否执行[12]。“FG Hemisphere Associates, LLC 诉刚果金案”在我国迈向“限制豁免”立场的过程中发挥了重要作用，在一定程度上代表了我国在较长时期的国际法实践中所持的豁免立场。*Rizaeff Freers v. The Soviet Merchantile Fleet* 是我国接触到“主权豁免”的第一个案件，受理该案件的上海临时法院民事庭采取了绝对豁免的立场[13]。在“刚果金案”中，刚果金的代表律师认为，首先，“以开矿权换取基础设施建设”的行为属于主权国家的国家行为，法院不适宜作出司法裁决。其次，即使不将上述行为认定为国家行为，刚果金作为主权国家也应当在香港法院享有管辖豁免。¹⁰香港律政司司长以“公共利益”为由介入该案，向法庭表达中华人民共和国和国外交部驻香港特派员公署的意见——中国的一贯立场是一国国家及其财产在外国法院享有绝对豁免，包括绝对的管辖豁免和执行豁免，从未适用所谓的“限制豁免”原则。香港法院根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第 158 条请求全国人大常委会就“国家豁免政策属于外交事务还是法律问题”进行释法。全国人大常委会回复道，国家豁免问题直接关系到两国的国家关系，与国家的对外关系和利益存在直接关联，应当属于“外交事务”。在此观点的指导下，香港特区终审法院作出终审判决，认定刚果金作为主权国家，享有管辖豁免，不受香港特区法院的司法管辖。该裁判作出后，一些学者提出了批评。丁译林认为本案最重要的影响是标志着香港从普通法系的“限制豁免”立场转变为中国内地所坚持的“绝对豁免”立场，而香港作为普通法系司法管辖区中发展限制性主权豁免原则的先驱，早已放弃了绝对主义的立场。上述行为被视为一种“后退”(regression)，习惯国际法不允许单方面退出曾经同意的既定规则。¹¹

在上述中国省级政府作为外国法院受理案件的被告和我国法院受理的外国国家作为被告的案件中，我国政府始终坚定地维护“绝对豁免”的国家豁免立场。在国际社会有着广泛存在的由“绝对豁免”立场向“限制豁免”立场转变的趋势之下，诸多国际法学者对仍然固守绝对主义的豁免立场表达了一些担忧。梁淑英认为，二战后，许多国家纷纷转向限制豁免立场，这一立场已经是大势所趋，并且有可能成为习惯国际法规则。我国也积极参与了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的磋商谈判，但这是不够的，还应采取积极的国内立法措施[14]。张乃根从我国国有企业参与国际商事交往的角度，阐释了批准《联合国国家及其财产管辖豁免公约》对我国法治建设的重要意义[15]。何志鹏从国际法人本化的角度指出，绝对豁免的主张不符合全球治理时代的要求。霍政欣、陈锐达从跨国文物追索诉讼的角度，阐述了限制豁免立场对中国通过司法途径追索流失文物的积极意义[16]。

2.3. “限制豁免”立场下“商业行为”的认定

2020 年开始，出现了美国私人主体援引美国《外国主权豁免法》的条款追究中国在新冠疫情防控不

⁹“仰融案”的基本案情：辽宁省政府宣布解除仰融在华晨集团的职务。仰融认为，辽宁省政府实征收了自己的股份、其它股本权益和其他财产，故在美国哥伦比亚特区地区联邦法院起诉辽宁省政府。

¹⁰*FG Hemisphere Associates, LLC v. Democratic Republic of Congo, et al.*, No. 10-7040 (D.C. Cir. 2011)。本案中，刚果金与中铁集团达成以开矿权换取基建投资的协议。美国 FG Hemisphere Associates, LLC 对刚果金享有国际商会仲裁院仲裁裁决下的债权，而中铁集团在刚果金拥有大型投资项目，遂以刚果金与中铁集团作为被告，申请执行仲裁裁决。

¹¹Yilin Ding, *supra* note 18, 1017.

力而造成疫情全球大流行的国家责任的“政治性诉讼”。¹²疫情对华滥诉为我国出台《外国国家豁免法》提供了思考的契机，“绝对豁免”立场让我国商事主体在国际交往中容易陷入被动局面，同时，面对奉行“限制豁免”立场的其他国家的诉讼压力，缺乏与之抗衡的法律机制。在众多国际法学者的呼吁下，《外国国家豁免法》改变了一贯坚持的“绝对豁免主义”立场，明确在一些特定的外国国家从事的商业活动引起的诉讼中，外国国家不享有管辖豁免，也就是赋予我国法院对上述案件的管辖权。

限制豁免主义理论区分“统治权行为”和“管理权行为”，而“商业行为”在一定程度上近似于“管理权行为”，法院在适用商业活动例外条款时非常重要的一个判断就是准确界定“商业行为”。根据我国《外国国家豁免法》的规定，我国法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。国际通行的认定标准主要有三类：1) 依据行为的性质；2) 依据行为的目的；3) 综合考虑行为的性质和目的。显然，在我国的立法例下，隐含着这样一个判断，即单纯依据行为的性质或者行为的目的去认定“商业活动”都是偏颇的，只有综合考虑行为的性质和目的才是科学、合理的。美国¹³、加拿大¹⁴、以色列¹⁵等主要依靠行为的性质来判定商业活动；英国¹⁶、新加坡¹⁷等国依靠行为的目的来判定商业活动。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》与我国《外国国家豁免法》一样，规定的是综合考虑行为的性质与目的。¹⁸通过比较各国的立法实践和联合国的条约实践，我们发现，界定商业活动的关键其实在于外国国家是否行使公权力，无论是“行为性质标准”还是“行为目的标准”，最后的指向都是考虑其中是否有公权力因素。例如，在“Ashraf-Hassan v. Embassy of France 案”中，针对原告提出的“就业歧视”主张，美国哥伦比亚特区地方法院认为需要区分不同的雇佣对象，如果法国大使馆雇佣的是公务员，其中有公权力因素的介入，属于外国国家行使统治权的行为，外国国家享有管辖豁免；如果雇佣的仅仅是一名不享有公务员身份的普通文员，该职员也不从事政府工作，则仅为行使管理权的行为，外国国家不享有管辖豁免。¹⁹是故，在限制豁免主义的语境下，我国法院在适用《外国国家豁免法》中的“商业活动例外条款”时，可以将综合考虑行为的性质和目的的理解转变为考察行为中公权力因素的参与。

3. 商业活动例外条款的司法适用：司法管辖联系的判断

国家主权豁免规则的基础是作为国际法基本原则的主权平等原则，而主权的权能部分表现为对本国领土和该领土上的居民具有排他性的管辖权。属地性原则是管辖权问题的基本原则，是国家行使管辖权的根本性原则，确立客观属地管辖原则的“荷花号案”判决中曾说道，“在习惯国际法下，各国可以自由行使属地性刑事管辖权，即使相关犯罪行为的部分发生在领土之外，前提是只要该行为与领土有关系。对这一关系的衡量属于国家拥有的相对广泛的自由裁量权”。²⁰由此可知，国家行使管辖权的基础是论证被诉行为与本国领土之间的关系。

商业行为与诉讼之间的关系是商业活动例外条款在商业活动的界定之外的另一大核心问题。《外国国家豁免法》第7条规定，在符合“商业活动”的定义的基础上，中华人民共和国的法院在两种情形下

¹²疫情对华滥诉案件数量达30多件，多数案件已经撤诉或被法院驳回，还有部分案件正在审理过程中。具体 See Missouri ex rel. Schmitt v. People's Republic of China, Case No. 1:20-cv-0099-SNLJ (E.D. Mo. May. 11, 2021); Eisenberg v. People's Republic of China, Civil Action 22-cv-10194-IT (D. Mass. May. 19, 2022)。

¹³28 U.S. Code § 1603(d)。

¹⁴State Immunity Act R.S.C., 1985, c. S-18, Art.2。

¹⁵Foreign States Immunity Law 2008, Art.1。

¹⁶State Immunity Act 1978, Art.17。

¹⁷State Immunity Act 1979, Art.5。

¹⁸United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Art.2。

¹⁹See Ashraf-Hassan v. Embassy of France, 185 F. Supp. 3d 94 (D.D.C. 2016)。原告曾受聘于法国大使馆，其认为自己在在职期间遭受了各种形式的歧视和骚扰，因而向美国哥伦比亚特区地方法院提起诉讼。

²⁰See S. S. Lotus (France v. Turkey), P.C.I.J. Reports 1927, Series A, No. 10。

享有对外国国家的司法管辖权——发生在中华人民共和国领域内以及虽然发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响。美国《外国主权豁免法》的商业活动例外条款被认为美国将限制豁免原则法典化的核心，已经具有将近五十年的运行经验，对我国“商业活动例外”条款的规定有着实际的借鉴意义。其规定三种情形下外国国家无权就被诉行为在美国法院主张豁免：1) 基于“外国国家在美国进行的商业活动”；2) 基于“在美国进行的与外国国家在美国外的商业活动有关的行为”；3) 基于“与外国国家在美国境外其他地方的商业活动有关的行为，该行为对美国造成直接影响”。美国国家豁免法列举的商业活动例外的三种情形与美国之间的地域联系是在逐次降低的，第一种情形的地域联系高于第二种情形，第二种情形的地域联系要高于第三种情形。

与美国国家豁免法对照，可以发现，我国《外国国家豁免法》的“商业活动例外”条款整体上与美国国家豁免法的规定类似。但是，我国国家豁免法对“在我国领域内发生的商业活动”的界定并不是非常明确，应当狭义地理解为美国国家豁免法中的“外国国家在本国进行的商业活动”，还是同时指向了“与在本国进行的与外国国家在本国领域外的商业活动有关的行为”，并没有一个明确的答案。因而，该规定总体上还是较为粗糙，需要在相关条例或者司法解释中对不够清晰的地方进行明晰。

3.1. 诉因联系

首先，对我国法院以“商业活动例外”条款审理案件极具参考价值的是美国法院在司法实践中确立的“基于”条款。纵观美国法院审理的有关“商业活动例外”的案件，美国法院在认定构成主权豁免原则的例外方面较为谨慎，这也反映了美国法院回归保守主义的倾向，收缩了美国法院对跨国民事诉讼的管辖权，由司法能动主义转向了司法克制主义^[17]。

Saudi Arabia v. Nelson 案是美国国家豁免法中适用“基于”条款的第一个案件。在该案中，初审法院和上诉法院均认为根据 FSIA 的规定，法院不享有管辖权。作为该案件的再审法院，联邦最高法院审理后认为本案的关键在于确定原告的诉讼请求是否基于商业行为而提起，进一步将问题转化为如何确定“基于”的内涵。由于 FSIA 的“定义”条款中缺乏“基于(based on)”的含义，联邦最高法院以布莱克法律词典等作为参考，认为对“基于”的基本理解是，商业行为应当构成诉讼行为的基础，如果能够证明商业行为，那么原告的诉讼请求应当得到支持。²¹ 最终，联邦最高法院认定被告的雇佣行为虽然具有商业性质，但是原告不能以此作为其诉讼请求的依据，导致原告损害的直接行为是被告的非法监禁行为，然后这一行为具有主权性质而不具有商业性质，因而原告不是根据商业行为提起的诉讼，无权援引商业活动例外条款，美国法院也就不享有该案件的管辖权。

之后，美国法院还在其他案件中更加明确地阐释“基于”背后的逻辑关联，并施加商业行为与诉讼之间的密切关系等的限制，以严格把握“商业活动例外”条款的适用条件。例如，*Transatlantic Shiffahrtsskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corp.* 案中，联邦第二巡回上诉法院进一步揭示出“基于”条款中存在着“若无……则不……”的逻辑上的因果关系(“but for” causation)——如果不存在所主张的商业行为，原告即无法主张其诉因，在两者之间建立一种必要条件关系。同时，该案件还要求该商业行为不仅要能够作为诉因的基础，还要与确立管辖权需要的行为之间有一定程度的密切关系(degree of closeness)，法院非常笼统地表达了自己的观点，“因果关系的确立并不是确定管辖权的充分要件，还要去探究这种关系的紧密程度”。²² 可惜的是该案件只是提供了更加全面的观点，并没有进一步深度讨论达到

²¹See *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349 (1993), 113 S. Ct. 1471. 本案中，原告 Nelson 系美国人。被告 Saudi Arabia 与 HCA 公司签订协议，约定由 HCA 公司招募美国人在 HCA 公司工作。原告注意到刊登的招聘启事，从美国飞往沙特面试后返回美国，并在美国与 HCA 公司签订雇佣合同，于是原告 Nelson 赴沙特工作了一年又回到了美国。几年后，原告 Nelson 向美国佛罗里达州南区联邦地区法院提出在其被逮捕期间遭受沙特的人身伤害、沙特存在违反雇佣合同的不法行为等多项诉讼请求。

²²See *Transatlantic Shiffahrtsskontor GmbH v. Shanghai Foreign Trade Corp.*, 204 F.3d 384, 390 (2d Cir. 2000).

何种紧密程度才能满足充分的要求。对此，学者给出的解读是，该密切关系要远大于普通法上对因果关系的要求，但是没有给出进一步的解释^[18]。美国法院对这一问题的回应要等到 *Kirkham v. Société Air France*，该案的法官援引 *Nelson* 案，在重申美国法院关于“基于条款”的立场进一步明晰如果原告主张的商业活动对其诉讼请求的成立没有帮助，此时商业活动例外并不适用。²³ 退一步讲，在不考虑管辖权的情况下，如果 *Nelson* 没有和沙特签订雇佣合同，其仍然可以基于侵权行为向被告主张人身侵害的责任；如果 *Kirkham* 没有购买机票，仍然可以基于侵权行为要求巴黎航空承担过失侵权责任。所以，雇佣行为与购买机票的行为不能成为引起原告诉因的行为，那么进一步导致的结果是尽管上述两个行为是商业行为，原告请求权的成立并不以上述行为的存在为前提，换句话说，如果原告主张的商业行为对其诉讼请求是非必要的，此时不适用商业活动例外条款。

对于商业活动例外条款中“基于”要素的最近一次反思是国际社会广受关注的“密苏里州诉中华人民共和国案”，原告援引 *Adler v. Federal Republic of Nigeria* 案中第九巡回法院的观点，主张“基于”条款并不是要求案涉行为都属于商业活动，只需要与商业活动存在关联即可满足“基于”的要求。本案法院认为，机械地理解 *Adler* 案将导致的结果是无论案涉行为的主权性质多么强烈，原告只要证明该行为与商业活动存在关联，诉讼即可成立，这显然是不合理的，进而认定原告的诉讼请求并非基于被告的商业行为，故本案不构成商业活动例外。²⁴ 国际私法学者在对该案件的讨论中，提出指控的被告行为的数量有限性是否会影响“基于”要素的认定问题，例如，在因新冠疫情引发的诉讼中，受到一国防疫行为影响的人数以百万计，而具体侵权案件往往只涉及有限的主体，“数量本身也是质量”^[19]。然而，在 *Nelson* 案中，联邦最高法院并没有明确表示指控行为的数量可以在“基于”要素的认定中起到决定性作用。质言之，从 *Nelson* 案到 *Kirkham* 案再到“密苏里州诉中华人民共和国”案，美国法院对“基于”要素的内涵与外延的理解更加全面透彻，区分“基于商业活动而产生的诉讼”与“基于与商业活动有关的其他实行行为而产生的诉讼”，只有商业活动引发的诉讼，且该商业活动对诉讼是必要的，上述情形才属于 FSIA “商业活动例外”条款第一项规定的情形。

“基于”条款在中国法中有着非常广阔的生存空间。在中国法的语境下，可以将“基于”条款的含义理解为商业行为构成原告的诉讼请求的请求权基础。所谓的“基于”条款并不仅仅是美国《外国主权豁免法》中的法条的部分，其更为深刻的意涵是法院的审判实践赋予的，是美国法官审判经验的归纳和总结。所以，对我国的借鉴意义也不一定要在立法层面上存在，更为重要的是在司法实践中法官应当从严把握“商业行为”应当作为诉讼请求的请求权基础，并以此来判断原告的诉权是否成立。

3.2. 领土联系

3.2.1. 在我国领域内发生的商业活动

针对“外国国家在本国进行的商业活动”，是美国国家豁免法规定的与法院地联系最为密切的商业行为类型，从理论上讲，必然将落入“在中华人民共和国领域内发生的”的射程范围内。FSIA 第 1603(e)节对何为“外国国家在美国进行的商业活动”进行了定义，指的是“外国国家进行的、与美国具有实质性联系(substantial contact)的商业活动”。联系这一条款，“外国国家在本国进行的商业活动”有了第一重限制，不仅要求是外国国家进行的行为，而且要求与美国之间具有实质性联系。同时，通过 *Saudi Arabia v. Nelson* 案确定了 FSIA 中极具特色的“基于”条款，对上述情形的适用范围进行了限缩的司法解释。美国国家豁免

²³See *Kirkham v. Société Air France*, 429 F.3d 288 (D.C. Cir. 2005). 本案中，原告 *Kirkham* 系美国人，在美国购买巴黎航空的机票，在巴黎机场意外扭伤，原告认为巴黎航空没有尽到注意义务应当承担由此产生的责任，同时因为其在在美国购买机票的行为，巴黎航空不得主张豁免。

²⁴See *Missouri ex rel. Schmitt v. People's Republic of China*, Case No. 1:20-cv-0099-SNLJ (E.D. Mo. May. 11, 2021).

免法中拒绝豁免需要满足“双重联系”的要求——领土联系与诉因联系^[20]。所以，在美国法的语境下，援引该条款的第一项在美国法院起诉外国国家需要满足以下构成要件：1) 外国国家实施了商业行为；2) 商业行为发生在美国领域内；3) 与美国具有实质性联系；4) 原告基于该特定商业行为提起诉讼。而在英国国家豁免法中也有类似的规定，外国国家不得在诉讼涉及(relating to)商业行为的时候援引豁免，²⁵对这一条款作出的通常解释与美国类似，即要求商业活动例外条款中的商业行为应当与诉讼行为之间具有实质性的联系。当然，也有一些国家的豁免法作出了不同的规定，以色列国家豁免法有着扩大管辖权的强烈意图，并不要求商业行为与法院地具有实质性的联系。换句话说，只要是外国国家在以色列进行的商业行为引发的诉讼，以色列法院均享有管辖权，然而以色列国家豁免法也要求商业行为构成诉讼的诉因。²⁶

如前所述，各国的立法例对是否要求被诉商业行为与法院地之间存在实质性联系有不同的规定，有很多国家的法院如瑞士联邦法院就一贯将领土联系作为行使管辖权的基本前提。要求实质性联系，一方面是出于避免本国法院沦为“国际诉讼法院”的目的。实质性联系原则的确立收缩了管辖权的口子，并不是只要是外国国家的商业行为引发的诉讼，就可以诉诸本国法院。另一方面，实质性联系原则也是主权豁免原则以属地性原则为基础的体现。正如欧洲人权法院在 *Banković v. Belgium* 案的判决中所指出的，“国家管辖权能主要是地域性的。作为一项基本原则，尽管国际法没有禁止一个国家行使域外管辖权，但是行使此种管辖权的基础要受到其他相关国家的领土主权利的限制。”²⁷再如，国际法院在“逮捕令案”中明确指出，“只有在一国根据国际法对某一特定事项拥有管辖权的情况下，才可能存在行使该管辖权的豁免问题”。²⁸

美国国家豁免法“商业活动例外”条款列举的第一种情形，即以“外国国家在美国进行的商业活动”，该项条件的主旨是外国商业活动与美国领土之间具有“实质性联系”^[21]。“实质性联系”一般理解为受理法院与系争的事项须存在某种内在或外在的联系。与“最低限度联系”相比较将有助于正确理解“实质性联系”的含义，“实质性联系”所要求的联系程度要高于“最低限度联系”所要求的联系，这也是包括联邦巡回上诉法院在内的美国法院所持的观点。

但是，美国法院对所谓的“实质性联系”的具体理解却是不尽相同，主要区别在于如何把握“实质性”，也就是外国国家商业活动与美国领域之间需要满足何种程度的关联关系。在认定与美国构成实质性联系的案件中，如前述的 *Saudi Arabia v. Nelson* 案，联邦第十一巡回上诉法院作出了不同的理解，认为原告请求的基础是沙特阿拉伯在美国的征聘行为，故与美国之间存在实质性联系。又如，*Sugarman v. Aeromexico, Inc.* 案中，联邦第三巡回上诉法院认为，首先，原告是在美国新泽西州购买的机票；其次，被告长期在美国从事运输行业；然后，原告购买的是往返机票，即从美国飞往墨西哥，再从墨西哥飞回美国；最后，被诉行为均发生在往返旅程的中途。因而，法院认定与美国存在实质性联系。²⁹而在认定与美国不构成实质性联系的案中，*Zedan v. Kingdom of Saudi Arabia* 案的原告 *Zedan* 认为被告的征聘电话通知构成了“实质性联系”，征聘通知与被告违反担保合同的行为之间存在着不间断的联系。联邦巡回上诉法院审理后认为应当比照“正当法律程序”中的“最低限度联系”理解“实质性联系”，后者的要求比前者更为严苛。而本案中，有关担保合同的任何行为都不在美国进行，与美国之间唯一的联系是原告系美国公民，所以与美国领土之间不存在实质性联系。³⁰在 *Harris v. VAO Intourist, Moscow* 案中，联邦纽约东部地区法院在区分“商

²⁵See UK State Immunity Act 1978, Art 3.

²⁶See Israel Foreign States Immunity Law 2008, Art 3.

²⁷*Banković v. Belgium*, Admissibility, App. No. 52207/99 (Eur. Ct. H.R. Dec. 12, 2001).

²⁸Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), ICJ Reports 2002, No.121.

²⁹See *Sugarman v. Aeromexico, Inc.*, 626 F.2d 270 (3d Cir. 1980). 本案中，原告在美国从被告处购买前往墨西哥的往返机票，后因被告的过错致使原告不得不在机票滞留 15 个小时，故向美国法院诉请被告赔偿其损害。

³⁰See *Zedan v. Kingdom of Saudi Arabia*, 849 F.2d 1511 (D.C. Cir. 1988). 本案中，原告 *Zedan* 系美国公民被告沙特责成原告负责某项筑路工程，并担保支付其工资和利润。后原告以没有收到应有的支付为由在美国法院提起诉讼。

业活动例外”的第一种情形与“营业管辖权”的基础上指出，原告的诉因基础是莫斯科国营酒店的经营行为，虽然苏联的旅游业有着显著的一体化特征，但是该酒店的过失行为与美国领土的联系并不大。³¹由上述案件可知，“实质性联系”是美国法院判断是否可以行使管辖权的关键，若与美国领土不存在实质性联系则无管辖权基础。同时，在美国国家豁免法中，对于外国国家商业活动与美国的“实质性联系”，美国法院并不要求该活动自始至终都在美国境内进行和完成，只要部分行为在美国境内履行，法院即可行使管辖权[22]。当然，也有学者根据美国法院的司法实践经验总结出可以被认定为实质性联系的情形，对法院审理各类民事案件具有一定的借鉴意义。³²类似地，美国众议院司法委员会在其立法报告也在进行具体列举的基础上指出，要求“实质性联系”的目的是要反映与美国领土的一定程度的联系，而不能仅凭原告的美国公民或者居民的身份就认定构成“外国国家在美国进行商业活动”。³³

然而，不能回避的问题是，所有总结出来的情形非常具象化，也就不可能是穷尽的列举，在逻辑上具有不周延性，而国际法治的期待是能够凝练出抽象的原则通用性地(one-size-fits-all)指导所有案件。同样是招聘行为，在美国领域内张贴招聘启事进行招聘的行为就比给在美国的原告拨打招聘电话的行为与美国领土的联系密切；同样是被告在美国领域内从事服务业务，购买往返机票的行为就比订立旅游合同的行为联系密切。可以看出，美国法院判断是否存在实质性联系的标准是比较模糊的，如何实现判断标准客观化、明晰化是国际私法学者需要解决的问题。值得一提的是，《民事诉讼法》修改过程中对协议管辖进行修改，规定“与争议有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内”，当事人可以书面协议选择中华人民共和国人民法院管辖的，如何理解“与争议有实际联系”也是国际法学者一直在讨论的问题。³⁴而在《外国国家豁免法》中首次明确在立法中采取限制豁免的立场，在我国之前采取限制豁免立场的国家已经在司法实践中较为成熟地运用“实质性联系”来掌握管辖权的阀门。厘清实质性联系的内涵对推动统筹推进国内法治与涉外法治的进程具有十分重要的积极意义。

加拿大安大略省法院的司法实践曾对“真实和实质性的联系”进行过深入的探析，真实和实质性的联系要求既要有足够的开放性和灵活性以适应加拿大法院受理的各类民事案件的需要，又要明确提供一个可以产生可预测的结果的共同参考框架[23]。安大略省上诉法院在 *Muscutt v. Courcelles* 案中指出“真实和实质性联系测试”被理解为要求法院地与被告之间或者法院地与诉讼主题之间存在联系，并列出了认定“真实且实质性的联系”需要考虑的八个因素：1) 法院地与原告的主张之间的联系；2) 法院地与被告之间的联系；3) 行使管辖权对被告不公平；4) 不行使管辖权对原告不公平；5) 其他诉讼当事人的参与；6) 法院愿意承认和执行在相同管辖基础上针对国内被告作出的省外判决；7) 案件本质上是跨省的或者国际的；8) 礼让以及其他地方通行的管辖权、承认和执行标准。³⁵这一标准也被加拿大其他省份的法院所采纳。后来发生转变是 *Van Breda* 案的法官认为有必要“简化真实和实质性联系测试以使其应用更加清晰和容易”，该案法官认为测试的核心是要素一和二，要素三到八虽然仍然与管辖权问题相关，但是作为法官的分析工具，帮助法官评估重要性程度。³⁶笔者认为，一个要素只存在“应当被考虑”与“不

³¹See *Harris v. VAO Intourist, Moscow*, 481 F. Supp. 1056 (E.D.N.Y. 1979). 本案中, Raymond DeJongh 参加苏联在美国设立的某旅行社的旅行活动, 因居住的莫斯科酒店发生火灾而丧失。原告 Alan D. Harris 作为死者的继承人以被告对死亡结果存在过失为由在美国法院提起诉讼。

³²可以被认定为实质性联系的情形: 1) 在美国有办公室并设立永久代表; 2) 在美国从事正常的航空营运; 3) 在美国公开邀约投标; 4) 在美国实质磋商契约的内容; 5) 安排运送在美国购买的货物。在美国出售货物和其他物品当然也被认为在美国从事商业行为。除此之外, 在美国没有办公室也没有销售代表也没有和美国的任何公司和个人签订契约的当事人, 不能仅仅因为和一家美国公司之间具有电传联系就被认定为其行为与美国具有实质联系(Substantial Contact)。被告和原告仅仅在美国进行业务会议也不能够认为与美国具有实质联系(Substantial Contact)。

³³See House Report No.94-1487, UN State Immunity Materials, p.108.

³⁴《民事诉讼法》(2022年)第277条。

³⁵See *Muscutt et al. v. Courcelles et al.*, (2002) 160 O.A.C. 1 (CA).

³⁶See *Van Breda v. Village Resorts Ltd.*, (2012) 291 O.A.C. 201 (SCC).

应当被考虑”两种状态，为它贴上“分析工具”的标签并不能为法院的司法审判提供任何帮助，反而使得原本不清晰的问题更加混乱，结果是 Van Breda 框架宽泛理解了“真实和实质性的联系”。与此同时，一个不能否认的事实是在用 Muscutt 框架审理案件的过程中，几乎没有产生过错误判决。所以，遵循 Muscutt 框架已经能够为各国法院在司法实践中把握“实质性联系”提供充分的指引。“真实和实质性联系”被认为是法律冲突的一般原则，构成了全球治理中国际私法的宪法维度[24]。确立该项原则对我国开放司法系统审理涉及主权国家的相关纠纷提供了稳定性的保障，在不违背传统的公平与实质正义观念的前提下行使司法管辖权，降低了管辖权被挑战的风险，更为重要的是裁决可能得不到其他国家的承认与执行的风险。

3.2.2. 在本国领域内进行的与外国国家在本国领域外的商业活动有关的行为

令人疑惑的是，我国国家豁免法没有明确规定所谓的“在我国领域内发生的商业活动”是否包含在我国领域内进行的与外国国家在我国领域外的商业活动有关的行为。首先，从文意解释的角度，关键问题是判断后者是否可以被包含在前者的语义射程范围内。对“在本国领域内进行的与外国国家在本国领域外的商业活动有关的行为”是否指代的是在本国领域内的国外商业活动有关的非商业活动，美国法学界存在一定的争论。这一判断首先是第五巡回法院在 *Byrd v. Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A.* 案中提出的，“FSIA 第 1605(a)(2)条第 2 项适用于美国与国外商业行为有关的非商业行为”。³⁷ 后来这一观点又被第二巡回法院在 *Kensington International Ltd. v. Itoua* 案中确认。³⁸ 不过，美国律师协会在其报告中认为把“商业活动例外”条款的第二种情形局限在非商业活动中是不正确的，这一观点缺少 FSIA 条文、立法历史材料以及联邦最高法院的判决的依据[25]。国内学者对这一问题的观点也较为割裂，有人认为商业行为与非商业行为的判断本身具有一定的难度且没有必要，只要满足在美国境内实施，同时与发生在境外的商业活动相关即可[26]；也有人支持第五巡回法院的观点，认为该情形仅指代美国境内与国外商业活动有关的非商业活动。

笔者认为，如果将第二项情形宽泛理解为既包括商业行为，又包括非商业行为，会与第一种情形存在交叉，理想的立法模式下每一项具体情形之间应该是平行的。其次，尽管缺乏权威依据的支撑，法院有义务为法律条款确定最合适的一种解释。因而，应当将“在本国领域内进行的与外国国家在本国领域外的商业活动有关的行为”理解为在本国领域内的与国外商业活动有关的非商业活动。在此观点基础之上，如果将之理解为在本国领域内的与国外商业活动有关的非商业活动，提炼出的核心信息是在本国领域内进行的是非商业活动，那么显然超出了“在我国领域内发生的商业活动”的语义射程范围。

目前为止，美国法院的判例主要都是适用第一项或第三项条件，而第二项条件似乎没有显出多少实际意义。有学者推测其背后的原因可能是商业活动不在美国境内发生，且也不以对美国境内产生直接影响作为条件，因而权利受到侵害的人可能无法注意到诉权[27]。从这一角度讲，未在我国国家豁免法的“商业活动例外”条款中明确规定此种情形，或许是立法者有意而为之，而立法者的实际意图可能还需要留待司法解释或者相关条例的出台给出明确的说明。除此之外，“基于”条款和“实质性联系”原则仍然将在第二种情形下发挥作用。

3.2.3. 发生在本国领域外但对本国领域内产生直接影响的商业行为

在美国《外国主权豁免法》列举的三种情形中，“发生在本国领域外但对本国领域内产生直接影响的商业行为”是与受理法院所在司法管辖区领域联系最小的情形，该情形也被认为是美国长臂管辖权在国家豁免领域的体现。我国的《外国国家豁免法》也包含了此种情形，但在美国法院几十年的司法实践

³⁷See *Byrd v. Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A.*, 182 F. 3d 380, 390 (5th Cir. 1999).

³⁸See *Kensington International Ltd. v. Itoua*, 505 F. 3d 147, 157(2d Cir. 2007).

中，围绕这一情形产生的争议尤其多，因而，需要谨慎适用该条款。

援引这一情形，需要满足以下三个构成要件：1) 提起诉讼的基础是在本国领域外的行为，“基于”条款仍然在这一情形中继续发挥作用；2) 诉因行为与商业活动有关；3) 诉因行为对本国领域内产生了直接影响。在上述三个构成要件中，第一个要件和第三个要件包含着地域联系的判断，第一个要件的地域联系判断更为基础，至于何为“诉因行为”前已述及，在此不再赘述。

第三种情形的判断关键在于“直接影响”，这也是认为其是长臂管辖原则在国家豁免领域的体现的原因。对这一术语的思考，首先需要回顾著名的“国际鞋业公司案”。该案中，美国联邦最高法院认为，只要被告与法院地存在最低限度的联系，且不违反公平诉争和实质正义的传统法理观念，法院就可以行使管辖权。³⁹“国际鞋业公司案”确立的“最低限度联系(Minimum Contact)”标准取代了“实际存在(Physical Presence)”标准，即使非居民未向法院地出现，只要其与法院地存在最低限度的联系，法院就有可能行使管辖权，在一定程度上扩大了法院的司法管辖权。

其次，针对“直接影响”的认定标准，美国国会表示可以参考《对外关系法重述(第二次)》的规定。《对外关系法重述(第二次)》对可以通过法律规范的“发生在美国领域外但对美国领域内产生影响的行为”进行过阐释，列举了两个条件：一是合理健全国家的法律都认为是犯罪行为或是侵权行为；二是符合国内法律规定行为的构成要素，对美国领土造成了实质、重大的影响，对美国领土造成的结果是直接的和可预见的，同时要求制定的法律规范符合正义原则。⁴⁰尽管如此，《对外关系法重述(第二次)》中“对美国领域内产生影响的行为”与美国《外国主权豁免法》中“对美国领域内产生直接影响的行为”并不是直接对应的，美国法院在司法实践中存在着两种不同观点。

第一种观点认为，在考察是否对美国领域产生直接影响时，需要考虑《对外关系法重述(第二次)》提供的标准，即影响是否是实质性的(substantial)、重大的(significant)、可预见的(foreseeable)、直接的(direct)。例如，在“Texas Trading & Miling Corp. v. Federal Republic of Nigeria 案”中，被告主张未对美国领域内产生直接影响，因而法院不享有管辖权。法院认为，“直接影响”要求法院审查被告从事的商业行为与美国之间存在关联，只有在存在重大影响的情况下，才满足“直接影响”的要求。本案中，原告在美国有住所或者从事营业，是本案与美国领土之间的唯一联系。从“正当程序”的角度来讲，这不是充分的接触，所以法院认为该案不符合“直接影响”的构成要件。⁴¹

对于影响应当是直接的，可以以“天宇案”为例。该案中，原告主张，投资资金的收回致使美国母公司无法从合资企业中取得预期利润，从而导致母公司不得不进行重组，因而母公司的损失对美国产生了直接影响。而被告却认为，原告的营业地在中国而非美国，位于美国的母公司并没有受到中国领土内发生的行为的影响，不能因为原告遭受损失而认为对美国产生了直接影响。美国第十巡回上诉法院认为，“直接影响”和“间接影响”是一对相对的概念，区别两者是困难的，可以从之前的判决中找到答案。正如“联合国世界贸易案”的法官所认为的，不能仅依据一方的营业地在美国就认定对美国产生了直接影响。⁴²同时，该案中，导致原告遭受损失的被告行为发生在中国而非美国，因而不能认为对美国领域内产生了直接影响。更为具体的标准要在“Martin v. Republic of South Africa 案”中提出，法院认为对“直接影响”的通常理解是没有介入因素，而是沿着直线流动，没有偏离或中断。⁴³正如刑事责任中对因果关系的判断，介入因素异常会阻断因果关系。在这一标准下，“直接影响”的判断更加清晰明了。

³⁹See *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945)。原告国际鞋业工业是一家注册在特拉华州，在密苏里州生产制造的公司，偶尔会在华盛顿州租赁场地展示样品。原告雇佣了一名居住在华盛顿州的推销员，以佣金而非工资的形式向其支付报酬，后华盛顿州起诉国际鞋业公司，要求其根据《失业补偿法案》在华盛顿州缴纳失业税。

⁴⁰See *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States* 1965, Art.18.

⁴¹See *Texas Trading & Miling Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir. 1981).

⁴²See *United World Trade v. Mangyshlakneft Oil*, 33 F.3d 1232 (10th Cir. 1994).

⁴³See *Martin v. Republic of South Africa*, 836 F.2d 91 (2d Cir. 1987).

第二种观点认为，不需要证明影响是“实质性的”或是“可预见的”，持该观点的是美国第二巡回上诉法院。在“Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC”案中，美国第二巡回上诉法院以产品责任案例的因果链条为例重申了“效果未必直接可预见的”的立场。该案中，被诉的虚假陈述行为可能离美国投资者非常遥远，从而导致《外国主权豁免法》下的管辖权并不能成立，但如此认定的结果就是美国投资者在美国进行的证券欺诈诉讼均不能成立，美国法不能为本国公民提供充分的救济，这显然是不合适的。⁴⁴笔者认为，这是一种更为务实地追求国家豁免法的法律运行效果的做法，是在立法目的的角度进行了司法解释，而非僵化、教条地适用条文与先例，对我国法院更具有借鉴意义。在美国法视域下，商业活动例外条款的释义在很大程度上由司法机构把握，美国法院享有很大的自由裁量空间。相较而言，我国的法律体系具有优势的地方在于立法机构有权发布针对立法不完善之处的权威性解释，美国法院确定的“实质性的、重大的、可预见的、直接的”的“直接影响”的判断标准，还需要结合具体的案情以及我国的司法传统进行应用。我们认为，所有借鉴的意义都在于解决我国可能面临的问题。

4. 结语

在国际社会从“绝对豁免”转向“限制豁免”的总体趋势下，《外国国家豁免法》的出台适应了涉外法治建设的现实需要，让我国法院有了受理诸如“日本核污水排海”等侵犯社会公众合法健康利益的国家行为引发的诉讼的法律依据。在限制豁免主义的语境下，我们需要回答的两个问题是商业行为的界定和司法管辖联系的判定，对这两个问题的回答关涉到我国法院行使司法管辖权的合法性、正当性以及是否违反主权平等原则与不干涉他国内政原则。

尽管我国的主权豁免法已经采取国际社会较为先进的立法模式，但是对与商业活动例外条款仍然缺乏系统性的思考。《联合国外国国家及其财产管辖豁免公约》规定了商业活动例外条款的排除的情形，⁴⁵这一做法也为英国、新加坡等国际社会的多数国家所采纳，我国《外国国家豁免法》尚缺乏商业活动例外条款的排除的相关规定。《外国国家豁免法》规定了主权国家在其实施的商业活动中不享有司法管辖豁免是否意味着我国也对国际组织采取限制豁免的立场，这一点并不是十分清晰。美国就曾经出现过FSIA采取了限制豁免的立场而《国际组织豁免法案》尚未随之变更的情形[28]。当然，即使我国采取“限制豁免”的立场，只是意味着我国法院可以受理针对外国国家的诉讼，并不意味着可以对外国国家的商业财产采取强制措施。《外国国家豁免法》的“商业活动例外条款(第7条)”指的仅是“管辖豁免”而非“执行豁免”。

党的二十大报告指出，要加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治[29]。我国《外国国家豁免法》的“商业活动例外条款”表明我国对于主权豁免的立场已经由“绝对豁免”转向“限制豁免”，是我国在国际法实践取得的重要突破，标志着我国在主权豁免领域已经与国际通行规则接轨，是在统筹推进涉外法治与国内法治的背景下我国在国际私法领域作出的积极努力，必将为“一带一路”建设、我国企业“走出去”以及缓解“长臂管辖”的压力提供制度上的保障。

参考文献

- [1] 马新民. 我国出台外国国家豁免法——涉外法治建设的里程碑[EB/OL]. 人民网. http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2023-09/04/nw.D110000renmrb_20230904_2-15.htm, 2023-09-23.

⁴⁴See *Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC*, 813 F.3d 98 (2d Cir. 2016).

⁴⁵United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004), Art.10(2).

- [2] abcNEWS (2023) Japan Begins Releasing Fukushima's Treated Radioactive Water into Pacific, Prompting Strong Rebuke from China. <https://abcnews.go.com/International/japan-begins-releasing-treated-fukushima-water-pacific/story?id=102523576>
- [3] 外国国家豁免法获通过, 日本排放核污水, 我们或可用法律手段维权[EB/OL]. 网易网. <https://www.163.com/dy/article/IDQJ3DR605539IG6.html>, 2023-09-23.
- [4] 贾兵兵. 国际公法: 和平时期的解释与适用[M]. 第2版. 北京: 清华大学出版社, 2022: 289.
- [5] Boguslavsky, M. (1979) Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice. *Netherlands Yearbook of International Law*, **10**, 167-177. <https://doi.org/10.1017/S0167676800002579>
- [6] Verdier, P.-H. and Voeten, E. (2015) How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity. *International Studies Quarterly*, **59**, 209-220. <https://doi.org/10.1111/isqu.12155>
- [7] Lauterpacht, H. (1951) The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States. *British Yearbook of International Law*, **28**, 220.
- [8] UN (2023) Privileges and Immunities, Diplomatic and Consular Relations, Etc, United Nations Treaty Collection. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en
- [9] 松井芳郎, 等. 国际法[M]. 第4版. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 88.
- [10] RU (2023) Submitting to the State Duma a Draft Law Establishing the Jurisdictional Immunity of a Foreign State and Its Property on Russian Territory. <http://government.ru/en/docs/19165/>
- [11] Ding, Y. (2012) Absolute, Restrictive, or Something More: Did Beijing Choose the Right Type of Sovereign Immunity for Hong Kong. *Emory International Law Review*, **29**, 997, 1018-1020.
- [12] 何志鹏. 主权豁免的中国立场[J]. 政法论坛, 2015, 33(3): 77.
- [13] 丘宏達. 現代國際法[M]. 台北: 三民书局, 2008: 685-700.
- [14] 梁淑英. 浅析国家豁免的几个问题[J]. 政法论坛(中国政法大学学报), 2000(2): 116.
- [15] 张乃根. 国家及其财产管辖豁免对我国经贸活动的影响[J]. 法学家, 2005(6): 32.
- [16] 霍政欣, 陈锐达. 跨国文物追索诉讼的国家豁免问题[J]. 国际法研究, 2022(4): 77.
- [17] 杜涛. 美国联邦法院司法管辖权的收缩及其启示[J]. 国际法研究, 2014(2): 83.
- [18] 李庆明. 美国的外国主权豁免理论与实践[M]. 北京: 人民日报出版社, 2021: 198.
- [19] Larkin, P.J. (2020) Suing China over COVID-19. *Boston University Law Review Online*, **100**, 91-104.
- [20] Yang, X. (2012) Jurisdictional Nexus Requirement under the US FSIA. Cambridge University Press, Cambridge, 109.
- [21] 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[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 245.
- [22] 杜焕芳, 徐传蕾. 美国外国主权管辖豁免中的商业例外及其实践发展[J]. 中国高校社会科学, 2016(3): 116.
- [23] Pitel, S.G. (2010) Reformulating a Real and Substantial Connection. *University of New Brunswick Law Journal*, **60**, 177.
- [24] Bomhoff, J. (2014) Private International Law and Global Governance. Oxford University Press, Oxford, 269.
- [25] Association WGOTAB (2002) Reforming the Foreign Sovereign Immunity Act. *Columbia Journal of Transnational Law*, No. 40, 553.
- [26] 王煜涛. 国有企业在美国法院援引主权豁免问题研究[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2017.
- [27] 张建栋. 论国家管辖豁免中的商业活动例外[J]. 《上海法学研究》集刊, 2021, 13: 24.
- [28] 何志鹏, 姜晨曦. 国际组织限制豁免的理论探析与实践立场[J]. 太平洋学报, 2019, 27(7): 2.
- [29] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M]. 北京: 人民出版社, 2022: 41.