

君合专题研究报告



2016年3月18日

国家主权豁免还能保护你多久？

——从美国联邦法院两起案例看国家主权豁免原则的适用对我国国企的影响

国家主权豁免原则是常用的国际法原则之一。长期以来，由各国政府控制的国有企业因国家主权豁免原则的适用而被免于在他国被起诉，仅在少数例外情形下，这些国有企业因符合一些例外情形，而参与到外国的诉讼中。

针对国家主权豁免原则的适用问题，各国均有其各自的立法。而在美国，国家主权豁免原则规定在 1976 年的《外国主权豁免法案》（*Foreign Sovereign Immunities Act*）中。美国《外国主权豁免法案》中规定了许多排除国家主权豁免原则的例外情形，这些例外情形中，商业活动例外是最主要也是最重要的例外情形。2015 年 12 月 1 日，美国最高法院在 2016 财政年度审理的第一案——OBB 案（*ÖBB Personenverkehr AG v. Carol P. Sachs*, 136 S. Ct. 390 (2015)）使美国国家主权豁免原则的适用问题，尤其是商业活动例外的适用问题成为了举世瞩目的焦点。尽管最终美国最高法院认为该案不适用商业活动例外，进而认定美国法院对奥地利铁路公司没有管辖权，但该案所经历的一波三折的审理过程无疑给各国国有企业敲响了警钟。2016 年 2 月 3 日，美国联邦第二巡回上诉法院在 *Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC* 一案中（*Atlantica Holdings, Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk-Kazyna JSC*, No

14-917-cv, --- F.3d ---, 2016 WL 403445 (2016)，下称“**SK Fund 案**”）又一次对商业活动例外的适用问题进行了讨论，认定哈萨克斯坦的一国有基金在美国国外的虚假陈述行为符合商业活动例外，从而不受美国国家主权豁免。

随着国际经济的全球化发展，国家主权豁免原则已经不再是各国国企的保护伞。本文将以美国为例，从国家主权豁免原则的介绍出发，分析 SK Fund 案的案情和裁判理由，并对我国国企在海外的应诉风险作简要分析。

一、国家主权豁免原则介绍

所谓国家主权豁免原则，是指一个国家或其控制的实体的行为及其财产应免于他国管辖。在美国，国家主权豁免原则的适用规定于 1976 年颁布的《外国主权豁免法案》中。其中，第 1604 条规定了国家主权豁免的基本原则，而第 1605-1607 条则规定了国家主权豁免原则适用的例外情形。根据第 1605 条 (a)(2) 款的规定，“在发生下述情形时，外国不能免于联邦法院或各州法院管辖：该诉讼是基于该外国在美国进行的商业活动而提出的；或者基于与该外国在别处的商业活动有关而在美国完成的行为提出的；或者基于与该外国在别处的商业活动有关，而且在美国领土以外进行但在美国引起直接影响

的行为提出的。”该条原则即是美国国家主权豁免原则中最重要的例外情形——商业活动例外的规定。根据该条规定，商业活动例外的适用情形包括三种，在外国政府实施商业行为的前提下，前两种例外情形必须基于外国政府在美国境内的行为，而在第三种例外情况下，即使行为发生在美国境外，只要行为对美国引起直接影响，美国法院便可以对外国政府行使管辖权。正是由于第三种例外情况的存在，使得美国法院对外国政府在美国境外的行为同样拥有了管辖权。而 SK Fund 一案正是如此。

二、SK Fund 案的案件背景

在 SK Fund 案中，被告是哈萨克斯坦的一国有基金，而各原告是该基金的投资人，其中，有两名原告是美国人，而其他原告并非美国人。2009 年至 2010 年，被告对外招揽客户，在其网站上发布了大量广告和介绍。基于对被告所发布的信息的信赖，各原告均通过位于美国迈阿密境内的一家投资公司，投资了被告基金。然而，被告的实际投资经营状况却与其在招揽客户时的陈述大相径庭。2011 年始，被告基金的价值大幅下跌，直至 2012 年，该基金的价值已不足面值的 10%。被告不符合其原有宣传的投资经营行为使作为投资人的各原告遭受了重大损失。因此，各原告于 2012 年 12 月 5 日以被告虚假陈述为由，在美国纽约南区联邦地区法院提起了诉讼。2013 年 5 月 6 日，被告以其应当适用国家主权豁免原则为由，请求法院驳回原告起诉。2014 年 3 月 10 日，美国纽约南区联邦地区法院没有支持被告的请求，认为本案适用商业活动例外，即美国法院对本案拥有管辖权。此后，本案被上诉至美国联邦第二巡回上诉法院。2016 年 2 月 3 日，美国联邦第二巡回上诉法院维持了地区法院的判决。上诉法院认为，本案中，被告的虚假陈述行为虽然发生在美国境外，但其对美国产生了直接影响。因此，本案适用商业活动例外中的第三种情形，美

国法院对本案拥有管辖权。

三、SK Fund 案的裁判理由

鉴于本案中，原告所依据的是被告在美国境外做出的虚假陈述行为，上诉法院在 SK Fund 案裁判中，着重对《外国主权豁免法案》第 1605 条(a)(2)款中第三种情形进行了分析。其中，主要对本案是否是“基于”被告的商业行为而产生，以及被告行为是否对美国产生直接影响进行了分析。

1. 本案是基于被告的商业行为而产生的

SK Fund 案中，双方第一个争议焦点在于该案是否符合《外国主权豁免法案》第 1605 条(a)(2)款中“基于”这一要件，即案件是否是基于被告的商业行为而产生的。案件是否“基于”被告的商业行为，是适用商业活动例外的必要条件之一。在前述美国最高法院的 OBB 案中，法院正是以原告的侵权诉讼并非“基于”被告的售票行为为由，认定美国法院对奥地利铁路公司没有管辖权。法院认为，认定某一诉讼是否构成“基于”某一行为的前提是该行为必须是该案诉讼请求的重要基础之一，以及该行为对影响诉讼请求是否被支持起着决定性作用。而在 OBB 案中，售票行为并非是判定奥地利铁路公司是否构成侵权的关键要素之一，因此，OBB 案诉讼并非“基于”售票这一商业行为。而在本案中，上诉法院认为，认定本案“基于”被告的商业行为是十分直接和清楚的。上诉法院援引了 OBB 案中对“基于”的判定标准，认为正是由于被告的虚假陈述，才直接导致了本案中原告经济损失的产生。因此，本案争议是“基于”被告虚假陈述这一商业行为所产生的。

2. 被告的商业行为对美国产生了直接影响

政府的商业行为是否对美国产生直接影响是《外国主权豁免法案》第 1605 条(a)(2)款第三种情

形适用的必要前提之一，也是 SK Fund 案中当事人双方最主要的争议焦点。本案中，上诉法院综合分析了案件事实以及双方当事人的观点，最终认为被告的商业行为对美国产生了直接影响。

首先，上诉法院从案件性质出发，认定 SK Fund 案的侵权行为地（locus of the tort）在美国，从而认定被告的行为对美国产生了直接影响。上诉法院认为，在侵权案件中，如果侵权行为地在美国，则应当认定被告的商业行为对美国产生了直接影响。本案中，上诉法院援引了美国第一次冲突法重述（Restatement of Conflict of Laws §377(1934)）的规定（即在虚假陈述案件中，一般认为损失发生地为侵权行为地），基于本案投资款均从美国汇出的事实，认为各原告的损失均发生在美国，从而认定美国是本案的侵权行为地。

其次，上诉法院对被告提出的三点抗辩予以了一一驳斥：

第一，被告认为，本案中，有一部分原告并非美国人，因此，被告的虚假陈述对这些非美国人所造成的损害不能被认定为该行为对美国产生直接影响。上诉法院对此并没有予以认同。上诉法院认为，部分原告并非美国人的事实并不影响商业活动例外的适用，判定商业活动例外是否适用的条件是被告的行为是否对美国产生直接影响，而非遭受影响的原告是否是美国人。换言之，在所有的原告均不是美国人的情况下，如果被告的商业行为对美国产生了直接影响，美国法院也可以对案件拥有管辖权。本案中，上诉法院根据对被告发布的广告和陈述内容的分析，认定被告的商业行为是直接针对美国投资者的，因此，应当认为该等行为对美国产生了直接影响。

第二，被告认为，本案中被告的行为对美国产生的影响并非是直接的，因为虚假陈述行为产生于国外。上诉法院同样对此予以了反对。上诉法院认

为，与受害人财产在国外被扣留、受害人人身在国外遭受损害这类侵权行为地在美国的案件不同，本案中，原告的款项是从美国汇出的，其损失直接发生在美国，侵权行为地也应为美国，因此，应当认为被告的行为对美国产生了直接影响。

第三，被告认为，本案中，虚假陈述是通过美国的投资公司向投资者发出的，而非被告直接向投资者发出的，投资公司的介入打断了被告行为与原告损失之间的因果关系，故虚假陈述对美国的影响不是“直接”的，而是间接的。对此，上诉法院认为，本案中，投资公司在转发被告的陈述和宣传时，并没有将被告发布的信息进行任何挑选、篡改。因此，投资公司的介入对被告行为与原告损失之间的因果关系的判定不存在任何影响，应当认定被告的行为对美国产生了直接影响。

综合上述理由，上诉法院做出裁决，认定本案符合《外国主权豁免法案》第 1605 条(a)(2)款商业活动例外中的第三种情形，从而认定美国法院对本案拥有管辖权。

四、国家主权豁免原则的适用对我国国企的影响

从美国最高法院在 2016 财政年度审理的第一案——OBB 案，到 2016 年 2 月美国联邦第二巡回上诉法庭的 SK Fund 案可以看出，近年来，美国法院对美国国家主权豁免原则的适用问题，尤其是商业活动例外原则的适用问题，正日趋予以关注。美国法院在 2016 年度的这两起案件折射出了世界各国对待此类案件的普遍趋势，即如果国有企业在外国开展商业活动，则其很可能会因为符合特定的例外情况，从而不受国家主权豁免原则的保护。对我国国企而言，一旦其因国家主权豁免原则例外情形的适用，而被迫参与到海外诉讼中，届时，相比国内诉讼而言，其所需要花费的人力、物力及财力往往将是巨大的。

而分析 OBB 案与 SK Fund 案的判决结果和案件历程，不难看出，各国以国家主权豁免原则例外情形的适用为由，从而对他国国有企业行使诉讼管辖权，是有其深层次的文化原因的：

OBB 案中，美国公民因乘坐奥地利铁路公司运营的列车而受伤。原告之所以选择在美国起诉，而美国法院之所以愿意受理此类起诉，原因是美国国内文化中对生命的尊重以及对受害者的怜悯。尽管美国最高法院最终认定美国法院对该案没有管辖权，但该案在美国社会引起的轩然大波无疑是美国文化中重视生命原则的一种印证。

而 SK Fund 案中，美国法院认定对该案具有管辖权，则是美国文化的又一种体现。长期以来，美国国内法对虚假陈述行为有着很严格的规制措施。美国对虚假陈述行为的规制主要体现在美国 1934 年证券交易法（Securities Exchange Act）中。其中，美国证券交易委员会根据《证券交易法》第 10(b) 条所制定的 10B-5 条规则是举世瞩目的规制欺诈和虚假陈述的条款之一，被世界各国所效仿。10B-5 规则规定，“任何人直接或间接地利用任何州际商业方法和手段、邮寄方法和手段，或者利用全国性证券交易机构任何设施从事如下与任何证券交易相关的一切行为均为非法：（1）使用任何手段、安排、

技巧进行欺骗；（2）对重要事实进行任何不真实陈述或遗漏陈述根据当时情势是使陈述不误导他人所必须的重要事实；（3）从事任何产生或会产生对任何人构成欺诈或欺骗的任何行为、做法或商业实践”。由上述规定可见，美国文化中对虚假陈述行为是深恶痛绝的。而美国法院对 SK Fund 案的关注更是体现了这一点。我们认为，正是因为美国文化中对虚假陈述行为的厌恶和痛恨，才使得美国法院更愿意关注诸如 SK Fund 案的此类案件，管辖并惩治此类虚假陈述的行为。

如果说 OBB 案中受害人的受伤是一种天灾，那 SK Fund 案中各原告的损失则确是一种人祸。天灾无法避免，但人祸定可预防。因此，我国国企在向海外拓展业务时，尤其是在开展以外国国民为主要客户群体之一的业务时，必须首先提升自身的服务质量，避免发生诸如 SK Fund 案中的类似虚假陈述、不诚信的行为，以避免潜在诉讼的发生。除此之外，我国国企也应当时刻注意各国国家主权豁免原则例外情形的适用情况，及时、详细了解潜在客户所处当地的法律法规和文化背景，并更多关注诸如 OBB 案、SK Fund 案等涉及国家主权豁免原则适用的案件，以应对可能发生在境外的诉讼。

陈鲁明 合伙人 电话：86-21 2208 6396 邮箱地址：chenluming@junhe.com

陈雨崑 律师 电话：86-21 2208 6197 邮箱地址：chenyuwei@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

