



# 从绝对豁免 到相对豁免

## 《外国国家豁免法》 对内地和香港跨境争议的影响

随着《中华人民共和国外国国家豁免法》（下称“《外国国家豁免法》”）即将于2024年1月1日起施行，中华人民共和国（下称“中国”）内地和香港长期以来所奉行的对外国国家及其财产的绝对豁免原则亦将迎来终结。《外国国家豁免法》引入了有关商业活动的例外，并允许外国国家事先以明示的方式放弃国家豁免，从而增加了可对外国国家提起诉讼的情形，并扩大了可对其在内地和香港境内的财产执行仲裁裁决和法院判决的范围。这一变化使内地和香港的立场与其他主要司法管辖区一致，并增强了它们作为涉及国家的商业争议解决平台的吸引力。

### 在本简讯中，我们将：

- 简述国家豁免的概念（第一节）；
- 概括介绍《外国国家豁免法》有关管辖及执行豁免的主要条文（第二节）；
- 考虑《外国国家豁免法》对香港适用国家豁免（第三节）及仲裁和仲裁相关程序的影响（第四节）；及
- 总结强调《外国国家豁免法》对与外国国家有关的跨境商业交易的主要影响（第五节）。

## 1. 国家豁免

国家豁免分为两类：外国国家豁免和本国国家豁免（或香港的皇室豁免）。外国国家豁免排除法院地国在外国为当事方的情况下行使管辖权，而本国国家豁免则排除本国法院在其主权国为当事方的情况下行使管辖权。

外国国家豁免为主权国家提供管辖豁免或执行豁免的两方面的保护。管辖豁免保护主权国家免于在另一国法院受到起诉；而执行豁免则保障主权国家的财产免受另一国司法强制措施的执行。

外国国家豁免和本国国家豁免均可以分为绝对豁免和相对豁免。于绝对豁免下，不论争议性质，即便是商业事项，主权国家均完全不受外国管辖。反之，在相对豁免的原则下，只有在外国国家的行为涉及行使国家主权时才能得到豁免。世界各地中，包括美国、英国、加拿大、新加坡、澳大利亚、新西兰和大多数欧盟成员国在内的大多数司法管辖区，均采用相对豁免原则。

在《外国国家豁免法》实施前，内地仅有少量关于国家豁免的法例。当中包括《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》，此法规定外国中央银行财产可以豁免于某些司法强制措施。在外交和司法实践中，内地长期以来一直奉行绝对豁免原则。

香港亦如是。在《外国国家豁免法》实施前，香港采取与内地一致的立场，对外国国家豁免和皇室豁免采用绝对豁免原则。随着《外国国家豁免法》的施行，外国国家豁免的适用原则将迎来改变，而本国国家豁免则不受影响。中央人民政府（下称“中央政府”）将继续在内地和香港享有绝对豁免。为免疑议，中国国有企业不太可能成功主张本国国家豁免。



## 2. 《外国国家豁免法》概述

2023年9月1日，全国人民代表大会常务委员会（下称“人大常委会”）通过《外国国家豁免法》，《外国国家豁免法》将自2024年1月1日起施行。作为中国首部专门规定国家豁免的详细立法，《外国国家豁免法》标志着中国的外国国家豁免政策从传统绝对豁免改为相对豁免。中国外交部（下称“外交部”）亦在其发布的**声明**中称，新法中的豁免制度“符合国际法和各国实践”。

在本节中，我们将重点介绍《外国国家豁免法》的主要特点，包括其适用范围和豁免的主要例外情形。

### 《外国国家豁免法》的框架

总体而言，《外国国家豁免法》确立了“外国国家”除在下述例外情形外，在中国法院享有管辖豁免（第三条）及其财产的执行豁免（第十三条）这一基本原则。

《外国国家豁免法》第二十一条亦规定了对等原则，即如外国给予中国及其财产的豁免待遇低于该法规定，则中国对其实行对等对待。《外国国家豁免法》第二十二条亦明确，当《外国国家豁免法》规定与中国缔结或参加的国际条约相悖，将以该国际条约的规定为准。

### 外国国家豁免的范围

《外国国家豁免法》第二条明确规定了“外国国家”的范围，包括外国主权国家及其国家机关或组成部分（例如国家部委），以及外国主权国家授权行使主权权力且基于该项授权从事活动的组织或者个人。

国有企业和国际组织并不自动享有《外国国家豁免法》项下的豁免，这些组织的豁免地位取决于它们是否经外国国家授权代表外国国家行使主权权力。与内地及香港的现行法律一致，不履行主权职能的国有企业不享受国家豁免。

此外，根据《外国国家豁免法》第十九条，外交部可以通过出具证明文件来确定相关国家是否构成“外国国家”。这一规定赋予了外交部在外国国家豁免体系中的重要地位。

### 管辖豁免的例外情形

《外国国家豁免法》列举了外国国家不受管辖豁免保障的四种例外情形：

— **商业活动例外**：《外国国家豁免法》带来的最重要变化是在第七条规定，当“商业活动”（i）发生在外国国家与其他国家（包括中国）的组织或个人之间，（ii）并且在中国领域内发生或对中国领域内产生直接影响，则对于该商业活动引起的诉讼，该外国国家不享有管辖豁免。《外国国家豁免法》下“商业活动”的定义非常宽泛，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。中国法院在认定一项行为是否属于商业活动时，将综合考虑该行为的性质和目的。中国法院对商业活动例外的实际应用则仍然有待观察。

- **明示放弃豁免**：《外国国家豁免法》第四条明确外国国家可以在争议发生之前或之后，通过国际条约或书面协议等方式明示接受中国法院的管辖。
- **默示放弃豁免**：《外国国家豁免法》第五条亦确认，外国国家作为原告提起诉讼，或作为被告提交答辩或反诉时，将被视为其默示接受中国法院的管辖，从而放弃管辖豁免。但是，如果外国国家仅为主张豁免而应诉答辩，或派代表在中国法院出庭作证，或同意争议事项适用中国法律，则不视为其默示接受中国法院的管辖（第六条）。
- **特定争议类别**：对于下列事项引起的诉讼，外国国家不享有管辖豁免：(i)全部或部分在中国领域内履行的劳动或劳务合同（第八条），(ii)在中国领域内的活动造成人身伤害、死亡或财产损失引起的赔偿（第九条），或(iii)中国领域内的某些动产、不动产或知识产权（第十条、第十一条）。这些例外与英国相关法律规定的例外相似。《外国国家豁免法》还规定了关于仲裁事项的例外，具体将在下文第4节讨论。

## 执行豁免的例外情形

外国国家不受管辖豁免的情形，不视为自动放弃执行豁免。如须对外国国家的财产采取司法强制措施，则须满足下列任一种执行豁免的例外情形。

- 一 **商业活动例外**：针对执行豁免的商业活动例外与财产（而非争议）的性质相关。《外国国家豁免法》第十四条第（三）项规定，如果外国国家的财产同时

满足(i)位于中国领域内，(ii)用于商业活动，且(iii)与境内诉讼有联系三个元素，则不享有执行豁免。《外国国家豁免法》第十五条明确，某些财产，包括外交、军事或中央银行财产，不视为用于商业活动的财产。

- 一 **明示放弃豁免**：总体而言，外国国家接受中国法院管辖，不视为自动放弃执行豁免（第十三条）。但是，与管辖豁免

相似，外国国家可以通过书面协议、国际条约或向中国法院提交书面文件等方式明示放弃执行豁免（第十四条第（一）项）。

- 一 **专门指定财产**：外国国家已经拨出或专门用于司法强制措施执行的指定财产不享受司法强制措施豁免（第十四条第（二）项）。

## 主要豁免例外

管辖豁免

执行豁免

商业活动例外

如果商业活动(i)发生在外国国家与其他国家（包括中国）的组织或个人之间，并且(ii)在中国领域内发生或产生直接影响，则不受管辖豁免保障（第七条）。

如果财产(i)位于中国领域内，(ii)用于商业活动，且(iii)与境内诉讼有联系，则不受执行豁免保障（第十四条第（三）项）。

放弃豁免

可以通过书面协议或条约等明示方式（第四条），或通过积极参加诉讼的方式默示放弃管辖豁免（第五条）。

只能通过书面协议或条约等方式明示放弃豁免（第十四条第（一）项）。

其他例外

如果诉讼事项是关于全部或部分在中国领域内履行的劳动或劳务合同（第八条），在中国领域内的活动造成人身伤害、死亡或财产损失引起的赔偿（第九条），或中国领域内的某些动产、不动产或知识产权（第十条、第十一条），则不受管辖豁免保障。

外国国家已经拨出或专门指定用于司法强制措施执行的财产不受执行豁免保障（第十四条第（二）项）。

### 3. 《外国国家豁免法》在香港的影响

在2024年1月1日《外国国家豁免法》生效后，香港将遵循内地的外国国家豁免政策，从绝对豁免原则转为相对豁免原则。

如香港政府采用香港《基本法》第十八条的程序，公布或立法实施《外国国家豁免法》，新法在香港的适用范围将得到进一步明确。即使《基本法》第十八条的程序未被采用，按全国人大常委会在Democratic Republic of the Congo 诉 FG Hemisphere Associates LLC 案（下称“刚果案”）中向香港终审法院提供的解释（下称“释法”），《外国国家豁免法》中确立的相对豁免政策似乎将自动在香港适用。释法确认，国家豁免原则属于中央政府享有决定权的外交事务，并应在中国全境范围内统一实施，香港法院

不得偏离相关原则。根据这一推理，香港法院须适用（或根据《基本法》第十九条第三款取得行政长官发出的证明后适用）《外国国家豁免法》项下的豁免原则和相关规则。

如上所述，从绝对豁免转为相对豁免意味着外国国家将不再就其商业活动享有豁免，并且其商业财产亦可能面临司法强制措施。在刚果案中，终审法院适用了绝对豁免原则，拒绝了申请人针对刚果共和国在香港的资产执行仲裁裁决的申请。如刚果案在《外国国家豁免法》生效后发生，可能会迎来截然不同的结果。

此外，《外国国家豁免法》确认外国国家能够通过书面协议明示放弃管辖豁免或执行豁免。此条文可能改变香港之前约定放弃豁免

的合同条款无效的立场，即约定放弃豁免的合同条款，可能会在2024年1月1日之后被赋予效力。

由于《外国国家豁免法》并不影响本国国家豁免或皇室豁免的地位，Hua Tian Long (No. 3)案就该事项确立的立场将继续适用，即中央人民政府仍将在香港享有绝对豁免。然而，鉴于香港法院在China National Coal Group Corp一案中的裁决，以及国务院港澳事务办公室在该案中发布的相关信函中对中国国有企业独立于中央政府的职能和运作的确认，中国国有企业除在特殊情况外不太可能成功主张豁免保障。

### 4. 《外国国家豁免法》对仲裁的影响

由于仲裁程序不涉及一国法院对另一国行使管辖权，因此仲裁程序并不会直接受到国家豁免的影响。所以，对于根据仲裁协议或通过国际条约发起的仲裁，国家无法依赖国家豁免来反对仲裁庭的管辖。换言之，国家对仲裁程序不享有管辖豁免。

但在仲裁相关的法院程序中，则可能涉及国家豁免问题。在这方面，《外国国家豁免法》第十二条明确，外国国家不得就因商业

活动或投资引起的仲裁（包括投资条约仲裁）所涉及的特定法院程序主张管辖豁免。该等程序包括有关仲裁协议的效力、仲裁裁决的承认和执行以及仲裁裁决的撤销的程序。上述条款的适用并不限于以内地或香港为仲裁地的仲裁，即不论仲裁之仲裁地，外国国家在上述内地或香港的特定法院程序将不享有管辖豁免。上述条款亦将为在内地或香港寻求承认和执行针对投资条约仲裁的外国裁决（包括国际投资争端解决中心ICSID

裁决）提供其期待已久的法律依据。

为避免疑义，《外国国家豁免法》第十二条并不影响外国国家财产的执行豁免。若要成功对外国资产执行仲裁裁决，仍须满足上文所述的执行豁免的例外情形。

### 5. 对涉及国家的跨境争议的实践影响

《外国国家豁免法》体现了中国外国国家豁免政策的转型，使其与大多数国家的立场达成一致。

《外国国家豁免法》提供了针对外国国家的商业活动在内地或香港提起诉讼的可能性，亦扩大了其在两个司法管辖权内财产执行仲裁裁决和法院判决的范围。由此观之，《外国国家豁免法》将增强内地和香港作为涉及外国国家的商业争议的解决平台的吸引力。

为了在最大程度上提高对外国国家提起诉讼及其资产采取司法强制措施的成功率，在与外国国家或国家相关实体签订合同时，不论合同约定的纠纷处理程序为仲裁或内地或香港的诉讼，签订合同的相关方均应尽量在合同中明确约定放弃管辖豁免和执行豁免。保险起见，相关方还应在合同中确认该协议的商业性质，表明合同是以商业活动为目的而订立，以增加其成功依赖相对豁免原则中的商业活动例外的可能性。

除了上述诉讼和执行方面的影响外，从项目交易的角度，在包含主权或国企因素的跨境

或境外商业行为中，新法也为交易方选择香港法作为交易文件的管辖法律以及选择香港法院或香港仲裁作为争议解决方式产生了积极影响。同时，考虑到《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》以及即将于2024年1月生效的《最高人民法院、香港特别行政区政府关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》，选择香港法律作为跨境或境外商业行为交易文件的管辖法律以及选择香港法院或香港仲裁作为争议解决方式或会为交易带来更大的便利性。

# 主要联系人

## 安理国际律师事务所



**Matt Bower**

合伙人 - 香港

Tel: +852 2974 7131  
matt.bower@allenoverly.com



**陈韵仪**

合伙人 - 香港

Tel: +852 2974 6938  
melody.chan@allenoverly.com



**张飞洪**

合伙人 - 香港

Tel: +852 2974 7207  
fai.hung.cheung@allenoverly.com



**姜颖**

合伙人 - 上海

Tel: +86 21 2036 7018  
jane.jiang@allenoverly.com



**徐在希**

顾问律师 - 新加坡

Tel: +86 21 2067 6988  
jaehee.suh@allenoverly.com



**李业臻**

法律助理 - 香港

Tel: +852 2974 7116  
bonn.lee@allenoverly.com

## 朗悦



**王晓萌**

合伙人 - 上海/北京

Tel: +86 21 2067 6988  
melody.wang@allenoverly.com



**陈然**

顾问律师 - 北京

Tel: +86 21 2067 6988  
ran.chen@allenoverly.com



**魏昭睿**

律师助理 - 北京

Tel: +86 10 8524 6117  
victoria.wei@allenoverly.com

Allen & Overy Lang Yue (FTZ) Joint Operation Office is a joint operation in the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone between Allen & Overy LLP and Shanghai Lang Yue Law Firm established after approval by the Shanghai Bureau of Justice.

Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales (SRA number 401323). Allen & Overy LLP is a multi-jurisdictional legal practice with lawyers admitted to practice in a variety of jurisdictions. The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of members' names and of the non-members who are designated as partners is open to inspection at its registered office, One Bishops Square, London E1 6AD, United Kingdom and at the above address. Services in relation to the laws of the People's Republic of China are provided through Allen & Overy LLP's joint operation with Shanghai Lang Yue Law Firm.

Shanghai Lang Yue Law Firm is a general partnership formed under the laws of the People's Republic of China with law firm licence number 23101201410592645 whose registered office is at Room 1514 - 1516, 15F, Phase II, IFC, 8 Century Avenue, Shanghai 200120. It was established after approval by the Shanghai Bureau of Justice. A list of the partners and lawyers of Shanghai Lang Yue Law Firm is open to inspection at its registered office or via the Shanghai Bar Association.

© Allen & Overy LLP 2023 and © Lang Yue 2023. This document is for general information purposes only and is not intended to provide legal or other professional advice