

論絕對豁免原則在香港特區的適用 ——基於 FG 訴剛果(金)案的分析

廖濟貞*

國家及其財產豁免在國際法和國內法上都是十分重要的一個問題，“在國家關係中，國家及其財產享有的豁免權，既是來源於國家主權原則，又是為了維護和鞏固國家主權原則”。¹ 它的核心意義是指“一個國家及其財產免受其他國家國內法院的司法管轄”。² 從國家交往的歷程來看，國家及其財產豁免權得到了普遍的尊重。但是近現代以來，隨着國家直接參與商事活動，傳統的國家及其財產豁免規則也發生了重大的改變，出現了絕對豁免與限制豁免的分立。

新中國自 1949 年成立以來，雖然沒有關於國家豁免問題的綜合性立法，但是中國政府在理論和實踐上一直堅持國家行為絕對豁免原則，認為國家豁免既包括管轄的豁免，也包含執行的豁免。1997 年和 1999 年，中國分別設立了兩個特別行政區即香港特別行政區和澳門特別行政區，中國的國家及其財產豁免政策何如在這兩個特區適用，引發各方關注。最近在中國香港特區法院審理的 FG Hemisphere Associates LLC³ v. Democratic Republic of the Congo 案⁴ (以下簡稱“FG 案”)，就直接反映出特別行政區中國家豁免問題上的諸多爭議。FG 案歷經香港特別行政區原訴法庭、上訴法庭和終審法院的審理，最後由終審法院作出了最終的判決。全國人民代表大會常務委員會(以下稱“全國人大常委會”)首次依香港法院申請，對《香港基本法》的相關條款的作出解釋。這一案件集中反映了香港法律中“一國”的內容與“兩制”內容的衝突與協調問題。國家豁免政策是否作為“一國”的當然內容在香港特區得到適用及其法律依據，都是值得研究的焦點。本文擬結合該案的一些關鍵點，對中國國家豁免政策在香港的可適用性及適用效果展開討論。

一、案情原委

(一) 訴訟起因

美國 FG 公司訴剛果(金)案⁵的首要起因是兩份生效的國際商會仲裁院(ICC)的裁決書。裁決書主體內容都是剛果(金)政府所欠一家南斯拉夫公司(Energoinvest JNA)的金錢債務。在 1980 及 1986 年，這家南斯拉夫公司與扎伊爾(1997 年政變後扎伊爾才改稱為剛果民主共和國，亦即“剛果(金)”)及其國家電力公司(Société Nationale d'Electricité)分兩次簽訂了總額為 37,705,000 美元的貸款。這兩份貸款協議都訂有在國際商會仲裁院(ICC)進行仲裁的協定。由於借款方拖欠還款，南斯拉夫公司提請仲裁並獲得勝訴，剛果(金)政府合計欠款為 30,155,000 美元(利息另計)。

案件的另一起因是中資公司與剛果(金)公司的投融資協定。自 2001 年開始，根據中國政府和剛果(金)政府的合作協定，中國中鐵股份有限公司(China Railway Group Limited，即“中國中鐵”)和中國水利水電建設集團公司(Sinohydro Corporation Limited，即“中水集團”)與一家剛果(金)國企和一位剛果(金)自然人簽訂補充協議，該協議約定由中國公司在符合一定先決條件下支付大約 3.5 億美元“入門費”(“Entry Fees”)給剛果(金)政府及其下屬國企。⁶ 因為中國中鐵是香港上市公司，因此它對該支付事項進行了公告。⁷ 2004 年 11 月 16 日，本案一方當事人 FG Hemisphere Associates LLC (以下簡稱為“FG 公司”)從 Energoinvest 公司處購得後者所持仲裁決定中的債權，FG 公司便依據仲裁決定在世界各地尋求對剛果金任何公開的財產進行強制執行。在 FG 公司知曉中國公司與剛果金政府的入門費事項後，即開始向香港高等法院提出申請，依據“紐約公約”和香港仲裁條例的規定強制執行該入門費，以實現其購入的兩份仲裁裁決債權。

* 武漢大學國際法研究所博士研究生

(二) 訴訟進程

2008年5月15日，香港高等法院原訴法庭法官邵德煒作出了多項單方面命令，禁止中鐵公司向剛果(金)及其下屬國企支付這筆入門費的部分金額(計1.04億美元)，並擬委任接管人收取有關的入門費，用以履行前述FG公司轉入的仲裁裁決。FG公司隨即提起針對剛果(金)政府的民事訴訟，並將中國四家公司列為共同被告人。⁸ 香港特別行政區律政司司長申請作為“介入人”參與訴訟並獲准。

2008年12月12日，香港高等法院原訴法庭芮安牟法官審理後作出判決，認為剛果(金)政府與中國公司之間的聯合開發行為不屬於商業交易行為例外，而是主權行為，法院對FG公司訴剛果的事項沒有管轄權，撤銷了原訴法庭邵德煒法官的各項命令。

FG公司不服判決並上訴至香港高等法院上訴法庭，上訴法庭以二比一的多數作出判決，推翻了原訴法庭芮安牟法官的判決，認為香港法院應當適用普通法上的限制豁免原則，故剛果(金)在本案中的財產不享有豁免權，恢復了邵德煒法官的命令，依據目的測試標準，裁定執行部分入門費(約為1-1.5億美元)給FG公司。

五名被告不服上訴判決，隨即上訴至香港終審法院。終審法院五位法官經過審理後，以三比二的多數票作出了臨時命令，決定就《香港基本法》第158條第3款的內容請求全國人大常委會作出立法解釋；在不違背全國人大常委會就該條文的可能解釋意見的情況下，臨時判決香港特區的法院應當適用中央人民政府秉持國家及其財產的絕對豁免原則，法院對剛果(金)政府無司法管轄權，恢復了原訴法庭芮安牟法官的判決；待全國人大常委會的解釋後，再恢復案件後續處理。⁹

在案件的審理期間，中國外交部駐香港特別行政區特派員公署(以下簡稱“外交部駐港公署”)於2008年11月20日、2009年5月21日、2010年8月25日三次通過香港律政司向法院遞交了正式函件¹⁰，闡明了中央人民政府對國家豁免原則的立場和做法，並指出香港法院若適用限制豁免原則，將損害國家的利益。

2011年6月8日，香港終審法院就該案作出的初步裁決中，多數法官意見決定將該案涉及到的基本法的解釋問題提請全國人大常委會進行解釋。2011年8月26日，第十一屆全國人民代表大會常務委員會第二十二次會議通過了該解釋草案。在隨後的公告中，全國人大常委會對香港終審法院提出的四個問題，一

一作出了解答。該解釋的核心內容是兩個方面：第一是中央人民政府有權決定中國的國家豁免政策，並決定該豁免政策在香港統一實施，香港法院對香港特別行政區法院對中央人民政府決定國家豁免規則或政策的行為無管轄權。香港原有的豁免法律和政策，在回歸之後，必須在適用時，須作出必要的變更、適應、限制或例外，以符合中央人民政府決定採取的國家豁免規則或政策。¹¹ 根據全國人大常委會的該解釋，香港終審法院在2011年9月8日作出了最終的判決，認為香港法院對涉及剛果金政府的國家財產豁免案件無管轄權。¹²

二、香港終審法院法官對豁免原則主要爭議

該案的案情本身其實並不太複雜，但是涉及的法律適用問題卻異常複雜。這既歸因於國家及其財產豁免問題本身的複雜性，也同“一國兩制”的大背景下，香港原有法律的本地化過程中的不完善之處密切相關。就FG訴剛果(金)案來看，焦點在於以下幾個問題：第一，香港回歸之後，在沒有明確立法的情況下，中央人民政府的國家豁免政策對香港特區法院有無拘束力，特區法院應當遵從國家政策還是延續香港普通法的限制豁免；第二，如果香港法院按照絕對豁免原則進行裁判，則與香港之前的限制豁免判例發生衝突，這是否構成對香港原有法律中普通法的修正或廢止。第三，中國的國家豁免立場是否屬於《香港基本法》第19條3款所指的“國家行為”，答案若是肯定的，則香港法院無管轄權。最終香港終審法院首次向全國人大常委會提出釋法申請。

在FG案中，處於多數意見的常任法官陳兆愷、李義和非常任法官梅師賢爵士認為：“中國沒有頒佈關於國家豁免的全國性法律，是因為中國正如許多其他國家一樣，視國家豁免為一項由行政部門決定後由法院遵行的國家政策”¹³，“商業例外由於與中華人民共和國所奉行的原則不一致而不能保留，現適用於香港的是絕對豁免原則。”¹⁴ 因此法院對第一被告[剛果(金)政府]沒有管轄權；而處於少數意見的馬天敏和包致金法官則認為，中國沒有相關的豁免立法，香港也沒有就此的專門條例，至於外交部駐港公署的三份公函並不表示存有任何在國家豁免方面的內地法律，更不能說明內地的國家豁免方面的規定是適用於香港的。¹⁵ 就行政機關對法院的影響來看，“(英國)案例顯示，絕對豁免和限制性豁免一直被視為法律問

題，由法院定奪，而不是由行政機關的意見或政策定奪的事宜。”¹⁶ “由於沒有法律規定法院與行政部門應‘口徑一致’，這個原則並不適用於有關主權國豁免的法律。”¹⁷ 因此香港應當適用長期以來確立的普通法中的限制豁免原則。

可以看出，FG 案多數意見與少數意見可謂涇渭分明，除對中國的絕對豁免政策一致認同外，其餘論斷完全相反。實質性的分歧在於對中國政府的國家豁免政策在香港地區可適用性有不同認識。多數意見認為既然原來的香港普通法限制豁免規則不能適用，則應該遵從中央人民政府的絕對豁免原則；而少數意見則認為，英國 1978 年國家豁免法的在香港失效，不代表普通法的先例在香港失效，況且中國也沒有將全國性的國家豁免法律列入基本法附件三中，因此，香港法院應當遵從普通法中的豁免規則。要解決這種分歧，我們須從中國國家豁免制度本身談起。

三、中國國家豁免原則的確立與立法的缺位

(一) 通過宣示方式確立的中國國家豁免政策

國家及其財產豁免政策，是一項典型的國家外交政策。“事實上，國家豁免的制度是國家間交往以及一國處理其對外關係的重要方面，是國家外交事務的重要組成部分。每個國家均按照本國國情的需要和外交政策，採取符合本國利益的國家豁免制度。”¹⁸ 《中華人民共和國憲法》第 89 條第 8 項規定國務院“管理對外事務，同外國締結條約和協定”，中央人民政府由此獲得了對外交事務的管理權。但是同許多堅持絕對豁免主義的國家一樣，中國的國家豁免原則立場“主要是通過政府聲明或評論等形式來表明對絕對豁免主義的支持態度”¹⁹，正如 FG 案進程中，外交部駐港公署所遞交的公函(一)²⁰所闡述的，“我國的一貫原則立場是，一國國家及其財產在外國法院享有絕對豁免，包括絕對的管轄豁免和執行豁免，從未適用所謂的‘限制豁免’原則或理論。我國法院不能管轄、在實踐中也從未受理過以外國國家及政府為被告、或針對外國國家及政府財產的案件，不論該外國國家及政府的相關行為的性質和目的如何，也不論該外國國家及政府財產的性質、目的和用途如何。同時，我國也不接受外國法院對以我國國家及政府為被告或針對我國國家及政府的案件享有管轄權。我國政府的這一原則立場是明確和一貫的。”²¹ 這一表述既闡明了中國的國家豁免原則立場的內容，同時也反映

了宣告或聲明這種方式在中國國家豁免立場中的重要作用。

(二) 缺位的中國國家豁免法律制度

雖然中國對於外國國家及其財產所採取的絕對豁免原則一貫而清晰，但是中國國家豁免政策與立法之間卻存在脫節的情況，一直以來中國卻沒有一部綜合性的國家豁免立法。²² 我們姑且不去討論為何沒有出台法律的原因，但正是因為沒有專門性的豁免立法，所以中國的國家豁免制度屢遭外國誤解。雖然中國憲法規定了行政機關對外交事務的管理權，但是就國家豁免的實際執行而言，行政機關的這種政策宣示對法院的法律拘束力，還迫切地需要從其他部門法中找到相關的法律依據。對本國政府國家行為的起訴，已被中國行政訴訟法所拒絕。對外國及其財產的訴訟，則一般涉及到跨國民事侵權訴訟，因此，民事訴訟法和民事訴訟實踐成為分析的起點。

首先，《中華人民共和國民事訴訟法》在涉外民事訴訟程序的一般原則裏，規定了“中國加入的國際條約的不同規定”以及“享有外交特權與豁免權”的兩個例外，這兩種例外需要依照相應條約規定的方式進行處理，或通過外交方式或通過司法途徑。但是民訴法沒有指明對外國國家及其財產發生糾紛的解決方式，既沒有禁止提起民事訴訟，也沒有明示允許提起民事訴訟。按照一般法理，既然法律沒有禁止性的規定，就應當允許提起訴訟。

其次，在實踐中中國法院沒有受理過以外國國家或政府為被告的案件，因此從司法案例角度來總結中國豁免法律制度也無從着手。從另外一個角度看，中國政府被一些外國法人或自然人起訴，通過提交外交備忘錄等方式，發表了自己主張的國家豁免政策。²³ 但是這些主張在國內法上的效力到底如何，也沒有確切的法律規定。

香港特區是依照《中華人民共和國憲法》第 31 條和《香港基本法》設立的一個地方行政區域。按照基本法的規定，全國人民代表大會授權香港特區實行高度自治，享有獨立的司法權和終審權。一方面，按照“兩制”的承諾，香港繼續實行普通法制度，甚至於《香港基本法》第 84 條還特別規定，香港法院在審理案件時，可以參考其他普通法地區的司法判例，實踐中也確有援引。另一方面，為了保證“一國”的問題，由全國人大常委會決定在香港實行的全國性法律的目錄。這些法律被列明在基本法附件三，而中國豁免法律本就沒有，自然也不會列明其中²⁴，這也導

致國家豁免原則在香港的適用，顯得異常複雜，為FG案中的法律適用難題埋下伏筆。

四、香港特區適用絕對豁免原則的法律依據

雖然有法律上的缺位現象，但是這並不表示我們無法從《香港基本法》及全國人大常委會處理香港原有的“決定”中，找到解決爭議的辦法。實際上，《香港基本法》對香港的定位以及全國人大常委會對香港原有法律的處理決定，正是我們解決本案法律適用問題的基本法律依據。而這些法律和決定要求香港特區必須適用全國統一的絕對豁免原則。

(一) 適用絕對豁免原則源於基本法對中央與香港事權的劃分

根據《香港基本法》第13條的規定，中央人民政府排他性管理特區的外交和國防事務。國家豁免問題明顯涉及中國國際交往的政策，是典型的對外交往事務。香港的行政、司法機關對此無管轄權，立法會也無此事項的立法權。因此，香港遵從中央人民政府對豁免問題的原則立場便是應有之義。如果香港地區在這一問題上的立場與中央人民政府不一致，就會損害中央人民政府管理國家外交事務的能力，是違反基本法的行為。

憲法和基本法都明確規定了香港在國家體制中的地位，香港是中國不可分割的一部分，是依照憲法設立的地方行政區域，由全國人民代表大會授權實行高度自治，也就是通常意義上的“一國兩制”。“在‘一國兩制’中，‘一國’是前提和基礎，首先要看到‘一國’。‘一國’和‘兩制’不是平分秋色，不是半斤八兩。”²⁵ 何謂一國為基礎，就是指任何法律規定和活動，都不能損害作為一個整體的中國主權和利益。特別是在涉及到國家主權和國家責任的領域，更要注重作為整體的一個中國的利益；從國際法上看，就是一個國家的主權是不可分的，主權的代表者只能有一個。“在香港特別行政區實行與我國立場不一致的國家豁免原則將明顯對我國主權造成損害。”²⁶ 因此，香港特區不能適用與中央不一致的豁免原則。

所以我們同意香港特區終審法院法官多數意見對此案的論斷：“由於中央人民政府全權負責外交事務，只根據(香港特區基本法)第13條第3款所規定的例外情況把處理‘對外事務’的權力轉授予香港特

區，因此，在與中華人民共和國這個主權國的外交事務有關的事宜上，香港特區的機構(包括法院)必須尊重中央人民政府的決定和遵照其決定行事。我們認為這是一項必須遵守的憲法規定。”²⁷

(二) 適用普通法的限制豁免原則違反了全國人大常委會的決定

全國人大常委會就香港原有法律的處理決定，也排除適用由英國法發展而來的限制豁免原則的合法性。香港回歸前夕，全國人大常委會在1997年2月23日作出決定，“與香港特別行政區有關的外交事務的法律，如與在香港特別行政區實施的全國性法律不一致，應以全國性法律為準，並符合中央人民政府享有的國際權利和承擔的國際義務。”²⁸ 該決定的附件還明確廢止了《英國法律應用條例》(*Application of English Law Ordinance*, 香港法例第八十八章)²⁹，“換句話說，全國人大常委會借此作了隱含的聲明，即回歸後再通過英國海外屬地法令的方式，將任何英國法例適用於香港特區的行為都是違反基本法的，當然包括1978年的《國家豁免法》及1979年的《國家豁免(海外屬地)令》”。³⁰ 也就是說，香港回歸前依據1978年英國《國家豁免法》作出的國家豁免案例，不能作為先例繼續在香港適用。FG案中的少數意見，繼續援引基於英國法發展而來的限制豁免原則，不管是否是普通法中的先例，都有悖於全國人大常委會的決定。

五、香港特區適用絕對豁免原則的立法解釋依據

2011年8月26日，第十一屆全國人大常務委員會作出了《關於〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第十三條第一款和第十九條的解釋》的立法解釋(以下簡稱《解釋》)。該《解釋》主要是基於香港特區終審法院所提請需要解答的四個問題而作出的回應。由於程序上的問題並非本文關注的重點，因此下面主要就該解釋的實體內容進行分析。

全國人大常委會決定，“國家豁免規則或政策屬於國家對外事務中的外交事務範疇，中央人民政府有權決定中華人民共和國的國家豁免規則或政策，在中華人民共和國領域內統一實施。管理與香港特別行政區有關的外交事務屬於中央人民政府的權力，中央人民政府有權決定在香港特別行政區適用的國家豁免規則或政策。”“香港特別行政區，包括香港特別行

政區法院，有責任適用或實施中央人民政府決定採取的國家豁免規則或政策，不得偏離上述規則或政策，也不得採取與上述規則或政策不同的規則。”“《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第十九條第三款規定的‘國防、外交等國家行爲’包括中央人民政府決定國家豁免規則或政策的行爲。”“香港特別行政區作爲中華人民共和國一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府，必須執行中央人民政府決定的國家豁免規則或政策。香港原有法律中有關國家豁免的規則必須符合上述規定才能在 1997 年 7 月 1 日後繼續適用。”³¹ 實際上，全國人大常委會此次對國家豁免問題的解釋，主要解決了三個問題，其一是國家豁免政策的決定權在哪個機關；其二是中央人民政府決定國家豁免政策的行爲屬於國家行爲；其三是香港原有的關於國家豁免政策的普通法規定，再適用的時候，應當按照香港特區基本法的要求和全國人大常委會的決定進行修正。

全國人大常委會的有針對性的立法解釋，直接回答了香港終審法院在審理本案時遇到的法律適用問題，具有重要的指導意義和理論價值。

首先，全國人大的解釋非常符合其立法機關的地位，沒有就法院所審理案件的具體情況有所牽涉，只是從解釋法律的角度作出了決定，避免了立法機關對具體案件審理的直接干涉之虞。

其次，全國人大常委會在解釋中還注意區分了行政行爲和司法行爲。對國家豁免規則或政策的決定權，屬於中央人民政府即國務院，但是具體案件的管轄權在於法院。解釋只是說“香港特別行政區法院對中央人民政府決定國家豁免規則或政策的行爲無管轄權”，並沒有說香港特區法院對涉及到國家豁免政策的案件，沒有管轄權。

再次，決定的第三點就決定國家豁免政策的行爲是否是香港特區基本法“國防、外交等國家行爲”作出解釋時，指出“決定國家豁免政策是一種涉及外交的行爲”，因而是《香港基本法》第 19 條第 3 款規定的國防、外交等國家行爲。在這裏，全國人大常委會實際上不僅僅是在解釋《香港基本法》，同時也順帶解釋了《中華人民共和國憲法》。憲法本身的條文，並沒有關於“國家行爲”的精確的定義。通觀憲法全文，甚至找不到“國家行爲”的用語。1990 年施行的《中華人民共和國行政訴訟法》將“國家行爲”排除在行政訴訟受案範圍。³² 此次全國人大常委會釋法的時候，沒有詳盡分析爲何決定國家豁免政策屬於國家行爲，僅僅以其影響到國家間外交關係和國際權利義

務關係爲由，似乎是不夠的。因爲能夠影響國家間外交關係和國際權利義務關係的事情，不止國家行爲這一類。這裏將一個必要條件當作了一個充分必要條件，顯得在邏輯上的說服力不強。

最後，解釋還言及了一個自香港回歸以來兩地間爭議不斷的一個話題，即 1997 年 7 月 1 日回歸前的香港原有普通法的法律地位和法律效力問題。這個問題並沒有得到徹底的解決。從“馬維錕”案³³再到“吳嘉玲”案³⁴，雖然香港特區終審法院盡量回避直接的衝突，但是在初審和上訴法院中，徑直適用既有香港普通法案例及後續英國及英聯邦國家普通法判例的情況，並非沒有發生。

按照《香港基本法》的規定，只有在不違背基本法的規定，香港原有的法律才能在香港繼續適用。在 1997 年，《全國人民代表大會常務委員會關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第一百六十條處理香港原有法律的決定》，對這些法律已有規定。香港的法律體系，不同於大陸法系的制定法，體系完整清晰明瞭，全國人大常委會的決定不可能將其完全列明。對於那些未列入其中，而香港特區法院已受理的案件，這些原有的法律或判例的效力，仍沒有定論。香港特區法院自身能否有權宣佈某項規定符合或者不符合基本法，因而決定適用或不適用該規定？在本次釋法中，全國人大常委會決定，香港特區原有的那些調整國家豁免政策的法律規定，“在適用時，須作出必要的變更、適應、限制或例外，以符合中央人民政府決定採取的國家豁免規則或政策。”

六、香港地區適用絕對豁免原則的後續影響分析

不可否認，回歸前的香港地區是適用限制豁免原則的。香港法院適用限制豁免原則可以追溯到 20 世紀前期的一系列案件。著名的判例有英國上院 1975 年的菲律賓上將號案³⁵；英國 1978 年《國家豁免法》通過之後，1979 年的《國家豁免(海外屬地)令》將其適用於香港。但是在本案中，香港特區法院依法(立法解釋)適用了絕對豁免原則。引起的爭議自然非同尋常，正如眾多評論者所言，這的確是一個具有轉折意義的重大案例，我們應當關注和研究此案例給香港帶來的影響。

不可否認，適用絕對豁免在法律上維護了中國統一的國家豁免政策，維護了憲法和基本法的權威。但

就實際情況看，香港自身正處於一個兩難的境地：堅持絕對豁免原則，可能會損害在香港進行跨國交易的安全性，不利於維護其一直以來的國際金融和仲裁中心的地位，因為絕對豁免同市場經濟體制並不是那麼合拍³⁶；若想堅持限制豁免原則，但在基本法中找不到依據，更因與中央人民政府做法不同，損害國家的整體利益。這確實是一個艱難的處境。當然，我們也無須將事情想像得會如FG公司代理律師帕尼克勳爵(Lord Pannick)所評論的那樣，適用絕對豁免原則就會“回到‘黑暗的法律年代’，從而破壞《基本法》所保障的重要利益和根本價值。”³⁷

但是評論家們所作出的評論，也不是毫無根據。其一，這種豁免原則前後不一，可能對香港仲裁中心的建設產生影響。香港在2011年剛剛通過了新的仲裁條例³⁸，以致力於建設國際仲裁中心。本案的審理結果，對那些同國家進行交易的公司來說，最直接的影響就是它們可能不會將香港作為仲裁首選地。其二，由於同外國國家或政府的交易行為在香港地區的法院得不到有效的救濟，許多以香港為財務中轉基地的公司，可能會選擇離開香港，轉移至適用限制豁免原則的地區進行交易。若任由這種狀況持續，將帶來很多不確定的因素。由於大批的中資國有公司在香港設有對外投資平台，這些公司與外國國家和政府及其下屬國企交易的時候，因為絕對豁免的原因，無法通過司法途徑索賠的風險也大大增加，換句話說，此案對中資國有公司也是一把雙刃劍。如何平衡維護法制統一和促進香港經濟發展和法制穩定，需要我們作進一步的思考。

七、結論與啓示

中國政府一貫而明確的國家豁免政策是絕對豁免原則。FG案必須適用中央人民政府的絕對豁免則，是基於基本法和相關人大常委會的解釋得出的必然結論，也是國際法上“一個主權國家只能有一種豁免原則”的必然要求。雖然中國的國家豁免政策一貫且明確，但是畢竟沒有使之上升為國家法律，無法帶來法律所具有的穩定性和可預測性的優點，因此我們盡早應當制定綜合性的國家豁免法，將中國的國家豁免政策法制化，“一部明確完善的國家及其財產豁免法，在維護我國自然人或法人與其他國家進行民商事交往時不受非法侵害的同時，還能使外國的企業在我國的投資有一個明確預期，即我國能夠保證它們在與

我國政府在經濟領域發生爭端時能夠順利地通過司法途徑得到救濟。”³⁹沒有一部專門的豁免立法，容易使我們在國際交往中處於被動的地位，如中資公司在對外經營中，外方一直堅決要求中方完全放棄國家豁免，導致中方無所適從的境遇。

中國在2005年已經簽署了《聯合國國家及其財產管轄豁免公約》，雖然說中國只是簽署還未加入豁免公約，公約對中國並無法律約束力。但這種簽署行為本身，確實很容易被外界理解為中國的豁免政策已經發生了改變，至少有改變的傾向。中國是1969年《維也納條約法公約》的締約國，根據公約第18條規定，簽署國負有義務不得採取任何足以妨礙條約目的及宗旨的行動，並且不能久拖而不批准。盡快確定符合實際需要的豁免原則，是進行豁免立法的重中之重。

我們跳出豁免的視角來審視本案，應當關注那些“一中”的各方對法律“兩制”之間的潛在衝突。

“《基本法》在立法時或是由於當時的局限，對回歸後的情況缺乏足夠的認識，或是由於立法傳統的局限和法系的差別，導致了一些立法遺漏或適用困難。回歸以來香港和內地法律界在立法和司法上的幾次大的爭論和震盪，充分說明了這一點。”⁴⁰這些爭論大多集中於基本法的解釋上。香港法院在進行法律解釋的時候，秉承普通法的司法至上主義傳統，而內地法律體系中，全國人大的立法解釋是居於塔尖的，這種“雙軌政治”下的司法權⁴¹和解釋權之間的爭論，自吳嘉玲案以來，屢有發生。不管怎樣，這些問題最終都必須通過基本法所規定的方式解決。《香港基本法》第18條第2和3款的規定，由全國人大通過增減基本法附件三的法律，使全國性法律在香港適用，是解決基本法和全國性法律之間關係的法定途徑。全國性的國家豁免立法也應當通過這種方式解決。即以以後中國制定的國家豁免法，也將會以列明基本法附件三的形式在香港施行。

隨着綜合國力的增強和外貿盈餘的增加，中國逐步推進“走出去”戰略。隨着對外投資的擴大，跨國糾紛也會隨之而起。特別是近些年來，中資公司在非洲進行了大量的投資，合作方大多是所在國的政府及其下屬公司，一旦產生糾紛，國家豁免問題就無法回避。以本案的起因為例，中鐵公司便是與剛果(金)政府下屬企業進行的交易，引發後續的訴訟。當然本案有其特殊性，主要是禿鷹公司的投機行為導致。但是也提醒中資公司在海外的合作開發，既要誠信合作，也需要時刻注意風險防範。因為歷史和現實都證明，

對國家違約和侵權行為的索賠通常都是異常艱難，中資公司必須認真擬訂對外投資或貿易協議中的豁免

條款，最大限度保障自身合法利益。而國家也應在這種從內向外的轉換過程中，完成豁免理念的更新。

註釋：

- ¹ 黃進：《國家及其財產豁免問題研究》，北京：中國政法大學出版社，1987年，第1頁。
- ² 龔刃韌：《國家豁免問題的比較研究》，北京：北京大學出版社，2005年，第1頁。
- ³ FG Hemisphere Associates LLC 是一家設立於美國特拉華的公司，總部設於紐約，依靠經營不良資產交易謀利(Distressed Debt Fund)，也被稱為禿鷹公司或禿鷹基金(Vulture Fund)。
- ⁴ Democratic Republic of the Congo & Ors v FG Hemisphere Associates LLC, FACV 5/2010, unreported. 該判案書全文上載在香港終審法院網站。
- ⁵ 需要指出的是，FG 公司對剛果(金)政府的起訴並非只有在香港特區這一個案，實際上，FG 公司在世界上多個地區起訴了剛果金政府，如英國澤西島法院、百慕大法院，本文專指在香港特區的案件。
- ⁶ 中國中鐵須付 2.21 億美元，中水集團須付 1.29 億美元。
- ⁷ 中國中鐵股份有限公司分別在上海和香港上市。在實際執行中，中國中鐵集團公司的三家全資子公司也加入了與剛果(金)公司的合資協議，這三家子公司是中國中鐵(香港)有限公司、中國中鐵資源開發股份有限公司和中國中鐵華鋼礦業股份有限公司，這三家公司均在香港註冊成立。
- ⁸ 第一至第五被告分別是：剛果民主共和國即剛果(金)、中國中鐵(香港)有限公司、中國中鐵資源開發股份有限公司和中國中鐵華鋼礦業股份有限公司、中國中鐵股份有限公司。
- ⁹ 需要指出的是，如果全國人大常委會作出“國家豁免”屬於《香港基本法》第 19 條 3 款規定的“國家行為”的立法解釋，那麼香港特區法院將不能對此案行使管轄權。
- ¹⁰ 外交部截至目前共發出三份公函，為便於閱讀起見，行文中按時間先後稱之為公函(一)、公函(二)和公函(三)，三份公函均轉引自香港終審法院 FG 案判決書，FACV 5/2010, unreported, paras. 197-211。
- ¹¹ 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〉第十三條第一款和第十九條的解釋》，2011年8月26日。
- ¹² FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010.
- ¹³ FACV Nos 5, para. 370.
- ¹⁴ *Ibid.*, para. 336.
- ¹⁵ FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 466.
- ¹⁶ *Ibid.*, para. 485.
- ¹⁷ *Ibid.*, para. 523.
- ¹⁸ 外交部駐港公署公函(三)，轉引自香港終審法院 FG 案判決書，FACV 5/2010, unreported, para. 211.
- ¹⁹ 同註 2，第 108 頁。
- ²⁰ 外交部駐港公署公函(一)，轉引自香港終審法院 FG 案判決書，FACV 5/2010, unreported, para. 197.
- ²¹ FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 197.
- ²² 全國人大常委會 2005 年通過的《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》，不能作為綜合性的豁免法律。
- ²³ 韓德培主編：《國際私法新論》，武漢：武漢大學出版社，1997年，第 111 頁。
- ²⁴ 2005 年，根據全國人大常委會的決定，《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》被列入香港基本法附件三。
- ²⁵ 蕭蔚雲：《關於香港特別行政區基本法的幾個問題》，載於《法學雜誌》，第 3 期，2005 年，第 4 頁。
- ²⁶ FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 211.

- ²⁷ FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 324.
- ²⁸ 全國人民代表大會常務委員會《關於根據〈中華人民共和國香港特別行政區基本法〉第一百六十條處理香港原有法律的決定》，第四段第1項。
- ²⁹ 同上註，附件一。
- ³⁰ Jones, O. 2011. Let the Mainland Speak: A Positivist Take on the Congo Case. *Hong Kong Law Journal*. Volume 41, No. 177. 177-202.
- ³¹ 同註 11。
- ³² 最高人民法院《關於執行中華人民共和國行政訴訟法若干問題的解釋》的第二條闡述了甚麼是行政法上的國家行爲，“行政訴訟法第十二條第(一)項規定的國家行爲，是指國務院、中央軍事委員會、國防部、外交部等根據憲法和法律的授權，以國家的名義實施的有關國防和外交事務的行爲，以及經憲法和法律授權的國家機關宣佈緊急狀態、實施戒嚴和總動員等行爲。”
- ³³ HKSAR v. Ma Wai Kwan, David & Other, CAQL1/1997.
- ³⁴ Ng Ka Ling & Others V. Director of Immigration, FACV14/1998.
- ³⁵ The Philippine Admiral [1977] AC 373.
- ³⁶ Ip, C. 2011. Congo Debt Case Seen as Litmus Test for Judiciary. *South China Morning Post*. 21st March 2011. A6.
- ³⁷ FACV Nos 5, 6 & 7 of 2010, para. 300.
- ³⁸ 即香港法例第 609 章，它取代了原有的仲裁條例(第 341 章)，香港立法會 2011 年第 38 號法律公告，自 2011 年 6 月 1 日起生效。
- ³⁹ 黃進、杜煥芳：《國家及其財產管轄豁免立法的新發展》，載於《法學家》，第 5 期，2005 年，第 7-14 頁。
- ⁴⁰ 陳友清：《香港原有法律適應化及幾個理論問題》，載於《現代法學》，第 3 期，1999 年，第 19 頁。
- ⁴¹ 程潔：《論雙軌政治下的香港司法權——憲政緯度下的再思考》，載於《中國法學》，第 5 期，2006 年，第 47-59 頁。