

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2018.05.005

“政治分支机构”的概念及相关问题研究 ——以美国《外国主权豁免法》为背景*

毕莹

(浙江大学光华法学院, 浙江杭州 310008)

摘要:美国2012年投资协定范本第2条第2款(b)项规定了条约义务的主体包括“政治分支机构”,这一概念主要规定于美国《外国主权豁免法》(FSIA)。考察FSIA相关理论及判例发现,从一般定义看,“政治分支机构”系一种广义的概念,该词虽难以精确对应我国的行政区划,但可做出范围上的大致映射,即:所有的中央政府之下的政府性单位,既包括地方政府,诸如省、行政区、郡县、自治市等从属性政府实体,又在多数案例中包括中央的部门或部委。从除外规定看,在认定我国某一特定的行政区划实体是否属于“政治分支机构”时,可尝试通过证明自身为“代理机构”,从而抗辩其不属于条约义务承担主体。“政治分支机构”与“代理机构”具有水平联动与垂直联动两层关系,判断上存在法律特征标准与核心功能标准之别。

关键词:主权豁免;政治分支机构;代理机构;法律特征标准;核心功能标准

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2018)05—0053—10

引言

2014年1月15日,中美双边投资保护协定第11轮谈判结束,中美双方正式开启了文本谈判。美方在谈判中主要以2012年《美方投资协定范本》(“2012范本”)为准,其中在涉及条约范围时,范本第2条第2款(b)项规定:“第一部分项下缔约方的义务应适用于(b)该缔约方的政治分支机构”。也即协定所约束的义务主体除中央政府外,还包括“政治分支机构”(political subdivision)。究竟何谓“政治分支机构”,如何具体判断某一外国主体是政治分支机构?美国以往所签订的双边投资协定中并未对该主体做出具体界定,仅在相关的配套逐条解释中列举性地表述了“政治分支机构”包括诸如省、州以及地方政府等。^①考察美国的国内法发现,“政治分支机构”这一概念主要规定于美国《外国主权豁免法》。本文拟以该法为背景,全面考察与此相关的实践判例,试图探究“政治分支机构”的概念及其相关问题,为我国在今后BIT谈判

* 本文系在外交部重大外交政策紧急课题“中美投资协定政治分支机构研究”调研报告的基础上撰写而成。

① 对美国迄今所签订的41个双边投资协定(BIT)逐一考察发现:除与格林纳达以及摩洛哥的BIT之外,其他39个BIT中均有本条约的义务适用于“政治分支机构”的规定。与摩洛哥的BIT虽未在正文中规定,但在议定书(Protocol)中补充规定了对美国单方面要求的“本条约应适用于美国的政治分支机构”。具体就“政治分支机构”的含义和范围而言,以上39个BIT条款中均未作出明确界定,但有19/39个BIT的配套逐条解释中[An article-by-article analysis of the provisions and of the Treaty]作了列举性的解释,且意思相对一致。其中,大部分表述“政治分支机构”包括诸如省、州以及地方政府等(the obligations of the Treaty are applicable to all political subdivisions of the Parties, such as provincial, state and local governments)。少数4个的列举中没有“省”(the obligations of the Treaty are applicable to all political subdivisions of the Parties, such as State and local governments),分别是与摩尔多瓦、吉尔吉斯斯坦、哈萨克斯坦以及亚美尼亚所签订的BIT。

中以及协定实施上提供若干启示。

一、“政治分支机构”：国际主权豁免公约与美国《外国主权豁免法》

在探讨美国《外国主权豁免法》中的“政治分支机构”之前，有必要先了解国际主权豁免公约的相关规定，以把握国内法与国际法之间的关系。国家及其财产管辖豁免是一项普遍接受的习惯国际法原则。1991年联合国国际法委员会在其第43届大会上完成了《国家及其财产管辖豁免条款草案》(下称“1991年国家豁免草案”)的二读，并在2004年联合国大会通过并于2005年1月17日开放签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(下称“2004年国家豁免公约”)。我国已于2005年签署了该公约，美国尚未签署。尽管截至目前2004年国家豁免公约因批准国数没有达到所规定的30个而尚未生效，但作为重要的国际文件仍有研究价值。

“政治分支机构”作为国家管辖豁免的主体之一，规定在1991年国家豁免草案第2(1)(b)(iii)条关于“国家”的定义之中：“1.为本条款的目的：(b)“国家”是指：(1)国家及其政府的各种机关；(2)联邦国家的组成单位；(3)授权为行使国家主权权力而行为的国家政治分支机构；(4)国家代理机构和其他实体，只要它们授权为行使国家主权权力而行为；(5)以国家代表身份行为的国家代表”。可以看出，“联邦国家的组成单位”与“政治分支机构”是有所区别的，前者并无“授权为行使国家主权权利而行为”这一限定条件。就“政治分支机构”的含义而言，1991年国家豁免草案未进行界定，仅在相关注释提及：“无论一国分支机构地位如何，并不排除该类实体可能根据国内法组成或授权为中央政府的机关或是国家代理，履行该外国的主权。”^①

2004年国家豁免公约仍将“政治分支机构”规定在第2条对“国家”的定义之中。所不同的是，在1991年国家豁免草案中，“联邦国家的组成单位”与“政治分支机构”是区别对待的，前者并无“授权为行使国家主权权利而行为”这一限定条件。2004年国家豁免公约取消了这一差别，两者共同规定在第(2)(b)(ii)中，均受制于“有权行使主权权力并以该身份行事”之条件。具体规定为：“1.为本条款的目的：(b)“国家”是指：…(2)有权行使主权权力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家政治分支机构；…”^②相关的立法报告提及，这一改变主要为消除国家们对联邦国家组成单位与国家的政治分支机构之间不同待遇的担心。^③除此之外，2004年国家豁

① 参见Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with Commentaries 1991.

② 参见United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004.

③ 在国际法委员会第51次会议报告中，对有关的改变作出了说明：在1994年大会邀请国家提交他们对主席关于1994年非正式磋商结论的意见时，其中一个国家的意见是，“联邦国家的组成单位”与“国家的政治分支机构”之间似乎区别不是很明确。根据它的意见，前者系指那些组成一个独立国家且并非联邦式的国家。它建议说“组成单位”可以为用在国家责任条款草案中的“自治区区域性政府实体”所代替。一些国家支持主席提议的妥协方案。另一个国家认为(ii)和(iii)很模糊。……考虑到上述各部分的所有要点，工作组同意将如下的建议传达给大会。1. 将“联邦国家的组成单位”与“国家的政治分支机构”合并；2. “有权行使主权权力”既适用于“联邦国家的组成单位”，又适用于“国家的政治分支机构”；3. 进一步建议，增加“该身份行事”；4. 工作组还建议，“主权权力”应被“政府权力”所代替，以使其与国家责任草案的现代用法一致；5. 上述建议试图减轻某些国家表达的特别担心。允许组成单位以豁免，同时，解决了国家们发现在联邦国家组成单位与国家的政治分支机构之间不同待遇的担心。参见Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session, A/54/10, 3 May-23 July 1999.

免公约未对“政治分支机构”的含义进行界定，考察中也未发现有任何相关文件对“政治分支机构”的内涵作出说明。

以上看出，无论是1991年国家豁免草案还是2004年国家豁免公约，审查的重点不在于界定“政治分支机构”，而是判断该主体是否“有权行使主权权力并以该身份行事”，无论一国的政治分支机构的地位究竟如何。在国际法与国内法的关系上，2004年国际豁免公约第2条第3款还明确规定了国内法优先于本公约，即：“关于本公约用语的第1款和第2款的规定不妨碍其他国际文书或任何国家的国内法对这些用语的使用或给予的含义”。从这条规定可以得出，在“政治分支机构”等用语的定义上，2004年国际豁免公约第2条第3款明确赋予了国内法规定的优先地位。亦即在理解与美国双边投资协定谈判中的“政治分支机构”问题上，须尊重美国外国主权豁免法等国内法的相关规定及判例。

在立法上，美国1976年《外国主权豁免法》(FSIA)中涉及“政治分支机构”内涵的主要规定是第1603条(a)款以(b)款，具体有两处提及“政治分支机构”：第一是在1603(a)条中对本法项下的“外国国家”(foreign state)的内涵界定上，规定本法中所指的“外国国家”除第1608条中的使用外，包括外国国家的“政治分支机构”(political subdivision)或者(b)款所界定的外国国家的“代理机构”(agency or instrumentality)；第二是在1603(b)条中用作具体界定外国国家的“代理机构”的三大条件之一，即外国国家的“代理机构”系指：(1)独立法人，社团的或非社团的；(2)外国国家或其政治分支机构的机关，或其大多数股份或其他所有者权益由外国国家或其政治分支机构所有；(3)既非本编第1332条(c)款和(e)款所规定的美国州的公民，亦非依照任何第三国法律所设立的实体。实践中围绕“政治分支机构”的争议集中在对该条的理解上。

值得注意的是，美国外国主权豁免理论之下的“政治分支机构”不同于美国州主权豁免理论之下的“政治分支机构”。后者主要涉及到美国宪法第11条修正案(下称“第11条修正案”)。该修正案旨在给予各州主权豁免，防止一州被另一州公民在联邦法院起诉。该修正案于1794年3月4日由联邦国会正式提出，并于1795年2月7日得到了足够数量州的批准而开始生效。具体而言，第11条修正案规定：“合众国的司法权，不得被解释为可以扩展到受理由他州公民或任何外国公民或臣民对合众一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。”^①在州的主权豁免理论中提及的“政治分支机构”，系作为州的主权豁免的例外情形之一予以规定，在含义和范围上均不同于FSIA的规定，即第11条修正案并非阻止一切在联邦法院对州政府的诉讼，有4种例外情形不可豁免。其中第一种例外情形就是，被归为州的政治分支机构(political subdivisions of the state)而非州的部门(arms of the state)的州的机构(state instrumentalities)不具有豁免权。据此，可将郡县、市以及自治市等诉至联邦法院，

① Amendment XI Suites against States, National Constitution Center Website [2018-05-07]. <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xi>.

法院将依据各州的州法来决定一个机构是州的政治分支机构还是州的部门。^①

二、有关 FSIA “政治分支机构”概念的争议

上述立法规定所示, FSIA虽在第1603(b)条中对外国国家的“代理机构”作了一定的界定, 但并未定义外国国家的“政治分支机构”。从FSIA的立法历史看, 美国国会立法报告中指出: “政治分支机构”包括所有的中央政府之下的政府性单位, 包括地方政府。^②一般而言, 除商业活动等豁免例外的情形外, 在FSIA项下的“政治分支机构”与“代理机构”均可如“外国国家”本身一样, 享有管辖豁免权, 而两者的区分主要影响到的是该实体的某些权利及责任方面。^③实践中围绕“政治分支机构”内涵争议主要焦点问题有三: “政治分支机构”概念、“政治分支机构”与“代理机构”的区分标准以及“代理机构”定义中的“政治分支机构”, 以下将分而论之。本部分论及作为焦点之一的“政治分支机构”的概念。

从对“政治分支机构”的直接定义看, 根据国会立法报告“包括所有的中央政府之下的政府性单位, 包括地方政府”, 诸如省、行政区、郡县、自治市等(provinces, cantons, counties, municipalities or the like)从属性政府实体(subordinate governmental entities)为典型的政治分支机构。问题在于, 政治分支机构是否仅指地方政府, 包不包括中央的部门或部委? 实践中主要存在两种观点。^④少数观点认为: “政治分支机构”一词经常用来指代并非各种各样的中央国家实体, 而是各种不同地理层面上的政府, 例如国家的、区域的、省、州和地方政府。因此, 诸如中央部委(ministry)之类的实体并不属于“政治分支机构”。具体理由引用了《美国外交关系法第三次重述》(下称“重述”)中的某些评注。^⑤

而多数观点则认为上述少数观点的解读存在多方面错误, 理由有三: 第一, 直接与现行的案例法相冲突。现行的案例法判决“中央政府的部门或部委”(departments or ministries of a central government)符合FSIA项下的“外国国家的政治分支机构”;^⑥第二, 即使假定上述美国外交法重述三中某些零星的摘录构成了一种权威

① 例如 *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 U.S. 445, 96 S. Ct. 2666, 49 L. Ed. 2d 614 (1976).

② 参见 H.R. No. 94-1487, Pub.L. No. 94-583, 94th Cong., 2d Sess., reprinted in 1976 U.S. Code Cong. & Admin. News, p. 6613.

③ 主要包括: 根据FSIA第1606条的规定, 对于独立的法律实体, 惩罚性的损害赔偿仅适用于“代理机构”; 根据FSIA第1608(a)条的规定, 涉及外国国家“政治分支机构”案件的送达条件较之涉及外国国家“代理机构”的案件更为严格; 根据FSIA第1610条的规定, “代理机构”也更易受基于美国财产的辅助执行的制约等等。

④ 参见 *Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579 (2d Cir. 2006).

⑤ 例如: “政治分支机构的豁免: 在国际法之下, 市、城镇、郡县和相关的政府附属单位一般不具有主权豁免。联邦国家的组成单位的豁免一例如: 省、行政区、州——是存在争议的。美国的各州……在宪法之下……享有在美国法院的豁免。”(参见 *Restatement*, § 901, comment b); “外国国家的政治分支机构在美国法院的豁免: 外国国家的城市和城镇一般不被认为具有豁免……但是, 具有可与美国各州相比的地位的政治分支机构被认为可作为主权豁免。”(参见 *Restatement*, Reporters' Note 1); “对任何侵害法律权益的行为, 一国包括与其相关的政治分支机构(州、省、行政区、或者区域)、公共法人或者私人, 可以寻求国际法项下的救济”等等(参见 *Restatement*, § 901, comment b)。

⑥ 例如在 *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 618 n.5, 103 S. Ct. 2591, 77 L. Ed. 2d 46 (1983) 一案中, 引用地方法院在 *Banco Nacional de Cuba v. Chase Manhattan Bank*, 505 F. Supp. 412, 425 (S.D.N.Y. 1980) 一案中的结论, 指出在FSIA项下, 古巴外贸部(the Cuban Ministry of Foreign Trade)与古巴政府一样; 在 *Magness v. Russian Fed'n*, 247 F.3d 609, 613 n.7 (5th Cir 2001) 一案中, 俄罗斯文化部(Russian Ministry of Culture)被认为系俄罗斯的“政治分支机构”; 在 *S& Davis Int'l, Inc. v. Republic of Yemen* 218 F.3d 1292, 1298 (11th Cir 2000) 一案中, 也门供应与贸易部(Yemeni Ministry of Supply & Trade)为也门的政治分支机构; 在 *O'Connell Mach. Co. v. M.V. "Americana"* 734 F.2d 115, 116-117(2d Cir 1984) 一案中, 协调意大利政府商业实体管理的公共财政实体(a public financial entity which coordinates the management of a commercial enterprises of the Italian Government)系FSIA项下的政治分支机构。

来源,但也未能解释重述中那些将“政治分支机构”一词在字面上没有专门指政府地方单位的部分。^①第三,如此解释将需要我们假定国会旨在将自治政府(municipal governments)置于“外国国家”的定义中但却同时排除诸如拥有并执行波兰政府的土地、财产以及财政的波兰财政部(the Ministry of the Treasury of Poland)之类实体。

总结来看,多数观点及案例表明,政治分支机构不仅包括诸如省、行政区、郡县、自治市等地方政府,也包括中央政府的部门或部委,也即从范围上来看,与2004年国家豁免公约及1991年国家豁免草案的规定有所不同,后者将“国家及其政府的各种机关”置在一起,并将政治分支机构与联邦政府的组成单位并列起来,这似乎表明政治分支机构不包括政府的各种机关。

三、有关 FSIA “政治分支机构”与“代理机构”区分标准的争议

焦点问题之二为区分标准。在FSIA项下,区别外国国家的“政治分支机构”与“代理机构”的关键在于是否满足第1603(b)条项下的第一个条件:“独立法人”。何谓“独立法人”,实践中法院对此认识不一,存在着“法律特征标准”(legal characteristics test)和“核心功能标准”(core functions test)两种标准之争。具体而言,一部分法院从FSIA文本本身以及立法历史解释出发,采用“法律特征标准”,认为:倘若在设立它的外国法之下,实体可以自己的名义起诉和被告,以自己的名义订立合同,或者以自己的名义持有财产,则该实体即为“独立的法人”,也即为该外国国家的“代理机构”。支持这一标准的法院判决主要是从FSIA文本本身以及立法历史解释出发,以国会的立法报告为核心依据。另一部分法院主张“核心功能标准”,主要考察该外国实体的核心功能是政府性为主还是商业性为主。如为商业性的,法院将该实体视为“代理机构”,即法律上独立于该外国国家;如为政府性的,则将其仅视为“政治分支机构”,即法律上并不独立于该外国国家。与“法律特征标准”不同,“核心功能标准”主要从目的解释出发,以国家主权有限豁免原则为核心论述依据。

实践判例也展开争锋相对的辩论。例如持“法律特征标准”观点的代表性判例为: *Hyatt Corp. v. Stanton*。^②该案发生于1996年,原被告当事双方分别为美国的Hyatt公司和芬兰政府保证基金会“GGF”所属的一家名为Skopbank的银行副总裁Michael Stanton。原告起诉被告非法干涉合同以及可预期的经济利益,以及民事合谋和表面侵权行为。被告要求对起诉予以驳回。其中该案的争议焦点之一为:涉案的GGF是政治分支机构抑或代理机构?法院在回顾了此前判例中持“法律特征标准”的 *Bowers* 案、 *Unidyne Corp* 案等,以及持“核心功能标准”的D.C巡回法院的 *Transaero* 案之后,

^① 例如:“国际法下的[国家]责任也延伸至政治分支机构的地方官员或官员。”参见Restatement § 20 cmt c.

^② 其他判例如: *Wong v. Boeing Co.*, U.S. Dist. LEXIS 15685, *1; CCH Prod. Liab. Rep. P16,749 (2003); *Bowers v. Transportes Navieros Ecuatorianos (Transnave)*, 719 F. Supp. 166, 170 (S.D.N.Y. 1989); *Unidyne Corp. v. Aerolíneas Argentinas*, 590 F. Supp. 398, 400 (E.D. Va. 1984).

认为“法律特征标准”才是决定一个实体是政治分支机构还是代理机构的适合标准。主要理由包括：首先，这一标准最接近国会的意图，正如该法的文本与立法历史所示。该法规定了代理机构的特征之一是“独立法人”。对这一用语的字面理解是，该实体可在法律上独立于国家运作，立法历史也确认了此处适用字面意思。国会报告详细说明了“独立法人”是“意在包括社团法人、组织协会、基金会或者其他任何实体，在设立它的外国法律之下、可以自己名义起诉或被诉，订约或持有财产”。报告包括了许多代理机构的例子，其中有“部门或部委”以其自身名义活动和诉讼。报告还将政治分支机构定义为“中央政府之下的所有政府性单位”，一个字面上来看广义的定义。^①然而，为协调以上两种表述，政治分支机构应被理解为不能以自身名义活动或者诉讼的所有的政府性单位，而代理机构可以是以自己名义活动或者被诉的政府性单位。也即，文本和立法历史都指向了法律特征标准，法院因此拒绝适用D.C.巡回的核心功能标准，这一标准脱离了法律文本：FSIA在定义代理机构上并未区别商业性和非商业性独立法人。立法历史也并不表明这一种区别，而是既有商业性的又有非商业性的代理机构的例子。进一步地，法律通过商业性活动例外，而给予政府性的而非商业性的行为豁免，这表明：第一，法院并不必须要区别政治分支机构和代理机构来完成法律的终极目标；第二，如果国会希冀这样的话，那它应该明确做出这种区分。^②

持“核心功能标准”的典型判例为*Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*。^③该案发生于1994年，当事双方分别为美国纽约的Transaero公司和玻利维亚空军。原告Transaero公司对被告外国空军提出关于飞行器部件的合同违反之诉。原告得到缺席判决。随后，被告提出其乃玻利维亚的政治分支机构，纽约地区法院对该案缺少管辖权，而且原告未能履行合适的送达程序，请求法院驳回起诉。就该案的争议焦点“被告即上诉人玻利维亚空军是否系FSIA第1608条所指的外国或者政治分支机构”，D.C.巡回法院多数意见(除Mikva法官外)采用了一种分类的方法决定实体是否为政治分支机构：“外国实体的核心功能主要是政府性的还是商业性的”。主要理由包括：第一，这最佳地抓住了立法的意思。国会以联邦法和国际法为其丰富的背景，解释立法的用语并予以补充说明。最高法院判决法案在很大程度上编入了主权豁免的“有限”理论，在此之下“豁免限于涉及外国主权的公共行为的诉讼，而并不延伸至外国国家严格意义上的商业行为的案子”。第二，除第1608条之外，区别出现在28 U.S.C. § 1391 (1988)中场所的规定。第139(f)使得在哥伦比亚地区的联邦区域法院

① 参见H.R. Rep. No. 94-1487, 94th Cong., 2d Sess. (1976), reprinted in, 1976 U.S.C.A.N. 6604, 6614。

② 以上主要观点参见：*Hyatt Corp. v. Stanton*, 945 F. Supp. 675, 683 (S.D.N.Y. 1996)。

③ 参见*Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148, 151, 308 U.S. App. D.C. 86 (D.C. Cir. 1994)。其他判例例如：*Magness v. Russian Federation*, 247 F.3d 609, 613 n.7 (5th Cir. 2001)；*Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 333 F.3d 228, 234-35, 357 U.S. App. D.C. 107 (D.C. Cir. 2003)；*Compagnie Noga D'Importation Et D'Exportation S.A. v. Russian Fed'n*, 361 F.3d 676, 688 (2d Cir. 2004)；*Transaero TMR Energy Ltd v. State Prop. Fund of Ukraine*, 366 U.S. App. D.C. 320, 411 F.3d 296, 300 (D.C. Cir. 2005)；*Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579, 594-95 (2d Cir. 2006)；*SerVaas Inc. v. Republic of Iraq*, No. 10-828-CV, 2011 U.S. App. LEXIS 2709, 2011 WL 665334, at *2-3 (2d Cir. Feb. 16, 2011)。

对外国国家及其分支机构的民事诉讼有管辖,但却允许对外国国家的代理机构“在任何代理机构被许可从事商业或正在从事商业的司法地区”的诉讼所在地。第1391(f)(3)条倘若延伸至商业实体类别之外,是一个协调性值得质疑的规定。第三,那些将“代理机构”解释为指的是被告在外国法之下的权力,主要依据于该法案的国会报告,即:“[该]标准,即实体为一个独立的法人,意在包括社团法人、组织协会、基金会和任何其他实体,在设立它的外国国家法律之下,可以自己名义起诉或被诉,订约或者持有财产…一般而言,满足‘外国国家代理机构’定义的实体具有多样化的形式,包括国家贸易社团法人、矿业、交通运输组织诸如船运或空运、钢铁公司、中央银行、出口协会组织、政府性的采购代理或部门或部委,以自己名义行为或诉讼。”且不对其他情形中依据立法历史的正当性进行争议,法院认为该报告自相矛盾,因为它列举了具体的实体作为代理机构的例子,而这些例子都可能具有或不具有报告似乎表明的这种独立法律存在的特征。因此,法院拒绝将这些特征作为合适的标准。最后一个赞成分类法的理由是减轻区域法院的执行负担。因此,以“核心功能标准”来看该案,法院认为外国主权的武装力量一般而言与国家的结构紧密相连,他们须在一切情况中被认为“外国国家”本身,而非一个独立的代理结构。“宣布和发动战争的权力”系属于主权的“必要伴随物”。一个外国军队力量系“外国国家”而非“外国国家的代理机构”。^①

究竟何为合适的标准,最高法院尚未作出与此相关的判决,案件所属的巡回法院和地方法院不同,作出的具体判断不一。可以说“法律特征标准”以尊重历史文本解释为主要出发点,相对保守;而近年以来,受到国家主权有限豁免原则的影响,尝试突破传统解释而支持“核心功能标准”的法院判决有逐渐增多的趋势。案例中有法官指出,在认定何为“代理机构”上,“核心功能标准”较“法律特征标准”更窄。^②

四、有关 *FSIA* “代理机构”定义中的“政治分支机构”的争议

焦点问题之三为,因外国国家的“政治分支机构”又作为“代理机构”定义的一部分,因此对“代理机构”定义之中的“政治分支机构”的考察亦十分重要。第1603(b)(2)条规定“which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and”,首先,一个有意思的分歧是,从字面上来看,第1603(b)(2)条中的“an organ of a foreign state or political subdivision thereof”可作两种不同的理解,第一种是“外国国家的机关或者是外国国家的政治分支机构”;第二种是“外国国家的机关或者是外国国家政治分支机构的机关”。何为正解?在*Garb v. Republic of Poland*一案的判决中指出了以上两种不同的语

① 以上主要观点参见: *Transaero, Inc. v. La Fuerza Aerea Boliviana*, 30 F.3d 148, 151, 308 U.S. App. D.C. 86 (D.C. Cir. 1994).

② 参见*Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579 (2d Cir. 2006).

法理解,并引用FSIA的国会报告,明确后者才是正解。^①国会报告中提到:“第二种标准[of 28 U.S.C. § 1603(b)]规定该实体或是外国国家的机关(或是外国国家的政治分支机构的)…”^②由此可见,成为“代理机构”的条件之一是“外国国家的机关”,或者是“外国国家政治分支机构的机关”。^③

另一个重要的问题是,第1603(b)(2)条中两处提到的“foreign state”是应按第1603(a)条作广义的理解,包括“政治分支机构”以及“代理机构”的外国国家,还是作狭义的理解,仅指外国国家本身?若为广义的理解,那么“代理机构”的机关以及大多数股份或其他所有者权益为“代理机构”所有的实体也应符合第1603(b)(2)条的要求;若为狭义的理解,则结论相反。实践中广义说还是狭义说的理解不同,主要涉及对符合“a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof”这一条件的判断,具体影响的为外国国家间接拥有的第二层及其以下的子公司(即大多数股份或其他所有者权益为“代理机构”所有的实体)是否可在FSIA项下享有豁免权的问题。长期以来,联邦巡回和地区法院在这一“麻烦的立法解释问题”上存在分歧。例如第五和第七巡回等法院持广义说,主要基于两个事实。第一,国会给予“明确的指南……将第1603(b)条中的‘外国国家’解释为如国会在第1603(a)条中定义的那样”;第二,引用FSIA的立法历史和目的,来阐述国会旨在一种广泛的主权豁免保护,反对一种对外国国家定义条文的狭小解释。^④与此相对,第九巡回法院等持狭义说,认为应避免对第1603(b)条的一种循环解释。第1603(a)条规定了外国国家“包括”政治分支机构和代理机构,但未将外国国家“等同于”代理机构,这是一个细微的区别。此外,立法历史表明国会特别注意在外国国家、政治分支机构以及外国国家或政治分支机构的代理机构之间作出区分。广义说会带来一系列子公司问题,造成对任何大型外国公司法人的私人诉讼都会牵涉外交政策问题。^⑤

就该问题,最终美国联邦最高法院于2003年在*Dole Food*上诉一案中作出了最终判定,否定了FSIA适用在第二层及其以下的子公司上,结束了长达8年以来各巡回法院解释不一的局面。其主要理由包括以下5个方面:第一,FISA文本并未暗示说国会意在脱离公司组成的一般规则,因此国会旨在包括公司所有权的形式,而非关联意义上的所有权。第二,母公司拥有子公司的股份,并不对(a)子公司的资产;(b)子公司的子公司拥有或具有法律权利。事实上股东是外国国家并不改变这一分析。第三,当国会旨在说非形式意义上的所有权时,国会知道该如何做。考虑到许多其他的联邦法律提到“直接和间接所有权”,对第1603(b)条用语的缺乏暗示说国会并不意在忽视结

① 参见*Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579 (2d Cir. 2006)。

② 参见H.R. Rep. No. 94-1487, at 15 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.A. § 6604, 6614.

③ 对这一问题的澄清十分必要。在调研中发现我国对该款的中文翻译或理解上存在各种错误之处。例如,有的翻译为“外国机关或其政治分支机构”,有的翻译为“外国机关或该机关的政治分机构”等等。

④ 相关判例例如:*Delgado v. Shell Oil Co.*, 231 F.3d 165, 176 (5th Cir. 2000), cert. denied, 532 U.S. 972 (2001); *In re Aircrash Disaster Near Roselawn, Ind.* on Oct. 31, 1994, 96 F.3d 932, 939-41 (7th Cir. 1996).

⑤ 相关判例例如:*Patrickson*, 251 F.3d at 807; *Gates v. Victor Fine Foods*, 54 F.3d 1457, 1461-63 (9th Cir. 1993).

构所有权规则。第四, FSIA提及的外国国家的大多数所有权的“股份或其他所有者权益”并不解释为包括一个国家在机构的子公司之下“利益”。第五, 尽管外国国家可能对产业者的运营具有相当的控制, 但并非股份或其他所有者权益。^①

应当注意到, 虽然*Dole Food*案的结论似乎支持了狭义的理解, 但细观其说理发现, 法院主要是基于公司法的有关原理, 主要论述了该款的“a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof”部分, 但并未对“an organ of a foreign state or political subdivision thereof”部分进行解释, 亦即对第1603(b)(2)条中两处提到的“foreign state”是广义还是狭义作出最终决定性的解释。在该问题上亦须对实践持续进行考察。

五、结语兼论对中美 BIT 谈判及实施方面的启示

综合上述考察, 在中美BIT谈判上, 如果从几乎所有美国所签订的BIT中都订入了“政治分支机构”条款来看的话, 可考虑接受2012年BIT范本中的规定(“最低方案”)。然而, 如果从“政治分支机构”的范围与含义均具有模糊性及不确定性的角度来看的话, 中美BIT谈判中接受“政治分支机构”的用语不排除存在潜在障碍的可能性。由此, 可考虑在谈判的议定书等处对其做进一步的限定, 并根据限定的范围又可分为两种方案: 其一, 将其限定为仅包括中国第一层级的地方政府(省、自治区以及直辖市)而不包括次级的地方政府(市、县、乡等)(“中间方案”); 其二, 参考美国与捷克和斯洛伐克所签订BIT, 在议定书中规定“‘政治分支机构’一词包括: 对中华人民共和国而言, 为中华人民共和国; 对美利坚合众国而言, 为美利坚合众国的州”(“最高方案”)。

倘若谈判最终仅达成“最低方案”, 那么在未来BIT实施时涉及到“政治分支机构”问题上, 本文的考察可提供如下启示:

从一般定义看, “政治分支机构”一词虽难以精确对应我国的行政区划, 但参考美国FSIA的规定可做出范围上的大致映射。FSIA项下的“政治分支机构”是一个广义的概念, 包括所有的中央政府之下的政府性单位, 包括地方政府, 诸如省、行政区、郡县、自治市等从属性政府实体。判例中多数观点认为, FSIA项下的“政治分支机构”不仅包括地方政府, 也包括中央的部门或部委。

从除外规定看, 在判断我国某一特定的行政区划实体是否属于“政治分支机构”时, 可尝试证明其为一种“代理机构”, 从而抗辩不属于2012范本第2条第2款(b)项所规定的义务承担主体。具体而言, “政治分支机构”与“代理机构”有两层区别关系, 其一, 在平行联动关系上, 存在着“法律特征标准”和“核心功能标准”两大标准, 不同法院的具体判断不一。值得注意的是, 近年来受国家主权有限豁免原则的影响, “核心功能标准”的使用频率有增多的趋势, 且有观点认为在认定何为“代理机

^① 以上主要观点参见: *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U.S. 468, 478, 123 S. Ct. 1655, 155 L. Ed. 2d 643.

构”上，“核心功能标准”较“法律特征标准”更窄，也即“核心功能标准”下“政治分支结构”的认定范围更广一些。

其二，在垂直联动关系上，亦可通过证明该行政区划实体为“外国国家政治分支机构的机关”或是“大多数股份或所有者权益为政治分支机构所有”，从而抗辩其为“代理机构”而非“政治分支机构”。

以上，本文以美国外国主权豁免法为背景，全面考察与“政治分支机构”相关的理论及实践判例，试图为我国在今后的中美BIT投资协定谈判及实施上全面把握这一概念提供若干启示，并呼吁应持续关注FSIA项下有关“政治分支机构”的发展动向。

【作者简介】 毕莹：法学博士，浙江大学光华法学院副教授。研究方向：国际经济法，贸易与竞争，区域经济一体化。

On Political Subdivision and Relevant Issues ——Based on FSIA of the United States

BI Ying

(Law School of Zhejiang University, Hangzhou 310008, Zhejiang, China)

Abstract: 2012 US Model BIT stipulates that the subject of treaty obligations includes the "political subdivision", which is mainly stipulated in the Foreign Sovereign Immunities Law of the United States. The relevant legislative report points out that the "political subdivision" includes all the government units under the central government, including the local governments. The practice controversy focuses on how to distinguish between the "political subdivision" and "agency or instrumentality". There are two criteria: "Legal Characteristics Test" and "Core Functions Test". In addition, defining whether an entity is a political subdivision will further influence the judgment of the organ of the entity or whether most of the shares or owners' interests are all entities.

Keywords: sovereign immunity; political subdivision; agency or instrumentality; legal characteristics test; core functions test

(责任编辑：黄志瑾)