

# 论国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力

杜焕芳 段鑫睿\*

**摘要：**国际仲裁在裁决执行过程中面临的一大障碍是国家豁免，即便是采取限制豁免立场的国家，对于执行豁免放弃也持非常审慎的态度。为了规避国家豁免的阻碍，在仲裁协议或合同中约定放弃豁免条款成为可能的尝试。但不论是学术界还是立法或司法实践，对于放弃豁免条款的有效性、效力范围和违反后的责任承担没有较为一致的观点。通过考察国际条约和代表性国家的立法及司法实践可以发现，采取限制豁免立场的国家认同放弃豁免条款具有放弃司法管辖豁免的效力，但执行豁免和临时措施豁免需要单独明示。违反放弃豁免条款既可能违反国际法也可能违反国内法，这取决于争议受理法院所属国的国家豁免立场。在拟定放弃豁免条款时，仲裁协议相对方要考虑约定的法院选择协议、争议受理国的国家豁免立场以及保障合同履行的其他辅助性措施。

**关键词：**国际仲裁 国家豁免 放弃豁免条款 管辖豁免 执行豁免 临时措施豁免

## 一 引言

国家豁免作为重要的国际法理论，关涉国际仲裁管辖权和国际仲裁裁决执行，故而对包括国际商事仲裁和投资仲裁在内的国际仲裁具有重大影响。例如，在国际仲裁特别是国际投资争端解决中心（以下简称ICSID）受理的投资仲裁中，时常会遇到国家豁免的阻碍。这种阻碍会削弱仲裁制度设立的预期效果。因此，国家在国际仲裁中放弃豁免的问题逐步受到重视。

目前，学术界认为国家豁免的主要模式包括绝对豁免模式、相对豁免模式以及程序性辩护模式，<sup>①</sup>在国际仲裁中国家对豁免的放弃又分为国家对管辖豁免的放弃和对财产执行豁免的放弃，不少国家的法院也对仲裁裁决的承认阶段与执行阶段加以区分。<sup>②</sup>此外，针对在仲裁协议中国家与私主体签订的放弃豁免条款的效力问题，也存在争论。一般认为，若一国签订了仲裁协议或含有仲裁条款的双边投资协定，则默认该国放弃了管辖豁免而接受法院地国的司法管辖，<sup>③</sup>但对放弃国家豁免是否包括放弃执行豁免存在争议。肯定观点认为，只要国家与自然人、法人或其他组织签订了仲裁协议，则视为国家已经放弃了豁免，该放弃不仅包括对仲裁管辖豁免的放弃，还包

\* 杜焕芳，中国人民大学法学院教授，博士生导师；段鑫睿，中国人民大学法学院国际法学专业博士研究生。本成果受到中国人民大学“双一流”跨学科重大创新规划平台——国际商事争端预防与解决跨学科交叉平台支持。

① Hazel Fox CMG QC and Philippa Webb, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 3rd edn, 2013), pp. 4-6.

② 参见孙南申、孙颖：《论国际投资仲裁裁决在〈纽约公约〉下的执行问题》，载《广西师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期；杨玲：《论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免》，载《当代法学》2012年第5期；李颖：《国家豁免例外研究》，知识产权出版社2014年版；Nigel Blackaby and Constantine Partasides QC with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 6th edn, 2015)。

③ 张建：《投资仲裁中国家执行豁免问题的法律思考》，载《研究生法学》2016年第1期，第151页。

括对执行仲裁裁决和为执行仲裁裁决所采取的查封、扣押等保全措施的豁免放弃。<sup>①</sup> 否定观点认为, 由于管辖豁免和执行豁免二者在性质、法律依据和效果上均有所不同, 不能认为放弃管辖豁免就必然意味着放弃执行豁免。<sup>②</sup> 可见, 学界对于国家明示放弃管辖豁免的观点并无争议, 但对执行豁免的放弃, 包括放弃方式及范围则存在不同观点。实践中, 国家豁免的不同立场对国家签订的放弃豁免条款会产生不同影响, 包括放弃豁免条款的效力、范围、违反该条款的法律责任认定等。

学术界和司法实践均未能就国家在国际仲裁协议中签订放弃豁免条款的效力问题达成一致结论, 对国家违反该条款的法律责任讨论甚少, 对如何拟定该条款也没有明确做法。<sup>③</sup> 为解决上述问题, 本文将从国家签订放弃豁免条款的效力依据入手, 分析该行为的有效性。后对该条款的效力范围进行讨论。在此基础上, 本文进一步讨论当国家违反签订的放弃豁免条款时, 需要承担的法律 责任, 以及如何拟定私主体与国家间的放弃豁免条款。

## 二 国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力依据

分析国家签订放弃豁免条款的效力, 首先需要探讨该条款效力的法理依据, 其中较为重要的是意思自治、国家同意和善意原则。其次, 国际立法和一些国家的国内立法为放弃豁免条款的效力提供了依据。此外, 国际司法实践也证明了放弃豁免条款具有法律效力。

### (一) 放弃豁免条款效力的法理依据

国家与私主体之间的国际商事仲裁与一般国际商事仲裁最大的区别在于国家主体的特殊性。单纯从私法角度判断双方主体法律行为的效力没有考虑到国家主体的特殊性。因此, 在判断放弃豁免条款效力时需考虑不同层面的法理依据。

#### 1. 意思自治原则

法国学者杜摩兰提出的“当事人默示或明示的意向”的概念, 被后来学者视为意思自治学说的起源。<sup>④</sup> 意思自治原则的理论基础是自然法思想, 即肯定人的理性、平等、自由意志。<sup>⑤</sup> 意思自治原则在仲裁中也起到关键作用, 因为这一根源于自治意愿的原则指导当事人按照自己的意愿进行仲裁。<sup>⑥</sup> 仲裁是当事人合意创立并约定双方权利义务的纠纷解决方式。当事人可以在商事仲裁中协议选择仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、仲裁适用的法律等各类事项。根据意思自治原则, 国家作为商事仲裁的一方当事人可以根据自己的意志放弃自己的权利。

① 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》, 法律出版社2000年版, 第505页。

② 黄世席:《国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免问题》, 载《清华法学》2012年第6期; 李庆明:《中国国家财产在美国的执行豁免——以沃尔斯特夫妇诉中国工商银行为例》, 载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期; Ben JURATOWITCH, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards”, (2016) 6 (2) *Asian Journal of International Law* 199; Carlo de Stefano, “Arbitration Agreements as Waivers to Sovereign Immunity”, (2014) 30 (1) *Arbitration International* 59.

③ 本文所称的国家放弃豁免条款包括在仲裁协议中的放弃豁免条款和在合同中约定的放弃豁免条款。

④ 许军珂:《国际私法上的意思自治》, 法律出版社2006年版, 第15页。

⑤ 梅傲:《“人本说”: 国际私法一种新学说》, 载《现代法学》2015年第2期, 第159页。

⑥ Moses Oruaze Dickson, “Party Autonomy and Justice in International Commercial Arbitration”, (2018) 1 *International Journal of Law and Management* 114, p. 128.

## 2. 国家同意原则

传统国际法认为国家同意原则是国际法的重要基石，也是国家承担国际法律义务的依据。<sup>①</sup>因此，国家同意原则是国际法体系建立和运行的基础，贯穿在国际法的各个领域。<sup>②</sup>在司法领域，该原则体现在国际法院审理的“从罗马移走黄金案”中。<sup>③</sup>国际法院就该案作出的判决表示：“未经阿尔巴尼亚同意就阿尔巴尼亚的国际责任作出裁决将违反《国际法院规约》第36条所规定的一项国际法原则。”<sup>④</sup>这项国际法原则就是国家同意原则。在此之后，国家同意原则逐步成为国际社会普遍适用的原则和国际商事仲裁的重要依据。在国家豁免领域，不论国际条约还是国内法均规定国家放弃豁免需明示（或默示）作出，这就是国家同意原则的具体体现。

## 3. 善意原则

善意原则也是一项国际法的一般原则。<sup>⑤</sup>“国际法中的善意原则是一项根本性原则，条约必守原则及其他不同于诚实、公平和合理的并与其直接相关的法律规则皆由此派生。”<sup>⑥</sup>善意原则不是权利和义务的来源，而是作为这些权利义务的指导工具发挥作用，与其问善意原则构成何种国家义务或对国家产生了何种法律效果，不如说善意原则指导国家的行为与已存在的相应权利义务达到统一。<sup>⑦</sup>经济的全球化和投资仲裁的发展消除了国际公法和私法间的界限，《国际法院规约》第38条提到的一般法律原则，在商业或国际投资领域也有其法律效力。<sup>⑧</sup>因此，私主体与国家在国际商事仲裁中签订放弃豁免条款的行为也应受到善意原则的规制，即私主体能够预见国家依据善意原则的指导，遵守放弃豁免的声明并履行约定的义务。

## （二）国际立法和国内法的立场

2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《联合国豁免公约》）是关于国家豁免问题最具代表性的国际条约，该公约第17条至第20条涉及仲裁管辖豁免。第17条规定：

一国如与外国一自然人或法人订立书面协议，将有关商业交易的争议提交仲裁，则该国不得在另一国原应管辖的法院有关下列事项的诉讼中援引管辖豁免：

- (a) 仲裁协议的有效性、解释或适用；
  - (b) 仲裁程序；或
  - (c) 裁决的确认或撤销，
- 但仲裁协议另有规定者除外。

这一条款最初目的是针对另一国原应管辖的法院，规定该法院在决定有关仲裁协议的问题时

① Andrew T. Guzman, “Against Consent”, (2012) 52 (4) *Virginia Journal of International Law* 747, p. 747.

② 罗国强、于敏娜：《国际法庭咨询管辖权的扩张倾向与中国策略》，载《学术界》2019年第10期，第137页。

③ 宋杰：《国际法中普遍性法律利益的保护问题研究——基于国际法庭和国家相关实践的研究》，中国人民大学出版社2012年版，第119—121页。

④ 贺其治：《国家责任法及案例浅析》，法律出版社2003年版，第137页。

⑤ 赵建文：《条约法上的善意原则》，载《当代法学》2013年第4期，第123页。

⑥ 韩立余：《善意原则在WTO争端解决中的适用》，载《法学家》2005年第6期，第160页。

⑦ Steven Reinhold, “Good Faith in International Law”, (2013) 2 *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 40, p. 58.

⑧ Bernardo M. Cremades, “Good Faith in International Arbitration”, (2012) 27 (4) *American University International Law Review* 761, p. 788.

享有监督管辖权，即规定了无豁免规则。<sup>①</sup>因此，如果仲裁的管辖法院所在国认定仲裁协议有效，那么签订包含放弃豁免条款的仲裁协议的国家不得提出管辖豁免。

国际法委员会第43届会议工作报告对该条的评注还特别指出：

在作为和平解决各种争端的手段的若干仲裁之中，第17条只考虑解决国家与外国自然人和法人间争端的那种仲裁。此类仲裁可采取任何形式，如根据国际商会或联合国国际贸易法委员会（以下简称UNCITRAL）的规则进行的仲裁或其他种种制度化的或临时特定的商业仲裁。例如，将投资争端提交国际投资争端解决中心仲裁并不等于将其提交给第17条规定的那种商业仲裁，不能解释为放弃豁免，接受原应管辖法院对诸如国际商会仲裁或美洲仲裁协会主持下的仲裁之类的商业仲裁行使监督管辖。<sup>②</sup>

但是，在联合国国家及其财产的管辖豁免问题特设委员会的报告中，公约草案的附件对第17条的规定作出了明确解释，其规定第17条的“商业交易”一词包括投资事项。<sup>③</sup>最后通过的正式公约中，该内容也得到了保留。由此可见，《联合国豁免公约》中有关仲裁协议的豁免规定可以扩展适用到投资仲裁。《1991年国际法研究院在关于国家豁免在管辖和执行方面一些现实问题的决议》第5条中明确了有关同意或放弃的形式，这些形式包括国际协议、书面合同以及对特定案件发表的声明等。<sup>④</sup>可见，通过书面拟定条款的方式会被视为国家的明示同意。因此，一国通过本文所称的放弃豁免条款放弃管辖豁免的行为符合公约的规定。

1972年《欧洲国家豁免公约》对采用签订具体条款方式放弃国家豁免的行为也有规定。公约的缔约国若采用国际协议、书面合同（包含管辖豁免的明示条款）或在发生争端以后作出明示同意放弃豁免这三种方式中的任意一种，那么该国就承担了接受在另一缔约国法院管辖的义务，不得主张豁免。如果缔约国已书面同意将已发生或可能发生的民事或商事争议交付仲裁，那么该缔约国不得主张免于另一缔约国法院的管辖。由此可见，根据《欧洲国家豁免公约》，国家在仲裁中约定的放弃主权豁免条款有效。

此外，一些国家的国家豁免法也规定了在仲裁中通过书面形式放弃国家豁免的内容。例如1978年《英国国家豁免法》第9条规定，如果一国以书面形式同意将已经发生或可能发生的争议提交仲裁，则该国在有关仲裁事项的诉讼中不能在英国法院享有豁免。<sup>⑤</sup>美国则有所不同，在“*Af-Cap公司诉雪佛龙刚果石油公司案*”[*Af-Cap, Inc. v. Chevron Overseas (Congo) Ltd.*]中，刚果共和国签订了一份合同，其在合同中表明“同意在该司法管辖区的法律允许的最大范围内放弃豁免权”，该豁免声明涵盖主权及其资产的“诉讼、执行、扣押或其他法律程序的豁免”，之后刚果共和国违反合同约定，债权人试图针对其美国资产执行判决。<sup>⑥</sup>然而，法院基于1976年

① 国际法委员会报告：《第四十三届会议工作报告》，A/46/10（1991），第139页。

② 国际法委员会报告：《第四十三届会议工作报告》，A/46/10（1991），第141—142页。

③ 联合国大会会议记录：《国家及其财产的管辖豁免问题特设委员会的报告》，A/59/22（2004），第15页。

④ 徐宏主编：《国家豁免国内立法和国际法律文件汇编》，知识产权出版社2019年版，第174页。

⑤ 1979年《新加坡外国国家豁免法》第11条、1981年《南非外国国家豁免法》第10条第1款、1995年《阿根廷法院对外国国家管辖豁免法》第2条第8款、2009年《日本对外国国家民事管辖法》第16条均作了类似规定。

⑥ 475 F.3d 1080（2007）。

《美国外国主权豁免法》认为，一个国家不能通过合同放弃其在美国持有的所有财产的主权豁免，债权人寻求执行的财产需符合《美国外国主权豁免法》的规定。<sup>①</sup>

### （三）国际司法实践

国家豁免理论允许一国以同意的方式将国家或国家机构置于仲裁庭的管辖之下。这在“利比亚美国石油公司（以下简称 L 公司）诉利比亚共和国政府（以下简称利比亚政府）案”（*Libyan American Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*）中得到体现。<sup>②</sup> L 公司根据 1955 年《利比亚石油法》获得了三项特许权。这些特许权以“特许权契约”的形式授予，代表了利比亚石油委员会和 L 公司之间的双边协议。所有特许权契约都是按照 1955 年《利比亚石油法》第二附表规定的形式制定，其中第 28 条包含仲裁条款。1973 年 9 月，利比亚政府将 L 公司的 51% 特许权收归国有。1973 年 11 月，L 公司致函利比亚政府要求根据特许权契约第 28 条进行仲裁。利比亚政府致函所有石油公司其拒绝仲裁，因为仲裁会损害其国家主权。1974 年 2 月，L 公司剩余的 49% 股份被国有化。L 公司于 1974 年 7 月致函利比亚政府，要求继续进行仲裁。由于利比亚政府未能任命仲裁员，L 公司请求国际法院院长指定一名仲裁员来裁定该争端。1975 年 1 月，院长任命索比·马马萨尼（Sobhi Mahmassani）为独任仲裁员在伦敦举行初步会议（只有申请人出庭，被申请人没有出庭）。在这次会议上，仲裁员根据特许权契约第 28 条认定日内瓦是仲裁地，且仲裁程序应尽可能遵循联合国国际法委员会 1958 年制定的《仲裁程序公约草案》。仲裁庭认为利比亚政府关于仲裁损害国家主权的辩解，违背了以“安巴蒂洛斯案”<sup>③</sup>（*Ambatielos*）和“瑞士诉南斯拉夫国案”<sup>④</sup>（*Switzerland Losinger & Co. v. Yugoslavia*）为代表的惯例和相关公约所持观点<sup>⑤</sup>，即国家有义务根据合同条款与私主体一方进行仲裁，即便国家提出抗议或认为载有仲裁条款的协议已被终止或到期。最终，该案的仲裁条款被认为有效。

## 三 国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力范围

管辖豁免与执行豁免是两个相互独立的问题。管辖豁免针对的是国家的法律人格，执行豁免针对的是国家财产。<sup>⑥</sup> 有学者认为，关于国家豁免的国际法律制度已经发生了较大变化——无论是管辖豁免还是执行豁免，均从过去的绝对豁免规则过渡至限制豁免规则，这一点已经得到了国际社会的普遍认同。<sup>⑦</sup> 笔者认为，管辖豁免的限制豁免规则确实得到普遍认同，但执行豁免并非如此。与管辖豁免不同，大部分国家在执行豁免上仍坚持绝对豁免而非限制豁免，因为对外国国

① Alexis Blane, “Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of international Arbitral Awards”, (2009) 41 *International Law And Politics* 453, p. 499.

② Pieter Sanders, *Yearbook Commercial Arbitration Volume VI - 1981* (ICCA & Kluwer Law International, 1981), pp. 89 - 118.

③ 在“安巴蒂洛斯案”中，国际法院确定一国义务根据约定的仲裁条款将争端提交仲裁。

④ Manley O. Hudson, “The Fourteenth Year of the Permanent Court of International Justice”, (1936) 30 (1) *American Journal of International Law* 1, pp. 12 - 13.

⑤ 例如，《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端的公约》第 25 条规定，只要各方同意进行仲裁，任何一方不得单方面撤回其同意。

⑥ 杨玲：《论国际商事仲裁裁决执行中的国家豁免》，第 141 页。

⑦ 银红武：《拒绝履行之 ICSID 裁决的解决路径》，载《国际经贸探索》2016 年第 5 期，第 76 页；张潇剑：《论 ICSID 仲裁裁决的承认与执行》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 4 期，第 146 页。

家财产采取强制措施将从实质上对外国国家的主权产生损害,影响国家间的外交关系。<sup>①</sup>因此,即使一国同意另一国法院行使管辖权也并不意味着同意法院可根据裁决对其采取强制措施,除非该国明示地放弃执行豁免。<sup>②</sup>总体来看,国际仲裁中国家放弃豁免条款的效力范围主要涉及:(1)管辖豁免;(2)执行豁免;(3)管辖与执行一体豁免;(4)临时措施的豁免。

### (一) 管辖豁免放弃

根据《联合国豁免公约》第17条以及国际法委员会的相关工作报告对国家在仲裁协议中管辖豁免同意的解释,可以推导出国家同意放弃豁免的范围。即如果一国签订仲裁协议或在其中有明确放弃管辖豁免的条款,则该国家无法主张管辖豁免。例如在“威斯特兰直升机有限公司(以下简称威斯特兰公司)诉阿拉伯工业化组织(以下简称AOI)案”(Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization)中,双方签订了一个股东协议,该协议约定由日内瓦国际商会(以下简称ICC)仲裁机构仲裁并适用瑞士法。后双方发生争议提交仲裁解决。仲裁庭在仲裁中就豁免问题指出,该案适用仲裁地法律即瑞士法律。在区分管辖豁免和执行豁免的前提下,该案需要考虑管辖豁免问题。根据瑞士法规定,签订一个仲裁条款即表明放弃豁免,因此AOI的四个创建国都放弃了管辖豁免。<sup>③</sup>此外,如果仲裁将在法院地国进行(或适用法院地国法律),那么豁免放弃的效力还可以扩展到在仲裁地监督仲裁的法院管辖权。<sup>④</sup>以色列、美国、澳大利亚、英国等国的国家豁免法也体现了上述立场。<sup>⑤</sup>因此,国家通过签订仲裁协议的方式放弃豁免具有放弃管辖豁免的效力,部分持限制豁免立场的国家将该效力扩展到法院对仲裁的监督权。

### (二) 执行豁免放弃

主权豁免是一个规避履行赔偿裁决的方法。许多国家的司法实践体现了对仲裁裁决限制豁免理论的认可,但对仲裁裁决的执行豁免问题,没有达成一致观点。即便法院依据1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)和1965年《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)执行仲裁裁决,也都会发生仲裁裁决无法执行的情形。因为执行地国法院在判断是否执行仲裁裁决时会考虑很多因素,例如是否会侵犯另一个国家的主权。但归根结底,这种过度谨慎不仅会损害对外国投资者的保护,而且会损害仲裁当事国的目标。<sup>⑥</sup>

① 李颖:《国家豁免例外研究》,第135页。

② [英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良等译,法律出版社2007年版,第297页。

③ Albert Jan Van den Berg, *Yearbook Commercial Arbitration Volume XI - 1986* (ICCA & Kluwer Law International, 1986), p. 133.

④ Nigel Blackaby and Constantine Partasides QC with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, p. 654.

⑤ 例如,2008年《以色列外国国家豁免法》第11条第1款规定:“外国国家书面约定对已经发生的争议或可预期争议适用仲裁的,除仲裁协议另有规定外,不得对因仲裁程序引起的司法管辖主张管辖豁免。”《美国外国主权豁免法》第1605节第1条也有类似规定。有些国家将管辖豁免的放弃效力扩展至相关法院对仲裁的监督程序,如1985年《澳大利亚外国国家豁免法》第17条第1款规定:“当外国国家作为将争议提交仲裁的协议当事一方时,对于协议中任何不一致的条款,该外国国家不能豁免于法院有关该仲裁的履行监督管辖的程序,包括下列程序:1. 因法院意见引发的案件;2. 对有关协议的合法性或有效性,或关于仲裁程序的问题的认定;或3. 撤销裁决。”《英国国家豁免法》也规定若一国同意将现存或将来的争端提交仲裁,那么该国在英国与该仲裁相关的法院的程序中不享有豁免。

⑥ Rowland Alaba Akande, “Enforcement and Practicability of Sovereign Immunity Doctrine in International Commercial Arbitration”, (2014) 2 *Journal of Politics and Law* 143, p. 148.

在国际商事仲裁中，国家通常不是争端一方，因此《纽约公约》并未规定以国家豁免作为拒绝承认和执行的理由。国家豁免规则与《纽约公约》第5条在规范性质和具体使用上完全不同，包括适用的对象、方式、适用顺序等。<sup>①</sup>但是，如果涉及的仲裁对象为国有企业或涉及国家财产，那么国家还是有提出国家豁免理由的可能性。根据《纽约公约》第3条规定，各缔约国在执行裁决过程中需依援引裁决地的程序规则和公约规定的条件执行。因此，国家可以根据裁决地的豁免规则提出执行豁免主张，这就有可能导致最终无法执行仲裁裁决。

《华盛顿公约》也存在因国家豁免无法执行裁决的问题。<sup>②</sup>有观点认为，对于国家主权豁免，公约第55条并未削弱实际执行裁决的效果。理由有二：第一，国家主权豁免是由主权平等原则引申得来，公约第55条关于国家豁免的规定并非公约的保留，仅是对国际公法原则的确认；第二，设置国家豁免作为执行裁决的例外情形有助于高水平保护投资协定。<sup>③</sup>根据《华盛顿公约》的规定，缔约国必须将ICSID裁决视为本国法院的最终判决，但对裁决的自动承认并未赋予该裁决在缔约国享有高于一切执行豁免规则的地位。虽然公约第54条规定，在执行裁决时对裁决的管辖权、程序和实质性审查已经结束<sup>④</sup>，但是，第55条规定的效果给予了各缔约国依据本国国家豁免规则执行仲裁裁决的权利。因此，虽然《华盛顿公约》赋予了ICSID仲裁裁决极高的效力，但当执行国对仲裁裁决的执行采取绝对豁免立场时，该仲裁裁决仍无法执行。<sup>⑤</sup>因此，执行豁免仍然是《华盛顿公约》下针对仲裁裁决程序的最后“堡垒”。<sup>⑥</sup>

综上，不论《纽约公约》还是《华盛顿公约》都无法彻底将国家豁免排除在公约适用范围之外。只要按仲裁地法院程序处理仲裁，主权豁免及许多其他问题将成为影响仲裁顺利运作的障碍。<sup>⑦</sup>

国家对仲裁裁决执行主张主权豁免是一个不合理且不公正的障碍。<sup>⑧</sup>那么我们是否可以将放弃管辖豁免条款的效力扩展至执行豁免以规避该障碍？正如前文分析，认可放弃豁免条款效力通常会构成国家承认放弃管辖豁免，但这并不直接产生放弃对国家财产的执行管辖豁免的效力。<sup>⑨</sup>例如，《联合国豁免公约》起草者们达成了一项规范性决议，即承认仲裁条款作为放弃与仲裁有关的司法审查的豁免，但并不能自然视为默示放弃执行仲裁裁决的豁免，公约第17条的效力也不能延伸至仲裁的执行阶段。<sup>⑩</sup>该决议观点也适用于《纽约公约》。<sup>⑪</sup>由此可见，若想让一国放弃

① 杨玲：《国际商事仲裁中的国家豁免》，载《法学》2013年第2期，第131页。

② 该公约第53条规定了裁决的约束力，第54条规定了缔约国执行裁决的义务范围以及约束力范围，第55条规定明确了公约不会改变各缔约国关于主权豁免的法律规定。

③ 张倩雯：《多元化纠纷解决视阈下国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行》，载《法律适用》2019年第3期，第118—119页。

④ George A. Bermann, “Understanding ICSID Article 54”, (2020) 35 *ICSID Review* 311, p. 343.

⑤ 若执行国采取限制豁免立场，则要看该国关于执行豁免无效的规定。

⑥ Nino Begalishvili, “State Immunity in the Process of Recognition and Enforcement of ICSID Arbitral Awards”, (2020) 1 *Journal of Law (TSU)* 103, pp. 116 – 117.

⑦ [英] 巴蒂亚等：《国际商事仲裁中的话语与实务：问题、挑战与实务》，林玫等译，北京大学出版社2016年版，第91页。

⑧ Ylli Dautaj, “Enforcing Arbitral Awards Against States and the Defence of Sovereign Immunity from Execution”, (2019) 3 *Manchester Journal of International Economic Law* 389, p. 423.

⑨ Ben JURATOWITCH, “Waiver of State Immunity and Enforcement of Arbitral Awards”, p. 199.

⑩ De Stefano Carlo, “Arbitration Agreements as Waivers to Sovereign Immunity”, p. 59.

⑪ Kenshiro Yamashita, Tatsuya Emoto & Kazuki Watanabe, “Sovereignty Immunity on International Arbitral Awards in Asia: Based on New York Convention and Domestic Law in Asia on Sovereign Immunity”, (2017) *ALSA Academic Journal* 150, p. 157.

执行豁免，需单独说明。这一观点体现在“Crystallex 国际公司（以下简称 C 公司）诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国（以下简称委内瑞拉政府）案”（Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venez.）中。2002 年，委内瑞拉政府与 C 公司签订一份矿山经营合同，C 公司据此获得开发 Las Cristinas 金矿的机会。采矿项目的完成取决于 C 公司从委内瑞拉获得某些许可。但 C 公司从未获得过该类许可证。相反，委内瑞拉政府在 2011 年没收了 Las Cristinas 矿山。根据加拿大和委内瑞拉之间的双边投资条约，C 公司在华盛顿特区的 ICSID 对委内瑞拉政府提起仲裁。仲裁庭认定委内瑞拉政府 2016 年的行为构成对 C 公司在合同项下权利的间接征收，最终裁定 C 公司获偿 12 亿美元及利息。C 公司随后向美国哥伦比亚特区地方法院提起诉讼，寻求确认仲裁裁决。针对财产执行豁免问题，法官根据《美国外国主权豁免法》指出，管辖豁免条款和执行豁免条款各自独立。<sup>①</sup>

### （三）管辖及执行豁免一体放弃

一般认为放弃管辖豁免并不必然导致放弃执行豁免，但有观点认为这两种豁免可以一体放弃，理由如下：（1）不可一体放弃是对法律规定的一种不公正的限制；（2）放弃执行豁免是提交仲裁而自愿承担的义务；（3）如果国家同意仲裁而不能认为其同意放弃执行豁免，这种观点不符合逻辑；（4）国家同意仲裁而否认放弃执行豁免会增加投资的阻碍；（5）否认放弃执行豁免会促使各国对不承认仲裁“政治化”。<sup>②</sup>还有学者认为《联合国豁免公约》代表国家及其财产豁免的发展方向，国家签署仲裁协议意味着其放弃了因仲裁而引起的外国法院被诉时的国家豁免，包括执行仲裁协议、执行仲裁裁决和仲裁程序的管辖豁免，除非明示放弃，否则就保留强制临时措施和仲裁裁决的强制执行豁免。<sup>③</sup>

实践中，有法院认为如果主权国家同意放弃管辖豁免，就意味着同意放弃执行豁免。<sup>④</sup>在“刚果（金）案”中，香港终审法院的少数法官认为，无论香港实行的是绝对豁免原则还是限制豁免原则，刚果（金）已经通过签订仲裁协议的行为放弃了管辖豁免和强制执行豁免的特权。<sup>⑤</sup>法国法院在实践中也有类似观点，鲁昂上诉法院在“Bec Frères 公司诉突尼斯谷物办公室案”（Société Bec Frères v. Office des Céréales de Tunisie）中裁定，突尼斯政府部门通过提交临时仲裁接受了国际贸易的共同规则，并因此放弃其管辖和执行豁免。<sup>⑥</sup>

反对者认为，《联合国豁免公约》和《欧洲国家豁免公约》都主张执行豁免的放弃必须以明示方式作出，且仅签订仲裁协议不构成放弃执行豁免。<sup>⑦</sup>笔者也认为，除上述第 4 点理由有一定的合理性，其他理由不能支持管辖和执行豁免一体放弃的观点。首先，是否区分管辖和执行豁免放弃是一种立法选择，国家要考虑本国国情，在平衡国家主权和私主体合法权益的基础上进行价

① 333 F. Supp. 3d 380 (2018).

② Mees Breninkmeijer & Fabien Gélinas, “Execution Immunities and the Effect of the Arbitration Agreement”, (2020) 5 *Journal of International Arbitration* 549, pp. 586 – 588.

③ 钟澄：《论国际商事仲裁中国家对豁免的放弃》，载《仲裁研究》第 21 辑，第 92 页。

④ Nelson Goh, “State Immunity and Court-Ordered Relief in Support of Arbitration”, (2018) 1 *Chartered Institute of Arbitrators* 89, p. 95.

⑤ [2011] HKCFA 41.

⑥ Nancy B. Turck, “French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards”, (2001) 3 *Arbitration International* 327, p. 328.

⑦ 杨玲：《国际商事仲裁中的国家豁免》，第 128 页。

值判断,因此不存在对法律规定的非公正限制。其次,国家约定仲裁是一种表达同意的方式,但不能因此剥夺国家对同意范围进行合理解释的权利,这不符合国家同意原则的精神。最后,管辖豁免和执行豁免本身具有许多不同之处,执行豁免的判断标准要严于管辖豁免,<sup>①</sup>在放弃时进行区分合乎逻辑。大陆法系和普通法系国家对放弃执行豁免的判断方式不同。大陆法系国家倾向于在个案中发展针对执行豁免的裁判方法,尤其是以本国最高法院的判例作为执行豁免的衡量标准,例如瑞士和法国。<sup>②</sup>普通法系国家通过立法的方式进行规制,例如美国和英国。<sup>③</sup>为实现放弃执行豁免的效果,仲裁机构应在指定仲裁规则时对该问题有更明确的规定,当事人也可在仲裁协议中明确要求国家放弃执行豁免。<sup>④</sup>

综上,笔者认为管辖豁免和执行豁免无法一体作出。明示放弃豁免的仲裁条款或协议在现行国际条约和一些国内法规定之下,只能视为对管辖豁免的放弃。若要达到放弃执行豁免的法律效果,需单独在仲裁协议或条款中明确表示。需要说明的是,《美国外国主权豁免法》规定了国家默示放弃豁免时国家财产能够被执行的条件是“财产本身用于商业目的”,这是在国家默示放弃豁免情况下,管辖豁免放弃效力延伸至执行豁免的特殊情形。

#### (四) 临时措施的豁免放弃

国家可签订仲裁协议明示放弃仲裁管辖豁免,但该放弃是否包括临时措施豁免,则存在争议。支持者认为,如果国家与自然人、法人或其他组织签订了此类仲裁协议,那么国家就放弃了豁免且该放弃不仅包括仲裁管辖豁免,还包括执行仲裁裁决和为执行仲裁裁决所采取的查封、扣押等保全措施豁免的放弃。<sup>⑤</sup>因为仲裁双方的同意和属地原则是协助仲裁的法院采取临时措施的关键,特别是国家同意可以在过度保护国家主权与为强调保护私主体一方而损害豁免规则之间达成平衡。<sup>⑥</sup>但在实践中,有法院认为管辖豁免和扣押执行豁免虽有重合,但后者的范围更窄。<sup>⑦</sup>各国的国家豁免立法对放弃临时措施豁免的规定也各有不同。

《日本对外国国家民事管辖法》中规定了放弃临时措施豁免的形式,列明了对外国国家财产的临时禁制令及民事执行令不予豁免的情形。<sup>⑧</sup>如果外国国家通过条约、国际协议、仲裁协议、书面合同或者是在执行该临时禁制令或民事执行令过程中作出的声明,或向法院或对方当事人所作的书面通知,明示同意接受对其所有的财产执行临时禁制令或民事执行令,那么该国就对与该临时禁制令或民事执行令有关的程序不享有豁免。

法国对放弃临时措施豁免的执行程序有规定。旧《法国民事执行程序法》规定,对于国家

① 张亮、宁昆桦:《国家豁免对国际投资仲裁裁决有效执行的影响及其克服》,载《政治与法律》2021年第1期,第99页。  
 ② 殷峻:《瑞士国际仲裁执行豁免的新发展及其借鉴》,载《社会科学动态》2019年第1期,第60页;张亮、宁昆桦:《国家豁免对国际投资仲裁裁决有效执行的影响及其克服》,第102页。  
 ③ 刘元元:《国家财产执行豁免问题研究》,武汉大学博士学位论文,2013年,第38页。  
 ④ Nicholas Pengelley, “Waiver of Sovereign Immunity from Execution: Arbitration is Not Enough”, (2009) 6 *Journal of International Arbitration* 859, pp. 871 - 872.  
 ⑤ 韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,第505页。  
 ⑥ Nelson Goh, “Court-Ordered Interim Relief Against States in Aid of Arbitration: Sovereign Immunity, Waiver and Comity”, (2017) 4 *Journal of International Arbitration* 679, pp. 708 - 709.  
 ⑦ 333 F. Supp. 3d 380 (2018).  
 ⑧ 《日本对外国国家民事管辖法》第2章第3节第17条。

财产的执行措施无需事先征得法官的同意。<sup>①</sup>但这种方式存在不满足法定条件致使财产被扣押的法律风险。因此,新法规定,当债权人对国家财产申请临时措施或执行决定时,需要获得一个优先司法授权。对外交财产,需要国家明示且特别具体的同意;对于其他财产,例如用于商业目的且与诉讼针对的实体有关联的财产,也需要明示同意。<sup>②</sup>同时,对外国财产采取临时措施的豁免放弃,必须获得该国的明示同意。<sup>③</sup>

美国对放弃临时措施豁免方式的规定更灵活,一国可通过明示或默示的方式放弃为协助执行而进行的扣押豁免或执行豁免。<sup>④</sup>当判决是基于请求执行针对外国不利的仲裁裁决时,如果为协助执行而进行的扣押或执行与仲裁协议中的任何规定均无冲突亦可以达到放弃豁免的效果。在“美孚塞罗内格罗有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案”(Mobil Cerro Negro, Ltd. v. Bolivarian Republic of Venez.)中,法官依据《美国外国主权豁免法》第1605节第1条与《华盛顿公约》第54条,认为《华盛顿公约》每个缔约国都有义务“承认根据本公约作出的裁决具有约束力,并在其领土内执行该裁决施加的金钱义务”,构成《美国外国主权豁免法》中默示放弃豁免的效果。<sup>⑤</sup>加拿大有相似规定,但没有“为协助执行”的限制条件。<sup>⑥</sup>西班牙规定默示放弃仅限于“外国政府指定其名下财产以偿付诉讼请求之情形”。<sup>⑦</sup>此外,美国司法实践对扣押财产的豁免放弃还有一项标准,即判断扣押“用于商业活动”财产的时间标准。在“泰格保险有限公司诉阿根廷共和国案”(TIG Ins. Co. v. Republic of Arg.)中,法院认为该判断时间为当事人向法院提交扣押令状请求的时间,而不是法院发出扣押财产令的时间。<sup>⑧</sup>相较之下,英国规定的放弃临时措施豁免内容范围更广,《英国国家豁免法》第13条规定,经国家书面同意可以采取任何救济措施或启动任何程序。<sup>⑨</sup>

俄罗斯对放弃临时措施豁免的时间进行了区分。<sup>⑩</sup>若一国已签署一项仲裁协议或仲裁条款,以解决已经或可能出现的关于义务履行的争议,该国被视为已放弃与仲裁协议或仲裁条款相关争议的司法豁免权。<sup>⑪</sup>该司法豁免权是指俄罗斯法院避免使某外国陷入法院诉讼的法律义务。<sup>⑫</sup>若该国要放弃执行豁免(包括判决前和判决后),需根据法律规定的方式之一表示同意。<sup>⑬</sup>

综上所述,各国对放弃临时措施豁免关注的角度不同并作出不同的立法规定。总体看来,采取限制豁免立场的国家在一定程度上允许国家放弃临时措施豁免权,放弃的方式以明示或书面表示为主,放弃时间可以在最终裁决执行之前或之后。因此,临时措施豁免的放弃可以通过拟定仲

① Fleur Malet-Deraedt, “The New French Legislation on State Immunities from Enforcement”, (2018) 2 *ASA Bulletin* 332, p. 334.

② 《法国民事执行程序法》第 L. 111—1 条规定该问题由巴黎专门法院处理,第 L. 111—6 规定利益相关各方包括第三方债务人或诉讼涉及的其他国家,有权寻求法官同意申请修改或撤销临时措施。

③ 《法国民事执行程序法》第 L. 111—1—2 条。

④ 《美国外国主权豁免法》第 1610 节第 1 条。

⑤ 87 F. Supp. 3d 573 (2015).

⑥ 1985 年《加拿大国家豁免法》第 12 条。

⑦ 2015 年《西班牙有关外国政府等享有的特权与豁免的组织法》第 17—18 条。

⑧ 967 F.3d 778; 448 U.S. App. D.C. 385 (2020).

⑨ 类似规定还有 1979 年《新加坡外国国家豁免法》第 15 条、1981 年《南非外国国家豁免法》第 14 条、1981 年《巴基斯坦国家豁免条例》第 14 条。《巴基斯坦国家豁免条例》第 14 条还规定,如果国家仅同意接受管辖权的规定,不得视为本款所述的同意。

⑩ 2015 年《俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第 2 条第 5—6 款。

⑪ 2015 年《俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第 6 条第 2 款。

⑫ 2015 年《俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第 5 条第 1 款、第 2 条第 4 款。

⑬ 2015 年《俄罗斯关于外国国家和财产在俄罗斯联邦的管辖豁免法》第 14—15 条。

裁条款的方式实现，但应当遵循相关国家的国内法规定，这一特点和放弃执行豁免类似。从各国的立法实践也可看出，不论采取何种标准认定放弃临时措施豁免，一国仅表示放弃豁免或放弃管辖豁免均无法实现放弃临时措施豁免的法律效果。

## 四 国际仲裁中国家违反放弃豁免条款的法律责任

从解决仲裁纠纷的角度看，保护国家间的共同利益与确保国家支付商业债务的法律利益同等重要，因此很多合同中的仲裁条款会包含放弃豁免内容。虽然理论和实践对国家签订的放弃豁免条款效力范围有不同观点，但许多国际条约和国内立法都承认国家在仲裁协议中约定放弃国家豁免权的效力。那么，当国家违反放弃豁免条款再次提出主权豁免的主张时，是否需要承担责任？如若承担责任，国家应当承担何种责任？承担责任的依据为何？

### （一）国家是否承担责任

如何判断国家是否承担责任？第一，要考虑国家的豁免立场。当一个国家采取绝对豁免立场，该国是否必然不承担违反放弃豁免条款的责任？如果一个国家采取绝对豁免立场，一般不会与私主体签订含有放弃国家豁免内容的仲裁协议或合同，这种情况不存在承担违反条款的责任。如果该类国家与私主体签订了放弃豁免条款并再次提出国家豁免的主张，要考察的是争议受理国的国家豁免立场。<sup>①</sup> 若争议受理国采取绝对豁免立场，则不承担责任；若采取限制豁免立场，则根据国家豁免立法和对其生效的相关条约判断。这与采取限制豁免立场国家违反放弃豁免条款的情形一样。采取限制豁免立场的国家和私主体签订放弃豁免条款后，违反该条款的行为是否有效也取决于争议受理国的国家豁免立场。

第二，要考虑国际条约和放弃豁免条款的关系。国际条约可以是双边条约，如双边投资协定（以下简称 BIT），也可以是多边条约，如《联合国豁免公约》《纽约公约》《华盛顿公约》。有时国家和私主体的国际商事仲裁和放弃豁免条款直接源于上述条约，特别是 BIT。例如，在“Crystallex 国际公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国案”（Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venez.）中，当事人基于加拿大与委内瑞拉的 BIT 规定提起国际仲裁。<sup>②</sup> 当国家与私主体签订协议后，若国家违反协议，相对人享有基于合同产生的违约责任请求权和基于条约产生的条约请求权。<sup>③</sup> 这种双重请求权的出现是保护伞条款造成的。<sup>④</sup> 国家违反合同约定条款义务自然构成违约行为，但国家违反外国人与国家之间的合同并不一定产生国家责任。<sup>⑤</sup> 因此，国家是否因违反保护伞条款而承担违反条约的责任需进一步分析。

① 此处的争议受理国可以理解为受理因违反放弃豁免条款产生争议的所有相关国家，该国可能是仲裁地国、仲裁执行地国、临时措施执行地国、监督仲裁法院地国等。

② 244 F. Supp. 3d 100 (2017).

③ 丁夏：《国际投仲裁中适用“保护伞条款”之冲突与解决——以仲裁庭阐释条款的态度为线索》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2014年第2期，第71页。

④ BIT中的保护伞条款是指，缔约方须遵守其对缔约他方投资者（及其投资）所承担的（任何）义务或承诺。参见余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011年第2期，第138页。

⑤ Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law* (Kluwer Law International, 2nd edn, 2017), p. 199.

如果在 BIT 中有针对国家放弃豁免条款的直接规定,那么国家违反该条款自然构成条约义务的违反。当没有直接规定时,国家是否违反保护伞条款有不同解释方法。一是消极解释。该方法认为不能将违反合同的义务上升到违反条约保护伞条款义务。<sup>①</sup>该观点在“瑞士兴业银行诉巴基斯坦案”(SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan)中被采用。<sup>②</sup>但消极解释方法对保护伞条款进行了狭义解读,使得条款在条约中的存在变得毫无意义。<sup>③</sup>二是自动适用解释。该方法认为国家违反合同义务就等于违反保护伞条款。<sup>④</sup>这种解释也存有问题,它消除了违反合同和条约之间的所有区别。该方法认为保护伞条款会将国家和投资者之间的合同义务转化为两个缔约国之间的国际义务,以制裁违反条约的行为保护合同,但此种解释与《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)的规定不符。<sup>⑤</sup>三是“统治权”(Iure Imperii)解释。<sup>⑥</sup>该观点认为,根据有保护伞条款的 BIT 组成的仲裁庭只对条约请求权有管辖权。在“泛美能源有限责任公司和 Bp 阿根廷勘探公司诉阿根廷案”(Pan American Energy LLC and Bp Argentina Exploration Company v. Argentina)<sup>⑦</sup>和“埃尔帕索能源国际公司诉阿根廷案”(El Paso Energy International Company v. Argentina)<sup>⑧</sup>中,仲裁庭都认为,对 BIT 的平衡解释是必要的,既要考虑到国家的利益又要考虑到保护外国投资及其持续流动的必要性,因此不能简单地将合同请求权转化为条约请求权。保护伞条款不会将条约保护扩大到国家或国有实体签订的普通商业合同的违约行为。这种解释方法将保护伞条款仅适用于国家行使主权订立合同或实施违约行为的情形,且对 BIT “平衡解释”的要求没有法律依据。四是“强制执行”解释。在“瑞士兴业银行诉菲律宾案”(SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Philippines)中,仲裁庭用该方法解决了“瑞士兴业银行诉巴基斯坦案”中对适用保护伞条款导致合同中的争端解决机制被架空的问题。仲裁庭在保留合同争端条款的同时,对保护伞条款的解释区分了合同义务和条约义务。当该国拒绝履行合同义务时,仲裁庭很可能会裁定菲律宾违反了保护伞条款。<sup>⑨</sup>上述后三种方法都将国家违反放弃豁免条款的行为视为违反条约义务。

第三,要考虑条约必须信守原则。有观点认为,无论协议的性质如何,使协议具有约束力的法律原则与条约必须信守的内涵相同。<sup>⑩</sup>基于该观点,国家违反仲裁协议中的放弃豁免条款,就是违反了条约必须信守原则,应当承担违反国际法的责任。条约必须信守原则是善意原则在条约

① 国内学者称其为限制性解释,参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,第138页;赵红梅:《投资条约保护伞条款的解释及其启示——结合晚近投资仲裁实践的分析》,载《法商研究》2014年第1期,第40页。

② ICSID Case No. ARB/01/13.

③ Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law*, p. 235.

④ 国内学者称其为扩大性解释,参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,第139页;赵红梅:《投资条约保护伞条款的解释及其启示——结合晚近投资仲裁实践的分析》,第40页。

⑤ ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (August 6, 2003).

⑥ Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law*, p. 229.

⑦ ICSID Case No. ARB/03/13.

⑧ ICSID Case No. ARB/03/15.

⑨ ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction (January 29, 2004).

⑩ Mary B. Ayad, “Investor risks due to ‘Sovereign Immunity’ pleas in Court Rulings on Arbitral Award Enforcement of MENA-FI Investments can be mitigated via a Harmonised International Commercial Arbitration Law Code”, (2010) 5 *Journal of World Investment & Trade* 753, p. 787.

法领域适用的表现。<sup>①</sup>但条约必须信守原则在适用时有条件要求：(1) 条约必须合法；(2) 条约对当事国有效；(3) 当事国有相应的国内立法程序；(4) 对条约的解释需要善意。<sup>②</sup>因此，不能笼统认为违反合同义务就违反条约必须信守原则。

综上，采取限制豁免立场的国家违反放弃豁免条款可能承担三种责任。首先，基于国家与私主体签订的协议，国家违反了约定义务需要承担违约责任。因为国际商事仲裁的传统建立在当事人意思自治自由支配的国际销售合同文化中<sup>③</sup>，作为仲裁一方的国家应当对自己作出的意思表示负责。其次，国家承担违反条约义务的责任。国家同意放弃豁免是主权行为，当放弃豁免条款从属于 BIT 时，国家违反放弃豁免条款的同时也违反了 BIT 条约。最后，当国家违反放弃豁免条款符合违反条约必须信守原则的要件时，还违反一般国际法原则。

## (二) 承担责任的法律依据

### 1. 国际法依据

国家与私主体约定放弃豁免条款时，《条约法公约》《联合国豁免公约》《纽约公约》等多边条约是否也可作为国家违反放弃豁免条款的国际法依据，需进一步讨论。

《条约法公约》第 1 条规定该公约适用的范围是国家间的条约，那么国家与其他国际法主体的协议不受该公约的约束。因此，条约必须信守原则就不具有约束仲裁协议（或合同）的效力。当一国与私主体签订的仲裁协议，处于该国与私主体所属国的 BIT 之下，该仲裁协议或合同是否属于《条约法公约》的适用范围？《条约法公约》第 3 条规定了条约适用范围的保留：(1) 国家与其他国际法主体间所缔结之国际协定；(2) 其他国际法主体间之国际协定或非书面国际协定。第二届条约法会议对第 3 条的内容进行了修改，BIT 属于公约第 1 条的适用范围。<sup>④</sup>因此，当国家和私主体签订包含放弃豁免条款的合同或仲裁协议并纳入 BIT 时，《条约法公约》可以作为国家承担违反放弃豁免条款法律责任的国际法依据，当事人可以主张国家违反了条约必须信守原则。

对于国家与私主体非基于 BIT 达成放弃主权豁免协议，是否可以适用《联合国豁免公约》《条约法公约》？《条约法公约》第 26 条规定：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各国善意履行。”从条文可以看出，首先需要判断的是“有效之条约”的含义。关于该条文的拟定，一些成员国最初对是否将“生效”一词包括在条文内感到担忧，因为通过解释可能会削弱规则的表达清晰度。然而，其他成员国认为“生效”一词属于构成要素的一部分。此外，因为委员会通过的其他条款涉及条约的生效、条约暂时生效的情况、缔约国在生效前承担的某些义务、条约的无效以及它们的终止等情况，因此有必要根据逻辑理由将它们包括在内。一些成员国认为，规定一方必须避免采取旨在破坏条约目的和宗旨的行为，这将更有利。<sup>⑤</sup>还有成员国提

① 王玮：《善意原则在国际法实践中的应用研究——基于国际法院具体适用的类型化分析》，载《河北法学》2021 年第 4 期，第 173—174 页。

② 汪静：《略论国际法上的“条约必须信守原则”》，载《法学家》1986 年第 7 期，第 45—46 页。

③ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (Kluwer Law International, 2000), p. 240.

④ 联合国条约法会议官方记录，A/CONF.39/11/Add.1。《条约法公约》第 3 条：“本公约不适用于国家与其他国际法主体间所缔结之国际协定或此种其他国际法主体间之国际协定或非书面国际协定，此一事实并不影响：(a) 此类协定之法律效力；(b) 本公约所载任何规则之依照国际法而毋须基于本公约原应适用于此类协定者，对于此类协定之适用；(c) 本公约之适用于国家间以亦有其他国际法主体为其当事者之国际协定为根据之彼此关系。”

⑤ 联合国条约法会议官方记录，A/CONF.39/C.1/L.181。

出,在“生效”和“具有约束力”之间插入“符合本公约的规定”。<sup>①</sup>然而,委员会认为这显然隐含在善意履行条约的义务中。因此,委员会更倾向于以尽可能简单的形式陈述条约必须信守的规则。<sup>②</sup>经过上述讨论过程,最终形成了正式文本的第26条。可见,“有效之条约”指的是《条约法公约》适用范围内的有效力的条约。鉴于《联合国豁免公约》目前尚未生效且国家和私主体之间的协议也不属于条约范围。因此,私主体不能通过《联合国豁免公约》和《条约法公约》的结合适用要求国家承担违反条约必须信守原则的国际法责任。

目前,有国家通过解释的方法实现条约适用范围的扩大化。例如,美国直接阐明国际投资争端属于《纽约公约》项下的“商事”关系,据此国际争端裁决可援引该公约寻求承认与执行。<sup>③</sup>在中国对外签署BIT的实践中,已有个别的投资争端解决条款对商事争议与投资争端的二分法进行了调整,从而突破了现有的国内法律规定,明确投资者与国家间仲裁裁决援引《纽约公约》获得承认和执行的合法性。<sup>④</sup>中国国内的一些仲裁机构也采取了相同的观点。<sup>⑤</sup>由此,国家违反放弃豁免条款的问题就转化为该国是否违反《纽约公约》的问题。《纽约公约》第3条规定了承认和执行的条件,并确立了保障承认与执行的三项原则:第一,允许承认及执行外国裁定所依据的“条件”完全由《纽约公约》规制;第二,各缔约国规制承认及执行外国仲裁裁决事宜的国家程序规则,对承认或执行本公约所适用的仲裁裁决,不应该比对承认或执行本国的仲裁裁决规定实质上更苛刻的条件或更高的费用;第三,虽然第3条给予缔约国在承认及执行阶段适用其本国程序规则的自由,但法院在适用第3条时应尽可能在最大程度上遵守《纽约公约》促进承认及执行的策略。<sup>⑥</sup>通过这种解释,《纽约公约》也可以作为国家承担违反放弃豁免条款责任的国际法依据。

## 2. 国内法依据

放弃豁免条款争议最终交由争议受理国处理,其本国的国家豁免法对该争议会起到很大的影响。下文将结合具体案件展开分析,对比观察不同争议受理国依照各自国内法对同一案件的不同处理思路 and 结果。

### (1) “克赖顿公司诉卡塔尔市政和农业部案”

在“克赖顿公司<sup>⑦</sup>诉卡塔尔市政和农业部(以下简称卡塔尔政府)案”(Creighton Limited v. Government of the State of Qatar)中,可以比较美法两国法院的不同思路。1982年,克赖顿公司与卡塔尔政府签订了在多哈建造医院的合同,合同规定所有争议“最终根据国际商会的调解和仲裁规则解决”。1986年,卡塔尔政府停止克赖顿公司的建造进程。次年,克赖顿公司向卡塔尔政府提起仲裁。双方合同没有指定仲裁地点,ICC仲裁院根据其规则在巴黎仲裁。<sup>⑧</sup>1993年,仲裁

① 联合国条约法会议官方记录, A/CONF.39/C.1/L.173。

② 联合国条约法会议官方记录, A/CONF.39/11/Add.2。

③ 2012年版美国BIT范本第34条第10款规定:“根据本章提交仲裁的一项申请应被视为产生于《纽约公约》第1条意义上的商事关系或交易。”

④ 张建:《国际商事法庭承认与执行国际投资仲裁裁决问题探析》,载《国际法学刊》2020年第1期,第130页;张建:《国际投资争端仲裁裁决在中国法院的承认与执行——兼论国家豁免立场的现代转型》,载《司法改革评论》2020年第1期,第317页。

⑤ 汪蓓:《论承认与执行国际投资仲裁裁决面临的挑战与出路——基于上诉机制改革的分析》,载《政法论丛》2021年第5期,第156—157页。

⑥ 联合国国际贸易法委员会《关于〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的指南》(2016年版),第77—78页。

⑦ 一家在田纳西设有办事处的开曼群岛公司。

⑧ 181 F.3d 118 (1999)。

庭发布两项裁决，要求卡塔尔政府向克赖顿公司支付损害赔偿。卡塔尔政府于1994年向法国法院提起诉讼，要求撤销两项仲裁裁决，后被巴黎上诉法院驳回。<sup>①</sup>但巴黎上诉法院认为卡塔尔政府并未放弃执行豁免权，根据法国法律，卡塔尔政府对被克赖顿公司扣押的资产享有扣押豁免权。<sup>②</sup>克赖顿公司就上述裁决向最高法院提出上诉，最高法院推翻了上诉法院的判决，认为卡塔尔签署国际商会仲裁条款意味着放弃执行豁免权。

克赖顿公司还向美国哥伦比亚特区上诉法院提交了执行仲裁裁决的申请。由于当时卡塔尔不是《纽约公约》的签署国，法院认为在《纽约公约》缔约国进行仲裁的协议并未达到放弃主权豁免所必需的主观标准。虽然没有弃权，但法院认为根据《美国外国主权豁免法》的规定，其对该案享有管辖权。虽然卡塔尔辩称仲裁条款是在克赖顿公司与卡塔尔达成协议后增加的，但法院认为这只是管辖权条款，因此不会被宣告无效。然而，法院认定其对卡塔尔缺乏属人管辖权。法院根据《美国外国主权豁免法》认为，约定在《纽约公约》签署国领土内进行仲裁的协议仅构成对标的物管辖权的放弃。因此卡塔尔仍享有对美国法院属人管辖权提出异议的权利。法院认定，尽管卡塔尔与一家开曼公司达成协议，约定在《纽约公约》签署国仲裁，该协议在美国可执行，但卡塔尔缺乏最低限度联系，法院没有对主权国家的属人管辖权。因此，克赖顿公司的请求无法获得支持。<sup>③</sup>

从上述案例可以看出，虽然美法两国最终都没有支持投资者要求执行相关财产的诉求，但两国法院的分析路径和依据完全不同。法国法院认为卡塔尔政府依照ICC规则的规定放弃了执行豁免权，但又基于法国法的规定认定卡塔尔政府对涉案资产享有执行豁免权，因此拒绝执行。美国法院基于对《美国外国主权豁免法》的理解，认为即使卡塔尔同意仲裁也没有放弃其在执行程序中对其属人管辖豁免的抗辩权。

## (2) “Noga 公司诉俄罗斯联邦案”

在“Noga 公司诉俄罗斯联邦案”（*Compagnie Noga D'Importation Et. D'Exportation S. A. v. Russian Federation*）中，瑞士公司 Noga 与当时的苏联（之后为俄罗斯）政府分别于1991年和1992年签订了两个合同，由后者供应原油。1991年的合同第14条和1992年的合同第15条均规定：

如在本协议的执行过程中发生争议，双方同意相互协商，以友好方式解决。若双方未能达成协议，尽管有其他补救措施，产生的分歧可提交斯德哥尔摩商会仲裁作出决定。争议应根据瑞士法律进行裁决。根据此类仲裁达成的决定为最终决定，对双方均有约束力。双方放弃对此类仲裁裁决提出上诉，并且放弃就执行与本协议有关的任何仲裁裁决的豁免权。

俄罗斯违反合同终止原油供应后，Noga公司向斯德哥尔摩商会提起并赢得仲裁。瑞典法院驳回了俄罗斯推翻裁决的诉求。就财产执行问题，俄罗斯向巴黎大审法院提出解除对仲裁裁决相关财产扣押的请求，但被法院驳回。<sup>④</sup>俄罗斯提出上诉，Noga公司称俄罗斯通过合同放弃了管辖

① Nancy B. Turck, “French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards”, p. 329.

② Alexis Blane, “Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of international Arbitral Awards”, p. 472.

③ Nancy B. Turck, “French and US Courts Define Limits of Sovereign Immunity in Execution and Enforcement of Arbitral Awards”, pp. 333 – 337.

④ Nikolai A. Lazarev, “Aspects of Russian Legislation Relating to Recognition and Enforcement of Foreign Awards: the Noga Case”, (2006) 3 *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 189, pp. 189 – 190.

与执行豁免。法院认为，俄罗斯确实放弃了豁免权，但基于俄罗斯是《维也纳外交关系公约》的成员国，俄罗斯并没有放弃外交豁免权和以外交为目的的财产豁免权。因此，法院最后解除了扣押措施。相较于“克赖顿公司与卡塔尔市政和农业部案”，俄罗斯明确在合同中约定了放弃对诉讼、执行和扣押的任何豁免权。但法院最终根据《维也纳外交关系公约》对被采取强制措施的性质进行分析，得出俄罗斯对该财产并没有放弃豁免权的结论。<sup>①</sup>

在巴黎上诉法院裁定俄罗斯联邦在法国的大使馆账户不受查封之前，Noga公司于2000年1月在美国肯塔基州和纽约南区的地方法院提出了两起申诉，以寻求承认和执行胜诉裁决，最终美国纽约南区地方法院合并审理此案。在美国法院看来，该案的争议在于法院是否基于《美国外国主权豁免法》第1605节第1条6款第2项对该仲裁裁决予以承认。<sup>②</sup>相较于上一个案例，该案的特别之处在于与Noga公司签订合同的是苏联，但之后苏联解体。因此，重要的问题是俄罗斯政府是否是仲裁相对方。法院认为，1997年的裁决将“俄罗斯联邦政府（俄罗斯）”指定为答辩人和反诉人，该裁决并未说明俄罗斯联邦承担俄罗斯政府的责任。此外，裁决和补充裁决没有说明俄罗斯联邦是仲裁的一方。斯德哥尔摩商会仲裁的相关情况表明，俄罗斯联邦无意对提交的争议进行仲裁。在仲裁中俄罗斯联邦也反对仲裁并坚持认为它不是适当的一方当事人。最终，斯德哥尔摩商会仲裁员仅针对俄罗斯政府作出裁决。基于上述理由，美国法院认为其不能承认对俄罗斯联邦的裁决。<sup>③</sup>

上述两个案例表明，美法两国作为争议受理国，涉诉法院都是依据本国的国家豁免法规定判断国家是否需要承担违反放弃豁免条款的责任。在面对类似的情况下，对于当事人的诉求，两国法院从不同视角给出了不同结果，或是相同结果但分析思路和理由不同。

## 五 国际仲裁中国家放弃豁免条款的具体拟定

从上文分析可看出，国家与私主体签订的放弃豁免条款具有法律效力，但其效力范围和违反该条款承担的法律 responsibility 有所不同。放弃豁免条款的存在能够帮助当事人避免纠纷并将相关裁决的效力延伸至执行阶段，但该条款的表达方式和具体内容都将影响争议受理国对其效力的判定。故下文将对放弃豁免条款的具体拟定进行分析。

### （一）放弃豁免条款的形式

放弃豁免采用的形式主要有明示和默示两种，目前各国国内立法主要采用国家明示放弃豁免的方式，也有一小部分国家支持明示和默示两种方式，如西班牙和美国。由于实践中默示方式的认定条件较为苛刻、证明难度大且受主观判断影响程度高，大多数放弃豁免条款的形式都是书面形式。本文的讨论对象是具体的放弃豁免条款，因此对采用默示方式放弃豁免的情形不予讨论。放弃豁免条款采用明示的方式（主要表现为书面形式）可以避免对国家主权的任意侵蚀。通过明示的方式还可以减少对相关概念（诸如商业行为、财产性质和国家行为等）的不同理解带来的分歧。

① Alexis Blane, “Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of international Arbitral Awards”, pp. 471 – 472.

② Civ. 0632 (WHP), 2002 U. S. Dist. (S. D. N. Y., 2002).

③ 361 F. 3d 676 (2d Cir. 2004).

## (二) 放弃豁免条款的内容

ICSID、UNCITRAL、ICC 等主要国际仲裁机构都建议在仲裁条款中加入对管辖与执行豁免放弃的条款。<sup>①</sup> 部分机构给出了示范条款，例如常设仲裁法院《仲裁当事一方为国家的争端之任择性规则》第 6 条规定，“本仲裁协议构成放弃一方当事人在执行根据本协议组成的仲裁庭作出的任何裁决时可能享有的任何主权豁免权，即放弃执行主权豁免权。” ICSID 示范条款第 15 条规定，“东道国在执行和实施根据本协议组成的仲裁庭作出的任何裁决时，特此放弃对该国及其财产的任何主权豁免权。”<sup>②</sup>

关于放弃豁免条款的内容拟定，要注意以下三点。第一，放弃豁免条款内容要考虑到合同约定的法院选择协议。因此，条款可以拟定为：“当事人同意放弃任何司法管辖区对与当事人之间根据本法院选择协议或其他方式进行的任何诉讼、执行、判决前或判决后扣押或其他法律程序的豁免权。” 第二，要根据不同国家具体的国内豁免法规定拟定针对性的放弃豁免条款。例如，针对《美国外国主权豁免法》，放弃豁免条款可以表述为：

当事人执行、交付和履行本协议构成私人和商业行为，而不是公共或政府行为。当事人或其任何财产或收入均不会在任何司法管辖区对与当事人在本协议下的义务有关的诉讼、司法、判决、扣押（无论在判决之前或之后）、抵销或执行判决或任何其他法律程序或补救措施主张任何豁免权。<sup>③</sup>

针对《英国国家豁免法》，放弃豁免条款可以表述为：

如果当事人在任何司法管辖区为自己或其资产要求豁免诉讼、执行、扣押（不论是协助执行、判决前或其他）或在任何此类司法管辖区可能将任何此类豁免归于自己或其资产，当事人在此不可撤销地同意不要求和放弃此类司法管辖区法律允许的全部豁免权。<sup>④</sup>

第三，虽然对于执行豁免并无统一做法，但合同当事人可以要求国家（或国家自愿）预留出资金或财产为合同项下的某些特殊义务的履行提供保证。<sup>⑤</sup>

综上所述，放弃豁免条款的表述要非常清晰，内容可以包括管辖豁免、执行豁免、诉前临时措施、诉后临时措施以及其他保证合同履行的措施（如预留相关财产、提供保险或保证人等）。最重要的是，当事人在拟定放弃豁免条款时需要考虑可能涉及的具体法域的国家豁免规定，该法域可能是合同履行地国、仲裁地所在国以及仲裁执行地国等。

① Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements Drafting and Enforcing* (Kluwer Law International B. V., 6th edn, 2021), pp. 137 - 138.

② Clause 15 of ICSID Model Clauses, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-en/15.htm> (last visited 3 November 2021).

③ Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements Drafting and Enforcing*, p. 30.

④ Gary B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements Drafting and Enforcing*, p. 30.

⑤ Samarth Sagar, “ ‘Waiver of Sovereign Immunity’ Clauses in Contracts”, (2014) 5 *Journal of International Arbitration* 609, pp. 609 - 611.

## 六 结语

国家豁免作为仲裁裁决承认和执行的障碍一直存在。管辖豁免的绝对主张已经逐步落伍，执行豁免的绝对主张和限制主张成为目前的主流。不论是国际条约还是国内立法均用不同方式规制执行豁免。国际仲裁中通过拟定放弃豁免条款规避国家豁免成为新趋势。

对采取限制豁免立场的国家来说，拟定放弃豁免条款具有法律效力并且必然放弃管辖豁免权。执行豁免和临时措施豁免在国际上并没有形成统一标准，即便是采取限制豁免立场的国家之间也未达成一致观点。因此在实践中，放弃豁免条款效力范围的认定主要依据各国国内的国家豁免法。当国家违反放弃豁免条款，在国际法和国内法两个层面均可要求其承担法律责任，这其中包括违约责任、条约义务责任和违反条约必须信守原则的责任。大多数情况下国家责任的认定最终取决于争议受理国的国家豁免立场及其国家豁免法。放弃豁免条款的拟定可以避免针对诸如“商业行为”等概念的争议且能够明确国家豁免权放弃的范围。仲裁协议相对方在拟定放弃豁免条款时应考虑多种因素，例如所涉合同的法院选择协议、争议受理国的放弃豁免条款规定以及要求国家承诺为履行合同目的提供的保障措施等。

### On the Effect of State's Waiver of Immunity Clauses in International Arbitration

*Du Huanfang and Duan Xinrui*

**Abstract:** One of the major obstacles faced by international arbitration in the enforcement of awards is state immunity and even states that take a restrictive position on immunity take a very cautious approach to the enforcement of waiver of immunity. In order to circumvent the impediment of state immunity, agreeing on a waiver of immunity clause in the arbitration agreement or contract becomes a possible attempt. However, no matter in academic circles, legislation or judicial practice, there is no consensus on the validity, scope of validity and liability after breaching waiver of immunity. A review of international treaties and the legislation and judicial practice of representative states shows that states which have taken the position of limiting immunity agree that a waiver of immunity clause has the effect of waiving immunity from jurisdiction, but that immunity from execution and immunity from provisional measures need to be separately and clearly expressed. A breach of a waiver of immunity clause may be contrary to both international law and domestic law, depending on the position of the state whose court is seized of the dispute. The agreed choice of court agreement, the immunity status of the state where the dispute is dealt with and other ancillary safeguards for contract performance should be taken into account when drafting the waiver clause.

**Keywords:** International Arbitration, State Immunity, Waiver of Immunity Clause, Jurisdictional Immunity, Enforcement Immunity, Immunity from Interim Measure

(责任编辑:谭观福)