

国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行

肖 芳

摘 要 对 ICSID 仲裁裁决来说,我国不必就《ICSID 公约》在国内的实施特别制定国内法,但建议最高人民法院就法院执行 ICSID 仲裁裁决的具体问题发布有关司法解释。国内法上的审判监督程序和公共秩序保留制度不能成为我国法院对有关 ICSID 仲裁裁决的承认与执行进行审查的标准;对其他国际投资仲裁裁决来说,建议对《纽约公约》无法适用于该类裁决在我国的承认与执行的问题予以解决,我国法院也不应以公共秩序保留为由拒绝承认与执行有关国际投资仲裁裁决。国内法院以国家豁免为由拒绝承认与执行有关国际投资仲裁裁决是国际社会所能接受的,我国应争取尽快完成有关国家豁免的国内立法。

关键词 国际投资仲裁 ICSID 公约 纽约公约 公共秩序保留 国家豁免

作者肖芳,法学博士,中央财经大学法学院讲师。

引 言

国际投资仲裁,又称“政府—投资者仲裁(State-Investor Arbitration)”,是指主要由《解决国家与他国国民间投资争端公约》(《ICSID 公约》)和有关国家之间签订的双边投资保护协定(BIT)所确立的外国投资者直接针对东道国政府提起的国际仲裁。国际投资仲裁的主要形式是根据《ICSID 公约》由国际投资争端解决中心(ICSID)所受理的仲裁。^①除此之外,各国的 BIT 一般也规定了其他形式的国际投资仲裁,包括根据《联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则》专设(ad hoc)的仲裁庭以及当事人双方同意的其他仲裁机构仲裁。^②

近年来,国际投资仲裁的数量急剧增长,国际投资仲裁这种国际投资争议解决方式也受到了国

^① 截止 2009 年底,在已知的基于条约提出的 357 起投资仲裁案中,ICSID 受理了其中的 225 起,91 起是根据《联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则》由特设仲裁庭受理,19 起由瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院受理,8 起由海牙常设仲裁院受理,5 起由国际商会国际仲裁院受理。See UNCTAD, Last Developments in Investor-State Dispute Settlement (IIA Issues Note No.1), 2010, p.2.

关于现在已经公开的国际投资仲裁案件及其受理机构、审理情况等信息,参见联合国贸发会(UNCTAD)网<http://www.unctad.org/iiadbcases/cases.aspx>, 2011 年 11 月 4 日访问。

^② 如 2003 年中国—德国 BIT 第 9 条第 3 款规定:“争议应依据 1965 年 3 月 18 日《解决国家与他国国民间投资争端公约》提交仲裁,除非争议双方同意依据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或其他仲裁规则设立专设仲裁庭。”

际社会的广泛重视。对于中国来说,自1984年和瑞典签订第一项BIT以来,至今已经与近140个国家签订了BIT,所签订的BIT数量仅次于德国在全球居第二位。^③很长一段时间以来,由于中国早期签订的BIT多具有“政治宣言”性质,不太具有实用性,例如将国际投资仲裁的范围规定得十分狭窄,仅限于“与国有化补偿数额有关的争议”才能提交国际仲裁,以及由于一些其他原因,一直都没有涉及中国政府或中国投资者的国际投资仲裁案件。但是,近年来中国签订的BIT几乎都将国际投资仲裁的范围扩大到“与投资有关的所有争议”;中国也在推进中国企业“走出去”的政策,鼓励它们在海外投资,并将有关BIT作为推动和保护中国企业在海外投资的重要工具。在此背景下,与中国政府或中国投资者有关的国际投资仲裁产生的土壤已经具备。2007年中国公民谢业深诉秘鲁政府的ICSID仲裁案件,^④成为了中国国际投资仲裁“第一案”。2010年,黑龙江国际经济技术合作公司等三家中国公司根据《中国—蒙古BIT》诉蒙古共和国,该案根据《UNCITRAL仲裁规则》进行。^⑤而2011年5月24日,ICSID秘书处对“马来西亚Ekran公司诉中华人民共和国”的仲裁请求予以登记,中国政府首次在ICSID成为投资争议案件的被告,该案双方当事人申请中止仲裁程序并就有关争议进行协商,至2011年10月底双方仍在协商之中。^⑥

我国虽然加入了《ICSID公约》,签订了大量的BIT,在国际法律制度上已经为国际投资仲裁建立了基本的框架,但是,国际投资仲裁不仅需要国际法上的制度也需要国内法上的有关制度支持,其中最重要的问题之一就是国际投资仲裁裁决在国内的承认与执行问题。中国签订的大多数双边投资保护协定都规定了缔约双方应根据其国内法执行仲裁庭作出的裁决的一般义务,^⑦但是我国有关国内法在相关问题上却不甚明确。本文拟结合国内外的有关理论与实践,就国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行问题作一初步探讨。

从理论上来说,我国可能面对的需要在国内申请承认与执行的国际投资仲裁裁决包括:外国投资者申请承认与执行其获得的针对中国政府的仲裁裁决,中国为该国际仲裁的被申请人;作为投资者的中国人或外国人申请承认与执行其获得的针对外国政府的仲裁裁决,中国并非该国际仲裁的当事人;作为国际仲裁当事人一方的外国政府或中国政府,要求承认与执行其获得的针对作为投资者的外国人或中国人的仲裁裁决,这种情形在作为被申请人的东道国政府在国际投资仲裁中针对外国投资者提出反诉的情况下可能发生。从现有有关国家的实践情况来看,前两种情况比较常见,我国有关部门也很有可能遇到获得有利裁决的外国投资者针对我国政府或某外国政府、获得有利裁决的我国投资者针对某外国政府申请在我国境内承认与执行有关裁决。如还在审理之中的“谢业深诉秘鲁政府案”,如果该中国公民获得了有利裁决,而智利政府不履行其裁决赔偿义务时,该中国公民有可能针对智利政府在我国境内的财产而申请在我国境内承认与执行该裁决。2011年发生的“Ekran公

③ 具体信息参见联合国贸发会(UNCTAD)网<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>,2011年10月5日访问。

④ Tza Yap Shum v. Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009.

⑤ China Heilongjiang International & Technical Cooperative Corp, Qinhuaangdaoshi Qinlong International Industrial, and Beijing Shougang Mining Investment v. Republic of Mongolia, UNCITRAL (China/Mongolia BIT). 参见投资条约仲裁网<http://ita.law.uvic.ca/chronological-list-if-content.htm>,2011年10月5日访问。

⑥ See Ekran Berhand v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15). 参见国际投资争端解决中心网<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>,2011年10月5日访问。

⑦ 如2003年《中国—德国BIT》第9条第4款规定:“裁决应根据国内法执行。”2004年《中国—芬兰BIT》第9条第6款规定:“裁决是终局的,对争议双方具有拘束力,且应当根据国内法执行。”

司诉中华人民共和国”案也使我们更加认识到对国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行问题进行研究的必要性和紧迫性。

虽然因为申请人和被申请人不同,需要在我国承认与执行有关国际投资仲裁裁决的情形有多种,但是,有关承认裁决与执行的国际法律制度却因为仲裁的种类不同而有所不同。对于ICSID仲裁裁决来说,《ICSID公约》为其承认与执行也设定了一些制度,我国作为《ICSID公约》成员国,有关制度也应在《ICSID公约》框架内来制定;对于其他仲裁裁决来说,其承认与执行需求助于一般国际商事仲裁裁决的承认与执行制度。本文将对这两种不同类型的国际仲裁裁决在我国境内的承认与执行问题进行分别论述,均包括在有关国际投资仲裁裁决承认与执行问题上广受讨论的国家豁免问题。

一、ICSID仲裁裁决在中国的承认与执行

中国于1987年加入《ICSID公约》,该公约规定了成员国执行ICSID裁决的义务,因此从理论上说,ICSID裁决在中国的承认与执行应该没有太大问题。但是,《ICSID公约》规定的有关制度需要成员国国内法的配合,而中国没有就此在国内法上作任何规定和安排,包括最高人民法院在内的有关部门,对ICSID仲裁裁决在我国境内的承认和执行问题也不甚明了。^⑧

(一)《ICSID公约》中的有关制度和有关国家的实践

1. 《ICSID公约》中的有关制度。《ICSID公约》第6节是关于裁决的承认与执行,其条文包括第53、54和第55条。根据第53条的规定,ICSID仲裁裁决对争议双方当事人都具有约束力,且不受任何上诉或除公约规定的救济措施(包括裁决的解释第50条、裁决的改正第51条、裁决的撤销第52条)以外的任何救济措施的约束,双方当事人应该遵守裁决所规定的义务。根据第54条的规定,“任何缔约国都应该承认(recognize)根据公约做出的裁决为有拘束力的,并且在其境内如执行其本国法院的终审判决(final judgment)一样执行(enforce)裁决中规定的金钱义务”;为有关裁决执行的目的,缔约国应指定某国内法院或其他部门为受理相关申请的机关,并将该指定或之后有关的变更情况通知(notify)ICSID秘书长;“裁决的强制执行(execution)应根据被申请执行国强制执行生效判决的有关立法来进行”。而第55条规定,“第54条的任何规定都不能被解释为对任何缔约国有关该国或任何外国的执行豁免的现行法律的效力有所减损”。

第53条的有关规定针对的是争议双方当事人。对于作为争议当事人之一的成员国来说,其必须受到ICSID仲裁裁决的约束并履行裁决规定的义务。一方面,这是争议双方之前达成的ICSID仲裁合意的应有之意,仲裁协议当事人对基于该合意进行的仲裁作出的裁决具有履行和遵守的义务。另一方面,作为争议一方的国家来说,其因为是《ICSID公约》的成员国,所以也具有根据第53条的有关规定受该裁决约束的义务。

^⑧ 据最高人民法院没有完全披露的有关资料,曾有某公司在我国法院申请根据1958年《纽约公约》承认与执行ICSID仲裁裁决,该案被上报到最高人民法院,最高人民法院以该案“被申请人不存在(被申请人未在我国工商管理机关注册登记)”为由驳回了申请。参见万鄂湘、夏晓红:《中国法院不予承认与执行某些外国仲裁裁决的原因》,载《武大国际法评论》第13卷,武汉大学出版社2010年版。从理论上说,该ICSID仲裁中的被申请人应为某个外国国家,我国法院采用的上述驳回申请的理由值得商榷。

根据第 53 条的规定,《ICSID 公约》制度排除了有关国家国内法院对裁决的审查,这和一般国际商事仲裁制度有很大不同。正如《ICSID 公约》之父 Aron Broches 所述,为了平衡投资者作为私人 and 东道国政府之间在国内法院中的地位的不平等,公约制定者们在仲裁程序、裁决的做出和裁决的审查上设立了一种“完整的、排他的、封闭的与成员国国内法绝缘的管辖制度”。^⑨公约专门规定了由 ICSID 组织“特别委员会(ad hoc committee)”对 ICSID 裁决的撤销进行审查的制度,如果裁决存在公约规定的几种撤销情形之一,则该裁决将被撤销,将组成新的仲裁庭来对案件进行重新审理。^⑩

与第 53 条不同,第 54 条的有关规定针对的是所有公约成员国,而不管其是否是争议当事人。对于作为争议当事人的成员国来说,获得胜诉裁决的外国投资者可以根据第 54 条第 1 款的有关规定在该东道国法院或其他该国指定的机关申请承认与执行该裁决,从而获得裁决规定的赔偿。此外,第 54 条也主要是为了在争议“第三国”承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决而设。对于作为非争议当事人的成员国来说,其首先应该承认 ICSID 裁决的效力,继而要对裁决中与金钱有关的义务予以承认与执行。该条将承认与执行裁决义务的范围限定为“与金钱有关的义务”,这也是可以理解的,因为第三国无法强制外国国家履行其禁止性或宣告性的裁决义务。

第 54 条第 1 款规定了 ICSID 仲裁裁决在成员国的地位与其本国法院的终审裁决相同。这项规定呼应了第 53 条的有关制度,即 ICSID 裁决不受成员国国内法的任何上诉或救济措施的约束,成员国国内法院不应就 ICSID 裁决进行审查。由此,通过第 53 和 54 条的有关规定,《ICSID 公约》“建立了一种自治的和简化的仲裁裁决承认与执行的制度,排除了法院地民事诉讼法有关规定的适用,因而排除了该有关法律规定的救济程序。”^⑪

但是,《ICSID 公约》尽管建立了一种“自治、简化的”裁决承认与执行制度,却没有建立一个同样自治的针对败诉当事方特定财产的强制执行制度。根据公约第 54 条第 3 款,ICSID 仲裁裁决的强制执行需求助于执行地的国内法,因此要由有关的国内法决定某特定财产是否能够被强制执行以使获胜裁决当事人获得赔偿。此外,根据第 55 条,这种强制执行还要受制于执行地国内法中关于国家豁免的有关规定。公约的签订历史和公约的条文表述,以及有关的理论都认为,《ICSID 公约》排除了成员国国内法院中根据国内法对仲裁裁决承认与执行的任何抗辩,但是针对某项具体财产执行该裁决,仍然受制于成员国国内法,包括其中有关国家豁免的规定。^⑫

国家豁免问题十分敏感,公约的制定者为了减少争议,而将该问题留给各成员国国内法去解决。这也造成了 ICSID 仲裁裁决执行的某些不确定性,甚至被称为是政府—投资者争议解决机制的“阿基琉斯之踵(Achilles' heel)”。^⑬但是,这虽然能够使被申请执行 ICSID 裁决的法院国拒绝针对

^⑨ A. Broches, “Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, 2 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1987), pp.287-288.

^⑩ 参见《ICSID 公约》第 52 条。

^⑪ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p.1118.

^⑫ See Edward Baldwin, Mark Kantor & Michael Nolan, “Limits to enforcement of ICSID awards”, 23 *Journal of International Arbitration* (2006), p.5.

^⑬ See Andrea K. Bjorklund, “State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards”, in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p.321.

某项具体财产执行该裁决,却无法免除ICSID裁决败诉国应履行裁决的国际义务。正如在有关案件中,ICSID特别委员会所指出的:“国家豁免可以很好地构成一项强制执行的抗辩理由,但是其无法构成(成员国)不遵守裁决义务的理由和借口。”^⑭根据《ICSID公约》,成员国如果不根据第53条的有关规定执行ICSID仲裁裁决的有关义务,将引起公约第27条和第64条的适用,外国投资者母国根据第27条行使外交保护权,向国际法院提起诉讼。此外,因为ICSID和世界银行的关系,ICSID秘书长可以正式地提醒不履行有关义务的成员国“尊重一项其同意进行的程序的结果这一国际义务”。^⑮

2. 有关国家的实践。在绝大多数ICSID仲裁案件中的败诉国,都主动履行了裁决规定的支付义务。其原因可能是出于对其国际声誉的维护,以及慑于世界银行的压力,世界银行在决定发放有关贷款时可能会考虑有关国家是否ICSID仲裁当事方,及其是否背负有关ICSID裁决债务。^⑯关于有关国家承认与执行ICSID仲裁裁决的实践情况,据笔者掌握的有关资料,迄今只有5个案件:法国法院的Benvenuti & Bonfant v. Congo案^⑰和SOABI v. Senegal案,^⑱美国法院的LETCO v. Liberia案^⑲和Siag v. Egypt案,^⑳以及英国法院的AIG Capital Partners v. Kazakhstan案。^㉑在这些案件中,被申请承认与执行有关裁决的法院都是“第三国”的法院,而不是作为裁决当事方和败诉方的东道国法院。

在Benvenuti & Bonfant v. Congo案中,法国法院确认,关于ICSID仲裁裁决的承认,根据公约第54条第1款法国法的有关规定不应得到适用,而关于某具体财产是否能够作为该裁决执行的对象,则根据第54条第3款和第55条的有关规定,法国法的有关规定得到适用。而在SOABI v. Senegal案中,法国初审法院同意承认一项针对塞内加尔共和国的ICSID仲裁裁决,但是二审法院却撤销了下级法院的裁决,认为针对某项具体财产执行该裁决将会违反关于国家豁免的“国际公共秩序”。案件上诉到法国最高法院,最高法院又撤销了二审法院的裁决。法国最高法院认为,《ICSID公约》第53、54条的有关规定排除了《法国民诉讼法典》中有关国际仲裁的制度包括公共秩序保留制度的适用;法国最高法院也对仲裁裁决的承认与执行进行了区分,认为法院承认一项裁决并对其发布“执行令”,并不构成一种执行措施,而只在执行程序中才会出现国家的执行豁免问题。在LETCO v. Liberia案中,美国法院也对ICSID裁决的承认与执行进行了区分。法院承认了一项针对利比里亚

^⑭ Maritime International Nominees Establishment (“MINE”) v. Republic of Guinea (ICSID Case No. ARB/84/4), Interim Order No.1 on Guinea’s Application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988, para 25, 4 ICSID Reports 111, 115.

^⑮ J. Paulsson, “ICSID’s Achievement and Prospects”, 6 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (1991), p.380, p.386.

^⑯ World Bank, Operational Policies and Bank Practices, Sec. 7.40.

^⑰ SARL Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo, Case No. ARB/77/2, Award, August 8, 1980, 1 ICSID Report 330 (1993). See 1 ICSID Report 370; 108 Journal du Droit International 843; 1 ICSID Report 369; 108 Journal du Droit International 365-66; 1 ICSID Report 371; 108 Journal du Droit International 843, 845.

^⑱ Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal, Case No. ARB/82/1, Award, February 25, 1988, 6 ICSID Rev. - FILJ 125 (1991), 2 ICSID Rep. 114 (1994). See 2 ICSID Report 337; 117 Journal du Droit International 141; 6 ICSID Rev. - FILJ 598 (1991); 2 ICSID Report 341; 118 Journal du Droit International 1005.

^⑲ Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia, Case No. ARB/83/2, Award, March 31, 1986, 2 ICSID Report 346. See 2 ICSID Rev. - FILJ 187 (1987); 2 ICSID Report 384 (1994); 2 ICSID Report 385, 2 ICSID Rev. - FILJ 188; 2 ICSID Report 391, 3 ICSID Rev. - FILJ 161.

^⑳ See Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June, 2009, 载应用法律网<http://arbitration.practicallaw.com/3-387-4945?q=&qp=&qo=&qe=>, 2011年11月4日访问。

^㉑ See AIG Capital Partners Inc and another v. Republic of Kazakhstan, [2005] EWHC Comm. 2239, October 20, 2005, 载英国和爱尔兰法律信息网www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2239.html, 2011年11月5日访问。

政府的裁决,但是在针对某些具体财产的强制执行问题上,以外交和主权豁免的理由予以了拒绝。在 *Siag v. Egypt* 案中,美国纽约南区法院根据《纽约民事诉讼法规》第 54 条关于外国判决承认与执行的规定,承认并赋予了相关 ICSID 仲裁裁决以执行力。^② 在 *AIG Capital Partners v. Kazakhstan* 案中,英国法院也认为,根据《ICSID 公约》第 55 条,在裁决的执行问题上《英国国家豁免法》应该得到适用,申请人针对哈萨克斯坦国家银行位于伦敦的有关财产的强制执行请求被法院拒绝。

对上述有关国家法院实践的考察,可以发现,这些法院都认为,对 ICSID 裁决,应区别承认与执行两种不同的程序。在这些案件中,《ICSID 公约》第 54 条第 1 款的有关规定得到了很好的遵守。但是,对于针对某特定财产执行有关裁决的问题来说,根据《ICSID 公约》第 54 条第 3 款和第 55 条的有关规定,法院地国内法的有关规定,尤其是关于国家豁免的规定将得到适用。因为国内法上的有关理由,这些案件中申请人就特定财产执行有关裁决的请求都没有获得满足。在这几个案件中,申请人要求执行的财产要么被认为不是国家财产(如 *Benvenuti & Bonfant v. Congo* 案中刚果控制的一家商业银行),要么被认为属于国家豁免保护的范畴(如 *LETCO v. Liberia* 案中用于利比里亚大使馆和中央银行运作的账户)。这些案件反映,在针对其他国家的 ICSID 裁决的执行上,法院都很谨慎。如在 *LETCO v. Liberia* 案中,申请人 LETCO 对有关财产的执行辩称说,该银行账户的一部分在美国被用于商业行为,因此不享有豁免,而法院对《美国外国主权豁免法》的立法历史审查后指出,应对“商业行为”概念进行狭义的界定,因为“主权豁免仍是一般原则而不是例外……并且因为法院在处理影响外国政府事务的领域时务必小心谨慎。”^③

(二) ICSID 仲裁裁决在中国的承认与执行的有关问题

我国包括最高人民法院在内的有关部门,对 ICSID 仲裁裁决在境内的承认和执行问题至今还不甚明了。就《ICSID 公约》的有关制度如何在中国实施,会发生一些疑问,具体疑问还包括 ICSID 仲裁裁决是否受我国审判监督程序的限制,其承认与执行是否受公共秩序保留的审查等。

1. 《ICSID 公约》在中国的实施。《ICSID 公约》第 69 条规定:“每一缔约国应采取必要的立法或其他措施以使公约的规定在其领域内生效。”但是我国并没有就此在国内法上作任何规定和安排。

就其他国家的有关做法来说,有些国家,如非洲的一些缔约国,已经制定了特别的国内立法以在国内法律制度下实施公约,这样就能确保它们指定的法院或其他机构能够履行所承担的国际义务。^④ 但是,有些国家也没有制定特别的制度,而是直接根据《ICSID 公约》第 54 条的有关规定,将 ICSID 仲裁裁决按照一般国内法院终审判决的执行来处理。如在 *LETCO v. Liberia* 案中,美国法院根据单方动议承认并裁定准备执行一项针对利比里亚的 ICSID 裁决,法官判定该裁决“应如同该法院的终局判决一样具有同样的效力并应依同样的方式”存档,^⑤ 随后,法院签发了执行令。由此可见,各国就《ICSID 公约》在国内的实施采取怎样的措施,主要有赖于一般国际公约在该国国内

^② 2009 年 6 月 19 日,美国法院就该 ICSID 裁决发出了执行令。参见“Enforcement of ICSID award in the US”,载应用法律网 <http://arbitration.practicallaw.com/3-387-4945?q=&qp=&qo=&qe=>, 2011 年 11 月 4 日访问。至于该裁决最后是否针对埃及的有关财产获得强制执行,笔者并未获得相关资料。

^③ 同注①。

^④ See Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp.370-378.

^⑤ 参见注①。

法上的地位及其在该国国内的适用情况。

就我国来说,关于条约在国内适用方式的相关规定存在于具体的部门法中。综合各部门法的规定及相关实践做法,条约在我国国内的适用方式主要有两种:一种是直接适用,即条约对我国生效后,在国内法与条约的规定不一致的时候,条约可如国内法一样在国内适用,有关当事人可以直接依据条约规定向适用法律的专门机构主张权利,法院也可以直接适用该条约,^⑤但我国在加入有关条约时做出保留的事项除外。如《民法通则》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等。这类可以在国内直接适用的国际条约也称为“自动执行”(self-executing)性条约。另外一种转化适用,即有关立法将对我国生效的条约规定转化为国内法以间接适用的做法,如《民用航空法》、《专利法》、《商标法》和《著作权法》等的有关规定就是根据我国参加的有关国际条约所制定或修改。但是,对于哪些条约可以在我国直接适用,哪些要予以转化适用,有关立法也未对判断标准作出一般性指导规定,由此,某项条约能否在我国直接适用,取决于不同的条约、不同的领域和具体法律的规定。

《ICSID 公约》中关于 ICSID 仲裁裁决承认与执行的有关规定需要我国国内法予以贯彻的,主要是第 54 条第 1 款要求国内法院“承认根据公约做出的裁决为有拘束力的,并且在其境内如执行其本国法院的终审判决一样执行裁决中规定的金钱义务”。这涉及的国内部门法主要为民事诉讼法。《民事诉讼法》第 236 条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”由此可见,与该法有关规定相关的国际条约在我国是可以“自动执行”的。2001 年的《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应注意的几个问题的通知》中对有关国际仲裁裁决在我国的承认与执行的有关规定也说明了这一点。^⑥因此,可以认为,我国并不必如某些国家一样,就《ICSID 公约》在国内的实施特别制定国内法。

但是,《ICSID 公约》在我国的自动执行并不意味着,为了实施《ICSID 公约》的有关规定在国内承认与执行 ICSID 仲裁裁决,我国没有什么特别需要做的事情。为了更好地履行《ICSID 公约》第 69 条规定的国际义务,我国至少在以下两个方面有必要完善:

第一,建议最高人民法院就我国法院执行《ICSID 公约》的具体问题发布有关司法解释。这类司法解释一方面可以对有关公约在我国的“自动执行”和直接效力予以确认,另一方面也可以对我国法院在处理有关案件时需特别注意的具体事项包括有关程序等予以明确,以使我国法院更好地完成和履行我国所承担的国际义务。在特别规定出台之前,有关的程序问题,可以按照《民事诉讼法》的有关规定处理。

第二,根据《ICSID 公约》第 54 条第 2 款的有关规定,在某一缔约国寻求承认和执行 ICSID 仲裁裁决的一方当事人必须向该国的适当法院或该国为承认和执行裁决目的而指定的其他主管机关提

^⑤ 我国有很多直接适用国际条约的案例,如 1998 年“美国联合企业有限公司与中国山东省对外贸易总公司烟台分公司购销合同纠纷案”,1995 年北京第一中级人民法院审理的“20 世纪福克斯公司诉北京市文化艺术出版社音像大世界侵犯著作权纠纷案”,1988 年天津海事法院审理的“中国船舶燃料供应公司天津分公司与香港大顺航运有限公司船舶碰撞损害赔偿纠纷案”等。参见沈四宝、谢进:《论国际条约在我国的适用》,载《甘肃社会科学》2010 年第 3 期。

^⑥ 2001 年《最高人民法院关于审理和执行涉外民商事案件应注意的几个问题的通知》第 3 条称:“对涉外仲裁裁决和国外仲裁裁决的审查与执行,要严格依照有关国际公约和《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》中有关涉外执行的规定和最高人民法院(法)经发[1987]5 号通知、法发[1995]18 号通知、法释[1998]28 号规定及法[1998]40 号通知办理。”

交一份经 ICSID 秘书长认证的裁决书。为实现上述目的,每一缔约国应把它指定的适当法院或其他主管机关及其后来的任何变化通知秘书长。根据笔者掌握的有关资料,我国政府似乎还未为此目的指定适当法院或其他主管机关。就其他国家的做法来说,大多数国家指定的机关是法院。也有一些国家指定其他机关,如司法部(埃及)、总检察长(几内亚)、外交事务常任秘书长(莱索托)、财政部内阁大臣(塞拉利昂)等。^②根据《ICSID 公约》第 54 条第 2 款的有关规定,缔约国指定的国内法院或其他机关的作用主要限于对裁决书副本上的 ICSID 秘书长的签字的真实性进行确认,裁决的执行还是需要通过有关法院来进行。建议我国指定最高人民法院或外交部有关机关为相关材料的受理和确认机关。

2. ICSID 仲裁裁决与审判监督程序。根据《ICSID 公约》第 54 条第 1 款的有关规定,ICSID 仲裁裁决在国内法院的地位相当于法院的“终审判决”。而根据我国有关国内法,法院的终审判决还会受到审判监督程序的限制。^③那么 ICSID 仲裁裁决在我国法院是否和一般终审判决一样,因为审判监督程序而受到我国有关法院的限制和审查呢?

实际上,关于《ICSID 公约》第 54 条第 1 款有关规定所指的 ICSID 仲裁裁决应在成员国法院如该国法院“终审判决”一样得到执行的表述,是否能真正排除所有针对该裁决执行的国内法上的抗辩,国际上对此还有争议。例如,在美国的司法实践中,对于一项法院终审判决执行的抗辩理由包括如下一些特殊和例外情况:错误或遗漏、情事变更、对方当事人的欺骗性或不公平的行为、管辖权问题或程序上违反正当程序原则的根本性瑕疵。同样,很多国家的民事诉讼法典也允许法院对终审判决进行审查,如该判决是否违反了法律基本原则、对事实认定有无错误、判决中的有关内容是否自相矛盾或造成了双方当事人都无法预见的形势等。^④而近年来阿根廷政府的有关立场和做法也使这一问题显得更加尖锐。

阿根廷政府在有关案件中主张,作为《ICSID 公约》第 54 条有关规定的结果,有关 ICSID 仲裁裁决至少应该受到如其本国法院的终审判决一样的审查,成员国并没有试图给予 ICSID 仲裁裁决的债权人比当地法院终审判决债权人更好的待遇。^⑤因此,阿根廷政府认为,一项 ICSID 仲裁裁决的债权人必须履行适用于阿根廷法院终审判决执行的程序。阿根廷政府的这一立场受到了有关 ICSID 仲裁庭、其他国家政府和国际理论界的反对。在 Vivendi II 案中,ICSID 仲裁裁决撤销特别委员会认为,一项 ICSID 仲裁裁决的强制性效力是其内在的性质,并不受制于什么其他条件。《ICSID 公约》研究专家 Schreuer 指出:《ICSID 公约》的签订历史显示,负责 ICSID 裁决承认与执行的国内机构并没有权力对裁决进行审查。^⑥国际仲裁界著名学者和仲裁员 van den Berg 也曾指出:“根据《ICSID 公约》作出的仲裁裁决在成员国内都是可执行的,对此不应存在抗辩例外”。^⑦

^② See note ④, p.369.

^③ 参见我国《民事诉讼法》第 16 章的有关规定。

^④ See note ⑫, p.2.

^⑤ See Argentina's Response to US Department of State Letter in the case Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (Annulment Proceeding), 2 June 2008, para 2, 载投资条约仲裁网 <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-ArgentinaArt.53-54.pdf>, 2011 年 10 月 29 日访问。

^⑥ See note ⑪, p.1129.

^⑦ Albert Jan van den Berg, "Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions", 2 *ICSID Rev.* (1987), p.439.

由此,我国法院如果以《ICSID 公约》第 54 条第 1 款的有关规定,即 ICSID 仲裁裁决在国内法院的地位相当于法院的“终审判决”为由,要求有关 ICSID 仲裁裁决要受我国审判监督程序的限制,主张我国法院有权对有关裁决进行审查,那么必然在国际上引起我国违反公约有关义务和国际法责任的批评。特别是在外国投资者向我国法院申请针对我国政府的承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决的时候,以上述《ICSID 公约》第 54 条第 1 款的规定为理由要求该裁决应受我国法院的审查并试图对有关 ICSID 裁决进行改变或不予承认与执行的做法,是十分不明智的。《ICSID 公约》第 53 和第 54 条为成员国规定了两个相互独立的义务。第 53 条规定的义务在任何时间对任何成员国都是有效的,它独立于第 54 条的有关规定。获得胜诉裁决的当事人并不被要求必须到作为被申请人的东道国法院或其他成员国法院去启动裁决的承认与执行程序,以使该败诉的成员国履行其裁决义务。这两条规定的义务是相互独立而不是相互绑定的,公约的有关规定、谈判历史材料及有关成员国的实践都证明了这一点。^④

3. ICSID 仲裁裁决与公共秩序保留。根据《民事诉讼法》和我国加入的 1958 年《纽约公约》的有关规定,如果对外国法院判决或外国仲裁机构裁决的承认与执行违反我国的社会公共利益,则可以对判决或裁决拒绝承认与执行。^⑤而 ICSID 仲裁裁决的被申请执行方一般为外国主权国家,这也导致该裁决的承认与执行可能受到关于侵犯本国或某外国国家主权从而违反公共秩序保留原则的抗辩。就其他国家的实践来说,有些国家的法院也曾将公共秩序作为是否承认与执行有关 ICSID 仲裁裁决的审查标准之一。如在 Benvenuti & Bonfant v. Congo 案中,对一项针对刚果政府的 ICSID 仲裁裁决的承认与执行的申请,巴黎初审法院认为,经过审查,该 ICSID 裁决中“并不包含任何与法国法律及公共秩序相冲突的地方”,因此予以承认并赋予其以执行力,裁决发布了“支付令”。^⑥

但是,以公共秩序保留作为对有关 ICSID 仲裁裁决的承认与执行的审查标准的做法是错误的。在 Benvenuti & Bonfant v. Congo 案中,法国初审法院的做法后来被上级法院推翻。该案二审法院巴黎上诉法院认为,“ICSID 公约建立了一种简化的执行程序,其独立于法国法中关于一般国际仲裁裁决执行的有关规定”,初审法院将 ICSID 仲裁裁决的承认与执行与一般国际仲裁裁决的承认与执行相混淆了。^⑦通过比较《ICSID 公约》和《UNCITRAL 国际商事仲裁示范法》的有关规定,可以发现,“可仲裁性”和“公共秩序保留”是一般国际商事仲裁裁决在有关国内法院受到审查并被撤销的理由之一,但是它们却不能构成 ICSID 仲裁裁决被 ICSID “特别委员会”撤销的理由,更不能构成国内法院拒绝承认与执行 ICSID 仲裁裁决的理由。《ICSID 公约》签订的历史资料也能证明:负责 ICSID 裁决承认与执行的国内机构并没有任何权力对裁决进行审查,即使法院地的公共秩序也不能构成拒绝的理由,裁决的终局性也排除任何有关其是否违反国际公共秩序或一般国际法的审查。^⑧在公约签订过程中,参加谈判的德国代表团曾试图坚持 ICSID 仲裁裁决的承认与执行要受国内法院基

^④ See Stanimir A. Alexandrov, “Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention”, in Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 322 – 336.

^⑤ 参见我国《民事诉讼法》第 266 条、1958 年《纽约公约》第 5 条第 2 款。

^⑥ See note ⑦.

^⑦ See note ⑦.

^⑧ See note ①, p. 1129.

于“公共秩序”方面的审查,但该主张没有得到《ICSID 公约》的采纳。^③

二、其他国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行

除了 ICSID 仲裁以外,还有大量的国际投资争端是通过专设仲裁庭或其他国际仲裁机构来解决的。这些仲裁裁决的承认与执行往往需求助于 1958 年《纽约公约》。我国于 1987 年加入《纽约公约》,之后也很好履行了该公约的有关规定。^④但是,依据《纽约公约》申请在我国承认与执行有关国际投资仲裁裁决还存在一定的问题。

(一)《纽约公约》的适用和有关国家的实践

1.《纽约公约》的适用。和《ICSID 公约》不同,《纽约公约》被设计来同时适用于私人之间以及私人与国家之间的仲裁裁决的承认与执行。虽然该公约并没有明确地提到国家作为当事人的情形,但是在《纽约公约》适用于针对主权国家的裁决的承认与执行问题上却没有疑问。^⑤

在根据《纽约公约》申请承认与执行有关国际仲裁裁决的情况下,有关裁决要受国内法院基于该公约第 5 条有关规定的审查。《纽约公约》第 5 条规定了受理申请的缔约国法院可以拒绝承认与执行有关仲裁裁决的条件和情形,主要包括争议不具有可仲裁性、仲裁协议无效、仲裁庭不适当组成、仲裁程序违反基本的正当程序、仲裁庭超裁以及裁决的承认与执行违反了法院地公共秩序等。^⑥一旦某裁决被认为具有上述情形之一,法院可拒绝承认与执行。

我国是《ICSID 公约》的缔约国,说明我国承认政府和投资者之间的国际投资争议是可仲裁的,所以有关争议的可仲裁性问题,在我国不能构成拒绝承认与执行有关国际投资仲裁裁决的理由。仲裁协议无效、仲裁庭不适当组成、仲裁程序违反基本的正当程序等理由,其认定的情形和一般商事仲裁没有太大差异。

由于国际投资仲裁的当事人一方为主权国家这一特殊性,国内法院可能面对的对于有关裁决的承认与执行的抗辩主要有两个方面:公共秩序保留和国家豁免。当事人可能主张,对有关仲裁裁决的承认和执行违反了法院地国的公共秩序。不管是出于“国际礼让”,还是出于对国内宪法制度的考虑,国内法院被认为不应该因为命令对某项外国国家财产的执行而使敏感的对外关系问题复杂化。国家豁免虽然不是《纽约公约》规定的被申请人国法院可以用来拒绝承认与执行有关裁决的理由之一,但是国家豁免可以通过适用该公约第 3 条的有关规定而发挥作用。根据该条规定,“缔约国应该承认仲裁裁决有约束力,并且依照裁决需要承认或执行地的程序规则予以执行。”因此,有关国家豁免的法院地国内法被认为是寻求裁决执行的当事人首先要面对的问题。

有关国家对这些抗辩的处理,基本上是通过认定作为被申请人的主权国家是否放弃有关国家豁免来进行的。如果有关国家被认为放弃了相关的国家豁免权利,则针对该国承认与执行有关仲裁裁决,而有关国家国内法关于外国国家豁免的权利规定也得不到适用。与 ICSID 仲裁裁决的承认与执

^③ See note ⑫.

^④ 参见《〈纽约公约〉50 年 中国切实履行了〈纽约公约〉义务》,载《法制日报》,2008 年 6 月 9 日。

^⑤ See A. Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation, 1981, pp.277-282.

^⑥ 参见 1958 年《纽约公约》第 5 条。

行中遇到的国家豁免问题一样,有关国家的法院对其他国际投资仲裁裁决的承认豁免与执行豁免也进行了区分。从国际社会的现实来看,承认方面的“限制豁免理论”和“放弃豁免理论”已经为许多国家所接受,但对于已经获得法院地承认的仲裁裁决的实际执行,各国往往还是采用“绝对豁免理论”。^⑬ 一个国家通过签订双边投资保护协定或其他投资条约接受通过政府—投资者仲裁的方式解决有关争议,一般就被认为是放弃了管辖豁免,也放弃了在有关裁决的承认方面的豁免。但是,至于这是否也构成对执行豁免的放弃,则还存在很大争议。

尽管如此,根据《纽约公约》承认与执行国际投资仲裁裁决的情况还是与 ICSID 仲裁裁决的承认与执行有所不同。在有关裁决的承认与执行受《纽约公约》支配的情况下,在一些案件中,申请人认为一个国家同意参加仲裁就构成了对仲裁裁决执行豁免的默示放弃的主张曾获得了不同程度的成功。该主张获得支持的理由包括:该被执行的国家本身是《纽约公约》缔约国、该仲裁裁决是在《纽约公约》缔约国做出。^⑭ 不过,即使国内法院认定某外国主权国家放弃了在裁决执行上的豁免,有的法院仍可能要求申请人申请执行裁决针对的财产与仲裁争议事项有关;^⑮ 而大部分国家关于国家豁免的国内法还要求对申请执行裁决针对的财产的性质进行专门审查,如果有关财产不是商业财产,那么在扣押该财产之前,必须要由有关国家针对该财产明确放弃豁免。^⑯

2. 有关国家的实践。虽然各国在根据《纽约公约》执行国际投资仲裁裁决上态度仍然谨慎,但是实践中也曾有裁决获得执行。外国投资者获得赔偿的案例中最著名的是 Sedelmayer 案。Franz Sedelmayer 是德国公民,1989 年在俄罗斯圣彼得堡投资设立了公司,后来其所有的财产被俄罗斯一项总统令收归国有,成为叶利钦总统府的财产,并于 1995 年被查封。Sedelmayer 根据德国—俄罗斯双边投资保护协定以俄罗斯为被申请人在瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院以俄罗斯政府的“国有化”为由提起仲裁。1998 年,仲裁庭裁决俄罗斯政府应赔偿 Sedelmayer 的损失包括利息总共 23.5 万美元。^⑰ 俄罗斯政府拒绝履行裁决义务, Sedelmayer 到德国申请承认与执行。柏林高级法院 (Kammergericht) 驳回了俄罗斯政府的抗辩,裁定该仲裁裁决根据《纽约公约》为可执行的裁决。德国没有关于国家豁免的成文法,有关规则体现在德国宪法法院的有关判例之中。德国法院区分裁决的承认阶段与执行阶段,认为一个主权国家同意仲裁意味着放弃了仲裁管辖豁免,以及在裁决承认阶段的豁免,但是,该豁免的放弃并不及于针对其有关财产执行裁决的阶段,除非该财产是商业财产或由于其他原因不享受豁免。于是 Sedelmayer 开始寻找俄罗斯政府用于商业目的、不受国家豁免保护的财产,他自称就此提出了 20 多项诉讼,但在很多程序中,德国法院都认为有关财产受国家豁免保护,而拒绝执行。仅在法兰克福和科隆两地的法院获得了胜诉,针对俄罗斯联邦在法兰克福的商业账户、在科隆的前苏维埃贸易代表团的房屋进行了扣押和拍卖,而最后于 2008 年获得了赔偿。虽然俄罗斯政府在科隆法院进行了国家豁免的抗辩,但是,法院认为前苏维埃贸易代表团的财产不应

⑬ 参见张潇剑:《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。

⑭ See note ⑬, p.309.

⑮ 参见英国法院在 Orascom Telecom Holding SZE v. Republic of Chad 案中的裁决。See Orascom Telecom Holding SZE v. Republic of Chad, [2008] EWHC 1841 (Comm).

⑯ See note ⑬, p.309.

⑰ See Franz Sedelmayer v. The Russian Federation (UNCITRAL), 2 *Stockholm International Arbitration Review* (2005), p.38, pp.56-57, pp.63-73.

享受执行豁免，因为其是用于商业目的，而不是用于国家主权的目的。^{④⑧}

从这个案件的情况来看，让有关国家的法院作出对有关裁决的承认并不困难，其理由一般为被申请人申请执行国同意仲裁就已经构成对仲裁管辖和裁决执行管辖中国家豁免的放弃。但是让有关国家法院真正执行有关裁决却并不容易。即使有关国家法院采用执行事项上的“限制豁免理论”，申请人也必须证明其申请执行的财产是商业性财产，用于商业目的而不是国家主权的目的。这对申请人来说相当困难，在 *Sedlmayer* 案中，申请人花了十余年时间，用尽各种办法来查找俄罗斯政府的财产，最后虽然在两个法院获得实际执行，但其执行所得也并未使其在国际仲裁裁决中应得的赔偿完全实现。^{④⑨} 如果申请人不能证明有关财产是商业性质的财产，则必须要求由被申请执行的国家对该财产明示放弃豁免。如果有关国家法院采用在执行事项上的“绝对豁免理论”，则申请人除了要证明其申请执行的财产是商业性质的财产外，还必须证明该被申请执行的国家放弃了执行豁免，针对该国财产的执行才有可能获得成功。

（二）其他国际投资仲裁裁决在中国承认与执行的有关问题

虽然《纽约公约》本身在设计制定的时候将政府—投资者仲裁的承认与执行情况包括在内了，有关国家根据《纽约公约》承认与执行有关裁决也有成功的案例，但是对于我国来说，现在根据该公约在我国法院申请承认与执行有关裁决仍存在很大的问题。其主要障碍就是我国在加入《纽约公约》时所作的“商事保留”。

1. 我国对《纽约公约》的“商事保留”。在 1987 年加入《纽约公约》的时候，中国作出了两个重要的保留：“互惠保留”和“商事保留”，其中“商事保留”会对国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行构成障碍。根据该保留，我国主张《纽约公约》只适用于“按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议”。在加入《纽约公约》之后不久，最高人民法院还发布了《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》（1987 年 4 月 10 日法（经）发[1987]5 号）。根据该通知第 2 条的有关规定，所谓“根据中国法律属于契约性和非契约性商事关系”，具体是指“由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利与义务关系，例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”因此，在现有的情况下，根据《纽约公约》在中国境内承认与执行国际投资仲裁裁决似乎是不可能的。

如果《纽约公约》不适用，有关当事人在我国申请承认与执行其他国际投资仲裁裁决时，应如何处理呢？我国《民事诉讼法》第 267 条规定：“国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。”从理论上来说，根据该条的规定，在《纽约公约》不适用的情况下，我国法院应根据互惠原则来处理有关仲裁裁决的承认与执行的申请。申请人必须对有关国家与我国之间存在互惠关系进行证明。而这个

^{④⑧} See note ⑬, pp. 314 – 316.

^{④⑨} See note ⑬, p. 316.

“互惠关系”的具体涵义不甚明确：就涉及的仲裁裁决来说，是要求我国和有关国家之间就一般商事仲裁裁决的承认与执行存在互惠关系即可，还是要求特别就政府—投资者仲裁裁决的承认与执行存在互惠关系？就涉及的国家来说，要求与我国存在互惠关系的国家应为该裁决作出机构所在的国家，还是该裁决做出地即仲裁地所在国家，还是申请人国籍国？这些都还有待探讨。

不过，不管上述问题的答案如何，本文都建议我国应当改变《纽约公约》无法适用于其他国际投资仲裁裁决在我国的承认与执行的情况。首先，根据《纽约公约》承认与执行相关的投资仲裁裁决是国际通行做法，我国特意将其排除在外，不仅无法与国际接轨，而且有试图逃避承认与执行有关仲裁裁决的国际义务的嫌疑。其次，从实际的角度来说，如果此类裁决在中国获得执行不易，则很可能外国投资者就会到外国去针对中国承认与执行有关裁决。如前述的 *Sedlmayer* 案，德国法院就根据《纽约公约》承认和执行了斯德哥尔摩商会国际仲裁院作出的德国公民诉俄罗斯政府的裁决。在此情况下，不仅我国对有关案件更加无法控制，而且如果外国法院真的针对我国国家财产执行了有关裁决，对我国的国家主权和国家形象的不良影响可能会更加严重。

对此现状的改变可能运用的途径包括如下几种：可以考虑撤销对《纽约公约》的“商事保留”，但是因为我国的“商事保留”所要排除的事项不仅仅包括国际投资仲裁，^⑤ 所以采取该做法需要慎重；可以在签订双边投资保护协定和其他投资协定时，效仿美国的做法，在协定中将有关国际投资仲裁裁决认定为是缔约国国内法上的“商事裁决”，^⑥ 但是我国之前签订的一百多项投资保护协定中都没有此规定，对其进行修改几乎是不可能的；最高人民法院可以考虑对其 1987 年做出的“通知”进行修改，删除有关的排除性规定，而将国际投资仲裁处理的政府—投资者之间的争端纳入“商事关系”的范畴，相比较而言，这个途径的比较可行。

2. 公共秩序保留与国家豁免。有关国内法院在处理根据《纽约公约》承认与执行相关国际投资仲裁裁决案件的时候，往往会面对基于“公共秩序保留”和国家豁免的抗辩。对于这两种抗辩又应该如何处理呢？我们建议我国法院不要轻易采纳当事人关于“公共秩序保留”的主张，也不要主动认定有关情形构成适用“公共秩序保留”的情形，从而拒绝承认与执行针对有关国家的国际投资仲裁裁决。相反，我国法院应该更多地采用国家豁免方面的理由，来决定对有关裁决是否承认与执行。由此，我国也应尽快地完善和明确关于国家豁免的制度。

一方面，如果说国际投资仲裁裁决的承认与执行因为一方当事人是主权国家而变得敏感的话，在外国仲裁裁决的承认与执行中对公共秩序保留制度的适用也是非常微妙的。虽然各国对“公共秩序保留”的理解并不一样，但是各国法院在运用该制度的时候，都非常谨慎。就我国来说，自加入《纽约公约》20 多年以来，法院只有一次以“公共秩序保留”为由拒绝承认和执行一项外国仲裁裁决，在该案中法院认为对该项裁决的承认与执行将构成对我国国家司法主权的侵犯。^⑦ 而在所有其

⑤ 例如，处理运动员不服裁判或行业协会的有关决定的体育仲裁裁决也被该“商事保留”排除在《纽约公约》在我国的适用范围之外。参见黄世席：《奥运会仲裁裁决在我国的承认与执行》，载《法学论坛》2007 年第 4 期。

⑥ See 2004 U.S. Model BIT, art. 34 (10).

⑦ 2008 年，济南市中级人民法院拒绝承认及执行国际商会仲裁院第 13464/MS/JB/JEM 号仲裁裁决，该案是自 1995 年我国对国际商事仲裁司法监督实行内部报告制度以来最高人民法院首次同意以公共政策理由拒绝承认和执行外国仲裁裁决。案件详情及评述参见万鄂湘、于喜富：《中国法院不予承认及执行国际商会仲裁院第 13464/MS/JB/JEM 号裁决述评》，载《国际经济法学刊》第 16 卷第 3 期，北京大学出版社 2009 年版；赵秀文：《从永宁公司案看公共政策作为我国法院拒绝执行外国仲裁裁决的理由》，载《法学家》2009 年第 4 期。

他案件中,当事人关于“公共秩序保留”的抗辩都未获采纳。一个国家如果不审慎地运用公共秩序保留制度,势必对其“仲裁友好国家”的形象造成负面影响。而国家豁免制度是在国际法上获得普遍承认的制度,各国有关国家豁免的国内法制度也受到了相关国际公约和国际社会的普遍尊重。即使用国家豁免的理由拒绝承认与执行国际投资仲裁裁决也不易引起其他国家的非议。另一方面,公共秩序保留制度对于国内法院来说,在法律适用、承认与执行外国法院判决和仲裁裁决等事项上,都是发挥“安全阀”的作用,只有在没有其他正当理由,但是有关事项又确实关系到法院地的重要利益的时候,才动用该制度。而在国际投资仲裁裁决的承认与执行中,因为其涉及主权国家的敏感性问题可以先通过国家豁免制度来解决,在此也没有必要运用公共秩序保留这一“安全阀”。

三、结 语

在实践中,绝大部分国际投资仲裁裁决都能得到有关国家的自动履行,尽管有关国家往往和获胜的外国投资者就裁决支付的数额进行谈判并最终支付了少于裁决确定的金额。^③就中国来说,作为一个正致力于建立负责任大国形象的国家,当然一般都会自动履行裁决,但这并不表明,我国不需要明确有关国际投资仲裁裁决承认与执行的国内法制度。有关制度的确立不仅有利于我国更好地履行相关国际义务,也会为我国法院在处理针对其他国家的裁决承认与执行申请时提供依据。另外,通过对有关国际实践的考察,可以发现,在国际投资仲裁裁决的承认与执行问题上,国家豁免制度的影响重大。国内法院以国家豁免为由拒绝承认与执行有关国际投资仲裁裁决是国际社会所能接受的,我国也应尽快完成有关国家豁免的国内立法。

【主要参考文献】

1. A. Broches, “Awards rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, 2 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (1987).
2. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
3. Edward Baldwin, Mark Kantor & Michael Nolan, “Limits to enforcement of ICSID awards”, 23 *Journal of International Arbitration* (2006).
4. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
5. Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
6. Albert Jan van den Berg, “Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions”, 2 *ICSID Rev.* (1987).
7. Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

(责任编辑:杜焕芳)

^③ See Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.231.