

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2021.06.008

国际投资仲裁裁决执行中的国家豁免适用问题^{*}

孙南申 李思敏

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 国际投资仲裁裁决执行机制是投资争端解决程序运行的重要保障, 而国家豁免的适用则是投资仲裁裁决执行中的主要障碍且难以避免。实践中, 投资仲裁裁决的执行面临着仲裁裁决效力与国家豁免抗辩的表面冲突与处理难题, 同时涉及公约原则与国内法律的适用关系, 以及绝对豁免与限制豁免的适用选择与判断标准等问题。对国家豁免原则的适用问题, 本文分别从ICSID仲裁与非ICSID仲裁二个层面, 分析《ICSID公约》机制与《纽约公约》机制在处理裁决执行方面的特点与区别, 并结合投资仲裁的实际案例予以说明。本文旨在揭示投资仲裁裁决执行实践中正在形成与可行的原则与路径。本文认为, 有限豁免理论并不改变国家及其财产享有豁免的一般原则, 只是使国家在特定情况下不享受豁免权的保护。这种豁免例外实际上决定了国家豁免的范围和程度。关于裁决执行的法律适用, 本文认为, 虽然《纽约公约》规定各缔约国应承认裁决具有拘束力, 但实践中胜诉方申请执行裁决时仍会面临法律障碍, 而裁决执行中的法律适用主要涉及主权豁免与司法审查两个方面。

关键词: 投资仲裁; 裁决执行; 国家豁免; 限制豁免; ICSID公约; 纽约公约

中图分类号: DF96/F744 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2021)06—0099—12

随着全球国际投资的快速发展, 国际投资纠纷也出现大幅增加的趋势。近年来, 发生在投资者与东道国之间的投资争端主要通过国际投资仲裁机制加以解决, 其中多数投资纠纷都提交到《华盛顿公约》下的“国际投资争端解决中心”(ICSID)仲裁, 以ICSID为代表的投资仲裁机构已成为解决国际投资争端的主要平台。同时, 争议当事方也可将投资纠纷提交其他国际商事仲裁机构, 如ICC(国际商会仲裁院)、SCC(斯德哥尔摩仲裁院)、UNCITRAL(联合国国际贸易法委员会仲裁规则)临时仲裁庭、PCA(常设仲裁法院)等仲裁解决, 这些非ICSID仲裁机构也在投资争端解决中发挥着不可或缺的作用。

根据仲裁程序机制的不同, 国际投资仲裁可分为依据《ICSID公约》^①及《ICSID仲裁规则》作出的ICSID裁决, 与依据《纽约公约》^②及UNCITRAL仲裁规则作出的非ICSID裁决。《ICSID公约》为ICSID裁决的执行提供了依据, 非ICSID裁决则以规制国际商事仲裁裁决承认与执行的《纽约公约》为依据。

国际投资仲裁裁决的执行对投资争端解决程序的运行机制具有重要意义。对投资者而言, 投资仲裁是独立于东道国国内程序的救济途径, 可为投资者提供更为有利的

^{*}基金项目: 本文受国家社科基金项目“国际投资争端解决程序的保障机制研究”(项目编号: 17BFX145)的资助。

① 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》, 简称《华盛顿公约》或《ICSID公约》。

② 《承认与执行外国仲裁裁决公约》, 简称《纽约公约》。

保护机制,投资者的合法利益诉求最终要通过裁决的执行来实现。对东道国而言,投资仲裁裁决的执行涉及国家财产的执行豁免问题,东道国提出的国家豁免抗辩也会产生国家豁免争议或相应国家责任。

实践中,投资仲裁裁决的执行面临着仲裁裁决效力与国家豁免抗辩的冲突及其法律问题,主要包括:(1)两者冲突的现状与解决原则;(2)裁决执行中公约规定原则与缔约国国内法的适用关系;(3)国家豁免原则在两公约下分别适用的不同之处;(4)国家豁免中管辖豁免与执行豁免的关系;(5)绝对豁免与限制豁免的区分及判断标准;(6)国有企业财产与国际豁免的关系及区别等。这些问题将在本文的以下论述中进行具体讨论与分析。

一、投资仲裁裁决执行的依据及条件

(一) 两公约所规定的基本原则

根据《ICSID公约》第53条的规定,ICSID裁决无须经过缔约国的司法审查,因为承认与履行ICSID裁决是缔约国的义务,但申请执行中的程序问题,必须适用被申请国的程序法规定,包括:(1)每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力,并在其领土内履行该裁决所加的财政义务,正如该裁决是该国法院的最后判决一样;(2)裁决的执行应受要求在其领土内执行的国家关于执行判决的现行法律的管辖。^①

《ICSID公约》第53条关于裁决对争议双方具有约束力的规定依据的是“约定必须信守”与“既判力”原则,实为“诚信原则”的体现,均为国际习惯法规则的一部分(Schreuer, 2009)。在《ICSID公约》下,如败诉方不遵守裁决,胜诉方仅需通过程序向缔约国法院或机构出示裁决文本即可使裁决得到承认与执行。虽然如此,《ICSID公约》下的执行程序仍需适用执行地国的法律,包括其有关对执行豁免的法律规定。换言之,执行裁决是否应直接适用公约的相关规定、如何执行裁决须受制于缔约国的国内法管辖。

对于非ICSID裁决的执行,则应按《纽约公约》规定的原则进行,但国内法院可根据《纽约公约》第5条所规定的理由拒绝承认与执行。对非ICSID裁决,如败诉方未能自愿履行,多数情况下投资者应寻求缔约国的国内法院干预,这取决于可执行财产的所在地,以及可提起执行程序的国内法院相关规定。

(二) 两公约所规定的区别所在

由于《ICSID公约》第50条至第52条已对裁决后的救济(裁决的解释、修改与撤销)规定了一系列ICSID程序内的专项措施,因此在裁决的承认与执行阶段无须对裁决予以进一步的审查。与此相反,《纽约公约》第5条则规定了缔约国国内法院可以拒绝承认与执行裁决的一系列理由,主要包括:(1)仲裁协议无效;(2)仲裁中违反正当程序规则;(3)裁决内容构成超裁;(4)仲裁庭组成或仲裁程序不符当事人协议约定;(5)

^① 参见《ICSID公约》第54条第1款、第3款。

裁决被仲裁地法院撤销；(6)裁决事项不具可仲裁性；(7)裁决违反裁决地公共秩序。^①

关于裁决执行的地域范围，ICSID仲裁与非ICSID仲裁略有不同。《ICSID公约》可确保仲裁裁决在公约的缔约国执行，只要败诉东道国在其他缔约国境内有可执行财产，就不一定仅在东道国境内执行，这是在裁决执行的地域范围方面不同于《纽约公约》之处。而非ICSID裁决一般并不适用于在裁决作出地执行的情况，并允许缔约国作出商事保留。

选择ICSID仲裁对投资者的好处是胜诉后可免于司法审查并相对减轻国家豁免的抗辩。这也可以解释为何在多数投资争端中，投资者均选择在ICSID解决的现实。此外，在ICSID仲裁胜诉后的撤销程序中，投资者可通过提出担保来抵消东道国提出的中止执行程序。而且，如果胜诉的投资者无法提供东道国不适用执行豁免财产的地点，就可与东道国协商与让步解决执行问题，如“英国公司与玻利维亚仲裁执行案”则为这方面的典型案例。^②

二、仲裁裁决执行与国家豁免适用的关系

(一) 国家豁免的国际法依据

2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下简称《联合国国家豁免公约》)为世界范围内对主权豁免问题进行规范的公约，并于2005年开放签字。据联合国官网统计，截至2021年初，共有28个国家签署该公约，其中已有22个国家提交了批准书。因未满足该公约第30条关于公约生效的要求，该公约目前仍未生效。中国也参与了该公约的起草，并于2005年签署了该公约，但至今尚未批准。该公约虽未生效，但是其中许多条款已为国际社会视为国际习惯法规则，且该公约和各国国内法在国家豁免问题上的发展也是同步的。例如，法国已于2004年批准《联合国国家豁免公约》。根据公约，国家财产可被扣押，因公约中采纳了限制豁免的国际习惯标准。据此，投资者可以ICSID裁决为基础，向法国法院寻求扣押外国政府的财产。当然，东道国也可援引公约有关国家豁免的规定予以抗辩。

国家豁免的目的旨在维护国家主权，但国家的行为和财产并非全部具有主权属性，从而产生了绝对豁免和限制豁免两种理念。20世纪80年代，美国和英国分别通过了《1976年外国主权豁免法》和《1978年国家豁免法》，从最初采纳绝对豁免转变为后来的有限豁免，标志着西方发达国家对有限豁免理论的接受(赵建文，2005)。绝对豁免与限制豁免的区分不仅存在于管辖豁免中，也存在于执行豁免或强制措施豁免中。《联合国国家豁免公约》采纳了限制豁免理论，其内容反映了国际社会在国家豁免问题上的趋势而具有一定代表性。虽然《ICSID公约》和《纽约公约》均未对执行豁免内容作出具体规定，国家豁免也非这两公约所针对与解决的主要问题，但由于国家豁免是投资仲裁裁决的承认和执行中不可避免的问题，因而在适用与处理中必然会涉及与面对。

^① 参见《纽约公约》第5条第1款、第2款。

^② International Arbitration Reporter, June 3, 2014, available at www.iareporter.com/articles/20140603 (accessed October 22, 2014).

(二) 国家豁免在《ICSID 公约》下的适用

《ICSID公约》中明确提及执行豁免问题，其第55条规定，“第54条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律”，这一规定同时也确认了被要求执行国家的法律在执行豁免问题上的决定性作用。国家豁免问题是国际投资仲裁裁决执行中的最大障碍之一。应指出的是，国家豁免虽可作为东道国对强制执行的有效抗辩，但并不能为国家不履行仲裁裁决的行为提供理由或借口，也不影响仲裁裁决的效力和东道国履行裁决的义务。

国家援引适用主权豁免，只是在程序上使某些财产或全部财产免于被执行，其不履行行为仍然会构成对其国际义务的违背并产生相应的国家责任。正如《ICSID公约》第27条所规定的原则，投资者和东道国间的投资争端一旦交付仲裁，投资者母国则不能针对该争端进行外交保护，但是如果东道国不履行仲裁裁决，那么投资者母国将恢复行使外交保护的权限。此外，如果投资者在一国因为执行豁免问题未能成功执行裁决，仍可以在其他国家寻求执行或通过其他方式实现裁决。

在ICSID机制下，绝大多数被诉国会自愿履行对其不利的投资条约仲裁裁决。这表明在处理裁决承认与执行方面，《ICSID公约》机制不同于纽约公约机制之处。当一项条约仲裁裁决未能得到被诉国自愿履行，投资者便会到该国位于国外的财产所在地寻求执行，该执行程序将不可避免产生国际法方面的主权豁免问题，因为给予国家豁免通常被视为国际习惯法下的一项义务。但《ICSID公约》第55条的适用范围仅涉及执行豁免问题，并不涉及管辖豁免。因此，主权豁免范围仅涉及对特别财产的执行措施。

(三) 国家豁免在《纽约公约》下的适用

《纽约公约》第1条所规定适用主体范围为自然人或法人间的商事争议，但一般也理解为包括国家或国家实体在内，并确实一直适用于针对主权国家的投资仲裁裁决的执行(Van den Berg, 1989)。这是因为投资争端的当事方已事先约定非ICSID仲裁，而且投资仲裁一定程度上借鉴了商事仲裁模式。根据《纽约公约》第7条第1款的规定，^①裁决的承认与执行可适用缔约国的国内法及其所缔结的国际条约，胜诉方因此会考虑国内法或双边条约是否比公约提供更有力的执行机制。

虽然《纽约公约》未明确规定国家豁免问题，但公约第3条关于执行应适用裁决地程序规则的规定也隐含允许国内法院适用其国内法中有关主权豁免的规定。对此，也应结合《纽约公约》第7条第1款的规定加以理解。《纽约公约》第3条规定：“各缔约国应当承认仲裁裁决具有拘束力，并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之。”该规定中的程序规则应理解为包含国际法的一般原则可作为相关国内程序法的一部分，如主权豁免(Van den Berg, 1981)。这是因为，有些缔约国将国际法视为其国内法的一部分。同时，应当允许国内法院适用国内法中有关主权豁免的内容。

^① 《纽约公约》第7条第1款规定：本公约之规定不影响缔约国间所订关于承认及执行仲裁裁决之多边或双边协定之效力，亦不剥夺任何利害关系人可依援引裁决地所在国之法律或条约所认许之方式，在其许可范围内，援用仲裁裁决之任何权利。

可见,结合《纽约公约》第3条关于适用程序规则的规定,国家豁免内容可被理解为程序规则,因此国际投资仲裁中的国家豁免问题应属程序事项而非实体抗辩。也有国外学者认为,即使国家可提出执行豁免的抗辩,但其在裁决下的责任依然存在(Crawford, 2012)。所以投资者会考虑在实行有限豁免制度的国家,针对东道国在该国境内的财产提出裁决执行的申请。

由此可知,虽然《纽约公约》第3条规定各缔约国应承认裁决具有拘束力,^①但实践中胜诉方申请执行非ICSID裁决时仍可能面临法律障碍,因为《纽约公约》第5条第1款和第2款分别规定了执行地国的法院可以根据一方当事人所申请的理由或者直接依职权对裁决效力进行审查。除了公约第5条所规定的裁决司法审查规则外,缔约国国内法中涉及国家豁免的规定也会影响仲裁裁决的执行,因为被申请执行的法院可能采纳被申请人提出的国家豁免的抗辩。因此,裁决执行中的法律适用涉及主权豁免与司法审查两方面。

(四) 管辖豁免与执行豁免的适用关系

前已述及,虽然《联合国国家豁免公约》至今尚未生效,但其规定已经被承认为国际习惯法规则。同时,该公约也伴随着该领域国内判例法的同步发展。但其适用主要限于对国家财产执行中有关管辖的法律与程序规则。而且,《联合国国家豁免公约》的规定表明,一国同意接受法院或仲裁庭管辖并不意味着放弃了执行豁免权。

国际投资仲裁中,国家豁免抗辩的首要障碍是一旦东道国接受仲裁管辖则隐含其放弃了管辖豁免,^②但放弃管辖豁免并不一定意味着放弃财产豁免;次要障碍是仅适用于外交方面的豁免,而不适用于国家用于经济或商业活动的财产(Fouret, 2015:234)。《联合国国家豁免公约》第17条特别规定,“商业交易”一词包括投资事项,国家也不得援引管辖豁免。这种豁免例外通常被称为“仲裁例外”。

投资仲裁中的当事方,包括东道国,必须具有仲裁合意,该合意可能被解释为对管辖豁免的放弃。不过,由于《ICSID公约》本身对裁决的承认与执行做出了规定,较之仲裁条款,此规定对承认和执行的承诺更为直接和明确,因此法院可以直接援引该公约。在“Eiser诉西班牙案”裁决的承认与执行中,澳大利亚联邦法院认为,西班牙加入《ICSID公约》便意味着放弃了ICSID裁决承认与执行程序中的管辖豁免,因为该公约缔约国有义务承认和执行公约项下的裁决。^③但《ICSID公约》第55条已表明,国家同意根据《ICSID公约》进行仲裁,不构成对执行豁免法律的放弃,因此国家同意放弃管辖豁免并不导致放弃执行豁免。美国法院普遍认为,同意《ICSID公约》或《纽约公约》国际仲裁,导致默示接受裁决,并构成放弃主权管辖豁免。^④

英国法中有关国家豁免的内容包括管辖豁免与执行豁免,二者均包含在其《1978

① 即规定:“各缔约国应承认仲裁裁决具有拘束力,并依援引裁决地之程序规则及下列各条所载条件执行之”。

② Cour de cassation, Civ 1, November 18 1986, *SEEE v Yougoslvia*, 85-10912 and 85-12112.

③ *Eiser Infrastructure v. Spain* – Judgment of Federal Court of Australia – C – TD, para. 182, 192.

④ 28 USC, Section 1605(a)(1)

年国家豁免法》中。根据该法第9条的规定，国家一旦同意将以产生或可能产生的争端提交仲裁，则在英国法院不再享有与仲裁有关的程序豁免。根据该法第3条规定，国家并不享有其所参与商业交易有关的程序豁免。对于国家执行豁免问题，该法第13条也作出了相应规定，即：不能为执行目的而对国家财产采取禁令、对物诉讼、查封扣押，除非国家事先协议同意，但仅提交法院管辖不能视为同意执行，除非以上财产已用于商业目的。换言之，以书面同意和商业用途而作为执行豁免的例外。因此，就国家同意而言，应将同意管辖与同意执行加以区分。

三、执行豁免适用中的豁免限制

如前所述，在接受《ICSID公约》与《纽约公约》仲裁管辖机制下，包括东道国在内的当事方均有履行投资仲裁裁决的义务，因此仲裁裁决原则上应当得到执行。问题是裁决执行中适用国家豁免时，国家财产中哪些财产应免于执行，哪些财产可被执行？此即执行豁免适用中的“限制豁免”或“豁免例外”问题。限制豁免理论并不改变国家及其财产享有豁免的一般原则，只是使国家在特定情况下不享受豁免权的保护。这些情况被称为豁免的例外，实际上决定了国家豁免的范围和程度。

一般而言，判断执行豁免所根据的主要是国家财产而非国家行为的类型。在执行豁免中，限制豁免的程度体现为能够被执行或能够豁免于执行的财产的范围和种类。而在管辖豁免中，限制豁免的程度则体现为管辖争端所涉及的行为的范围和种类。

（一）裁决执行中的国家财产范围

限制豁免通常将国家的行为和财产分为两种，商业性或私法性的和主权性或公法性的，仅给予国家主权性的行为或财产以豁免(Herdegen, 2016)。采纳“执行限制豁免”的国家也须由申请人证明其申请执行的财产属于商业性财产或用于商业目的。

理论上，执行裁决中可以扣押的国家财产，其范围涉及不同类型的财产。但是，执行程序的最终结果取决于可扣押财产所在国的法律规定和法院的判决。一般而言，利益相关方所寻求执行的标的仅限于用于商业目的的国家财产，其范围包括特许权、与国家有密切关系的相关实体所持有财产或应收债务、所欠国家的或仲裁裁决确认的债务、外国实体所欠国家的税收或社会债务(如适用国家空间的机场税费)、拥有官方人员居住的建筑(使馆除外)等。

（二）“商业财产”及“商业活动”标准

执行豁免主要依据“财产目的”，并参考财产的主体和财产的性质。管辖豁免将“商业交易”排除于豁免范围之外，而执行豁免则将“政府非商业目的以外的财产”置于豁免范围之外。在“Sedelmayer诉俄罗斯案”中，法官认为用于国家公务的财产可以豁免，但不能表明，只要财产没有被用于商业目的财产就可以豁免，因为未用于商业目的的并不就一定等于用于公务目的(Wrange, 2012)。

许多国家国内法根据限制豁免理论, 采纳了与《联合国国家豁免公约》相似的区分方法, 将国家财产分为商业财产和非商业财产, 并对商业财产的豁免权加以不同程度的限制。一些国家通过了关于国家豁免的成文法, 如美国、英国、阿根廷、澳大利亚和新加坡等。美国《1976年外国主权豁免法》是非常有代表性的对外国在美国法院的限制豁免问题进行规定的法律, 法案体现在美国法典第28卷(28 U.S.C.)第97章(外国国家管辖豁免)中, 其中1609条到1611条专门对外国财产的执行豁免进行了规定。根据第1610条, 通常只有用于在美国的“商业活动”的外国财产才能在满足一定条件时, 不受执行豁免的保护。根据1603(d)条, 商业活动是指常规商业行为或特别的商业交易或行动, 活动的商业性应参考上述行为、交易或行动的性质来决定, 而不是参考其目的。

英国法和美国法在判断何为商业财产时, 均关注财产的使用目的。英国法是根据运用财产的“活动”的“目的”来判断, 更重视财产的最终目的, 而美国法是根据运用财产的“活动”的“性质”来判断, 更重视财产的使用形式或法律形式。对于“商业活动”的含义, 通过合同获得的产品或服务是否用于公共目的并不重要, 重要的是活动或交易的商业性质。但是对于裁决的承认与执行, 只要财产用于商业活动, 且执行不违反仲裁协议即可。

俄罗斯程序法对外国国家豁免问题也有所规定, 国家豁免原则无疑来源于国际法, 但其适用方式由俄罗斯法决定, 其《民事诉讼法》第251条第1款适用的是有限豁免原则, 规定外国只有在其行为作为行使主权职能时才能享有诉讼与强制行为豁免。因此, 如果争议是有关特定国家的经济或商业活动, 该国则无法从豁免中受益。区别行使主权职能与进行商业活动的标准是合同或交易的性质及其目的(Fouret, 2015:369)。

(三) 商业活动的类型

美国法典第1610条列举了7种用于商业活动的国家财产不能豁免于强制措施的情况。其中第2种情况是“请求”, 即基于财产所用于的商业活动提起国家赔偿金额的请求, 但该条件在投资仲裁裁决的执行中通常难以满足。在国际投资仲裁中, 争议所涉及的国家行为通常是国家行使公权力的行为, 如征收财产、停止投资者的特许权或改变税收政策等, 这些行为通常不构成或涉及商业活动。

上述第3种情况是执行所涉及财产权利系通过违反国际法所得。该规定与国际投资仲裁中的非法征收有关。在国际投资争议中, 东道国常被指控为征收行为, 如果仲裁庭判定东道国行为构成非法征收, 且该财产位于承认与执行国, 那么该财产将被用于执行裁决。

第6种情况是执行国际投资仲裁裁决较可行的方法, 即执行确认仲裁裁决的判决。指用于其他商业活动的财产, 类似于可供扣押的财产或“准对物诉讼”, 并不要求与财产或争端有关。该方法得以适用在于证明财产用于商业活动, 而不要求财产与争端或裁决相关, 只要不与投资条约和《ICSID公约》相冲突。

(四) 银行账户的执行

相较于其他形式的财产，银行账户财产便于执行，常被投资者申请用于执行国际投资仲裁裁决。银行账户中的财产本身并不能体现其用途或性质，通常需要通过账户主体或指定用途判断其是否享有执行豁免。但是，当国家将其财产置于中央银行或使领馆名下的账户时，则投资者难以证明其为商业财产。而且，专门用于支持外交或领事职能的财产不会被认定为商业财产。^①

(五) 政府担保的执行

在一起法国最高商事法院处理的担保合同纠纷案中，捷克银行系担保合同的债权人。本案的申请人主张担保合同无效，但初审法院中止了诉讼程序，理由是捷克共和国因国家豁免不能参与此案。上诉法院的判决不同意初审法院的决定，而允许案件继续进行。最高商事法院支持了上诉法院的判决，认为国家只有在行使公共主权职能时才享有豁免权，而本案纠纷产生于私人商业关系，与捷克共和国行使主权职能无关。^②因此，政府提供担保因属商业关系而不享受管辖豁免，当然也就不能享受执行豁免。

(六) 非 ICSID 裁决执行典型案例

非ICSID裁决下对国家财产执行中的最大障碍，是与ICSID裁决类似的主权豁免问题。如“Sedelmayer诉俄罗斯联邦案”，投资者为了执行针对俄罗斯的非ICSID裁决，先后在其他国家提起多件申请财产执行之诉，其针对俄罗斯财产的申请执行程序历经数国却收效甚微，仅有少数财产得到执行。^③在“瑞士Noga公司诉俄罗斯联邦案”中，投资者先后十多年力图查封属于俄罗斯政府的财产，如巴黎年展会上的两架俄罗斯飞机、停泊法国港口的一艘军舰和在瑞士艺术馆上临时展出的一套油画，但这些诉讼均被法国法院所驳回。^④可见，财产所在地法院是裁决执行中的最重要因素，尤其是法院对于主权豁免抗辩所采取的限制豁免原则。这似乎表明非ICSID仲裁裁决的执行远不及ICSID裁决执行有效，困难也大得多，主要原因还在于财产所在地的司法审查权。

四、执行豁免适用中的豁免范围

(一) 外交财产

外交财产的执行豁免受到更严格的保护。一方面，外交财产通常用于执行外交任务，有明确的公法目的，执行外交财产可能影响到外交人员履行公务活动。另一方面，1961年《维也纳外交关系公约》保护使馆内财产免受强制措施，因此，外交财产的豁免不仅受相关国内法保护，也受国际条约的保护。2017年，法国在《民事执行程序

^① *Liberian E. Timber Corp. v. Gov't of Republic of Liberia*, 659 F.Supp. 606, 610 (D.D.C. 1987).

^② Judgment of the Supreme Commercial Court 1363/11, Case A55-34768/2009, October 20 2011.

^③ *Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, SCC, Award, 7 July 1998.

^④ Cour d'Appel de Paris, Ref 09/19983, June 21, 2011, confirmed by the French Cour de Cassation, Ref 11-27751, on February 27 2013.

准则》中加入三个条款以明晰执行豁免问题,其中L.111-1-3条规定,对于用于外交任务的银行账户的执行豁免,国家的放弃必须是明确和具体的。换言之,明示放弃执行豁免并不影响外交财产的豁免,除非该明示豁免指定适用于某具体的外交财产。

(二) 中央银行财产

《联合国国家豁免公约》第21条将“中央银行或其他货币当局的财产”列举为“非商业目的财产”。英国《1978年国家豁免法》对“中央银行”财产作出了不同于其他财产的豁免规定。其中,第13(2)(b)条规定,国家的财产不受制于任何执行判决或裁决的程序,第13(4)条规定了商事例外,即第13(2)(b)条不适用于任何被用于或将被用于商事目的的财产。但是,第14(4)条规定,国家中央银行或金融当局的财产不应被视为第13(4)条所指的被用于或将被用于商事目的的财产,并且当其构成“不同于国家的实体”时,将享受第13(1)到(3)条中国家所享受的豁免。英国法院在“AIG资本诉哈萨克斯坦案”的裁决执行中主张,中央银行的财产不适用“商事例外”,即不论其目的如何,中央银行财产均享受豁免。^①实践中,法国法院将公共行为与商业活动加以区分,对于前者可主张主权豁免。根据法国《货币金融法典》中有关规定,外国央行账户或国家名义所持财产不得扣押。^②

(三) 主权性财产

《联合国国家豁免公约》第21条对“不应被视为用于或意图用于政府非商业性用途以外目的财产”进行了非穷尽式的列举,涉及用于外交、军事的财产、中央银行的财产和具有文化属性的财产等。该条所列财产应被视为主权性财产,并享受强制措施豁免。换言之,用于国家公务的财产可以享受执行豁免。中央银行的财产,和其他国家财产一样,之所以享有豁免,则是出于保护国家主权的需要。

实践中,对于与政府行为有关的商业活动的含义,美国法院不仅看与商业活动的联系,而且看其用途,政府通过商业渠道采购的财产如用于主权活动,则应予豁免。^③此外,政府贷款的收入只要用于政府目的仍应享有豁免。^④

在英国法律制度下,对于投资仲裁尤其是条约仲裁,国家不能以国家豁免作为对抗英国法院对裁决的执行行使管辖与执行。不过,英国法院对国家财产的执行仅限于商业财产,即用于商业目和非公共目的的财产。^⑤在前述“AIG资本诉哈萨克斯坦案”中,投资者成功地使裁决在英国得到承认,但高等法院根据英国《1978年国家豁免法》,拒绝执行由伦敦一家私人银行持有的哈萨克斯坦国家银行的财产。^⑥这表明对裁决的承认并不意味着对其执行,因为主权者享有执行豁免,只要所执行的财产是属

① *AIG Capital Partners Inc v Republic of Kazakhstan (National Bank of Kazakhstan Intervening)*, High Court, Queen's Bench Division, Commercial Court, [2005] EWHC 2239 (Comm), para. 87.

② French Monetary and Financial Code, Article L 153-1, first paragraph.

③ *City of Englewood v Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 773 F 2d 31, 36-37 (3d Cir, September 20 1985).

④ *Af-Cap, Inc v Republic of Congo*, 383 F 3d 361, 368-371, paragraphs 29-31 (5th Cir, September 17 2004).

⑤ SIA, Section 13(2), 13(3) and 13(4). (《国家豁免法》第13条第2、3、4款)

⑥ *AIG Capital Partners Inc v ROK*, Citation Number: [2005] EWHC 2239 (Comm); ICSID Reports 11 (2007): 118.

于独立的国家财产，而本案中第三方所持有的资产则是哈萨克斯坦中央银行的财产。

(四) 主权财富基金

主权财富基金(SWF)是否属于国家财产豁免的范围，是实践中有争议的问题。由于主权财富基金的性质与法律地位，如将其作为裁决执行标的提出，将难以确定SWF是否属于主权豁免的范围。对此问题的处理，澳大利亚法院通常是参照英国法院判决的先前类似案例。在英国法院处理的“AIG资本诉哈萨克斯坦”案中，AIG等作为ICSID裁决的债权人，在伦敦申请执行哈萨克斯坦国家银行(NBK)存放在荷兰伦敦分行(ABN)的现金与证券。^①本案中，NBK认为相关财产是哈萨克斯坦国家基金的一部分而提出申请撤销执行命令，理由是根据《英国1978年国家豁免法》第13条第2款b项的规定，ABN所持有的现金与证券构成NBK的财产而应豁免于执行。而申请方(债权人)认为这些财产并不能享有豁免，因为本案中的盈利性金融债券交易并非行使国家职能，也不在英国国家豁免法的适用范围内。

本案表明，裁决债务人的SWF是否属于国家财产豁免的范围，取决于被执行财产在性质上视为商业目的还是主权行为。广义上，两者的界限有时难以区分或并不明显。实质上，应对用于产生国家财富的财产与用于稳定期经济的财产加以区别。前者在外国主权豁免法下是可以被执行的商业财产，而后者通常不属于可执行的商业财产，尤其在当事国为发展中国家的情况下(Fouret, 2015:152)。

五、国有企业财产的执行问题

(一) 国家豁免与国有企业的关系

在《联合国国家豁免公约》下，“国家”一词不仅包括中央政府机关和特定条件下的地方政府，还包括有权并且实际行使国家主权利力的其他实体。^②在美国法下，如果国有企业的多数股份由外国国家所有，那么该国有企业将构成美国《外国国家豁免法案》下享有主权豁免的主体，该法案的立法报告表示，构成“代理机构或媒介”的实体包括国家贸易公司、中央银行、政府采购机构等其他可以自己名义行为和诉讼的部门”(梁一新，2017)。按美国《外国国家豁免法》第1610(b)条的规定，从事商业活动的外国代理机构或媒介的财产将在三种情况下不能豁免于执行。如果国有企业可以因行使主权而成为豁免主体，则其财产虽然通常不享有豁免，但例外情况下^③可享有豁免。

国有企业的财产能否作为针对东道国裁决的执行对象？一般而言，只有在其不具有独立地位而被视为国家或政府一部分时，才会将其财产视为国家财产。实践中，还取决于其行为在案件中被认定为公共行为还是商业行为？如属前者，可给予豁免；如属后者，则不予豁免。美国法院确定国家与国有企业(或国家实体)是否相互独立(或可

^① *AIG Capital Partners Inc v ROK*, Citation Number: [2005] EWHC 2239 (Comm).

^② 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2.1(b)条。

^③ 指“当国有企业被视为《联合国国家及其财产管辖豁免公约》下的国家时”。

归责于国家)的主要因素为:是否被视为国家机构、行使国家职能、为国家所指挥或控制(Fouret, 2015:96-97)。关于国有企业与国家的关系,企业或实体受国家控制或提供公共服务的本身,并不足以证明该实体就具有国家机构地位。此外,仅因金融机构受国家控制也不足以将其界定为国家机构。

(二) 国有企业独立地位及其标准

国际投资仲裁裁决执行中,投资者通常不能通过执行东道国国有企业的财产来实现裁决。因为投资者所指控的是东道国政府的行为,最终承担赔偿责任的也是东道国政府。国有企业是独立的法人,本身不属于政府之一部分,通常不是国际投资仲裁中的被请求方,其财产也不构成政府财产。国有企业的财产由该国有企业本身所有,不是其国籍所属国所有,即使直接或间接为该国所控制,也并不当然构成国家财产。

实践中,当国有企业实际上丧失其独立性时,国有企业财产可能被认定为国家财产,被用于完成主权国家的裁决义务。一般的标准是,当公司受到其所有者的全面控制,两者之间形成了主体和代理的关系。当国有企业财产被认定为国家财产时,受国家财产豁免的保护,只有当其满足豁免例外的时候,才能够被强制执行。

实践表明,执行中可供扣押的国家财产一般仅限于国家用于商业目的的财产。根据法国最高院的相关案例,因核电厂建设具有商业活动性质,用于此种活动的财产不享有执行豁免。^①在此原则之下,非国家组织(企业)所持有的财产,如果履行主权活动则与行使国家主权有关,企业行为就会被视为国家行为,非但无法主张财产豁免,也难以得到投资保护。

六、结语

国际投资仲裁中的国家豁免问题主要集中于执行豁免方面,因国家同意仲裁并不构成放弃执行豁免。投资仲裁裁决的执行与国家财产的豁免之间存在表面的冲突,而仲裁裁决的效力与限制豁免的存在成为公约体系下处理协调两者冲突关系的基本因素。虽然投资仲裁裁决执行中的豁免问题适用被请求执行国法律,但国家豁免并不影响裁决的效力与东道国履行裁决的义务。

限制豁免理论下,在管辖权阶段,国家对于其商业行为引起的争端,不享有管辖豁免;在强制执行阶段,国家对其商业财产不享有执行豁免。由于国家财产的来源复杂多样、难以查明,且可能涉及国家机密而不便细究。因此,对国家财产的使用目的判断及其是否构成商业财产至关重要。

《纽约公约》文本并未直接规定国家豁免问题,而《ICSID公约》则规定裁决的执行应受执行地国关于执行判决的法律管辖,并不得背离缔约国关于执行豁免的法律,强调了缔约国国内法对执行豁免问题的法律制约。相比之下,《纽约公约》则为当事方或法院对此提供了更大的解释空间,因《ICSID公约》赋予仲裁裁决直接执行的效力而未加司法审查限制,如不执行将产生国家责任。虽然如此,但有关主权豁免

^① *République islamique d'Iran v. Framatome*, Case 88-11.157 (Cour de Cassation, June 6 1990).

的国内法与习惯国际法的存在,使得投资仲裁裁决在《纽约公约》下因受制于司法审查而不易得到执行。

参考文献

- [1] 赵建文. 国家豁免的本质、适用标准和发展趋势[J]. 法学家, 2005(6).
- [2] Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*(8th ed.), UK: Oxford University Press, 2012:487.
- [3] Fouret, J., ed., *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards: A Global Guide*, Globe Business Publishing Ltd, 2015.
- [4] Herdegen, M., *Principles of International Economic Law*, UK: Oxford University Press, 2016: 81.
- [5] Schreuer, Christoph H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009:1099.
- [6] Van den Berg, A. J., "Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Conventions", *Arb Int'l*, 1989(5):11.
- [7] Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Wolters Kluwer, 1981: 277-282.
- [8] Wrangé, P., "Sedelmayer v. Russian Federation", *Am. J. Int'l L.*, 2012, 106:349-350.

【作者简介】孙南申: 复旦大学法学院教授, 博士生导师, 澳门科技大学特聘教授。研究方向: 国际投资法、国际私法。

李思敏: 复旦大学法学院博士研究生。研究方向: 国际投资法。

The Application of State Immunity in the Execution of International Investment Arbitration Awards

SUN Nan-shen & LI Si-min

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: The executing mechanism of international investment arbitration awards is the important security for operation of investment dispute settlement procedure, whereas application of state immunity is an unavoidable major obstacle to execution of investment arbitration awards. In practice, the execution of investment arbitration awards is faced with surface conflict and awkward issue between effect of arbitral award and plea of state immunity, which refers to application relation of the convention principles and municipal laws as well as choice of application to absolute immunity or restrictive immunity with its judgment standard. So far as application of state immunity principle concerned, this article makes analysis of the feature and difference for dealing with execution of awards under mechanisms of both ICSID Convention and New York Convention with two aspects of ICSID arbitration and non-ICSID arbitration respectively, combining actual cases in investment arbitration for illustration. The substance of this article is to find out and reveal the forming and feasible principle and route in the practice of investment arbitration awards execution. this article points out that the theory of restrictive immunity does not change general principle of enjoying immunity for the state and its assets, but makes the state not enjoy the right of protection for immunity under specific circumstance called exception of immunity which actually determines the scope and degree of state immunity. In concerned with law application for awards execution, the article takes the position that although New York Convention requires its member states should recognize the binding force of arbitral awards, the prevailing parties in practice are still faced with legal barriers, and the law application in the execution of arbitral awards mainly refers to two aspects of state immunity and judicial review.

Keywords: investment arbitration; execution of awards; state immunity; restrictive immunity; ICSID Convention; New York Convention

(责任编辑: 山草)