

论中国双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用

沈 伟*

摘 要 鉴于日益增长的国际投资仲裁体系和通过双边投资协定(及其与之联系的国际投资仲裁案例)施加于东道国保护外国投资的国际法义务的重要性,合理解释和适用中国签订的为数众多的双边投资协定的投资争端仲裁条款就显得极为重要。本文以谢业深诉秘鲁共和国案管辖权裁决所涉及的“争端”定义的范围、“涉及征收的赔偿数额”的解释、“分岔路口”条款、国内法院和华盛顿中心仲裁的相互关系、诉诸华盛顿中心仲裁的同意以及程序权利的最惠国待遇等问题为切入点,重点考察了中国第一代双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用。此外,本文从中国最近签署的若干个自由贸易或投资协定的投资仲裁条款中简要分析其中核心成分的立法趋势。

关键词 双边投资协定 争端解决条款 条约解释 条约立法趋势

中国已经签署了 125 个双边投资协定(Bilateral Investment Treaty),〔1〕在数量上仅次于德国(136),以协定数量为计,位列全球第二。〔2〕中国积极地同许多国家协商和签署自由贸

* 上海交通大学凯原法学院教授。作者感谢上海市教委东方学者项目的资助,以及慕子怡、曹晴在本文准备过程中提供的意见。

〔1〕 World Investment Report 2010, p. 177; available at http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf.

〔2〕 UNCTAD, Recent Developments in International Investment Agreement, IIA Monitor No. 3 (2007), available at UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/6. 本文引注的双边投资协定可以从下列网站查询: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx; <http://www.kluwerarbitration.com/BITs-countries.aspx>.

易协定(Free Trade Agreement),这些协定通常包含投资保护条款。^{〔3〕} 中国也与区域性组织达成经济合作合约,最新的成果是中国与东盟^{〔4〕}达成的投资框架协议。^{〔5〕} 此外,中国目前正在协商加入能源宪章条约。^{〔6〕} 另一方面,尽管在全球范围涉及双边投资协定的国际仲裁案件的数量自 20 世纪末期起呈爆炸式的增长,^{〔7〕} 中国并非常客。到目前为止,(所幸的是)没有任何外国投资者依据中国签订的双边投资协定向华盛顿中心(ICSID)对中国提起投资仲裁请求。

对此,学界存在两种解释。第一,这一现象也许可以归因于中国在 1998 年以前签订的旧版双边投资协定中限制性的投资争端解决条款。外国投资者很难根据这些争端解决条款提起仲裁请求,因为这些条款只给予了投资者有限的权利将与东道国的争端诉诸国际仲裁。例如,中国早期的许多双边投资协定要求投资者在提起国际仲裁之前必须穷尽当地救济,而且可仲裁的争端仅限于征收的数额而非征收的责任本身。这类狭隘的投资争端解决条款出现在大量的中国与许多欧洲国家(例如 1984 年挪威^{〔8〕}及法国,^{〔9〕}1985 年丹麦、^{〔10〕}1986 年英国)^{〔11〕}和大部分发展

〔3〕 中国已经签署的自由贸易协定包括 2006 年 11 月 24 日的巴基斯坦—中国自由贸易协定(第九章),2008 年 4 月 7 日的新西兰—中国自由贸易协定(第十一章),2008 年 10 月 23 日新加坡—中国自由贸易协定(第十章),以及 2009 年 4 月 28 日的秘鲁—中国自由贸易协定(第十章)。这些自由贸易协定可在网站 http://fta.mofcom.gov.cn/english/fta_qianshu.shtml 查询。

〔4〕 东盟于 1967 年由印度尼西亚、马来西亚、新加坡、泰国和菲律宾五个东南亚国家建立。其后东南亚五国文莱(1984)、越南(1995)、缅甸(1997)、老挝(1997)和柬埔寨(1999)陆续成为东盟的成员国。东盟的目的是促进该地区的友好关系,特别是这一地区的经济发展。

〔5〕 该协议全名为 Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the People's Republic of China,由中国和东盟全体成员国于 2009 年 8 月 15 日在泰国曼谷签订。该协议可在网站 <http://www.aseansec.org/22974.pdf> 查询。

〔6〕 能源宪章条约即 Energy Charter Treaty (December 17, 1994), 34 ILM 360, available at <http://www.encharter.org/upload/TreatyBook-en.pdf>; Monika C. E. Heymann, "International Law and the Settlement of Investment Disputes Relating to China", 11(3) *Journal of International Economic Law*, 2008, p. 1, 8.

〔7〕 这主要表现在外国投资者根据双边投资协定的投资仲裁条款将与东道国之间的投资保护争端递交到华盛顿中心,即根据 1965 年的《华盛顿公约》而成立的解决投资争端国际中心(ICSID,简称华盛顿中心),的仲裁案件数量急速增加。Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions" 73 *Fordham Law Review* 1521, 2005. 以这些案件的仲裁裁决,包括管辖权争议裁决和实体争议裁决为基础,国际投资保护法律框架基础的超过 1500 个双边投资协定催生了数以百计的投资仲裁案例。这些案例尽管不构成国际法上的先例,但对双边投资协定的解释和适用,以及外国投资保护标准的形成和演进奠定了新的法理基础。

〔8〕 挪威—中国双边投资协定(1984)议定书第 2 项。

〔9〕 法国—中国双边投资协定第 8(3)条。

〔10〕 丹麦—中国双边投资协定第 8 条。

〔11〕 英国—中国双边投资协定第 7 条。

中国家(例如东盟成员,包括1985年新加坡、^[12]1992年菲律宾、^[13]1993年老挝、^[14]1994年印度尼西亚^[15]以及1996年柬埔寨)^[16]的双边投资协定之中。这些投资争端仲裁条款或许阻碍了外国投资者通过国际仲裁机制解决投资争端。^[17]第二,亦有学者认为中国法律和法律体系完备,对外国投资者能够并且已经提供了足够的保护,所以,外国的投资者没有根据双边投资协定诉诸国际仲裁的必要。^[18]

谢业深诉秘鲁共和国(Tza Yap Shum v. The Republic of Peru)一案的管辖权和资格问题的裁决(下称“管辖权裁决”)是迄今为止第一个涉及中国双边投资协定的ICSID仲裁案件。^[19]谢业深(申诉方,简称“谢”)是定居于香港的中国公民,于2006年9月29日根据秘鲁—中国双边投资协定向ICSID提起针对秘鲁(被诉方)的仲裁请求。^[20]谢通过一全资英属维京群岛公司间接拥有TSG公司——一家在秘鲁注册制造鱼类食品并销售和出口到亚洲市场的公司。秘鲁税务部门对TSG征收1200万秘鲁新索尔的税收,并对其银行账户安排了税收抵押。谢诉称,冻结TSG的银行账户意味秘鲁违反了“公平公正待遇”以及“完全保护与安全”原则,是在没有做出补偿的情况下对资本、盈利与投资财产转移的限制,而这些都是秘鲁—中国双边投资协定所禁止的。这一裁决主要是针对秘鲁对仲裁庭管辖权的质疑而作的管辖权裁决。

一、“争端”的范围以及对“涉及征收的赔偿数额”的解释

ICSID仲裁管辖权的一个前提是存在“由投资直接产生的法律争端”。^[21]仲裁庭的管辖

[12] 新加坡—中国双边投资协定第13(3)条。

[13] 菲律宾—中国双边投资协定第10(2)条。

[14] 老挝—中国双边投资协定第8(3)条。

[15] 印度尼西亚—中国双边投资协定第9(3)条。

[16] 柬埔寨—中国双边投资协定第9(3)条。

[17] See, e. g., Stephan W. Schill, “Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China”, 15(1) *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2007, pp. 73—118; Kathryn Sanger, “Basic Principles of Investment Treaties”, in Michael Moser (ed), *Investor—State Arbitration — Lessons for Asia*, Juris Publishing, 2008, p. 22.

[18] Yuqing Zhang, “The Case of China” in Michael Moser, 见前注[17], p. 159.

[19] 该裁决的英文版可在网站 <http://ita.law.uvic.ca/otherinterinvestmentcases.htm> 查询。除非本文另有引注,本文所引的其他仲裁案件的裁决也可在该网站获得。另一个案件是中国黑龙江国际技术合作公司等三家公司依据中国—蒙古双边投资协定在UNCITRAL框架内向蒙古提出的仲裁请求。此案目前还在仲裁过程中。一家马来西亚公司于2011年5月24日第一次依据中国与马来西亚的双边投资协定在华盛顿中心对中国提起仲裁请求,但后来根据双方协定而于2011年7月12日“中止”(suspended)。Ekran Berhad v. People’s Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CaseRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCase>.

[20] 该协定为《秘鲁共和国政府和中华人民共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(Agreement between the Government of the Republic of Peru and the Government of the People’s Republic of China Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments),签订日期为1994年6月9日。

[21] 华盛顿公约,第25(1)条。

权主要是由双边投资协定就“争端”这一概念所做的定义和所确定的范围决定的。仲裁庭对不属于双边投资协定定义的“争端”不具有管辖权。

双边投资协定对“争端”(dispute)定义可以有若干“限制性”的规定。例如,旧版的中国双边投资协定,如英国—中国、挪威—中国以及丹麦—中国双边投资协定仅将“争端”限于那些“涉及征收的赔偿数额”的争端(“disputes involving the amount of compensation for expropriation”)。^{〔22〕} 中国在1998年以前签订的大量的双边投资协定都包含了类似的对“争端”的限制性的规定,依此,仲裁庭对征收是否实际发生以及东道国对征收是否负有国家责任没有管辖权,潜在地排除了对类似于欧洲媒体基金这类案件的管辖权。^{〔23〕}

在谢业深案件中,如何解释“涉及征收的赔偿数额”这一用语是双方胶着的关键问题之一。秘鲁反对仲裁庭对谢提出的与征收、“公平和平等待遇”以及“全面保护和安全”等实质性法律问题实施管辖权,因为秘鲁—中国双边投资协定第8条第3款仅规定,“涉及征收的赔偿数额的争端可以根据任何一方的要求提交至ICSID国际仲裁。”秘鲁将“涉及”(including)解释为“限于”或是“排他地”。根据这一限制性的解释,可仲裁的争端仅仅包括“与投资价值的决定有关的争端”而排除其他“潜在的重要问题”,例如“征收发生与否”以及“赔偿是否必须得到支付”。^{〔24〕} 因此,秘鲁对管辖权的反驳是:谢的仲裁请求不在第8条第3款的范围之内;仲裁庭对秘鲁税务机关的行动是否构成了对谢在TSG的投资的征收责任没有管辖权。谢的辩解恰恰相反,对“争端”一词的解释处于解释谱系的另一极端。谢主张仲裁庭“对与所称的征收有关的其他重要事项的决定”应得到许可。^{〔25〕} 由于认识到“这样的言辞似乎在寻找一定的限制”,仲裁庭尝试确定“这些限制的准确范围”。^{〔26〕}

在解决这些“核心的(条约)解释问题”时,^{〔27〕} 仲裁庭根据《维也纳条约法公约》第31条中所列的方法,即“善意地根据条约中概念的一般意思,根据上下文以及根据它的目的与目标”对条约进行解释。^{〔28〕} 仲裁庭并不完全认同这一用语添加了一些“限制”,进而同意这一用语“或许具有更多可能的意思”。^{〔29〕} 仲裁庭,在采用“一般含义”(ordinary mean-

〔22〕 蒙古—中国双边投资协定第8条;也门—中国双边投资协定第8(3)条;乌拉圭—中国双边投资协定第9(3)条;土耳其—中国双边投资协定第VII(b)条;秘鲁—中国双边投资协定第8(3)条;黎巴嫩—中国双边投资协定第8(3)条。

〔23〕 European Media Venture SA v Czech Republic, UNCITRAL Award on Jurisdiction, May 15, 2007; The Czech Republic v European Media Ventures SA [2007] EWHC 2851.

〔24〕 管辖权裁决,第150段。

〔25〕 管辖权裁决,第150段。

〔26〕 管辖权裁决,第145段。

〔27〕 管辖权裁决,第149段。

〔28〕 管辖权裁决,第146段。

〔29〕 管辖权裁决,第150段。

ing)方法时,依赖《牛津字典》,该字典把“涉及”一词定义为“包入、包裹、使卷入、包括”。^[30]这个定义使得仲裁庭支持谢“最广义的解释”是“最合适”的解释方法。^[31]结果,根据双边投资协定第4条所列的(征收的)构成要件^[32]和“涉及”一词的包容性含义,仲裁庭最大限度地解释了这一用语,认定仲裁庭有权管辖依此而提起的所有与征收有关的仲裁请求,“诸如(i)征收、国有化、或者其他类似手段是否发生;(ii)这些是否满足公共利益的要求;(iii)这些是否遵循了适当的国内法程序;(iv)是否存在歧视;(v)赔偿是否会被支付;(vi)该赔偿是否等同于征收的投资的价值,是否用可转换和可自由转移的货币进行支付并且没有不合理的延迟”。^[33]

仲裁庭进一步采用“双边投资协定前言中的文字”作为条约解释的补充性工具,部分是为了更加有效地支持它采用的“范围更广的(条约)解释”方法。仲裁庭认识到“双边投资协定包含将某些争端提交仲裁的权利的目的在于授予(投资者)某些利益从而促进投资。”^[34]考虑到条约的语境,尤其是认同投资者将与征收相关的争端提交 ICSID 仲裁的重要性,仲裁庭认为将投资争端提交仲裁的权利不应因为“涉及征收的赔偿数额”这样的言辞而被排除。否则,第8条“吸引外国投资者”的真正目的就会令人产生怀疑。^[35]这一条约解释方法被仲裁庭反复用于裁决过程的语境分析之中。

国际投资仲裁判例法理中,各个 ICSID 仲裁庭在解释相同或者相似的用词时表现出明显的分歧。一些仲裁庭采用了一个更为宽泛的解释方法,从而使有关征收的存在与合法性的争端同征收赔偿数额是否足够等问题都属于可仲裁事项,^[36]但是另外一些仲裁庭得出了相反结论,仲裁庭的管辖权仅限于负担的赔偿数量。^[37]在慎重考虑过这些案件之后,谢业深案的仲裁庭得出了两点结论:(i)这样的限制词汇源自于“缔约方有意限制本条约下仲裁的范围”,

[30] 管辖权裁决,第151段。

[31] 管辖权裁决,第150段。

[32] 秘鲁—中国双边投资协定的第4条规定如下:1.任一缔约方都不应征收、国有化或者采用类似的方法(“征收”)对待另一缔约方的投资者在该国领域内的投资,除非以下条件得到满足:(a)为了公共利益;(b)根据国内法律程序;(c)没有歧视;(d)会有赔偿。2.该条第一段(d)中所提及的赔偿应该等同于当征收被宣布时所征收的投资的价值,应该是可兑换的和可自由转移的。该赔偿的支付应当没有不合理的延迟。

[33] 管辖权裁决,第152段。

[34] 管辖权裁决,第153段。

[35] 管辖权裁决,第153段。

[36] *Saipem SpA v. Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, March 21, 2007; *Telenor Mobile Communications AS v. Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Decision on Jurisdiction, September 13, 2006.

[37] The tribunal in the case of *RosInvest Co. UK v. The Russian Federation*, SCC Case No. V070/2005, Award (October 2007) interpreted a BIT's most favoured nation clause as allowing for the arbitration of claims otherwise falling outside the scope of the BIT's dispute settlement clause. *Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. V080/2004, Award (April 21, 2006).

然而这很难被证明是一项严格的“国家政策”；^{〔38〕}并且(ii)没有政府试图从国家或者公共政策的观点作这样的争辩,即应当将所有与征收有关的法律问题从国际投资仲裁中排除出去,而且没有任何一个仲裁庭或者政府把这一“决定性因素”视为争论或抗辩的重点。^{〔39〕}仲裁庭认为在谢业深案中,建立更广的管辖权的证据力同其他相似的 ICSID 案件的决定是一致的。^{〔40〕}仲裁庭对相关案例进行比较研究的意图十分明显:它尝试从其他案例中引入支持其裁决的合法性。尽管如此,对其他裁决进行历史性回顾使仲裁庭的扩大化的解释方法更显得问题多多。一方面,仲裁庭意识到一些国家在投资协定中使用限制性的“争端”定义的意图。对于发展中国家而言,使用这一限制性定义的关键原因是不希望稀释主权,而是仅仅允许那些征收赔偿数额的争端通过仲裁进行解决。另一方面,仲裁庭没有将缔约国在条约缔结过程中表现出的意图吸收到条约解释过程之中。从这个角度看,仲裁庭有选择性地忽略可能塑造更为限制性的条约解释的公共政策的观点。

中国近期签订的双边投资协定开始逐渐摆脱“争端”的限制性定义的束缚,更加开放地允许“任何投资争端”被提交到 ICSID 或者临时仲裁庭。^{〔41〕}一些协定选择适用“与一投资有关的任何法律争端”。^{〔42〕}这一法律术语可以采用更为广义的解释。“法律争端”的概念出现在 ICSID 公约第 25 条,并曾经被 ICSID 仲裁庭仔细地加以考虑。判例法理确认了“法律争端”必须“关注法律权利或者义务的存在或者范围,或者因为违反法律义务而进行赔偿的本质或者程度”。^{〔43〕}最新的新西兰—中国自由贸易协定把争端条款的范围限制在第 11 章所列的具体投资引起的争端。在该协定中“投资”的定义非常宽泛,包括“任何一种被投资的资产,不论直接的还是间接的”,包括但不限于“财产、股权、金钱的诉求、知识产权、特许、法律或合同所授予的债券和权利,比如许可”。^{〔44〕}

到目前为止,最为宽泛的定义或许是“所有争端”或者“任何争端”的表述,这些表述后面一般会跟着一些修饰语。秘鲁—中国自由贸易协定在投资争端解决条款中同样采用了“任何争端”一词。^{〔45〕}但是,“任何(或者所有)争端”这一表述的重要性不应该被过分夸大。首先,“任何争端”一词仍然与“投资”一词相联系。例如,秘鲁—中国自由贸易协定在“任何争端”前附加了“与投资相关”一词。^{〔46〕}这意味着在投资者和东道国之间的大多数争端仍然应该是与投资

〔38〕 管辖权裁决,第 174 和 176 段。

〔39〕 管辖权裁决,第 175—176 段。

〔40〕 管辖权裁决,第 173—186 段。

〔41〕 巴巴多斯—中国双边投资协定(1998)。

〔42〕 约旦—中国双边投资协定;比利时/卢森堡—中国双边投资协定。

〔43〕 *Azurix Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 第 58; *El Paso Energy International Company v Argentina*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, paras 61—2; and *Saipem SpA v Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/7, Decision on Jurisdiction of March 21, 2007, para95.

〔44〕 新西兰—中国自由贸易协定第 135 条。

〔45〕 秘鲁—中国自由贸易协定第 139(1)条。详见下表 1 所引。

〔46〕 秘鲁—中国自由贸易协定第 139(1)条。

活动相关的法律问题。其次,“任何争端”尽管广义,但具体范围和对象并不清晰,也有可能成为争议的焦点。在萨里尼^[47]和SGS^[48]等案件中,这一概念被仲裁过。仲裁庭可能采取不同的方法解释和适用这一定义。某些仲裁庭可能不仅把管辖权扩大到条约的违反,也通过宽泛地解释这一用词而将管辖权扩大到合同请求;^[49]而另外一些仲裁庭可能把“与投资有关的争端”的广义的规定当成是纯描述性的概念,没有任何同意仲裁合同争议的暗示。在这方面,东盟—中国投资框架协议采用的定义就非常精细:“关于一个被主张违反国民待遇、最惠国待遇、投资待遇、征收、损失赔偿、转移和剥夺利润义务的,引起投资者与其投资的管理、操作、运行、或销售或其它处理有关的损失或损害的投资争端……。”^[50]

二、“分岔路口”条款及国内法院和ICSID仲裁的相互关系

谢业深案中第二个争议的程序问题与秘鲁—中国双边投资协定中的“分岔路口”(fork-in-the-road)条款有关。具体而言,争论的焦点是仲裁庭应该如何处理国内法院和ICSID仲裁庭之间的多重程序问题。协定第8条规定如下:

1. 任何发生在一缔约方的投资者与另一缔约方之间的在另一缔约方境内的与投资相关的争端,应该尽量通过争端双方协商的方式友善地予以解决。

2. 如果争端不能在六个月内通过协商方式解决,任一争端方有权将争端提交接受投资的缔约国适格的法院。

3. 如果涉及征收的赔偿数额的争端无法在六个月内诉诸于本条第一款所述的协商方式解决,则该争端可以根据任何一方的要求被递交到根据于1965年3月18日在华盛顿签署的ICSID公约建立的ICSID进行国际仲裁。一缔约方的投资者与另一缔约方之间其他事项的任何争端,如果双方同意,也可以提交至ICSID。如果投资者已经诉诸于本条第二段规定的程序,本条中的条款不应当适用。

秘鲁认为第8条的规定勾画出一个三步走的程序:“①在六个月中进行协商;②如果争端无法解决,投资者可选择将争端提交投资接受国的法院;③只有在这一法院决定了该事件之后,而这一与赔偿数额有关的争端仍然无法解决时,投资者才有权进行国际仲裁。”^[51]对第8条的简单解读留给人们这样的印象,国内法院和ICSID仲裁庭是按照时间顺序进行序列排列的,也就是“先到先得”。秘鲁—中国自由贸易协定确认这样的顺序,规定“……如果争端中的

[47] Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, para 8.

[48] SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, para 161; SGS Societe Generale de Surveillance SA v. the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, para 135.

[49] Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, para 61; SGS Societe Generale de Surveillance SA v. the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, para 135.

[50] 东盟—中国投资框架协议第14(1)条。

[51] 管辖权裁决,第158段。

投资者没有将争端提交到接受投资的一方的适格的法院或者其他有任何约束力的争端解决机制进行解决,它就可以被提交到 ICSID……”^[52]如果这个序列排列成立的话,国内法院和 ICSID 仲裁庭的关系就是一种非此即彼的选择或者“垂直结构”。换言之,根据第 8 条第 2 款和第 8 条第 3 款的表面意思,合理的条约解释似乎应该是,投资者在选择将争端提交东道国法院时,便失去了诉诸国际仲裁的权利。^[53]

从语境分析的角度出发,仲裁庭深入分析第 8 条第 2 款和第 8 条第 3 款的“一般含义”,基于两个原因而达成了相反的结论。首先,仲裁庭认为,第 8 条第 2 款中“可能”一词似乎是暗示将争议提交缔约方适格的法院是“允许的”而非“强迫的”,依此,秘鲁“义务性”的“三步走”的解读就变得缺乏说服力。^[54]仲裁庭分析第 8 条第 2 款的“可能”一词是有问题的,因为英文版的协定实际上是使用“应当”(shall)一词。正如秘鲁的证人强调^[55]并且协定自身确认,^[56]在条约解释发生分歧时优先适用英文文本。第二,仲裁庭没有强调“岔岔路口”这一规定的禁止反言的本质,而仅仅因为选择当地法院而排除 ICSID 仲裁。相反,仲裁庭推论第 8 条第 3 款“似乎在确认第 8 条第 2 款规定程序的例外,换句话说,由接受投资国的法院来决定征收的争端。”^[57]仲裁庭把国内法院和国际仲裁庭之间的管辖关系定性为“平行结构”组合。如此一来,正如裁决指出的那样,谢有权直接进行仲裁而无需首先用尽当地法院的救济。这种当地法院和 ICSID 仲裁庭之间相互关系的模式在一些 ICSID^[58] 和非 ICSID^[59] 仲裁案件中得到确认。

在解释第 8 条第 2 款是如何与第 8 条第 3 款共同运作时,仲裁庭不再采用它曾经运用于解释“争端”一词范围的“语言学方法,”相反,它尝试“在双边投资协定全文中确立第 8 条的‘客观意

[52] 秘鲁—中国自由贸易协定第 139(2)条。

[53] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 364; Pamela B. Gann, “The US Bilateral Investment Treaty Program”, 21 *Stanford Journal of International Law* 373, 1985, pp. 437—8; Antonio R Parra, “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, 12 *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal* 334—5, 1997, pp. 351—2.

[54] 管辖权裁决,脚注 85。

[55] 管辖权裁决,第 168 段。

[56] 刚好在秘鲁—中国双边投资协定的签名栏之前的一句话。

[57] 管辖权裁决,第 149 段。

[58] *Amco Asia Corporation and others v Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Annulment of May 16, 1986, para 63; *Lanco International v Argentina*, ICSID Case No ARB/97/6, Decision on Jurisdiction of December 8, 1998, para 39; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award of September 16, 2003, paras. 13.1—13.6.

[59] *CME v. Czech Republic*, Final Award, March 14, 2003, 9 ICSID Reports 264, para 412; *Yaung Chi Oo v. Myanmar*, ICSID Case No ARB/01/1, Award of March 31, 2003, 42 ILM 540 (2003), para 40; *Nycomb Syn-ergetics Technology Holding AB v. Latvia*, SCC Case No 118/2001, Award of December 16, 2003, sec. 2.4, 1 *Stockholm International Arbitration Review*, 2005, p. 53.

思’(objective meaning)”。^{〔60〕} 考虑“协定全文”是为了“增加缔约双方之间私人投资的流量,”^{〔61〕} 仲裁庭认为第8条第2款的用词是“不必要的”,因为任一缔约方的投资者在任何情况下都可以将任何争端递交到当地法院。这引出了第8条的“客观意思,”应该“通过引入国际法保护的概念……扩大投资者的权利与保护。”^{〔62〕} 在认识到“扩大权利和保护”的重要性以及国内救济手段与ICSID仲裁之间相互关系的不可逆转的本质时,仲裁庭确立了它事实上对征收的仲裁请求“扩大的”管辖权。根据仲裁庭的推理,当投资者被迫首先将是否存在征收的诉求提交到国内法庭时,“分岔路口”条款就会浮现出来,这实际上剥夺了投资者将争端递交仲裁的权利。仲裁庭没有接受这样的解释,因为就仲裁庭看来,这不符合协定的目的和意图。仲裁庭思考这一相互关系的路径既不直接也不令人信服。技术层面而言,仲裁庭对“分岔路口”条款的理解和采用“客观意思”进行条约解释的技术是有很强目的性的,直接反映了仲裁庭所持有的有效解释原则或者功能主义的解释方法,具有“扩大”管辖权的预设性。这些条约解释技术再次展现了ICSID仲裁中存在的、以商业仲裁模式解决投资争端的倾向,而不考虑包含在投资争端仲裁中的国际公法因素。^{〔63〕}

仲裁庭在形成观点的过程中也考虑了秘鲁—中国双边投资协定的谈判历史,例如协定的准备工作以及谈判过程。在仲裁庭听审阶段,秘鲁提供了一位参与协定谈判过程的秘鲁代表的证言。^{〔64〕} 该证人确认,谈判大部分内容是根据一份中国提交的协定草案进行的,但在秘鲁批准加入ICSID公约以后的谈判又加入了一份由秘鲁方面提供的草案。这一秘鲁草案区别于中国“分岔路口”条款的地方在于:“在友好协商的初始阶段之后,双方有权选择并将未被解决的争端提交缔约方适格的法院或者ICSID进行仲裁。”^{〔65〕} 在解释国内救济和ICSID仲裁的关系时,秘鲁方面认为在国内法院和ICSID仲裁两者之中的任一机制的选择是“不可变更的”。^{〔66〕} 仲裁庭拒绝了秘鲁希望基于协定谈判参与者的证词对第8条第3款作出狭窄的解释,理由是双方缔约国最终没有采纳证人作证的谈判版本和文字。^{〔67〕}

在投资条约法理中,“分岔路口”条款的主要功能是禁止投资者在各种争端解决机制中作出一种选择之后,紧接着在其他争端解决机制中又对争端提起诉讼或仲裁。一旦一方业已选择了某一特定的争端解决机构,那么这一选择应该是最终的,在此之后不能选择使用其他机制。这类条款在维梵迪^{〔68〕}和煤气输送公司^{〔69〕}等案件中是争议的焦点。由于在双边投资协

〔60〕 管辖权裁决,第187段。

〔61〕 管辖权裁决,第187段。

〔62〕 管辖权裁决,第187段。

〔63〕 Stephen J. Toope, *International Mixed Arbitration*, Grotius 1994.

〔64〕 管辖权裁决,第134—137段。

〔65〕 管辖权裁决,第170段。

〔66〕 管辖权裁决,第170段。

〔67〕 管辖权裁决,第171段。

〔68〕 *Compania de Aguas del Aconuija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Annulment.

〔69〕 *CMS Gas Transmission Co v Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Jurisdiction.

定中采用了“分岔路口”条款,一事不再理原则(ne bis in idem)得到了进一步的加强,因为当事国可以因此而限制多重程序,否则东道国可能不得不在其它程序中就相同案件做同样的抗辩。本质上,“分岔路口”原则和用尽当地救济规则是一个硬币的两个方面。然而,“分岔路口”规定并不必然强迫投资者用尽当地救济或者必须在一开始就诉诸当地的法院。从这点来看,秘鲁提出的“义务性的”三步走序列的观点并不绝对正确。谢业深案的裁决实际上强化了投资者可能避开当地法院而直接适用国际仲裁的可能性。这对解释和适用旧版的中国投资协定具有突破性的意义,因为这意味着投资者无须从当地法院获得就征收是否存在的确认。根据管辖权裁决,投资者可以依中国的双边投资协定,直接将请求提交到国际仲裁庭。

为了使“分岔路口”条款得以适用,随后的程序必须考虑相同当事方之间的包含相同诉因^[70]的相同争端。^[71]由于这“三重相同”的要求,几乎没有案件留意到“分岔路口”条款有禁止诉求的实际作用。例如,在煤气输送公司,^[72]LG&E^[73]和安然^[74]等案中,美国—阿根廷双边投资协定中的“分岔路口”规定被认定为不阻止外国股东提起仲裁请求,尽管事实上他们投资的公司已经在阿根廷的法院以其自己的身份提起诉讼。这一决定的准确性可以根据 ICSID 公约第 26 条进行检验。该条规定“在公约下,除非另有说明,双方同意仲裁应该被认为同意接受仲裁而排除其他任何的救济形式。一缔约国可以要求用尽当地行政或者司法救济作为它同意在本公约下仲裁的条件。”第二句的表述在实践中的应用十分有限,^[75]但第一句的表述可能在适用中引发一些问题。由于“除非另有说明”的例外,投资者在不同的争端解决形式中可以进行选择。这是因为第 26 条是解构性(选择性)的规则,通过相反和明确的意图可被取代。当其他的争端解决机制在 ICSID 仲裁开始之前进行时,第 26 条的作用是什么呢? ICSID 同意的本质可能并未确定性地支持这一观点,即排除或者用尽第 26 条下的其他救济方式并不适用于投资者,直到他提交仲裁申请时为止。^[76]

[70] Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of December 8, 2003, para 90.

[71] Gami Investments v The Government of the United Mexican States, UNCITRAL Final Award of November 15, 2004, para 37.

[72] CMS Gas Transmission Co v Argentina, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Jurisdiction of July 17, 2003, paras 72—82.

[73] LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/1, Decision on Jurisdiction of April 30, 2004, para 76;

[74] Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of January 14, 2004, para 95;

[75] Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, pp. 102, 389.

[76] 某些仲裁庭要求尝试在国内法院获得补偿,不是作为像管辖权一类的事,而是作为国际法有关标准被违反的证据的一部分。仲裁庭曾经主张“将用尽当地救济的概念并入实质标准。” Waste Management Inc. v Mexico, ICSID Case No ARB/00/3, Award of April 30, 2004, para 97; Generation Ukraine, Inc. v Ukraine, ICSID Case No ARB/00/9, Award of September 16, para 20. 30; EnCana Corp v Ecuador, LCIA Case No UN3481, Award of February 3, 2006, (2006) 45 ILM 901, para 194.

一些晚近的中国投资协定开始接受更富弹性的“分岔路口”条款,不阻碍投资者将争端诉诸于 ICSID 或者临时仲裁庭,即使投资者已经将争端诉诸国内行政审查程序。例如,新的德国—中国双边投资协定规定,一争端方可以从国内法院撤销争端,并将它提交国际仲裁庭。如果选择了 ICSID 进行仲裁,中国可能会要求投资者在诉诸 ICSID 仲裁之前先经过国内行政审查程序。新西兰—中国自由贸易协定是最近的一个例子,即使争端已经被提交至适格的法院,该争端也被允许提交仲裁,条件是“如果相关投资者在最终判决下达之前从国内法院撤销诉讼。”〔77〕这个附加条件与北美自由贸易区协定下的放弃(豁免)义务有些相似,即投资者在诉诸仲裁之前必须签署书面文件,放弃任何展开或继续适用当地法院程序的权利。类似的安排也出现在东盟—中国投资框架协议之中。〔78〕不同的是,对印度尼西亚、菲律宾、泰国和越南的投资者而言,他们对任何争端解决方式的选择是最终的。〔79〕言外之意,对东盟其他国家和中国的投资者而言,他们选择的争端解决机制未必是最终的。秘鲁—中国自由贸易协定进而厘清了国内法院与国际仲裁庭之间的序列关系:

如果争端不能从争议的投资者书面要求磋商或者协商的六个月内通过协商解决,又如果争端的投资者没有向接受投资的缔约方的适格的法院或者其他有约束力的争端解决机制提交该争端进行解决的,该争端可以根据投资者的选择被提交到下列之一的国际调解或者仲裁机构:……〔80〕

在中国旧版的双边投资协定中,较为保守的“分岔路口”规定可能不允许投资者将争端诉诸仲裁,如果投资者已经将争端提交国内法院。中国和秘鲁现在对用尽当地救济原则采取更加开放和宽松的态度。也就是说,用尽当地救济原则在今后可能不再被强制施加在投资者身上。

三、诉诸 ICSID 仲裁的同意

与其他形式的仲裁一样,双方的同意(consent)是 ICSID 仲裁管辖权的基石。〔81〕就 ICSID 仲裁的同意形式而言,除了要求书面形式的同意之外,几乎没有其他要求。〔82〕在建立

〔77〕 新西兰—中国自由贸易协定第 153(3)条。

〔78〕 详见下表 1 所引。

〔79〕 详见下表 1 所引。

〔80〕 秘鲁—中国自由贸易协定,第 139(2)条。

〔81〕 Autopista Concesionada de Venezuela, CA v Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, para 95; Executive Directors' Report, Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1 ICSID Reports 28 (1993); (1966) 60 *American Journal of International Law* 892; (1965) ILM 4, 524, available at <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>; Antonio R. Parra, "Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention", 10 *ICC Arbitration Bulletin* 27, 1999.

〔82〕 华盛顿公约,第 25 条。

仲裁庭的管辖权过程中,争议双方都必须作出书面同意。^[83] 国际投资仲裁案例亦确认,国家的同意可以由指代的方式形成,^[84]或在特许合同中给出,或在本国的外国投资法、双边投资协定、或国际条约(例如能源宪章条约)中规定。^[85] 一旦双边投资协定作出同意,该同意就很难被单方撤销。^[86] 除非在条约法下存在一个终止的基础,即使一缔约方可以作出终止同意的努力,关于仲裁的同意仍然有效。这些关于同意仲裁的基本原则暗示着批准 ICSID 公约本身不构成国家通过 ICSID 程序对争端进行仲裁的同意。也就是说,国际投资仲裁需要明示的同意。

自 1969 年开始,ICSID 公约和 ICSID 使用的模式条款试图使同意仲裁具有法律上的约束力。^[87] 双边投资协定的新一轮浪潮朝着间接的、非同时的以及“分步的”仲裁同意方向发展。在这个机制之下,同意仲裁不再根据传统的仲裁协议达成直接的合同关系。取而代之的是,东道国给出仲裁的要约,加上投资者行使选择权决定选择仲裁。在 ICSID 公约下,ICSID 仲裁同意实际上排除了所有其他的救济,无论是在国内的法庭或者是在其他国际仲裁庭。^[88] 不少中国双边投资协定也采用了这种方法。^[89]

中国在许多双边投资协定中同意在 ICSID 机制下进行仲裁。尽管如此,一些早期的协定只做出“有限的”同意:被提交到 ICSID 的争端一定是定量争议(quantum disputes)。有限的同意限制了仲裁庭的管辖权:仲裁庭无法管辖违反外国投资保护实质标准而引起的争端。例如,仲裁庭或许不能仲裁那些违反协定下义务而给投资者造成损失和损害的争端。其他一些中国双边投资协定(正好是 1993 年中国批准 ICSID 公约后达成的)允许缔约方“通过共同协定”把“任何有关其他事项的争端送交到临时仲裁庭”。^[90] 没有这样的临时或者对国际仲裁的附随同意,理论上投资者便只能诉诸当地法院。国际仲裁所需的额外(附随)同意实质上降低了国际投资争端解决条款的效力,并使这一条款成为象征性的而非有约束力的承诺。

秘鲁—中国双边投资协定的仲裁同意需要做进一步的分析。它是一个混合的安排:提交到 ICSID 仲裁庭的不仅是定量争端,而且包括“任何其他争端”,只要“双方同意”。^[91] 从语言学的

[83] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, paras 241—427; Report of the Executive Directors of the World Bank on the Convention (1993) 1 ICSID Rep 28.

[84] Československa Obchodni Banka, AS v the Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.

[85] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, paras 241—319.

[86] 华盛顿公约,第 25 条(首句)。

[87] Model clauses are available at <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/main-eng.htm>

[88] 华盛顿公约,第 26 条(其第一句话写道“在这一条约下的双方对仲裁的认可,除非另有说明,应该被视为同意这一仲裁以排除其他任何救济的形式。”)。

[89] 突尼斯—中国双边投资协定第 9(2)条;波斯尼亚黑山—中国双边投资协定第 8(2)条。

[90] 智利—中国双边投资协定第 9(3)条;冰岛—中国双边投资协定第 8(3)条。

[91] 秘鲁—中国双边投资协定第 8(3)条。

角度看,这个规定没有给出明确的同意,因为仲裁同意通常是通过“在此同意”或者“该争端应当诉诸仲裁”等表述给出的。一方面,定量争端可能在任一争端方的要求下提交至 ICSID 仲裁。这是一种狭义的解释。从字面上解读,仲裁管辖权的要求并不必然要求仲裁提出方主张非定量(non-quantum)的仲裁请求。另一方面,该协定仅规定:“任一缔约国的投资者和另一缔约国之间的有关其他事项的任何争端,可以被递交至 ICSID,如果争端双方均表示同意。”严格地说,由于条款里的“可以”一词,该条款不等于东道国给予同意的承诺。因此,此处的条款仅仅是予以同意的承诺。秘鲁和中国所同意的是通过仲裁给予争端解决以赞成的考虑。理论上,如果仲裁庭根据附属条款将管辖权延伸到“其他争端”,它需要得到东道国的同意。秘鲁在谢业深案中主张,除了对定量争端之外,无论它还是中国都未曾对其他争端进行仲裁给予同意。

仲裁同意在谢业深案中也得到了分析。仲裁庭考虑的焦点是(i)秘鲁提出的管辖权异议所根据的“秘鲁没有同意对该争端进行仲裁;”^[92](ii)秘鲁提出的中国对接受 ICSID 仲裁时所做的保留。秘鲁主张它仅仅同意定量争端可予以仲裁,这排除了征收是否存在这一类的争端。^[93] 秘鲁的反驳具有一定的合理性。仅就仲裁同意的形式而言,秘鲁在秘鲁—中国双边投资协定中作出的同意是一个有限的同意。这一同意的范围在协定中并没有明示地表达出来。因此,理论上该同意或许不会扩大到条约缔约方不曾仔细考虑的一些类型的争端,如征收是否发生。但是,仲裁庭驳回了这种“字面上的且形式主义的”解释,认定秘鲁—中国双边投资协定中的仲裁同意可以涵盖任何争端。在此,与大多数的仲裁庭一样,^[94]谢业深案的仲裁庭似乎更倾向于一种平衡(现实主义)的解释方法,既不接受限制性的也不接受扩张性的方法对同意条款进行解释。这种平衡的条约解释方法要求仲裁庭“客观且善意地”解释管辖权。^[95]

中国政府根据 ICSID 公约的第 25 条第 4 款的规定,在批准 ICSID 公约时向 ICSID 递交了声明,指出“中国政府只考虑将因征收和国有化所导致的赔偿(争端)提交 ICSID 进行管辖。”^[96]这个声明的法律效果一直存在法理上的争论。在谢业深案中,秘鲁尝试证明中国的声明“导致该协定的第 8 条的范围无效”。^[97]在听证过程中,秘鲁方的证人——一名参与秘

[92] 管辖权裁决,第 40 段。

[93] 管辖权裁决,第 134 段。

[94] *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/01, Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, paras. 12–24; *SOABI v. Senegal*, Award, February 25, 1988; 2 ICSID Reports 190, paras. 4.08–4.10; *Cable Television of Nevis Ltd and Cable Television of Nevis Holdings Ltd v. Federation of St. Kitts and Nevis*, ICSID Case No ARB/95/2, Award of January 13, 1997, para. 6.27; *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, May 24, 1999, 5 ICSID Reports 335, para. 34; *Ethyl Corp v. Canada*, Decision on Jurisdiction of June 24, 1998, 7 ICSID Reports 12, para. 55; *Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America*, ICSID Case No ARB/(AF)/98/3, Decision on Jurisdiction of January 9, 2001, para. 51; *Mondev International Inc. v. United States of America*, ICSID Case No ARB/(AF)/99/2, Award of October 11, 2002, paras 42–43.

[95] *SPP v. Egypt*, Decision on Jurisdiction, April 14, 1988, 3 ICSID Reports 131.

[96] <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8.d.htm>

[97] 管辖权裁决,第 165 段。

鲁—中国 BIT 谈判的中国代表,确认中国政府的立场表达明确并在条约的谈判过程中传达至了秘鲁。^[98] 仲裁庭并没有全面地讨论这一问题,而仅仅作出无说服力地判定,该声明自身不是中国接受 ICISD 仲裁管辖权的“争端种类”的决定性证据。

这样的声明类似于《维也纳条约法公约》下条约的保留,据此国家排除或修改条约适用于国家时的某些规定。然而,一直以来,学界就有争论,第 25 条第 4 款的目的是给予国家一个声明(或者澄清)它会提交哪些争端至 ICSID 进行仲裁的非约束性的机会。^[99] 换句话说,ICSID 的基本原则是,加入 ICSID 公约,伴有第 25 条第 4 款的声明,不影响对仲裁庭管辖权的同意,^[100] 因为只要批准 ICSID 公约并有明示的同意就满足了条约的要求,使仲裁庭拥有完全的管辖权。至少在理论上,第 25 条第 4 款并没有为 ICSID 的签署国提供在国际条约法中作出保留的可能。^[101] 依据这样的逻辑,第 25 条第 4 款的声明对 ICSID 仲裁庭作出的管辖权决定不具有约束力。也就是说,中国对 ICSID 公约的同意是一个无条件的同意。^[102] 这个论点能够通过最近中国双边投资协定很少参考或转引第 25 条第 4 款的事实得到支持,这与以往旧版的协定经常提及第 25 条第 4 款有所区别。^[103] 投资者可以根据新版协定将除了“由征收和国有化引发的赔偿的争端”之外的任何争端都递交到 ICSID 仲裁庭。

中国最近签署的一些双边投资协定包含明示的同意。2001 年签署的荷兰—中国双边投资协定就是最好的例子。它明确指出“……在投资者的要求下每一缔约方应无条件地同意将争端递交至,(a)ICSID,在 ICSID 公约下通过仲裁或者调解解决……,或者(b)除非争端的当事方另外同意,建立在 UNCITRAL 仲裁规则之下的临时仲裁庭。”^[104] 秘鲁—中国自由贸易协定和东盟—中国投资框架协议都包含了类似的对国际仲裁的“无条件”同意。^[105]

仲裁同意由两部分组成:一个是缔约国所给予的有效要约,另一个是投资者的接受。^[106] 当仲裁开始时,投资者将同意转化为合约。秘鲁—中国自由贸易协定包括了这两个组成部分。首先,通过条约的签署,缔约国作出了一个有效要约:把与来自另一缔约方的外国投资者之间的未

[98] 管辖权裁决,第 167 段。

[99] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, Article 25, para 626.

[100] ICSID, Report of the Executive Directors on the Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, para 31, available at <http://www.worldbank.org/icsid/basicdo/partB—section05.htm>”02

[101] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, Article 25, para 625.

[102] 在经合组织(OECD)的有关投资的多边协议下,成员国不能做出任何保留或者同意的例外。但是,经合组织有关投资的多边协议允许国家在投资者已经递交至当地进行救济的案件中保留它的认可。

[103] 韩国—中国双边投资协定第 9(10)条。

[104] 荷兰—中国双边投资协定(2003)第 10(3)条。

[105] 详见下表 1 所引。

[106] Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between the States and Nationals of Other States, ICSID Doc 2, March 18, 1965, para 24.

来的争端递交给条约所列的仲裁机构进行管辖。^[107]其次,通过“投资者选择”模式完善了有效要约的接受过程。这一安排的优点在于获得投资者向缔约国进行投资的信心。但是,这一机制的缺陷也同样明显。当国家通过“有效要约”的形式予以同意时,它可能不能预估其必须在将来参与争端解决程序的范围和争端种类的确定性。从这个角度看,秘鲁—中国自由贸易协定明显试图给予投资者足够的保护,但却令东道国处于更为被动的地位。在这一机制下,投资者通过提起 ICSID 程序,便正式接受了东道国的管辖权要约,完善了同意仲裁的要件,而无需通过将同意传递给东道国。^[108]判例法^[109]和学术评论^[110]中都确认了这一“两步走”机制的有效性。

四、程序权利的最惠国待遇

适用最惠国待遇条款是 ICSID 仲裁庭扩大管辖权的一种条约解释技术。在谢业深案中,谢抗辩说,仲裁庭的管辖权可以来源于双边投资协定第 3 条第 1 款,因为该条款表明了“缔约方的投资者应该根据第 3 条第 2 款的最惠国条款而被赋予公平的和相同的待遇”。^[111]谢援引秘鲁—哥伦比亚双边投资协定第 12 条,哥伦比亚投资者有权直接将针对秘鲁的有关“法律性质的争端”(“any dispute of legal nature”)提交至 ICSID。^[112]根据最惠国待遇条款,^[113]谢主张其拥有将任何争端提交至 ICSID 的权利。谢试图“克服(仲裁)同意的限制”,^[114]即明显附加在秘鲁—中国双边投资协定第 8 条“争端”定义上的限制,通过适用最惠国条款,要求秘鲁扩大投资者待遇,使该待遇不低于第三国投资者所享有的(程序)待遇。秘鲁对谢的程序权利适用最惠国待遇的主张没有提出有力的反驳。秘鲁固守着“争端”的狭义解释,^[115]以及它给出的有限的仲裁同意。

仲裁庭注意到,“双边投资协定中的最惠国条款的效力及范围是投资仲裁中长期争论的问题之一”,^[116]并且在其他案件中已被反复地仲裁。仲裁庭强调最惠国待遇的目的是为了“建立和保持在所有相关国家之间一贯基本的平等而没有歧视的待遇”,并“向投资者提供反对东

^[107] 秘鲁—中国自由贸易协定第 139(2)条。

^[108] *Generation Ukraine v Ukraine*, Award, September 16, 2003, 10 ICSID Reports 240, paras. 12.2, 12.

3.

^[109] *Ethyl Corporation v Canada*, Decision on Jurisdiction dated June 24, 1998, (1998) 38 ILM, 708.

^[110] Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, Article 25, para 303.

^[111] 管辖权裁决,第 189 段。

^[112] 管辖权裁决,第 190 段。

^[113] 秘鲁—中国双边投资协定第 3 条第 2 款规定:“在第 3 条第 1 款提到的待遇和保护不应该低于投资和与伴随着第三国投资者的投资活动的待遇和保护。”

^[114] 管辖权裁决,第 201 段。

^[115] 管辖权裁决,第 192 段。

^[116] 管辖权裁决,第 193 段。

道国部分形式的歧视提供保障,并在不同国家间的投资者之间建立竞争标准的有质量标准”。^{〔117〕}判例法理如西蒙斯等案^{〔118〕}都强调最惠国待遇条款的非歧视本质。^{〔119〕}

在解释最惠国待遇条款时,谢业深案的仲裁庭认识到每个最惠国条款都是“个性化的”,有自己的适用范围。仲裁庭再一次根据《维也纳条约法公约》的解释方法进行解释,并集中在“原文中所表现的当事方的意图”。^{〔120〕}秘鲁的理据是,“秘鲁和中国缔结协定的准备工作和情况”显示出它们的目的是“将最惠国待遇条款的范围限制在实体权利的范围之内,而非扩大至争端解决条款。”^{〔121〕}仲裁庭注意到协定中罗列的一些不适用最惠国待遇的例外情况,^{〔122〕}但却得出一个吊诡的结论——一个具体的不适用最惠国待遇情况的清单暗示着“存在其他没有被明确排除的(不适用的)情况。”^{〔123〕}仲裁庭支持“待遇”一词的范围不应该限制在“诸如开发和投资管理等重要商业事项”或者没有任何证据支持的附加“任何特殊含义”。因此,仲裁庭相信在秘鲁—中国双边投资协定中的最惠国条款“似乎开放了更广义的解释,可能包含对违反公平和公正待遇原则更有利的程序保护的适用”。^{〔124〕}

仲裁庭实际上是在将秘鲁—中国双边投资协定第8条第3款引入第3条时遇到了困难,因为第8条第3款只将“涉及征收的赔偿数额的争端”提交国际仲裁庭,^{〔125〕}而第3条却有更广的范围。仲裁庭倚重第8条第3款明示地允许有关“其他事项”的仲裁请求。仲裁庭认为这才是“[协定]实际的意图”。^{〔126〕}尽管这个问题在仲裁中不了了之,仲裁庭还是驳回了谢的观点,并解释第8条第3款的“确切意思”应该推翻第3条中最惠国待遇条款的更为一般的适用。^{〔127〕}

大多数最惠国待遇条款都是采用一般的形式表述的,而不会具体到适用条约的某一部分。鉴于目前国际投资争端判例法存在着冲突,最惠国条款适用于投资争端仲裁条款的范围和限度自然会引起争论。仲裁庭详查了帕拉玛、^{〔128〕}萨里尼和麦芬西尼^{〔129〕}等案件。这些案件与谢业深案的明显区别在于,这些案件所涉及的双边投资协定包含了宽泛的“争端”范围,不要求任

〔117〕 管辖权裁决,第195段。

〔118〕 Siemens A. G. v. Argentina, Decision on Jurisdiction of 3 August 2004.

〔119〕 管辖权裁决,第195段。

〔120〕 管辖权裁决,第206段。

〔121〕 管辖权裁决,第210段及脚注147。

〔122〕 这些情况指最惠国待遇不适用的情况。中国—秘鲁双边投资协定第3条第3款规定:“第三条……第二款〔的最惠国待遇〕条款不包括另一缔约国根据关税自由贸易区、经济同盟、关于避免双重税收或便利边境贸易等有关协议而给予第三国投资者投资的优惠待遇。”

〔123〕 管辖权裁决,第207段。

〔124〕 管辖权裁决,第213段。

〔125〕 管辖权裁决,第215段。

〔126〕 管辖权裁决,第216段。

〔127〕 管辖权裁决,第216段。

〔128〕 Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of February 8, 2005.

〔129〕 Maffezini v Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction of January 25, 2000.

何“同意而向 ICSID 提交其他将来的争端仲裁。”^{〔130〕}仲裁庭引用帕拉玛案^{〔131〕}以支持更严格的限制性解释方法。这种方法与早期的麦芬西尼案的裁决不同。麦芬西尼案支持更为自由地适用最惠国条款。仲裁庭的立场在这点上明确的:不允许“解释双边投资协定的最惠国条款而推翻第 8 条第 3 款中最为具体的描述”。仲裁庭最终拒绝将秘鲁—哥伦比亚双边投资协定的争端解决条款引入中国—秘鲁协定。^{〔132〕}仲裁庭的思路与帕拉玛案的仲裁庭集中关注“清楚和明白的最惠国条款”是一致的。这是因为,最惠国条款不包括 ICSID 仲裁的同意,特别是缔约方不能被假定同意其他条约中争端解决条款的最惠国效力。

仲裁庭分析第 3 条和第 8 条第 3 款的相互作用的方式以及对帕拉玛案的依赖自然会引起一些疑问。为什么仲裁庭一方面依赖于协定中具体的语言(允许只对征收事项进行仲裁),否定最惠国待遇条款的扩展效果,但另一方面在对有关“争端”的范围的裁决中没有给予等量的考虑。就条约解释而言,我们无法揣摩,为何广义的最惠国条款只适用于实质性的问题而不适用于争端解决问题。尽管谢业深案的有关最惠国待遇是否适用程序权利的裁决与更为自由的麦芬西尼案裁决不同,依此把更为优惠的程序权利扩展到限制性的中国双边投资协定更为困难,仲裁庭将关注的焦点集中在争端解决条款的实际表述的条约解释方法仍然值得注意。仲裁庭关于最惠国待遇条款不适用于程序权利的裁决有效地阻止了投资者诉诸更为有利的第三方双边投资协定中投资仲裁条款的机会。

谢业深案裁决似乎追随了判例法显示出来的“纯”程序和并不包含在争端解决条款中的更为实质性问题的两分法。比如,麦芬西尼案只触及一个纯粹的程序要求,即在仲裁开始前的 18 个月投资者应将争端诉诸东道国国内法院。然而在萨里尼案中争论的最惠国待遇问题是能否将仲裁同意扩展到合同诉讼。此处的区别在于最惠国条款被用来直接克服程序障碍并建立未曾存在的管辖权。在后一种情况下,仲裁庭通常对扩大适用最惠国条款表现出犹豫的态度。^{〔133〕}谢业深案与萨里尼案相似,仲裁庭面对的问题是实质性地管辖权范围扩大到不包含在仲裁条款覆盖的问题。同样的,仲裁庭表现出一定的自律,在争议的双边投资协定没有任何明确指示的情况下,不利用最惠国待遇条款过份地扩张管辖权。尽管如此,即使是在达成相同的或者一致裁决的情况下,仲裁庭的推理仍存在实质的矛盾,难以协调。谢业深案裁决在适用最惠国条款时采纳的“字面解释”方法增加了新的但却令人困惑的维度。

双边投资协定和自由贸易协定中最惠国待遇条款通常只涉及“另一方投资者的投资”的待遇,即授予投资者在“建立、收购、扩张、管理、行为、运作、以及交易投资或者投资的其他处理”

〔130〕 管辖权裁决,第 217 段。

〔131〕 管辖权裁决,第 220 段。在帕拉玛案中仲裁庭指出,条约的最惠国条款必须明示的包含投资者国家争端解决从而得益于在其他双边投资协定中的广阔的争端解决条款。Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of February 8, 2005, para 223.

〔132〕 管辖权裁决,第 217 段。

〔133〕 Telenor Mobile Communications A. S. v. Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/04/15, Award of September 13, 2006, paras. 90—100.

方面不更加低的待遇。^[134] 仲裁争论的焦点是最惠国条款适用的范围是实质权利、程序权利还是二者皆是。投资者是否能够援引最惠国条款获得在其他双边投资协定中更加优惠的争端解决条款,是一个被许多仲裁庭反复认真讨论过的议题。投资条约仲裁法理表明,协定采用的语言越宽泛,仲裁庭就越有可能将最惠国标准覆盖程序权利。例如,投资者可能采用最惠国待遇来绕过纯粹的程序问题,即要求通过当地法院解决争端。^[135] 然而,一些案件也证实了,最惠国待遇可以被用来扩大仲裁庭的管辖权,仲裁庭可以仲裁基本条约下有关赔偿数额或者支付的争端,也可以仲裁征收是否存在的所有争端。^[136] 其他一些仲裁庭意识到双边投资协定所特有的“三叉路口”条款的功能,^[137]而不同意通过争端方援引最惠国条款来规避这样的条款。^[138] 正如谢业深案的仲裁庭指出的那样,判例法在这方面存在分歧。为了回应有关最惠国条款和程序权利之间相互关系的争论,最近中国签署的双边投资协定和自由贸易协定尝试通过更为简洁的方式把最惠国条款编入条约。例如,秘鲁—中国自由贸易协定这样澄清最惠国待遇:

为了增加确定性,在第 131 条第 1 和第 2 款“有关建立、收购、扩张、管理、行为、运作、和交易投资或者其他投资的处理的待遇,不包含那些在国际投资条约或者贸易合约中规定的争端解决机制,例如在第 138 条(双方间的争端解决)和第 139 条(投资者国家间的争端解决)。”^[139]

据此,在一缔约方的投资者不能请求依照最惠国待遇援引其他投资条约中的争端解决程序解决争端。东盟—中国投资框架协议也包含了一个类似的条款。^[140]

五、双边投资协定解释的非一致性和立法趋势——一个初步的结论

谢业深案的裁决在许多方面具有深远意义。首先,这是第一个解释旧版中国双边投资协定的 ICSID 裁决。毫无疑问,这个裁决所确立的原则和条约解释方法,对于现在和将来希望通过诉诸这些协定保护其在中国或者其他地区的投资的外国或者中国投资者来说,无疑意义重大。无论是外国还是中国投资者,都可以依靠大量现有的双边投资协定直接保护他们在东道国的投资。从这一角度看,这个裁决是有价值的。其次,裁决推翻了广为流行的假设,即旧版中国双边投资协定中狭义和限制性的投资争端仲裁条款是阻碍外国投资者对中国提起投资争端仲裁的阻碍性因素。换言之,许多旧版的中国双边投资协定可能比一般预期的具有更有力和更直接的实际作

[134] 秘鲁—中国自由贸易协定第 131(2)条。

[135] Emilio Agustin Maffezini v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction of January 25, 2000.

[136] RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005.

[137] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, para 4.75.

[138] Maffezini v Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction of January 25, 2000.

[139] 秘鲁—中国自由贸易协定,脚注 13。

[140] 详见下表 1 所引。

用。最后,中国第一次作为资本输出国而非资本输入国出现在 ICSID 案件中。

谢业深案展示了一个为了建立更广阔管辖权图谱的仲裁庭是如何解释狭隘的投资争端条款的。秘鲁—中国双边投资协定的规定和仲裁庭所做解释的比较列于表 1 之中。仲裁庭扩张地解释了限制性投资争端仲裁条款的几个重要方面。仲裁庭采用的“一般意思”、“字面解释”和上下文分析等方法把限制性词组“涉及征收的赔偿数额”解释为“不仅包括数额的决定也包括任何通常伴随征收的其他问题,包括财产是否根据投资争端条款的规定和要求被实际征收,以及应付赔偿的数额”。^[141] 仲裁庭宽泛地解释仲裁同意但却狭隘地解释和适用最惠国条款的上下文分析法尽管未必具有说服力,但都值得注意。但是,我们很难理性或逻辑地解释谢业深案仲裁庭为建立管辖权而采用的互相冲突的条约解释技术。从这个角度看,谢业深案的管辖权裁决在条约解释上未必合理,相反却可能引起人们对投资条约仲裁合法性和一致性的怀疑。判例法表明确立扩张的仲裁管辖权展现出某种一致性的态势:大多数东道国在有关管辖权的争论中失利,但随着案件进入实质阶段,投资者获胜的几率会下降。^[142] 这个趋势也得到了实证方面的确认。^[143] 这种一致性在谢业深案管辖权裁决中得到了淋漓尽致的反映。

表 1 中国旧版双边投资协定、管辖权裁决解释及新版双边投资协定的比较

条款核心成分	秘 鲁 — 中 国 BIT(旧版)	谢业深仲裁裁决(解释旧版中国双边投资协定的投资仲裁条款)	秘 鲁 — 中 国 自 由贸易协定(新版)	东盟—中国投资框架协议 (新版)
“争端”的定义	“涉及征收的赔偿数额”	采用“最广义的解释”并同意仲裁所有与征收有关的诉求,“例如,(i)是否为征收、国有化、或者采取相似方法的情况;(ii)它们是否满足公共利益的要求;(iii)它们是否根据合适的国内法律程序;(iv)是否存在歧视;(v)赔偿是否将要被支付;(iv)这样的赔偿是否等同于被征收的投资,是否采用可转换和可自由转移的货币而且没有任何无理由的延迟的方式进行支付。”	“一缔约国的投资者和另一缔约国与在另一缔约国境内的一投资有关的任何争端。”	本文脚注 53 所引的条款。

[141] 管辖权裁决,第 188 段。

[142] Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/98/4, Jurisdiction, 6 ICSID Reports 67, 81—82; Tokios Tokeles v Ukraine, Jurisdiction, (2005) ICSID Review — Foreign Investment Law Journal, 221—225.

[143] Susan D. Franck, “Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration”, 86 North Carolina Law Review 1, 2007, p. 3.

条款核心成分	秘鲁—中国 BIT(旧版)	谢业深仲裁裁决(解释旧版中国双边投资协定的投资仲裁条款)	秘鲁—中国自由贸易协定(新版)	东盟—中国投资框架协议协定(新版)
国内救济与 ICSID 仲裁的相互关系	第 8 条(在第四部分中引用)指出了适用国内法院和 ICSID 仲裁的先后和“一事不再理”的顺序	采用“一般含义”和“双边投资协定整体的上下文”来处理并裁决投资者可绕过当地法院直接进行国际仲裁。	“…如果争端投资者还未将争端递交到接受投资的东道国的有管辖权的法院或任何有约束力的争端解决机制,它可以将争端递交到…ICSID…”	“如果争端还未被递交到有管辖权的国内法院,争端可以被递交至国际争端解决机制解决,只要有关的投资者已经将其案件在最终判决作出之前从当地法院撤销。就印度尼西亚、菲律宾、泰国和越南而言,一旦投资者已经将争端递交至它们各自有管辖权的法院或行政当局或[其中之一的]仲裁…该选择是最终的。”
ICSID 仲裁的同意	不仅向 ICSID 递交定量争端而且递交“有关其他事项的任何争端”,只要“争端当事方这样约定”。	拒绝“字面与形式主义”的解释,采用平衡的方式,支持秘鲁—中国双边投资协定的仲裁同意可以覆盖所有争端的观点。	“…[争端]可以被递交到下列争端解决机制之一:根据投资者选择的国际协商或国际仲裁…”	“…除非争端的双方另有约定,[争端]可以根据投资者的选择被递交到[东道国的法院或行政机构, ICSID, UNCITRAL 仲裁,或其他仲裁机构]…”
程序权利的最惠国待遇	“在第 3 条第 2 款之中的最惠国条款下,缔约国的投资者应该被给予公平和公正待遇。”	根据《维也纳公约》的条约解释方法,集中于把“条文所表达的双方的意图”作为最佳的指示器,并裁定第 8 条第 3 款中的“具体意思”应该优先于第 3 条中最惠国条款的一般适用。	最惠国待遇不包括争端解决机制,诸如那些在国际投资条约或贸易协定中规定的第 138 条(缔约国之间争端的解决)和第 139 条(投资者和缔约国之间争端的解决)的机制。	“为了增加确定性,除了本章规定的要求外,本条的义务不包括将另一方的争端解决程序扩展到投资者的要求”。

尽管谢业深案的管辖权裁决没有先例的约束力,仲裁庭扩张性的条约解释方法却有效地激活了限制性的投资争端仲裁条款的实际运用。狭隘的争端解决条款并不能保证公式化的或者叙述性的条约解释,因为“扩张主义”和功能主义的仲裁庭可以扩张和非系统化的进行条约解释。仲裁庭的裁决,比如“分岔路口”条款的实际使用,程序权利的最惠国待遇原则,将在某种程度上向投资者发出一个象征性的信号。

但是,我们也不能忽视谢业深案裁决可能产生的副作用或者危险。既然已经有裁决认定,即便是旧版双边投资协定中措辞严格的仲裁条款,也比原来想象的能够给仲裁庭带来更大的管辖权,中国或者其他发展中国家在订立双边投资协定以及对仲裁庭作出管辖权裁定时表现出的扩张主义的倾向应该有所注意和警觉。仲裁庭表现出来的对双边投资协定关键定义和条款做出的扩张性解释以及凌乱的、缺乏条理性和系统性的条约解释方法可能会产生不良后果。这是因为、投资者在仔细权衡和考虑后,可以利用这些扩张的条约解释方法和案例作为与投资东道国协商的杠杆工具,而东道国往往处于被动的地位,或者被迫卷入费用昂贵的仲裁程序,或者向外国投资者(甚至是本国投资者)支付高额的赔偿。^[144]此外,当ICSID仲裁的管辖权基础被不同仲裁庭非系统地扭曲时,一个受到影响的国家可能得出这样的观点,ICSID仲裁是如此地被曲解并被误用以致它不同于其原先接受和认同的ICSID仲裁。这种强调扩张能动主义的条约解释形态是一种集中体现对投资者有利的新自由扩张主义和实用主义。^[145]这种趋势如果不断强化,可能会动摇甚至吞噬整个国际投资争端仲裁体系。例如,玻利维亚撤销了ICSID公约,厄瓜多尔提交信件至ICSID,撤销它对某些种类的案件进行仲裁的同意。^[146]围绕投资仲裁条款主要定义和术语解释的一系列裁决而形成的“标准化的”混淆、冲突、抵触和不一致的情况可能正是意识形态(或法律文化)的冲突,而不仅仅是条约解释或者投资仲裁理论适用上的区别。

与中国旧版的双边投资协定相比,新版的投资协定或自由贸易协定展现出“自由主义”或确定性的趋势。旧版与新版中国投资协定在若干个关键方面的差别可见表1。无论是“争端”的定义还是仲裁同意,新版的规定都比以前更为宽泛(或精细)。在最惠国待遇适用范围上,新版的规定去除了任何模糊或“扩张”解释的可能性。这些“自由主义”的趋势可能会招致更多的ICSID仲裁,因此需要警醒。但是,中国追随国际投资条约活动中显现的“自由主义”趋势,可

[144] 这一观点的一个反论点是被告国不必遭受任何损失,因为投资者可能放弃诉求并不从该国获得任何东西。See Susan D. Franck, “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, 48 *Virginia Journal of International Law* 767, 2008, p. 769.

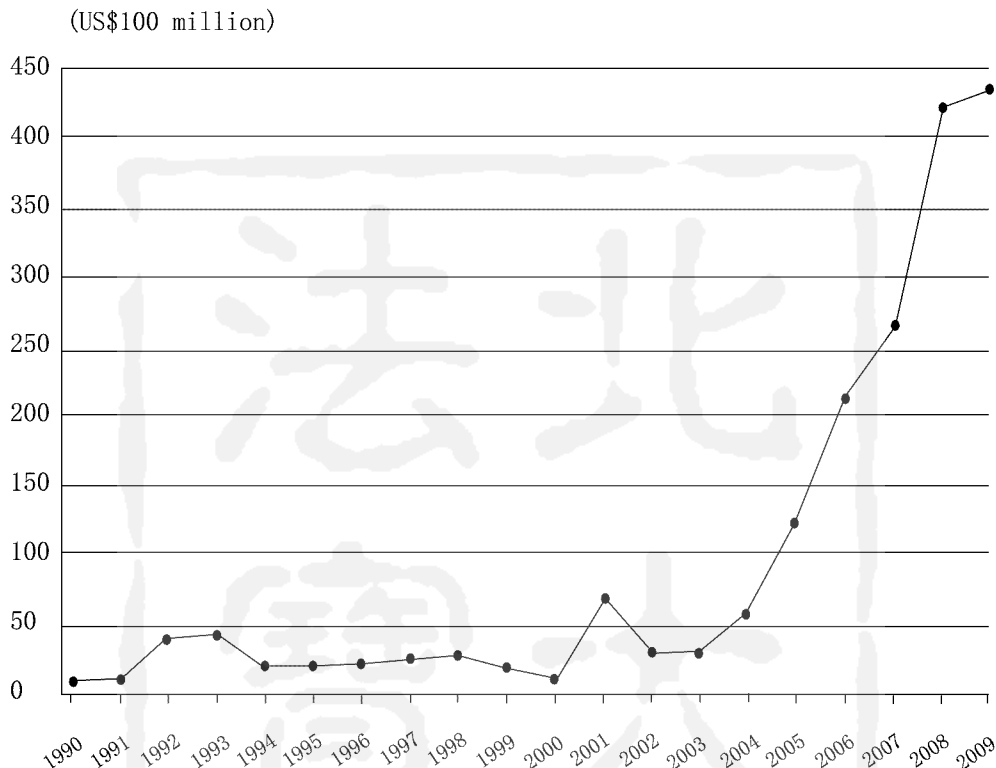
[145] 一些经验性的研究表明在管辖权方面有大量的案件是对投资者有利的尽管在利益方面这些案件都对东道国有利。Karen Mills, 见前注[17], p. 153.

[146] David W. Rivkin, 见前注[17], p. 37.

能还会延续下去。这主要是因为:首先,中国企业和投资者对外直接投资活动的势头越发强劲。^[147] 表 2 显示出中国对外直接投资的数额呈现出跳跃式的增长。

表 2 中国对外直接投资^[148]

(1990-2009)



与之契合,中国政府需要同更多的国家订立双边投资协定,保护中国企业的海外投资。其次,中国同越来越多的国家订立双边投资协定。表 3 是中国在改革开放后的三十年间,同不同地区国家签订双边投资协定的数量比较。

^[147] 国际投资报告显示,2009年,中国的对外直接投资总额已列全球第六,位列美国、法国、日本、德国、香港之后。World Investment Report 2010, p. 6, available at http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf

^[148] 此图根据下列网址可得信息制作:<http://fec.mofcom.gov.cn/tjzl/jwtz/542706.shtml>; <http://hzs.mofcom.gov.cn/accessory/200811/1226887378673.pdf>; <http://sousuo.mofcom.gov.cn/query/queryDetail.jsp?articleid=20100106748083&query=%E5%AF%B9%E5%A4%96%E7%9B%B4%E6%8E%A5%E6%8A%95%E8%B5%84>

表 3 与中国签订双边投资协定国家所属地区示意图 [149]

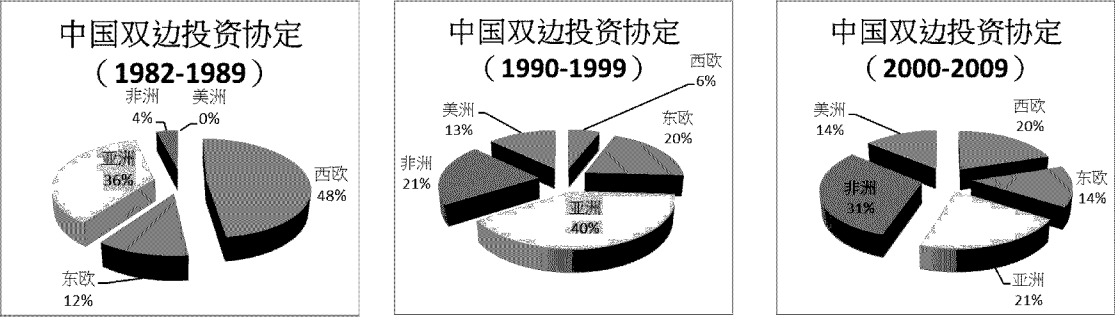


表 3 显示出中国正在同越来越多的发展中国家,比如非洲、南美洲和中东国家,订立双边投资协定,而这些国家对外国投资者的保护仍然比较薄弱。为了保护中国投资者海外投资的需要,中国与这些发展中国家订立的双边投资协定需要有比较“自由”或“扩张”的投资争端解决条款。中国企业在这些发展中国家的法律体系无法提供有效保护时,也可以将争端诉诸国际仲裁庭。即使是同发达国家签订的双边投资协定,也未必是投资争端解决条款越窄越好。中国企业在发达国家的投资也呈上升趋势,而且不时碰壁,如果双边投资协定的争端解决条款都有非常紧的“保护阀”,这些投资协定也只有象征意义,而无法向中国投资者提供实际有效的保护。

(责任编辑:唐应茂)

[149] 本表依据 UNCTAD IIO 可获得的中国签署的双边投资协定的有关信息制作而成。此表的双边投资协定包括中国签署的巴基斯坦—中国自由贸易协定,新西兰—中国自由贸易协定,秘鲁—中国自由贸易协定,东盟—中国投资框架协定。此表中亚洲包括澳大利亚、新西兰和太平洋岛国,如巴布亚新几内亚和瑙鲁。美洲包括北美洲和南美洲。加拿大和美国都未同中国签定双边投资协定。东欧国家还包括前苏联国家,如俄罗斯。