

国际投资争端解决平行程序的触发条款实证研究

刘 梦 非 *

摘要: 国际投资中国家契约与投资协定的并存客观上为平行程序的发生提供了可能,但只有存在相应的具体条款时才能将可能的平行程序触发为现实。保护伞条款、最惠国待遇条款,以及作为卡尔沃主义程序化表达的穷尽当地救济条款是三类主要的触发条款。投资者可能利用这三类条款分别基于投资协定和国家契约就相同的投资争端同时或相继启动两次救济程序。实证分析每一类条款的触发原理,把握其触发路径,为逆向解决国际投资争端平行程序提供了方向。

关键词: 国际投资争端 平行程序 保护伞条款 最惠国待遇条款 穷尽当地救济

一、引言:平行程序之肇因

国际投资争端解决平行程序的成因与规范国际投资的法律资源的多样性、复杂性不无关系,不同法律资源规定的相互矛盾的投资争端解决条款为案件管辖权的重叠或冲突提供了潜在的可能性。^① 其在国际投资中最常见的表现形式就是投资者母国在与东道国签订双边投资协定的同时,投资者又与东道国或其机构或公司单独签订国家契约,从而出现双边投资协定与国家契约共存的情形。在一般情况下,双方签订的双边投资协定会约定投资者可将相关争端依据争端解决条款提交国际争端解决机构解决,但在国家契约中,则会约定东道国对相关争端享有排他管辖权。基于此,投资者可以选用不同的解决机制,既可以依据国家契约寻求保护,也可以依据双边投资协定寻求救济。这也为平行程序的产生提供了法律依据。例如,在“法国通用水务公司及维旺迪环球公司诉阿根廷案”^②(以下简称“维旺迪环球公司案”)中,仲裁申请人与阿根廷土库曼省于1995年签订的特许经营合同第16条第4款明确规定,因合同产生的争端排他性地提交阿根廷土库曼省行政法院解决;同时《法国和阿根廷双边投资协定》第8条也规定,投资者可以根据自己的选择将基于投资而产生的争端诉诸缔约国国内,或提交国际投资争端解决中心(以下简称中心)进行仲裁,或提交根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的临时仲裁庭解决。

在国家契约和双边投资协定并存的前提下,可能出现平行程序的情形主要有两种:

1. 并存型

所谓并存型是指在国家契约和双边投资协定中分别设定有争端解决条款的情况下,投资者可将违背国家契约和违背双边投资协定的投资争端依据各自的争端解决条款分别向国内争端解决机构和国际争端解决机构提起救济程序。“维旺迪环球公司案”就部分揭示了该类型平行程序是如何发生的。该案是一件再次提请裁判的案件,维旺迪环球公司与阿根廷土库曼省签订了特许经营合同,该合同规定缔约方之间涉及解释和执行合同的争端应该由土库曼省当地法院解决。1997年维旺迪环球公司认为阿根廷联邦政府和土

* 重庆大学法学院讲师

基金项目:重庆市社会科学规划项目(2017BS42)、重庆大学中央高校基金项目(106112017CDJXY080010)

^① See Yuval Shany, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims, 99 American Journal of International Law, 837(2005).

^② See *Compania de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

库曼省当地政府的作为和不作为违背了公平与公正待遇,同时未赔偿的情况下实施征收,遂依据《法国和阿根廷双边投资协定》向中心提请仲裁。但是,该诉求中关于土库曼省征收的问题是由特许经营合同即国家契约约定的,按照约定应由土库曼省法院管辖。中心的特设委员会在审查第一次仲裁庭的裁决时认为《法国和阿根廷双边投资协定》第5条和3条设定的标准与阿根廷判断是否违约的法律标准是相互独立的,因此阿根廷即便没有违反特许经营合同的约定,也有可能违背《法国和阿根廷双边投资协定》的规定,反之亦然。换言之,是否违反特许经营合同与是否违反双边投资协定是两个不同的问题,应依据它们各自适用的法律判断。同时特设委员会认为,中心审理的案件应该由《华盛顿公约》、双边投资协定以及可适用的国际法调整,原则上既不会因为国内法(包括缔约方之间签订的由国内法调整的合同)得到认可,也不会因为它被排除。在该案中,特设委员会明确指出,基于国家契约的诉求和基于双边投资协定的诉求在本质上并不相同,且互相独立,因此分属不同诉因的诉请应该根据不同法律依据分别提出救济,尽管案件中投资者并没有在国内和国际两个层面提请救济,但在特设委员会看来,投资者是可以如此行为的。

2. 纳入型

所谓纳入型是指在国家契约规定了争端解决条款的情形下,双边投资协定通过特定的条款,将国家契约的内容纳入到双边投资协定自身内容之中,投资者从而可针对同一争端依据国家契约和双边投资协定分别提出救济程序。相比较而言,并存型情形下的争端在法理上讲是不同的,分别是因为违背了国家契约和双边投资协定所规定的义务而产生的;纳入型情形下的争端则是相同的争端,即基于违背国家契约中的规定而产生的争端。例如,在“美国 CMS 天然气运输公司诉阿根廷案”^①(以下简称“CMS 公司案”)中,北方天然气运输公司(以下简称北方公司)依据与阿根廷之间的许可证合同中的争端解决机制向布宜诺斯艾利斯联邦最高法院以及其他国内行政法院寻求救济,从而启动了投资东道国国内的救济程序;此后在2001年,一家持有北方公司股份的美国 CMS 天然气运输公司基于《美国和阿根廷双边投资协定》第2条第2款第C项的规定涉及保护伞条款,认为双边投资协定也可以保护国家契约中的权利,故依据《美国和阿根廷双边投资协定》向中心针对阿根廷提起仲裁申请,启动了国际救济程序。

单纯从法律文本看,解决并存型情形下的投资争端的理想路径是先分离出分别属于国家契约和双边投资协定的争端部分,然后分别依据国内法和国际法的相关规定进行解决。但是,这在实践中是比较困难的。由于投资争端所涉案情复杂交错,案件事实相类似甚至完全相同,因此要区分哪些事实属于契约所规定的内容,哪些事实属于双边投资协定保护的范畴,往往困难重重,难以实现。无论是否能够成功区分争端,依据国家契约和双边投资协定提起的诉求已经出现程序的重叠,它给投资者提供了多个适格的争端解决机构供其选择。此种情形无疑能激励投资者选择争端解决机构,寻求自身利益的最大化,从而可能导致相同或相类似投资争端在不同的争端解决机构同时或相继启动多个救济程序。^②

需要指出的是,在实践中纳入型平行程序发生的概率和频率可能更高,同时涉及的具体情况也更复杂。这是因为双边投资协定往往通过具有特殊功能的条款将国内法调整的国家契约内容提升至国际法调整的投资协定之下。双边投资协定是国家之间签订的条约,其给予投资者的保护和有关促进投资自由化的规定属于国际公法上的义务,同时也表明东道国需要遵循双边投资协定并承担相应的义务。如果双边投资协定同时涵盖国家契约中为东道国设定的义务,那么就会将这些契约义务转化为国际条约中的东道国义务。而这个具有特殊功能的条款就是保护伞条款。

并存型与纳入型的分类,只是从宏观上揭示了平行程序的发生原理,然而其具体的作用机制主要是通过三类条款触发的。这三类条款分别是保护伞条款、最惠国待遇条款,以及卡尔沃主义在国家契约中的具体化条款即穷尽东道国救济条款。

^① See CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (ICSID Case No. ARB/01/8).

^② See Yuval Shany, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims, 99 American Journal of International Law, 838(2005).

二、保护伞条款

(一) 保护伞条款的基本内容

保护伞条款,“是指在投资保护协定中用以保证东道国遵守其对来自缔约对方的投资者承诺的义务的条款”。^①它是在现代双边投资协定中普遍出现并被广泛适用的一项条款。可以说,保护伞条款几乎成为一种通行的模板条款,被嵌入各类投资协定中。通过保护伞条款,凡是东道国在国家契约中对投资者作出的承诺都被提升、置于双边投资协定的内容之中,进一步强化保证了东道国遵守和履行国家契约中规定并应承担的相应义务,以更好地保护外国投资者的利益。尽管在不同的双边投资协定中保护伞条款的具体表述各有不同,但是在现代双边投资协定中对保护伞条款的一般性描述是要求缔约方遵守其对另一缔约方国民或公司投资所承诺的任何义务。它能有效地将基于契约提起的诉求提升到基于协定提起诉求的层面,扩大投资协定给予投资者的保护范围,最终将投资争端解决机构的管辖权扩大到包括基于契约所提起之诉求,遂使“契约之诉”提升为“协定之诉”。

保护伞条款之前在西方发达国家缔结的双边投资协定中得到普遍采用,而在其他国家的双边投资协定中适用相对较少。这跟西方发达国家的国民更多作为投资者进行投资有关。例如,首个双边投资协定——《德国和巴基斯坦双边投资协定》——第7条对保护伞条款的表述为:缔约一方应该履行其可能与另一缔约方国民或公司缔结的与投资相关的任何义务。又如,《美国和阿根廷双边投资协定》第2条第2款第C项规定,缔约一方应履行其缔结的与投资相关的任何义务。再如,《智利双边投资协定范本》第3条第2款规定,缔约一方应该保护另一缔约方投资者在其领域内依据其法律和规定进行的投资。尽管在不同的双边投资协定中,保护伞条款的文字表达有所差异,但是其最终达到的效果却是一样的。

保护伞条款不仅在双边投资协定中经常被采纳,而且在一些重要的多边性协定中也有所体现。例如,经济合作与发展组织《保护外国人财产公约草案》第2条(保护伞条款)规定:“缔约一方应在任何时候都保证遵守其作出的与任何其他一方外国国民财产有关的承诺”。又如,《能源宪章条约》第10条第1款中对于保护伞条款也作了模糊性的规定:“缔约一方应该遵守其与投资者缔结的或者与其他缔约方投资者的投资缔结的任何义务”。

(二) 保护伞条款的触发及其反思

1. 保护伞条款的触发原理

一般而言,保护伞条款就东道国对投资者承担的义务范围作出了较为宽泛且模糊的规定。基于此,在判断东道国是否违反其所承诺的义务问题上,根据国家契约可能更容易得到答案,也因此增加了投资者平行救济的机会:一方面依据国家契约以违反契约义务为由在国内程序中寻求救济,另一方面依照双边投资协定以东道国违反协定义务为由向国际争端解决机构特别是国际仲裁机构(主要是中心)提出仲裁申请。在平行程序的触发过程中,投资协定中保护伞条款能否被认可是转变契约之诉为协定之诉的关键环节。对此问题,“瑞士通标标准技术服务有限公司诉巴基斯坦投资仲裁案”^②(以下简称“通标公司案”)和“CMS公司案”作了完全相反的实证回应。两案的意义在于:(1)它们显示了保护伞条款如何触发平行程序现象;(2)它们揭示了仲裁庭解读保护伞条款所采用的不同方法以及由此得出不同结论的问题。

2. 保护伞条款触发的实证考察

在“CMS公司案”中,北方公司是在阿根廷注册登记的公司,1992年获得了在阿根廷运输天然气的许可证。CMS公司是一家持有北方公司29.42%股份的美国公司,1989年阿根廷因为金融危机采取了一系列措施,这些措施损害了CMS公司在阿根廷的投资,并违背了阿根廷保护北方公司投资的承诺。因此,北方公司和CMS公司分别依据国家契约和双边投资协定,提起相关争端解决程序。北方公司依据许可

^① Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2012, p. 166.

^② See SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13.

证合同中的争端解决机制向布宜诺斯艾利斯联邦最高法院以及其他国内行政法院寻求救济,从而启动第一类程序;此后,2001年CMS公司依据《美国和阿根廷双边投资协定》向中心针对阿根廷提起仲裁申请,准备启动第二类程序即平行程序。

因为《美国和阿根廷双边投资协定》第2条第2款第C项的规定涉及保护伞条款,CMS公司认为自己可以依据双边投资协定向中心提起仲裁。其理由有二:(1)虽然仲裁庭认为单纯的商业合同不能受到投资协定保护,但是当干涉投资者权利的主体是政府或公共机构时,投资协定可以保护合同中的权利。在本案中阿根廷所采用的措施都不属于商事问题,因为所有措施都与政府决策有关,也形成对投资者权利的干扰以及协定的违背,所以合同中的权利可以由协定保护。(2)阿根廷的系列措施违背了国家契约中稳定条款规定的内容,基于保护伞条款的存在,阿根廷也连带违背了双边投资协定中保护伞条款规定的义务,因此阿根廷“一定程度上违反了与投资有关的法律义务和国家契约义务,也违背了投资协定保护的问题”。

从CMS公司的诉求看,其逻辑是首先肯定国家契约与投资协定之间的独立性,但通过保护伞条款的转换或提升,二者又具有了关联性,从而针对东道国的同一行为,投资者有权利同时或先后根据不同的依据启动平行程序。据此,中心仲裁庭并未因为北方公司在阿根廷国内启动了争端解决程序,就否定CMS公司的仲裁请求,而是认可保护伞条款的有效性,并对案件行使管辖权。因为中心仲裁庭受理了该案,所以使得该投资争端出现了两个救济程序,即阿根廷国内法院的救济程序和中心仲裁庭的仲裁程序,从而导致出现平行程序的现象。

需要指出的是,提请法律程序的投资者本应相同才能视为平行程序,但在本案中通过公司控制或其他方式能推定出的明显具有相同身份的投资者也被视为“相同投资者”。这意味着对“实质上相同的投资者”的认可。

在“通标公司案”中,保护伞条款的提升作用未被仲裁庭肯认,平行程序因此不被允许。在该案中,通标公司是一家在巴基斯坦从事货物装运前检验服务的瑞士公司,1995年与巴基斯坦政府签订了“装运前检查协议”,后因巴基斯坦新一届政府单方面终止了该协议而引发争端。尽管“装运前检查协议”第11条明确规定基于该协议引起的争端应该在伊斯兰堡依据巴基斯坦仲裁规则进行仲裁,但同时《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》第11条中明确规定了保护伞条款,即“缔约一方必须始终保证遵守与另一缔约方投资者缔结的涉及投资的承诺”。争端发生后,双方共提起三类程序:第一类是通标公司母国即瑞士国内的司法程序。通标公司在瑞士国内向日内瓦法院提起诉讼,被驳回后在日内瓦上诉法院和瑞士联邦法庭提出上诉,仍被维持原裁定。第二类是国家契约中约定的仲裁程序。巴基斯坦依据“装运前检查协议”规定在伊斯兰堡提起仲裁,通标公司又对巴基斯坦提出仲裁反请求。第三类是双边投资协定中规定的中心仲裁程序。通标公司在进行了一系列国内救济程序未果之后,最后依据含有保护伞条款在内的《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》向中心提请仲裁,认为巴基斯坦新政府单方面终止“装运前检查协议”的行为违反双边投资协定所规定的保护伞条款,可以依据保护伞条款向中心仲裁庭提请救济。

第一类程序暂且不论,第二类和第三类程序如果按照前述“CMS公司案”的仲裁受理标准看,中心仲裁庭可以受理此案,由此将产生平行程序的问题。但“通标公司案”仲裁庭另辟蹊径,针对自身管辖权的问题作出了否定性结论。其否定的理由体现在三点意见中:

第一,根据国家契约提起的仲裁程序与根据双边投资协定提起的中心仲裁程序具有相互独立性。仲裁庭的核心观点是,违背国家契约和违背投资协定是互相独立的,原则上契约之诉与协定之诉是有区别的,违背协定内容并不必然违背契约,反之亦然。此点意见看似为平行程序的发生奠定了法理基础,但仲裁庭话锋一转,提出了区分论。

第二,关于中心仲裁庭是否对基于国家契约即“装运前检查协议”提起的仲裁享有管辖权的问题。仲裁庭认为,尽管基于违反双边投资协定产生的争端和基于违反“装运前检查协议”产生的争端都可以描述为“与投资相关的争端”,但是涉案《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》第9条的内容并没有明示或暗示意欲同时包括双边投资协定之诉和纯契约之诉,有理由相信“装运前检查协议”第11条的规定只涉及那些不属

于双边投资协定之诉的契约之诉。因此,仲裁庭认为,其对于通标公司基于“装运前检查协议”提出的没有违背双边投资协定中实体标准的诉求不享有管辖权。从此点意见看,仲裁庭是将双边投资协定与国家契约的内容做了区分,也就是否定了双边投资协定中保护伞条款具有纳入效果,从而切断了通标公司基于国家契约中的解纷条款以及双边投资协定中的保护伞条款提起两个程序的关键链接。

第三,对于涉案《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》第11条是否能将国家契约之诉转化为双边投资协定之诉的问题。为强化论证和说理性,仲裁庭进一步对保护伞条款的提升功能作了单独说明。仲裁庭认为,解读涉案《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》第11条的规定可以发现,该条并没有将违背国家契约的行为自动提升为违反投资协定的行为,除非有明确且令人信服的证据表明在缔结涉案双边投资协定时确有将契约之诉包含在《瑞士和巴基斯坦双边投资条约》第11条范围内的意图。因此,仲裁庭认定《瑞士和巴基斯坦双边投资协定》第11条无法将契约之诉提升为协定之诉。

综上所述,在“通标公司案”中,双边投资协定中的保护伞条款并没有起到转化的效果,中心从而对通标公司基于国家契约提起的诉求没有管辖权。而在“CMS公司案”中,仲裁庭支持了保护伞条款的效力,将基于契约的诉求提升到双边投资协定保护的范围之内,肯定了管辖权的存在。可见,“通标公司案”仲裁庭与“CMS公司案”仲裁庭在同一关键点的认识上存在着本质的分歧:“通标公司案”仲裁庭认为,在无额外明证的情况下,应首先推定保护伞条款并不具有提升或纳入功效。

3. 基于实证考察的反思

“保护伞条款”本质上是“有约必守”的自然要求,但涉及对谁说的话、和谁订的约、由谁来裁断,归根结蒂又是一个管辖权的问题。^①而管辖权问题又不可避免地会遭遇两类程序的交集,因此保护伞条款与平行程序有着直接的关系。如果裁决机构认可保护伞条款存在的价值,即能够成功将契约之诉提升为协定之诉,那么就有可能出现投资者分别基于国家契约和投资协定同时或先后请求多个争端解决机构的情形,平行程序继而产生。因此,如何认定保护伞条款的功效是关键,并且这也是一个弹性较大的法律解释问题,取决于解释的尺度和标准。在上述两个案件中,“通标公司案”是第一个采用限制性解释方法来解读保护伞条款的案件,仲裁庭在解读时考虑了以下问题:文本的解释;其他外来的证据,如缔约方在协商时的主观意愿;扩大解释后可能导致的实践后果;扩大解释保护伞条款后对其他实体协定的影响;对合同中所选争端解决程序产生的影响。^②反之,“CMS公司案”仲裁庭却采用了扩张性解释方法对保护伞条款给予了充分认可,其更加注重的是如何有效地利用中心对案件行使仲裁管辖权。

分析国家契约中的争端解决条款可以发现,尽管在一般情形下契约规定了由国内争端解决机构依据国内法对案件进行管辖,但是这并不必然排除国际争端解决机构对该案享有的管辖权。国际仲裁与合同管辖在一定程度上相互独立,这种相互平行的管辖设置使投资者完全可以进行管辖机构的选择。^③尽管“通标公司案”仲裁庭认为其对案件不享有管辖权并因此没有受理案件,但是在向中心提起仲裁之前,通标公司已经在国内寻求过司法救济,也是平行程序的表象之一。“CMS公司案”更是因为保护伞条款的扩大解释将平行程序的成因展示得淋漓尽致,相关国内法院的诉讼程序和中心仲裁程序被同时有效启动。

总之,保护伞条款的存在为平行程序的启动创设了可能,其在本质上是投资者母国与东道国之间的博弈与制约,同时又关涉作为第三方的投资者的利益。分析保护伞条款的作用原理,必须先行立足于一个基本的合约框架,这就是投资者与东道国之间签订的国家契约。国家契约的目标指向双赢:投资者通过投资获取利润,东道国通过吸引外资获得外国资金、技术,促进本国产业升级,并扩大当地就业。但二者的分歧之处则在于投资争端解决方式的约定,其中核心问题即是作为国家契约一方的东道国能否既当运动员,又当裁判员。作为最后妥协的产物,往往是东道国在国家契约中获得受理并裁决相关争议的管辖权。此一

① 参见封筠:《“保护伞条款”与国际投资争端管辖权的确定》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2011年第1期。

② See Christopher F. Dugan, Don Wallace, Jr., Noah Rubins, Borzu Sabahi, *Investor—State Arbitration*, Oxford University Press, 2008, p. 548.

③ 参见王玉萍:《特许协议争议的条约管辖与合同管辖:冲突、典型案例及解决》,《唐都学刊》2013年第1期。

回合以投资者的退让与东道国的胜出为结果。与此同时,投资者母国与东道国之间的利益博弈与妥协则形成第二回合的较量,尽管投资者母国在立场上不完全等同于投资者,但是保护本国投资者的海外合法权益是二者的共同点。为补足国家契约中投资者让渡的利益,在主权者之间的平位结构中实现对投资者的衡平保护,成为投资者母国的行动抉择。基于彼此对海外投资的互惠保护,投资者母国与东道国在双边投资协定中约定保护伞条款是利益和现实需求。简言之,在国家契约情形下,东道国与投资者之间具有身份上的稳定性,东道国倾向于控制投资争端的解决;但在投资协定情形下,东道国与投资者母国在身份上具有互换性,基于平等互利的原则,保护伞条款能作为一个总的抽象条款涵盖两国间的多个国家契约。最终,投资者在国家契约中放弃的争端解决权利要求在投资协定中得到补偿,他们既可以根据国家契约中的争端解决条款提起国内程序,又可以根据投资协定中的保护伞条款提起国际程序,促使平行程序的发生。

三、最惠国待遇条款

(一)最惠国待遇条款的触发路径

在国家契约与国际投资协定共存的情况下,还存在另一种方式能使得投资者在国家契约中的权利通过投资协定中的条款得到保障,这种方式就是最惠国待遇条款的利用。如果东道国与投资者在国家契约中就争端解决问题作出规定,且投资者已经基于契约提请过救济,那么投资者还可能通过适用基础协定(即东道国和投资者母国之间的双边投资协定)中的最惠国待遇条款,利用东道国赋予第三国的待遇,再一次基于投资协定就同一争端提起救济。这意味着投资协定中的争端解决方法适用到基于契约而产生的争端解决上,通过对投资协定中最惠国待遇条款的运用,可以使一些本来无法依据协定解决的争端顺利按照协定进行解决,从而扩大争端解决机构的管辖权。这种寻求多次救济程序的情况也是国际投资争端解决中的平行程序。

从最惠国待遇条款触发平行程序的路径看,在投资者与东道国签订有国家契约的情形,即便投资者母国与东道国之间签订的双边投资协定中没有保护伞条款或类似条款的纳入或提升功效,但是基于其中的最惠国待遇条款,只要东道国与其他任何第三国签订有相应的更优惠的争端解决条款,根据最惠国待遇的纳入功效,也就将该更优惠的争端解决条款并入了双边投资协定中,从而产生与保护伞条款相同的效果:投资者既可以基于国家契约中的争端解决条款提起程序,也可以基于双边投资协定中的最惠国待遇条款所援引的第三国(最惠国)投资者所享有的争端解决程序性权利提起解纷程序。当然,这里也存在一个关键性的问题,即最惠国待遇条款能否适用于程序方面,即最惠国待遇条款的程序化适用问题。

(二)最惠国待遇条款的触发原理:程序化适用

在国际投资协定中最惠国待遇条款大多要求成员方之间相互给予最惠国待遇,即互惠的最惠国待遇。最惠国待遇原则要求东道国给予缔约对方投资者的待遇不低于该国给予任何第三国投资者的待遇。规定最惠国待遇的条约通常被称为“基础条约”,而作为实施最惠国待遇参照标准的条约则名为“第三方条约”。^①最惠国待遇强调的是在一国范围之内各外国投资者之间的平等性,它能够把本来给予第三国或其国民的更优越的待遇扩展到基础条约的缔约国或其国民。这使得缔约东道国承担的外国投资保护义务呈现开放性,甚至是不可预见状态,即无论是目前东道国与任何第三国签订的有效投资条约,还是未来东道国与任何第三国签订的投资条约下所承诺的投资优惠、鼓励及保护措施均自动给予缔约对方投资者的投资。^②绝大多数的双边投资协定以及其他类型的投资协定都就最惠国待遇条款作出了规定,适用范围通常包括征收问题、国有化问题、公平与公正原则问题、歧视问题、充分保护与安全原则问题以及与之相关的国家具体责任的规则和规定,主要为实体问题,其本意并不适用于投资协定中关于投资争端解决的条款。

^① 参见徐崇利:《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》,《法商研究》2007年第2期。

^② 参见梁丹妮:《国际投资条约最惠国待遇条款适用问题研究——以“伊佳兰公司诉中国案”为中心的分析》,《法商研究》2012年第2期。

在当前规定了最惠国待遇条款的投资协定中,即使具体文字使用不完全相同,但是绝大多数采用的表述在本质上也大致相同,“即从实体问题的角度规定该条款的适用范围及排除适用范围,至于该条款是否适用于程序性事项等则不作规定”。^①例如,《阿尔巴尼亚和克罗地亚双边投资协定》第3条第1款规定,任何缔约国给予另一缔约国的投资待遇,都不得低于其给予本国投资者的投资或者任何第三国投资者的投资待遇。又如,《新西兰和新加坡双边投资协定》第2条规定,缔约国给予另一缔约国的投资和投资者涉及准入、征收、扩张、管理、引导、运作、清算、销售和转让的待遇,不得低于其在相似情况下给予任何其他缔约国或者不属于协定缔约国的独立关税区的投资和投资者待遇。

因为投资协定中的最惠国待遇条款可以具体规定其能适用于该协定的哪些部分,所以“最惠国待遇条款可以明确指出其适用范围是否包括争端解决部分”。^②大多数最惠国待遇条款的规定都非常宽泛,即使条款中作出了“在相似情况下”的限制,也列举了投资活动的具体事项,但没有明确指出能否用于程序性问题,这就给裁判者提供了解释条款的空间。但是,也存在少数投资协定明确规定最惠国待遇不能适用于投资争端解决的程序性事项上,或者明确排除将最惠国待遇条款适用在争端解决问题上。例如,《跨太平洋伙伴关系协定》第9.5.2条(最惠国待遇)就专门规定该条款所涉及的最惠国待遇不包含B部分中的国际争端解决程序或机制。

(三)最惠国待遇条款触发效应的实证考察

从国际投资协定的缔约实践看,最惠国待遇条款的适用范围逐渐从实体问题向程序问题扩展。尽管在一般情况下,仲裁的开展需要案件所涉当事方的明示同意,但是当前的国际投资仲裁体系的发展趋势显示,不仅可以通过争端当事国缔结的双边投资协定,而且还可以通过对协定中最惠国待遇条款的范围、含义以及本质的扩张,推导出东道国同意仲裁的结论。^③鉴于最惠国待遇的含义已扩展到投资争端的解决上的现实情形,一个新的趋势也随之出现,那就是当事方享有对争端管辖机构的多种选择,也因此有了出现平行程序的倾向。“德国西门子股份公司诉阿根廷案”^④(以下简称“德国西门子公司案”)即是一个典型案例。

在“德国西门子公司案”中,西门子信息技术服务公司(以下简称德国西门子公司)通过其全资子公司在阿根廷设立的公司,该公司通过竞标成功与阿根廷签订了合同,在阿根廷终止合同之后,西门子信息技术服务公司针对终止合同的条令向阿根廷行政部门提出三次行政申诉被驳回,但保留了提请仲裁的权利。于是德国西门子公司以违反《德国和阿根廷双边投资协定》内容为由向中心提起仲裁。阿根廷认为基于《德国和阿根廷双边投资协定》的规定,争端发生后18个月内只能将争端提交阿根廷国内法院解决,而该争端还未届满18个月时限,因此中心不享有管辖权。德国西门子公司则援引《德国和阿根廷双边投资协定》第3条关于最惠国待遇条款的规定,要求适用《阿根廷和智利双边投资协定》第10条规定的更优惠的待遇,即无需先在东道国国内寻求救济的规定。

针对中心仲裁庭有无管辖权的问题,“德国西门子公司案”仲裁庭认为,解释最惠国待遇时应该由《德国和阿根廷双边投资协定》协定的名称和序言所表达出的目的为指导。由于这是一个保护和促进投资的协定,缔约方的目的是明确的,因此其是为投资创造有利条件并激励私人投资者的积极性而合意制定的条款。《德国和阿根廷双边投资协定》第3条第3款和第4款明确规定了最惠国待遇条款无法适用的例外领域,其中不包括争端解决。仲裁庭通过对《德国和阿根廷双边投资协定》第3条第1款和第2款规定的最惠国待遇条款的文字解读发现,该双边投资协并没有限定只能将其适用在与投资征收和管理相关的商事

^① 朱敏:《论最惠国待遇条款与国际投资仲裁前置程序的规避——以ICSID仲裁案例为研究对象》,载刘建勤主编:《商事仲裁》(第11集),法律出版社2014年版,第28~38页。

^② Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*(Second Edition), Oxford University Press, 2012, p. 270.

^③ See Surya P Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, p. 149.

^④ See *Siemens A. G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.

和经济交易的待遇问题上。仲裁庭还发现《德国和阿根廷双边投资协定》与其他的投资保护协定共同作为一种特别争端解决机制并不是始终向投资者开放的,投资者能够接触到这类机制是基于投资协定提供的保护,是投资者和投资享有的待遇,也是通过最惠国待遇得到的更有利的优势。

“德国西门子公司案”将最惠国待遇条款的适用扩展到争端解决的程序性问题上,不仅排除了本应执行的当地救济原则,而且将双边投资协定中的争端解决机制适用到基于合同产生的投资争端上,增加了投资争端解决的方式,也给予了投资者多次寻求救济的契机。在本案中,仲裁申请者在提交中心仲裁之前已在国内提起过行政救济程序,中心仲裁庭又裁定其具有管辖权,从而形成平行程序的现象。

总的来说,最惠国待遇条款的程序化适用是其得以触发平行程序的原理,而其路径则是得益于该条款的纳入功效。不过,与保护伞条款不同,最惠国待遇条款涉及东道国与第三国的双边投资协定,并以第三国投资者在争端解决程序方面享有相关的更优惠的权利为前提。否则,最惠国待遇条款本身不足以引致平行程序。

四、作为卡尔沃主义体现的穷尽东道国救济条款

(一)卡尔沃主义及其程序化

卡尔沃主义是由阿根廷国际法学家卡尔沃于1868年在其著作《国际法理论与实践》中提出的主张。^①其实质是维护国家主权原则,坚持外国人与本国人的平等待遇;反对外国人的特权地位,反对外交保护;相较于本国国民,认为不应给予外国投资者更多的保护。卡尔沃主义强调国家属地管辖权的完整性,认为土地和其他自然资源属于国家所有,没有境外实体能在东道国境内永久拥有土地。卡尔沃主义一经形成,便在拉美国家中产生共鸣,许多拉美国家通过不同方式将卡尔沃主义融入国际投资领域中,并在实体问题和程序问题方面均有所体现。双边投资协定和国家契约中的争端解决条款规定便可以视为一种卡尔沃主义的程序表达。因为卡尔沃主义的核心内容是要求外国人将争端诉诸争端产生的国家法院中,换言之,要求外国公司或外国投资者在寻求国际仲裁或国际判决前需用尽当地救济。^②

(二)东道国救济条款的触发原理

可能是因为契约内容常涉及拉美东道国的自然资源或土地建设之类卡尔沃主义强调管辖的问题,所以主要为发展中国家的拉美东道国与主要来自于发达国家的投资者在签订国家契约时,往往将东道国国内救济作为投资争端解决的首要选择。尽管拉美国家推崇卡尔沃主义,也强调东道国救济,但是投资者对东道国国内救济并不信任,而东道国为了吸引投资也逐渐在投资协定中选择放弃东道国救济。因此,一方面,东道国在卡尔沃主义的影响下,在与投资者签署国家契约时常要求穷尽东道国救济机制;另一方面,东道国在与投资者母国签署投资协定时,投资者母国又为保护本国投资者所需而要求签订它们认为更为中立和客观的国际性争端解决机制,如中心仲裁条款。如此,在同时存在国家契约和投资协定时,就出现了国内救济和国际救济两种规定的情形。这本无可厚非,因为东道国与投资者母国具有不同的立场,但在实践中也因此埋下了程序平行冲突的伏笔。因为在通常情况下国家契约中规定的穷尽东道国救济条款并不会影响投资者依据双边投资协定提请国际救济,只要投资者在提请国际救济前已在东道国寻求救济且满足穷尽当地救济条款的规定,并继而再依据双边投资协定中的规定提请国际救济,就可能出现国内救济和国际救济的平行程序。

作为拥有丰富自然资源和亟待发展建设的国家,拉美国家是投资者青睐的目的地,尽管拉美国家执念于卡尔沃主义但同时又不得不屈服于需要投资的现实,这样不仅使得拉美国家容易成为投资争端的被诉方或被申请方,而且也容易因为双边投资协定和国家契约的规定导致平行程序的发生。在一定程度上,这

^① 卡尔沃主义的主要内容是:属于一国领域内的外国人同该国国民有同等受到保护的权力,不应要求更大的保护;当受到任何侵害时,应依赖所在国政府解决,不应由外国人的本国出面要求任何金钱上的补偿。参见姚梅镇:《国际经济法的理论与实践》,武汉大学出版社1983年版,第148页。

^② See Surya P Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, p. 14.

也可以从案例中得到证实,较多投资争端案件中的东道国为拉美国家,与此应该存在一定的关联。

由此看来,东道国在卡尔沃主义的影响下要求穷尽当地救济,这一条款本身并不必然产生和触发平行程序,在大多数情况下,该条款只是产生平行程序的前提。不难看出,如果东道国并没有穷尽当地救济的要求,那么就很可能不会存在与双边投资协定中的争端解决程序相平行的冲突程序。正是因为有穷尽东道国救济条款的存在,所以才可能使得国家契约中的争端解决程序和双边投资协定中的争端解决程序平行存在。

五、结语

国家契约作为投资者与东道国之间签署的协议,与投资者母国与东道国之间签署的双边投资协定共存是导致平行程序发生的重要原因。从法理上看,国家契约与双边投资协定之间本为平行关系,相互独立,其能激发平行程序,究其原理是透过上述保护伞条款和最惠国待遇条款而发生作用的。换言之,保护伞条款与最惠国待遇条款将分离的两类约定关联在一起,从而也就为两类约定中的争端提供了两种解决条款及为之奠基的争端解决程序。卡尔沃主义的兴起,及其在国家契约中的出现或表达,再次强化了东道国救济程序与双边投资协定中的争端解决程序之间的冲突性并存。当然,国家契约及双边投资协定的存在并不当然触发平行程序,只有当存在相关具体条款的触发时,才可能存在平行程序。

尽管这三类条款都可能触发平行程序,使得投资者就相同的法律事实或者法律问题先后或者同时提起救济程序,但是具体的触发途径是不同的。保护伞条款可能导致投资者一方面依据国家契约提请救济,另一面又基于保护伞条款将契约之诉提升为协定之诉,从而再依据投资协定提请救济。最惠国待遇条款可能使得投资者在依据国家契约提请救济之后,基于投资者母国和东道国双边投资协定中的最惠国待遇,利用东道国与其他国家签订的双边投资协定中有利于自己的争端解决条款,再次基于投资协定提请救济。而国家契约中的穷尽东道国救济条款通常并不会影响投资者再次基于投资协定向国际争端解决机制寻求救济,只要投资者在东道国领域内用尽了救济方式即可。

在这三类触发条款中,穷尽东道国救济条款逐渐被缔约方排除在投资协定之外。^① 20世纪80年代之后,随着投资自由化的程度日渐提高,在一些双边投资协定和多边投资协定中,国际投资仲裁成为投资争端解决的唯一法律方式,当地救济规则也开始被抛弃。^② 究其原因,一方面,外国投资者对东道国国内救济程序不信任。尤其是对发展中国家,投资者认为发展中国家的法治现状、法律规定、司法人员的专业素养均不够健全,且国内腐败情况不容乐观,因此不希望在东道国国内进行救济。相反,作为东道国的发展中国家,为了能够吸引外国投资者来本国进行投资,也主动放弃在投资协定中规定穷尽当地救济条款。另一方面,国际投资争端解决中心的声誉限制了穷尽东道国救济原则的运用。自中心设立以来,这种脱离投资者母国和东道国,并且专门解决投资者与东道国之间投资争端的国际投资争端解决机制受到了大多数国家的青睐,也就逐渐压缩了穷尽东道国救济条款的适用空间。对于保护伞条款,大多数学者认为应该对其进行限制解释,区分“国家合同”与“商业合同”,将商事合同排除在保护伞条款之外,^③甚至有学者提出可以直接废除。^④ 但即使时下的理论与实践对投资协定中保护伞条款和穷尽东道国救济条款有弱化趋势,也不可能达至完全抛弃这三个条款的情形。于是,既作为世界重要的投资东道国又作为世界重要投资

^① 参见兰花:《用尽当地救济原则与国际投资争议解决》,《河南省政法管理干部学院学报》2002年第6期;杜莹:《试析用尽当地救济规则在国际投资法中的适用》,《青海师范大学学报》2007年第3期;蔡姣姣:《用尽当地救济规则在双边投资条约中的发展趋势》,《湖北经济学院学报》2012年第2期;等等。

^② 参见倪小璐:《投资者—东道国争端解决机制中用尽当地救济规则的“衰亡”与“复活”——兼评印度2015年BIT范本》,《国际经贸探索》2018年第1期。

^③ 参见徐崇利:《“保护伞条款”的适用范围之争与我国的对策》,《华东政法大学学报》2008年第4期;封筠:《“保护伞条款”与国际投资争端管辖权的确定》,《暨南学报》2011年第1期;丁夏:《国际投资仲裁中适用“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》,《西北大学学报》2014年第2期。

^④ 参见赵红梅:《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》,《法商研究》2014年第1期。

者母国的中国势必在投资协定和国家契约的相关条款的制定上甚是纠结,这在我国缔结的双边投资协定中有所体现。

检索我国 2010 年后生效的 8 个双边投资协定^①可以发现:对于保护伞条款,6 个双边投资协定^②中都有明确的规定,只是具体的表述方式有些许差异。例如,《中国和尼日利亚双边投资协定》第 10 条第 2 款规定,缔约任何一方应恪守其与缔约另一方投资者就投资所做出的承诺。又如,《中国和坦桑尼亚双边投资协定》第 14 条第 2 款规定:“缔约一方应信守以协议或合同形式与缔约另一方投资者就其投资所作出的书面承诺。”该类条款的措辞都较为宽泛、抽象,容易导致宽泛解释,扩大适用范围,从而为当事人利用。对于最惠国待遇条款,8 个双边投资协定中均有明确的规定,其中有 4 个双边投资协定^③对最惠国待遇的适用范围作出了限制,明确规定适用范围不包括缔约国与第三国之间双边投资协定中的争端解决条款,如《中国和坦桑尼亚双边投资协定》《中国和乌兹别克斯坦双边投资协定》等,其余 4 个双边投资协定没有这样的限制,也就不可能有效制约投资者利用最惠国待遇原则再次提起救济程序。对于穷尽东道国救济条款,有 5 个双边投资协定^④中有相关内容,普遍的规定是要求投资者在提交国际仲裁之前,可以或者应当用尽缔约另一方法律和法规规定的国内行政复议程序,其中一些双边投资协定还规定了行政复议的具体期限。例如,《中国和加拿大双边投资协定》第 3 部分第 21 条第 1 款明确却规定:“诉请涉及中国措施时,中国应当要求投资者使用国内行政复议程序”。无论是应当还是可以用尽当地救济的规定,都为平行程序的触发提供了可能。

当今时代,正在从中国的全球化向全球的中国化转型。中国的全球化进程,是开放的中国对外资引进来的进程,中国是真诚的东道国;全球的中国化进程,则是富强的中国作为外资走出去的进程,中国是强大的投资者母国。身份上的可互换性,决定了中国在投资协定中的最终价值取向是平等互利。但从投资现状看,在相当长的一段时间内中国的引进来与走出去具有模式上的相对稳定性,即作为投资东道国主要是引进发达国家的投资;作为投资者母国则主要是向发展中国家投资,特别是“一带一路”沿线国家。此种投资模式的相对稳定,是我国处理和利用国际投资争端解决平行程序的基本背景,并由此区分两种投资身份及以之为据的两种策略:

第一,当作为投资者母国时,中国可利用这三类条款能触发平行程序的潜在特性更好地保护本国投资者的利益。既然平行程序允许投资者就相同投资争端启动多次救济程序,那么就可以纠正投资者在东道国国内可能遭受的不公或错误,增加投资者获得赔偿甚至多次赔偿的机会,更好地保护投资者的合法权益,惩戒东道国的违法行为。

第二,当作为投资者东道国时,中国需要谨慎对待这三类条款,平行程序意味着投资者会针对中国提请多次救济程序,而这样会导致一定的风险。首先,增加东道国的成本。平行程序意味着多次救济程序,而争端当事方在诉讼或仲裁程序中需支付一定的费用,如证据的鉴定费、诉讼费等。同时,多一次救济程序意味着东道国多一次赔偿的可能,倘若最终判决或裁决均支持投资者,则东道国就可能多次支付赔偿。其次,出现不一致的裁决结果。即使是在同一争端解决体系中的平行程序也意味着互相独立的救济程序,又鉴于在国际投资仲裁和大陆法系国家的司法体系中并没有遵循先例的要求,因此难以避免裁判结果的不一致。这一状况在国际投资仲裁中较容易发生,仲裁员在解释投资协定规定的条款时,往往会基于自身

① 这 8 个双边投资协定是:《中国和坦桑尼亚双边投资协定》《中国和法国双边投资协定》《中国和瑞士双边投资协定》《中国和乌兹别克斯坦双边投资协定》《中国和尼日利亚双边投资协定》《中国和刚果双边投资协定》《中国和加拿大双边投资协定》《中国和哥伦比亚双边投资协定》。

② 这 6 个双边投资协定是:《中国和坦桑尼亚双边投资协定》《中国和瑞士双边投资协定》《中国和乌兹别克斯坦双边投资协定》《中国和尼日利亚双边投资协定》《中国和刚果双边投资协定》《中国和加拿大双边投资协定》。

③ 这 4 个双边投资协定是:《中国和坦桑尼亚双边投资协定》《中国和乌兹别克斯坦双边投资协定》《中国和加拿大双边投资协定》《中国和哥伦比亚双边投资协定》。

④ 这 5 个双边投资协定是:《中国和坦桑尼亚双边投资协定》《中国和法国双边投资协定》《中国和瑞士双边投资协定》《中国和乌兹别克斯坦双边投资协定》《中国和加拿大双边投资协定》。

的立场和法学素养做出不同的解释,进而导致裁决结果不一致甚至相矛盾。最后,鼓励投资者多次提请争端解决程序。当投资者通过平行程序得到所期望的结果之后,这样的情形会起到一种导向作用,告知其他投资者也可采用平行程序的方式通过提请多次救济程序解决相同争端以获得有利于自己的结果。如果类似情况持续发生,投资者们竞相模仿,那么对东道国而言必定是不利的。

因此,可采取如下应对之策:

第一,对于用尽当地救济条款,完全放弃不太现实,我国应坚持运用限制管辖权条款。“岔路口条款”和“弃权条款”是合适的选择,岔路口条款和弃权条款的存在就是为了避免投资者因为投资协定中争端解决方法的多样性而多次选择不同的方法来解决同一争端。岔路口条款要求投资者在东道国国内救济与国际仲裁机制间做出具有终局性的选择,而弃权条款可以阻止那些已经选择国际仲裁的投资者再回头试图通过东道国国内寻求救济的情形。

第二,对于保护伞条款,首先,我国在订立国际投资协定时对保护伞条款的含义、效力以及适用范围等内容应尽可能详尽规定,或者单独制定附则或相关文件具体阐述解释该条款的方法,以引导仲裁庭或法院作出符合缔约方真正意图的解释,避免争端解决机构随意扩大、歪曲解释条款。其次,区分“国家契约”与“商事合同”,将保护伞条款的适用范围局限在只有东道国行为违反“国家契约”时方能援引,以此缩小争端解决机构对保护伞条款适用的范围,减轻东道国的义务。

第三,对于最惠国待遇条款,首先,我国在订立投资协定时需明确其含义、目的以及适用范围,而其中最有效的做法就是明确规定最惠国待遇原则不适用于投资争端的解决。其次,倘若缔约国无法就最惠国待遇原则的适用范围达成一致,则“我国在订立新的国际投资条约时注意在争端解决程序方面‘留权在手’,最惠国待遇条款的‘效力不溯及既往原则’还能发挥‘亡羊补牢’之功效”。^①我国可以通过规定最惠国待遇原则的效力不溯及既往从而在一定程度上限定其适用。

综上所述,国家利益之所在即为国家战略之所指。在国际投资中,国家利益所在决定于其身份,不同的身份意味着不同的利益立场,变化的身份意味着变动的利益立场。利益立场的不同则从根本上决定了我们对待三类条款的不同态度和策略选择。明确了策略之准据,也就把握了如何善用此类条款的方向。

责任编辑 何 艳

^① 徐崇利:《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》,《法商研究》2007年第2期。