

凡是提到国际投资仲裁,经常会涉及到1965年《关于解决一国与他国国民间投资争端的公约》(以下简称《华盛顿公约》)。我们应当如何认识《华盛顿公约》的本质?如何

认识当前国际上唯一的一个解决国际投资争议的组织——“解决投资争端的国际中心”的作用?《华盛顿公约》是如何解决国际投资仲裁中的一系列法律问题?中国是否应参加《华盛顿公约》?所有这些问题都是目前及今

# 论国际投资仲裁与 《华盛顿公约》的关系

陈锦亚 曾石艳

后很长一段时间内,我国大量吸收外资工作中已经而且必将面临的实际和理论问题,限于篇幅,本文仅就其中几个法律问题略作探讨。

## 一、《华盛顿公约》的产生、性质与作用

《华盛顿公约》的产生与六十年代资本主义世界相对繁荣、处于高速发展阶段有关。在六十年代的投资大发展时期,发达国家为了保护其在外资本,与发展中国家订立了众多的双边协议,以求取得最大利益。但在双边投资保护协定的订立与实施过程中仍存在着以下问题:(1)双边谈判逐一进行,耗时费日,旷日持久,一时难以奏效,不如一揽子解决更有利发达国家;(2)双边谈判常因当事方政府更迭,或则重新谈判,或则停止谈判,欠稳定性;(3)缺乏统一规范,容易引起解释困难。

1962年,世界银行根据银行理事会的决议,正式决定研究外国投资者与东道国之间投资争端的公平、合理的解决方案。世界银行拟定了公约草案,召开了各大洲区域性法律专家协商会议,再交银行成员国指派的代表组成的法律委员会讨论。直到1965年

3月,世界银行执行董事会才正式通过了《华盛顿公约》。

《华盛顿公约》作为发达国家与发展中国家斗争、妥协的产物,是在资本输出国与输入国互作让步的情况下,几经修改,终于达成的协议。经过20年的实践,《华盛顿公约》在某种程度上兼顾了投资者与东道国的利益。

《华盛顿公约》一经制定即有72国参加。从1965年3月18日提交各国政府签字至1983年12月底,已增加到89国。可见,《华盛顿公约》能对投资争议解决产生一定的积极影响,对投资者能起到国际保护作用;对东道国能起到防止他国行使各种特权与外交保护权的作用;按照《华盛顿公约》而设立的“解决投资争端中心”,创设了一个国际间解决投资争议的机构,在一定程度上顺应了国际投资发展的需要。参加《华盛顿公约》后就

不必逐一进行双边谈判,更不必担心双边谈判失败后会对其它正在观望中的国家产生阻止效应。因此,它能使对方有一安全、稳定感。《华盛顿公约》在为时20年中,提交“解决投资争端中心”(以下简称“中心”)的案件仅16项,其中真正仲裁解决的案件仅3项,其心理作用大于实际作用是很明显的。

不同国家对《华盛顿公约》持不同态度。按照参加国家类型划分,第一世界:美国参加,苏联未参加;第二世界:英国、联邦德国、日本等资本主义国家全部参加,东欧国家除罗马尼亚、南斯拉夫外没有参加;第三世界:参加国达68国。从上述参加国可以看出,世界主要资本输出国与主要资本输入国都参加了《华盛顿公约》。值得注意的,

从1979年以后,原来一直坚持“卡尔沃条款”的拉美国家有两国加入了《华盛顿公约》。

《华盛顿公约》作为目前制约国际投资活动的一部行之有效的文件,在西方发达国家颇受青睐。各西方发达国家,包括日本、瑞典等国,在与中国谈判签订保护投资的双边协定过程中,一再提出要参照《华盛顿公约》解决纠纷的方法来制订协定中解决纠纷的条款。而一些发展中的亚洲、非洲、拉美国家的实践与法学家的论著却又持截然相反的观点,绝然否认《华盛顿公约》对解决国际投资争议的作用。对《华盛顿公约》究竟应作出何种评价?《华盛顿公约》能否为我国所用?应如何利用?这些问题应成为研究国际投资争端解决手段中的一个很重要的课题。

## 二、东道国家同意提交仲裁与国家主权的关系

主权问题一直是摆脱了长期殖民统治的发展中国家最关注的问题,同时也是如何吸收外资、利用外资的积极作用与如何限制外资消极作用和不良影响的最集中体现之处。因投资产生的争端通常有四种表现形式:(1)投资者作为东道国法人与东道国其他法人组织间发生的争端;(2)投资者设立的企业内部的争端;(3)投资者所在国政府与投资东道国政府的争端;(4)投资者与东道国政府或政府机构间的争端。其中,第四类争端最微妙,也最难解决。

### (一) 东道国家同意提交仲裁的意义及后果

按照《华盛顿公约》的规定,对于在一国与它国国民间因投资产生的争议,在东道国自愿的基础上,通过双方同意,在用尽东道国当地司法、行政救济后,争端可提交一个专门国际机构解决,这个机构就是按照《华盛顿公约》设立的“解决投资争端中心”。按照《华盛顿公约》规定及“中心”已经处理的几

个案件来看,投资输入国即东道国,是否“同意”将案件提交“中心”管辖,是“中心”是否拥有对投资争端管辖权的前提,《华盛顿公约》对东道国是否同意将争端提交国际仲裁(以下简称“东道国的同意”)予以极大的关注与重视。当事人各方,尤其是东道国方“同意将投资争端提交‘中心’管辖”是“中心”管辖权得以产生的首要条件。

至今,许多第三世界国家拒绝按照《华盛顿公约》规定参加国际仲裁,其主要原因就在于按照《华盛顿公约》将争端提交国际仲裁,可能会与一国行使主权发生冲突,这也是中国至今对参加《华盛顿公约》持保留态度的关键所在。

按照《华盛顿公约》规定,同意提交“中心”仲裁必须经历必要的法律程序。首先,必须确定争端的性质。其次,“同意”的当事人必须有一方是国家。第三,“同意”可以有各种形式,如英、美、日等国是通过与外国签订双边条约形式表示本国政府的“同意”;埃及在其“投资法规”中特别规定了本国政府的

“同意”。即便如此，“同意”并非通常意义的同意，而是有限度、有范围的同意。按照《华盛顿公约》的规定，构成“同意”的要件是：(1)“同意”是一国对特定争端准予提交国际仲裁的特殊解决方法；(2)参加《华盛顿公约》本身并非“同意”接受“中心”管辖；(3)“同意”必须书面作成。《华盛顿公约》对当事方的“同意”作出如此规定，其用意是很明显的，至少从其词句上看，关于“同意提交中心管辖”的规定力图在投资者与东道国国家之间保持一种精心设计的“平衡”。

事实证明，投资争端的国际解决，即非交由外国政府管辖，也不是一国自动放弃管辖权，国际解决是有条件的、暂时的、相对的、只要处理得当，不仅不会影响一国主权，而且还有利于一国投资环境的完善。

## (二) 个人提请国际仲裁并非个人具有与国家平等的地位

根据《华盛顿公约》规定，在某些特定情势出现时，外国投资者有权要求将其东道国的纠纷提交国际解决。个人(通常为法人)在国际经济法中可以成为国际经济法主体，也享有一定的权利，但个人在任何一点上都无法处于与国家平等的地位。一国参加某一国际经济组织，如世界银行，签订条约，同意在极有限的范围内赋予个人特定的国际活动能力，这恰恰是一国主权的体现。《华盛顿公约》要求参加国在有限范围内允许外国投资者将某些投资争议提交国际仲裁，这既不同于国家与国家之间签订的双边投资保护协定，也显然相异于习称的“国家契约”，而是通过有限的国际解决来对投资者的利益提供保证。那种所谓的“国家契约”是指，一国为了某种特殊目的(通常为开发矿产、石油等自然资源)，通过与外国投资者签订特定的契约，或订立保证外国投资者特权的“特许协议”，特许外国投资者享有在通常情况下专属国家的权利。如英伊石油公司就是英

国殖民主义者与原殖民地伊朗签署的特许协议的产物。即或如此，“国家契约”也只能说成是一种具有涉外性质的契约，而不具有任何国家间契约的性质。

一国与一些国际性的经济组织，诸如国际粮农组织、关税与贸易总协定、世界银行，包括依照《华盛顿公约》成立的“解决投资争端中心”，通过条约形式，赋予个人比传统国际法意义上大得多的权利，这是国际经济法的一个特点。这一特点在国际投资问题上表现得尤为突出。即使根据《华盛顿公约》的规定，允许外国投资者作为当事一方将某些争端提请国际仲裁，但该外国资本的地位，即该外资在投资东道国通过登记、注册，从而成为东道国一个法人组织的地位并未因此发生本质变化。在绝大多数情况下，该外国资本仍受东道国管辖。中国的“中外合资经营企业法”明确规定：“外国人在华投资受中国法律管辖。”1985年4月，中国与港商达成合资兴建中国第一条赛马跑道协议，尽管赛马在西方国家被认为是赌博的代名词，但在该协议中就明确规定：“该设施为非赌博性娱乐设施”。合同之所以必须如此明确规定，就是因为外国资本必须接受东道国管辖，不得违背东道国的法律和公共秩序。

总而言之，个人关系如需国家保护，只能通过国家的参与才能实现。国家同意将某些投资争端提交国家仲裁，从本质上分析，是国家权利通过政府间的协议转授于个人。这种转授通常具有如下内容：

1. 行使权利的主体貌似个人，实质是个人背后的国家。一些发达国家在同第三世界国家，包括同中国进行谈判时，常常要就投资者在东道国的待遇进行旷日持久的谈判。只有由国家参与，通过谈判在国家间达成协议，在一定程度上和一定范围内将原应由国家享有的权利或应由国家承担的义务转授予个人(通常为法人)，个人(通常为法人)

才有可能享有一定权利,承担一定义务。

2. 《华盛顿公约》的约束力、法律效力及按照《华盛顿公约》设立的仲裁庭,只有通过东道国国内法的作用,才能在该国境内产生效力,具有拘束力。《华盛顿公约》在绝大多数参加国国家中,只有得到参加国家签订和批准后方具有国内法的地位。

3. 依照《华盛顿公约》设立的仲裁机构是仲裁庭,而非“世界法院”。“仲裁中心”充其量也只能说成是参加《华盛顿公约》国的共同机关。更重要的是,仲裁不是诉讼,不存在司法解决的程序,当然不会产生强制性管辖问题。有些人过分夸大《华盛顿公约》的管辖作用与管辖范围;也有些人担心参加了《华盛顿公约》,外国投资者“一旦与我们发生纠纷,就去告我们,会搞得我们很被动”,等等。其实了解了个人与国家在国际经济法中不可能平等的关系,就不会如此认识问题。

### (三)“投资争端解决中心”对投资争议的管辖权

1. 参加《华盛顿公约》并非表明参加国愿接受“中心”管辖,这是《华盛顿公约》区别于许多其它公约的重要之处。

2. 有条件、有限制接受“中心”管辖并非对国家行为豁免的放弃。国家豁免原则在理论和实践上都应该是勿容置疑的。不容受到任何挑战的。正因为仲裁具有非司法解决争端的功能,理所当然,仲裁就不存在司法管辖的性质。很明显,参加《华盛顿公约》,有条件地接受国际经济组织的管辖——提交“中心”仲裁解决某些投资争端,是绝然不同于接受外国法院管辖的两个性质迥异的立场,方法和事实。

3. 国际经济组织成员的改变对仲裁的影响。国际经济组织的组成,即使是发达国家控制较严的一些国际经济组织,如国际货币基金、世界银行,其成员改变较快。第三世界各国在国际经济组织中的发言权已越来

越大。《华盛顿公约》第7条第2款强调一国一票,多数票决定公约的一切事务,及第66条强调绝大多数票对《华盛顿公约》的可修改性,都说明了“中心”的权利最终源出于成员国。“中心”在处理争端时,第三世界国家的仲裁员正在发挥较大的作用,原来那种发达国家仲裁员一统天下的局面已被打破。

### (四)《华盛顿公约》管辖的适用范围

《华盛顿公约》的管辖范围有限,而且通过特定手段,可排除《华盛顿公约》对某些或某类争端的管辖。

1. 根据《华盛顿公约》,要求国际仲裁的争端只能是一国与它国民间的争端;这种争端的范围全部限于投资领域,而不是其它性质的争端;任何因投资引起的争端必须与投资直接有关,因投资而间接产生的争端依照《华盛顿公约》一般是不予受理的;即使是直接与投资有关的争端,如不属法律争端,也不得提交国际仲裁。所谓法律性质的争端是指,提请仲裁的争议其标的是权利与义务关系,而不是利益关系。一个合资、外资企业的最关键问题是赢利与否,但赢利与否属利益关系,即使一个外资企业因不赢利而无法继续存在下去,但这类争议仍不能提请国际仲裁。换言之,争端的法律属性成为争议能否提请仲裁解决的前提条件与决定性条件。

2. 缔约国对其机构声明同意“中心”管辖的批准权。按照《华盛顿公约》规定与各国的实践,接受“中心”管辖的“同意”有这样几点前提规定:

(1) 参加《华盛顿公约》是一国自愿行动,但这行为本身并非意味着“同意”接受“中心”的管辖。亦即一国参加了《华盛顿公约》是一回事,“同意”向“中心”提交案件,请求仲裁又是另一回事。

(2) 经缔约国批准,同意将某类或某几类争端提交“中心”管辖,才完成提交仲裁的程序。但为数不少的国家在批准同意的同

时,常附带一声明,以排除“中心”对一些关键性项目的管辖。

3. 排除管辖。排除管辖,又称预先排除,凡一国认为某项或某几项情势与其国民经济发展关系重大,或某项事关国家主权,法制统一等而不适宜提交仲裁,在这些领域中如发生投资争议,一国有权在参加《华盛顿公约》之际,或参加以后的任何时间,预先提出排除“中心”管辖。根据各国的实践,预先排除的项目一般有:(1)在一国境内履行的合资企业;(2)自然资源开发;(3)外国人待遇;(4)东道国认为应排除的一切事项。

但是,还存在一个问题,即在一项争端发生后,一方提出要求提请仲裁前,东道国就该争端的某一事项提出“排除中心管辖”。这样的“排除管辖”是否有效?应该如何认识这样排除的效力呢?对此问题,《华盛顿公约》未作明文规定。但就在《华盛顿公约》制订后不久,即发生了一起这样的事情。美国一家在牙买加的矿业公司,因税收问题与东道国牙买加发生了争端。在争端之后,牙买

加政府感到有必要排除“中心”对此类纠纷的管辖权,因此提出了排除“中心”管辖的要求。但仲裁庭认为,由于牙买加政府提出对此类争端排除管辖的时间是在发生争端后一方提交仲裁前,而非发生争端前。因此,认为牙买加政府的这项“排除管辖”仅为对将来发生的同类争端的事先排除,而非对此次争端的排除。仲裁庭最终受理了此案。仲裁庭的这种做法与解释,国际经济学家和法学家们对此是各执一词,莫衷一是。我们认为,既然《华盛顿公约》中明确规定了参加国有事先排除“中心”管辖的权利,那么,对《华盛顿公约》的任何任意解释都是不足取的。但是,亦应看到“排除中心管辖”是指对有关国计民生、主权及自然资源开发等重大问题排除国际经济组织管辖,而不是对一切可能产生的争端的排除。如果一国参加了《华盛顿公约》,不必也不应对一切争端全作出排除“中心”管辖的请求。因此,在参加《华盛顿公约》之前,即对如何正确排除“中心”管辖作积极的研究;参加时提出合理的排除管辖申请是参加《华盛顿公约》应取之态度。

### 三、参加《华盛顿公约》的现实意义

#### (一) 用尽东道国当地司法、行政救济

《华盛顿公约》第26条规定,一国可以要求外国投资者以用尽东道国地方救济作为根据《华盛顿公约》提出仲裁的条件。因此,当事人有权在东道国,依照东道国法律程序,享有一切按照当地行政法规、司法程序与有关实体法规所能得到的保护和可以行使的权利,而东道国不得以各种借口拒绝给予当事者享有这种权利。这在实质上是东道国给予外国人的一种保护。基于这种保护,外国投资者可以在东道国法律允许范围内,自由行使这一权利。只有东道国法律明显不正或有司法拒绝的行为时,投资者才可以向

“中心”提出仲裁申请。其重要意义在于,外国投资者因此而无法动辄对一国的行为提请仲裁;而且,在用尽当地司法、行政救济后,通常能事实上解决纠纷。

#### (二) 排除投资者所在国的外交保护

《华盛顿公约》第27条规定:“缔约国对于本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际求偿。”给予外国人在本国何种待遇,系一国主权所在,他国无权干涉。同时,一国有义务遵守有关国际法,在对外国人待遇的国内立法上,不能与国家承担的国际义务相去太远。一国立法必须考

考虑到当时的国际关系与所处的国际环境；借鉴当时通行的国际实践；考虑到国际法基本原则和有关的国际惯例。必须强调的是任何一国不得恃强凌弱，借口保护本国侨民随意干涉他国事务。《华盛顿公约》在此问题上采取了排除外国保侨、外交保护、国际求偿等不合理做法，有条件地肯定了东道国的管辖权，无疑是《华盛顿公约》顺应历史潮流向前迈出的一步。但《华盛顿公约》在此款中还拖了一句“除非东道国拒绝执行裁决外”。这种提法是对发达国家要挟的让步。据此，投资者所在国还是有条件地保存了“行使外交保护的权力”，这是公约中一个不可忽视的错误，必须在实践中予以澄清并得到纠正。

国际政治、经济活动的经验与教训表明，一国不应也不可能长期独立于较具普遍意义的国际组织和国际公约之外。我们应该反对在毫不知情的情况下，贸然加入一个国际公约的做法，我们也应反对在对一国际公约有了较深入了解，并在权衡了参加公约对我国的利弊得失的情况下，仍持漠然视之，

高高挂起的态度。笔者认为，中国应当参加《华盛顿公约》，而且早参加比晚参加好；（1）有利掌握国际投资争议的最新趋势；（2）有利学习国际投资仲裁经验，培养更多的有关人材；（3）有利扩大中国法学界在国际上的影响；（4）有利在国际范围内建立一个最佳投资法律环境。这是最重要的一点。

中国已于1980年照会《华盛顿公约》要求驱逐台湾，将《华盛顿公约》中中国签字项空留，以待以后中国解决。《华盛顿公约》已遵照中国要求将中国名额保留给中华人民共和国。中国如参加不会遇到任何政治性阻碍。其关键是，中国应对《华盛顿公约》进行仔细研究，并在此基础上尽快制订出“排除中心”管辖的内容。为了维持我国法制的统一，根据中国目前情况，似乎以规定外国投资者仅可就国有化后的赔偿问题，在用尽中国司法、行政救济后，向“中心”提出要求仲裁申请为好。这样的做法符合我国目前与几个国家签订的双边投资保护协定的有关规定。

