

关于国际投资争端中违约竞合的法律问题分析 ——以ICSID裁决为视角

张苏锋¹ 张媛媛²

(1.复旦大学法学院, 上海 200438; 2.华东政法大学, 上海 200042)

摘 要:近年来,很多中国企业对海外资源领域投资采用与拥有资源的某些发展中国家政府直接签订合同,即采用了国家契约的形式。当东道国国家行为违反国家契约项下的义务时,就可能同时违反了东道国与投资者母国所签订的双边投资保护协定中的承诺,这就构成了违约竞合。本文将结合ICSID裁决的案例对该违约竞合的法律问题进行分析,并对中国在对外签订双边投资保护协定方面提出建议。

关键词:国际投资争端;国家契约;双边投资保护协定;违约竞合

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894 (2012) 06-0031-07

近年来,中国的国际投资战略从改革开放以来以引进外资为核心的“请进来”战略转变为引进外资和鼓励向海外投资的“请进来”与“走出去”并进的战略。据商务部统计,2011年我国境内投资者共对全球132个国家和地区的3 391家境外企业进行了非金融类对外直接投资,累计实现直接投资600.7亿美元,同比增长1.8%。其中,股本投资和其他投资456.7亿美元,占76%;利润再投资144亿美元,占24%”。^①在2010年,中国对外直接投资创下688.1亿美元的历史最高值,“这个数字相当于‘十五’期间中国对外直接投资总额的2.3倍,年度流量首次超过日本(562.6亿美元)、英国(110.2亿美元)等传统对外投资大国”。^②其中,很多中国企业对海外资源领域投资采用与拥有资源的某些发展中国家政府直接签订合同,即采用了国家契约的形式,从这些政府那里直接获得自然资源矿藏的勘探权或开采

权。例如,中石油在2009年11月3日和英国石油公司一起与伊拉克石油部签署的开发伊拉克鲁迈拉油田的协议即属于国家契约。在这个协议中,英国石油公司占38%股权,中石油准备投资100亿美元,占37%股权,剩下的25%股权为伊拉克政府属下的南方石油公司持有。^③因而,当东道国国家行为违反国家契约项下的义务时,就可能同时违反了东道国与投资者母国所签订的双边投资保护协定(BIT)中的承诺。

国际投资争端中违约竞合问题在本文中指东道国国家行为既违反了国家契约,又违反了东道国与投资者母国所签订的双边投资保护协定中的承诺。本文将结合国际投资争端解决中心(ICSID)裁决的案例对该违约竞合的法律问题进行分析,并对中国在对外签订双边投资保护协定方面提出建议。

收稿日期: 2012-04-12。

作者简介: 张苏锋,男,复旦大学法学院国际法博士研究生,主要研究方向:国际经济法;

张媛媛,女,华东政法大学国际法学院硕士研究生,主要研究方向:国际经济法。

一、概述

(一)国家契约与双边投资协定

1. 国家契约 也叫经济特许协议，是指一个国家(政府)给予外国投资者(自然人或法人)特别许可的法律协议，约定投资者在一定期间，在指定地区在一定条件下享有专属于国家的某些权利，从事公用事业建设或自然资源开发等投资的特殊经济活动，其规定内容为投资者应该向东道国政府交纳报酬的金额与支付方式，并确定投资者在投资开发及经营等活动中应遵守的准则。^④

根据常设国际法院在1929年的塞尔维亚债券案判决中关于合同性质的权威解释：凡不属于国家之间签订的任何合同，都是以某个国家的国内法为依据。^⑤因而，国家契约具有国内法意义上的合同性质，而不属于国际公法意义上的国际协议。较之一般国际投资商事合同，国家契约的一方当事人是国家或政府(或其授权的公法法人)，契约的依据是国家的主权，缔约双方的法律地位不平等，因而在合同争议的处理上涉及国际投资争议问题。

2. 双边投资保护协定 双边投资保护协定是东道国与投资国之间订立的，旨在保护外国投资者权利、促进国际投资的双边条约。其基本内容主要有4个方面：第一，关于外国投资者在东道国的待遇；第二，关于征收、国有化的补偿；第三，关于投资财产、利润和其他收益自由汇出；第四，关于投资争议解决。^⑥

(二)违反契约与违反条约的区别

违反契约的行为与违反条约的行为适用的法律不同。契约诉求是以东道国违反其与外国投资者签订的国家契约中的权利义务为基础的。契约之诉依据合同的准据法加以解决，而条约之诉是以东道国违反其在条约中的权利义务为诉因，某一行为是否违反条约只需比照国际义务，无需判

断该行为的性质，直接依据国际法解决。

(三)违反契约与违反条约的竞合

从法律现象看，竞合实际上就是指某种法律事实引发了两种或两种以上的权利并存或其相互之间发生冲突的情形。简言之，“即同一给付请求因数个请求权规范而成立”。^⑦国际投资争端中出现违反契约与违反条约的竞合，指东道国国家行为既违反了国家契约又违反了东道国与投资者母国所签订的双边投资保护协定中的承诺。例如，东道国的国家行为违反了双边投资保护协定中的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、投资保护安全、非歧视措施、不当直接或间接征收或国有化等义务时，则就会引发契约诉求与违约诉求的竞合。BP-Pan American v. Argentina^⑧案的仲裁庭将违反契约之诉与违反条约之诉的竞合界定在违反双边投资保护协定的保护标准、国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇、充分的投资保护与安全等基础之上。之所以出现竞合，既有程序法上的原因，也有实体法上的原因：

(1) 从程序法的角度来看，是多重管辖权的冲突，即国家契约中约定的国内管辖与条约中确定的国际仲裁管辖之间的冲突。东道国在与投资者签订国家契约时，往往会约定单独的东道国国内仲裁或者司法管辖的条款，而在当前大部分的双边投资保护协定中，ICSID仲裁庭的管辖已经在很大程度上被接受。由于投资条约中的争端解决条款，赋予了外国投资者将有关投资争议的条约诉求诉诸国际仲裁机构，如ICSID仲裁的权利，使这两个独立运作的法律体系，在国际投资活动中往往会出现重叠和冲突。

(2) 以实体法为视角来考察，由于国际投资活动受到多重法律规则体系的调整，国内法与国际投资条约之间在一些实体规则和标准的相互冲突，也会引起两者的竞合。国际投资行为本身

主要受到两个层面的法律的约束,一是以国家契约为主,东道国国内法律为补充的国内法;二是投资者母国与东道国都参加的双边投资协定或多边投资条约的调整,即国际法层面的约束。

(四) 竞合选择的结果

在国家契约履行过程中,由于经济政策和法律的变化,基于情势变更,国家可能会变更或修正原来在合同中作出的承诺;也可能由于经济形势的改变,而采取各种行政管理措施,而这些措施间接地导致国家无法履行约定的义务。在东道国出现违反契约的行为时,一般通过以下途径解决:

1. 国内法(选择违反契约之诉) “用尽当地救济规则”作为公认的国际法规则,博查德对其根据有经典性的论述:根据这条国际法规则,外国人当然隶属于并服从于所在国法律的管辖。作为其必然结果,外国人当其权益受到侵害时必须寻求当地法院的救济。(1)当地法对于不法行为为外国人提供了补救方法。(2)主权和独立是所在国有权要求其法院不受干涉并确定其由司法能力的根据。受害人国籍国必须给加害国按其正常方式对受害人进行司法的机会,这样可以避免各种情况的国际纠纷。(3)若伤害是由个人或下级官员所致,必须用尽当地救济以确定不法行为或拒绝司法是国家的有意行为。(4)若是属于国家任其发生的有意行为,外国人也必须寻求法律救济;只有未获补救而产生了拒绝司法,这时外交干预方为正当。总之,“用尽当地救济规则”是国家对内最高权、对外独立权的体现,是国际法上国家主权原则和属地管辖权原则的具体化。^⑨因此,外国投资者若选择了违反契约之诉,则其与东道国投资争端的管辖法院往往是东道国法院,适用的准据法除双方另有约定外,是

东道国法律。

2. 国际法(选择违反条约之诉) 在LG&E v. Argentina 案中,仲裁庭指出伞型条款要求东道国遵守其应该承担的对外国投资者的义务、包括来自合同中的义务,因此这些义务在双边投资保护协定下应该得到特别的保护。^⑩在该案中LG&E公司根据BIT中的仲裁条款,向ICSID提起违反条约之诉,仲裁庭解决本案所适用的依据是双边投资保护协定。因此,若投资者选择违反条约之诉,则投资争端的管辖机构往往是ICSID仲裁庭,而仲裁庭将根据投资者母国与东道国签订的双边投资保护协定为依据来解决双方的投资争端。

(五) 竞合和岔路口条款

在法国CGE公司诉阿根廷案中,根据法国与阿根廷之间的双边投资保护协定条款,投资者要么通过阿根廷国内司法途径解决投资争端,要么提交国际仲裁。如果提交国际仲裁,则可选择 ICSID 或根据联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)规则建立的临时仲裁庭。

根据岔路口条款,如果申请人直接选择 ICSID 仲裁,且最终败诉,将无法再通过东道国法院获得救济。反之,若先选择在东道国法院审理,之后再向 ICSID 提交条约之诉是可以的。如前文所述,条约之诉不同于合同之诉,条约之诉要考察的是相关的条约标准。东道国法院是否能独立审判、审判结果是否公正可在认定东道国是否违反国际义务时作为参考。但东道国法院的审判并不妨碍国际仲裁庭对争端进行实体审理。换言之,投资者追究东道国国家责任的权利来自母国,东道国无权限制。这也能使投资者在经过东道国法院审理后,再进行ICSID仲裁程序。

二、ICSID裁决案例实证分析

(一)案例一：法国CGE公司诉阿根廷案^①

根据法国与阿根廷1991年7月签订的双边投资保护协定第8条规定，如果缔约一方与另一方的投资者之间发生投资争议，投资者可以选择将投资争议提交东道国负责争议解决的司法机构，或依《华盛顿公约》提交ICSID仲裁庭。

1995年，阿根廷的土库曼省政府与法国CGE公司设在阿根廷的子公司CAA签订了一份许可协议，允许CAA公司负责全省的用水系统与污水处理系统的运作。该许可协议第4款规定：“有关协议条款的解释或适用的争议，土库曼行政法庭拥有唯一的管辖权。”1995年7月，CGE及其子公司CAA与土库曼省政府产生纠纷，CGE公司以土库曼省政府干预其履行合同为由而宣布合同无效。1996年12月，CGE公司启动了ICSID仲裁程序，要求阿根廷政府赔偿损失3亿美元，理由为阿根廷政府没有履行投资协定义务，即制止土库曼省政府采取的错误行为，故应对土库曼政府官员的行为负责。阿根廷政府认为，争议是有关许可协议中的权利和义务关系问题，应该根据该协议将争议诉诸土库曼行政法庭，因为该许可协议第16条第4款实际上排除了ICSID的管辖权。

ICSID仲裁庭将该案定性为包括两种不同的诉因：一是针对土库曼省政府的违反合同之诉，二是针对阿根廷政府的违反条约之诉。仲裁庭认为，CGE公司针对阿根廷政府的违反条约之诉不在土库曼省行政法庭的管辖范围之内，ICSID因此具有对该案的管辖权。但同时又认为，由于该案中的违反条约之诉与许可协议之间的关系十分密切，在没有解释或适用许可协议中的条款之前，很难将违反条约之诉和违反协议区分开来，而解释或适用协议第16条第4款的权利应该属于土库曼行政法庭。因此，只有在CGE公司向土库曼省行政法庭主张权利且在程序和实体上都遭到拒绝时，

ICSID才有管辖权。该裁决表明，投资者可以通过合同条款选择国内法庭来解决合同争议而排除ICSID仲裁庭的管辖权。但如果CGE公司根据许可协议条款主张救济时在程序与实体上遭到拒绝，ICSID仍然可以行使管辖权。

(二)案例二：瑞士SGS公司诉巴基斯坦案

瑞士与巴基斯坦签订的双边投资保护协定中第11条规定，缔约方必须始终确保履行其对另一缔约方之投资者就投资所负的义务。瑞士的SGS公司认为第11条规定就是保护伞条款，因为根据该规定，只要东道国违反合同就同时违反了条约。SGS公司还认为把第11条称为镜像规则更合适，因为根据该规定，同一行为既构成了违反合同的行为又构成了违反条约的行为。

该案首次涉及保护伞条款问题，保护伞条款起源于英国和伊朗为了解决英伊石油公司与伊朗就石油产业国有化措施产生的争议，在1954年的和解协议草案中规定，如果伊朗违反其与英伊石油公司签订的国家契约，则这种违约行为自动变成违反条约的行为。继而，英国法学家肖克罗斯（Shawcross）勋爵与联邦德国银行家阿布斯（Abs）在1959年主持起草了《关于保护外国投资公约草案》（该草案旨在建立一个永久的国际投资保护仲裁庭），其中第2条规定，各缔约方应始终确保遵守其对另一缔约方国民所作的与投资有关的承诺。^②此后类似条款被广泛采纳，据联合国国际贸易法委员会统计，2500多个生效的双边投资保护协定中，有超过40%都包含了保护伞条款。^③

由于国家契约中普遍存在专属管辖条款，ICSID几乎不可能根据通用管辖条款直接受理合同之诉。因而投资者往往利用双边投资保护协定中的保护伞条款，主张东道国违反合同的行为直接构成违反条约的行为。

ICSID仲裁庭对该案进行了字面解释，从字面

上来看,第11条所说的“义务”并不局限于合同义务,也可以是关于立法或行政的义务,几乎无所不包。但遵守国内法意义上的义务的要求本身并不能成为东道国的一项新的国际义务,因此第11条并不必然得出“违反合同就违反条约”这一推论。

ICSID仲裁庭对SGS公司的主张进行了法律后果的分析。根据国际法通说,国家违反国家契约的行为并不自动构成违反条约的行为。而且,假设违反合同自动构成违反条约,会使得双边投资保护协定第3条至第7条这几条实体条款变得毫无意义,因为投资者只需证明存在违反合同的行为就能使东道国承担国家责任,根本不用考虑其他实体条款。这样东道国将面临极其沉重的负担。因此,除非投资者证明双边投资保护协定缔约双方规定第11条的本意确实如此,否则该假设不成立。鉴于仲裁庭对第11条的字面解释,在缺乏其他证据的情况下,投资者的主张不成立。

ICSID仲裁庭又采用了体系解释的方法。瑞士与巴基斯坦签订的双边投资保护协定第3条至第7条是实体条款,第8条是代位求偿条款,第9和第10条是争端解决条款,第11条后的第12条是结尾条款及双方的签字。如果双方确实把第11条看作实体条款的话,应该同第3条至第7条放在一起。既然是分开的,则不应该理解为实体条款,更不应该理解为SGS公司所主张的观点。

综上,投资者根据保护伞条款所提出的主张,即东道国违反合同就要承担国家责任。任何国家都不会认同该主张的。只有当东道国国家行为违反了国家契约又违反了双边投资保护协定中的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、投资保护

安全、非歧视措施、不当直接或间接征收或国有化等义务时,才应承担其国家责任。

(三)案例三:意大利Impregilo公司诉巴基斯坦案

1995年12月19日,意大利的Impregilo公司与巴基斯坦的水利发展局签订了两份工程合同。发生纠纷后,Impregilo公司依据最惠国条款主张巴基斯坦签订的一些双边投资保护协定中包含的保护伞条款,比如瑞士与巴基斯坦签订的双边投资保护协定第11条,应该同样适用于意大利投资者。

ICSID仲裁庭认为,国家契约当事人是Impregilo和水利发展局,而非Impregilo和巴基斯坦,所以Impregilo关于双边投资保护协定第3条(最惠国条款)的主张无法成立。即便Impregilo公司的主张成立,也只能说明巴基斯坦应承担其与意大利投资者之间的合同义务,但本案中合同的缔约一方是水利发展局,而非巴基斯坦,两者是独立的主体,所以Impregilo无法以最惠国条款为由提起合同之诉。^④

关于双边投资保护协定中的最惠国条款能否使投资者直接向ICSID提起合同之诉的问题,不仅与投资合同的当事人身份有关,而且还要解释双边投资保护协定最惠国条款适用的具体范围。由于双边投资保护协定的主体是缔约国,而投资合同的主体一般是东道国下属单位或机构,所以投资者很难利用最惠国条款直接提起合同之诉,而且一旦双边投资保护协定中明确规定有关投资合同的争议只能依据合同中的争端解决条款解决,就彻底宣告投资者无法提起合同之诉了。

三、中国在双边投资保护协定中设置ICSID管辖权之策

(一)针对不同国家采取“有限同意式”和“全面同意附加重大例外式”

无论出于何种角度的考虑,采用“全面同意式”都是不可取的。这不仅仅因为我国尚属一个

处于经济转型过程中的发展中国家,经济运行并不稳健,抵御经济危机的能力也不是很强大;也因为阿根廷最近频频被诉诸ICSID的先例不得不让人警惕,连联合国贸易与发展会议也告诫发展

中国要为本国保留适当的管制经济的政策空间，以免付出过多的代价。^⑬ 因而在今后对外签订投资保护条约时，还是应该区分不同国家，采用“有限同意式”和“全面同意附加重大例外式”。^⑭

中国与发达国家签订的双边投资保护协定中采用“有限同意式”，其主要原因在于针对一些不太可能发生争端且不会影响东道国国计民生、重大国家利益之领域的争端同意接受“中心”管辖有利于发达国家投资者疑虑的消除，也不会削弱我国管理宏观经济的权力。通常，发达国家的法律制度较为完善、政府行为较为高效透明、司法独立较有保障、政府违法侵权的可能性较小，发生了侵权也可以通过国内司法途径较好地得到解决，“有限同意式”也就能较好地保护我国海外投资。

相较之下，把“有限同意式”适用于中国与其他发展中国家间签订的双边投资保护协定则不能有效保护我国对外投资，尤其在能源、原材料方面。因此，有必要在我国与具有丰富能源与原材料的发展中国家签订的双边投资保护协定中使用“全面同意附加重要例外式”，它是指在双边投资保护协定中概括接受“中心”管辖权，但同时把一些容易发生争端且关系到国计民生、重大国际利益的“敏感”领域排除在“中心”管辖范围之外，这是先全面同意“中心”的管辖权，再逐项规定例外。另外，“全面同意附加重大例外式”也可以考虑采用于其他发展中国家。中国目前有部分较高技术产业生产能力严重过剩，急需寻找国外市场。由于关税壁垒与非关税壁垒等原因，到国外去投资建厂是中国公司的优先选择。因此在中国与发展中国家签订双边投资保护协定时，采用“全面同意附加重要例外式”，根据对方经济、政治和法律状况，其中的“重要例外”应作相应的调整。

（二）使用“用尽当地救济原则”

中国对外签订双边投资保护协定时，对“用尽当地救济规则”做出明确具体的规定十分重要。必须在条款中明确是否采用这一规则，以避免国际仲裁庭在审查有关用尽当地救济问题时作出任意扩大或歪曲的解释。目前，中国双边投资保护协定中“用尽当地救济规则”仅限于用尽东道国的法律和法规所规定的国内行政复议程序。^⑮ 为了避免内国司法判决受到国际仲裁庭的审查，甚至被仲裁庭事实上“推翻”，从而对我国的司法主权和司法尊严造成损害，不得把用尽国内司法救济作为提交国际仲裁的前提。因此，在今后签订双边投资保护协定时仍应坚持“用尽当地救济原则”，在对国内救济与国际救济的关系问题上，以后者作为前者的补充。该补充不是弥补国内救济的不足，而是为外国投资者增加一种救济方式，给其创造较好的投资环境。

ICSID公约第26条的设置也是此意图，即在缔约国要求下，中心仲裁可以是国内救济的补充，缔约国可以根据具体情况处理好国内救济和国际救济的关系。采用以后者为前者的补充，既坚持了国家属地管辖权的原则，也包含了国际救助的可能。虽然有学者认为这种方式将使中心审查国内救济的公正性，有损于我国主权，但也有学者指出，中心管辖并不是传统意义上的国际求偿方式，它不是对东道国的行为作评判，看其是否违反国际法，以追究其国际责任，它只是提供一种为东道国与外国投资者双方均能接受的渠道，以便妥善友好地处理他们之间的争议。^⑯ 因此，今后处理双边投资保护协定中有关ICSID管辖的用尽当地救济问题时，应以国际救济为国内救济的补充。

（三）针对最惠国待遇条款的适用范围

我国在对外签订的双边投资保护协定中，最惠国待遇条款的适用范围方面表述不清，没有明文排除对程序性待遇的适用，且在Maffezini案中ICSID仲裁庭的裁决更倾向于承认最惠国待遇

条款可以适用于程序性待遇中。针对这种通过最惠国待遇条款可能会使全盘接受ICSID仲裁庭管辖权扩大化的情况,我国今后在新签或重签双边投资保护协定时,应该在条款中明确声明此协定项下的最惠国待遇条款不适用于程序性待遇,不适用于争端解决机制,以避免最惠国待遇条款在双边投资保护协定中的扩大化。

注 释:

①②中华人民共和国商务部, [http://www.mofcom.gov.cn/\(2012-02-10\)](http://www.mofcom.gov.cn/(2012-02-10))。

③中石油开发鲁迈拉油田落定或投百亿美元.每日经济新闻[2009-11-05]。

④李琮主编:世界经济大辞典[M].北京:经济科学出版社,2000:464。

⑤See (1929) PCIJ Series A. No. 20, p. 41。

⑥孙南申.国际投资法[M].北京:中国人民大学出版社,2008:158。

⑦[德]迪特尔·施瓦布.民法导论[M].郑冲译,北京:法律出版社,2006:164~165。

⑧See BP-Pan American V. Argentina, ICSID Case No. ABB/03/13, No.ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections (July27 2006.) para.112。

⑨邹立刚.试论国际法上的用尽当地救济规则[J].法

学研究,1994,(5)。

⑩See LG&E v Argentina, ICSID Case No.ARB/02/1, Decision on liability (October 3, 2006), para. 170.

⑪See CGE v. Argentina, Award from Arbitration Tribunal, Nov.21, 2000, ICSID Reports, Vol.5, p. 299~231.

⑫该条英文原文为: Each Party Shall at All Times Ensure the Observance of Any Undertakings Which it May Have Given in Relation to Investments Made by Nationals of Any Other Party。

⑬ Henry, Laura.Investment Agreement Claims under the 2004 Model US BIT: A Challenge for State Police Powers? 2007. http://www.works.bepress.com/laura_henry, (2012-03-10)。

⑭ See Impregilo S.P.A. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/3), Decision on Jurisdiction (April 22, 2005)。

⑮ 陈安.国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海:复旦大学出版社,2007: 379。

⑯ 王海浪.“落后”还是“超前”——论中国对ICSID管辖权的同意 [J].国际经济法学刊, 2007, 13, (1):148~149。

⑰《中华人民共和国和科特迪瓦政府关于鼓励和相互保护投资协定》第9条。

⑱张庆麟.国际投资法问题专论[M].武汉:武汉大学出版社,2007:308。

An Analysis on the Legal Issues of Overlapping of Contract Claims and Treaty Claims in International Investment Dispute: from the Perspective of ICSID Award

ZHANG Su-feng ZHANG Yuan-yuan

Abstract: In recent years, Chinese enterprises, in overseas investment, adopted the method of state contract, signing the contract with the government of developing countries with rich natural resources, in the field of natural resources. In the event that the state action by the host country violates its obligations under the state contract, such action may be the violation to the host country's promise under the bilateral investment treaty between the host country and the home country, therefore the overlapping of contract claims and treaty claims occurs. In this paper, the author, by a couple of cases awarded by ICSID, analyzes the legal issues of overlapping of contract claims and treaty claims, and then puts forward some suggestions to Chinese government in its signing of bilateral investment treaty with other countries.

Key words: international investment dispute; state contract; BIT; overlapping of contract claims and treaty claims