

平安公司诉比利时案的裁决评析

戴正清 吴 岚

摘 要：平安公司诉比利时案仲裁庭最终以无管辖权为由裁决不予受理。关于管辖权的认定，主要围绕2009年中国与比利时—卢森堡的双边投资协定是否可适用其生效之前的争议展开。仲裁庭先后从条约的解释原则、非溯及既往原则、在先案例和替代性BIT展开，再结合本案，探讨该协定的属时管辖权问题，最后以该协定的众多条款均不能证明其可适用于生效前发生的争议为由，裁决仲裁庭对本案无管辖权。看似有理有据，但在分析过程中逻辑并不严谨，对该协定第8条第（1）款、第（2）款及第10条第（2）款的真实含义也并未作深入探究。其实，该协定能够适用于其生效前已完成通知但尚未进入司法或仲裁程序的争议才是更合理的解释。

关键词：平安公司诉比利时案；双边投资协定；溯及力

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2016）05-0084-13

平安公司诉比利时案的裁决结果不仅对平安公司有重大影响，对中国的其他海外投资也影响深远。到目前为止，中国与外国之间签订的同时存在新旧BIT的有12对之多。^①因此，对新BIT的实体性及程序性条款的溯及力问题的研究就显得尤为重要。今后的投资争议中很可能会出现类似平安公司诉比利时案的情形，该案的裁决对今后类似投资争议的解决实有示范效应，确有必要对该案进行深层次剖析。

一、案情简介

2007年，平安公司开始投资富通集团。富通集团有两大业务：银行业和保险业。其银行业由比利时的Fortis Bank SA/NV公司（以下简称FBB）、卢森堡的子公司Fortis Banque Luxembourg SA公司（以下简称FBL）和荷兰的子公司Fortis Bank Nederland（Holding）NV公司（以下简称FBN）负责。2007年10月至2008年7月，平安公司拥有富通集团4.81%的股份，成为其单一最大股东。2008年9月15日，由于雷曼兄弟的破产，导致FBB的资金出现流动性危机。

为了挽救富通集团的银行业，比利时、卢森堡和荷兰在2008年9月29日采取“第一波干预”措施。其中比利时通过47亿欧元获得FBB增资扩股后的49.93%的股

作者简介：戴正清，上海对外经贸大学国际法研究生，研究方向：国际贸易法、国际投资法；吴岚，上海对外经贸大学副教授，研究方向：国际投资法。

^① 参见：我国对外签订双边投资协定一览表[EB/OL]. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>.（2015-08-08）。其中1997年5月12日和尼日利亚签订的条约已废除，现存的是2010年2月18日生效的条约。

份,然而,平安公司认为其实际价值应该在117.5亿欧元到137.5亿欧元之间。平安公司认为该“第一波干预措施”使它在富通集团的利益间接减少了一半,从4.81%降至大约2.41%。但“第一波干预措施”并没有解决FBB的流动性危机,随后3国政府又实施了“第二波干预措施”。其中比利时以47亿欧元收购了FBB剩余股份,即富通集团拥有的50%+1的股份,平安公司认为其实际价值应该在117.6亿欧元到137.7亿欧元之间,比利时在此次交易中的花费至少减少了70.6亿欧元到90.7亿欧元之间。紧接着,比利时将其拥有的FBB75%的股份换取了法国巴黎银行价值82.5亿欧元的股票,通过此项交易,比利时获得12亿欧元的直接利益。平安公司认为,“第二波干预措施”之后,FBB被比利时完全征收了。

通过这两次措施,平安公司认为比利时非法获益141.1亿至181.2亿欧元。比利时对其非法获益应当负有赔偿责任,其中对平安公司按其所持股份比例应赔偿6.78亿到8.71亿欧元,外加利息,应赔偿平安公司7.86亿到10.09亿欧元。

平安公司为了获得赔偿,于2008年10月4日通过中国驻比利时大使馆联系比利时,认为比利时的行为构成对平安公司在比利时投资的征收。2008年10月30日,比利时回复称其采取的措施是为了解决富通集团的流动性危机,不存在违法性,拒绝赔偿。2009年10月14日,平安公司写信给在北京的比利时大使,称2008年10月4日的信件构成1986年《中国和比利时—卢森堡双边投资协定》(以下简称1986BIT^①)第10条第1款下的通知,称比利时的行为构成没有适当补偿的征收,缺乏正当程序,违反公平公正待遇和透明度原则。另外,平安公司还附上一份关于违反1986BIT实体性条款的备忘录。2012年7月3日,平安公司又再次致信北京的比利时大使,称2009年10月14日的信件构成2009BIT^②第8条第1款下的通知。

经沟通,该争议仍无法解决。平安公司于2012年9月7日依据中国—比利时1986BIT和2009BIT向ICSID提起仲裁,其中以1986BIT为实体性依据,以2009BIT为管辖权依据。

二、仲裁庭裁决思路分析

本案的争议焦点在于中国—比利时2009BIT是否适用于其生效前已完成通知、但尚未进入司法或仲裁程序的争议。仲裁庭的分析主要体现在两个方面,即宏观层面和微观层面:宏观层面立足条约之外分析实体条款的溯及力问题,以及通过参考以往案例解释“适用生效前投资并不能得出也适用生效前争议的结论”和“发生(arises)”仅具有将来效力;微观层面具体针对2009BIT,探究争议解决条款的真实含义及缔

① Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Belgian-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/201001/20100106725192.html>. (2015-08-08).

② Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Belgium-Luxembourg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/201001/20100106724246.html>. (2015-08-08).

约者对于条约生效前争议解决的真实意图。虽然,仲裁庭也承认2009年BIT能否用于解决其生效前发生的争议应视条约的真实意图而定,并针对2009BIT的相关条文进行了具体分析,但遗憾的是仲裁庭并没有遵从其强调的解释方法,在具体解释过程中存在逻辑矛盾,曲解了2009BIT相关条款的真实含义,严重降低了裁决的可信度。

(一) 宏观层面

仲裁庭在宏观层面的分析主要是从条约解释的基本原则、普遍认可的非溯及既往原则、对平安公司主要援引的The Mavrommatis案的理解和分析、争议解决和溯及力的关系问题以及替代的BITs等5个方面进行。

首先,仲裁庭认为条约的解释应依据《维也纳条约法公约》(以下简称VCLT)关于条约解释的规定进行,以条约文本为解释的基础,因为条约文本推定为缔约方真实意图的表达。^①同时强调对缔约方缔约意图的推断不能超越文本的明确表述,不能超越双方的法律框架,更不能作为独立的解释基础。^②

其次,仲裁庭认为如无相反规定,实体性义务应不具有溯及既往的效力,而且VCLT的第28条也作了类似规定。作为对这一论点的佐证,仲裁庭也列举Impregilo诉巴基斯坦等案例。^③仲裁庭也指出条约是否有溯及力与条约是否可适用于其生效前的投资是两个截然不同的问题,^④意在指出2009BIT第10条第(2)款前半句并非暗示2009BIT具有溯及力。与此同时,仲裁庭也承认条约或其部分条款是否具有溯及力本质上取决于缔约方的意愿。因此,2009BIT第10条第(2)款究竟有无溯及力取决于缔约方的真实意图。

接着,仲裁庭具体分析了Mavrommatis案,原因在于平安公司援引它来解释“发生(arises)”一词并不必然暗示争议发生在条约生效之后,条约管辖权具有推定溯及既往的效力。对此,仲裁庭引用了Humphrey Waldock先生的报告,认为Mavrommatis案严格来说并没有体现管辖权条款的溯及既往,该案中的“争议(disputes)”只是指协议生效之后发生的,协议没有溯及既往的效力。^⑤而且,常设法院也认为该案的侵权行为一直发生到协议生效之后。^⑥然而,仲裁庭认为本案并不涉及此点,因为比利时的“第一波干预措施”是在2008年9月29日实施的,“第二波干预措施”是在2008年10月3日实施的,这两次行为的性质都是即时性的,不具有连续性,其违法性仅体现在当时,并没有延续到2009BIT生效之后。

随后,仲裁庭认为争议解决条款的属时管辖效力与实质性条款是否具有溯及效

^① Ping An v. Belgium, paras. 164~165.

^② International Law Commission, Yb ILC, 1966, vol II, pp 218, 220.

^③ Ping An v. Belgium, paras. 167~171.

^④ Ibid, paras. 167~173.

^⑤ Ibid, para. 182.

^⑥ Ibid, para. 183.

力是不同的。^①有些 BIT 会明确排除适用于该 BIT 生效之前发生的争议,如 Jan de Nul 诉埃及案中的 BIT 只规定适用于其生效后的任何投资,但不适用于其生效前发生的争议。^②有些 BIT 并没有规定能否适用其生效前的争议,但仲裁庭同样推定不适用其生效前的争议,如 Impregilo 诉巴基斯坦案中意大利和巴基斯坦的 BIT。同样的推定也出现在 Tradex 诉阿尔巴尼亚案和 Salini 诉约旦案中。^③

最后,仲裁庭分析了相关案例,如 Walter Bau 诉泰国案、ABCI 投资公司诉突尼斯案,认为适用于其生效前的投资并不意味着适用其生效前的争议,而且,缔约国可能出于谨慎考虑,在条约中故意不明确规定其管辖权能否溯及既往,“任何争议(any dispute)”并不能表明条约适用其生效前的争议。^④另外,“发生(arises)”一词,其目的在于使条约仅适用于其生效后发生的争议,如果缔约方想要使条约也适用于其生效前的争议,会采用“发生(arisen)”或“已经发生(has arisen)”这类用语。另外,当“发生(arises)”与“如果(if)”合用时,只有在“如果(if)”表示条件因素时才可能将“发生(arises)”解释为过去式,如 Tradex v. Albania 案。^⑤仲裁庭作此分析,目的在于为得出 2009BIT 不适用其生效前的争议这一结论作铺垫,尽管其有“适用生效前投资”的相关规定。但仲裁庭也进一步认为不管如何推定,最终还要回到对涉案 BIT 的解释。

(二) 微观层面

仲裁庭在微观层面主要是从以下两个角度展开其论证:(1) 2009BIT 的约文解释;(2) 缔约方对 2009BIT 生效前争议处理的意图分析。

本案涉及到的 BIT 及其条款分别为中国—比利时 2009BIT 第 8 条第(1)款、第(2)款以及第 10 条第(2)款。具体内容如下:

第 8 条(争议解决条款)

(一) 缔约一方投资者和缔约另一方间产生法律争议,争议任何一方应书面通知争议另一方。

争议当事方应尽可能通过磋商、在必要的情况下通过寻求第三方的专业建议或通过缔约方间经由外交途径进行磋商解决争议。

(二) 如果争议在争议一方将争议通知争议另一方 6 个月内未能通过磋商解决,缔约各方同意根据投资者的选择将争议提交:

① Ibid, para. 186. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), (Award of Jan 31, 2006), para. 167. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/29), (Award of Feb 10, 2012), para. 167. Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20), (Award of Dec 11, 2013), para. 157.

② Accord Entre l'Union é Conomiquebelgo-luxembourgeoise et la Ré publiquearabed' Egypteconcernantl' encouragem ent et la Protection r é Ciproques des Investissements. Article 12. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/355>. (2015-08-08).

③ Ping An v. Belgium, paras. 188-191.

④ Walter Bau Ag (in Liquidation) v. the Kingdom of Thailand (Award of 1 July 2009), paras. 9.67, 9.68, 9.72, 9.73.

⑤ Ping An v. Belgium, paras. 214-217.

(1) 作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院;

(2) 依照一九六五年三月十八日在华盛顿开放签字的《关于解决国家与他国国民投资争端的公约》设立的“解决投资争端国际中心”。

第10条(过渡条款)

(一) 本协定替代并取代了一九八四年六月四日在布鲁塞尔签署的《中华人民共和国和比利时—卢森堡经济联盟关于相互促进和保护投资的协定》。

(二) 本协定应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资,不论其是在本协定生效之前还是之后作出的。但是,本协定不得适用于在本协议生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。此等争议和索偿应继续按本条第一款提及的一九八四年六月四日的协定的规定解决。

首先,仲裁庭认为关键性问题在于对2009BIT第8条第(1)款的解释,其应该和第8条第(2)款、第10条第(2)款连同2009BIT整体进行解释。第8条第(2)款尤其不能脱离第(1)款来单独进行解释,因为第(2)款的“the dispute”来源于第(1)款的“a legal dispute”。因此,2009BIT的第8条第(2)款的“如果(if)(不是‘当(when)’)”不能确定2009BIT有属时管辖权。^①仲裁庭为了使说理更充分,再次分析了Impregilo诉巴基斯坦案、ABCI投资公司诉突尼斯案和Salini诉约旦案。

其次,仲裁庭认为2009BIT缔约方对其生效前发生的、完成了1986BIT规定的通知且尚未进入司法程序或仲裁程序争议的解决至少有4种考虑:(1)尽管1986BIT被2009BIT取代了,但该争议仍希望由1986BIT处理;(2)2009BIT的第8条和第10条已经足够使该争议由2009BIT处理;(3)忘记处理该争议;(4)故意选择不处理该争议。^②

对以上4种可能意图,仲裁庭只分析了第(2)种和第(3)种。对于第(3)种,仲裁庭认为,根据2009BIT的第10条第(2)款但书的规定,缔约方既然已经考虑到了条约生效前发生且已经进入司法程序或仲裁程序的争议的处理,不可能没有考虑到条约生效前发生的、完成了1986BIT规定的通知且尚未进入司法程序或仲裁程序的争议的解决。另外,在替代性条约争议中,条约生效前后争议的解决是一个最主要的、也是经常出现的问题,缔约方对其也是熟知的。而且,比利时/卢森堡与埃及2002BIT中明确规定了排除其适用于生效前存在的争议。^③因此,仲裁庭认为,2009BIT的缔约方不可能简单地忘记了条约生效前发生的、完成了1986BIT规定的通知且尚未进入司法程序或仲裁程序争议的处理问题。

对于第(2)种,仲裁庭认为2009BIT存在不适用于上述争议的暗示:第一,

^① Ibid, paras. 212~213.

^② Ibid, para. 220.

^③ Ping An v. Belgium, paras. 221~222.

2009BIT 的第 8 条第 (1) 款、第 (2) 款和第 10 条第 (2) 款表明条约只适用于生效后发生的争议。如果要适用于生效前存在的争议, 第 8 条第 (1) 款应该采用如下措辞: “[w]hen a legal dispute arises or has arisen [...] either party to the dispute shall notify, or shall have notified, the other party to the dispute.”^① 第二, 2009BIT 的序言仅能提供限制解释的效果, 不能支持当 2009BIT 生效前发生的争议的解决出现“仲裁黑洞”时应该提供创造性的解释方法去弥补的推理。^② 第三, 2009BIT 第 10 条第 (2) 款前半部分规定该条约“适用于其生效前后的所有投资”这一表述, 并不能支持其也适用于其生效前发生的争议的推理。^③ 第四, 仲裁庭认为第 10 条第 (2) 款但书的规定也不能支持 2009BIT 可适用于其生效前发生的、完成了 1986BIT 规定的通知且尚未进入司法程序或仲裁程序的争议的推理。^④ 第五, 仲裁庭认为 2009BIT 的第 10 条关于 2009BIT 是对 1986BIT 的取代的规定也不能支持 2009BIT 可适用于其生效前发生的、完成了 1986BIT 下的通知且尚未进入司法程序或仲裁程序的争议的推理。^⑤ 第六, 1986BIT 适用的争议范围很狭窄, 如果将争议范围很宽泛的 2009BIT 适用于其生效前发生的争议, 将会扩大其生效前发生的能被仲裁程序解决的争议的范围。^⑥ 仲裁庭认为这是 2009BIT 中体现的不支持其适用于生效前发生、完成 1986BIT 下通知且尚未进入司法或仲裁程序的争议的推理的最有利暗示。

(三) 小结

综上所述, 在仲裁庭看来, 宏观层面不存在支持条约可适用其生效前的争议的直接法律原则和既往实践。而在微观层面, 2009BIT 没有任何暗示表明其可适用于生效前的争议。基于此, 仲裁庭认为不能依据 2009BIT 对本案行使管辖权。但仲裁庭微观层面的解释实值商榷, 似有歪曲 2009BIT 缔约者真实意图之嫌, 实有进行更合理解释的必要, 这也是本文重点分析的部分。

三、仲裁裁决的评析

(一) 所列案例的参考效力

仲裁庭虽然列举了无属时管辖效力的案例, 但并不表示在所有的投资仲裁中都应遵循此推定。国际投资法领域由于不存在先例的作用, 而且每个案件的具体案情不同, 尤其是适用的法律是不同缔约方基于不同的意图通过协商达成的, 每个 BIT 的文本措辞、磋商历史、缔约环境等都不相同。因此, 具体案件仍有具体分析的必要。

① Ibid, para. 224.

② Ibid, para. 225.

③ Ibid, para. 226.

④ Ibid, para. 227.

⑤ Ibid, para. 228.

⑥ Ibid, para. 229.

要。Jan de Nul 诉埃及案中的 BIT 第 12 条对条约生效前争议的处理规定得很清楚，不存在解释的余地。因此，两案实际上并不存在可比性。Impregilo 诉巴基斯坦案、Tradex 诉阿尔巴尼亚案和 Salini 诉约旦案中的 BIT 虽然对条约生效前争议的处理没有规定，但其具体措辞也不同于当前案中 2009BIT 的规定，因为 2009BIT 第 10 条第（2）款对其生效前的部分争议的处理作了规定，即排除了 2009BIT 生效前发生的但已经进入司法或仲裁程序的争议适用 2009BIT 的可能。因此，笔者认为，所列举的上述案件裁决对当前争议解决的参照作用不大，不能起到强化 2009BIT 不适用其生效前争议这一结论的效果。

（二）仲裁庭的解释方法

仲裁庭以 VCLT 中的条约解释方法对条约进行解释应无疑义，它是被众多仲裁庭认可的习惯国际法上的条约解释原则。^①但遗憾的是在对 2009BIT 条款具体分析中，仲裁庭并没有遵从。仲裁庭在对 2009BIT 第 8 条第（1）款、第（2）款和第 10 条第（2）款进行分析时，与其强调的 3 条一同解读以及参考 1986BIT 文本、缔约背景和 2009BIT 缔约目的、序言的提法相悖。^②第 10 条第（2）款的解释在此争议中至关重要，2009BIT 第 8 条第（1）款仅是对该条约争议范围的一般界定，而第 10 条第（2）款则是争议范围的特殊界定。而且，平安公司所依据的主要是第 10 条第（2）款，其应作为仲裁庭重点解释的条款之一，不能一带而过。然而，通读整个裁决，仲裁庭对该条的解释很粗略，甚至忽略了对 2009BIT 第 10 条第（2）款但书的解释，难以让人信服。

将该条的前后文单独进行分析，确实会得出仲裁庭的结论，但将其整体看待时，按仲裁庭的结论去理解时会出现矛盾。如果缔约双方希望 2009BIT 不适用其生效前发生的争议，那为何在第 10 条第（2）款中以但书规定 2009BIT 不适用其生效前发生的且已经进入司法程序或仲裁程序的争议呢？国际法委员会对 VCLT 的最后草案进行评论时认为，善意解释以及条约目的和宗旨要求应采取将条款解释成有效的方法进行条约解释。^③根据 VCLT 的解释规则，对条约进行解释时，任何一个表示都应将其解释成有效，不能将其解释成多余，这是依据 VCLT 解释规则进行解释的必然结果。^④但是，按仲裁庭的解释，第 10 条第（2）款但书的规定就是多余的，而且，也与仲裁庭在裁决中承认 2009BIT 确实在某些方面试图对源自 1986BIT 的争议进行处理相矛盾。^⑤如果将该条的前后文作为整体进行解读，应该是缔约双方在缔约时考虑

① Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), (Award of Aug 22, 2012), para. 164. Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), (Award of Dec 8, 2008), para. 88.

② Ping An v. Belgium, paras. 212~213.

③ Watts, Arthur. KCMG, QC: The International Law Commission(1949~1998), Volume Two: The Treaties, Part II [M]. Oxford: OxfordUniversitypress, NewYork, 1999: 684.

④ WT/DS2/AB/R, adopted on 20 May 1996, p.23;also see: WT/DS8AB/R, WT/DS10AB/R, WT/DS11AB/R, adopted on 1 November 1996, p.12;and see: WT/DS46/AB/R, adopted on 20 August1999.

⑤ Ibid, para. 192.

到了 2009BIT 生效前存在的争议的解决问题。他们在设计第 10 条第(2)款的条文时, 希望其起到过渡作用。2009BIT 适用其生效前后的投资的表述含有其也适用生效前发生的所有争议的意图。但是, 缔约方又考虑到, 如果在 1986 年 BIT 下已经进入司法程序或仲裁程序的争议再纳入到 2009BIT 下, 有违司法或仲裁的稳定性, 而且该争议也有被解决的方法, 不会出现有效诉求而无合理救济的情形。基于以上考虑, 缔约方认为应在 2009BIT 适用于生效前存在的所有争议中将此种情形排除。这种理解可以很好地解释为什么条文中会存在但书的规定。VCLT 第 31 条的解释规则应该是一个整体对目标进行解释, 不能依靠单个解释方法独立完成, 在解释过程中相互促进, 相互修正, 并不是机械地操作。^① Tokios Tokelès 诉乌克兰案仲裁庭便实践了这一做法, 正是通过条款的一般含义、条约的上下文和目的、宗旨对涉案 BIT 进行充分解释,^② 得出了慎重的结论, 被学者所称赞。^③ Aguasdel Tunari S.A. 诉玻利维亚共和国案仲裁庭认为, VCLT 第 31 条并没有确定各解释方法之间何者更优越, 考虑到词或短语有众多含义,^④ 应根据上下文结合缔约目的善意解释之, 而且该解释应该是循环往复的 (a process of progressive encirclement), 直到得出合理的解释。^⑤ 不恰当地解释条约必然导致条约真实意图的误判。^⑥

2009BIT 的序言主要在于强调通过为投资提供支持的条件以加强经济合作, 鼓励、促进和保护投资。由第 10 条第(2)款可知, 这些目的可适用于条约生效前的投资。那同样是基于 1986BIT 进行的投资, 为何要区别对待 2009BIT 生效前后发生的争议? 如果也区分了基于 1986BIT 和 2009BIT 进行的投资还情有可原。另外, 对条约生效前存在的争议提供更好的保护也不违反 2009BIT 序言规定的目的。缔约方在缔约时肯定希望条约生效前后的争议都能很好地被解决, 这样才符合为投资提供支持条件, 鼓励、促进并保护投资的目的。如果一个投资者知道在当前条约下进行的投资产生的争议在新条约生效后将处于“仲裁黑洞”, 可以想象任何一个理性的投资者都不会在该缔约国内进行长久的投资。

不得不承认, 2009BIT 适用于其生效前存在的争议确实会扩大被仲裁解决的争议范围, 因为 1986BIT 只限定有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议可提交仲裁, 对诉讼解决的争议范围并无限制。但仲裁庭仅对此作出了陈述, 并没有

① Abi-Saab, G. The Appellate Body and Treaty Interpretation, in G Sacerdoti, A. Yanovich and J. Bohanes (eds.), The WTO at Ten—The Contribution of the Dispute Settlement System[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2006: 455~456.

② Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) (Decision on Jurisdiction, April 29, 2004), para. 38.

③ Ole Kristian Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals—An Empirical Analysis[J]. The European Journal of International Law, 2010, (2).

④ Schwarzenberger 教授认为一个词至少有 16 种字面含义。参见: Schwarzenberger, Georg. Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27~29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties[J]. Current Legal Problems, 1969, (22): 205, 219.

⑤ Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), (Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, Oct 21, 2005), para. 91.

⑥ Michael Reisman, Opinion with Respect to Selected International Legal Problems in LCIA Case No. 7941, May 1, 2009, para. 7.

分析仲裁解决争议范围的扩大有什么不利影响,仅认为仲裁解决的争议范围不应该被扩大。对投资者而言,仲裁解决争议范围的扩大绝对是一个利好消息,表明其投资所受的保护方式更多了。但对于东道国而言,是否存在不利,不能一概而论。因为,1986BIT 仲裁解决的争议虽然限于有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议,但其他争议仍可由东道国国内法院管辖,东道国成为被诉方时仍应准备应诉。如果 2009BIT 适用其生效前发生的争议,确实会使以前只能由国内法院解决的争议现在可以请求仲裁解决。但这并没有增加东道国的相关负担,相比于东道国国内诉讼而言,国际仲裁仅仅是争议解决地点的变化,不会导致争议解决结果的变化,因为任何争议解决都是以案件事实为依据,惩罚损害方,而补偿受损害方。而且,还有一个逻辑问题,如果缔约双方已经同意将其适用于其生效前发生的争议时,该讨论已无必要。当前最重要的是要讨论缔约双方是否有将 2009BIT 适用于其生效前发生的、已完成 1986BIT 下通知的且尚未进入司法或仲裁程序的争议的意图,而不是通过论证其扩大了仲裁管辖的争议范围会产生多少不利后果,从而得出 2009BIT 不适用于生效前发生的争议这一结论,否则,似有由果导因之嫌。现代 BIT 倾向于为投资者提供更多的保护途径,已很少对争议范围进行限制了。2009BIT 的序言也表明要为投资提供一个支持的条件,促进、鼓励和保护投资,以加强缔约国之间的经济合作。这也表明双方有意为投资提供更好的保护。如果不将其适用于其生效前发生的争议,而仅适用基于 1986BIT 作出投资且争议发生在 2009BIT 生效后,这未免有区别对待具有相同预期的投资者之嫌。

(三) 小结

仲裁庭在分析得出结论的过程中主要采用被动反驳的形式,认为第 8 条第(1)、(2)款、第 10 条第(2)款、第 10 条关于取代的规定以及关于扩大争议范围的规定不能支持 2009BIT 适用于其生效前发生的、完成 1986BIT 下通知的且尚未进入司法或仲裁程序的争议的推理,没有从正面试图探讨缔约方的真实缔约意图。从侧面反驳要是理据充分也无可厚非,但是仲裁庭的解释不仅说理不足,而且相互矛盾,这就不得不让人质疑其裁决的公正性。条约的解释是仲裁庭的任务,其有义务探求缔约方的真实意图,合理解释条约争议解决条款的适用范围。

四、缔约方对 2009BIT 生效前争议处理的真实意图

仲裁庭在分析 2009BIT 能否适用于本案时重点放在了第 8 条第(1)款上,认为该条的争议仅指条约生效后发生的,不能将其解释成也包括生效前发生的争议。另外,在对第 10 条第(2)款解释时,也仅粗略地认为适用生效前的投资并不意味着也是适用生效前发生的争议。笔者认为,仲裁庭的解释并不是 2009BIT 缔约者的真实意图,其在分析过程中存在诸多不合理之处,以下将尝试进行更合理的解释。

(一) 条约解释

笔者认为当前案中最需解释的是 2009BIT 第 10 条第(2)款的“过渡”条款。因为本案的程序焦点是 2009BIT 生效前发生的、完成 1986BIT 下通知且尚未进入司法或仲裁程序中的争议能否适用 2009BIT,这是条约替代的结果。“过渡”性条款正是对条约替代的规定。在 2009BIT 还未生效时,投资由 1986BIT 规制,与投资有关的争议也理应由 1986BIT 处理。但是 2009BIT 生效后,1986BIT 已经被取代,之前已经发生但尚未依照 1986BIT 进入争议解决程序的争议,如果无法依据 2009 年 BIT 提交争议解决,那该部分争议将处于“仲裁黑洞”,可以想象,如果有有效争议而得不到有效解决那将是无法理解的。另外,对于 2009BIT 争议范围的界定应有两个部分:一是第 8 条第(1)款,对条约生效后发生的一般争议范围的界定;二是第 10 条第(2)款,对条约生效前发生的争议范围的界定。因此,要认定 2009BIT 能否适用其生效前发生的争议,应对后一部分即第 10 条第(2)款重点解释。第 10 条第(2)款“当前协定(The present Agreement)”表明 2009BIT 整体(包括实体条款和程序条款)适用其生效前后进行的投资。另外,但书排除了发生在 2009BIT 生效前的、已经进入司法和仲裁程序的争议。应将该条款整体解释为前半句中的投资包括了争议,只有这样才有后半句将已进入司法或仲裁程序的争议排除出去的可能,而且 2009BIT 中程序条款适用生效前发生的争议也印证了这一点。如果 2009BIT 第 10 条第(2)款前半部分的投资不包括争议,那后半部分但书规定就没有存在的必要了。

仲裁庭将 2009BIT 生效前争议区分为 3 类:(1) 2009BIT 生效之前发生的、但既未完成通知更未进入司法或仲裁程序的争议;(2) 2009BIT 生效之前发生的、已完成通知程序但尚未进入司法或仲裁程序的争议;(3) 2009BIT 生效之前发生的、已处于司法或仲裁程序中的争议。

第 10 条第(2)款已经将第(3)种情形排除了,情形(1)和情形(2)不可能全部被默示排除出 2009BIT 的适用范围,否则但书部分会采用类似“但不适用于在本协定生效前发生的投资争议”的表述,以便明确排除对其生效前争议的管辖。或者完全去掉但书,更加有利于得出“2009BIT 适用于其生效前做出的投资但不适用于其生效前发生的争议”的推论。对于情形(1)和情形(2),条文的沉默可以理解为 4 种情况,即仲裁庭提及的 4 种情况:(A) 双方希望其依据 1986BIT 解决;(B) 双方希望其依据 2009BIT 解决;(C) 双方疏忽了此种情形;(D) 双方故意选择不去处理此种情形。首先,情形 A 不可能,否则但书就会采取“但不适用于在协定生效前产生的争议”这样的措辞。其次,情形 C 不可能,因为双方已经注意到 2009BIT 生效前发生且已经进入司法或仲裁程序的争议并通过但书的形式将其排除出 2009BIT 的适用范围之外,何况类似的情况在既往国际条约的解释和适用实践中曾经发生,而且比利时也有类似的缔约经

验。^①再次,情形D也不可能,2009BIT第10条第(2)款的目的就在于解决条约的过渡问题,避免因为新旧条约的交替引发投资保护(实体保护和程序保护)上的空洞或冲突,已经意识到存在情形(1)和情形(2)的缔约双方却故意选择不予解决可谓匪夷所思。最后,第10条第(2)款“all... but”的使用很显示被排除的仅仅是“but”之后的事件或行为。

综上所述,缔约方对于情形(1)和情形(2)的处理意图只能是B,即双方希望其依据2009年BIT得到解决。

(二) 上下文和缔约目的解释

联系上文中的第8条考虑,第8(1)条中“*When a legal dispute arises*”的使用表明第8条适用于其生效后发生的新的投资争议,但这并不表明2009BIT仅仅适用于新的投资争议,原因在于第8条和第10条的功能不同,第8条针对的是2009BIT生效后在正常情况下面临的新的投资争议,第10条针对的是在新旧条约过渡中面临的特殊争议——尚未依旧约得以解决新约即已生效的争议的解决问题。第8条和第10条是一般和特殊的关系,两者结合才能得出2009BIT所管辖争议的全部。正是由于第10条的存在,第8条才无须采用“*arises or have arisen but not being under judicial or arbitral process before the present agreement entering into force*”这样拖沓而臃肿的表述。

根据2009BIT的前言,2009BIT的缔约目的在于通过为投资者创造有利的条件以加强双方的经济合作。2009BIT对可提交国际仲裁的争议范围的扩大正是这一目标的体现。对新约生效前发生的、尚未进入司法和仲裁程序的投资争议适用2009BIT恰恰符合双方的缔约目的。因为适用2009BIT意味着平安公司不仅可以以构成征收及类似措施且未经赔偿为由提出仲裁申请,还可以依据比利时违反1986BIT及中国、比利时共同承认的一般国际法原则提出仲裁申请,对于争议解决给予投资者更多的选择,符合2009BIT前言中为投资者创造有利条件的目的。

最后,适用2009BIT并不意味着增加了比利时在实体上及程序上的负担,前文对此已有所叙述;同时,我们注意到,比利时在同一时期乃至更早缔结的BIT^②(1987年生效的比利时—孟加拉共和国BIT第6条;1981年生效的比利时—喀麦隆BIT第10条;1984年生效的比利时—斯里兰卡BIT第10条;1985年生效的比利时—卢旺达BIT第10条;1980年生效的比利时—新加坡BIT第10条)中大多都规定将所有投资争议提交给ICSID进行调解和仲裁(比利时—喀麦隆BIT除外,提交CIRDI)。而同期中国对外缔结的BIT^③则均将可以提交国际仲裁的投资争议限制

① Accord Entre l'Union é conomiquebelgo-luxembourgeoiseet la R é publiquearabed'Egypteconcernantl'encouragement et la Protection r é Ciproques des Investissements.Article 12.<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/355>. (2015-08-08) .

② <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/19#iiaInnerMenu>. (2015-08-08) .

③ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>. (2015-08-08) .

在征收等类似措施的投资补偿额问题上(1988年生效的中国—澳大利亚BIT第12条;1985生效的中国—丹麦BIT第8条;1987年生效的中国—意大利BIT第5条及议定书第4条;1989年生效的中国—日本BIT第2条等)。由此可见,1986BIT中对于提交国际仲裁的争议类型以及仲裁机构的限制主要出于中国的考虑,而比利时对于将所有投资争议提交ICSID仲裁并不排斥。因此,将2009年BIT的争议解决条款适用于本案也并未违背比利时的意愿。

(三) 小结

2009BIT第10(2)条未明确排除对其生效前发生的、虽已进行通知但未进入司法或仲裁程序的争议的管辖权。联系条约上下文、缔约目的及缔约历史推断,2009BIT适用于上述争议的解决才是合理的解释。

五、实体条款和程序条款分开适用的可行性分析

平安公司提起仲裁的法律依据是1986BIT和2009BIT,1986BIT是其实体请求的依据,而2009BIT是其管辖权请求的依据。现今,首先要解决的问题是这种分开请求在投资仲裁中是否合理?

在SGS诉菲律宾案中,仲裁庭将BIT的属时管辖权与BIT的实体条款的适用进行了区分,认为实体标准的适用具有非溯及既往的要求应无疑义,《国家对国际不法行为责任草案》的第13条以及VCLT的第28条对此也有明确的规定,Island of Palmas案以及Tradex v. Albania案也均采用此原则。在国际实践中,程序性条款或管辖权条款却有与实体性条款不同的适用方式。^①在Jan de Nul诉埃及案中,仲裁庭认为,实体性问题应由1977BIT管辖,而管辖权问题仅由2007BIT管辖。^②这也进一步证实了Schreuer教授的观点:“管辖权和实体问题的法律适用是相互独立的。”^③在Nordzucker诉波兰案中,仲裁庭认为,基于德国和波兰2005的修订议定书,对其生效前的争议有完全管辖权。^④

从投资者诉东道国的仲裁实践中可知,案件管辖权和实体问题的法律适用完全可以分开,不依据同一BIT。因此,只要证明2009BIT的缔约方有将其适用于其生效前但尚未进入司法或仲裁程序争议的意图,平安公司完全可以依据2009BIT主张仲裁庭对案件有管辖权,依据1986BIT主张实体救济。而且,由前面论述可知,缔约方确有将2009BIT适用其生效前但尚未进入司法或仲裁程序争议的意图。

① SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, (Award of Jan 29, 2004), paras. 166, 167.

② Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, (Award of Jun 16, 2006), paras. 135, 137, 140.

③ Schreuer, Christoph H. Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration[J], McGill Journal of Dispute Resolution, 2014, 1(1).

④ Ibid, paras. 110, 118.

六、结语

在国际投资争议解决中,国际条约的合理解释至关重要,不能打着VCLT解释原则的幌子,片面解释条约,曲解缔约方的真实意图。对于一个受人尊敬的仲裁庭,如果真的这样做了,其不仅无法补偿真正的受损害方,还降低了ICSID争议解决的权威性,不利于ICSID的发展和改革。另外, Malaysian Historical Salvors 诉马来西亚案专门委员会认为,对条约解释规则的错误适用会构成《ICSID 公约》第 52 条 d 项“明显超越其授权”的撤销情形,导致裁决最终被撤销。^①类似情形还出现在 Lucchetti 诉秘鲁案中,虽然该案最终认定仲裁庭没有依据 VCLT 解释规则进行的简单推理不构成“明显超越其授权”的撤销情形,^②但从侧面也表现出 VCLT 解释规则的合理正确适用的重要性。笔者建议,平安公司可以向 ICSID 秘书处提起裁决的撤销申请。本案作为中国大陆海外投资者利用国际规则解决纠纷的第一案,可谓具有里程碑意义。这也意味着中国的海外投资者开始逐渐了解国际规则,并开始利用国际规则维护自己的合法权益,北京城建诉也门案就是很好的说明。^③另外,该案从侧面也体现出,我们虽然意识到利用国际规则维护合法权益的重要性,但我们对其还处在了解的程度,离融会贯通并灵活运用还有一段距离。因此,仍有必要加强对国际规则的研究。

A Legal Comment on Arbitration for the Case of Ping An v. Belgium

DAI Zheng-qing WU Lan

Abstract: The arbitral tribunal dismissed the suit of Ping An V. Belgium on lack of jurisdiction grounds. With respect to the determination of jurisdiction, they focused on the argument of whether Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Belgium-Luxemburg Economic Union on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments that entering into force in 2009 should be applied for the cases before it takes effect. Then they expanded with the interpretations of the treaty principles, the retroactive principle vs. non-retroactive principle, previous cases and alternative BIT. After that, they tried to argue the retroactivity of the Agreement comparing with this case and then concluded that many terms of the Agreement couldn't approve themselves which could be applied for the case which had taken place before it took effect. With this conclusion, the arbitral tribunal assumed they had no jurisdiction over the case. This verdict seems to be reasonable while the procedure of analyzing isn't logical. The real content of Article 8 of 2009BIT paragraph 1, paragraph 2, and Article 10, paragraph 2 was not well explored. It is a more reasonable interpretation that the 2009 BIT apply to disputes which have arisen before it came into force, provided that they were not already under judicial or arbitral process.

Key words: Ping An vs Belgium; bilateral investment treaty; retroactivity

(责任编辑:金孝柏)

① Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, (ICSID Case No. ARB /05 /10), (Decision on the Application for Annulment, Apr 16, 2009), para. 80.

② Industria Nacional de Alimentos, S. A. and Indalsa Perú, S. A. (formerly Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú, S. A.) v. Republic of Peru, (ICSID Case No. ARB /03 /4, Decision on Annulment, September 5, 2007), para. 116.

③ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), (Pending)[EB/OL]. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/14/30>. (2015-08-12).