

论国际投资仲裁中的属时管辖争议及处理原则 ——以国际投资协定时效条款适用为视角

孙 颖

(澳门科技大学, 澳门特别行政区 999078)

摘 要: 属时管辖为仲裁庭对何时产生的争议具有管辖权, ICSID 公约中并未直接规定, 投资协定中的时效条款及一般国际法原则成为确定属时管辖争议的主要依据。不同投资协定中采用的属时管辖判断标准不同, 对时效条款所确立的判断标准差异理解是产生属时管辖争议的重要来源。在时效条款缺失或语义不明的情况下对法不溯及既往原则及解释原则的适用是产生属时管辖争议的另一缘由。实践中有关投资仲裁管辖争议的法律适用并未统一, 仲裁庭在扩大管辖的价值取向影响下采用不同的解释方法从而产生对立裁决、加剧属时管辖争议的局面。由于目前仲裁庭仍以投资协定作为主要的裁决依据, 完善时效条款是规避和解决属时管辖争议的主要路径。

关键词: 属时管辖; 管辖争议; 时效条款; 溯及力

中图分类号: D99.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 03-0065-12

属时管辖 (Ratione Temporis) 的内涵在国内外法学中都没有统一论, 根据《罗马规约》第 11 条和美国关于公益诉讼司法管辖的规定,^①可定义为对何时产生的争议具有管辖权, 是投资仲裁庭在仲裁过程中关注的对象。对裁决依据的不同解释导致属时管辖审议标准多样化, 催化属时管辖争议, 并在实践中逐渐成为制约仲裁庭管辖权的因素, 对国际投资仲裁属时管辖争议及其处理原则的讨论实属必要。

一、属时管辖争议对国际投资仲裁管辖权的制约

目前在国际投资仲裁实践中, 仲裁庭价值取向的偏颇已成为投资纠纷解决过程中对东道国利益造成减损的因素之一。因此, 东道国根据仲裁规则所享有的管辖异议权成为维护本国利益的重要途径, 进而在仲裁主体之间就仲裁庭是否享有管辖权提出主张与抗辩, 由此形成管辖争议。

管辖争议的对象多为国际投资仲裁管辖构成要件。除《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(简称“ICSID 公约”)第 25 条规定的法定构成要件外, 投资者与东道国间的仲裁合意大多通过投资协定体现, 成为投资者享有仲裁权的正当

作者简介: 孙颖, 澳门科技大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

① 张千帆. 启动公益诉讼的条件 [J]. 行政法学研究, 2014, (2).

性来源。^①投资协定的时效范围存在时间和空间两个维度，与时效有关的属时管辖亦是制约仲裁庭管辖权的重要方面。各国投资协定中对该问题的模糊规定导致东道国针对属时管辖提起了大量的管辖异议，不同仲裁庭形成的对立裁决加剧了投资仲裁的正当性危机。

二、国际投资仲裁中属时管辖争议的处理原则

投资仲裁管辖争议的处理原则是指仲裁庭解决投资仲裁管辖争议中对东道国提出的管辖异议和投资者对此的抗辩主张或仲裁庭对自身管辖权的质疑而进行审查、判断、认定与决定的原则，适用解释条约规定的准则、方法与结果，主要是管辖审理过程中的法律适用问题，但仲裁实践中有关程序争议的法律适用并没有统一定论。参照 ICSID 公约第 42 条裁决实体问题适用的法的准则，在处理管辖争议时，与之相关的国际公约、国内法以及国际法原则都可成为仲裁庭裁决的依据。^②

（一）ICSID 公约作为裁决属时管辖争议依据的缺陷

在 ICSID 仲裁中，仲裁庭管辖权的法定边界源于 ICSID 公约第 25 条，但该条款并未参照《罗马规约》对属时管辖予以明示，而是仅对与时间有关的国籍问题进行规定。公约要求投资者应“在交付调解或仲裁请求之日……以及登记请求之日具有缔约国国籍”，限定了投资者所要满足的国籍时间要素，但这仅仅是属时管辖的一个方面，对于争议产生时间这一问题并没有直接规定。

仲裁庭所管辖的争议必须来源于投资，对争议产生时间的审理多涵盖于投资审议中。^③就投资而言，公约中仅规定仲裁庭审理“直接因投资而产生并经双方书面同意而提交给仲裁庭的争议”。关于投资的定义，ICSID 公约在制定过程中因缔约国之间的价值取向存在巨大差异而故意留下空白，转而将该权利交由各缔约国自行决定。公约中关于投资与争议的立法缺失导致在处理此类属时管辖争议时无明确的可供适用的公约依据。

（二）投资协定中的时效条款作为解决属时管辖争议的依据

投资协定作为体现东道国同意仲裁的主要形式，构成 ICSID 公约的“特别法”予以适用。^④仲裁权是投资协定赋予投资者的权利，权利产生必须具有正当性基础，条约效力则是仲裁权的正当性来源。本文所探讨的时效条款主要包括规定投资协定本身时间效力的条款以及是否对生效前的争议具有管辖权的溯及力条款，通过不同的途径对仲裁庭管辖权产生影响。

① 杨卫东. 双边投资条约研究: 中国的视角[M]. 北京: 知识产权出版社, 2013: 44.

② 孙南申. 国际投资仲裁中的法律适用问题[J]. 国际商务研究, 2019, (2).

③ Mistelis, Loukas. International Investment Arbitration Substantive Principles[M]. Oxford: Oxford University Press, 2017: 420~422.

④ Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/01.

1. 投资协定的时效条款对属时管辖争议的影响

投资协定的时效条款将条约何时生效、何时失效以及在特定时间范围内产生何种权利义务予以明确,进而影响仲裁庭的管辖权范围。只有有效的投资协定才可作为投资者享有权利以及东道国承担义务的基础。在 Tradex 诉阿尔巴尼亚案中,投资者认为,在案件审理过程中条约生效可成为其仲裁权的正当性基础,因此基于已经签订但还未生效的投资协定提起仲裁。而东道国认为,在提起仲裁时尚未生效的投资协定无法赋予投资者仲裁权利,同样无法要求东道国承担尚未生效的义务,条约的后继生效不能成为权利的正当性来源。仲裁庭采纳了东道国的管辖异议并进一步指出,已签订但未生效的投资协定不可作为投资者提起仲裁的基础,无论该投资协定是否对生效前的投资争议具有管辖权。^①

条约的签署和生效在国际法层面分属不同性质,并非条约未生效就一定不能赋予投资者提起仲裁的权利。在以《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)为依据的投资仲裁案中,仲裁庭对东道国所提出的未生效裁决不能作为提起仲裁依据的管辖异议作出了相反的判例,导致在实践中条约未生效不可作为投资仲裁管辖权的正当性来源具有适用的例外。这种例外概括为条约临时适用效力。^②如果条约签署后具有临时效力则可作为投资者提起仲裁的依据,但这种临时效力的取得必须在条约中明示。以 ECT 第 45 条第 1 款的规定为例,原则上各缔约国签署了条约即视为条约具有临时效力,但前提是所适用的条款不与其本国宪法及法律相抵触。ECT 第 45 条第 2 款规定了缔约国在加入条约时可对第 1 款的内容予以排除。在 Kardassopoulos 诉格鲁吉亚案中,东道国对临时适用提出管辖异议。虽然仲裁庭谨慎区分了条约“生效”和“临时生效”之间的关系,但仍根据 ECT 第 45 条的规定对投资者的仲裁申请行使了管辖权。^③条约签署后生效前的临时效力也可作为投资者提起仲裁的依据。^④

2. 投资协定中的溯及力条款对属时管辖争议的影响

在仲裁权具有正当性来源的前提下,对何时产生的争议具有管辖权则是仲裁庭主要裁决的问题。根据《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)第 28 条对溯及力问题的一般规定,条约通常仅对其生效后的争议具有管辖权,但是部分投资条约通过时效条款对条约的溯及力问题予以特殊规定,使得投资协定对生效前的争议具有管辖权,从而扩大投资协定的时效适用范围。在 Nykomb 公司诉拉脱维亚案中,^⑤仲裁庭指出审议属时管辖异议时,首要裁决依据是争端所依据文书的措辞,因此投资协定中的溯及力条款成为解决属时管辖争议的关

① Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/02.

② 张建. 国际投资仲裁管辖权[D]. 北京: 中国政法大学博士学位论文, 2019: 61~63.

③ Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

④ 马迅. 从 ECT 投资仲裁案例看条约的暂时适用[J]. 法治研究, 2012, (11).

⑤ Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia, SCC.No. 118/2001.

键。根据是否存在投资争议的溯及力条款可将投资协定的时效范围分为两类，条款的不同表述导致条约时效范围不尽相同。

（1）投资协定中的无溯及力条款

部分投资协定对可审议的争议时间范围无特殊约定。例如，中国—尼日利亚投资协定仅规定对生效前的投资具有管辖权，但是未明确是否对生效前的争议具有管辖权（表1情形一）。^①东道国认为，在无明确投资协定依据的情况下应适用VCLT第28条关于法不溯及既往的一般规定，但是投资者认为基于条约中与“争议”有关的定义可参照VCLT第31条和第32条的解释规则得出结论，并非参照第28条。在该问题上的冲突裁决加剧了属时管辖争议，将在下文予以论述。

（2）存在溯及力条款的几种情形

为了明确条约的时效范围，多数投资协定存在溯及力条款。但是，条款中采用了不同标准导致投资协定的时效范围有所不同，并且条文表述的模糊性也是投资者与东道国就条款适用产生争议的重要缘由。按照不同的表述方式，条约的时效范围大致可以分为3个类别。

首先，溯及力条款明确排除投资协定对生效前的争议行使管辖权。大部分投资协定采用此种模式（表1情形二），此时判断条约时效范围标准是争议产生的时间。这种机械的判断标准看似具有确定性，但在Tradex案以及老挝控股公司等案件中就何为争议以及何时产生争议具有歧义，而仲裁庭的对立裁决模糊了这种标准。

其次，溯及力条款约定对部分条约生效前产生的争议拥有管辖权，从而达到赋予条约部分溯及力的效果（表1情形三）。实践中，投资协定对部分生效前争议具有管辖权的表述形式多样。例如，在平安公司诉比利时案中所涉及的中比2009年投资协定，将属时管辖的认定标准从争议发生时间变更为争端是否进入司法程序。对已进入司法或仲裁管辖的争议没有请求权，但是对在生效前产生但未进入司法程序的管辖可理解为具有管辖权，实践中产生以“进入司法程序”作为属时管辖的判断标准是否明确的争议。在部分投资协定中，以中日韩投资协定为例如，采用“本协定生效前发生的事件引起的权利请求”的表述，以权利请求作为属时管辖的判断标准同样可以达到部分排除的效果。

最后，投资协定对其生效后的部分争议丧失管辖权，主要采用争议发生事由作为判断标准。比利时—波黑投资协定第12条即采用此种约定方式（表1情形四）。争议事由与争议作为属时管辖的不同标准所导致的差异将在下文予以论述。

（三）国际法原则作为属时管辖依据的分析

表意明确的时效条款可作为仲裁庭首要裁决依据，但当时效条款语意不明或缺

^① 《中国—尼日利亚投资协定》第11条：本协定应适用于缔约一方投资者在缔约另一方境内依照缔约另一方法律法规于本协定生效前或生效后做出的投资。相关规定参见《中国—巴巴多斯投资协定》等协定。

表 1 投资协定中的时效条款表现形式

类别	情形	投资协定是否对生效前的争议具有约束力	例证表述形式
类别一	情形一	原则上对生效前的争议不具有约束力	未规定溯及力条款
	情形二	对生效前的争议没有溯及力	本条约不适用于生效前已经发生的争端 (disputes) ^① 本条约不适用于协议生效前已发生的事件引发的投资争端、已解决的投资争端或已进入司法或仲裁程序的投资争端 ^②
类别二	情形三	对部分生效前的争议具有溯及力	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请求权 ^③ 本协定不适用于在本协定生效前发生的事件引起的权利请求,也不适用于在本协定生效前已解决的权利请求 ^④
	情形四	对生效后的部分争议没有约束力	本协定的规定不适用于因已经发生的事件而产生的索赔或在本协定生效之前已经解决的索赔 ^⑤

失时,国际法原则可作为裁决的主要依据。VCLT 规定的法不溯及既往原则是有关国际法规则的一般法律原则,在仲裁实践中多成为东道国提起管辖异议或仲裁庭裁决的理由。就法律解释而言,VCLT 第 31 条及第 32 条所确立的解释规则作为法律解释的一般法律原则辅之时效条款适用。对于法律原则本身而言,仲裁实践中采用不同的适用标准也造成了部分属时管辖争议。

三、适用时效条款产生的属时管辖争议

上文对不同时效条款产生的不同结果进行了分析。即使条约中对属时管辖的范围进行规定,但条文所固有的语义模糊性使得在适用过程中争议双方就何为国际投资仲裁中的争议、争议的产生时间等问题发生分歧。仲裁庭在不同案件中做出的对裁决加剧了属时管辖争议处理结果的模糊性。

(一) 以争议作为属时管辖标准之争

1. 何为争议

以争议产生时间为属时管辖判断标准在大多数时效条款中采用,但关于什么是争议,仲裁主体间产生较大分歧。在国际投资仲裁中,既有关于投资事项履行过程中的事实争议,也有关于投资协定适用所产生的法律争议。在马菲兹尼诉西班牙案件中,东道国以投资者的诉权不具有属时管辖为由提出管辖异议。^⑥仲裁庭认为首先要确

① 例如《意大利共和国与黎巴嫩共和国促进与相互保护投资协定》第10条。相同规定还见于中国—韩国投资协定。《比利时—沙特阿拉伯双边投资协定》第14条“既存投资”条款规定:本协定不适用于协定生效以前发生的任何争端等。

② 例如《中华人民共和国政府与东南亚国家联盟成员国政府全面经济合作框架协议投资协议》(简称《中国—东盟自贸区协议》)第14条第2(1)款。

③ 例如《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》第16条。

④ 例如《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利和保护投资的协定》(简称《中日韩投资协定》)第27条第7款。

⑤ 任强. 投资仲裁实践对国际投资协定时间效力的认定——争端、争端诱因和争端程序在国际投资仲裁管辖权界定中的应用[J]. 北京仲裁, 2015, (4).

⑥ Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/07, Decision on Jurisdiction, para: 94. 案情简介:《阿根廷—西班牙投资协定》于1992年9月生效,但索赔人所依赖的是“早在1989年以及整个1990年、1991年和1992年早期”发生的行为。

定争议的范围是否包含事实争议。根据国际法院 (International Court of Justice, ICJ) 的论断, 争议是“双方在履行或不履行法律义务的问题上持有明显相反的观点, 或者一方的主张遭到另一方反对”。显然, 争议是以产生法律义务为前提, 但 ICJ 经常被援引的另一判词是“争议是双方之间对法律、事实观点的分歧及观点的利益冲突”,^①因此争议的内容不仅仅包含法律争议, 也包括对事实观点的不同理解。在 Tradex 诉阿尔巴尼亚案中仲裁庭支持了上述论断, 认为在理论上争端并未限定为法律程序, 事实争议也是争端产生的主要方面。因此, 对于法律或事实的争议都可以理解为有关投资的争议。^②

马菲兹尼案的仲裁员认为, 虽然承认“争议”的标准不应像“申诉”的标准那样正式, 但在“法律意见和利益的冲突得到明确确立”之前阿根廷—西班牙 BIT 第 II(2) 条不会起作用; 事件必须通过法律主张的形成, 经过讨论以及最终对方的拒绝或缺乏回应而获得精确的法律意义。^③因此, 争议的范围仅仅应包含法律争议。

在 Toto 诉黎巴嫩案中,^④仲裁庭通过区别争议和争端诱因将部分事实争议排除在争议管辖范畴之外。意大利—黎巴嫩 BIT 中的时效条款采用情形二的表述, 生效前已经发生的争端不在条约的属时管辖范围内。但是, 仲裁庭认为在本案中投资者和东道国所签订的投资合同严格区别了“困难情况”与“争端”两种不同的情形,^⑤导致因履行合同而出现的问题不属于争端, 而是争端诱因。BIT 中仅对生效前的争端管辖予以排除, 并未排除对争端诱因的管辖,^⑥因此仲裁庭具有管辖权。将事实争议以“争端诱因”为由排除在争议之外, 实质上扩大了仲裁庭的管辖权。

2. 争议产生的时间

除争议含义外, 关于争议产生时间的认定也存在分歧。在 Tradex 诉阿尔巴尼亚一案中, 东道国提出争议应以向 ICSID 提交仲裁的时间点为准。仲裁庭认为, 对何时产生争议应基于管辖权授予条款的内容来确定, 并结合管辖权授予条款中的限定因素判断。在含有冷却期条款或友好协商条款的管辖权授予条款中, 可以认定当投资者开始与东道国进行友好磋商或履行冷却期条款中的通知义务时争端业已出现, 因为一个人显然不能努力友好地解决尚未出现的争端。因此, Tradex 在 1992 年与 1993 年向贸易部提交的五封信函中提出的投诉可被视为产生争端。但该标准在 Lao

① Mistelis, Loukas. International Investment Arbitration Substantive Principles[M]. Oxford:Oxford University Press, 2017: 421~422.

② Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No.ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, para. 189.

③ Maffezini v Spain, ICSID Case No.ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para. 96~98. 阿根廷—西班牙BIT第II(2)条规定: “……本协议不适用于本协议生效前产生的争端或要求。”

④ Toto Costruzioni Generali S. p. A. v. The Republic of Lebanon, Tribunal Award of 7 June 2012, ICSID Case No. ARB/07/12.

⑤ Ibid: para. 62.

⑥ Toko公司承接了阿波罗高速公路黎巴嫩段的工程, 工程原计划定于1998年2月10日开工建设, 于1999年10月24日建设完毕, 但由于东道国原因工程实际于2003年12月完工, 于2004年12月交付。投资者于2002年12月要求黎巴嫩对额外增加的费用进行赔偿, 但是黎巴嫩未给予答复, 投资者于2004年6月提起仲裁。东道国认为, 基于1997年到2000年2月期间发生的争端提出的仲裁请求不应由仲裁庭管辖, 但投资者认为1997年至2000年之间产生的是争端诱因, 并非争端, 争端于2002年BIT生效后产生。

Holding 诉老挝一案中未得到支持。仲裁庭认为,索赔人在关键日期前与政府谈判的事实并不能意味着争端的发生,因为投资者基于“客观事实”与东道国进行谈判,可能使得双方之间达成新的协议、履行新的义务,因此仲裁庭拒绝了投资者的仲裁申请。^①在马菲兹尼诉西班牙案件中,仲裁庭同样推翻了 Tradex 案的裁决理由及结论,^②认为根据“客观事实”,谈判的目的是重新定义双方都满意的条件,只有争端事实被要求通过法律予以讨论和解决,并最终被对方拒绝,或缺乏回应从而获得法律权利时,才可认定为争端产生。也就是说,仲裁庭认为,在协商失败后,缔约国履行了冷却期条款的义务从而获得提起仲裁权利时才可认定为产生争议,因此启动争端解决程序被认为是产生争议的标志。

(二) 以启动争端解决程序作为判断标准引发的属时管辖争议

如果以启动争端解决程序作为争端产生的表示,那么,在规定了用尽地方救济条款的投资仲裁中,在国内法院起诉是否可视为启动司法救济程序尚有争论。在 Lucchetti 诉秘鲁一案中,由于存在用尽地方救济条款,投资者在仲裁申请之前在地方法院提起要求撤销行政命令的诉讼。^③东道国对此提出管辖异议,认为条约在其关于时效范围的条款中提到“争端”只应涉及外国投资者与国家之间关于条约问题的诉讼,在国内法院提起诉讼不视为产生国际投资争端,因而不符合 BIT 中的时效范围。仲裁庭认为,在用尽地方救济条款下,启动国内救济程序则认为争端产生,在国内法院审理的争议同样是依据投资产生,因此争议在 BIT 生效之前已经具体化。仲裁庭进一步解释,对于“争议”的判断应根据标的物,而非当事人或当事人之间的诉讼请求,只要是因投资而引发的司法程序即可认定为争端。^④

仲裁庭的这一观点受到其他仲裁庭的批判。在铁路发展公司诉危地马拉一案中,仲裁庭认为,在投资仲裁中多个条款包含“争端”,应该将不同条款中的“争端”进行区别。^⑤因为用尽地方救济条款本身的适用标准遵循“三重一致”原则,可因不同诉因而排除条款的适用,因此要区别国内争端与条约争端,不能因任意细小的诉因就剥夺属时管辖的效力,“争端”的含义应根据当事人提起仲裁的理由来确定。

进一步来说,国际投资争端解决程序是否启动也存在理解上的差异。尤其是投资协定为了缓和投资者与东道国之间的矛盾通常会约定一定期限的冷却期,对冷却期性质的不同理解造成该标准适用的不确定。以平安公司诉比利时案为例,依照冷却期条款已进行协商但还未提起仲裁是否可理解为已进入司法或仲裁程序成为双方争论的焦点。仲裁庭在裁决过程中并未直接就该问题做出解释,而是通过审议中比 BIT

① Lao Holding v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No.ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para.156.

② Maffezini v. Spain, ICSID Case No.ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para. 96~98.

③ Empresas Lucchetti SA v. Peru, ICSID Case No.ARB/03/74, Decision on Jurisdiction.

④ Ibid: para. 39~50.

⑤ Railroad Development Corp. v. Guatemala, ICSID Case No.ARB/07/23, Second Decision on Objection to Jurisdiction, para. 124.

中包含“争议”的条款来确定缔约国的意图,并根据1986年及2009年BIT的实体保护范围确定了2009年中比BIT的属时管辖范围。以该裁决为标准,可认为“进入司法程序”仅仅包含争端解决中的仲裁,并不能包含ISDS争端解决机制下调解、协商等争端解决路径,由此可能造成平安公司案中“管辖空白”(arbitration gap)的局面。仲裁庭以条约解释的方式作出裁决增加了不确定性,因此将“进入司法程序”作为时效管辖的标准存在一定的实践风险。

四、一般国际法原则作为补充规则适用所产生的属时管辖争议

在时效条款不明或缺乏时效条款时,仲裁庭得以采用解释规则做出裁决。但以平安公司案为例,仲裁庭根据上下文解释方法对争端解决条款中的“争议”进行文义解释,进而推导出2009年BIT不适用于投资协定生效前的争议的结论,但投资者认为,即使适用解释规则,按照VCLT的规定也应在善意解释原则下进行,因此对解释方法适用的差异也是造成管辖争议的缘由。

(一) 法不溯及既往原则的排除方式之争

VCLT第28条虽然规定了条约效力的法不溯及既往原则,但该原则也明确其适用存在例外,这种例外主要通过时效条款以明示排除。和上文所述,其明确约定投资协定对生效前进入司法或仲裁程序的争议排除管辖,即意味着赋予了投资协定对未被排除的争议溯及既往的效力,因此是否赋予条约溯及力取决于缔约国的意思表示。

虽然该公约允许排除适用,但并未对排除适用的方式加以明确,导致实践中对该条款的适用形成争议,表现为这种排除必须以明示方式进行还是默示行为也可达到相同的法律后果。在平安公司诉比利时案中,东道国认为这种意图必须明确且毫不含糊,排除法不溯及既往的意思表示无法通过默示方式进行,^①但部分学者并不支持此种观点,认为VCLT中并未明确要求明示排除,“另经确定”意味着缔约方排除法不溯及既往的意思表示可通过对条约含义的解读继而被推导出来。^②

默示排除主要通过通过对投资时效范围的特殊约定实现。除条约明确约定争议的时效范围外,部分投资者认为,基于投资与争议一体两面的关系,投资协定既然对生效前的投资有效,就可适用于生效前的争议。现存的大部分投资协定中已明确适用于“生效前”和“生效后”所作出的投资,对投资行为溯及既往的规定可以延伸到基于相关投资产生的争端,^③但平安公司诉比利时案的裁决结果否定了这一论断。仲

① Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No.ARB/12/29, award para. 143~144.

② 刘勇. 中国平安诉比利时王国投资仲裁案[J]. 环球法律评论, 2016,(4).

③ Qing, Ren. Ping An v. Belgium, Temporal Jurisdiction of Successive BITs. ICSID Review[J]. 2016,(1).

裁庭认为投资和争端是截然不同的法律概念,如果缔约方希望将条约生效前的争议纳入到条约中,应在条约中明示。^①Paushok 诉蒙古案的仲裁庭支持上述结论,其进一步分析认为,根据 VCLT 第 31 条很难将“投资”的文义解释扩大到包含争议,因为投资与争议的属性不同,投资是事实问题,争议是法律问题;^②而且 BIT 适用于其生效时已经存在的投资,对其他条款的时间适用范围不产生影响;因此通过扩大投资事实的条款较难推导出对条约生效前的争议具有管辖权的结论。^③但部分仲裁庭推翻了上述观点,认为通过对条约的目的解释也可达到公约第 28 条默示适用的结果,这一结论早在 Ambatielos 案中得以体现。法官认为,如果条约中含有特殊条款或存在特殊目的,使得法律对生效之前的行为事件进行裁决具有合理性,那么法不溯及既往原则得以排除。^④在国际投资仲裁实践中,SGS 诉菲律宾一案的仲裁庭认为对缔约国是否赋予条约溯及既往的意思表示可参考缔约方意图,^⑤即认为法不溯及既往原则可默示排除。

(二) 适用 VCLT 解释规则之争

时效条款作为一种规范性表述,其固有的语义歧义性导致适用存在争议,需由仲裁庭对时效条款的内容予以解释。VCLT 第 31 条规定了多种解释方法,如果解释结论仍不明确或显然不合理时可参照 VCLT 第 32 条的规定,但如何判断仲裁庭的解释结论是否符合条约的通常含义则由仲裁庭自由裁量。

平安公司诉比利时案是时效条款语意不明的典型案例。由于中比投资协定中仅将进入司法或仲裁程序的争议排除新约的时效管辖范围,因此双方之间产生的争议是在条约生效前已启动协商程序但还未进入司法程序的争议是否可由新约管辖。^⑥仲裁庭首先根据 2009 年中比投资协定第 10 条第 2 款确认时效条款是否将条约生效前的争议纳入到新约的管辖范围。由于投资协定中并未提供清晰的裁判依据,而第 8 条第 2 款^⑦中也采用“争议”表述,因此仲裁庭认为对于第 10 条第 2 款的范围需要根据上下文的相同表述来确定,而第 8 条第 2 款中关于争端范围的确定与第 8 条第 1 款^⑧有关,因此对第 8 条第 1 款中的“争议”进行分析。^⑨仲裁庭参照了 ABCI 投资公司诉突尼斯案的裁决思路,其与平安公司诉比利时案的案情最为相近,两国之间同

① Ping An Life Insurance Company v. Kingdom of Belgium ,ICSID Award para. 184. 相同裁决案例参见: Paushok v. Mongolia (Award) IIC 490 (UNCITRAL, 2011 Lalonde P, Grigera Naón & Stern); MCI Power Group LC v. Ecuador (Award) ICSID Case No ARB/03/6, IIC 460, 296 (2007, Vinuesa P, Irrarrázabal & Greenberg) .

② Paushok v. Mongolia (Award) IIC 490: para. 468.

③ MCI Power Group LC v Ecuador (Award): para. 59~66.

④ Greece v. United Kingdom, judgements of July 1st, 1952, and May 19th, 1953. http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1953.05.19_ambatielos.htm. [1953-05-19][2020-08-21].

⑤ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No.ARB/02/06.

⑥ 2009年中比《投资协定》规定:“……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请求权。”

⑦ 2009年中比《投资协定》第8(2)条规定:“如果争议在争议一方将争议通知争议另一方六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……”

⑧ 2009年中比《投资协定》第8(1)条规定:“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……”

⑨ Ping An Life Insurance Company v. Kingdom of Belgium ,ICSID Award para. 211~212.

样存在条约替代问题。^①在 ABCI 投资公司诉突尼斯案中, 仲裁庭考量投资者依赖的 1998 年荷兰—突尼斯投资协定, 在约定可仲裁争端范围时使用“dispute arising”一词, 表明“产生”(arising)是指在其生效后产生的争端, 那么 1998 年投资协定仅适用于其生效后产生的争议。^②

但在 Tradex 诉阿尔巴尼亚案中对“产生争端”存在不同裁决理由。该案中仲裁庭对产生争端范围的解释关键并非着眼于“产生”(arisen)一词本身的表达, 而是关注仲裁条款中出现的术语组合。投资协定中对争端范围的规定是“...if the dispute arises out of or relates to...”, 仲裁庭对“if”和“arises out of”两者的关系进行了论述。认为“if”在国际投资协定中既可表示条件因素, 也可表示时间因素。如果立法者选择“当”(when the dispute arises...)的表达方式, 显然引进的是时间因素, 那么条约将不具有溯及力。具体到本案中的投资协定, “if”应被理解为条件因素, 可译为“如果争议产生”而不关注争议产生的时间。这种说理方式推翻了根据“arise”还是“arisen”来判断是否具有溯及力的方法, 从而得出投资协定有溯及力的结论。2009 年中比投资协定第 8 条第 1 款的英文版本情形为“when a legal dispute arises...”, 如果按照此裁决思路将会得出与平安公司案仲裁庭相同的结论, 缩小了新约的管辖范围。

在对条约进行解释过程中并不能单一地适用某一种方法, 否则无法作出结论是否符合通常含义的判断。即使仲裁庭通过一种解释方式得出结论, 适用其他解释方式对该结论进行验证也符合 VCLT 第 32 条适用的要求。目的解释作为可采用的方式之一, 仲裁庭认为 1986 年中比投资协定中约定仅将与征收补偿有关的争议提交仲裁, 如果将 2009 年中比投资协定中的时效条款扩大解释为对生效之前的争议有溯及力, 导致原本应由东道国救济的争议可以被提交到国际投资仲裁中。^③虽然通过目的解释验证上下文解释的结果符合条约的通常含义, 但这种解释结论似乎与缔约国的真实意图不符, 因此对善意解释原则适用的失衡也是平安公司案裁决被诟病的重要原因。

五、属时管辖争议处理实践之评析

(一) 条约解释规则适用的片面性缩小属时管辖范围

根据 ICSID 公约的规定, 仲裁庭必须对裁决进行充分说理, 对裁决结果解释的缺陷可能导致裁决被撤销,^④因此裁决结果的合理性审查对保护投资者或东道国利益

^① ABCI Investments Limited v. Republic of Tunisia, ICSID Case No.ARB/04/12. 双方首个投资协定生效于1963年, 后来1988年投资协定取代了1963年投资协定。

^② 因为1998年《荷兰—突尼斯投资协定》中约定发生(arisen)于1998年之前的争端应由1963年投资协定管辖。如果缔约方希望将1998年投资协定生效之前的争端纳入到条约管辖范围内, 那么将会使用“arisen”这种时态表达方式。Ibdi para.162~170.

^③ Ping An Life Insurance v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No.ARB/12/29 Award para.223~229.

^④ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Annulmet, 16 April 2009.

至关重要。

仲裁庭适用 VCLT 解释规则具有一定的自由裁量权,但总体而言,在适用第 31 条时要遵循符合善意解释规则,以尽量使得条款生效为解释目的。善意解释原则作为一项国际法基本原则,是条约得以有效实施的基础,但在仲裁实践中存在缺失。仍以平安公司诉比利时案裁决为例,多项裁决理由均从文义解释出发,以约文中词语的时态或术语的组合作为确定是否有管辖权的依据。但此种解释缺乏整体性的逻辑判断,尤其是缺少对 2009 年中比投资协定第 10 条 2 款但书内容的分析。如果依据 2009 年中比投资协定第 8 条 2 款的术语裁定对生效前的争议无管辖权,那么在 2009 年中比投资协定的时效条款中就没有必要特别强调排除生效前已进入司法、仲裁程序的争端,否则但书后的内容无意义,违背了善意原则的基本内涵。^①

就解释方法而言,仲裁庭忽略了 VCLT 第 32 条补充性解释方法的适用。依据 VCLT 第 31 条的结果严重背离合理性时,仲裁庭应当充分运用补充性资料对条约进行进一步解释,可采纳的补充性资料包括但不限于缔约时的会议纪要、缔约时缔约方所处的历史背景等与缔约国真实意图相关的材料。一般而言,文义解释作为首要依据可对条约进行清晰解释,但不得忽视辅助性资料对缔约国意图的证明,尤其是缔约国同时期所缔结的相同类型条约对缔约国真实意图的佐证。

在普拉姆诉保加利亚一案中,^②仲裁庭在裁决最惠国待遇条款是否适用于争端解决事项时充分考虑了 20 世纪 90 年代保加利亚签订的诸多投资协定,认为保加利亚和其他国家签订的 BIT 中关于投资争端解决机制更为自由,既然在与塞浦路斯签订的投资协定中有意识地对投资争端解决机制作出限制性规定,那么就无意通过最惠国待遇条款予以扩展。^③就我国而言,如果中比投资协定希望达到相同的效果可采用相同的规定,根据我国同一时期签订的其他投资协定可认为只要是基于投资产生的争议均可提交仲裁。^④

(二) 时效条款的缺陷加剧属时管辖争议

投资条约中的时效条款作为主要适用依据,但却未确定清晰的标准,尤其是在设立属时管辖标准时应进一步细化“争议”的含义,以减少双方之间的分歧。条款之间的统一性问题是制定投资条约时的另一考量因素,例如部分协定中规定了冷却期条款,影响争议产生时间。此外,不同时效条款中确立了不同的属时管辖判断标准,例如比波投资协定中的属时管辖条款启用争端诱因作为判断属时管辖的标准,区分不同标准的表意范畴是避免管辖争议的关键。

① 刘勇.中国平安诉比利时王国投资仲裁案——以条约适用的时际法为视角[J].环球法律评论,2016,(4).

② Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No.ARB/03/24.

③ 肖军.规制冲突裁决的国际投资仲裁改革研究——以管辖权问题为核心[M].北京:中国社会科学出版社,2017:57~58.

④ 《中国—葡萄牙投资协定》于2005年12月9日修订,2008年7月26日生效,与《中国—比利时投资协定》可认为是同一时期的投资协定,如果缔约国希望以仲裁庭的解释结论作为缔约意图,那么可采用《中国—葡萄牙投资协定》中的属时条款表达形式。

法不溯及既往原则的适用是产生争议的另一成因。就排除方式而言,仲裁庭更支持明示排除,但语意表述不清、对溯及力排除范围过于复杂可能引发管辖争议。在以投资作为属时管辖标准时,需注重协调时效条款和争议解决条款之间的一致性。尤其是冷却期条款已成为缔约国之间常见的争议解决前置程序,那么单纯以启动司法程序作为标准则会出现 2009 年中比投资协定中由于时效条款规定不完备而造成的“仲裁空白”,从而将投资者的利益置于风险中,因此在以投资者行为作为属时管辖判断标准时,需要明确协商程序的法律性质。

六、结语

国际投资仲裁属时管辖审议对象是仲裁庭对何时产生的投资争议具有管辖权,属时管辖争议的裁决依据主要是投资协定中的时效条款。如果无特殊规定或条约表意不明,则适用 VCLT 中的法不溯及既往及法律解释等国际法原则。由于时效条款仍是仲裁庭处理属时管辖争议的首要依据,因此完善条款内容成为规避管辖争议的重要路径。从我国目前已知的投资协定内容来看,我国对条约效力坚持法不溯及既往的价值取向。为了准确达到这一效果,或者更加明确缔约方的时效意图,在实践中可参照中国—东盟自贸协定,采用多种属时管辖的判断标准,尽可能明确投资协定的属时管辖范围。

The Disputes of Ratione Temporis on International Investment Arbitration and the Applicable Principles: Based on the Application of Temporal Clauses in International Investment Treaties

SUN Ying

Abstract: Ratione temporis means that the arbitral tribunal has jurisdiction over the disputes arising from the time of occurrence. The ICSID Convention does not directly stipulate that the temporal clause in the investment agreement and the principle of general international law are the main basis for determining the ratione temporis of disputes. The judgment criteria of ratione temporis used in different investment agreements are different and the different understanding of the judgment criteria established by the temporal clause is an important source of the dispute of time jurisdiction. The application of the principle of non-retroactivity and the principle of interpretation is another reason for the dispute of ratione temporis when the temporal clause is missing or the meaning is unclear. In practice, the application of laws on investment arbitration jurisdiction disputes has not been unified. Under the influence of the value orientation of expanding jurisdiction, arbitration tribunals adopt different interpretation methods, resulting in opposing awards, which aggravates the situation of ratione temporis jurisdiction disputes. Since the arbitration tribunal still takes the investment agreement as the main adjudication basis, perfecting the temporal clause is the main way to avoid and resolve the dispute of ratione temporis.

Keywords: ratione temporis; disputes of jurisdiction; temporal clause; retroactivity

(责任编辑:金孝柏)