

投资仲裁视域下联合解释条款的适用争议： 性质界定与中国因应

钱 旭

内容提要:在国际投资仲裁实践中,联合解释条款的适用引发了诸多争议。一方面,联合解释条款与一般条约解释规则之间的关系尚不明晰,导致各仲裁庭在其效力认定上各执一词;另一方面,联合解释条款作为缔约国合意的产物,仲裁庭是否有权对其进行审查同样存疑。联合解释条款的性质界定问题相应地应从双重视角分析纾解。首先有必要明确联合解释条款的特别法性质,结合特别法适用的国际法规则,对联合解释条款的效力进行确认;其次需要澄清联合解释条款的可审查性,以此厘清缔约国与仲裁庭解释权力的界线。对于中国而言,现行生效的国际投资条约中的联合解释条款数量较少且结构单一,不利于充分发挥其功效。我国应当采取“一般联合解释+多个特殊联合解释”的联合解释范式作为范本,对其进行完善。

关键词:国际投资仲裁 联合解释条款 特别法 特别法优先原则 审查模式

钱旭,浙江大学光华法学院“百人计划”研究员。

一 问题的提出

投资者—国家间争端解决机制近年来深陷制度结构与功能效果无法正确适配的冲突困境。其原初目的是代替国家主导的外交保护程序,进而更直接、更高效地保护投资者权益。然而在具体投资仲裁中,由于仲裁庭所依据的法律以东道国与投资者母国签订的双边投资条约为主,其在对特定条款进行解释与适用时必然触及对东道国主权利益的识别与衡量。^[1] 应然设计与实然呈现之间的张力使得仲裁庭与东道国之间不可避免地处于沟通维度的对抗状态。更为重要的是,该争端解决机制独有的仲裁模式意味着东道国在

[1] 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011年第2期,第132页。

绝大多数情况下只能作为被申请人参与仲裁,无法主动与仲裁庭产生积极的良性互动。东道国的行为亦始终处于仲裁庭的检视之下,进一步加剧了东道国与仲裁庭在解释条约权力上的争夺。^[2] 具言之,部分国家认为仲裁庭未能妥善利用其职能准确解读条约缔约方的真实意图,甚至与其本意相去甚远。亦有国家在签订条约时未能进一步商议相关规则的详细含义,^[3] 导致裁判结果与预期效果产生巨大落差。在此情形下,各国开始通过约定的方式,将部分争议条款的明确含义通过联合解释固定化。^[4] 由此,仲裁庭在条约解释上的裁量空间被限缩,东道国与投资者母国能够更好地实现条约追求的目标。

联合解释这一工具在一般条约法[如《维也纳条约法公约》(*Vienna Convention on the Law of Treaties*, 下称“《公约》”)第31(3)条]和特定条约条款[如《北美自由贸易协定》(*North American Free Trade Agreement*)第1131条第2款]中早有规定,重新对联合解释予以关注的根源在于各国面临重塑国际投资法的日益紧迫的压力。尽管多边改革已经历多年谈判,但成效甚微,投资者—国家间争端解决机制中的系统性问题依然难解。在缺乏重大突破的背景下,联合解释可能成为各国应对国际投资法缺陷的替代工具。通过澄清或纠正对条约的解释,联合解释能够增强国际投资体系的连贯性,从而在尚未达成政治共识的多边改革之外,提供一种务实的过渡方案。上述发展为联合解释条款的出现提供了必要的制度动因与理论参考。然而,仲裁庭在实际裁判过程中并未对联合解释条款给予充分重视,仍倾向于依据先例作出结论或依照公约规定进行解释。^[5] 甚至部分仲裁庭直接认为联合解释条款不具约束力,仅作为条约解释的参考因素。^[6] 不难发现,国际投资仲裁中联合解释条款的法律性质、效力及运作模式不甚清晰。

因此,平衡东道国与仲裁庭解释权限的美好愿景无法仅凭联合解释条款的创设实现,更为关键的步骤在于澄清联合解释条款的理论构造及效果范式,从而指导仲裁庭作出正确定性 with 裁判,也能为之后各国投资条约中联合解释条款的协商与制定扫清疑惑与障碍。此外,明确联合解释条款的法律属性以及适用场景亦能有效缓解仲裁庭的“合法性”危机,增强国际投资仲裁机制的稳定性与可预期性。由此可见,对联合解释条款的研究具有理论与实践两个层面的积极意义。于中国而言,联合解释条款在近年来频繁出现在对外签订的投资条约中。可以预见,随着中国对外开放水平逐步提高,联合解释条款亦会成为外国投资者重点关注的对象。对此进一步分析有助于为中国政府以及投资者规避未来可能发生的涉及条约解释的仲裁风险,联合解释条款的用语设计同样可成为中国提高自身国际话语权与影响力的必要手段。

[2] 参见钱旭:《外国投资保护与东道国社会利益的冲突纾解:比例原则作为必要工具的理论证成》,《当代法学》2024年第6期,第144页。

[3] 参见张生:《国际投资仲裁中条约解释方面的问题及其完善对策》,《国际经济法学刊》2014年第1期,第131页。

[4] 参见靳也:《国际投资争端解决中条约解释的一致性:实践冲突、价值反思与改革目标》,《环球法律评论》2020年第5期,第188页。

[5] See *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part II, B, paras. 21–22.

[6] See *Grand River v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, para. 71.

二 国际投资仲裁中联合解释条款的争议聚焦

“联合解释条款”指条约缔约方就某事项的具体解释达成一致意见,进而将该共识纳入条约而形成的旨在对各方具有约束力的法律条款。^[7] 如前所述,尽管联合解释条款在国际投资条约中的数量逐渐增多,并在国际投资争议中频繁被提及,但无论是在学理探讨还是仲裁实践中,目前均未形成统一认知。通过梳理以往仲裁实践,可将当前联合解释条款在国际投资仲裁中的适用争议概括为两个方面:其一,仲裁庭对联合解释条款的法律效力认定存在模糊之处;其二,仲裁庭是否有权审查基于缔约方合意形成的联合解释条款存在争议。

(一) 效力认定模糊

对于联合解释条款效力的基本认知源于“立法者自解释之”这一古老法谚。^[8] 根据这一原则,法律文本的规范性解释应由制定该法律的机构负责。而在国际法领域,“国家是条约的主人”同样被各国广泛接受并视作条约法的基石。在 *Jaworzina* 案中,常设国际法院认为“对法律规则作出权威性解释的权利完全属于有权修改或废除该规则的个人或机构是一项既定原则”。^[9] 国际法委员会制定的《对条约的保留实践指南草案及评论》(*Text of the Draft Guidelines Constituting the Guide to Practice on Reservations to Treaties*) 引用了上述观点,并进一步解释道:“如果缔约国就一种解释达成一致意见,则该解释优先。”^[10] 由此,部分学者认为联合解释条款正是通过缔约方合意的方式获得了解释的优先性,当缔约国的真实意图已经明确时,就没有必要诉诸《公约》进行条约解释,因而其应当对仲裁庭的裁判具有约束效力。^[11]

然而这种观点并未得到广泛认可。有学者指出,联合解释条款本身属于国际条约,在实践中,其效力的认定要受到《公约》的约束。联合解释条款本身属于《公约》第 31 条第 3 款第 a 项所规定的“嗣后解释”,因而仲裁庭的正确态度应是将其“与上下文一并考虑”;^[12] 换言之,其虽然是缔约国合意的产物,但对于仲裁庭的裁判而言没有绝对的约束力。^[13] 这一点亦得到国际法委员会的认可,其发布的《与条约解释相关的嗣后协定与嗣后实践草案》(*Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*) 的结论三直接指出:“第 31 条第 3 款(a)和(b)项所述嗣后

[7] See Charles-Emmanuel Côté, Shotaro Hamamoto, Marcin J. Menkes & Xu Qian, *The Growing Interest for Joint Interpretations of Investment Treaties by State Parties*, 386 *Columbia FDI Perspectives* 1, 1 (2024).

[8] See Jörg Kammerhofer, *International Investment Law and Legal Theory Expropriation and the Fragmentation of Sources*, Cambridge University Press, 2021, p. 92.

[9] See *Delimitation of the Polish-Czechoslovakian Frontier (Question of Jaworzina)*, Advisory Opinion, PCIJ (ser. B) No. 8, 6 December 1923, p. 37.

[10] See ILC, *Text of the Draft Guidelines Constituting the Guide to Practice on Reservations to Treaties, with Commentaries, as Provisionally Adopted by the International Law Commission*, A/66/10, 2011, p. 106.

[11] 参见靳也:《国际投资仲裁程序规则中的缔约国条约解释机制研究》,《武大国际法评论》2017年第5期,第94页。

[12] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第351-352页。

[13] See Lucas Clover Alcolea, *States as Masters of (Investment) Treaties: The Rise of Joint Interpretative Statements*, 22 *Chinese Journal of International Law* 479, 492 (2023).

协定和嗣后惯例是缔约方理解条约含义的客观证据,是适用第 31 条所反映的条约解释一般规则的权威解释资料。”^[14]之后国际法委员会更是在其评释中进一步澄清:“嗣后协定和嗣后惯例作为权威解释材料本身并不意味其具有决定性的效果。”^[15]

上述关于联合解释条款在条约解释中的定位争议同样体现在国际投资仲裁实践中。在 CME 案中,仲裁庭认可了投资者与东道国以会议纪要的方式针对 1991 年《荷兰—捷克双边投资条约》(*Czech Republic-Netherlands BIT*)中条约解释效力问题作出的联合解释的约束力,然而其并未分析联合解释条款的具体地位。^[16]而在 *Cattlemen* 案中,仲裁庭却认为《北美自由贸易协定》第 1131 条第 2 款涉及的联合解释条款本质上属于《公约》第 31 条第 3 款第 a 项指称的“嗣后解释”。^[17]在 *Rusoro Mining* 案中,仲裁庭在面对 1996 年《加拿大—委内瑞拉双边投资条约》(*Canada-Venezuela BIT*)中第 12 条第 13 款与金融服务相关的联合解释条款时,以当事方并未提交申请为由,回避对其法律性质及解释效力的进一步探讨。^[18]然而,在 *Daniel* 案中,仲裁庭指出缔约国可通过联合解释的方式溯及既往地规定投资的定义,这似乎意味着仲裁庭又将联合解释视作具有绝对约束力的权威解释。^[19]由此可见,联合解释条款的效力并没有预想一般清晰。虽然其订立过程完全基于条约缔约方合意,但由于其与《公约》中关于嗣后解释等条款的关系尚不明确,相应的效力考察也需要进一步思考。此外,尽管《北美自由贸易协定》第 1131 条第 2 款中明确规定其解释“应对仲裁庭具有约束力”,但仲裁庭的态度往往并非简单的遵从,据笔者统计,仲裁庭对于联合解释条款的态度主要分为三种:有限接受、完全忽视与谨慎遵从。^[20]

与完全忽略和谨慎遵从相比,有限接受表现为一方面认可其有效性,另一方面在具体适用上有所保留;具言之,仲裁庭会通过解释手段在一定程度上削弱其约束力。例如在 *Pope & Talbot* 案裁决的附带意见中,仲裁庭明确指出,案涉备忘录实际上是对《北美自由贸易协定》第 1105 条的修订,而非仅是对其作出的解释。^[21]这一表述反映出仲裁庭对该备忘录法律性质的重新审视,暗示其影响力可能超出一般解释范畴。在 *Methanex* 案中,仲裁庭将案涉备忘录归类为《公约》第 31 条第 3 款第 a 项下的嗣后协议,认为其在适用时仅需“考虑”该联合解释。^[22]在 *Merrill* 案中,尽管仲裁庭承认案涉备忘录的目的是“澄清

[14] See ILC, *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries*, A/73/10, 2018, p. 23.

[15] See ILC, *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries*, A/73/10, 2018, p. 24.

[16] See *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003, paras. 216–217.

[17] See *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 January 2008, para. 189.

[18] See *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, para. 504.

[19] See *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43, Decision on the Respondent's Preliminary Objection, 13 March 2020, paras. 157–159.

[20] 截至 2024 年 12 月 30 日,仲裁庭共处理了 24 件涉联合解释案件,其中 1 件采取完全忽视态度,3 件采取有限接受态度,20 件采取谨慎遵从态度。数据来源于 Jus Mundi 数据库,最近访问时间[2024-12-26]。

[21] *Pope & Talbot v. Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, paras. 23–24, 47.

[22] *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part II, B, para. 21.

并重申”《北美自由贸易协定》第 1105 条第 1 款的范围并未超出最低标准。但仲裁庭认为,最低标准并非固定不变,而应结合习惯国际法的演变特性进行动态解释,最终将其与许多条约中采用的公平与公正待遇标准等同视之。仲裁庭还隐晦地质疑了联合解释的性质,认为该备忘录“在某些方面似乎更接近于条约的修订,而非严格的解释”。^[23] 在 Windstream Energy 案中,仲裁庭采用了类似的通过解释手段来削弱联合解释效力的方式,认为在确定公平与公正待遇条款的含义时,必须“同时考虑”联合解释和《公约》中的条约解释规则。^[24] 此外,在非《北美自由贸易协定》案件中,例如 Eco Oro 案,仲裁庭在裁决中完全未考虑加拿大与哥伦比亚于 2017 年针对自贸协定中公平与公正待遇条款的联合解释,即将公平与公正待遇条款的保护标准等同于最低标准。相反,仲裁庭在审查既往裁决的基础上,对最低待遇条款提出新的定义,并据此认定哥伦比亚违反了公平与公正待遇条款的义务。^[25]

上述案件表明,仲裁庭对联合解释条款的法律性质进行了重新评估,其影响力可能超越通常的条约解释范畴。若将联合解释视为对条约的实质性修订而非单纯的解释,则意味着其对仲裁庭而言不具有绝对的拘束力。这一立场亦会引发另一重要理论问题,即仲裁庭是否有权对联合解释条款的法律性质进行独立审查。此种审查将直接影响国际投资法中缔约国与仲裁庭之间权力边界的界定。

(二) 可审查性存疑

第二个针对联合解释条款的争议焦点体现为对其可审查性的质疑。具言之,联合解释条款设定的目的是确保投资条约的缔约国能够更加准确清晰地表达其合意观点,从而避免仲裁庭在条约解释过程中可能产生的偏差。此效果成就的一个先决条件是仲裁庭必须在裁判中承认缔约方就联合解释条款约定的事项具有绝对约束力,可以替代其本身的裁判解释。换言之,仲裁庭在审查其内容时,需明确其法律效力并给予充分的尊重。

然而在实践中,上述情形并非毫无争议。一方面,仲裁庭作为投资者与东道国共同选择的争端解决机制必然要对相关条款进行解释从而裁判争议。如果认为联合解释条款可以完全剥夺仲裁庭审查与解释的权力,则国际投资仲裁效果将大打折扣。此外,亦会产生缔约方滥用权利损害其他利益相关方权益的情形。^[26] 另一方面,部分联合解释条款虽被冠以“联合解释”之名,但其并未完全排除仲裁庭在条约解释过程中的参与。例如 1996 年《墨西哥—葡萄牙双边投资条约》(Mexico-Portugal BIT) 第 15 条第 2 款规定:“缔约各方对本协定某一条款共同拟订和商定的解释对根据本争端解决机制设立的任何法庭均具有约束力。如果缔约双方未能在任何一方提出要求之日起 60 天内提交解释,法庭应对此问题作出裁决。”由此可见,仲裁庭在实践中如何认定联合解释条款的效力与其在解释过程

[23] Merrill and Ring Forestry L. P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010, para. 191.

[24] Windstream Energy v. Canada (I), PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016, para. 355.

[25] Eco Oro Minerals v. Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, para. 734.

[26] See Charles-Emmanuel Côté, Shotaro Hamamoto, Marcin J. Menkes & Xu Qian, The Growing Interest for Joint Interpretations of Investment Treaties by State Parties, 386 *Columbia FDI Perspectives* 1, 2 (2024).

中的作用,仍然存在一定的灵活性和不确定性。

在此问题上,无论是学界观点还是仲裁实践都呈现出明显的不一致性。例如在 *Methanex* 案中,仲裁庭提及其可能拥有审查《北美自由贸易协定》各方制定的联合解释条款的权力,但前提是联合解释条款符合一般国际法规则,如果与强行法相抵触则不应予以承认。^[27] 在 *Pope & Talbot* 案中,仲裁庭虽在裁决中充分尊重联合解释条款的权威性,然而其并未因此放弃审查联合解释条款的权力,指出“仲裁庭有义务考虑并决定所涉问题,而非简单接受委员会称之为解释的内容”。^[28] 然而,在此后的仲裁实例中,大部分仲裁庭都未接受此种观点,而是选择承认联合解释条款的不可审查性。例如在 *ADF* 案中,出于对自由贸易委员会解释的约束力和效力优先性的考虑,仲裁庭明确认定:“即使对其效力存有疑问,仲裁庭无权审查条约缔约方的联合解释。”^[29] 此观点亦得到 *Mesa Power* 案仲裁庭的支持,认为 *ADF* 案的推理令人信服,并重申其没有任何权力审查缔约国达成的联合解释条款。^[30] 此外,还有部分仲裁庭在处理与联合解释有关的投资争端时,直接跳过是否有权力审查联合解释条款这一问题。例如在 *S. D. Myers* 案中,仲裁庭选择忽视自由贸易委员会的联合解释,直接认定加拿大的行为违反公平与公正待遇条款。^[31]

综上,不同仲裁庭在是否可以审查联合解释条款这一问题上各执一词,尚未完全统一。而此种不一致性带来的疑问将直接影响联合解释条款的适用效果。

三 投资仲裁视域下联合解释条款的性质界定与适用模式

从前文梳理可见,联合解释条款的性质是关键问题。支持联合解释条款具有绝对约束力的主要原因在于,其诞生源于缔约方的合意,相较于一般法意义上的条约解释规则,其更能体现双方真实意图,而寻求条约缔约方的真实意图是条约解释的终极目的。^[32] 反对者的观点主要集中于联合解释条款的定性问题,其认为联合解释条款本质为《公约》第 31 条第 3 款第 a 项所包含的“嗣后解释”,因而在其效力问题上,仲裁庭具有充分的裁量权。二者均为引导仲裁庭进行条约解释的国际法规则,但若所指向的结论并不相同甚至截然相反,此时应如何处理?事实上已有不少学者发现了此种矛盾,并试图通过区分联合解释条款的签订时间来判断其性质。具言之,只有当联合解释条款的订立与生效在投资条约之后时,其才能被认定为“嗣后协定”或者“嗣后实践”。此种观点实际上仅着眼于二者在形式上的差异性,而未能从实质性的法理层面揭示二者之间的关系。下文将分析联合解释条款的性质,进而讨论其适用模式。

[27] *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, C, para. 24.

[28] See *Pope & Talbot v. Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, para. 23.

[29] See *ADF v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para. 176.

[30] See *Mesa Power v. Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, para. 479.

[31] See *S. D. Myers v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 3 November 2000, para. 266.

[32] 参见车丕照:《条约解释的要义在于明确当事国的合意》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2020年第1期,第23-24页。

(一) 国际投资仲裁中联合解释条款的性质界定

1. 联合解释条款属于特别法

国际法委员会研究小组在关于国际法碎片化问题的分析中,特别探讨了特别法原则,并指出特别法与一般法的划分具有相对性,即“规则从未在抽象意义上被称为‘一般’或‘特别’,而是相对于其他规则而言”。^[33] 笔者认为,联合解释条款应当被认定为相较于《公约》第 31 条的一般解释规则(*lex generalis*)而言的特别法(*lex specialis*),因此在适用时应优先考虑联合解释条款的效力。需要注意的是,提及“特别法优于一般法”原则是一个问题,而通过比较两个规范来确定哪个更为特殊或一般则是另一个独立的问题。前者寻求的规范性结果是,由于某个规范被认定为特别法,因此在具体的国际争端中,可能适用的另一个规范不会被适用。而后者并不一定会得出相同的结论。实际上,特别法和一般法的界定与“特别法优于一般法”原则是不同的,这种界定在不存在规范冲突的情况下也同样适用。换言之,“特殊性”并不导致一个规范因另一规范的存在而被排除适用;相反,两个规范在不互相冲突的情况下,原则上可叠加适用。笔者认为,特别和一般之间的关系并非通过排除适用某个规范来实现,而是在法理上对它们进行区分和界定,以便合理适用两者。在 *Biwater* 案中,仲裁庭重申国际法本身可被描述为一种“叠加过程”,在其裁决范围内,叠加适用不同(平行)规范是相当普遍的。因此,基于相同的事实,最终可以确认多项规范的违反。^[34] 在这种叠加适用的背景下,“界定”的目的是在特定争端范围内对相关事实和法律规范进行分类,并分析它们之间的相互作用。^[35]

在当前的投资仲裁中,当发现投资条约中的条款和习惯国际法中的条款(这两个条款对争议双方都具有约束力)涵盖同一事项时,仲裁庭往往倾向于优先解释和适用相对更具体的规范。在此情况下,更具体的规范通常指条约中的规定,因为它更明确地反映争议双方在缔约时的法律共识。《公约》第 31 条第 3 款第 a 项与联合解释条款之间的差异不仅限于它们对解释过程的影响,更在于它们效力的差异。前者是作为解释的一种手段,与所有其他解释手段一起,帮助确定条约的正确含义。而联合解释条款除了能够澄清条约含义外,还可以控制仲裁庭的解释过程。由此可见,联合解释条款在条约解释维度上应被认定为特别法。事实上,联合解释条款的特别法属性也得到了部分投资仲裁判例的支持。*Clayton* 案仲裁庭认为,虽然根据《公约》规定的解释通则,仲裁庭只需“考虑”嗣后协定,但因为《北美自由贸易协定》第 1131 条第 2 款规定“委员会对本协定条款的解释对根据本节设立的法庭具有约束力”,因而其应被视为一项特别法。^[36]

将联合解释条款视为特别法并不意味着相应的“一般法”(即习惯国际法)就变得毫无作用。换言之,虽优先适用了特别法(联合解释条款),但一般法并未因此完全失去效

[33] ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 2006, para. 112.

[34] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 814.

[35] ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.682, 2006, para. 36.

[36] See William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, para. 430.

力。从多个仲裁案例中不难发现,当仲裁庭考虑公平与公正待遇的标准时,可能将其视为参照习惯国际法最低标准的条款,或者作为独立存在的条约义务进行解释和适用。但无论哪种情况,仲裁庭通常认为两者在本质上相同,即条约中的公平与公正待遇标准与习惯国际法的最低标准并没有实质差异。换言之,虽然条约中的公平与公正待遇标准在理论上可能被认为是特别法,但在实际应用中,它并未提供比一般法更优的待遇。^[37] 据此,笔者认为《北美自由贸易协定》中的联合解释条款兼具特别法与一般法的属性。在此情况下,特别法和一般法之间的关系并不是对立的,而是互为补充的。特别法并未试图完全取代或排除一般法,相反,它通过明确说明仅反映习惯国际法最低标准,从而与一般法保持一致。

综上,联合解释条款具有特别法地位,其在作为特别法发挥作用的同时,也与一般法形成互补关系,共同确保条约解释的合理性与一致性。换言之,即使存在联合解释条款,仲裁庭在解释条约时仍可考虑缔约方在此之后达成的其他协议或实践,只不过这些协议或实践不具有与联合解释条款相同的约束力。

2. 联合解释条款属于可审查的投资法律规范

仲裁庭能否审查缔约国订立的联合解释条款取决于其职权范围。根据仲裁基本原理,仲裁庭作为临时仲裁机构,受托于仲裁双方处理二者之间的争端,因而其仲裁权力也必然来源于仲裁双方的授权。^[38] 然而,无论是东道国与投资者母国签订的投资条约,还是投资者与东道国签订的投资合同,都无法事无巨细地列明仲裁庭在每一事项上的仲裁权限。因此,如何准确理解仲裁庭与仲裁方之间的关系就变得尤为重要。目前学界主要参考罗伯茨(Anthea Roberts)提出的“委托—代理理论”以及“委托—信托理论”。^[39] 但在联合解释条款的可审查性上,大部分学者达成的共识为无需对二者进行区分,因为无论何种理论都证明了仲裁庭的审判职能来源于缔约国授权,因而只要缔约国对某些条款的审查权作出保留或代替仲裁庭作出决定时,仲裁庭便没有正当合法的审查权。

然而,前述观点未能反映两种理论的全貌且未系统检视国际投资仲裁中仲裁庭的性质。一方面,诚然“委托—代理理论”及“委托—信托理论”说明了仲裁庭的裁判权并非天然取得,而是由仲裁双方的意志决定。然而,这并不意味着权力让渡的限度将完全取决于投资者母国与东道国。因为两种理论也同时承认了被授权的仲裁庭的客观独立性。申言之,虽然仲裁庭的成立建立在仲裁双方的合意授权之上,但其仍然是一个独立的裁判主体。^[40] 因此,仲裁庭的创立本身就要求某些能力的完备,比如审查争议条款的权力。若无此种能力的授予,则仲裁庭将失去作为争端解决机构的个体价值与职能依托,仲裁程序本身也无法实现其定分止争的目的。从另一角度看,这也意味着仲裁双方决定将投资争端提交至仲裁庭解决的这一行为就已经将相应的权力让渡给仲裁庭,无论投资条约或者

[37] Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, LCIA Case No. UN3467, Award, 1 July 2004, para. 188.

[38] 参见刘笋:《仲裁庭的条约解释权及〈维也纳条约法公约〉的引导与制约》,《华南师范大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第140页。

[39] See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 *American Journal of International Law* 179, 186 (2010).

[40] See José E. Alvarez, *The Impact of International Organizations on International Law*, Brill, 2017, p. 272.

投资合同是否明示此种条约审查权。

另一方面,上述两种理论都仅关注到了缔约方对仲裁庭的要求,而忽视了仲裁庭所处的国际社会对其给予的期待。首先,国际投资仲裁制度虽在形式上以传统的商事仲裁为蓝本,但其裁判内容并非完全是私法性质的法律关系。^[41] 其次,国际投资仲裁之所以为外国投资者所青睐,还在于其有效的执行机制。而裁决之所以能得到执行保障,是因为其拥有国际社会所认可的裁决机构的权威背书。^[42] 这就要求仲裁庭在作出最终裁决时除了考虑缔约方的诉求外,还必须审视国际社会所公认的基本规则。^[43] 由此可见,国际投资仲裁庭对联合解释条款的审查同样也是为了验证其与国际社会公认的规范或价值的相符性。此观点也得到了各国际司法机构判例的支持。例如国际法院在“核试验”案中指出,法庭必须拥有某些固有权力,以维护其基本的司法职能。^[44] 同样在 *Waste Management* 案中,仲裁庭认为审查投资者的行为是否构成滥用程序是其为保证仲裁程序公正性所天然拥有的权力。^[45] 因此,联合解释条款的适用需保持一定的灵活性,既要尊重缔约方的共同意图,同时也要考虑仲裁庭独立行使其职能的必要性,这一动态平衡结构在实践中能够有效调和不同法律解释之间的张力。^[46]

(二) 国际投资仲裁中联合解释条款的适用模式

1. 联合解释条款作为特别法的具体适用

在讨论如何确定特别法时,应将其与特别法的适用区分开来。前者解决的是“哪项规则是特别法”的问题,而后者处理的是“确定特别法后,如何判断特别法是否优先适用”的问题。前者为后者提供基础,但后者并不必然是前者的结果。换言之,确定某项规则为特别法后,并不意味着该特别法一定会优先适用。^[47]

(1) 特别法优先原则的法律定位

值得说明的是“特别法优于一般法”这一原则并未被纳入《公约》第 31 条和第 32 条所规定的习惯性解释规则。换言之,它并非条约解释的常用方法。然而,与特别法原则有相似效果但涉及时间顺序的“后法优于前法”原则,却被纳入了《公约》第 30 条,用于规范在“同一事项”领域内的后续条约的适用关系。《国家对国际不法行为的责任条款草案》(*Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)第 55 条则明确表达了特别法优于一般法的原则,即“在并且只在一国国际不法行为的存在条件或一国

[41] See Stephan W. Schill, *Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, 23 *Leiden Journal of International Law* 401, 404 (2010).

[42] See Chester Brown, *The Inherent Powers of International Courts and Tribunals*, 76 *British Yearbook of International Law* 195, 218 (2005).

[43] See Armin von Bogdandy & Ingo Venzke, *On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority*, 6 *Leiden Journal of International Law* 49, 64-65 (2013).

[44] See *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, ICJ Report 1974, para. 23.

[45] See *Waste Management, Inc v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings, 26 June 2001, para. 49.

[46] See Xu Qian, *Revisiting Proportionality in Investment Arbitration—Theory, Methodology, and Interpretation*, 21 *Chinese Journal of International Law* 547, 547-587 (2022).

[47] 参见廖诗评:《国际法中的特别法优先原则》,《法学研究》2010年第2期,第191页。

国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下,不得适用本条款”。此外,根据国际法委员会的评注,仅涉及“同一事项”并不足以适用特别法优于一般法原则,适用该原则还需具备实际的不一致性,或体现某一条款排除另一条款的明确意图。^[48]因此,特别法优于一般法原则虽在特定情况下具有重要的适用价值,但其适用条件较为严格,需确保不同规范之间存在实质冲突,或存在明显的排他性立法意图,才能使特别法得到优先适用。

在 US-Foreign Sales Corporations 案中,专家组认为“特别法优于一般法”未被提及于《公约》中,并且考虑到《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)附录 1A 的“一般解释性注释”,其在世贸组织中的适用亦非毫无困难。^[49]具言之,该注释的核心内容为:“当附录 1A 内的不同协定之间在某些规定上产生冲突时,应优先适用专门规定的条款。”如果某个具体的协定如《补贴与反补贴措施协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)的条款与《1994 年关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade 1994)的一般规定不一致,应优先适用该具体协定的条款。笔者认为,专家组的陈述至少包括三层含义:首先,它将“特别法优于一般法”与《关于争端解决规则与程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)第 3 条第 2 款所提供的专家组和上诉机构的习惯性解释规则区分开来。具言之,第 3 条第 2 款明确指出,争端解决机制的解释应基于国际法的通常解释规则。虽未明确提到具体条文,但实际是指《公约》第 31 条和第 32 条的解释规则。其次,它承认了“特别法优于一般法”作为国际法律规范的法律地位。最后,专家组亦明确指出该原则在《世贸组织协定》附录 1A 的一般解释性注释中得到了体现,换言之,这也暗示了“特别法优于一般法”可同时作为书面的和未成文的国际法存在。

(2) 特别法优先原则在联合解释条款语境下的适用逻辑

除强行法规范外,国际法中并不存在固定的规范等级。^[50]特定规范之所以适用,是因为其特殊性,而非因其能够自动凌驾于一般规范之上。通常情况下,一般规范对争端双方依然具有约束力。而特别法优先原则的实质内涵正是基于两条表面上都适用的国际法规范之间的冲突关系,从而决定在特定情境下,哪条规范应优先适用。^[51]特别法优先适用的逻辑在于:一方面,法律规范的冲突是无法通过法律解释消除的,因为对条约规范的解释只能澄清各自的含义;另一方面,仲裁庭在处理所提交的法律问题时,通常要依据符合“北海大陆架案”提出的“实在法测试”的国际法律规范。^[52]换言之,仲裁庭要依赖那

[48] ILC, *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, A/56/10, 2001, pp. 140-141.

[49] WTO Panel Report, *United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/R, adopted 20 March 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS108/AB/R, in *Dispute Settlement Reports 2000*, vol. IV, p. 1675, para. 4. 468.

[50] Prosper Weil, *Towards Relative Normativity in International Law?*, 77 *The American Journal of International Law* 413, 483 (1983).

[51] Jan B. Mus, *Conflicts between Treaties in International Law*, 45 *Netherlands International Law Review* 208, 209-213 (1998).

[52] *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, ICJ Reports 1969, para. 38.

些被普遍接受、具有明确法律形式的法律规范,除非当事方特别同意依衡平法与善意原则进行裁决(ex aequo et bono)。^[53] 据此,本质上看,这属于对国际法正式渊源的一种反致(renvoi)。具言之,仲裁庭在裁定中会依赖国际法的具体来源,如条约或已确立的法律原则,而不仅仅是对规则的解释。此外,亦有学者认为,类似于“特别法优于一般法”的冲突解决工具本身是一项独立的国际法律规范(具体形式可以为条约规定、习惯规则或一般法律原则),而非一种解释性规范,因为法院通常在没有明言的情况下,通过裁定“特定实践应优于一般规则”,^[54]表现出他们在处理冲突规范时,实际上依赖了“特别法优于一般法”原则来指导其判断。^[55]

在适用“特别法优于一般法”原则时,通常做法是诉诸如《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 55 条或《世贸组织协定》附录 1A 的“一般解释性注释”等具体操作性规则。在投资仲裁领域,“特别法优于一般法”原则亦偶有提及,然因缺乏具体的操作性条款,该原则在此情形下多作为不成文的国际法,如习惯法或一般法律原则适用。如前所述,“特别法优于一般法”原则既可作为成文法适用,亦可作为不成文法适用。此时,若将投资条约视为特别法,其条款应优先于习惯国际法规则。在此背景下,“特别法优于一般法”原则的适用,意在确定并存规范之间的优先性,亦即判断应优先适用条约的标准或习惯国际法的标准。例如,投资条约中的“投资”定义条款应作为特别法优于《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,又称“《华盛顿公约》”)第 25 条第 2 款关于“另一缔约国国民”的定义,以确定中心的管辖范围。据此,有学者主张《北美自由贸易协定》明确规定公平与公正待遇并不要求超越习惯国际法对外国人最低待遇标准的待遇,是对“特别法优于一般法”原则的明确排除。因为规定包含的公平与公正待遇标准(特别法)仅反映并不超越习惯国际法上对外国人的最低待遇标准(一般法),因此后者即使通过反致间接适用,也成为优先标准。^[56]

然而,特别法与一般法的区分是相对的。在《北美自由贸易协定》的联合解释条款中,相对于公平与公正待遇的标准,该条款应被视为特别法。当仲裁庭决定适用联合解释条款时,实际上发生了“双重反致”(double renvoi),表面上是适用习惯国际法对外国人的最低待遇标准,但实际上同时适用作为联合解释条款形式的特别法以及作为特殊解释规则的条约条款。具言之,仲裁庭适用这些待遇标准时,并不只是简单应用习惯国际法中的最低标准,实际上亦同时适用《北美自由贸易协定》中的联合解释条款。联合解释条款本身具有特殊性,因为它是基于条约各缔约方合意形成的,对于该条约的解释具有优先效力。因此,这些联合解释条款作为特别法对公平与公正待遇标准进行了具体化和限制性

[53] See *Continental Shelf (Libya Arab Jamahiriya v. Malta)*, Judgment, ICJ Reports 1985, para. 19.

[54] *Case Concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment, ICJ Reports 1960, p. 6, p. 44.

[55] Anastasios Gourgourinis, *Lex Specialis in WTO and Investment Protection Law*, 53 *German Yearbook of International Law* 579, 580-621 (2010).

[56] Anastasios Gourgourinis, *Lex Specialis in WTO and Investment Protection Law*, 53 *German Yearbook of International Law* 579, 620 (2010).

解释。也就是说,这些解释条款虽适用的是习惯国际法的最低待遇标准,但其实际作用是对条约条款的解释形成了“特别法”的效果。之所以称其为“双重反致”,是因为仲裁庭在适用过程中既参考了习惯国际法(即表面的“反致”),也必须考虑联合解释条款的特别法地位(即“特别法”对一般法的限制和优先性)。这使得适用过程同时涉及习惯国际法和条约条款的特殊解释,两者相互交织,形成了双向的参照和适用过程。因此,这种适用既是“反致”,亦是“特别法优于一般法”原则的适用而非排除。

2. 仲裁庭对联合解释条款的审查模式

因仲裁庭享有独立审查联合解释条款的权力,且联合解释条款的优先适用并非自动生效,在审查联合解释条款时,需考量以下方面。首先,联合解释条款的法律性质是否足够明确,以作为特别法优先适用的依据。如果联合解释条款在法律性质上未提供足够的明确性和针对性,则无法作为特别法适用。在 ADC 案中,由于条约并未就非法征收的赔偿明确提供特别的标准,仲裁庭只能依据既有条约中对合法征收的规定进行判定。然而,合法征收与非法征收在法律性质上存在本质差异,将两者的赔偿标准等同,无疑会忽视其背后的法律逻辑和政策目标。^[57] 因此,仲裁庭最终决定不可将合法征收的赔偿标准直接用于非法征收。具体到联合解释条款的适用,作为特别法的联合解释条款必须在适用范围内具备明确的针对性,否则仲裁庭仍需回归一般国际法的标准来进行裁定。其次,联合解释条款必须能够解决当前争议中涉及的具体法律问题,这涉及特别法原则中的“同一事项”问题。仅在联合解释条款与具体争议的事实和法律关系保持高度一致的前提下,仲裁庭才可将其作为特别法优先适用。如果联合解释条款无法全面涵盖当前争议的事实和法律问题,或在适用过程中可能与一般法的原则产生矛盾,则仲裁庭不应直接适用该联合解释条款作为特别法,而应结合一般法予以考量。最后,联合解释条款的适用应尊重缔约方共同意图,体现缔约方在条约解释方面的合意。仲裁庭在适用联合解释条款时,不仅要考察条款内容本身的明确性,还应审慎评估其在特定争议中的适用效果,以确保仲裁结果符合缔约方的共同意图。这种考量不仅涉及法律的技术性问题,还反映对缔约方之间权利与义务平衡的维护。

综上,仲裁庭在审查联合解释条款时,应遵循明确性、特定性和缔约方意图的综合判断标准。在联合解释条款具备明确法律性质且能够解决特定争议的前提下,可以作为特别法优先适用;否则,仲裁庭应回归一般国际法的框架,以确保裁决公正性。

四 中国适用联合解释条款的评述及展望

(一) 中国现有投资条约中联合解释条款的分布状况以及表现形式

中国作为吸引外资与对外投资的重要参与者与引领者,对联合解释条款的认识经历了不同发展阶段。根据与中国有关的国际投资条约签署情况来看,在 20 世纪末与 21 世

[57] ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 481.

纪初之间,没有任何一个国际投资条约包含与联合解释相关的内容,只有“磋商条款”存在于部分投资协定中。直到 2007 年,在《关于中国—古巴双边投资条约的修改》中第一次出现了联合解释条款。此后,联合解释条款开始频繁出现在中国对外签订的国际投资条约中。据笔者统计,目前中国对外签订的双边投资协定中,共有 10 个明确包含了联合解释条款,主要集中于 2008 年至 2016 年。其中,大部分联合解释条款都被置于协定的解释部分。例如 2011 年《中国—刚果双边投资条约》第 16 条“协定的解释”规定:“缔约双方根据第一款作出的联合决定应对仲裁庭具有约束力。裁决应与该联合决定相一致,如果缔约双方在 60 日内未能作出这样的决定,则仲裁庭独自作出决定。”亦有部分联合解释条款被规定在“可适用法”章节。例如 2008 年《中国—墨西哥双边投资条约》第 19 条规定:“缔约双方就本协定的任何条款共同作出或一致同意的解释应对依本节组建的仲裁庭具有拘束力。”此外,少部分联合解释条款用于解决具体的事项,2008 年《中国—哥伦比亚双边投资条约》第 14 条的税收措施就是一个明显的例证。而包含中国在内的自由贸易协定中,共有 17 个带有联合解释条款。与在双边投资协定中的分布类似,自贸协定中的联合解释条款同样多位于“准据法”部分。2020 年《中国—柬埔寨自贸协定》、2023 年《中国—尼加拉瓜自贸协定》等均是此类代表。其余多边协定将联合解释条款规定在“解释”及“委员会”等章节。例如 2008 年《中国—新西兰自贸协定》“协定的解释”一节规定:“缔约双方根据第一款做出的联合决定应当对仲裁庭具有约束力。裁决应当与该联合决定相一致,如果缔约双方在 60 日内未能做出这样的决定,仲裁庭应当独自对该问题做出决定。”而在 2009 年《中国—秘鲁自贸协定》中,联合解释条款被安排在“自由贸易委员会”的规定项下。

(二) 中国现有投资条约中联合解释条款的缺陷与瑕疵

虽然近年来中国签订的投资条约中联合解释条款数量有所增加,表述也逐步完善,但相较于加拿大与美国等已广泛运用联合解释机制的国家而言仍存在一定差距,需进一步补足现有条约存在的缺陷与瑕疵。

首先,联合解释条款的种类较为单一,且以一般联合解释条款为主。^[58] 据笔者统计,仅 2008 年《中国—哥伦比亚双边投资条约》第 14 条利用特殊联合条款作为规制税收的手段,其余无论双边投资条约还是多边贸易协定均只包含一般联合解释条款。这种布局尚不能满足我国推进高水平对外开放、更大力度吸引和利用外资的目标,^[59] 甚至可能对其造成极大的负面影响。一方面,一般联合解释条款虽保证了缔约方具有较大空间的解释权,但由于其解释对象并不明确,还需要缔约方之后就特定问题重新协商达成共识。例如,《区域全面经济伙伴关系协定》(*Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*) 第 18 章第 3 条关于联合委员会的职能仅规定“在其认为适当和必要时对本协定的

[58] 一般联合解释条款可以使缔约国在不特指任何国内措施的情况下,对投资条约进行具有约束力的解释。特殊联合解释条款仅授权缔约国针对投资条约中部分条款进行联合解释。这些特殊条款的存在使得缔约国能够对条约中的某些领域进行更为详细和具体的阐明,进而为这些关键领域内的国内政策和措施提供明确的法律指导。在本文中,一般联合解释、特殊联合解释的分类只是概括与特定领域的区分。

[59] 《国务院办公厅关于印发〈扎实推进高水平对外开放更大力度吸引和利用外资行动方案〉的通知》(2024 年 2 月 28 日)。

条款作出解释”,意味着东道国与投资者母国又将陷入反复的协商博弈之中,使得投资者的预期利益落入巨大的不确定性之中。更加值得注意的是,目前中国签订的联合解释条款中针对缔约方联合解释协商的周期大多为60天,若双方不能在规定期限内达成一致,则最终解释权仍交由仲裁庭行使。此种规定虽可在一定程度上督促缔约方及时表达对争议的看法、尽早落实权利义务,但现实情况却与此相反。投资条约的缔约方就特定问题进行磋商大多数情况下是一个漫长的过程。尤其在涉及东道国国内法规变动等敏感议题时,过往国家实践表明双方并不容易达成一致;即使最终产生共识,往往也需要大量时间,这无疑会对投资者的利益保护带来潜在威胁,不利于吸引外资。另一方面,大多数一般联合解释条款的启动程序为“缔约方申请+仲裁庭要求”。换言之,是否适用联合解释程序的启动权实质上仍保留在缔约国双方手中。即使当一方请求藉由联合解释条款解决争端,仲裁庭也仅能“要求缔约双方就争议问题涉及的本协定条款进行共同解释”,至于另一方是否愿意配合不在仲裁庭职责范围内。此种情形下,联合解释条款极有可能无法发挥预定效果,而是转变为国家间政治博弈的筹码,不仅有悖国际投资仲裁追求的“去政治化”,也将对投资争端解决的效率产生负面影响。

其次,联合解释条款的内容较为简单,绝大部分只规定了约束力这一项事由。然而,在既往涉及联合解释条款争议的判例中,还存在其他要素的争议。例如在 *Eco Oro* 案中,虽然投资者母国与东道国签订的双边投资条约中存在联合解释条款,但问题在于,联合解释通过时,本案已处于审理状态,因而投资者认为联合解释条款的适用不能溯及既往。^[60]由此可见,时效问题同样也是联合解释条款可能面临的争议之一。然而中国目前只在2015年《中国—澳大利亚自贸协定》、2019年《中国—毛里求斯自贸协定》、2018年《关于升级〈中国—新加坡自贸协定〉的议定书》及2023年《中国—尼加拉瓜自贸协定》中有所规定,其余联合解释条款均未包含时效要素。此外,一般联合解释条款的适用情形同样饱受争议,上文提到的 *Pope & Talbot*、*Methanex* 等案便是证明。对此,已有部分国家选择在联合解释条款中进一步细化其适用情形。例如2019年《斯洛伐克示范双边投资条约》(*Slovakia Model BIT*)第19条明确规定:“如果对协定中与争端有关的条款的解释出现严重关切,缔约各方可向法院提交对各自条款的共同解释,该解释对法庭具有约束力。”由此,一般联合解释条款的启动情形得到进一步厘清与限缩。而中国现有投资条约中联合解释条款无一包含此类规定。此外,诸如违反联合解释程序的问责机制、联合解释作出后的公开程序等保障投资者监督权与知情权的要素,同样未能在中国签订的联合解释条款中予以体现。

(三) 解决措施与因应之道

中国目前签订的联合解释条款存在的缺陷和不足不仅会影响外国投资者的投资信赖,还可能使中国政府在未来可能参与的投资仲裁中陷入被动,因而必须进行适当改革。笔者认为可从以下几个方面考虑。

1. 采取“一般联合解释+多个特殊联合解释”的联合解释范式

关于联合解释条款种类单一问题,笔者认为可以置入更多特殊联合解释条款,形成复

[60] See *Eco Oro Minerals v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, paras. 213–214.

合式联合解释结构。具言之,可以采用一个一般联合解释条款作为总体统领,发挥平衡缔约方与仲裁庭的解释权及项目兜底的作用。此外,还应在投资条约中针对实践中频繁出现争议的事项专门增设特殊联合解释条款,促进缔约双方在争议事由产生时能够迅速高效地适用联合解释机制。作为 2023 年吸引外资数量最大的两个国家,^[61]美国和加拿大在联合解释条款的复合布局方面提供了可供参考的范例。在美国《2012 年示范双边投资条约》(2012 US Model BIT)中,除第 30 条规定了一般联合解释事项之外,又分别在第 20、21 和 31 条规定了关于金融服务、税收规制、附件解释的特殊解释条款。加拿大更是在几乎所有对外签订的投资条款中置入了上述三类特殊解释条款。中国可效仿二者做法,一方面完善已签订投资条约中的一般联合解释条款,将启动程序及启动情形等内容补充至现有表述中;另一方面,应推动缔约方积极协商,将与特定事项相关的特殊联合解释条款补充至相应投资条约中。

2. 明确联合解释条款的特别法属性以及溯及力

为预防联合解释条款的适用争议,可选择直接在条款中加入界定其性质的表述,主要包括明确其特别法属性及溯及力。针对前者,仲裁实践表明虽然大多数仲裁庭愿意接受联合解释条款的约束力,但其依旧可能与《公约》的条约解释通则产生冲突。因此对联合解释条款特别法属性的澄清有助于表明缔约方对特定条款的理解及在具体事项上的立场,同时也与国际法委员会相关文件的结论相吻合,进一步佐证联合解释条款的合法性。针对后者,溯及力的确认与明晰意味着即使联合解释达成时已受理的投资仲裁也要受其规制,既能帮助仲裁庭规避由此产生的诸多争议,又能与“解释溯及既往,修订不溯及既往”这一条约基本原则保持一致,为投资者提供更多可预见性与保障。中国目前签订的联合解释条款已有此范例,例如 2023 年《中国—尼加拉瓜自贸协定》第 11 章第 23 条规定:“缔约双方做出的关于本协定条款的解释的共同决定,应当对处理当前或后续争端的仲裁庭具有约束力,仲裁庭作出的任何决定或裁决都须与该共同决定保持一致。”据此,中国可仿照此类表述,在现有投资条约中对联合解释条款的时效问题重新规定。^[62]

3. 推动制定联合解释示范条款

中国应积极推进联合解释示范条款的构建。虽然近几年来,中国愈加重视联合解释条款在投资条约中的作用,但通过对比发现,大多数中国签订的联合解释条款都缺乏鲜明的中国特色。换言之,其内容无法有效地体现中国经济发展特点,反映中国在跨国投资层面的诉求。中国目前正大力发展数字贸易,以新质生产力作为推进高水平制度型开放的重要驱动力。然而,这一过程却屡受西方国家的阻碍。因而,中国完全可以借修订联合解释条款这一契机,将数字贸易、芯片产业等具有战略性地位的投资要素并入其中,提出能够彰显中国立场和中国价值的联合解释条款范本,同时也为全球经济发展贡献中国智慧与中国方案。

[61] 数据来源于 OECD 统计, [https://www.oecd.org/investment/statistics.htm#:text=Source%3A%20OECD%20International%20Direct%20Investment,recipient%20\(USD%2015%20billion\)](https://www.oecd.org/investment/statistics.htm#:text=Source%3A%20OECD%20International%20Direct%20Investment,recipient%20(USD%2015%20billion)), 最近访问时间[2024-12-26]。

[62] 参见赵海乐:《国际法治视角下的 BIT“联合解释”问题研究——以中国缔约文本为切入点》,《现代法学》2017 年第 2 期,第 146-148、152-154 页。

Controversies over the Application of Joint Interpretation Clauses in Investment Arbitration: Characterization and China's Responses

[**Abstract**] In the practice of international investment arbitration, the application of joint interpretation clauses has sparked numerous controversies. On the one hand, the relationship between joint interpretation clauses and general treaty interpretation rules remains unclear, leading to differing views held by arbitration tribunals on their validity. On the other hand, since joint interpretation clauses are products of the parties' agreement, it is also questionable whether tribunals have the authority to review them. This article argues that joint interpretation clauses should be recognized as *lex specialis* relative to the general interpretation rules under Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (*lex generalis*). Therefore, the effect of joint interpretation clauses should be given priority in application. While functioning as *lex specialis*, they also complement general law, ensuring the reasonableness and consistency of treaty interpretation. In other words, even in the presence of joint interpretation clauses, tribunals may still consider other agreements or practices reached by the parties subsequent to such clauses when interpreting treaties, albeit these agreements or practices do not carry the same binding force as the joint interpretation clauses. Regarding the second controversy, whether tribunals can review the joint interpretation clauses established by the contracting parties depends on their jurisdiction. Although tribunals are established based on the mutual consent and authorization of the arbitration parties, their operational model and adjudicative mechanism function as independent adjudicative entities. Without the authorization to perform such reviews, tribunals would lose their individual value and functional reliance as dispute resolution institutions and the arbitration process itself would be unable to achieve its purpose of resolving disputes. When reviewing joint interpretation clauses, tribunals should follow a comprehensive set of criteria, including clarity, specificity, and the parties' intent. Provided that joint interpretation clauses have a clear legal nature and are capable of resolving specific disputes, they can be given priority as *lex specialis*; otherwise, tribunals should revert to the general framework of international law to ensure the fairness of the adjudication. For China, the existing international investment treaties in force contain relatively few joint interpretation clauses and are structurally simplistic, which hinders their full effectiveness. China should adopt a joint interpretation paradigm of "general joint interpretation plus multiple special joint interpretations" as a model for improvement. The wording of joint interpretation clauses can also serve as a necessary means for China to enhance its international influence.

(责任编辑:余佳楠)