

## “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

刘 勇

**内容提要:**“中国平安诉比利时案”的核心争议是条约适用的时际法问题。国际投资争端解决中心仲裁庭对该案的审理过程过于倚重形式法律推理与条约文本解释,未按照《维也纳条约法公约》第28条的要求充分考虑中国与比利时在缔结2009年双边投资协定时的立法意图。目前中国有大量双边投资协定处于“自动续期”状态,有待签订新约予以取代。在谈判新的双边投资协定时,中国应制定内容明确的过渡条款,或纳入专门的时际法适用条款。当某一投资争端涉及新旧双边投资协定的衔接问题时,中国投资者可考虑先寻求东道国当地救济,再适时诉诸国际仲裁。

**关键词:**中国平安诉比利时案 国际投资争端解决中心 中国-比利时双边投资协定 条约适用的时际法

刘勇,浙江财经大学法学院副教授,法学博士。

“中国平安诉比利时王国投资仲裁案”(以下简称“中国平安诉比利时案”)是来自中国大陆的海外投资者首次在国际投资争端解决中心(International Center for the Settlement of Investment Disputes, ICSID)仲裁机制下指控东道国的案件。<sup>[1]</sup> 该案仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回了中国平安的指控,因此未就申请人所主张的比利时政府的干预行为具有征收效果等实体诉求进行审查。该案的审理过程一方面展现了ICSID仲裁庭宽泛的自由裁量权及其惯用的法律推理与条约解释方法,另一方面也凸显了双边投资协定的时间适用

[1] 据笔者检索ICSID官方网站,截至2016年7月4日,中国大陆的海外投资者作为原告起诉东道国并获得登记的案件只有两起。继“中国平安诉比利时案”之后,北京城建集团诉也门共和国的投资争端案于2014年12月3日获得登记。2015年7月10日,仲裁庭成立。截至2016年7月,仲裁庭尚未发布裁决书。参见 *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSID-WEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/30>。本文网络资料的最后访问时间均为2016年7月4日。

范围(时际法规则)对仲裁庭管辖权的重要影响。对该案的研究可为中国政府未来谈判缔结双边投资协定以及中国大陆的海外投资者依法维护自身投资利益提供一定借鉴。本文拟围绕该案的核心争议问题(条约适用的时际法规则),对仲裁庭的法律推理和条约解释进行探讨,以期对中国政府和投资者制定相关策略有所裨益。

## 一 “中国平安诉比利时案”简介

### (一)案情概要

2007年11月至2008年7月,中国平安人寿保险股份有限公司、中国平安保险(集团)股份有限公司(以下合称“中国平安”)以累计超过20亿欧元的价格收购富通集团(Fortis Group)股份,约占后者总股本的4.18%。后因受全球金融危机影响,富通集团的银行业务出现严重的流动性问题。自2008年9月开始,比利时政府向富通集团下属的富通银行(Fortis Bank)注入超过47亿欧元的资本,获得了近50%的股权,并最终于2009年5月将富通银行75%的股份转让给法国巴黎银行。此干预行动给中国平安带来巨额损失。多次磋商未果后,中国平安于2012年9月7日向ICSID提出仲裁申请,指控比利时政府的干预行为构成对申请人财产的征收,且未对申请人给予公平的补偿。2012年9月19日,ICSID正式登记该仲裁案,案件编号为ARB/12/29。2015年4月30日,ICSID仲裁庭发布“中国平安诉比利时案”的裁决报告,以缺乏属时管辖权为由驳回中国平安的全部指控。<sup>[2]</sup>

本案的特殊之处在于,它涉及中国与比利时在不同时间签订的新旧两个双边投资协定对同一投资争端的可适用性或属时管辖问题,即1986年中国-比利时卢森堡经济联盟双边投资协定(以下简称“1986年协定”)和2009年中国-比利时卢森堡经济联盟双边投资协定(以下简称“2009年协定”)。<sup>[3]</sup>具体而言,尽管中国平安与比利时之间的投资争端发生于2009年协定生效之前,但申请人选择以2009年协定为依据主张ICSID对本案有管辖权,同时以1986年协定为由提起若干项实体性诉求。<sup>[4]</sup>比利时并未纠缠于本案的实体性问题,而是主张仲裁庭对本案无管辖权,提出了属时管辖(*Ratione Temporis*)、属事管辖(*Rationae Materiae*)、缺乏仲裁合意(*Ratione Voluntatis*)、不存在表面纠纷(*No Prima Facie Case*)和本案影响第三方(荷兰)的权利与义务等五个管辖权异议。<sup>[5]</sup>仲裁庭则只针对本案的属时管辖问题进行了审查,并最终支持被申请人比利时的主张,认为无论是根据

[2] *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, [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912\\_En&caseId=C2463](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912_En&caseId=C2463).

[3] 两个协定的文本均可参见“我国对外签订双边投资协定一览表”, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>。

[4] ICSID Award, para. 38. 131. 中国平安之所以选择以2009年双边投资协定为依据来提出仲裁,主要是因为1986年双边投资协定只允许投资者将有关征收之补偿额的争议诉诸于国际仲裁机制(包括ICSID)。参见1986年双边投资协定第10条第3款。

[5] ICSID Award, paras. 112 - 128.

2009 年协定的明文规定还是基于条约文本的推论,均不能证明该协定适用于本案。<sup>[6]</sup>

## (二) 主要争议及仲裁庭裁决理由

### 1. 涉案条款

本案的核心争议问题是 2009 年协定能否适用于其生效前已经发生但未进入司法或仲裁程序的投资争端。这涉及条约在时间上的适用范围问题(时际法规则)。2009 年协定有关时际法的规定是第 10 条(过渡条款),这也是本案的核心争议条款。根据该条规定,2009 年协定取代 1986 年协定,并适用于缔约任何一方投资者于该协定生效前或生效后在缔约另一方领土内的所有投资。但是,2009 年协定不适用于在该协定生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争端或请求。

此外,有关 2009 年协定对投资争端的适用范围(属事管辖)还规定于第 8 条(“投资争端的解决”)。其具体内容如下:当缔约一方的投资者与缔约另一方之间产生法律争端时(when a legal dispute arises),争端任何一方应以书面方式通知另一方;如争端未能在通知送达后 6 个月内协商解决,则投资者可选择通过争端一方缔约方国内有管辖权的法院或者通过 ICSID 来解决争端。需要指出的是,相较于 2009 年协定,1986 年协定项下可诉诸于国际仲裁(含 ICSID 仲裁机制)的投资者与东道国之间争端的范围要小得多,仅限于有关征收或类似措施的补偿额的争端。<sup>[7]</sup>考虑到本案的首要问题是比利时政府的干预措施是否构成征收,因此若中国平安仅援引 1986 年协定提起仲裁申请,该诉请有可能被仲裁庭以无管辖权(属事管辖)为由予以驳回。

### 2. 申请人中国平安的主张

中国平安诉称,2009 年协定第 8 条和第 10 条是仲裁庭对本案有管辖权的法律依据。首先,2009 年协定第 10 条的规定表明,该双边投资协定适用于其生效前的投资,唯一的例外是在其生效日(2009 年 12 月 1 日)之前已经进入司法或仲裁程序的争端;其次,本案是《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《ICSID 公约》)的缔约一方国民(申请人)与缔约另一方(被申请人)之间有关投资的一项法律争端,原告已经按 2009 年协定第 8 条向被告通知了该法律争端,且争端未在通知后 6 个月内获得解决。<sup>[8]</sup>

中国平安进一步指出,2009 年协定第 10 条第 2 款必须解读为:任何未进入司法或仲裁程序的争端均属 2009 年协定的管辖范围,因为该条款仅区分了两类争端:一类争端在 2009 年协定生效前已经进入司法或仲裁程序,其应继续适用 1986 年协定来解决;另一类争端在 2009 年协定生效前未进入司法或仲裁程序,其应受 2009 年协定管辖。<sup>[9]</sup>

### 3. 被申请人比利时的主张

比利时辩称,仲裁庭对本案无管辖权。首先,根据 2009 年协定第 8 条的用词以及已经确立的“法不溯及既往”原则,比利时只同意将在该双边投资协定生效后发生的争端提

[6] ICSID Award, para. 233.

[7] 参见 1986 年双边投资协定第 10 条第 3 款、2009 年双边投资协定第 8 条第 2 款。

[8] ICSID Award, para. 132.

[9] ICSID Award, para. 156.

交给 ICSID。原告在仲裁申请中提及的所有事实均发生于 2009 年协定生效前。<sup>[10]</sup> 2009 年协定第 8 条第 1 款的用词“when a legal dispute arises”,表明其并不打算涵盖其生效前发生的法律争端。如果他们有相反的意图,那么他们本来可以使用“已经发生”(“has arisen”)这一措辞。<sup>[11]</sup> 其次,2009 年协定第 10 条也未改变这一点。2009 年协定第 10 条只规定该协定适用于其生效前进行的“投资”。但是,这不等于说该协定适用于其生效前发生的“争端”。假如缔约方有意排除“法不溯及既往”原则的适用,那么这种意图必须明确、毫不含糊地作出。2009 年协定并未明确处理其生效前发生、尚未进入司法或仲裁程序的争端,因此这一“沉默”并不影响该原则的适用。<sup>[12]</sup>

#### 4. 仲裁庭的裁决理由

仲裁庭指出,争端双方均承认本案中的投资争端发生于 2009 年协定生效前,因此这涉及“条约不溯及既往”原则的适用。对于该原则,仲裁庭提及《维也纳条约法公约》第 28 条,并进一步指出:一个条约的全部或部分条款是否具有溯及既往的效力,主要取决于缔约国的意图;除非有相反意图,否则一项双边投资协定的实体条款不得适用于其生效前发生的作为与不作为。<sup>[13]</sup> 在此基础上,仲裁庭主张,2009 年协定并未涵盖其生效前已经发生但尚未进入司法或仲裁程序的投资争端,主要理由如下:

第一,条约的用词并未支持申请人的解释。第 8 条第 1 款的用词表明其仅适用于 2009 年协定生效后出现的争端。第 8 条第 1 款中的“发生”(arises)一词不应理解为包括“发生”与“已经发生”(has arisen)两种情况,“通知”(notify)一词也不应解释为包括“通知”与“已经通知”(have notified)。<sup>[14]</sup> 另外,第 10 条第 2 款的用词——“适用于其生效前与生效后的投资”——并不表明其应适用于生效前发生的“争端”。<sup>[15]</sup>

第二,条约的目的与宗旨也未支持申请人的观点。2009 年协定的序言明确表示,该协定的目的是鼓励、促进和保护缔约一方投资者在缔约另一方领土进行投资,以加强双方间的经济合作。这并不能得出以下推论,即当 2009 年协定生效前发生的争端出现“仲裁空白”(arbitration gap)时,应该进行创造性的解释以填补这一空白。<sup>[16]</sup>

第三,不能允许申请人获得争端解决程序中的“不当得利”。若允许申请人对 2009 年协定第 10 条作宽泛的解释,将导致那些已经依照 1986 年协定发出争端通知但尚未进入仲裁或司法程序的纠纷可以援引 2009 年协定项下更宽松的争端解决条款。这意味着扩展 1986 年协定项下可仲裁争端的范围,而这些争端本应通过国内司法途径解决。<sup>[17]</sup>

基于以上理由,仲裁庭认为,无论是 2009 年协定的明文规定还是对其用词的推定,均不能证明其适用于其生效前发生的、已经依据 1986 年协定发出通知但未进入司法或仲裁

[10] ICSID Award, para. 138.

[11] ICSID Award, para. 140.

[12] ICSID Award, para. 143 - 144.

[13] ICSID Award, para. 171.

[14] ICSID Award, para. 224.

[15] ICSID Award, para. 226.

[16] ICSID Award, para. 225.

[17] ICSID Award, paras. 229 - 230.

程序的争端。<sup>[18]</sup>

## 二 对仲裁庭→裁决理由的商榷

在本案仲裁庭的裁决理由中,一个核心的逻辑推理路径是:“条约不溯及既往”是国际法上的一项时际法原则→2009年协定并未明确排除该原则的适用→依“条约不溯及既往”原则,2009年协定不适用于其生效前发生的投资争端(包括本案)。以上裁决理由涉及条约适用的时际法规则问题。

### (一) 条约适用的时际法规则——《维也纳条约法公约》第28条解读

国际法上的时际法是指关于国际法在时间上的适用范围的法律。<sup>[19]</sup>条约的时际法适用则是指条约在时间上的适用范围,包括条约对缔约国的生效时间,条约能否适用于该约生效前缔约国的相关行为、事实或情势,以及条约终止后能否适用于其有效期内缔约国发生的行为、事实或情势。核心问题就是条约的效力能否溯及既往。<sup>[20]</sup>

一项行为的合法性应依据该行为实施时的法律来确定,一项条约对缔约国生效后才会产生相应的权利与义务。因此,条约原则上不适用于该约生效前缔约国的相关行为、事实或情势。对此,《维也纳条约法公约》第28条(“条约不溯及既往”)有专门规定:“除非条约表示不同意思,或另经确定外,关于条约对一当事国生效之日前所发生的任何行为或事实或已经不存在之任何情势,条约不对该当事国产生约束力。”依此规定,“条约不溯及既往”原则的适用取决于两个因素:第一,与缔约国有关的任何行为或事实或情势在条约生效时是否已经发生、完成或终止。因为法律事件、行为可以多次发生,情势也可以持续存在,这些都是在决定是否适用该原则时应考虑的因素。国际法委员会也认为,尽管某个事实、行为或情势发生于条约生效前,但如果它们在条约生效后继续存在,那么就应受该条约的管辖。这并不违反“条约不溯及既往”原则。<sup>[21]</sup>第二,缔约国是否有使条约溯及既往适用的明示或默示的立法意图。由于争端双方对于投资争端的发生时间(即发生于2009年协定生效前)并无异议,因此第二个因素是本案的争论焦点。

“条约不溯及既往”原则并非国际法上的强行法,故缔约方可以自由决定是否使条约溯及既往地发生效力。<sup>[22]</sup>国际法委员会也主张,如果缔约方认为适当,其可以自由决定将整个条约或部分条款适用于既往的行为、事实或情势。因此,条约是否溯及既往地适用,主要取决于缔约方的意图。<sup>[23]</sup>第28条中的“除非条约表示不同意思”与“经另行确定”

[18] ICSID Award, para. 231.

[19] 参见王庆海:《关于国际法中的时际法问题》,《吉林大学社会科学学报》,1991年第6期,第27页。

[20] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第292页;朱文奇、李强著:《国际条约法》,中国人民大学出版社2008年版,第166页。

[21] *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 212.

[22] 参见 Antone Buyse, *A Lifeline in Time: Non-Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR*, *Nordic Journal of International Law*, 2006, No. 1, pp. 65-66. 又见张新军:《法律适用中的时间要素——中日东海争端关键日期和时际法问题考察》,《法学研究》2009年第4期,第169页。

[23] *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 211.

等用词正是体现了对缔约方自由意志的尊重。“除非条约表示不同意思”是指以下两种情况:第一,条约明确规定其可溯及既往地适用;第二,对条约的解释表明其可溯及既往地适用。“经另行确定”是指从条约的性质或目的中推断出缔约方有溯及既往的意图。<sup>[24]</sup>国际法委员会特别强调,之所以第 28 条不使用“除非条约另有相反规定”的措辞,是为了“允许条约通过其性质(而非明文规定)来表示其有意具有某些溯及既往的效力”。<sup>[25]</sup>换言之,条约在两种情况下可适用于其生效前发生的事实、行为或已经终止的情势:其一,条约明确规定可溯及既往发生效力;其二,条约没有明文规定,但缔约方通过条约的文本默示地表达了这样的意图(立法目的)。以上观点在国际司法实践中得到了一定程度的印证。

例如,在 1924 年“希腊诉英国(马夫罗马蒂斯的巴勒斯坦特许权)案”中,常设国际法院认为,缔约方在 1923 年《洛桑和约》项下第 12 号议定书的目的是维持该议定书生效前由奥斯曼当局授予的特许权,因此该议定书的一个重要特征是其效力扩展至其生效前发生的法律事实,亦即奥斯曼当局与希腊国民马夫罗马蒂斯之间签订的特许权协议。议定书旨在保护特许权不受任何行为的侵害,不管侵害行为发生于议定书生效之前还是之后。基于此,若该议定书在其生效前不能保护特许权免受任何侵害,它就是无效的。<sup>[26]</sup>在 1952 年“希腊诉英国(阿姆巴蒂洛斯)案”中,国际法院也明确指出,如果条约中有特殊条款或特殊目的使得溯及性解释确有必要,那么“条约不溯及既往”原则就不适用。<sup>[27]</sup>

综上,探究缔约者明示或默示的立法目的与意图是《条约法维也纳公约》第 28 条对条约适用者提出的要求。就本案而言,由于 2009 年协定并未明确规定其可否溯及既往适用,因此仲裁庭不得不从多个角度推断缔约方的意图。可资佐证的是,仲裁庭多次使用“意图”(intentions)、“看起来”(appear)、“推断”(inference)、“推论”(implication)等用词。从裁判技术上讲,本案仲裁庭可以分别通过法律推理与法律解释两个路径来探明缔约方对于“条约不溯及既往”原则的立场。

## (二) 仲裁庭法律推理的可商榷之处

本案所涉的 2009 年协定第 10 条并未明确规定其是否适用于 2009 年 12 月 1 日前发生、已经发出通知但尚未进入司法或仲裁程序的争端。该“立法沉默”说明本案是一个没有规则可以让裁判者“对号入座”的疑难案件,或者是博登海默所称的“未规定案件”。<sup>[28]</sup>这就要求仲裁庭采用适当的法律推理方法,以确定本案所应适用的规则。

司法过程中的法律推理是指裁判者确认、援引特定的法律条文,再结合经认可后的具体案件事实,得出该案的判决、裁处结论的一系列逻辑思维活动。换言之,法律推理就是

[24] Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach(eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, pp. 480 - 481.

[25] *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, pp. 212 - 213.

[26] *Mavrommatis Palestine Concessions Case (Greece v. Britain)*, Judgment of 30 August 1924, p. 34.

[27] See *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, Preliminary Objection, Judgment of 1 July 1952, p. 40. [http://www.icj-cij.org/docket/index.php? p1=3&p2=3&k=f7&case=15&code=guk&p3=4](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f7&case=15&code=guk&p3=4).

[28] 参见[美]埃德加·博登海默著:《法理学:法理哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 498 页。

将具有概括性、抽象性和普遍性的法律适用于每一个具体案件以解决法律争端的过程。<sup>[29]</sup>简单案件中的法律推理可以采用“规则 + 事实 = 判决”的三段论方式进行,这种推理方式被称为“形式法律推理”,具体包括归纳推理、演绎推理以及类比推理等。但在法无明文规定或虽有明文规定但规则之间存在冲突的疑难案件中,法律推理的大前提(规则)是缺失的,这就需要裁判者首先通过适当的推理方法来寻找或确定这个大前提。因此,疑难案件中的法律推理主要是一种实质法律推理,<sup>[30]</sup>即根据立法者制定法律规范中的价值判断或利益衡量来寻找缺失的规则(大前提),再依据具体案件事实(小前提),最终得出案件的判决(结论)。<sup>[31]</sup>裁判者在实质法律推理过程中并非绝对地“无法可依”或可肆意而为,因为实质法律推理必须在法律规范允许的范围内进行,且法官还须考量当事人的利益、判决结果的社会效果、普遍接受的公平价值理念、法律适用结果的合理性等若干因素,最终目的是促进和实现实质正义。<sup>[32]</sup>

就本案而言,仲裁庭必须就2009年协定第10条中的“立法沉默”推定出缔约者的意图,以确定本案可适用的规则。这必然涉及特定的法律推理方法。笔者以为,仲裁庭的法律推理存在以下可商榷之处:

1. 仲裁庭采用了不完整的实质法律推理。从裁决书来看,本案仲裁庭曾尝试通过实质法律推理来寻找本案可适用的规则,亦即探明缔约方是否具有遵循或排除“条约不溯及既往”原则的意图。针对2009年协定第10条没有明文规定的发生于2009年12月1日之前、尚未进入司法或仲裁程序的投资争端,仲裁庭提出了缔约方可能存在的四种意图:其一,缔约方认为此类争端应受1986年协定的管辖;其二,缔约方认为2009年协定第8条和第10条的用词已经足以将此类争端涵盖在内;第三,缔约方忘记处理此类争端;第四,缔约方刻意不处理此类争端。<sup>[33]</sup>但仲裁庭并未就四种可能的立法意图逐一进行分析,而只是简单地指出缔约方不可能忘记处理此类争端,理由是谈判者对于新旧条约的衔接问题应该十分熟悉。<sup>[34]</sup>此后,仲裁庭直接作出结论,明确指出2009年协定没有涵盖2009年12月1日之前发生、尚未进入司法或仲裁程序的投资争端,主要依据是对2009年协定第8条与第10条的文本解释。<sup>[35]</sup>因此,仲裁庭并未完整地运用实质法律推理方法来查明缔约者所有可能的立法意图。

2. 仲裁庭没有对争端当事方的利益进行适当的权衡与判断。裁判者在使用实质法律推理时应尽量平衡可能产生的利益冲突,对于不能实现衡平的利益则应按照它们在法律价值体系中的位序作出选择。<sup>[36]</sup>但本案仲裁庭并未进行适当的利益权衡与价值判断。例如,仲裁庭主张,如果2009年协定对本案的管辖权获得支持,那么申请人可以援用比1986

[29] 参见张琪:《通过法律推理实现司法公正》,《法学研究》1999年第5期,第21页。

[30] 参见张保生:《法律推理中的法律理由和正当理由》,《法学研究》2006年第6期,第86-87页。

[31] 参见张光宏:《实质法律推理中的利益衡量》,《求索》2015年第12期,第90页。

[32] 参见强昌文、黄祖望:《实质法律推理于司过程中的定位》,《法学评论》2011年第5期,第111-114页。

[33] ICSID Award, para. 220.

[34] ICSID Award, paras. 221-222.

[35] ICSID Award, paras. 223-228.

[36] 参见沈仲衡:《论法律推理中的利益衡量》,《中州学刊》2003年第6期,第84页。

年协定更有利的争端解决机制。<sup>[37]</sup>这等于是说如果采用申请人的主张,那么申请人将获得某种程序上的“不当得利”,因为按照1986年协定的规定(国际仲裁的受案范围仅限于征收补偿额的争端)本案是不能进入ICSID仲裁程序的。笔者以为,即使这种程序上的“不当得利”成立,它也不会对本案的实体裁决带来利益失衡,因为无论本案受哪个双边投资协定的管辖,其实体问题均须按1986年协定来裁决。此外,仲裁庭也没有充分论证“利益天平”的另一端——如果不允许本案适用2009年协定的争端解决机制,那么申请人的利益是否可能会遭受损失以及会遭受哪些损失。仲裁庭承认,2009年协定生效前发生但未进入司法或仲裁程序的争端将可能进入两个双边投资协定之间的“黑洞”或“仲裁空白”,因此申请人能否获得其他法律救济是存在疑问的,但同时又强调这不属于仲裁庭要处理的问题。<sup>[38]</sup>对于ICSID仲裁庭的审查范围(职责范围),《ICSID公约》并无明确限制,与之相关的规定只有第48条第3款,即“仲裁庭在裁决中必须处理任何提交给它的问题,并且说明其作出结论的理由”。因此,为有效解决投资争端,仲裁庭可以在争端双方的主张之外,独立使用自己的解释性论据(interpretive arguments)。<sup>[39]</sup>

3. 仲裁庭过于依赖形式法律推理,且法律推理的逻辑顺序有失当之处。任何案件的裁判均不排斥形式法律推理的使用,司法过程也往往是多种法律推理的综合运用。但是,疑难案件更应注重实质法律推理,<sup>[40]</sup>且形式法律推理须以满足一定条件为前提,例如存在明确的可普遍适用的法律规则、必须遵循基本的逻辑路径等。

仲裁庭在对2009年协定第8条与第10条进行解释前,花费了大量的精力来援引ICSID有关遵循“条约不溯及既往”原则的若干判例。这是一种类比推理方法(形式法律推理),即由于规则A适用于案件B,而案件B与案件C的事实有相同或相似之处,因此规则A适用于案件C。在采用类比推理方法后,仲裁庭实际上已经采纳了以往案例的裁决理由。例如,仲裁庭强调了Impregilo v. Pakistan案仲裁庭的一个主张,即“如果一项双边投资协定没有明文规定溯及既往地适用,那么这就意味着该双边投资协定不适用于其生效前发生的争端”,<sup>[41]</sup>它还提及MCI Power v. Ecuador案仲裁庭的一个观点,即“双边投资协定对是否适用于其生效前的争端保持沉默,这并不影响‘条约不溯及既往’原则的效力”。<sup>[42]</sup>在类比推理的基础上,仲裁庭事实上已经得出了自己的结论(本案可适用的规则),即只要双边投资协定的缔约方没有明确排斥“条约不溯及既往”原则,它就只适用于其生效后发生的争端。这一结论是本案最终裁决的核心依据。

以上推理存在不少可商榷之处。第一,本案裁决主要依赖于上述形式法律推理,就本应倚重的实质法律推理却只是浅尝辄止,故法律推理方法存在一定的失衡之处。第二,仲裁庭在类比推理基础上确立的规则显然并不符合《维也纳条约法公约》第28条以及国际

[37] ICSID Award, para. 230.

[38] ICSID Award, paras. 207 – 210.

[39] Ole Kristian Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis, *European Journal of International Law*, 2008, No. 2, p. 308.

[40] 参见强昌文、黄祖望:《实质法律推理于司过程中的定位》,《法学评论》2011年第5期,第113页。

[41] ICSID Award, para. 190.

[42] ICSID Award, para. 214.

法委员会对该条款的阐释。因为即使条约不存在排除“条约不溯及既往”原则的明文规定,缔约者的默示的立法意图也可以达到这样的效果,这也是第28条没有使用“除非条约另有相反规定”这一措辞的原因所在。第三,仲裁庭的法律推理没有沿袭正常的逻辑顺序。法律推理必须遵循最基本的逻辑路径,那就是先有理由再作出结论,而不是先有结论再去寻找理由。<sup>[43]</sup>本案仲裁庭在实施类比推理(援引前述案例)时,并未说明为何要引用、遵循这些案件的裁决理由,也没有阐明这些案件与本案在事实、法律适用方面有何相通之处。<sup>[44]</sup>仲裁庭在理由并不充分的情况就匆忙作出了结论。此后它对2009年协定第8条和第10条的文本解释实质上只是为上述结论寻找进一步的依据。

### (三)仲裁庭法律解释的可商榷之处

有关国际法解释的通常规则规定于《维也纳条约法公约》第31至33条。上述规定确立了一种以约文解释方法为基础,并折中采纳目的解释方法,而将缔约方意图方法(主观解释)作为补充与辅助的解释框架。<sup>[45]</sup>其中,第31条第1款是条约解释规则的核心部分。按此条款规定,条约之用语的“通常含义”不应抽象地予以决定,而是应放在条约的“上下文”及条约的“目的与宗旨”的背景下“善意”地加以解释。此外,第32条还规定了在特定情况下条约解释者可采用的补充性解释资料,包括条约的准备资料及其缔约的背景情况等。笔者认为,参照上述规定,本案仲裁庭在解释条约时存在以下可商榷之处。

1. 仲裁庭未严格遵守善意解释的原则。国际法委员会指出,条约解释的首要原则就是善意解释,它源自“有约必守”的国际法基本准则。<sup>[46]</sup>条约法上的善意原则蕴含着“诚实”、“公正”、“合理”等价值取向和判断标准,有助于维护条约所构建的法律秩序,确保实现条约的目的与宗旨;也有助于满足缔约方各种正当的合法的需要,保护当事方的合理预期。<sup>[47]</sup>根据善意解释原则,“即使条约的文字清楚,但如果适用它们会导致一种显然荒谬或不合理的结果时,当事国必须寻求另一种解释。”<sup>[48]</sup>对于2009年协定第10条第2款的解释,仲裁庭有两个错误之处,皆有违善意解释原则。

第一,仲裁庭认为,第10条第2款第1句中的“投资”不包括“争端”。有中国律师指出,第10条第2款应作为一个整体来善意地解释,而不是相互割裂地看待。第1句中的“投资”应包括与这些投资相关的“争端”,否则第2句就不会专门将某些特定的争端排除在外。<sup>[49]</sup>笔者赞同此观点。善意解释原则隐含着有效解释的要求,<sup>[50]</sup>即一个条约的条款

[43] 参见齐建英:《法律推理的倒置与矫正——从两个典型案例说起》,《中州学刊》2012年第4期,第85-86页。

[44] 这种情况在ICSID仲裁庭审理的其他案件中也时有发生。有学者称之为“非正式引用”(informal citation)。参见Andrea Saldarriaga, *Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement*, *ICSID Review*, 2013, No. 1, pp. 210-211。

[45] 参见韩燕煦著:《条约解释的要素与结构》,北京大学出版社2015年版,第72页。

[46] *Yearbook of International Law Commission*, 1966, Vol. 2, p. 221。

[47] 参见赵建文:《条约法上的善意原则》,《当代法学》2013年第4期,第120-123页;于丹翎:《WTO争端解决机构中善意原则的适用及其意义》,《外交评论》2009年第1期,第135-138页;韩立余:《善意原则在WTO争端解决中的适用》,《法学家》2005年第6期,第157-159页。

[48] [英]安托尼·奥斯特著:《现代条约法与实践》,江国青译,中国人民大学出版社2005年版,第182页。

[49] Qing Ren, *PingAn v. Belgium, Temporal Jurisdiction of Successive BITs*, *ICSID Review*, 2016, No. 1, p. 133。

[50] 参见朱文奇、李强著:《国际条约法》,中国人民大学出版社2008年版,第240页。

不得解释为使该约的其他条款毫无意义或无效。如果我们采纳仲裁庭的解释(即“投资”不包括“争端”),那么第10条第2款第2句就是无效或没有意义的。另一方面,仲裁庭还错误地割裂了行为(投资)与后果(争端)之间天然存在的内在联系,有损善意原则所蕴含的合理性要求。“每一种具体的法律行为和行为系列都以某种后果为终结。结果不仅是行为发展的最后一个环节,而且是行为的整个过程的凝结和全部要素的体现。”因此,“完整意义的行为是包括结果在内的。”<sup>[51]</sup>作为一种法律行为,投资会产生两种可能的后果:发生争端,或者没有发生争端。一项保护投资行为的法律必然要同时处理这些投资可能发生的两种后果。第10条第2款明文规定其适用于2009年协定生效前的所有投资,仲裁庭却在不存在明确规定的情况下将其解释为不适用于因这些投资所引发的部分争端,显然不是一种公正合理的解释。

第二,仲裁庭一方面声称缔约方不可能忘记2009年协定生效前发生的、尚未进入司法或仲裁程序的案件,<sup>[52]</sup>另一方面又主张第10条第2句没有处理此类争端,所以仲裁庭对本案无管辖权。<sup>[53]</sup>这等于是说缔约方故意将此类争端排除2009年协定的管辖范围之外。这显然违背了双边投资协定的基本价值取向——保护缔约一方投资者在缔约另一方领土内的投资并不断拓展投资保护的覆盖范围。同时这也是一种非善意的解释,因为它不合理地限制了投资者在2009年协定项下获得法律救济的权利。

2. 仲裁庭忽略了补充性解释方法的重要性。《维也纳条约法公约》第32条(“补充性解释资料”)反映了主观解释学派的立场,即通过追溯条约的准备工作以及缔约时的情形等来发现缔约方在缔结条约时的真实的意图以及它们对条约用词的共同理解。<sup>[54]</sup>毋庸置疑,《维也纳条约法公约》第32条在条约解释中的地位低于第31条,因为它只是依据第31条解释条约后可援引的一个辅助性手段。第32条所规定的补充性解释资料仅适用于以下两种情形:用于验证依据第31条作出的解释结果,或者在依据第31条进行的解释结果存在含义不明或难解之处,或有明显不合理或荒谬之处时,用于消除模糊之处或纠正错误。

尽管第31条所规定的约文解释方法的核心地位不可动摇,且条约的文本通常情况下均可视为缔约方真实意图的表达,<sup>[55]</sup>但有时条约文本上的瑕疵或不足(例如“立法沉默”)可能会影响到约文解释的结果以及对相关权利义务的合理确定。况且,一个词语所具有的通常含义与缔约各方真正的共同意图之间还可能会存在差异,由此导致约文解释结果背离缔约方的真实意图。<sup>[56]</sup>因此,如果条约的文本解释存在较大的不确定性,或者具有明显的不合理之处,那么解释者可通过查明缔约过程的会议记录、约文草案、缔约当时的历史背景、谈判代表的声明与往来信件等资料或信息,进一步核实文本解释的结果,或

[51] 参见张文显著:《法哲学范畴研究》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第81页。

[52] ICSID Award, para. 221.

[53] ICSID Award, para. 227.

[54] Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 446.

[55] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第355页。

[56] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社2003年版,第356页。

者纠正文本解释的错误之处。在解释双边条约时,补充性解释资料的重要性更是不可忽视,因为这是发现缔约者共同意图的必由之路。李浩培先生即认为,双边条约的实质在于缔约双方权利义务的平衡,因此解释者应重视缔约双方缔约时的共同意思,以发现条约的目的而据以解释。<sup>[57]</sup>总之,尽管补充性解释方法的适用范围有限,但有时它会对解释结果产生决定性作用。<sup>[58]</sup>

就本案而言,仲裁庭对争端条款的约文解释多有可商榷之处。例如,它简单地指出,2009 年协定第 10 条的文本并不足以使仲裁庭推定发生于 2009 年 12 月 1 日之前、尚未进入司法或仲裁程序的投资争端就应受该条款的管辖。<sup>[59]</sup>此结论存在不明或模糊之处,并非第 10 条唯一确定的无可辩驳的解释,因为第 10 条并没有明确排除对上述争端的管辖权。从逻辑上讲,“沉默”并不必然等同于“排除”上述争端。此时,仲裁庭本可援引《维也纳条约法公约》第 32 条的规定,要求本案当事方提供有关 2009 年协定的缔约历史与背景、谈判记录等材料,或自行查阅这些材料,以寻找更具确定性与说服力的解释结果。尽管仲裁庭作为条约解释者并无主动援引第 32 条的义务,但在笔者看来,《ICSID 公约》第 48 条第 3 款(仲裁庭应“说明其作出结论的理由”)实质上对仲裁庭提出了这样的要求。况且,补充性条约解释方法的运用在 ICSID、世界贸易组织以及国际法院等国际性争端解决机构的实践中并不鲜见。<sup>[60]</sup>

由于本案当事方均未提及 2009 年协定的缔约过程资料(如谈判记录),这些资料也非公开可获得的信息,因此本文无法对“条约的准备工作”这一解释性要素进行评析。但 2009 年协定之“缔约时的情形”可为我们解释第 10 条提供一定的参考。“缔约时的情形”是指条约缔结时的相关事实以及历史背景,这些事实与背景属于缔约者所知晓的范围,因此了解这些事实有助于确认缔约者的动机以及条约的目的与宗旨。“缔约时的情形”包括所有与缔约具有相关性的政治、经济、社会、法律等因素。<sup>[61]</sup>有中国律师认为,除了那些已经进入司法或仲裁程序的案件,2009 年协定生效前发生的争端应受到该双边投资协定的管辖,该解释可为《维也纳条约法公约》第 32 条项下的“缔约时的情形”所确认。中国谈判缔结 2009 年协定时(2005 年),还同时与若干国家签订了新的双边投资协定以取代旧约。对于新约生效前发生的投资争端,中国当时采用了两种不同的方式:一种方式是明确规定新约不适用于所有此类争端,另一种方式是新约只排除已经进入司法或仲裁程序的争端(如 2009 年协定)。基于此,中国与比利时在缔结 2009 年协定时并无意排除该约生效日(2009 年 12 月 1 日)之前发生的所有投资争端,因为若其有此意图,那么就应

[57] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 361 页。

[58] Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p. 584.

[59] ICSID Award, paras. 221 – 223

[60] Makane Moise Mbengue, Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna on the Law of Treaties), *ICSID Review*, 2016, No. 2, pp. 388 – 393; Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, pp. 581 – 584.

[61] See Oliver Dorr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012, p. 578.

选择第一种方式。<sup>[62]</sup> 笔者赞同以上观点。

### 三 对中国的启示

(一) 中国政府应在双边投资协定中制定更加明确的过渡条款或时际法适用条款

据商务部条约法律司公布的信息,中国迄今已经对外缔结且尚有法律效力的双边投资协定共有 104 个。<sup>[63]</sup> 其中,曾经与中国签订新旧两个双边投资协定的缔约方共有 11 个。根据笔者统计,新约中规定的过渡条款有五种模式。

序号	过渡条款模式	相关双边投资协定及其生效时间
1	新约取代旧约,但新约不适用于其生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争端或请求,此类争端应适用旧约	中国—芬兰(2004 年)、中国—德国(2005 年)、中国—芬兰(2006 年)、中国—西班牙(2008 年)、中国—比利时卢森堡经济联盟(2009 年)、中国—法国(2010 年)
2	旧约自新约生效之日起终止,且新约不适用于其生效前发生的争端	中国—韩国(2007 年)、中国—乌兹别克斯坦(2011 年)
3	旧约自新约生效之日起终止,且新约不适用于其生效前已发生的与投资有关的争端	中国—葡萄牙(2008 年)
4	新约取代旧约	中国—瑞士(2010 年)
5	新约适用于其生效前或生效后做出的投资	中国—尼日利亚(2010 年)

对于新约生效前发生的投资争端的处理方式,以上第 2、3 种模式无疑最具有确定性,因为它们明确规定双边投资协定应遵循“条约不溯及既往”的时际法规则。其他三种模式则存在较大的解释空间,易引发争端或歧义,并可能使投资者感到无所适从,在发生投资争端时不能制定清晰的诉讼策略,或错过寻求适当法律救济的最佳时机。就本案而言,比利时政府对富通银行的干预行为发生于 2008 年 9 月。同年 10 月 14 日,中国平安通过中国驻布鲁塞尔大使馆向比利时提交了第一封信件,表达了对比利时“救市措施”的不满。在协商未果的情况下,中国平安又于 2009 年 10 月 14 日发函至比利时驻中国大使馆,明确表示其 2008 年 10 月 14 日的信件构成 1986 年协定第 10 条第 1 款项下有关投资争端的通知,并首次指控比利时政府的行为构成没有合理赔偿且未遵循正当程序的征收。<sup>[64]</sup> 可见,中国平安当时意欲提起 1986 年协定第 10 条项下的国内诉讼或国际仲裁。

[62] See Qing Ren, PingAn v. Belgium, Temporal Jurisdiction of Successive 双边投资协定 s, ICSID Review, 2016, No. 1, p. 135.

[63] 参见“我国对外签订双边投资协定一览表”,<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Noategory/201111/20111107819474.shtml>。

[64] ICSID Award, paras 106 – 110.

但到了 2012 年 7 月 3 日,中国平安改变了策略,在再次写信给比利时驻中国大使馆时,主张其于 2009 年 10 月 14 日发出的信函构成 2009 年协定第 8 条第 1 款项下的通知。<sup>[65]</sup>中国平安改变诉讼策略的原因很可能是注意到 1986 年协定第 10 条项下可仲裁的事项仅限于有关征收的补偿额的争端,而 2009 年协定第 8 条已经无此限制,且 2009 年协定也未明确规定其不适用于已经发出通知、但未进入司法或仲裁程序的案件。因此,它主观上认为援引 2009 年协定提起仲裁能获得更有利的结果。

仲裁庭的法律推理与解释的可商榷之处以及过度的自由裁量权无疑是中国平安遭遇败诉的主要原因。但不可否认,中国平安前后不一致的诉讼策略、对争端通知与仲裁程序的准备不足、对可能的不利后果未充分预判等因素客观上也影响了自己的维权结果。<sup>[66]</sup>双边投资协定的重要目标之一是为缔约一方的投资者在另一方境内的投资提供具有稳定性与可预见性的国际法律环境,并帮助投资者在与东道国发生争端时选择最为有效的争端解决方式。为此,在以新约取代旧约时,应对新约生效前发生的投资争端作出明确安排,以免投资者首鼠两端而延误获得法律救济的最佳时机。

基于上文分析,笔者建议,我国可在现有双边投资协定项下,以议定书或备忘录的形式就不明确的过渡条款进行解释和澄清,或者在缔结新的双边投资协定时制定内容更加清晰的过渡条款。另一种方案是,在新的双边投资协定中纳入专门的时际法适用条款,明确规定遵循“条约不溯及既往”原则,为投资者提供可预见的法律环境,避免引发不必要的争端或造成不必要的损失。可资借鉴的是,美国 2012 年双边投资协定范本对于条约是否可溯及既往作出了专门规定。该范本第 2 条第 3 款规定:“为提高确定性,对于本协定生效前发生的事实或行为或已经终止的情势,本协定对缔约方无拘束力。”<sup>[67]</sup>加拿大 2007 年双边投资协定范本第 2 条第 1 款也有类似表述。<sup>[68]</sup>上述建议一方面可为缔约双方的投资者提供明确的法律指引,另一方面也是适当抑制 ICSID 仲裁庭自由裁量空间、确定仲裁庭对案件属时管辖范围的重要举措。<sup>[69]</sup>

## (二) 中国投资者可先寻求东道国当地救济,再适时诉诸国际仲裁

本案裁决一定程度上凸显了 ICSID 仲裁机制固有的局限性,因为仲裁庭在法律推理与法律解释上的欠妥之处在其他案件中也屡有出现。近年来部分学者对 ICSID 案例的实证研究也揭示了这一点。<sup>[70]</sup>尽管如此,投资者对援用 ICSID 仲裁机制的热情依然高涨。

[65] ICSID Award, para. 111.

[66] 参见王生长、彭禧雯:《从败诉中汲取教训:平安诉比利时投资仲裁案评析》,http://www.acla.org.cn/html/lvshiwushi/20150616/21458.html。

[67] 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf.

[68] 2007 Canada Model Bilateral Investment Treaty, http://www.italaw.com/documents/inv\_model\_bit\_colombia.pdf, 最后访问时间:2016 年 7 月 4 日。

[69] Nick Gallus, Article 28 of Vienna Convention on the Law of Treaties and Investment Treaty Decisions, *ICSID Review*, 2016, No. 2, pp. 312 - 313.

[70] 例如,部分学者批评 ICSID 仲裁庭对以往判例的援引和考量存在很大的不确定性,且未能有效适用《维也纳条约法公约》第 31 条与第 32 条的解释规则。仲裁庭还常常“满足于简短的裁决意见与肤浅的法律推理”。参见 Ole Kristian Fauchald, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals — An Empirical Analysis, *European Journal of International Law*, 2008, No. 2, pp. 301 - 345; Andrea Saldarriaga, Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement, *ICSID Review*, 2013, No. 1, pp. 197 - 217; Pierre Lalive, On the Reasoning of International Arbitral Awards, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, No. 1, pp. 55 - 65.

据 ICSID 统计,依照《ICSID 公约》以及《ICSID 附加便利规则》登记的投资仲裁案件的数量近 5 年来持续走高,每年均超过 35 起,2015 年甚至创下 52 起的历史新高。<sup>[71]</sup>另据学者调查,1990 - 2014 年间,在所有通过国际仲裁解决的投资者 - 东道国投资争端案中,ICSID 仲裁案的数量约占 68%。<sup>[72]</sup>可以预见,ICSID 仲裁机制仍将是中国大陆的海外投资者所倚重的争端解决方式之一。但是,一旦将来中国投资者诉诸 ICSID 仲裁机制或其他特设国际仲裁庭,其仍可能面临与中国平安相似的法律困境,即因新旧双边投资协定的投资者 - 东道国争端解决条款受案范围不同而导致的选择性困难。

就投资者 - 东道国争端解决条款的管辖范围而言,1998 年 7 月 20 日中国与巴巴多斯签订的双边投资协定是一个重要的分界线,因为这是中国第一个全面接受国际仲裁庭对投资者 - 东道国投资争端之管辖权的双边投资协定。中国此后缔结的绝大多数双边投资协定也采用了这一做法。<sup>[73]</sup>据笔者统计,在中国参与缔结且仍然有效的 104 个双边投资协定中,有 58 个双边投资协定的签订时间早于 1998 年 7 月 20 日,其争端解决条款将国际仲裁受案范围限于有关征收补偿额的争端。中国对外签订的绝大多数双边投资协定均规定了 10 年的有效期,且有效期届满后可自动地继续适用,除非缔约一方以书面形式通知另一方终止该双边投资协定。上述 58 个双边投资协定的生效时间均超过了 10 年,目前处于“自动续期”状态。今后,中国与相关缔约方之间有可能通过签订新约的方式来取代这 58 个双边投资协定,而新约对国际仲裁的管辖范围必将进行全面扩张。如果新约不对国际仲裁可受理的投资争端的发生时间作出明确安排,投资者就可能再次面临中国平安的难题。笔者以为,投资者破解此难题的一个办法是先寻求东道国当地救济,再适时诉诸国际仲裁。

按“条约不溯及既往”原则的要求,一项投资争端要获得某一双边投资协定的管辖,关键之处是应确保该争端发生的“时间”在该双边投资协定生效之后。就“中国平安诉比利时案”而言,如果中国平安先行在比利时国内法院提起诉讼,且比利时法院在 2009 年协定生效之后作出了对其不利的判决,那么中国平安仍可将法院判决以及与之相关的比利时政府的干预行为,一并向 ICSID 申请仲裁。此举旨在创造一项发生在 2009 年协定生效之后的“新争端”,或者使相关情势具有延续性。在这方面,ICSID 机制下的 Jan de Nul v. Egypt 案与欧洲人权法院审理的 Yagci and Sargin v. Turkey 案可为我们提供一定参考。

在 Jan de Nul v. Egypt 案中,申请人面临着与中国平安相似的情况:该案同样涉及新旧两个双边投资协定对投资争端的可适用性问题,即 1977 年比利时 - 埃及双边投资协定(以下简称“1977 年协定”)和 2002 年比利时 - 埃及双边投资协定(以下简称“2002 年协定”);申请人与被申请人之间争端的发生时间最早可追溯至 1993 年,远早于 2002 年协定的生效时间。依时间顺序,该案的基本情况如下:比利时公司 Jan de Nul 因与埃及政府之

[71] ICSID Caseload Statistics ( Issue 2016 - 1 ), [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20\(English\)%20final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-1%20(English)%20final.pdf).

[72] Rachel L. Wellhausen, Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement, *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, No. 1, p. 121.

[73] J. Romesh Weeramantry, Investor-State Dispute Settlement Provisions in China's Investment Treaties, *ICSID Review*, 2012, No. 1, pp. 197 - 198.

间有关苏伊士运河疏浚合同的纠纷,分别于 1993 年 7 月 17 日与 1995 年 12 月 9 日向埃及行政法院起诉,要求法院依据埃及国内法撤销其与被告苏伊士运河管理局之间的合同,并判令被告为其已经提供的疏浚服务支付相应报酬。嗣后两案合并审理。2003 年 5 月 22 日,埃及行政法院就两案作出判决,驳回 Jan de Nu 的部分诉讼请求。2003 年 12 月 23 日,Jan de Nu 公司向 ICSID 提出仲裁申请,其指控范围包括:苏伊士运河管理局在运河疏浚服务的招标过程中存在虚假陈述并引诱申请人作出严重亏损的投资,且未补偿申请人的损失;埃及行政法院存在滥用司法、违反正当程序的过错,包括忽视对申请人有利的证据、审理时间过长(近 10 年)等;以上行为同时违反了 1977 年协定和 2002 年协定的相关规定。被申请人埃及则辩称此案不受 2002 年协定的管辖,因为争端发生于该协定生效之前,即申请人于 1993 年向埃及行政法院起诉之时。<sup>[74]</sup>

据此,本案有关属时管辖问题的核心争议是申请人是否提出了一个发生于 2002 年协定生效之日后的“新争端”,或者说埃及法院与 ICSID 仲裁庭所处理的是否为同一个争端。仲裁庭认为:首先,两个争端的法律性质是不同的,因为前者是基于国内法而引发的合同争端,后者则是基于国际法而引发的条约争端;其次,本案中有关埃及法院之判决及其司法程序的指控有别于该院所审理的案件。尽管申请人在本案中所指控的违法行为与其在埃及法院提起诉讼时所依赖的事实之间确实有密切联系,但这并不影响以上结论。因此,本案争端是在 2003 年 5 月 22 日埃及法院作出判决后发生的,仲裁庭可依据 2002 年双边投资协定对本案行使管辖权。<sup>[75]</sup> 仲裁庭还特别强调,埃及法院作为新行为者的介入是认定本案为“新争端”的一个关键因素。本案直接因埃及法院的行为而发生,因此当埃及法院作出判决时,之前的争端已经转变为一项新争端。<sup>[76]</sup>

1995 年 *Yagci and Sargin v. Turkey* 案与 *Jan de Nul v. Egypt* 案有异曲同工之妙。该案的两名原告于 1987 年 11 月 16 日乘机到达土耳其安卡拉机场时即被当局以危害国家安全为由逮捕和拘禁,一直到 1990 年 5 月 4 日才被释放。在此期间,两人均未获得任何公开审判,被长期羁押的理由只是“一旦被释放两人有潜逃的可能”。被告土耳其提出了属时管辖权的异议,理由是土耳其一直到 1990 年 1 月 22 日才以提交声明书的方式接受欧洲人权法院的强制管辖权,并强调欧洲人权法院只应对该时间后发生的事实拥有管辖权。欧洲人权法院一方面认为其属时管辖权仅适用于 1990 年 1 月 22 日之后发生的事件,但同时又指出,针对《欧洲人权公约》第 6 条第 3 款(任何被羁押的人均有权在合理时间内受到司法机关或有权机关的审判)的指控,法院必须考虑 1990 年 1 月 22 日之前两原告被持续关押的事实,因为 1990 年 1 月 22 日之后的情势是上述事实的延续,彼时原告已经被连续拘禁超过两年零两个月。最终,欧洲人权法院以土耳其拘押原告的时间过长为由判决其违反了《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款。<sup>[77]</sup>

[74] *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision of Jurisdiction, paras. 17 – 23.

[75] *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, Decision of Jurisdiction, paras. 112 – 121.

[76] *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, Decision of Jurisdiction, para. 128.

[77] *Judgement of Yagci and Sargin v. Turkey (Merits and Just Satisfaction)*, 8 June 1995, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57938>, paras. 37 – 40.

上述两案的裁判者所依循的逻辑路径是一致的:争端发生在条约对当事国生效之日后,但仲裁庭/法院在处理争端时须审查任何与争端有关的事实或行为,包括在条约生效之日前发生的事实或行为,因为发生于不同时间的事实或行为相互之间具有延续性,或者说发生于条约生效前的情势在条约生效时并未终止。这种处理方法并未违反“条约不溯及既往”原则,但客观上扩张了裁判者对案件的属时管辖权。在 Jan de Nul 案的实体审理阶段,仲裁庭进一步指出,尽管仲裁庭系依据 2002 年协定享有管辖权,但 1977 年协定与 2002 年协定的实体规则同时适用于本案。其中,2002 年协定适用于埃及行政法院的判决及司法程序,1977 年协定则适用于 2002 年协定生效前埃及政府的行为。<sup>[78]</sup>

综上,假如将来中国投资者再度面临如中国平安那样的、因新旧双边投资协定争端解决条款的规定不明而导致的法律选择困境,则其可以考虑先国内诉讼后国际仲裁的维权路径。当然,上述建议的实施还需顾及当前双边投资协定中广泛采用的“岔路口”条款(如 2009 年协定第 8 条第 2 款)的限制。此类条款通常规定,一旦投资者在东道国当地救济与国际仲裁中选择了一种争端解决程序,那么此选择就是终局性的,不得再选择或适用另一种程序。不过,“岔路口”条款的适用有一个重要的前提条件,即两类程序审理的是“相同争端”。从晚近国际投资争端解决实践来,仲裁庭普遍对“相同争端”进行从严解释,从争端的当事人、诉因等角度来认定东道国国内司法程序审理的投资争端并非投资者提请仲裁的争端,以此扩大自己的管辖权并规避“岔路口”条款的限制。<sup>[79]</sup>因此,“岔路口”条款的影响力总体上比较有限。

## 四 结 语

作为中国投资者在 ICSID 机制下的“维权第一案”,“中国平安诉比利时案”的裁决结果无疑令人失望,值得密切关注与认真反思。中国平安遭遇败诉的原因之一是该案仲裁庭在法律推理与解释的方法上存在不少可商榷之处,特别是过于倚重形式法律推理与条约的文本解释,也未充分考虑《维也纳条约法公约》第 28 条对于“条约不溯及既往”原则的适用条件。另一个原因则是 2009 年协定对于其生效前发生且没有进入司法或仲裁程序的投资争端未作出明确安排,而中国平安在面临法律选择困难时也没有及时作出适当的决策。

另外,此案还凸显了双边投资协定的时间适用范围或时间要素的重要性,以新约取代旧约是缔约国更新双边投资协定的常用手段之一。目前中国有大量的双边投资协定处于“自动续期”的状态,某些双边投资协定的生效时间甚至已经超过 30 年,<sup>[80]</sup>有待签订新约

[78] *Jan de Nul v. Arab Republic of Egypt*, Award, paras. 131 – 135.

[79] 参见徐崇利:《国际投资条约中的“岔路口条款”:选择“当地救济”与“国际仲裁”权利之限度》,《国际经济法学刊》第 14 卷第 3 期,北京大学出版社 2007 年版,第 125 – 140 页;又见 Thia Braz Jardim Oliveira, *The Authority of Domestic Courts in Adjudicating International Investment Disputes: Beyond the Distinction between Treaty and Contract Claims*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, No. 1, pp. 182 – 185.

[80] 如中国 – 丹麦双边投资协定(1985 年 4 月 29 日生效)、中国 – 泰国双边投资协定(1985 年 12 月 13 日生效)、中国 – 新加坡双边投资协定(1986 年 2 月 7 日生效)等。

来取代之。在谈判新的双边投资协定时,中国应制定内容明确的过渡条款,或纳入专门的时际法适用条款。一旦相关的投资争端涉及新旧双边投资协定的衔接问题,中国投资者也可考虑先寻求东道国当地救济,再适时诉诸于国际仲裁。

[本文为浙江财经大学民营企业全球发展战略与海外投资协同创新中心资助课题(CGS201601)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] The core issue of controversy in China Ping An v. Belgium case was the inter-temporal law in the application of treaties. In this case, the ICSID Arbitration Tribunal excessively relied on the formal legal reasoning and textual interpretation of treaties to make its decision. Meanwhile, it failed to sufficiently consider, pursuant to Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the legislative intentions of China and Belgium when concluding the 2009 bit. Currently, there are a large number of bits between China and foreign countries which are in the state of automatic renewal and waiting for new agreements to replace them. When concluding new bits, China should formulate explicit transitional clauses or insert into them specific provisions on the application of inter-temporal law. In an investment dispute involving the succession between old and new bits, China's overseas investors may first seek local remedies in the host country and, failing that, resort to international arbitration at a proper moment.

---

---

(责任编辑:廖 凡)