

双边投资协定中的伞形条款解释

——兼论 ICSID 近期相关案例

王 楠*

[摘 要] 近年来由于对投资保护范围的扩大,投资者与东道国所签订的合同往往亦属于双边投资协定保护的外国投资。若东道国违反合同义务,投资者一方面可以依据合同中的争端解决条款提起“合同之诉”;另一方面,在特定的情况下投资者可能就东道国违反合同义务的行为根据双边投资协定提起“条约之诉”。由于各方对有关双边投资协定中存在的“伞形条款”存在不同理解,使得“合同之诉”与“条约之诉”的竞合问题并未得到最终解决。本文通过对近期 ICSID 有关案例的分析,辅以对“伞形条款”的历史分析,提出只有当合同违反是因主权行为时,伞形条款方有将合同义务提升到条约义务的效果。

[关键词] 双边投资协定 伞形条款 ICSID

[Abstract] With the enhanced investment protection, the contract signed by an investor and a state can also be covered by a BIT. When a host country failed to fulfill its contractual obligation, the investor may resort to the dispute resolution clause of the contract itself; or under certain circumstances, bring up a treaty claim based on the BIT. The ambiguity in the interpretation of the umbrella clauses contained in the BITs made the above problem unresolved. By analyzing several cases brought up to the ICSID and the historical development of such umbrella clause, this article suggests that only when a breach of contract is due to the exercise of sovereignty, it could be rendered the so-called parallel effect.

[Keywords] BIT; Umbrella Clause; ICSID

双边投资协定确立了保护外国投资和投资者的法律框架,现已成为调整国际投资关系的重要国际法形式。许多双边投资协定都规定了投资者与东道国争端解决机制,投资者因东道国违反条约义务可以向国际仲裁机构提起仲裁。自 20 世纪 80 年代中期以来,大部分诉诸 ICSID 的争端都是因缔约国一方违反双边投资协定,即违反国际法中的条约义务,而不再像此前是依据争议双方在投资合同中的争端解决条款。^① 近年来由于对投资保护范围的扩大,投资者与东道国所签订的合同,比如特许合同,往往亦属于受双边投资协定保护的外国投资。若东道国违反合同义务,投资者一方面可以依据合

同中的争端解决条款寻求救济,此即“合同之诉”;另一方面,由于一些双边投资协定的争端解决条款中对于可以被诉诸国际仲裁的投资争端并无划定明确范围,仅规定“与投资有关的争端”,令东道国的一些行为可以同时构成对合同义务和条约义务的违反,投资者则可能就东道国违反合同义务的行为提起“条约之诉”。若无特殊规定,投资者可以选择通过何种方式寻求救济。^② 近期相关案例表明,只有当东道国违反合同义务的同时也违反了双边投资协定下的实体义务,方构成条约违反。否则即使仲裁庭依据双边投资协定中的仲裁条款对案件享有管辖权,但由于缺乏条约实体权利基础,该管辖权

* 深圳大学讲师,法学博士(香港城市大学)。

① www.worldbank.org/icsid/cases/main.htm, 2007 年 6 月 1 日访问。

② 有些 BIT 中包含岔口条款(fork-in-the road clause),要求投资者一旦在国内法院和国际仲裁中作出选择,就不可撤销。NAFTA 中的自动放弃条款则要求投资者或其拥有或控制的企业自动放弃其他救济途径作为向仲裁庭提交争议的前提条件。

也无法发挥实际效用。^③然而,因存在双边投资协定中的伞形条款(umbrella clause)效力的不同解

释,合同之诉与条约之诉的竞合问题并未得到最终解决。

一、伞形条款及有关学者观点

许多双边投资协定中都包括以下条款:缔约方应该履行与另一缔约方的国民或公司在境内投资有关的任何义务。^④从字面上看,此类所谓的伞形条款或遵守条款(observance of undertakings clause, respect clause)常被认为创设了一项国际法义务,具有某种“提升作用”(或镜像作用,平行作用),将合同义务提升到条约义务层面,令东道国违反投资合同构成对双边投资协定实体义务的违反,使国际仲裁机构享有实质性管辖权。

许多学者都认可伞形条款的上述效力。国际投资法领域著名学者Christoph Schreuer教授认为:“将伞形条款写入双边投资协定旨在为投资者提供超出传统国际标准范围之外的保护。它们之所以被称作伞形条款是因为其将合同义务置于双边投资协定的保护伞之下。它们将遵守投资合同或者是东道国的其他义务增加到双边投资协定的实体标准中。通过这一方式,违反此类合同也就违反了条约。”^⑤Prosper

Weil教授认为:投资条约会将投资者和国家间单纯的合同义务转化为国际法义务,尤其是当该条约有条款要求该国遵守此合同时。F. Mann教授亦认为伞形条款特别重要,因为它保护投资者合同权力不受任何干涉,无论该干涉是源于纯粹的合同违反还是法律或行政法,亦不论上述干涉是否构成征收。^⑥UNCTAD一项对上世纪90年代中期的双边投资协定的研究报告中则写道:“伞形条款的语言涵盖广泛,可以被解释为包括各种义务,明示的或默示的,合同义务或非合同义务,以及与投资相关的承诺。”^⑦

尽管早在几十年前就有关于伞形条款的“学理解释”,但直到近期ICSID受理的SGS案才令该条款第一次接受了实践的检验。然而,随后几个案件中仲裁庭对伞形条款作出的不同解释却令原本在学者间已经基本成型的主流意见又变得争议重重。

二、ICSID 近期有关伞形条款的重要案例

(一) SGS v. Pakistan 案^⑧

1994年瑞士公司SGS与巴基斯坦签订合同,对巴基斯坦从其他国家进口的货物提供装运前检查服务,并规定合同争端应在伊斯兰堡进行仲裁。因双方就合同的履行产生纠纷,巴基斯坦甚至打算单方面终止合同。2001年SGS遂向ICSID提起仲裁,提出巴基斯坦违反了1995年瑞士—巴基斯坦双边

投资协定,因为该协议第11.1条规定:缔约一方应坚持确保遵守其作出的与另一缔约方投资者投资有关的承诺。^⑨

2003年8月,仲裁庭作出裁决认为,其对违反合同义务但并未违反双边投资协定中实体义务的行为并无管辖权。第11条本身并不旨在表明一国违反合同的行为(普遍认为这是国内法问题而不是国

③ 详见 Christoph Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims—the Vivendi I Case Considered”, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Case from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler (ed.), London: Cameron, (2005) pp281—323.

④ Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party. (德国1991年双边投资协定示范法,第2条)。

⑤ Christoph Schreuer, “Traveling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol 5, (2004), p 250.

⑥ F. A. Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 52 (1981), p 246.

⑦ UNCTAD *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, Geneva, Switzerland, (1998) .

⑧ SGS Soci *é Générale De Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListConcluded>, 2008年1月20日访问。

⑨ Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.

际法问题)就自动被提升到违反国际条约法的层面上。不应把伞形条款理解为双边投资协定中的实体性条款,它仅仅是对前面的实体义务的确认。

仲裁庭对伞形条款作出限制性解释,主要是出于对扩大性解释可能带来的重大法律后果的担心。事实上,即使是认可伞形条款提升作用的 Christoph Schreuer 也在其文中不无担忧地写道:“如果投资者开始利用伞形条款解决琐碎的小纠纷,问题就会随之而来。伞形条款的作用不是将所有对合同履行细节存在的细微的不同意见变为可以诉诸国际仲裁……希望投资者能在援引伞形条款时适当克制”。^⑩

其次,仲裁庭还提出,若令违反合同义务的行为自然构成对双边投资协定的违反,双边投资协定中实体性义务条款反而会显得多此一举。投资者若根据伞形条款提起仲裁,合同本身所含的争端解决条款就会被架空,亦违反了平衡不同协议下的利益的原则。此外,仲裁庭还提出瑞士—巴基斯坦双边投资协定中的伞形条款(第 11.1 条)位于协定结尾处,而其他有关实质性投资保护的条款位置较前(第 3—7 条),所以该条仅仅是对前面的实质性义务的确认。

根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款,应根据缔约方的原意,对条约作出善意的解释。本案中,仲裁庭要求申诉方提供确切证据证明其要求对伞形条款作出扩大解释的诉求是基于瑞士和巴基斯坦缔约双方的真实意图。不过当时 SCS 未能够就此提出证据。

(二) SCS v. Philippines 案^⑪

1994 年 SCS 与菲律宾签订全面进口监管服务合同,合同规定只有菲律宾法院对有关纠纷有管辖权。因菲律宾延迟付款而发生纠纷,SCS 遂于 2002 年向 ICSID 提起仲裁。SCS 认为菲律宾违反合同付款义务的同时也违反了 1995 年瑞士—菲律宾双边投资协定,因该协定第 X (2) 条规定:缔约一方应遵守其承担的与另一方投资者在其境内特定投资有关的任何义务。^⑫

本案仲裁庭否定了 SCS v. Pakistan 案中对伞形条款作出的限制性解释。仲裁庭认为与瑞士—巴基斯坦双边投资协定第 11.1 条相比,瑞士—菲律宾双边投资协定第 X (2) 条的语言更加明确地赋予了国际条约争端解决机构对因违反合同义务产生的问题的管辖权。在瑞士—巴基斯坦双边投资协定第 11.1 条仅写道“与另一缔约方投资者投资有关的承诺”,而瑞士—菲律宾双边投资协定第 X (2) 条则在义务之前加上“任何”一词,强调了东道国的义务不仅限于协定中的实体性规定,也包括合同义务。与 SCS v. Pakistan 案不同,SCS v. Philippines 案仲裁庭从条约目的方面来解释伞形条款,指出两国签订双边投资协定旨在促进投资和互惠,应该对协定的条款作出有利于投资者一方的解释。

然而,尽管仲裁庭声称其对此类合同问题有管辖权,但是若有法院对该合同享有排他性管辖权的话,则令当别论。仲裁庭重申双边投资协定缔约方的真实意图仅是为投资者提供另一可选择的争端解决机构,既然争议双方已经自由选择了唯一的管辖法院,仲裁庭依据伞形条款享有的管辖权不过是一个“空壳”,双边投资协定争端解决条款从而也失去了实质意义。因此,仲裁庭裁定无限期延缓该程序,直到申请人得到国内法院的判决,之后若申请人对判决不满,则可以在向本仲裁庭提交解决。从某种意义上说,本案仲裁庭适用了“用尽当地救济”原则。

在 SCS v. Pakistan 和 SCS v. Philippines 案后的其他几起涉及伞形条款解释的案件中,既有仲裁庭选择遵循前者,如 Joy Mining Machinery Ltd v. Arab Republic of Egypt, Salini Costruttori S. P. A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, El Paso Energy International Co Ltd v. The Argentine Republic; 也有选择遵循后者,如 Eureko BV v. Poland 和 Noble Ventures Inc v. Romania。而其中 El Paso Energy International Co Ltd v. The Argentine Republic 仲裁庭再次详细考察了有关伞形条款的效力问题。

^⑩ Christoph Schreuer, 见前引注⑤, p. 255.

^⑪ SCS Soci   G  ale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction), available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ FrontServlet? requestType = CasesRH&actionVal = ListConcluded>, 2008 年 1 月 20 日访问。

^⑫ Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.

(三) El Paso v. Argentina 案^⑬

El Paso 是一家美国公司,在 20 世纪 90 年代收购了五家从事石油勘探开采以及电力业的阿根廷公司的股份。从 2001 年起,阿根廷政府采取了一系列措施应对经济危机和货币贬值,其中包括取消比索和美元间一对一的汇率;将某些外汇支付义务转为以比索支付;冻结电价;将所有的物价和关税都根据一对一的方式用比索表示;即使政府单方面修改合同,配电公司也不得中止履行合同。El Paso 认为这些措施影响了其商业活动,损害了其投资所享有的权利,违反了 1991 年阿根廷—美国双边投资协定,于 2003 年向 ICSID 提起仲裁。除了诉称阿根廷违反了阿根廷—美国双边投资协定中有关外资公平公正待遇、全面保护和安全、不低于国际法要求的待遇标准的条款之外,El Paso 还提出阿根廷违反了协定第 II2 (c) 条伞形条款。该条规定:各方应遵守其达成的与投资有关的任何义务 (Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.)。

仲裁庭首先提出,对条约的解释应平衡考虑国家主权和投资保护,否定了 SGS v. Philippines 案中仲裁庭倾向投资一方的解释方式。尽管仲裁庭认为 SGS v. Pakistan 案仲裁庭的意见太过绝对,但也反对 SGS v. Philippines 案中对伞形条款做出的扩大解释。同 SGS v. Pakistan 案仲裁庭一样,本案仲裁庭也认为这样做会令协定中其它实体性义务条款失去意

义。如果说东道国任何违反法律义务 (合同义务) 的行为都构成违反条约,而不论义务的来源或违反的程度如何,此类违反亦无须达到违反“公平公正待遇”和“全面保障和安全”所要求的标准。此外,本案仲裁庭还批评了 SGS v. Philippines 案仲裁庭一方面肯定了自身对案件的管辖权,另一方面却中止了相关程序这一自相矛盾的做法。

不过,与前两起 SGS 案相比,本案仲裁庭就伞形条款的解释所作出的突破,在于提出了应该区分国家签订合同是商业行为还是主权行为。只有在后一种情况下,投资合同的投资者一方才受双边投资协定的保护。本案仲裁庭表示 SGS v. Pakistan 案仲裁庭对伞形条款所可能带来的重大后果过分担忧。如果将伞形条款解释为仅保护国家依主权同投资者签订投资合同下的义务,它就不会将所有的合同义务提升到条约义务的层次。

仲裁庭亦引用了投资协定中的投资争端解决条款以支持上述意见。阿根廷—美国双边投资协定第 VII (1) 条规定:投资争端是缔约一方与另一缔约方公民或公司之间有关以下方面的纠纷:(a) 缔约一方与该公民或公司签订的协议;(b) 缔约一方的外资主管部门作出的一项投资许可 (如果存有此类投资许可的话);(c) 任何对本协定所带来或产生的与投资有关的违反。结合该条款,仲裁庭认为伞形条款应该被解释为仅保护国家依主权同投资者签订投资协议下的义务。

三、传统方法对伞形条款解释的不足

从上述案例看,不同的仲裁庭对伞形条款作出了不同解释,究竟何种更为可取?根据现有的条约解释理论,对条约的解释主要考虑以下方面:条约用语,缔约方的真实意图,条约的缔约目的。^⑭

不同双边投资协定中的伞形条款其措辞并非全然相同,这将导致其效力可能会有所差别。尽管许

多伞形条款都使用“任何义务”一词,但是相关案件仲裁庭都认为这些义务并非指“一般义务”(general commitment)。比如在 SGS v. Philippines 案中,伞形条款规定:“缔约一方应遵守其承担的与另一方投资者在其境内特定投资有关的任何义务。”单从字面上看,该条款保护范围很广,包括“任何

^⑬ El Paso Energy International Co Ltd v The Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListConcluded> (访问日期:2008 年 1 月 20 日)。

^⑭ 见黄东黎,国际条约法解释理论回顾与研究:兼论 WTO DSU 第 3.2 条的相关规定,中国法学网 <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=1446>, 2008 年 1 月 20 日访问。

义务”，但仲裁庭指出因为条款中写明“与特定投资有关的义务”，因此其保护范围并非“一般义务”。仲裁庭还认为与特定投资有关的义务不仅限于合同义务。尽管并未举出具体例子，不过他们也同意 *SCS v. Pakistan* 案仲裁庭的看法，认为缔约国一方地方性、立法性、行政性的或其他单方面措施不应被伞形条款所包括。而在 *Noble Ventures Inc v. Romania* 案中，伞形条款规定：“〈东道国〉达成的与投资有关的任何义务”。^⑮ 仲裁庭认为“达成”（entered into）一词往往表明是特定义务而非一般义务。尽管两起 *SCS* 案仲裁庭在此方面的意见尚算一致，但是仅从条款的措辞上无法确定究竟合同义务是否也属于伞形条款所保护的特定义务，或者说至少无法将合同义务排除在外。

在 *SCS v. Pakistan* 案中，仲裁庭要求 *SCS* 承担证明责任，证明条款的通常意义（plain meaning）即为缔约方的原意。该作法值得商榷。通常来说，如果条约的通常意义清楚，只有反对按照通常意义对条约进行解释的缔约方才应承担证明责任，说明为何应对条款作出与其通常意义不同的解释。据估计，现有的 2500 多个双边投资协定的 40% 都包括伞形条款。^⑯ 但是，各国在其签订的双边投资协定中加入伞形条款究竟目的何在并不明确。事实上，迄今为止仅有瑞士一个国家在 *SCS v. Pakistan* 案后在给 ICSID 的信函中表明其签约意图：双边投资协定中的伞形条款旨在将合同义务上升为条约义务。^⑰ 现有双边投资协定为数众多，但是其主要内容却较为类似。尽管也有国家反对在双边投资协定中加入伞形条款，比如智利在与德国签订双边投资协定时，就明确反对照搬包括伞形条款的德国的双边投资协定示范法。但各主要国家的双边投资协定很大程度上受到 OECD《保护外国财产公约草案》的影响，比如法国的双边投资协定示范法。而美国的双边投资示范法（1983，1984，1987）亦与该草

案相吻合，而其中的伞形条款与草案第 2 条几乎完全相同。^⑱《能源宪章条约》作为最重要的投资保护协定亦包含伞形条款。有学者提出许多国家其实并未意识到将伞形条款写入双边投资协定的实际后果，尤其不清楚当其与另一缔约国的投资者签订的投资合同中并不包括国际仲裁条款时，伞形条款可能带来的后果。^⑲

根据上下文来判断缔约方原意亦是条约解释的重要方法。*SCS v. Pakistan* 案仲裁庭认为伞形条款所在的位置揭示出了缔约方的原意。由于伞形条款位于条约第 11 条，而其他实体性义务条款则位于第 3—7 条，所以伞形条款不应被解释为实体性条款，因此合同义务不能被提升为条约义务。但是 *SCS v. Philippines* 案仲裁庭则反对将伞形条款的位置作为重要的考量因素。事实上，在许多双边投资协定中，比如荷兰—波兰双边投资协定，伞形条款被置于实体性条款之中。

此外，*SCS v. Pakistan* 案仲裁庭还提出若赋予伞形条款将合同之诉提高到条约之诉的效力，会令双边投资协定中其他实体性条款失去意义。根据条约解释的有效性原则（ut res magis valeat quam pereat），不应将伞形条款作出这样的解释。*El Paso v. Argentina* 仲裁庭也认为，如果东道国违反法律义务的任何行为都构成违反条约，而不论义务来源或违反程度如何，此类违反亦无须达到违反“公平公正待遇”和“全面保障和安全”所要求的标准，从而令相关条款失去意义。笔者认为这一观点值得商榷。仅仅规定“缔约一方应履行与另一方投资者投资有关的义务”并不一定会令所有的实体性条款失效。究竟义务的范围如何尚待明确，并不是所有的与投资有关的义务都已经被合同或东道国法律所涵盖。如果合同或东道国法律并未规定给予投资或投资者“国民待遇”，即便伞形条款具有将合同之

^⑮ any obligation <a party> may have entered into with regard to investments.

^⑯ Gill, Judith; Gearing, Matthew; Birt, Gemma, “Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the *SCS* Cases”, *Journal of International Arbitration*, Vol 21 (5), (2004), p397, footnote 31.

^⑰ Note on the Interpretation of Article 11 of the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Pakistan in the light of the Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of ICSID in Case No. ABR/ 01/ 13 *SGS Soci Générale De Surveillance S. A versus Islamic Republic of Pakistan*, attached to the Letter of Swiss Secretariat for Economic Affairs to the ICSID Deputy-Secretary Central dated October 1, 2003, published in 19 Mealey’s International Arbitration Report E3 (Feb, 2004).

^⑱ Kenneth J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer, Deventer, (1992), p. 78.

^⑲ Gill, Gearing and Birt, 见前引注⑩, pp 397—412.

诉提高到条约之诉的效力,亦无法创设出该义务。

SGS v. Philippines 案仲裁庭从缔约目的方面解释伞形条款作出了尝试,认为瑞士、菲律宾两国签订双边投资协定的目的旨在保护投资,因此对伞形条款作出有利于投资者一方的解释。而实践中东道国往往主张应对协定作出有利于国家主权的解释。

四、对伞形条款的历史性分析

尽管此前多数学者都主张根据条款字面意思解释伞形条款,承认其具有“提升作用”,但也存在不同的声音。T. Wälde 教授提出,如果政府行使特定的主权特权来规避其合同性承诺或以有实质影响力的方式干涉此承诺的履行,则国际法原则仅能保护因违反或干涉那些与政府达成或受制于争取权利的合同而受损的权利。这也只能适用于政府权力破坏在东道国内与私人当事人签订合同的情况。“如果争端解决中心不是关于政府权力的行使……而是关于‘正常’合同争议,伞形条款就无能为力了”。^{②①}这一解释与 El Paso v. Argentina 仲裁庭的解释一致。鉴于从字面意思、缔约方的真实意图、缔约目的等方面均无法对伞形条款作出令人满意的解释,有必要考察伞形条款产生的历史背景,从而了解起草者原意。

二十世纪初期,有关国际投资法律问题主要涉及自然资源开采和公共设施经营,个别情况下也涉及为了实现公共目而对外国人的财产进行征收。纠纷产生的主要原因是政权更迭引起的既得权利问题。到二十世纪中期,广大殖民地在政治上纷纷独立,但本国的经济命脉仍然控制在外国投资者手中。为了建立和巩固民族经济,广大发展中国家对外国投资开展了席卷亚非拉的国有化运动。^{②②}七十年代兴起的国际经济新秩序更令得发展中国家得以

比如在 Methanex 案中,美国认为对于含意不明的条款应作出有利于国家主权的解释。^{②③}此做法遭到 El Paso v. Argentina 仲裁庭的批评,他们指出应对条款作出平衡或中立性解释,这样更符合《维也纳公约》第 31 条中“善意解释”的原则。

强调国家主权,令国有化的浪潮到在这一时期达到顶峰。^{②④}总得来说,伞形条款的出现是投资输出国对东道国国有化以及违反特许协议作出的反应。

早在 1953 年 12 月,著名国际法学家劳特派特曾就英伊石油公司案提出,应该在解决争端协议中加入适当的法律条款,使国际法和特许协议同样适用,或者直接适用国际法。也就是通过该法律条款令合同违反构成条约违反。^{②⑤}而伞形条款第一次进入投资保护协定则是在由德意志银行主席 Hermann Abs 和当时的壳牌石油公司董事,前英国检察总长 Hartley Shawcross 共同起草的《海外投资公约草案》(Abs-Shawcross 草案),该草案第 2 条规定:缔约各方应永久确保遵守其给与来自其他国民或其他缔约方的投资有关的得任何承诺。^{②⑥}以此为蓝本,1967 年经合组织(OECD)理事会的起草《保护外国财产公约草案》第 2 条规定:缔约各方应当永久确保遵守其关于其他缔约方国民财产做出的承诺。在这段期间内,与投资有关的协议范围很窄,往往涉及国家行使公法上的权利。而且当时只有国家可以根据投资保护条约提起仲裁。这些事实都表明伞形条款的“提升作用”仅仅针对国家作为主权者而非普通商业实体与投资者达成的合同。

自二十世纪八十年代以来,国际投资的大环境发生显著了变化。一方面是发达国家逐渐从石油危

^{②①} 见 www. state. gov/ documents/ organization/ 12613. pdf (访问日期: 2008 年 1 月 20 日)。

^{②②} Thomas Wälde, “The Umbrella Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 6 No. 2, April 2005, Geneva.

^{②③} 刘笋:《晚近双边投资条约发展值得注意的几个特点——极力弱化东道国外资管辖权成为趋势》,载《广西政法干部管理学院学报》第 16 卷 2001 年第 4 期,第 82 页

^{②④} UNCTAD, Trends in International Investment Agreements: An Overview, (1999) www. unctad. org/ en/ docs/ iteit13 - en. pdf, 2008 年 1 月 20 日访问。

^{②⑤} Anthony C. Sinclair, “The Origins of the Umbrella Clause in International Law of Investment Protection”, Arbitration International, Vol. 20, No. 4, (2004), p411.

^{②⑥} Each party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other party.

机的冲击中恢复过来,另一发面则是发展中国家受到债务危机的影响,对国际投资的需求大幅增加。这一变化动摇了发展中国家的优势地位。在国有化大幅减少的同时,更加强调投资自由化以及投资的促进和保护。过去二十多年来,投资的概念亦逐渐扩大到投资者或企业的其他资产,包括各种财产和财产权、非证券投资、合同权利以及通过行政授权取得的权利。就所涉及的行业来说,尽管对自然资源开采方面的投资依然重要,但是人们的注意力已经开始转向制造业、服务业和高科技产业。^{②⑥}国家作为合同一方遵从私法原则与外国公司或个人签订商事合同的现象越来越普遍。一些国家开始对国家享有的主权豁免开始进行限制,提出了限制豁免主义,即将国家行为区分为“主权性行为”和“非主权性行为”,当国家作为商业性合同一方时不应享受主权豁免。^{②⑦}投资者可以依据其与国家一方签订的商业性投资合同中的争端解决条款寻求救济。若投资者通过商业合同约定的救济权利被剥夺时,也就是说存在拒绝司法(denial of justice)的情况下,东道国才构成对条约的违反,投资者方得通过条约规定得争端解决机制寻求救济。

事实上,各国一旦了解到对伞形条款作出的扩大性解释可能会带来的后果,很有可能调整其双边投资协定实践。比如美国 1994 年双边投资协定示范法尚包括伞形条款,第 34 条规定:缔约方应遵

守其所承担的与投资有关的任何义务。然而,在其 2004 年双边投资协定示范法,该条规定已不复存在。第 24 (1) 条将原伞形条款的适用范围限制在因投资协议而生的诉求,而不包括其他合同义务。该条规定:“申诉方可以依据本章就被申诉方违反……(c) 一项投资协议提起仲裁”。该示范法的第 1 条将投资协议定义为:缔约国一方的国家机关和本协定所涵盖的投资或另一缔约国的投资者签订的书面协议,授予本协议所涵盖的投资或另一缔约国的投资者以不同于该书面协议的本协定所涵盖的投资的权利,并且该权利 (a) 与国家机关所控制的自然资源有关,比如勘探、开采、提炼、运输和销售;(b) 代表国家向公共提供服务,比如发电和供电、水处理和供水或通讯;(c) 承担非仅为政府所使用的公共建设项目,比如修建公路、桥梁、隧道、堤坝或管道。这三方面对投资者的授权都体现了国家主权的行使,体现出双边投资协定的有关规定仅保护东道国滥用主权而违反投资协议的情况。另外,该示范法还包括了岔口条款。第 26 条明确规定:不得依据本章提起仲裁,除非依第 24 (1) 条提起仲裁的申诉方书面放弃依据缔约一方法律或其他争端解决程序向任何行政裁判庭或法院发起或进行与第 24 条所指的违反合同有关的任何程序。通过这样的规定避免了源于同一事件的合同违反与条约违反的竞合导致不一致的裁决结果。

五、结 语

尽管 EL Paso v. Argentine 案仲裁庭并未对其结论作出详细解释,但其毕竟进一步厘清了伞形条款的效力。与此前两起 SCS 案仲裁庭的解释相比,区分商业行为和主权行为的解释方法一方面赋予了伞形条款一定的意义,另一方面也避免了过于宽泛的解释可能带来该条款被滥用的后果。尽管双边的实践近年来发生了一定变化,但是考虑到引进投资者—国家争端解决的原意旨在防止国家滥用权利令投资者无法通过东道国程序得到公平公正的救济,因

此将伞形条款解释为只有当合同违反是因主权行为时,方有将合同义务提升到条约义务的效果。这样既符合伞形条款最初制定者的原意,也符合国际投资保护法律的逻辑体系。对于一般的商业性合同,伞形条款并没有上述提升效果,投资者应根据合同中争端解决条款寻求救济,在这种情况下,东道国亦不享有主权豁免。只有当东道国司法机构违反了双边投资协定下实体性义务时,投资者方可据此将争端诉诸国际争端解决机构。(责任编辑:韩立余)

^{②⑥} UNCTAD, 见前引注^{②⑤}

^{②⑦} 如 1972 年,国家豁免多边条约《关于国家豁免的欧洲公约》生效,1976 年美国国会颁布了《外国主权豁免法》,表明限制豁免主义正在逐步取代绝对豁免主义。2005 年 9 月 14 日,我国签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,这代表着我国正式接受限制豁免主义。关于国家豁免中关于商业交易的认定,见张露黎:《论国家豁免中商业交易的认定》,载《现代法学》第 28 卷 2006 年第 2 期。