

从 /南北矛盾 0到 /公私冲突 0: 卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野

单文华^{1,2}

(1 英国牛津布鲁克斯大学; 2 西安交通大学 法学院, 陕西 西安 710049)

[摘 要] 统治拉美乃至世界已有一个多世纪的卡尔沃主义,并非普遍认为的已经 /死亡 0。近来在拉丁美洲内外的一系列事件表明卡尔沃主义没有死亡,而且正在逐渐复苏,这也从侧面反映了当代国际投资法的重大转向。通过探寻这一系列事件,分析卡尔沃主义在何种程度上已经复苏,国际投资法理念在发生怎样的变化;并在批判分析卡尔沃主义与新自由主义两种制度弊病的基础上,探讨国际投资法的前景和出路;认为国际投资法的立法焦点已由过去的 /强国 0与 /弱国 0的对立,即 /南北矛盾 0,转变为如今的 /国家主权 0对 /公司主权 0的对立,即 /公私冲突 0,缔结一个利益均衡的全球性的投资条约将为期不远。

[关键词] 卡尔沃主义;国际投资法;南北矛盾;公私冲突

[中图分类号] D90 [文献标识码] A [文章编号] 10082245X(2008)0420001215

统治了拉美乃至世界已有一个多世纪的卡尔沃主义往往被断定为已经 /死亡 0¹,这种观点在全球经济自由化浪潮涌动的 20世纪 90年代尤其盛行。然而,最近在拉丁美洲内外的一系列事件表明,该主义并没有死亡,而是正在逐渐复苏。卡尔沃主义的复苏现象从一个侧面反映了当代国际投资法的重大转向,新自由主义不再是国际投资立法的支配力量,一种更为均衡,或者说更为保守和更为 /国家主义 0的法律观正悄然登场。

本文通过探寻这一系列事件,分析卡尔沃主义在何种程度上已经复苏以及国际投资法理念正在发生怎样的变化。文章第一、二部分探究拉美及其他地区标

志着卡尔沃主义复苏的一系列事件,并在此基础上揭示了国际投资法发展的最新趋势。第三部分在批判分析卡尔沃主义与新自由主义两种制度的弊病的基础上探讨了国际投资法的前景和出路。第四部分总结全文,提出国际投资法的主旋律已经发生重要变化:由过去的 /南北矛盾 0转变为如今的 /公私冲突 0。

一、卡尔沃主义的复苏:拉美之内

一百多年以来,拉丁美洲各国一直遵行卡尔沃主义(此名源于 19世纪阿根廷知名法学家、外交家 Carlos Calvo的著作)。卡尔沃主义的核心在于强调 /不

[收稿日期] 2008- 05- 15

[作者简介] 单文华,英国牛津布鲁克斯大学国际法教授;西安交通大学法学院院长,教授,剑桥大学法学博士。本文英文原文曾在美国西北大学的 5西北国际法与商务学刊第 6第 27卷第 3期(2007年)上发表,中文版在此基础上略有更新。本文由西安交通大学法学院研究生张生译成,由于本文涉及的内容及作者的不同的写作习惯,编者特许本文的注释不按一般的要求处理。

¹ 例如,Shea早在 20世纪 50年代就在他的一部研究卡尔沃条款的专著中宣告了卡尔沃主义死亡。当然他是基于该条款遭到欧美国国家拒绝这一事实得出这个结论的。最近,Giesze则断言, /实际上,卡尔沃主义在绝大多数拉丁美洲国家而言是一个已经消亡的词汇。0Shihata也认为卡尔沃主义与当今世界是不相干的。See Donald Shea, The Calvo Clause: A Problem Of Inter-American And International Law And Diplomacy (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955), at 20; Craig R. Giesze, -Helm's Burton In Light Of The Common Law And Civil Law Legal Traditions: Is Legal Analysis Alone Sufficient To Settle Controversies Arising Under International Law On The Eve Of The Second Summit Of The Americas?, 32 International Lawyer 51, 77 (1998), and Ibrahim F. I. Shihata - Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA., 1 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1, at 3- 4 (1986). 在 1995年发表的一篇文章中,Manning Cabrol也认为卡尔沃主义 /行将就木 0 (imminent death),见 Denise Manning Cabrol - The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign And National Investors, 26 Law and Policy of International Business 1169 (1995).

干预内政和内外国民的绝对平等这两个概念⁰,尤其着重强调拒绝西方列强及其国民所寻求和享有的帝国主义特权和超级待遇。卡尔沃主义具体包括三个要素,即/反超国民待遇标准⁰、排他的国内管辖以及拒绝外交保护”。

尽管欧洲及北美国家¹⁴并不承认卡尔沃主义的法律效力,但拉丁美洲国家¹⁵/热情地拥抱⁰了卡尔沃主义。在拉美各国的宪法、国内立法、国际条约及拉美各国与外国政府及外国投资者签订的条约中处处可见卡尔沃主义的影子。卡尔沃主义早期的影响远远超出了拉丁美洲,在发展中国家中间,尤其是在那些在反殖民运动过程中新独立的亚洲和非洲国家中间拥有大批拥护者。当建立国际经济新秩序(NIEO)运动达到顶峰时,卡尔沃主义的一些原则一度被写入一系列联合国大会的重要决议之中¹⁶。

卡尔沃主义在全球经济自由化浪潮汹涌的20世纪90年代遭遇到了严重挑战,以至于有人推断或预言卡尔沃主义已经或即将死亡¹⁷。对卡尔沃主义的挑战主要来自于越来越多的BIT(双边投资协定),尤其是拉美各国所签署的BIT。联合国贸易与发展委员会(UNCTAD)统计数字表明,拉美国家直到20世纪80年代末开始纷纷签署BIT¹⁸。截止20世纪90年代,拉美国家共加入了300个BIT,其中93%签订于90年代¹⁹。从区域层次而言,南锥体共同市场遵循的是BIT的投资自由化方法²⁰,同时,安第斯条约也几经修改,增加了灵活性,使其成员国有权采取偏离卡尔沃主义的法律措施²¹。大多数拉美国家也接受了为解决国家与私人投资者之间投资争端提供国际仲裁机制的5ICSID公约²²,允许国家行使代位求偿权的5MIGA公约²³,以及为在世界范围内承认和执行外国仲裁裁决提供便利的5纽约公约²⁴。与此同时,拉美各国也都修改了国内的法律法规,接受了

Schneideman, *Investment Rules and The New Constitutionalism*, 25 LAW & SOC. INQUIRY 757, 766 (Summer 2000); see also Kenneth J. Vandevelde, *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, 19 MICH. J. INT. L.L. 373, 384 (1998)。

14 前注1。

15 A U. N. Conf. on Trade and Dev. [UNCTAD], *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, 15 UNCTAD/ITE/IIA/2 (2000) (prepared by Abraham Negash), available at http://www.unctad.org/en/docs/poite2ad2_en.pdf last accessed on March 27, 2007. According to UNCTAD, however, the total number of BITs concluded by Latin American and Caribbean states reached 451 by the end of 2004 UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements*, 2 IIA MONITOR No. 2, UNCTAD/WEB/ITE/III/2005/1 (August 30, 2005), available at http://www.unctad.org/en/docs/webiteii20051_en.pdf last accessed on March 27, 2007.

16 UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, supra note 8.

17 南锥体共同市场是由阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭拉美四国于1991年创建的南美共同市场。南锥体共同市场关于国际投资的条约有两个:一个是管辖成员国之间投资的 *Colonia Protocol* 一个是管辖成员国与非成员国之间投资的 *Buenos Aires Protocol* 两个议定书的规定大体相同。布宜诺斯艾利斯议定书第2条第3项规定了对外国投资者实施国民待遇、最惠国待遇和/公正与平等待遇⁰。其中,关于国民待遇、最惠国待遇的条款采用的是典型的BIT用语,即/不应低于⁰给予该缔约一方国民和公司的待遇或不应低于给予第三国国民和公司的待遇。关于东道国与外国投资者投资争端的解决,该议定书第2条第8项规定了/岔路口⁰条款,即投资者可以既可将争端提交东道国法院审理,也可以提交国际常设仲裁机构或特设仲裁机构仲裁。这里,布宜诺斯艾利斯议定书只把当地救济规定为国际仲裁的可替代途径之一,而不是唯一的排他性途径,显然与卡尔沃主义的/绝对当地救济⁰原则相去甚远。See *Protocol on Promotion and Protection of Investment Proceeding from Non-Member Countries of the MERCOSUL*, March 26, 1991, available at <http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/buenos- e.asp>

18 第220和第291号决议所做的新修订相对废除了此前的投资法典即第24号决议中规定的完全的/卡尔沃条款⁰,为安第斯条约组织成员国采取国际标准的投资待遇以及接受国际仲裁庭的管辖权打开了方便之门。See *Commission Decision 220 Replacing Decision 24, The Code on Foreign Investment and Technology Licensing Code*, May 11, 1987, 27 I L M. 974 (1988); see also *Commission Decision 291* *Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties*, Mar. 21, 1991, 30 I L M. 1283 (1991)。第220号决议第34条规定:/为解决因外商直接投资或者外国技术转让而产生的纠纷,成员国可以适用其国内法的相关规定。⁰ *Commission Decision 220 Replacing Decision 24*, supra 第291号决议第2条则规定:除非东道国立法有例外规定,外国投资者拥有与本国国民相同的权利和义务。⁰

19 这些国际条约,尤其是BIT,已经接受了非本国救济方式和一般国际法作为投资争端解决方法和依据,明显是对卡尔沃主义的背离。从允许以国际仲裁的方式解决国家与投资者之间的纠纷这个角度,可以说,一场/无声的革命⁰当时正在拉美上演。See Nigel Blackaby, David M. Lindse & Andrew Spinillo, *Overview of Regional Developments in International Arbitration in Latin America* 10 (Nigel Blackaby, David M. Lindse & Andrew Spinillo eds., 2002)。

⁰ Shea, supra note 1, at 19-20.

¹ Wenhua Shan, *Is Carlo Dead?* 54 AM. J. COMP. L. (2007), section 1. See also Manning Cabrol, supra note 1, at 1173.

² 卡尔沃主义之所以不能得到来自欧美法律界的支持,部分是因为,尽管该主义排除了外交保护的滥用,但是该主义排除了该制度自身,而没有提供一个替代它的机制⁰。SHEA, supra note 1, at 20.

³ Shea, supra note 1, at 21-32.

⁴ 例如, Lillich就曾指出,拉美国家对宪章的努力/只不过是想把卡尔沃主义引入其中,这一尝试昭然若揭⁰。Richard Lillich, *The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack*, 69 AM. J. INT. L.L. 359, 361 (1975)。另有评论家则认为卡尔沃主义是/国际经济新秩序(UNGA 3171 of the 1973)和联合国5经济权利和国家义务宪章(1974)的核心所在⁰。David

国际待遇标准和国际争端解决机制,以保护和促进外国投资^k。尽管断言卡尔沃已经完全/死亡0的说法并不准确,但20世纪90年代以来大量的为解决投资争端提供国际平台的投资条约的签署,的确使得卡尔沃主义已经面目全非,搁浅在岸^l。

然而,国际投资自由化大潮近年来似乎正在转向。卡尔沃主义正在重返国际舞台,这一点在拉美表现尤其突出。出现这种现象的大背景是投资者依据投资条约提起的仲裁案件此起彼伏,迫使世界上许多国家,尤其是拉美国家,开始反思投资自由化的总体策略与接受国际仲裁庭的管辖权这一具体政策。根据联合国贸易发展委员会统计,截止到2006年底,已有至少259个依据投资条约提起的仲裁案件,其中70%以上是在2002年之后提起的^k。换言之,在过去的4年里,平均每年约有30件案子。几乎所有这些案件都是投资者起诉东道国的^k。并且大多数被告国家都是发展中国家(70个被告国家中有58个)。目前为止拉美国家是被起诉次数最多的国家^l。其中阿根廷被起诉的次数最多,为42次,这几乎占到案件总量的20%。墨西哥紧随其后,为17次^l。另外,来自ICSID的数据表明,截止到2008年4月10日,ICSID未审结的案件有128个,其中就有61个是针对拉美国家,几乎占到了总量的近一半^l。

国际投资条约仲裁案件的汹涌浪潮已经展示了投资条约存在的巨大破坏性能量,引起了世界各国政府的高度关注。有着卡尔沃主义传统的拉美国家已经或在酝酿采取措施限制国际投资条约仲裁并将这类案件收归国内管辖。其中表现最为突出的是阿根廷、巴西和委内瑞拉三个国家。

(一) 阿根廷

阿根廷是卡尔沃主义的首倡者,卡罗斯#卡尔沃的故乡。然而,它也是通过缔结双边投资条约(BIT)背弃卡尔沃主义最积极的拉美国家之一。到目前为止,它已签定了59个BIT,是签订BIT数量最多的拉美国家^m。阿根廷近年来的投资条约仲裁案件的激增肇源于2002年1月阿根廷通过的紧急状态法(第25561号法令)。为了应对经济危机,该法规定直到2003年12月1日阿根廷处于公共紧急状态,同时冻结公用事业行业收费费率,废除1比索兑换1美元的兑换体制^m。这些措施对在已经私有化的国有企业里拥有股份的外国投资者产生了重大的负面影响。有观察家指出,这些措施对公共事业公司产生的后果是使它们/减少了大约三分之二的收入0^m。

受到影响的这些投资者根据投资条约中的国家与私人投资者争端解决仲裁条款开始起诉阿根廷政府。在2004年2月份ICSID中心悬而未决的85例案件中有35例是针对阿根廷的,占到了世界范围内全部投资

争端仲裁案件的40%^m,可以说是创造了世界仲裁史上的一个神话!目前,阿根廷在ICSID中心还有36起案件未了结,占到其待处理案件总数的28%^m。

如此巨大的案件量对于一国而言,不论是在政治上,还是在财政上,都是一个沉重的负担。据统计,这些投资仲裁案件平均每件单单律师费用等法律费用就要耗费政府一两百万美金,仲裁庭的费用还需40万左右^m。换言之,近几年阿根廷仅仅为应付投资仲裁的花

^k Wenhua Shan, *Is Calvo Dead?*, 54 AM. J. COMP. L. (2007), Section IV; see also Manning & Cabriel, *supra* note 1, at 1181-1190; Eduardo A. Wiesner, *ANCOM: A New Attitude toward Foreign Investment?*, 24 U. MIAAMI INTER-AM. L. REV. 435, 449-464 (1993).

^l 作者通过对拉美主要的9个国家的法律和法规的系统调查发现,在拒绝外交保护和平等的国民待遇方面,大多数国家仍然坚守卡尔沃原则。因此认定卡尔沃原则完全消亡无疑是不确切的。然而,随着大多数拉美国家缔结国际条约,规定把国家与投资者之间的争端可以提交国际仲裁的,可以说,在拒绝外国与国际救济方面,卡尔沃主义已经在很大程度上被抛弃。因此,笔者认为,卡尔沃主义当时并没有/完全消亡0,只是暂时搁浅了而已。See SHAN, *supra* note 13, Section V.

^l UNCTAD, *Investor-State Disputes Settlement and Implications on Investment Rulemaking* 7-8 (UNCTAD/IIE/IIA/2007/3).

^k *Id.*

^l *Id.*, at 3.

^l *Id.*

^l See list of pending cases <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontService?requestType=CasesRH&actionValue=ListPending>

^m UNCTAD data show that Argentina signed 59 BITs by June 1, 2007, which is more than any other country in Latin America. See UNCTAD, *Country Specific List of BITs*, available at <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>, last accessed on April 10, 2008.

^m Law No. 25561, Jan. 6, 2002, B.O. Articles 2-5 and 8-9. For English sources see Bernardo M. Cremades, *Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues*, 59 *Dispute Resolution Journal* 178 (May-July 2004), at 81; Patricia C. Mastropietro, Lany B. Pasca, *ALERT: Argentine Devaluation Law*, available at http://www.haynesboone.com/knowledge/knowledge_detail.asp?groupID=al&page=pub&pubID=380 (last visited on April 10, 2008); M. & M. Bonchil ABogados, *Public Emergency Regulations on Public Works and Utilities Contracts and Licenses*, available at http://www.agintemet.com/bullet_in_on_e_five/Bulletin_ContractsLicenses.doc (last visited on April 10, 2008).

^m Paolo Di Rosa, *The Recent Wave of Arbitration against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues*, 36 U. MIAAMI INTER-AM. L. REV., 41, 48 (2004).

^m 23 *Id.* at 43.

^m See List of Pending Cases, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>, last accessed April 10, 2008 (showing that 36 out of the 128 pending cases are against Argentina).

^m 申请人和被申请人在这方面的花费大体相同。See UNCTAD, *Issues Related to Investment Arrangements: Investor-State Disputes and Policy Implications* 7, TD/B/COM.2/62 (January 14, 2005), available at http://www.unctad.org/en/docs/c2d62_en.pdf

费每年就达数千万美元之巨。更严重的是,一旦败诉,国家对每个案件的赔偿负担就可能达到数亿美元,累计可达170亿美元⁴⁰。阿根廷表示这已经超过了其每年的财政预算⁴¹。面对如此严峻的法律挑战,阿根廷采用三层战略:首先运用一些程序上的策略如管辖权异议来对付这些案件⁴²。同时,质疑投资条约和基于投资条约的仲裁的合宪性⁴³。最后,阿根廷还在酝酿并采纳一些相应的立法措施⁴⁴。

1 程序策略。为处理这些案件,阿政府首先尽一切努力争取与争端一方的投资者通过谈判来解决问题⁴⁵。如果此法不奏效,政府就对仲裁庭的管辖权提出异议⁴⁶。但迄今为止,阿根廷尚未在任何一起管辖权的案件中胜出⁴⁷。对管辖权提出异议的理由各种各样,其中有一些与BIT中或者许可协议中的/卡尔沃条款0有关,因此有必要在这里提及。在/蓝科国际公司诉阿根廷共和国0一案中(Lanco International Inc v the Argentine Republic),一个美国投资者援引1991年美国-阿根廷BIT中的/岔路口条款0将阿根廷诉诸ICSID。依据该条款,争端当事方可以选择当地救济、双方同意的其他方式以及国际仲裁来解决争端⁴⁸。该案中,阿根廷政府对ICSID的管辖权提出了异议,主张阿根廷并没有对ICSID的管辖权作出必要的同意,依据双方的书面许可协议,该争端必须受布宜诺斯艾利斯联邦行政争议庭管辖⁴⁹。然而,仲裁庭认为,该BIT构成政府的公开要约,因此构成符合ICSID公约第25条第(1)款规定的/同意0⁵⁰。之后仲裁庭区分了后来颇具争议的条约诉求与合同诉求,并裁定:阿根廷后来与投资者达成并履行的许可协议并没有撤回在BIT中所作出的同意⁵¹。

在随后的/CMS天然气运输公司诉阿根廷共和国0案中(CMS Gas Transmission Co v The Republic of Argentina case)⁵²,阿根廷政府又一次对ICSID的管辖权提出了异议,主张政府授予TNG⁵³公司的许可协议中含有一个独立的争端解决机制,即相关争端受布宜诺斯艾利斯联邦法庭的排他性管辖。然而仲裁庭仍然支持了投资者的诉求,裁决认为CMS不受该许可协议的约束,因为它不是该许可协议的一方当事人。仲裁庭进而就此类/卡尔沃条款0的法律效力评论道:

/, , 规定把某些争端交由国内法院管辖, , 并不能妨碍ICSID仲裁庭主张其管辖权,因为不同的法律文件有着不同的功能⁵⁴。0

要对管辖权问题进行详细论述可能需要一篇专门的博士论文。在这里我们需要注意到的事实是:阿根廷在ICSID管辖权异议上是不成功的。于是,阿政府又采用了进一步的程序策略来处理该问题,那就是一旦ICSID作出裁决,则申请撤销该仲裁裁决。因此在

2005年9月当CMS一案判决作出后,阿根廷就申请撤销该案裁决。2007年8月21日,裁决撤销专门委员会对撤销申请做出判决,指出尽管CMS一案仲裁庭裁决在实体上存在错误,但是阿根廷仍需履行仲裁庭裁决中的赔偿义务。也就是要赔偿给CMS公司2148100美元⁵⁵。

2 违宪审查。阿根廷政府近来对BIT以及依据BIT提起国际仲裁程序的合宪性问题也提出了质疑⁵⁶。

⁴⁰ Indeed the CMS award the first of the many Argentine cases has required Argentina to pay the company \$ 1.33 billion. See UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Disputes Settlement 6, IIA Monitor No. 4, UNCTAD/WEB/II/E/III/2005/2 (2005); see also Luke Peterson, Argentina Moves to Annul Award in Dispute with CMS Company Over Financial Crisis, INVESTMENT TREATY NEWS (International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, Canada), October 26, 2005, at 4-6, available at http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_cc26_2005.pdf (accessed April 10, 2008).

⁴¹ See Peterson, supra note 26.

⁴² See infra Part I 1 a.

⁴³ See infra Part I 1 b.

⁴⁴ See infra Part I 1 c.

⁴⁵ See Crumades, supra note 21, at 81.

⁴⁶ See Yanru Wei, On the Impropriety of China's Recent Acceptance of Full ICSID Jurisdiction, 13 J. INT'L ECON. LAW (in Chinese) 108, at 139-140.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Argentina-US BIT, Article 7, as cited in Lanco International Inc v Argentine Republic (Case No. ARB/97/6), Preliminary Decision on Jurisdiction of December 8, 1998, 40 ILM 457 (2001), at 20.

⁴⁹ Clause 12, the Concession Agreement for the Port Terminals, as cited in Lanco International Inc v Argentine Republic, id. at 6.

⁵⁰ Lanco International Inc v Argentine Republic, id. at 32-33.

⁵¹ Lanco International Inc v Argentine Republic, id. at 34-40. 关于合同之诉与违约之诉的区别和联系, see Yuval Shany, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims, 99 Am. J. Int'l L. 835.

⁵² CMS Gas Transmission Co v Republic of Argentina, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID ARB/01/8, 42 ILM 788 (2003).

⁵³ 申请人拥有TNG公司29.42%的股份。

⁵⁴ CMS Gas Transmission Co v Republic of Argentina, supra note 38, para 76.

⁵⁵ 41 Decision on the ad hoc committee on the application for annulment of the Argentine Republic, available at http://icsid.worldbank.org/ICSID/FronService?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_En&caseId=C4 (last visited April 10, 2008). 迄今为止,阿根廷一共对6起案件的仲裁庭判决提出了撤销申请,除了以上CMS一案已审结外,其余五个仍未审结。这五个案件是:Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3) (阿根廷两次提出撤销申请); Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3); Azurix Corp v Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12); Siemens A.G. v Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8); Sempra Energy International v Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16)。

例如, 阿根廷代表在 CMS天然气运输公司诉阿根廷共和国案 (CMS Gas Transmission Company vs Republica Argentina) 的听审会上指出:

a) 根据阿根廷宪法, 双边投资条约的效力低于宪法。外国投资者不能援引双边投资条约规避阿根廷宪法的规定, 将投资争端提交国际仲裁庭, 从而剥夺阿根廷司法机关审理案件的机会。

b) 公用事业部门的外国投资者不能限制阿根廷享有的改变经济政策或限制公共事业收费标准的经济主权权利^o。

该公诉人还发起了一个公共运动, 倡议重新采用卡尔沃主义与德拉果主义^o, 批判 BIT 与 ICSID, 宣称阿根廷再也不应该同意将合同纠纷提交给 ICSID 之类的争端解决机制^o。

主张投资条约违宪的主要依据是阿根廷宪法第 27 条与第 75 条。第 75 条第 22 款规定除了明文规定的特定的人权公约享受与宪法同等的法律地位之外, 其余所有国际条约的法律地位都在宪法之下, 法律之上^o。换言之, 一般的国际条约, 例如 BIT 与 ICSID 公约的效力都低于宪法。第 27 条进一步要求这样的条约受/宪法所规定的公法原则0的制约^b。因此, 有评论家这样认为, / ICSID 公约的有效性可通过考察其与宪法所规定的 - 公法原则 - 是否相符来予以检验 0^b。同样地, 该 / 公法原则 0 也可以用来检验作为 / ICSID 产物 0 的 ICSID 仲裁裁决^o。据此, 国会本不应该批准像 ICSID 公约这样的违背宪法 / 公法原则 0 的条约, 而政府也本不应就这些条约进行谈判^p。然而, 无论是国会或是政府都没有条约违宪审查权))) 这项权力在司法机关, 最终也就是在国家最高法院手中^p。

在这里, 值得注意的是, 阿根廷司法机构最近在审理一个重要案件时响应了政府的上述主张。该案判决指出, 若涉及公共政策, 阿根廷法院可以审查条约的合理性、公平性和合宪性, 也就是仲裁裁决的实体内容^p。该案, Jose Cartellone Construcciones vs Hidro2 electrica Norpatagonica S A, 针对的是因一个阿根廷私人公司与某国有企业间的公共服务合同的履行而引发的国内仲裁判决^p。该合同包含一个规定双方不能就仲裁判决向任何法院上诉的仲裁条款^p。阿根廷联邦最高法院判决认为: 如果仲裁裁决存在 / 违宪 0、/ 不合理 0 或 / 非法 0 的情况, 法院可以对仲裁裁决进行审

^o 对于 ICSID 公约及其裁决的违宪问题有两种不同的观点。一种观点是阿根廷政府所持的观点, 这在上文中已经阐述过。另一种观点是更新并且更激进的观点, 该观点没有为阿根廷政府所采用。该观点认为 BIT 与 ICSID 制度都是违宪的, 因为两者都被证明违反了 1994 年修订宪法所规定的程序。因为 ICSID 公约及其国内的具体实施法案

是在 1994 年修订宪法生效后才得到批准并生效, 因此新宪法在这里应该得到适用。新宪法对 / 将权力与管辖权授予超国家组织的一体化条约 0 规定了一个特别严格的程序。因为对 ICSID 的仲裁管辖权的接受构成国内管辖权这一主权利力向 ICSID 的转移, 因此 ICSID 公约有 / 一体化 0 的目的而必须受该宪法特别程序的约束。因为 ICSID 公约并没有经过该特别程序, 因此它也就尚未满足新宪法要求的生效条件。据此在 ICSID 中心对阿根廷提起的任何仲裁 / 可以被国内法院宣告无效 0。该观点进一步认为新宪法所要求的该特别程序具有强制性的效力。因此, 将权力与管辖权授予国际组织的国际条约如 ICSID 公约是无效的。然而, ICSID 公约是否构成这样一种 / 一体化条约 0 还有争论。例如, Alfaro 和 Lorent 认为该公约只是一个 / 合作性 0 的条约而不是一个 / 一体化协定 0, 因此并不需要经过新宪法所要求的特别程序。关于该二人的观点和推理的细节, 见 Carlos E. Alfaro and Pedro M. Lorenti - The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict between International and Domestic Law?, The Journal of World Investment & Trade (Vol 6 No 3 June 2005), at 426- 427, 428- 430

^o Carlos E. Alfaro - The Battle of the Century: Argentina Against the ICSID Arbitration and the BITs, World Law Group E- news Issue No 31 (November 2004), posted at < http://www.makeneews.com/bcastro/e_Ap000332318.cfm? x=bl1, 0, w> (visited on 9 July 2006).

^o 德拉果主义由阿根廷外交部长 Luis María Drago 于 1902 年提出, 该主义主张包括美国在内的任何外国势力, 都不得使用武力来实现其债权。See Wikipedia the Free Encyclopedia, Drago Doctrine http://en.wikipedia.org/wiki/Drago_Doctrine (last visited April 10 2008).

^o Alfaro note 43 above

^o 阿根廷宪法第 75 条第 22 部分规定如下: / 条约与协定的效力高于法律。5 关于人的权利与义务的美国宣言 6、5 世界人权宣言 6、5 经济、社会与文化权利国际公约 6、5 公民权利与政治权利国际公约 6 及其议定书, 5 防止及惩治灭绝种族公约 6、5 消除一切形式种族歧视国际公约 6、5 消除对妇女一切形式歧视国际公约 6、5 禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约 6、5 儿童权利公约 6; 以上这些公约的效力与宪法等同, 但与宪法第一部分的所有规定不得冲突, 并且应理解为是对该条款所认可的权利和保证的补充。只有在征得议会三分之二以上成员同意的情况下, 以上公约才能被政府撤销。为获得宪法地位, 其他关于人权的条约与公约必须先获得参议院的同意, 并需获得三分之二以上的议会成员通过。0

^o 阿根廷宪法第 27 条规定如下: / 联邦政府负有这样的义务, 即根据本宪法所规定的公法原则通过缔结条约的方式来与其他国家发展和平与贸易关系。0

^o 然而, Alfaro and Lorenti 看来对 / 宪法规定的公法原则 0 的概念做了一个很宽泛的解释, 将该原则加以拓展使其覆盖了所有的 / 公法事务 0。对此, 笔者并不赞同。See Carlos E. Alfaro and Pedro M. Lorenti note 42 above, at 420, 423- 425

^o Ibid

^o Ibid at 421

^o Ibid

^o Corte Suprema de Justicia [CSN], 1/June/2004 / Jose Cartellone Construcciones Civiles S A. v Hidroeléctrica Norpatagonica S A /, La Ley [L L] (Causa J- 87, XXXV II R O.) (Arg), the Decision in Spanish is available at the Court's website < http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfãB/toc_fãllos.jsp> (last visit on April 10, 2008).

^o Carlos E. Alfaro Argentina ICSID Arbitration and BITs Challenged by the Argentine Government Alfaro 2 Bogados Dec 21, 2004 h2tp://www.alfarolaw.com/ma/tapa/alfaro3.htm

^o Ibid

查,即使当事人双方已经特别约定放弃就仲裁裁决向法院上诉的权利⁹。该判决再一次确认了即使是在案件已经被提交给仲裁庭解决并且双方当事人已排除司法审查的情况下¹⁰,最高法院仍可行使作为宪法与公共政策的/守护人¹¹的权力。为支持其决定,最高法院引用了民法典第 872 条。该条规定, /为实施公共政策而赋予的权力不能被排除¹²。据此,法院可以否决当事人达成的任何限制对公共政策事务进行司法审查的协议。

这一判决表明国际仲裁庭做出的判决在阿根廷可因其/不合理¹³或者/违宪¹⁴而提起司法审查。而实践中,该案判决已经/对国内低级法院处理与国际仲裁相关的类似案件产生了影响,¹⁵ 0¹⁶。

从国际法的角度来看,前文所提到的违宪审查的主张是很难站得住脚的。因为正如 5 维也纳条约法公约 6 所规定的,一国不能援引其国内法规定来拒绝履行条约义务¹⁷。同理,一国不能以其接受某条约约束的同意违反了其国内法关于缔约权限的规定来宣告该同意无效,除非这种违反是明显的,并且涉及到具有根本重要性的国内法规定¹⁸。在已发生的案件中,很难说阿根廷国会 BII 实践中所作出的同意/明显 0 (manifestly) 违反了阿国内法。即使该种同意/违反 0 国内法的论点成立,也很难证明这种违反是/明显的 0,因为这需要证明该种/违反 0 是/根据通常实践和善意原则,对于任何国家而言在客观上都是明显的 0¹⁹。

主张对 ICSD 仲裁判决进行司法审查在实践上也是难以成立的,因为 5 ICSD 公约 6 明确要求成员国将 ICSD 的仲裁裁决作为国内法院的最终判决来承认和执行²⁰。然而,如果仲裁裁决由其他的仲裁机构作出,如国际商会 (ICC) 和根据联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 规则设立的仲裁庭,那么司法审查问题就可能出现。阿根廷法院可以对这些机构 (国际商会仲裁院等) 的裁决进行审查,并以其/不合理 0 或/违宪 0 作为理由撤销或拒绝执行。

3 立法措施。在运用程序策略延缓仲裁程序和提起违宪主张进行抗辩的同时,阿根廷已经采取并正在酝酿进一步的立法措施来限制和防止投资仲裁案件的发生。为此,政府取消了 1996 年的一个法令²¹并酝酿一项旨在控制国际仲裁的新法。

2003 年阿根廷政府通过了一个新法令废除了梅内姆政府在 1996 年颁发的一项命令,该命令规定有关阿根廷政府与保格罗尼集团 (Bulgheroni Group) 之间的投资争端提交给国际仲裁庭解决²²。新法令指出,将这样的争端提交给国际仲裁庭解决/无论从法律、

政治还是经济的角度看都存在一系列的困难 0²³。

这一措施不是故事的结尾而只是政府尝试/重新国有化 0 国家与投资者之间争端的第一步²⁴。据报道,阿根廷财政部法律顾问 Horacio Rosatti 称政府的目标是/恢复国内法院的管辖权 0²⁵。他表示,阿根廷政府正在研究办法,以收回国家对涉及政府与企业的争议的管辖权与控制权。具体措施可能包括一方面要求这些公司在提起国际仲裁之前先/用尽当地救济 0,另一方面/让本国法院对国际仲裁庭的裁决进行审查。0²⁶

据报道,科奇纳总统 (Kirchner) 在其于 2005 年 3 月发表的一份演说中,对由国际仲裁庭最终裁决外国投资者与阿根廷政府的损害赔偿案件的实践提出了严

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

¹¹ Horacio Grigera Naon, "Arbitration in Latin America: Progress and Setbacks", 2004 Freshfields Lecture, Arbitration International, Vol 21, No 2 (2005), at 165.

¹² Vienna Convention on the Law of Treaties arts 27, Jan 27, 1980, 1155 U.N.T.S. 331, available at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties art 46, Jan 27, 1980, 1155 U.N.T.S. 331, available at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf 一些阿根廷宪法学者也注意到了国际法所施加的此类限制。比如, Nestor Sagies 指出只有在国际条约违反了 5 维也纳公约 6 第 46 条规定的权限规则时,才能宣称这类条约违反了国内宪法。See Alfaro & Lorentj, *supra* note 42, at 422

¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties art 26(2), Jan 27, 1980, 1155 U.N.T.S. 331, available at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf 在 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* 一案裁决中也涉及到 5 维也纳公约 6 第 46 条,但是仲裁庭认为该案并不能适用此条款,因为这里涉及的是/条约的失效 0,因为实际上该案所涉条约并未生效。Case No ARB/97/4 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic* Decision of the Tribunal on the Objections to Jurisdiction of May 24, 1999, 14 ICSD REV. (FOREIGN INV. L. J 251, 265 (2000)), available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/csob.pdf>

¹⁵ ICSD Convention art 54(1), available at http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English2final.pdf

¹⁶ 62 Decreto N° 1021/96 of 6 September 1996, available at http://www.boletinoficial.gov.ar/bora_portal/PrimeraSeccion/C3%20B3n/BusquedaRapida/tabid/81/Default.aspx (last visit on 17 Mar 07).

¹⁷ Decreto N° 966/2003 of 28 October 2003, available at <http://www.saijus.gov.ar/news/files/decreto966.html> (last visit on April 10, 2008). See also Laurence Nolan, "Government Reopens 7-Year-Old Case Vs Oil Group, DOW, ONES INTEL NEWS, Oct 28, 2003 (reporting the 2003 decree annulling the 1996 executive order), available at http://www.latinpetroleum.com/printer_2375.shtml (retrieved 27 Jan 2005); Crenades, *supra* note 21, at 81

¹⁸ Decreto 966/2003, id

¹⁹ Nolan, *supra* note 63.

²⁰ Ibid

²¹ Ibid

重的质疑^q。随后,执政党的两名议员提出了一份旨在限制国内外仲裁庭管辖涉及政府的案件的议案。根据该议案,国际与国内仲裁庭不得审理、裁决涉及政府、政府机构以及国有企业的案件^q,除非:(1)可以就有关仲裁裁决向阿根廷联邦法院提起上诉;(2)案件的对方当事人是一个国家(即属于国家与国家之间的纠纷的仲裁);或(3)国会通过具体立法规定该案可以是一个例外^q。该法案还要求:一方面,政府应将阿根廷废除已经接受的有关仲裁管辖权的国际条约的意愿告知各相应的当事国^r;另一方面,政府、政府机构以及其企业应颁布命令或决定,以废除先前缔结或制订的与本法相抵触的合同或决定^w。鉴于该法案要求所有的国家与投资者间的仲裁案件接受本国法院的最终控制,它将在实质上否定仲裁的终局性和自主性。

据有关报道,2004年以来,还有一些类似性质的法案也已经向阿根廷国会提出^x。例如,2004年9月份的一项法案要求/涉及阿根廷政府的所有争端必须受本国法院的完全控制,并拒绝任何有相反规定的条款。^{0^f}该法案同时要求废除条约中那些同意仲裁管辖的条款。^z2005年8月提出的一项法案声称/阿根廷法院做出的涉及直接或间接征收的经济政策或决定,不受任何国际法院或仲裁庭的审查。^{0^f}该法案同时提出/为达此目的,每个投资条约都应包含有上述效果的条款,并以此作为阿根廷政府批准该条约的条件。^{0^f}如果此类法案被采纳,可以说卡尔沃主义已经完全重归故里。显然,仍需假以时日才能清楚这些法案究竟只是舆论宣传还是将被最终采纳。

(二)巴西

拉美巨人巴西,在很长一段时间内一直对仲裁采取抵制态度。1996年仲裁法案通过后,才为仲裁实践提供了方便之门[†]。2002年,巴西批准了5纽约公约6,为外国仲裁裁决的承认与执行铺平了道路^r。然而巴西对国际仲裁仍心存芥蒂。这种态度可在对仲裁法案的违宪审查案与2004年公私合伙法中限制仲裁的规定中清楚看到。

1. 违宪审查案。1996年10月,在仲裁法案得到批准后不久,巴西联邦最高法院就收到了一个以该法案违宪为由质疑该法案有效性的诉讼^s。作为第一个涉及到仲裁法案的案件,该案件由11位法官参与审理^v。案件起因于一个要求执行在西班牙巴塞罗那作出的外国仲裁裁决的申请^w。而最高法院也借此机会对整个法案的合宪性进行了审查^x。

开始时,案件的主审法官(Min Sep lveda Per2 tence)认为该仲裁法案中的某些条款(包括承认仲裁条款的特别适用效力的第6条与第7条,规定在存在

仲裁条款情况下排除法院管辖权的第41条,列举出对根据第7条规定所作的某判决提起上诉的条件)违反了宪法,因为这些条款是对1998年宪法第35章第5条规定的司法审查权的否定^y。然而,经过了5年的讨论,主审法官的观点被以7比4通过的宣

^q Guido Santiago Tavil (M. & M. Bomchil), *Is Calvo Finally back?* 3 *TRANSNAT. L DISP. MGMT.*, 3, (2005),

^r *Ibid*

^u *Ibid*

^v 实践中,已经有拉美国家向世界银行提出了撤销5 ICSID公约6的申请。2007年5月2日,世界银行收到了玻利维亚提交的要求撤销5 ICSID公约6的书面通知。根据5 ICSID公约6第71条的规定,撤销在收到玻利维亚书面通知后的六个月后即2007年11月3日生效。而中心也依据5公约6第75条规定,将此撤销通知了其成员国。See *Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention*, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrom&FromPage=NewsRelease&pageName=Announcement3> (last visit 2008/04/10)

^w *Ibid*

^x See Oscar M. Garbajal, *Carlos Calvo Redivivus: The Rediscovery of the Calvo Doctrine in the Era of Investment Treaties*, *TRANSNAT. L DISP. MGMT.*, December 2006, at 1

^y *Ibid*

^z *Ibid*

[†] *Ibid* at 43-44

[†] *Ibid* at 44

[†] 在1996年以前,仲裁在巴西受到一系列的限制。比如,在争端发生前依合同规定提请仲裁,所做裁决不具有执行力,除非当事人在争端发生后重新缔结一个仲裁协定;外国仲裁裁决要得到承认和执行,必须得到仲裁地的法院和巴西联邦最高法院的许可。Noah D. Rubins, *Investment Arbitration in Brazil* 4 *J. WORLD INVESTMENT & TRADE* 1071, 1084-1087 (2003).

^r 巴西于2002年加入5纽约公约6,所依据的法令是 Decree No 4311 of 23 July 2002. *Ibid* at 1075 n 16.

^s 关于本案细节,参见 Joao Bosco Lee - Brazil, in *International arbitration in Latin America*, edited by Nigel Blackaby, David M. Lindsey and Alessandro Spinillo Kluwer (2002), at 63-66. Guido Santiago Tavil - *The Role of Arbitration And International Regional Subregional And Bilateral Treaties In Latin America*, posted at <<http://66.249.93.104/search?q=cache:xjw8Vj0I7wI:www.bomchilgroup.org/argdec02.html+brazil+rati+colonia+protocol+mercosu&hl=zh-CN&ct=ch&cd=9>> (22/05/2006)

^v Tavil *supra* note 79 at 14

^w *Ibid*

^x 在巴西,最高法院拥有违宪审查问题的控制权,并且有权在某个条款产生问题的情况下对整部法律的合宪性问题进行审查。因此,即使在执行程序中仲裁条款的有效性并没有被提起,法院也可以主动提起该问题。See Lee, note 79 above, at 64 note 15.

^y 该宪法第5条第35款规定/该法不能排除司法机关对某项权利的违反与威胁的情况的审查。0关于所称的法官的推理的更详细情况,见 Joao Bosco Lee *ibid* at 63-64. See also Tavil note 79 above

告该法案合宪的裁决所推翻³。

虽然最终判决是有利于仲裁的,然而主审法官与其他三名持反对意见的法官的观点,以及围绕着这一问题所展开的长时间的争论,都表明了巴西对国际仲裁的怀疑和犹豫态度。

2 公私合伙法(The PPP Law)。2004年12月30日,巴西通过了第11079号法案,该法案为巴西公私合伙企业(PPPs)以及在联邦、州和当地政府范围内的投标与许可协议建构了一个法律框架(PPPs法)⁴。该法允许公私合伙合同双方就合同所产生的任何争端选择仲裁作为解决方式⁵。然而,该法同时要求仲裁在巴西境内进行而且仲裁程序必须使用葡萄牙语⁶。更为重要的是,该法只接受国内仲裁而禁止将与公私合伙合同相关的争端提交给国际仲裁庭解决。因此,外国投资者只能在本国法院提起损害赔偿请求,或是将争端提交适用巴西法的仲裁庭。该法表明巴西政府不愿意把涉及公共实体的案件(诸如国家与投资者之间的争端)提交国际仲裁⁷。巴西的BIT实践也印证了这一点:尽管该国已经签署了一些BIT,至今尚无一个BIT获准生效。

(三)委内瑞拉

近年来在委内瑞拉发生的某些事件也被认为是卡尔沃主义复苏的明证⁸。其中,勘探回合案(Exploitation Round Case)与MNCA案最为引人注目。

1 勘探回合案。1995年12月,一群委内瑞拉国民向委内瑞拉最高法院起诉,质疑委内瑞拉国会一项批件中的仲裁条款的合宪性⁹。该批件批准了1995年的一项石油勘探投标安排。该批件所批准的若干个/条件0中有一条(第17项条件)规定,所有由关联协议引起的争议均应由有拘束力的仲裁来解决。0¹⁰起诉方认为该项批件违反了委内瑞拉宪法第127条的规定,他们认为宪法第127条赋予了本国法院对于这类合同的排他性的管辖权¹¹。1961年委内瑞拉宪法第127条规定如下:

/在公共利益合同中,除依合同的性质无法适用的情形外,应视为内包含了这样一个条款(即使该条款在合同中并未被明确规定):即有关这类合同的任何争议或纠纷,如不能由合同双方协商解决,则应该由委内瑞拉有管辖权的法院,根据其法律来解决,而不得诉诸国际求偿。0¹²

因为最高法院从未曾就仲裁的合宪性作出过判决,而且此前律政司就这一问题意见也颇不一致¹³,因此该案吸引了广泛的关注。

1999年8月17日,最高法院对该案作出了判决¹⁴,认为该批件中的仲裁条款是合乎宪法的。最高法院认为虽然这些协议是/涉及到公共利益合同0,

但是符合第127条所规定的例外条件。该条款规定在/依合同的性质无法适用的情形0¹⁵下,可以排除本国法院管辖权。法院认为,该例外实际上使得政府可以通过国会批件的形式,在个案基础上决定在某一具体公共利益合同中可否包含仲裁条款¹⁶。最后,法院还认为,在本案中,仲裁庭所作出的最后裁决不会牵涉到/国家利益0¹⁷。虽然勘探回合案最终的裁决有利于仲裁与外国投资者,但是关于仲裁的合宪性问题并没有根本解决,因为最高法院并没有就关于/合同性质0例外的模糊性作出任何澄清。而在1999年通过的新宪法也未能解决该问题。出乎外国投资者的意料,原宪法第127条被原封不动地保留了下来,只是重新将其编号为第151条⁽¹⁰⁰⁾。

2001年3月,委内瑞拉总统签发了第4号指令,由国家履行的涉及到公共利益合同,尤其是包含国际仲裁条款的合同的国内审查机制作出规定⁽¹⁰¹⁾。根据该指令,关于公共利益合同中的仲裁条款是否符合新宪法

3 Tawil *ibid*

4 该法可见于巴西计划、预算与管理部的网站: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm > (visited on 22 June 2006)。英语版本可在下列网址中搜索到: < http://www.planajamento.gov.br/arquivos_down/ppp/legislacao/lei_11079_301204_eng.pdf > (visited on 22 June 2006)。

5 Art 11 III the PPP Law, *ibid*

6 *ibid*

7 Rubins指出,要使国际仲裁判决在巴西得到承认,唯一的办法是在外国投资者与阿根廷政府之间的合同中订立一个仲裁条款。因为/与那些给与外国投资者平等待遇和诉诸国际仲裁的明确保证的拉美国家不同,巴西没有这样的规定。0 See Noah D. Rubins, Investment Arbitration in Brazil 4 J WORLD INVESTMENT & TRADE 1071, 1080-1081, 1091 (2003)。

8 See Cremades *supra* note 21, at 81.

9 Elisabeth E. Eljuri (Caracas), Oil Opening: A Constitutional Challenge, posted at < <http://www.natlaw.com/pubs/spveen1.htm> > (visited on 12 February 2006)。

10 *ibid*

11 See Cremades *supra* note 21, at 81.

12 *Id*

13 See Eljuri *supra* note 90.

14 Cremades *supra* note 21, at 83 (citing Supreme Court Decision of August 17, 1999 File No 812-829)。

15 *ibid*

16 *ibid*

17 *ibid*

(100) Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela Article 151. An unofficial English translation of the Constitution can be found at the Australia Venezuela Solidarity Network Chavezwebsie < <http://www.ven2ezuelasolidarity.org/?q=node/53> > (last visit on April 10 2008)。

(101) Bernardo Weinger and David M. Lindsey - Venezuela, in International Arbitration in Latin America edited by Nigel Blackaby, David M. Lindsey and Alessandro Spinillo, Kluwer (2002), at 223, 235

第 151 条的问题, 必须提交给律政司进行审查⁽¹⁰²⁾。

另外, 随着最高法院的新法官宣誓就任, 人们怀疑最高法院先前作出的肯定公共利益合同中的仲裁条款符合宪法的判决也可能会改变⁽¹⁰³⁾。这种怀疑似乎已被 *Minera las Cristinas C A (MNCA) v Corporacion Venezolana de Guyana* 案 (*the MNCA Case*)⁽¹⁰⁴⁾ 所证实。

2 MNCA 案。该案涉及到委内瑞拉政府机构 CVG 与加拿大 Vanessa Ventures Ltd 公司持有其 99% 股份的委内瑞拉公司 MNCA 公司之间的采矿协议。该协议于 1992 年达成, 是关于拉斯克里斯蒂那 (Las Cristinas) 地区的金矿与铜矿的勘探与开采的⁽¹⁰⁵⁾。该协议包含一个争端解决条款, 要求双方当事人之间的任何争端都要提交给位于委内瑞拉境内的仲裁庭解决, 仲裁依据 ICC 仲裁规则与委内瑞拉民事诉讼法典作出⁽¹⁰⁶⁾。双方于 2001 年产生纠纷, 这导致 CVG 终止了该采矿协议并对该矿实施了事实控制⁽¹⁰⁷⁾。随后, 能源与矿业部发布了一个决议终止了该采矿协议, 并且政府也发布了一项总统令, 将拉斯克里斯蒂那矿区收归国有⁽¹⁰⁸⁾。

MINCA 公司在委内瑞拉法院先后对 CVG 的行为, 以及该部门决议和总统法令提起诉讼。但这些司法审查请求权都被驳回⁽¹⁰⁹⁾。2002 年 5 月, MINCA 又向最高法院提交了申请书, 请求执行协议中的仲裁条款⁽¹¹⁰⁾。而最高法院以该行为涉及国家财产因而不受仲裁约束为由又一次驳回了 MINCA 公司的请求⁽¹¹¹⁾。在陈述判决理由时, 法院表示前文提到的宪法第 151 条是判决的主要依据之一⁽¹¹²⁾。无疑, 这个案子证实了委内瑞拉对于国际仲裁的立场的不确定性。

阿根廷、巴西与委内瑞拉所发生的这些事件, 以及其他的拉美国家所发生的相似的事件, 如玻利维亚退出 ICSID⁽¹¹³⁾ 公约, 厄瓜多尔终止其已经签订的多个 BIT⁽¹¹⁴⁾ 等等, 清楚表明投资政策的浪潮正在转向。拉美国家不再一味热衷于实行投资自由化, 相反地, 一种更加保守的, 倾向于国家主义的方法看来正在占据上风⁽¹¹⁵⁾。换言之, 卡尔沃主义并不像许多人推断的那样在拉美已经消亡, 而是仍然活着并且日趋活跃。

二、卡尔沃主义的复苏: 拉美之外

卡尔沃主义的复苏现象并不局限于拉丁美洲。实际上, 拉美卡尔沃主义复苏现象只是世界范围内的对投资自由主义制度进行反思、修正甚至抛弃的新潮流的一部分。

因此, 首先, 令所有人吃惊的是, 卡尔沃主义发现其/在美国国会突然流行起来⁽¹¹⁶⁾ 一系列针对美国政府的投资案件被提交到国际仲裁庭, 尤其是 NAFTA 仲裁庭, 将向来竭力鼓吹毫无保留的投资自由化的美

国推到被告席上, 迫使其站在被告东道国的立场上开始对投资条约与建立在条约基础上的国际仲裁进行审视。人们发现, 自从 20 世纪 90 年代中期以来, 美国传统的高标准的投资保护的承诺已经发生/逐渐的、相对缓和(但很清晰)的弱化现象⁽¹¹⁷⁾。例如, 1994 年, 克林顿政府在其当时修订的 BIT 范本中放弃了要求国家恪守其对外国投资者所作出的承诺的所谓/保护伞条约 0 (*umbrella clause*)⁽¹¹⁸⁾。2001 年, 北美自由贸易协议

⁽¹⁰²⁾ Ibid at 235- 236

⁽¹⁰³⁾ Cremades note 21 above at 83.

⁽¹⁰⁴⁾ Bernardo M. Cremades, Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America, 7 Business Law International 53, 65 (2006) (citing Decision No. 0083 of the Political Administrative Chamber of the Supreme Court of 15 July 2004).

⁽¹⁰⁵⁾ Ibid

⁽¹⁰⁶⁾ Ibid at 66

⁽¹⁰⁷⁾ Ibid

⁽¹⁰⁸⁾ Ibid

⁽¹⁰⁹⁾ Ibid

⁽¹¹⁰⁾ Ibid

⁽¹¹¹⁾ Ibid

⁽¹¹²⁾ Ibid at 67.

⁽¹¹³⁾ 据报道, 玻利维亚政府已于 2007 年 5 月 1 日正式通知 ICSID 要求推出该公约。这是该公约缔结以来, 第一次出现的要求退出该公约的现象。同时, 该国政府还表示要修改已经签订的 BIT 的投资定义、业绩要求与争端解决等条款, 以确保国家利益与国内法院的管辖权。详见 Dan on Vis- Dunbar, Luke Eric Peterson and Fernando Cabrera Diaz, Bolivia notifies World Bank of withdrawal from ICSID, pursues BIT revisions, Investment Treaty News (ITN) (May 9, 2007), published by the International Institute for Sustainable Development (www.iisd.org/investment/itn).

⁽¹¹⁴⁾ 2007 年 9 月, 厄瓜多尔政府宣布将终止与美国的 BIT。10 月, 她宣布她不再同意将有关石油和采矿部门的投资争议提交 ICSID 仲裁。最近, 她又宣布她将终止其与九个国家签订的 BIT。参见 Luke Eric Peterson, Ecuador announces that it wants out of US investment treaty, Investment Treaty News (ITN) (May 9, 2007), published by the International Institute for Sustainable Development (www.iisd.org/investment/itn); LATIN AMERICAN ADVISOR, Ecuador and Investment Treaties, posted at <http://203.208.37.104/search?q=cache:XoT27qFBw1cJwww.latin2businesschronicle.com/app/article.asp%3Fid%3D2129+us+ecuador+investment+treaty+terminat&hl=zh-CN&ct=ch&cd=5&gl=cn&st_usg=ALhdy28lbnMK8AQgBp54pWP_eJNY7K5IA> (last visit on 25 June 2008).

⁽¹¹⁵⁾ 卡尔沃主义在拉美的/复活0或/重生0问题已经引起了广泛的关注。比如, 在 2005 年 9 月, 华盛顿律师协会适时组织了一个名为/卡尔沃主义的重生0的研讨会。District of Columbia Bar / The Resurgence of the Calvo Doctrine 0 seminar program, http://www.bg-consulting.com/docs/calvo_program.jpg (last visited Feb 15, 2007).

⁽¹¹⁶⁾ David Schneideman, Calvo in Congress: The Migration of Constitutional Investment Rules, http://www.ualberta.ca/GLOBALISM/pdf/Au%20pdfs/schneidemanab.pdf (last visited Feb 15, 2007).

⁽¹¹⁷⁾ Garbaldj, supra note 72, section 1.03[3] [c].

⁽¹¹⁸⁾ Ibid

中的三个成员国在美国的带动下,正式通过了一项有约束力的解释性声明,指出/-公正与公平待遇.和-完全的保护与安全.(full protection and security)只能理解为国际法关于外商投资的最低待遇标准⁽¹¹⁹⁾,而不是更高的待遇,试图以此削弱 Pope & Tabot Inc v Canada⁽¹²⁰⁾案判决等所带来的不利影响。2002年,国会通过一项有关政府在贸易与投资条约方面谈判的权力的法案,要求:

/, , 美国就外国投资方面谈判的基本目标是减少或消除对外国投资所设置的人为的或者有贸易歪曲(trade distorting)效果的法律障碍,同时确保在投资保护方面外国投资者所享受的实体权利不应高于本国投资者,并且保护投资者享有可与依据美国法的原则与实践所享有的权利相比拟的一些重要的权利。⁽¹²¹⁾

有人称这项法案为/国会中的卡尔沃法案,因为它所确立的国际投资立法政策采用的是与卡尔沃主义非常类似的语言。根据这种新政策,美国政府 2004年对其 BIT 范本⁽¹²²⁾进行了修正并在其 BIT 实践中采取了一些更加保守的做法。例如,美国与乌拉圭之间签订的 BIT 是自范本修订之后美国签订的第一个 BIT。该 BIT 缩小了/投资 0 的范围⁽¹²³⁾,对间接征收进行了界定与澄清,规定仅是对某投资的经济价值造成负面影响并不构成一项间接征收,并且除非有特殊情况,一方为实现保护合法的公共福利的目标比如公共健康、安全和环境而采取的非歧视性的管制措施并不构成间接征收。此外,在美乌 BIT 中还规定了一个特别程序,防止在争端解决过程中出现滥诉的情形⁽¹²⁴⁾。并且,该 BIT 还规定要建立一个上诉审查机制对仲裁裁决进行审查,以保证裁决的一致性⁽¹²⁵⁾。

其次,许多其他国家,比如加拿大、日本和某些拉美国家,正紧步美国后尘。因此有人认为加拿大新的 BIT 范本引人注目,因为它标志着在以往对私人投资者提供的过高保护水平的基础上有所回退。⁽¹²⁶⁾与此同时,联合国贸易发展委员会(UNCTAD)的一份报告则称以美国与加拿大新 BIT 范本为代表的/新一代 BIT 实际上已经诞生⁽¹²⁷⁾。这些 BIT 呈现出四个主要特征,其主要趋向在于一方面缩减了实体义务范围,另一方面对诉诸国家与投资者之间的争端的解决机制施加了更严格的控制⁽¹²⁸⁾。

再者,在世界范围内建立一个保护并使投资自由化的多边条约的努力一而再、再而三的遭到挫败。OECD 内 MAI⁽¹²⁹⁾的失败表明即使在发达国家,如 OECD 成员国之间,国际投资自由化也不能实现⁽¹³⁰⁾。而在坎昆部长级会议上,在 WTO 框架下进行 MAI 谈判也遭到了否决⁽¹³¹⁾,这意味着在全球范围内建立一

个自由化的投资制度的又一次重要努力再次流产。

最后,政府对投资自由化态度的转变同样可以从国内立法的变化和 BIT 的增长趋势中反映出来。如表 1 所示,自 2000 年以来,限制性的国内法措施处于上升势头。2000 年,只有 2% 的法律上的改变是限制性的,而这种改变 2001 年则上升到 7%,2003 年达到了 10%,而 2004 年又增长了 3 个百分点。在这段时间,唯一下降的年份是 2002 年,但是这种下降的幅度是非常小的(从 7% 到 9%),并不能改变总体趋势。

(119) Ibid

(120) Pope & Tabot Inc v Canada, 13 World Trade & Arb. Mat. 161 (Apr. 10, 2001), available at http://www.dfaifm.aecig.ca/na2nac/documents/Award_Merits- e.pdf 裁决主张公正和平等待遇以及完全的保护和安全是一般国际法规定的国际最低标准待遇之外的另一种义务。Id. at? 111.

(121) Trade Act of 2002, Pub. L. No. 107-210, § 2102(b)(3), 116 Stat. 995.

(122) TREATY BETWEEN THE GOV. T OF THE UNITED STATES OF AM. AND THE GOV. T OF [COUNTRY] CONCERNING THE ENCOURAGEMENT AND RECIPROCAL PROT. OF INV. (2004 Model BIT) (United States Trade Representative), http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf (last visited April 10, 2008).

(123) 与此前的以财产为基础对投资进行定义不同,美国-乌拉圭 BIT 选择用经济学术语来界定/投资 0, 该定义原则上包含了投资者拥有和控制的任何财产。但是该定义同时又规定这些财产必须/具有投资属性 0, 比如/有资本和其他资源的投入、具有收益预期以及风险的承担。0 Treaty Between the United States of Am. and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Prot. of Inv., U. S. - URUGUAY [Date of Treaty], http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/BIT/Uruguay/asset_upload_file748_9005.pdf (last visited Feb. 15, 2007) at k A, Art. 1 [hereinafter US-Uruguay BIT].

(124) U. N. Conference on Trade and Development [UNCTAD], Recent Developments in International Investment Agreements UNCTAD/WEB/ITE/III/2005/1, IIA MONITOR NO. 2 (2005), at 5, available at <http://www.unctad.org/Templates/Download.asp?docid=6294&lang=1&intItemID=3784>.

(125) Id.

(126) James McIlroy, Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement: Two Steps Forward, One Step Back?, 5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 621, 646 (2004).

(127) UNCTAD, supra note 8, at 4.

(128) Id. at 4-6.

(129) Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Multilateral Agreement on Investment Document 2: Final Text From the Negotiations, <http://www1.oecd.org/data/mai/> (last visited Jan. 22, 2007).

(130) Id.

(131) Decision Adopted by the General Council, Doha Work Programme, ¶ (1)(g), WT/L/579 (Aug. 2, 2004), available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/ddadraft_31ju04_e.pdf.

同时, 值得注意的是, 尽管每年仍然有相当数量的 BIT 缔结, 从 1996 年以来新缔结的 BIT 总体上呈明显减少趋势。(见表 1)。

表 1 2000- 2004 年间所采取的限制性的措施

年份	法律变化的数量	采取更具限制性措施的法律变化的数量	限制性措施在法律变化中的百分比 (%)
2000	150	3	2
2001	208	14	7
2002	248	12	5
2003	244	24	10
2004	271	36	13

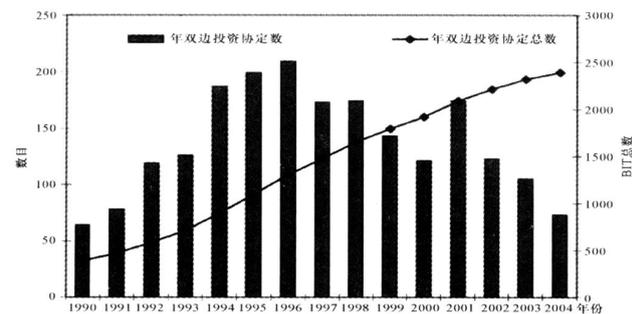


图 1 1990- 2004 年间缔结的 BIT 的数量⁽¹³²⁾

可见, 即使在拉美之外, 国际投资浪潮也正在转向, 无论是发达国家还是发展中国家都无一例外地不再完全热衷于投资新自由主义⁽¹³³⁾。相反, 即使是以往作为自由投资体制的最狂热支持者的发达国家, 如美国, 也已开始重新思考国际投资条约的作用和功能, 并重新设计他们的 BIT 计划以克服先前的自由投资体制所带来的不利因素⁽¹³⁴⁾。卡尔沃似乎正在国际投资争端解决的硝烟中逐渐收复失地。

三、未来的国际投资法: 介于经济自由主义和卡尔沃主义之间的第三条道路

卡尔沃主义的复苏现象表明以 BIT 为代表的国际投资条约所体现的投资自由化理念, 既不理想, 也难以继⁽¹³⁵⁾。然而, 人们仍然不能确知卡尔沃主义的复苏现象会不会只是昙花一现, 会转瞬即逝, 还是将一直持续下去, 直到完全复活并重新统治世界? 换句话说, 国际投资法的政治经济学究竟是会被卡尔沃主义所象征的 / 经济国家主义 0 所完全取代, 还是会继续由新自由主义所统治? 对这个问题的答案, 目前仍不甚明了⁽¹³⁶⁾。

笔者认为, 在可预见的未来, 卡尔沃主义复苏的潮流将会继续, 不过它不可能完全恢复到它最初的状态。它会以一种修正后的模式复活, 最终达到投资者与东

道国之间的利益与权利的平衡。理由有两方面: 一方面, 已如前述, 卡尔沃主义的复苏不单是发生在某一国家或者某一地区的现象, 而是在世界范围内发生的一个比较普遍的现象。这样一种全球性潮流是不太可能在短时间内逆转和消失的; 另一方面, 从根本意义上说, 卡尔沃主义死亡与再生的经历暴露了传统的卡尔沃制度以及现行的占主导地位的投资自由主义制度的根本缺陷: 即东道国与外国投资者之间权利与义务的不平衡性。

在 20 世纪 80 年代以前, 当卡尔沃主义在拉丁美洲及国际场合))) 例如联合国大会))) 占统治地位的时候, 东道国对外资拥有绝对的权力, 几乎不受国际法的约束⁽¹³⁷⁾, 而投资者无法得到任何国际法的保护而必须承担巨大的风险和负担, 这时候的国际体制明显地偏向于东道国。从 20 世纪 80 年代起, 特别是在 90 年代, 当包括拉美国家在内的世界各国全心全意拥抱新自由主义投资制度之后, 外国投资者享受到了 BIT 及其他法律文

⁽¹³²⁾ Source UNCTAD (www.unctad.org/ia). [0]

⁽¹³³⁾ 20 世纪 90 年代可被称为 / 新自由主义 0 时代。在那一时期, 投资和贸易自由化几乎获得了世界上所有国家的支持。不论是发达国家还是发展中国家。最好的例证就是曾是卡尔沃主义最忠实的拥护者和支持者的拉美国家都改变了对外国投资的态度并且开始缔结象征投资自由化的 BIT。SHAN, supra note 13, Sections II- VI

⁽¹³⁴⁾ 上述 / 国会卡尔沃 0 法案就是发达国家改变其态度的最好例证。

⁽¹³⁵⁾ BIT 往往将其自身界定为自由主义的协定。这从规定其目标的序言中可以看出。比如, 他们大都规定缔约目的是为投资创造有利条件并推动经济繁荣。正如 Kenneth Vandevelde 所指出的, BIT 产生和发展的历史 / 表明吸引国家缔结 BIT 的主要原因之一就是它支持自由主义主张。0 Kenneth J. Vandevelde, The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty 92 AM. J. INT. LL. 621, 627 (1998). BITs 的自由主义性质已在实践中被仲裁庭所承认并且影响到了对 BIT 条款的解释。Id at 627- 28

⁽¹³⁶⁾ Vandevelde 是最早研究 BIT 政治经济学的学者之一。根据他的观点, 与 BIT 有关的有三个主要的政治经济学理论: 经济民族主义理论、经济自由主义理论和马克思主义经济理论。其中, 马克思主义经济理论对外国投资采取敌对态度, 认为它们是推行新自由主义的工具, 会使本国经济受到外国的控制并导致经济倒退。随着苏联的瓦解和中国以及其他社会主义国家的改革, 这一理论不再流行。经济民族主义理论主张对国际投资进行规制, 以保证其为服务于国内政治需要。主张经济民族主义的发展中国家通常通过制定干预政策来对控制外资的进出流量。这类干预政策包括保护性关税、税收鼓励、投资审核以及履行要求等, 目的是吸引那些会加快本国发展的外商投资, 同时禁止那些不利于发展的投资, 同时确保投资设立以后, 其运营也符合国家政策。卡尔沃主义就是这一理论的典型代表。经济自由主义理论主张国家干预的自由市场能导致价值的最大化。相应的, 自由主义理论倡导资本自由跨界流动, 本质上主张国家应当允许由市场来决定国际投资的流向。要更进一步理解这些理论基本特征, 详见 Vandevelde id at 621- 28

⁽¹³⁷⁾ 更多有关卡尔沃主义的缘起以及在 20 世纪 80 年代之前该理论的影响, 参见 SHAN, supra note 13, Section I

件所赋予/类宪法0的保障与特权⁽¹³⁸⁾,而东道国政府则被迫步步退让)))这也是一种不平衡,只不过这种不平衡是偏向外国投资者的。由此可见,这两种国际投资制度,虽然各自有其价值,但都不是理想的制度。

卡尔沃主义不可能完全恢复到最初的状态,因为在全球化时代,没有一个国家能完全固步自封,游离于世界之外。日渐密切的国际交流必然导致日趋完备的国际规则,以确立有关的国际实体标准与程序救济措施。卡尔沃主义原先所倡导的对这种国际标准与国际救济的完全反对的态度既不现实,亦非必要。传统的卡尔沃主义与当今世界是不相容的,即使它曾经是适应这个世界的。反过来,新自由主义的投资制度也必须改革,以避免阿根廷与其他拉美国家近年来所遭遇的/进退两难0的困境⁽¹³⁹⁾。一个理想的外国投资制度,必须在先前这两种制度间寻求一个平衡点)))我们或许可以称之为国际投资法的/第三条道路0。

以美国和加拿大 BII 范本为例的新一代 BII 或许可被认为是朝上述方向迈进的一步⁽¹⁴⁰⁾。然而它们只是对 BII 作了很小的改动,这些小改动并没有从根本上改变其以新自由主义为精髓的本质特征。这类投资条约只注重保护投资者并且赋予其更多的权利而未能充分考虑东道国的权利和投资者的义务⁽¹⁴¹⁾。

为了彻底解决投资者与东道国之间权利与义务的不平衡问题,需要采取一种更为激进的甚至革命的方案。有两个可供选择的可能性:第一种可能,是就国家的权利和外国投资者的义务制定双边的,最好是全球性的协议,作为现有的自由主义的 BII 及相关法律的补充。这种方法或许可以称为/补充法0 (complementary approach)。类似措施已经在全球及多边层面上屡有尝试,但却收效甚微⁽¹⁴²⁾。我们可以看到,多边层面上,OECD制定了5多国企业指南6来规范和引导成员国多国企业的经营管理。但该指南没有强制约束力。在全球层面上,联合国曾公布了其草拟的5跨国公司行动守则草案6。该守则在20世纪七八十年代曾引起人们的广泛讨论,但却在90年代的全局投资自由化的浪潮中被迫放弃⁽¹⁴³⁾。最简单的办法也许就是恢复制定该守则的工作,并在其基础上建立一个规范外国投资者义务和责任的有约束力的全球公约。

第二种方法或许可以称为/综合法0 (consolidated approach),即在双边或多边投资文件中增加有关东道国权利和外国投资者义务的规定。这将会实质性地改变 BII 的性质与理念,使其由片面保障和授权外国投资者的自由主义条约转化为一个能够平衡各方,特别是东道国与外国投资者的利益、权利和义务的一种更为合理的条约。在这方面我们可以参考/可持续发展国际研究所0 (IISD)所制定的/可持续发展国际投资

协议0范本,它是在构建一个/综合性0的国际投资协定方面所作出的第一个有力的尝试⁽¹⁴⁴⁾。它旨在寻求外国投资者、东道国及母国之间的利益平衡。该范本将其目标规定为:促进支持可持续发展的外商投资,特别是对发展中国家以及欠发达国家的这种投资⁽¹⁴⁵⁾。据此,鼓励投资不再是单一的目标,该目标必须受到另一个目标,即可持续发展目标的检验和限制。而且, IISD 范本协议前言明确提出其宗旨在于寻求/投资者、东道国与母国在国际投资中权利与义务的完全平衡0⁽¹⁴⁶⁾。为达此目标, IISD 范本正文中列出了相关各方的一系列实体性的权利与义务(详见表2)。协议同时还给出

⁽¹³⁸⁾ 有些学者认为双边投资条约以及其他的投资条约体现了国内宪法的某些特征,因为它们要求政府受类似宪法的规则约束。这些规则要求国家保护自然人和公司的私人财产不受歧视待遇,他们的投资所获利益不应被征收。而且这些规定也产生了类似宪法的义务,可以由仲裁庭和法院予以强制实施。See David Schneiderman, NAFTA's Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada, 46 U OF TORONTO L J 499 (1996). See also Stephen Clarkson, Somewhat Less Than Meets the Eye: NAFTA as Constitution, Address at the International Sociological Association Annual Meeting (Jul 27, 1998), <http://www.chass.utoronto.ca/~clarkson/manuscripts/eccconstitution98.html>

⁽¹³⁹⁾ 在撤销裁决的申请中,阿根廷主张 ICSID 在 CMS 一案的判决事实上使处在经济危机中的阿根廷陷入/两难0的境地:要么坐等本国经济崩溃,要么采取措施来挽救经济,但这却意味着要给因此受到影响的投资者以巨额赔偿,同样会导致国家破产。See Luke Peterson, Argentina Moves to Annul Award in Dispute with CMS Company over Financial Crisis, INVESTMENT TREATY NEWS (ITN) (Int'l Inst Sustainable Dev, Winnipeg Manitoba Canada), Oct 26, 2005, at k 4, para 14 http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_oc26_2005.pdf

⁽¹⁴⁰⁾ 例如 Janes McIlroy 指出加拿大新的 BII 范本试图/在私人投资者利益与主权国家基于公共利益规制投资的权利之间寻求平衡0。McIlroy supra note 126, at 644-45

⁽¹⁴¹⁾ 例如 Brewer and Young 在 90 年代曾撰文指出国际投资立法的重心已经由/强调公司的义务和政府的权利0转移到/强调公司的权利和政府的义务0上来。See Brewer Tomas L., and Young Stephen, Towards a Multilateral Framework for Foreign Direct Investment: Issues and Scenarios, Transnational Corporations, vol 4, no 1 (April 1995), at 74-75

⁽¹⁴²⁾ See WENHUA SHAN, THE LEGAL FRAMEWORK OF EU-CHINA INVESTMENT RELATIONS (2005), at 274

⁽¹⁴³⁾ 最后的修改在 1988 年完成,但是该项工作在 1990 年初终止了。M Somarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press 275-283 (2004).

⁽¹⁴⁴⁾ The Model Agreement, together with a negotiators' handbook, is available on the International Institute for Sustainable Development (IISD) website <http://www.iisd.org/publications/publication_list.aspx?themeid=7> (last visit on 10 April 2008). The Model Agreement was also published in 20 CSD REV. - FOREIGN INVESTMENT L J 91, (2005).

⁽¹⁴⁵⁾ IISD MODEL INTERNATIONAL AGREEMENT ON INVESTMENT FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (Int'l Inst Sustainable Dev (IISD) 2005), art 1, 20 ICSID REV. - FOREIGN INVESTMENT L J 91, (2005) [hereinafter IISD MODEL AGREEMENT].

⁽¹⁴⁶⁾ Id

表 2 5 IISD 范本 6 外国投资者、东道国和

母国主要权利和义务一览表⁽¹⁴⁷⁾

当事方	权利	义务
外国投资者		遵守国内法
	国民待遇	投资前的影响评估
	最惠国待遇	反腐败
	国际最低待遇标准	环保以及遵守国际环境法义务
	无赔偿不得征收	保护人权
	有效管理	遵守核心劳工标准
	财产自由转移	信息公开
东道国		投资者作为国民 / 居民应尽的义务
	国家固有的规制权	程序公平
	和发展政策制定权	统一的环保和劳工标准
	制定履行要求 (国民待遇的例外)	履行环保、劳工和人权的最低标准要求
	保护投资	反腐败
母国	获取投资者信息	信息公开
		为本国投资者海外投资提供便利
	在争端解决过程中呼吁保护本国投资者	提供有关投资者的信息 确保本国程序法允许就投资者的责任举行听证会 反腐败

了三项措施以确保这些权利与义务的实施。第一,它鼓励各国将协议中的各项权利与义务写入各国国内法,从而使得国家可以针对投资者提起国内救济措施⁽¹⁴⁸⁾。再者,东道国可以向范本所设计的国际投资争端解决机构控诉投资者不履行义务:东道国一方面可以以投资者长期未履行规定的义务为由要求撤销其条约项下的权利;另一方面,也可以在投资者起诉其违反东道国义务时提出反诉⁽¹⁴⁹⁾。最后,该范本还效仿经合组织 5 多国企业指南 6 的做法,规定建立一个国内机构负责调查公民社会所提起的有关跨国公司未在母国或东道国履行义务的控诉⁽¹⁵⁰⁾。

IISD 投资协议范本包含一些很有趣的创新点。例如,允许东道国就外国投资者未能履行义务而提起直接诉讼就不失为一项颇有创新的举措。虽然目前尚不知此项举措在实践中能否奏效以及应如何运作,但是它的确可以说是目前国际投资条约中这种一边倒的投资者 / 东道国争端解决机制的一个 / 合乎逻辑的推论⁽¹⁵¹⁾。尽管该范本目前还只是处于初级阶段,有许多地方都有待于进一步的研究改进⁽¹⁵²⁾,但它是在东道国与投资者之间寻求权利与义务平衡的一次有影响的尝试,值得深入和认真地研究。

四、结论: 从 / 南北矛盾 0 到 / 公私冲突 0

卡尔沃主义在拉美内外的复苏不仅仅表明了世界各国对待国际投资制度的态度和理念发生了重大转变,同时也体现了国际投资法领域论争焦点的一大转变。之前关于国际投资法律文件,例如联大有关决议⁽¹⁵³⁾和 BII 的争论,体现的是作为资本输出国代表投资者利益的发达国家,与作为资本输入国代表东道国利益的发展中国家之间的矛盾⁽¹⁵⁴⁾。换言之,也就是说先前的国际投资立法的主要焦点集中在南北关系上,表现为南北国家之间的分歧与对立关系。发达国家企

⁽¹⁴⁷⁾ Mann, *supra* note 147, at 88.

⁽¹⁴⁸⁾ Howard Mann, *The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: An Introductory Note*, 20 *CSID Rev. - Foreign Investment L J* 84, 86 (2005).

⁽¹⁴⁹⁾ *Id.* at 86.

⁽¹⁵⁰⁾ *Id.* at 87.

⁽¹⁵¹⁾ *Id.* at 86.

⁽¹⁵²⁾ 例如, 范本第十一条第 A、B 两款在主张适用国内法和国内法院管辖的同时,应该指出该项规定尚且受制于有约束力的国际法,特别是国际条约义务的约束。See IISD MODEL A2 AGREEMENT, *supra* note 145, art. 11(A) - (B).

⁽¹⁵³⁾ 第 1803 号决议和第 3281 号决议是有关国际投资待遇标准的最为重要的联大决议,特别是在征收及其赔偿方面。通常人们认为这两个决议立场互相对立,并且法律效果也不相同。然而,笔者主张这两个决议需要结合在一起考虑,因为两个决议是同一种形成中的国际法规则在不同的发展阶段的成果表现,应该具有同等的法律效果。See SHAN, *supra* note 142, at 181 - 87. See also Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources G. A. Res. 1803 (XVII), at 223, U. N. Doc A/RES/1803 (XVII) (Dec. 14, 1962); Charter of Economic Rights and Duties of States G. A. Res. 3281 (XXIX), at 251, U. N. Doc A/RES/3281 (XXIX) (Jan. 15, 1975).

⁽¹⁵⁴⁾ 有关于这一方面的文章数不胜数。See, e.g., S. FR EDMAN, *EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL LAW* (1953); Charles N. Brower, *Current Developments in the Law of Expropriation and Compensation: a Preliminary Survey of Awards of the Iran/United States Claims Tribunal*, 21 *INT. L. LAW.* 639 (1987); Rudolf Dolzer, *New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property*, 75 *AM. J. INT. L.* 553 (1981); Francesco Francioni, *Compensation for Nationalisation of Foreign Property: The Borderland Between Law and Equity*, 24 *INT. L. AND COMP. L. Q.* 255 (1975); Rosalyn Higgins, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, 176 *RECUEIL DES COURS* 263 (1982); Eduardo Jimenez de Archaga, *State Responsibility for the Nationalisation of Foreign Owned Property*, 11 *N. Y. U. J. INT. L. L. & POL.* 179 (1978); Davis R. Robinson, *Notes and Comments: Expropriation in the Restatement (Revised)*, 78 *AM. J. INT. L.* 176 (1984); Oszkar Schachter, *Compensation for Expropriation*, *id.* at 121; M. Somarajah, *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, 20 *J. WORLD TRADE L.* 79 (1986); F. A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 *BRITISH YEARBOOK INT. L.* 241 (1981).

图推进投资自由化,而发展中国家则试图对此进行抵制并维护其对外国投资进行限制和控制的权力。最近,情形发生了变化,变得更加复杂。跟 30、40年前不同的是,南北分歧缩小了,显得已经不那么明显和重要。同时,外国投资者的私人利益与东道国公共利益之间的冲突却日显突出,已经成为争论的主要焦点。简言之,国际投资立法争论的焦点与主要特征似乎已经由先前的/南北矛盾0转为如今的/公私冲突0。促成这一转变的原因是多方面的,究其要,主要有如下四个方面。

第一个原因是,发达国家在国际投资方面的角色的转变,或者说/觉醒0。20世纪90年代之前,包括美国、加拿大在内的发达国家,只将自己视为资本输出国(尽管从绝对价值量上看它们同时也是主要的资本输入国),代表的是外国投资者的利益。因此它们积极推进双边或多边投资条约项目,不遗余力地为其在国外的投资者提供最大可能的保护。90年代以来,尤其是投资者依据5北美自由贸易协定6(NAFTA)第十一章的提起一系列的仲裁案件发生之后,一些国家已经开始意识到自己同时也是主要的资本输入国这一事实。它们竭尽全力保护自己作为东道国的权利和利益,正如发展中国家在20世纪六七十年代所做过的那样。根据 Todd Weiler 的统计,迄今为止针对美国的案件至少有 16起,针对加拿大的至少有 13起⁽¹⁵⁵⁾。这些案件迫使两国政府站在资本输入国的立场上来思考问题,这在以前似乎只是发展中国家的事情。正因如此,才会有这些发达国家修正它们的 BII 项目,增强对国家权力保护的做法。主要发达国家的此种转变使得它们与发展中国家之间有了更好的相互理解和利益趋同:作为投资东道国,它们都同样地需要在国际投资立法中确保他们能有效地管理和规范外国投资者及其投资。

第二个原因是,发展中国家在国际投资中的角色也发生了改变。不少发展中国家已经成为世界上日益重要的外国投资者。联合国贸易与发展委员会(UNCTAD)在52004年世界投资报告6中着重强调指出/发展中国家外国直接投资流量已经变得越来越重要。0⁽¹⁵⁶⁾报告同时指出,一些发展中国家,诸如马来西亚、韩国以及新加坡,在对外投资方面已经摸索出了自己的路子⁽¹⁵⁷⁾。其它国家,诸如智利、墨西哥及南非等国也都参与进来⁽¹⁵⁸⁾,巴西、中国、印度等国也都先后效仿,开始起步⁽¹⁵⁹⁾。相对而言,一些发展中国家和地区,如新加坡、香港、台湾,对外直接投资已位居一些发达国家(如德国、日本、美国)前列⁽¹⁶⁰⁾。而且,在过去的15年中,发展中国家的对外直接投资的增速已经超

过了发达国家)))截止到20世纪80年代,发展中国家的对外投资额微乎其微,而2003年却占世界外资总储量的10%以上,当年世界外资流量的差不多6%的比重(分别为9000亿美元和360亿美元)⁽¹⁶¹⁾。即使按全球标准来衡量,一些发展中国家已经成为重要的国际投资者⁽¹⁶²⁾。

发展中国家在对外投资方面地位的上升已经对它们在国际投资立法中的实践产生了影响。例如,从20世纪90年代后期以来,中国已经明显提高了其对外国投资的实体保护,同时放宽了外国投资者将争议诉诸国际仲裁法庭的限制,这些变化与其日益增长的对外投资是分不开的⁽¹⁶³⁾。

近年来,发展中国家间缔结的 BII 数量的增长也表明了发展中国家角色的转变。例如,52005年世界投资报告6指出,2004年缔结的 BII,绝大多数是发展中国家之间缔结的⁽¹⁶⁴⁾。这表明不少发展中国家已走向了/自主的自由化0道路,其角色与发达国家日渐趋同。发展中国家角色的改变与前面提到的发达国家类似的角色转换交相辉映,进一步增进了双方在国际投资立法中的相互理解,拓展了双方的共同利益。

第三个原因可能是,发展中国家为保护和促进外国直接投资的国内法律基础设施已有显著改善和提

⁽¹⁵⁵⁾ See Todd Weiler, *Naftaclaims.com*, http://www.naftaclaims.com/disputes_canada.htm; *id.*, http://www.naftaclaims.com/disputes_us.htm (last visited Jul 31, 2006).

⁽¹⁵⁶⁾ U. N. CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT [UNCTAD], *WORLD INVESTMENT REPORT 2004: THE SHIFT TOWARDS SERVICES*, at 19, U. N. Doc UNCTAD/W R/2005, U. N. Sales No. E. 04. II D. 33 (2004). See also Chart 2

⁽¹⁵⁷⁾ *Id.*

⁽¹⁵⁸⁾ *Id.*

⁽¹⁵⁹⁾ *Id.*

⁽¹⁶⁰⁾ *Id.*

⁽¹⁶¹⁾ *Id.*

⁽¹⁶²⁾ 比如,在2003年,中国香港的对外直接投资额比瑞典高。即便将/迂回投资0和非直接投资计算在内也是如此。此外,香港的跨国公司数量也很突出。其他发展中国家,如新加坡、墨西哥和南非,也是如此。 *Id.*

⁽¹⁶³⁾ 1998年以来,中国已经有越来越多的 BII 允许将外国投资者与东道国之间的投资争端提交国际仲裁。不少甚至规定所有的投资争端都可以自动提交包括 ICSID 在内的国际仲裁。迄今为止,4个含有此类条款的 BII 已经生效,另外有16个有待批准。中国开放此领域的一个主要原因就是在过去几年里中国的海外投资有大幅增长,同时政府也积极鼓励国内企业/走出去0。

⁽¹⁶⁴⁾ 报告指出,有28个 BII 是在发展中国家之间签订,占总量的38%。 See UNCTAD, *WORLD INVESTMENT REPORT 2005: TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONALIZATION OF R&D*, at 24, U. N. Doc UNCTAD/W R/2005, U. N. Sales No. E. 05. II D. 10 (2005).

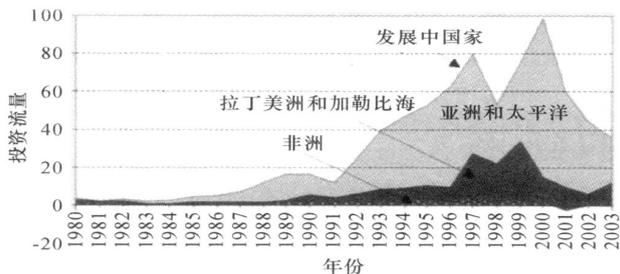


图 2 1980-2003 年间发展中国家所在地区
对外直接投资流量 (10 亿美元)⁽¹⁶⁵⁾

高。这一变化主要应归因于各国多年来不断修订完善其国内立法并缔结大量投资协定 (尤其在 90 年代签订的) 的努力。根据 5 2005 年世界投资报告 6, 从 1991 年起, 每年平均有 64 个国家都对自己的 FDI 法规做出调整。在此期间做出的 2156 个修订中, 促进投资自由化的修订就有 2006 个, 占到了总变化数量的 93% (参照表 3)⁽¹⁶⁶⁾。投资自由化的另一个重要因素是双边投资协定 (BITs) 的大量签订。联合国贸易与发展委员会 (UNCTDA) 统计数字表明, 截止到 2004 年底, 世界范围内的 BIT 总数已达到 2392 个, 其中 2010 个签订于 90 年代。(参看图 1)⁽¹⁶⁷⁾。而且, 各国还积极参与双边的、区域的及跨区域的贸易与投资协定 (PTIAS) 的谈判。到 2005 年为止, 已签署此项协议 212 个, 其中大约 87% 是在 20 世纪 90 年代签署的⁽¹⁶⁸⁾。国内法律的这些修改, 连同大量的国际投资条约的签订, 显著缩小了发展中国家与发达国家在国际投资法律保护方面的差距。诚然, 差距仍然存在, 但是比起 30 年前来说, 形势已大有改观。因此, 对外国投资进行进一步的法律保护的不再像从前那么迫切, 发展中国家与发达国家在国际投资立法中争论的问题也日渐减少。因此, 这就使人们的注意力转移到了一个更为普遍的问题上来, 即公私利益的冲突。

第四个原因是, 非政府组织在国际投资立法中的广泛参与提高了人们对规制国际投资的重要性和必要性的认识。早期的 NAFTA 关于投资仲裁的案例, 尤其是颇有争议的 *Metalclad v Mexico*⁽¹⁶⁹⁾ 等案件, 使得很多非政府组织将注意力集中到国际投资条约及相关仲裁实践上。OECD 5 多边投资协议 6 草案的谈判和多哈回合中关于 WTO 框架下的多边投资协议的谈判, 都清楚表明了非政府组织在国际投资立法中参与的广度与深度。诚然, 不同的非政府组织有着不同的使命, 其观察问题的角度也有所不同。但是它们却共同关注到一点: 即投资自由化不能以重要的公共利益, 诸如人

表 3 1991-2004 年国内立法的改变⁽¹⁷⁰⁾

年份	修改外国直接投资法律的国家	对外国直接投资法律的修改数量	对外国投资者有利的修改	对外国投资者不利的修改
1991	35	82	80	2
1992	43	79	79	0
1993	57	102	101	1
1994	49	110	108	2
1995	64	112	106	6
1996	65	114	98	16
1997	76	151	135	16
1998	60	145	136	9
1999	63	140	131	9
2000	69	150	147	3
2001	71	208	194	14
2002	70	248	236	12
2003	82	244	220	24
2004	102	271	235	36

权、环境以及劳动标准等等, 为代价。简言之, 它们突出强调了为维护公共利益而规制外国投资的重要性。近年来, 这些组织 (大部分建立在发达国家) 在国际与国内法律与政策的制定过程中发挥着越来越明显的影响。相应地, 它们帮助提高了公众 (尤其发达国家的民众) 对管理和规范外国投资必要性的认识, 从而客观上有助于国际投资法立法重心的转向。

综上所述, 近年来, 国际投资法立法的争议焦点似乎已经发生了重要转变: 从 / 强国 0 与 / 弱国 0 的对立, 即 / 南北矛盾 0, 转向 / 国家主权 0 对 / 公司主权 0⁽¹⁷¹⁾ 的对立, 即 / 公私冲突 0。果如是, 则人们有理由相信, 缔结一个利益均衡的全球性的投资条约, 或许为期不会太远。

(责任编辑: 司国安 靳荟莉)

(下转第 21 页)

⁽¹⁶⁵⁾ Source UNCTAD, FDI/INCO database (www.unctad.org/fdi2statistics).

⁽¹⁶⁶⁾ Id. at 28

⁽¹⁶⁷⁾ Id.

⁽¹⁶⁸⁾ Id.

⁽¹⁶⁹⁾ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (30 August 2000).

⁽¹⁷⁰⁾ Source UNCTAD World Investment Report 2005, p. 26

⁽¹⁷¹⁾ 考虑到大型跨国公司的规模, 以及它们现在根据 BIT 可以直接状告东道国政府的事实, 可以说他们实质上已经享受了某些 / 主权 0 权利, 具备了某些 / 主权 0 特征。称之为 / 公司主权 0, 或不不为过。

- [EB/OL]. [2007- 12- 17] http://news.xinhuanet.com/world/2007-12/17/content_7265900.htm
- [17] 日刊. 世界经济经得起美国/ 跌跤 [EB/OL]. [2007- 11- 19] http://news.xinhuanet.com/world/2007-11/19/content_7103634.htm
- [18] 美国5新闻周刊6年终聚焦中国 [N]. 东方早报, 2007- 12- 24
- [19] 纽约时报. 美国步入/ 与敌人对话时代 [EB/OL]. [2007- 12- 24] http://news.xinhuanet.com/world/2007-12/24/content_7301890.htm
- [20] 福田欲奏响/ 共鸣 [小泽要画出/ 等边三角形] [N]. 解放日报, 2007- 12- 27.
- [21] 日美安保体制处于/ 崩溃边缘 [N]. 参考消息, 2007- 12- 26(3).
- [22] 福田面临对中美外交平衡课题 [N]. 参考消息, 2007- 12- 24(3).
- [23] 西报. 经济军事危机深刻 美国/ 宣布全球休战一年 [EB/OL]. [2007- 12- 17] http://news.xinhuanet.com/world/2007-12/17/content_7265999.htm

(责任编辑: 司国安 靳荟莉)

Advent of the Age of Equilibrium

) Downfall of Unipolar World

ZHAO Baojin

(School of Foreign Languages, Xican Jiaotong University, Xican 710049, China)

Abstract The theory of the equilibrium has eternal validity. The conventional forms of containment actions against the US, like the arms race and alliance of great powers, do not appear noticeably in the post-Cold War period. This is due to the fact that the mechanisms for creating the equilibrium and expression forms concerned are altered. The existence of the nuclear equilibrium, coupled with the overwhelming superiority of the unipolar system, causes the containment actions to be expressed in the growth and decline of the economic strength. As the US strength has dwindled since the breaking of the Iraq War, the equilibrium actions of subpowers to contain the hegemonic power with the economic rehabilitation has demonstrated effectiveness. Sino-Japan politic reconciliation and Japan's pursuit for an independent foreign policy are real indications of the advent of the age of containment. How to help the United States integrate into the global equilibrium in the most appropriate way is the biggest challenge that faces the international community in the future.

Key words international relation; containment action; equilibrium return; economic strength; Sino-Japan mutual beneficial strategy; unipolar system

(上接第 15页)

From "South-North Contradiction" to "Public-Private Conflict": Revival of

Calvo Doctrine and New View of International Investment Law

SHAN Wenhua^{1, 2}

(1. Brooks University, Oxford, UK; 2. School of Law Science, Xican Jiaotong University, Xican 710049, China)

Abstract The Calvo doctrine which has dominated Latin America and even the world for more than a century is not "dead" as generally considered. Recently, a series of events inside and outside of Latin America indicate that the Calvo doctrine is not dead and is reviving step and step instead. This suggests from one side a great turnaround of the modern international investment law. By probing into this series of events, the paper has analyzed in which degree the Calvo doctrine has revived and which changes have taken place in the idea of the international investment law. Based on the criticizing and analysis of the drawbacks of two systems - the Calvo doctrine and new liberalism, the vista and way out of the international investment law has been dealt with. It is considered that the focal point of the legislation of the international investment law has shifted from the past opposition between "great powers" and "weak countries", namely "south-north contradiction" to the present opposition between "state sovereignty" and "corporation sovereignty", namely "public-private conflict". The day in which a global investment law with interest equilibrium is concluded is not far off.

Key words Calvo doctrine; international investment law; south-north contradiction; public-private conflict