

# Journal of International Economic Law

Volume 18, Number 3, 2011



# 国际经济法学期刊

第18卷 第3期 (2011)

陈安主编 韩秀丽 执行编辑

为适应我国信息化建设,扩大《学刊》及作者知识信息交流渠道,本《学刊》已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录,其作者文章著作权使用费与《学刊》稿酬一次性给付。CNKI免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录,请在来稿时声明,本《学刊》将做适当处理。

 北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## 论拉美国家对 ICSID 的挑战

■ Silvia Karina Fiezzoni\*

**【内容摘要】** 21 世纪初期,阿根廷经济危机和南美国家实施的一系列国有化政策引发了欧美投资者对其在解决投资争端国际中心(ICSID)的诉讼。由此,拉美国家开始重新审视 ICSID,他们指责 ICSID 与世界银行有关联,在裁决中没有给予诸如健康和环境保护等非商业性利益以足够关注。由于 ICSID 仲裁缺乏透明度、没有上诉程序,而仅仅设置有限的撤销程序,使其合法性遭到拉美国家的质疑。

在过去的二十年间,提交至 ICSID 的投资争端数量大幅上升。而且,在 ICSID 受理的案件中,针对拉美国家的案件相对比例和涉案金额都十分巨大,拉美国家已成为国际投资争端的重灾区。其中,很多争端与拉美国家根据公共利益而实施的管理措施有关,如公共福利、健康、环保、安全和经济等。<sup>①</sup>

从 1996 年至 2011 年 10 月,ICSID 共受理 362 起案件(包括 134 起未决案和 228 起已决案),其中有 139 起(包括 70 起未决案和 69 起已

\* 作者系大连海事大学法学院博士,布宜诺斯艾利斯大学副教授,厄瓜多尔国家高级研究所客座教授。

① M. H. Mouru (ed), *Latin American Investment Treaty Arbitration. The Controversies and Conflicts*, Kluwer Law International BV, 2008, p. 2.

决案)针对拉美国家,占总数的 39% (占总未决案的 53%, 占已决案的 31%), 包括:阿根廷(49 起)、玻利维亚(4 起)、巴西(不是 ICSID 的成员)、智利(3 起)、哥伦比亚(0 起)、古巴(不是 ICSID 的成员)、哥斯达黎加(5 起)、多米尼加共和国(尚未批准《ICSID 公约》)、厄瓜多尔(14 起)、萨尔瓦多(3 起)、危地马拉(3 起)、洪都拉斯(3 起)、墨西哥(14 起)、尼加拉瓜(1 起)、巴拿马(1 起)、巴拉圭(3 起)、秘鲁(10 起)、波多黎各(0 起)、乌拉圭(1 起)、委内瑞拉(25 起)。<sup>②</sup>

在涉及拉美国家的案件中,有 49 起是针对阿根廷提起的(包括 25 起未决案和 24 起已决案),占拉美国家在 ICSID 仲裁案件中未决案件的 39%, 占 ICSID 所有仲裁案件中未决案件的 21%。在 ICSID 已裁决的关于阿根廷的 24 起案件中,有 9 起获得最终判决,15 起撤诉或者投资者与阿根廷政府达成了协议。在仲裁庭的这 9 起已决案件中,有 1 起未公开,3 起支持了阿根廷的主张,5 起驳回了阿根廷的抗辩。与此对应,在 25 起未决案件中,有 6 起由于双方的协议而被中止,其余的 19 起案件还在进行中。

拉美国家在参与诉讼的过程中,意识到除拉美国家自身的一些问题外,ICSID 处理案件的程序等方面同样存在着问题,因而造成对拉美国家利益的损害。如 ICSID 在程序上缺乏透明度,忽视社会公共利益,裁决缺乏一致性和确定性,缺乏上诉程序等。因此拉美国家对 ICSID 程序提出异议,甚至宣布退出《ICSID 公约》(即《解决国家与他国国民之间投资争端公约》),重新签订双边投资协定以排除 ICSID 的管辖权。拉美国家一方面宣布排除 ICSID 的管辖权,另一方面强调在南美国家联盟区域建立国际仲裁中心的必要性,并为此采取了实际行动。近年来,中国对拉美投资的数量正在突飞猛进地增长<sup>③</sup>,因此探讨拉美国家的实践对中国来说是具有借鉴意义的。

② ICSID, Search ICSID Cases, at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, Oct. 10, 2011.

③ 2003 年到 2009 年中国对拉丁美洲(不包括开曼群岛和英属维尔京群岛)外商直接投资增加大约 1500%, 成为该地区的第三大外国直接投资供应商。See U. S. — China Economic & Security Review Commission, Background: China in Latin America 2011, May 27, 2011, p. 9, at [http://www.uscc.gov/Background\\_China\\_in\\_Latin\\_America.pdf](http://www.uscc.gov/Background_China_in_Latin_America.pdf), Oct. 1, 2011.

## 一、拉美国家与 ICSID 关系的历史与现实

### (一) 2007 年之前拉美国家和 ICSID 的关系

2007 年拉丁美洲和加勒比玻利瓦尔联盟(ALBA-TCP)<sup>④</sup>成员国宣布退出《ICSID 公约》,在此之前,受“卡尔沃主义”<sup>⑤</sup>的影响,拉美国家曾经普遍抵制《ICSID 公约》。20 世纪 60 年代中期,大部分拉美国家明确反对世界银行建立解决投资争端的国际机构。<sup>⑥</sup>

20 世纪 60 年代至 70 年代,许多拉美国家(尤其是阿根廷、巴西及墨西哥)实行“举外债促发展”的战略,举债建设国内项目和设施。但由于贸易失衡、世界经济衰退以及欧美国家提高利率等原因,拉美国家无力偿还借款,并于 20 世纪 80 年代爆发了债务危机。这场危机诱发了经济危机,外国借贷纷纷中止。国际贷款机构以债务国国有企业私有化为条件,开始为拉美国家制定新的贷款政策和规则,并要求这些国家签订保护外国投资者的条约或协定以保护外国投资者的利益,同时要保证将东道国与外国投资者之间的投资争端提交到 ICSID 这样的国际中立机构来解决。在危机的影响下,很多国家不得不接受这些新条件,并推行旨在吸引外资的新经济计划以摆脱国内债务危机。20 世纪 80 年代,拉美国家开始改变立场,纷纷加入《ICSID 公约》。第一批加入《ICSID 公约》的拉美国家有厄瓜多尔、洪都拉斯和萨尔瓦多,到了 90 年代,除了墨西哥、古巴、巴西、波多黎各和多米尼加以外,其余的拉

<sup>④</sup> 最初的名称为美洲玻利瓦尔替代计划。ALBA-TCP 是一个拉美组织,成员包括安提瓜和巴布达、玻利维亚、古巴、多米尼加、厄瓜多尔、洪都拉斯、尼加拉瓜、圣文森特和格林纳丁斯英联邦、委内瑞拉。该组织由委内瑞拉、玻利维亚和古巴发起,作为拟议中的美洲自由贸易区选择之一。See F. Cabrera Diaz, ALBA Moves Forward with Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to ICSID at 7th Summit, Nov. 1, 2009, at <http://www.iisd.org/itm/2009/11/01/alpha-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit-3/>, Oct. 1, 2011.

<sup>⑤</sup> 由阿根廷法学家 Carlos Calvo 提出,主张禁止给予外国投资者超国民待遇,同时,外国政府也不应违反一国司法主权而强制执行本国判决或裁定。Carlos Calvo 于 1868 年至 1896 年在《国际法学理论和实践》第六卷中发表了这项原则。See D. S. Bernal, *International Arbitration in Latin America*, *Comparative Commercial Law*, May 15, 2009, pp. 5-6.

<sup>⑥</sup> K. Fach Gómez, *Latin America and ICSID: David versus Goliath*, research paper, University of Zaragoza, November 12, 2010, p. 1, at <http://asrn.com/abstract=1708325>, Oct. 10, 2011.

美国家都已加入了《ICSID 公约》,或和其他国家签订了一系列包含 ICSID 仲裁条款的双边投资协定。<sup>⑦</sup>

21 世纪初期,由于阿根廷经济危机和南美国家政府实施的一系列国有化政策,大量欧美投资者将拉美国家拖入了 ICSID 的诉讼深渊。经历大量诉讼后,拉美国家开始重新审视 ICSID,他们指责 ICSID 与世界银行有关联,其裁决受世界银行意志的影响。一些拉美国家此种的不信任态度阻碍了他们从世界银行获得贷款。此外,在 ICSID 的仲裁案件中,一些非商业性的利益,如健康、环境保护等,没有得到足够的关注;仲裁庭缺乏透明度;裁决往往偏袒投资者;不同的仲裁庭对类似的仲裁案件作出不同的裁决;缺乏上诉程序而仅仅设置有限的撤销程序;裁决没有考虑经济危机爆发时的特殊情形和诉讼成本高昂等,都成为拉美国家质疑 ICSID 的原因。<sup>⑧</sup>

### (二) 2007 年后拉美国家与 ICSID 的关系

2007 年 4 月,在第五次峰会上,ALBA-TCP 的 3 个成员国(玻利维亚、委内瑞拉和尼加拉瓜)签署并宣布了 1 项退出 ICSID 的声明:“ALBA-TCP 国家一致声明退出 ICSID,以保护国家主权,自行管理外国投资在本国领域内的活动。”

2007 年 5 月 2 日,玻利维亚正式向 ICSID 秘书处提交了退出《ICSID 公约》的声明。世界银行的网站上公布了玻利维亚退出 ICSID 的原因,主要包括:(1) 裁决即终裁,无上诉程序;(2) 缺乏中立性,在 232 起仲裁案件中,投资者胜诉的有 230 起;(3) ICSID 的管辖权违背了玻利维亚宪法第 135 条,宪法法庭已宣布其无效;(4) 只受理由外国投资者提交的仲裁;(5) 仲裁方法不明晰,随意性较大;(6) ICSID 不接受外部申请者旁听,仲裁过程不公开;(7) 东道国需要向美国律师支付高昂的代理费,据统计平均每起仲裁需花费 400 万美元。<sup>⑨</sup>此外,玻

<sup>⑦</sup> 多米尼加虽然签署了《ICSID 公约》,但本国政府尚未批准该公约。See ICSID, Search ICSID Membership, at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, Oct. 10, 2011.

<sup>⑧</sup> K. Fach Gómez, *supra* note ⑥, pp. 3-4.

<sup>⑨</sup> See World Bank Group, Bolivia Leaves the ICSID, at [http://web.worldbank.org/wbsite/external/bancomundial/extspaises/lacinspanishext/boliviainspanishext/0\\_contentMDK:22766950~pagePK:1497618~piPK:217854~theSitePK:500410,00.html](http://web.worldbank.org/wbsite/external/bancomundial/extspaises/lacinspanishext/boliviainspanishext/0_contentMDK:22766950~pagePK:1497618~piPK:217854~theSitePK:500410,00.html), Oct. 1, 2011.

利维亚还宣布要重新谈判和修改其双边投资条约。<sup>10</sup>

2007年12月4日厄瓜多尔向ICSID秘书长发出通知,“涉及石油、天然气、矿物质和其他自然资源经济活动的投资协议与《ICSID公约》不同时,可排除ICSID的管辖权。”由此限制了ICSID的管辖权,并认为这种限制符合《ICSID公约》第25条第4款的规定。<sup>11</sup>

在玻利维亚宣布退出《ICSID公约》之后,委内瑞拉总统Hugo Chavez也宣布将退出《ICSID公约》。2008年2月12日委内瑞拉国民议会建议退出《ICSID公约》<sup>12</sup>,虽然到目前为止,ICSID尚未接到委内瑞拉的正式通知。但在同年,委内瑞拉采取了一系列反对ICSID仲裁的措施,以排除ICSID对有关征收和国有化争议的管辖权。例如由于荷兰支持ICSID的管辖权,于是委内瑞拉在2008年4月30日废除了其与荷兰签订的双边投资协定。<sup>13</sup> 委内瑞拉最高法院于2008年10月17日作出第1541号判决,指出《促进和保护投资法》第22条不构成对ICSID管辖权的承认<sup>14</sup>,即外国投资者不能利用该部法律单方到ICSID提起仲裁。

2008年4月14日,尼加拉瓜司法部长进一步重申,其正在考虑废除《ICSID公约》,他引述了阿根廷与ICSID近年来的纠葛,并表明尼加拉瓜将不再签署任何包含ICSID管辖权的投资协定。<sup>15</sup>

同年,厄瓜多尔颁布了新宪法。这部《宪法》第422条<sup>16</sup>明令禁止

厄瓜多尔在国际协议中,签订任何就合同或商业方面的争议放弃厄瓜多尔国家仲裁管辖权的条款。然而,该宪法第422条仅禁止新签订的国际协议,而不包括先前已经签订完毕的国际协议,以及合同或商业方面争议以外的其他协议。另外,为了促进拉美仲裁中心的设立,宪法第422条规定,只要厄瓜多尔与拉美居民将争议提交至拉美仲裁机构,则宪法不禁止这类涉外协议的签订。<sup>17</sup> 在2009年7月2日,厄瓜多尔总统颁布了第1823号法令,宣布根据厄瓜多尔宪法第422条的规定退出《ICSID公约》。<sup>18</sup> 2009年7月6日,ICSID收到了厄瓜多尔退出《ICSID公约》的声明(退出声明自ICSID收到通知之日起6个月生效,即2010年1月7日生效)。<sup>19</sup> 2009年10月,厄瓜多尔总统公开向国会提议厄瓜多尔应该退出自1990年以来签订的所有双边投资协定,这其中包括了厄瓜多尔与欧洲和北美六大传统资本输出国(美国、英国、德国、法国、荷兰和加拿大)以及同中国所签订的协定。<sup>20</sup> 需要注意的是,根据厄瓜多尔新宪法第422条,厄瓜多尔法院自2010年起针对一些双边投资协定中是否存在危害本国仲裁管辖权的行为进行个案违宪审查运动,迄今为止这项运动仍在进行。其中包括中国与厄瓜多尔所签订的双边投资协定。<sup>21</sup>

2009年,玻利维亚也通过一部宪法,这部宪法在外国投资领域提倡著名的“卡尔沃主义”,特别规定了玻利维亚在石油和天然气工业领域的绝对司法主权,并在第366条明确禁止将特定行业的投资争议提交至国际仲裁中心。然而,有学者认为,从国际法的角度来看,这些法律条文并不溯及既往,也不适用于宪法改变前根据公约而产生的任何争议。一个国家不可以通过它的国内法,甚至是宪法,来宣布国际条约

<sup>10</sup> Rebelión, Bolivia revisará y renegociará cada uno de los 24 tratados de protección a las inversiones extranjeras, May 11, 2007, at <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=50729>, Oct. 10, 2011.

<sup>11</sup> 根据《ICSID公约》第25条第4款厄瓜多尔作出的通知, Nov. 23, 2007, at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=regular&AnnounceNo=9>. pdf, Oct. 10, 2011.

<sup>12</sup> S. Noury—C. Richard, International Arbitration in Latin America: Overview and Recent Developments, International Arbitration 2008. A practical insight to cross-border International Arbitration work; Chapter 38, *Global Legal Group*, p. 279, at <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2574.pdf>, Oct. 10, 2011.

<sup>13</sup> R. Ramirez Quijada, The “Survival Clause” in the Netherland Venezuelan BIT: A Salvation Gateway for Foreign Investment in the oil Sector or a Curse for the Venezuelan Government, p. 5, at CAR-12\_29\_262236660[1]. pdf, Oct. 1, 2011.

<sup>14</sup> 委内瑞拉最高法院, 案号 08-0763, 判决号 1541, 2008年10月17日, at <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.htm>, Oct. 1, 2011.

<sup>15</sup> Noury Sylvia and Caroline Richard, *supra* note 13, p. 279.

<sup>16</sup> 厄瓜多尔宪法, at <http://www.abogadosdecuador.com/constitucion-tituloVIII.htm>,

<sup>17</sup> C. Coronel-Jones, The Future of International Arbitration in Ecuador: the Boomerang Effect, July 22, 2010, at <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=c46353d6-6931-47da-9aed-a187de9cf84>, August 2, 2011.

<sup>18</sup> 第1823/2009号法案, at <http://www.sigoh.gov.ec/decretos/decretos.aspx?id=2007>, Oct. 10, 2011.

<sup>19</sup> ICSID, *supra* note 11.

<sup>20</sup> G. Van Harten, Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion, *Trade, Law & Development*, Vol. 2, No. 1, June 9, 2010, p. 4, at <http://ssrn.com/abstract=1622928>, Oct. 1, 2011.

<sup>21</sup> 厄瓜多尔最高法院, 案号 N. O 0004-10-TI, 判决号 027-10-DTI-CC, 2010年7月29日, at <http://186.42.101.3/allfresco/d/d/workspace/SpacesStore/62d8f4a1-3f78-4f8a-b1d3-1604f8e9e2f2/0004-10-TI-res.pdf>, Oct. 1, 2011.

的无效。<sup>②</sup>

玻利维亚与厄瓜多尔从《ICSID 公约》的退出,以及厄瓜多尔、委内瑞拉、尼加拉瓜等国家双边投资协定的终止,引发国际投资领域中关于仲裁体制的新的、更为复杂的法律问题。这些国家不再将 ICSID 这种既存的法律体制作为解决国家与投资者之间争端的最为完善的方式。而且这些国家有着共同的特点:拥有重要的天然能源,在本国的宪法修正案中禁止对有关合同或商业争议适用国际仲裁程序。例如,玻利维亚在 2009 年、厄瓜多尔在 2008 年都通过了新的宪法修正案。

因此,在 2009 年 ALBA-TCP 第七次年度峰会上,成员提出创建一个区域性仲裁中心,以取代 ICSID 的建议,并指定一个争端解决小组在近期内研究和提交具体组建草案。<sup>③</sup>但到目前为止,这个仲裁中心尚未成立。

## 二、阿根廷对 ICSID 的应对

由于阿根廷是拉美国家中 ICSID 争端最多的国家,所以笔者拟在这一部分对其应对 ICSID 的实践进行更详细的论述。

### (一) 阿根廷检察院就 ICSID 仲裁提出的主要异议

阿根廷的案件主要源于 2001 年其经济危机导致的货币贬值及强制外币管制的法令。

阿根廷检察院对 ICSID 国际仲裁提出的主要异议如下:

第一,平行诉讼和法理依据的缺失。基于同一家公司的不同股东向两个不同的仲裁庭提出相同的诉求却得到不同的裁决,以及针对相似法律问题或涉及近似事实的案件得出不同的裁决结果的情况,使得

仲裁中心的程序受到质疑。<sup>④</sup>这一点体现在 CMS v. Argentine Republic 案<sup>⑤</sup>和 LG&E Energy Corp v. Argentine Republic<sup>⑥</sup>案中,两个仲裁庭虽然在核心的处理标准上达成相似结论,但就阿根廷在特定时期内是否处于紧急状态(可以采取特殊措施)这一问题上却结论相悖。

第二,仲裁员的选择问题。有关仲裁员资格的条款更是损害了 ICSID 的公正性。根据《ICSID 公约》的条款,投资者可以选择一位仲裁员,东道国选择另一位。首席仲裁员可由双方协议选择,如果达不成协议,ICSID 作最终任命。考虑到 ICSID 和世界银行集团之间的密切关联,后者或是持有投资者的股票或是对投资者具有影响力,这样的关联明显会带来利益冲突。在 Compañía de Aguas del Aconquija S. A. v. Argentine Republic 案中,国际复兴开发银行(International Bank for Reconstruction and Development)在公共服务特许经营项目和私有化程序管理模式的制定过程中扮演着重要角色,而国际金融公司(The International Finance Corporation)也持有投资者 Compañía de Aguas del Aconquija S. A 一定比例的股份。<sup>⑦</sup>

ICSID 仲裁规则的第 6 条第 2 款关于不符合资格仲裁员的规定,要求仲裁员签署声明,表明其履历、专业、商业活动、与当事方的关系,以及可能引起一方当事人质疑仲裁员独立判断的任何其他情况。但

<sup>④</sup> R. Ortiz, *The Bilateral Investment Treaties and the Cases at ICSID, The Argentine Experience at the Beginning of the XXI Century*, FDCL, Berlin, 2006, p. 38, at [http://www.inpade.org.ar/documentos/Documentos%20de%20trabajo/FOCO\\_ICSID\\_engl\\_2006.pdf](http://www.inpade.org.ar/documentos/Documentos%20de%20trabajo/FOCO_ICSID_engl_2006.pdf), August 2, 2011.

<sup>⑤</sup> “仲裁庭认为阿根廷已经违反了双边投资协定第 2 条第 2 款(a)项和第 2 条第 2 款(c)项下的国际法义务。且裁决,在目前的情况下,阿根廷并不符合紧急状态的要求,同时阿根廷也不可排除第 11 条的适用。所以,根据联合国国际法委员会第 1 条中的国际法基本原则,阿根廷要对它采取的错误决定负责。撤销委员会认为,无论仲裁庭在裁决中有什么错误,依据双边投资协定第 11 条和国际惯例的规定,仲裁庭都没有明显地越权。”See *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment of the Argentine Republic, Sep. 25, 2007, para. 149-150.

<sup>⑥</sup> 该案仲裁庭裁决,“在 2001 年 12 月 1 日至 2003 年 4 月 26 日,阿根廷处于必要性的状态,基于该原因,它不需要支付在此期间发生损害的赔偿金。”See *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on liability, Oct. 3, 2006, para. 267.

<sup>⑦</sup> S. P. Kumar, *Rethinking the Linkages between Foreign Direct Investment and Development: A Third World Perspective*, *NALSAR Student Law Review* (E-Jour), Vol. 31, 2009, p. 38, at <http://www.nalsarstudentlawreview.com/files/Shashank.pdf>, Oct. 10, 2011.

<sup>②</sup> A. van Aaken, *International Investment Law and Rationalist Contract Theory*, *ILJ International Legal Theory Colloquium Spring 2009: Virtues, Vices, Human Behavior and Democracy in International Law*, NYU School of Law, Jan. 22, 2009, p. 24, at <http://www.ilj.org/courses/documents/2009Colloquium.Session2.Aaen.pdf>, August 1, 2011.

<sup>③</sup> K. Fach Gómez, *supra* note ①, pp. 39-40.

ICSID 仲裁条款并未就何种情况和何种关系应视为第 6 条第 2 款的规定列出清单或提出指导性的意见。“任何其他情况”的表述是很宽泛的,即使《ICSID 公约》第 57 条赋予了一方当事人基于其第 14 条第 1 款规定的“任何明显表明缺乏资格的事实”而提出仲裁员不符合资格之申请的权利,与其他仲裁规则或是国内的仲裁法律相比,这种“明显缺乏相关资格”的证明要求仍是一个很高的门槛。如 UNCITRAL 等仲裁机构的仲裁规则只要求申请人表明对仲裁员的公正性和独立性有合理的质疑,就可以否定仲裁员<sup>④</sup>。在 *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. v. Argentine Republic* 案中,阿根廷基于在之前的其他案件中, Yves Fortier 的律师事务所与 Vivendi 一方有过联系,而对 Yves Fortier (专门委员会的主席)的资格提出质疑。但仲裁庭认为 Yves Fortier 的中立性并不因之前客户关系的存在而受到损害,据此否决了阿根廷关于仲裁员中立性的异议。<sup>⑤</sup>

第三,可诉性。许多向 ICSID 提出的仲裁是在阿根廷货币体系崩溃,采取了一系列政策措施之后发生的。阿根廷政府辩称,根据保护投资者免受直接或间接征收的规定,要证明其政策措施具有可诉性须满足以下条件:一是外国投资者遭受非国民待遇;二是对于征收的投资没有给予应有的补偿;三是阻碍外国投资者向当地法院起诉。而根据阿根廷官方意见,以上条件均未被违反。首先,所有争议的措施都是普遍适用的,并没有对国内和国外的投资者实行差别待遇;其次,这些政策措施没有侵犯投资者的所有权;再次,外国投资者向当地法院起诉的途径并未受阻。

第四,必要性和紧急情况。阿根廷坚持认为,放弃原货币体制及随后采取的政策措施(诸如冻结公共事业费率和取消美国生产者价格通胀指数)正是其“紧急情况”的反映。阿根廷辩称其当时正遭受历史上最严重的经济危机,如果保持以美元确定的公共事业费率以及美国生产者价格通胀指数不变,会扩大本已激增的贫困率,且公共事业是公共

部门在履行合同和管理关税税率方面具有特权的领域。尽管国内法律和相关合同已设定了调节费率的机制,但政府认为这样的机制仍需与合理的关税水平和消费者实际收入水平相匹配。他们还认为从事公共事业的公司进行投资或作出金融决策也应被视为常规经营活动,由此产生的后果不应转嫁给公共部门承担。根据上述观点,尽管参与公共事业的公司决定承担因公共经济政策措施而产生的风险,但这种风险也应被视为一般的“商业风险”。为了进一步阐释自己的观点,政府指出,在 19 世纪 30 年代和第二次世界大战期间,美国和英国也没有因为放弃原黄金标准和暂停货币兑换等经济措施而赔偿那些受损失的公司。<sup>⑥</sup>“紧急情况”的抗辩究竟如何定义,在多起针对阿根廷的争议中成为争论的焦点。典型的有“*CMS v. Argentine Republic*”案<sup>⑦</sup>和“*LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*”案<sup>⑧</sup>。在 *CMS* 案中,仲裁庭驳回了阿根廷紧急情况的抗辩,而在几年之后的 *LG&E* 案件中仲裁庭又作出相反的决定,接受其紧急情况的抗辩,但两次抗辩却是基于相似的事由。其他案件中也有类似的情况,如仲裁庭在 2007 年的“*Sempra Energy Int'l v. Argentina Republic*”案<sup>⑨</sup>中裁决不属于“紧急情况”,阿根廷需要进行补偿,但在 2010 年的裁决中又推翻了原来的判断。

第五,裁决上诉的可能性。根据阿根廷宪法的基本原则(即阿根廷宪法第 116 条<sup>⑩</sup>规定的内容),双边投资协定在外资争议问题上不得限制国内的司法管辖权,否则构成违宪,可以进行违宪审查。而根据《ICSID 公约》,由 ICSID 仲裁庭作出的裁决,不能由国内法庭进行复

④ R. Bouzas—D. Chudnovsky, *Foreign Direct Investment and Sustainable Development. The Recent Argentine Experience. Preliminary Version*, Universidad de San Andrés Victoria, May, 2004, p. 41, at <http://www.udesa.edu.ar/files//img/Administracion/47.pdf>, Oct. 10, 2010.

⑤ S. P. Kumar, *supra* note ④.

⑥ C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, *supra* note ④.

⑦ “仲裁庭依据国际惯例对必要性进行审查,阿根廷被剥夺了在双边投资条约第 11 条项下的权力——双边投资条约在这一方面是可以适用的——但其仍然需要接受司法审查。基于这个原因,委员会作出决定,在该案件中,仲裁裁决需要被撤销”。See *Sempra Energy Int'l v. Argentina Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Award rendered on Oct. 28, 2007; *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), Decision on annulment, June 29, 2010, para. 222.

⑧ 阿根廷宪法第 116 条规定,最高法院和其他下级法院在宪法和国家法律的授权下对诉讼和上诉案件享有管辖权,除了第 75 章第 12 节和国家条约的规定外:主要涉及大使馆、公共部门、领事案件、海上军事和海事管辖权案件、国家作为当事人案件、跨省居民间案件、省城居民与外国政府或公民间案件。

④ C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21 st. Century*, Oxford University Press, 2009, p. 132.

⑤ *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on the challenge to the President of the Committee, Oct. 3, 2001, para. 28.

审,因为仲裁裁决只能在ICSID内进行复审。由此,阿根廷前任检察长Horacio Rosatti提出了上诉的可能性问题(具体论述详见后文)。

## (二) 阿根廷学者对ICSID提出的观点

### 1. 阿根廷宪法框架内《ICSID公约》和双边投资协定的效力层级

起草于1853年,修正于1994年8月的宪法处于阿根廷法律金字塔的顶端,其效力最高,国际条约作为阿根廷法律的一部分其效力层级在宪法之下。修订后的宪法承认以下不同种类的条约:有关人权的条约(第75条第22款第2—3段);有关一体化的条约(第75条第24款);除上述条约以外与他国和国际组织签订的有约束力的条约(第75条第22款第1段);与罗马教廷签订的宗教事务协议(第75条第22款第1段);以及各省之间达成的经国会备案的协议(第124条)。因此,《ICSID公约》和双边投资条约应与阿根廷宪法的基本原则一致,这是将要阐释的Rosatti主义的基础。

### 2. Rosatti主义

阿根廷前任检察长Horacio Rosatti认为双边投资协定属于宪法第75条第22款第1段所提及的条约,根据宪法第31条的规定,意味着它们具有低于宪法但高于国内法的效力,从而使国家的最高层次的法律体系更加完整。因此,根据这位前任检察长的观点,从宪法的规定来看,ICSID裁决应该置于国内法院的监管之下。

阿根廷宪法第27条中授权联邦政府“在与公法原则不相违背的前提下,促进与国外的友好交往并增加贸易往来”。此处的公法原则包括“合法性原则”(第19条)、“平等原则”(第15条、第16条、第75条第23款等等)、“权利的相对性和规则的合理性原则”(第14条、第28条、第99条第2款等等)以及“程序正当原则”(第18条)。由此双边投资协定、《ICSID公约》必须同宪法在内容上保持高度一致。Joaquin V. González也认为,“阿根廷国会不能批准有违反阿根廷宪法基本原则的仲裁内容的条约。”<sup>⑧</sup>

<sup>⑧</sup> Joaquin V. Gonzalez, *Obras Completas*, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, Vol. XI, 1935, p. 210. Cited by H. D. Rosatti, *Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino*, *La Ley*, T2003-F, Doctrina.

此外,宪法第116条赋予联邦法院处理与国际条约相关争端的管辖权。阿根廷承认外国司法管辖权,但同时赋予一个或一个以上的本地法院有审查并执行此种裁决的控制权,这种管辖权并不违反国际法原则。依据宪法条款,《ICSID公约》应视为与国际组织签订的条约,应该符合阿根廷宪法规定的公法原则。由此这位前任检察长认为,双边投资协定和ICSID程序的结合阻碍了这一国内审查程序的行使,也使阿根廷国内法院丧失了事前或事后对相关裁决的合宪性进行审查的权力。<sup>⑨</sup>

Rosatti学说在阿根廷代表了一部分人的观点,另外一些法学家认为阿根廷自愿签订双边投资协定并成为《ICSID公约》的成员国就意味着其认可了国外司法管辖权<sup>⑩</sup>,国内法院无权进行违宪审查。有必要考虑,在国际上提出的《ICSID公约》、双边投资协定及国际裁决具有违宪性,进而采取措施避免对国家造成危害的做法是否可行也还是一个未知数。《ICSID公约》(第27条)要求各成员国遵守签约承诺并禁止以违反国内法的名义拒绝适用条约法。作为国内法的宪法(即使其效力高于国际条约)也不能使一国以违宪为由摆脱其国际义务,因为从国际视角看,条约高于宪法。在一国之内,尽管一国可以主张《ICSID公约》、双边投资协定及国际裁决具有违宪性,但在国内外产生的效果却不同。如果宣称一项双边投资协定不符合宪法规定,那么该国就应退出该协定,但在国际上,退出协定并不免除其国际责任。国内法院对ICSID裁决作出的违宪审查仅在国内范围有效,到了治外法权地,ICSID裁决在《ICSID公约》条款支撑下仍然有效,该国如不承担其承诺履行的国际责任,就会遭受来自投资者母国的法律和经济制裁。

阿根廷虽然利用公约的规定,对ICSID作出的避免裁决进行了抗辩,但在所有提交到ICSID的仲裁案件中,也尊重了其所应承担的国际责任,并未要求当地法院对裁决的效力进行审查。因此,尽管Rosatti主义代表了国家的利益,但是在实际运用中还存在着障碍。

<sup>⑨</sup> H. D. Rosatti, *Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Constitucional Argentino*, *Procuración del Tesoro de la Nación*, Jul.-Dec., 2003, p. 73.

<sup>⑩</sup> R. A. Uez, *Fobia Arbitral? Los Arbitrajes en el CIADI y Dos Recomendaciones al Respecto*, *Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Section Doctrina, June 1, 2006, p. 34.



### (三) 阿根廷政府应对ICSID仲裁采取的措施

许多提起国际仲裁的外国投资者不只为其所谓的损失寻求金钱上的补偿,还威胁将在ICSID提起仲裁作为谈判的筹码。另一方面,阿根廷政府也在调查那些签订了投资合同的外国投资者是否履行了其由政府签订合同的义务(因为大部分提起国际仲裁的公司并未充分履行政府提出的合同义务),以此迫使那些外国投资者撤销其提起的仲裁。<sup>⑧</sup>

这一策略对一部分公司取得了积极效果,在一些已经开始重新谈判合同和优惠条件的案例中,一些外国投资者已被免除了由于未履行合同义务而可能被政府施加的制裁,并取得更高收费权限的许可(例如在天然气领域经营的一些公司),或者获得就投资目标价格进行降价谈判的机会。

在2002年,就公共项目合同重新谈判的事宜原由阿根廷经济部负责,而“公共事业与公共服务重新谈判委员会”则进行协助并提出建议(依293/2002法令第4条),其目的是将重新谈判的过程集中起来适用统一的标准,并将其作为紧急公共状况的一种(依293/2002法令),以使那些得到许可的外国投资者撤销其所提出的仲裁请求(依1090/2002法令第1款)。但2003年,阿根廷总统Nestor Kirchner执掌国家行政权力后,颁布了311/2003法令,建立了负责公共服务重新谈判及研究分析办公室(被称作“Unit for the Renegotiation and Analysis of Public Service”, UNIREM),继续进行293/2002法令中规定的重新谈判的任务,以此替代已被解散的委员会发挥作用(第1条第2款和第10条)。

### (四) 阿根廷执行ICSID裁决的现状

由于ICSID仲裁庭在是否接受阿根廷提出的必要性抗辩的适用标准上,并未达成一致,导致了阿根廷政府的担忧,并开始采取一些措施,如就公共领域的合约与原告进行重新谈判以便达成撤销或者中止ICSID案件审理的协议,或诉诸《ICSID公约》第52条寻求撤销裁定,或基

于ICSID仲裁条款第54条的规定要求停止裁定的执行。

据阿根廷检察院称,到2010年,并没有在仲裁中胜诉的投资方按照《ICSID公约》第54条的规定启动执行程序。尽管阿根廷政府已经作出通告,如果外国投资者要取得裁决中的支付,必须履行一定的法律程序,即按照《ICSID公约》第54条第2款,应首先在阿根廷政府指定的法院启动该程序,而后由行政当局具体执行,但并没有投资方启动程序来实现已作出的支付裁决。

在阿根廷,关于执行涉及国家的裁决或判决的规定,适用《国家民商程序法典》第499条至第516条的规定:在阿根廷,针对国家执行的判决,需要支付一定数量的金钱。11672、23982、25344、25725号法案对其适用进行了限制性规定,这些规定源于20世纪末经济危机和确认国家责任的需要,该体系以债务发生的日期确立索赔顺序。债务的名称或条款早于1991年3月31日的,称为固定债务,根据债务的性质要在等待10~16年后以比索或美元的现金方式支付。在其之后发生的债务,称为不稳固债务,23982号法律第22条和24624号法律第20条规定了它们的操作方式,这两条规定后来被合并在第11672号《固定预算补充法》第67章。

根据23982号法案第22条,对不稳固债务,行政机构负有通知国会予以认可的义务,如果行政机构没有同国会进行上述沟通,投资者(债权人)有权申请司法强制执行,并通知国会。财政当年裁决确认的赔偿未纳入预算,是之前未预见到的,因此这项赔偿应通过经济部国家公共信贷办公室的报告来审查。每年9月15日是裁决赔偿纳入当年预算的最后期限(第24156号法第26条)。

该程序对所有司法裁决的债权人都是强制性的,并且不接受任何对其正当性的异议,整个过程需要6~12个月的时间方可完成。<sup>⑨</sup>这一立场和曾接手CMS Gas Transmission v. Argentina Republic案例的前任检察官Osvaldo César Guglielmino的标准相一致,即阿根廷在所有提交到ICSID的案件中都将遵守其国际义务,并且不在当地法院对裁决

<sup>⑧</sup> C. Saavedra, Armando el Rompecabezas: La Estrategia Argentina ante el CIADI, *Suplemento de la Ley—Administrativa* August 14, 2005, p. 13.

<sup>⑨</sup> OECD, 12th Roundtable on Freedom of Investment, March 26, 2010, p. 4, at <http://www.oecd.org/dataoecd/54/5/45317381.pdf>, Oct. 10, 2011.



进行复审。<sup>④</sup>

尽管阿根廷已经是南美国家联盟(UNASUR)成员,且该组织在2009年宣布要建立一个替代ICSID的仲裁中心,但阿根廷目前却无意废止双边投资协定和退出ICSID。为了在将来避免被提起这样的争议,根据一些拉美国家的最新做法,废除已经过期的双边投资协定并协商建立新的协议对阿根廷是更加明智的做法。为了纠正过于频繁地赋予外国投资者诸如规避保护伞条款和稳定性条款的权利,应制定界定投资、投资者和间接征收含义的条款,修改争端解决条款和最惠国待遇条款。但目前仍然存在的问题是,大多数的双边投资协定过了有效期仍可保护相关投资项目长达10年到15年。

### 三、UNASUR 仲裁对 ICSID 提出的挑战

2008年5月23日,阿根廷、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、圭亚那、巴拉圭、秘鲁、苏里南、乌拉圭和委内瑞拉签署了《南美国家联盟成立公约》,目的为推动南美地区经济一体化进程。目前,多数成员国家已经批准该条约,而且该条约已于2011年3月11日生效。

很多美洲国家都对ICSID持不满态度,因此2009年7月,在美洲国家组织第三十九届大会上,厄瓜多尔外交部长Fander Falconí提议UNASUR建立新的仲裁中心以使拉美国家摆脱外国势力的干涉。

2010年7月23日至25日,玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、厄瓜多尔、圭亚那、巴拉圭、秘鲁、乌拉圭的总统和司法界代表出席了UNASUR第五次司法峰会,古巴和委内瑞拉作为被邀请国也出席了这次峰会。这次峰会建议将创立UNASUR司法咨询委员会以及区域性调解和仲裁中心的计划列入UNASUR第六次司法峰会议程。

<sup>④</sup> 在CMS Gas Transmission v. Argentina Republic一案中,ICSID仲裁庭最终裁决阿根廷作出金钱赔偿。接着阿根廷递交了撤销裁决的申请,并申请在撤销裁决最终审核前暂停该裁决的执行。索赔方要求阿根廷保证在撤销裁决申请不通过的情形下支付已裁决的赔偿。于是在2006年7月12日,阿根廷检察长向ICSID公约递交了一份声明:向CMS Gas Transmission Company保证,在裁决不被撤销的前提下,阿根廷根据《ICSID公约》规定的义务,承认本次仲裁庭所作出的裁决,受其约束,并保证在其领土范围内履行赔偿责任。ICSID仲裁庭认为这封由检察长发出的声明应该有助于打消CMS过去可能有的顾虑,因为这份声明已不可撤销地承认了阿根廷将履行裁决的赔偿责任。P. Richard, Court Support for Arbitration in Argentina, *Arbitration Review of the Americas*, 2007, p. 17.

2010年12月1日,在圭亚那,成员国外交部长一致决定由厄瓜多尔负责组织争议解决小组并在近期内开展研究。之后,厄瓜多尔向联盟递交了组建区域性磋商、调解和仲裁中心的草案。

与此同时,厄瓜多尔提出了建立一个替代性争端解决机制的议案。该议案包括以下三项内容:一是建立一个仲裁中心;二是建立投资争议咨询委员会;三是制定UNASUR仲裁员和调解员的行为准则。

根据厄瓜多尔公布的部分草案内容,仲裁中心受理范围不仅包括投资争议还包括任何需要中心帮助的纠纷。具体包括中心受理成员国之间以及成员国与投资者之间的纠纷、中心设置前置磋商和调解程序、仲裁裁决创设法理或司法判例,并认为中心的仲裁并不排斥主权国家所主张的公共政策原则。咨询委员会将提供法律指导、技术支持和研究,特别是针对投资纠纷的研究和法律支持。仲裁中心和咨询委员会在初期只受理UNASUR成员国间的争议。在中期可以受理中美洲和加勒比海国家的争议,最后将向所有愿意适用该仲裁中心的国家开放。<sup>⑤</sup>

厄瓜多尔议案有以下几个显著的特点:

第一,包括一个前置的磋商和调解程序。在这一阶段中要充分考虑到WTO磋商程序的成功做法,大多数在世贸组织提起的争端经过磋商程序都得到了圆满的解决(截至2010年1月1日,WTO共受理402起仲裁案件,只有126起由于磋商未成功而进入了仲裁程序)。

第二,仲裁裁决将创立司法先例,裁定的一致性和连贯性使得裁判具有可预测性,从而加强了仲裁的合法性,这一特点是ICSID所不具备的。

第三,仲裁中心和咨询委员会在实施的过程中将会区分不同的阶段(初期只受理UNASUR成员国间的争议,中期可以受理中美洲和加勒比海国家的争议,最后将向所有愿意适用该仲裁中心的国家开放)。这种渐进式的实施阶段将有利于仲裁中心和咨询委员会的稳步发展。

<sup>⑤</sup> El Ciudadano. gov. ec (periódico digital del gobierno de la revolución ciudadana), Sistema de Solución de Controversias Inicia su Proceso, Dec. 3, 2010, at [http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso](http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=19256:sistema-de-solucion-de-controversias-inicia-su-proceso), Oct. 10, 2011.

#### 四、结 论

ICSID 缺乏透明性,对社会公共利益的忽视,裁决的不一致性、不确定性和缺乏上诉机制,导致了拉美国家对其合法性的质疑,一些拉美国家进行的改变其在 ICSID 地位的运动被视为“卡尔沃主义”的复兴。该项复兴运动的典型代表有 ALBA-TCP 声明,玻利维亚和厄瓜多尔退出《ICSID 公约》,委内瑞拉反仲裁措施以及 UNASUR 建立区域性仲裁中心的议案。另外,巴西未加入《ICSID 公约》,也未批准 20 世纪 90 年代签订的任何双边投资协定,却成为拉美最成功吸引外资的国家;墨西哥虽然是 NAFTA(北美自由贸易区)的成员国,但仍不愿加入《ICSID 公约》,一定程度上也说明了 ICSID 存在的问题。如果 ICSID 在程序方面不增强透明度以及不注意审理案件标准的一致性和案件结果的合法性,将会危及其在拉美的地位。

(编辑:刘佳)

### Challenges of Latin American Countries against ICSID

Silvia Karina Fiezzoni

**[Abstract]** In the early 2000s, the financial crisis in Argentina and series of nationalizations carried out by populist governments in South America spawned a large number of claims before ICSID, brought primarily by U.S. and European investors. Latin American countries began to scan ICSID critically; they condemned ICSID's connections with the World Bank, the inadequate attention the arbitral awards gave to non-commercial interests, such as health or environmental protection. Due to the lack of transparency and the absence of appeal procedure (except a limited annulment procedure), the legitimacy of ICSID arbitration was called into question.

#### 争端解决机制研究



### 论 ECFA 争端解决机制模式之 构建

■ 孙国平\*

**[内容摘要]** ECFA 业已签署生效,但其争端解决机制尚付阙如。构建符合 ECFA 自身需求的争端解决机制需要考虑哪些因素、有哪些可供借鉴的模式选项?基于 ECFA 第 10 条和第 11 条争端解决之规范,参照 CEPA 模式、CAFTA 模式、中秘 FTA 模式之比较分析,本文对构建 ECFA 自有之争端解决机制提出了初步设想。

\* 作者系苏州大学王健法学院讲师,苏州大学王健法学院 2010 级博士研究生。