

附期限当地救济条款的解释新路径阐释

陈丹艳*

内容摘要: 在国际投资法领域, 虽然许多国际投资条约(international investment agreements, IIAs) 放弃了用尽当地救济规则, 但仍有一些 IIAs 将一定期限内诉诸国内法院的当地救济规定为争端提交国际仲裁的前提条件。自 Maffezini 案以来, 投资者和仲裁庭常援引条约中最惠国待遇条款规避这一仲裁前提条件的适用。晚近, Abaclat 案等四个 ICSID 仲裁庭的解释新路径值得关注, 仲裁庭将推理重心集中到附期限当地救济条款本身, 通过对该条款进行无效解释而排除其适用。在国际投资仲裁制度改革的背景下, 有必要公平合理地对 IIAs 中附期限当地救济条款进行有效解释, 以求在对东道国的合法权益与对投资者利益保护之间达到一种平衡。包括中国在内的国家有必要通过明晰化其缔结的 IIAs 相关条款、发表联合解释、提交国家意见等方式积极应对。

关键词: 当地救济条款 目的宗旨解释 无效例外 有效解释

DOI:10.13871/b.cnki.whuilr.2017.02.011

一、引言

用尽当地救济规则是外交保护领域的国际习惯法规则, 指在未用尽东道国法律对其仍然适用的所有救济手段之前, 不得寻求国际程序解决, 该外国人的本国政府也不能行使外交保护权, 追究东道国的国际责任。用尽当地救济规则在国际法上所依据的主要原则是国家的属地管辖权原则、国家对自然资源永久主权原则及拉美国家提出的卡尔沃主义。^① 在国际投资领域, 为了保障投资者可以更好地有效率地将争端提交国际仲裁, 这一规则逐渐被抛弃或修改, 但仍有一些 IIAs 将一定期限内诉诸国内法院的当地救济规定为将争端提交国际仲裁的前提条件。国际投资仲裁实践中, 这一附期限当地救济条款常常被规避, 传统的解释路径就是将最惠国待遇条款(most-favoured-nation treatment, MFN 待遇条款) 的适用范围扩大至程序性事项。晚近, Abaclat 案等四个案件的仲裁庭转变解释路径, 将推理重心转移到对附期限当地救济条款本身的解释上, 通过对该条款进行无效解释而排除其作为仲裁前提条件的适用和约束力。

仲裁庭这种解释新路径是否恰当, 特别是在国际投资仲裁正当性危机及改革的大背景下? 附期限当地救济条款应如何解释和适用? 国家又该如何应对仲裁庭的这种解释路径?

* 厦门大学法学院国际法专业博士研究生, 福建农林大学文法学院讲师。

本文系国家社会科学基金项目“国际投资条约解释体制的重构及其中国话语权的实现路径研究”(项目编号为 15 BFX196) 的阶段性成果。感谢匿名审稿专家提出的修改意见, 但文责自负。

① 石静霞《用尽当地救济规则与国际投资争议的解决》,《国际经济法论丛》(第 2 卷), 法律出版社 1999 年版, 第 312 页。

本文拟就这些问题进行分析探讨。

二、仲裁庭对附期限当地救济条款解释的旧路径

IIAs 中通常都有 MFN 待遇条款,通常的规定是:缔约一方给予缔约另一方投资者或特定投资活动的待遇,不应低于其给予任何第三国投资者或者特定投资活动的待遇。有一些 IIAs 还会加上一个限制条件“在相同或类似的情况下”,如美国、加拿大缔约的双边投资条约(Bilateral Investment Treaties, BITs),《北美自由贸易区协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)和《欧洲能源宪章条约》(The Energy Charter Treaty, ECT)等。长久以来,各国缔约 IIAs 时只是从实体问题的角度来规定 MFN 待遇条款的适用范围和例外事项,对于是否适用于程序问题,特别是争端解决机制方面,基本没有明文规定。

Maffezini v. Spain 案是第一个将 MFN 待遇条款的适用范围解释为可以适用于争端解决的程序问题的案例。^① 根据阿根廷-西班牙 BIT 第 10 条第 2 款和第 3 款规定,投资者和缔约国间发生任何争端后,除非东道国同意,投资者单方提起国际仲裁的条件是:若 6 个月内未能友好解决的,应先提交至东道国国内法院解决;若国内法院在争端提交之日起 18 个月内未能就实体问题做出判决的,或者虽做出裁决但争议仍存在的,投资者可以将该争端提交国际仲裁庭。^② 但申请人并未按此规定先将争端提交国内法院解决,而是直接向 ICSID 提出仲裁申请。申请人主张,根据阿根廷-西班牙 BIT 第 9 条 MFN 待遇条款,他可以援引智利-西班牙 BIT 第 10 条第 2 款更加有利的管辖条款,后者并未规定 18 个月当地诉讼的期间条件。被申请人则回应,BIT 的 MFN 待遇条款是适用于条约的实体事项或实质方面,而不适用于程序或管辖权问题。^③

仲裁庭认为,虽然阿根廷-西班牙 BIT 这一基础条约中 MFN 待遇条款并没有明确表达是否适用于争端解决程序事项,但有理由认为争端解决条款与对外国投资者的保护是密切相关的,且根据该条款“本协定所包含所有事项”的措辞,在遵循“同类原则”(the ejusdem generis principle)的基础上,MFN 待遇条款的适用范围可以包括争端解决条款。当然,仲裁庭也已经意识到这么做可能会导致 MFN 待遇条款的滥用,同时主张“公共政策考量”作为 MFN 待遇条款适用的重要限制来避免前述危险。^④

Maffezini 案后,投资者竞相主张 MFN 待遇条款可适用于争端解决程序事项,援引 MFN 待遇条款转而依据东道国与其他国家签订的 IIAs 中对投资者更有利的争端解决条款直接提起国际仲裁,从而规避基础协定中附期限当地救济条款的适用。而仲裁庭的实践和学者的观点也形成了两派对立的观点:支持 MFN 待遇条款适用于争端解决事项;反对 MFN 待

① Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (“Maffezini v. Spain”), ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (“Decision on Jurisdiction”).

② Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para. 24.

③ Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, paras.38-42.

④ Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, paras.53-56.

遇条款适用于争端解决事项。^① 对国家而言,当然是极力主张 MFN 待遇条款仅适用于条约的实体性权利保护。若 MFN 待遇条款适用于条约程序性事项,很明显,这会导致没有规定当地救济规则的条约被适用,而规定了当地救济规则的条约则被抛弃。这也意味着,只要东道国所签署的 IIAs 中有一项条约中没有规定当地救济条款,其他所有条约中的当地救济条款都会变得毫无意义。

有学者指出, MFN 待遇条款是否可以适用于争端解决条款等程序性事项的争议暗示着相互竞争的政治考量:一方面,国际仲裁的一个关键政治目标就是通过投资者—国家争端解决机制鼓励外国投资,宽泛地解释 MFN 待遇条款为投资者提供更为便利的国际仲裁途径,由此促进投资的政治目标;另一方面,国际法强调国家主权,尊重各国自主管理的能力相对不受外国干预,仍然是促进一个广阔和多样化的世界秩序的关键的组织原则。而强调主权的必然结果是,除非国家同意一个超国家的仲裁庭来裁决它们的行为,不应要求它们依 IIAs 进行国际仲裁。^②

值得注意的是, Maffezini 案仲裁庭虽然最终根据 MFN 待遇条款认定对案件拥有管辖权,但却对附期限当地救济条款的效力予以了肯定,肯定该要求是属于管辖权条件,并且该期间必须有经过当地法院的具体救济程序的实际行动,而不能解释为投资者只要静候该期限经过,就可以直接寻求国际救济。^③

可见,仲裁庭的传统解释路径是肯定附期限当地救济条款的效力,但利用 MFN 待遇条款适用对投资者更为有利的不含有附期限当地救济条款的其他 BIT 争端解决条款,而排除案件所依基础 BIT 的附期限当地救济条款的适用。^④

① 支持的案例和学者如 *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Interaguas Servicios Integrales Del Agua S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction; *Telefónica S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction; *National Grid v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction; *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction; Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses*, 27 (2) Berkeley J. Int'l L. 496 (2009)。

反对的案例和学者如 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (“*Salini v. Jordan*”), ICSID Case No. ARB/02/13, Decision of the Tribunal on Jurisdiction; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award. 参见梁丹妮《国际投资条约最惠国待遇条款适用问题研究——以“伊佳兰公司诉中国案”为中心的分析》,《法商研究》2012 年第 2 期,第 102 页。

② Tai-Heng Cheng & Robert Trisotto, CASE COMMENT: *Urbaser SA and others v. Argentine Republic and Teinver SA and others v. Argentine Republic*, A Workaround to the Most-Favoured-Nation Clause Dispute, 29(2) ICSID Review 290(2014)。

③ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, paras. 34–36.

④ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, para. 37. 仲裁庭明确表示,如果投资者仅依 BIT 中的这一争端解决条款提起仲裁,因为其没有完成该国内诉讼的前提条件,仲裁庭不享有管辖权,会驳回诉请。但本案中有其他的替代依据。

三、仲裁庭对附期限当地救济条款解释的新路径

然而,晚近四个 ICSID 案件中,包括 *Abaclat v. Argentina* 案^①、*Urbaser v. Argentina* 案^②、*Teinver v. Argentina* 案^③和 *Ambiente Ufficio v. Argentina* 案^④,附期限当地救济条款的有效性却受到了质疑。这些案件的被申请人都是阿根廷,所签署的 BIT 中都有 18 个月的附期限当地救济条款。阿根廷主张,18 个月的诉讼期间是一项管辖权要求,是仲裁的必要前提条件。^⑤而四个案件的申请人都提出了 18 个月的诉讼期间不是一项强制性管辖前提条件,即使是,也可因无效规则(the futility rule)、不符合 BIT 的目的宗旨而被免除的主张。^⑥

因此,四个案件仲裁庭都从审查附期限当地救济条款是否有效的角度出发,从条款的目的宗旨和是否构成无效例外情形进行解释,围绕阿根廷当地法院是否可以给外国投资者提供一个在 18 个月的时间内解决纠纷的公平的机会进行分析,通过论证 18 个月的期间限制具有不可实现性、不公平性,进而将该条款的要求解释为无约束力,不得以此限制投资者直接提起国际仲裁。

(一) 目的宗旨解释

除了 *Ambiente Ufficio v. Argentina* 案,另外三个案件的仲裁庭都适用目的宗旨的解释方法来论证 18 个月的诉讼期间要求不能成为阻碍申请人有效提请国际仲裁的理由。

1. *Abaclat v. Argentina* 案

Abaclat 案是第一个另辟蹊径抛开 MFN 待遇条款而专注于附期限当地救济条款解释的案件。关于阿根廷-意大利 BIT 第 8 条规定的解释,仲裁庭的结论是,投资者未能遵守该要求并不能成为仲裁庭缺乏管辖权的理由。仲裁庭指出,“要考虑上下文以及第 8 条的目的宗旨。第 8 条提供的(争端解决)体系旨在为争端双方提供一个公平及有效率的争端解决机制。……因此,有必要对双方的利益进行权衡。而只有在东道国被不恰当地剥夺了通过

① *Abaclat and others v. Argentine Republic* (“*Abaclat v. Argentina*”), ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility.

② *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic* (“*Urbaser v. Argentina*”), ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction.

③ *Teinver S.A. Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos Del Sur S.A. v. The Argentine Republic* (“*Teinver v. Argentina*”), ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction.

④ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility.

⑤ *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 493; *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, Decision on Jurisdiction, para. 67; *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, para. 84; *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 554.

⑥ *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 574-575; *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, paras. 79-81; *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, paras. 99-106; *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 560-567. 四个案件的申请人都另外主张其有权援引 MFN 待遇条款而受益于更有利的 BIT 争端解决规定而无须遵守 18 个月诉讼期间的义务。

其国内法律体系解决问题的公平机会的时候,不遵守 18 个月诉讼期的要求才会被认为不符合第 8 条体系的目的宗旨。而仲裁庭认为,这种机会不能仅是理论上的机会,而应该是实践中真实的机会——东道国可以通过国内法院来有效解决争端。从本案的整体情况来看,东道国的这一机会只是理论上的机会,或者说不能使争端在 18 个月内得到有效解决,因此仅因投资者没有遵守 18 个月诉讼期间就剥夺投资者诉诸国际仲裁的权利是不公平的。”^①

2. Urbaser v. Argentina 案

仲裁庭根据阿根廷—西班牙 BIT 第 10 条第 3 款的明确措辞得出的结论是,诉诸国内法院是诉诸国际仲裁一个先决条件。但仲裁庭认为,根据《维也纳条约法公约》第 31(1) 条的规定,第 10 条第 3 款的措辞需要与本条的目的和宗旨相一致。如果该条的目的是给阿根廷当地法院一个公平的机会来处理争端,那么仲裁庭推理道,当地法院必须平等地向投资者提供一个公平的机会,以期在 18 个月的期间内解决争端。^②

仲裁庭把这称为一种“双边原则”(a principle of bilateralism)。仲裁庭的推理是,如果阿根廷不能保证当地法院可以在 18 个月内的诉讼期间内处理此类纠纷并合理地作出裁决,它就不能坚持主张投资者在国际仲裁前要先诉诸当地法院的义务。^③ 仲裁庭的结论是,在阿根廷当地法院处理的投资者—国家争端将远超过第 10 条第 3 款所规定的 18 个月,一个“不能合理地期望达到这个目标的程序对投资者来说是没有用的和不公平的。”因此,仲裁庭裁决,申请人不需要在提交仲裁前先提交阿根廷当地法院。^④

3. Teinver v. Argentina 案

关于阿根廷—西班牙 BIT 第 10 条第 2 款和第 3 款所规定的当地法院诉讼的要求,仲裁庭认为,虽然申请人提起仲裁请求当时并没有满足 18 个月当地诉讼期间的要求,但是此后 18 个月期间已过,且当地诉讼仍尚未结束。18 个月诉讼期间这一要求本身的核心目的(the core objective)是为了给当地法院考虑争端措施的机会,这一目的已经得到满足。要求申请人满足 18 个月期间再重新起诉的话,是一种时间和资源的浪费。因此,仲裁庭裁决申请人已经满足了该项要求。^⑤

(二) 无效例外的适用与解释

在四个案件中,仲裁庭都有就 18 个月诉讼期间的要求是否属于无效的情形进行了相关论述。其中, *Abaclat v. Argentina* 案仲裁庭指出,其裁决结果并非依据无效规则,而是基于相关利益的权衡而得出的结论。^⑥ *Urbaser v. Argentina* 案仲裁庭认为,从目的宗旨角度来合理解读 18 个月规则,东道国有义务让其国内法院以恰当的方式在有效的期限内提供合

^① *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 579–583. 仲裁庭还指出这种不尊重该期限的做法并不会给东道国造成任何真实的损害,相反,如果剥夺投资者诉诸仲裁的权利则会在事实上剥夺其一项重要和有效率的争端解决手段。

^② *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, paras. 130–131.

^③ *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, para. 148.

^④ *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, para. 202.

^⑤ *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, para. 135.

^⑥ *Abaclat v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 567–584.

适的救济,以此避免18个月规则变得完全无效或明显无效。^① *Teinver v. Argentina* 案仲裁庭认为,即使申请人没有遵守该义务,也可以因无效性的理由而豁免,因为进一步的协商是无效的。^②

而 *Ambiente Ufficio v. Argentina* 案仲裁庭对无效例外进行了详细的推理论证,并以此为由得出与其他三案相同的结论。仲裁庭在得出诉诸当地法院的要求具有约束力,并且不遵守该要求的法律后果是不得提交国际仲裁的情形下,^③却以无效例外为由得出申请人没有违反该项条约义务的结论。

Ambiente Ufficio v. Argentina 案的申请人主张,求助东道国法院的义务存在一种例外,即这种求助是无效的。被申请人虽明确接受存在这样一种无效例外,但认为适用这一例外的门槛是极高的,而本案的事实并未达到引发这一例外的情形。^④ 仲裁庭首先论证存在这样一种无效例外,指出这一例外在外交保护法中被广泛承认,并体现在《外交保护条款草案》第15条的规定中。^⑤ 《外交保护条款草案》第15条“当地救济规则的例外”规定了几种不需要用尽当地救济的情形,其中第1种情况是“不存在合理地可得到的能提供有效补救的当地救济,或当地救济不具有提供此种补救的合理可能性。”这种例外又被称为是“徒劳”或“无效”例外。

仲裁庭接着说明,根据《维也纳条约法公约》第31条的规定,上下文还应包括适用于当事国间关系之任何有关国际法规则,就包括了相关的国际习惯法。^⑥ 仲裁庭认为,“用尽当地救济规则与诉诸国内法院一段时间的前提要求是相似的,因为它们都需要在将争端提交国际层面之前诉诸当地司法机关。二者都服务于尊重东道国主权的,在移交至国际层面之前为东道国提供了在其国内层面解决纠纷的机会。……因此,外交保护的用尽当地救济的无效例外可以适用于国际投资法上要求诉诸国内法院的条款要求。”^⑦

仲裁庭在确定无效例外可以适用于本案之后,就继续分析该要求的门槛以确定这一例外是否满足。仲裁庭得出结论,“由于18个月诉讼期间的规则暗示了其仅是一项暂时求助国内法院的要求,与用尽当地救济的要求相比,前一规则的门槛要远低于后者。”^⑧ 仲裁庭最后裁决本案存在这种例外,还进一步指出,没有必要再适用 MFN 待遇条款。^⑨

① *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, paras. 131-135.

② *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, paras. 126-129.

③ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 589-596.

④ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 597.

⑤ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 599.

⑥ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 600.

⑦ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 602-603.

⑧ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 611.

⑨ *Ambiente Ufficio v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, paras. 626-629.

可以说,四个仲裁庭的解释新路径不再倚赖 MFN 待遇条款,而是从附期限当地救济条款本身的效力入手,通过目的宗旨解释和适用无效例外原则等直接否定附期限当地救济条款的效力和可适用性,从而排除其对投资者直接提请仲裁的限制。

四、仲裁庭解释新路径的评析

较之原先通过对 MFN 待遇条款适用范围的解释来规避附期限当地救济条款的适用,上述四案件仲裁庭对当地救济条款的效力的解释路径是新颖的。有学者赞同仲裁庭的这种解释新路径,认为其在投资保护和国家主权的政策目标间提供了一种平衡。^①但本文认为,这一解释新路径并非合理和自圆其说的,本节将依据条约解释等相关国际法原则及法理对其解释路径进行评析。

(一) 对目的宗旨解释的滥用

上述仲裁庭都依据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的规定,推断出缔约方的目的在于“保护”与“促进”投资,进而忽视相关 BIT 中 18 个月当地诉讼期间的限制规定,认为不遵守该条件也不违反条约目的宗旨,进而不会影响仲裁庭的管辖权。但正如 Salini 案中被申请国阿根廷提出的主张“MFN 待遇条款不能无视或优先于本案中缔约方就管辖问题在 BIT 条款中所明确表达的意图。”^②依据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的规定,一般情况下,条约字面(文本)解释规则与目的宗旨解释规则相比具有优先性,又鉴于目的宗旨解释本身所具有的主观性质,自然不能毫无限制地用目的宗旨解释去否定其他条款的字面解释。

Urbaser 案仲裁庭也肯定阿根廷-西班牙 BIT 第 10 条第 3 款的明确措辞的意义和效力:诉诸国内法院是诉诸国际仲裁一个先决条件。既然依据字面解释已经确定了该条款的含义,也明确表达了缔约国双方试图通过该条款的明文规定来对提起国际仲裁进行一定限制的意图,这样的意图从某种程度上也可以说是条约的目的宗旨。那么面对条约本身所表达的不同的宗旨目的,仲裁庭也不能随意地用一个宗旨目的去否定另一个宗旨目的。从这个意义上说,仲裁庭的解释路径是有失偏颇,不那么中肯的。

(二) “当地救济规则的例外”适用的不当

Ambiente Ufficio 案中,仲裁庭援引《外交保护条款草案》中“当地救济规则的例外”规定来论证其裁决具有合理的基础,虽然被申请国没有反对这一观点,只是提出“用尽当地救济规则的例外”的触发门槛极高的观点。但在本案的情形下,是否可以适用这个无效例外仍值得斟酌。正如中国代表薛捍勤女士在第 57 届联合国大会第六委员会关于“国际法委员会第 54 届会议的报告”议题(外交保护和委员会的工作)的发言中就用尽当地救济规则及其例外情况问题上指出:“中国代表团认为,……对于用尽当地救济原则的例外情况,国际法委员会则应谨慎行事,以使用尽当地救济与其例外情况之间取得适当的平衡……中国

^① Tai-Heng Cheng & Robert Trisotto, *CASE COMMENT: Urbaser SA and others v. Argentine Republic and Teinver SA and others v. Argentine Republic, A Workaround to the Most-Favoured-Nation Clause Dispute*, 29(2) ICSID Review 290 (2014).

^② Salini v. Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision of the Tribunal on Jurisdiction, para.103.

代表团认为,关于用尽当地救济规则的例外情况应符合明确的条件,例外情况的适用应相对确定,例如当地救济显然无效或不当拖延,被告国(不法行为国)放弃了用尽当地救济的要求等。”^①可以说,《外交保护条款草案》中“用尽当地救济规则的例外”规定是对外交保护领域中用尽当地救济规则的严苛性的一种减轻,^②但对该例外的适用仍当谨慎。

正如 Ambiente Ufficio 仲裁庭的结论中所承认的,18 个月的诉讼期的要求比起用尽当地救济规则来讲只是一种暂时性要求,用尽所有救济措施所用的时间与 18 个月的期间是不可比拟的,也就是说,在该案的情形下,18 个月等待期的严苛性远远低于传统的用尽当地救济。既然如此,用于减轻规则严苛性的用尽当地救济的例外就不能随使用在严苛性相差极大的诉讼等待期的规则而排除其适用。在这种情形下,也就没有必要对现有已较好平衡投资者和东道国利益的规则(18 个月的诉讼等待期一过,投资者即可自由提起国际仲裁)进行减损。^③可以说,这种减损反而打破原有规则达成的平衡,而重新偏向于投资者一方的利益。

(三) 违背条约有效解释原则

《维也纳条约法公约》并没有将有效解释原则明文规定为条约解释原则,但有效解释原则作为条约解释的习惯法规则存在于国际法学说和国际司法实践中。早在 1949 年,劳特派特在其发表的《限制性解释与条约解释中的有效原则》一文中就对条约解释的有效解释原则进行了详细的论述。^④国际法委员会在《维也纳条约法公约(草案)》的评注中指出,“委员会认为仅就‘宁使条款有效而不使其失去意义’这项准则所反映的真正一般解释规则来说第二十七条第一项已予载明,该项规定条约应依其用语在条约的上下文关系中及参照条约的目的及宗旨所具有的通常意义,本诚信解释之。条约如有两种解释时,其中之一可使条约有适当效果,另一种则无此可能,则诚信与条约之目的及宗旨都要求采用前一种解释。”^⑤

WTO 上诉机构在美国汽油案中阐述道“维也纳条约法公约中‘一般解释规则’的一个必然结果(corollaries)是,解释必须赋予条约的所有条款以意义和效果。解释者不能随意采用会导致条约的整个条款或段落变得冗余或无用的解释。”^⑥在韩国奶制品案中,WTO 上诉机构再次援引其在美国汽油案中对有效解释原则的分析,并在脚注中列举了以往承认有效

① 薛捍勤《第五十七届联大第六委员会关于“国际法委员会第 54 届会议的报告”议题(外交保护和委员会的工作)的发言》,http://www.fmprc.gov.cn/ce/ceun/chn/zgylhg/flyty/ldlwjh/t40105.htm 2016 年 4 月 10 日访问。

② Giulia D' Agnone, *Recourse to the “Futility Exception” within the ICSID System: Reflections on Recent Developments of the Local Remedies Rule*, 12(3) Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 360 (2013).

③ Giulia D' Agnone, *Recourse to the “Futility Exception” within the ICSID System: Reflections on Recent Developments of the Local Remedies Rule*, 12(3) Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 361 (2013).

④ H. Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 Brit. Y.B. Int'l L. 67-75 (1949).

⑤ 国际法委员会《联合国国际法委员会第 18 届会议报告》,http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/chinese/reports/a_cn4_191.pdf&lang=EFRC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/reports1960.shtml 2016 年 4 月 10 日访问。

⑥ United States- Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, p. 23.

解释原则的其他案件。^①

根据这一条约解释原则,在上述几个投资仲裁案中,仲裁庭在明确 18 个月的国内诉讼期限的条款依字面解释为提起国际仲裁的前置条件基础上,仍用其他的解释路径将该条款的效力解释为无效,就不符合条约解释的有效解释原则。

(四) 仲裁裁决的矛盾冲突

将 Urbaser v. Argentina 案和 Teinver v. Argentina 案同 Maffezini 案相比较,可以发现,三个案件都是依据相同的阿根廷—西班牙 BIT 提起仲裁,按道理,仲裁庭不应该出现完全相反的解释。但事实却是,前两案仲裁庭对于 BIT 第 10 条第 2 款效力的解读是与 Maffezini 案完全相反的。

特别注意到,阿根廷—西班牙 BIT 第 10 条第 2 款中提交当地法院诉讼的规定使用的是强制性术语“应”(shall),Maffezini 案仲裁庭对该附期限当地救济条款的态度是肯定的,裁决表达了以下几点意见:(1) 阿根廷—西班牙 BIT 第 10 条第 2 款的措辞公开声明了缔约国要求诉诸当地法院并有 18 个月等待期的意愿和目的;(2) 该条款中的 18 个月等待期的强制性要求,是提交国际仲裁的一个前提条件,构成管辖权要求;(3) 如果投资者没有依据 MFN 待遇条款提出诉求,仅依据该条款提出诉求,仲裁庭会驳回请求,因为投资者并没有完成该条件,因此仲裁庭也就没有管辖权。^②

而 Urbaser 仲裁庭和 Teinver 仲裁庭针对同样的 BIT 条款,却完全忽视条款中强制性条约术语(shall)所表达的缔约国意愿,将该条款解释为无效,再一次体现出仲裁裁决的矛盾及不一致性。

(五) 反思

Abaclat 案等四个 ICSID 仲裁庭对于附期限当地救济条款的解释新路径,实质仍反映出投资者和东道国间利益平衡的争议。用尽当地救济规则在国际投资仲裁领域被抛弃的做法是出于对东道国救济的不信任,为了让投资者能摆脱东道国救济的不利地位、尽快求助国际仲裁程序以更好地维护其利益。因此,有学者认为现有仲裁中出现的要求事先适用国内救济才能提起国际仲裁的做法是卡尔沃主义的一种回归,不利于对投资者利益进行很好的维护,应严密监控予以防范。^③

相较于外交保护领域的用尽当地救济规则,大多数 IIAs 仅是规定一定期限的当地救济作为提交国际仲裁的前提条件,严苛性已经有所减低。这种规定在赋予东道国充分行使管辖权的机会的同时,也并未过分损害投资者的利益。明确的时间限制可以促使东道国国内机关尽快解决争端,从一定程度上有助于促进东道国司法及行政机构效率的提高,而投资者在可预期的国内解决程序时限过后,仍可继续将争端提请国际仲裁解决。

^① Korea-Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products, WT/DS98/AB/R, p. 80. 在脚注中,上诉机构还提到了日本酒税案(Japan-Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, footnote 41, p. 12), 加拿大奶制品案(Canada-Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, para. 133) 和阿根廷鞋类案(Argentina-Safeguard Measures on Imports of Footwear, WT/DS121/AB/R, para. 88.) 都承认了有效解释原则。

^② Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, paras. 34-37.

^③ Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4(1) Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 16-17 (2005).

脱胎于传统国际商事仲裁模式的国际投资仲裁机制正面临着正当性危机,要进行改革必须正视国际投资争端和国际投资仲裁所具有的公法性质:国际投资争端恒定的特殊被告——国家,争议问题所涉及的国家公共管理权等宪法性事项,国际投资仲裁庭对东道国行为进行国际合法性的审理带有了公法审判的性质。已有的仲裁裁决给东道国主权和公共利益带来重大冲击应该要引起重视,国际投资仲裁庭不能再坚持原有偏袒投资者的做法,不能再完全用私法的理念和规则去审理国际投资争端。

用尽当地救济规则体现了对东道国司法主权的尊重,其重要意义在于给争议双方提供一段“冷却期”,以利东道国政府充分发挥协调功能,避免争端进一步走向国际化。^①正如学者 Denise 所指出的,“国民与外国投资者之间的平等是卡尔沃条款的基础和卡尔沃主义的实质。矛盾的是,卡尔沃主义的元素被埋葬的时候,这些元素背后的原则却正在寻找新的生机。”^②附期限的当地救济条款正好体现了这个平等的实质,是对投资者权益保护和国家权力之间进行的一种平衡,不应蛮横地否定排斥。

正如 Wintershall 仲裁庭所指出的,国际法院和仲裁庭只能在主权国家同意的情况下才能行使管辖权,这是国际法的一般原则。不能仅依一个推测的同意而认定国家同意接受国际仲裁。^③国际投资法虽然具有特殊法的性质,但仍属于国际法律体制的一部分,对国家而言,其他国际法领域尊重国家主权的国际司法实践的法理,在国际投资法领域也不应该有什么变化。^④

仲裁庭无视附期限当地救济条款所明确表达的东道国试图限制国际仲裁庭对国际投资仲裁案件的管辖权的意图、擅自否定条款的约束力的解释路径只会进一步加剧东道国对国际投资仲裁机制的质疑,对当前国际投资仲裁机制的改革与发展并无益处。

五、中国 IIAs 的规定及应对之策

许多发展中国家签订的 IIAs 常常规定一定期限的当地救济作为提交国际仲裁的前提条件,通常是 6 至 18 个月。从目前大多数发展中国家的情况看,投资者一般很难在这个时期内获得东道国当地的最终判决,如果此后的仲裁庭按照前述四案件仲裁庭的解释路径来判断投资者是否有遵守 18 个月的当地救济义务的话,那么大多数发展中国家恐怕会因国内诉讼和司法实践的现实而导致无法让这一附期限的当地救济条款真正发挥国家自我先行纠错的功能。而中国签署的 IIAs 中的当地救济条款同样面临威胁,需要加以完善应对。除了防范 MFN 待遇条款可能被解释为规避附期限当地救济条款适用的风险,还需要对此条款本身的效力在条约中予以明确。

(一) 中国 IIAs 的规定

^① 温先涛《孰南?孰北?妥协还是共识?——评中国-加拿大投资保护协定》,《武大国际法评论》第 16 卷第 2 期(2014 年),第 302 页。

^② Denise Manning Cabrol, *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: Equality of Foreign and National Investors*, 26(4) *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1198-1199(1995).

^③ Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/04/14, Award, para. 179.

^④ Samuel Wordsworth, *Case Comment: Abaclat and Others v. Argentine Republic Jurisdiction, Admissibility and Pre-conditions to Arbitration*, 27(2) *ICSID Review* 258 (2012).

1. 附期限当地救济条款的规定

中国 1997 年后缔结的 BIT 对用尽当地救济规则的基本立场是: 允许外国投资者将其与东道国政府的投资争议提交国际仲裁, 其前提条件是: (1) 用尽东道国国内的行政复议程序; (2) 投资者未将争议提交东道国国内法院解决。^① 1997 年中国-南非 BIT 在 ISDS 条款中首次规定“在 6 个月内不能协商解决争议时, 争议任何一方均可将争议提交国际仲裁庭仲裁, 条件是涉及争议的缔约方可以要求投资者按照其法律、法规提起行政复议程序, 并且投资者未将该争议提交该缔约方国内法院解决”。到目前为止, 中国对外缔结的 BIT 仍保持这一立场, 即用尽当地救济规则仅限于用尽东道国的法律和法规所规定的国内行政复议程序。

而用尽国内行政复议程序又可分为以下两种类别: 一种是缔约双方都可以要求用尽行政复议程序; 另一种是中国单方面要求在一定期限内须首先进行国内行政复议程序。^② 第一种类型是绝大多数, 第二种类别是少数, 如 2001 年中国-荷兰 BIT 第 10 条及议定书, 2003 年中国-德国 BIT 第 6 条及议定书, 2012 年中国-加拿大 BIT 第 21 条附录。具体看, 2001 年中国-荷兰 BIT 议定书中对第 10 条补充规定“荷兰王国注意到中华人民共和国的声明, 其要求有关的投资者依照第 10 条第 3 款将争议提交国际仲裁之前用尽中华人民共和国的法律法规规定的当地行政复议程序。中华人民共和国声明, 完成该程序的最长期限为 3 个月。”中国-德国 BIT 议定书对第 9 条补充规定, 要求在中国进行投资的德国投资者只有在已经根据中国法律把争议提交行政复议程序之后才可以把争议提交仲裁, 而中国在德国进行投资的投资者无需经行政复议程序即可将争端交付 ICSID 解决。^③ 中国-加拿大 BIT 第三部分第 21 条的附录规定了“诉请提交仲裁的前提条件: 对缔约方的特定要求”, 同样规定了差异化的提交国际仲裁的程序要件, 如果加拿大投资者诉中国政府, “中国应当要求投资者使用国内行政复议程序。在提出行政复议申请 4 个月后, 如果投资者认为争端仍旧存

^① 我国不同意将提交中国司法解决的案件再提交国际仲裁解决的主要原因是, 担心我国的司法判决受到国际仲裁庭的审查, 对我国司法审判的独立性、严肃性和终局性造成损害。参见石静霞《用尽当地救济规则与国际投资争议的解决》, 《国际经济法论丛》(第 2 卷), 法律出版社 1999 年版, 第 326 页。

^② 王海浪《ICSID 投资仲裁中的当地救济规则》, 载陈安主编《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》, 复旦大学出版社 2007 年版, 第 209 页。

^③ 中国-德国 BIT(2003 年 12 月 1 日签署, 2005 年 11 月 11 日生效) 议定书第六点规定: “关于第九条关于在中华人民共和国的投资, 德意志联邦共和国的投资者仅在下列情况下可以把争议提交仲裁: (一) 投资者已经根据中国法律把争议提交行政复议程序, (二) 投资者把争议提交复议程序 3 个月后, 争议仍然存在, 和(三) 如果争议已经被提交至中国的法院, 投资者可以根据中国法律撤回。”

在,或者不存在可用的此种救济,则投资者可将其诉请提交仲裁。”^①

可以看到,我国 BIT 中有关当地救济的条款仅限于行政复议程序,且都规定了投资者诉诸国内救济措施的明确期限,若照前述四案件仲裁庭的解释路径,该附期限的当地救济条款很容易被仲裁庭解释为该条款无效,不得以此约束外国投资者提起仲裁的权利。

2. MFN 待遇条款的规定

中国以往 IIAs 中的 MFN 待遇条款的规定不论是简单还是复杂详细,多集中在最惠国待遇适用的实体事项(如投资及其有关的活动)和例外上,对于 MFN 待遇条款是否适用于 ISDS 机制的程序问题并未作出明确规定。直到 2008 年后中国签订的一些 IIAs 才对这一问题做出了回应,包括 2008 年中国-新西兰 FTA、2008 年中国-哥伦比亚 BIT、2009 年中国-秘鲁 FTA、2009 年中国-东盟投资协议、2010 年中国-乍得 BIT、2011 年中国-乌兹别克斯坦 BIT、2012 年中日韩投资协定、2012 年中国-智利 FTA 关于投资的补充协定、2012 年中国-加拿大 BIT、2013 年中国-坦桑尼亚 BIT、2015 年中国-韩国 FTA 和 2015 年中国-澳大利亚 FTA,这些 IIAs 明确规定了 MFN 待遇不适用于争端解决程序。

(二) 中国应对之策

目前中国政府被外国投资者提起 ICSID 仲裁的投资争端案件仅有两起^②,但中国作为签署 IIAs 最为活跃的国家之一,^③未来很有可能面临更多的投资仲裁案件,其中可能会涉及附期限当地救济条款的解释问题。本文认为,中国可以从以下几个方面加以应对。

1. IIAs 文本的精确化

这种情况是指中国在缔结新的投资协定或修订旧的投资协定时,通过对条约文本的精确化处理以明确表达缔约国的缔约意图,以指导和限制国际投资仲裁庭的自由裁量权。

(1) 附期限当地救济条款术语的选择。对附期限当地救济条款选择恰当的措辞以明确其限制国际仲裁庭管辖权的意图。正如 *Wintershall v. Argentina* 案仲裁庭在裁决中专门论

^① 中国-加拿大 BIT(2012 年 9 月 9 日签署,2014 年 10 月 1 日生效)第三部分第 21 条的附录“诉请提交仲裁的前提条件:对缔约方的特定要求如果诉请涉及中国的措施:

“一、在收到意向通知后,或在任何之前的时间,中国应当要求投资者使用国内行政复议程序。在提出行政复议申请 4 个月后[11 本款中“4 个月”的时限是基于在本协定生效时的《中华人民共和国行政复议法》(于 1999 年 4 月 29 日在第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议上通过)的相关规定确定的。如果将来中国修改《中华人民共和国行政复议法》规定的关于行政复议时限的相关条款,中国应及时向加拿大提供相关信息,并可依据本协定第十八条向加拿大请求磋商。]如果投资者认为争端仍旧存在,或者不存在可用的此种救济,则投资者可将其诉请提交仲裁。

二、如果投资者在中国法院就中国被诉违反第二部分项下义务的相关措施提起诉讼,仅在国家法院作出判决前该投资者撤诉的情况下,该投资者方能依据第二十条规定将诉请提交仲裁。本规定不适用于第一款提及的国内行政复议程序。”

^② 两个案件均提交 ICSID 审理。一个是 *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15。该案通过和解结案,并未进入实际审理程序。第二个是 *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25。

^③ 迄今为止,中国已与 126 个国家以及比利时与卢森堡经济联盟签订了 BIT,其中生效的 BIT 仅为 104 项。与 11 个国家和地区签署 FTA,加上内地与香港、澳门的更紧密经贸关系安排(CEPA),以及大陆与中国台湾的海峡两岸经济合作框架协议(ECFA),目前已实施 FTA 共有 13 个,其中与东盟又专门签署了投资协议。数据来源:商务部网站、中国自由贸易区服务网及北大法宝数据库。

证了阿根廷—德国 BIT 第 10 条第 2 款中使用“应该(shall) ”这一强制性术语的重要意义。^①若意图使附期限当地救济条款构成管辖的前提条件,就应该使用强制性术语,如“应、应该、必须”(should, shall) 等,而不用非强制性术语,如“可以”(may)。我国现有缔结生效的条约并未完全统一。例如,2014 年生效的中国—加拿大 BIT 就很明确地使用了“应当”术语,表明提交国内行政复议不仅仅是一个程序步骤,更是构成管辖权条件。但中国—德国 BIT 中使用的就是“可以”术语。

(2) MFN 待遇条款适用范围的厘清。各国在缔结 IIAs 时,明确规定 MFN 待遇条款不能适用于争端解决事项,明确表达缔约方的意图,从根本上杜绝 MFN 待遇条款被肆意解释和滥用的可能。^②中国的最新缔约实践中已有出现,但同样存在 IIAs 规定不统一的问题,并非所有的 2008 年后签署的 IIAs 中都含有这一明确的除外规定。^③

2. 与相关国家就条约的解释与适用发表声明

这种情况是缔约国之间就所签订的投资条约相关条款的解释与适用发表解释声明,从而对仲裁庭进行指导和限制。对主权国家而言,这种模式是最为灵活和主动的,也易起到拾遗补缺的作用。这方面最典型的例子就是 NAFTA 自由贸易委员会,该委员会最具影响力的行为就是 2001 年对有关公平公正待遇的含义作出解释声明。中国在今后缔约实践中可以借鉴并善用这种联合解释机制,例如,发表解释声明,明确表达不得通过对其他条款的解释或目的宗旨的解释来排除附期限当地救济条款的有效性、不得扩大解释 MFN 待遇条款可适用于争端解决程序事项等缔约国意图。

3. 在相关投资仲裁案件中积极表达中国的立场

随着国际投资仲裁开始逐渐透明化,并开始接受“法庭之友”意见。在涉及中国的投资仲裁案件中,中国可以作为投资者母国向仲裁庭传达国家意见,除了就案件条约条款的含义发表声明,还可以表达仲裁庭应严格遵守《维也纳条约法公约》有关条约解释的一般规则的意见。例如,2012 年中国—加拿大 BIT 第 29 条(非争端方陈述)及第 29 条附录就首次引入“法庭之友”制度,参与国际投资仲裁“法庭之友”被称为“非争端方”。在 IIAs 中作出明确规定,为中国积极参与相关案件提供国际条约依据,值得推广。

六、结 语

相较于利用 MFN 待遇条款适用范围的解释而规避附期限当地救济条款的适用的传统路径,Abaclat 案等四个 ICSID 仲裁庭对附期限当地救济条款的解释路径是新颖的。但这种解释新路径是有失偏颇的,仲裁庭的解释无视条款所明确表达的缔约国对提交国际仲裁进行限制的意愿,滥用目的宗旨解释和国际习惯法的无效例外原则,违背条约有效解释的原则,这些都反映出仲裁庭偏袒投资者利益和扩大自身管辖权的一贯倾向。在国际投资仲裁

^① Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, paras. 119-122.

^② 王海浪《ICSID 投资仲裁中的当地救济规则》,载陈安主编《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》,复旦大学出版社 2007 年版,第 209 页。

^③ 如 2009 年中国—马里 BIT 和中国—瑞士 BIT 中就仍无此除外规定。

制度面临正当性危机、处于改革的进程中,除了要正视国际投资仲裁的公法性质,认识到平衡投资者与国家之间利益的重要性,仲裁庭还必须要认识的重要一点是,现有投资者—国家争端解决机制的维系,很大程度上仍旧依赖于国家间的同意。在此背景下,若仲裁庭一味否定 IIAs 中国家对仲裁庭管辖权进行限制的条款的效力,无视国家明确表达的意愿,最直接严重的后果就是国家选择退出或抛弃投资者—国家争端解决机制,如拉美一些国家退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》,澳大利亚宣布在其签署的 IIAs 中取消国际投资仲裁机制。而这样的结果对于国际投资仲裁机制的发展是毫无益处的。

因此,国际投资仲裁庭对于 IIAs 中规定为仲裁前提条件的附期限当地救济条款不能盲目地排斥或否定,应根据国际投资争议实践中争议的具体类型和性质,审慎地依据条约解释的国际法规则进行客观、合理的解释,以平衡东道国与外国投资者之间的利益关系。而包括中国在内的东道国也应积极应对国际投资仲裁庭这种新的解释路径,通过条约用语的选择、条款含义的明晰化、缔约国联合解释机制、积极参与案件发表国家意见等方式,尽可能明确地表达缔约国意愿,对仲裁庭的解释权进行指导和限制。

An Analysis on the New Approach to the Explanation on the Clause of Local Remedies for a Certain Period of Time

Abstract: In the field of international investment law, although many international investment treaties have abandoned the rule of exhausting local remedies, there are a number of investment treaties that prescribe using local remedies for a certain period of time as a prerequisite for the submission to international arbitration. From the Maffezini case on, investors and tribunals often invoke the most favored nation clause in the treaty to circumvent the application of this prerequisite. Recently, four ICSID tribunals' decisions, including the Abaclat tribunal, which inaugurated a new approach to explain this local remedies clause, are worthy of attention. By explaining this requirement as futility, these tribunals excluded the application of using local remedies for a certain period of time as a prerequisite. Under the background of the reform of investment arbitration system, it is necessary to fairly and effectively explain the requirement to use domestic remedies for a certain period of time in the investment treaties, in order to achieve a balance between the protection of the interests of investors and the legitimate rights and interests of the host country. It is necessary for countries, including China, to respond actively by ways of clarifying the relevant provisions of its international investment treaties, publishing a joint interpretation and submitting the state opinions.

Key words: local remedies clause; purpose interpretation; futility exception; effective interpretation

(责任编辑:肖军)