

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.06.005

论 ICSID 仲裁主权债务重组争端的管辖路径 ——以两起阿根廷被诉案为起点

田 键

(南京大学法学院, 江苏 南京 210093)

摘 要: ICSID 仲裁庭对两起以阿根廷为被告的主权债务重组争端仲裁案做出有权管辖权裁定后, 学界掀起了仲裁庭是否具备管辖主权债务重组争端的大讨论。《华盛顿公约》第25条与投资条约中“同意”间的关系表明仲裁庭对物管辖需要通过双重审查来确定。而仲裁庭取得管辖权的核心问题是主权债券“投资”属性的确定。从 Salini 案确定的判断投资性质的客观要素分析, 主权债券可以达到这些客观审查标准进而被仲裁庭管辖。通过分析条约之诉与契约之诉的竞合状态可知, ICSID 仲裁解决主权债务重组争端存在法律上的可行性, 只要适用得当并做好被滥用的防范准备, 不失为一种解决主权债务重组争端的路径。

关键词: 主权债务重组; 国际投资条约; 投资条约仲裁; 管辖权

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 2095—8072(2017)06—0053—11

一、问题的提出

本世纪以来, 由欧美国内法院主导的主权债务重组案件解决的途径出现了变化, 债务危机的愈演愈烈使得债权人开始利用双边或多边国际投资协定 (international investment agreements, IIAs) 的投资仲裁求得利益保障。但国际投资争端解决中心 (ICSID, 以下简称“中心”) 有关债务工具的仲裁案件数量较少, 且尚没有在实体方面审结的案例。^①其中具体涉及主权债务重组的案件只有3起, “中心”对其中的两起做出了有权管辖的裁定。^②从仲裁实践看, 主权债务的仲裁解决方式是可以接受的, 但管辖路径是其中最大的争议。管辖权问题的解决则涉及对主权债券“投资”属性的界定。当 IIAs 将主权债券明确界定为“投资”时, 主权债券毫无疑问会受到条约的保护; 相反, 如果 IIAs 约定明确排除主权债券, 则不受其保护。问题恰恰在于如果 IIAs 没有明确约定或明确排除对主权债券的适用时, 主权债券能否获得投资条约的保护, 进而获得“中心”仲裁管辖则存在争议。根本原因在于《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以

① 目前“中心”接受了12起有关债务工具 (debt instruments) 的争端案件的登记, 并对其中的10起做出了有权管辖裁定。其中一起 Booker v. Guyana 案的双方于2003年在仲裁庭作出管辖权裁决前和解。另一起 Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. 诉希腊案尚处于确定管辖权阶段。审结9起, 尚有3起案件在审。

② 就涉及主权债务重组的3起案件而言, Ambiente Ufficio S.P.A. and others 诉阿根廷案仲裁庭裁定有权管辖并已经审结, 但审结的原因是由于双方未支付费用, 而非就实体问题审结。未审结的两起案件中, Abaclat and others 诉阿根廷案仲裁庭亦裁定有权管辖, 但此案目前处于未决状态 (pending); 另一起新近案件即 Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. 诉希腊案, 仲裁庭尚未就管辖权问题做出裁定。

下简称《公约》)第25条项下没有明确界定“投资”的定义,^①学界对第25条“投资”的客观要素,即是否存在客观条件限制将争端提交“中心”仲裁管辖存在争论。ICSID 仲裁能否成为解决主权债务重组争端的新路径是本文讨论的核心问题。

目前主流IIAs对主权债务问题多不做规定,少数发达国家对外签订的IIAs对“投资”的界定涵盖了主权债券。^②但发达国家对“中心”仲裁往往采取回避态度。当债权人选择利用仲裁来抵制债务国的重组程序时必将遭遇主权债务是否为“投资”以及仲裁庭是否有权管辖的法律问题。而对于主权债券是否属于“投资”这一问题,各IIAs的约定也存在差异,无法上升为《公约》项下的“投资”定义或习惯国际法,但这也为债权人通过IIAs中“同意”的方式将主权债务争端提交“中心”仲裁提供了可能。在Abaclat诉阿根廷案和Ambiente诉阿根廷案仲裁庭做出明确管辖权判断后,由于仲裁庭的裁定理由与传统见解大相径庭,以至于主权债券是否具备投资属性以及仲裁庭是否具备管辖权的争议愈演愈烈。

二、《公约》第25条与IIAs“同意”之间的关系

《公约》第25条规定了“中心”仲裁的对物管辖权,即任何产生于直接投资的法律争端,但并未就此界定何为“投资”。在《公约》适用的早期,普遍的观点认为当事方在投资契约中约定接受“中心”管辖,就同时默认了该争端事项构成公约第25条项下的“投资”。但是,随着IIAs的广泛兴起并代替了东道国在投资契约中的“同意”后,“投资”与“同意”出现了分离。在债务工具领域,在依债务发行契约约定争端解决适用某内国法的情形下,“中心”能否管辖学界存在分歧。

以被誉为《公约》精神领袖的世界银行前法律顾问Aaron Broches为代表的支持者认为,争端必须产生于“投资”这一要求可以被当事方同意仲裁这一要求所包含,即BITs或其他形式的同意即构成“中心”对物管辖的充分要件。^③《公约》从来没有定义“投资”,这种不做定义的方式不应该成为法律适用上的障碍,因为投资范围应该由各BITs单独界定,而且多数投资条约对于投资范围有较清楚的界定,认定IIAs在解释“投资”范围的时候应该具有更高的地位,因此《公约》第25条中的“投资”应不具有实质涵义。仲裁实践中,马来西亚打捞案撤销委员会不同意独任仲裁员关于应该赋予第25条同等地位这一观点。撤销委员会指出,“中心”有效管辖权是由投资条约驱动的,忽视或贬低这些条约赋予“中心”的管辖权,或者“死扣”第25(1)条关于“投资”的各种解释会破坏“中心”仲裁制度。该案撤销委员会宣布独任仲裁员“没有独立评估BITs”是重大错误且裁决无效。^④

支持观点却在很多其他仲裁案中受到了挑战。多个仲裁庭认为IIAs的涵盖范围不

① 参见《公约》第25条第1款:中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。

② 如日本韩国BIT中约定了各种资产,包括债券、信托契据、贷款和其他形式的债务以及合同项下的权利。

③ A. Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes”, *Section of International & Comparative Law Bulletin*, 1965,9(3): 11-15.

④ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Annulment, paras.73,79.

能解释《公约》第25条中的投资定义,最根本原因在于IIAs,即使是多个国家签订的多边条约亦不足以推定代表全体《公约》的签署国立场。^①而且该第25条对于“投资”定义的沉默不应该被解释为任由当事人或仲裁庭恣意扩大范围,或者弹性适用以配合IIAs。从文义解释来看,该第25条中的“投资”暗示“中心”管辖权是有界线的。^②Joy Mining 诉埃及案仲裁庭指出不要将《公约》对于投资定义的留白解释为无限宽松,也不意味着投资定义取决于争端当事人的意志。事实上从《公约》第25条规范可以发现“中心”在管辖权上建立了自己的架构,即管辖权不能建立在完全无关的客体上,争端当事方若接受“中心”管辖,就不能随意界定投资的定义,因为这将赋予IIAs同意以特别高的地位,ICSID的实施机制完全建立在对“投资”的双边定义之上,会导致第25条被架空。《公约》也就丧失了多边性。^③因此反对观点认为IIAs对“投资”的定义应该建立在《华盛顿公约》第25条的基础上,第25条项下的“投资”要求不同于BITs中的“同意”,不能由IIAs缔约方来界定第25条的“投资”的含义。

综合正反两方观点和晚近多数仲裁庭的实践来说,《公约》第25条项下的“投资”要求不同于BIT中的“同意”,不能由IIAs缔约方来界定第25条的“投资”的含义。“中心”的争端案件建立在第25条的“外部边界”基础之上。^④所有案件中的交易都需要满足第25条的客观要件。相反,IIAs中的“同意”可以比第25条的含义窄些,包含各种交易。如跨境交易可能属于IIAs中的“投资”,但却因未满足第25条的标准而不属于“中心”管辖。“中心”对物管辖需要从两个层面进行评估,形成双重审查(double keyhole approach)。^⑤首先,根据《公约》第25条,其是否属于直接产生于投资的争端,而非源于普通商业交易;其次,争端是否同IIAs中的“投资”相关。第25条的“投资”不能自动默认当事人同意管辖。也正是基于仲裁庭对此种双重审查标准的普遍实施,才会造成在Abaclat诉阿根廷和Ambiente诉阿根廷案中,就算阿根廷与意大利双边投资协定(BITs)已明确表明主权债务受其保护,不同意见仍然对“中心”仲裁庭是否能够审议主权债券问题持有疑虑。问题的核心就在于主权债券的“投资”属性。即主权债券是否属于《公约》第25条项下的“投资”,“中心”据此而取得管辖权。

三、主权债券的“投资”属性

在国际投资领域,主要由各类IIAs对投资进行定义。从多边、区域与双边投资协定三个层面看,有关投资的多边条约主要有《汉城公约》、《华盛顿公约》和《多边投资担保机构公约》等,这些条约均未对“投资”做出明确定义。区域公约主要涵盖区域贸易协定(RIAs),如北美自由贸易协定(NAFTA)在条约文本中明确“投

① *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Annulment, paras.73.

② M. Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunal*, Cambridge University Press, 2011: 213.

③ *Joy Mining Mach. Ltd. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Jurisdiction.

④ A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Martinus Nijhoff, 1972:8.

⑤ 关于管辖权双重审查的论述可参见Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

资”的内涵和外延，但这类区域性的协定毕竟数量少，适用范围小，难有说服力。对投资定义最主要的国际法律文本当属各国间相互签订的BITs。而BITs在“投资”界定方面的差异更是表明“投资”缺乏一般可接受的含义。

被视为国际投资争端解决机制翘楚的“中心”仲裁，其处理的案件已占到世界投资案件总数的75%以上。^①但在ICSID公约谈判期间，界定“投资”的各种尝试都未成功，各方没有就“投资”界定达成共识。^②从仲裁实践看，“中心”的裁决虽不具有判例效力，但后案仲裁庭常引用先前的裁决来审理案件，这推动了国际投资法的发展。在Fedax诉委内瑞拉案中，仲裁庭将委内瑞拉发行并由另一公司转让给Fedax的本票认定为“投资”，进而认为转让的本票依然是投资。^③之后的Salini诉摩洛哥案仲裁庭指出，根据摩洛哥与意大利间BIT，争议行为为申诉方创造了“具有经济价值的合同利益”，符合BIT对于投资的定义，应当受到BITs的保护。仲裁庭提出了一种以典型要素为中心评估交易特征的全球标准，即一定的合同履行持续期限、交易风险的承担、预期的利润和回报和对东道国经济发展的贡献。^④本案发展出来的标准被称为“Salini标准”。

后来的诸多案例中，仲裁庭多依据Salini标准论证争议案件的投资性质和管辖权基础。Salini标准不仅在ICSID仲裁庭中得到了适用，甚至也被引入到联合国UNCITRAL的仲裁庭中。^⑤所以仲裁庭最初提出这些意在描述个案“投资”属性的要素被很多仲裁庭在随后的仲裁实践中赋予了规范性的含义。虽然不同案件仲裁庭所依据的判断要素可能存在差异，但其中的五个要素同主权债务工具密切相关。以下将结合既往仲裁庭中所运用的这五大要素来分析主权债务工具是否具备“投资”属性。

（一）对东道国发展的贡献

《公约》前言提出通过国际合作促进经济发展并指出私人国际投资在其中的作用。前述Fedax诉委内瑞拉案仲裁庭特别指出本票投资对于签署国经济发展有正面影响力。^⑥因为这些票券已载明其发行目的在于筹措资金并同时顾及国家发展需求与财政转型要求，因此该次发行本票的行为并非单纯的商业交易，且涉及重大公共利益。^⑦

相同的态度也出现在CSOB诉斯洛伐克案中。该案贷款没有使任何资金从申请人银行流入或者转移至斯洛伐克，各种交易及合作协议皆为满足金融机构私有化目的，仅具交易工具性质。但仲裁庭认为，申请人争执的贷款不能与整体私有化计划分开来看，因为贷款的资金是此私有化计划的基础，而此贷款资金与私有化计划共同构成斯洛伐克领土上的投资。所以即使仲裁庭认定其管辖权不及于私有化计划内的单一贷款，但仍认为仲裁庭对该案有管辖权。^⑧Abaclat诉阿根廷案仲裁庭认为审查《公约》

① ICSID Annual Report 2016: 1.

② M.Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2011: 171.

③ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, para.29.

④ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4.

⑤ 在*Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*案中仲裁庭用此标准裁定当事方之间的争议不具有投资属性，因此仲裁庭不具有管辖权。See *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan* (PCA Case No. AA280).

⑥ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, para.29.

⑦ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, para.42.

⑧ *CSOB v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, Jurisdiction, para.92.

第25条“投资”的范围只需要考虑外国投资人的行为是否会创造出“贡献”，而在判断有“贡献”时，仅需要判断投资人行为会不会对签署国产生“利润”，若此利润是BITs欲保护的客体，就会形成“贡献”。^①仲裁庭认为购买债券行为对债务国经济形成贡献是毋庸置疑。

可见，实践中仲裁庭一致认定只要是购买主权债权的行为，无论是从债务国直接取得债权，或者在次级市场因为债券流动购入，甚至资金从未流入债务国境内，都会对签署国构成贡献，进而满足“投资”的“对东道国经济发展做出贡献”的客观要素，从而构成“中心”管辖的基础之一。

（二）同东道国存在领土关联

不同于典型的外国直接投资，主权债券是无形的资本流动，其位置很难确定。这个典型要素的核心是，如果在东道国境内不存在资本、劳动力或物理移动，该项交易是否有利于发展。在Fedax诉委内瑞拉案中，委内瑞拉曾提出抗辩，认为在境外进行本票交易违反荷兰与委内瑞拉间BIT中有关投资需在签署国领土上进行的規定。仲裁庭指出，国际金融交易的共同特征就是相关资金不会有物理性转让至被投资国领土，而是在其他地方接受被投资国的支配。此案件仲裁庭清楚地表达金融商品的特殊性，即只要被投资国获得资金即可。^②

CSOB斯洛伐克案也涉及位于东道国领土之外的融资机制。仲裁庭指出，尽管贷款发生在斯洛伐克境外，但其支撑了一系列交易，从而在整体上构成了斯洛伐克境内的投资。^③相同的态度也出现在Abaclat诉阿根廷案中，仲裁庭重视的审查标准是，最终这些资金的流向与用途是否对于签署国有利，至于交易过程中的证券流动则不需要考虑，且外国投资也不需要与签署国境内特定商业机构或者企业有所连结，因为这些都不是BIT中所规定的要件。^④由于仲裁庭认定购买主权债券的资金对阿根廷经济发展会有正面影响，最终认为购买主权债券和阿根廷领土是具备连结性。另外仲裁庭也响应这些债券在海外依外国法发行的疑虑，认为契约中约定在哪里履行义务或者发行，都不会影响债券资金最后流入阿根廷政府的事实。^⑤因此发行主权债权同债务国（东道国）能够建立领土关联。

（三）分担商业风险

风险分担是相当古典的投资客观要素，只因投资的特性就是在并不确定成功结果实现的情况下，投资人与东道国共担风险、共享利益。反对将分担商业风险视作判断主权债券“投资”属性的观点认为，购买主权债券即是单纯地借贷资金给债务国，无论国家运用资金的目的为何，成效如何，清偿期届满后，国家都需要偿还债权人。债

① *Abaclat and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Jurisdiction, para.373.

② *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, para.41.

③ *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, paras.79–82.

④ *Abaclat v. Argentine*, paras.374–375.

⑤ *Abaclat v. Argentine*, paras. 375–379.

务偿还是固定、无条件的，同时也跟最后投资成效没有关联，因此主权债务与商业风险并不紧密，更没有风险共担的特质。^①

而在Fedax诉委内瑞拉案仲裁庭提出的客观观察要素中，却包括风险承担。该案仲裁庭认为购买主权债券的债券持有人当然负担风险，此种风险包含了债务国债务逾期，无法借期支付本金利息等应偿还债务外，主权债务重组的风险也属于投资风险之一，因此仲裁庭把委内瑞拉政府与民间投资人间，对本票和利息支付方式无法达成共识，存有争议都算是存在风险。^②

（四）金融资源的长期转移

尽管《公约》没有界定“存续期间”，但“中心”无权管辖短期资本流动这一点是公认的。《公约》的第一稿（虽然不是最终稿）为投资的“存续期间”规定了5年的最低年限。Salini案仲裁庭认为32个月的存续期间足够了。^③在Bayindir案中，仲裁庭强调了存续期间在区分投资和普通商业交易方面的重要性。^④Fedax案仲裁庭认为，投资的最低存续期间为根据投资承诺出资的时间长短来区分交易提供了基础。本案中的财产有赖于持续的信贷利益。尽管可转让票据的持有人在不断变化，投资者的身份随着每次背书而变化，但投资本身并没有变化，该票据构成了《公约》和BIT涵义下的外国投资。^⑤Olgún诉巴拉圭案中，巴拉圭抗辩认为，金融投资具有投机性而否认构成“投资”，但此抗辩没有获得成功。^⑥Saluka诉捷克共和国案仲裁庭指出，绝大多数人购买股票都是为了谋取利润。即使能够查清楚投资者投资的真实动机，《公约》第1条也没有将投资者的动机作为界定“投资”定义的一部分。^⑦“中心”尚无因存续期间短而拒绝管辖的案例。

（五）同商业机构存在关联

主权债券不同于公司债券，主权债券的发行人是国家，通过主权债券所获得的资金一般用于预算目的，不存在相关的商业机构。债券持有人只能指望主权债务国的资信来实现款项回收。主权债券服务于一般预算目的，同商业机构不存在关联，理论上也就很难符合“投资”的标准。

但实践中，只要争端直接产生于投资，“中心”通常裁定自己具有管辖权。在Fedax案中，仲裁庭认为，《公约》第25条的“直接”同本条中的构成“投资”的交易引发的“争端”（而不是“投资”）相关联，即使投资不是直接的，只要争端是直接产生于此交易，“中心”就享有管辖权。^⑧CSOB诉斯洛伐克案仲裁庭继承了Fedax

^① M. Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2011:237.

^② *Fedax v. Venezuela*, Award, para.41

^③ *Salini v. Morocco*, Award, para.54.

^④ *Bayindir v. Pakistan*, Jurisdiction, para.132.

^⑤ *Fedax v. Venezuela*, Award, para.40

^⑥ *Olgún v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Merits, para.65.

^⑦ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Award, para.174.

^⑧ *Fedax v. Venezuela*, Award, paras.24.

案的观点,指出争端必须是直接产生于投资,即使该项交易无法单独构成公约项下的“投资”,只要特定交易构成整体经营的一部分而且此经营构成了投资就可以了。^①

因此从仲裁实践观察,从Fedax案开始,主权债券可以达到这些实务上建立的客观审查标准进而被仲裁庭确认管辖。正如著名投资仲裁员Christopher Schreuer教授所说,单纯的金融交易工具如借贷、债券等都被接受为投资的型态。^②可以发现过去强调以外国直接投资为主要保护范围的投资保障,随着各种不同型态的投资产生,实践中也对这些不同于传统投资型态的交易行为采取接纳态度,纳入投资条约的保障之中。可以确定,依据《公约》第25条要求而确立的“投资”的客观要素可以肯定主权债券的“投资”属性。

四、主权债务重组争端管辖权的竞合

从主权债务重组的发展历程看,特别从1970年代以降、新世纪以前,主权债务争端一直以来都是适用重要金融中心所在地如巴黎、纽约等的国内法,债务工具几乎都是有这些法域的法院管辖。这种惯性表现在各国发行的主权债券契约,除了巴西于其发行的主权债券契约规范中纳入仲裁作为解决途径外,几乎所有主权债券契约均选择主要金融中心的国内法院为管辖法院。那么主权债券合同中这种排他的或非排他的管辖权选择条款是否会排除基于BITs的投资条约仲裁取得管辖权呢,即是否存在条约之诉与契约之诉的平行且竞合呢?如果存在竞合,主权债券合同的管辖权选择或放弃又能否限制或排除仲裁机构的管辖呢?

另外,传统国际投资法对于主权债务议题并没有细致的规范,因此除了上述管辖权争议外,另一个可能产生的问题就是投资条约与主权债券合同,尤其是与合同中有关限制债权人提起抵抗诉讼的集体行动条款间的关系。目前主要国家发行的国际债券合同多设有集体行动条款,目的是当债务国无力偿还债务,决定采取种种重组举措时,限制不愿加入重组的债券持有在管辖法院恣意提起诉讼。这类包含集体行动条款的主权债券发行合同中的约定是否能够及于基于IIAs的投资仲裁,“中心”能否据此取得管辖权值得讨论。

(一) 条约之诉与契约之诉的竞合问题

传统上主权债务问题多使用债券契约中选择适用的内国法,但当债权人向ICSID提起仲裁,并认为主权债务国违反BITs项下的相关待遇标准时,则将涉及国际法问题。理论上主权债务重组争端存在契约与条约这两种并行的救济路径。债权人可以在提起条约之诉的同时,根据主权债券合同提起契约之诉,或者绕开主张债权的契约之诉而直接主张主权债务国违反BITs相关义务。

仲裁实践中,仲裁庭几乎一致承认“中心”对以主权债券为客体的案件具有管辖

^① *CSOB v. Slovakia*, Jurisdiction, para.72.

^② Christopher Schreuer, Lecture at the Arbitration Academy for International Law in Paris: The Development of Investment Arbitration. [2011-07-05]. http://www.arbitrationacademy.org/?page_id=2203.

权。在Bayindir诉巴基斯坦案中，仲裁庭认为，“当投资者同时享有契约和条约项下权利时，投资者享有独立寻求条约所赋予的救济权利，违反合同与违反条约在法律上是不同的，两者具有相同的事实根源，但相互独立。”^①Vivendi诉阿根廷案（1号）仲裁庭也表示，“债券发行国可能在没有违反契约的情形下违反投资条约，也有可能同时违反条约规定与契约约定。”^②

最近部分将主权债务议题专章规范的主权债务合同权利能否获得条约保护（虽然目前主流BITs对主权债务方面的规定甚少）做出规定时，条约之诉与契约之诉更加难以完全区分。条约和契约的实施场所不同但又相互关联。在PSEG Global诉土耳其案中，仲裁庭指出，如果申请方认为政府通过种种措施阻碍并最终破坏了投资，该争端可能构成基于条约的争端。^③可见检验存在条约之诉的一项标准是条约之诉本身是否可以独立于契约。除对条约之诉行使管辖权外，“中心”仲裁庭对契约之诉是否行使管辖权，仍取决于《公约》和所应适用的BITs之间的互动。Joy Mining案仲裁庭强调，“中心”很多仲裁裁决……已逐渐赋予“投资”以宽泛定义，但所有这些案件都存在同“中心”的具体联系，即这些案件属于“投资”争端或存在仲裁条款。^④因此契约之诉与条约之诉平行且独立的关系也运用在主权债务案件仲裁案中，国际投资仲裁成为外国法院诉讼外，另一个主权债债券持有人解决争端可能的救济途径。

（二）保护伞条款与仲裁管辖的关系问题

上述契约之诉与条约之诉并行不悖的情形有一个例外需要讨论，即所谓保护伞条款（Umbrella Clause）的存在是否会将契约之诉上升为条约之诉而使得契约之诉成为实质上的不存在之诉。保护伞条款通常规定“缔约一方应当遵守其对缔约另一方投资者在其境内的投资所做的承诺”。这种条款要求缔约国无论该义务是基于条约还是契约都必须遵守一切关于特定投资的义务。^⑤保护伞条款包含东道国履行所有合同义务的承诺。违反条约与违反合同可以同时发生。

SGS诉巴基斯坦案仲裁庭认为，违反合同本身并不违反国际法，不宜通过保护伞条款将本案争端升格为条约之诉。尽管仲裁庭认为限制性解释方法并不绝对，但仲裁庭依然对瑞士与巴基斯坦BIT的保护伞条款做出谨慎解释。即条约解释时如遇到含糊或歧义之处，应取使负担方负担较少义务的解释。^⑥因而仲裁庭拒绝管辖此案。而SGS诉菲律宾案仲裁庭持相反态度。该案仲裁庭认为菲律宾政府未能支付相应检测报酬，违反了瑞士与菲律宾BIT第10（2）条规定的要求菲律宾遵守与SGS投资有关的支持义务。该保护伞条款中的“任何义务”包括国内法和合同所创设的所有义务。^⑦仲裁庭因此确定其对本案享有管辖权。

① Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Jurisdiction, para.148.

② Vivendi v. Argentina (No. 1), ICSID Case No. ARB/97/3, Award, paras. 3,7,10.

③ PSEG Global v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Jurisdiction, para.173.

④ Joy Mining v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Merits, para.59.

⑤ R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012:153-154.

⑥ SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB /01 /13, Jurisdiction, pp. 163-173.

⑦ SGS v. the Philippines, ICSID Case No. ARB /02 /6, Jurisdiction, pp. 115-129.

上述两个“中心”仲裁庭对由同一申诉方在间隔不到一年时间内对两个不同国家提起的仲裁请求做出截然相反的管辖裁定,表明仲裁庭对于保护伞条款的解释适用存在分歧。

“中心”对保护伞条款解释仲裁实践表明,为了BIT目的的实现,有可能扩大解释保护伞条款,将东道国违反合同的行为“国际化”;也有可能考虑到通过允许保护伞条款将纯粹契约之诉上升到条约之诉给缔约国带来巨大风险而对保护伞条款进行限缩解释。

因此,保护伞条款打破了合同之诉与条约之诉各自独立的局面,保护伞条款的存在有将合同之诉变为条约之诉的可能。但并非所有的案件都采取宽松态度,如El Paso Energy诉阿根廷案的仲裁庭就认为,所谓保护伞条款的适用范围并非能够扩张条约保障范围至所有签署国,仅是利用契约方法在投资条约中增定额外的投资保障。^①但无论何种观点,在保护伞条款保障下,债务国违反契约行为本身的确可能构成国际法责任,债券持有人因而有了依据BITs向ICSID提起仲裁的基础。

(三) 集体行动条款与仲裁管辖的关系问题

联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)在其相关报告中说明,利用集体行动条款适当地修正契约内容后,可以成功的防止债券持有人依据保护伞条款提起国际投资仲裁。^②因为对于主权债权发行合同中包含集体行动条款的主权债务重组争端而言,当绝对多数的债权人若达成合意,愿意修改债券契约条款与条件或同意接受债务国提出的重组计划时,将会产生拘束所有债券持有人的效力,据此不愿加入重组的债权人不能依据契约上的权利提起诉讼。那么集体行动条款能够拘束投资条约仲裁吗?

首先,集体行动条款的效力仅及于契约本身,目的是限制主权债券持有人在债务国的主权债务重组过程中退出重组并依据债券契约选择相关国内法院提起诉讼。其规定涵盖范围仅及于禁止债券持有人退出重组转而提起诉讼,并未涵盖一般商务仲裁,更不会及于依据BITs选择投资条约仲裁作为救济手段。也就是说集体行动条款的设计完全不规范条约之诉。

其次,虽说债务国通过善意的集体行动条款使绝大多数的债权人达成合意并改变了债券的违约状态,使得债务国不会出现违反契约的事由,进而可能不会触发BITs保护伞条款而负担国际法责任,但债权人是否依据保护伞条款提起仲裁与是否构成国际仲裁案是相互独立的两个问题,涉及相关仲裁程序的两个阶段。即是否能够运用保护伞条款提起仲裁在于条款本身的表述(或限制或无条件),但是否构成国际仲裁案则是另一回事,因为要看其是否符合国际仲裁的条件。倘若该契约受到政府权力的干涉或破坏而引发争议,则有可能引发国家不当行为的国际责任,债券持有人则有权提起仲裁救济。Abaclat诉阿根廷案的仲裁庭即认为,阿根廷是否违反合同义务并不重要,因为其债务危机已经为其不履行合同提供了正当理由,因而阿根廷通过国内立法方式改变合同条款的做法没有合同依据,是纯粹的行使主权利力的行为,针对主权行

^① El Paso Energy v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Jurisdiction, para.81.

^② UNCTAD, *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreement*, 2011:5.

为而提起的求偿构成了独立的违反BIT约定的条约之诉，仲裁庭因此而有权管辖。^①

因此即使契约已订有集体行动条款，想抵抗债务重组的债券持有人仍可利用集体行动条款不及于规范条约之诉的漏洞而选择以投资条约来发起抵抗重组的仲裁。

（四）主权债权契约的管辖约定与投资条约仲裁管辖的关系问题

在主权债券市场实务中，绝大多数债券契约都对管辖问题作了非排他或排他的规定。这种在债券发行契约中明确规定排除规范以外的其他求偿管道的方式是否可以限制条约仲裁呢？

在SPP诉埃及案中，仲裁庭适用“特别法优先原则”和“一般法不得减损特别法原则”来确定管辖依据，认为本案中双方在契约中订立的排他仲裁协议应该优先于投资人母国与埃及间BITs。^②因此仲裁庭的意见是后签署的BIT并不影响之前契约所载明的争端解决条款。SGS诉菲律宾案仲裁庭的观点类似。该案仲裁庭认为主权债券契约没有出现“排他”（exclusive）这个字眼并不能据此推断可以利用“中心”仲裁解决主权争端。^③BITs和契约所依赖的基础不同，装运前检验协议具有特别法性质，此种特定契约性质的争端解决条款应该优先于双方的BIT。^④

但问题有二。首先，利用“特别法优先原则”和“一般法不得减损特别法原则”的解释方法，与前述契约和条约分离的现状相悖。通过这两个原则解释契约规范中的排他管辖条款优于BITs中的投资仲裁条款的结果就是仲裁庭的管辖权受到契约规范内容的限制，此与仲裁实践中多认同的契约之诉与条约之诉平行且独立的共识相左。如SGS诉巴基斯坦案中，巴基斯坦政府抗辩投资人求偿的基础是契约而非条约，要求仲裁庭尊重契约的排他性管辖规范，并让案件回归巴国内仲裁审理。但仲裁庭遵循Vivendi阿根廷II案的见解，认为契约上的排他管辖规范仍属于契约性质，只能规范契约层面的纷争，并不会影响到仲裁庭对于巴基斯坦违反BITs的管辖权。^⑤因此基于契约条约分离原则，依据契约的管辖权选择条款无法左右仲裁机构依据BITs取得管辖权。其次，BITs通过规定投资条约仲裁的争端解决手段赋予外国投资人得以提起投资仲裁的权利是BITs授权给投资者个人，且BITs项下的义务是国家直接对投资人个人负担的，因此投资人可否利用契约合意的方式在个案中改变条约规范如放弃仲裁权利存有争议。SGS诉菲律宾案的仲裁庭承认，因为私人享有的国际法权利具备很强的公共利益属性，私人投资人因而不能利用契约放弃这些国际法上的权利。^⑥

BITs所保护的“投资”权益是依据国内法而产生的实体权利，投资者当然可以处分自己的权益，但却不能直接放弃母国的利益。当主权债务合同约定接受国内法院管辖时，这种管辖约定仅限于主权债券合同事项的争端，投资者无权放弃BITs项下实体

① *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Jurisdiction, paras.318–331.

② *SPP v. Egypt (No.2)*, ICSID Case No. ARB/84/3, Jurisdiction, para. 83.

③ *SGS v. the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Jurisdiction, para.134.

④ *SGS v. the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Jurisdiction, para.142.

⑤ *SGS v. Pakistan*, Jurisdiction, paras. 157–173.

⑥ *SGS v. the Philippines*, Jurisdiction, para. 154.

条款诉诸“中心”仲裁的权利。由于主权债务争端不仅是主权债券合同权利义务履行方面的争端,还可能涉及债务国行使主权权利,这类主权行为不仅涉及个案争端债权人,还必将影响所有主权债务合同的债权人,并可能违反BITs有关征收、国民待遇等方面的约定而承担条约责任。因此结论是,主权债券中约定接受国内法院管辖或国内仲裁甚至约定放弃ICSID仲裁也不能彻底排除“中心”对主权债务争端的管辖权。

五、结论

投资条约仲裁成为近年来主权债权人处理主权债务集体行动问题与重组防止诉讼政策的一个可选途径。“中心”仲裁庭在确定管辖权方面享有很大裁量权,近年来的实践也让学界有理由猜测债权人是否会滥用仲裁机制,从而破坏主权债务重组程序。如此往往颠覆了主权债券发行国与债券购买人的缔约合意,影响外国投资人对于债务国投资秩序的忧虑以及对于主权债券交易法律确定性的期待。但正如学者指出的,仲裁能够限制“投机违约”(opportunistic defaults),即能够防范债务国在国家经济状况良好的情形下,基于非经济或金融稳定等因素考虑,恣意宣告不履行其偿还主权债务的义务。投资条约仲裁则能够起到一定程度的威慑作用,限制债务国恣意实施非必要的主权债务重组,进而增强债权人的谈判筹码。

不管怎样,欧美债务危机使我们看到了破解欧美国内法院主导主权债务重组争端的路径,即通过“中心”仲裁解决主权债务重组争端存在法律可行性。仲裁程序的中立性和裁决的较强可执行性使得仲裁只要适用得当,并做好被滥用的防范准备,的确可以成为解决主权债务重组争端的可选路径。

【作者简介】田 健:南京大学法学院博士生。研究方向:国际贸易法和国际投资法。

Studies on ICSID Tribunal's Jurisdiction of the Sovereign Debt Restructuring Disputes

TIAN Jian

(Nanjing University, Nanjing 230009, China)

Abstract: After ICSID Tribunal established jurisdiction on two sovereign debt restructuring disputes concerning Argentine as defendant, the academe has opened a heated discussion on the jurisdiction of the Tribunal. The relationship between Article 25 of the ICSID Convention and the "consent" of a BIT indicates that the jurisdiction of the tribunal needs to be determined through a double keyhole approach. While the core issue of the jurisdiction is the investment nature of sovereign bonds. Judging from the Salini Test, the sovereign bond can meet these objective examination criteria and then be governed by the Tribunal. ICSID arbitration has the legal feasibility to settle the dispute from sovereign debt restructuring, so it can be regarded as a solution as long as it is properly applied.

Keywords: sovereign debt restructuring; IIAs; investment treaty arbitration; jurisdiction

(责任编辑:黄志瑾)