

澳門國際投資爭端的處理

范劍虹*

- 一、投資爭端的定義與類型
- 二、投資爭端解決方法及相互關係
- 三、國際投資爭議處理方法與 WTO 爭端機制異同
- 四、ICSID 的爭端解決機制？生的原因
- 五、ICSID 的組織，規則與地位
- 六、ICSID 管轄權成立的基本條件
- 七、ICSID 的法律適用問題
- 八、ICSID 的仲裁裁決的承認與執行

澳門經濟的發展有賴於改善投資環境，吸引國際投資，並有效地解決國際投資爭端。澳門政府¹ 此已同意適用《ICSID》公約¹。在法律上，公約將會優先適用。因而對澳門法律界來說，對公約和相關內容的探討在法律及經濟上是必要的，也是現實的。

一、投資爭端的定義與類型

國際投資爭議首先是指外國私人直接投資關係中的爭議，其次，又可將其具體分？三種爭議：1. 東道國政府與外國私人投資者之間的爭議。2. 外國私人投資者在東道國與不同國籍的合營者之間的爭議。3. 投資所屬國與投資東道國之間的爭議。其中第一種爭議

* 德國 Abert-Ludwigs-University of Freiburg 法學博士，Chritian-Albrecht-University of Kiel 法學碩士。目前研究興趣範圍：歐盟與澳門民商法、國際商法、比較法（德國與中國兩岸三地比較）。

¹ 參閱澳門特別行政區國際法事務辦公室：《適用於澳門特別行政區的多邊國際公約》IV-經濟金融類，No.18 以及澳門第 4/2002 號法律：《關於遵守若干國際法文書的法律》。

在實踐操作中較複雜和棘手，其問題往往出現在法律適用，外國私人投資者在國際法庭中有無訴權，以及如何執行國際法庭裁判國家敗訴的決定等。² 尤其是由於法律適用的特殊，往往會使問題政治化，上升為國與國之間的爭論（比如通過投資所屬國的代位求償權或外交保護權而轉化成國家間的爭議）。第二種關係涉及的是在舉辦合營企業或進行開發自然資源的活動中發生的爭議。這種爭議在法律適用上比較明確，也容易解決。第三種關係除了國家間由於雙邊投資條約的解決或適用問題而發生的爭議情況外，一般是屬於第一種關係的激化才發展而來的。它的解決往往只能使用傳統的國際公法的解決辦法。

二、投資爭端解決方法及相互關係

解決國際投資爭議的方法不完全等同於一般國際經濟貿易解決爭議的方法，一般分為政治的與法律的解決方法：

（一）政治方法

1、協商與調解

協商（Negotiation）是指各方當事人直接交換意見。在評判自身利益的得失中，通過談判達到互諒互讓的協議。調解（Conciliation）是指當事人（或當事國）將爭端提交由當事人（或當事國）所認可的委員會，委員會基於調查與公平合理的基礎，提出解決方案，該方案不具有法律約束力，因此爭端方沒有必須接受的義務。

協商與調解的區別在於：協商無需第三者介入，而調解需第三者介入。在國際投資爭議解決方法中往往出現調停（Mediation）的方法，它與調解的相同點均是有第三者介入，但調解須由第三者提出方案，而調停一般不提出方案³，它僅是非爭端方當事人提供談

² 參閱：姚梅鎮，《比較外資法》，第940頁，1996年版；P. F. Sutherland, “The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes”, in: *International and Comparative Law Quarterly*, p370-372, Bd.28, 1979。

³ 參閱：Redfern/Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 1986, P383。

判與重開談判，創造有利條件，且往往會親自主持談判。

2、外交保護

由投資者所在國家（澳門必須通過中國）⁴來代表投資者通過外交途徑向東道國提起國際請求。在提起外交保護時必須注意：a）用盡當地救濟（local remedy）⁵，即除非東道國法律另有規定，投資爭議必須通過當地救濟加以解決⁶。b）還需注意國籍持續原則。海外投資者在其權益遭受損失的當時到要求實行外交保護之時，只要曾一度喪失其保護國的國籍，均不能受到該國的外交保護。請求外交保護國如不違反用盡當地救濟與國籍持續原則，就可向東道國提起國際請求，兩國政府應就此爭議通過外交談判或國際仲裁或通過國際法院的訴訟加以解決。

（二）法律方法

1、國際仲裁

也稱？公斷。是雙方當事人通過協議將爭議提交第三者（一般是國際商事仲裁和專門的投資仲裁機構），尤其對爭議的是非曲直進行評斷並做出裁決。它與調解的區別在於仲裁有法律效力，具有排他性和終局性以及司法裁判性質，而調解沒有法律效力，也即無強制效力。按西方國家的做法，調解與仲裁程序嚴格區分，不但在人員任命上嚴格區分，而且在規定仲裁程序中不允許有調解，調解與仲裁費繳納也各自獨立。

2、外國法院訴訟

外國投資者在東道國以外國家的法院中，提起對東道國的訴訟，這種訴訟的內容一般涉及：a）反托拉斯訴訟。以第三國（共謀與唆使國）的反托拉斯法？依據，指控其與東道國共謀與唆使對原告實行國有化。b）所有權無效訴訟，也稱？追索訴訟（Pursuit Litigation）。它往往分？對物訴訟（以實際持有人？被告）與對人

⁴ 《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第13條。

⁵ 石靜遐，用盡當地救濟規則與國際投資爭議，載《國際經濟法論叢》第2卷，309-328頁，法律出版社，1999年。

⁶ 參閱：A.A. Cancado Trindade, The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law。

⁷ 參閱：揚良宜：《國際商務仲裁》，中國政法大學出版社，1998年版。

訴訟（以實施國有化措施？被告）。這兩個方面是外國投資者在東道國以外國家的法院中提起對東道國訴訟的主要？容。

在中外合營企業的合同文本中一般只提供仲裁和協商兩種解決爭議的方式。在具體操作上理應還有調解和向法院提起訴訟解決爭議兩種方式。協商、調解、向法院起訴與協商、調解、仲裁，這兩個組合內容的三個方式可混合使用，唯有仲裁與向法院起訴這兩種方式是相互排斥的。在西方這兩種方式也是互相排斥的，比如參與調解的人員不是被任命？同一爭議的仲裁員，或者即使任命也需雙方當事人的同意；又如只有在調解失敗，當事人申請的情況下才能提起仲裁程序。仲裁程序中不得調解，在申請調解程序時，繳納調解費。調解如失敗，仲裁才開始，並仍須繳納仲裁費。在中外合營企業的爭議中，有了仲裁協議的合同，法院將不予受理，反之亦然。必須注意的是中國國際經濟貿易仲裁委員會(China International Economic and Trade Arbitration Commission-CIETAC) 的仲裁規則第 60 條，仲裁裁決是終局的，對雙方當事人均有約束力。任何一方當事人均不得向法院起訴，也不得向其他任何機構提出變更仲裁裁決的請求。《澳門仲裁法》（法令 29/96/M，別稱《國內仲裁法》）第 35 條也有相應的規定。即：終局的仲裁裁決，對雙方當事人均有約束力。法院不能再受理當事人的起訴⁸，《澳門涉外仲裁法》（法令 55/98/M）第一條也以適用國際公約而與 ICSID 公約第 35 條的終審性與拘束性相一致。而中國國內的任何仲裁雖也實行仲裁終局制度，但如裁決被人民法院裁定是撤銷或者不予執行的，當事人如不想就該糾紛重新達成的仲裁協議申請仲裁，就可以向人民法院起訴。這與中國國際經濟貿易仲裁委員會的仲裁規則不一樣。

⁸ 但是，按《澳門仲裁法》任何一方當事人得自仲裁裁決通知日起三十日內向普通管轄法院提起司法訴訟，請求撤銷仲裁裁決。撤銷之訴之待決不妨礙依照仲裁庭之裁決提起執行之訴，而？所有法律效力，該項待決等同於僅具有移審效力之上訴之待決。對撤銷之訴之裁判得向高等法院提起上訴。

三、國際投資爭議處理方法與 WTO 爭端機制異同

由於中國加入 WTO，所以在研究國際投資爭議處理方法時，比較國際投資爭議解決方法與 WTO 的 DSB 解決方式的不同之處，是有好處的。WTO 的 DSB 的解決方式相同之處在於雙方均使用協調和調解及仲裁的手段解決爭端，而不同的是在於：

1. 國際投資爭議解決方法與 WTO 的 DSB 的解決方式雖有相同之處，但是世界貿易組織是現有國內法和國際法解決爭端機制之外的獨立解決國際貿易爭端的機構。它不但不涉及國際投資，而且世界貿易組織的爭端解決程序不處理兩個私法主體之間發生的爭議⁹，也不處理一國政府與另一國法人或自然人之間發生的貿易爭議¹⁰，也不同於國際公法範疇的兩個國家之間發生的國際爭端¹¹。

2. 國際投資爭端解決方法中均使用非強制性的手段。非強制性的手段包括法律的（仲裁與訴訟）與政治的（協商、談判）方法。其中東道國的當地救濟是屬法律方法，而外交保護就屬於政治方法。

但是，WTO 的 DSB 除使用非強制性的手段之外，還使用強制性手段：交叉報復（Cross Retaliation）。這種報復存在於私法領域，如合同法領域的同時履行的抗辯¹²，它是指因雙務合同而負有義務的人，在另一方當事人履行對待給付之前，可以拒絕履行自己的給付，但自己負有先行給付義務的除外¹³，除非有澳門民法典第 423 條及中國合同法第 68 條的情形；還有保持瑕疵的抗辯權、不安抗辯權¹⁴、判決同時履行的抗辯權以及留置權等。在公法領域，奧本海在其名著中曾寫道：“這種私人報復行？在古代似乎曾經流行

⁹ 這類案件一般通過國內司法或國際商事仲裁方法加以解決。

¹⁰ 目前尚無明確規定處理這類案件的辦法。

¹¹ 現有處理國家之間爭端的國際法院不能受理國家和一個單獨關稅領土之間發生的貿易爭端，因？世界貿易組織的成員既有作？國際法主體的國家，又有非國際法主體的關稅領土。

¹² 澳門《民法典》第 422 條第一款第二種情形；中國《合同法》第 66 條。

¹³ 中國《合同法》第 67 條。

¹⁴ 中國《合同法》第 68 條。

過，因？雅典曾經有一項法律，規定如果一個雅典人在外國被殺，而該外國拒絕懲辦或引渡兇手，該雅典人的親屬就有權抓拿該外國的公民 3 人送到雅典法院，在中世紀時期，甚至在近代時期直至 18 世紀末年，各國常對受外國或外國公民損害而不能取得救濟的本國臣民發給‘行動狀’。這種文件授權持狀人對有關國家，它的公民和他們的財？作自助行？，以取得所受損害的賠償，到後來，國家自己也作報復行？。其最終結果是，私人報復行？逐漸廢而不用，到 18 世紀末完全消失了。”¹⁵

世界貿易組織爭端解決機制的基本原則是通過非談判性手段達到成員履行協議義務的目的。當通過非強制性手段不能使雙方達成滿意的結果時，則允許成員之間採用交叉報復這種強制性自助手段。在當今世界上，貿易戰，貿易報復，尤其是交叉報復，它與戰爭一樣，不但無助於爭端的解決，而且至今尚未發現靠貿易報復徹底取勝者。它是 WTO 的 DSB 中實力政策與政治不平等的體現。

3. 外國投資者可在東道國以外國家的法院中，提起對東道國的訴訟。而世界貿易組織解決爭端機制設立的常設複審機構(Standing Appellate Body's Review) 是不同於司法性質的機構的，因？當爭端一方提請上訴複審程序時，似乎更像司法性質。然而，上訴複審機構的複審結果也不具有法院判決的強制力，因？對複審結果不服，經 DSB 授權，援引解決爭端程序的一方還可使用自助式的報復手段。

4. 外國投資者可在用盡當地救濟與國籍持續原則的前提下，由本國國家來代表投資者，通過外交途徑向東道國提起國際請求。這是世界貿易組織解決爭端機制中所沒有的，而專家小組(Panels) 解決爭端機制卻是國際投資解決爭端方法中所沒有的。DSB 認？：如果爭端雙方一致認？斡旋、調解和調停不能解決爭端，則可提出建立專家小組的要求。一方可向 DSB 提交設立專家小組的申請，專家小組通常由秘書處指定的 3 至 5 名在國際貿易領域有豐富知識和經驗的資深政府和非政府人員組成。？ 便於選擇專家，秘書處備

¹⁵ 參閱：〔英〕勞特派特修訂的《奧本海國際法》，下卷第一分冊，第 95-103 頁。王鐵崖，陳體強譯，商務印書館。

有符合專家資格的政府與非政府人員名單，專家小組的職責是按照專家小組的工作程序和嚴格的時限對將要處理的申訴案件的事實、法律（協議）的適用及一致性做出客觀的評估，並向 DSB 提出調查結果報告及解決爭端的建議，從報告提交 DSB 起 60 天內，由 DSB 會議通過此報告，一如爭端一方提出上訴，則報告不予通過。

外交保護與專家小組相比較（僅就方式上比較），似乎專家小組更靈活。但是，須注意專家小組既不同於調解性質也不同於仲裁性質，因？專家小組無調解任務，其報告也並無仲裁裁決的效力，當爭端一方對其持有異議時，還可提請上訴複審程序¹⁶。

5. 補償在國際投資中涉及的不僅僅是解決爭端的建議，而且是國有化的補償標準問題，目前美國仍堅持必須充分（Adequate）有效（Effective）迅速（Prompt）地補償。而發展中國家包括現行的習慣國際法¹⁷堅持合理（Reasonable Compensation 或 Appropriate Compensation）的補償。世界貿易組織解決爭端機制的補償（Compensation）僅是一種在自願的基礎上進行的補償談判，也即當專家小組或上訴機構的建議或報告未被 DSB 採納或執行時，在自願的基礎上，爭端各方可就補償辦法達成一致協議。如在合理期限後 20 天內不能達成令人滿意的一致，則援引爭端解決程序的一方可要求 DSB 授權其中止履行對有關協議的減讓和其他義務，除非 DSB 一致拒絕該項要求¹⁸。

¹⁶ 常設上訴機構由廣泛代表世界貿易組織成員的 7 名公認的，具有法律、國際貿易和有關協議專門知識的權威人士組成，任期四年。該機構不隸屬於任何政府。上訴只能由爭端方提出，且上訴事由僅限於專家小組報告中論及的法律問題及該小組做出的法律解釋，上訴機構的報告應自上訴決定通知 DSB 之日起 60 天內做出（特殊情況下最長不得超過 90 天）上訴機構的報告可以確認、修改或反對專家小組的結果和結論。如上訴機構報告被 DSB 採納，則爭端各方均應無條件接受。

¹⁷ Samuel K.B.Asante, *International Law and Foreign Investment* 37, 1988, P602-613.

¹⁸ 根據《諒解協議》的規定，申訴方可以按原則和程序中止履行協議中的減讓和其他義務。即按照一定的順序，經 DSB 批准，此後可允許進行交叉報復，除非有關協議中禁止中止履行減讓和其他義務，交叉報復領域包括貨物貿易，服務貿易及與貿易有關的知識？權領域，中止履行減讓和其他義務的水平應與利益被損害或抵銷的水平相當。

總之，世貿組織解決爭端方法中的交叉報復雖然增強自助性質，但是一種實力政治的體現。這一點上，在國際投資爭端解決方法中卻只使用非強制性的手段（法律與政治手段），但 DSB 的專家小組上訴複審中的靈活性及加快程序的做法是值得讚賞的。

四、ICSID 的爭端解決機制？生的原因

60 年代資本主義世界相對繁榮。發達資本主義國家有大量的遊資須尋找市場；一些發展中國家在獨立後努力發展經濟，急需資金，從而形成了 60 年代的投資大發展時期。然而傳統的解決國際投資爭端的方法不符合雙方的利益¹⁹，另一方面，這類爭議在實踐操作中較複雜和棘手，其問題往往出現在法律適用，外國私人投資者與國際法庭中有無出訴權，以及如何執行國際法庭裁判國家敗訴的決定等。加上雙邊條約也出現了技術上與程序上的困難²⁰。為了能夠彌補上述傳統的解決國際投資爭端的方法與雙邊條約出現的技術上與程序上的諸般“缺陷”，建立一種有效的機制，在 1965 年在世界銀行的積極倡導和主持下，發達國家與發展中國家共同制訂和締結了《解決國家與他國國民之間投資爭議公約》（《Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of Other States》）

¹⁹ 對於外國投資者與東道國政府之間因投資而引起的爭端，傳統的解決方法大體有四種（參閱陳安：國際經濟法，北大，1994）：1. 由投資者母國以行使“外交保護權”之名，向東道國施加政治壓力，經濟制裁乃至武力干涉。2. 由投資者母國政府作原告，以東道國政府作被告，向國際法院起訴，要求司法解決。由於國際法院的訴訟當事方限於國家，投資者不能自行向該法院直接控告東道國，加之國際法院的管轄權是基於當事國雙方的同意生的，東道國可以拒絕其管轄。3. 由外國投資者向一般的國際仲裁機構請求仲裁，但這些機構一般只擅長於解決私法主體間的經濟糾紛，對於以享有主權豁免的國家作當事一方的國際投資爭端，往往顯得無能為力，因此這些機構在這方面缺乏有效的特定機制。4. 由外國投資者向東道國的行政機關或司法機關提出申訴或徑行起訴。此種途徑符合國際法上公認的“屬地優越權”原則，並為發展中國家所主張和擁護，但在外國投資者看來，此途乃是“下策”，他們擔心東道國的受理機關難免有所偏袒，執法不公。

²⁰ 1. 雙邊談判常因當事方政府更替，或者重新談判，或者停止缺乏統一規範，在解釋上容易引起糾紛； 2. 雙邊談判逐一進行，往往曠日持久，一時難以奏效。

五、ICSID 的組織，規則與地位

(一) 組織機構

“中心”由下列的組織機構組成：

1、行政理事會²¹

行政理事會由全體締約國的代表組成。在進入行政理事會之時，該締約國必須具有下列之一身份：a. 世界銀行的會員國；或 b. 國際法院規約當事國。世界銀行行長？行政理事會主席，締約國派駐世界銀行理事會的理事和副理事，同時？“中心”的代表和副代表。理事會的主要職能是：通過和制訂“中心”調解和仲裁規則，確定“中心”秘書長和副秘書長的服務條件以及“中心”的行政及財政管理規則。

2、秘書處²²

“中心”秘書處由秘書長 1 人、副秘書長 1 人或數人以及若干工作人員組成。秘書長對外代表“中心”，對內？“中心”的主要行政官員，據《公約》及有關法規負責“中心”的行政事務並任命工作人員。秘書長還負責登記調解或仲裁的請求，並有權認證“中心”的裁決。

3、調解和仲裁小組²³

每一小組由具有不同國籍的組員 10 人組成，各組員由行政理事會主席從各國所提供的候選人名單中指派，候選人名單則由每一締約國提名 4 名候選人組成。提名人員，可以是各該本國國民，也可以是外國人。另外，行政理事會主席指定的人應注意使兩種名冊（調解和仲裁員名冊）都能代表世界各種主要的法律制度和主要的經濟體制，從而具有較廣泛的代表性。所有被指定列入上述兩種名冊的調解員和仲裁員，都應當是品德高尚、被公認？在法學、商務、工業或金融方面深具才識，能作出獨立判斷的人士。其中的仲裁

²¹ 參閱：《華盛頓公約》第 4-8 條。

²² 參閱：《華盛頓公約》第 9-11 條。

²³ 參閱：《華盛頓公約》第 12-16 條。

員，在法學方面的才識尤屬重要²⁴。“中心”的基本任務是？投資爭議的解決提供調解與仲裁的便利，因而“中心”本身不直接參與調解和仲裁，調解與仲裁程序由調解與仲裁小組成員中組成特別調查委員會或仲裁庭來進行。

（二）規則（“中心”的調解與仲裁程序規則）

“中心”的調解和仲裁兩種程序是相互獨立的，分別由調解委員會和仲裁庭進行。因？調解本身沒有拘束力，因此仲裁是“中心”提供的最有效的辦法，實踐中大多數案件都要提交仲裁。根據 A．布魯徹斯（A．Broches）的觀點，“公約，因其是條約，構成了仲裁程序法。因而除了公約本身所提到的外，公約排除了任何國家的法庭地法的可適用性。”²⁵換言之，“中心”仲裁程序完全受公約支配，公約關於仲裁的規定構成了一個“自立的體制”（Self-sustained system）²⁶。

1、提起請求

任何一種程序的提起首先從當事人一方或雙方提出請求開始。請求應向“中心”秘書長書面提出，經審查認？符合“中心”管轄範圍後，予以登記。秘書長即將登記事項通知另一方當事人。如發現爭端明顯不屬於“中心”管轄範圍，應即通知當事人拒絕登記並說明理由。秘書長拒絕登記的決定是終局性的²⁷。

2、組成調解委員會或仲裁庭

當事人雙方可以自由約定設立調解委員會或仲裁庭，其組成條件？：

- （1）調解人數或仲裁人員必須？奇數²⁸。
- （2）仲裁庭的大多數人不得？當事人任何一方所屬國國民。

²⁴ 參見《華盛頓公約》第 12-14 條第 1 點。

²⁵ 參閱：A．布魯徹斯（A．Broches）；“公約”載《海牙國際法學院講演集》（Recueildes Cours），第 136 卷（1972），英文版，第 385 頁（轉註自：余勁松：《國際投資法》，法律出版社 1997，第 440 頁）。

²⁶ 參閱：德勞姆（G.R.Delaume）；《跨國契約》（Transnational Contracts），Booklet 16.2，1982 年，英文版，第 41-43 頁（轉註自：同上）。

²⁷ 參閱：《華盛頓公約》第 28 條；《解決投資爭端國際中心提起調解和仲裁程序規則》，第 6 條及後。

²⁸ 參閱：《華盛頓公約》第 29 條第 2 款 1 項；第 37 條第 2 款 1 項。

調解委員會或仲裁庭不得因任何一方拒絕合作而不組成。調解員和仲裁員由當事雙方協議任命。若無這種協議，則由雙方各任命一名，再加上雙方協議任命第三人共同組成調解委員會或仲裁庭；在當事雙方難以達成協議或一方拒絕任命的情況下，經任何一方請求，行政理事會主席應在盡可能同雙方磋商之後，予以任命。被任命的調解員或仲裁員可以不必是“中心”前述兩種名冊上所提供的人員，但應具備《華盛頓公約》所要求的品質。

3、調解規則和仲裁規則²⁹

調解或仲裁進行的程序和有關事宜，分別受行政理事會通過的《調解程序規則》和《仲裁程序規則》支配。除了兩個規則中規定的《公約》的強行規則外，當事人可以約定適用其他規則。在調解或仲裁開始或進行過程中，若當事任何一方對“中心”管轄僅提出異議，則由調解委員會或仲裁庭自行決定是否有管轄權。在進行調解的場合，調解委員會應向雙方提出建議，並促成雙方達成協議。若調解失敗，則應結束調解程序並作出有關報告。在提交仲裁的場合，仲裁庭應依據當事人雙方協議的法律規範處斷爭端。如無此種協議，仲裁庭應適用作何爭端當事國的締約國的法律（包括它的法律衝突規範）以及可適用的國際法規範³⁰。在雙方同意時，仲裁庭可依公平和善意原則對爭端作出決定。但仲裁庭不得藉口法律無明文規定或含義不清而暫不作出裁決³¹。此外，當事任何一方還可以根據以下一種或幾種理由要求撤銷裁決：（1）仲裁庭的組成不適當；（2）仲裁庭顯然超越其權力；（3）仲裁庭的一個成員有受賄行為；（4）有嚴重的背離基本的程序規則的情況；（5）裁決未陳述其所依據的理由。是否撤銷裁決，由行政理事會主席在仲裁員名單中任命一個由三人組成的專門委員會作出決定³²。

²⁹ 《華盛頓公約》的全體締約國都應當承認依照本公約作出的裁決具有約束力，將該裁決視同本國法院的終局判決，並在其各自的領土內履行該裁決所課予的金錢義務。（參見：《公約》，第 53、54 條。）

³⁰ 參閱：《華盛頓公約》第 42 條第 1 點。

³¹ 參閱：《華盛頓公約》第 42 條第 2、3 點。

³² 參閱：《華盛頓公約》第 51、52 條。

4、調解或仲裁程序進行地

- (1) 若雙方無特別約定，？“中心”所在地，即美國的華盛頓。
- (2) 雙方可以自由約定？常設仲裁法院所在地，即荷蘭的海牙，或任何其他已與“中心”訂有協議的公私機構所在地。
- (3) 調解委員會或仲裁庭在同秘書長磋商後所批准的任何其他地點。

5、程序的選擇

- (1) 雙方可以約定先行調解。若調解不成再求助於仲裁。
- (2) 在仲裁進行中，雙方可以和解解決從而撤銷仲裁程序。雙方也可要求仲裁庭製作裁決書將和解協議載入其中³³。在選擇調解程序後，當事人雙方也可以約定調解報告具有拘束力。

(三) 基本功能與法律地位

“中心”的基本功能與法律地位是：

- (1) “中心”的宗旨是？締約國和其他締約國國民之間投資爭端的調解和仲裁提供便利，因而“中心”並不直接參加調解和仲裁，只是提供調解員和仲裁員名冊，供投資者和締約國選擇，依公約組成特別委員會或仲裁庭進行調解和仲裁。
- (2) “中心”基於公約而設立，具有完全的國際法律人格，它有法律能力，包括締約能力，取得和處理動？、不動？的能力以及法律訴訟能力³⁴。
- (3) “中心”在完成其任務時，在各締約國領土內享有公約規定的豁免與特權。“中心”及其財？和資？享有豁免於一切法律訴訟的權利；“中心”的檔案及通訊權利應不受侵犯；“中心”資？、收入及《公約》許可的業務活動和交易，應免除一切稅負和關稅。“中心”的行政

³³ 參閱：《仲裁程序規則》第 34 條

³⁴ 參閱：《華盛頓公約》第 18 條。

工作人員在執行公務時的一切行動，享有司法豁免權；他們如果不是所在國的國民，則應享有締約國給予其他締約國同等級外交代表的同等待遇，在移民限制，外國人登記要求和兵役義務上享有豁免權；在免於外匯限制和旅行方面享有同等級外交人員的便利，其津貼、薪金或其他報酬免於徵稅³⁵。

六、ICSID 管轄權成立的基本條件

首先需要申明的是“中心”管轄權不是嚴格意義上的司法管轄權，而是一個借用語，用以指“中心”受理調解與仲裁案件的條件及範圍³⁶。

根據《公約》第 25 條第 1 款的規定，“中心管轄適用締約國（或締約國指派到‘中心’的該國任何組成部分或機構）和另一締約國國民之間因投資而產生的任何法律爭議，而該項爭議經雙方書面同意提交給‘中心’。當雙方表示同意後，任何一方不得單方面撤銷其同意。”由上可見，“中心”管轄權最終成立必須具備以下三方面的條件：

（一）強制性條件

強制性條件視作？“中心”管轄權成立必須具備的條件：

1、主體適格

適格主體一方？《公約》締約國（包括其指定的下屬單位或機構），另一方則？其他締約國國民（包括自然人與法人）。

（1）“締約國”

所謂“締約國”是指在其與投資者約定提交“中心”管轄時，或在仲裁程序被提起時已正式加入《公約》的國家，因此只有《公約》批准國才能成？適格的締約國。如果可以預料有關國家不

³⁵ 參閱：《華盛頓公約》第 19-24 條。

³⁶ 參閱：阿爾科礦物公司訴牙買加政府案（J 丁斯米特“在 ICSID 主持下的仲裁：阿爾科礦物公司訴牙買加政府案決定的含義”，載於《哈佛國際法雜誌》1976 年英文版，第 90-103 頁）；國際海運公司訴幾內亞案（姚梅鎮《國際投資法成案研究》，武漢大學出版社，1989 年，第 89-116 頁）

久將會加入公約，而另一方是另一締約國國民，則雙方也可以有條件地約定提交“中心”管轄，即一旦該國正式加入《公約》，則該提交條款自動生效。

(2) “組成部分或機構”

作？爭議一方當事人的締約國，其範圍還包括該國的“組成部分或機構”。根據《公約》的規定締約國只要批准《公約》，即可成“中心”程序的當事人。此外，它尚得自由決定其“組成部分或機構”成“中心”程序的當事人。對於締約國的“組成部分或機構”，《公約》未下定義而給締約國以自由裁量權。根據《公約》25條第1款和第3款，組成部分或機構成“中心”程序的當事人須通過以下程序：即締約國把特定的自認合格的公共實體通知“中心”³⁷，而且此實體表示同意“中心”管轄，同時該締約國必須在同意作出之後予以批准（除非該國通知“中心”不需要這種批准）。

(3) 國有企業的指派問題

這裏，最須要注意的是關於國有企業的指派問題。國有企業可以因本國政府的指派而成“中心”程序的當事人，一國政府指派本國國有企業成“中心”程序的當事人，即使得國有企業同外國投資者之間的爭端得以利用“中心”程序加以解決。但是，這種指派的法律後果是嚴重的，它意味該國政府依據《公約》承擔義務，確保國有企業遵守《公約》的有關規定，承認與執行仲裁裁決。因此，在一國作出上述指派之前，須充分估計到要由此而該國有企業承擔國際責任的法律後果。指派的變更或撤銷問題方面，在某一締約國指定某一企業或機構“中心”程序的當事人以後，如果該企業存在的法律形式發生變化如被解散或被合併，該國政府對其的指派是否發生變化？同時，某一締約國對某一下屬單位或機構指派“中心”程序的當事人的同意予以批准以後，是否有權撤銷這種

³⁷ 這種指派實體的實例至今只有4例：a) 1963年英國指派其海外殖民地“中心”程序當事人，並通知不需批准實體的同意；b) 1981年幾內亞將寧巴鐵礦開發公司指派到“中心”；c) 馬達加斯加將馬達加斯加國家水碳公司指派到“中心”；d) 蘇丹將石油總公司指派到“中心”，但均未把這些機構的同意不須批准之事通知“中心”。

指派？一般而言，當事人發生變更時，之前的指派無效，應該重新指派。關於指派撤銷問題在學術上意見不一，印度學者認³⁸，指派與提交“中心”管轄的同意不同，它是單方的行？，締約國可以撤銷其已作出的批准。這是合乎國際法的基本理論的，國際法允許主權國家做出合乎法律規定的法律行？，再依一定的法律撤銷其行？。

（4）自然人資格

據《公約》第 25 條第 2 款（1）規定，自然人作？另一締約國國民，必須是在雙方同意將爭議交付調解或仲裁之日和請求予以登記之日，具有爭端當事國以外的締約國國籍的任何自然人，但不包括在上述任一日期亦具有爭端當事國之締約國國籍者³⁸。注意：《公約》規定具有當事國國籍的自然人沒有資格成？“中心”主持下程序的當事人，這種不合格性質是絕對的，即使在爭端當事國同意的情況下也不能改變。從而徹底排除一國國民或擁有雙重國籍者利用“中心”程序對其國籍所屬國提起訴訟的可能性。

（5）法人資格

有資格成？“中心”程序當事人的法人有：一、具有爭議一方締約國以外國籍的法人；二、具有爭議一方締約國國籍，但是由外國人控制的法人。在國際投資活動中，法人國籍的確定是一個相當複雜的問題。不同的法學理論確認法人國籍的標準不同（依國際私法一般理論，確定法人國籍也有多種標準，有按成立地或住所地來確定法人國籍，也有按資本控制標準來確定法人國籍）。依第 25 條第 2 款（2），法人作？另一締約國國民，必須是“在爭議雙方同意將爭議交付調解或仲裁之日，具有作？爭議一方的國家以外的某一締約國國籍的任何法人，以及在上述日期具有作？爭議一方的締約國國籍的任何法人，而該法人因受外國控制，雙方同意？了本公約的目的，應看作是另一締約國國民”。可見對法人資格的認定，採用兩種標準，其一：對具有爭議一方締約國以外國籍的法人，依其具有的國籍；其二：對具有爭議一方締約國國籍的，但由外國人控制的法人，依雙方特別約定。《公約》的規定意味 法人國籍的一

³⁸ 參閱：《華盛頓公約》第 25 條第 2 款（1）。

般標準是成立地說，但這一原則有所例外。不完全限於成立地說，還可以使用控制說，即對成立於非締約國但由締約國國民控制的公司，雙方也可以約定其具有該締約國國籍。

2、客體適格

是指爭端須是直接因投資所引起的法律爭端。根據《公約》規定，提交“中心”管轄的爭議必須符合三個條件：

(1) 即爭議必須是直接？生於投資和爭議³⁹：《公約》對“投資”一詞未下定義，這是有意的“疏忽”。隨國際經濟交往的形式日益豐富，投資的概念也必定越來越豐富，私人和外國官方實體間交易的多樣性（比如：國際服務投資與貿易有關的國際靈活投資、國際貸款、國際證券投資等）任何定義都無法將之全部囊括，如《公約》限定其定義的內容無疑等於自我限制“中心”的管轄範圍。很明顯，屬於投資概念之交易包括諸如貸款、？權資本的提供和工業？權；明顯不包含的是通常的商業交易，如貨物買賣。介於兩者之間的，締約國可據自己的理解確定“投資”的內容。？消除任何含糊不清、建議當事人雙方在文件中明確聲明依《公約》之目的雙方之間的某特定交易可構成一項投資。

(2) 必須？法律爭議：締約國得約定其所提交的爭議？“法律爭議”。“法律爭議”一詞《公約》同樣未下定義，只在《執行董事會報告》(ICSID/2) 英文版第九頁中有引導性的解釋，即“權利的衝突屬於‘中心’管轄，而單純的利益衝突則不屬於‘中心’管轄範圍”。“無保留地排除在‘中心’管轄之外的，是集中於東道國和投資者各自的與法律權利問題毫無關係的商業利益的衝突。”⁴⁰把“中心”管轄的爭議限定在其性質？法律爭議範圍內是“中心”與其他國際商事仲裁機構在管轄權制度上一個不同之處。

(3) 依據《公約》第 25 條，締約國可於任何時間通知“中心”不接受“中心”管轄的投資爭議，也即締約國得自由決定某類爭議歸“中心”管轄及不提交“中心”管轄的爭議。例如在加入《公約》

³⁹ 《解決投資爭端國際中心標準條款》第二節(8)：“雙方茲特同意，？《公約》第二十五條第一款的目的，(此爭端)(任何與本協議相關或因本協議而？生的爭端)是直接因投資而？生的法律爭端。”

⁴⁰ 轉引自餘勁松：《國際投資法》，法律出版社，1997 年版，第 450 頁，註 4。

時可明確宣佈：不將一切涉及國家主權行? 的爭端問題提交“中心”調解與仲裁。我國 1990 年 2 月 9 日簽署了公約，但? 了維護國家主權，不能將下列三類爭議提交“中心”管轄：1) 有關國有化或徵收措施合法性的爭端；2) 有關我國現行法律的解釋和適用引起的爭議；3) 有關我國執行機關對外國投資者違法行? 依法制裁引起的爭議。

(二) 任意性條件

1、同意是“中心”管轄的基石

“中心”的《世界銀行執行董事會報告》(ICSID/2) 第八頁中指出：“當事人各方同意，是‘中心’管轄的基石”。即爭端當事人雙方同意提交“中心”調解或仲裁。這一要件表明，“中心”管轄是自願管轄而非強制管轄，即任何締約國加入，批准《公約》並不代表在具體的、特定的投資爭議上負有將其交付“中心”調解與仲裁的義務。一國批准公約只是同意接受“中心”管轄的一個前提條件，在“中心”管轄要件中起決定性作用，它體現了公約的根本特性⁴¹。而這種自願性是有限制而非無限制的。比如：這種同意一旦作出，任何一方不得單方面將其撤銷⁴²。根據《公約》第 25 條第 1 款中含義，政府的事後通知不能取消先前的同意。這種通知只能解釋? 是指向未來的爭議。“中心”管轄一旦成立，則可以“司法回避原則”排斥國內法院對同一案件行使司法權，同時排斥東道國當地救濟以及外交保護權的行使⁴³。

2、合適的書面形式

以上論及“中心”管轄的基石是當事人各方同意，但需要當事人各方合適的書面形式。《公約》同意的書面形式是指? 雙方可採取任何他所認? 合適的書面形式表達。這些書面形式一般有：(1) 同意投資協議中的“中心”條款。(2) 同意國內投資法中的“中

⁴¹ P. F. 薩瑟蘭 (P.F.Sutherland)：“解決投資爭議的世界銀行公約”(The word bank convention on the Settlement of investment Disputes)，載《國際法與比較法季刊》(International and Comparative Law Quarterly)，第 28 卷 (1979)，英文版，第 380 頁。

⁴² 參閱《華盛頓公約》第 25 條第 1 款最後一句。

⁴³ 參閱《華盛頓公約》第 27 條第 1 款。

心”條款，但尚須外國投資者以書面形式表示同意方可生效。(3) 東道國與當地公司之母公司同意將爭端提交“中心”解決。東道國批准設立當地公司並規定有將當地子公司與東道國政府的爭議提交“中心”仲裁的投資申請書，可構成東道國與當地子公司之母公司之間的同意。(4) 政府與受讓外國公司之間相互同意將爭端提交“中心”解決。此受讓外國公司是指東道國政府批准將享有“中心”仲裁權利的當地公司的股份轉讓給此外國公司。由於當事人雙方作出了同意，也即允諾承擔義務，那 洵Y使在締約國退出《公約》後，該國或其國民對於以前所作同意也不得撤銷，但同時它不可避免地造成了對締約國主權的限制。(5) 同意雙邊投資協議中的“中心”條款，如：“締約各方茲特同意把締約一方和締約另一方的國民或公司之間的任何爭端，提交‘中心’加以解決。”

(三) 審查條件與原則

1、甄別權

在締約國作出同意“中心”管轄的允諾以後，他們並不能最終決定爭端是否能依他們的意願而交付“中心”管轄，秘書長還有甄別權。爭端一方在爭端發生後須向“中心”秘書長遞交調解與仲裁申請。當此申請由“中心”秘書長予以登記後，即可組成專門仲裁庭或調解委員會，履行調解與仲裁程序⁴⁴。根據《公約》第三章第28條和第四章第36條的規定，秘書長可行使一種專屬權，可以根據申訴人提交的上述申請的內容，決定是否予以登記。如果他認該項爭端顯然不屬於“中心”管轄權範圍以內，則有權拒絕登記其申請，此項專屬權即秘書長的甄別權。

這種甄別權的行使助長了調解委員會與仲裁庭的自由裁量的意願，而使不少國家對管轄權異議的申訴難以實現。

2、“外來控制”規則

在法人國籍確定中的論述中已提到有關“外來控制”的規定，但公約沒有給“外來控制”下定義，而由“中心”仲裁庭解釋，因而給仲裁庭自由裁量留下了極大的餘地，從而？法人資格的外資企業提供了成？“中心”當事人的機會。“中心”仲裁庭總是

⁴⁴ 參閱《解決投資爭端國際中心提起調解與仲裁程序規則》規則一和規則六。

利用這一原則尋找各種依據，以此擴大“中心”的管轄權。然而，締約國可以利用書面形式在法人國籍的確立問題上聲明自己的態度，並強調“中心”是不絕對排除東道國當地救濟規則的適用，但在當地救濟用盡之後，投資者有能力直接進入國際機構而對東道國提起訴訟，使爭議在國際層面上加以解決。在這種情況下，再給予外交保護或提起國際要求不僅不必要而且也不正當。因而《公約》第 27 條第 1 款規定：“締約國對於它本國的一個國民和另一締約國根據本公約已同意交付或已交付的爭議，不得給予外交保護或提出國際請求，除非該另一締約國未能遵守和履行對此項爭議所作出的裁決。”該條第 2 款規定：“在第 1 款中，外交保護不應包括純粹為了促進爭端的解決而進行的非正式的外交上的交往。”不能否認“中心”創設了一個投資者和東道國都能接受的國際法庭，排除投資者本國政府對投資爭議的介入，使投資爭議非政治化解決，這也是解決投資爭議方式發展的大趨勢。

七、ICSID 的法律適用問題

“中心”的法律適用問題是“中心”仲裁公正的保證。

《公約》第 42 條對“中心”法律適用原則規定如下：“一、仲裁庭應依據爭端當事人間協議的法律準則裁決爭端。如無此項協議，仲裁庭應適用當事國之締約國的法律（包括其衝突法規則），以及可適用的國際法準則。二、仲裁庭不得因法律無明文規定或規定含糊而裁定不予處斷。三、本條第 1 款、第 2 款的規定，不影響仲裁庭於雙方當事人同意時，依公平和善意的決定的權力。”⁴⁵“中心”的法律適用問題是由《公約》第 42 條加以規定的，但《公約》第 42 條的規定在實踐中？生了以下問題：

（一）依公平和善意的決定的權力（公平與正義原則）

《公約》第 42 條第 3 款規定：“本條第 1 款、第 2 款的規定，不影響仲裁庭於雙方當事人同意時，依公平與正義原則裁決爭端的

⁴⁵ 黃曙海主編《國際經濟貿易條約總覽 - 上冊》，中國法制出版社，1997 年版，第 362 頁。

權力。”

公平與正義原則最早？生於羅馬法，以後在法國民法典、德國民法典⁴⁶中肯定下來，成？民法上的一項原則，在許多的國際公約、仲裁規則中都可以見到。這項原則的含義一般是指仲裁人經雙方當事人同意，可以不依照法律規定，而根據其他公平合理的標準作出具有拘束力的裁決。

鑒於現實的客觀性及大多數法條具有相容的特性，公約就運用法律技巧給法律適用者留出了一定的“行動空間”，然而仲裁員仍必須在公約所確定的價值範圍內進行解釋，而不是進行自由評判，以改變“公平”與“正義”的原意。德國著名法學家威斯特曼有一句名言，即：“司法就其本質而言是法律的價值運用，而不是法官的獨立評判”⁴⁷。即使公約沒有給予一個明確的條款以供適用，法律適用者（如仲裁員）又在無法類推的情況下⁴⁸，也必須在此公約的整個體系的價值範圍中進行解釋。在這種“行動空間”中使用原則和已判定的著名案例群來作？輔助手段進行解釋就是合法的。

但問題是，在公約給予的空間中，原則的適用往往並不是單個。假設有幾個原則均可適用，那就有一個原則的適用的衝突問題。因？各個原則的價值層次，深層目標，結構功能均有不同，在適用時衝突是難免的，況且條約一抽象，就往往與以原則形態出現的法規的價值基礎難以分開闡述，當然這不是這兒討論的方向。鑒於討論的重點應該在於如何在適用時平衡原則之間的衝突，所以我們又回到了“公約法條特權”的總則。首先，法律運用者有義務先檢查使用的原則是否已被公約具體化了，也就是說要尋找出哪些能使原則具體化的法規法條，如果公約已用具體法條將原則具體化了，那 洎嬭h之間的衝突在選擇具體特定的法條時就得到了解決；其次，倘若原則沒有被公約以法條形式具體化，那 玷穉的原則

⁴⁶ 參閱：§§138, 242 Deutsches Buergerliches Buch。

⁴⁷ 參閱 [德] Harry Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht (《民法中法官的爭議性判決的本質與界線》), Muenster 1955。

⁴⁸ 與私法不同，刑法是禁止類推的，還包括不溯既往 (lex praevia)，當然不溯既往不應包括謀殺與禁止不利於被告的習慣法的運用（但後者在瑞士民法中是允許的。參閱瑞士民法第一條，第一款）。

是：具體的、特定的原則先於抽象與普遍的原則加以適用。除非是一個絕對的原則（比如“人的尊嚴不可侵犯，對人的尊嚴的尊重與保護是所有國家權利機關的義務”之類的原則）排除了所有的普遍與具體的原則⁴⁹。如授權法院可以依公平與正義原則判案，即授權法院可以不遵從法律判案，這有可能使判決的作出是基於獨立於法律，甚至有違於法律的公平與誠信。沒有法律所給予的“空間”，原則的適用就不應該進行。如果無限制地使用原則，就會導致條約的平均化、同樣化，從而導致法律的無效，因而原則的濫用在仲裁生活中會使條約變得毫無意義，使所有權力落入仲裁員手中。雖然仲裁員並非非得偏離適用法律，而只是允許這樣做。這樣一來，“公平”與“正義”的標準就完全取決於仲裁員個人的觀點與看法，因此仲裁員本身的立場就十分重要了，其“公平”與“正義”的裁決結果是否“公平”、“正義”也就難以預料了。因而對於該項原則的適用持謹慎的態度是有法律依據的。

（二）國際法與國內法

《公約》第 42 條第 1 款規定：“一、仲裁庭應依據爭端當事人間協議的法律準則裁決爭端。如無此項協議，仲裁庭應適用當事國之締約國的法律（包括其衝突法規則），以及可適用的國際法準則”。

發展中國家認為，到東道國投資的行業本身就意味外國投資者業已同意將投資合同的一切置於東道國的國內法管轄之下，在當事各方沒有特別約定的情況下，仲裁庭應該適用東道國的國內法。而發達國家則反對把國內法限定為東道國法，區域會議主席 A·布羅切斯強調：“國內法一詞並沒有明確局限於東道國的法律，因衝突規則有時可能導致適用不同的法律。”“國內法的選擇應由仲裁庭按照國際私法的適當規則予以決定。在大多數情況下，準據法當然是資本輸入國的國內法，但是在特定情況下，諸如許可證和專有技術協議適用什麼法律則是有爭議的”。主席 A·布羅切斯還指出：“第一、ICSID 公約是為了創立一個國際機構，仲裁庭有權適

⁴⁹ 參閱〔德〕Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips(“法學原則的概念”), in: Rechtstheorie, Beiheft 1, 1979, P.59ff.

用國際法是合乎情理的；第二、儘管國際仲裁庭應首先考慮適用東道國的國內法，因？這種投資關係首先就應適用這種國內法，但在這種國內法違反國際法時就應將其擱置一邊”。美國代表指出：“雖在通常情況下是適用國內法，但‘草案’規定適用國際法的可能性仍很重要。因？根據‘草案’第 28 條，締約國應放棄外交保護權。”德國代表則認？：“草案提到國際法是至關重要的。它？私人投資者提供了額外的保護，並且這類合同（即國家與私人投資者的合同）的發展趨勢是適用國際法。”

事實上，這不僅是法律理論和實踐的不同，而且也是不同的政治、經濟觀點的衝突。如果按美國法學家發明的最密切的聯繫原則（來源於德國法學家 Friedrich Karl von Savigny 的本座說），那 洄資爭議也不適用於國際法而適用東道國法解決爭端，理由？東道國法與投資爭議有最密切的聯繫。此外東道國可要求明確規定國際法的定義和適用範圍，特別應指明仲裁庭究竟是依照國內法還是依照國際法來判斷國有化和徵用的是非曲直，並作出一方當事人是否侵權的決定。事實上，選擇國內法的情況分兩種：“一是締約國同金融機構之間的貸款契約，大部分是選擇放款人所屬國的法律，少數選擇屬於世界金融中心的第三國法律。二是在東道國進行投資的協議，這是最重要的一類協議，都是規定適用東道國國內法。”實踐中，大多數訂有“中心”條款的投資協議是規定適用東道國法的⁵⁰。不過有許多協議把選擇的東道國法律“穩定”或“凍結”在訂立契約時刻的法律（如稅法），或者訂有制約東道國政府的條款（由東道國審批而生效），或者強調不能違反投資國的本國法，力圖使契約有利於投資者。這需要引起注意。

依 42 條的規定，在當事人無法律選擇的情況下，仲裁庭應該首先適用東道國法，然後才可以考慮適用國際法，而無權直接適用國際法，二者之間的這一先後順序已成定論，並無異議。主要的爭論存在於國際法和國內法的相互關係問題上。在國際法和國內法相互衝突的情況下何者優先的問題，是爭論的焦點。雖然國際法和國內法是法律的兩個體系，但是國內法的制定者是國家，而國際法也

⁵⁰ 參閱《ICSID 消息》，第 1 卷第 2 號（1984 年），第 2 頁。

是由國家參與制訂的，因此不管是國際法優於國內法，還是國內法優於國際法都是對主權的不同程度的否定，所以兩者可以互相補充，但是不能以國際法來審查、糾正國內法。

（三）禁止裁定不予處理原則

《公約》第 42 條第 2 款規定：“仲裁庭不得因法律無明文規定或規定含糊而裁定不予處斷”。各國法律學者把這一規定總結為“禁止裁定不予處斷原則”。

《公約》作出如此規定，其優點是防止在國內法和國際法對某一問題無明文規定時，仲裁庭以法律無明文規定為藉口對爭端不予處斷，使得他們因投訴無門而蒙受損失。缺點是，這種規定也同時助長了仲裁庭的自由裁量權，這一點對立法不完全的發展中國家是不利的。但是，“第一，第 42 條第 2 款明文規定，只有在規定應適用的法律欠缺或含意不明時，才能根據一個法律原則或跨國法進行仲裁；但目前各國包括發展中國家的外資立法日臻完善精確，因而真要靠一般法律原則或跨國法來填補或解釋可適用的法律的可能性將會越來越小。第二，即使‘中心’仲裁庭有機會適用並發展了一套新的法律原則，它們也不能取代東道國國內法或其規定可適用的其他法律。如果它們得不到各締約國的廣泛支援，更是毫無價值。”⁵¹

八、ICSID 的仲裁裁決的承認與執行

（一）“中心”仲裁裁決的拘束性、終審性

《公約》第 53 條第 1 款規定：“裁決對雙方有拘束力，不得進行任何上訴或採取其他除公約規定外的補救辦法。除依照本公約有關規定予以停止執行的情況外，每一方應遵守和履行裁決的規定。”《公約》第 54 條規定：“1. 每一締約國應承認依照本公約作出的裁決具有拘束力，並在其領土內履行該裁決所加的財政義務。正如該裁決是該國法院的最後判決一樣。具有聯邦憲法的締約國可以在聯邦法院或通過該法院執行該裁決，並可規定聯邦法院應

⁵¹ 余勁松主編：《國際投資法》，法律出版社，1997 年版，第 473 頁。

把該裁決視？其組成的一州的法院作出的最後判決。2. 要求在一締約國領土內予以承認或執行的一方，應向該締約國？此目的而指定的主管法院或其他機構提供經秘書長核證無誤的該裁決的副本一份。3. 裁決的執行應受要求在其領土內執行的國家關於執行判決的現行法律的管轄。”

從上述條款中，我們可以看到《公約》的規定排除以往的做法：

首先，公約否決了各締約國以公共秩序保留？藉口對裁決的不予承認和執行。《公約》規定，“中心”裁決被視？締約國法院最終判決，只需向締約國有關法院或其他執行機構提供一份經秘書長核證無誤的裁決副本，該締約國就應予承認和執行。外國學者沙赫特評論到：“這個簡單的程序消除了存在國內法中以及其他國際公約中的承認與執行外國仲裁裁決的問題，根據 ICSID 公約，對於‘中心’裁決具有拘束力的性質沒有任何例外，各締約國法院的任務純粹是幫助執行‘中心’裁決。”

其次，公約否決了國際習慣法。依據國際習慣法，一個國家及其法院對於非本國法院作出的裁決應視？“外國裁決”。？維護本國司法權益，對於“外國裁決”在本國領土上予以承認和執行要進行一定的審查，包括程序性審查和實質性審查，以視其與本國的法律原則及本國國家利益有無抵觸，如果有抵觸則可以正當理由不予承認和執行該“外國裁決”。

第三，公約也否決了有關公約和一些國家的仲裁立法。例如 1961 年《歐洲國際商事仲裁公約》第 9 條，規定當事人可以在作出裁決的國家或在按照一國法律作出裁決的這個國家，基於一定理由請求撤銷裁決。

第四，《公約》甚至也否定了採用英美判例法國家對外國判決的承認與執行的一般做法。採用英美判例法程序的國家，對一般的外國判決不直接執行，而是把它作？向執行地國法院重新起訴的根據，經當地法院審理後，如認？與當地法令並無抵觸之處，則由當地法院作出一個與其內容相同的判決，然後根據一般的程序予以執行。故從法律形式上說，它執行的是本國法院的判決而不是外國法院的判決。

“中心”仲裁裁決的執行是“中心”仲裁的關鍵環節，它直接關係到當事人權益的具體實現及受損害一方的利益能否得到保護。由於以往的國際慣例和國家間仲裁在裁決執行問題上存在一些弊端，致使敗訴一方往往以各種藉口（諸如對仲裁庭的管轄權提出異議，仲裁庭適用法律不當，裁決不公正或具有明顯的錯誤等等）不執行對自己不利的裁決，因此造成敗訴一方往往成？最後的裁決者。“中心”？了避免以上的弊端而做了最大的努力和嘗試，在維護締約國的主權權利及各締約國在執行“中心”裁決上的強制性之間找出一條最佳途徑。使承認和執行“中心”裁決對締約國具有絕對的強制性。體現了其拘束性，其終審性的特點。但是，由於世界各國存在的不同的司法制度，《公約》不可能規定各締約國執行裁決的固定的和統一的方式，因此要求各締約國根據自己的法律規則來滿足《公約》對“中心”裁決的執行要求。《公約》規定。各締約國在其領土內對“中心”裁決的執行，受該國關於執行判決的現行法律的管轄。⁵²

如我國澳門及國內法院？爭取投資爭議的優先管轄權就應：首先利用用盡當地救濟原則。《解決投資爭端國際中心標準條款》第 5 節第 19 條規定：“除另有規定外，將爭端交付“中心”仲裁的同意被視？排除任何其他救濟辦法。但是，東道國可以規定事先用盡當地救濟辦法？其同意交付仲裁之條件。下列條款用於該情形”：“在 [投資者姓名] 按照本協定規議開始仲裁程序之前，[投資者姓名] 必須用盡 [當地救濟辦法] [如行政或司法救濟辦法]，[除非（東道國名稱）書面放棄該項要求]。”

其次，還可以聲明“不排除其他救濟的協議”。《公約》第 26 條第一句規定雙方將爭端交付仲裁的同意“除另有規定外，應視？排除任何其他救濟辦法而交付上述仲裁。”既然本規定允許雙方另作規定，則雙方可規定如下條款：“載於 [即基本條款] 中的將爭端交付‘中心’仲裁的同意不排除雙方任何一方訴諸以下其他救濟辦法：[即其他形式的程序]。當上述其他程序仍進行時，不得開始《公約》規定的任何仲裁程序。”

⁵² 參閱《解決國家與他國國民間投資爭端公約》第 54 條（三）。

第三，維護對投資爭議的專屬管轄權。因此，可以利用“中心”仲裁的爭議領域是由各締約國自主決定的⁵³機會，來明確指定提交仲裁的爭議範圍。有關國家主權行？及有關國家自然資源方面的爭議許多國家不交予“中心”仲裁。在我國包括澳門涉及到國家主權行？是指下列三類爭議：1) 有關國有化或徵收措施合法性的爭端；2) 有關我國現行法律的解釋和適用引起的爭議；3) 有關我國執行機關對外國投資者違法行？依法制裁引起的爭議。

第四，利用當事人意思自治原則來選擇適用我國包括澳門法律來解決爭議。《公約》第 42 條第 1 款體現了意思自治原則。？了防止仲裁庭背離法律或適用中國澳門及內地所不能同意的一些法律原則來進行仲裁，我國澳門及內地有必要預先選擇好仲裁所適用的法律（如中國法中的強行性規範：在中華人民共和國境內履行的中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同，適用中華人民共和國法律，這裏當然包括在內地的澳門與大陸的三資企業）。但是，外商投資企業涉及關於“外來控制”問題，也需體現意思自治原則，即合資企業（Equity Joint Venture & Contractual Joint Venture）若要成？“中心”仲裁意義上的適格的程序當事人，尚須我國政府與外國投資者雙方同意因“外來控制”的原因，將他們視？其他締約國的國民。當然外商獨資企業（WFOE），即使其？中國法人，但其“外來控制”因素十分明顯，它完全由外國投資者來投資、經營管理，可以考慮將外商獨資企業視？《公約》意義上的另一締約國國民。

（二）仲裁裁決的法律後果與補救措施

《公約》第 27 條第 1 款規定：“締約國對於它本國的一個國民和另一締約國根據本公約已同意交付或已交付仲裁的爭端，不得給予外交保護或提出國際要求，除非該另一締約國未能遵守和履行對此項爭端所作出的裁決”。《公約》第 64 條規定：“締約國之間發生的不能通過談判解決的有關本公約解釋或適用的任何爭議，可提交到國際法院，除非有關國家同意採取另一種解決辦法。”

⁵³ 參閱《解決國家與他國國民間投資爭端公約》第 25 條第一款；《解決投資爭端國際中心標準條款》序言 1。

從上述可以推定：1. 如果有爭議一方投資者拒絕履行對己不利的裁決的情況發生，則爭議締約國可以依《公約》第 54 條規定在第三國（只能？締約國）法院強制執行這一裁定；2.《公約》第 27 條第 1 款規定排除了拒絕履行對己不利裁決一方所能適用的外交保護或提出國際要求，並給對方的締約國或其他締約國依第 64 條規定到國際法院提起訴訟的權利。上述規定表明，各締約國對承認與執行“中心”裁決負有義務，否則將承擔國際責任，而各締約國法院和國際法院對於投資者的強制力也是決定性的。？ 了避免國家間的仲裁？ 生不當裁決，《公約》在第四章第五節中規定了一系列的補救措施，它包括解釋、修正、取消裁決。當事人一方或雙方對“中心”裁決存在疑義時，只能採取上述《公約》規定的方法進行救濟。根據《公約》第 50 條規定，如果雙方對裁決的意義或範圍發生爭端，任何一方可以向秘書長提出書面申請，要求對裁決作出解釋。如有可能，該項要求應提交作出裁決的仲裁庭。如果不可能這樣做，則應組織新仲裁庭。仲裁庭如認？ 情況有需要，可以在它作出決定前停止執行裁決；對裁決的修正《公約》第 51 條規定：爭端的任何一方可以根據發現一些其性質對裁決有決定性影響的事實，而向秘書長提出書面申請要求修改裁決，但必須以在作出裁決時，仲裁庭和申請人都不瞭解事實？ 條件，而且申請人不知道該事實並非由於疏忽所致。在這種情況下，仲裁庭如果認？ 情況有需要，可以在作出決定前，停止執行裁決，而申請人亦可在申請書中要求停止執行裁決，直到仲裁庭對該要求作出決定？ 止。關於裁決的取消（《公約》第 52 條規定）是指任何一方當事人可基於下述一個或幾個理由向秘書長提出書面申請，要求取消裁決：（1）仲裁庭的組成不適當；（2）仲裁庭顯然超越權力；（3）仲裁庭的成員有受賄行？ ；（4）有嚴重背離基本的程序規則的情況；（5）裁決未陳述所依據的理由。