



国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对

徐 树 *

目 次

- 一、问题的提出
- 二、投资仲裁庭扩张管辖权的路径和方法
- 三、投资仲裁庭扩张管辖权的制度环境
- 四、投资仲裁庭扩张管辖权的形成机理
- 五、缔约国对仲裁庭扩权的应对策略
- 六、结论

摘 要 实践表明,国际投资仲裁庭具有扩张管辖权的偏好。仲裁庭通过扩张解释属人、属事、属时管辖的范围,限制解释仲裁前置条件,以实现管辖权的扩张。这并非偶然现象。仲裁庭有能力、有技术、有意愿扩张其管辖权。仲裁庭的策略性扩权行为引发很多国家的忧虑。理论上,国家可通过筛选仲裁员、质疑裁决效力、阐明条约规则、退出投资仲裁等应对策略对仲裁庭的权力扩张进行控制。然而,这些策略的运用受到投资仲裁机制的内在限制,难以实现国家的预期效果。因此,国家有必要推动投资仲裁机制的改革,在对仲裁庭授权的同时,设置合理的监督和约束机制。随着国家间利益趋于同质化、更多的国家被迫卷入投资仲裁,改革投资仲裁机制将是大势所趋。

关键词 国际投资仲裁 管辖权扩张 裁判边界 国家控制

一、问题的提出

随着国际裁判机构数量的增多及覆盖领域的扩展,国际法律体系日益呈现出“司法化”

* 华南理工大学法学院讲师,法学博士。

感谢《清华法学》匿名评审专家提出的宝贵修改意见。



趋势。^{〔1〕} 国家越来越多地对国际司法仲裁作出授权。与此同时,国际裁判机构也越来越多地对主权国家的决策行为进行国际法相符性审查。然而,与国内法院不同,国际裁判机构是合意性争端解决机构。^{〔2〕} 未经国家同意,任何国家不得被强迫将争端提交国际司法仲裁。^{〔3〕} 因此,如何准确“发现”和“锁定”国家对国际司法仲裁的同意,是国际裁判机构的重要任务。只有维持一定的管辖范围,国际裁判机构才能持续地输出司法裁决,在解决争端的同时对国际法规范的解释和适用表明立场,发挥国际司法仲裁对国际法治的推动作用。

在众多国际裁判机构中,国际投资仲裁庭在突破其管辖权边界方面具有代表性。国际投资仲裁,是依据国际投资条约解决投资者与东道国间管制性争议的机制。^{〔4〕} 投资仲裁庭的管辖权基础在于东道国与投资者间的合意。但投资仲裁并不以投资者与东道国间的合同关系为前提。实践中,东道国缔结的投资条约被解释为东道国对仲裁的持续要约,而投资者启动仲裁程序被视为对东道国要约的承诺。正因如此,诉诸投资仲裁被认为是投资条约为投资者创设的专属权利。^{〔5〕} 投资者可随时启动仲裁程序,而东道国只能被动应诉。

投资仲裁案件数量近年来急剧膨胀,仲裁庭在管辖权问题上出现司法能动倾向。仲裁庭自主性、策略性的扩权行为,超出了投资条约缔约国的预期,压缩了缔约国管制投资的政策空间,导致仲裁庭与缔约国间的紧张关系。那么,仲裁庭究竟如何跨越其管辖权障碍?仲裁庭的司法扩权何以成为普遍现象?仲裁庭与国家如何就司法边界进行博弈?本文将首先从条约解释角度分析仲裁庭扩张管辖权的路径和方法,其次探讨仲裁庭扩张管辖权的成因,最后在此基础上研判国家对仲裁庭扩权的应对策略。

二、投资仲裁庭扩张管辖权的路径和方法

仲裁庭的管辖权基础在于当事方的同意。^{〔6〕} 由于东道国对投资仲裁的同意和授权多体现在投资条约中,仲裁庭需要通过解释条约以确定其管辖权边界。然而,条约文本含义并非总是清晰明确、毫无争议的。梳理投资仲裁实践可以发现,仲裁庭具有自我扩张管辖权的偏好。

(一) 管辖权扩张与否的判断基准

在展开讨论前,有必要对“扩张管辖权的偏好”予以界定。本文所称“偏好”,系指仲

〔1〕 See Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton University Press, 2014; Cesare Romano, Karen Alter & Yuval Shany (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014; Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford University Press, 2014.

〔2〕 WTO 争端解决机构对有关 WTO 协定解释和适用的争议具有“强制性”管辖权,但其管辖权的“强制性”来源于 WTO 缔约方的合意。同样,国际法院、国际海洋法法庭、欧盟法院、欧洲人权法院、国际刑事法院等常设国际争端解决机构的“强制性”管辖权也来自于相关国家的事先同意或声明。

〔3〕 See *Status of Eastern Carelia*, 1923 P. C. I. J. Ser. B, No. 5, Advisory Opinion, p. 27.

〔4〕 国际投资条约主要包括双边投资协定(简称 BIT)以及包含投资章节的自由贸易协定(简称 FTA),例如北美自由贸易协定(简称 NAFTA)、中国与新西兰 FTA 等。

〔5〕 See Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 32-38.

〔6〕 不可否认,国际裁判机关也拥有与其司法机能相匹配的“固有权力”(inherent power)。但是,裁判机关的固有权力仅附属于其案件管辖权而存在。

裁庭在解释管辖权文件、确立其管辖权范围时反映出来的潜意识的、隐性的系统偏好。^[7] 仲裁庭是否存在扩张管辖权的偏好，需要从条约解释角度对仲裁庭的解释推理及解释结果进行客观考察。

条约解释是复杂、灵活的过程，其“在某种程度上是艺术而非绝对的科学”。^[8] 然而，条约解释的裁量性“绝不意味着可以背书肆意的解释”。^[9] 善意原则贯穿条约解释全过程，是条约解释的基本要求。^[10] 解释推理及解释结果是否善意，可从常识性、逻辑性、合理性等角度进行检验和评价。^[11] 条约文本的通常意义不应抽象地决定，而应按照其上下文并参考其目的和宗旨予以决定，这是常识及善意的要求。条约解释者须按照逻辑关系而非等级关系综合运用各项解释因素，并最终达致公平、合理的解释结论。^[12] 当条约文本存在多种解释可能时，常识性、逻辑性、合理性等要求可用来排除不合理的解释结论或说明不采纳特定解释结论的不良后果。^[13]

在一般国际司法及仲裁实践中，当事方可采取特别协定（special agreement）、协定条款（compromissory clause）或任择性声明（optional declaration）等形式接受国际司法仲裁管辖。如何解释这些条约、条款和声明，是裁判机构判定其管辖权存在与否和范围大小的前提。在“利比亚/马耳他大陆架案”中，国际法院指出，“法院不得超越当事方所赋予的管辖权范围，但同时法院也必须完全行使所赋予的管辖权。”^[14] 在“领土、岛屿与海上边界争端案”中，国际法院否定了洪都拉斯在逻辑上自相矛盾的解释主张。洪都拉斯一方面认为特别协定中“确定海域

[7] See Stavros Brekoulakis, *Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making*, 4 *Journal of International Dispute Settlement* (2013), pp. 558 ~ 563; Gus van Harten, *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*, in Michael Waibel et al (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, *Kluwer Law International*, 2010, p. 433.

[8] International Law Commission, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 218.

[9] 张新军：“《中日联合声明》‘放弃战争要求’放弃了什么？——基于条约解释理论的批判再考”，《清华法学》2010年第2期，第130页。

[10] See Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 425; Hersch Lauterpacht, *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, 26 *British Yearbook of International Law* (1949), p. 56; 赵建文：“条约法上的善意原则”，《当代法学》2013年第4期，第128页。

[11] See Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, p. 151; Georg Schwarzenberger, *Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27 ~ 29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties*, 9 *Virginia Journal of International Law* (1968), 10; 前注[9]，张新军文，第135页。

[12] 参见前注[8]，国际法委员会报告，第220页；李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第351页；[英]詹宁斯、瓦茨：《奥本海国际法》（第一卷第二分册），王铁崖等译，中国大百科全书出版社1998年版，第720页。

[13] See Graham Cook, *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*, Cambridge University Press, 2015, pp. 229 ~ 232; Ole Kristian Fauchald, *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals-An Empirical Analysis*, 19 *European Journal of International Law* (2008), p. 354.

[14] *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, I. C. J. Reports 1985, para. 19.



的法律情形”包含对划定海域边界的授权,但另一方面又承认“确定岛屿的法律情形”仅指领土的主权归属争议而不包含划界争议。国际法院指出,同样的“确定法律情形”用语在适用于岛屿和海域时具有不同的含义,“这是很难让人接受的”。^[15]

任择性声明属单方行为,而非条约。^[16]尽管如此,在解释此类声明时,国际法院并不排斥类推适用条约解释原则。在“英伊石油案”中,国际法院指出“应采取一种与对声明文本的自然且合理的解读相协调的解释”,“该声明必须实事求是地予以解释,考虑其实际使用的词语”。^[17]在“渔业管辖权案”中,国际法院强调“对声明及其保留的相关用语进行自然且合理的解释,充分考虑当事国在接受法院强制管辖权时的意图”。^[18]

可见,国际裁判机构不得对管辖权的存在与否及范围大小作有利或不利推定。^[19]对裁判条约、条款、声明的解释应以文本为基础,充分考虑文本的目的、宗旨及当事国的意图,最终达致合乎常识、逻辑自洽、公平合理的解释结论。与此不同,投资仲裁庭在解释投资仲裁条款时似乎不受制约,其倾向于作出有利于管辖权的解释结论。

国家对投资仲裁管辖的同意,往往附带各类限制要求。仅当案件落入属人、属事及属时管辖范围,且满足仲裁前置条件时,仲裁庭才可确立管辖权。就属人管辖而言,仲裁双方须为投资条约所涵盖的缔约一方投资者与缔约另一方。就属事管辖而言,所提交的争端须为条约所涵盖的投资争端。就属时管辖而言,投资及投资争端须在条约涵盖的时间范围之内。就仲裁条件而言,投资条约中常见的前置条件包括友好协商、当地救济、岔路口选择等。任一限制条件不被满足,即阻碍管辖权的确立。但在实践中,仲裁庭倾向于扩张解释属人、属事、属时管辖范围,限制解释仲裁前置条件,以扩张其管辖权。

(二) 扩张属人管辖范围

仲裁庭扩张属人管辖范围主要体现为对“投资者”概念的扩大解释。在仲裁实践中,空壳公司被认定为投资条约所涵盖的“投资者”。例如,在“Saluka 诉捷克案”中,Saluka 是由某英国公司全资控股的荷兰公司。捷克政府认为,Saluka 作为英国公司的空壳公司,无权援引荷兰与捷克 BIT 对捷克提起投资仲裁,否则将导致对投资条约的选购和对仲裁程序的滥用。^[20]但仲裁庭认为,只要 Saluka 是在荷兰注册成立,即便其属于空壳公司、与荷兰无实质经济联系,也不影响其在荷兰与捷克 BIT 下的投资者身份。^[21]在“Tokios 诉乌克兰案”中,Tokios 是在立陶宛成立的公司,其援引立陶宛与乌克兰 BIT 提起仲裁。虽然 Tokios 的 99% 股份由乌克兰国民拥有,

[15] See *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening)*, I. C. J. Reports 1992, paras. 372 ~ 380.

[16] 参见贾兵兵:《国际公法:和平时期的解释与适用》,清华大学出版社 2015 年版,第 425 页。

[17] *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, I. C. J. Reports 1952, pp. 104 ~ 105.

[18] *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, I. C. J. Reports 1998, paras. 46 ~ 49.

[19] See Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford University Press, 2013, p. 1632.

[20] 荷兰与捷克 BIT 第 8 条允许投资者就“任何争端”提交仲裁,而英国与捷克 BIT 第 8 条仅允许投资者就与征收、投资收益转移等有关的争端提交仲裁。前者在仲裁范围上相比后者更为广泛,因此该案投资者选择由荷兰籍中间公司提起仲裁程序。

[21] See *Saluka v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras. 229 ~ 241.

但仲裁庭认为这并不否定 Tokios 的立陶宛投资者身份。^[22]

仲裁庭的解释结果虽然在形式上未超出文义的可能范围，但其是否合理、能否体现缔约国的真实意图不无疑问。如果允许任何人通过空壳公司“选购”投资条约的保护，那么投资条约的双边互惠性结构将被打破。投资条约保护的将不仅是缔约国投资者，还包括通过空壳公司包装为缔约国投资者的第三国或东道国国民。Tokios 案裁决的反对意见即明确地指出，投资仲裁机制的目的不在于鼓励通过空壳公司规避东道国法院管辖，而在于保护真正的国际投资，而本案实质上是乌克兰国民与乌克兰之间的国内争端。^[23]而且，由于仲裁实践允许股东就公司财产损失提请仲裁，其还将导致多重救济。对于相同财产的不同损害，可能有多个主体在不同争端解决机构寻求救济。^[24]因此，将空壳公司认定为“投资者”的宽泛解释“不合逻辑”，难以称之为善意的解释。^[25]

值得注意的是，有些投资条约将“投资者”明确限定为自然人，避免了空壳公司寻求条约保护的可能性。然而，仲裁庭却突破该约文限制，认定公司法人也属于条约下的“投资者”。在“Milicom 诉塞内加尔案”中，准据条约为卢森堡与塞内加尔 BIT，其第 10 条规定，缔约一方应同意在其领土内投资的缔约另一方“国民”就投资争端提出的仲裁请求。而根据第 1 条的规定，“国民”一词应指具有缔约一方国籍的自然人。但仲裁庭认为，第 10 条是确保条约有效、对投资者承诺保护的唯一途径，没有任何理由将公司法人排除在保护范围之外。仲裁庭因而判定，“国民”一词不应受第 1 条特殊意义的限定，而应作一般性理解。^[26]仲裁庭的这一解释结论突破了条约文本限制，属于修改条约而非解释条约。

为了避免“陌生的”投资者选购投资条约，有部分缔约国开始纳入拒绝授惠条款。根据该条款，缔约国有权拒绝将条约利益给予空壳公司。但是，仲裁庭对该条款的适用自行设定了严格条件。在“Plama 诉保加利亚案”中，仲裁庭认为缔约国须以通知或宣告的方式行使拒绝授惠的权利，而且该通知或宣告不具有溯及力。^[27]在“Yukos 诉俄罗斯案”中，仲裁庭认为缔约国可拒绝给予的利益范围仅限于实体权利，而不包括投资争端解决机制，因此东道国拒绝授惠不影响仲裁庭对案件的管辖。^[28]仲裁庭的解释立场明显限缩了拒绝授惠条款的文义范围，将严重限制拒绝授惠条款的实际作用，使该条款名存实亡。^[29]

[22] See *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, paras. 38 ~ 43.

[23] See *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion of Prosper Weil, 29 April 2004, paras. 27 ~ 30.

[24] See *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 1 September 2009, paras. 108 ~ 109.

[25] See Engela C. Schlemmer, Investment, Investor, Nationality and Shareholders, in Peter Muchlinski et al (eds.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 79.

[26] See *Milicom v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction, 16 July 2010, paras. 67 ~ 73.

[27] See *Plama v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, paras. 155 ~ 165.

[28] See *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 441 ~ 443, 456 ~ 459.

[29] See Michael Waibel et al (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 26.



(三) 扩张属事管辖范围

仲裁庭对“投资”的扩张解释主要表现为两方面。一是将投资等同于资产。在“Petrobart 诉吉尔吉斯斯坦案”中,虽然争议合同为按约定价格交易的货物销售合同,但仲裁庭仍将其视为投资。其理由是:本案准据条约的投资定义中列举了金钱请求权,争议合同涉及金钱请求权,因此构成投资。^[30] 同样地,打捞历史文化遗产的服务合同、提供装船前检验认证的服务合同也被视为投资。^[31] 甚至司法判决、仲裁裁决也被仲裁庭视为投资条约所保护的“投资”,因为执行胜诉判决裁决的请求权也是一种资产。^[32]

二是灵活处理投资的领土联系。投资应当与东道国具有领土联系。^[33] 多数投资条约规定投资须为缔约一方投资者“在另一方领土内”所投入的资产。但这一要求在实践中未能发挥限制性作用。例如,“Fedax 诉委内瑞拉案”仲裁庭认为,本案申请人虽然是在委内瑞拉领土外、经他人背书获得对委内瑞拉的本票,但这并不影响该本票构成在委内瑞拉“领土内”的投资。^[34] 与本票相比,主权债券具有更高的流动性,可通过二级市场随时交易。但仲裁庭认为在海外市场购买的主权债券属于在东道国“领土内”的投资。^[35]

由于多数投资条约未明确定义投资,因此将投资等同于资产、灵活处理投资的领土联系在理论上并非绝无可能。但该结论难以符合投资条约解释的逻辑性、合理性要求。“投资”作为一个法律概念必然存在区别于“贸易”、“金融”等其他法律概念的特征,例如资产投入、持续经营、预期收益、风险承担等特征。除非条约订明,否则一次性的销售合同、银行贷款在性质上难以被界定为投资。而按照仲裁庭的推理,任何经济活动都可能构成投资,投资将成为失去“灵魂”的、无所不包的空泛概念。^[36] 假使如此,投资保护条约将扩张成为资产保护条约,侵入贸易条约、金融条约的规制领域。这并非合乎逻辑和情理的解释结论。

很多早期投资条约仅允许投资者将征收补偿额争端提交仲裁。在“谢业深诉秘鲁案”中,秘鲁认为“涉及征收补偿款额的争议”的表述仅涵盖征收补偿数额争端,而投资者则主张其包括与征收有关的任何重要事项。对此,仲裁庭认为应赋予该用语“最宽泛的含义”,投资者提交仲裁的权利不因限制性措辞的存在而被排除。^[37] 同样,“EMV 诉捷克案”、“Renta 诉俄罗斯

[30] See *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Final Award, 29 March 2005, pp. 69 ~ 72.

[31] See *MHS v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009, paras. 57 ~ 62, 71 ~ 73; *SGS v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, paras. 139 ~ 140; *SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, para. 103.

[32] See *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, paras. 125 ~ 128; *Frontier v. Czech*, UNCITRAL Case, Final Award, 12 November 2010, para. 231; *White Industries v. India*, UNCITRAL Case, Final Award, 30 November 2011, paras. 7.6.1 ~ 7.6.10.

[33] 参见前注[5], Zachary Douglas 书,第 191 页。

[34] See *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 June 1997, para. 41.

[35] See *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, paras. 374 ~ 378; *Ambiente Ufficio S. p. A. and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 8 February 2013, paras. 498 ~ 503.

[36] See Farouk Yala, The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some “Un-conventional” Thoughts on Salini, *SGS and Mihaly*, 22 *Journal of International Arbitration* (2005), p. 125.

[37] See *Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009, paras. 150 ~ 153, 188.

斯案”仲裁庭也认为，限制性仲裁条款涵盖了定性和定量两方面，仲裁庭有权管辖“征收是否存在”这一定性问题。^[38]与此不同，一些早期案件的仲裁庭得出了相反的解释结论。在“Berschader 诉俄罗斯案”中，仲裁庭指出征收是否发生的争端应通过约定程序或国内法院解决，仅当东道国承认或通过法院等程序明确征收的存在后有关征收补偿数额的争端才可提交投资仲裁。^[39]“RosInvest 诉俄罗斯案”仲裁庭认为，英国与俄罗斯 BIT 限制性仲裁条款反映了英国希望宽泛仲裁与俄罗斯希望限制仲裁之间的妥协，很难想象该仲裁条款会宽泛到涵盖征收的所有方面。^[40]

将“涉及征收补偿数额的争端”解释为与征收有关的任何争端的结论存疑。首先，缔约国使用“征收补偿数额争端”而非“征收争端”的用语表明其意在限制可提交仲裁的争端范围，将前者等同于后者与缔约国共同意图不相符。^[41]其次，该条款不仅限于补偿数额争端本身，支付货币、支付期限、支付方式等与补偿数额有关的争端也落入其范畴。但无论如何不得超出与征收补偿数额有关这一前提，而仲裁庭的宽泛解释结论恰恰无视了该限定条件。^[42]最后，主张扩张解释的仲裁庭认为，排除其对征收是否存在的争端的管辖权不利于保护投资者。然而，除非条约明确授权，否则投资者无权将东道国诉诸国际裁判程序。裁判者不得以自身的价值偏好取代缔约国在条约中的政策选择。当缔约国仅接受征收补偿数额争端的可仲裁性时，仲裁庭不得突破该限制试图管辖征收补偿数额以外的争端。^[43]

在扩张解释“投资”、“投资争端”的同时，仲裁庭还尝试将最惠国待遇条款（简称 MFN 条款）、保护伞条款作为扩张管辖权的工具。

对 MFN 条款的扩张运用表现为两方面。其一，运用 MFN 条款规避仲裁前置条件。“Maffezini 诉西班牙案”等仲裁庭认为，投资者可援引更“优惠的”第三方条约规避准据条约中的仲裁前置条件。^[44]其二，运用 MFN 条款扩张仲裁管辖事项。例如，“RosInvest 诉俄罗斯案”仲裁庭认

[38] See *Czech v. European Media Ventures*, [2007] EWHC 2851, 5 December 2007, paras. 43 ~ 45; *Renta 4 v. Russia*, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, paras. 28 ~ 39.

[39] See *Berschader v. Russia*, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006, para. 153.

[40] See *RosInvestCo v. Russia*, SCC Case No. V079/2005. Award on Jurisdiction, October 2007, para. 110.

[41] 参见沈伟：“论中国双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用”，《中外法学》2012 年第 5 期，第 1049 ~ 1051 页。

[42] See August Reinisch, *How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?*, 2 *Journal of International Dispute Settlement* (2011), p. 157.

[43] 国际裁判机构对（违法）行为的定性一般附着着对（违法）行为责任和赔偿的管辖。在“科孚海峡案”中，国际法院指出，“当事国的嗣后态度表明，通过特别协定排除法院对赔偿数额的管辖并非当事国意图”。在“霍茹夫工厂案”中，常设国际法院指出，赔偿是对违反公约的不可或缺的补充，无须公约特别提及。有关赔偿的争端，属于裁判条款中有关公约适用的争端。可见，裁判机构对定性事项的管辖通常伴随着对定量事项的管辖，这是当事国的共同意图所在。但是，当国家通过条约明确表明其他意图时（如排除裁判机构对定性争端的管辖），裁判机构也应尊重国家的意图。See *Corfu Channel Case (Merits)*, I. C. J. Reports 1949, pp. 24 ~ 26; *Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, Judgment No. 8, 1927 P. C. I. J. Ser. A, No. 9, p. 21.

[44] See *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, paras. 36 ~ 64; *Teinver v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, paras. 159 ~ 186.



为, 尽管英国与俄罗斯 BIT 的可仲裁争议为“与征收补偿的数额或支付有关的争议”, 但仲裁庭可援引丹麦与俄罗斯 BIT 中的“优惠”仲裁条款建立管辖权, 因为后者允许投资者就“与投资有关的任何争议”提交仲裁。^[45]

仲裁庭对 MFN 条款的扩张性解释结论难以令人信服。首先, MFN 条款并非如仲裁庭所称适用于条约“所有事项”。MFN 规则不适用于条约的适用范围条款, 否则条约的保护对象和边界将飘忽不定。例如, 仲裁庭不得通过 MFN 条款随意修改条约中的“投资者”定义。^[46] 其次, 不同争端解决机制之间的“优惠”难以比较。MFN 条款的适用前提是, 不同待遇之间存在客观的可比性。然而, 当地救济与投资仲裁之间、不同的国际程序之间并不存在客观的优劣之分。仅依赖投资者的主观判断难以满足客观可比性的要求。再次, 根据仲裁庭的观点, MFN 条款可将第三方条约中有利的部分引入, 不利的部分剔除。这将导致原本“更为有利”的第三方条约相比基础条约“更为不利”, 与 MFN 条款的同等待遇要求相悖。^[47]

保护伞条款是投资条约中的常见条款, 缔约国通过该条款表明将遵守其对外国投资者的合同承诺。实践中, 不少仲裁庭认为保护伞条款可将东道国的合同承诺提升为条约义务, 违反合同即构成违反条约, 因此投资者的合同诉求也落入仲裁庭的属事管辖范围。在仲裁庭看来, 相反的解释将使得保护伞条款失去任何意义。^[48] 即使条约中没有保护伞条款, 仲裁庭仍可借助 MFN 条款, 将第三方条约中的保护伞条款引入, 从而实现对合同争端的管辖。例如, 在“Arif 诉摩尔多瓦案”中, 仲裁庭借助法国与摩尔多瓦 BIT 中的 MFN 条款, 将英国与摩尔多瓦 BIT 等条约中的保护伞条款引入。^[49] 这种做法一旦推广, 将带来投资仲裁管辖权的空前膨胀。

对保护伞条款的扩张解释同样内含逻辑缺陷。首先, 允许投资者将任何合同诉求提交投资仲裁, 将会架空合同争端解决机制, 投资者可任意无视合同约定的排他性争端解决安排。这会模糊合同机制与条约机制的清晰界限。其次, 东道国是否违反保护伞条款与是否接受国际仲裁管辖是两回事。而仲裁庭刻意将两者混为一谈, 认为如果合同争端不受仲裁管辖, 那么保护伞条款将没有存在意义。但事实上, 仲裁庭对合同争端的管辖, 需要国家的明确同意。不论国家是否同意投资仲裁管辖, 国家都有义务遵守其对投资者的合同承诺, 保护伞条款不会因为仲裁庭无权管辖合同争端而失去作用。

(四) 扩张属时管辖范围

多数投资条约明确将条约生效前的争端排除在投资仲裁属时管辖范围之外。例如, 中国与阿根廷 BIT 第 10 条第 2 款规定, 本协定不应适用于在其生效前产生的任何争议、请求权和分歧。

[45] 参见前注 [40], RosInvest 诉俄罗斯案, 第 123 ~ 135 段。

[46] See International Law Commission, Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause, ILC Report, A/70/10, 2015, para. 166.

[47] 参见徐树: “最惠国待遇条款‘失控’了吗? ——论国际投资条约保护的‘双边主义’与‘多边化’”, 《武大国际法评论》2013 年第 1 期, 第 269 ~ 272 页。

[48] 参见前注 [31], SGS 诉菲律宾案, 第 126 ~ 128 段; Noble Ventures v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, para. 52; Duke Energy v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, paras. 317 ~ 325.

[49] See Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, paras. 393 ~ 396.

但在实践中，仲裁庭往往通过灵活解释此类条款，规避其管辖权限制。^[50]

在“Jan de Nul 诉埃及案”中，投资者将其与埃及间的合同争端诉诸埃及法院，在投资条约生效后，投资者又将争端提交投资仲裁。仲裁庭认为，提交埃及法院的争端是国内法争端，而提交投资仲裁的争端是条约争端。尤其当埃及法院否定了投资者的诉讼请求后，原先的国内法争端即完全转化为条约下的争端。^[51]但仲裁庭的解释结论能否代表缔约国意图是存有疑问的。根据仲裁庭的推理，一项争端在条约生效前属国内法争端，当条约生效后即转化为条约争端。这将使得条约的属时范围条款失去意义，因为投资者可轻易将条约生效前的任何争端包装为条约争端并提交投资仲裁管辖。

“Helnan 诉埃及案”准据条约为丹麦与埃及 BIT，其第 12 条规定“本协定不应适用于在其生效前产生的任何分歧或争端”。仲裁庭认为，分歧的对抗性低于争端，争端可由分歧转化而来。第 12 条未将协定生效前的任何分歧排除在适用范围之外，那些在协定生效前产生但在协定生效后转化为争端的分歧仍属协定的适用范围。^[52]然而，第 12 条的明确用语并未给该解释结论留下空间。对第 12 条的自然且合理的解释应当是，任何分歧“或”争端只要发生在协定生效前，即被排除在协定适用范围之外。但仲裁庭却凭空提出了由分歧向争端转化的理论，并据此得出第 12 条并未排除协定生效前的所有分歧的结论。^[53]这一解释结论明显超出了文义范围，却未能提供令人信服的论据。

在“SGS 诉菲律宾案”中，仲裁庭认为瑞士与菲律宾 BIT 适用于在其生效时继续存在的违反合同行为，仲裁庭有权管辖持续违约行为。^[54]与前两个案例不同，该案仲裁庭将条约生效前后的争端视为不可分割的整体。如果违约行为持续存在，投资争端也将持续存在。倘若如此，条约生效前的任何争端都可能落入投资仲裁管辖范围，这将削弱属时管辖范围条款的存在意义。

因此，即便一项投资争端产生于条约生效前，仲裁庭仍可能通过贴标签、切割、捆绑等方式确立对该投资争端的管辖和审查权。

（五）限制仲裁前置条件

前置条件是仲裁合意形成的前提，任一条件的不满足即阻碍管辖权的确立。但在实践中，仲裁庭往往否定仲裁前置条件的强制性，排除其适用和约束。

仲裁庭弱化前置条件强制性的方法有两种。第一，功能价值分析。例如，“Hochtief 诉阿根廷案”仲裁庭认为，将国内诉讼作为仲裁前置条件是“没有意义的”，未满足该条件并不否定仲

[50] “平安诉比利时案”是个例外。2009 年生效的中国与比利时 BIT 第 10 条规定，本协定不得适用于在本协议生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。在该案中，平安保险公司与比利时的投资争议发生在条约生效前，但尚未进入司法或仲裁程序。但仲裁庭裁定该案争议不适用 2009 年 BIT，并认定其不具有管辖权。See *Ping An v. Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015.

[51] See *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 110 ~ 129.

[52] See *Helnan v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 October 2006, paras. 48 ~ 57.

[53] See Guiguo Wang, Consent in Investor-State Arbitration, 13 *Chinese Journal of International Law* (2014), p. 360.

[54] 参见前注 [31]，SGS 诉菲律宾案，第 167 段。



裁庭的管辖权。^[55] 同样,“Lauder 诉捷克案”仲裁庭也认为,要求投资者必须满足6个月的友好协商期要求,是“没有必要且过于形式化的解读”,这对于保障争端当事方的合法权益“没有任何作用”。^[56] 第二,目的宗旨分析。“Abaclat 案”仲裁庭认为,当地救济的目的在于给予东道国处理争端的合理机会。在本案中,投资者不遵守当地救济要求未对东道国造成实际损害、未剥夺东道国处理争端的机会,因此不得剥夺投资者诉诸仲裁的权利,否则将导致对投资者的不公平。^[57] “Teinver 案”仲裁庭也认为,要求投资者履行前置条件是“对时间和资源的浪费”,不符合条约宗旨。^[58]

“岔路口”条款是一种特殊的仲裁前置条件。根据该条款,投资者诉诸当地救济,即自动排除了寻求国际仲裁的权利。然而,该条款未能发挥其预期作用。仲裁庭认为,触发岔路口条款须同时满足主体、客体、诉由三个条件,即当地救济与国际仲裁的当事人、争端以及诉讼事由必须相同。^[59] 这使得投资者可通过变换诉讼主体、包装法律争议、切换法律依据等技术规避该条款的适用。例如,在当地诉讼中,将案件包装为合同或国内法争议,由当地公司提出诉求;而在投资仲裁程序中,将案件包装为条约争议,由实际控制人或中间公司主张条约诉求。这将导致岔路口条款形同虚设。

仲裁庭对仲裁前置条件的限制解释与缔约国意图相违背,且背离了国际司法仲裁的一贯实践。仲裁前置条件是缔约国的政策选择,仲裁庭无权质疑。^[60] 对于管辖前置条件,国际法院在多个案例中明确其具有强制性。对法院管辖设置的条件或保留应与接受管辖的条款“作为整体进行解释”,不得对管辖条件或保留作限制解释。^[61] 在“刚果境内武装行动案”中,国际法院明确指出,“当国家对法院管辖的同意表现为国际条约中的协定条款时,该同意的任何条件都必须视为对该同意的限制,法院因此认为对该条件的审查涉及法院的管辖权而非诉请的可受理性问题。”^[62] 在“种族歧视公约适用案”中,法院也认定公约中的善意协商要求是法院管辖的前提条件,本案中该条件未能满足,因而法院不享有管辖权。^[63] 同样,投资条约中对投资仲裁设置的条件是强制性要求,条件的不满足即导致管辖权的不存在。对仲裁前置条件的设置,是缔约妥协的一部分,它的存在使得缔约国同意缔结该条约。投资者对于投资条约中的仲裁前置条件,不容讨价还价(take it or leave it)。因此,否定仲裁前置条件的强制性的解释结论,有违条约解释的善意要求。

[55] *Hochtief v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 October 2011, paras. 50 ~ 51.

[56] *Ronald S. Lauder v. Czech*, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001, paras. 190 ~ 191.

[57] 参见前注 [35], *Abaclat 案*, 第 580 ~ 588 段。

[58] 前注 [44], *Teinver 案*, 第 135 段。

[59] See *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, paras. 331 ~ 333; *Enron v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, paras. 97 ~ 98.

[60] 参见前注 [46], 国际法委员会报告, 第 190 段。

[61] See *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, I. C. J. Reports 1998, para. 44.

[62] *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, I. C. J. Reports 2006, para. 88.

[63] See *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, I. C. J. Reports 2011, paras. 156 ~ 184.

三、投资仲裁庭扩张管辖权的制度环境

投资仲裁庭的管辖权扩张并非偶然现象。理论上，投资仲裁庭应当忠实于投资条约条款，其裁决不能增加或减损投资条约所规定的权利和义务。如果仲裁结果超出了其创造者（国家）的预期，国家可能会过滤提交仲裁的争端诉求、限制或取消对仲裁庭的授权、寻求替代性解决途径或者拒绝执行仲裁裁决。然而，投资仲裁庭的独特制度环境极大地缓和了来自国家的反制压力。投资者诉权的专属性、国家间的异质性、投资争议的竞争性管辖、仲裁裁决的可执行性等环境因素，激发了仲裁庭扩张管辖权的动机。

（一）投资者诉权的专属性

争端解决机构如果失去了案源，其将失去对体制的影响力。控制争端解决机构的案源，即可抑制其自我扩张的冲动，压制其话语权。^[64]但这在非对称的投资仲裁机制下难以奏效。因为，启动仲裁程序的主动权掌握在成千上万的投资者群体手中，东道国只能被动应诉。

投资者频繁诉诸仲裁与仲裁庭扩张管辖权互为因果、相互作用。当诉权分配不对称时，司法裁决可能会偏向于享有诉权的一方当事人。^[65]由于投资者掌握着诉权，这会激励仲裁庭更多地考虑投资者意愿，以调动投资者诉诸仲裁的积极性。投资者发起仲裁程序，为仲裁庭扩张管辖权、执行投资条约提供了机会。仲裁庭对投资条约的扩张解释，又进一步增强了其对投资者的吸引力，激励投资者提起更多案件。由此形成了“扩张解释→更多案源→再扩张解释”的循环，从而导致向投资者利益的不断倾斜。在这一渐变过程中，也有少数仲裁庭坚持限制性解释立场。但是，这难以动摇多数仲裁庭扩张管辖权的总体趋势。

就成本效益分析而言，投资仲裁对投资者群体的效益是显而易见的。投资仲裁是“去政治化”工具，其为投资者提供了在国际层面直接对抗东道国的“法律武器”，投资者可援引投资条约挑战东道国行为的合法性。与当地救济相比，投资仲裁排除了东道国的政治干扰；与外交保护相比，投资者可自行掌控仲裁诉求，不受其母国的政治干扰。借助投资仲裁机制，投资者得以频繁地将东道国拖入仲裁程序，挑战东道国措施，寻求巨额赔偿，进而对东道国的行为决策产生“寒蝉效应”。

当然，仲裁成本、败诉风险等因素的存在可能使诉诸投资仲裁得不偿失。然而，第三方资助的出现，打消了投资者的顾虑。根据资助协议，第三方资助者（多为风险基金）承担仲裁费用及败诉风险，但在获得有利裁决后可分享胜诉利益。投资仲裁请求由此“商品化”，风险基金可对任何潜在或已有仲裁请求进行估价和购买。^[66]

第三方资助的不断发展，激发了投资者的滥诉行为。在提交仲裁前，投资者会从管辖权基础、胜诉概率、仲裁费用、索赔数额、机会成本等方面评估仲裁的利弊。但在第三方资助安排下，仲裁成本和败诉风险转嫁给第三方，即便败诉也不会限制投资者寻求其他救济途径的权利。

[64] See Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik & Anne-Marie Slaughter, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, 54 *International Organization* (2000), p. 479.

[65] See Christopher R. Drahozal, *Judicial Incentives and the Appeals Process*, 51 *SMU Law Review* (1985), p. 505.

[66] See Alison Ross, *The Dynamics of Third-Party Funding*, 7 *Global Arbitration Review* (2012), p. 13.



这将激发投资者的仲裁投机行为,任何琐碎的投资争端都可能成为投资者诉诸仲裁的“赌注”,从而导致对仲裁程序的不正当滥用。^[67]

(二) 国家间的异质性

缔约国的投资条约义务“理论上是对等的但实际并非如此”。^[68]来自发达国家的投资者是投资仲裁的主要使用者,而被诉东道国多为发展中国家。截至目前,美国、加拿大、西欧国家投资者发起的投资仲裁案件数量占比超过八成。^[69]

既然如此,发展中国家为何缔结投资条约、接受投资仲裁?签订投资条约、接受投资仲裁被视为改善投资环境、表达承诺的重要环节。^[70]构建投资条约网络成为发展中国家竞争吸引投资的外交举措。^[71]发展中国家在缔结投资条约上的竞争性关系,促成了竞争性投资保护和投资自由化的格局。^[72]这不仅激励着投资条约数量的膨胀,而且推动着投资条约从弱性保护、弱性自由化向刚性保护、刚性自由化的不断发展。越来越多的发展中国家主动或被动地抬高投资实体待遇标准、放宽投资仲裁的管辖范围和管辖条件。

然而,发展中国家在签订投资条约、接受投资仲裁时并未对潜在的投资仲裁风险保留足够的控制权。第一,多数投资条约中仍然存在较多宽泛、模糊的用语,对于“投资”、“投资者”、“投资争端”、MFN条款以及其他投资待遇条款等未作出清晰界定。第二,多数发展中国家不关注投资仲裁实践的最新动向,对于仲裁庭管辖权扩张倾向的警惕性不高。一旦遭受投资者的投资仲裁索赔,东道国缺乏有效的应对途径。理论上,东道国可联合其他缔约国,就投资条约的解释达成一致,共同抵制仲裁庭的管辖权扩张。但实际上,东道国的抗辩主张难以得到其他缔约国的明确支持。缔约国间差异化的利益定位和被诉经验,降低了采取集体行动抵制仲裁庭管辖权扩张的可能性。

(三) 投资争议的竞争性管辖

传统上,投资者与东道国间争议由东道国法院专属管辖。投资仲裁机制为投资争议的解决提供了新平台,但其并未完全取代东道国法院。由此促成了投资仲裁庭与国内法院的竞争性管辖。^[73]这一竞争关系,将驱动仲裁庭不断扩展其管辖权边界,介入原本由国内法院管辖的

[67] See John Beiser et al., *Selling Lawsuits, Buying Trouble: Third-Party Litigation Funding in the United States*, U. S. Chamber Institute for Legal Reform, 2009.

[68] William S. Dodge, *Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflection on the Australia-United States Free Trade Agreement*, 39 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2006), p. 3.

[69] See UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015, 2016*, p. 3.

[70] 但是,缔结投资条约、接受投资仲裁能否真正促进外资的流入,学界并无定论。主要有三类观点,第一类观点认为签订投资条约能够促进吸引外来投资,第二类观点认为没有充分证据证明投资条约的存在可促进外资的增长,第三类观点认为投资条约能否促进投资流入因东道国的政治经济禀赋、投资条约的刚性程度而定,满足特定条件者具有促进效果。

[71] See Zachary Elkins et al., *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960 ~ 2000*, 60 *International Organization* (2006), p. 11.

[72] See Beth A. Simmons, *Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment*, 66 *World Politics* (2014), p. 12.

[73] See Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford University Press, 2007, p. 64.

领域。

不少投资条约对投资仲裁附加了当地救济、岔路口条款等前置条件。然而，仲裁庭倾向于对此限制解释。其隐含的逻辑前提是国际仲裁程序优于国内救济程序。在仲裁庭看来，当地救济等仲裁前置条件不具有强制性，其不应成为投资者诉诸投资仲裁的障碍。^[74]

即使投资者与东道国约定由东道国法院排他性管辖，投资仲裁庭依然会对投资争议予以管辖。多数仲裁庭认为，协议管辖条款仅针对合同争端，不影响仲裁庭对条约争端的管辖权。仲裁庭对合同争端、条约争端的区分，人为限制了投资者与东道国间管辖合意的作用，扩张了仲裁庭的管辖权能。更有甚者，有仲裁庭甚至主张对条约争端、合同争端一并管辖，否认东道国法院的争端解决意义。例如，在“SGS 诉巴拉圭案”中，投资者与巴拉圭约定合同争端由巴拉圭法院排他性管辖，但仲裁庭认为这不影响其管辖权，仲裁庭可管辖与合同义务相关的任何事项。^[75]

（四）仲裁裁决的可执行性

一般认为，国际裁判机构无权强制执行其裁决，裁决的承认和执行需要国家的配合行为。败诉国可拒绝承认执行裁决以挑战裁决的合法性、抵制裁决的负面影响。因此，裁决能否得到执行，影响国际裁判机构的司法决策。^[76]

但在投资仲裁领域，裁决具有全球可执行性，败诉国难以抵制裁决在他国法院得到承认和执行。根据 ICSID 公约第 54 条的规定，每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内将该裁决视同该国法院的最终判决予以履行。因此，ICSID 公约的任何缔约国均有义务承认和执行裁决。对于依据 ICSID 以外仲裁规则作出的裁决，投资者可援引《承认和执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）在公约成员国寻求裁决的承认和执行。

当然，执行投资仲裁裁决仍面临国家豁免的法律障碍。ICSID 公约第 55 条表明，裁决的执行不得背离任何缔约国现行关于国家执行豁免的法律。对此，投资者可采取挑选法院的策略，在持有限豁免立场的多个国家同时寻求裁决的执行，以增加裁决执行的可能性。事实上，很少有败诉东道国以此为由拒绝执行裁决，ICSID 仲裁裁决的执行情况总体良好。^[77]而且，不执行裁决对败诉国而言可能得不偿失。第一，ICSID 公约是由世界银行推动和主导的，依据该公约进行的投资仲裁程序由世界银行进行日常管理。败诉国如不执行依据 ICSID 公约作出的仲裁裁决，其可能难以从世界银行甚至是国际货币基金组织继续获得相关贷款或经济援助。第二，不执行仲裁裁决可能影响东道国的市场信誉和投资环境，降低其对外资的吸引能力。^[78]第三，根据 ICSID 公约第 27 条的规定，如果东道国未能遵守和履行裁决，投资者母国有权提出外交保护。这对东道国而言是另一项国际压力，当投资者母国是实力强劲的发达国家时尤其如此。

[74] See Christoph Schreuer, Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, 5 *Journal of World Investment & Trade* (2004), pp. 248 ~ 249.

[75] See *SGS v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010, paras. 167 ~ 184.

[76] See Clifford J. Carruba et al., Understanding the Role of the European Court of Justice in European Integration, 106 *American Political Science Review* (2012), p. 214.

[77] See Gary Born, A New Generation of International Adjudication, 61 *Duke Law Journal* (2012), pp. 835 ~ 836.

[78] 参见陈辉萍：“ICSID 仲裁裁决承认与执行机制的实践检视及其对中国的启示”，载陈安主编：《国际经济法学刊》（第 18 卷第 2 期），北京大学出版社 2011 年版，第 131 页。



四、投资仲裁庭扩张管辖权的形成机理

投资仲裁庭有能力、有技术而且有意愿扩张其管辖权。投资仲裁庭有权裁定自身管辖权能,对投资条约拥有近乎专断的解释权。法律技术手段的灵活运用,则进一步巩固了仲裁庭扩张管辖权的能力。与此同时,职业背景、委任机会、利益冲突、思维习惯、同行文化等因素也促使扩张管辖权内化为仲裁员群体的裁判偏好。

(一) 仲裁庭的司法权能

自裁管辖权是争端解决机构的一项固有权能。^[79]《国际法院规约》第36条第6款规定,关于法院有无管辖权的争端,应由法院裁决。投资仲裁庭也有权裁定自身的管辖权,有关投资仲裁规则对此予以了确认。ICSID公约第41条第1款规定,仲裁庭应是其自身权能的决定者。UNCITRAL仲裁规则第23条第1款规定,仲裁庭有权力对其自身管辖权作出裁定。

投资仲裁庭的管辖权主要来源于国家在投资条约中的承诺。根据不完全契约理论,制定完全的、没有任何不确定性的契约是不可能的。即便可能,也不得不以高昂的成本为代价。条约也是如此,条约内容不可避免地存在开放空间。为了应对条约内容的不确定性,增强条约承诺的可靠性和稳定性,缔约国可授权第三方裁判机构对条约进行善意的解释。^[80]但这又可能带来新的风险:第三方裁判机构偏离授权范围,对条约权利义务进行扩张性解释。^[81]在裁判机构之外,缔约国作为条约的缔造者,也有权对条约作出权威解释。然而,在投资仲裁实践中,缔约国的有权解释遭到了仲裁庭的质疑和压制,在投资条约的解释权分配上形成了向仲裁庭倾斜的局面。^[82]在仲裁庭看来,由作为实际或潜在被诉国的缔约国解释条约不具有正当性,因为缔约国的解释可能会压缩投资者的权利以避免败诉。

投资仲裁庭在条约解释权上的一方独大,使其成为解释和执行条约的权威机构。为解决投资争端,仲裁庭需要解释和适用投资条约,以确认其是否具有管辖权、审查东道国是否违反条约义务以及应否承担赔偿责任。但是,条约解释的结果并非总是唯一的,解释一项规则和创设一项新规则有时难以区分。根据解释方法和结果的不同,投资仲裁庭的作用可分布于一个区间。区间的一端是解决争端,另一端则是对条约规则的创造性解释。国际投资法主要由3000多项双边和区域投资条约组成,其中多数条约关于投资仲裁和投资待遇的表述过于宽泛。仲裁实践表明,投资仲裁庭的作用更接近于创造性解释一端,而非单纯的争端解决者。^[83]除非存在难以逾越的法律障碍,否则仲裁庭倾向于确立对争端案件的管辖权。

管辖权的扩张,强化了投资条约的可诉性。由于缺乏具体指引和衡量标准,公平与公正待

[79] See C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, *Kluwer Law International*, 2003, pp. 126 ~ 130.

[80] See Anne van Aaken, *International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, 12 *Journal of International Economic Law* (2009), p. 516.

[81] See Andrew Guzman, *International Organization and the Frankenstein Problem*, 24 *European Journal of International Law* (2013), p. 1021.

[82] See Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, 104 *American Journal of International Law* (2010), p. 179.

[83] 参见前注[13], Ole Kristian Fauchald文,第343页。

遇等投资待遇条款为仲裁庭留下了充足的弹性解释空间。实践中，仲裁庭倾向于扩张解释投资待遇，对东道国措施适用严格的审查标准、扩大东道国的投资保护义务范围、缩减条约例外条款的可适用性。这压缩了缔约国规制投资的政策空间，超出了缔约国对投资保护义务的预期，因而也被称为仲裁庭的事实造法。^[84]

（二）法律技术包装

法律技术手段的灵活运用，巩固了仲裁庭扩张管辖权的能力。通过弹性运用条约解释规则、选择性援引有利的先例，仲裁庭将扩张管辖权包装为投资条约的合法要求。

条约解释规则不会自动排除恣意解释。条约解释方法并不总是影响国际裁判的决定性因素，而可能是裁判机构用来掩饰其通过其他方式所获结论的法律外衣。^[85] 尽管不少仲裁庭声称遵循条约法公约第31条、第32条所订明的条约解释规则，但是其对条约解释规则的援引并不总是反映到其解释结果中去。^[86] 这主要表现为以下五个方面。

其一，过分强调条约目的及宗旨。这可能使条约目的凌驾于条约文本之上，从而超出缔约国间的本意。^[87] 就投资条约而言，侧重投资保护目的通常导致有利于投资者的解释。例如，“Tokios 诉乌克兰案”仲裁庭认为，对投资者及其投资提供宽泛保护是立陶宛与乌克兰 BIT 的目的，这表明对“投资者”、“投资”的任何限制都与该目的不相符。^[88] 但是，促进和保护投资并非投资条约的仅有目的，绝大多数条约在其前言中也同时强调投资促进东道国经济发展或繁荣的重要性。只不过这一目的很少出现在仲裁庭的价值谱系中。

其二，质疑缔约国的有权解释。缔约国间的解释意在阐明条约含义，因此具有溯及既往效力，对于条约解释者具有拘束力。^[89] 而修改条约意在改变条款的含义，不具有溯及既往效力。但是，一些仲裁庭将缔约国间的解释认定为条约修改，并以此排除缔约国间解释对投资仲裁程序的约束力。例如，在“Pope & Talbot 诉加拿大案”中，仲裁庭认为 NAFTA 自由贸易委员会对最低待遇条款的解释是条约修改而非条约解释，其意在以条约解释的名义来实现修改条约的目的。^[90]

其三，援引不适用于当事国间关系的其他条约。不少仲裁庭认为，除非缔约国明确表明其不同的意图，否则不同投资条约中的相同用语应作出相同解释，赋予相同的含义。^[91] 这一解释方法的运用，使得原本相互独立的双边投资条约之间形成一个统一的解释框架。因此，投资条约的“双边性”结构被放大至多边性的国际投资法框架中。

[84] See Stephan Schill, *System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking*, 12 *German Law Journal* (2011), p. 1083.

[85] 参见前注 [10], Hersh Lauterpacht 文, 第 53 页。

[86] See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 30.

[87] See Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 130.

[88] 参见前注 [22], Tokios 案, 第 31 段。

[89] 参见前注 [11], Richard K. Gardiner 书, 第 32 页。

[90] See *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Case, Award in Respect of Damages, 31 May 2002, para. 47.

[91] 参见前注 [59], Enron 案, 第 47 段。



其四,抬高辅助材料的解释作用。条约的“准备工作及缔约情况”作为辅助解释材料,其作用在于证实条约含义或在极特殊情形下确定条约含义,因而其在适用顺位上后于《维也纳条约法公约》第31条。但是,仲裁实践并未严格遵循该适用顺位。辅助材料成为条约解释的出发点,被直接用于确定条约的含义。例如,在“MHS诉马来西亚案”中,裁决撤销委员会认为仲裁庭在解释条约时有权随时对条约准备工作进行考察,无须等待依据《维也纳条约法公约》第31条所获得的解释结论。^[92]

其五,存疑时从宽解释。与其他条约一样,投资条约既不能限制解释,也不得扩张解释,只能依据条约解释规则进行客观和善意的解释。^[93]尽管如此,仍有不少仲裁庭或明或暗地运用从宽解释方法以扩张管辖权。例如,在“Tradex诉阿尔巴尼亚案”和“SGS诉菲律宾案”中,仲裁庭认为当投资仲裁条款存疑时,应作出“有利于投资保护”和“有利于仲裁管辖”的解释。^[94]

此外,仲裁庭还常运用有效性解释方法,该方法要求解释者不让任何条款或用语显得多余或失去意义。^[95]有效性解释与目的解释紧密相关,因为该方法常用来强调对条约目的的有效解释,最有利于实现条约目的的解释被认为是最有效的解释。但实践中,仲裁庭通常仅强调对投资保护条款的有效性解释,而忽视限制投资者权利的条款。有效性解释方法已成为仲裁庭扩张解释投资者权利的掩饰。

在弹性运用条约解释规则之外,选择性援引先例也是仲裁庭为扩张管辖权寻找正当化支撑的常用技巧。仲裁庭在援引先前裁决时,常冠以“判例法”之名。据统计,约95%的裁决援引判例法作为解释论据,而且援引先例的频率和次数还在攀升。^[96]在“Saipem诉孟加拉国案”中,仲裁庭甚至认为其有义务援引先例,“以推进国际投资法的和谐发展并满足国家、投资者对国际投资法治的合法预期”。^[97]

可见,仲裁庭未将自身限定为个案裁判者,其还会考虑个案所处的国际投资保护体制环境,注重其对维护当事方法律预期和推动国际投资法发展的作用。个案裁判属于狭隘的争端解决权能,而突破个案表达对投资保护体制的关切则带有政策取向,更偏向于立法论。^[98]仲裁庭对投资保护体制的关切,是推动其管辖权扩张的催化剂。通过反复援引先例,强化先例的权威效果,仲裁庭管辖权扩张路径得以延续。如果大量类似案件肯定了仲裁管辖权,在后续案件中被诉东道国提出管辖权异议将承担更为沉重的论证负担。

[92] 参见前注 [31], MHS案,第57段。

[93] See SPP v. Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction II, 14 April 1988, para. 63.

[94] Tradex v. Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, p. 59; SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, para. 116.

[95] See J. Romesh Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2012, pp. 143 ~ 145.

[96] 参见前注 [13], Ole Kristian Fauchald文,第305页; Jeffrey P. Commission, Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, 24 *Journal of International Arbitration* (2007), pp. 148 ~ 151.

[97] 前注 [32], Saipem案,第67段。

[98] See Michael Reisman, 'Case-specific Mandates' versus 'Systemic Implications': How Should Investment Tribunals Decide?, 29 *Arbitration International* (2013), p. 131.

当然，裁决的不一致现象依旧存在。即使仲裁庭选择背离先例，其通常会运用法律技术避免直接否定先例，从而保持与先例的整体统一性。^[99] 这些法律技术包括：第一，灵活运用区分技术，从事实或法律上区分不同案件，避免与先例的正面冲突。^[100] 第二，承认规则的例外可能，以调和与先例的关系。第三，选择性援引先例，回避冲突。

（三）仲裁员群体偏好

司法者如何决策是司法行为理论的经典议题。争议焦点集中在法外因素是否以及如何影响司法行为。法律形式主义主张，司法者是法律的仆人，不受法外因素的影响。而法律现实主义则走向另一极端，认为司法决策取决于法外因素。^[101]

在投资仲裁领域，现实往往介于两者之间。投资仲裁庭不是机械的司法者，条约用语并非仲裁庭考虑的唯一因素。与此同时，投资仲裁庭也不愿偏离法律框架太远，它会将所考虑的法外因素融入其解释推理中。职业背景、委任机会、利益冲突、思维习惯、同行文化等因素促使仲裁员群体形成日趋封闭的西方法律精英圈子，并呈现出对投资者保护的偏好，只不过这一偏好通常披上了法律的外衣。

在被委任的仲裁员中，多数来自于国际商事领域。在已有的 ICSID 案件中，超过 60% 的仲裁员为国际商事领域的执业律师，将近 70% 的仲裁员来自西欧和北美国家。^[102] 与此形成鲜明对比的是，西欧和北美国家作为被诉东道国的投资仲裁案件仅占 11%。^[103] 具有商事背景的仲裁员，更倾向于肯定仲裁庭的管辖权并裁定东道国违反投资保护义务。^[104] 这些仲裁员有着深刻的国际商事仲裁思维，将国家矮化为与投资者等同的商事主体，而忽视对国际公法规则的遵循以及对国家公共利益的考量。^[105]

投资仲裁的不对称结构使投资者享有专属诉权，因此投资者是否启动仲裁程序也间接决定了仲裁员的委任机会。只有当仲裁结果基本符合投资者的法律预期时，才会有更多的投资者诉诸仲裁，从而提高仲裁员再次被委任的机会。少数仲裁员垄断投资仲裁案件市场，已成为投资仲裁的常态。经验越丰富的仲裁员越能成为核心，而越是外围的仲裁员则越远离核心。^[106] 在 10 个以上 ICSID 案件中被委任为仲裁员的人数仅约三十人，形成了较为稳定的“精英仲裁员俱乐部”。^[107] 同时，充足的委任机会也为那些“精英仲裁员”带来了可观的经济收入。仲裁员津贴每小时计

[99] 参见前注 [84]，Stephan Schill 文，第 1103 页。

[100] See Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, 1997, pp. 117 ~ 119.

[101] See Erik Voeten, *International Judicial Behavior*, in Cesare Romano, Karen Alter & Yuval Shany (eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014, pp. 550 ~ 568.

[102] See David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3, 2012, p. 44.

[103] See ICSID Secretariat, *ICSID Caseload-Statistics (Issue 2016 - 2)*, 2016, p. 11.

[104] See Michael Waibel & Yanhui Wu, *Are Arbitrators Political*, ASIL Research Forum, 5 November 2011, p. 21.

[105] See Gus van Harten, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, 50 *Osgoode Hall Law Journal* (2012), pp. 251 ~ 252; 蔡从燕：“国际投资仲裁的商事化与‘去商事化’”，《现代法学》2011 年第 1 期，第 152 页。

[106] See Sergio Puig, *Social Capital in the Arbitration Market*, 25 *European Journal of International Law* (2014), p. 391.

[107] See Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *ICSID Arbitrators Who Have Sat In At Least 10 Cases*, <http://www.tni.org/profitting - annex - a>, 最后访问时间：2017 年 1 月 18 日。



费从 375 美元至 700 美元不等, 每个案件平均津贴达 20 万美元。^[108]

仲裁员的多重身份进一步强化了其对投资者利益的偏好。一个投资仲裁案件的仲裁员往往是另一个投资仲裁案件申请人的代理律师、专家证人或者法律顾问。仲裁员与投资者代理人、法律顾问等身份的共存, 容易激励仲裁员与投资者形成利益共同体。仲裁员在一个案件中作为投资者代理律师的法律意见, 会影响其在另一个案件中作为仲裁员的法律立场, 造成偏向于投资者群体的法律倾向。

仲裁员群体的价值偏好还渗透至学术领域。许多仲裁员活跃于学术领域, 为投资仲裁机制辩护。仲裁员的积极参与, 带动学术圈兴起了“投资仲裁热潮”, 创造了有益于投资仲裁机制的学术氛围。作为投资仲裁研究的“意见领袖”, 仲裁员主导了话语权, 为其管辖权扩张建立了“学术合法性”。事实上, 绝大多数仲裁庭都在裁决中或多或少地援引学术观点作为解释论据, 而所援引的学术观点不少出自仲裁员、律师群体。^[109] 因此, 仲裁员在仲裁案件中的扩张立场与其学术观点是相互支撑和彼此内化的。

五、缔约国对仲裁庭扩权的应对策略

管辖权的扩张拓展了投资仲裁庭的司法边界, 而这将以限制国家管制空间为代价。愈来愈多的国家意识到有必要控制仲裁庭的权力扩张, 以确保仲裁庭在授权范围内行事, 提高其司法公信力。理论上, 缔约国可通过个案控制、阐明规则、退出机制等策略对仲裁庭的权力扩张进行控制。然而, 这些控制选项较为脆弱, 难以实现缔约国的预期效果。

(一) 强化个案控制

缔约国可通过个案限制仲裁庭管辖权的扩张。在具体案件中, 被诉国家可通过控制仲裁员的人选确保仲裁庭的公正性。如果最终裁决对己不利, 国家还可请求撤销裁决。

仲裁员的筛选对案件结果至关重要。相比国家对国际法院、WTO 争端解决机构法官的较高控制权, 国家对投资仲裁庭成员的控制权较弱。因为仲裁员并非由全体缔约国委任, 而是由作为争端方的投资者与东道国共同指定。尽管被诉东道国也可委任在条约解释立场上倾向于国家的仲裁员, 但该做法收效甚微。第一, 东道国无法单方决定首席仲裁员的人选。投资者与东道国往往难以就首席仲裁员人选达成一致, 而由另两位仲裁员或者指定机构确定的首席仲裁员通常属于在条约解释立场上倾向于投资保护的“精英仲裁员”。第二, 东道国委任的仲裁员如果过分偏袒国家, 可能会强化其与另外两位仲裁员的立场分歧, 降低其对裁决结果的影响力。^[110] 因此, 部分被诉东道国委任经验丰富的投资者友好型仲裁员便不足为奇。

ICSID 公约第 52 条设置了裁决撤销程序。任何一方仲裁当事人均可要求成立由三人组成的特设撤销委员会, 对是否撤销仲裁裁决进行审查。裁决撤销程序并非上诉程序, 其目的不在于纠正错误, 而在于避免对基本程序要求的严重违反。^[111]

[108] See Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012, p. 35.

[109] 参见前注 [13], Ole Kristian Fauchald 文, 第 352 ~ 353 页。

[110] See Todd Tucker, *Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals*, 7 *Journal of International Dispute Settlement* (2016), p. 204.

[111] See Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 901.

然而，ICSID 撤销程序并非东道国应对仲裁庭越权的可靠策略。一方面，东道国以仲裁庭越权为由申请撤销裁决，难以得到撤销委员会的认可。多数撤销委员会认为，仲裁庭有关管辖权的越权程度未达到“明显”标准，因而拒绝撤销裁决。^[112] 另一方面，否定管辖权的仲裁裁决反而可能因为“明显越权”而被撤销。例如，在“MHS 案”中，仲裁庭认定投资者与东道国间关于打捞历史文化遗产的服务不属于投资，因而否定管辖权。但该裁决随后被撤销。撤销委员会认为，仲裁庭以涉案财产不属于投资为由拒绝行使管辖权构成“明显越权”。^[113]

对于依据 ICSID 以外仲裁规则作出的裁决，败诉东道国可请求仲裁地法院撤销裁决。但是，投资仲裁案件往往选择仲裁友好型国家作为仲裁地。败诉东道国请求仲裁地法院撤销裁决很少得到支持。例如，“BG 诉阿根廷案”是依据 UNCITRAL 仲裁规则在美国进行的投资仲裁案件。阿根廷败诉后以仲裁庭越权为由请求美国法院撤销裁决，而美国最高法院驳回了阿根廷的请求，并认可了仲裁裁决的效力。同样，新加坡上诉法院也否定了老挝对“Sanum 诉老挝案”裁决的撤销请求。尽管海牙地区法院同意了俄罗斯对“Yukos 诉俄罗斯案”裁决的撤销请求，但案件还在海牙上诉法院的审理中，结果并不明朗。^[114]

（二）阐明投资条约规则

仲裁庭的管辖权扩张依赖于对投资条约的扩大解释。因此，国家可对条约作出有权解释、完善条约条款以明确规则内涵，限制仲裁庭的解释空间，从而明确仲裁庭的管辖权边界。

为防止仲裁庭越俎代庖，缔约国可明确其就投资条约作出的嗣后解释决定的效力。就效力等级而言，可明确嗣后解释与条约文本具有同等效力。例如，2012 年美国 BIT 范本第 30 条第 3 款规定，缔约国间就条约条款作出的联合解释决定对仲裁庭具有拘束力。仲裁庭作出的任何裁决应当与该解释决定相一致。依据该条款，只要缔约国声称其联合决定是对条约的解释，那么仲裁庭即应遵守，不得对该决定是否构成条约修改进行审查。

就效力范围而言，可明确嗣后解释对尚未作出最终裁决的仲裁庭具有拘束力。否则，仲裁庭可能以嗣后解释不具有溯及力为由拒绝遵守。例如，《东盟全面投资协定》第 40 条规定，仲裁庭应自行或在某争端当事方的要求下，请求缔约国对争议的条约条款作出联合解释。缔约国间就条约条款作出的联合解释的决定，对仲裁庭具有拘束力。仲裁庭作出的任何裁决应当与该联合解释决定相一致。

然而，由于利益取向的不同，缔约国间对于条约用语的理解可能始终存在分歧。当一方缔约国有被诉经历而另一方缔约国从未被诉时，缔约国间将缺乏达成联合解释的共同利益基础。常见的解释声明是一方缔约国（尤其是被诉东道国）的单方主张，而这种单方利己声明并不具有嗣后解释的效力。

在作出有权解释之外，缔约国还可通过修改或重新谈判条约减少条约规则的模糊性。^[115]

第一，限制“投资者”范围。有两种途径可供选择：①采用控制标准。例如，日本与新加

[112] See ICSID Secretariat, Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID, 5 May 2016, pp. 56 ~ 57.

[113] 参见前注 [31]，MHS 案，第 80 段。

[114] 相关仲裁裁决及仲裁地法院判决可从以下网站获取：<http://italaw.com/>，最后访问时间：2017 年 1 月 18 日。

[115] See Anthea Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, 107 *American Journal of International Law* (2013), pp. 79 ~ 80.



坡 FTA 第 72 条规定,“另一缔约国的公司”是指依据另一缔约国法律成立的公司,但是由非缔约国国民控制且在另一缔约国未开展实质性商业运营的公司除外。^②纳入拒绝授惠条款,并明确其效力范围。例如,中国与加拿大 BIT 第 16 条规定,东道国可在“任何时候”拒绝将条约利益授予另一缔约方企业,如果该企业由非缔约国或东道国投资者控制且在另一缔约方未从事实质经营活动。

第二,限制“投资”范围。缔约国可对投资特征作出要求,并将特定资产排除在投资范围之外。例如,中国与乌兹别克斯坦 BIT 第 1 条第 1 款规定,“投资”系指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的具有投资特征的各种财产。但投资不包括仅源于销售货物或提供服务的商业合同的金钱请求权,而且不包括原始到期期限少于三年的债券、信用债券和贷款。

第三,限制“投资争端”范围。缔约国可同时从正面、负面角度明确投资者可提交仲裁的投资争端包含什么、不包含什么。例如,缔约国可授权投资者仅就特定投资保护条款提交仲裁,与此同时排除金融措施、税收措施等特定政策事项的可仲裁性。

第四,禁止仲裁庭以 MFN 条款、保护伞条款为依据建立管辖权。中国与加拿大 BIT、中国与新西兰 FTA 等部分条约已明确规定 MFN 条款不适用于争端解决程序。希腊与墨西哥 BIT、日本与哥伦比亚 BIT 等一些条约则明确排除依据保护伞条款提交投资仲裁的可能性。

第五,明确仲裁前置条件的强制性,将其作为同意仲裁的先决条件。例如,中国与加拿大 BIT 第 23 条规定,未能满足第 21 条所规定的先决条件中任何一条,则使缔约国对仲裁的同意归于无效。

第六,细化投资待遇条款,设置必要的例外条款。抵御仲裁庭的管辖权扩张是第一道防线,限制仲裁庭的实体审查权则是第二道防线。在提高仲裁门槛的同时,缔约国还须配套改进公平与公正待遇、征收、条约例外等实体条款,明确其适用的情形、条件、程序和效果,为国家预留合理的管制空间,从而减少仲裁庭扩大解释投资待遇的风险。^[116]

然而,完善条约规则并非易事。首先,条约的缔结、修改均以缔约国间的合意为前提。缔约国间差异化的利益定位和被诉经验,降低了采取集体行动抵制仲裁庭权力扩张的可能性。其次,全球现存 3000 多项投资条约,缔约国间网络错综复杂,试图修改所有条约几乎不可能。实践中,采取上述一项或多项限制性用语的投资条约仅占少数,绝大多数投资条约仍保留原有的模糊表述。再次,对少数投资条约的修改难以扭转仲裁庭扩张管辖权的倾向。这可能导致仲裁庭对未修改的投资条约进行反面推定,即未修改的投资条约可作出相反解释,这将强化仲裁庭原有的扩张解释立场。

(三) 退出投资仲裁机制

国家有三种退出策略以表达其对仲裁结果的不满。第一,终止投资条约。投资条约的有效期限从十年至二十年不等。截至 2013 年,超过 1300 项 BIT 有效期届满,而在 2014 年至 2018 年期间,至少有 350 项 BIT 面临到期。^[117] 如果缔约任一方未在有效期届满前书面通知缔约另一方终

[116] 参见余劲松:“国际投资仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究”,《中国法学》2011 年第 2 期,第 133 页;刘笋:“国际法的人本化趋势与国际投资法的革新”,《法学研究》2011 年第 4 期,第 203~204 页。

[117] See UNCTAD, *International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal*, 2013, pp. 3~4.

止条约，条约将继续有效。因此，如果一方缔约国希望条约有效期届满后终止，需要向缔约另一方作出明确表示。

但是，条约终止不代表立即失效。多数投资条约规定，已终止的条约对于终止前的投资继续适用十年甚至二十年。^[118] 这一规定作为条约效力的“免疫机制”，保障了条约有效期间权利义务关系的稳定存续，不因条约终止而受影响。因此，终止条约并不影响对终止前投资的保护，投资者仍然有权将条约终止前发生的投资争端提交仲裁。

第二，退出 ICSID 公约。部分国家由于经常被诉诸 ICSID 仲裁且常常败诉，因此选择退出 ICSID 公约。玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉分别于 2007 年、2009 年、2012 年宣布退出 ICSID 公约。但是，国际社会对 ICSID 公约的热情并未因此受影响，2007 年以来公约新增 13 个成员国，成员国数量达到 153 个。^[119]

ICSID 公约第 72 条规定，退出公约不影响一国在退出通知前同意 ICSID 管辖而产生的公约项下的权利和义务。即使一国退出 ICSID 公约，投资者仍然可能依据该国 BIT 将投资争端诉诸 ICSID 仲裁。^[120] 例如，“Pan American 诉玻利维亚案”即是投资者在玻利维亚退出 ICSID 公约两年后依据玻利维亚与美国 BIT 提起的仲裁案件。因此，退出 ICSID 条约而不取消国家在 BIT 中的仲裁同意，并不能起到杜绝 ICSID 仲裁的作用。即便东道国退出 ICSID 公约且终止 BIT，投资者仍可能随时将 BIT 终止前发生的投资争端提交 ICSID 仲裁。

第三，排除投资条约中的仲裁条款。澳大利亚吉拉德政府在其 2011 年贸易政策报告中表示，在之后的投资条约谈判中将不再纳入投资仲裁条款。其后缔结的澳大利亚与马来西亚 FTA、澳大利亚与新西兰 FTA 即排除了投资仲裁条款。但是，在澳大利亚政府发生更迭后，其缔约政策又有回转的迹象。例如，在新近缔结的澳大利亚与韩国 FTA 文本中，投资仲裁条款重新被纳入投资章节。

退出投资条约或仲裁机制是国家的权利，但退出的效果不容乐观。首先，退出投资条约短期内不能实现控制仲裁风险的预期效果，甚至适得其反，引发仲裁案件数量的激增。^[121] 即使东道国退出 ICSID 公约而且某项 BIT 也被终止，投资者仍可能随时将 BIT 终止前发生的投资争端提交 ICSID 仲裁。其次，选择性地退出部分投资条约，不能避免其他投资条约被扩张解释、被搭便车的可能性。除非一国退出所有投资条约或排除所有条约中的仲裁条款，否则该国仍将面临被诉及败诉风险。^[122] 最后，退出投资条约或仲裁机制面临较高的成本。在决定是否退出投资条约或投资仲裁机制时，缔约国必须对本国的资本输入、输出利益进行谨慎权衡，并且充分考量替代性方案可行性及相应风险。实践中，很少有国家选择退出投资条约或仲裁机制，因为其担心

[118] See UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, 2010, p. 3.

[119] See ICSID, *Database of ICSID Member States*, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?ViewMembership=All>, 最后访问时间：2017 年 1 月 18 日。

[120] 参见前注 [118]，UNCTAD 报告，第 5 页。

[121] See Federico M. Lavopa et al., *How to Kill A Bit and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties*, 16 (4) *Journal of International Economic Law* (2013), pp. 882 ~ 883.

[122] See Anna Katselas, *Exit, Voice, and Loyalty in Investment Treaty Arbitration*, 93 *Nebraska Law Review* (2014), p. 335.



被排斥在条约和体制福利之外,影响其吸引外来投资和保护对外投资的竞争性优势。^[123]

(四) 改革投资仲裁机制

上述控制选项仅为国家提供了个案、单边或双边层面的选择性方案。由于其未能有效的抑制仲裁庭的管辖权扩张,因此对投资仲裁机制进行系统性改革的呼声日渐高涨。

如果说增强透明度、修改仲裁规则等程序性改革尚属小修小补,那么引入上诉机制、创设常设法庭则是对投资仲裁机制的根本性变革。美国等国早在2002年就提出建立投资仲裁上诉机构的设想,但迟迟未采取实际行动。ICSID秘书处在2004年也提出建立ICSID上诉机构的构想。^[124]但ICSID秘书处随后撤回了该提案,认为建立ICSID上诉机构还远未成熟。

2016年公布的欧盟与越南FTA、欧盟与加拿大FTA首次引入上诉机制,创设了初审仲裁庭和上诉仲裁庭。^[125]其特殊性包括两审仲裁、常设机构、仲裁员委任机制、仲裁员行为准则等方面。与传统的一裁终局不同,欧盟与越南FTA、欧盟与加拿大FTA设立了常设初审仲裁庭和常设上诉仲裁庭,上诉仲裁庭可维持、修改或推翻初审仲裁庭裁决。初审仲裁庭成员和上诉仲裁庭成员由缔约双方共同委任,有固定任期和薪水保障,因而可排除投资者对仲裁员人选的影响。仲裁员一旦接受任命,即不得在任何在审或新的投资争端案件中担任争端当事方的代理人、专家或证人。

引入上诉机制面临的挑战之一是如何实现从双边模式向多边模式的过渡。通过多边条约设立的上诉机构更能够实现投资争端解决的一致性与合法性。建立多边上诉机构的首选方案是修改ICSID公约,但这需要全体成员国一致同意,而且需要协调好3000多项投资条约以及153个国家国内法。考虑到建立多边上诉机构的实际困难,欧盟与越南FTA、欧盟与加拿大FTA设立双边上诉机构的尝试更为可行。但双边模式将使得不同投资条约下需要设立彼此独立的上诉机构。这不仅成本高昂,而且可能导致不同上诉机构间的冲突。

更为重要的是,投资仲裁上诉机制的设计须以加强缔约国对仲裁程序及结果的控制为核心。如果设置不当,上诉机构也可能成为“脱缰的野马”。上诉机构对仲裁裁决的司法审查,有可能促使其自我界定为投资保护的“宪法性机构”。如果上诉机构与仲裁庭一样秉持对投资保护的激进立场,强调其对投资保护程序、实体规则的填补漏洞及创造性解释功能,那么缔约国将进一步失去对投资仲裁的控制权。有学者不无担忧地认为,投资仲裁上诉机制的主张,可谓是开错了药方,这个药方不但不能治病,反而可能加重病情。^[126]

六、结 论

投资仲裁机制的创设和不断强化,提升了国际投资条约的约束力和执行力。但是,国家并不希望由投资仲裁庭垄断投资条约的解释和执行。要保证投资仲裁机制的可持续发展,仲裁庭必须在激励投资者诉诸仲裁与考虑缔约国可接受程度之间保持平衡。在敏感案件中过分扩张管

[123] 参见前注[82], Anthea Roberts文,第192页。

[124] See ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper, 22 October 2004, pp. 14 ~ 16.

[125] 欧盟与越南FTA、欧盟与加拿大FTA尚未生效。

[126] See Barton Legum, Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes, in Karl P. Sauvant (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 238.

管辖权的激进做法，可能促使缔约国限制或取消对仲裁庭的授权。只有在保证投资仲裁这块“蛋糕”存续的前提下，才有可能进一步将“蛋糕”做大。^[127]

然而，在当前的投资仲裁机制下，控制仲裁庭权力扩张的制度供应远滞后于国家需求。国家对投资仲裁扩权的应对措施没有想象中的激烈。^[128]一方面，仲裁庭有扩权的能力、技术和意愿；另一方面，留给国家的控制选项非常有限且作用不明显。国家不能阻止投资者将争议诉诸仲裁，难以影响仲裁程序和仲裁结果，而且无法抵制不利裁决的执行。因此，改革投资仲裁机制是国家加强控制权的唯一出路。

改革投资仲裁机制的目的不在于从片面偏向投资者一端调整为完全迎合国家一端。只要存在国家对仲裁庭的授权，仲裁庭的独立要求与国家的控制需求间的紧张关系就不可避免。^[129]过度的国家控制将威胁投资仲裁庭的独立性，降低投资条约承诺的可靠性。相反，不受任何限制的独立性也不利于投资仲裁机制的持续发展。理想的状态是由缔约国与仲裁庭分享权力，仲裁庭在缔约国的监督和反馈下进行裁判。通过缔约国的适时反馈，仲裁庭可调整其司法化进度，以回应国家的需求和关切。

控制司法扩张的出发点和落脚点是碎片化分布的大量投资条约。这需要各缔约国的政治支持和参与。如果国家间不能有效协调其投资条约政策，那么仲裁庭的司法扩张现象将化为常态，这将进一步恶化仲裁庭与国家的失衡格局。应予肯定的是，有两大因素正在促使投资条约体系朝着有利于国家控制的方向发展。其一，国家利益格局正面临深刻调整。越来越多的国家同时兼具资本输出国和资本输入国的双重身份，国家间的利益趋于同质化。平衡投资保护与东道国监管成为国家间合作的最大公约数。随着中国引进外资和对外投资利益结构的变化，中国在投资条约政策上也经历了从限制到自由再到平衡的转变过程。^[130]其二，被诉经验将改变国家对投资仲裁的认知，投资仲裁的“寒蝉效应”将倒逼国家反思其投资条约政策。欧盟国家、美国、加拿大、澳大利亚等西方国家在遭遇被诉乃至败诉经历后，都在不同程度上调整了投资条约政策。这为投资仲裁机制的进一步改革提供了契机。

[责任编辑：张新军]

[127] 参见前注〔82〕，Anthea Roberts文，第197~198页。

[128] See Cedric Dupont & Thomas Schultz, *Towards a New Heuristic Model: Investment Arbitration as a Political System*, 7 *Journal of International Dispute Settlement* (2016), p. 17.

[129] See Jacob Katz Cogan, *Competition and Control in International Adjudication*, 48 *Virginia Journal of International Law* (2008), p. 414.

[130] 有关中国投资条约的政策与实践，参见沈伟：“中国投资协议实体保护标准的自由化和多边化演进”，《法学研究》2015年第4期；See Norah Gallagher & Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford University Press, 2009.