

国际投资条约“双轨”执行机制的冲突及协调

徐 树*

摘要:虽然国家间仲裁、投资仲裁均为执行投资条约承诺的“牙齿”,但是多数投资条约并未明确两者间的关系。实践表明,两者存在管辖重叠,易导致平行程序和不一致裁决。学理上有三种方法解决两者间的模糊关系:投资仲裁优先、国家间仲裁优先、仲裁庭个案处理。但这些方法面临制度或技术障碍,可能使投资条约承诺落空。事实上,国家间仲裁不是可有可无的摆设,也并非化解投资仲裁合法性危机的利器。缔约国应强化国家间仲裁对投资仲裁的互补功能,同步推进投资仲裁机制与国家间仲裁机制的改革,合理界定和分配各自的适用范围,从而确保两者的有效衔接与平衡。

关键词:国际投资条约 国家间仲裁 投资仲裁 双轨执行 衔接制度

没有救济,就没有权利。国家通过签订国际投资条约给予外国投资者以国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇等投资待遇。^①与此同时,绝大多数投资条约也提供执行这些待遇的两种国际救济机制:国家间仲裁以及投资者—东道国间仲裁(以下简称投资仲裁)。然而,两种救济机制的关系并未得到清晰的界定和阐释。一方面,投资条约既允许投资者就“投资争议”提起投资仲裁,也允许缔约国就“条约解释或适用争议”提起国家间仲裁,两种程序存在竞合的可能性;另一方面,投资条约未对国家间仲裁与投资仲裁的现实或潜在冲突提供处理规则。那么,如何理解投资条约在该问题上的“沉默”?当国家间仲裁与投资仲裁出现管辖竞合时,如何协调两者间的关系?本文将围绕国家间仲裁与投资仲裁的管辖冲突及协调路径问题展开探讨,并分析缔约国的因应对策。

一、国家间仲裁与投资仲裁的模糊关系

回顾投资条约的发展历史,可以发现国家间仲裁与投资仲裁呈现出此消彼长的态势。现代投资条约起源于传统的友好通商航海条约。在友好通商航海条约及早期的双边投资条约下,对外国投资者的待遇承诺只在缔约国间援引和执行。而现代投资条约不仅保留了国家间仲裁条款,而且允许投资者将其与东道国间的投资争议自行提交投资仲裁。但是,多数投资条约在设置国家间仲裁、投资仲裁双轨机制的同时,对两者的具体关系保持“沉默”。

(一)国家间仲裁与投资仲裁关系的立法缺失

投资仲裁的产生和扩张并不自动排斥或取代国家间仲裁。投资仲裁对投资者与东道国间的“投资争议”进行管辖,而国家间仲裁对投资条约的“解释或适用争议”予以管辖。“投资争议”与“解释或适用争议”并非彼此隔离,而是相互重叠。“投资争议”涉及东道国的投资措施是否与条约义务相符;而“解释或适用争议”则是一个包罗万象的表述,任何涉及条约的争议均可能落入其范畴。^②“解释”意在确定条约内容的

* 华南理工大学法学院讲师

基金项目:中国法学会部级法学研究课题[CLS(2015)D154]、广州市哲学社会科学“十三五”规划课题(2016GZGJ44)

① 截至2016年底,国际上现存的投资条约数量已达到3331项,主要表现为双边投资条约以及包含投资章节的自由贸易协定。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> II A, 2017-02-08.

② See UNCTAD, Dispute Settlement: State—State, United Nations Publication, 2003, p. 14.

含义,“适用”涉及缔约国行为或措施是否符合条约内容。因此,对“投资争议”的裁判必然会涉及对投资条约的解释或适用。投资仲裁与国家间仲裁存在竞合冲突的可能。

《解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)作为多数投资仲裁案件的准据规则,对投资仲裁与国家间仲裁的关系提供部分指引。《华盛顿公约》第27条规定:“缔约国对于其国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求,除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”该条排除了投资者母国的外交保护之诉,明确了投资仲裁程序的优先性。但是这里的排除存在三个限制条件。(1)投资者母国不得给予外交保护的争议仅限于投资者“已同意交付或已交付仲裁的争端”。对于投资者尚未同意提交投资仲裁的投资争议,投资者母国仍可依据投资条约中的国家间仲裁条款提起外交保护之诉。因此,投资者母国与投资者可能达成战术默契,由投资者母国先行提起外交保护之诉对东道国施压,如结果不利,投资者可再行提交投资仲裁。^①可见,《华盛顿公约》第27条并不能消除外交保护程序和投资仲裁程序竞合的可能。(2)《华盛顿公约》第27条仅排除了投资者母国的外交保护之诉,条约解释之诉、宣告之诉不在排除之列。外交保护之诉与抽象的条约解释之诉、宣告之诉在性质上有所不同。^②外交保护之诉须以具体的“投资争议”为载体,但条约解释之诉、宣告之诉不以具体的“投资争议”为前提。因此,投资者母国、东道国仍然可能依据投资条约中的国家间仲裁条款提起抽象的条约解释之诉或宣告之诉。(3)《华盛顿公约》第27条不适用于非中心投资仲裁案件。多数投资条约允许投资者自行选择将投资争议提交国际投资争端解决中心(以下简称中心)仲裁庭、根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的仲裁庭或其他仲裁机构。与中心仲裁不同,非中心仲裁规则不包含排除外交保护之诉的要求。因此,如果投资者将投资争议提交非中心仲裁,且所适用的投资条约没有明确排除外交保护之诉,则投资者母国提起外交保护仲裁请求的权利不受限制。这也得到了投资仲裁实践的认可。在“班若公司等诉刚果案”^③中,仲裁庭指出,《华盛顿公约》第27条只要求其成员国放弃外交保护,但非成员国不承担第27条项下的义务,可自由代表其国民介入保护。

(二)国家间仲裁与投资仲裁管辖竞合的实践

已知的4起国家间仲裁案件体现了国家间仲裁与投资仲裁在管辖争议上的重叠。在“意大利诉古巴案”^④(以下简称“意大利案”)中,意大利依据《意大利—古巴双边投资协定》对古巴提起了外交保护仲裁请求。古巴辩称,《意大利—古巴双边投资协定》中的投资仲裁条款排除了投资者母国依据国家间仲裁条款提起外交保护诉请的可能性。但仲裁庭认为,只要投资者尚未提起投资仲裁,投资者母国即可依据国家间仲裁条款提起外交保护诉请。这表明,国家间仲裁条款中的“解释或适用争议”涵盖投资者母国的外交保护诉请,可能与投资仲裁条款中的“投资争议”重叠。

“秘鲁诉智利案”^⑤(以下简称“秘鲁案”)是“卢切蒂诉秘鲁案”^⑥(以下简称“卢切蒂案”)的延续。在“卢切蒂诉秘鲁案”中,智利投资者依据《秘鲁—智利双边投资协定》中的投资仲裁条款对秘鲁提起仲裁,但秘鲁认为该案投资争议在条约生效之前即已存在,因而不在于条约适用范围之内。随后,秘鲁依据相同条约中的国家间仲裁条款对智利提起仲裁,要求仲裁庭对条约的适用范围条款作出解释。由于“卢切蒂案”仲裁

^① See Jarrod Wong, The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration, 53 Columbia Journal of Transnational Law, 2014, p. 19.

^② See Martins Paparinskis, Investment Arbitration and the Law of Countermeasures, 79 British Yearbook of International Law, 2008, pp. 314-315.

^③ See Banro American Resources, Inc. and SAKIMA v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7.

^④ See Italian Republic v. Republic of Cuba, Ad Hoc Arbitration, Interim Award, 15 March 2005; Italian Republic v. Republic of Cuba, Ad Hoc Arbitration Final Award, 15 January 2008; Michele Potesta, Republic of Italy v. Republic of Cuba, 106 American Journal of International Law, 2012, pp. 341-347.

^⑤ “秘鲁案”文件未曾公开,有关“秘鲁案”的信息散见于学者的评述中。See Luke Eric Peterson, ICSID Tribunal Declines to Halt Investor Arbitration in Deference to State-to-State Arbitration, http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_dec19_2003.pdf, 2017-02-08.

^⑥ See Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Peru, S. A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4.

庭最终支持了秘鲁的管辖权抗辩主张,秘鲁未再诉诸国家间仲裁。由此可见,投资仲裁的“投资争议”可能会同时引发国家间仲裁的“解释争议”。

与“秘鲁案”类似,“厄瓜多尔诉美国案”^①(以下简称“厄瓜多尔案”)是“雪弗龙诉厄瓜多尔案”^②(以下简称“雪弗龙案”)的延续。“雪弗龙案”仲裁庭依据《厄瓜多尔—美国双边投资规定》裁定厄瓜多尔败诉,认为厄瓜多尔未能提供“有效途径”以保障雪弗龙的投资权益。但厄瓜多尔认为“雪弗龙案”仲裁庭对“有效途径”的解释与国际法不符,因此尝试与美国就该问题达成联合解释声明,但美国拒绝表态。随后,厄瓜多尔依据相同条约中的国家间仲裁条款对美国提起仲裁,要求仲裁庭对条约相关条款作出解释。但该案仲裁庭以不存在缔约国之间的“争议”为由否定了管辖权。根据该案裁决可作出推论,如果厄瓜多尔与美国就条约解释持相反立场,则可形成“解释争议”,国家间仲裁庭可管辖该“解释争议”,即便该争议与投资仲裁的“投资争议”有所关联。

与上述三个案件不同,“墨西哥诉美国案”^③(以下简称“墨西哥案”)既不涉及外交保护请求,也不涉及对投资条约的解释争议。在该案中,墨西哥要求仲裁庭确认美国的措施违反了其在《北美自由贸易协定》下的投资待遇义务。美国抗辩称墨西哥必须证明存在对墨西哥投资者的具体条约违反情形,否则仲裁庭将无权管辖。但仲裁庭认为,墨西哥无须证明美国措施对特定墨西哥投资者的个案义务违反,美国禁止墨西哥投资者在美国提供跨境运输服务的措施本身已违反《北美自由贸易协定》义务。由于美国未遵守该裁决,因此有墨西哥投资者依据《北美自由贸易协定》投资仲裁条款对美国提起新的仲裁,并援引国家间仲裁裁决要求美国承担违反条约义务的赔偿责任。^④

因此,国家间仲裁所管辖的“条约解释或适用争议”可体现为三种类型:外交保护之诉、条约解释之诉、宣告非法(或合法)之诉。这三类争议与投资仲裁所管辖的“投资争议”均存在关联。外交保护之诉表现为直接将投资者与东道国间的“投资争议”上升为国家间的“条约解释或适用争议”。条约解释之诉、宣告之诉虽不针对具体投资者、具体投资,但可能与投资仲裁管辖的“投资争议”涉及对相同条约条款的解释或适用。外交保护之诉可由投资者母国提起,而条约解释之诉、宣告之诉可由投资者母国或东道国提起。

二、国家间仲裁与投资仲裁关系的理论困境

《华盛顿公约》仅禁止投资者母国对已提交中心仲裁的投资争议提出外交保护要求。问题在于,在《华盛顿公约》未予禁止的事项上,如何解决国家间仲裁与投资仲裁的管辖竞合关系?对此有三类观点。第一类观点试图突破《华盛顿公约》的文本限制,主张投资仲裁在任何情形下均排斥国家间仲裁;第二类观点则强调国家间仲裁的绝对优越性;而第三类观点认为投资仲裁与国家间仲裁互不从属,两者的关系应交由仲裁庭作为个案自行处理。

(一)投资仲裁优先

投资仲裁优先的逻辑在于压缩国家间仲裁的管辖范围,从而避免国家间仲裁与投资仲裁的管辖冲突。投资仲裁优先论者认为,设置投资仲裁机制的目的在于保护投资者、排除国家间政治对投资争议解决的影响,因此投资仲裁的存在即排除国家间仲裁的可能性。^⑤然而,投资条约的投资保护目的与去政治化功能并不是绝对的,其不足以作为排斥国家间仲裁的正当化理由。《维也纳条约法公约》第31条反映了条约解释的习惯法规则。根据其要求,条约用语的通常含义应按照其上下文并参照条约的目的及宗旨,善意地予以解释。因此,条约用语及其上下文是条约解释的出发点和落脚点,条约目的及宗旨仅作为参照。过分强

① See Republic of Ecuador v. United States of America, PCA Case No. 2012—5.

② See Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 34877.

③ See Mexico v. United States (in the Matter of Cross-Border Trucking Services), NAFTA Chapter 20 State-to-State Arbitration, Final Report of the Panel, 6 February 2001.

④ See CANACAR v. United States of America (NAFTA), Notice of Arbitration, 2 April 2008.

⑤ See Jarrod Wong, The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration, 53 Columbia Journal of Transnational Law, 6—47 (2014); Ecuador v. United States, PCA Case No. 2012—5.

调条约目的及宗旨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。^① 促进和保护投资被认为是投资条约的主要目的。^② 然而,这一目的不能代替投资仲裁条款与国家间仲裁条款的文本内容。投资仲裁条款授权投资者提起投资仲裁,而国家间仲裁条款允许缔约国诉诸国家间仲裁。投资条约在赋予投资者诉权的同时,并未限制缔约国的诉权。事实上,促进和保护投资并非投资条约的唯一目的,绝大多数条约也同时强调投资促进缔约国经济发展或繁荣的重要性。^③ 国家保护投资并非以放弃投资管制权为代价,而是在投资价值与非投资价值之间达致平衡。^④ 投资条约中对投资保护的实体、程序限制随处可见。就实体限制而言,不少投资条约包含重大安全例外条款,缔约国为保护国家重大安全利益而采取的措施可豁免投资保护义务。一些投资条约还明确缔约国为保护公共健康、安全 and 环境采取的非歧视措施不构成间接征收。就程序限制而言,很多投资条约设置了投资仲裁门槛。例如,有些条约仅允许投资者就“与征收补偿额有关的争议”提交投资仲裁,有些投资条约将空壳公司排除在保护范围之外。因此,投资者的投资仲裁请求权并非绝对权利,不能排斥缔约国的实体权利和程序权利。以投资保护目的为理由主张投资者诉权排斥缔约国诉权,将使得国家间仲裁条款形同虚设,这有悖条约解释规则。

投资仲裁优先论者以投资仲裁的“去政治化”功能为依据,认为投资仲裁的功能即在于排除投资者母国、东道国的政治干扰,促进投资争议的高效、公平解决,而允许国家间仲裁介入将使得投资争议的解决回归政治途径,因而与投资仲裁的制度初衷相违背。^⑤ 事实上,任何国际争端解决机制都存在一定的政治因素,投资仲裁也不可能完全排除国家的政治影响。^⑥ 去政治化的表述并不能为投资仲裁与国家间仲裁的关系提供任何解决方案。^⑦ 投资仲裁机制本身即是条约的产物。缔约国可以通过解释或修改条约影响投资仲裁程序和结果。当缔约国对条约的解释或适用不能达成一致时,也可通过国家间仲裁形成有约束力的权威意见。缔约国的条约解释权、修改权以及国家间诉权,构成对投资仲裁机制的内在限制。国际争端解决机制同时赋予私人诉权与国家诉权并不鲜见,尤其是表现在人权领域。例如,《欧洲人权公约》第33条允许缔约国将任何违反公约的行为诉诸欧洲人权法院,第34条则允许受到缔约国人权侵害的任何私人向欧洲人权法院提起诉讼。在习惯国际法中,国家诉权与私人诉权不存在等级或位阶关系。根据《外交保护条款草案》第16条的规定,国家的外交保护诉权与私人对国际不法行为的诉权互不排斥,没有优先等级。

因此,当投资条约没有明确表明投资者诉权与国家诉权的等级或位阶关系时,没有理由以投资者诉权排斥国家诉权。主张投资仲裁排斥国家间仲裁的观点缺乏条约依据。

(二)国家间仲裁优先

投资仲裁与国家间仲裁的管辖重叠往往是国家有意制造的。例如,《欧盟—越南自由贸易协定》投资章节第3节第32条第1款排除了投资者母国对已提交投资仲裁的争议给予外交保护或提起国际诉求的权利,但其第2款规定,第1款并不排除国家间争端解决章节对一般性措施的适用,即使因该措施导致的特定投资争议已被提交至投资仲裁庭。《中国—新加坡双边投资协定》第13条第12款规定,有关投资仲裁的规定不应损害缔约双方对协定解释或适用争议适用国家间仲裁程序。《欧盟—加拿大自由贸易协

① See Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 130.

② See *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18.

③ See Omar Garcia-Bolivar, *Teleology of International Investment Law: The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements*, 6 *Journal of World Investment & Trade*, 2005, pp. 751—772.

④ See Anthea Roberts, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, 56 *Harvard International Law Journal*, 2015, p. 379.

⑤ See Jarrod Wong, *The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration*, 53 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p. 38; *Ecuador v. United States*, PCA Case No. 2012—5.

⑥ See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *State-State Dispute Settlement in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, 2014, p. 1.

⑦ See Martins Paparinskis, *The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1716833, 2016—10—20.

定》、《中国—加拿大双边投资协定》、《中国—新西兰双边投资协定》、《中国—斯里兰卡双边投资协定》等也有类似规定。有学者认为,国家间仲裁是缔约国纠正投资仲裁失衡格局的一个重要途径,当国家间仲裁与投资仲裁发生重合时,投资仲裁应从属于国家间仲裁。缔约国虽然不掌握投资仲裁的启动权,但可以主动诉诸国家间仲裁。当缔约国对投资仲裁庭的条约解释或适用结果不满时,可通过解释或修改条约表达其权威性立场。然而,缔约国往往难以就条约的解释或修改达成一致。此时,缔约国可通过诉诸国家间仲裁影响投资条约的解释和适用。^①但是,国家间仲裁绝对优先的观点同样缺乏条约依据。在横向性国际法律秩序下,不同的国际争端解决机构之间不存在等级关系。多数投资条约规定,国家间仲裁裁决是终局的,对作为争端方的缔约国具有约束力;而投资仲裁裁决也是终局的,对作为争端方的投资者与东道国具有约束力。可见,国家间仲裁并非投资仲裁的替代机制或者上诉审查机制。除非缔约国在投资条约中予以明确,否则国家间仲裁庭与投资仲裁庭彼此独立、互不从属。

仲裁实践也否定了国家间仲裁优先的主张。主要表现为以下两个方面的问题:(1)在国家间仲裁程序与投资仲裁程序并存的情况下,后者是否必须中止、等待前者作出裁决?在“秘鲁案”和“卢切蒂案”中,秘鲁以国家间仲裁优先为由要求“卢切蒂案”仲裁庭中止仲裁程序,但仲裁庭拒绝了秘鲁的要求。^②(2)国家间仲裁裁决对于已结案的、正在进行的或将来的投资仲裁程序是否具有约束力?在“厄瓜多尔案”中,虽然厄瓜多尔希望国家间仲裁庭纠正“雪弗龙案”仲裁庭的错误解释立场,但是其同时承认国家间仲裁并不影响已作出的投资仲裁裁决的效力。有学者认为,投资仲裁庭应当受到条约权威解释的约束,不论该权威解释是缔约国间合意达成的还是通过国家间仲裁形成的。^③但是,仲裁实践表明,仲裁庭可能以解释结论不符合条约文义为由拒绝承认权威解释的效力。例如,在“波普与塔尔博特公司诉加拿大案”^④中,仲裁庭认为《北美自由贸易协定》自由贸易委员会对最低待遇条款的解释是以条约解释的名义实现修改条约的目的。因此,在国家间仲裁庭、投资仲裁庭享有同等的条约解释权的情况下,前者的条约解释结论并不一定为后者所接受。

(三)仲裁庭个案处理

与投资仲裁优先、国家间仲裁优先的绝对化立场不同,主张仲裁庭个案处理的学者认为应由仲裁庭在个案中自行决定投资仲裁程序与国家间仲裁程序的关系。仲裁庭可依据未决诉讼原则、既判力原则、善意原则等国际法原则确定本案程序与在先程序或并行政程序的关系。^⑤这一做法的弊端在于个案仲裁庭如何处理不具有可预见性和稳定性。

根据未决诉讼原则,如果当事方的争端正处于诉讼未决状态,那么当事方不得将相同争端提起新的诉讼程序。而根据既判力原则,对于已作出终局裁决的争端,当事方不得将相同争端提起新的诉讼程序。^⑥但是,未决诉讼原则、既判力原则的适用需要满足相同当事方、相同争端两个条件。^⑦因此,在国家间仲裁程序与投资仲裁程序之间,难以适用未决诉讼原则、既判力原则。因为两个仲裁程序的当事方不同,前者当事方是投资者母国与东道国,后者当事方是投资者与东道国。即使两个仲裁程序所管辖的争议有所重叠,后成立的仲裁庭也不太可能以未决诉讼原则、既判力原则为由放弃管辖。除非放宽未决诉讼原则、既

^① See Anthea Roberts, State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, 55 Harvard International Law Journal, 2014, pp. 27-28.

^② See *Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Peru, S. A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4.

^③ See Clovis J. Trevino, State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty, 5 Journal of International Dispute Settlement, 2014, p. 221.

^④ See *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Case, Award in Respect of Damages, 31 May 2002.

^⑤ See Chang-fa Lo, Relations and Possible Interactions between State-State Dispute Settlement and Investor-State Arbitration Under BITs, 6 Contemporary Asia Arbitration Journal, 2013, pp. 1-30.

^⑥ 参见[以]尤瓦·沙尼:《国际法院与法庭的竞合管辖权》,韩秀丽译,法律出版社2012年版,第304-311页;朱明新:《“已决原则”和“未决原则”与国际投资平行诉讼预防》,《东方法学》2013年第1期。

^⑦ See August Reinisch, The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Settlement Outcomes, 3 Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2004, p. 50.

判力原则的适用条件,否则这两个原则难以发挥协调国家间仲裁与投资仲裁的功能。

善意原则作为国际法的一项基本原则,贯穿适用于各类国际法律关系。^① 善意原则要求国际法主体善意地行使国际法权利,履行国际法义务。就条约解释而言,解释者也应当以条约文本为依据进行善意而非恣意的解释。问题在于,投资者、缔约国分别诉诸投资仲裁程序、国家间仲裁程序,是否有违善意原则?善意原则是否要求在后仲裁程序必须考虑在先的仲裁程序?对此,理论和实践难以给出一般化的答案。由于不同仲裁庭之间彼此独立,且每个仲裁庭均有解释和适用法律的自由裁量权,因此期待由众多仲裁庭自觉协调国家间仲裁程序与投资仲裁程序的关系并非理想的方案。

三、从投资仲裁主导到国家间仲裁回归

国家间仲裁不是可有可无的摆设,也并非压制投资仲裁的政策工具。倚重投资仲裁,或者仅强调国家间仲裁,都不是符合情理和现实需要的做法。

(一)国家间仲裁的重要性与日俱增

在缔约国避免使用国家间仲裁的情况下,投资仲裁成为执行投资条约待遇的主要机制,因而投资仲裁与国家间仲裁的冲突难以凸显。这也是长期以来缔约国对投资仲裁与国家间仲裁的关系保持“沉默”的主要原因。与投资仲裁案件数量相比,国家间仲裁案件数量仍然十分稀少。^② 国家既不愿冒险将重要争议提交国家间仲裁,也不想费尽周折将无关紧要的争议提交仲裁解决。^③

然而,投资仲裁主导的格局正在发生变化,越来越多的国家开始限制甚至取消投资仲裁,通过国家间仲裁解决投资争议的可能性在不断增大。一方面,一些国家开始意识到国家间仲裁作为保护投资者利益、捍卫东道国主权的潜在功能。“意大利案”、“秘鲁案”、“厄瓜多尔案”、“墨西哥案”等案件表明,投资者母国或东道国可以将国家间仲裁作为寻求外交保护、抵制投资仲裁不利结果的法律工具。事实上,绝大多数投资条约中的国家间仲裁条款都具有强制性特征,缔约国对国家间仲裁均作出了事先的无条件同意。例如,《中国—新加坡双边投资协定》第14条规定,缔约双方对本协定的解释或适用的争端,“应缔约任何一方的请求”,应将争端提交仲裁。因此,如果缔约一方将争端提交国家间仲裁,那么缔约另一方不得以不存在仲裁合意为由拒绝仲裁。另一方面,由于投资仲裁庭不断扩大其管辖权范围、扩张解释缔约国的投资保护承诺,^④一些国家开始表现出对投资仲裁的担忧甚至不信任,并在不同程度上向国家间仲裁回归。例如,玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉等国家由于经常被诉诸中心仲裁,并且常常败诉,因此选择退出《华盛顿公约》,并终止部分双边投资条约。澳大利亚在其与马来西亚、新西兰签订的自由贸易协定投资章节中不再纳入投资仲裁条款,有关协定的争议将只能通过国家间争端机制解决。虽然完全取消投资仲裁的实践仍属罕见,但是国际社会对于投资仲裁的改革意愿在不断增强,国家间仲裁作为投资仲裁的补充性、过滤性乃至替代性争端解决机制的作用正在被更多的国家所接受。

(二)国家间仲裁与投资仲裁的互补功能

投资仲裁与国家间仲裁均为缔约国为加强投资条约承诺的可靠性而设置的争端解决机制。片面强调投资仲裁与国家间仲裁的互斥性,不利于投资条约承诺的有效落实。事实上,国家间仲裁与投资仲裁也存在一定的互补性。通过强化国家间仲裁对投资仲裁的补充作用,可以减少实际运用时的混乱,增强投资条约的可执行性。

1. 国家间仲裁有助于执行投资仲裁裁决。根据《华盛顿公约》第27条的规定,如果败诉东道国未能遵

^① See Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1993, pp. 356—357.

^② 截至2016年底,已知的投资仲裁案件达到767起。See UNCTAD's Investment Dispute Settlement Navigator, <http://Investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>, 2017-02-08.

^③ See Christine Gray and Benedict Kingsbury, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, 63 *British Yearbook of International Law*, 1992, p. 101.

^④ 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。

守和履行中心仲裁裁决,那么投资者母国的外交保护权将重新恢复。投资者母国可就投资者的胜诉裁决对东道国提出国际要求。诉诸投资条约下的国家间仲裁机制是投资者母国要求东道国遵守和履行投资仲裁裁决的首选途径。^①一些投资条约也明确肯定投资者母国通过国家间仲裁要求东道国履行投资仲裁裁决的权利。例如,《美国—乌拉圭双边投资协定》第34条第8款规定,当东道国未能遵守和履行投资仲裁裁决时,投资者母国可提起国家间仲裁,要求仲裁庭确认不遵守和履行投资仲裁裁决与条约义务相违背,并敦促东道国执行裁决。当然,即便投资条约没有类似规定,投资者母国通过国家间仲裁要求东道国履行裁决也不存在任何法律障碍。因为是否履行裁决显然属于条约解释或适用争议。

2. 国家间仲裁可覆盖投资仲裁无权管辖的投资争议。不同投资条约下的投资仲裁管辖范围并不相同。有的投资条约将特定类型投资争议排除在投资仲裁的管辖范围之外。例如,《中国—日本—韩国投资协定》第15条第12款规定,投资仲裁程序不适用于关于缔约国金融审慎措施的投资争议。也有的投资条约仅允许投资者将特定类型投资争议提交投资仲裁。中国、前苏联早期的投资条约多规定投资者仅可就征收补偿数额争议提交投资仲裁。例如,《中国—蒙古双边投资协定》第8条第3款规定,如涉及征收补偿款额的争议在6个月内未能协商解决,可应任何一方的要求,将争议提交专设仲裁庭。有关金融审慎措施的投资争议、征收补偿数额以外的争议虽然不在这些条约的投资仲裁管辖范围之内,但是却属于条约解释或适用争议的范畴,因而缔约国可将此类争议提交国家间仲裁。

3. 国家间仲裁可提供投资仲裁无法给予的救济形式。就投资仲裁而言,仲裁庭一般仅能裁决损害赔偿。^②例如,《中国—日本—韩国投资协定》第15条第9款规定,投资仲裁庭作出的裁决只能提供以下一种或两种救济:金钱赔偿及适当的利息、返还财产。由于争端缔约方可支付金钱赔偿及适当的利息来代替财产返还,因此败诉东道国有义务向胜诉投资者提供金钱赔偿,但没有义务修改或取消其涉案措施。就国家间仲裁而言,多数投资条约均不限定仲裁庭可提供的救济形式。在没有明确限制的情形下,国家间仲裁庭作出的裁决可提供金钱赔偿、恢复原状、宣告性判决、强制性命令或结果性命令等当中的一种或多种救济。^③因此,对于东道国的一般性投资措施,受损的投资者可提起投资仲裁请求金钱赔偿或财产返还,而投资者母国可提起国家间仲裁要求东道国修改或取消与投资条约义务不相符的措施,两种程序在救济形式上互为补充。

4. 国家间仲裁可介入投资仲裁不适宜解决的投资争议。投资仲裁虽然赋予投资者直接和独立的诉权,但是对投资者而言有时只是寻求权利救济的“次选项”。^④对于投资仲裁不适宜解决的投资争议,国家间仲裁可以提供更有效的解决方案。旷日持久的仲裁程序和高居不下的仲裁费用,被认为是投资仲裁的两大缺陷。根据统计,当事方在投资仲裁案件中的仲裁费用平均达到800万美元,有些案件的仲裁费用甚至超过3000万美元。^⑤这对于投资规模较小的很多中小企业而言是难以负担的成本。虽然中小企业诉诸投资仲裁不存在法律障碍,但是却面临仲裁成本的现实障碍,诉诸投资仲裁很可能得不偿失。因此,当投资者由于经济能力等法外因素而不愿意提起投资仲裁时,投资者母国可介入保护,针对涉案标的不大但牵涉面广的东道国措施提起国家间仲裁程序。

在此须指出的是,对于投资准入争议,国家间仲裁相比投资仲裁可能更为适宜。随着国际投资规则逐渐从准入后的投资保护向准入前的市场开放延伸,投资者与东道国间的法律争议也从准入后扩展至准入

^① See Victorino J. Tejera Pérez, Diplomatic Protection Revival for Failure to Comply with Investment Arbitration Awards, 3 Journal of International Dispute Settlement, 2012, p. 465.

^② See Michelle Bradfield and J. C. Thomas, Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity? 30 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, 2015, pp. 635–664.

^③ 参见[英]切斯特·布朗:《国际裁决的共同法》,韩秀丽等译,法律出版社2015年版,第268页。

^④ See Theodore R. Posner and Marguerite C. Walter, The Abiding Role of State—State Engagement in the Resolution of Investor—State Disputes, in Jean E. Kalicki and Anna Joubin—Bret eds., Reshaping the Investor—State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century, Brill Nijhoff, 2015, p. 381.

^⑤ See David Gaukrodger and 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. 19.

前。传统的准入后型投资条约仅就投资保护争议提供投资仲裁和国家间仲裁的救济机制。而新近缔结的一些“准入前+准入后型”投资条约如《跨太平洋伙伴关系协定》则将投资仲裁和国家间仲裁拓展适用于投资准入争议。在这些新型投资条约下,虽然投资者、国家对投资准入争议均享有诉权,但是由国家提起诉讼能更有效地落实投资准入承诺。与准入后的征收补偿、投资待遇争议不同,投资者对准入争议的诉求可能不在于损害赔偿,而在于进入东道国市场。一方面,东道国禁止或限制外国投资准入的损害难以量化,投资者难以证明其损失的存在与大小。另一方面,投资仲裁庭无权要求东道国修改涉案措施,投资仲裁胜诉并不能为投资者进入东道国市场扫清障碍,相反可能造成投资者与东道国的进一步对立。相比较而言,国家间仲裁机制与世界贸易组织争端解决机制类似,更能促进缔约国间投资准入承诺的执行。如果东道国的一般性措施违背其在条约下的投资准入承诺,那么投资者母国可诉诸国家间仲裁,要求确认东道国措施违法并建议其修改涉案措施。

四、平衡国家间仲裁与投资仲裁的因应对策

国家间仲裁与投资仲裁的模糊关系在留有灵活发展空间的同时,也存在被争端当事方或仲裁庭滥用的风险,造成投资条约的适用困境。^①协调国家间仲裁与投资仲裁的责任不在于争端当事方、投资仲裁庭抑或国家间仲裁庭,而在于制定投资条约的国家。缔约国应同步改革投资仲裁机制、国家间仲裁机制,合理设计两者的衔接制度。

(一)维持“双轨”仲裁模式抑或走向“单轨”仲裁模式

虽然单轨制能够避免双轨制可能出现的管辖冲突,但是采取单轨制的投资条约并不多见。目前仅有《澳大利亚—马来西亚自由贸易协定》、《澳大利亚—美国自由贸易协定》、《日本—菲律宾自由贸易协定》等少数投资条约不包含投资仲裁条款。而完全舍弃国家间仲裁条款的投资条约尚没有先例。多数国家不愿取消投资仲裁条款,主要是担心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。^②而国家间仲裁作为投资条约的传统争端解决形式,仍具有投资仲裁无法取代的功能价值。因此,投资仲裁条款、国家间仲裁条款双轨并存仍将是投资条约的主流趋势。

(二)减少或避免投资仲裁与国家间仲裁的管辖冲突

在维持“双轨”仲裁模式的前提下,缔约国可采取以下策略避免或减少两种仲裁程序的管辖冲突。

1. 合理界定和分配两者的可仲裁范围。投资条约可进一步阐明投资仲裁、国家间仲裁的共享管辖范围及各自的专属管辖范围。专属管辖的范围越大,两者发生冲突的可能性也就越低。例如,中国、前苏联早期的投资条约多规定投资者仅可就征收补偿数额争议提交投资仲裁。《中国—日本—韩国投资协定》、《印度—新加坡自由贸易协定》等投资条约将有关金融审慎措施、国家安全措施等敏感领域的争议排除在投资仲裁管辖范围之外。因而征收补偿额以外的争议、有关金融审慎措施、国家安全措施的争议即落入国家间仲裁的专属管辖范围。

2. 明确“争议”的形成标准。在国际法实践中,“争议”通常被界定为“两方在法律或事实问题上的意见分歧,法律观点或利益的冲突”。^③证明“争议”存在的前提是“一方主张受到另一方的积极反对”。^④根据这种“积极对立”标准,一国无法通过单方主张制造“争议”,从而迫使其他国家卷入国际争端解决程序。但“积极对立”标准也使国家有机会通过消极应对阻碍“争议”的形成,从而规避国际争端解决程序。在“厄瓜多尔诉美国案”中,仲裁庭认为厄瓜多尔与美国之间不存在条约解释“争议”,因为美国拒绝回应厄瓜多尔

① 参见韩逸畴:《国际法中的“建设性模糊”研究》,《法商研究》2015年第6期。

② See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 American Journal of International Law, 2010, p. 192.

③ The Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), PCIJ 1924 (Series A, No. 2), p. 11.

④ South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, ICJ Reports 1962, p. 319.

的条约解释主张。美国的消极应对,阻却了“争议”的形成,从而排除了国家间仲裁程序。因此,如果坚持严格的“积极对立”标准,那么投资条约一方缔约国可对另一方缔约国的解释或适用主张保持沉默,从而阻却“争议”的产生,避免国家间仲裁的介入。

3. 禁止投资仲裁与国家间仲裁平行程序的出现。国家如果不希望相同投资争议被同时提交至投资仲裁和国家间仲裁,那么可在投资条约中予以明确。一些投资条约明确要求缔约国不得将已提交投资仲裁的投资争议另行提交国家间仲裁。例如,《土耳其—喀麦隆双边投资协定》第11条第8款规定,如果一项争议已提交投资仲裁且处于未决状态,那么就相同事项的争议不得提交国家间仲裁,但这不损害国家之间就该争议进行直接和有意义的协商。《美国—土耳其双边投资协定》第7条、《美国—喀麦隆双边投资协定》第8条等也有类似的规定。当然,投资条约也可以规定国家间仲裁程序排斥投资仲裁程序。1967年《保护外国人财产公约草案》第7条规定,只有当投资者母国表明不会提起国家间仲裁或在投资者书面请求后6个月内未提起国家间仲裁,投资者才可将争议提交投资仲裁。并且,在投资者提起投资仲裁之后,投资者母国可随时提起国家间仲裁,此时投资仲裁程序必须中止直至国家间仲裁程序结束。根据该规定,国家间仲裁程序的存在将阻碍投资仲裁程序的启动或进行。但实践中尚未有投资条约包含类似要求。

4. 设置投资仲裁与国家间仲裁平行程序的衔接机制。当投资条约没有一般性禁止投资仲裁与国家间仲裁的平行程序时,可在条约中设置平行程序的衔接机制,以避免或减少冲突。衔接机制可以是“硬性”要求,也可以是“弹性”安排。一些投资条约设置了平行程序的强制性衔接机制。当投资仲裁程序涉及特定事项时,投资仲裁庭有义务中止程序,等待相关缔约国或国家间仲裁庭作出权威决定,缔约国或国家间仲裁庭作出的决定对投资仲裁庭有约束力。^①这一机制可以将特定事项强制性导向缔约国或国家间仲裁庭,从而实现缔约国或国家间仲裁程序对投资仲裁程序的先决和过滤作用。例如,《北美自由贸易协定》第1415条规定,当投资者将金融服务投资争议提交投资仲裁而被诉东道国援引金融审慎措施例外抗辩时,投资仲裁庭应将此问题提交《北美自由贸易协定》自由贸易委员会作出决定;如果该委员会在60天内未能作出决定,那么根据投资者母国或东道国的要求,可将此问题提交国家间仲裁,国家间仲裁庭作出的裁决对投资仲裁庭有约束力。《中国—加拿大双边投资协定》第20条第2款也规定,当投资仲裁庭收到东道国的金融审慎措施抗辩时,仲裁庭应中止仲裁程序,向缔约双方寻求关于此问题的书面报告;如果缔约双方在60天内不能达成共同决定,那么任一缔约方应在30天内将此问题提交给国家间仲裁庭解决。国家间仲裁庭的裁定对投资仲裁庭具有约束力。可见,《北美自由贸易协定》、《中国—加拿大双边投资协定》在投资仲裁庭、全体缔约国、国家间仲裁庭之间设置了强制性衔接机制。一旦投资仲裁程序涉及金融审慎措施争议,则须按照“全体缔约国→国家间仲裁庭→投资仲裁庭”的先后顺序作出决定。需要注意的是,这一强制性衔接要求仅适用于金融领域。因此,对于非金融领域的投资争议,仍然可能出现投资仲裁程序与国家间仲裁程序平行冲突的情形。也有投资条约对投资仲裁与国家间仲裁的平行程序设置弹性衔接机制。例如,《欧盟—越南自由贸易协定》投资章节第3节第8条第8款规定,如果争端同时被提交至投资仲裁程序和国家间争端解决程序,那么投资仲裁庭应在听取争端当事方意见后,尽早在其决定、命令或裁决中考虑到国家间争端解决程序。为此目的,仲裁庭若认为有必要,则可中止其仲裁程序。根据这一规定,投资仲裁程序和国家间仲裁程序并存是条约允许的,但是投资仲裁庭在作出裁决前必须考虑国家间争端解决程序的因素。投资仲裁程序是否需要中止,以及国家间仲裁裁决具有何种效力均由投资仲裁庭自行裁量。

(三)同步改革投资仲裁程序规则与国家间仲裁程序规则

在多数投资条约中,投资仲裁与国家间仲裁的程序规则具有较高的相似度。投资仲裁条款与国家间仲裁条款对仲裁员选任机制、仲裁员任职资格、仲裁费用负担、仲裁裁决效力等的规定大同小异。与此同

^① See Becky L. Jacobs, A Perplexing Paradox: “De-Statification” of “Investor—State” Dispute Settlement? 30 Emory International Law Review, 2015, p. 45.

时,投资仲裁程序中存在的问题在国家间仲裁程序中也有所体现。^①例如,仲裁员的潜在利益冲突、仲裁程序的透明度不高、第三方参与程序的空间不大、裁决的纠错机制有限等。因此,国家在对投资仲裁程序进行改革的同时,也应当结合国家间仲裁程序的共性和异性特征对其进行同步改革。

1. 明确仲裁前置条件。仲裁前置条件的宽严决定着诉诸仲裁的难易程度。对于投资仲裁,很多投资条约规定了强制协商、当地救济等前置条件。一些新近缔结的投资条约还设置了 3 年诉讼时效、提前通知仲裁意向、仲裁请求不超出协商事项等条件。只有满足所有前置条件,投资者才可诉诸投资仲裁。而对于国家间仲裁的前置条件,多数投资条约的规定仍然相对简单。对此,缔约国可对比投资仲裁,进一步明确国家间仲裁的前置条件。例如,《东南非共同市场投资协定》(以下简称《东南非投资协定》)第 26 条、第 28 条、附件 A 第 5 条分别对投资仲裁、国家间仲裁设置了相同的前置条件,包括 6 个月的强制性协商要求、强制性调解程序、3 年诉讼时效等。当然,对于通过国家间仲裁提起外交保护诉请的,还须以投资者用尽当地救济为前提条件。这是习惯国际法中对外交保护诉请的法律限制,^②不论投资条约是否对此作出明示要求。

2. 建立滥诉过滤机制。对于投资仲裁,一些投资条约设计了避免投资者滥诉的机制。近期欧盟缔结的一些投资协定创设了明显缺乏法律价值、无法律根据诉求等快轨程序,允许投资仲裁庭在较早的环节驳回投资者的轻率诉讼。并且轻率诉讼也将作为投资者败诉后承担所有仲裁费用的考虑因素。^③国家间仲裁也存在滥诉的可能性。投资者母国可能将外交保护诉请包装为抽象的条约解释诉请,以规避用尽当地救济要求。东道国也可能单方面制造“争议”将投资者母国卷入国家间仲裁程序。对此,可考虑设置与投资仲裁类似的快轨程序,并将败诉方滥诉作为承担较高仲裁费用的考虑因素。例如,《中国—墨西哥自由贸易协定》第 28 条、《中国—古巴自由贸易协定》第 8 条授权国家间仲裁庭裁定一方当事国承担较高比例的仲裁费用。

3. 完善仲裁员委任机制和仲裁员行为准则。为了防止仲裁员的利益冲突,部分投资条约对仲裁员委任机制进行了改革,并纳入了仲裁员行为准则。具体而言,每案仲裁员须从缔约国事先同意的仲裁员名录中选任,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。这一改革也可扩展适用于国家间仲裁机制。例如,《东南非投资协定》附件 A 第 6 款规定,国家间仲裁庭的 3 名仲裁员均由东南非共同市场秘书长在收到仲裁通知后 30 天内从缔约国事先同意的仲裁员名录中选任,选任的仲裁员不得具有东道国或投资者母国国籍。

4. 增强仲裁透明度和第三方参与。当事方意思自治和仲裁程序的秘密性是商事仲裁的主要特征。投资仲裁实践仍然延续这些特征。投资者、东道国以外的第三人可能受到裁决结果的影响,但却难以知晓仲裁信息、无法获取仲裁文件,且没有机会表达意见。这引发了国家和市民社会对投资仲裁合法性、民主性的担忧。一些投资条约开始加强投资仲裁的透明度,要求仲裁文件向社会公开,强化非争端缔约国对仲裁程序的参与,允许第三方提交法庭之友陈述。国家间仲裁也面临相同的质疑。对此,缔约国可进一步增强国家间仲裁程序的透明度,允许作为利害关系方的投资者、社会公众提交法庭之友陈述,以确保国家间仲裁能够回应各方的利益诉求。例如,2012 年《美国双边投资条约范本》第 37 条第 4 款规定,投资仲裁透明度规则经必要的变通,适用于国家间仲裁。

5. 改进裁决纠错机制。2016 年公布的《欧盟—越南自由贸易协定》、《欧盟—加拿大自由贸易协定》首次就投资争议引入上诉机制,创设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。而东盟全面投资协定则参照世贸组织争端解决机制,对国家间争端设置了专家组、上诉机构两审机制。但

^① See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *State—State Dispute Settlement in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, 2014, p. 3.

^② See *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, ICJ Reports, 1989.

^③ 参见张庆麟:《欧盟投资者—国家争端解决机制改革实践评析》,《法商研究》2016 年第 3 期。

是,由于建立上诉机构往往以延缓程序、增加成本为代价,因此国际社会对于是否建立投资争议解决、国家间争议解决的上诉机制十分谨慎。

为了避免仲裁程序冗长致使案件久拖不决,缔约国可考虑设置严格的仲裁时限。例如,《欧盟—越南自由贸易协定》在设立上诉仲裁庭的同时,要求上诉仲裁庭须在6个月内作出最终裁决。由于国家间争议通常表现为抽象的条约解释、适用争议,不涉及个案投资损失的复杂事实,因此可考虑对国家间仲裁程序作出更为严格的规定。例如,《中—日—韩投资协定》第17条第5款规定自第3名仲裁员选定之日起180日内提交所有的文件并完成所有的听证,并在文件的最后提交日或全部听证结束日起60日内作出裁决。而《中国—加拿大双边投资协定》第15条第6款规定,仲裁庭应尽最大努力,在任命仲裁庭主席后的6个月内作出裁决。

当然,以上改革对策依然延续了投资仲裁、国家间仲裁双轨分立的模式,难以从根本上消除两者发生冲突的可能性。未来或可借鉴欧洲人权法院实践,由单一的争端解决机构对投资争议、国家间争议进行统一管辖。例如,《保护外国人财产公约草案》第7条规定,缔约国间有关条约的解释或适用争议、投资者与缔约国间的投资争议均可提交至公约所设立的仲裁法庭。但是,这能否为国际社会所接受还有待观察。

五、结语:投资条约争端解决机制的中国立场

投资仲裁、国家间仲裁均为执行投资条约承诺的“牙齿”。当投资仲裁被频繁启用而国家间仲裁“备而不用”时,两者间的冲突难以显现。但是,投资仲裁庭过分偏袒投资者、不断侵蚀国家规制主权的仲裁实践,使得一些国家开始寻求通过国家间仲裁平衡投资利益与非投资利益。国家间仲裁日益成为投资者母国、东道国给予外交保护、抵制投资仲裁不利结果的法律工具。这可能导致投资仲裁“牙齿”与国家间仲裁“牙齿”的相互攻击,威胁投资条约承诺的可靠性与可执行性。因此,有必要对两者间的模糊关系从法理和制度上予以明确。然而,与日益繁荣的投资仲裁研究形成鲜明对比的是,国内理论和实务界似乎不看重投资条约的国家间争端解决机制,认为无须就此“倾注太多笔墨”。完全倚重投资仲裁、忽视国家间仲裁,可能不利于保障我国在众多投资条约下的投资利益和国家主权。中国是投资条约实践的重要参与者,有着庞大的投资条约网络。在中国现行有效的104项双边投资协定及8项包含投资章节的自由贸易协定中,除《中国—泰国双边投资协定》、《中国—土库曼斯坦双边投资协定》、《中国—罗马尼亚双边投资协定》仅设置国家间仲裁条款外,其余条约均同时纳入投资仲裁条款与国家间仲裁条款。在未来的投资争端解决实践中,如何平衡投资仲裁与国家间仲裁将是中国无法回避的问题。一方面,当投资仲裁难以有效保护中国海外投资利益时,中国作为投资者母国能否通过国家间仲裁给予保护?另一方面,当外国投资者频繁利用投资仲裁挑战中国投资管制措施时,中国能否通过国家间仲裁进行法律防御?

为此,中国有必要及时跟进有关投资条约争端解决机制的国际立法动态,在今后的投资条约谈判中进一步阐明投资仲裁与国家间仲裁的关系,合理界定和分配各自的适用范围,确保两者的有效衔接与平衡。当然,完善投资条约争端解决机制是个系统工程,中国在未来投资条约谈判中还须坚持两个原则。首先,循序渐进原则。当缔约国对上述争端解决机制改革措施难以达成共识时,可通过选择性加入或选择性退出机制、强制性谈判条款、强制性磋商机制等途径为缔约国间的进一步谈判和磋商预留空间。例如,《中国—澳大利亚自由贸易协定》第9章第23条规定,自本协定生效之日起3年内,双方应启动谈判,以期建立上诉审查机制。这为中澳启动投资争端上诉机制的谈判设置了时限、预留了空间。其次,实体与程序相配合原则。争端解决机制并非投资条约的全部,试图通过争端解决机制解决所有条约的问题是不现实的。^①在改革投资仲裁机制、国家间仲裁机制的同时,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,以实现东道国、投资者母国、投资者等多方主体利益的合理平衡。

责任编辑 何 艳

^① 参见黄世席:《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起及因应》,《法商研究》2016年第4期。