



论国际投资和解协议的执行困局与中国应对

文 淑*

摘 要：投资调解是投资者与东道国争端解决机制改革的重点方向之一，但统一的国际投资和解协议执行机制的缺位严重阻碍了投资调解的运用与发展。目前国际投资和解协议通过合同之诉或转化为国内法院判决执行的难度大，转化为 ICSID 合意裁决时具有一定可执行性，转化为非 ICSID 合意裁决执行时易受制于执行地国的司法审查和商事保留。《新加坡调解公约》本身不排除适用于国际投资和解协议，且在执行方式和适用范围等方面取得了突破，但直接执行可能受到执行地国的两类保留声明、非金钱救济义务履行与公共政策审查的阻碍。此外，由于投资争端主体的特殊性，所有的执行机制均面临国家豁免抗辩的挑战。投资调解与“以和为贵”的中华优秀传统文化法律文化理念、“一带一路”多元化纠纷解决机制的建设需求高度契合。面对执行困局，中国应善用调解与仲裁有机衔接的转化执行机制，建立与《新加坡调解公约》配套的国内直接执行机制并适时调整国家豁免的立场。

关键词：投资调解 和解协议 新加坡调解公约 ICSID 公约 国家豁免

一 引言

投资仲裁通常是解决投资者与东道国间争端的首选机制，但近年来投资仲裁陷于“正当性危机”，^① 国际社会转向关注投资调解的争端解决价值与效用。调解机制具有程序灵活、节约成本、结果可控、利于维护合作关系等优势。^② 区别于过度保护投资者利益的投资仲裁，投资调解有助于东道国在调解方案制定中维护社会公共利益，维持投资者与东道国利益保护的平衡，可作为目前国际投资争端解决机制的替代或补充。^③ 近年来，新一代国际投资协定纳入

* 文淑，中国人民大学法学院国际法专业博士研究生。本文所用网络资源的最后访问时间均为 2023 年 7 月 15 日。

① See Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”, (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521, pp. 1521 – 1625; 陈安、蔡从燕：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版，第 165 页。

② Harvard Law Review, “Mediation of Investor-State Conflicts”, (2014) 127 *Harvard Law Review* 2543, pp. 2554 – 2556; Jack J. Coe, Jr., “Should Mediation of Investment Disputes Be Encouraged, and, If So, by Whom and How?”, in Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Martinus Nijhoff, 2010), p. 339.

③ See Nancy A. Welsh & Andrea K. Schneider, “The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration”, (2013) 18 *Harvard Negotiation Law Review* 71, p. 71.

了详细的调解条款,^① 国际组织相继制定投资调解规则。^② 《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 下文简称《新加坡调解公约》)为经调解产生的国际和解协议的执行提供了国际法依据。可见,国际社会对投资调解寄予很高的期望,期待其在国际投资争端解决中发挥更重要的作用。^③

然而,调解在国际投资争端解决实践中并未得到充分选用。截至2022年12月31日,国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 下文简称ICSID)登记的910件案件中,仅有13件提交调解程序。^④ 究其原因,学界普遍认为缺乏支持和解协议执行的正式法律框架阻碍了调解的推广和选用。^⑤ 国际投资和解协议是调解成功的结果,其可执行性事关调解价值与当事人利益的实现,统一的执行机制是保障投资调解确定性和可预测性最有效的方法。因此,从实现国际投资争端的迅速和多元化解、达成投资促进和投资可持续发展目标的角度来看,^⑥ 有必要对国际投资和解协议的执行困境予以关注,并提出纾解思路。

国际投资调解是学界近年来关注的热点话题之一。目前已有学者对调解在国际投资争端解决中的价值、运用现状和制度方面进行了研究,大部分学者指出国际投资和解协议可执行性的欠缺

① 《欧盟—加拿大CETA》(2017年)、《欧盟—越南IPA》(2019年)、《欧盟—新加坡IPA》(2018年)规定了详细的调解程序;《加拿大—摩尔多瓦BIT》(2018年)、《白俄罗斯—匈牙利BIT》(2019年)、《日本—摩洛哥BIT》(2020年)规定了启动调解程序的时限要求;《澳大利亚—印度尼西亚CEPA》(2019年)、《印度尼西亚—韩国CEPA》(2020年)、《毛里求斯—阿联酋BIT》(2015年)、《亚美尼亚—阿联酋BIT》(2016年)包含强制调解条款。See ICSID, “Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation”, pp. 2–6, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf.

② 包括《ICSID调解规则》(2022年版)(ICSID Conciliation Rules 2022)、《ICSID附加便利调解规则》(2022年版)(ICSID Additional Facility Conciliation Rules 2022)、《ICSID调解规则》(2022年版)(ICSID Mediation Rules 2022)、《国际律师协会投资争端调解规则》(International Bar Association Rules for Investor-State Mediation)、《国际商会调解规则》(2014年版)(International Chamber of Commerce Mediation Rules 2014)、《UNCITRAL调解规则》(2021年版)(UNCITRAL Mediation Rules 2021)等。ICSID机制下存在ICSID Conciliation Rules和ICSID Mediation Rules两种规则,两者的差异主要在于调解员的调解模式与参与程度,但在执行问题上二者区别不大。目前学界倾向于认为conciliation和mediation没有明确界限,可互换使用。因此,除非在个别特定情景外,本文所指的《ICSID调解规则》同时包含ICSID Conciliation Rules和ICSID Mediation Rules两种规则。See Michael E. Schneider, “Investment Disputes – Moving Beyond Arbitration”, in Laurence Boisson de Chazournes *et al.* (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Brill Nijhoff, 2013), pp. 119–151. 另参见漆彤、范晓宇:《国际投资争端调解机制的发展与制度困境》,载《中南大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第58—59页。

③ 据ICSID统计,有36%的案件以和解或中止方式结案,这表明至少部分提交至仲裁的投资争端可以受益于调解程序。See ICSID, “The ICSID Caseload-Statistics, Issue 2023–1”, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf.

④ ICSID, “The ICSID Caseload-Statistics, Issue 2023–1”, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf.

⑤ 2020 ISDS Mediation Working Group Report, “Unlocking Value Through Stakeholder Engagement: New Forms to Resolve Investor-State Disputes”, p. 8, <https://www.immediation.org/about/who-are-imi/ism-tf/>; Singapore International Dispute Resolution Academy, “International Dispute Resolution Survey: 2020 Final Report”, p. 20, <https://sidra.smu.edu.sg/sites/sidra.smu.edu.sg/files/survey/32/index.html>; Edna Sussman, “The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor-State Disputes”, (2014) 11 *Transnational Dispute Management* 1, p. 12; Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, (2014) 29 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 25, p. 37.

⑥ 参见余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,载《法商研究》2022年第1期,第70页;陶立峰:《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》,载《当代法学》2019年第6期,第37—49页。

在《新加坡调解公约》通过后将得到一定缓解,^①但较少关注《新加坡调解公约》如何适用及适用可能存在的问题,也未充分分析其他执行路径的可行性;也有学者从解读《新加坡调解公约》商事保留条款的角度简要提及了国际投资和解协议能否适用《新加坡调解公约》的问题,^②但系统性地审视国际投资和解协议的执行困局并提出应对策略的研究较为欠缺。因此,本文将从国际投资和解协议的传统执行路径及其局限入手,进而着重分析仲裁合意裁决转化执行路径的局限性,并探讨适用《新加坡调解公约》的直接执行路径对传统执行困局的突破,及适用该路径可能存在的执行问题,以期为中国在国际投资和解协议执行的路径选择与困局应对方面提出建议。

二 国际投资和解协议的传统执行路径及其局限

长期以来,选用调解解决争端的当事人在享受调解高度自治和程序灵活等优势的同时,也不得不面对经调解产生的和解协议缺乏跨境执行机制的问题。联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law,下文简称UNCITRAL)曾在2002年制定《UNCITRAL国际商事调解示范法》时提议为和解协议建立一个快速执行机制,但彼时各国分歧较大,委员会最终决定将协议的具体执行问题交由各国国内法处理。^③综观各国立法与实践,^④国际投资和解协议的执行主要通过以下3种路径实现,^⑤但3种路径均存在局限性。

- ① 参见漆彤、范晓宇:《国际投资争端调解机制的发展与制度困境》,载《中南大学学报(社会科学版)》2020年第5期,第62页、第65页;连俊雅:《国际投资争端解决机制改革中的调解及中国因应》,载《北方法学》2022年第3期,第126页、第129页;漆彤:《论〈新加坡调解公约〉对投资争端和解协议的适用》,载《南大法学》2022年第2期,第74—90页;石静霞、董暖:《“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》,载《武大国际法评论》2018年第2期,第21—22页;王寰:《投资者—国家争端解决中的调解:现状、价值及制度构建》,载《江西社会科学》2019年第11期,第172—180页。See also Adrian Lai & Matthew Suen, “Overcoming Challenges to the Use of Mediation in ISDS”, pp. 46–47, https://aail.org/wp-content/uploads/2020/11/2020_UNCITRAL_WGIII_Background_Paper_Session_1.pdf; Nadja Alexander & Shouyu Chong, “The Singapore Convention on Mediation: Origins and Application to Investor-State Disputes”, in Mahdev Mohan & Chester Brown (eds.), *The Asia Turn in Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2021), pp. 357–359; Josephine Hage Chahine et al., “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”, (2021) 32 *European Business Law Review* 769, pp. 769–800; Catherine Kessedjian et al., “Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement”, (2023) 14 *Journal of International Dispute Settlement* 192, p. 206; Nadja Alexander et al., *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary* (Kluwer Law International, 2nd edn, 2022), pp. 39–43.
- ② 参见张渝:《试析〈新加坡公约〉商事保留条款与中国的对策》,载《国际经济法论刊》2021年第4期,第99—100页;黄子淋:《〈新加坡调解公约〉政府保留条款的适用问题及中国因应》,载《商事仲裁与调解》2022年第2期,第72—73页。See also Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, (2019) 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1, pp. 22–23; Itai Apter & Coral Henig Muchnik, “Reservations in the Singapore Convention – Helping to Make the ‘New York Dream’ Come True”, (2019) 20 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1267, pp. 1271–1275.
- ③ 《UNCITRAL国际商事调解示范法》第14条;《UNCITRAL国际商事调解示范法及其颁布和使用指南》第87—91段。
- ④ 由于众多国家和国际商事争端解决机构将投资争端视为广义上的商事争端,因此下述规则既包含专门为国际投资争端解决设立的规则,也包含部分国际商事争端解决规则。为保证用词准确性,本文不可避免会使用“国际商事争端”一词,但笔者确认过本文所列举的“国际商事争端”规则均可适用于投资争端。
- ⑤ See Energy Charter Secretariat, “Guide on Investment Mediation (2016)”, p. 21, <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>; Eunice Chua, “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal* 572, pp. 577–584.

（一）视为普通合同依合同法申请执行

和解协议是当事人对调解结果达成的合意，任何人不得强迫当事人接受其不满意的解决方案。然而，调解程序的非强制性并不意味着和解协议的非强制性，和解协议对当事人至少应具有合同上的法律约束力。上述观点也得到了 UNCITRAL 和 ICSID 的支持，《UNCITRAL 国际商事调解示范法》起草委员会指出“和解协议具有拘束力和可执行性”。其中，“拘束力”一词反映了和解协议对当事双方产生了合同上的权利义务，“可执行性”一词反映了和解协议的义务可通过法院强制执行。^① 尽管《ICSID 调解规则》（2006 年版）（ICSID Conciliation Rules 2006）没有明确和解协议具有合同拘束力，但起草委员会认为合同拘束力已隐含在“协议”的内涵中。^② 需区分的是，ICSID 调解还会产出另一法律文书，即由调解员出具的调解委员会报告（Report of the Conciliation Commission）。^③ 该报告可能包含当事人最终达成的和解协议，但报告本身对当事人并不具有拘束力或执行力。^④

若将国际投资和解协议视为普通合同，则当协议执行受阻时，当事人需另行启动一项争端解决程序（如提起合同之诉或申请仲裁）以赋予和解协议强制执行力。^⑤ 以合同之诉为例，申请人需先在一国法院提起诉讼，等待受诉法院确定管辖权、准据法，对协议是否成立、有效等问题进行实质性审查并作出判决。在判决域外执行阶段，申请人还需根据相关国际条约或互惠原则向执行国提出承认与执行判决的请求，并等待执行地国法院的审查、裁定与最终执行。依此路径执行和解协议不仅过程复杂、程序冗长、成本高昂，而且外国法院判决的承认与执行机制也并不普遍，判决被拒绝执行的风险较高。^⑥

（二）转化为法院判决执行

为保障国际投资和解协议得到有效执行，一些国家和地区允许国际投资和解协议在经法院的司法确认或登记备案程序后，转化为具有强制执行力的法院判决，^⑦ 进而通过法院判决的执行机制予以执行。一国法院的确认或批准是国家行使司法主权的具体方式，体现了国家在一定程度上对调解的支持与监督。例如 2017 年新加坡《调解法》（Mediation Act 2017）规定，当事人可请求法院将和解协议记录为法院命令，经法院审查并记录为法院命令的和解协议可以以与法院判决或

① UNCITRAL 报告：《第二工作组第六十五届会议工作报告》，A/CN.9/896，第 12—13 页；目前已有 33 个国家根据《UNCITRAL 国际商事调解示范法》颁布立法，国家名单参见 https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status。

② Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd edn, 2009), p. 451.

③ 参见《ICSID 公约》第 34 条、第 35 条；《ICSID 调解规则》（2006 年版）（ICSID Conciliation Rules 2006）第 30—33 条。

④ Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, (2019) 6 *BCDR International Arbitration Review* 381, pp. 384–385.

⑤ 当事人为赋予和解协议强制执行力而申请仲裁，需组建仲裁庭、等待仲裁庭的实质性审查和作出仲裁裁决，仲裁裁决需域外执行的，还需根据外国仲裁裁决的承认与执行机制进行。当事人无疑陷入了违约—救济的循环，前期的调解程序失去意义。See Fatma Khalifa, “Mediation Use in ISDS”, (2014) 11 *Transnational Dispute Management* 1, p. 8.

⑥ Anna Joubin-Bret, “Investor-State Mediation (ISM): A Comparison of Recent Treaties and Rules”, in Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Martinus Nijhoff, 2014), p. 165.

⑦ 此处的判决包括法院判决、裁决和命令。

命令相同的方式执行；^① 加拿大安大略省法律规定，经高等法院登记备案的和解协议，具有与该法院判决同等的效力。^② 菲律宾也存在类似程序，当事人可向地区初审法院适格的书记员交存和解协议，需强制执行时由该法院即刻审理。^③

当国际投资和解协议经特定程序被转化为法院判决时，其跨境执行仍要受到有关外国法院判决承认与执行的双边、多边条约和执行地国国内法的约束。但现有条约或限于一定地域，或限于特定类型争端，或包含排除性或例外性规定，^④ 并不能减轻国际投资和解协议在执行上的复杂性和不确定性。

（三）转化为仲裁合意裁决执行

第三种执行路径是结合调解与仲裁程序，使国际投资和解协议转化为仲裁裁决执行，此时仲裁裁决被称为“合意裁决”（Consent Awards）。^⑤ 根据仲裁程序实际参与阶段的不同，调解与仲裁的结合可分为2种模式：一是“调解—仲裁”（Med-Arb）模式，当事人在达成和解协议后，专门设立一个仲裁庭并指定调解员为仲裁员根据和解协议作出合意裁决。^⑥ 但更多法域采用的是“仲裁—调解—仲裁”（Arb-Med-Arb）模式，只有在仲裁程序中达成的和解协议才能以仲裁裁决形式记录和执行。^⑦ 《UNCITRAL 仲裁规则》和《国际商会仲裁规则》均有类似规定，^⑧ 《ICSID 仲裁规则》也明确，若当事双方向仲裁庭提供完整的、经其签字的和解协议并向仲裁庭作出书面请求，仲裁庭可以以仲裁裁决的形式记录该协议；相对地，在仲裁程序前即已达成的和解协议，当事双方仅能请求秘书长发布中止程序的命令，该命令并不适用公约关于承认与执行的规定。^⑨

当国际投资和解协议转化为仲裁合意裁决时，依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States，下文简称《ICSID 公约》）及《ICSID 仲裁规则》作出的仲裁合意裁决（下文简称 ICSID 合意裁决），将依照《ICSID 公约》承认与执行；依据《UNCITRAL 仲裁规则》等其他仲裁规则作出的仲裁合

① 参见2017年新加坡《调解法》第12条。

② 参见2010年加拿大安大略省《商事调解法》第13条。

③ 参见2004年菲律宾《替代性争端解决法》第17条。

④ See Bobette Wolski, “Enforcing Mediated Settlement Agreement: Critical Questions and Directions for Future Research”, (2014) 7 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 87, pp. 95–96.

⑤ Yaraslau Kryvoi & Dmiry Dvydenko, “Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement”, (2015) 40 *Brooklyn Journal of International Law* 827, p. 828.

⑥ 法国、克罗地亚等国有类似规定，详见 Yaraslau Kryvoi & Dmiry Dvydenko, “Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement”, (2015) 40 *Brooklyn Journal of International Law* 827, p. 864.

⑦ Wolf von Kumberg, Jeremy Lack & Michael Leathes, “Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration: The Time to Introduce Mediation Has Come”, (2014) 29 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 133, pp. 133–141. 参见《UNCITRAL 国际商事仲裁示范法》第30条；《德国仲裁协会仲裁规则》（2018年版）第27条第4款；《瑞士商会商事调解规则》（2013年版）第24条；《新加坡国际仲裁中心—新加坡国际调解中心“仲裁—调解—仲裁”议定书》第1条。

⑧ 参见《国际商会仲裁规则》（2021年版）（International Chamber of Commerce Rules of Arbitration 2021）第16条、第33条；《UNCITRAL 仲裁规则》（2021年版）（UNCITRAL Arbitration Rules 2021）第36条。

⑨ 参见《ICSID 仲裁规则》（2022年版）（ICSID Arbitration Rules 2022）第55条。See also Ucheora Onwuamaegbu, “The Role of ADR in Investor-State Disputes Settlement, the ICSID Experience”, (2005) 22 *News from ICSID* 1, pp. 12–14.

意裁决（下文简称非 ICSID 合意裁决），将依照联合国《承认与执行外国仲裁裁决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards，下文简称《纽约公约》）承认与执行。

由于前2种执行路径的缺陷明显，也鉴于国际投资仲裁裁决执行机制在世界范围内的广泛影响力和丰富实践经验，下文将着重分析国际投资和解协议适用仲裁合意裁决转化执行机制的局限性。

三 国际投资和解协议转化为仲裁合意裁决执行的局限性

截至2023年7月，《ICSID公约》有158个缔约国，《纽约公约》有172个缔约国，^①二者均有超过半世纪的生效历史，从可供国际投资和解协议执行的地理范围和机制成熟度来看，仲裁合意裁决转化执行路径似乎具有一定优势。但事实上，国际投资和解协议首先要面临能否转化为合意裁决，及合意裁决可否适用《ICSID公约》或《纽约公约》的问题；其次，由于公约间执行机制的差异，执行合意裁决将面临不同程度的挑战。

（一）可转化为仲裁合意裁决执行的投资和解协议有限

首先，并非所有国际投资和解协议都可转化为合意裁决，仲裁庭对是否作出合意裁决具有自由裁量权。有观点认为，根据当事人意思自治原则，如果争端事项能够提交仲裁，那么仲裁庭就应尊重当事人的意愿解决争端（包括依据当事人的请求将和解协议转化为合意裁决）。^②但《ICSID仲裁规则》的措辞是仲裁庭“可以”（may）记录和解协议为仲裁裁决，《UNCITRAL仲裁规则》的规定是“经各方当事人请求并经仲裁庭接受”，^③这表明仲裁庭并没有义务根据当事人申请即作出合意裁决。原因在于，当事人基于意思自治原则具有选择调解以友好解决争端的权利，继而可以终止仲裁程序；但当事人并不具有将和解协议记录为仲裁裁决的决定权。此决定权为仲裁庭享有，仲裁庭可对在仲裁程序中产生的和解协议的有效性、合法性等作出审查，进而（不）作出合意裁决。实践中有仲裁庭基于和解协议超出仲裁协议范围，与合同法、反垄断法或所得税法相违等原因拒绝作出合意裁决。^④

其次，并非所有类型的合意裁决均能适用《ICSID公约》或《纽约公约》。大部分观点认为

① See ICSID, “Database of ICSID Member States”, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>; United Nations Treaty Collection, “Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=en.

② UNCITRAL, “Analytical compilation of comments by Governments and international organizations on the draft text of a model law on international commercial arbitration”, A/CN.9/263, p. 44, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/241/24/PDF/V8524124.pdf?OpenElement>.

③ 参见《ICSID仲裁规则》（2022年版）第55（2）（b）条；《UNCITRAL仲裁规则》（2021年版）第36条。

④ 例如在 *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* 案中，仲裁庭认为和解协议是投资者在被人身和经济胁迫下订立的，仲裁庭拒绝依据无效的和解协议作出仲裁裁决。See Sergey A. Voitovich, “Agreed Settlement v. Unfavourable Award in Investment Arbitration”, (2012) 13 *The Journal of World Investment & Trade* 718, pp. 725–726; Nadja Alexander et al., *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary* (Kluwer Law International, 2nd edn, 2022), p. 64.

经“仲裁—调解—仲裁”程序作出的合意裁决具有可执行性,^① 实践中 *Slovak Gas v. Slovak* 案、*EVN v. Macedonia* 案、*Trans-Global v. Jordan* 案和 *Vattenfall v. Germany* 案等案件的仲裁庭均将和解协议纳入仲裁裁决以便后续执行。^② 但经“调解—仲裁”程序作出的合意裁决不一定符合《ICSID 公约》或《纽约公约》对“仲裁裁决”的定义, 进而影响裁决在两公约下的执行。《ICSID 公约》背景下, 尽管公约本身没有关于合意裁决及其执行的规定, 但第 25 条规定“争端”(dispute) 的存在是进行公约意义上仲裁的客观必要前提, 若争端在仲裁程序启动之时已得到调解解决, 那么就不存在需要仲裁的“争端”, 也就无法适用 ICSID 裁决的执行程序。^③ 此外, 《ICSID 公约》项下仲裁应按照《ICSID 仲裁规则》进行, 而该规则仅对仲裁程序中达成的合意裁决作出规定。^④ 因此, 经“调解—仲裁”程序作出的合意裁决无法适用《ICSID 公约》予以执行。《纽约公约》背景下, 其文本并未定义“仲裁裁决”或提及“合意裁决”。有参会代表曾就合意裁决在公约下的适用问题展开过讨论, 但最终没有形成反映在公约中的意见。^⑤ 目前一部分学者认为不存在“分歧”(differences) 即不存在仲裁, 否则将会滥用仲裁程序, 破坏仲裁的“准司法性”;^⑥ 另一部分学者则认为公约第 1 (1) 条并未具体要求“分歧”产生的时间点, 因而并未明确禁止此类合意裁决的承认与执行;^⑦ 也有学者认为公约的措辞存在歧义, 呼吁 UNCITRAL 出台对公约的解释建议 (Recommendation regarding the interpretation of the New York Convention) 对该问题予以澄清。^⑧ 因此, 经“调解—仲裁”程序作出的合意裁决能否适用《纽约公约》仍存在争议。

- ① 参见《UNCITRAL 国际商事仲裁示范法》第 30 条。See also Edna Sussman, “The New York Convention Through a Mediation Prism”, (2010) 7 *Transnational Dispute Management* 1, p. 12.
- ② 据不完全统计, 经调解结案且披露了和解协议的案件有: *Slovak Gas Holding BV, GDF International SAS and E. ON Ruhrgas International GmbH v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/12/7, Settlement Deed of 14 December 2012; *EVN AG (Austrian) v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/10, Award of 2 September 2011; *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/07/25, Award of 8 April 2009; *IBM World Trade Corp. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, Award of 22 July 2004; *Lemire Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB (AF) /98/1, Award of 18 September 2000; *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award of 10 February 1999. 经调解结案但未披露和解协议的案件有: *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6; *Barmek Holding A. S. v. Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/16.
- ③ Wolf von Kumberg, Jeremy Lack & Michael Leathes, “Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration: The Time to Introduce Mediation Has Come”, (2014) 29 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 133, p. 140; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd edn, 2009), p. 826.
- ④ 参见《ICSID 公约》第 44 条;《ICSID 仲裁规则》(2022 年版) 第 55 条。
- ⑤ United Nations Economic and Social Council, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Report by the Secretary-General”, E/2822, pp. 7 – 10, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N56/097/62/PDF/N5609762.pdf?OpenElement>.
- ⑥ Yaraslau Kryvoi & Dmyry Dvydenko, “Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement”, (2015) 40 *Brooklyn Journal of International Law* 827, p. 866; Ellen E Deason, “Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?”, (2015) 22 *Dispute Resolution Magazine* 32, p. 33.
- ⑦ Harold I. Abramson, “Mining Mediation Rules for Representation Opportunities and Obstacles”, (2004) 15 *American Review of International Arbitration* 103, p. 108.
- ⑧ Edna Sussman, “The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement”, in Arthur W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Martinus Nijhoff, 2009), pp. 358 – 359.

(二) ICSID 合意裁决可执行性强, 但受到执行地国国家豁免法的制约

《ICSID 公约》在裁决的承认与执行上创设了一种“完整的、排他的、封闭的与成员国国内法绝缘的制度”,^① 因此 ICSID 合意裁决的执行基本排除了外部审查的可能。该公约第 53 条要求争端当事人认可裁决效力, 并排除当事人采取上诉或该公约外救济手段的权利, 这意味着东道国国内法院无权对裁决进行司法审查; 该公约第 54 条要求所有缔约国把 ICSID 合意裁决视为本国法院终审裁决一样加以承认与执行, 这排除了非争端缔约国国内法院对裁决的司法审查。根据该公约的签订历史和条文精神, 该公约也排除了在承认与执行阶段, 所有缔约国国内法院基于“公共政策”或国际法对裁决的审查。^② 尽管在 *Micula v. Romania* 案中, 罗马尼亚等欧盟成员国法院以 ICSID 裁决违反欧盟的公共政策为由拒绝执行, 但此为极少数个例, 属于欧盟法与国际条约的法律义务冲突问题, 该立场与《ICSID 公约》条文、目的和宗旨、缔约历史及大多数国家实践均不相符。^③

《ICSID 公约》的“裁决后救济措施”对 ICSID 合意裁决执行的影响非常有限。以裁决撤销程序为例, 一方面撤销程序仅限于在 ICSID 框架内进行且撤销理由的数量有限, “不具可仲裁性”“违反公共政策”等常被国际商事仲裁裁决执行法院援引的撤销理由, 并不构成 ICSID 合意裁决被撤销的理由; 另一方面撤销裁决的抗辩理由也难以适用于合意裁决的情景中。合意裁决产生于当事人经调解达成的和解协议, 并不取决于仲裁员对案件的事实认定和法律适用, 因此当事人无法援引“裁决未陈述其所依据的理由”来撤销裁决。即使当事人可援引“仲裁庭组成不当”“明显越权”等程序性理由, 当事人也可事先拟定弃权条款放弃其在后续程序中援引上述程序性抗辩的权利;^④ 从 ICSID 裁决撤销制度设计的目的来看, 撤销程序只是有限且“不寻常”的救济措施,^⑤ 近年来 ICSID 专门委员会对案件的撤销态度愈趋严格和谨慎, 在 2011—2021 年间结案的 240 起案件中, 作出拒绝撤销裁决决定的有 59 起, 而作出全部或部分撤销裁决的仅有 8 起。^⑥ 因此 ICSID 合意裁决较容易通过 ICSID 的内部审查并获得执行。

但值得注意的是, 根据该公约第 54.3 条和第 55 条, ICSID 合意裁决的执行仍受到执行地国有关国家豁免规定的管辖。这成为制约 ICSID 裁决执行的“阿喀琉斯之踵”。^⑦ 从豁免弃权的角度来看, 一国签订了含有 ICSID 争端解决条款的国际投资协定, 只意味着该国放弃仲裁管辖豁免

① Aron Broches, “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, (1987) 2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 287, p. 288.

② Albert Jan van den Berg, “Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Conventions”, (1987) 2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 439, p. 441.

③ George A. Bermann, “Understanding ICSID Article 54”, (2020) 35 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 311, pp. 311–344.

④ Ma Winnie Jo-Mei *et al.*, “Enforcing Cross-Border Mediated Settlement Agreements: Colloquium Held at Bond University Faculty of Law on 4 November 2013”, (2014) 7 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 3, pp. 14–16.

⑤ Aron Broches, “On the Finality of Awards: A Reply to Michael Reisman”, (1993) 8 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 92, p. 102.

⑥ ICSID, “2021 Annual Report”, p. 31, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_CRA_bll_web.pdf.

⑦ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2nd edn, 2009), p. 1154.

和裁决承认豁免，并不意味着放弃裁决执行的豁免，^① 执行豁免必须单独、具体和明示作出。^② 从豁免财产的角度来看，各国对商业财产是否享有执行豁免秉持不同立场，在商业财产认定、举证责任分配上存在较大差异，^③ 这造成了 ICSID 合意裁决执行具有相当的不一致性和不确定性。尽管国家豁免构成拒绝执行 ICSID 合意裁决的抗辩，但败诉国并不能被免除公约第 53 条遵守裁决和公约规定的国际义务，而大多数败诉国通常会出于维护国际声誉、慑于经济制裁的原因主动履行相应裁决。^④

除此以外，ICSID 执行机制并不利于合意裁决中非金钱义务的执行。《ICSID 公约》及其谈判历史虽明确 ICSID 仲裁庭有权作出非金钱救济裁决，^⑤ 亦要求所有缔约国承认裁决的所有内容，但公约第 54 条仅要求非争端缔约国强制执行裁决中的金钱义务，并不要求其协助执行裁决中的非金钱义务。这主要出于两个方面的考量：一方面其他缔约国强制执行非金钱救济的行为可能引发外交层面的严重争端；另一方面，要求其他缔约国承担其并非当事人的积极法律义务，尤其是强制执行另一国的非金钱救济义务，将超出该国司法管辖权，构成对他国国家主权的侵犯。^⑥ 但投资和解协议与 ICSID 仲裁裁决有所不同，正如杰斯沃德·萨拉科斯基（Jeswald Salacuse）所言，救济措施的多维性（multidimensional）是投资调解之于投资仲裁的一大优势，^⑦ 采取诸如延长特许合同期限、授予许可协议等非金钱救济措施可能更符合各争端方的利益取向，能够消解被诉东道国执行巨额金钱赔偿的负担，重塑争端方之间的友好合作关系。^⑧ 因此，该执行机制不能保障和解协议中非金钱义务的履行，^⑨ 可能对调解的价值和质量造成负面影响。

（三）非 ICSID 合意裁决可执行性弱，受到执行地国多重法律的规制

第一，非 ICSID 合意裁决要受到执行地国国内法院的司法审查，审查理由与国际投资和解协议属性并不匹配，不当限制了国际投资和解协议的执行。《纽约公约》第 5 条作为专门为商事仲裁裁决设计的审查理由，其并不一定契合投资合意裁决的审查需求。例如，第 5 条第 1 款第 2 项理由是当事人未被给予适当通知或申辩不能，该项通常被解读为“一方当事人向中立第

① 参见〔英〕伊恩·布朗利：《国际公法原理》，曾令良、余敏友等译，法律出版社 2003 年版，第 368 页。

② Frédéric Dopagne, “Waivers of Immunity from Execution”, in Tom Ruys *et al.* (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), pp. 100 – 101.

③ 范晓宇：《投资仲裁裁决执行的国家豁免困境、成因及出路》，载《武大国际法评论》2021 年第 3 期，第 118—140 页。

④ World Bank, “Operational Manual – Operational Policies: Disputes over Defaults on External Debt, Expropriation, and Breach of Contract”, March 2012, pp. 1 – 2, <https://policies.worldbank.org/en/policies/all/ppfdetail/1660>.

⑤ Christoph H. Schreuer, “Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, (2004) 20 *Arbitration International* 325, pp. 325 – 332.

⑥ Michelle Bradfield & J. C. Thomas, “Non-Pecuniary Remedies: A Missed Opportunity?”, (2015) 30 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 635, p. 642.

⑦ Jeswald Salacuse, “Is there a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”, (2007) 31 *Fordham International Law Journal* 138, p. 176.

⑧ 在 *Lemire v. Ukraine* 案中，当事方间达成的救济方式是由东道国为投资者颁发无线电频率和广播频道的许可证。See *Lemire Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB (AF) /98/1, Award of 18 September 2000.

⑨ Esmé Shirlow, “The Promises and Pitfalls of Investor-State Mediation”, in Lisa E. Sachs *et al.* (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019* (Oxford University Press, 2021), pp. 493 – 494.

三方提供的信息必须及时提供给对方当事人”，并可进一步引申为“中立第三方不得与一方当事人单独沟通”。^①但在调解中，调解员与当事人单独沟通是了解争端本质、探寻当事人底线和挖掘最优和解方案的重要方式，基于保密原则调解员也仅能在当事人同意时向另一方披露信息。^②若严格适用公约的正当程序审查标准，合意裁决很可能被拒绝执行。又如，第5条第1款第3项理由是裁决所处理争端超出当事人交付仲裁的范围，但基于调解的灵活性和自主性，和解协议很有可能并不限于仲裁协议划定的范围。^③若严格适用公约“超裁”的认定标准，大部分合意裁决也难以得到执行。当事人可在合意裁决中设置弃权条款来规避上述司法审查，^④但当事人无法规避执行地国法院以公约第5条第2款第2项“违反公共政策”为由的审查。一方面，公共政策例外条款可在审查和解协议的合法性方面发挥积极作用。和解协议转化为合意裁决后，虽形式上具有仲裁裁决的外观，但实质上仍是合同。尤其在当事人谈判能力悬殊的情况下，对合意裁决的审查理应纳入与合同法有关的抗辩事由以保证合意裁决的正当性。公约第5条第1款并不足以审查上述情形，但公共政策例外条款可在一定程度上弥补该缺陷。^⑤另一方面，由于各国对调解模式的偏好、对调解员职能的理解和对调仲程序的接受程度存在较大差异，^⑥各执行地国法院援引公共政策例外条款拒绝执行合意裁决的可能性较大。此外，公约并未规定仲裁员/调解员相关的审查理由。尽管执行地国法院可援引公共政策例外条款拒绝执行缺乏公正性或独立性的仲裁员作出的裁决，^⑦但公约欠缺明确统一的判断标准或因果关系证明。并且，对仲裁员的审查标准亦不适宜向调解员推行。这不利于规范调解员的行为与维护调解程序的公正。

第二，非ICSID合意裁决的执行受制于执行地国的国家豁免法。《纽约公约》并未明确以国家豁免作为拒绝承认与执行裁决的理由，但第3条规定缔约国“依援引裁决地之程序规则”予以执行。与执行ICSID合意裁决类似，执行非ICSID合意裁决也面临各国国家豁免制度差别迥异、适用不确定的问题。但近年来，执行豁免的“默示放弃”理论得到了一定支持。该理论认为一国同意仲裁构成对仲裁管辖豁免和执行豁免的放弃，有助于强化仲裁的争端解决效用和解决

① Brette L. Steele, “Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention”, (2007) 54 *UCLA Law Review* 1385, p. 1404.

② See Mark D. Bennett & Scott H. Hughes, *The Art of Mediation* (Wolters Kluwer Law & Business, 2005), pp. 123 – 126.

③ Silvia Constain, “Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape”, (2014) 29 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 25, p. 33.

④ Brette L. Steele, “Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention”, (2007) 54 *UCLA Law Review* 1385, p. 1407.

⑤ 公共政策例外条款包括程序性公共政策和实质性公共政策，违反程序性公共政策的情形包括裁决因受欺诈或贿赂引诱或受其影响作出、违反自然公正和正当程序等。See Pierre Mayer & Audley Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, (2003) 19 *Arbitration International* 249, p. 256.

⑥ 调解可被分为评估型调解 (Evaluative Mediation) 和协助型调解 (Facilitative Mediation) 两种模式，尽管调解在实践中表现为两种模式的交织，但不同的国家确实对调解模式有不同的侧重。由此也引发了各国对调仲程序正当性的争议，以及对调解员和仲裁员角色混同的质疑。参见熊浩：《语境论视野下的〈新加坡调解公约〉与中国商事调解立法：以调解模式为中心》，载《法学家》2022年第6期，第19—21页。See also Christine Sim, “Conciliation of Investor-State Disputes, Arb-Con-Arb, and the Singapore Convention”, (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal* 670, pp. 702 – 703.

⑦ UNCITRAL, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958) (United Nations Publication, 2017), p. 253.

“主权与正义”的利益竞争问题。^① 在 *Creighton v. Qatar* 案中，法国最高法院根据《国际商会仲裁规则》（1988年版）第24条“通过将争端提交国际商会仲裁，双方当事人应被视为已承诺及时执行仲裁裁决”认定，卡塔尔方同意国际商会仲裁不仅构成对管辖豁免的放弃，也构成对执行豁免的放弃。^② 但目前，该理论和实践并未占据主导地位。^③ 然而，与投资仲裁相比，出于和解协议可控、对东道国监管权影响微弱等原因，东道国可能更有意愿在投资调解程序中与投资者签订执行豁免弃权条款。^④ 例如在 *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago* 案和 *Slovak Gas v. Slovak* 案中，当事国与投资者在投资合同/和解协议中签订了类似条款，保障了和解协议的顺利执行。^⑤

第三，非 ICSID 合意裁决的执行受限于《纽约公约》缔约国作出的商事保留声明。公约调整的是国际商事仲裁裁决的执行问题，但大多数国家倾向认定东道国与投资者因投资产生的争端本质上是一种商事争端，因此大部分国际投资仲裁裁决可适用公约获得承认与执行。但为鼓励更多国家批准公约，公约第1条第3款赋予了缔约国作出商事保留的权利。若执行地国是作出商事保留声明的公约缔约国，非 ICSID 合意裁决就无法在《纽约公约》体系下得到执行。

四 《新加坡调解公约》对国际投资和解协议 传统执行困局的突破及其局限

在传统执行路径下，国际投资和解协议面临的执行困境在于：视为普通合同执行时，当事人需重启一项争端解决程序，时间冗长且成本高昂，降低了当事人求诸调解的动力；转化为法院判决执行时，尚不完备的外国判决承认与执行机制使执行难度大、受限多；转化为合意裁决执行时，一则可适用仲裁合意裁决执行机制的和解协议比较有限，二则该执行机制与和解协议并不完全兼容，因此也不是执行国际投资和解协议的最佳路径。大部分国际投资和解协议的执行仍处在无法可依的困局中。

恰逢其时，2018年12月《新加坡调解公约》问世，其是一部规范经调解达成的国际和解协议跨境执行的多边公约。截至2023年7月，已有56个国家签署公约，11个国家批准公约。^⑥ 但

① Mees Brenninkmeijer & Fabien Gélinas, “Execution Immunities and the Effect of the Arbitration Agreement”, (2020) 37 *Journal of International Arbitration* 549, pp. 549 – 588.

② See Albert Jan van den Berg, “*Creighton Limited v. State of Qatar*”, in Albert Jan van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXV – 2000* (Kluwer Law International, 2000), p. 458.

③ 即使是部分法国学者也认为该案裁决与法国最高法院早先在 *Eurodif v. Iran* 案中的裁决相悖，破坏了明示放弃执行豁免的要求。See Mees Brenninkmeijer & Fabien Gélinas, “The Problem of Execution Immunities and the ICSID Convention”, (2021) 22 *The Journal of World Investment & Trade* 429, pp. 429 – 458.

④ Harris Bor, “ADR Possibilities in Investor-State Disputes”, (2007) 73 *Arbitration: The International Journal of Arbitration* 90, p. 100.

⑤ See Lester Nurick & Stephen J. Schnably, “The First ICSID Conciliation: *Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago*”, (1986) 1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 340, pp. 344 – 349; *Slovak Gas Holding BV, GDF International SAS and E. ON Ruhrgas International GmbH v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/12/7, Settlement Deed of 14 December 2012.

⑥ See United Nations Treaty Collection, “Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=en#EndDec.

公约针对对象是国际商事和解协议，公约能否适用于国际投资和和解协议？若适用，公约能否突破国际投资和和解协议的传统执行困局？适用公约又将面临什么执行障碍？上述问题的解答均需结合公约及投资实践分析。

（一）《新加坡调解公约》本身不排除国际投资和和解协议的适用

《新加坡调解公约》第1条规定“公约适用于调解产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议，和解协议在缔结时具有国际性”。这表明适用公约的国际投资和和解协议需满足“商事性”和“国际性”的要求。

就“商事性”而言，首先，公约本身并未给“商事”一词下定义，但与公约同时制定的、被视为可获知公约起草者意图的《UNCITRAL 国际商事调解和调解所产生的和解协议示范法》（2018年版）对“商事争端”作了广义解释。商事争端涵盖所有由具有商业性质关系所引起的争端，包括投资争端。^①其次，公约第8条设置了商事保留条款，赋予缔约国声明保留其政府实体所签和解协议不适用公约的权利。这暗示了除非缔约国作出明确的商事保留，否则缔约国政府与外国投资者间达成的和解协议可适用本公约的缔约意图。^②再次，缔约谈判的准备资料显示，UNCITRAL 第二工作组曾提议将公约的适用范围限定在“企业间的商事和解协议”，但该提议并未得到采纳。这从侧面印证了政府实体属于公约调整主体范围的观点。^③此外，《ICSID 调解规则》（2022年版）已与《新加坡调解公约》的要式要求保持一致，以便经《ICSID 调解规则》（2022年版）产生的和解协议可受益于《新加坡调解公约》的执行框架。^④可见，国际投资和和解协议本身并没有被排除在公约所述的“商事”和解协议范畴之外。

就“国际性”而言，公约采纳的是当事人营业地标准。当和解协议当事人营业地设在不同国家，或和解协议主要义务履行地/所涉事项关系最密切地与当事人营业地属于不同国家时，该协议即具有“国际性”。然而，国际投资和和解协议的一方为投资者，国际投资协定判断适格投资者时一般采纳国籍标准或资本控制标准，并不采纳营业地标准；一方为东道国政府实体，更不存在“营业地”之说。因此，单从文义解释的角度而言，国际投资和和解协议并不符合公约“国际性”的要求。但本文认为这属于公约案文的语义瑕疵，可以通过对公约的进一步解释得到合理澄清。从上下文解释的角度，公约第1条第2—3款通过“负面清单”规定了明确不适用公约的争端范围，该范围并不包括投资争端；第8条商事保留条款事实上也默认了政府实体可以作为和解协议的当事人而不受其不存在“营业地”的影响。从目的解释和补充资料解释的角度，UNCITRAL 第二工作组第68届会议资料显示，有国家提出第1条与第8条存在文义矛盾，但工作组认为其在起草第1条时具有对该条作广义解释的意图，默认公约的“当事人”包含政府实体，因此并不存在矛盾。^⑤但工作组的说法确实存在漏洞，其忽略了对“当事人”的解释应建立

① 《UNCITRAL 国际商事调解和调解所产生的国际和解协议示范法》（2018年版）第1（1）条，脚注1。

② See Ana Ubilava, *Mediation as a Mandatory Pre-condition to Arbitration* (Brill Nijhoff, 2023), pp. 115 - 116; Nadja Alexander et al., *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary* (Kluwer Law International, 2nd edn, 2022), p. 263.

③ UNCITRAL 报告：《解决商事争议：国际商事调解/调停所产生的和解协议的可执行性——对〈贸易法委员会关于安排仲裁程序的说明〉的修订 从各国收到的评论意见》，A/CN.9/WG.II/WP.188，第3页。

④ Frauke Nitschke, “Amicable Investor-State Dispute Settlement at ICSID: Modernizing Conciliation and Introducing Mediation”, (2019) 6 *BCDR International Arbitration Review* 381, pp. 410, 427.

⑤ UNCITRAL 报告：《第二工作组第六十八届会议工作报告》，A/CN.9/934，第12页。

在“营业地”标准上的前提。该语义瑕疵也和工作组借鉴《纽约公约》对政府实体的处理方式有关。《纽约公约》的商事保留条款着眼于争端法律关系的商事性，仲裁裁决的主体是否为政府实体并不直接决定其是否适用公约。因此《纽约公约》正文并未对政府实体是否适用作出规定。但《新加坡调解公约》的商事保留条款着眼于争端主体的商事性，本应对政府实体是否适用作出正面回答，却延续了《纽约公约》的默认方式，因此引起了误解。通过上述条约解释可知，《新加坡调解公约》对“国际性”的用语规定并不具有排除国际投资和解协议适用的意图。

（二）《新加坡调解公约》对国际投资和解协议传统执行困局的突破

首先，《新加坡调解公约》赋予了国际投资和解协议可执行性。和解协议不再需要通过合同之诉或转化为法院判决、仲裁裁决等具有强制执行力的法律文书。这充分节约了当事人的时间和金钱成本，提振了当事人选用调解解决投资争端的信心。^① 公约第3条第1款规定，和解协议当事人应按照本国程序规则和公约规定条件执行和解协议，并未附加其他条件作为执行前置程序，这表明和解协议可直接作为执行的依据。第2款强调了当事人可在其他程序中援引和解协议主张争端已解决，这意味着和解协议具有比普通合同更高的抗辩效果。可以说《新加坡调解公约》巧妙协调了各国法律制度间的差异，虽未对和解协议的法律效力作出认定，但赋予其“一事不再理”的约束力及在缔约方的可执行性。^② 在《纽约公约》《ICSID公约》生效前，仲裁制度几乎也处于与现行调解制度类似的尴尬境地。彼时，仲裁裁决常因缺乏法律上的认可和执行保障机制而存在被肆意推翻的危险。但两公约成功赋予了仲裁裁决可执行性，仲裁制度在争端解决领域的蓬勃发展无疑为《新加坡调解公约》赋予和解协议可执行性提供了强有力的支撑。

其次，《新加坡调解公约》的适用范围广泛，除成功转化为法院判决或仲裁合意裁决的国际投资和解协议，其他类型的国际投资和解协议在满足有限的形式要求后均可适用公约执行。一方面，公约第1条和第2.3条对“调解”“和解协议”采取广泛定义，为单独使用调解规则产生的国际投资和解协议[如依据《ICSID调解规则》（2022年版）^③或《UNCITRAL调解规则》（2021年版）达成的和解协议]的执行提供了法律依据。另一方面，为避免《新加坡调解公约》与《ICSID公约》《纽约公约》等的适用范围重叠，导致平行程序，公约第1.3条排除了“经法院批准或在法院程序中订立的且可作为法院判决执行”的和解协议、“已记录在案且可作为仲裁裁决执行”的和解协议的适用，但并未排除所有在司法程序或仲裁程序期间达成的和解协议的适用。当且仅当协议可作为法院判决或仲裁裁决执行时，才不属于公约规制范畴。当事人在仲裁程序中达成的、但仲裁庭拒绝作出合意裁决的和解协议，或是无法适用仲裁裁决执行机制的合意裁决（如经“调解—仲裁”模式产生的合意裁决），或是因执行地国法律而不具有可执行性的和解协议（如在中国申请执行仲裁庭依据《UNCITRAL仲裁规则》作出的合意裁决）均可适用公约执行机制。

① Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, (2019) 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1, pp. 9–11.

② 孙南翔：《〈新加坡调解公约〉在中国的批准与实施》，载《法学研究》2021年第2期，第159页。

③ See ICSID, “Termination of the Conciliation – ICSID Convention Conciliation (2022)”, <https://ICSID.worldbank.org/procedures/conciliation/convention/termination-of-conciliation/2022>; ICSID, “Termination of the Mediation – ICSID Mediation (2022)”, <https://ICSID.worldbank.org/procedures/mediation/termination-of-mediation/2022>.

再次,《新加坡调解公约》不予执行和解协议的审查事由反映了国际投资调解及国际投资和解协议的特性,可对国际投资和解协议进行适当和有效审查。公约第5条拒绝准予救济的理由包括依当事人申请并证明的理由和执行主管机关依职权审查的理由。与《纽约公约》侧重对仲裁裁决作出程序正当性的审查相比,《新加坡调解公约》充分考虑到了调解的灵活性与自主性,更加注重对和解协议可执行性的审查。这具体体现在公约创造性地设计了与和解协议有关的审查理由(和解协议条款不具有约束力或非终局、和解协议义务不明确或无法理解、准予执行有悖和解协议条款)和与调解员有关的审查理由(调解员严重违反适用于调解员或调解的准则、调解员未履行披露义务),以保障和解协议的确信性与正当性。整体而言,《新加坡调解公约》的审查理由中既没有过多对和解协议实质问题的审查,也没有包含与和解协议属性不匹配的程序性审查条款。

从更宏观的视角来看,《新加坡调解公约》不仅有望提高投资调解的利用率,^①而且有助于保障投资和解协议的执行。有观点认为,国际商事争端中私人主体间自动履行和解协议的意愿强烈,公约效用不明显;而国际投资争端中东道国更容易受政府更迭、政府官员变动或国家政策变化的影响而毁约,公约从国际法层面约束和威慑了东道国的履行行为,^②可在国际投资争端解决中发挥更实质的作用。此外,2023年3月,UNCITRAL第三工作组第45届会议审议了可纳入各国国内法的《关于调解的条文草案》和可为各国开展投资调解提供指导和教育的《投资争端调解准则草案》,上述文件均要求当事人订立的和解协议符合《新加坡调解公约》的形式要求,^③在一定程度上彰显了国际社会对此执行路径的认可。

(三) 国际投资和解协议适用《新加坡调解公约》执行的局限性

1. 保留条款可排除公约执行机制对国际投资和解协议的适用

《新加坡调解公约》第8条规定了“商事保留条款”和“选择适用保留条款”。国际投资和解协议能否适用公约获得直接执行将取决于缔约国是否及如何作出保留声明。一方面,若缔约国作出商事保留声明,则在声明限度内该国政府实体所签订的和解协议不适用公约。缔约国可排除涉及政府实体的全部争端对公约的适用,也可针对性地将公约适用于特定的政府机关或个人签订的和解协议,或限于特定类型的包含政府实体的和解协议。如此,缔约国与投资者间达成的部分或全部和解协议可能就无法适用《新加坡调解公约》。另一方面,缔约国可作出选择适用保留声明。缔约国可声明将和解协议是否适用交由当事人明示,仅在和解协议当事人明确选择适用的情况下公约才适用。该条将允许缔约国在个案基础上适用公约,投资者与缔约国每达成一个特定的和解协议均需获得缔约国的批准。这为缔约国创造了以和解协议的终局性和可执行性为保障的谈

① Nadja Alexander & Shouyu Chong, “The Singapore Convention on Mediation: Origins and Application to Investor-State Disputes”, in Mahdev Mohan & Chester Brown (eds.), *The Asia Turn in Foreign Investment* (Cambridge University Press, 2021), pp. 357 - 360; Surya Kapoor, “Singapore Convention Series: How Does The Singapore Mediation Convention Affect International Dispute Resolution? ISDS Perspective”, <https://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/11/15/singapore-convention-series-how-does-the-singapore-mediation-convention-affect-international-dispute-resolution-isds-perspective/>.

② James M. Claxton, “Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes: No Pressure, No Diamonds?”, (2020) 20 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 78, p. 88.

③ UNCITRAL 报告:《投资人与国家间争端解决制度的可能改革:关于调解的条文草案》, A/CN.9/WG.III/WP.226, 第7页; UNCITRAL 报告:《投资人与国家间争端解决制度的可能改革:投资争端调解准则草案》, A/CN.9/WG.III/WP.227, 第10页。

判筹码,供其在调解中与投资者讨价还价。^①因此,当缔约国作出该保留声明时,不仅可能增添投资者选用调解解决投资争端的顾虑和负担,还可能加剧《新加坡调解公约》适用的不确定性。

2. 国际投资和解协议中的非金钱救济难以获得执行地国的执行

《新加坡调解公约》规定缔约国应执行国际投资和解协议中的非金钱救济,但缔约国主管机关难以强制当事国政府履行和解协议中的非金钱义务。与《ICSID 公约》缔约国仅须执行仲裁裁决的金钱救济不同,《新加坡调解公约》第1条明确执行范围涵盖和解协议的整体,并不区分金钱和非金钱救济,也不允许缔约国对此作出保留。因此,缔约国有义务执行国际投资和解协议中的非金钱救济。这是《新加坡调解公约》根据和解协议的特点作出的合理安排。与仲裁裁决不同,和解协议当事人纳入何种救济措施及其执行方式由当事人共同把握,双方当事人特别是东道国自然不会在和解协议中设定履行不能或过度限制自身规制权的非金钱救济。但实践中,若和解协议当事国拒绝履行,其他缔约国的国内法院是否有权颁布命令强制该国政府履行和解协议中的非金钱义务,仍存在疑问。^②这使得《新加坡调解公约》缔约国陷入要么违反条约义务,要么涉嫌过度侵犯他国主权的两难境地。建议当事人争取在和解协议中达成默认条款,明确当非金钱义务无法履行时,和解协议当事人应予履行的金钱赔偿数额。

3. 国际投资和解协议的执行易受执行地国公共政策审查的影响

《新加坡调解公约》第5.2条包含公共政策例外条款,如果公约当事方主管机关认为“准予救济将违反公约该当事方的公共政策”,则可拒绝救济。该措辞与《纽约公约》的公共政策例外条款保持一致,并未采纳 UNCITRAL 第二工作组将“公共政策”限缩为“国际公共政策”的提议,目的在于方便缔约国法院沿用《纽约公约》生效以来解释公共政策例外条款形成的惯例。^③由此可推断,当国际投资和解协议适用《新加坡调解公约》时,执行地国主管机关对该条款的解释和适用有较大的自由裁量权,特别是在公共政策包括国家安全和国家公共利益事项已得到广泛共识的基础上;^④还可能存在执行地国主管机关依赖国际商事仲裁裁决和国际商事和解协议的“商事化”司法审查经验来审查国际投资和解协议的问题。与在 *BG v. Argentina* 案、*Crystallex v. Venezuela* 案和 *OAQ Tatneft v. Ukraine* 案中面临的执行困境类似,国内法院在对投资仲裁裁决进行公共政策审查时,并未充分考虑到国际投资争端在主体身份、争端性质、争端事项、价值取向(如“支持仲裁”原则、效率优先理念)上与国际商事争端的不同,^⑤未能妥善协调国家利益与投资者利益,对国际投资仲裁甚至国际投资法治带来的负面影响。与此同时,《新加坡调解公约》工作组明确公共政策包括实体性公共政策和程序性公共政策,^⑥因此也要警惕当事国主管机关以程序性公共政策为借口拒绝执行,致使投资者合法利益受损。建议各缔约国对公共政策例外条款严格化适用、结合国际投资和解协议的特点专业化适用,UNCITRAL 可编纂《〈新加坡调解

① Mark E. Appel, “A Done Deal, for States and Investors? The New United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, (2019) 1 *Journal of Enforcement of Arbitration Awards* 1, p. 12.

② 漆彤:《论〈新加坡调解公约〉对投资争端和解协议的适用》,载《南大法学》2022年第2期,第84页。

③ UNCITRAL 报告:《第二工作组第六十四届会议工作报告》,A/CN.9/867,第21页。

④ UNCITRAL 报告:《第二工作组第六十八届会议工作报告》,A/CN.9/934,第11页。

⑤ 肖芳:《国际投资仲裁裁决司法审查的“商事化”及反思——以美国联邦最高法院“BG公司诉阿根廷”案裁决为例》,载《法学评论》2018年第3期,第152—162页;蔡从燕:《国际投资仲裁的“商事化”与“去商事化”》,载《现代法学》2011年第1期,第152—162页。

⑥ UNCITRAL 报告:《第二工作组第六十四届会议工作报告》,A/CN.9/867,第21页。

公约》判例法汇编》供各国在解释和适用该条款时参考借鉴。

4. 国际投资和解协议的执行易受国家执行豁免抗辩的阻碍

从法理角度,既然一国同意调解并与投资者达成和解协议,则该国应被视为同意承受因此产生的一切后果,包括放弃其在调解程序中的管辖豁免与执行豁免。在进行投资调解时,与由仲裁庭审理和作出的投资仲裁裁决相比,投资和解协议的投资者与当事国的意思自治性更强,对和解协议拥有最终决定权,若当事国或执行地国仍能以执行豁免为由拒绝执行协议,无疑不符合逻辑以及公平正义的价值观。然而,和解协议的执行自动排除执行豁免的适用亦不现实。一方面《新加坡调解公约》第3条规定缔约国应按照本国程序规则执行和解协议,意味着执行可能受到执行地国国家豁免法的影响。UNCITRAL工作组在谈判中确认“公约不影响或干涉国家赔偿责任或国家豁免权在国际公法方面的应用”^①,似乎意在表明由公约来统一排除执行豁免规则的时机尚不成熟,因此仍将执行豁免问题交由各执行国判断。另一方面,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》及多国立法要求放弃执行豁免需明示作出,^②即使存在执行豁免默示放弃可能的《美国外国主权豁免法》和《加拿大国家豁免法》也并未将和解协议的达成作为默示放弃豁免的情形之一。^③在公约中保留国家的执行豁免权主要基于两方面的考虑:政治上,执行外国财产将使该国的实际利益受损,通常被视为对外国主权构成严重干涉,国内法院倾向于对执行豁免持审慎态度;经济上,一国反对执行豁免的主张会吓阻外来投资、降低本国对外国投资者的吸引力。^④因此,执行豁免的解释仍取决于执行地国的国内法,这可能导致国际投资和解协议的执行请求无法落实。

五 国际投资和解协议执行困局的中国应对

调解是中华优秀传统文化文化的代表之一,“以和为贵”“止讼息争”的价值理念是现代调解制度的源泉。国内层面,中国已形成以人民调解为主脉、多种调解模式相结合的特色调解法律制度;^⑤国际层面,2023年2月中国发起共建国际调解院,表明中国将引领首个专门以调解解决国际争端为目的的政府间国际组织和相关国际规则的构建。聚焦国际投资争端解决,中国近年来亦积极主张发展和推广投资调解机制。在国内法律体系中,《中华人民共和国外商投资法》已纳入外商投资企业投诉工作机制,为外国投资者与中国政府就潜在争端的调解提供平台。国际投资协定上,中国向UNCITRAL提交的投资者与国家间争端解决(Investor-State Dispute Settlement,下文简称ISDS)机制改革意见明确支持建立更有效的投资调解制度;^⑥中国订立的国际投资协定也从不排除调解在“冷静期”条款中的适用,转向明确纳入调解条款。^⑦例如,《中

① UNCITRAL报告:《第二工作组第六十五届会议工作报告》,A/CN.9/896,第10页。

② 参见2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第19(a)条;1978年《英国国家豁免法》第13(3)条;1972年《欧洲国家豁免公约》第23条。

③ 参见1978年《美国外国主权豁免法》第1609—1611条;1982年《加拿大国家豁免法》第11条。

④ 张潇剑:《论ICSID仲裁裁决的承认与执行》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期,第146页。

⑤ 龙飞:《“多元化纠纷解决机制”正铺开宏伟画卷》,载《人民法院报》2017年10月17日,第2版。

⑥ UNCITRAL报告:《投资人与国家间争端解决制度可能的改革——中国政府提交的意见》,A/CN.9/WG.III/WP.177,第4页。

⑦ 中国与坦桑尼亚、乌兹别克斯坦和荷兰签订的BITs明确可利用调解解决投资争端,参见《中国—坦桑尼亚BIT》(2013年)第13.1条;《中国—乌兹别克斯坦BIT》(2011年)第12.1条;《中国—荷兰BIT》(2001年)第10.3条。

国—哥伦比亚 BIT》不仅允许调解，还允许在争端的任何时间点诉诸调解，^① 创设了独立的调解选项（stand-alone option for mediation）。^② 《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》投资协议则更进一步，规定调解机制是解决投资者与东道国间争端的主要手段，排除了投资仲裁的适用，并制定了详细的投资争端调解程序规则和调解机构与调解员名单。^③

由此可见，中国正在大力发展国际投资调解制度。鉴于国际投资和解协议的执行机制是国际投资调解制度有效运行的关键，中国存在构建与完善国际投资和解协议执行机制的紧迫现实需求。目前，各国采纳的执行机制各异，传统与新兴执行机制各有优缺点。为促进国际投资和解协议在中国的全面与高效执行，有必要在充分认知各类执行机制的基础上对国际投资和解协议的执行困局作出因应。一方面，中国可根据目前的国际机制供给、执行困难程度和国家核心诉求作出恰当的机制选择，既包括对传统机制的利用，又包括对新兴机制的取舍；特别是在中国已签署《新加坡调解公约》的背景下，需要对是否批准公约进行多方论证和利弊权衡，批准公约能否促进涉中国国际投资争端的有效解决应该成为权衡的要素之一。另一方面，应优化国内制度设计和通过合理的法律解释适用，克服或缓解相应国际机制的执行局限，为中国国际投资调解制度的发展保驾护航。

（一）充分利用传统执行路径，最宜采纳《ICSID 公约》转化执行

目前，中国暂无明确解决涉外调解问题的法律法规，也无专门的商事或投资调解规则。在此背景下，国际投资和解协议在国内现有法律制度下仅具有合同属性，其可执行性还未得到法院的特殊保护。有学者认为《中华人民共和国人民调解法》确立的司法确认制度可沿用至国际商事和解协议，^④ 但该制度主要运用于社区民事纠纷，以“半官方性”、非职业化为特点。^⑤ 即使其可适用于部分国际商事和解协议，也与国际投资和解协议的纠纷属性和调解原理相差甚远，笔者对司法确认制度的适用持保留意见。此外，《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》明确当事人可向国际商事法庭申请执行经国际商事调解机构调解达成的和解协议，^⑥ 但目前国际商事法庭排除了国际投资争端案件的受理，^⑦ 因此该路径也不能为国际投资和解协议执行提供便利。本文仅能结合《中华人民共和国民事诉讼法》（下文简称《民事诉讼法》）和最高院答复意见中关于承认外国法院调解相关法律文书案件的有关精神，^⑧ 推断经外国

① 参见《中国—哥伦比亚 BIT》（2008 年）第 9.3 条。

② ICSID, “Overview of Investment Treaty Clauses on Mediation”, p. 6, https://ICSID.worldbank.org/sites/default/files/publications/Overview_Mediation_in_Treaties.pdf.

③ 《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》投资协议第 19 条、第 20 条；该协议下设投资争端调解程序，详情请见：https://www.tid.gov.hk/sc_chi/cepa/investment/files/mediation_sc.pdf；经双方共同认可的调解机构及调解员名单：https://www.tid.gov.hk/sc_chi/cepa/investment/mediation.html。

④ 参见张艳、房昕：《〈新加坡调解公约〉下我国商事调解协议的执行力问题研究》，载《法律适用》2021 年第 5 期，第 43—45 页。

⑤ 参见刘加良：《非诉调解协议司法确认程序的实践误区及其矫正》，载《政治与法律》2018 年第 6 期，第 140—151 页。

⑥ 参见《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》第 13 条、第 15 条、第 17 条。

⑦ 《国新办举行新闻发布会详解“一带一路”国际商事争端解决机制机构意见》，最高人民法院官网，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-104492.html>。

⑧ 《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院和解权判决书等法律文书的请示的复函》，[2010] 民四他字第 56 号。

法院或仲裁机构调解达成的和解协议在转化为法院确认的判决、裁定或仲裁裁决后，中国法院可按照《民事诉讼法》第288—290条规定，承认其效力。换言之，目前国际投资和解协议在中国的执行，主要可以通过法院判决转化执行机制或仲裁合意裁决转化执行机制实现。

就中国承认与执行外国法院判决的制度而言，中国在国际法制层面缔结的双边或多边司法协助条约十分有限，在国内法制层面对互惠原则仅作抽象规定且司法实践适用严苛。^①这将导致中国利用法院判决转化执行机制执行和解协议的限制较多。至于仲裁合意裁决转化执行机制，中国在批准《纽约公约》时作出商事保留声明，明确将投资争端排除在外。因此，非ICSID合意裁决无法在中国适用《纽约公约》予以承认与执行。尽管有学者认为中国在近年对外签署国际投资协定时有将《纽约公约》作为承认与执行投资仲裁裁决依据的缔约实践，一定程度上扭转了中国对“商事保留”的态度，^②但非ICSID合意裁决的执行还面临着执行地国的司法审查等一系列考验，当事人依据《纽约公约》在中国申请非ICSID合意裁决的执行必定困难重重。

中国是《ICSID公约》缔约国，在签订的大部分国际投资协定中均有“将投资争端诉诸《ICSID公约》及《ICSID仲裁规则》仲裁”的表述。与其他传统执行机制相比，适用《ICSID公约》自成一体的执行机制较为容易实现经国际投资和解协议转化的ICSID合意裁决的执行。不止于此，调解与仲裁相结合的争端解决模式具有中国特色，是为国际社会解决国际商事投资争端供给的“中国方案”，^③并已在“一带一路”倡议和中国涉外仲裁机构的运作中得到有效运用和输出。^④在此背景下，可以兼容投资调解与仲裁程序、可保障调仲成果落地的多边条约依据——《ICSID公约》的重要性不言而喻。因此，通过《ICSID公约》实现国际投资和解协议的转化执行是中国政府及中国投资者目前最可行和务实的选择。但国内立法需进一步明确国际投资仲裁裁决在中国的执行问题（如指定适当法院或其他机关，作为受理经ICSID秘书长认证的裁决书等相关材料的主管机关），以履行《ICSID公约》第54条和第69条规定的国际义务。

（二）适时批准《新加坡调解公约》，保障国际投资和解协议直接执行

考虑到《ICSID公约》转化执行机制的适用范围有限，大部分国际投资和解协议依然无法在中国得到快速有效执行，因此需分析《新加坡调解公约》直接执行机制的必要性和可行性。国内学界和实务界对中国应否批准公约的看法不一，^⑤从中国国际投资和解协议执行机制的建构视角而言，本文认为公约为国际投资和解协议执行构建了多边条约框架，在可执行性、执行方式、适用范围和司法审查理由方面取得重大突破，大大节约了当事人的时间、金钱和精力。中国批准公约，有利于增强中国调解制度对外国投资者的吸引力，为“一带一路”建设营造良好的营商

① 徐伟功：《我国承认与执行外国法院判决制度的构建路径——兼论我国认定互惠关系态度的转变》，载《法商研究》2018年第2期，第171—182页。

② 张建：《国际投资争端仲裁裁决在中国法院的承认与执行——兼论国家豁免立场的现代转型》，载《司法改革论评》2020年第1期，第327—332页。

③ See Wang Guiguo & He Xiaoli, “Mediation and International Investment: A Chinese Perspective”, (2012) 65 *Maine Law Review* 215, pp. 215–236.

④ 参见顾维遑：《论调仲作为中国跨境商事及投资争议的多元化纠纷解决方式》，载《国际法研究》2022年第4期，第102—105页。

⑤ 参见蔡伟：《〈新加坡调解公约〉的困境与应对》，载《清华法学》2022年第2期，第193—208页；孙巍：《就加入〈新加坡公约〉几点疑虑的回应》，中伦律师事务所官网，<https://www.zhonglun.com/Content/2019/04-30/1100050624.html>。

环境,^① 丰富与完善中国涉外投资法治,也有利于中国在公约解释与实践方面创造先例,提升中国在国际投资争端解决规则制定中的话语权。尽管公约并非为国际投资和解协议量身定制,但其适配度可以通过国内投资调解配套制度予以优化。有效应对公约执行国际投资和解协议的不足,亦是为公约在中国落地创造条件。

第一,中国需完善与公约相匹配的投资调解立法。首先,公约直接赋予国际投资和解协议可执行性,突破了国内法对非诉和解协议的定性。因此,需要立法明确国际投资和解协议的法律性质,认可其独立的法律救济功能和直接执行效力。其次,应根据公约规定的执行条件,在国内构建起具体的执行规则,措施包括明确可调解解决的争端事项、确定负责执行的主管机关(包括确定级别管辖和地域管辖法院)、认可个人调解的效力、细化当事人申请执行的文件要求、明确主管机关司法审查的范围和事项、构建调解员准则等。^② 在批准公约前,可考虑在最高人民法院国际商事法庭、自贸区、自贸港等地区法院先试先行,为国际投资和解协议提供独立的司法救济渠道。

第二,建议中国在批准公约时不作出“商事保留”声明。^③ 首先,确保投资调解成果可执行符合中国双向投资大国的现实需求,中国涉外法治水平与政府治理能力足以应对涉政府实体的投资纠纷;其次,若国际投资和解协议在中国的执行得不到保障,那么将大大降低投资调解的吸引力,争端又回流到投资仲裁下,东道国规制权得不到充分维护;再次,声明商事保留的作用有限。由于公约并未规定互惠保留,普惠机制决定了和解协议的执行主要取决于执行地国的商事保留态度。中国作出商事保留并保护他国政府财产在中国境内不被执行时,并不能确保在角色对调时,未作商事保留的执行地国主管机关不执行中国政府财产,这造成了国际投资和解协议在跨境执行上的不对等。此外,有观点认为国家豁免抗辩与商事保留条款的功能相似,国家豁免抗辩可替代商事保留条款。^④ 然而,该观点成立的前提过于局限。实际上商事保留条款赋予了缔约国更多的灵活性。若缔约国声明将公约适用于特定的政府机关或个人签订的和解协议,并明确其权限范围,则产生了利用声明将部分政府实体参与的和解协议纳入公约执行框架的效果,^⑤ 也利于投资者明确参与调解的政府实体及其权限范围。^⑥ 因此不能基于国家豁免抗辩与商事保留条款功能相似这一理由作出不予商事保留的判断。

① 有观点认为与投资条约仲裁相比,投资调解制度在灵活性、维护合作伙伴关系和可操作性上与“一带一路”倡议的本质更契合。See Mark McLaughlin, “Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement”, (2021) 24 *Journal of International Economic Law* 609, pp. 611–616.

② 参见连俊雅:《〈新加坡调解公约〉下中国国际商事和解协议执行机制的构建》,载《长江论坛》2022年第3期,第69—78页。

③ 截至2023年7月,共有11个国家批准了《新加坡调解公约》,白俄罗斯、格鲁吉亚、沙特阿拉伯等5国作出“商事保留”声明,格鲁吉亚、伊朗和哈萨克斯坦共3国作出“选择适用保留”声明。See United Nations Treaty Collection, “Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en#EndDec.

④ 黄子淋:《〈新加坡调解公约〉政府保留条款的适用问题及中国因应》,载《商事仲裁与调解》2022年第2期,第69—81页。

⑤ Josephine Hage Chahine *et al.*, “The Acceleration of the Development of International Business Mediation after the Singapore Convention”, (2021) 32 *European Business Law Review* 769, pp. 792–793.

⑥ UNCITRAL第三工作组认为,明确参与调解和负责遵守和解协议的政府实体及其权限范围非常重要,因为投资通常涉及中央和地方的多个政府实体,且可能涉及多项不同的法律文书,包括投资合同、投资法以及双边和多边投资条约等。参见UNCITRAL报告:《投资人与国家间争端解决制度的可能改革:投资争端调解准则草案》,A/CN.9/WG.III/WP.227,第12页。

第三,建议中国批准公约时考虑作出“选择适用保留”声明。有学者认为该保留条款要求当事人作出双重同意,一重是对和解协议条款的同意,一重是对和解协议适用于公约的同意。该规定与善意原则和禁反言原则不符,是对当事人意思自治的“过度保护”,^①也可能增加公约适用的不确定性。但也有学者认为,在当事人对和解协议的可执行性缺乏有效认识、各国国内法体系尚未有效对接公约直接执行机制的背景下,^②由当事人明确作出是否适用公约的同意具有一定合理性。于中国而言,在中国选择不予商事保留的基础上,可考虑作出选择适用保留声明。这能够为国内立法部门、司法机关和实务部门了解和对接国际投资调解制度及其执行机制争取一定时间,有利于当事人增加对和解协议可执行性的认识,也为中国司法机关是否依据公约审查和解协议提供明确的标准,即只有当事人明确同意时才适用该公约。而且,公约允许缔约国随时提出或撤回保留,^③中国可根据保留的实际效果及时作出调整。

(三) 转变中国国家豁免立场,维护中国利益

国家执行豁免具有法律和政治外交的对立统一性,这在一定程度上促使《ICSID公约》《纽约公约》和《新加坡调解公约》均将国家执行豁免问题交由各执行地国的国家豁免规则处理,并不因为仲裁裁决与和解协议的性质差异而在执行豁免方面作出特别规定。因此无论是在《ICSID公约》《纽约公约》项下执行仲裁合意裁决,还是在《新加坡调解公约》项下直接执行和解协议,均可能受到国家执行豁免抗辩的阻碍。这体现了主权平等与领域管辖这两项国际法原则间的紧张关系,^④也体现了主权国家在保障国家利益与善意参与公私经贸投资交往中的矛盾心理。

于中国而言,牵涉中国利益的国际投资和和解协议可分为两类:一类是中国与外国投资者达成的和解协议,一类是中国投资者与外国政府达成的和解协议。若中国坚持绝对豁免立场,和解协议的执行将存在以下困难:对于前者,中国除应积极履行协议约定的义务外,难免存在因国内调解制度或机构权限不完善导致执行不能的情况。由于中国法院不受理针对中国国家财产的执行之诉,这可能将剥夺外国投资者在中国申请执行和解协议的权利和损害外国投资者的正当期望和信赖利益,^⑤无益于中国实现国际投资主要目的国的目标。其次,绝对豁免效力只及于中国境内财产,若外国投资者到第三国申请执行中国海外财产,执行将取决于第三国的国家豁免立场,与中国的国家豁免立场无关。对于后者,由于中国不受理以外国国家为被告或针对外国国家财产的案件,在东道国不主动履行时,中国投资者无法向中国法院申请执行该国位于中国的财产,中国投资者的合法利益无从保障。但近期公布的《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》反映出中国转向限制豁免立场的趋势。一方面,草案明确外国国家因包括投资在内的商业活动引起的诉

① Timothy Schnabel, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, (2019) 19 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1, pp. 56–58; 包康赞:《〈新加坡调解公约〉的“后发优势”与中国立场》,载《武大国际法评论》2020年第6期,第25页。

② Itai Apter & Coral Henig Muchnik, “Reservations in the Singapore Convention – Helping to Make the ‘New York Dream’ Come True”, (2019) 20 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 1267, pp. 1277–1279.

③ 参见《新加坡调解公约》第8(3)条。

④ 何志鹏:《主权豁免的中国立场》,载《政法论坛》2015年第3期,第72页。

⑤ 参见黄进、杜焕芳:《国家及其财产管辖豁免立法的新发展》,载《法学家》2005年第6期,第9页。

讼、因投资仲裁裁决引起的诉讼在中国法院不享有管辖豁免,^① 这为当事人依据投资和解协议或投资仲裁合意裁决在中国提起执行之诉提供了便利,有利于维护和塑造中国负责任大国的国际形象。另一方面,草案充分参考了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》关于执行豁免的规定,明确外国国家财产享有执行豁免的一般原则和严苛的例外条件,这意味着必要时中国法院可充分利用执行豁免明示放弃规则和商业财产例外规则,^② 拒绝与国家利益不符的和解协议的执行。另外,草案拟采用对等原则,^③ 可防范他国在中国海外财产执行之诉中恣意否定国家豁免的行为。^④ 由此可见,草案所持立场和相关规定有利于保障中国在国际投资和解协议执行中处理国家豁免问题的灵活性,也有利于切实维护中国的国家利益和投资者利益。

除此以外,面对国际投资和解协议执行的现实困难,中国投资者也宜未雨绸缪以降低执行豁免带来的不利影响:其一,在启动调解程序或协商订立和解协议时,请求东道国确定其可用以强制执行的商业财产清单或将特定财产排除;其二,在调解中利用优势地位和谈判能力,鼓励东道国同意在和解协议中列入准确清晰的执行豁免弃权条款,用语可借鉴 ICSID 示范条款的规定;其三,与东道国协商建立备用信用证或类似安排,使和解协议中的金钱救济得以例行化落实。^⑤

六 结语

适用调解解决投资者与东道国间争端,不仅是对 ISDS 机制当前危机的回应,亦彰显了全球治理理念和可持续发展理念。解决经调解产生的国际投资和解协议的执行问题关涉调解成果的实现,对国际投资调解制度的发展具有重要影响。《新加坡调解公约》出台前,国际层面缺乏规范和解协议跨境执行的统一法律文件,国际投资和解协议的执行主要通过合同之诉、转化为法院判决或是转化为仲裁合意裁决实现。前两种执行路径的程序复杂、成本高昂,多边条约和互惠关系的缺漏导致法院判决的跨境执行困难重重。第三种执行路径主要通过适用《ICSID 公约》或《纽约公约》实现,《ICSID 公约》建立的相对自治独立的裁决执行机制有利于合意裁决的执行;《纽约公约》的裁决执行机制是规范商事仲裁裁决执行的机制,司法审查制度和商事保留条款限制了合意裁决的执行。《新加坡调解公约》在和解协议执行路径上取得突破,构建了统一的直接执行机制,是法律全球化和全球治理观的重要体现。《新加坡调解公约》本身可适用于国际投资和解协议,但要警惕执行地国“商事保留”和“选择适用保留”声明的限制、执行地国执行非金钱救济的困难和公共政策司法审查的影响。与此同时,主权国家参与投资争端解决实践必然带来国家豁免的执行难题。

在困境与发展机遇并存的时代,中国应将东方调解文化与西方现代调解制度相结合,积极探

① 参见《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》第7条、第12条。

② 参见《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》第13(1)条、第13(3)条。

③ 参见《中华人民共和国外国国家豁免法(草案)》第20条。

④ 徐树:《中国国家豁免立法中的对等原则:概念内涵、法理依据及制度设计》,载《国际法研究》2022年第2期,第35—38页。

⑤ Jack J. Coe, Jr., “Settlement of Investor-State Disputes through Mediation – Preliminary Remarks on Processes, Problems and Prospects”, in Raymond Doak Bishop (ed.), *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns* (JurisNet, LLC, 2009), pp. 100 – 103.

索建立既符合国际潮流又具有中国特色的国际投资调解制度，特别在构建和完善国际投资和解协议执行机制方面，应充分利用现有的投资仲裁裁决转化执行机制，健全对接《新加坡调解公约》的国内投资调解配套制度，转变国家豁免立场和践行限制豁免规则。这不仅有利于涉中国国际投资争端的友好解决，助力“一带一路”国际法律服务，更有利于传承和发扬中华优秀传统文化^①和提升中国在国际投资争端解决规制中的话语权。

The Enforcement Dilemma of Settlement Agreements Resulting from Investor-State Mediation and China's Response

Wen Shu

Abstract: Investor-state mediation is one of the key directions for investor-state dispute settlement reform, but the lack of a unified enforcement mechanism for settlement agreements resulting from investor-state mediation has seriously hindered the use and development of investor-state mediation. At present, the enforcement of settlement agreements resulting from investor-state mediation could be arduous through contractual litigation or conversion into court judgments. Settlement agreements resulting from investor-state mediation have certain enforceability when converted into ICSID consent awards, but are susceptible to judicial reviews or commercial reservations by the enforcing states when converted into non-ICSID consent awards. The Singapore Convention on Mediation does not preclude the application of settlement agreements resulting from investor-state mediation and makes breakthroughs in terms of enforcement mechanism and scope of application, but there are still obstacles to enforcement, such as the impact of commercial reservations and opt-in reservations by contracting states, the difficulty of enforcing non-pecuniary remedies and the public policy reviews by enforcing states. In addition, all available enforcement mechanisms are challenged by state immunity defenses due to the particularity of the subjects of investor-state disputes. Investor-state mediation is highly compatible with China's traditional legal culture concepting "peace is precious" and the construction need of the Belt and Road Initiative for diversified dispute resolution mechanisms. Confronting the obstacles in the enforcement of settlement agreements resulting from investor-state mediation, it is advised that China should make good use of existing enforcement mechanism by combing mediation and arbitration, establish a direct enforcement mechanism compatible with the Singapore Convention on Mediation and adjust its position on state immunity in a timely manner.

Keywords: Investor-State Mediation, Settlement Agreements Resulting from Mediation, Singapore Convention on Mediation, ICSID Convention, State Immunity

(责任编辑：谭观福)

① 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2022 年版，第 42 页。