

投资者—国家争端解决机制的革新与国家的“回归”

朱明新*

摘要：国家的“离开”是各国解决国际投资争端的基本特点，表现为程序方面投资者—国家仲裁逐渐取代了传统的外交保护，实体待遇方面某些条款的模糊性将国家缔约权让与了私人主导的投资仲裁庭。在构建投资者—国家仲裁机制时，理论上认为该机制的唯一功能在于解决争端，但据此构建的制度框架无法匹配国际司法机关的多重功能。仲裁造法、裁决不一致以及限制国家管制权等现象日益突出，使得各国普遍质疑现行投资者—国家仲裁机制的妥当性。欧盟拟创设的投资法院体系模式代表了国际投资争端解决的新趋势，体现了国家在投资争端解决程序和实体待遇方面正在寻求“回归”。认识国际司法机关的多功能性、承认国际司法机关的司法造法可能性，并且利用缔约方的政治立法权限制国际司法机关的司法造法，有助于构建更适当的国际投资争端解决机制。

关键词：国家“回归” 投资者—国家争端 欧盟 投资法院体系

政治风险是外国投资者从事跨国投资面临的重要风险，较之基于市场产生的商业风险，外国投资者应对由于东道国政府产生的政治风险要困难得多。以市场为基础的利益共同体机制、政府或私人保险机制、规定了可进行国际仲裁的投资合同机制以及国际投资条约机制均可以在一定程度上预防或降低这些政治风险。^①在上述应对投资政治风险的机制中，投资条约被认为是最为可靠的。投资条约中的投资者—国家仲裁程序虽然被认为是投资条约中最重要的创新，^②但是因其导致国家的管制权受到严格限制^③以及将外国私人利益凌驾于内国公共利益之上而饱受争议。革新投资者—国家仲裁程序成为晚近学术研究的热点，诸如构建投资仲裁上诉机构，^④构建更一致

* 苏州大学王健法学院讲师。本文系江苏高校哲学社会科学研究项目（项目号：2015SJB530）的阶段性研究成果。

① See Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), pp. 6–7.

② 有学者认为投资者—国家仲裁并不是现代投资条约的创新，只不过是投资条约化时代被具体化而已。See Jason Webb Yackee, “The First Investor-state Arbitration? The Suez Canal Dispute of 1864 and Some Reflections on the Historiography of International Investment Law”, in Stephan W. Schill, Christian J. Tams and Rainer Hofmann (eds.), *International Investment Law and History* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018), pp. 70–101.

③ See Aikaterini Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law* (Baden-Baden: Beck/Hart, 2014), pp. 123–188.

④ See Barton Legum, “Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes”, in Karl P Sauvart (ed.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 231–239.

性投资仲裁体制,^① 强化国家在投资者—国家仲裁程序中的作用,^② 重塑投资者—国家仲裁程序^③ 以及重新控制投资条约体系^④等。

通过对诸多改革方案的研究与分析,笔者认为,在一定程度上国家在投资条约缔结和争端解决程序中的“离开”,是当前国际投资法存在的缺陷之一。国家“离开”实质上“私人化”了投资仲裁程序,使得投资仲裁员控制了国际投资法的运作。^⑤ 投资条约缔结者已经意识到这一缺陷,并努力从实体待遇^⑥和程序待遇两个层面寻求国家“回归”。本文以欧盟投资法院体系为视角,分析国家“回归”争端解决程序的路径。主要围绕以下问题展开:第一部分分析国家在投资争端解决程序中的“离开”以及投资者—国家争端解决(investor-state dispute settlement,以下简称ISDS)的构建;第二部分分析以私法范式为基础的ISDS体制的运作及其诱发的过度保护投资者的偏好,国家管制权受到限制的投资条约缔结者开始改革,并寻求国家“回归”投资争端解决程序的路径;第三部分以欧盟投资法院体系为例,分析国家如何“回归”投资争端解决程序。结语部分指出,需要对国际司法机关性质进行重新定位,承认国际司法机关的司法造法权,并利用缔约国在国际层面的政治立法权限制国际投资仲裁庭的恣意造法。

一 国家“离去”与ISDS构建

国际法框架下,针对个人(自然人和法人)遭受不法行为损害的救济大体经历以下四个阶段:中世纪的私人报复救济规则;现代民族国家形成后的“炮舰外交学说”;第一次和第二次海牙和会创设的通过外交保护进行的和平解决争端模式;赋予私人直接诉诸于国际法院或仲裁庭的创新模式。^⑦ 随着《联合国宪章》的生效与国际法诸领域的碎片化发展,和平解决争端框架下的外交保护和私人直诉国际司法机关的争端解决方式成为受不法行为侵犯的外国人可以选择的方案。第二次世界大战后,经济全球化的纵深发展使肇始于国家共存时期的“瓦特尔假设”,即外

① See Roberto Echandi and Pierre Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2013), pp. 389 – 456; also see Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration* (Leiden: Brill-Nijhoff, 2017), pp. 333 – 451.

② See Shaheez Lalani and Rodrigo Polanco Lazo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (Leiden: Brill-Nijhoff, 2014), pp. 241 – 349.

③ See Jean E. Kalicki and Anna Joubin-bret (eds.), *Reshaping the Investor-state Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2015), pp. 569 – 889.

④ 具体包括从投资程序方面、实体待遇方面以及投资政策与趋势方面构建国家重新控制投资条约体系的建议,参见 Andreas Kulick, “Reassertion of Control: An Introduction”, in Andreas Kulick (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), pp. 3 – 29.

⑤ See Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Brussels/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012), pp. 36 – 50.

⑥ 国家在实体待遇方面的“回归”主要表现为国际投资协定逐渐从第一代条约转向第二代条约。表现形式为通过采取详细定义加附件方式,制定投资实体待遇条款和限制相关条款适用范围,限制仲裁庭的自由裁量权。本文重在研究国家“回归”争端解决程序。

⑦ See Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 7 – 12.

交保护学说及其实践已经不再适合国家间合作的国际法之需要,^① 争端解决的去政治化和转向法律化成为主流趋势, 虽然法律化方法固有其不足之处。^②

(一) “去政治化”与国家“离去”

在国际关系逐渐法律化的大背景下, 国际投资争端解决程序开始逐渐背离传统的国家间充满政治色彩的外交保护模式, 走上了法律化的道路, 以避免国家间由于外交保护可能引发政治对抗。

1. 外交保护学说的缘起及其不足

外交保护学说有其根源, 瓦特尔 (Vattel) 指出: 不友好对待一国公民间接损害该公民之母国, 该母国必须保护该公民。^③ 根据该学说, 当外国违反了国际法义务, 不恰当对待外国国民时, 母国可以采取国际法非禁止之方式襄助本国国民之申诉。^④ 后经过常设国际法院在“巴勒斯坦特许权案” (Mavrommatis)^⑤ 的系统阐述和国际法委员会的编纂努力,^⑥ 外交保护现在已经成为了国际法的一个确定性原则。^⑦ 通常而言, 外交保护具有两大条件: 持续国籍要求和用尽当地救济。就国际投资者而言, 外交保护使投资者处于东道国和母国的双重专断 (double arbitrariness) 之下。^⑧ 具体表现为, 一方面, 用尽东道国当地救济是提起外交保护的前提条件; 另一方面, 外交保护权是母国一项权利而非义务, 国家对于是否襄助受损投资者享有自由裁量权, 母国可能为了维护与施害国间良好外交关系拒绝受损投资者请求; 母国取代国民以自身名义提起针对施害国的外交保护程序,^⑨ 受损投资者无参与权和决策权; 即便母国成功行使外交保护权并获得赔偿, 受损投资者是否能够获得赔偿完全取决于母国的自由裁量。^⑩ 由于外交保护可能

① See Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (London: Stevens & Sons, 1964), pp. 60-62.

② 法律化方法并不能够解决所有的国家间争端, 甚至有可能恶化争端, 典型者如国际法院处理的美国与尼加拉瓜案件, 最终导致美国撤销了依据《国际法院规约》第36(2)条作出的任择管辖声明。参见 Wade Mansell and Karen Openshaw, *International Law: A Critical Introduction* (Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013), p. 12.

③ See Emmerich De Vattel, *The Law of Nations* (Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2008), p. 298.

④ See Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, vol. I (London: Longman, 8th, 1955), pp. 686-687.

⑤ See *Mavrommatis Case (Greece v. U. K.)*, PCIJ Series A, No. 2, 1924, p. 12.

⑥ Art. 1 of the Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, ILC 2006, UN Doc. A/61/10, p. 29.

⑦ 有学者认为, 外交保护学说同时包括母国襄助本国国民和本国国民遵守国际最低行为标准两个方面。国民请求母国进行外交保护时, 必须无过错 (clean hand)。但经过西方国际法学者的刻意选择后, 外交保护学说强调母国保护, 漠视本国国民遵守国际最低行为标准。See Muin Boase, “A Genealogy of Censurable Conduct: Antecedents for an International Minimum Standard of Investor Conduct”, in Stephan W. Schill, Christian J. Tams and Rainer Hofmann (eds.), *International Investment Law and History* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018), pp. 321-366.

⑧ Andreas Kulick, “Narrating Narratives of International Investment Law: History and Epistemic Forces”, in Stephan W. Schill, Christian J. Tams and Rainer Hofmann (eds.), *International Investment Law and History* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2018), pp. 54-55.

⑨ 现代观点认为母国主张具有双重属性, 同时代表受损国民个人和母国利益。受损国民将法律申诉权转移给母国行使, 但仍然保留裁决收益 (award proceeds) 的经济利益请求权。See Jose Daniel Amado and Jackson Shaw Kern, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 45-47.

⑩ See Stephan Hobe, “The Law Relating to Alien, the International Minimum Standard and State Responsibility”, in Marc Bungenberg, Jorn Griebel, Stephan Hobe and August Reinisch (eds.), *International Investment Law: A Handbook* (Baden-Baden/Munchen/Oxford/Portland: Beck/Hart, 2015), pp. 7-13; August Reinisch and Loretta Malintoppi, “Methods of Dispute Resolution”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 712-714.

诱发国家间政治对抗和受损投资者无法真正获得救济，国际社会开始采取“去政治化”方法解决投资争端，并最终选择了法律化的国际仲裁模式。^①

2. 法律化仲裁模式与国家“离开”

二战后的去殖民化运动中，为应对发展中国家质疑外国人保护的“习惯国际法”、提出构建新国际经济秩序的运动，^② 1959年，原联邦德国与巴基斯坦签署了一个“偶然”（Inadvertently）条约，^③ 通过模糊语言赋予了外国投资者实体性保护待遇，并最终改变了外国投资保护的轨迹。^④ 面对发展中国家“破旧立新”的集体努力，时任世界银行总法律顾问布罗奇斯（Aron Broches）提出程序先于实体（procedure before substance），先组建争端解决程序后制定实体法的设想。^⑤ 投资保护程序方面，《华盛顿公约》缔结和“国际投资争端解决中心”（ICSID）的成立，进一步强化了赋予外国投资者直接利用仲裁起诉东道国的国际司法机制。^⑥ 这种投资仲裁体制实际上边缘化了国家，并赋权投资者绕过用尽当地救济规则，最终导致国家在投资争端解决程序方面被迫“离开”。投资实体待遇保护方面，先是以阿比斯—肖克罗斯法典（Abs-Shawcross Code）为蓝本的欧式投资条约获得了成功。随着美国实现了从友好、通商与航海条约（FCNs）向双边投资条约（BITs）的战略转移后，^⑦ 以欧式和美式范本为基础缔结的双边投资条约体系塑造了国际投资保护的双边主义范式。^⑧ 投资条约实体待遇具有天生的模糊性与不确定性，很多表述诸如公平公正待遇和间接征收等常成为争议的焦点，并难以适用。这种模糊性给予外国投资者利用投资者—国家仲裁程序质疑东道国各种立法、司法^⑨以及行政行为的机会。可以在一定程度上认为，投资条约条款的模糊性实质上将国家的政治缔约权转变成为国际司法机关手中的司法自由裁量权，意味着国家在国际层面的缔约程序中的退出。

（二）国家“离开”与 ISDS 私法塑形

国家在投资争端解决程序层面的被迫“离开”，在一定程度上促成了投资争端解决的“私人

① See Ibrahim F. I. Shihata, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, (1986) 1 (1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1, pp. 1–25.

② See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Croydon: Oxford University Press, 2nd, 2012), p. 4.

③ 该条约第 11 条规定了临时的国家—国家仲裁程序和国际法院程序，没有规定投资者—国家仲裁程序。第一个规定无条件的投资者—国家仲裁程序的为意大利—乍得双边投资条约（1969）。See Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), pp. 44–45.

④ See Farouk El-Hosseny, *Civil Society in Investment Treaty Arbitration: Status and Prospects* (Leiden: Koninklijke Brill, 2017), p. 295; also see Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. xiii.

⑤ See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2008), p. 20.

⑥ 关于《华盛顿公约》缔结详情，参见 Antonio R. Parra, *The History of ICSID* (Croydon: Oxford University Press, 2012), pp. 1–117.

⑦ 有学者认为美国 FCNs 其实就是最早的投资保护的双边条约，参见 Kenneth J. Vandavelde, *The First Bilateral Investment Treaties: U. S. Postwar Friendship, Commerce, and Navigation Treaties* (New York: Oxford University Press, 2017), pp. 27–28.

⑧ 有学者认为当前的国际投资条约体制实际上是一种多边体制或双边基础之上的多边体制，参见 Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (New York: Cambridge University Press, 2009), pp. 65–117.

⑨ See Berk Demirkol, *Judicial Acts and Investment Treaty Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 1–2.

化”救济模式的塑形,并最终确立了以投资争端解决的私法模式为基础的投资者—国家仲裁机制。具体包括以下内容。

1. 国际法“父爱主义”转向“对角线学说”

国际法“父爱主义”的典型表现是外交保护学说,该学说认为国家—臣民利益具有一体化特征,^① 臣民之损害视为国家之损害,国家可以襄助臣民获得救济。随着主权国家间缔结的国际条约赋予第三方以实体和程序权利,使得国际司法机关获得了免于国家控制的更多自治权。现代国际投资条约赋权国家代理人或第三方启动国际司法程序,这种发展趋势打破了传统条约法奉行的国家间约定必守的“双务性”机制,^② 最终转向了条约赋权的第三方无需经由母国襄助,而直接在国际司法机关起诉条约另一方的“对角线学说”的塑形。^③ 这种转变实现了国际投资争端解决由国家主导的国际法“父爱主义”的公法范式向由私人主导的私法范式的转变,意味着投资者母国在投资争端解决程序方面的退出。虽然《华盛顿公约》和国际投资条约预设了东道国起诉外国投资者的可能性,但限于反诉制度^④和获得进行投资仲裁的投资者方同意的困难,东道国利用投资仲裁的能力受到了极大的影响。可以认为,正是东道国在投资条约中的自我限制,使得投资者—国家仲裁成为了一种单车道程序。

2. 国际投资仲裁的私人驱动

对于投资仲裁是以商事仲裁为蓝本,还是源自国家间的公法仲裁,学界存有分歧。^⑤ 不可否认的是,从投资条约的缔结到仲裁裁决的最终执行,私人是最主要的驱动者。仲裁程序启动方面,虽然理论上存在着东道国提起申诉和反诉的可能性,但现实中则是绝大部分案件均由投资者启动。虽然不同投资条约可能规定不同的仲裁程序规则,但基本都规定仲裁员的选择奉行当事方选定原则。通常的做法是,争端方各自指定一名仲裁员,双方共同或其指定的仲裁员共同指定主任仲裁员。^⑥ 相较于国内法院法官的固定任期制,投资仲裁的仲裁员具有临时性,为增加自己被再次选任的机会,仲裁员可能更倾向于支持指定方的观点与利益,并形成了事实上所谓的“旋转门现象”。仲裁员的当事方选任机制和任期的临时性,使得指定方和仲裁员之间在某种程

① See Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 33–42.

② See Joanna Jmielniak, Laura Nielsen and Henrik Palmer Olsen, “Introduction”, in Joanna Jmielniak, Laura Nielsen and Henrik Palmer Olsen (eds.), *Establishing Judicial Authority in International Economic Law* (New York: Cambridge University Press, 2016), p. 1.

③ See Valentina Vadi, *Analogies in International Investment Law and Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), p. 63.

④ See Anne K. Hoffmann, “Counterclaims”, in Meg Kinnear, Geraldine Fischer and JaraMinguez Almeida (eds.), *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), pp. 505–520.

⑤ See H. H. A. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (New York: Oxford University Press, 2007), pp. 50–58; also see Eric De Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), pp. 17–21; Zachary Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, (2003) 74 *British Yearbook of International Law* 151, pp. 151–155.

⑥ See Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (New York: Oxford University Press, 2017), pp. 62–65.

度上已经形成了利益共同体。甚至有些学者认为，在国际投资仲裁领域存在着“白人男性俱乐部”。^①

3. “视为国内最终裁决”的执行机制

国际法发展初期，无强制执行力是学者们质疑国际法存在的重要依据，^②但路易斯·亨金（Henkin）认为，几乎所有的国家在几乎所有的时间里遵守了所有的国际法原则和义务。^③国际法的理性主义学派代表古兹曼（Guzman）提出了声誉、报复和互惠“3R理论”解释国际法的执行机制。^④事实上，法律的有效性并不取决于不法行为被纠正或者加害方被处罚。在国际法发展过程中，某些领域，比如国际投资法已经发展出类似具有强制性的执行机制。投资仲裁裁决执行机制大体分为两种类型，分别是《华盛顿公约》规定了自成一体、将仲裁裁决视为国内最终裁决的执行机制（这种机制已经被其他条约文件效仿）和将投资仲裁裁决视为商事仲裁裁决的《纽约公约》执行机制。^⑤这种执行机制为投资者提供了掌控仲裁裁决执行的可能性，某些投资者已经开始利用“国际投资争端解决中心”（ICSID）和1958年《纽约公约》的执行机制充公被诉方政府的财产。^⑥缔约方在国际层面构建功能优越的关于承认与执行仲裁裁决的法律框架，并将仲裁裁决视为国内法院作出的终局判决，最终在跨国经济关系中实现了私人正义的勃兴。^⑦

二 ISDS 私法模式的运作机制与影响

国际投资法的两分模式——实体待遇方面的模糊赋权、程序待遇方面的强化投资者直诉权，外加近似强制性的执行机制，使得国家在投资争端解决中逐渐退出，最终导致投资仲裁机制具备了更强的私法模式。争端解决程序创造了将投资条约中实体性待遇转变为现实权利的可能性，并塑造了一个非常强大的授予外国投资者前所未有的实体与程序权利相结合的国际法机制。这种机制的运作结果是将外国的私人利益凌驾于公共的国家利益之上，因而招致严厉批评，并引发了各种改革建议。

（一）确定管辖权的冒险

如何实现国际投资协定中规定的实体待遇，很大程度上取决于争端解决条款构建的国际司法

① See Sergio Puig, “Social Capital in the Arbitration Market”, (2014) 25 (2) *The European Journal of International Law* 387, p. 388.

② See Mary Ellen O’Connell, *The Power and Purpose of International Law* (New York: Oxford University Press, 2008), pp. 40 – 42.

③ See Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (New York: Columbia University Press, 2nd, 1979), p. 47

④ See Andrew T. Guzman, *How International Law Works: A Rational Choice Theory* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 33 – 48.

⑤ See Jose Daniel Amado and Jackson Shaw Kern, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p. 162.

⑥ See Luke Peterson and Filip Balcerzak, “Amidst Concerns about Prompt Payment of Arbitral Awards, Stays of Enforcement Are Lifted in Two ICSID Cases”, *Investment Arbitration Reporter* (1 April, 2014).

⑦ See W. Kidane, *The Culture of International Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2017), p. 285.

机关的管辖权。^① 通常观点将国际司法机关视为当事方选择的功能单一的争端解决机构，其合法性源自当事方的合意授权。^② 在投资条约框架下，解决争端的当事方是身份不确定的私人投资者和身份确定的投资条约的缔约国，双方间并不存在解决投资争端的直接合意（仲裁协议或仲裁条款）。投资仲裁庭在仲裁实践中依据“自裁管辖权”原则，偶然（accidental）且创造性解释了“仲裁合意”，并形成了所谓的合同类比理论、无协议仲裁理论^③和国家单方行为理论。其中，无协议仲裁理论和单方行为理论对投资仲裁庭扩大其管辖权影响甚大。

1. 要约承诺理论

投资者—国家仲裁最普遍的解释是，东道国通过双边投资条约同意将与投资者的争端提交仲裁解决，投资者通过申请仲裁的行为接受了东道国的要约。^④ 这种解释的理论依据在于，投资者—国家仲裁在某些方面类似于合同关系。^⑤ 将投资者—国家仲裁视为一种合同类比受到了历史演进的影响，因为早期的投资者—国家仲裁事实上构建在国家与外国投资者之间的合同承诺基础之上。^⑥

2. 无协议仲裁理论

ICSID 仲裁历史上有一个常被忽视的革命性裁决，即“亚洲农产品公司诉斯里兰卡案”（*AAFL v. Sri Lanka*）。这个案件裁决完成了 ICSID 仲裁庭在确定管辖权方面的“静悄悄的革命”，开启了以国际投资协定为投资仲裁程序时代，以致于有学者将这个案件视为国际投资法发展历史上的拐点案件。^⑦ 该案裁决在解释仲裁同意理论方面的做法如下：首先是将仲裁同意分为两个部分，投资条约缔约方在双边投资条约中表达的采取仲裁解决争端的意思表示，构成事先的同意，私人投资者在特定案件出现后，通过提示或请求进行仲裁的行为，表达了愿意采取仲裁解决争端的事后的同意。至此，争端方之间达成了进行仲裁的合意。其次，确立了私人投资者可以直接援引双边投资条约中规定的权利。最后，投资仲裁程序的准据法遵守当事方意思自治原则，在意思自治缺位时，适用双边投资条约。^⑧ 该案裁决和波尔森（Paulsson）发表在 ICSID 评

① See Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (New York: Oxford University Press, 2007), p. 45.

② 在解决外国投资争端的初级阶段，投资者与东道国间争端常通过条约（比如“杰伊条约”）设立的临时委员会进行解决。19世纪至20世纪60年代，投资者和东道国间争端常依据双方达成的合同中的同意仲裁条款组建的司法机关解决。See Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013), pp. 369–370.

③ See Jan Paulsson, “Arbitration Without Privity”, (1995) 10 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 232, p. 232.

④ See *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010–9, Jurisdiction (Feb. 10, 2012), para. 270.

⑤ See Andrea K. Bjorklund, “Contract Without Privity: Sovereign Offer and Investor Acceptance”, (2001) 2 *Chicago Journal of International Law* 183, p. 183.

⑥ 关于该理论以及优缺点的详细阐述，参见 Frederic Gilles Sourgens, *A Nascent Common Law: The Process of Decisionmaking in International Legal Disputes Between States and Foreign Investors* (Leiden: Brill-Nijhoff, 2015), pp. 35–48.

⑦ See Jan Paulsson, “Tipping Point”, in Meg Kinnear, Geraldine Fischer and Jara Minguez Almeida (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), pp. 85–94.

⑧ See Joost Pauwelyn, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, in Zachary Douglas, Joost Pauwelyn and Jorge E. Vinuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (New York: Oxford University Press, 2014), pp. 31–33.

论上的《无协议仲裁》论文，似乎为后续以投资条约为基础的投资者—国家仲裁程序铺平了道路。

3. 单方行为理论

根据联合国国际法委员会通过的《适用于可创设法律义务的国家单方声明的指导原则》，单方行为是指国家方作出并表明愿意受其创设的法律义务拘束的声明。^① 单方行为通常包括独立行为和依据条约进行的行为。^② 独立行为常表现为国家官员通过合理的公开或外交方式作出的，且能够使得该国受国际义务拘束的声明或行为。依据条约的行为指政府依据条约作出的行为，虽然行为是单方的，但相关环境表明这些行为承认且承担条约中规定的法律义务。^③ 投资者—国家仲裁中，东道国通过国际条约同意采取仲裁方式解决其与投资者争端，这种同意是一种条约义务，且是一个单方行为。^④ 通过这个单方行为，国家权力受到了拘束。目前，单方行为理论也逐渐成为投资条约仲裁庭偏好的确定自身管辖权的法律依据。

（二）解释实体待遇的能动性

国际投资条约运动是在发展中国家质疑西方国家关于外国人待遇保护的习惯国际法的背景下启动的，其目的之一便是将被质疑的非成文、模糊的习惯国际法转变成为清晰具体的条约法。鉴于人类语言的局限性，在转变习惯法为条约法的过程中，国际投资条约中的某些待遇标准仍然模糊不清，甚至和原先的习惯法同样的不精确。投资条约条款表述方面的模糊性为投资仲裁庭适用过程提供了宽泛的自由裁量空间，诱发了司法能动性。

1. 解释机关的非常设性

国际司法机关有常设和临时之区分，临时性使得这些司法机关更倾向于创新和冒进，并最终导致国际法的碎片化。^⑤ 对这些临时司法机关而言，采取传统观点并将自己置身于现存法律框架的刺激相对较弱。这些临时仲裁庭通过发布裁决创新或背离传统法律，特别是在其发展的早期。投资仲裁制度的典型特征之一便是临时性，所有投资仲裁庭均遵循当事方意思自治原则临时组建，并具备通常临时司法机关具备的创新和冒进等共性。相对于常设性的司法机关，临时性司法机关都是为解决特定争端而组建，争端得到解决便意味着司法机关完成其职能并解散。这种功能定位的单一性使得临时司法机关是在“临床隔离状态”而非整个法律体系中作出裁决，无需承担法律一致性和可预期性的责任。

① *Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations*, in Reports of the International Law Commission, 58th session, May 1-June 9, July 3-Aug. 11, 2006, U. N. Doc. A/61/1; GAOR, 61st Sess., Supp. No. 10 (2006), p. 1.

② 关于国际法上单方行为的详细研究，参见 Przemyslaw Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law* (Leiden; Brill-Nijhoff, 2015), pp. 1-85。

③ See Patrick Daillier and Alain Pellet, *Droit International Public* (Paris; Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7th, 2002), pp. 361-364.

④ See Michael D. Nolan & Frederic G. Sourgens, “A Preliminary Comment—The Interplay between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study,” (2007) 8 *Transnational Dispute Management* 1, pp. 28-29.

⑤ See Philippa Webb, *Judicial Integration and Fragmentation in the International Legal System* (Croydon: Oxford University Press, 2013), p. 150.

2. 解释对象的模糊性

虽然《国际法院规约》第38条被有的学者批评为形式主义,^①但无可否认的事实是,条约和习惯法仍然是国际法的最主要渊源。国际投资法的渊源中最重要的当属国际投资条约,习惯国际法可在条约缺位时补充适用。^②处理投资争端的仲裁庭主要承担着解释条约和习惯法,并将之适用于具体争端的任务。如果一个法律领域由详细且综合性的条约调整,这将会为国际司法机关的解释活动提供指南,并限制其自由裁量权。如果一个法律领域主要由习惯国际法调整,多样化的国家实践和主观性的法律确信将会事实上赋予国际司法机关更大的自由裁量空间。^③虽然今天的国际投资法体制由3000多个双边投资条约构成,但其中的某些待遇条款,如最惠国待遇条款、伞型条款、公平公正待遇和间接征收等条款,可能和习惯国际法一样的模糊不清。^④投资仲裁庭在解释适用这些待遇条款时,常作出非一致甚至冲突裁决。比如“SGS系列案”“Lauder/CME系列案”以及“非排除措施条款系列案”。

3. 解释过程缺乏先例与对话机制

《国际法院规约》第59条表明,在国际法体系中,并不存在所谓法律上的先例制度。具体到国际投资法领域,国际投资条约和国际投资仲裁庭的仲裁规则同样确认,国际投资仲裁领域不存在法律意义上的垂直先例制度。不可否认,在投资仲裁实践中发展出所谓的事实先例或水平先例制度,但这种先例的适用取决于后续仲裁庭的自由援引。^⑤司法对话本质上是一种更加灵活的水平先例,不仅包括司法机关援引、适用和解释其他司法机关的案例,还包括非正式的信息交换、法院间联合会议以及人员交流等。其好处是司法机关在裁决时能够理解现存案例,从而更有效地解释和证明自己的推理,最终促进国际法渐进式发展。^⑥随着国际司法机关的持续运作,事实先例和司法对话机制能够在一定程度上促进国际投资法法理的发展。

(三) 估算赔偿数额的激进

依据投资仲裁程序的三分法,仲裁程序可分为管辖权阶段、实体审理阶段和赔偿估算阶段。投资条约除规定充分赔偿这一基本原则外,很少就赔偿估算提供具体指南。仲裁庭在确定救济方法以及估算标准时,多数依据“霍茹夫工厂案原则”和联合国国际法委员会起草的2001年《国家对国际不法行为的责任条款草案》中的相关规则估算损害赔偿数额。在可选择的救济方式中,投资仲裁庭更偏爱裁决金钱赔偿,这增加了国内政府民主决策成本,并为相关商业机构通过第三

① See Jean d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (New York: Oxford University Press, 2013), pp. 12 - 29.

② 关于国际投资法渊源的介绍,参见 Christian J. Tams, “The Sources of International Investment Law: Concluding Thoughts”, in Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere, *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Leiden: MartinusNijhoff, 2012), pp. 319 - 331; Jean d'Aspremont and Samantha Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (New York: Oxford University Press, 2018), pp. 1069 - 1115.

③ See Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (New York: Oxford University Press, 2007), p. 268.

④ 关于条约和习惯法之间的联系与区别,参见 See Robert Kolb, *Theory of International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2016), pp. 124 - 134.

⑤ See Jeffery P. Commission, “Precedent in Investment Treaty Arbitration A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, (2007) 24 (2) *Journal of International Arbitration* 129, pp. 129 - 158.

⑥ See Philippa Webb, *Judicial Integration and Fragmentation in the International Legal System* (Croydon: Oxford University Press, 2013), pp. 197 - 198.

方资助创造了谋求利润的空间。

1. 金钱赔偿模式

投资仲裁多采取金钱赔偿为主的模式，具体原因可能包括：恢复原状并不具有可行性、争端方可能认为恢复原状不是更优的救济方式以及投资仲裁庭缺乏明确条约授权裁决恢复原状或非金钱救济等。^① 投资争端大致可分为征收、违反非征收外的投资条约条款以及违反合同等类型，投资条约或习惯国际法对这些违反类型规定了救济的不同法律原则。投资仲裁庭需要借助于各种估价技术将这些法律原则转变成为具体的赔偿数额，这些估价技术大体可分为以收入为基础、以市场为基础以及以资产为基础的估价方法等。^② 上述估价技术中，有些涉及对未来损坏的预测，这相当于投资仲裁庭实际上拥有了一个具有魔法功能的水晶球。^③ 根据相关学者的实证研究结果，虽然最终裁决的赔偿数额可能远低于申诉方请求的数额，但多数仲裁裁决中，具体裁决的数额仍然可能异常巨大。^④ 比如“尤科斯诉俄罗斯案”（*Yukos v. Russia*），仲裁庭裁决的赔偿数额达500亿美元。^⑤

2. 管制寒蝉效应（chilling effect）

面对巨额赔偿，多数国家出于维护良好的投资目标国形象而自愿执行。这种赔偿可能会对国家的管制权产生影响，并形成管制寒蝉效应。首先，在某些情况下，有些国内法允许的行为却被仲裁庭裁定违反了国际投资协定，并为此支付赔偿，这将会增加国内民主决策的成本。比如，在“瓦腾福诉德国案”（*Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*）中，汉堡市新参议院需要实施一项选举承诺，这将会增加对未来火力发电厂的生态环境要求，但原参议院却无此规定。为此，瓦腾福（*Vattenfall*）等公司提出了投资仲裁请求，并索赔14亿欧元。^⑥ 其次，在国家拒不支付赔偿时，这些国家在国际组织中的相关权利可能会受到限制，并最终影响这些国家参与国际立法和国际治理的权限。比如阿根廷在经济危机引发的系列仲裁案后，最初拒绝向美国公司支付赔偿。美国则暂停针对阿根廷的贸易减让，并阻止阿根廷从国际货币基金组织和世界银行获得国际贷款，最终双方和解，阿根廷为此支付了5亿美元。^⑦

3. 第三方资助

这种现象最初起源于国内诉讼领域，后逐渐向仲裁领域扩张。受国际金融市场的不稳定性、

① See Meg Kinnear, “Damages in Investment Treaty Arbitration”, in Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (New York: Oxford University Press, 2012), p. 533.

② See Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 186.

③ See Hans van Houtte and Bridie McAsey, “Future Damages in Investment Arbitration—A Tribunal with a Crystal Ball?”, in David D. Caron, Stephan W. Schill, Abby Cohen Smutny and Epaminontas E. Triantafyllou (eds.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2015), pp. 642–657.

④ See Susan D. Franck, “Review: The Public International Law Regime Governing International Investment by José E. Alvarez”, (2012) 106 (4) *The American Journal of International Law* 890, p. 894; also see Matthew Hodgson, “Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration”, (2014) 9 *Global Arbitration Review* 1, p. 5.

⑤ See Diana Rosert, *The Stakes Are High: A Review of the Financial Costs of Investment Treaty Arbitration* (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2014), p. 3.

⑥ See *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, Request for Arbitration (30 Mar 2009), p. 24.

⑦ See Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), p. 6.

投资仲裁费用以及裁决赔偿的数额巨大等因素影响,第三方资助开始延伸至投资仲裁领域。投资仲裁的第三方资助指由与案件争议无利害关系的资助者支付一方当事人的全部或部分仲裁费用,在受资助当事人胜诉后,资助者按预先约定比例(通常为20—50%),以裁决最终支持的数额为基数收取利益的一种安排。^①目前,国际社会存在着50个以上专业的第三方资助公司。^②投资仲裁第三方资助可分为投资者资助和东道国资助类型,但投资者资助类型更为普遍。任何事物都具有两面性,投资仲裁的第三方资助在促进国际法治的同时,会引发消极的不利后果(比如“滥诉”问题),国家可能会面临越来越多的案件,^③最终使得国际投资仲裁制度丧失公正性,并沦为第三方资助者牟利之工具。比如,在“泰因福案”(Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. and Autobuses Urbanos del Sur S. A. v. The Argentine Republic)中,第三方资助公司伯福德资本(Burford Capital)获得了1.4亿美元的回报。

简言之,投资者—国家仲裁已经背离其创立者预设的互惠愿景,成为了投资保护的单车道程序。在众多改革建议中,强调国家特别是投资者母国“回归”在某种程度上成为一种共识。因此,国家如何“回归”则成为未来投资争端解决机制构建的关键,《里斯本条约》生效后的欧盟提出了投资法院体系的设想,并成为改革的新趋势。

三 国家的“回归”与欧盟投资法院方案

现代国际投资法体制发展初期,欧洲国家主导的双边投资协定获得了巨大成功。20世纪70年代末期,美国在经历政策反思期后实现了从FCNs模式向双边投资条约模式的转变,^④后来居上,成为塑造当前国际投资条约体制的主导力量。究其原因,很可能在于美国更早地意识到,当前投资条约体系不再是单车道程序,而是事实上的双边双向程序,并采取措施,在投资待遇界定和争端解决程序方面寻求国家的“回归”。^⑤欧盟在《里斯本条约》生效后,将成员国对外投资事项纳入共同商业政策[《欧盟运行条约》(TFEU)第207(1)条],并获得了成员国授权的对外缔结投资条约的排他性权力。欧盟委员会开始了系列谈判,回顾且反思了投资者—国家仲裁的以往体验、批评以及经验教训,^⑥提出在未来签署的投资协定中构建投资法院体系的设想。

欧盟—加拿大全面经济贸易协定(CETA)签署后,欧盟委员会认为该协定中的投资者—国

① 关于第三方资助的研究,感兴趣的读者可以进一步阅读以下材料。Jonas von Goeler, *Third-Party Funding and its Impact on International Arbitration Proceedings* (New York: Wolters Kluwer, 2016); also see Lisa Bench Nieuwveld and Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration* (New York: Wolters Kluwer, 2017).

② 最新数据和详细清单参见: <http://www.international-arbitration-attorney.com/third-party-funders>, 最后访问时间:2018年4月12日。

③ See Howard Mann, “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, (2013) 17 (2) *Lewis and Clark Law Review* 521, p. 534.

④ 关于美国国际投资协定的历史演进,参见 Kenneth J Vandeveld, *U. S. International Investment Agreements* (New York: Oxford University Press, 2009), pp. 11–26.

⑤ See José E. Alvarez, “The Return of the State”, (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 223, pp. 223–264.

⑥ See Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication* (New York: Oxford University Press, 2016), p. xliii.

家争端解决制度是与过去制度的一个最大决裂，是目前为止最具有进步意义的投资者—国家争端解决体系。^①紧接着2015年9月欧盟委员会发布了《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)投资章草案，将其主要挑战界定为达成投资者保护和保证欧盟及其成员国权利和公共利益进行管制能力的恰当平衡，并认为投资者—国家仲裁体系显然不适合21世纪，^②应当利用投资法院取代临时仲裁。本部分立足于TTIP投资法院体系的制度设计，分析国家在投资争端解决程序中的“回归”路径。

TTIP作为一个更加政治化的文件，构建了投资法院体系。通过组建缔约方之间的贸易委员会，将裁判者由当事方指定原则修改为贸易委员会指定原则，修改一审终审制为初审与上诉审的两审终审制度以及并入类似于《华盛顿公约》规定的视为国内法院最终裁决的执行机制等，为国家在争端解决程序方面的“回归”设计了路径。^③

(一) 利用缔约国政治立法权限制司法造法

作为针对投资仲裁庭可能的司法造法的回应，TTIP投资章规定了更多的缔约国政治立法权介入国际投资条约运作的路径。首先，TTIP投资章第二部分(“投资保护”)第2(1)条明确规定了国家的管制权，国家在其领土内有权制定诸如保护公共健康、安全、环境保护和公共道德、社会或消费者保护以及文化多样性等必要措施。这意味着这些措施属于国家管制权范围内，司法机关不得进行复审。其次，制定更加详细的待遇标准，比如采取一个封闭清单方式，列举可能构成违反公平公正待遇的要素，如TTIP投资章第二部分(“投资保护”)第3(2)条列举了违反公平公正待遇的五种情况。对于间接征收、国民待遇条款、最惠国待遇条款引发的不确定性和不受欢迎的发展，也通过更加详细的方式加以界定。这种清晰且封闭的定义将会为司法机关的司法活动提供必要指南，并限制了司法人员的自由裁量权。第三，TTIP试图设立缔约方之间的政治机关，比如贸易委员会(trade commission)负责条约的解释。在出现关于本协议投资保护、投资争端解决以及投资法院体系部分的解释事项时，委员会可以通过决议解释这些条款，并对初审法院和上诉法院具有法律拘束力。最后，坚持投资法院体系的开放性。TTIP投资章第三部分第18条规定了透明度义务，表明该部分的争端解决程序应当遵循联合国国际贸易法委员会透明度规则。第22条规定被诉方应将收到文件(第4—6条所指文件)转交投资条约的非争端方，且非争端方有权参加听证会。第23条规定了第三方介入程序，法庭应当允许对争端解决结果具有直接或间接影响的自然人或法人作为第三方介入争端解决程序。通过上述条款的设计，TTIP构建的争端解决程序不断强化了条约缔约方的政治立法权，将原先由仲裁庭进行自由裁量的权限收归缔约方，必将进一步限制争端解决机关的司法造法。

(二) 将争端方指定原则修改为缔约方委员会指定原则

欧洲议会希望利用一个由公开任命的法官主导，并遵守监控与透明度规则的新司法体系取代

^① European Commission, *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)* (26 September, 2014).

^② Cecilia Malmstrom, *Investments In TTIP and beyond-towards an International Investment Court* (5 May, 2015).

^③ See F. Baetens, “The European Union’s Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges”, (2016) 43 (4) *Legal Issues of Economic Integration* 367, pp. 367–384.

私人仲裁。^① 法官的指定过程与传统仲裁明显不同,不再奉行当事方指定原则。传统仲裁庭的组建权在争端方手中,仲裁员更类似于代表当事方处理争端的代理机构,而不是代表公共利益的法官。^② 在投资法院体系中,由条约方组建的贸易委员会具体负责法官的公开选任。

条约方组建的贸易委员会指定初审法院的15名法官[第9(2)条],人选来自条约双方各三分之一,剩下的来自第三国。与投资者—国家仲裁不同的是,投资者不能参加指定程序。涉及具体案件时,当事方无法决定由谁审理案件,决议由仲裁庭主席作出,并确保组成的随机且无法预测,同时给予每一个法官平等的机会[第9(7)条]。所有法官通过抽签方式从来自第三国的法官中选择主席[第9(8)条]。常设上诉法院共有6名法官(第10条),选任办法和初审法院法官相同。

法官采取固定任期制,任期6年,可连任一次。法官任职资格要求并未采取高尚的道德标准,而是要求法官具备国际公法领域的知识,并通过力求避免利益冲突确保法官的独立性与公正性。比如第11条禁止法官担任任何未决或新投资争端的法律顾问,并采取附件方式详细规定了法官的行为准则。

(三) 将一审终审制修改为初审和上诉两审机制

TTIP 投资章草案提议设立初审和上诉的两审机制,对于一审终审制度的现代投资法体系而言,这无疑是一个重大创新。

国际投资仲裁裁决已经明确,如果原先裁决构成合理预期,处理后案的仲裁庭具有正当性依据,甚至有义务参照原裁决,进而有利于国际投资法整体的协调发展。不可否认,在扁平化且去中心化的投资仲裁中,存在着所谓的水平先例制度,但仲裁员更容易漠视或边缘化原先的裁决,其代价就是丧失了投资仲裁的确定性和一致性,同时也降低了仲裁裁决对创设普遍国际投资法的贡献。

欧盟投资法院体系设立的上诉机制可能为投资争端解决的一致性注入新动力。在一个设立上诉机制的体系中,不仅可以允许对初审法院权威的审查,同时又增加了整体的司法权威。通过将两审终审制度与委员会指定法官的制度相结合,投资条约的缔约国可以强化对投资争端解决程序的控制。

(四) 国家在裁决救济形式和裁决执行方面的控制权

国际投资协定并未规定仲裁庭可以采取的最终救济方式。多数情况下,投资仲裁庭裁定金钱赔偿。欧盟投资法院体系规定了不同的制度,目的在于强调国家对裁决形式与执行方面的控制和引导。首先,TTIP 投资章第28条规定投资法院可以裁决金钱赔偿、利息或恢复原状。其次,第30(1)条规定了最终裁决应当具有拘束性,不能进行任何上诉、复审、撤销或任何其它救济。最后,第30(2)条规定应当将金钱裁决部分视为国内法院最终裁决加以执行。这意味着在裁决执行方面,TTIP 实际上构建了类似于 ICSID 的强大执行机制。通过规

^① See EU Parliament, *TTIP: Ease Access to Us Market, Protect EU Standards, Reform Dispute Settlement* (8 July 2015).

^② See Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication* (New York: Oxford University Press, 2016), p. li.

定裁决形式、裁决终局性和视为国内法院最终裁决等设计，欧盟投资法院实现了国家在这些程序中的“回归”。

结 语

投资者—国家仲裁在确保外国投资者诉诸司法权、去政治化争端、支持投资保护的原则和标准以及促进国际法治方面发挥着重要作用，但投资者—国家仲裁应该同时确保东道国可以行使管制权，颁布服务于公共利益的措施。但当前的投资者—国家仲裁对于外国投资者—东道国模式^①之外的利益相关者的合理预期漠不关心。为此，针对国际投资争端解决机制的不满与批评逐渐增多。^② 本文分析表明，当前投资者—国家仲裁程序备受批评的原因之一是国家在投资争端解决程序中的“离开”，使得投资者—国家仲裁呈现出私人驱动与仲裁员主导的私法面向。当前改革建议中，欧盟投资法院体系为国家重新“回归”争端解决程序提供了一种可行的模式。欧盟投资法院体系的效果如何仍需要时间检验，但下述反思可能会对将来投资争端解决机制的发展有所裨益。

其一，国际司法机关的多功能性定位。国际司法的委托代理理论（principal-agent theory）认为，国际司法机关的权利源自当事方的授权，主要职责是解决双方间争端。^③ 在投资争端解决的“去政治化”过程中，投资者—国家仲裁是构建在当事方同意基础之上，负责解决当事方之间的争端。国际司法机关的公法理论认为，在现实中，除解决争端外，国际司法机关还具有司法造法、稳定法律预期以及控制或合理化其他公共机关行使公共权力的功能。^④ 原先的依据争端解决单一功能定位确立的投资者—国家仲裁的制度，显然无法匹配现实中司法机关的多功能性。

其二，国际司法机关裁决篡夺国家在国际层面的缔约权。国际投资法的发展中，国家在逐渐“离开”。这种“离开”表现为，在程序方面，投资争端解决的对角线学说获得了青睐，边缘化了投资者母国，同时限制了投资者东道国（有限反诉和难以获得投资者的仲裁同意）。实体待遇层面，国际投资协定中的某些条款具有模糊性，此外，还存在着为达成特定目标而设置的建设性模糊条款。国家在程序待遇和实体待遇方面的“离开”，等同于将国家在国际层面的缔约权拱手让与私人主导的投资者—国家仲裁机制。

其三，国家通过国际条约行使政治立法权，限制国际司法机关的司法造法。国际司法机关因其专业性和高效性，最终获得了独立于政治机关的地位，但这种独立性并非绝对，政治机关仍然可以设计政治立法权进入国际司法机关的途径。就国际投资法而言，一方面，国家可以细化国际

① See Jose Daniel Amado and Jackson Shaw Kern and Martin Doe Rodriguez, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), pp. 1–2.

② See Michael Waibel, Asha Kaushal and Kyo-Hwa Chung (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010), pp. xxxvii–li.

③ See Anthea Roberts, “Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States”, (2010) 104 *American Journal of International Law* 179, p. 186.

④ See Armin von Bogdandy and Ingo Venzke, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication* (New York: Oxford University Press, 2016), pp. 9–17.

投资协定中的待遇条款，限制司法机关的能动性解释；另一方面，国家可以组建缔约方之间的政治机关，强化相互间对于条约的共识，并指导司法机关的实践。

The Reformation of ISDS Mechanism and the Return of the State

Zhu Mingxin

Abstract: The departure of states works as a basic feature for international investment dispute settlement among states, which manifests that ISDS is in place of traditional diplomatic protection on procedural side and private-controlled investment tribunal acquires the treaty-making power owned by contracting states previously as a result of vagueness of investment treaty clauses. In the process of building-up of ISDS mechanism, uni-functional orientation for dispute settlement and ensuing institutional framework are unable to match the reality which international courts behave multi-functionally. Arbitral law-making, inconsistent awards and imposed limits to state power come to the front, which present chances for stakeholders to challenge current ISDS, especially about its legitimacy and legality. Investment Court System pattern initiated by EU signifies a new tendency relating to investment dispute settlement, which indicates states are seeking for return to investment dispute settlement procedure and the drawing up of more restrictive substantive treatments offered to investors. Knowing the multi-functionality behaved by international courts, acknowledging arbitral law-making possibility and setting up limits to arbitral law-making through contracting parties' political-legislative law-making are beneficial to structure a more suitable mechanism for investment dispute settlement.

Keywords: "Return" of State, Investor-State Dispute, EU, Investment Court System

(责任编辑: 郝鲁怡)