

“被遗忘”的机制：投资争端解决的国家—国家仲裁程序研究

朱明新^{*}

摘要：国际投资争端解决偏爱投资者—国家仲裁程序和冷落国家—国家仲裁程序形成鲜明对比。晚近条约为基础的国家—国家仲裁程序诱发了诸多值得研究的新问题，通过对相关案件的分析后发现，国家—国家仲裁程序启动条件与表现形式，国家—国家仲裁程序与外交保护间的关系以及国家—国家仲裁程序与投资者—国家仲裁程序间的关系等尤其值得关注。国家—国家仲裁程序的复归代表着国际投资争端解决体制的再次转向，开始寻求协调投资者、缔约方及受投资争端影响的其他行为者间的利益平衡。

关键词：投资争端解决 国家间仲裁程序 外交保护 投资仲裁程序

投资者—国家仲裁（以下称投资仲裁）并非国际投资协定（IIAs）中规定的解决投资争端的惟一机制，IIAs 还规定了移植自《友好通商航海条约》（FCNs）的国家—国家仲裁（以下称国家间仲裁）条款，用以调整 IIAs 条款的“解释与适用”问题。^① 截至 20 世纪 80 年代末至 90 年代早期，IIAs 并未规定强力且无条件的投资仲裁程序，^② 投资仲裁条款未替代国家间仲裁条款。多数 IIAs 规定了两种类型的争端解决条款：针对投资争端的投资仲裁和针对条约“解释和（或）适用”争端的国家间仲裁。过去二十年见证了投资仲裁的迅猛发展，并引发了该机制存废的论争。^③ 建议之一是强调国家通过国家间仲裁程序回归，进而平衡投资仲裁“偏爱”投资者的倾向。通过对目前已知三起国家间仲裁案件的梳理，可以认为国家间仲裁条款的适用条件与适用类型、国家间仲裁与外交保护间的关系及国家间仲裁与投资仲裁间的关系是当前条约为基础的国家间仲裁程序需要面临的难点问题，在对前述三个难点问题进行分析后，最后提出相关建议或对策。

^{*} 法学博士，苏州大学王健法学院讲师暨博士后研究人员。本文系国家社科基金研究一般项目 15BFX203 和江苏高校区域法治发展协同创新中心重点课题 QYFZFZ201505 的研究成果。

① See Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *State-State Dispute Settlement in Investment Treaties* (The International Institute for Sustainable Development, 2014), pp. 3–4.

② See Jason Webb Yackee, “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties”, (2008) 33 *Brooklyn Journal of International Law* 405, pp. 423–433.

③ See Rudolf Dolzer, “Perspectives for investment arbitration: consistency as a policy goal?”, in Roberto Echandi and Pierre Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy* (Cambridge University Press, 2013), pp. 406–409.

一 条约为基础的国家间仲裁案件

虽然多数 IIAs 规定了国家间仲裁程序，实践中争端方很少采用这种程序，这种程序事实上成为了“被遗忘”的机制。时下仅存在三起条约为基础的国家间仲裁案件：秘鲁诉智利（Peru-Chile）案、意大利诉古巴案（Italy v. Cuba）案和厄瓜多尔诉美国案（Ecuador v. US）案。^①

（一）秘鲁诉智利

2002 年 12 月 24 日，依据秘鲁—智利 BIT 争端解决条款，卢凯蒂公司（Lucchetti）在国际投资争端解决中心（简称 ICSID，是依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》即《华盛顿公约》而建立的世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构）提起针对秘鲁的投资仲裁程序。作为针对该投资仲裁案的回应，2003 年 8 月 7 日，被诉方秘鲁启动了针对智利的国家间仲裁程序，并请求暂停投资仲裁程序。依据事实是申诉方仲裁请求同时也是并行的秘鲁—智利间国家间仲裁程序的主题。依据投资仲裁庭指示，投资仲裁程序双方于同年 9 月 11 日分别提交了针对被诉方请求程序暂停的意见，且仲裁庭邀请双方于同年 9 月 13 日举行的仲裁庭第一次会议上针对该问题进行口头辩论。秘鲁认为，国家仲裁程序主要用于解决双方间关于双边投资协议（Bilateral Investment Treaty，简称 BIT）条款正确解释之问题，应该给予国家间仲裁程序以解释优先权。秘书处于 9 月 16 日作出决议，认定并不存在满足 ICSID 仲裁规则第 41（3）条规定的仲裁程序暂停条件，拒绝了被诉方秘鲁的请求，且未附任何依据。^② 由此可知，秘鲁启动国家间仲裁程序主要目的在于阻止正在进行的投资仲裁程序。鉴于投资仲裁庭拒绝了该要求，秘鲁随后终止了国家间仲裁程序。

（二）意大利诉古巴

意大利认为古巴相关国家机关或其控制企业的行为违反了两国间 BIT 中的诸多义务，^③ 进而援引意大利—古巴 BIT 第 10 条，利用临时仲裁解决双方间关于条约解释和适用的争端，同时襄助本国国民申诉并实施外交保护。申诉过程中，意大利认为其申诉具有双重依据（double standing），不仅保护本国源自 BIT 的权利，同时也保护由国民享有但由母国襄助的权利。意大利寻求的救济也反映了申诉的双重性质，即除了要求古巴停止不法行为并保证不再犯外，还要求古巴提供赔偿（数额依据投资者遭受的损害计算）并赔礼道歉。意大利要求仲裁庭裁决象征性的 1 欧元作为对古巴持续且多次违反 BIT 条款、精神及目的和拒绝及漠视意大利多次旨在友好解决涉及意大利投资者争端的外交行动的惩罚。^④

① 还存在依据矿产与石油协议而非 IIAs 为基础的国家间程序。See Jarrod Wong, “The Subversion of State-to-State Investment Treaty Arbitration”, (2014) 53 *Columbia Journal of Transnational Law* 6, pp. 21–22.

② *Empresas Lucchetti S. A. and Lucchetti Peru S. A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award on Jurisdiction (Feb. 7, 2005), paras. 7 and 9.

③ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 30.

④ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 34.

仲裁庭初步裁决处理了意大利国民与公司是否进行了 BIT 第 1 条规定的投资问题。依据 ICSID 案例法,仲裁庭排除了“销售合同”构成投资的可能性,并确定了投资定义的标准。^① 初步裁决还邀请意大利对 16 个案件中未被排除的 6 个案件进行进一步申诉。^② 仲裁庭终局裁决分别依据合同不构成受保护投资(2 个)、公司非意大利国民(2 个)和不构成违反 BIT 义务的行为(2 个)拒绝了所有申诉。^③ 此外,仲裁庭依据相同事实拒绝了意大利依据自身权利受损提起的申诉。针对古巴的反诉请求,仲裁庭认为意大利起诉行为并不构成程序滥用,拒绝了古巴要求意大利道歉的要求。^④

(三) 厄瓜多尔诉美国

在雪佛龙诉厄瓜多尔(*Chevron v. Ecuador*)案中,厄瓜多尔不满仲裁庭对适格 BIT 第 2(7) 条的解释。该 BIT 第 2(7) 条要求缔约方为对方投资者提供确定申诉和实施权利的“有效方式”,投资仲裁庭认定 BIT 第 2(7) 条保护外国投资者免于东道国当地法院“不当延迟”行为的损害,且该条款规定比拒绝司法更容易违反。“有效方式”标准构成一种不同于或低于拒绝司法的习惯国际法所要求的标准。^⑤ 厄瓜多尔对此解释不满,向美国发出外交照会要求美国反对投资仲裁庭的解释,并通过合意声明的方式澄清条约文本含义。此外,厄瓜多尔还要求美国认可该条构成习惯国际法中拒绝司法的一种表述方式。外交照会中声明,如果得不到美国确认,则必然能够认定双方间存在着关于条约解释和适用的未决争端。^⑥ 作为回应,美国提示厄瓜多尔自身正在复审换文中的观点,并希望就此问题与厄瓜多尔保持联系。^⑦ 截至 2011 年 6 月 28 日,双方间就此问题并无进一步沟通。厄瓜多尔依据厄瓜多尔—美国 BIT(1993 年)第 7 条启动了针对美国的国家间仲裁程序,希望仲裁庭能够对 BIT 第 2(7) 条规定的“有效方式”提供一个权威解释。2012 年 9 月 29 日,仲裁庭拒绝了厄瓜多尔的申诉。

上述案件聚焦于 IIAs 中仲裁条款的解释,该仲裁条款授予了国家间仲裁庭处理条约“解释与适用”引发的争议。秘鲁诉智利案中,争议问题在于国家间仲裁程序是否可以阻止正在进行的投资仲裁程序;意大利诉古巴案中,争议问题在于求助于 BIT 中国家间仲裁程序是否可以作为投资仲裁程序的替代;厄瓜多尔诉美国案中,争议问题在于国家方是否可以通过国家间仲裁程序

① 仲裁庭采取了投资的客观定义。在采取双重检验的同时(ICSID 公约定义和 BIT 定义),还要求投资必须满足萨里尼标准(不包括第四个东道国贡献要素)。这种认定试图确定 BIT 中投资内在含义(inherent meaning)的意图,体现了 ICSID 仲裁和非 ICSID 仲裁在确定管辖权方面的逐渐融合的趋势。See Michele Potestà, “Republic of Italy v. Republic of Cuba”, (2012) 106 *The American Journal of International Law* 341, p. 347.

② *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), paras. 81–85.

③ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc state-state arbitration, Final Award (Jan. 15, 2008), paras. 174–198, 200–219. 仲裁员坦齐(Attila Tanzi)提出异议。See *Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad Hoc state-state arbitration, Dissenting Opinion of Attila Tanzi (1 January 2008), para. 31.

④ See *Italian Republic v. Republic of Cuba*, Ad Hoc state-state arbitration, Dissenting Opinion of Attila Tanzi (1 Jan 2008), paras. 222–254.

⑤ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009–23, Partial Award on Merits (30 March 2010), para. 244.

⑥ *Request for Arbitration, Republic of Ecuador v United States of America*, PCA Case No 2012–5 (28 June 2011), p. 12.

⑦ *Statement of Defense of Respondent United States of America, Republic of Ecuador v United States of America*, PCA Case No 2012–5 (29 March 2012), p. 6.

获得 IIA 相关条款的抽象解释。^① 这些案例中存在着一些值得细究的问题。其中的国家间仲裁条款的适用条件与适用类型、国家间仲裁与外交保护间的关系及国家间仲裁与投资仲裁间的关系构成下文研究重点。

二 国家间争端解决条款的适用条件与适用类型

IIAs 国家间仲裁条款常规定：双方间任何关于本条约解释和（或）适用的争端，如果不能通过磋商或外交途径解决，应任一方请求提交仲裁庭依据相关国际法规则作出具有拘束力的决议或裁决。^② 除磋商或谈判期间、仲裁员指定及准据法等稍微变化外，类似条款几乎规定在所有现存 IIAs 中。^③ 这种规定非常简洁，但实际适用却需要我们理解国家间仲裁条款的适用条件与具体类型。

（一）国家间仲裁的适用条件：存在法律争端

常设国际法院（PCIJ）和联合国国际法院（ICJ）曾处理过争端是否存在的问题。PCIJ 在马夫罗马蒂斯（Mavrommatis）案中给出了一个宽泛的争端定义：争端是两个人间法律或事实的分歧或法律观点或利益的冲突。^④ ICJ 在一起咨询意见中认为争端指：一种双方就某些条约义务的履行或未履行持对立观点的状况。^⑤ ICSID 仲裁庭常求助于 PCIJ 和 ICJ 的裁决或咨询意见，并采取类似争端定义。

概言之，争端存在需满足以下条件：

第一，争端存在常以当事方间存在一定程度的交流为条件，双方间的交流并不需要一个较高的集约度或严厉性。^⑥ 在某些情况下，即便不存在一方针对另一方主张的积极反对，双方间同样可能存在争端。同理，双方间不存在明显分歧、另一方反对意见缺位以及另一方怠于反应等均不能否定双方间可能存在争端。

第二，该争端须具有法律性质。申诉类型和依据的规定决定一个争端是否具有法律性质。故一个争端依据条约或立法规定并寻求恢复原状或损害赔偿救济时，该争端具有法律性质。需要注意，争端的政治影响并不能够否定相关司法机关的管辖权。

① See Matilde Recanatì, “Diplomatic intervention and State-to-State arbitration as alternative means for the protection of foreign investments and host States’ general interests: the Italian experience”, in Giorgio Sacerdoti (ed.), *General Interests of Host States in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2014), pp. 436–437.

② 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Art. 37 (1).

③ See Giorgio Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, (1997) 269 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, pp. 428–436.

④ *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, Judgment (30 August 1924), 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2, p. 11.

⑤ *Interpretation of the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion (30 March 1950) (first phase), 1950 ICJ Rep. 65, p. 74.

⑥ See Christoph Schreuer, “What is a Legal Dispute?”, in Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet and Stephan Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, (Brill, 2008), pp. 961–980.

第三,争端必须与双方间具有实际联系,且不能仅仅是理论上的争端。^①

第四,必须存在合适争端方。

第五,争端发生时间。国际仲裁庭管辖权仅及于发生在条约有效期间的争端,行为和争端有可能重叠,但行为和行为导致的争端之间可能存在时间间隔。排除发生在某一特定日期前的争端并不意味着排除了发生在某一特定日期前的事件或行为。^②

厄瓜多尔诉美国案中,美国认为双方间并不存在争端,并将争端理解为双方间就违约申诉处于“积极对抗”的状态。鉴于厄瓜多尔并未申诉美国违反了特定条约条款,故并不存在关于“有效方式”标准的积极对抗,所以双方间并不存在对条约解释或适用之争端。^③ 据称仲裁庭多数意见支持了美国观点,认为双方间并不存在“积极对抗”,因而不存在争端。^④

厄瓜多尔和美国争议聚焦于以下问题:第一,一方怠于回应或反对一个条约解释请求的行为是否会导致双方间出现争端;第二,美国是否有义务回应厄瓜多尔的请求,并达成澄清“有效方式”含义的声明。美国主张“积极对抗”标准要求争端方同意后才可进行解释性争端的仲裁,一方沉默或公然拒绝回应将会阻止对方进行仲裁的努力。厄瓜多尔主张“宣称标准”,认为只要一方提出主张宣称争端存在,则双方间必定存在争端。

在西南非洲咨询意见案中,PCIJ指出:就像否定争端的声明不能证明争端不存在一样,一个争端存在声明并不能够证明争端存在。^⑤ 问题关键在于确定一个客观标准,用以决定是否以及何时针对申诉的怠于回应等同于创设了一个争端。在格鲁吉亚诉俄罗斯(Georgia v. Russian Federation)案中,ICJ认为争端存在可以从一个国家怠于回应申诉的行为中推测,即在申诉所处环境要求对方回应的情况下,如果该方怠于回应,则将会产生双方间争端。^⑥ ICJ进一步指出,争端存在和谈判义务原则上是不同事项,谈判可以帮助展示争端的存在,并厘清争端主题。^⑦

(二) 国家间仲裁程序的适用类型

IIAs 规定本条约解释与适用问题应提交国家间仲裁程序解决。条约解释指确定特定条约条

① *Pan American and BP Argentina Exploration Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/13, Preliminary Objections, Judgment (27 July 2006), paras. 162 – 168. *AES Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (6 April 2005), paras. 62 – 71; *Camuzzi v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/7, Decision on Jurisdiction (11 May 2005), paras. 92, 94 and 97; *Sempra Energy Intl. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction (11 May 2005), para. 108; *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction (22 February 2006), para. 93.

② *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (25 January 2000), paras. 93 – 94.

③ *Memorial of Respondent United States of America on Objections to Jurisdiction*, Republic of Ecuador v. United States of America, PCA Case No 2012 – 5 (25 April 2012), pp. 15 – 35.

④ See Jarrod Hepburn and Luke Eric Peterson, “U. S. -Ecuador Inter-State Investment Treaty Award Released to Parties; Tribunal Members Part Ways on Key Issues”, (2012) 5 *Investment Arbitration Reporter*, p. 21.

⑤ *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962; I. C. J. Report; 1962, p. 328.

⑥ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 2011, p. 84.

⑦ *Ibid.*

款的含义，条约适用指确定条约方采取的特定行为或措施是否违反条约规定，多数案件同时涵括这两个问题。^① 国际投资争端解决实践中，对于何种类型争端可以引发国家间仲裁程序，尚无确定性答案。结合目前已有三个案件及相关资料，大体认为国际间仲裁程序具有以下适用类型。^②

1. 条约抽象解释引发国家间仲裁

假设 IIAs 缔约方之立法或实践违反了 IIAs 相关标准，即便在另一方国民尚未受到实质影响的情况下，IIAs 另一方仍然可以启动国家间仲裁程序，要求仲裁庭对 IIAs 相关条款进行解释。^③ 秘鲁诉智利案中，秘鲁认为该投资争端应该发生在智利—秘鲁 BIT 生效前，故 ICSID 仲裁庭无管辖权。在试图与智利就此问题达成解释共识未果情况下，秘鲁启动国家间仲裁程序寻求权威解释，并要求暂停 ICSID 仲裁程序。^④ 厄瓜多尔诉美国案中，因不满 *Chevron Corp. v. Ecuador* 案仲裁裁决对两国间 BIT 规定的“有效方式”条款的解释，^⑤ 在试图寻求与美国就此问题达成解释共识遭拒后，厄瓜多尔启动了国家间仲裁程序寻求解释。^⑥

2. 外交保护引发国家间仲裁

母国通过襄助本国国民申诉并行使外交保护权，从而启动国家间仲裁程序。意大利诉古巴案中，意大利代表自身及意大利投资者提起申诉，并主张这种申诉具有双重基础。此外，当东道国不遵守投资仲裁裁决时，投资者母国也可以恢复外交保护权，启动国家间仲裁程序。

3. 宣告性救济（declaratory relief）引发国家间争端解决程序

IIAs 缔约一方启动国家间争端解决程序目的仅在于获得对方是否违反 IIAs 的认定。包括两种类型：

第一，投资者母国启动国家间仲裁程序，请求仲裁庭认定东道国行为或措施影响了本国众多投资者，并违反了东道国的投资条约义务。如果母国和投资者被视为各自拥有申诉权，则国家间仲裁程序应该能够创设一种禁止反言的效果。即当国家间仲裁裁决认定东道国没有违反条约时，将具有排除投资仲裁程序的效果；当国家间仲裁裁决认为东道国违反条约但未裁决损害赔偿时，国家间仲裁裁决将阻止投资仲裁庭再次审理责任问题，但不能阻止投资仲裁庭审理赔偿问题。^⑦

① See Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority”, (2014) 55 *Harvard International Law Journal* 1, p. 6.

② 此处借鉴了安西娅·罗伯茨教授的相关总结分类。See Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority”, (2014) 55 *Harvard International Law Journal* 1, p. 7.

③ 需要注意多边投资协定（MAI）并不允许就纯条约解释问题求助于国家间仲裁程序。OECD, *Multilateral Agreement on Investment (MAI) Draft Consolidated Text*, OECD Doc. No. DAF/MAI (98) 7/REV1, (Apr. 22, 2009), Art. V.C (1) (a).

④ Luke Eric Peterson, “ICSID Tribunal Declines to Halt Investor Arbitration in Deference to State-to-State Arbitration”, *Investment Law and Policy Weekly News Bulletin* (Dec. 19, 2003), http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_dec19_2003.pdf (last visited July 26, 2016).

⑤ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Partial Award on the Merits (30 Mar 2010), paras. 242–244.

⑥ *Ecuador v. United States*, PCA Case No. 2012–5, Request for Arbitration (28 Jun 2011), para. 1.

⑦ See Martins Paparinski, “Investment Arbitration and the Law of Countermeasures”, 2008 (79) *British Yearbook of International Law*, p. 300.

第二,东道国启动国家间争端仲裁程序,请求仲裁庭作出自身行为或措施并未违反投资条约的确认裁决。当东道国一个特定行为影响多个外国投资者时,这种国家间仲裁程序等同于被诉方启动的集体程序。根据ICSID公约执行董事会报告,公约试图维持投资者和东道国间的利益平衡,允许东道国和投资者启动仲裁程序,方式之一便是允许东道国依据条约进行申诉。^①在东道国面临多个申诉时,可能更愿意采取单一裁决处理所有申诉,并保证争端解决结果的一致性。

三 国家间仲裁条款与外交保护的关系

外交保护概念源自国家被视为国际法唯一主体的时代,这种状况已经发生了根本改变,现代国际人权法、国际人道法、国际刑法以及外交领事关系法等已经赋予个人某些实体性和程序性权利。对于个人国际权利的出现是否以及如何影响国家的外交保护权这个问题,目前并无共识。国际法委员会《外交保护条款草案》第1条对该问题故意采取了模糊语言,将外交保护视为一种要求国家承担国际不法行为责任的程序,却未表明谁的权利受损。实施外交保护的国家有权提起国际申诉,但并不清楚支撑程序性权利的实体性权利属于国民、国家亦或两者共有。《外交保护条款草案》评论认为,现实中国家不仅可以主张自己的权利,同时也可以主张受损国民的权利。^②投资者母国实施外交保护而启动国家间仲裁程序首先需要确定外交保护是否可以采取国家间仲裁程序进行,其次需要考虑国家间仲裁程序是否需要以投资者用尽当地救济为前提。

(一) 外交保护是否可以采取国家间仲裁程序

个人地位在国际法中的提升源自19世纪的反奴隶贸易运动。^③第一次世界大战和第二次世界大战后国际法分支特别是国际人权法、国际刑法及国际投资法的发展,赋予了个人在国际法中的部分主体资格。在国际投资争端解决领域,投资条约赋予外国投资者的直诉权是否会影响母国外交保护权以及母国是否可以外交保护之目的而启动国家间仲裁程序是值得关注的问题。

1. 个人国际直诉权是否禁止母国进行外交保护

IIAs赋予了适格外国投资者进行投资仲裁的直诉权,这种规定是否会影响外国投资者母国的外交保护权?主要存有以下两种观点:

(1) 个人直诉权禁止母国进行外交保护

舒勒(Schreuer)教授认为依据ICSID公约第26条规定,只要双方已经同意进行仲裁,则投资仲裁庭享有独占管辖权。只要投资仲裁程序正在进行,任何一方不得再求助于其他救济程序,

^① See Melmet Toral and Thomas Schultz, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations", in Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung and Claire Balchin (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International, 2010), p. 577; Gustavo Laborde, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", (2010) 1 *Journal of International Dispute Settlement* 97, pp. 97 - 102.

^② "ILC Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, pp. 25 - 26.

^③ See Seteven R. Ratner, *The Thin Justice of International Law: A Moral Reckoning of the Law of Nations* (Oxford University Press, 2015), p. 49; also see Jenny S. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2012).

包括国家间仲裁程序。暂停投资仲裁程序以等待国家间仲裁程序的结果将会实质性影响 ICSID 仲裁庭的独占管辖权。^① 鉴于秘鲁提交国家间仲裁关涉 ICSID 仲裁庭的管辖权，依据 ICSID 公约第 41 (1) 条，ICSID 仲裁庭自行决定管辖权。如果 ICSID 仲裁庭拒绝行使公约第 41 (1) 条规定的管辖权，这种拒绝可能构成超越权限。雷斯曼 (Reisman) 教授提出“双轨制”理论，认为投资仲裁独占管辖投资争端，国家间仲裁庭可以管辖不履行投资仲裁裁决或条约无效、终止及暂停等争端。^②

(2) 个人直接申诉权和母国外交保护权并存

国际法委员会《外交保护条款草案》第 16 条明确承认个人及其母国进行平行申诉的可能性。《外交保护条款草案》特别报告员杜加特 (John Dugard) 认为，个人直接申诉降低了母国进行外交保护的积极性，但却不构成禁止外交保护申诉的法律障碍：国民享有人权法或 IIAs 规定的救济并不禁止母国实施外交保护权。外交保护规则可以被特定条约规定取代，但 IIAs 在規定投资仲裁时并未排除母国外交保护的可能性。中加 BIT 第 15 (8) 条甚至明确规定国家间仲裁可以作出损害赔偿裁决，这也是允许外交保护申诉存在的佐证。

概言之，多数 IIAs 授予投资者提起投资仲裁的权利，但并未同时禁止缔约方提起国家间仲裁的权利。IIAs 并未将投资仲裁“神话”为惟一的投资争端解决机制，也未将投资仲裁视为一种位阶上高于国家间仲裁的争端解决方法，并免受国家间仲裁调整。投资条约允许国家间仲裁实际上承认了这样的事实，即条约方对于条约的解释与适用同样具有持续性利益。两种争端解决机制的并存反映了投资条约希冀在投资者、母国和东道国利益间达成利益平衡。^③

2. 外交保护可否采用国家间仲裁程序

意大利诉古巴仲裁案中，仲裁庭面临的第一个问题是意大利外交保护申诉是否落入适格 BIT 国家间争端解决条款的范围。古巴并未质疑意大利以自身名义提出针对 BIT 解释与适用的国家间仲裁程序，但反对意大利为外交保护之目的使用国家间仲裁条款。^④ 仲裁庭需要考虑 BIT 第 9 条规定的投资仲裁程序是否可以禁止母国依据第 10 条规定的国家间仲裁程序实施外交保护。BITs 为外国投资者提供了重要优势的事实并不能导致这样结论：即外交保护被排除出 BITs 国家间争端解决条款。仲裁庭认为，只要投资者尚未同意或未将其与东道国间的争端提交仲裁，投资者有权请求其母国进行外交保护。如果投资者已经同意（包括事先同意）或已经将争端提交国家仲裁庭，应禁止其母国进行外交保护。仲裁庭认为，即便意大利—古巴 BIT 缺乏类似 ICSID 公约第 27 条的规定，这并不能够阻止仲裁庭“类推适用”公约第 27 条的规定。只要意大利满足 BIT 规定的其他管辖要件，其有权在国家间仲裁条款框架下实施外交保护。^⑤

母国可以依据自身权利受损为依据启动 BITs 中的国家间仲裁程序。对于母国为外交保护之目的而启动 BITs 中的国家间仲裁程序，需要注意与投资仲裁程序间的协调。只要投资仲裁程序

① Christoph Schreuer, “Investment Protection and International Relations”, in August Reinisch and Ursula Kriebaum (eds.), *The Law of International Relations-Liber Amicorum Hanspeter Neuhold* (Eleven International Publishing, 2007), p. 351.

② *Republic of Ecuador v. United States*, PCA Case No. 2012-5, Expert Opinion of Prof. W. Michael Reisman (Apr. 24, 2012), para. 14.

③ 从投资保护历史、实践理由、谈判历史以及投资仲裁体制设计等方面进行比较全面论证的例子。See Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority”, (2014) 55 *Harvard International Law Journal* 1, pp. 14-16

④ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 47.

⑤ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), Paras. 65-67

尚未开始, 母国可以提起外交保护, 并依据 BITs 启动国家间仲裁程序。当投资仲裁程序已经启动 (包括事先达成仲裁同意), 应禁止母国为外交保护之目的启动国家间仲裁程序。协调主要目的在于避免平行程序, 但原则上确认应该允许外交保护申诉, 条件是这些申诉能够以某种方式与投资仲裁程序相协调。

(二) 外交保护引发的国家间仲裁程序是否遵循用尽当地救济原则

外交保护要求进行国际申诉程序前必须用尽当地救济, 用于确保违反相关义务的国家有机会在本国法律体系中补救这些违反行为。^① 国际法院在 ELSI 案中已经将这个规则视为习惯国际法。^② 鉴于多数 IIAs 对此问题无规定, 将会出现依据外交保护启动的国家间仲裁程序是否需要适用用尽当地救济规则的问题。用尽当地救济规则适用于源自自然人或法人受损而提起的国际申诉, 不适用于国家本身受损的情况。^③ 《外交保护条款草案》特别报告员杜加特在第二次报告中指出: 规则仅适用于申诉方间接受损, 即通过其国民受损而提起的案件; 并不适用于申诉国直接遭受损害的情况, 因为此时国家自身具有提起国际申诉的不同依据。^④ 直接损害和间接损害的区分原则理论上可以接受, 实践中难以区分。^⑤ 多数情况下, 这种申诉均具有混合性质。2006 年《外交保护条款草案》第 14 (3) 条求助于“多数检验” (preponderance test) 标准认定这两种类型的损害。

意大利诉古巴案中, 意大利依据“双重诉权”提出了损害赔偿 (针对国民损害) 和赔礼道歉的诉求。古巴反驳认为意大利投资者并未用尽当地救济, 故意大利无权进行外交保护。^⑥ 意大利采取了美国在 ELSI 案的辩驳策略: 为规避用尽当地救济原则, 美国将其外交保护表述为因自身权利受损而要求宣告性裁决的请求。国际法院并未接受美国的推理, 最终认定美国申诉是针对美国公司所受损害的申诉。^⑦ 仲裁庭并未质疑意大利的双重诉权策略, 但认为有必要对损害进行了“多数检验”。仲裁庭认为用尽当地救济规则仅适用于国家进行外交保护而提起的申诉案件, 不适用于申诉国追求自身权利提起的申诉案件。^⑧ 接着, 仲裁庭进一步认定, 依据 ICJ “先例”, 这两种申诉本身不可分割, 且国际申诉应该被视为一个整体。如果对国民损害构成损害的主要部分, 用尽当地救济规则将会适用。但意大利认为该规则并不适用: 第一, 当国家依据自身权利受损进行申诉时, 不适用用尽当地救济规则; 第二, 古巴通过缔结 BIT 之行为事实上已经放弃了该规则; 第三, 即便适用该规则, 古巴国内程序无法提供有效救济。^⑨

意大利关于缔约方放弃用尽当地救济的观点具有两重含义: 第一, 缔约方放弃用尽当地救济规则的动机源自这样的事实, 即 BIT 第 10 条第 1 段规定双方间争端提交仲裁仅需要经过谈判阶段即可, 意大利认为这个单一条款表明双方明确排除用尽当地救济规则。仲裁庭并未处理这个特

① *Interhandel Case (Switz. v. U. S.)*, Judgment of March 21st, 1959; I. C. J. Reports, p. 25.

② *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, I. C. J. Reports 1989, p. 42.

③ See Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge University Press, 2nd, 2004), pp. 146–168.

④ ILC, *Second Report on Diplomatic Protection by Mr. John Dugard*, UN Doc. A/CN.4/514, (Feb. 28, 2001), para. 18.

⑤ Theodor Meron, “The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies”, (1959) 35 *British Yearbook of International Law* 1, pp. 84–86.

⑥ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 57.

⑦ *Elettronica Sicula S. p. A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989, paras. 50–52.

⑧ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), paras. 6–9.

⑨ *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 41.

殊观点，认为谈判阶段条款存在本身似乎并不能被视为等同于“明确”拒绝用尽当地救济规则。^① 第二，只要投资条约赋予了投资者针对东道国的直诉权，则不存在进行当地救济的空间。因为当投资者仅有进行国内法院申诉的选择权而非义务时，要求意大利在依据 BIT 第 10 条追究古巴责任时遵守用尽当地救济规则显然不合逻辑。^② 仲裁庭并不认同此观点，认为 BIT 第 9 条并未表明缔约方放弃了外交保护的用尽当地救济规则，仅仅规定投资仲裁机制并不意味着默示放弃了国家间仲裁程序中的用尽当地救济规则。用尽当地救济规则的功能基础在于减少不适当干预国家间关系和将争端提升至国际层面的机会。因此，在投资仲裁和国家间仲裁程序中区别对待用尽当地救济原则仍然具有合理性。^③ 当选择将争端提交更高层次的国家间裁判，而非去政治化的投资仲裁时，具有充分理由适用用尽当地救济规则。^④

四 国家间仲裁程序与投资仲裁程序的相互关系

投资仲裁补充而非替代国家间仲裁，国家提起国家间仲裁的权利并未被排除。投资仲裁并不具备针对国家间仲裁的优先性，也不能与国家间仲裁完全隔离。国家间仲裁条款的范围通常包括条约的解释与适用，且并未排除可能由投资仲裁庭处理的事项。从严格意义上看，国家间仲裁程序和投资仲裁程序并不会直接竞争，但不能忽视这两种制度的平行程序导致的针对相同条约或事实的冲突性解释。

（一）解释性争端引发的国家间仲裁和投资仲裁之间的关系

多数 IIAs 及相关仲裁规则均未规定调整因解释引发的国家间仲裁与投资仲裁间关系的规则。^⑤ 解释性争端引发的国家间仲裁和投资仲裁间进行互动的方式多样，以时间为标准，存在以下几种可能性：第一，在投资者依据 IIAs 提起投资仲裁程序前，IIAs 缔约方因 IIAs 解释问题已经启动国家间仲裁程序，后组建投资仲裁庭可能同样考虑国家间仲裁程序已经解释的条约条款；第二，在投资者已经提起了投资仲裁程序但仲裁庭尚未作出裁决时，IIAs 缔约一方启动国家间仲裁程序，希望对投资仲裁庭正在审查的条款进行解释；第三，投资仲裁庭已经作出裁决后，IIAs 缔约方对于裁决中条约相关条款的解释或结论不满，提起国家间仲裁程序。

针对上述三种类型，问题关键在于国家间仲裁裁决是否能够对投资仲裁庭产生拘束力。IIAs 常规定国家间仲裁裁决对双方具有拘束力，但并未表明国家间裁决是否会拘束投资仲裁庭。笔者认为，在投资仲裁庭已经发布裁决情况下，即便后续国家间仲裁庭对条约条款的解释背离了投资仲裁庭的解释，原先裁决构成已决案件，故不受到影响，这排除了利用国家间仲裁对已裁决事项

① See Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 276.

② *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Ad Hoc Arbitral Tribunal, Interim Award (March 15, 2005), para. 41.

③ See Michele Potestà, “State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment Treaties: Is There Potential?”, in Nerina Boschiero, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea and Chiara Ragni (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (the Hague: T. M. C. Asser Press, 2013), p. 761.

④ See Michele Potestà, “Towards a Greater Role for State-to-State Arbitration in the Architecture of Investment Treaties?”, in Shaheez Lalani and Rodrigo Polanco Lazo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, (Brill Nijhoff, 2015), p. 264.

⑤ 目前仅有部分中国 BITs 规定了处理这两种争端解决程序间关系的条款，如中国—新西兰 BIT 和中国—新加坡 BIT 第 13 (12) 条以及中国—斯里兰卡 BIT 第 13 (11) 条。

进行再次申诉的风险；当国家间仲裁程序在投资仲裁庭程序启动前或已经启动但未发布裁决前作出对条约相关条款解释的裁决时，可能引发这些解释是否对投资仲裁程序产生拘束力的问题。如果原则上认为国家间仲裁裁决拘束投资仲裁程序，会引发一些难以回答的困惑。从基本程序视角看，鉴于投资者未参与国家间仲裁程序，故让投资者接受一个自身未参加且无机会提交意见但又影响自己诉诸 ICSID 中心权利的决议严重背离了基本程序规则。在这种情况下，需要投资仲裁庭管理自身程序，以便以采取一种方式，能够允许争端方针对国家间仲裁庭裁决的解释及该解释对具体争议案件产生的效果提交自己的观点。

（二）外交保护引发的国家间仲裁与投资仲裁程序之间的相互关系

如果已经启动的投资仲裁程序适用 ICSID 公约程序，依据 ICSID 公约第 27 条规定，投资者母国被禁止对本国海外投资者提供外交保护。公约第 27 条功能在于只要投资者已经提交或已经同意提交争端至 ICSID 中心，则禁止投资者母国为实施外交保护权之目的启动国家间程序。这种禁止存有例外，当东道国未遵守仲裁裁决时，母国可以恢复外交保护。

众多 IIAs 复制了 ICSID 公约第 27 条的规定，这些规定将成为禁止母国为外交保护之目的启动国家间仲裁程序的依据。^① 即便相关 IIAs 并未规定类似于公约第 27 条的条款，如果投资仲裁程序适用 ICSID 公约，则国家间仲裁庭应该拒绝进行管辖，进而避免双重程序风险。

如果母国启动国家间司法程序违反了 ICSID 公约第 27 条，可能会引发其他国家间司法程序，即受侵害国可依据 ICSID 公约第 64 条规定将关于公约“解释与适用”争端提交 ICJ，但不会影响 ICSID 仲裁庭管辖权。班诺公司诉刚果民主共和国（*Banro v. Congo*）和澳寇文诉委内瑞拉（*Aucoven v. Venezuela*）案的附带意见已经确认了这种观点。^②

如果投资仲裁庭不适用 ICSID 公约，国家间仲裁程序与投资仲裁程序的相互关系更不确定。如果 IIAs 规定了类似于公约第 27 条的条款，即便投资者同意采取非 ICSID 仲裁程序，这类条款仍然可以协调国家间仲裁和投资仲裁程序间的关系。如果 BITs 中这种类型的条款缺位，要求国家间仲裁庭依据未决投资仲裁程序拒绝管辖权的建议很难自动移植至非 ICSID 仲裁程序。实践中并不存在类似于公约第 27 条的习惯国际法，进而适合于所有投资仲裁。^③

意大利—古巴仲裁案中，古巴认为意大利通过启动国家间仲裁程序进行外交保护的行为缺乏法律基础。仲裁庭需要考虑该 BIT 投资仲裁条款是否禁止母国通过启动国家间仲裁程序进行外交保护。鉴于该案并不适用 ICSID 公约，且适格 BIT 并未规定任何处理外交保护和投资仲裁间关系的规定。为此，仲裁庭援引了 CMS 公司诉阿根廷（*CMS v. Argentina*）案仲裁庭观点：作为一个辅助性机制，外交保护仅在承认个人直诉权的其他安排缺位的情况下发挥作用。^④ 接着，仲裁庭

① 某些 BITs 规定，在考虑 ICSID 公约第 27 条后，应该禁止争端方求助于国家间仲裁程序。比如德国—巴巴多斯 BIT、德国—玻利维亚 BIT、德国—爱沙尼亚 BIT 以及德国—波兰 BIT 第 10（6）条。

② *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award (Sep. 1, 2000), para. 18; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (Sep. 27, 2001), para. 140.

③ See Martins Paparinskis, “Investment Arbitration and the Law of Countermeasures”, (2008) 79 *British Yearbook of International Law* 264, p. 285.

④ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction (Jul. 17, 2003), para. 45.

求助于 ICSID 公约第 27 条提供的方案。在公约第 27 条并未成为习惯法的情况下，仲裁庭通过类推方式（by analogy）适用了该原则。虽然在不同条约体制间“类推适用”相关规则存在着诸多困难，但从政策视角看，本案仲裁庭解决方案值得称赞。“类推适用”不仅降低了东道国同时进行外交保护申诉和投资仲裁的风险，而且降低了不同仲裁庭对相同事实作出冲突裁决的风险。^①

（三）协调国家间仲裁与投资仲裁程序的建议对策

IIAs 将国家间仲裁条款和投资仲裁条款并列，但未规定协调两者间关系的方法，从而将协调两者间关系的任务留给解释者。当前国际司法实践中的某些原则及缔约实践中的某些创新条款可以在一定程度上协调国家间仲裁和投资仲裁程序间的关系。

适用禁止反言原则。投资仲裁和国家间仲裁涉及不同当事方，却共同享有基础性权利，禁止反言原则可以用于协调国家间仲裁和投资仲裁程序间的关系。适用该原则需要满足以下条件：（a）已经在原先仲裁庭明确提出该问题；（b）原先仲裁庭已裁决了该问题；（c）该问题的解决是原先仲裁庭解决申诉所必需。^② 对于两种仲裁程序间存在着位阶关系、顺序关系还是处于两者之间，目前无共识。国家可以采取明示方法进行选择，比如国家可以选择位阶方法，如 1967 年《OECD 外国财产保护公约草案》明确给予国家间仲裁以优先位阶。^③ 此外，国家还可以选择顺序方法，给予在先申诉以优先地位，比如 ICSID 公约第 27 条的规定。

“反致”条款。2012 年中加 BIT 第 20（2）条规定：在一个投资仲裁程序中，如果被诉方援引一个特定 BIT 义务例外，投资仲裁庭可以不对该例外条款是否以及在何种程序上构成针对投资者申诉的有效抗辩作出决定；此时，投资仲裁庭有义务暂停自身程序，并将该事项提交缔约方，由缔约方金融机构对被诉方该抗辩作出联合决议，该决议拘束投资仲裁庭。如缔约方不能达成联合决议，任一缔约方可以将该问题提交依据 BIT 规定的国家间争端解决条款设立的国家间仲裁庭。国家间仲裁庭同样可以拘束投资仲裁庭。这类条款效果尚未得到检验，但仍然可以对此类条款得出一些初步结论：第一，缔约方可以通过此类条款限制投资者仲裁庭的权限；第二，这种“反致”机制可能给予缔约方的相关解释以优先地位；第三，即便反致后缔约方相关机关不能达成合意，则可以将国家间仲裁裁决作为缔约方的解释，并拘束投资仲裁庭。国家间仲裁裁决被视为缔约方解释的最密切且最可能被接受的替代。反致机制可以为投资者母国提供一个就条约某些条款表达自己观点的机会，但需要构建缓解这种机制不当延迟投资仲裁程序及增加缔约方成本与负担等问题的机制。

先行裁决制度。晚近 IIAs 规定了“先行裁决制度”（preliminary reference procedure），如东盟—澳大利亚—新西兰 FTA 第 11 章第 27（2）条。该条规定投资仲裁庭“应主动或应一争端方请求，要求缔约方对争端中涉及的协定任一条款进行联合解释”。甚至在国际投资协定先行裁决机制缺位情况下，缔约方仍然可以以先行裁决方法利用国家间仲裁对某些问题作出联合权威解释。这种国家间仲裁作出的关于争议协定的解释对后续仲裁庭产生拘束力。

① Michele Potestà, “Towards a Greater Role for State-to-State Arbitration in the Architecture of Investment Treaties?”, in Shaheza Lalani and Rodrigo Polanco Lazo (eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, (Brill Nijhoff, 2015), p. 271.

② *Amoco Asia Corp. v. Republic of Indon.*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (May 10, 1988), para. 30; *RSM v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, (Dec. 10, 2010), para. 7.1.1-2

③ OECD, *Draft Convention on the Protection on Foreign Property*, Oct. 12, 1967, art. 7 (b) (ii).

结 语

国家间仲裁程序代表着国际投资争端解决的新趋势,为缔约方提供了一种重塑投资条约体系的重要机制。在满足适当限制情况下,国家间仲裁允许缔约方重新进入投资条约领域,这是缔约方缔约活动的继续,并导致了条约解释与适用的权利从投资者和投资仲裁庭转向由条约方、投资仲裁庭和国家间仲裁庭共享。^①随着国家方对投资仲裁程序不满的增加,国家间争端解决程序的重要性将会增加,并可能迎来新生。^②通过对上述案件涉及问题的剖析,可以尝试得出以下初步结论:

秘鲁诉智利案中,投资仲裁庭拒绝暂停请求反映了两种投资争端解决程序并存且不存在清晰位阶关系是国际投资法的现实图景,也反映了投资条约体系自身的混合性质。^③依据1969年《维也纳条约法公约》的习惯法解释规则,给予一个法律规则权威解释的权利属于有权修订或抑制该规则的人或实体。^④这意味着缔约方最终控制条约解释,条约解释根本目的在于确定缔约方动机与目的。^⑤后续条约与后续实践在条约解释一般规则中具有重要地位。^⑥国家间仲裁程序恰好可以构成国家间后续实践,并最终表明国家意图。该仲裁庭显然漠视了这一基本原则,实际上剥夺了缔约方享有的针对条约解释的天生权力。

意大利诉古巴案中,仲裁庭澄清了BITs中规定的关于条约解释与适用的国家间争端解决条款可以涵括投资者母国提起的传统外交保护,这种解释值得肯定。需要注意,仲裁庭认为投资仲裁和利用国家间仲裁进行外交保护是两种不同程序,投资仲裁中投资者的直诉权并不能直接免除外交保护制度下的投资者用尽当地救济的义务。笔者认为,将两种争端解决体制视为不同体制是国际法“碎片化现象”的体现。外交保护制度出现在先,投资仲裁制度出现在后,两者都是保护外国投资的具体设计。当投资仲裁放弃用尽当地救济时,应视为国家间外交保护程序同样放弃了用尽当地救济原则。该案裁决不利于争端的最终解决,同样也不符合逻辑。

厄瓜多尔诉美国案中,仲裁庭认为为确立国家间仲裁庭的管辖权,争端方必须证明双方之间存在法律争端。从国际争端解决实践看,确定一个争端是否存在显然比争端定义本身复杂。^⑦美国式“积极对抗标准”使得一个条约方可能通过沉默行为实际上阻止另一缔约方求助于国家间仲裁程序,厄瓜多尔式“宣称标准”可能使得条约方被强迫发声或进行违背自己意愿的申诉。上述两种均标准不符合国际实践,应考虑争端双方所处的环境背景并结合案例具体情况,综合性适用上述两种标准。

(下转第128页)

① Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority”, (2014) 55 *Harvard International Law Journal* 1, p. 6.

② See Michele Potestà, “State-to-State Dispute Settlement Pursuant to Bilateral Investment Treaties: Is There Potential?”, in Nerina Boschiero, Tullio Scovazzi, Cesare Pitea and Chiara Ragni (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves* (the Hague: T. M. C. Asser Press, 2013), p. 767.

③ See Zachary Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, (2003) 74 *British Yearbook of International Law* 151, pp. 151–289.

④ *Delimitation of the Polish-Czechoslovakian Frontier (Question of Jaworzina)*, PCIJ Advisory Opinion, Series B, No 8, p. 37.

⑤ See Eirik Bjorge, *Evolutionary Interpretation of Treaties*, (Oxford University Press, 2014), pp. 76–139.

⑥ See Richard K Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2008), p. 109.

⑦ See Clovis J. Trevino, “State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty”, (2013) 5 (1) *Journal of International Dispute Settlement* 199, p. 201.