

国际投资条约体系下外交 保护的空間

张 生*

摘 要 在国际投资法制中,外交保护是解决投资争议的一种“剩余机制”,它可以在投资仲裁或其他解决方式都不能被使用时发挥作用。投资条约中规定的国家间仲裁也为外交保护提供了新的路径。但外交保护有时也会导致争端解决的复杂化,针对东道国违反投资条约的行为,投资者提起的投资仲裁与投资者母国提起的外交保护可能同时存在,而现有的国际法规则并不能很好地解决这样的冲突。由于投资条约本质上涉及的仍是缔约国的实体权利,它决定了投资仲裁与外交保护诉求的同质性。为了解决两者之间的冲突,在设计投资条约时,一方面可借鉴《ICSID 公约》所确立的顺序性原则,另一方面,也需要投资仲裁庭充分考虑并尊重国家间仲裁已经就外交保护作出的认定。

关键词 外交保护 国家间仲裁 国际投资仲裁

外交保护有着颇具争议的历史发展。19 世纪和 20 世纪早期,发达国家常通过外交保护维护本国国民在弱小的发展中国家的商事利益。不少情况下外交保护最终会演变成为武力干预。国际法院法官内尔沃(Nervo)在“巴塞罗那电车公司案”中就曾一针见血地指出有关外国人待遇的国家责任的历史充斥着滥用、非法干涉弱国的国内管辖权、不公正的索赔、威胁、甚至以行使保护权为名进行军事干预,以及通过实施制裁迫使一国政府做出赔偿。^[1] 虽如此,在国际法视域下,外交保护却也有着丰富的国家实践。在双边投资条约产生以前,有关投资保护

* 西安交通大学法学院副教授。本研究受国家社科基金青年项目(项目编号:14CFX052)资助。

[1] See Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (New Application: 1962) (*Belgium v. Spain*) (Second Phase), Judgment of 5 February 1970, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, [1970] ICJ Report, p. 246.

的习惯国际法或多或少都与外交保护有关。如今,随着双边投资条约的增长,投资者—国家仲裁(“投资仲裁”)成为解决投资争议的常态,相较之下外交保护的重要性则在不断衰减。但这并不意味着外交保护在国际投资法制框架下毫无“用武之地”。从理论上讲,外交保护可以被看作是解决投资争议的一种“剩余机制”,它可以在投资仲裁或其他解决方式都不能被使用时发挥作用。而实践中已经发生的“意大利诉古巴案”也表明外交保护在解决投资争议时仍有发挥的空间。投资条约中规定的国家间仲裁也为投资者母国采取外交保护提供了新的路径。但有的情况下外交保护也会导致争端解决的复杂化,针对东道国违反投资条约的行为,可能同时会存在投资者提起的投资仲裁与投资者母国提起的外交保护,而现有的国际法规则并不能很好地解决这样的冲突。本文首先回顾了传统国际法背景下的外交保护,之后分析了外交保护如何通过国家间仲裁实现,在此基础上探讨外交保护与投资仲裁的潜在冲突,最后提出了解决这种冲突的方案。

一、传统国际法背景下的外交保护

从历史角度看,在双边投资条约产生以前,有关投资保护的的习惯国际法或多或少都与外交保护有关。传统国际法并不允许外国投资者在其权利受到东道国侵害时直接通过国际救济方式解决争端,多数情况下只能寻求母国的外交保护。早在1758年著名的国际法学者瓦特尔就在其著作《国际法或自然法原则》中指出,“任何人虐待一国公民,就是对该国的间接侵犯。”国际法院在“巴塞罗那电车公司案”中也指出:“在国际法规定范围内,一国可以其认为合适的方式和程度采取外交保护,因为国家主张的是它自己的权利。即便母国所代表的个人或法人认为它们的权利未得到充分地保护,它们也无法寻求国际法上的救济。”“对于是否给予保护,在多大程度上给予保护以及什么时候终止保护行为只能由母国来判断。母国在实施外交保护时保有自由裁量权,会有具体案件无关的政治或其他性质的考量。”〔2〕

在国际法发展的早期,外交保护请求多通过特设仲裁庭或者索赔委员会提出。随着常设国际法院以及随后的国际法院的设立,它们成为外交保护的重要渠道。常设国际法院和国际法院作出裁判的有关投资者保护的几个重要案件,都涉及国家代表个人投资者提起外交保护请求。〔3〕如常设国际法院在“马弗若麦蒂斯巴勒斯坦特许案”中直陈一国有权在其国民因另一国违反国际法的行为遭受损害,而通过一般渠道仍无法获得满意的补偿时为其提供保护,这是基本的国际法原则。一国在以自己名义针对另一国采取外交保护行为或者启动其他国际司

〔2〕 See Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (New Application: 1962) (*Belgium v. Spain*) (Second Phase), Judgment of 2 February 1970, [1970] ICJ Report, pp. 44-45.

〔3〕 如 *Oscar Chinn, United Kingdom v. Belgium*, Judgment, PCIJ Series A/B No 63, ICGJ 313 (PCIJ 1932), 12 December 1934 和 *Nottebohm, Liechtenstein v. Guatemala, Preliminary Objection* (Second phase), Judgment, [1955] ICJ Rep 4, ICGJ 185 (ICJ 1955), 6 April 1955.

法程序时,实际上是在宣称其自己的权利,即通过其国民确保国际法规则受到尊重的权利。〔4〕

当投资者的母国决定行使外交保护时,通常都会先与东道国进行协商。协商无果的情况下,母国会寻求通过国际争端解决方式解决争议。少数情况下,外交保护还会导致国家采取反制措施或者报复行为。但无论如何,使用武力都是禁止的。外交保护的行使也需要满足一些限定条件:一方面,不管受损害的投资者是个人还是公司,其必须具有母国的国籍,而且这种国籍的联系必须从侵害行为发生时至提出外交保护请求时持续地存在;另一方面,投资者在要求其母国采取外交保护时,通常需要穷尽当地救济。〔5〕

随着国际法的发展,外交保护作为一种解决投资争端的手段的作用在不断降低,1952年大法官阿尔瓦雷斯(Alvarez)就已在针对“英伊石油案”提出的异议意见中指出随着新兴国际法明确允许个人直接针对国家提出请求而无需寻求其母国的外交保护,外交保护会走向消亡或发生改变。〔6〕随着双边投资条约的发展,外交保护的空間变得更加有限。这主要是因为与投资条约提供的仲裁相比,外交保护本身具有一定的局限性:首先,是否行使外交保护取决于母国的政治意愿。〔7〕外交保护行为有时还会影响两国间的国际关系,引发持续的交恶;其次,外交保护在保护公司股东权益方面也有些束手无策。国际法院在“巴塞罗那电车公司案”中坦承,有关外交保护的习俗国际法的缓慢演变已经不能真正反映国际投资增长和跨国公司国际活动扩张的现实。在该案中,国际法院主张依据外交保护有关的国际法,只有公司才有权寻求其国籍国采取外交保护,在不存在特殊的例外情况下,股东国籍国不得行使外交保护权;〔8〕最后,随着国际法的发展,特别是双边和多边投资条约的发展,个人在国际上的地位已经发生变化,他们不再单纯是国际法上的客体,而是被赋予直接就争议提起国际投资仲裁的权利。很多时候,对外资的保护主要是通过投资条约实现。国际法院在“迪亚罗案”中也注意到了现有关于股东保护的國際法主要就是投资条约或者国家与投资者之间签署的特别协议。而只有在不存在条约法保护或条约不起作用时,才可以诉诸外交保护。〔9〕

〔4〕 See *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Judgment of 30 August 1924, P. C. I. J. Series A, No. 2, 1924, p. 12.

〔5〕 See Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edition), Oxford University Press, 2012, p. 232.

〔6〕 See *Anglo-Iranian Oil Co. (UK v. Iran)*, Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952, Dissenting Opinion of Judge Alvarez, [1952] ICJ Report, p. 130.

〔7〕 实际上,各国极少在其国内法中明确规定本国国民有请求采取外交保护的权利。即使有的国家在宪法中有所规定,但是这样的规定更像是一种道德义务而非法律义务,因为一国是否采取外交保护主要是受政治方面考量以及两国外交关系的影响。

〔8〕 See *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)* (Second Phase), Judgment of 2 February 1970, ICJ Report, 1970, paras. 43-47.

〔9〕 See ICJ, *Diallo case (Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Judgment of 24 May 2007, [2007] ICJ Report, p. 582.

二、投资条约体系下外交保护的实现路径——国家间仲裁

虽然目前在国际投资保护方面外交保护已没有太多的施展空间,但这并非意味着外交保护完全无用武之地。在“CMS公司诉阿根廷案”仲裁庭看来,尽管外交保护在当代国际法中的作用在不断衰减,但当相关安排没有赋予个人直接行动权时,外交保护可以作为一种“剩余机制”被使用。^[10]与投资仲裁相比,外交保护具有如下几种优势:第一,外交保护可以用于确保另一缔约国遵守或履行仲裁裁决;^[11]第二,如果两个国家间不存在有效的投资条约,或者投资条约中没有规定投资仲裁,或者虽然规定了投资仲裁,但可仲裁的争端类型有限时,外交保护仍然是实现救济的重要途径;第三,如果有明确证据表明涉案东道国不会尊重仲裁裁决,或者引发争议的行为是一系列行为,而其中仅有一部分行为受投资条约调整,通过外交保护解决争议也不失为重要且有效的方法,它可以协调不同投资者之间的诉请,使这些诉请可以同时通过统一的国际途径解决,从而也避免投资者逐个起诉可能产生的不一致的认定;第四,外交保护的劣势还体现在它的保护范围要更广一些,既可以覆盖投资者的财产权和其他财产利益,也可以为投资者提供人权方面的保护。同时,《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》(《ICSID公约》)不允许同时具有另一缔约国国籍和东道国国籍的自然人投资者提起针对东道国的投资仲裁,^[12]但晚近的一些有关外交保护的实践却表明当投资者具有双重国籍时,其中一个国籍国可以针对另一个国籍国提出外交保护请求。^[13]《外交保护条款草案》也承认了这一实践,只是同时要求在发生损害之日和正式提出求偿之日,提出外交保护的国籍国须为该国民的主要国籍国。^[14]

在投资条约体系下,国家间仲裁为投资者母国提起外交保护提供了重要的路径。^[15]外交保护多因东道国违反了条约义务而提出,涉及外国投资者与东道国之间的关系,从本质上

[10] See *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award on Jurisdiction, 17 July 2003, para. 45.

[11] 如《ICSID公约》第27条第1款规定:“缔约国对于其国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求,除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

[12] 《ICSID公约》第25条。

[13] See John Dugard, “Diplomatic Protection”, in Rüdiger Wolfrum ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Oxford University Press, 2012, pp. 114–134.

[14] 《外交保护条款草案》第7条。

[15] See Anthea Roberts, “State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretative Authority”, 55 *Harvard International Law Journal*, 30–52 (2014); Ben Juratowitch, “The Relationship Between Diplomatic Protection and Investment Treaties”, 23 *ICSID Review*, 27–33 (2008); Clovis J. Trevino, “State-to-State Investment Treaty Arbitration and the Interplay with Investor-State Arbitration Under the Same Treaty”, 5 *Journal of International Dispute Settlement*, 199–233 (2014).

看,它也涉及条约的具体适用,而大多数投资条约都规定缔约方之间因协定解释或适用产生的争议若在一定期限内未能协商解决,可以交由国家间仲裁。^{〔16〕}对一些国家的缔约历史的研究,也表明投资仲裁并不是为了取代外交保护等其他争端解决方式。如对于美国政府而言,如果投资者的母国想要参与某一具体的案件,它可以通过国家间仲裁来实现。^{〔17〕}这实际上也表明了美国对投资者母国利用国家间仲裁提出外交保护诉请表示认可。

实践中仲裁庭也支持投资者母国通过投资条约中的国家间仲裁提出外交保护请求,最为典型的例子便是“意大利诉古巴案”。2003年5月,意大利根据《意大利—古巴双边投资条约》第10条的规定提起了针对古巴的临时仲裁。该条规定缔约方在条约解释或适用方面的争议可提交国家间仲裁解决。意大利诉称古巴政府的行为违反了双边投资条约中规定的鼓励投资义务、公平与公正待遇义务、国民待遇义务、提供完全的保护和安全的义务、征收条款和转移条款等。意大利指出它是基于“双重立场”提起的诉请:一方面,它寻求保护其在双边投资条约中的权利;另一方面,它在实施其外交保护权以保护本国自然人或法人的权益。除了要求古巴政府停止错误行为并保证不再采取类似行为外,意大利还要求古巴政府给予赔偿。仲裁庭重点考虑了《意大利—古巴双边投资条约》中第9条规定的国际投资仲裁是否会阻止投资者母国利用国家间仲裁提出外交保护请求的问题。仲裁庭认为只要投资者没有与东道国形成投资仲裁的合意或者没有将争议提交仲裁,投资者就可以要求其母国提供外交保护。^{〔18〕}由此仲裁庭认定意大利有权在国家间仲裁框架下提出外交保护请求,但须满足条约中规定的其他管辖权条件。^{〔19〕}

国家间仲裁虽为外交保护提供了实现的路径,但同时也意味着外交保护在受习惯国际法调整时,也要受到投资条约的一些影响。投资条约既涵盖投资仲裁,也包括国家间仲裁。针对东道国的同一违反条约的行为,如果要求投资仲裁庭根据条约确定管辖权和审理案件,并要求国家间仲裁庭依据外交保护的惯国际法确定管辖权,显然是不合逻辑的。因为投资条约体系下的外交保护不同于国际公法基础上的外交保护,特别是当投资条约或《ICSID公约》规定了不同要求时。一方面,在认定投资者,特别是法人的国籍时,投资条约规定得更为宽泛一些。《外交保护条款草案》因循国际法院在“巴塞罗那电车公司案”中的认定,主要依据成立地说确定公司的国籍国,只有当公司受另一国或另外数国的国民控制,并在成立地没有实质性商业活动,而且公司的管理总部和财务控制均处于另一国时,那么该另一国才被视为国籍国。有的投资条约并不是以成立地说,而是以住所地说或者实际控制说等标准来确定法人的国籍。如

〔16〕 See Chittharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 340.

〔17〕 See Kenneth Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law International, 1992, p. 163.

〔18〕 See *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Interim Award (Sentence pre liminaire) (Ad Hoc Arb. Trib. 15 March 2005) (in French), para. 65.

〔19〕 *Ibid.*, paras. 65—67.

2008年《德国双边投资条约范本》第1条第3款第1项规定,公司包括“任何住所在德意志联邦共和国境内的法人,以及具有或不具有法人资格的商业公司、其他各种公司和社团”。另一方面,依据习惯国际法,在母国实施外交保护前,通常要求外国投资者用尽东道国当地救济。然而这一要求在多数投资条约中并没有明确规定。《ICSID公约》更是进一步规定争端双方同意国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁应视为同意排除任何其他救济方法,如果缔约国要求以用尽该国行政或司法救济作为同意ICSID仲裁的条件的话,需要有明确表示,否则外国投资者可以直接将投资争议提交ICSID仲裁。^[20]联合国贸发会的一项报告也指出,自1995年以来,有不少投资条约明确规定缔约方不能在投资者提起国际仲裁时要求用尽当地救济。^[21]

三、外交保护与投资仲裁的冲突与协调

(一) 两者的冲突

不管是从理论还是实践方面考察,传统意义上的外交保护与投资仲裁有着较为明显的区别。外交保护并非一种法律义务,是否施行外交保护取决于投资者母国的政治意愿,而投资者在提起投资仲裁时并不用考虑其母国的意愿,而是可以自己决定是否申请仲裁、是否同意和解。投资仲裁意味着真正的起诉者与真正的应诉者之间的正面交锋。此外,在外交保护情况下,虽然东道国赔偿数额多会根据投资者所受的损害来计算,但母国在获得东道国的赔偿后,却没有国际法义务将赔偿转交给受损害的个人投资者。而在投资仲裁中,若仲裁庭认定东道国需承担赔偿责任,那么赔偿款将直接赔付给投资者。^[22]实际上,投资保护条约的特殊性在《外交保护条款草案》中也得到承认,它规定了“草案在与诸如投资保护条约规定等国际法特别规则不符的情况下,则不适用”。特别报告员本努那(Bennouna)在其大会报告中也进一步指出国际投资法和国际人权法是在外交保护这一传统领域之外设立的法律体系。^[23]

即便有明显的区别存在,但因为两者所涉及的都是东道国针对具体投资者违反投资条约的行为,所以实践中难免会有交叉与相互影响。国际投资仲裁推动争端解决机制向“非政治化”方向发展,使得投资争议的解决由原来的政治化的外交保护向法律化的投资条约体系转变。不过缔约国签订双边投资条约,并不是为了完全排除习惯国际法。投资条约中同时存在的投资仲裁和国家间仲裁也使得外交保护与投资仲裁间的冲突更有可能发生。然而遗憾的是,目前的投资条约体系在处理投资仲裁和外交保护的关系方面并没有提供充分的参考,或者即使有所规定也并不完善,这使得两者之间的冲突更有可能发生。

[20] 《ICSID公约》第26条。

[21] See UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1905—2006: Trends in Investment Rulemaking*, United Nations: New York and Geneva, 2007, p. 108.

[22] See Amerasinghe, *supra* note 16, p. 319; Juratowitch, *supra* note 15, p. 14.

[23] International Law Commission, Chapter V Diplomatic Protection, *United Nations Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part 2, 1998, p. 44.

《ICSID 公约》是少数明确涉及外交保护的投资条约之一。其第 27 条第 1 款规定,“缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国国民根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求”。^[24] 在起草公约时,各方也曾就外交保护问题进行过讨论,但各方最终同意排除外交保护,一是为了避免母国可能会面临来自不同投资者的不同请求,二是为了防止投资争议演变成政治争端或外交争端。^[25] 这样的规定,使得缔约国更愿意通过投资仲裁的方式解决投资争议,也使弱小国家免受外交保护滥用的影响。^[26]

虽然第 27 条第 1 款主要是约束缔约国的行为,但有的仲裁庭认为投资者也应当遵守该条规定。在“Banro 公司诉刚果民主共和国案”中,加拿大投资者 Banro Resource 因石油开采协议与刚果民主共和国产生了争议,Banro Resource 先是请求其母国加拿大提出外交保护,随后又通过其美国的子公司 Banro American 援引美国与刚果民主共和国的投资条约提起了 ICSID 仲裁。仲裁庭认为虽然第 27 条第 1 款主要适用于国家,但是如果将其与第 26 条联系起来考虑的话,投资者不应当采取并行的救济。《ICSID 公约》第 26 条规定“除非另有规定,双方同意根据本公约交付仲裁,应视为同意排除任何其他救济方法而交付上述仲裁”。仲裁庭考虑到既然《ICSID 公约》的目的之一是使东道国免受投资者母国的外交干预,实现争端解决的“非政治化”,那么若使东道国同时面临投资仲裁和外交保护就违反了公约的目的。^[27]

多数投资条约并未明确包含类似于第 27 条第 1 款的规定,而仅是明确了当投资争议发生时,外国投资者可以诉诸的手段。但实践中仲裁庭同样倾向于认定当外国投资者提起仲裁或者对仲裁表示同意后,其母国就不能再提起外交保护。在“意大利诉古巴案”中,古巴并不是《ICSID 公约》的缔约国,因此《意大利—古巴双边投资条约》仅规定了临时仲裁。仲裁庭认为投资条约中虽未明确包含与《ICSID 公约》第 27 条第 1 款相似的规定,但这并不妨碍仲裁庭“类比”适用该款来处理外交保护与投资仲裁的关系。因此当投资者已经提起投资仲裁或者对投资仲裁作出同意表示后,就不能再要求母国实施外交保护。^[28]

由此可见,仲裁庭普遍倾向于将《ICSID 公约》第 27 条第 1 款作为处理外交保护与投资仲

[24] 实践中一些国家的条约规定会更为严格,如《英国投资条约范本》第 8 条“交由‘中心’处理投资争议”第 4 款规定:投资争议在提交“中心”受理后,缔约方不能再通过“外交途径”(diplomatic channel)采取任何措施。除非 ICSID 仲裁庭认定对案件没有管辖权或者另一缔约方未能遵守或履行仲裁庭裁决。采用“外交途径”这一用语实际上也将《ICSID 公约》所允许的为了“促进争端的解决而进行的非正式的外交上的交往”排除在外。

[25] ICSID, *History of the ICSID: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, Vol. II, Part 1, ICSID, Washington, 1968, p. 432.

[26] Ibrahim Shihata, “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA”, 1 *ICSID Review*, 11—12(1986).

[27] See *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, 1 September 2000, para. 19.

[28] See *Republic of Italy v. Republic of Cuba*, Interim Award, Ad Hoc Arbitral Tribunal, 15 March 2005, para. 65.

裁的“标尺”，不过《ICSID 公约》并不能有效处理两者间所有可能的冲突。从本质上看，《ICSID 公约》第 27 条第 1 款在处理两者关系时采取了一种“不对称的顺序性”原则。称之“顺序性”，是指它在投资仲裁和外交保护之间确立了投资仲裁优先的顺序，因为投资仲裁可以排除外交保护。但是这种排除又是“不对称”的，若外国投资者尚未与东道国就投资仲裁形成合意，或者外国投资者尚未将争议提交仲裁，那么母国可以提出外交保护请求，^[29]但在这种情况下外交保护并不能排除投资仲裁。即便国家间仲裁庭作出了裁决，外国投资者也可以再针对同一争议请求投资仲裁。因为投资仲裁与国家间仲裁虽涉及相同的争议，但由于参与这两种仲裁的当事方不同，既判力(*res judicata*)这一原则并不适用。因此实践中可能出现的情形便是东道国因相同的事项连续参与两个仲裁程序，同时也可能导致产生两种不同的认定。

同样的冲突也会发生在投资仲裁裁决作出后，如果投资条约对外交保护和投资仲裁的关系未作规定，而外国投资者选择的仲裁又非 ICSID 仲裁，那么在投资仲裁裁决作出后，也不排除投资者母国在对裁决不满意的情况下再通过提起外交保护的方式寻求新的认定。这样的做法会严重削弱投资仲裁的效力，而投资仲裁恰恰是当代国际投资法的根基。已经发生的“厄瓜多尔诉美国案”虽然不直接涉及投资仲裁与外交保护的关系，但是该案也从更一般的意义上反映出投资仲裁裁决作出后，对裁决不满意的缔约国可能会通过国家间仲裁的方式寻求改变仲裁裁决。^[30]

(二) 两者的协调

以上论述表明外交保护与投资仲裁的重复，除了会导致争端解决程序的复杂化和低效外，也容易导致针对同一问题产生不一致的认定。这样的结果无疑会使本已备受诟病的投资仲裁制度遭受更多的质疑，更会进一步引发国际社会对投资条约体系的制度性担忧。

从这样的问题和角度出发，在厘清外交保护与投资仲裁的关系时，应当秉承两个原则。一是“两者取其一”，也即避免两者在处理同一问题上的重复。根据习惯国际法中的“禁反言”原则，既然缔约方已经在条约中明确同意了投资争议可以通过投资仲裁解决，那么当投资仲裁被提起或者同意已经作出后，投资者母国就不应再寻求与投资仲裁相冲突的方法。否则就与缔约国寻求简化争端解决程序的目的明显违背。^[31]国际法委员会特别报告员本努那法官在针对外交保护条款的初步报告中就指出：“同意仲裁意味着争端双方放弃了所有其他的救济方式。这时用尽当地救济的要求以及投资者母国的外交保护都被放置在一边。”^[32]

对投资条约性质的进一步解读也能说明这样的重复没有必要。不同于国际人权法直接规

[29] See Christopher Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 409.

[30] See *Republic of Ecuador v. United States of America* (PCA Case No. 2012-5), Request for Arbitration, 28 June 2011.

[31] See Amerasinghe, *supra* note 16, p. 341.

[32] See International Law Commission, Preliminary Report on Diplomatic Protection, UN Doc. A/CN.4/484, 1998, para. 40.

定个人可享有何种权利,国际投资条约通常只是规定缔约一方要给予来自于缔约另一方的投资者各种待遇。这样的规定更像是要求缔约国承担的义务,而非直接赋予投资者实体权利。条约中规定的其他条款,如拒绝授惠条款(denial of benefits),从另一个角度表明投资者享有的仅是条约提供的优惠或利益。从根本上看,投资条约中的实体权利主体仍是国家,而外国投资者仅享有程序性权利——以自己的名义提起仲裁请求,进行和解,参与仲裁程序,申请执行仲裁裁决。著名国际法学者克劳福德(Crawford)也支持这样的观点,他也进一步指出从某种意义上看双边投资条约是外交保护体系的制度化和强化。^[33] 因此不管是投资仲裁,还是通过国家间仲裁提出的外交保护请求,其实质都是维护缔约国的利益,根本上都是为了解决同一种权利的保护问题。

如果同时允许国际投资仲裁和外交保护存在,也会破坏缔约方之间的利益平衡——东道国在同意国际投资仲裁后,仍然会面临投资者母国提出外交保护的可能。实际上,通过投资仲裁来避免外交保护也是缔约国签订投资条约的一个主要考虑。在投资仲裁后再启动外交保护,也会对仲裁程序产生不利影响。国际法委员会针对《外交保护条款草案》第17条的评论也指出双边投资条约和《ICSID公约》中规定的争端解决程序比外交保护的“习惯国际法”更加有利,因为它允许投资者可直接提起仲裁请求,这样就避免了外交保护实施中与母国自由裁量权有关的政治不确定性,投资仲裁也不一定受用尽当地救济以及其他一些条件的约束。^[34]

另一个原则是“以投资仲裁为主,外交保护为辅”,即将外交保护看作是对投资仲裁的有效补充。作为当代国际投资法最大的“创举”,投资仲裁制度在推动争端解决的法律化和“非政治化”方面功不可没。经过几十年的发展,不管是ICSID仲裁,还是临时仲裁,都形成了比较成熟的体系。相反,投资条约体系下外交保护的实践却十分有限。投资仲裁程序中日益完善的透明度和“法庭之友”条款也能保证争端所涉利益各方有充分的表达机会,它也为国家间仲裁的完善提供了参考的样本。^[35]

具体而言,为了实现上述两个原则,一方面可以借鉴《ICSID公约》第27条第1款中的“顺序性”规定,在条约中明确规定当争议按照投资仲裁章节提交仲裁或者投资者作出同意表示后,缔约任何一方都不能再采取外交保护或者提起国际诉请,除非缔约一方未

[33] See James Crawford, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act: A Retrospect”, 96 *American Journal of International Law*, 874–890(2002).

[34] See 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.347.

[35] 值得一提的是,有的国家采用一种“完全排除法”来处理两者之间的关系,如《墨西哥—冰岛双边投资条约》第9条第2款规定针对某一侵犯投资者权利的争端,缔约一方不能启动任何程序,除非缔约另一方没有履行或者遵守投资仲裁庭的裁决。这样的规定将外交保护仅限于缔约一方未履行或遵守投资仲裁裁决的情况,虽然能避免两者间的冲突,但是却有一定缺陷。如果投资者因资金问题或者其他原因一直未将某一争端提交投资仲裁,那么无论如何其母国也不能提出外交保护请求,在这样的情况下,投资者可利用的争端解决手段就十分有限,因此这样的方法并不可取。

能遵守或履行已经作出的仲裁庭裁决。欧盟已经在最近缔结的协定中作出了这样的尝试。《欧盟—越南自由贸易协定》和《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》中都包含有类似规定。^[36] 这样既能避免投资仲裁提起后,母国再提出外交保护,也能避免投资者母国在投资仲裁裁决作出后再通过外交保护的形式寻求改变仲裁裁决的认定。针对同一争议,即便投资者母国先通过国家间仲裁提起了外交保护请求,但如果投资者随后提出投资仲裁的话,按照这一规定国家间仲裁也应当暂停。

另一方面,实践中也会有投资者提起投资仲裁之前、母国先利用国家间仲裁提出外交保护请求的可能。如果国家间仲裁已经作出认定后,投资者再提起投资仲裁,可以在条约中规定如果投资仲裁庭自身发现或争端当事方提出仲裁庭审理的事项与已经作出的国家间仲裁裁决都涉及东道国作出的相同行为,仲裁庭应当首先寻求缔约双方的意见,缔约双方的意见对仲裁庭具有拘束力,同时要求投资仲裁庭在裁决中应当充分考虑国家间仲裁的认定。这样的规定主要是考虑到缔约方是参与最初的外交保护的双方,它们在决定是否要因循先前的认定方面最有发言权,同时这样的规定也不会影响国际法下不存在先例的基本共识。

这样的安排能保证国家间仲裁与投资仲裁互相补充,使投资争端得以有效解决,也能避免针对同一事实形成程序上的重复或者相互矛盾的认定。它能充分发挥投资条约的功能,使条约下的仲裁能够形成一个可预见的法律框架,也有助于解决目前投资仲裁所面临的“合法性危机”,促进投资条约体系的可持续发展。

四、结 论

投资条约体系下外交保护与投资仲裁的关系折射出国家间仲裁与投资仲裁的关系。从国家间仲裁的作用和受重视程度来看,国际法下的投资争议的解决目前主要经历了三个阶段:在投资条约产生以前,解决投资争议主要依赖于建立在国际公法基础上的国家间仲裁或其他形式的外交保护,在传统国际法视角下,投资者仅是受保护的客体,因此这一阶段考虑的主要是如何保护国家的利益;之后随着投资条约的兴起,通过国际投资仲裁解决投资争议成为国际投资法发展的“新常态”,^[37] 外国投资者被赋予直接针对东道国提起国际诉请的权利,这时保护投资者的利益成为关注的焦点,国家间仲裁也变得少有人问津;但是随着越来越多的仲裁裁决的作出,投资仲裁制度的一些缺陷也暴露出来,仲裁程序不透明、裁决的不一致性以及片面保护投资者利益而忽视了东道国利益等问题引发了对该制度持续的和广泛的批判。不少国家开始在缔结条约时考虑对投资者利用投资仲裁实施限制。如《中国—加拿大双边投资条约》就规

[36] 《欧盟—越南自由贸易协定》第8章第3节第32款和《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》第8.42条。

[37] 根据联合国贸易与发展会议的统计,截止到2016年1月,全球已知的投资条约仲裁案件的数量已达到700多个。See UNCTAD, Record Number of Investor—State Arbitration Filed in 2015, 2 February 2016, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Database/Archive/460>, last visited 2 March 2017.

定了当投资争议涉及金融审慎措施的抗辩时,投资仲裁庭应当先向缔约方寻求双方关于该问题的报告,而若缔约双方的金融服务主管部门未在规定时间内达成共同决定,任一缔约方可以将该问题提交国家间仲裁,国家间仲裁的决定对于投资仲裁具有拘束力。^[38]实践中也出现了投资者母国直接利用国家间仲裁寻求投资保护的例子。这些都标志着投资条约体制下的争端解决迈入了新的阶段,这一阶段最典型的体现便是投资仲裁与国家间仲裁有效共存。在关注投资者利益的同时,也考虑维护缔约国间的公共利益以及投资法制的可持续发展。在这样的背景下,研究投资条约体系下的外交保护具有很大的现实意义。随着全球投资条约向着更加均衡化的方向迈进,外交保护会逐渐褪去其最初具有的“不平等”或“大国影响弱国”的缺陷,在投资条约体系下迎来新的发展。

Abstract: Under international investment law regime, diplomatic protection is regarded as a "residual mechanism" to resolve investment disputes. Diplomatic protection could be utilized when investment arbitration or other solutions are not available. Interstate arbitration in investment treaties also provides new approach for the use of diplomatic protection. However, diplomatic protection sometimes leads to complications and conflicts where it co-exists with investment arbitration with respect to the same dispute. The current regime is not sufficient enough to provide a solution. The nature of investment treaty reveals that the treaty grants substantive rights only to the Contracting Parties, which determines the homogeneity of claims arising out of investment arbitration and diplomatic protection. In order to resolve the conflicts, a sequencing approach could be adopted by reference to the ICSID Convention, while the diplomatic protection decision made through the interstate arbitration should be respected by the investment arbitration tribunal.

Key Words: Diplomatic Protection; Interstate Arbitration; International Investment Arbitration

(责任编辑:唐应茂)

[38] 《中加双边投资条约》第 20 条第 2 款和第 33 条第 3 款。