

国际投资仲裁引发的 若干危机及应对之策述评

刘 笋*

内容提要：在过去的十余年间，国际投资仲裁案件迅速增加，对东道国的行政管理权、立法权和司法权构成了严峻挑战，仲裁裁决的不一致性和对社会价值的忽视也引发了国际社会的广泛批评。为寻求东道国与外国投资者之间的利益平衡，以美国为首的一些国家开始从国内法和国际法的不同层面对投资法的实体规则和仲裁程序规则进行改革，并开始在一系列投资条约中贯彻实施。尽管人们对这些改革措施的利弊褒贬不一且改革能否取得预期结果尚有待观察，但这些改革显示出国际投资领域正发生重大变化，将会对未来国际投资法的演变进程和方向产生重大影响，值得立法部门、学术界和跨国投资者高度关注。

关键词：国际投资 投资仲裁 国家主权

一、引言

国际社会为寻求公平公正、合理迅速地解决投资争议的方法，进行了长期的探索与努力。依据传统的国际法，个人不是国际法主体，因此，外国人（包括外国投资者）在一国遭受人身或财产上的损害，与所在国发生纠纷时，并不能直接求助于国际法以寻求救济。为保护本国投资者的利益，主要是以资本输出国身份出现的西方强国曾经尝试过武力索债、外交保护、混合求偿委员会、国际法院诉讼等方法解决投资争议。但实践表明，这些方法或因具有恃强凌弱的性质而不符合现代国际法的要求，或因只适合于解决特定性质的争端及使用频率过低而难以适应国际投资迅猛发展的需求。另一方面，主要以资本输入国身份出现的发展中国家在很长时间内倡导以卡尔沃主义为理论支撑的东道国当地救济方式，但这种方法因西方投资者的强烈抵制而难以普遍推广。

二战后，世界银行开始牵头创设一套运用国际商事仲裁模式解决投资争议的国际仲裁机制，于1965年通过《华盛顿公约》设立了解决投资争议国际中心（International Center for the Settlement of Investment Disputes，以下简称ICSID）。ICSID体制一方面反对投资争议的政治化，反对以外交保护和武力索债作为解决投资者与东道国之间投资争议的方式，另一方面也不赞成由东道国排他性地管辖此类争议，而是主张运用中立的国际仲裁方式解决争议。为了吸引更多的资本输入国加入

* 中南财经政法大学法学院教授。

本文是国家社科基金项目“国际法基本理论研究——WTO时代国际投资法的发展及中国对策问题研究”（05BFX050）的阶段性研究成果；此项研究亦受中南财经政法大学法学院“南湖杰出青年法学学者”项目资助。

ICSID体制,《华盛顿公约》的设计者们做出了一定的妥协:其一,加入公约并不意味着东道国完全失去对投资争议的控制,ICSID管辖投资争议以争议双方书面同意接受管辖为前提;其二,除非明确宣布完全放弃东道国当地救济,否则东道国可以要求投资争议首先寻求当地救济;其三,仲裁庭处理争议所适用的准据法,可以包括东道国国内法;其四,缔约国可以把它不考虑提交给ICSID管辖的一类或几类争端,通知ICSID。由于这种妥协的机制为发展中国家维护其经济主权保留了一定空间,发展中国家也开始慢慢接受国际仲裁作为一种解决投资争议的方式,国际仲裁也就逐渐发展成为能够维系资本输出国、资本输入国、投资者三者利益需求之间的微妙平衡的、各方都愿意接受的一种投资争议解决方式。

然而,上述微妙平衡很快被美式投资条约的新实践打破。自上世纪80年代开始,美国开始对外签订美式双边投资条约(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)以及含有投资章节的自由贸易协定(Free Trade Agreement,以下简称FTA)等现代投资条约。在这些条约中开始设立一种被称为投资者对国家的争端解决机制(Investor-State Dispute Mechanism,以下简称ISDM),允许投资者针对东道国直接发起国际仲裁程序,是一种直通车性质的仲裁程序。^[1]经济全球化的迅猛发展使上述美式投资条约很快在全球范围内流行,其后果是,自20世纪90年代中期以来,投资者直接发起国际仲裁的案件迅速增加。^[2]东道国在外资领域的主权开始遭受诸多挑战,市民社会所珍视的一系列社会价值也因投资者的利己主义诉求而被忽视甚至否定,即便是自认为其国内法制和行政管理体制已经相当完善的美国,也开始以东道国身份频繁地被投资者提起仲裁诉求。为防止国家主权遭受仲裁的过分冲击,美国等发达国家近年来开始在国内法和国际法两个层面上着手实施一系列改革,有些改革措施甚至改变了仲裁的传统法律属性和特征。毫无疑问,这些改革措施将对国际投资法的未来发展产生深刻影响。

二、晚近国际投资仲裁引发的三大危机及其原因分析

(一) 投资仲裁引发的主权危机及其原因

1. 主权危机

晚近的国际投资仲裁已经开始从行政、立法和司法三个层面对东道国主权构成威胁。

首先,就行政管理权而言,晚近仲裁实践表明,借助直通车性质的ISDM,投资者几乎可以不受限制地将任何对其利润实现或增长有负面影响的东道国管理行为作为国际仲裁的诉求对象,而不论这些管理行为是否存在歧视或是否基于合法目的。这样,东道国管理行为常被指控为违反“公平公正待遇义务”或其他条约上的待遇义务,或被指控为“间接征收”。

其次,由于政府管理行为往往依据立法的授权,因此,在很大程度上,投资仲裁对东道国的立

[1] 在西方学者看来,国家争端解决机制与ICSID体制及传统的外交保护方法相比,前者对于投资者而言具有诸多优势:投资者不再需要向母国政府寻求帮助或“商讨对策”,不需要事先向母国政府提出证据证实东道国确实违反了国际法进而证实自己的诉求有充分的法律依据,也不必继续受“用尽东道国当地救济原则”的束缚。Samrat Ganguly, *The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and A Sovereign's Power to Protect Public Health*, 38 Colum. J. Transnat'l L. 116 (1999). 西方学者Thomas指出,这种允许投资者径直提起国际仲裁之机制的创立,意味着投资者已经摆脱“只有国家才有资格担当国际法律人格者”的传统观念的束缚而正式成为独立的国际法律人格者。它消除了投资者在传统方式下实质性进入争议解决程序之前所必须承担的一系列额外的成本、风险和不可控因素。J. C. Thomas, *Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11*, 37 Canadian Year Book of Int'l Law (1999). 因此,投资者对国家争端解决机制造就的是一种事实上的“直通车”性质的国际争议解决程序。正因如此,有学者开始给NAFTA这类含有投资者对国家争端解决程序规则的自由贸易协定冠之以“迄今为止最异乎寻常的‘人权条约’”的称号。Jose E. Alvarez, *Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven*, 28 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 303, 307 (1997).

[2] 自1985年至今,投资者已提起200多起仲裁,其中超过三分之二的仲裁诉求是2002年以后提起的。

法权也构成了严重威胁。这种威胁可能表现在两个方面：一方面，东道国已经出台的立法，可能因仲裁的威胁或拖累而面临贯彻实施上的困难；另一方面，东道国立法机关因顾及国家可能在未来陷入仲裁的风险而主动延缓立法进程甚至放弃立法计划。西方学者 Samrat Ganguly 举例说，在现有条约仲裁体制下，一国如果想制定立法禁止电视上有关酒类的广告，就不得不对可能导致的仲裁进行审慎考虑：有多少投资者会因为这种广告禁令而遭受利润损失进而会以该禁令构成征收行为为由提起仲裁？这些仲裁的索赔额会有多大？仲裁庭作出有利于投资者之裁决的可能性会有多大？如果作最坏的打算，所有相关投资者都提出仲裁且政府在这些仲裁中都败诉，那么政府有没有承担巨额赔偿的能力？等等。^{〔3〕}再如，知名国际投资法学者 David Gantz 指出，如果仲裁庭随意裁定东道国合法的管理行为构成“间接征收”，那么，这种裁决将对东道国立法产生阻吓效果，导致东道国在制订和实施国内立法时畏缩不前。^{〔4〕}

再次，晚近仲裁实践甚至开始对东道国的司法权发起挑战。例如，在 *Mondev 诉美国案* 中，NAFTA (North American Free Trade Agreement, 以下简称 NAFTA) 仲裁庭对美国马萨诸塞州高等法院的行为是否构成拒绝司法进行了审查，虽然最终作出的是否定性结论。又如，在 *Loewen 诉美国案* 中，尽管仲裁庭最终裁定自己没有管辖权（因为 Loewen 公司在提起仲裁时已宣告破产并已重组为一个美国公司因而没有资格提起仲裁之诉），但是该案件在审理中还是涉及到了事实问题。且仲裁庭明确指出，密西西比州法院在案件审理过程中存在严重的审判不公和行为不当，事实上构成拒绝司法。再如，在 *Azinian 诉墨西哥案* 中，仲裁庭也明确主张有权就东道国法院的行为是否符合国际法进行审查。^{〔5〕} 国际仲裁庭对东道国司法主权的冲击，遭到美国舆论界的强烈讨伐。美国学者 Brower 教授指出：“Loewen 案中，外国投资者在美国法院败诉后转而求助于 NAFTA 仲裁庭以‘纠正’美国拒绝司法的责任，这种行径必然会引起美国国内反 NAFTA 人士的强烈愤慨”，“我们应感激这个案例的出现，因为该案使反全球化和反对国际法干涉国内事务的人士得以旗帜鲜明地质疑 NAFTA 第 11 章的合法性。”“Loewen 案表明，在 NAFTA 体制下，美国纳税人将被迫为投资者的不当行为和在美国国内法院的败诉埋单，这将不仅对美国司法体制构成冲击，也对国家赔偿责任的传统概念形成挑战。”^{〔6〕}

2. 原因分析

主权危机的产生，最根本的原因系因美式投资条约为投资者提供了过度的保护。具体而言，美式投资条约在程序法设计和实体法设计上均存在缺陷，直接导致了上述危机。

从程序法上看，美式投资条约的缔约者显然过分低估了投资者直接发起国际仲裁的危险性。如上所述，美式投资条约为投资者提供了前所未有的诉求便利，在直通车性质的仲裁程序机制的护佑下，投资者可以轻易地绕过东道国当地救济的“干预”，也可以避开外交保护中母国与东道国之间进行“政治交易”的风险，直接在国际法层面上行使诉权和实现金钱补偿。这种程序性体制必然会刺激或纵容投资者频繁起诉甚至滥用诉权，而投资条约中一系列对投资者极为有利的实体规则一旦与上述直通车性质的程序规则相结合，就能对国家主权构成严峻挑战。诚如美国学者 Park 教授指出的那样：晚近仲裁实践显示出美国正在陷入自己挖的陷阱。长期以来，美国在投资条约谈判中倡

〔3〕 前引〔1〕，Samrat Ganguly 文，第 119 页。

〔4〕 David A. Gantz, *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States—Chile Free Trade Agreement*, 19 Am. U. Int'l L. Rev. 684 (2004).

〔5〕 *Mondev Int'l Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award (Oct. 11, 2002); *Loewen Group, Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award (June 26, 2003); *Azinian v. Mexico*, 14 ICSID Rev. — Foreign Inv. L. J., 1999.

〔6〕 Charles H. Brower II, *Investor—State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back*, 40 Colum. J. Transnat'l L. 43—44 (2001).

导制定的过分偏袒投资者的实体法规则正在使各国国内法在国际法面前变成非法的东西,这些过高的国际法标准正在被国际仲裁员无节制地滥用,以致于完全忽略了涉及主权问题的投资仲裁与纯粹商事仲裁的区别,使美国深陷被动。^{〔7〕}

就实体法而言,美式投资条约中的实体法之所以能助推投资者滥用诉权并引发主权危机,至少有三方面的原因:(1)条约中不少重要的实体法条款,诸如公平公正待遇条款、间接征收条款等规定十分模糊,没有明确的界定方法和解释性说明,使投资者得以轻易地主张东道国违反了条约义务;^{〔8〕}(2)条约对投资和投资者的范围做出了过于宽泛的界定,导致几乎所有与投资有关的财产权利、契约权利、无形资产甚至市场准入权都可以被界定为受条约保护的投资;而受投资条约保护的投资者,通常广泛地包括准备投资、正在投资或已经投资的缔约国一方本身、其国有企业、自然人、其他企业及其分支机构等。在有些BIT中,受条约保护的投资者甚至扩展到为缔约国一方投资者控制、在第三国境内设立的法人。这些规定都大大增加了东道国需要承担保护义务的对象,也使投资仲裁发生的机会不断增加;(3)条约对可作为仲裁对象的东道国措施做出了过分宽泛的规定,将东道国行政、立法甚至司法行为都视为可以仲裁的对象。在Loewen案中,美国曾要求仲裁庭将美国国内法院的司法行为排除在可仲裁的对象之外,主张国内法院就私人间经济纠纷作出的裁决不应属于“缔约国采取或维持的‘措施’”的范围。但仲裁庭明确否定了美国的主张,声称东道国可被提起仲裁的“措施”,包括所有形式的法律、法规、程序、要求或实践,当然地包括所有形式的司法行为。^{〔9〕}有学者尖锐地指出,如果将条约法上可予追究国际法责任的措施无限扩展,则可能出现如下荒谬的现象:有时,东道国即便表露出某种立法意图也会被指控为可予追究的“措施”而承担国际法上的责任。^{〔10〕}

(二) 国际投资仲裁引发的合法性危机及其原因

西方学者近年来对国际投资仲裁的合法性提出了质疑,主要基于以下几个方面的理由:

首先,随着仲裁案件数量的激增以及裁决的逐步公开化,人们发现,不少仲裁案件的发生系基于相同或类似的条约条款、类似的商业背景和政府管理措施,但不同仲裁庭就相同或类似的条约义务做出的解释经常不同甚至完全相反。^{〔11〕}仲裁裁决的不一致性,使人们对国际投资仲裁庭有无意愿和能力准确一致地解释投资条约产生了怀疑。它不仅减损了投资条约作为成熟的国际法规范应当具有的严肃性,也损害了投资者对投资条约之投资保护功能的合理预期;^{〔12〕}它不仅使未来的仲裁庭缺乏稳健的先例指引,也会使主权国家对自己的行政、立法和司法行为是否具备国际法上的合法

〔7〕 Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, 28 *The Yale Journal of Int'l L.* 388 (2003).

〔8〕 刘笋:《论国际投资仲裁对国家主权的挑战》,《法商研究》2008年第3期。

〔9〕 前引〔5〕,Loewen Group, Inc. v. United States.

〔10〕 David R. Haigh, *Chapter 11—Private Party vs. Governments, Investor—State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve*, 26 *Can.—U.S. L. J.* 125 (2000).

〔11〕 这样的例子有很多,其中最典型的是Lauder案和SGS案。在Lauder案中,美国金融家Lauder以美国私人投资者的身份和以其控股的荷兰公司的身份,分别根据两个投资条约(美国—捷克BIT和荷兰—捷克BIT),针对捷克政府修改媒体法导致外资受损的同一事实提起仲裁。两个不同的仲裁庭仅在一点上得出相同结论,即都认为捷克政府的行为构成了歧视待遇。在捷克政府行为是否违反了公平公正待遇、是否违反了最低国际法待遇标准、是否构成征收等方面,两仲裁庭作出了截然相反的推理和结论。Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham L. Rev.* 1560—1568 (2005)。在SGS案中,瑞士SGS公司基于装船前检验服务合同被违反的相似事实,分别对巴基斯坦和菲律宾政府提起仲裁,要求仲裁庭裁定违反政府与外国投资者之间的服务合同是否构成违反条约义务。结果一个仲裁庭认为仲裁庭对违反合同之诉没有管辖权,另一个仲裁庭确定自己对违反合同之诉有管辖权,并认定违反合同也构成违反条约。前引Susan D. Franck文,第1569—1574页。

〔12〕 同上, Susan D. Franck文,第1620页。

性缺乏准确判断。^{〔13〕}

其次，鉴于仲裁呈泛滥之势且对国家主权构成威胁，不少西方学者开始主张，主权国家与外国私人投资者之间的投资争议与一般的国际商事争议有本质区别。前者涉及到公权力的行使，争端解决的结果关涉到国家公共政策和普通纳税人的利益，投资仲裁不宜严格依循国际商事仲裁的程序规则。他们认为，主权对仲裁的容忍应当有一定的边界，如果仲裁对国家的正常管理行为造成干扰，妨碍国家公权力的正常行使，对国际法律秩序构成威胁，则其合法性就值得怀疑。

再次，晚近投资仲裁实践突出地反映了仲裁庭过分偏向于维护投资者利益的倾向。为做出有利于投资者的裁决，仲裁员轻易主张管辖权、扩大解释甚至随意解释条约义务的恶例频出。^{〔14〕} 这些情况的出现使不少西方学者开始怀疑仲裁员的职业素养和道德操守，并对仲裁作为解决投资争议的方法的合法性、公正性提出了质疑。一些一贯主张将仲裁作为解决投资争议的最佳方法的学者，近年来也纷纷对过分偏袒投资者而严重忽视东道国国家利益的仲裁裁决提出严厉的批评。^{〔15〕}

又次，从内外资应享有平等待遇和公平竞争机会的角度来看，晚近投资仲裁的合法性也是令人怀疑的。现代投资条约不仅在实体法上给予外国投资者高于内国投资者的保护，而且从程序法上也给予外国投资者直接挑战国家主权行为的特权，而内国投资者是无法享受这种特权的。以征收为例：通常情况下，因国家行为而导致投资者利益损失时，即便国内外投资者遭受同样的损失，当地投资者也无法对政府行为提起征收之诉，但外国投资者却可以借助投资条约中的征收条款发起国际仲裁程序。这典型地造成了内外投资者的不平等待遇，违反了投资法领域根本性的平等待遇和公平竞争原则。

（三）国际投资仲裁引发的社会价值危机及其原因

近年来投资仲裁遭受西方学者广泛抨击的另一重要原因，是仲裁庭严重忽视投资领域经济价值之外的社会价值，以至于许多人权和环保组织指责投资仲裁造成或至少助长了社会价值危机。

客观而言，在国际投资领域，社会价值被忽视并不是投资仲裁造成的，而在于长期以来大多数国家过分追求投资的经济价值，有些国家甚至至今仍在以牺牲环境、人权或公共健康等社会价值为

〔13〕 Tai-Heng Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, 30 *Fordham Int'l L. J.* 1015-1049 (2007).

〔14〕 仅从涉及 NAFTA 第 1105 条（最低待遇标准条款）的几个案例中，我们就可以初步了解问题的严重性：（1）在 Methanex 公司诉美国案中，仲裁员在没有充分依据的基础上，随意主张第 1105 条所称之最低待遇标准，不仅指习惯国际法赋予的待遇标准，也可以借助“公平公正待遇”、“全面的保护与安全”这两个概念得以提升，使之在习惯国际法待遇标准之外还有更高的要求。根据这种理解，NAFTA 不仅提供一种绝对的最低待遇标准所能提供的保护，而且在更广泛意义上给予投资者来自公平公正和安全等特别规则的保护，这些特别规则与习惯国际法相比具有更大的灵活性。这种解释方法显然缺乏依据。Stefan Matiation, *Arbitration with Two Twists: Loewen v. United States and Free Trade Commission Intervention in NAFTA Chapter 11 Disputes*, 24 *U. Pa J Int'l Econ. L.* 473-474 (2003).（2）NAFTA 第 1105 条要求东道国给予外国投资者的待遇必须“符合国际法”，但没有界定“符合国际法”的判断标准。于是，有仲裁员随意将“符合国际法”扩大解读为投资者有权获得依据国际法享有的任何待遇，不论这种国际法直接表现为第 1105 条的规定，还是来源于 NAFTA 中的其他条款，甚至只要是 NAFTA 成员国参加、认可或批准的任何其他国际条约，都可以作为东道国给予外国投资者的待遇是否“符合国际法”的判断依据。例如，在 S. D. Myers 诉加拿大案中，有仲裁员就主张第 1105 条应当在更广义的基础上加以解释与适用，可以考虑援引 WTO 框架内的国际协议和 BIT 中确立的规则。该仲裁员甚至接受了 S. D. Myers 提出的“WTO 和 BIT 的规则即便还没有在技术上成熟为习惯国际法的组成部分，也不妨碍这些规则被仲裁庭适用”的观点。S. D. Myers v. Canada, partial award, Nov. 12, 2002, paras. 234-257.（3）在 Metalclad Corp. 诉墨西哥案中，仲裁庭指出，由于 NAFTA 将透明度作为其目标，透明度应当也是第 1105 条下的义务。NAFTA Arbitration: Metalclad Corp. v. United Mexican States, I. L. M., Vol. 40, 2001, para. 76. 在 S. D. Myers 诉加拿大案中，仲裁庭主张对 NAFTA 第 1102 条的违反也应被视为对第 1105 条的违反，这种解释显然也属于随意解释。David A. Gantz, *Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation under NAFTA's Chapter 11*, 33 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 712 (2001).

〔15〕 Susan D. Franck, *The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity*, 20 *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 11-15 (2000).

代价,片面追求投资数量的增加或投资利润的增长。在国际立法层面上,最近十多年来以 NAFTA 为代表的一些投资条约中开始纳入尊重社会价值的条款,但这些条款往往规定得十分抽象,难以贯彻实施。在国内立法层面,以提高劳工或环境标准为目的立法的执行也遭遇很多阻力。一方面,资本输出国对本国人的海外投资项目肆意污染所在国环境或不遵守所在国劳工立法的行为,通常采取绥靖政策;另一方面,那些希望吸收外资的资本输入国,往往以能否吸收外资为最重要乃至唯一的目标。对短期见效的经济利益的追求,往往使许多国家(尤其是发展中国家)倡导社会价值的国内立法形同虚设。

更令人遗憾的是,现代投资条约中的仲裁体制不仅无助于推动投资条约或国内立法中的社会价值目标的实现,反而使这些社会价值更加难以实现。原因在于,这种仲裁体制使投资者随时可以通过提起仲裁或以提起仲裁为威胁,妨碍上述社会价值目标转变成法律义务或使已经形成法律义务的条约条款或国内立法失去作用。从 NAFTA 下发生的一些与环境保护有关的投资仲裁案件的推理或裁决结果来看,仲裁庭多倾向于认定东道国有关环保的立法或管理措施或违反了公平公正待遇,或违反了国民待遇或最低待遇标准,或构成征收行为。例如, Ethyl Corp. 诉加拿大案、Metalclad 诉墨西哥案、S. D. Myers 诉加拿大案等案件就清晰地表明, NAFTA 仲裁庭并没有像环保主义者期待的那样妥善处理投资与环保的关系。只要仲裁庭对 NAFTA 下的投资保护条款作出宽泛的解释,就会危及成员国政府对环境的合法管理权。而从成员国政府的角度来看,考虑到 NAFTA 下的投资保护条款过于严格,他们有时更愿意积极谋求诉讼外的协商,通过牺牲环保利益或提供赔偿的方式达到息事宁人的目的。^[16]正因为如此,美国国内舆论界近年来频繁而激烈地指责国际投资仲裁庭严重缺乏社会责任感。

三、以美国为首的若干国家采取的应对措施

由于晚近国际投资仲裁引发了诸多危机,投资仲裁的存废及改革问题开始成为众多学者讨论的焦点。一些国家为处理危机,已经采取一系列具体的应对措施,以消除或减少无节制的投资仲裁所带来的消极影响。这些措施主要表现在三个方面:

(一) 依靠条约中仲裁机制本身提供的空间进行适度补救

目前,这种补救主要有以下两个途径。第一个途径是利用国内法院对仲裁裁决进行审查与纠正。许多投资条约并不排斥国内法院对仲裁裁决的审查。依照通例,国内法院对仲裁裁决的审查限于程序性问题,但是,有时实质性问题与程序性问题难以明确区分,而不同仲裁所在地法院所属的不同国家对法院的仲裁裁决复审权限范围的规定往往不一致,这就为东道国利用国内法院对仲裁裁决进行审查乃至纠正提供了机会。这种情况已经在 NAFTA 体制中出现。例如,在 Metalclad 案中,仲裁庭裁决墨西哥违反公平公正待遇,并将部分理由归咎于墨西哥违反了政策法规的透明度义务。随后,墨西哥在仲裁所在地加拿大向不列颠哥伦比亚法院提出了撤销裁决的要求。该法院认为, NAFTA 仲裁庭基于透明度方面的理由判定墨西哥违反公平公正待遇的做法超越了仲裁庭权限,据此推翻了仲裁庭关于 NAFTA 第 1105 条包含透明度义务的解释。

第二个途径是利用自由贸易协定(FTA)对某些机构解释条约的特别授权,对仲裁庭解释投资条约的行为进行适当引导和限制。这方面最典型的例子是 NAFTA 下的自由贸易委员会的解释性行动。依据 NAFTA 的规定,自由贸易委员会有权就 NAFTA 条款的含义发布解释性声明,这

[16] 刘笋:《国际投资与环境保护的法律冲突与协调——以晚近区域性投资条约及相关案例为研究对象》,《现代法学》2006年第6期;余劲松:《外资的公平与公正待遇问题研究——由 NAFTA 的实践产生的几点思考》,《法商研究》2005年第6期。

种声明对仲裁庭有约束力。2001年,该自由贸易委员会首次行使解释权,专门针对引发众多争议的 NAFTA 第 1105 条发布了一个解释性声明,明确反对仲裁庭将 1105 条中的“公平公正待遇”、“全面的保护与安全”与“习惯国际法最低待遇标准”割裂开来视为三种不同的待遇标准,反对将“公平公正待遇”、“全面的保护与安全”视为“习惯国际法最低待遇标准”之外或之上的待遇标准。该声明也明确反对仲裁庭以东道国违反第 1105 条之外的其他条款或其他条约下的义务为由判定东道国违反第 1105 条。

(二) 运用国内立法引导投资条约和 FTA 谈判目标发生转变

这方面最典型的例子发生在美国。美国 2002 年的两党贸易促进授权法案为总统确立了今后对外谈判投资条约及含有投资内容的 FTA 应遵循的新谈判目标:一方面,谈判者应继续确保美国投资者的权利得到保护,坚持投资者对国家的争端解决机制 (ISDM),另一方面,谈判者也需要考虑美国成为仲裁对象时必须予以保护的国家利益。该法案主张,在征收及其补偿方面,未来的投资条约不应当给予美国境内的外国投资者高于美国国内投资者能够享受到的待遇,外国投资者不应当享受高于美国国内法所能提供的权利。该法案甚至确立了为达成上述目标可以尝试采取的一些方法:如建立适当的机制以阻却“轻浮性”仲裁请求 (frivolous claims)、建立仲裁程序的上诉机制、要求仲裁程序对公众开放、允许向仲裁庭提交“法庭之友”意见书等等。^[17]

(三) 改革 FTA 和投资条约以应对仲裁威胁

根据上述法案提出的谈判目标,美国于 2003 年开始在与智利、新加坡以及危地马拉、萨尔瓦多、洪都拉斯等国家签订的新型 FTA 中,纳入了一系列减少东道国条约义务和改革仲裁程序法的条款。同时,美国于 2004 年对双边投资条约 (BIT) 范本进行了修改,开始在 BIT 中贯彻落实上述立法目标。^[18] Gantz 指出,美国与上述国家共同推行的条约法改革措施,很快会被今后的 FTA 和 BIT 效仿。这些改革反映出美式投资条约过分强调投资者保护的强硬立场已经开始软化。^[19]

1. 对条约实体法的小范围调整

晚近出现的一些 FTA 和投资条约开始尝试对某些实体法条款进行限制性界定,以减轻东道国的条约义务。例如,在美国近几年与一些国家签订的 FTA 以及 2004 年 BIT 范本中,开始对最低国际法待遇标准的含义进行阐释,以避免投资者和仲裁庭对该概念的扩大理解:(1) 最低国际法待遇标准中的国际法,是指习惯国际法;(2) “公平公正待遇”和“全面的保护与安全”并不是习惯国际法之外的待遇标准,而应视为习惯国际法的组成部分;(3) 对习惯国际法下的“公平公正待遇”的确定,应当考虑美国的法律传统和习惯,不能超出这些法律传统和习惯做扩大解释;(4) 对于投资条约中最低国际法待遇标准条款以外的其他条款的违反,或其他条约的违反,不能直接构成违反最低国际法待遇标准的理由。

又如,对于经常引发理解上分歧的征收概念,新的 FTA 和 BIT 也进行了限制性界定,对应予补偿的征收与东道国合法的管理行为进行了区分,旨在防止仲裁庭随意将国家正常管理行为定性为征收行为。如美—智 FTA 附件就如何区分征收与合法政府管理行为对仲裁庭进行了明确的指引:(1) 仲裁庭必须认识到缔约国的真实意图,应解读为对投资的保护不宜超越习惯国际法给予的保护范畴;(2) 征收之诉的对象,应限于有形和无形财产权;(3) 对间接征收之诉宜进行限制,应强调间接征收是一种“等同于”征收的行为而非抽象的“相当于”征收的行为;(4) 基于保护环境、公共健康和安全的目的而采取的政府行为,应排除在间接征收的可诉对象范围之外。^[20]

[17] Trade Act of 2002, Pub. L. No. 107-210, 2102 (b) (3), 116 Stat. 933, 995 (2002).

[18] Sean D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law*, 98 Am. J. Int'l L. 836-837 (2004).

[19] 前引 [4], David A. Gantz 文, 第 767 页。

[20] 前引 [18], Sean D. Murphy 文, 第 836-837 页。

2. 对仲裁程序法的大规模改革

(1) 在仲裁的可适用法方面强调对东道国国内法的重新重视

以美国为代表的西方国家长期以来一直倡导国际投资争议适用国际法解决,反对卡尔沃主义,尽可能削弱东道国法在争议解决中的地位和作用,这是在很大程度上导致仲裁庭忽视和弃用东道国国内法的重要原因之一。但当自己“沦落为”东道国,在 NAFTA 下被频繁提起仲裁之诉后,美国开始转变立场,重新强调东道国利益和东道国国内法的地位和作用。

例如,2002年贸易促进法案规定,美国对外签订 FTA 须“确保外国投资者不得获取比美国国内投资者更多的实质性权利”。而美国国内投资者的实体权利主要是依据美国国内法获得的,这意味着仲裁庭今后在涉美案件中评判美国给予外国投资者的待遇是否合适时,美国法将发挥一定作用。

又如,该法案要求 FTA “应致力于确定征收及其补偿的标准,这些标准应当与美国的法律原则和实践保持一致。”这也会有助于今后仲裁庭在处理征收争议时适当尊重美国国内法和实践。

再如,该法案要求美国今后签订的 FTA 在公平公正待遇的解释和理解方面,“应与美国的法律原则和实践保持一致,包括美国法中关于适当程序的原则。”^[21]该立法导向很快在新近签订的一些 FTA 中得到了反映。如美—智 FTA 的第 10 条第 4 款第 2 项就规定:“公平公正待遇应界定为包括但不限于‘避免拒绝司法’和确保‘世界各主要法律体系所包含的正当程序原则’的适用。”^[22]虽然条约用语没有直接使用“美国法中关于正当程序的原则”,而是委婉地提及“世界各主要法律体系所包含的正当程序原则”,但考虑到美国法在世界主要法律体系中占有的重要地位,今后发生在美—智 FTA 下的仲裁案件在涉及公平公正待遇的解释时,美国法的影响将是不言而喻的。

(2) 仲裁程序透明度的提高和法庭之友机制的引入

晚近的 FTA 和 BIT 对仲裁程序的透明度提出了更高和更详尽的要求。这些要求主要涉及三个方面:其一,与仲裁有关的文件和信息的公开;其二,允许非争议当事方的第三方参与争议解决过程,包括接受法庭之友意见书;其三,听证程序对公众公开。例如,美—智 FTA 要求,除涉及商业秘密或其他需要保密的信息外,所有关于提交仲裁的意图或提交仲裁的通知、诉求意见、相关备忘录、辩护状、仲裁听证的文字记录、仲裁有关的决定、裁决等都必须让公众知悉;听证程序的整个过程也必须对公众开放。该 FTA 还明确规定,仲裁庭“有权决定接受或考虑来自非争端当事方的个人或实体提交的法庭之友意见书。”^[23]2003年10月,NAFTA 自由贸易委员会专门发布一解释性声明,声称“NAFTA 中没有任何条款限制仲裁庭依据自己的判断选择接受来自非争议当事方的第三方提交的书面意见”。同时,该委员会还就仲裁庭接受非争议缔约方提出的书面意见时应遵循的程序提出了自己的建议。^[24]

(3) 先决问题预审制度的确立

贸易促进法案要求,美国对外谈判 FTA 时应致力于“建立一些制度以消除轻浮性诉求或阻止轻浮性诉求的提交”,晚近出现的一些 FTA 中确立的一种先决问题预审制度是对上述要求的回应。^[25]晚近的仲裁实践中,的确有投资者在没有充足法律依据的情况下随意发起仲裁,甚至将发

[21] 19 U. S. C. § 3802 (b) (3) (D) (2002); 19 U. S. C. § 3802 (b) (3) (E) (2002).

[22] U. S. - Chile Free Trade Agreement, June 6, 2003, art. 10.4(2) (a).

[23] U. S. - Chile Free Trade Agreement, June 6, 2003, art. 10.20(1)-(2); art. 10.19(4)(3).

[24] Andrea J. Menaker, *Benefiting from Experience: Developments in the United States' Most Recent Investment Agreements*, 12 U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y. 125-126 (2005).

[25] 19 U. S. C. § 3802(b)(3)(G)(ii)(2002).

起仲裁作为威慑东道国的一种手段。^[26] 为防止上述现象,一些新订立的 FTA 规定,如果被诉方提出异议、认为仲裁诉求并不能被视为一种法律诉求,则仲裁庭在争端解决的起始阶段就应首先解决应否管辖案件的程序性问题。例如,美—智 FTA 规定:“当被诉缔约国提出异议,认为从法律上看来,(投资者)提出的诉求将无法获得条约法的支持进而无法获得胜诉裁决时,仲裁庭应当将此异议作为先决问题进行判断并做出决定。”晚近的 FTA 和 BIT 还规定,被诉当事方还可以要求仲裁庭就异议快速做出决定,并规定了提出异议和仲裁庭作出决定的时限。^[27] 此外,仲裁庭有权裁定提交异议或反对异议的当事方承担因先决问题的审理而产生的成本和律师费用。有学者认为,上述费用负担的规定有助于抑制投资者的轻浮性诉求欲望,当然,如果被诉东道国被发现轻浮性地提交管辖异议,也会承担相应的经济代价。^[28]

(4) 为促进条约解释的一致性而进行的努力

为促进仲裁庭在条约解释上的一致性,以美国为首的一些国家主要采取了以下三个方面的措施:

其一,建立中期评审程序。晚近的一些 FTA 和 BIT 开始倡议借鉴 WTO 争端解决机制中的中期评审制度,建立仲裁的中期评审程序,允许争议双方在仲裁裁决书正式文本发布之前对裁决书草案发表评论。这一规则旨在给仲裁庭施加一定影响,也为其纠正条约解释上的不准确之处提供机会,在一定程度上也有助于减少未来条约解释中的不一致性问题。^[29]

其二,试图创建投资仲裁的上诉机制。晚近出现的一些 FTA,如美国—新加坡 FTA、美国—智利 FTA、美国—多米尼加—中美洲 FTA、美国—摩洛哥 FTA、美国—阿曼 FTA 等,都开始探讨建立投资仲裁上诉机制的可能性。例如,美—智 FTA 附件规定,在协定生效后的三年内,缔约方应当考虑是否建立一个双边基础上的上诉机构或类似机构以审查仲裁庭做出的裁决。^[30] 美国 2004 年 BIT 范本甚至规定,如果将来有条件达成一项旨在建立仲裁上诉机制的多边条约,BIT 的缔约方应努力保证 BIT 下产生的仲裁裁决也可以提交上述上诉机构审查。这种规定也是对两党贸易促进法案的回应,因为该法案呼吁美国在将来的贸易协定中“建立上诉机构或类似机构,为贸易条约中的投资条款提供一致的解释。”^[31]

其三,ICSID 酝酿的改革。由于近年来 ICSID 处理的仲裁案件在条约解释方面存在很多不一致的地方,引发了广泛批评,ICSID 秘书处开始酝酿对《华盛顿公约》及附加便利仲裁规则进行适当修改,提出了若干改革建议,如进一步提高 ICSID 仲裁程序的透明度、对某些异议建立快速审查机制、设立上诉机构等等。这些都将有助于加强对仲裁庭的监督和促进条约解释的一致性,但目前许多建议尚未获得该公约成员国的普遍支持。^[32]

(5) 彻底废除投资者对国家的争议解决机制 (ISDM) 的初步尝试

从 NAFTA 下已经发生的仲裁案例来看,对美国提出仲裁的多半是加拿大的投资者。这使美国认识到,在与发达国家签订 FTA 或 BIT 时需要更加小心。因为发达国家相互之间投资很多,而发达国家的投资者通常不仅拥有充足的资金,而且有条件雇请熟悉国际法规则的人才,因而利用条

[26] David A. Gantz, *International Decisions: Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, NAFTA Chapter 11 Arbitration Tribunal, 2000—2002, 97 Am. J. Int'l L. 937—938 (2003).

[27] U. S.—Chile Free Trade Agreement, June 6, 2003, art. 10.19 (4); 参见前引[24], Andrea J. Menaker 文, 第 127 页。

[28] Marguerite L. Butler, *Rule 11—Sanctions and a Lawyer's Failure to Conduct Competent Legal Research*, 29 Cap. U. L. Rev. 681—688 (2002).

[29] 前引 [24], Andrea J. Menaker 文, 第 128 页。

[30] U. S.—Chile Free Trade Agreement, June 6, 2003, Annex 10—H.

[31] U. S. Model BIT, art. 28(10); See 19 U. S. C. § 3802(b)(3)(G)(iv)(4) (2002).

[32] Thomas W. Walsh, *Substantive Review of ICISD Awards: Is the Desire for Accuracy Sufficient to Compromise Finality?*, 24 Berkeley J. Int'l L. 444—462 (2006).

约中的仲裁条款发起仲裁的机会更多。

为避免陷入被动,美国开始尝试在与其他发达国家签订新的 FTA 时彻底废弃投资者对国家的争议解决机制。例如,2004 年美国和澳大利亚签订的 FTA 的最突出特色,就是彻底删除了允许投资者直接对国家提起国际仲裁的条款,只在条约的第 21 章中保留了国家对国家层面的争端解决程序。^[33]该条约还规定,只有在投资者用尽当地救济的情形下才能启动第 21 章争端解决程序。当然,需要指出的是,美—澳 FTA 删除投资者对国家争议解决机制的做法还不是普遍做法,不能由此推论今后发达国家相互间签订 FTA 或 BIT 时一定会采用这种方法,也不能由此得出结论,认为美国已经开始放弃投资者对国家仲裁程序。实践表明,美国在签订美—澳 FTA 的同一时期,也在与其他许多国家谈判商签 FTA 和 BIT,而这些 FTA 和 BIT 都保留了投资者对国家的争议解决机制。

四、评论与展望

实践表明,无论是主权国家还是反全球化的市民社会团体,都难以容忍无节制的国际投资仲裁。其基本原因在于:

一方面,虽然经济全球化迫使主权国家主动或被动地放松对投资的管制,但这种放松究竟深入到什么程度和扩大到哪些领域才能满足投资自由化的要求,目前各国并没有一致的看法。按照通例,除非国际条约(如 WTO 框架下的《与贸易有关的投资措施协议》)或国内立法对国家管理投资的具体权力作出明确限制,否则主权国家不会主动和无节制地放权。对于那些并未为投资条约明确禁止的管理行为,国家会理所当然地认为是合法的主权行为(如征税、环保、维护公共健康与安全、保护劳工权益等)。当这些权利行使的合法性遭受仲裁的挑战时,主权政府的反应肯定会本能的激烈。

另一方面,经济全球化时代也是“市民社会运动”风起云涌、经济利益之外的社会利益日益受到国际社会关注的时代。晚近投资仲裁实践不仅对传统国际法主体——主权国家构成了严峻挑战,也对环境保护、人类健康与安全、人权保护等社会价值形成威胁,时刻刺激着关注这些价值的市民社会团体和个人的敏感神经。

因此,针对晚近投资仲裁引发的主权危机和社会价值危机,国际社会有必要进行制度性改革,至少也需要采取一些临时性应对措施。

1. 全面废弃国际投资仲裁暂时不具可行性

尽管近十余年来投资仲裁频繁发生并对国家主权带来挑战,但主要西方国家至今仍对仲裁作为解决投资争议的重要方法持肯定态度。在这些国家,主流的观点仍然认为,仲裁机制使投资争议的解决摆脱了政治外交的困扰,为投资者提供了对抗性争辩的机会,符合美欧法律传统,避免了国内法院的偏袒性。在学术研讨层面,尽管已经有学者主张废弃仲裁作为投资争议解决方式,但多数学者认为,目前彻底废弃国际仲裁是不可行和不合理的,因为这种做法并不符合我们所处的时代背景和国际投资法发展的历史规律。

从时代背景来看,自 20 世纪 90 年代以来,经济全球化、贸易和投资自由化成为不可阻挡的时代潮流。在这种时代潮流的影响下,各国外资法和多种形态的投资条约都以推动投资自由化、加强投资保护、便利投资争端解决为主要立法目标;同时,主权国家作为国际法几乎唯一重要主体的情势正在改变,非国家行为体的地位正日益提升。特别是在国际经济交往领域,个人、跨国公司、非

[33] William S. Dodge, *Investor—State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia—United States Free Trade Agreement*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 25—26 (2006).

政府组织等私方主体成为越来越重要的主体，承认和尊重这些私方主体的地位和影响成为重要趋势，这就要求国家不断放松对经济的管制，进一步加强对私方主体的实体法和程序法保护。在这种时代背景下，普遍地、强制性地废除投资条约提供的、对私人投资者具有重大意义的程序法权利——直接发起国际仲裁程序的权利是没有现实可行性的。

从国际投资程序法规则发展的历史规律来看，作为解决投资争议的方法之一，国际仲裁之所以产生并逐渐被普遍接受，是因为该方法具有内在的合理性和独特的优势。它在很大程度上避免了投资争议解决的政治化，使投资法历史上西方列强惯用的武力索债、外交保护等违背国际法或容易引发国家间政治和外交纠纷的投资争议解决方法失去了存续的理由，也使投资者能够在卡尔沃主义倡导的排他性东道国救济方法之外，寻找到一种为其所信赖的争议解决方式。在某种意义上，选择国际仲裁作为投资争议的一种解决方式，是发达国家与发展中国家长期博弈的结果，是国际社会为补救多种传统争议解决方法的不足而采取的一种另辟蹊径的做法。因此，国际投资仲裁有其存续的合理性和必要性。

可以预见，主要西方国家将在相当长时间内对投资仲裁采取实用主义态度。一方面，为维护本国海外投资者的利益，绝不轻易否定投资仲裁体制的合理性，另一方面，针对仲裁带来的挑战，采取各种临时性甚至长期性改革措施予以应对。主要西方国家甚至可能纷纷仿效美国采用两面派的手法，对发展中国家继续主张投资者对国家仲裁程序，对发达国家则反对此类程序规则成为条约法规则。^[34]

2. 对实体法的改革将继续保持小范围和渐进式模式

通过改革条约中的实体法规则，澄清某些模糊概念，缩小投资保护的範圍，减少政府在国际法上的责任和风险，可以从根源上减少许多投资争议。

实体法改革措施有三种模式。第一种模式是激进而全面的改革，即发起投资条约的重新谈判，彻底澄清和界定所有的实体法规则；第二种模式是小范围内修改条约实体法，美国晚近的投资条约改革就是采用这种模式；第三种模式是不定期地发布解释性声明，不断拾遗补漏，NAFTA 自由贸易委员会就是依循这种模式。

在笔者看来，目前推行第一种模式的时机不成熟。原因正如 Gantz 指出的那样，实体法改革的步伐不可能太快。为尽可能保护本国海外投资者的利益，以美国为首的发达国家不会轻易放弃经过几十年努力编织的“高标准的”投资条约网，更不可能轻易放弃依据这些投资条约确立的反映西方法律传统和精神的法律原则和规则。^[35]

第二种改革模式目前尚处于摸着石头过河的探索阶段，是一种典型的应急式改革。这种改革针对的对象十分有限，局限于条约中最频繁地引发争议的少数条款，尚未触及条约实体法的整体和根本。但即便如此，这种模式也是值得提倡的，因为它及时而有针对性地缓解了某些关键性实体法条款的模糊性给主权国家带来的尴尬和被动。至于这种改革能否继续推进，则有赖于仲裁实践的发展以及条约谈判国之间能否就修改更多实体法条款的必要性和可行性达成共识。

第三种模式是最灵活的、最容易为主权国家接受的一种方式。实践证明，NAFTA 体制创设的授权自由贸易委员会发表权威性解释声明的方法，是一种适时引导和监控仲裁、根据形势变化不断改进条约法规则的好方法。^[36] 实践也表明，尽管有学者或仲裁庭质疑这种解释性声明的合法性，但是，在绝大多数情况下，这种解释性声明获得了仲裁庭的尊重。这说明，条约实体法的模糊性缺

[34] 前引 [14]，Stefan Matiation 文，第 453 页。

[35] 前引 [4]，David A. Gantz 文，第 689 页。

[36] Pierre S. Pettigrew, *We Need to "Clarify" NAFTA to Fix Tribunal "Errors"*, in *Financial Post*, Mar. 23, 2001, p. C19.

陷及仲裁庭过分行使自由裁量权的危险,在一定程度上可以通过条约授权机构进行纠正和监控。美国显然已经认识到这种解释补救机制的灵活性和主动性,并已开始积极劝导其他国家接受这种解释机制。但我们也应当认识到,一项解释性声明的出台并非易事,其起草和通过常会面临许多政治上和法律上的困难。事实表明,希望一项解释性声明达到让主权国家政府、立法机构、商业界、环保和人权组织等所有利害相关方都感到满意的状态是不切实际的。^[37]

3. 对仲裁程序法大规模改革的评价与展望

与实体法的改革暂时局限于很小范围的情形不同,如前所述,近几年来以美国为首的一些国家针对仲裁程序法的改革已经涉及到诸多方面,是一种大规模的改革。但这些改革能否顺利进行下去以及能否在世界范围内得到广泛响应,目前仍然是一个未知数。

首先,在美国本土,这些改革措施并没有得到普遍的赞同。例如,对于美国推出的新 BIT 范本、NAFTA 自由贸易委员会的解释性声明、美—澳 FTA 中废除投资者对国家仲裁程序的做法等,学界、商界和各种社会团体都提出了不少批评意见。^[38]

其次,尽管目前进行的仲裁程序法改革有助于限制仲裁庭和投资者滥用权力,进而对东道国有利,但主要以东道国身份出现的发展中国家并没有对这些改革措施表现出应有的热烈响应。其原因可能有二:一是多数发展中国家尚未真正认识到国际投资仲裁的危险性,因为目前陷入诉累的发展中国家数量不多;^[39]二是绝大多数发展中国家相互之间仍在为争取国际投资进行恶性竞争。^[40]它们中多数对投资条约在吸引外资中扮演的角色给予过高的评价,盲目地确信签订自由化投资条约是改善本国投资环境的重要标志,是帮助投资者作出投资决定的重大依据,因而它们常常选择单独对外签订 BIT 的方式盲目扩大自己的投资条约网,而不愿通过多边集体谈判的策略创设对自己更为有利的国际法规则,也不愿主动进行改革仲裁程序法的尝试。^[41]

再次,不少改革措施在性质上属于临时性应对措施,并没有经过理论上的充分论证,也未得到实践上的长期而广泛的支持,其未来实施的有效性是值得怀疑的。在笔者看来,有些改革措施或建议对传统仲裁体制构成了重大挑战甚至颠覆了传统仲裁体制的根本优势和特色。例如,所谓的建立仲裁上诉机制的建议,就根本上颠覆了传统仲裁体制的独立性和一裁终局制,^[42]使仲裁体制与司法体制混同进而使仲裁失去了其根本特色。这种改革是缺乏理论依据的,可能导致理论和实践上的混乱与争执,而且这种改革还可能导致案件裁决的拖延和费用的提高。再如,如果对仲裁庭庭审提出过分的透明度要求以及对仲裁员的自由裁量权进行过多干预,也会使仲裁体制失去赖以确立其优势的保密性和独立性,因此,对仲裁体制保密性和独立性的改革如何控制在适度范围内,将决定透明度改革和仲裁监督机制改革的成败。

鉴于仲裁引发的各种危机正日益加剧,未来的仲裁程序法改革可能不得不得着重关注以下若干问题:

其一,由于投资仲裁涉及东道国主权利益及所有纳税人的利益,投资仲裁与一般的商业仲裁应当有所区分的观点会得到越来越多人的认同,投资仲裁涉及的主权和社会公共利益问题将成为未来

[37] 前引〔4〕, David A. Gantz 文,第 699 页。

[38] Charles N. Brower, *NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA*, 97 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 254, 257 (2003).

[39] Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N. Y. U. L. Rev. 30 (2003).

[40] Andreas F. Lowenfeld, *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat'l L. 126 (2003).

[41] Andrew T. Guzman, *Why LDCs Sign Treaties that hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, 38 Va. J. Int'l L. 639 (1998).

[42] Kelley Connolly, *Say What You Mean: Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties*, 40 vand. J. Transnat'l L. 1596-1599 (2007).

仲裁程序法改革关注的重点问题之一；

其二，由于赋予投资者无限制的直诉权导致滥诉现象的不断发生，防止轻浮性仲裁诉求的各种制度设计和改革措施将得到普遍支持；

其三，尽管建立仲裁上诉机制的建议严重背离仲裁传统因而可能很难得到普遍的支持，但对投资仲裁庭进行适当监督、特别引导与限制、加强程序的透明度等观点会得到越来越多的国家和学者的赞同，因为这些观点客观而真实地反映出人们对当前仲裁庭随意解释条约规则、对缔约国肆意施加条约并无意施加的国际法义务的行为存在强烈不满，对仲裁裁决前后矛盾、不能连贯而准确地解释条约规则的情况表示相当失望，对涉及东道国主权和公众利益的事项仅由区区几人组成的仲裁庭“闭门秘密处置”的状态感到严重不安。因而，围绕如何适当监督仲裁程序而进行的改革将持续进行，只要这些监督能够被控制在适度的范围内而不至于严重损害仲裁庭的独立性和自主性；

其四，近年来，一些学者提出了加强对国际投资仲裁员的职业道德监督的建议。这些建议在未来将日益受到重视。英国学者 Harten 和 Loughlin 曾撰文尖锐地指出：“和法官系在民主体制下选举产生而受职业操守的严格约束的情形不同，国际投资仲裁员往往是通过市场竞争产生的一些律师或学者，他们出于‘商业利益’的考虑必须为客户提供最有效最经济的服务。因此，只要他们作出的裁决有利于投资者，就意味着今后会有更多的被投资者雇佣的机会。商业性刺激将促使这些仲裁员最大限度地运用自由裁量权，这样，不利于被诉国的裁决也会越来越多。”^{〔43〕} 美国学者 Tai-Heng Cheng 指出：“由于投资领域国际法规则的不确定性，而重新谈判投资条约的成本又如此巨大，仲裁员在发展国际投资法方面就发挥着重大作用，这就更要求仲裁员要特别重视自律，也需要国际社会加强对仲裁员的监督。”^{〔44〕}

4. 未来的改革将无法回避国际投资涉及的社会价值问题

随着市民社会力量的不断壮大和国际社会对社会价值的日益重视，社会价值在未来投资条约和国际投资仲裁中注定会扮演越来越重要的角色。这一点已经在美洲自由贸易协定谈判中非常清晰地表现出来。在这个可能统领 30 多个国家的贸易和投资自由化进程的 FTA 开启谈判的起始点，各种市民社会团体就开始积极参与，谈判国为此还成立了一个专设委员会以收集和来处理来自市民社会的观点、意见和建议并将相关信息及时反馈到谈判过程之中。^{〔45〕}

就如何解决仲裁庭忽视社会价值的问题，学者们也提出了一些对策：一种是订立和修改条约的方法，一种是解释条约的方法。就第一种方法而言，已经有不少市民社会团体和个人呼吁各国政府对外签订新的贸易和投资条约或修改现有条约时，规定更加明确的环境例外、健康例外、劳工例外、自然资源开发例外等例外条款，确保政府为保护环境、人权、公共健康等社会权利而实施的各种管理措施不被仲裁庭裁定违反国际法，除非实施这些措施的方式具有明显的歧视性。就第二种方法而言，也有不少市民社会团体和个人呼吁仲裁庭在解释投资条约时注重国际法发展的时代背景、条约缔结的目标（如 NAFTA 中就有环境保护的目标），不应过分关注投资者利益的保护，对社会公共利益也应给予同等关注。

当然，如何确保仲裁庭充分尊重投资领域的社会价值，不仅涉及条约的解释导向和解释方法问题，也涉及目前尚难以解决的一些技术问题。

例如，在处理因东道国采取环保措施而引发的投资争议时，仲裁庭通常面临的一个问题是：如果能够确定东道国环保立法或措施没有歧视性意图，那么，下一步就需要判断依据什么标准确定上

〔43〕 Gus Van Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration As A Species of Global Administrative Law*, 17 *Eur. J. Int'l L.* 148-149 (2006).

〔44〕 前引〔13〕, Tai-Heng Cheng 文, 第 1022-1024 页。

〔45〕 前引〔42〕, Kelley Connolly 文, 第 1609 页。

述立法或措施属于投资条约中征收条款的例外，进而确定这些立法或措施在国际法上的合法性。目前，不少国家出台的环境立法或措施建立在对投资项目或贸易产品生产过程的危险评估的基础上，但产品生产过程对环境或人体健康造成的危害应控制在什么程度范围内才能判断东道国环境立法或措施具备国际法上的正当合法性，至今没有国际公认的标准。

现实生活中存在的另一个问题是，出于环保利益集团的压力或其他方面的考虑，有些国家开始将危险评估建立在预防原则的基础上。换言之，投资项目或产品生产过程尚未造成环境或健康方面的实际损害，也没有充足的科学依据证明这些损害必然发生，但是，出于预防将来可能产生之危险的目的，有些国家开始预防性地制定一些新的立法或政策，阻止投资项目开工或产品生产或贸易的继续进行。在这种情形下，仲裁庭往往难以回答以下问题：各国赖以作出危险评估的科学证据究竟要达到什么程度才能使仲裁庭断定环境管理措施是为确保环境或人类健康而采取的合法措施？仲裁庭应否以及能否借助“预防原则”来判断东道国行为的合法性？

这些问题实际上是技术问题，也是目前环境法、投资法、贸易法共同面对、尚未解决的问题。在WTO案例中，WTO争端解决机构要求成员方的环境立法建立在相当高的科学证据或危险评估基础之上，而且，牛肉荷尔蒙案的裁决明确拒绝采纳预防原则（因为该原则使得成员方的管理行为可以建立在并非绝对的科学依据之上），但令人遗憾的是，WTO至今没有提出判断“相当高科学依据”的标准。^[46]可以预见，今后国际投资仲裁庭也会面对此类问题。

为实现投资领域的社会价值，今后的国际投资法有必要创设评估政府行为合法性的具体标准或为仲裁庭确立适当的条约解释标准。例如，为实现投资领域的环保价值，今后的条约解释可能需要考虑更多因素，包括但不限于：危险评估的范围和程度、现有科技水平所能决定的科学证据的范围和程度、任何现有的国际法规则（包括健康与环保方面的国际条约和国际投资、国际贸易条约的相关规定）、现有国际案例的惯常做法、国内法所追求的环保与健康等价值目标的性质、有无对贸易和投资自由化损害更小的其他措施可供采纳及这些措施在经济上的可行性、国内健康或环境措施是否是“必需”的？等等。

[46] 前引〔14〕，David A. Gantz文，第743页。