

晚近国际投资争端解决实践之评判： “全球治理”理论的引入^{*}

徐崇利

摘要 晚近国际投资争端的性质已由以往的“政治性争端”转变为现行的“管理性争端”，相应地，国际投资争端的传统外交保护解决方式也已被国际仲裁方式所取代，而且国际投资争端仲裁实践出现了明显的偏袒外国投资者，损害东道国权益之倾向。就此，已难以用传统的“南北矛盾”理论框定，而现有的“商事仲裁”理论和“国内公法”理论则存在着不同程度的缺失，需要引入一种视野更为宽广的“全球治理”理论予以弥补。

关键词 国际投资争端 国际仲裁 南北矛盾 全球治理

作者徐崇利，法学博士，厦门大学法学院教授。

一、引 论

以往的国际投资争端主要表现为发达国家（外国投资者母国）与发展中国家（东道国）之间的“政治性争端”，多通过外交方式解决；晚近，国际投资争端的性质已经转变为外国投资者与东道国之间的“管理性争端”，传统的外交保护解决方式也多为国际仲裁方式所取代。

近十多年来，国际投资争端仲裁案件数量激增。总体而言，对于国际投资争端的解决，无论是在程序问题上还是在实体问题上，国际仲裁庭滥用对国际投资条约中有关条款的解释权，对东道国作出了有失公平的裁决：一方面，国际仲裁庭管辖权的扩张褫夺了东道国要求实行当地救济的权力，主要表现在：将最惠国待遇条款扩张适用于程序事项；对“岔路口条款”的适用条件进行苛刻的解释；不当扩大对“保护伞条款”的适用；以及对“投资争端”概念作最宽泛的界定；等等。另一方面，国际仲裁庭自由裁量权的滥用剥夺了东道国应有的外资管理权，其典型表现在以下两种情形：对公正与公平待遇进行严重失衡的解释；以及过度放松对间接征收的认定。

^{*} 本文系曾华群教授主持的2009年国家社科基金重大项目“促进与保护我国海外投资的法律体制研究”（09&ZD032）以及作者主持的2009年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“全球金融危机后国际经济秩序重构与中国的法律对策研究”（09JZD0021）的阶段性研究成果。

参见徐崇利：《从实体到程序：最惠国待遇适用范围不应有的扩张》，载《法商研究》2007年第2期。

参见徐崇利：《国际投资条约中的“岔路口条款”：选择“当地救济”与“国际仲裁”权利之限度》，载《国际经济法学刊》2007年第14卷第3期。

参见徐崇利：《“保护伞条款”的适用范围之争与我国的对策》，载《华东政法大学学报》2008年第4期。

参见J. P. Gaffney & J. L. Loftis, “The ‘Effective Ordinary Meaning’ of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims”, 8 *The Journal of World Investment & Trade* (2007), p. 24.

参见徐崇利：《公平与公正待遇：国际投资法中的“帝王条款”》，载《现代法学》2008年第5期。

参见徐崇利：《利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿》，载《环球法律评论》2008年第6期。

对于晚近“管理性国际投资争端”以及国际仲裁庭在解决此类争端过程中表现出的严重偏袒外国投资者,损害东道国应有权益之趋向,关于东道国(发展中国家)与外国投资者母国(发达国家)之间的传统“南北矛盾”理论已难以给出有效的解释;国际仲裁庭实际上用以支撑这种导向的跨国私人与私人之间的“商事仲裁”理论,则显属偏颇;而在国际投资争端当事双方东道国与外国投资者之间关系的定位上,“国内公法”理论虽然矫正了“商事仲裁”理论定性之舛误,但仍有缺失。本文主张,对于现行的“管理性国际投资争端”,需要引入一种新的理论框架——“全球治理”理论予以弥补。

二、国际投资争端性质的改变与现行解释性理论的缺失

(一) 国际投资争端性质的改变

晚近,以往的“政治性国际投资争端”已经转变为现行的“管理性国际投资争端”,国际投资争端性质的这种改变必然带来其解释理论的更新。

1. 以往的“政治性国际投资争端”。从性质上看,以往的国际投资争端多是“政治性争端”,其源发于发展中国家(东道国)的国家利益与发达国家投资者(外国投资者)的私人利益之间的冲突,但最终上升为发展中国家(东道国)与发达国家(外国投资者母国)之间的国家利益之争。二战之后,刚刚独立的广大发展中国家虽然获得了政治主权,但政治主权赖以稳固的经济主权仍然沦落于西方投资者之手。在当时建立民族经济和维护本国自然资源的斗争中,国际投资争端主要来自以下两种情形:发展中国家对外资实行大规模的国有化以及单方面撤销或修改与外国投资者订立的特许协议。无论是从争端解决的国际法依据来看,还是从争端解决的方式来看,这两类国际投资争端都带有明显的南北国家之间“政治性争端”的色彩。

首先,两类国际投资争端虽然都发生在东道国(国家)与外国投资者(私人)之间,但斗争的重心却在东道国(发展中国家)与外国投资者母国(发达国家)之间的立法层面,即围绕着作为争端解决法律依据的国际法应如何对外国投资保护作出规定的问题,南北国家展开了激烈的斗争,明显表现出了“政治性国际投资争端”的特性。其中,对于国有化争端,最有争议的是补偿标准问题,当时,无论是联合国大会起草有关决议,还是谈判有关国际投资条约,都充满着发展中国家的“部分补偿”标准与发达国家的“赫尔公式”(“充分、及时、有效”补偿标准)之间的较量。另者,如所周知,对于特许协议争端,发展中国家与发达国家斗争的焦点也为其到底是东道国的国内契约,还是国际协议的定性之问题。

其次,在两类国际投资争端的解决方式上,发展中国家坚持“卡尔沃主义”,要求实行当地救济;相反,发达国家则主张推行母国的外交保护,将国际投资争端的解决“政治化”。一旦案件被提交外交保护,外国投资者便失去了对争端解决的控制权,起决定作用的将是母国的国家利益,而不一定满足这些投资者的诉求。事实上,这些“政治性国际投资争端”的解决,最后大多付诸发达国家与发展中国家之间以权力为后盾的外交角力,“中立的”的东道国与外国投资者之间的国际仲裁方式少有用武之地。一个有力的例证就是,世界银行集团下属的“解决投资争端国际中心”(ICSID)自1965年成立到1971年间,没有受理一起国际投资争端仲裁案;1972至1989年间,也只受理26起国际投资争端,平均每年不过1.5起。

2. 现行的“管理性国际投资争端”。与以往的“政治性国际投资争端”不同,现行的国际投资

参见<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>, March 15, 2010.

争端已转变为“管理性争端”，而这种“管理性争端”适合用国际仲裁这一“非政治化”方式加以解决。

上世纪 80 年代以来，经济全球化步伐加快，许多发展中国家为了发展民族经济，开始实行鼓励吸收外资的政策，这就要求它们加强对外资的法律保护。由此，直接征收事件（尤其是大规模的国有化运动）已极少发生。应该说，在发展中国家获得独立之初，国民经济处于一穷二白的状况，有必要直接征收外资，以完成民族工业“从无到有”的建立过程。然而，随着民族工业的建立，尤其是近来市场经济体制的推行，发展中国家需要外资发挥促进当地经济社会发展的作用。此时，发展中国家如再对外资实行直接征收乃至大规模的国有化，所获得的只不过是一些物化的资产，离开了原来的经营者，这些资产便将失去市场功能和原有价值。在当前的发展阶段，既然发展中国家利用外资是为其促进当地经济社会发展为条件，那么，为了实现该目的，就需要对外资实行有效的管理，由此而可能引发的则多为一些“管理性国际投资争端”。

与此同时，在全球经济自由化的浪潮中，过度的市场化必将损及应有的社会价值。为此，东道国政府出于实现保护环境、公共健康、劳工权益等社会政策的需要，依法采取的各种社会管理措施，也会引发另类的“管理性国际投资争端”。值得注意的是，因经济管理措施带来的“管理性国际投资争端”一般只出现在发展中国家；而发达国家经济自由化程度高，市场机制比较成熟，政府对外资活动的干预少，因采取经济管理措施而引发此类争端的情形比较少见。相反，因社会管理措施引发的“管理性国际投资争端”则多出现在社会立法发达的西方国家。

从争端解决方式来看，与以往的“政治性国际投资争端”不同，现行的“管理性国际投资争端”主要采用国际仲裁方式。就以往的“政治性国际投资争端”而言，其中的国有化乃东道国将外国投资者的资产收归己有，东道国因此取得了财产；同样，东道国通过单方面撤销或修改特许协议，也可接管外资项目或提高对其收益的分成比例。然而，现行的“管理性国际投资争端”只是东道国在采取经济社会管理措施过程中产生了损害外国投资者权利的“外部性”所致。就此，东道国的目的虽在于维护社会公共利益，但自身并没有直接从中获得财产收入，从而大大降低了这些国际投资争端的政治性。既然如此，外国投资者母国就没有理由动辄行使外交保护权，“出面”与东道国政府交涉，而更多地由外国投资者与东道国政府直接通过“中立的”和“非政治化的”国际仲裁途径加以解决。

其次，晚近，外国投资者试图通过其母国（发达国家）在国际立法层面迫使发展中国家（东道国）过度提高外资保护和投资自由化水平的努力已基本上归于失败。在跨国公司的极力推动下，1995 年经合组织启动了《多边投资协定》的谈判，旨在进一步加大外资保护和投资自由化的力度，但由于发达国家内部存在分歧以及非政府组织的强烈反对，该项谈判于 1998 年胎死腹中。此后，发达国家又力促投资议题纳入 WTO 的多哈回合，再次遭到了广大发展中国家的强烈抵制。在 2003 年 WTO 坎昆会议上，投资议题终被拒之于该回合大门之外。在通过国际投资立法提高外资保护和投资自由化水平的企图受挫后，外国投资者便将主攻方向转向了司法层面，意图藉国际仲裁庭滥用对现有国际投资条约有关条款的解释权，达到它们在国际立法层面未能达到的目的。从 1990 至 2010 年 3 月 12 日，ICSID 受理的外国投资者诉东道国的仲裁案就已达 284 起。

（二）现有解释性理论的失灵

对于“管理性国际投资争端”，现有的“南北矛盾”、“商事仲裁”以及“国内公法”等理论的解释都在不同程度上存在着缺失。

1. 传统“南北矛盾”理论的失效。显然，对于以往发生在发达国家与发展中国家之间的“政治性国际投资争端”及其外交保护解决方式，采用“南北矛盾”的理论框架进行析解，乃学界通行之做法。

应当看到，二战之后一直到上世纪80年代，国际关系比较适合用现实主义国际关系理论来进行分析。该理论强调，只有国家才是国际政治的主要行为体（即坚持“国家中心论”），国际政治的本质是国家之间的“争权夺利”。当时，东西方国家之间处于冷战状态，两大集团在军事、安全等“高级政治”领域形成了激烈的对抗；在南北集团之间，发展中国家开展了声势浩大的建立国际经济新秩序的斗争。按照现实主义国际关系理论，尽管这种国际经济领域的斗争属于“低级政治”，但依然具有政治的属性，而发展中国家在国有化及特许协议等国际投资法律问题上的诉求就是当时争取建立国际经济新秩序斗争的重要一环。由此可见，将这些国际投资争端归属于南北方国家之间的“政治性争端”，运用“南北矛盾”理论加以析解，亦符合当时国际关系的大背景。然而，随着晚近国际投资争端性质的变化，对于现行“管理性国际投资争端”及其国际仲裁解决方式，传统的“南北矛盾”理论已基本失去了解释力。

一方面，晚近经济自由化思潮的泛滥进一步激发了资本的固有逻辑，外国投资者把矛头指向了任何有损自己利益的东道国管理措施，不管东道国是发展中国家，还是发达国家。这样的“混战”状况，显然不是以往单一线条的“南北矛盾”理论所能有效加以解释的。据统计，截至2008年1月1日，在外国投资者根据《北美自由贸易协定》(NAFTA)第11章提起的49起国际投资争端仲裁案中，除了17起是针对墨西哥的之外，其它32起的被诉对象均为美国和加拿大，其中美国14起，加拿大18起。^⑩以往，发达国家不遗余力地支持本国的海外投资者对抗作为东道国的发展中国家。而在晚近的国际投资争端仲裁实践中，外国投资者频频起诉东道国，国际仲裁庭又袒护外国投资者，使得东道国的外资管理权不断受到挑战，从而导致一些国家开始修订国际投资条约中的有关条款，抑制国际仲裁庭滥用自由裁量权。最早做出此等反应的恰恰不是发展中国家，而是发达国家。显然，发达国家对外缔结国际投资条约的这种新动向，是传统的“南北矛盾”理论所无法解释的。其中以美国对外缔约政策的调整最为典型，2004年美国出台了新的双边投资条约范本，无论在程序上，还是在实体上，开始在极力保护外国投资者利益的传统立场上有所回退。^⑪

另一方面，晚近，随着发展中国家与发达国家在立法层面就国际法律投资问题的博弈暂告段落，以及国际投资争端外交保护解决方式的退出，大量出现的是对既存国际投资条约条款如何解释的技术性投资争端，矛盾双方转化为了外国投资者、握有裁判权并偏袒外国投资者的国际仲裁庭与主权受损的东道国；详言之，国际投资条约通过规定国际仲裁机制等“代理触发器”，把国际投资法律领域内原属于国家的权力和权威转移给了非国家行为体，主要是国际仲裁庭和外国投资者。^⑫事实上，就晚近国际投资争端的解决，外国投资者已很少请求母国的外交保护，而是采取直接由自己对东道国提起国际仲裁的方式。在后一种方式下，外国投资者单纯基于自己的商业战略，而不是国家利益的考虑，决定是否以及何时、如何对东道国威胁提起或实际提起仲裁请求，并自主决定怎样最终解决争端，即国际投资争端出现了“诉求个人化”的趋势。^⑬国际投资争端“诉求的个人

See C. C. Ferguson, Jr., "The Politics of New International Economic Order", 32 *Proceedings of the Academy of Political Science* (1977), pp. 142 - 158.

^⑩ 参见 <http://www.polarisinstitute.org/we-should-all-support-nafta-renegotiation>, March 15, 2010.

^⑪ 参见刘笋：《晚近国际投资争端仲裁对国家主权的挑战及相关评析》，载《法商研究》2008年第3期。

^⑫ 参见 Tai-Heng Cheng, "Power, Authority and International Investment Law", 20 *American University International Law Review* (2005), pp. 492 - 495.

^⑬ See G. V. Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York: Oxford University Press, 2007, pp. 96 - 99.

化”，意味着其已在相当程度上难以适用具有很强“政治性”的“南北矛盾”理论分析框架。

2. 现行“商事仲裁”理论的偏颇。上世纪90年代以来，新自由主义国际关系理论开始兴盛。该派一些激进的学者过度夸大私人的作用，宣扬全球化将导致“民族国家的终结”。国外法学界也有一些学者将这种激进的理论引入国际法研究。例如，德国著名法理学家图依布纳就倡导一种“无需国家的全球法”学说，认为私人可以自主造法，并建立独立于各国司法体制之外的自治性争端解决制度（包括国际仲裁机制）。^⑭可以说，晚近的国际投资争端仲裁实践已成为体现国际法“私人化”、“个人化”或“人本化”趋势的典型领域，^⑮其夸大外国投资者的私人权利，否定东道国的国家主权，表现出了强烈的“去国家化”趋势：一方面，国际仲裁庭扩张自身的管辖权，挤压东道国的司法主权。倘若这些国际仲裁庭受案后的审理和裁判能够做到不偏不倚也罢，但事实上并非如此；其后，国际仲裁庭又通过滥用对国际投资条约中有关实体条款的解释权，裁夺各主权国家共同造法的权力，这实际上是将对东道国外资管理权的限制扩大到了更多的情形。

晚近，国际仲裁庭对国际投资条约有关条款进行扩张解释，凭借的正是私人之间跨国商事纠纷仲裁的理念。“国际争端解决机制提供的是法律的和技术的而不是政治的途径解决涉及外国投资的争端。通过促进正义之原则而不是政治协调（当然这种政治协调可以通过其他方式求得）来推动争端的解决，由此，私人国际争端解决机制为实体法以及可能取得广泛国际共识的有关保护外国投资的原则的发展提供了更好的技术性和合适的去政治化框架”。^⑯立足于这种“商业仲裁”理论，东道国与外国投资者之间管理与被管理的公法关系被异化为了对等双方的商事关系，改变了国家权利和责任的性质，从而将国家矮化到了私人当事方的地位，或曰把外国私人投资者抬升到了与国家平等的准主权者的身份。于是，东道国政府的各种优先管理目标谈出了仲裁员们的视线，在他们的眼中只剩下了对私人（外国投资者）利益的保护，其结果是把“管理性国际投资争端”作为跨国私人商事纠纷加以解决，运用的是侵权行为必然导致赔偿责任等诸如此类的国内私法逻辑。^⑰

Pope & Talbot v. Canada 是采取“商事仲裁”理论的典型一案。^⑱2001年4月，该案仲裁庭首先对实体问题进行了裁决，认定NAFTA第1105条规定的公平与公正待遇是一种超出“国际最低待遇”的外资待遇标准。为了抑制国际仲裁庭这种愈演愈烈的不当扩张解释之倾向，NAFTA自由贸易委员会于同年7月做出解释，阐明公平与公正待遇只能等于而不能高于“国际最低待遇”。然而，在2002年5月关于损害赔偿问题的裁决中，该案特设仲裁庭对这一解释的合法性提出了挑战，认为加拿大政府既是案件的被诉方，又参加自由贸易委员会做出上述解释，违反了“任何人不得为自己案件之法官”的法治准则。就此，仲裁庭把私人之间合同纠纷仲裁的解释规则搬用到了国家之间条约项下的争端。实际上，就国际投资争端仲裁而言，仲裁庭的权力来自东道国与投资者母国之间国际投资条约的授权，仲裁庭理所当然应受到由缔约国组成的有关机构有权解释的约束。

“商事仲裁”理论将私人与私人之间的跨国商事仲裁模式套用到国家对私人的“管理性国际投资争端”，不能不说是一种袒护外国投资者、压制东道国的一种失范之举。

^⑭ See G. Teubner (ed.), *Global Law Without A State*, Brookfield, VT.: Dartmouth Publishing, 1997, pp. 3 - 28.

^⑮ See M. C. Kettemann, “Investment Protection Law and the Humanization of International Law: Selected Lessons from and experiences with, the Position of the Individual in International Protection Law”, in A. Peinisch & C. Knahr eds., *International Investment Law in Context*, Utrecht, The Netherlands: Eleven International Publishing, 2008, pp. 151 - 172.

^⑯ 引自 H. A. G. Naón, “The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties: An Overview from the Perspective of ICC”, 1 *Journal of World Investment* (2000), pp. 59 - 60.

^⑰ See note ⑬, pp. 121 - 131; S. P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Oxford; Portland, Or.: Hart Publishing Ltd., 2008, pp. 176 - 177.

^⑱ See 7 *ICSID Reports*, p. 99, p. 102.

3. 现行“国内公法”理论的欠缺。有的学者主张,适合于“管理性国际投资争端”解释的是“国内公法”理论。该理论反对依跨国商事仲裁理念将东道国的地位等同于外国私人投资者,而是主张要考虑到东道国作为主权者和管理者的特质,即拥有平衡各种利益之公共权力、公共权威和公共责任。东道国为了鼓励外资流入而对外国投资者提供保护,不可能以牺牲本国政府的优先目标(如经济发展、社会稳定、公共健康和保护环境等)为代价。由此可见,东道国与外国投资者之间的“管理性国际投资争端”是国内公法意义上的纠纷;而按照国内公法的原理,国家的责任是有限度的,并非就其对私人造成的所有损害都得承担赔偿责任。国际仲裁庭对东道国在国际投资条约项下的义务做出解释时,应审慎对待,必须保证东道国享有比较充分的“剩余裁量权”,为其进行政策选择留出足够的空间。^⑩

应该说,“国内公法”理论使得对现行“管理性国际投资争端”的定性回到了其乃东道国政府对外国私人投资者之行政性争端的本位,纠正了“商事仲裁”理论的失当定位,但是,“国内公法”理论的解释只是建立在国内公法的原理基础之上,其存在的以下三个方面的局限性,仍有可能给国际仲裁庭偏袒外国投资者留下空间:首先,对于东道国在国际投资条约项下的义务,该理论没有阐明依国内公法原理进行解释与国际公法之间的关系;其次,该理论依国内公法原理进行解释,考虑的可能只是东道国政府与外国投资者(商人)之间的关系,容易忽视东道国市民社会的利益;最后,该理论依普适的国内公法原理确立东道国在国际投资条约项下的义务,可能无法对发展中国家与发达国家的责任做出必要的区分。为了弥补“国内公法”理论之欠缺,需要引入另一种视野更为宽广的理论框架——“全球治理”理论,来析解现行的“管理性国际投资争端”。

三、现行解释性理论的缺失与“全球治理”理论的引入

上世纪90年代,随着冷战的结束,全球化时代莅临,各种各样的全球问题已不再是仅仅依靠国家单独就能解决,需要发挥各种非国家行为体的作用,于是,“全球治理”理论便应运而生。该理论强调,对于全球事务性问题,应由多种行为体在相互协调的基础上共同参与解决。可见,“全球治理”理论是一种视野更为宽广的理论框架,依此可以对现行的“管理性国际投资争端”做出更为全面的解释,从而弥补“国内公法”理论的不足之处。

(一)“全球治理”之主体与“管理性国际投资争端”的解决

在“全球治理”理论中,强调国家的中心地位与市民社会的参与是两大核心环节,现行“管理性国际投资争端”的解决,应当牢牢把握这两大中心环节。

1. 国家的中心地位。“全球治理”理论反对单纯依靠国家以强制性手段解决问题的传统“统治”方式。以往母国与东道国之间通过以实力为后盾的外交保护手段解决“政治性国际投资争端”,外国投资者被排除在争端解决的进程之外,所体现的恰恰是“统治”的理念。“全球治理”理论主张外国投资者(私人)应当参与现行“管理性国际投资争端”的解决过程,但绝不是支持像“商事仲裁”理论那样的“去国家化”倾向。按照主流的“全球治理”理论,国家的主导地位仍应得到尊重。由此,一方面,应当肯定,“国内公法”理论对争端当事双方外国投资者与东道国之间的关系进行了正确的定性,维护了东道国政府的公共权力。除此之外,还要从“国际公法”的角度,保证东道国政府与外国投资者母国政府共同订立的国际投资条约对国际仲裁庭的约束力,防止国际仲裁庭法外偏袒外国投资者。

^⑩ See note ⑬, pp. 143 - 151.

在“管理性国际投资争端”的解决过程中，国际仲裁庭应根据而不是超越国家共同制定的国际投资条约行使自己的解释权，因为国际仲裁庭的自由裁量权毕竟是有限度的，不能任意侵入本应归属于国家的权力界域；具言之，作为投资争端解决依据的国际投资条约是由国家制定的，虽然其中的有关条款具有一定程度的模糊性，但一般只是为了应对一些边缘的情形而保有一定的弹性，国际仲裁庭不能藉此滥用对这些条款的解释权，使之本意尽失，从而事实上褫夺东道国与外国投资者母国的共同立法权。应当看到，与国内社会不同，国际社会处于“无政府状态”，没有凌驾于各国主权之上的世界政府，包括全球立法机构。按照国际法之实定主义理论，除了强行法之外，几乎所有的国际法律规则都属主权国家明示或默示同意的产物，国际裁判机构不享有“造法”的权力，也不能有“脱法”的行为。^①对于国际投资争端的解决，私法意义上的仲裁模式充其量不过是嵌入到了国际投资条约之构造，相对于后者，其所扮演的只是附属的角色。任何对国际投资条约之条款的解释不能背离东道国与投资者母国在缔约时的原意；在缔约原意不明时，不能脱离国际习惯法任做扩大解释。例如，不能以私法上的既得权保护和合同神圣之理念解释国际投资条约的规定，而是应采取国际法中的“如有疑问，从宽考虑”的原则，严格界定东道国所承担的义务限度。^②

2. 市民社会的参与。在国家、市场和市民社会的三元构造中，市民社会往往处于弱势的地位，故“全球治理”理论强调市民社会的介入。传统上，以私人商事仲裁之理念看待国际投资争端仲裁程序，支持其秘密性，拒绝公众和非政府组织的参与。然而，“管理性国际投资争端”的解决涉及东道国的公共利益，非私人之间的纠纷可比，允许公众和非政府组织参与国际投资争端仲裁程序是保证其正当性的一项重要制度，符合“全球治理”之本义。^③

在晚近的国际投资争端解决实践中，国际仲裁庭实际上把东道国政府纯粹看成是本国社会公共利益的代表，而投资者代表的则是外国私人利益。依此判断，并在以下两种观念的作用下，国际仲裁庭主张，在对有关国际投资法律问题存有争议时，应作出有利于外国投资者的裁决：首先，国际仲裁庭相信，东道国政府通常会优先考虑“本国”的社会公共利益，而不惜损害“外国”的投资者之私人利益；其次，国际仲裁庭认为，东道国政府是一国堂堂的“政府”，而外国投资者不过是一介“个人或公司”，双方的地位存在着事实上的不对称关系，因此，国际投资争端裁决必须体现保护弱者的政策。

细加分析，国际仲裁庭的上述判断和观念实存偏颇。在晚近的“管理性国际投资争端”中，的确存在着东道国社会公共利益与外国投资者私人利益之间的冲突，但是，不能简单地推定东道国政府厚此薄彼，只考虑本国的社会公共利益，实际上，东道国政府对外资采取管理措施是综合平衡本国社会公共利益与外国投资者私人利益之后所做出的选择，只不过是选择的结果不利于外国投资者而已。在此认定东道国政府在决策过程中同时会考虑外国投资者私人利益的根据是：在西方国家，历来标榜保护私人财产权是其法律的基本原则，甚至关涉基本人权。因此，该原则具有普适性，既适用于对本国投资者财产权的保护，也适用于对外国投资者财产权的保护；就发展中国家而言，也不会任意采取损害外国投资者的管理措施。因为当今世界发展中国家引资竞争激烈，在利用外资上可谓“有求于”外国投资者；而全球化又给外国投资者提供了越来越多的投资场所，使它们获得了

^① 这里所谓的“脱法”行为是指，按照国际法，除非当事双方明确约定，否则国际仲裁庭不能以抽象的“公平善意”（*Ex Aequo et Bono*）原则取代国际法作为裁决的直接依据。参见 C. Schreuer, “Decisions *Ex Aequo et Bono* under the ICSID Convention”, 11 *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* (1996), pp. 53 - 62.

^② See note ①, pp. 143 - 151.

^③ See Cart-Sebastian Zoellner, “Third-Party Participation (NGO’s and Private Persons) and Transparency in ICSID Proceedings”, in R. Hofmann & C. J. Tams (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007, pp. 200 - 202.

“用脚投票”的权力。由此，东道国如不注意对外国投资者实行保护，就难以吸收大量的外资。

既然东道国政府在采取外资管理措施时考虑的不只是本国的社会公共利益，而且还包括外国投资者的私人利益，那么，在国际投资争端仲裁程序中，仅有东道国政府的参与，仍不足以全面揭示东道国的社会公共利益之所在。为此，需要以适当的方式引入纯粹代表东道国社会公共利益的第三方，以平衡外国投资者对商人利益的彰显。那么，该第三方又当为何者呢？按照“全球治理”理论，晚近，随着经济自由化的与时俱来，资本逐利最大化的结果将导致市场的失灵，其中的一个重要表现就是会损害应有的社会价值，由此，需要动员市民社会的参与来制衡商业力量。可见，在国际投资争端仲裁程序中，东道国社会公共利益的真正代表者应是当地的市民社会。相对于“商事仲裁”理论，“国内公法”理论虽肯定了东道国政府维护本国社会公共利益的责任，但该理论框定的东道国政府对外国投资者之间的关系并没有将市民社会的参与考虑其内，“全球治理”理论恰恰在此弥补了“国内公法”理论的不足。

近年来，一些发达国家实际上开始践行“全球治理”理论，亡羊补牢，推动修订国际投资条约和国际投资争端仲裁规则，为公众和非政府组织参与国际投资争端仲裁程序打开便利之门，主要是规定公众和非政府组织有权获得与国际仲裁有关的文件资料；参加听证；作为观察员以及提供“法庭之友”意见；等等。2006年4月修订的《ICSID 仲裁规则》第32条和第37条第2款及附加便利规则第41条、NAFTA 自由贸易委员会2003年10月发布的声明以及近年来美国对外签订的国际投资条约等，均有此类规定。目前，公众和非政府组织已开始实际介入国际投资争端仲裁程序。例如，2000年ICSID 仲裁庭对 *Metalclad v. Mexican* 案的裁决，^③使得 NAFTA 关于间接征收的规定对成员国环境管理权的裁夺，变成了活生生的事实。此后，在涉及社会管理立法的间接征收案中，非政府组织都以各种方式对国际仲裁庭施加影响。这种影响的实际效果到底有多大，尚无法断言；但事实上，自 *Metalclad* 案之后，在有关 NAFTA 项下事关环境保护的间接征收仲裁案中，作为被诉方的美国和加拿大政府再未败诉。

需要指出的是，发展中国家的市民社会尚不发达，非政府组织数量有限，对国际仲裁程序的参与不足，声音微弱，不利于在国际投资争端解决过程中维护本国的社会公共利益。

（二）“全球治理”之标准与“管理性国际投资争端”的解决

在“全球治理”理论中，“善治”强调政府应在与非国家行为体的互动中达到最佳状态，从而最大化地维护社会公共利益，并最有效地管理社会。具体到对外资的管理，“善治”要求东道国政府不应对外资实行不必要的干预；在有必要对外资进行管理时，也应适度，如按照“比例原则”，东道国政府采取的增进社会公共利益的措施不应不成比例地对外国投资者施加过度的或不合理的负担；同时，管理方式也要适当，如应符合正当程序的要求、建立在非歧视和透明的基础之上；等等。“事实上，‘善治’问题其本身就是支撑国际投资法发展的一个关键问题”。^④

对于现行“管理性国际投资争端”的解决，公正地平衡东道国的社会公共利益与外国投资者的私人利益，是实行“善治”之要义。然而，在晚近的国际投资争端解决实践中，国际仲裁庭实际上将“善治”之标准设定为对外资的超高法律保护 and 过度的投资自由化，从而导致东道国政府管理外资的正常措施动辄得咎，被控违反国际投资条约的有关义务。就其中的公平与公正待遇而言，国际仲裁庭“对该标准做如此扩大的解释，可以说是与投资者—条约制度的综合性宗旨相抵触的，此等

^③ See 5 *ICSID Reports*, p. 209.

^④ 引自 P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (eds.), *International Investment Law*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2008, p. 15.

宗旨包括改善东道国的治理能力，而不仅仅是单纯地保护外国投资和资本流动。^⑳

近年来，国际仲裁庭在外资管理领域对“善治”标准的苛求，就连像美国这样的发达国家都难以承受，更遑论发展中国家。有的学者这样述及：“国际投资法的发展已经走得太远，过分地限制法律秩序消化这些国际标准的能力（或意愿）；而且俄罗斯（正是其他许多经济转型国家的典型代表）在签订第一个双边投资条约的十多年之后，如果不想面临有关外资法律争端所产生的重大外部性，得紧急地开始行动以求达到其签订的国际投资协议要求的善治标准。”^㉑这方面的一个典型例子是，2001年阿根廷爆发金融危机，该国政府采取的一些应对危机的管理措施给外国投资者造成了损失。由此而产生的一些国际投资争端被提交仲裁后，国际仲裁庭偏袒外国投资者，屡屡裁定阿根廷政府违反公平与公正待遇标准以及构成间接征收等，从而引来了如潮官司。仅至2005年，外国投资者就已提起了约40项仲裁申请，请求额高达160-200亿美元。^㉒此等先例一开，对今后其他发展中国家果断采取管理措施以克服经济危机，将形成极大的压力。

更有甚者，一些国际仲裁庭还在发达国家和发展中国家之间实行双重标准，对发展中国家管理外资的措施另眼相待，课以更为苛刻的“善治”之标准。一则，对于国际投资条约中实际上一般只适用于发展中国家的有关条款，国际仲裁庭的解释可能会倾向于加重东道国的义务负担。例如，特许协议是发展中国家利用外资的一种重要方式，发达国家则很少采用。鉴此，来自发达国家的仲裁员虽不便言明发展中国家法制不健全，司法缺乏独立性等，但其作为一种观念可能在他们的头脑中已根深蒂固。在此等观念主导下，他们可能会主张对“保护伞条款”的适用范围应进行宽泛的解释，以便将更多的特许协议争端交由国际仲裁，从而摆脱发展中国家当地救济的束缚。二则，对于国际投资条约中对发达国家和发展中国家都适用的有关条款，国际仲裁庭可能会在“事实”层面上区别不同的情形，最终对发展中国家作出歧视性的解释。例如，如前所述，在发展中国家，因政府采取经济管理措施而引发间接征收的情形比较常见；相反，在发达国家，间接征收则多因政府采取社会管理措施而生。就这两种情形，对于其中发达国家政府采取的社会管理措施，国际仲裁庭可能会收紧间接征收的界定标准，以免发达国家这方面的管理权受限；而对于发展中国家政府采取的经济管理措施，国际仲裁庭则可能会以宽松的标准扩大对间接征收的认定，从而加大对来自发达国家投资者的保护。例如，曾任美国国务院法律顾问和美国驻美伊仲裁庭代表的魏纳教授就曾断言，美国采取的环保措施是真正以保护环境为目的的，不构成间接征收；而发展中国家实行的环保政策，则多是推行贸易保护主义的工具，属于间接征收行为。^㉓

从晚近国际投资争端仲裁实践来看，这样的双重标准已经上演。例如，在1990年AMCO v. Indonesia案中，^㉔英国律师和国际法院大法官希金斯担任首席仲裁员的国际仲裁庭裁决，印度尼西亚法院有“拒绝公正审理”的情形，应对美国投资者AMCO公司承担赔偿责任。同样，在1999年Himpurna v. Indonesia案中，^㉕英国富而德律师事务所合伙人保尔森担任首席仲裁员的国际仲裁庭裁

^⑳ 引自J. R. Picherack, "The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunal Gone Too Far", 9 *The Journal of World Investment & Trade* (2008), p. 288.

^㉑ See M. Gutbrod & S. Hindelang, "Externalization of Effective Legal Protection against Indirect Expropriation: Can the Legal Order of Developing Countries Live up to the Standards Required by International Investment Agreements? A Disenchanted Comparative Analysis", 7 *The Journal of World Investment & Trade* (2006), p. 82.

^㉒ See B. Hoekman & R. Newfarmer, "Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows", 39 *Journal of World Trade* (2005), p. 966.

^㉓ See A. S. Weiner, "Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes", 5 *International Law Forum* (2003), pp. 172 - 175.

^㉔ See 1 *ICSID Reports*, p. 413.

^㉕ See *XXVI ICCA YB Commercial Arbitration*, p. 109.

决,印度尼西亚法院对美国投资者 Himpurna 公司发出的中止仲裁的禁令也构成“拒绝公正审理”。相反,在澳大利亚高等法院前首席法官梅森担任首席仲裁员的 2001 年 Loewen v. USA 案中,^①国际仲裁庭先是认定美国密西西比州初审法院的审理过程“有失体面”,没有给加拿大人 Loewen 投资的两家公司“提供正当的程序”,“整个审理以及由此而导致的判决显然不适当和不可信”;而在这两家公司提起上诉之后,密西西比州法律要求它们必须先交纳 6.25 亿美元的保证金,尔后才能在上诉期间中止执行。由于无力交纳该笔巨额保证金,这两家公司只能选择与对方当事人和解,最终以支付 1.75 亿美元赔偿结案,并随之破产。密西西比州法院的这些行为已明显构成“拒绝公正审理”的情形。然而,仲裁庭却以这两家公司没有向美国联邦最高法院上诉,未“用尽当地救济”为由,拒绝支持其对美国政府(东道国政府)诉求。相比之下,在 AMCO 和 Himpurna 两个案件中,仲裁庭根本就没有要求两家美国公司“用尽当地救济”,其中, Himpurna 案中的美国公司事实上也没有向印度尼西亚最高法院提出上诉,仲裁庭却裁决作为东道国的印度尼西亚政府败诉。

由上述三个案例可见,在是否需要适用“用尽当地救济”原则的问题上,国际仲裁庭对发展中国家(印度尼西亚)和发达国家(美国)实行了歧视对待,造成了不平等的结果。^②

然则,有关“善治”的经验表明,在发展中国家,没有政府的支持和引导,就没有其成功的经济增长和社会发展,国家和政府在治理中的作用至关重要。^③因此,“善治”应对发展中国家设定更为宽松的尺度;相应的,在国际投资争端解决实践中,国际仲裁庭如以“善治”标准衡量,应给发展中国家政府对外资行使管理权留出更大的空间。有的学者明确指出,就公平与公正待遇标准的适用,“对东道国行政能力和治理发展总体水平的考虑是仲裁庭裁决的一个重要组成部分。”“公平与公正待遇条款的运用不能用来保护投资者免遭在新兴的或发展中的经济体投资时碰到的固有的困难和风险。产生于与有限的或尚处于发展之中的政府管理和程序运作能力有关的风险之损失,不应通过公平与公正待遇标准的运用转嫁给东道国。”^④无疑,发达国家在治理基础、治理环境、治理能力等方面客观上都比发展中国家具有更大的优势,不以发达国家才能达到的“善治”之标准苛求发展中国家对外资行使管理的权力,理所应当。

对于现行“管理性国际投资争端”的解决,“国内公法”理论只是强调应依普适的国内公法原理确定东道国对外国投资者的责任界限,并未区分作为东道国的发展中国家与发达国家的不同对待;而“善治”理论主张,在国际投资争端的解决过程中,国际仲裁庭应考虑发展中国家担当着更加繁重的经济社会发展任务,从而减轻对其外管理权的约束。

四、结 论

晚近,国际投资争端的性质从以往的“政治性争端”转变为了现行的“管理性争端”,相应的,国际投资争端的传统外交保护解决方式也已为国际仲裁方式所取代,而且国际投资争端仲裁实践出现了明显的偏袒外国投资者,损害东道国权益之倾向。就此,已难以用传统的“南北矛盾”理论框定,而现有的“商事仲裁”理论和“国内公法”理论也存在着不同程度的缺失。“商事仲裁”理论之“失”主要表现在,其将现行“管理性国际投资争端”当事双方东道国政府与外国投资者之间的公法关系异化为了跨国商事纠纷当事双方之间的私法关系,为国际仲裁庭贬损东道国的外管理权

^① See 7 ICSID Reports, pp. 425, 442.

^② See note ①, pp. 508 - 512.

^③ 参见杜小林:《良治还是良政?——非洲国家如何治国理政》,载《当代世界》2004年第9期。

^④ See note ②, p. 289.

打开了“潘多拉魔盒”；“国内公法”理论虽然矫正了“商事仲裁”理论的定性错误，正确断定“管理性国际投资争端”当事双方东道国政府与外国投资者之间存在的国内公法关系，维护了东道国政府应有的公共权力、公共权威和公共责任，然而，“国内公法”理论之“缺”仍然存在，需要引入一种视野更为宽广的“全球治理”理论予以弥补。

按照“全球治理”理论，国家依然位处治理的中心地位。据此，在现行“管理性国际投资争端”解决过程中，国际仲裁庭对东道国承担之义务的解释，不但应遵循东道国国内公法原则，而且要受到东道国政府与外国投资者母国政府订立的国际条约规定的约束，不能越权行事；其次，“全球治理”理论注重市民社会的参与，由此，公众和非政府组织对国际投资争端仲裁程序的参与，乃制约外国投资者私人利益过度扩张，维护东道国社会公共利益所必需；最后，“全球治理”中的“善治”标准不但总的要求平衡外国投资者的私人利益与东道国的社会公共利益，防止国际仲裁庭偏向外国投资者，而且要求给予发展中国家管理外资以比发达国家更大的权限。需要指出的是，在此，我们从不同的方面强调国际投资争端解决之理论不应过度标举外国投资者的私人利益，主要是反对晚近国际仲裁庭严重偏袒外国投资者之倾向，而不是要颠倒过来支持东道国政府对外国投资者滥用管理权力，“善治”理论的本意旨在求得外国投资者与东道国之间利益之间的平衡。

从各种国际投资争端解决理论的类别来看，传统的“南北矛盾”理论属于一种国际政治理论，适合用以解释“政治性国际投资争端”及其外交保护解决方式（又称“政治解决”方式）。晚近，国际投资争端的性质已转变为“管理性争端”，相应的，国际仲裁成为此类争端的主要解决方式。显然，“商事仲裁”理论和“国内公法”理论属于法律理论，运用这两种法律理论，而不再是以传统的“南北矛盾”理论（国际政治理论），来解释国际仲裁这一国际投资争端的“法律解决”方式，此等理论类别的转变也属正常。然则，国际投资争端涉及东道国政府及其市民社会、外国投资者及其政府、国际仲裁庭等之间复杂的经济、社会乃至政治关系，如果仅仅采用单一的“国内公法”理论加以析解，虽能突显法律分析方法之特色，但无法深入到复杂的跨国经济、社会乃至政治关系的现实之中，多视角地阐明国际投资争端及其解决机理。因此，需要引入视野更为宽广的一种国际关系理论——“全球治理”理论，弥补“国内公法”理论之纯法律分析的不足。^③

【主要参考文献】

1. G. V. Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York: Oxford University Press, 2007.
2. G. Teubner (ed.), *Global Law Without A State*, Brookfield, VT.: Dartmouth Publishing, 1997.
3. A. Peinisch & C. Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2008.
4. S. P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Ltd., 2008.
5. P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds., *International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008.
6. C. F. Dugan, D. Wallace, Jr., N. Rubins & B. Sabahi, *Investor-state Arbitration*, Oxford University Press, 2008.
7. S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, New York: Cambridge University Press, 2009.

（责任编辑：杜焕芳）

^③ 有关晚近国际法学与国际关系理论之间的学科交叉，参见徐崇利：《构建国际法之“法理学”——国际法学与国际关系理论之学科交叉》，载《比较法研究》2009年第4期。

Keywords Non-performance ; Possibility Degree ; Demarcation ; Joining

Zhang Jinhai , Ph. D. , Associate Professor of Law School at Southwestern University of Finance and Economics.

A Commentary and Critical on the Recent International Investment Disputes Arbitration :

To Introduce the Theory of Global Governance

XU Chongli ·143 ·

During the recent years , as the international investment disputes have been changed from former “ political disputes ” into present “ regulatory disputes ” in the nature , the international arbitration has substituted the traditional diplomatic protection for resolution of international investment disputes. An obvious trend is the international tribunals ’ bias in favor of foreign investors and infringement upon the power and interests of host countries. The tradition theory of North-South conflict has been out-of-date , and the existing theories of “ commercial arbitration ” and “ domestic public law ” have failed to explain the trend to some degrees too , so we need introduce a wide- dimension theory , the “ global governance ” theory , to cover the trend.

Keywords International Investment Disputes ; International Arbitration ; The North-South Conflict ; Global Governance

Xu Chongli , Ph. D. , Professor of Xiamen University Law School.

The Construction of the General Rule of Tort Conflicts : A Comparison of Rome and

China ’s Tort Conflicts

SONG Xiao ·154 ·

A landmark progression has been made when the Europe Union promulgated the Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations in 2007. Despite its spirits of equity and reason , Rome takes a bias position for the Union ’s interests. Tort conflicts in China has lagged behind the times heavily , therefore , a comparison of the general rule in tort conflicts between Rome and in China will be contributive to our legislating preparation of the general rule of tort conflicts. The comparison is made by telling out either ’s strongness and weakness , disclosing either ’s special legal policy , finding out the best way to reconcile such four formula of attribution as *lex loci delicti* , the law of common domicile , the closest relationship principle and party autonomy.

Keywords Tort Conflicts ; Rome ; Lex Loci Delicti

Song Xiao , Ph. D. , Associate Professor of Nanjing University Law School.

· Selection of Dissertations ·

A Study of the Establishment of Local Tax Power and Its Operational System in China

JIANG Mengya ·168 ·

The local tax rights is not only related to national and social stability , but also conducive to the healthy functioning local government authorities. To devide tax power scientific and normative , it should strive to combine the central right diligently leading with moderate local power. It means the division of tax power should take full account of the power demand and financial expenditure of local governments. To wisely and rationally choose a main local tax category , we should reform and adjust the local secondary tax categories , and promote the public financial system for public service equalization , give local society tax power and set up the tax revenue harmonizing committee for guiding competition and cooperation. We should make a legal system for regulating the tax revenue competition between governments so that the positive result of the tax revenue competition will be guaranteed and the wicked tax revenue competition will be prevented.

Keywords Local Tax Power ; Allocation of Tax Power ; Constitutional Government ; Decentralization

Jiang Mengya , Ph. D. , Associate Professor of Jiangsu Administration College Law Department.