

从“海乐·西亚泽诉中国案”看投资者与国家 争议解决中当地诉讼与国际仲裁的竞合问题

杜 涛

摘 要：德国投资者海乐公司在中国法院已作出二审判决的情况下，将其与中国政府机关之间的投资争议提交 ICSID 仲裁，违反了《中德投资协定》及其议定书的相关规定。海乐公司求助于最惠国待遇条款并不现实。对于东道国当地法院诉讼程序与国际仲裁程序之间的竞合问题，我国已订立的双边投资协定可以分为三种模式，三种模式都无法彻底解决竞合现象。竞合现象的产生本质上是商业化的仲裁方式与国家利益之间的矛盾所造成。要解决竞合现象，只有改变中外投资协定中过于倾向于投资者的争议解决模式，采用投资者利益和东道国利益兼顾的政策导向。在“一带一路”争议解决机制中，可以推广中国与伊朗投资协定中的做法。

关键词：投资仲裁；用尽当地救济；岔路口条款；竞合

[中图分类号] D915 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2019) 03-0130-18

引言

2017年6月21日，德国的香料和食品加工剂制造商海乐·西亚泽有限公司（Hela Schwarze GmbH，下称海乐公司）根据《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》（下称《中德投资协定》）在国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID）对中国提起投资仲裁请求（下称“海乐诉中国案”）。⁽¹⁾这是第三起外国投资者在 ICSID 针对中国政府提起的投资仲裁案件，前两起分别为马来西亚依桂兰公司诉中国案⁽²⁾和韩国安城公司诉中国案。⁽³⁾2018年1月8日，海乐诉中国案已经组成了仲裁庭，并于2018年2月举行了第一次电话听审。2018年12月17日，被告提出了管辖权异议。⁽⁴⁾

【作者简介】杜涛，法学博士，华东政法大学国际法学院教授。

(1) *Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/17/19.

(2) *EkranBerhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15.

(3) *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25.

(4) 案情的进展情况参见国际投资争端解决中心官方网站，<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/19>，最后访问时间：2019年3月15日。

海乐诉中国案的具体案情在 ICSID 网站上并未公布,但是通过查询海乐公司向 ICSID 提起仲裁之前在中国境内法院的诉讼文书,我们可以窥见该案的背景以及海乐公司的诉求。⁽⁵⁾

济南海乐·西亚泽食品有限公司(下称海乐食品公司)的前身是德国赫尔曼·劳厄调味品有限公司于 1996 年与济南肉联厂在中国设立的合资企业,1999 年转为德国独资企业。2004 年 6 月,海乐公司迁入济南市历城区华山片区厂房,并发展成为国内知名的复合香辛料、食品添加剂和调味品企业。

2014 年 9 月 11 日,济南市人民政府作出济征告字(2014)9 号房屋征收公告,决定征收华山片区改造项目国有土地上的房屋,范围为将军路以东,小清河以北,小清河以西,济青高速(北线)以南。决定只限于以上范围中的国有土地。补偿按《华山片区改造项目房屋征收补偿方案》执行。据媒体报道,济南市华山街道片区改造项目是济南市历史上最大的单体拆迁改造项目,涉及土地面积 14.69 平方公里,23 个村庄,自 2013 年 7 月正式启动拆迁,迄今仍有多户居民未达成拆迁协议。海乐食品公司的厂房位于拆迁范围之内,海乐食品公司不服征收决定,以被告济南市人民政府作出的 9 号房屋征收决定为诉讼标的,于 2016 年 5 月 3 日向济南市中级人民法院提起行政诉讼(下称海乐案),请求依法撤销被告济南市人民政府作出的 9 号房屋征收决定。济南市中级人民法院于 2016 年 7 月 19 日作出(2016)鲁 01 行初 296 号行政裁定,驳回了海乐食品公司的诉讼请求。海乐食品公司向山东省高级人民法院上诉,山东省高级人民法院于 2016 年 12 月 6 日二审裁定驳回上诉,维持原裁定。其母公司海乐公司对中国法院判决不满,于是向 ICSID 提请仲裁。

海乐诉中国案提出了一个引人关注的问题,即投资者将其在东道国境内发生的投资争议提交东道国法院审理并且东道国法院已经作出终审判决的情况下,该投资者是否还可以再将该争议提交到国际仲裁庭进行仲裁?这一问题涉及国际争端解决中的国际仲裁程序与国内诉讼程序之间的“竞合”(concurrency)问题,即同一争议在诉讼之后又向仲裁庭申请仲裁,或者同一争议在仲裁之后又向法院起诉。

本文结合海乐诉中国案的背景,首先对国际投资争端解决中诉讼与仲裁程序竞合的产生原因进行分析。随后,本文重点对《中德投资协定》及其议定书的争议解决条款进行研究,对海乐诉中国案的可能结果进行预测,并针对《中德投资协定》及其议定书中所存在的对我国不利的规定提出相应的解决方案。然后对我国与世界上 104 个国家所签订的双边投资保护协定中的争端解决条款进行统计归纳并将其类型化。本文最后将视野扩大到我国所有双边投资协定中的相关条文,进一步指出如何解决诉讼与仲裁竞合问题的理想方案,并针对“一带一路”争端解决机制下的诉讼与仲裁竞合问题提出新思路。

(5) 参见济南市人民政府与济南海乐·西亚泽食品有限公司行政强制行政裁定书,山东省济南市历城区人民法院(2017)鲁 0112 行审 74 号行政裁定书;济南海乐·西亚泽食品有限公司与济南市人民政府行政征收二审行政裁定书,山东省高级人民法院(2016)鲁行终 1491 号行政裁定书。

一、诉讼与仲裁竞合问题的产生

（一）国际商事仲裁

在国际商事仲裁中，一个基本的共识就是认为仲裁程序与诉讼程序是相互独立、相互排斥的两种不同的争端解决方式，二者不能同时进行，即当事人之间发生法律纠纷后，要么选择仲裁，要么选择法院诉讼。当事人一旦协议选择仲裁，则仲裁裁决具有终局性，当事人不得再向法院起诉；相反，当事人若没有达成仲裁协议而是选择向法院提起诉讼，则法院判决之后，当事人不得再将争议提交仲裁。

这一原则体现在 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（下称《纽约公约》）第 2 条第 3 款之中。该条款规定：“当事人就诉讼事项订有本条所称之协定者，缔约国法院受理诉讼时应依当事人一方之请求，命当事人提交仲裁，但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”也就是说，只要当事人之间订立了仲裁协议，法院就不能再受理该争议，而应命当事人提交仲裁。鉴于《纽约公约》得到了世界上大多数国家的接受，因此在国际商事仲裁领域，一般不会发生仲裁程序和诉讼程序的竞合问题。

但在特殊情况下，国际商事仲裁领域也可能会发生仲裁与诉讼的竞合。比如，双方在合同中订立了一项仲裁条款，发生争议后，一方当事人根据仲裁条款在甲国提起仲裁，另一方当事人向乙国法院提起诉讼并主张仲裁协议无效。如果甲国的仲裁庭审查后认定仲裁协议有效并决定受理仲裁，而乙国法院审查后则认定仲裁协议无效并决定受理诉讼，此时就会出现仲裁程序与诉讼程序的竞合现象。⁽⁶⁾ 这种竞合可能会导致仲裁庭和法院作出相互矛盾的裁决结果，从而不利于争议的及时有效解决。

（二）国际投资仲裁

国际投资领域采用仲裁来解决东道国与外国投资者之间的争端，始于 20 世纪 60 年代。在世界银行主导下，各成员国于 1965 年 3 月 18 日通过了《解决国家与他国国民间投资争端公约》（下称《华盛顿公约》），该公约于 1966 年 10 月 14 日生效。在该公约之下设立的国际投资争端解决中心（ICSID）首次引入仲裁方式来解决国家和他国国民之间的投资争端。该公约第 25 条第 1 款规定：“中心的管辖适用于缔约国（或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构）和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后，任何一方不得单方面撤销其同意。”该条款相当于一项强制性仲裁协议，它要求缔约国同意将该国与另一缔约国国民间的投资争端提交 ICSID 仲裁。如果所有缔约国都接受该条款而不提出任何保留的话，就意味着所有的投资争端都将由 ICSID 调解或仲裁解决，这样一来也就不会出现国际仲裁与国内法院之间的冲突了。

(6) See S.I. Strong, Border Skirmishes, *The Intersection Between Litigation and International Commercial Arbitration*, 1 J. DISP. RESOL. 14-15 (2012).

然而,《华盛顿公约》所规定的 ICSID 的管辖权是有限制的。公约第 26 条保留了传统国际法中的“用尽当地救济原则”。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。缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意根据本公约交付仲裁的条件。”

“用尽当地救济原则”(exhaustion of local remedy)是传统国际法上的一项原则,是指外国人在东道国受到侵害后,必须首先寻求当地的救济手段,在没有用尽当地救济手段之前,不得诉诸国际法庭或国际仲裁来追究东道国的责任。⁽⁷⁾《华盛顿公约》第 26 条允许缔约国用尽当地救济,意味着 ICSID 在各缔约国国内司法救济程序之外还可以行使管辖权。这就出现了 ICSID 的仲裁管辖权与缔约国国内司法程序之间发生竞合的可能性。

20 世纪 90 年代以后,ICSID 所创立的投资仲裁制度受到越来越多国家的欢迎和接受。尤其是在美国的主导下,越来越多的国家签订的双边投资协定以及区域性贸易协定中开始采用仲裁作为投资者与国家争端的主要解决方式。

尽管如此,仍然有很多国家签订的双边投资协定中保留了东道国当地救济条款。以我国为例,我国改革开放早期与其他国家签订的双边投资保护协定大都保留了当地救济条款,比如 1984 年《中国与法国关于相互鼓励和保护投资的协定》第 8 条规定:“一、缔约任何一方与缔约另一方的投资者之间关于投资的争议,应尽可能由争议双方通过和解解决。二、如自争议的任何一方提出之日起六个月内未能得到解决,争议可按投资者所选择的下述程序之一加以解决:(一)由投资者向接受投资缔约一方的主管行政当局提出申诉;(二)由投资者向接受投资缔约一方的有管辖权的法院提出司法诉讼。三、有关第四条第二款规定的补偿额的争议,可诉诸上述第一、二款规定的程序。如自争议的任何一方提出之日起一年内未得到双方满意的解决,应将该争议诉诸本协定附件中的仲裁程序。但如果投资者已求助于上述第二款第(二)项的规定,并且司法机关在自争议任何一方提出之后一年内已经作出最后判决,则本规定不适用。”

根据上述规定,如果外国投资者与我国发生争议,投资者应先在我国行政机关提出申诉或提出司法诉讼;如果我国司法机关在一年内仍未作出最后判决,则投资者可以诉诸国际仲裁。这意味着,我国法院的诉讼程序与国际仲裁程序可能出现竞合。

二、《中德投资协定》及其议定书关于争端解决方式的规定

(一)《中德投资协定》

海乐公司向 ICSID 提起仲裁的依据是 2003 年 12 月 1 日签订《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》及其议定书。该协定第 9 条(投资者与缔约一方争议解决)规定如下:

(7) 张庆麟:《用尽当地救济与“中心”(ICSID)管辖权》,《法律科学》1991 年第 5 期,第 74 页。

“1. 缔约一方与缔约另一方投资者之间就投资产生的任何争议, 应尽可能由争议双方当事人友好解决。

2. 如争议自其被争议一方提出之日六个月内, 未能解决, 应缔约另一方的投资者的请求, 可以将争议提交仲裁。

3. 争议应依据 1965 年 3 月 18 日《解决国家与他国国民间投资争端公约》提交仲裁, 除非争议双方同意依据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或其他仲裁规则设立专设仲裁庭。

4. 专设仲裁庭作出的任何裁决都应是终局的, 具有约束力。依据上述公约的程序所作出的裁决应是具有约束力的且只受公约规定的上诉或补救措施的影响。裁决应根据国内法执行。”

2003 年《中德投资协定》被认为是中国所签署的第二代双边投资协定的典型代表。早先的中外双边投资协定在争端解决方式上比较保守, 对将投资争端提交国际仲裁持限制态度, 即使允许提交仲裁, 也需要逐案审批, 或者仅限于将“有关征收补偿数额的争议”提交国际仲裁。自中国加入世界贸易组织之后, 在这方面开始采取开放态度。2003 年重订的《中德投资协定》就是典型, 它允许投资者将其与东道国之间“就投资产生的任何争议”提交给 ICSID 或其他专设仲裁庭仲裁。

在国际仲裁和东道国法院诉讼方面,《中德投资协定》的规定基本上采用了下述模式 A 的方式, 即只要投资争议在一段时间内未能解决, 投资者就可以将其提交给国际仲裁。如上所述, 这种模式极大地扩张了 ICSID 等仲裁机构对中外投资争议的管辖权, 而且容易产生当地诉讼程序与国际仲裁程序的竞合。即使投资者已经将争议提交给中国法院, 只要中国法院未能在一定期限内(6 个月)解决该争议, 投资者就可以诉诸仲裁。如果按照该规定, 就海乐诉中国案而言, ICSID 毫无疑问将拥有管辖权。

(二)《中德议定书》

但是值得注意的是, 上述《中德投资协定》后面还附有一项《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》(下称《中德议定书》)。或许是中方在谈判时已感觉到《中德投资协定》第 9 条对国际仲裁的态度过于宽松, 而对当地救济的放弃可能会不利于中方利益, 因而在双方同时订立的《中德议定书》第 6 条对《中德投资协定》第 9 条作了以下补充规定:“关于在中华人民共和国的投资, 德意志联邦共和国的投资者仅在下列情况下可以把争议提交仲裁: (一) 投资者已经根据中国法律把争议提交行政复议程序, (二) 投资者把争议提交行政复议程序三个月后, 争议仍然存在, 和 (三) 如果争议已经被提交至中国的法院, 投资者可以根据中国法律撤回。”

上述规定比较接近于下文所归纳的模式 B, 即在提交仲裁之前, 增加了投资者先“撤诉”的条件, 即当德国投资者与中方发生争议后, 应先把争议提交中国的行政复议程序, 如果 3 个月后争议仍然存在, 则该投资者可以提交仲裁; 如果该投资者在行政复议程序之后又将争议提交至中国法院, 则只要投资者“可以根据中国法律撤回”该诉讼, 就可以诉诸国际仲裁。反过来讲, 如果该投资者在行政复议程序后已将争议提交至中国法院进行诉讼程序, 但是该诉讼程序根据中国

法律不得被撤回，则该投资者不能再将争议提交仲裁，而只能继续在中国法院诉讼。

相对于模式 A，《中德议定书》第 6 条的规定更加有利于中国方面，而对德国投资者而言，是对其仲裁权利的一种限制。因为在模式 A 下，投资者即使在中国法院进行了诉讼，但只要一定期限内争议未解决，就还可以交付仲裁。

（三）《中德议定书》第 6 条对海乐诉中国案的可能影响

但是，《中德议定书》与下述模式 B 仍然具有显著区别。在模式 B 中，该投资争议“只有在相关投资者已经从国内法院撤诉后”，方可提交国际仲裁解决。而按照《中德议定书》第 6 条，只要“投资者可以根据中国法律撤回”，就可以将争议提交仲裁。这就涉及对“投资者可以根据中国法律撤回”这一表述的解释，而这也正是海乐诉中国案所要面临的最大的一个挑战。

那么，在海乐案的具体情境下，该如何理解上述条文的含义？我们结合以下情形进行具体探讨。

1. 争议已经二审终审的情况下

根据山东省高级人民法院判决书陈述的情况，海乐食品公司针对济南市人民政府的房屋征收决定提起了行政诉讼，先后被济南市中级人民法院和山东省高级人民法院驳回诉讼请求。海乐公司继续向 ICSID 提请仲裁。如果根据传统的“用尽当地救济原则”，海乐公司的仲裁请求似乎是合理的，因为该公司已经用尽了国内救济程序。^{〔8〕}但是根据《中德议定书》第 6 条，投资者在向中国法院起诉后，只有当其根据中国法律可以撤回诉讼的情况下才可以将争议交付仲裁。那么海乐公司在二审终审后是否还可以撤回诉讼呢？

我国《行政诉讼法》第 62 条规定：“人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”可见，根据我国法律，当事人在我国进行行政诉讼，只能在法院宣判前申请撤诉。法院已作出二审判决后，不得再申请撤诉。因此，根据《中德议定书》第 6 条第（3）项，海乐公司在二审之后不得再提请仲裁，ICSID 不得行使管辖权。

2. 再审情况下

我国《行政诉讼法》还规定了审判监督程序，其第 90 条规定：“当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为确有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但判决、裁定不停止执行。”根据该条，海乐公司似乎还有一个救济途径，即先向中国法院提起审判监督程序，然后再申请撤诉，之后再向 ICSID 提请仲裁。这样一来似乎就满足了《中德议定书》第 6 条第（3）项的条件。

根据《行政诉讼法》第 91 条，当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：（1）不予立案或者驳回起诉确有错误的；（2）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；（3）原判

〔8〕当然，中国行政诉讼程序中还存在审判监督程序，当事人是否必须在审判监督程序终结之后才算用尽当地救济？这一问题涉及对中国特有的审判监督程序的性质认定，有争议，本文不予讨论。就本案而言，鉴于海乐公司一审和二审均败诉，可以推定即使海乐公司提起审判监督程序，也不会被法院受理。因此，可以推定当事人已经用尽当地救济。

决、裁定认定事实的主要证据不足、未经质证或者系伪造的；（4）原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；（5）违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；（6）原判决、裁定遗漏诉讼请求的；（7）据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；（8）审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

海乐公司能否让法院相信其符合再审条件，我们不能假设。但是，即使上级人民法院接受了再审申请，仍然存在另一个法律问题：再审程序中，海乐公司是否“可以根据中国法律撤回”诉讼，从而满足《中德议定书》第6条第（3）项的条件？

根据《行政诉讼法》第62条，在人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前，原告申请撤诉的，或者被告改变其所作的行政行为，原告同意并申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。因此，再审程序中，海乐公司的撤诉申请需要得到法院的准许。这里的一个问题是：《中德议定书》第6条第（3）项中的“可以根据中国法律撤回”是不是一定要求法院准许其撤诉申请？也就是说，这里的“可以”是法律上的“可以”，还是事实上的“可以”？这就涉及对该词语的解释。因为争议已提交给ICSID，因而解释权也在ICSID手里。

从ICSID过往的判例来看，直到1990年的“AAPL诉斯里兰卡案”，ICSID才确立了对双边投资协定进行解释的一般原则，明确规定应“依照在实践中已确立的、由国际法学会1956年大会形成并由《维也纳条约法公约》第31—33条所编纂的公认的条约解释规则”。⁽⁹⁾近年来的多数涉及投资协定解释的ICSID裁决也都遵循《条约法公约》的解释规则。⁽¹⁰⁾根据《维也纳条约法公约》第31条，条约应“依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。因此，对“可以”一词的含义应采用文本解释、目的解释、常义解释和善意解释的方法加以解释。由于《中德投资协定》及《中德议定书》均以中文、德文和英文三种文字为作准文字，三种语言的含义均应被考虑。无论是中文中的“可以”，还是英文中的“can”或者德文中的“kann”，在基本含义上均有几种选项，既可以用来指法律上的“授权许可”，也可以用来指结果上“有可能”。⁽¹¹⁾因而，“投资者可以根据中国法律撤回”这句话既可以理解为“中国法律允许投资者撤诉”，也可以理解为“投资者根据中国法律能够撤诉”。如果理解为前者，由于中国《行政诉讼法》第62条允许原告申请撤诉，因此就符合了《中德议定书》第6条第（3）项的规定。反之，如果理解为后者，由于中国《行政诉讼法》第62条规定原告的撤诉必须由法院准许，因此海乐公司需要向ICSID证明其撤诉申请能够得到法院准许，否则就不符合《中德议定书》第6条第（3）项的规定。

(9) *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, para. 38.

(10) 张乃根：《ICSID仲裁中的有效解释原则》，《武大国际法评论》2017年第1期，第105页。

(11) 中文“可以”一词的含义参见周赞：《“可以”的语义及其在立法中的误用》，《语言文字应用》2009年第1期，第106页；英文中“can”一词的含义参见《朗文多功能英汉双解词典》，外语教学与研究出版社2017年版，第191页；德文“kann (können)”一词的含义参见赵登荣、周祖生：《杜登德汉大词典》，北京大学出版社2013年版，第1344页。

上述两种解释到底以何者为准，这取决于 ICSID 仲裁庭的态度。我们认为，鉴于 ICSID 在多年的实践中倾向于扩大自己的管辖权^{〔12〕}，因此 ICSID 很有可能会采用第一种解释，将“可以”理解为法律上的许可。这种解释也有其一定的依据，其中最具有说服力的一点是将《中德议定书》第 6 条第（3）项与中国和其他国家缔结的双边投资协定中的争端解决条款进行对比。例如，2001 年《中国与荷兰关于鼓励和相互保护投资协定》（下称《中荷投资协定》）第 10 条第 2 款规定：“投资者可以决定将争议提交有管辖权的国内法院。如有关中华人民共和国领土内的投资的法律争议已提交给有管辖权的国内法院，该争议只有在相关投资者已经从国内法院撤诉后方可提交国际争议解决。如果争议与在荷兰王国领土内的投资有关，投资者可以选择在任何时候将争议提交国际争议解决。”

按照上述规定，荷兰投资者将争议提交中国法院审理之后，如果他想把争议再提交仲裁，则他必须首先在中国法院成功撤诉。这与《中德议定书》第 6 条第（3）项所规定的“可以根据中国法律撤回”显然不同。前者是要求事实上已经撤回诉讼，后者只要求法律上可能撤回诉讼。

当然，对于中国方面而言，为了避免 ICSID 仲裁庭作出不利于中方的解释，在海乐公司向中国法院提起审判监督程序时可以不予受理，从而使海乐公司的仲裁请求不满足《中德议定书》的要求。

另外需要指出的是，本案中海乐公司确实犯了一个错误，未能在二审判决作出之前就提请国际仲裁。如果海乐公司提前请求仲裁，则很有可能被 ICSID 受理，因为根据《中德议定书》第 6 条第（3）项，只要该争议“可以根据中国法律撤回”即可。根据前文的分析，在中国法院审理期间，根据中国《行政诉讼法》第 62 条，当事人是可以申请撤回诉讼的。

三、我国缔结的其他双边协定中诉讼与仲裁关系的模式分析

（一）三种模式

根据我国商务部条法司网站上公布的数据，我国目前已与世界上 104 个国家签订了 120 余项双边投资保护协定。^{〔13〕} 这些协定中大多数都规定了投资者与东道国争端解决条款，其中对于国内诉讼与国际仲裁之间的关系，存在几种不同的规定方式。为便于统计分析，本文将归纳为以下三种模式。

1. 模式 A：先诉讼后仲裁

我国在 20 世纪 80 年代签署的很多双边投资协定规定，对于征收补偿数额的争议，投资者与东道国在一定期限内未能友好解决的，可以直接提交仲裁。如 1986 年《中国与瑞士关于促进和相

〔12〕 黄月明：《ICSID 仲裁庭扩大管辖权的途径及其应对——从“谢业深案”切入》，《华东政法大学学报》2013 年第 5 期，第 64 页。

〔13〕 参见商务部条法司网站，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>，最后访问时间：2019 年 3 月 20 日。

互保护投资协定》规定：“一、如果缔约一方与缔约另一方投资者发生争议，并且未能在六个月内友好解决，投资者可将下列争议提交国际仲裁：（一）有关本协定第7条所述的补偿额的争议；（二）当事双方同意提交国际仲裁的有关本协定其他问题的争议。”这些协定中通常还规定：仲裁裁决是终局的，对争议双方具有拘束力，缔约国双方应根据各自的法律强制执行上述裁决。采用这种规定方式的还有中国与英国（1986年）、保加利亚（1989）、巴基斯坦（1989年）、加纳（1989年）、匈牙利（1991年）、西班牙（1992年）、乌克兰（1992年）、白俄罗斯（1993年）、哈萨克斯坦（1992年）、亚美尼亚（1992年）、乌兹别克斯坦（1992年）、吉尔吉斯斯坦（1992年）、塔吉克斯坦（1993年）等国的双边协定。

还有一些双边投资协定在争议解决方面规定得更为详细，首先允许投资者采用国内救济方式，包括法院诉讼，同时规定，如果在合理期限内未能解决争议的，可以提交仲裁。如前述1984年中国与法国第一次签订的《中国与法国关于相互鼓励和保护投资的协定》第8条的规定。

根据上述规定，有关征收补偿数额的争议，投资者可以先提交国内法院诉讼，但是如果司法机关在一年内未作出最后判决，则投资者就可以诉诸仲裁。这意味着，国际仲裁程序可以和国内法院诉讼程序并行。

另外一些双边协定规定比较模糊。比如1988年《中国与波兰关于相互鼓励和保护投资协定》第10条规定：如果投资者对被征收的投资财产的补偿款额有异议，可向采取征收措施的缔约一方的主管当局提出申诉。在申诉提出后一年内仍未解决时，应投资者的请求，由采取征收措施的缔约一方有管辖权的法院或专设国际仲裁庭对补偿额予以审查。这种条款由于规定得比较简单，若从字面上理解，国内法院和国际仲裁庭的管辖权是可以并行的，投资者可以任意选择：如果投资者首先选择了仲裁，则仲裁裁决是终局的；但是，如果投资者首先选择了国内诉讼，则该国内诉讼程序是否具有终局性，该协定没有规定。这也就意味着，当事人选择了国内诉讼之后，理论上仍然可以再将争议提交国际仲裁。

采用这种模式的还有中国与科威特（1985年）、荷兰（1985年）、马来西亚（1988年）、澳大利亚（1988年）、巴基斯坦（1989年）、土耳其（1990年）、捷克斯洛伐克（1991年）、希腊（1992年）、菲律宾（1992年）、以色列（1995年）、也门（1998年）等国。

值得注意的是，我国签订的少数几个双边协定里面虽然采用了下文所述的“岔路口条款”，但是也未规定国内诉讼是否可以排斥仲裁。这样一来，在理论上投资者选择诉讼后仍然可以再重新提交仲裁，比如中国与立陶宛（1993年）、摩洛哥（1995年）、沙特（1996年）、加蓬（1997年）、卡塔尔（1999年）^{〔14〕}、马达加斯加（2005年）之间的协定。中国与阿联酋1994年协定甚至还允许投资者在国内行政救济、国内诉讼和国际仲裁三种方式之间任意选择一种或两种解决办法。^{〔15〕}

〔14〕 与沙特、摩洛哥、加蓬、卡塔尔的协定规定，与征收有关的争议只能提交ICSID仲裁，但其他与投资有关的争议可以选择国内诉讼或国际仲裁，但没有规定诉讼之后是否还可以再提交仲裁。

〔15〕 1993年《中华人民共和国政府和阿拉伯联合酋长国政府关于促进和保护投资协定》第9条。

2. 模式 B: 撤诉后可仲裁

进入 21 世纪后,我国对外签订的双边投资协定开始注意到国内诉讼与国际仲裁之间的竞合问题,如前述 2001 年《中国与荷兰关于鼓励和相互保护投资协定》第 10 条的规定。

根据上述规定,荷兰投资者在中国境内的投资争议可以直接提交给国际仲裁,仲裁裁决具有终局性,投资者不得再向中国法院起诉。荷兰投资者也可以先向中国国内法院起诉,但一旦起诉后,原则上不能再提交国际仲裁,除非投资者先从中国法院撤诉。采用这一模式的还有中国与芬兰(2004 年)、古巴(2007 年)、瑞士(2009 年)等国的双边投资协定。

3. 模式 C: “岔路口条款”

2007 年重新签订的《中国与法国双边投资保护协定》第 7 条规定:“缔约一方与缔约另一方投资者之间有关投资的任何争议,应由双方当事人友好解决。如争议自一方或另一方提出之日起 6 个月内未能解决,争议应按照投资者的选择提交:作为争议一方的缔约方有管辖权的法院,或根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的专设仲裁庭,前提是争议所涉缔约一方要求有关投资者在提交仲裁前,用尽该缔约方法律和法规所规定的国内行政复议程序,或依据 1965 年 3 月 18 日在华盛顿开放签署的《解决国家与他国国民间投资争端公约》设立的‘国际投资争端解决中心’,前提是争议所涉缔约一方要求有关投资者在提交仲裁前,用尽该缔约方法律和法规所规定的国内行政复议程序。一旦该投资者将争议递交给作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院,或者根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的专设仲裁庭,或者‘国际投资争端解决中心’,则其三选一的选择将是终局的。仲裁庭的裁决是终局的,对争议当事双方具有拘束力。缔约双方都应执行该裁决。”

这是一种典型的“岔路口条款”,即投资者只能在国内诉讼和国际仲裁之间二选一,并且只能选择其中一种方式;选择其一,就不能再寻求另一种方式救济。^[16]采用“岔路口条款”的还有中国与新加坡(1985 年)、丹麦(1985 年)、斯里兰卡(1985 年)、新西兰(1988 年)、日本(1988 年)、巴布亚新几内亚(1991 年)、蒙古(1991 年)、葡萄牙(1992 年和 2005 年)、玻利维亚(1992 年)、阿根廷(1992 年)、摩尔多瓦(1992 年)、越南(1992 年)、格鲁吉亚(1993 年)、老挝(1993 年)、爱沙尼亚(1993 年)、克罗地亚(1993 年)、阿尔巴尼亚(1993 年)、斯洛文尼亚(1993 年)、乌拉圭(1993 年)、阿塞拜疆(1994 年)、埃及(1994 年)、罗马尼亚(1994 年)、牙买加(1994 年)、秘鲁(1994 年)、智利(1994 年)、厄瓜多尔(1994 年)、印尼(1994 年)、冰岛(1994 年)、阿曼(1995 年)、古巴(1995 年)、阿尔及利亚(1996 年)、柬埔寨(1996 年)、津巴布韦(1996 年)、毛里求斯(1996 年)、黎巴嫩(1996 年)、苏丹(1997 年)、南非(1997 年)、马其顿(1997 年)、埃塞俄比亚(1998 年)、巴巴多斯(1998 年)、佛得角(1998 年)、叙利亚(1998 年)、巴林(1999 年)、刚果(2000 年)、伊朗(2000 年)、缅甸(2001 年)、塞浦路斯(2001 年)、尼日利亚

[16] 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》,《国际经济法学刊》2007 年第 3 期,第 125 页。

(2001年)、特立尼达和多巴哥(2002年)、圭亚那(2003年)、突尼斯(2004年)、比利时和卢森堡(2005年)、赤道几内亚(2005年)、西班牙(2005年)、葡萄牙(2005年)、朝鲜(2005年)、法国(2007年)、韩国(1992年和2007年)、马里(2009年)、马耳他(2009年)、乌兹别克斯坦(2011)、日韩(2012年)、坦桑尼亚(2013年)等国签署的双边投资协定。

(二) 具体分析

通过上述归类,我们进一步分析各种模式下发生国内诉讼与国际仲裁竞合的可能性。

1. 模式 A

在模式 A 下,投资者与东道国发生争议后首先应寻求当地救济,包括当地法院诉讼。如果在合理期限内仍不能解决争议,则投资者可以寻求国际仲裁。此种情形下,最容易产生国内法院诉讼与国际仲裁的竞合。

2. 模式 B

在模式 B 下,如果投资者将投资争议提交东道国国内法院诉讼,在他未撤回该诉讼之前,不能再寻求国际仲裁。此时,投资者如果先向国内法院起诉,只有当其先行撤诉之后,才可以再诉诸仲裁。表面上看,似乎投资者只能选择一种争议解决方式,但实际上,投资者同时获得了国内诉讼和国际仲裁两种救济方式,只不过,投资者如果觉得国内诉讼对其不利,可以随时撤回,然后再寻求国际仲裁。这样一来,相比于国内投资者而言,外国投资者就获得了更优越的待遇。有鉴于此,模式 B 在中外双边投资协定中被采用的也不多。

《中德议定书》所采用的是模式 B 的变体。相对于模式 B 的常规模式而言,该议定书的规定对投资者更加有利,但非常不利于东道国。

值得注意的是,2000年签署的《中国与伊朗关于相互促进和保护投资协定》,其第12条的规定是模式 B 的改良版,在设计上充分考虑了国内诉讼和国际仲裁的竞合问题,在一定程度上可以避免二者的竞合。其规定如下:

“第十二条 缔约一方和缔约另一方投资者间争议解决

一、东道国缔约一方和缔约另一方的投资者之间就投资产生的任何争议,应首先努力以友好的方式通过谈判和协商解决。

二、如东道国缔约一方和投资者自一方向另一方提出请求的通知之日起六个月内未能达成一致,任何一方可将争议提交东道国缔约一方有管辖权的法院或根据其相关的法律和规定提交下述第五款所述的三人仲裁庭。

三、争议首先提交东道国缔约一方有管辖权的法院的,若尚未判决,除非双方同意,不得提交仲裁;若法院已作出最终判决,则不得提交仲裁。

四、国内法院对任何已提交仲裁的争议无管辖权。但本款规定不妨碍胜诉一方向国内法院请求仲裁裁决的执行。”

上述规定中最为关键的是第三款。它与上述模式 B 的相同之处在于:它们都允许投资者先向

东道国法院起诉，之后也可以再提交仲裁。但是二者的重大区别在于：模式 B 要求投资者必须主动撤回诉讼后才可以再提交仲裁；而后者则要求在法院尚未判决的情况下只有经过投资者和东道国“双方同意”，才可以提交仲裁；如果法院已经作出最终判决，则不得提交仲裁。这里所要求的“双方同意”是非常有创意的一项条件，它有效地避免了模式 B 和模式 C 两种情形下赋予投资者单方面的过大选择权，充分照顾到了东道国的要求和利益。不过，这种模式仍然允许双方同意下进行诉讼后的仲裁，因而并没有彻底解决诉讼与仲裁的竞合。

3. 模式 C

在模式 C 下，依照“岔路口条款”，投资者只能在几种争议解决方式之间进行唯一选择：要么选择国内诉讼，要么选择国际仲裁。如果选择了其中之一，就放弃了其他选项。

模式 C 下的“岔路口条款”似乎更好地解决了国内诉讼与国际仲裁之间的竞合问题，因为它只给投资者提供了一个选择权：要么诉讼，要么仲裁，二者相互排斥。相比于模式 B，投资者一旦选择国内诉讼，就不得再撤诉而另行仲裁。20 世纪 90 年代以来，“岔路口条款”得到了越来越多国家的接受，我国新近签订的双边投资协定也越来越多采用该条款。^{〔17〕}

但是，现行的“岔路口条款”仍然存在一些缺陷，并不能彻底解决诉讼与仲裁的竞合问题，原因在于两个方面。

第一，某些双边协定中的“岔路口条款”在文字表述上过于简略，存在歧义，给仲裁庭或当事人留下任意解释的空间。例如，我国早期对外缔结的中外投资协定中仅允许与征收补偿数额有关的争议中采用“岔路口条款”，允许投资者将争议提交国内诉讼或提交仲裁，但其他争议只能选择国内法院诉讼。这是一种有限制的“岔路口条款”。对于什么是“与征收补偿数额有关的争议”，存在争论的空间。我国后期对外订立的“岔路口条款”适用范围扩大到所有与投资有关的争议，但其中的有些用语并不严密或者不全面。比如我国与很多国家的双边协议中规定：“一旦该投资者将争议递交给作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院，或者国际投资争端解决中心，或者根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭，则其三选一的选择将是终局的。”这里的“终局的”如何理解和判断？是否以投资者将争议递交给不同机构的时间先后为准？

第二，在 ICSID 的仲裁实践中，某些仲裁庭为了扩大自己的管辖权，常常会歪曲解释“岔路口条款”的含义，从而使得已经被国内法院受理或已经判决的争议仍然可以被仲裁庭接受。比较典型的做法就是把国内诉讼所涉及的“争议”与仲裁庭受理的“争议”解释为两个不同的争议，从而规避“岔路口条款”的适用。^{〔18〕}

〔17〕 较为典型的是 2012 年《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第 15 条第 3-6 款。

〔18〕 相关案例和评论参见徐崇利：《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》，《国际经济法学刊》2007 年第 3 期，第 125 页。

四、最惠国待遇条款与竞合问题

如上所述，为了解决中国国内诉讼与国际仲裁之间的竞合，《中德议定书》第6条第(3)项对德国投资者交付仲裁的权利施加了一定限制，在中国法院已对海乐公司的行政诉讼作出二审判决的情况下，海乐公司依据中国法律不能撤诉，因而ICSID无权再受理海乐公司的仲裁请求。

但是我们注意到，《中德投资协定》第3条第(4)项规定了一项“最惠国待遇条款”，即“缔约一方给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动的待遇，不应低于其给予任何第三国投资者的投资及与投资有关活动的待遇”。海乐公司能否依据此项最惠国待遇条款，通过援引中国与其他国家之间签订的不包含此项限制性规定的双边投资协定，要求ICSID不适用《中德议定书》第6条第(3)项呢？

中国20世纪80年代与很多西方国家签订的双边投资协定都仅仅规定了国际仲裁作为争议解决方式，例如1986年《中英投资协定》第9条规定：“一、缔约国一方和缔约国另一方投资者之间有关征收补偿数额的争议可提交专设仲裁庭。……四、仲裁庭的裁决以多数票作出。裁决是终局的，对争议双方具有拘束力。缔约国双方根据各自的法律应对强制执行上述裁决承担义务。”根据该规定，英国投资者与我国之间的有关征收补偿数额的争议，可以提交国际仲裁，也可以提交我国国内法院。即使该投资者先提交我国法院，也不排除其之后再将争议提交国际仲裁。与《中德投资协定》及《中德议定书》相比，英国投资者所享有的争议解决途径显然更广泛。⁽¹⁹⁾就海乐诉中国案而言，假如海乐公司根据《中德投资协定》中的最惠国待遇条款，要求ICSID根据《中英投资协定》第9条接受海乐公司的仲裁请求，ICSID该如何裁决？

近年来，ICSID在解释双边投资条约中的最惠国待遇条款时，确实存在着将最惠国待遇条款的适用范围扩大化的趋势，尤其是从实体性权利向程序性权利的扩展更为引人注目。⁽²⁰⁾2000年ICSID审理的“马菲泽尼诉西班牙案”是最早的案例。该案是阿根廷投资者与西班牙政府之间的争议，但是阿根廷投资者却要求根据《阿根廷和西班牙双边投资协定》中的最惠国待遇条款援引《西班牙和智利双边投资协定》中更有利的争议解决条款，将争议提交ICSID仲裁。⁽²¹⁾仲裁庭支持了阿根廷投资者的主张。该案引发了广泛争议。在随后的“普拉玛诉保加利亚案”中，ICSID仲裁庭作出了相反裁定，认为基础条约中的最惠国待遇条款不能适用于另一条约中有关争端解决的程序性问题，除非基础条约中的最惠国待遇条款明确规定了缔约双方有此意图。⁽²²⁾在与中国

(19) 当然，《中英投资协定》仅允许将有关征收补偿数额的争议提交国际仲裁，而《中德投资协定》则允许投资者将任何与投资有关的争议提交第9条所规定的机构解决。在争议的范围方面《中德投资协定》更广泛。

(20) 徐崇利：《从实体到程序：最惠国范围之争》，《法商研究》2007年第2期，第41页；刘颖、封筠：《国际投资争端中最惠国待遇条款适用范围的扩展——由实体性问题向程序性问题的转变》，《法学评论》2013年第4期，第45页。

(21) *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/17.

(22) *Plama v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24.

有关的“谢业深诉秘鲁案”中也涉及该问题⁽²³⁾，该案中的中国香港投资者谢业深要求根据《中国与秘鲁双边投资协定》中的最惠国待遇条款援用《秘鲁与哥伦比亚双边投资协定》中的更有利的争议解决条款，将争议提交给 ICSID 仲裁。仲裁庭驳回了谢业深的请求，认为《中国与秘鲁双边投资协定》中的争议解决条款要优先于其中的最惠国待遇条款。ICSID 目前正在审理的另一起涉及中国投资者的案件“北京城建诉也门政府案”中，北京城建集团也提出了类似请求，要求按照《中国与也门双边投资协定》中的最惠国待遇条款援用《也门与英国双边投资协定》中的争议解决条款，将争议提交 ICSID 解决。ICSID 驳回了北京建建的这一主张，但在其他方面支持了北京建建的观点，裁定仲裁庭对该案有管辖权。⁽²⁴⁾

从 ICSID 近来的判例来看，将最惠国待遇条款适用到程序性事项的做法逐渐受到限制。即使是在“马菲泽尼诉西班牙案”中，仲裁庭尽管支持将最惠国待遇条款适用于程序性事项，但也认为该条款要受到“公共政策”的限制，尤其是不能损害条约中的“用尽当地救济条款”和“岔路口条款”。⁽²⁵⁾就海乐诉中国案而言，《中德议定书》第 6 条属于一种有限制的“用尽当地救济条款”，不能被最惠国待遇条款取代。

五、诉讼与仲裁竞合问题的弊端

通过对海乐诉中国案的分析以及对一百多项中外双边投资协定的类型化梳理可以发现，在三种模式下，都存在着国内诉讼程序与国际仲裁程序发生竞合的可能，其中尤以采用模式 A 的情形为甚。目前的中外双边协定中有多达数十项均采用模式 A，这就可能带来以下严重后果。

（一）干涉了东道国的司法主权，破坏了东道国法院判决的终局性

司法裁判权是一国主权的重要体现，任何国家对于发生在本国境内的投资争议享有司法管辖权，这是国家属地主权的一部分。如果外国投资者将其与东道国之间的投资争议已经诉诸东道国境内法院解决，在东道国法院正在审理或者已经作出判决的情况下，如果允许国际仲裁庭再对该争议重新审理，显然是对东道国司法主权的不尊重。

我国在司法制度上实行二审终审制。经过二审终审的判决，即具有终局性并产生既判力（*res judicata*），即当事人不得再就相同争议另行提请司法救济，法院也不得再对相同争议进行审理（一事不再理）。既判力原则渊源于古罗马法，现在已被各国国内法普遍接受。⁽²⁶⁾在国际法层面，既判力原则也被国际法院和国际仲裁机构普遍承认，甚至很早就被认为是国际法上的一般法律原则。⁽²⁷⁾

(23) *Mr. Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6.

(24) *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30.

(25) *Supra* note (21).

(26) 叶自强：《论判决的既判力》，《法学研究》1997年第2期，第96页。

(27) Sir H. Lauterpacht, *THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW BY THE INTERNATIONAL COURT* 325-326 (1958).

由于国际投资仲裁是一种特殊的混合程序(个人与国家之间的程序),它既不是国内法程序(个人与个人之间的程序),也不是传统的国际法程序(国家与国家之间的程序)。在国际投资仲裁和国内程序之间是否采用既判力原则,存在很大争论。在著名的“洛文公司诉美国案”⁽²⁸⁾中,洛文公司在美国法院遭受惩罚性赔偿判决,洛文公司于是向 ICSID 请求仲裁,声称自己遭受美国法院的不公正待遇,美国违反了《北美自由贸易协定》(NAFTA)项下的义务。该案仲裁庭虽然以“国籍持续原则”等为由驳回了洛文公司的请求,但仲裁员在裁决中仍然认为美国法院的判决确实违反了正当程序原则。洛文案及其裁决引发了部分美国学者对 NAFTA 协议的激烈抨击,认为其中的争端解决制度是让美国国内司法服从国际仲裁机构的重新审查,从而牺牲了美国的主权。⁽²⁹⁾美国在随后的双边投资条约谈判中也改变了政策,开始重新强调对国内法和国内程序的重视,而限制投资者直接对国家提起仲裁的权利。⁽³⁰⁾

(二) 违反国内当事人和国外当事人的平等原则

各国所签订的双边投资条约均赋予外国投资者国民待遇,强调外国投资者享有与本国人民等的法律保护。当外国投资者在东道国境内发生法律纠纷后,外国投资者可以像东道国国民一样寻求当地法律保护,包括行政救济和司法救济。

以海乐公司在中国的纠纷为例。山东省济南市人民政府所发布的房屋征收命令针对的是片区内所有居民,包括中国居民和外国公民以及境外企业(如海乐食品公司)。从“济南海乐·西亚泽食品有限公司与济南市人民政府行政征收二审行政裁定书”也可看出,该项片区改造项目引发了大量法律纠纷,众多中国公民也提起了集体的行政复议和行政诉讼。山东省各级人民法院针对这些诉讼都统一作出了判决。根据中国法律,法院二审终审之后,判决即发生法律效力。对中国当事人而言,除非寻求审判监督程序,再无其他救济手段。但是,如果海乐公司可以依照《中德投资协定》及其议定书向 ICSID 寻求救济,就会赋予海乐公司优越于中国公民的权利。

这一问题其实早就引起了美国的重视。在“洛文公司诉美国案”发生后,美国政府在此后的双边投资条约谈判中就一再强调“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”。⁽³¹⁾

(三) 容易引发道德风险

实践中,如果允许外国投资者在东道国境内进行司法救济的同时或之后另行寻求国际仲裁,可能会促使投资者在国内司法程序中将国际仲裁作为一种胁迫手段,要求东道国司法机构满足其所提出的条件。

这一点并非空穴来风。在“科朗曼化工(武汉)有限公司与云南澄江天辰磷肥有限公司建设

(28) *Loewen Group, Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3.

(29) 梁丹妮:《洛文公司诉美国案分析》,《武大国际法评论》2006年第2期,第397页。

(30) 刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危急及应对之策述评》,《法学研究》2008年第6期,第150页。

(31) 刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危急及应对之策述评》,《法学研究》2008年第6期,第148页。

工程施工合同纠纷再审案”中就出现了这一幕。⁽³²⁾ 该案原告科朗曼化工（武汉）有限公司是一家德国投资人在华投资企业，其德国投资方在德国境内进入破产程序。德国法院指定破产管理人代表投资方召开股东会决议重组了科朗曼公司，并向武汉市商务局申请变更手续。但由于科朗曼公司原董事、总经理等人拒不执行新董事会决议，武汉市商务局以德国法院裁定未经中国法院承认为由，拒绝办理变更手续。德国投资方于是委托北京大成律师事务所向各级政府部门申诉，直至商务部。投资方声称，如果无法获得审批，将以中国政府违反中德双边投资保护条约关于持续保护的规定为由，向国际投资争端解决中心提交针对东道国政府的国际仲裁。中国商务部为此举行了听证，考虑到德国投资人可能在 ICSID 引用《中德投资协定（2003）》对中国政府提出仲裁的现实性，在听取了投资人律师团队的意见后，下文特批同意科朗曼公司在没有公章、证照的情况下进行重组变更。科朗曼公司最终获得了新的批准证书，并领取了变更后的营业执照。该案反映出，如果国际仲裁不受中国境内司法程序的限制，一些境外投资者就会利用中国政府部门害怕国际仲裁的心理，在争议解决过程中提出一些违背中国法律的不合理要求，从而产生道德风险。

六、解决方案与结论

综上所述，由于历史原因，我国较早期所缔结的绝大多数中外双边投资协定无论采用何种模式，都难以从根本上解决国内诉讼与国际仲裁之间的竞合问题。

近年来，我国开始与外国进行更广泛的自由贸易区谈判，并与十多个国家签署了自由贸易协定（FTA），另外还与十几个国家正在进行自由贸易协定的谈判。在这些自由贸易协定中，也包含了投资者与国家争端解决条款，其中对国内诉讼与国际仲裁之间的关系采用了一些新的解决方案。

以 2005 年中国和智利签署的第一个中外自由贸易协定《中国－智利自由贸易协定关于投资的补充协定》（下称《补充协定》）为例，其中第三节是关于投资者与国家争端解决的规定。根据该《补充协定》第 14 条，如果申请方未将争端提交接收投资的缔约一方法庭解决，则该申请方可将第 1 款中所述请求提交至第 3 款所规定的仲裁。此外，该《补充协定》第 16 条第 2 款进一步规定：

“二、申请方可将请求提交至：

（一）被申请方法律允许的任何法庭；或

（二）第十四条第三款所述国际仲裁，附以申请方的：

1. 对依据本协定所列程序进行的仲裁的书面同意；和

2. 书面放弃根据被申请方法律向其行政审判庭或法庭提起诉讼的权利。

为进一步明确，申请方对任一方式的选择应是终局的和排他的。”

与此前的双边投资协定相比，此类自由贸易协定中的条款显然有了更大的进步，体现在：第一，要求申请方放弃当地救济的权利；第二，明确规定当地诉讼和国际仲裁的选择相互具有排

(32) 最高人民法院（2015）民申字第 537 号判决书。

他性。

2014年签署的《中国-澳大利亚自由贸易协定》第4条关于“最惠国待遇”的条款进一步规定：“本条所指的待遇，不包含投资者-国家争端解决程序或机制。”这就更进一步排除了当事人利用最惠国待遇条款寻求在当地诉讼之外诉诸国际仲裁的可能性。

上述实践表明，一方面，我国政府越来越注意到当地诉讼与国际仲裁之间的冲突问题并采取了越来越完善的规范条文；另一方面，我国在与不同国家之间的投资协定或自贸协定中采取的不同条款导致在投资者与国家争端解决方式领域，我国投资者在不同东道国会面临不同待遇，其他不同国家投资者在我国也同样面临不同待遇。这种做法显然是不符合真正意义上的国民待遇和最惠国待遇的。

改革开放40年来，我国一直是世界上最大的外资东道国之一。随着“一带一路”倡议的日益推广和深入，我国的境外投资也得以迅猛发展。我国已经成为兼具投资输入国和输出国双重身份的大国，这给我国对外投资政策带来了艰巨挑战。我国在签订国际投资协定时，一方面要考虑我国作为东道国的利益，另一方面也要考虑我国境外投资者的利益。

就国内诉讼与国际仲裁的关系而言，我们认为，应当将避免二者的竞合作为最高的政策导向。但是在选择如何避免竞合的方式时，应当注意保持东道国利益和投资者利益的平衡，不能过于偏向任何一方。近年来，投资者与国家间仲裁机制之所以出现合法化危机，最重要的原因就在于仲裁制度的自治性质与投资争端的国家性质之间的矛盾。⁽³³⁾采用仲裁这种高度商业化的争端解决方式来解决从根本上涉及国家公共利益的投资争端，很难让人相信其公正性。以海乐诉中国案为例，该案涉及中国国内异常复杂的城市旧区改造项目和房屋拆迁，属于中国特殊发展阶段非常特殊的一种社会现象，牵涉中国整个社会利益的重新分配。这样异常复杂的社会问题，交给几个对中国社会一知半解的外国学者或商业律师来进行仲裁，如何保证他们的裁决能够充分考虑对拆迁问题的公正评价和对各方利益的公平对待？

推己及人，我国企业在“一带一路”建设过程中如果发生与外国东道国之间的投资争议，也应当充分考虑东道国的具体国情和国家主权，不能步欧美发达国家的后尘，片面追求对投资者利益的保护。具体而言，在双边投资协定中，应当避免将国际仲裁作为对东道国当地救济的救济手段，否则，必然会引发“一带一路”沿线国家对我国投资者的戒备之心，从而影响“一带一路”建设的顺利推进。

我国已经将建立“一带一路”争端解决机制和机构作为下一步的重点措施。在建立“一带一路”争端解决机构和机制过程中，我们应当吸取包括ICSID在内的现有国际争端解决机制的经验教训，以我国特有的“和谐”文化为价值导向，充分照顾投资者和东道国双方利益诉求，顺利解决国内诉讼程序和国际仲裁程序之间的矛盾与竞合，为推动“一带一路”倡议的顺利实施提供有

(33) 郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，《法学家》2011年第3期，第141页。

力的法律保障。

Hela Schwarz v. China and the Concurrency of Litigation and Arbitration in ISDS

DU Tao

Abstract: On June 21, 2017, a German-owned investor Hela Schwarz GmbH initiated a third known claim against China under the China–Germany BIT. In the event that the Chinese court has made a second-instance judgment, the ICSID should not exercise jurisdiction to this dispute, because it will violate the relevant provisions of the Sino-German Investment Agreement and its protocol. It is unrealistic for Hela Schwarz to turn to the MFN clause. As for the issue of the concurrency between domestic court proceedings and international arbitral proceedings, the bilateral investment agreement that China has already concluded can be divided into three modes. The three modes cannot completely solve the phenomenon of concurrency. The concurrency is essentially caused by the contradiction between commercial arbitration and national interests. To resolve the concurrency, it is only necessary to change the dispute resolution model in the Chinese-foreign BIT which is too prone to investors, and to take into more account the interests of investors and the interests of the host country. In the “One Belt One Road” dispute resolution mechanism, we can learn from the practices in the China-Iran Investment Agreement.

Keywords: ISDS; Exhaustion of Local Remedy; Fork-in-the-Road Clause; Concurrency

(责任编辑: 石静霞)