

On the Fragmentation of International Dispute Settlement Mechanism

—In Perspective of International Investment

Xingping Ye^{1,2}

¹Law School of Shenzhen University, Shenzhen Guangdong

²The Institute of International Economic Law & Policy of Shenzhen University, Shenzhen Guangdong

Email: markyeh288@163.com

Received: Apr. 12th, 2017; accepted: Apr. 27th, 2017; published: Apr. 30th, 2017

Abstract

Due to the nearly increasing special fields in international relations, the out of control of lawmaking on global Level, and the strengthening trend of non-state actors, the fragmentation of international dispute settlement mechanism has arisen. As the concrete manifestation of international law fragmentation, international dispute settlement is confronted with serious and severe challenges. Such endeavors as the following would help alleviating the dilemma that international dispute settlement mechanism is faced with: setting the Appellate Body, attaching importance to the role of precedents, promoting the work of international law codification, and upgrading the central status of IJC in international justice.

Keywords

Fragmentation, International Dispute Settlement, Investment Arbitration

国际争端解决机制碎片化问题分析

—以投资领域为视角

叶兴平^{1,2}

¹深圳大学法学院, 广东 深圳

²深圳大学国际经济法律与政策研究所, 广东 深圳

Email: markyeh288@163.com

收稿日期: 2017年4月12日; 录用日期: 2017年4月27日; 发布日期: 2017年4月30日

摘要

国际法碎片化起因于国际关系专门领域出现、自成一体的国际层面立法失控和非国家角色的地位增强等因素。而国际争端解决机制碎片化是国际法碎片化的体现，在实践中已经暴露出很多不容忽视的问题。特别是在投资领域，争端解决机制的碎片化倾向对法律和程序的公正性和权威性提出挑战。尝试在现有一些争端解决机制中设置上诉机构，重视先例的作用，推进国际法法典化工作以及强化国际法院在国际司法中的中心地位和扩大其管辖权范围，有助于缓解碎片化中的国际争端解决机制在理论和现实中面临的日益严重的困境。

关键词

碎片化，国际争端解决，投资仲裁

Copyright © 2017 by author and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 20 世纪 90 年代以来，在国际争端解决中出现了许多新的现象，比如各种受理案件的平台“泛滥”、法院或法庭的管辖权重叠、法院或法庭在审理案件时所适用的法律冲突、相同或相似法律的解释多元化以及判决或裁定的不一致。这些现象，就是日益引起国际法律界关注的国际争端解决机制碎片化。尽管就“碎片化”问题存在不尽相同看法，但它实际在很大程度上已经导致人们对国际仲裁和司法的权威性和公正性产生质疑。下文拟概要梳理国际法在最近几十年的新发展，结合国际投资领域的若干具体案件，分析国际争端解决机制碎片化的由来和在实践中带来的问题，探讨化解或缓解其“破坏性”危害的几个途径。

2. 国际法碎片化起因

争端解决是国际法体系的一个重要层面。争端解决机制碎片化种种情形，也是国际法碎片化的具体表现。然而，国际法碎片化不仅仅在一定程度上通过前者得到体现和增强，而且反过来也发挥着或许更强大的推动作用。争端解决机制碎片化之所以存在是与国际法碎片化的形成密不可分的。

国际法碎片化不是一个新概念，在根本上起源于国际关系的变化。1648 年威斯特法尼亚和会结束，标志着以国家为中心的现代国际法体系形成，同时也由于其开创的这种体系不是建立在集中的立法和法律实施基础之上而为国际法未来分散化发展埋下兆因。只是此次和会之后近 300 年时间里国际关系发展较为缓慢，国际法碎片化问题并没有成为一个显著的问题。第二次世界大战以后，国际关系格局出现前所未有变化，其背景是四大潮流推波助澜。首先是科学技术突飞猛进。人类在外层空间、深海海洋和虚拟世界的探索中达到历史的巅峰。其次是民族解放运动和殖民地独立风起云涌。主权国家数量大幅增加，国际关系更加复杂。再次是企业跨国经营争先恐后。跨国公司作为强大的驱动力量改变国际经济活动的深度和广度，将原先彼此相对隔绝的世界各地更加紧密连接成一体。最后是普遍人权观念得到确立。多边和区域层面国际人权法律文件汗牛充栋，捍卫人权的各种制度和实践已经渗透到人类生活的诸多领域。国际关系格局的重大变迁，通过如下三个途径对国际法发生作用，从而造就了 20 世纪后期以来国际法碎

片化情势。这三个途径依次是：国际关系专门领域出现、自成一体的国际层面立法失控和非国家角色的地位增强。

（一）国际关系专门领域出现

在二战之前，为数不多的主权国家之间仅仅只在极其有限的自然空间和社会范围发生关系。二战之后出现的上述四大“潮流”，改变了这一切。日益频繁的跨国界的贸易和投资活动，让国际关系有了一个几乎最重要的层面——国际经济关系；广阔的海洋不再为少数几个国家所专有，真正向整个世界敞开，海洋的功能由原先单纯的交往通道扩展成了国家间沟通的重要桥梁和为人类提供所需的巨大资源的宝藏；空气空间的充分利用，使民用航空在国与国之间客货邮的交往中扮演着主要角色；越来越多国家开始把目光投向外层空间；全球气候变化和环境的跨界污染，既是若干国际会议主题，也是国家合作的主要内容之一；人权问题逾出国界，日益受到普遍关注。与这些发展相适应，国际关系中相关的专门领域应运而生，并且提出了组织机构和制度建设的要求。

（二）自成一体的国际层面立法“失控”

传统国际法主要调整主权国家在战争、外交和海洋等领域关系。二战结束之际，联合国和布雷顿森林体系的建立为国际法调整范围的扩大奠定基础。在联合国主导下，经过几十年努力，以1982年《海洋法公约》为标志有关海洋的系统的国际法律和各种专门的制度取得突破；也是在联合国主导下，1948年联大通过《世界人权宣言》，并在1966年制定和通过人权领域的两项里程碑式的法律文件——《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》，带动了人权立法在包括保护妇女儿童等各专门领域和在欧洲、非洲及美洲等区域层面的快速发展，受其影响，国际刑事犯罪方面的立法也取得特别进展；还是在联合国主导下，国际社会从1972年起每10年召开一次重要的环境会议，制定和通过了包括《人类环境宣言》、《里约环境与发展宣言》、《21世纪议程》、《约翰内斯堡可持续发展宣言》、《南极条约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《生物多样性公约》、《联合国气候变化框架公约》和《京都议定书》等在内的数十项有关环境问题的声明、宣言和公约。1944年的布雷顿森林会议，为战后世界经济发展描绘了一个宏大的蓝图，设计出一个由世界银行、国际货币基金组织和关贸总协定作为支撑的架构，在此基础上，国际贸易和国际金融的立法得到大大的推进。此外，自1958年联邦德国与巴基斯坦之间的第一项双边投资条约(以下简称BIT)诞生，迄今已有将近3000项这样的条约缔结。冷战结束后，国际法各专门领域的立法和制度建设更上一层楼。特别值得指出的是，诸多专门的国际组织和区域性国际组织建立起来，它们在推进国际法在专门领域和区域层面的立法工作发挥了不可替代的作用。然而，必须承认，当代国际法虽然因为各专业领域和区域层面的立法工作和制度建设得到深入发展，但是也因为这些立法和制度建设自成一体而走向了另一个极端，即碎片化。

（三）非国家角色的地位增强

所谓“非国家角色”，在国际关系和国际法层面，一般是指具有了某种程度的国际法律能力的个人、机构、非政府组织和跨国公司等。它们在二战之前普遍被认为不能像主权国家那样行为。联合国的建立以及战后对法西斯战争罪犯的审判，是一个转折点，国际法的国家中心观念开始变化，非国家角色逐渐享有部分的国际法律能力。联合国的重要人权文件赋予个人不为国家所剥夺的权利，纽伦堡和东京的两个国际军事法庭确立了战犯个人承担国家法律责任的先例。1959年成立的欧洲人权法院和美洲国家人权委员会，分别有权受理来自任何个人、民间团体或非政府组织对某一缔约国侵犯《欧洲人权公约》或《美洲人权公约》的行为的指控，开启司法保护个人权利的实践。冷战结束后，非国家角色的地位又在国际刑事法律和国际经济争端解决方面得到增强。在国际刑事法律领域，“个人和非政府组织可以通过向检察官办公室提交申诉材料间接地求诸国际刑事法院”¹。在国际经济争端解决中，长久以来都是国家为跨

¹ 《国际刑事法院规约》，第15条。

国企业出面在国际层面求偿，现在这些企业不仅仅在 WTO 争端解决中更加直接为政府提供资讯或咨询，而且依据《北美自由贸易协定》第十章和《能源宪章条约》的相关条款可直接将东道国政府诉诸法庭。这些都是史无前例的，其前行的脚步似乎还没有停止^[1]。

非国家角色不断增强的地位，特别体现在国际立法过程中。在传统国际法上，非国家角色是没有任何机会参与国际法制定的。国际环境会议的举行以及相关立法活动的展开，提供了契机。他们是会议和立法的积极参与者和推动者，不仅仅参加了会议议程的制定，而且还直接参加谈判，在谈判中推广其目标(国际公法百科全书，“非国家角色”词条)。尤其是作为非国家角色重要一员的非政府组织，在促进会议成功和推进立法进程中展示了不凡的影响力。

3. 碎片化的国际争端解决机制

(一) 平台的“泛滥”

碎片化所涉及的争端解决平台不包括通常政治范畴的谈判、斡旋和调停以及调查和调解，仅仅局限在法律程序层面，具体可区分为国际和区域性的司法法院或法庭和仲裁法院或法庭。自 20 世纪 90 年代以来，在多边层面，最引人注目的发展是国际海洋法法庭(1996 年)、国际刑事法院(2002 年)、前南斯拉夫国际刑事法庭(1994 年)、卢旺达问题国际刑事法庭(1994 年)和世界贸易组织上诉机构(1995 年)的创建；在区域层面，相关发展集中在人权和经济领域，比如欧洲法院(1997 年管辖权范围扩大)、欧洲人权法院(1998 年正式启动全新架构和运行模式)、非洲人权与民族权法院(2006 年)、北美自由贸易区投资争端解决程序(1994 年)和《能源宪章条约》的投资争端解决程序(1998 年)。这些司法或准司法平台的出现，是国际社会在应对跨界污染、贸易、投资、国际刑事犯罪等专门领域发展的结果，主要是为了应对专业、技术上的功能性挑战，同时，也增加了裁判结果冲突的可能性^[2]。

(二) 法院或法庭管辖权的重叠

管辖权重叠，有时也称为管辖权冲突，在实践中有两种情形。一是针对同一案件不同的法院或法庭依管辖权进行了审理，即积极管辖，二是不同法院或法庭对同一案件都有管辖权而选择放弃管辖，即消极管辖。出现管辖权重叠现象的主要原因是法院或法庭的章程性文件为其所界定的案件管辖范围与其他法院或法庭发生重叠。《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》或《海洋法公约》)所创设的争端解决机制为与海洋有关的争端问题解决开辟了一个新的渠道。但是因为其相关条款在《公约》下的海洋法庭和仲裁法庭的程序选择与管辖权的规定上采用了宽泛的界定标准，《公约》客观上造成海洋法法庭和仲裁法庭与国际法院和其他法庭针对某一海洋争端都可能具有管辖权的情形²。当然，《公约》的规定导致各法院和法庭管辖权重叠，并非特例。

在反倾销领域，世界贸易组织(WTO)与北美自由贸易协定(NAFTA)的争端解决机制就有管辖权重叠的问题。长期以来，美国与加拿大之间就源于加拿大的软木产品倾销问题发生争执，加拿大先后向 NAFTA 和 WTO 提起诉讼。根据 WTO 的《补贴与反倾销措施协定》和《北美自由贸易协定》第十九章规定，两个争端解决机构分别受理了这同一个案件。WTO 专家组的意见是从加拿大进口的某些软木实质上对美国的竞争者构成损害，而 NAFTA 审查小组则认为这种实质性损害并不能确定。这一结果明显是因为法院或法庭的管辖权重叠，即积极管辖所导致。

在海洋法领域，曾经引起广泛争议的“黑鲱鱼案”可以用来说明不同法院或法庭是如何因为对同一案件都具有管辖权而最终放弃行使管辖权，即产生消极管辖情况的。

1993 年，澳大利亚、新西兰与日本，为避免在南太平洋地区过度捕捞黑鲱鱼而缔结一项名曰“黑鲱鱼维护公约”的国际性条约。该条约(以下称 1993 年公约)是基于《海洋法公约》有关“国家在建立区域

² 《海洋法公约》，第 287 条第一款，第 288 条第一和第二款。

渔业管理安排方面进行合作”的要求而产生，旨在限制缔约国年度捕捞量，并确定了一个通过仲裁解决三国间相关争端的制度(1993年公约第16条及附录：仲裁法庭)。90年代中期以后，日本不满捕捞量限制而单方面采取违反规定的行动。于是，澳新两国在1999年将日本告到了联合国海洋法法庭，请求法庭采取临时保全措施以阻止日本的过度捕捞。在联合国海洋法法庭做出有利于澳新的决定之后，澳新日三国同意由《海洋法公约》附录七下的仲裁法庭就具体争端问题进行裁决。然而，该仲裁庭在其决定中否认自己对此案具有管辖权，其基本理由是《1993年公约》的规定已经将有关《海洋法公约》和《1993年公约》的解释和适用的争端排除在可提交联合国海洋法公约所确定的争端解决程序之外³。结果，该案因为两个仲裁机构都可能具有管辖权而最终失去了适用任何一个加以解决的机会。

(三) 可适用法律的冲突

在国际法上，根据适用对象或范围的大小，法律可区分为一般法和特别法。相应地，国际司法和仲裁机构在审判或裁定案件时，或适用一般法或适用特别法。一般法，也称为一般国际法，适用于所有国家之间并具有普遍拘束力，其法律基础通常包括国际习惯规则和多边条约；而特别法则基于双边、区域或某些专业领域的协定或条约，仅为若干国家施加权利和义务或调整特定领域的国家间关系。

传统时代，由于双边、区域或专门领域的协定或条约不够发达，国际法院和法庭在解决争端过程中较少遇到其所适用的法律在理解和解释上出现冲突的问题。但是，在今天，法律冲突的情况却比较普遍，具体表现为三种形态。第一，一般法之间的冲突。在“塔迪奇案(Prosecutor v Tadic)”中，前南斯拉夫问题国际刑事法院上诉法庭在有关武装冲突的定性问题上采取“总体控制”的解释方法，其判决的相关部分偏离了国际法院在“尼加拉瓜案”537中所使用的“有效控制”标准[3]。第二，一般法与特别法之间的冲突。1988年，欧洲人权法院在“贝利洛斯案(Belilos v Switzerland)”中认为一般条约法或者更具体说一般条约法上的条约保留效果，并不适用于人权法的特别领域，因为不同的法院，比如国际法院和欧洲人权法院，其作用和宗旨有着根本的区别[4]。第三，特别法之间的冲突。这方面的实例多见于各区域法院或法庭(比如欧洲法院和欧洲人权法院)以及各专门领域争端解决机制(比如世界贸易组织上诉机构和北美自由贸易协定仲裁)的实践中。

导致上述三种法律适用中问题的原因是多方面的。其中有两个方面的原因显得格外直接。一个是越来越多的区域和专门领域国际组织及相关争端解决机制相继建立；另一个是双边、区域和专门领域基础上的国际立法活动更加频繁。而这一切，从更宏观角度看，则都是因为国家间关系的活动范围正在以前所未有速度拓展。

4. 投资争端解决实践中碎片化问题

国际投资法是近20年来国际法中发展最快的领域之一。这主要体现在两个方面。在第一个方面，以双边和区域或专门领域为重点的投资立法活动进步较快。1992年以前，只有为数不多的国家之间缔结有双边投资条约，据联合国贸发会议的统计，这种条约的数量到1991年年中也才达到440项[5]。而到2011年底，180个经济体已经缔结2833项双边投资条约[6]。1992年的美加墨《北美自由贸易协定》以及1994年的《能源宪章条约》和南方共同市场的两项投资议定书，堪称区域或专门领域投资立法标志性事件。在第二个方面，投资者诉国家的争端解决模式在越来越多的双边投资条约和区域或专门经济协定的投资条款中受到重视，特别是北美自由贸易区解决投资争端的实践更是起到推波助澜作用。

然而，投资条约或相关协定的急剧增加以及投资者更加普遍和频繁的诉诸国际仲裁法庭解决投资争端，也催生诸多问题，其中针对相同法律做出不同解释以及不同法庭就相同或相似背景的案件做出截然不同判决或裁定的问题，显得尤为严重。

³ 《1993年黑鲱鱼维护公约》，第16条。

1) 法律的多元解释

1969年《维也纳条约法公约》关于条约的解释有着十分明确和具体规定。正常情况下，不同法院或法庭在审理案件时不应该对以条约作为其最主要渊源的国际法律做显著矛盾的解释。令人困惑的是，这种矛盾的现象存在于国际投资争端的解决实践中，而且尚未找到有效应对它的办法。

SGS 诉巴基斯坦案与 SGS 诉菲律宾案是 ICSID 仲裁法庭在 21 世纪初受理的两起案件。由于两个仲裁庭对构成其管辖权基础的两个内容基本相同的 BIT 做出完全不同解释，这两起案件引发广泛关注或争议。尽管有学者从狭隘角度推论两个仲裁庭的管辖权决定有其合理性，但是相同法律的多元解释却是不容争议的事实，而这样的事实的存在直接导致人们对有关仲裁庭合法性的质疑。

就前一案件，仲裁庭在 2003 年做出的决定中拒绝了这样的观点，即“违反投资者与国家之间缔结的合同，并不自动升级到违反国际法的层面” [7]。很明显，该仲裁庭不支持瑞士与巴基斯坦双边投资条约中的保护伞条款能够在违反合同与违反条约的两种行为性质方面起到链接作用。而在后一案件中，另一仲裁庭却坚持“传统的观点”，即保护伞条款就是为了让东道国为其不能遵守包括合同义务在内的有拘束力的承诺而承担违反条约的责任。不过，该仲裁庭也承认保护伞条款并不可以在程度和内容方面将合同义务的问题转化成国际法问题。

两个仲裁庭关于相同条约条款解释上出现的矛盾，不仅仅可能直接影响其在相关案件上行使管辖权，更重要的是暴露出不同仲裁庭在适用(解释)法律上缺乏统一或同一的标准。而这最终必然让不断扩大其影响力和使用范围的仲裁解决投资争端机制的信誉遭受损害。

2) 判决或裁定的不一致

与法律的多元解释有一定联系，法院或法庭对基于相同或相似法律和事实的投资争端案件做出不一致乃至完全对立的判决或裁定的现象，时有发生。

1999 年和 2000 年，美国投资者 R.劳德尔(Lauder)和他控股的荷兰公司 CME 先后将捷克共和国提告到依《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》建立的特别仲裁庭，分别指控捷克共和国政府的若干行动或疏忽导致其投资的损失，请求法庭裁定捷克方面违反它在《美国 - 捷克双边投资条约》和《荷兰 - 捷克双边投资条约》下应该承担的义务并予以经济赔偿。这是两个既有联系又不完全相同的、独立的仲裁案件。其联系表现在两个案件的被申请人都是捷克共和国，案件事由完全一样，而且申请人只是名称上有差别。而这两个案件之所以又不是一回事，是因为它们在不同时间分别在不同的仲裁庭审理。就是这两个仲裁庭在半年不到时间里对双边投资条约中投资保护条款的内容，比如公平公正待遇、完全保护和保障以及禁止征收等，进行了不同的解释并就捷克是否应该承担违约责任做出截然相反裁定。

进入 21 世纪，阿根廷为了应付国内经济危机制定了《紧急状态法》并采取一系列新的政策。此前已经在阿根廷经营多年的来自美国为主的外国投资企业蒙受经济损失。它们将阿根廷政府告到依据 ICSID 公约或联合国国际贸易法委员会仲裁规则成立的仲裁庭。这些以阿根廷为被申请人的仲裁庭虽为数众多，但其申请人一方的法律诉求也相对简单和一致，即阿根廷所面临的经济危机不足以排除其违反双边投资条约义务的责任。而阿根廷则始终认为该国所面临的经济危机已经达到足以免除其责任的严重程度，而满足了有关双边投资条约和《国家责任条款草案》中习惯国际法规则所确立的条件 [8]。在已做出裁定的以阿根廷为被申请人的诸仲裁案件中，包括 CMS 诉阿根廷案在内的绝大多数案件的仲裁庭均主张阿根廷的经济危机情势不能够成为其免除可适用的双边投资条约下的义务。而受理 LG&E 诉阿根廷案的仲裁庭却坚持认为阿根廷的经济危机确实达到双边投资条约和《国家责任条款草案》所界定的“危急情况”的程度。

上述仲裁案件之所以出现仲裁庭裁决的不一致，有两个共同的原因值得注意。第一，在各相关仲裁庭之上缺乏一个类似于某些国内仲裁司法审查和世界贸易组织上诉机构的协调或审查机制。第二，各相

关法庭在做出自己的决定时基本上不考虑其他法庭的意见，就像著名国际法教授 A. Reinisch 所言：“或许可以理解在诸如某一经济危机是否构成国际法上危急情况一类重要问题方面存在不同意见，但是难以理解的是一个正在审理如此重要问题的仲裁庭却无视前面的仲裁庭的意见。” [9]。

5. 纾解碎片化问题的可能途径

关于国际法碎片化问题，联合国国际法委员会曾经在 2006 年提出过专门的研究报告。该报告虽然对碎片化产生的背景和一些基本现象进行了分析，但是并没有讨论具体的应对之道。各种相关对策分散在众多专家学者和国际法院法官的分析、研究和报告之中。概括起来，这些建议分属于两大类。第一类为技术和程序性质的，比如设置上诉机制和“先例”原则的适用；第二类是方向和战略性质的，比如继续推进国际法法典化工作以及确立国际法院在司法实践中的中心地位并进一步扩大其管辖权范围。俗话说，冰冻三尺非一日之寒。在过去几十年国际关系中形成的争端解决机制碎片化问题，难于在短时间里得到解决。其根本的原因有两个，一个是认识方面的，一个是司法实践方面的。就前一点而言，核心问题是无论在国际法理论界还是在实务界并没有就碎片化问题对国际法律体系的统一性和信誉所造成的危害性达成共识。而在后一方面，在现有国家司法和仲裁中引入新的观念和机制也存在诸如“修宪”一类的实质性障碍或困难。

下面将逐一分析纾解碎片化问题的几个可能途径，重点放在它们实际所面临的困难上。

(一) 上诉机制

与国内法律体制不同，国际层面的各司法和仲裁机构之间不存在等级区别，其管辖权的行使相对独立。直到世界贸易组织诞生，在将近 100 年的制度化的司法和仲裁实践历史上，法院和法庭的裁判大体上遵循一审即告终结原则。1995 年，世界贸易组织上诉机构的建立标志着传统的国际司法和仲裁模式有了实质性突破。国际刑事法院上诉庭的设置更是在此基础之上的新的尝试。它们的积极的实践经验表明，在国际层面通过创设一个类似于国内法律制度中的上诉机制以解决不同法院或法庭在解释法律时所出现的差异以及矫正它们在裁判时所出现的错误，不是不可能的。

然而，上诉机制在国际争端解决实践中得到更大范围的适用，并不是一件容易的事情，客观上会遭遇较大障碍。其中，有两个问题十分突出。第一，究竟是在现有的各种争端解决机制内部增设一个上诉机构，还是在各种或者若干争端解决机制之上建立这样的上诉机构？如果是前者，虽然特定层面或领域的法律解释或裁判的不一致问题可以得到缓解，比如世界贸易组织的争端解决，但是不同法院或法庭在解释相同法律或基于相同相似事实所做出的裁判上的差异的问题仍然得不到解决。如果是后者，谁有能力和权利进行这样的协调？因为各专门的或区域的争端解决机制是基于特定国家之间特定条约或协定而产生的，它们在本质上与产生于其他条约或协定的其他争端解决机制没有内在必然关系。第二，任何诸如增设上诉机构的争端解决机制的改变，必须修改该机制得以存在的章程性法律，比如赋予国际法院地位的《联合国宪章》和《国际法院规约》。而这样的法律性文件的修改一般要征得所有缔约国或成员方的同意。如何说服它们接受？国际投资争端解决中心(ICSID)也遇有相同问题⁴。

毫无疑问，这两个障碍不可能轻易突破。任何突破性进展将取决于国际社会在国际法碎片化的危害问题上形成共识，否则，一切无从谈起。遗憾的是，在当下各种意见分歧相当大，支持解决碎片化问题的声音并没有占压倒优势。如果能够化解这方面分歧，各项争端解决机制章程性文件之条款的修改就不在话下了。

⁴ 《国际法院规约》第 60 条规定：“法院之判决系属确定，不得上诉。判词之意义或范围发生争端时，经任何当事国之请求后，法院应予解释。”由此可见，国际法院的判决具有法律拘束力，并且具有终局性质；《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 53 条第一款规定：“裁决对双方具有拘束力。不得进行任何上诉或采取除本公约规定外的任何其他补救办法。”

(二) 先例

遵循先例是普通法的一项重要制度，特指法院或法庭在审理案件过程中尊重先前判例。具体而言，这里所称的先前判例有两种情形。一是本法院或法庭先前的判例；二是上级法院或法庭先前的判例。该项制度的价值在于维护司法实践中法律解释的一致性，满足人们对于形式公正的要求，以及保证法律的确定、可靠和可预测。尽管这项制度在实践中有时遭受种种批评，比如抑制了法院或法庭和法官能动性，甚至在特别情况下坚持了先前法院或法庭判决的错误，但是在更多时候它捍卫了法律的统一和尊严。这就是为什么自该制度创建以来它普遍受到重视的原因之一。而且，它作为一项原则事实上已经成为英美判例法发展的前提和基础。

正是因为遵循先例在维护法律的统一性和一致性方面的独特作用，有不少法律专业人士将解决国际法碎片化问题的希望寄托在它的身上。他们试图在国际司法和仲裁实践中引入这项制度，缓解国家争端解决上存在的法律适用和解释的矛盾，从而推进突破国际法碎片化困局。

不过，在国际法层面适用遵循先例制度绝非易事，在法理和实践两个方面都会遭遇障碍。

从法理角度看，几乎所有的解决争端的国际机构都在其诸如“规约”一类的章程性文件中排除了“先例”的适用或否认其具有法律的拘束力，比如国际法院、国际海洋法法庭和 ICSID 仲裁法庭等。在《国际法院规约》中，第 59 条明确规定“法院之裁判除对于当事国及本案外，无拘束力。”⁵ 1966 年生效的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 53 条第一款，将依据该公约组建的仲裁法庭的裁决效力局限于“当事双方”。《国际海洋法法庭规约》第 3 条第二款持有与上述规约或公约相同立场，明白无误地指出“裁判除在当事各方之间及对该特定争端外，应无拘束力。”⁵ 除此之外，各种区域性争端解决机构的相关法律文件也不乏类似规定。比如在《北美自由贸易协定》中，涉及投资争端解决的第十一章第 1136 条第一款规定：“仲裁庭裁决仅对争端双方和所涉特定案件有约束力”⁶。

从实践上看，国际层面的法院或法庭彼此之间不存在类似于国内法院或法庭的那种上下等级秩序，也缺乏因循本法院或法庭和其他法院或法庭的先前判例的传统。在普通法的国内法院或法庭的实践中，遵循先例的原则是在两个角度上得到体现的，第一是垂直角度。一个或多个法院或法庭之上有一个上级法院或法庭，下级法院或法庭尊重和服从上级法院或法庭的决定。第二个是水平角度。各低级法院或法庭统属于同一法律体系之内，各自之间因其属性而具有了这样和那样的联系。而在国际层面，法院或法庭之上没有更高等级者，各法院或法庭之间也没有本质上的联系。如果不由外在赋予其遵循先例的职能，国际法律体系自身并不必然为国际层面的法院或法庭提供这样的便利或可能。

(三) 国际法的法典化

现代国际法的发展是由两个主要方面的进步而决定的。第一是国际关系在各个层面或领域的进步。比如，最近几十年国际关系在海洋、环境、经济和人权等领域的突破，推动了国际法在这些重要方面的发展。第二是有组织的制度化立法的进步。这后一方面主要是指国际法的编纂，或法典化工作。

国际层面的法律编纂或法典化大体上围绕两项任务进行。第一是对国家间现存的惯例、先例和学说方面的各种国际法规则更准确地加以规范化和体系化，而第二则是国际法尚未规定的事项进行立法工作 [10]。按照詹宁斯·瓦茨修订的《奥本海国际法》的说法，广义的国际法编纂包括两个方面：其一，“更精确地制定并系统整理广泛存在国际惯例、判例和原则的国际法规则”；其二，“就国际法尚未订立规章或各国惯例尚未充分发展成为法律的各项主题，拟定公约草案” [11]。在第一个方面，国际上存在大量内容不甚具体甚至彼此相冲突的习惯规则，需要厘清、明确和系统化。在第二个方面，国际关系在新领

⁵ 《国际海洋法法庭规约》是《联合国海洋法公约》的附件六。

⁶ 包括欧洲人权法院和美洲人权法院在内的其他专门性司法机构的规约性文件，在有关“先例”法律地位问题上的表述方面大多同小异。

域的发展提出了制定新的法律的要求，而这些新的法律的研究和制定并没有习惯规则作为其基础。

近百年以来，国际法律的编纂大致经历了两个阶段。前一阶段是在第一次世界大战之后的20年时间里，主要由国际联盟任命的“国际法逐渐编纂委员会”主导。该委员会对“国籍”、“领水”和“国家责任”等三个问题领域的法律编纂展开工作。因为第二次世界大战发生，这个阶段的法律编纂成就仅仅局限在“国籍”问题上，其他两个领域的工作虽然也取得不小进展，但是并没有完成，只是为二战之后此项工作的继续打下基础。国际法编纂工作的第二阶段是在联合国建立之后，由联合国国际法委员会全面主持。这一阶段在两点上明显区别于前一阶段。首先，联合国将发展和编纂国际法视为自己的重要任务之一，在该组织之下设置专门的负责机构——国际法委员会，并在其章程性文件《联合国宪章》第13条中明确规定：“大会应发动研究并作成建议以促进政治上之国际合作”，“并提倡国际法之逐渐发展与编纂。”其次，联合国在国际法委员会具体主持下完成了众多法典编纂任务。在海洋、国家和政府的继承、条约以及外交和领事等重要事项上，促成多项国际公约的通过⁷。同时也在国家责任等重要事项的法典化努力方面，取得进展。

国际法碎片化的一个主要表现在于多层面多领域的分散立法，而国际法院或法庭在解释法律的时候也存在不一致的多元倾向。这些问题都可以从国际法自身发展的源头上找到其得以产生的土壤。如果国际法的法典化工作进展得更加迅速一些，那么那些涉及法律适用问题的解决争端机构的碎片化问题就会减少。遗憾的是，国际法的编纂或法典化工作进展得并不顺利。这一部分原因是不少国家习惯于在其对外关系中适用一些诸如专门领域的、区域的或双边的国际惯例或条约和协定处理相互遇到的问题。比如在国际投资领域，调整全球约200个国家关系的主要是那些将近3000项的双边投资条约，这些国家对于这类条约过于依赖以至于制定一项全球性的国际投资法典的计划成为一个遥不可及的梦想。另一部分原因则是由国际法立法的局限性所致。国际法不同于国内法，其立法过程也是国家间斗争和妥协的过程，任何新的法律，包括法典的诞生都是国家相互协议的结果。虽然国际法委员会支持法律的编纂并进而推动其发展。但是，他们的工作毕竟还只是技术性的，其成就最终取决于国家的意志。而由这么多国家组成的国际社会，若要在关系到每一个成员重要利益的法律问题上基本达成一致，这是一件难乎其难的任务。这就是为什么国际联盟和联合国在大约100年的历史中只能就国际法上的几个方面的问题达成共识并通过公约的形式使其法典化的原因。有关国家责任问题的法典化过程中遭遇到的阻力或困难，充分说明了这一点。

然而，即便如此，国际法法典化的任何进展对于缓解国际法碎片化问题具有不可忽略的意义。“毫无疑问，国际法的适当部分的法典编纂可以增加国际法的明确性和权威，同时又可以在较小程度上使各国更加愿意把它们的争端提交强制的司法或仲裁解决。”[12]。

(四) 国际法院中心化及其管辖权范围扩大

作为联合国主要司法机构，国际法院在国际法的发展中发挥着举足轻重的作用。也正是因为这一特殊地位，国际法院当仁不让地成为当代国际法的终极守护者，承担着缓解国际法碎片化问题的重要责任，特别是在化解因国际层面的法院或法庭扩散而造成的不一致决定的风险方面。至于国际法院如何扮演国际法守护者角色，仁者见仁智者见智。在各种设想中，有两个设想既大胆又较切合实际，具有一定的可操作性。这就是通过在国际法院体系内增设初步裁定程序以增强国际法院在国际司法实践中的中心位置，以及扩大国际法院咨询管辖权范围。

所谓初步裁定(Preliminary rulings)，以国际法院为背景而言，是指国际上其他专门性法院或法庭为了

⁷这类重要的堪称法典的条约或公约至少包括有以下诸项：1、《联合国海洋法公约》(1982年)；2、《维也纳外交关系公约》(1961年)；3、《维也纳领事关系公约》(1963年)；4、《维也纳条约法公约》(1969年)；5、《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(1983年)；以及6、《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》(1986年)。

保证国际法的一致性和统一性而向国际法院寻求对有关法律问题的解释，国际法院的解释性决定成为这些提出请求的法院或法庭继续其审理程序的基础或前提。该设想并不是一个新东西。它实际上已经存在于欧洲法院的实践中。根据 2008 年《关于欧盟功能的条约》第 267 条，当各国国内法院提出请求，欧洲法院有权就该条约的解释以及欧盟各机构法案的解释做出初步裁定，其裁定对各有关国内法院最后解决争端具有法律拘束力。国际法院增设这项新程序，虽然有来自自身章程性文件，即《国际法院规约》的修改问题，但更大的阻力却来自国际法院以外其他专门性法院或法庭以及这些法院或法庭的成员国。对这些法院或法庭来讲，这意味着自己的部分解释法律的权利被剥夺，而任何法院或法庭都十分珍视这样的权利。

与初步裁定程序有着相似之处，国际法院咨询管辖权的扩大也可以帮助缓解国际层面的法院或法庭扩散而带来的国际法碎片化问题。所不同的是，国际法院就特定法律问题发表的咨询意见不具有法律拘束力。

扩大咨询管辖权范围，不仅仅是国际法院应对国际法碎片化问题的有效举措，更是国际法院自身发展和完善的必然趋势和要求。1946 年，国际法院建立。其创始者希望这个联合国的司法机构同时承担诉讼管辖权和咨询管辖权，这就犹如鸟之双翼车之双轮，本应比翼齐飞并驾齐驱。然而，60 多年过去了，国际法院的咨询管辖权并没有得到充分发展。在 1946~2013 年期间，国际法院共发表咨询意见 23 项。其中，有 15 项和 1 项分别是应联合国大会和安理会请求而提出的。另外，还有 7 项则由联合国专业机构提出咨询请求。受理的案件太少，是国际法院咨询管辖权的第一个局限性。国际法院咨询管辖权的另一个局限性是有关提请法院发表咨询意见的当事方的范围太小。根据《联合国宪章》第 96 条规定，只有联合国大会、安理会以及经联合国大会授权的联合国其他机构和各种专门机构。也就是说，在原则上国际法院咨询职能的目的主要在于对法律问题提供权威法律意见，借以帮助联合国安理会和大会履行它们对于向其提交的争端从事调节和报告之义务^[13]。然而，实践表明国际法院履行咨询职能的价值是十分有限的。如果不扩大其咨询管辖权范围，国际法院对于发展国际法的意义都会受到制约。

如何扩大国际法院咨询管辖权范围以促进和维护国际法在司法和仲裁实践中的一致性和统一性呢？在此，提出两点建议。

第一，扩大有权提请国际法院发表咨询意见的国际机构范围。否认国家拥有提请发表咨询意见的权力，并不意味着反对扩大拥有这种权力的国际机构范围。虽然有人根据近 60 多年来国际法院很少有应联合国大会、安理会和联合国行政法庭判决复核委员会以外国际组织或机构请求提出咨询意见的事实不支持这一建议，但是，由于国际组织或机构日益专门化，它们之间联系日趋加强，特别是经大会授权的国际组织机构开始主动运用自己权力，扩大有权提请发表咨询意见的国际组织范围已成为大势所趋。不仅全球性各专业的国际组织或机构有作为请求发表咨询意见者的必要，各区域性组织或机构也有此必要。而这一切并不直接构成对国家主权的威胁。这里的国际机构应该包含国际层面那些区域性的和专门性的争端解决机构。

第二，扩大国际法院咨询管辖争端案件范围。这有两层意思。一是扩大经由大会授权的联合国机构和各专门组织或机构提请发表咨询意见的争端事由范围，二是将各区域或专门性的争端解决机构所提请的有关法律适用的问题纳入到国际法院发表咨询意见的争端事由范围。这项建议与上项建议有关。可以设想，在联合国安理会和大会以外，如果经大会授权的联合国其他机构和专门组织或机构只能“对于其工作范围之内之任何法律问题”请求发表咨询意见，那么国际法院受理的咨询案件基本上主要由安理会和大会提出请求的情形仍旧无法得到改进。扩大有权提请发表咨询意见的国际组织或机构范围就无任何实际意义。因此，扩大联合国大会授权的组织或机构提请发表咨询意见的争端事由范围是扩大有权提请发表咨询意见的国际组织或机构范围的前提。也势在必行。至于各区域或专门性的争端解决机构能够将哪

一些法律适用的问题提交国际法院，这可以依据这些机构在实践中易于产生歧义或不一致解释的实际情况决定，其范围可适当放宽。

扩大国际法院咨询管辖权范围，不只是会在很大程度上促进和维护国际争端解决实践中法律的一致性和统一性，也必然对提高国际法院整体的效率和权威性产生积极影响。是一举数得的事情。虽然这在国际法院方面将涉及到修改《规约》的问题，但是为了巩固国际法院在国际法院在解决国际争端中的中心地位，是值得尝试的。

6. 结语

国际法碎片化是一个系统性问题。缓解或最终在某种程度上解决这个问题也应当是一个系统性工程。但是，这并不意味着我们不可以放眼全局从具体问题着手。本文着重讨论了国际投资争端解决过程中几个方面问题，其目的是想通过它们说明国际法碎片化问题对于国际法制的权威性和统一性所可能造成的消极后果，以及这种问题实际已经对国际争端解决机制带来负面影响。当然，国际投资争端解决中的这些问题相对于其他领域而言要显得格格外严重，这是因为国际投资关系在最近几十年发展得非常迅速，相应地它所提出的问题甚至是挑战也相对要严峻一些。俗话说，知微见著。透过对国际投资争端解决中一些问题的分析，我们可以感觉到国际法碎片化倾向正在争端解决领域得到比较充分体现，而争端解决机制中所出现的这些问题有反过来主张国际法碎片化趋势。以完善包括投资争端解决在内的整个国际层面的争端解决机制作为突破口，是应对碎片化问题在国际法上所造成的挑战的一个不错的选项。

参考文献 (References)

- [1] William, W. and White, B. (2005) International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, **25**, 969.
- [2] William, W. and White, B. (2005) International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, **25**, 967.
- [3] <http://www.icty.org/case/tadic/4>, 2016-6-9.
- [4] Report of the Study Group of the International Law Commission (2006) Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682.
- [5] 联合国贸发会议. 1992 年世界投资报告[R]. 1992: 77. http://unctad.org/en/Docs/wir1992_en.pdf, 2016-6-9.
- [6] 联合国贸发会议. 2012 年世界投资报告[R]. 2012: 84. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf, 2016-6-9.
- [7] ICSID Case No.ARB/01/2. Decision on Jurisdiction of 6 August 2003. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>, 2016-12-3.
- [8] Report of the ILC on the Work of Its Fifty-third Session (2001) Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Article 25.
- [9] Reinisch, A. (2007) Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS and LG&E. *The Journal of World Investment and Trade*, **8**, 191-214.
- [10] 日本国际法学会, 编. 国际法辞典[Z]. 北京: 世界知识出版社, 1985: 522.
- [11] 詹宁斯·瓦茨, 修订. 奥本海国际法: 第一卷, 第一分册[M]. 王铁崖, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995: 62.
- [12] 詹宁斯·瓦茨, 修订. 奥本海国际法: 第一卷, 第一分册[M]. 王铁崖, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1995: 64.
- [13] 劳特派特, 修订. 奥本海国际法: 下卷, 第一分册[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 上海: 商务印书馆, 1972: 43.

期刊投稿者将享受如下服务：

1. 投稿前咨询服务 (QQ、微信、邮箱皆可)
2. 为您匹配最合适的期刊
3. 24 小时以内解答您的所有疑问
4. 友好的在线投稿界面
5. 专业的同行评审
6. 知网检索
7. 全网络覆盖式推广您的研究

投稿请点击：<http://www.hanspub.org/Submission.aspx>

期刊邮箱：ds@hanspub.org