

“一带一路”投资争端预防机制的构建

王泽擎

上海政法学院国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年3月28日; 录用日期: 2022年4月20日; 发布日期: 2022年4月29日

摘 要

国际投资争端解决中, 由于现有机制的诟病, 人们的焦点从争端发生后的解决转移到争端的预防, 国际社会普遍认识到, 随着国际投资争端数量的增多, 为了促进国际投资争端的有效解决, “防患于未然”, 积极构建投资争端的预防机制具有必要性。哥伦比亚的牵头机构、秘鲁的投资争端协调系统以及韩国监察员制度等争端预防机制具有显著成效。因此, 在“一带一路”争端解决机制中设置争端预防机制, 达到提前阻断争议产生的作用, 既能够加强“一带一路”建设, 也能构建更为完善的国际投资争端解决机制。

关键词

投资争端, 一带一路, 争端预防措施

Construction of the “Belt and Road” Investment Dispute Prevention Mechanism

Zeqing Wang

School of International Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 28th, 2022; accepted: Apr. 20th, 2022; published: Apr. 29th, 2022

Abstract

In the settlement of international investment disputes, due to the criticism of the existing mechanism, people's focus has shifted from the settlement of disputes after the occurrence of disputes to the prevention of disputes. The international community generally recognizes that with the increase in the number of international investment disputes, in order to promote the effective set-

tlement of international investment disputes, it is necessary to actively build a preventive mechanism for investment disputes to resolve, “prevent problems before they occur”. Dispute prevention mechanisms such as Colombia’s lead agency, Peru’s investment dispute coordination system, and South Korea’s ombudsman system have achieved remarkable results. Therefore, setting up a dispute prevention mechanism in the “Belt and Road” dispute settlement mechanism to achieve the effect of blocking disputes in advance can not only strengthen the “Belt and Road” construction, but also build a more complete international investment dispute settlement mechanism.

Keywords

Investment Disputes, Belt and Road, Dispute Prevention Measures

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

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



Open Access

1. 引言

对外投资的主要目的是促进竞争和发展，鼓励当地就业，鼓励新技术和增加财政改革[1]。随着国际经济一体化和“一带一路”倡议的推进，我国与沿线国之间的合作不断升级，由对外投资引发的投资争端都是不可避免的，投资争端得不到妥善解决，对“一带一路”的经济发展和友好局面产生不利影响，投资者因为不规范的政府行为而从发展中国家撤资。这种撤资不仅让东道国政府面临投资和失业风险，还会损害声誉，并带来巨额诉讼和仲裁成本。

2. 投资争端预防措施

争端预防措施(Dispute Prevention Policy, DPPs)是指为降低争议的实际发生以及预防争议趋于恶化的阻却机制[2]。目的是在争端升级到必须诉诸仲裁机制或诉讼之前，在早期萌芽阶段，将投资者与国家间的问题、不满或者冲突消灭，进一步预防和解决争端。保持东道国与投资者之间的良好关系，最终实现经济、社会、环境的协调可持续发展。

争端预防措施，已成为资本输出国和资本输入国争端解决方面格外关注的问题。争端预防机制被视为减少投资者与国家之间争端的一个重要工具，也是改善商业环境、留住投资和迅速解决投资者不满的一种手段，因此是投资者-东道国争端解决(ISDS)改革的一种成本效益高的方式。联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)关于 ISDS 改革的第三工作组的框架内[3]，表示预防争端被视为更广泛的改革议程的一部分。各国政府一致认为，有必要将重点放在争端发生前阶段，避免投资争端的升级。我国商务部于 2020 年 8 月 18 日审议通过《外商投资企业投诉工作办法》，具体细化了外商投资企业投诉制度，但是我国针对投资争端预防仅体现在投资投诉这一个方面，对于国际投资争端的覆盖面过窄，投资争端的预防具有局限性。除投资投诉措施以外，哥伦比亚的牵头机构、秘鲁的投资争端协调系统以及韩国监察员制度等争端预防机制具有显著成效，具体包括争端预警机制以及建立信息沟通平台等方式，并引入磋商、调解等替代性争端解决程序。

联合国贸易和发展会议(UNCTAD)在相关文章中多次提及争端预防机制的重要性，DPPs 被视为解决 ISDS 的一种非常有前途的方法，争端预防机制贯穿于国际投资争端的三个阶段，第一个阶段是东道国的相关部门实施了不符合国际投资协定(IIA)的措施，第二个阶段是投资者由于东道国的措施遭受了不利影

响, 投资者开始寻求帮助, 第三个阶段是由于上个阶段的不利影响没有解决, 产生了投资争端, 进入到仲裁程序。许多情况下, 对投资者来说, 争端的避免可能比仲裁后从东道国获得的经济补偿更为重要。此外, 与仲裁相比, 非诉讼纠纷解决机制, 尤其是争端预防政策, 对东道国的措施本身的影响更大, 因此预防争端进入仲裁程序是尤为重要。

3. 构建“一带一路”投资争端预防机制的优势

3.1. 避免争端进一步升级

“一带一路”区域内的各个国家司法水平, 法律体系, 税收政策, 融资环境差异较大, 东道国法律法规的不健全。企业对于投资东道国当地的法规政策缺乏精准的了解和预判, 并且缺乏在“一带一路”国家的投资经验, 往往会面临法律风险和投资成本增加的挑战。虽然我国与东道国家签订了双边投资协定, 但是对于投资纠纷的解决在实际投资过程中, 仍然面临着困难。海外投资者在投资过程中的行为触犯东道国法律法规和政策, 以及东道国当地的国有化政策, 使外国投资者面临着被东道国强制国有化的风险, 严重威胁投资者和合作方的利益。甚至面临东道国法律法规的制裁和惩罚措施的风险。东道国对于跨国并购模式的投资行为予以一定的限制条件, 例如外资审批制度, 资本转移的规定, 设立企业的繁琐程序, 法律法规的透明度, 信息披露程度低, 出口货物条件严苛等问题, 加大了我国企业海外投资的成本和风险概率[4]。一旦引起争端, 投资者的利益将会受到极大的重创, 通过争端预防措施, 避免东道国法律呈现单边化现象, 可以使投资者及时了解东道国当地的法规政策动态, 以及公示相同或类似案例供其参考, 以此避免不必要的投资风险。

3.2. 降低经济成本

我国对于东道国投资的领域主要集中在能源和矿产方面, “一带一路”国家的交通铁路等基础设施产业发展落后, 基础设施是我国投资比例较大的领域, 由于基础设施投资存在工程浩大, 耗时长、经费大等特征, 在前政府签订的工程项目合同还没有施工完毕, 却出现政治更迭的情况时有发生, 项目面临被迫暂停甚至终止的危机, 例如 2018 年马来西亚总统大选, 国家首脑更替, 导致中马铁路项目暂停, 马方以造价过高、现政府财政无法承受为由, 指示中国交建马上停工。而当时, 铁路工程已完成 14%, 项目的停工, 虽然最后得以恢复施工, 但是施工的暂停给中企遭受巨大风险和金钱利益的损失, 无独有偶, 中泰铁路、缅甸莱比锡铜矿、斯里兰卡汉班托塔港、希腊比雷埃夫斯港等都经历了类似周折[5]。边界争端, 暴乱交火的紧张局面, 以及 ISIS 等恐怖组织在一些地区的猖獗无疑进一步对海外投资提高了风险, 这些安全因素问题使“一带一路”海外投资基础脆弱。当东道国发生战争和武装纠纷的时候, 海外投资者的经济和财产受到严重的威胁。争端预防的价值之一就是发挥早期预警的功能, 谨慎投资者在政治风险评级较高的地区大规模投资, 避免投资无限期中断, 给投资者带来巨大的损失。

现有 ISDS 机制的不足, 争端预防显得尤为重要。“一带一路”沿线国的投资争端通常诉诸仲裁的方式解决, 投资者 - 东道国之间的利益难以在 ISDS 机制中得到充分保障, 例如最常用的第三方仲裁机构解决投资争端国际中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, 简称 ICSID), ICSID 裁决不一致的问题和透明度问题饱受质疑, 高昂的仲裁费用也使得东道国遭受沉重的经济负担。若能阻止争端进入仲裁程序, 在预防阶段化解争端, 将会为当事双方节省大量的时间和金钱成本, 同时避免对抗性的司法救济方式影响沿线国之间的和谐友好的“命运共同体”关系。

4. 国际投资争端预防的国际实践

世界上一些国家已经开始实施此类争端预防的措施和政策, 一些国家已着手设计全面的争端预防方

案,或建立了处理更有限范围问题的体制或法律框架。许多国家采取的争端预防措施产生了不俗的效果,但并不意味着一个国家将完全不受任何争端发生的影响,而是采取了具体和积极的步骤,防止冲突发生并演变为条约下的正式争端。

4.1. 秘鲁经验

秘鲁在 2003 年经历了第一次投资者与国家的争端,或是基于投资条约,或是基于秘鲁国家与投资者之间缔结的合同,2006 年 12 月,秘鲁政府颁布了第 28933 号法律,建立了“国家投资争端协调和应对系统”。该法律的主要目的是优化国家在国际投资争端方面的辩护能力,集中有关秘鲁缔结的国际投资协定的信息,建立一个预警机制,对可能出现的投资争端发出警告。该法还为争端解决条款的谈判提供了指导方针,并对将要纳入国际投资协定的条款提出了一些要求。其中包括需要六个月的友好解决期,对诉诸中立争端解决制度的可能性的定义,仲裁和调解程序费用如何在各方之间分配的具体规定,以及投资者向该制度协调员通报的义务。该系统可通过经济部网站获得。秘鲁创建的信息系统具有早期预警功能,使部际委员会能够在争端的早期阶段介入并采取适当行动。该系统也是外国投资者与中央当局,更具体地说是与主管的部际委员会联系的门户,使投资者能够更好地表明其问题或寻求其索赔的解决方案。

就早期信息共享而言,秘鲁为应对国际投资协定引起的争端而建立的这一框架有两个特点。首先,法律规定有义务向一个指定的中央机构报告和通知与投资者或任何缔结的 IIA 中的包括 ISDS 条款的任何协议。巩固建立一个协定数据库,并跟踪国家所作的承诺。另一个特点是,所有相关国家实体都可以从一个中央来源获得关于这些承诺的信息。与此同时,该法还规定了一个早期预警系统,使秘鲁国能够获得关于涉及外国投资者的问题的早期信息,这些问题极可能引发国际仲裁。向负责处理 ISDS 案件的中央当局发出潜在争端的预警,有助于尽早采取协调行动。但是,该系统可能存在的一个结构性缺陷是,收集信息和处理争端不属于同一个机构。这种机构间的平等协调,而不是赋予一个机构权力,也可能妨碍谈判阶段的有效决策,并可能导致难以在一个机构内建立处理 ISDS 案件的集中内部能力。

4.2. 哥伦比亚经验

有的国家如哥伦比亚,指定一个牵头机构作为联络点,牵头机构就是专门处理投资者和东道国之间的投资争端的中央机构,简化政府机构之间的层级结构,牵头机构将保证有关潜在争端信息从有关机构传递到国家政府的适当部门。牵头机构将负责协调所有相关部门的参与。此外,投资者还可以直接在争端迫在眉睫的情况下,他们可以向牵头机构求助。在积极协商阶段,东道国很可能希望在争端提交仲裁之前解决争端,牵头机构可以作为投资者和相关政府机构之间的中介,在实现这一目标方面发挥作用。首先,牵头机构将作为与投资者进行磋商的主要机构,而不管某一特定争端涉及哪个具体的政府机构。在牵头机构内,可以指定受过专门训练的人员加入到与投资者之间的磋商,这样,他们就能够就如何最有效地处理这种磋商方面积累宝贵的经验。牵头机构将汇集参与机构和其他机构收到的与特定案件相关的所有争议信息,并将其用于协商过程。这种知识共享将提高政府以知情和胜任的方式处理磋商的效力。第三,如果案件最终提交仲裁,牵头机构将继续参与案件。

5. 构建“一带一路”投资争端预防机制的建议

投资者和政府之间清晰的沟通渠道至关重要。建立明确的沟通渠道需要国家确立一个具体的程序,并指定一个政府实体部门负责接收和管理投资争端事项,鼓励各沿线国建立本国专门负责对外投资争端的专门机构或部门,政府能够通过及时识别、跟踪和解决投资者与国家之间的不满来管理冲突,这些不

满让投资项目面临被撤资的风险。政府间治理要求赋予一个以改革为导向的政府机构权力，并建立一个政府间机制来解决投资者与国家之间因政府行为而产生的不满，从而从源头上减少这类风险。这一机制还收集影响投资的政府风险来源的数据，并量化因解决或未能解决此类风险而保留、扩大或损失的投资。

5.1. 通过双边投资条约或国际协定的方式规定预防措施

国际投资协定的预期关键功能是促进投资关系的可预测性、稳定性和透明度，并帮助将投资争端从国与国的外交解决领域转移到基于法律的争端解决和裁决领域，批准的投资条约对世界范围的外国直接投资流动产生了强有力的积极影响。国际投资协定中的投资保护降低了外国投资者的风险，应有助于改善沿线国投资环境，从而促进“一带一路”经济的可持续发展。

在“一带一路”区域内争端预防机制的构建中，在双边投资协定中规定争端预防措施。我国与沿线国之间签订了 129 份双边投资协定[6]，我国可以在谈判签订双边及区域投资合作协定时，通过协定的方式建立投资争端预防机制，缔约国双方应该进一步优化合作基础，根据沿线国本国的国家争端预防联络部门或牵头机构，并根据双方签订的投资协定设置配套的联合委员会，在投资分歧上升为投资争端前通过委员会组织投资争议当事方及时以磋商会议的方式协调解决，避免上升为实质性投资争端，比如日本经济伙伴关系协定投资章节中提到的建立投资“联合委员会”或“小组委员会”，日本和马来西亚 2005 年《经济伙伴关系协定》第 7 章第 93 条，以及日本和新加坡《经济伙伴关系协定》第 8 章第 88 条。这些委员会由协议双方政府的代表组成，在双方同意的场合开会。职能包括交流信息、监督协议的适当执行、审查在投资促进和便利化工作中合作的可能性，以及其他必要的职责。这种联合委员会还可以履行在争端管理和避免领域加强国与国合作的职能。应当在协定或合同中必须包含 ISDS 条款的指导方针，尽可能订立一个单一的标准条款。例如，可以要求谈判者在所有国际争端解决条款中列入以下内容：1) 在触发国际仲裁之前，必须有最少 6 个月的直接谈判期限；2) 使用中立的争端解决系统；3) 分摊仲裁或调解程序费用；4) 外国投资者必须向争端预防管理部门报告纠纷。报告将触发第 1) 条所述为期六个月的直接谈判阶段，并且不妨碍向有关机构发出可能需要的通知，在 6 个月的谈判期内，应规定双方以磋商方式协商，不能直接提起仲裁，尽可能避免冗长的仲裁时间和金钱成本，缔约国更应该提前预测投资者 - 国家争端的可能来源，并尽早采取必要措施，缔约国尤其是投资者母国应该及时将条约内容及时予以信息披露，并组织有关部门进行对外投资指导活动，让投资者在开展对外投资活动前了解投资协定中东道国的意思表示以及相关救济途径，以提高投资者们的风险防控能力以及应对能力。建议未来在“一带一路”争端解决机制的构建中，待《“一带一路”投资争端解决公约》制定后，以附件形式规定统一的区域内统一的争端预防机制[7]。

5.2. 构建“一带一路”投资争端信息协调系统

中国可联合沿线国的经贸主管部门或专门负责投资争端的外资巡查机构或联络部门合作构成“一带一路”投资预防机制联合委员会，专门负责区域内的争端预防。明确具体的工作机制和合作流程，加强各国经贸主管部门之间在投资争端预防方面的交流与合作[8]。该委员会联合各沿线国专门机构或牵头机构，作为促进定期信息交流的平台，打造一个“一带一路”投资争端信息协调系统。

5.2.1. 信息共享平台

将沿线国内所有层级的东道国政府机构和企业录入系统，并将各国之间的国际投资协定(IAs)整理归纳到该系统中，特别是包含 ISDS 的投资协定，以及各国有关投资的法律法规和政策建立一个信息数据平台，允许相关机构和投资者查阅，实现信息共享，使沿线国互相了解投资政策。通过建立信息协调系统，就投资和 ISDS 问题进行定期培训和交流，以及协助发展政府内部的交流网络，包括协调获取文件、

文件管理等，并在该系统中建立一个咨询板块，开设缔约国之间对条约的解释专题[3]，如果投资条约得到连贯一致的解读，连贯和一致的解读有助于更好地理解如何执行投资条约，并为履行投资条约义务的政府官员提供确定性。将避免很多争端的产生。

我国法制出版社在司法部的领导下已搭建了“一带一路”投资与贸易法律服务平台，平台包括七个板块：前沿理论库、国情研究库、域外法律法规库、我国政策法规库、国际合作库、典型案例库、争端预防与解决库，旨在为用户提供“一带一路”投资贸易领域法律问题的一站式解决方案。“一带一路”投资争端信息共享平台可以参考该中国经验。

5.2.2. 早期预警功能

建立早期预警和监测机制。早期预警机制，使牵头机构能够在“不满”成为争端之前尽早了解到它们的存在。一旦发现问题，牵头机构应记录案例概况，如投资额、工作数量、问题，以及涉案机构。牵头机构应监控其进展，当某一案件得到解决时，应记录保留或扩大的投资争议事宜。沿线国牵头机构负责总结国内项目的投资风险情况并实时将风险情况上传到该系统，同时该系统积极收集沿线国的投资风险信息，投资者可以登陆系统进行投诉或反映投资问题，该系统发挥联络部门的作用，对投诉问题进行调查并反映到东道国，沿线国同时负责将投资案例收集整理收集到该系统，该系统负责统计沿线国的不同风险等级并依此划分两类不同强度的预警，分为绿色、红色双色预警，绿色代表低强度，预警提醒投资者可以在该国适当投入资金，且发生投资争端的概率较小，政策对投资者有利；对于极易容易发生投资争端的敏感领域或行业设置红色高强度预警，高强度预警提醒投资者谨慎投资，该系统对其进行重点的跟踪与监控，更为快捷且全面地提供信息[9]。有利于投资者引以为参考，做出合理的投资决定，并及时采取措施，防止纠纷的产生和损失。

5.3. 国内行政审查

投资争端预防机制涉及外国投资者和东道国两方之间，这就决定了投资预防机制不仅具有涉外性，国内和国外法律实践“双轨并行”。防止争端升级的另一个做法是东道国政府的行政审查，秘鲁在对签订的IIAs中明确规定投资者将纠纷提交国际仲裁之前要先通过东道国的国内行政审查，当投资者将投资问题和纠纷上传到系统时，系统会向东道国发起提示，东道国的联络部门或牵头机构就投资者提出的投资问题首先启动东道国行政审查程序，对投资者投诉的对其造成不利影响的行政措施或违背条约的行为进行行政审查，通过审查，东道国对其不符合条约的措施进行修改，同时，东道国负责将行政审查的过程和结果汇总上传到“一带一路”投资争端信息协调系统。

5.4. 投资投诉机制

在投资者和东道国政府之间法律纠纷之前，建立投资投诉机制，它不仅可以帮助政府及时处理申诉，还可以通过确保更加透明和一致的投资环境来帮助投资者继续扩大业务[10]，调查和处理外国投资者和外商投资企业的投诉，并向有关管理机构提出实施建议，并负责处理外国投资者和外商投资企业投诉的其他必要事项。为了解决外国投资者和外资投资公司的投诉，建立中央和地方分级负责制，中央授权的专门机构负责人可以指定专门负责解决每个地区或外资投资公司投诉的地方机构，注意权责划分清晰。各投诉工作机构建立投诉档案管理制度，并按年度进行归档，上报至专门机构，专门机构建立定期督查制度，负责定期督查和督促各地方投诉工作，投诉的门槛相较于对抗性的行政措施相对较低，外国投资者可以通过投诉制度及时维护自己的合法权益。信息的公开和披露符合透明度规则的要求，对于一些不宜公开的信息也应当注意保密措施。

6. 结语

目前, DPPs 还处于探索阶段, 我国应当进一步明确建立一个投资争端预防机制, 建立一个投资争端预防机构是普遍做法, “一带一路”投资风险和争端时有发生, 争端预防机制对弥补 ISDS 机制的不足具有重大意义, 我国作为“一带一路”倡导国, 既是世界第二大经济体, 又是“双向投资国”身份, 应积极发挥“牵头人”的角色, 加快国际投资争端预防和解决方面的研究和实践, 加强与沿线国家在投资争端的预防和解决机制方面的合作交流, 为“一带一路”区域构建完善的投资争端预防机制添砖加瓦。

参考文献

- [1] Caballero Morales, L. (2016) Icsid Arbitration and the Preventive Mechanisms for Dispute Settlement Investor-State: the Peruvian Case. *LEX Journal of the Faculty of Law and Political Science*, **18**, 221-256.
- [2] 王琦. “一带一路”争端解决机制的阐释与构建[J]. 法学杂志, 2018(8): 13-23.
- [3] Knieper, J. (2021) UNCITRAL's Working Group III Discussion on Dispute Prevention. *University of St. Thomas Law Journal*, **17**, 455-465.
- [4] 李锋. “一带一路”沿线国家的投资风险与应对策略[J]. 中国流通经济, 2016, 30(2): 115-121.
- [5] 搜狐网: 成本缩水 351 亿! 停工 1 年的马来西亚东海岸铁路正式复工! 合同改了啥? [EB/OL]. https://www.sohu.com/a/330156507_120051966, 2022-04-06.
- [6] 商务部: 我国对外签订双边投资协定一览表[EB/OL]. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2022-04-05.
- [7] 谢进. 我国国际投资争端预防机制研究[J]. 厦门特区党校学报, 2020, 176(6): 53-59.
- [8] 刘万啸. 国际投资争端的预防机制与中国选择[J]. 当代法学, 2019, 33(6): 50-63.
- [9] 王青伟. 国际投资争端预防机制的经验与启示[J]. 上海法学研究, 2022(22): 157-165.
- [10] Chun, D. (2021) Synergizing Government Services with an Investment Grievance Mechanism. *University of St. Thomas Law Journal*, **17**, 297-314.