

美欧ISDS机制分化对《中欧全面投资协定》谈判的启示

罗春丽

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2025年3月15日; 录用日期: 2025年4月10日; 发布日期: 2025年4月17日

摘要

投资者诉国家争端解决(ISDS)机制作为中立的、去政治化的投资争端解决机制, 在解决国际投资争端方面有重要作用。但实践表明, 其正遭遇着忽视东道国规制权、仲裁庭条约解释权过大以及仲裁裁决不一致等“正当性危机”。美国重新签署的《美国-墨西哥-加拿大协定》主张对ISDS机制进行改良, 而欧盟与加拿大重新公布的《全面经济和贸易协定》则引入司法化的投资法庭机制(ICS)以取代传统投资仲裁模式。美欧ISDS机制的改革路径分化体现出二者在改革理念层面及改革目标层面的差异。尽管二者都试图在实体规则及程序规则方面回应ISDS机制“正当性危机”, 但效果却差强人意。因此, 我国在与欧盟谈判《全面投资协定》时, 需要审慎评估ICS架构与实效, 加强对东道国规制权的程序和实体控制, 建立差异化、区域化的ISDS机制, 提高我国在国际投资领域的话语权和影响力。

关键词

ISDS机制, 国际投资争端解决机制, 正当性危机, 投资法庭

The Divergence of ISDS Mechanisms between the US and the EU: Implications for the Negotiation of the China-EU Comprehensive Agreement on Investment

Chunli Luo

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Mar. 15th, 2025; accepted: Apr. 10th, 2025; published: Apr. 17th, 2025

Abstract

The Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism plays a significant role in the resolution of international investment disputes as a neutral and depoliticized investment dispute settlement mechanism. However, practice has seen its suffering from the “legitimacy crisis” that ignores the host state’s right to regulate, excessive treaty interpretation by arbitral tribunals, as well as inconsistent arbitral awards. The renewed United States-Mexico-Canada Agreement advocates improvements to the ISDS mechanism, while the renewed Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada introduces a judicialised investment tribunal mechanism (ICS) to replace the traditional investment arbitration model. The divergent reform paths of the US and EU ISDS regimes reflect their differences in philosophy and objectives of the reform. Although both tried to remedy the “legitimacy crisis” of the ISDS mechanism through improvement of substantive and procedural rules, the results are far from satisfactory. Therefore, when negotiating the Comprehensive Investment Agreement with the EU, China must carefully assess the structure and effectiveness of the ICS, strengthen the substantive and procedural control of the host country’s regulatory powers, establish a differentiated and regionalized ISDS mechanism, and enhance China’s discourse and influence in the international investment arena.

Keywords

ISDS Mechanism, International Investment Dispute Settlement Mechanism, Crisis of Legitimacy, Investment Tribunals

Copyright © 2025 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. 问题的提出

ISDS (Investor-State Dispute Settlement)作为一种中立的、去政治化的争端解决机制,在保障投资者权益方面发挥了积极作用。然而,ISDS 机制正遭遇着忽视东道国规制权、仲裁庭条约解释权过大以及仲裁裁决不一致等“正当性危机”。晚近各国都提出了 ISDS 机制改革方案,但分歧较大。美国主张当前 ISDS 机制运行良好,进行改良即可;欧盟则主张 ISDS 机制存在系统化缺陷,进而提出投资法庭机制(Investment Court System, 下称“ICS”)。美欧关于 ISDS 机制的改革立场体现在新缔结的国际投资条约(International Investment Agreements, 下称“IIAs”)中。从美国与欧盟谈判《跨大西洋贸易及投资伙伴协议》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, 下称“TTIP”),到美国、加拿大和墨西哥重新就《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 下称“NAFTA”)进行谈判,签署《美国-墨西哥-加拿大协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, 下称“USMCA”),美国在国际投资领域一直保持着活跃状态。近些年,欧盟和加拿大又以法律检视为由对《全面经济和贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, 下称“CETA”)文本进行了更新,提出了更具创造性的 ISDS 机制改革方案。二者关于 ISDS 机制的改革实践,对国际投资格局产生了重要影响。我国作为双向投资大国,应当主动参与 ISDS 机制改革,这不仅有利于保护我国投资者权益,也有助于我国深度参与国际投资领域改革实践,把握国际投资规则制定的话语权。

在此背景下,本文以美欧在 ISDS 机制的改革路径分化为研究对象,首先分析二者改革路径分化在实体规则和程序规则上的表现,其次分析二者改革路径分化的原因及成效,最后结合我国在国际投资格局

中的特殊地位和利益,对我国参与《中欧全面投资协定》(The EU-China Comprehensive Agreement on Investment,下称“中欧CAI”)谈判提出相应建议。

2. 美欧 ISDS 机制改革路径分化的特征分析

在UAMCA生效之前,NAFTA一直是双边投资条约(Bilateral Investment Treaties,下称“BIT”)以外投资者借以提起投资仲裁最多的IIA。晚近国际社会改革ISDS机制的争论核心在于如何达成东道国与投资者间的利益平衡。即,如何权衡东道国规制权与投资者利益。诚然,国际投资法体现了经济全球化趋势,但代价是限制国家规制权。此外,国际投资法对国内法的影响也导致各国更加注重国家主权^[1],而不仅仅是经济发展。IIAs是国际投资法体系的重要组成部分,因而被予以重点改革,主要体现在实体规则和程序规则方面。

2.1. USMCA 的渐进式改革路径

一方面,USMCA完善了ISDS的相关实体规则。首先,强调了国家的规制权。USMCA在序言中规定:“承认国家固有的监管权利,并决议根据协定规定的权利和义务保护缔约方立法和监管优先事务的灵活性,保护合法公共福利目标,例如公共健康、安全、环境保护……”同时,第14.16条指出:“……确保投资以对环境、健康、安全或其他监管目标友好的方式进行。”¹另外,条约在“征用”(Expropriation)章节也对国家规制权进行了回应:“除极少数情况,缔约方为保护公共健康、安全和环境等合法公共福利目标而采取的非歧视规制行为不构成间接征用。”²除了上述条款,USMCA在第14.4条(国民待遇)和第14.5条(最惠国待遇)都强调了国家规制权,其重视程度可见一斑。其次,厘清了IIAs的关键概念。其一,投资定义。USMCA在界定投资时,基本沿用了美国2012年《双边投资协定范本》(下称“《范本》”)的定义。USMCA指出:“投资指投资者直接或间接拥有、控制的每一项具备投资特点的资产,并且其需要具有资本或者其他资源投入,具备获取收益或者利润的预期以及风险承担等特点……”³其二,国民待遇和最惠国待遇。与《范本》相比,二者定义没有发生较大变化,但USMCA对如何界定二者进行了细化规定:“……在本条规定的‘相似情况’下是否给予待遇取决于总体情况,包括相关待遇是否基于合法公共福利目标对投资者或者投资进行区分。”⁴USMCA对相关待遇标准进行细化不仅有助于厘清基本关键概念,限制仲裁庭的条约解释权,还有利于强调公共政策和公共福利目标,平衡东道国和投资者权益。其三,公平公正待遇条款。USMCA指出:“一方当事人采取或未能采取的可能异于投资者预期的行为不会违反本条规定,即使因此对涵盖投资造成了损失和损害。”⁵关于这一点,USMCA在条约准确性上有了明显进步,限制了公平公正待遇条款的适用范围。以往很多仲裁案件,投资者会以东道国违反公平公正待遇为由提起仲裁,给东道国带来了巨大的损失或者索赔风险。

另一方面,USMCA保留了ISDS的仲裁特征。USMCA规定,美国与墨西哥之间的投资争议可以适用投资仲裁。条约保留了当事人选择仲裁员的权利并坚持“一裁终局”,但仍然包含少数创新性举措:第一,磋商和谈判前置。USMCA第14.D.2条规定在投资争议发生时,当事方应当首先通过协商和谈判解决。只有在无法通过协商和谈判解决争议的情况下,才能将争议提交仲裁。第二,限制ISDS机制适用范围。根据USMCA第14.D.3条,投资者只能在东道国违反了准入后国民待遇或者最惠国待遇以及直接征收的规定,并且投资者因该行为产生了损失或者损害的情况下,才能提起仲裁。第三,投资者承担通

¹See USMCA, Preamble and Article 14.16.

²See USMCA, Annex 14-B, paragraph 3.

³See USMCA, Article 14.1.

⁴See USMCA, Article 14.4 and Article 14.5.

⁵See USMCA, Article 14.6.

知义务。根据 USMCA 第 14.D.3 条, 投资者至少应当在提起投资仲裁前 90 天, 向东道国提交仲裁索赔意向通知书。条约对通知要求载明的具体事项作出明确规定, 有助于东道国及时了解投资者诉求并为答辩作出准备。第四, 强调用尽当地救济。条约第 14.D.5 条规定, 除非投资者事先就构成第 14.D.3 条所述的违约行为向东道国管辖法院或行政庭提起诉讼并获得东道国终审法院的最后裁决, 或者自程序启动之日起已过 30 个月, 否则不能将投资争议提交仲裁。另外, 条约第 14.D.5 条还规定了投资者提出索赔的最长期限, 即自投资者知道或者应当知道东道国违反条约并因此遭受损失之日起 4 年内提出仲裁请求, 否则不能将投资争议提交仲裁, 避免赋予投资者过于宽泛的索赔权从而危及东道国利益。

2.2. CETA 的创新性改革路径

与 USMCA 相比, CETA 在实体条款上更突出强调国家规制权, 在程序方面通过将 ISDS 机制司法化以回应正当性危机, 创造性提出了 ICS 改革方案。一方面, CETA 同样注重国家规制权。但与 USMCA 分散规定的方式不同, CETA 对国家规制权予以专章规定, 突出强调国家规制权。条约在第 8.9 条中规定详细规定了国家规制权, 指出为了实现例如公共健康、安全、环境或公共道德等合法政策目标, 东道国有权在其领土内对投资进行监管。该条进一步指出, 缔约方以包括修改法律等方式行使监管权从而对投资产生负面影响, 或者对投资者预期(包括利润预期)造成的损害并不违反条约义务。另一方面, CETA 亦注重厘清部分关键性概念。其一, 关于国民待遇和最惠国待遇。在二者定义上, CETA 与 USMCA 没有较大差别。与之类似, CETA 也对最惠国待遇适用范围做了限制。依照条约第 8.7 条, 最惠国待遇并不包括其他投资条约和贸易协定中解决投资者与国家之间投资争端的程序, 并且上述条约协定包含的实质性义务也并不构成最惠国待遇。因此, 若缔约一方没有根据这些义务采取或维持措施, 并不会违反条约。其二, 关于公平公正待遇条款。CETA 对此作出了具体规定: “在适用公平公正待遇条款时, 仲裁庭可以考虑东道国是否对投资者做出了具体陈述以引导投资, 以及投资者是否因此产生了合法期待并决定进行或维持投资……”⁶从这一点上看, 条约意在平衡东道国和投资者间的权益, 防止过度强调国家规制权从而打击投资者积极性。尽管其在条约中的表述为“可以”并非“应当”, 但仍具有进步意义。

此外, CETA 重在推动 ISDS 的司法化改革。一方面, 明确设置了法庭成员架构。CETA 第 8.27 条模仿法院机制设置了成员架构。具体表现为: 1) 初审法庭的成员固定。根据条约第 8.27 条, 在协定生效之后, 联合委员会应当任命 15 名法庭成员, 该 15 名法庭成员分别来自欧盟成员国、加拿大和第三国, 人数均为 5 名。并且, 联合委员会可以决定以三的倍数增减法庭成员人数。法官任期 5 年, 可连任一次。2) 强制法官国籍成分。上述 15 名法庭成员以及分庭法官的国籍应当限于欧盟成员国、加拿大以及第三国。同时条约还规定, 具备缔约国国籍的法官不能担任主席, 以确保审理和裁决的公正性。3) 采用分庭审理的方式。分庭由 3 位法官组成且由第三国国民法官担任法庭庭长或副庭长。并且, 在分庭组成方式上着重突出 ICS 的司法化特征。即, 分庭成员由法庭庭长任命, 排除争端双方或者第三方指定仲裁员审理的权利。此外, 分庭组成都是随机和不可预测的, 每名法官具有平等的任职机会且必须符合强制国籍成分的要求。另一方面, 对设立上诉法庭作出了创新性安排。CETA 中的第 8.28 条对上诉法庭的审查范围作出明确安排。该条规定, 上诉法庭可基于以下理由维持、修改或推翻法庭的裁决: 1) 法律适用或解释中的错误; 2) 对事实的认识, 包括对相关国内法的认识存在明显错误; 3) ICSID 公约第 52 条第(1)款第 1 至 5 项所列的理由。概括来说, 上诉法庭的审查范围不仅包括事实审查还包括法律审查, 其审查范围远远超出了世界贸易组织上诉审的法律审查范围以及在 ICSID 公约下撤销机制的审查范围。然而, 目前上诉机制还缺乏明确运行机制, 有赖于 CETA 联合委员会作出具体安排。根据 CETA 第 8.28 条第 7 款, 联合委员会应立即通过一项决定, 规定与上诉法庭运作有关的以下行政和组织事项。只有当此项决定通

⁶See CETA, Article 8.10.

过之后，上诉法庭才能如期建立。

3. 美欧 ISDS 机制改革路径分化的动因与成效

当前，美欧改革 ISDS 机制面临的现实基础一致，但双方在改革理念层面以及改革目标层面却表现出了明显差异性，进而在 ISDS 机制改革上产生了较大分歧。深入了解并充分认识这些差异，有助于为我国提供理论观照和经验镜鉴。

3.1. 美欧 ISDS 机制改革路径分化的原因探究

第一，二者的改革理念并不相同，即对 ISDS 机制的性质认定不同。USMCA 保留 ISDS 机制商事化特征，强调当事人意思自治。相反，CETA 更注重 ISDS 机制的公法属性和司法化，强调国家规制权。由于美欧对 ISDS 机制性质的认定差异，二者回应国际社会对 ISDS 机制质疑的方式也不同。当前国际社会对 ISDS 机制的质疑主要分为两类，一类涉及 ISDS 机制与东道国司法主权的关系，认为 ISDS 机制剥夺了国内法院管辖权，不利于国家管理公共事务；另一类批评主要针对 ISDS 机制本身，例如仲裁庭忽视东道国规制权、仲裁结果缺乏一致性以及仲裁程序缺乏透明度等[2]。如前所述，美国强调 ISDS 机制的商事化特征，并认为 ISDS 机制只是存在一些表面性问题。因此，美国认为通过改良 ISDS 机制即可缓解其正当性危机。与之相反，欧盟认为当前 ISDS 机制存在的问题是系统性的，因此应当重新定位 ISDS 机制价值并进行系统化改革，通过司法化改革回应正当性危机。

第二，二者的改革目标也不相同，表现为投资政策目标的侧重点不同。美国改革 ISDS 机制的目标在于：一方面，保障本国投资者权利。美国贸易代表办公室发表的《NAFTA 重新谈判目标摘要》(Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation)中指出：谈判要确保减少美国投资者在协定成员国进行投资的障碍，要确保美国投资者在协定成员国享有与美国法律原则和法律实践相符合的权利以及外国投资者不能获得比本国投资者更大的实质性权利[3]。文件透露出美国重新谈判 NAFTA 的主要目标在于维护本国投资者在成员国的权利。另一方面，意图维系 ICSID 受理国际投资争端案件的优势，借重新谈判 NAFTA 契机，在区域投资协定缔结过程中推广美式投资规则，掌握 ISDS 规则制定主动权。而欧盟改革 ISDS 机制的目标在于：一方面，突出强调国家规制权。在欧盟宣布碳中和目标并逐步采取措施淘汰化石能源之后，部分跨国公司借助 ECT 中的 ISDS 机制提出仲裁申请，向德国、荷兰、西班牙等国家政府索赔。为避免 ECT 相关条款危及欧盟转型目标，甚至已经有部分国家开始呼吁欧盟退出 ECT [4]。可以想见，若频繁被诉至仲裁庭，未来欧盟及其成员国都将面临巨大的财政压力。因此，对 ISDS 机制进行司法化改革显得尤为必要，这至少能够让欧盟加强对投资争端解决的控制权。另一方面，着重解决裁决不一致问题。早在 2017 年，欧盟就表达了关于设立多边上诉法庭的设想，认为多边上诉法庭将解决 ISDS 机制合法性和独立性有限的问题，并在解释实质性标准方面带来一定程度的可预测性及判例法的一致性[5]。总的来说，欧盟致力于通过将 ISDS 机制司法化以解决裁决不一致问题，竭力实现国际投资法律体系统一发展。

3.2. 美欧 ISDS 机制改革路径分化的成效对比

本文认为，ISDS 机制正当性危机主要体现在忽视东道国诉求和裁决缺乏一致性两个方面，故而比较美欧关于 ISDS 机制的改革成效也主要从这两方面入手。

3.2.1. 是否真正加强了东道国规制权

诚然，在 IIAs 中明确规定规制权条款，当仲裁庭对 IIAs 进行解读，尽管尚不明确如何平衡东道国与投资者间的利益，但却会结合规制权条款审慎认定东道国是否违反了条约义务。因此，尽管在 IIAs 中纳入国家规制权条款并非创新，但对约束仲裁庭宽泛的条约解释权、纠正仲裁庭忽视东道国规制权的做法

仍有重要意义，是国家试图回应 ISDS 机制正当性危机的有益尝试。

从美国晚近在 ISDS 机制改革上的实践看，其基本立场仍是倾向于保护投资者权利。其加强国家规制权的条款设计一方面是对 ISDS 机制缺乏正当性的回应，另一方面可能是一种“未雨绸缪”，为将来与其他国家签订 IIAs 提供范本，以维持自身在国际投资领域规则制定的主导权。欧盟近些年在 ISDS 机制的改革立场表现出其对国家规制权的重视与强调，但若只停留在文本层面，仲裁庭可能会忽视在条约中纳入规制权条款的缔约原意，仍然采取倾向投资者保护的解释方法，违背当事方的改革目标。平衡东道国与投资者间的利益关系到仲裁庭条约解释权大小、条约规则制定等多个方面，单纯重申东道国规制权不足以应对 ISDS 机制正当性危机。

3.2.2. 是否有效缓解裁决不一致问题

当前，美国关于 ISDS 机制的改革尚无法有效缓解裁决不一致问题，并且 USMCA 还有可能加剧国际投资争端解决方案的碎片化现象。以加拿大为例，其在与我国签订的 BIT 中选择接受投资仲裁制度，在 USMCA 中选择退出争端解决机制，但却在 CETA 中接受了欧盟主导的 ICS。显然，加拿大此种对不同国家采取差异化争端解决机制的举措，会加剧当前 ISDS 机制的碎片化趋势。此外，受制于碎片化的 IIAs，NAFTA 的改革实效也会被削弱[6]，并且很有可能加剧当前投资仲裁裁决的不一致现象。

欧盟提供的 ICS 有针对性回应了当前投资仲裁裁决不一致的问题。理论层面上，一个常设的司法化争端解决机构可以有效解决裁决不一致以及缺乏预测性的问题。然而，双边机制下的 ICS 却面临着碎片化问题，可能会加剧国际投资规则以及争端解决机制的碎片化[7]，具体而言，基于一部 BIT 设立的上诉机制只能实现该条约适用的一致性，众多的双边上诉机制可能导致新的不一致[8]。因此，ISDS 机制改革缓慢的症结在于：双边机制下的 ISDS 改革不免要受到投资规则碎片化的影响。值得注意的是，国际投资法领域尚未确立遵循先例原则。那么，投资法庭作出的前一项裁决对后一项裁决是否构成先例？倘若出现了裁决冲突，如何维护条约解释和裁决的一致性？又应当由谁维护裁决一致性？这些问题都悬而未决。此外，先例还有可能导致 ICS “过度制度化”：如果假设 ICS 开始发展“连贯”的判例法体系，无视国际社会对国际投资法律的多样化管理，当事方不遵守或不充分遵守制度的风险可能会增加，进而加剧 ISDS 机制正当性危机[9]。总而言之，双边 ICS 仅仅能够实现在某一部 BIT 下的一致性，无法真正实现国际投资法制的统一发展，并且还存在着矫枉过正之嫌。

4. 美欧 ISDS 机制分化对我国参与中欧 CAI 谈判的启示

目前，中欧 CAI 中尚未对 ISDS 机制进行规定[10]，待到实体条款公布和缔结之后才会进一步开展谈判。如何协调中欧双方关于 ISDS 机制的不同立场，安排中欧 CAI 中的 ISDS 机制仍然是一个值得关注的问题。

4.1. 审慎评估 ICS 的架构与实效

首先，ICS 本身仍存在诸多不确定性。比如 CETA 中 ICS 的运行仍然依赖 ICSID 秘书处提供支持，裁决执行仍需依赖《纽约公约》，缺乏独立自主的执行机制。鉴于 CETA 中 ICS 司法化不完全的特点，其被认为是法院机制和仲裁机制的混合体[11]。其次，欧盟推广 ICS 存在明显内部阻力。当前，间接投资和 ISDS 条款属于欧盟及其成员国的共享权能。在此种情形下，为了方便条约谈判，欧盟与一些国家签署的 IIAs 并没有纳入投资保护章节以及 ISDS 机制，例如《欧盟-日本经济伙伴关系协定》。又或者采取临时生效的方式，例如前文提及的 CETA。可以想见，将来若有部分成员国拒绝批准投资协定，中欧双方的谈判结果又将陷入不确定性之中。无论是采取条约临时生效的方式在还是暂时搁置 ISDS 条款，均非我国参与中欧 CAI 谈判的最佳选择。最后，欧盟推广 ICS 亦存在重大外部挑战。一直以来，美国对自身提

供的保障措施和保护标准都很自信，并在投资仲裁案件中频频胜诉。作为 ISDS 机制的最大受益者，可以想见，在未来一段时间内，美国不会选择在国际投资领域采取 ICS。欧盟似乎也意识到推行 ICS 面临的困难和阻力并做了相应调整。例如，其在 TTIP 草案中采用的是“法院”(court)和“法官”(judge)这样明显带有司法化性质的用语，而在重新公布的 CETA 中却使用了“法庭”(tribunal)和“成员”(member)这样的中性用语，这或许是在国际社会推行 ICS 受阻导致的。

4.2. 加强对规制权的实体及程序控制

明确规定国家规制权，相较于模糊且不确定的条款，至少能够让仲裁庭在认定东道国实施涉及公共利益的措施是否违反条约时，更加尊重条约本意以及缔约国的谈判目的。为此，应当在中欧 CAI 中明确纳入国家规制权条款，具体而言：

实体层面，除了明确规定规制权内容，我国还能在澄清部分关键性条款含义，例如公平公正待遇、国民待遇和最惠国待遇等，以及谨慎适用保护伞条款方面有所作为。以保护伞条款为例，其关系到 ISDS 机制的适用范围。在 IIAs 中纳入保护伞条款会模糊投资合同争端及投资协定争端之间的界限，扩大仲裁庭管辖权，加之仲裁庭过于宽泛的条约解释权，很容易造成投资者和东道国利益失衡，从而产生正当性危机^[12]。鉴于 IIAs 条款的模糊性和不确定性，后续我国在与欧盟谈判 CAI 时应当谨慎纳入保护伞条款，防止仲裁庭将纯粹合同义务上升为条约义务，从而扩大仲裁庭管辖权，对我国公共政策实施和公共利益产生不利影响。程序层面，强调国家在条约解释问题上的地位和作用，选择采用缔约国联合解释机制或缔约国政府共同决定等方式加强国家的控制权，从而限制仲裁庭过于宽泛的条约解释权。还可以借鉴 CETA 中对于磋商规则的安排，对磋商进行细致化和程序化的规定，强调以友好协商的方式处理投资争端，限制 ISDS 机制适用范围等。

4.3. 建立差异化、区域化的 ISDS 机制

美欧主导的 ISDS 机制改革虽然模式不同，但是并没有走出争端解决“准司法”的桎梏，其所导致的非输即赢的局面，对投资者心理预期和东道国规制权都是不小的挑战^[13]。在 ISDS 机制改革模式选择上，我国不应当也无须采取非此即彼的选择，不应当将 ISDS 机制完全统一化。

一方面，这由我国当前投资双向大国的身份和在国际投资格局中的地位决定。从投资流向上看，我国流向发达国家的投资面临着“非市场经济国家”的歧视性待遇，而流向发展中国家的投资，尤其是流向“一带一路”沿线发展中国家的投资，面临着部分国家法治不健全、投资环境差的紧迫现实。从引进外资角度上看，我国应当营造健康、良性的投资环境以吸引外资。这就要求我国在设计 ISDS 机制时，不仅需要考虑“攻击性”功能，保护我国投资者在部分发展中国家的利益，而且需要兼顾“防御性”功能，谨防海外投资者借助 ISDS 机制对我国公共政策和公共利益产生不利影响。另一方面，这也受到了当前国际投资领域 IIAs 的现状影响，BIT 仍然是当前国际投资法律体系的主要组成部分。BIT 的双边性质决定了其纳入的 ISDS 机制不可能完全一致，制定差异化、区域化的 ISDS 机制是大势所趋。并且，区域化的 ISDS 机制还有助于实现条约解释的一致性以及加强仲裁裁决的可预见性^[14]。故而，在与欧盟谈判 CAI 时，可以考虑将 ICS 纳入投资条约，但应当对其持审慎态度，合理评估其对我国投资者权益保护的影响。而在与美国等发达国家进行 IIAs 谈判时，可沿着投资仲裁改良模式进行探索，同时在条约解释、磋商机制等方面进行细化研究，加强缔约国对条约解释及争端解决的控制力。

5. 结论与展望

美欧关于 ISDS 机制各有立场，前者以改良为主要方式，后者则较为激进，推行 ICS，二者方案各有利弊却都无法完全回应当前 ISDS 机制面临的正当性危机。从长远角度上看，国际上关于 ISDS 机制改革

方案的讨论在很长一段时间内都不会结束，无非是在平衡东道国和投资者利益上提供新的举措。未来，我国与其他国家签订 IIAs 时应当坚持自由贸易和多边主义的立场。鉴于我国当前双向投资大国的身份，可考虑采取差异化的 ISDS 机制，并在签署 IIAs 时融入我国诉求，以更好地保护我国投资者权益。进而，我国应当主动把握 ISDS 机制谈判时机，积极参与新一轮改革开放进程，把握投资规则制定的话语权。在区域层面，我国可以将“一带一路”倡议作为平台，以期在区域层面上达成改革 ISDS 机制的共识，积极探索建立并打造高水平的“一带一路”争端解决机制。在多边层面上，我国应当积极参与 ICSID 和联合国国际贸易法委员会第三工作小组关于 ISDS 机制改革的讨论和工作，为 ISDS 机制改革和完善贡献中国智慧，把握未来 ISDS 机制改革的方向并及时作出回应。

参考文献

- [1] Dolzer, R., *et al.* (2022) *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 31.
<https://doi.org/10.1093/law/9780192857804.003.0004>
- [2] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2018.
- [3] Office of the United States Trade Representative (2017) Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation.
<https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>
- [4] 中华人民共和国商务部. 多国呼吁欧盟退出《能源宪章条约》[EB/OL]. 2021-02-19.
<http://m.mofcom.gov.cn/article/zwjg/zwxxw/zwxwz/202102/20210203039353.shtml>, 2023-02-26.
- [5] European Commission (2017) Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302>
- [6] 王燕. 国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争[J]. 环球法律评论, 2017, 39(2): 179-192.
- [7] 邓婷婷. 欧盟多边投资法院: 动因、可行性及挑战[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(4): 62-72.
- [8] 肖军. 建立国际投资仲裁上诉机制的可行性研究——从中美双边投资条约谈判说起[J]. 法商研究, 2015, 32(2): 166-174.
- [9] Yu, C. (2022) Advancing Predictability via a Judicialized Investment Court? A Fresh Look through the Lens of Constructivism. *Journal of International Dispute Settlement*, 13, 370-392. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idad011>
- [10] 中国社会科学院欧洲研究所. 叶斌:《中欧全面投资协定》的机遇与挑战[EB/OL]. 2021-09-27.
http://ies.cass.cn/cn/work/comment/202109/t20210927_5363390.shtml, 2023-02-27.
- [11] 叶斌.《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》对投资者诉国家争端解决机制的司法化[J]. 国际法研究, 2017(6): 115-126.
- [12] 杜焕芳, 郭诗雅. 投资条约仲裁的第二次转型: 合法性危机下的全球行政法理论引入[J]. 江西社会科学, 2021, 41(4): 185-193+256.
- [13] 何悦涵. 投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开[J]. 法商研究, 2020, 37(4): 143-157.
- [14] 王海英, 衣淑玲. “一带一路”倡议下 IIA 投资仲裁机制的区域化改革前瞻[J]. 求是学刊, 2021, 48(1): 114-124.