

“投资者 - 国家” 争议解决机制改革趋势 及中国方案

陆颂丹

桂林电子科技大学法学院, 广西 桂林

收稿日期: 2023年3月4日; 录用日期: 2023年3月17日; 发布日期: 2023年5月23日

摘要

由于各国自在国际投资活动和争端解决中的利益诉求有所不同, 以及当前“投资者 - 国家” 争议解决机制逐渐显露的一些制度上的局限性, 不同国家间在该争议解决机制改革方面产生了较为明显的分歧。当前“投资者 - 国家” 争议解决机制改革的趋势主要有渐进性的投资仲裁改革模式、欧盟司法化的投资法庭模式两种改革类型。分析当前争议机制改革的趋势有助于中国构建多元化的投资争端解决机制, 增强主动参与的能力与意识, 更好地维护我国在国际投资领域的经济利益。本文通过探讨“投资者 - 国家” 争议解决机制改革的主要原因, 并对当前国际上主流的改革趋势进行深入分析, 为我国在此趋势下提出建议和对策。

关键词

国际投资仲裁, 国际投资争端解决机制, 投资仲裁改革模式, ISDS机制, 中国方案

Review of the Trend of “Investor-State” Dispute Resolution Mechanism Reform and China’s Solution

Songdan Lu

Law School, Guilin University of Electronic Technology, Guilin Guangxi

Received: Mar. 4th, 2023; accepted: Mar. 17th, 2023; published: May 23rd, 2023

Abstract

Due to the different interests of countries in international investment activities and dispute settlement, as well as some institutional limitations gradually revealed by the current “investor-state”

dispute resolution mechanism, obvious differences have arisen between different countries in the reform of this dispute resolution mechanism. At present, the reform trend of the “investor-state” dispute resolution mechanism mainly includes two types of reforms: the gradual reform model of investment arbitration and the model of EU judicialized investment court. Analyzing the current trend of dispute mechanism reform will help China build a diversified investment dispute resolution mechanism, enhance its ability and awareness of active participation, and better safeguard China’s economic interests in the field of international investment. By discussing the main reasons for the reform of the “investor-state” dispute resolution mechanism, this paper makes an in-depth analysis of the current mainstream reform trend in the world, and makes suggestions and countermeasures for China under this trend.

Keywords

International Investment Arbitration, International Investment Dispute Settlement Mechanism, Investment Arbitration Reform Model, ISDS Mechanism, Chinese Solution

Copyright © 2023 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

近段时间以来，联合国贸易和发展会议多次详细阐述了国际投资仲裁机制本身存在的问题，认为这些问题已经使国际投资仲裁受到了体制性挑战。“投资者 - 国家”争议解决机制(Investor-State Dispute Settlement, 简称 ISDS), 是自上个世纪 60 年代以来国际社会最为主要的投资争端解决途径, 在国际投资活动日益活跃的情况下, 国际投资争端机制的不足之处日益显现, 典型的如, 东道国的利益被忽视、透明度和公众参与度不高、裁决不一致等问题, 由此引起国际社会与国际投资研究领域关于 ISDS 机制“合法性”的强烈质疑。当前国际社会对 ISDS 机制改革提出了各种改革建议, 目前主流的有以美国欧盟为代表的渐进性的投资仲裁改革模式、以欧盟为代表的创新性投资法庭模式两种改革类型。我国自加入世界贸易组织以来一直重视对外开放, 从 1995 年至今, 中国仍是引进外国直接投资最多的发展中国家之一。然而, 中国相对于欧美国家在国际投资仲裁方面参与度较低、经验较为缺失, 很有可能因为 ISDS 制度的一些缺陷导致不公平裁判的产生, 给我国政府和企业带来相应的国际法律风险。

2. ISDS 机制变革的主要原因探析

2.1. 东道国利益被忽视问题

ISDS 设立的主要目的是保护国际投资者的利益, 为国际投资者与东道国之间提供解决纠纷的合法路径, 从而促进国际投资的发展。该机制因其非政治化属性, 具有与一般商事仲裁相类似的高效性、秘密性等特点, 受到众多国际投资者的青睐。但从近十年的国际投资条约仲裁的实践活动中可以看出, 由于有些仲裁庭更加倾向于对国际投资者的保护, 从而导致东道国利益与国际投资者权利之间的严重失衡, 双方矛盾与冲突升级, 受到国际社会以及相关研究领域的质疑与批评。国际投资条约仲裁中仲裁庭认为“双边投资条约”(Bilateral Investment Treaties, 简称 BIT)的诞生就是为“促进和保护国际投资”, 加之 BIT 实体内容没有具体规定缔约国的权利和投资者的义务^[1], 在适用法律法规时, 优先选择相关国际法规则, 而非优先考虑东道国国内的法律法规, 国际投资仲裁涉及的赔款金额动辄上亿美元, 对于一些处

于发展中国家阶段的东道国来说，可能因为国际投资仲裁蒙受巨大的损失，使得他们对涉及本国管理权和涉外投资的政策时不得不小心翼翼，一定程度上造成国家管理措施的僵硬。因此，近几年许多拉丁美洲国家都表现出了反 ISDS 机制的倾向，有的国家如厄瓜多尔、委内瑞拉等国甚至已经相继退出。

2.2. 透明度标准相对较低问题

国际投资仲裁中的透明度，是指公众参与投资仲裁程序的程度以及仲裁信息面向公众的开放程度。重视透明度原则的主要原因是国际投资仲裁必然会涉及一方当事国的公共利益。透明度的缺失违背了民主与法治，如果国际投资条约缺失仲裁程序层面的透明度条款，一方面，国际投资仲裁结果往往对东道国的公共利益产生重大影响，对于发展中国家来说巨额的赔偿可能会给参与仲裁的东道国政府和参与者，甚至普通民众带来财政负担。另一方面，国际投资条约仲裁裁决撤销的司法审查中，裁决撤销理由之一是仲裁程序不当，而当前国际投资条约对于规定仲裁程序层面的透明度条款，导致司法审查机关无法以仲裁程序不当为由撤销裁决^[2]。现如今提高其透明度面临的主要难点在于东道国与投资者投资仲裁的特殊性，透明度的标准的提高可能会与仲裁的保密性相冲突，国家安全、商业秘密等保密信息会有被公开的风险；非当事人的第三方的介入可能导致仲裁程序的效率降低，增加争议双方的负担等。

2.3. 裁决不一致问题

这主要是由于在现行 ISDS 机制下，现行 ISDS 机制的各种任意法庭在类似情况下存在一些根本性差异，仲裁员有充分的自由裁量权，可以做出与各个与代表截然不同的表达。即使是已经达成高度实际共识的裁判规则，也可能被一些激进的任意法庭驳回，例如 SGS 公司诉巴基斯坦案，该法庭承认集体集群合同可以直接解除到谈判案件中¹。“同案不同判”的现象使得当前的 ISDS 机制和当前的国际投资法律法规呈现出不可预见性和不稳定性，一方面使东道国的国家行为和国内法律秩序造成冲击，另一方面使投资者对自身的利益产生担忧，总的来说并不利于国际投资的持续发展，导致引发 ISDS 机制的合法性危机。

3. ISDS 机制变革已有的改革方案评析

3.1. 渐进性投资仲裁改革模式

美国和欧盟正在通过国际投资协定进行渐进式改革，改革建议大多是设立常设投资仲裁法庭及上诉法庭的投资法院机制。其中，值得注意的是贸易法委员会和欧盟的改革措施。贸易法委员会已经使《ISDS 透明度规则》和《透明度公约》生效，从而成功地进行了一些改革^[3]。当前美国是渐进式改良派的代表，渐进式改良派认为在渐进主义的改革路径下，继续维持现有的 ISDS 体制和商业仲裁的模式，通过增强仲裁程序的透明度、发展缔约国联合解释机制、完善仲裁员的选任制度等渐进性的方式能够有效弥补当前仲裁程序的缺陷和不足。虽然 ISDS 机制由于其存在的某些局限性而受到国际社会与相关研究领域的质疑，但该仲裁机制仍是目前国际投资领域一项热门的纠纷解决途径，由于其类似于国际商事仲裁“一裁终局”模式所具有的高效与便捷的特征，仍然广受各商事交往主体的欢迎。

3.2. 以欧盟为代表创设新的投资法院体系

欧盟激进性改革与美国渐进性改革的不同点在于，欧盟认为当前的 ISDS 机制出现的问题是系统性缺陷所导致，其对争端解决机制改革的根本目标建立在投资仲裁“合法性危机”理论基础之上，因而认为

¹SGS Societe Generale de Surveillance S A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No.ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Aug.6, 2003, para.155.

当前的 ISDS 机制缺陷已无法通过对仲裁程序的修补得到有效改善,只有完全改变当前投资者主导的商事仲裁模式才能实现公平合理的投资争端解决秩序[4]。以欧盟、加拿大为代表的国家提出的渐进性投资仲裁改革路径是使当前偏仲裁化的 ISDS 机制逐渐走向司法化,主要有三个观点:一是设立两审终审制度;二是完善法官的选任制度,规定法官任期、独立性、行为守则等内容,完善法官的资质、法律知识和专业技能等要求;三是提高透明度,可以吸取联合国贸易法委员会关于透明度的公约和规则内容,赋予第三方参与诉讼的权利。四是保障裁决的终局性和可执行性,规定其适用的准据法及执行制度。

4. 中国在 ISDS 机制改革过程中的应对策略

4.1. 提高我国在国际投资仲裁的参与度

当前我国国际投资争端中的参与并不活跃,表现为中国在国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, 以下简称 ICSID)的仲裁案例较少, ICSID 的中国籍仲裁员也比较较少。据 ICSID 发布的 2021 年度案件统计数据显示,国际投资争端解决中心仲裁员或者调解员国籍数据中,仲裁员和调解员主要来自欧美发达国家地区,美国有 294 人,法国有 294 人,英国有 259 人,中国仅 15 人。中国可以通过发挥自身的人才资源优势,重视国际投资领域人才的培训和教育,在国际投资争端解决中心输入一批熟悉 ICSID 仲裁规则,熟悉投资仲裁案件的仲裁员和调解员,在增强我国在国际投资仲裁的参与度的同时,提高我国在国际投资仲裁领域的话语权,更有效的维护我国通过在国际投资仲裁领域的合法权益。对我国企业来说,熟悉当前国际投资法规则和 ICSID 仲裁规则,增强自身法律意识,能够有效防范法律风险,通过 ISDS 机制维护自身合法权益。

4.2. 深化多元化投资争端解决机制改革

面对 ISDS 的改革形势,当下我国的立场是坚持投资仲裁,设立多边上诉机制,与国际上 ISDS 改革接轨,有利于解决裁决的不一致性问题[5]。相比于目前程序较为繁琐、周期时间较长且成本高昂的 ICSID 机制,多元化投资争端解决机制具有灵活、便捷、高效等优点。多元化投资争端解决机制主要是解决纠纷的方式多元化,一种是建立调解、仲裁、诉讼等多种纠纷解决的衔接机制,另一种是引入替代性纠纷解决机制,提供双方协商谈判、国际调解等过诉讼和仲裁之外的方法解决国际商事争端。我国可以通过自身国际地位和优势,主动加强与其他国家、地区、国际组织开展司法合作,通过凝聚和整合公共资源、社会资源、合力解决纠纷,从而可以避免 ISDS 机制可能对我国司法主权和公共利益产生的巨大风险。

4.3. 探索 ISDS 机制改革的中国范式

面对 ISDS 机制仍然存在的一些固有缺陷,各国也对 ISDS 产生较多的争议和分歧,我国需要积极主动地参与到 ISDS 机制改革的改革进程中,对当前几个的主流改革观点和存在争议的国际投资法案件进行细致研究,才能吸取经验与教训,在 ISDS 的改革中提出符合“人类命运共同体”理念的改革方案。“一带一路”合作倡议自提出以来,涉及的国家众多,各国各地区的国际贸易合作不断加深,由此产生了较多的国际投资争端,我国可以通过“一带一路”对国际投资争端领域进行试点实践,探索 ISDS 机制改革的中国范式,依托“一带一路”作为一个重要实践平台,使之成为投资争端解决的试点范例,依据相应的贸易和投资争端进行改革试点,为 ISDS 机制改革做出中国贡献,推动有效的国际投资纠纷解决方式的建立。

5. 结语

近年来,随着中国与世界各国贸易交往的不断深化,以及中国在“一带一路”倡议下的海外投资扩

张, 中国面临的投资者 - 国家仲裁可能会进一步增加。为了合理地解决“投资者 - 国家”投资争议, 优化境内外的国际投资法治环境, 我国须抓住对当前投资者 - 国家争议解决机制改革的先机, 积极了解国际投资领域的改革动向, 并借助共建“一带一路”的契机, 积累投资争端解决的经验, 踊跃参加国际投资仲裁实践, 通过大量公正、一致的仲裁判例, 在国际投资争端解决领域获得国际地位与话语权。

参考文献

- [1] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [2] 魏彬彬, 及小同. 国际投资条约仲裁司法审查的制度困境与完善路径[J]. 国际商务研究, 2021, 42(6): 74-84.
- [3] Sun, K.Y. (2019) A Study on Reform of ISDS Regime in International Investment Law. *Dong—A Journal of International Business Transactions Law*, 26, 151-181. <https://doi.org/10.31839/ibt.2019.07.26.151>
- [4] 靳也. 投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国应对策略研究[J]. 河北法学, 2021, 39(7): 142-158.
- [5] 丁亚南. 可持续发展视野下的投资者与东道国争端解决机制[J]. 天津法学, 2022, 38(3): 41-50.