Open Journal of Legal Science 法学, 2024, 12(8), 4960-4966
Published Online August 2024 in Hans. https://www.hanspub.org/journal/ojls
https://doi.org/10.12677/ojls.2024.128706

Hans汉斯

国际投资仲裁改革背景下中国的应对措施

姚　露

青海师范大学法学与社会学学院，青海 西宁

收稿日期：2024年6月17日；录用日期：2024年7月10日；发布日期：2024年8月12日

摘　要

如何在国际投资条约及其仲裁中做好投资者和东道国的利益平衡在国际经济领域是一大重点问题。大力推行“一带一路”、兼顾资本输出与输入的中国现在已成为了双向投资大国，更加需要兼顾海外涉华投资者的利益保护与国内公共政策目标的实现，统筹国际和国内的法治建设。一方面，中国需要落实在2019年向UNCITRAL提出的完善投资仲裁机制 + 建立以条约为基础的多边常设上诉机制这一特色方案，通过对投资条约中的公平公正待遇等重要条款的文本规定做出改进的方式限制仲裁庭自由裁量权的无限扩张，并且积极推进投资仲裁上诉机制的建立。另一方面，中国需要对国内的行政法、外商投资法等投资相关的法律作出修整，以切实维护涉华投资利益。

关键词

ISDS机制，投资者－东道国利益平衡，上诉机制，协定文本改革

China’s Countermeasures in the Context of International Investment Arbitration Reform

Lu Yao

School of Law and Sociology, Qinghai Normal University, Xining Qinghai

Received: Jun. 17th, 2024; accepted: Jul. 10th, 2024; published: Aug. 12th, 2024

Abstract

How to balance the interests of investors and host countries in the international investment treaty and its arbitration is a major issue in the international economic field. China, which vigorously promotes the “Belt and Road Initiative” and takes into account both the export and import of capital now, has become a major two-way investor. It needs to protect the interests of overseas

文章引用: 姚露. 国际投资仲裁改革背景下中国的应对措施[J]. 法学, 2024, 12(8): 4960-4966.
DOI: 10.12677/ojls.2024.128706

China-related investors and realize domestic public policy objectives, as well as coordinate international and domestic rule of law construction. On the one hand, China needs to implement the distinctive plan of improving the investment arbitration mechanism + establishing a treaty-based multilateral permanent appeal mechanism proposed to UNCITRAL in 2019, and limit the unlimited expansion of the arbitral tribunal's discretion by improving the text provisions of important articles in investment treaties such as fair and equitable treatment. And actively promote the establishment of investment arbitration appeal mechanism. On the other hand, China needs to revise its domestic administrative law, foreign investment law and other investment-related laws to effectively safeguard the interests of China-related investment.

Keywords

ISDS Mechanism, Balance of Investor-Host Country Interests, Appeal Mechanism, Agreement Text Reform

Copyright © 2024 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

(一) 国内研究现状

在我国，关于 ISDS 机制的研究始于 20 世纪 80 年代中后期，近年来热度与日俱增。我国早期国内学者的研究多是概括性的，注重对 ISDS 机制全面性认知。姚梅镇主编的《国际投资法》单独在“国际投资争议的处理”专章中对此机制作了介绍[1]，余劲松的《国际投资法》[2]也包含了对 ISDS 机制的研究。到了 21 世纪初期，我国的学者的注意力才开始逐渐转移到仲裁实践，但基本都是针对单一的具体制度或是具体协定[3]。随着阿根廷仲裁危机和 ISDS 机制合法性危机的爆发，国内学者越来越重视 ISDS 机制改革问题。具体到改革模式，学者们中多数都提出要参考欧盟提出的投资法庭。黄世席则提出如果欧盟不对投资者提起仲裁诉求的实体根据进行修改，单纯去讨论传统国际投资仲裁机制的存废是“换汤不换药”[4]。而有学者如肖军则指出在尚未达成多边投资条约的今天，单一的常设上诉机构是切实可行的减轻正当性危机的措施[5]。

(二) 国外研究现状

国外关于 ISDS 机制的研究始于 20 世纪 60 年代初期。近年来对于具体争端解决机制的研究越来越多，争论相当激烈。相比国内研究现状，国外学者关于 ISDS 机制改革进路的研究更加精细且全面的。学者 Umair Ghori 对此作了综合性研究，包括研究欧盟提议的投资法庭进路和 UNCITRAL 改革进路，他认为欧盟的投资法庭设计和当代 ISDS 机制价值取向是基本一致的，且该制度有较大的可行性[6]。而学者 Rebecca Lee Katz 则认为可以考虑以 WTO 为蓝本，逐步构建起以多边投资条约为基础的国际投资法院[7]。但必须指出的是，作为 ISDS 机制发明者的西方国家自创立后就一直享受着 ISDS 机制所带来的投资利益，所以他们的学者不能够置身发展中国家的视角思考 ISDS 机制改革，同时，他们也缺乏中国文化中独有的“和为贵”的理念，这就导致中国该如何应对 ISDS 改革成为亟待解决的问题。

2. 国际投资仲裁面临的突出问题

自 20 世纪 60 年代形成以来，ISDS 机制(投资者–东道国争端解决机制)逐渐成为了投资者与东道国

投资争端解决的主要流方式。通过在双边或者多边投资协定或者贸易协定中的投资章节中作出规定的方式，投资者可以获得 ISDS 机制所赋予的对东道国提起投资仲裁的权利。截至 2024 年 1 月 8 日，全球范围内的 ISDS 案件共计 1303 起，其中的 924 起已经办结。该机制设立的最初目的是保护在交易中出于相对弱势地位的投资者的利益，被公认为是“几乎完全是以投资者利益为中心设计出来的一套具有完全商事化属性的争端解决机制”[8]。随着国际形势的不断变化以及国际贸易往来的剧增，其中隐藏的忽视对东道国主权利益的保护、类案裁决的差异较大等弊端也逐渐显露出来。

(一) 对投资者与东道国间利益平衡的忽视

ISDS 机制因过于偏向投资者利益而忽视东道国主权和公共利益的问题一直被诟病。在 ISDS 机制的相关文本中，东道国往往会作出仲裁同意。在仲裁实践中，东道国基于维护公共利益的目的所应当享有的某些特权也常被国际仲裁庭所否定，例如东道国政府在环境保护、公共卫生方面的管制权等。作为欧盟的主要成员国，德国政府是 ISDS 机制的重要参与者，截至目前，其作为东道国被诉的案件有 5 件，其投资者向其他东道国提起的案件则多达 83 件。但尽管如此，德国政界仍然大力反对投资者－国家争端解决机制，主要原因也许在于德国因中止核电计划而被瑞典投资者诉至国际投资仲裁庭[9]。目前，因对投资者－东道国利益保护不平衡的问题愈发严重，ISDS 机制的改革已然成为了争端解决机制改革的主流思路。

(二) 类案投资仲裁裁决的不一致

除对投资者－东道国利益保护不平衡的问题外，国际仲裁庭在实践中对类案作出的差异性裁决也引发了国际社会的广泛质疑。虽然随着 ISDS 机制的逐步发展，越来越多的裁判规则因经过多次实践而成为共识，但因投资条约文本的模糊性及仲裁员自由裁量权过大等原因，不同的仲裁庭也可能会对相似条款作出不同甚至截然相反的解释，从而作出与先例不一致的判决。在对于公平公正待遇条款的解释方面，个案的判决也不尽相同。如在 Tecmed V. Mexico 案中，该案的仲裁庭将 FET 条款的要求解释为东道国应当以完全透明的方式行事，从而能够使得投资者能够预见到与其投资相关的法律法规、行政措施。[1] 而在 Waste Management V. Venezuela 案中，该案的仲裁庭则认为，存在相关行为不够透明的问题并不能直接导致东道国的利益被否定。Waste Management V. Venezuela 案仲裁庭对于 FET 条款的理解则是，只有在造成了武断、不合理或者歧视性待遇这些不合理、不公平的结果时，才应当认定东道国违反 FET 条款。[2] 类案裁决的不一致使得投资者和东道国对自身行为缺乏合法性和有效性的提前预判，也使得投资仲裁裁决处于极不稳定的状态。正如 2019 年 UNCITRAL 的第三工作组报告所指出的那样，裁决缺乏一致性、连贯性、可预测性和正确性的问题亟待解决已经成为了国际社会的共识。

(三) 其他问题

随着投资仲裁案件的日益增多，ISDS 机制中的透明度缺陷问题和撤销程序缺陷及仲裁费用过高等问题也引起了国际社会的不满。其中透明度的问题主要包括非争端当事方如何随着程序的进行获得有关信息以及在获取仲裁信息的前提之下，相关主体如何作为第三方参与到程序中来这两项[10]。撤销程序缺陷则是 ISDS 机制自初始就自带的缺陷，其带来的问题让投资者和东道国都更真切地意识到了 ISDS 机制只依赖自身的改良路径是不可行的。此外，第三方资助问题和仲裁费用过高的问题也都需要在改革中设法解决，这些问题的严重性及解决的措施设想在我国于 2019 年 7 月向 UNCITRAL 的第三工作组所提交的《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》中都有涉及，此处不再详细阐述。

3. 国际投资争端解决机制的多元改革方案

目前来看，除维持国际投资仲裁现状与排斥仲裁这两种传统方案之外，许多国家都在寻求投资争端

[1]Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 2003.
[2]Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/09/1, Award, Sep 2014.

解决的创新方案，如改进现有的仲裁机制、建立 ISDS 上诉机制(Appellate Mechanism)及设立多边常设仲裁法庭(Multilateral Investment Court)等，因各国利益诉求的不一致而呈现多元化的趋势。

(一) 改良现有投资仲裁机制

作为传统的资本输出国家，美国、日本是改良投资仲裁机制路径的主张者。这些国家坚持保留投资者提出仲裁的权利，并且坚持仲裁裁决一裁终局的效力，只是对仲裁中的某些程序问题进行改进，如限制仲裁庭对投资条约文本的解释权、增强投资仲裁程序的透明度等。此种方式有助于这些资本输出大国继续维护他们自身的利益，但无法有效纠正 ISDS 机制的弊端，更无法帮助改善诸多发展中国家作为东道国利益受损的现状。一方面，仅有投资者单方有权发起仲裁的基础规则仍然是为保护投资者利益而服务的，常常会使得东道国的司法主权受到损害；另一方面，ICSID 公约中所规定的 5 项撤销理由都是程序性规则，并不涉及实体，故而无法成为实体性公正的保障，这也是目前 ISDS 机制过于商业化的突出问题。

(二) ISDS 上诉机制的构建

当争端解决出现利益保护不平衡等问题时，上诉机制的构建往往是最早被提出的方案，在国际投资仲裁领域也不例外。上诉机制的建立还有助于解决目前 ISDS 机制撤销程序缺陷的问题。目前为止，此种机制的具体构建路径主要有两种：一是在原有投资仲裁基础上增加上诉机制，需要通过投资条约的谈判磋商建立起来；二是建立独立于现有 ISDS 机制的双层投资法庭机制，包括常设法庭和上诉法庭在内。在双边或多边的投资协定中加入有关建立上诉机制的条款或许是可行之路，在实践中也有一些双边投资协定中规定了对上诉机制的构建进行磋商谈判的条款，开始了上诉机制构建的尝试。如果缔约方在经过充分谈判的基础上达成构建上诉机构的共识，那么未来上诉机制的执行力也就有了基础程度的保障。在 UNCITRAL 第三工作组收集的意见中，也有一些国家提出了可以构建独立上诉体系从而对当前国际仲裁体制进行补充的方案。而欧盟则倾向于将上诉机制纳入到其致力于构建的多边常设仲裁法庭(MIC)中从而建立其常设投资法庭和上诉法庭的双重诉讼机制。除以上两种主要方案外，对于上诉机制的构建还存在以个案为基础特设临时上诉机构以及以 ICSID 公约为基础设立专项上诉机构等不同思路，但还只停留在理论设想层面，可施行度不高。

(三) 设立常设投资法庭

一份法院判决或者仲裁裁决，都需要有相应的司法监督机制以便在裁决出现错漏时予以纠正。而 ISDS 机制却并没有配套的纠错机制。欧盟主张建立常设投资法庭机制，要求由缔约国来直接指定上诉法庭成员，不再由当事人在个案中临时选任。上诉法庭的组成一般包括三名审判人员，由他们组成审判小组共同审理，且三名小组成员必须分别来自三个不同的国家。另外，一般来说，法庭小组的主席应当是第三国国民。在设立常设投资法庭机制中，对于一审法庭作出的裁决，当事人有权进行审查。而上诉的法定事由则不仅包括程序性事项，还包括事实认定与法律适用的问题。学界公认的建立常设投资法庭机制的好处主要有三点：第一，可以更好地平衡投资者和东道国的利益保护需要。在常设投资法庭机制中，当事人要想提出诉求，必须经过强制性的谈判磋商从而确定争议事项，不再是只有投资者有权提出争端解决的诉求；第二，可以提高裁决的稳定性。在审理成员的构成上相较于 ISDS 机制更加稳定，可以在一定程度上避免仲裁员临时、任意选任可能存在的风险；第三，可以增强裁决的一致性。稳定的审理机制和人员组成会大大限制裁决作出过程中自由裁量权的任意扩张，也会使类案裁决更加具有一致性和可预期性。此机制完全“去商事化”的做法是否具有可行性和必要性尚未可知，这也关系到此机制能否得到投资者的认可从而被选择。

(四) ICSID 新规则改革

ICSID 于 2016 年 10 月启动了第四轮改革，也被学界认为是历史上最全面的法律修订工程。改革最终达成的新规则已于 2022 年 7 月 1 日生效，具体内容包括全面提高程序效率、降低仲裁费用及进一步提

高仲裁程序透明度等六项。扩大透明度是本次 ICSID 机制改革的重点方向，新规则在第 10 章以专章对透明度问题的解决做出了具体规定。新规则采取了“当事人同意被视为已作出”的假定，第 62 条规定了 ICSID 应当公布每项裁决、对裁决的补充决定、裁决的更正、裁决的解释、裁决的修订及其撤销的决定，除非有当事方在发出这些文件后的 60 天内对前述文件提出了异议。此外，在当事方反对公布时，ICSID 应在与当事方协商后发表这些文件的摘录。新规则还在第 66 条专门定义了保密和受保护的信息，以便为当事方和仲裁员提供信息保密或保护方面的指导。但是本次改革中对透明度的提升并未涉及对东道国公共政策的公开要求以及对投资者义务的进一步明确，改革并不深刻。由此可见，此次改革的确有助于缓解 ISDS 机制的合法性危机，保持 ICSID 在投资争端解决领域的核心地位，但改革主要限于程序性事项，在解决 ISDS 机制系统性不足方面的作用相对有限[11]。

4. “一带一路”背景下中国的应对措施

自发起倡议至今，中国推行的“一带一路”的建设已持续了十一年，已同 151 个国家、32 个国际组织签署了两百多份合作协议。从 2000 年开始，中国迅速成为外国直接投资的主要出口国，其外国直接投资出口保持着稳步增长；此外，中国的对外投资有很大一部分流向了政治不稳定的国家，包括拉丁美洲、非洲和中东[12]。随着海外涉华投资者利益保护需求的与日俱增，中国迫切需要在 ISDS 机制改革的浪潮中找到合适的应对措施，以兼顾作为投资者与东道国的利益保护。

(一) 改进初审仲裁和推进上诉机制的建立

中国在 2019 年 7 月提交了《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》给 UNCITRAL 的第三工作组。这一文件的核心要义可以概括为：在继续现有投资仲裁机制的基础上，通过订立条约的方式建立起多边常设上诉机制。这份文件代表了我国官方的改革方案。在此份文件中，我们首先对总体上维护投资者与国家间投资争端解决机制这一立场做了明确主张。我们认为，可以通过对现有 ISDS 机制的自身建设进行改进来解决其运行中所出现的问题，具体建议主要涉及基于双边或多边投资条约设立常设上诉机制、维持当事方指定仲裁员的权利、修改仲裁员选任规则及增加仲裁前磋商程序等。中国支持通过双边或者多边国际投资协定的文本改革对上诉机制进行规范，因为这样更有利于限制仲裁员的自由裁量权，能帮助统一裁判标准，增强投资者和东道国对投资相关事宜的可预期性，还能降低成本费用，对广大的发展中国家来说更为友好。在此方案中，中国也主张保留投资者和东道国选任仲裁员的权利，因为国际投资争端可能会涉及多种专业，一般来说，除必须具备较高的法律素养外，仲裁员通常需要具有复合背景，要对国际贸易中的前沿领域如基建、生物资源、金属资源和环境保护等有一定的了解。毫无疑问，就目前来看，这些措施对于解决投资争端都是有意义的，但正如前文所言，措施大多限于程序性事项，作用相对有限且实践难度较大，仍有待在实行中逐步改进。

(二) 改革国际协定中投资仲裁相关文本

目前，除少数国家主张废弃 ISDS 机制外，绝大多数国家都在尝试完善改进仲裁机制本身，其中最基础也是最重要的措施就是改革国际协定中投资仲裁相关文本。作为国际社会重要贸易协定的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(下文简称 CPTPP)已于 2019 年初生效，中国已经向其提交了加入的申请。除 CPTPP 外，与我国相关的重要协定还包括《中欧全面投资协定》(下文简称《中欧 CAI》)。虽然目前美国已经退出了 CPTPP，但考虑到该条约是美国所主导磋商，此后美国很可能会延续在 CPTPP 中的立场。而《中欧 CAI》则是世界上最大的发展中国家和最大的发达经济体之间磋商谈判所达成的结果。故而可以认为这两份投资协定文本代表了中国、欧盟和美国这三大世界经济体对于国际投资协定文本改革的立场。中国也应当从此二份文本中汲取经验。

中国首先应当对投资协定中的实体待遇条款作出明确规定。CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》为实现

投资者与东道国利益平衡都对实体待遇条款作出了澄清，具体包括公平公正待遇、最惠国待遇和国民待遇这三个方面。公平与公正待遇通常被认为是国际投资协定中的“帝王条款”，因其含义的抽象性给予了仲裁员极大的解释空间，在实践中也引起了诸多争议。通过运用习惯国际法上的最低待遇标准，CPTPP对公平与公正待遇标准的解释做了明确的限制，还将其内涵做了细化，规定了公平与公正待遇要包括按照世界主要法律体系中的正当程序原则行事及不得在刑事、民事、行政司法程序中拒绝司法这两项内容在内。同时，CPTPP 文本中第九条还明确规定了如果只是一个缔约方采取或未采取可能不合投资者期待的行动，即使所涉投资因此而遭受损失，也并不会构成对本条约的违反，从而使得其适用有了更好的可预见性。国民待遇条款也是国际投资仲裁的核心争议条款，但国际投资协定对其规定往往十分简单，即规定东道国有义务对外国投资者及外国投资给予不低于在类似情形下给予本国投资者以及本国投资的待遇。该条款中的“类似情形”和“不低于”等关键词较为模糊且仲裁庭对这些核心概念的解释并不一致，也在实践中引起过不少分歧。CPTPP 的回应是以附注的形式对国民待遇条款做具体解释：附注第 2 条规定了如果需要适用条约中的国民待遇条款来解决争端的话时，投资者应当承担证明外国投资和本国投资处于“类似情形”的举证责任，并强调了在个案投资仲裁的实践中认定“类似情形”应当具体分析，还指出了具体的考量因素主要有经济领域的竞争性、法律和调控环境以及合法的公共利益目标这三项。中国在拟定类似文本的同时，也可借鉴此种附注的形式对条约文本的解释进行限制从而增强文本的明确性和可预见性。

(三) 统筹国际国内投资领域的法治建设

除了需要从改进国际投资协定文本方面着手之外，中国还需要筑牢协定条款的国内法基础。《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 42 条规定了在仲裁庭对国际投资协定做出解释时，东道国的国内法可以作为重要的参考依据。而在仲裁庭在仲裁实践中需要对公平与公正待遇、征收和救济等条款作出解释时，也常常会运用到东道国国内法。因此，要想限制仲裁庭的自由裁量权和使得仲裁庭能更准确地适用国际投资协定，我们也需要完善国内法中投资文本的规定。在投资与环境保护等问题方面，《中欧 CAI》将东道国的规制权进行了较多扩展，也需要用到完善国内立法规定去解决问题。例如投资与环境一节的第 2 条要求中国在环境立法中明确环境保护的水平以及与外商投资的关系，并以非歧视的方式善意适用和执行国内环境法。除此之外，中国也在积极措施提高透明度建设，这也是《中欧 CAI》对完善国内立法提出的一项重要要求。这也符合中国的外商投资法要求在对外开放中提高投资监管透明度的精神。不过，需要注意的是，对比来看，我国外商投资法及其实施条例对于透明度地规定是更加原则性的，例如第 19 条规定了各级人民政府及相关部门应依据便利、高效、透明的原则来提供外商投资服务。在未来的法治建设中，我国仍需要结合国际投资协定的文本对行业标准制定、政府信息公开、竞争执法、司法救济、行政救济等领域的国内立法、司法和执法工作作出改进。一方面，我们可先在自贸区对部分高水平的国际投资协定展开试点，也可制定示范性的协定文本作为此后投资法律制定的参考，以便在实践中将前述改革逐步落实，寻求更优化的改革措施。

5. 结语

自我国大力推行“一带一路”以来，中国已然具有了资本输入与输出大国的双重身份，迫切找到合理措施来兼顾海外涉华投资者的利益保护与国内公共政策目标的实现。中国在 2019 年向 UNCITRAL 提出的完善投资仲裁机制 + 建立以条约为基础的多边常设上诉机制这一特色方案需要得到真切落实。具体而言，可以尝试通过改进投资条约文本中公平公正待遇、最惠国待遇等重要条款规定的方式限制仲裁庭自由裁量权的无限扩张，并学习欧盟的做法推进投资法庭上诉机制的建立。此外，为统筹国际国内法治建设，中国需要对国内的行政法、外商投资法等投资相关的法律作出修改，以切实实现国际投资中中国

和涉华投资者的利益保护，更好地参与到国际贸易中去。

参考文献

[1] 姚梅镇. 国际投资法[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1985.

[2] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2003.

[3] 叶兴平. 《北美自由贸易协定》投资争端解决机制剖析[J]. 法商研究, 2002(5): 129-135.

[4] 黄世席. 欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应[J]. 法商研究, 2016, 33(4): 162-172.

[5] 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.

[6] Ghori, U. (2018) Investment Court System or Regional Dispute Settlement: The Uncertain Future of Investor-State Dispute Settlement, *Bond Law Review*, **30**, 83-118.

[7] Katz, R. (2016) Modeling an International Investment Court after the World Trade Organization Dispute Settlement Body. *Harvard Negotiation Law Review*, **22**, 163-188.

[8] 桑远棵. 《中欧全面投资协定》ISDS 机制: 欧盟方案与中国选择[J]. 国际贸易, 2023(5): 66-73.

[9] 黄世席. 欧盟投资协定中的投资者-国家争端解决机制——兼论中欧双边投资协定中的相关问题[J]. 环球法律评论, 2015, 37(5): 149-160.

[10] 刘晓红, 袁小珺. 国际投资仲裁第三方参与问题研究[J]. 上海对外经贸大学学报, 2017, 24(3): 17-29.

[11] 漆彤. 投资争端解决机制现代化改革的重要里程碑——评 2022 年 ICSID 新规则[J]. 国际经济评论, 2023(3): 51-67+6.

[12] 黄世席, 罗维昱. 中国双边投资条约现代化转型的法律分析[J]. 山西大学学报(哲学社会科学版), 2023, 46(2): 141-151.