

国际投资协定透明度要求变化及其启示 ——以美国实践为考察对象

马 乐

摘 要：以美国BIT为代表的国际投资协定在透明度条款以及其他条款涉及透明度的规定中通过加强公众参与程度显著提升了透明度要求。这一变化是投资仲裁实践、国内贸易立法以及市民社会诉求合力作用的结果。透明度要求的提高一方面凸显了专业性社会组织对国际投资立法与实践的影响，另一方面则反映了美国借此维护本国利益的实质。对此，中国在对外投资协定的签署与实践需要审慎对待透明度要求，同时加强本国专业性社会组织的培育和发展。

关键词：BIT；FTA；透明度要求；公众参与

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2015）01-0059-08

2012年4月，经过3年的研究和讨论之后，美国贸易谈判代表办公室正式发布了美国2012年双边投资协定（BIT）范本（以下简称2012BIT范本），取代之前的2004BIT范本，以此作为美国对外进行投资协定谈判的基础。此次范本修订的最大变化是透明度要求的提高。回溯美国过去30年在双边以及区域贸易与投资协定方面的发展，透明度要求的不断提高呈现出一种规律性的发展曲线。一方面，美国通过自由贸易协定（以下简称FTA）与BIT的实践将透明度要求植入投资协定的谈判、执行及争端解决环节；另一方面，这种实践中的有意为之通过FTA模式或BIT范本确立下来，成为美国投资协定的特点。在这背后，公共利益诉求的增加、非政府组织（NGOs）作用的凸显以及在投资者与东道国利益平衡中对后者的倾斜进一步加剧了国际投资法制发展的不确定性。

一、国际投资协定透明度要求的提高

国际投资协定透明度要求主要指透明度条款中的具体要求以及其他条款中涉及透明度的要求。在美式BIT中，透明度要求的提高体现在透明度条款、金融服务条款、投资与环境条款、投资与劳工条款等实体条款以及争端解决条款中，其核心内容是加强公众参与程度。

（一）实体条款中透明度要求的提高

2004年之前，美国签订的BIT在争端解决条款中没有透明度要求，实体条款仅有简单涉及。例如，《美国—喀麦隆双边投资协定》、《美国—阿根廷双边投资协定》等都只有一个条款涉及透明度要求。相比而言，美国同期对外签订的FTA对透

明度要求做了更详尽的规定。例如,《美国—越南自由贸易协定》、《美国—新加坡自由贸易协定》等都设专章对缔约方提出若干项透明度要求。

2004年之后,美国BIT透明度要求开始借鉴FTA做法。2004BIT范本设定了专门的透明度条款,对缔约方的透明度要求做出详尽规定,并且在金融服务条款中特别设定了透明度要求。这种设计实际借鉴了FTA。从20世纪80年代对透明度的简单要求,到20世纪90年代中期《北美自由贸易协定》(以下简称NAFTA)设定的较为完整的透明度要求,及至21世纪初透明度规定的日臻完善,FTA的透明度要求发展轨迹为美国BIT提供了模板。美国将其FTA中透明度规定的经验移植到了BIT中,细化并提升了BIT中的透明度要求,并被后来的2004BIT范本采用。在此之后,美国签订的BIT中都采用了这种模式。例如,《美国—乌拉圭双边投资协定》,《美国—卢旺达双边投资协定》在透明度条款与金融服务条款中的透明度要求都照搬了美国2004BIT范本。

2012BIT范本最大的变化是透明度要求的提高,主要体现在透明度条款、投资与环境条款、投资与劳工条款、金融服务条款中。在透明度条款中,通过使用“应当”(shall/should)等更为严苛的表述,2012BIT范本强化了缔约方对于国内涉及本投资协定规定的披露义务,明确了公众参与“标准制定”(Standards-Setting)的权利。在投资与环境条款、投资与劳工条款中,2012BIT范本增加了“公众参与”(Public Participation)的规定。在金融服务条款中,2012BIT范本进一步明确了缔约方的透明度义务。其中,金融服务条款透明度要求借鉴了《美国—澳大利亚自由贸易协定》的规定。公众参与条款也或多或少借鉴了同期或之前的FTA。

(二) 争端解决条款中透明度要求的提高

滥觞于20世纪80年代的美国第一代BIT中,投资争端解决的条款中没有任何关于透明度的规定。同一时期的FTA有关投资的规定中也未见透明度条款。从当时适用于国际投资争端的《解决一国国民与他国间投资争端公约》、《投资争端解决国际中心附加便利规则》以及《联合国贸易法委员会仲裁规则》来看,美国在其初期的投资协定中对投资争端解决的透明度要求很低,裁决的公布与程序的公开受到严格限制。尽管NAFTA第1137条的附件规定,美国与加拿大同意,只要其或其国民是争端一方,可以公布仲裁裁决,但是,总体而言,NAFTA对于争端解决的透明度要求较上述公约并未发生明显变化。此后的BIT与FTA对透明度的要求仍然与NAFTA之前保持一致。

直到2003年,《美国—新加坡自由贸易协定》首次将专门的透明度条款写入投资争端解决的规定中,要求:除受保护信息外,仲裁程序中的各种信息及书面材料都应当传送给第三方或让公众知悉,并且向公众开放听证程序;仲裁庭有权接受和考虑“法庭之友”意见。随后的《美国—智利自由贸易协定》做出类似的规定。2003年10月,NAFTA自由贸易委员会通过解释性声明明确仲裁庭可以依据自己的判

断选择接受来自非争议当事方的第三方提交的书面意见。

2004年,美国在新公布的2004BIT范本中专设了“仲裁程序的透明度”条款,内容与《美国—新加坡自由贸易协定》的规定几无二致。所不同的是,2004BIT范本对法庭之友条款的表述更为简明直接,取消了法庭之友“境内外”与“是否有利害关系”的限制,从文义上扩大了法庭之友的范围。此后的《美国—乌拉圭双边投资协定》及《美国—卢旺达双边投资协定》都照搬了2004BIT范本关于仲裁程序透明度的规定。美国2012BIT范本沿用了这一条款,并且未作出任何改动。

二、国际投资协定透明度要求提高的原因

上述透明度要求的变化是各种复杂因素共同作用的结果。其中,国际投资仲裁实践的影响、美国国内贸易立法的推动以及市民社会诉求的促进是主要原因。

(一) 投资仲裁的影响

综观美国对外签订的BIT,绝大多数缔约对方是发展中国家。这种格局由美国作为投资输出国的地位决定。相对而言,发展中国家赴美投资的情况远不及美国赴海外投资普遍。而且,由于经济实力、诉讼经验等方面的差异,在投资争端中,美国往往是原告,鲜有作为被告的案例。NAFTA是美国首次与同为投资输出大国的加拿大签订包括投资在内的贸易协定。之后发生的一系列案件对透明度问题产生不同程度的影响。1996年的“Ethyl”案激起了非政府组织对当时美国、加拿大及其他发达国家正在谈判的多边投资协定(Multilateral Agreement of Investment,简称MAI)的强烈反对。1997年的“Metalclad”案仲裁裁决中,仲裁庭明确指出墨西哥的政府行为缺乏透明度。尽管美方胜诉,该案仲裁庭对征收与公平待遇条款的扩大解释在美国引发广泛争议,因为争议问题来源于对环境与健康等公共利益的保护。^①在此之后的1998年至2000年之间,美国四度遭到加拿大籍投资者的起诉。^②这一系列案件被认为都与美国的公共利益有关,遭到广泛的批评,包括:外国投资者被赋予了优于美国公司或公民的权利,公共利益政策受到NAFTA挑战,NAFTA环境保护规定毫无意义等。^③

对此,提高仲裁程序的透明度、提升公众参与程度的呼声日渐高涨。缺乏公众参与甚至被认为使得涉及公共利益的仲裁裁决效力受到限制。^④这种公众诉求最先在“Methanex”案中得到回应。2000年8月至9月,先后有加拿大的“国际可持续发展协会”、美国的“为了更好环境协会”、“地球岛屿协会”等非政府组织申请以法庭

^① Cross, Karen Halverson. Converging Trends in Investment Treaty Practice[J]. N.C.J. Int'l L. & Com. Reg., 2012-2013: 167-177.

^② 包括“Mondev”案、“Lowen”案、“ADF Group”案与“Methanex”案。

^③ Public Citizen. NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy[EB/OL]. <http://www.citizen.org/publications/publicationredirect.cfm?ID=7076>. [2011-09-01] (2013-07-20).

^④ Choudhury, Barnali. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?[J]. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2008: 810-816.

之友身份参加仲裁并提交意见。2001年1月,仲裁庭对此作出裁决,认定其有权接受上述组织提交的法庭之友书面意见。这是第一个允许法庭之友参加的“投资者—国家”仲裁,它开创了国际投资仲裁从秘密程序向更为透明、可参与程序转变的先河。^①在随后的“UPS”案中,加拿大“邮政工人联盟”和“加拿大人联合会”向仲裁庭申请作为当事方或作为法庭之友加入仲裁程序,并要求获取所有的申请书、答辩书、证人证词以及专家意见。仲裁庭最终认定,根据《UNCITRAL仲裁规则》,在确保争端当事方在仲裁过程中得到平等对待并得以充分陈述的前提下,仲裁庭有权在其认为适当的时候接受法庭之友意见。除了允许法庭之友参加的案件,2002年的“Canfor”案通过仲裁庭的允许以及争端双方的一致同意实现了仲裁听证会的公开。

也正是由于这些仲裁实践的影响,NAFTA自由贸易委员会分别在2001年、2003年及2004年作出声明,对不会妨碍仲裁庭采纳第三方的书面意见以及对美、加、墨三方支持仲裁听证会公开表示欢迎。这些仲裁实践直接影响了美国对国际投资仲裁透明度的态度,促使其在投资协定中通过公开仲裁程序、允许法庭之友参与并提交书面意见等方式提升了透明度要求。

(二) 国内立法的推动

美国国内立法对信息公开、公众参与等原则的确认是透明度要求被不断提高的重要推动因素。1966年的《信息自由法》明确了政府信息公开与发布的基本要求。1975年的《信息自由法修正案》使援引该法向联邦政府部门申请信息公开的人数大幅增加。1976年的《阳光政府法》规定除了10种涉及国家安全和公民隐私的会议之外,合议制机关的会议应该公开。^②对投资协定透明度要求影响最直接的是贸易法案。2002年,为了促使布什总统推进新FTA谈判,国会颁布了《两党贸易促进授权法案》(Bipartisan Trade Promotion Authority Act,简称TPA)。由于被认为对投资保护过多,该法案在送交国会讨论时受到美国“公共市民”、“地球之友”等非政府组织的强烈抗议,并在之后做出加强公众参与及投资仲裁透明度等诸多方面的平衡。^③

该法案在第2102节“贸易谈判目标”的规定中将透明度要求作为一项重要内容,其要求:对各有关国际贸易组织贸易议题或活动的信息提高更及时的公众参与程度;通过提高对与包括争端解决与投资在内有关的适当的会议、程序、意见的公众参与程度;提高WTO与其他国际贸易论坛的开放性;对成员向WTO提交的各类通知和支撑文件增加更及时的公众参与。2004BIT范本与2012BIT范本对公众参与程度

① Mann, Howard. The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles[EB/OL]. http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf. [2005-08-15] (2013-07-25).

② 涂子沛. 大数据[M]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2012.

③ Cross, Karen Halverson. Converging Trends in Investment Treaty Practice[J]. N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 2012-2013: 177-186.

的加强与此不无关系。

此外，法案特别强调了投资争端解决的透明度。TPA首先提出完善投资者与政府间争端解决机制的措施，包括：减少轻率的起诉（frivolous claims）或者制止提交轻率的起诉；有效地选择仲裁员和快速处理起诉；在政府立场的形成中提高公众参与机会；建立上诉机构或类似机制以保证对贸易协定中的投资条款解释的一致性。接着，TPA提出了在保护保密信息或商业秘密的必要限度内最大程度保证争端解决机制透明度的措施，包括：确保所有对争端解决的请求适当地公之于众；所有程序、意见、调查结果适当地公之于众，所有听证向公众公开；建立一个接受来自于企业、工会以及非政府组织法庭之友意见的机制。这些措施在之后的《美国—智利自由贸易协定》，《美国—新加坡自由贸易协定》中均得以体现。最终，美国2004BIT范本将其固定下来并沿用至今。这也能够解释为什么在2002年以后，在美国的FTA以及之后的BIT中，包括仲裁程序中的书面材料向公众公开、仲裁听证向公众公开、接受法庭之友意见等3项内容成为投资仲裁透明度要求的基本条款。

（三）市民社会的诉求

纵观国际投资协定透明度要求的演变历程，公众参与程度的提高是其中最重要的表现形式，而促使这一变化的最初动力来自市民社会的诉求。从历史上看，在每次新的BIT范本正式公布之前，美国国际经济政策咨询委员会都会应美国国务院及国际贸易代表办公室要求向其呈递一份“咨询意见报告”。这份报告由专门负责对外投资事务的附属委员会完成，整合了包括投资专家、商界、学术界、法律实务人士、劳工及环保等非政府组织代表的多方观点，形成对新范本草稿的意见与建议。这些观点大致可以区分为两类：商界主张的加强投资者利益保护与劳工、环境、发展等非政府组织强调的公共利益保护。双方观点可能不同甚至相左，但是，也可能达成一致。例如，在针对2004BIT范本草稿的咨询意见报告中，埃克森美孚、通用电气等商界代表与国家野生动物联盟、山峦协会、地球之友等非政府组织代表对草稿中的透明度条款以及投资仲裁中的透明度条款一致支持，这使得最终公布的2004BIT范本确定了高水平的透明度要求。^①

如果说2004BIT范本草稿的咨询意见报告还不足以说明市民社会对提高透明度要求的积极作用，那么，2012BIT范本草稿的咨询意见报告则印证了市民社会关于提高透明度要求的建议被范本所采纳的事实。在该报告中，针对第11条透明度条款，相关方代表认为草稿第11条第4款类似“任何可能的地方”及“当时间、程序的性质以及公共利益允许时”的表述可能被滥用。在最终公布的范本中，这两处被删除。这进一步明确了政府的透明度义务。此外，各方代表均同意建议政府采纳《美国—

^① Report of the Subcommittee on Investment Regarding the Draft Model Bilateral Investment Treaty[EB/OL]. http://www.ciel.org/Publications/BIT_Subcmte_Jan3004.pdf. [2004-01-30]（2013-07-28）.

韩国自由贸易协定》的做法，在透明度条款中增加“标准制定”程序，即允许企业与非政府组织参与到标准、技术规范以及履约评价程序的制定。这一建议最终被采纳，成为2012BIT范本增加内容最多的一个部分，实质性提高了透明度要求。在投资与环境、投资与劳工条款中，一些代表建议创设一个双边的环境委员会和劳工委员会，形成包含政府官员、环境（劳工）组织、企业代表的三方结构，以便更好地提供有关环境（劳工）问题的建议。实际上，这仍然可以看作市民社会对环境与劳工议题增加公众参与的诉求。尽管最终公布的范本并未采纳关于设立委员会的建议，但在“投资与环境”、“投资与劳工”条款最后增加了公众参与的规定，这实质上也是对透明度要求的提高。

三、国际投资协定透明度要求提高的启示

国际投资协定透明度要求的提高以不断扩大的公众参与程度为主要表现形式。尤其在涉及环境、健康等公共利益的投资领域内，公众参与不仅是一种需要，并且通过不断完善的立法成为一种必要。

（一）专业性组织的影响力持续增加

在国际投资法领域，公众参与的形式包括非正式公众参与和正式公众参与。前者主要以召开学术会议、论坛等方式间接参与到国际投资立法与司法的实践过程中；后者则通过提交意见、参与程序等方式直接参与政府决策以及争端解决。^①1990年以来，在世界银行、国际货币基金组织、世界贸易组织等重要的国际组织中，以正式方式参与到决策以及争端解决的公众参与呼声日益高涨。例如，1998年的“海龟海虾案”中，WTO争端解决机构首次接受来自非政府组织的法庭之友意见，这对于专家组在之后的案件中接受法庭之友意见提供了重要参照。

在投资争端解决方面，作为国际投资仲裁接受法庭之友意见的第一案，“Methanex”案的最终裁决支持了主张公共利益的东道国，这与几个环保组织的意见不无关系。此后，仲裁庭在处理涉及公共利益的案件时接受乃至采纳相关领域非政府组织的法庭之友意见逐渐成为一种惯例。这些非政府组织多为专业性很强的机构，具有较长的发展历史和完善的组织架构。随着其参与国际投资仲裁的通道越来越顺畅，对仲裁裁决的影响也将越来越明显。在政府决策层面，美国历次BIT范本的修改无不汇聚了公益组织、行业协会、学术或实务团体等专业组织提供的意见与建议。可以预见，在美国2012BIT范本的基础上，专业性组织将对美国BIT的签署及实践产生更大影响。

（二）透明度要求提高符合美国的利益

在国际投资协定中，公众参与程度的提高被认为既是民主价值的体现，也是对

^① Carmody, Chi. Beyond The Proposals: Public Participation in International Economic Law[J]. Am. U. Int'l L. Rev., 1999~2000, 15: 1321~1327.

法治要求的满足。在评价2004BIT范本时,有美国学者认为创设新的透明度义务强化了国际投资体制的规范。^①透明度要求的提升似乎是放之四海而皆准的真理,又符合整个国际社会的普世价值。然而,在实力不均衡、利益有冲突的国际投资协定领域,参与其中的公众是谁的公众?保护的公共利益是谁的公共利益?这些问题稍加追问,结论似乎有所不同。

从投资仲裁实践来看,发达国家显然是最大的受益者。美国自称在国际投资仲裁中从未失败过。这既包括其作为被申请人维护本国国内公共利益的案件,也包括其投资者在海外被诉侵害东道国公共利益的案件。这样的骄人战绩除了高超的诉讼技巧以及丰富的诉讼经验之外,美国国内的专业性组织起到了积极作用。可见,所谓对公共利益的维护更精确来说是对美国等发达国家公共利益的维护,本质上是对其国家利益的维护。因此,透明度要求提高更符合美国的利益,这也是其通过FTA与BIT不断强化透明度的根本原因。

(三) 对中国的启示

中国是目前世界上对外签订BIT数量最多的国家,除了与为数众多的发展中国家订立投资协定,中国也开始积极与美国等发达国家进行投资协定谈判。对于不断提高的透明度要求,中国应作何应对?

首先,既然看到由美国所主导的透明度要求提高更符合美国的利益,中国在谈判策略上应将其作为一个可交换的筹码。对于美国2012BIT范本在环境、劳工条款中增加的公众参与内容,一些中外学者认为并不紧要,只属于小修小补,远不及国民待遇等核心条款重要。^②然而,如果从公众参与对美国利益的影响上看,这样的条款在谈判桌上不应当被轻易应允。对中美双方而言,透明度要求固然都重要,但是在各自考量范围内的权重有所差别。中国应当将对该条款的同意作为换取美国在其他方面让步的筹码。

其次,随着与发达国家投资协定的签订与实施,投资争端不可避免。这与中国加入WTO后所面临的争端境遇相似。在国际投资领域,中国既是主要的投资引进国,也逐渐成为投资输出国。作为投资大国,在投资仲裁方面还缺乏经验,需要向美国等国际投资仲裁庭的“常客”学习。尤其在以东道国身份维护本国的公共利益时,中国应当积极开辟公众参与渠道,使更多有利于自身的意见呈递给仲裁庭。这就需要中国重视引导和培育本国行业协会、非政府组织等机构的专业性,使其能够通过参与真正拿出影响仲裁裁决的专业意见。

^① Vandevelde, Kenneth J.. A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interest [J]. in Sauvant, Karl P. (ed.). Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009 [M]. Oxford University Press, 2009: 301-308.

^② 崔凡.美国2012年双边投资协定范本与中美双边投资协定谈判[J].国际贸易问题,2013,(2): 124; 曾莉.美国2012BIT范本评析[J].云南大学学报法学版,2013,(1): 163; Scissors, Derek. The New Model BIT: Necessary but Not Sufficient[EB/OL]. <http://www.heritage.org/research/reports/>. [2012-04-10] (2013-01-20); Anderson, Sarah et al. The New U.S. Model Bilateral Investment Treaty: A Public Interest Critique[EB/OL]. <http://www.ips-dc.org/reports/>. [2012-12-15] (2013-01-20); Di Rosa, Paolo. The New 2012 U.S. Model BIT: Staying the Course[EB/OL]. <http://klwuarbitrationblog.com/blog/>. [2012-06-01] (2013-01-20).

四、结 论

尽管国际投资法目前仍然呈现碎片化状态,美国作为投资大国却在积极推进其双边以及区域投资协定计划。美国通过FTA与BIT逐渐确立一些符合自身利益的投资规则,然后再借助TPP、TPIP等区域协定将这些标准推广到更大的范围。国际投资法的未来发展不易确定,但是“美国实践”在这一趋势中的巨大影响是确定无疑的。同WTO的知识产权协定诞生的轨迹一样,美国投资协定计划的目标是通过双边、区域及多边协定将符合其利益诉求的美式规则国际化。投资协定透明度要求的不断提高是其中的一个部分。由于不断提高的透明度总是容易暗合于民主、人权、法治等价值,因此其更容易被接受与推广。在看到一個更透明的投资协定对国际投资法具有积极意义的同时,我们也应当洞察到所谓公众参与更多来自于专业性组织的参与,所谓公共利益在戴上国别眼镜时更多指向国家利益。国际关系理论中的理想主义与现实主义在国际投资法领域中同样适用。这并非出于国家主义的狭隘,而是在清醒审视的同时看到自身的不足。在高要求的透明度对美国的权重更大的情况下,将其作为筹码换取其他方面的让步要比轻易的应允更明智。投资仲裁的透明度规则可以为双方所用,是否能从中获益却存在技能高低之分。在涉及公共利益的争端中,专业性组织的意见显然更容易对仲裁裁决造成影响。中国应当重视引导和培育行业协会、非政府组织等机构的专业性。

作者信息: 马乐,华东政法大学国际法学院讲师,博士后研究人员,中国自由贸易区法律研究院研究人员,研究方向:国际经济法。

基金项目: 华东政法大学科学研究项目“美国双边投资协定范本变化与中国对策研究”(项目编号:13HZK005);上海市教委科研创新项目“促进文化贸易与保护传统知识的协调法律机制研究”(项目编号:13YS091);上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学(项目编号:J51103);“上海高校青年教师培养资助计划”资助。

On Changes of Transparency Requirements in International Investment Treaties and Its Inspirations: A Legal Examination of U.S. Practice

MA Le

Abstract: By means of strengthening public participation, the international investment treaty represented by US BIT obviously lifts the level of transparency requirements. This change results from investment arbitration practice, national trade legislation as well as claims of civil society. The stricter transparency requirements not only reflect the impact of specialized social organizations on legislation and enforcement of international investment but also the nature that US protects state interest by this. China needs to treat transparency requirements prudently for signing and enforcing investment treaties with other countries, as well as reinforcing cultivation and development of national specialized social organizations.

Key words: BIT; FTA; transparency requirements; public participation

(责任编辑:金孝柏)