

投资者与东道国争端解决机制的新发展及其启示

叶波 梁咏

摘要: 设计投资仲裁机制的初衷是以非政治化方式解决争端,但在实践中往往成为跨国公司挑战东道国政策措施的手段,所以澳大利亚等国目前不再纳入上述条款。可以通过设立上诉机构、常设国际投资法院以及引入调解等替代争端解决方式改革投资仲裁制度。我国也可以借鉴上述做法应用于上海自贸区的争端解决实践。

关键词: 投资者与东道国争端;解决投资争端国际中心;仲裁;调解

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2015) 05-0061-07

自20世纪50年代以来,发达国家和发展中国家为了吸引外国投资,在众多的自贸协定和双边投资条约中规定了投资者与东道国的争端解决条款(investor-state dispute settlement, ISDS),该制度的初衷是为了以非政治化方式解决投资争端,但在实践中产生了一系列争议。

一、投资者与东道国争端解决机制概述及实践

投资者与东道国之间争端解决机制允许投资者直接对东道国政府起诉,一般来说,争端由独立于东道国司法机构的仲裁机构裁决案件,大多由解决投资争端国际中心裁决案件。以美国为例,《北美自由贸易协定》第11章就比较典型地规定了投资者与东道国的争端解决机制,并成为美国签订的自贸协定和双边投资条约的标准条款。为了吸引外国投资,各国普遍在自贸协定、双边投资条约中纳入该条款。总之,投资者与东道国争端解决机制的本意是为了以非政治化方式解决投资争端,但由于利益不同,不同国家的实践存在较大差异,越来越多的发展中国家和一些发达国家都对该制度的实际作用产生了疑问,不准备在之后协定中纳入该条款。以下介绍美国、澳大利亚目前的实践。

(一) 美国

截至2014年11月,美国共与20个国家签订了14项双边或区域自贸协定,除了与澳大利亚、巴林、以色列和约旦的自贸协定之外,其他自贸协定都规定了上述条款,美国最近10年主要采取了在自贸协定中纳入投资章节的做法实现对投资的保护。随着美国在输出资本的同时也日益依赖资本输入,面临越来越多的投资者与东道国间的诉讼,投资条约也从注重保护投资者利益转而维护公共利益,侧重于维护东道国政府的监管权。美国2004年的双边投资条约模本文本就认为,为了保护环境、劳工权利和竞争,可以在一定程度上削弱对外国投资者的保护,协定明文规定

公平和公正待遇并不会超越国际习惯法上的国际最低标准的保护水平,东道国采取的保护公共健康、安全和环境的措施并不构成间接征收。2012年的双边投资条约依然贯彻了上述原则,最新文本还将对外国投资者的保护标准等同于国内法上的保护水平。可见,美国最新的双边投资条约范本虽然仍然保留了投资者与东道国仲裁条款,但却限制了投资保护的范围或者说限制了可以引用该条款的条件。

(二) 澳大利亚

澳大利亚与新加坡、泰国、智利、东盟和新西兰的自贸协定都包括了投资者与东道国的仲裁条款,但与美国的自贸协定并没有规定上述条款。原因在于澳大利亚并不想被美国投资者频繁援引该条款起诉,而且就澳大利亚与美国的双边投资关系而言,美国是澳大利亚最大的外国投资者,而澳大利亚仅仅是美国的第十大投资来源国,纳入投资者与东道国的仲裁条款无疑对澳大利亚不利。2011年4月,澳大利亚政府发布贸易政策声明,将不在自贸协定中纳入投资者与东道国仲裁条款,这主要是由于澳大利亚政府不愿意卷入在政治上很有争议的争端,典型例子就是烟草普通包装和碳税。对于澳大利亚来说,如何在投资者与东道国仲裁程序中面对上述问题需要慎重处理。如果采取外交方法解决贸易争端,可能会使贸易争端政治化,也可以通过东道国法院寻求司法救济,但东道国法院未必会支持外国投资者。

澳大利亚面临的另外一个问题就是如何处理《跨太平洋伙伴关系协定》中的投资者与东道国仲裁条款。澳大利亚目前并不倾向于在协定中纳入投资者与东道国仲裁条款,但最终结果未必如澳大利亚所愿,主导协定谈判的美国力主纳入上述条款,这有助于保护美国的投资利益。澳大利亚可以主张该条款不适用于澳大利亚政府和澳大利亚投资者,但由于《跨太平洋伙伴关系协定》旨在成为一个21世纪的高标准的自贸协定,所以协定还是会纳入该条款。另外一种可能就是澳大利亚不愿意纳入该条款将放缓《跨太平洋伙伴关系协定》的谈判进程,并由于新成员的加入以及在劳工、环境保护、国有企业等议题上谈判的不顺利,使得协定的谈判进程受阻。

二、投资仲裁程序的缺陷及其完善

一般来说,投资者与东道国争端从提起发布裁决要持续3年多的时间,耗时很长。国际投资仲裁机制受到批评,主要是存在以下3个方面的缺陷:

第一,给予了外国投资者过多权利。投资者与东道国仲裁条款受到的批评之一就是相对于本国投资者,外国投资者可以向国际性的第三方仲裁机构寻求救济,而本国投资者则没有上述权利。有观点认为,该条款损害了政府的公信力,授予了外国投资者过多的权利。尤其是近年来各国政府陆续出台了一些以保护公共健康和公共安全为理由的法律和政策措施,导致了外国投资者援引该条款的情形不断增多,这一现实更加剧了这种担忧。

第二,导致了监管障碍。该条款的另外一个不利作用在于,东道国政府往往由于不希望看到外国投资者提起仲裁请求或者要求支付赔偿,从而不对外国投资者采取监管措施,加拿大政府就出于上述考虑最终没有实施香烟普通包装法规,也就是说为了维护跨国公司利益损害了东道国监管主权。但对于外国投资者来说,上述条款可以吸引外国投资,用非政治化的手段解决贸易争端,排除该条款就会使得贸易争端重新回到通过外交途径解决的老路。

第三,仲裁的程序和结果缺乏透明度。目前的投资仲裁制度被认为存在严重缺陷,主要体现在仲裁程序缺乏透明度、仲裁主要关注支付补偿、仲裁裁决前后冲突等3个方面。由于仲裁裁决仅仅对争端方生效,仲裁裁决几乎不存在遵循先例,导致在解释投资保护的水平时存在不一致之处,有时案件事实相似甚至相同,但仲裁裁决却相反。

有关投资者与东道国争端解决机制的完善,本文主要的建议如下:

第一,采取替代争端解决方式。相较于仲裁,没有法律约束力的调解等替代争端解决方式不那么强调法律,调解的目的是解决问题。替代争端解决方式有助于节省时间和金钱,同时也可以尽可能地保持争端方的关系。但适用替代争端解决程序并不见得就一定能解决争端,争端是否能解决也取决于争议措施的性质,如果争议措施是东道国颁布的一项普遍适用的法律,那么政府未必愿意采取替代争端解决方式解决争端。上述替代争端解决方式的缺陷是仅仅减少了投资争端数量,对于明确法律规则的含义、维护良好的投资环境作用不大。

第二,限制适用投资者与东道国争端解决机制。主要采取以下几种方式:一是规定可以援引国际仲裁的情形,避免投资者过度使用仲裁机制;二是限制可以援用国际仲裁的投资者范围;三是在提起国际仲裁程序前用尽当地救济。目前大多数条约并没有上述要求,而是允许外国投资者直接诉诸国际仲裁。该建议的最激进形式就是放弃投资者与东道国的争端解决机制,转而采取国家间仲裁的做法,目前已经有了这方面的条约实践。有些国家还将特定类型争端排除,异曲同工的做法就是将投资者与东道国争端解决机制仅适用于因征收产生的补偿问题。上述做法限制了投资者援用国际仲裁,从而使得投资者起诉东道国的情况不会那么多。这种做法其实是走了老路,外国投资者必须首先在东道国国内法院起诉,然后才能提起国际仲裁。

第三,建立国际投资仲裁的上诉机构。在实践中,由于裁决数量过多,即便建立了常设性质的上诉机构,也很难确保裁决的绝对一致。增设上诉机构也会显著增加时间和程序成本,正如WTO争端解决中的上诉机构目前的实践一样。就该建议的执行而言,在诸如解决投资争端国际中心这样的机构设立一个常设性质的上诉机构需要获得大多数国家的同意,同时也面临很多现实问题需要解决,例如,上诉机构进行法律审查还是也可以进行事实问题的审查,上诉机构审查的仲裁裁决是否仅限于解决投资争端国际中心体系内作出的裁决,这些实际问题都有待明确。

综上所述,最近20年来投资者起诉东道国政府的现象逐渐增多,于是就产生了要求改革现行制度的主张。从长期来看,有必要形成一个多边国际投资保护条约,并建立常设性质的国际投资争端解决机构,改变目前碎片式的临时解决投资争端的现状。总的来说,在投资仲裁中采取调解具有明显的优势,随着投资仲裁案件数量不断增长,政府往往倾向于调解解决争端。调解是在争端方之间达成一致,一般来说也主要是在东道国履行,东道国政府可以使用本地的专业人员,具有成本低的优势。调解协议缺乏执行性通常被认为是调解解决争端的不利因素,但由于主要是争端方而不是调解人员主导形成了调解协议,所以调解协议缺乏执行性在实践中应该不是大问题。按照解决投资争端国际中心规则,争端达成的协议可以体现为仲裁庭的裁决,这就解决了调解协议执行力不强的问题。

2012年10月,国际律师协会发布了投资者与东道国争端解决的调解规则,认为调解可以发挥更有效的作用,按照该规则,政府官员可以按照争端的性质采取或者修改措施。国际律师协会的调解规则可以被视为投资仲裁领域的最新国际实践。调解规则规定了以下3方面的问题:第一,规定了在冷却期具体可以采取哪些措施,从而使调解真正发挥作用。按照调解规则,应当对案件进行客观分析,从而确保争端各方的利益。同时还规定了哪些事项应当保密,而哪些事项应当贯彻透明度原则。第二,提倡在整个冷却期适用调解这种争端解决方式,好处在于可以迅速和成本比较低地解决争端。第三,在投资者与东道国调解中规定了灵活的进程设计、语言选择和其他具体问题。当争端发生在主权国家和投资者时,争端解决过程中的语言和个人陈述虽然是形式问题,但因可能承担责任显得很重要。调解规则规定了很多灵活的解决方式,例如允许各方自行选择语言进行陈述和讨论,或者指定特定语言进行口头讨论,但上述规定不应妨碍透明度原则。总的来说,上述规则有助于促进沟通,减少了程序上的障碍。

综上所述,随着国际投资活动的不断发展,投资争端的激增推动了诸如解决投资争端国际中心这样的特定机构的产生和发展,国家在制定双边投资条约的同时,也努力遵守双边投资条约中的承诺,尽量避免违反义务。一般来说,国际投资争端倾向于仲裁解决争议,但由于仲裁存在若干缺陷,目前倾向于采取替代争端解决方式来解决投资争端。调解已经广泛应用于民商事领域中,在投资者与东道国的争端中应也可以采用上述方式。对于东道国和投资者来说,调解可以比较迅速地解决争端,节约成本,有助于保持投资者和东道国之间的关系,东道国政府往往更愿意接受调解。

三、对我国的启示

从国内法角度考察我国政府的争端解决措施,按照现行《行政诉讼法》,行政诉讼的受案范围为具体行政行为。2014年1月发布的《行政诉讼法修正案(草案)》

将部分抽象行政行为纳入了行政诉讼附带审查的范围,具体来说就是规章以外的规范性文件。总的来说,《行政诉讼法修正案(草案)》将行政诉讼的受案范围规定为具体行政行为,同时可以审查具体行政行为依据的规范性文件。目前世界主流的行政行为受案范围取决于行政行为是否侵犯了行政相对人的合法权益,或者对行政相对人产生不利影响。如果行政行为没有侵犯行政相对人的合法权益或者产生不利影响,就不能提起行政诉讼,如果规范性文件不经具体行政行为就产生了上述效果,就可以直接起诉而不需进行附带审查。^①就此而言,我国目前行政诉讼领域的受案范围的规定过于狭窄,有进一步改善的余地。

就行政诉讼的争端解决方式而言,我国现行《行政诉讼法》规定人民法院审理行政案件不适用调解,但从审判实践来看,在有些情况下适用调解效果可能要好些,很多具体行政行为带有行政裁量因素,法律在很多事项上也授予了行政机关自由裁量权,《行政诉讼法》禁止调解的规定似乎并不合适。就司法实践而言,人民法院在行政审判中也采取了协调和解的做法解决行政争议,通过原告撤诉而不是调解书结案。按照最近的《行政诉讼法修正案(草案)》,规定行政赔偿和行政机关补偿的案件可以适用调解,这应该可以视为在行政诉讼领域争端解决方式的创新。综上所述,我国的行政诉讼主要审查具体行政行为,审查抽象行政行为的情形很少,而且主要采取了诉讼解决行政争议的做法,只是在例外的情况下采取了调解这种替代争端解决方式。

在中国签订的自贸协定中,与东盟、巴基斯坦、新加坡、秘鲁和新西兰的自贸协定都纳入了投资者与东道国的仲裁条款,上述协定都规定投资者可以到解决投资争端国际中心起诉东道国的政策措施。与自贸协定的情况相似,大多数双边投资条约都规定可以将争端提交中立的国际司法机构进行仲裁,典型例子就是中德双边投资条约将投资仲裁条款适用于任何与投资有关的争端,从而使得外国投资者可以更容易地援引上述条款。2012年签署的中日韩投资协定则在“投资”的定义方面有新发展。首先是将投资者间接控制的投资认定为投资,其次是取消了要求符合东道国法律的要求。有关投资的这一定义意味着投资者获得了更多保护,甚至可以对并不一定符合东道国法律的投资提出保护的主张。更重要的是,协定将投资者的范围扩大到了政府拥有或控制的企业。上述规定对中国的国有企业非常有利,可以按照该条款对日本、韩国政府提出投资者与东道国的仲裁机制。2014年10月生效的中加投资保护协定原则上不允许进行征收或国有化措施,除非是基于公共目的,并且要求给予等于市场价值的补偿。在投资仲裁方面,协定允许非争端缔约方参加庭审并提交意见。这些规定在很大程度上保护了投资者的权利,实现了比较高的保护水平。随着中国成为双向投资大国,已经从早期的在双边投资条约中限制投资者与东

^① 姜明安:《行政诉讼法修改的若干问题》[J],《法学》,2014,(3)。

道国仲裁条款的适用范围转而扩大条款的适用范围,而且我国可能加入《跨太平洋伙伴关系协定》,将越来越多地援引投资仲裁条款保护本国的对外投资,所以纳入投资仲裁条款符合我国利益。

就上海自贸区规则的最新发展而言,2014年8月开始实施的《中国(上海)自由贸易试验区条例》规定公民、法人或者其他组织可以对自贸区管委会的规范性文件要求法律审查,在一定程度上突破了行政诉讼中只审理具体行政行为的现行规定,这在很大程度上可以视为上海自贸区在规范性文件审查方面的重大突破。具体到争端解决,总的精神是在确保法治的同时实现制度创新,目前有观点提出可以在适当时机引入外国专业仲裁机构,建立多元化的争端解决机制。^①同时,上海国际经济贸易仲裁委员会已经制定发布了《中国(上海)自贸区仲裁规则》,其中重要的修改就是进一步完善了仲裁与调解相结合的规则,可以在仲裁程序之前进行调解,在仲裁庭组成后也可以进行调解,在仲裁之前和仲裁中达成的和解都可以要求仲裁庭按照和解协议内容作出仲裁裁决,从而赋予了和解协议执行效力。如果自贸区内企业就东道国政府措施发生了投资争议,可以考虑采取将争端提交自贸区内的仲裁机构调解或仲裁,在提交国际仲裁前要求用尽当地救济,从而贯彻中央政府“先行先试”的要求。

在这一背景下,上海自贸区的争端解决制度创新方面可以作如下规定:自贸区内企业在发生投资争端时,可以将争端提交自贸区内的仲裁机构调解或仲裁,在提交国际仲裁前要求用尽当地救济。这既可以积累本国仲裁机构在解决投资争端方面的经验,也可以促进国内法和国际条约义务的接轨,为进一步改革开放奠定基础。

四、结论

为了保护外国投资,世界各国普遍规定了投资者与东道国仲裁制度,但投资仲裁在实施中往往成为外国投资者挑战东道国公共政策立法的手段,妨碍了监管主权。对此可以通过限制适用投资仲裁、建立上诉机构或者国际投资法院等做法完善投资仲裁制度。由于调解这种替代争端解决方式具有成本低、有助于保持关系等优势,也可以适用于投资争端的解决过程中,也有这方面的国际规则和实践。

由于我国的行政诉讼主要审查具体行政行为,而参加的自贸协定和双边投资条约多规定了投资者与东道国的争端解决机制,事实上授予了解决投资争端国际中心审查国内法的权力,对外国投资者有利。为了实现制度创新,可以在上海自贸区内将投资争端由国内仲裁机构调解或仲裁。

(下转第75页)

^① 上海市律师协会.自贸区争议解决机制创新研讨会综述[EB/OL].2014,东方律师网.<http://www.lawyers.org.cn/info/8887a0c66cf8415fbf518cbe818bdc7b>. [2014-01-14] (2015-01-20).

讲师，研究方向：国际私法。

基金项目：福建省教育厅 2014 年人文社会科学 B 类课题“国际私法视域下国际法法理学具象研究”（项目编号：JBS14035）。

A Study on the Jurisdiction of Arbitration without Privity: An Analysis Based on ICSID

PENG Si-bin

Abstract: Arbitration without privity which appeared in the 1980's especially in ICSID incurred extensive controversies because of the absence of privity of both parties. Therefore it was considered to be lack of deficient theoretical origin. However, the development of international investment disputes settlement practices proves the demand of this arbitration itself. It is better to study the problems which this mode of arbitration would bring forth especially on the jurisdiction which influences the backward proceeding dramatically rather than critically denied the existence of the arbitration without privity. The deletion of the provision of applicable law rules by the arbitrator judged on the jurisdiction and the tedious objection procedure should be changed. The concrete applicable rules and new pre-trial procedure about the objection to the jurisdiction are presented in the article.

Key words: arbitration without privity; jurisdiction; applicable law rules; pre-trial procedure

（责任编辑：金孝柏）

（上接第 66 页）

作者信息：叶波，上海对外经贸大学 WTO 研究教育学院副教授，上海高校智库国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心研究员，研究方向：世界贸易组织法、欧洲联盟法、国际法；梁咏，复旦大学法学院副教授，研究方向：国际贸易法、国际投资法。

基金项目：上海市教委科研创新项目“经济体贸易政策变化研究：以自贸协定为视角”（项目编号：14YS098）、上海市法学会 2015 年应用法学研究课题“上海自贸区背景下的投资仲裁制度研究”。

Recent Development of Investor-State Dispute Settlement Mechanism and Its Implications

YE Bo LIANG Yong

Abstract: Investor-state dispute settlement mechanism aims to protect foreign investment and settle the investment disputes in a neutral way. In practice, multinational corporations use ISDS to challenge policy measures of host states, and ISDS was considered to have several faults. As a result, several states do not incorporate this mechanism in their treaty practice including Australia. To reform the ISDS, we may set up appellate body, permanent international investment court and incorporate ADRs. China may take similar measures to the dispute settlement practice of Shanghai pilot FTZ.

Key words: investor-state dispute settlement; ICSID; arbitration; mediation

（责任编辑：金孝柏）