

TPP 关于投资者—国家争端解决的最新规制 及其对中国的影响

宋锡祥 周 聖

摘 要：投资者—国家仲裁机制作为国际投资争端解决的主要途径之一，在 TPP 协定中具有举足轻重的作用，势必在未来各国愈加频繁的经贸交往中产生重要而深远的影响。其条文本身在 2012 年美国 BIT 范本的基础上作了改进，采取多种形式限制仲裁庭管辖权，兼顾发展中国家的利益诉求，试图平衡国家与投资者的利益，同时为投资仲裁裁决执行扫清障碍，从而增强了投资者与国家仲裁的信心。面对 TPP 投资者—国家争端解决条款的最新规制，除了审视其与中国条约立法实践中的差距与不足之外，中国应继续完善投资争议国内救济手段，尽早颁布中国国家豁免法，采取一系列必要的应对法律措施，以减轻 TPP 新规则可能对中国带来的影响。

关键词：TPP；BIT；FTA；投资者—国家争端解决；应对措施

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2016）04-0011-12

《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）经过 5 年多的谈判，加拿大、美国、马来西亚和越南等 12 个国家^①于 2015 年 10 月就 TPP 相关内容条款达成一致。2015 年 11 月 5 日，新西兰政府在其网站上公布了 TPP 最终文本。90 天后，12 国部长级代表在奥克兰举行签字仪式，标志着包含投资、服务、知识产权、国有企业、劳工和环境等 30 个章节的 TPP 协定终于尘埃落定。在 WTO 多哈回合谈判受阻的情况下，各主要国家另辟蹊径，通过建立碎片化的双边和区域贸易协定，推进全球贸易投资自由化的发展。而 TPP 正是在此背景下逐步建立起来的高质量及高标准协定，它纳入超出传统自由贸易协定范围的新兴议题，力求涉及与国家间贸易投资相关的各个领域。作为当前亚太地区最重要的自由贸易协定之一，TPP 将对世界经济格局和世界经济运行模式产生重大影响。

目前，中国未能加入该协定，但在经济全球化的大背景下，面对 TPP 这样一个有重大影响力的区域贸易协定，中国未来贸易与经济的发展势必会受到较为深远的影响。投资者—国家仲裁机制作为国际投资争端解决的主要途径之一，在 TPP 协定中也有着举足轻重的地位。本文着力于分析 TPP 投资者—国家争端解决机制的特点，梳理中国条约实践，包括中外双边投资协定（BIT）和自由贸易协定（FTA）中的规

作者简介：宋锡祥，上海对外经贸大学法学院教授，硕士生导师，研究方向：国际私法、国际经济法；周聖，上海对外经贸大学法学院硕士研究生，研究方向：国际经济法。

基金项目：国家社科基金项目“自由贸易区制度体系整体功能设计的战略思考研究”（项目编号：11BGJ015）。

① TPP 签字国为：澳大利亚、文莱、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、美国和越南。

定,研究如何通过采取一系列的应对法律措施,减少 TPP 协定在这方面对中国的不利影响。

一、TPP 协定中的投资者—国家争端解决机制特点评析

在 TPP 文本中,第 9 章投资章节由 3 个部分组成,包括 A 节、B 节和 12 个附件。^①从其内容来看,B 节对投资者—国家争端解决作出了详细的规定,具有较强的可操作性,为投资者寻求合理救济提供了明确指引,增强了投资者与政府仲裁的信心,主要条文包括:第 9.17 条规定了仲裁的前置程序,如发生投资争端,争议双方应先通过磋商与谈判的方式解决争端。磋商应以书面形式提出并列明简要事实情况。此外,磋商和谈判不应理解为承认仲裁庭的管辖权;第 9.18 条~第 9.21 条对仲裁程序的启动作出规范,包括提交仲裁的事由、各缔约方对仲裁同意的表示和仲裁员的选择;第 9.22 条~第 9.29 条涉及仲裁程序进行中的各个领域,涵盖仲裁的进行、仲裁程序的透明度、准据法、对附件的解释、专家报告、合并审理、仲裁裁决以及文书送达。此外,TPP 对于投资者—东道国争端解决的规定不仅仅体现在 B 节条文上,12 个附件中也有对仲裁相关内容的补充。例如,附件 9-B、9-C、9-G 对征收、涉及土地的征收及公共债务等重要问题作进一步阐释,指引仲裁庭在查明缔约方是否违反协定义务时应当考量的因素;在附件 9-H 中,澳大利亚、加拿大、墨西哥和新西兰分别列明不得被诉诸投资者—国家争端解决的情形;附件 9-J 则规定,如果一缔约方的投资者选择将诉请提交至智利、秘鲁、墨西哥或越南的法院或行政庭,那么该选择应是最终选择并具有排他性;附件 9-K 中明确了马来西亚对仲裁同意的例外情形。综观以上条款,可以总结归纳出 TPP 中投资者—东道国争端解决机制的几个特点。

(一) 条文内容和结构与 2012 年美国 BIT 范本如出一辙

事实上,将 TPP 第 9 章 B 节条文与美国 2012 年 BIT 范本相关条款作比对,不难发现两者之间有着惊人的相似度。一方面从内容上看,美国 2012 年 BIT 范本中关于投资者—东道国投资仲裁的规定共计 14 条,同样涉及磋商与谈判、仲裁提交、同意与同意的限制、仲裁员的选择、仲裁进行、透明度、准据法等领域,对比 TPP 协定仅有少部分差异,主要包括:(1) TPP 协定扩大了提交仲裁的事由。美国 2012 年 BIT 范本第 24 条第 1 款规定申请人可以基于被申请人违反范本第 3~10 条的义务提出仲裁申请。而 TPP 协定第 9.18 条第 1 款则扩大了这一范围,如果被申请人违反整个 A 节规定的义务,在满足其他条款条件下,申请人就可以提出仲裁申请。值得一提的是,A 节中规定了与投资相关的各个领域,包括投资的定义、国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准、业绩要求、转移和征收等;(2) TPP 协定延长了提交仲裁的时效,BIT 范本第 26 条规定仲裁事由过去 3 年之后,申请人就不可再提出仲裁申请,

^① <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>. (2016-02-10).

而 TPP 将申请人提交仲裁的时效延长到 3 年零 6 个月；（3）TPP 对法庭之友作出更为细致的规范。BIT 范本对法庭之友的规定只有第 28 条第 3 款原则性地赋予仲裁庭接受或者考虑非争端方法庭之友意见的权力。而 TPP 第 9.22 条第 3 款规定，仲裁庭应先与争议双方协商后，才可考虑或接受法庭之友的意见。法庭之友必须是非争端方但在仲裁程序中有重大利益的个人或团体。仲裁庭还应给予争端双方再次陈述的机会，并保证该陈述不扰乱或不当延迟仲裁程序，或不公平地损害任一争端方。此外，第 3 款更加细致地规范了法庭之友的陈述，要求陈述应写明作者，披露其与任一争端方之间的直接或间接从属关系，陈述应以仲裁语言写成，遵守仲裁庭确定的页数限制和截止期限等。另一方面从结构上看，TPP 协定第 9 章 B 节与 BIT 范本几乎如出一辙，条款顺序完全相同。可见，TPP 中的投资者—东道国投资仲裁机制与美国 BIT 范本无缝对接。这不仅说明美国在 TPP 谈判中占据着主导地位，其在 BIT 范本中的规定代表了现阶段较为完善的投资仲裁机制，对投资者—东道国争端解决议题的研究也走在了世界的最前列，具有导向作用。同时美国也通过区域贸易协定安排推销自己的 BIT 范本，以引领未来国际投资仲裁规则的发展方向。

（二）采取多种形式限制国际投资仲裁庭管辖权

对于仲裁庭管辖权的争论一直以来都是国际投资仲裁机制焦点议题之一。国际投资仲裁机制借用了国际商事仲裁的一般做法，即双方当事人书面同意是仲裁庭管辖权的首要先决条件。然而，不同于一般平等主体间的商事仲裁，投资仲裁争议一方是投资者，另一方是东道国政府，由于争议双方不对等这种特殊情况以及国际法上的国家主权原则，仲裁庭管辖权应当受到一定的限制。TPP 协定文本采用了多种形式与途径对管辖权问题作出明确而具体的规范，主要包括：（1）设定为期 6 个月的磋商与谈判作为仲裁的前置程序，而且磋商与谈判不代表对仲裁的同意；（2）规定申请人申请仲裁的时效为 3 年零 6 个月，即当申请人首次获知或应当获知东道国违反协定义务的行为，且申请人遭受损失或损害之日起已超过 3 年零 6 个月，就不得提出仲裁申请；（3）设置一系列明确具体的仲裁申请程序，例如申请人提交的仲裁通知应附有仲裁诉请和申请人的书面弃权，申请人在提交仲裁前至少 90 天向被申请人书面送达拟提交仲裁的通知（意向通知）等，这就意味着如果申请人没有遵守明文规定的申请程序，仲裁庭对这些案件就不享有管辖权；（4）附件 9-F、附件 9-H 中各国声明并列举出不适用投资者—东道国争端解决机制的情形。附件 9-F 中，智利提出 TPP 第 9 章包含的义务和承诺在 3 种特定情况下不适用于第 600 号法令《外国投资法》或其替代法律以及《外国资本投资基金法》。附件 9-H 中，澳大利亚、加拿大、墨西哥和新西兰声明在依据各自特定国内法作出的关于是否批准一项外国投资的决定不得被诉诸投资者—国家争端解决。事实上，采取“负面清单”模式排除仲裁管辖并不是 TPP 首创，在《北美自由贸易协定》（NAFTA）中就有所体现。

在 NAFTA 文本附件 1138.2 中，加拿大、墨西哥就通过“负面列举”特殊情况排除适用投资仲裁机制。^①

（三）为投资者—国家仲裁裁决执行扫清障碍

TPP 第 9 章第 9.28 条（裁决）规定缔约方应就仲裁裁决在其领土内的执行作出规定。争端一方可根据《华盛顿公约》、《纽约公约》或《美洲国际商事仲裁公约》要求执行仲裁裁决。与此同时，还要求缔约方承认提交仲裁的诉请应被视为产生于商业关系或交易，这意味着 TPP 缔约方需要承认国际投资仲裁裁决中所涉财产均属于商业性质。实践中，世界各国法院在投资仲裁执行事项上多半采取 3 种标准：（1）绝对豁免理论。投资仲裁同意并不代表仲裁执行中国家豁免的放弃，故申请人在申请执行时需要证明其申请执行的财产是商业性质以及被申请执行的国家放弃了执行豁免；（2）有限豁免理论。仲裁同意的同时就意味着放弃执行中的非主权行为的国家豁免，申请人只需证明涉案财产属于商业性的，在这种情况下只能按照商人一样来对待，而不能享有豁免；（3）相比之下，完全豁免理论下的仲裁执行最为容易，因为申请人无需证明财产性质和执行国家是否放弃了执行豁免。^②而 TPP 协定通过条文约定，使各缔约方在执行问题上达成共识，统一和协调投资者—国家仲裁裁决执行财产的性质，从而减轻了裁决执行申请人的举证负担，为投资仲裁裁决在 TPP 缔约各方中的顺利执行铺平道路。同时，我们也应看到，TPP 第 9.28 条第 13 款内容构成对国家豁免原则的严重挑战，如果涉案财产事实上用于国家主权目的时，TPP 缔约方就不能依据国家豁免为由拒绝仲裁裁决的执行。实际上，世界大多数国家都逐步倾向于承认有限豁免理论，但 TPP 中的做法则将缔约方全部拉入完全豁免理论的阵营之中。

（四）解决机制求同存异，给予发展中国家特殊待遇

在 TPP 协定的 12 个缔约方中，既有美国、加拿大、澳大利亚、日本等发达国家，也有为数众多的发展中国家，包括文莱、越南、马来西亚和智利等。在历时 5 年的谈判过程中，最终文本的形成并不是一帆风顺的。就投资者—东道国投资仲裁相关规定而言，缔约各方在谈判中褒贬不一，莫衷一是。美国和加拿大是国际投资仲裁机制的倡导者，TPP 协定投资章节文本自然得到这两个国家官方的积极响应。而对该部分内容明确表示反对的国家是澳大利亚，在 2012 年 6 月 12 日披露出的 TPP 协定投资章节中，澳大利亚曾提出不同意按 B 节提交争端解决。^③除澳大利亚外，新西兰国内也曾出现抵制该条款的不和谐声音。^④时至今日，TPP 协定早已尘埃落定，投资者—东道国争端解决仍占有文本中的一席之地，究其原因，主要在于：（1）TPP 中的投资仲裁机制奉行求同存异的理念，尊重各国对相同议题的不同看法与做法，平

① <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-112.asp#An1138.2>. (2016-02-12).

② 肖芳. 国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行 [J]. 法学家, 2011, (6): 7.

③ <http://tinyurl.com/tppinvestment>. (2016-02-08).

④ 强之恒. 人本化对 TPP 谈判中国际投资仲裁机制设计的影响 [J]. 国际经贸探索, 2015, 31(9).

衡了各国的不同诉求。例如,附件9-J规定部分国家可以设置“岔路口条款”来处理国际仲裁和东道国当地救济方式之间的关系,即一缔约方的投资者选择将诉请提交至智利、秘鲁、墨西哥或越南的法院或行政法庭,该选择应是最终的并具有排他性。言下之意,如果投资者已在上述4国寻求过司法或行政救济,即使满足6个月磋商与谈判仲裁前置程序及其他管辖权限制,也不得再提出仲裁申请。另外,在附件9-E中,智利保留了中央银行为稳定货币和国内外收支正常运作采取可能与第9.8条(转移)不符措施的权力。(2) TPP协定给予发展中国家一定的特殊待遇,从而缓和了发展中国家与发达国家在相关问题上的矛盾和冲突。例如,附件9-C中允许越南在涉及土地的任何直接征收措施中只需满足目的符合国内立法以及支付与市场价值相当的赔偿两个条件即可,并不需要完全遵守第9.7条(征收与补偿)下的义务。附件9-I给予越南协定生效之日起3年的过渡期,不必在协定生效之时就达到第9.11条第1款(c)项(不符措施)的要求。附件9-K则给予马来西亚关于仲裁同意的特殊待遇,在协定生效之后3年内,申请人不得基于马来西亚违反低于规定合同金额的政府采购合同而提出仲裁申请。

(五) 试图寻求国家公共利益与投资者利益的平衡

早在20世纪60年代,设立投资者—东道国仲裁机制最为重要的原因莫过于保护海外投资者的私人利益,这恰恰也是该机制受资本输入国诟病最多的问题之一。发达国家过分追求保护投资者的私人利益,往往会忽视东道国国家利益和社会公共利益。然而随着时代的变迁和现实情况的发展,世界上没有一个国家是绝对的资本输出国,越来越多的发展中国家的资本也纷纷涌入发达国家,以美国为代表的发达国家逐步意识到东道国公共利益的重要性,开始注意维护和巩固东道国必要的外资规制权。从TPP协定文本中不难发现谈判各方为寻求国家公共利益与投资者利益的平衡所作的不懈努力。其中,第9.15条(投资与环境、卫生和其他管理目标)规定了第9章投资章节东道国义务的例外情形,也就是说缔约方为保护环境、卫生或为了实现其他管理目标,可以采取可能违反东道国义务的措施。此外,第9.16条(企业社会责任)原则性地规定各缔约方鼓励企业自愿将国际承认的、已被缔约方认可或支持的企业社会责任标准、指南和原则纳入企业内部政策。但上述两条规定的缺陷与不足也是显而易见的。前者规定过于抽象和原则,尤其是缺乏对环境、卫生和其他管理目标的具体标准,实践中势必会给予仲裁庭过大的自由裁量权,可能会出现同案不同裁的现象,导致裁决不相一致的问题;后者则只是缔约方所共同倡导的,对投资者约束力是有限的,在仲裁实践中,东道国必然会面临无法依据该条款作出抗辩的尴尬局面。

二、TPP 投资者—国家争端解决机制对中国的影响

据统计,2014年约有1,290亿美元的外国直接投资流入中国,使得中国超越美

国成为世界第一大直接投资输入国；同期中国对外直接投资达 1,160 亿美元，位列世界第三。可见，中国已经在全球扮演身份混同的角色，成为世界资本输入和输出大国。与此同时，2014 年新增 42 起投资者—国家争端解决机制的案件，使已知基于条约的诉讼总数达到 608 起。^①同年 11 月 4 日，韩国 Ansung Housing 公司在国际投资争端解决中心（ICSID）对中国提起投资仲裁，争议内容涉及房地产开发项目，这是 ICSID 受理的第二起针对中国政府的投资争议案件。可以预见，中国在未来无论是作为申请人，还是以被申请人的身份参与到国际投资仲裁中的次数会逐步增多。因此，如何积极应对并逐步健全和完善中国现行国际投资仲裁机制迫在眉睫。而 TPP 作为未来世界贸易投资规则重构的代表，其中对于投资者—国家仲裁机制的规定也引领了未来投资领域争端解决的路径和发展方向，势必会对中国产生较为深远的影响。相比之下，中国与其他国家签订的双边 BIT 和 FTA 中有关投资者—国家争端解决条款还存在不尽如人意之处，这主要体现在以下几个方面。

（一）中国 BIT 和 FTA 中的投资者—国家争端解决条款亟待优化

截至 2016 年 3 月，中国生效中的 BIT 有 104 个^②，签订并生效的 FTA 共计 14 个^③。综观中国 BIT 与 FTA 中的投资者—国家争端解决条款，在条文内容设置上存在诸多的缺失与不足，具体来说，主要有：

首先，各协定之间的规定差异较大，错综复杂，在重要问题上立场不够明确。从用尽东道国地方救济问题来看，部分 BIT 包括中国—波黑 BIT、中国—印度 BIT、中国—罗马尼亚 BIT 等，要求投资者只有在用尽当地行政救济的情况下方可将争端诉诸国际仲裁。有的 BIT 为当地行政救济设置了期限，如 1998 年中国—波兰 BIT 第 10 条第 1 款规定，只要在申诉提出后一年内仍未解决时，即使东道国的行政机关尚未作出终局裁判，也视为当地救济已经用尽，投资者即可将争端提交国际仲裁。有的中外 BIT 和 FTA 中，并非要求投资者在提交仲裁前先用尽当地司法救济，而是设置了“岔路口条款”，即投资者可以将争端提交国际仲裁庭，也可以诉诸东道国法院，一旦投资者选择将争议提交给东道国法院或者提交国际仲裁，其选择都是终局性的，而不得再作出其他选项的改变。值得一提的是，有的 BIT 和 FTA 甚至直接取消了“岔路口条款”。此外，在仲裁事由范围的规定上，各协定之间因签署年代不同而相距甚远。早期，BIT 对投资者可以提交国际仲裁的争端范围作出严格限制，规定仅允许投资者将就征收的补偿数额与东道国间发生的争端提交国际仲裁庭解决。近些年来签订的 BIT 和 FTA 中则取消了对仲裁事由范围的限制，允许投资者可以把所有与东道国之间的投资争端提交国际仲裁解决。笔者认为，无论是投资者是否需要用尽地方救济

① World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf. (2016-01-20).

② 中国商务部条约法律司网. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>. (2016-01-21).

③ 中国自由贸易区服务网. <http://fta.mofcom.gov.cn/>. (2016-02-01).

还是仲裁事由范围确定问题上，都是投资者—东道国争端解决机制的重要组成部分，在条约签订时需要仔细斟酌，保持其应有的前瞻性、相对连贯性、统一性和一定程度上的与时俱进。现阶段中国 BIT 和 FTA 中呈现出的杂乱无章、差异明显的状况，折射出中国在这些认识上的认识不够深入，立场不够明确，使得未来中国在与世界各国谈判制定 BIT 与 FTA 中处于劣势或不利地位，可能会导致“形成面向全球的高标准自由贸易区网络”的目标落空，甚至无法实现。

其次，部分协定中的重要条款措辞不够严谨，可能导致仲裁结果不可预测。Tza Yap Shum 案是涉及中国的国际投资仲裁第一案，其案件审理的过程发人深省。在该案中，争议焦点之一是仲裁庭是否具有管辖权。中国—秘鲁双边投资协定第 8 条第 3 款规定：如“涉及（involving）”征收补偿款额的争议，在诉诸本条第一款的程序后 6 个月内仍未能解决，可提交 ICSID 仲裁。被申请人认为，本条款明确规定了仲裁事由的范围，即只有秘鲁国内法院认定涉案投资确实被征收后，投资者才能向仲裁庭提交涉及征收补偿款额的仲裁请求，因此仲裁庭没有管辖权。但是仲裁庭则认为，根据《维也纳公约》第 31 条条约解释的规定，“涉及征收补偿款额”仅限定争议必须“包括”补偿款额的认定，而非“仅限于”认定补偿款额。如果双方有意明确仲裁事由的范围，可使用诸如“限于（limited）”或者“排他地（exclusively）”这样的措辞，故裁定仲裁庭对该案拥有管辖权。此外，在最近的平安公司诉比利时案中，仲裁庭同样是对 2009 年生效的中国—比利时 BIT 中第 8.2 条（争议解决条款）中的“争议”进行了解释，结合第 10.2 条（过渡条款），最终裁定仲裁庭对该案没有管辖权。Tza Yap Shum 案和平安公司诉比利时案都表明协定核心条款措辞的重要性。一旦发生争议，其争议所涉及的条款规定往往欠明确，就可能会给予仲裁庭留下过大的解释权空间，从而导致仲裁结果的不可预见性。

最后，中国在加入 ICSID 时提出的声明与各协定中国际仲裁管辖权的规定存在冲突。事实上，中国在 1993 年批准了《华盛顿公约》并成为公约缔约国的同时，中国政府根据《华盛顿公约》第 25 条第 4 款规定，向 ICSID 提交了声明：中国只考虑将因为征收和国有化而引起的赔偿争议提交给 ICSID。^①也就是说，ICSID 仅对“征收和国有化而引起的赔偿争议”拥有管辖权。然而，根据中国签订的 BIT 与 FTA 中的相关规定，仲裁事由的范围分为 3 种情况：一是没有规定 ICSID 的管辖权，即投资者不能提起投资者—东道国仲裁；^②二是对 ICSID 管辖权作出了明确限制，包括将仲裁事由限定在征收补偿数额的争议，^③以及对东道国国民待遇义务的违反；^④三是在协定中约定投资者可以把所有与东道国之间的投资争端提交给 ICSID，这一条款最早出现在 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 中。此后，中国和荷兰、约旦、西班牙、印

① Text of Notification by China, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. (2016-04-15).

② 中国—意大利 BIT, <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/200212/20021200058414.html>. (2016-01-20).

③ 中国—日本 BIT, <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/at/200212/20021200058344.html>. (2016-01-20).

④ 中国—澳大利亚 FTA, http://fta.mofcom.gov.cn/Australia/annex/xdwb_09_cn.pdf. (2016-02-01).

度、刚果等国签订的 BIT，以及 2015 年 12 月 20 日付诸实施的中国—韩国 FTA 中都做出了类似规定。可见，中国对 ICSID 提出的声明与中国签订的 BIT 与 FTA 中的相关内容存在明显冲突，可能会在将来 BIT 和 FTA 谈判中受到其他缔约方的质疑，有损大国的形象。

（二）与投资者—国家仲裁裁决执行相关的国内法律缺位

近年来，中国签订了大量包含有投资者—国家仲裁机制的 BIT 和 FTA，并于 1993 年加入了《华盛顿公约》，表明中国已基本构建起了国际投资仲裁机制。然而在国际投资仲裁执行问题上，不仅需要国际法上的制度保障，也需要国内法的配套和及时跟进。根据《华盛顿公约》第 69 条规定：“每一缔约方应采取必要的立法或其他措施以使公约的规定在其领域内生效。”但事实上，中国并没有就此在国内法上作任何规定和安排，这显然是不妥当的。尽管《华盛顿公约》第 6 节对裁决的承认和执行作出规范，但国际条约要在一国适用需要满足一定的条件。就中国来说，现阶段并没有一部统一的条约适用法来规范条约在国内的适用，相关规定碎片化地分散在具体的各部门法中。综观各部门法的规定，条约在中国国内适用的方式主要包括直接适用和转化适用，而一般民商事仲裁裁决的承认与执行适用中国《民事诉讼法》。同时，根据《民事诉讼法》第 260 条规定：中国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。似乎《华盛顿公约》对裁决的承认和执行的规定可以直接适用，这种解读无任何法律依据可言。毕竟投资仲裁不同于一般的民商事仲裁，其仲裁主体具有特殊性，往往涉及私人和东道国政府之间（P to G）的争端，执行财产势必会涉及国家主权利益。而《民事诉讼法》第 3 条规定了只有公民、法人、其他组织之间产生的财产关系和人身关系提起的民事诉讼才适用本法规定，在缺少法律指引或者最高法院司法解释的情况下，直接依据《民事诉讼法》第 260 条规定直接适用《华盛顿公约》第 6 节的相关条款并不合理，也没有相应的司法解释作为支撑，甚至会被投资者所误解，认为中国承认国际投资仲裁裁决属于民商事性质，从而排除国家豁免。

此外，值得注意的是，《华盛顿公约》第 55 条规定：“第 54 条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于该国或任何外国执行豁免的法律。”可见，《华盛顿公约》是允许各缔约方实行国家豁免原则的。前提是国内实行关于外国执行豁免的法律，即国家豁免法。尽管在司法实践中，中国往往坚持绝对豁免原则，2011 年 6 月 8 日全国人大常委会对刚果金案的释法就是最好的例证。^①可惜的是，中国至今未能形成健全和完备的国家豁免制度，与发达国家相比，存在较大差距。在 ICSID 仲裁裁决宣布之后，国家豁免将会是东道国维护国家财产不受侵犯的最后一道防线。此外，在世界各国经贸交往越来越密切频繁的当下，争议摩擦往往不可避免，国家豁免法的缺位势必会导致在争端解决执行过程中遇到无法可依的窘境，从而损害到

^① 全国人大常委会的释法内容包括：香港特区法院在审理案件时遇有外国国家及其财产管辖豁免和执行问题，有责任适用或实施中央政府决定采取的国家豁免规则或政策，不得偏离上述规则和政策，也不得采取与上述规则和政策不同的规则。

中国国家主权。

(三) TPP 投资者—国家仲裁机制对中美 BIT 谈判的影响

自 2008 年中美 BIT 谈判正式启动至今,中美已前后进行了 24 轮谈判。习近平主席在 2015 年 9 月出访美国时,两国领导人就谈判达成了重要共识,强力推进 BIT 谈判,加快工作节奏,以达成一项互利共赢的高水平投资协定,造福两国业界和人民。^①事实上,中美 BIT 谈判的意义已然超越了缔结一份投资保护条约的范畴,而可能成为推进中国国内贸易和投资体制改革的关键,并对于中国进一步参与国际造法进程起到积极作用。^②但是,就投资者—国家争端解决章节来看,中国在该条款谈判中处于劣势地位,被动接受美国 BIT 范本相关规定的可能性非常之大。美国是该条款的倡导者,对条文的研究比中国更为深入、系统而全面,并且拥有丰富的国际投资仲裁实践经验。另外,近期签订并生效的中国—澳大利亚 FTA 中对于投资者—国家仲裁机制的规定几乎与 TPP 协定相差无几,这恰恰说明了中国在谈判中对该条款的议价能力不足,几乎照搬发达国家的文本条款。如果中国在中美 BIT 投资者—国家争端解决章节中没有自己的仲裁机制条款方案,很可能会步中澳 FTA 之后尘,采用美国主导的 TPP 协定中的仲裁解决机制模式,在不久的将来势必会面临大量来自美国投资者的仲裁申请,并造成应接不暇的局面。

三、中国应采取的应对措施

TPP 协定经过 5 年多的谈判,终于修成正果。TPP 成员国贸易总额约占世界的 25%,国内生产总值总额约占世界的 40%,协定包含投资、服务、电子商务、政府采购、知识产权、国有企业、劳工、环境等 30 个章节。TPP 是一个具有雄心、全面、高标准、平衡的区域贸易协定,作为世界贸易投资规则的重构者,TPP 在很大程度上平衡了当发达国家与发展中国家矛盾诉求,缩小了发达国家之间的认识差异,为形成更广泛的贸易投资自由环境奠定基础,其对世界与中国产生的影响是不言而喻的。与此同时,中国也应意识到投资者—国家争端解决机制作为 TPP 协定争端解决途径中不可或缺的一部分,势必会在愈发广泛的投资争端领域占据更为重要的地位。对此,中国应积极采取应对法律措施,除及时研究和分析 TPP 文本相关条款外,有必要尽快对中国与世界各国签订的 BIT 和 FTA 中的投资者—国家投资仲裁条款的不同规定和表述进行梳理和分类,趋利避害,为加快建立起符合中国国情的投资者—国家仲裁解决机制建言献策,提供思路和基本方案,以应对 TPP 对中国带来的诸多影响。具体来说,主要应把握和解决好以下几方面的问题:

(一) 完善投资争议国内救济途径

事实上,鉴于国际投资仲裁高昂的时间成本与金钱成本,投资者与国家间发生

① 网易财经网. <http://money.163.com/16/0127/18/BEBU62NH00254TI5.html>. (2015-12-30).

② Huang Jie. Challenges and Solutions for the China-US BIT Negotiations: Insights from the Recent Development of FTZs in China[J]. Journal of International Economic Law, 2015, 18(2).

投资争议时,前者往往不会首先选择投资者—国家仲裁程序解决双方之间的矛盾。换言之,如果东道国能够提供较为完善的行政和司法救济手段,使投资者相信通过东道国国内救济途径,就能达到维护自身合法权益的目的时,自然会优先选择将纠纷留在国内,从而大大减少国家被诉至国际投资仲裁庭的可能性。因此,中国有必要采取应对法律措施,修改、充实和完善相应的法律制度,加快建立起外商投资争议解决国内机制,使纠纷尽可能地在本国内用尽当地行政和司法救济手段加以解决。^①一方面中国可以充分发挥本国调解制度的优势,避免争议矛盾的进一步升级;另一方面应逐步细化和完善投资争议相关法律法规,例如在中国现行的“三资企业法”中规定,国家对企业原则上不实行国有化和征收,但根据社会公共利益的需要,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。其中,社会公共利益的定义以及补偿标准,就需要通过出台司法解释或制定法律法规对征收条件、补偿办法予以明确规范,使上述条款更为细化明确,更具操作性,从而增强投资者通过国内救济途径捍卫自身权益的信心。

（二）形成符合中国国情的投资者—国家仲裁机制，尽快应用到 BIT 和 FTA 谈判中去

中国在中共十八届三中全会提出了“形成面向全球的高标准自由贸易区网络”的要求,力求在全球贸易投资新规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素,维护和拓展中国的发展利益。近些年,各国均意识到国际投资仲裁机制在解决投资者和东道国争端中的重要作用,大多数国家会在 BIT 和 FTA 中加入该条款。纵观中国条约立法实践,条款设置不够完善、各协定间差异性较大、杂乱无章、立场不明是阻碍中国国际投资仲裁机制发展的绊脚石。对此,中国应尽快梳理已签订 BIT 和 FTA 中的相关规定,借鉴 TPP 协定中的先进理念,明确立场,确保条款涉及的核心利益不受侵害,并及时运用到未来 BIT 和 FTA 的谈判中去,以应对以 TPP 为代表的世界贸易投资新规则对中国带来的影响。具体来说,有以下几点需要特别注意:

1. 用尽地方救济规则与“岔路口条款”不可同时剔除在协定之外。用尽地方救济规则作为一项习惯国际法,在维护东道国利益上效果显著,一方面防止投资者恶意绕开国内行政及司法管辖,另一方面可以起到推动国内行政及司法救济不断发展的作用。岔路口条款则更是对用尽地方救济规则的妥协,并不要求用尽国内救济,而只是国内和国际救济二选一。TPP 协定中,智利、秘鲁等国就通过附件形式,保留了岔路口条款。现阶段,中国正处于经济转型升级的重要时期,各领域的法律制度还不够完善,正需要更多的行政及司法实践加以印证,过早剔除用尽地方救济规则与岔路口条款并不适宜。

2. 对于仲裁事由的措辞应谨慎,并且设置诸如负面清单、例外规定对仲裁管辖权作出限制。目前,中国对外签订的 BIT 和 FTA 中,将仲裁事由扩大到所有涉及投

^① 宋锡祥. TPP 关于商标权的最新规制及其对中国的影响 [J]. 东方法学, 2015, (4).

资的争议,而对管辖权的限制不足。同时,从近些年ICSID仲裁案件来看,仲裁庭正在不断扩大对投资争端的管辖权。中国应意识到给予仲裁庭更大的管辖权,就是在让渡更多的政府规制权,仲裁庭对管辖权的不当解释,可能侵害到中国国家利益。对此,如果中国坚持棘轮效应,不缩小仲裁事由范围,那么就应在未来BIT和FTA谈判中增加对仲裁管辖权的限制。例如借鉴美加等国在TPP协定中的做法,采取负面清单的形式,即通过附件列明投资者—国家争端解决条款排除适用的情形。

3. 借鉴TPP中仲裁透明度、法庭之友的相关规定,不断充实、完善中国投资者—国家争端解决机制。笔者认为,无论是从条文内容可操作性还是结构完整程度来看,TPP协定相关章节都为中国提供了一个优质模板。尤其是其中关于仲裁透明度、法庭之友的规定,代表了当下国际投资仲裁规则新热点,中国应及时吸收与借鉴,逐步与世界贸易投资新规则靠拢。

4. 在裁决执行问题上坚持绝对豁免或限制豁免理论,警惕BIT和FTA谈判中有关裁决执行的措辞,防止以美国为首的倡导完全豁免理论的部分发达国家利用条款约定,侵蚀中国主权利益。中国在签订BIT和FTA时,应使用诸如“各方应对仲裁裁决在其领土内的执行作出规定”的措辞,坚持国际投资仲裁裁决的执行问题由本国国内法进行规范。

5. 可以考虑通过寻求投资者与公共利益的平衡,建立投资仲裁上诉机制,作为打破现有投资者—国家争端解决条款框架的突破口。现阶段,各国对投资上诉机制有不同态度,有学者认为该机制的建立能够破解国际投资仲裁机制的合法性危机,也有学者认为“投资仲裁上诉机制不是正当性危机的唯一解药”。值得注意的是,在中澳FTA投资者—国家争端解决条款中,双方对上诉审查机制建立作出约定,自协定生效之日起3年内启动对上诉审查机制的谈判。无论如何,积极寻求投资者与东道国利益的平衡是国际投资仲裁规则不变的追求,在上诉机制如何设置、实际效果不甚明朗的当下,利用新规则的建立与完善,打破发达国家建立起来的国际投资仲裁条款框架,发出更多中国声音,未尝不是一次新的尝试。

(三) 加快制定和出台与投资者—国家仲裁相关的国内法

截至2016年2月,《华盛顿公约》的签署国已达160个国家,其中,有152个国家递交了批准书,正式成为缔约国的成员。^①这就使得ICSID仲裁成为投资者—国家争议解决最主要的途径之一。同时,根据《华盛顿公约》第69条的规定,各国通过必要的立法或其他措施,以保证公约各项规定在国内生效,包括确保ICSID投资仲裁裁决在各国的承认与执行是各缔约方应尽的条约义务。然而就中国现阶段立法情况而言,对投资者—国家这类特殊主体间仲裁裁决的承认与执行缺少法律支撑。对此,笔者认为可以通过以下两种途径解决这个问题:首先,梳理中国立法实践中

^① <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH>. (2016-02-25).

条约适用的做法,借鉴他国条约适用的相关规定,尽快制定并出台统一的条约适用法。在世界贸易投资规则大重构的环境下,诸如透明度、竞争中立、投资者—国家争端解决等一系列新规则新标准不断涌现出来,建立统一的条约适用法能够为中国在签订条约之后及时、有效、合法地吸收这些新规则铺平道路,从而使中国紧跟世界步伐,逐步与更高标准靠拢。但是,成本较大是这种途径最明显的缺陷。另外,中国也可以选择由最高人民法院出台关于执行《华盛顿公约》的司法解释,明确规定各地方法院对于 ICSID 仲裁裁决承认与执行相关诉讼可以参照中国民事诉讼法的规定;与此同时,还应声明 ICSID 仲裁裁决的性质不同于一般民商事仲裁裁决。笔者认为,在统一的条约适用法缺位且一时间难以制定并出台的情况下,选择后一种方式解决 ICSID 仲裁裁决承认与执行问题更为恰当。

此外,中国应积极加快推进《国家豁免法》的立法进程,并使其尽早问世,作为维护国家主权平等、确保国家行为及其财产免受他国管辖的反制利器。事实上,2005 年 9 月中国签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,但该公约因签署国数目未达到规定的要求,所以至今尚未生效,但公约的通过表明大多数国家已开始倾向于接受有限豁免理论。与此同时,其中的规定为中国建立和完善国家豁免制度提供了指引与可资借鉴的范本。该公约涉及 6 个部分 33 条条文,对公约的适用范围和目的、一般原则、不得援引国家豁免的诉讼、在法院诉讼中免于强制措施的国家豁免等领域作出了较为细致的规范。公约强调了对商业交易的定义以及政府非商业性用途目的的财产应享受国家豁免的基本原则。中国可以通过科学移植公约的合理成份和精髓,为我所用,结合中国现实情况,订立并出台相关法律,建立起能够调整和规范国家豁免各方面关系的法律体系,在投资者—国家仲裁裁决承认与执行程序中发挥“安全阀”作用,并在未来国际经贸交往过程中切实维护中国国家主权。

The Newest Progress of TPP Regulation on Investor-State Dispute Settlement and China's Strategy

SONG Xi-xiang ZHOU Sheng

Abstract: Investor-State arbitration system, one of the main ways to settle investment disputes, not only plays an important role in TPP text but also may generate substantial and vital influence during the process of frequent trade among nations. The contents of the rules have been improved on the basis of the 2012 U.S. BIT model. Actually, TPP uses a variety of forms of restrictions on the jurisdiction of the arbitration tribunal, tries to balance the benefits between states and investors, takes into account the interests of developing countries and clears away all the obstacles for enforcement of investment arbitral awards. Facing the latest regulations on investor-state dispute settlement, it is necessary to take a set of essential corresponding measures, such as examining the difference and disparity between TPP and the legislative practice of Chinese treaties, keeping consummating domestic remedy system for investment disputes and enacting the state immunity law, in order to diminish negative impacts from TPP on China.

Key words: TPP; BIT; FTA; investor-state dispute settlement; corresponding measures

(责任编辑: 金孝柏)