

论“一带一路”投资争议解决机制的构建

马亚伟 漆 彤

摘 要：现有的投资争议解决机制由于种种弊端不能很好地满足当前及未来“一带一路”投资争议解决的需求，建立一套符合“一带一路”域内的投资争议解决机制有其迫切的必要性和现实的可行性。在路径选择上，应与沿线国家协商订立国际公约，打造专门的“一带一路”投资争议解决中心；同时更多地融入以调解为主的东方文化方式；重点从上诉机制、仲裁人员选任和透明度等方面入手，顺应投资仲裁改革的大趋势，对“一带一路”投资争端解决机制进行具体构建。

关键词：“一带一路”；投资争议；投资仲裁；争议解决机制

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2018) 05-0085-12

一、问题的提出

随着“一带一路”建设的不断深化，地区间的国际投资流动日益频繁，其中中国对沿线地区的投资增幅最为明显。据商务部网站统计数据显示，2016年，我国企业对“一带一路”沿线国家直接投资145.3亿美元；对外承包工程新签合同额1,260.3亿美元，占同期中国对外承包工程新签合同额的51.6%；完成营业额759.7亿美元，占同期总额的47.7%。^①

“一带一路”沿线投资安全和风险问题十分突出，^②一套行之有效的争议解决机制对保护投资者利益、维护国际投资法制具有十分重要的作用。^③然而，受制于国内法治发展水平的局限，沿线国家的当地救济并不足以充分保障投资者及其投资的安全，同时，以国际投资争端解决中心（ICSID）为代表的现有国际投资仲裁机制正饱受质疑，迫切需要从根本上进行改革。

2016年10月11日，由中国香港“一带一路”国际研究院主办的“第四届‘一带一路’国际论坛：争端解决机制”在香港举行，中华人民共和国最高人民法院副院长贺荣表示，随着“一带一路”的贸易投资金融规模扩大，纠纷和争端也会增多，

作者简介：马亚伟，武汉大学法学院博士研究生，研究方向：国际投资法；漆彤，武汉大学法学院教授，博士生导师，研究方向：国际贸易法、国际投资法。

基金项目：国家社科基金项目“国际投资仲裁视角下的海外中资利益保护研究”（项目编号：14BFX191）。

① 商务部新闻办公室：商务部合作司负责人谈2016年我国对外投资合作情况[EB/OL].2017，商务部．<http://hzs.mofcom.gov.cn/article/aa/201701/20170102504436.shtml>[2017-01-19](2017-04-11)。

② 王海运：“丝绸之路经济带”构想的背景、潜在挑战和未来走势[J].亚欧经济，2014,(4)。

③ 本文所称“投资争议”系指外国投资者私人与东道国政府间争议，不包括私人间因投资合同而产生的争议。

建立一套解决机制势在必行,也有实际需求。^①2017年4月20~21日,中华人民共和国首席大法官、最高人民法院院长周强访问世界贸易组织总部和世界知识产权组织总部时表示,中国最高人民法院愿与世界贸易组织加强合作,研究借鉴国际贸易争端解决机制的有益经验,建立健全“一带一路”投资争议解决机制,切实保护投资者权益,推动投资争议解决机制法治化。^②基于推进“一带一路”建设、促进地区经济发展、完善国际法治的需要,中国有必要抓住契机,结合“一带一路”沿线国家的实际情况,探索构建一套与“一带一路”倡议相匹配的国际投资争议解决机制。

二、构建“一带一路”投资争议解决机制的必要性

(一) 推进“一带一路”建设本身的必然要求

“一带一路”沿线投资争议数量的急剧上升,东道国国内保护的明显不足,对构建专门的“一带一路”投资争议解决机制提出了必然要求。

根据《世界投资报告》资料显示,2015年全球外国直接投资上升了38%,达到1.76万亿美元,而从区域投资来看,流向发展中亚洲的外国直接投资增长了16%,高达5,410亿美元,是接受外国直接投资最多的地区,^③其中就包含许多“一带一路”沿线国家,如印度、土耳其、缅甸和越南等国。随着外国直接投资的大幅增长,投资纠纷的数量必然会上升。

除了国际仲裁以外,许多投资争端需要利用东道国国内救济的方式解决,各国之间的民商事司法协助尤其是对判决的承认与执行就显得十分重要。从现实情况来看,“一带一路”沿线国家之间的司法协助并不乐观。据外交部网站显示,截至2017年2月,我国仅与“一带一路”沿线国家中的6个国家缔结了双边民(商)事司法协助条约,与沿线14个国家缔结了双边民(商)事和刑事司法协助条约。^④我国与2/3左右的“一带一路”沿线国家尚无民商事司法协助条约,这一现状将阻碍我国与“一带一路”国家经贸关系的进一步推进。^⑤由于缺乏司法协助安排,“一带一路”沿线国家之间发生投资争端后,通过国内救济的途径来解决纠纷很难落到实处。构建多边化的“一带一路”争端解决机制,从条约上赋予裁决的执行效力,可以较好地解决这一问题。

① 谢希语:第四届“一带一路”国际论坛在港举行,围绕争端解决机制展开讨论[EB/OL].2016,新华社.http://www.gov.cn/xinwen/2016-10/12/content_5117690.htm.[2016-10-12](2017-04-24)。

② 周斌,周强:建立健全“一带一路”投资争端解决机制[N].法制晚报,2017-04-24,第1版,第4版。

③ http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_ch.pdf.2017-05-15。

④ 截至2018年4月,我国仅与“一带一路”沿线国家中的保加利亚、泰国、匈牙利、新加坡、阿联酋、科威特6个国家缔结了双边民(商)事司法协助条约,与波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、土耳其、白俄罗斯、哈萨克斯坦、埃及、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、越南、老挝和立陶宛等14个国家缔结了双边民(商)事和刑事司法协助条约。

⑤ 唐琼琼.ODR解决“一带一路”跨境电子商务纠纷初探[C].中国仲裁法学研究会2015年年会论文集,山东青岛:2015,(10)。

（二）传统投资仲裁机制的不足

20 世纪 50 年代，美国首倡了以双边投资协定（Bilateral Investment Treaty, BIT）加国际投资仲裁机制来保护本国海外投资的模式，其重要特征是片面强调对外国私人投资者的保护而忽视东道国主权。^①20 世纪 90 年代以来，国际投资仲裁蓬勃发展，受理案件数量急剧上升。投资仲裁庭在许多案件中片面解释条约，偏袒外国私人投资者，引发了国际社会的广泛批判，陷入严重的“正当性危机”。以 ICSID 机制为例，近年来国际投资仲裁机制较为突出的问题有：

1. 仲裁裁决透明度问题

2003 年《ICSID 仲裁规则》第 32 条第 2 款规定：“经征得当事人同意，仲裁庭应决定除当事人、他们的代理人、顾问和律师、作证的证人和专家以及仲裁庭的官员之外的哪些人士可以参加庭审。”^②《华盛顿公约》第 48 条第 5 款规定：“‘中心’未经双方的同意不得公布裁决。”^③从上述条款中我们可以看出，ICSID 解决机制充分保留了争端当事人对于裁决结果是否公开的自主选择权以及确定何人可以参与到仲裁庭审当中来，只有在取得争议双方同意的前提下才能确定第三方参与到仲裁过程，仲裁结果才能够进入公众视野。ICSID 解决机制沿袭了一般商事仲裁机制的许多做法，出于对私人利益的保护以及对仲裁程序秘密性的维护，因此 ICSID 解决机制上述做法保全了私人利益，有其一定的合理性。然而，投资者诉东道国争议不仅涉及个人，往往还会涉及东道国国家主权的行使以及公共利益，这正是近年来国际社会不断诟病 ICSID 机制关于裁决透明度的主要原因。虽然“中心”面对非议也做出了一些相应的调整举措，如 2006 年《ICSID 仲裁规则》第 32 条、第 37 条和第 48 条等确实是向增进透明度所做的一步重要努力，但是裁决未经争议双方同意仍旧不能公开，透明度问题依旧存在。

2. 仲裁裁决不一致问题

裁决不一致的案件大体可分为 3 类：（1）争端当事人相同、案件事实相同、投资权利相同，但裁决不一致；（2）争端当事人不同、案件事实相似、投资权利相似，但裁决不一致；（3）争端当事人不同、案件事实不同、投资权利相似，但裁决不一致。^④一直以来，同其他仲裁裁决手段或者是以诉讼方式来解决投资争端问题一样，ICSID 仲裁机制在裁决时毫无意外地暴露出了仲裁裁决不一致的问题，这并不是 ICSID 仲裁机制所独有的。当代国际经济法律制度中缺乏判例法系国家依照判例审理案件的做法，由此一来，包括 ICSID 仲裁机制在内的国际投资仲裁机构在处理案件时仅仅针对案件本身，并不参照此前审理过的类似案件来作出结论，这就必然导

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)．

② 《ICSID 仲裁规则》(2003) 第 32 条第 2 款。

③ 《华盛顿公约》第 48 条第 5 款。

④ Franck, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions[J]. Fordham Law Review, 2005, 73(1521).

致同案不同判,裁决结果亦是大相径庭。ICSID 前官员安东尼奥·帕拉对此就曾表示:“就实质相同的争端作出不一致的裁决的机会是显而易见的。”^①

3. 忽视东道国的社会公共利益

在国际资本流动的过程中,资本输出国对本国投资者在海外不遵守他国劳工法律规定或破坏他国领土环境的问题,曾长期持一种无所谓、不关心的态度;另一方面,为借助外资发展本国经济,资本输入国也对投资者破坏环境、损害人权的行为抱着容忍的态度,因而涉及这一方面的国内法也形同虚设。国际投资仲裁机制赋予了投资者单方向东道国发起仲裁的权利,且 ICSID 裁定的多个相关案件结果表明,仲裁庭往往会裁定东道国出于维护国内公共利益而对外国投资者采取的相关措施违反公平公正待遇、最惠国待遇及国民待遇条款,或构成间接征收。投资仲裁的频繁发生以及众多支持投资者主张的裁决产生了“寒蝉效应”,即在投资者违反东道国劳工、环境等保护公共利益的法律法规政策时,东道国为了避免卷入投资仲裁,在执行上述法律法规政策方面有所忌惮,不仅可能将上述社会价值转变为法律义务的计划搁置,而且也可能将已转变成的法律义务变成一纸空谈。这严重影响了东道国正常管理权的行使,间接损害东道国的社会公共利益。

(三) 投资治理多元化的时代需要

晚近以来,国际投资形势发生重大变化,表现在国际资本由单向流动向双向对流的演变以及随之而来的各方政策焦点的日渐趋同。^②一方面,发展中国家和新兴经济体在国际投资中有越来越多的利益诉求,来自新兴经济体的海外投资大幅上升,从而产生更好地保护本国海外投资的政策需求;另一方面,国际投资仲裁对东道国政策空间的冲击,发达国家在作为东道国时亦感同身受,其价值目标从保护投资者的单一取向,越来越多地转为关注东道国其他政策领域,突出表现为对东道国规制权(right to regulate)的重视。^③国际资本流动的多元化趋势与身份混同现象,呼唤着国际投资治理向着更加多元化的结构转变。

与欧美的现状对比,中国目前在国际投资治理结构中处于明显的上升地位。在一个全球化世界中,能否掌握制度性话语权对于维护国家利益十分关键。牵头创立亚洲基础设施投资银行(“亚投行”),^④是中国挑战旧经济秩序的一次标志性事件,

① Parra, Antonio R. Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws[J]. Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investments ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 1997, 12(352).

② Sauvant, Karl P. The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward[EB/OL]. 2015, http://el5initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15_no14_Investment_final_REV_x1.pdf [sep.2015]. (2017-01-10).

③ 漆彤,余茜.从新自由主义到嵌入式自由——论晚近国际投资法的范式转移[J].国际关系与国际法,2014,(4).

④ 亚洲基础设施投资银行(Asian Infrastructure Investment Bank, AIIB, 简称“亚投行”)是一个政府间性质的亚洲区域多边开发机构,重点支持基础设施建设,成立宗旨是促进亚洲区域的建设互联互通化和经济一体化的进程,并且加强中国及其他亚洲国家和地区的合作。亚投行总部设在北京,法定资本1,000亿美元。2015年4月15日,亚投行意向创始成员国确定为57个,其中,域内国家37个,域外国家20个。

不仅极大地促进了全球治理结构的多元化和合理化,也给中国外交带来诸多良好的边际效应。^①在投资仲裁领域正面临深刻变革之际,作为吸引外资和对外投资的双重大国,无论是从自身国家利益角度,还是从推动国际法治发展角度,中国均有必要主动发力,积极作为,高举多边旗帜,发挥大国作用,择机发起设立“一带一路”投资争议解决中心的倡议,力争推动国际投资治理结构向更为合理的方向突破,并在这一体系中谋得应有的重要席位。

三、构建“一带一路”投资争议解决机制的可行性

(一) 沿线国家对投资仲裁的接受度较高

“一带一路”沿线国家众多,包括中国在内目前已有65个国家,跨越东亚、东盟、西亚等7个地区。鉴于各个地区的差异性,笔者从每个地区随机选取5个国家(不足5个的以地区内全部国家数计算),从这些国家与外国签订BIT数量以及接受ICSID仲裁数量来分析“一带一路”对投资仲裁的接受情况。

通过对上述7个地区32个国家的抽样调查显示,除伊朗、塔吉克斯坦、俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯和亚美尼亚6个国家以外,其余各国签订的BIT选择通过ICSID解决的数量过半,很多甚至超过70%,可以看出ICSID在解决投资争端过程中发挥着重要作用,是当今世界上首要解决投资仲裁的机构。同时,“一带一路”各国签署BIT及接受ICSID仲裁案件的数量颇高,表明“一带一路”沿线国家对投资仲裁有较高的需求度和接受度。

(二) 现有投资仲裁机制的不足和改革的必要性已成共识

鉴于传统投资仲裁机制所存在的问题,当前各主要仲裁机构均在积极寻找改革方案:2017年5月9日,ICSID在其网站发布了针对16个方面的潜在规则修订清单,启动了新一轮的规则修订计划。据了解,这将是ICSID继1984年、2003年和2006年以后的第4次规则修订计划。目前,ICSID正在准备相关的背景文件材料以帮助成员国和相关方评估潜在的规则修订。ICSID预计将于今年发布这些文件材料。

2016年11月4日,国际商会(ICC)在其官网发布公告,ICC国际仲裁院已对现有仲裁规则作出重要修订,进一步提升ICC仲裁的透明度与效率,新规则已于2017年3月1日实施(以下简称为“新规”)。^②2017年新规也并非将所有ICC于近年来采取的新程序措施都纳入至仲裁规则中,许多在《依ICC仲裁规则进行仲裁的说明》中列明的已经实施的措施,例如公布仲裁庭成员信息(目前2016年1月以后受理案件的仲裁庭信息已公布于ICC网站)、根据仲裁庭提交仲裁裁决书草案的

① 漆彤. 论亚投行对全球金融治理体系的完善[J]. 法学杂志, 2016.(6).

② Available at <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-amends-its-Rules-to-enhance-transparency-and-efficiency/>. (2017-05-25).

表1 “一带一路”沿线部分国家对外签署 BIT 及接受 ICSID 仲裁数量

地区	国家	BIT 总数	接受 ICSID 仲裁数量总数	权重
东亚	中国	128	93	0.73
	蒙古	37	32	0.86
东盟	新加坡	42	36	0.86
	马来西亚	68	49	0.72
	菲律宾	36	28	0.78
	泰国	44	30	0.68
	缅甸	7	4	0.57
西亚	伊朗	61	22	0.36
	伊拉克	2	1	0.5
	土耳其	93	74	0.80
	以色列	45	39	0.87
	阿联酋	43	39	0.91
南亚	印度	85	73	0.86
	巴基斯坦	52	34	0.65
	尼泊尔	6	6	1.0
	孟加拉	31	25	0.81
	阿富汗	3	2	0.67
中亚	哈萨克斯坦	42	28	0.67
	乌兹别克斯坦	45	27	0.6
	土库曼斯坦	22	13	0.59
	塔吉克斯坦	25	10	0.4
	吉尔吉斯斯坦	25	13	0.52
独联体	俄罗斯	64	13	0.20
	乌克兰	70	34	0.49
	白俄罗斯	62	22	0.35
	亚美尼亚	39	17	0.44
	摩尔多瓦	43	22	0.51
中东欧	波兰	68	54	0.79
	马其顿	34	27	0.79
	立陶宛	53	49	0.92
	匈牙利	60	53	0.88
	罗马尼亚	103	66	0.64

数据来源：ICSID 官网。

时间来确定仲裁员的报酬以及仲裁管理秘书的聘用等，仍停留在实践指引说明中。

斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）在投资仲裁方面具有很强的影响力，在过去的20年中，SCC共受理了90多件投资仲裁案件。2016年11月18日，SCC发布了最新的《仲裁规则》（Arbitration Rules）和《快速仲裁规则》（Rules for Expedited Arbitrations），新规则已于2017年1月1日正式生效。通过修改《仲裁规则》和《快速仲裁规则》，SCC继续在国际仲裁方面做出创新，这些修改包括引入简易程序以及使仲裁程序更为合理的总体性修改。新的《仲裁规则》对投资仲裁做了重大改革。

除仲裁机构层面的改革之外，2015年欧盟提出创立“投资法院系统”（Investment Court System, ICS），这一更为彻底的改革方案尤其引人关注。2017年7月10日，

在联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）成立 50 周年会期间，UNCITRAL 委员会亦同意启动包括可能成立多边投资法院在内的投资争端解决的多边改革工作。种种迹象表明，各方对现有的投资仲裁机制存在的不足已达成共识，改革迫在眉睫。

（三）中国具备牵头发起的实力

在国际投资规则过去半个多世纪的发展进程中，美国、欧盟以及广大发展中国家和新兴经济体一直扮演着不同的角色。从 ICSID 到 NAFTA，再到近年发起的 TPP、TTIP 谈判，将现实主义奉为圭臬的美国一直扮演着规则领导者（rules-leader）的角色。从欧洲煤钢共同体到能源宪章条约，从里斯本条约到国际投资法院构想，作为理想主义的拥趸，欧洲多数时候扮演的是规则改革者（rules-innovator）角色。而广大发展中国家和新兴经济体则受制于综合实力和议价能力，一直被视为体系的被动接受者和规则跟随者（rules-follower）。

伴随着国际投资形势的发展演变，包括中国在内的新兴经济体在规则话语权方面已经有了长足的进步；相反，由于自身内部的各种原因，欧美在推动全球多边规则发展方面则开始显得后继乏力。由于遭受欧元危机、难民潮和英国脱欧等一系列事件的先后打击，欧洲目前自顾不暇。奉行民粹主义的特朗普当选美国总统，表明美国在反全球化的道路上将走得更远。

与欧美的现状对比，中国目前既有动力也有实力和能力推动国际投资治理体制的改革。首先，中国有充分的动力发起谈判。如前所述，中国不论在吸引外资还是在对外投资方面均具有巨大的利益。其次，中国已积累了较为丰富的国际经贸争议解决经验。通过加入 WTO 后的 15 年贸易争端解决实践，中国顺利完成了从初学者到熟练运用国际规则维护 WTO 多边法治和自身合法权益的转变。在投资仲裁领域，虽然中国起步较晚，但近年来案件数量上升很快，也有一些案件胜诉，如韩国安城诉中国政府案等。再次，在缔结双边投资协定数量上，中国高居全球第二位。从缔结投资协定的质量来看，近年来，体现较高标准水平的中国第三代国际投资协定逐渐成形，以中国和加拿大自由贸易协定、中国与澳大利亚自由贸易协定以及中国和韩国自由贸易协定中的投资章节为典型，这些投资条约内容丰富，措辞严密，在赋予投资者更多权利的同时也注重平衡投资者与东道国的利益。正在进行的中美和中欧 BIT 谈判更从一个侧面表明中国的 BIT 缔约实践已处于世界最前沿。最后，近年来中国在全球治理中的重要地位和作用日益凸显并得到国际社会的普遍公认，发起设立亚投行、主导“一带一路”倡议、力推《全球投资指导原则》等一系列成功经验，表明中国有足够的潜力和能力发起设立“一带一路”投资争议解决中心。

设立国际机构需要国际平台的大力支撑，如 ICSID 依托世界银行得以顺畅运行。已经建成的“亚洲基础设施投资银行”正好为“一带一路”投资仲裁机构的构建提供了良好的平台。此外，在物力和财力方面，中国可作为发起方，联合“一带一路”

各国及其他有参与意向的国家捐款,或者向亚投行申请贷款,构建这一争议解决机构。机构成立之后,其营业收入即可维系其运行。针对仲裁员的选任,中国有很多优秀的专家在ICSID做仲裁员,很多投身于商事仲裁的专家学者,只要其具备或者逐步培养业务能力就可以选任其为仲裁员。综合来看,中国具备牵头发起构建“一带一路”投资仲裁争议解决机制的实力。

四、构建“一带一路”投资争议解决机制的路径和具体方案

(一) 路径选择

构建“一带一路”投资争议解决机制,具体有两种可能的路径:一是国际组织模式,即通过沿线国家协商订立国际公约,成立一个类似ICSID的正式国际组织;二是民间机构模式,即设立一个类似ICC的非政府组织来处理国际投资争议。

就民间机构模式而言,目前国内及国际上已经有较多仲裁机构可以受理投资者诉东道国投资争端,比如海牙常设仲裁法院(PCA)、国际商会仲裁院(ICC)、斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)、开罗国际商事仲裁区域中心(CRCICA)和伦敦国际仲裁法院(LCIA)等。中国有近200家仲裁机构,一些机构近年来也在关注并开拓这一市场,比如武汉仲裁院设立的“一带一路”仲裁中心,深圳国际仲裁院通过的最新规则也将投资仲裁纳入其受理范围。但是,前者主要设立目的是解决纠纷双方均为中国企业的案件,其仲裁员多为工程建设领域的专家,绝大部分为中国仲裁员,其国际性以及解决国际商事争议的能力能否满足境外当事人的期望尚存疑问。深圳国际仲裁院虽然在国内仲裁机构中首次同意适用UNCITRAL仲裁规则受理投资仲裁案件,但该仲裁院成立时间较短、国际知名度不高,亦缺乏该领域专业的仲裁员,短期内很难被境外的当事人所选择。除机构重叠之外,民间机构模式的投资仲裁机制还存在一些其他的弊端,比如执行困难、透明度低和仲裁效率不高等等。因此,本文认为,另外创设一个新的民间性仲裁机构这一方案并不可取。

就国际组织模式而言,其最大的好处在于通过谈判条约和设立国际组织,能让“一带一路”国家在投资保护方面承担更为明确的国际法义务,从而给予投资者及其投资更多的保障。以裁决的效力为例,如果根据国际公约建立“一带一路”争端解决专门机构,公约可规定该机构做出的仲裁裁决必须得到缔约方无条件的执行;同时,由于仲裁裁决涉及国际公约,仲裁结果可不受国内法院的审查,更好地保证仲裁的效力。此外,鉴于当前世界上主要投资争议解决机制带有过多商事仲裁的色彩,国际组织模式一定程度上顺应了投资仲裁机制去商事化的改革需求。国际组织模式还可以促进“一带一路”域内国家间的经贸联动性,赋予“一带一路”更多国际法上的机制性色彩,让“一带一路”沿线更多的国家参与到国际投资治理,为国际投资治理

注入新的力量,从而改变长期以欧美为主导的旧的国际投资治理格局。对于中国来说,以国际组织的模式建立“一带一路”投资争议解决机制,可以发挥更大的国际治理作用和地区间大国主导作用,对于提升中国的地区领导力大有裨益。这也是中国在“共商共建共享”全球治理理念的指引下,所提出的诸多完善全球经济治理结构的重大倡议和举措之一。

(二) 具体方案

1. 打造专门的“一带一路”投资争议解决中心

目前,美国主导ICSID改革,欧盟倡议建立投资法庭制度,联合国贸法会也正在考虑加紧设立多边投资法院的方案。从当前国际投资仲裁机制改革的大背景来看,中国应当有所作为。在确定以国际组织模式推进构建“一带一路”投资争议解决中心的大方向之后,应当尽快组织人手科学设计、论证具体方案。在方案的设计与起草方面,应充分兼顾当前中国的外资法、境外投资法改革,以及中外BIT的范本和新协定的谈判进展,争取早日形成初步提案。就推进时机而言,中国可考虑利用将于2019年举办的第二届“一带一路”国际合作高峰论坛,或者借助其他协商机制寻求“一带一路”国家间的广泛共识。在此之前,也可先争取一部分国家的支持,在此基础上进一步吸引“一带一路”域内更多的参与者甚至是“一带一路”域外国家的参与。

构建“一带一路”投资争议解决中心,在组织机构、法律地位以及中心管辖权这些核心问题上,在很大程度上可以借鉴ICSID等国际组织的经验。

(1) 中心的组织机构和法律地位。中心可设理事会和秘书处,理事会由“一带一路”沿线国家各派一名代表组成,可考虑由亚投行行长兼任理事会主席。秘书处设正副秘书长,由理事会选举产生。中心具有完全独立的国际法律人格,其法律能力应包括缔约能力、取得处理动产与不动产的能力以及法律诉讼能力;中心的地位与亚投行类似,二者之间的关系可以与ICSID和世界银行的关系类似,既相互独立又相互协作。

(2) 中心管辖权。在案件管辖权问题上,与ICSID需要缔约方和投资者额外同意不一样的是,“一带一路”投资争议解决中心可以考虑赋予缔约方更多的责任,纳入强制性的管辖权。在“投资”定义问题上,还可考虑参照ICSID对其进行扩大的广义解释,把争议限定于投资领域,这一方面能体现出中心管辖的主要特点,同时为了尽可能扩大中心案件管辖权范围,充分涵盖各种新类型的投资,应在传统投资定义基础上作适当地扩大解释。投资定义应具有伸缩性,既包含传统类型的又包含现代类型的,既有直接投资又有间接投资,这就使得中心管辖可以根据不同的投资关系灵活多变,不断扩大中心在“一带一路”域内的影响力。在国家要件方面,应严格要求争端一方必须是缔约国,另一方是其他缔约国国民。国家一方当事人必须是缔约国,就是为了要确保该国在同意中心管辖后受公约规定的约束和保护;同

时有资格接受中心管辖的投资者必须是另一缔约国国民，包括自然人和法人。最后，争端双方以书面协议的形式将争端提交到中心，一旦经过同意将争端提交中心解决，任何一方便不得撤回认可，且意味着双方不再采取仲裁以外的任何解决方式。

2. 融入争端解决的东方文化和中国元素

东方调解文化被国际社会誉为“东方价值”、“东方瑰宝”，同时，中国传统中蕴含着深厚的“和为贵”思想。实践中，包括中国法院和仲裁庭在内的东方司法和仲裁机构均非常重视调解，有的地区甚至将调解作为启动司法程序的先决条件，例如，中国香港的民事诉讼就必须先进行调解，只有确认当事方曾经进行调解且调解无效后，中国香港的法院才可受理民事案件。^①投资争议虽然发生在一方是公法主体的国家、另一方是私法性质的私人主体之间，但这种争议也可以通过调解解决。以美国外资安全审查机制为例，其绝大部分案件均在审查的不同阶段通过投资者私人与政府之间达成缓冲协议的方式对分歧点予以解决，真正上升到由CFIUS否决交易的情形少之又少。^②在中国的外资管理体制中也有类似制度，比如，商务部起草的《外国投资法草案》中就有专章就外商投资纠纷协商机制予以规定。

“一带一路”投资争议解决应坚持协商、调解和仲裁相结合的做法。具体而言，在“一带一路”投资争端解决机构下，可考虑建立“一带一路”投资争端调解（预防）中心，并将其作为投资争议解决机制的常设机构。其宗旨就是要提前介入，力争把投资争端消弭于萌芽阶段，达到一种“无讼”的状态；同时，中心应在“一带一路”沿线国家广泛吸纳富有经验的调解员，配备专门的调解队伍并与各国外资主管机构保持紧密的合作关系；此外，还需将协商和调解规定为强制性的必经前置程序，非经调解不得进入仲裁程序。“一带一路”选择仲裁与调解相结合的方式，并不意味着二者采用雷同或类似的规则，而是应当作严格区分。首先，与仲裁程序强调公开透明不同，调解程序应突出其保密性特点，力争把争议消弭于无形。为了使调解发挥最大的功效，调解规则应严格规定调解员和当事方的保密义务。当事方在调解阶段提交的证据、立场说明或是作出的让步均不得作为证据在仲裁阶段提出。其次，参与调解的调解员不得而后作为仲裁员参与仲裁；反之，仲裁员亦不得参与调解。此外，应确立人们较为熟悉的具有公信力的调解规则，可以考虑充分借鉴《联合国国际贸易法委员会调解规则》，该调解规则的制定也有中国的积极参与。

3. 顺应投资仲裁改革趋势，融入改革合理要素

“一带一路”投资争议解决中心的构建应特别关注现行国际投资争议解决机制存在的问题并顺应当前的改革趋势，充分利用后发优势，力争在制度框架上体现出中心的科学性、合理性和前瞻性。

^① 王贵国. 一带一路战略争端解决机制 [J]. 中国法律评论, 2016,(2).

^② 漆彤. 外资国家安全审查立法中的若干重要问题 [J]. 中国法律评论, 2015,(1).

（1）引入上诉机制

国际投资领域的争端本身具有不同于商事仲裁的特点，不应机械照搬国际商事仲裁的一裁终局机制。以 ICSID 为典型的投资仲裁机制所暴露的一系列弊端，已清晰表明了设立上诉机制的紧迫性，此处不再赘述。只有建立必要的上诉机制，才能有效地补救由于适用法律或是认定事实错误可能给东道国公共利益带来的损害，进而实现投资者个人利益与东道国国家利益之间的平衡。

同时，出于对裁决一致性的考虑，也要建立上诉机构。早在 2002 年，美国出台的关于贸易促进授权法案的参议院报告中，就明确提出了建立投资仲裁上诉机制的理由：“随着美国缔结的投资条约不断增多，投资者与东道国之间的争议也会日益增多，这样就日益需要对条约中相同或相似条款的解释保持一致性。这种一致性对于确保投资条约下的权利和义务的可预见性具有重要意义。建立一个统一的上诉机制以审查仲裁裁决，有助于将‘偏离正路的解释（aberrant interpretations）’所带来的风险降低到最低程度。”^①

“一带一路”投资争议解决中心上诉机制的建立，可以适当借鉴 WTO 上诉机制的成功经验。具体来说，可考虑将上诉机构作为“一带一路”投资争议解决中心的常设性机构，人选由中心任命。为加快审理程序，上诉机构的职权可以考虑仅限于对专家组报告涉及的法律问题进行审理；上诉机构可以维持、修改或撤销专家组报告。

（2）明确透明度规则

“一带一路”投资争议解决中心应确立详细具体的透明度规则。提高投资仲裁的透明度目前已成为各界的共识，尤其是 2014 年 4 月 1 日生效的《联合国贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》以及 2015 年 3 月 17 日开放签字的《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》，表明在仲裁程序中增加透明度已成为投资争端解决的必然趋势。《透明度规则》对程序和文件的公开进行了规定，内容简短，仅有 8 条，但是却极大地提升了 UNCITRAL 仲裁规则中的透明度。具体而言，《透明度规则》对于可以向公众公布的文件，采取列举的形式，包括仲裁通知、答复通知、申请书、答辩书、争议方提交的其他材料、物证清单、第三人提交的书面材料、审理笔录、仲裁庭的命令、决定和裁决。可以看出，《透明度规则》列举出的文件范围概括了仲裁过程的始终，其公布文件范围之广、透明度要求之高令人瞩目。

“一带一路”投资争议解决中心可以充分借鉴 UNCITRAL《透明度规则》，一方面引入较高的透明度标准以顺应发展趋势并树立标杆，与此同时可设置适当的例外规则，对商业秘密、受条约保护的信息、依法律不得公开的信息、披露将妨碍法律执行的信息等给予额外的保护。

^① Gantz, David A. An Appellate Mechanism for Review of Arbitration Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges[J]. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2006, 18(15).

(3) 合理选任仲裁员

法律的最终解释和适用者仍是单个具体的职业法律人士。来自西方发达国家的仲裁员占据绝对的主导地位,也是国际投资仲裁庭长期饱受诟病的重要原因之一。虽然仲裁员本着职业道德的操守应当保持中立,但在大多数案件的仲裁中不可避免地带有某些倾向性,导致仲裁不公现象时有发生,不可避免地损害了东道国的公共利益与主权利益。“一带一路”投资争议解决中心要在沿线国家之间取得信任,在仲裁员的选任方面应有所突破,从而从制度层面上保障裁决的公允性。欧盟在其投资法院系统中构思的方案是,争议双方所在国各选派一名仲裁员,首席仲裁员由第三国公民担任;伦敦国际仲裁院仲裁规则也明确规定首席仲裁员不应与任何一方当事人国籍相同。“一带一路”投资争议解决中心在仲裁员选任上,一方面应注重吸收域内专业法律人士的加入,另一方面也可借鉴欧盟ICS及伦敦国际仲裁院的做法,甚至更进一步要求所有仲裁员应由非涉案的第三国人士担任。只有从制度层面上充分回应各界对现行仲裁员选任问题上提出的质疑和挑战,才能彰显“一带一路”投资争议解决中心的先进性与吸引力。

参考文献:

- [1] 单文华,张生.美国投资条约新范本及其可接受性问题[J].现代法学,2013,(5).
- [2] 史晓丽,祁欢.国际投资法[M].第二版.北京:中国政法大学出版社,2009.
- [3] 宋俊荣.欧美投资者与东道国争端解决条款的最新动向[J].商业研究,2015,(12).
- [4] 孙志煜.CAFTA争端解决机制条约化之路——NAFTA,CAFTA争端解决机制的比较视角[J].武汉大学学报,2010,(5).
- [5] 王贵国.“一带一路”争端解决机制[M].第一版.杭州:浙江大学出版社,2017.
- [6] 余劲松.国际投资法[M].第四版.北京:法律出版社,2014.

On the Construction of “the Belt and Road” Investment Dispute Settlement Mechanism

MA Ya-wei QI Tong

Abstract: Existing dispute settlement mechanisms are not expected to meet the need of resolving disputes properly and effectively. It is imperative and practical to establish an effective mechanism for resolving investment disputes. For the route selection, an international agreement should be reached through international consultations to create a special “Belt and Road” center for the settlement of investment disputes. At the same time, more oriental cultures like mediation shall be put into the dispute settlement mechanism. To specifically design the mechanism, special attention should be paid to an appeal mechanism, the selection of arbitrators, the transparency issue and other key aspects in accord with the general trend of investment arbitration reform.

Key words: “the Belt and Road”; investment disputes; investment arbitration; dispute settlement mechanism

(责任编辑:金孝柏)