

“一带一路”投资者与国家 争端解决机制的革新

莫建建¹ 高建勋²

(1. 厦门大学, 福建 厦门 361005; 2. 福州大学, 福建 福州 350102)

摘要: 国际投资仲裁机制是解决投资者与国家争端的主要机制, 国际投资协定的仲裁条款是裁决 ISDS 仲裁的关键条款。我国早期与“一带一路”沿线国家签订的国际投资协定主要着眼于东道国利益的保护, 不利于我国境外投资者获得法律救济。联合国贸易和发展会议对国际投资协定改革问题的归纳与梳理为各国加快老一代国际投资协定现代化的条款改革提供了参考。2022 年《区域全面经济伙伴关系协定》的生效和实施为“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制的改革提供了契机。我国“一带一路”倡议框架下投资者与国家争端解决机制的革新路径可从完善国际投资协定的实体条款规范着手, 在双边协定、区域协定基础上实现。

关键词: “一带一路”; 投资者与国家争端; 国际投资协定改革; ISDS 仲裁

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 04-0063-11

在国际投资的语境下, 鉴于投资者与东道国的特殊身份, 具有中立性的国际仲裁受到投资者与国家投资争端 (Investor-State Dispute, ISD) 双方主体的欢迎。但随着国际投资数量的增多, 解决投资者与国家争端的现行仲裁机制 (下文简称“ISDS 仲裁机制”) 因其出现仲裁庭的裁决前后不一致等诸多问题, 引发了 ISDS 仲裁机制的“正当性危机” (legitimacy crisis) (Franck, 2015)。国际投资协定 (International Investment Agreements, IIAs) 中的条款对解决仲裁纠纷具有关键作用。^①迄今为止, 几乎所有已公布的 ISDS 案件都是基于老一代投资条约提起仲裁,^②因此, 通过以可持续发展作为导向的新一代 IIAs 改革已经成为越来越多国家的目标。投资者与国家争端解决机制的改革长期受到国际社会的重视。一方面, 在国家层面形成了以欧盟和北美为代表的改革派和改良派等数种变革方案 (王燕, 2017); 另一方面, 在国际机构层面, 如联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 为改革发布多份改

作者简介: 莫建建, 厦门大学法学院国际法博士, 研究方向: 国际法; 高建勋, 福州大学法学院教授, 研究方向: 国际法。
基金项目: 2019 年福建省社会科学规划特别委托省法学会专项课题项目“中国境外投资立法的域外性问题” (项目编号: FJ2019TWF009); 2020 年福建省社会科学基金青年项目“基于混合立法模式的海关保护区管理模式研究” (项目编号: FJ2020C009)。

① 协定 (agreement) 是条约 (treaty) 的另一种名称。根据缔约方的数目分类, 条约可以分为双边条约 (bilateral treaty)、有限性多边条约 (plurilateral treaty) 和一般性条约 (general multilateral treaty)。双边条约是只限两方参加的条约。参见: 李浩培. 条约法概论 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 21~31。按地域分类, 多边条约可分为区域性和全球性两种形式。本文涉及的国际投资协定 (IIAs) 分类形式有: 双边和多边、区域性多边和全球性多边等形式。

② UNCTAD. Review of ISDS Decisions in 2019: Selected IIA Reform Issues [R]. UNCTAD, 2020: 1~5.

革报告和改革建议方案。我国虽然是对外投资第二大国,但现行规制我国境外投资者与沿线国家投资争端的 IIAs 大都签订于资本输入阶段,未能同时兼顾我国作为资本输入国和输出国的双重身份。我国是“一带一路”沿线的资本输出国,“一带一路”沿线国家具有较高的地缘政治风险,研究“一带一路”国际投资协定中 ISDS 机制存在的问题以及分析“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制的改革建议具有重要意义。

一、“一带一路”国际投资协定中 ISDS 机制存在的问题

在国际投资领域,我国目前与“一带一路”沿线国家签订的国际投资协定有双边协定、多边协定或者区域协定。根据“一带一路”官网的统计,截至 2022 年 1 月,已同我国签订共建“一带一路”合作文件的国家有 147 个。^①笔者以此为样本统计,我国与这些合作国家共签定 82 个 BIT。^②然而,我国早期与沿线国家签订的投资协定多集中于 1990~2000 年,主要着眼于东道国利益的保护,目前对 ISDS 仲裁的实体条款存在规范不足的问题。

(一)“一带一路”国际投资协定对有关可仲裁的争议范围问题

根据商务部网站公布的 BITs,我国与“一带一路”沿线国家对可提起仲裁事项的范围大多限制在有关征收补偿数额的争议,体现我国早期对可提起国际投资争端的事由采取较为谨慎的态度,但这有可能导致我国海外投资者难以寻求国际仲裁维权(表 1)。

“一带一路”国际投资协定对可提起 ISDS 仲裁范围分为 4 种情况。按照时间顺序,可仲裁范围大致是涉及征收补偿款额(2000 年以前的第一代和第二代 BIT)及与投资相关的争议(2000~2010 年签订的第三代 BIT),而 2010 年以后(第四代 BIT)可仲裁范围则是与国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇等条款相关的争议(韩秀丽等,2017)。然而,“一带一路”国际投资协定条款关于 ISDS 仲裁的规范方面存在问题。

1. “一带一路”国际投资协定对 ISDS 仲裁存在是否有必要扩大可受理仲裁范围的争议。我国是“一带一路”沿线的资本输出国,从 ICSID 仲裁机制对投资者利益的天然偏好角度,ICSID 仲裁机制总体上对我国投资者比较有利。但我国与“一带一路”沿线国家签订的 BIT 中,多数附加了请求国际仲裁的限制条件,我国大多数

① 我国的“一带一路”倡议是一个开放式倡议,今后参与的国家数量仍可能继续增加。参见:已同中国签订共建“一带一路”合作文件的国家一览[EB/OL].https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037. [2021-01-30] (2022-05-27)。

② 与我国签订合作文件但未签订 BIT 的国家有 58 个:非洲(29 个):塞内加尔、塞拉利昂、科特迪瓦、索马里、喀麦隆、南苏丹、塞舌尔、几内亚、赞比亚、莫桑比克、纳米比亚、毛里塔尼亚、安哥拉、吉布提、肯尼亚、乍得、刚果(布)、布隆迪、乌干达、冈比亚、多哥、卢旺达、利比亚、利比里亚、莱索托、科摩罗、贝宁、尼日尔、博兹瓦纳;亚洲(6 个):东帝汶、文莱、尼泊尔、马尔代夫、伊拉克、阿富汗;欧洲(3 个):拉脱维亚、黑山、波黑;大洋洲(9 个):萨摩亚、纽埃、斐济、密克罗尼西亚联邦、库克群岛、汤加、瓦努阿图、所罗门群岛、基里巴斯;南美洲(3 个):圭亚那、委内瑞拉、苏里南;拉丁美洲(8 个):哥斯达黎加、巴拿马、萨尔瓦多、多米尼加、特立尼达和多巴哥、安提瓜和巴布达、多米尼克、格林纳达。我国对外签订双边投资协定一览表[EB/OL].<http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocatego/ry/201111/20111107819474.html>. [2016-12-12] (2020-12-20)。本文研究的 BIT 仅指我国大陆与“一带一路”合作国家的协议。

表 1 可仲裁条款在“一带一路”合作国家中的适用

可提交仲裁范围	国家
涉及征收补偿款额的争议	苏丹、津巴布韦、阿尔及利亚、佛得角、埃及、蒙古、孟加拉国、新加坡、柬埔寨、越南、老挝、斯里兰卡、卡塔尔、黎巴嫩、阿塞拜疆、格鲁吉亚、印度尼西亚、塞尔维亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、新西兰、巴布亚新几内亚、玻利维亚、厄瓜多尔、牙买加、加纳、沙特阿拉伯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、匈牙利、乌克兰、白俄罗斯、意大利、保加利亚
涉及征收补偿额的争议及双方同意的其他争议	埃塞俄比亚、巴林、马其顿、智利、秘鲁、加蓬、摩洛哥、阿联酋、科威特、菲律宾、也门、捷克、斯洛伐克、希腊、立陶宛
与投资有关的争议	南非、马达加斯加、赤道几内亚、巴巴多斯、马里、韩国、塞浦路斯、马耳他、古巴、缅甸、伊朗、突尼斯、罗马尼亚、俄罗斯、卢森堡、尼日利亚、马来西亚、亚美尼亚、泰国、葡萄牙
促进和保护投资、国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇、征收、损害与损失的补偿、转移、代位、以协议或合同形式与缔约另一方投资者就其投资所作出的书面承诺	坦桑尼亚、刚果（布）、土耳其；东盟 10 国：文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南

资料来源：作者根据商务部官方网站发布的条约内容统计得出。

企业对 ISDS 仲裁机制的利用屈指可数，思维方式也多停留在过去我国大力引进外资的发展背景下。因此，我国在签订 IIAs 或修改 IIAs 条款时应兼顾资本输出国和资本输入国并重的双重身份，吸引外资的同时更加强调对投资者的保护，而这需要扩大对可提起 ISDS 仲裁的争议类型范围。

2. 实体待遇条款都较为原则和模糊。我国与“一带一路”沿线国家签订的国际投资协定几乎都规定了公平和公正待遇条款，但是对绝大部分规定欠缺制度设计和精细化的例外及限制规则，其中规定的实体待遇条款都较为原则和模糊。在 BIT 规定的可提交国际仲裁的争端范围中，国际投资协定规定的实体待遇条款也很容易引发争端而为仲裁庭所管辖。国际投资协定的实体待遇条款通常有国民待遇、最惠国待遇、公平和公正待遇。根据 UNCTAD《2019 年投资者与东道国间争端解决案件报告》，大约 1/4 的 ISDS 案件涉及国民待遇条款，大约 1/5 的案件援引了最惠国条款，公平和公正待遇条款构成了 IIAs 中诉讼最多的条款。^①因此，可提起 ISDS 仲裁的范围过于保守，不仅不能防止仲裁庭可根据扩大解释进而拥有案件的管辖权，也给我国海外投资者维权增加难度。

3. 国际仲裁的豁免问题。关于应对疫情而采取的政府措施，我国与沿线国家已有的双边投资协定缺乏豁免条款可供利用。2020 年新冠肺炎疫情暴发以来，各国政府纷纷加快国际投资协定改革的脚步，以便通过政策导向作用保护公众利益和减轻疫情对经济的负面影响。完善“一带一路”投资争端法治进程需要考虑国际仲裁的豁免问题，如基于新冠肺炎疫情政府采取的管制措施是否应免于国际仲裁。^②很显然，

① UNCTAD.Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic[R].Investment Policy Monitor,Special Issue No. 4,May. New York and Geneva:United Nations,2020:15-18.

② 2020年哥伦比亚可持续投资中心发表了由多位领导人签署的《关于人权与可持续发展的呼吁》，要求在疫情结束之前及时并全面暂停所有外国投资者对国家基于IIAs提起的ISDS仲裁索赔，并永久限制与针对该疫情及其影响的健康、经济和社会层面的政府措施有关的所有仲裁索赔。哥伦比亚可持续投资中心.关于人权与可持续发展的呼吁[EB/OL].http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-morato-rum-during-covid-19.[2020-05-05]（2020-09-24）.

20 至 60 年前缔结的国际投资协定并不能考虑到当今的全球挑战。

(二) 国际仲裁与东道国当地救济机制之间的协调关系问题

“岔路口条款”(Fork-in-the-Road Clauses)是东道国与投资者利益妥协的产物。在传统投资领域,投资者通常来自发达国家,而作为投资东道国的发展中国家在发生投资争端时更希望争议能够用尽当地救济,以使本国能够紧紧抓住案件的管辖权。来自发达国家的投资者则更青睐通过国际仲裁的方式解决投资纠纷,以寻求一个相对中立且公正的结果。因此,“岔路口条款”便是在国际投资条约中赋予双方选择的权利,在东道国救济和国际仲裁之间做出二选一的终局性选择。“岔路口”像是摆在投资者面前的 Y 型路口,分叉择路后不得回头(表 2)。^①

表 2 “岔路口条款”在“一带一路”沿线国家中的适用

适用情况	主要国家	备注
岔路口条款: 将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院,则不适用国际仲裁	苏丹、津巴布韦、阿尔及利亚、佛得角、埃及、蒙古、孟加拉国、新加坡、柬埔寨、越南、老挝、斯里兰卡、卡塔尔、黎巴嫩、阿塞拜疆、格鲁吉亚、印度尼西亚、塞尔维亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斯洛文尼亚、新西兰、玻利维亚、厄瓜多尔、牙买加、摩尔多瓦、阿曼、埃塞俄比亚、巴林、马其顿、智利、秘鲁、缅甸、伊朗、突尼斯、罗马尼亚、俄罗斯、卢森堡、巴布亚新几内亚	无
	坦桑尼亚、刚果(布)、马达加斯加、赤道几内亚、巴巴多斯、南非、马里、韩国、塞浦路斯	先用尽行政复议程序再适用
	土耳其	先用尽行政复议程序再适用; 财产和不动产物权的争议由东道国缔约方法院管辖
	马耳他、古巴	先用尽当地法院、法庭或仲裁程序再适用
非岔路口条款: 可同时在国内与国际上寻求救济	加纳、沙特阿拉伯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、匈牙利、乌克兰、白俄罗斯、意大利、加蓬、摩洛哥、阿联酋、科威特、菲律宾、也门、捷克、斯洛伐克、希腊、立陶宛、尼日利亚、马来西亚、亚美尼亚、泰国、葡萄牙	无

资料来源:作者根据商务部官方网站发布的条约数据统计得出。

“岔路口条款”的本意是防止多重救济的发生,阻止投资者从中双重获利。^②然而,“一带一路”沿线大多数国家法制水平比较落后,国内行政及司法救济程序耗时较长,穷尽当地救济对我国投资者相对不利。国际仲裁与东道国当地救济机制之间的关系如协调不好,“岔路口条款”也可能导致当地救济被架空而国际仲裁拥堵的困境,这也关系到是否充分尊重“一带一路”沿线国家的司法主权以及“一带一路”协调合作的宗旨等问题。因此,国际仲裁与东道国当地救济机制之间的协调关系问题也是我国今后改革国际投资协定的重要议题。

① Mariel,Dimsey.The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions[M].Eleven International Publishing Press,2008:81.
② Zachary,Douglas,et al.The Foundations of International Investment Law:Bringing Theory Into Practice[M]. Oxford:Oxford University Press,2014:525.

二、国际投资协定改革加快背景下“一带一路”ISDS 机制的完善进路

UNCTAD 在 IIAs 制度改革方面发挥了积极的促进作用。2021 年初, UNCTAD 发布《回顾 2019 年 ISDS 裁决: IIA 改革问题》和《国际投资协定改革加速器》, 对 2019 年 ISDS 裁决总体情况及其中涉及的 IIAs 改革问题进行了梳理、归纳与总结, 为我国在“一带一路”倡议框架内促进投资者与国家争端解决机制现代化提供了重要参考。通过了解 IIAs 条款在实践中的运作情况以及 IIAs 多边改革情况, 我国目前的改革方向是: 在双边层面, 取代过时的条约条款可以在未与我国签订 BIT 的 58 个国家先行尝试; 在多边层面, RCEP 各方约定, 在协定生效后的两年内就投资者与国家间投资争端解决机制进行讨论, 这为 IIAs 在区域经济一体化组织范围内提供改革的契机。

(一) 现行国际投资协定已有的改革方式

现行改革方案可以直接通过国家以双边、区域性多边的层面进行。一是利用拟议的提法作为联合解释性说明的基础, 澄清条约条款的内容, 并缩小法庭解释性裁量权的范围。二是通过议定书、交换信函或注释的方式对具体条约中的规定进行修改, 通过修改条约条款来修改现有条约的内容。三是用新的条约条款替代旧的条约条款。每一种方式都有其优点和缺点(表 3)。

表 3 UNCTAD 发布的可供加速改革 IIAs 的方式

方式	效果(优点)	挑战(缺点)
共同解释条约条款	(1) 允许缔约方澄清一项或几项具体条款, 无需修改或重新谈判条约(无需批准, 成本低, 时间密集); (2) 如果条约明确规定缔约国(或其联合机构)的联合解释对法庭具有约束力, 特别有效; (3) 自接受之日起生效, 包括对未决纠纷; (4) 权威源于条约缔约双方	(1) 效果较为有限, 因其不能附加一个全新的条约; (2) 可能会引起对其真正法律性质的怀疑(可能并不总是容易区分联合解释和修正案); (3) 能给法庭留有自由裁量权; (4) 如任何一方一贯的行为方式与解释不符, 则可能难以确定其真实性; (5) 当愚而未决的争议涉及有关条款的适用时, 谈判可能有困难
修改条约规定	(1) 打造比解释更广泛、更深远的工具; 可以引入新规则, 而不仅仅是阐明现有规则的含义; (2) 有选择地处理参与方政策立场一致的最重要问题; (3) 与整个条约重新谈判相比, 与条约伙伴达成协议更容易, 谈判更有效	(1) 通常需要国内批准才能生效; (2) 仅适用于未来, 即不影响未决的纠纷; (3) 不会导致条约设计和理念的全面改变; (4) 可能导致讨价还价, 即所期望的修订只能通过与其他修订的各方交换来实现
取代过时的条约条款	(1) 允许根据缔约方不断演变的目标全面修订条约条款, 以全面方式进行改革; (2) 允许修订条约的理念和总体设计, 并纳入新的政策问题; (3) 可以在条约有效期内的任何时间进行	(1) 需要条约伙伴或持类似观点的伙伴参与; (2) 成本和时间是巨大的, 因为它涉及从头开始谈判整个条约条款; (3) 不保证包括以改革为导向的元素(取决于谈判结果); (4) 可能需要新旧条约条款之间的有效过渡

资料来源: 作者根据 UNCTAD 发布的《国际投资协定改革加速器》报告内容整理得出。

(二) 改革国际投资协定的 8 个关键条款

2020 年 11 月 UNCTAD 发布了 IIAs 改革“加速器”, 并提出了可供选择的 8 项

IIAs 关键条款范本,以供对老式条约进行解释、修改或替代(表4)。^①对于这8个条款中的每一条,范本都提供了一个有利于可持续发展的具体改革路径。这些路径是根据UNCTAD已确定投资可持续发展政策框架、最近的条约实践以及UNCTAD在发展中国家广泛的技术援助和能力建设经验教训总结出来的。其中涉及的实质性条款包括:在ISDS索赔中最常援引的条款、对诸如保护公共健康或环境的真正公共利益措施提出挑战的条款、对可持续发展有重大影响或影响东道国为可持续发展进行管理的能力的条款。到目前为止,通过对IIAs条款进行逐个修改和完善是改革ISDS机制的重要方式。

表4 UNCTAD发布的可供加速改革的8项IIAs关键条款范本

8项条款情况	8项IIAs关键条款具体改革路径
投资的定义	(1)将特定类型的资产排除在投资的定义之外;(2)要求投资符合条约规定的具体特点;(3)基于企业的投资定义;(4)合法性要求
投资者的定义	(1)将某些类别的自然人或法人排除在条约范围之外;(2)拒绝福利条款
国民待遇	(1)判定国民待遇类似情况的标准;(2)国民待遇的权利服从东道国的国内法;(3)对国民待遇的保留
最惠国待遇	(1)确定最惠国待遇类似情况的标准;(2)限制最惠国待遇条款的范围;(3)澄清其他国际投资协定中的实质性义务本身并不构成“待遇”
公平和公正待遇	(1)以详尽的国家义务清单代替公平公正待遇;(2)澄清公平公正的待遇标准;(3)将公平公正待遇减少为政治承诺或完全省略公平公正待遇条款
充分保护和保障条款	明确将充分保护和保障与安全条款与习惯国际法联系起来
间接征收	(1)明确对间接征收的保护;(2)明确排除间接征收
公共政策例外	(1)为追求限制性政策目标或审慎措施而采取的国内监管措施的例外情况;(2)防止东道国滥用例外情况

资料来源:作者根据UNCTAD发布的《回顾2019年ISDS裁决:IIA改革问题》以及《国际投资协定改革加速器》报告内容整理得出。

(三) ISDS机制在国际投资协定中的多边改革进程

过去几年,国际经济法经历了一系列多边改革,为投资条约实质性改革和谈判提供了依据。在国际投资法领域,寻求改进投资者—国家争端解决制度的两项努力正在进行。其一,《联合国条约投资国仲裁透明度公约》(《毛里求斯公约》)促进贸易法委员会透明度规则更多地应用在2014年之前缔结的国际投资协议下的ISDS程序中。《毛里求斯公约》有效地修改了部分第一代国际投资协定(已批准该公约的国家),使其成为国际投资协定的集体改革行动。截至2022年6月,已有23个国家签署了该公约,9个国家批准了该公约。^②此外,非《毛里求斯公约》缔约国的原籍国的索赔人可同意对已批准《毛里求斯公约》的答辩人适用《贸易法委员会透明度规则》,从而可能扩大《毛里求斯公约》的适用范围。《毛里求斯公约》的关键条款第2条确定《贸易法委员会透明度规则》何时及如何适用于该公约范围内的投资人与国家间仲裁。另外,《毛里求斯公约》对缔约方保留的规定具有灵活性,从而可以使其不适用于一项特定投资条约或《贸易法仲裁规则》以外的一套特定仲

① UNCTAD.International Investment Agreements Reform Accelerator[R].New York and Geneva:United Nations,2020:1~30.

② UNCTAD.Status:United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration(New York,2014)[EB/OL].
https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/conventions/transparency/status.(2022-06-08).

裁规则。缔约方也可以声明将不予单方面提议适用。《毛里求斯公约》在透明度相关义务方面对现有投资条约作了补充。可见，未来的 IIAs 改革或者 IIAs 条款修改也需要将《毛里求斯公约》以及《贸易法委员会透明度规则》的多边改革影响考虑在内。

其二，联合国贸易法委员会关于 ISDS 改革的第三工作组目前正在努力改革 ISDS 机制。联合国贸易法委员会第三工作组在 ISDS 改革方面做了积极努力，其以清单的形式列出了可能产生的解决方案。在目前的情况下，一份非常详尽的解决办法清单包括：（1）设立一个常设上诉法院，在仲裁小组作出一审决定后，可向该上诉法院提出申诉以供审查；（2）设立一个常设多边投资法院，具有一审和上诉程序，各国在改革旧的 IIAs 或者缔结新的 IIAs 时可选择加入；（3）一项多边条约大纲，其中载有应视为最低标准一部分的区块，各国可通过选择加入机制加入；（4）一套办法，制定一套有关解决方案，各国可选择将其全部或部分纳入。尽管工作组的重点是程序改革，但各国和专家提交的文件也提到了国际投资协定条款在不同层面（国家、双边、区域和多边）的实质性改革。^①

三、“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制的改革建议

“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制的具体革新路径不仅需要考虑 IIAs 条款之间的相互关系以及我国对外投资保障需求，还需要尊重“一带一路”沿线国家的司法主权以及“一带一路”协调合作的宗旨等问题。“一带一路”倡议下国际投资争端解决机制的改革可以升级 BITs 和改革区域性多边协定为进程，扩大“一带一路”投资争端可仲裁事项并设置例外条款，将“岔路口条款”修改为“禁止掉头条款”。

（一）“一带一路”投资争端解决在 ISDS 机制变革中的路径选择

《中国投资发展报告（2020）》指出，后疫情时代，“一带一路”蕴藏巨大的投资机会。随着我国对外投资不断增加，现有的争端解决机制也完全不能满足需求，学者们对建立“一带一路”争端解决机制存在基本共识，但对建立何种争端解决机制存在不同的观点（董静然，2018；张丽娜，2018；王鹏，2018；王军杰，2019）。以美国或欧盟主导的国际仲裁机制并不天然契合世界任何区域的投资纠纷，多元化的投资争端解决机制是发展趋势，也是“一带一路”建设需要面对的必然选择，建立独立的投资争端解决机制是实现我国与沿线国家利益平衡的最佳机制。笔者认为，目前我国对此应保持谨慎的态度，相较于设立投资法庭或者设置上诉机制，我国目前更为可行的做法是重点关注仲裁范围以及仲裁程序等规则的完善。一是因为这类制度安排在理论研究和实践前景上尚不明确，二是我国正处于海外投资蓬勃发展的阶段，亟需完善的 ISDS 仲裁机制保护当前的投资利益，所以，目前我国 ISDS 机制

^① UNCTAD.International Investment Agreements Reform Accelerator[R].Investment Policy Monitor,2020:2~8.

的构建宜以 ISDS 仲裁存在的问题为关切点,特别是仲裁庭管辖权、可仲裁范围、仲裁员选任和透明度等规则设置。

IIAs 是 ISDS 仲裁机制的主要载体,IIAs 改革可以通过各方认为合适的方式进行,如通过共同解释条约条款,或修改条约规定,或用新条款取代旧条款,在双边、区域或多边基础上进行。在“一带一路”建设背景下,我国与沿线 82 个国家重新签订或者修改 BIT 的可能性不大,但可以利用联合解释的改革方式,澄清条约条款的内容,并缩小法庭解释性裁量权的范围。此外,在双边层面,取代过时的条约条款可以从未与我国签订 BIT 的 58 个国家先行尝试。在多边层面,目前与“一带一路”沿线国家相关的区域投资协定有与东盟 10 国以及与东亚 15 国签订的国际区域投资协定。RCEP 第 19 章(争端解决)适用于成员之间因协定投资事宜产生的争议(SSDS),但 RCEP 投资规则并没有关于投资者与东道国之间投资争议(ISDS)的规定。RCEP 各方约定,在协定生效后的两年内就投资者与国家间投资争端解决机制进行讨论。与东盟 10 国以及与东亚 15 国签订的国际区域投资协定可为 IIAs 在区域经济一体化组织范围内提供改革的契机。

(二) 增加“一带一路”投资争端可仲裁事项并设置例外条款

1. 将可仲裁范围设置为“与投资有关的争议”

绝大多数旧的国际投资协定对投资有一个宽泛的定义,对所有类型的资产给予保护。随着经济交易方式的多样化,宽泛地定义资产将有可能将当事人未料到的经济交易资产以及对东道国经济未有贡献的资产也包括在内。如前所述,现代条约将特定类型的资产排除在投资的定义之外主要通过 4 种途径:将特定类型的资产排除在投资的定义之外;要求投资满足条约所涵盖的特定特征;基于企业的投资定义;基于合法性要求。笔者认为,我国可考虑将特定类型的资产排除在投资的定义之外,如许多国家基于仲裁实践,在签订新条约时明确将某些类型的资产如政府债券、涉及商品和服务销售的商业合同等排除在投资的定义之外。^①排除条款有助于防止 IIAs 承保范围存在不确定性的索赔。此外,还可要求投资满足有利于可持续发展的目标资产来调整其投资定义。

2. 对实体待遇条款设置例外条款或者进行保留

对实体待遇范围的澄清和保留是国际投资协定加强可持续发展的重要方式。澄清条款可以显著提高投资者和国家的可预测性,为仲裁庭提供解释性指导。

首先,国民例外是最近国际投资协定中使用最广泛的例外之一。我国可设置对国民待遇的保留条款,如规定本条不适用于政府采购、补贴或补助、税收、行使政府权力时提供的服务或依照《与贸易有关的知识产权协定》克减国民待遇义务的措施。

^① 在 Abaclat 诉阿根廷案中,政府债券的持有者可以根据适用的 BIT 提出大规模索赔,很多国家考虑到公共债务工具的性质,防止政府债券持有人(大规模)索赔债权的最安全方法可能是明确将公共债务排除在投资的定义之外。在 Petrobart 有限公司诉吉尔吉斯斯坦共和国一案中,仲裁庭宣称适用的 IIA 包含了投资的广泛定义,裁定这份销售合同以及由此产生的对资金的索赔构成了投资。

明确界定的对国民待遇义务的保留可能有助于推进可持续发展目标，因为它们允许国家补贴可再生能源或资助符合当地内容要求的基础设施项目，而不会有违反国民待遇义务的风险。^①

其次，最惠国待遇条款不仅涉及非投资条约，而且仲裁庭在适用最惠国待遇条款时会涉及一国所签署的相关国际条约内容。仲裁庭的宽泛解释进路会导致仲裁条款以外的义务强加给各国。^②鉴于我国的双重投资主体身份，限制适用最惠国待遇条款具有正当性（张金矜，2019）。对此，可澄清其他国际投资协定中的实质性义务本身并不构成“待遇”，在评估违反本条的情况时不予考虑。

最后，在有利于投资者的案件中，违反公平和公正待遇条款是最常见的仲裁庭裁判依据。公平公正待遇条款的修订和完善需要兼顾投资者与东道国的双重身份。一方面要避免形成过高的保护待遇，另一方面可以在IIAs中设置一些例外条款。第一，避免过高的保护待遇，可以在IIAs中澄清公平和公正待遇的标准，亦即封闭列举东道国“义务”（姬云香，2020）。这不仅为仲裁庭适用条款时提供了较明确的指导，避免仲裁庭的扩大解释，也可以提高投资者与国家违法结果的可预测性。第二，在公平公正待遇的例外条款设置方面，可以参考征收和补偿款的例外条款或者公共政策的例外条款以及一些国际条约的设置。第三，另一种尝试是还可用详尽的国家义务清单取代公平和公正待遇，达成这样一份清单可能是一项具有挑战性的努力。为了兼顾资本输出国的身份，可以允许协议新增内容，比如条约还可以设立一个机制，由缔约国定期审查这一详尽清单，以便在必要时根据国际投资法和仲裁惯例的发展对清单进行调整。

3. 制定公共政策的例外条款

越来越多的国际投资协定包括公共政策例外条款，缔约国以维护本国的根本安全利益或公共利益为由，不承担违反投资条约义务的法律后果，为维护国家安全和公共利益预留一定的空间。公共政策例外规定会使国际投资协定更有利于可持续发展，不但促进国际投资协定与其他公共政策目标之间的一致性，也可以减少各国因外国投资者利益与促进和保护合法公共利益目标之间可能发生的冲突而面临的索赔要求。在制定公共政策的例外条款时，可结合我国的投资实际参考如下改革建议：（a）保护公共道德或维护公共秩序所必需的措施，（b）保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的；（c）确保遵守与本协议不相抵触的法律或法规所必需的，包括与以下方面有关的法律或法规：（i）防止欺骗和欺诈行为或处理违约对合同的影响或（ii）在处理和传播个人资料方面保障个人隐私，以及保障个人记录和账户的保密性或（iii）安全；（d）关于保护生物和非生物可耗尽的自然资源；（e）强制保护具有艺术、

① 关于适用国民待遇保留条款的改革情况以及世界各国的使用情况，参见：UNCTAD.International Investment Agreements Reform Accelerator[R].Investment Policy Monitor,2020:15-18。

② 例如在Maffezini诉西班牙案中，仲裁裁决将最惠国义务解读为允许投资者援引第三方条约中对投资者更友好的程序规定或规避基础条约中的程序要求；也可参考Bayindir诉巴基斯坦案。

历史或考古价值的国家宝藏；（f）旨在确保有效或公平的征税或征收；（g）有必要履行对本国人民的法律义务。^①

（三）将“岔路口条款”修改为“禁止掉头条款”

我国目前是资本输出国和资本输入国并重的双重身份，在吸引外资的同时需要更加强调对投资者的保护。作为东道国而言，需要强化仲裁前置条件，防止投资者的滥诉行为。但作为投资者，附加诸多的限制性条件不利于我国境外投资者通过 ISDS 仲裁积极维权。因此，需要在“一带一路”国际投资协定中合理设置 ISDS 仲裁前置条件。根据“约定优先”原则，如果在投资条约的条款中有约定则被优先适用。岔路口条款和穷尽当地救济措施的规定对我国投资者十分不利，在更新国际投资协定时，对这些条款可酌情考虑删除或者进一步完善。

笔者认为，在升级我国与“一带一路”沿线国家的 IIAs 时，可以考虑将协定中的“岔路口条款”修改为“禁止掉头条款”。^②第一，“禁止掉头条款”可防止投资者从双重程序中获得不当利益。“岔路口条款”是为了防止投资者滥用诉讼权利，然而实践中适用“岔路口条款”成功的案例并不多见，投资者可轻易通过变换诉讼主体、包装法律争议、切换法律依据等策略将争议变成不同的争端，从而重新提起国际仲裁。“禁止掉头条款”规定投资者弃权的针对事项，针对的也是东道国政府的“同一措施”。第二，“禁止掉头条款”可平衡投资者与东道国的利益。因仲裁庭缺乏明确的适用指南以及仲裁庭的严格解释标准，“岔路口条款”的适用难以平衡投资者与东道国的利益。东道国当地救济体现了东道国属地管辖权的优先性，在“一带一路”国际投资协定中可规定当事人事先选择权，但如果选择了国际仲裁的方式，则适用“禁止掉头条款”不可再寻求东道国救济。“禁止掉头条款”与“岔路口条款”的不同之处在于，其规定投资争端的措施相同即可认定为同一争端，不论投资纠纷的当事人、诉由是否相同。

四、结语

当今，国际投资仲裁机制是尚未多边化的领域，该制度虽然面临各国的质疑和不满，但仍然是解决 ISD 争端的主要机制。“一带一路”倡议作为我国就全球化调整 and 改革国际治理提供的国际公共产品，对促进和形成更加公平合理的经贸规则而言意义重大。就现阶段而言，我国可以升级“一带一路”BITs 和促进涉及“一带一路”的区域性多边投资协定改革为进程，逐渐升级和更新国际投资协定，为我国投资者以及我国对外投资保驾护航，并提供更有力的法治保障。此外，国际投资协定的相关条约内部具有连贯性，各项规定的相互作用就有可能产生条约义务，在条款的更新

^① 关于适用公共政策的例外条款的改革情况以及世界各国的使用情况，参见：UNCTAD.International Investment Agreements Reform Accelerator[R].Investment Policy Monitor,2020:26~27。

^② “禁止掉头条款”是指只要投资者将一个争端提交给国际仲裁机构，就必须放弃将该争端在东道国国内法院或仲裁庭获得救济的权利，投资者弃权的针对事项是东道国政府的“同一措施”，这也是美国、加拿大、欧盟等偏好的另一类防止平行程序的国际投资仲裁程序规则。

和设置方面,应兼顾我国资本输出国和资本输入国并重的双重身份,不仅考虑我国对外投资保障需求,还需要尊重“一带一路”沿线国家的司法主权。

参考文献:

- [1] 董静然. “一带一路”倡议下投资者—国家争端解决机制研究——基于欧盟国际投资法庭制度的考察[J]. 江苏社会科学, 2018, (1).
- [2] 韩秀丽, 翟雨萌. 论“一带一路”倡议下中外投资协定中的投资者—国家仲裁机制[J]. 国际法研究, 2017, (5).
- [3] 姬云香. “一带一路”视域下公平公正待遇条款的修订对策[J]. 甘肃政法学院学报, 2018, (1).
- [4] 齐湘泉, 姜东. 国际投资争端解决中的透明度原则[J]. 学习与探索, 2020, (2).
- [5] 石慧敏, 王宇澄. 评估中国对外投资风险——通过投资者国家争端解决案件的角度[J]. 经济理论与经济管理, 2018, (9).
- [6] 石俭平. 中国参与ICSID机制的双重挑战及其应对策略[J]. 学习与实践, 2016, (12).
- [7] 宋阳. 国际投资仲裁准据法的平衡适用论[J]. 现代法学, 2022, (3).
- [8] 王军杰. 论“一带一路”倡议框架下独立投资争端解决机制的建构[J]. 河南社会科学, 2019, (4).
- [9] 王鹏. 中立、责任与参与: 国际投资仲裁的多边改革与中国对策[J]. 国际政治研究, 2018, (2).
- [10] 王燕. 国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争[J]. 环球法律评论, 2017, (2).
- [11] 徐树. 国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建[J]. 法学, 2017, (5).
- [12] 张炳南. 论“一带一路”倡议下的岔路口条款研究[J]. 河北法学, 2018, (11).
- [13] 张金矜. 论最惠国待遇条款适用于投资实体待遇的限制性发展趋势[J]. 国际经贸探索, 2019, (5).
- [14] 张丽娜. “一带一路”国际投资争端解决机制完善研究[J]. 法学杂志, 2018, (8).
- [15] 左海聪, 闫旭. 论国际投资协定中公平公正待遇的义务要素[J]. 中国高校社会科学, 2022, (1).
- [16] Franck, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions[J]. Fordham Law Review, 2005, (4).

The Reform of Investor-State Dispute Settlement Mechanism under the Belt and Road Initiative

MO Jianjian GAO Jianxun

Abstract: International investment arbitration mechanism is the main mechanism for resolving disputes between investors and countries, and the arbitration clause of the international investment agreements is the key clause in the adjudication of ISDS arbitration. However, the early investment agreements signed by China with the countries along the Belt and Road mainly focus on the protection of the interests of the host country, which is not conducive to the legal relief of China's foreign investors. The summarization and sorting out of the reform of international investment agreement by United Nations Conference on Trade and Development summarizes and sorts out the reform problems of international investment agreements has provided a reference for countries to accelerate the reform of the provisions of the modernization of the older generation of international investment agreements. The effective and implementation of Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement in 2022 provides an opportunity for the reform of the international investment dispute settlement mechanism under the Belt and Road Initiative. The reform of the investor-state dispute settlement mechanism under the framework of China's Belt and Road Initiative can be carried out on the basis of bilateral agreement, regional multilateral agreement by improving the entity clause of the source of bilateral, regional and multilateral agreements.

Keywords: the Belt and Road Initiative; investor-state dispute settlement arbitration mechanism; reform of international investment agreements; ISDS arbitration

(责任编辑: 金孝柏)