

论国际投资争端的预防

张晓君¹ 魏祥东²

(1. 西南政法大学, 重庆 401120; 2. 重庆第二师范学院, 重庆 400065)

摘要: 近年来, 涉及中国投资者、中国政府的投资争端日益增多, 而争端解决机制难以应对日益增多的投资争端。争端预防是预防投资争端的有效措施。中国作为双向投资大国, 需要以东道国、母国、东道国—母国合作的三重视角预防投资争端。东道国视角下对投资争端的预防包括提高投资政策的透明度和稳定性、提高政府对国内法与投资条约的协调遵从能力、设立投资争端预防机构; 母国视角下对投资争端的预防包括追究投资者的法律责任、推进企业社会责任; 东道国—母国合作视角下对投资争端的预防包括设立国家间联合委员会、优化国际投资条约。

关键词: 投资争端; 争端预防; 双向投资; 争端解决

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 04-0063-13

一、国际投资争端预防的必要性

近年来, 涉及中国投资者、中国政府的投资争端有所增加, 给中国的国际投资发展带来了新的挑战。国际投资仲裁案件的加速增长预示着中国投资者和政府可能面临越来越多的投资争端。根据联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 数据库, 依据中外双边投资协定 (BIT) 提起的国际仲裁案件目前共有 29 例, 其中 17 例开始于 2020 年及以后, 超过了全部案件的 50%, 案件增长速度有所加快。东道国政策的收紧也会影响投资者的法律权利或义务, 可能加剧投资争端的产生。近年来, 各个国家作为东道国的投资政策进一步收紧, 在 2019 年后逐渐加强对外国投资者的规制。^①但是, 传统的投资者与东道国争端解决 (ISDS) 机制存在缺陷, 需要通过争端预防机制应对投资争端。

本文所讨论的国际投资争端是指投资者与东道国之间直接由于投资产生的法律争端, 即投资者与东道国之间由于投资直接产生的涉及法律权利或义务的争端, 不包括母国在行使外交保护权利时与东道国发生的争端以及国际投资条约的缔约方因条约的解释和适用产生的争端。

作者简介: 张晓君, 西南政法大学教授, 研究方向: 国际经济法; 魏祥东, 重庆第二师范学院家庭教育学院教师, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 中国法学会 2022 年度重点委托课题“‘一带一路’重大项目风险防控的法律制度研究”(项目编号: CLS(2022) ZDWT33); 重庆市重大决策咨询项目“加强涉外法治建设推进西部陆海新通道法律服务研究”(项目编号: 2024ZB04)。

^① UNCTAD. World Investment Report 2023[EB/OL]. 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf. [2023-07-05] (2024-11-29)。

（一）投资争端解决机制的不足

从双边视角分析，BIT 中的 ISDS 机制能够解决的争端有限，且 ISDS 机制自身也存在缺陷。在中国签订的 BIT 中，大量 ISDS 条款将投资仲裁的适用限制在征收补偿数额。但是，在实践中，国际投资争端并不限于征收补偿数额。同时，作为当前主流的 ISDS 机制，国际投资仲裁具有不一致性和不可预见性，费用和时间成本高昂，^①且会损害投资者和东道国甚至母国和东道国之间的关系，^②以至于有国家终止投资条约以表达对 ISDS 机制的不满。

从诸边视角分析，自贸协定对 ISDS 条款有所完善，但效果有限。中国签订的包含投资章节的自贸协定主要有《中国—东盟全面经济合作框架协议》（CAFTA）和《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）。CAFTA 下的投资协议扩大了投资仲裁的适用范围，不再将投资仲裁的适用限制在征收补偿数额，但并未改善投资仲裁的缺陷；RCEP 的 ISDS 条款也因部分缔约方对投资仲裁的排斥而暂时搁置。

从多边视角分析，ISDS 机制改革在不同国家间存在分歧和冲突。国际投资争端解决中心（ICSID）2022 年修订的《仲裁规则》在程序效率、费用、第三方、透明度等方面进行调整，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的《投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》对仲裁的透明度进行改进，但都是在传统商事仲裁框架下对程序规则进行调整。UNCITRAL 第三工作组则在进行对 ISDS 机制的全面改革工作，此次改革暴露出不同国家间的分歧和冲突，各国对 ISDS 机制改革有渐进式改革、投资法院等根本性分歧的不同路径，改革的方向尚未明确。

（二）投资争端预防的独特优势

争端预防是为防止争端的实际发生并趋于恶化的预防和阻却机制。就国际投资而言，争端预防是通过建立相应的机制，对投资关系各方之间可能产生纠纷的各个环节采取必要的措施进行预先防范。投资争端的本质是关于东道国及其相关政府部门的立法和执法是否符合国际投资条约义务的分歧，而在实践中，有多个环节可能在投资者和东道国之间发生分歧。争端预防可以针对各个环节防止投资者和东道国之间发生分歧，以预防和阻却争端的发生。

投资争端预防相较于投资争端解决的独特优势在于，投资争端预防强调防止投资者与东道国之间的分歧恶化为实际的投资争端，可以有效避免争端导致的联系中断和争端解决的高昂成本。同时，投资争端预防是国际投资法的发展方向之一。UNCITRAL 第三工作组就投资争端预防进行了多次讨论并发布了投资争端预防和缓解立法指南草案。^③投资便利化的兴起也包含了投资争端预防的内容。2023 年 7 月，

① 中国政府提交的意见书[EB/OL].2019, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf>. [2019-07-19]（2024-11-29）。

② UNCTAD.Investor-state Disputes:Prevention and Alternatives to Arbitration[EB/OL].2010, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf. [2010-07-31]（2024-11-29）。

③ 联合国国际贸易法委员会第三工作组.投资争端预防和缓解立法指南草案:秘书处的说明[EB/OL].2023, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/2300800c.pdf>. [2023-01-19]（2024-11-29）。

中国等部分发展中国家牵头发起的世界贸易组织（WTO）《投资便利化协定》文本谈判成功结束，其中的一些内容也与投资争端的预防有关。

二、国际投资争端预防的三重视角

中国作为双向投资大国，在预防投资争端时需要同时具备东道国、母国、东道国—母国合作的三重视角，具体如图 1 所示。这不仅是由于中国的东道国和母国双重身份，也与投资争端的成因有关。需要明确的是，争端预防的前提是各方想要避免投资争端导致的不利局面，这需要排除投资者恶意违反东道国法律、东道国故意违反投资条约等情况，这类争端显然脱离了预防机制的适用范围。

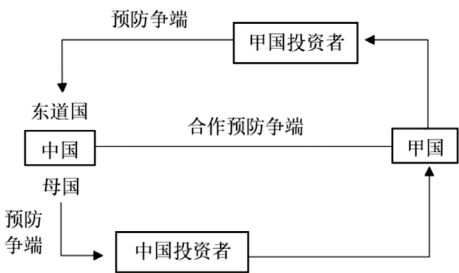


图 1 中国预防国际投资争端的三重视角
资料来源：作者自制。

当中国作为东道国时，涉及的投资争端为外国投资者与中国之间的争端。从东道国角度来看，可以预防的争端成因包括东道国投资政策透明度和稳定性不足，以及未经授权的公职人员的特定行为。以中国政府作为被告的案件为例，在马来西亚伊桂兰公司诉中国案中，伊桂兰子公司在 1993 年与海南省地方政府签订土地租赁协议。1994 海南省出台了《海南经济特区土地管理条例》，并在之后根据该条例取消了伊桂兰子公司的土地租赁权，最终伊桂兰对中国政府提起仲裁。又如，在瑞士国民蒙特内罗诉中国案中，蒙特内罗主张中国公职人员曾承诺在后续几年继续授权举办音乐节，但是在后续拒绝提供进一步授权，蒙特内罗因此对中国政府提起仲裁。

当中国作为母国时，涉及的投资争端为中国投资者与外国之间的争端。从母国的角度来看，可以预防的争端成因包括投资者与当地社区的冲突以及投资者违反了东道国的法律。以中国投资者作为原告的案件为例，在庄胜诉厄瓜多尔案中，庄胜的采矿项目一直受到当地社区的抗议，最终当地法院吊销了项目许可证。^①在中国机械设备工程股份有限公司诉多巴哥案中，尽管相关细节未被公开，但该争端可能源于当地环保团体对项目的反对，最终该项目被取消。^②违反法律也可能成为中国投资者与东道国间争端的成因，在谢业深诉秘鲁案、北京首钢诉蒙古国案、叶琼等诉柬埔寨案中，东道国都以违反法律为由采取了一定的规制措施。

无论作为母国还是东道国，中国都需要考虑与外国之间的合作，缺乏合作也可能导致投资争端。例如，为了提高谈判的效率和规则的适应性，缔约方的模糊性建

① 刘梓涵.中国矿业公司兑现早期威胁向厄瓜多尔提出投资条约索赔[EB/OL].2022,https://mp.weixin.qq.com/s/VOKt_tPWwPLi579c1SBc3Q.[2022-10-08]（2024-11-29）.
② 蔡硕.从国际投资仲裁角度看投资风险与规避[EB/OL].2024,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1683311.[2024-01-24]（2024-11-29）.

构会使投资条约具有模糊性。条约的模糊性可能导致争端的产生，而缔约方对条约的解释则可以起到预防争端的作用。在一系列基于《北美自由贸易协定》（NAFTA）的投资仲裁案件发生后，缔约方对 NAFTA 中的公平公正待遇进行了详细的解释。之后，根据 UNCTAD 数据库，仲裁庭裁定 NAFTA 成员国违反公平公正待遇的案件比例远小于裁定其他国家违反公平公正待遇的比例。^①虽然这些比例的差异可能受其他因素影响，但也从侧面说明了模糊的投资条约存在更多的争议。此外，一些投资争端也可能通过合作机制预防。典型的案例是中国投资者王某诉芬兰案，芬兰政府以调查非法移民为由拘留王某，之后终止了调查且没有提出任何指控，^②王某根据 BIT 提起仲裁，最终以和解终止了仲裁。在该案中，一方面，有多种潜在途径可以在政府调查案件的过程中保护投资；另一方面，以和解结案也说明有友好解决争议的可能，而国家间合作机制可以对这两个方面提供帮助。

三、东道国视角下的国际投资争端预防

（一）提高投资政策的透明度和稳定性

1. 提高投资政策的透明度

提高投资政策的透明度有助于确保外国投资者了解和遵守政策要求、理解投资环境，避免投资者和东道国产生不同的理解和预期。投资政策的透明度也是一些投资条约的要求，例如《中日韩投资协定》第 10 条、RCEP 投资章节第 17 条都有相关的规定。仲裁庭也时常将公平公正待遇解释为要求各国向外国投资者提高透明度。^③

中国可以通过提高投资法律法规的透明度和政府政务公开水平以提高投资政策透明度。第一，在提高投资法律法规的透明度方面，中国可以加强《中国外商投资指引》（以下简称《指引》）和《中国外商投资主要法律政策汇编》（以下简称《汇编》）之间的衔接。商务部外国投资管理司与投资促进事务局发布了《指引》并定期更新，涵盖了对中国法律体系、外商投资相关法律法规以及办事流程的基本介绍，同时还发布了《汇编》及其增补本，对外商投资相关的法律法规进行了全面的汇编。但是，《指引》对法律的基本介绍较为简略，缺乏对具体法律法规的索引，难以了解具体法律法规，而《汇编》又较为庞杂。中国应加强《指引》和《汇编》之间的衔接，使投资法律法规更加透明可得。

第二，提高政府政务公开的水平，需要地方政府的规范性文件、决策、政务服务信息、权力清单、执法信息等公开透明。根据中国社会科学院国家法治指数研究

① Johnson, Lise. State Control over Interpretation of Investment Treaties[EB/OL]. 2014, http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/State_control_over_treatyinterpretaton_FINAL-April-5_2014.pdf. [2014-04-05] (2024-11-29) .

② Notice of Arbitration[EB/OL]. 2021, <https://jsumundi.com/en/document/other/en-wang-jiaozhu-v-the-republic-of-finland-request-for-arbitration-friday-22nd-january-2021>. [2021-01-22] (2024-11-29) .

③ 例如 Frontier Petroleum Services Ltd v. The Czech Republic, Final Award; Metalclad Corporation v. United Mexican States, Award.

中心项目组发布的《中国政府透明度指数报告（2022）》，中国政务公开在决策公开、建议提案办理结果公开等方面仍需要完善，导致办理依据、申报条件、申报材料等要素不够明确；对失效文件依据的清理、替换也存在缺陷。未来需要对政府政务公开的不足之处进行完善，提高政务公开水平，从而提高具体投资政策的可得性。

2. 提高投资政策的稳定性

提高投资政策的稳定性可以避免投资政策的变化导致投资者权利受损，可以预防因投资者权利受损产生的投资争端。对投资者不利的政策变动时常被仲裁庭认为违反了投资条约的公平公正待遇，大量投资争端源于东道国颁布或修订的法律损害了投资者的权益。

从投资争端预防的角度来看，提高投资政策的稳定性不应要求东道国牺牲其规制权，而是应当在灵活调整法律与政策的同时，尽量减少对投资者的不利影响，降低违反投资条约的可能性。一些国家采用了稳定条款（Stabilization Clauses）以减少法律政策变动对投资者的影响。在投资合同方面，稳定条款多被用于能源领域等需要巨额财务投资且资本回报周期较长的投资领域。在国内投资法中，稳定条款可以分为两类，一类是鼓励性的稳定条款，即用鼓励性的语言承诺东道国提供稳定的投资政策；^①另一类是强制性的稳定条款，即强制性地规定了投资者不受东道国投资政策变动影响。^②

鉴于中国尚未面临大量外商投资争端指控，且出于保护国家规制权和维护稳定市场环境的需要，尚不宜采用稳定条款来保障投资政策对外国投资者的稳定性。对于提高投资政策的稳定性，一方面在调整与外商投资密切相关的法律政策时要考虑对投资者的不利影响，尤其是可能构成间接征收的情况，应当考虑进行补偿；另一方面，可以从降低政策的模糊性入手。例如，中国目前已经形成多个外商投资准入的负面清单，这些负面清单在提高投资便利化程度的同时，其例外条款过于宽泛，这会导致政策在实际运行中缺乏稳定性。为了提高投资政策的稳定性，需要降低政策的模糊性，并合理确定行政部门行使自由裁量权的空间。

（二）提高对投资条约的遵从能力

提高对投资条约的遵从能力可以避免政府公职人员作出违反投资条约义务的行政行为，预防因公职人员的行为导致的投资争端。根据UNCTAD的调查，有相当一部分通过ICSID解决的投资争端是由地方公职人员或负责具体行业的公职人员的决策引起的，这些公职人员未参与条约谈判，缺乏对投资条约的了解，^③也就缺乏投资条约遵守能力。

^① 例如LAW N° 2007-036 DATED 14th JANUARY 2008 Relating to Investment Law in Madagascar, Article 6。

^② 例如Mongolia Law on Investment, Article 6。

^③ UNCTAD. Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration[EB/OL]. 2010, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf. [2010-07-31] (2024-11-29)。

根据《对外关系法》第30条和第31条,中国应善意履行条约,采取适当措施实施和适用条约。在条约适用规则暂时缺失的情况下,从约定必守的角度解释《外商投资法》第4条第4款,加之投资条约很少转化为国内法的现状,对投资条约应当采用直接适用的模式。因此,从争端预防的角度看,一方面需要中国立法机关避免法律冲突,加强国内法与投资条约的协调性;另一方面也需要政府公职人员在执法中同样以投资条约为依据。关于后者,可以整理签订的投资条约信息,培训公职人员使其了解条约对其日常工作的影响,出版关于投资条约与行政日常工作的手册。同时,可以加强国际法公职律师的专业服务机制,完善公职律师为行政行为提供法律意见、参与法律法规起草论证等机制,并进行正式的合规审查。在实践中,也有一些国家采用了类似的措施。例如,墨西哥政府通过宣传投资规则、提供投资条约相关培训、制定相关手册并分发给政府官员以预防投资争端。又如哥伦比亚和摩洛哥等国开展有针对性的研讨会,培训官员以应对条约执行可能引起的投资争端。^①

(三) 设立投资争端预防机构

投资争端预防机构可以提供公私对话的渠道,在投资者诉诸争端解决机制前友好解决争端。2016年,UNCTAD在《投资便利化全球行动清单》中就指定牵头机构跟踪并及时采取行动以预防投资争端。^②2019年以来,世界银行提出了系统性投资者反应机制(Systemic Investor Response Mechanism),帮助东道国通过及时识别、跟踪和解决与投资者之间的矛盾以预防争端。^③实践中,有的国家将投资争端预防的职能集中于某个机构,另一些国家则由多个机构合作行使投资争端预防的职能。

韩国是将投资争端预防的职能集中于某个机构的典型,通过《外国投资促进法》在贸易投资振兴公社(Korea Trade Investment Promotion Agency)下成立了外国投资监察员办公室(OFIO)来预防投资争端。OFIO主要通过3种方式预防投资争端,即通过“家庭医生”(处理投诉的专家)的咨询和帮助解决投资者的不满、为外国投资企业向有关部门表达意见提供渠道、与相关部门和地方政府合作进行监管改革和修订法律。2011年至2022年间,韩国OFIO共解决了外国投资者的申诉案件多达4,425件,涉及劳工、税务、环境和建筑等多个领域。^④

秘鲁的投资争端预防职能由多个机构合作行使,即国际投资争端协调和应对系统(SICRECI)。SICRECI由经济财政部作为协调员,包括由经济财政部、外交关

① UNCTAD.Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration[EB/OL].2010,https://unctad.org/system/files/official-document/diaia200911_en.pdf.[2010-07-31] (2024-11-29)。

② UNCTAD.Global Action Menu for Investment Facilitation[EB/OL].2016,https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%202011-2020EN%20light%20version.pdf.[2016-12-01] (2024-11-29)。

③ World Bank Group.Retention and Expansion of Foreign Direct Investment: Political Risk and Policy Responses[EB/OL].2019,https://documents1.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf.[2019-01-01] (2024-11-29)。

④ OFIO.Foreign Investment Ombudsman Annual Report[EB/OL].2023,https://ombudsman.kotra.or.kr/ob-en/bbs/i-2654/detail.do?ntt_sn=9.[2023-05-10] (2024-11-29)。

系部、司法部和私人投资促进机构组成的特别委员会，以及与具体争议相关的其他机构。^①所有参与投资争端的政府机构都有义务向 SICRECI 的协调员报告相关信息，投资者也可以直接与特别委员会沟通。根据 UNCTAD 的报告，SICRECI 有效避免了投资争端升级为投资仲裁，维护了投资者与东道国之间的关系。^②

中国已经建立了较为完善的外商投诉制度，由中央和地方两级投诉组成。投诉工作机构具有类似投资争端预防机构的职能：一方面，投诉工作机构通过协调具体纠纷、达成和解协议，避免具体纠纷上升为投资争端；另一方面，投诉工作机构通过向政府及其有关部门提交完善相关政策措施的建议，达到防患于未然的目的。但是，中国目前的外商投诉制度中部门之间的协调和合作仍存在缺陷，需要进一步加强部门间的合作。虽然在中央和地方都规定了联席会议制度，但是中央的联席会议办公室设在商务部外国投资管理司，地方负责会同有关部门建立联席会议制度的外商投诉工作部门也往往是商务主管部门，其人员组成和法律地位存在局限性。对此，中国可以考虑提升外商投诉工作机构的层级。对于跨地区跨部门的信息共享要求，可以借鉴秘鲁的实践设置全国外商投诉互联网平台，不仅有助于提高解决纠纷的效率，避免同一问题被重复处理，而且有助于监测投资环境，及时调整投资政策，也有助于满足《外商投资企业投诉工作办法》关于地方报告和就普遍性问题提出完善政策措施建议的要求。

四、母国视角下的国际投资争端预防

（一）追究投资者的法律责任

追究其投资者不当的对外直接投资行为应承担的法律责任，可以规制投资者的行为，避免投资者的不当行为引起东道国的过激应对措施，从而达到预防投资争端的目的。母国可以赋予法院受理针对本国投资者对外直接投资行为而提起的民事损害赔偿案件的管辖权，并惩治本国投资者的海外腐败行为。母国对投资者的追责得到了一些国际组织的认可，并被一些国家采用。例如，国际可持续发展研究所（IISD）制定的《促进可持续发展投资协定示范法》（IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development）规定了投资者责任条款和反腐败条款。^③实践中，南部非洲发展共同体（Southern African Development Community）制定的《双边投资协定示范模板》（Model Bilateral Investment Treaty Template）

① IISD.Investment Dispute Prevention and Management Agencies: Toward a More Informed Policy Discussion[EB/OL]. 2022,https://www.iisd.org/system/files/2021-10/investment-dispute-prevention-management-agencies-policy-discussion.pdf.[2022-01-28]（2024-11-29）。

② UNCTAD.Global Action Menu for Investment Facilitation[EB/OL].2016,https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2001-122016%20EN%20light%20version.pdf.[2016-12-01]（2024-11-29）。

③ IISD Model Agreement. Article 17,31,32.

和《摩洛哥—尼日利亚投资协定》采用了类似的条款。^①

中国应充分运用“适当联系”国际民事管辖权，加强反海外腐败制度的构建。2023年修订的《民事诉讼法》在第276条第2款确立了“适当联系”国际民事管辖权，根据该条款，对中国投资者的东道国子公司的侵权行为，中国法院具有管辖的可能。从投资争端预防的角度看，中国应充分运用“适当联系”国际民事管辖权以填补必要管辖权功能的空白，在受害者无法在东道国获得任何司法救济的情况下，结合具体案例的情况，对有重大影响、可能引发中国投资者与东道国投资争端的案件确立本国法院的管辖权，从而兼顾国家利益与受害人获得救济的利益。在反海外腐败方面，《刑法》第7条第1款明确将属人管辖的对象限定为“公民”而不包括“单位”，排除了对单位行使属人管辖权的可能，中国需要着手修订《刑法》属人管辖条款，以规制中国企业在对外直接投资中的海外腐败行为。

（二）促进企业承担社会责任

企业社会责任（CSR）不仅要求企业遵守法律，还要承担对社区、环境的责任。促进企业承担社会责任有助于减少投资行为对当地社区的负面影响，获取当地社区的支持，避免东道国在当地社区的影响下对投资者采取过激措施，从而预防投资争端。

母国推进CSR可以采用投资条约、国内法、激励措施3种路径。第一，CSR可以被纳入投资条约。为了消除传统国际投资条约的内在失衡，投资条约越来越多地规定了CSR。投资条约中的CSR大多以软法的形式存在，强调CSR的自治性质。也有少数投资条约试图将CSR规定为硬法，使之成为投资者的义务。^②

第二，母国可以在国内法中规定CSR，并以此规制本国投资者的对外直接投资行为。最常见的法定CSR是要求企业强制报告，即强制披露有关其社会和环境计划、行动、效果的信息。除强制报告外，母国的法定CSR也有其他形式。例如法国采用了以过程为导向的CSR法律，《法国警惕义务法》（French Duty of Vigilance Law）要求符合一定条件的法国公司制定、披露和实施警惕计划，防止直接或间接造成严重侵犯人权和环境损害。

第三，母国可以通过激励措施推进CSR。UNCTAD在其《可持续发展投资政策框架》（Investment Policy Framework for Sustainable Development）中指出，母国可以支持有利于可持续发展的对外投资。长期以来，母国向在海外投资的投资者提供贷款和担保时，以及多边投资担保机构（MIGA）提供投资保险时，已经将投资对社会和环境影响的评估结果作为条件。因此，母国可以提供对外投资激励措施，并将投资激励的条件规定为符合CSR标准，例如遵守《经合组织跨国公司准则》（OECD Guidelines for Multinational Enterprises）。

^① Morocco–Nigeria BIT (2016), Article 17, Article 20.

^② 例如Brazil–India BIT Article 12.1.

当前,中国签订的投资条约缺乏明确的“企业社会责任”题名,为了预防投资争端,同时也有助于与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)投资章节CSR条款相适应,中国可以通过国内法和激励措施推进企业社会责任。虽然有多个国内法律法规规定中国企业在对外投资中遵守东道国法律、履行社会责任,^①但是这些法律法规难以落地执行。由此,应进一步完善国内法律法规对CSR的规定。应当在当前对敏感类项目和非敏感类项目区分的基础上,在事前审查方面增加对中国企业了解并遵守东道国法律、履行社会责任的具体要求。在事中监管方面,在抽查投资主体报告的同时,可以额外建立稳定的信息通道,减少对投资主体报告的依赖性。在事后追责方面,可以将当前投资主体未按法律规定备案、核准、报告的法律责任,适用于投资主体违反东道国法律、不履行社会责任的情形。同时,对对外投资的促进政策也可以根据中国企业在对外投资中遵守东道国法律、履行社会责任的情况进行区分适用,以起到激励的作用。

五、东道国—母国合作视角下的国际投资争端预防

(一) 设立国家间联合委员会

东道国和母国可以设立国家间联合委员会,采取联合行动预防争端。巴西是采用联合委员会预防国际投资争端的典型案例。根据巴西《合作与促进投资协定》(CFIA),缔约双方应当设立联合委员会(Joint Committee),该联合委员会应由缔约双方指定的代表组成,缔约双方都应设立监察员(Ombudsman/National Focal Point)与联合委员会合作。在争端预防方面,CFIA在ISDS机制中用“母国—东道国仲裁”替代了“投资者—东道国仲裁”后,对启动仲裁设置了前置程序。^②实践中,根据世界银行的报告,仅在2019年4月至2020年10月间,巴西共解决18起投资者申诉案件,涉及外国直接投资总额8.3亿美元。^③

中国可以在当前国内机制的基础上,在保留“投资者—东道国仲裁”的同时,借鉴巴西CFIA中母国—东道国协商的模式,通过与他国设立联合委员会的方式进行投资争端预防合作。目前,中国已经形成了类似CFIA模式的国内机制,具备了进一步构建联合委员会的制度土壤。商务部投资促进事务局进行了一系列投资便利化工作,建立了一些境外工作网络和机制,而设在其下的全国外商投资企业投诉中心的工作职能也与CFIA模式下的监察员有相似之处。未来可以现有制度为基础,在提供

① 多为国务院和部门规范性文件,例如《关于推进国际产能和装备制造合作的指导意见》《中国银监会关于进一步加强银行业金融机构境外运营风险管理的通知》《对外投资合作环境保护指南》《民营企业境外投资经营行为规范》《对外投资备案(核准)报告暂行办法》;部门规章,例如《境外投资管理办法》《中央企业境外投资监督管理办法》《企业境外投资管理办法》。

② CFIA Article 23.

③ World Bank Group.Retaining Foreign Investment in Brazil[EB/OL].2020,https://thedocs.worldbank.org/en/doc/258701593542404722-0130022020/original/ibepcountrystoriesbrazilforeigninvestment.pdf.[2020-06-30] (2024-11-29)。

信息和咨询服务的基础上增加与他国就投资争端进行协商的职能，从而有效预防投资争端。

（二）优化国际投资条约

东道国和母国对投资争端的预防还需要共同优化国际投资条约（IIA）。国家预防投资争端的动机表现为两个方面，一方面是为了创造良好的投资环境以吸引外资，另一方面是为了避免被诉诸 ISDS 机制而蒙受损失。IIA 在某种程度上成为两种动机之间相互转换的媒介。20 世纪 80 年代，在新自由主义的影响下，国际社会开始重视外国投资对本国经济发展的作用，通过大量签署 IIA 来保护投资者、创造良好的投资环境以吸引外资，并通过 IIA 引入 ISDS 机制让渡了部分主权。20 世纪 90 年代以来，依据 IIA 的国际投资仲裁数量激增，引发了国际投资法的正当性危机，东道国开始产生对 ISDS 机制的不满并寻求改革。

在面临国际投资法正当性危机的背景下，对预防投资争端的尝试也融入对 IIA 的改革。为了吸引外资，以 IIA 为代表的让渡主权、保护投资者的路径不能被完全摒弃，在 2023 年仍有 29 个 IIA 被签署。^①对 IIA 的改革转而成预防投资争端的必需品。实践中，各国开始在 IIA 中强化东道国的规制权，澄清模糊的条款，CPTPP 是此类新型 IIA 的代表。鉴于中国已申请加入 CPTPP，本文以 CPTPP 投资章节为例，分析其如何通过优化条款达到预防争端的效果。

1. 细化实体待遇条款

CPTPP 细化了实体待遇条款，有助于预防投资争端。早年的 IIA 对东道国公共政策缺乏考量，其实体待遇条款较为模糊，给予了仲裁庭宽泛的解释空间，也间接促使投资者基于这些条款提起仲裁，大多数国际投资仲裁案件是基于这些 IIA 提起。^②

第一，CPTPP 对较为模糊的概念进行解释。CPTPP 解释了国民待遇和最惠国待遇中的“类似情形”（like circumstances）。对“类似情形”的争议往往是涉及这类条款的投资仲裁案件的争议焦点，多个仲裁庭对其做出了不同的解释，这种不确定性助长了投资争端的产生。CPTPP 在注释中指出，“类似情形”取决于整体情况，包括差别待遇是否基于合法公共福利目标。同时，缔约方还发布了对“类似情形”的解释说明，明确了投资者的举证责任，并指出“类似情形”应当综合考虑竞争性、法律框架和合法公共福利目标。此外，缔约方还附上数个采用该标准的投资仲裁案例用于说明。^③这种注释、解释说明、案例相结合的方式，可以有效减少“类似情形”

① UNCTAD. World Investment Report 2024[EB/OL].2024, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2024_en.pdf. [2024-06-20]（2024-11-29）.

② UNCTAD. International Investment Agreements Reform Accelerator[EB/OL].2020, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf. [2020-11-12]（2024-11-29）.

③ Foreign Affairs & Trade of New Zealand. Drafters' Note on Interpretation of "In Like Circumstances" Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment) [EB/OL].2015, <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/Interpretation-of-In-Like-Circumstances.pdf>. [2015-11-05]（2024-11-29）.

概念的模糊性，减少针对该概念的投资争端。

第二，明确最惠国待遇不适用于 ISDS 机制。如果要对 ISDS 机制进行改革，则明确最惠国待遇不适用于 ISDS 机制是必要的。否则投资者可以通过最惠国待遇适用其他更优惠的 ISDS 条款。CPTPP 将 ISDS 机制排除在最惠国待遇之外，为加强缔约方对 ISDS 机制的控制打下了基础。

第三，澄清公平公正待遇。公平公正待遇被一些学者称为“帝王条款”，这体现出公平公正待遇的普适性。由于公平公正待遇的内涵过于宽泛和模糊，仲裁庭拥有了极大的解释空间，甚至进一步显现极度扩张解释的倾向，这使得公平公正待遇成为最常被诉诸投资仲裁的条款，在大部分案件中投资者都会主张东道国违反了公平公正待遇。^①这意味着，对公平公正待遇进行澄清，不仅是保护东道国规制权所需，也能减少大量投资仲裁案件。CPTPP 将公平公正待遇解释为习惯国际法中的最低标准待遇，并强调了习惯国际法“国家实践”和“法律确信”的构成要件。

2. 加强对 ISDS 机制的控制

第一，完善冷静期条款。冷静期是 IIA 的一种规定，在冷静期中投资者需要与东道国尝试友好解决争端，再寻求仲裁。事实上，有相当一部分投资争端是可以友好解决的。即使是已经在 ICSID 登记的仲裁案件，也有 29% 的案件以和解或其他原因终止。^②CPTPP 在 3 个方面完善了冷静期条款。首先，CPTPP 增加了友好解决争端的程序种类，加入第三方程序，包括斡旋、调解、调停。其次，CPTPP 明确了冷静期的启动条件，要求投资者提交书面请求并列出关于争议措施的说明，减少了冷静期程序的不确定性。最后，CPTPP 进一步明确，冷静期间的磋商和谈判不等同于承认仲裁庭的管辖权，消除了东道国参与磋商和谈判的顾虑。^③

第二，缩小投资仲裁的适用范围。一方面，CPTPP 冻结了与投资协议和投资授权有关的规定，^④投资者不再能因东道国政府违反了投资协议而提起仲裁；另一方面，CPTPP 缔约方通过换文和互惠限制 ISDS 机制的适用。例如，新西兰与秘鲁、澳大利亚签署换文排除了 ISDS 机制的适用，与文莱、马来西亚和越南签署换文要求投资争端在提交仲裁前需要获得东道国政府的同意。CPTPP 在保留了传统 ISDS 机制的同时，允许缔约方选择排除适用 ISDS 机制，或是对 ISDS 机制的适用增加前置条件，这使得缔约方有更多机会在仲裁前采用国内预防机制化解争端。

CPTPP 的 ISDS 条款采用了较为务实的渐进改良模式，当缔约方对 ISDS 机制的

① UNCTAD. International Investment Agreements Reform Accelerator[EB/OL].2020, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d8_en.pdf. [2020-11-12] (2024-11-29) .

② ICSID. The ICSID Caseload—Statistics, Issue 2024-2[EB/OL].2024, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2024-2%20ENG%20-%20The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%28Issue%202024-2%29.pdf>. [2024-06-30] (2024-11-29) .

③ CPTPP Article 9.18.

④ CPTPP ANNEX 9-L.

改革存在分歧时,可以CPTPP作为借鉴。例如,RCEP对ISDS机制的搁置源于缔约方对传统ISDS机制的分歧。由此,RCEP可以借鉴CPTPP的模式,在冷静期条款中引入较为温和的调解机制,并详细规定调解的程序,要求投资者向东道国递交书面调解申请,并说明与争议措施有关的事实。允许缔约方通过换文排除投资仲裁,或对提交仲裁附加限制条件,采用较为务实的方式弥合各缔约方的分歧。在保留去政治化的争端解决机制的同时,适当减少东道国的主权让渡。

根据近年的缔约实践,中国的做法与CPTPP类似。例如,在实体待遇条款方面,RCEP同样用注释对“类似情形”进行解释,同样将公平公正待遇和习惯国际法相联系。在对ISDS机制进行改良方面,《中国—安哥拉投资协定》不仅在冷静期条款中详细规定了磋商的程序,还限制了仲裁对投资合同争端的适用,对违反投资合同的主张规定了信赖已设立等条件。中国在推动加入CPTPP的同时,在未来的缔约实践中可以继续对IIA进行优化,在保护投资的同时预防争端,促进投资者与东道国的利益平衡。

六、结语

在国际投资争端解决机制正当性危机的背景下,解决投资者与东道国之间投资争端的最好时机应当从事后裁判逐渐转变为事前积极预防。中国作为双向投资大国,兼具东道国和母国的身份,在预防投资争端时天然具有东道国、母国、东道国—母国合作的三重视角。以三重视角分析投资争端的成因,可以发现投资争端大体上源于东道国投资政策透明度和稳定性不足、投资者的不当行为、投资条约的模糊性,预防投资争端也可以从这几个方面入手。以三重视角考察中国现有的争端预防机制,可以发现中国虽然已经形成了一些用于预防投资争端或是具有争端预防效果的机制,但是仍有许多不完善之处,尤其是母国、东道国—母国合作视角下的争端预防较为欠缺。相较之下,中国作为东道国在提高投资政策的透明度、设立争端预防机构等方面采取了一定的措施。为了避免争端导致的联系中断和争端解决的高昂成本,营造良好的国内投资环境,维护中国的海外投资利益,可以在现有基础上结合国际经验对投资争端预防机制进行完善。

参考文献:

- [1] 毕莹, 俎文天. 投资便利化框架下“争端前机制”的发展进路及中国参与[J]. 国际贸易, 2023, (6).
- [2] 陈南睿. 跨国环境侵权法律选择规则的中国进路: 以气候变化民事诉讼为视角[J]. 中国海商法研究, 2023, (3).
- [3] 何其生. 《对外关系法》中的国际条约规则评述——兼论国际条约在我国的适用方式[J]. 中国法律评论, 2024, (1).
- [4] 黄丽萍. 国际投资仲裁中的投资者责任: 促成过错与理性投资者标准[J]. 环球法律评论, 2022, (6).
- [5] 黄世席. 论国际投资条约中企业社会责任条款的强化[J]. 法学, 2023, (3).
- [6] 黄志慧. 涉外法治视域下“适当联系”国际民事管辖权研究[J]. 法学, 2023, (12).
- [7] 漆彤. 论“一带一路”国际投资争议的预防机制[J]. 法学评论, 2018, (6).

- [8] 桑远棵. 论中国投资争端预防机制之优化路径 [J]. 国际贸易, 2022, (6).
- [9] 孙萌. 中国规制跨国企业域外人权责任的实践及展望 [J]. 人权, 2023, (3).
- [10] 陶立峰. 投资争端预防机制的国际经验及启示——兼评《外商投资法》投诉机制的完善 [J]. 武大国际法评论, 2019, (6).
- [11] 王璐. 论投资条约中的“符合东道国法律”要求——兼论我国在中美投资条约谈判中的立场选择 [J]. 法商研究, 2013, (1).
- [12] 魏艳茹. 日落条款启动背景下中资企业在印尼投资的国际保护 [J]. 广西大学学报 (哲学社会科学版), 2021, (6).
- [13] 吴建雄, 门甜. 完善我国反腐败涉外法规的思考——基于中国知网反腐败涉外研究文献分析 [J]. 新疆师范大学学报 (哲学社会科学版), 2023, (2).
- [14] 张倩雯. 国际投资协定中投资者与东道国利益平衡路径的重构 [J]. 中国海商法研究, 2023, (3).
- [15] 张生. CPTPP 投资争端解决机制的演进与中国的对策 [J]. 国际经贸探索, 2018, (12).
- [16] 张文亮. 跨国侵权结果地的认定和管辖权行使 [J]. 法商研究, 2023, (3).
- [17] Chen, Y. Towards a Three-tiered Ombuds System for Investment Dispute Prevention: Principles and Challenges [J]. Asia Pacific Law Review, 2022, (2).
- [18] Cossart, S. The French Law on Duty of Care: A Historic Step towards Making Globalization Work for All [J]. Business and Human Rights Journal, 2017, (2).
- [19] Lin, L. W. Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences [J]. University of Pennsylvania Journal of Business Law, 2021, (2).
- [20] Ortino, F. The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come? [J]. Journal of International Economic Law, 2018, (4).
- [21] Qi, T. How Exactly Does China Consent to Investor-State Arbitration: On the First ICSID Case against China [J]. Contemporary Asia Arbitration Journal, 2012, (2).
- [22] Shirlow, E. Three Manifestations of Transparency in International Investment Law: A Story of Sources, Stakeholders and Structures [J]. Goettingen Journal of International Law, 2017, (1).
- [23] Wong, J. The Legislative Stabilization Clause [J]. NYU Journal of International Law and Politics, 2022, (55).

On the Prevention of International Investment Disputes

ZHANG Xiaojun WEI Xiangdong

Abstract: In recent years, the number of investment disputes involving Chinese investors, and the Chinese government has been increasing, and the dispute resolution mechanisms are struggling to cope with the growing number of investment disputes. Dispute prevention offers unique advantages and is an effective measure to prevent investment disputes. As a major country in both inbound and outbound investment, China needs to adopt a triple perspective of host state, home state, and host-home state cooperation to prevent investment disputes. From the host state's perspective, preventing investment disputes includes enhancing the transparency and stability of investment policies, enhancing the government's capacity for coordinated compliance with domestic laws and investment treaties, and establishing institutions for the prevention of investment disputes. From the home state's perspective, prevention includes holding investors legally accountable and promoting corporate social responsibility. From the host-home state cooperation perspective, prevention involves establishing joint committees between countries, optimizing international investment treaties.

Keywords: investment disputes; dispute prevention; cross investment; dispute resolution

(责任编辑: 金孝柏)