

“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

董静然

内容提要 “一带一路”倡议下,我国对“一带一路”沿线国家的投资体量庞大。如何维护我国在该地区的投资权益和投资安全是亟待解决的重要问题。投资者—国家争端解决机制作为国际投资争端解决的重要规则,是在国际法层面保护我国投资安全的重要方式。欧盟积极回应了国际社会长期以来对于投资者—国家争端解决机制的批评和质疑,创造性地提出国际投资法庭制度,并将其运用到双边自由贸易协定中。我国应该结合“一带一路”沿线国家的具体情况,以构建多边投资争端解决机制为目标,立足于“一带一路”区域范围,建立兼具协调统一和开放包容特点的投资者—国家争端解决机制。

关键词 一带一路 投资者—国家争端解决机制 国际投资法庭制度

董静然,上海对外经贸大学贸易谈判学院讲师 200336

引言

中国将对“一带一路”沿线国家进行大规模投资,如何保障投资者的合法权益愈发成为亟待解决的重要问题^[1]。在双边和多边合作机制下,建立协调统一的国际投资争端解决机制,是保障投资安全、降低投资风险最为重要的方式之一。重构国际投资规则对于我国继续推进“一带一路”建设,更新我国与“一带一路”沿线国家的双边和多边投资规则,有着重要而深远的意义^[2]。

“一带一路”沿线国家经济的稳定性、政策的透明度以及健全的法律体系对保障我国投资安全而言都极为重要。然而,除欧盟国家和海湾国家委员会成员(Gulf Cooperation Council Countries)外,主要

本文为国家社会科学基金一般项目“WTO争端解决机制下中国参与国际经贸规则制定的实证研究及对策”(13BGJ034)成果之一;上海高校智库项目“国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心”成果之一;世界贸易组织讲席计划项目成果之一。

[1]参见《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,http://news.xinhuanet.com/finance/2015-03/28/c_1114793986.htm,访问时间:2017年3月19日。

[2]张乃根:《“一带一路”倡议下的国际经贸规则之重构》,[上海]《法学》2016年第5期。

的“一带一路”沿线国家的信用评级并不理想,甚至有些国家由于不透明的国内政治法律体系,根本没有信用评级。这预示着对这些国家进行大规模投资存在极大的风险^[1]。目前的投资者—国家争端解决机制作为国际投资争端解决机制最为重要的组成部分,一直以来都饱受质疑和批评,而“一带一路”沿线国家不同的政治、文化、法律环境、投资信用评级等因素,使得在“一带一路”沿线国家范围内推进投资者—国家争端解决机制的改革与发展显得愈发困难。欧盟在双边自由贸易协定中创造性提出了建立投资法庭机制,并将以建立多边投资法庭制度为目标^[2],这给我们以启示。结合欧盟国际投资法庭制度,在“一带一路”倡议下,如何改革投资者—国家争端解决机制,这是本文将探讨的问题。

一、“一带一路”倡议借鉴国际投资法庭制度的障碍

“一带一路”连接着东亚经济圈与发达的欧洲经济圈。欧洲作为“一带一路”的重要组成部分,其对投资者—国家争端解决机制的革新是中国必需考察和研究的重点。欧盟在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》草案(以下简称,“TTIP”)中创造性提出建立“国际投资法庭制度”,并在《欧盟与韩国自由贸易协定》、《欧盟与越南自由贸易协定》与《综合性经济贸易协议》(以下简称,“CETA”)中得到落实。欧盟的国际投资法庭制度是否具备可行性,又是否符合“一带一路”的倡议要求?这需要作详细的分析。

1. 国际投资法庭制度的法律可行性分析

尽管欧盟的国际投资法庭制度是一种区别于“仲裁”制度的“法庭”制度,却仍旧从仲裁规则中借鉴了不少内容:首先,国际投资法庭制度沿用了仲裁规则的词汇。例如,投资法庭制度条款坚持使用“裁决”(Award),而不是“判决”(Judgments)^[3]。其次,国际投资法庭制度还借用了现存的仲裁机制框架。例如,国际投资法庭制度并没有建立自己的秘书处,而是指定国际投资争端解决中心(以下简称,“ICSID”)或是海牙常设仲裁法院(Permanent Court of Arbitration)的秘书处为其投资法庭提供合适的支持。再次,国际投资法庭制度具体条款中,存在着援引《ICSID公约》相关条款的内容。例如,对初审法庭裁决的上诉理由中,满足《ICSID公约》第52条的条件,争端一方也可以提出上诉^[4]。又如,应诉方同意按照条款规定,将争端交由投资法庭审理,还需要满足:(a)《ICSID公约》第25条和ICSID与争端方书面同意相关的附加便利规则(Additional Facility Rules);(b)《纽约公约》第2条:外国仲裁裁决承认和执行的“书面协议”(agreement in writing)的相关要求^[5]。最后,国际投资法庭条款使仲裁规则直接或间接适用于法庭,或者使法庭项下的义务在仲裁系统中实施。例如,国际投资法庭制度要求被提交到法庭的争端需要满足以下争端解决规则的其中一种:(a)《ICSID公约》;(b)当不适用《ICSID公约》程序条件时,满足ICSID根据中心秘书处制定的附加便利规则(Additional Facility Rules);(c)联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则;(d)争端各方同意的其他任何规则^[6]。这就表明,尽管争端方不能选择裁判者,但是可以选择所使用的仲裁规则。

上述在欧盟提出的国际投资法庭制度条款中出现的各种借鉴、援引、或直接适用仲裁规则的现象,会使国际投资法庭制度的“法律可行性”受到质疑。《ICSID公约》的仲裁程序可以被国际投资法庭

[1]Jie Huang, Silk Road Economic Belt: Can Old BITs Fulfill China's New Initiative, Journal of World Trade, Vol.50, 2016, pp.737-738.

[2]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 ;CETA Chapter EIGHT Section A, Article 8.

[3]See EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 10.1,Article 14.5,Article 16.3,Article 17.1,Article 23.1,Article 28.

[4]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 29(1).

[5]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 7.2.

[6]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 6.2.

选用,从而使投资法庭的裁决演变为“ICSID的裁决”。这表明TTIP草案从某种程度上在美国和欧盟的双边协议中修改了《ICSID公约》的适用。这种仅在某项协议双方之间对另一项多边协议进行修改,如果满足《维也纳条约法公约》(以下简称,“VCLT”)第41条的规定是可行的,根据该规定,美欧之间的该双边协议必须满足《ICSID公约》不禁止这种修改,且不影响其他当事国在该公约项下享受其权利或履行其义务,也不损害整个条约的目标与宗旨的有效施行^[1]。

但是,国际投资法庭制度修改了《ICSID公约》的核心要素^[2]。不同于投资法庭制度中固定的法官,根据《ICSID公约》第37条第2款的规定,成员方是可以选择仲裁员的。投资法庭制度违背了《ICSID公约》这一条款,同时也与该公约序言中所载明的“重视国际调解或仲裁的便利”的目标与宗旨发生了冲突^[3]。并且,让ICSID其他成员方承认和执行国际投资法庭的裁决,这可能会被质疑影响了其他ICSID成员方在《ICSID公约》或者《纽约公约》上享有的履行义务的权利,从而违背了VCLT第41条的规定。根据VCLT第60条的规定,当投资法庭违背了其他多边条约,受影响的争端方可能会停止与欧盟和美国的条约,从而拒绝承认和执行投资法庭的裁决^[4]。

还应该引起注意的是,欧盟并不是《ICSID公约》的成员方^[5]。所以,欧盟也不能为其成员提供在《ICSID公约》项下,通过仲裁解决争端的可能。退一步讲,即便国际投资法庭制度作为一项国际法,可以援引《ICSID公约》仲裁规则,但其不可能适用于所有欧盟投资者。例如,波兰就不是《ICSID公约》成员,因此,波兰的投资者是无法在投资法庭制度中援引《ICSID公约》的。由于欧盟不是《ICSID公约》的成员方,如果欧盟在投资法庭程序上作为应诉方,适用《ICSID公约》就更缺乏法律基础了^[6]。

另外,以双边协定性质的TTIP为基础的国际投资法庭制度,无法保证裁决在成员方以外的领土范围得到承认和执行。因为相关第三方有可能是《纽约公约》或者《ICSID公约》的成员,但不会是TTIP的成员,因此裁决对其不会有约束力^[7]。这样的问题同样存在于CETA和《欧盟与越南自由贸易协定》的国际投资法庭制度中^[8]。

与此同时,学界还有对欧盟国际投资法庭制度的其他一些质疑,包括:这种双边协定项下的投资法庭制度可能会加剧投资法的碎片化;用法庭体系完全颠覆之前的仲裁体系,可能会增加案件处理的时间和金钱成本,使得仲裁原有的高效、便捷、灵活的优势丧失;法院也有可能成为更倾向国家的机构,投资者因此可能放弃采用该种方式解决投资争端等^[9]。由此来看,欧盟的国际投资法庭制度要得到良好的实施和运用,可能先要解决好法律可行性这一前提条件。

[1]See VCLT Article 41(1).

[2]根据《ICSID公约》第66条第1项的规定,修改该公约需要所有成员方同意和接受。

[3]See the Preamble of the ICSID Convention.

[4]Catharine Titi, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, *Transnational Dispute Management*, Vol.25, 2016, pp.28-33.

[5]根据《ICSID公约》第67条的规定,该公约向世界银行成员开放。因此,很难说由多个国家组成的欧盟可以成为《ICSID公约》的成员方。

[6]欧盟TTIP草案第5.3条规定,“欧盟应该在受到通知后60天内,做出决定并通知申诉方,是由欧盟还是欧盟成员作为应诉方”。根据此项规定,欧盟是有可能作为应诉方的。

[7]欧盟TTIP草案第30.5条规定,“为实现《纽约公约》第1条关于外国仲裁裁决承认和执行的的规定,根据本节条款所做出的最终裁决应该被看作是仲裁裁决并且与商事关系或交易引起的权利主张相关”该条款不仅存在上文所分析的以双边条约修改多边条约的问题,同时还会存在无法得到外国承认和执行的问题。

[8]Markus Burgstaller, *Dispute Settlement in EU International Investment Agreement with Third States: Three Salient Problems*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.15, 2014, pp.555-559.

[9]叶斌:《欧盟TTIP投资争端解决机制草案:挑战与前景》,〔北京〕《国际法研究》2016年第6期。

2. 国际投资法庭制度适用于“一带一路”倡议的法律可行性分析

有学者提出,“一带一路”倡议的构建并非以国际条约为基础,而更多的是一种“政策治理”模式,侧重于“单向实惠”,这有别于权利义务明确对等的“规则治理”模式。这种“政策治理”模式存在着规制性不足的问题^[1]。另有学者指出,“一带一路”沿线国家国内立法存在严重差异,对ICSID等国际投资争端解决机制的参与度也各不相同。因此,推动中国与“一带一路”沿线国家双边投资条约发展、促进区域合作法律框架的完善是健全“一带一路”法治环境的重要手段^[2]。笔者认为,尽管欧盟创造性地提出了国际投资法庭制度,但该制度要运用到中国与“一带一路”沿线国家的投资者—国家争端解决机制中来,可能会存在以下几个方面的障碍:

首先,正如前文所述,在欧盟所提出的投资法庭制度中,存在着许多援引、借鉴或者直接适用《ICSID公约》或《纽约公约》的地方。“一带一路”沿线国家对这些国际条约的态度和参与度是参差不齐的^[3]。所以,这就为国际投资法庭制度在“一带一路”沿线国家的法律适用造成了困难。同样,由于并非所有“一带一路”沿线国家都加入《ICSID公约》和《纽约公约》,这也对投资仲裁案件的承认和执行产生了障碍。

其次,“一带一路”沿线已经存在着东盟、欧盟、独联体、石油输出国组织等各种经济、贸易、政治的区域组织。这里可能会存在两个方面的问题:一方面,中国是应该和这些区域组织建立双边协定项下的投资法庭制度,还是应该和单个国家建立投资法庭制度?另一方面,如果同区域组织建立投资法庭制度,如何保障该区域范围内成员的国家规制权,如何保障裁决得到有效的承认和执行^[4]?

再次,如果在“一带一路”沿线建立双边协定的国际投资法庭制度,这就会使得在该地区出现若干的国际投资法庭。先例无论是对于投资仲裁还是法庭来说,都有着及其重要的作用^[5]。举例来说,在“一带一路”沿线地区的甲投资法庭与乙投资法庭之间,甲法庭的裁决是否可以约束乙法庭,或者成为乙法庭可以参考的“先例”?若甲、乙两个法庭对同一案件事实的投资争端裁决不一致,如何确保投资争端解决机制的可预测性?究其原因,还是在双边贸易协定项下无可避免的“碎片化”问题,这对案件的合法性、可预测性、争议解决效率都会造成不小的影响。

最后,双边投资协定项下国际投资法庭,在法官的选任规则上可能也很难具有操作性。若按照TTIP草案的规定,初审法院由三名法官构成,具有双边投资协定缔约方国籍的法官各一名,第三国国籍的法官一名,并且由第三国国籍的法官作为主席^[6]。笔者认为,这种安排可能并不能实现公正和效率。因为投资者—国家争端解决机制有其特殊性,即有政府主体的参与。除第三国国籍的法官外,就其他两名法官而言,具有东道国国籍的法官很可能更倾向于维护自己国家的公共利益或国家安全。而与投资者具有相同国籍的法官也更可能从投资者角度出发,维护自己国家投资者的权益。初审法院将主要的裁决权给予了第三国国籍的法官,而第三国国籍的法官对东道国实施的争议措施所要实现的价值并不了解,更难实现准确裁判的目的^[7]。根据TTIP草案的规定,将设立永久性的上诉法庭,

[1]王燕:《区域经济法治的“规则治理”与“政策治理”模式探析》,〔武汉〕《法商研究》2016年第2期。

[2]彭何利、毛勇:《“新丝绸之路经济带”的国际法治构建》,〔北京〕《法学杂志》2015年第8期。

[3]据笔者不完全统计,没有加入《纽约公约》的“一带一路”沿线国家有:东帝汶、土库曼斯坦、伊拉克、也门等;没有加入《ICSID公约》的“一带一路”沿线国家有:泰国、老挝、缅甸、不丹、印度、吉尔吉斯斯坦、伊朗、巴勒斯坦、波兰等。

[4]例如,某些区域组织的成员可能不是《纽约公约》或《ICSID公约》的成员,如何保证中国与区域组织的仲裁裁决能够在该成员国内得到承认和执行。

[5]Ilan A. Laird, TPP and ISDS: the Challenge from Europe and the Proposed TTIP Investment Court, Canada—United States Law Journal, Vol.40, 2016,p.121

[6]See EU Negotiating Texts in TTIP, Investment Chapter Sub—Section 4, and Article 9.6.

[7]Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL Arb. Trib. Partial Award (2006), para. 300.

其设立模式基本上和初审法院类似,由六名法官构成。双边投资协定缔约方国籍的法官、第三国国籍的法官各两名^[2]。这种法院机制的安排,也有可能逐渐演变成更加倾向于国家的法庭,从而使得投资者对所谓的“国际投资法庭”弃而不用,另寻其他仲裁机构进行裁决^[3]。

二、维护“一带一路”沿线国家的规制权

在“一带一路”沿线国家建立统一的区域投资者—国家争端解决机制,还需要解决如何才能确保该机制不会干涉东道国的规制权问题。这个问题也是现有的投资者—国家争端解决机制存在的主要问题之一,质疑者认为东道国为国家公共利益和可持续发展目的而本应享有的规制权,在现有的投资者—国家争端解决机制下受到了限制和剥夺^[4]。如何才能确保“一带一路”沿线国家的规制权,不会因将来的多边投资者—国家争端解决机制的存在而受到限制和影响,这也是必须提前做好分析的问题。

笔者认为,在该问题上可以从两个方面借鉴欧盟在国际投资法庭制度上的做法。一方面,通过在条款中规定投资法庭在解释国际条约的司法权上应受到一定限制^[5]。在CETA中,明确规定了协议不能直接援引成员方的国内法律^[6]。同时,国际投资法庭也无权依据一方成员的国内法来判定某项争议措施的合法性。国际投资法庭仅只能把成员的国内法作为一项事实问题来进行考虑^[7]。根据TTIP草案的规定,国际投资法庭在做决定时,应依据本协议或成员之间的其他国际法规则。法庭可以依据VCLT规定的国际公法解释习惯来阐释法律。但是,成员的国内法不能作为可适用的法律,仅能将其作为“事实”予以考虑^[8]。这些规定都明确说明投资者—国家争端解决机制不能对国内法进行约束和限制,更不能对国内法进行解释。另一方面,国际投资争端解决的法律救济措施通常来说,仅限于补偿或赔偿。在欧盟的国际投资法庭制度中,投资法庭仅能对金钱赔偿或财产归还等问题进行裁决。并且,欧盟的国际投资法庭制度明确规定,禁止投资法庭裁令“废除、中止或修改”东道国对投资者的相关待遇^[9]。这从另一个侧面限制了国际投资法庭对东道国规制权的干预。

欧盟的国际投资法庭制度还通过对国际投资法中的一些概念进行澄清或限制解释来维护东道国的规制权。例如,传统的国际投资法缺乏对“公平公正待遇”的明确规定,国际投资仲裁案件又有从宽解释“公平公正待遇”的趋势,这就使得投资者更容易利用“公平公正待遇”进行索赔和干预东道国的规制权^[10]。为解决该问题,欧盟在国际投资法制度中,力图限制解释的空间,澄清和完善了保护标准。公平公正待遇被限制在一个与欧盟固有观念相符合的封闭的清单里(例如,执法不公、武断行为和违反程序法)^[11];不过,仅有这种程度的澄清也许程度还不够。因为欧盟的投资法庭制度将“明显的专断”(manifest arbitrariness)作为“公平公正待遇”的构成要件。无论是“明显的”(manifest)还是“专断”(arbitrariness)都是具有很大解释空间的。仲裁庭或投资法庭还是没有有一个实质要素来评价何谓

[2]See EU Negotiating Texts in TTIP, Investment Chapter Sub-Section 4, and Article 10.

[3]叶斌:《欧盟TTIP投资争端解决机制草案:挑战与前景》,〔北京〕《国际法研究》2016年第6期。

[4]Kendra Leite, The Fair and Equitable Treatment Standard: A Search for a Better Balance in International Investment Agreement, American University International Law Review, Vol.32, 2016, pp.363-369.

[5]Stephan Schill, the End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreement, Journals of World Investment and Trade, Vol.16, 2015, p. 385.

[6]See CETA Article 30.6.

[7]See CETA Article 8.31.

[8]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 13.2 and Article 13.3.

[9]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 28.1 and CETA Article 8.39(1).

[10]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》,〔北京〕《中国法学》2011年第2期。

[11]See CETA Article 8.10.

“明显的专断”。若以后的协定对此问题进一步澄清的话,可以引入“不守信”(bad faith)或“不合理的”(irrationally)来进一步考察“明显的专断”^[1]。总之,欧盟国际投资法庭制度,在维护国家规制权方面,可以给我完善“一带一路”投资者—国家争端解决机制提供很多有益的参考和借鉴。

三、“一带一路”倡议与多边投资者—国家争端解决机制的构建

全球治理背景下的法治,应以国际社会契约为关键,坚持“规则导向”为核心^[2]。而国际社会契约价值又分为形式主义的法治和实质主义的法治。形式主义的法治要求有法可依,这个“法”须包含“可用性”和“可执行性”。并且,“法”的制定过程也应该是民主的。实质主义的法治应以法治理念为核心。在国际法治下,法治理念除了权利平等、社会自治以外,更需要对国内法治的更新,使之符合国际社会的共同法治^[3]。

目前,以政策治理为主的“一带一路”倡议,已经形成了“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”、“共商、共建、共享”等一系列构建原则和理念^[4]。所以,“一带一路”倡议已经具有一定的实质主义的法治,而缺乏的是形式主义的法治。肇始于20世纪90年代,经济合作与发展组织(OECD)主导的多边投资协定失败后,国际投资协定的碎片化趋势愈发明显,国际社会对构建多边投资规则的期望也愈发强烈。中国应积极参与到国际投资规则的制定中,并争取成为引领者^[5]。

“一带一路”的这种命运共同体,根植于区域经济一体化的基本内容,又超出了区域经济一体化的范围^[6]。诚然,在这样一个横跨亚欧大陆的区域范围类,如果要构建一个统一的多边投资者—国家争端解决机制,必然会面临着各国经济、政治、法律文化的差异难以统一协调的问题。不过,新近的几个巨型RTAs(“mega-RTAs”)其实都会面临着相似的问题^[7]。

笔者认为,中国的“一带一路”倡议可以尝试建立一个区域范围内,兼具协调统一和开放包容特点的投资者—国家争端解决机制。这种争端解决机制应立足于“一带一路”区域内,又以构建多边国际投资规则为目标。这也符合国务院2015年发布的《关于构建开放型经济新体制的若干意见》中,关于维护多边贸易体制在全球贸易投资自由化中的主渠道地位的安排^[8]。正如有学者提出,我国应该以周边区域一体化为基础、辐射“一带一路”、构建全球层面的贸易网络,促进多边贸易体制的完善与发展^[9]。

在欧盟参与的TTIP谈判草案、《综合性经济贸易协议》(以下简称,“CETA”)、《欧盟与越南自由贸

[1]Caroline Henckels, Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, 2016, pp.33-35.

[2]John H. Jackson, The Perils of Globalization and the World Trading System, *Fordham International Law Journal*, Vol.24, 2000, pp.375-378.

[3]赵骏:《全球治理视野下的国际法治与国内法治》,〔北京〕《中国社会科学》2014年第10期。

[4]参见:《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,http://news.xinhuanet.com/gaogao/2015-06/08/c_127890670.htm,访问时间:2017年3月19日。

[5]石静霞:《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》,〔北京〕《中国社会科学》2015年第9期。

[6]曾令良:《“一带一路”:全球治理趋势下一条通往区域命运共同体之路》,《中国国际经济法学会2015年年会暨学术研讨会论文集》,第1088页。

[7]美欧之间的TTIP谈判,存在着大陆法系与英美法系的冲突与协调;跨太平洋伙伴关系协定(TPP)谈判,所涉及的谈判成员横跨亚洲、南美洲、大洋洲、北美洲,这些谈判成员同样有着各不相同的法律文化背景;区域全面经济伙伴关系(RCEP)也囊括了各类不同法律文化背景的谈判成员。

[8]参见:国务院《关于构建开放型经济新体制的若干意见》,http://www.sdpc.gov.cn/fzgggz/wzly/zcfg/201509/t20150921_751689.html,访问时间:2017年3月20日。

[9]杨国华:《论〈跨太平洋伙伴关系协议〉(TPP)与我国多边和区域一体化战略》,〔长春〕《当代法学》2016年第1期。

易协定》等协定的投资章节都谈到“建立多边国际投资法庭体系”的规划^[1]。并且,欧盟委员会也曾表示,建立双边投资法庭的目标是将来的多边投资法庭体系,届时多边投资法庭体系会取代现有的双边投资法庭体系^[2]。为实现多边投资法庭体系的目标,欧盟表示会将国际投资法庭制度运用到所有欧盟与其他成员方的贸易投资协议中^[3]。

“一带一路”区域内协调统一的投资者—国家争端解决机制有利于协调管辖权,以及促进裁决的一致性。前文已经对双边协定项下的投资者—国家争端解决机制可能存在的裁决执行困难的问题进行了分析,数量众多的双边投资协定造成的碎片化问题不仅会增加争端解决的成本,还会面临着不少的法律可行性问题。

当然,多边的投资者—国家争端解决机制并非一蹴而就,这面临着协调各方利益、谈判周期长、难以达成一致意见等各种困难和障碍。所以,笔者建议可以先围绕“一带一路”沿线国家的几个核心成员,先行建立一个区域范围内协调统一的投资者—国家争端解决机制,然后按照国家《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》的要求秉持开放、包容的理念,将较强的灵活性融入到投资者—国家争端解决机制中来,逐步吸收其他“一带一路”沿线国家,乃至最终演变为具有中国特色的多边投资者—国家争端解决机制。以国际投资法庭为例,先行建立的区域投资法庭可以与其他区域组织的投资争端解决机制进行互动融合^[4]。逐步建立起来的多边投资法庭的法官当然不可能会有每个成员的代表,届时法官应该代表的是整个“一带一路”沿线区域,甚至多边机构的利益,由多边投资争端解决机构进行选派^[5]。

欧盟委员会认为,为实现欧盟的多边投资法庭体系构建,投资法庭中的双边上诉机制应该不仅存在于TTIP中,而且要其运用于将来所有的欧盟与其他缔约方的贸易投资协议中。并且,上诉机制需要有固定且长期的法官,要基于选择性加入的、开放的体系,来适应多边协议的发展。所以,从欧盟发展多边国际投资法庭的计划来看,希望在基于双边投资法庭制度广泛发展的基础之上,逐步用一个开放、包容法律体系来整合已有的投资法庭制度^[6]。笔者认为,我国的“一带一路”投资者—国家争端解决机制的多边结构发展,并不一定拘泥于欧盟的以双边投资法庭制度广泛建立为基础,可以以“一带一路”沿线的几个能够达成一致意见的核心国家,先行建立区域内协调统一的国际投资法庭制度,再谋求开放的多边投资争端体系的构建。

四、余 论

多边投资争端解决规则的建立需要循序渐进,必须首先改善和更新我国在“一带一路”沿线国家在BITs中的投资者—国家争端解决机制条款。首先,中国与大部分“一带一路”沿线国家在之前的

[1]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3, Article 12; CETA, Article 8.29; EU—Vietnam FTA, Article 15.

[2]European Commission, “CETA—Summary of the Final Negotiating Results”, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>, lasted visited on 19 March, 2017.

[3]European Commission, “Investment in TTIP and beyond—the path for reform”, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>, lasted visited on 19 March, 2017.

[4]例如,两个双边投资法庭可以都规定对《ICSID公约》援引,两个投资法庭可以共同修改对法官数量和任职条件的条款等。随着两个双边投资法庭相互之间达成更多的一直条件,逐步实现法庭之间的合并和吸收。

[5]Catharine Titi, *The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, *Transnational Dispute Management*, Vol.25, 2016, pp.28-33.

[6]European Commission, “Investment in TTIP and beyond—the path for reform”, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>, lasted visited on 19 March, 2017.

BITs中限制了投资者—国家投资仲裁的范围,即仅将涉及征收赔偿数额的争端纳入可仲裁范围^[1]。然而,中国近年来的自由贸易协定对此限制有所放宽,将“缔约方领土内与投资相关的任何义务导致投资者损害的争端”或者“依据法律、政策进行的涵盖投资的相关争端”都可以作为投资争端提交仲裁^[2]。在中国—乌兹别克斯坦BIT和中国—加拿大BIT中,投资仲裁范围包括任何与双边投资协定某条款相关的法律争议(any legal disputes),这种方式是最为精确,也是适合“一带一路”沿线国家采用的^[3]。因为,一方面,有些BIT条款是非强制性的,违反这些条款不应该纳入仲裁范围^[4]。另一方面,一些BIT条款仍然处于发展过程中,在国际社会或缔约方之间还没有达成一致意见。与这些条款相关的争端应该放在磋商或国家与国家争端解决机制项下。另外,在大部分中国与“一带一路”沿线国家的BITs中是不允许其他机构仲裁或临时仲裁的^[5]。在中国—乌兹别克斯坦BIT中,开始允许国际投资争端在其他机构仲裁,这也是更新中国与“一带一路”沿线国家传统BIT的内容之一。

在投资者—国家争端解决机制中,设立上诉机制是被学界广泛呼吁的^[6],也是在欧盟投资法庭制度中落实到条款上的内容^[7]。但是,中国在与“一带一路”沿线国家的BITs中,若要设立上诉机制,需要澄清BITs中的上诉机构与国内法院之间的关系,以避免平行诉讼所带来的诉讼负担和法律规则冲突。如果上诉机构和国内法庭审查同时开始,国内法庭对初审裁决的认可与撤销,不会仅仅因为上诉程序开始而受到影响。较为可行的做法是,当争端一方根据自由贸易协定或BIT上诉程序进行上诉时,国内法庭须暂定诉讼程序,等待上诉机构的裁决。如果争端一方寻求国内法院的承认与执行,另一方向双边协议中的上诉机制进行上诉,此时上诉一方有权拒绝对裁决的承认与执行,因为根据《纽约公约》第5.5条的规定,此时的裁决对争端双方尚无约束力。

实现多边投资者—国家争端解决机制构建的目标,还需要协调“一带一路”沿线国家的规制权与区域法律秩序。这正如欧盟投资法庭制度需要协调欧盟成员的规制权与TTIP中的投资者权利一样。这就必须一方面,对投资法庭解释条约的权力进行限制。另一方面,对“法律救济”措施进行限制。这样才能确保东道国对国家安全、公共利益的规制权不被剥夺和限制。同时,增设例外条款来维护东道国规制权也是较为可取的途径^[8]。

[责任编辑:钱继秋]

[1]参见:中国—塔吉克斯坦BIT第9.1条;中国—巴基斯坦BIT第10条;中国—匈牙利BIT第10条;中国—沙特阿拉伯BIT第8.2条;中国—阿联酋BIT第9.2条;中国—印度尼西亚BIT第9.3条。

[2]参见:《中国与韩国自由贸易协定》第12.12条;《中国与澳大利亚自由贸易协定》第12.1条。

[3]Jie Huang, *Silk Road Economic Belt: Can Old BITs Fulfill China's New Initiative*, *Journal of World Trade* Vol.50, 2016, pp. 737-738.

[4]例如,中国—加拿大BIT第17.3条“鼓励”缔约方提前公布其计划采取的任何措施,这不是一项强制性义务,不应该纳入可仲裁范围。

[5]中国与“一带一路”沿线国家之前的BITs大部分是不允许其他机构仲裁的。且仅有中国与希腊、立陶宛、土耳其、以色列、沙特阿拉伯、也门、科威特等国家的BITs允许ICSID仲裁。See Jie Huang, *Silk Road Economic Belt: Can Old BITs Fulfill China's New Initiative*, *Journal of World Trade*, Vol. 50, 2016, pp. 750-752.

[6]刘笋:《建立国际投资仲裁的上诉机制问题析评》,〔重庆〕《现代法学》2009年第5期。

[7]EU TTIP Proposal Chapter II Section 3 Article 10.

[8]Razzen Sappideen & Ling Ling He, *Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States*, *Journal of World Trade*, Vol.49, 2015, pp.90-91.