

论国家在投资者-国家争端解决机制中的角色转变

邓婷婷, 屈丹

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 晚近以来, 各国通过签订国际投资协定(IAs)创设投资者-国家争端解决机制(ISDS 机制), 将国际投资争端解决法律化。在传统 ISDS 机制中, 国家与投资者处于平等地位, 且投资者独占启动国际投资仲裁的权利, 而国家只能被动地参与仲裁。随着 ISDS 案件数量的激增, 该机制限制国家规制权的趋势也日益显现。为此, 一些国家开始通过签订新的 IAs, 对 ISDS 机制进行改革。从近期的条约实践中可以看出, ISDS 机制中的国家角色正在逐渐发生变化。通过缔约国任命裁判者、缔约国联合发布条约解释以及赋予被告国反请求权等措施, 国家主动发挥其在国际投资争端解决中的作用。国家在 ISDS 机制中作用增强带来的影响是多重的, 一方面有利于国际投资的可持续发展, 与全球治理理念相契合, 但另一方面也可能导致投资者的私人权利遭受侵害。中国作为国际投资身份混同大国, 在参与 ISDS 机制改革时应当注重投资者的保护与国家规制权的平衡。

关键词: 国际投资协定; 投资者-国家争端解决机制; 国家规制权; 可持续发展; 全球治理

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

开放科学(资源服务)标识码(OSID)

文章编号: 1672-3104(2021)02-0065-16



为加强对海外投资者的保护, 20 世纪 60 年代以来, 各国通过签订国际投资协定(International Investment Agreement, IIA)^①建立起投资者-国家争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS), 将投资者与国家间的投资争端(以下简称“投资争端”)提交中立的国际仲裁, 以达到非政治化解决争端的目的。与传统的国际投资争端解决方式相比, ISDS 机制的建立改变了国家在国际投资争端解决方式中的角色, 国家不再掌握国际投资争端解决的主动权, 而只能被动地参与国际仲裁。随着国家作用的弱化, 作为被告的东道国的规制权也在 ISDS 机制下受到极大限制。近年来, 各国先后提出多种改革方案。例如欧盟通过建立投资法庭制度(investment court system, ICS)和多边投资法院(multilateral investment court, MIC)来彻底颠覆传统的 ISDS 机

制; 美国则较为保守地提出改良方案, 如限定仲裁范围、建立上诉机制等^②。尽管各国对 ISDS 机制的改革态度不尽相同, 但从各自所采取的改革措施来看, 都体现出国家在 ISDS 机制中的角色开始发生转变。在通过采取一系列相关措施保障国内的政策空间、转变在 ISDS 机制中被动地位的同时, 国家也进一步强调其在 ISDS 机制中的主动权与参与权, 以避免国家规制权受到 ISDS 机制的制约。

ISDS 机制中国家角色的转变实际上是在投资仲裁的商事化内核中纳入更多的公法因素, 对投资者与东道国之间的利益进行再平衡。目前, 我国也正在积极参与 ISDS 机制改革, 因此把握 ISDS 机制的最新发展, 分析国家在此机制中的角色转变, 能为我国完善 ISDS 机制提供有益的参考。

收稿日期: 2020-10-09; 修回日期: 2020-11-20

基金项目: 国家社科基金青年项目“欧盟投资者-国家争端解决机制的革新及中国应对研究”(17CFX083)

作者简介: 邓婷婷, 湖南长沙人, 法学博士, 中南大学法学院副教授, 主要研究方向: 国际投资法、WTO 法, 联系邮箱: lwkiko@163.com; 屈丹, 湖南衡阳人, 中南大学法学院 2018 级国际法硕士研究生, 主要研究方向: 国际投资法

一、ISDS 机制的建立与国家地位的弱化

随着国际投资流量的大幅增长,各国在 IIAs 中赋予投资者将国际投资争端提交国际仲裁的权利。这种投资仲裁机制赋权投资者在解决投资争端时无需用尽东道国当地救济,更无需寻求母国帮助,使得国家在争端解决中的地位边缘化。

(一) 国家在传统国际投资争端解决方式中的角色

20 世纪初期,投资者母国大多通过外交保护、国家间的仲裁等方式将投资争端转变成投资者母国与东道国之间的争端,以此实现对海外投资的保护。国家在传统国际投资争端解决方式中扮演着十分重要的角色。

1. 国家主导传统国际投资争端解决方式

在 ISDS 机制设立之前,东道国一方面主张对其领域内投资争端案件的管辖权,要求外国投资者接受属地管辖;另一方面,也允许投资者母国对其海外投资进行保护。因此,传统的国际投资争端主要通过外交保护或者东道国当地救济予以解决。

在实践中,外交保护是传统国际投资争端解决的方式之一。投资者寻求母国的外交保护需要满足两个必要条件:首先,投资者应在要求其母国提供外交保护之前,在东道国用尽当地救济;其次,投资者在争端发生时持续拥有母国国籍^[1]。然而,即使在投资者满足上述条件下,是否采取外交保护措施的决定权仍掌握在母国手中。有时受政治因素的影响,为避免损害其与东道国之间的友好关系,母国可能会拒绝投资者有价值的主张。母国一旦选择支持投资者的请求,便以自身名义代表投资者与东道国就投资争端的解决进行交涉,并有权选择以外交方法或法律方法,甚至以武力作为投资争端的解决方式。同时,投资争端的解决过程也主要由母国与东道国控制,投资者无法直接参与投资争端的解决,而东道国最终的偿付也都交予母国。

在利用东道国当地救济解决国际投资争端的方式中,卡尔沃主义的主张得到拉美国家和广大发展中国家的支持^③。卡尔沃主义认为国际投资争端的管辖权应当属于投资所在国,在卡尔沃主义下,投资者只能利用东道国当地救济,而不能向其母国寻求救济。卡尔沃主义强调外国人无权获得东道国国民无法得到的救济,不仅包括外交保护或军事干预的外国或国际救济,也包括非当地法即外国法或国际规则的适用,排斥母国及国际法的支配^[2]。从卡尔沃主义可以看出,在外国投资者不能享有比国内投资者更多权利的立场下,东道国试图将救济手段局限于东道国国内救济,要求投资者根据东道国国内的法律体系对国家的违法行为提起诉讼,接受东道国行政复议或司法诉讼等当地救济,以尊重东道国的国家主权。

2. 国家主导下的国际投资争端解决方式的不足

外交保护虽然赋予投资者母国有权代表投资者向东道国诉诸外交行动或国际司法程序,然而此种争端解决办法可能无法取得令人满意的效果。首先,因为担心破坏其与投资东道国的关系,投资者母国经常在是否支持投资者的诉求这个问题上犹豫不决。其次,只有投资者在东道国法律下用尽当地救济之后,母国才可能对其提供外交保护,然而用尽当地救济这个过程可能耗费大量的时间和金钱且结果不尽如人意。最后,一旦用尽当地救济,在母国采取外交保护措施之后,投资者就失去了对其诉求的控制,而母国则有权选择任何其期望的方式来解决诉求。同时,外交保护是投资者母国国际法上的一项权利而非义务,因此外交保护的行使更多考虑的是外交关系和国家利益而非投资者的权利和利益,具有很大的自由裁量性^[3]。

此外,从客观上说,如果东道国国内的司法体制独立、公正、透明,那么外国投资者通过寻求东道国国内救济是能够友好且公平公正地解决国际投资争端的。然而,在 19 世纪初一些新兴独立的国家中,由于其国内的政治状态持续混乱且不稳定,导致其司法体制并未能按照外国投

投资者预测的方式运作,这就使得投资者对东道国国内司法体制产生疑问^[4]。即便是在发达的法治国家,也可能出现外国投资者得不到有效司法保护与救济的情形。特别是在实施社会立法方面,可能还会产生不利于外国投资者的监管和政治氛围^[5]。在此种情况下,投资者希望通过更为中立、客观的方式解决其与东道国的争端。

(二) ISDS 机制的法律化与国家地位的削弱

鉴于传统国际投资争端解决方式的局限性,国际社会开始探讨如何简化外国投资者与东道国争端解决程序,以切实保障投资者的利益。ISDS 机制的建立赋予投资者直接起诉东道国的权利,使得投资争端解决“去政治化”,国家在争端解决程序中的作用极大弱化。

1. ISDS 机制的法律化

1965年,各国通过签订《华盛顿公约》建立了“国际投资争端解决中心”(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID),将国际投资争端解决从政治外交领域转移到法律领域,为投资争端的解决提供了一个以法律为导向而非国家权力为导向的机制^[6]。根据该公约的规定,投资者与东道国一旦同意将争端提交 ICSID 解决,便不得单方面撤销其同意。对于已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求、国际法可以适用于东道国和投资者之间。此外,ICSID 的裁决可以在公约缔约国的领土内得到承认和执行,不得对其进行任何国内司法审查,只有 ICSID 框架内的专门委员会才可以对裁决进行有限的形式和程序审查。

在以 ICSID 为平台的 ISDS 机制下,投资者获得了与东道国平等的程序地位,而无需经过母国外交保护而转换成国家层面的平等地位。东道国被剥夺了程序特权,母国也被剥夺了外交干预的特权,投资者和东道国平等地选择符合公约规定条件的仲裁员组成仲裁庭,依据约定或者法定的程序规则和实体规则,在规则而非权力的基础上,独立、公正地解决国际投资争端^[3]。ISDS 机制的法律化意味着投资争端的解决完全由中立的投资仲裁庭主导,争端当事方不能以任何形式阻挠和干扰仲裁程序的进行,仲裁庭有权裁定国

家的管理行为是否违反投资合同或投资协定的规定,据此作出的裁决对争端当事方产生法律效力。

2. 国家在 ISDS 机制中的边缘化

ISDS 机制的建立不仅意味着国际投资争端由政治化向法律化方向转变,同时也体现了国际投资争端的解决理论由国际法“父爱主义”向“对角线学说”的转变。外交保护学说是国际法“父爱主义”的典型表现。该学说认为,尽管外国人受东道国的领土管辖是国际法的一般原则,但其仍然需要与补充原则相平衡,因此母国有权在本国公民权利受到侵犯时保护本国公民^[6]。在投资争端解决中,由母国代替投资者向东道国提出索赔便是“父爱主义”的具体体现。在此种情形下,东道国与投资者母国之间以权力为后盾的外交角力,使争端解决方式具有明显的南北国家间“政治性争端”的色彩^[7]。在 ISDS 机制建立以后,外交保护在投资者与国家争端中退居二线,国家通过签订 IIAs 将主权权力让渡于国际投资仲裁,赋予投资者越过母国直接将投资争端诉诸国际投资仲裁的权利。与传统国际投资争端中仅涉及国家主体不同,在 ISDS 机制中,投资者无需寻求母国帮助便能获得与东道国平等的程序地位,国际投资仲裁能够直接处理东道国与外国投资者之间的对角关系^[8]。投资者母国由此退出国际投资争端解决的舞台。

此外,随着 ISDS 机制的建立,用尽当地救济在原则上被排除。《华盛顿公约》第 26 条规定,缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救方法,作为其同意根据公约交付仲裁的一个条件。然而,值得注意的是,公约中关于用尽当地救济的规定有别于外交场合中的用尽当地救济规则,因为公约规定的用尽当地救济不是提请中心仲裁的必要条件,不是投资者的当然义务,而是东道国有权要求的一种条件,只有将这种要求订入同意条款中,才能产生投资者的这项义务。由于目前的 IIAs 极少作出这样的规定,因此公约实质上摒弃了用尽当地救济的要求^[9]。如此一来,东道国在国际投资争端解决中发挥的作用受到极大限制。

二、ISDS 机制中国家角色强化的原因

在 ICSID 成立之后的几十年里,越来越多的 IIAs 规定将投资争端提交国际仲裁^⑨。截至 2020 年 1 月 1 日,已知的 ISDS 案件已达 1 023 件,共有 120 个国家在一个或多个 ISDS 案件中成为被告^[10]。随着 ISDS 案件数量的增加,ISDS 机制的缺陷也逐渐暴露,仲裁裁决的不一致、仲裁庭强调对私有财产的保护、仲裁的商事化性质都使东道国的规制权面临巨大挑战。

(一) ISDS 机制的私法模式与公法争端的不兼容性

ISDS 机制所处理的投资争端大多由东道国的政府管理行为所引发,且多数涉及国家的公共利益,因此争议的事项具有明显的公法色彩。这就要求该机制需具备一定的公开性和可问责性。然而,ISDS 机制继承了国际商事仲裁中一裁终裁、保密性等特点,难以回应投资争端解决的需求。

1. 投资争端的公法属性

在国际商事仲裁中,国家主要以民商事法律关系主体参与民商事活动,例如与一般的民商事主体签订货物买卖合同或服务合同,进行的是单纯的具有私法性质的商业行为。而在国际投资仲裁中,往往是因为国家的立法、司法或行政行为而引发与投资者之间的争议,这些行为显然都是国家行使主权利力所致,与国家作为货物买卖合同的买方或服务合同的服务接受方的性质截然不同^[11]。国家以公法人身份实施的行为,包括由此发生的争端不可避免地涉及公共利益。大体上看,ISDS 机制所涉及的投资争议事项主要是国家出于维护经济秩序甚至经济安全的考虑和出于保护人类健康、环境等社会公共利益的考虑而实施的行为。

一般来说,投资争端多产生于东道国为促进本国的经济和社会发展而采取政策措施时对投资者造成损害,其中往往涉及东道国的主权利力以及东道国在实现本国经济和社会发展、环境保

护和劳工权益保护等方面的重大利益,具有明显的公法性质。在 ISDS 案件中,仲裁庭主要审查东道国有无违反投资协定项下的义务,限制东道国滥用管理权力,以避免对外国投资者利益的损害,其认定结果不仅导致东道国面临着支付巨额赔偿的风险,甚至可能直接改变东道国的国内政策。

2. ISDS 机制的私法程序与公法争端的冲突

ISDS 机制“只是简单的来源于国际商事仲裁的隐秘世界”^[11],其规则设计保留了商事仲裁的核心要素,例如争端解决的自治性、仲裁程序的秘密性、仲裁裁决的一裁终局等。然而,投资争端的公法属性使得 ISDS 机制在解决个体私法性争端之外还服务于更广泛的政策目标,具有一定的公共功能^[12]。因此,商事化内核的 ISDS 机制与其处理投资争端所体现的公法功能并不匹配,这些规则难以有效解决公法性的投资争端。

首先,争端解决的自治性减损 ISDS 机制的公正性。与其他解决公法争端的机制选任或指定相对固定的裁判者不同,在 ISDS 机制中,争端当事方可以自主选任仲裁员组成临时仲裁庭。由于国家在 IIAs 中对采用 ISDS 机制解决投资争端是“概括式同意”,这就赋予了投资者独享启动仲裁程序的权利,同时也意味着投资者在某种程度上控制着仲裁员的业务来源。为获得投资者的青睐,仲裁员无疑会体现其注重保护投资者利益的态度。此外,目前的 ISDS 案件主要集中在几个律师事务所手中且仲裁员在少数律师中被反复任命^⑩,而其经验主要来自涉及私法争议的商事仲裁领域,因此,仲裁员会更倾向于对私人财产进行保护从而维护投资者的利益。

其次,仲裁程序的秘密性阻碍涉及公共利益的投资争端的合理解决。秘密性原则源于国际商事仲裁处理私人争端的特性,私人事务没有对公众公开的义务。因此,在国际商事仲裁中确立秘密性原则无可厚非。而在 ISDS 机制下,争议的事项往往是东道国实施的政府管理措施,如保护环境的措施、保护公共健康的措施等,这些措施通常会直接或者间接地影响社会公共利益。如果在仲裁过程中公众的知情权由于仲裁程序的秘

密性被剥夺,无法知晓并参与仲裁程序,会造成私人利益侵蚀公共利益的严重后果。

最后,仲裁裁决的一裁终局挑战国家行为的严肃性。在实践中,由于不同的仲裁庭对同一条款的解释不一致,针对相同或相似的争端情形可能作出相互矛盾的裁决,导致仲裁裁决缺乏可预见性与一致性。与普通的商事争议不同,投资仲裁的争议事项往往是国家行为,或者是出于保护人类健康、环境等社会公共利益而实施的行为,这类争议事项相较私人争议更具严肃性。然而,如果只是与国际商事仲裁一样采取一裁终局制,缺乏必要的纠错机制,则可能使得国家因为法律问题或者事实问题产生的不公裁决在缺乏有效补救机制的情况下承担巨额的赔偿。

总的来看,由于投资仲裁所涉事项多为公法性质的争端,主要审查的是国家管理行为的合法性。因此,从效果上来看,ISDS机制已经超越了单纯的定纷止争的功能,具有行使公共权力进行全球治理的功能,而投资者与东道国之间的投资仲裁在程序设置上并没有很好地回应这种功能价值上的诉求,其借用的只是国际商事仲裁理念的外壳^[13]。以商事仲裁为框架建立的投资仲裁庭对国家行为进行审查,容易造成国家公共利益被忽视,限制国家权力的行使。

(二) ISDS 机制对国家规制权的限制

ISDS 机制为投资者提供绕过东道国国内司法体系而寻求外部救济的机会。然而,由于 ISDS 机制的私法程序与所处理的公法性质的争端并不匹配,导致在实践中对东道国的立法、行政等产生负面影响,侵蚀东道国的政策空间,造成东道国行使规制权的寒蝉效应^⑦。

1. 投资协定对国家行为的要求

在投资自由化的影响下,现有的 IIAs 侧重于强调对投资者权利的保护。一般来说,在 IIAs 中仅注重对东道国的义务进行规定,要求东道国遵守严格的行为标准,如提供国民待遇、公平与公正待遇、确保征收的合法性及补偿的合理性、保持透明度等。为了维护东道国的公共利益和国家安全,尽管在一些 IIAs 中会设置例外条款来避免过分限制国家对外国投资者的规制权,但由于

某些例外条款的范围过于模糊,参照标准也不尽相同,导致其解释存在极大的不确定性,在仲裁过程中仍然无法有效地对国家权利进行保障^⑧。

针对国家行为,IIAs 强调东道国对外国投资者实行开放的自由化政策,要求将政府管制最小化。东道国除了保障投资者可以享受实体性的汇兑自由、免于非法的征收和国有化等权利外,还需要为投资者提供法治、文明、公开的国内法投资法制,以期在其境内创设一个公开、透明和可预期的投资环境。以保障投资者的合理预期为例,一般来说,合理预期主要着眼于提供稳定的法律和商业框架,防止破坏投资者的合理信赖。合理预期原则应该主要是保护投资者信任的工具,而不仅仅是审查主权行为的依据^[14]。然而,在投资仲裁庭的裁决中,合理预期逐渐发展成为实体规则,并作为判定东道国赔偿投资者的法律依据。在实践中,很多仲裁庭都以东道国是否满足投资者的预期作为判定东道国是否违反公平与公正待遇的因素之一^⑨。

2. 仲裁庭对投资协定具体条款的宽泛解释

正如上文所述,为了保护投资者的权利,IIAs 为东道国设定了诸多义务。然而,有些规定东道国义务的条款却较为模糊,这就导致仲裁庭常常需要基于其自由裁量权对相关条款进行解释。传统的 ISDS 机制对仲裁员没有硬性资质要求,在国际投资仲裁实践中,从事国际商事仲裁的执业律师组成了国际仲裁员俱乐部^[15]。在面对 ISDS 案件时,仲裁员对投资争端的公法性质认识不足,缺乏对东道国公共利益的考量和对国家主权的关照,而采用一贯的保护私人财产的思维方式对商事利益予以特殊关注。因此,对于 IIAs 中的有些条款,仲裁庭可能会为了维护投资者的利益而进行从宽解释。这种做法也使得东道国实施的管理措施受到严格的审查。

以 IIAs 中的公平与公正待遇条款为例,由于其绝对待遇标准的性质,本身缺乏具体、明确及肯定的内容,所以被认为是最宽泛的、几乎无所不包的、可以涵盖和适用于其他任何条款所无法调整的事实情形和政府行为^[16]。这也就赋予国际投资仲裁庭极大的自由裁量空间,使得仲裁庭可

以宽泛地甚至扩张性地解释公平与公正待遇条款,从而对东道国国内的公共政策施加广泛且不确定的约束和挑战。在国际投资仲裁实践中,仲裁庭已经将公平与公正待遇适用于许多特定的情形,尤其是投资者合理期待的宽泛适用,对东道国的公共管理职能产生严重影响。此外,由于投资者依据公平与公正待遇条款进行索赔并没有条件限制,使得公平与公正待遇几乎已经取代间接征收,成为投资者最容易获得赔偿的条款。这实际上是给予外国投资者以特权地位,忽视东道国的权益,从而导致投资者保护与东道国利益间的严重失衡^[17]。

(三) 投资者滥诉使东道国陷入诉累

ISDS 机制建立的目的主要是为确保国家履行国际投资协定项下的义务,为投资者提供免受东道国不法侵害的保障。也正因此,一些投资者为了避免受到东道国管制措施的影响,或者增加与东道国谈判的砝码,不当利用 ISDS 机制来对抗东道国,频繁提起国际投资仲裁,致使东道国陷于诉累。

1. 投资者独享启动仲裁程序的权利

通常来说,依据 IIA 提请仲裁的合意是这样达成的:东道国在投资协定的争端解决条款中同意将投资争端提交仲裁,该仲裁提议构成东道国对于仲裁的要约,投资者通过将投资争端提请仲裁表达了对仲裁提议的接受,这构成投资者对于仲裁的承诺,合意自此达成^[18]。这也就意味着东道国在签订 IIAs 时便形成将国际投资争端提交国际投资仲裁的要约,且在协定存续期间持续有效。这一理论赋予了投资者独享启动投资仲裁程序的权利。只要投资者认为东道国的政府行为侵犯了其在 IIA 中所享有的权利,便可将其诉诸国际投资仲裁,而东道国只能被动地成为仲裁程序的被申请人。

由于 ISDS 机制为东道国与投资者创设的不平等诉权,使得东道国无法把握诉讼的主动权,只能被动应诉,这为投资者滥用诉权提供了可能性。投资仲裁程序一旦启动,东道国将不得不卷入一场耗时长、费用高的仲裁程序中,还可能面临支付巨额赔偿的风险。因此,为了避免陷入投

资仲裁的诉累,很多东道国选择主动放弃正常的政府管制行为。例如在 Ethyl 一案中,由于担心被国际投资仲裁庭裁定承担巨额赔偿,加拿大政府自行废除了一部旨在保护环境的进出口管制法律^⑥。

2. 第三方资助引发投资者滥诉

第三方资助是一种特殊的融资模式,主要是指与案件没有直接利益关系的第三人为当事人提供资金以便其能参与仲裁。第三人在当事人的请求得到支持后与当事人按比例分享收益,而在当事人的请求未得到支持的情况下则无权获得收益^[19]。第三方资助产生于普通法系国家的诉讼实践,在被引入国际仲裁中时,最初是用于国际投资争端的解决,后来扩展至国际商事仲裁领域^[20]。近年来,第三方资助渐渐在国际投资仲裁领域内适用,不少 ISDS 案件都引入第三方资助^⑦。

对于投资者来说,高昂的仲裁费用会成为其行使求偿权利的负担。一些投资者会因为仲裁费用过高而对启动仲裁程序犹豫不决,即便是能够承担仲裁费用的投资者,也可能考虑到资金的流转会影响其下一步投资计划而对提起仲裁望而却步^⑧。第三方资助机构作为风险投资的商业机构,一贯秉持的是高风险、高回报的理念。虽然第三方资助机构通常会在资助前对申请人的胜诉概率,关键事实的书面证据和证人证言,法律团队,资助者须投入的大致时间、费用和可能的风险以及资助者的可能回报等进行评估,尽可能资助胜诉概率较高的案件,但出于利益最大化的考虑,资助者也会资助胜诉可能性较小的案件以获得更大比例的收益^[21]。在这种情况下,受到第三方资助的投资者不必担心仲裁费用,更愿意将东道国诉诸投资仲裁庭。因此,在第三人愿意为仲裁费用买单的背后,带来的就是国际投资仲裁案件的激增。

三、ISDS 机制中国家角色转变的表现

由于 ISDS 机制与公法属性的投资争端之间存在不兼容性,在近期的 ISDS 案件中,该机制

限制国家规制权的趋势越来越明显。因此,不少国家开始采取新的条约实践试图对 ISDS 机制进行改革。尤其近年来,美国、德国、澳大利亚等国频频被诉,也使得这些国家面临着巨大的社会舆论压力^⑧。在此背景下,为了平衡投资者保护与东道国利益,各方通过在 ISDS 机制中增加“国家”因素来确保国家规制权的实现。

(一) 国家主动参与投资争端程序

由于 IIAs 中对东道国与投资者权利义务规定的不对等,加之仲裁庭对相关条款的扩大解释,造成东道国在适当情况下采取保护社会公共利益的权力被剥夺。为避免此类情形的出现,国家开始加强对投资争端解决程序的参与。

1. 国家任命裁判者

仲裁员是国际投资争端案件的裁判者,也是案件得以公平公正处理的前提。为避免仲裁员由于缺乏专业性与独立性而对国家利益产生消极影响,欧盟率先在其与第三国签订的 FTAs 中建立由国家任命裁判者的两审终审的 ICS^⑨。ICS 的初审法庭与上诉法庭的成员(法官)均由缔约国选任。此外,在欧盟倡导的 MIC 中,法官的选任也大体采用了 ICS 的相关规定^[22]。

虽然欧盟目前建立的双边 ICS 对于初审法庭与上诉法庭成员的人数规定稍有不同,但在成员的选任以及工作方式的规定上却是一致的。以 EUSIPA 为例,首先,关于成员的选任程序,EUSIPA 规定初审法庭由 6 名成员组成,其中欧盟、新加坡各指定 2 名,双方联合指定第三国国民 2 名。联合委员会可决定将成员人数以 3 的倍数增加或减少,各成员的任期为 8 年,由联合委员会决定是否能够连任。上诉法庭与初审法庭一样,也是由 6 名成员组成,欧盟、新加坡与第三国国民各 2 名。上诉法庭成员的任期为 8 年,由抽签决定 3 名成员的任期延长至 12 年,由联合委员会决定是否能够连任^⑩。其次,对于法庭成员的资质要求,EUSIPA 规定初审法庭成员的任职资格为具备在其本国被任命到司法机关的条件或具有类似被承认的资格,并应具有国际公法的专业知识,最好是具有国际投资法、国际贸易法的专业能力或者拥有由国际投资或国际贸易

协定所引发的争端解决的经验。上诉法庭成员的任职资格要高于初审法庭成员,除了同样应具有国际公法的专业知识外,还需要具备在本国被任命到最高司法机关的条件或具有类似被承认的资格^⑪。最后,在案件的审理方式上,EUSIPA 规定初审法庭与上诉法庭均以分组形式审理案件,3 人为一组,小组成员是随机的、不可预测的,且所有成员的任职机会均等^⑫。对于初审法庭所作出的法律调查结果和结论,上诉法庭可以全部或部分修改或撤销。上诉法庭可以在详细说明其如何修改或撤销相关裁决或结论的情况下,将裁决事项发回初审法庭重审^⑬。

从以上规定可以看出,ICS 的规定改变了传统 ISDS 机制中特设仲裁庭的局面。IIAs 缔约国选任的裁判者取代了原来由投资争端当事方挑选的仲裁员,且裁判者任期固定,随机分组审理案件。这样的规定不仅可以确保裁判者的独立性,同时也对裁判者的专业能力提出较高的要求,以保证其能正确适用 IIAs 中的相关条款,妥善保护东道国规制权与公共利益,同时确保裁决的准确性与一致性。

2. 缔约国联合发布条约解释

由于某些仲裁庭对 IIAs 中相关条款的解释过于宽泛,为限制仲裁庭的自由裁量权,一些国家在新签订的 IIAs 中规定了缔约国对一些重大条款的解释权,主要表现为缔约方以联合决定、商定会议记录、议定书、换文或任何其他适当形式对相关条款进行联合解释^⑭。

为了限制仲裁庭滥用自由裁量权,早在 2001 年《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)下设的自由贸易委员会(Free Trade Commission, FTC)便针对 NAFTA 第 11 章中公平与公正待遇的含义与适用作出相关解释^[23]。作为 NAFTA 2.0 版,2018 年签订的《美墨加协定》(US-Mexico-Canada Agreement, USMCA)依旧保留了缔约国联合发布条约解释的相关规定。USMCA 附件 14-D 规定,当东道国被指控案件的争议措施在 USMCA 相关例外的措施范围之内时,仲裁庭可将相关问题提请委员会作出解释。委员会应该在 90 天内向仲裁庭出具一份

书面解释,针对协议条款的解释作出的决定对仲裁庭具有约束力,仲裁庭作出的任何决定或裁决必须与该决定一致^②。

欧盟近期的条约实践中针对缔约国联合发布条约解释也作出了相关规定。根据 CETA 的规定, CETA 联合委员会有权对协议的相关条款进行一定的解释,对法庭产生约束力。同时, CETA 联合委员会有权决定该解释的具体生效时间。这就意味着,联合委员会所作出的解释不仅适用现在以及以后遇到的案件,甚至也可能对已经裁决的案件产生效力^③。

从上述规定可以看出,缔约国联合解释有助于澄清条款解释问题,此类条款通常要求仲裁庭在案件审理过程中就 IIAs 特定的约文解释问题寻求缔约国意见,全体缔约方通过磋商等程序对约文的真正含义作出共同声明^[24]。如此一来,不仅能在一定程度上限定仲裁庭的自由裁量权,同时也强化了国家在仲裁程序中的地位。

3. 非争端缔约方参与仲裁

非争端缔约方通过提交材料参与到投资仲裁程序,有利于阐明缔约方签订条约时的缔约意愿,以帮助仲裁庭对相关条款的理解。NAFTA 中便规定缔约各方可以对条约的解释问题向仲裁庭提交意见^④。但在绝大多数 IIAs 中,基本都没有对非争端缔约方参与仲裁程序作出规定,对此大部分国家的主要顾虑是非争端缔约方提交的材料可能会导致外交保护卷土重来^[25]。

近年来,很多仲裁规则中开始明确规定非争端缔约方参与仲裁程序的相关条款。2014 年 UNCITRAL 发布的《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》中便规定在条约的解释问题上,非争端缔约方可以主动或应邀向仲裁庭提交材料,材料提交的范围包含案件的事实与法律问题^⑤。此外,在新签订的 IIAs 中也有关于非争端缔约方参与仲裁的规定。2018 年签订的印度-白俄罗斯 BIT 中联合解释的相关条款规定,若缔约双方未能在 60 天内提交联合决定,则由一方单独发布的任何解释应转发给争议双方和仲裁庭,仲裁庭可考虑此类解释^⑥。这表明非争端缔约方有权就相关条款提交解释。值得注意的是,在仲

裁实践中,非争端缔约方主要以应仲裁庭邀请或主动作为法庭之友就正在审理的争议提交材料。例如在 Achmea 案中,为阐明荷兰-斯洛伐克 BIT 中的仲裁条款是否违反了欧洲联盟运作条约 (FEU Treaties) 的若干规定,荷兰政府便应邀提交了一份呈件^⑦。

目前来看,非争端缔约方提交的材料既涉及条约中的程序性问题,也包含实体性问题。程序性问题包括仲裁的先决条件、弃权(waivers)以及法庭之友的解释等,而实体性问题则涉及协议的范围和覆盖面、条约义务的解释、损害赔偿等^[26]。虽然非争端缔约方如何递交材料以及最后是否会被采纳主要取决于仲裁程序以及仲裁庭的裁定,但非争端缔约方的参与在一定程度上提高了投资仲裁的透明度和裁决的质量。

(二) 强调对国家公共利益的保护

与商事仲裁中仅涉及争议双方的私人利益不同,投资仲裁往往会涉及国家的公共利益。诸多仲裁实践表明,在公共利益与私人利益之间的博弈中,往往后者更占优势,为此,如何在两者之间取得平衡也成为 ISDS 机制改革的重点。

1. 保障东道国国民的知情权和参与权

在 ISDS 案件中,被诉事项大多涉及东道国的公共利益。然而,由于仲裁程序的严格保密性,使得争议的相关信息极少向公众公开,第三方也很难参与案件的审理。因此,ISDS 机制常常因公共利益在“紧闭的门后”被审理而为各方所诟病^[27]。在近期的条约实践中,各国越来越注重增强仲裁程序的透明度,如在 ISDS 条款中规定文件的公开、听证会的举行以及第三方的参与等。

保障东道国国民知情权主要体现在文件的公开以及听证会的举行。为了让公众及时了解案件所涉争议的具体情况,越来越多的 IIAs 规定在仲裁程序中,除机密与受保护的信息外,相关信息应该被及时公开以便为公众所知悉。例如 EUVIPA 中要求,除非议事规则另有规定,否则任何听证会均应向公众开放^⑧。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)中也对文件公开的范围作出具体的规定,要求被申请人向公众提供

文件的范围包含意向通知、仲裁通知、向法院提交的状、诉状和辩护状、法庭听证记录或备忘录、法庭的命令、裁决和决定以及争议方在仲裁进行过程中和仲裁合并过程中所提交的任何书面材料。在听证会举行的问题上, 不仅要求为公众的参与提供便利, 并且要求保护相关机密信息²⁷。

此外, 近年来签订的 IIAs 也对第三方参与作出了规定。事实上, 法庭之友的相关规定早在国际投资仲裁规则中便得以体现, 并且仲裁规则未对法庭之友的资格进行限制, 第三方可以就争议范围内的事项向仲裁庭提交材料²⁸。但少有国际条约直接就投资仲裁透明度问题及第三方参与问题在条约中作出规定, 因为这毕竟只是程序中的问题, 条约中通常只规定可选择适用华盛顿公约、UNCITRAL 规则等²⁸。在近期的条约实践中, 很多 IIAs 都包含了非争议方参与仲裁的规定, 例如澳大利亚-秘鲁 BIT 第 8.24 条规定, 非争议方可就协议的解释向仲裁庭提交口头和书面意见。日本-阿联酋 BIT 以及日本-亚美尼亚 BIT 中也有类似规定²⁹。韩国-中美洲 FTA 中除规定允许非争议方就争议范围内的事项向仲裁庭提交书面法庭之友意见书之外, 同时要求确保争议各方有机会就法庭之友提交的材料发表意见³⁰。

2. 规范第三方资助

如果资助方在仲裁中突然抽资, 或与受助方未约定败诉的后续费用, 抑或对仲裁可能败诉的后果估计不足, 就会出现仲裁费用结清无望的可能²⁹。因此, 为保障东道国的利益不被损害, 新签订的 IIAs 大多通过增加披露义务来规范第三方资助, 以证明申请人能够获得充足的资金支持。规定披露第三方资助的相关信息, 不但便于仲裁庭和东道国了解第三方资助的具体情况, 确保资助方有能力并且愿意为申请方承担费用, 还能让仲裁庭主动发挥一种“监管性作用”, 依据资助者的身份确保案件不存在利益冲突的情形, 以避免由于第三方资助者的加入而导致东道国的利益受损。

目前的 IIAs 与国际投资仲裁规则对第三方资助的披露程度并未达成统一意见, 但都要求申

请人主动披露第三方资助的存在。如 CETA 规定要求对资助者的身份信息进行披露, 受资助方应向仲裁庭和其他争端当事人披露资助方的名称和住址。披露应当在提交争端时作出, 如果资助协议或捐赠或拨款是在提交仲裁之后达成的, 披露需要在这之后毫不延迟地作出³¹。同样, 《华盛顿公约》不仅要求披露资助者的身份信息, 还要求对资助协定的变更情况进行披露。其修订草案要求受助方应在仲裁请求登记或在登记后缔结第三方资助协议之时, 立即将受助事实和资助者名称通知秘书处, 并对此后任何上述事项改变和协议终止予以披露³⁰。而新加坡国际仲裁中心 (Singapore International Arbitration Centre, SIAC) 要求披露的内容更为详细, 包括资助方名称、细节和资助协议期间在内的详细信息。SIAC 于 2016 年发布的《投资仲裁规则》规定, 仲裁庭有权要求当事人披露第三方资助协议的存在以及资助者的身份, 在适当的情况下, 还应披露资助者的获利细节, 以及资助者是否在败诉时负责承担仲裁费用³²。目前我国对受资助者的强制披露义务也作出了较为详细的规定。中国国际经济贸易仲裁委员会 (China International Economic and Trade Arbitration Commission, CIETAC) 制定的《国际投资争端仲裁规则》第二十七条第(二)款规定: “获得第三方资助的当事人应在签署资助协议后, 毫不迟延地将第三方资助安排的事实、性质、第三方的名称与住址, 书面告知对方当事人、仲裁庭……仲裁庭也有权命令获得第三方资助的当事人披露相关情况。”³³

(三) 赋予国家反请求权

在 ISDS 机制中, 由于只能由投资者单方面启动投资仲裁程序, 使得东道国极易陷入被动抗辩的局面。因此, 赋予国家反请求权, 能够有效平衡投资者保护与东道国利益。

事实上, 《华盛顿公约》与《UNCITRAL 仲裁规则》都包含了东道国反请求权的条款, 但由于缺乏投资协定对相关问题的规定, 东道国的反请求一般不易成立³⁴。在审查与处理东道国反请求的实践中, 仲裁庭对管辖权与可受理性的判断认定往往过于严苛, 使其反请求难以得到支持而

面临困境^[31]。

非洲国家在早期的区域投资协定中便规定了东道国的反请求权,例如东部和南部非洲共同市场(Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA)成员国 2007 年通过《COMESA 投资协定》(*Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, CCIA*),该协定是世界上第一个涉及肯定性反请求规则的协定^⑧。随后,非洲另一重要的经济合作组织——南部非洲发展共同体(Southern African Development Community, SADC)公布了《SADC 双边投资协定范本》,其中也直接规定了东道国可以向投资者提起反请求的情形^⑨。

近年来,一些 IIAs 也开始对东道国的反请求权进行规定,主要包含以下两种方式:一种是通过特定范围反请求权的排除,来间接表示对东道国反请求权的肯定。例如 2018 年阿根廷-日本 BIT 第 25.14 条规定“被申请人不得以申请人已根据保险合同获得部分或全部赔偿为由进行抗辩、提出反请求……”,由此间接推出对反请求的支持。日本-亚美尼亚 BIT、加拿大-摩尔多瓦 BIT 也采取了相同做法^⑩。另一种则是直接在投资协定中规定反请求权,明确规定东道国可以向投资者提出反请求。例如 CPTPP 第 9.19.2 条就明确规定“……被申请人可直接向仲裁庭提出与本诉法律、事实依据相关的反诉……”,与此类似的还有阿根廷-阿联酋 BIT 第 28.4 条“……被申请人可以提交与争议直接相关的反诉,条件是争议方应准确说明反诉的依据”。

四、ISDS 机制中国家角色转变的影响

国家在 ISDS 机制中的角色转变,扩大了东道国国内的政策空间,也能维持东道国公共利益与投资者保护之间的平衡。在一定意义上说,这样的转变既符合可持续发展的理念,也与全球治理理念相契合。然而,随着国家政策空间的扩大,投资者丧失了一些在传统 ISDS 机制中的程序权利,可能对投资者私人利益造成不利的影

(一) 国家角色的转变推动可持续发展与全球治理

传统 ISDS 机制注重保护投资者利益,造成东道国的公共利益受到侵害。为了维护国家的规制权,近期的条约实践通过转变国家在 ISDS 机制中的角色,试图在注重保护投资者利益的同时,也为东道国的国内政策预留空间。

1. 有利于国际投资的可持续发展

可持续发展概念最早是在 1987 年世界环境与发展委员会(WCED)出版的报告《我们共同的未来》中提出的,指“满足当代人需要的同时不危及后代人满足其发展的能力的发展”^[32]。值得注意的是,可持续发展概念不是仅指生态环境的可持续性,而是一个多元的概念,包含了经济、环境和社会三个方面^⑪。如今,可持续发展已作为一项国际法原则为各国所认可,被纳入众多的国际条约,并且已经发展到国际投资领域^⑫。

在国际投资政策语境中,可持续发展强调东道国的经济和社会发展,促进东道国形成健康的投资环境^[33]。由此可见,ISDS 机制应当注重平衡东道国的规制权与投资者利益保护两者之间的关系,以确保东道国拥有稳定、良好的营商环境。ISDS 机制的设计初衷主要是当东道国侵害外国投资者合法权益,且缺乏国内层面的投资者保护机制时,通过国际仲裁的方式为相对弱势的外国投资者提供一个保护机制^[34]。但近年来,随着 ISDS 机制中东道国与投资者之间利益的失衡,东道国基于保护本国利益与可持续发展目标而采取的政策措施在 ISDS 机制下受到限制,东道国也因此缺乏追求可持续发展的途径与空间。

从近期的条约实践可以看出,各国通过对传统的 ISDS 机制进行改革,在该机制中增加了更多的“国家因素”,目的是在东道国的规制权和投资者的利益保护之间进行再平衡。通过维护东道国的规制权,扩大东道国公共政策活动空间,以保障东道国在面临严重的经济、社会甚至政治危机,或为了经济的可持续发展和人民福祉时,可以采取必要的管理措施,维护其根本安全利益或公共利益,而不承担违反条约义务的法律責任,从而最终为东道国实现可持续发展提供监管

空间。

2. 有效促进全球治理

全球治理理论最早为政治学概念,其含义主要为各国政府、国际组织、各国公民为最大限度地增加共同利益而进行的民主协商与合作,其核心内容应当是健全和发展一套维护全人类安全、和平、发展、福利、平等和人权的新的国际政治经济秩序,包括处理国际政治和经济问题的全球规则和制度^[7]。从上述概念可以看出,全球治理理论要求采取全球性的集体合作行动,追求的是国际社会多元主体共存的善治模式。

在全球治理理论中,强调国家的中心地位与市民社会的参与是两大核心环节^[35]。因此,全球治理理论要求 ISDS 机制应当注重对国家中心地位的维护与市民社会参与的保障。然而,在传统 ISDS 机制中,由于仲裁庭滥用自由裁量权,扩大解释相关条款,忽视国家缔约意愿,导致主要体现国家中心地位的缔约国共同立法权受到侵蚀,加上 ISDS 机制缺乏透明度,并未赋予公众知情权与参与权,致使难以满足市民社会参与的要求。

随着各国改革 ISDS 机制措施的出台,国家在 ISDS 机制中的作用得到强化。缔约国拥有联合发布条约解释权,东道国和其他缔约国能够通过联合发布条约解释来避免仲裁庭的司法造法行为,保障自身的共同立法权不被侵犯,以维护自身的中心地位。同时,为了保障东道国的公共利益,ISDS 机制也赋予社会公众通过法庭之友的相关规定向法庭递交材料等权利,以保障社会公众的参与。除此之外,随着国家在 ISDS 机制中角色的转变,缔约国任命裁判者、非争端缔约方参与仲裁等措施都表明,除争端当事方外,非争端缔约方与社会公众都有权参与国际投资争端的解决过程。这不仅符合全球治理中多种层次行为体的参与,也满足了国际主体之间协调合作、国际社会主体多元化的要求。

(二) 国家角色的转变可能引发对投资者的过度规制

国家在 ISDS 机制中转变角色主要是为了避免 ISDS 机制对东道国规制权进行限制,扩大东道国国内的政策空间。然而,国家在 ISDS 机制

中作用的增强在为各国行使监管权保留更大余地的同时,也可能带来东道国对投资者过度规制的风险。

随着 ISDS 机制中“国家”因素的增强,可能导致新一轮权利义务的失衡。一方面,国家改革 ISDS 机制的主要目的是为了在国家规制权和投资者利益保护之间达成平衡。但另一方面,由于各国都可能被卷入国际投资争端案件,因此为了避免未来可能因违反投资条约而在投资争端中承担国际责任,各缔约国会选择为东道国行使监管权保留更大的余地^[36]。正如有学者指出的,当今关于投资制度的对抗不再是发达国家或资本输出国与发展中国家或资本输入国之间的对抗,而是缔约方与投资者以及投资者与投资法庭之间的对抗^[37]。随着东道国政策空间的扩大,会产生一个重要风险,即各国可能蓄意占用过多的政策空间,并且利用这一空间不是为了合法监管目的,而是为了侵害投资者的私人权利^[38],最终造成对外国投资者的过度监管。

此外,缔约国联合发布条约解释可能会增加法律的不可预测性。由于 IIAs 的签订主体与投资争端主体并不一致,缔约国联合发布的条约解释如果对已经审理完成的案件具有溯及力,不仅会造成对外国投资者基本程序权利的侵害,也会进一步加剧法律的不稳定性和不可预测性。而随着投资法庭的建立,投资者丧失了自主选择法庭成员的权利。有批评者认为,在仲裁庭成员全部由代表各国政府意志的联合委员会来选任的情况下,投资者无法参与仲裁庭成员选任,仲裁庭成员在具体案件中有可能偏向东道国一方而置投资者于不利地位^[10]。

五、结语

为了维持国际投资的可持续发展,维护东道国的公共利益,各国通过转变国家在 ISDS 机制的角色以保障国家的规制权。近期 IIAs 对 ISDS 机制改革的措施是否合理,需要经受实践的检验。但我们可以看到的是,国家正在通过上述措施重新参与 ISDS 机制,并在争端解决过程中发

挥重要作用。而这一趋势也不免使人产生担忧,国家在 ISDS 机制中作用的增强,是否会引发投资争端解决的政治化回潮?国际投资争端的解决又是否会重新被母国与东道国所主导?

中国目前兼具投资输入国与投资输出国双重身份,在未来可能面临更多的 ISDS 案件。基于国际投资身份混同的现实需求,我国有必要重新审视投资争端解决机制的价值,平衡化发展 ISDS 机制。国际社会正处于重塑 ISDS 机制的时期,中国也应当积极参与改革,更好地实现 ISDS 机制中国家规制权与投资者保护之间的平衡,确保在保护我国海外投资者的同时保证我国的国内监管权。

注释:

- ① 国际投资协定主要包括双边投资协定(bilateral investment treaty, BIT)和含有投资保护条款的协定(treaties with investment provisions, TIPs)。据联合国贸易与发展会议(UNCTAD)《2020年世界投资报告》显示,截至2019年底,全球共签订3284个IIAs,其中BITs为2895个,TIPs为389个。资料来源:https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf,访问时间:2020-07-12。
- ② 目前针对 ISDS 机制的改革主要有以下 5 种方式:(1)废除 ISDS 机制(no ISDS);(2)建立投资法庭(standing ISDS tribunal);(3)限制 ISDS 机制(limited ISDS);(4)改进 ISDS 机制程序(improved ISDS procedure);(5)不改革 ISDS 机制(unreformed ISDS)。参见 UNCTAD Reforming ISDS-A Stocktaking. 资料来源: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d3_en.pdf, 访问时间:2020-9-4。
- ③ 卡尔沃主义是由 19 世纪阿根廷外交家及法学家卡洛斯·卡尔沃提出的。卡尔沃主义的核心在于强调不干预内政和内外国民的绝对平等这两个概念。作为 19 世纪末在国际政治经济领域中占有重要位置的经济民族主义理论的表达形式,卡尔沃主义一经提出便迅速被整个拉丁美洲所接受。参见: Donald R. Shea. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. Lund: The Lund Press Inc, 1955: 17-20。
- ④ 20 世纪 50 年代以来,各国围绕外国直接投资实体待遇等问题僵持不下,达成一致同意的全球性的投资实体规则的希望非常渺茫,因此时任世界银行总顾问的

Aron Broches 另辟蹊径地提出在世界银行的框架内设立一个不那么雄心勃勃的、谦虚低调的、能够平衡发达国家与发展中国家利益的且各方自愿接受的解决投资者与东道国之间的多边投资争端仲裁条约机制。1965 年, Aron Broches 的建议得以付诸实践, ICSID 得以建立。参见: Andreas F. Lowenfeld. *The ICSID Convention: Origins and Transformation*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2009(38): 48-54。

- ⑤ 目前, ICSID 是处理 ISDS 案件的主要平台。根据 UNCTAD 的统计,截至 2017 年 7 月 31 日,适用《ICSID 公约》及《ICSID 便利规则》处理的 ISDS 案件数量占案件总数的 61%, 适用联合国国际法委员会(UNCITRAL)仲裁规则处理的案件占 31%。其他的仲裁机构,如斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)与国际商会仲裁院(ICC)也分别处理了 5%与 2%的 ISDS 案件。参见: UNCTAD. *Special Update on Investor - State Dispute Settlement: Facts and Figures* p.5. 资料来源: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf, 访问时间: 2020-09-30。
- ⑥ 根据学者统计,英国的 Freshfields Bruckhaus Deringer、美国的 White & Case 以及 King & Spalding 等三家顶级律师事务所仅 2011 年便受理了 130 件投资仲裁案。其中, 15 位仲裁员(几乎全部来自欧洲、美国和加拿大)裁定了 55%的已知基于投资条约的 ISDS 案件。参见: Pia Eberhardt, Cecilia Olivet. *Profiting From Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling An Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012。
- ⑦ 寒蝉效应也被称为监管寒流, 主要指东道国政府因投资仲裁而抑制本来应当实施的监管行为或公共政策。参见: Gus Van Harten and Dayna Nadine Scott. *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*. *Journal of International Dispute Settlement*, 2016(7): 92-116。
- ⑧ 以根本安全例外条款的解释为例, 分别存在 WTO 针对 GATT 第 20 条的审查标准、欧洲法院确立的裁量余地原则、内国法院在行政司法审查中确立的国内标准等不同选择, 对于同一条款, 适用不同的审查标准将得出大相径庭的结论。参见: 葛辰. 论国际投资条约下自裁决式根本安全利益条款的审查进路——兼论中国的选择. *东北大学学报(社会科学版)*, 2017, 19(06): 616-624。
- ⑨ 例如在 Saluka 案中, 仲裁裁决认为合理预期是判断公平与公正待遇的“决定性因素”(dominant element),

- 参见: Saluka Investment BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras. 301-303; 在 *Electrabel* 案中, 仲裁庭也直接将合理预期认为是违反公平与公正待遇的主导性因素, 参见: *Electrabel S. A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB /07 /19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 7. 75. 关于投资者合理预期在投资仲裁中的宽泛适用, 详情参见: 邓婷婷. 国际投资协定中的公平与公正待遇研究. 北京: 法律出版社, 2017:133-147.
- ⑩ 在 *Ethyl* 案中, *Ethyl* 公司生产一种 MMT 的汽车添加剂, 运往加拿大加工混合并销售给加拿大汽油提炼商。1997 年, 加拿大颁布法令禁止 MMT 在加拿大进口和跨省销售, 理由是 MMT 中含有一种神经毒素, 此法令的颁布旨在保护人类环境健康。于是, *Ethyl* 公司基于 NAFTA 第 11 章第 1102 条国民待遇条款、第 1106 条、第 1110 条征收与补偿条款提出仲裁申请。最终双方主动达成协议结束仲裁, 加拿大废除此前禁令, 向 *Ethyl* 公司道歉, 并支付 2 000 万美元作为赔偿。参见: *Ethyl Corporation v. the Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1. 资料来源: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnJurisdiction.pdf>, 2007-4-21. 访问时间: 2020-07-05.
- ⑪ 虽然投资仲裁中引入第三方资助的情况尚未有权威统计数据, 但有第三方资助的从业者认为, 现有的投资仲裁案件至少有 40% 都存在第三方资助的情形。参见: Stavros Brekoulakis, *The Impact of Third Party Funding on Allocation for Costs and Security for Costs Applications: The ICCA—Queen Mary Task Force Report*. 资料来源: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/18/the-impact-of-third-party-funding-on-allocation-for-costs-and-security-for-costs-applications-the-icca-queen-mary-task-force-report/> 访问时间: 2020-07-27.
- ⑫ 例如在 *Abaclat* 案中, 仅就管辖权问题进行裁决, 求偿方就已经支付了 2 700 万美元的仲裁费用, 阿根廷则花费了 1 200 万美元。参见: *Abaclat v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB /07 /5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011.
- ⑬ 与发展中国家东道国一样, 美国在 NAFTA 中的主要被诉议题包括投资者对其国家主权的限制或侵蚀、挑战公共健康与环境保护等方面法律的权力, 致使国家在制定法律时因担心被诉而瞻前顾后, 裹足不前。德国的“大瀑布”案(*Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*)开启了他国投资者将德国作为被申请人在 ICSID 提起仲裁的新篇章。由于面临高昂的索赔金额, 德国也开始反思 ISDS 机制的负面影响, 对其态度产生了变化。而澳大利亚甚至于 2011 年宣布将不再在与外国签订的投资协定中规定 ISDS 解决机制, 部分原因是基于 *Philip Morris Asia v. Australia* 案, 该争端导致澳大利亚政府和民间出现一股反对 ISDS 机制的呼声, 认为其对该国的公共政策构成了挑战。
- ⑭ 在 2015 年公布的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协议》(TTIP)草案文本中, 欧盟便提出要建立两审终审的 ICS 以取代传统的 ISDS 机制。2016 年, 欧盟-越南 FTA(EUVFTA)明确规定 ICS, 标志着 ICS 正式迈向实践。此后, 在欧盟-加拿大综合性经济贸易协定(CETA)、欧盟-新加坡投资保护协定(EUSIPA)以及欧盟-越南投资保护协定(EUVIPA)中均有 ICS 的相关规定。
- ⑮ 关于欧盟倡导的 MIC 的具体规定, 详情参见: 邓婷婷. 欧盟多边投资法院: 动因、可行性及挑战. 中南大学学报(社会科学版), 2019, 25(04): 62-72.
- ⑯ 参见: EUSIPA 第 3.9.2 条、第 3.10.2 条。CETA、EUVFTA 与 EUVIPA 中均有类似规定。
- ⑰ 参见: EUSIPA 第 3.9.4 条、第 3.10.4 条。CETA、EUVFTA 以及 EUVIPA 中均有类似规定。
- ⑱ 参见: EUSIPA 第 3.9.7 条、第 3.10.7 条。CETA、EUVFTA 以及 EUVIPA 中均有类似规定。
- ⑲ 参见: EUSIPA 第 3.19.3 条。CETA、EUVFTA 以及 EUVIPA 中均有类似规定。
- ⑳ 例如 2012 年美国 BIT 投资范本第 30 条第 3 款规定, 缔约方均为此项条款派出各自代表宣布对本条约某一条的解释, 由此得出的联合决定将会对仲裁庭具有约束力, 仲裁庭的任何决定或裁定都应该与联合决定保持一致。
- ㉑ 参见: USMCA(附件 14-D)第 9 条、第 10 条。
- ㉒ 参见: CETA 第 8.31.3 条。
- ㉓ 参见: NAFTA 第 1128 条。
- ㉔ 参见: 《UNCITRAL 透明度规则》第 5.1 条、第 5.2 条。
- ㉕ 参见: 印度-白俄罗斯 BIT 第 24 条。
- ㉖ 2008 年, 荷兰的 *Achmea* 公司根据荷兰-斯洛伐克 BIT 对斯洛伐克提起仲裁程序, 认为斯洛伐克的疾病保险市场禁令违反了荷兰-斯洛伐克 BIT 的规定并造成了其经济损失。2012 年, 仲裁庭查明斯洛伐克确实违反了 BIT 规定, 并责令其支付 *Achmea* 共约 2 210 万美元的赔偿费用。但斯洛伐克认为, BIT 的仲裁条款违反了欧洲联盟运作条约(FEU Treaties)的若干规定, 因此在德国法院提起诉讼要求撤销仲裁庭的裁决, 审理该上诉案件的德国联邦法院将这一问题提交给欧盟法院, 请求其判断斯洛伐克提出异议的仲裁条款是否违反了 FEU Treaties。参见: *Achmea BV v. The Slovak*

Republic, Case C-284/16.

- ②7 参见: EUVIPA 第 3.8 条。
- ②8 参见: CPTPP 第 9.24 条。
- ②9 参见:《UNCITRAL 透明度规则》第 4.1 条,《华盛顿公约》第 37.2 条。
- ③0 参见: 2018《日本-阿联酋 BIT》第 17.17 条, 2018《日本与亚美尼亚 BIT》第 23.13 条。
- ③1 参见: 2018《韩国-中美洲 FTA》第 9.21 条。
- ③2 参见: CETA 第 8.26 条。
- ③3 参见: Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, Article 24(1). 资料来源: [https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20\(rev%2020160115\).pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20(rev%2020160115).pdf). 访问时间: 2020-07-23.
- ③4 资料来源: <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Page&a=index&id>. 访问时间: 2020-07-20.
- ③5 《华盛顿公约》第 46 条明确作出了反请求规定“除双方另有约定外, 经一方请求, 仲裁庭对争端的主要问题直接引起的附带或附加的要求或反要求作出决定, 但上述要求应在双方的同意范围内, 或在中心的管辖范围内”。《UNCITRAL 仲裁规则》(2010)第 21 条第 3 款,“被申请人可在其答辩书中提出反请求或基于一项仲裁请求而提出抵销要求, 仲裁庭根据情况决定延迟, 被申请人还可在仲裁程序的稍后阶段提出反请求或基于一项仲裁请求而提出抵销要求, 只要仲裁庭对此拥有管辖权”。
- ③6 《COMESA 投资协定》第 28 条第 9 款规定:“一缔约国可就 COMESA 成员国投资者依据本条所提出的请求未满足本协定项下的义务, 包括未遵守国内所有可适用措施或未采取所有合理措施以减轻可能的损害提出反请求。”
- ③7 《SADC 双边投资协定范本》在第 19 条第 2 款对反请求规则作出了规定,“东道国可以依据本协定中关于因违约而导致的损害或救济而产生的纠纷, 向投资者提起反请求”。
- ③8 参见: 2018《日本-亚美尼亚 BIT》第 24.14 条、2018《加拿大-摩尔多瓦共和国 BIT》第 36 条。
- ③9 参见: 2005 年世界首脑会议成果文件, 联合国文件 A/RES/60/1, 2005 年 10 月 24 日, 第 48 段。资料来源: <https://www.un.org/zh/ga/69/res/all1.shtml>. 访问时间: 2020-07-20.
- ④0 例如, UNCTAD 于 2012 年制定了《可持续发展的投资政策框架》, 呼吁各国秉持可持续发展原则制定和实施国内、国际投资政策。2016 年 G20 杭州峰会制定了《二十国集团全球投资指导原则》。该原则明确规定“投资及对投资产生影响的政策应在国际、国内层面保持协调, 以促进投资为宗旨, 与可持续发展和包容

性增长目标相一致”。

参考文献:

- [1] CUTHBERT J. Diplomatic protection and nationality: The commonwealth of nations[M]. Northumberland: Northumberland Press, 1968: 25.
- [2] KENNETH J V. Sustainable liberalism and the international investment regime[J]. Michigan Journal of International Law, 1998(19): 379.
- [3] 王彦志. 国际投资争端解决的法律化: 成就与挑战[J]. 当代法学, 2011, 25(3): 15-23.
- WANG Yanzhi. Legalization of international investment dispute settlement: Achievements and challenges[J]. Contemporary Law Review, 2011, 25(3): 15-23.
- [4] RODRIGO POLANCO L. The return of the home state to investor-state dispute: Bringing back diplomatic protection?[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2019: 13.
- [5] THOMAS W. Investment arbitration as a discipline for good-governance: Overview and epilogue[C]// WEILER T NAFTA investment law and arbitration: Past issues, current practice, future prospects. New York: Transnational Publishers, 2004: 475.
- [6] EDWIN M B. The diplomatic protection of citizens abroad[M]. New York: Banks Law Publishing Co, 1915: 517-518.
- [7] 徐崇利. 晚近国际投资争端解决实践之评判: “全球治理”理论的引入[J]. 法学家, 2010(3): 143-153, 180.
- XU Chongli. A commentary and critical on the recent international investment disputes arbitration: To introduce the theory of global governance[J]. The Jurist, 2010(3): 143-153, 180.
- [8] VALENTINA V. Analogies in international investment law and arbitration[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016: 63.
- [9] 余劲松. 国际投资法: 第五版[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 348-349.
- YU Jinsong. International investment law (Fifth edition)[M]. Beijing: Law Press, 2018: 348-349.
- [10] UNCTAD. 2020 world investment report: International production beyond the pandemic [EB/OL]. (2020-06-16) [2020-10-11]. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf.
- [11] 石慧. 投资条约仲裁机制的批判与重构[M]. 北京: 法律出版社, 2008, 31: 2.
- SHI Hui. Critique and reconstruction of the mechanism of

- investment treaty arbitration[M]. Beijing: Law Press China, 2008, 31: 2.
- [12] 郭玉军. 论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正[J]. 法学家, 2011(3): 141-152, 179-180.
GUO Yujun. On the legitimacy gap in investment treaty arbitration and its remedies[J]. The Jurist, 2011(3): 141-152, 179-180.
- [13] 王少棠. 正当性危机的解除?——欧盟投资争端解决机制改革再议[J]. 法商研究, 2018, 35(2): 159-170.
WANG Shaotang. The relief of legitimacy crisis? — Reconsideration on the reform of EU investment dispute settlement [J]. Studies in Law and Business, 2018, 35(2): 159-170.
- [14] CAMPBELL M, LAURENCE S, MATTHEW W. International investment arbitration: Substantive principles[M]. New York: Oxford University Press, 2007: 234.
- [15] 刘京莲. 国际投资仲裁体制的困境与出路[J]. 福建论坛(人文社会科学版), 2011(5): 34-37.
LIU Jinglian. The dilemma and outlet of international investment arbitration system[J]. Fujian Tribune (Humanities and Social Sciences), 2011(5): 34-37.
- [16] RUDOLF D. Fair and equitable treatment: Today's contours[J]. Santa Clara Journal of International Law, 2014(12): 10-11.
- [17] 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): 132-143.
YU Jinsong. Research on the balance of protection of rights and interests between investors and host countries in international investment treaty arbitration[J]. China Legal Science, 2011(2): 132-143.
- [18] 肖军, 康雪飘. 国际投资仲裁中国家反诉的仲裁同意问题[J]. 武大国际法评论, 2018, 2(5): 81-93.
XIAO Jun, KANG Xuepiao. Investor's consent to counterclaims in international investment arbitration[J]. Wuhan University International Law Review, 2018, 2(5): 81-93.
- [19] EPRIC D B, JULIA L. Third-party funding in international investment arbitration[J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2012(27): 381.
- [20] JOUBIN-BRET A. Spotlight on third-party funding in investor-state arbitration[J]. Journal of World Investment & Trade, 2015, 16(4): 727-733.
- [21] 汤霞. 第三方资助国际投资仲裁费用担保的必要性标准研究[J]. 国际经济法学刊, 2019(3): 43-56.
TANG Xia. Funding in international investment arbitration[J]. Journal of International Economic Law, 2019(3): 43-56.
- [22] NAFTA FREE TRADE COMMISSION. Notes of interpretation of certain chapter 11 Provisions 2 (2001) clarifying that article 1105 embodies the customary international law standard for determining possible violations of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" [EB/OL]. (2001-07-31) [2020-09-07]. <http://www.naftaclaims.com/Papers/July%2031%202001%20NAFTA%20FTC%20Statement.pdf>.
- [23] 靳也. 国际投资仲裁程序规则中的缔约国条约解释机制研究[J]. 武大国际法评论, 2017, 1(5): 87-99.
JIN Ye. State parties' treaty interpretation mechanism in procedural rules of international investment arbitration[J]. Wuhan University International Law Review, 2017, 1(5): 87-99.
- [24] TARCISIO G. States and foreign investment: A law of the treaties perspective[C]// SHAHEEZA L, RODRIGO POLANCO L. The role of the state in investor-state arbitration. Leiden: Koninklijke Brill, 2019: 40.
- [25] RODRIGO POLANCO L. The return of the home state to investor-state dispute: Bringing back diplomatic protection?[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2019: 176.
- [26] KAUFMANN-KOHLER G, POTESTÀ M. Can the Mauritius convention serve as a model for the reform of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap, Geneva center for international dispute settlement[EB/OL]. (2016-06-03) [2019-03-12]. http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.
- [27] 张庆麟. 国际投资仲裁的第三方参与问题探究[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2014, 36(11): 70-82.
ZHANG Qinglin. Research on the third party participation in international investment arbitration[J]. Jinan Journal (Philosophy and Social Sciences), 2014, 36(11): 70-82.
- [28] 王超. 商事仲裁第三方资助的制度构建[J]. 国际商务研究, 2019, 40(4): 45-54.
WANG Chao. The system construction of the third-party funding in commercial arbitration[J]. International Business Research, 2019, 40(4): 45-54.
- [29] ICSID SECRETARIAT. Proposals for amendment of the ICSID rules (Vol. 2) [EB/OL]. (2019-03-15) [2020-09-11]. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf.
- [30] 孙南申. 国际投资仲裁中东道国反请求规则适用问题[J]. 上海对外经贸大学学报, 2020, 27(1): 59-73.

- SUN Nanshen. The application of state counterclaim rules under international investment arbitration[J]. Journal of Shanghai University of International Business and Economics, 2020, 27(1): 59–73.
- [31] BRUNTLAND G H. Our common future: Report of the world commission of environment and development[J]. International Affairs, 1987, 64(1): 126.
- [32] 曾华群. “可持续发展的投资政策框架”与我国的对策[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2013(6): 59–67.
- ZENG Huaqun. Investment policy framework for sustainable development and China's countermeasures[J]. Journal of Xiamen University (Arts & Social Sciences), 2013(6): 59–67.
- [33] STEPHAN W S. Reforming investor-state dispute settlement (ISDS): Conceptual framework and options for the way forward [EB/OL]. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD). (2015–07–15) [2020–07–20]. https://xueshu.baidu.com/usercenter/paper/show?paperid=45d8664e7e5917121ef9e3bff6f368ea&site=xueshu_se.
- [34] 俞可平. 全球治理引论[J]. 马克思主义与现实, 2002(1): 20–32.
- YU Keping. Introduction to global governance [J]. Marxism & Reality, 2002(1): 20–32.
- [35] ANTHEA R. State-to-state investment treaty arbitration: A hybrid theory of interdependent rights and shared interpretive authority[J]. Harvard International Law Journal, 2014(55): 1–5.
- [36] ANDREAS K. Reassertion of control: An introduction[C]// Kulick. Reassertion of control over the investment treaty regime. Cambridge: Cambridge University Press, 2017: 13.
- [37] RODRIGO POLANCO L. The return of the home state to investor-state dispute: Bringing back diplomatic protection?[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2019: 310.
- [38] STEPHEN S. “The proposals of the European Commission for investment protection and an investment court system” [EB/OL]. (2016–05–17) [2020–10–09]. <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf>.

On the changing role of the state in ISDS mechanism

DENG Tingting, QU Dan

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: In the recent decades, many states, by concluding international investment agreements (IIAs), have established investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism in order to legalize international investment dispute settlement. In traditional ISDS, the state and the investor are of equal status, and the investor has exclusive right to initiate international investment arbitration, while the state can only participate in arbitration passively. With the rapid increase of the number of ISDS cases, the trend that ISDS restricts the state's regulatory power has become increasingly apparent. Therefore, some countries have begun to reform ISDS mechanism by issuing new IIAs. From the recent treaty practice, it can be seen that the role of the state in ISDS is gradually changing. By allowing the contracting state to appoint adjudicators, by jointly issuing treaty interpretations and granting counterclaims to the contracting state, the state is playing a proactive role in international investment dispute settlement. The enhanced role of the state in ISDS has multiple impacts: on the one hand, it is conducive to the sustainable development of international investment and fits the concept of global governance; on the other hand, it may also undermine the investor's rights. As a big country with mixed international investment status, China should pay attention to the balance between investor protection and the state regulatory power when participating in the reform of ISDS.

Key Words: international investment agreements (IIA); investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism; state regulatory power; sustainable development; global governance

[编辑: 苏慧]