

国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择

王彦志

(吉林大学法学院, 吉林长春, 130012)

摘要: 在传统投资仲裁面临合法性危机的背景下, 有关国家、政府间国际组织、专家和学者正在积极推动国际投资争端解决机制改革。目前, 国际投资争端解决机制改革实践和建议呈现出多元模式, 主要包括投资仲裁完善模式、投资仲裁加上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式、东道国当地救济加国家间争端解决模式, 并辅之以调解、争端预防等灵活方式。以实体维度的独立、问责、公正, 程序维度的透明度、一致性以及裁判官的独立性和公正性、效率等各项政策目标组合而形成的分析框架评估, 这五种基本模式各有利弊得失。在“一带一路”背景下, 立足中国作为资本输入输出双向投资大国的身份和利益, 结合国际投资争端解决机制改革的发展趋势, 中国应分短期、中期和长期三个步骤, 渐进务实地选择投资仲裁完善模式、“一带一路”投资仲裁加上诉机构模式、多边常设投资法院加上诉机构模式。

关键词: 国际投资争端解决机制; 投资仲裁; 投资法院; 上诉机构; 多边投资法院

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)04-0073-10

2000年以来, 传统投资者与国家间投资仲裁的合法性越来越受到质疑^{①[1-2]}, 国际投资争端解决机制改革的方案陆续被提出, 改革的实践也逐渐兴起。例如, 《北美自由贸易协定》(NAFTA)自由贸易委员会2001年关于NAFTA第11章某些条款的解释性注释规定了投资仲裁的透明度内容; 美国2002年两党贸易促进授权法案(BTPAA)提出设立上诉或类似机制以确保条约解释的一致性、增强投资仲裁的透明度等, 美国2004年双边投资条约(BIT)范本规定了投资仲裁的透明度内容, 美国2000年以来包括BIT、自由贸易协定(FTA)在内的国际投资协定(IIA)实践也开始订入投资仲裁透明度条款和将来考虑订入上述或类似机制条款; 加拿大2004年BIT范本和此后的IIA实践也开始订入投资仲裁透明度条款; 国际投资争端解决中心(ICSID)2004年发起并于2006年生效的ICSID投资仲裁规则修改也规定了透明度内容。在此影响下, 许多国家纷纷修改BIT范本并在其IIA实践中对于投资仲裁进行改革。

然而, 对于投资仲裁合法性危机挑战的第一波应对并没有消除有关国家和非政府组织等利害关系者对于投资仲裁合法性的质疑。由于国际投资格局、国际

投资协定和国际投资仲裁的变化, 有些国家的立场、态度和实践还不明确和稳定, 有些国家的立场、态度和实践则在变动之中。随着越来越多的国家尤其是发达国家被卷入投资仲裁案件, 对于投资仲裁合法性的质疑有增无减。2010年以来, 随着欧盟加入IIA谈判缔约行列, 对于投资仲裁合法性的质疑越来越强烈, 在欧盟的倡导和推动下, 国际投资争端解决机制改革进程也在不断加快。越来越多的国家、政府间国际组织、非政府组织、工商企业、专家和学者纷纷加入国际投资争端解决机制改革进程之中, 提出了国际投资争端解决的各种模式和方案。同时, 各国政府正在IIA实践中落实着不同的改革方案, 有关的政府间国际组织也在进一步协调和推动改革进程。目前, 国际投资争端解决机制改革进程呈现出一定的共识性和趋同性, 例如加强仲裁员的独立性和公正性, 增加程序透明度, 加强缔约国对于仲裁庭解释权的控制等。同时, 由于国际投资争端解决广泛涉及母国、东道国、发达国家、发展中国家、跨国公司和其他投资者、非政府组织和其他利害关系者等错综复杂的多元主体及其利益和诉求, 国际投资争端解决机制改革进程也呈现出明显的多元化、多样性和复杂性。例如, 各国在投资

收稿日期: 2019-04-12; 修回日期: 2019-05-24

基金项目: 2017年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: 王彦志(1971—), 男, 吉林九台人, 经济学博士, 吉林大学法学院副教授, 主要研究方向: 国际经济法, 联系邮箱: globalex@126.com

仲裁的存与废,是否常设投资法院,是否设立常设上诉机制等方面的立场、方案和实践存在很多差异和分歧,这固然体现了尊重各国利益和意愿的灵活性和务实性,但也可能进一步加剧国际投资争端解决的碎片化。不过,在欧盟、加拿大、联合国贸易和发展会议(UNCTAD)、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)、ICSID 等的努力推动下,国际投资争端机制改革进程的多边化协调努力也在进一步加强和加快,尤其是在 UNCITRAL 框架下推动国际投资争端解决机制改革的多边努力正在积极推进之中。

2000 年以来,中国在国际投资格局中的身份和地位实现了快速转换,从传统的资本输入大国转向资本输入输出双向投资大国,目前已经超过大多数发达国家而成为位居世界前列的双向投资大国。尤其是,随着“一带一路”倡议的推进,中国海外投资的国际法保护需求越来越迫切^[3],同时也需要积极提升中国在国际投资法和全球投资治理中的制度性话语权。这都要求中国对包括国际投资争端解决在内的国际投资协定立场和实践作出相应调整^[4],就国际投资争端解决机制改革形成中国立场和中国方案,积极参与国际投资争端解决机制改革的博弈进程。目前,中国已经在新订或升级的 IIA 中逐步完善国际投资争端解决机制。然而,迄今为止,中国 IIA 对于国际投资争端解决的改革还非常滞后,中国在国际投资争端解决机制改革方面还没有明确自己的立场,没有形成自己的话语,没有提出自己的方案。在 ICSID 和 UNCITRAL 推动下的国际投资争端解决机制改革进程中,中国需要确立自己的立场,提出自己的方案^[5]。

在中国推进“一带一路”倡议、欧盟提出国际投资法院方案、UNCITRAL 推动国际投资争端解决机制改革多边协调进程等背景下,中国学界开始积极探讨国际投资争端解决机制改革的中国立场和中国方案并提出相应的对策和建议^[6-8]。面对国际投资争端解决机制改革的多元模式,需要基于国际投资争端解决及其改革所要实现的合理的政策目标体系,设定一个合适的国际投资争端解决机制改革分析框架,进而才能更好地权衡各种国际投资争端解决机制改革模式的利弊得失,然后根据具体情形从中作出适当的选择^[6,9]。本文首先设定国际投资争端解决机制改革的分析框架,进而基于此种分析框架比较评估国际投资争端解决机制改革的不同模式,最后结合中国对于国际投资争端解决机制改革的需求或者说所要实现的政策目标,探讨国际投资争端解决机制改革的中国选择。

一、国际投资争端解决机制改革的分析框架

国际投资争端解决机制改革实质是一个国际制度设计问题。各国为了追求特定的政策目标而设计国际制度,不同的制度设计影响各国政策目标的实现,因此各国围绕制度设计而斗争^[10]。当现有的国际投资争端解决制度没有产生预期的政策结果时,各国就开始为国际投资争端解决机制改革而进行制度设计。为了对不同方案进行比较和选择,需要提供一个评估国际投资争端解决机制改革方案的分析框架,此框架就是国际投资争端解决机制所要实现的各种政策目标之间的合理权衡的分析框架。

在设定国际投资争端解决机制改革的分析框架时,可以将“无知之幕”作为假设起点^[11]。事实上,越来越多的国家既是资本输入国,又是资本输出国,从而既可能作为投资争端的申请人(原告方),又可能作为投资争端的被申请人(被告方),因此它们处于国际投资争端解决的“无知之幕”状态^[9]。但是,在具体的国际投资关系中,有些国家明显单纯是或主要是资本输入国,而有些国家则明显单纯是或主要是资本输出国,其身份、利益和立场是会有偏向的。不过,“无知之幕”不是事实状态而是理论假设。在理论上,在“无知之幕”条件下,制度设计将符合正义的原则,也就是“那些关心自己利益的有理性的人们,在作为谁也不知道自己在社会和自然的偶然因素方面的利害情形的平等者的情况下都会同意的原则”^{[11][15]}。因此,在设定国际投资争端解决机制改革制度的分析框架时,应合理考量和权衡母国、东道国、发达国家、发展中国家、跨国公司和其他投资者、非政府组织和其他利害相关者等国际投资法所涉各种行为体的正当利益和价值,而非片面支持其中某一类或某几类行为体的特殊利益和价值。

具体就国际投资争端解决机制改革的分析框架而言,目前主流的理论范式就是公法范式^②。国际投资争端主要涉及东道国与外国投资者之间围绕外国投资者投资自由和财产权利的保护,东道国主权公共政策空间和公法规制权的保障以及环境、健康、安全等利害相关者利益的维护而产生的公法性质的争端,而不同于主要局限于私人当事人相互之间私法权益的国际商事交易争端。传统投资者与国家间投资争端解决在很大程度上是建立在私人之间国际商事仲裁基础上的,以私法裁判解决公法争端,片面强调效率、保密等商事仲裁的价值,而忽视了公平、公开等公法裁判的价

值,从而造成了投资仲裁的合法性危机。实际上,国际投资法更类似于国内宪法、行政法及其司法审查机制,而不同于私法、商事合同及其商事仲裁机制^[12]。因此,国际投资争端解决机制改革的分析框架应该建立在公法裁判基础之上。

在公法裁判基础上,Gus Van Harten^{[2](152-184)}、Stephan W. Schill^[13]、Sergio Puig 和 Gregory Shaffer^[9]、Jeffrey L. Dunoff 和 Mark A. Pollack^{®[14]}等分别提出了基于不同政策目标组合的有自己的理论解释力和比较优势的分析框架。UNCTAD、ICSID、UNCITRAL 等政府间国际组织的国际投资争端解决机制改革政策建议或进程,也都是围绕不同的政策目标组合进行的^[15-17]。这些政策目标实质上就是反思和批判传统投资者与国家间投资仲裁合法性危机的政策目标,也是分析和评估国际投资争端解决机制改革合法性的政策目标,例如民主、人权、法治、可持续发展等,还可以进一步具体化为公正、效率、独立、问责(accountability)、公开(透明)等。从不同的理论视角或者不同的政策立场,对于国际投资争端解决机制改革的政策目标可以有不同的划分和取舍^④。本文将其划分为两组,一组是国际投资争端解决机制改革的实体政策目标,另一组是程序政策目标,而每组又进一步细化出各自的具体政策目标,并以此作为下文比较、评估和选择国际投资争端解决机制改革不同模式的基础。

(一) 国际投资争端解决机制改革的实体政策目标

国际投资争端解决机制不仅要实现自身的程序正义,而且要以符合程序正义的方式最终实现实体正义。就此而言,国际投资争端解决机制改革的制度设计虽然是一个程序问题,但却在根本上涉及实体问题,要考虑一系列实体政策目标,也就是要确保国际投资裁判在实体上的负责、独立和公正。这主要涉及如何设计一个能够在东道国正当公共政策目标规制权与外国投资者合法权益之间合理权衡从而作出负责、独立、公正裁判的国际投资裁判机构。为此,可以将国际投资争端解决机制改革的实体政策目标分解为问责、独立、公正等三个维度。

问责主要是指裁判机构要对授予其裁判权力的缔约国负责。从根本上说,国际裁判机构是一种委托代理(principal-agent)制度安排。国家是委托人(主人),国际裁判机构是代理人。国际裁判机构的权威来自缔约国授权(delegation),并受到缔约国制衡。如果裁判机构超越了授权,其权力将被缔约国限制或者解除^[18]。国际裁判权威来自国家同意、国家授权,这是主权和民主的逻辑。当然,裁判机构并不是消极、机械的工

具,而是享有很大的自由裁量空间的^[19]。但是,这种自由裁量应该受到必要的合理约束。国际投资争端解决机构解决的虽然是投资者与国家间的投资争端,但其裁判权力却是缔约国在 IIA 中规定和授予的。因此,国际投资争端解决机构应该在条约授予的权限范围内解释条约和裁判争端,而不得超越缔约国授予的权限,不应过度扩张解释 IIA 实体和程序条款。除了对缔约国问责之外,国际投资争端还在环境、健康、劳工、人权等方面深刻影响更广泛的社会公众,因此,其裁判权力的行使还应审慎考量受其影响的公共利益。

独立是指裁判机构依据事实和法律裁判案件,而不受任何争端当事方和任何其他第三方不合法的和不正当的干预。在国际争端解决制度设计中,将争端授予争端当事方以外的第三方独立裁判,就是为了增强国际承诺的可信度,促进有效的国际合作^[20]。因此,独立首先就意味着裁判机构不受任何争端当事方的干预,尤其是在权力不对称的关系中不受权力大的一方的干预,而以规则为导向裁判案件。此外,独立也意味着不受其他任何第三方的干预。在国际投资争端解决中,独立意味着裁判机构独立地、中立地裁判案件,而不受东道国、外国投资者、投资者母国或者其他任何第三方的不合法的和不正当的干预。鉴于国际投资争端存在于外国投资者与东道国之间,而东道国明显具有比外国投资者更大的权力,在国际投资争端解决中,独立尤其意味着要赋予外国投资者独立的、中立的、可靠的救济权。

公正是指裁判机构在问责和独立的前提下、在依据法律和事实的基础上公平合理地保障各争端当事方以及其他利害相关者的正当合法的权利、权力和利益。这要求裁判机构不偏不倚,不偏向任何争端当事方。在国际投资争端解决过程中,公正意味着不仅要保护外国投资者正当合法的投资财产权利和自由,而且还要保护东道国正当的主权公共政策空间以及正当行使的公共政策规制权,还要保护东道国特定利害相关者和一般公众在环境、健康等方面的正当公共利益^{[9](369-370)}。因此,无论是片面保护外国投资者的权益,还是片面保护东道国的权益,都不符合公正的要求。

(二) 国际投资争端解决机制改革的程序政策目标

与国际投资争端解决机制改革有关的实体维度政策目标的实现,有赖于一系列程序维度政策目标的落实和保障。在国际投资争端解决中,程序维度的政策目标包含很多内容,传统投资仲裁所暴露的程序问题也有很多,国际投资争端解决机制改革所要实现的程

序维度政策目标亦有很多。这里仅结合传统投资仲裁实践所引发的突出的、重大的程序问题和缺陷,对于透明度、一致性、裁判官的独立性和公正性、效率等四项目标予以分析。

透明度是指国际投资争端解决程序应该公开透明,以便受到利害关系人和一般公众的知情和监督。透明度包括有关利害关系人可以获得文件、参与庭审、提交文件等,也包括通过裁判文书了解裁判决策中的投票、平行意见和异议意见等情况^{[9](236)}。投资者与国家间投资争端实质是外国投资者和东道国国家之间涉及公共政策和公共利益的公法争端,因此应该强调公开透明。传统投资仲裁的重大缺陷之一就是强调保密性而缺乏透明度^{[2](159-161)}。

一致性是指对于相同或类似的 IIA 应作相同或类似的解释,对相同或类似的国际投资争端案件应作相同或类似的裁判。一致性是法治的一项基本要求,它保证了法律和裁判的公正性、确定性、明确性、可预测性。IIA 条款的一般性和抽象性使得裁判机构可以对同一个 IIA 条款作出多种不同甚至截然相反的解释和裁判,而这些不同的解释和裁判又可能都不违反条约解释的习惯国际法规则。在实践中,传统投资仲裁庭对于保护伞条款、最惠国待遇条款等作出不一致的相互冲突的解释^[21]。不一致性也被认为是传统投资仲裁的重大缺陷之一。

裁判官的独立性和公正性是指裁判官在任命、任职期限、收入等方面具有稳定的保障,不存在利益冲突,从而可以独立公正地进行裁判,而不受制于争端当事方或者其他任何第三方。裁判官的任期固定、稳定的收入保障、不受任何一方争端当事人任命、不存在利益冲突等都可以保障其独立性和公正性^[22]。投资仲裁的仲裁员一般是由争端当事方或其代理人或者第三方任命的,没有固定任期,没有独立的裁判收入保障,还可能存在复杂的利益冲突的可能性。由于投资争端案件一般是由投资者单方提起仲裁请求,可能产生仲裁员为了将来能够有机会继续被任命而偏袒投资者的可能。

效率是指裁判机构应以对争端当事人来说较少的时间和金钱成本解决案件,或者说国际投资争端解决应该符合成本与收益之间的有效性。传统投资仲裁的费用非常高昂,对于中小投资者申请人和发展中国家被申请人构成了沉重的负担,甚至可能使它们不能或不愿诉诸投资仲裁解决案件。传统投资仲裁耗时漫长,2012 年作出裁决的案件平均耗时 59 个月^[23],也有研究表明,投资仲裁案件平均耗时 3 年零 8 个月^{[21](20)}。

因此,效率和成本是国际投资争端解决所要考虑的重要程序政策目标。

二、国际投资争端解决机制改革的多元模式

传统投资仲裁被认为无法较好地实现独立、问责、公正等实体维度的政策目标和透明度、一致性、仲裁员的独立性和公正性、效率等程序维度的政策目标。在此背景下,有关国家、政府间国际组织、专家和学者纷纷提出国际投资争端解决的多元模式。其中,增量改革者坚持认为投资仲裁模式仍然是最好的解决方式,并建议对其进行适当改革;体系改革者坚持保留投资者国际直接请求权,但认为投资仲裁存在严重缺陷,因此建议取而代之以多边投资法院和上诉机构;而范式改革者认为投资仲裁模式具有不可救药的缺陷,主张彻底废除投资者国际直接请求权,建议采取东道国国内法院、监察专员、国家间仲裁等其他替代解决方式^[24]。

在此,我们将国际投资争端解决机制改革概括为五种基本模式:投资仲裁完善模式、投资仲裁加常设上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式、东道国当地救济加国家间争端解决模式,并应用前述分析框架对每种模式进行比较评估。需要指出的是,这些模式虽然来源于现有的实践或者建议,但更类似于理想类型,因此不必将其与现实中的某个或某些国家所采取的特定实践或建议对号入座,实际的情形要复杂得多,而且各国所倡导的改革模式还可能因为各种原因而有所改变。

(一) 投资仲裁完善模式

投资仲裁完善模式是指坚持保留投资者国际直接请求权,坚持投资者与国家间仲裁,坚持仲裁裁决的终局性和有限审查的裁决撤销机制,但同意对传统投资仲裁进行有限的适当改革,例如增加透明度、对 IIA 进行适当的澄清和具体化等。日本、智利等国支持此种模式,美国和墨西哥最初支持此种模式,但后来立场有所变化^[24]。

在投资仲裁完善模式下,缔约国可以通过修改和解释 IIA,对仲裁庭进行制衡,从而可以较好地实现问责目标。投资者仍然享有国际直接请求权,与东道国当地救济相比,投资仲裁庭具有较大的独立性。但在现有投资仲裁结构下,只有投资者有权单方发起仲裁,争端当事方任命的仲裁员在理论上的确存在偏袒投资者的可能性。不过,对于投资仲裁是否偏向投资

者,目前尚无充分的经验证据^{[21](17)}。但就公正性目标而言,如果仲裁庭的裁判存在法律错误,从而产生了不公正的结果,有限审查的裁决撤销机制无法实现纠错。这是投资仲裁完善模式无法解决的。在投资仲裁完善模式下,可以通过改革较好地实现透明度目标。在ICSID仲裁规则改革、UNCITRAL关于投资仲裁透明度的规则和公约、IIA改革中,透明度正在不断改善。但是,不一致性问题不能得到根本解决。仲裁员的独立性和公正性问题只能通过仲裁员行为守则得到有限解决,而不能得到根本解决。金钱成本高的问题也不能得到有效解决,但通过严格仲裁程序可以在一定程度上解决仲裁时间漫长的问题。

(二) 投资仲裁加常设上诉机构模式

投资仲裁加常设上诉机构模式是指保留投资仲裁,在投资仲裁完善模式基础上设立常设上诉机构,对于投资仲裁裁决的法律错误还包括严重的事实错误,争端当事方可以向常设上诉机构提起上诉。美国、加拿大等国曾经在一些IIA实践中订入将来讨论建立双边常设上诉机制的可能性的条款,但实际上有关缔约国迄今都没有就此展开讨论,而且美国对此并不积极。ICSID于2004年启动的修订进程曾经建议设立一个涵盖所有ICSID投资仲裁和非ICSID投资仲裁的ICSID上诉便利机制,对符合裁决撤销理由的情形、明显的法律错误或者严重的事实错误提供上诉审查,后因ICSID成员方不积极支持而放弃了该项修改建议^[25]。

这种分散化的投资仲裁加集中化的常设上诉机构模式类似于WTO争端解决机制中专家组加上诉机构的模式。这一模式吸收了投资仲裁完善模式的优点,又增加了常设上诉机制,而上诉机构成员是有固定任期和收入保障的。因此,除了能够较好地保障问责、透明度的目标之外,还可以通过上诉机制增强独立性、公正性、裁判官的独立性和公正性、一致性。不过,就一致性而言,双边常设上诉机制只能实现所在条约下的一致性,而多边常设上诉机制则能实现更大范围的一致性。就效率而言,常设上诉机制取代了裁决撤销机制,因此并不必然提高金钱和时间成本,或者可以通过强化程序的时间限制而防止增加时间成本。此外,常设上诉机制还要求上诉方在上诉期间就裁决赔偿金额提供银行担保,因此可以防止上诉程序的滥用。

(三) 常设投资法院模式

常设投资法院模式是指彻底废除投资仲裁,而以常设投资法院取而代之。主张以常设投资法院取代传统投资仲裁的最主要理由是,国际投资争端的性质是公法争端,需要确保裁判官的独立性和公正性,只有

固定任期和收入保障的裁判官才能实现这一目标,而经由争端当事方在个案基础上临时组建的仲裁庭无法实现独立性和公正性^[26]。

常设投资法院模式可以较好地实现独立、问责、公正、透明度、一致性、裁判官的独立性和公正性、效率等各项目标。但是,就其中独立、公正、裁判官的独立性和公正性而言,如果是各国政府任命裁判官,可能会引起裁判官任命的政治化和偏向各国政府的疑虑^[27]。为此,应该采取严格和透明的任命程序以确保裁判官的独立性和公正性^[28]。如果能够增加常设上诉机构,则有助于进一步增强公正性。此外,还需要结合国际投资争端案件数量的现实,合理确定常设投资法院法官的数量。为了更好地实现一致性,理想的模式是设立一个全球多边常设投资法院而非双边或区域常设投资法院。

(四) 常设投资法院加上诉机构模式

常设投资法院加上诉机构模式是指彻底废除投资仲裁,设立常设投资法院,并在此基础上设立常设上诉机构。该模式是一种双层或称两审终审的裁判模式,是欧盟率先倡导并订入了欧盟与加拿大、越南、新加坡等之间的IIA之中。这些IIA建立的是缔约方国家之间的常设投资法院和上诉机构,并且承诺将来进一步推动设立多边常设投资法院和上诉机构。目前,欧盟和加拿大积极倡导该模式^[24],欧盟还在UNCITRAL积极推动常设多边投资法院和上诉机构模式。

总体而言,经由审慎设计的多边常设投资法院加上诉机构模式是全面平衡实现独立、问责、公正、透明度、一致性、仲裁员的独立性和公正性、效率等各项政策目标的比较理想的模式^{[21](1)}。

(五) 东道国当地救济加国家间争端解决模式

东道国当地救济加国家间争端解决模式是指彻底废除投资仲裁和投资者国际直接请求权,回归东道国当地行政和司法救济,在用尽东道国当地救济之后,可以诉诸东道国和投资者母国之间的国家间争端解决模式。目前,巴西和南非主张此种模式^[24]。

这种模式实际上就是回到了用尽东道国当地救济、母国外交保护和国家间争端解决模式^[29]。这种模式首先和主要诉诸东道国当地救济,外国投资者保护和救济主要取决于东道国法律是否健全,司法是否独立、公正和有效率。各国法治程度存在很大差别,发达国家法治程度比较高,而大多数发展中国家的法治程度不高。因此,该模式在发达国家之间还具有一定可接受性,而在与大多数发展中国家之间的国际投资争端解决中,该模式可能偏袒东道国而不利于外国投资者,因此不能实现独立、公正等基本目标。

除了以上五种基本模式之外,还有一些其他国际投资争端解决机制改革模式。例如,调解等替代性争端解决(ADR)方式和争端预防政策(DPP)^[15]。这些方式有助于更灵活多样地解决和预防国际投资争端。近年来,越来越多的IIA订入了ADR和DPP。不过,ADR和DPP并不是独立的基本改革模式,一般都是与其他模式结合使用。此外,上述改革模式中的争端解决方式还可能与其他组合样式。例如,东道国当地救济加投资仲裁、东道国当地救济加常设投资法院等各种东道国当地救济加投资者国际直接请求权的灵活模式。在这些模式下,首先利用东道国当地救济有助于尊重东道国主权、促进东道国改善治理,而在此基础上又允许投资者诉诸国际裁判,则能够有效保护外国投资者权益。

三、国际投资争端解决机制改革的中国选择

对于国际投资争端解决机制改革,各国一般都是基于本国现实、考量本国利益、兼顾双多边和区域国际合作利益,进行制度设计和模式选择。在选择国际投资争端解决机制改革模式时,各国都会自觉或不自觉地根据各项基本政策目标分析框架,比较、评估和权衡不同模式的利弊得失。进而,各国在进行模式选择时,不但要立足现实需求,评估目标效果,还要考量不同模式的现实可行性。此外,国际投资争端解决机制改革的具体实践是复杂多样的。各国一般不是简单地选择某一种基本模式而排除其他基本模式,而是根据具体情形,分别选择不同模式。例如,欧盟最初只是采取投资仲裁完善模式,而没有想到常设投资法院加上诉机构模式,但在与美国谈判跨大西洋贸易投资伙伴关系协定(TTIP)过程中,因欧盟内部对投资仲裁的强烈质疑而推出了常设投资法院加上诉机构模式,进而努力倡导并将其推向全球。美国在奥巴马政府时坚持采取投资仲裁完善模式,但在特朗普政府时开始改变立场。在《美墨加协定》(USMCA)中,美国与加拿大之间、加拿大与墨西哥之间都没有订入投资者与国家间争端解决机制,而美国与墨西哥之间只订入了将公平公正待遇、间接征收排除在外的有限投资仲裁机制,这大大削弱了原来NAFTA第11章下的高标准的投资仲裁机制。同样,对于国际投资争端解决机制改革,中国也需要立足现实需求,评估不同模式的利弊,权衡不同的政策目标,根据具体的情形,考量现实可行性,确定自己的立场,作出自己的选

择^{[6](122-123)}。

(一) 中国对于国际投资争端解决机制改革的现实需求

目前,在国际投资争端解决方面,中国面临的现实就是,不断增长的海外投资保护需求与现有中外国际投资争端解决机制严重滞后之间的矛盾。

在“一带一路”倡议下,中国海外投资迅猛增长。其中,基础设施建设、能源资源开发领域的海外投资所占比重最大。这些海外投资一般都周期长、风险大,而投资所在的东道国又多是政治不稳定、社会风险大、法制不健全的发展中国家。

然而,中国与包括“一带一路”沿线国家在内的国家之间的多数IIA存在诸多不足。其中,除了IIA实体条款存在对投资者保护不够、对东道国保护不够、对投资者与东道国利益平衡不够等诸多缺陷之外,IIA投资争端解决条款也存在重大不足。中国IIA多数仍然是1980年代和1990年代初期签署的第一代保守型IIA,通常将投资仲裁管辖范围限定在投资征收补偿数额争议,且规定临时专设仲裁而非ICSID中心仲裁^[30]。这不符合前述实体维度的公正目标。对于“征收补偿数额争议”是否包括征收的存在与否、合法与否,投资仲裁实践存在很大的不一致性和不确定性^⑤。这对于中国海外投资保护非常不利。此外,1990年代后期和2000年代签订的多数IIA属于自由型IIA,其中投资仲裁管辖范围非常广,但对于投资仲裁透明度等都没有规定,对于东道国主权公共政策空间尊重不够,对于东道国利害相关者包容不够。这不符合前述问责、透明度、裁判官的独立性和公正性等政策目标。中国2010年代以来谈判签署的IIA多数属于平衡型IIA,其中一些IIA(例如2014年的中国和加拿大BIT)规定了经过改革完善的投资仲裁机制,但我国多数平衡型IIA在仲裁员的独立性和公正性等方面仍有进一步完善的空间。

总体而言,中国现有IIA中的投资争端解决条款多数属于保守型和自由型,不符合独立、问责、公正、透明度、仲裁员独立性和公正性等多项基本政策目标,亟待改革完善,即使是平衡型IIA中的投资争端解决条款,也需要进一步改革完善。

(二) 中国对于国际投资争端解决机制改革的模式选择

国际投资争端解决机制改革所要实现的各种政策目标很难在任何一种制度设计和模式下得以完美实现。例如,在独立、问责和透明度三者之间,一般只能较好地平衡其中两项目标,而相对的第三项目标的实现就要受到削弱^[14]。如前所述,在投资仲裁完善模

式、投资仲裁加常设上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式、东道国当地救济加国家间争端解决模式等五种国际投资争端解决机制改革的基本模式中，没有任何一种是完美的，都各有利弊得失。因此，对中国而言，不必排除任何一种改革模式，而是应该根据具体情形下政策目标的轻重缓急，灵活选择不同的改革模式。

具体而言，中国可以根据不同情形对投资仲裁完善模式、投资仲裁加常设上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式予以选择，但对采用东道国当地救济加国家间争端解决模式需要非常慎重。从理论上说，中国在与发达国家谈判缔结 IIA 时，可以选择此种模式。因为发达国家法治程度较高，中国海外投资权益能够得到比较充分的保障和救济。不过，谈判缔结条约是缔约各方的共识和合意。在与发达国家谈判缔结 IIA 时，发达国家可能会认为中国的法治程度还不够高，不能充分有效地保护其海外投资权益，因此可能采取投资仲裁完善模式(例如中美 BIT 谈判)、常设投资法院加上诉机构模式(例如中国与欧盟 BIT 谈判)等。即使在法治程度较高的发达国家，也可能存在滥用政府权力侵害私人权益的情形，其国内法治也可能存在不足，需要国际法治予以制衡。正视人性弱点，警惕权力滥用，而不分发达国家或者不发达国家，正是法治的真意所在。这在 NAFTA 第 11 章(投资)下的 *Lowen* 案^⑥事实争点所暴露的美国法院的所作所为中得到了体现^[31]。当下，发达国家尤其是美国对中国海外投资越来越警惕，限制或者管制越来越多，加之其国内民粹主义蔓延，其国内法治日趋政治化，中国海外投资越来越需要国际法治的保护和救济。因此，即使与发达国家谈判缔结 IIA，中国也应该慎重对待东道国当地救济加国家间争端解决模式。而在与发展中国家谈判缔结或者升级换代 IIA 时，中国原则上应坚持排除东道国当地救济加国家间争端解决模式，因为大多数发展中国家的政治风险大、法制不健全，其当地救济不能为中国海外投资提供独立、公正的保护和救济。此外，中国应在坚持保留投资者国际直接请求权的各种模式下，积极选择和倡导调解、争端预防等灵活多样的 ADR 和 DPP 方式，也可以根据具体情形选择东道国当地救济与投资者国际直接请求权相结合的其他组合方式，因为这些选择和方案能够保障独立、问责、公正等政策目标的实现。

(三) 中国对于国际投资争端解决机制改革的路径选择

在国际投资争端解决机制改革的路径选择上，中

国应结合自己的现实需求，在几种基本模式之中作出渐进务实、灵活多样的选择和安排。具体而言，中国应该采取短期、中期、长期三种路径推动和参与国际投资争端解决机制改革进程。

首先，在短期内，中国的当务之急是采取投资仲裁完善模式，尽快与包括“一带一路”沿线发展中国家在内的广大发展中国家升级换代老旧版本的 IIA，或者谈判签订新的 IIA，将实体待遇保护条款和争端解决程序条款同步升级到合理兼顾外国投资者、东道国、东道国利害相关者的平衡型 IIA。因为目前中国迫切需要海外投资的国际法保护，也因为投资仲裁完善模式最为现实可行，还因为投资仲裁本身虽然存在结构性的缺陷，但并不是不可救药和必须抛弃的，公正性、透明度等问题都可以通过投资仲裁完善模式得到一定程度的解决。而且，投资仲裁完善模式仍然是国际投资争端解决机制改革的主流实践。在这种模式下，中国应积极借鉴各国尤其是发达国家已有的成功改革实践，并积极参与和跟进 ICSID 于 2016 年开启的新一轮投资仲裁规则修订，将其中好的做法充分纳入中国 IIA 及其投资仲裁改革实践中。此外，中国应该将自身的独特需求充分体现其中。例如，在投资仲裁管辖范围方面，中国应明确基础设施建设属于受保护的“投资”范围，国有企业属于受保护的“投资者”范围。就与巴西、南非、印度等新兴发展中大国之间的投资治理关系而言，中国原则上也应该坚持投资仲裁完善模式，但也可以区别对待，探讨其他可行模式。至于与欧盟、美国之间的 BIT 谈判，中国在与欧盟谈判中可以接受常设投资法院和上诉机构模式，在与美国谈判中可以接受投资仲裁完善模式。

其次，在中期，中国可以考虑依托亚洲基础设施投资银行(AIIB)建立“一带一路”投资争端解决机制。在一定时期内，“一带一路”沿线广大发展中国家将是中国海外投资的重要聚集地，将来投资存量也会很大。鉴于现有国际投资争端解决机制存在的不足，中国可以根据现实发展和具体情形，考虑在“一带一路”倡议下，对国际投资争端解决机制进行创新。目前，中国学界积极倡导在与现有争端解决机制(例如 WTO 争端解决机制)相结合和协调的基础上，建立多元一体的“一带一路”争端解决机制^[32-33]，中国政府也在鼓励这种研究。“一带一路”投资争端解决机制改革模式比较现实可行的是投资仲裁加常设上诉机构模式，因为这种模式不需要将现有 IIA 及其投资仲裁模式推倒重来，只需要对投资仲裁进行完善，并建立一个类似于 WTO 上诉机构的常设投资上诉机构。另外，应该将调

解、争端预防等灵活方式有机融入其中。国内学者也主张,借鉴世界银行(IBRD)建立ICSID的路径,依托AIIB建立“一带一路”投资争端解决中心,建立调解、仲裁和常设上诉机构相结合的国际投资争端解决模式^[32-34]。建立“一带一路”投资争端解决机制的构想应该渐进务实,不必急于求成。一来,如果能够依托双多边和区域投资争端解决机制有效解决“一带一路”投资争端,则不必急于另行建立“一带一路”投资争端解决机制,等到时机成熟时再建亦可^[35]。二来,依托并推动双多边和区域投资争端解决机制尤其ICSID中心投资争端解决机制创新,而不是依托AIIB另外建立一个新的投资争端解决机制,可以避免引起不必要的对于中国意图另起炉灶的忧虑。

最后,就长期来说,中国应积极参与UNCITRAL框架下国际投资争端解决机制改革进程,与欧盟、加拿大等其他成员方一道,审慎设计、积极推动多边常设投资法院加上诉机构模式。在各项政策目标的权衡方面,常设投资法院加上诉机构模式比其他模式更理想,因此可以作为将来的改革方向。但是,该模式是对现有投资仲裁模式的系统性的、结构性的重大改革,在协调各方基本立场和推敲制度细节方面不可能一蹴而就。可以想见,该模式在短期内可能不具有现实可行性,而是需要经过漫长的研究、谈判、签署、批准和生效等存在诸多不确定性的缔约过程。就此而言,中国政府、法学界、司法界和商界应积极协调,认真研究常设投资法院加上诉机构模式的重大问题和具体细节^[21],在UNCITRAL框架下和进程中提出可行性方案和建议,积极推动制度研究和谈判协商进程,以使其健康落地,行稳致远。

中国之所以应该选择分短期、中期和长期三步走的国际投资争端解决机制改革策略,主要是因为中国目前迫切需要通过国际投资争端解决机制改革加强海外投资保护并合理兼顾东道国正当规制权。完善现有投资仲裁机制是最现实可行的改革路径,应该作为短期首选。依托AIIB在完善现有投资仲裁机制基础上增设常设上诉机制的改革路径难度次之,应该可以在条件具备时作为中期选项。在UNCITRAL框架下推动设立常设多边投资法院和常设多边投资上诉机构最为理想,但难度最大,应该作为长期选项。

四、结语

传统投资仲裁对于国际投资争端解决作出了重大

贡献,迄今仍然具有积极意义。然而,传统投资仲裁的缺陷也日益暴露,对其合法性危机之指责有增无减。虽然传统投资仲裁通过自发演进的方式在调整和完善,但显然回应不了国家、公民社会、学界、政府间国际组织等各种利害相关者自觉改革之呼声。目前,国际投资争端解决机制改革已成国际共识,各种改革举措陆续推出,改革方案不断涌现。国际投资争端解决机制改革呈现出多元模式,主要包括投资仲裁完善模式、投资仲裁加上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式、东道国当地救济加国家间争端解决模式,并辅之以调解、预防等方式。在这种背景下,各方根据国际投资争端解决机制改革所要实现的各项基本政策目标,确立评估各种国际投资争端解决机制改革模式的分析框架,对各种模式进行比较,进而结合自身与国际社会的现实需求和实践可行性,积极推动国际投资争端解决机制改革进程。以实体维度的独立、问责、公正和程序维度的透明度、一致性、裁判官的独立性和公正性、效率作为分析框架,投资仲裁完善模式、投资仲裁加上诉机构模式、常设投资法院模式、常设投资法院加上诉机构模式、东道国当地救济加国家间争端解决模式各有优劣,但都不失为改革选项。其中,投资仲裁完善模式最为现实可行,投资仲裁加上诉机构模式比较现实可行,常设投资法院加上诉机构模式最为理想但需审慎设计长远图之,而东道国当地救济加国家间争端解决模式则最不可欲。随着“走出去”战略的加快和“一带一路”倡议的推行,中国已经成为资本输入与输出的双向投资大国,需要积极参与和推动国际投资协定和国际投资争端解决机制的改革完善。中国应该结合自身双向投资大国的身份和利益,应用国际投资争端解决机制改革的政策目标组合分析框架,积极参与国际投资争端解决机制改革进程。在短期,选择投资仲裁完善模式,积极推动与“一带一路”沿线国家及广大发展中国家IIA的升级换代。在中期,根据现实条件,适时推动建立多元一体的“一带一路”国际投资争端解决机制。在长期,积极参与UNCITRAL框架下多边常设投资法院加上诉机构的协商谈判进程,以实现中国和世界互利共赢的国际投资争端解决机制改革政策目标。

注释:

① 目前,投资仲裁合法性危机已成主流共识,但投资仲裁合法性

- 危机本身仍然存在争议。See Schwebel S M. In Defense of Bilateral Investment Treaties. *Arbitration International*, 2015, 3(2): 181-192; Schwebel S M. Outlook for the Continued Vitality, or Lack thereof, of Investor-State Arbitration. *Arbitration International*, 2016, 32(1): 1-15; Brower C N., Ahmad J. From the Two-Headed Nightingale to the Fifteen-Headed Hydra: The Many Follies of the Proposed International Investment Court. *Fordham International Law Journal*, 2018, 41(4): 791-820; Brower C N., Ahmad J. Why the “Demolition Derby” That Seeks to Destroy Investor-State Arbitration?. *Southern California Law Review*, 91(6): 1139-1195.
- ② 目前, 国际投资争端解决机制改革的公法范式已成主流范式, 但公法范式本身也存在争议。See Alvarez J E. Is Investor-State Arbitration ‘Public’? *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, 7(3): 534-576.
- ③ 王鹏也借鉴和采用了此种分析框架。参见王鹏. 中立、责任与参与: 国际投资仲裁的多边改革与中国对策. *国际政治研究*, 2018, 39(2): 107-128.
- ④ 不同的政策目标之间并不必然和谐一致, 而可能相互竞争或冲突, 例如公正与效率之间就可能存在一定的竞争关系。因此, 在国际投资争端解决机制改革中, 需要在不同的政策目标之间进行审慎权衡, 从而实现政策目标的优化组合。这意味着, 不同的改革方案和模式往往有各自的优劣, 没有哪个方案和模式在所有方面都绝对优于其他方案和模式, 但仍然存在某个方案和模式总体上相对更优的情形。
- ⑤ 仅就中国投资者所涉几起案件的仲裁庭对于征收补偿数额争议的条约解释和管辖权认定就存在很大的不一致性。See Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6), Decision on Jurisdiction and Competence (19 June 2009); Sanum Investments Limited v. Lao People’s Democratic Republic (UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13), Award on Jurisdiction (13 December 2013); Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (31 May 2017); Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia (PCA Case No. 2010-20), Award (30 June 2017).
- ⑥ Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States (ICSID (NAFTA) Case No. ARB (AF)/98/3), Award on Merits (June 26, 2003).
- http://tfs.mofcom.gov.cn/article/bc/201808/20180802773833.shtml.
- [6] 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, 39(2): 107-128.
- [7] 梁咏. 国际投资仲裁机制变革与中国对策研究[J]. *厦门大学学报(哲学社会科学版)*, 2018(3): 160-172.
- [8] 漆彤. 投资争议处理体系的三大构成[J]. *社会科学辑刊*, 2018(4): 135-140.
- [9] PUIG S, SHAFFER G. Imperfect alternatives: Institutional choice and the reform of investment law[J]. *American Journal of International Law*, 2018, 112(3): 361-409.
- [10] KOREMENOS B, LIPSON C, SNIDAL D. The rational design of international institutions [J]. *International Organization*, 2001, 55(4): 761-799.
- [11] 约翰·罗尔斯. 正义论(修订版)[M]. 何怀宏, 何包钢, 等译. 北京: 中国社会科学出版社, 2009: 14-17.
- [12] SCHILL S W. Enhancing international investment law’s legitimacy: Conceptual and methodological foundations of a new public law approach[J]. *Virginia Journal of International Law*, 2011, 52(1): 59.
- [13] SCHILL S W. Reforming investor-state dispute settlement: A (comparative and international) constitutional law framework[J]. *Journal of International Economic Law*, 2017, 20(3): 649-672.
- [14] DUNOFF J L, POLLACK M A. The judicial trilemma[J]. *American Journal of International Law*, 2017, 111(2): 225-276.
- [15] UNCTAD. Reform of investor-state dispute settlement: In search of a roadmap[EB/OL]. (2013-05-24)[2018-12-01]. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf.
- [16] The ICSID secretariat. ICSID proposes updates to investment dispute settlement rules. [EB/OL]. (2018-08-03) [2018-12-21]. <https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/Proposals/Working-Paper.aspx>.
- [17] UNCITRAL. Report of the United Nations Commission on international trade law, fiftieth session, at para. 264, UN Doc. A/72/17(3-21 July 2017): 46. [EB/OL]. (2017-07-21) [2018-12-21]. <https://undocs.org/en/A/72/17>.
- [18] OLSEN H P. International courts and the building of legal authority beyond the state[C]//Capps P., Olsen H P. *Legal Authority beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018: 94.
- [19] ALTER K J. Agents or trustees? international courts in their political context[J]. *European Journal of International Relations*, 2008, 14(1): 33-63.
- [20] HELFER L R. Why states create international tribunals: A theory of constrained independence [J]. *Conferences on New Political Economy*, 2006, 23(1): 256-260.
- [21] BUNGENBERG M, REINISCH A. From bilateral arbitral tribunals and investment courts to a multilateral investment court[M]. Cham, Switzerland: Springer, 2018: 16.
- [22] POSNER E A, YOO J C. Judicial independence in international tribunals[J]. *California Law Review*, 2005, 93(1): 12.

参考文献:

- [1] FRANCK S D. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions [J]. *Fordham Law Review*, 2005, 73(4): 1521-1582.
- [2] VAN HARTEN G. *Investment treaty arbitration and public law* [M]. Oxford: Oxford University Press, 2007: 45-151.
- [3] 邓婷婷, 张美玉. “一带一路”倡议下中国海外投资的条约保护[J]. *中南大学学报(社会科学版)*, 2016, 22(6): 36-45.
- [4] 王彦志. 中国在国际投资法上的身份转换与立场定位[J]. *当代法学*, 2013, 27(4): 131-138.
- [5] 商务部条约法律司. 关于就投资者与国家间争端解决机制改革征求意见的通知 [EB/OL]. (2018-08-27)[2019-01-18].

- [23] RAVIV A. Achieving a faster ICSID[C]//Kalicki J E, Joubin-bret A. Reshaping the investor-state dispute settlement system: Journeys for the 21st century. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2015: 657-659.
- [24] ROBERTS A. Incremental, systemic, and paradigmatic reform of investor-state arbitration[J]. American Journal of International Law, 2018, 112(3): 410-432.
- [25] PARRA A R. Advancing reform at ICSID[C]//Kalicki J E, Joubin-bret A. Reshaping the investor-state dispute settlement system: Journeys for the 21st century. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2015: 574-577.
- [26] VAN HARTEN G. A case for international investment court [EB/OL]. (2008-06-30)[2018-12-01].http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.
- [27] REINISCH A. Will the eu's proposal concerning an investment court system for CETA and TTIP lead to enforceable awards?—The limits of modifying the ICSID convention and the nature of investment arbitration[J]. Journal of International Economic Law, 2016, 19(4): 777.
- [28] EU. Submission of the European Union and its member states to UNCITRAL Working Group III(18 January 2019): 5-6 [EB/OL]. (2019-01-18) [2019-01-26]. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf.
- [29] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京: 法律出版社, 2018: 308-319.
- [30] BATH V. "One Belt, One Road" and Chinese investment[C]//Xi C., Wolff L.-C. Legal Dimensions of China's Belt and Road Initiative. Hong Kong: Wolters Kluwer Hong Kong Limited, 2016: 176.
- [31] SCHNEIDERMAN D. Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes[J]. Northwestern Journal of International Law & Business, 2010, 30(2): 404-405.
- [32] 王贵国. "一带一路"争端解决制度研究[J]. 中国法学, 2017(6): 56-71.
- [33] 漆彤. "一带一路"国际经贸法律问题研究[M]. 北京: 高等教育出版社, 2018: 71-141.
- [34] HU J X, HUANG J. Dispute resolution mechanisms and organizations in the implementation of 'One Belt, One Road' Initiative: Whence and whither[J]. Journal of World Trade, 2018, 52(5): 827.
- [35] 石静霞, 董暖. "一带一路"倡议下投资争端解决机制的构建[J]. 武大国际法评论, 2018(2): 3.

The plural models in international investment dispute settlement reform and China's options

WANG Yanzhi

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012, China)

Abstract: Under the background of legitimacy crisis in investment arbitration, many states, international organizations, experts and scholars are actively promoting international investment dispute settlement reforms. At present, the practice and proposals for international investment dispute settlement reforms present plural models, including investment arbitration improvement model, investment arbitration plus appeal body model, permanent investment court model, permanent investment court plus appeal body model and local remedy in host country plus state-state dispute settlement model, supplemented by flexible methods such as mediation and dispute prevention policy. In the context of "One Belt, One Road" Initiative, based on the status and interests of China as both FDI and ODI great power, considering development trends of international investment dispute settlement reforms, China should gradually and pragmatically choose investment arbitration improvement model in short term, investment arbitration plus appeal body model under "One Belt, One Road" Initiative in medium term and multilateral permanent investment court plus appeal body model in long term.

Key Words: mechanism for international investment dispute settlement; investment arbitration; investment court; appeal body; multilateral investment court

[编辑: 苏慧]