

投资者与东道国争端解决机制改革浅析

翟博宇

西北政法大学国际法学院, 陕西 西安

收稿日期: 2023年7月12日; 录用日期: 2023年8月19日; 发布日期: 2023年8月29日

摘要

当前投资者与东道国争端解决机制在适用过程中凸显出一系列问题, 争端解决机制的改革成为当前各国关注的焦点。目前争端解决机制的改革呈现多元化的发展趋势, 主要分为渐进式改革、系统性改革和范式改革。中国作为具有双重投资身份的大国也应该顺应发展潮流, 在改进国内仲裁机制, 提高仲裁能力和仲裁机构影响力的同时, 注重争端预防机制和调解在争端解决中的作用, 平衡投资者与东道国之间的利益, 完善争端解决机制现存的问题, 为争端解决机制的改革提供中国方案。与此同时也要注重高端人才的培养, 提高我国在投资仲裁领域的参与度, 提升在投资仲裁改革中的国际话语权。

关键词

投资者与东道国争端解决机制, 改革, 调解

Analysis on Reform of Investor-State Dispute Settlement Mechanism

Boyu Zhai

School of International Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an Shaanxi

Received: Jul. 12th, 2023; accepted: Aug. 19th, 2023; published: Aug. 29th, 2023

Abstract

At present, a series of problems have emerged in the application of the Investor-State Dispute Settlement mechanism, and the reform of the dispute settlement mechanism has become the focus of attention of all countries. At present, the reform of dispute settlement mechanism shows a diversified development trend, which is mainly divided into gradual reform, systematic reform and paradigm reform. As a big country with dual investment status, China should also conform to the development trend. While improving its domestic arbitration mechanism, enhancing its arbitration capacity and the influence of arbitration institutions, China should pay attention to the role of

dispute prevention mechanism and mediation in dispute settlement, balance the interests between investors and host countries, improve the existing problems of dispute settlement mechanism, and provide Chinese solutions for the reform of dispute settlement mechanism. At the same time, we should also pay attention to the cultivation of high-end talents, improve the participation of China in the field of investment arbitration, and improve the international discourse power in the reform of investment arbitration.

Keywords

Investor-State Dispute Settlement Mechanisms, Reform, Mediation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

早期国际投资主要依靠母国外交保护来解决投资争端。之后随着新自由主义的发展,国际投资争端逐渐削弱母国外交保护,发展为主要依靠投资仲裁来解决投资争端,使投资者通过仲裁可以直接与东道国对抗,减少政治化,期望打造最公正的投资争端解决体制。但随着全球化经济的发展,国际投资不断增多,随之而来的争端也增多。投资者与东道国争端解决(Investor-State Dispute Settlement, 简称 ISDS)机制在适用过程中问题逐渐凸显,其更加倾向于保护投资者的利益,以保护和促进投资。且随着发展中国家参与全球经济的发展,发达国家作为被诉方的争端日益增多,损害了发达国家的利益,因此国际上对于改革投资者与东道国争端解决机制的呼声日益增多,且一部分国家已付诸实践,摸索争端解决机制的改革方式。

当前我国经济不断发展,中国已由侧重资本输入国转为资本输入国和资本输出国身份兼具的国家。在投资领域,我国拥有投资者母国和东道国双重身份,这就使得我国更加关注投资争端的解决。而当前所采用的争端解决机制又存在大量的不合理之处,对当前现存的投资争端解决(ISDS)机制进行改革已成为必要。

2. 投资者与东道国争端解决机制改革的多元化

现今的投资者与东道国争端解决机制是当初以美国为主导的发达国家为了寻求更加节约的成本、廉价劳动力等与发展中国家妥协的产物,因此一开始大多为发达国家的投资者对发展中国家的东道国的起诉,之后随着发展中国家参与全球经济,其也开始对外投资,目前发达国家作为东道国也开始频繁被诉,使得发达国家也强烈要求对 ISDS 机制进行改革。

在美国退出《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)后,由日本等国主导签订的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)冻结了和投资争端解决机制有关的部分条款,其意味着外国投资者不能直接以东道国违反自然资源开发或基础设施投资建设等协议而对其提起仲裁。且 CPTPP 还允许成员国通过换文或互惠协定对 ISDS 机制的适用进行进一步限制或约定不适用 ISDS,或限制其适用范围^[1]。

2020年7月,《美国-墨西哥-加拿大协定》(USMCA)生效,其中加拿大退出争端解决机制,可以提交仲裁的投资争端范围也大幅度缩减。在《北美自由贸易协定》中适用岔路口规则,投资者可以在不用尽当地救济的前提下将东道国的违法行为提交第三方裁判,而在 USMCA 中要适用投资仲裁,需要用

尽东道国国内救济且得到最终裁决或启动东道国国内救济超过 30 个月才可以提交仲裁申请[2]。

当前各国 ISDS 机制的改革主要分为三类：渐进式改革、系统性改革和范式改革。

(一) 渐进式改革

渐进式改革是在保留原有投资仲裁制度的基础上，对现存争议的问题进行改良。发达国家是投资仲裁机制的倡导者，也是这项制度的受益者，近年来许多发达国家也作为被诉方被频繁起诉。因此许多发达国家倾向于在现存的投资争端解决机制的基础上进行改良。

2006 年国际投资争端解决中心(ICSID)修订其关于临时措施、仲裁程序透明度、仲裁员披露义务以及快速审议程序的仲裁规则，且在此次修改中讨论了上诉机制的设立，但最终未被接受。2016 年 ICSID 再次启动修改程序，先后公布四次修改意见稿，最终于 2020 年 2 月确定最终版本。这次修改主要包括仲裁申请书应说明的信息清单；第三方资助信息披露；仲裁员质疑程序；费用担保及费用裁决考量因素；若干明确时限规定；更多透明度要求[3]。

2020 年联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)和 ICSID 共同公布《投资者 - 国家争端解决裁定人行为守则草案》，2023 年 2 月第 44 届会议公布行为守则和评注草案，对仲裁员的独立性和公正性、对多种角色的限制、勤勉义务和其他义务、保密和披露义务等做出具体规定，也对投资者与东道国争端解决机制的可能性改革——常设多边机制包括法庭成员的甄选和任命等方面做出方案[4]。

(二) 系统性改革

系统性改革是保留投资者对东道国直接起诉的权利，但需要对现存的争端解决机制进行系统性的结构改革，如以常设法院取代仲裁机制。欧盟于 2015 年首次在《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》中提出，在此之后新一代签订的自由贸易协定中欧盟都规定投资法庭制度。欧盟认为对现存的 ISDS 机制的改革已经不能改善其缺陷，只有对现存的以投资者为主导的仲裁模式进行结构性改革才能实现公平公正。

这种投资法庭制度是以常设投资法院和上诉法庭取代当事人任命仲裁员的 ISDS 机制。一是投资法庭模式增加二审上诉程序，除 ICSID 规定的 5 种仲裁撤销情形，允许在出现事实认定错误和法律适用错误的情况下上诉，以期可以在更大范围内防止一审的错判[5]。二是完善法庭成员的相关制度，欧盟投资法庭模式中其规模和人选由缔约国决定，当事人无权决定裁判员；法庭成员实行全职制和固定薪酬，以减少利益对于法庭成员的刺激；仲裁员随机决定并对其专业素养和道德素养提出更高的要求；明确担任法庭成员需要满足的要求及法庭成员的禁止性规定。三是对 ISDS 的核心争议，即东道国为实现可持续发展而在环境、健康等方面的监管权作出回应[6]。其他还包括在提高透明度、裁决的可执行性方面作出的规定。

(三) 范式改革

范式改革则对于争端解决机制中投资者直接对东道国提起仲裁的权利存在质疑，并不认可此种方式，认为投资争端的解决只能通过国内法救济或国家间的仲裁。巴西从一开始就拒绝 ISDS 机制的适用，并且对于投资争端的解决提出双边争端预防机制。

双边争端预防机制具体表现为在投资者于东道国之间的争议陷入僵局时，由国家联络点作为调停人，联合委员会作为监督人介入纠纷，促进双方当事人对于争议的协商，减轻双方当事人的负担。如果投资者与东道国之间的对话协商无法解决双方争议，则需要将争议交由国家间进行仲裁[7]。

3. 投资者与东道国争端解决机制面临的问题

(一) 投资仲裁相较于商事仲裁的特殊性

国际投资仲裁最初是以商事仲裁为蓝本建立的[8]。商事仲裁是平等主体间的仲裁，是纯粹平等私主体间的仲裁。国际投资仲裁一般涉及有关东道国公共利益，且 ISDS 下的仲裁，投资者可以将东道国诉诸

仲裁庭直接与东道国进行对抗，是投资者与东道国间的公私主体之间的仲裁，相较于商事仲裁，其带有部分公法的性质。投资者的索赔一般针对的是东道国的公法行为，这些领域包括如能源、自然资源、环境等政府监管力度较大的敏感领域，且这些争端的产生一般伴随着东道国这些领域内政策等多种因素的变化，是一种公私法混合的争端[9]。因此以国际商事仲裁为基础建立的国际投资仲裁其适用的过程中也暴露出许多问题急需解决。

(二) 现存争端解决机制存在的问题

1) 投资者与东道国之间利益失衡

国际投资仲裁是以国际商事仲裁为模板、由发达国家主导的，其目的也是为了促进和保护投资，因此其更为偏向保护投资者的利益，在投资者因东道国不完善的征收制度而造成损失时，可以对东道国政府提起仲裁。从这一方面来说，ISDS 机制有利于保护投资者的利益，但同时也可能存在投资者为自身利益而随意使用 ISDS 机制对东道国政府提起仲裁，此种情形下会对东道国政府主权构成挑战。东道国为了国家经济、社会、环境等可持续发展，需要对现行的法律政策进行改变，从而导致的征收客观上对投资者的利益造成损害，在此情况下投资者提出仲裁，会对东道国的国家权力的行使构成挑战，也可能对东道国的公共利益构成挑战[6]。

ISDS 作为争端解决机制，是一种单向机制，只允许投资者提出针对东道国的仲裁，而东道国基于环境保护、公共健康等公共利益做出的政策都有可能被投资者提起仲裁。基于保护和促进投资的目的，仲裁一般偏向投资者，有可能会裁定东道国支付高额损害赔偿。因此为减少被诉和赔偿高额损失的风险，东道国修改公共政策的意愿降低，给东道国监管和公共利益带来巨大挑战[10]。因此偏向投资者的国际投资仲裁并没有平衡投资者与东道国之间的利益。

2) 仲裁机制本身存在的问题

a) 对仲裁员的质疑

仲裁员的独立性、代表性和专业性遭到质疑。以国际投资争端解决中心为例，由三人组成的仲裁庭，当事人可以各指定一名仲裁员且可以协商指定第三名仲裁员而不受名册限制。当事人指定时倾向于指定与其观点相近的仲裁员，仲裁员天然就具有立场；且仲裁员在仲裁时可以间接影响其他仲裁员，对指定其进入仲裁庭的当事人加以照顾；作为仲裁员要熟知产生争议的社会环境以及法律适用，以免文化法律差异等给当事人带来的不公平。但国际投资仲裁中西方仲裁员的指定明显高于非西方仲裁员，西方国家指定西方仲裁员，非西方国家因西方仲裁员丰富的经验而指定西方仲裁员，因此非西方仲裁员一直缺乏实践经验，在此恶性循环下造成非西方国家对投资仲裁制度的不信任和警惕[9]。投资仲裁还包括公平公正待遇等具有公法性质的争议，而投资者在指定仲裁员时注重保护私人利益，因此指定大多为符合其利益立场的仲裁员，从而出现私人利益至上的观念，仲裁员被质疑不了解针对国家层面的规则。

b) 仲裁裁决不一致的问题

仲裁是基于国际法和争议双方之间国际条约的解释和适用，从而在议题范围内判定是否存在违反国际法或条约义务的行为，此种仲裁方式依赖于仲裁庭的先例、国际习惯法以及国际实践中变化发展的实质性义务条款[11]。同时，仲裁员对于案件具有自由裁量权。当前仲裁条约中规定的内容偏向原则化，而不同的仲裁员基于其对条约的理解进行仲裁时，因其所受教育、文化等影响，对于同一条约会产生不同理解，从而在进行自由裁量时不同仲裁员会做出不同的裁决，因此出现针对同一标准出现不同裁决。

国际投资仲裁实践中仲裁不一致主要体现在：不同的仲裁庭针对同一条约中的同一标准得出不同结论；依据不同条约成立的仲裁庭对于同一事实、同一当事方、相似的投资权利得出不同的结论；对于相似的商业情境与投资权利，不同仲裁庭得出相反结论[12]。

除了上述问题外，还存在仲裁透明度、仲裁成本高和持续时间长等问题，这些问题都是各国所关注

的，因此对现行的机制进行改革是必要的。

4. 投资者与东道国争端解决机制多元化改革的中国对策

随着中国不断发展，越来越多的企业寻求走出去，中国既是资本输出大国，也是资本输入大国，中国的这两重身份使得中国不能忽视当前国际投资争端解决机制的改革浪潮。因此，面对当前的改革趋势，中国应该积极参与并提出自己的方案。

(一) 优化国内仲裁机制

当前《中华人民共和国仲裁法》在征求修订意见稿，其将上一版修订意见稿中的“平等主体”去掉，显示了我国试图将投资仲裁纳入与国际接轨并为国际投资者提供司法帮助的意愿，符合当前积极参与国际投资争端解决机制的潮流。但我国在试图将投资仲裁纳入我国仲裁体系的同时，也要考虑到我国缺乏参与国际投资仲裁的经验，其在适用过程中可能出现的问题以及纳入投资仲裁之后的配套措施，这些都是将其纳入之后需要考虑的问题。

我国国内仲裁机制目前还处于较为弱势的地位，因此需要不断完善国内的仲裁机制，借鉴他国的优秀经验，结合我国具体国情，提高我国仲裁机构的水平，在提高我国仲裁机构水平的同时，也要提高我国仲裁机构的影响力，吸引有关国家在我国进行仲裁，在进一步与国际接轨的同时，提高我国在仲裁领域的话语权。

(二) 多元化完善投资者与东道国争端解决机制

1) 引入争端预防机制

争端预防机制本质上是对潜在的分歧与争端进行引导，将问题解决在萌芽时期，避免分歧与争端的累积，造成更严重的后果。中国可以借鉴巴西的投资合作与便利协定模式设立国家联络点(监察专员)制度，管理双方的投资争端，避免争端升级^[13]。东道国在此平台下可以及时获得双方争议或了解投资者诉求，继而分析争议焦点，解决矛盾，将争端在萌芽期解决。

具体而言，政府可以设立专门机构，在为外商投资者提供法律法规和相关政策信息的同时，接受和处理外商投资企业的相关投诉，及时和有关部门协商处理外商投资者的投诉；同时设立相应的联合委员会，由缔约国相关政府代表组成，除监督投资协议的履行、促进双方投资外，还可以处理联络点没有解决的争议，制作相关报告，为之后的争议解决提供参考；专门机构处理投资者与东道国之间的争端，也要作出时间限制，在规定的时间内处理完相关投诉并对投资者作出反馈，否则，投资者有权提请联合委员会处理或进行调解，调解不成，再进行仲裁程序^[13]。

2) 通过调解平衡投资者与东道国之间利益

投资者在东道国进行投资是为了追求利益最大化，在出现问题后双方都希望可以更为迅速有效地处理争端，减少因争端而产生的损失，实现可持续发展，此时调解作为替代性争端解决机制的作用就凸显出来。

在中立第三方的参与下投资者与东道国进行友好协商，以解决双方出现的争议。调解既有利于保护双方之前达成的友好磋商的结果，也可以避免双方进入仲裁程序后在争端解决上花费的大量人力物力，同时也可以减少投资仲裁被滥用的局面。对投资者与东道国双方进行调解是在基于当事双方意思自治的基础上对争端进行了高效灵活的解决，且当事双方对于争端解决的结果是可控的，可以很好地平衡投资者与东道国之间的利益^[14]。在对当事双方进行调解之后维护了双方之间的投资合作关系，有益于之后的可持续发展。

现存投资调解面临着调解制度的自愿原则、保密性以及调解协议的强制执行力的效力问题，且投资争端涉及公共利益并具有政治敏感性，东道国参与调解的意愿较低且会给东道国带来巨大压力，因此会

影响东道国参与调解的积极性。中国可以对当前投资调解面临的一系列问题做出更为具体的规制，在现有的投资协定中不断完善投资调解制度，平衡投资者与东道国之间的利益，为国际投资争端机制的改革提出中国方案。

3) 推动投资调解机制的建立

中国可以依托“一带一路”倡议和《区域全面伙伴关系协定》(RCEP)推动公平高效的投资调解机制的建立。随着“一带一路”倡议的深入和 RCEP 生效，中国和相关国家的经济活动更加频繁，投资争端也会越来越多。但与之相关的国家多为发展中国家，相较于西方发达国家主导的偏向维护投资者利益且要付出高昂成本的投资仲裁，相关国家更加希望寻求一个公正高效且成本低的投资争端解决机制。而投资调解正好满足这一要求，更容易得到发展中国家的接受，且这一制度也与中国“以和为贵”的思想相符合。中国可以倡议与这些国家建立区域性的调解公约来推动投资调解机制的建立与发展[15]，依托“一带一路”与 RCEP，在一定范围内建立投资调解制度并同步更新原有的投资条约，形成固定框架并积累一定经验之后扩大推广[16]。

中国在主张建立投资调解制度的同时，也要完善国内配套的投资调解制度，形成严密规范的投资调解体系，为中国政府和企业提供相应的法律支持。

4) 完善仲裁规则

当前对于投资仲裁中的许多争议问题，其根源在于投资仲裁中的许多规则规定的较为模糊和原则化，仲裁员在仲裁过程中依其本身对条约的理解进行自由裁量，因此出现仲裁裁决不一致的问题，引发仲裁信任危机。而在对仲裁员的选择、仲裁员的行为规范等进行更为细致的具体规定，对相关概念、内容的范围进行界定之后，仲裁员在更为确定的范围内进行自由裁量，可以减小仲裁裁决不一致的问题。

(三) 提高中国在投资仲裁中的参与度

中国在国际投资争端中参与较少，中国籍的仲裁员也比较少。中国应该发挥人口资源大国的优势，培养高级法律人才，同时吸引他国人才[17]。当前国际仲裁领域主要是西方仲裁员，偏向用西方思维解决问题，争端双方因西方仲裁员经验丰富也更加倾向于选择西方仲裁员，从而造成恶性循环，非西方仲裁员较少，经验也较为欠缺。中国要注重培养高级人才，提高中国仲裁员的数量，逐渐提高在仲裁领域的话语权。弥补中国在国际投资仲裁中的参与不足，通过深度参与也有利于提高中国在国际投资仲裁改革中的话语权。

5. 结语

投资者与东道国争端解决机制中投资仲裁因其去政治化具有优势，也是大多数争端解决的选择方式。但其在适用过程中的缺点也暴露出来，成为各国争相关注的焦点。当前 ISDS 机制的改革呈现多元化趋势，主要分为渐进式改革、系统性改革和范式改革。在 ISDS 机制改革中也面临着投资者与东道国之间利益失衡、对仲裁员的质疑、裁决不一致等问题，中国作为具有资本输出与资本输入双重身份的大国，在争端解决机制的改革潮流中要顺应发展潮流，在改进国内仲裁机制，提高仲裁能力和仲裁机构影响力的同时，也可以构建多元化的改革方式，事前利用争端预防机制，调解等替代性争端解决方式提前解决争端，将其与仲裁有效衔接，构建多元化的争端解决框架，为争端解决机制的改革提出中国方案。同时注重高端法律人才的培养，提升中国在投资仲裁领域的参与度，提高中国在国际投资仲裁改革中的话语权。

参考文献

- [1] 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, 34(12): 95-106.
- [2] 伍穗龙, 陈子雷. 从 NAFTA 到 USMCA: 投资争端解决机制的变化、成因及启示[J]. 国际展望, 2021, 13(3):

58-75.

- [3] 肖军. 论投资者-东道国争端解决机制改革分歧的弥合进路[J]. 国际经济法学刊, 2021(2): 84-97.
- [4] 联合国国际贸易法委员会. 投资人与国家间争端解决制度改革行为守则草案[EB/OL]. https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state, 2023-07-10.
- [5] 陶立峰. 投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择[J]. 当代法学, 2019, 33(6): 37-49.
- [6] 丁亚南. 可持续发展视野下的投资者与东道国争端解决机制[J]. 天津法学, 2022, 38(3): 41-50.
- [7] 唐妍彦. 巴西国际投资争端解决模式改革及对中国的启示[J]. 拉丁美洲研究, 2021, 43(2): 64-85.
- [8] 靳也. 投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国应对策略研究[J]. 河北法学, 2021, 39(7): 142-158.
- [9] 曹兴国. 裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造[J]. 政法论丛, 2021(3): 137-148.
- [10] 陈江滢, 葛顺奇. 投资者-国家争端解决机制的改革与中国对策[J]. 国际贸易, 2021(1): 47-56.
- [11] 黄政超. 浅谈投资者-东道国争端解决机制(ISDS)改革措施——以中国和澳大利亚对外投资协定为视角[J]. 发展研究, 2020(8): 60-68.
- [12] 漆彤, 方镇邦. 投资者与东道国争端解决上诉机制改革的分歧与展望: 一个文献综述[J]. 国际商务研究, 2021, 42(6): 60-73.
- [13] 谈谭, 裴雷. 中外双边投资协定中投资者-东道国争端解决机制分析[J]. 武大国际法评论, 2022, 6(5): 139-157.
- [14] 连俊雅. 国际投资争端解决机制改革中的调解及中国因应[J]. 北方法学, 2022, 16(3): 121-134.
- [15] 王寰. 投资者-国家争端解决中的调解: 现状、价值及制度构建[J]. 江西社会科学, 2019, 39(11): 172-180.
- [16] 朱文龙. 投资者与东道国争端解决机制中的调解及我国的因应[J]. 国际经济法学刊, 2023(2): 107-121.
- [17] 谢晓彬. “一带一路”视阈下投资者-东道国争端解决机制的选择与完善[J]. 法治社会, 2019(5): 1-11.