

# 投资条约仲裁制度改革的中国选择

余 劲 松\*

---

**摘 要:**投资条约仲裁制度有利于投资者保护,但其也存在易于导致东道国与投资者权益保护失衡等问题。中国应顺应国际上的改革大势和潮流,从实体规则和程序规则两个方面对投资条约仲裁制度进行改革,采取包括维护东道国的管理权、缩减仲裁庭自由解释条约的空间以及加强缔约国对条约解释的控制权等措施,以确保其能平衡保护投资者与东道国的权益。欧盟倡导的投资法院制度虽然对争端当事人的意思自治有一定的限制,但是能纠正投资条约仲裁制度的某些重要缺陷,中国可考虑在与欧盟的双边投资协定谈判中探索接受并改进这一制度的可能性。

**关键词:**投资条约仲裁 实体规则 程序规则 投资法院

---

## 一、前 言

促进和保护投资必须妥善解决投资者与东道国间的投资争端,国际仲裁是解决此类争端的重要方式之一。其中,投资者基于国家间投资条约的规定将其与东道国间产生的争端提交国际仲裁解决(以下简称投资条约仲裁)的案件现已占绝大多数。然而,近些年来的仲裁实践表明,投资条约仲裁制度虽然给私人投资者提供了有力的救济和保护,但是也会给东道国带来某些负面效应或消极影响,并已遭受不少批评,甚至面临合法性危机。投资条约仲裁产生的问题以及引起的批评主要集中在以下几个方面:(1)有些仲裁庭片面强调对外国投资者的保护而忽视东道国权益,对东道国为了公共利益进行管理的权利提出了挑战。例如,东道国对其经济社会事务(如环境保护等)进行规制或管理时,或发生经济危机而不得不采取相应管理措施时,外国投资者可能就其损失依据投资条约提起仲裁索赔,而有些仲裁庭置东道国权益于不顾,通过对投资条约的有关条款,特别是公平公正待遇条款、征收条款、保护伞条款、最惠国待遇条款等,进行扩张性解释来扩大对外国投资者及其投资的保护,造成投资者与东道国权益保护的失衡。因而有论者批评

---

\* 中国人民大学法学院教授、博士生导师

说,投资条约仲裁制度对核心宪法价值,如民主、法治、保护人权等,提出了挑战。<sup>①</sup> (2) 裁决结果的不一致性和不可预见性。这主要表现在,不同的仲裁庭对同一条约中同一规定作出不同的解释并得出不同的结论,不同的仲裁庭对涉及相同事实、相同当事人以及相似的投资权利的争端得出不同的结论等。有些仲裁庭对投资保护的一些核心条款的解释和适用存在严重的不一致性。仲裁裁决的不一致甚至相互矛盾,显然不符合投资条约缔约国的意愿和预期,既不利于保护投资者,也无法使投资争端得到妥善解决,更有违国际法治和公平精神。(3) 矫正机制不足等。例如,为了维护仲裁裁决的终局性,《解决国家与他国国民间投资争端的公约》(以下简称《华盛顿公约》)第 52 条规定,裁决撤销程序的审查范围只限于裁决过程中的程序错误,而不审查裁决的实质内容。从实际使用结果看,撤销程序难以发挥矫正作用。<sup>②</sup> 对于解决投资争端国际中心(以下简称中心)以外的裁决来说,依据国际上现行的做法,需要寻求当地法院撤销裁决或予以承认和执行,但各国法院的审查也难以提供有效的救济,因为各国的司法管辖权、司法审查范围与程序均不相同。

对于上述问题,国际社会现已形成共识,即投资条约仲裁制度必须改革。不少国家以及有关的国际组织近些年来已经或正在采取相关的改革措施,中心也正在研究有关规则的修订,联合国国际贸易法委员会(以下简称贸法会)也将投资者与国家间争端解决问题列为专题进行研究。不过,对于改革的态度与措施,国际社会目前存在较大的分歧,共有 3 种方案:渐进主义者改革方案、系统改革者方案以及范式改革者方案。渐进主义者(以一些重要的资本输出者和仲裁从业者为主)认为,现行的仲裁机制仍是最佳选择,应予保留,但可以进行适度改革以解决某些具体问题;系统改革者认为,应保留投资者在国际上提起索赔的权利,但现行的投资条约仲裁制度存在严重缺陷,应以投资法院或上诉机构来替代,欧盟是此种改革意见的主导者;范式改革者认为,应退出现行投资条约仲裁制度,因为其具有内在缺陷,需要整体替代,并主张通过国内法院和国家间争端解决机制来取代投资条约仲裁制度。<sup>③</sup> 采取第三种态度的主要是少数发展中国家。在上述 3 种改革方案中,前两者的共同点是,保留私人投资者在国际层面上根据投资条约提起索赔的权利,不同点在于是采取投资条约仲裁制度还是采取投资法院制度。这两种改革方案是目前国际社会关注的重心,而采取第 3 种方案的国家较少。

中国目前是发展中国家中最大的资本输入国和最大的资本输出国,也是世界上签订投资条约最多的国家之一。中国签订的投资条约规定了投资条约仲裁制度。随着中国改革开放的深化、“一带一路”倡议的实施,中国对投资条约仲裁制度的改革应该采取何种态度以及何种改革措施,既关系到国家的权利与利益,也关系到海外投资者的权益保护,需要认真对待。总体来说,允许私人投资者利用投资条约在国际仲裁机构提起索赔,既有利于我国营造优良的商业环境、吸引外资,也有利于保护我国企业的海外投资,因此我国需要以此为前提来考虑投资争端解决机制的

<sup>①</sup> See Stephan W. Schill, Reforming Investor—State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework, JIEL, 649—672 (2017).

<sup>②</sup> See ICSID, Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID, 9—31 (2016), <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf>, 2021—09—28.

<sup>③</sup> See Anthea Roberts, Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor—State Arbitration, 112 AJIL, 410 (2018).

改革问题。但就具体改革而言,应注意从宏观整体的维度来设计方案。从缔约国的维度看,投资条约仲裁制度之所以存在上述问题,是因为有关投资条约的规定过于宽泛或不完善,导致缔约国对该制度的“缺位”或约束控制不够。因此,只要允许私人投资者利用投资条约在国际仲裁机构提起索赔,那么同时完善投资条约的实体规则和程序规则以加强缔约国对争端解决机制的控制就显得十分重要,实体投资保护规则与争端解决程序规则的改革需要同步进行,并且应以可持续发展目标为导向。本文拟从中国作为投资条约缔约国的角度对此问题进行讨论和分析。

## 二、投资条约实体规则改革

目前贸法会关于投资条约仲裁制度的改革方案聚焦在程序改革方面,没有涉及实体规则改革问题。这并非因为实体规则不需要改革,而是因为对其改革达成共识的难度较大。实际上,对于投资条约仲裁制度存在的上述问题,程序性方面的改革虽然是必要的,但是若没有实体规则改革的配合还是难以解决的。只有实体规则明确、具体、完善,才能有效地防范国际仲裁庭无视甚至背离缔约国的意图来解释和适用条约。例如,在投资条约仲裁实践中出现的东道国与投资者权益保护失衡这一最为突出的问题,在很大程度上是由于投资条约中的实体性权利与义务的规定不明确,或者过于原则和抽象,给仲裁庭解释和适用投资条约规则留下过大的空间造成的。投资条约实体规则的改革,主要是明确和限定投资条约中的权利和义务性规定:一方面给东道国的管理权预留政策空间,降低缔约国面临的投资仲裁风险;另一方面也可有效地限缩仲裁庭自由解释条约和裁量的空间。中国在今后商签新的投资条约时需要从中国的国情出发,选择采用能有效平衡保护投资者与东道国权益的实体规则,其中尤其应该注意采取以下措施。

### 1. 规定能有效维护国家管理权的条款

投资条约仲裁不得损害缔约国为公共福利进行管理的权利已成为国际社会的共识。针对仲裁庭忽视东道国管理权的问题,现在不少投资条约的序言和正文条款给予了回应。投资条约序言在阐述条约的宗旨和目的时,既强调促进和保护投资,也强调维护东道国的管理权。在投资条约的正文条款中,美式投资条约主要是通过国家安全例外条款、金融审慎措施例外条款以及征收条款中的例外规定来维护国家的安全利益和管理权。欧盟则在与加拿大等国家签订的自由贸易协定中采取对国家管理权作出专门规定的做法,突出强调国家的管理权,表明投资条约的宗旨和目的不仅仅是保护投资者及其投资,同时也不能妨碍国家为了公共福利的目的行使管理权。这在一定程度上可以限制仲裁庭单纯从投资者保护的维度来解释投资条约的宗旨和目的。这两种做法的功能和作用相似,其目的都是维护缔约国的管理权,但两者所强调的重心有点差异。美国的做法重在保护投资者,不得妨碍国家安全利益和管理权则是例外。这种做法容易被仲裁庭作倾向于投资者保护的解释。而欧盟的做法是从正面回应,更为突出地强调国家管理权,可防范仲裁庭片面强调投资者保护而无视东道国管理权。中国今后在商签投资条约时可借鉴欧盟的做法。同时,中国还应注重补充、修改和完善与维护国家管理权直接相关的其他重要条款,包括国家安全例外、一般例外、投资待遇、间接征收条款等,使其有利于缔约国维护政策空间。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> See UNCTAD, International Investment Agreement Reform Accelerator, United Nations UNCTAD, 2020, pp.9-29.

## 2. 澄清有关概念和限制有关规则的适用范围

明确投资条约中关键概念的内涵和外延以及有关规则的适用范围,可以有效地限制仲裁庭任意解释的空间。这包括应进一步明确投资者和投资的概念以及公平公正待遇、间接征收等条款的内容。这里仅以公平公正待遇条款为例来加以说明。对投资条约中的公平公正待遇条款予以限定或具体化至为重要,因为该条款是投资者依据投资条约索赔最为重要的法律依据之一,其解释和适用仍然是投资仲裁实践上最有争议的问题。在仲裁实践中,不少仲裁庭倾向于对公平公正待遇条款作有利于投资者保护的宽泛解释,东道国的行为若有违善意、正当程序、一致性和连贯性、透明度、投资者的合理期待等都可能导致违反公平公正待遇,从而降低公平公正待遇的适用门槛,增大东道国面临的投资者索赔风险。为了防范仲裁庭扩大解释,2001年以后《北美自由贸易协定》(以下简称《协定》)缔约国和美的双边投资条约范本率先将公平公正待遇限定在习惯国际法最低待遇标准范围内。但从后来的仲裁实践看,除少数几个案例对其从严解释外,<sup>①</sup>更多仲裁庭仍倾向于从宽解释。<sup>②</sup>例如,在2015年裁决的“拜尔肯案”<sup>③</sup>中,仲裁庭多数仲裁员的意见甚至无视《协定》缔约国关于习惯国际法待遇标准的解释意见,而采用在《协定》缔约国看来并不属于习惯国际法的“合理期待”规则来解释公平公正待遇,并据此裁定加拿大关于一采矿和海上终端项目的环评程序违反习惯国际法最低待遇标准。有的仲裁庭还主张依靠其他的、非直接的证据来阐明习惯国际法最低国际标准的内容,包括《协定》下的其他仲裁庭的裁决以及有关的学说。<sup>④</sup>这种做法显然是用其他仲裁庭的裁决来取代国家实践和法律确信作为习惯国际法的证据,背离和否定了《协定》缔约国关于习惯国际法最低国际标准的立法本意。可见,为了防止仲裁庭继续扩大解释公平公正待遇,仅将该待遇限定在习惯国际法范围内还不够,需要对其进一步具体化。欧盟近年来与加拿大、越南、新加坡等国签订的自由贸易协定对公平公正待遇采取限制性列举的做法,只有违反列举的几种情形的才属于违反公平公正待遇。2016年《印度双边投资

<sup>①</sup> See *Glamis Gold, Ltd. v. United States (UNCITRAL/NAFTA)*, Award, 8 June 2009; *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/02, Award, 18 September 2009. “格莱密斯案”仲裁庭采纳了美国的意见,依据1926年美国与墨西哥求偿委员会“尼尔案”裁决意见,认为政府违反习惯国际法外国人最低待遇标准的门槛很高,即必须是暴行、恶意、故意违反义务或者远未达到国际标准。

<sup>②</sup> See *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002; *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ABR(AF)/98/3, Award, 26 June 2003. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID No. ARB(AF)00/3, Award, 30 April 2004; *Merrill & Ring Forestry v. Government of Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Award, 31 March 2010; *Bilcon v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award, 14 May 2015; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016. 有的仲裁庭甚至认为,作为自治性的公平公正待遇标准的内容与习惯国际法最低待遇标准的内容没有很大的差别。See *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012.

<sup>③</sup> See *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015. 不少仲裁庭是依据“一般法律原则”中的“善意”原则来解释公平公正待遇的,“合法期待”是“善意”原则中的一个要素,而“善意”原则是“一般法律原则”,不属于习惯国际法的范畴。

<sup>④</sup> See *Windstream Energy LLC v. The Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, Award, 27 September 2016.

条约范本》(以下简称《印度范本》)的投资待遇条款不再使用“公平公正待遇”术语,而是明确规定不得违反列举的3项习惯国际法的措施。中国今后在商签投资条约时也可考虑明确公平公正待遇的内容和范围,并采取限制性列举方式或详尽无遗清单方式。从实践看,公平公正待遇的核心内容是反对歧视和专断,因此可以考虑将国际实践上已普遍接受或认可的不得拒绝司法以及正当法律程序(或不得采取专断措施)等作为公平公正待遇的要求予以明确限定,使公平公正待遇的解释和适用有确定的标准可循,防止可能的扩大化解释。

### 3. 不宜采用“保护伞条款”

投资条约中的“保护伞条款”通常被表述为:缔约方须遵守其对缔约另一方投资者(及其投资)承担的(任何)义务或做出的承诺。这一条款可能会被仲裁庭扩大解释,将东道国的政策承诺以及与外国投资者间的纯粹合同义务上升为国际法上的义务,使东道国面临较大的投资索赔风险。因此,现在不少国家(包括美国在内)都从投资条约中删除“保护伞条款”。<sup>①</sup>中国以前签订的投资条约中有的也包含“保护伞条款”,如中国与德国、芬兰缔结的双边投资协定。虽然在实施“一带一路”倡议中,“保护伞条款”有利于保护中国海外投资者的权益,但从中国作为发展中国家中最大的投资东道国的角度看,不规定“保护伞条款”可以防范外国投资者利用该条款对中国地方政府因未能履行其政策承诺提起国际仲裁索赔的潜在风险。至于国际特许协议,当事人双方可通过协议约定的方式来解决争端,包括提交国际仲裁解决,不用借助“保护伞条款”。

## 三、投资条约仲裁程序规则改革

投资条约仲裁制度程序规则方面的改革,不仅涉及缔约国对投资条约程序规则的改革,而且涉及国际投资仲裁机构的规则改革。从缔约国的角度看,继续采用投资条约仲裁制度并在此基础上予以改进或改革,包括对仲裁范围和程序施加某些限制,是较多国家采取的方案。但实践中有些国家也采取了其他方案,如注重争端的预防与其他替代性解决方法,甚至以投资法院制度替代投资条约仲裁制度等。这些方案各有可取之处。中国在投资条约仲裁程序规则的改革方面也应注意借鉴国际上有关的合理做法,在注重争端预防和其他替代性争端解决方法的同时,也应考虑对仲裁范围和程序予以某些限制或改进,并排除最惠国待遇对程序事项的适用。

### 1. 投资条约关于仲裁范围的同意权

投资条约关于仲裁范围宽窄的取舍同样需要权衡东道国和投资者双方的权益保护。中国早期的投资条约将提交国际仲裁的争端范围严格限制在就征收补偿数额产生的争端,但1998年以后签订的一些投资条约则规定投资者可将任何争端提交仲裁,又显得失之过宽。中国应借鉴国际上的经验教训,在投资条约中明确规定可以提交国际仲裁的争端范围。在实践中,虽然不同的国家对此采取不同的态度,允许提交仲裁的范围有宽有窄,但近些年来发生的重要变化是,即使是原来对投资仲裁范围采取宽泛开放态度的国家,现在也转向保守对仲裁的范围进行限制。例如,2004年《美国双边投资条约范本》(以下简称《美国范本》)就开始对可提交仲裁的范围予以限定,投资者可以根据B节的规定将东道国违反投资授权、投资协议以及第3~10项下义务的行

<sup>①</sup> 根据联合国贸易和发展会议的统计,在其考察的2018年世界上新签订的29个投资条约中,有28个条约删除了“保护伞条款”。See UNCTAD, World Investment Report 2019, United Nations, 2019, p.105.

为提交仲裁。“这种具体的列举取代了以往更为宽泛地提及条约创设、赋予以及承认的权利。”<sup>①</sup>《全面进步的跨太平洋伙伴关系协定》将《跨太平洋伙伴关系协定》规定的可提交仲裁的“投资授权”和“投资协议”两个事项中止适用。《美国、墨西哥与加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》)附录 14-D(美国与墨西哥间的投资争端)第 3 条则将提交仲裁的争端范围限于国民待遇(不包括准入与扩大)或最惠国待遇以及征收补偿(不包括间接征收)。与《协定》的规定相比,《美墨加协定》大大地缩小了其提交仲裁的范围。加拿大则干脆不再采用投资条约仲裁制度。2016 年《印度范本》对可提交仲裁的范围进行了严格限制,仅限于违反投资条约第 2 章中限定的几项实体义务,单纯由投资者与东道国间的合同产生的违约争端须由国内法院解决或依据合同中的争端解决规定解决,不得提交国际仲裁。还有国家对投资条约仲裁实行逐案同意。中国今后应采取明确列举的方式来规定可提交国际仲裁的范围,范围的宽窄可根据有关缔约方的情况谈判商定。

## 2. 当地救济权

虽然以前的投资条约仲裁制度并不排斥当地救济,但是现在的改革趋势是更注重利用当地救济。例如,2004 年和 2012 年《美国范本》在注意避免同时存在多种救济程序的同时,比以前的范本更多地强调鼓励投资者寻求当地救济。<sup>②</sup> 2016 年《印度范本》第 15 条规定,投资争端提交国际仲裁前必须先要用尽至少 5 年时间的当地救济,这 5 年时间自首次知悉政府采取的措施日起算。中国的投资条约一直强调用尽当地行政复议程序,但没有要求用尽当地司法救济。将用尽国内行政复议程序作为允许外国投资者提交国际仲裁的前置条件的规定,是符合中国国情的,因为有关投资争端通过国内行政复议通常能得到快捷有效的解决。不过,中国以后也应该鼓励外国投资者利用当地司法救济。例如,若外国投资者对我国行政复议决定不服的,则可进一步通过行政诉讼解决。由于《中华人民共和国行政诉讼法》有明确的程序规定和审限要求,因此外国投资者通过国内行政诉讼可能还能获得比提交国际仲裁更为公正、快捷的救济。我国的投资条约可以规定,投资争端若在一定期限内(如一年半或更长时间)通过国内行政和/或司法程序仍未能得到解决,则可以提交国际仲裁。

## 3. 条约解释的控制权

加强缔约国对投资条约解释的介入和控制是一项重要的改革措施,对于维护投资者与东道国的权利和利益、改革和避免现行仲裁机制的弊端至关重要。加强缔约国控制的方法有多种,包括缔约国联合解释、将某些问题交给缔约国政府共同决定、非争端缔约国参与仲裁程序等。其中,前两种方法最为重要。国际上率先采取联合解释条约的是《协定》缔约国。2001 年《协定》缔约国发布了其关于第 11 章的解释。<sup>③</sup> 2004 年和 2012《美国范本》又在此基础上做了改进。例如,根据 2012 年《美国范本》第 20 条的规定,对于金融服务规制措施,当投资者将争端提交仲裁而被诉方以金融审慎措施作为辩护理由时,首先要将问题提交给争端各方的主管金融机关协商并决定是否作出联合辩护;若在规定的期限内未作出决定,则可根据缔约国间的争端解决程序仲

<sup>①</sup> [美]肯尼斯·J.范德威尔德:《美国国际投资协定》,蔡从燕、朱明新等译,法律出版社 2017 年版,第 641 页。

<sup>②</sup> 参见[美]肯尼斯·J.范德威尔德:《美国国际投资协定》,蔡从燕、朱明新等译,法律出版社 2017 年版,第 651 页。

<sup>③</sup> See NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001, [http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_e.asp), 2021-09-28.

裁。又如,根据2012年《美国范本》第21条的规定,对于税收措施是否构成征收应提交给缔约双方的税收主管部门作出联合决定。缔约国对投资条约有关条款进行联合解释的做法后来也得到其他国家的借鉴和仿效。例如,欧盟与加拿大、墨西哥、越南和新加坡等国签订的自由贸易协定、2016年《印度范本》等都采纳了联合解释的做法,规定缔约国双方对于条约作出的联合解释对仲裁庭有拘束力。中国今后在商签或更新投资条约时也可以参考和借鉴美国的实践,加强缔约国对条约解释的控制权。

#### 4. 投资条约仲裁的上诉机制

投资条约仲裁存在的问题之一是缺乏合适的纠错机制,并且裁决缺乏一致性和可预见性。目前国际社会对此提出的改革建议之一是设立上诉机制。中国政府已表态支持投资条约仲裁制度的改革,对可能的方案持开放态度,并提出了几种可以考虑的方案,包括常设上诉机制、当事人指定仲裁员的权利、仲裁员的资质和独立性、替代性争端解决措施等。<sup>①</sup> 设立多边上诉机制有许多复杂的技术问题需要研究和解决,包括上诉的性质、范围、效力、执行等,涉及共性与个性、原则性与灵活性(包括可选择性)等问题,达成共识尚待时日。需要注意的是,投资条约仲裁的上诉机制若仍然按现行仲裁模式构建,由第三方私人仲裁员作为上诉审裁判员,则现行投资条约仲裁制度的缺陷仍难以消除。因此,从缔约国参与和控制的角度看,对诸如上诉的理由、范围、仲裁员的选定、在上诉期间就条约解释发表意见的机会等事项,缔约国需要特别予以关注。目前贸法会第三工作组是将投资条约仲裁上诉机制与投资法院制度放在一起进行研究的,因此研究投资条约仲裁上诉机制也有必要结合投资法院制度进行考量。

## 四、投资法院制度及其可取性

投资法院制度是欧盟主导的关于投资者与东道国间争端解决制度的系统性改革措施。欧盟与加拿大、墨西哥、越南和新加坡等国签订的自由贸易协定均摒弃了现行的投资条约仲裁制度,采取了投资法院制度。欧洲法院已确认投资法院制度与欧盟条约的一致性,<sup>②</sup>因此欧盟与其他国家今后商签投资条约都会坚持这一制度。中国与欧盟2020年12月底完成谈判的《中欧全面投资协定》尚未涉及投资者与国家间的投资争端解决机制,而是将其作为后续谈判的内容,因此中国需要对欧盟的投资法院制度予以评估和研判。

欧盟认为,投资条约仲裁制度是具有国际公法特征的制度,同时也具有类似公法的特征,因为它主要关注的是投资者的待遇,即个体行为者与国家之间的关系。<sup>③</sup> 由具有上述特征的制度所产生的争端,不是一种纯粹私法性的国际商事争端,而是具有公法性质的。为其人民谋取公共

<sup>①</sup> 参见联合国国际贸易法委员会:《投资者与国家间争端解决制度可能的改革——中国政府提交的意见书》附件,A/CN.9/WG.III/WP.177,2019年7月18日。

<sup>②</sup> See European Commission, Press Release, European Court of Justice Confirms Compatibility of Investment Court System with EU Treaties, Brussels, 30 April 2019.

<sup>③</sup> See, J.C. Thomas and H.K. Dhillon, The Foundations of Investment Treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards, 32(3) ICSID Review, 2017; 联合国国际贸易法委员会:《投资者与国家间争端解决制度可能的改革——欧盟提交的材料》附件,A/CN.9/WG.III/WP.145,2017年11月20日。

福利,是东道国政府的重要职能和政策目标。东道国的措施是否得当,通常得权衡公共利益与保护外国投资者间的关系,涉及公共职权行使的合法性问题,通常是由设立配有专职和终身制的裁判者的常设机构来审理争端。欧盟认为,采取投资法院制度来取代现行的投资条约仲裁制度,可以解决由于投资条约仲裁制度的主要属性与投资条约仲裁制度的结构相抵触所产生的问题。<sup>①</sup>投资法院制度与现行的投资条约仲裁制度既有重要区别又相互衔接。两者的共同之处在于均赋予私人投资者根据投资条约直接对国家提出索赔的权利,不同之处在于投资法院制度采取的是由专职裁判者组成的常设机构并实行“两审终审”制度。投资法院制度与现行投资条约仲裁制度相衔接的地方主要体现在投资者索赔请求依据的规则以及裁决的执行方面。对于欧盟的投资法院制度,一直存在某些批评,这些批评意见主要从投资者保护方面表达了对投资法院制度的疑虑和关切。有学者认为,欧盟的投资法院制度更像是一个政治决定,而不是对现行投资争端解决方法的有效性和缺陷进行深入分析后的结果。<sup>②</sup>有关批评意见主要包括:这一制度可能导致投资者与东道国间的争端解决重回政治化,因为投资法院的成员是由投资条约设立的“联合委员会”来遴选任命的,缔约国间可能会因法院成员的任命而产生潜在的政治缠斗;<sup>③</sup>政府任命的法院成员的公正性和独立性令人怀疑,有偏袒缔约国之嫌,对投资者的保护不利;<sup>④</sup>这一制度剥夺了仲裁制度的灵活性以及投资者的自治性,有违当事人意思自治;“两审终审”制与“一裁终裁”制相比,成本高且效率低;<sup>⑤</sup>依据此种制度作出的判决或裁决的承认和执行也会遇到阻碍,投资法院作出的裁决可否作为仲裁“裁决”予以承认和执行也是需要考虑的问题;<sup>⑥</sup>等等。

不过,从缔约国的角度看,投资法院制度的设计可以纠正投资条约仲裁制度存在的某些弊端。具体表现如下:

其一,投资法院制度在较大程度上改变了缔约国在独立第三方私人仲裁情况下对条约解释的失控问题,有利于平衡保护投资者与东道国双方的权益。投资法院无论是初审庭还是上诉庭的成员都是由缔约国通过其设立的“联合委员会”任命的,每个分庭必须由来自争端所涉缔约国双方(包括东道国与投资者母国)的两名成员和另一名来自第三国的成员组成。来自缔约国的占

<sup>①</sup> 参见联合国国际贸易法委员会:《投资者与国家间争端解决制度可能的改革——欧盟提交的材料》附件,A/CN.9/WG.III/WP.145,2017年11月20日;《投资者与国家间争端解决制度可能的改革——欧盟及其成员国提交的材料》附件,A/CN.9/WG.III/WP.159.Add.1,2019年1月24日。

<sup>②</sup> See Piero Bernardini, Reforming Investor—State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests, 32 ICSID Review, 44 (2017).

<sup>③</sup> See Charles N. Brower, Doomed to Failure: Why the EU Investment Court System is Destined to Fail Both Foreign Investors and Host States, 3rd Annual EFILA Conference Keynote, 3 EILA Review, 319(2018).

<sup>④</sup> See Remarks by Judge Stephen M. Schwebel, The Proposals of the European Commission for Investment Protection and An Investment Court System, Remarks, May 17, 2016, <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf>, 2021-09-21.

<sup>⑤</sup> See Piero Bernardini, Reforming Investor—State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests, 32 ICSID Review, 47-48 (2017); Charles N. Brower, Doomed to Failure: Why the EU Investment Court System is Destined to Fail Both Foreign Investor sand Host States, 3rd Annual EFILA Conference Keynote, 3 EILA Review, 324-325(2018).

<sup>⑥</sup> See Piero Bernardini, Reforming Investor—State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests, 32 ICSID Review, 48-56 (2017).



每个法庭 2/3 的多数成员,对其各自国家的政治、经济、法律、社会、文化制度等比较了解和熟悉,在解释和适用有关条约规定时应能根据缔约国的意图和国情来对东道国政府的措施予以客观评价,也将会全面考虑和权衡争端当事人的权益保护。由于作为首席裁判者的来自第三国的法庭成员也是由缔约国任命的,因此其在审理案件的时候应也会考虑和权衡东道国与投资者间的权利和利益。有学者认为,投资条约仲裁制度同样可以平衡保护东道国与投资者权益,没有必要另起炉灶设立投资法院制度。<sup>①</sup> 在他们看来,对于国家为了公共利益或公共健康或福利行使治安权,不少仲裁庭都<sup>②</sup>已承认,只要是善意的、非歧视的、依据正当程序、对投资者及其投资没有特别承诺,就不构成间接征收或违反公平公正待遇,因而不存在对投资者的补偿问题。但是,即便如此,仍然难以保证仲裁庭能在投资者与东道国权益保护方面保持平衡。因为:(1)仲裁庭的裁决意见对其他案件没有拘束力,也不构成先例,仅有参考价值。目前国际投资仲裁已裁决几百起案件,有关仲裁庭总可以从这些案件中找到与自己意见相符的裁决意见作为自己裁决的支撑。(2)对于维护国家治安权问题,仲裁庭虽然在原则上不会明显背离,但在具体案例中,出于各种原因,不排除其总是可以找到理由来作出背离缔约国意图的解释。特别是对于公平公正待遇条款和征收条款的解释和适用来说,这种自由裁量的情况并不少见。

其二,由具有高水准专业资质和道德要求的专任裁判者来审理争端案件,较之特设仲裁庭的私人仲裁员更具独立性和公正性。根据欧盟的投资法院制度,法庭成员应具有高水准的专业资质,以保证其具有正确解释和适用投资条约的专业能力;法庭成员必须独立,不隶属于任何政府,也不得接受任何组织或政府就争端有关事项作出的指示;法庭成员不得参与审议可能造成直接或间接利益冲突的任何争端;在任命后,不得在未决或新的投资争端中担任顾问或当事人指定的专家或证人。<sup>③</sup> 对法庭成员的高标准道德要求以及披露义务的规定,可以有效地防止在投资条约仲裁制度下由于仲裁员兼任其他职务或扮演多重角色而产生的利益冲突,保证投资法庭能独立公正地审理案件。当然,投资法院制度采取的由缔约国任命法庭成员并取消当事人选择和指定仲裁员的做法,对现行投资条约仲裁制度冲击较大,受到的质疑也较多。不过,需要注意的是,中心确立的投资条约仲裁制度虽然允许当事人选择仲裁员,但是其仲裁规则往往不允许当事人指定具有其国籍的仲裁员,<sup>④</sup>而那些来自第三国的私人仲裁员实际上不一定就比由缔约国政府遴选任命的法庭成员更具公正性和独立性,公正性与仲裁员国籍并没有必然联系。并且,根据欧

<sup>①</sup> See Piero Bernardini, *Reforming Investor – State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interests*, 32 *ICSID Review*, 38–57 (2017).

<sup>②</sup> See *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005; *Continental Casualty v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Award, 5 September 2008; *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Award, 8 October 2009; *Chemtura Corp v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 2 August 2010; *Total SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

<sup>③</sup> See Art. 8.30, CETA; Art. 3.40, EU–Vietnam Investment Protection Agreement; Art. 3.11, EU–Singapore Investment Protection Agreement.

<sup>④</sup> 例如,根据《解决投资争端国际中心仲裁规则》第 1 章的规定,当事人指定的仲裁员应不具有任何一方当事人之相同国籍,又不是任何一方当事人之国民。

盟有关投资条约的规定,如果争端当事人认为法庭成员有利益冲突,那么可以提起异议程序;若法庭成员的行为与其义务不符,则缔约国可免去其职务。对于由缔约国政府选任的法院成员可能会偏袒缔约国的担心,有论者指出,国家在投资条约缔结和争端解决中扮演缔约国和东道国的双重身份,若从缔约国而非应诉东道国的角度看待这一问题,则不会存在偏袒问题。<sup>①</sup> 作为条约的缔约国,为在资本输入国利益与资本输出国利益间达成平衡,就既要为投资者提供保护,也要维护东道国的权益,因而不会仅偏向东道国一方;况且,法院成员选任完成于具体投资争端出现之前,而不是在争端发生之后,缔约各方事前选任法院成员时是从缔约国身份而非东道国应诉方身份来考量的,因而会注重选任具有中立性的、能忠实解释和适用缔约国所达成的投资条约的人作为法院成员。<sup>②</sup>

其三,投资法院制度设有上诉法庭,有利于矫正错误,伸张正义。现行的投资条约仲裁制度缺乏有效的矫正机制,无疑是一个重大缺憾。十多年来,国际社会都在讨论和探索有关的解决方案,主要包括建立投资条约仲裁上诉机制和投资法院制度。欧盟的投资法院制度可以说是一种可取的解决方案,其上诉审不仅可以纠正法律适用方面的错误,而且还可以纠正明显的事实认定错误,有利于伸张正义。同时,上诉机制有利于确保法庭对投资条约解释的一致性,从而保证裁决的一致性和可预见性。<sup>③</sup> 条约解释的不一致是投资条约仲裁制度的内在缺陷。这一问题虽然可以通过对实体标准的严格定义来得到一定程度的解决,但是由于投资法院制度设有上诉法庭,这种“两审终审”制无疑比临时仲裁制度更有利于保持裁决的一致性。虽然有人指责投资法院的“两审终审”制成本高且缺乏效率,但是该制度与中心仲裁的撤销程序以及非中心仲裁的仲裁地或执行地的法院审查制度相比,也并非成本更高或效率更低。至于投资法院作出的裁决的承认和执行问题,可以通过某些制度安排来解决。投资法院制度看起来是一种混合结构,兼具仲裁与司法的特点。有学者认为,仲裁的“自愿”性质是关键性的,即仲裁管辖是以当事人愿意或同意为基础的,不同于无视当事人意愿的强制性管辖。<sup>④</sup> 对于投资法院制度来说,虽然当事人指定仲裁员的自治性受到限制,但是投资法院的管辖仍建立在当事人同意的基础上,没有丧失仲裁的特性。投资法院的裁决是可以予以承认和执行的,只要作出相应的制度安排。就《华盛顿公约》项下的裁决执行而言,虽然欧盟不是《华盛顿公约》的缔约国,修改《华盛顿公约》实际上难以实现,但是欧盟与其他国家可以根据《维也纳条约法公约》第 41 条的规定,达成仅在若干当事国间修改多边条约的协定来解决这一问题。此外,投资法院的裁决还可以依据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称《纽约公约》)予以承认和执行,因为《纽约公约》认可某些具有混合结构的机构

<sup>①</sup> See Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting to a Treaty Party Framework of Analysis*, April 28, 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/>, 2021-09-27.

<sup>②</sup> See Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting to a Treaty Party Framework of Analysis*, April 28, 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis>, 2021-09-27.

<sup>③</sup> See European Commission, *Concept Paper: Investment in TTIP and Beyond — the Path for Reform*, May 2015, p. 9.

<sup>④</sup> See G. Kaufmann-Kohler and M. Potesta, *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, 2016, para 152, <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:147562>, 2021-09-27.

(如美国与伊朗的求偿法庭)的裁决可予执行。<sup>①</sup> 不过,不确定性仍然存在,因为判决的承认与执行在很大程度上取决于有关国家法院的态度。

可见,虽然投资法院制度目前尚未运行,其实际效果如何有待实践检验,但是从制度设计的角度看,它是针对投资条约仲裁制度存在的问题而采取的改革措施,其对当事人自治虽然具有一定的限制,但是在促进平衡保护投资者与东道国的权益方面具有其特色和可取之处,是一种可选择的方案。因此,中国在与欧盟的双边投资协定谈判中,可以探索接纳及改进投资法院制度的可能性,将其作为一种试验,通过实践检验其效果,并在实践的基础上逐步改进和完善。当然,中国与欧盟在以后的双边投资协定谈判中探索采纳投资法院制度可能性时,需要重视人们对其提出的批评意见,有针对性地采取改进措施,其中,特别要重视以下几个问题:(1)法院成员的选任。必须高度重视法院成员(包括法庭和上诉庭成员)的选任,特别是第三国成员的选任问题。因为法院成员的独立性和公正性直接关系到条约的解释和适用以及案件的结果,关系到该种制度改革设计能否达到预期的目的与效果。所以,投资条约对于法庭成员的任职条件、选任程序、任期以及免职或撤换等问题应作出具体的规定。(2)法院成员选任的异议。由于争端发生后当事人对审理案件的法庭成员没有选择权,因此保证和完善当事人对可能具有利益冲突的法庭成员的异议权就比较重要,条约也应对此作出相应的规定。(3)运行成本控制。投资法院的日常运行需要成本,对于欧盟来说,由于其有20多个成员,设立一个投资法院的成本并不高甚至可以降低成本,但对于与欧盟商签双边投资协定的单个国家而言,维持一个投资法院的成本可能高于适用投资条约仲裁制度的成本,投资争端案件不多时更是如此,因此,有必要探索降低设立投资法院成本的方案,包括参考和借鉴现行投资条约仲裁制度的某些做法。(4)缔约国的控制力和影响力。对于缔约国的控制和影响来说,根据双边协定建立的投资法院与多边投资法院有着很大的不同,对多边投资法院制度应持审慎态度并加强研究。由于双边投资法院制度难以保证跨条约的相同或类似条款解释的一致性,不能彻底解决裁决的一致性和连贯性问题,因此,欧盟也一直在探讨建立多边投资法院制度的可能性。但多边投资法院所涉问题比双边投资法院所涉问题要复杂得多,对于法院管辖权、条约的联合解释、法院成员的选任等重要事项达成一致的难度较大。多边投资法院制度要得到有关国家的支持,无疑应以国家同意为其管辖基础,同时缔约国任命法院成员、参与条约解释以及监督投资法院制度实施等权利应能得到有效的保障。

## 五、结 论

投资条约仲裁制度有利于保护投资者,但在实践上,这一制度由于缔约国“缺位”而由第三方私人仲裁庭控制着投资条约的解释和适用等原因,易导致投资者保护与东道国权益保护的失衡,因此,投资者与东道国间的投资争端解决机制的改革目前受到国际社会的普遍关注。美欧等资本输出输入大国以及“金砖国家”的实践与改革措施均不一致。由于每个国家的国情不同,每种投资争端解决制度或方法又各有利弊,因此选择何种制度和方法来解

---

<sup>①</sup> See August Reinisch, 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, *Journal of International Economic Law*, 761—786 (2016).

国情。<sup>①</sup> 在当前的国际情势下,解决投资争端的方法应该具有灵活性并多元化。中国今后商签的投资条约对投资者与东道国投资争端解决的规定,也应该顺应国际上的改革大势和潮流,以可持续发展为目标,采取多元化的争端解决方式,在注重争端预防机制和替代性争端解决方式的同时,也要对现行投资条约仲裁制度进行改革。改革措施包括维护东道国的管理权,压缩仲裁庭自由解释条约和裁量的空间,加强缔约国对条约解释的控制权,解决裁决的不一致性和不连贯性以及矫正机制不足等问题。至于欧盟主导的投资法院制度,作为投资条约仲裁制度改革的一种替代方案,其可在保护投资者权益的同时更为有效地维护东道国的管理权,因此,中国可以考虑在与欧盟的双边投资协定谈判中探索接受并改进这一制度的可行性,并对该制度存在的问题采取相应的改进措施。

---

**Abstract:** The investment treaty arbitration system is conducive to investor protection, but it also has some defects that may lead to the imbalance between the host country and investors on rights and interests protection. China should follow the general trend of international reforms, improve the investment treaty arbitration system from both substantive and procedural rules, and adopt measures to protect the rights and interests of investors and the host country evenly, including safeguarding the regulatory power of the host country, reducing the space for the arbitral tribunal to interpret treaties freely, and strengthening the control of the contracting parties over the interpretation of the treaty. Although the investment court system advocated by the EU has certain restrictions on the autonomy of the parties in disputes, it can correct some important defects of the investment treaty arbitration system. China may also consider the possibility of accepting and improving this system in the negotiation of bilateral investment agreements with the EU.

**Key Words:** investment treaty arbitration, the material rules, rules of procedure, investment court system

---

责任编辑 何 艳

---

<sup>①</sup> See Sergio Puig & Gregory Shaffer, *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*, 112 *AJIL*, 361, 408 (2018).