

投资争端解决的“联合控制”机制研究

——由投资争端解决机制的改革展开

何悦涵*

摘要:投资争端解决机制面临的正当性危机和可持续发展危机迫使投资条约缔约国政府正视其改革的必要性,并根据各自国情践行了不同的改革实践。投资争端解决的“联合控制”机制为改革提供了新的方向。历经“预设解释”“实时解释”“争端参与”三阶段的发展后,“联合控制”机制将适用对象扩张至涉公共利益投资争端。“争端参与”式“联合控制”机制聚焦投资条约缔约主体与争议主体不一致的问题,通过变革国家间争端解决机制的方式实现由“扭曲的全球治理”向“真正的全球治理”的转变。中国应提高“联合控制”机制的透明度标准并增添“必要且适当”要求,将其引入与“一带一路”沿线国家的投资条约升级版中,助推投资条约改革中国方案的形成与推广。

关键词:投资争端解决机制 正当性危机 可持续发展危机 “联合控制”机制

投资者—国家投资争端解决机制(以下简称投资争端解决机制)旨在以仲裁方式解决投资者与东道国之间的投资争端。自20世纪60年代设立以来历经近70年的发展,该制度在助推投资者与国家间投资争端解决方面发挥了巨大的作用。然而,随着国际关系的发展与社会结构的调整,其弊端也日益凸显:一方面因仲裁裁决不一致、仲裁庭偏向维护投资者利益、滥诉对国家主权形成影响等导致投资争端解决机制出现正当性危机;^①另一方面,可持续发展作为国际社会的核心价值观念已为当代国际法所认可,但现行投资仲裁机制严重抑制了东道国实现可持续发展的能力。^② 这些问题一定程度上源于投资条约缔约主体与投资争端主体的一致性。针对上述问题,美国、欧盟等国家或地区已对投资争端解决机制进行了一系列的改革,但收效甚微。

不同于投资争端,贸易争端往往将联合磋商作为争端解决的首要程序。例如,世界贸易组织(以下简称世贸组织)就将联合磋商作为其解决成员方之间贸易争端的首要程序。联合磋商解决争端的

* 大连自由贸易(港)区司法研究中心助理研究员、大连海事大学法学院博士研究生
基金项目:国家社会科学基金项目(18VSJ076)

① 参见刘笋:《国际投资仲裁引发的若干危机及应对之策述评》,《法学研究》2008年第6期。

② 参见张光:《论国际投资协定的可持续发展型改革》,《法商研究》2017年第5期。

优势在于:当事方能通过直接会谈和友好协商来澄清事实、消除误会、增进彼此间的信任,最终达成争端的合理解决。^①例如,世贸组织的知识产权争端解决经验显示,有约70%的争端是通过联合磋商解决的,真正通过专家组解决的案件仅占30%。^②有些国家已注意到磋商机制的优势并将其引入投资条约。例如,2012年《中国和加拿大关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《中加投资协定》)第20条第2款就规定了缔约双方针对金融争端的磋商程序;又如,2015年《中国和澳大利亚自由贸易协定》(以下简称《中澳自贸协定》)在第9章(投资)第11条(磋商)设置了联合磋商机制,规定“发生投资争端时,申诉方可在致使争端产生措施或事件发生起2个月后,向被诉方送达书面磋商请求”。相比《中加投资协定》,《中澳自贸协定》第9章对联合磋商机制的使用有3个方面的变化:(1)可以进行联合磋商的争端从金融投资争端扩张至所有涉公共利益投资争端(第11条第1~4款);(2)区分涉公共利益投资争端与非涉公共利益投资争端确定联合磋商的主体,即对非涉公共利益投资争端,磋商双方为投资者与东道国;对涉公共利益投资争端,磋商的双方为投资者母国与东道国(第11条第4~7款);(3)对需要国家间进行磋商的投资争端,国家在磋商中的地位出现了从“不可控”到“可控”的变化。相较于非涉公共利益投资争端解决的“投资者与东道国磋商—磋商失败—投资者提起仲裁”的路径,《中澳自贸协定》将投资者与东道国间的涉公共利益投资争端置于投资者母国与东道国的联合控制之下,突破了以往的投资争端解决磋商机制,将“联合控制”机制推进至前所未有的深度。有学者指出《中澳自贸协定》关于涉公共利益投资争端的这一“联合控制”型磋商机制,代表了各国就涉公共利益措施在投资者保护与国家主权之间、仲裁庭与缔约方解释权之间寻求再平衡调整的基本趋势,运用得当将为希望以此维护本国正当的、非歧视性的公共利益措施的国家提供一个具有创新性的模式。^③

从《中加投资协定》到《中澳自贸协定》,不难发现中国在国际投资规则和投资争端解决机制的改革问题上持积极态度且不断有创新举措,并有针对性地将此类举措应用于与“一带一路”沿线国家投资条约的签订与升级中,这一趋势从《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》(以下简称《建议文件》)提出的采纳替代性争端解决措施、纳入仲裁前磋商程序等改革方案中可见一斑。^④改革从来就不是一蹴而就的,《中澳自贸协定》确立的涉公共利益投资争端解决的“联合控制”机制既拉开了投资争端解决机制改革中国方案实践的序幕,也将以其制度优势推动改革的不断前行。

一、投资争端解决机制改革:原罪与诉求

(一)投资争端解决机制的原罪

投资争端是基于投资条约而提起的,而投资条约的特殊性在于:一方面投资条约是国家间缔结的保护私人(投资者)利益的条约,权利与义务的平等无法在缔约者和受益者(投资者)身上同时体现出来;另一方面,投资条约的缔约双方与投资条约确立的权利义务双方是失契的。如此一来,出现的情形是:尽管投资条约是缔约双方讨价还价的结果,且任何一方都将扮演东道国或投资者母国的角色,

^① 参见梁西:《国际法》,武汉大学出版社2015年版,第394页。

^② 参见何艳:《涉公共利益知识产权投资争端解决机制的反思与重构》,《环球法律评论》2018年第4期。

^③ See Anthea Roberts, Richard Braddock, Protecting Public Welfare Regulation through Joint Treaty Party Control: A ChAFTA Innovation, Columbia FDI Perspectives, No. 176, 2016-06-20.

^④ 参见联合国国际贸易法委员会:《中国关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议文件》, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp117c.pdf>, 2019-08-06.

但一旦投资争端发生,在投资争端解决机构针锋相对的双方却已不再是当初讨价还价的缔约双方。发达国家主导的投资条约确立了如下的投资保护与投资救济的进路:在缔约阶段,国家为投资者谋求最大的利益,充当投资者的代理人;而一旦东道国的规制行为有违投资者的投资预期,投资者即基于投资条约向东道国提起诉讼,或向第三方中立机构提起仲裁申请。国家与其投资者在缔约与争端解决两个阶段进行了身份互换:国家由台前走到了幕后,投资者由幕后走到了台前。这一进路完全不同于早期的武力或外交保护投资的进路。而随着国家与投资者身份的互换,东道国看似在与投资者的不平等地位中占据国家优势,实则面临更大的压力:国家间平等地位的权利义务间的较量转变成东道国义务(无权利)与投资者权利(无义务)之间的较量。在国际投资领域,东道国政府不仅仅扮演投资保护者的角色而负有投资保护的义务,而且作为国家的管理者,还须扮演外资管理者的角色而负有外资管理的义务。国家在这两方面扮演的角色和承担的义务构成了国家外资管理基本职能的重要内容。国家的规制权在受监督的同时理应受到尊重,但投资者及其母国身份的转换却形成东道国的规制权利益在争端解决阶段的缺位。而这也成为引发投资争端解决机制正当性危机和可持续发展危机的原罪。

(二)正当性诉求与改革实践

正当性是一种政治统治或政治权力能够让被统治的客体认为是正当的、合乎道义的且自愿服从或认可的能力和属性;而正当性危机则是制度正当性受到质疑并严重动摇其合法性基础,故正当性危机又被称为合法性危机。^①当这种正当性危机被投射至投资争端解决机制时,应被理解为国家或投资者对投资争端解决机制及其法律渊源即投资条约的有效性产生了质疑,包括其效力来源的合法性、权利与责任分配的公平性等。投资仲裁机制的正当性危机主要表现为仲裁裁决不一致、仲裁庭偏向维护投资者利益等。为了解决这些问题,一些国家或机构提出了相应的改革方案。

1. 美国的改革实践

美国是投资争端解决机制的忠实拥趸者。从最初意识到投资仲裁正当性危机的存在美国便开始了循序渐进的改革,并明确提出将防范对投资争端解决机制的滥用作为改革的目标之一。^②美国的改革主要从以下几个方面进行:(1)合并仲裁。例如,《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》)附件 14—D 第 12.1 条规定,允许对具有共同法律或事实问题的相关诉求进行合并。(2)仲裁透明度。例如,《美国和新加坡自由贸易协定》(以下简称《美新自贸协定》)第 15.19.3 条和第 15.20 条将法庭之友意见的范围进行扩大,使其可以来自该条约缔约方境内或境外的个人与实体,且不允许东道国拒绝披露其根据相关国内法应当披露的信息;(3)仲裁员的独立性与公正性。例如,《美墨加协定》附件 14—D 第 6.3 条规定,在 75 天内未组成仲裁庭情况下,由秘书长指定的首席仲裁员原则上不得为申请人或被申请国国民。(4)允许东道国反诉。例如,美国曾经主导制定的《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《TPP 协定》)第 9.19.2 条规定,在投资者因投资授权或投资协定违反问题提起仲裁的背景下,东道国拥有反诉权。(5)上诉机制。例如,自 2004 年以来,《美国双边投资条约范本》(以下简称《美国范本》)第 28 条就一直存在上诉机制设立的可能性表述,2012 年《美国范本》还增加了上

^① 转引自张星久:《论合法性研究的依据、学术价值及其存在的问题》,《法学评论》2000 年第 3 期。

^② See Office of the U.S. Trade Representative, Fact Sheet: Investor—State Dispute Settlement (ISDS), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/blog/2014/March/Facts-Investor-State%20Dispute-Settlement-Safeguarding-Public-Interest-Protecting-Investors>, 2018-11-03.

诉机制的透明度要求。

虽然美国的改革试图缓解因投资者滥诉、仲裁庭“弱者保护”倾向带来的正当性危机,但有学者认为,美国的这种改革无法从根本上解决投资争端解决机制存在的弊端,过高透明度要求也会违背仲裁的独立性与私密性的设计初衷,继而使得改革方向与目标背道而驰。^①

2. 欧盟的改革实践

欧盟的改革则较为激进,其通过一系列的自贸协定确立了不同于传统投资仲裁机制的两审终审的国际投资法庭机制,可谓国际投资争端解决机制的一次巨大变革。当然,欧盟的这一改革也非一朝一夕完成的。例如,国际投资法庭的组成人员从最初的9人扩充至后来的15人。这表明,欧盟正努力使国际投资法庭案件审理人员的设置越来越合理。又如,国际投资法庭的案件审理人员的表述也从最初的“成员(Members)”发展到“法官(Judges)”。虽然只有一字之差,但其意义却是完全不同的。这一点通过《欧盟和越南自由贸易协定》(以下简称《欧越自贸协定》)和《跨大西洋伙伴关系协定》(以下简称《TTIP协定》)投资章节草案文本的上下文就能反映出来。在《欧越自贸协定》确立的投资争端庭审体系中,庭审成员(Members)的地位具有不确定性,到底是仲裁员还是法官不得而知;而《TTIP协定》投资章节草案设立的投资争端庭审体系已明确了庭审成员具有法官(Judges)的地位。国际投资法庭体现了对特设的、由争端双方当事人任命仲裁员的传统投资争端解决机制的根本性改变,有利于摒除法官对某些案件的偏见,提升投资争端案件裁决的一致性。^②此外,国际投资法庭明确了上诉机制,且对上诉机制的构建有详细而具体的描述,包括上诉法庭案件审理人员的配置以及受案范围等。例如,《欧盟和加拿大综合经济与贸易协定》第8.28条要求上诉法庭针对某一案件随机任命3名成员且以小组形式审理案件,上诉理由包括争端事实理解的明显错误、准据法解释与适用错误等,从而使得国际投资争端解决上诉机制的构想变为现实,迈出了具有现实意义的一步。

欧盟“釜底抽薪”式的改革建立于重新平衡“追求仲裁过程高效便捷”与“寻求裁决结果公正性”之上。然而,欧盟的国际投资法庭上诉机制形成的多个投资法庭可能导致法庭碎片化,并加剧因法庭过多导致的裁决结果不同问题;法庭本身存在的初审与上诉法官意见不统一、法官不受先例约束等情况显示出其无法从根本上解决裁决不一致性与不可预见性的弊病;“常设”二字以及法官选任制等颠覆性重塑,似乎已不再符合仲裁在设立之初对“自治”与“自由”理念的追求。有学者甚至认为此次改革是“对(‘自治’与‘自由’)这对基本哲学概念的背叛”,^③也有学者对欧盟的这一改革能否达到解除正当性危机的目的提出质疑。^④

3. 解决投资争端国际中心的改革实践

除了以欧美为代表的投资争端解决机制改革外,解决投资争端国际中心(以下简称中心)的改革也如火如荼地进行中。作为处理着全球70%投资争端的机构,2016年中心开始对仲裁规则进行第四次大规模修订,旨在维持正当程序、实现投资者与国家间利益的平衡、提高争端解决程序的效率、降

^① See Howard Mann, NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA, 97 American Society of International Law, 247-256(2003).

^② 参见胡娟:《ISDS机制改革的新发展及其启示——以〈TPP协定〉和〈TTIP协定〉投资章节草案为视角》,硕士学位论文,中南财经政法大学,2017年,第22~23页。

^③ See Emmanuel Gaillard, Legal Theory of International Arbitration, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 2.

^④ 参见王少棠:《正当性危机的解除?——欧盟投资争端解决机制改革再议》,《法商研究》2018年第2期。

低争端解决的成本。相比而言,中心将改革的重点放在了提高仲裁公正性和透明度问题上:^①(1)增加公众对案件相关材料的接触;(2)针对第三方资助引入新的披露要求;(3)强化仲裁员独立性和公正性的宣言;(4)增加关于保证金的规定;(5)缩短初始程序时限等。^②不难发现,中心试图从仲裁庭裁决程序、仲裁员素质的严格化和规范化方面来缓解投资争端解决机制面临的正当性危机。为此,中心的改革也因改革不彻底而遭诟病。^③

(三)可持续发展诉求与改革实践

国际社会关于投资争端解决机制的改革并非仅限于解决正当性危机问题。随着可持续发展问题受到国际社会特别是发展中国家的关注,投资争端解决机制面临的可持续发展危机逐渐凸显。在当前的国际投资争端中,环境、东道国当地人口(包括少数民族)、社会权益(包括公共健康与人权)问题较为突出。^④可持续发展问题本质上是公共利益问题,投资者将东道国诉至仲裁庭,东道国为保护公共利益而行使的规制权受到挑战和侵蚀,从而引起了有关国家对投资争端解决机制的诟病,继而提出并践行了一系列的改革方案。

1. 退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》

面对投资仲裁机制可能对本国可持续发展产生的影响,厄瓜多尔、玻利维亚、委内瑞拉、南非等拉丁美洲、非洲国家宣布退出《关于解决国家与他国国民间投资争端公约》(即《华盛顿公约》)。以厄瓜多尔为例,其在“西方石油公司诉厄瓜多尔案”^⑤中因终止与西方石油公司的油田开发合同而被诉至仲裁庭,并最终被裁决构成间接征收行为而承担高达11亿美元的巨额赔偿款。在此案的催化下,厄瓜多尔政府不断审视其签署的双边投资条约是否于厄瓜多尔主权以及公共利益有损,并最终选择退出《华盛顿公约》。

2. 拒绝双边投资条约

巴西对外投资额远低于其他缔约方在巴西的投资总额,^⑥这种相对固定的东道国身份使其更加拒绝并不“互惠”的双边投资条约,尤其是条约中的投资争端解决机制被认为将使巴西面临极大的公共利益保护措施被诉风险。自1994年以来,巴西共签订了27项双边投资条约,其中仅《巴西和安哥拉双边投资协定》正式生效,且该协定不涉及投资争端解决机制的内容。^⑦相比双边投资条约,巴西

^① See Meg Kinnear, Moving with the times: amending the ICSID rules, Columbia FDI Perspectives, No. 233, 2018-08-27.

^② See ICSID, ICSID Member States Discuss Proposed Rule Amendments, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=291>, 2019-02-03.

^③ 参见张晓君、李文婧:《“一带一路”背景下的ICSID改革》,《重庆大学学报》(社会科学版),<http://kns.cnki.net/kcms/detail/50.1023.c.20190704.1749.004.html>, 2020-05-20。

^④ See The International Institute for Sustainable Development, International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s, <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2010s>, 2019-04-06.

^⑤ See Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Annulment of the Award, 2 November, 2015.

^⑥ 参见魏丹:《解析巴西对双边投资协定的策略》,教育部人文社会科学重点研究基地武汉大学国际法研究所编:《武大国际法评论》第16卷第2期,武汉大学出版社2014年版,第314页。

^⑦ See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator—Brazil, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, 2020-05-23.

更倾向于通过合作与便利化投资条约来保护投资者与东道国利益,其确立“两阶段制度”来预防和解决相关的投资争端:为预防投资争端的产生,当外国投资者出现对投资规制行为的不满时,先由政府监察员解决,然后由联合委员会发布官方建议;对已经出现的投资争端,规定由国家与国家间仲裁解决,拒绝投资者与国家间仲裁形式。^①另外,巴西还致力于促成世贸组织投资便利化协定的达成,并提出“有关投资争端解决将不受制于现有的世贸组织争端解决规则”的议案。^②

3. 审慎对待投资争端解决机制

相比前两类国家,另外一些国家则对投资争端解决机制持谨慎态度。以澳大利亚为例,《澳大利亚和新西兰紧密经济关系贸易协定投资议定书》便完全摒弃了投资争端解决机制。《中澳自贸协定》虽然保留了投资争端解决机制,但也持审慎态度,即配之以争端解决的联合磋商机制。澳大利亚之所以对投资争端解决机制持审慎态度主要源于“菲利普·莫里斯公司诉澳大利亚案”^③。“菲利普·莫里斯公司诉澳大利亚案”和“菲利普·莫里斯公司诉乌拉圭案”^④虽然被学者评价为“公共健康的两次胜利”,然而“不确定性依然存在”。^⑤此类国家还通过其他条款的设置防止投资争端解决机制的滥用,如加拿大和圭亚那等国缔结的投资条约明确要求国家不得以降低健康、安全以及环境的方式吸引投资;^⑥缅甸和尼日利亚等国则明确规定应控制仲裁前期时间以降低仲裁的高成本对投资者与东道国的不必要损耗等。^⑦

4. 改革投资争端解决机制

还有一类国家如美国、加拿大等则采取较为积极的态度应对投资争端解决机制面临的可持续发展危机,在新近缔结的投资条约序言中明确提出可持续发展目标,并在例外条款中规定不得对东道国保障人权、健康等涉公共利益措施提起仲裁。^⑧《美墨加协定》在第24.4条脚注4中则以一种新的方式定义“影响贸易或投资”的行为,即“影响贸易或投资”的行为是指那些不执行或不尊重环境法律或多边环境协定中有关臭氧消耗、海洋污染和濒危物种贸易现有规定的行为,从而大大增强了标准承诺,将侵害缔约方公共利益的行为纳入“影响贸易或投资”的范畴。^⑨

对中国而言,完全废除投资争端解决机制并非良策,直接退出《华盛顿公约》亦不符合中国一贯坚

① See Aceris Law LLC, Brazil and the Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA): A Step Backwards for Arbitration?, International Arbitration Information, <https://www.international-arbitration-attorney.com/brazil-cooperation-facilitation-investment-agreement-cfia-step-backwards-arbitration/>, 2019-05-28.

② See ICTSD, Brazil Circulates Proposal for WTO Investment Facilitation Deal, <https://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/brazil-circulates-proposal-for-wto-investment-facilitation-deal>, 2019-05-28.

③ See Philip Morris Asia Ltd. v. Australia, PCA Case No. 2012-12, Final Award Regarding Costs, 8 July 2017.

④ See Philip Morris Brands Sarl v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

⑤ See Tania Voon, Andrew D. Mitchell, Philip Morris vs. Tobacco Control: Two Wins for Public Health but Uncertainty Remains, Columbia FDI Perspectives, No.182, 2016-09-12.

⑥ 参见2004年《加拿大双边投资条约范本》第11条、2004年《中国和圭亚那关于促进和保护投资协定》序言等。

⑦ 参见2002年《中国和缅甸关于鼓励促进和保护投资协定》第9条、2010年《中国和尼日利亚相互促进和保护投资协定》第9条等。

⑧ 参见2020年《美国-墨西哥-加拿大协定》序言和第32条、2004年《加拿大双边投资条约范本》序言和第10条等。

⑨ See Aaron Cosbey, Weighing up the Environmental Cooperation Agreement under the Canada - United States - Mexico Agreement, IISD Policy Brief, <https://www.iisd.org/library/weighing-environmental-cooperation-agreement-under-canada-united-states-mexico-agreement>, 2019-05-01.

持的国际合作原则。虽然在投资条约序言中提及可持续发展目标能对投资条约起到价值导向作用,但若不确立具体的条款规范则其实施只能沦为空谈。在投资条约的例外条款中罗列出环境、安全等例外情况以及对“低标准可持续发展要求引入外资”的禁止令都能为东道国在公共利益政策等制定方面提供规制权空间,使其不为投资者的“仲裁警告”所挟持,但仅有例外与禁止条款仍存在不足:对条款解释存在争端时投资者仍可能直接诉诸仲裁庭,因而需要对条约解释权重新分配;而提高透明度标准、细化法庭之友规则等虽能在一定程度上起到威慑作用,但无法最大限度地消除投资仲裁给东道国带来的影响。

可持续发展的诉求并非仅限于东道国,投资者与投资者母国亦有需求:投资者的可持续发展是国际社会可持续发展不可或缺的一部分,也是投资者母国可持续发展的重要呈现。因此,在可持续发展这一诉求上,投资者与东道国之间并不存在矛盾。事实上,对投资者的调查显示,其亦承认不能在一个衰退的社会中开展经营。^①换言之,东道国的国家总体环境对投资者的影响较大,甚至可以影响投资者的投资方向和投资质量,因而投资者同样需要为东道国公共健康、环境等问题“买单”。投资争端解决机制面临的可持续发展危机若无法妥善解决,可能进一步恶化其所面临的正当性危机。在这个时代,可持续发展挑战与正当性危机正共同迫使投资争端解决机制进行不断革新。

二、投资争端解决机制改革新视角:“联合控制”机制的演化与改革诉求的回应

事实上,国际社会对投资争端解决机制很早就持谨慎态度。例如,1994年《北美自由贸易协定》(以下简称《北美自贸协定》)就曾着手进行条约解释权在仲裁庭与缔约方和当事人之间的再分配,从而使解释权逐步向缔约方倾斜,换言之,通过缔约方对解释权的“联合控制”来实现投资争端解决机制的改革,以“利用其对自身缔结条约的深谙程度,更加积极主动地维护自己的解释权以引导仲裁庭对投资条约条款做出合理和可预见的解读”。^②“联合控制”实质上代表了一种趋势,即不断加强缔约双方对投资条约的解释与适用能力、争端解决的过程与结果问题上的把控能力,通过双方的联合控制,使缔约双方能够平衡自己作为东道国与投资者母国身份下的双重利益。事实上,“联合控制”的发展过程,是将投资条约缔约双方或多方纳入协定解释权主体中,并逐渐赋予该解释权一定拘束力的过程。随着时代的发展,“联合控制”机制也呈现出由“预设解释”阶段到“实时解释”阶段再到“争端参与”阶段的递进式发展。

(一)“联合控制”机制的演化

1.“预设解释”阶段

“预设解释”系指预先设定争端情境由缔约双方预先解释,即缔约双方对投资条约某些容易产生歧义的条款或定义预先解释,通过明确定义模糊的保护措施或具体说明条约承诺与惯例做法的关系等方式提高条约承诺的专属性,^③借此规避可能因此产生的争端。例如,1994年《北美自贸协定》第1139条对“投资”的含义进行预先解释,将“投资”类型明确列举为企业、企业的股本证券、企业的债务

^① See Rob van Tulder, Jan Anton van Zanten, MNEs and the Sustainable Development Goals: What Do First Steps Reveal?, Columbia FDI Perspectives, No. 227, 2018-06-04.

^② See UNCTAD, Interpretation of IIAs: What States Can Do, https://unctad.org/en/Docs/webdiaeia2011d10_en.pdf, 2019-06-07.

^③ See Anthea Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, 107 American Journal of International Law, 45(2013).

证券、企业贷款等10项,并且对其中4项另分列要求,如企业贷款一项要求该企业为投资者的附属机构或贷款的初定偿还期至少为3年等;第1110条对“征收”的例外情况进行解释,包括以公共利益为目的、在非歧视的基础上、根据正当法律程序且符合第1105条(“最低待遇标准”)要求以及按照本条第2款至第6款已支付赔偿金等。这种对某些定义、法律关系的预先解释是“联合控制”最基本的也是最重要的表现形式之一,是缔约双方避免争端产生所做的最基础的努力。但这种方式无法对一些适用范围广泛的概念进行穷尽式列举,如对“征收”例外情况虽有界定,但无法完全列举其所有适用情况,故而无法完全避免争端。这一缺陷的影响是显著的:《2018年世界投资报告》显示,2017年全年投资仲裁庭共做出至少62项实体裁决,在判定东道国须承担责任的案件中,仲裁庭发现其多涉及违反投资条约中的征收条款和公平公正待遇条款。^①可见,通过预设解释很难实现真正的“联合控制”。

2.“实时解释”阶段

“实时解释”是指缔约双方在争端出现后对相关问题进行联合解释。相比“预设解释”,“实时解释”因形成于实际争端之后而更具有实践价值,不少投资条约对此进行了相关规定。例如,2004年《美国范本》第31条规定,在申请人要求下,仲裁庭应当请求缔约方对申请人提出的不符措施争端进行解释,缔约方应在60天内作出书面决定,这一规定在2012年《美国范本》第31条被延长至90天。2004年《加拿大双边投资条约范本》第40条和第41条规定,协定制定后针对实践中出现的问题应由缔约方联合出台条款的解释,同时赋予其对仲裁庭的拘束力;2008年《中国和新西兰自由贸易协定》(以下简称《中新自贸协定》)第155条亦规定仲裁庭应在一方争端当事国申请下要求缔约双方就争端问题涉及的协定条款进行共同解释;《美墨加协定》第14.D.10条则规定,自由贸易委员会应当根据其职权在90天内应仲裁庭的要求对当事方提出的不符措施条款进行联合解释,该解释对仲裁庭具有拘束力。相比“预设解释”,“实时解释”在实行解释的时间上更具有优势,争端发生后缔约方的参与针对的是特定情境下的具体争端,在这种条件下实时的联合解释范围更窄、针对性更强,且通常对仲裁庭有约束力,实践价值自然优于前者。

3.“争端参与”阶段

如果说“预设解释”和“实时解释”赋予投资者母国和东道国在可能产生的争端或实际产生的争端问题上的解释权,那么《中加投资协定》和《中澳自贸协定》将“联合控制”的形式做了进一步的发展,即投资者母国和东道国直接参与争端解决,不再仅限于拥有解释权。所谓“争端参与”,是指允许非争端缔约方发表陈词甚至承认缔约方对某些问题产生的争端联合作出的决定。^②具体表现如下:

第一,允许非争端缔约方参加庭审并发表陈词。例如,《中加投资协定》第27条规定,非争端缔约方有权参加庭审,并且在书面通知后可以向仲裁庭提交有关协定解释问题的陈述意见。这种方式更加具有实践可操作性,参与时间变为仲裁阶段而非争端发生前或解决后,缔约方也成为争端解决的参与者。很多情况下缔约方无法预见可能发生的问题,只有面对实际发生的争端才能着手提供解决的对策。允许缔约方参加庭审并发表陈词的做法能够为仲裁庭的裁决提供符合争端各方利益的意见参考,对争端的解决更为有利。

第二,允许缔约方对金融领域敏感问题引发的争端做出联合决定,并对仲裁庭具有拘束力。例

^① See UNCTAD, World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf, 2019-06-20.

^② See Anthea Roberts, Recalibrating Interpretive Authority, Columbia FDI Perspectives, No. 113, 2014-01-20.

如,针对特定金融问题引发的争端,《中加投资协定》第20条要求缔约双方金融服务主管部门联合磋商,如果能够达成共同决定则应准备一份表明他们共同决定的书面报告,此报告应提交至投资者与国家间仲裁庭,并对投资者与国家间仲裁庭具有约束力。这种做法的突破性更强,它将缔约双方的作用由“提供解释性意见”升级为“提供联合决定”。如此,敏感或专业领域的仲裁将更为谨慎。

第三,允许缔约方对涉公共利益问题引发的争端做出联合决定,并对仲裁庭具有拘束力。根据《中澳自贸协定》第9章第11条和第18条的规定,东道国为“公共健康、安全、环境、公共道德和公共秩序等合法公共利益目标”而采取的“非歧视的”措施不应被提起仲裁;当投资者与东道国就“措施是否确为保护公共利益而实施”产生争端时,投资者可向被诉方(东道国)请求磋商;在后者收到磋商请求30日内,可以向申诉方(投资者)与非争端缔约方(投资者母国)发布“公共利益通知”,以证明其措施符合协定的规定;此通知发布后,仲裁程序将被中止,继而触发一个为期90天的前置磋商期,从而起到暂时“规避”投资者—国家投资争端仲裁庭设立的作用;在90天的磋商期内,若缔约双方就“该措施属于前述条款所涉目的”达成一致,则该结论将对仲裁庭具有约束力;如若期满后双方仍未达成合意,则磋商期的存在不妨碍其后仲裁庭的建立;但仲裁庭不得以“申诉方未发送公共利益通知”或缔约双方国未能达成一致为理由而做出不利推定。据此,《中澳自贸协定》中的“联合控制”机制可进一步概括为:本着“允许缔约方就它们之间缔结的条约的适用达成一致意见并且对仲裁法庭具有约束力”^①的原则,针对涉公共利益投资争端,缔约双方可进行联合磋商,并明确磋商的期限、程序以及磋商结果对缔约双方国以及争端解决的影响。

在“联合控制”机制演进的各个阶段,投资条约缔约方参与的时间、方式以及纵深程度都有所不同:“预设解释”侧重于狭义上的投资条约文本解释,在投资条约缔约时即由缔约方预先进行解释,个案针对性较弱;“实时解释”则是在争端发生时由仲裁庭请求缔约方做出;“争端参与”则赋予投资者母国同样的争端解决参与权力,其权力范畴包括陈述权、解释权和决定权,而东道国在争端解决上也拥有了主动权,在涉及公共利益的争端事项上,东道国的这一主动权具有重要意义。更为重要的是,“争端参与”的行为在正式的仲裁庭审之前,可以极大程度上避免仲裁庭自由裁量权的滥用,尽可能地使案件得以在缔约双方的磋商下达成解决,从而避免仲裁及其结果引发的正当性危机和可持续发展危机。

(二)契合改革诉求的“争端参与”式“联合控制”机制

1. 正当性诉求

“仲裁庭会议是秘密召开的,其成员通常也是未知的。他们所做出的决定是完全不被透漏的。然而这种只有一个小规模国际仲裁庭群体来处理投资者与外国政府之间争端的方式已经导致国内法被废止、司法体系被质疑以及对环境的规制被挑战等问题。”^②传统投资仲裁机制的弊端一目了然,正当性危机不是空穴来风。面对正当性诉求,“争端参与”式“联合控制”机制体现了缔约双方的一种认知,即仅仅依靠国际仲裁类型的争端解决方法有时可能达不到预期,融入一些政治性的争端解决手段是必

^① See Anthea Roberts, Richard Braddock, Protecting Public Welfare Regulation Through Joint Treaty Party Control: A ChAFTA Innovation, Columbia FDI Perspectives, No. 176, 2016-06-20.

^② Anthony De Palma, Nafta's Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say, New York Times, 2001-03-11, <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obs-cure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>, 2017-08-01.

要的。^①就此,仲裁庭中立与否的重要性被削弱,解决争端成为第一诉求。在涉及一国核心利益(如根本安全、经济运行情况等)的问题上东道国很难乐于见到一个第三方机构的介入。作为第三方机构,对争端本身的情况和背景、东道国采取措施的原因等,仲裁庭都没有缔约双方本身体会得透彻。

投资争端解决机制是实现全球治理的重要组成部分,“争端参与”式“联合控制”机制的提出符合全球治理的理论要求,毕竟国家的中心地位和市民社会的参与是解决现行管理性国际投资争端的两大中心环节,国家的主导地位仍然应该得到尊重。^②该机制承认国家在涉公共利益投资争端解决中的主体作用,其不但赋予东道国主动权,使东道国在争端发生时不至于盲目地为了避免被诉而舍弃公共利益,妨碍其可持续发展;同时也承认投资者母国的参与地位,防止因过分倾向东道国利益而产生矫枉过正的结果。

2.可持续发展诉求

可持续发展作为国际投资活动当事各方的“共赢”目标,适用于资本输出国与资本输入国之间的关系,也适用于东道国与外国投资者之间的关系。^③实践中,仲裁庭的作用被放大而缔约双方的作用被忽视,仲裁庭可能忽视东道国有关管制措施所要实现的可持续发展目标,东道国败诉的案件屡屡发生,^④最终背离缔约双方促进资本的跨国流动以实现本国经济与社会发展的初衷。^⑤长此以往,东道国经济与社会可持续发展的利益诉求被忽视,原本应谋求互利共赢的投资者与东道国被摆在了对立面上。事实上,随着国际投资法的人本化趋势,各国投资条约越来越重视人与社会的发展,纳入了大量的公共利益条款。这表明,对投资条约的缔约方而言,关系人与社会发展的公共利益问题是国际投资中不可忽视的问题。一般例外条款和安全例外条款的设置也表明,东道国的公共利益理应获得投资者及其母国的尊重。遗憾的是,传统的投资争端解决机制无法为此种尊重提供合适的实现路径。

“争端参与”式“联合控制”机制突破传统的通过实体权利与程序平衡的方式改革旧制度的思路,通过允许缔约双方在国家层面就涉公共利益问题在前期达成一致意见并使仲裁庭受制于该意见的方式,重新平衡仲裁庭仲裁与国家间联合决议的关系,以此达到平衡东道国、投资者、投资者母国三方利益的目的。借此契机,主权国家以及外国投资者的外资决策须考虑可持续发展问题,同时也须考量国际投资相关利益者在可持续发展领域享有的参与权。^⑥

此外,“争端参与”式“联合控制”机制还能通过节约争端解决成本的方式达到资源最优分配的效果,使缔约方的经济和社会能够更加可持续地、良性地发展。据统计,在一起投资仲裁案中,当事各方在仲裁中所支付的费用平均可达800万美元,个别甚至超过3000万美元。^⑦仲裁成本的不断上升无形中耗费了投资者与东道国大量的时间与金钱,这一点对一个追求经济可持续发展的国家特别是发

① 参见朱明新:《国际投资争端解决的“去政治化”与“复政治化”》,《太平洋学报》2012年第11期。

② 参见徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,《法学家》2010年第3期。

③ 参见曾华群:《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期。

④ See Mayeda, Graham, International Investment Agreements Between Development and Developing Countries: Dancing with the Devil? A Case Commentary on the Vivendi, Sempra and Enron Awards, 4 McGill International Journal of Sustainable Development Law & Policy, 189 (2008).

⑤ 参见张光:《论国际投资协定的可持续发展型改革》,《法商研究》2017年第5期。

⑥ 参见张光:《双边投资条约的公益化革新》,《当代法学》2013年第5期。

⑦ See David Gaukrodger, Kathryn Gordon, Investor—State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf, 2019-06-03.

展中国家而言无疑是一个不小的负担。投资的根本目标在于实现利益的最大化,这种目标同样适用于投资争端的解决,因此确定一种能最大程度兼顾成本节约与矛盾化解的手段尤为重要。对此“争端参与”式“联合控制”机制提出了相应对策:将争端解决时间控制在90日内从而为东道国、投资者母国双方节约争端解决成本,使缔约国双方都能够在争端解决中实现可持续发展目标。

三、“争端参与”式“联合控制”机制:理论溯源与机制拓补

面对投资仲裁机制面临的正当性危机和可持续发展危机,中国也采取了积极行动,对传统的“联合控制”机制进行发展和创新。“争端参与”式“联合控制”机制是中国通过国际投资规则的创新向世界展现全球治理的中国方案的一次实践。

(一)理论溯源

“争端参与”式“联合控制”机制是缔约双方规避仲裁庭膨胀的造法权的又一次尝试,是国际秩序从“扭曲的全球治理”走向“真正的全球治理”的一次创新,是国家间争端解决机制的一次纵深发展。

1. 仲裁庭的造法与缔约方的规避

在预设投资争端解决机制时,考虑到当事方对争议解决过程和结果的公正性、非政治化等诉求,投资条约缔约方授权第三方中立机构——投资仲裁庭——在当事方提出申请时处理特定争议的权利,从而形成了缔约方与仲裁庭之间的授权关系。理论上,这种关系仅维持在争议解决领域,换言之,缔约方仅明确授权仲裁庭解决实际争议而未提及其解释法律并创造法律的权利。任何来自投资条约缔约方对仲裁庭有关条约解释权的授权都是隐晦而不全面的,并不明确且非专属于仲裁庭。^①但这与实践情况并不相符。正统学说认为只有国家能够创造国际法,国际法庭只能解释与适用国际法,学说与司法审判体系只能够帮助将既已存在的国际法以文本形式确定下来,^②解释法律与创造法律是割裂开的;然而在实践中,解释法律与创造法律之间并不存在差异,^③仲裁庭经授权后形成的法律解释权力使其自然地创造了法律。

对仲裁庭隐含的且具有扩张趋势的创造法律的权力,投资条约缔约方对之正形成一种“反抗”态势。考虑到缔约方给予投资仲裁庭明确的争议解决授权以及隐含的条约解释权,缔约方无法期待能够实现作为代理人的投资仲裁庭的完全控制,^④只能在某些特定争议领域以特定方式合理规避这种仲裁庭权力的扩张,“争端参与”式“联合控制”机制便是这样一种尝试。该机制能够真正实现投资条约从形式上双边性向实质上多元性的转化,^⑤即投资条约缔约方在对争议进行联合磋商解决时能够基于双方对争议的深入了解并参考以往相似案例和投资条约,实现从个案适用向嗣后普遍性适用的转变。在此情况下,由缔约双方对条约内容进行解释并对个案适用问题进行把控具有其应然性。

^① See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 American Journal of International Law, 180 (2010).

^② See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 American Journal of International Law, 188 (2010).

^③ See Alan E. Boyle, C. M. Chinkin, The Making of International Law, Oxford University Press, 2007, p. 268.

^④ See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 American Journal of International Law, 198 (2010).

^⑤ See Stephan W. Schill, The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, 2009.

毕竟,投资条约的解释旨在将具体条款的含义与缔约方缔约时的动机相匹配,而非自行修改其最初动机,^①仲裁庭作为无利益牵涉方固然应持中立态度,但囿于其身份很难全面了解东道国采取公共利益措施的背景以及缔约方的缔约初衷,针对某些争议涉及投资条约条款的解释往往狭隘,从而引发投资争端解决的不可预测性和不可控性,进而导致投资仲裁的合法性危机和国际投资框架的破坏,^②而“争端参与”式“联合控制”机制能在一定程度上修复这一漏洞。尤其在我国与“一带一路”沿线国家的投资争端解决问题中,投资者以自身利益为第一要义提出仲裁申请,进而引发仲裁庭的造法活动,可能导致涉公共利益投资争端的解决最终偏离中国与沿线国家在签订投资条约时的预先构想,影响沿线国家的可持续发展能力。“争端参与”式“联合控制”机制则在一定程度上削弱了第三方的预先干预,推动我国与“一带一路”沿线国家通过协商来解决争端。

2.从“扭曲的全球治理”走向“真正的全球治理”

虽然全球化已是不争的事实,但国际社会秩序的治理仍处于西方式治理阶段,即建立在由单一霸主国家主导国际公共产品供给的全球治理模式和格局。^③投资争端解决机制作为传统国际秩序规范的经典,可谓这种西方式治理思维——以西方价值观为主要取向的“西方中心论”——的集中体现。自由是西方价值观的核心内容之一,现行的国际经济秩序也根基于自由主义,追求贸易投资自由化。但是,西方式治理下的投资自由化,忽略了发展中国家发展利益的正义,本质上是国际投资秩序的“扭曲的全球治理”。^④投资条约从投资保护的实体规则到争端解决的程序规则无不印证了这一点。投资争端解决机制面临的正当性危机和可持续发展危机可谓是“扭曲的全球治理”的产物。破旧才能立新,国际投资秩序需要一种真正的治理。

欧盟和美国主导的投资争端解决机制的改革虽然模式不同,但并没有走出争端解决的“准司法”性的桎梏。一方面“准司法”性的投资争端解决机制使东道国的规制权以及可持续发展的努力面临不可预测的风险,要想真正缓解和解除投资争端解决机制面临的正当性危机和可持续发展危机很难;另一方面,“准司法”性程序带来的非输即赢的结果,对投资者的心理预期和东道国的规制权都将是不小的挑战。虽然,世贸组织争端解决机制也具有“准司法”性,世贸组织成员的立法主权受制于世贸组织争端解决机制,但这个“准司法”性有一个前提,即争端解决的任何阶段世贸组织成员间的磋商机制都可适用。这个前提使世贸组织成员的主权获得了尊重。也正是这个前提的存在,世贸组织“准司法”性的争端解决机制才获得广泛认可,其裁决报告才得以获得广泛的执行。

合作作为一种国际治理的手段,早已为国际法治所认可。国际合作之国际法基本原则的地位获得了《联合国宪章》《国际法原则宣言》等一系列法律文件的确认。国际合作的领域早已从过去的政治合作发展到现在的政治、经济、教育、文化、科技等各个方面,现代人类生活的诸多方面几乎都有程度不同的国际合作。中国一贯主张通过国际合作与协商的方式解决国际社会的重大问题。中国通过和平共处五项原则和人类命运共同体理念进一步发展、深化和具体化了国际合作这一基本原则的表达:(1)和平共处五项原则深化了国际合作原则的内涵,其倡导和确立了国家主权、独立自主、关注小国权

^① See ICJ Reports, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/8/008-19500718-ADV-01-00-EN.pdf>, 2019-06-01.

^② See Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 Fordham Law Review, 1521 (2005).

^③ 参见蔡亮:《试析国际秩序的转型与中国全球治理观的树立》,《国际关系研究》2018年第5期。

^④ 参见谢来辉:《从“扭曲的全球治理”到“真正的全球治理”》,《国外理论动态》2015年第12期。

益、反对大国霸权、超越零和博弈、推进互利合作的国际法治核心指向；^①(2)人类命运共同体理念要求国际合作不再通过你死我活的竞争来进行，而是通过共赢的合作来达到目的。^②作为人类命运共同体理念的重要实践，“一带一路”倡议通过“共商、共建、共享”的核心目标和“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”的丝路精神将国际合作原则具体化，为构建“真正的全球治理”之范式提供了新思路。^③和平共处五项原则和人类命运共同体理念同时也为国际争端的解决及相关机制的改革和创新提供了极好的路径导向，“联合控制”机制可谓和平共处五项原则和人类命运共同体理念在国际争端解决机制领域的最好实践。

3. 国家间争端解决机制的创新

《中澳自贸协定》确立了磋商作为投资争端解决的前置程序，进一步弱化投资争端解决机制的“准司法”性，最大限度地顾及投资东道国作为主权国家的尊严。在“争端参与”式“联合控制”机制下，由东道国的“公共利益通知书”，东道国在相关投资争端的解决中获得了一定的主动权，投资者母国也被纳入磋商机制，从本质上将投资争端解决机制从原罪中释放，改变了因投资者母国与投资者身份转换带来的问题，某种程度上为东道国权利义务的平衡提供了形式条件。更为重要的是，投资者母国与东道国的磋商这一前置程序虽看似传统的国家—国家争端解决机制，但实际上两者的效果有很大的不同：在投资条约下，国家—国家争端解决机制因与投资争端解决机制共存，产生了不可避免的问题，即两种救济机制关系难以界定和调和。也正是这一问题导致国家—国家争端解决机制的实践相当有限，这也使得美国缔结的双边自由贸易协定投资章节最终放弃了国家—国家争端解决机制。而根据《中澳自贸协定》，只要东道国发出了“公共利益通知书”，投资者母国就须与东道国就相关问题进行磋商。相比传统的国家—国家争端解决机制，“争端参与”式“联合控制”机制经由东道国的“公共利益通知书”将投资者母国纳入争端解决机制之中，增加了该机制适用的主动性和实践性。同时，投资者母国仅参与磋商程序这一前置程序，不参与后继可能发生的仲裁程序，一方面将投资争端解决的政治风险控制有限的范围之内，另一方面也保证了投资者母国作为投资条约缔约方的条约意志对投资仲裁的影响，对实现争端解决程序中的投资者与东道国利益的平衡至关重要。这一点对涉公共利益投资争端的解决而言尤为关键，因为一方面各国对公共利益的界定和范畴未有明确的共识，另一方面基于非传统安全威胁的跨国性，各国早已是利益和命运的共同体，所以“争端参与”式“联合控制”机制更利于各方达成互解、互谅和共识，最大限度地达成各方利益的妥协与平衡，谋求共同发展的最大利益。不仅如此，“争端参与”式“联合控制”机制在某种程度上可避免投资者在争端解决中的非理性行为。理论上，在对抗中个人可能因“情感宣泄”而导致非理性行为，^④从而使争端的解决变为一场闹剧。而国家在磋商过程中会以更加理性与全面的眼光看待争端的症结之所在。虽然国家间也会存在因利益分歧等产生“国家情绪”从而影响合作，但这种影响通常是暂时的，当双方达成更为长远的共同利益时这种“国家情绪”便会弱化甚至消解。

当然，“争端参与”式“联合控制”机制对缔约双方共同利益以及地位平等的要求较高。澳大利亚

① 参见何志鹏、孙璐：《大国之路的国际法奠基——和平共处五项原则的意义探究》，《法商研究》2014年第4期。

② 参见李寿平：《人类命运共同体理念引领国际法治变革：逻辑证成与现实路径》，《法商研究》2020年第1期。

③ 参见习近平：《在推进“一带一路”建设工作座谈会上的讲话》，载中央文献研究室：《习近平关于社会主义经济建设论述摘编》，中央文献出版社2017年版，第276页。

④ 参见侯怀霞、张慧平：《纠纷解决及其多元化法律问题研究》，法律出版社2015年版，第184～185页。

国立大学罗伯特教授曾对“理想的”投资条约缔约方进行过设定,即拥有同等利益并彼此互为资本输出国与输入国的国家,她认为此类国家能够通过“联合控制”解决争端并通过这种方式吸收和消化不同投资条约规则的优势与劣势,^①因为这类缔约国能够最大程度平衡其作为投资者母国与东道国双重身份下的不同利益取向。这也解释了“联合控制”机制为何能在《中加投资协定》以及《中澳自贸协定》下实现较之以往更深层次的发展:相对而言,更“势均力敌”的中国与加拿大、中国与澳大利亚更符合罗伯特教授对“理想的”投资条约缔约方的预设,因而以“联合控制”机制解决涉公共利益投资争端时出现强国国家迫使弱国做出让步的可能性相对较低。但这就提出了“联合控制”机制在理论来源上存在的另一个重要问题,即如何克服缔约双方实力的先天不平等。如前所述,无论争端是发生于个人间还是投资者与国家间、国家与国家间,双方都不可避免地会存在地位上的差距,而这种差距可能会导致磋商与合作的全面崩盘。强势一方借优势地位将自身诉求强加于弱势一方,而后者迫于压力继而全盘接受,或因拒绝接受而承担遭到报复的风险,都将导致本应用作解决争端的方式成为新争端的导火索,因而需要在“联合控制”机制的设置上对这种先天风险进行预先规避。

(二)机制拓补

1.提高“联合控制”机制的透明度

相较于“预设解释”式和“实时解释”式“联合控制”机制,在“争端参与”式“联合控制”机制中,国家的干预使得投资争端解决有可能面临政治风险,这在一定程度上限制了该机制对公正与透明度的追求。投资争端解决机制经由武力解决、外交解决、国家间解决方式最终发展至投资者—东道国仲裁方式并形成制度,最主要的目的就在于尽可能地避免政治风险,这也是美国投资条约虽然确立了国家间争端解决机制却最终实践有限的重要原因之一。由此,国家深度参与投资争端解决,须以争端解决的透明度为前提。

透明度问题也是投资争端解决机制改革涉及的重要问题。目前,相关的透明度改革措施在于引入面向利益相关方和公众的透明度机制。“争端参与”式“联合控制”机制虽然仅限于涉公共利益投资争端,但由于各国对公共利益的理解有差异,且在“联合控制”阶段这一争端解决的前置阶段,投资者的地位不明确,为避免国家间的磋商带给投资者政治风险,应当明确投资者在“联合控制”阶段的地位,即国家间的磋商可以向投资者开放,或邀请投资者作为第三方加入磋商。此举可防止缔约双方因政治或其他因素考量而选择“牺牲”投资者利益,投资者能够最大程度保护自身权益。同时为避免“争端参与”式“联合控制”机制在实力不均缔约方之间运行的风险,此阶段的磋商也可以引入面向法庭之友的透明度机制。特别是在公共领域跨国化趋势日益显著的背景下,除涉及国家重大安全利益不能公开的信息外,向利益相关方或公众公开磋商涉及的文件、信息等极为必要。

2.引入公共利益措施“必要且适当”的要求

针对东道国采取的涉公共利益措施引发的投资争端,缔约双方的磋商结果应当追求“定量”的效果,即不但应对该措施目的是否“保护公共利益”进行“定性”决定,也应当对该措施是否“必要且适当”进行“定量”分析。“争端参与”式“联合控制”机制尚缺少“必要且适当”要求,这将引发一种风险:投资条约缔约双方在磋商时只能就公共利益措施的目的达成联合决定,至于该措施的必要性与适当性则在双方的掌控之外,最终对措施是否“必要且适当”的争端依然会提交投资者—国家仲裁庭进行仲裁。

^① See Anthea Roberts, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, 56 *Harvard International Law Journal*, 357(2015).

在此情况下,“联合控制”机制就成了一种“纸上谈兵”的机制,从而形成一种局面:如果缔约双方就东道国的公共利益措施达成了一致意见,并且该意见对仲裁庭具有拘束力,之后投资者又以该措施“不必要”或者“不适当”提起仲裁,则这种争端的管辖权又应当归于何方呢?以阿根廷系列投资仲裁案为例,阿根廷与美国等国缔结的双边投资条约对东道国采取的措施提出“保护其本国基本安全利益而采取必要”的要求,阿根廷系列仲裁案的争论焦点不但集中在东道国阿根廷政府所采取的措施目的是否保护根本安全利益上,还包括该措施是否“必要且适当”。换言之,即使阿根廷政府的目的具有正当性,但其采取的措施是否唯一的救济方式?其采取的手段是否超出了其应当遵守的限度?因此,将“争端参与”式“联合控制”机制具体条款修改为“……非歧视的和出于公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共利益目标而采取的必要且适当的措施……”更为妥当。这与中国的一贯主张不谋而合:《中国和东盟全面经济合作框架协议》第10条就曾要求东道国采取的措施应当是为保护国家安全、保护公共道德、保护人类以及动植物的生命或健康等“所必需”的;《中日韩关于促进、便利及保护投资的协定》第19条也规定,对国际收支平衡危机等金融问题采取的措施“不应超过必要的限度”。通过引入“必要且适当”的要求,缔约双方不但能够就东道国的公共利益措施的目的进行磋商,同时也能对东道国容易引起投资争端的规制措施的限度进行考量,最终使“争端参与”式“联合控制”机制运行更有实效。

四、结语

“一带一路”倡议的实施,不仅为扩大沿线各国的经贸投资发展提供了新的平台,也为国际经贸投资规则的改革带来契机。“争端参与”式“联合控制”机制是我国在投资争端解决机制改革上的一次制度创新的尝试。这一制度创新既遵循了国际法上的国际合作原则,也契合“一带一路”倡议的共商共建共享原则,突破了传统投资争端解决机制的束缚,以独特的规范形式再现国际社会互利共赢、和平共处的初心。这一机制不仅将助推中国与“一带一路”沿线国的投资争端解决机制的升级和优化,也符合中国建设自由贸易港多元化争端解决机制的诉求,用以解决自由贸易港内部诸多新型投资争端,具有推广价值。“争端参与”式“联合控制”机制的不断完善和推广,将为国际法规范的创制注入新鲜且富有活力的血液。

责任编辑 何 艳