

欧盟投资协定中的投资者 - 国家争端解决机制

——兼论中欧双边投资协定中的相关问题

黄世席

内容提要:在欧盟近年来对外谈判的贸易和投资协定中,投资者 - 国家争端解决机制成为一个热点问题。尽管欧盟各成员国签订的双边投资协定几乎都包括投资者 - 国家争端解决机制,但作为一个整体的欧盟在 2009 年获得制定对外投资政策的权力后,需要解决欧盟内部在这一机制上存在的分歧。目前各方争论的结果是,在投资协定中保留投资者 - 国家争端解决机制,同时在若干方面进行改革,包括投资争端的解决方式、提起仲裁与国内诉讼的关系、仲裁员的任命、上诉机制、透明度,以及缔约方对条约的解释。这些相关问题在制定中欧双边投资协定中的投资者 - 国家争端解决条款时需要加以注意。

关键词:欧盟投资协定 投资者 - 国家争端解决机制 中欧双边投资协定

黄世席,山东大学法学院教授。

2013 年 11 月启动、2015 年 6 月 5 日结束第六轮谈判的中国欧盟投资协定谈判,是 2009 年《里斯本条约》生效后欧盟委员会代表成员国对外开展的首个投资协定谈判。投资者 - 国家争端解决机制向来是投资协定的主要内容之一,也是谈判时争议较多的问题。投资者 - 国家争端解决机制授权外国投资者将其与东道国政府之间的投资争端提交国际仲裁机构,而不是东道国国内法院。由于其给予外国投资者较之于国内投资者更多的权利,潜在威胁东道国的合法政策决策,并且存在仲裁裁决不一致、仲裁程序缺乏透明度以及不能保障正当程序等问题,因此投资者 - 国家争端解决机制招致各方面异议,^[1]也在一定程度上引起东道国社会团体尤其是人权组织、劳工组织和环保组织的关注。为此,联合国贸易与发展会议先后提出《可持续发展的投资政策框架》和《投资于可持续发展目标

[1] UNCTAD, World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance, United Nations, 2015, p. 128; 詹晓宁、欧阳永福:《国际投资体制改革及中国的对策》,《国际经济合作》2014 年第 7 期,第 12 页。

的行动计划》,〔2〕越来越多的国家也开始在可持续发展的基础上进行投资条约谈判,或者对传统的投资保护条款进行改革。此外,联合国国际贸易法委员会通过了《投资人与国家间基于条约仲裁的透明度规则》,联合国大会也通过了《基于条约的投资者与国家间仲裁的透明度公约》。由此,对传统的投资者-国家争端解决机制进行改革已成为当前国际投资协定谈判的重点。

近年来,随着欧盟与加拿大签署含有投资者-国家争端解决机制的《综合贸易协定》(以下简称《欧加贸易协定》)、与美国进行《跨大西洋贸易和投资协定》(以下简称《跨大西洋协定》)谈判,以及与中国进行双边投资协定谈判,投资者-国家争端解决机制的改革和取消问题再次引起诸多讨论,一些欧盟成员国甚至开始呼吁拒绝签署《欧加贸易协定》,或者不将投资者-国家争端解决机制规定在《跨大西洋协定》中。实际上,传统的投资者-国家争端解决条款的缺陷已经不是欧盟进行双边投资协定谈判的重点,其当前关注的焦点是投资者-国家争端解决机制对东道国国家规制权的影响,以及在调整投资者保护与东道国公共利益方面的失衡问题。以上讨论也导致欧盟与中国的双边投资协定条款的谈判进入公众视野。那么,中欧双边投资协定是否应当纳入投资者-国家争端解决机制?如果是,应当如何规定投资者-国家争端解决机制?本文拟对此进行阐述。

一 欧盟投资者-国家争端解决机制的发展及各方态度

欧盟成立之初并未将对外投资作为自己的权能之一。2007 年《里斯本条约》将“共同商业政策”从成员国转至欧盟的专属权能范围,为欧盟进行投资协定谈判提供了法律依据。直至 2008 年《欧盟运行条约》规定了对外投资谈判的一些具体问题,欧盟才彻底取得对外投资谈判的专属权能。据此,欧盟作为一个整体开始与其他国家进行自由贸易协定或双边投资协定谈判,包括《欧加贸易协定》谈判、欧盟-美国贸易和投资协定谈判以及中欧双边投资协定谈判。投资者-国家争端解决机制在其中都成为争议焦点。截至 2013 年底,欧盟 28 个成员国各自签署的双边投资协定总计已达 1555 个,〔3〕并且几乎都含有投资者-国家争端解决机制。〔4〕因此,在进行投资协定谈判时,欧盟作为一个整体如何协调各成员国的对外投资政策就成为非常重要的问题。

(一) 欧盟层面投资者-国家争端解决机制的新发展

本部分以《欧加贸易协定》为例加以阐述。2014 年 9 月的《欧加贸易协定》是首个授权欧盟公司到欧盟以外地区进行投资的贸易协定,其中的投资者-国家争端解决机制系依据欧盟成员国的实践和传统而制定,一些实体条款和晚近国际投资协定中的规定非常

〔2〕 UNCTAD, World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, United Nations, 2014, pp. 135 - 194.

〔3〕 其中欧盟成员国相互之间签署协定 199 个,欧盟成员国与其他国家签署协定 1356 个。参见 UNCTAD, *Investor - State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union*, IIA Issues Note No. 2, June 2014, p. 3, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d4_en.pdf. 本文网络资料的最后访问日期均为 2015 年 9 月 9 日。

〔4〕 Frank Hoffmeister and Gabriela Alexandru, A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT, 15 *Journal of World Investment and Trade* 379, 396 (2014).

相似,譬如详细规定了间接征收以避免投资者提起针对合法公共政策措施的诉请、不保护“空壳”或“邮箱”公司、禁止依据最惠国条款适用其他协定中的投资争端解决机制等。

《欧加贸易协定》中经过改革的投资者 - 国家争端解决机制主要包括在序言中规定缔约方的规制权、规定仲裁员应当遵守的道德准则、规定缔约双方事先确认的仲裁员名单以确保对仲裁员的控制、确保争端仲裁程序的充分透明度、禁止平行诉请、禁止提起欺诈性或无根据的轻佻诉求、禁止就缔约国议会制定的措施提起赔偿诉请、败诉方承担仲裁费用、非争端缔约方有权发表有约束力的解释意见,以及未来条件可行时设立一个上诉机制。简言之,该协定包含许多现代化的条款,在某种程度上平衡了投资者权益保护与东道国公共利益规制权之间的关系。此外,2014年10月完成的《欧盟 - 新加坡自由贸易协定》(以下简称《欧新自贸协定》)中的投资者 - 国家争端解决机制规定了与《欧加贸易协定》非常相似的制度,在此不做赘述。

(二) 欧盟各机构对投资者 - 国家争端解决的态度

欧盟是国际投资协定的发源地。欧盟委员会2010年投资通报承认通过投资者 - 国家争端解决机制确保有效实施投资保护标准的重要性,认为其是欧盟从成员国双边投资协定中所继承遗产的一个关键部分,也是投资协定的一个标志性特征,该内容的缺失会打击投资者热情,降低东道国对外国投资者的吸引力;基于此,未来欧盟签订的投资协定应当包括投资者 - 国家争端解决机制。^[5]

欧盟理事会在其决议中也指出,有必要在欧盟对外签订的投资协定中规定有效的投资者 - 国家争端解决机制。^[6]2013年6月,欧盟理事会授权欧盟委员会进行《跨大西洋协定》的谈判。2014年10月,欧盟发布了与美国进行《跨大西洋协定》谈判的指令,规定尽可能在现有成员国缔结的双边投资协定的基础上解决投资者与东道国的争端。指令同时规定,应当考虑建立投资者与国家争端解决上诉机制的可能性,并处理好其与投资者 - 国家争端解决机制以及国内争端解决机制之间的关系。^[7]

在此基础上,欧盟和美国开始进行《跨大西洋协定》谈判。截至2015年7月中旬,双方共进行了10轮谈判。投资者 - 国家争端解决条款既是谈判的重点,也是欧盟公众议论的焦点之一。为此,欧盟于2014年3月27日至7月13日进行了一次公开民意调查,结果显示,公众对投资者 - 国家争端解决机制的态度存在很大分歧:绝大多数工会组织、政府机构和消费者组织反对在《跨大西洋协定》中规定投资者 - 国家争端解决条款,而大多数企业协会和大公司则强烈支持。^[8]

[5] Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a comprehensive European international investment policy, COM (2010) 343 final, 7 July 2010, paras. 9 - 10.

[6] Council of the EU, Conclusions on a comprehensive European international investment policy, 3041st Foreign Affairs Council Meeting, 25 October 2010, para. 18.

[7] Council of European Union, Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, 17 June 2013.

[8] European Commission, Report: Online public consultation on investment protection and investor - to - state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), 13 January 2015, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf.

有鉴于此,欧盟委员会决定暂时搁置《跨大西洋协定》中的投资者 - 国家争端解决条款谈判,并在不同场合提出了改革建议。例如欧盟贸易委员即指出,传统的投资者 - 国家争端解决机制不再适合于 21 世纪;要确保欧盟投资者在海外的投资权益,但不应以牺牲国家规制权为代价,尤其是不应强迫国家改变立法政策;未来的投资协定中要建立一个类似于仲裁庭的国际投资法院,有缔约双方共同确定的仲裁员名册和道德准则;在国内法院与仲裁机构的关系方面,禁止平行诉讼,避免投资者获得两次赔偿和浪费仲裁资源。^[9]

欧洲议会支持在《跨大西洋协定》谈判中保留投资者 - 国家争端解决机制,但要求确保不得损害欧洲标准或者各国政府对公共利益问题的规制权,同时要找到一种改革投资者 - 国家争端解决机制的方法。2015 年 7 月 8 日,欧洲议会以 436 票赞成、241 票反对通过了有关《跨大西洋协定》的谈判决议案,其中就有关于投资者 - 国家争端解决机制的革新方案,主要内容包括争端解决过程须透明、举行公开听证会、法官公开委派、建立上诉机制、尊重欧盟和成员国的司法制度、保证私人利益不能有损公共政策目标等。^[10]欧洲议会目的明确,即必须废除传统投资者 - 国家争端解决机制的核心原则,因为其给予投资者更多的权利。

(三) 欧盟成员国对待投资者 - 国家争端解决机制的态度

因其允许投资者可以在国际仲裁机构而不是东道国法院起诉东道国政府,投资者 - 国家争端解决机制正受到越来越多的批评。欧盟成员国对待投资者 - 国家争端解决机制的态度不尽相同,几个重要的欧盟成员都对已经结束谈判的《欧加贸易协定》或正在进行谈判的《跨大西洋协定》中的投资者 - 国家争端解决机制表达了反对意见,包括德国、法国、匈牙利和奥地利。^[11]

以德国为例。德国在国际投资法和国际投资仲裁的发展过程中都发挥了至关重要的作用,不但参与制定了世界上第一个双边投资协定(1959 年《德国 - 巴基斯坦双边投资协定》),而且签订的双边投资协定数量也是世界之最,达到 155 个(目前生效 130 个),^[12]其中多数都含有投资争端仲裁条款。因此,至少到目前为止,德国一直是促进国际投资仲裁发展的积极领导者。^[13]另外,德国投资者也从国际投资仲裁中获得了大量赔偿,西门子公司、德国银行、豪赫蒂夫建筑公司、法兰克福全球机场服务公司、温特沙尔矿业公司等跨国公司都曾利用投资者 - 国家争端解决条款提起仲裁诉请。^[14]尽管如此,德国政界仍然大

[9] UNCTAD, World Investment Report 2015 -Reforming International Investment Governance, United Nations, 2015, pp. 108 - 109.

[10] Julie Levy-Abegnoli, TTIP: EU parliament vote paves way for new ISDS, <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/ttip-eu-parliament-vote-paves-way-new-ISDS>.

[11] Brent Patterson, Hungary says it won't ratify CETA because of ISDS provision, 11 May 2015, <http://canadians.org/blog/hungary-says-it-wont-ratify-CETA-because-ISDS-provision>.

[12] UNCTAD, Germany: Bilateral Investment Treaties (BITs), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBITs/78>.

[13] Doak Bishop, Investor-State Dispute Settlement under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground? *ICSID Review*, Vol. 30, No. 1 (2015), p. 8.

[14] *Siemens A. G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14; *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31; *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12.

力反对投资者 - 国家争端解决机制,这种态度与前述德国对国际投资仲裁的贡献是不相一致的。主要原因也许在于德国因中止核电计划而被瑞典投资者诉至国际投资仲裁庭。^[15]

二 欧盟投资者 - 国家争端解决机制改革建议评析

鉴于欧盟委员在欧盟对外投资政策制定中具有决定性权力,因此本部分主要以欧盟委员近年来的改革建议为讨论对象。

(一) 是否应当规定投资者 - 国家争端解决机制

鉴于《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》都规定了投资者 - 国家争端解决机制,在中国进行双边投资协定以及与美国进行《跨大西洋协定》的谈判中,该问题理应不会成为障碍,然而,欧盟内部的民意调查以及公众舆论却使得该机制的存废成为谈判焦点之一。从美国方面看,奥巴马政府对美国双边投资协定范本进行了长达三年的修改,最后出台了2012年双边投资协定范本,其重要特点之一就是保留了投资者 - 国家争端解决条款。因此,美国不大可能和欧盟签订一个没有投资者 - 国家争端解决条款的协定。更重要的是,排除投资者 - 国家争端解决机制也就意味着失去了对该机制进行改革的机会。无论如何,一个没有投资者 - 国家争端解决条款的《跨大西洋协定》是不可能达成的,毕竟《欧加贸易协定》已经规定了经过某种程度改革的投资者 - 国家争端解决条款。但另一方面,在自由贸易协定中规定投资者 - 国家争端解决机制并非必需,缔约国可能会根据不同谈判对象决定是否纳入投资者 - 国家争端解决机制。^[16] 欧盟投资者和民间非政府组织的意见能否影响到欧盟谈判者,还需拭目以待。

(二) 尊重缔约方的规制权

欧盟不但在《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》序言中规定了国家规制权,而且其领导人也多次阐述国家规制权在公共利益管理方面的重要性。欧盟贸易委员曾指出,鉴于以往投资协定的起草更多地保护到了投资而不是国家规制的权利,目前要用白纸黑字的形式消除任何主权国家对于投资规制权的分歧。^[17] 这种观点与某些对投资者 - 国家争端解决机制的批评意见类似,即投资者 - 国家争端解决机制过多地考虑到了投资者而不是国家的利益。尽管序言中规定的规制权并不具有约束力,但其仍然发出了明确的政治信号,即缔约国认为对投资的保护不能凌驾于本国其他重大公共政策目标之上。^[18]

国家为公共利益而进行规制的权力是至高无上的,无论在任何时候都应当受到尊重。

[15] *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

[16] 例如,2004年《澳大利亚 - 美国自由贸易协定》和2014年《澳大利亚 - 日本自由贸易协定》都没有规定投资者 - 国家争端解决机制,但澳大利亚最近与中国和韩国谈判签订的自由贸易协定中却都含有投资者 - 国家争端解决条款。因此,澳大利亚是根据不同缔约国的保护标准决定是否纳入投资者 - 国家争端解决机制。

[17] Cecilia Malmström, Remarks at the European Parliament on Investment in TTIP and Beyond, 6 May 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4932_en.htm.

[18] 参见张庆麟主编:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第3页。

国际投资协定中任何条款的谈判和制定都不能破坏该原则,相反需要在有关投资协定中明确规定保护国家公共利益方面的规制权。但就目前而言,在投资协定的实体条款中明确规定国家的规制权可能会产生一些利益方面的冲突,毕竟当前的大多数投资协定主要规定的是国家的义务而不是权利。为了保护国家公共利益,可以通过例外条款规定不适用于投资保护的具体事项,例如明确规定国家为公共健康、环保、国家安全等制定的措施损害投资者权益的,不适用投资协定或投资者-国家争端解决机制。

(三) 仲裁员的任命资格和道德准则

欧盟贸易委员强调有必要建立仲裁员名册制度、道德准则以及设立永久的国际投资法院,保障对投资仲裁裁决进行审查并确保其前后一致性。^[19]类似设想已在《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》中有所规定,但尚有不足之处。

首先,建议制定缔约方选择的仲裁员名册是有缺陷的。在某种程度上,解决投资争端国际中心已经制定由各成员国提名的仲裁员名册,但仍未能阻止一些国家继续任命可能倾向于保护投资者利益的仲裁员。因此,仲裁员的独立和公正性仍是一个未获成功解决的难题。

其次,在投资协定中规定一个独立的仲裁员道德行为准则的目的在于真正确保其独立性和公正性,但关键是能否规定解决利益冲突的条款。事实上,现有的仲裁员道德准则并不能防止出现一小部分仲裁员裁定大多数投资争端的情况。另外,国际投资仲裁庭对投资协定中模糊条款所做的有利于投资者的解释方法,也会在一定程度上起到鼓励投资者提起仲裁的作用。

最后,关于仲裁员道德准则的规定已经多次出现在有关的国际公约、国内法、仲裁机构仲裁规则以及国际民间组织(譬如国际律师协会)的规则中。例如,《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 5 章规定有更换仲裁员和取消其资格的条款,要求仲裁员必须公正独立地进行裁决,提交与当事方的可能影响仲裁员独立公正裁决意见的其他关系的声明书,并有义务在随后的仲裁过程中就可能产生的任何类似关系或情况向中心秘书长汇报。另外,在仲裁员道德方面,国际律师协会 2004 年制定的《国际仲裁利益冲突指南》已经运行了十多年,目前已经得到国际仲裁界的公认,对仲裁实务界解决可能产生利益冲突的情形提供了指导作用。仲裁员可以此为准则独立公正地裁决争端,似乎没有必要再在有关的国际条约中专门规定仲裁员的道德准则问题。

(四) 投资仲裁与国内法院救济之间的关系

欧盟贸易委员指出,为阻止当事人向国内法院提起撤销国际投资仲裁裁决的诉求,有必要在国际投资协定中用明确的规则澄清国内法律制度与投资者-国家争端解决机制之间的关系。委员认为,投资者想要利用投资者-国家争端解决机制就必须放弃国内法院救济这一提法不太现实;已有多个投资争端案例表明,投资者在提起国际仲裁前后还可以就东道国某些立法政策的合法性向东道国国内法院提起诉讼。例如,在“瑞典大瀑布电

[19] UNCTAD, World Investment Report 2015-Reforming International Investment Governance, United Nations, 2015, pp. 108 - 109.

力公司诉德国案”中,在德国宣布退出核能源计划之后,瑞典能源公司就该政策的合宪性起诉至德国宪法法院,要求赔偿 47 亿欧元,同时还根据德国 - 瑞典双边投资协定中的投资者 - 国家争端解决条款提起了仲裁诉请。^[20]

实际上,无论是在诉讼开始阶段要求投资者在投资者 - 国家争端解决机制和国内法院之间做出决定性选择,还是要求投资者在提起投资者 - 国家争端解决诉请后放弃国内法院的诉讼权利,都意味着允许投资者选择民间裁判机构而规避国内法院的救济制度,有违诉讼经济原则。

(五) 建立上诉机制和国际投资法院

加强裁决在法律解释和适用方面的一致性,是建立上诉机制最主要和直接的功能和价值所在。^[21] 欧盟委员会关于投资仲裁情况的说明中提及欧盟将如何解决仲裁裁决的一致性;尽管如此,欧盟并未认真考虑过设立一个上诉机制的建议,因为其似乎并不值得投入政治资本。^[22] 另外,欧盟委员建议设立一个常设仲裁法院,^[23] 但即使所有缔约方都有这方面的政治意愿,也可能需要数年的努力才能建成。再者,欧盟并未在《欧加贸易协定》或《跨大西洋协定》谈判中提出任何具体的关于建立常设法院的实质承诺,而只是在有关条款中指出将来可能建立一个上诉机制。这种做法表面上看来有可能推动投资者 - 国家争端解决机制的发展,但并不能解决该机制存在的根本问题。

(六) 仲裁程序透明度

《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》都规定了仲裁程序的透明度问题,欧盟委员也多次重申确保仲裁程序的透明度。根据各国国内法以及大多数国际投资仲裁规则的规定,除非当事人同意,否则投资仲裁程序和相关文件以及裁决基本上都是不公开的,自始至终都应当保密。但晚近以来的实践表明,国际投资仲裁的透明度正在日益增强。一些国际投资条约明确规定了透明度问题,例如 2006 年修订的《解决投资争端国际中心仲裁规则》允许第三方当事人在某些情况下参与仲裁和公开庭审。此外,解决投资争端国际中心网站上也有很多公开的仲裁裁决和相关当事人的资料以及庭审信息,包括临时裁定。联合国贸易法委员会制定的《投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》于 2014 年 4 月生效,联合国贸易与发展会议通过的《基于条约的投资者与国家间仲裁的透明度公约》亦已于 2015 年 3 月开放供各国签署。

可以说,目前国际投资仲裁的透明度已经成为一种制度性常识。实践中除非当事人专门缔结保密协议,原则上相关当事人的信息以及仲裁庭审资料和裁决都应当向公众公

[20] Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Martin Dietrich Brauch, *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark*, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>.

[21] 参见肖军:《建立国际投资仲裁上诉机制的可行性研究——从中美双边投资条约谈判说起》,《法商研究》2015 年第 2 期,第 167 页。

[22] Christian J. Tams, *Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach?* 15 *Journal of World Investment and Trade* 585, 598(2014).

[23] UNCTAD, *World Investment Report 2015-Reforming International Investment Governance*, United Nations, 2015, pp. 108 - 109.

开。毕竟,仲裁裁决的一方当事人是行使国家公权力的主权国家,公众有权了解与国家有关的争端仲裁情况,甚至在某些情况下可以向本国政府索取有关的案件资料,这也正是透明度的一种体现。^[24]从这个角度来说,透明度已经成为国际投资仲裁的当事人应当了解的一种常识性规定,因此在国际投资协定中专门规定透明度似有画蛇添足之嫌。

三 中欧双边投资协定中的投资者 - 国家争端解决条款设计

随着中国海外投资日益增多,中国双边投资协定的模式也在发生改变。自 20 世纪 90 年代起,中国对国际投资规则采取更加宽容的态度,尤其是在争端解决方面尽可能给予投资者程序保障。例如,在可以提起仲裁的争端方面,从原来的只限于国有化或征收的补偿数额争议,扩展至一切与投资有关的争端。就中欧双边投资协定而言,中国对外资本输出的上升趋势以及欧债危机导致欧盟希望和中国签订专门的双边投资协定,一方面可以吸引更多中国投资,另一方面也可以为缔约双方投资者提供一个更加简洁、安全和可预测的投资法律框架。

欧盟 28 个成员国中的 26 个已经同中国签订了双边投资协定,^[25]这些协定大都规定了传统的投资保护和投资者 - 国家争端解决条款,不仅与《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》中的投资条款不同,也与中国晚近签订的《中国 - 加拿大相互保护和促进投资的协定》(以下简称《中加投资协定》)以及《中国 - 韩国自由贸易协定》(以下简称《中韩自贸协定》)中的投资章的规定有所区别。因此,中欧双边投资协定中的投资条款应当如何规定,特别其中的投资者 - 国家争端解决条款如何设计,就成为学者们讨论的重点之一。尽管中国并不反对以仲裁方式解决投资争端,但在投资者 - 国家争端解决条款的设计上,需要特别注意以下问题。

(一) 国家规制权和可持续发展原则

尊重国家规制权往往意味着遵守东道国在环境、社会、健康等公共利益方面采取政策措施的权利,因此与可持续发展有着密切关系。《欧加贸易协定》和《欧新自贸协定》都在条约序言中规定尊重国家的规制权,并有一章专门规定贸易与可持续发展问题,但在投资章没有规定国家规制权和可持续发展问题。《中加投资协定》和《中韩自贸协定》也在序言中规定了可持续发展问题,只是因为协定类型不同而在具体措辞上有所区别。^[26]

需要注意的是,可持续发展近年来在国际投资领域日益受到重视。可持续发展原则已经被国际社会普遍接受为经济社会发展、国际关系和国际投资政策的一般原则。例如,

[24] Stephan W. Schill, Editorial: Five Times Transparency in International Investment Law, 15 *Journal of World Investment and Trade* 363, 372 (2014).

[25] 中国目前与欧盟成员国中的爱尔兰和拉脱维亚没有签订双边投资协定,与比利时和卢森堡联合签订了一个双边投资协定,因此中国与欧盟成员国签订的双边投资协定总数为 25 个。

[26] 前者称缔约方“进一步认识到需要依据可持续发展的原则促进投资”,后者称缔约方“注意到经济发展、社会发展和环境保护是可持续发展相互依赖、相互促进的组成部分,更加密切的经济伙伴关系可以在促进可持续发展方面发挥重要作用”。

2012年联合国贸易与发展会议在《世界投资报告》中提出《可持续发展投资政策框架》，规定了新一代投资协定的含义、核心原则和制定指南。^[27]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，符合资本输出国和外国投资者的共同需要。该原则不仅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。^[28]特别是，该原则意味着东道国在进行外资决策以及外国投资者在投资时，均需遵守可持续发展原则以及利益相关方在可持续发展领域享有的参与权，促使投资协定从偏重保护外资权益转变为平衡当事双方权益，从而促进东道国的可持续发展。这也是近年来国际投资协定发展的一种趋势。

有鉴于此，有必要在中欧双边投资协定中规定投资与可持续发展问题。比较可行的方法是用一个单独条款规定可持续发展投资问题，或者用一般例外条款规定在涉及社会、公共利益或环境等可持续发展问题上，不适用投资协定的规定。后一种方法其实也就是规定国家在某些公共利益问题上的规制权。如果做不到这一点，至少也要坚持在序言中规定缔约方的规制权或者尊重可持续发展原则。

(二) 非诉讼解决方法与东道国法院救济

在中国与欧盟成员国签订的双边投资协定中，有很大一部分较晚签订的协定（主要是1991年以后）明确规定了提起仲裁前的磋商或友好协商制度，并作为必经程序。此外，在提起仲裁前，还要向东道国法院提起诉讼，在一定期限内未获解决的才可以提起仲裁诉讼。^[29]晚近以来，2012年《中加投资协定》第21条规定了仲裁前的磋商制度，2015年《中韩自贸协定》第12.12条第2款规定了争端双方的友好协商制度。至于独立调解，只在中国与丹麦、捷克斯洛伐克的双边投资协定中有所提及；中国与希腊、荷兰的双边投资协定规定了由解决投资争端国际中心进行仲裁或调解；2005年中国与比利时和卢森堡的双边投资协定规定了类似于调解的第三方提供专业建议。^[30]其他双边投资协定对此均无规定。关于调解成功的比例，目前公开的资料很少，但资料显示和解已经成为解决国际投资争端的主要形式之一，以和解结案的案件数量已经占到全部案件的28%。^[31]

[27] UNCTAD, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, United Nations, 2012, pp. 97 - 164.

[28] 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（哲社版）》2013年第6期，第61页。

[29] 例如，参见2004年《中国 - 芬兰双边投资协定》第9条、2005年《中国 - 比利时卢森堡双边投资协定》第8条、2005年《中国西班牙双边投资协定》第9条、2005年《中国 - 葡萄牙双边投资协定》第9条、2007年《中国 - 法国双边投资协定》第7条。

[30] 1985年《中国 - 丹麦双边投资协定》第8条尽管以“仲裁和调解”命名，但其实际内容为投资者向缔约方国内有管辖权的机构申诉，争端双方协商，6个月内未能解决可向缔约国国内有管辖权的法院起诉，以及提交国际仲裁。从其实际内容中看不到“调解”的意思。1991年《中国 - 捷克斯洛伐克双边投资协定》第9条规定，争端双方在提交仲裁前可以选择调解程序。这也是中国与欧盟成员国签订的双边投资协定中唯一规定当事人可以选择调解程序（不是解决投资争端国际中心的调解程序）的条约。1992年《中国 - 希腊双边投资协定》第10条和2001年《中国 - 荷兰双边投资协定》第10条都规定可以由解决投资争端国际中心进行调解或仲裁；2005年《中国 - 比利时卢森堡双边投资协定》第8条第1款规定，争议当事方应尽可能通过磋商程序解决争端，在必要的情况下通过寻求第三方的专业建议或通过缔约方间经由外交途径进行磋商解决争议。笔者认为，“寻求第三方的专业建议”应当包括调解在内。

[31] UNCTAD, Investor - State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014, p. 5, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf.

调解能够便捷地解决投资争端,并且不会太过损害投资者与东道国之间的关系,从而促使投资者-国家间争端得到友好解决。将之与和解和仲裁共同规定为投资者-国家争端的解决方法,并不必然相互矛盾,反而可能是一种更加有效的实现投资争端解决和经济发展可持续性的方法。^[32]有鉴于此,中欧双边投资协定可以考虑将友好协商、磋商和调解放在一起,作为提起仲裁的前提条件。

至于提起仲裁诉请与用尽东道国国内救济的关系,中国与若干欧盟成员国的双边投资协定规定的是“岔路口条款”,即若投资者提出争议之日起一段时间内未能解决争议,则可向缔约方有管辖权的法院起诉,或者根据解决投资争端国际中心或联合国国际贸易法委员会规则提起仲裁。例如,2005 年《中国-葡萄牙双边投资协定》第 9 条、2005 年《中国-西班牙双边投资协定》第 9 条和 2007 年《中国-法国双边投资协定》第 7 条均规定如此。为避免平行诉请,节省当事人开支,中欧双边投资协定可以采取类似《中加投资协定》第 21 条的做法,即在涉及中国的案件中,投资者必须先向中国的司法或行政部门提起救济程序,在不满意后方可提起仲裁诉请;而以欧盟及其成员国为被申请方的案件,中国投资者则可以直接提起仲裁诉请,无需经过国内法院或行政救济途径。

(三) 仲裁员名册和道德准则

《欧加贸易协定》对仲裁员资格、名册和道德准则做了详细规定,《中加投资协定》则仅仅规定了仲裁员的资格,关于仲裁员的选择和道德准则原则上依据所适用的仲裁规则确定。《中国-澳大利亚自由贸易协定》(以下简称《中澳自贸协定》)向前进了一步,在投资章第 15 条规定了仲裁员名单制度。在仲裁员道德准则方面,《欧加贸易协定》将国际律师协会制定的《国际仲裁利益冲突指南》作为规范仲裁员道德行为的准则之一,但是该规则适用于广泛意义上的国际仲裁,而不是专门的投资仲裁。考虑到投资争端的独特性质以及某些仲裁员兼任国际投资仲裁案件当事人的代理人所可能产生的利益冲突问题,建议在中欧双边投资协定中规定仲裁员名册,并要求名册中的仲裁员均不得担任中欧双边投资协定中的投资者-国家争端仲裁案件的代理人。

(四) 上诉机制和国际投资法院

尽管解决投资争端国际中心有自己的仲裁裁决撤销程序,并且根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则以及其他仲裁规则裁决的投资者-国家争端裁决也可以向仲裁地法院提起撤销之诉,但欧盟提出建立上诉机制和国际投资法院的目的恰恰是抛弃现有的国际投资仲裁裁决审查制度,建立由缔约方控制的投资仲裁上诉和审查机制,以更好维护缔约方的国家利益。此外,2015 年 6 月《中澳自贸协定》第 9 章第 23 条规定了上诉审查问题:“自本协定生效之日起 3 年内,双方应启动谈判,以期建立上诉审查机制,审查在此上诉审查机制建立后依据本章第 22 条所作出的仲裁裁决。此上诉审查机制将审理有关法律问题的上诉。”考虑到欧盟成员国和澳大利亚相似的国家制度以及根据不同对象采取不同对策的缔约实践,中欧双边投资协定可以考虑规定上诉机制,但仍暂时不宜设立国际投资法院。

[32] Frauke Nitschke, The IBA's Investor-State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework, *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), p132.

(五) 仲裁程序透明度

《欧加贸易协定》中的投资者 - 国家争端解决条款规定了仲裁程序的充分透明度。中国签订的双边投资协定一般对投资者 - 国家仲裁中的透明度问题持审慎态度,但仍有两个投资协定规定了透明度问题:一个是 2008 年中国 - 墨西哥双边投资协定,其尽管没有明确使用“透明度”的表述,但第 20 条第 4 款规定“仲裁裁决应当公开,除非争端双方另有约定”。另一个是 2012 年《中加投资协定》,其第 27 条至 29 条包含有关于投资者 - 国家仲裁透明度的实体规定;但除了关于非争端缔约方参与庭审以及提交有关协定解释问题的陈述意见、缔约方有义务公布仲裁裁决以及仲裁庭有权接受第三方当事人书面陈述的规定外,该协定涉及的其他透明度事项(包括仲裁中公众参与仲裁审理、查阅文件以及公开仲裁庭审)仍由缔约方自行决定是否公开。这与前述《欧加贸易协定》的规定是不同的。作为折中,中欧投资协定中的投资者 - 国家争端解决条款可以考虑规定,除缔约方明确声明不得公开的保密信息和文件外,所有的仲裁庭审资料和仲裁裁决均应公开。

四 结 语

欧盟是世界上外国直接投资的最大来源地和目的地,^[33]国际投资规则最初也是在欧洲建立的。目前 3200 多个国际投资协定中有近一半都是欧盟成员国签订的。因此,现有投资者 - 国家争端解决机制的主要依据就是欧盟成员国签订的双边投资协定。但欧盟在作为一个整体而获得制定对外投资政策的权力之后,还需逐渐适应这一权力的行使,熟悉国际投资协定的谈判策略和缔约双方的需求,从而为下一步谈判提供合理的要价。

鉴于中国 - 欧盟双边投资协定是欧盟谈判的第一个双边投资协定,而且是在中国海外投资日益增多的现实背景上进行的,因此国际投资协定中的一些传统投资条款,或者说被认为有利于投资者权益的条款是保留还是改革成为一个关键性问题。毕竟,当前国际投资体制的建构目标已经大大超越了传统的投资保护和准入后规制议题,不但纳入了新问题和跨领域问题(如仲裁透明度、环境、劳工等),而且提高了自由化规则的水平 and 标准(如准入前国民待遇、竞争中立原则等)。这些扩展的议题构成了新一代全球投资规则制定的重要内容,从谈判发起到议题界定再到标准确立无疑成为国际投资治理主导权争夺的制高点。^[34]

因此,无论将来的中欧双边投资协定采取何种形式,都要遵守可持续发展原则,并在一定程度上保留国家在环境、健康和国家安全等公共利益方面的规制权。中国缔结的新一代双边投资协定不仅要平衡投资者保护与东道国规制权之间、资本输出国与资本输入国之间的关系,还要有一个具体化的经过改革的争端解决机制。^[35]换言之,根据中国在国际

[33] UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, United Nations, 2014, p. xiv (overview).

[34] 金芳:《金融危机后国际投资体制的建构特征与中国的应对》,《世界经济研究》2014 年第 4 期,第 69 页。

[35] Yongjie Li, *Factors to be Considered for China's Future Investment Treaties*, in Wenhua Shan and Jinyuan Su (eds.), *China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership*, Koninklijke Brill nv, Leiden, The Netherlands, 2014, p. 179.

际投资法上的国家利益、价值观念和权力地位相互结合的考量,中国应当采取审慎平衡保护母国及其投资者权益与东道国及其公共利益的国际投资法立场。^[36]惟有如此,才能更好地促进国际投资的进一步发展和新一代国际投资协定的生成。

[基金项目:山东省 2014 年社科规划重点项目《国际投资法下的人权》(编号 14BFXJ03) 。]

[**Abstract**] Apart from China-US BIT negotiations, China-EU BIT negotiations are the most important bilateral investment treaty negotiations in the world, and because of the EU's public consultation on investor-state dispute settlement (ISDS), ISDS has become the main issue in the academic and political arena. There are several different opinions on ISDS system among EU institutions and its member states. A general opinion is that the ISDS system should remain in China-EU BIT and TTIP, but should be amended in some aspects, such as ADR as dispute resolution means, the relationship between domestic remedies and international arbitration, the appointment of and code of conduct for arbitrators, the possibility of appellate mechanism, the transparency of ISDS and treaty interpretation.

(责任编辑:廖 凡)

[36] 王彦志:《中国在国际投资法上的身份转换与立场定位》,《当代法学》2013 年第 4 期,第 138 页。