

中欧投资协定投资者与国家争端解决条款设计

——基于条款价值的考量*

张 皎 李传龙 郑淑琴

内容提要:当前,投资者与国家争端解决(ISDS)机制面临巨大挑战,欧盟提出建立国际投资法院机制,中国正在考虑构建“一带一路”争议解决机制。在此情况下,中欧全面投资协定中的 ISDS 条款应该采用何种 ISDS 机制?通过对中国与欧盟成员国缔结的双边投资协定及其实践的回顾,本文发现,ISDS 条款具有三方面的价值:作为附属性质的争端解决条款,作为对投资者程序性权利加以保护的实体性条款,以及构建国际话语权的附加价值。从当前欧盟的条约实践来看,欧盟似乎迫切希望通过双边谈判推动多边投资法院的构建,而忽略争端解决条款对于解决未来缔约双方相关争议的基本功能。中欧全面投资协定中的 ISDS 条款原则上可以引入投资法庭机制,但是,一方面不应完全排斥其他 ISDS 机制;另一方面,应当简化制度设计,使其成为一个确实能够在双边层面有助于争议解决的有效机制。

关键词:中欧投资协定 国际投资法院 投资者与国家争端 解决机制 争端解决条款

* 本文为司法部国家法治与法学理论研究项目“欧盟共同投资政策的新发展及其对中欧投资法律框架的影响”和华东政法大学科学研究项目“中国外资安全审查立法研究”的阶段性成果。文章基于 2017 年 11 月在澳门大学举办的“罗马条约签署 60 年之后:欧盟的未来是什么?”国际会议上提交的一篇论文修改而成。感谢会议组织者和与会者在会议期间和会后提出的问题、评论和建议。感谢华东政法大学行政诉讼法章志远教授、魏琼教授就外商投资者在中国的投资争议解决问题接受访谈并提供真知灼见;感谢胡天雄、郭亚楠、周昕亮在论文资料收集、整理过程中提供的帮助;感谢彭晶晶、张生、卡斯特罗(Paulo Canelas de Castro)教授在论文成稿过程中多次交流观点,助益良多。感谢审稿专家对本文修改与完善提出的建设性意见。文中错漏由笔者负责。

一 引言

欧盟拟与中国谈判投资协定的意愿始于2010年。^①一方面,欧盟自2009年开始具有谈判投资协定的权能。^②另一方面,中欧之间经贸合作领域的整体性法律基础仍是1985年的经贸协定,^③双方于2006年开始进行的伙伴合作协定的谈判已处于停滞状态,^④该法律基础难以支撑当前中欧经贸关系的发展。中欧双向投资的发展显示中欧在这一方面尚有巨大潜力。^⑤欧盟委员会贸易委员卡尔·德古特(Karel De Gucht)在其2012年关于中欧投资的报告中提到,中国对欧投资仅占欧盟吸引外资总额的3.5%(美国对欧投资占21%),而欧盟对中国投资仅占欧盟对外总投资的不到2%(对美投资在30%左右)。^⑥中欧投资关系的发展受到诸多限制,如欧盟投资者对中国营商环境的担忧,以及欧盟公众对于中国国有企业及主权财富基金的关切等问题。^⑦因此,欧盟希望通过投资协定的谈判为双向投资扫除障碍。2013年,双方启动了投资协定的谈判,其目的是“为双方投资者提供可预见的,长期进入欧盟和中国市场的渠道,保护投资者及其投资”。^⑧

从2013年底至2020年2月,双方共进行了26轮谈判。在这漫长的七年谈判过程中,国际投资形势、国际投资规制均发生了重大变化,^⑨对中欧投资协定的谈判目标与内容影响甚大。2018年10月进行的第19轮谈判正式开始将协定谈判的内容发展

① “Impact Assessment Report on the EU-China Investment Relations Accompanying the document Recommendation for a Council Decision Authorising the Opening of Negotiations on an Investment Agreement between the European Union and the People’s Republic of China,” SWD(2013) 185 final, Commission Staff Working Document, Brussels, 23.5.2013, p.2.

② 2009年生效的《里斯本条约》将共同商业政策拓展到对外直接投资。由于欧盟在共同商业政策领域整体上享有专属权能,对外直接投资因而自动纳入欧盟的专属权能。See Article 207, Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115, 9.5.2008.

③ 参见张皎:《中国—欧盟投资关系法律框架的新发展》,载杨丽艳主编:《中欧投资与贸易相关法律问题暨欧盟法研究》,广西师范大学出版社2014年版,第316—324页。

④ See Zhang Jiao, “The EU-China Relationship Enters into Bottleneck—A Look at the Ongoing Negotiation of the PCA,” *EU-China Observer*, Issue 4, August 2011, pp.2-9.

⑤ 2009年,中国对欧投资仅位列欧盟投资来源地第20位之后。

⑥ See Karel De Gucht, “EU-China Investment: A Partnership of Equals,” SPEECH/12/421, Brussels, 7 June 2012, p.3.

⑦ See European Commission, “Consultation on the Future Investment Relationship between the EU and China,” Brussels, 2 May 2011.

⑧ European Commission, “Overview of FTA and Other Trade Negotiations,” http://101.96.10.63/trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf, last accessed on 22 January 2019.

⑨ 近年来,投资市场的爆炸式增长,加速了对成熟的国际投资法律制度的需求,这些问题涉及投资自由化、投资保护,包括健全的待遇标准以及一个正常运作的争端解决机制。

为同时涵盖准入前与准入后待遇的全面投资协定。^①也就是说,新的投资协定不再是简单地统一并升级原先欧盟成员国与中国签订的双边投资协定,而是要谈判一份包括市场开放在内的全面投资协定,这对于投资协定而言,并非传统做法。^②国际投资协定有史以来均以投资保护为其主要目的,甚至很多投资协定的名称即为“投资保护协定”。^③将市场开放纳入投资协定中无疑将增加谈判的难度及延长谈判的进程。^④此外,从投资保护的相关实体条款来看,一方面,对于传统的投资保护条款,中欧投资协定的谈判试图反映最新的国际投资规则的发展,如细化国民待遇的例外情况、明晰公平公正待遇与间接征收的概念、明确征收的补偿标准等。另一方面,中欧投资协定的谈判重点还涉及一些新条款,尤其是可持续发展条款及有关国有企业的条款。

从以上中欧投资协定的开启及谈判进程来看,投资者与国家争端解决(Investor - State Dispute Settlement, ISDS)条款似乎不是,至少至今还不是双方谈判的重要关切。中欧双方拟于2020年完成谈判,而从2013年至2020年初的26轮谈判中还基本未涉及投资者与国家争端解决条款的问题。留给谈判者们就投资者与国家争端解决条款进行磋商的时间并不充裕。然而问题是:这份投资协定中的ISDS条款无法从过往的投资协定中直接借用,中欧双方对此条款的文本草案可能相去甚远,其谈判难度理论上来说不亚于任何一条实体条款。在当前国际投资争端解决机制改革的背景下,^⑤国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)作为一个现有的多边ISDS机制,面临着诸多质疑。^⑥欧盟委员会于2015年提出了投资法院制度(Investment Court System, ICS)提案。^⑦该提案明确提到,在所有正在进行

^① See European Commission, “Note to the File: Report of the 19th Round of Negotiations for the EU-China Investment Agreement,” Brussels, 13 November 2018.

^② 参见叶斌:《中欧双边投资协定谈判展望》,载《国际展望》,2015年第6期,第124页;Shan Wenhua and Zhang Sheng, “Market Access Provisions in the Potential EU Model BIT: Towards a Global BIT 2.0,” *Journal of World Investment and Trade*, Vol.15, No.3-4, 2014, pp.422-453.

^③ See Wang Tingliang, “Western Misperceptions and China’s Approach to International Investment Law,” *Santa Clara Journal of International Law*, Vol.17, No.1, pp.13-17.

^④ 在最近2020年1月举行的第26轮谈判中,双方仍在修订有关市场准入的出价。

^⑤ See Zhang Zhiyong, “How to Reform Investor-to-State Dispute Settlement Mechanism: EU’s Practice and Implications,” *Journal of WTO and China*, Vol.6, No.3, 2016, pp.27-50.

^⑥ See the Blog Series by Anthea Roberts and Zeineb Bouraoui Analysing the Concerns States Have Raised in the First Two Meetings of the UNCITRAL Working Group III Posted on 5th and 6th June 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-ids-reforms-what-are-states-concerns/>, last accessed on 8 January 2019; European Commission, “The Identification and Consideration of Concerns as Regards Investor to State Dispute Settlement,” Paper for UNCITRAL WG3, 20 November 2017, pp.7-12; Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision,” *Ford Law Review*, Vol.73, 2005, pp.1521-1625.

^⑦ See European Commission-Press Release, “Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations,” Brussels, 16 September 2015.

和今后开展的欧盟投资协定谈判中,投资法院制度将取代现有的 ISDS 机制,这其中当然包括中欧投资协定的谈判。也就是说,当谈判双方终于历经市场准入及投资保护实体条款的无比艰辛的磋商后,他们仍将面临是否能谈出一个富有创造性的 ISDS 条款的挑战。“富有创造性”是因为双方需考虑在传统的 ISDS 条款的基础上,如何反映国际投资争端解决机制的发展趋势,^①如何融入欧方提出的投资法院制度,如何考虑中方“一带一路”倡议对国际投资争端解决机制的相关利益诉求,是否需要回应实体条款的变化对争端解决机制的新的需求,能否真正有效服务于中欧双向投资过程中投资争端的解决。

二 中国与欧盟成员国已有的双边投资协定及其实践

(一) 中国与欧盟成员国已有投资协定中的 ISDS 条款

自 20 世纪 80 年代以来,中国已与 26 个欧盟成员国谈判并缔结了双边投资协定。^② 这些争端解决机制条款反映了以下主要特点:一是绝大多数双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)都要求当事方通过谈判友好地解决争端,期限一般为六个月;^③二是在中国加入 ICSID 之前,^④投资者可将争议提交给缔约一方有管辖权的法院审理,如涉及征收补偿款额的争议,可应任何一方的要求,将争议提交专设仲裁庭;三是在中国成为 ICSID 缔约方之后,一般来说,投资者有三种选择,即将争议提交缔约方有管辖权的法院、ICSID^⑤ 或专设仲裁庭;四是在大多数情况下,新近的协定中允许投资者将争端提交给 ICSID 或者专设仲裁庭,前提是要求用尽国内行政复议程序。^⑥

^① 参见黄世席:《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》,载《环球法律评论》,2015 年第 5 期,第 149-160 页。

^② 中国与除爱尔兰之外的所有欧盟成员国均已建立了双边投资协定关系。中国又先后与德国、瑞典、芬兰、比利时—卢森堡、西班牙、葡萄牙、法国、罗马尼亚完成了对 BIT 的重新谈判与签署工作。

^③ The one with Finland Requires a Period of Three months. See Article 8, Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the People's Republic of China on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 15 November 2004 and taken into effect on 15 November 2016.

^④ 中国于 1993 年 2 月 6 日成为 ICSID 成员。

^⑤ The one with Lithuania limits the disputes for submitting to the ICSID to “the Dispute Relating to the Amount of Compensation and Other Disputes Agreed Upon by Parties”. See Article 8, Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Lithuania concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 8 November 1993 and taken into effect on 1 June 1994.

^⑥ See Article 9, Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of Malta on the Promotion and Protection of Investments, signed on 22 February 2009 and taken into effect on 1 April 2009. More discussions see also Tao Lifeng and Shen Wei, “The Gap between the EU and China on the ISDS Mechanisms in the Context of the EU-China BIT Negotiations: Evolving Status and Underlying Logic,” *Hongkong Law Review*, Vol.48, No. 3, 2018, pp.1159-1214.

投资者与国家之间的争端解决机制大体上可以分为两个层面:国内层面与国际层面。中国与欧盟成员国之间的投资协定中并未强调 ISDS 机制的国际层面。相反,友好解决争端和提交争端于缔约方有管辖权的法院是处理投资者与国家间争端的首选方式。将 ICSID 列为投资者可选择的争端解决方式之一,只是中国成为 ICSID 缔约方的一个自然结果。数据显示,中国投资者对欧盟成员国政府提起的或欧盟成员国投资者对中国政府提起的 ICSID 案件极少。^① 欧盟成员国投资者在 ICSID 登记的案件共有 471 个,^②而其中仅有 1 起是针对中国政府提出的。大量中欧之间的投资纠纷实际上都通过协商、调解和行政复议等方式解决了。

(二)在国内层面解决争议:以中国国内投资争议解决体系为例

中国和欧盟之间的双向投资逐渐增加,使得双方成为各自投资流向的重要国家或地区,^③在投资过程中发生的投资纠纷就数量而言应远远超过当前国际投资仲裁中的中欧之间投资争议案件数。根据对现有投资争端解决机制的利用情况分析,^④投资者除了选用以 ICSID 为主的国际投资仲裁解决投资争议外,求诸东道国国内救济程序是解决投资纠纷的主要方式。

事实上,在最早签订的一批投资协定中,基于对国家主权的考虑,投资纠纷的解决方式是通过投资者在东道国国内提起诉讼或者通过国家间争端解决方式。^⑤ 随着去殖民化运动和发展中国家的新经济政策的施行,发达国家为增强其对自身海外投资的保护力度,推行设立 ICSID 对投资纠纷进行裁判。^⑥ 不过,投资者与东道国之间的争议解决方式并未随着 ICSID 的出现而呈现单一性,而是愈加多元化。原因主要有二:一方面,投资纠纷范围涉及投资者与东道国间的任何投资争议,由于投资争议轻重程度不同,在应对时,需要予以区分并采用不同的争议解决方式;另一方面,由于国际投资仲裁收费高昂、缺乏透明度等弊端,致其始终未能成为投资者首选的争端解决机制。因而,仍然有大量的投资争议实际上是通过东道国国内争端解决机制解决的。

^① See ICSID Case No.ARB/12/29, Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium; ICSID Case No.ARB/17/19, Hela Schwarz GmbH (Germany) v. People's Republic of China.

^② 统计时间为 2019 年 11 月 21 日,数据来源于 ICSID 官网,<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>,2020 年 2 月 20 日访问。

^③ 根据《2018 年度中国对外直接投资统计公报》,截至 2018 年末,中国对欧盟的 FDI 存量占总存量的 4.6%。根据欧盟统计局数据,2017 年欧盟对中国 FDI 存量占总存量的 4.5%。

^④ See UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2014.

^⑤ See UNCTAD, Dispute Settlement in International Investment Agreements and the Rules of an Indian Model Bilateral Investment Treaty, May 2016.

^⑥ Ibid.

国内争端解决机制的多元化、司法制度的发展与完善对投资争议的解决至关重要。以中国为例,其通过立法已经基本构建起国内解决投资争议的体系,其要点在于根据投资纠纷轻重程度不同采取分级应对措施,而投资纠纷轻重程度取决于投资者自身的判断。改革开放之后,随着引进外资力度的不断加大,针对外资企业与地方行政机关发生的投资纠纷,一些地方政府设置了专门的外商投诉渠道,探索并不断完善通过投诉处理投资纠纷的途径。^① 2006年9月1日,商务部发布《商务部外商投资企业投诉工作暂行办法》,正式从全国层面构建外资企业与地方政府投资纠纷的协调处理机制,对处理投资纠纷的部门和程序做出了详细规定。2020年1月1日正式实施的《外商投资法》第二十六条规定国家建立外商投资企业投诉工作机制,有利于发挥协商机制在投资争议解决中预防及避免纠纷升级的重要作用。

此外,投资者亦可以运用行政复议和行政诉讼程序解决投资纠纷。投资者可就其与东道国行政机关发生的投资争议提起行政复议,或者直接提起行政诉讼。虽然处理机构不同,但二者并非完全割裂的关系,投资者对行政复议决定不服的,一般还可以提起行政诉讼。在自然资源的所有权和使用权这类外商投资的重点领域,《行政复议法》专门规定了针对这些问题的投资争议需要先通过行政复议解决,不能解决争议的才可以提起行政诉讼。^②

三 ISDS 条款的本质及价值目标

从中欧投资者在遇到此类争端时的选择来看,投资者鲜少基于中国与欧盟成员国现有的双边投资协定中的投资者与国家争端解决条款诉东道国政府违反投资协定。那么,投资协定中的 ISDS 条款的价值何在?

(一) 作为附属性质的争端解决条款

对投资者的实体权利予以保护的条文主要存在于三类法律文本中:第一,各国国内保护外商直接投资及投资者的法律法规,尤其是外商投资法;第二,投资者与东

^① 上海市于1989年发布《上海市外商投资企业投诉及处理办法》,设立上海市外商投资企业投诉协调中心,就外资企业在上海的投资、建设、生产、经营和清算等活动中与相关单位发生的投资纠纷进行协调解决。其后,浙江、河南、北京、吉林、辽宁、四川、贵州、湖南、福建等省市陆续出台了类似规定。

^② 参见《中华人民共和国行政诉讼法》第12条、第60条以及《中华人民共和国行政复议法》第6条、第30条。

东道国政府签订的投资合同(Investment Contract)^①;第三,投资母国与投资东道国之间签订的投资协定(Investment Treaty)。这三类法律文本都提供了相配套的争议解决方式,亦即投资者可以基于外商投资法等法律法规中的争议解决条款解决争议,可以基于投资合同中的争端解决条款解决基于投资合同产生的争议,可以基于投资协定中的争端解决条款诉东道国政府违反投资协定中的相关条款。外商投资法律法规、投资合同以及投资协定中给予投资者的待遇既有重叠又有不同的侧重点。

理论上说,三者给予投资者的实体权利重叠度越高,投资者基于投资协定中的争端解决条款诉东道国政府违反投资协定中的相关条款的概率就越低。如前述中国与欧盟成员国缔结的双边投资协定中的争端解决条款所示,若投资者拟诉东道国违反投资协定,除了友好协商外,投资者可以选择有管辖权的东道国法院、专设仲裁庭或ICSID。而东道国法院在法律适用中极少适用投资协定,甚至根据一些国家的国内法,国际协定无法直接适用。^②因而,投资者只得转向专设仲裁庭或ICSID。但是,通过专设仲裁庭或ICSID解决投资争议,代价往往是高昂的。根据经济合作与发展组织(Organisation for the Economic Cooperation and Development, OECD)的报告,平均一个仲裁案件申诉方需承担的费用在800万美元左右,其中82%用于聘请专家和顾问;16%用于仲裁员的薪酬;2%用于支付仲裁机构的行政支持费用。^③这就解释了为何当投资协定中提供的投资保护与东道国国内外商投资法律法规或者投资合同相同,且东道国拥有较好的司法环境的时候,投资者一般不会援引投资协定中的ISDS条款诉东道国政府违反投资协定。

尽管如此,作为附属性质的争端解决条款的ISDS条款的根本价值在于:当投资者拟诉东道国违反投资协定的相关实体条款时,只得寻求附属于投资协定的争端解决机制——ISDS条款。

(二)作为对投资者程序性权利加以保护的实体性条款

值得注意的是,不同于一般合同或条约的争端解决条款,投资协定中的ISDS条款实际上并不仅用于投资者与东道国之间基于投资协定产生的争议,它可以用于解决投

① 投资者与东道国政府签订的“投资合同”,不同于投资者在投资过程中与其他商事主体签订的“商事合同”。为作区分,有些文献中将“投资合同”称为“投资协议”(Investment Agreement)。然而,“投资协议”又容易与国家/地区间签订的“投资协定”(Investment Treaty)相混淆。因而,本文中用“投资合同”指代投资者与东道国政府签订的投资合同/协议,“投资协定”指代国家/地区间签订的投资协定/条约。

② See European Commission, “Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS): Some Facts and Figures,” 12 March 2015, p.3.

③ See David Gaukrodger and Kathryn Gordon, “OECD, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community,” OECD Working Paper, No.3, 2012, p.19.

资者与东道国之间的任何投资争议。它不仅仅是附属于一个条约的争端解决条款,而是要求东道国赋予投资者通过 ISDS 条款中提供的争端解决方式解决投资争议的权利,是一种对程序性权利加以保护的实体性条款。

早先的投资协定里大多没有 ISDS 条款,只有国家与国家争端解决(State-State Dispute Settlement, SSDS)条款。SSDS 条款的条约表述一般是:如果缔约双方对本协定的解释或适用有争议,可以通过如下方式解决……^①而当 ISDS 条款出现时,条约表述是:缔约一方投资者与另一缔约方有关于投资的任何争议,可以通过如下方式解决……^②“有关于投资的任何争议”,根据前文所述,可以理解为既包括基于投资协定产生的争议,也包括基于投资合同产生的争议和基于东道国外商投资法律法规的解释或适用产生的争议。由此可以看出,SSDS 条款是典型的作为附属性质的争端解决条款,而 ISDS 条款更多的是一种缔约国对于投资者寻求投资争议解决的程序性权利的确认与保护。尤其是当东道国无法提供较为良好的司法环境的时候,投资者有基于 ISDS 条款利用国际层面的争端解决机制诉东道国政府的可能。这也是 ISDS 条款产生的初衷,即为投资者提供一个中立的争端解决机制,降低政治考量对投资争端解决的影响。^③

正是因为 ISDS 条款并不单纯是附属于投资协定的争端解决条款,其价值在于保护投资者在与东道国政府发生投资争议时的程序性权利,ISDS 条款的结构设计通常都是将多种争端解决机制囊入其中,以供投资者选择。基于这样的条款结构,投资者可以在面临不同的投资争议时,选择最为合适的争端解决机制。

(三)附加价值:国际话语权的构建

从投资协定本身的价值角度出发,投资协定既可以促进双边投资的发展,为投资者提供高标准保护,同时,也是各国在国际投资规制的竞争中构建话语权的有效路径。相应地,对于投资协定中的 ISDS 条款而言,如若投资协定中的 ISDS 条款能够提供精心设计的、便捷、高效的争端解决机制,那么,该协定中的 ISDS 机制可能受到投资

^① See Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Kingdom of Sweden on Mutual Protection of Investment, entered into force on 1982.3.29; Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Italy concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 1987.8.28; China and Denmark Agreement concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, entered into force on 1985.4.29.

^② See Article 9 of the Agreement between the People's Republic of China and the Portuguese Republic on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 2008.7.26; Article 9 of the Agreement between the People's Republic of China and the Kingdom of Spain on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 2008.7.1.

^③ 参见黄世席:《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》,载《法商研究》,2016年第4期,第163页。

者的青睐,进而有助于有效解决投资者与国家之间的投资争端。另一方面,在国际投资争端解决机制改革的背景下,中国与欧盟就 ISDS 条款的谈判过程本身就是双方在双边层面沟通国际投资争端解决机制相关立场的机遇与平台。如若双方还能在充分有效沟通的基础上,达成一致或部分一致,在投资协定文本中形成 ISDS 示范条款,并纳入双方今后与其他缔约方的投资协定中,这无疑将增加中欧双方在国际投资争端解决机制改革议题上的话语权。

那么,欧盟提出的投资法院制度和正在考虑构建的“一带一路”争端解决机制是否能为投资者与国家之间投资争端解决提供更有效的机制?如何在条款设计上反映中欧双方利益所需?鉴于“一带一路”争端解决机制尚在构建中,而欧盟投资法院制度已具雏形且已纳入欧盟最新的条约实践中,下文主要考量欧盟投资法院制度。

四 欧盟投资法院制度及条约实践

(一) 欧盟与其成员国在投资领域权能分配

根据《欧盟运行条约》(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU)第 207 条,欧盟获得了对外国直接投资的专属权能。该条款将外商直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)纳入共同商业政策(Common Commercial Policy, CCP)范畴内,而 CCP 是欧盟的专属权能。^①之后,欧盟在外商直接投资领域的行动主要有三个方面:首先,与第三国进行双边投资协定谈判;^②其次,推动建立多边投资争端解决法院的公约的谈判;^③再次,提议建立一个投资审查框架,甄选进入欧盟的外国直接投资。^④

欧盟委员会一直在努力推动欧盟共同投资政策的发展,但现实表明,这并不容易,根本问题来自欧盟的权能。单纯地将外国直接投资纳入共同商业政策中,并不意味着

^① Article 207, TFEU reads that “The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalization, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union’s external action”.

^② Regulation No.1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries, OJ L 351/40, 20.12.2012.

^③ Recommendation for a Council Decision Authorizing The Opening of The Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for The Settlement of Investment Disputes, COM(2017) 493 final.

^④ “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union,” COM(2017) 487 final, Brussels, 13.9.2017.

欧盟在所有投资有关的问题上都享有专属权能。^①关于外国直接投资,各国的规制权一般涉及市场准入、投资保护、投资促进、投资争端解决等方面。第207条并未明确欧盟是否具有谈判双边投资协定所涵盖的所有问题的专属权能,能否谈判并缔结建立多边投资争端解决法院的公约,以及能否建立筛选外国直接投资进入欧盟的审查框架。

虽然第三个问题仍处于争论中,但在欧盟拟与新加坡缔结的自由贸易协定的过程中,欧盟委员会已要求欧洲法院回答如下问题:“联盟是否有与新加坡签订自由贸易协定的必要权能?更具体地说,协定的哪些条款属于欧盟的专属权能?哪些属于欧盟的共享权能?协定中是否有任何属于成员国专属权能的条款?”^②欧洲法院在其第《2/15号意见》中已做出答复。根据对拟议协定包括所有相关承诺的审查,如有关市场准入、投资保护、知识产权保护与完善、可持续发展、运输服务的承诺,欧洲法院都认为投资保护属于欧盟的专属权能,因为其对第三国与欧盟之间的贸易具有直接和即时的影响;非直接投资则基于默示权能理论属于欧盟的共享权能;^③而ISDS属于欧盟的共享权能,因为“这样一个将争端排除在成员国法院管辖之外的制度不是纯粹附属性的,因此无法在未经成员国同意的情况下建立”。^④

《第2/15号意见》有助于阐明欧盟与其成员国之间在谈判全面贸易和投资协定方面的权限分配问题,然而,它也带来了一些新的问题,并将对之后的条约实践产生重大影响。^⑤ISDS属于欧盟的共享权能意味着ISDS条款的批准需要经由欧盟以及所有成员国都履行条约批准程序。那么,欧盟是否会缩小协定的内容范围,以便达成一项完全属于其专属权能的协定?还是采用临时适用的方法?^⑥如果欧盟决定不缩小协

^① 参见张皎:《欧盟共同投资政策的发展及其对<中欧双边投资协定>谈判的影响》,载林燕萍、张皎编:《中欧双边投资协定谈判相关法律问题研究》,法律出版社2016年版,第40-61页。关于欧盟与成员国在投资争端解决中的责任分配,参见孙南翔:《论欧盟及其成员国在投资争端解决中的责任分配》,载《欧洲研究》,2018年第1期,第98-114页。

^② Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017.

^③ The implied competence doctrine has been developed through Case 22/70 (AETR), Joined Cases 3, 4, and 6/76 (Kramer), Opinion 1/76, Opinion 2/91, Opinion 1/94, Opinion 2/94, Open Skies Cases, Opinion 1/03, and finally been incorporated into Article 216 of the TFEU, which reads that “The Union may conclude an agreement with one or more third countries or international organisations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve, within the framework of the Union’s policies, one of the objectives referred to in the Treaties, or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope.”

^④ Opinion 2/15 of the Court, 16 May 2017.

^⑤ See Bahar Güçlü, “EU Competences on Trade Policy: Opinion 2/15 and Prospects for Future EU Trade Agreements,” Economic Development Foundation, Istanbul, January 2018, pp.28-30.

^⑥ See David Kleimann and Gesa Kübek, “The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15,” EUI Working Paper RSCAS 2016-58, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-238, pp.15-22.

定的内容范围,这些综合性贸易和投资协定将以混合协定^①的形式缔结,将给缔结和实施带来很大困难。因此,一个简单的降低复杂性的方法是将贸易协定和投资协定分开,以保持贸易谈判的进展,尽管投资协定的问题仍然存在。^② 另一种可能性是在没有国际 ISDS 机制的情况下缔结双边投资协定。

(二) 欧盟国际投资法院提案的内部和外部进展

(1) 欧盟国际投资法院提案

欧盟共同投资政策的最基本任务是在两个方面实现推进:阐明和改进投资保护规则,以及改善争端解决机制的运作方式。^③关于争端解决机制,欧盟一直在通过提出建立多边投资争端解决法院的公约,逐步推动国际投资法院制度的构建。尽管仍处于构建阶段,但欧盟的一系列文件已反映该制度的一些主要特点,^④其中包括:由初审法庭和上诉机构组成的常设法院;公开任命完全合格的法官;具有透明度的诉讼程序和明确的规则。此外,新的机制将保障政府规制权,并防止投资者提出多重或无意义的索赔等。其目的是为投资者提供一个中立、有效、法律上可预测的 ISDS 机制。当前,国际投资法院体系的提案在两个层面推进:一个是投资协定谈判,另一个是多边平台——联合国国际贸易法委员会第三工作组。

(2) 多边:推动多边投资法院议题

2017年7月,联合国国际贸易法委员会启动投资者与国家争端解决多边改革工作,并成立第三工作组来具体讨论此项改革。根据欧盟理事会发布的“谈判指令”,在第三工作组的磋商中,欧盟与其成员国将各自代表欧盟和成员国按照真诚合作的原则

^① See David Kleimann, “Reading Opinion 2/15: Standards of Analysis, the Court’s Discretion, and the Legal View of the Advocate General,” EUI Working Paper RSCAS 2017/23, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-264, p.36.如果协定条款部分属于欧盟权限,部分不属于欧盟的专属权能,对于这些部分条款则需要成员国批准。需欧盟与成员国共同批准的协定为混合协定。对于“混合协定”的具体论述,参见 Christophe Hillion and Panos Koutrakos, eds., *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010.

^② See Guillaume Van der Loo, “The Court’s Opinion on the EU-Singapore FTA: Throwing off the Shackles of Mixity?” *CEPS Policy Insights*, No.17, May 2017.

^③ See European Commission, “Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements,” November 2013; See also the official website of the European Commission on the multilateral investment court project, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>, last accessed on 8 January 2019.

^④ See Colin Brown, “The European Union’s Approach to Investment Dispute Settlement,” Speech at the 3rd Vienna Investment Arbitration Debate, 22 June 2018, pp.10-12.

和预先商定的欧盟立场开展工作。^①

第三工作组的第一项任务分为三个步骤:首先,确定并考虑关于 ISDS 的主要关切问题;其次,根据已确定的问题考虑改革是否可取;再次,如果工作组认为改革是可取的,则应制定相关解决方案,以便向贸易法委员会提出建议。^② 到目前为止,第三工作组已经召开了五届会议,基本确定了考虑改革的主要关切问题为:与裁定缺乏一致性、连贯性、可预测性和正确性有关的关切;与仲裁员和裁定人有关的关切;与投资争端案件费用和延续时间有关的关切;与第三方出资有关的关切。^③

需要注意的是,虽然欧盟将第三工作组当前工作视为推动多边投资法院的平台,但实际上,第三工作组并不以多边投资法院的构建为议题,其议题涉及的是广泛意义上国际投资争端解决机制改革的程序方面问题。其最终改革方案是多样的,包括制定软性法律文书(如拟定投资争端解决规则、拟定关于预防争端的准则等)、建立国际投资法咨询中心、构建一个上诉机制或者设立一个多边投资法院。因而,第三工作组改革的路径可以是渐进式改革,即围绕以上提到的主要关切问题进行磋商并拟定相关多边改革文书;也可以是系统性改革,即建立一个内置上诉机制的多边投资法院。当前,第三工作组的工作方法是不区分渐进改革和系统改革,同步讨论多种改革方案。

对于采取渐进改革还是系统改革的问题,很多国家并没有很绝对的立场,可以视磋商情况再行选择。然而,欧盟的立场是一贯、清晰的,即建立多边投资法院。欧盟早就于 2017 年 11 月 20 日向第三工作组提交了《建立解决国际投资争端的常设机制》的文件,并于 2019 年 1 月 18 日再次将此文件列为欧盟及其成员国提交的文件之附件,供会议讨论。^④ 此外,欧盟理事会发给欧盟委员会的谈判指令的标题全称就是《为了

^① See Council of the European Union, 12981/17, Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, Brussels, 20 March 2018; The European Commission Proposed a Recommendation for a Council Decision authorising the Opening of the Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes on 13 September 2017, and the Council Adopts Negotiation Directives on 20 March 2018.

^② See Working Group III, Investor-State Dispute Settlement Reform, UNCITRAL, https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state, last accessed on 22 January 2019.

^③ 其他非独立关切但需考虑的问题有:以仲裁以外的手段解决投资争端以及争端预防方法;用尽当地救济;反索赔;监管方面的寒蝉效应;损害赔偿额的计算。参见 A/CN.9/930/Rev.1, 第三工作组第三十四届会议工作报告第一部分;A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, 第三工作组第三十四届会议工作报告第二部分;A/CN.9/935, 第三工作组第三十五届会议工作报告;A/CN.9/964, 第三工作组第三十六届会议工作报告;A/CN.9/970, 第三工作组第三十七届会议工作报告;A/CN.9/1004, 第三工作组第三十八届会议工作报告; https://uncitral.un.org/zh/working_groups/3/investor-state, 2020 年 2 月 20 日访问。

^④ 联合国国际贸易法委员会第三工作组第三十七届会议,《投资者与国家间争端解决制度的可能改革——欧洲联盟及其成员国提交的材料》,A/CN.9/WG.II, 2019 年 1 月 24 日。

磋商建立投资争端解决多边法院的公约的谈判指令》。^①对于此项提议,不少国家还是存有疑虑的。^②为综合欧盟及其他工作组成员方的立场,会上提出折中方案,寻找共同点,也就是说,为多边投资法院制定的具体程序可以作为渐进改革的部分,而渐进改革中讨论的关切问题,也同样可以为今后可能的多边投资法院的构建所用。如关于仲裁员/裁决人行为守则的讨论,既是渐进改革中关切的问题,也是拟构建的多边投资法院制度需要讨论的问题。

(3) 双边^③:投资协定中的 ISDS 条款的缔约实践

欧盟委员会明确指出:“在目前和今后的所有欧盟投资协定谈判中,这一新的制度(投资法院制度)将取代现有的投资者与国家争端解决机制。”^④然而,欧洲法院《第2/15号意见》在一定意义上制约了投资法院制度在投资协定中的推进。其实际结果^⑤是:2016年10月30日签署的欧盟与加拿大《综合性经济与贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)^⑥自2017年9月21日起临时生效,将在成员国议会都批准协定后正式生效。与日本的自贸协定谈判拆成了《经济伙伴协定》(Economic Partnership Agreement, EPA)与《投资保护协定》(Investment Protection Agreement, IPA)两部分,前者于2019年2月1日生效,后者由于日本未接受投资法庭制度,因而仍在谈判中。与新加坡的自贸协定则分为《自由贸易协定》(Free Trade Agreement, FTA)与《投资保护协定》两部分,协定文本于2018年10月19日签署,《自由贸易协定》于2019年11月21日生效,而《投资保护协定》仍需欧盟所有成员国根据国内程序批准后生效。与此类似的还有欧盟与越南的FTA和IPA于2019年6月30日签署,FTA将在越南完成批准程序后生效,IPA将待欧盟所有成员国根据国内程序批准后生效。也就是说,欧盟与成员国在投资领域的权限分配使得欧盟的经贸协定要么因需待所有成员国批准而采取临时生效的方式;要么将贸易与投资章节拆成FTA

^① Council of the European Union, 12981/17, Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral court for the Settlement of Investment Disputes, Brussels, 20 March 2018.

^② 联合国国际贸易法委员会第三工作组第三十八届会议(续会):《投资者与国家间争端解决制度的可能改革——上诉机制和多边法院机制(秘书处说明)》,A/CN.9/WG.III/WP.185,第13页。另参见A/CN.9/WG.III/WP.176,南非政府提交的意见书;A/CN.9/WG.III/WP.179,大韩民国政府提交的意见书;A/CN.9/WG.III/WP.180,巴林政府提交的意见书。

^③ 此处“双边”泛指中国与欧盟,以及中国与欧盟及其成员国。

^④ IP/15/5651, European Commission - Press Release, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and other EU Trade and Investment Negotiations, Brussels, 16 September 2015.

^⑤ See European Commission, “Overview of FTA and Other Trade Negotiations,” https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf, last accessed on 1 March 2020.

^⑥ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union and Its Member States, of the Other Part, OJ L 11/23, 14.1.2017.

和 IPA 两份协定, FTA 先行生效, IPA 留待成员国批准后生效; 要么由于谈判对方不接受投资法院制度, IPA 谈判无法终了。

从这些已公开的条约文本内容来看, 欧盟的谈判目标十分明确: 投资法院制度完全取代传统的 ISDS 机制。其基本特征表现为: 第一, 在条款适用范围上, 仅涵盖基于该协定“投资保护”部分的条款产生的投资者与东道国政府之间的争端,^①也就是说该 ISDS 条款是典型的附属于协定的争端解决条款, 有别于传统 ISDS 条款中提到的“任何投资争议”。根据之前的分析, 投资者与东道国政府之间的争议有可能是基于投资合同产生的, 也有可能是基于投资协定产生的, 还有可能是基于东道国国内法律法规产生的, 因此, 传统的 ISDS 条款的功能不仅在于如一般的争端解决条款那样解决基于特定投资协定产生的争议, 更在于缔约方确认投资者在遇到与东道国之间的争议时拥有提起争议解决的权利和途径。而从欧盟已谈判完成的几份投资协定中的 ISDS 条款来看, 适用范围是十分明确具体的, 是典型的附属于协定的争端解决条款。

第二, 在条款结构上, 除了投资法院制度外, 纳入了磋商和调解机制, 但没有国内层面的争端解决机制。磋商成为一种强制程序, 只有经过磋商没有成功的事项才能够提交法庭。^② 调解或其他友好解决争议的方式在任何阶段都是鼓励使用的, 并且在协定中都有一份“调解机制”的附录, 包括如何启动调解程序、如何选择调解员、如何执行等问题。因而, 投资法庭制度的设立并不在于“鼓励诉讼”, 大量的争议可能通过磋商和调解解决。至于为何不像传统的 ISDS 条款那样含有国内层面的争端解决机制以及“用尽东道国当地救济”的要求, 则与第一点有关。如果 ISDS 条款是为了解决“任何投资争议”的, 那么基于东道国国内法律法规产生的和基于投资合同产生的争议通过国内行政、司法救济是合理的。但是, 如果仅考虑解决投资者与东道国之间基于投资协定产生的争议, 那么, 对于国内法院在审理案件中无法适用国际条约的国家而言, 实际上是无法解决此类争议的。也就是说, 基于国际协定产生的争议通过国际争端解决机制解决是最为合理的。然而, 需要注意的是, 对于国际投资协定而言, 虽然协定是国家间谈判缔结的, 但 ISDS 条款却赋予了投资者直接援引协定诉东道国政府的权利。对于这一点, 在国际投资法的理论上仍然是存有争议的, 在此不做展开, 仅就当前不少国家(巴西、印度、南非、玻利维亚、澳大利亚、印尼等)对 ISDS 机制产生的抵触情绪就

^① See Article 8.18 of CETA, Article 3.1 of EU-Singapore IPA, and Art. 3.27 of EU-Vietnam IPA.

^② 文中对“投资法院”“投资法庭”等相关表述主要依据欧盟官方文件中的英文表述: 欧盟在投资争端解决机制改革中整体提出的方案被称为“投资法院制度”(Investment Court System, ICS), 多边层面推动的为解决投资争端的“多边投资法院”(Multilateral Investment Court, MIC), 双边层面推动的、纳入投资条约 ISDS 条款中的机制被称为“投资法庭”机制(Tribunal)。

可见一斑。^① 这些国家的根本关切是:外国投资者越过东道国当地救济直接援引投资协定通过国际争端解决机制诉东道国政府是无法接受的。因而,欧盟投资协定中的 ISDS 条款虽然反映了当前通过磋商和调解等友好方式解决投资争议的趋势,却并未解决国际投资争端解决机制面临的根本关切:东道国司法主权。

第三,从条款价值来看,欧盟投资协定中的 ISDS 条款显而易见是追求国际投资争端解决规制话语权,即通过双边谈判促成部分国家接受投资法院制度,并进而支持欧盟多边投资法院的构建。一方面,在投资法庭的制度设计上,条约文本完全“照搬”欧盟在多边层面对国际投资争端解决机制的改革建议,包括采用诉讼非仲裁的方式、构建上诉机制、提高法官专业素养要求、推进透明度原则、兼顾中小企业的利益诉求等,几乎所有多边改革方案尽数纳入其中。同时说明未来多边投资法院成立之后,条约中的 ISDS 条款将与多边投资法院挂钩。但另一方面,需要思考的问题是,协定本身毕竟是一个双边协定,无论这些改革的建议在多边层面是多么的正确,它们是否适宜于解决基于双边投资协定产生的争议则是另一回事。双边协定的争端解决条款常常选用国际上已有的争端解决机制。^② 即使需要特设争端解决机制,也多为小而专的法庭或仲裁庭。将一个多边争端解决机制完整建构在双边层面,满足了欧盟在国际投资争端解决规制中的话语权需求,但却是以牺牲双边投资协定中的争端解决条款有效解决基于协定产生的争议的价值为代价的。如果多边投资法院久久无法建立,甚至最终都没有设立,那么,基于这些投资协定产生的争议要如何解决呢?况且,在全世界构建数十个双边投资法庭本身也是不现实的。

当前,欧盟与加拿大、新加坡、越南的协定中均设立了投资法庭,当然,还有待于欧盟所有成员国通过国内程序批准才能正式生效。而日本则因为没有接受该制度,导致投资协定整体尚未完成谈判。欧盟已明确表示将在所有欧盟投资协定中推进投资法院制度。此“强硬”态度是否会导致未来多份投资协定谈判陷入僵局?中国在中欧全面投资协定的谈判中是将接受投资法院制度促使完成历时多年的投资协定谈判,还是不接受投资法院制度致使协定文本完成谈判变得遥遥无期,又或是有折中方法呢?

^① See Trishna Menon and Gladwin Issac, “Developing Country Opposition to an Investment Court: Could State-State Dispute Settlement be an Alternative?” <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/trishna-menon/>, last accessed on 1 March 2020.

^② 如双边的贸易协定会选择将争端提交 WTO 争端解决机制;传统的 ISDS 条款会选择将争端提交 ICSID 等。

五 中欧全面投资协定中的 ISDS 条款设计需要考虑的问题

(一) 适用范围: 基于投资协定产生的争议还是任何投资争议

从上文的分析可以看出,与之前中国与欧盟成员国签署的双边投资协定不同,欧盟最新的条约实践是明确将 ISDS 条款的适用范围限定在基于投资协定产生的争议的。那么,在中欧全面投资协定中的 ISDS 条款的适用范围是“任何投资争议”还是“基于投资协定产生的争议”呢?从条款价值来说,后者是典型的附属于条约的争端解决条款,而前者则还有保护投资者在解决投资争议时的程序性权利的功能。所以,问题可以转化为在中欧全面投资协定中保护投资者在解决投资争议时的程序性权利是否必要。

对于这个问题的考量,取决于缔约双方国内法上对外国投资者解决与东道国之间投资争议的相关规定。如果条约中不做规定,那么将来投资者与东道国之间基于国内外商投资法律法规或者基于投资合同产生的争议与投资协定就没有关系了,投资者只能根据相应的争端解决条款提起争议解决。如果条约中作规定,那就意味着东道国有保护投资者在遇有与东道国之间的争议时通过条约中规定的方式提起争议解决的程序性权利,如果缔约方不能提供保护,那么投资者可以基于投资协定的争端解决条款诉东道国违反投资协定中的 ISDS 条款。考虑到由此可能产生的条款解释上的争议,以及不同的投资合同实际上可能需要采取不同的争端解决机制,将 ISDS 条款的适用范围限定在基于条约产生的争端是较为合理的。此外,需要注意的是,此次中欧协定中一大重要的特征是将投资准入也纳入投资协定中,因而,称为“全面投资协定”。那么,投资准入部分的条款是否排除在投资者与国家争端解决条款适用范围之外,也是缔约方应当考虑的问题。

(二) 条款结构: 投资法庭机制还是多项可选 ISDS 机制并行

假设 ISDS 条款的适用范围是基于投资协定中的“投资保护”条款产生的争议,那么,这样的 ISDS 条款有没有存在的必要?有的话,是确定一种争端解决机制,还是多种争端解决机制并行供投资者选择?如果只确定一种的话,欧盟提出的投资法庭机制是不是最合适的?

一般国际条约中的争端解决机制是用于缔约双方对条约条款的解释与适用有争议时解决争议的机制。也就是说,就投资协定中的条款的解释与适用有争议的缔约方可以通过争端解决条款中的机制解决争议,即投资协定中的 ISDS 条款。而投资仲裁

实践显示,投资者也可以基于投资协定诉东道国政府。^①虽然有些国家认为这并非当时缔结条约时的原义,^②但现实中,尤其是ICSID受理的此类案件已然不少。而令人颇具疑惑的是,ICSID是为处理投资合同的争议而设立的。^③对于投资协定究竟有没有赋予投资者直接援引投资协定诉东道国政府的问题在理论上存疑,但在实践中已如此操作了数十年,并且似乎很难再回到原点。近些年的投资协定越来越多且越来越具体地直接赋予投资者实体权利。在这样的趋势下,ISDS条款也显得愈加有实际意义。

对于解决投资者与东道国之间基于投资协定产生的争议,中国与欧盟成员国缔结的投资协定中几乎都要求当事方首先通过谈判友好地解决争端;如果争端通过友好谈判未能得到解决,投资者可以选择通过缔约方有管辖权的法院、ICSID和其他专设仲裁法庭解决争议。这与欧盟投资协定实践中只列投资法庭机制的条款结构是不同的。当前,各国正通过联合国国际贸易法委员会第三工作组进行国际ISDS机制改革的磋商。如前文所述,多边层面的改革结果有可能是系统性的,如欧盟所想成立多边投资法院;也可能是渐进式的,即对现有的ICSID等争端解决机制进行改良。在此之前,投资协定中的ISDS条款,如果要反映当前国际ISDS机制改革的趋势,应当在充分利用替代性争议解决方式的基础上,尊重东道国司法主权,并为未来的多边争端解决机制的发展留有余地。

通过调解的方式解决投资争端,不受法律法规在实体和程序上的限制、方便灵活,有利于维护投资者与东道国的长期合作关系。当前,充分发挥调解在解决投资争议中的作用已逐步形成共识。国际商会制定了投资者与国家间调解规则,能源宪章组织于2016年通过了投资争议调解指南,CETA等欧盟最新投资协定实践也都在附件部分设计了具体的调解机制,这些都可以为中欧全面投资协定中调解机制的设置提供有益借鉴。

至于通过缔约方有管辖权的法院解决争议,作为东道国的司法机关,对于投资争议所涉及的公共政策、投资者利益等实际因素有相较于国际ISDS机制更加深入的了解和评判。对于投资者而言,也最为便捷。当然,东道国有管辖权的法院能否发挥解决投资争端的功能,一方面取决于东道国整体的司法环境,另一方面取决于东道国法

① 1976年至2016年期间,70%以上的ISDS案件实际上是根据投资协定提起的,其中只有1%是基于投资合同提起的。See European Commission, "The Identification and Consideration of Concerns as Regards Investor to State Dispute Settlement," Paper for UNICITRAL WG3, 20 November 2017, p.6.

② See Trishna Menon and Gladwin Issac, "Developing Country Opposition to an Investment Court: Could State-State Dispute Settlement be an Alternative?"

③ See J.Christopher Thomas and Harpreet Kaur Dhillon, "The Foundations of Investment Treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the review of Arbitration Awards," *ICSID Review*, Vol.32, No.2, 2017.

院能否解决基于投资协定产生的争议。^①

在当前国际 ISDS 机制改革尚未定型的情况下,无论是替代性争议解决方式,还是东道国救济,或者是国际投资仲裁,均应在 ISDS 条款设计中予以考虑。投资纠纷发生之后,对于当事人而言最重要的是公正、高效的解决争端,挽回损失。^②效率和正义的衡量在当事人的反复选择和尝试下才会趋于平衡。允许投资者对争议解决方式进行选择,可能是当前多边 ISDS 机制命运未卜的情况下较为适宜的选择。欧盟的投资协定实践中都为将来多边投资法院建立后,双边投资法庭向多边投资法院的转移做了规定。同样,更全面的考虑应当是也为将来国际 ISDS 机制的其他发展留有余地,包括中国可能为“一带一路”设计的争端解决机制。^③

(三) 条款价值:国际话语权构建还是争端解决

如前文所分析的,欧盟在当前投资协定的 ISDS 条款谈判中关注点明显在于推动未来的多边投资法院的设立。那么,问题是:中国对于国际 ISDS 改革的立场是否也是支持多边投资法院的设立?中欧全面投资协定中的 ISDS 条款是只服务于国际话语权的设置,还是也被寄希望于有效解决中欧之间基于投资协定产生的争议?

国际投资争端解决机制可用于解决投资合同或投资协定下的争端。最常用的国际 ISDS 机制(ICSID)是为处理投资合同的争议而设计的,这也意味着当前没有专门为处理因投资协定而产生的投资者与国家间争端设计的争端解决机制。欧盟现在正在大力推广投资法院制度,作为当前国际 ISDS 机制改革的一项方案。然而,欧盟面临的内部和外部挑战表明,多边投资法院的成立尚需时间。基于“一带一路”建设的法治需求,我国也正试图为国际 ISDS 机制提供新方案。然而,到目前为止,还没有正式成形的机制。中欧全面投资协定的谈判就是在这样的背景下进行的。

从目前中国在多边层面向第三工作组提交的文件来看,中国当前正在积极参与多边 ISDS 改革,但尚未明确表态支持多边投资法院的提案。中欧全面投资协定的谈判为中欧在双边层面的沟通提供了平台。在双边层面完全不采纳投资法庭机制似乎不

^① 我国最高人民法院设立了国际商事法庭,以便公正、及时地审理国际商事案件,创造稳定、公正、透明、便利的国际商事环境。但从目前的规定来看,尚不能受理投资者与东道国之间基于投资协定产生的争议。See China International Commercial Court, <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/index.html>, last accessed on 21 January 2019.

^② 参见漆彤:《投资争议处理体系的三大构成》,载《社会科学辑刊》,2018年第4期,第137页。

^③ “一带一路”倡议提出之后,推动了很多项目的开展,并促使“一带一路”沿线国家之间达成了各种合作协定。毋庸置疑,争端解决机制是构建以规则为基础的“一带一路”的一个重要方面。相关讨论参见王贵国:《“一带一路”争端解决制度研究》,载《中国法律科学》,2017年第6期,第56-71页;初北平:《“一带一路”多元争端解决中心构建的当下与未来》,载《中国法律科学》,2017年第6期,第72-90页;张皎:《构建以条约为基础的综合性和平解决机构的建议》,载外交部、中国法学会编:《规则与协调:“一带一路”法治合作国际论坛文集》,法律出版社2018年版,第125-128页。

太可能,因为这可能将导致历经近十年谈判的投资协定毁于最后的 ISDS 条款。然而,却未必要全盘接受该投资法庭机制。^① 实际上,虽然都接受了该机制,欧盟与加拿大、新加坡、越南签署的 ISDS 条款也并不完全相同。例如,与加拿大的文本中初审法庭由 15 名法官组成,与新加坡的文本中由 6 名法官组成,与越南的文本中由 9 名法官组成。既然投资法庭机制也是对基于投资协定产生的投资争端解决的一种解决方案,而且如果完全不接受可能导致谈判无限期延长甚至破裂,那么,可以将其在 ISDS 条款中列为一个选项予以考虑。^② 然而,将一个多边投资法院制度整体放入一份双边投资协定中,对于该双边投资协定而言,就过于繁重了。更何况,从中欧多年来的投资争端实践而言,为了极少数的中欧之间基于投资协定产生的争端,配备一个具有初审及常设上诉机制的投资法庭极有可能会造成供远大于求。因此,在考虑具体规则的时候,应当尽可能简化制度设计,使其不仅能满足欧盟推动投资法院制度的需求,也能切实有助于中欧之间投资争端的解决。

六 结语

通过考察中国与欧盟成员国现有的投资协定中的 ISDS 条款及其实践,对于中欧全面投资协定中的 ISDS 条款有如下五点启示:第一,友好协商是所有中国与欧盟成员国投资协定中共有的首选的争议解决方式,仍应在未来的全面投资协定中确立并提倡。第二,赋予投资者在现有的投资争议解决机制中(包括东道国有管辖权的法院、专设仲裁庭、ICSID)中进行选择,也是现有投资协定中的共有模式,可予以保留。需要考虑的是,是否要求“用尽当地救济”。第三,改善国内司法环境可以有效降低投资者对国际投资争端解决机制的依赖。第四,投资协定中实体条款的变化,尤其是投资协定下东道国对于投资保护的义务如若高于国内外商投资法律法规或者投资合同中的义务,可能增加投资者援引投资协定中的 ISDS 条款诉东道国政府的概率。因此,在 ISDS 条款的设计中,必须考虑中欧全面投资协定在实体条款方面与原有传统投资协定的差异。第五,投资协定中 ISDS 条款本身的改革与优化将为投资者提供新的可选的争端解决方式,促进投资争议的有效解决。

^① 参见叶斌:《欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案:挑战与前景》,载《国际法研究》,2016年第6期,第71-82页。

^② 参见肖军:《中欧 BIT 的投资者—东道国争端解决机制:基于中加 BIT 与 CETA 的比较分析》,载《西安电子科技大学学报(社会科学版)》,2015年第2期,第76-84页;邓婷婷:《中欧双边投资条约中的投资者—国家争端解决机制:以欧盟投资法庭制度为视角》,载《政治与法律》,2017年第4期,第99-111页。

欧盟当前全力推动多边投资法院制度使得其在双边投资协定的实践中也不遗余力地推动该制度,并且将此视为必须达成的谈判任务。在中欧全面投资协定谈判中,ISDS 条款的谈判难度并非来自处理争议的需求,其复杂性在于欧盟和中国对国际 ISDS 机制都有自己的新提案,而这些新提案都命运未卜。欧盟的多边投资法院在很多规则上确实可以弥补近年来国际 ISDS 机制存在的问题。但是完整地将一个多边投资法院制度放入双边投资协定的 ISDS 条款却是不适宜的。中欧全面投资协定中的 ISDS 条款原则上可以引入投资法院制度,但是,一方面不应完全排斥其他 ISDS 机制;另一方面,简化制度设计,使其成为一个确实能够在双边层面有助于争议解决的有效机制。

在此背景下,充分利用替代性争端解决机制,以及提高处理投资者与国家争端的国内行政和司法能力都是协定外有利于投资者与东道国之间争端解决的有效路径。而协定中的 ISDS 条款必须具有包容性和灵活性,为未来国际 ISDS 机制的发展留出空间。为此,设立一个管理投资协定实施的联合委员会非常必要,它不仅可以对实质性条款做出联合解释,而且能积累处理双边层面投资者与国家间争端的经验。这将为欧盟和中国提供一个平台,以协调双方对 ISDS 机制的立场,并有利于双方在多边层面上推动关于国际 ISDS 机制改革的建议。

当然,以上分析都是建立在综合考虑传统的 ISDS 条款,国际 ISDS 机制的发展趋势,中欧双方在国际 ISDS 机制改革中的相关利益诉求,条约实体条款的变化对争端解决机制的影响,以及中欧双向投资过程中投资争端解决的实际需求的基础上,对于一个理想中的 ISDS 条款的思考。而真实谈判的过程则受到各种因素影响。尤其在双方希望在 2020 年完成谈判,而目前还未就 ISDS 条款充分交换意见的情况下,为顺利完成谈判,直接引入类似于欧盟与新加坡投资保护协定中的投资法庭机制也是可能的,毕竟中欧双方基于投资协定产生的争端数十年来都十分罕见。但是,欧盟作为多边 ISDS 改革的主要推手,中国作为双向投资大国,中欧全面投资协定未来的示范效应也不可小觑。协定中实体条款的变化是否会增加投资者对 ISDS 条款的利用率也还是未知数。因而,可以说,ISDS 条款是在中欧全面投资协定谈判过程中看似实质性影响不大,实则规范性、隐含性影响力很强的条款,应予以综合、全面地考量与研究。

(作者简介:张皎,华东政法大学国际法学院讲师;李传龙,华东政法大学硕士研究生;郑淑琴,华东政法大学硕士研究生。责任编辑:张海洋)