

## 国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争

王 燕

**内容提要:**针对国际投资仲裁机制的缺陷,美国与欧盟在传统双边投资协定模式的基础上,分别以北美自由贸易协定模式与常设仲裁模式加以改革。两种模式在仲裁员由谁指定、上诉机制的设置以及仲裁庭的常设性和多边性等方面存在制度分歧。美欧的制度之争不仅反映了两国对国际投资仲裁机制改革应采取投资者主导型还是东道国主导型路径的不同认识,还反映了两国对国际投资仲裁制度主导权的争夺。对此,中国宜在多边路径下将国际投资仲裁机制纳入世界贸易组织争端解决机制,在区域路径下采纳北美自由贸易协定模式并加以适当调整。

**关键词:**国际投资仲裁 北美自由贸易协定模式 常设仲裁模式 投资者主导 东道国主导

王燕,广东外语外贸大学副教授。

国际投资仲裁机制自产生以来,为国际投资协定所广泛采纳,但在适用过程中也因过度保护投资者、挑战东道国公共政策及条约解释不一致等问题而备受争议。20世纪末至21世纪初,美国立足于投资者主导的国际投资仲裁机制,以《北美自由贸易协定》国际投资仲裁条款为基础,对仲裁程序的透明度和参与性以及仲裁机制的问责性不断加以改进,以增强美式投资仲裁制度的全球影响。欧盟近年则以《欧加全面经济与贸易协定》和《欧越自由贸易协定》的签署为契机,试水东道国主导的常设仲裁机制,在协定中启动多边投资仲裁庭谈判。

国际投资仲裁机制改革的美欧分歧何在?中国又应采取何种立场?本文以《北美自由贸易协定》、《欧加全面经济与贸易协定》、《中澳自由贸易协定》等国际协定中的投资仲裁条款为分析对象,比较美欧对国际投资仲裁机制进行改革的不同模式,进而探讨美欧何以循着不同路径展开国际投资仲裁机制的制度竞争,最后对中国在美欧制度之争背景下应当采取的立场提出建议。

## 一 国际投资仲裁机制改革的美国与欧盟模式

当前,除少数国际投资协定(如澳大利亚与欧美的自由贸易协定)未设置国际投资仲裁机制以外,绝大多数国际投资协定均将国际投资仲裁机制作为投资争议解决的主要方式。但各协定因主导国不同,所采纳的国际投资仲裁模式及条款不尽相同。总体而言,国际投资仲裁在发展演进过程形成了传统双边投资协定模式、北美自由贸易协定模式及常设仲裁模式这三种代表性模式。

传统双边投资协定模式(以下简称“传统 BIT 模式”)形成于 20 世纪 60 年代。<sup>[1]</sup> 该模式脱胎于商事仲裁制度,授予投资者对东道国政府违反国际投资协定的行为提起仲裁的权利,允许其自由选择国际投资争端解决中心(ICSID)或联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)提供的仲裁规则或双方约定的其他仲裁规则开展仲裁,相关投资协定对仲裁员指定、仲裁程序透明度和参与性、上诉机制、轻佻仲裁请求(frivolous claim)、竞合或平行程序等不作限定或补充。这种模式在 20 世纪 90 年代之前发达国家与发展中国家签订的双边投资协定中比较常见。

20 世纪 90 年代之后,国际投资环境发生重大变化。新兴国家崛起后,南南合作、北北合作增加,资本流动不再限于南北国家之间的依附型流动,而更多地呈现对等关系。国际投资争端也由北南案件占主导地位转变为北北案件与北南案件平分秋色。1998 年新增的国际投资争端中,北北案件首度超过北南案件;2002 年至 2004 年期间,北北案件更是占据新增国际投资争端的 60% 以上;其后虽有所回落,但仍超过北南案件。<sup>[2]</sup> 以“大河烟草公司诉美国案”(Grand River Enterprises Six Nations Ltd v. United States)、<sup>[3]</sup>“梅思恩公司诉美国案”(Methanex Corp v. United States)、<sup>[4]</sup>“菲利普·莫里斯亚洲公司诉澳大利亚案”(Philip Morris Asia Limited v. Australia)<sup>[5]</sup> 为代表的北北案件,多由跨国公司发起,争议对象多为发达国家的公共健康及环境政策,而不再是传统上东道国政府对投资财产的直接征收措施。投资争议类型的改变,催生国际投资仲裁机制功能的转变。资本输出国所提供的条约文本不仅需要具备海外投资利益保护的“攻击性”功能,还需具备防范境外投资者滥诉以及制约本国政府行使提供环境、公共卫生等公共产品职能的“防御性”功

[1] 本文所谓“传统 BIT 模式”,特指 ICSID 及 UNCITRAL 规则尚未作出修订和补充前国际投资协定所采纳的国际投资仲裁机制。2006 年 ICSID 规则修订后对仲裁程序透明度和参与性进行了改善,2013 年 UNCITRAL 亦通过了《透明度规则》。因此,即便国际投资协定争端方在协定中并未对投资仲裁程序作出附加规定,倘若适用修订后的 ICSID 规则和 UNCITRAL 规则,其在程序透明度和参与性等方面也已有所改进。

[2] Thomas Schultz and Cédric Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, 25 *European Journal of International Law* 1147, 1156 (2014).

[3] *Grand River Enterprises Six Nations Ltd v United States*, Award, ICSID Case No. ARB/10/5, 2011, para. 127.

[4] *Methanex v United States*, Award, 2005, Part IV, Chapter D.

[5] *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

能,<sup>[6]</sup>并由此改善国际投资法制环境。<sup>[7]</sup>

美国率先对国际投资仲裁机制作出调整。1994年《北美自由贸易协定》第11章国际投资仲裁条款对传统BIT模式作出修订,形成北美自由贸易协定模式(以下简称“NAFTA模式”)。NAFTA模式仍允许争端方选择ICSID和UNCITRAL等投资仲裁规则,但在协定中对后者作出补充或限制。例如,该协定增强了仲裁程序透明度,允许非争端第三方及“法庭之友”提交意见书,<sup>[8]</sup>这些都是对传统BIT模式的调整。又如,在争端方未能指定仲裁员或首席仲裁员的情形下,该协定将ICSID仲裁规则下世界银行行长对仲裁员的指定权转移至《北美自由贸易协定》秘书处,<sup>[9]</sup>从而强化了争端方对仲裁员的控制,对传统BIT模式形成限制。

《北美自由贸易协定》对国际投资仲裁机制的改革并不彻底,虽然提高了国际投资仲裁程序的透明度与参与性,但未从根本上解决仲裁庭的问责性不足和裁决不一致问题。为此,在《北美自由贸易协定》后,美国持续对NAFTA模式进行改进,在《美国与中美洲五国和多米尼加自由贸易协定》及《美国与新加坡自由贸易协定》中提出设置上诉机制的构想,<sup>[10]</sup>以强化仲裁机制的问责性。2016年签署的《跨太平洋伙伴关系协定》中有关仲裁程序透明度、第三方参与、上诉机制的条款亦延续了美式国际投资协定对NAFTA模式进行改革的传统。<sup>[11]</sup>目前,除美国以外,NAFTA模式还为加拿大、日本、韩国等国对外签订的国际投资协定所采纳。中国在2014年签署的《中加投资促进及保护协定》和2015年签署的《中澳自由贸易协定》中也采纳了此种模式。

欧盟对国际投资仲裁机制的改革要晚于美国,但改革力度更大。1999年金融危机后,比利时、希腊、塞浦路斯等欧盟成员国因调整财政政策而纷纷陷入投资争端,<sup>[12]</sup>使得欧洲议会不得不正视国际投资仲裁机制对欧盟公共政策的挑战,要求欧盟委员会制定具体政策,避免成员国公共政策成为投资者起诉对象。<sup>[13]</sup>此后,改革乃至废除国际投资仲裁机制的呼声在欧盟各成员国此起彼伏。在与美国进行的《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》谈判中,欧洲市民高呼废除国际投资仲裁机制,而欧洲议会及欧盟委员虽然最终决定保留国际投资仲裁机制,但对其予以大幅改革,例如严格限定仲裁员资质和任期、固定仲

[6] 参见王燕:《区域法治规则治理与政策治理模式的比较与探析》,《法商研究》2016年第2期,第162页。

[7] Thomas Schultz and Cédric Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, 25 *European Journal of International Law* 1147, 1163 (2014).

[8] NAFTA, Article 1128, 1137.

[9] NAFTA, Article 1124.

[10] CAFTA-DR-US, Annex 10-F; US-Singapore FTA, Article 15.26.

[11] Trans-Pacific Partnership Agreement, Article 9.9, 9.23, 9.22.

[12] 例如,参见 *Ping An v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29; *Poštová banka, a. s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8; *Marfin Investment Group v. The Republic of Cyprus*, Notice of Dispute (Jan. 23, 2013)。

[13] European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by International Agreements to Which the European Union is Party, 335 (2012), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc\\_149567.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf). 本文网络资料的最后访问时间均为2017年1月20日。

裁判员名册、设立上诉机制等。<sup>[14]</sup> 2015年5月欧盟贸易委员提交的一份报告提出设立常设仲裁庭的构想。<sup>[15]</sup> 设立常设仲裁庭、以东道国为主导的常设仲裁模式最终出现在2016年欧盟与加拿大和越南分别达成的《欧加全面经济与贸易协定》和《欧越自由贸易协定》中。常设仲裁模式与NAFTA模式的一致之处是,投资者依然可以选择适用ICSID和UNCITRAL等仲裁程序规则,国际投资协定对仲裁程序的透明度、第三方参与等问题作出较多补充。区别则体现在三个方面:第一,常设仲裁模式设立常设仲裁庭,固定仲裁员名册,设有仲裁员资质、任期及与律师竞业禁止等规定,仲裁员名册由缔约国确定和更换。<sup>[16]</sup> 在具体投资争端中,仲裁庭根据随机原则指派仲裁员裁决案件,投资者和东道国均不再享有指定仲裁员的权利。<sup>[17]</sup> 第二,在常设仲裁模式下,设有上诉机制,上诉庭的构成和上诉审查权限均已确定,<sup>[18]</sup>不再是NAFTA模式下需要缔约国谈判的事项。第三,根据《欧加全面经济与贸易协定》,常设仲裁庭当前虽仅为缔约方之间的双边仲裁庭,但未来意图发展为一个多边仲裁机构,彼时缔约方投资争端将根据多边仲裁机制裁判。<sup>[19]</sup> 不过,常设仲裁模式目前仍处于摸索阶段,仅在上述自由贸易协定中出现,尚不具有普遍性。

可见,美国与欧盟为改进国际投资仲裁机制,在传统BIT模式基础上采取了不同路径,并存在明显的制度分歧。此种制度之争,既反映了美欧对于国际投资仲裁机制改革路径的认识分歧,亦反映了两者对国际投资仲裁制度的领导权之争。

## 二 美欧对国际投资仲裁机制改革的路径之争

美国与欧盟之所以分别选择NAFTA模式和常设仲裁模式来回应并改革国际投资仲裁机制的制度缺陷,首先源于美欧对国际投资仲裁机制缺陷的认识差异。NAFTA模式是投资者主导的改革路径,本质上仍属私人商事仲裁模式;常设仲裁模式则是东道国主导的改革路径,本质上为处理公法争议的路径。

在欧盟看来,国际投资仲裁机制自产生开始,便是以商事仲裁机制为原型设计的,其秘密性以及裁决非由常设机构作出的非中心化特征,必然导致条约解释及裁决的不一致。<sup>[20]</sup> 而当前的国际投资争议事项多为公共政策,实属公法争议。NAFTA模式虽然改善了透明度和参与性,但本质上仍为投资者主导的争议解决机制,并未从根本上偏离私人

[14] European Commission, Trade for All-towards a More Responsible Trade and Investment Policy, Pt. 4. 1. 2 (2015), <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.events-and-activities-trade-for-all>.

[15] See Cecilia Malmström, Investment in TTIP and Beyond-the Path for Reform: Enhancing the Right to Regulate and Moving from Current ad hoc Arbitration towards an Investment Court, Concept Paper (2015), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

[16] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.19-8.29, Annex29-A, paras 40-45.

[17] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.27.

[18] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.28.

[19] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.29.

[20] Mark A. Clodfelter, The Future Direction of Investment Agreements in the European Union, 12 *Santa Clara Journal of International Law* 159, 173 (2013). 作者所称的仲裁庭的“非中心化”意指“非集中化”,即国际投资仲裁的仲裁员由投资者和东道国指定,在临时基础上组建,而不是由一个集中或中心化的机构来指定仲裁员。

商事仲裁模式。以此解决国际投资争端,并放任其演变为国际公法的一部分,<sup>[21]</sup>是对国际投资争端的误读。常设仲裁模式正是为了矫正这种投资者主导性,建立一个东道国主导的争端解决机制,以更好地处理投资者与东道国之间具有公法色彩的投资争议。

常设仲裁模式设立了常设仲裁机构,固定了仲裁员名册,纠正了国际投资仲裁机制的非中心化缺陷。仲裁员须符合严格的任职资格要求及竞业禁止规定,在个案中由仲裁机构随机指派。仲裁员的稳定性和连任规定有助于维持裁决的先例作用,上诉机制的设置则显著增强了国际投资仲裁的问责性,使得仲裁庭更接近于执行公法职能的国内法院或处理政府间争端的世界贸易组织(WTO)争端解决机构。

值得一提的是,常设仲裁模式的条约解释规则除适用《维也纳条约法公约》外,还需适用成员方之间适用的其他国际法原则,<sup>[22]</sup>由此可确保欧盟对外缔结的环境及人权公约在争端中适用,从而弥补既往国际投资仲裁机制对环境和公共卫生等公共政策考量的不足。此外,常设仲裁模式下的上诉庭不仅有权审查仲裁裁决的法律适用错误,还可审查其事实认定错误,<sup>[23]</sup>其权限甚至超越了仅对专家组的法律适用和解释进行审查的WTO上诉机构。由此,常设仲裁模式顺应了欧盟强化决策民主性和正当性的要求,避免非由选民选举亦非基于严格标准选拔的仲裁员对欧盟及其成员国的公共政策指手画脚,<sup>[24]</sup>实现了对国际投资仲裁机制彻底地“去商事化”。

与常设仲裁模式所建立的东道国主导的公法争议解决机制相比,NAFTA模式虽然对仲裁员资质、程序透明度和参与性亦有所改进,并开启了上诉机制谈判,但因保留了投资者对仲裁员的指定权,本质上仍属投资者主导的仲裁模式,难以去除商事仲裁机制的痕迹,因此仅能实现对传统BIT模式的温和改良,而无法彻底回应国际投资仲裁机制当前所暴露出的过度保护投资者、裁决不一致等本质缺陷。

在欧盟看来,即便NAFTA模式对国际投资仲裁机制的透明度和参与性做了改良,其改革实效也因国际投资协定的碎片化而被削弱。截至2015年12月31日,国际投资协定总数已达3304个。<sup>[25]</sup>国际投资仲裁机制在实际运作中因适用不同协定而缺乏一致性,降低了其确定性和可预见性。<sup>[26]</sup>倘若相关改革无法有效限制投资者的滥诉行为,并避免投资者“挑选条约”和“挑选法院”,其改革实效便无法落到实处。

一方面,国际投资仲裁机制改革须具有应对投资者滥诉的能力。常设仲裁模式与

[21] Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law (Second edition)*, Oxford University Press, 2008, pp. 536 - 537.

[22] 欧盟曾在WTO转基因产品案中主张适用“预防性原则”,但专家组未予支持。《欧加全面经济与贸易协定》明确适用欧盟和加拿大共同接受的国际协定,这意味着在投资争端中将需要考虑欧加批准的环境协定所采纳的原则,如预防性原则。参见 *EC-Measures Affecting Approval and Marketing of Biotech Products*, 2006, DS/WT/291, 292 and 293。

[23] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.28.

[24] JHHW, Reflections; European Hypocrisy: TTIP and ISDS; Masthead Changes; Roll of Honor; In this Issue; Christmas Reading? Christmas Gifts? 25 *European Journal of International Law* 961, 965 (2014).

[25] UNCTAD, *World Investment Report 2016*, p. 101 (2016), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf).

[26] International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc. A/CN.4/L.682 (4 April 2006), para. 419.

NAFTA 模式均通过限缩投资及投资者的定义、增加实质性投资等要求、授权仲裁庭驳回轻佻仲裁申请等方式降低投资者滥诉的几率。<sup>[27]</sup> 但相比常设仲裁模式下将仲裁员固定的“中心化”仲裁机制,允许投资者挑选仲裁员的 NAFTA 模式仍是“非中心化”的,即便设有禁止投资者滥诉的条款,该条款亦可能因仲裁员解释不一致而在适用中存在不确定性。

另一方面,避免投资者恶意挑选条约攻击东道国公共政策已成为国际投资仲裁机制改革必须应对的挑战。<sup>[28]</sup> 尽管 NAFTA 模式已为资本输出国所广泛适用并替代了传统 BIT 模式,但投资者仍可通过挑选条约的方式迂回攻击东道国公共政策。在“纽蒙公司诉印度尼西亚案”(PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia)中,<sup>[29]</sup>美国纽蒙公司在荷兰设立壳公司对印尼投资,由此回避适用《美国与印尼双边投资协定》,转而适用《荷兰与印尼双边投资协定》,<sup>[30]</sup>并利用后者对适格投资及投资者不作限制这一点,起诉印尼政府的产业政策。“菲利普·莫里斯亚洲公司诉澳大利亚案”亦是如此。2006年《美澳自由贸易协定》已弃用国际投资仲裁机制,而要求投资者诉诸东道国司法救济。澳大利亚菲利普·莫里斯公司向澳大利亚最高法院起诉败诉后,其母公司美国菲利普集团指示子公司菲利普·莫里斯亚洲公司收购菲利普·莫里斯澳大利亚公司,而后根据《澳大利亚与香港地区双边投资协定》向澳大利亚政府提起国际投资仲裁。跨国公司利用公司重组来挑选条约的行为亦挑战了欧盟成员国的公共政策。在“凤凰公司诉捷克案”(Phoenix Action v. Czech Republic)中,<sup>[31]</sup>捷克的 BP 公司因对捷克政府改变财政政策不满,向其提起国内诉讼。随后 BP 公司被以色列凤凰公司所收购,“国籍”发生改变,从而得以以色列投资者的身份向捷克政府提起国际投资仲裁。捷克政府认为 BP 公司为向捷克政府提起国际投资仲裁,借由上游收购成为外资公司,以满足《以色列与捷克双边投资协定》的投资者身份要求,此种非善意行为不应适用国际投资仲裁的规定。

由上述三起投资争端可见,跨国公司借助于上游或下游公司重组,不仅可以“挑选”对自己最有利的国际投资协定,造成传统 BIT 模式对于 NAFTA 模式“劣币驱逐良币”的后果,在东道国与母国未设国际投资仲裁机制的情况下甚至还可以通过“变更”母国来提起仲裁,从而导致国际投资协定适用的不确定性。导致这种现象的主要原因在于资本输入国与不同国家签署的国际投资协定所采纳的国际投资仲裁模式不一致,而只有建立多边层面的单一仲裁机制或上诉机制,方能保障裁决的一致性。<sup>[32]</sup> NAFTA 模式虽为多数

[27] Comprehensive Economic Trade Agreement, Article 8.18, 8.32; Trans-Pacific Partnership Agreement, Article 9.23, 9.28.

[28] Julien Chaisse, Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Investment Treaties and Arbitrations, 11 *Hastings Business Law Journal* 221, 249 (2015).

[29] PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/14/15.

[30] 因为《美印双边投资协定》适用的是 NAFTA 模式,而《荷印双边投资协定》适用的是传统 BIT 模式。

[31] Julien Chaisse, Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Investment Treaties and Arbitrations, 11 *Hastings Business Law Journal* 221, 249 (2015). 仲裁庭最终认为仅为了获得国际管辖权的公司重组并非善意的投资,而驳回了投资者的仲裁申请。

[32] 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169页。

资本输出国所采纳,但未建立统一的多边国际投资仲裁机制,在应对投资者挑选资本输入国条约这一现象时力不从心。故此,欧盟的常设仲裁模式提出设立多边国际投资仲裁庭的倡议,以期实现国际投资仲裁机制的去碎片化。倘若多边仲裁庭在欧盟、加拿大及越南之外,获得主要资本输入国的响应,并在投资协定中授予多边仲裁庭优先管辖权,则可降低投资者挑选条约和法院的可能性。

两相比较,常设仲裁模式在回应投资者挑战东道国公共政策、仲裁庭过度保护投资者、裁决不一致等方面确实更胜一筹,其建立多边仲裁庭的构想亦有助于降低国际投资仲裁机制的碎片化,避免投资者挑选条约和法院。就此而言,令人疑惑的是,美国作为国际投资仲裁机制最早的改革者,为何未像欧盟一样,萌生仿照公法争端解决机制建立东道国主导的仲裁机制的想法?

必须看到,国际投资仲裁机制自产生之日起,便是一种投资者驱动的利益保护机制。正是基于国际投资仲裁机制的投资者主导特征,投资争端实现了“去政治化”,为发达国家海外投资利益扩张保驾护航,促进了全球资本流动。诚然,国际投资仲裁机制存在裁决不一致等缺陷,并因对东道国的公法人格及公法利益予以私法化而为学者所诟病。<sup>[33]</sup> 但为资本输出国所普遍认同的是,国际投资仲裁机制总体运行良好,实现了投资促进及保护功能。<sup>[34]</sup> 因此对资本输出国而言,国际投资仲裁机制改革的重点是为投资者提供一个可供便利使用的救济机制,以应对域外不同法制环境,并避免本国公共管制权限受到境外投资者攻击。20世纪以来,国际投资法律形成了投资待遇、投资保护和投资保障三位一体的保护理念,<sup>[35]</sup> 侧重于投资保护的国际投资仲裁机制是其不可分割的一部分。尽管有学者提出公法性投资争端解决机制可以提升争端解决的效率、透明度和裁决一致性,从而更受投资者青睐,<sup>[36]</sup> 但任何显著扭转投资者在国际投资协定中地位的改革均难以获得投资者的支持。以 NAFTA 模式国际投资仲裁上诉机制改革为例。2002 年美国《贸易促进授权法》要求贸易代表在对外谈判中与其他国家就设立国际投资仲裁上诉机制进行谈判。据此,美国在与新加坡和中美洲五国及多米尼加的自由贸易协定以及与乌拉圭、卢旺达的双边投资协定中均提出启动上诉机制谈判的设想。2004 年美国亦曾建议对 ICSID 仲裁程序进行改革,设立上诉机制。但上述改革建议最终均未获得采纳。在全球投资利益集团看来,上诉机制的设置将削弱国际投资仲裁机制的效率及对投资者利益的保障。公法性争端解决机制或许能保证仲裁裁决的一致性和稳定性,促进国际投资法的去碎片化,但彻底的“去商事化”亦可能存在矫枉过正的风险,增加争端解决的成本和程序负担,挫伤投资者海外投资积极性。就此而言,NAFTA 模式容忍国际投资仲裁机制改革的不完全性,不乏美国有意维持该机制攻击性功能的考虑在内。

[33] 参见蔡从燕:《国际投资仲裁的商事化与去商事化》,《现代法学》2011年第1期,第152页。

[34] Julien Chaisse, Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Investment Treaties and Arbitrations, 11 *Hastings Business Law Journal* 221, 227 (2015).

[35] Julien Chaisse, Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Investment Treaties and Arbitrations, 11 *Hastings Business Law Journal* 221, 236 (2015).

[36] 参见[尼]苏里亚·P.苏贝迪著:《国际投资法:政策与原则的协调(第三版)》,张磊译,法律出版社2015年版,第1页。

### 三 美欧不同国际投资仲裁模式下的制度领导权之争

2013年美国与欧盟启动《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》谈判后,国际投资仲裁机制改革究竟应采纳美式的NAFTA模式还是欧盟所提倡的常设仲裁模式,成为争议焦点。美国与欧盟对各自模式的坚持,除反映上文所述的改革路径认识分歧外,亦反映了美欧对于国际投资仲裁制度领导权的争夺。

从美国立场来看,推动NAFTA模式为更多国家所采纳,有利于巩固美国在国际投资仲裁机制领域的制度优势。首先,推广NAFTA模式有利于美国巩固世界银行下属的ICSID对于国际投资仲裁案件管辖的主导。NAFTA模式允许投资者自由选择ICSID、UNCITRAL及其他可适用的仲裁程序规则,但在实践中,多数国际投资仲裁申请均向ICSID提起。1972年至2010年期间,ICSID受理的国际投资仲裁申请为324件,约占该期间国际投资仲裁数目的60%;同期根据UNCITRAL规则提交的仲裁申请为162件,约占30%。<sup>[37]</sup>世界银行作为美国创设的布雷顿森林体系下的三大国际组织之一,其下属的ICSID对于国际投资争端管辖的优先性,代表了美国在国际投资仲裁机制上的制度优势。常设仲裁模式虽授权投资者选择适用ICSID仲裁规则,但以常设仲裁庭受理争端为前提,这势必减损ICSID对于投资争端管辖、仲裁员指定以及仲裁程序的控制,淡化ICSID在国际投资争端解决中的主导性。由此,美国对NAFTA模式的推广有利于延续ICSID对国际投资仲裁争端的管辖优势。

其次,从美国创建NAFTA模式开始,沿区域路径推广美式国际投资仲裁规则便成为其渐进掌握国际投资仲裁制度主导权的一种路径。当前,NAFTA模式已为主要资本输出国的国际投资协定所采纳,美式制度推广已取得显著成效。因此,相对于接受欧盟的常设仲裁模式,继续推广NAFTA模式更有利于维持美国对国际投资仲裁制度的主导地位。2002年美国《贸易促进授权法》要求贸易代表基于美国模式创建自由贸易协定下的争端解决机制,以便美国基于本国标准将国际贸易与投资争端解决机制模型化,创建一套为本国投资者所熟悉的程序。<sup>[38]</sup>因此,在《北美自由贸易协定》后,美国先与立场一致或者话语相对弱势的国家,如新加坡、澳大利亚、智利、中美洲五国、多米尼加、巴林、摩洛哥等缔结国际投资协定,采纳美式国际投资仲裁规则,进而借助缔约对方进一步的对外缔约,实现对美式投资仲裁规则的推广。欧盟常设仲裁模式对仲裁程序透明度、参与性等方面的改革之所以与美式规则相差不多,亦源于美式规则对加拿大等与欧洲经贸往来密切的国

[37] Thomas Schultz and Cédric Dupont, Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study, 25 *European Journal of International Law* 1147, 1149 (2015). 该文作者统计了1972年至2010年期间ICSID、海牙国际仲裁庭、国际商会及斯德哥尔摩商会仲裁院受理的国际投资仲裁数目以及投资者在这些机构之外、依据UNCITRAL规则提起的临时仲裁申请的数目;该期间有记录的仲裁申请为541起。

[38] Eric Gilman, Legal transplant in Trade and Investment Agreements: Understanding the Exportation of US Law to Latin America, 41 *Georgetown Journal of International Law* 263, 268 (2009).



家的影响。<sup>[39]</sup> 亚洲各国受 NAFTA 模式的影响也日趋明显。继新加坡、日本和韩国采纳 NAFTA 模式后,中国的国际投资仲裁条款亦出现向美式规则靠拢的倾向。2007 年后,中国在与发达国家的国际投资协定谈判中采纳《北美自由贸易协定》文本,相关国际投资仲裁条款以 NAFTA 模式为主。例如,《中加投资促进及保护协定》与《中澳自由贸易协定》的国际投资仲裁条款均允许非争端第三方提交书面材料,增强了仲裁程序的透明度;《中澳自由贸易协定》甚至启动了上诉机制的谈判。

最后,对 NAFTA 模式的区域化推广,亦便于美国以其在区域机构下的制度优势弥补多边机构影响力的不足。尽管如上文所述,ICSID 对国际投资争端的受理体现了美国在国际投资仲裁制度上的制度优势,但 ICSID 作为多边机构,当其成员方增加时,美国的控制力便会减弱。因此 NAFTA 模式在对传统 BIT 模式改革时,规定在适用 ICSID 仲裁程序规则时,争端方倘若未能指定首席仲裁员,则将由美国签署的双边或区域国际投资协定所设机构进行指定,而非由世界银行行长任命。<sup>[40]</sup> NAFTA 模式的这项改革旨在以美国在双边及区域协定下的制度控制优势,强化美国对首席仲裁员的指定权。欧盟所倡导的常设仲裁模式未来将推动区域仲裁庭的多边化。这意味着除了当前的倡导国欧盟、加拿大和越南之外,其他发达国家及新兴发展中国家均可加入。美国并非该制度的创设国,不具有制度设计的先发优势。该仲裁机构的多边性亦与美国在双边和区域协定下强化和补充本国制度主导权的意图不符。因此,常设仲裁模式并不符合美国以若干控制力度更强的双边或小型区域网络替代控制力度较弱的多边网络的立场。

基于上述三点,在当前 NAFTA 模式已为主要资本输出国家所适用的情形下,美国借助国际投资协定的签署,进一步推广美式投资仲裁模式,相对于另起炉灶、与具有一定话语优势的欧盟进行多边仲裁机制谈判,显然系更优方案。

欧盟的立场恰与美国相反。2016 年欧盟常设仲裁模式的出台,不仅缓释了域内民众对于国际投资仲裁机制的强烈不满,亦正面与美国展开制度竞争。欧盟坦言,避免 NAFTA 模式的“传染”正是其创设常设仲裁模式的一个重要原因。<sup>[41]</sup> 全球金融危机后,欧盟受累于欧元区经济危机、难民危机及英国脱欧等因素,在全球经济治理中被质疑为“代表性过度”,强势话语权不再。欧盟亟需寻求话语联盟,在选定领域展开与美国的制度竞争。国际投资仲裁机制系尚未多边化的领域,且又面临各国对该制度的质疑和不满,欧盟以改革国际投资仲裁制度为契机,与加拿大等国联合,在 ICSID 之外另起炉灶,不失为寻求话语联盟、挑战美国制度主导权的有益尝试。并且,常设仲裁模式的东道国主导的公法特征使得该机构与欧洲人权法院接近,不仅扩大了欧盟司法体系的全球影响,亦有利于欧盟对仲裁员及律师的培养和输送。

但需要看到的是,欧盟所倡导的常设仲裁模式要想与 NAFTA 模式一较高下,还存在

[39] 尽管《欧加全面经济与贸易协定》采纳了常设仲裁模式,但在此之前,加拿大《2004 年双边投资协定范本》与美国《2004 年双边投资协定范本》在国际投资仲裁机制方面的规定相同。

[40] NAFTA, Article 1124.

[41] Mark A. Clodfelter, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, 12 *Santa Clara Journal of International Law* 173, 176 (2013).

较大的不确定性,NAFTA 模式在未来一段时间内仍将保持竞争优势。一方面,从采纳常设仲裁模式与 NAFTA 模式的国家的资本流动情况来看,2015 年欧盟作为一个整体为全球第一大资本输出国和输入国,美国为全球第二大资本输出国和输入国,日本为第三大资本输出国,中国则为第三大资本输入国及第四大资本输出国。<sup>[42]</sup> 表面上看,采纳 NAFTA 模式的美国、日本和中国与主张常设仲裁模式的欧盟在资本输出量上不相伯仲,意味着美欧在对外谈判时均可借助资本输出的优势游说缔约方接受其各自青睐的模式。但欧盟的资本输出以域内流动及对美国的投资为主,在游说其他资本输入国接受其国际投资仲裁条款时的实际谈判力不如美国。

另一方面,欧盟未来发起多边仲裁庭谈判时,倘若美国不予响应,则将意味着多边投资仲裁庭的条约谈判及运行成本较高,且在适用中难以摆脱各国投资者对 ICSID 的路径依赖。其一,从国际投资仲裁的条约依据来看,《美国与阿根廷双边投资协定》和《北美自由贸易协定》分别为国际投资仲裁发起频次最高的双边投资协定和自由贸易协定,<sup>[43]</sup>《美国与中美洲及多米尼加自由贸易协定》和《欧洲能源宪章》紧随其后。<sup>[44]</sup> 换言之,当前 NAFTA 模式在国际投资争端中适用频率最高。欧盟、加拿大、越南在发起多边投资仲裁庭谈判时,其他国家可能因对 NAFTA 模式的路径依赖而不愿加入,从而增加谈判及缔约成本。其二,投资者是国际投资仲裁的发起者,投资者意愿是决定国际投资仲裁案件管辖权的重要因素。截至 2014 年底,在已知的 608 起国际投资仲裁申请中,美国投资者发起了 129 起,荷兰、德国和法国投资者发起了 145 起。<sup>[45]</sup> 尽管美国和欧盟投资者均为国际投资仲裁的主要发起者,但欧盟各成员国投资者所依据的投资仲裁条款并非常设仲裁模式,尚不能证明常设仲裁模式与 NAFTA 模式一样能为投资者所广泛接受。且如上文所述,当前 60% 的国际投资仲裁申请是向 ICSID 提交。投资者向 ICSID 提交投资仲裁申请并适用 ICSID 规则这种路径依赖可能会诱发条约挑选行为,在相当长时间内影响多边投资仲裁庭受理的投资争端数量,增加其运行成本。

## 四 中国在国际投资仲裁制度改革中的立场

国际投资仲裁制度的改革已然开展,并在美欧各自建议的路径上呈现不同的发展趋势。对此,中国可考虑采取下述三种路径:第一,接受常设仲裁模式,未来与欧盟、加拿大

[42] UNCTAD, *World Investment Report 2016*, 196 – 197, Annex table 1 (2016), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf). 该报告对欧盟各成员国的资本流入及流出进行单独统计,本文则将欧盟作为整体进行统计,因此与投资报告得出的结论不尽一致。

[43] UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, 114 (2015), <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>.

[44] Thomas Schultz and Cédric Dupont, *Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study*, 25 *European Journal of International Law* 1147, 1149 (2014). 需要注意的是,《欧洲能源宪章》采纳的并非常设仲裁模式。

[45] UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* (2015), <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>, 2015, p. 115. 荷兰、英国、德国、法国分别发起 67、51、42 和 36 件起。基于英国脱欧,故未统计在内。

等国家共同组建多边投资仲裁庭;第二,对 NAFTA 模式根据中国国情加以改进,并以“一带一路”基础设施建设为契机,将其扩充适用至中国与发展中国家所签署的国际投资协定中;第三,建议将国际投资仲裁机制纳入 WTO 争端解决机制,建立多边投资争端解决机制。<sup>[46]</sup> 在对这三种路径加以评判时需注意三点。第一,多边路径与区域或双边路径并不必然排斥,国际投资仲裁机制的多边谈判及实现是个长期过程,在此之前中国可借助双边及区域仲裁机制培养本国仲裁员,发展仲裁法律服务。第二,对欧盟常设仲裁模式的评价应区分常设仲裁庭和多边仲裁庭两种发展可能性。<sup>[47]</sup> 第三,在选择多边路径时应预测和评估中国与欧盟共同组建多边仲裁庭或在 WTO 下组建多边仲裁机制可各自实现的制度影响力、中国对本国仲裁员的输送能力,以及不同路径所采纳的仲裁程序规则是否符合中国的现实国情;在选择区域路径时则应评估中国的资本输入和输出流量、流向和发展趋势,以确定中国采纳的国际投资仲裁条款所应具备的防御性或攻击性功能。

基于上述标准,并考虑到制度控制因素,在单边路径上将国际投资仲裁机制纳入 WTO 争端解决机制,相对于赞同欧盟的多边投资仲裁庭构想,更利于中国等发展中国家的利益。欧盟所倡议设立的多边仲裁庭虽为东道国主导型机制,但其严格的仲裁员资质要求意味着中国将较难向多边投资仲裁庭输送大量符合资质的仲裁员。并且,由仲裁程序规则来看,欧盟多边投资仲裁庭的程序透明度、第三方参与等要求较高,除保密信息外,争端方提交的任何书面及口头材料均应毫不延迟地公开。<sup>[48]</sup> 然而,无论是与发达国家还是与发展中国家签署的国际投资协定,中国政府均更习惯于保持投资争端解决的一定程度的封闭性和保密性。在“法庭之友”参与方面,中国本土非政府组织参与诉讼能力有限,中国在作为东道国时难以利用该机制对抗过度的投资保护。在这方面,应以缅甸密松水电站项目终止为鉴,<sup>[49]</sup> 避免东道国非政府组织的过度参与损害中国海外投资利益。就此而言,WTO 争端解决机制相对较为封闭,更适于中国目前的国情。在既往争端解决中,上诉机构成员均能审慎维护国家条约签订的“同意意志”,维持了中立性,鲜有扩张性地解释条约,有助于纠正当前仲裁员扩张性解释投资协定而过度保护投资者的失衡状态。这对于在仲裁机制中难以输送仲裁员的中国而言是有利的。由国际投资制度的多边化来看,将国际投资仲裁机制纳入 WTO 争端解决机制亦有助于挽回 WTO 的颓势,推动“国际投资协定”(IFA)的谈判。

但在倡议将多边仲裁机制纳入 WTO 时,为减少与美欧的分歧,降低发展中国家的疑虑,中国需提出具有灵活性和包容性的方案。例如,在单边化路径上,可先开展诸边合作,再推广为多边合作。尽管《争端解决谅解》第 25 条为仲裁机制预留了空间,<sup>[50]</sup> 但将国际

[46] Gary Clyde Hufbauer, How will TPP and TTIP Change the WTO System? 18 *Journal of International Economic Law* 675, 680 (2015).

[47] 具言之,常设仲裁庭应与 NAFTA 模式进行对比,多边仲裁庭的构想则应与 WTO 争端解决机制对比。

[48] Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 8.28.

[49] 参见“记者探访停工后的寂静的缅甸密松水电站”,新华网, [http://news.xinhuanet.com/world/2014-01/03/c\\_125949690\\_3.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2014-01/03/c_125949690_3.htm)。

[50] 《争端解决谅解》第 25 条授权成员方适用仲裁机制,但要求成员方在提起仲裁时获得全体成员方同意,对仲裁的具体程序则未做规定。

投资仲裁纳入 WTO 争端解决机制,仍需获得成员方协商一致同意或超过三分之二多数成员方的同意,对《争端解决谅解》所适用的法律及程序等作出修订。这无疑难度较大。因此,可以考虑在《争端解决谅解》之外以诸边协定的方式先行谈判,倘若谈判得以达成,再随着加入成员方的增多将其多边化。又如,在仲裁规则和程序方面,多边投资仲裁机制倘若纳入 WTO,应允许争端方适用 ICSID 及 UNCITRAL 等仲裁程序规则,以避免与现行实践完全脱离;在程序透明度方面,参照《中加投资促进及保护协定》和《中澳自由贸易协定》的灵活规定,将仲裁通知、仲裁裁决列为应予公开的材料,将争端方向仲裁庭提交的书面及口头材料列为可以公开的材料,<sup>[51]</sup>或将是否公开交由东道国政府决定。<sup>[52]</sup>

诚然,无论是对《争端解决谅解》进行修订,还是另行达成诸边协定或多边协定,对于当前立法职能陷于困境的 WTO 而言都是巨大的挑战。再者,这种改革路径会削弱美国主导下的 ICSID 对国际投资争端的管辖权,难以获得美国的支持。倘若在 WTO 设置多边投资仲裁庭的构想难以实现,中国未来亦可与欧盟等区域和国家进行多边投资仲裁庭谈判,但应坚持仲裁员选拔的区域代表性,确保中国等发展中国家亦可向多边仲裁庭建议或指派仲裁员,并适度降低欧盟常设仲裁模式下的仲裁程序透明度及参与性要求。

而在区域路径上,基于中国目前的发展阶段,则更适宜采纳适度调整后的 NAFTA 模式。首先,由中国国务院发布的《2015 年度中国对外直接投资统计公报》所公布的全球投资存量可见,中国的资本输入和输出分别位居全球第三和第八;但从投资增量来看,2015 年中国资本输入居第三,资本输出居第二,且资本输出超过同期资本输入,实现净输出。<sup>[53]</sup> 在“一带一路”建设的背景下,中国未来的资本输出仍将保持一定的增势。其次,从资本的来源和去向来看,中国香港地区及欧美发达国家是当前中国主要的资本输入来源及输出对象,且随着“一带一路”建设的开展,中国向沿线欠发达国家的资本输出将会逐渐增加。再次,从中国政府及投资者所涉国际投资争端来看,目前中国投资者在国际投资仲裁舞台上逐渐活跃,海外求偿案件较东道国政府被诉案件更多。<sup>[54]</sup> 自 2007 年首起案件即“谢业深诉秘鲁案”后,<sup>[55]</sup> 中国投资者又相继提起了“黑龙江经济技术合作公司诉蒙古国政府案”<sup>[56]</sup>

[51] 参见《中澳自由贸易协定》第 17 条。

[52] 《中加投资促进及保护协定》第 28.2 条规定,争端方向仲裁庭提交的书面及口头材料,由被诉争端方判断是否与公共利益相关,决定是否公开。

[53] 《2015 年度中国对外直接投资统计公报》公布的相关数据与上文联合国贸易发展委员会(UNCTAD)发布的《国际投资报告 2016》中的数据不尽一致。中国资本流出在统计公报中显示为 1456 亿美元,在投资报告中则显示为 1275.6 亿美元,因此排名不一致。另外,前文在排名时以欧盟 27 个成员国为整体计算,此处引用的《2015 年度中国对外直接投资统计公报》则以欧盟各成员国的投资流量分别排名。参见《2015 年度中国对外直接投资统计公报》,http://map.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao。

[54] 参见漆彤:《论中国海外投资者对国际投资仲裁机制的利用》,《东方法学》2014 年第 3 期,第 89 页。

[55] *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6. 香港居民谢业深因秘鲁政府征收其在秘鲁境内的一家鱼粉公司而向 ICSID 提出国际投资仲裁申请。

[56] *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinquangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, UNCITRAL, PCA*, http://www.italaw.com/cases/279. 2010 年 1 月,黑龙江国际经济技术合作有限公司和北京首钢矿业公司等三家中国企业,就蒙古国政府撤销其矿业许可证的行为提起国际投资仲裁。

“平安保险诉比利时案”<sup>[57]</sup>和“北京城建公司诉也门政府案”,<sup>[58]</sup>争议事项多为东道国政府对投资政策的改变。最后,从目前在国际投资协定中采纳的仲裁模式来看,中国在与发达国家签订的国际投资协定中主要采纳 NAFTA 模式,但与发展中国家如泰国、越南、乌兹别克斯坦签订的国际投资协定则只包含一至二个国际投资仲裁条款,所保护的投资种类及范围有限,并设有穷尽东道国当地救济手段的前置要求以及在国际投资仲裁与国内救济措施中二选一的岔路口条款。综合而言,中国对外签署的国际投资协定应兼具攻击性和防御性功能,与发展中国家签订的国际投资仲裁条款尤应侧重于攻击性功能,当务之急是更替相关国际投资仲裁条款。常设仲裁模式与 NAFTA 模式均可满足投资保护的需求,但常设仲裁模式的透明度和参与性等要求更高,常设仲裁庭机构的设置和维持成本也明显比 NAFTA 模式更高,尚不适于当前中国国际投资仲裁案件数量不多这一现实,且在与发展中国家的缔约中难以推进。

鉴此,在中国向欠发达国家投资增长的趋势下,中国可以“一带一路”建设为契机,优先推动与沿线各国的国际投资协定签署及修订,推广适用 NAFTA 模式,并根据中国国情进行适当调整。首先,扩充国际投资协定下的投资及投资者解释,以兼容“一带一路”基础设施建设不同项目的投资方式及合同安排。中国当前与“一带一路”沿线国家签署的国际投资协定所列投资种类较窄,是否包括中国在沿线国家中的各类建筑项目和工程合同存在不确定性。在上文所述“北京城建诉也门政府案”中,争端方正是对投资协定下的“投资”是否包含“建筑工程合同”产生了争议。<sup>[59]</sup>其次,在与沿线国家的国际投资协定中,中国应尽量避免制定岔路口条款和穷尽当地救济程序的前置要求。“一带一路”沿线国家除东南亚国家外,大多法制水平比较落后,国内行政及司法救济程序耗时较长,在与其进行国际投资协定修订时,取消岔路口条款和穷尽当地救济措施的要求对于中国投资者更为有利。再次,中国在与沿线国家的国际投资协定中宜规定仲裁员选任资质,固定仲裁员名册,以便为双边及区域国际投资仲裁培养和输送中国仲裁员。最后,中国在推广 NAFTA 模式时,宜渐进推动国际投资仲裁机制的透明度和参与性改革,以中国与加拿大及澳大利亚国际投资协定为范本,区分可予公开及应予公开的仲裁材料,并规定在争端双方书面同意的情形下方可接受“法庭之友”意见书。<sup>[60]</sup>

[57] *Ping An v. Belgium*, ICSID Case No. Arb/12/29. 2007 年平安保险公司前后投资 238 亿元人民币,收购比利时富通集团 4.99% 的股份。2008 年下半年,国际金融危机爆发,富通集团出现严重的流动性危机,比利时政府以 94 亿欧元对富通集团实施国有化,导致平安保险公司损失超过 200 亿美元。平安保险公司因此对比利时政府提出国际投资仲裁申请。

[58] *Beijing Urban Construction v. Yemen*, ICSID, Case No. Arb/14/30. 北京城建集团因在也门首都萨那那建的萨那国际机场新航站楼项目被取消而向也门政府提起国际投资仲裁。

[59] 《中国与也门双边投资协定》第 1 条规定,“投资”系指缔约一方投资者在缔约另一方的领土内依照该缔约另一方的法律和法规直接或间接投入的所有资产和所有股金,特别是,但不限于:(一)动产、不动产及所有其他财产权利,如抵押权和质权、实物担保、用益权和类似权利;(二)股份、股票和企业中其他所有形式的参股;(三)债权和其他任何具有经济价值的行为请求权;(四)著作权、商标、专利权、商名和其他所有工业产权、专有技术和工艺流程;(五)依法授予的公共权益的特许权,包括勘探和开发自然资源的特许权。也门政府认为建筑工程合同不属于本条所列举的“投资”。

[60] 参见《中澳自由贸易协定》第 16.3 条、第 17 条。

## 五 结 语

国际投资仲裁机制的改革催生了 NAFTA 模式和常设仲裁模式。两种模式分别在美国与欧盟的倡导下形成,并在仲裁庭是否常设、由争端方还是常设仲裁庭指定仲裁员、上诉机构的设置和审查权限以及仲裁庭的多边化等方面存在显著区别。美国与欧盟的 NAFTA 模式与常设仲裁模式之争,一方面反映了二者对于应主要通过完善投资者主导的私人商事仲裁机制还是建立东道国主导的公法争端解决机制来应对国际投资仲裁机制缺陷方面的认识差异,另一方面亦反映了美国与欧盟对于国际投资仲裁制度的领导权之争。美国期望借助对 NAFTA 模式的推广,巩固美式国际投资仲裁制度的全球主导性;欧盟则另起炉灶,创设常设仲裁模式以避免为 NAFTA 模式所同化,与美国争夺制度控制权。

中国当前在与发达国家的国际投资协定中倾向于采纳 NAFTA 模式,但在与发展中国家尤其是“一带一路”沿线国家的国际投资协定中,尚未充分发挥国际投资仲裁条款对于中资企业的保护作用。从中国资本输入和输出的流向及趋势,以及中国政府对于 NAFTA 模式和常设仲裁模式的可接受程度来看,中国可在多边及区域路径下分别设计中式国际投资仲裁机制。在区域路径上,可以主张将国际投资仲裁机制纳入 WTO 争端解决机制,避免国际投资争端解决程序的过度开放,并保障仲裁员的中立性;在区域路径上,则可以“一带一路”基础设施投资建设为契机,推动与沿线国家的国际投资协定更替,对 NAFTA 模式进行调整后推广适用,掌握仲裁程序制定及仲裁员输送的主动性。

[本文为 2015 年度国家社会科学基金重大项目“提高中国在全球经济治理中的制度性话语权研究”(15ZDC038)的研究成果。]

---

[ **Abstract** ] To reform the “traditional BIT style” investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism, the US and EU have developed the “NAFTA Style” ISDS and the “Permanent Tribunal Style” ISDS respectively. The two mechanisms differ in the appointment of arbitrators, establishment of the appellate mechanism and the permanent and multilateral natures of the tribunal. The rule disparities reflect different priorities of US and EU in the establishment of ISDS mechanisms—namely the “investors dominant” vs. “host country dominant” mechanisms—and their different positions on the rule control of ISDS. Faced with rule contestation between US and EU, China should multilateralize the ISDS under the WTO, and promote the “NAFTA style” ISDS with modifications in its international investment treaties with less developed countries.

---

(责任编辑:廖 凡)