

# 国际投资争端的预防机制与中国选择

刘万嘯

**【摘要】**随着投资者与国家间争端的不断增加,国际投资协定中的ISDS制度对国家管制权构成严峻挑战,许多国家开始重新审视ISDS制度。处理投资者与国家间投资争端的最好时机应当是在投资纠纷升级到国际投资条约项下的争端之前,最佳方法是国家实施有效的投资争端预防政策,建立投资争端预防机制。投资争端预防机制的主要制度设计包括:建立系统的投资争端预防和管理机构体系,建立信息收集和沟通系统,确认并监控敏感行业,建立政府机构责任制度等。中国应尽快建立系统有效的投资争端预防机制,加强与“一带一路”沿线国家在投资争端预防机制方面的合作,共同探讨建立投资争端预防和解决协调机构。

**【关键词】**ISDS;投资争端预防;投资争端预防政策;投资争端预防机制

**【作者简介】**刘万嘯,山东政法学院教授,法学博士,博士后。

**【原文出处】**《当代法学》(长春),2019.6.50~63

**【基金项目】**本文系教育部人文社科研究规划基金项目“强力治污背景下外国投资者与我国政府投资争端预防机制的构建”(14YJAZH049)的阶段性成果。

## 一、国际投资争端预防的意义和优势

### (一)ISDS制度对国家管制权的严峻挑战

过去十年国际直接投资(FDI)增长迅速,通常被认为是国际经济增长和发展的动力。<sup>①</sup>一方面,东道国政府采取措施吸引外资,另一方面,随着环境保护、公共健康、经济危机等问题的凸显,东道国政府同时也加强了对外资的管控,采取环境保护、资源管理、健康保护、紧急经济管理等方面的措施。然而这些措施难免会对外国投资者的利益产生影响。<sup>②</sup>往往东道国与投资者母国订有国际投资协定(IAs)。<sup>③</sup>全世界目前共有国际投资协定总计3324项。<sup>④</sup>传统国际投资协定的目的和宗旨都是保护投资者的利益,一般都规定了投资争端解决(investor-state dispute settlement,简称ISDS)制度。东道国政府往往采取一些管理措施而使投资者利益受到影响。此时,投资者往往会根据这些国际投资协定向东道国政府提出索赔要求,根据国际投资协定启动投资争端解决程序。国际投资仲裁是目前国际投资协定中解决投资者与国家间投资争端的最主要方法。近些年投资者与国家间的国际投资仲裁总体呈上升趋势。2017年国际投资仲裁案件新增

65件,截至2017年年底,国际投资仲裁案件已累计达到855件。<sup>⑤</sup>

公正高效是仲裁的内在价值目标,它是仲裁得以作为一种争端解决机制存在的基础。<sup>⑥</sup>由于近年来投资者与国家间争端案例不断增加,时常伴随着不同仲裁庭对国际投资协定条款的解释不一致,各国对现有ISDS制度合法性的关注与日俱增。<sup>⑦</sup>国际投资仲裁本身存在诸多缺陷,比如费用高昂、耗时长、仲裁结果难以预测,以及会给败诉方带来不良声誉等。<sup>⑧</sup>无论是作为被诉方的东道国还是作为申诉方的投资者,都要面临这些问题。尤其对东道国政府而言,其只能作为国际投资仲裁的被诉方,其不仅要承担巨额赔偿或者面临巨额赔偿的风险,而且其实施经济管制的主权力受到严峻挑战。因此许多国家开始重新审视国际仲裁这一解决投资者与国家间争端的方法。一些国家已经采取或加强了措施以防止或减少国际投资仲裁案件的发生。有些发展中国家退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》(简称ICSID公约)。ISDS制度遭遇了前所未有的危机。目前,国际社会已经达成共识,认为有必要改革现有的国际投资争端解决制

度。联合国贸易与发展会议(简称“贸发会议”或者UNCTAD)制定的《国际投资协定改革路线图》及其投资政策框架提供了这方面的政策选择。<sup>⑨</sup>越来越多的国家正在根据国际投资协定的新趋势修订其国际投资协定范本。<sup>⑩</sup>大多数新订立国际投资协定在保护投资者利益的同时,还增加了旨在保持东道国管制权的规定,并改进了ISDS制度。<sup>⑪</sup>然而,绝大部分现存国际投资协定仍然为传统国际投资协定,其规定的解决投资者与国家间争端的主要方法仍然是国际投资仲裁。如何避免国际投资仲裁,已经成为各国重点考虑的重要议题。

如前所述,国际投资仲裁方式存在许多缺陷。国际投资仲裁实践表明,通过投资仲裁的方式解决投资争端已经不是最佳解决方式,对东道国政府而言尤其如此。<sup>⑫</sup>有关国家和国际组织正在探究更加高效、可预见的投资争端解决方式,比如,协商、调解、调停等替代性争议解决方法(ADR)。再比如,欧盟提出设立常设投资法庭和上诉法庭而取代传统国际投资协定中的投资仲裁。尽管调解、协商等ADR方法可以友好解决投资者与国家间的投资争端,但是ADR方法往往可能失败,而且即使成功解决,仍然会耗费大量的人力和财力。欧盟倡导的常设投资法庭和上诉法庭目前并未得到广泛认可,其结果尚未可知。因此处理投资者与国家间争端的最好时机应当是在投资纠纷升级到国际投资协定项下的争端之前,最好的方法是东道国政府提前采取有效的投资争端预防政策(Dispute Prevention Policies,简称DPPs),建立投资争端预防机制,防止投资纠纷升级为投资协定下的投资争端,有效预防和解决投资者与国家间争端。

## (二)DPPs的优势

DPPs并非试图完全阻止争端的发生,而是及时发现潜在的争议,以便尽早进入解决通道,以避免争端升级为国际投资协定项下的国际投资仲裁。<sup>⑬</sup>预防投资争端的产生或者升级为正式争端解决程序,是投资者和东道国的共同利益所在,DPPs有着其自身独特的优势。<sup>⑭</sup>

第一,DPPs最大的优势就是通过争端预防政策,将投资者与国家间的问题、不满或者冲突消灭在萌芽状态,防止其升级为投资争端,<sup>⑮</sup>可避免当事双方进入投资仲裁或者诉讼,保持东道国与投资者之间的良好关系,最终实现经济、社会、环境的协调可持续发展。

第二,与ADR相似,DPPs还可涵盖除经济赔偿之外的议题。在许多投资争端案件中,赔偿之外的议题对投资者而言比从东道国获得经济赔偿可能会更加重要,比如更多更佳的投资机会。另外,相对于投资仲裁,DPPs对东道国措施本身的影响可能会更大,其实施过程和解决方案能够一并解决全部问题,而不仅仅是经济赔偿。DPPs的实施和方案可以提升国家对投资的整体管理水平,因为在程序结束之后要审查国家的措施或法律,或者审查国家的政策措施是DPPs的一部分。<sup>⑯</sup>

## 二、国际投资争端预防的国际实践

许多国家对DPPs的重要性认识不足。秘鲁等部分国家制定了法律,采用了系统的投资争端预防措施,而大部分国家还没有类似法律和措施。原因之一是有关国家对这一重要问题缺乏足够认识。<sup>⑰</sup>秘鲁等国家在UNCTAD帮助下已经着手实施了DPPs,并且已经成功防止了一些投资纠纷升级为国际投资条约项下的争端,积累了一些成功经验。<sup>⑱</sup>根据某些国家和UNCTAD等国际机构总结的经验,东道国投资预防政策一般包括建立系统的投资争端预防和管理机构体系、建立信息收集和沟通系统等,形成一整套系统化的投资争端预防机制。

### (一)建立系统的投资争端预防和管理机构体系

ISDS案例可能涉及多个政府当事方:IIAs谈判者(中央政府)、国会、宪法法院(一些国家要求事先进行合宪性审查)、采取ISDS下受到挑战的措施的机构(可能是任何级别的政府或政府部门)、政府辩护团队等。投资争端的处理,涉及政府内不同部门之间的权力分配以及不同权力部门(如立法、司法、行政等部门)之间的权力分配问题。<sup>⑲</sup>鉴于案件涉及各种角色数量众多,而且涉及部门之间的权力分配和协调,因而进行争端预防、处理和辩护都要求有适当准确的信息,以及需要各政府部门间有效协调。拥有强有力的ISDS管理框架可加强政府有效处理投资者与国家间争端的应对能力。有效预防投资争端最重要的就是建立一套各部门协调合作、完整有效的应对体系,否则国家难以有效协调不同级别政府和不同部门之间的行动。当国家同时面临几项投资争端时,其管理ISDS案件的能力显得愈加重要。哥伦比亚、哥斯达黎加和秘鲁政府正式成立了管理投资者与国家间争端所必需的有效机构体系。<sup>⑳</sup>秘鲁的投资争端反应系统由协调

机构、专门委员会(Special Commission,简称SC)和所有各级政府机构中与投资者谈判的条约或合同中含有“发生投资争议时通过国际仲裁解决投资者与国家间争议”内容的机构组成。SC负责在任何投资争论、冲突或争端中代表国家,是该系统的中央领导机构。SC包括四个常任成员——经济财政部、外交部、司法部、秘鲁私人投资促进委员会。除此之外,视具体案件,SC还可包括非常任成员,包括对外贸易和旅游部及采取了触发投资争端的相关责任机构。经济财政部是该系统的协调机构。经济财政部作为协调机构在其网站上提供了直接链接,供投资者登记他们的有关关切和投资问题。法律和法规特别要求相关机构和任何公共实体在规定时间内提供SC所要求的任何信息,并要求该机构负责人保证该信息及时提供。如有需要,相关机构必须与SC合作并确保其官员能够参与该解决程序。另外,知悉或者参与该纠纷有关的行为的政府职员都有义务配合SC。SC这种多机构组成的专门委员会的优点是可以获得关于纠纷的综合性全面认知,但其缺点是各机构往往不容易达成一致意见。因此,如果采用多机构模式,就必须有关于案件决策的明确指导方针,并指定一个具体权威机构作为协调人以协调各机构的观点和意见。<sup>①</sup>

关于机构体系的具体设计,各国一般根据各自情况,建立适合自身国情特点的争端预防和管理机构体系。在某些国家,负责国际投资协定谈判的机构也负责预防和管理投资争端,而在另外一些国家,负责投资协定谈判的机构与负责预防和管理投资争端的机构则是分离的。<sup>②</sup>哥斯达黎加和秘鲁政府从应对投资仲裁的临时机构设置过渡到由法律法规直接规定的具有预防和管理职能的正式机构设置。墨西哥政府在现有机构安排中引入了信息培训和分享政策。<sup>③</sup>

## (二)建立信息收集和沟通系统

### 1. 建立IIAs信息处理中心

为吸引和促进外资,国家在投资条约中承诺了大量对外资保护的义务。IIAs虽然是由中央政府谈判的,但它适用于任何各级政府。在外国投资的日常实践中,直接与外国投资者打交道的相关政府部门对国家要承担的这些义务和承诺知之甚少或者根本无从知晓,这些具体机构并未被告知在与外国投资者打交道时他们该做什么、不该做什么,而外国投资者却被广泛详细告知他们根据投资条约所享有的一切权利

和所应获得的保护。这就容易导致直接与外国投资者打交道的政府部门所采取的有关具体措施和政策可能会违反国家所承担的条约义务,对外国投资者利益造成影响。UNCTAD的一项调查显示,接近半数的通过“解决投资争端国际中心”(简称ICSID)解决的案例是由于省市级官员或者负责具体行业的那些未参与条约谈判的官员的决定引起的。<sup>④</sup>因此,包括省市及中央政府各个部门的官员以及在日常工作中与外国投资者交往的各级官员们应了解和掌握IIAs中的内容和义务,这对预防投资争端非常重要。国家应当经常组织信息交流会以便让各级官员掌握这些重要的条约条款和义务。因此,国家应建立IIAs信息处理中心,加强对IIAs条款的认识和处理能力。在投资条约谈判阶段各政府机构之间的更广泛参与和协商,以及条约订立后对相关政府机构官员进行信息培训,会减少这些机构在后期采取违反条约的措施的风险。国家所有各不同部门间(立法、司法和行政部门)和各级政府部门间(中央、地区、市)应广泛传播有关国际投资条约相关义务和承诺的信息。传播工具包括发布指南等出版物、建立专门用于国际投资协定的网站、培训和讨论国际投资条约的平台,包括它们如何影响政策制定以及可能影响投资者的措施的设计。<sup>⑤</sup>

### 2. 建立完善的信息沟通系统

国家还应建立完善的信息沟通系统,通过该信息沟通系统将有关投资信息和投资问题及时集中到投资反应系统的核心机构,并且在不同政府部门之间、政府部门与投资者之间加强信息沟通和交流,实现信息共享,避免产生误会或者投资纠纷。国家应与外国投资者保持通畅的沟通渠道,比如通过调查、会谈或者其他互动形式获取有用信息,便于政府能够及时识别投资障碍及可能出现的问题,以便政府在问题成为纠纷之前采取正确的处理措施。一旦出现投资者与国家间的投资纠纷,首先国家需要对投资者诉求进行评估,以确定该纠纷的是非曲直,评估其升级的风险大小,以及下一步该采取何种投资条约或契约所允许的应对措施。但是对纠纷进行正确清晰评估的前提是,负责处理该纠纷的领导机构必须及时获取有关该纠纷的所有信息和文件证据。对国家而言,对投资纠纷进行评估不仅要依赖法律顾问所提供的法律建议,更要依赖及时作出正确决策所需要的政治考虑。可见,在纠纷的早期阶段及时获取关于纠纷的全面综合

信息极为重要。但是这些信息和文件可能涉及众多政府部门,而大多数政府部门可能不愿意及时提供有关该投资纠纷的信息。因此,为使该纠纷能够在早期阶段及时获得解决,应通过法律的强制手段来获取相关信息,需要通过建立一套完善的制度性机制来实现投资信息的沟通、交流和收集。在UNCTAD的帮助下,一些拉美国家,如秘鲁、危地马拉、巴拿马、多米尼加等国家已经建立政府部门之间的信息协调机制。<sup>⑤</sup>一般是确立一个领导机构,或者成立专门委员会来负责处理投资纠纷,负责收集关于投资纠纷的全面综合信息,以对投资纠纷及时作出全面正确的判断。秘鲁设立了精细的信息沟通系统,这一信息系统通过经济财政部网站来实施。秘鲁投资争端反应系统的专门委员会负责确认相关具体机构和领域以便促进信息交流,更新培训内容,以便及早发现任何投资纠纷。除网站落实外,省级地方政府之间的相关信息会议也经常召开。该信息系统有三个作用:一是告知国家各相关机构以及各级地方政府,国家对外国投资者所承担的承诺和相关义务,比如将所签署的投资条约中的具体规定告知上述机构;二是该信息系统也可由各级相关机构将与投资者之间的问题和争议告知中央政府,并寻求中央政府的参与。在处理投资争端时,完整、及时、充分的信息对于专门委员会及时有效处理该争端至关重要。有关案件的各种信息需要在各有关机构之间分享,以便于专门委员会或其权威机构或其法律顾问正确理解有关案情及时解决该纠纷。由于处理案件时间紧、案件复杂,秘鲁法律授权专门委员会可以要求所有相关机构在规定时间内向其提供案件信息;三是投资者也可利用该信息沟通系统作为反映其不满和投资争议问题的一个通道。秘鲁的争端反应系统授权专门委员会与不满的投资者和相关机构进行协商,并促进问题的友好解决。专门委员会已经成功避免了一些问题升级为国际仲裁。专门委员会是作为与带有不满或关切的外国投资者进行沟通的主要通道。同时,经济财政部作为反应系统的协调机构,在其网站上开通了专供投资者报告其关切或投资问题的通道,以便及时反应投资中出现的问题。这样政府可以及时直接从投资者处获取有关投资争议的信息。这种报告制度使得专门委员会能够及早介入纠纷解决过程并帮助和促使相关部门及早友好地解决问题。<sup>⑥</sup>

### 3. 组织专项培训

提高对投资问题认识的另一常用方法是组织专项培训。随着ISDS案例的蔓延,有些国家已开始进行大规模的培训项目,来培训各级政府官员以及私营企业的投资者,以提高他们对投资条约中的条款和国际仲裁争端解决问题的认识,如哥伦比亚和摩洛哥等。<sup>⑦</sup>

### 4. 建立信息收集和沟通系统的意义

信息收集和沟通系统增强了与外国投资有关的不同政府官员之间以及其与投资者之间的信息沟通渠道。该信息系统对投资争端起到了早期预警作用,以便代表国家处理投资争议的机构及早介入投资纠纷并采取适当行动,从而避免投资纠纷升级为国际条约系统下的投资争端。确定一个中央领导机构的重要作用在于,便于集中收集各有关机构的信息,协调各有关机构及与投资者直接打交道的政府机构。如果投资者认为相关机构的政策措施损害了其利益,投资者可以直接向出台此政策措施的机构反映,也可以直接向该领导机构反映。通过这些畅通渠道便于将各种可能引发投资争端的信息及时集中汇集到国家中央层面,便于领导机构及时发现投资者的不满,及时发现问题,便于将问题消灭在萌芽状态。<sup>⑧</sup>

### (三) 确认并监控敏感行业

国际投资争端的实例表明,一些敏感行业和行为容易导致投资者与国家间的投资争端。有关国家的经验表明,制定投资争端预防政策的重要步骤就是确定那些容易产生投资争端的敏感经济领域和敏感的契约安排。某些形式的法律承诺,例如涉及公用设施特许项目、私有化项目的复杂的国家合同,比其他形式的投资更容易产生投资争端,当然还要具体看国家承担多大程度的义务。<sup>⑨</sup>2017年提起的投资仲裁案件中约70%与服务业有关,包括:金融和保险服务(11例)、建设工程(9例)、电力和燃气供应(7例)、信息和通信(6例)、运输和存储(4例),第一产业和制造业各占新案件的15%。这大致符合迄今提起的855个ISDS案件的总体分布。<sup>⑩</sup>敏感领域确定之后,国家应对这些敏感领域重点监控,针对这些领域采取相应的预防措施,以避免出现国家违反义务的情形或者其他类型的争端。监控这些敏感领域可以使国家锁定那些与外国投资者打交道或者颁布条例作出决定的机构,以确保这些机构在其日常决策中随时掌握自身的义务和

承诺。<sup>②</sup>

#### (四)建立政府机构责任制度

建立政府机构责任制度,就是让采取违反IIAs条款措施的机构承担责任。对许多国家而言,国际投资争端是新出现的问题,之前并无相应经验,因此投资争端解决中,到底哪个机构应承担最终的经济责任,往往并不确定。这种不确定性往往会增加公务人员解决投资争端的挑战性。因此,应在立法中对哪个机构承担相应经济责任予以明确。尽管中央政府需要为不履行条约条款直接对投资者承担责任,但是秘鲁立法让相关责任机构对仲裁费用和判决的赔偿金最终承担责任,即设立明确的责任制度。这一政策的出台,可以有效减少与IIAs不符的有关措施,这将鼓励有关机构在作出与IIAs不相符的措施之前或者出现问题时会向中央投资联络点咨询,以便及早发现问题采取补救措施。<sup>③</sup>

#### (五)鼓励对投资争端使用当地行政救济手段

##### 1. 行政救济手段的作用

防止争议升级的一个重要方法就是东道国政府的行政审查。国家可以设立制度性机制,允许声称权利受到影响的投资者在东道国启动行政审查程序,对投资者认为违反了条约义务的一些法律或政策措施进行行政审查。这种行政审查的优点是可以及时确定原来中央或地方政府未认识到的一些违反条约义务的政策措施。通过行政审查,东道国政府可以认识到措施的争议性,及时对该措施予以改进,至少改进到他愿意做到的程度。通过行政审查措施,可以使争端避免进入国际仲裁程序,从而避免国家对投资者的大量经济赔偿。这种做法对争议双方都有利,东道国可以改进其法律和行政制度,而相关投资者对东道国解决投资争端的效率也满意,远比通过国际仲裁效率要高很多。在将纠纷提交国际仲裁之前,投资者首先一般会被鼓励通过启动东道国国内行政审查手段来解决纠纷。更高级别行政机构的审查可能会修改与IIAs不符的措施,或者改为采取类似的其他措施从而减少对投资者的负面影响和损害。秘鲁的一些IIAs或其他法律文件本身就要求投资者在将纠纷提交国际仲裁之前要先通过东道国的国内行政审查或者用尽东道国当地的行政救济手段来解决纠纷,而且对这一要求一般会有一段时间的限制。<sup>④</sup>东道国政府可以利用这一段时间,通过行政救济手段快速解决投资纠

纷,从而避免将纠纷提交国际仲裁。

#### 2. 具体制度性设计:设立监察专员制度和调解服务

除了给予外国投资传统的后期服务之外,一些东道国还通过提供监察专员(ombuds,有的翻译为“申诉专员”)或调解服务的方式对投资者的投诉提供制度性反应。这些国家设立监察专员办公室或任命一名监察专员提供一站式服务会产生富有成效的结果。通常意义上讲,监察专员是指由立法机关任命的用以处理投资者针对行政或司法行为的投诉,作为对这些行为的监察人,其具有独立性、专业性、中立性、容易接近,具有说服的权力而非控制权。<sup>⑤</sup>监察专员制度的优点是各方当事人提供了表达关切的场所。与仲裁不同,投资者、公民、政府官员理论上都有机会在此表达关切。<sup>⑥</sup>监察专员的权威来自其自治(autonomy)、专业(expertise)、中立(neutrality)和重要地位(status),如果其中任何一项要素缺乏或者受损,监察专员办公室的效力则会减弱。<sup>⑦</sup>对投资者而言,监察专员办公室为其提供了一个机构对话人,一个在早期反应问题的官方渠道,为投资者就投资问题提供一个早期、快捷、廉价和友好的解决方式。<sup>⑧</sup>对东道国而言,监察专员办公室是处理投资者投资问题的第一联络点,可以为当局提供及早的信息并使当局可以对投资问题进行评估,而且还可以促进早期行动,如果需要,可以使当局在问题恶化之前纠正有关问题。<sup>⑨</sup>

上述监察专员的方法也可以在投资调解服务中使用。东道国政府可以设立调解服务机构或者指定一个调解人,以听取投资者的投诉,召集当事人并促进对话,及时解决问题,避免问题升级为诉讼或国际仲裁。调解人和监察专员相类似,调解服务的功能是通信员、顾问和引导者,而不是法官或管理者。理论上,他既可以对投资者亦可以对政府做出回应。实践中,一些国家已经设立了投资调解人制度。同样的,调解人的角色既可以是一个委员会,也可以是个人。调解人的中立、权限和信任及实际解决问题的能力是解决投资者与政府投资争端的保证。<sup>⑩</sup>

#### (六)赋予谈判机构和具体谈判人员具体谈判权和保障权

若想有效防止投资纠纷的出现或者有效预防投资者与国家间投资纠纷升级,实施投资争端预防政策的一个重要环节就是对负责投资争端解决的机构进

行有效的授权,与投资者进行谈判、磋商,包括作出赔偿,使其能够积极有效地解决该投资纠纷。为了能使投资争端预防政策有效实施,法律法规不仅要承担投资争端解决职责的公务人员进行授权,还应当确保对他们正常执行职务的行为免于起诉。<sup>⑩</sup>但是,同时还要防止某些参与争端解决的公务人员在行使职务过程中以权谋私、损害国家利益的情况出现。当然,最理想的状态就是使之成为国际投资争端预防体系的一部分。在投资争端预防政策实施中,除了赋予领导机构和相关律师的谈判权、调解权等处理投资争端的具体权力外,还应从法律上保证争端解决赔偿费用、律师费等有关费用的实现。当法律法规未就有关投资争端解决的相关费用作出相关授权保证时,参与争端解决的政府官员就不愿选择调解作为投资争端的解决手段,而更倾向于由仲裁庭作出有法律约束力的仲裁裁决。<sup>⑪</sup>

### (七)运用ADR方法

ADR方法一般是指通过诉讼和仲裁之外的方法解决国际争议的各种程序的总称,主要包括协商、调解、调停等方法,是解决投资争端最理想的方法。<sup>⑫</sup>ADR方法的优点是争端双方当事人解决争端提供了更大的灵活性,当事人可以有更大范围的选择,包括超出仲裁中对法律框架的解释和对违约和赔偿等问题的限制。通过ADR方法解决国际投资争端,将在一定程度上避免因直接适用国际投资仲裁机制而对东道国管制经济的主权权力和公共利益产生的巨大风险。在直接谈判和调解、调停等ADR方法中,当事人更倾向于使他们保持一种长期的友好合作关系,这是仲裁这种“违约-损害-赔偿”机制所无法提供的。在投资者与国家间争端解决的ADR方法中,领导机构或“专门委员会”需要获得充分授权以同投资者谈判,提出替代性方案,并对解决方案做出承诺,正如秘鲁反应系统中“专门委员会”所获得的授权。<sup>⑬</sup>与仲裁不同,ADR方法需要代表政府的个人投入到争端解决中去,需要他们提出建设性、创新性有时甚至是确定性的意见。由于政府代表是在处理官方资金,因此政府代表需要有明确的授权而且对这类谈判的指导方针必须明确。

### (八)改进投资协定,预防和减少投资争端

国际经济关系的变化和发展,必然要求调整这类社会关系的法律规范的变化和发展。<sup>⑭</sup>过去十几年国

际投资仲裁案的爆发,与传统国际投资协定有直接关系。当今世界迫切需要对国际投资协定体制进行系统性改革,以使其符合势在必行的可持续发展。现在的问题不在于是否要改革,而是要研究关于这种改革的内容、方式和程度。<sup>⑮</sup>UNCTAD的《2015年世界投资报告》制定了《国际投资协定改革行动清单》(简称《改革行动清单》)和国际投资协定改革路线图。改进国际投资协定中的投资争端解决机制被列为《改革行动清单》应该解决的主要挑战之一。<sup>⑯</sup>UNCTAD的《2015年世界投资报告》为解决投资争端等挑战提供了政策选择,并从国内、双边、区域和多边层面分别采取改革行动提出了建议。许多国家制定了新的IIAs范本。<sup>⑰</sup>一些国家和地区正在采取针对投资争端解决的创新办法。他们新的投资协定中运用更加明确的表述语言,或者列明例外条款,以减少和预防投资争端的发生。2015年巴西已经在此基础上缔结了几项投资促进协定。在欧洲,欧洲委员会已经采用了一种新的方法用以保护投资,特别强调监管权并建立了常设投资法院系统,以取代传统投资协定中将投资争端提交国际仲裁。欧盟-越南自由贸易协定和欧盟-加拿大CETA反映了这种新方法。<sup>⑱</sup>双边层面的改革行动包括国际投资协定的联合磋商和联合行动计划。一些国家对投资条约进行联合解释,重新谈判或修正或双方同意终止缔约方当前的国际投资协定并缔结新的协定,以避免和减少投资争端的发生。区域层面,一些区域制定了包含预防和减少投资争端内容的区域投资协定新范本,签署了新的区域投资协定。多边层面,UNCTAD的《改革行动清单》确定了多边国际投资协定的几个阶段改革,提供了具有不同强度、深度和参与性质的选择,以期促进投资便利化,预防和减少投资争端。<sup>⑲</sup>

## 三、中国投资争端预防机制的制度构建

### (一)中国建立投资争端预防机制的必要性

对于国际投资争端解决条款可能所带来的严重影响,国内的认识不足。中国对投资争端预防机制这一问题的研究明显落后于国外。原因是目前中国政府作为被诉方的国际投资仲裁案件并不多。<sup>⑳</sup>中国1998年之前签订的投资协定仅同意将有关征收和国有化的争端提交ICSID仲裁,加之中国经济一直保持着较高速增长,政府一般不会采取对外资有明显影响的措施,基本不会对外资企业的资产采取征收和

国有化等措施。因此中国对国际投资仲裁的缺陷和不足并无太多切身体会。但这并不意味着将来中国作为被诉方的国际仲裁案件不会增多。主要原因如下:一是自1998年之后中国签署的双边投资协定基本都明确接受了ICSID的仲裁管辖。<sup>③</sup>这意味着中国签订的投资协定中关于将投资争端提交仲裁的范围明显扩大,投资者可直接依据投资协定对中国政府提起仲裁,投资者对中国政府提起仲裁的可能性明显增加。二是中国的经济政策正在发生重要变化。经过三十多年的粗放式飞速发展,中国经济取得了举世瞩目的巨大成就,成为世界第二大经济体,但同时也带来了严重的环境破坏、部分产业产能过剩等一系列问题。这种发展模式并不具有可持续性。2015年9月,世界各国领导人参加的联合国峰会通过了2030年可持续发展议程,该议程涵盖17个可持续发展目标,于2016年1月1日正式生效。<sup>④</sup>2016年4月,中国向联合国提交落实2030年可持续发展议程立场文件。中国“十三五”规划纲要实现了2030年可持续发展议程与国家中长期发展规划的有机结合,各项落实工作全面开展。中国已建立落实工作国内协调机制,43家政府部门在其中各司其职。<sup>⑤</sup>实现经济、社会和环境的协调可持续发展,不仅是整个国际社会未来十五年所要实现的主要目标,也是中国对国际社会承担的一项国际义务和中国未来发展所追求的长远目标。因此,随着中国从主要注重经济发展到逐渐转向兼顾经济、社会发展和环境保护的可持续发展、发展模式由粗放式发展模式向可持续发展模式逐渐转变,投资政策从主要吸引外资、保护外资利益逐渐转向兼顾外资利益保护和中国政府管制权力和公众利益的保护,这一系列政策变化容易引起外国投资者利益的损害,很可能导致外国投资者与中国政府间投资争端的发生。中国与投资者母国往往订立有投资保护协定,<sup>⑥</sup>这些传统投资协定的初始目的和宗旨都是保护投资者的利益。中国的政策措施影响到投资者利益时,投资者有权根据这些投资协定向中国政府提出索赔,提起投资协定项下的投资仲裁。虽然目前中国作为被诉方的国际投资仲裁案件只有三起,但中国绝不可掉以轻心。根据UNCTAD的统计,截至2017年年底,被诉仲裁案件数量最多的前十名的国家,其被诉仲裁案件总数均达到或超过了24起(被诉案件最多的阿根廷达到了60起),其中既有发展中国家,也有发达国家。<sup>⑦</sup>

阿根廷、委内瑞拉、捷克等国均有几十起被诉仲裁案件,面临巨额经济赔偿,都是中国的前车之鉴。尤其是中国经济增速放缓,政府在面临经济低迷或者金融危机等情形时往往会采取一些经济干预措施,这些都容易导致投资争端。如不提前采取有效预防措施,将来中国可能面临巨大的投资仲裁压力。如果更多外国投资者对中国政府提起投资仲裁,其危害并不限于中国政府可能面临的巨额经济赔偿,其对中国经济和投资环境所可能产生的负面影响将是不可估量的,可能使外国投资者对中国的投资环境产生误判等一系列连锁反应,导致外资大量撤出中国市场,新的外资输入大量减少,进而导致中国经济环境的恶化。

中国在应对国际投资争端方面存在一些不足。针对国际投资争端,中国尚未形成一个各部门协调合作完整有效的应对体系,政府难以有效协调不同级别政府和不同部门之间的行动。采取措施引发纠纷的相关机构缺乏责任承担机制,使得有关政府机构在采取相关措施时对外资利益影响的问题可能考虑不足。预防与外国投资者之间的问题或冲突是预防中国政府被提起国际投资仲裁的最佳途径。中国应提前预料问题的产生原因并采取预防性措施,而不是等问题已经发生并产生损害之后再采取补救行动。与其亡羊补牢,不如未雨绸缪。因此,中国有必要建立一套系统完整的投资争端预防机制,以避免、减少和应对可能发生的国际投资争端。

## (二) 中国投资争端预防机制的构建

中国可以借鉴秘鲁、哥伦比亚等有关国家有效预防和解决ISDS的制度的有益经验和教训,结合中国的政治、经济制度建立适合中国国情的投资争端预防机制。

### 1. 建立有效的投资争端处理预防机构体系

对于国际投资争端解决条款所可能带来的严重影响,在中国并未引起足够的重视。中国应该采取预防投资争端的措施以保证各级政府和机构正确理解IIAs的义务,及早发现投资纠纷,建立早期管理和预防纠纷机制,在国际投资争端解决中实现中国政府各部门之间的良好合作。如前所述,投资者与国家间的争端,往往是由不同的政府部门或者地方政府采取的相关政策措施对外资利益造成不利影响,对于国际投资争端的预防和应对需要多个部门的配合。因此,中国可以参照秘鲁、哥伦比亚等国家的做法,建立由商

务部、外交部、司法部等多个政府部门组成的“专门委员会”负责投资争端预防和处理,如果某项具体争端涉及某个具体政府部门,该部门也作为“专门委员会”的特别成员。“专门委员会”作为领导机构构成国家落实ISDS承诺的机构体系的核心,参与处理投资者与国家间投资争端的所有问题,包括接收出现投资争端的通知信息、投资者与直接涉及投资争端的相关部门和其他相关部门之间的磋商协调以及管理有关仲裁程序。“专门委员会”统一协调各部门之间的配合协作问题,并在投资者与中国政府间仲裁中为中国政府辩护。“专门委员会”是投资者与中国政府间投资争端所有问题的核心,作为中央领导机构,其可以集中所有相关机构的信息用于投资争端的磋商和调解程序。这样可以使得中国政府集中各种有用信息以有效方式处理投资争端。这一方法可以彻底简化政府机构间的权力结构,提高整体透明度。由于商务部是负责投资条约谈判、管理以及外资管理的主要政府部门,可以由商务部作为投资争端的主要协调部门和牵头部门。为保障各部门之间的协作义务能够得到有效实施,可以由国务院出台一个投资争端预防和处理的法规文件,或者由各部门联合出台一个类似的文件,防止各部门之间因没有相应的法规依据而导致各部门之间的配合协作落空。在投资争端的磋商阶段,“专门委员会”可作为投资者与具体相关政府部门之间的中间调解人。无论哪个政府部门直接负责与投资者之间的磋商,“专门委员会”均可参与。“专门委员会”派出经过专门培训的人员参与磋商调解,这样便于他们不断积累经验从而高效解决投资争端。“专门委员会”还可利用其从所有政府机构和投资者之处搜集来的所有信息与投资者进行磋商。在仲裁程序中,“专门委员会”还可作为为国家辩护的机构。在投资争端最终进入仲裁程序后,“专门委员会”仍然参与争端程序,一方面继续协调不同相关机构,同时还保持与投资者之间的对话。“专门委员会”这一形式的投资争端预防和处理机构体系,是由现有政府机构联合组成,而并非设立一个新机构,因此不会增加多少机构成本,但可以明显提高预防和处理国际投资争端的效率。

## 2. 建立有效的信息收集沟通系统

信息收集沟通系统是跟投资争端预防和处理机构体系分不开的。如前所述,由商务部和各有关部委

组成的“专门委员会”作为领导机构负责收集并传播IIAs的投资条款,为IIAs条款的履行和遵守提供指导,并处理ISDS的承诺。商务部为处理投资争议的具体实施机关,在其网站上建立投资信息交流平台。信息平台应尽量详细,例如提供一个详细的投资问题反映流程,列明各有关具体联系机构,并且分别列明出现投资问题时投资者可以采取的行动,以及相关机构应该采取的行动,具体列明相关机构可为和不可为的行动。中国可以将商务部作为投资争端反应系统的协调机构,商务部设立或指定专门的投资纠纷处理机构,投资者如果与有关政府机构之间产生了相关问题和争议,可以直接向商务部反映。商务部负责与外国投资者经常保持紧密且顺畅的沟通,便可以将投资问题消灭在萌芽状态,防止问题变成纠纷从而避免纠纷通过国际仲裁解决。

## 3. 确认并监控敏感行业

根据有关国家预防和解决国际投资争端的经验,商务部应确定那些容易产生投资争端的敏感领域和敏感的契约安排。敏感领域确定之后,由“专门委员会”对这些敏感领域重点监控,针对这些领域采取相应的预防措施,以避免出现中央政府或其他政府部门违反条约义务的情形或者其他类型的争端。

## 4. 积极通过行政手段解决矛盾和冲突

1997年后中国双边投资条约对待用尽当地救济规则的基本立场是:当地救济分为司法救济和行政(复议)救济,司法救济与国际仲裁择一终局,而行政救济则作为国际仲裁的前置程序。<sup>⑤</sup>比如,《中国与拉脱维亚双边投资促进和保护协定议定书》要求拉脱维亚投资者在中国的投资争议在提起国际仲裁之前要先用尽当地的行政救济手段。将用尽行政复议程序作为把争端提交国际投资仲裁的前置条件,一方面可使中国政府有机会在争端提交国际投资仲裁前纠正政府行政部门或下级政府行政部门的不当行政行为,改善投资环境,另一方面则可尽量将争端在中国国内解决,减少不必要的国际仲裁程序。

## 5. 尽量运用磋商、调解、调停等ADR方法

调解已成为中国最具特色的法律制度。同时,中国在调解方面的国际合作也取得了丰硕成果。<sup>⑥</sup>中国一般的双边或区域投资协定都规定了友好磋商作为将争议提交投资仲裁的前提条件,一般规定争议发生后,有6个月的缓冲期,在缓冲期内,规定争议双方应

通过磋商解决争议,不能直接提起仲裁。中国政府部门应积极利用这个缓冲期,尽可能通过友好磋商方式解决投资争议。作为磋商的主体,负责争端预防和管理投资争端的“专门委员会”代表中央政府进行磋商。另外,还应鼓励调解、调停,多使用中立的第三方评议程序来解决投资争端。至于主持调解、调停的机构,中国可由负责投资争端预防的“专门委员会”主持调解,也可以由中国国际经济贸易仲裁委员会这一民间机构设立投资调解中心主持调解。关于中国是否效仿有关国家设立监察专员,笔者认为,中国并无监察专员这一传统,另外,专门设立一个新机构,其投入成本也比较高。因此,中国目前不宜单独设立监察专员这一机构。可以由“专门委员会”负责受理有关投资者的不满和投诉,及时发现问题,对中国有关部门和地方政府的涉嫌损害投资者利益的相关政策措施及时予以纠正。

#### 6. 积极改进投资协定,预防和减少投资争端

中国要想有效预防和解决国际争端,必须积极参与到国际法律规则和体制的构建之中。<sup>⑨</sup>作为世界第二大经济体,中国应充分发挥在国际投资领域逐渐提升的影响力,顺应国际投资协定的新趋势,积极参与和引导国际投资体制规则的制定。新的国际投资体制规则应设计完善的投资争端解决机制,加强和完善利用仲裁前的协商与调解程序的规定,积极促使争端友好解决,限制国际投资仲裁的使用。除了适时修订原有的双边投资协定、订立新的双边投资协定之外,区域性国际投资协定方面,中国也大有可为,中国应充分发挥在区域经济方面的重要影响力,比如在“一带一路”合作框架下,倡导订立区域内投资保护和促进协定,尽量实现区域内投资协定的一体化,尝试建立区域内统一的投资争端解决机制。

中国目前在国际投资市场中的地位,既是主要资本输出国,也是主要资本输入国。在制定和修订国际投资协定时,中国既要考虑到中国作为东道国的利益保护,也要考虑中国海外投资者利益保护问题,尽可能综合考虑双方利益保护的平衡。2014年中国的实际对外投资已经超过利用外资的规模,中国已经成为资本净输出国。也许会有人认为,既然中国目前已经由传统的资本输入国转变为资本输出国,传统的国际投资协定尤其是其中ISDS条款有利于保护中国海外投资者的利益,我们应该坚持传统的国际投资协定,

而不应该跟风对中国现有国际投资协定予以修订。这种观点是不成立的。首先,对传统国际投资体系的弊端,尤其是国际投资仲裁方式,无论是发达国家还是发展中国家,资本输出国还是资本输入国,都认为其有着难以克服的缺点,这一点各国已经形成了广泛共识。目前,国际社会普遍认为,国际投资协定体系和相关的争端解决机制需要改革,以使其更有利于可持续发展。这种改革需要以全面和渐进的方式进行,应考虑所有利益相关者的利益。<sup>⑩</sup>包括美国、欧盟、加拿大等主要资本输出国在内的发达国家,对传统国际投资协定中的ISDS条款的不满同样很强烈。这些发达国家既是主要的资本输出国,也是主要的资本输入国,他们并未单纯为了保护海外投资者利益而坚持传统国际投资协定中的ISDS条款。同理,中国不能单纯为了保护中国的海外投资者利益而悖逆国际投资协定体系关于可持续发展和改革争端解决的新趋势,这不符合中国的国家利益和公共利益。其次,中国虽然已由资本净输入国转变为资本净输出国,但并不意味着外商直接投资对中国经济发展的拉动作用减弱,但其作用机理正在发生变化。<sup>⑪</sup>中国仍然是世界第三大资本输入国,世界主要国际直接投资目的国之一。中国和世界各地的历史经验告诉我们,一国要保持其经济可持续良性发展,离不开持续优质的外国投资,优质的外国投资可以促进经济增长,增加就业,带来先进的生产和管理技术,实现经济社会和环境的协调可持续发展。长期以来,美国、日本、欧盟等发达国家,既是主要的资本输出国,同时也是主要的资本输入国。同理,虽然中国已经成为资本净输出国,但是将来中国经济的可持续发展,仍然离不开大量的外国投资。习近平在多个场合明确指出,“中国开放的大门不会关上,要坚持全方位对外开放,继续推动贸易和投资自由化便利化”。<sup>⑫</sup>顺应国际社会的可持续发展以及新一代国际投资协定的形势,逐步对中国现有国际投资协定作相应修订,以及与美国、欧盟等订立符合当代社会可持续发展形势和中国利益的国际投资新协定,是中国今后的必然选择。最后,国际投资仲裁的相关缺陷不仅对东道国政府不利,而且对投资者而言同样如此。所以,对投资者而言,国际投资仲裁也并非最佳选择。从国际投资仲裁结果看,并非都对投资者有利。截至2017年底,已知的所有548项已结ISDS案件仲裁裁决中约三分之一裁决国家胜诉(仲

裁申请根据管辖理由或案情理由被驳回),大约有四分之一裁决投资者胜诉,获得补偿。<sup>⑤</sup>自中国对香港恢复行使主权以来,中国内地和港澳地区投资者利用国际投资协定对外国政府在ICSID提起的仲裁案件有6起,其中来自内地的投资者以申诉方身份提起的仲裁案件有2起,即平安保险公司诉比利时案和北京城建公司诉也门案。该两案中,平安公司败诉,北京城建公司在仲裁庭作出的管辖权决定中胜诉。从仲裁裁决结果来看,其裁决结果也并非对投资者有利。因此,顺应时势积极修订投资协定中容易引起国际投资争端的条款,改进投资争端解决机制,已是势在必行。

### 7. 利用“一带一路”合作平台,强化国家间投资争端预防合作

习近平主席强调,要提高我国参与全球治理的能力,着力增强规则制定能力、议程设置能力、舆论宣传能力、统筹协调能力。<sup>⑥</sup>“要引导国际社会共同塑造更加公正合理的国际新秩序。中国不仅要多参与国际事务,做国际体系的参与者和建设者,而且还要做国际体系的贡献者和引领者。”<sup>⑦</sup>中国应在国际规则制定中发出更多中国声音,注入更多中国元素,在国际投资争端预防和解决合作中充分发挥中国传统文化中“和为贵”精神内核,维护和拓展我国发展利益,构建广泛的利益共同体,建立“一带一路”沿线和谐繁荣的良好经济和发展秩序。中国作为“一带一路”的倡议者,在“一带一路”合作中发挥着重要的主导作用,中国的投资者也是“一带一路”沿线国家中的主要投资者。由于“一带一路”沿线国家存在着地缘政治格局动荡、经济结构失衡且增长乏力、自然环境破坏加剧和宗教民族冲突肆虐等问题,中国对“一带一路”沿线国家的直接投资将面临政治、经济、文明与宗教等方面的风险与挑战,<sup>⑧</sup>容易因东道国政府采取的征收政策措施或者政局动荡、政权更迭等引发投资的政治风险,遭受巨额损失。共建“一带一路”倡议着眼于构建人类命运共同体,坚持共商共建共享原则,为推动全球治理体系变革和经济全球化作出了中国贡献。共商,已经从中国倡议成为全球共识。<sup>⑨</sup>“一带一路”是沿线国家已经达成共识的重要合作平台,通过双边合作、三方合作、多边合作等各种形式,实现构建人类命运共同体的美好愿景。作为“一带一路”的倡议者和“一带一路”沿线国家中的主要投资国,中国不仅自身要构建系统的国际投资争端预防机制,也应充分利用

在“一带一路”合作平台的重要影响力,加强与“一带一路”沿线国家在投资争端预防和解决机制方面的合作,通过“一带一路”合作平台,与各沿线国家共同探讨建立投资争端预防和解决合作协调机制,把各自的优势和潜能充分发挥出来,对保障“一带一路”合作的顺利实施和保护中国投资者在“一带一路”沿线国家的投资利益,具有重要意义。中国可联合“一带一路”沿线国家的经贸主管部门,探讨建立投资争端预防协调机构,该机构应作为实体性机构,应具有明确的工作机制和合作流程,加强各国经贸主管部门之间在投资争端预防方面的交流、合作与协调。对于投资争端预防合作与协调,中国要积极倡导,发挥建设性和引领作用,并遵循共商共建共享原则,引领沿线各国充分发挥各自的优势,提高其参与积极性。中国已经开始着手这方面的尝试。中国国际贸易促进委员会(简称中国贸促会,是全国性对外贸易投资促进机构)正在筹建国际争端预防与解决中心。该中心是落实中央深改组通过的《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》的重要举措。中国贸促会还将根据有关部署,按照共商共建共享原则,联手国外的工商组织共同探讨,择机发起成立新的国际争端预防与解决组织。该组织未来将开展“事前预防、事中磋商、事后解决”全链条商事法律服务:一方面是帮助商事主体预防纠纷产生;另一方面,一旦纠纷产生,该组织将提供更加符合“一带一路”相关国家特点和需求的调解或仲裁服务。<sup>⑩</sup>除了本身直接承担经贸争端的预防和解决职能外,可以考虑在该国际争端预防与解决组织中增设各国投资争端预防和解决方面的交流、协调与合作职能。另外,投资者与国家间的投资争端区别于一般的商事主体之间的商事争议,可以考虑将投资者与国家间的争端作为一项重要的专项纳入该投资争端预防与解决组织的事项范围。

### 结语

目前,国际投资领域投资者与国家间的争端仍然在持续增加,尤其是国际投资领域的主要投资争端解决方式——国际投资仲裁,由于其本身存在的诸多问题,早已引起了国家和投资者的密切关注和不信任。国际投资体制正在发生重大变化,各国也正在努力探索国际投资争端解决的新方式。但是,处理投资争端的最佳方法就是采取DPPs,建立投资争端预防机制,将投资矛盾和纠纷消灭在萌芽状态,防止其升级为国

际投资协定下的国际投资仲裁,从而使东道国保持良好的投资环境,投资者与东道国政府间维持良好的合作关系。各国的具体政治框架和治理结构不同,各国应根据其自身政府治理结构、管理传统、文化传统等自身特点制定符合自己国情的投资争端预防政策。另外,对于此类法律和措施的真正挑战在于均衡实施,避免其被搁置不用或者缺乏执行性。<sup>⑧</sup>目前DPPs正处于探索阶段,需要不断总结经验教训,不断改进制度设计,使DPPs在预防投资者与国家间争端方面发挥积极作用。中国作为世界第二大经济体、世界第三大资本输出国和第三大资本输入国,在国际投资领域起着举足轻重的作用。作为主要的资本输入国之一,中国虽然目前作为被告的国际投资仲裁案件并不多,但从世界范围看,国际投资争端仲裁案件数量增速持续上升,中国正处在经济和社会转型期,中国近几年的三起投资仲裁案件也为中国敲响了警钟。如不采取相应的预防措施,中国将来会面临巨大的国际投资仲裁案件的压力。因此,中国应尽快采取国际投资争端预防政策,建立适合中国国情的完善有效的投资争端预防机制,避免和减少国际投资争端对中国可能造成的巨大风险和损失。同时,中国应加快国际投资争端预防和解决方面的研究和实践,稳步推进国际争端预防与解决中心的建立,适时加快推进“一带一路”沿线国家共同构建投资争端预防和解决协调合作机构的进程,帮助“一带一路”沿线国家构建系统完善的投资争端预防机制,这也是“一带一路”倡议取得实效的长久保障。

#### 注释:

① See UNCTAD, “How to Prevent and Manage Investor-State Disputes: Lessons from Peru”, p. 1, [http://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9_en.pdf), last visited on 31 August 2019.

② 参见刘万啸:《气候变化背景下国际投资规则的发展趋势及我国对策研究》,《政法论丛》2014年第2期,第96页。

③ “国际投资协定”(international investment agreement, 简称IIAs),包括双边投资协定(BITs)、区域投资协定以及自由贸易协定、经济合作协定和其他国际协定中的投资部分等,均可称为投资条约。

④ 数据来源于UNCTAD网站, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, 2018年1月2日访问。

⑤ See UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, [unctad/diae/pcb/inf/2018/2](http://unctad/diae/pcb/inf/2018/2), p. 1.

⑥ 参见周清华、程斌:《第三方资助下仲裁员潜在利益冲突

披露的体系建构》,《中国海商法研究》2018年第4期,第44页。

⑦ 参见张庆麟:《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》,《政法论丛》2017年第6期,第68页。

⑧ See UNCTAD, “Investor-State Dispute Prevention Strategies”, (June 2013), p. VII, <http://perma.cc/7CTH-SGWM>, last visited on 8 September 2019.

⑨ See UNCTAD, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, New York and Geneva: United Nations, pp. 127-129.

⑩ See UNCTAD, World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan, June 2014, p. 165, [http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014\\_en.pdf](http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2014_en.pdf), last visited on 31 August 2019.

⑪ See UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015, IIA Issue Note, No. 2, 2016, p. 38.

⑫ 参见胡德胜:《中国应该如何对待〈能源宪章条约〉》,《政法论丛》2017年第6期,第78页。

⑬ See Susan D. Frank, “Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Disputes Resolution in International Agreements”, in Karl P. Sauvant (ed.), Appeals Mechanism in International Investment Disputes, Oxford University Press, 2008, p. 160.

⑭ See UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD/DIAE/IA/2009/11, New York and Geneva: United Nations Publication, pp. 31-35.

⑮ See UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, New York and Geneva: United Nations Publication, p. 7. 在投资者与东道国政府之间的纠纷,不同阶段往往用不同的术语来表述。首先是在外国投资过程中因政府措施而可能发生“问题”“不满”或“关切”;之后,如果“问题”“不满”或“关切”没有得到矫正或解决,它将可能成为“冲突”;如果“冲突”得不到有效管理,将演变成更为正式的“争端”。

⑯ 参见李可:《利益衡量的方法论构造——以司法性利益衡量为中心》,《上海政法学院学报》2017年第2期,第53页。

⑰ See UNCTAD, *supra* note⑮, p. 63.

⑱ See UNCTAD, *supra* note⑭, pp. 65-66.

⑲ See Lise Johnson and Brooke Skartvedt Guven, “The Settlement of Investment Disputes: A Discussion of Democratic Accountability and the Public Interest”, <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/03/ITN-The-Settlement-of-Investment-Disputes-Mar-13-2017.pdf>, last visited on 31 August 2019.

⑳ See UNCTAD, *supra* note⑧, p. 35.

㉑ See UNCTAD, *supra* note①, pp. 24-28.

㉒ See UNCTAD, *supra* note⑧, p. VII.

㉓ See UNCTAD, *supra* note⑧, p. 35.

㉔ See UNCTAD, *supra* note⑭, p. 66.

- ⑤See UNCTAD, supra note①, p. 36.
- ⑥See UNCTAD, supra note⑭, p. 86.
- ⑦See UNCTAD, supra note⑭, pp. 68-70.
- ⑧See UNCTAD, supra note⑭, p. 73.
- ⑨See UNCTAD, supra note⑭, p. 69.
- ⑩See UNCTAD, supra note⑭, p. 74.
- ⑪See UNCTAD, supra note⑤, p. 4.
- ⑫See UNCTAD, supra note⑭, pp. 74-75.
- ⑬See UNCTAD, supra note①, p. 46.
- ⑭See UNCTAD, supra note⑭, p. 72.
- ⑮See S. Wiegand, "A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model", 12 Ohio State Journal on Dispute Resolution 95, 145(1996).
- ⑯See Susan D. Franck, "Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design", 92 Minnesota Law Review 161, 211(2007).
- ⑰See Susan D. Frank, supra note⑬, p. 164.
- ⑱See UNCTAD, supra note⑭, p. 78.
- ⑲See UNCTAD, supra note⑭, pp. 45-50.
- ⑳See UNCTAD, supra note⑭, p. 92.
- ㉑See UNCTAD, supra note⑭, p. 83.
- ㉒See UNCTAD, supra note①, p. 54.
- ㉓See Gene Hamilton, "Alternative Dispute Resolution (ADR)—Definitions, Types and Feasibility", in UNCTAD, supra note⑮, p. 6.
- ㉔See UNCTAD, supra note①, p. 52.
- ㉕参见车丕照、孙劼:《国际经济法研究的三重境界》,《上海政法学院学报》2018年第2期,第1页。
- ㉖See UNCTAD, Taking Stock of IIA Reform, IIA Issue Note, No. 1, 2016, p. 1.
- ㉗See UNCTAD, supra note⑨, p. 128.
- ㉘See UNCTAD, supra note⑩, p. 5.
- ㉙See UNCTAD, supra note⑪, p. 38.
- ㉚See UNCTAD, supra note⑨, pp. 164-169.
- ㉛到目前为止中国政府在ICSID作为被诉方的案件只有三起,第一起是2011年5月24日Ekran Berhad公司对中国提起投资争议仲裁案,案号为No.ARB/11/15,此案并未进入实体审理程序而结案。第二起是2014年11月4日由韩国安城公司对中国提起投资争议仲裁,案号为No.ARB/14/25。2017年3月9日,该案仲裁庭以仲裁申请超过仲裁时效为由驳回了申请人的全部仲裁申请。第三起是2017年6月21日德国Hela Schwarz有限公司对中国提起投资仲裁案,案号为No.ARB/17/19,尚在仲裁审理阶段。
- ㉜根据中国商务部网站资料,截至2016年12月12日,中国对外签订双边投资协定104项,其中三分之一是1998年后

签订或修订的, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2016年12月12日访问。

③See United Nations, "Sustainable Development Goals: 17 Goals to Transform Our World", <http://www.un.org/sustainabledevelopment/>, last visited on 31 August 2019.

④财经观察:《中国主张启动2030年可持续发展议程》, [http://www.gov.cn/xinwen/2016-09/21/content\\_5110268.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2016-09/21/content_5110268.htm), 2019年8月31日访问。

⑤商务部:《中国已与130多个国家和地区签订投资协定》, [http://intl.ce.cn/specials/zxxx/201603/17/t20160317\\_9571808.shtml](http://intl.ce.cn/specials/zxxx/201603/17/t20160317_9571808.shtml), 2019年8月31日访问。

⑥See UNCTAD, supra note⑤, p. 3.

⑦参见李泮桦:《东道国当地救济规则在ICSID仲裁领域的运用研究——兼论中国双边投资条约的应对策略》,《法律科学(西北政法大学学报)》2015年第3期,第188页。

⑧参见周江、陈一萍:《论〈联合国海洋法公约〉框架下专属经济区内和大陆架上海洋科学研究争端解决机制》,《中国海商法研究》2018年第2期,第90页。

⑨参见江河、郑实:《南海争端和平解决的路径冲突及其化解——以国家主权的双重属性为框架》,《政法论丛》2017年第6期,第27页。

⑩See UNCTAD, Recent Trends in IIAs and ISDS, IIA Issue Note, No. 1, 2015, p. 1.

⑪参见李大伟:《怎么看我国成为资本净输出国》, <http://theory.people.com.cn/n/2015/0226/c40531-26597715.html>, 2019年6月21日访问。

⑫《“开放”为何成为习近平两会时间高频词?》, [http://news.xinhuanet.com/politics/2017lh/2017-03/07/c\\_1120579530.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2017lh/2017-03/07/c_1120579530.htm), 2019年6月21日访问。

⑬See UNCTAD, supra note⑤, p. 5.

⑭参见习近平:《加强合作推动全球治理体系变革,共同促进人类和平与发展崇高事业》, [http://www.xinhuanet.com/politics/2016-09/28/c\\_1119641652.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2016-09/28/c_1119641652.htm), 2019年6月21日访问。

⑮《习近平首提“两个引导”有深意》, <http://politics.people.com.cn/n1/2017/0220/c1001-29094518.html>, 2019年6月21日访问。

⑯参见陈继勇、李知睿:《中国对“一带一路”沿线国家直接投资的风险及其防范》,《经济地理》2018年12期,第11页。

⑰参见推进“一带一路”建设工作领导小组办公室:《共建“一带一路”倡议:进展、贡献与展望》, 2019年4月22日, <https://www.yidaiyilu.gov.cn/zchj/qwfb/86697.htm>, 2019年6月21日访问。

⑱贸促会筹建国际争端预防与解决中心, [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3528/2018/0130/957909/content\\_957909.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3528/2018/0130/957909/content_957909.htm), 2019年6月21日访问。

⑲See UNCTAD, supra note⑮, p. 63.