

投资者—国家争端解决中的调解： 现状、价值及制度构建

王 寰

【摘 要】以投资条约为基础的国际投资仲裁是解决投资者与东道国之间争端的主要方式,但近年来国际投资仲裁因其高风险、高成本而备受诟病。在这一背景下,调解制度逐渐受到关注。调解在国际投资争端解决领域一直未被重视,由于传统投资条约中涉及调解的规定抽象、模糊甚至多年缺失,即便新近的投资条约提及调解,调解依旧很少被当事方选择。此外,新一代的部分双边投资协定中关于调解适用于投资者与国家间争端解决的规定,也将进一步导致投资条约的双边化风险。现有的国际投资争端解决规则并不能很好地解决这些问题。因此,改革当下的投资者—国家争端解决机制,构建有效的调解制度十分必要。统一推行投资者—国家争端解决机制的程序化改革,促进投资仲裁与投资调解相结合,强调将调解作为前置性程序是可行之道。我国作为签订投资条约的大国,又有着丰富的调解文化,也应积极探索调解在国际投资争端解决中的适用以主动应对革新。

【关键词】投资者—国家争端解决机制(ISDS);投资仲裁;调解;双边投资协定(BIT)

【作者简介】王寰,长沙理工大学文法学院讲师,博士(湖南 长沙 410114)。

【原文出处】《江西社会科学》(南昌),2019.11.172~180

【基金项目】国家社科基金项目“欧盟投资者—国家争端解决机制的革新及中国应对研究”(17CFX083);中国法学会部级项目“投资者—国家争端解决中的调解制度研究”(CLS2018D166);湖南省社会科学评审委员会项目“可持续发展视角下投资者—国家争端解决机制改革问题研究”(XSP19YBZ011)。

自“华盛顿公约”生效以来,“投资者—国家争端解决机制”(Investor-State Dispute Settlement,下文简称为ISDS)^①即允许私人投资者状告东道国,直接主张自己权利的机制正式形成,私人投资者单边发起的投资仲裁已成为解决投资者与东道国之间投资争端最普遍、最有效的方式。近年来,随着投资仲裁案件数量的不断上升,国际社会对ISDS机制诟病也越来越多,其中最突出的问题之一是投资仲裁程序冗长、花费巨大。在这一背景下,要求针对ISDS机制改革的呼声高涨,而调解因其节约成本、可避免裁决的不确定性及保持和修护合作关系等优势逐渐受到国际社会的关注。由于投资仲裁已

成为解决投资争议的常态,仲裁庭不会主动鼓励当事方选择非仲裁方式解决争端,同时传统投资条约中涉及调解的规定抽象、模糊甚至多年缺失,因此即便新近的投资条约提及调解,但调解依旧很少被当事方选择。此外,新一代的部分双边投资协定中关于调解制度适用于投资者与国家间争端解决的规定,也将进一步导致投资条约的碎片化。有鉴于此,本文拟以上述问题为基础,对投资条约中调解的现状进行梳理和评述,并就投资争端中适用调解进行价值考量,观测调解与ISDS机制改革趋势的内在逻辑关系,对调解纳入ISDS机制提出相应建议,在此基础上立足“一带一路”倡议的规则创新分

析中国的立场与应对。

一、投资者—国家争端解决中调解的发展现状

投资者—国家仲裁程序平均需3.5年,法律费用更是以千万计,这些成本无论是对跨国公司还是发展中国家,都是极大的负担。^②加上投资仲裁存在对公共利益照顾不够、仲裁裁决不一致等问题,各方都希望有可替代的争端解决方式。^③然而根据国际投资争端解决中心(简称ICSID)截至2019年1月的数据,在ICSID注册的案件共706件,其中使用调解的11件,仅占总数的1.6%。该数据却表明在实践中投资者的选择与“希望有可替代的争端解决手段”之推测大相径庭,本文拟从国际投资条约中可适用调解的规定来分析其缘由。

(一)冷静期条款下的调解

传统的双边投资协定(以下简称BIT)提及非仲裁争端解决的内容主要载于“冷静期”条款。典型的冷静期条款如美国—阿根廷双边投资协定第7条:“如发生投资争议,争议各方应当通过磋商和协商,初步寻求解决方案。如果争议无法友好解决,有关国家或者公司可以选择提交争议解决:……自争议发生之日起已经过6个月,有关国家或企业可以选择以书面同意提交仲裁解决……”这类规定存在于目前大部分投资条约中,以中国为例,已生效的104个双边投资协定中,绝大多数的争端解决条款都为此类规定。^④

这表明,虽然条约有规定要求各方在提起仲裁前就争议友好协商解决,然而这仅表示不阻止各方寻求第三方的协助,很少提及调解,更缺乏可适用调解来解决投资者与国家之间争议明确规定,即调解的主要现状是在冷静期不排除其适用。但实际上就投资仲裁庭而言,“冷静期”条款仅被认为是仲裁程序先决条件的时间限制(通常为3—6个月),这并不能阻止各方在冷静期过后通过诉诸仲裁来解决争端。因此,当事方选择调解的情形并不多见。实践中冷静期内的双方更专注于之后的投资仲裁,使“冷静期”沦为下一步诉诸投资仲裁剑拔弩

张的“准备期”。

(二)明确调解为可合意选择的方式

近年来,国际投资条约对ISDS机制中程序冗长、费用高且裁决不确定等问题给予更多关注,对原有的单一争端解决方式进行了调整,体现出投资争端解决方式多元化发展的新趋势,具体涉及调解或诉诸中立第三方作为协助各方在国际投资仲裁之前达成友好解决的趋势越发增强。

2018年11月,美国、墨西哥、加拿大三国签署的《美国—墨西哥—加拿大协定》(USMCA)第14.D.2规定:“如果发生投资争议,申请人和被申请人应首先寻求通过协商和谈判解决争议,其中包括使用不具约束力的第三程序,如斡旋或调解。”这一规定超出了大多数传统投资条约对争端解决方式的规定,已明确提醒当事双方可以关注调解这一争端解决方式。以中国为例,2001年中国—荷兰新签订的BIT第10条第3款也规定争议当事任何一方可依照《华盛顿公约》进行仲裁或调解。2008年中国—新加坡自由贸易协定、2010年中国—哥斯达黎加自由贸易协定、2013年中国—瑞士自由贸易协定等的投资章关于争端解决条款中也都明确提及适用调解或调停程序解决投资争端。^⑤值得注意的是2011年中国—乌兹别克斯坦重新签订的BIT相比较1992年签订的BIT,第12条也明确提到争端友好解决的方式包括调解程序。

新一代投资条约中逐渐体现调解可作为争端解决的选择之一,但仍缺少鼓励及具体的建议。此外,由于调解需当事一方主动提出,并经双方同意,有调解意愿的一方会因担心被认为是示弱妥协的表现而舍弃这种选择,与此同时投资仲裁庭并不会帮助各方重新评估和积极探索其他的争议解决方案。因此,需双方合意选择的调解方式仍很少被用来解决投资者与国家间的争端。^⑥

(三)鼓励性调解

最近的投资条约已经进一步提及调解,要求投资者在投资仲裁之前,开始调解程序。以印度—澳

大利亚双边投资条约第12条为例,“……任何未得到友好解决的争议,如果双方同意,可以根据该缔约方主管的司法或行政机构承认投资的缔约方法律予以解决”;要么根据“联合国国际贸易法委员会调解规则进行国际调解。如果缔约方未能就本条第2款规定的争端解决程序达成协议,或者如果争端提到调解,但调解程序没能达成和解协议,可以提起仲裁”,这意味着只有尝试了调解但调解程序终止没有达成协议才可以开始仲裁。此外欧盟为改革ISDS机制而提出的设立欧盟投资法庭,其主要创新之一包括设立专门的调解程序及鼓励性协商制度,在该制度下协商成为必经程序,争端无法协商解决才可以提起仲裁的申请。2016年10月正式签署的加拿大—欧盟自由贸易协定(CETA)附件中有明确的投资者—国家调解的条款,欧盟—新加坡自由贸易协定、欧盟—越南自由贸易协定中也都包括投资者—国家调解条款。

鉴于CETA中提到前置性协商程序,以及印度签署的投资条约中调解程序没能达成和解协议才可以提起仲裁,可以得知对国际投资争端的解决赞成强制性调解的观点也在萌生。

由此可见,当下投资者与国家争端解决中调解的主要现状是在冷静期不排除其适用,即调解在大部分传统国际投资条约中处于不被反对的地位。因此,投资者与东道国争端解决中调解的使用率不高并非当事方不愿意在诉诸仲裁前采取其他补救措施,而是当事方认为与投资仲裁相比,并不具有其他可靠的救济办法。这主要是因为当下的ISDS机制未明确纳入调解并鼓励使用调解来解决国际投资争端。重新签订的部分BIT中逐步出现可适用调解的规定,这也表明国际社会已意识到对调解缺乏明确的鼓励及对适用调解价值的认识不足,是导致其利用率不高的重要原因,并开始做出改变。

二、投资者—国家争端解决机制中适用调解的价值考量

在国内的纠纷解决中调解的使用并不少见,其

优点主要可以被归纳为以下几个方面:消除沟通的障碍,提供快捷、成本更低的纠纷解决方案,避免裁决的不确定性,有利于当事方保持或恢复合作关系等,^{[1](P25-31)}然而在投资者与国家这一特殊争端解决的领域内,调解的兴起与适用调解的作用,不仅应了解调解制度本身的这些优点,^⑦更需关注调解制度对缓解ISDS机制当下危机的作用,及调解制度是否契合ISDS的改革趋势。

(一)推动可持续发展的目标

可持续发展最初是作为环境法上的理念,意思是“满足当代人需要的同时不危及后代人满足其需要能力的发展”。随着对可持续发展的关注越来越多,这一环境法上的概念也包括人权、社会、经济发展等更丰富的内容。^{[2](P16)}最近几十年由于贸易和投资自由化协定可能造成对环境、人权和社会等不良影响,贸易和投资条约引发了人们的担忧。^{[3](P313-340)}

新自由经济主义倡导下兴起的投资自由化理念,其主要目的是利用比较优势来加速经济增长,其他“非经济”问题都不被重视。基于国家间签订的投资协定,允许投资者单方面对东道国提起仲裁的ISDS机制在新自由经济主义倡导下得到极大发展。临时的投资仲裁庭可对国家行为作出裁判,通过裁决制约国家行为,包括国家行使的管理权和维护公共利益的治安权。^⑧国际投资争端的法律关系是投资者与国家之间,以国际法上条约为请求权的涉及主权行使的国家行为,因此实质上是投资仲裁庭运用仲裁这一种私法手段来解决公法性质的争议。当下东道国出于对保护环境、劳工权益、公共健康等政策需要而采取的管理措施,引发的管理性国际投资争端不断,借用商事仲裁外衣的投资仲裁庭被批评者指责其倾向私人投资者而忽视公共利益,引起了国际社会对ISDS机制正当性的质疑。

提倡使用调解解决投资者与国家间的争端,各方可以通过参与调解增强对争端解决程序的控制,而非将标的数额巨大且涉及人权、环境、社会公共利益的跨国投资争端完全交由国际投资仲裁庭管

辖,这也将使纳入调解的ISDS条款对各国政府和投资者具有潜在吸引力。调解的目标之一是接近正义,^{[4](P6-7)}它赋予了当事人在接近正义过程中克服经济上、程序上成本障碍的权利,更重要的是调解更有可能保持甚至恢复争端双方的关系。在投资者—国家争端背后存在的是一种长期的投资合作关系。在公共服务私有化的情形下,跨国的私人投资者在东道国,如水、电力、天然气或电信等领域参与投资,这意味着与东道国的利益长期联系在一起。^{[5](P142-143)}这种复杂的关系使得两者处于长期相互依存的状态。仲裁裁决通常是一维解决方案,而调解则是多层面的,力图考虑到双方的利益以达成双赢且可持续发展的解决方案。正如联合国秘书长在E/2016/NGO/36声明中所表明的,认识到投资者—国家争端解决机制内的调解是在联合国经济及社会理事会框架内实现2030年可持续发展目标的关键要素,^{[6](P255)}因此我们可以认为,投资者与东道国争端解决中调解有效适用的核心价值之一在于对可持续发展的推动。

(二)契合全球治理理念

随着环境保护和可持续发展原则、人权法和生命健康权理念在国际经济法领域受到重视,全球治理理念应运而生,这也是全球化发展的必然结果。该理论注重国家的中心地位也关注非政府组织、跨国公司、私人企业和社会运动其他行为主体的参与,强调在全球事务问题上,需要各行为体共同参与、共同解决并共同遵循。

当下ISDS机制,临时仲裁庭和分散的管辖权导致不同仲裁庭往往作出相互矛盾、彼此冲突的裁决。加上这一机制缺少上诉审查和内部问责制,冗长的程序和高昂的费用之下,可能得到仲裁庭彼此冲突的裁决,这都将影响当事方的合理预期,从而使得国际投资主体对现行机制信心不足而导致不愿意遵从。^{[7](P126)}调解的重要特征在于信息的双向流动而非单向输入,这可以打破传统ISDS程序中因立场对立而造成的沟通壁垒,调解为争端主体提

供了消除交流障碍的机会。共同参与到调解的协商过程,至少能避免某些投资仲裁庭偏重对私人投资者利益保护的倾向,从而使争端解决过程更关注公私之间的利益平衡。^{[8](P201)}

外国投资者往往是跨国公司,东道国主要是希望招商引资来促进国家经济发展的发展中国家,因此在投资者与东道国争端中当事双方都更着眼于长期利益,通过调解基于双方共同合意达成的和解协议,其拘束力可以依赖于公司的国际声誉、国家政府的信誉等非法律规制的因素实现,也更有利于和解协议的执行。此类争端解决中强调调解,各方积极参与及对和解协议的高度履行对全球治理的建构具有重要的影响和促进作用。^{[9](P32-35)}

综上,调解既可解决ISDS程序冗长且费用昂贵招致的负面影响,又赋予当事人积极参与纠纷的机会,以及在纠纷处理中的控制权,这在一定程度上可缓解投资仲裁庭对投资者保护的倾向,有利于可持续发展及增加投资争端解决的可预见性;最后这也是协商民主介入全球治理的一种体现,^{[10](P177-178)}各方遵循并接受协商程序与协商结果,有效履行通过调解达成的和解协议,这都是与全球治理理念高度契合的。

三、投资者—国家争端解决机制中调解的制度设计

调解作为一种既可缓解ISDS机制危机,又符合当今国际经济法发展的争端解决方式,显然将成为改革的趋势,下文拟对调解的纳入路径、与现有投资仲裁的协调及调解的启动时间等法律问题进行框架性的讨论。

(一)调解纳入ISDS机制的路径

对现行ISDS机制的改革正在付诸实践。CETA中已明确规定了调解的适用,并在附件为调解专门制定了细则。由此推测将有越来越多的双边性改革,双边安排便于实践操作但也势必会造成新的双边化风险。^⑩以《毛里求斯公约》(以下简称《公约》)为模式,^⑪尽量统一地推行ISDS的程序化改革是值

得考虑的做法。

《公约》通过一个多边文书将透明度纳入现有的投资条约网络,同时采用“选择适用(opt-in)模式”,即对于旧条约的缔约方而言,除非当事方一致选择,否则《透明度规则》不自动适用于《贸易法委员会仲裁规则》下提起的仲裁。该模式的优点主要体现在以下几个方面:首先,可使各国免除对现有国际投资协定进行复杂冗长修正程序的负担。简而言之,这一公约可以同时修改现有众多条约中争端解决条款的规定。其次,《公约》的做法将可能建立一个多边的常设争端解决机制。这一方法可避免双边条约带来的碎片化弊端。最后,《公约》的选择性加入模式,使各国可以在其认为适当的阶段加入,这也将促进这项改革的实现。

因此,本文建议通过一个多边公约,引入统一的解决国际投资争端的调解规则和标准,从而协调现有庞大的双边条约网络。这种做法不但可以消除各国修改现有条约的程序负担,直接适用有关调解的新规定,而且也有利于增大改革成功的机会,以灵活的方式促进多边层面对ISDS机制的统一改革。

(二)调解与投资仲裁相结合的方式

在私人商事仲裁实践中调解与仲裁结合有多种形式,国际投资争端解决中,调解与投资仲裁相结合模式以何种方式和程度进行结合与协调,主要应考虑两个方面的内容。

1. 投资仲裁员是否可以担任调解员。普通商事仲裁的仲裁员在实务中也可作为调解员,仲裁程序中一些仲裁员经争议双方同意的情况下,在同一纠纷中同时担任调解员和仲裁员,这样安排的好处是可以节省时间和费用,但任命单独的中立第三人担任调解员应是更为合适的安排。可以考虑中立第三方作为一个团队(调解员和仲裁员)共同工作,形成一种联合调解的模式,条约附件中可以具体规定这些团队如何合作,如何分享信息。

2. 调解程序与仲裁程序两者使用的秩序问

题。调解程序与仲裁程序应是使用前后连贯的模式还是鼓励(或要求两者)各种形式的相互结合?最简单的方法是采用私人商事纠纷解决中传统的两步模式,但这种模式的主要缺点是仲裁程序在调解过程中没有进展。若调解之后无法达成一致而进入仲裁,这将是一个冗长的过程。鉴于这些弊端,本文认为两种程序在某一段时间内应以各种形式结合,彼此不断考虑与另一种程序的有效合作。例如,仲裁庭和调解员作为一个团队可以在听证日期的设置和争端解决整体方案等方面进行商讨。仲裁员应该积极安排听证会,鼓励双方有效地参与协商,进一步调动仲裁程序中的调解。调解员应有机会参与听证会,获得仲裁庭提供的材料以及争端参与方提供的其他文件,以更好地促进和解方案的达成。

(三)强制性调解程序或调解前置程序

调解被认为是一种自愿的方法,然而调解制度中“自愿”的含义近年来有一些变化。调解的本质仍然是基于自愿的,但是它可以具有强制性、受激励或制裁的影响。^{[11](P38)}例如欧盟指令(2008/52/EC),通过支持国家法律不排除提供必需的庭外调解程序作为法庭程序的先决条件。我国香港特区的民事诉讼调解也是启动司法程序的先决条件。尽管强制调解被批评为违反了调解的自愿性,然而,强制要素并不违反当事方的自决结果。因为强制召开一次会议讨论调解的可行性应是善意的,而迫使各方完成调解程序强迫接受某一调解结果才是有害的。本文讨论的强制并非对调解过程和调解结果的强制,而仅仅是对调解程序的一种强制性鼓励。

调解程序的自愿原则可以不取决于双方如何参与这一程序的方式,关键在由当事方自主参与整个争端解决的过程,以及对最终结果的控制。就投资者与东道国之间的争端而言,人们对调解程序启动的自愿因素在很大程度上受到矛盾情绪及当下投资争端解决规则的影响。^{[12](P22)}因此,鼓励调解成

为投资者与国家争端解决的必经程序,国际仲裁机构和争端当事方之间采纳第三方调解制度来解决投资争端的可能性将会大大提高。

(四)调解程序的启动

将调解规定为诉诸投资仲裁的先决程序,构成仲裁庭对争端具有管辖权的条件。基于此调解的启动可以分为两种情况。第一种情况在冷静期就开始调解,调解可以通过国内某争议管理机构来协助完成,或可以由当事人主动要求相关的国际争端解决机构的调解中心介入。冷静期结束后,如果调解未果需要仲裁,只要当事双方没有要求终止调解程序,可以考虑调解和仲裁并行,成立一个由仲裁员和调解员组成的团队共同工作。第二种情况是冷静期没有启动调解,冷静期结束后直接诉诸仲裁的情况,这应该设计为自动启动调解,以消除必须由一方主动提出调解的义务。无论是国内的争议管理机构还是国际仲裁机构的调解中心,都有义务为当事人提供建议,并解释有关规定。通过将调解设定为争端当事方主张仲裁的前提,或者授权仲裁庭将调解程序作为其形成之后的首要任务,或同时适用两种方式,使调解成为投资争端解决程序中正常环节的一部分。

如果在实践中当事人拒绝参加调解或无正当理由不参加调解,可以参照一些国内法院的做法对这类当事方处以相应的惩罚,例如我国香港特区民事诉讼法规定,若当事人无正当理由拒绝调解,则在之后的审判中法院可能发出不利的“讼费令”。我国台湾地区“民事诉讼法”在“诉讼费用之负担”专节中,规定诉讼费负担之若干原则,将自由裁量权交予法官,其第80条、第81条的规定都反映出不得滥用诉权,若非必要即便胜诉一方也要承担部分或者全部的诉讼费用。

四、我国的立场和应对

在我国调解不仅是一种解决纠纷的方式,更体现了鲜明的文化价值。在我国传统文化中,“和”的理念与调解是一致的,和谐的一个特点是避免诉讼

或对抗性争端解决程序。因此,从某种意义上说,我国传统调解是我国文化中和谐理念的产物。这种文化偏好也与国际投资争端解决的发展趋势相契合。随着“一带一路”倡议的提出和顺利推进,健全“一带一路”的法律机制,对我国未来更深度带动沿线国家参与该倡议,甚至对整个全球经济治理和社会发展都十分有利。^{[13](P28)}结合东方国家特有的争端解决智慧与文化,探讨“一带一路”的争端解决,在投资者—国家争端解决中我国的调解经验是否可以转化为他国争端解决的文化或者成为我国实现话语权的方式之一,我们可从几个方面予以考虑。

(一)新一轮BIT或FTA谈判中纳入鼓励性或强制性调解条款

我国在与“一带一路”沿线国新一轮投资条约或自由贸易协定的谈判中,可将调解直接纳入投资条约,可以是在冷静期内明确地要求调解,或创建一个强制调解机制。如将国际投资条约的争端解决条款修改为与法院调解相类似的调解前置程序。也就是说,在提起仲裁之前,各方将被要求尝试调解,或者至少会晤讨论调解的可能。另外,值得注意的是,目前联合国国际贸易法委员会《执行调解产生的国际商事和解协议公约》已经通过,将在2019年公开签署,我国可以考虑在与“一带一路”沿线国家签署的BITs中直接赋予和解协议等同于仲裁裁决的强制执行力,从而避免当事人因担心调解协议效力而不选择调解的这一困境。

(二)国内争端解决机构率先改革以促进调解程序

作为我国处理国际商事争端的重要机构,中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)一直强调调解与仲裁相结合的方式处理争端,并在长期的实践中不断完善这一程序。2017年10月中国国际经济贸易仲裁委员会出台了国际投资争端仲裁规则,其中第43条体现了仲裁与调解相结合的程序,这也与中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则(2017版)第

43条关于调解的规定相符合。但CIETAC2017年国际投资仲裁规则中调解需以一方当事人自愿提出为前提,本文建议当事方将调解视为一种优先选择,由机构引导,要求在仲裁之前诚恳地进行调解,而非要求当事方一方自愿提出作为启动调解的唯一条件。

(三)立法授权官员使用调解

出现投资争端而又使用保密的调解程序,很容易被公众和媒体渲染为阴谋甚至与腐败挂钩,因此在投资者与国家争端中,代表国家政府作为争端一方当事人的官员由于缺乏可以通过调解来解决争端的明确授权,可能不会轻易诉诸调解来处理与私人投资者之间的争议。^{[14](P45-46)}此外,由于对调解程序没有明确授权,用于这一程序的资金预算不足也将是限制调解使用的原因之一。对此本文认为我国政府应考虑颁布相关法规,授权官员在处理投资争端初始之时进行调解,还可以规定使用调解的具体建议,包括哪些机构负责管理早期的投资纠纷、如何聘请调解专家、如何向政府推荐调解解决的建议。此外可为冷静期内的调解制定适当的预算安排,以鼓励相关官员可以在任何适当的情况下使用调解解决投资争端。

(四)培训调解员以促进其专业化与职业化

调解是一种准司法行为。专业的调解员是积极推行调解制度及扩大调解制度适用强有力的保证。推进“一带一路”倡议下,投资争端中的调解,首先,需要完善调解员管理体系。笔者认为调解员上任首先由业内主导统一培训,设立调解员资格评审组织,制订调解员资格评审组织的架构,并且出台调解员守则来规范调解员的行为。对培训合格的调解员颁发各自的调解资质认证证书。其次,突出行业调解优势,目前我国行业调解利用率不高,机构设置缺乏规范性,民间公信力不足。在“一带一路”建设下必将涉及众多工程、金融等专业性极高的争端,应积极鼓励行业内专业性强的专家担任调解员。第三,稳定结构,加强配套保障。推动调

解员职业化发展,确保调解员不被任意地解聘和卸任。

五、结语

探究当下国际投资争端解决领域改革的重心,“什么是符合发展的趋势”将是核心议题之一。全球化使不同文化、不同法律制度的国家和地区相互间的经济交流日渐紧密,由此产生的争端如果得不到有效的解决就会影响经济的发展和彼此的合作关系。有效率地解决争议,保持双方可持续性的经济交流是相互都受益的。^{[15](P98)}鼓励适用调解,使ISDS成为一个更有效率、可预见、更为稳定合法的机制,这不仅可以缓解ISDS机制当下的危机,还将在深化国际投资法律体制发展中发挥举足轻重的作用,保障和促进国际经济的发展。与此同时,被誉为东方智慧的调解,在我国有渊远的实践传统,若将西方的现代调解结合中国的调解文化,^{[16](P216)}在投资者—国家争端解决中积极探索强制性调解、调解和投资仲裁有机衔接的“一站式”纠纷解决机制,也将更好地面向“一带一路”的国际法律服务,提升我国在国际投资争端解决中的话语权。

注释:

①自《解决国家与他国国民之间投资争议公约》生效,确立了仲裁作为国际投资争端解决的重要方式之一,“投资者—国家争端解决机制”ISDS其核心即是以仲裁的方式解决投资者与国家之间的投资争端。

②投资者与国家仲裁的费用包括国家在违反相关条约义务所需要支付的赔偿、进行仲裁程序所需要的费用、法律服务费用,此外还包括专家证人费用等。经合组织报告,投资仲裁每一当事方的平均费用为800万美元。

③目前除仲裁外,ICSID和贸易法委员会下还有一个自愿的,不具约束力的调解程序。截至目前,ICSID调解程序使用了11次,但根据ICSID的数据估计依旧有30%左右的争端在ICSID仲裁期间通过相互的谈判解决而结束。

④中国目前共有104个双边投资协定。其中提到了调解的共4个:2001年与荷兰重新签订的BIT,2006年与印度签订的BIT,2005年与比利时、卢森堡重新签订的BIT,2011年与乌

兹别克斯坦重新签订的 BIT。其他均为传统的 BIT,其争端解决条款如文中所述。

⑤2008年中国—新西兰自由贸易协定投资章,投资者—国家争端解决一节第152条磋商与谈判规定:“……这种磋商与谈判可包括利用非约束性的第三方程序。……”2010年中国—哥斯达黎加自由贸易协定第144条斡旋、调解和调停规定:“1.斡旋、调解和调停为双方同意的情况下自愿采取的程序。2.斡旋、调解和调停程序,尤其是各方在程序中所采取的立场应保密,并不得损害任一方在本章任何进一步程序中的权利。3.斡旋、调解和调停可以由任何一方在任何时间提起。该等程序可以在任何时间开始,在任何时间终结。4.如果双方同意,斡旋、调解和调停可以在根据第145条(成立专家组)成立的专家组的审理程序进行时继续进行。”2013年中国—瑞士自由贸易协定第15条(2)斡旋、调解和调停规定的规定同上。

⑥截至2019年1月,ICSID官网 Caseload—Statistics 的数据:在ICSID注册的案件共706件,其中使用仲裁程序解决的695件(其中ICSID仲裁632件,ICSID附加便利规则仲裁63件),占总数98.4%,使用调解的11件(其中ICSID调解9件,ICSID附加便利规则调解2件),占总数的1.6%。

⑦美国的三位学者威廉·尤里(William L. Ury)、珍妮·布雷特(Jeanne M. Brett)和斯蒂芬·哥德堡(Stephen B. Goldberg)为设计争端解决体系设立了一系列的原则与方法。这一理念将争端解决的方法分为三类:以利益为基础的争端解决、权利为基础的争端解决、实力为基础的争端解决,在对这三种方法的论证中,三位学者均表现出对第一种方法的偏爱且认为在利益为基础的争端解决方式优于权利为基础的争端解决方式,权利为基础的争端解决方式又优于实力为基础的争端解决方式。而调解被认为是典型的以利益为基础的争端解决方式。

⑧现代的投资争端已逐渐从传统的直接征收不予赔偿转变为管理性争端,具体包括国家对环境、健康、安全和税收等措施而产生的争议。

⑨早在2004年ICSID针对上诉机制设立的草案就提到,如果上诉机制是分散于各双边条约而不是统一,那么它的优势将大大减损。

⑩联合国贸法委第三工作组文件:A/CN.9/917——争议解决领域今后可能开展的工作:投资人与国家间争议解决领域的改革。

参考文献:

- [1]熊洁.知识社会学视野下的美国ADR运动——基于制度史和思想史的双重视角[J].环球法律评论,2016,(1).
- [2]何志鹏,孙璐.可持续发展的国际法保障[J].当代法学,2005,(1).
- [3]Lorand, B. and Federico Ortino. Regional Trade Agreements and the WTO Legal System. Oxford; Oxford University Press, 2006.
- [4](澳)娜嘉·亚历山大.全球调解趋势[M].王福华,译.北京:中国法制出版社,2011.
- [5]Salacuse, J. W. Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-based Investor-State Dispute Resolution. Fordham International Law Journal, 2008, Vol. 31.
- [6]Monde, M. Investor-State Dispute Settlement Reconceptionalized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation. Pepp Dispute Resolution L. J, 2017, Vol. 17.
- [7]王少棠.正当性危机的解除?——欧盟投资争端解决机制改革再议[J].法商研究,2018,(2).
- [8]廖凡.投资者—国家争端解决机制的新发展[J].江西社会科学,2017,(10).
- [9]龚柏华.“三共”原则是构建人类命运共同体的国际法基石[J].东方法学,2018,(1).
- [10]何药,李建华.协商民主的伦理价值[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2018,(5).
- [11]肖建国,黄忠顺.诉前强制调解论纲[J].法学论坛,2010,(6).
- [12]Bret, A.J. and Barton Legum. A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules. ICSID Review, 2014, Vol. 29.
- [13]孙南申.“一带一路”背景下对外投资风险规避的保障机制[J].东方法学,2018,(1).
- [14]S. Pac. Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID, 1992.
- [15]何绍辉,人类命运共同体的实践路径探析[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2018,(4).
- [16]Wang, G. G. and He Xiaoli. Mediation and International Investment: A Chinese Perspective. Maine Law Review, 2013, Vol. 65.