

国际投资仲裁规范改革研究

汪云惠 凌晔

铜陵学院

DOI:10.12238/ej.v3i4.485

[摘要] 二战以后,各国在斗争和妥协间签署了《华盛顿公约》,ICSID仲裁机制应运而生。与其他国际投资争端解决方法相比,ICSID使投资者获得了更稳定的投资环境,东道国也通过引进外资使本国获得了巨大经济效益,带动了国内经济的增长。然而,随着国际上国与国相互之间直接投资的增加,投资纠纷也日益涌现,国家间开始签订投资条约或双边投资协定,以规制投资、解决争议,仲裁机构受案数量逐年增长。从ICSID公布的数据来看,1996年以后,国际投资仲裁案件数量迅速增加,截至2019年12月31日,ICSID已根据ICSID公约和附加设施规则登记了745起案件,其中89.5%是ICSID公约仲裁案件。正是在仲裁实践中,暴露了ICSID仲裁机制在解决国际投资争端时所存在的问题,涉及仲裁管辖权、仲裁员的指定、仲裁裁决一致性、仲裁透明度、仲裁成本控制、仲裁裁决的执行、仲裁裁决的撤销、公共利益保护等多个方面。这些问题的呈现,引发了各方对仲裁机制的疑虑。在这样的背景之下,国际社会开始探索以仲裁为核心的投资者与国家间的投资争端解决机制改革。

[关键词] 国际投资; 仲裁; 改革

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A

1 国际投资仲裁机构存在的问题

近年来,随着国际投资仲裁案件的增加,各方在利用ICSID机制优势的同时,也注意到ICSID仲裁机制在解决国际投资争端时所存在的关于管辖权、透明度、执行力度、撤销制度等一系列问题。这些问题的出现使国际投资仲裁机制面临若干危机,引发了国际社会的广泛批判,一些学者和非政府组织甚至对通过仲裁解决东道国与投资者之间的投资纠纷产生了质疑。

1.1 仲裁管辖权的扩张

随着国际投资争端案件的持续增加,仲裁庭可能是出于经济利益的推动、扩大自身影响力等因素不断扩大自身管辖权。实践中,仲裁庭常以BIT序言中的目的和宗旨为由发点来扩大解释这种同意,或者无端猜测东道国通过参加ICSID或者缔结BIT的目的来间接保护投资者的利益,或者用最惠国待遇条款架空东道国在BIT中的真正意图,从而扩大其管辖权。

ICSID仲裁庭对其管辖权的任意扩

大不仅损害了条约解释的严肃性,更是以牺牲缔约国国家主权来换取对投资者利益的保护,是对东道国国家主权的损害。

1.2 仲裁裁决不一致。

裁决不一致,指在案请相似的情形下,仲裁庭对具体的条约条款解读标准不一从而给出了相左的裁决结果^[1]。在仲裁实践中,同案同判的司法逻辑总是被仲裁庭以个案案情差异而应分别衡量的理由予以驳回^[2]。甚至国际条约中简单常用“投资”一词都有多种解释,这使得各方对于仲裁裁决的公允性产生怀疑。

仲裁裁决不一致导致了东道国对管理行为的合法性缺乏预见,损害了投资者期待投资条约所能保护的利益,造成了投资者对ICSID体制的信任危机,削弱了仲裁制度的公信力。

1.3 仲裁缺乏透明度

透明度,是指根据法律或协议的规定,由负有披露义务的一方,通过一定的方式将其所获知的信息如实对外公布,并予以清晰的描述,从而消除信息

不对称,确保受信息影响的公众知晓的有效手段。在文件信息公开方面,ICSID虽然明确信息会公开,但并没有具体说明以什么形式公开,带有不确定性。而在庭审公开方面,ICSID规定裁决的公开必须经争端双方同意,只是规定法律依据的摘录必须公开,并不是要求必须公布案件细节。在不了解细节的情况下,公众也就无法准确的分析出其法律依据适用是否正确,是否与案件事实相适应。国际投资仲裁透明度的缺乏使其得不到公众的普遍信任和支持,引发了正当性危机。

另一方面国际投资仲裁案件牵涉范围较广,仲裁员可能因缺乏法律以外的专业知识导致对案件事实认识不足,难以做出最合理的仲裁裁决。而引入专家学者等法庭之友可以有效弥补仲裁员专业知识不足的问题,在增加透明度的同时有利于提高仲裁裁决的质量。

1.4 仲裁裁决执行困难

根据ICSID的调查,大多数裁决确实都得到了不同程度的执行,但多属于国家自愿履行。

而随着各国的经济发展出现了不同程度的下行颓势,一部分国家开始对外国资本采取无偿征收等违背国际投资条约的行为用来稳定国内经济形势。其中,以阿根廷为典型代表,阿根廷政府在有关案件中主张,作为《ICSID公约》第54条有关规定的结果,有关ICSID仲裁裁决至少应该受到如其本国法院的终审判决一样的审查,成员国并没有试图给予ICSID仲裁裁决的债权人比当地法院终审判决债权人更好的待遇,因此,阿根廷政府认为,一项ICSID仲裁裁决的债权人必须履行适用于阿根廷法院终审判决执行的程序^[3]。

以阿根廷为典型代表的众多案例显示了ICSID仲裁执行机制的脆弱性和固有缺陷。可见,对于国际争端裁决的具体履行问题,大部分依赖于东道国的国家自律,ICSID缺乏实际强制效力。

1.5 仲裁裁决的撤销机制缺陷明显

国际投资争端解决中心体系下的仲裁裁决撤销程序,是对仲裁庭的程序错误加以审查并据以确保仲裁当事人合法权利的重要救济机制。裁决撤销机制的缺陷在于ICSID裁决撤销机制审查的只是非常有限的五类程序性事项和撤销机制运行效率低下两点。根据对ICSID裁决撤销案件的统计数据,从登记到结案,撤销裁决程序平均要耗费五年的时间,有的案件甚至超过了十年。更加令人担忧的是,裁决撤销程序效率低下是因为缺乏对当事方提出撤销的规范,以至于当事方能够提出各种理由来多次申请撤销仲裁裁决。从理论上讲,撤销申请的次数和期限可以无限延续。

由于上述一系列问题的出现,玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉先后退出了《ICSID公约》;南非已经开始逐步废止其所缔结的BIT,将投资者对国家之间争端解决的管辖权收归国内;美国、加拿大等国开始制定新的BIT范本,改革国际投资仲裁机制。由此可见,国际投资仲裁规范改革是必要甚至迫切的。

2 改革的方向

随着投资者与东道国争端数量的增加以及投资者利用ISDS机制挑战东道国

有关公共政策的措施和立法(比如环境和公共健康等方面),国际社会对国际投资仲裁机制的争议越来越大。这些争议既包括对投资者及东道国公共政策之间利益保护失衡的批评,也包括对仲裁程序的非公开性,仲裁过程的低效率及高成本,仲裁结果的不可预见性、不一致性以及缺乏纠正机制的非议。对于ISDS机制面临的合法性危机,国际社会展开了深入的研究和探讨,并从制度上和程序上提出了诸多的改革建议。

2.1 欧盟的“国际投资法庭”

2015年11月25日欧盟委员会向美国提交了在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》中建立“国际投资法庭”的官方提议。在TTIP草案中,国际投资法庭改变了传统国际投资仲裁机制中仲裁庭成员的任命方式,对法官候选人的资质和行为准则提出了明确的要求试图最大程度的保证仲裁庭及仲裁员的公正性与独立性;建立了上诉法庭机制,为存在错误的仲裁裁决和不公平的仲裁程序提供了救济途径;并且通过规定诉讼的期限和案件审理的时限来保障裁决的效力,兼顾了诉讼效率与公正的平衡。

在与越南和加拿大的自由贸易协定中,这一倡议成为正式的生效条约内容。自由贸易协定的内容体现出了条约签订双方致力于建立一个公正、透明、注重强化东道国规制权的投资程序规则体系,同时明确阐明了欧盟进一步建立多边投资法院体系的构想^[4]。欧盟投资法庭从理论上和程序上对ISDS机制的缺陷问题进行改革和创新,为ISDS机制的发展完善提供了新的思路。

2.2 UNCITRAL的透明度规则体系

受投资仲裁自身特性决定,需要具有标准统一、框架结构严谨、形成独立体系的规则文本对透明度问题进行规。在不同组织、机构的实践尝试和理论研究基础上,联合国贸易法委员会制定了《透明度规则》。《透明度规则》主要包括第三方参与、默认公开审理以及仲裁资料公开等一般性条款。它的出台和生效,既能够提升国际投资仲裁中程序的透明度,加强国际社会对仲裁程序和裁

决的监督,也能够平衡东道国与投资者的利益关系。

为了进一步扩大《透明度规则》的适用范围,UNCITRAL又出台了《透明度公约》,公约已于2017年10月18日自动生效。《透明度公约》扩大了《透明度规则》的适用范围,在适用时间、适用形式、适用前提、适用减损等方面均作了进一步规定,如有效实施必将有效提升仲裁透明度,在兼顾各方利益的同时彻底解决投资者与东道国之间的投资争端,从而增长投资者的投资信心和开放东道国的投资政策,促进国际投资的发展^[5]。

作为支撑UNCITRAL机制下的投资仲裁透明度体系的两大基石《透明度规则》和《透明度公约》的相关条款在内容上有诸多突破和创新,体现了现代国际投资仲裁透明度改革的发展方向。在看到UNCITRAL透明度体系对国际投资争端仲裁产生有益效果的同时,我们也注意到了其存在的包括但不限于没有明确澄清“透明度”和“公开”的含义与区别、法庭之友和第三方参与应由谁来决定、在提高透明度的同时也大大增加了仲裁庭的义务和工作量等问题,这些问题还有待改进和完善。

2.3 ICSID的改革方案

对于近年来遭遇的“正当性危机”,ICSID也尝试着听取多方意见通过改革对其仲裁机制中存在的问题和缺陷进行改进。2016年10月,ICSID建议成员国启动了成立以来对ICSID相关规则第五次修改计划。2018年8月3日,国际投资争端解决中心(ICSID)公布了一套综合改革方案,对解决外国投资者和国家之间争端的规则进行现代化改革。

本次提案综合了政府、私人机构及公众意见,可以说是一次深远意义的大规模修订。总体来看,ICSID中心目前拟对原《仲裁规则》进行的修订主要集中在以下几方面:

(1)减少仲裁时间和费用,节约仲裁成本。ICSID提议,除非有特殊原因需要保留纸质文件存档,否则所有文件都将按照新规则以电子方式提交。这使得生产过程更快、更环保、成本更低。

很多程序已经明确了时间期限,并且在许多情况下缩短了期限。将因不支付预付款而暂停程序的时间从6个月减少到3个月,仲裁庭必须在最后一份关于任何事项的意见提交后立即审议作出决定等规定有利于加快案件的审理,提高仲裁效率。提案规定法庭和当事双方都有义务以迅速并节约成本的方式采取行动。

(2) 公开裁决、决定和命令,完善第三方参与制度,增强机制的透明度;提案中关于公布仲裁的建议:(I) 增加在ICSID公约仲裁中公布裁决的数量;(II) 维持ICSID在没有当事人同意的情况下公布ICSID公约仲裁裁决摘录的要求;(III) 要求在ICSID附加便利仲裁中公布裁决;(IV) 要求公布ICSID公约和AF仲裁中的命令和决定;(V) 包括对裁决、命令和决定进行编校的程序,并获得法庭对有争议的编校的裁决;以及(VI) 允许当事各方公布其在仲裁中提交的其他文件,并商定编校。从中不难看出此次改革增强机制透明度的倾向,更有助于促进投资和避免争端。

增加透明度将提高案件结果的一致性、凝聚力和可预测性:当案件材料公开后,当事人可以更好地理解法律,更准确地集中论点,更准确地预测可能的结果。同时,仲裁员可以确保他们的裁决考虑在其他案件中对类似条款的解释。

(3) 要求当事人披露是否获得第三方资助资金来源。有关投资者的名字应在选任之前提供给仲裁员,仲裁员的声明书要确认与具名出资人之间没有冲突。这将有助于避免选任过程中的利益冲突,并使双方更好地了解是否有必要申请取消仲裁员的资格。

此外,本次提案还提出了快速仲裁程序、强制合并条款、鼓励举行案件管理会议等建议。

但由于本轮改革不涉及公约本身,因此改革受制于《公约》,更多是对ICSID《仲裁规则》的细化和修补,很难取得突破性进展。即使ICSID已经意识到某一问题需要进行改革,也无法跳出《公约》进行大刀阔斧的改革。从长远和规则可持

续发展的角度来看,对《ICSID公约》本身的修改也刻不容缓。

3 中国应对国际投资仲裁改革的建议

21世纪以来我国的经济实力不断增强,作为世界第二大经济体,我们应该采用积极的态度对待ICSID仲裁规范改革。在国际投资的大背景下,立足ICSID改革的现状,以维护国家利益为核心,以积极态度提出应对政策^[6],要注意同时从投资者和东道国两个立场考虑利益得失。

3.1 维护国家公共利益

受国际投资仲裁案件的影响,我国对国际投资领域内的公共利益保护越来越重视。但是我国规定的相关保护东道国公共利益的协定或具体条款极少。因此,我国有必要改善双边投资协定中的相关条款,改进投资条约中的管辖权条款、最惠国待遇条款、保护伞条款等核心条款,推进国际投资仲裁透明度改革。中国要以“一带一路”建设为重点,坚持引进来和走出去并重,形成全面开放新格局。一带一路沿线国家百分之八十以上是ICSID的缔约国使其在投资争端解决中扮演了重要的角色,中国应立足于ICSID改革的现状,在选择ICSID争端解决机制的同时,防止他国利用ICSID机制滥用仲裁权力侵害中国国家利益。

3.2 合理运用例外条款

例外条款是指在一定条件下排除缔约国行为违法性的条款,起到平衡国家主权和投资者之间利益的作用。目前美国加拿大以及印度等国均在BITS中规定了重大安全例外权,但是我国签订的BITS中,尤其是与发达国家之间签订的双边投资协定,并没有把涉及重大安全利益的事项明确排除在外。

例外条款的引入可以促进私人投资者利益和社会公共利益之间寻求平衡,该举措可以使仲裁机构更多地考虑对东道国公共利益的保护,从而缓解国际投资仲裁协议的不足和裁决结果不当对东道国行使主权的束缚。

作为资本输入和资本输出双向大国,中国在签订投资条约时不能仅仅从其中一方的角度考虑重大安全例外条款的设

置,要明确重大安全例外权的范围及其判断权的归属,并明确援引重大安全例外条款的法律效果,尽可能的平衡社会公共利益和海外投资者利益。

3.3 积极参与推动ICSID的改革进程

为了维护我国投资者对外投资时自身的利益以及我国作为东道国时国家经济管理主权,中国应积极参与国际仲裁规则和多边投资公约的修订,促使国际投资仲裁机构通过重新定位机构设置目标,完成从带有国际商事仲裁性质的投资仲裁机构向国际投资法院的转变。并在具体制度层面开展包括增强透明度、程序公开、改进仲裁撤销机制、建立上诉监督矫正机制等系统性体制改革,推动投资条约和争端解决机制两个方面的利益价值目标定位由偏重投资者私人利益保护向平衡投资者私人利益和东道国社会公共利益的价值目标定位转化。

[参考文献]

[1]章歆翊.国际投资仲裁裁决不一致问题的探析及应对之策[J].中国商论,2018,(15):66-68.

[2]赵骏.国际投资仲裁中“投资”定义的张力和影响[J].现代法学,2014,36(03):161-174.

[3]肖芳.国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行[J].法学家,2011,(06):94-107+176-177.

[4]文淑.《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》投资争端解决机制研究及中国借鉴[J].经营与管理,2020,(03):122-127.

[5]孙冰.浅析《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》[J].法制与社会,2018,(08):3-4.

[6]胡李娜.ICSID仲裁机制改革及我国对策研究[J].法制与社会,2017,(14):108-109.

作者简介:

汪云惠(1999--),女,汉族,安徽省蚌埠人,学生,本科,铜陵学院,研究方向:法学专业。

凌晔(1976--),男,汉族,安徽省无为,讲师,法学博士研究生,铜陵学院,研究方向:国际经济法。