

式。TPP 协定投资章节第 9.17 条规定,如发生投资争端,申请人与被申请人可首先寻求通过磋商与谈判解决争端,包括使用无约束力的第三程序,如斡旋、调解或调停;申请人应向被申请人递送书面磋商请求,列出关于争议措施的简要事实描述;启动磋商和谈判不应理解为承认仲裁庭的管辖权。<sup>①</sup>

目前中国在国际投资领域已经具备资本输入国和资本输出国的双重身份,中国不仅要以东道国的身份应对与外国投资者的争端,而且要以投资者母国的身份保护对外投资,因而合理利用 ISDS 机制就极为重要。作为最新一代的国际投资协议,TPP 协定中的 ISDS 规则从完善例外条款设置、限制仲裁庭扩大性解释和完善仲裁程序规则三个方面平衡了投资者和东道国的权益,对中国日后双边投资协定或自由贸易协定的谈判,具有重要的借鉴意义。

## 妥协与平衡:TPP 中的投资者与东道国争端解决机制

廖 凡(中国社会科学院国际法研究所研究员)

投资者私人权益与东道国主权利益之间的冲突与协调,是国际投资法上永恒的主题。国际投资法律制度中的实体性内容如投资者待遇、国有化与征收,程序性内容如投资者与东道国争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS),均是围绕投资者与东道国之间的利益权衡而构建和展开的。早期的国际投资流向单一,即从传统发达国家流向发展中国家;谈判地位和议价能力上的差异使得双边投资条约中的权利义务安排呈现单向性,即单方面强调投资者的权利和东道国的义务。<sup>②</sup>体现在 ISDS 中,就是主要着眼于为投资者诉东道国提供程序性保障和便利,而罕有考虑维护东道国权益。但自 20 世纪 90 年代以来,国际投资领域呈现多样化特征,资本输入国与输出国之间的关系不再一成不变或是泾渭分明。不仅发达国家与发展中国家之间的投资走向双向化,而且发达国家相互之间、发展中国家相互之间的投资也快速增长,导致越来越多的国家兼具资本输入国和输出国的双重身份。<sup>③</sup>这客观上要求在双边投资条约或者自由贸易协定(以下简称“自贸协定”)的投资章节中,对投资者和东道国的权利义务做出更加平衡的安排。反映在 ISDS 中,就是要在继续为投资者提供强有力保护的同时,对投资者提请仲裁的权利以及仲裁程序本身施加必要限制,以更好地平衡投资者与东道国的权益。

2016 年 2 月 4 日,美国、日本、澳大利亚、新西兰、加拿大、墨西哥、智利、秘鲁、文莱、马来西亚、新加坡、越南等 12 国在新西兰奥克兰正式签署《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP),标志着这一美国主导下的世界最大的区域自贸协定最终达成。尽管 TPP 尚未生效,但鉴于缔约方庞大的经济总量,以及相关缔约方特别是美国在国际经贸议题设置和规则制定中的主导性地位,其规则效应甚至早在协定正式签署前即已开始辐射周边,迫使包括中国在内的其他国家予以研究、分析和应对。TPP 第 9 章是专门的投资章节,其中 B 节(“投资者—国家争端解决”)又专门对 ISDS 做出了具体规定。<sup>④</sup>从第 9 章 B 节(第 9.17 条至 9.29 条)的规定来看,作为美国主导下的区域投资安排,其大体承袭了美国《2012 年双边投资条约范本》(2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty,以下简称《2012 年范本》)的相关内容,但在一些方面又有所发展和调整,反映出缔约方之间(投资者与东道国之间)利益和关切的妥协与平衡。

### 一、关于磋商和谈判

TPP 第 9 章 B 节和《2012 年范本》均规定,如发生投资争端,申请人与被申请人应首先寻求通过磋商与谈判解决争端,包括使用无约束力的第三程序。但第 9 章 B 节的规定更为具体,不仅列举了三种无约束力的

① 参见 TPP 协定投资章节第 9.17 条。

② 余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011 年第 2 期,第 132 页。

③ 宋俊荣:《欧美投资者与东道国争端解决条款的最新动向》,《商业研究》2015 年第 12 期,第 177 页。

④ TPP 文本见美国贸易代表办公室网站 <https://ustr.gov/tpp/#text>,中译文参见商务部国际贸易经济合作研究院网站 <http://www.cai-tec.org.cn/article/gzdt/xshd/201512/1453.html>。最后访问时间均为 2016 年 3 月 28 日。

第三方程序(斡旋、调解或调停),还进一步规定申请人应向被申请人递送书面磋商请求,列出关于争议措施的简要事实描述,并强调“启动磋商和谈判不应理解为承认仲裁庭的管辖权”(第9.17条)。

第9.18条(“提交仲裁申请”)规定,如一投资争端在被申请人收到书面磋商请求后6个月内未获解决,则申请人可以提请仲裁。这一点与《2012年范本》是一致的。但第9章附件9-G(公共债务)专门规定,如果仲裁请求是一缔约方(被申请人)对其所发行之债务进行的重组违反了其在第9章A节下的义务(国民待遇和最惠国待遇义务除外),则另一缔约方的投资者(申请人)必须在被申请人收到书面磋商请求之日起270天后才能提起仲裁。这表明TPP在公共债务这样的特殊领域,在程序上给予了东道国更大的自主空间和回旋余地。

## 二、关于仲裁请求的提起

TPP第9.18条第4款规定,申请人可将仲裁请求提交至下列四种机制之一:(1)若被申请人与申请人所属的缔约方均为国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)公约的缔约方,则根据ICSID公约(即《华盛顿公约》)和ICSID仲裁程序规则提出;(2)若被申请人或申请人所属的缔约方之一为ICSID公约的缔约方,则根据ICSID附加便利规则(Additional Facility Rules)提出;(3)根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则提出;(4)若申请人与被申请人达成一致,则向其他仲裁机构或根据其他仲裁规则提出。这与《2012年范本》的规定也是一致的。换言之,在符合其他相关规定的前提下,投资者可以依据《华盛顿公约》和ICSID仲裁程序规则、ICSID附加便利规则或者国际贸易法委员会仲裁规则单方提起仲裁,无须另行征得东道国的个案同意;<sup>①</sup>若双方达成合意,还可将争端诉诸其他仲裁机构或仲裁规则。

与《2012年范本》一样,TPP规定的仲裁理由或者说允许提交仲裁的事项非常宽泛。第9.18条第1款规定,当被申请人违反第9章第A节下的义务、一项投资授权(investment authorization)或者一项投资协定(investment agreement),而申请人因此遭受损失或损害时,申请人即可提起仲裁请求。这一规定应该说是相当宽泛的,特别是“投资授权”,在实际操作中有着很大的弹性解释空间。实际上,正是因为担心美国投资者频繁提起仲裁请求,因此澳大利亚在与美国的双边投资条约中并未规定ISDS仲裁条款,并且对于在TPP中纳入宽泛的美式ISDS仲裁条款也一直持否定态度。<sup>②</sup>作为折中,第9.18条第1款以脚注方式(第9章脚注31)规定,在不影响申请人依据该条将其他诉请提交仲裁之权利的情况下,申请人不得主张附件9-H所涵盖之缔约方执行那些据以做出投资授权的条件或要求的行为违反该投资授权,并由此提起仲裁申请。而附件9-H所涵盖的国家包括澳大利亚、加拿大、墨西哥和新西兰。换言之,脚注31加上附件9-H的实质效果,相当于上述四个国家对于允许投资者以东道国违反投资授权为由提起仲裁的规定做出了保留。这是TPP对于《2012年范本》的一个显著调整,折射出保护投资者权益与维护东道国利益之间的妥协与平衡。与此相似,第9.18条第2款规定,当申请人(投资者)以被申请人(东道国)违反一项投资授权或投资协定为由提请仲裁时,被申请人可以提出与诉请的事实和法律依据有关的反诉,或依赖一项诉请来对申请人进行抵消。这一关于反诉和抵消的规定也是《2012年范本》和目前多数双边投资条约所无,<sup>③</sup>反映了TPP第9章对ISDS的发展和

## 三、关于仲裁员的选任

仲裁员的独立性、公正性和专业性对于仲裁而言至关重要,对于投资者与东道国仲裁而言尤其如此,因为其不仅涉及投资者的私人利益,还涉及东道国的公共利益。<sup>④</sup>在这方面,TPP第9.21条(“仲裁员的选任”)第5.6款所规定的新规则值得注意。第5款主要涉及仲裁员的专业性,其规定:在为以违反投资授权或投资协定为由提起的仲裁任命仲裁员时,每一争端方均应考虑特定候选人与依据第9.24条所确定之准据法有关的专业知识或相关经验;若双方未能就首席仲裁员的任命达成一致,则ICSID秘书长也应考虑特定候选人对于相关准据法的专业知识或相关经验。第6款则是关于仲裁员的独立性和公正性,其规定:在TPP生效前,

① TPP第9.19条第1款明确规定:“每一缔约方依据本协定,同意在本节下将一诉请提交仲裁。”

② 叶波、梁咏:《投资者与东道国争端解决机制的新发展及其启示》,《国际商务研究》2015年第5期,第62页。

③ 石静霞、马兰:《〈跨太平洋伙伴关系协定〉(TPP)投资章节核心规则解析》,《国家行政学院学报》2016年第1期,第81页。

④ 余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011年第2期,第141页。

各缔约方应就第 28 章(争端解决)<sup>①</sup>下的《争端解决程序行为守则》(Code of Conduct for Dispute Settlement Proceedings)对依照第 9.21 条选任的 ISDS 仲裁庭之仲裁员的适用提供指南,包括对《行为守则》做出必要修改以符合 ISDS 规定的上下文;各缔约方也应就有关国际仲裁中利益冲突的其他规则或指南的适用提供指南;仲裁员除遵守关于仲裁员独立性和公正性的可适用仲裁规则之外,还应遵守前述指南。

上述两款规定均为《2012 年范本》所无,反映出当事方特别是东道国对于仲裁员的独立性、公正性和专业性的关切。其表明,TPP 在整体吸纳 ISDS 机制、赋予仲裁员裁断私人投资者与主权国家之间争端这一巨大权力的同时,也通过对仲裁员遴选条件和行为规范的原则性规定,对仲裁员的履职行为进行一定限制,特别是赋予东道国通过制定仲裁员行为指南而对其履职行为进行必要指引和约束的权力。这方面的妥协与平衡也是 TPP 投资章节对于 ISDS 的一个新发展。

#### 四、关于赔偿范围和费用承担

为防止投资者滥用 ISDS 而对东道国造成过多压力,第 9.28 条(“裁决”)对于赔偿范围进行了限制,并对费用分担和滥诉惩罚做出了规定。其中,第 2、3 款规定,投资者依据 ISDS 规定提起仲裁诉请时,只能就其作为一缔约方的投资者而遭受的损失或损害得到赔偿;仲裁庭可以依据第 9 章 B 节以及所适用的仲裁规则,对争端方发生的与仲裁程序有关的费用和律师费做出裁决,并确定此类费用和律师费应由谁支付。第 4 款进一步规定,对于声称违反了第 9 章 A 节中某项与试图进行投资有关的义务的诉请,当裁决有利于申请人时,可裁定给付的损害赔偿仅限于申请人已经证明系在试图进行投资时所产生的损失,且违反义务行为是造成此类损失的近因(proximate cause);若仲裁庭认定此类诉请是无理滥诉(frivolous),还可裁定由申请人承担合理的费用和律师费。上述几款规定均为《2012 年范本》所无,反映出 TPP 缔约方对于投资者特别是律师团队强大、仲裁经验丰富的美国投资者滥用 ISDS 的警惕和防范。同前面谈到的若干规定一样,其要旨在于更好地平衡投资者与东道国的相关权益。以上分析仅是以非穷尽的方式,对 TPP 所规定的 ISDS 机制在投资者权益保护与东道国利益维护之间的妥协与平衡方面作一个初步的例示性说明。考虑到 TPP 巨大的示范效应,包括对正在进行的《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》的潜在影响,其 ISDS 规定将在很大程度上引领国际趋势。我国虽然传统上对 ISDS 持慎重态度,并在加入《华盛顿公约》时做出保留,仅将因征收和国有化而产生的有关补偿的争议提交 ICSID 仲裁,但 1998 年以来态度有所转变,在所签订的第三代双边投资条约中基本上放弃了这一保留,转而全面接受 ICSID 的管辖权。<sup>②</sup>在此情况下,我们有必要对 TPP 中的 ISDS 规定及其未来适用予以密切关注,以期做出合理判断和应对。

## 中国与 TPP 有多远?

### ——中国 FTA 协定与 TPP 比较分析

伏军(对外经济贸易大学法学院教授)

#### 一、序言

TPP 协定为亚太及全球的贸易、投资设立了新的标准体系,<sup>③</sup>它的签订,对亚太经济的整合以及多边经贸

<sup>①</sup> 第 28 章是关于缔约方之间争端的解决机制,或所谓常规争端解决机制。

<sup>②</sup> 龚柏华:《TPP 协定投资者—东道国争端解决机制评述》,《世界贸易组织动态与研究》2013 年第 20 卷第 1 期,第 64—65 页。

<sup>③</sup> Office of the United States Trade Representative (USTR), “Enhancing Trade and Investment, Supporting Jobs, Economic Growth and Development: Outlines of the TPP Agreement”, <http://www.ustr.gov/aboutus/press-office/fact-sheets/2011/november/outlines-trans-pacific-partnership-agreement>. 访问日期:2016 年 2 月 1 日。