

中国—东盟自贸区3.0版投资者与东道国 争端解决机制的构建

朱文龙*

内容摘要:中国与东盟国家间的投资者与东道国争端解决机制较为复杂,实际功用较为有限。在《区域全面经济伙伴关系协定》纳入投资者与东道国争端解决机制存在一定挑战的情况下,有必要通过中国—东盟自贸区3.0版谈判,探索升级双方现有机制的可行性。东盟国家中,新加坡、越南、印度尼西亚、泰国对该机制的态度较积极,其他国家相对保守。大多数东盟国家对该机制的主张和实践与中国存在一定差异。双方即使能够在投资者与东道国争端解决机制上实现合作,也未必能达到中国既有实践的水平。除了体现更多东道国规制权外,双方可能可以在争端预防机制和替代性争端解决机制两方面取得突破。

关键词:中国—东盟自贸区 投资者与东道国争端解决机制 东道国规制权

中国与东盟自1991年正式开启对话进程以来交流合作日益紧密。在经贸领域,中国—东盟自贸区于2002年开始实施,2010年全面建成,在各项优惠政策推动下,双向贸易投资有极大发展。中国与东盟互为最大贸易伙伴,2022年双方贸易额达9753亿美元,截至2023年7月,累计双向投资额超3800亿美元。^①2022年11月,中国—东盟自贸区3.0版谈判正式启动,涵盖贸易、投资等诸多方面。^②

就投资议题而言,但投资者与东道国争端解决(investor-state dispute settlement, ISDS)是一个值得关注的话题。围绕着中国与东盟及东盟国家间的ISDS已有较多讨论,特别是在《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership,

* 赣南师范大学法律系副教授。

本文系江西省高校人文社会科学研究项目“RCEP背景下我国国际投资规则的完善路径研究”(FX21203)的阶段性成果。

① 参见中华人民共和国中央人民政府:《国务院新闻办发布会介绍中国—东盟经贸合作情况暨第20届中国—东盟博览会、中国—东盟商务与投资峰会有关情况》, https://www.gov.cn/lianbo/fabu/202308/content_6900154.htm, 2024年1月19日访问。

② 参见中华人民共和国商务部:《中国—东盟自贸区3.0版谈判启动首轮磋商》, <http://chinawto.mofcom.gov.cn/article/e/s/202302/20230203384850.shtml>, 2024年1月19日访问。

RCEP)已经全面生效的背景下,如何构建其中的 ISDS 机制被广泛关注。^①RCEP 投资章节第 18 条“工作计划”提出,应在不迟于 RCEP 生效之日(2022 年 1 月 1 日)后的两年就 ISDS 机制开始讨论。然而截至 2023 年 12 月,尚无相关公开信息。对投资协定及 ISDS 机制与外商投资之间的关系,虽有很多相关研究,但未对其达成一致结论。有观点认为,即使 ISDS 确能促进外商投资,或许也会因为东道国败诉造成声誉损失进而导致外资流失。^②所以 RCEP 未必不会放弃该机制。若如此,中国与东盟间投资者与东道国争端该如何解决?对此,有研究者提议建立中国主导的“一带一路”投资法庭,^③也有研究者分析了东盟国家的 ISDS 并主张设立东盟投资法庭^④等。但目前少有在中国—东盟自贸区 3.0 版背景下的讨论。本文将在现有研究基础上,对双方在中国—东盟自贸区 3.0 版框架下可能的合作进行分析。

一、中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制的构建背景

(一)中国—东盟 ISDS 机制的基本情况

表 1 中国与东盟及东盟国家投资协定表

协定名称	签署时间 (年)	生效时间 (年)	有无 ISDS	ISDS 内容
中国与泰国投资协定	1985	1985	无	无
中国与新加坡投资协定(已终止)	1985	1986	有	投资产生的任何争议应协商解决。若协商不成,可提交法院。征收补偿款额争议可提交法院或仲裁。
中国与马来西亚投资协定	1988	1990	有	投资争议应协商解决,协商不成可向主管机构申诉或向法院诉讼。征收补偿款额争议和双方同意的其他争议可提交仲裁。
中国与越南投资协定	1992	1993	有	投资产生的任何争议应协商解决。若协商不成,可提交法院。征收补偿款额争议可提交法院或仲裁。

① 参见王彦志:《RCEP 背景下中国—东盟投资争端解决机制》,《政法论丛》2022 年第 6 期,第 86 页。

② See Lise Johnson, *et al.*, Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States, https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/81, visited on 19 January 2024.

③ 参见王祥修:《论“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》,《东北亚论坛》2020 年第 4 期,第 15 页。

④ See N. Jansen Calamita & Charalampos Giannakopoulos, ASEAN and the Reform of Investor-State Dispute Settlement: Global Challenges and Regional Options 184-185 (Edward Elgar 2022).

续表

协定名称	签署时间(年)	生效时间(年)	有无ISDS	ISDS 内容
中国与菲律宾投资协定	1992	1995	有	投资产生的争议应协商解决,若协商不成,征收补偿款额争议和双方同意的其他争议可提交仲裁。
中国与老挝投资协定	1993	1993	有	投资产生的任何争议应协商解决。若协商不成,可提交法院。征收补偿款额争议可提交法院或仲裁。
中国与印度尼西亚投资协定(已终止)	1994	1995	有	投资产生的任何争议应协商解决。若协商不成,可提交法院。征收补偿款额争议可提交法院或仲裁。
中国与柬埔寨双边投资协定	1996	2000	有	投资产生的任何争议应协商解决。若协商不成,可提交法院。征收补偿款额争议可提交法院或仲裁。
中国与文莱投资协定	2000	未生效	有	关于投资产生的争议尽可能协商解决。若协商不成,用尽当地行政复议程序后提交仲裁,或经争议双方同意提交当地法院。
中国与缅甸投资协定	2001	2002	有	投资产生的争议应协商解决,协商不成可提交法院或仲裁。
中国与东盟投资协定	2009	2010	有	违反国民待遇、最惠国待遇、投资待遇、征收、损失补偿、转移和利润汇回义务导致的投资争端,尽可能磋商解决。若磋商不成,根据投资者的选择,将争端提交法院或者仲裁。
中国与新加坡自由贸易协定升级协定	2018	2019	有	违反国民待遇、最惠国待遇、最低标准待遇、征收及补偿、损失补偿、转移义务导致的投资争端先磋商,磋商不成可提交仲裁。不适用于烟草相关的措施。
中国与柬埔寨自由贸易协定	2020	2022	无	无

资料来源于: International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, visited on 19 January 2024。

如表 1 所示,中国—东盟 ISDS 机制呈现如下特点:

第一,尽管中国与东盟国家间的投资协定及 ISDS 呈现不同状态,但投资者在对方国家的投资目前至少可以寻求中国与东盟投资协定中 ISDS 机制的保护。不过这在一定程度上也造成争端解决的碎片化,为投资者挑选条约留下空间,不利于规则适用和裁决结果统一。

第二,东盟国家对与中国之间的 ISDS 机制态度存在一定差异。大多数国家持保

守态度,如柬埔寨 2020 年签订的自由贸易协定投资章节仍在重申 1996 年中国与柬埔寨投资协定及 2009 年中国与东盟投资协定的相关内容,这也是不少东盟国家默示的态度。新加坡不断深化与中国的经贸合作,对 ISDS 机制的内容不断更新,2023 年双方签署进一步升级自由贸易协定议定书,再次提升投资领域包括 ISDS 机制的合作水平。^①印度尼西亚终止了包括与中国的投资协定在内的多项老式投资协定,意欲引入新的 ISDS 条款,以期更好保护国家利益、满足发展需要。

第三,从 1985 年中国与泰国投资协定没有纳入 ISDS 机制到 2001 年中国与缅甸投资协定规定允许将任何投资争议提交国际仲裁,中国与东盟国家双边投资协定中的 ISDS 范围变化较大。其中,绝大多数协定更倾向于保护东道国,将提交仲裁的争端范围限制为“征收补偿款额争议”。对此,投资者或许可以通过两种方式扩张对自己的保护:第一,援引最惠国待遇条款将基础条约中有限的仲裁事项范围予以扩张,但仲裁庭对此的态度并不统一。如今将争端解决机制排除在最惠国待遇适用范围外已隐约成为一种共识,晚近大量新缔结的投资协定也表明了这一态度。第二,通过条约解释,扩大对“征收补偿款额争议”的理解,但不同仲裁庭对此的态度亦有所分歧。^②相比之下,中国与东盟投资协定通过列举的方式对 ISDS 机制涉及的投资争端有更加清晰的规定,相对应的实体条款也比双边投资协定更加完善。当然它在程序上也更加复杂。磋商是必要的环节,磋商不成才能将争议提交国内法院或国际仲裁。当争议涉及印度尼西亚、菲律宾、泰国和越南时,投资者的选择是终局的。对其他国家来说,投资者即使选择了国内法院,在最终裁决作出前,仍可撤回申请并提交国际仲裁。不过提起仲裁受到三年除斥期间的限制,且东道国可要求以用尽国内行政复议程序为前提。

根据 UNCTAD 数据库,对中国与东盟国家间投资争端整理如表 2 所示。一方面,相关案件数量总体不多,这既可能是因为国际仲裁成本高昂,也可能是因为双边投资协定中可提交仲裁的事项范围较为有限。另一方面,虽然案件均发生在中国与东盟投资协定生效之后,但以此为依据的案件数量仅有两起,均由中国投资者提起,其余均依据双边投资协定。从案情看,这些案件并非完全符合“征收补偿款额争议”的要求,这使投资者有可能得不到投资协定的保护。并无充分资料可以解释这一现象。中国与东盟投资协定中复杂的程序要求或许是原因之一;另一个可能的原因是,中国与东盟投资协定在定义东道国的“措施”时强调其“普遍适用性”,这等于将“措施”限定为东道国的抽象行政行为,从而使一些可能侵害投资者权益的具体行政行为被排除在外。

^① 参见中华人民共和国中央人民政府:《商务部国际司负责人解读中新自由贸易协定进一步升级议定书》, https://www.gov.cn/zhengce/202312/content_6919123.htm, 2024 年 1 月 19 日访问。

^② 参见黄世席:《投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的解释分歧及中国应对》,《法学》2019 年第 2 期,第 165 页。

表2 中国与东盟国家间投资争端案件

案件名称	提起时间 (年)	法律依据	案情概要
AsiaPhos and Norwest v. China	2020	1985年中国与新加坡投资协定	申请人主张在四川投资的三个磷矿被征收
Goh v. China	2020	1985年中国与新加坡投资协定	申请人主张在青岛投资的房地产项目中的财产和利益被剥夺
Ekran v. China	2011	1988年中国与马来西亚投资协定； 1995年中国与以色列投资协定	申请人主张其子公司对租赁土地的权利被政府撤销
PowerChina and China Railway v. Viet Nam (I)	2022	中国与东盟投资协定	未知
Qiong Ye and Jianping Yang v. Cambodia	2021	中国与东盟投资协定	未知
Sanum Investments v. Laos (II)	2017	1993年中国与老挝投资协定	申请人主张政府的行为违反了之前双方签订的和解协议

资料来源于：Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china>, visited on 19 January 2024。

(二)RCEP引入ISDS机制的挑战

中国与东盟及东盟国家间的ISDS机制目前较为复杂,这既是因为程序上的缺陷也是因为实体上的不足。在实体内容上,RCEP和中国与东盟间其他投资协定相比在某些方面有一定进步和完善。例如它对“投资”的定义强调投资特征,并列举了更丰富的投资形式;它对“措施”的定义回归到一般做法,改变了中国与东盟投资协定中对“普遍适用”的要求;它将国民待遇扩张到准入前,并制定了相应的负面清单;它还规定了内容较为详细的“禁止业绩要求”条款;特别是对“征收”条款,它在第十章附件二中对直接征收和间接征收进行了定义,列举了判断间接征收时需要考量的具体因素,并将为稳定房地产价格等合法的公共福利目标而采取的行为排除在外。由于RCEP投资章节明确排除最惠国待遇对争端解决程序的适用,这意味着如果ISDS机制缺失,以上这些高标准的投资权利义务可能难以得到充分保障。

一些RCEP缔约方为构建ISDS机制积极努力,不过各方态度并不统一。尤其是新西兰和澳大利亚较为消极。新西兰自2018年签署《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)后

就明确表示不愿在投资协定中纳入ISDS机制,其与英国和欧盟分别于2022、2023年签订的自由贸易协定的投资章节均无相关内容。即使是在CPTPP中,新西兰也通过换文的形式排除了ISDS机制在它与澳大利亚、文莱、马来西亚、秘鲁和越南之间的适用。新西兰的做法反映了对现有ISDS机制的疑虑,以及对维护国家规制权、防止投资者滥用的重视。澳大利亚对ISDS机制的立场几经反复。有研究者将其近十年来的表现分为反对期(2011—2013年)、个案决定期(2014—2021年)和模糊期(2022年以来),澳大利亚的态度一定程度上与其政府的政治利益相联系,同时也与它多次被诉密切相关。^①2022年11月,澳大利亚贸易部长表示将不会在未来的贸易协定中纳入ISDS机制并将努力削弱现存机制的影响。2023年8月,澳大利亚、新西兰和东盟签署三者间自由贸易协定第二份议定书,对原有内容进一步升级,其投资章节第17条“工作计划”提到,在议定书生效后的18个月内对协定中的ISDS机制进行审议。鉴于澳大利亚和新西兰目前的态度,该审议未必不会取消协定中的ISDS机制,如今已有相关提议。^②无论最终结果如何,都会使RCEP框架下的谈判面临更大挑战。

当然,部分国家的消极态度并不意味RCEP中的ISDS机制绝对无法构建,但肯定要付出更多谈判成本,并很可能使其更加复杂和碎片化。从升级中国与东盟ISDS机制的角度看,鉴于RCEP投资章节的高标准,中国可以尝试继续推动ISDS机制在该协定下达成,但也应对其挑战和困难有所认识,并探索通过其他方式提升升级的可行性。中国—东盟自贸区3.0版是在RCEP基础上对双方经贸关系的进一步深化,在投资实体待遇上它至少会与RCEP保持一致。如果RCEP中的投资实体待遇不能有相应的ISDS机制保障,在中国—东盟自贸区3.0版谈判中构建该机制将有更加重要的现实意义。

二、中国—东盟自贸区3.0版ISDS机制的构建基础

合作各方的立场与态度是否契合是国际合作机制构建的基础。中国通过大量的缔约活动积累了较丰富的ISDS机制构建经验,逐渐形成自己的主张和价值取向。而就东盟而言,其并未取得类似于欧盟的缔约权能,所以即使以“东盟”之名谈判或缔

^① See Luke Nottage, Australia's (Dis)Engagement with Investor-State Arbitration: A Sequel, <https://japaneselaw.sydney.edu.au/2022/11/australias-disengagement-with-investor-state-arbitration-a-sequel>, visited on 19 January 2024.

^② See Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade, Submission to the Department of Foreign Affairs and Trade (DFAT) on the Review of the Australia-New Zealand-ASEAN Free Trade Agreement (AANZFTA) on Investor-State Dispute Settlement Provisions (ISDS), <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/aftinet-submission-asean-review-isds.pdf>, visited on 19 January 2024.

约,实际的缔约方仍是它的十个成员国。受限于经济社会发展等多方面差异,东盟各国对待ISDS机制的态度有所不同。为保障合作的实现,有必要对中国与东盟各国已有ISDS机制的实践和对ISDS机制改革的主张做分析。

(一)东盟国家对ISDS机制的态度

根据东盟各国近年缔结的投资协定以及参与联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)第三工作组(投资者与国家间争端解决制度改革)活动的情况,可以将它们对ISDS机制态度大致分为积极(新加坡、越南、印度尼西亚、泰国)和保守(其他国家)两类。

1. 积极对待ISDS机制的东盟四国

根据UNCTAD数据库,截至2023年12月,新加坡共签订双边投资协定53个、包含投资章节的自由贸易协定40个,这些协定大多包含了ISDS机制。UNCTAD将近些年ISDS机制改革与发展的表现总结为五类:不规定ISDS机制、设立投资法庭、对ISDS机制加以一定限制、对原有的程序进行改进、不做任何改变。^①除了第一种和第五种外,其余三种在新加坡晚近缔结的投资协定中均有所体现。如欧盟与新加坡投资协定规定了常设投资法庭,新加坡与澳大利亚自由贸易协定投资章节将烟草管控措施排除在ISDS机制范围外,CPTPP则对传统的投资仲裁程序进行了一定程度的完善。新加坡对待ISDS机制的态度是积极的,但在一定程度上又是模糊的,除了支持ISDS机制改革与完善外,它并没有自己更进一步的主张。这也是新加坡一贯采取的灵活多变适应不同缔约对象要求的缔约态度的具体表现。^②

越南对ISDS机制的态度与新加坡类似。一方面,它与新加坡同为UNCITRAL第三工作组成员,但尚未明确提出自己的改革主张;另一方面,它近年的缔约实践也较为丰富,如2018年CPTPP、2019年与欧盟投资协定、2020年与英国自由贸易协定、2020年RCEP和2023年与以色列自由贸易协定等。越南将投资仲裁作为ISDS机制主要模式,特别是其与以色列自由贸易协定投资章节吸纳了不少投资仲裁改革成果,同时也和新加坡一样接受了欧盟投资法院制度。但与新加坡不同的是,一方面,它迄今没有加入《解决国家与他国国民间投资争端公约》,对于是否要加入仍存在争议,这或许会带来投资者胜诉裁决执行困难的风险;^③另一方面,它在不少协

^① See Investment Policy Hub, Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1194/reforming-investment-dispute-settlement-a-stocktaking>, visited on 19 January 2024.

^② 参见朱文龙:《新加坡投资协定的发展与实践》,《广西社会科学》2023年第8期,第48页。

^③ See Umut Turksen & Quang Chau, To Sign or not to Sign? A Conundrum of Vietnam's Accession to the ICSID, 24 Coventry Law Journal 1-19 (2019).

定中对 ISDS 机制提出保留,强调通过国内法途径解决纠纷,反映了维护国家规制权的倾向。

泰国最新签订的投资协定是 2020 年的 RCEP,最近的双边投资协定则于 2015 年与阿拉伯联合酋长国签订。泰国积极参与 UNCITRAL 第三工作组活动并发表了多份意见。其中,2019 年提交的意见明确表达了对 ISDS 机制改革的建议:制定新的投资争端解决规则;制定预防争端规则;建立国际投资法咨询中心;制定实质性条文的示范文本。^①这些建议已落实为 UNCITRAL 工作组的行动并得到有效推进,如 UNCITRAL 2024 年第 47 届会议拟对咨询中心章程草案以及预防和缓解争端准则草案等进行审议。

印度尼西亚虽然终止了一批老式投资协定,却并非排斥 ISDS 机制,相反它对 ISDS 机制改革也有明确主张。它向 UNCITRAL 第三工作组提交的政府意见提出,其对待改革的基本立场是应在所有利益攸关方的权利义务间取得平衡,既保护投资和投资者,也要维护国家规制权。^②印度尼西亚还提出了四点具体改革意见,包括在实体条款和程序条款中提供更多公平处理纠纷的保障、用尽当地救济、以单独的书面同意作为提起国际仲裁的前提、在提起仲裁前进行强制性调解。2019 年,印度尼西亚与澳大利亚自由贸易协定第 14.23 条规定,“如果纠纷未能在当事方收到书面磋商请求之日起 180 天内解决,争议东道国可以启动调解程序以期纠纷得以友好解决,这对投资者是强制性的”。2020 年,印度尼西亚与韩国自由贸易协定中也有类似表述。这种做法使东道国掌握了程序的主动权,契合近些年投资协定中“国家回归”的发展趋势,但它同时也使投资者处于实质上更加不利的地位,有悖调解的理念和本质,所以这一规定并未体现在印度尼西亚近年签订的所有投资协定中。例如,2018 年、2022 年印度尼西亚与新加坡和瑞士分别签订的投资协定就没有纳入这一规定。

2. 保守对待 ISDS 机制的东盟其他国家

除上述四国外,其他东盟国家对待 ISDS 机制的态度相对保守。它们不是 UNCITRAL 第三工作组成员。除了 RCEP,其他国家缔约成果相对较少(文莱、马来西亚是 CPTPP 缔约方),具体如表 3 所示。

^① See A/CN.9/WG.III/WP.162, <http://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.162>, visited on 19 January 2024.

^② See A/CN.9/WG.III/WP.156, <http://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.156>, visited on 19 January 2024.

表3 东盟六国近五年投资协定表

国家	近五年双边投资协定	有无 ISDS	近五年自由贸易协定	有无 ISDS
文莱	无	无	RCEP(2020年)	无
柬埔寨	无	无	阿联酋(2023年)	未公开
			韩国(2021年)	无
			RCEP(2020年)	无
			中国(2020年)	无
老挝	无	无	RCEP(2020年)	无
马来西亚	无	无	RCEP(2020年)	无
缅甸	新加坡(2019年)	有	RCEP(2020年)	无
菲律宾	阿联酋(2022年)	未公开	RCEP(2020年)	无
	以色列(2022年)	未公开		

东盟成员国中没有明确反对 ISDS 机制者,还为中国—东盟自贸区 3.0 版纳入更高水平 ISDS 机制提供了可能。但部分东盟国家的保守态度也可能成为制约合作的因素,而且,积极对待 ISDS 机制的国家之间也存在分歧。中国—东盟自贸区 3.0 版谈判对此应有所认识和准备。为此,有必要对中国对 ISDS 机制的立场做进一步分析,探寻彼此利益契合点以及均可接受的解决方案。

(二) 中国对 ISDS 机制的立场

1. ISDS 机制改革的中国主张

鉴于 ISDS 机制在实践中暴露出诸多问题,各界对其改革给予了广泛关注。有观点将现有改革方案大体分为三类:第一类是渐进式改革,主张在现有机制基础上有针对性地进行完善,智利、日本、俄罗斯等持这一观点;第二类是系统性改革,以欧盟、加拿大、毛里求斯等为代表,认为 ISDS 机制目前遭遇的合法性危机难以通过渐进方式解决,必须有更加深入的变革,如建立多边投资法院或上诉机制;第三类是更加彻底的范式变革,以巴西和南非为代表,主张以国内法院、国家间仲裁等方式取代 ISDS 机制。^①从中国向 UNCITRAL 第三工作组提交的意见看,中国更多倾向于第二类观点。^②具体而言,主张纳入仲裁前磋商程序,并将其规定为投资者与东道国的强制性义务;探索更有效的投资调解机制;保留当事方指定仲裁员的权利;完善与仲裁员有

^① See Anthea Roberts, Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration, 112 American Journal of International Law 410-432 (2018).

^② See Ming Du, Explaining China's Approach to Investor-State Dispute Settlement Reform: A Contextual Perspective, 28 European Law Journal 281-303 (2022).

关的规则;制定第三方资助的透明度纪律;建立常设上诉机制等。^①这些主张部分已体现在中国晚近缔结的投资协定中,如强制性磋商、当事方指定仲裁员的权利;有些主张虽暂时未被规定,但在 UNCITRAL 第三工作组的推动下也已取得一些进展和成果。

2.ISDS 机制构建的中国实践

中国签订的投资协定大多规定了 ISDS 机制。有研究者对其演进历程做了较为详细的分析,认为它反映了较为明显的自由化趋势,内在动因是中国对外投资的不断增长。^②不过近些年由于经济危机、逆全球化等因素的影响,国际投资协定发展体现出各国对投资自由化的反思,“卡尔沃主义”有回归迹象,这难免也会影响中国的缔约实践。

2023 年 12 月中国与安哥拉双边投资协定是中国最新签订的投资协定,不过该协定尚未生效,文本也暂未公布。在此之前,2015 年签订、2020 年生效的中国与土耳其双边投资协定中的 ISDS 机制有一定特色。例如,该双边投资协定规定投资者与东道国争议应首先提交给国内行政复议程序解决,在其他投资协定中常常被规定为首要争端解决方式的磋商在该协定中只是争端当事方“应尽可能”采取的手段。又如,该双边投资协定规定了“除斥期间”,若投资者知道或应当知道导致争议的事件之日起五年内不提起仲裁,则失去这一权利。再如,该双边投资协定规定了仲裁的准据法、裁决的事项、仲裁的费用、裁决的效力及执行的依据等。

2019 年生效的中国与新加坡自由贸易协定(China-Singapore Free Trade Agreement, CSFTA)升级协定投资章节以及 2019 年签订、2021 年生效的中国与毛里求斯自由贸易协定(China-Mauritius Free Trade Agreement, CMFTA)投资章节对 ISDS 机制有更加丰富且全面的规定,二者条款对比如表 4 所示。

表 4 CSFTA 与 CMFTA 中的 ISDS 条款

CSFTA	CMFTA
第 25 条 磋商	第 23 条 磋商
第 26 条 提交仲裁申请	第 24 条 提交仲裁申请
第 27 条 缔约各方对仲裁的同意	第 25 条 各方对仲裁的同意

① See A/CN.9/WG.III/WP.177, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf>, visited on 19 January 2024.

② 参见沈伟:《投资者—东道国争端解决条款的自由化嬗变和中国的路径——以中国双边投资协定为研究对象》,《经贸法律评论》2020 年第 3 期,第 44 页。

续表

CSFTA	CMFTA
第28条 缔约各方同意的条件和限制	第26条 各方同意的条件与限制
第29条 仲裁庭的组建	第27条 仲裁庭的组建
第30条 仲裁的进行	第28条 仲裁的进行
第31条 仲裁程序的透明度	
第32条 准据法	第29条 准据法
第33条 专家报告	第31条 专家报告
第34条 合并审理	
第35条 裁决	第30条 裁决
第36条 文书送达	第33条 文书送达
	第32条 国内救济

这两项协定有较多共有条款,内容也有较大相似性,并反映出如下特点:第一,磋商是申请仲裁的前提,只有自收到磋商请求之日起180天未能解决纠纷,才可申请仲裁。第二,规定了除斥期间,申请应在申请人首次获知或应首次获知违反行为或遭受损害之日起三年内提起,否则便失去这一权利。第三,申请仲裁的同时须书面放弃国内诉讼救济。第四,缔约双方对协定条款的共同解释对仲裁庭具有约束力。第五,当仲裁庭作出不利于被申请人的裁决时,裁决内容仅包括金钱损害赔偿及利息和返还财产以及仲裁费和律师费,不得裁定惩罚性赔偿。第六,裁决仅对争议双方和特定案件有法律约束力。第七,缔约方应考虑裁决是否受制于未来可能的仲裁上诉机制。这些都体现了对投资者和仲裁庭的更多制约,是ISDS机制近年来“国家回归”趋势的具体表现。

除以上共同点外,CMFTA还有三点特有规定:第一,导致诉请的事件发生24个月之后才能申请仲裁,在此之前若协商不成可寻求国内法院救济。考虑到除斥期间,投资者可申请仲裁的时间实际上只有一年,这是对投资者的更多限制,并潜在鼓励通过国内诉讼解决纠纷。第二,CMFTA对法庭之友有更加详细的规定。在与争端双方磋商后,综合考虑多种因素,仲裁庭可允许法庭之友提交书面意见。但根据CSFTA,仲裁庭接收法庭之友的意见以争端双方书面同意为前提。CMFTA的做法有助于提高仲裁裁决水平,也反映了对缔约国的约束。第三,CMFTA要求仲裁庭应争端一方请求,在作出赔偿的决定或裁决前,应向争端双方和非争端缔约方提供拟定的决定或裁定以供评论,并在发布最终决定或裁定前考虑此种评论。这一规定有助于约束仲裁庭,避免裁决可能存在不公或过分背离缔约国利益。以上三点反映了投资者、东道国、仲裁庭三者之间的制约与平衡,使ISDS机制更加合理科学。

由上可知,一方面,中国 ISDS 实践水平较高;另一方面,中国对 ISDS 机制改革的主张与部分东盟国家主张既有相同之处也有不同之处。这给中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制谈判带来了挑战。因此有必要对双方能否达成合作以及能在何种程度上达成合作做进一步讨论。

三、中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制的构建前景

(一)中国—东盟自贸区 3.0 版框架下 ISDS 机制的构建方向

从现实主义角度看,国际合作的实现大体有两种方式:实力占据绝对优势的国家强力推动,或各国充分协商后达成共识。前者如“二战”后美国主导的国际经贸规则的形成。随着国际格局和国家间实力对比的变化,各国充分协商后达成共识逐渐成为当下主要的合作方式。这不仅是中国一向倡导的国际合作方式,也是东盟奉行的协商一致解决问题的“东盟方式”的具体表现。^①不过这种方式有赖于对各参与方利益的精准识别。

投资条约中的 ISDS 机制至少有三重价值:保障投资协定实体条款得以实现的程序价值、保障投资纠纷诉诸争端解决的程序性权利得以实现的实体价值、形塑投资争端解决机制改革方向的话语权价值。^②中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制对中国来说兼具这三重价值。首先,由于 RCEP 框架下构建 ISDS 机制的前景并不乐观,其中高标准的投资实体条款或许难以落到实处。对中国在东盟国家的投资者来说,中国—东盟自贸区 3.0 版的投资部分可以吸纳 RCEP 相关内容,再通过引入 ISDS 机制保障其中投资者权利得以实现。其次,国际投资仲裁的成本往往十分高昂,有研究指出,投资者花费于国际投资仲裁的平均成本远高于其他争端解决领域。^③所以如果东道国法治化营商环境良好,投资者轻易不愿诉诸国际仲裁。但投资者至少应当有寻求仲裁的机会,以防无法在东道国得到充分救济。最后,如今的国际竞争愈发表现为规则竞争和话语权竞争,并体现在诸多领域。ISDS 机制遭遇的合法性危机和正在进行的改革为这种竞争提供了新的场域。中国作为资本输出大国,引导国际投资规则向着更加公正合理的方向前进,既是全球经济治理的需要,也符合中国资本输出和输入的双重利益。在 ISDS 机制改革多元化的态势下,中国不仅要明确提出自己的主张,也

① 参见戴铁等:《“东盟方式”的理论阐释、演进动态与研究展望》,《东南亚纵横》2023 年第 5 期,第 1 页。

② 参见张皎等:《中欧投资协定投资者与国家争端解决条款设计——基于条款价值的考量》,《欧洲研究》2020 年第 2 期,第 104 页。

③ See Matthew Hodgson, *et al.*, 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration_june_2021.pdf, visited on 19 January 2024.

要有相应实践支撑自己的主张。鉴于东盟在国际政治经济体系中的地位,如果中国—东盟自贸区3.0版能够纳入体现中国主张的ISDS机制,那么对于提升中国在这一领域的话语权具有重要意义。

但对东盟来说,这三重价值可能较为有限。第一,正如前文所述,投资协定及ISDS机制与吸引外资间的关系并不明确。东盟国家在市场、资源、劳动力等方面具有比较优势,即使高标准投资协定缺失也未必会影响外国投资。2022年,在全球投资总量衰减的态势下,东盟吸引区域外投资达2240亿美元,再创历史新高,即是例证。^①中国、巴西、南非等国的历史经验也可对此提供支撑。值得注意的是,虽然中国是东盟第四大外资来源国,并且是缅甸、老挝、柬埔寨最主要的外资来源国,但对其他东盟国家投资相对有限,对此,甚至有观点认为这些国家并不“依赖”中国投资。^②这也可能影响它们提高与中国投资协定中ISDS水平的积极性。而且,即使柬埔寨“依赖”中国投资,也未在2020年与中国的自由贸易协定投资章节中引入更高水平的ISDS机制。第二,除新加坡外,其他东盟国家对中国投资都较为有限,也就缺少需要特别关注的投资者利益保护。且中国不断提高和完善的法治水平也给外国投资者提供了充足保护。高水平ISDS机制可能使东盟国家受到更多制约,不符合其利益,自然也难以得到它们支持。第三,并非所有国家都有争夺国际话语权的意愿。这在客观上受到国家实力的制约。对自身实力的认知使国家在参与国际活动时有不同的定位和预期。部分国家会满足于自身现状,要么保持沉默,要么选择追随,让渡参与国际话语权竞争产生的义务并规避相应风险。^③东盟十国中有四国积极参与了UNCITRAL第三工作组的工作,泰国和印度尼西亚更是表达了鲜明的发展中国家立场和诉求,这是参与话语权竞争的表现,并与中国立场有契合之处。不过,新加坡和越南的态度不够明朗,还有六国保持了沉默,影响了东盟在这个场域中作为一个整体的话语权竞争力。

综上所述,鉴于中国与东盟国家在ISDS议题上存在较明显的利益差别,中国—东盟自贸区3.0版或许不会像中国晚近缔结的其他投资协定那样制定高水平ISDS机制,甚至可能不会触及这一议题。但中国仍应作出积极尝试。一方面,前文已指出,无论中国与东盟投资协定还是中国与多数东盟国家间投资协定中的ISDS机制都存在较明显的不足,不能顺应时代发展需要。中国—东盟自贸区3.0版的ISDS机制可以对相关内容进行整合,以统一的新协定取代过去碎片化的协定,这符合中国与东盟

^① See UNCTAD, A Special ASEAN Investment Report 2023, <https://unctad.org/publication/special-asean-investment-report-2023>, visited on 19 January 2024.

^② See Yee-Siong Tong, China's Outbound Investment in ASEAN Economies in Three Periods: Changing Patterns and Trends, 66 Singapore Economic Review 105-142 (2021).

^③ 参见岳圣淞:《场域视角下的国际话语权:理论、现实与中国实践》,《当代亚太》2020年第4期,第124页。

的共同利益。另一方面,虽然当下国际秩序的形成以平等协商为主,但国家实力仍是影响谈判不可忽略的因素。中国实力远超东盟诸国,中国不仅是东盟第四大外资来源地,多年来也一直是东盟第一大贸易伙伴。这意味着中国在形塑双方经贸关系时处于相对优势地位。在承认和支持东盟在区域合作中的“中心地位”,并且尊重东盟国家利益关切的前提下,中国应努力争取符合自己利益的谈判议题。

(二)中国—东盟自贸区3.0版框架下ISDS机制的构建内容

根据上述分析,本文认为,如果双方能够达成共识,或许会在中国与东盟投资协定基础上引入更多ISDS条款,并更强调东道国规制权。如缔约国对实体条款的解释对仲裁庭有约束力、仲裁庭裁决的内容受到限制、争端方选择仲裁员的权力、用尽东道国各种国内救济程序等。这不仅已体现在中国现有投资协定中,也符合东盟国家的利益,此外,尤其可能会在以下两个方面有所突破:

第一,争端预防机制。传统ISDS机制不断遭受质疑,ISDS机制改革也面临较多难题,这促使一些国家将目光投向争端发生前,通过预防机制规避争端发生后产生的诸多问题,如对东道国规制权的挑战、对投资者和东道国关系的破坏、对投资者和东道国造成的各种有形和无形的成本等。这种做法在一些国家早已存在,但巴西对投资协定的改革使其受到广泛讨论。^①UNCITRAL第三工作组对此也有所关注,并先后发布了《关于争端预防与缓解以及其他替代性解决方案》和《投资争端预防与缓解的立法指导草案》,为相关实践提供指导。泰国在向UNCITRAL第三工作组提交的意见中明确支持这一做法,认为这符合发展中国家的利益,显然也符合其他东盟国家的利益。中国虽无相关表态,但中国《外商投资法》及相关法律法规、司法解释已经构建起较为完善的外资企业投诉工作机制,承担着争端预防的实际功能。如何将这一国内法机制与投资协定中的国际法机制相衔接是我国未来投资协定中需要解决的问题。对此,有研究者从理论上提出了建议。^②实践中,中国与柬埔寨自由贸易协定投资章节创设了投资合作委员会作为投资问题联络点,《中国与新加坡自由贸易协定进一步升级议定书》对投资争端预防机制作了具体规定。中国—东盟自贸区3.0版可以在此基础上总结推广,促进投资便利化水平的提升和投资风险的防范化解。不过这涉及国内法的修订和完善,对部分东盟国家来说或许会有一定压力。

第二,替代性争端解决机制。替代性争端解决机制主要包括磋商和调解两类。

^① 参见唐妍彦:《巴西国际投资争端解决模式改革及对中国的启示》,《拉丁美洲研究》2021年第2期,第64页。

^② 参见张正怡:《是否作为争端解决机制的替代:投资者—国家争端预防机制及其实现路径》,《国际经贸探索》2023年第10期,第95页。

前者已经普遍存在于中国、东盟及东盟国家签订的投资协定中,作为提交争端解决的必要前提,不同之处在于磋商期间的长短。但调解目前还没有得到足够重视。中国向UNCITRAL第三工作组提交的意见提到了调解,但近年缔约实践中,无论CSFTA还是CMFTA都没有相关规定。由于中国提交的意见还表示支持规定强制性仲裁前磋商程序,这难免会产生一种疑问:本质上磋商和调解都是通过寻找利益契合点达成一致友好解决方式,在磋商被规定为强制性前置程序的情况下,通过磋商不能解决的问题,是否还有必要寻求调解?有些协定,如CPTPP,将磋商和调解并列,其投资章节第9.18条规定,“若发生投资纠纷,申请人和被申请人应首先寻求通过磋商和谈判解决纠纷,包括使用无拘束力的第三方程序,如斡旋、调解或调停”。这种情况下,当事方选择调解的主要甚至唯一理由是调解更有助于解决纠纷。但从过往实践看,调解的效果并不理想。根据ICSID统计,截至2023年6月30日,ICSID登记的933起案件中,调解案件只有13起。^①其中,巴理克(新几内亚)有限公司诉巴布亚新几内亚案(ICSID Case No.CONC/20/1)是目前第一起涉中国投资的调解案件。该案申请人是中国紫金矿业公司的子公司,由于巴布亚新几内亚政府拒绝延期它的采矿权引发纠纷。2020年,申请人依据ICSID调解规则启动调解程序,但因被申请人拒绝参与而终结,虽然2023年12月紫金矿业声称金矿即将复产,不过很难将问题的解决归功于之前的调解程序。

要想充分发挥调解的作用,需要从制度建设、调解员培养等多方面加强努力。例如,2016年国际调解组织发布了《调解员能力标准》,UNCITRAL第三工作组也先后制定了《投资争端调解准则草案》和《关于调解的条文草案》等。中国对调解也日益重视。2020年,国际商事争端预防与解决组织在北京成立并制定了《商事调解规则》。2022年,中国外交部宣布将携手多国共同筹建国际调解院。

中国与东盟投资协定第14条第4款第2项规定,若争端所涉缔约方和非争端所涉缔约方均为《国际投资争端解决中心公约》成员,投资者可根据该公约及《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》提交仲裁(对于菲律宾以双方书面同意为前提)。中国与东盟投资协定第14条第6款第2项则规定投资者应提前90天将根据第4款第2项申请调解或仲裁的意愿通知争端所涉缔约方。严格意义上来说,这种表述并不准确,因为第4款第2项仅是提起仲裁的依据;更重要的是,它不仅将调解限定为《国际投资争端解决中心公约》框架下的调解,而且将调解和仲裁并列,一旦申请调解则丧失启动其他程序的机会。这种做法限制了调解的运用,不符合时代发展的趋势。中国—东盟自贸区3.0版可以借鉴CPTPP的做法,突出调解友好解决纠纷的本质,将其与磋商

^① See The ICSID Caseload-Statistics, <https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>, visited on 19 January 2024.

并列,供争端方选择,提升调解的使用率。对东盟国家来说,调解是灵活、自由、有弹性的,不会带来额外负担,接受起来或许也不会有太大难度。

四、结语

现有关于中国投资协定和 ISDS 机制的研究总是会强调中国作为资本输出国和输入国的双重身份,但在与东盟投资合作这个具体语境中,中国的身份主要是资本输出国,因此应在投资协定和 ISDS 机制构建上更多秉持保护投资者利益的立场。在 RCEP 中,ISDS 机制谈判前景不够明朗的情况下,中国应努力促成中国—东盟自贸区 3.0 版在这一议题上有所进展。与此同时,中国也应考虑东盟国家的实际情况,平衡投资者与东道国的利益保护,不对东道国提出更多要求,甚至适度向东道国利益倾斜。就现阶段而言,投资便利比投资保护对东盟国家更有吸引力,如何通过制度设计增强东盟国家对外资的吸引力应是中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制的着力重点。争端预防机制和替代性争端解决机制对此将可以有所作为。^①鉴于东盟国家的传统及偏好,国际法层面的改革对它们的国内法也将产生积极影响,^②最终也会使投资者从中受益。

中国与东盟的 ISDS 合作不仅有经济层面的意义,也会产生积极的政治影响。东盟一直是中国周边外交的优先方向和共建“一带一路”的重点地区。自 2013 年“一带一路”倡议和构建更为紧密的中国—东盟命运共同体理念提出以来,双方合作不断深化、成果日益丰富,推动各自现代化进程不断向前发展。但风险和挑战依然存在。就内部而言,国家安全日益成为各国关注的焦点;就外部而言,美国等国愈发重视东盟重要的战略地位,积极参与东盟事务,试图通过拉拢东盟国家遏制中国发展。内外因素的叠加影响,结合东盟国家的发展差异,使它们对待中国的态度各不相同,进而影响东盟整体与中国的合作。如果中国—东盟自贸区 3.0 版 ISDS 机制能够顺利实现,那么这既是对这些风险和挑战的有力回应,也是对中国与东盟全面战略伙伴关系的深入推进。随着高质量共建“一带一路”新阶段的开启,中国与东盟的合作将为亚太地区持续繁荣稳定注入更多确定性和正能量。

① 参见毕莹、俎文天:《从投资保护迈向投资便利化:投资争端解决机制的“再平衡”及中国因应》,《上海财经大学学报》2023 年第 3 期,第 123 页。

② See Pasha L. Hsieh, *New Investment Rulemaking in Asia: Between Regionalism and Domestication*, 22 *World Trade Review* 173-192 (2023).

Construction of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism of China-ASEAN Free Trade Area 3.0

Abstract: The existing investor-state dispute settlement mechanism between China and ASEAN countries is relatively complex. When the inclusion of investor-state dispute settlement in the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement faces certain challenges, it is necessary to explore the feasibility of upgrading the existing mechanisms between China and ASEAN through the negotiation on the Free Trade Area 3.0 version. Among ASEAN countries, Singapore, Vietnam, Indonesia, and Thailand have a more positive attitude towards the ISDS mechanism, while other countries are relatively conservative. Most ASEAN countries have certain differences in their views and practices regarding this mechanism compared to China. Even if both parties can achieve cooperation, it may not reach the level of existing practices of China. In addition to reflecting more regulatory powers of the host country, it is more likely to make breakthroughs in dispute prevention mechanism and alternative dispute resolution mechanism.

Key words: China-ASEAN Free Trade Area; investor-state dispute settlement mechanism; regulatory power of host country

(责任编辑:肖军)