

# “一带一路”倡议下 投资争端解决机制的构建

石静霞\* 董暖\*\*

**内容摘要：**随着“一带一路”倡议的实施，我国与沿线国家的投资往来日益频繁，考虑到沿线国家的投资风险问题，投资争端解决机制的构建很有必要。建议在依托现有双多边、区域安排的基础上，构建强制磋商、自愿性调解、仲裁和诉讼相互衔接的多元化争端解决机制；同时扩大可提交仲裁的争议范围，针对不同争端解决程序设计分类化透明度标准，优化仲裁员、调解员选任及其道德准则。我国作为“一带一路”倡议的发起国，也应主动应对相关问题，具体包括完善国内仲裁立法和对外签署的双边投资协定，以对接“一带一路”争端解决需求，确保投资仲裁裁决与和解协议的顺利有效执行等。

**关键词：**“一带一路” ISDS 机制 投资仲裁 投资争端解决 强制磋商 调解

## 一、引言

作为统筹国内国际两个大局的重要路径，“一带一路”倡议致力于构建全球经贸治理新规则 and 我国对外开放新体制，其有效实施离不开法治的保障。随着“一带一路”倡议的实施，我国与沿线国家之间投资往来日益频繁，工程承包项目、海外并购项目增幅显著。<sup>①</sup>而沿线国家多为发展中国家，我国海外投资面临的风险

\* 对外经济贸易大学法学院教授。

\*\* 对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。

本文为石静霞教授作为课题首席专家承担的2017年度国家社会科学基金重大项目“一带一路倡议与国际经济法律制度创新研究”(项目批准号:17ZDA144)的阶段性研究成果。

① 2017年，我国企业对“一带一路”沿线59个国家非金融类直接投资143.6亿美元。并购项目方面，对“一带一路”沿线国家实施并购62起，投资额88亿美元，同比增长32.5%。对外承包工程方面，我国企业在“一带一路”沿线61个国家新签对外承包工程项目合同7217份，新签合同额1443.2亿美元，占同期我国对外承包工程新签合同额的54.4%，同比增长14.5%。参见商务部：《2017年我对“一带一路”沿线国家投资合作情况》，<http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/dgzz/201801/20180102699459.shtml>，2018年2月10日访问。

和不确定性较大,<sup>①</sup>投资争端可能呈现增长趋势。建立一套既符合“一带一路”倡议理念和实际需求,又体现中国特色,同时兼顾沿线国家利益的投资者与国家间争端解决机制(investor-state disputes settlement mechanism,下称“ISDS机制”)<sup>②</sup>很有必要。

目前由“一带一路”沿线国家参与的双多边、区域性投资协定中的ISDS机制并不能完全契合投资争端解决的实际需求。程序漫长、费用高昂的投资仲裁对沿线国家而言负担较重,<sup>③</sup>裁决一致性和程序透明度缺失、<sup>④</sup>对东道国外资规制权的限制<sup>⑤</sup>也挫伤了沿线国家运用ISDS机制的积极性,甚至引发ISDS机制的合法性危机。<sup>⑥</sup>因此,如何推进“一带一路”沿线国家间现有投资仲裁机制的改革,同时寻求仲裁外替代性争端解决途径是“一带一路”ISDS机制构建中需要重点考虑的内容。

关于“一带一路”ISDS机制的构建路径,目前学界提出了不同建议。例如,依

---

① “一带一路”沿线国家的政治风险评分、经济基础和偿债能力低于世界范围内平均水平。在35个“一带一路”沿线样本国家中,低风险级别仅有新加坡1个;中等风险级别占绝大多数;高风险级别包括8个国家。参见中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室:《中国海外投资国家风险评级(2017)》,第35-36、39页,[http://www.iwep.org.cn/xscg/xscg\\_lwybg/201701/W020170119382503152689.pdf](http://www.iwep.org.cn/xscg/xscg_lwybg/201701/W020170119382503152689.pdf),2018年1月5日访问。

② 本文“投资争端解决机制”特指投资者与东道国之间的争端解决机制,不包括平等主体间的投资合同商事争端解决机制。

③ 投资仲裁案件平均耗时3年以上,案件平均费用超过800万美元,其中,律师和专家费用约占82%。See David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment 19, 71 (2012), <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>, visited on 9 December 2017.

④ See UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note 3-4(2013), [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf), visited on 9 December 2017.

⑤ See Stephan W. Schill, *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, 52 *Virginia Journal of International Law* 66-67(2011).

⑥ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 *Fordham Law Review* 1586 (2005).

托现有的双多边或区域机制,<sup>①</sup>通过推动现有机制的改革和完善实现沿线国家投资争端的解决;或是打造专门针对“一带一路”倡议的全新争端解决中心等。<sup>②</sup>从理想的角度看,打造全新的“一带一路争端解决中心”既可以满足“一带一路”倡议下争端解决的实际需求,同时也可弥补现有机制存在的缺陷。然而考虑到现阶段国际国内现实,构建全新的争端解决机制在短期内的现实可行性较低。<sup>③</sup>事实上,作为开放包容的新型区域经济发展倡议,“一带一路”倡议并非要创立一个新机制,而是依托现有的双多边或区域机制,促进沿线国家互联互通和投资贸易便利化。<sup>④</sup>因此,现阶段“一带一路”ISDS机制构建也应首先依托目前的双多边或区域安排,促进和完善现有ISDS机制的改革,使ISDS机制能够更多体现中国方案和元素。当然,也不排除在未来条件成熟时构建全新“一带一路争端解决中心”的可能性。

## 二、“一带一路”倡议下ISDS机制的多元化重塑

现有ISDS机制遵循以仲裁为核心的运行模式,融入“一带一路”倡议共商共建、互利共赢理念后,磋商(consultations)、调解(mediation)等手段在争端解决中的作用更为凸显。磋商、调解属于替代性争端解决机制(ADR)的范畴,在提高争端解决效率、节约成本<sup>⑤</sup>和达成双方可接受的解决方案<sup>⑥</sup>上具有明显优势。磋商、调

---

① 参见曾文革、党庶枫:《“一带一路”战略下的国际经济规则创新》,《国际商务研究》2016年第3期,第32页;张超、张晓明:《“一带一路”战略的国际争端解决机制研究》,《南洋问题研究》2017年第2期,第31页。

② 参见王贵国:《“一带一路”战略争端解决机制》,《中国法律评论》2016年第2期,第36-37页;张晓君、陈喆:《“一带一路”区域投资争端解决机制的构建》,《学术论坛》2017年第3期,第54-55页;鲁洋:《论“一带一路”国际投资争端解决机构的创建》,《国际法研究》2017年第4期,第92页。

③ 参见曾文革、党庶枫:《“一带一路”战略下的国际经济规则创新》,《国际商务研究》2016年第3期,第32页。

④ 参见国家发展改革委、外交部、商务部《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。

⑤ 投资仲裁耗时长、成本高在一定程度上是由案件本身的复杂性、投资保护条款的碎片化、案件所争议的法律问题尚无定论以及对先前裁决或其他法律资料进行研究的需求等造成的。UNCITRAL Working Group III, Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Note by the Secretariat, Thirty-fourth Session, UN, Doc. A/CN.9/WG.III/WP.142, 18 September 2017, para. 24.而在磋商和调解中,对于条约解释、违约事实认定等方面的要求并没有仲裁那么严格,这就决定了磋商、调解可以高效率、低成本地解决争端。

⑥ Note, *Mediation of Investor-State Conflicts*, 127 Harvard Law Review 2552 (2014).

解的结果并不完全拘泥于对条约的解释和对违约的认定,形式也不限于损害赔偿,<sup>①</sup>争端方可通过创造性争端解决方式实现双赢。更重要的是,通过自主协商解决争端,也有利于维系投资者和东道国的良好投资关系和后续合作。<sup>②</sup>同时,“一带一路”倡议以基础设施建设为优先领域,<sup>③</sup>沿线国家对基础设施建设项目依赖性较强,投资者也须通过持续合作获取收益,和平手段是“一带一路”争端解决的优先选择。鉴于磋商和调解并不能解决所有争端,仲裁仍将继续发挥重要作用。另外,考虑到沿线国家所处的具体发展阶段,对内国诉讼也有必要予以保留。因此,“一带一路”倡议下的 ISDS 机制应是强制磋商、自愿调解、仲裁和诉讼相互衔接的多元化争端解决程序。

### (一) 强制磋商的程序化设计

目前多数 ISDS 条款要求或建议当事人尽可能友好解决争端,通常也会设置争端提交仲裁或诉讼前经历的冷静期。<sup>④</sup>我国与沿线国家签署的大多数双边投资协定(bilateral investment treaties, 下称“BITs”)规定尽量由当事方“友好协商”解决,然而这种友好协商一般保持私密,具体有多少争端通过协商解决无从获知。<sup>⑤</sup>从字面上看,由于规定的原则性和模糊性,<sup>⑥</sup>此处的磋商易流于形式或引起适用上的困惑。实践中,即使当事人未经有效磋商,一般也不会成为提起仲裁的障碍。<sup>⑦</sup>

---

① UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development 23-24 (2010), [http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf), visited on 1 February 2018.

② See Rebecca Golbert, *The Global Dimension of the Current Economic Crisis and the Benefits of Alternative Dispute Resolution*, 11 Nevada Law Journal 509 (2011).

③ 参见国家发展改革委、外交部、商务部《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》。

④ Joachim Pohl & Kekeletso Mashigo *et al.*, *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment 17 (2012), <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>, visited on 20 December 2017.

⑤ UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development 41 (2010), [http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf), visited on 1 February 2018.

⑥ 我国与“一带一路”沿线国家签署的 BITs 大多仅有“缔约国一方的投资者与缔约国另一方之间就在缔约国另一方领土内的投资产生的争端应尽量由当事方友好协商解决”一句原则性规定。

⑦ See Susan D. Franck, *Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design*, 92 Minnesota Law Review 198 (2007).

而在WTO争端解决机制中,磋商是争端提交专家组的前置性程序,《关于争端解决规则和程序的谅解》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)第4条规定了磋商的时间限制、程序性要求等。新近签署的《欧加全面经济贸易协定》(EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 下称“CETA”)投资章节中有关磋商地点、视频会议等磋商形式、磋商请求的内容和具体程度、提请磋商的时效限制等规定也很有借鉴意义。<sup>①</sup>细化的规定有助于真正发挥磋商程序的价值,减少进入实质阶段的争端数量。因此,在“一带一路”ISDS机制构建中,也应细化磋商的程序性设计,从而使磋商真正发挥解决纠纷的实质作用。

磋商程序的细化,可以重点关注以下方面:第一,磋商的时限。磋商的重要时间节点包括被诉方答复磋商请求的时限、启动磋商程序的时限以及磋商的持续时限。CETA投资章节中对磋商各阶段的时间安排长于DSU,<sup>②</sup>更符合投资争端较为复杂的实际情况,“一带一路”ISDS机制构建宜予以借鉴。但是,这种时限设置并非要求争端方必须在规定时间内完成程序,只是赋予当事人在对方不遵守时限时启动后续程序的权利,争端双方可以根据争端解决的需求延长时限。<sup>③</sup>如果双方在时限内一致认为不能通过磋商解决争端,也可直接进入后续程序,而不必等待期间的结束。第二,磋商请求的内容。详细的磋商请求有助于争端方快速明确争端焦点并有效开展协商,对此可借鉴CETA磋商条款的经验,即磋商请求应包括投资者基本信息、所援引的投资协定的具体条款、法律和事实依据、预计损失以及投资者所希望的救济,CETA还要求磋商请求应足够详细。<sup>④</sup>第三,关于磋商议题全面性的要求。为了确保磋商的充分性,还须进一步明确,磋商阶段未提出的事项,不得进入后续的调解、仲裁或诉讼。如果投资者将未经磋商的事项提交后续程序,东道国可以提出抗辩。

---

① See CETA Chapter Eight (Investment), Article 8.19.

② 根据DSU第4.3、4.7条,被诉方应在收到磋商请求后10日内答复,并在30日内启动磋商,如果60日内争端未解决,可申请成立专家组;根据CETA第8.19、8.22条,提交磋商请求后60日内须启动磋商,若180日内争端未解决,可提交仲裁。

③ 例如,在WTO争端解决机制中,大多数通过磋商解决的争端均未在60日磋商时限内完成。See Olin L. Wethington, *Commentary on the Consultation Mechanism under the WTO Dispute Settlement Understanding during Its First Five Years*, 31 *Law & Policy in International Business* 585 (2000).

④ CETA Chapter Eight (Investment), Articles 8.19.4, 8.19.5.

国家间的磋商多带有外交手段的政治色彩,<sup>①</sup>投资争端中私人与国家的对立地位未能形成此种外交性协商。与平等主体之间(例如国家与国家之间)的磋商不同,投资争端解决中的磋商是国家与私人之间的磋商。ISDS 机制“去政治化”的宗旨也决定了投资者不能求助于母国以获得磋商中的有力抗衡,因此“一带一路”ISDS 机制中的磋商应更加注重平等性。我国与沿线国家可通过友好协商达成共识,作为东道国时秉持最大的诚意进行磋商,避免因东道国与投资者之间的力量悬殊使投资者处于不利地位。

## (二)引入投资争端调解制度

调解被誉为“东方瑰宝”,蕴含着“以和为贵”的争端解决思想,与“一带一路”倡议的理念一脉相承。调解和磋商同为由争端方意愿所主导的协商性程序,不同之处在于,调解加入了第三方调解员的协助,经验丰富且被争端双方所信任的调解员可以通过协助安排程序、促进双方的有效沟通甚至提出可行的建议方案解决单纯磋商未能解决的争端。<sup>②</sup>调解在一定程度上可以缓解投资仲裁公平性不足、效率低下、费用高昂等缺陷。因此,“一带一路”倡议 ISDS 机制应充分引入调解制度。本文所称调解(mediation)不同于解决投资争端国际中心(ICSID)、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)中的调解(conciliation)。“Conciliation”一般遵循较为正式的规则和程序,调解员专注于争议本身的实质性解决。然而由于“conciliation”在时间和费用上的投入与仲裁相差无几却没有仲裁的强制约束力,<sup>③</sup>实践中“conciliation”的适用非常少。<sup>④</sup>“Mediation”的程序和形式则更为灵活,调解员在不同案件中的参与程度不尽相同。在充分理解双方利益诉求的基础上,调解员更多考虑如何达成既解决争端又维护投资者和东道国合作关系的方案。<sup>⑤</sup>

---

① See Gary N. Horlick, *The Consultation Phase of WTO Dispute Resolution: A Private Practitioner's View*, 32 *International Lawyer* 692 (1998).

② See Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 *Fordham International Law Journal* 160-162 (2007).

③ *Note, Mediation of Investor-State Conflicts*, 127 *Harvard Law Review* 2546 (2014).

④ 例如,在提交 ICSID 的 667 个案件中,适用 ICSID 调解规则及其附加便利规则的案件只有 10 个。See ICSID, *Case Database*, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/Advanced-Search.aspx>, visited on 7 March 2018.

⑤ See Susan D. Franck, *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements*, in Karl P. Sauvant & Michael Chiswick-Patterson, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* 172(Oxford University Press 2008).

目前我国与“一带一路”沿线国家签署的BITs提及调解的只是少数,且多指向ICSID调解或UNCITRAL调解。<sup>①</sup>有观点认为,BITs中规定的争端方“友好协商”并不排除引入第三方协助的情况,<sup>②</sup>然而这种未予以明示的条款对争端方的引导作用有限。<sup>③</sup>有鉴于此,我们建议,“一带一路”ISDS机制应将调解(mediation)作为单独的条款,建立自主、灵活的调解制度。调解介入的阶段比较灵活,在磋商过程中、磋商失败后或仲裁程序中均可启动。

引入调解制度的初衷在于和平、高效解决争端,然而若调解不成,可能会造成程序的拖延。因此,在调解制度的设计上须重点关注以下问题:

第一,调解启动的充分自主性。当事人在磋商中已有所接触,是否有必要引入第三方协助宜由争端方自主把握,调解的启动应以当事人一致同意为前提。自愿调解也可确保,只有那些很可能通过调解解决的争端才会进入调解程序,任何一方当事人不同意调解,则直接通过仲裁或诉讼解决争端。

第二,调解退出的自由性。进入调解程序后,任何一方当事人希望终止程序或调解员认为确无调解必要时,可随时结束调解程序,即畅通调解的退出机制以减少无谓的时间消耗。

第三,调解与磋商、仲裁的有效对接。就磋商和调解的对接而言,当事人在磋商出现僵局、但仍有意愿和平解决争端时,可随时引入调解员的参与,而不必等待磋商期限的结束。就调解与仲裁的对接而言,《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》(下称“CIETAC投资仲裁规则”)中调解与仲裁的对接反映了我国的传统模式,即除非当事人另有约定,原则上调解和仲裁在程序和人员(调解员、仲裁员)上不分离。<sup>④</sup>该模式确实可以提高争端解决效率,然而考虑到当事人在调解中会作出一定妥协,如果这种妥协将对之后可能进行的仲裁产生不利影响,当事人会有所保留,如此,则不利于发挥调解在争端解决中的作用。因

---

① 例如我国与希腊、以色列、印度等国家签署的BITs。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 15 January 2018.

② UNCTAD, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development 46 (2010), [http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia200911_en.pdf), visited on 1 February 2018.

③ 我国与“一带一路”沿线国家所签署的BITs中,只有中国—乌兹别克斯坦BIT明示“友好协商”包括调解的适用,其他均未明示。

④ 仲裁程序中当事人有调解意愿,直接由仲裁庭进行调解,调解不成,则继续进行仲裁程序。参见CIETAC投资仲裁规则第43条。

此,“一带一路”ISDS 机制应实现调解和仲裁在程序和人员上的分离。<sup>①</sup>出于对争端解决效率的考虑,若当事人一致同意不分离,也应尊重当事人的意愿。同时,若调解未能完全解决争端,也可允许当事人就部分争议事项先行达成和解协议,其他未解决事项则留待仲裁或诉讼解决。另外,若在仲裁进行过程中启动调解,可借鉴新加坡“仲裁—调解—仲裁”模式的经验,即提交调解后中止仲裁程序,如果调解成功,则结束仲裁程序,如果调解失败或未能完全解决争端,则恢复仲裁程序。<sup>②</sup>

### (三)对 ICSID 仲裁、UNCITRAL 仲裁的充分依托与内国诉讼的保留

尽管投资争端解决宜更多引入强制磋商和调解等多元化手段,在磋商和调解不能解决投资争端时,仍需要通过投资仲裁或诉讼等方式妥善解决纠纷。与内国诉讼相比,投资仲裁在独立性和公平性上具有更多优势,当事人在仲裁程序中也有更多的自主空间,适用仲裁而非内国诉讼解决争端是投资保护的重要组成部分。虽然磋商和调解的有效运用可分流一些案件,但可以预见的是,在“一带一路”ISDS 机制中,投资仲裁仍将作为争端解决的重要手段。

就具体的仲裁机制而言,ICSID 仲裁和适用 UNCITRAL 仲裁规则的仲裁是目前国际投资仲裁领域最常见的两种形式,<sup>③</sup>根据《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(下称“ICSID 公约”)建立的 ICSID 是世界范围内最具影响力的投资争端解决机构。从受案数量上看,ICSID 是投资争端解决领域最富有经验的机构,其仲裁实践经验通过不断改革上升为仲裁规则,<sup>④</sup>并已被其他仲裁机构规则或新签署的投资条约所广泛模仿。<sup>⑤</sup>ICSID 不仅处理具体的仲裁或者调解案件,还协助适用 UNCITRAL 仲裁规则的仲裁或其他临时仲裁组织听证会,ICSID 秘书长

<sup>①</sup> 参见王贵国:《“一带一路”战略争端解决机制》,《中国法律评论》2016 年第 2 期,第 37 页。

<sup>②</sup> See Singapore SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, Articles 5, 8, <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/>, visited on 6 February 2018.

<sup>③</sup> 根据 UNCTAD 网站公布的基于条约的投资争端案件,约 60%的争端案件提交 ICSID 仲裁,约 30%的案件则适用 UNCITRAL 仲裁规则进行仲裁。See UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>, visited on 15 December 2017.

<sup>④</sup> See ICSID, Amendment of ICSID's Rules and Regulations, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>, visited on 20 December 2017.

<sup>⑤</sup> ICSID, The ICSID Rules Amendment Process, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/ICSID%20Rules%20Amendment%20Process-ENG.pdf>, visited on 20 December 2017.

也承担指定仲裁员或决定仲裁员不资格等职责,<sup>①</sup>由此可见ICSID在世界范围内的广泛被认可度。UNCITRAL是国际商业法律现代化和协调进程中最重要的组织,其第三工作组自2017年11月起开始致力于ISDS机制的改革。虽然适用UNCITRAL仲裁规则的投资仲裁没有类似ICSID的常设机构的保障,但是UNCITRAL仲裁规则在适用上表现出更强的灵活性。“一带一路”ISDS机制应对两者予以重点依托,以使投资者可以根据争端解决的需求自由选择。

我国虽然早于1990年即加入ICSID公约,但在较长一段时间保留了对ICSID机制的利用。目前我国与“一带一路”沿线国家签署的近60个BITs中,<sup>②</sup>只有20个引入了ICSID投资仲裁机制。<sup>③</sup>ICSID公约的成员国也并未覆盖所有“一带一路”沿线国家,沿线国家中有10个尚未签署ICSID公约。已签署该公约的国家中还有3个因未交存完成国内程序后的批准文件,故该公约尚未对其生效。<sup>④</sup>在我国与“一带一路”沿线国家签署的BITs中引入UNCITRAL仲裁的则更是少数,目前只有8个。<sup>⑤</sup>有鉴于此,我国在今后新签或更新的BITs中宜更多引入ICSID仲裁和UNCITRAL仲裁。中国—乌兹别克斯坦BIT、中国—俄罗斯BIT等对此已提供了可供借鉴的模板。在此类BITs中,内国有管辖权的法院、ICSID仲裁、依据

---

① ICSID, The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2018-1), p. 9, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf), visited on 10 March 2018.

② 其中,我国与约旦、文莱签署的BITs尚未生效。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 1 December 2017.

③ 我国与土耳其、希腊、立陶宛、罗马尼亚、以色列、塞尔维亚、沙特阿拉伯、马其顿、也门、巴林、文莱、塞浦路斯、约旦、缅甸、波黑、拉脱维亚、捷克、俄罗斯、印度、乌兹别克斯坦签署的BITs,引入了ICSID仲裁机制。其中,我国与土耳其、希腊、文莱签署的BITs提前声明:当双方都成为ICSID公约成员国时可将争端提交ICSID。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 1 December 2017.

④ 未签署ICSID公约的国家是缅甸、老挝、越南、伊朗、巴勒斯坦、印度、马尔代夫、不丹、塔吉克斯坦和波兰。已签署ICSID公约但是尚未交存批准文件的有吉尔吉斯斯坦、俄罗斯和泰国。See ICSID, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>, visited on 16 December 2017.

⑤ 引入UNCITRAL仲裁的为我国与土耳其、希腊、黎巴嫩、约旦、捷克、俄罗斯、印度和乌兹别克斯坦所签署的BITs。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 1 December 2017.

UNCITRAL 仲裁规则的仲裁并列,投资者可以择一适用。<sup>①</sup>另外,在与“一带一路”沿线国家的沟通协商中,我国也应鼓励未加入 ICSID 公约的沿线国家积极加入,为更多适用 ICSID 仲裁创造条件。

此外,虽然内国诉讼并非“一带一路”投资争端解决的优先选择,但是从世界范围内各国签署国际投资协定的实践来看,近 60% 的协定同时提供国际投资仲裁和内国诉讼等争端解决路径。<sup>②</sup>就我国与沿线国家所签署的 BITs 而言,约 80% 的 BITs 明确提及内国法院对投资争端的管辖权,对于可提交投资仲裁的争端,内国有管辖权的法院通常是与投资仲裁并列的争端解决途径,但大多要受到“岔路口条款”(fork-in-the-road clause)的约束。<sup>③</sup>基于多元化争端解决机制的构建需求,同时考虑到“一带一路”沿线国家所处的发展阶段,一些国家对外资的控制并未放开,“一带一路”ISDS 机制宜保留“内国有管辖权的法院”对投资争端的管辖,并作为与国际投资仲裁并列的程序,由当事人自由选择。不过 ISDS 条款的此项保留仅表明了缔约国将争端提交内国法院的预先同意,在仲裁和诉讼并存的情况下,可以预见诉讼的实际适用应不会多见。

#### (四)投资争端的预防与 ISDS 机制

在广义上而言,争端预防机制属于仲裁外替代性争端解决机制的一部分<sup>④</sup>。从狭义上看,争端预防机制与 ISDS 机制存在事前预防纠纷和事后解决纠纷的区别。虽然我们建议构建相对经济并对各方投资经贸关系损害最小的 ISDS 机制,但是只要争端产生,东道国和投资者就不可避免要承担争端解决成本,甚至还可能招致其他投资者或东道国的负面评价。对东道国而言,频繁被诉可能导致外资政策受支持力度降低、投资环境不被投资者看好等后果;对投资者而言,先前提起

<sup>①</sup> 参见中国—乌兹别克斯坦 BIT 第 12 条第 2 款;中国—俄罗斯 BIT 第 9 条第 2 款。

<sup>②</sup> See Joachim Pohl & Kekeletso Mashigo *et al.*, *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment 12 (2012), <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>, visited on 20 December 2017.

<sup>③</sup> 我国早期 BITs 中的“岔路口条款”多表现出单向性,即如果已将争端诉诸内国法院,投资仲裁则不再适用,至于提交投资仲裁后是否还可诉诸内国法院则没有明示。近期签署的 BITs 则开始采用双向“岔路口条款”,即当事人对于争端解决程序的选择是终局的,选定其一后即不得随意变更。

<sup>④</sup> Susan D. Franck, *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements*, in Karl P. Sauvant & Michael Chiswick-Patterson, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* 159 (Oxford University Press 2008).

投资仲裁的行为可能使其他国家在接受其投资时有所顾虑。<sup>①</sup>有效的争端预防机制可实质性减少投资争端的数量,促进“一带一路”沿线投资合作持续健康发展,而且争端预防机制的构建过程其实也是完善国际投资环境的过程。<sup>②</sup>因此,“一带一路”法治化建设中也应通过沿线国家的共同努力,推动构建投资争端预防机制,从根源上抑制争端的产生或将争端消灭在萌芽阶段,实现争端预防机制与ISDS机制的互动与配合。

争端预防机制是一个综合性的体系,涵盖东道国投资环境、投资者投资规划及风险承受能力等诸多方面。具体措施可能包括:沿线国家协力搭建沟通合作平台,促成在争端预防上的共识,及时沟通所承担的条约义务并发布风险预警信息;<sup>③</sup>促使沿线国家完善国内投资立法和外资监管政策,维持投资法律环境的稳定;投资者母国强化培训和信息供给,增强投资者的风险防范意识和能力;东道国设立投诉协调中心,及时对投资者投资过程中遇到的问题予以响应,防止其发展为实质性争端等。争端预防机制和ISDS机制存在互补关系,一方面,争端预防机制的构建可减少对ISDS机制的适用;另一方面,ISDS机制的适用也会促使东道国重新评估和考量引发争端的监管措施,并适时调整外资政策,这也是争端预防机制的重要组成部分。

### 三、“一带一路”ISDS机制构建中的困境及突破

目前我国与“一带一路”沿线国家所签署BITs中的ISDS条款总体上看有些陈旧,多元化ISDS机制的构建在可提交仲裁的争端范围、透明度、仲裁员和调解员任命等方面仍存在需要突破的困境。鉴于内国诉讼主要取决于东道国的司法制度,各国差异性较大,本部分的讨论主要集中于磋商、调解和投资仲裁方面。

#### (一)可提交仲裁的争端范围及其扩大

目前我国与“一带一路”沿线国家签署的BITs中,除了中国—泰国BIT,中国—土库曼斯坦BIT<sup>④</sup>外,均规定了投资仲裁机制,但在诸多BITs中,投资仲裁适用

---

<sup>①</sup> See Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 *Fordham International Law Journal* 146-147 (2007).

<sup>②</sup> 漆彤、鲍怡婕:《“一带一路”投资争议处理体系的构建》,《人民法治》2018年第2期,第22页。

<sup>③</sup> 漆彤、鲍怡婕:《“一带一路”投资争议处理体系的构建》,《人民法治》2018年第2期,第22页。

<sup>④</sup> 中国—土库曼斯坦BIT仅规定,当缔约双方成为ICSID公约成员时,可以签订关于提请ICSID解决相应争端的补充协定,但是该BIT至今尚未签订。

的争端范围非常有限。约60%的BITs规定,只有“涉及征收补偿款额的争端”才可以提交仲裁。这种模式集中体现在我国20世纪八九十年代对外签署的早一代BITs中。还有少数BITs规定与征收补偿款额有关的争端和争端双方同意的其他争端均可以提交仲裁。<sup>①</sup>只有不足1/4的BITs允许将所有由投资引发的争端提交仲裁,<sup>②</sup>其中半数以上还要求投资者在将争端提交仲裁前用尽当地行政复议程序。

在国际投资仲裁实践中,投资者希望通过扩大解释“涉及征收补偿款额的争端”或适用最惠国待遇条款,以扩大可提交仲裁的争端范围。扩大解释“涉及征收补偿款额的争端”可能得到仲裁庭的支持,但仅可扩大到征收是否发生、是否合法等问题。例如,在Sanum公司诉老挝案中,仲裁庭认为,“涉及”(involving)一词的含义更为宽泛,包含性更强。<sup>③</sup>如果对“涉及征收补偿款额的争端”作限缩解释,并将认定征收是否发生的管辖权归于内国法院,则法院会对东道国是否提供“适当、有效的赔偿”进行审查,这是BITs通常规定的征收应满足的条件之一。之后,由于“岔路口条款”的限制,投资者不能再将“涉及征收补偿款额的争端”提交仲裁,如此则仲裁条款就无效了。对此,仲裁庭指出,对BITs条款的解释应尽量保证其所有条款都有效。<sup>④</sup>在北京城建诉也门案中,仲裁庭也表达了同样的观点,认定“与征收补偿款额有关的争端”应当包括征收是否发生。<sup>⑤</sup>

但通过适用最惠国待遇以扩大可仲裁争端范围的主张很少得到支持。例如,在Sanum公司诉老挝案中,仲裁庭认为,通过最惠国待遇条款扩大BITs中本来有限的可仲裁争端范围,这相当于对条约进行了实质性改写,也超出了东道国同意提交投资仲裁的范围的本意。<sup>⑥</sup>Plama诉保加利亚案仲裁庭指出,通过最惠国待

---

① 此类BITs为我国与科威特、马来西亚、斯洛伐克、希腊、菲律宾、阿联酋、立陶宛、也门签署的BITs。See UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 1 December 2017.

② 此类BITs为我国与土耳其、罗马尼亚、伊朗、文莱、塞浦路斯、约旦、缅甸、波黑、拉脱维亚、捷克、俄罗斯、印度、乌兹别克斯坦签署的BITs。See UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 1 December 2017.

③ *Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, para. 329.

④ See *Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, paras. 332, 333.

⑤ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, para. 87.

⑥ *Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, para. 358.

遇并入其他BITs中的争端解决条款,还会面临证明哪种待遇更优惠的困难以及投资者从众多BITs中挑选条款而造成的条约适用上的混乱。<sup>①</sup>RosInvest公司诉俄罗斯案是在这方面获得支持的极少数案例,<sup>②</sup>不过该案仲裁庭也只是将管辖权扩大到“征收是否发生、是否合法”等问题。<sup>③</sup>由此可见,通过适用最惠国待遇条款的途径扩大可提交投资仲裁的争端范围,作用非常有限。

在“一带一路”倡议实施中,我国主要处于资本输出国地位,而部分沿线国家内国司法行政体制在投资争端解决上的能力和公正性等方面可能存在的缺陷,成为阻碍我国投资的不利因素。尤其是在投资争端中,国家作为一方当事人,即使是在法治健全的国家,投资者也可能合理怀疑内国司法机构可能存在的偏见。<sup>④</sup>我国早先一批的多数BITs规定只有“与征收补偿款额有关的争端”可以提交仲裁,这与我国当时对外投资较少且对外资监管力度较高等历史原因有关。然而,此类ISDS条款已不能适应我国的国际经济地位、双向投资状况以及“一带一路”倡议下解决投资争端的实际需求,因此,“一带一路”ISDS机制的构建应扩大可提交仲裁的争端范围,明确所有由投资引发的争端均可提交仲裁,在提交仲裁之前用尽当地行政复议救济的限制也宜合理破除。

## (二)透明度标准的分类化设计

在国际投资争端解决中,起初东道国一般希望通过私密性防止本国政府因被诉而声誉受损。<sup>⑤</sup>然而,投资争端一方当事人为主权国家的特征决定了其关乎公

---

① See *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, paras. 208, 219.

② 该案仲裁庭认为,如果最惠国待遇可以适用于实质性保护条款,那么没有理由在包括仲裁条款的程序性事项中拒绝适用,程序性事项和实体性待遇同样值得保护。虽然最惠国待遇的适用突破了基础BIT对仲裁的限制,但这也是最惠国待遇适用的自然结果,因为其特色和宗旨正是通过引入其他条约中的更优保护来扩大基础BIT所未能提供的保护。*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. Arbitration V 079/2005, Award on Jurisdiction, paras. 131, 132.

③ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. Arbitration V 079/2005, Award on Jurisdiction, para. 139.

④ Kate M. Supnik, *Making Amends: Amending the ICSID Convention to Reconcile Competing Interests in International Investment Law*, 59 *Duke Law Journal* 351-352 (2009).

⑤ Sergio Puig, *Emergence & Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration & International Investment Law*, 44 *Georgetown Journal of International Law* 567 (2013).

共利益,而且很多争端本身就涉及东道国有关环境、税收等公共政策措施。<sup>①</sup>因此,投资仲裁中存在着高效解决争端的私人诉求和透明度所保护的国家公共利益之间的冲突。<sup>②</sup>我国与“一带一路”沿线国家签署的BITs少有提及投资仲裁的透明度问题。对于“一带一路”多元化ISDS机制下的透明度问题,宜注意到:一方面,投资争端涉及社会公共利益的特性决定了对投资仲裁可以有不同于普通商事仲裁的透明度要求;另一方面,也应利用差异化的透明度标准对当事人选择争端解决程序起到一定的导向作用。

增强投资仲裁的透明性可以对仲裁庭的自由裁量权形成有效制约,缓解投资仲裁的合法性危机;<sup>③</sup>同时也便于仲裁员获取先前已决案件的相关信息或结果,在一定程度上促进裁决的一致性。投资仲裁应采用较高的透明度标准目前在国际社会已形成一些共识。ICSID和UNCITRAL等组织近年来均致力于增强投资仲裁程序的透明度。ICSID在2006年修改仲裁规则及其附加便利规则时对透明度条款作了较大修改,<sup>④</sup>而UNCITRAL则制定了《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(下称“《透明度规则》”)和《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》(下称“《透明度公约》”),并新增UNCITRAL仲裁规则第1条第4款,以纳入《透明度规则》。

我们建议“一带一路”投资仲裁机制也应保持较高的透明度,即以公开为原则,以私密为例外。在具体做法上,可充分借鉴ICSID仲裁和适用UNCITRAL仲裁规则的仲裁,其中包括其高标准的透明度要求。除此之外,我国还可与沿线国家一起探讨在合适时机加入《透明度公约》的可能性。加入《透明度公约》后,《透

---

① See Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 *Fordham International Law Journal* 140 (2007).

② Emilie M. Hafner-Burton & Sergio Puig *et al.*, *Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement*, 42 *Yale Journal of International Law* 283 (2017).

③ See J. Anthony VanDuzer, *Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation*, 52 *McGill Law Journal* 685 (2007).

④ See Aurélia Antonietti, *The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules*, 21 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 445-446, 448 (2006).

透明度规则》适用的仲裁案件非常广泛。<sup>①</sup>针对此情况,沿线国家也可能会主张较为保守的做法,例如,在签署BITs时直接援引《透明度规则》或设置类似于《透明度规则》的条款,对此我国应根据在各国投资的风险状况予以区别对待。

磋商和调解一般坚持私密性原则,当其用于“一带一路”投资争端解决时,既要保留一定的私密性以凸显磋商、调解对于仲裁的比较优势,同时也要维护利益相关者必要的参与度和知情权。有限的公开表现在磋商请求、调解通知和磋商调解所达成的和解协议的公示,即保证公众知悉程序的启动和最终的处理结果,其他文件的公示应以当事人的一致同意为前提。私密性的保留主要体现在磋商、调解的过程应避免公众参与,除非当事人另有约定。私密的环境可以消除当事人的顾虑,促使当事人坦诚沟通利益诉求和可能的解决方案,这是发挥磋商、调解作用的重要保障。<sup>②</sup>然而,在“一带一路”沿线国家层级较为复杂的行政体制下,参与协商的东道国政府机构并不一定是直接造成投资者损失的政府机构<sup>③</sup>,再加上投资争端多涉及公共利益,争端方以外的其他政府机构或利益相关者可能申请参与程序,此时也最好征得争端方的一致同意。此外还应注意的是,磋商、调解中的陈述、意见、观点等不得作为后续程序的证据,这是维护磋商、调解私密性的核心价值所在。我们建议调解和仲裁的程序和人员实现分离,也是为了避免仲裁受到当事人在调解程序中讨价还价或所认可事实的干扰。

### (三) 仲裁员、调解员的选任及其道德标准

仲裁员、调解员是争端解决中的核心要素,对于程序的有序推进以及争端的妥善解决都至关重要。在目前由当事人挑选仲裁员、调解员并支付报酬的机制下,仲裁员、调解员可能难以保持其完全中立性。<sup>④</sup>从实践来看,ICSID等机制中

---

<sup>①</sup> 根据《透明度公约》第1、2条,除非缔约国作出相关保留,《透明度规则》适用于缔约国与另一缔约国投资者之间的仲裁,或者缔约国与同意适用《透明度规则》的非缔约国投资者之间的仲裁,不论仲裁所依据的投资协定是否在《透明度规则》生效之后签署,也不论仲裁是否依据UNCITRAL仲裁规则提起。

<sup>②</sup> 参见肖建华、唐玉富:《论法院调解保密原则》,《法律科学》2011年第4期,第140页。

<sup>③</sup> See Note, *Mediation of Investor-State Conflicts*, 127 Harvard Law Review 2557(2014).

<sup>④</sup> 也有观点从争端解决机制的长久运行和仲裁员、调解员塑造良好声誉以获得多次指定机会的角度,认为仲裁员、调解员会坚持行为的中立性。这两种观点孰是孰非尚无定论,但是需要承认的是,违反中立性的风险是存在的。See David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, OECD Working Papers on International Investment 45-48 (2012), <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>, visited on 9 December 2017.

的仲裁员和调解员多来自西欧和北美,<sup>①</sup>“一带一路”沿线国家多为亚洲和中东欧国家,由欧美发达国家的仲裁员、调解员处理“一带一路”沿线投资争端可能存在对沿线国家利益诉求的理解和考虑不足、公平性缺失等问题。对此,可能的改革方向有两种:一是欧盟所提倡较为彻底的改革,即当事人不再指定仲裁员,而是设立常设仲裁庭,从中随机抽取案件的仲裁员;<sup>②</sup>二是保留当事人指定权的同时强化仲裁员、调解员的道德准则。考虑到当事人自主选择仲裁员、调解员是仲裁、调解的特性和吸引力所在,“一带一路”ISDS机制目前对这一制度进行大幅度更改的可能性不大,因此较为可行的办法是优化仲裁员、调解员的选任并强化约束和道德标准。

在“一带一路”投资争端解决中,应适当考虑指定部分来自“一带一路”沿线国家的仲裁员和调解员解决投资争端,国家所处的类似发展阶段使调解员、仲裁员更容易理解争端方的利益诉求。在具体实践中,仲裁员和调解员的业务能力和专业水平不能忽视,因此可以参照适用ICSID等机构的仲裁员和调解员名录,适当考虑指定该名录中来自“一带一路”沿线国家的仲裁员和调解员。从目前投资争端解决普遍存在的“重复指定”来看,仲裁员、调解员所具备的素质和经验是当事人考虑的重要因素。因此,我国和沿线国家应注重加强培育优秀的仲裁员和调解员,以提高其被指定的几率。尤其是在“一带一路”ISDS机制引入调解的情况下,目前熟悉调解且具备相关经验的专业人员并不多见,这也是调解适用较少的原因之一。优秀的调解员需要合理安排程序,缓和争端方敌对情绪,促使争端方表露真正利益需求并提供尽可能多的信息,归纳争端焦点并引导争端方有效磋商等技巧,<sup>③</sup>“一带一路”沿线国家应着重培养具备以上素质的专业人员。

---

① ICSID 仲裁员、调解员和专设委员会成员有 68%来自西欧和北美(加拿大、墨西哥和美国)。See ICSID, *The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2018-1)*, p.19, [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID% 20Web% 20Stats% 202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf), visited on 10 March 2018.

② See CETA Chapter Eight (Investment), Article 8.27. 欧盟所推行的常设仲裁庭模式固定仲裁员名册和任期,随机指派每个案件的仲裁员。该模式设立上诉机制,上诉小组由 3 人组成且同样采用随机抽选方式,审查权限涵盖法律适用、事实认定和程序事项。CETA 还表达了未来构建多边争端解决机制的意愿。

③ See Jeswald W. Salacuse, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 *Fordham International Law Journal* 160-161 (2007).

法律职业道德是指法律职业中可接受行为的规范和准则。<sup>①</sup>仲裁员、调解员道德准则的核心是独立性和公正性。我国与沿线国家签署的BITs中少有提及道德准则,ICSID仲裁调解规则中的规定也较为原则,实践中多参照国际商事仲裁中的道德准则,例如,《国际律师协会国际仲裁利益冲突指引》(IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration)、《美国仲裁协会/美国律师协会商事争议仲裁员道德准则》(AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes)等。<sup>②</sup>因投资争端更多涉及社会公共利益,对仲裁员、调解员公正性和独立性的要求更高,有必要制定统一的、专门针对投资争端解决的仲裁员、调解员道德标准,以细化仲裁员、调解员对可能影响独立性和公正性的信息的披露义务,同时关注“重复指定”、“议题相关”等问题。但在目前“一带一路”倡议实施的现行体制下,仍需要依托现有机制推行这项改革。UNCITRAL第五十届会议提出仲裁员道德标准的议题,<sup>③</sup>沿线国家应予以重点关注和积极参与。

#### 四、“一带一路”ISDS机制构建中我国的主动因应

“一带一路”倡议的顺利实施,需要国际法治与国内法治的良性互动。<sup>④</sup>我国作为“一带一路”倡议的发起国,应积极主动因应相关问题。这方面似应重点考虑的具体问题包括:完善内国仲裁立法和对外签署的BITs,对接“一带一路”争端解决需求,确保仲裁裁决与和解协议的顺利有效执行等。

##### (一)完善仲裁立法,发挥我国仲裁机构在投资争端解决中的作用

除ICSID中心外,一些国际著名的仲裁机构在投资争端解决中发挥着重要的补充作用,例如,荷兰海牙国际常设仲裁院(Permanent Court of Arbitration, PCA)、巴黎国际商会(International Chamber of Commerce, ICC)仲裁院、瑞典斯

---

① UNCITRAL, Settlement of Commercial Disputes: Possible Future Work on Ethics in International Arbitration, Note by the Secretariat, Forty-ninth Session, UN, Doc. A/CN.9/880, 29 April 2016, para. 4.

② See David Gaukrodger & Kathryn Gordon, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Papers on International Investment 49 (2012), <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>, visited on 9 December 2017.

③ See UNCITRAL, Possible Future Work in the Field of Dispute Settlement: Ethics in International Arbitration, Note by the Secretariat, Fiftieth Session, UN, Doc. A/CN.9/916, 13 April 2017.

④ 参见赵骏:《全球治理视野下的国际法治与国内法治》,《中国社会科学》2014年第10期,第85页。

德哥尔摩国际商会(Stockholm Chamber of Commerce, SCC)仲裁院等机构均受理了一些投资仲裁案件。<sup>①</sup>我国的仲裁机构目前尚无受理国际投资争议案件的实践。<sup>②</sup>随着“一带一路”倡议的推行,我国企业的海外直接投资、对外承包工程项目和金融机构对外债权性投资等均呈大幅增长趋势。“一带一路”沿线部分国家基础设施建设较为薄弱,对外资需求和依赖度较高,这些国家为了吸引我国资本的进入,有可能同意将争端提交我国仲裁机构。<sup>③</sup>可以预见,今后选择将争端提交我国仲裁机构仲裁的项目会相应增长,对此我国的法律和仲裁机构应做好相关应对。

目前,中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)和深圳国际仲裁院(SCIA)已明确可以受理投资仲裁案件。<sup>④</sup>在具体规定上,CIETAC于2017年9月专门制定了CIETAC投资仲裁规则,该规则旨在与投资仲裁领域的国际先进经验接轨,涵盖仲裁地、仲裁程序的透明度、第三方资助等内容,也纳入了仲裁与调解相结合的东方特色。<sup>⑤</sup>SCIA仲裁规则则直接援引UNCITRAL仲裁规则处理投资争端案件,<sup>⑥</sup>尤其值得关注的是,SCIA于2016年10月发布《深圳国际仲裁院关于适用〈联合国国际贸易法委员会仲裁规则〉的程序指引》(下称“SCIA指引”),这意味着UNCITRAL仲裁规则在我国的正式落地。在当事人没有约定时,SCIA指引以中国香港为仲裁地也是一大亮点。<sup>⑦</sup>

与上述规则不相适应的是我国的仲裁立法。《中华人民共和国仲裁法》(下称“《仲裁法》”)制定于1994年,至今已有20余年,其主要调整平等主体之间财产关系的宗旨及对仲裁私密性的保护已不能适应目前投资争端对仲裁的需求。<sup>⑧</sup>CIETAC、SCIA等仲裁机构将逐步受理投资争端案件,而《仲裁法》对投资争端应如

---

① 根据UNCTAD网站公布的基于条约的投资争端案件,提交PCA的有110件,提交ICC的有13件,提交SCC的有41件。See UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>, visited on 6 March 2018. ICC、SCC一般适用其自身仲裁规则处理投资争端案件,而提交PCA的案件多适用UNCITRAL仲裁规则,PCA在此类案件中主要提供指定仲裁员、案件登记等管理性服务。

② CIETAC:关于《中国国际经济贸易仲裁委员会国际投资争端仲裁规则(试行)》的说明, <http://www.cietac.org.cn/index.php?m=Article&a=show&id=14469>, 2018年1月20日访问。

③ 参见张昕:《“一带一路”项目协议中的仲裁机构选择:以东南亚地区为例》,(作者保存内部会议材料)。

④ 参见SCIA仲裁规则第2条第2款。

⑤ 参见CIETAC投资仲裁规则第27、28、32、43、44、55条。

⑥ 参见SCIA仲裁规则第3条第5款。

⑦ 参见SCIA指引第3条。

⑧ 参见《仲裁法》第2、40条。

何解决并无涉及,对平等主体的限定也使得投资者和东道国之间的投资争端解决无法融入。《仲裁法》要求仲裁以不公开进行为原则,这也与CIETAC投资仲裁规则及UNCITRAL仲裁规则所提倡的透明度不相匹配。同时,《仲裁法》排除临时仲裁,<sup>①</sup>争议当事人不能在我国进行临时仲裁。而事实上投资争端采用临时仲裁的不在少数,且多适用UNCITRAL仲裁规则。若严格遵循《仲裁法》对仲裁机构的要求,投资争端当事人如希望在我国适用UNCITRAL仲裁规则,则须指定CIETAC、SCIA等常设机构为仲裁机构,我国法院已有承认在CIETAC适用UNCITRAL仲裁规则的仲裁协议效力的案例。<sup>②</sup>然而SCIA指引第2条所确定的适用范围不仅限于SCIA作为仲裁机构,还包括SCIA行使指定仲裁员等管理职责的情形。在我国排除临时仲裁的情况下,适用UNCITRAL仲裁规则且以SCIA为管理机构可能存在障碍。

顺应“一带一路”倡议下投资争端解决的实际需求,我国应对《仲裁法》进行修改,适时破除《仲裁法》对平等主体的限制,明确投资者与东道国政府之间的争端可通过仲裁解决,并将投资仲裁作为仲裁私密性的例外。同时尝试突破对临时仲裁的限制,具体可在自贸区先行先试。<sup>③</sup>《仲裁法》的修改也可借鉴UNCITRAL仲裁示范法中适应我国情况的内容。借助以上改革,再加上CIETAC投资仲裁规则、SCIA仲裁规则和SCIA指引所创造的契机,我国投资者在对“一带一路”沿线国家投资时可争取将发生的争端提交我国仲裁机构解决,而完善的国内仲裁立法和仲裁规则将提高外国政府接受在我国机构进行投资仲裁的几率。我国在新签或更新BITs时,对于具体仲裁机制也可设置“双方当事人约定的其他仲裁机构”这一兜底条款,从而为当事人将争端提交我国仲裁机构预留空间。同时,基于“一带一路”倡议下基础设施投资和金融机构债务性投资较多的情况,我国仲裁机构应着重挑选具有相关专业背景的仲裁员,以增强争端解决的专业性。同时,注意吸纳沿线国家的仲裁员,并考虑在沿线国家增设分支机构,将我国的争端解决良好理念和实践予以及时传播。随着我国仲裁机构信誉和实践经验的积累,辅之我国在“一带一路”倡议中所处的地位,我国仲裁机构有望受理涉“一带一路”投资仲裁案件。

<sup>①</sup> 根据《仲裁法》第16、18条,仲裁协议应选定仲裁委员会,当事人没有约定仲裁委员会且未达成补充协议的,仲裁协议无效。

<sup>②</sup> 参见浙江逸盛石化有限公司与英威达技术有限公司申请确认仲裁协议效力案,[2012]浙甬仲确字第4号民事裁定。该裁定认为:从当事人约定可以推出选定的仲裁机构为CIETAC,进而驳回确认仲裁协议无效的申请。

<sup>③</sup> 最高人民法院已承认自贸区企业间临时仲裁协议的效力。参见最高人民法院《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》(法发[2016]34号)第9条。

## (二)以BITs更新换代带动沿线国家ISDS机制的完善和协调

综合性的改革不仅需要签订新的条约,同时也需要对现有的条约进行现代化更新。<sup>①</sup>就我国与“一带一路”沿线国家目前签署BITs的情况而言,对于尚未签署BITs的国家,应尽快启动BITs的谈判,并争取在新签署的BITs中采取较为完善的争端解决条款;对于已签署尚未生效的个别BITs,我国与相关国家应尽快完成条约生效所须的国内法律程序;对于已生效但条款过于陈旧的BITs,则应通过签订新的条约或者附加议定书的形式完成条约的更新换代。

我国于21世纪初已开始了对一些早期BITs的更新换代,但就目前的进展来看,更新换代主要集中在与欧洲有些国家签署的BITs,<sup>②</sup>“一带一路”沿线国家中只有与捷克、俄罗斯、乌兹别克斯坦所签署的BITs进行了更新。重新签署的BITs均规定由投资引起的所有争端均可提交仲裁,除了与古巴和尼日利亚所签署的BITs外,均引入了ICSID仲裁机制。这种趋势与“一带一路”ISDS机制的构建目标是一致的,接下来我国应尽快展开与“一带一路”沿线国家所签署BITs的更新换代,将多元化争端解决形式、分类化透明度标准、仲裁员调解员指定及道德准则等内容通过条约形式固定下来。除了ISDS条款,还有必要将建设工程合同纳入“投资”的定义,<sup>③</sup>并明确新版BITs的ISDS条款是否适用于该BIT生效之前发生的争端等问题。<sup>④</sup>

我国在与“一带一路”国家新签BITs或更新换代原有BITs过程中,应尽量融入更为完善和契合“一带一路”倡议顺利实施的ISDS制度,并以此为主线促进我国与沿线国家所签署BITs的协调,之后通过沿线国家和其他国家签署BITs将这

---

① UNCTAD, World Investment Report 2017, p.126, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf), visited on 12 January 2018.

② BITs更新换代包括比利时—卢森堡经济联盟、德国、法国、芬兰、荷兰、瑞士、葡萄牙、西班牙等欧洲国家,另外还有韩国、尼日利亚、古巴。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>, visited on 15 January 2018.

③ 参见邓婷婷、张美玉:《“一带一路”倡议下中国海外投资的条约保护》,《中南大学学报》2016年第6期,第38页。

④ 这是从中国平安诉比利时案中吸取的教训。中国—比利时新版BIT明确:新版BIT生效之前,已进入司法仲裁程序的争端适用旧约,生效之后发生的争端适用新约,但是未涵盖争端在新版BIT生效之前已通知但是尚未进入司法仲裁程序的情形,这也是中国平安诉比利时案遇到的情况,仲裁庭称之为“仲裁漏洞”(“black hole” or “arbitration gap”),最终否认对该案的管辖权。See Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, paras. 207, 233.

种理念更多地予以传播,从而促使沿线国家之间ISDS机制的更高协调性,为未来打造更广范围和更具系统性的“一带一路”ISDS机制打下良好基础。

### (三)确保投资仲裁裁决与和解协议的有效执行

如果当事人未能通过磋商解决投资争端,则可能进入调解或仲裁程序解决,因此调解协议和仲裁裁决的有效执行对于保障投资者的合法权益具有关键意义。

仲裁裁决的执行体系相对比较完善,对于ICSID案件,按照ICSID公约的执行程序进行;<sup>①</sup>对于非ICSID案件,一般应依照内国法律、1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(下称“《纽约公约》”)或互惠原则执行。然而我国在加入《纽约公约》时作出商事保留,<sup>②</sup>之后最高人民法院发布通知,明确排除《纽约公约》对外国投资者与东道国政府之间争端的适用。<sup>③</sup>对此,除了ICSID仲裁裁决和未来可能由我国仲裁机构作出的投资仲裁裁决外,其他裁决的执行须适用互惠原则。<sup>④</sup>在互惠问题上,我国宜采用推定互惠,通过先行给惠为其他国家适用互惠提供前提,同时也表达我国司法支持仲裁的积极态度。另外,我国也可考虑破除《纽约公约》不适用投资仲裁的困境。“商事保留”具体表述为,我国只对根据我国法律认定为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争端适用《纽约公约》。从广义上讲,引起投资争端的基础投资关系也属于商事法律关系的范畴,因此可以考虑对“商事保留”作扩大解释,具体可仿照美国2012年BIT模板第34条的做法,明确投资争端属于由商事关系或合同引发的争端,同时似应适时撤销最高人民法院通知中对投资争端的限制。<sup>⑤</sup>

至于和解协议,除非当事人自觉履行,否则执行起来较为困难,<sup>⑥</sup>即使是ICSID调解亦是如此,ICSID公约所规定的执行机制仅针对投资仲裁裁决,并未涉及和解协议。有关和解协议的执行问题,可以借鉴SCC的经验,即达成和解协议之

① See ICSID Convention, Chapter IV (Arbitration), Articles 53-55.

② 参见1986年全国人民代表大会常务委员会《关于我国加入〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的决定》第2条。

③ 参见1987年最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第2条。

④ 我国将国际仲裁裁决分为外国仲裁裁决和涉外仲裁裁决。对于我国仲裁机构作出的涉外仲裁裁决,依据《民事诉讼法》第273、274条的规定执行;对于外国仲裁裁决,则依据国际条约或互惠原则执行。

⑤ 参见肖芳:《国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行》,《法学家》2011年第6期,第106页。

⑥ Rebecca Golbert, *The Global Dimension of the Current Economic Crisis and the Benefits of Alternative Dispute Resolution*, 11 Nevada Law Journal 510 (2011).

后,经当事人指定将调解员转化为仲裁员,由其根据和解协议的内容作成仲裁裁决,<sup>①</sup>如果在仲裁程序中启动调解,则请求仲裁员根据和解协议作出裁决,从而赋予和解协议强制执行力。更直接的做法也可以包括:在我国与“一带一路”沿线国家签署的BITs中赋予和解协议等同于仲裁裁决的强制执行力。另外,值得注意的是,目前UNCITRAL正在推进《执行调解产生的国际商事和解协议公约》,第二工作组第六十五届会议指出,涉及国家及其他公共实体的和解协议不应被排除在本公约的适用范围之外。<sup>②</sup>在术语上,该公约不再严格区分“mediation”和“conciliation”,统一采用适用更广义的“mediation”。<sup>③</sup>如果该公约最终签署,将有力促进和解协议的执行。

由于在投资争端案件中东道国作为被执行方的特殊性,在实践中东道国是否自觉执行主要取决于其遵守国际义务的意愿及来自国际社会的压力。<sup>④</sup>我国确保投资仲裁裁决与和解协议的执行包括两个维度:一个是我国作为被诉国,自觉履行义务;另一个是我国作为母国,协助投资者寻求有效执行。我国应自觉履行仲裁裁决与和解协议,以实际行动带动沿线国家自觉履行对我国投资者所负义务。但考虑到“一带一路”倡议下我国所处的资本输出国地位,后者应是关注的重点。一般而言,考虑到本国的声誉以及对外资的需求,东道国大多会自觉履行义务,<sup>⑤</sup>但也不乏有些国家拖延或拒绝执行投资仲裁裁决或和解协议的情况。在“一带一路”倡议下,我国对外承包工程项目投入较大,如果沿线国家未能自觉履行投资仲裁裁决或和解协议,我国投资者将面临重大损失。对此,虽不排除在特殊情况下适用外交保护手段,但首先应通过我国与沿线国家加强对“一带一路”倡议实施的法治保障,通过国际法治手段促使投资仲裁裁决或和解协议的执行。

## 五、结语

国际投资争端的妥善解决不仅有助于增强“一带一路”沿线国家的互信,促进

---

① SCC Mediation Rules 2014, Article 14.

② UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-fifth Session, Fiftieth Session, UN, Doc. A/CN.9/896, 30 September 2016, para. 62.

③ See UNCITRAL, Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of Its Sixty-seventh Session, Fifty-first Session, UN, Doc. A/CN.9/929, 11 October 2017, paras. 103, 104.

④ 王贵国:《“一带一路”争端解决制度研究》,《中国法学》2017年第6期,第66页。

⑤ See Jacob A. Kuipers, *Too Big to Nail: How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards*, 39 Boston College International & Comparative Law Review 420 (2016).

“一带一路”合作机制的长久稳定发展,同时也可为我国在全球治理和国际规则重构中争取更多的话语权。<sup>①</sup>考虑到目前所处的现实情况,“一带一路”ISDS机制的构建主要依托现有的双多边或区域机制,通过对现有框架的适当改革满足“一带一路”争端解决的需求。“一带一路”倡议推行的是合作共赢之路,落实到ISDS机制上,应注重发挥磋商、调解等和平手段的作用,同时注重ISDS机制与争端预防机制的互动。然而,并非所有争端都可以通过平等协商解决,投资仲裁仍是解决投资争端的重要手段。在具体的仲裁机制选择上,本文建议重点依托ICSID仲裁和适用UNCITRAL仲裁规则的仲裁。我国作为“一带一路”倡议的提出者和践行者,宜主动改革以积极对接“一带一路”ISDS机制的构建,具体方面包括完善仲裁立法;对BITs进行更新换代;确保仲裁裁决与和解协议的执行等。

从远期看,在条件成熟的情况下,根据现实需要的发展,也不排除未来打造全新“一带一路投资争端解决中心”甚至受理案件范围更广的“一带一路争端解决中心”的可能性。根据世界银行集团ICSID运作的经验,该中心依托亚洲基础设施投资银行(Asian Infrastructure Investment Bank, AIIB)是较为合适的选择,在未来解决“一带一路”倡议中大量基础设施投资可能引发的争端,该中心应可发挥重要作用。从布雷顿森林体制确立后,国际复兴开发银行(IBRD)成立于1945年,而依托其设立的ICSID中心则在20年后的1965年成立。回顾历史,展望未来,“一带一路”争端的解决是保障倡议实施的关键环节,而相关机制的构建和完善则非一时之功,须假以时日并顺应历史发展和现实需要。但无论长远机制如何最终得以构建,对现有框架内“一带一路”ISDS机制的改革讨论和相关实践,都将为未来更为成熟的争端解决中心的构建积累宝贵经验。

## The Construction of Investor-State Dispute Settlement Mechanism under “The Belt and Road” Initiative

**Abstract:** With the implementation of “The Belt and Road” Initiative, mutual investment becomes increasingly frequent between countries along the route and China. While considering the high investment risks in countries along the route, it is necessary to construct the Investor-State Dispute Settlement Mechanism. Based on current bilateral, multilateral and regional arrange-

---

<sup>①</sup> 参见刘威:《“一带一路”倡议与中国参与国际经贸规则重塑》,《学习与实践》2017年第9期,第5页。

ments, this paper suggests a multiple dispute settlement mechanism containing compulsory consultations, voluntary mediation, arbitration and litigation. Meanwhile, it is also necessary to broaden the scope of disputes accessible to arbitration, design diverse transparency standards for varied dispute settlement procedures and optimize the designation and ethical standards of arbitrators or mediators. As the initiator of “The Belt and Road” Initiative, China should also take active response, which may involve improving Chinese Arbitration Law and BITs signed with countries along the route to satisfy the need of dispute settlement in “The Belt and Road” Initiative, and ensuring the effective enforcement of arbitral awards and settlement agreements as well.

**Key Words:** “The Belt and Road”; ISDS mechanism; investment arbitration; investment disputes settlement; compulsory consultation; mediation

(责任编辑:漆 彤)