

欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景

叶 斌*

摘要：投资者诉国家争端解决机制（ISDS）在当前《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（TTIP）谈判中广受争议，尽管这一机制被包括中国在内的大多数国家的投资协定所接受。以德国为代表的要求投资争议完全在本国法院解决的声浪，是卡尔沃主义在欧洲的回声。就欧盟对公众关切的回应来看，欧盟 ISDS 方案极力减少各种质疑，其国际投资法院设计脱离当前最佳实践，不是减少了公众质疑，而是加重了公众对投资仲裁机制的担忧。欧盟方案试图加强东道国规制权，加强程序的透明度和公正性，以及减少程序滥用。但是，僵化和不合时宜的投资法院方案，很可能成为目前 TTIP 谈判的障碍。欧盟极力在 ISDS 上打上欧盟印记，反映出欧美对国际投资规则领导权上的争夺。就当前中欧投资协定谈判而言，对于欧盟版本的投资法院方案，建议在现有仲裁机制上加以改良，而不是在双边层面采用法院机制。

关键词：投资争端解决机制 跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定 欧盟 国际投资仲裁 国际投资法院

投资争端解决机制是近四十年来国际投资协定（International Investment Agreement，简称 IIA）中的常见条款。投资者诉国家争端解决机制（Investor-State Dispute Settlement，简称 ISDS，也称为投资条约仲裁）赋予投资者通过国际仲裁方式起诉东道国的权利。相较于外交解决方式和在东道国国内法院诉讼，ISDS 提供了一种中立的、去政治化的投资争端解决方案。目前，ISDS 被大多数发达国家和发展中国家的投资协定所接受，例如欧盟成员国与第三国签订的大多数双边投资协定（Bilateral Investment Treaty，简称 BIT），以及《北美自由贸易协定》（The North American Free Trade Agreement，简称 NAFTA）和《能源宪章条约》（The Energy Charter Treaty，简称 ECT）等区域或多边协定。

2013 年美欧决定启动《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（TTIP）谈判，使投资保护和 ISDS 议题进入公众视野。ISDS 成为众多反对者抵制 TTIP 的主要理由。^① 人们反对在 TTIP 中纳入 ISDS，并不是该机制首次被质疑。在美国与加拿大和墨西哥商谈 NAFTA 时，同样引发了媒体对 ISDS 的质疑。^② 只不过，以往对 ISDS 的批评主要局限在学者和律师的狭小圈子里。

* 中国社会科学院欧洲研究所欧盟法研究室副主任、副研究员，国际法学博士。本文是外交部指南针研究资助项目“欧盟对外贸易政策调整：目标、规范及其对地缘政治的影响”的部分成果。

① Christian Oliver, “Public Backlash Threatens EU Trade Deal with the US”, *Financial Times*, January 13, 2015.

② Anthony DePalma, “NAFTA’s Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say”, *New York Times*, March 11, 2001, A1.

在欧洲,对ISDS的反对声浪不止来自于工会和非政府组织,也来自德法等欧盟成员国以及欧洲议会的一部分议员。各界对于ISDS的质疑,可大致分为两大类,一类涉及ISDS与东道国司法主权的关系,认为ISDS剥夺了国内法院的管辖权和国内法的适用,而且不利于国家对公共利益相关事务的规制权。更有甚者,有人将ISDS视为对民主制度的迎面痛击。^①另一类的批评主要针对投资者诉国家仲裁机制及其运行本身,批评(1)仲裁员倾向于保护资本,倾向于对条约做出有利于投资者的解释,而这种宽泛的解释加重了条约条款的不确定性;(2)仲裁裁决结果缺乏连续性和一致性;(3)仲裁程序缺乏透明,仲裁员缺少独立性和公正性;(4)缺乏上诉机制;(5)滥用仲裁程序;(6)对东道国造成严重的财政负担等。^②

由于反对声过于激烈,欧盟一度被迫暂停TTIP中投资章节的谈判。2014年3月至7月欧盟委员会就投资保护与ISDS向公众咨询意见,^③并于2015年1月公布咨询报告。^④随后,欧盟公布TTIP谈判草案,其中包括投资章节与ISDS。^⑤直到2016年2月TTIP第12轮谈判,美欧才重启投资章节的磋商。

本文试图分析公众对ISDS质疑和关切背后的意义,从国际投资法的历史和机制转型的角度来剖析其思想根源;其后,对欧盟推动共同投资政策中关于ISDS的改革建议,尤其是2015年公开的欧盟ISDS建议稿,本文考察它是否回应了公众关注,美欧可能存在哪些分歧;最后,鉴于ISDS也是当前中欧双边投资协定谈判的重要内容,本文在前述观察的基础上提出建议。

一 ISDS 遭受质疑的根源分析

在国际投资法学界,人们对ISDS的评价毁誉参半,赞同者将其比喻为国际法范式转型的革命,^⑥反对者则将其视为国际投资法的正当性危机。^⑦

① George Monbiot, "This Transatlantic Trade Deal is a Full-frontal Assault on Democracy", *The Guardian*, November 4, 2013.

② 对ISDS批评的梳理,参见UNCTAD, "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of A Roadmap; Updated for the launching of the World Investment Report", June 26, 2013; Pieter Jan Kuijper, Ingolf Pernice, Steffen Hindelang et al., "Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Volume 2 - Studies", Directorate-General for External Policies of the Union Policy Department, EXPO/B/INTA/2014/08 - 09 - 10, September 2014; 对ISDS批评的回应,可参见Gloria Maria Alvarez, Blazej Blasikiewicz, Tabe van Hoolwerff, Keoplatra Koutouzi, Nikos Lavranos, Mary Mitsi, Emma Spiteri-Gonzi, Adrian Verdegay Mena and Piotr Willinski, "A Response to the Criticism against ISDS by EFILA", (2016) 33 *Journal of International Arbitration* 1, pp. 1 - 36.

③ See "Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)", available at http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179 (last visited October 25, 2016).

④ European Commission, "Report: Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-To-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)", SWD (2015) 3 final, Brussels, January 13, 2015.

⑤ 《欧盟投资保护和投资争端解决建议稿》(2015年11月公布版),见http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf,最后访问时间:2016年10月25日。

⑥ 王彦志:《国际投资争端解决的法律化:成就与挑战》,载《当代法学》2011年第3期,第15—23页。

⑦ Susan D. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521, pp. 1521 - 1625.

（一）要求回归本地救济：卡尔沃主义的欧洲回声

2014年7月德国参议院通过决议，声称TTIP没有必要纳入投资争端解决机制，认为ISDS会给政府带来“重大风险”，投资争端应交给国内法院解决。^①同年9月，德国经济部长加布里尔（Sigmar Gabriel）向议会表示：“这一点很明确，我们拒绝这些投资保护协定。”他表示，德国政府不会批准欧盟与加拿大《全面经贸协定》（Comprehensive Economic and Trade Agreement，简称CETA），除非删除其中的ISDS。^②德国参议院关于ISDS的立场可以概括为以下几点：（1）投资者应在本国法院得到充分的法律保护；（2）投资者诉国家仲裁会破坏或者规避东道国政府用以保护公共利益目标的一般和相关规则，这些规则是通过民主决策以合宪的方式出台并合法适用的；（4）投资保护协定可导致健康、安全、劳工、消费者、环境以及促进文化多样性等领域的高度保护降低，尤其是通过防止直接和间接征收以及赔偿规则；（5）不应排除因最惠国原则而适用其他条约最低标准的可能性；（6）目前的投资者诉国家仲裁程序不透明，仲裁规则存在缺陷。

德国明确要求投资争端在国内法院解决，要求排除ISDS条款，强调国家的规制权，强调国家有权采取征收措施，这是卡尔沃主义（Calvo Doctrine）在欧洲的回声。不只是德国，法国政府官员也加入到反对ISDS的行列。^③如果这一立场最终被欧盟大多数成员国接受，将不仅仅是回声，而是卡尔沃主义在欧洲的复活。

卡尔沃主义是由阿根廷法学家卡洛斯·卡尔沃（Carlos Calvo）于1868年提出的，后来为很多拉美国家的宪法和条约所接受。卡尔沃主义的核心要素是拒绝给予外国人超国民待遇，外国人与东道国的投资争端应提交当地法院管辖。^④在20世纪80年代的国际投资自由化的浪潮中，出于通过吸引外资来发展本国经济的目的，广大发展中国家纷纷强化对外资的国际法律保护，接受ISDS条款，以至于卡尔沃主义被宣称即将死亡。^⑤

在接受ISDS之后不久，阿根廷等拉美国家遭遇债务危机，这些国家采取的银行管制和税收调整等措施引发了大量投资仲裁案件。根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）提供的统计数据，在1987—2015年期间，阿根廷以59起仲裁案高居最常被诉国家的首位，其次是委内瑞拉（36起）、捷克（33起）、西班牙（26起）和埃及（26起），厄瓜多尔以22起居第八位。^⑥由于面对如此数量众多的投资仲裁案件，而且每个案件索赔可能高达数亿美元，继2007年玻利维亚、尼加拉瓜和委内瑞拉退出《解决国家与他国国民间投资争端公约》（ICSID公约）后，阿根廷也于2013年宣布退出该公约。2011年4月，澳大利亚也加入了排除ISDS的行列，澳大利亚政府在

① Entschließung des Bundesrates anlässlich des öffentlichen Konsultationsverfahrens der europäischen Kommission über die Modalitäten eines Investitionsschutzabkommens mit Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren im Rahmen der Verhandlungen über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der EU und den USA, Drucksache 295/14 (Beschluss), 11.07.2014.

② EurActiv, “Germany Wants Investment Clause Scrapped in EU-Canada Trade Deal”, September 25, 2014.

③ EurActiv, “France and Germany to Form United front against ISDS”, January 15, 2015.

④ 苏里亚·P·苏贝迪：《国际投资法：政策与原则的协调（第二版）》，张磊译，法律出版社2015年版，第8页。

⑤ Denise Manning-Cabrol, “The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle : Equality of Foreign and National Investors”, (1994) 26 *Law and Policy in International Business* 1169, p. 1169; 单文华：《卡尔沃主义的“死亡”与“再生”——晚近拉美国家对国际投资立法的态度转变及其对我国的启示》，载《国际经济法学刊》2006年第1期。

⑥ UNCTAD, *World Investment Report* 2016, p. 105.

《贸易政策声明》中宣布其未来签订的国际投资协定将排除 ISDS 条款。引发澳大利亚政府排斥 ISDS 的主要原因，是投资者根据澳大利亚与中国香港 BIT 对其控烟政策有关的措施提出巨额求偿，澳大利亚政府指责该案件损害了本国的规制权。从发展中国家强调经济主权到发达国家强调规制权保护，卡尔沃主义以不同的方式复活了。

最近的两起德国被诉投资仲裁案是引起德国民众反对 ISDS 的主要诱因。投资者瑞典大瀑布电力公司 (Vattenfall) 在德国投资建造一家火力发电厂，由于环保主义者担心当地被保护物种受损，当地政府采取了限制供水的措施。Vattenfall 在德国汉堡法院提起诉讼，同时提交 ICSID 仲裁起诉德国政府。^① 最后 Vattenfall 在法院胜诉，撤回了国际仲裁。该案遭到环保组织的严厉批评，怀疑正是因为国际仲裁的压力才导致法院判投资者胜诉。^② 另一起案件也是由瑞典大瀑布电力公司提起。在日本海啸引发福岛核电站事故之后，德国对本国境内的核电站采取了关停措施，其中包括该公司投资的两家核电站。2012 年，该公司提起 ICSID 仲裁，要求德国赔偿 47 亿欧元。^③ 该仲裁目前仍在审理当中。这两起案件引起了人们对外资保护与对政府规制权的讨论。两起案件中政府采取的措施都是出于公共利益目的。

与澳大利亚等国断然排除 ISDS 不同，德国议会的决议只声明 ISDS 不是美欧协定所必须的，双方国内法院应给予投资者充分保护，并没有明确地排除 ISDS，也没有对是否适用于其他协定做出说明。另外，从德国并没有对中欧投资协定中纳入 ISDS 提出质疑来看，卡尔沃主义只是在欧洲有选择性地回响。而这种选择性的政策所掩盖的，正是欧洲的伪善。

(二) 歧视与欧洲的伪善

德国对反对在 TTIP 中纳入 ISDS 的立场，与其以往的实践截然不同。讽刺的是，无论是在多边和还是双边层面，德国都曾积极推动投资保护规则以及倡导采用 ISDS 机制。

在双边层面，1959 年德国与巴基斯坦签订了世界上第一个 BIT。随后德国与 120 多个国家签订了 BIT，投资仲裁条款是这些双边条约的标准条款。在多边层面，1964 年 6 月德国政府代表科因策 (Koinzer) 对缔结 ICSID 公约表达了三个观点：(1) 建议草案应增加私人投资者的安全感；(2) 德国政府已在不同场合强调私人投资对发展中国家的意义，德国一直致力于鼓励这类私人投资，特别是通过为投资提供担保的形式；(3) 欢迎给予私人直接参与国际调解和仲裁程序的权利的进步思路，这一思路与国际社会已经形成的实践是一致的。^④ 因半个多世纪以来一直努力推动投资仲裁，德国被视为国际投资保护和投资仲裁的领导者。^⑤

德国投资者还是 ISDS 机制的获益者。根据统计，在 1990—2014 年间，德国投资者总共提起

① *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6.

② Jeevan Vasagar and Christian Oliver, "German Fear of Tribunals Threatens EU-US Trade Deal", *Financial Times*, January 28, 2015.

③ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

④ ICSID, *History of the ICSID Convention*, Volume II - 1, World Bank, 1968, p. 374.

⑤ Doak Bishop, "Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Around?", (2014) 30 *ICSID Review* 1, p. 8.

45 起国际投资仲裁，占全球仲裁案件的 6.7%，排名居第 5 位。^① 这些国际投资仲裁的发起者不仅包括西门子、德意志银行、豪赫蒂夫、法兰克福机场公司和温特沙尔油气公司等大公司，也包括德国中小企业和个人。另一方面，德国很少被投资者诉诸国际投资仲裁，ICSID 仅收到前述两起仲裁案。

对于 ISDS，德国参议院的立场表现出对发展中国家的歧视，与发达国家的投资协定可以不采用 ISDS，但是与发展中国家的协定必须有 ISDS。2014 年 9 月德国经济部长加布里尔表示，“CETA 不需要 ISDS，因为德国和加拿大的司法系统已经为投资者提供了足够的保护”。^② 原欧盟贸易委员拉米（Pascal Lamy）也认为，“TTIP 不必包括 ISDS。如果欧洲或美国企业投资发展中国家，投资者通常不信任他们的司法制度，这就需要有仲裁机制。但是问题是欧盟与美国或者加拿大之间是否需要仲裁机制”。^③

多名学者对德国立场的变化表示惊讶。著名国际法和欧盟法学者约瑟夫·维勒讽刺欧洲人对 TTIP 中纳入 ISDS 的抗议是丑陋的和自私自利的。^④ 欧洲人自己发明了 ISDS 机制，并且在 1000 多个 BIT 中都纳入了相似的 ISDS 条款。在投资条约仲裁案件中，欧洲投资者常常取得胜利。尽管现有的 ISDS 存在缺陷，但是 TTIP 反对者的方案不是去改良或者修订，^⑤ 而是要求在 TTIP 中完全排除 ISDS，以防止本国政府被提起国际仲裁。一方面是要求发展中国家接受有缺陷的 ISDS，并享受其带来的好处，另一方面却担心因在与美国和加拿大的双边协定纳入 ISDS 而被美、加投资者提起国际仲裁，这种歧视反映出欧洲式的伪善。

（三）十字路口的国际投资法：正当性危机与转型

不可否认的是，现有的 ISDS 机制确实存在诸多问题。国际投资法正处于大变革、大转型的时代。^⑥ 与国际贸易法曾经面临正当性危机一样，国际投资法正面临相似的正当性危机，而双边投资协定和投资者诉国家仲裁处在这场危机的核心。^⑦

国际投资法律机制处在无机制的失序状态。自 1990 年起国际投资协定数量激增，到 2015 年年底，全世界投资协定数量达到 3304 项之多。^⑧ 由于经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development，简称 OECD）倡导的多边投资协定（MAI）和世界贸易组织（WTO）投资议程谈判相继失败，国际投资法缺乏多边机制的有效引领，投资规则的碎片化和意大

① 国际投资仲裁主要由发达国家的投资者提起，前 15 位是美国、荷兰、英国、法国、德国、加拿大、西班牙、意大利、比利时与卢森堡、瑞士、土耳其、塞浦路斯、希腊、奥地利和俄罗斯，参见 Rachel L. Wellhausen, “Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement”, (2016) 7 *Journal of International Dispute Settlement* 117, p. 124.

② EurActiv, “Germany Wants Investment Clause Scrapped in EU-Canada Trade Deal”, September 25, 2014.

③ “Der langjährige WTO-Chef Pascal Lamy sieht keine Notwendigkeit, Investorenschutz in das Freihandelsabkommen TTIP einzubauen”, 25 August 2014, See <http://derstandard.at/2000004747626/Die-ingesetzten-Waffen-sind-sehr-unterschiedlich> (last visited October 25, 2016).

④ Joseph Weiler, “European Hypocrisy: TTIP and ISDS”, (2014) 25 *European Journal of International Law* 963, pp. 963 – 967.

⑤ 关于为什么 TTIP 应该包括 ISDS，可参见 Reinhard Quick, “Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS”, (2015) 49 (2) *Journal of World Trade* 199, pp. 199 – 210.

⑥ 单文华、张生：《美国投资条约新范本及其可接受性问题研究》，载《现代法学》2013 年第 5 期，第 158 页。

⑦ Frank J. Garcia, Lindita Ciko, Apurv Gaurav and Kirrin Hough, “Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law”, (2015) 18 *Journal of International Economic Law* 861, pp. 861 – 892.

⑧ UNCTAD, *World Investment Report* 2016, p. 101.

利面碗效应越来越严重。对投资保护规则的不同解释以及由此产生的不一致的仲裁裁决，更加重了人们对国际投资法的正当性的质疑。^① 国际投资体制及投资仲裁机制受到来自各方的猛烈抨击。^②

对国际投资法正当性的反思，使得人们重新审视当前由新自由主义主导的国际投资法律机制。一方面，新自由主义者倡导的过度市场化、私有化和自由化所导致的不公正和不平等问题被暴露出来，^③ 发达国家也加入到厌弃完全自由、去规制的新自由主义国际投资法律机制的行列。另一方面，当发达国家从侧重投资保护转向要求加强东道国的规制权之时，以中国为代表的新兴国家不断地放松本国对外资的管制并且迅速成为对外投资的新力量。尽管双方的方向截然不同，但是发达国家和新兴国家在投资保护与东道国规制权的平衡问题上越来越容易取得共识。^④ 有学者指出，一种新的内嵌自由主义正在兴起，这种新范式试图融合自由市场与政府干预，平衡私人利益与公共利益，协调对外开放与国家自主。^⑤ 这种范式，从发展中国家的立场，毋宁说是对“国际经济新秩序”的扬弃，从强调对自然资源和经济活动的完全主权转向寻求开放、自主和平衡的新秩序。

国际投资法本身面临的挑战，同时与国际环境法、国际人权法、跨国公司的社会责任和治理等其他国际法部门或领域的新近发展交织在一起。^⑥ 人们迫切期待国际投资法的实践回应这些领域，平衡国际社会制定的各种目标，诸如可持续发展、劳工保护、环境保护等。^⑦

2011年3月22日，欧洲议会国际贸易委员会就欧盟委员会国际投资政策文件作出正式回应。^⑧ 欧洲议会报告所呈现的，正是内嵌自由主义的国际投资法制——对于规制权保护，要求欧盟协定尊重公共干预的权力，并且在协定中纳入社会与环境标准，以促进可持续性的投资，尊重投资目的地的环境，鼓励投资者提供优良的工作环境。对于ISDS，欧洲议会要求改革现行的投资争端解决机制，包括提高透明度，建立上诉机制，为确保获得足够的正当程序而尽当地救济，采取法庭之友等等。对于前述公众质疑和欧洲议会的要求，欧盟TTIP文本的ISDS规则能否以及如何回应呢？

① 典型的不一致仲裁裁决案，如Lauder案、SGS案等，参见Susan D. Franck, “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions”, (2005) 73 *Fordham Law Review* 1558, pp. 1558–1582.

② M. Waibel, A. Kaushal, K. -H. L. Chung and C. Balchin (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Kluwer Law International, 2010); D. Gaukrodger and K. Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/3; p. Eberhardt and C. Olivet, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom”, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012, available at <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (last visited October 25, 2016).

③ 韩秀丽：《后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2012年第6期。

④ 关于投资者与东道国权益平衡问题，参见余劲松：《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》，载《中国法学》2011年第2期，第132—143页；Razeen Sappideen and Ling Ling He, “Dispute Resolution in Investment Treaties: Balancing the Rights of Investors and Host States”, (2015) 49 *Journal of World Trade* 85, pp. 85–116. 关于不同国家的投资利益越来越趋同，见Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), “Preface”, *The Oxford Hand Book of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), p. vi.

⑤ 王彦志：《新自由主义国际投资法律机制：兴起、构造和变迁》，法律出版社2016年版，第327页。

⑥ 苏里亚·P·苏贝迪：《国际投资法：政策与原则的协调（第二版）》，张磊译，法律出版社2015年版，第234页。

⑦ 黄世席：《可持续发展视角下国际投资争端解决机制的革新》，载《当代法学》2016年第2期。

⑧ Committee on International Trade of European Parliament, “Report on the Future European International Investment Policy”, 2010/2203 (INI), March 22, 2011.

二 欧盟关于投资法院的建议：取悦公众与美欧分歧

在公布对 TTIP 投资保护和 ISDS 咨询结果报告之后，2015 年 5 月欧盟委员会发布了未来如何解决投资者诉国家争端的概念文件。^① 同年 9 月，欧盟委员会发布供欧盟内部商议的 TTIP 投资章节草案，11 月又发布用于与美国谈判的文本。^② 欧盟委员会宣称，TTIP 投资章节应有效地保护欧盟及其成员国的管制权（right to regulate），同时有效保护欧洲公司免受不公正待遇和歧视。欧盟委员会提议建立一个解决投资争端的完全透明的法院系统，法院包括初审法庭和上诉法庭，法官公开任命并须有最高的职业操守。^③ 从欧盟 TTIP 草案来看，尽管考虑公众和欧洲议会的意见，但是欧盟委员会不会在 TTIP 中放弃实质性的投资保护条款和 ISDS。欧盟的方案是将当前投资者诉国家仲裁机制司法化，同时加入一系列的新规则来回应公众对当前仲裁机制的关切。

（一）欧盟草案极力回应公共关切

有学者认为欧盟在很大程度上回应了各界对现有 ISDS 机制的批评，认为草案有以下几个特点：（1）与 CETA 仅在条约前言中声明条约应保障东道国保护社会公益的权力不同，欧盟 TTIP 草案将这一原则条款化，即将前言移至条约正文中，在第 2 条投资与监管措施或目标中，规定“本节条款不影响缔约方在其领土内为取得合理政策目标而通过必要措施的监管权力，政策目标诸如保护公共健康、安全、环境或公共道德、社会或消费者保护、或者促进与保护文化多样性”。^④ 与前言相比，条约正文条款在法律特征上更具有约束力；（2）草案提出的法院体系试图回应部分学者对国际投资法公法化的呼声，^⑤ 以体制化的法院提升仲裁庭的独立性和公正性。根据草案，初审法院由 15 位法官组成，欧盟、美国和第三国各占 5 席，院长和副院长在第三国国民中抽签产生；草案制定了法官和调解员的行为准则，对法官的道德标准提出更高的要求；（3）草案不仅允许仲裁庭接受法庭之友意见（*amicus curiae*），也允许与案件结果有直接现实利益的第三方介入到程序中（right to intervene），有助于加强程序公正；草案要求接受第三方资助的当事方披露资助方的信息，以及要求缴纳担保费，可以限制投资者轻率起诉；（4）草案提出建立上诉法庭，其主要理由是解决投资仲裁裁决的一致性；上诉法庭由 6 位法官组成，欧

① “CONCEPT PAPER, Investment in TTIP and beyond-the path for reform”, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF (last visited October 25, 2016).

② 《欧盟 TTIP 投资保护和投资争端解决建议稿》（2015 年 11 月公布版），见 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (last visited October 25, 2016).

③ European Commission, “Fact Sheet, Why the New EU Proposal for an Investment Court System in TTIP is Beneficial to Both States and Investors”, Brussels, November 12, 2015.

④ Article 2 of Chapter II in EU’s Proposal for ISDS (November 12, 2015), “This section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity”.

⑤ 有学者建议欧盟委员会以法院机制替代仲裁，见 Gus Van Harten, “Why Arbitrators Not Judges? Comments on the European Commission’s Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA”, Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 2014, p. 53.

盟、美国和第三国各占2席，任期6年，可连任一次。^①

此外，为了防止投资者滥用ISDS机制，欧盟TTIP草案采取了与CETA相似的作法，不要求用尽当地救济，而是将争议直接提交初审法院，允许快速驳回明显无依据和轻率的请求；另外，还要求由败诉方承担仲裁费用。草案要求投资者须在东道国内有实质性的商业活动，以避免通过空壳公司和挑选条约（treaty shopping）扩大ISDS的适用范围。

（二）平衡投资者保护与东道国规制权

对当前ISDS机制最常见的批评，是认为它威胁到主权国家通过立法实现合法公共政策目的的能力。在这一点上，欧盟概念文件出于这样的假设，即认为ISDS仲裁庭根据当前投资协定做出的仲裁裁决没有充分保护政府的管制权，仲裁庭解释权过大，损害了政府的权力。欧盟委员会特别提到最近的米库拉（Micula）兄弟案，^② 该案涉及欧盟禁止国家援助问题，委员会批评仲裁庭错误地支持了投资者关于公平公正待遇的主张。^③

将管制权从CETA的前言移至条约正文，并非欧盟的创新，在TPP正文亦有类似的条款。根据TPP第9章第9.16条，条约不得解释为妨碍缔约方采取、维持或者实施出于对环境、健康等其它监管目标而对投资活动采取的与本章相一致的适当措施。^④ 与TPP的拗口难懂相比，欧盟草案直接规定条约不影响当事国为取得合理政策目标而在其境内行使的管制权力。欧盟草案列举的监管目标更加丰富，包括公共健康、安全、环境和公共道德、社会或消费者保护，以及促进和保护文化多样性。欧盟草案的定义更利于扩大对东道国管制权的解释。

但是，这种例外条款仍然将核心问题留给仲裁庭或者法院，即如何处理投资保护与国家管制利益之间的冲突。现在的条款设计并没有清楚地给仲裁庭或投资法院会如何解释管制权提供方向，尤其是如何平衡与给予投资者公平公正待遇之间的关系。在条约正文纳入管制权条款并没有带来实质上的新意，仲裁庭还是会像没有该条款时一样考虑东道国措施是否违反了公平公正待遇，例如考虑东道国措施与其公共政策目标是否符合适当性原则。

（三）投资法院：时机是否成熟？

欧盟对于ISDS是有两套方案的，一套为2014年9月版CETA中改良的投资者诉国家仲裁机制，^⑤ 另一套是TTIP谈判草案的投资法院版本。前者可以称为低版本的ISDS，后者为欧盟高版本的ISDS。欧盟TTIP的ISDS建议稿是将现有的投资仲裁机制司法化，不仅引入上诉机制，而且将仲裁庭的临时机制固化为常设的法官。在推动国际投资法院这一点上，欧盟确实是雄心勃勃

① 张庆麟、黄春怡：《简评欧盟TTIP投资章节草案的ISDS机制》，《时代法学》2016年第2期，第92—98页。

② *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/14/29.

③ European Commission, Implementation of Arbitral award *Micula v Romania* of 11 December 2013, Bruxelles, 01.10.2014, C (2014) 6848 final.

④ 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》，载《国家行政学院学报》2016年第1期，第78—82页。

⑤ 关于2014年版CETA草案中的ISDS，可参见叶斌：《中欧投资协定谈判展望》，载《国际展望》2015年第5期，第117—135页。

的。不过，欧盟草案中流露出对仲裁机制的固有偏见，表现出过于迎合公众关切的倾向。^① 尽管当前的投资仲裁机制存在各种问题，但是欧盟提出的投资法院系统与其说是改良仲裁机制，不如说是对投资仲裁机制的终结。

欧盟的提议忽视了各国希望在 ICSID 机构下建立上诉机制的共识。2004 年 ICSID 曾发布报告讨论建立上诉机制。^② 尽管很多人认为有必要建立上诉机制，但是 ICSID 成员国认为还为时过早。如果未来需要建立上诉机制，最好的办法是通过 ICSID，以提高不同条约之间结果的一致性。^③ 双边机制所建立的上诉机制更有可能导致投资法的碎片化，上诉机制对于提升裁决结果一致性的作用很可能会被夸大。

诚然，法院机制可以消除法官在案件中与投资者的潜在利益冲突，但是也可能变成倾向于国家（pro-state）的投资法院。这一机制消除了投资争端当事方（包括投资者和东道国）选择裁判的自主权，使得原来自主、灵活的仲裁机制转变成僵化、单一的法院体制。在当前投资仲裁实践中，投资者和东道国不一定选择本国国民担任仲裁员，往往选择更适合的仲裁员裁决案件，而不考虑其国籍。^④ 由于这一体制设计僵化和可能倾向于保护东道国，可能导致投资者回避它而求诸其它机制，例如借由其子公司选择适用欧盟成员国与其他国家的双边条约中的 ISDS，从而加重投资者的挑选条约（treaty shopping）。

尽管上诉机制可以增强裁决的一致性，但是增加案件的审理时间，使得案件更加昂贵，这将加重中小投资者和发展中国家的负担。^⑤ 由于欧盟建议稿要求上诉方提交一定金额的保证金，这可能导致中小投资者以及发展中国家可能无力使用上诉机制。^⑥ 而且，上诉机制同样也可能被滥用，给投资者或者东道国带来不必要的时间和金钱损失。即使是在国内法院，上诉机制并不能完全保证裁决的一致性。以法院系统代替仲裁机制，将使仲裁机制便捷和自主的好处消失殆尽。

不一致的投资仲裁裁决只是个案，这些个案很大程度上是投资规则的非机制化和碎片化，以及投资保护规则本身过于简约和模糊造成的。上诉机制可能带来的裁决一致性，是以耗时和耗费金钱为代价的，这与投资者寻求及时和充分的赔偿诉求是背道而驰的，而东道国也可能因为陷入旷日持久的诉讼而使其保障公共和社会利益的目标落空。目前在双边机制下建立上诉机制并且将仲裁员固定为法官的时机并不成熟。

① Stephen M. Schwebel, “The Proposals of the European Commission for Investment Protection and an Investment Court System”, May 17, 2016, <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (last visited October 25, 2016).

② ICSID Secretariat, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, Discussion Paper, October 22, 2004.

③ Doak Bishop, “Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Around?”, (2014) 30 *ICSID Review* 1, 6.

④ 例如最近的安城住房株式会社诉中华人民共和国案（*Ansung Housing Co., Ltd. v. People’s Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25），中方最后选择的仲裁员为荷兰人，韩国投资者选择的仲裁员为澳大利亚人。

⑤ Ian Laird and Rebecca Askew, “Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?”, (2005) 7 *The Journal of Appellate Practice and Process* 285, p. 298.

⑥ Gloria Maria Alvarez, Blazej Blasikiewicz, Tabe van Hoolwerff et al, “A Response to the Criticism against ISDS by EFILA”, (2016) 33 *Journal of International Arbitration* 1, p. 6.

(四) 美欧分歧：改良还是颠覆

由于无法取得美国的 TTIP 谈判文本，目前仅能从 2012 年美国 BIT 范本和已公布的跨太平洋伙伴关系协定（TPP）来推测美国的立场。2012 年美国 BIT 范本和 TPP 的 ISDS 是一个改良的版本，仍然保持仲裁特征——当事方自主选择仲裁员和一裁终局。它们仅表示未来可能因其它的机制性安排引入上诉机制。^① 这个所谓其它机制性安排非常模糊，既可能指在 TPP 之内设立上诉机制，很可能指 ICSID 公约等外部机制。

与 TPP 保持仲裁式的 ISDS 不同，欧盟 TTIP 中的 ISDS 是一个完全机制化的法院系统。欧盟的目的很明显，不是对投资仲裁机制的小修小补，而是建立新的司法化的机制。欧盟急于推动其方案，在国际投资新规则上打上欧盟的印记。在 2015 年 11 月公布 TTIP 草案后，12 月欧盟立即在与越南的自贸协定中加入投资法院体系。值得一提的是，2016 年 2 月欧盟重新公布 CETA，竟然以法律检视为由将 2014 年 9 月版中的仲裁机制替换为投资法院体系。

然而，美国政府对欧盟的提议相当冷淡，美国贸易代表认为没有必要纳入上诉机制。^② 有几位美国学者联合撰文，建议美国反对欧盟的 ISDS 建议。他们严厉批评欧盟建议不是改革 ISDS 机制，而是在颠覆 ISDS；认为欧盟建议方案一味地迎合批评者，而那些批评者是自由贸易彻头彻尾的怀疑者，迎合他们是徒劳无功的。^③

事实上，美国早就提出在多边和双边层面的国际投资仲裁中引入上诉机制，^④ 但是后来转向谨慎。2002 年，美国贸易促进授权法中考虑对投资仲裁引入上诉机制。随后，2004 年美国 BIT 范本第 28 条第 10 款中规定，如果多边条约建立关于投资争端的上诉机制，条约缔约方应同意使用该上诉机制。更进一步地，美国还在该范本附件 D 中乐观地计划：“本条约生效三年后，缔约方应考虑是否建立双边的上诉机构或者类似机制。”同时，美国还向世界银行提议在 ICSID 框架下建议上诉机构。^⑤ 不过，在 2012 年美国 BIT 范本中，美国的立场显然发生了变化，原来附件 D 的计划被删除了。在 TPP 中，美国并没有实质性地引入上诉机制。

美国改良版的 ISDS 是建立在当前仲裁实践之上的，是一种渐进式的改进思路和实用主义的作法，而欧盟版的 ISDS 脱离当前最佳实践，呈现理想主义色彩，是对仲裁机制的颠覆。由于美国和欧盟都是国际投资规则的制定者，TTIP 谈判结果势必影响全球投资治理的未来。美欧在 ISDS 上的分歧，反映了双方对于重塑国际投资规则的主导权的争夺。^⑥

① TPP 第 9 章，第 9.23 条第 11 款。

② Krista Hughes and Philip Blenkinsop, “U. S. Wary of EU Proposal for Investment Court in Trade Pact”, *Reuters*, October 29, 2015.

③ Ted R. Bromund, James M. Roberts and Riddhi Dasgupta, “The Proposed Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Mechanism: U. S. Should Oppose EU Demand to Abandon It”, *Issue Brief of the Heritage Foundation*, No. 4432, July 2016, p. 3.

④ Asif H Qureshi, “Chapter 28 – An Appellate System in International Investment Arbitration?”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Hand Book of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 1155.

⑤ Ian Laird and Rebecca Askew, “Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?”, (2005) 7 *The Journal of Appellate Practice and Process* 285, p. 297.

⑥ Stephan Schill, “The TTIP Negotiations: US versus EU Leadership in Global Investment Governance”, March 5, 2016, see <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/05/the-ttip-negotiations-us-versus-eu-leadership-in-global-investment-governance/> (last visited October 25, 2016).

三 小结

通过考察欧洲各界反对 TTIP 纳入 ISDS 的根源，其结论是发人深思的。以德国为代表的要求投资争议完全在本国法院解决的声浪，是卡尔沃主义在欧洲的回声。这种回声，不同于发展中国家为了保护本国经济主权的考虑，是隐藏在东道国规制权保护之下回归本国救济的保守主义主张。这种主张反映出人们对资本全球化的有意识的反抗，同时也存在对国际投资仲裁机制的错误认知和偏见。这种主张不是改革现有的投资仲裁机制，而是倒退到完全由本国管辖的时代，是一种新的投资保护主义。

德国是 ISDS 的发明者和既得利益者，德、法等国反对 ISDS，其时机和对象有讽刺意味。在与发展中国家的双边投资协定中，德国极力主张纳入投资者诉国家仲裁机制。只是在与美国的贸易与投资协定谈判中，德、法等国才出来反对 ISDS，这固然反映为某种反美情绪，但是更表现出欧洲对发展中国家法制的歧视。这种对 ISDS 机制的挑选，是欧洲式的伪善。

不过，就国际投资法本身而言，对 ISDS 的质疑将促进这一领域的转型。新范式的国际投资法制正在兴起，这种新范式试图融合自由市场与政府干预，平衡私人利益与公共利益，协调对外开放与国家自主。这种范式，从新兴国家的立场，毋宁说是对“国际经济新秩序”的重新诠释，从过去强调对自然资源和经济活动的完全主权，转向寻求“开放、自主和平衡的新秩序”。

就欧盟对公众关切的回应来看，欧盟 ISDS 方案极力迎合各种质疑，其投资法院设计脱离当前最佳实践，不但没有减少公众质疑，反而加重了公众对投资争端解决机制的担忧。欧盟方案对加强东道国规制权，加强程序的透明度和公正性，以及减少程序滥用的努力是值得肯定的。但是，僵化的投资法院方案，完全放弃用尽当地救济，使得投资者不仅失去了选择在东道国诉讼的机会，也失去了自主选择解决投资争端的权利。从美国所流露的立场来看，投资法院方案很可能成为目前 TTIP 谈判的障碍。欧盟国际投资法院建议，是对传统投资仲裁机制的颠覆。相比而言，2015 年 11 月 CETA 版的 ISDS 更接近美国的改良立场，更容易被美国接受。欧盟极力在 ISDS 上打上欧盟印记，反映出欧美对国际投资规则领导权的争夺。

就当前中欧投资协定谈判而言，欧盟提出的投资法院方案是不合时宜的。一方面，僵化的法院机制不仅剥夺了投资者和东道国对仲裁庭组成的自主权，而且使案件更加耗时和昂贵，对投资者，特别是中小投资者是不利的。尽管存在不少问题，但是当前的国际投资仲裁机制整体上是成功的。仅仅由于存在瑕疵而抛弃投资仲裁机制，是不切实际的。另一方面，对于国际投资的公法化建议，是需要谨慎处理的。投资规则以及 ISDS 公法化的一个隐患，是国际人权法和环境法对投资保护规则的侵蚀，法院机制将扩大这种侵蚀。对于人权保护、环境保护等议题，最优的场所应该是人权和环境等领域本身的机制，赋予投资保护以过多的价值追求，有压垮现有机制之虞。中国在国际投资仲裁案件中的实践较少，稳妥的方式是在现有机制之上不断地积累实践经验，保护和促进中国资本走出去。相对而言，2014 年 9 月版 CETA 中改良的投资者诉国家仲裁机制是一个建立在当前国际实践之上的较为折中和务实的版本。

EU's Proposal on ISDS for TTIP Negotiation: Challenges and the Way Forward

Ye Bin

Abstract: Investor-State Dispute Settlement (ISDS) has been widely criticised since the TTIP negotiations were initiated, even though the mechanism is included in most of bilateral investment treaties (BITs) and regional trade agreements. The statement made by German Bundestag which demanded international investment disputes to be merely settled in national courts is a sort of European echo of the Calvo Doctrine. The EU's proposal on ISDS for TTIP negotiations aims to fit all public concerns. It seeks to strengthen the host country's right to regulate, enhance transparency and impartiality of procedures, and reduce procedural abuse. However, the design of establishing a so-called international investment court is far away from current best practices and its result is to replace international investment arbitration which is actually functioning well. Compared with the investment arbitration, the proposed investment court system is much rigid and would waive autonomy of disputing parties to choose their forum. The EU's proposal is not to reform current ISDS but to abandon it, which differs from the USA's model. The ambition to imprint EU's mark on ISDS reflects the competition on global investment governance between Europe and the United States. It should be refused if the similar section of investment court were tabled on current EU-China bilateral investment agreement negotiations because a proper reformed ISDS shall be based on existing arbitration mechanism rather than a Leviathan established upon idealism and illusions.

Keywords: ISDS, TTIP, EU, International Investment Arbitration, International Investment Court

(责任编辑:李庆明)