

2008年度宁波市社会科学学术著作出版资助项目



投资条约仲裁机制 的批判与重构

石慧 著

CRITIQUE AND RECONSTRUCTION OF THE MECHANISM OF

INVESTMENT TREATY ARBITRATION



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

投资条约仲裁机制 的批判与重构

石慧 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

投资条约仲裁机制的批判与重构 / 石慧著. —北京: 法律出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8716 - 7

I. 投… II. 石… III. 国际投资法学—研究 IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 125478 号

投资条约仲裁机制的批判与重构

石慧 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

©法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2008 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京民族印刷厂

印张 14.75 字数 179 千

印次 2008 年 11 月第 1 次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8716 - 7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

丁伟*

石慧的《投资条约仲裁机制的批判与重构》一书即将由法律出版社出版,作为她的博士生导师,我感到十分高兴,因之欣然作序。

近年来,在国际投资争端解决领域出现了令人瞩目的变化,不仅外国投资者与东道国之间运用国际投资仲裁机制的案件数量急剧上升,而且这些新受理的案件绝大多数是根据投资条约中的投资者与国家间仲裁条款提起的,即投资条约仲裁案件。作为一种新兴的争端解决机制,投资条约仲裁机制在实践中暴露出了许多制度方面的问题,同时也需要在原理上给予进一步的阐释,因而引起了学界的广泛讨论。虽然“投资条约仲裁”这一概念系由国外学者最先提出,但迄今鲜见他们有详细的论述;国内研究国际投资仲裁机制的著述虽然不少,但缺乏以“投资条约仲裁”为主题的系统研究。随着中国改革开放的进一步深入,中国已经迅速成为向海外直接投资的大国,并且近年来,在对外签订的双边投资条约中规定了投资者可以将“关于投资的任何争议提交仲裁”。在这一背景下,不但中国的投资者而且中国政府都更有可能卷入投资条约仲裁实践中,所以,对这方面的研究亟待加强。《投资条约仲裁机制的批判与重构》一书正是对投资条约仲裁机制进行的研究,剖析了当前这一机制存

* 丁伟,现任华东政法大学教授、博士生导师、上海市人大常委、上海市人大常委会法制工作委员会副主任。

在的弊端,并提出重构方案和一些具体措施,选题新颖,同时具有重要的理论意义和实践价值。

除选题值得充分肯定外,我认为本书还具有以下三个特点:

第一,研究视角独特,研究内容系统化。本书虽然以批判的视角作为研究投资条约仲裁机制的切入点,却能合理地将对投资条约仲裁的规范性分析和对投资条约仲裁机制的实然性分析结合起来,以从规范性分析推导出的投资条约仲裁的性质作为批判现行的投资条约仲裁机制的基础,使得结构具有完整性;虽然研究对象属于国际经济法学领域,却能拓展运用国际法、国际私法的知识,探讨了国际投资条约仲裁区别于私人商业仲裁及国家间仲裁的特性,使得内容具有全面性;虽然研究的是投资者(个人)与国家(东道国)之间的投资条约仲裁,却能延伸进入国家(投资者母国)与国家(东道国)之间以及投资者(商业社会)与跨国市民社会之间关系的广泛位域中,主张投资条约仲裁机制的重构需要充分考虑在“国家—市场—全球市民社会”新格局中的多方利益平衡以及借重国际非政府组织的潜在力量,使得研究具有系统性。

第二,研究方法多样化。其中包括理论研究和典型案例分析等研究方法,在法学研究方法之外,还运用了经济学、政治学及社会学的研究方法等,避免了论证过程的平板枯燥,极大地增强了可读性,也反映出作者不但法学和国际经济法的专业基础扎实,而且具有良好的知识结构。

第三,引证资料翔实且富于创新。本书在文献引用方面表现甚佳,熟悉本选题的中文和英文文献资料,对相关国际机构的资料全面收集并熟练掌握,特别重视国外最新的第一手和第二手资料,对国际投资仲裁领域的研究动态和最新发展能做到充分及准确把握。同时,作者在研究中注重了对现有理论研究成果的创新和发展。如作者认为 ICSID 仲裁机制是借用商事仲裁的机制,并对此论点进行了独到的论证,做到“持之有故,言之成理”。在对 ICSID 仲裁机制的发展过程进行诠释时,创新地提出 ICSID 转型这一观点,并能形成充分有力的论证。我相信,作者如果不是抱持学而思之的严谨治

学态度,是不可能提出这些深刻的反思的。

当然本书也存在一些不足,如对投资条约仲裁性质的分析可以更加深入,在探讨投资条约仲裁机制重构的具体措施时可以展开更全面和更详细的分析,包括借鉴作为世界最大海外投资净资产国日本的做法。但是,《投资条约仲裁机制的批判与重构》一书总体上瑕不掩瑜,特别是作为国内首部对投资条约仲裁机制进行系统研究的专著,我认为值得推荐。

是为序。

2008年5月31日

缩略语表

BIT	bilateral investment treaty(双边投资条约)
DSB	Dispute Settlement Body(争端解决机构)
ECT	Energy Charter Treaty(《能源宪章条约》)
FDI	foreign direct investment(外国直接投资)
FTA	free trade agreement(自由贸易协定)
GATT	General Agreement on Tariff and Trade(《关税及贸易总协定》)
ICBL	International Campaign to Ban Landmines(“国际禁止地雷运动”组织)
ICC	International Chamber of Commerce(国际商会仲裁院)
IISD	International Institute for Sustainable Development(国际可持续发展中心)
INGO	international non - governmental organization(国际非政府组织)
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Dispute(解决投资争端国际中心)
ICSID 公约	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States(《解决国家与他国国民间投资争端公约》)
MAI	Multilateral Agreement on Investment(《多边投资协议》)
MFN	most favored - nation(最惠国)

NAFTA	North American Free Trade Agreement (《北美自由贸易协定》)
NGO	non - governmental organization (非政府组织)
OECD	Organization for Economic Co - operation and Development (经济与合作发展组织)
SCC	Stockholm Chamber of Commerce (瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院)
TNC	transnational corporation (跨国公司)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (联合国国际贸易法委员会)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (联合国贸易与发展会议)
WTO	World Trade Organization (世界贸易组织)

目 录

导论:投资者与国家间争端解决机制的演进	1
第一章 投资条约仲裁的概念	5
第一节 关于“投资条约仲裁”的术语表达	5
第二节 投资条约仲裁的概念	8
一、以条约为基础	8
二、投资者与国家间	11
三、仲裁	13
四、投资条约仲裁的概念	14
第三节 投资条约仲裁与相关概念之间的辨析	14
一、国际投资仲裁	14
二、国际混合仲裁	16
三、NAFTA 投资仲裁	17
四、ICSID 仲裁	17
第二章 投资条约仲裁的性质	19
第一节 “投资者”与“国家”的主体地位	21
一、“国家”的主体地位	21
二、“投资者”的主体地位	22
第二节 仲裁请求权的性质	24
一、条约请求权	24
二、条约请求权与契约请求权的区别	24
三、投资者与国家之间的矛盾关系	26

第三节 仲裁争议事项的性质	29
一、仲裁争议事项是国家行为	29
二、个人利益与国家利益和社会公共利益之间的矛盾	31
 第三章 现行投资条约仲裁机制的诠释	 37
第一节 现行的投资条约仲裁机制总述	37
一、受案情况概览	37
二、存在多种机制的原因	42
第二节 UNCITRAL 仲裁——典型的国际商事仲裁机制	44
一、UNCITRAL 仲裁机制的特点之一——商事性	45
二、UNCITRAL 仲裁机制的特点之二——非自足性	48
三、小结	50
第三节 ICSID 仲裁——借用商事仲裁的机制	51
一、ICSID 仲裁机制的特点之一——独立性	51
二、ICSID 仲裁机制的特点之二——对商事仲裁机制的借用性	56
三、ICSID 转型后的新特点	63
四、小结	69
第四节 ICSID 附加机构仲裁——类似的国际商事仲裁机制	70
一、ICSID 附加机构仲裁对 ICSID 仲裁机制和国际商事仲裁机制的共同借鉴	71

二、ICSID 附加机构仲裁的非自足性表现出与国 际商事仲裁机制的共性	73
三、小结	74
第五节 NAFTA 投资仲裁——偏离轨道的国际 商事仲裁机制	75
一、NAFTA 第 11 章概述	75
二、NAFTA 第 11 章的初旨	75
三、NAFTA 投资仲裁机制的新特点	76
四、小结	83
 第四章 实证考察——从 Lauder 案和 CME 案开始	 85
第一节 Lauder 案和 CME 案	86
一、背景	86
二、两起仲裁	88
三、美国—捷克 BIT 与荷兰—捷克 BIT 相关条款比较	89
四、Lauder 案与 CME 案仲裁裁决比较	91
五、CME 案仲裁裁决撤销之诉	96
第二节 实践困惑之一——多重程序	97
一、同一当事人提起的多重程序	97
二、相关当事人提起的多重程序	102
三、不同当事人提起的多重程序	105
第三节 实践困惑之二——裁决一致性缺失	106

一、裁决一致性缺失的几种情况	107
二、原因分析	107
三、其他案例	108
第四节 实践困惑之三——私权对公权的挑战	114
一、仲裁程序秘密性对社会公共利益的挑战	115
二、投资者滥程序对东道国行使主权权力施加 无形压力	116
三、宽松的裁决审查标准对国家行为严肃性的挑战	117
第五节 小结	120

第五章 结构变化及其意义——投资条约仲裁 机制重构之基础 121

第一节 经济结构变化——从国际贸易经济到国 际投资经济	123
一、国际贸易理论与国际投资理论界分的启示	123
二、经济结构划分的论证	128
三、国际投资经济与跨国公司	133
四、经济结构变化的意义	134
第二节 社会结构变化——从市民社会到全球市 民社会	135
一、全球市民社会的兴起	135
二、市民社会溯源	137
三、全球市民社会是对市民社会的超越	138

四、全球市民社会与国际非政府组织	142
五、社会结构变化的意义	144
第三节 法律结构变化——国际经济领域宪政的 兴起	145
一、宪政的基本含义	145
二、国际经济领域宪政理论的提出	146
三、国际经济领域的宪政制度	148
四、法律结构变化的意义	151
第四节 小结	151
 第六章 投资条约仲裁机制之重构路径	 153
第一节 重构投资条约仲裁机制的目标定位	154
一、现行机制的目标定位——片面保护投资者私 人利益	154
二、重构机制的目标定位——平衡私人、国家和社 会公共利益	158
第二节 重构投资条约仲裁机制的方案选择	161
一、放弃抑或改革	161
二、程序抑或综合	164
三、独立抑或依附	166
四、统一抑或分散	168
第三节 ICSID 改革的具体措施	170
一、ICSID 改革的关键	170

二、管辖权方面的改革	172
三、以上诉制度取代裁决撤销制度	174
四、进一步增加透明度	177
五、其他问题	179
第四节 中国的对策	179
一、中国关于投资条约仲裁的实践	180
二、中国面临的新形势	181
三、中国的对策	182
结论	187
参考文献	193
后记	219

导论:投资者与国家间争端 解决机制的演进

i n t r o d u c t i o n

对于外国投资者和他们的国家而言,习惯国际法的最大缺陷之一是其缺乏有效和强制性的投资争端解决机制。^①

——Jeswald W. Salacuse

通常在说明投资者与国家间争端解决机制问题时,都会采用罗列式,即以一种并列方式描述各种争端解决机制。这种做法取巧地避免了因为各种机制可能存在于不同历史时期而产生的划界模糊的困难,但事实上它们并不如描述这般是一种平面运动,从而忽略了对投资者与国家间争端解决机制发展的认识。基于这一弊病,尽管划界模糊的困难仍然客观存在,笔者还是愿意尝试粗略地划分投资者与国家间争端解决机制的演进过程。^②

欧洲 30 年战争作为近代国际法产生的标志性事

① Jeswald W. Salacuse, *Towards a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain*. Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes-Procedure and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, 2004, p. 68.

② 近代资本扩张的历史始于 18 世纪末 19 世纪初,一直到 20 世纪 60 年代之前,很多东道国都是处于殖民地和半殖民地时期,曾普遍出现过无视东道国主权的投资者特权现象。由于这是在特殊历史时期存在的非正常现象,与法治理念下的正常现象不同,所以这些争端解决方式不在此处考察范围之内。

件,主要意义就在于产生了与帝国统治权相对立的领土主权概念,也使得国籍概念取得了独立于封建和宗教含义的法律意义。^①与此相一致的是,在投资者与国家间的争端解决机制上强调国家功能,具体表现为二:对投资东道国而言是属地管辖;对投资者母国而言则是属人管辖。

东道国属地管辖的表现就是行使当地救济(local remedy)的权力,是指在东道国的司法机构或行政机构中依照东道国的程序法和实体法解决投资争端,包括司法救济和行政救济。这种方式是解决投资者与国家间争端的最基本和最传统的方式。由于投资者对东道国救济手段本能的诸多顾虑,因而对于投资者而言这种方式只是其权利的最低保护手段。

这种最低保护手段的延伸就是投资者母国的属人管辖,主要途径有两种:或外交手段或国家间仲裁方式。前者涉及外交保护权的行使,即投资者在东道国遭到损害,依该国国内法程序得不到救济时,投资者母国应投资者的请求,通过外交手段向东道国要求适当救济。外交保护也是解决投资者与国家间争端的传统方法之一,主要特点是将投资者与东道国之间的争端上升为投资东道国与投资者母国之间的争端,在国际法水平上加以解决。但这种方法更多的是取决于投资者母国的外交政策,即是否行使外交保护权以及怎样行使外交保护权并不是以投资者权利为首要甚至重要考虑因素,所以又被称为“政治解决方法”。相对于外交保护权的政治因素更重的特点,通过国家间仲裁来解决投资者与国家之间争端的做法则是一种法律解决方法。一般认为,这种方法始于1794年《杰伊条约》(the Jay Treaty)设立混合委员会以解决涉及外国私人的案件。之后,类似的国家间仲裁实践不断推广。据统计,在19世纪设立的混合求偿委员会至少有80个。在这些仲裁实践中,基本上只有国家才是仲裁当事方,私人并不直接参加仲裁活

① 王鹏:“论国际混合仲裁的性质”,北京大学博士学位论文,2004年,第17页。

动,最多是通过顾问代表出庭或提交一些书面文件。^① 尽管在第一次世界大战后为解决与“一战”有关的私人求偿案件而在协约国成员方与轴心国成员方之间设立的36个混合仲裁庭中,私人直接作为当事人出庭参加仲裁程序,但一方面,国家代表也常常同时出庭并负责监督和协助出庭的私人当事人,^②另一方面,从这种做法此后直到20世纪80年代又绝少使用的事实来看,这种实践更像只是例外的历史事件,其意义有限。^③ 所以,总的来说,私人并不具有普遍意义上的国际仲裁庭的上诉资格。

无论是投资东道国的属地管辖还是投资者母国的属人管辖所衍生出来的各种争端解决机制,突出的只是国家功能。投资者具有国内法上的诉讼主体资格,不具有在国际机制中独立的诉讼主体资格,在国际法关系上虽然是利益主体却不是权利主体。因为其权利实现基本上只是附属于其母国——要么通过母国行使外交保护权而实现,要么通过母国在国际仲裁庭代表出诉而实现。这一阶段不妨称作“国家本位阶段”。

1965年3月18日,在世界银行主持下拟订的《解决国家与他国国民间投资争端公约》(ICSID公约)的正式文本开始接受各国签署参加。该公约于1966年生效后,随即根据公约第1条的规定,正式成立“解决投资争端国际中心”(ICSID,又简称“中心”),作为根据ICSID公约授

① 根据记载,这一时期的绝大部分的仲裁实践都是如此,只有1853年英国与美国之间订立条约设立混合委员会的实践似乎是唯一例外。在该混合委员会的实践中,允许私人直接在仲裁庭对外国政府提出求偿。参见A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations 1794 - 1989* (1990), p. 49; M. Mohebi, *The International Law Character of the Iran-U. S Claims Tribunal* (1999), pp. 216 - 217; J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party* (1898), p. 2331. 转引自王鹏:“论国际混合仲裁的性质”,北京大学博士学位论文,2004年,第18页。

② 参见Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law* (1981), V. 1, pp. 142 - 146; K. Strupp, *The Competence of the Mixed Arbitral Courts of the Treaty of Versailles*, (1923) 17 *AJIL*, pp. 661 - 690. 转引自王鹏:“论国际混合仲裁的性质”,北京大学博士学位论文,2004年,第18~19页。

③ [英]伊恩·布朗利:《国际公法原理》,曾令良、余敏友等译,法律出版社2003年版,第637页。