

中山大學 法學文丛

On the Investor-State Dispute Arbitration under North American Free Trade Agreement

《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究

梁丹妮 著




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中山大學 法學文丛

On the Investor-State Dispute Arbitration under North American Free Trade Agreement

《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究

梁丹妮 著




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究/梁丹妮著. —北京:法律出版社,2007.6

(中山大学法学文丛)

ISBN 978-7-5036-6993-4

I. 北... II. 梁... III. ①自由贸易—贸易协定—研究—北美洲②国际投资法学—研究

IV. F757.104 D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 161714 号

© 法律出版社·中国

中山大学法学文丛

**《北美自由贸易协定》
投资争端仲裁机制研究**

梁丹妮 著

责任编辑 孙东育 刘伟俊
装帧设计 于佳 汪峰

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007 年 6 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.25 字数 251 千

印次 2007 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-6993-4

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中山大學 法學文叢

編委會

主任 劉 恒

副主任 周林彬 徐忠明

委員 馬作武 王仲興 劉 星 楊建廣

陳壁濤 黃建武 黃 瑤 程信和

謝石松 慕亞平 蔡彥敏

总 序

2005年适逢中山大学法律学科百年华诞。发端于广东法政学堂的中山大学法科,在一个世纪的风雨历程中,由一所百余人的学堂发展成为享誉中外的法学院。中大法科走过了一百年自强不息、艰苦奋斗的创业史,谱写了一部追求理想、明辨笃行的光辉篇章。

中山大学法律学科诞生于清末救国图强的时代洪流中。清光绪三十一年(公元1905年),广东法政学堂与京师法律学堂、北洋法政学堂等第一批官办法律学堂一起揭开了中国法学教育近代化的序幕,专门化的法学教育在近代中国西学东渐的过程中应运而生了。

从辛亥革命探索民主共和道路到五四运动倡导民主科学精神,身处革命前沿的广东法政学堂见证了中国近代社会一系列的转型并且积极投身其中。1912年,胡汉民改广东法政学堂为广东公立法政专门学校。1923年,广东省省长廖仲恺改其为广东公立法科大学。1924年,并入国立广东大学,成立法科学院。1926年,国立广东大学改名为国立中山大学,原法科学院相应改名为国立中山大学法科学院。1931年,国立中山大学进行改

制,原法科改为法学院。1950年,国立中山大学改称中山大学,原法学院也相应改称中山大学法学院。1952年,全国高等学校院系大调整,原中山大学法学院被撤销,组建政法系,后被并入中南政法学院。1979年,经原教育部批准,中山大学复办法律学系。1993年成立中山大学法政学院,后于2001年撤销,并在此基础上重建中山大学法学院。在一个世纪的历史发展中,中山大学法律学科虽数易其名,但其师资力量却不断壮大,学科水平不断提升,为我国民主法制建设培养了大批优秀人才。

在一个世纪的社会变革中,中山大学法科始终关怀中华民族的命运,以推动民主宪政、法制进步为己任;在一个世纪的学术发展中,中山大学法科始终崇尚学术自由,坚持学术良心,献身学术事业,极大地推动了中国法学的进步。一百年来,中山大学法律学科见证了中国民主法制事业的起步与发展,见证了中国法律学术的草创与创新,也见证了中国近现代法学教育的曲折与繁荣。

广东法政学堂创办伊始,就有多名日本教员及知名学者出任法科教授,后来逐渐形成名师大家云集中大法科的壮观场面:时任广东都督的胡汉民开坛讲授行政法;新文化运动的领袖陈独秀主讲社会主义课程;中国共产党创始人之一的李达主讲法理学;“历充国际联盟万国会议中国代表者五次”的梁龙教授被聘为最早的科主任;拥有爱丁堡大学和巴黎大学博士学位,后成为国际法学界泰斗的周鲠生先生出任法科教授;被后人奉为中国民法第一人的史尚宽先生早年也执鞭于此;在当时著书立作且在学界颇有影响的程天固、何思源、何思敬、高廷梓、朱显祯、杨兆龙、曾昭琼等教授也执教中大法科。

改革开放以后,中山大学法律学科进入全新的发展阶段,成为我国第一批恢复重建的法学院。在这一历史巨变时期因大师云集而令人生发“极一时之盛”的感慨,这些大师无论在教学还是在学术研究方面都为我们留下了宝贵的精神财富。端木正教授在负笈巴黎圆满完成学业后,积极响应新中国的召唤,毅然舍弃国外优越的条件回到祖国怀抱,并在中山大学法律学系复办时出任首任系主任。作为享有盛誉的国际法专家,端木正教授在1985年被全国人大任命为香港特别行政区基本法起草委员会委员,后又被任命为最高

人民法院副院长、审判委员会委员。如最高人民法院肖扬院长所指出的:端木正先生为国家和民族的法学教育事业,为社会主义法制事业和法制进程所作出的卓越贡献将永载中国法律史册。当今世界的经济、科技和信息发展出现了全球化和国际化的趋势,这势必向传统的以国界为空间范畴的法政教育提出挑战。这就需要法学教育实现与国际接轨,博采众长、兼容并包。广州地处我国对外开放的前沿,毗邻港澳,中山大学法律学科也因此地缘优势而更具开放性,更具活力。在法律学科的早期,其教育方针就体现了相当宏阔的国际视野和开放性,以摄取世界各国法律政治经济诸学之精义,研究中国有史以来各种制度之变迁,融会东西古今之文化,理论联系实际作为其历史使命。在新时期的发展中,中山大学法律学科以培养高素质法律人才为己任,致力革新教学方法,大胆引进先进教育理念,充分发挥毗邻港澳的地缘优势,进一步加强同港澳的合作,为中国法治在“一国两制”的背景下顺利发展作出了巨大贡献。

百年基业,来之不易。历史既给了我们馈赠,也给了我们新的使命。新世纪的中山大学法律学科欣逢盛世,处于中华民族经济、政治和法律的历史性转型进程中,也处在全球经济一体化和政治多元化的世界进程中,所有这些都为中山大学法律学科提供了前所未有的机遇和挑战。

在全面建设小康社会和构建社会主义和谐社会的当代中国,加强民主法治、追求公平正义已成为时代的最强音,这既为我们法学教育注入了新的时代内涵,同时也预示着法律学科的光明前景。为了纪念中山大学法律学科百年沧桑与辉煌,为了弘扬中山大学法律人的学术创新精神,为了见证中山大学法学院为推动中国法学事业进步所作的努力,在隆重庆祝中山大学法律学科百年华诞之际,中山大学法学院推出“中山大学法学文丛”,以此作为中大法科百年华诞的献礼。

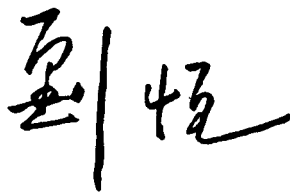
另外,组织出版该法学文丛也得到了中山大学“985工程”项目港澳研究的资助,同时它也是中山大学“211工程”建设的阶段性成果。中山大学法学文丛的问世昭示着中山大学法学院的盎然生机和中青年学者的迅速成长,中山大学法律人将传承中山大学法学百年的学术薪火,追求中国法律学术和法

4 《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究

学教育卓越与创新。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

院长:

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of the characters '刘恒' (Liu Heng).

中山大学法学院

2005 年 11 月 13 日

引 言

晚近国际社会在制定国际投资法律制度,尤其是以在维护东道国外资管辖权和保护外国投资者合法利益这一矛盾中寻求利益平衡机制为核心所做的诸多努力中,1994年正式生效的 NAFTA 在国际投资法律制度方面堪称最为成功的典范。它为其他区域经济一体化组织乃至全球范围内国际投资规则的制定提供了值得借鉴的经验,尤其是 NAFTA 投资争端解决机制在实践中的运作所产生的诸多问题,成为未来区域层面或全球层面投资争端解决法律制度的制定及其进一步完善的良好参照。

允许外国投资者直接提起对东道国的索赔请求,激起了新一轮的对综合性自由贸易协定的抨击,批评者认为这些协定是以东道国政府的政治权力和公共福利为代价换取对跨国公司利益的保护。而 NAFTA 第 11 章更被比喻为“外国投资者手中挥舞着的,随时准备挑战国家主权的一柄利剑”,范围广泛的投资保护条款成为了投资者攻击东道国立法、司法和行政行为的进攻型武器,而不仅仅是投资者在利益受到东道国不法侵害时寻求救济的手段。

然而,对 NAFTA 潮水般的批评也不能阻挡贸易投资自由化前进的历史脚步。首先,授予私人主体在国际经济争端解决机制中的出诉权是使经济关系“非政治化”的根本途径,有利于推动贸易投资自由化在全球范围内的纵深推进。传统上,如果私人当事方受到东道国立法、司法或行政行为的不公平待遇,除了其母国和东道国之间签订的条约对争端解决有相应规定外,一般必须求助于母国的外交保护或取得母国对其权利请求的支持。而结果往往是不能令私人当事方满意的,显然,国家顾及外交关系的全局性影响,对个别公民因他国国家行为所遭受的利益损失就不一定“小题大做”了。而授予私人主体在投资争端解决机制中直接的出诉权,使其利益不再易受国家政治因素的影响,而私人的权利请求因为并不代表本国政府的官方态度,也就不至于损害到国家之间的正常外交关系。因此,在恰当的时候,在国际投资条约中作出类似 NAFTA 第 11 章争端解决程序的规定不但是可以接受的,而且对经济全球化的发展大有裨益。

其次,随着市场经济在全球范围内的深入发展,非国家主体,如自然人、跨国公司、非政府组织在国际经贸关系中的地位和作用日益显著。在自由贸易协定中,建立行之有效的国际投资争端解决机制,赋予私人主体相应的,可以对抗主权国家不公平待遇的主体资格是经济发展的必然产物。如若没有这样一种机制来敦促国家积极履行其在国际投资条约中所承担的义务,那么国际投资条约的可信度(credibility)与正当性(legitimacy)无疑将大打折扣。正如一位西方学者在谈及 NAFTA 时所说,让政府对因其不法行为而使私人投资者经济利益遭受的损害承担直接的责任,是确保 NAFTA 整体目标得以实现的最为有效的途径。

国际社会对 NAFTA 第 11 章以及类似的国际投资法律体制“正当性”的争论会如火如荼地继续下去,而 NAFTA 也已走过了 12 年的历程。至少在发达国家主导的国际投资关系中,投资者—国家争端仲裁机制已经取得了长久而稳固的地位。西方学者早已不再驻足于批评这一制度的存在,而是把目光转向了在未来国际投资条约中,如何完善该机制的运作和制度构建。

进入 21 世纪,中国在对外签订的双边投资协定中对国际投资争端仲

裁条款的态度发生了根本转变:从过去的谨小慎微发展到今天的逐步开放。中国正积极推进双边或多边基础上的自由贸易区的建设,将投资问题纳入自由贸易协定,是目前国际上处理国际投资关系较为妥善的途径。因此,不排除未来中国对外签订自由贸易协定时,将投资争端仲裁条款纳入其中。对国际投资争端仲裁机制的实施对中国可能产生的后果和影响,中国政府应当给予充分、客观的估计,而学界应当对此承担起研究和探讨的责任。

自 1997 年 NAFTA 投资争端仲裁庭受理第一起投资争端以来,西方学者对投资争端仲裁机制的研究日益深入。例如萨姆兰特·冈古力(Samrat Ganguly)、罗伯特·帕特森(Robert K. Paterson)、赫克托·奥拉索隆(Hector Olasolo)等学者对于该机制在保护投资者利益方面的作用及其对主权国家的潜在威胁做了深入分析,并从争端解决的历史背景和案例研究的角度提出了该机制存在的一些问题和相应的对策;有的学者如查尔斯·布朗(Charles H. Brower II)、罗斯·威尔逊(Timoby Ross Wilson)等对争端仲裁机制的性质和重要性进行了分析,约瑟夫·德佩塞尔(Joseph de Pencier)则着重研究了该机制对东道国环境保护和可持续发展的影响;还有学者如杰斯沃德·萨拉库斯(Jeswald W. Salacuse)、格洛拉·圣德里诺(Gloria L. Sandrino)等则着眼于防止投资争端仲裁机制对国家主权的过度侵蚀,探讨该机制的不断完善和改进。值得一提的是,多次担任外国投资者一方律师参与 NAFTA 投资争端仲裁的托德·韦勒(Todd Weiler)教授独著和主编了多本研究 NAFTA 投资争端仲裁机制的专著和书籍,并创建了网站 www.naftalaw.org 和 www.naftaclaims.com,与安德鲁·纽康比(Andrew Newcombe)教授创建的网站 ita.law.uvic.ca 共同致力于及时发布 NAFTA 投资争端仲裁案件的最新信息,汇集了所有 NAFTA 投资争端仲裁裁决。

2000 年 2 月 26 日,在美国加州大学哈斯丁法学院(University of California Hastings College of Law)召开了题为“投资、主权和正义:NAFTA 第 11 章仲裁”的研讨会。与会者包括学者和实务界专家,他们以 NAFTA 投资争端仲裁的理论和实践为主题提交了多篇颇有影响的学术论文。2002 年 1 月,加拿大的专家和学者在加拿大卡来顿大学(Carleton University)召开 NAFTA 第 11 章的

研讨会。研讨会包含了3个专题:外国投资的谈判权和义务——背景和理性分析;第11章的规定——现状和操作;区域和多边环境下的国际投资争端解决机制——未来议题。这次研讨会较为全面地对NAFTA第11章进行了研究,对第11章的规定及其争端解决机制的设计渊源、该机制存在的问题和应对建议进行了较为详细的探讨。2005年11月30日,第三届北美贸易对环境的影响评估研讨会(The Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade)在加拿大蒙特利尔举行,西方学者、政府和非政府组织以及公众代表就NAFTA第11章仲裁对东道国环保和公共健康的影响展开了深入讨论。

从国外学者的研究成果和对国际投资争端仲裁机制关注的程度来看,无论是从数量或是质量上而言,都甚为可观,直接为国际投资争端仲裁制度的发展与完善做了良好铺垫。

近年来,中国已有不少学者开始关注和研究大洋彼岸的NAFTA投资争端仲裁制度以及美国在新近签订的双边投资条约和自由贸易协定中对该机制的不断完善。如余劲松教授撰写了多篇深入研究NAFTA第11章理论和实践的文章,叶兴平教授发表了数篇介绍NAFTA投资争端解决机制的论文,李萍博士的学位论文以NAFTA投资规则作为研究对象。但与西方学者的研究相比,国内对投资争端仲裁机制的研究尚存空间,特别是关于投资争端仲裁机制如何在保护外国投资者利益和东道国公共利益之间保持恰当平衡问题方面的探讨有待深入。

本书将论证的基本问题是,通过研究NAFTA第11章有关投资争端解决制度的理论和实践,剖析NAFTA投资争端解决机制对传统国际投资争端解决既有原则和制度的突破,结合近来美式投资条约在NAFTA投资争端仲裁实践基础上对投资争端仲裁机制的种种完善,探讨投资争端仲裁机制的发展趋势。笔者以国际投资争端仲裁应当维护东道国国家主权利益为原则,以适当提高外国投资者提出索赔请求的门槛,防止外国投资者滥诉给国家主权造成过度侵蚀为主线,以期从发展中国家的角度,对未来中国利用国际投资争端仲裁机制提出若干参考。

NAFTA投资争端仲裁机制正处于发展变化中,由于资料获取的局限,本

书对该制度的研究未能穷尽国外学者探讨有关问题的最新进展;更由于笔者才疏学浅,对国际投资争端仲裁中所涉及复杂问题的评介难免有失错漏,提出的某些观点也仅是学习和研究过程中的一种尝试,希望唤起更多的中国学者对国际投资争端仲裁制度发展的关注,并对有关问题作进一步深入研究,也恳请学界前辈、同仁不吝赐教。

目 录

引言 / 1

第一章 NAFTA 投资争端仲裁机制概览 / 1

第一节 NAFTA 第 11 章的诞生及其影响 / 1

一、从友好通商航海条约到双边投资条约 / 1

二、从双边投资条约到自由贸易协定投资规则: NAFTA 第 11 章的诞生 / 4

三、NAFTA 第 11 章对国际投资条约发展的影响 / 8

第二节 NAFTA 第 11 章概览 / 18

一、第 11 章 A 节: 实体法规则 / 18

二、投资保护的例外 / 21

三、第 11 章 B 节: 国际投资争端仲裁程序 / 23

小 结 / 31

第二章 NAFTA 投资争端仲裁管辖权研究 / 32

第一节 NAFTA 投资争端仲裁管辖权概述 / 32

一、管辖权的条件 / 32

2 《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究

二、管辖权的排他性 / 39

第二节 NAFTA 第 1121 条“弃权条款”研究(一) / 39

一、Waste Management 公司案 / 40

二、仲裁庭裁决及其对 NAFTA 第 1121 条的阐释 / 43

三、从本案看 NAFTA 第 1121 条的具体适用 / 50

第三节 NAFTA 第 1121 条“弃权条款”研究(二)

——兼论仲裁庭的司法解释方法 / 56

一、Ethyl 案与 Waste Management 案中仲裁庭对“弃权条款”解释之比较 / 56

二、两案仲裁庭司法解释方法之比较 / 61

三、严格解释论:国家主权与仲裁效率间的恰当平衡 / 68

第四节 NAFTA 第 1121 条“弃权条款”研究(三)

——拒绝司法中的“终局裁决要求”与“弃权条款”的关系 / 72

一、Loewen 公司案 / 73

二、争端双方及仲裁庭对拒绝司法的论证 / 76

三、拒绝司法中的终局裁决要求和用尽当地救济原则 / 80

四、用尽当地救济原则在拒绝司法中的法律性质 / 83

五、拒绝司法中的用尽当地救济原则与“弃权条款”的关系 / 86

第五节 投资者主体资格与国籍继续原则 / 89

一、Loewen 公司案中的国籍继续原则 / 90

二、仲裁庭关于投资者国籍继续问题的裁决 / 90

三、国际法中的国籍继续原则 / 93

四、严格适用国籍继续原则有利于减少东道国的国际诉累 / 96

小 结 / 98

第三章 NAFTA 投资争端仲裁管辖权对缔约方国家主权的挑战 / 100

第一节 国际投资条约对公共权益保护的忽视 / 101

一、外国投资者的诉权对东道国国家主权的限制 / 101

二、国际投资自由化背景下的投资争端仲裁机制对公共健康利益的冲击 / 103

第二节 征收条款的适用引发国家公共管理权危机 / 106

一、外国投资者挑战东道国保护公共健康权力的典型案例 / 106

二、发达国家对“征收”定义的扩大化 / 115

三、东道国对抗外国投资者滥用诉权的策略 /121

第三节 防止投资争端仲裁机制的超国家性助长全球经济殖民主义 /125

一、国际投资争端仲裁机制的超国家性 /126

二、防止投资争端仲裁机制的超国家性助长经济殖民主义 /130

小 结 /133

第四章 NAFTA 投资争端仲裁程序透明度研究

——法庭之友与非争端缔约方的参与 /135

第一节 NAFTA 投资争端仲裁中的法庭之友问题研究 /136

一、法庭之友的法律渊源与法律价值 /137

二、法庭之友在 NAFTA 投资争端仲裁中出现的原因 /139

三、NAFTA 各方对法庭之友的态度及实践 /142

四、国际投资争端仲裁中法庭之友制度的完善 /152

第二节 NAFTA 投资争端仲裁中的非争端缔约方 /155

一、非争端缔约方参与仲裁的任意性导致程序阻滞 /157

二、非争端缔约方参与仲裁的权利应当有所规制 /162

三、非争端缔约方参与仲裁的权利与投资者利益保护之间的利益平衡 /165

小 结 /168

第五章 NAFTA 投资争端仲裁中的司法监督权 /170

第一节 司法监督权在 NAFTA 投资争端仲裁中的必要性 /171

一、缔约国的困境 /171

二、公众对 NAFTA 投资争端仲裁机制的忧思 /173

三、投资争端仲裁体制中的司法监督权必不可少 /175

第二节 NAFTA 缔约方国内法院的司法监督实践 /177

一、加拿大法院对 Metalclad 案裁决的司法监督 /178

二、投资争端仲裁应当获得司法尊重 /186

三、NAFTA 投资争端仲裁司法监督制度有待完善 /191

第三节 国际投资争端仲裁上诉机构的建立 /200

一、NAFTA 缔约方主张全面监督论 /200

4 《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究

二、美国倡导建立上诉机制 /203

三、关于建立上诉机构的几点思考 /205

小 结 /207

第六章 NAFTA 投资争端仲裁机制对中国的启示 /209

第一节 中国政府与外国投资者之间的投资争端解决综述 /211

一、中国是外资吸收大国,投资争端解决日显重要 /211

二、中国国际投资争端解决法制概述 /213

三、20 世纪中国 BITs 中投资争端仲裁条款的演进 /215

四、2000 年后中国 BITs 条款的演进 /222

第二节 NAFTA 投资争端仲裁机制及美式投资条约的发展对中国的启示 /228

一、增强实体法条款确定性,约束仲裁庭自由裁量权 /230

二、增强投资争端仲裁程序透明度 /236

三、司法监督机制的创新:设立上诉机制 /239

四、提高仲裁效率,减少投资者滥诉 /240

五、投资争端仲裁裁决的承认与执行 /241

结 语 /245

附录一 案例索引 /248

附录二 外国人译名对照表 /253

参考文献 /256

后 记 /268