

ISDS机制：摒弃亦或改革？

- 从反对声中寻求投资者-国家争端解决机制的新出路

ISDS Mechanism : Revocation or Reform?

- Seeking the New Way Out through the Backlash of the ISDS

张甜甜*

Zhang, Tian-tian

目 录

- I. 序论
- II. ISDS机制的诞生与发展
- III. ISDS机制的质疑和批判
- IV. ISDS机制的改革和开拓
- V. 结论

국문초록

ISDS체제에 대한 공중의 질의와 반대는 체제의 탄생부터 현재까지 끊이지 않고 제기되어 왔다. 현재는 TPP협정의 체결과 TTIP협상의 가속적인 진행으로 ISDS체제에 대한 관심은 더욱 뜨거워 졌으며 국제사회의 ISDS체제에 대한 논의와 문제제기가 활발히 진행되고 있다. 그 중에서 ISDS체제에 대한 많은 반대의 의견이 나오고 있고 이 체제를 폐기하자는 의견도 나타났다. 그러나 필자는 체제에 대한 간단한 폐기보다는 체제의 단점과 부족을 분석하고 연구하여 최적화한 개혁방안을 설계함으로써 ISDS 체제의 새로운 출로를 모색

논문접수일 : 2016. 03. 23.

심사완료일 : 2016. 04. 29.

게재확정일 : 2016. 04. 29.

* 中國山東東成清泰律師事務所律師、首爾國立大學法學院博士研究生。

하는 것이 더욱 바람직하다고 생각한다.

투자협정을 기초로 하는 ISDS체제의 설립취지는 투자자의 합법적 권익을 보호하고 국제투자의 양성(良性) 발전을 촉진하는데 있다. 그러나 현실에서는 ISDS중재판정부가 판정을 내릴 때 일반적으로 투자유치국의 공공이익을 경시하고 단편적으로 투자자의 사적 권리를 보호하는 경향이 있어 투자유치국의 공공이익, 사법주권 내지 사회의 안정에 부정적인 영향을 미치게 되고 심지어 일부 국가의 국가경제안정에 치명적인 타격을 가하게 됨으로써 국제투자 활동에서의 사적 권리와 공공이익간의 균형관계를 무너뜨리게 된다. 따라서 ISDS체제 자체도 많은 의문, 비판과 반대를 받게 되었다.

본 논문은 3개 부분으로 구성되었다. 우선 ISDS가 체결되어서부터 현재까지의 발전과정에 대하여 간략하게 소개한다. 여기에는 ISDS체제의 정의, ISDS조항에 규정되어있는 투자협정, ISDS체제의 사건수리기구 그리고 ISDS체제의 필요성, 독창성, 존재의 의의가 포함된다. 다음으로 아르헨티나 위기, Philip Morris담배 사건, 한미FTA에 대한 사례분석을 통하여 ISDS체제대한 국제사회의 비판과 반대 그리고 공공이익에 미치는 부정적인 영향을 제시한다. 그리고 ISDS체제의 성격과 특징에서 출발하여 공공이익과 사적 권리의 충돌 및 이익불균형이 발생하게 된 원인을 분석한다. 마지막으로 실제적인 측면과 절차적인 측면에서 ISDS체제에 대한 일련의 개혁조치를 제안하는 것으로 ISDS체제의 새로운 형평효과를 기대한다. 실제적인 측면에서 ISDS체제를 규정하고 있는 국제투자협정의 세부적인 내용을 명확하게 규정하고 상세한 공공이익의 예외규정을 추가함으로써 조약에 대한 중재판정부의 임의적인 해석을 제한한다. 절차적인 측면에서 ISDS체제의 투명성을 제고하고자 중재인 선임에 있어서의 공정성을 강화하고 제3자 소송제도를 개선한다. 그리고 상소 기구를 설치하여 ISDS의 잘못된 판정에 대한 구제체제를 마련함으로써 전면적으로 ISDS체제의 공정성과 합리성을 보장한다.

주제어 : 투자자-국가분쟁해결체제, 국제투자중재, 국제투자조약, 공공이익, ISDS 체제개혁

摘要： ISDS机制从诞生伊始发展至今，公众对其的质疑和反对从未停歇过。如今伴随着TPP协定的缔结和TTIP谈判进程的深入，越来越多的人认识和关注到ISDS机制，国际社会对这一机制的探讨和质疑也更加白热化，甚至出现了废除或更替ISDS机制的建议。笔者认为，与其简单粗暴的摒弃这一机制，不如深入分析这些弊端和反对意见，为其设计优化合理的改革措施，扬长避短，从而寻求ISDS机制的新出路。

以投资协定为基础的ISDS机制设立的初衷是保护投资者的合法权益，促进国际投资的良性发展。然而在实践中，ISDS仲裁庭作出裁决时常常漠视东道国的公共利益，片面保护投资者的私人权利，给东道国的公共政策、司法主权和社会稳定都带来了负面影响，同时ISDS机制在透明度问题和仲裁员选任上存在的不足，也使ISDS机制本身受到了强烈的质疑、批判和反对。

本文的主体分为三个部分。首先对ISDS机制从诞生到发展做了简要的介绍，包括ISDS的定义、包含ISDS条款的投资协定、采纳ISDS机制的争端解决机构等，并且强调了ISDS机制存在的必要性、独特性和积极意义。其次，通过阿根廷危机、Philip Morris烟草案、韩美FTA三个实证分析，揭示了社会各界对ISDS机制的质疑和反对，并指出ISDS机制对公共利益所产生的负面影响和危害。最后从实体规定到程序规则总结了一系列对ISDS机制进行改革的措施，以期达到重构ISDS机制的衡平状态的效果。在实体法律方面，对规定ISDS机制的国际投资条约的内容应该进行细化和量化，并且增加详细的公共利益例外条款，以限制仲裁庭对条约的任意解释；在程序规则方面，应当进一步增强仲裁员选任的公正性，提高ISDS机制的透明度水平，完善法庭之友制度，充分发挥其保护公共利益的积极作用，并且建议建立上诉机构作为ISDS的纠错机制，从而全方位的保障ISDS机制的公正性和合理性。

关键词： 投资者-国家争端解决机制；国际投资仲裁；国际投资条约；公共利益；ISDS机制改革

I. 序论

2016年2月4日,《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)在新西兰奥克兰签署¹⁾。与此同时,欧盟与美国的贸易官员也在竭尽全力加速《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)的谈判进程²⁾。这两大协定的谈判内容和制度设计备受全球瞩目,其涉及的争端解决方式也将“投资者-国家争端解决”机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS机制)推上了风口浪尖。ISDS机制从诞生伊始发展至今,公众对其的质疑和反对就没有停歇过,如今伴随着两大协议谈判进程的发展,越来越多的人认识和关注到ISDS机制,国际社会对这一机制的探讨和质疑也更加白热化,甚至出现了废除或更替ISDS机制的建议³⁾。

人们反对和批判的焦点一方面集中在ISDS机制对公共利益的负面影响上。与通常发生在私人利益之间的国际商事纠纷不同,国际投资争端的一方当事人是东道国,投资争端所涉及的利益会频繁的触及到人权、健康、安全、环境这些公共利益,此时外国投资者的个人财产权和东道国社会的公共利益如何平衡值得商榷;另一方面,ISDS机制赋予私人投资者直接向东道国政府提起仲裁的权利,这使政府在作出公共政策的时候不得不考虑是否会发生国际投资条约义务的风险,在一定程度上对政府的决策权形成了制约,对东道国立法、司法主权也产生了若干消极的影响。同时,ISDS机制本身的设计问题也成为大众诟病的因素,比如透明度程度不高、仲裁员选任公正性没有保障、仲裁裁决不一致、纠错机制不完善、花费大效率低等问题,都使得大众对于这一制度存在的合理性产生了质疑。

笔者认为,在面对ISDS机制的缺陷和弊病的同时,也要强调其在保护投资者权

1) 参见“《跨太平洋伙伴关系协定》正式签署,商务部称正在评估”,2016年2月4日,中国经济网:http://intl.ce.cn/sjji/qy/201602/04/t20160204_8749975.shtml 最后访问日期2016年5月4日

2) 参见“美欧TTIP谈判加速”,2016年3月1日,新浪财经:<http://finance.sina.com.cn/roll/2016-03-01/doc-ifxpvutf3732963.shtml> 最后访问日期2016年3月20日

3) 如TTIP谈判就投资争端解决机制的问题,欧盟已放弃了原先的投资争端解决机制(ISDS),准备采用新的投资法庭体系(Investment Court System, ICS),参见“TPP助理美欧TTIP谈判:欧盟提议国际投资法庭替代ISDS”,搜狐财经,2015年10月21日。<http://business.sohu.com/20151021/n423743662.shtml> 最后访问日期2016年3月20日

益、促进国际投资发展的道路上所作出的贡献。与其简单粗暴的摒弃这一机制，不如深入分析这些弊端和反对意见，找出不合理的原因和根源，为其设计优化合理的改革措施，扬长避短，从而寻求ISDS机制的新出路。

II. ISDS机制的诞生与发展

“投资者-国家争端解决”条款是国际公法的一项规则，其含义是，如果投资东道国的政府决策损害了外国投资者的正当权益，那么该投资者可以援引这一条款，向专门的国际仲裁机构提交争议，要求东道国政府赔偿损失。⁴⁾ ISDS机制并非TPP和TTIP协议的专利，作为上世纪国际投资法领域的一大革新，它首次出现在1969年的《乍得-意大利双边投资协定》(Chad-Italy BIT)⁵⁾中。近50年来，随着市场资本流动和外国直接投资的迅速发展，投资者和东道国之间的投资争端也频繁发生。同时，各国为了创造更好的投资环境以吸引外资，缔结了大量双边、多边投资协定，ISDS条款也随之得到了广泛的应用。联合国贸易与发展会议(UNCTAD)的统计数据表明，截至2014年底，ISDS的案件总数已经达到608件。⁶⁾

目前全球有超过3000种经济协定中包含ISDS条款，其中最常见的是以促进和保护投资为宗旨的双边投资协定(BITs)。另外，自由贸易协定(FTAs)中关于投资的章节(Investment Chapter)也明确了这一机制。⁷⁾ 在一些多边条约中，如《北美自由贸易协定》(NAFTA)⁸⁾、《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)⁹⁾和

4) 参见维基百科“Investor-State Dispute Settlement”，https://en.wikipedia.org/wiki/Investor-state_dispute_settlement 最后访问日期2016年3月20日

5) 参见《乍得-意大利双边投资协定》第七条，http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/659__ 最后访问日期2016年3月20日

6) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement. Review of Developments in 2014*, IIA Issue Note, No.2 2015. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf 最后访问日期2016年3月20日

7) 신희택, 김세진(편), 「국제투자중재와 공공정책: 최신 국제중재판정례분석」, 서울대학교출판문화원 2014년, 31면

8) 该协定于1994年1月1日生效，缔约国为美国、加拿大和墨西哥。

9) 该条约于1998年生效，缔约国主要是49个国家和欧共体。

《东盟投资领域框架协议》(Framework Agreement on the ASEAN Investment Area)¹⁰⁾等也都规定了ISDS条款。¹¹⁾而在最近备受关注的《跨太平洋伙伴协议》(TPP)和《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)的谈判过程中,是否将ISDS条款纳入协议框架中也成为争议的焦点。

ISDS机制的受案机构也很多样化,包括解决投资争端国际中心(ICSID)、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)特设法庭、国际商会仲裁院(ICC)、斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)等。除此之外,一些投资协定也会自己设立一些临时仲裁机构(Ad hoc Arbitration)。¹²⁾其中,最重要的是根据1965年订立的《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》(又称《华盛顿公约》)成立的“解决投资争端国际中心”(ICSID, International Center for Settlement of Investment Dispute)。随着日前伊拉克正式加入ICSID公约¹³⁾,其成员国总数达到了152个。¹⁴⁾大部分ISDS机制的运用都是根据ICSID公约及其附加规则开展的,比如2014年新增ISDS案件共42件,其中33件由ICSID管辖,UNCITRAL规则下的案件有6件,另外SCC仲裁两件,ICC仲裁一件。¹⁵⁾

10) 该协议于1998年10月在东盟国家签订。

11) 不同的投资协定对ISDS条款的规定也有细微的差别,比如BIT和NAFTA协定直接赋予投资者向东道国提起仲裁申请的权利,而“能源宪章条约”在第26条至第28条中规定了ISDS条款的同时,在第15条中同时规定了代位权,即自然人或者公司可以将诉权让与国家,由国家代为主张权利。参见 Jeswald W.Salacuse, “The Law of Investment Treaties”, Oxford University Press, 2010, p381.

12) 临时仲裁机构又称特别仲裁机构或专设仲裁机构,是指根据双方当事人仲裁协议,在争议发生后由双方当事人推荐的仲裁员临时组成的,负责审理当事人之间的有关争议,并在审理终结时作出裁决后即行解散的仲裁组织形式。这种仲裁组织没有固定的组织机构、名称和地点,没有常设机构那样方便、稳定。

参见 <http://wiki.mbalib.com/wiki/%E4%B8%B4%E6%97%B6%E4%BB%B2%E8%A3%81%E6%9C%BA%E6%9E%84> 最后访问日期2015年11月5日

13) 2015年11月17日,伊拉克正式签署了ICSID协定,成为其第152个成员国。ICSID协定将于2015年12月17日正式对伊拉克生效。见 <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/MembershipStateDetails.aspx?state=ST460> 最后访问日期2016年3月20日

14) 数据来源:ICSID 2015 Annual Report, https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_ENG_CRA-highres.pdf 最后访问日期2016年3月20日

15) 数据来源:UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement, Review of Developments in 2014*, IIA Issue Note, No.2 2015, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf 最后访问日期2016年3月20日

在传统国际法上，争端解决程序仅适用于国家之间。如果外国投资者的权益遭受东道国不法措施的侵害，其只能寻求母国的外交保护。此外，还有一些机制也将投资者-国家争端处理放入到“国家-国家 (state-state)”的框架内进行，WTO 仲裁遵循的就是“国家-国家”争端解决的办法。无论是外交保护，还是类似WTO 仲裁这样的“国家-国家”争端解决机制，其背后的逻辑都是只承认国家在全球体系中的角色，私人只能处于依附于国家的地位，不能作为独立的主体进入全球体系。¹⁶⁾ 而“投资者-国家”争端仲裁机制赋予私人投资者在无需母国政府同意和干涉的前提下，自主的直接向代表公权力的东道国提起仲裁的权利，为投资者保护自身利益提供了机会和平台，赋予了投资者充分的独立性和自主性。此外，ISDS程序相对灵活，也在一定程度上减少了主权国家间因投资者利益纠纷而产生的摩擦。

III. ISDS机制的质疑和批判

ISDS机制自产生伊始到如今发展成为广泛运用的国际投资争端解决机制，经历了从不被认识到广泛接受再到饱受质疑和反对的历程。上世纪60至70年代，受卡尔沃思潮的影响，拉丁美洲国家非常一致的拒绝加入ICSID公约，不希望将投资争端交于国际机构受理¹⁷⁾。直到1990年之后，为了顺应投资国际化和自由化的大趋势，拉美国家才纷纷签订BIT协定，接受了ISDS机制。同样，中国在加入ICSID公约之前也是持非常审慎的态度，有很多学者在维护中国主权的一贯立场上给出“不宜参加”的建议¹⁸⁾。而伴随着TPP协定的缔结以及TTIP协议谈判的深入，更使得国际各方对ISDS机制的反对达到空前高潮。反对的声音主要来自以下几个方面：

16) 高臻 “饱受争议的ISDS机制”，21世纪经济报道2015年11月5日，新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20151105/022423681042.shtml> 最后访问日期2016年3月20日。

17) See Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, “*The Backlash against Investment Arbitration*”, Kluwer Law International, p xxiv

18) 中国政府在多方咨询、审慎考虑和全面权衡利弊之后，于1990年2月9日正式签署加入《华盛顿公约》。于1993年月7日正式交存批准书，接受了ISDS体制。参见陈安主编《国际投资争端仲裁——解决投资争端国际中心‘机制研究’》，复旦大学出版社2001年版，前言第4页。

1. 对东道国公共政策的威胁

发展中国家政府的担忧不无道理。在近年来的国际投资仲裁实践中，ISDS机制一方面在保护投资者权益上发挥着日益重要的作用，另一方面在投资者和东道国利益平衡问题上却受到国际社会的广泛质疑和批评。由于有些仲裁庭过于强调投资者的保护，进一步导致投资者与东道国权益保护的失衡，加剧了东道国与投资者间的矛盾与冲突。¹⁹⁾ 英国《经济学人》周刊这样评价ISDS机制：“ISDS旨在保护外国投资者免受征收或其他不公平的待遇，而要求东道国放弃某些主权。公司需要保护，而政府也应有维护其合理公共利益的权利。”²⁰⁾ 诚然，在投资者和东道国的投资关系中，投资者追求的是财产权的稳定性和可预期性，而东道国的政府也要对于民众不断变化和提高的安全、健康、环保、福利的要求有所回应，这种回应通常体现为法律、政策的变动。而这一变动往往会对投资者财产权的稳定和预期产生负面影响，从而频频引发投资者-国家争端。在争端解决的过程中，ISDS机制在很多情况下将民众的合理要求、政府的合理应对与外资利益保护对立起来，对主权国家政府制定法律、调整政策都可能产生极大限制。²¹⁾

(1) 阿根廷危机

阿根廷是ISDS机制下被提起诉讼案件数量最多的国家。从20世纪90年代开始，阿根廷顺应国内投资自由化的浪潮，十年中共签订了50多个BIT协定，广泛接受了以保护投资者私人利益为目标的ISDS现行机制。1989年阿根廷梅内姆政府执政后，在国内推行一系列国民经济自由化改革，实行固定汇率制，即本国货币比索以1:1的兑换率与美元挂钩；对重要的国有产业及公用事业进行大规模的私有化改革。这些改革措施吸引了大量的外国投资，但同时造成外债规模急剧

19) 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问题研究”，《中国法学》2011年第2期第132页。

20) See *the Economist*, 11th October, 2014

21) 高臻，“饱受争议的ISDS机制”，21世纪经济报道2015年11月5日，新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20151105/022423681042.shtml> 最后访问日期2016年3月20日。

膨胀以至难以弥补财政缺口和应对资本抽逃的后果。2001年底，阿根廷开始陷入全面经济危机。次年2月，阿根廷新政府颁布《紧急状态法》，废除固定汇率，实行浮动汇率，并规定公用事业单位的使用费不再以美元计价，一律改用以比索计价，以及终止每半年根据美国生产商价格指数调整使用费的制度。²²⁾ 这项措施严重影响了公用事业领域外国投资者的利益，外国投资者纷纷依据条约对阿根廷提起一系列仲裁，争端涉及供水、供气、石油、电力、汽车、电信等众多国计民生行业，涉及赔偿总额800多亿美元，而2002年阿根廷全年GDP仅为1020亿美元。²³⁾

(2) Philip Morris 烟草案

同样，由Philip Morris公司提起的几起有关烟草的国际投资仲裁案也备受国际社会瞩目。在2010年的“Philip Morris(瑞士)公司诉乌拉圭案”中，乌拉圭出于保护民众健康的目的，采取了一系列香烟控制措施，包括要求香烟包装盒上的健康警句信息所占包装盒面积从50%扩大到80%和每种品牌香烟只用一种包装等。对此，世界最大的烟草生产商美国奥驰亚集团位于瑞士的子公司Philip Morris公司以乌拉圭政府采取上述烟草控制措施、没收其香烟产品的商标，从而违反《瑞士-乌拉圭双边投资协定》的相关规定为由向ICSID提出仲裁申请。一年后，Philip Morris亚洲公司以澳大利亚颁布的《2011年烟草简单包装法》违反1993年《澳大利亚-香港投资促进和保护协定》的相关规定为由，依据UNCITRAL规则向国际常设仲裁法院提出仲裁申请。2015年12月17日，仲裁庭作出裁决，最终以无管辖权为由驳回了菲莫亚洲公司的诉请²⁴⁾。

阿根廷的一系列国际投资仲裁案是由东道国政府为了应对金融危机而进行经济政策调整而引起的，而Philip Morris烟草公司提起的ISDS仲裁则是对东道国政府保

22) 参见李文青：“国际投资仲裁中的公正与公平待遇标准——以 CMS 天然气运输公司诉阿根廷案为例”，陈安主编：《国际经济法学刊》（第13卷，第3期），北京大学出版社 2006年版，第32-35页。

23) 高臻，“饱受争议的ISDS机制”，21世纪经济报道2015年11月5日，新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20151105/022423681042.shtml> 最后访问日期2016年3月20日

24) 任清，“菲利普·莫里斯v.澳大利亚投资仲裁案的启示”，财新网2015年12月21日，<http://opinion.caixin.com/2015-12-21/100890903.html> 最后访问日期2016年5月3日

护国民健康的公共政策权发出了挑战。通过这两起烟草案，国际社会对于乌拉圭和澳大利亚政府给与了普遍的道德支持和呼应，同时对于ISDS机制质疑和批评的呼声也越来越热烈，甚至出现了废除ISDS机制的建议。于此同时，很多国家宣布退出ICSID公约，包括玻利维亚（2007年），厄瓜多尔（2009年）和委内瑞拉（2012年）；厄瓜多尔于2008年废除了9个BIT协定，委内瑞拉、玻利维亚和南非也纷纷终止了BIT协定。²⁵⁾ 另外，2011年澳大利亚吉拉德政府宣布将不再在双边和地区贸易协定中使用ISDS机制。²⁶⁾

(3) 《韩美自由贸易协定》的争议

韩国社会对于ISDS机制的广泛认知和大规模的反对始于2006年的韩国与美国自由贸易协定的谈判。在此之前，韩国于2003年和智利签订了第一个FTA，虽然当时也遭到了民众的强烈反对，但反对内容集中来源于农业方面，对于投资章节和ISDS机制的关注甚微。2006年2月，韩美FTA谈判正式启动之后，韩国的政界、工会、农民协会、行业协会、各种非政府组织纷纷对谈判表示强烈反对，认为韩美FTA中所包含的ISDS机制会加大韩国政府被美国投资者提起仲裁的风险，这会对韩国社会的政治、经济稳定都带来负面影响。²⁷⁾ 2011年，韩美FTA获得批准时再次引起社会各界的反对浪潮，要求废除韩美FTA的声音此起彼伏。²⁸⁾ 对韩美FTA特别是ISDS机制的反对集中表现在以下几个方面：首先，韩美FTA撼动了韩国宪法赋予公民的权利，也间接影响了韩国政府作出决策的权威。为了规避被提起仲裁的风险，政府在与投资相关的不动产、税收、竞争、公共安全、环境保护等方面

25) See UNCTAD, *IIA Issues Note No. 2 Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims*, 1, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/6 (Dec. 10, 2010)

26) 高臻，“饱受争议的ISDS机制”，《21世纪经济报道》2015年11月5日，新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20151105/022423681042.shtml> 最后访问日期2016年3月20日

27) Hi-Taek Shin, Liz (Kyo-Hwa) Chung, “Korea’s Experience with International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement”, *the Journal of World Investment & Trade* 16 (2015) pp 959-961.

28) 参见“韩美自由贸易协定”，互动百科：<http://www.baik.com/wiki/%E3%80%8A%E9%9F%A9%E7%BE%8E%E8%87%AA%E7%94%B1%E8%B4%B8%E6%98%93%E5%8D%8F%E5%AE%9A%E3%80%8B> 最后访问日期2016年5月4日。

作出的政策都有收到影响和牵制的可能性。²⁹⁾ 其次，反对者也担忧ISDS制度会影响到韩国的司法主权以及国内法院的管辖权。同时，对于国际投资仲裁庭能否公正中立的审理美国投资者和韩国政府之间的投资争议，各方也表示了怀疑和顾虑。国际仲裁庭的组成以欧美的仲裁员为主，反对者担心会对美国投资者作出更有利的裁决。最后，也有人顾虑到韩国国内的企业会利用韩美FTA的条款，通过在美国成立的子公司或“邮箱公司”来获取条约所赋予的外国投资者的利益。³⁰⁾

对于种种质疑和反对，韩国政府也给出了相应的解释。首先在拟定FTA的具体内容时，已经借鉴了美国和其他国家签订的FTA以及NAFTA的经验，尽量平衡海外投资者和本国政府之间的权利义务关系；其次，在涉及公共健康、安全和环境等公共政策上，韩美FTA也通过附录部分规定了详细的例外条款；最后，韩国政府强调，国际投资条约中包含ISDS条款已成为国际惯例，韩国所签订的其他BIT和FTA中大都包含ISDS条款。ISDS条款对于吸引外资、促进韩国国际投资环境的作用不可忽视。同时，ISDS条款对于保护韩国在海外的投资者方面 also 具有重要意义。³¹⁾

2. 对仲裁员的选任公正性的质疑

ISDS机制实行“case by case”的模式，一个案件成立一个仲裁庭，仲裁员通过争议双方指定或合意选任。³²⁾ 因此，每个案件仲裁庭的组成都不具有同一性，仲裁员也享有很大的自由裁量权，那么针对相同或类似的案件就有可能作出不一致的裁决。另外，与法官不同，仲裁员受仲裁机构雇佣来担任裁判工作，具有很强的私人性能否对一个与主权国家公共利益密切相关的案件作出公正的判决值得质

29) See Ki-Bin Hong, 'Gong-gongjeong-chaek, Oi-kuk tujajae 'doin seori' matda (Public Policy Gets Challenged by Foreign Investors)' (Pressian, 4 October 2006)

30) Hi-Taek Shin, Liz (Kyo-Hwa) Chung, "Korea's Experience with International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement", *the journal of world investment & trade* 16 (2015) pp 963-964.

31) 同前 (Hi-Taek Shin, Liz (Kyo-Hwa) Chung)

32) 参见ICSID公约第三十七条：“二、（一）仲裁庭应由双方同意任命的独任仲裁员或任何非偶数的仲裁员组成。（二）如双方对仲裁员的人数和任命的方法不能达成协议，仲裁庭应由三名仲裁员组成，由每一方各任命仲裁员一名，第三人由双方协议任命，并担任首席仲裁员。”

疑。³³⁾ 同时, ISDS机制的灵活性也使得同一人可能既担任投资仲裁的仲裁员, 也担任商事仲裁的仲裁员, 同时还有可能是另外案件的法律顾问, 有存在利益冲突的可能性, 从而会影响仲裁结果的公正性和合理性。

3. 对仲裁程序透明度的批判

在程序方面, 由于国际投资仲裁的不公开性, 其透明度问题饱受诟病。《纽约时报》就曾这样评价ISDS仲裁: “会谈是保密的, 有哪些成员也不太确定, 仲裁裁决如何达成的也无从所知。一个小小的国际仲裁庭就能完全掌控投资者和外国政府的投资争端, 进而能够撤销国内立法、质疑司法体制、挑战环境政策。”³⁴⁾ 在很长一段时间里, 国际投资仲裁与国际商事仲裁一样, 遵循着仲裁保密的原则而不公开审理。21世纪以后, 有关仲裁保密原则的理念起了重大变化。ICSID中心2006年制定的仲裁规则第32.2条明确作出了“除非任何一方当事人反对, 仲裁庭可以公开开庭”的规定。这条规定表明, 争端中心已不再奉行1965年ICSID公约刚签署时所强调的仲裁保密原则, 而是将仲裁保密原则作为例外而强调仲裁的透明度原则了。³⁵⁾ 但是在实际的仲裁案例中, 仲裁庭对透明度原则的认识和实践却不甚统一, ISDS机制的透明度问题仍是学界和实务界亟待解决的课题。

IV. ISDS机制的改革和开拓

ISDS机制是一把双刃剑, 在此起彼伏的反对声中, 我们也应当认识到其在保护和促进国际投资发展中发挥的肯定作用。与其简单的废除这种争端解决办法, 不如从这些反对声音中出发, 通过分析ISDS机制本身的弊端和不足, 从实体法和程

33) See Eric Gillman, “The End of Investor-State Arbitration in Ecuador? An Analysis of Article 422 of the Constitution of 2008”, 19 Am. Rev. *Int'l Arb.* 269

34) Anthony DePallma, “NAFTA’s Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say”, *New York Times*, Mar. 11 2001

35) 于建龙, “论国际投资仲裁的透明度原则”, 《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第9期。

序法的层面对这一机制进行合理的改革和拓新，从而使其恢复私人权利和公共利益平衡的良好状态，更为科学、积极、合理的解决国际投资争端。

1. 条约改革

首先，应当细化、量化条款内容。在ISDS机制下，仲裁庭主要是通过对国际投资条约中有关保护投资者的待遇标准条款进行了扩大化的解释，³⁶⁾从而过度的保护了投资者的权益。如果在条约的设计上能够明确这些待遇条款的具体内容或者细化解释标准，以及在条约中明确规定某种待遇标准的适用例外具体有哪些情形，³⁷⁾从而适当的限制仲裁庭的自由裁量权。在条约内容的设计上，有的学者提出了标准化条文 (Standard-like Provision) 和规则化条文 (Rule-like Provision) 的概念，³⁸⁾目前现行的IIA条款只提供了一个宽泛的保护标准，在这个标准的框架下仲裁庭可以任意的或者扩大的对条款进行解释和适用。如果把条约细化成具体规则，便提高了待遇条款的适用门槛，也明确了条约的解释范围。比如2012年5月13日签署的《中日韩三边投资协定》中第22条就规定了利益拒绝条款³⁹⁾，提高了投资者的适用标准。

其次，增加公共利益例外条款。从投资条约的实践来看，为避免东道国基于本国社会公共利益而采取的合法外资管理措施被外国投资者诉于国际仲裁庭的危险，在条约中设置例外条款是最为直接且非常普及的模式，公共利益例外条款能避免东道国为保护和实现公共利益而行使的正当管理措施被国际仲裁庭裁决为违反国际投

36) 这些条款主要包括公平公正待遇条款，国民待遇条款，最惠国待遇条款，保护伞条款等。

37) 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问题研究”，《中国法学》2011年第2期第137-138页。

38) Julia Hueckel, “Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements”, *Emory Law Journal* 2012, 61 Emory L. J. 601

39) 《中日韩三边投资协定》中，第22条规定：“(利益拒绝) 1.一缔约方可拒绝将本协议的利益给予另一缔约方的投资者，如果另一缔约方的企业是由非缔约方且拒绝给予利益一方的投资者所拥有或控制，且拒绝给予利益的缔约方：(a) 与该非缔约方之间没有正常的经济关系；或 (b) 对该非缔约方投资者采取或维持一定的措施，这些措施禁止与其企业进行交易，或者是授予本协议的利益会违反或绕过该措施。2.一方可拒绝将本协议的利益给予另一方投资者，如果该投资是由非缔约方或者拒绝方的人拥有或控制的企业进行的，且该企业在另一方境内未从事实质性商业活动。……”参见漆彤，“论国际投资协定中的利益拒绝条款”，《政治与法律》2012年第9期 p107。

资条约的国际不法行为。如上文提到的韩美FTA，其将公共卫生、安全、环境、房地产调控等福利性质的非歧视性规制、安全保障、非歧视性税收措施等列为ISDS的例外对象，保障政府在教育、能源、运输、广播电视等44个领域的政策权限。⁴⁰⁾

2. 机制改革

(1) 保证仲裁员的公正性

ISDS仲裁不仅涉及到私人当事人的利益，还会涉及到东道国的公共利益，保证仲裁员的公正性就显得尤为重要，对仲裁员提出了更高的要求。比如，ICSID仲裁规则要求仲裁员应该向仲裁机构报告其在专业和业务上与案件当事人有关联的信息，除此以外，还要求仲裁员在仲裁期间持续地报告可能损害其独立判断的关系和情况。⁴¹⁾ 2014年新修订的《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的指导原则》⁴²⁾在仲裁员的任免和信息披露方面做了详尽的规定，得到了国际仲裁界人士的广泛认可，也成为当事人判断仲裁员是否公正独立的重要依据。新修订的版本进一步的确认了指导原则对国际投资仲裁领域的适用性，对ISDS机制下仲裁员的选任具有重要的指导意义。

(2) 进一步增强透明度

与私人间的商事仲裁不同，ISDS机制的一方当事人是投资东道国，争端的事项通常涉及国家安全或者公共利益。不公正的判决不但影响到政府本身，也对整个社会和民众产生不利的影 响。因此，增强ISDS仲裁程序的透明度，允许公众和第

40) See KORUS FTA Annex 11-B ('Expropriation') and Annex 11-F ('Taxation and Expropriation'). 另见詹德斌，“韩国内有关韩美自由贸易协定ISD条款的争论及启示”，《国际商务研究》2012年5月第33卷第3期，p67.

41) 参见ICSID仲裁规则第6条“仲裁庭的组成”；余劲松“国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护问题研究”，《中国法学》2011年第2期第141页。

42) IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014

三方的参与，既可以让仲裁庭对所涉案件的信息有较全面的了解，又能够对仲裁庭正确解释和适用法律产生帮助。⁴³⁾ 在实践中，ISDS机制也一直努力朝着透明度不断强化的方向迈进。首先NAFTA协定就在条文中明确了透明度要求；⁴⁴⁾ 其次在2006年4月实施的《ICSID公约、条例及规则》中也见证了ICSID对于增加程序透明度所做的努力。⁴⁵⁾ 而近两年透明度改革的成果当属UNCITRAL的《透明度规则》⁴⁶⁾和《毛里求斯公约》⁴⁷⁾，提供了一套全面的程序规则，规定了投资人与国家间基于条约仲裁的透明度和向公众开放的可能性。

(3) 完善法庭之友制度

“法庭之友” (Amicus Curiae) 是指对一个案件的诉讼标的具有独特见解或在案件中处于中立地位，接受法庭的邀请或者主动向法庭提出申请，在案件审理过程中，向法院提交书面意见的非争端当事人。⁴⁸⁾ 在国际投资争端解决的实践中，NAFTA⁴⁹⁾

43) 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问题研究”，《中国法学》2011年第2期第141页。

44) 参见“北美自由贸易协定”：4. 透明度原则：区域内几乎所有的服务领域（作出保留者除外）均受协定相关章节约束，因此，成员国不可能像在GATS体制下那样不列出某一部门即可隐藏其限制性措施。而且，协定还有一个总体性要求（第1802条）：每一成员方须保证其与协定相关的法律、法规、程序及行政规章及时出版或以其他方式公布。此外，与GATS第3条和第4条的义务类似，第1801条也有“联络点” (contact points) 之要求。

45) 石慧，“以条约为基础的投资者与国家间仲裁机制的评判”，博士学位论文，华东政法大学2007年，第148页

46) See “UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration” (effective date, 1 Apr. 2014)

47) “United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration” (“Mauritius Convention”), opened for signature, Port Louis, Mauritius, 17 March 2015. See N. Jansen CALAMITA, “The Changing Approach to Transparency in Investor-State Arbitration: Where Does Asia Stand? Evolution of International Arbitration and Asia”

48) 参见百度百科：“法庭之友” <http://baike.baidu.com/link?url=u83pX4o4osAvDK0cTBF18nDR56suy2XDOoaSbVf2zIXd3l1Cgzu-IgZxduijlZkVL5QKKXVKat7Gb0-wxRwZdq> 最后访问日期2016年5月4日

49) Methanex Corp. v. United States of America, Decision of the tribunal on petitions from third persons to intervene as “amici curiae”, Jan. 15 2001, Para 49. See Nigel Blackaby & Caroline Richard, “Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?” [The Backlash against Investment Arbitration], Kluwer Law International, p257.

和ICSID⁵⁰⁾体系下都已经接受法庭之友参与仲裁的先例并在制度上有所更新，但是由于仲裁机制不完善，仲裁庭出于多方面因素如仲裁私密性、中立性的考虑，对“法庭之友”的权利限制较多，“法庭之友”的参与权还仅仅局限在形式上，实质性的权利基本没有。⁵¹⁾

由于国际投资仲裁体系的透明度和合法性屡遭质疑，非政府组织、政府机构和个人等作为“法庭之友”在提高国际投资仲裁体系的透明度和合法性方面体现出关键的作用是至关重要的。特别是当争议的对象涉及人权、公共健康和安全、环境保护等公共利益时，“法庭之友”作为第三方诉讼参与人所给出的专业性的意见是具有建设性意义的。因此在这种情况下，适度的调节仲裁保密性和法庭之友参与度的平衡关系值得仲裁庭进行考量。另外，笔者认为应该通过对仲裁制度的改革从而在一定程度上明确法庭之友的合法性和参与度，这对于推动国际投资仲裁的透明度改革、保护投资争端所涉及的公共利益都是具有积极意义的。

(4) 建立ISDS上诉机制

国际仲裁机制普遍采取一审终审制度，除了WTO争端解决机制外，都没有建立上诉机构。ICSID对仲裁裁决的监督规定了解释、修改和撤销制度，其中解释和修改都不会实质性地影响裁决的内容和法律后果，因此裁决的撤销⁵²⁾便是最严厉的监督方式。从ICSID公约规定的撤销理由、撤销程序的目的和宗旨以及ICSID仲裁实践来看，裁决撤销是针对“程序不公”(procedural injustice)的救济措施，对于因法律问题或事实问题产生的不公裁决缺乏有效补救。⁵³⁾

针对这一问题，在ISDS机制下建立一个上诉机构的构想呼之欲出。上诉制度旨

50) Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/C2/3, Letter from the President of the Tribunal responding to Petition, Jan. 29, 2003. See Nigel Blackaby & Caroline Richard, "Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?" [The Backlash against Investment Arbitration], Kluwer Law International, p 262.

51) 宋平, "国际投资仲裁中的法庭之友制度研究"[M] 西南政法大学2012年, P1.

52) ICSID公约第52条第1款规定了5种可以提起撤销的情形: 1. 仲裁庭组成不当; 2. 仲裁庭明显越权; 3. 仲裁庭成员有受贿行为; 4. 仲裁员严重违背程序规则; 5. 裁决未列明所依据的理由。

53) 石慧, "以条约为基础的投资者与国家间仲裁机制的评判"[D]华东政法大学2007年, 第145-146页

在为不公正的裁决提供补救的机会，从理论的效果来看，可以更好地实现公平，但将有损效率。在以条约为基础的投资者与国家间仲裁中，由于往往涉及国家主权和根本性的社会公共利益，且涉及金额巨大，裁决的公正性应该是最重要的价值。有鉴于此，2004年10月，在ICSID秘书处草拟的《ICSID仲裁框架的可能改进》中详细讨论了建立上诉便利制度的构想，主要内容有：旨在通过建立ICSID上诉便利制度，使得以条约为基础的投资仲裁裁决具有一致性和连贯性；由ICSID行政理事会选举和ICSID秘书长指派成立上诉小组，人数为15人；当事人提出上诉申请的理由包括ICSID公约规定的撤销理由以及明显的法律错误和严重的事实错误；上诉申请应向ICSID秘书长提出，经初步审查合格后即予登记，然后组建上诉庭；上诉庭成员来自上诉小组，由ICSID秘书长在与当事人协商后逐案指派，除非当事人另有约定，否则，上诉庭的成员为3名。⁵⁴⁾

上诉机制在维护裁决的公正性和一致性方面具有重要的意义，这一制度的建立对公共利益的保护必然产生积极的影响。但另一方面上诉机制的建立也会降低仲裁的效率，增加争议双方时间和金钱上的负担；其设立的科学性和合理性也会密切影响到当事人的利益，在一定程度上增加ISDS机制运行的风险。因此，如何有效的建立国际投资仲裁的上诉机构还是一个需要深入思考的课题。

V. 结论

ISDS机制喧闹的反对声背后，其实是各种权利的博弈和各方利益的衡平。ISDS条款以及其所存在的国际投资条约都是为了保护投资者权益、促进投资发展的产物。外国投资者希望借助ISDS机制最大程度上获取条约利益，利益的驱使往往会导致权利的滥用。而作为利益天平另一方的东道国政府，一方面希望通过完善的投资条约体系吸引外国资本流向本国市场，另一方面又惧怕ISDS机制所带来的被提起国际仲裁的风险。虽然近年来很多国家都同时担任着母国和投资

54) See ICSID Secretariat, Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, 2004, at <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf> (visited 25 December, 2004). 最后访问日期2016年3月20日

东道国的双重角色, 但是以发达国家作为投资者母国、发展中国家为投资东道国的模式还是最常见的。这又涉及到发达国家和发展中国家之间投资利益均衡的问题。一个ISDS机制, 牵动着数条利益平衡关系, 如何找准平衡点, 是ISDS机制和国际投资健康发展的关键。在这个利益平衡网络里起主导作用的必然是缔结国际投资条约的缔约国政府。既要通过国际投资条约改善国内投资环境, 充分吸引外国投资者和外国资本的流入, 又要规避诉讼风险, 保障公共利益、司法主权和社会稳定, 还要考虑到对本国在海外的投资者的保护, 这对于东道国政府的确是不小的挑战。

综上所述, ISDS机制是一把双刃剑, 科学合理的运用可以所向披靡, 使投资者和东道国之间的争端迎刃而解, 充分的保护投资者的权益, 促进资本流动和国际投资社会的良性发展; 而机制本身的不足和弊端如不加以控制也会伤人害己, 破坏私人权利与公共利益的平衡关系, 丧失国际社会对这一机制的信任。然而因噎废食并不可取, 作为唯一一种赋予投资者个人挑战东道国政府公权力的争端解决方式, ISDS机制有其存在的意义和价值, 通过一系列的纠正和改革使其走上平衡发展的轨道, 将双刃剑磨练成尚方宝剑才是使ISDS机制最大程度上发挥用武之地的明智之举。

参考文献

著作:

신희택·김세진 (편), 「국제투자중재와 공공정책: 최신 국제중재판정례분석」, 서울대학교 출판문화원, 2014.

법무부, 「투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석」, 휴먼컬처아리랑, 2015.

陈安主编, 《国际投资争端仲裁——‘解决投资争端国际中心’机制研究》, 复旦大学出版社 2001年版.

Jeswald W.Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration*, 2010 Kluwer Law International.

论文：

余劲松，“国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护问题研究”，《中国法学》2011年第2期

李文青，“国际投资仲裁中的公正与公平待遇标准——以 CMS 天然气运输公司诉阿根廷案为例”，陈安主编：《国际经济法学刊》（第 13 卷，第 3 期），北京大学出版社 2006 年版

于建龙，“论国际投资仲裁的透明度原则”，《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第9期

漆彤，“论国际投资协定中的利益拒绝条款”，《政治与法律》2012 年第9期

詹德斌，“韩国国内有关韩美自由贸易协定ISD条款的争论及启示”，《国际商务研究》2012年5月 第33卷 第3期

石慧，“以条约为基础的投资者与国家间仲裁机制的评判”，博士学位论文，华东政法大学，2007年

Hi-Taek Shin, Liz (Kyo-Hwa) Chung, “Korea’s Experience with International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement”, *the Journal of World Investment & Trade* 16 (2015).

Eric Gillman, “The End of Investor-State Arbitration in Ecuador? An Analysis of Article 422 of the Constitution of 2008”, 19 *Am. Rev. Int’l Arb.* 269.

Julia Hueckel, “Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements”, *Emory Law Journal* 2012.

[Abstract]

ISDS Mechanism : Revocation or Reform?

- Seeking the New Way Out through the Backlash of the ISDS

Zhang, Tian-tian

Lawyer, Shandong Jointide Law Firm, China

Doctorate candidate, College of Law, Seoul National University

As a relatively new form of dispute settlement in international investment, the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism has gone through tremendous questioning and challenges in both of the academic field and the practice field. In the ongoing negotiations of the TPP and the TTIP, whether to apply the ISDS mechanism under the framework also becomes a hot debatable issue. This essay argues that reform rather than revocation should be the better way for ISDS mechanism to go.

The ISDS mechanism is based on the investment treaties, with the initial purposes of protecting the legitimate rights of investors and promoting the benign development of international investment. While in the practice, some international investment tribunals gave too much protection to investors and paid little attention on the public interest of the host state, which brought negative influence to the public policy, legal sovereignty and social stability of the host state. Moreover, the backlash also comes from the transparency principal and the arbitrator selection under the ISDS mechanism.

This article mainly talks about 3 aspects. Firstly, it gives a brief introduction to the birth and development of the ISDS mechanism, including the definition of ISDS, the investment treaties containing ISDS, and the international arbitration tribunals that apply the ISDS mechanism. Then the article points

out the backlash and challenges to the ISDS through the cases of Argentina crisis, Philip Morris tobacco cases and the KORUS FTA. Lastly it provides some approaches to the reform of ISDS substantially and procedurally. In the perspective of substantial law, it suggests that the content and provisions of investment treaties should be specified, with the definite and specific exceptional clauses, which would limit the discretion of the arbitrators. In the procedural perspective, the transparency and the arbitrator's impartiality should be emphasized, at the same time, the perfection of Amicus Curiae system and the establishment of the appellate body of ISDS should also be brought into mind.

Key words : investor-state dispute settlement mechanism; international investment arbitration; IIAs; public interest; ISDS reform.