

外资准入国民待遇的救济体系论

徐 树

内容提要:救济机制是外资准入国民待遇制度的重要内容。准入后待遇侧重对已有投资的保护,而外资准入承诺涉及开放和交换市场,因而准入后救济机制并不当然适用于准入阶段。构建外资准入国民待遇的救济体系,应从救济平台、诉权分配、诉请内容、救济方法等角度展开。在救济平台方面,应协调国内救济与国际救济,允许投资者在可诉性范围内寻求当地救济或者依据国际投资条约寻求条约救济;在诉权分配方面,应平衡投资者诉权与投资者母国诉权,避免重复救济;在诉请内容方面,由于损害赔偿诉请难以量化和证明、无法跨越准入障碍,可以强化国家间履约责任诉请的救济作用;在救济方法方面,在裁判机制之外,应强化投资调解、争端预防等替代机制的救济功效,更灵活地实现投资者的准入诉请。

关键词: 外资准入 法律救济 诉权分配 准入诉请 争端预防与解决

徐树,华南理工大学法学院副教授。

一 引言:救济何以必要

法谚有云,无救济即无权利。霍姆斯大法官曾作形象比喻:“存在但却无法执行的法律义务,是法律中能够看见却难以捉摸的幽灵。”^[1]缺乏有效的救济机制作为保障,东道国的外资准入承诺将变成无法执行的空头支票。完备的救济体系有助于实现去政治化、获得正义、解决争端的制度功能,在避免争端政治化、保障争端各方程序正义的同时,有效解决与东道国外资准入措施有关的争议。^[2]

在国际法下,东道国并不承担普遍性的外资准入义务,是否作出外资准入承诺由东道

[1] *The Western Maid*, 257 U. S. 419, 433 (1922) (Justice Holmes).

[2] See Sergio Puig, *No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration*, in Zachary Douglas, Joost Pauwelyn and Jorge E. Vinuales (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014, pp. 235 - 236.

国自主确定。目前,美国、日本、加拿大等发达经济体均在国内法或国际条约中承诺给予外资国民待遇,同时通过负面清单或不符措施列举除外情形。^[3] 2020年1月1日起施行的《中华人民共和国外商投资法》(下称“《外商投资法》”)也庄严承诺,国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。在此背景下,探讨建立健全外资准入国民待遇的救济体系具有双重意义:一方面,在放宽外资准入的同时保护外资在准入前后的合法权益,将为我国吸引和利用外资提供强有力的法治保障;另一方面,随着“一带一路”建设的推进,中国企业对外投资合作加深,与此同时也面临沿线国家复杂多变的投资壁垒,企业合法权益亟待更有效的法律救济。^[4]

构建外资准入国民待遇的救济体系,还应注意厘清准入后救济与准入前救济的制度差异。准入后待遇侧重对已有投资的保护,而准入前国民待遇涉及对外放开市场,交换进入彼此市场的机会。^[5] 因此,准入后国民待遇的救济体系并不当然类推适用于准入前国民待遇的法律救济。具体而言,外国投资者与东道国间有关外资准入的争议应当诉诸当地救济抑或寻求条约救济?投资者的私人救济与投资者母国的国家救济如何协调?救济结果表现为损害赔偿还是修改准入措施?在诉讼、仲裁等救济途径之外,有无其他替代性机制?本文将围绕国内救济与国际救济、私人诉权与国家诉权、损害赔偿与实际履行、裁判机制与替代机制这几对问题,探讨外资准入国民待遇救济体系的构建路径。

国内救济抑或国际救济

东道国的外资准入承诺可来源于国内法或国际条约,或者两者兼而有之。对于国内法下的外资准入承诺,应依据国内法寻求救济;对于国际条约下的外资准入承诺,则可在条约授权范围内通过条约机制寻求救济。

(一) 外资准入争议的类型

外资准入及其争议原本属于国内法管辖事项。随着国家更多地通过条约对外作出承诺,外资准入也开始成为国际法的规制事项。东道国的外资准入措施可能同时引发国内法与国际法下的争议。在国内法下,行政机关的外资准入行为通常受法院的司法审查,但政治敏感性强的事项可能会被限制或排除司法审查;在国际法下,东道国的外资准入措施能否诉诸国际条约中的争端解决机制,则取决于所适用的具体条约。

从争议措施来看,东道国在准入阶段采取的任何措施都可能引发外资准入争议。狭

[3] See Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, paras. 7.47-7.52.

[4] 参见刘勇:《“一带一路”投资风险及其法律应对——以“尤科斯诉俄罗斯案”为视角》,《环球法律评论》2018年第1期,第176页。

[5] See Alan O. Sykes, Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy, 34 *Journal of Legal Studies* 631, 631-634 (2005); Alan O. Sykes, The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design, 113 *American Journal of International Law* 482, 491 (2019).

义的外资准入措施仅指在准入阶段采取的措施,广义的外资准入措施则还包括可在任何阶段采取的措施,如国家安全审查措施。对外资的国家安全审查虽可在准入后进行,但本质上仍是一种外资准入制度,是外资准入的第二道防线。^[6] 从争议内容来看,外资准入争议主要包括国民待遇争议、负面或正面清单争议以及外资国家安全审查争议等。国民待遇争议主要涉及外国投资者是否与本国投资者处于相似情形、是否存在差别待遇;^[7] 负面或正面清单争议指的是投资者与东道国对负面或正面清单的解释和适用争议;^[8] 外资国家安全审查争议指的是投资者与东道国对国家安全审查的合法性争议,即东道国以国家安全为由禁止或限制外资进入是否符合国内法或国际法。

根据《外商投资法》第 28 条以及《外商投资法实施条例》(下称“《实施条例》”)第 33 条、第 34 条的规定,负面清单规定禁止投资的领域,外国投资者不得投资;负面清单规定限制投资的领域,外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的限制性要求;外国投资者拟投资负面清单内领域但不符合负面清单规定的,有关主管部门“不予办理”许可、企业登记注册、投资项目核准等相关事项。由于文字措辞的开放性,对负面清单的解释和适用争议可能时有发生。例如,外国投资者可能主张其投资未落入负面清单内领域,而有关主管部门则认定属于负面清单内领域而“不予办理”许可、企业登记注册、投资项目核准等事项。即便在负面清单之外的领域,外国投资者与有关主管部门仍可能出现是否存在差别待遇或歧视待遇的争议。《实施条例》第 15 条、第 24 条、第 35 条等多项规定要求有关部门平等对待内外资企业,“不得”在政府采购方面实行差别待遇或歧视待遇,“不得”利用实施行政许可等行政手段强制转让技术,“不得”在许可条件、申请材料、审核环节、审核时限等方面对外国投资者设置歧视性要求等;如果有关部门关于外资准入的政策措施和行政行为未严格遵循内外资一致原则,就可能引发相关投资争议。

(二) 外资准入争议的国内救济

1. 依据国内法寻求国内救济

外资准入争议在国内法下是否具有可诉性,取决于国内立法和司法实践。根据我国《行政复议法》《行政诉讼法》的规定,外国人、外国组织在中国可针对具体行政行为申请行政复议、提起行政诉讼。外资主管部门依据外资准入负面或正面清单作出的不批准、附条件批准的决定,以及外资国家安全审查主管部门作出的不予通过、附条件通过的决定,可落入具体行政行为的范畴。但是,外国投资者能否就外资准入争议申请行政复议、提起

[6] UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2009, p. 28.

[7] See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 198 - 202.

[8] 在“中美出版物和音响制品措施案”“中美电子支付服务措施案”等 WTO 案件中,焦点即在于中美两国对中方服务贸易减让表(正面清单)的解释分歧。这些案件对外资准入负面清单的解释和适用提供了宝贵的经验教训。参见龚柏华:《中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析》,《世界贸易组织动态与研究》2013 年第 6 期,第 28 - 29 页;陈力:《上海自贸区投资争端解决机制的构建与创新》,《东方法学》2014 年第 3 期,第 100 页。

行政诉讼在学理上仍有不同意见。^[9]

本文认为,行政机关的外资准入行为原则上应受法院的司法审查,但外资国家安全审查决定具有极强的政治属性,各国可根据国情自行确定是否豁免对外资安全审查决定的司法审查。其一,行政行为的司法审查是现代法治的基本特征,对外资行政行为的司法审查是保障外资准入、保护和管理制度有效实施的内在要求。就此而言,外资行政行为的司法审查与国际贸易行政行为的司法审查具有同质性。外资准入与贸易准入均为市场准入措施,行政机关的市场准入措施应受法院的司法审查。《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(下称“《国际贸易行政案件规定》”)第3条明确规定,自然人、法人或者其他组织认为行政机关有关国际贸易的具体行政行为侵犯其合法权益的,可以向人民法院提起行政诉讼。该规定所体现的司法审查要求也适用于国际投资行政案件,尤其是外资准入行政案件。《外商投资法》第26条规定,外国投资者认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益的,可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。《实施条例》第26条进一步明确,外国投资者认为行政行为所依据的规范性文件不合法,在依法对行政行为申请行政复议或提起行政诉讼时,可一并请求对该规范性文件进行审查。这些规定表明,对外资准入行政行为的司法审查原则得到了外商投资立法的认可。

其二,由于国家安全审查的“政治问题”属性,国家可以例外地限制或排除外资安全审查决定的可诉性。国家安全审查的内核是对外国投资是否威胁国家安全的政治判断。因而,国家安全审查制度的法律化仅是对政治问题的有限法律化,主要表现为对审查主体、审查权限、审查范围、审查流程、审查期限等审查程序的法律化。^[10]相应地,外资国家安全审查中的法律救济主要表现为对审查程序的行政或司法救济。从立法实践来看,虽然有不少国家法律允许对国家安全审查决定予以行政或司法审查,但是法院的司法审查不太可能会触及安全审查决定的实体内容。^[11]即便没有立法限制,法院也可能基于“政治问题”不具有可裁判性的原则避免对外资安全审查决定进行实质审查。^[12]这反映了国家安全审查决定的行政裁量与司法审查之间的价值张力。

其三,国家安全审查争议虽然无法完全“去政治化”,但仍应预留适当的救济空间,以实现获得正义和解决争端的必要功能。对国家安全审查决定的救济通道,是国家安全审查制度的内在组成部分。国家可以排除法院对审查决定的实体审查,但是不能完全阻断投资者对审查决定的法律救济。2019年4月生效的《欧盟外商直接投资审查框

[9] 有学者认为,外资准入措施为具体行政行为,具有可诉性或可问责性,投资者可提交行政复议或行政诉讼;也有学者认为,外资国家安全审查属特殊措施,不宜通过诉讼方式予以救济。参见陶立峰:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第74页;龚柏华、谭观福:《美国总统以国家安全为由否决外资并购令可诉性分析》,《国际商务研究》2014年第3期,第45页;慕亚平、肖小月:《我国外资并购中的国家安全审查制度》,《法学研究》2009年第5期,第60页。

[10] 参见王东光:《国家安全审查:政治法律化与法律政治化》,《中外法学》2016年第5期,第1289页;赵海乐:《论外资并购国家安全审查中的投资者保护缺失——以三一集团诉奥巴马案为视角》,《现代法学》2015年第4期,第139页。

[11] See Frédéric Wehrli and Joachim Pohl, *Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices*, OECD Working Paper on International Investment, 2016/02, pp. 40–42.

[12] See John Harrison, *The Political Question Doctrines*, 67 *American University Law Review* 457, 457–528 (2018).

架条例》(Regulation of the European Parliament and of the Council of Establishing a Framework for the screening of foreign direct investments into the Union)第 3 条即要求,欧盟成员国的外资审查框架应当包含审查时限、对审查决定的救济可能性等基本要素,与审查机制有关的规则和程序应当透明且不得构成歧视。美国的《外国投资风险审查现代化法》明确规定总统作出的国家安全审查决定不受司法审查,但美国法院仍确立了对国家安全审查程序的司法审查先例。在“罗尔斯公司诉外国投资委员会等案”中,美国法院对国家安全审查决定是否有违正当程序进行了审查,认定美国总统作出的并购禁令违反正当程序原则。^[13] 该案表明,外资国家安全审查结果不受司法审查,但其审查程序可受司法审查,从而确保基本的程序正义,最大限度地消解投资者对国家安全审查结果的不满。

《外商投资法》第 35 条规定:“国家建立外商投资安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。”《实施条例》未对该条款作出细化。有观点认为该条款中的“最终决定”应理解为不得提起行政复议和行政诉讼。^[14] 倘若如此,后续配套立法在明确审查决定不可诉原则的同时,也应合理设置外国投资者的替代救济机制,以提升国家安全审查程序的公开性、明确性和正当性。

2. 依据国际法寻求国内救济

投资者能否要求国内法院审查东道国措施与国际条约的相符性? 这涉及国际条约的国内适用问题。在贸易领域,美国、欧盟、日本等主要成员均排除了国内法院直接适用世界贸易组织(WTO)协定等贸易条约的可能性。例如,美国《乌拉圭回合协议法》(Uruguay Round Agreements Act 1994)明确要求,任何人不得基于 WTO 协定在美国法院起诉美国政府。《加拿大与欧盟自由贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)第 30.6 条也明确阐明:“本协定任何规定都不得解释为允许在缔约方国内法律体系中直接援引本协定。”WTO 协定在中国也不具有直接适用性,不构成人民法院审理国际贸易行政案件的法律依据。最高人民法院《国际贸易行政案件规定》第 7 条规定:“人民法院审理国际贸易行政案件,应当依据中华人民共和国法律、行政法规以及地方立法机关在法定立法权限范围内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规。”但规定第 9 条同时确立了一致性解释原则,要求法院在解释和适用国内法时选择与国际条约相一致的结论。^[15]

同样地,各国司法实践中直接适用国际投资条约解决投资者与东道国间投资争议的案例非常罕见。^[16] 国内法院一般依据本国法律对政府的外资管理行为进行司法审查,避免直接适用国际投资条约。应予以注意的是,我国《外商投资法》第 4 条对投资条约的国内适用作出了特别规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的,可以按照相关规定执行。”该规定的特殊性在于,一是涵盖范围

[13] *Ralls Corp. v. Committee on Foreign Investments, et al.*, No. 13-5315 (D. C. Cir. 2014).

[14] 参见孔庆江:《〈中华人民共和国外商投资法〉与相关法律法规的衔接与协调》,《上海对外经贸大学学报》2019 年第 3 期,第 7 页。

[15] 参见彭岳:《一致性解释原则在国际贸易行政案件中的适用》,《法学研究》2019 年第 1 期,第 193 页。

[16] See Bahakal Yimer, Nicolas Cisneros, Laura Bisiani and Rahul Donde, *Application of International Investment Agreements by Domestic Courts*, Memorandum to UNCTAD, November 2016.

仅限于外资准入待遇；二是适用条件限于国际条约有更优惠规定的情形；三是适用方式灵活，“可以”按照条约的相关规定“执行”。该规定未明确条约适用的主体，法院能否作为“执行”机关直接适用投资条约中更优惠的外资准入规定仍有不确定性。如果将“可以按照相关规定执行”理解为可由立法或行政机关修改法律或措施的方式执行，那么投资条约与 WTO 协定在国内适用方式上并无二致。

（三）外资准入争议的国际救济

通过当地救济解决外资准入争议，赋予外国投资者以国内诉权，可以给东道国留下自行审查的机会，避免国际诉累。然而，当国内法与国际义务相冲突时，国内法院倾向于选择适用国内法而非国际法，当地救济无法有效保障东道国履行外资准入的国际义务。对投资者及投资者母国而言，在当地救济之外诉诸国际平台有利于强化东道国外资准入承诺的可执行性。其中，投资条约是投资者、投资者母国就外资准入争议寻求国际救济的主要平台。^[17]

不同投资条约在准入义务的设置上各有不同。一些投资条约在设置准入阶段国民待遇、最惠国待遇义务的同时，也罗列了长短不一、内容各异的负面清单或不符措施。因而，投资条约下的外资准入救济因准据条约的不同而有所差异。投资条约中与外资准入有关的实体条款不仅限于准入的国民待遇、最惠国待遇条款，还包括业绩要求条款、公平公正待遇条款、征收条款、例外条款等。例如，业绩要求条款禁止缔约国采取特定的业绩要求作为外资准入、运营的条件，东道国将当地含量、出口业绩等要求作为外资准入的条件可能构成对业绩要求条款的违反。如果东道国的外资准入审查程序恣意武断，可能违反公平公正待遇义务；如果东道国要求投资者出售、剥离资产或者附加准入条件等措施，可能构成征收，除非东道国能够成功援引例外条款作为抗辩。^[18]

在救济程序方面，多数投资条约均设置了投资者与国家间仲裁、国家与国家间仲裁两种机制。就后者而言，投资者母国与东道国关于投资条约准入义务的争议可落入“条约解释或适用争议”的范畴。^[19] 除非条约明确排除国家间仲裁对外资准入条款的适用，否则缔约国有权就外资准入争议提起国家间仲裁程序。就前者而言，投资者将东道国的外资准入措施诉诸投资仲裁程序，需要克服投资者的主体资格、准入争议的可仲裁性等障碍。除非投资条约明确将未经准入的潜在投资者纳入条约涵盖范围，否则潜在投资者很难证明自身的适格投资者身份。需要指出的是，采取准入前模式的投资条约通常会明确潜在投资者的主体适格性以及准入争议的可仲裁性或不可仲裁性。例如，2012 年《美国

[17] 理论上，投资者母国也可将外资准入争议诉诸 WTO 争端解决机制，但其实践运用的空间有限。其一，WTO 争端解决机构无权管辖投资条约下的市场准入争议，而 WTO 协定中有关投资准入的条约义务有限；其二，在 WTO 争端解决机制下只有 WTO 成员方具有诉讼主体资格，而投资者作为外资准入措施的利害关系方却不是适格主体；其三，WTO 争端解决机制的救济形式单一，主要表现为修改涉案措施而非提供金钱赔偿，无法回应投资者要求东道国赔偿投资损失的利益关切。

[18] 当然，东道国的外资准入措施是否违反投资条约义务不可一概而论，而是取决于所适用条约的具体规定和案件事实。有学者指出，国家安全审查措施“可能”违反国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇原则，“可能”构成征收，但“可能”并不意味着“必然”。参见陈辉萍：《中美双边投资条约谈判中的国家安全审查问题》，《国际经济法论丛》2015 年第 1 期，第 103 页；张光：《国家安全审查的国际投资仲裁救济探析》，《国际商务研究》2019 年第 5 期，第 58-60 页。

[19] UNCTAD, *Dispute Settlement: State-State*, United Nations Publication, 2003, p. 14.

双边投资协定范本》(*Bilateral Investment Treaty*)将“缔约一方投资者”界定为“试图、正在或已经在另一缔约方领土内投资的缔约一方国民或企业”。而且,范本第 24 条规定申请人得以被申请人违反第 3 条、第 4 条项下的投资准入非歧视待遇义务为由提出仲裁诉请。

近来,美欧等发达经济体表现出相当程度的投资保护主义动向,通过强化外资安全审查等措施限制和约束外来投资。这些保护主义措施对中国的指向性相当明显,使中国企业在海外投资面临诸多准入壁垒。^[20] 对此,中国政府和企业应当充分利用已有的国际、国内机制,积极寻求法律救济,尽可能地化解准入障碍。首先,中国企业可依据东道国立法和司法实践寻求对东道国准入措施的司法救济。《欧盟外商直接投资审查框架条例》要求各成员国的外资审查制度应允许投资者有机会对审查决定寻求法律救济,美国的《外国投资风险审查现代化法》(*Foreign Investment Risk Review Modernization Act*)也并未排除对安全审查程序的司法审查,这为中国企业挑战安全审查决定提供了法律基础。其次,他国对中国投资采取歧视性的准入禁止或限制措施的,中国政府可依据《外商投资法》第 40 条对其采取相应的反制措施。再次,他国的外资准入措施违背其在《服务贸易总协定》《与贸易有关的投资措施协定》等协定下的准入承诺的,中国政府可充分利用 WTO 相关规则,进行合理的抗辩和制约。^[21] 最后,在进一步放开外资准入的同时,积极推进中国与欧盟、美国等的投资协定谈判,合理设置外资准入义务,强化外资准入救济程序。

三 私人诉权抑或国家诉权

法律救济的核心在于谁有权向谁主张何种诉请。对于东道国的外资准入措施,投资者既可在东道国国内法下寻求当地救济,也可根据条约授权诉诸投资仲裁。此外,投资者母国也可对东道国提出外交保护要求或者提交国家间争端解决机制。投资者的诉请与投资者母国的诉请存在竞合的可能性。为减少诉请竞合和重复救济的风险,有必要对投资者诉权与投资者母国诉权进行合理的分配。

(一) 投资者诉权的扩张与限制

早期的投资条约以准入后投资保护规则为主要内容,并未对缔约国创设投资准入义务,因而条约中的投资仲裁机制仅适用于准入后争议。但随着国际投资规则逐渐从准入后的投资保护向准入前的市场开放延伸,投资者与东道国间的法律争议也从准入后扩展至准入前,由此出现了投资仲裁能否管辖准入事项的问题。

在 20 世纪末由经济与合作组织主导的多边投资协定谈判中,西方国家对于投资仲裁能否管辖外资准入争议争论不休,谈判最终被搁置。^[22] 最早将准入事项纳入投资仲裁管

[20] 参见廖凡:《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》,《法商研究》2019 年第 4 期,第 182 页;张怀岭:《美欧强化外资安全审查及其影响》,《国际问题研究》2019 年第 5 期,第 65 页。

[21] 参见廖凡:《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》,《法商研究》2019 年第 4 期,第 190 页;黄志谨:《论国家安全审查措施在 WTO 中的可诉性》,《河北法学》2013 年第 12 期,第 125 页。

[22] OECD, *Scope of Dispute Settlement (Note by the Chairman)*, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), 21 January 1997, p. 3.

辖范围的是《北美自由贸易协定》(NAFTA)。根据《北美自由贸易协定》第 1116 条、第 1117 条的规定,投资者可以东道国违反投资准入国民待遇义务等为由提出仲裁诉请。此后美国对外签订的多数双边投资协定及自由贸易协定(下称“自贸协定”)投资章节均含有类似条款。《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)也包含类似规定,其第 9.29.4 条还规定:“对于指控违反 A 节关于试图进行投资的义务规定的诉请,当裁决有利于申请人时,可裁定的损害赔偿仅限于申请人已证明系试图进行投资时所产生的损失,且该违反是此类损失的最直接原因。”^[23]可见,该规定通过规定准入诉请的损害赔偿标准,进一步肯定了准入争议的可仲裁性。

与美国条约实践不同,也有不少条约明确将准入争议排除在投资仲裁范围之外。例如,《加拿大与欧盟自由贸易协定》第 8.2.4 条明确规定:“有关 B 节(投资设立)的诉请被排除在 F 节(投资者与国家间投资争议的解决)的适用范围之外。C 节(非歧视待遇)项下有关投资设立或取得的诉请被排除在 F 节的适用范围之外。”该协定第 8.45 条进一步强调,F 节和第 29 章的争端解决条款不适用于附件 8-C 所提及的事项。在附件 8-C 中,加拿大对争端解决条款作出保留,其是否准许外资的决定不受 F 节的投资者与国家间仲裁和第 29 章的国家间争端解决机制的管辖。类似地,《日本与墨西哥自贸协定》第 95 条、《加拿大与哥伦比亚自贸协定》第 837 条附件、《东盟、澳大利亚与新西兰自贸协定》第 20 条、《印度与新加坡自贸协定》第 6.21 条等也均将外资准入争议排除在投资仲裁范围之外。

可见,投资仲裁是否适用于外资准入争议,取决于条约文本。问题在于,如果一项投资条约既未明确排除也未明确肯定外资准入争议的可仲裁性,应当如何处理?有观点认为应当作有利于投资仲裁管辖的解释,即若条约未明文排除,则投资者可通过投资仲裁机制,要求东道国赔偿因禁止或限制投资准入所导致的损失。^[24]但是,该观点能否反映缔约国的真实意图不无疑问。是否向外资开放市场与是否对已进入市场的外资提供保护是两个截然不同的问题。未经东道国明确承诺,投资仲裁庭擅自对东道国的外资准入事项进行管辖,将极大地威胁东道国的外资规制主权。而且,考虑到投资仲裁庭往往具有偏向于投资者的条约解释立场,^[25]允许仲裁庭对外资准入事项进行管辖可能导致投资者滥诉,使投资仲裁成为投资者规避东道国外资准入政策的法律手段。

(二) 国家诉权的条约实践

与贸易准入类似,外资准入也是国家开放本国市场的制度性安排。国家在 WTO 协定下的贸易准入承诺,可通过 WTO 争端解决机制予以执行。同样地,国家在投资条约下的外资准入承诺,也可由条约中的国家间仲裁机制予以执行,除非缔约国明确排除国家间仲裁对准入事项的适用。

[23] 根据《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第 1 条的规定,TPP 的上述条款已被纳入 CPTPP。该协定于 2018 年 12 月 30 日正式生效。截至目前,已有加拿大、澳大利亚、日本、墨西哥、新西兰以及新加坡等 6 国批准该协定。

[24] UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations Publication, 2014, p. 47.

[25] 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》,《中国法学》2011 年第 2 期,第 132 页。

多数投资条约在设置投资仲裁机制的同时,也规定了国家间仲裁条款。投资仲裁对投资者与国家间的“投资争议”予以管辖,而国家间仲裁对投资条约的“解释或适用争议”予以管辖。外资准入争议不仅是投资者与国家间的“投资争议”,也是有关“条约解释或适用的争议”。理论上,投资仲裁对外资准入争议的管辖并不排除国家间仲裁对外资准入争议的管辖。然而,投资者母国将外资准入争议诉诸国家间仲裁仍面临两大障碍。

第一,现实障碍。投资条约设置投资仲裁机制的目的之一即在于“去政治化”,排除投资者母国和东道国的政治干扰。^[26] 尽管多数投资条约同时规定了国家间的强制仲裁条款,但实践中极少有国家将条约的解释或适用争议诉诸国家间仲裁。这或许是因为国家不愿冒险将重要争议提交国家间仲裁,也不想介入可以通过投资仲裁解决的投资争议。投资者母国不太可能为了个别投资者的个案准入利益而动用国家资源、提起国家间仲裁程序,破坏与东道国间的友好外交关系。当然,投资者母国仍可能就东道国的一般性立法、行政、司法措施是否符合投资条约义务而提起国家间仲裁。

第二,法律障碍。在条约实践中,一些投资条约的缔约国通过例外保留的方式明确排除国家间争端解决机制对外资准入争议的可适用性。例如,《跨太平洋伙伴关系协定》第 28.3 条规定,国家间争端解决条款应适用于有关本协定的解释和适用的所有争端,或一缔约方认为另一缔约方的实际措施或拟议措施与本协定义务不一致或将会出现不一致,或另一缔约方未能履行本协定项下的义务。根据该规定,国家间争端解决机制应适用于有关外资准入条款的解释和适用争端。然而,澳大利亚、加拿大、墨西哥、新西兰等国通过例外声明,完全排除了投资者与国家间仲裁以及国家与国家间仲裁对外资准入争议的可适用性。

(三) 投资者诉权与投资者母国诉权的协调

在习惯国际法下,私人诉权与国家诉权不存在等级或位阶关系,两者通常“互为补充”。^[27] 《外交保护条款草案》(The Rules on Exhaustion of Local Remedies under Diplomatic Protection)第 16 条即规定,国家的外交保护权不影响私人对国际不法行为的诉权。在投资条约领域,投资仲裁与国家间仲裁均为缔约国为执行条约承诺而设置的争端解决机制,投资者、投资者母国分享条约诉权,在没有相反规定的情况下,两者可以平行共存、互不排斥。然而,投资仲裁与国家间仲裁并非相互独立、毫无交集,东道国的外资准入措施可能同时引发“投资争议”以及“条约解释或适用的争议”。投资仲裁对“投资争议”的裁判必然涉及对投资条约的解释或适用,投资仲裁与国家间仲裁管辖存在竞合的可能。因此,有必要协调两者的管辖范围,对两者的救济功能进行合理配置。

首先,诉权的行使不得以重复救济为目的。《解决国家与他国国民间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States)第 27 条规定,对于已交付国际解决投资争端中心仲裁的投资争议,投资者母国不

[26] See Anthea Roberts, State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, 55 *Harvard International Law Journal* 1, 7 (2014).

[27] International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries, *Yearbook of International Law Commission*, 2006, vol. II, p. 86.

得给予外交保护。该规定明确了投资仲裁诉请对外交保护诉请的排除效果,避免投资者母国以国家间仲裁之名行外交保护之实。应注意的是,该规定仅排除了投资者母国的外交保护诉请,抽象的条约解释和适用诉请不在排除之列。外交保护诉请须以具体的“投资争议”为载体,但条约解释或适用的诉请并不当然以具体的“投资争议”为前提。^[28]因此,对于东道国违背条约承诺采取的禁止或限制准入措施,投资者可根据条约授权诉诸投资仲裁要求损害赔偿,投资者母国也可诉诸国家间仲裁要求确认东道国违反条约义务并敦促东道国修改措施,两者并非重复救济的范畴。当然,即便条约赋予投资者对外资准入争议的诉权,对投资者而言可能也并非寻求救济的最优选项。^[29]

其次,诉权的分配应考虑争端解决的公平性和效率性。对于外资准入争议的诉权分配,习惯国际法没有强制性要求。理论上,投资者、投资者母国对于外资准入争议均有主张条约诉请的可能性和可行性。但相对而言,由投资者母国提出条约诉请更能有效落实条约中的外资准入承诺。传统的准入后型投资条约之所以赋予投资者诉权,目的在于避免投资争议的政治化,以较低成本解决投资间争议,减少投资运营的政治风险。但准入后争议解决机制在制度逻辑上难以推导适用于准入前阶段。根据法经济学理论,东道国通过投资条约作出不予征收、保护投资的实体承诺,并赋予投资者对条约违反的私人诉权,能够降低东道国吸引外资的成本并减少投资争议的政治化风险。对于践约守诺的东道国而言,投资者的私人诉权并不是成本反而会带来收益。而贸易条约不同,其是政府之间关于贸易准入的承诺,旨在放开市场、交换进入彼此市场的机会。赋予贸易商私人诉权不会给进口国带来直接收益,因此在WTO机制下只有国家享有诉权。^[30]随着投资条约逐渐从准入后的投资保护向准入前的市场开放延伸,投资条约的诉权分配也应作出相应调整。准入后阶段侧重对已有投资的保护,而准入前阶段旨在开放市场、交换市场机会。因此,准入后争议解决强调投资者的诉权和对投资者的私人救济,而准入前争议解决则强调东道国和投资者母国的主导权,通过国家间机制敦促东道国履行其外资准入承诺。与WTO争端解决机制类似,外资准入争议的国际救济途径应以国家间争端解决机制为主,发挥东道国与投资者母国的争端过滤作用。

四 损害赔偿抑或实际履行

损害赔偿为回溯性救济,旨在填补投资者过去的损失;而实际履行为预防性或恢复性救济,旨在避免现在和未来的损失。损害赔偿与实际履行虽在理论上可以共存互补,但实际履行的责任形式更契合外资准入诉请的法律特性。

[28] See Martins Paparinskis, *Investment Arbitration and the Law of Countermeasures*, 79 *British Yearbook of International Law* 264, 314 – 315 (2008).

[29] See Theodore R. Posner and Marguerite C. Walter, *The Abiding Role of State-State Engagement in the Resolution of Investor-State Disputes*, in Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Brill Nijhoff, 2015, p. 392.

[30] See Alan O. Sykes, *Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy*, 34 *Journal of Legal Studies* 631, 642 – 647 (2005).

(一) 损害赔偿诉请的应用障碍

不同性质的争端所适宜的救济方式有所不同。^[31] 就征收补偿、投资待遇等准入后争议而言,损害赔偿的救济方式可以弥补投资者可用金钱估量的任何损害。但就外资准入争议而言,损害赔偿并非适当的救济方式。

首先,投资者因东道国禁止或限制准入而遭受的损失难以量化和证明。《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 36 条规定,赔偿范围应涵盖经济上可评估的任何损害,损害包括可以确定的利润损失。在准入后争议案件中,投资者的损害通常表现为财产被征收、财产利益被实质性剥夺、财产价值减损等形式,不存在量化和估损的障碍。然而,在外资准入争议情形下,投资者通常处于试图投资却遭到东道国拒绝或限制的状态,投资者尚未实际进行投资。因而,被拒绝准入的投资者通常不会遭受财产的直接损失,但可能会丧失投资机会和潜在利润。尽管利润损失也在损害赔偿范围之内,但是应予赔偿的利润损失必须是“可以确定的”,而非主观推测性或投机性的预期利润。以此判断,投资者因拒绝准入而可能丧失的投资机会难以客观地量化和估价,不在损害赔偿范围之内。

即便投资者能够证明存在可以确定的损失,其依然面临因果关系的证明难题。判定损害赔偿责任,应证明不法行为是造成损害的“近因”,而非“太过间接、遥远和不确定”的联系。^[32] 就外资准入损害赔偿诉请而言,投资者须证明东道国拒绝准入的不法行为是造成其损失的直接原因,而非过于遥远或主观推测的原因。^[33] 即便仲裁庭能够认定东道国行为违反条约义务,损害赔偿也未必是投资者求偿的适宜形式。实践中,仲裁庭以缺乏因果关系、不具相称性为由否定投资者赔偿请求的案件并不少见。^[34] 虽然东道国拒绝准入的确使投资者丧失了东道国的投资机会和盈利可能,但是两者之间的因果链条过于疏远,价格波动、汇率变化、经济纠纷等任何风险因素都可能影响投资者的预期利润。这已经超出东道国采取准入措施时能够合理预见的范畴。正因如此,一些投资条约在允许外资准入损害赔偿诉请的同时,也明确限定了可要求赔偿的损害范围。例如,TPP 第 9.29.4 条规定:“对于指控违反 A 节关于试图进行投资的义务规定的诉请,当裁决有利于申请人时,可裁定的损害赔偿仅限于申请人已证明系试图进行投资时所产生的损失,且该违反是此类损失的最直接原因。”

其次,损害赔偿的追溯救济与投资准入的预期目标不匹配,对投资者的救济作用有限。投资者对准入争议的诉求可能不在于损害赔偿,而在于进入东道国市场。损害赔偿的追溯救济并不能为投资者进入东道国市场扫清障碍,相反可能造成投资者与东道国的进一步对立,得不偿失。^[35] 事实上,投资者因东道国拒绝准入而提起投资仲裁的案件并

[31] 参见[英]切斯特·布朗著:《国际裁决的共同法》,韩秀丽等译,法律出版社 2015 年版,第 279 页。

[32] International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of International Law Commission*, 2001, vol. II, p. 92.

[33] See Peter Malanczuk, State-State and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement, 3 *Journal of International Economic Law* 417, 429 (2000).

[34] See Diane A. Desierto, State Controls over Available Remedies in Investor-State Arbitration, in Andreas Kulick (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, 2017, p. 281.

[35] 参见徐树:《国际投资条约“双轨”执行机制的冲突及协调》,《法商研究》2017 年第 3 期,第 146 页。

不多见,与准入相关的案件主要涉及投资者试图扩大投资而受阻的情形。即便在这些案件中,投资者也很少依据准入条款提出索赔诉请,而是倾向于依据准入后待遇条款提出诉请。^[36] 其主要原因即在于投资仲裁的损害赔偿救济难以实现投资者进入市场的预期目标,就准入争议提出索赔请求将降低投资者获得准入许可的可能性。此外,包含外资准入承诺的投资条约数量有限、投资者的前期投入难以证明等因素也客观上限制了投资者提出准入诉请。^[37]

尽管投资者因拒绝准入而诉诸投资仲裁面临诸多障碍,但仍应警惕损害赔偿诉请带来的系统性风险。投资仲裁庭对投资者损害赔偿诉请的审查虽难实现个案的准入放开,但可能会压缩东道国外资准入的政策空间。其一,仲裁庭通过宣告东道国的准入措施违反投资条约,给东道国贴上“违法”标签,降低其国际声誉。其二,仲裁庭支持个案投资者的损害赔偿诉请,将会激励更多的投资者将准入争议提交仲裁,形成集体施压效应。尽管仲裁庭无权推翻或废除东道国的涉案准入措施,但“违法”标签和案件压力将极大地冲击东道国的外资准入政策,给东道国带来“寒蝉效应”,迫使东道国放开外资准入。

(二) 实际履行诉请的制度优化

与赔偿责任相比,履行责任更有利于强化东道国外资准入承诺的可执行性。损害赔偿的救济形式相当于允许东道国通过金钱补偿“买断”违反准入义务的权利,不利于鼓励遵守和阻止将来的违反。^[38] 在条约救济机制下,鉴于投资者损害赔偿诉请的应用障碍和潜在风险,应当强化国家间履约责任诉请的救济作用,以弥补对投资者私人的救济不足。

首先,应增强仲裁程序的透明度,允许相关投资者参与国家间仲裁程序。国家间仲裁处理投资者母国与东道国之间就投资条约解释或适用形成的争议,并不以投资者与东道国间的具体投资争议为前提。但是,国家间仲裁对条约解释或适用争议的管辖,必然会影响到投资者在条约下的投资利益。而在现有的国家间仲裁机制下,投资者可能受到裁决结果的影响,但却难以知晓仲裁信息,缺乏表达意见的机会。为弥补国家间仲裁程序对私人的救济不足,应当允许作为利害关系方的投资者提交法庭之友陈述,以确保国家间仲裁能够回应各方的利益诉求。

其次,应预留损害赔偿诉请的法律空间,协调国家间仲裁与其他救济通道。投资仲裁庭的裁判权有限,因为不少投资条约规定仲裁庭仅有权裁定金钱赔偿。与投资仲裁庭不同,投资条约并未限制国家间仲裁庭对救济方式的选择空间。在“霍茹夫工厂案”(Factory at Chorzow)中,国际法院明确指出充分赔偿是未能履行条约义务的必然要求,法院对条约解释和适用争议的管辖权也包含裁定损害赔偿的权力。^[39] 据此原则,国家间仲裁庭在裁定东道国履约责任的同时,也应有权裁定相应的损害赔偿。这尤其适用于投资者

[36] See Armand de Mestral, Pre-Entry Obligations under International Law, in Marc Bungenberg et al. (eds.), *International Investment Law*, Beck/Hart/Nomos, 2015, pp. 696 – 698.

[37] UNCTAD Secretariat, *Substantive content of IIAs: Pre-establishment*, Expert meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime, February 2015, Geneva, p. 2.

[38] 参见韩逸畴:《WTO 争端解决机制及其对国家声誉的影响研究》,《当代法学》2015 年第 2 期,第 98 页。

[39] Factory at Chorzow, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P. C. I. J., Series A, No. 9, p. 21.

母国基于外交保护请求而提起的国家间仲裁程序。根据外交保护的法理,东道国不法行为对投资者造成的伤害可视为对投资者母国的伤害,投资者母国有权要求东道国停止不法行为并对已造成的损害作出赔偿。当然,为了避免重复救济,投资者母国提出损害赔偿诉请即排除了投资者通过投资仲裁寻求损害赔偿的可能性。

最后,应强化国家间裁决的执行力。与国内裁判机构相比,国际裁判机构较少作出实际履行的裁决,有学者甚至认为习惯国际法下不存在强制实际履行的救济形式。^[40] 如果将实际履行理解为责任国继续履行的责任,那么其与停止不法行为在内容上并无明显差别。^[41] 在此意义上,国家间仲裁庭等国际裁判机构也应有权给予禁令救济,要求责任国停止不法行为,继续履行所违背的国际义务。然而,国家间仲裁庭有权作出履约责任裁决却无权监督裁决的执行,裁决的承认和执行需要国家的善意配合,这是无政府国际社会的常态。就投资仲裁而言,其裁决可依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》或《承认和执行外国仲裁裁决公约》在缔约国寻求裁决的承认和执行,具有较强的执行力。^[42] 而国家间仲裁裁决不存在类似的执行机制。

鉴于投资准入与贸易准入的同质性,可以考虑借鉴 WTO 裁决的执行机制,强化国家间仲裁有关投资准入裁决的执行力。WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》设置了中止减让制度,允许胜诉方向 WTO 争端解决机构请求授权中止对败诉方的减让或其他义务。就国家间仲裁裁决而言,如果东道国未能执行裁决,则投资者母国可以首先考虑与东道国协商确定临时性的补偿方案;若协商未果,投资者母国可依据国际法采取必要的反措施,对等地中止对东道国的投资准入承诺,以敦促东道国遵守和履行裁决。与 WTO 中止减让机制不同,数量众多的国际投资条约并未禁止缔约国诉诸单边反制措施,投资者母国针对东道国采取中止准入承诺的反制措施无须获得第三方机构的事先授权。当然,采取单边反制措施在时间、对象和方法上应受限制,须符合临时性、相对性和相称性的国际法要求。

五 裁判机制抑或替代机制

外资准入争议是关于准入权利义务的争议,投资者可通过仲裁、诉讼等对抗性裁判机制,在法律框架下争取对己有利的判决或裁决。但是,诉诸司法或仲裁须投入高额成本,面临拒绝管辖、驳回诉请、判决或裁决难以执行等风险,而且往往意味着投资合作关系的终止。与此相比,替代性争端预防与解决机制在化解争端的同时也能维护长期合作关系,最大限度地实现争端各方的互利共赢。

(一) 裁判机制的救济缺陷

试图通过国内或国际裁判机制解决外资准入争议,可能面临救济不能或不力的困境。首先,外资准入措施的可诉性仍然存疑。在国内法下,美国等国家法律明确规定国内法院

[40] See Christine Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, 1987, pp. 16 - 17.

[41] See Stephan Wittich, Investment Arbitration: Remedies, in Marc Bungenberg et al. (eds.), *International Investment Law*, Beck/Hart/Nomos, 2015, p. 1427.

[42] See Gary Born, A New Generation of International Adjudication, 61 *Duke Law Journal* 775, 835 - 836 (2012).

无权对国家安全审查决定进行实质审查；即便不存在明确的立法限制，国内法院也可能基于“政治问题”不具有可裁判性等理由避免审查外资准入措施的实体合法性。在国际法下，未经国家同意，任何国家不得被强迫将争端提交国际裁判；仅当东道国通过条约等方式给予同意的情况下，国际裁判机构才可管辖该东道国所涉及的外资准入争议。为免疑义，一些投资条约甚至明确排除投资仲裁、国家间仲裁对外资准入争议的可适用性。因而，投资者在国内法和国际法下诉诸裁判机构可能无法获得准入救济。

其次，即便裁判机构有权审查外资准入措施，其裁判结果可能与争议双方的期待相去甚远。裁判方法的“全有或全无”式救济结果，可能不符合争议双方对灵活解决方案的现实需求。例如，在东道国政府限制或剥夺投资者土地权益的案件中，裁判方法只能裁定是否构成非法征收以及如何赔偿等事项，而非裁判方法可提出更为灵活、满足双方需求的解决方案，如政府提供其他地块补偿投资者、投资者按照政府要求调整土地使用方式等。^[43]对于拒绝许可特定投资项目的情形，非裁判方法可以建议通过许可替代投资项目作为补偿。^[44]再如，仲裁、司法等方法仅能就特定争端进行孤立的裁判，而非裁判方法可以把不同争端捆绑进行“一揽子”谈判解决，以寻求争端双方在整体上的利益平衡。

最后，诉讼、仲裁等刚性裁判机制只能对已发生的争议进行事后的被动受理，难以有效发挥争端预防的功能。诉讼、仲裁等途径旨在为争端方提供事后救济，实现定分止争的效果。但是诉诸司法或仲裁须投入高额成本，面临败诉或难以执行的风险，而且往往意味着投资合作关系的终止。因此，有必要充分挖掘和利用国内、国际机制中的争端预防资源，便利、快捷、低成本地防范投资争端风险。

（二）替代机制的救济路径

与仲裁、司法等方法不同，替代机制的目的不在于形成有法律拘束力的裁决或判决，而在于寻找当事方均可接受的解决方案。以第三方介入与否为标准，替代机制可分为当事方自主解决方法与调解等第三方解决方法；以争端实际发生与否为标准，替代机制可分为争端解决机制与争端预防机制。下文以调解机制和争端预防机制为例，分析替代机制的救济路径。

1. 投资调解机制

尽管明确规定投资调解机制的投资条约并不多见，但争端当事方合意寻求第三方调解的可能性仍被广泛认可。美国、欧盟近来缔结的投资条约均允许当事方随时寻求调解。^[45]与裁判机制相比，调解更具弹性，不拘泥于相关法律的解释和适用，而是专注于寻求当事方均可接受的解决方案，帮助当事方克服持续合作的障碍。与磋商机制相比，调解由于中立第三方的介入，更能克服当事方对谈判结果不切实际的期望，从而促成当事方的

[43] See Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, 31 *Fordham International Law Journal* 138, 176-177 (2007).

[44] UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010, p. 33.

[45] 例如，2012年《美国双边投资协定范本》第23条规定，如发生投资争端，当事方可寻求通过磋商与谈判解决争端，包括使用无约束力的第三程序。《欧盟与新加坡双边投资协定》第3.4条规定，投资争端方可随时寻求调解或其它替代性争端解决方式，调解遵循自愿原则，不影响争端方的法律立场。

相互妥协。^[46] 因此,调解兼具弹性和制度性,对于预防和解决外资准入争议具有明显的制度优势。但与此同时,调解也面临诸多挑战,如当事方对调解缺乏认知和经验、调解程序可能耗时费力、透明度不足、调解结果不具有约束力等。^[47] 鉴此,可从以下方面完善投资调解机制,提升其对外资准入争议的救济功效。

一是强化调解对裁判机制的补充作用。调解并非对裁判机制的取代,而是投资争端解决机制的重要组成部分。调解应遵循自愿原则,如果强制调解或者将调解作为裁判的前置程序,可能使当事方将调解作为额外负担,打消当事方寻求调解的积极性。而且,当事方寻求调解不影响其诉诸裁判机制的权利。当事方在调解环节的立场,不应作为裁判程序中对其不利的证据。

二是规范调解程序,明确调解员行为准则。当事方对调解程序的顾忌,既源于对调解程序的认知不足,也来自对调解员的不信任。因此,有必要明确调解规则,将调解程序予以规范化,对调解员的选任、调解员的独立性与公正性要求、调解员职责、调解时限、调解的启动与终止、调解费用等问题予以明确。

三是保障调解的弹性空间,平衡调解的保密性与透明度要求。保密性是调解的主要特征,其有助于促进当事方相互妥协,形成解决方案。如果调解的任何步骤、细节都公之于众,接受国内外利益团体的监督,那么双方妥协让步的动力将受到抑制。^[48] 因此,有必要采取适当措施确保公众知情和参与不会影响调解程序的有效推进。《联合国贸易法委员会调解规则》第 14 条规定调解员和当事方须就调解程序相关的所有事项保密,但当事方为了实施和执行调解协议而有必要披露信息则不受此限。该规定可供借鉴。

四是提升调解协议的可执行性,实现调解的定分止争功能。调解协议能否得到执行,是调解能否成功的关键因素。2019 年 8 月开放签署的《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(又称“《新加坡调解公约》”)旨在建立商事调解协议的跨境执行机制,对解决投资调解协议的可执行性问题提供了有益思路。需要指出的是,公约第 8 条允许缔约国提出保留,将缔约国或其政府机构为一方当事人的和解协议排除在公约的适用范围之外。故此,投资者与东道国间的调解协议能否依据公约实现跨境执行,还有待实践的检验。

2. 投资争端预防机制

裁决的不一致性、纠错机制的缺失、仲裁员的独立性存疑等因素,引发了国际社会对投资仲裁机制的质疑。在此背景下,投资争端预防机制受到更广泛关注。有效的争端预防机制有助于克服投资仲裁机制的缺陷,东道国政府机构可通过争端预警机制在投资者遭受重大损失之前最大可能地解决问题;与此同时,通过有效沟通可使东道国政府机构充分了解其投资条约义务,避免采取违反投资条约义务的措施,实现外商投资管理

[46] See Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, 31 *Fordham International Law Journal* 138, 168 - 169 (2007).

[47] UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010, pp. 35 - 39.

[48] See J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2011, p. 15.

的良法善治。^[49] 与争端解决不同,争端预防侧重事前防范,目的在于防止和阻却争端的形成,有助于维护当事方之间良好合作关系,具有规模保护的效应。^[50]

在国内法层面,不少国家通过立法建立了投资争端预防管理部门。设立或指定专门的投资争端预防管理部门,有助于信息收集和争端预警,促进外商投资者与相关政府部门之间的沟通与协商,避免投资纠纷升级。《韩国外商投资促进法》第15条规定设立外商投资监察专员制度,监察专员有权要求相关主管部门协助解决外商投资企业的申诉,并有权向相关主管部门提出立法或措施完善建议。据统计,2018年韩国监察专员受理和解决的申诉案件为269起,其中114起通过立法完善或行政介入予以解决。^[51] 韩国的监察专员制度被联合国贸易与发展会议评价为投资争端预防的“最佳实践”,成为其他国家建立本国外资争端预防机制的范本。^[52] 美国、日本、菲律宾、越南、俄罗斯、乌兹别克斯坦、马来西亚、蒙古、巴西、智利等国均设有类似机构。^[53]

受韩国监察专员制度的影响,巴西在投资条约中引入投资争端预防机制,实现了投资争端预防从国内立法向条约立法的发展。^[54] 巴西自2015年起对外签署了11项双边投资条约,均以投资合作和便利化协定为名。^[55] 这些投资条约未设置投资仲裁条款,而是通过指定国内联络中心和设立缔约双方联合委员会的方式预防投资争端。如果国内联络中心无法避免投资纠纷,缔约一方将其投资者诉求提交联合委员会,通过相关投资者和政府代表共同参与的协商机制以寻求解决方案;如果争端仍未解决,缔约双方可在适当时约定提交国家间仲裁机制。这表明,巴西投资条约的争端预防机制更强调国家间的政治合作,通过友好磋商预防和化解投资纠纷。^[56]

我国构建争端预防机制也可从国内法与投资条约层面同时展开。我国对外签订的多数双边投资协定中均包含磋商条款,规定缔约双方代表为下列目的不时进行会谈,包括审查协定的执行情况、解决因投资产生的争议等事宜。其中,“解决因投资产生的争议”的表述非常宽泛,在概念上可包括缔约一方投资者与缔约另一方的投资争议,“解决”也可延伸至争议的预防阶段。在国内法层面,《外商投资法》第26条建立了外商投资企业投诉工作机制,该机制有利于预防和化解外商投资企业或其投资者与行政机关之间的争端,

[49] See Roberto Echandi, *Investor-State Dispute Prevention Mechanisms: Why Are They so Important for Developing Countries and for the Healthy Evolution of the International Investment Regime?*, In UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, 2011, pp. 49 – 54.

[50] 参见漆彤:《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》,《法学评论》2018年第3期,第80页。

[51] Korea Trade-Investment Promotion Agency, 2018 *Foreign Investment Ombudsman Annual Report*, 2019, p. 9.

[52] UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010, pp. 88 – 91.

[53] See Amber van der Graaf, *Foreign Investment Ombudsman-Internationalisation Policy Measure*, Eurofound Working Paper, 2018, p. 7; Catharine Titi, *Non-judicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points*, 14 *Brazilian Journal of International Law* 37, 46 – 47 (2017).

[54] 参见陶立峰:《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》,《当代法学》2019年第6期,第45页。

[55] 缔约对象国分别为莫桑比克、安哥拉、墨西哥、马拉维、哥伦比亚、智利、埃塞俄比亚、苏里南、阿联酋、摩洛哥。

[56] See Geraldo Vidigal & Beatriz Steven, *Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?*, 19 *Journal of World Investment & Trade* 475, 487 – 489 (2018).

节省争端解决成本。^[57] 作为投诉主体的外国投资者,应当包括准入阶段尚未设立外商投资企业的外国投资者。就受理机构而言,《实施条例》第 29 条确立了中央与地方两个层级。国务院商务主管部门会同国务院有关部门建立投诉工作部际联席会议制度,“协调、推动中央层面的外商投资企业投诉工作”,并“对地方的外商投资企业投诉工作进行指导和监督”;地方各级政府应指定部门或者机构,“负责受理本地区外商投资企业或者其投资者的投诉”。

投诉工作机制与行政复议、行政诉讼有着不同的制度价值。首先,投资者通过投诉工作机制申请协调解决有关问题的,不影响其依法申请行政复议、提起行政诉讼,《外商投资法》第 26 条、《实施条例》第 30 条均对此予以明确。其次,投诉工作机制的职能不限于受理投资者针对行政机关侵犯其合法权益的投诉,还包括协调完善相关政策措施,向有关地方、部门提出政策措施的完善建议。对于那些无法诉诸行政复议或行政诉讼的外资准入政策措施,投诉工作机制将发挥不可或缺的救济作用。最后,投诉工作机制在及时化解投资争议、协调解决有关问题的同时,也能减少投资者另行诉诸国内司法或国际投资仲裁的可能性。根据《实施条例》第 29 条、第 30 条的规定,投诉工作机构应遵守投诉工作规则和投诉处理时限,被申请的行政机关及其工作人员“应当予以配合”,协调结果应及时告知申请人,这有助于及时消解投资者对外资行政行为或政策措施的不满。

六 结 语

建立健全投资者权利救济体系是全球投资治理的重要环节,也是推进“一带一路”投资合作的应有之义。^[58] 2016 年 9 月二十国集团领导人杭州峰会通过的《二十国集团全球投资政策指导原则》将“能够使用有效的争端预防和解决机制以及执行程序”作为投资保护原则的重要内容,并要求争端解决程序应公平、开放、透明,有适当的保障措施防止滥用程序。这是构建外资准入国民待遇救济体系的基本出发点。

外资准入国民待遇的救济体系,应当包含国内救济与国际救济、私人诉权与国家诉权、损害赔偿与措施修订、裁判机制与替代机制等维度的制度内容,为外国投资者提供公平、开放、透明、有效的争端预防和解决渠道。就救济平台而言,对于国内法下的外资准入承诺,投资者可依据东道国国内法寻求当地救济;对于国际条约下的外资准入承诺,投资者可在缔约国的授权范围内通过条约机制寻求救济。就救济主体而言,准入后争议解决强调投资者的诉权和对投资者的损害赔偿,而准入前争议解决则强调东道国和投资者母国的主导权,发挥东道国与投资者母国的争议过滤作用。就救济内容而言,强化国家间履约责任诉请的救济作用,有助于激励东道国遵守外资准入承诺,以弥补损害赔偿诉请对投资者的救济不足。就救济方法而言,在外资准入国际立法停滞不前的背景下,应当强化替代性机制

[57] 2015 年的《外国投资法(草案征求意见稿)》将投诉工作机制表述为“外国投资投诉协调处理机制”。关于该草案规定的评述,参见徐芳:《论我国新型外国投资投诉协调处理机制的构建》,《河北法学》2016 年第 2 期,第 45-54 页。

[58] 参见徐树:《一带一路投资争端解决机制的中国方案》,《中国社会科学报》2019 年 7 月 25 日第 8 版。

的救济功效,在尊重国家外资准入政策空间的同时,更灵活地实现外国投资者的准入诉请。

当然,外资准入救济体系的建立和完善无法一蹴而就,其有赖于国内、国际投资立法的协调推进。对国内救济与国际救济、私人诉权与国家诉权、损害赔偿与实际履行、裁判机制与替代机制等制度关系的处理,还有待实践的积累。但这并不意味着救济机制是外资准入制度中可有可无的内容。事实上,救济机制的首要价值可能不在于其实际运用,而在于其存在本身。救济机制被使用的次数越少可能恰恰表明其越有效。^[59] 有效、可用的救济体系,是当事方评估和主张利益诉请的重要考虑因素,有助于遏止当事方的不合理诉请,促进当事方化解与外资准入有关的争议。

[本文为作者主持的2017年度国家社会科学基金青年项目“国际投资仲裁庭的裁判偏好及中国对策研究”(17CFX048)的研究成果。]

[**Abstract**] The remedy mechanism is a fundamental part of the national treatment system for the admission of foreign investment. While post-entry treatment focuses on the protection of existing investment, pre-entry commitment relates to market access and the exchange of market opportunities. Therefore, the post-entry remedy system is not necessarily suitable for the pre-entry phase. The construction of a comprehensive system of remedies for national treatment for the admission of foreign investment can be carried out in the following aspects: platform of remedies, allocation of the right of action, contents of claims and methods of remedies. With respect to the platform of remedies, China should coordinate local remedies and international remedies to enable foreign investors to either pursue local remedies within the scope of justiciability or to seek treaty remedies in accordance with international investment treaties. With respect to allocation of the right of action, the right of action for foreign investors and the right of action for the home state of foreign investors need to be balanced to avoid double remedy. With respect to the content of claim, since claims of compensation for the disapproval of foreign investment are faced with difficulties in quantification and proof and unable to overcome the admission barriers of foreign investment, it is thus suggested that China should reinforce the remedial function of performance claims between states. With respect to methods of remedies, in addition to the adjudicatory system, it is necessary to strengthen the function of such alternative systems as investment mediation and dispute prevention, so as to satisfy in a more flexible way the admission claims of foreign investors.

(责任编辑:廖 凡)

[59] See Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 1984, p. 235; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2011, p. 112.