

论德国在 “投资者-东道国争端解决”机制上的 立场转变及其影响

孙 珺 从小堞

摘 要：德国是制定双边投资协定的先驱，很多国家以其协定为范本。在双边投资协定中纳入“投资者-东道国争端解决”机制已成为多数国家与地区的共识，德国及欧盟也不例外。近年来，由于德国在国际投资争端中的角色转换，德国兼具了资本输出国与输入国的双重身份。尤其，在“大瀑布”案后，德国开始反思该机制的负面影响，对其态度发生了变化。随着《里斯本条约》的生效，在欧洲一体化不断深入的进程中，德国及欧盟越来越认识到了“投资者-东道国争端解决”机制的负面影响，立足于保障东道国的国家规制权与公共利益，对该机制表达了反对意见，提出了投资法院制度这一新设计。如何平衡好投资者个体利益与东道国公共利益，也是兼具资本输出国与输入国双重身份的中国需要应对的重要问题。

关键词：“投资者-东道国争端解决”机制； 双边投资协定； 投资仲裁； 投资法院； 德国与欧盟

作者简介：河海大学 法学院 国际法和比较法研究所 教授 南京 210098
河海大学 法学院 国际法和比较法研究所 硕士研究生 南京 210098

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2017)04-0066-15

* 本文为河海大学中央高校基本科研业务费项目(编号:2015B03914)的成果。

一、引言

20世纪60年代创设的“投资者-东道国争端解决(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)”机制是一种仲裁制度,只允许投资者对东道国提起仲裁。通过这一单向争端解决机制,作为私主体的投资者可以与作为主权者的东道国平起平坐。ISDS机制的设计初衷就是为了加强对投资者个体利益的保护,是双边投资协定(Bilateral Investment Treaties, BITs)的标配内容。BITs是为促进和保护投资而诞生的,是在作为资本输出国的发达国家与作为资本输入国的发展中国家之间签订的。最初,BITs的立足点在于保护位于发展中国家的发达国家投资者的利益,而不甚顾及东道国的公共利益。

时代在发展,世界在变化,资本输出国与输入国的界限开始模糊。国际投资也不仅仅只是从发达国家流向发展中国家,越来越多的国际投资也在发展中国家相互之间、发达国家相互之间流动。投资流向的双向化必然使越来越多的国家兼具资本输出国与输入国的双重身份,不少作为传统资本输出国的发达国家也会面临外国投资者针对其提出的国际投资仲裁,而不得不考虑东道国的权益。这种身份转变的必然结果就是BITs谈判中的地位变化,而这种地位变化促使BITs及ISDS在制度设计上改变单向机制,在利益权衡时,不再一边倒地向投资者个体倾斜,而是也要适当顾及东道国的公共利益。

本文以“大瀑布”仲裁案后德国在ISDS机制上的立场转变为核心,重点分析德国立场转变的动因及其影响,以期结合当前国际国内经济发展趋势,启示中国相关制度设计的理性思考。

二、从双边投资协定看德国对“投资者-东道国争端解决”机制的积极态度

(一)双边投资协定概述

BITs是资本输出国和输入国之间签订的双边协定及条约,目的在于鼓励、保护及促进两国间私人直接投资活动。在国际实践中,广义上的双边投资协定包括友好通商航海条约(Friendship, Commerce and Navigation Treaties)、投资保证协定(Investment Guarantee Agreement)和促进与保护投资协定(Agreement for Protection of Investment)三种类型。其中,促进与保护投资协定由联邦德国首创,又被称作联邦德国式投资协定。德国模式BITs的特点是内容详尽,其核心内容围绕促进和保护两国间私人国际直接投资,一方面有促进与保护投资的实体性规定,

另一方面也有关于代位赔偿权、争端解决等的程序性规定。^①

(二) 德国 BITs 中的 ISDS 机制

1959年,世界上第一个BIT,即《德意志联邦共和国与巴基斯坦关于促进和保护投资条约》诞生。^②该《条约》虽规定了仲裁,但未明示规定ISDS机制。1985年起,德国逐渐将ISDS机制纳入其BITs中,如其1985年与圣卢西亚签订的BIT第10条^③、1986年与匈牙利签订的BIT第11条^④、1986年与尼泊尔签订的BIT第10条^⑤、1987年3月23日与玻利维亚签订的BIT第11条^⑥、1987年与乌拉圭签订的BIT第11条^⑦均纳入了ISDS机制。

德国2008年BIT范本第10条规定了“缔约国与其他缔约国投资者间争端的解决(Settlement of Disputes between a Contracting State and an Investor of the other Contracting State)”,可选择适用解决国际投资争端中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)、联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)、国际商会(International Chamber of Commerce, ICC)、伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration, LCIA)等机构的仲裁规则。^⑧以德国2008年BIT范本为蓝本,德国与巴基斯坦于2009年重签BIT,在第10条中规定了“缔约国与其他

① 余劲松、吴志攀:《国际经济法》(第四版),北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2014年版,第299-300页。

② Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>, 访问日期:2017-08-03;另见徐崇利:《“保护伞条款”的适用范围之争与我国的对策》,载《华东政法大学学报》,2008年第4期,第49页。

③ Treaty between the Federal Republic of Germany and Saint Lucia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1403>, 访问日期:2017-08-04。

④ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Ungarischen Volksrepublik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5292>, 访问日期:2017-08-04。

⑤ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Nepal über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1378>, 访问日期:2017-08-04。

⑥ Treaty between the Federal Republic of Germany and Bolivia concerning the promotion and mutual protection of investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/454>, 访问日期:2017-08-04。

⑦ Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Oriental del Uruguay sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1445>, 访问日期:2017-08-04。

⑧ German Model Treaty -2008, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865>, 访问日期:2017-08-03。