

# 上海自贸区投资争端解决机制的构建与创新

陈 力\*

---

---

内容摘要 :中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸区”)在外商投资领域正在着手探索“负面清单”管理模式与准入前国民待遇,这一制度创新是我国主动对接高标准国际投资规则的重大战略决策,也不可避免会催生自贸区“专属投资争端”的产生及投资争端解决机制的创新需求。针对外国投资者与国内投资者之间发生的“涉自贸区”争端,在构建多元化争端解决机制的同时,还应考虑涉自贸区商事争端诉讼解决的“集中管辖”与法律适用上的大胆突破,在鼓励投资者通过商事仲裁解决争议的同时,应尝试突破我国现行立法的规定,允许当事人授权下的友好仲裁;针对外国投资者与我国政府之间发生的“涉自贸区投资争端”,不宜将其提交ICSID等国际仲裁机构解决,而应通过构建适合自贸区特色的临时仲裁机制,并将用尽我国行政与司法救济作为提交仲裁的前提。

关键词 :中国(上海)自贸试验区 负面清单 准入前国民待遇 投资争端解决

---

---

## 一、上海自贸区的建立与外商投资领域的先行先试

2013年9月18日,国务院批准《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》(以下简称《总体方案》)。这是中央在新一轮经济全球化发展趋势,即全球贸易和投资规则加速重构的背景下作出的重大战略决策。2008年全球金融危机后,世界贸易和投资格局发生了重大变化。WTO多边贸易体系的局限性日益突出,WTO规则主要覆盖贸易,特别是货物贸易,很少涉及投资规则。在WTO框架内的投资规则仅限于《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs),调整范围有限,对投资的规制仅限于对货物贸易构成扭曲的投资措施,难以担当国际投资法典的重任,WTO《服务贸易总协定》(GATS)中的“商业存在”主要涉及外国金融、保险、电信等服务领域的外资开放与准入问题,要求实行最惠国待遇与有条件的国民待遇。在世界贸易组织之外,调整国际投资的多边规则仅限于1965年《解决国家与他国国民间投资争端的公约》(简称《华盛顿公约》)以及涉及海外投资保险的1988年《多边投资担保机构公约》(MIGA),调整范围也非常有限。与国际投资紧密相关的实体或程序问题主要受大量的双边投资协定(Bilateral Investment Treaties,简称BITs)调整,尚未形成被国际社会普遍接受的国际习惯法规则。国际投资法体系也因此被

\*复旦大学法学院教授,博士生导师。

本文受2013年上海哲学社会科学联合会“中国(上海)自由贸易试验区应急项目”资助。

称为“不完整的国际法体系”。在此背景下,美国为首的发达国家以美国2012年BIT范本<sup>[1]</sup>《跨太平洋战略经济伙伴协定》(简称TPP)和《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(简称TTIP)为主要平台,加速推动建立高标准的全球投资规则体系,力图掌握制定全球多边投资规则的主导权。目前,中国尚未获邀参加TPP谈判<sup>[2]</sup>,但中国与美国从2008年开始正式启动了双边投资协定谈判,后因美国需要修改BIT范本而在2009年中止,2012年5月,中美双方宣布重启中美BIT谈判。2013年7月12日,第五轮中美战略与经济对话后,中方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础与美方进行投资协定实质性谈判,表明了中国坚持改革开放和制度创新,努力推行高水平投资规则的决心。<sup>[3]</sup>上海自贸区的建立即是主动、积极适应将要形成的高标准的全球投资规则体系的先行先试,是与美国主导的BIT范本与TPP投资规则的主动对接。

《总体方案》确定了上海自贸区在贸易、金融服务、航运、货币、政府管理以及投资领域的先行先试,其中,投资领域的重点制度创新包括以下三个主要方面:

1.扩大服务业开放。选择金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务及社会服务领域扩大开放,暂停或取消投资者资质要求、股比限制、经营范围限制等准入限制措施(银行业机构、信息通信服务除外)。为此,国务院于2014年1月6日发布《国务院关于在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批或者准入特别管理措施的决定》,具体予以落实。<sup>[4]</sup>

2.借鉴国际通行规则,<sup>[5]</sup>对外商投资试行准入前国民待遇,探索建立负面清单管理模式。在企业设立、取得、扩大等阶段即给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇,即对外资在“准入权”或“设业权”上给予内资相同的待遇;<sup>[6]</sup>外商投资负面清单是一份禁止外资进入或限定外资比例的行业清单。在这份清单上,一国明确开列不予外商投资准入或有限制要求的领域,清单以外领域则充分开放。我国现行《外商投资产业指导目录》(2011年修订,2012年1月30日起施行)是按鼓励类、限制类和禁止类来规范外商投资市场准入的。而《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》(以下简称“负面清单”)实际上是将指导目录中的限制类与禁止类合并,统一列入负面清单中,增强了外资准入的透明度,也体现了“法无明文禁止即自由”的法律精神,对负面清单以外的领域,按照内外资一致原则,将外商投资项目由核准制改为备案制,但国务院规定对国内投资项目保留核准的除外。这实际上改变了政府对外资的管理模式,对外资在自贸区内的商业存在从传统的“特别许可”改为“一般许可”。为配合试验区“负面清单管理模式”的实施,全国人大常委会在2013年8月30日通过了相关决定,<sup>[7]</sup>暂时调整三资企业法的法律适用,将外商投资中的相关行政审批事项修改为备案管理,主要包括以下11项内容:外资企业设立;外资企业分立、合并或其他重要事项的变更;外资企业经营期限;中外合资经营企业设立;中外合资经营企业延长合营期限;中外合资经营企业解散;中外合作经营企业设立;中外合作经营企业协议、合同、章程的重大变更;中外合作经营企业转让合作企业合同权利、义务;中外合作经营企业委托他人经营管理;中外合作经营企业延长合作期限。上述11项原本审批期限最长可达90天的行政审批事项均被调整为备案管理。为此,《国务院决定》也通过目录方式列举了对国家规定实施准入特别管理措施之外的外商投资,暂时调整包括《中华人民共和国外商投资企业法实施细则》在内的10项行政法规和规章的有关行政审批。

3.构筑对外投资服务促进体系。对境外投资一般项目实行备案制并支持试验区内各类投资主体

[1]2012U.S. Model Bilateral Investment Treaty,全文见美国国务院官方网站。

[2]关于TPP由来和演进,参见龚柏华《TPP协定投资者——东道国争端解决机制述评》《世界贸易组织动态与研究》2013年第1期。

[3]参见商务部条法司负责人解读中加双边投资保护协定,详见<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201209/20120908328835.shtml>,2013年12月12日。

[4]参见与《国务院决定》配套实施的《国务院决定在中国(上海)自由贸易试验区内暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批或者准入特别管理措施目录》(简称《目录》)第25—32项。

[5]准入前国民待遇与负面清单管理模式主要表现在一些双边投资协定以及区域贸易投资协定中。如北美自由贸易区协定(NAFTA)是最先明确提出准入前国民待遇的综合贸易协定,美国依据美式BIT范本缔结的双边BITs也普遍采用这种管理模式。

[6]余劲松《中国发展过程中的外资准入阶段国民待遇问题》《法学家》2004年第6期。

[7]《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》。

开展多种形式的境外投资。

## 二、上海自贸区外商投资争端解决机制的新问题

法制环境是自贸区各项先行先试事项能否试验成功的前提和重要保证,在自贸区法制环境建设方面,同样面临先行先试、不断探索的严峻考验。其中司法与仲裁是自贸区内各类争端解决的主要方法,也需要不断适应新形势、解决新问题。自贸区在投资领域的创新主要体现在探索准入前国民待遇以及与之相配套的“负面清单”管理模式。准入前国民待遇是我国对投资自由化的进一步承诺,这不仅是对我国政府管理外资模式的一次重大突破和挑战,而且由于相关外商投资法律的调整,还将衍生出一系列“涉自贸区案件”。在自贸区内,90多项先行先试的事项中包含了一系列对外资开放的新领域、新模式、新业态,这些试验将衍生出一系列仅在试验区28.78平方公里内产生的民商事案件,这类仅产生于自贸试验区,具有专属性、排他性、独特性的案件可称为涉自贸区案件,仅投资领域服务业的扩大开放领域,就将产生以下六类“涉自贸区案件”:金融服务类、航运服务类、商贸服务类、专业服务类、文化服务类、社会服务类。<sup>[8]</sup>

国际投资争端一般有三种:一是外国投资者与东道国企业或公司之间的争端;二是外国投资者与东道国政府间由于国有化补偿或政府管理行为等有关投资保护问题而发生的争端;三是有关国家之间由于对投资条约的解释及适用而发生的争端。<sup>[9]</sup>由于上海自贸区的设立并非国际条约的产物,自贸区外商投资保护不完全涉及我国在条约项下的义务。“涉自贸区投资争端”主要指发生在自贸区内的前两类争端,分别为私人投资者间的争端以及外国投资者—东道国争端。上述两类投资争端既具有涉外投资争端的一般特点,同时也因自贸区内适用调整后的外资政策与法律而具有独特性,进而会产生争端解决模式的创新需求以及法律适用上的新问题。

### (一)自贸区私人投资争端解决模式的创新需求

自贸区私人投资者之间的争端包括外国投资者与自贸区内中国法人、自然人以及其他组织之间发生的投资争端,主要表现为外国投资者与自贸区企业因履行合资经营企业合作经营企业合作等投资类合同而产生的争端;自贸区内外商投资企业(包括外商独资企业、中外合资经营企业与中外合作经营企业)彼此之间以及与自贸区内中国自然人、法人或其他经济组织之间发生的各类商事争端。其中前者属于典型的涉外投资争端,而后者由于争端的主体均为中国法人(包括在自贸区内设立的三资企业),实践中我国将其界定为国内商事纠纷,在争端解决的途径、管辖权以及法律适用上与一般的国内纠纷并无本质区别。

私人投资者之间发生的争端属于平等主体之间的商事纠纷。按照《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(以下简称《管理办法》)第37条规定:“自贸试验区内企业发生商事纠纷的,可以向人民法院起诉,也可以按照约定,申请仲裁或商事调解;支持本市仲裁机构依据法律、法规和国际惯例,完善仲裁规则,提高自贸试验区商事纠纷仲裁专业水平和国际化程度,支持各类商事纠纷专业调解机构依照国际惯例,采取多样形式,解决自贸试验区商事纠纷。”因此,自贸区内商事纠纷(包括投资纠纷)可通过诉讼、仲裁以及调解等多元化途径解决。《管理办法》强调“支持”自贸区内商事纠纷通过仲裁与调解等替代争端解决方法解决,并鼓励仲裁或调解机构依据“国际惯例”提高争端解决的国际化程度。目前,自贸试验区内的投资纠纷通过民事诉讼、商事仲裁或商事调解机制解决并不存在实质障碍。不过,自贸区外商投资政策和法律的重大调整,将会催生涉自贸区投资争端解决的新问题与新需求。

如果投资争端通过诉讼方式解决,必须回应和解决以下问题:(1)如何界定“涉自贸区外商投资纠纷”?即案件的定性问题。(2)管辖法院问题。包括地域管辖和级别管辖;是否应建立涉自贸区商事

[8]丁伟:《中国(上海)自由贸易区的法治环境建设》,载www.cietac-sh.org/ResourcesDetail,2014年3月1日。

[9]参见董世忠主编:《国际经济法》,复旦大学出版社2009年版,第411页。

纠纷的专门法庭并实行集中管辖?是否继续保留我国《民事诉讼法》对在中国境内履行的投资合同专属管辖<sup>[10]</sup>的规定?(3)法律适用问题。目前,在中华人民共和国境内履行的投资类合同只能适用我国法律的规定<sup>[11]</sup>是否能够在自贸区司法审判中有所突破?相关外商投资法律的调整与暂停适用是否会对投资争端解决的法律适用产生影响?是否允许投资争端主体选择外国法、国际惯例或者国际条约?

如果当事人选择仲裁解决争端,则面临下列新的问题:(1)当事人选择的仲裁机构是否仅限于上海市甚至自贸区内的仲裁机构?(2)自贸试验区可否突破我国《仲裁法》的制约,在投资者选择临时仲裁(而非机构仲裁)机制上先行先试?(3)针对外商投资纠纷,仲裁庭应如何适用法律?是否可以突破现有立法限制,在允许当事人授权仲裁庭进行友好仲裁方面先行先试?

## (二)自贸区投资者—东道国争端解决模式的创新需求

在国际投资中,投资者—东道国投资争端属于管理性投资争端,主要指东道国政府出于实现保护环境、公共健康、劳工权益等社会政策的需要,依法采取的各种社会管理措施。<sup>[12]</sup>上述社会管理措施往往是触发投资者指控东道国政府“间接征收”的爆发表。<sup>[13]</sup>在上海自贸区内,同样会产生政府(包括中央政府与上海市政府)主管机构(主要为自贸区管委会)因采取环境保护、公共健康、劳工保护等社会管理措施以及行政审批(针对负面清单内的外商投资)、投资监管等经济管理措施而与外国投资者产生的争端;此外,还可能产生自贸区内特有的投资者—东道国<sup>[14]</sup>投资争端类型,如因实施负面清单管理模式而产生的对“负面清单”解释上的争端,<sup>[15]</sup>或因服务业扩大开放而产生的暂停或取消投资者准入限制措施方面的争端等。

目前国际上解决投资者—东道国争端的主要途径包括:磋商或谈判;东道国当地救济,包括利用东道国的行政救济(如行政复议)与司法救济(如行政诉讼);提交依据《华盛顿公约》建立的《解决国家与他国国民投资争端的中心》(简称ICSID)仲裁解决;提交其他国际仲裁机构如国际商会仲裁院(简称ICC)仲裁解决;适用《联合国国际贸易委员会仲裁规则》通过临时仲裁(或特设仲裁,Ad hoc arbitration)等方式解决;利用东道国救济与国际仲裁的混合方式解决等。其中,通过国际仲裁途径解决此类纠纷通常都建立在投资者母国与东道国订立的双边投资协定(以下简称BITs)的基础上,是条约义务的要求。

自贸区内的投资者—东道国争端可分为两类。一类与发生在我国境内的一般外国投资者—东道国争端性质相同,主要涉及我国在与其他国家双边BITs项下承诺的对外资保护的实体义务,其争端解决途径取决于特定BIT的规定。另一类则是与自贸区实行准入前国民待遇及负面清单管理模式直接相关的争端。截至目前,在我国对外签订的140余个双边BITs中,我国均未承诺给予外国投资者准入前国民待遇,也未采取负面清单管理模式,我国并不承担条约项下的义务,如果发生与此直接相关的投资争端,争端解决方法并不受制于双边BITs的规定,对此,《方案》与《管理办法》均保持沉默。除了传统的国内救济,如行政复议以及行政诉讼,是否可以尝试通过不同形式的国际仲裁,特别是特设仲裁解决

[10]我国2013年《民事诉讼法》第266条规定:“因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼,由中华人民共和国人民法院管辖。”

[11]最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(法释[2007]14号)第8条规定在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同等八类投资合同只能适用中华人民共和国法律。

[12]徐崇利《晚近国际投资争端解决实践之批判:“全球治理”理论的引入》,《法学家》2010年第3期。

[13]徐崇利《利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿》,《环球法律评论》2008年第6期。

[14]按照中国(上海)自由贸易试验区管理办法(市政府令第7号)规定,中国(上海)自由贸易区管理委员会(以下简称“管委会”)作为市政府派出机构,具体落实自贸试验区改革任务,统筹管理和协调自贸区有关行政事务。《管理办法》赋予了管委会宽泛的行政管理职责以及综合执法职能。因此,今后此类争端多会发生在外资投资者与管委会之间。

[15]从目前公布的“负面清单”来看,其与《指导目录》并无本质的区别。负面清单中的“禁止类”与“限制类”是否存在区别?如果有区别,则限制的具体内容是什么?目前的“负面清单”的“限制”措施的规定仍然比较笼统,需要进一步细化或作出具体说明,以增强法律的透明度与可操作性。例如针对F529“货摊、无店铺及其他零售业”的“特别管理措施”的内容是“限制外商直销、邮购、网上销售”,后面没有其他如“中方控股”、“限于合资、合作”等说明性规定。又如,R87文化—书业的“特别管理措施”的内容是“投资文化艺术须符合相关规定”,也过于笼统,并未增加透明度。

此类自贸区“专属性”争端将事关外国投资者在自贸区的投资信心以及改革试验的成败。

### 三、上海自贸区外商投资争端解决机制的构建与创新

#### (一) 自贸区私人投资争端解决机制的创新与突破

##### 1. 诉讼模式下投资争端解决的创新与突破

##### (1) 尝试设立“涉自贸区商事案件”的集中管辖制度。

自贸区先行先试的新领域、新模式、新业态以及有关法律法规的调整实施必然会带来新的法律问题,出现新型、疑难、独特的案件。涉自贸区投资争端属于商事争端,如果当事人选择通过诉讼的方式解决,则首先应界定“涉自贸区投资争端”的范围以及行使管辖权的法院,包括属地管辖与级别管辖。目前看来,涉自贸区商事纠纷的地域管辖与级别管辖都已确定。2013年11月5日成立的自贸区法庭将集中受理、审理辖区内涉自贸区投资、贸易、金融、知识产权、房地产等重点领域的民商事案件,其作出的判决和裁定即为浦东新区人民法院的一审判决和裁定,二审案件由上海市第一中级人民法院管辖。<sup>[16]</sup>实际上自贸区法庭还是严格依照民事诉讼法上的地域管辖和级别管辖来受理案件。尽管如此,“涉自贸区商事案件”范围究竟如何界定?是否所有的“涉自贸区商事案件”都应由自贸区法庭排他性集中管辖仍是一个悬而未决的问题。为此,新成立的自贸区法庭也明确其“将根据自贸区建设和运行的实际,对受案范围作必要调整”。由于上海自贸区28.78平方公里不可能容纳越来越多的企业入驻区内进行实际经营,因此企业区内注册和区外经营将会成为常态,这必然会产生法院管辖的分配问题,按照我国《民事诉讼法》的规定,被告住所地(包括被告的注册登记地与实际营业地)、合同缔结地、合同履行地、侵权行为地等均可成为法院管辖的依据。因此,涉自贸区商事纠纷的司法管辖同样会产生“溢出”效应,可能由区外有管辖依据的法院受理。这就带来了案件法律适用的统一问题。为此,笔者认为“涉自贸区案件”应由自贸区法庭进行相对的“集中管辖”,集中管辖不仅有利于对案件的精心和高质量审理,更重要的将有利于问题的集中发现以及法律适用的统一。<sup>[17]</sup>当然,由于实行自贸区法庭的相对“集中管辖”将打破我国现行民事诉讼法对地域管辖和级别管辖的规定,因此,最高人民法院应参照以往实践,通过司法解释授权由自贸区法庭集中管辖“涉自贸区商事案件”并明确界定案件的范围。<sup>[18]</sup>

此外,我国《民事诉讼法》第266条对涉外投资合同争端的专属管辖规定并不会影响自贸区法庭的集中管辖。因为该条规定仅仅是排除了当事人协议选择或通过其他法定依据由外国法院管辖此类案件,并不影响最高人民法院对自贸区内此类投资合同纠纷指定管辖。

##### (2) 突破现有法律适用规则限制,允许当事人自由选择适用法律

目前我国立法对涉外投资争端的法律适用仍有非常严格的规定。我国《民法通则》、《合同法》以及相关司法解释对在我国境内履行的投资类合同严格限定只能适用中华人民共和国法律,不允许外国投资者与中国企业协议选择准据法。例如最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2007]14号)第8条就列举了在我国境内履行的中外合资经营企业合同;中外合作经营企业合同;中外合作勘探开发自然资源合同;中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同;外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同;外国自然人、法人或者其他组织购买中华人

[16] 参见应一琳:《上海自贸区法庭昨天挂牌成立》,《上海商报》2013年11月6日。

[17] 参见《上海自贸区法庭中涉区民商事纠纷新难题》,《上海自贸区法研究与动态》2013年第12期。

[18] 2001年为了适应我国加入世界贸易组织的需要以及提高涉外商事案件的审判质量,我国最高人民法院曾通过《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,对信用证纠纷等几类商事纠纷规定了特定法院的集中管辖制度。关于该规定的背景及具体内容,参见万鄂湘:《加强涉外审判工作,全面迎接入世挑战》,载最高人民法院民事审判四庭编《中国涉外商事海事审判指导与研究》第1卷,2001年版。

民共和国领域内的非外商投资企业鼓动的股权的合同 ;外国自然人、法人或者其他经济组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资责任有限公司增资的合同 ;外国自然人、法人或者其他经济组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产的合同 ;中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。上述合同争端属于典型的外国投资者与中国企业之间发生的涉外投资争端 ,强调只能适用中国法律。其理由 :一是我国对外商投资准入实行核准制的产物 ,二是基于维护我国经济安全与公共利益的考虑。由于自贸区已经将外资准入核准制改为备案制 ,在负面清单以外全面实行准入前国民待遇原则 ,中外投资者主体地位的平等性得到进一步强化。因此 ,自贸区法庭在审理此类投资合同纠纷时在法律适用上可以有所突破 ,允许争端当事人按照国际通行的当事人意思自治原则选择法律 ,当然这同样需要全国人大常委会调整相关立法 ,最高人民法院则可针对调整后的法律规定制定专门的司法解释适用于自贸区外商投资合同纠纷的解决。

## 2. 仲裁模式下投资争端解决的创新与突破

### (1) 允许当事人选择临时仲裁

自贸区《管理办法》鼓励商事争端的当事人选择仲裁的方法解决争端并“支持本市仲裁机构依据法律、法规和国际惯例 ,完善仲裁规则 ,提高自贸试验区商事纠纷仲裁水平和国际化”。2013年10月22日 ,上海国际仲裁中心率先在自贸区内设立中国(上海)自贸试验区仲裁院 ,仲裁院“将积极探索和研究争端解决的途径和形式 ,充分借鉴国内外争端解决机构的先进制度和实践 ,进一步完善仲裁规则 ,充实专家资源 ,为创新自贸试验区多元化争端解决机制做出应有贡献 ,并努力将自身建设成为区域性国际商事仲裁中心”<sup>[19]</sup>。上海自贸区仲裁院的设立意在为涉自贸区商事纠纷的当事人提供高效便捷以及专业化和国际化的仲裁服务 ,而非垄断涉自贸区商事仲裁案件。按照我国仲裁法的规定 ,涉外商事纠纷的当事人可以依据当事人意思自治原则自由选择仲裁机构以及仲裁地点。因此 ,涉自贸区外商投资纠纷的争端主体完全可以自由选择在中国的仲裁机构(不限于自贸区仲裁院)甚至境外仲裁机构进行仲裁。不过 ,由于我国现行《仲裁法》要求有效的仲裁协议必须包括选定的仲裁机构 ,因此国际通行的临时仲裁制度(Ad Hoc Arbitration)在我国尚无生存的余地。与机构仲裁相比 ,临时仲裁更加尊重当事人的意思自治 ,具有更大的灵活性 ,主要发达国家立法及1958年《纽约公约》(我国是该公约的成员国)均承认临时仲裁以及临时仲裁庭作出仲裁裁决的效力。笔者认为 ,应授权自贸区大胆突破我国现行仲裁法的制约 ,允许商事争端当事人 ,特别是涉外商事争端当事人选择临时仲裁的方式解决其争端 ,鼓励我国的常设仲裁机构 ,如上海国际仲裁中心或自贸区仲裁院为临时仲裁的当事人提供仲裁员选任、仲裁规则选择、开庭场地以及其他方面的服务 ,从而增强自贸区作为仲裁地的吸引力。

### (2) 允许当事人授权下的仲裁庭友好仲裁

针对国际商事纠纷 ,各国仲裁法通常赋予仲裁庭适用法律的极大裁量权。与诉讼相比 ,仲裁庭适用法律更加尊重当事人意思自治以及对国际商事惯例的适用。此外 ,发达国家的仲裁法一般都明确规定了友好仲裁制度。<sup>[20]</sup>所谓友好仲裁是指在国际商事仲裁中仲裁庭基于当事人的授权 ,可以作为友好调解人(amicable compositeur)基于公正与善意或衡平与善良的考虑作出裁决。当事人授权仲裁员基于公平善意原则裁决 ,仅仅是允许仲裁员基于公平的考虑 ,纠正或克服适用严格法律规则所造成的不公平后果 ,绝没有给仲裁员施加不适用法律的义务。<sup>[21]</sup>仲裁庭进行友好仲裁通常要满足以下条件 :仲裁地法律允许 ;争议当事人授权 ;不违反有关国家的强制性规则和公共政策 ;应当依照或考虑合同条款 ;应当考虑可适用的国际惯例。目前我国仲裁法并不允许在我国境内进行的仲裁进行友好仲裁 ,仲裁庭在审理国际商事争议时仍必须严格适用我国冲突规则所指引的准据法。鉴于自贸

[19]参见中国(上海)自由贸易试验区仲裁院揭牌 ,载<http://www.cietac-sh.org/NewsDetails.aspx?tid=7&nid=575> ,2014年2月10日。

[20]1985年《联合国国际贸易委员会国际商事仲裁示范法》第28条第3款也规定 :“仲裁员在当事人明确授权时 ,应按照公平善意原则或作为友好调解人作出决定。”

[21]朱克鹏《国际商事仲裁的法律适用》,法律出版社1999年版 ,第195页。

区外商投资政策与法律重大调整而引发的新型、疑难、独特争端,全国人大常委会可以授权调整仲裁法的相关规定,允许选择仲裁解决外商投资争端的当事人授权仲裁庭进行友好仲裁,进而增强仲裁员适用法律的裁量权与灵活性,以适应不断调整变化的外商投资体制的变化与创新。

## (二)自贸区投资者—东道国投资争端解决机制的构建与创新

### 1.我国双边BITs投资者—东道国争端解决模式

BITs的主要内容一般包括投资保护范围、投资待遇、征收与补偿、货币汇兑、业绩要求、高层人员国籍、政策法律公开透明、税收规则等实体条款以及投资者—东道国投资争端解决等程序性条款。投资者—东道国投资争端解决同样是我国缔结的BITs中的重要内容。此外,1965年依据《华盛顿公约》而设立的解决国家与他国民间投资争端中心(以下简称ICSID)是目前解决投资者—东道国争端的最重要的仲裁机构。我国在1993年签署《华盛顿公约》时曾表示,中国仅考虑把由征收和国有化产生的有关补偿的争端提交ICSID管辖。尽管在我国与他国签订的140余个双边投资协定中,对利用ICSID仲裁机制解决此类争端的立场存在一定差异,例如在有关当地救济、有关同意仲裁、国际仲裁管辖的范围、有关仲裁的类型等方面规定不一,<sup>[22]</sup>但较为普遍地强调本国的司法管辖权和本国法律的优先适用权。虽然中国接受了ICSID仲裁机制,但在与其他国家签订的BITs中还是通过“逐案审批同意权”、“当地救济优先权”、“东道国法律适用权”以及“重大安全例外权”这四大“安全阀”<sup>[23]</sup>进行比较严格的限制。历经18年谈判达成的“中—加2012BIT”在与投资者—东道国争端解决的相关条款中就明确规定了“最惠国待遇”例外、“金融审慎”例外、“税收措施”例外、“用尽当地救济例外”、“国家重大安全利益”例外等,限制了此类争端提交国际仲裁以及国际仲裁庭的权力范围。<sup>[24]</sup>

### 2.美国2012年BIT范本与TPP争端解决模式

与已经生效的140余个中外BITs相比,美国2012年BIT范本与美国主导的TPP不仅在投资者保护与投资自由化方面作出更高标准的规定,而且其投资者—东道国争端解决机制的设计也强调对投资者利益的保护,对于提交国际仲裁规定了较少的限制,更符合美国作为资本输出国的利益。比较TPP中的投资者—东道国争端解决机制与美国2012年BIT范本,不难看出两者是一脉相承的。但美国2012年BIT范本更强调仲裁制度而淡化了磋商机制,仅在第23条作了原则规定,而目前的TPP文本<sup>[25]</sup>则采取了折中立场,规定一旦东道国收到相关磋商请求后,可要求相关投资者在3个月内先寻求东道国国内可适用的行政审查程序解决。这实际上规定了“先用尽国内行政救济措施”的程序(不包括司法程序)。从2012年中—加BIT来看,中国也接受了用尽国内行政程序的折中方案。<sup>[26]</sup>

美国2012年BIT范本通过第二部分(Section B)共14个条款(第23条至36条)较为详细地规定了投资者—东道国争端解决程序。由于我国与美国正在基于美国2012年BIT范本进行外交谈判,美国范本中的争端解决条款极有可能成为未来中美BIT中的主要内容,因此其争端解决程序条款对构建自贸区投资争端解决机制将具有重要的参考价值。

美国2012年BIT范本第二部分首先明确规定在发生投资争端的情况下,争端申请人与被申请人应当首先寻求通过协商与谈判的方式解决争端(第23条);无法通过协商或谈判的方式解决时,争端一方可以作为申请人(投资者)以自己的名义,依该协定的规定提请仲裁,但该请求须满足被申请人

[22]详细分析参见徐崇利《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》,《法商研究》2007年第2期。

[23]参见陈安:《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型BITs谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》,《国际经济法学刊》2006年第1期。

[24]参见陈安、谷婀娜:《“南北矛盾”应当“摒弃”吗?——聚焦中—加2012BIT》,《现代法学》2013年第2期。

[25]2012年6月12日,TPP协定的投资章节被披露,目前还没有官方披露的文本。相关内容可参见<http://tinyurl.com/tppinvestment>, 2014年2月13日。

[26]中—加2012BIT第21条规定:外国投资者把争端提交国际仲裁前,应首先通过东道国的行政复议程序解决。在提出复议申请4个月后,如果该投资者认为争端仍然存在,或者不存在可用的此种救济,则可将争端提交国际仲裁,该投资者如果已经就争端在东道国当地法院提起诉讼,则仅在该国法院作出判决前该投资者撤诉的情况下,才可诉请国际仲裁。参见:商务部就中加双百年投资保护协定进行解读,载中央政府门户网站<http://www.gov.cn> 2014年1月15日。

(东道国)已经违反本协定第3条至第10条项下的某一义务、某一投资许可(授权)或某一投资合同,且申请人遭受了由于该违约或产生于该违约的损失。另外,申请人也可以以其所有直接或间接控制的设立于被申请人境内的法人的名义,在满足上述条件的前提下提请仲裁。提请仲裁的申请人有意通知义务,应至少提前90天将自己提请仲裁的意向以书面通知的方式传达给被申请人。引起争端诉求的事件发生6个月后,申请人可选择通过以下形式申请仲裁:ICSID仲裁,条件是投资者母国与东道国均为华盛顿公约缔约国;如果有一方为非缔约方,可根据《ICSID附设机构规则》提交仲裁,根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》提交仲裁;根据争议各方同意的任何其他仲裁规则提交仲裁(第24条)。第25条和第26条分别规定了缔约双方的仲裁许可和缔约双方各自许可的条件和限制;第27条、第28条以及第29条分别对仲裁员的选任、仲裁程序以及仲裁程序的透明度等作出要求;第30条为法律适用条款,当申请方主张被诉方违反了有关的投资许可或者投资合同时,其准据法的适用与《华盛顿公约》的规定<sup>[27]</sup>一致,但是当申诉方主张被诉方违反了BIT义务时,则规定适用BIT以及可适用的国际法,排除了东道国法律的适用;第31条至36条则分别对仲裁中的附件解释、专家报告、合并仲裁、仲裁裁决的作出与执行、附件与脚注的地位以及通知与文件的送达等作出规定。

### 3. 自贸区投资者—东道国争端解决模式的构建与创新

在上海自贸区总体方案中,扩大投资领域开放占据了非常重要的地位。自贸区投资者—东道国争端既包括政府因执行一般的经济管理与社会管理措施而产生的争端,也包括政府执行自贸区特殊外商投资政策与法律而产生的自贸区“专属投资争端”。这一类专属投资争端与实行外资准入前国民待遇与负面清单管理模式直接相关。例如,准入前国民待遇的法律含义究竟是什么?准入前企业(项目)涉及到进入权与设立权,准入前国民待遇是否应包括进入权与设立权的平等性?进入权的国民待遇包括哪些具体内容?设立权的国民待遇包括哪些具体内容?<sup>[28]</sup>又如,针对负面清单也可能产生理解或解释上的分歧与争端,除了负面清单本身列明的对外商投资项目和设立外商投资企业采取的与国民待遇不符的准入措施仍存在部分含糊的规定以外,在负面清单以外实际上仍存在基本安全例外的限制,包括:(1)禁止(限制)外商投资国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定或禁止(限制)的产业;(2)禁止外商投资危害国家和社会安全的项目;(3)禁止从事损害社会公共利益的行为”;(4)自贸试验区内的外资并购,外国投资者对上市公司的战略投资、境外投资者以其持有的中国境内企业股权出资,应当符合相关规定要求;(5)涉及国家安全审查、反垄断审查的,按照相关规定办理。<sup>[29]</sup>由于上述“一般安全例外”规定非常原则,在执行上也可能超出自贸区管委会的职责范围,极易产生解释或实施争端。

“自贸区专属投资者—东道国争端”主要涉及外资准入,是自贸区适用特别投资管理措施而产生的争端,我国政府并不承担在双边投资协定项下的条约实体与程序义务。因此,基于BITs规定常用的争端解决方法并不能够完全套用到此类争端的解决。笔者认为,应当统筹考虑构建符合“自贸区专属投资争端”的争端解决机制,为自贸区扩大投资开放与投资管理体制提供有效的司法(仲裁)保障。

首先,此类争端应首先通过我国国内救济的方式加以解决。东道国当地救济优先权是指在BITs下,投资者—东道国争端只有在用尽当地救济(包括行政、仲裁或司法)仍无法维护自身利益的情况下,才可争端提交国际仲裁。我国对外签订的大量BITs也有类似的规定。在没有条约义务的情况下,自贸区专属投资争端更应首先利用我国国内救济手段。根据我国现行立法,外国投资者可以利用的国内救济途径包括行政复议与行政诉讼,不包括向我国的仲裁机构提出仲裁。我国《仲裁法》明确规定,只有“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷可以仲裁”,“依法应当由行政机关处理的行政争端”不能仲裁;投资者—东道国争端虽因投资而产生,且具有商事性质,但其属于管理型争端,争端主体的地位并不平等,因此只能通过行政复议或行政诉讼的途径

[27]1965年华盛顿公约第42条第1款规定:“仲裁庭应依据当事双方协议的法律规范处断争端。如无此种协议,仲裁庭应适用作为争端当事国的缔约国法律(包括它的冲突规则)以及可以适用的国际法规范。”

[28]参见郑少华:《论中国(上海)自由贸易试验区的法治新议题》,《东方法学》2013年第6期。

[29]参见《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2013年)》“说明”部分。

解决。不过,可以借鉴BITs的通行规则,要求投资者在提起行政复议或行政诉讼前应首先寻求与自贸区管委会通过友好协商的方式加以解决。

当然,通过国内行政或司法救济的途径解决此类争端还需要制定配套的法律解决行政主管机构与法院的管辖权分配问题以及法律适用问题。现在自贸区采取了外资准入前国民待遇和负面清单的监管模式,以及工商管理方面的先照后证。如果企业对是否在负面清单中提出争端,谁来认定?是法院认定还是行政认定?如果以法院认定为准,会不会与行政主管部门认定不一致时而越权?<sup>[30]</sup>笔者认为,此类争端应首先向行政机关(管委会)提出申请,不仅因为现在行政审批和行政备案有严格的时间限制,效率非常高,而且根据《总体方案》《管理办法》第6条赋予管委会非常宽泛的综合执法权。如果投资者对管委会行政决定不符,则可依据我国行政诉讼法的相关规定,向自贸区法庭提起诉讼。在法律适用上,管委会或自贸区法庭应主要适用我国的相关法律或法规,特别是依据自贸区的“特别法”审理相关争端,当然,考虑到目前自贸区“特别法”的抽象性与原则性,也可以参考已经形成的相关国际惯例。

其次,应当构建符合自贸区专属争端的特设仲裁制度。目前,解决投资者-东道国争端的主要途径无外乎东道国当地救济或国际仲裁或两者的混合。在BITs中,国际仲裁又分为机构仲裁与临时仲裁。前者主要指ICSID仲裁,少数BITs则规定可以选择ICC国际仲裁院仲裁,后者主要指依据UNCITRAL仲裁规则进行的临时仲裁以及争端各方同意的任何其他仲裁规则提交的临时仲裁。

从美国BIT范本或TPP草案来看,其投资者-东道国争端解决机制的设计倾向于对投资者利益的保护。虽然自贸区专属投资争端并非源于我国在条约项下的义务,但在构建此类争端解决的模式中不应完全排除通过仲裁的方式解决争端,自贸区应探索构建符合自贸区需要的投资者-东道国仲裁制度,在多种国际仲裁模式中,特设仲裁将可担当此任。

1. 自贸区投资者-东道国争端不应限于我国国内救济。采用国际上通行的国际仲裁方法解决争议不仅可以适应自贸区对接高标准投资保护的需要,增强外国投资者在自贸区的投资信心,而且可以在争端解决机制上先行先试,为我国对接即将到来的高标准投资条约争端解决机制积累必要的经验。

2. 自贸区专属投资争端解决机制应排除ICSID与ICC等机构仲裁。首先,此类争端不宜选择ICSID仲裁模式。理由有二:(1)虽然我国是《华盛顿公约》缔约国,但我国在加入该公约时作出保留,提交该仲裁中心仲裁的争端仅限于与国有化有关的补偿争端。而自贸区专属投资争端不会涉及此类争端;(2)晚近ICSID仲裁实践出现了明显偏袒外国投资者、损害东道国权益的倾向<sup>[31]</sup>因此,我国政府应“留权在手”,为自贸区外商投资规则的先行先试预留更大的生存空间。其次,ICC仲裁亦应被排除在外。ICC国际仲裁院是除ICSID以外唯一可以受理投资者-东道国争端的常设仲裁机构,但ICC国际仲裁院审理的纠纷以平等主体之间的商事纠纷见长,在审理P2G争端中并无优势。更为重要的是,由ICC国际仲裁院作出的仲裁裁决可直接依据1958年《纽约公约》进行强制执行,这将直接接触及东道国的公共权力与财产,对东道国行使外资管理权构成较大的约束。

3. 上海自贸区应当率先尝试构建投资者-东道国投资争端的特设仲裁机制。特设仲裁又被称为临时仲裁,与机构仲裁相比具有更大的灵活性与针对性,有关仲裁的程序规则、仲裁员的选任以及适用的法律均由争端主体协商确定,不受相关国际条约的强制性条款约束,美国BIT范本也允许投资争端主体选择特设仲裁解决争端。在设计特设仲裁机制时,可将其作为一种补充的争端解决手段。例如可以要求投资争端主体首先用尽我国国内的行政和司法救济,如果通过国内救济仍无法解决争端的情况下,则可以通过协议将争端提交仲裁解决。当然,在自贸区内构建临时仲裁机制,不仅需要突破我国现行立法的既有模式与做法,修改或调整我国的相关立法,而且还要深入研究投资者-东道国争端解决特设仲裁的国际实践,总结经验,从而确保这一机制在自贸试验区的成功实践。

[30] 参见上海自贸区法庭庭长包蕾在复旦大学上海自贸区法研究中心与上海市法学会国际法研究会联合主办的“上海自贸区法治与国际法研究”研讨会上的发言。参见《上海自贸区法庭中涉区民商事纠纷新难问题》《上海自贸区法研究与动态》2013年第12期。

[31] 参见前引[12],徐崇利文。