

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2022.03.006

中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制” 机制研究^{*}

何悦涵

(大连海事大学法学院, 大连 116026)

摘 要: 在 RCEP 生效诸方利好与协定 ISDS 机制缺失的矛盾背景下, 成员方中国与澳大利亚及双方签订的中澳 FTA 再引热议, 焦点集中于中澳 FTA 下投资争议解决的“联合控制”机制。该机制是通过将东道国公共利益措施的认定权交由缔约国双方的方式来平衡东道国与投资者及投资母国利益, 突出保障东道国监管自主权, 实现缔约国的可持续发展。但现实中, 中澳 FTA 下投资争议解决的“联合控制”机制在对东道国公共利益措施定性定量两方面存在困境。为纾困破局, 缔约国应以动态的、发展的视角对东道国措施进行定性分析, 将东道国预防性政策与行为纳入公共利益措施范畴, 增添“必要且适当”条款, 参考行政法中的比例原则并依据国际习惯法对东道国措施的合理性进行定量分析, 最终将机制复刻至 RCEP 中。

关键词: 中澳 FTA; 公共利益; “联合控制”机制; 投资者—国家争议解决机制; RCEP

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2022)03 — 0089 — 12

一、问题的提出

2022年1月1日备受瞩目的《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)正式生效, 成员国可分为东盟成员国与非东盟成员国两个阵营, 前者包括新加坡、泰国、越南等6国, 后者则为中国、日本、新西兰、澳大利亚等4国。RCEP的生效又一次将中国与澳大利亚在贸易、投资等领域间的交流与合作提升至新的高度, 也使得二者于2015年签订的《中国和澳大利亚自由贸易协定》(Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China, 以下简称中澳FTA)重回公众视野。中澳FTA投资章节的创新机制——投资争议解决缔约方“联合控制”机制再次被提及, RCEP的生效为该机制存在的必要性、优越性以及桎梏和对策研究提供了新的思路。

事实上, 中国与澳大利亚近年来的外交关系龃龉不断, 而这并非一夕之变。2018年8月澳大利亚禁止华为、中兴参与澳大利亚5G网络建设, 成为首个公开封禁华为的

^{*} 基金项目: 本文受辽宁省哲学社会科学规划基金“辽宁自贸区多元化争议解决机制运用区块链的问题研究”项目(项目编号: L20AFX005)的资助。

国家。^①2020年4月澳大利亚又成为第一个要求对新冠肺炎疫情起源进行独立调查的国家（雅克，2021），随后澳大利亚在香港国安法等敏感问题上接连发表不友好言论并推出针对性政策。此外，截至2020年12月，澳大利亚针对中国产品发起的反倾销、反补贴调查多达106起，而中国对澳大利亚产品发起反倾销、反补贴调查总共只有4起，^②对比明显。澳大利亚的这一系列操作直接影响了两国经贸合作，加之新冠肺炎疫情对全球对外投资的干扰，使两国双边投资也大幅下滑。据统计，2020年中国对澳大利亚直接投资9.7亿美元，^③对澳投资较前一年下降61%，创6年来新低，有10笔中国投资因国家安全的原因在澳大利亚受阻（李司坤，2021）。

在这种外因作用的裹挟下，中国与澳大利亚之间国际投资争议不断，并且这种争议在涉及国家安全、公共利益等方面尤甚。据报道，目前已有多位澳大利亚投资者向安德慎律师事务所寻求建议，欲对中国政府提出国际投资仲裁（Djanic，2020）。RCEP生效虽会对两国彼此间国际投资起到提振作用，但在中美激烈竞争背景下，RCEP并不能改变美国盟友对中国存在敌意的事实（张晓君和曹云松，2021），因此具体效果还未可知。而RCEP本身对投资者—国家争议解决（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）机制并未有所规定。中澳FTA下的ISDS机制在未来一段时间内仍将是中澳双方解决投资者与国家直接投资争议的首选。中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制如何在投资者与东道国之间完成利益再平衡，以及该机制关于东道国行为定性依据与定量要求被质疑问题如何解决，仍具有较大的研究空间。

二、中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制的必要性

中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制的设立本身具有其他投资协定不具备的优越性，无论对于投资者亦或东道国，其在节约争议解决成本、保护东道国政策自主权以及利益平衡等方面都走得更远。同时，这种优越性又因其存在于中澳FTA之间而被放大化，这与中国和澳大利亚国情以及在国际所处地位密不可分。

（一）机制内涵

中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制分为三个层次，即前提条件、运行过程和结果处理。机制触发的前提条件是投资者针对东道国损害行为提起争议解决诉求，接着东道国政府声明其行为是为了“实现公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共福利目标而采取的非歧视性措施”。^④在机制运行过程中，投资者首先提出质疑。其后东道国于30日内发布“公共福利通知”，该通知应详陈政府认定

① 澳大利亚禁止华为供应5G网络设备,英媒:整个行业受到了惊吓[EB/OL]. <http://www.cankaoxiaoxi.com/finance/20180823/2315104.shtml>.

② 2020年12月15日外交部发言人汪文斌主持例行记者会[EB/OL]. http://new.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/202012/t20201215_5419635.shtml.

③ 中国和澳大利亚贸易和投资简况[EB/OL]. http://fta.mofcom.gov.cn/article/rcep/jmsj/202111/46121_1.html.

④ China-Australia FTA, 2015, Art. 9.11.4.

该措施可列入索赔例外的原因,对象为投资者与投资母国。嗣后仲裁被暂停,并触发 90 日的缔约国双方磋商期。^①就机制运行结果而言可分为两类:一是缔约国双方认定东道国措施符合协定关于公共利益目标,该决定对投资者—国家仲裁庭具有约束力,嗣后裁决应以此为依据;^②二是缔约国双方未达成合意,则该争议仍提交至投资者—国家仲裁庭。仲裁庭不得因被诉国未发布某一公共福利公告,或者缔约方未能就被质疑措施是否属于例外范畴做出同一决定而进行不利推断。^③

(二) 设置背景

明晰中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制的设置背景,能够为剖析其存在的合理性与必要性提供基础。分析中澳 FTA 缔约初衷,尤其对中国与澳大利亚不同情况的剖析,能够为“联合控制”机制的存在提供缔约国初始考量的参考,寻求机制设置根源所在,明确机制在何种方向具有存在的应然性。

对于中国、澳大利亚以及中澳 FTA,Picker (2018) 曾形象地用拳击比赛中的两种术语进行描述,即“正当攻击”和“以小博大”。^④

前者“正当攻击”指代中国在国际经济法律秩序中身份的转变。在国际经济法律秩序中,中国已由秩序旁观者转变为秩序遵守者,并向秩序制定者转变。一方面,在过去,观察者们囿于阵营、背景等的不同,对于中国的分析都是建立在“冷眼旁观”的角度,中国是被排除在可接纳范围之外的(Webster, 2015);另一方面,过去中国因为发展阶段等原因,也确实曾存在诸多与国际经济法律秩序格格不入的情况。因此,不论中国采取了什么措施、是否遵守规则,都会被冠以“不守规矩”的名号。然而,如今中国随着实力与规则意识的增强,充分意识到国际投资新规则对企业对外投资的影响深远且具有复杂性(郑燕霞, 2021),故而中国现已成为一个规则追随者而非规则破坏者(Picker, 2018),其所实施的行为已可称为“正当攻击”。

后者“以小博大”强调澳大利亚体量与实际影响力的不相匹配,澳大利亚以“小体量”形成“大影响”。单纯就国际贸易理论而言,澳大利亚这个人口少、宜居面积小的国家甚至略微偏离重要贸易线路,理论上上并无可能成为重要经济强国。但澳大利亚凭借其资源等优势成为了国际上不可忽视的经济体。从其参与创建国际贸易组织和关税及贸易总协定,到创建凯恩斯集团(Gallagher, 1988),再到作为“五国集团”之一频繁参与多哈回合(Blustein, 2009),澳大利亚以“小体量”参与了国际经济法律秩序的建设。因此,其被称为“以小博大”的典型。

① China-Australia FTA, 2015, Art. 9.11.5-9.11.6.

② China-Australia FTA, 2015, Art. 9.18.3.

③ China-Australia FTA, 2015, Art. 9.11.8.

④ 此处原文为“Australia, China and ChAFTA: Punching above Both Belt and Weight”。前者“punch above the belt”可翻译为“正当攻击(腰带上方攻击)”,源自拳击比赛术语“punch below the belt”,本意为“腰带下方攻击(在拳击比赛中这是不允许的)”,也就是“不正当的攻击”,此处作者进行了修改,使用了反义短语;后者“punch above your weight”可翻译为“以小博大”,源自拳击比赛术语,本意为“能和高于自己重量级别的对手较量”,现在描述一个小国家的实力堪比大国,或者一个人能做超越自己能力范围的事情。

如此两个充斥着矛盾性、需要重新审视在国际经济法律秩序中作用的国家，相互签订的 FTA 在国际投资争议解决方面的考量也是复杂的：一方面，双方都希冀在规则制定上有所突破，形成可复制可推广的新范式；另一方面，在面对 ISDS 机制改革时双方又较为保守，甚至澳大利亚在两次菲利普·莫里斯案后有意向放弃 ISDS 机制。在此情形下，“以小博大”的澳大利亚和“正当攻击”的中国都选择在延续 ISDS 机制的基础上，对某些敏感领域有所保留，使解决特殊问题的主体由第三方回归深谙缔约时利益取向的缔约国双方，改变协定缔约双方与权利义务双方失契的状况（何悦涵，2020），“联合控制”机制应运而生。

（三）运行优势

1. 实现国际投资可持续发展

可持续发展的概念源于但不局限于环境法，它要求社会的发展本身，应当是满足当代人需要的同时不危及后代人满足其需要的能力的发展（斯赫雷弗，2010）。可持续发展的要求应当贯穿于国际社会的方方面面，无论是国家自身的经济、政治，抑或是国家间的经贸往来，都应当以发展的可持续性作为制定标准、采取措施的根本准则。它作为国际社会的核心价值已为当代国际法所认可（斯赫雷弗，2010）。

推至国际投资领域，保证投资行为符合国家可持续发展的需要是重要目标。这一点无论对于东道国引入外资还是投资母国对外投资都极为必要。尤其当投资者在东道国进行投资行为时，不能违反该国为保护环境、健康、公共秩序等合法公共利益目标而设置的相关法律规定。当发生投资争议时，适用的争议解决方式也应当是在充分考虑可持续发展要求的前提下被制定出来并为国家所接受和遵守。国际投资协定作为承载可持续发展与国际投资相结合的载体，自然也应当满足这一价值要求。

对此，联合国贸易和发展会议（UNCTAD）曾多次在报告或相关文件中阐明其重要性行动方案。《2021年世界投资报告》回顾了对可持续发展目标的投资，并提出在2030年之前增加可持续发展目标投资需要全球共同努力（UNCTAD，2021），《2016年世界投资报告》强调以可持续发展为导向的国际投资协定体制改革已进入国际投资决策的主流（UNCTAD，2016），《2012年世界投资报告》提出了可持续发展导向的国际投资协定改革目标（UNCTAD，2012）。

然而目前国际投资发展的现状与可持续发展的要求相去甚远，投资争议解决问题尤甚。在国际投资早期实践中，投资规则的制定者多为实力强大的发达国家，投资者也多来自发达国家。这些国家手握话语权，自然更加关注自身的利益，国际社会保护的重点倾向于投资者群体。投资者被赋予提起仲裁的权利，东道国只能作为被诉主体成为仲裁当事国，其国家经济利益被破坏，更遑论对于可持续发展目标的追求。对于东道国而言，必须尽可能地采取措施来保护外国投资者的利益，否则就将面临国际仲裁庭的裁判（张光，2017），而对于东道国投资环境的破坏又反过来不利于投资者从事投资活动，这种对东道国的不友好对于双方主体来说都无益于投资往来的正常发展。

在前述可持续发展危机背景下,从国家层面强化外国投资管制权是化解危机的有效途径之一,这种途径投射于中澳FTA中便体现为“联合控制”机制的设立。“联合控制”机制通过将有关于公共福利措施争议解决的决定权交由缔约国双方,使得东道国能够最大程度地行使话语权,不至于动辄被直接诉诸仲裁庭并开始冗长的仲裁程序。在这种情况下,东道国在公共福利领域的利益被充分保障,从而有助于实现经济与社会全面可持续发展。由此一来,东道国的可持续发展所带动形成的良性的、健康的投资环境对于外国投资者而言也将大有裨益。而投资者母国从国家层面的磋商参与,也能够避免东道国保护矫枉过正,即过分强调东道国可持续发展利益而忽视对于投资者最基本的保护。

总之,“联合控制”机制是中国与澳大利亚在分析现有投资争议解决方式的可持续发展危机基础上形成的,它最根本的价值追求便是推动缔约国经济与社会良性可持续发展,从而推动中澳双方的投资进程。

2. 兼顾中国的双重主体身份

中国已顺利完成由单纯资本输入国,向输入与输出力量并驾齐驱的新型投资大国的转型。据UNCTAD对2020年全球的国际投资情况数据统计,中国对外直接投资稳定在1330亿美元,成为全世界最大的投资国,同时吸引外资额继续增长,同比增幅为6%,达1490亿美元(UNCTAD, 2021)。此前,中国还曾高居2017~2019年度最被投资促进机构看好的投资母国榜首,并位列跨国公司最有可能投资的东道国排行榜第三(UNCTAD, 2017)。双重主体身份的转变使中国开始重视投资协定在缔结时的利益平衡问题,尤其是ISDS机制的设置。

虽已完成蜕变,但事实上由于中国对外投资起步较晚,东道国与投资母国的身份转换落后于许多发达国家,故而在发达国家建立和主导的国际投资秩序中显得有些“步履沉重”。如何在“逆势发展”的国际投资大环境下建立与中国投资实际情况相配套的争议解决机制便成为了亟待解决的问题。而这一问题也随着中国这一国际投资新兴力量面临愈来愈多投资争议而变得棘手不已。

截至2022年3月,中国投资者(包含中国香港地区与中国澳门地区)提起国际投资仲裁案件19余起,中国作为东道国所涉案件9余起。^①其中,中国投资者提起仲裁的结果并不都尽如人意,著名的平安诉比利时案、北京首钢诉蒙古国案等均以失败告终。在面对争议方为一国政府时,即使规模庞大如中国平安保险集团,也都难逃失败命运。同时也应注意到,中国近年来作为东道国也依然面临被诉风险。虽然依桂兰公司案与安城公司案以和解或获胜的方式告终,但耗费的时间与仲裁成本也相当可观。而从2017年中国作为东道国被诉的第三起案例海乐·西亚泽公司案开始,多起案件也都处在仲裁程序中,可以预想过程将很漫长。

^① 根据ICSID、PCA以及IA Reporter等官网信息整理而得。鉴于仲裁案件的保密性特点可能存在未被披露案件,则该数据也未纳入统计范畴。

中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制的设计便以此背景为考量,力图为争议解决控制成本,避免仲裁庭过分干预。一方面,强化投资母国的话语权。作为私人投资者,即使是通过中立第三方仲裁的方式也不易与一个国家政府相抗衡。虽然国际社会普遍认为投资者存在滥用 ISDS 机制的问题,但这种看法与中国实际情况存在一定偏差。在这种现实背景下,于争议解决初期提升投资母国地位,增加母国的话语权,在投资者—国家仲裁庭设立之前加入投资母国与东道国就公共利益措施的联合磋商环节,并认定磋商形成的结论对仲裁庭具有约束力,这种“联合控制”机制是必要且符合中国国情的。另一方面,保证东道国的规制权。虽然中国对外投资的步伐不断加快,但作为发展中大国,中国通过东道国身份引入外资发展经济的趋势依然明显,而因此引发的投资争议也必然有增无减。因此,设置“联合控制”机制是具有现实意义的,它可以通过缔约国双方对争议做出的联合决定规避投资者的滥诉行为,保护中国在环境、公共安全等领域的正当权益,使中国能够实现可持续发展的根本目标。

三、“联合控制”机制的困境与纾困

中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制能够体现中国与澳大利亚缔约时保护可持续发展利益的诉求,也契合双方兼具投资母国与东道国双重身份的特征。但“联合控制”机制存在现实困境,即东道国与投资母国在脱离经验丰富的仲裁庭的情况下,如何确定东道国的措施是否符合社会公共利益这一准则,并且这种措施是否合理。而摆脱这一困境才能使机制运行更为顺畅。

(一) 新的需求:新冠肺炎疫情下“联合控制”机制亟待完善

正常情况下,涉及公共利益的争议会随社会发展而逐渐增加,这与经济发展阶段更迭、国家间经贸往来层次变化以及对可持续发展认知水平的提高有关。就这一角度而言,对中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制的研判本可缓慢推进。

然而,新冠肺炎疫情的出现打破了公共利益争议增幅的平缓态势。新冠肺炎疫情与社会公共利益密不可分,疫情的肆虐使得公共利益争议的数量激增,甚至还伴随着荒谬性案件的频发情况。自 2020 年以来新冠肺炎疫情对全球经济、政治以及国际关系等都造成了不可逆的强损伤,国际投资也未能幸免于难。在各国经济损失因疫情不断攀升的情况下,国家间关系也呈现岌岌可危的态势,甚至出现了 2020 年 4 月 21 日美国密苏里州因新冠肺炎疫情诉中国政府^①、2020 年 5 月 12 日美国密西西比州因新冠肺炎疫情诉中国政府^②等奇葩案例。两年后的 2022 年开年,情况并没有出现好转,2022 年 1 月 5 日立陶宛政府以“国家安全利益”为由命令国有铁路公司禁止与中资持有企业 Puentes y Calzadas Infraestructuras 签约。^③

^① *State of Missouri v. People's Republic of China et al*, 1:20-cv-00099.

^② *State of Mississippi v. People's Republic of China et al*, 1:20-cv-00168-LG-RHW.

^③ 立陶宛配合美国长臂管辖,禁止国有公司与中资企业签约[EB/OL].<https://sputniknews.cn/20220106/—1036976300.html>.

新的需求带来新的责任,“联合控制”机制的存在不但具有了更强的现实意义,同时也预示着其弊端将更频繁地暴露。致力于实现可持续发展目标的“联合控制”机制能够为其他投资协定所借鉴,用以解决例如新冠肺炎疫情这类重大社会事件带来的公共利益争议。瞬息万变的疫情态势可能使东道国采取更多样的措施,由此引发新型公共利益争议。而缔约国联合解决争议的效果,如同木桶效应所描述的,实际上取决于其短板即缺陷程度。如果无法延长短板,破除对东道国行为定性与定量标准的质疑,则原本能够妥善解决的中澳间投资争议会增加不必要的解决成本,或对第三国起到不良的示范作用。因此,新冠肺炎疫情下“联合控制”机制亟待完善。

(二) 现实困境:对东道国行为定性与定量的质疑

中国与澳大利亚各自关于公共利益措施涉及的国际投资争议是存在的,例如澳大利亚菲利普·莫里斯公司诉乌拉圭案中,^①投资者认为东道国公共卫生部的健康政策侵犯其知识产权;又如新加坡亚化集团诉中国案中,投资者对中国政府因“公共利益考虑”拒绝其采矿权续期申请提出质疑并申请仲裁(Charlotin, 2021)。然而截至目前,鉴于中澳FTA提起的国际投资仲裁除前文提及澳大利亚投资者的初步意向外,并无实质案例,更遑论实际适用“联合控制”机制的情况。因此,对于机制可能存在的问题只能基于对条款的分析进行前瞻性研究。

在中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制中,有两方面内容需要预先考量:对东道国行为定性的质疑以及对东道国行为定量的质疑。前者指的是在确定了有关公共健康、安全、环境等公共利益措施的定性权利由缔约双方享有时,如何认定这一措施是满足协定第9.11.4条所陈列的几项目标的?换言之,认定的标准是什么,又是如何科学地确认并能够形成第三国的示范效应呢?后者则有双重所指,一是“联合控制”机制并未提及涉及东道国社会公共利益措施合理性问题由缔约双方决定;二是如果归于缔约国双方,则同定性问题类似的是,在满足保护公共健康、安全等目标的情况下,如何认定东道国措施是否与目标成比例?

1. 东道国措施定性标准存疑

中澳FTA第9.11.4条对于公共健康、公共道德等目标仅仅是抽象型的描述,并未对属于该目标的措施进行列举。这将导致缔约国双方需要通过多种方式对东道国措施进行定性,并且不可避免地具有一定的自由裁量性。问题接踵而至:

从纠纷主体角度分析,缔约国的专业性是存疑的。虽然在敏感领域规避了仲裁庭作为第三方的参与,但缔约国双方作为非专业性主体如何认定措施符合公共利益目标?例如在OIEG公司诉委内瑞拉案中,^②仲裁庭认为委内瑞拉政府的行为虽以实现内生发展为目的,但无法证明其保护食品安全的目标。这一认定过程是复杂且专业的,

^① Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7.

^② OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25.

需要基于一系列的长期调查与论证,这对于缔约国而言具有一定难度。尤其是如果涉及科学的认证标准问题,缺乏仲裁庭丰富经验的缔约方如何使认定结果得到投资者与东道国双方的满意?

从公共利益措施自身角度剖析,措施的性质、更替以及是否隶属于宏观计划等问题都存在值得研判之处。

具体而言,面对新冠肺炎疫情这类已经延续一定时间的、大概率会对公共利益造成影响的情况,东道国若采取预防性措施并对投资者造成损失,例如能源公司可能会被要求降低消费者价格或完全暂停收费,最终使得外国投资者经营的企业被迫停止交易和运营,其供应被征用或被国有化(Paddeu & Parlet, 2020),那么这种预防性措施是否也满足中澳FTA第9.11.4条目标,这是需要预设的问题。

在预防性措施隶属范畴被确定后,动态措施定性又将成为焦点。公共利益措施是不断更新的,即使面对相似的情境,东道国采取的措施都可能并不相同。这种动态的措施应当如何认定是缔约国需要考量的问题。以新冠肺炎疫情为例,即使疫情已经被认为是不可预见或不可抗拒的事件,但随着不同国家或地区对疫情认知加深或愈加习惯,对疫情影响的评估也在动态变化(Tan, 2021),这将导致对于东道国措施是否依然能够被定性为“为了公共利益”的评价发生改变,因此需要进行预估。

另外,当东道国采取的“一揽子计划”中的某一项对投资者造成影响(Diamond, 2020),缔约国双方应对“一揽子计划”全盘进行评估,抑或只针对该计划进行研判,并得出东道国措施是否符合公共利益目标的结论?这也是悬而未决的问题。在CMS公司诉阿根廷案中,^①仲裁庭对阿根廷一系列措施采取了较为宽松的认定标准,这一定程度上也促使阿根廷于2020年“故技重施”,出台包括60项措施的一揽子政策方案。^②中国与澳大利亚采取同阿根廷类似措施可能性较小,但“联合控制”机制可能推广至其他投资协定中,因此这一问题也需要考量,既有实践经验能否为缔约国所借鉴值得商榷。

2. 东道国措施定量标准存疑

如前所述,对中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制中定量标准的质疑是针对两方面问题提出的,一是“必要且适当”要求的缺失,二是缔约国如何认定东道国采取的公共利益措施是唯一且最优的。

第一,中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制只规定东道国措施的目标应当是为了合法公共利益目标。换言之,关于东道国措施的定性问题被交由缔约国双方于争议产生初期分析与研判,并对仲裁庭具有拘束力。然而,关于措施是否“必要且适当”的问题却并未提及。一旦投资者与东道国间发生公共利益措施争议则可能产生两种结果:一是措施被缔约国认定为不符合公共利益目标,二是行为符合公共利益目

^① *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8.

^② 阿根廷政府将出台一揽子政策应对疫情冲击,涉及就业、解决城市化问题等多方面[EB/OL]. <http://m.news.cctv.com/2020/07/26/ARTIRxoBby2z5mXYKDopptwy200726.shtml>.

标,但进一步产生新的争议——这种措施是否符合“必要且适当”标准?对于后者,极易在双方之间形成新的矛盾,而这一矛盾依照既有条款仍将被提交至仲裁庭。这无疑使得“联合控制”机制违背了缔约国双方的设置初衷,即规避敏感问题的第三方仲裁。

第二,假设“必要且适当”问题也由缔约国双方确认,则东道国行为的合理性应当如何确认需要同时考虑。在新冠肺炎疫情下,为了保护公共健康等公共利益目标,东道国采取的“一揽子计划”可能效果良莠不齐。如何确认其中的某项或某几项措施与保护公共利益的宏观目标相契合也是亟待解决的问题。即使缔约国确认东道国行为存在可替代措施并能够降低风险以及对投资者的损害,这些替代措施是否与东道国宏观经济政策相匹配?或者是否性价比最高的措施?这一系列关于东道国措施程度的定量问题也在寻求合理的应对策略之列。

(三) 纾困之策:东道国行为定性与定量问题的因应

面对中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制既有或可能存在的定性与定量问题,纾困之策也应当分别确定。虽然目前中国与澳大利亚之间还没有依据中澳FTA提起的国际投资争议解决案例,但已有前述澳大利亚投资者咨询有关争议解决建议的前车之鉴。因此应未雨绸缪完善“联合控制”机制,使其实现保护东道国公共利益政策规制自主权,以及维护本国投资者正当权益的平衡作用。

1. 纾解定性标准困境的路径

在破除缔约国对于东道国公共利益措施定性标准困境的过程中,无论是联合控制的实际参与主体,还是具体定性依据与方式,都需要事先明确。

解决解纷主体专业性问题应当致力于寻求参与磋商主体多样化。在缔约国双方政府并非争议解决专业主体的情况下,应当将参与缔约的专家纳入磋商范围,因其深谙中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制乃至协定整体的缔约初衷与方向,能够在争议解决陷入僵局时从宏观的、原则性的角度提供思路。在缔约专家之外,还可引入具有国际背景与实践经验的从业者、专家学者,保证从理论到实践全领域的覆盖。另外,毕竞争议发生于投资者与东道国之间,应当允许投资者以当事方的身份参与磋商,防止争议提交缔约国双方政府可能对投资者这一相对弱势群体造成利益减损。

而从公共利益措施自身维度看,适当放宽尺度,灵活地、宏观地对公共利益措施进行定性将事半功倍。

具体而言,东道国的预防性措施也应当纳入认定范围。在对新冠肺炎疫情这类涉及公共利益问题的认知不断加深过程中,当东道国通过横向(世界各国情况)与纵向(本国不同时期)的分析与研判,明确疫情可能造成公共利益损失而采取预防性措施时,此类措施应当被缔约国列入正当目的范畴。但东道国应当提供充分的证据与分析报告,以供缔约国参考。

在此基础上,灵活地研判情势变化也至关重要。面对以新冠肺炎疫情为典型代表

的动态局势变化,即使发生公共利益投资争议的情形相似甚至相同,缔约国磋商与研判时亦不可机械地参考既有判例。同样在新冠肺炎疫情背景下,不同阶段东道国采取的措施也不甚相同,对投资者造成的损害程度以及是否符合公共利益保护目标也未必雷同,因此需要缔约国进行个案分析。

此外,东道国采取的“一揽子计划”中可能存在个别措施“误伤”投资者,甚至合理宏观经济政策下掺杂不合理规定的情况。因此,缔约国双方的磋商以“大环境+个案情况”分析为优,既不孤立看待某一措施从而形成错误的定性结论,也不因过分偏颇东道国全局而以伤害投资者为代价。

2. 纾解定量标准困境的路径

关于中澳FTA下投资争议解决“联合控制”机制的两个定量标准问题,实际是解决“必要且适当”要求缺失以及确认东道国措施是否合理的问题。

第一,增添“必要且适当”要求。虽然无法获悉中澳FTA缔约时为何未将东道国公共利益措施的定量控制权也一并赋予缔约方,但参考既有与国际投资有关的协定可知悉,许多新近协定中已包含对措施“必要且适当”的要求,^①因此在对中澳FTA进行下一轮修订时对“联合控制”机制的表述应当变更为:“一方采取的非歧视的和出于公共健康、安全、环境、公共道德或公共秩序等合法公共利益目标的必要且适当的措施。”若无法短期内对中澳FTA形成新的修订版,则可通过中国与澳大利亚双方发布具有拘束力的共同声明或解释的方式完成。^②

第二,对东道国措施合理性的认定参考适用国际习惯法。对于东道国根据“一揽子计划”实施的行为,如果其中某项或多项损害投资者权益,则可以在参考中澳FTA有关例外措施规定的基础上,结合国际习惯法这一国际法渊源进行磋商与判断。这其实并非个例,著名的阿根廷经济危机案便运用了国际习惯法作为辅助以判定其侵害行为是否正当。^③在面对有关新冠肺炎疫情等公共利益投资争议时,缔约国还可参考行政法所遵从的比例原则,斟酌东道国行为在保护本国公共利益与为投资者提供安全的投资环境之间是否做到了平衡,其损害行为是否存在替代措施,能够实现在不减损投资者利益的情况下维持本国利益与秩序稳定的目标。

① 例如2021年RCEP第10.15条规定:尽管有第十七章第十三条(安全例外)的规定,本章的任何规定不得解释为:(一)要求一缔约方提供或允许获得其确定披露会违背其基本安全利益的任何信息;或者(二)阻止一缔约方为下列目的适用其认为必要的措施:1.履行其维持或恢复国际和平或安全的义务;或者2.保护其自身根本安全利益。又如2010年《中华人民共和国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》第6条规定:在特殊情况下,当从第三国流入的资本或向第三国流出的资本引起或者威胁引起严重的收支失衡,任一缔约方可以暂时对转移采取保障措施,只要这些措施是必要的,并且是以公平的、非歧视的和诚信的方式做出。这些措施在任何情况下不得长于6个月。

② 参见《美国—墨西哥—加拿大协定》(The United States—Mexico—Canada Agreement, USMCA)关于自由贸易委员会出具联合解释的规定(USMCA, Art.14-D-9, Art.14-D-10)。

③ 阿根廷经济危机案中的一些争议是根据联合国国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款草案》第25条裁决的,该条规定:1.一国不得援引危急情况作为理解除不遵守该国某项国际义务的行为的不法性,除非:(a)该行为是该国保护基本利益,对抗某项严重迫切危险的唯一办法;而且(b)该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国或整个国际社会的基本利益。2.一国不得在以下情况下援引危急情况作为解除其行为不法性的理由:(a)有关国际义务排除援引危急情况的可能性;或(b)该国促成了该危急情况。

四、结语：对 RCEP 借鉴“联合控制”机制的展望

中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制对于保护投资者、强化东道国监管自主权以及提升投资母国在国际投资争议解决中地位等三方面都大有裨益。作为 RCEP 的缔约方，中国与澳大利亚为 ISDS 机制创设的“联合控制”机制是一种新颖的、可推广的新机制，应该能够为 RCEP 所吸纳。

如开篇所述，RCEP 目前并未设置 ISDS 机制。缔约国投资者在面临东道国损害行为时，依然需要依据成员彼此间签订的与投资有关的协定来处理国际投资争议。但由于 RCEP 为 ISDS 机制留下了两年磋商期，^①因此在后续谈判过程中中国可着力推进“联合控制”机制引入 RCEP 的进程，这也是提高中国国际经济法规制定话语权的有利机遇。

退一步分析，对 RCEP 缔约国而言，在 ISDS 机制谈判期内或两年期满未能就 ISDS 机制设定达成一致意见的情况下，彼此间的国际投资协定也可引入中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制。事实上，短期内在如此量级区域伙伴间形成符合所有成员方利益诉求的 ISDS 机制存在极强的阻力。因此，推进既有投资协定变革进程，借鉴并解决前述提到的东道国行为定性与定量标准问题，最终将中澳 FTA 下投资争议解决“联合控制”机制内化为符合本国定位的新机制，是各国的不二之选。

参考文献

- [1] 何悦涵. 投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开[J]. 法商研究, 2020(4):144.
- [2] 李司坤. 中国对澳大利亚投资“断崖式下降”[N]. 环球时报, 2021-03-02.
- [3] 马丁·雅克. 应发起对西方抗疫失败的国际调查[N]. 环球时报, 2021-08-03.
- [4] 尼科·斯赫雷弗. 可持续发展在国际法中的演进: 起源、含义及地位[M]. 汪习根, 黄海滨, 译. 北京: 社会科学文献出版社, 2010.
- [5] 张光. 论国际投资协定的可持续发展型改革[J]. 法商研究, 2017(5):162.
- [6] 张晓君, 曹云松. RCEP 区域投资机遇下的风险与应对[J]. 国际商务研究, 2021(5):17.
- [7] 郑燕霞. 国际投资新规则对我国企业创新能力的影响研究[J]. 上海对外经贸大学学报, 2021(3):103.
- [8] Blustein, P., *Misadventures of the Most Favored Nations: Clashing Egos, Inflated Ambitions, and the Great Shambles of the World Trade System*, New York: Public Affairs, 2009.
- [9] Charlotin, D., Creation of Giant Panda Park Prompts Treaty-based Arbitration against China. (2021-01-15). <https://www.iareporter.com/articles/china-faces-treaty-based-arbitration-claim-prompted-by-wildlife-conservation-measures/>.
- [10] Diamond, J. N., Pandemics, Emergency Measures, and ISDS. (2020-04-13). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/13/pandemics-emergency-measures-and-isds/>.
- [11] Djanic, V., Australian Exporters Contemplate Treaty-based Claims against China. (2020-12-17). <https://www.iareporter.com/articles/australian-exporters-contemplate-treaty-based-claims-against-china/>.

^① RCEP 第 10.18 条规定：一、缔约方在不损害其各自立场的前提下，应当就下列事项进行讨论：（一）一缔约方与另一缔约方投资者之间投资争端的解决；以及（二）将第十章第十三条（征收）适用于构成征收的税收措施，在不迟于本协定生效之日后的两年进行讨论，讨论结果须经所有缔约方同意。缔约方应当在第一款所提及的讨论开始后三年内结束讨论。

- [12] Gallagher, W.P., “Setting the Agenda for Trade Negotiations: Australia and the Cairns Group”, *Australian Outlook*, 1988, 42(1):3-8.
- [13] Paddeu, F. and K. Parlett, COVID-19 and Investment Treaty Claims. (2020-03-30). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/30/covid-19-and-investment-treaty-claims/>.
- [14] Picker, C., H. Wang and W. Zhou, *The China-Australia Free Trade Agreement: A 21st-century Model*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018.
- [15] Tan, T., SIAC Congress Recap: The Multi-Million Dollar Question-Will the Pandemic and Governments’ Response to it Lead to a Spike in Investor-State Arbitrations? (2021-09-12). <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/12/siac-congress-recap-the-multi-million-dollar-question-will-the-pandemic-and-governments-response-to-it-lead-to-a-spike-in-investor-state-arbitrations>.
- [16] UNCTAD, World Investment Report 2021-Investing in Sustainable Recovery, 2021.
- [17] UNCTAD, World Investment Report 2017-Investment and the Digital Economy, 2017.
- [18] UNCTAD, World Investment Report 2016-Investor Nationality: Policy Challenges, 2016.
- [19] UNCTAD, World Investment Report 2012-Towards a New Generation of Investment Policies, 2012.
- [20] Webster, T., “China’s Implementation of WTO Decisions”, in L. Toohey, C. B. Picker and J. Greenacre, *China in the International Economic Order: New Directions and Changing Paradigms*, New York: Cambridge University Press, 2015.

【作者简介】何悦涵：大连海事大学法学院博士研究生。研究方向：国际法。

Research on the Investment Dispute Settlement “Joint Control” Mechanism under the ChAFTA

HE Yue-han

(School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: The entry into force of RCEP and the lack of ISDS mechanism have led to a heated discussion on China, Australia and the ChAFTA. The most significant issue is the investment dispute settlement “joint control” mechanism under the ChAFTA. The mechanism balances the interest of the host country, investor and home country by handing over the identification right of public interest measures of the host country to both states. It also protects the regulatory autonomy of the host country and realizes the sustainable development goal of both states. There are two difficulties of the investment dispute settlement “joint control” mechanism under the ChAFTA, which are about both qualitative and quantitative aspects of public interest measures of the host country. In order to solve the problems, the state parties are supposed to analyze the measures of the host country from a dynamic and developmental perspective. Also, they should bring the preventive policies and behaviors of the host country into the scope of public interest measures. What’s more, they need to add the “necessary and appropriate” clause to it with reference to the principle of proportionality in administrative law and the customary international law. Finally, states parties are supposed to add the mechanism to RCEP.

Keywords: ChAFTA; public welfare; “joint control” mechanism; ISDS; RCEP

(责任编辑：马莹)