

拉美政治

## 巴西国际投资争端解决模式改革 及对中国的启示\*

唐妍彦

**内容提要：**“投资便利化”发展趋势越来越引起国际投资政策领域的热烈讨论，其原因是各个国家都期望利用“投资便利化”这一政策工具完善国内投资环境以吸引更多外国资本，并且通过良好的政策引导维持东道国与外国投资者可持续发展的国际投资关系。在这样的趋势下，对国际投资争端解决机制改革的呼声也日益高涨，因为目前双边投资条约中主要的 ISDS 争端解决模式过于偏向投资者保护的属性一直颇受争议。巴西在“投资便利化”发展趋势下对国际投资争端解决机制的改革提出了自己的方案，即投资争端解决三阶段模式。本文在“投资便利化”与国际投资争端解决机制改革的大背景下，阐述投资争端解决三阶段模式的具体运作方式，并分析巴西投资争端解决模式的优势与受到的质疑。最后，在阐明中国与巴西都是“投资便利化”政策工具支持者的立场下，论述了巴西投资争端解决机制中的投资争端预防模式对中国未来投资争端解决模式选择以及改革的启发。

**关键词：**投资便利化 巴西 国际投资 争端解决 争端预防

**作者简介：**唐妍彦，法学博士，广东外语外贸大学广东国际战略研究院研究员，国际治理创新研究院云山青年学者。

**中图分类号：**K14 **文献标识码：**A

**文章编号：**1002-6649 (2021) 02-0064-22

巴西是中国在拉丁美洲最重要的战略合作伙伴国家，丰富的自然资源与能源使其成为中国投资者青睐的投资目的地之一。<sup>①</sup>然而，顾虑到双边投资条约有可能对国家主权造成的限制，巴西一直对签订双边投资条约持保守态度，很长一段时间，巴西都是国际投资条约体系的“局外人”。<sup>②</sup>直到2015年，巴西以提高“投资便利化”为切入点，颁布了《合作与促进投资协定》（CFIA）示范法，旨在重新平衡东道国与投资者之间的权利和义务，为国际投资条约体系提供新的选择模式。其中的国家投资争端解决机制由于独特的制度设计，被寄希望于成为国际投资争端解决的另一个有效替代方案。中国与巴西同为新兴市场大国，同样对“投资便利化”作为促进投资的政策工具持积极态度，未来很有可能在“投资便利化”领域达成新的双边合作机制，因此巴西的新型国际投资争端解决模式值得我们重点关注。

## 一 投资便利化发展与国际投资争端解决机制改革

近年来，“投资便利化”成为国际投资政策制定过程中讨论的热门话题，在制定投资政策以及投资协定中，越来越多的国际组织和国家反复提及这一概念。根据联合国贸发会议（UNCTAD）对于投资便利化的定义，投资便利化是一系列旨在方便投资者建立和扩大投资以及在东道国开展日常业务的政策和行动。<sup>③</sup>具体来说，这些政策和行动应该以为投资者铲除投资障碍为原则，利用不同的制度设计来减少或消除投资者面临的障碍，包括提高投资措施信息的透明度和可预测性，增强政策环境的稳定性，简化和加快行政程序，为投资者提供更高效的管理程序，加强国际合作与信息共享以及争端预防等。其中，如何在“投资便利化”的背景下提高投资争端解决效率，改革现有的投资争端解决模式是各国关注的重点。在这一发展趋势下，巴西将“投资便利化”理念融入其最新的双边投资协定改革，尤其体现在其投资争端解决机

<sup>①</sup> 2009年，中国成为巴西第一大贸易伙伴、第一大出口目的地和第二大进口来源国。参见中国驻巴西大使馆：《2009年中国成为巴西最大贸易伙伴》，2010年1月15日。<http://br.china-embassy.org/chn/jmw/1651790.htm>。[2021-01-29]

<sup>②</sup> 魏丹、唐妍彦：《从国际投资规则的旁观者到引领者——巴西CFIA模式研究》，载《武大国际法评论》，2019年第5期，第64页。

<sup>③</sup> UNCTAD, “Investment Facilitation: A Review of Policy Practices, Follow-up to UNCTAD’s Global Action Menu for Investment Facilitation”, 23-24, February, 2017. [http://mddb.apec.org/Documents/2017/IEG/IEG1/17\\_ieg1\\_010.pdf](http://mddb.apec.org/Documents/2017/IEG/IEG1/17_ieg1_010.pdf)。[2020-5-25]

制的设计中，将“争端预防”作为争端解决的主要模式。

### （一）投资便利化发展历程与趋势

其实，投资便利化并不是新概念，早在20世纪90年代，亚太经合组织（APEC）就曾在菲律宾马尼拉通过了《亚太经合组织马尼拉行动计划》，提出了实现“茂物目标”（Bogor Goals）所需的贸易和投资自由化等便利化措施。经过近20年的发展，投资便利化在多边合作、双边协商以及国家单边层面均取得了一些成果，各个国际组织和国家在“投资便利化”上的主要经验大多来自于自愿原则以及确定指导便利化措施菜单，使国家当局可以选择执行这些原则和指南。

2010年UNCTAD发布的《世界投资报告》指出，当前投资政策趋势是进一步实行外国投资自由化及便利化。从投资便利化发展历程上看，投资便利化经过多边、双边以及单边三个层次的实践发展，目前一些成果仍然存在不足。从多边国际合作来看，在国际组织的主导下，一系列与投资便利化有关的原则以及标准已经达成了国际共识，取得了一系列很有影响力的法律文件，为提高东道国投资便利化设计了相关的监管行动、机构角色和行政程序，通过完善国内投资环境来降低外国投资者的投资成本，以吸引更多的投资者。例如，2008年APEC发布的《投资便利化行动计划》以加强成员国经济增长的竞争力和可持续性发展、改善成员国的投资环境为愿景，并在实现茂物目标方面取得进展。2016年，UNCTAD在《投资便利化全球行动手册》中再次强调投资便利化对于可持续发展和包容性增长的重要性，并列明促进投资便利化的行动清单，为国家和国际政策的需要提供了选择和方向。然而，作为国际政策工具，这些法律文件并没有法律上的约束力。各国可以根据其国情自愿选择是否遵守，这在提高国家投资政策制定灵活性的同时也增加了投资便利化发展的不确定性。因为无论是行动手册也好，多边对话也好，这些法律文件并不能立刻成为条约或国际习惯法。

从双边协商的层面上看，迄今为止，在现有的3300多个公布的国际投资协定中，除了便利投资人员进出和逗留的条款以及提高透明度的条款较为普遍之外，绝大多数投资便利条款要么不存在，要么规定比较薄弱。一般来说，国际投资协定很少包括积极的投资促进或便利化条款来有效地鼓励外国投资。相反，国际投资协定只通过保护投资来间接促进投资。投资便利化条款不像其他主要条款那样普遍，即使是经过了明确处理的条款也倾向于使用一般原则性语言。从新一代的双边投资协定来说，只有2015年巴西发布的《合作与

促进投资协定》将促进投资便利化当作其核心价值，通过帮助外国投资者了解东道国国内法律和监管措施以预防投资争端。从单边国家的角度来看，2010—2016年期间，全世界至少引入了194项新的投资促进和便利化政策，这些措施中约有80%涉及投资促进，例如新的投资激励措施、创建经济特区以及设立投资促进机构。只有约20%的国家政策措施专门用于投资便利化，例如为投资者建立一站式商店或在线注册系统。

2017年，UNCTAD分析了108个发达国家、发展中国家和转型经济体的111项国内投资法，发现仅20%的法律包含一站投资式服务，13%的法律包含透明度规则，1%的法律涉及争端预防规则。在所调查的国内投资法中，基本没有投资争端预防和解决的方法，只有一项设立监察员的法律规定，用于解决外国投资者的不满。虽然32个国家在其投资法中添加了争议各方的磋商和谈判条款，但这只是投资者启动仲裁程序的先决条件。由此观之，投资便利化措施在国家投资政策中的地位仍偏低，没有引起足够重视。总的来说，在双边和单边层面，有效落实投资便利化的政策还有很大的改进空间。而国际组织在国际层面颁布的投资便利化指南，尤其是UNCTAD的《投资便利化全球行动手册》，弥补了国际投资法本身的“碎片化”，填补了“投资便利化”系统性具体实施措施的空白，推动了关于“投资便利化”全球协调行动的讨论，加强了各国政府对以投资促进国家可持续发展的关注。

## （二）国际投资争端解决机制改革与巴西经验

在国际投资法律体系的发展中，投资争端解决机制一直充满争议，尤其是在国际投资协定中最常见的投资者—国家仲裁争端解决（ISDS）机制。从1959年德国和巴基斯坦签订双边投资条约开始，ISDS条款作为专门保护投资者权利的制度工具走进了大众的视野。然而，它却被学者评价为“世界上最有问题和最令人愤慨的司法系统”。<sup>①</sup> 它的支持者认为，ISDS为外国投资者提供额外的法律补救途径，可以提升投资者信心，为投资者保护切身利益提供了平台，帮助投资者避开东道国国内司法途径以抵御东道国主权或政治风险，并且其仲裁裁决能够被许多国家（以《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》或《承认及执行外国仲裁裁决公约》为依据）承认和执行。而反对者坚称，ISDS给予外国投资者更大的权利，对国内投资者来说是不平等

<sup>①</sup> Martin Khor, “The World’s Worst Judicial System?”, in *South Bulletin*, July 5, 2013. <http://justinvestment.org/2013/07/the-worsts-worst-judicial-system/>. [2020-05-21]

的，并且 ISDS 在一定程度上忽视东道国主权权益特别是管制权，并可能导致“监管寒意”。除了费用极其昂贵外，没有上诉机制可能导致即使仲裁裁决存在错误也无法纠正的情况出现，至于仲裁本身的透明度、仲裁员的独立性和公正性也备受质疑。因此，如果国内司法体系健全，能够为外国投资者提供高效、便捷的国内救济方式，ISDS 的存在是没有必要的。

ISDS 以保护国际投资者权益、维护其信心为目的，但却难以平衡投资者与东道国的权益关系。正是由于对 ISDS 负面影响的顾虑，玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉相继退出了国际投资争端解决中心（ICSID）；澳大利亚曾在发布的《贸易政策声明》中宣称，将不再在双边和区域贸易协定中纳入关于投资者与国家争端解决的规定；印度也开始审查其现有的双边投资协定，并暂停了所有双边投资协定谈判；南非也决定停止谈判新的双边投资协定并重新谈判现有的双边投资协定。在此背景下，ISDS 被投资者用作挑战东道国维护社会公共利益而行使管制权的工具，引起了关于 ISDS 正当性的大讨论，从而引发 ISDS 改革浪潮。

目前就国际投资争端解决改革的新发展来看，主要有两种改革模式：一是在 ISDS 现有制度基础上的制度完善，包括改善仲裁程序、提高透明度、引入上诉机构等；另外一种是在 ISDS 之外，试图发展出替代性的投资者争端解决方法，例如建立常设的国际投资法院，或完全采用国内司法救济等。在所有的改革中，巴西是一个特例，因为在国际投资协定方面，该国的经验在国际上从来都是独树一帜。长期以来，巴西是少数几个没有签订国际投资协定的主要经济体之一。在 20 世纪 90 年代，虽然该国签署了 14 项双边投资条约（BIT），但均未通过国会的批准。不过巴西仍是全球外国直接投资的第四大目的地。作为国际投资法制体系的局外人，尽管不存在有效的 BIT，但外资仍不断注入巴西。巴西对传统 BIT 模式多有顾虑的一个主要原因就在于，传统 BIT 所包含的 ISDS 争端解决机制涉嫌歧视国内投资者，并且存在压缩东道国有关社会公共利益监管空间的可能。但就在 2015 年，巴西颁布了《合作与促进投资协定》的模式范本，并与莫桑比克、智利、哥伦比亚、马拉维、墨西哥 5 个国家（第一批）成功签订 CFIA；2018 年又与埃塞俄比亚、圭亚那、苏里南签约（第二批）；2019 年再与阿联酋、摩洛哥、厄瓜多尔签订（第三批）；2020 年与包括印度在内的 13 个国家达成协定。

CFIA 是一种新型的投资协定模式，是顺应投资便利化发展趋势下的巴西智慧。CFIA 模式与传统 BIT 模式相比具有相当的独创性，特别是对投资争端

解决机制的改革。传统 BIT 中所包含的 ISDS 在某种程度上是“被动的”，因为在双方发生实质争议前，它实际上没有任何用途。这些协议就像“一份被遗忘在抽屉里的保险单”，仅在投资者和东道国关系恶化时作为最后的救济手段使用。<sup>①</sup> 因此，2012 年，巴西外贸商会部长理事会授权对外贸易战略研究技术小组起草一份能够满足巴西国际经济领域需求的新投资协议。在起草 CFIA 模式的过程中，对外贸易战略研究技术小组与私营部门进行了广泛磋商，磋商中表明，巴西投资者对争议解决的有关规则并不特别感兴趣，因为他们的大部分投资都在邻近的拉丁美洲国家或非洲葡语国家。由于巴西投资者很难完全退出这些国家的市场，因此他们更关心如何维护市场的日常运营以及获取东道国信息以预防争端，而不是制定他们最不愿意使用的保险政策。于是，CFIA 将投资便利化作为吸引外资的主要政策性工具，从专注于保护投资者和 ISDS 模式转向专注于便利化投资合作和争端预防模式。在不牺牲监管自主权的情况下促进外国投资，并且侧重于争端预防和双边机构治理，最后将投资仲裁限制在国与国之间。

CFIA 一经发布，这种混合式的争端解决模式就引起了国际投资领域专家与学者的广泛关注与讨论。有研究认为，将 CFIA 与传统的 BIT 模式区分开来的主要特征就是其争端解决机制中缺乏投资者—国家仲裁模式。巴西选择在不牺牲监管自主权的情况下强调争端预防和双边治理作为促进外国投资有效途径，通过国家联络点与联合委员会两种制度安排，以最大限度地提高争议预防成功的机会。<sup>②</sup> 类似的观点认为，由于 ISDS 过于关注投资者的权利而忽视了东道国监管其经济活动和限制其境内投资者行为的权利，因此巴西 CFIA 为国际投资争端解决提供了一种预防争端与国家仲裁相混合的创新模式，而 CFIA 制定争端解决模式的基础在于 CFIA 的目标是恢复投资价值并确保继续推进其项目，而不是为受害投资者提供一个法律工具以便让他们从东道国撤回投资。<sup>③</sup> 有学者指出，正是由于巴西政府几十年来一直对投资者—国家仲裁

<sup>①</sup> Felipe Hees, Pedro Mendonça Cavalcante and Pedro Paranhos, “The Cooperation and Facilitation Investment Agreement (CFIA) in the Context of the Discussions on the Reform of the ISDS System”, in *Investment Policy Brief*, No. 11, May 2018. <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/04/2020-05-30>

<sup>②</sup> Rabih A. Nasser et al., “What Is Brazil Bringing to the Table? Dispute Prevention and Resolution under the Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI)”, *Kluwer Arbitration Blog*, July 2017. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/11/>. [2020-08-01]

<sup>③</sup> Geraldo Vidigal and Beatriz Stevens, “Brazil’s New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?”, in *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 19, No. 3, 2018, pp. 475-512.

机制的不信任态度，因此才设计出 CFIA 争端解决模式，具体要求在投资者和投资国之间出现僵局时，由国家联络点与联合委员会作为治理机构介入纠纷解决。其中国家联络点起着调停人的作用，而联合委员会是缔约双方投资的监督人和 CFIA 协定推动者。二者的作用都是为了促进争议当事人之间的协调，避免代价高昂的仲裁。<sup>①</sup> 有学者将减轻风险、预防以及解决争端机制看作是 CFIA 模式的三大支柱之一，而预防争端的关键是通过发展促进投资者与东道国之间的对话机制来防止争议。如果通过双方之间的对话无法消灭投资争议，则最终在国家之间，而不是在投资者与国家之间进行国际仲裁。<sup>②</sup> 有学者对于 CFIA 模式在实践中的效果表示担忧，指出 CFIA 最大的优点就是为国家—投资者仲裁提供了一种替代性的争端解决模式，但该模式“政治化”的背景特点可能会使得外国投资者担心争端治理机构的独立性与公正性。<sup>③</sup>

总而言之，CFIA 争端解决模式试图通过有效的行政程序提高透明度和信息可用性，以确保投资政策环境的可预测性，通过投资促进机构确保投资信息流动的一致性以及及时通知程序、适用标准、技术法规变化的有效沟通，将因缺乏信息对称而引起争议的可能性扼杀在摇篮里。下面将具体介绍巴西 CFIA 争端解决机制的制度设计，包括治理机构和程序，以及如何在争端预防阶段防止投资纠纷升级为正式争端。

## 二 巴西的替代性方案：双层治理机制与三阶段模式

从广义上说，争端预防机制属于替代性争端解决机制的一部分。<sup>④</sup> 投资便利化理念下的争端解决要求缔约国双方建立友好的争端预防机制，为投资者和东道国以及其他利益攸关者提供定期磋商和有效对话的平台，以促进投资

---

<sup>①</sup> Amauri Sales de Melo, “Breves Comentários acerca dos Acordos de Facilitação e Cooperação de Investimentos (ACFI): Promovendo o Investimento e Desprotegendo o Investidor?”, Academia, 2016. <https://www.academia.edu/31778976>. [2020-05-30]

<sup>②</sup> Carlos Marcio Bicalho Cozendey y Pedro Mendonça Cavalcante, “Novas Perspectivas para Acordos Internacionais de Investimentos – o Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)”, em *Cadernos de Política Exterior*, Vol. 1, No. 2, 2015, pp. 87-111.

<sup>③</sup> Ana Rachel Freitas da Silva, “A Evolução da Solução de Controvérsias nos ACFIs”, em *Revista de Direito Internacional*, Vol. 16, No. 2, 2019, pp. 8-14.

<sup>④</sup> 石静霞、董暖：《“一带一路”倡议下投资争端解决机制的构建》，载《武大国际法评论》，2018年第2期，第10页。

争端的解决<sup>①</sup>，减少对昂贵且有争议的国际仲裁的依赖。换言之，就是通过发展投资管理机构（如监察员或其他特别投资机构）预防争端，以便通过调解、对话解决任何可能发展为争端的投资纠纷与摩擦。这一选择在成本和时间节约方面更为有效，并使国家和外国投资者之间的双边关系实现可持续发展。<sup>②</sup>巴西 CFIA 投资争端解决改革路径与上述思路一致，将争端解决的侧重点放在了争端预防模式上，加强了政府机构间的合作。通过在政府间建立机构治理制度，创设缔约双方对话机制促进定期沟通交流，在协商、谈判和调解的基础上为预防和解决投资摩擦提供一种替代性制度模式。该模式更加侧重于双边治理和争端预防，促进两国间投资的可持续性发展。总的来说，为了克服巴西对传统 BIT 的抵制，CFIA 建立了一个不包括 ISDS 机制的国际投资争端解决新模式，一个由争端预防机制和国家—国家仲裁的混合争端解决制度。

（一）双层治理机构设置：联合委员会以及国家联络点（监察员）

巴西 CFIA 创建了两个机构来进行双边协定的机构治理（Institutional Governance），以期最大限度地提高争议预防成功的概率：一是国家联络点（也称为监察员），二是联合委员会。国家联络点为政府内机构，负责解决投资者关注的问题；联合委员会由双方政府代表组成，共同负责管理协定。这两个机构的主要目的是通过监督 CFIA 的实施来强化机构治理、改善缔约国双方之间的沟通、为私营部门提供咨询以及必要信息，并且争取以和平方式解决投资投诉与摩擦，避免未来升级为仲裁争端。

第一阶段的治理机构为国家联络点（监察员），其地位就像外国投资者与东道国政府的协调员。它直接面向外国投资者，在授权和预先确定的义务范围内为外国投资者提供支持、帮助其解决困难、处理其投诉，并尽可能提出寻求改进投资方式的具体行动。其主要职责包括：首先，作为缔约国双方常设的交流平台，对外国投资者的询问或者请求进行反馈、要及时跟进其利益诉求，并协助东道国政府处理外国投资者的建议与投诉，向东道国政府酌情建议改善投资环境的行动；其次，与政府和相关私营实体合作，寻求有关投资的监管事项、政策信息的一致性以及透明度，持续为投资者提供及时和有

<sup>①</sup> UNCTAD, “Global Action Menu for Investment Facilitation”, December 1, 2016. [https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tlb63crp2\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tlb63crp2_en.pdf). [2020 -03 -26]

<sup>②</sup> UNCTAD, “Investor - State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration”, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, 2010, pp. 28 - 30. [https://unctad.org/en/docs/diaeia200911\\_en.pdf](https://unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf). [2020 -05 -26]

用的信息；最后，酌情向联合委员会报告其活动和行动，确定缔约国双方有关国家联络点履行职能和责任的时限，并迅速答复另一缔约方政府和投资者。<sup>①</sup>

根据巴西官员的介绍，国家联络点的灵感主要来自于韩国 1998 设立的外商投资监察专员制度。<sup>②</sup> 该制度自 1998 年以来一直在韩国贸易投资促进局下运作，在外国投资者遇到困难时由监察员提出建议并与其他重要机关和行政机构沟通，提出改善投资促进制度的政策、解决外国投资者的问题，为外国投资者提供及时有效的支持。外国投资监察专员制度的成功取决于能否快速解决外国投资者对于东道国政府措施或行政行为的不满，并建议引起不满的行政机构听取外国投资者的声音。它们不仅处理具体问题，而且提出系统改进和法律变更，被认为是“韩国吸引外国直接投资最有效的激励措施”。<sup>③</sup> 巴西正是借鉴了韩国的经验，设置了国家联络点，致力于协调外国投资者与东道国之间的关系，为外国投资者提供一个良好的投资环境。在巴西，国家联络点设在巴西外贸商会（CAMEX）<sup>④</sup>，从 2018 年签订的三份 CFIA 来看，还特别设定了直接投资监察员<sup>⑤</sup>，能更有针对性地为投资者服务。值得注意的是，2020 年 5 月巴西政府颁布了第 43 号决议<sup>⑥</sup>，宣布对直接投资监察员制度进行改革，进一步为在投资便利化趋势下发展投资争端预防奠定了方向。因为最初的直接投资监察员制度仅面向与巴西签订了 CFIA 的国家的投资者。但是，第 43 号决议决定将监察员办公室开放给所有投资者，不论其国籍如何。换言之，新的直接投资监察员制度将为所有在巴西的外国投资者提供帮助与支持，接受有关投资的请求和询问，并与负责具体案件的公共机构（联邦、州和市级）共同为投资者排忧解难，而不是仅仅为与巴西签订了 CFIA 的国家的投资者服务。

第二阶段治理结构为联合委员会，其地位就像外国投资者与东道国政府之间的观察与调解员，重要任务是争取以友好的方式，在争端解决过程中寻求共识。在 CFIA 模式中，联合委员会监督协定的执行，就各方之间的投资关系提供建议。该委员会成员来自缔约国双方的政府代表，会议定期举行（至

① 巴西 CFIA 示范法第 18 条。

② Foreign Investment Ombudsman System official website. <http://ombudsman.kotra.or.kr/eng/index.do>. [2020-01-26]

③ Korea Trade - Investment Promotion Agency, “Foreign Investment Ombudsman Annual Report 2014”, 2015, p. 2. <http://125.131.31.47/Solars7DMME/004>. [2020-02-12]

④ 巴西 CFIA 示范法第 18 条第 2 款。

⑤ 巴西—圭亚那 CFIA 第 19 条，巴西—苏里南 CFIA 第 19 条，巴西—埃塞俄比亚 CFIA 第 18 条。

⑥ “Diário Oficial Da União”, 6 de maio de 2020. <http://www.in.gov.br/web/dou/>. [2020-02-12]

少每年一次), 双方轮流担任主席。联合委员会的主要职能在于: 首先, 加强双边合作, 并且讨论和传播扩大相互投资的机会以及协调合作和促进投资议程的实施; 其次, 酌情就私营部门和民间社会对与联合委员会工作有关的特定问题征求意见, 并且以友好的方式协调争议, 解决外国投资者以及与投资有关的任何问题, 在必要时补充双方之间仲裁争议的规则。从一定程度上看, CFIA 赋予了联合委员会政治和外交职能, 即以观察员的身份长期工作, 强调对投资环境的研究, 促进以有效方式刺激进一步投资的手段和方法。值得注意的是, CFIA 允许私营部门和民间社会的利益相关人参加联合委员会的会议, 虽然仅限于“有针对性的难题”, 但正是这样一种法律上的可能性, 为私营企业以及民间社会参加特定问题的会议或者“特别工作组”提供了合法性。因为国际投资常常涉及多个利益相关者, 甚至会对社会公益产生影响, 例如环境、人权或健康等等问题。因此讨论也必须包括他们的声音, 利益攸关方的对话能够更好地协调东道国、外国投资者和民间社会之间的关系。所以, 赋予直接或间接受外商投资影响者发言权同样是避免未来投资摩擦的重要手段。

## (二) 巴西投资争端解决三阶段模式

巴西的争端解决分为三个阶段, 包括争端缓解阶段、争端预防阶段以及国家间仲裁阶段(见图1)。其中争端缓解阶段、争端预防阶段都是建立在机构治理的对话平台上, 整个争端解决体制体现了以对话优先、仲裁为辅的特征。

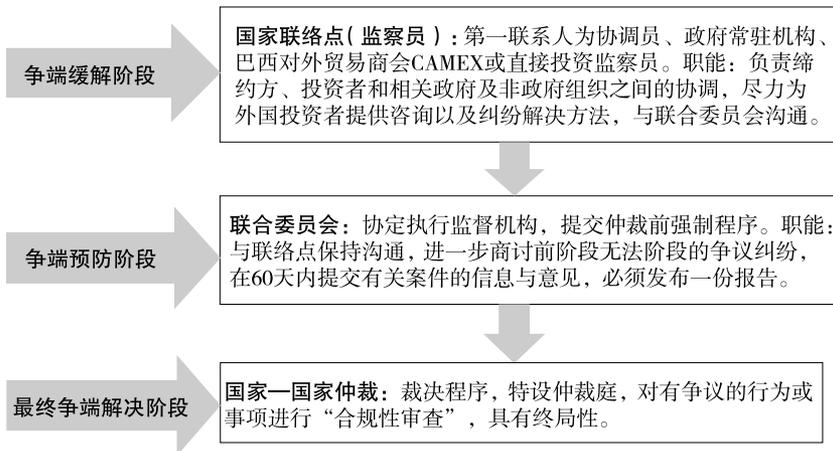


图1 投资争端解决三阶段模式

资料来源: 笔者绘制。

### 1. 争端缓解阶段

在争端缓解阶段，主要发挥作用的是国家联络点，它们将在缓解争端的整个过程中发挥核心和积极引导作用。国家联络点是外国投资者在东道国的第一联系人，与政府、投资者均保持紧密联系，致力于促进投资冲突的缓解及解决。外国投资者在投资过程中遇到的任何问题都能向国家联络点进行询问或投诉，国家联络点也应当在相关政府当局和外国投资者之间进行协调，尽力为外国投资者提供咨询或便利以及解决方法，对于外国投资者提出的建议也应当进行适当的评估，并帮助东道国政府完善国内投资环境。国家联络点还应当持续地向投资者提供及时有用的信息，目的是防止投资者和东道国之间出现正式争端。例如，如果投资者对于东道国引入新的监管措施产生疑虑，它可以向国家联络点提出咨询请求。一旦提出请求，国家联络点将分析投资者的问题，并与相关政府机构协调，为投资者提供指导。如此一来，在争议得到解决的同时，使投资者能够维持其投资，从而有助于东道国建立更高效商业环境，使得外商投资可持续发展。因为对于投资者来说，最重要的应该是实现投资目标。<sup>①</sup> 需要注意的一点是，当投资关系出现摩擦时，外国投资者及东道国政府都可以与国家联络点接触，就投资项目运营中遇到的问题进行沟通。这也是巴西争端解决机制与 ISDS 机制的显著区别，巴西争端解决机制是双向的，投资者与东道国政府间可以双向沟通，提出建议并表达不满；而在 ISDS 机制中，东道国无法根据双边投资协定起诉外国投资者，因此投资者的不法行为（如行贿）以及对东道国公共利益的损害不能适用 ISDS 机制进行救济。

### 2. 争端预防阶段

争端预防阶段主要依靠的是缔约国双方政府代表建立的联合委员会。从程序上说，如果前一阶段的争端缓解失败，两国政府中的任何一方都可以书面申请将争议提请联合委员会进行进一步商讨。争议双方可以要求举行联合委员会会议，并就投资者特定利益问题提出他们意见以进行双边谈判。联合委员会会议必须在提出请求的 60 内召开，会议必须审查争端，听取各方利益攸关者的立场，并且在召开会议后的 60 天内（在合理的情况下可再延长 60 天），发布报告并就该事项提出具体意见与建议。会议的参加者除了联合委员会的成员外，还应包括受影响的投资者代表，相关政府和非政府实体的代表

<sup>①</sup> 巴西 CFIA 示范法第 18 条。

也必须尽可能地出席。<sup>①</sup> 联合委员会建立了一个高效、无对抗的争端预防机制以解决投资纠纷，防止纠纷升级为正式的仲裁争端。

### 3. 最终争端解决阶段

如果当事人对联合委员会发布的报告仍然不满意，双方当事人可以进入最终的争端解决阶段，即国家—国家仲裁阶段。换言之，联合委员会是仲裁程序之前的必经程序。仲裁的主要目的是确定东道国是否违反了 CFIA 的相关规则，如果有的话，建议国家调整或取消不合格措施。也就是说，国家—国家仲裁的主要目的是对有争议的行为或事项进行“合规性审查”<sup>②</sup>，CFIA 规定如果双方当事人同意仲裁员认为相关措施造成的损害并且在判决中确定了该损害的赔偿额，收到赔偿的一方（投资者母国）应当按照当事人的内部程序扣除诉讼费用后，将赔偿金转移给相关投资权的持有人（也就是外国投资者）。<sup>③</sup> 在启动仲裁的条件上，如果前面两个阶段均无法解决争端，CFIA 规定了两种启动方式：一种是需要双方重新达成仲裁协议<sup>④</sup>，另外一种是任何一方均可将争端提交特设仲裁庭<sup>⑤</sup>，期限是投资者知道或应该知道引起争议的事实不超过 5 年。仲裁程序从提交仲裁请求开始，在仲裁事项上也有一定的限制，巴西 CFIA 示范法中规定下列事项不得仲裁：企业社会责任、打击腐败和违法行为，有关环境、劳动和健康等事项，为东道国保留了一定的监管空间。虽然该条款在实践中是否适用需要与另一缔约国具体进行谈判，但是却体现了巴西对于企业社会责任、反腐败以及环境、劳动和健康等涉及社会公共利益政策空间保留的期望。仲裁庭由 3 名仲裁员组成，缔约国双方应在收到“仲裁通知”后 3 个月内指定仲裁庭成员，指定仲裁员的行为准则为世界贸易组织的《关于解决争端的规则和程序的谅解备忘录》。仲裁规则应当由仲裁庭根据本协定或联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的规则自行决定，仲裁庭做出仲裁裁决的期限为六个月。最后，仲裁庭的裁决将是终局的，对双方均

① 巴西 CFIA 示范法第 23 条。

② 巴西 CFIA 示范法第 24 条第 2 款。

③ 巴西—墨西哥 CFIA 第 19 条第 2 款。

④ 巴西—安哥拉 CFIA 第 15 条第 6 款，巴西—莫桑比克 CFIA 第 15 条第 6 款，巴西—马拉维 CFIA 第 13 条第 6 款。

⑤ 巴西 CFIA 示范法第 24 条第 1 款，巴西—墨西哥 CFIA 第 19 条第 1 款，巴西—埃塞俄比亚 CFIA 第 24 条第 1 款，巴西—埃塞俄比亚 CFIA 第 24 条第 1 款，巴西—苏里南 CFIA 第 25 条第 1 款，巴西—苏圭亚那 CFIA 第 25 条第 1 款，巴西—智利 CFIA 第 25 条，巴西—哥伦比亚 CFIA 第 23 条第 1 款，巴西—印度 CFIA 第 19 条第 5 款。

有约束力，双方当事人应立即遵照执行。<sup>①</sup>

### 三 巴西争端解决模式的优势与存在的问题

随着投资便利化的发展，在国际投资争端解决改革的浪潮中，巴西 CFIA 所设置的巴西投资争端解决三阶段模式应该算是改革的先驱。该模式为投资者提供了更加便利、高效的争端解决途径与平台，可增加投资者信心、吸引外国投资者并作为维护现有投资的有效工具。

#### （一）巴西争端解决模式相对于 ISDS 的优势

具体来说，与传统 ISDS 投资争端解决模式相比，巴西 CFIA 路径具有以下优势。

##### 其一，从对抗转向对话模式以促进双方投资关系可持续发展

巴西争端解决三阶段模式中的争端缓解和预防阶段将外国投资者与东道国从 ISDS 模式的对抗性身份中脱离出来，为了维护双方的共同利益而转向由对话的方式化解投资纠纷及摩擦<sup>②</sup>，从而避免纠纷和摩擦升级成为正式的仲裁争端。这样的对话解决争端模式对于外国投资者和东道国来说是能够促进可持续发展的“双赢”模式。从投资者的角度上来说，其主要目的就是为了追求投资利益最大化，不用通过费时费力费钱的仲裁就能解决投资纠纷，并且能够维持与东道国的友好关系。从东道国的角度上说，采用非对抗性模式解决与外国投资者的争端有助于其打造良好的投资环境。东道国通过创造更高效、可预测和“投资友好”的商业环境来维护与外国投资者的关系，而这些改革会使投资者更容易建立、开展日常业务以及扩大投资、促进双方关系的可持续发展，也为未来潜在的外国投资者提供了良好示范。可见，在维持投资者与国家间的良好互动关系上，争端缓解与预防阶段具有重要意义，既能够帮助外国投资者与东道国摆脱投资争端的泥潭，又可以促进国际投资关系的可持续发展，为投资者提供更多有效的沟通渠道，确保双方更平等地交流。除了帮助东道国听取外国投资者的投诉、发现自身投资政策体系中的不足、优化本国的投资环境外，还有助于提高东道国政府对投资者、

<sup>①</sup> 巴西 CFIA 示范法第 13 - 15 条、第 23 - 24 条。

<sup>②</sup> 参见漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》，2018 年第 3 期，第 83 页。

投资相关国际标准的认识。只要东道国主管部门期望在争端司法化之前消除争端，联合委员会和国家联络点可以灵活采取不同途径为投资者解决问题。东道国应认识到，便利的国内投资政策和完善的投资环境就是吸引外资的最大竞争力。

### 其二，争端缓解与预防优先于仲裁以突出投资便利化

在投资摩擦正式成为仲裁争端前，巴西模式为投资摩擦的缓解提供了两个解决步骤，换言之，只要在这两个阶段内将投资摩擦解决，就不会出现正式的争端仲裁。在2016年UNCTAD发布的《投资便利化全球行动手册》中，提出了应当提高投资政策适用的可预测性和一致性，包括建立友好的争端解决机制，用以预防、解决投资争端。巴西模式的理念与该行动方针不谋而合，在实践中，外国投资者往往不愿与东道国正面冲突，对于整个过程相关的诉讼风险和不确定性有所顾虑，双方在争端缓解与预防阶段进行谈判实际上也是为了避免延误投资进程，降低法律诉讼或者仲裁的高成本。在发生投资纠纷时，东道国政府机构介入协调和处理，能够提升为投资者服务的质量，帮助投资者提高投资成功率，最大限度地降低投资争端产生的概率。<sup>①</sup>更重要的是，东道国政府能够从外国投资者的反馈中认清所暴露出来的问题，从而完善国内投资政策，建设更加透明、便捷、友好的投资环境。总之，争端缓解与预防优先意味着将投资便利化置于中心地位，使外国投资者更容易了解东道国法律与监管政策并予以尊重，这样的前期争端解决模式符合东道国与投资者的共同利益。

### 其三，引入机构治理以提高争端缓解机率与风险防范可能性

机构治理也是巴西争端解决模式的亮点之一。国家联络点和联合委员会两层争端治理机构旨在为投资者提供最直接、最有效的沟通平台。国家联络点作为东道国政府常设机构，随时为外国投资者排忧解难，促进了双方的直接互动，极大程度地降低了法律争端爆发的可能性。国家联络点和联合委员会共同采取行动，预防、管理和解决缔约双方可能发生的争端。作为前置程序，在诉诸仲裁程序之前，通过协商和谈判对双方的任何争议进行评估，并由联合委员会初步审查。然而，在有的学者看来，联合委员会的成员均为政

<sup>①</sup> 陶立峰：《金砖国家国际投资仲裁的差异立场及中国对策》，载《法学》，2019年第1期，第147页。

府官员，可能会让争端解决愈发困难。<sup>①</sup>但笔者认为，虽然委员会成员都是政府官员，但是在就特殊事项召开会议时，联合委员会通常邀请私营部门和民间社会的利益相关者一同参加会议。在整个争端处理过程中，因为有治理机构协调，所有的利益相关者短期内能聚在一起寻找解决方案，而不是片面地考虑单方权益。因此，治理机构的存在将对抗性的争端解决转化为对话性的争端预防，使得CFIA促进合作和投资便利、降低风险以及预防争端的目的更加容易实现，并且减少了纠纷变成争端仲裁的可能性，也大大降低了缔约国双方的经济和政治成本。

其四，信息链的建立有助于提高信息在投资者与东道国之间的流动性

联合委员会和国家联络点的制度设计在投资者与东道国之间建立了一条信息链。从一个缔约国的投资者和主管部门通过其本国的国家联络点链接到联合委员会，并通过另一个缔约国的国家联络点到达其主管部门和投资者。如果制度实施得当，这一信息链可以大大提高投资者以及双方缔约国政府可能获得信息的数量、质量和流动性，并且增加双方投资政策方面的透明度。<sup>②</sup>巴西CFIA示范法第19条规定了缔约双方应当通过联合委员会以及国家联络点尽可能交换与互惠投资有关的信息，特别是有关商业机会、程序和投资要求的信息，并列举了14项缔约双方承担义务的规定，涉及及时披露与交换义务的信息，涵盖了投资监管条件、政府计划和相关投资激励措施、可能影响投资的公共政策和法律法规、投资法律框架、设立公司和合资企业的立法、有关国际条约、海关程序和税收制度、商品和服务市场的统计资料、现有的基础设施和公共服务、政府采购和公共特许权、社会和劳动法规、移民立法、货币兑换立法、缔约方先前确定的具体经济部门或部门的立法信息、与投资有关的区域项目和协议。由于及时的信息交换，缔约双方在投资战略上有了调整和适应的时机，这也可以防止对某些投资争端进行不必要的司法处理。因为在海外投资的过程中，很多文化差异以及期望落差也会引起许多争议，CFIA制度是防止争端司法化的解决方案，是针对历史悠久的ISDS制度问题的回应。该制度的设计通过提高信息的流动性和质量来促进投资者与东道国

<sup>①</sup> Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Martin Dietrich Brauch (eds.), *Report of the 4th Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators*, September 2015. [https://www.iisd.org/pdf/2011/dci\\_2010\\_report.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_report.pdf). [2020-05-12]

<sup>②</sup> Sufyan Droubi, "Investment Facilitation Mechanisms and Access to Justice in Brazilian Investment Agreements", in *American Society of International Law*, Vol. 24, No. 9, 2020.

间的对话，以期获得有效解决双方争议的机会。

## （二）对巴西争端解决模式的质疑

除了上述的正面评价，对巴西 CFIA 争端解决模式是否能够真正预防与解决争端仍然存在一些质疑。

首先，适用“外交化”的争端解决模式是倒退还是进步？国际投资发展之初并无统一的外国投资者保护制度，因而外国投资者权益保护问题在一定历史时期内始终沿袭着“外交保护”的理念及其求偿途径。如果投资者在外国进行投资时正当权益受到侵害，往往由其母国出面向东道国提出异议，维护本国公民的权益。直到 20 世纪 60 年代末 70 年代初，随着 ISDS 机制的兴起，国际投资保护开始“去政治化”<sup>①</sup>，例如 1965 年《华盛顿公约》的出现成为现代多边的外国投资者权益保护机制形成的重要标志。<sup>②</sup> ISDS 以保护投资者利益为核心，赋予外国投资者独立诉权，这既是一种推动各国遵守条约的执行机制，也是一种因投资条约规定被违反而向受害者进行赔偿的手段。<sup>③</sup> 而 CFIA 的争端解决模式将“外交色彩”重新带入争端解决的过程中，国与国间的仲裁机制更有可能引发投资争端政治化，从而引发摩擦与紧张局势。因此，CFIA 模式可能被视为回到 ISDS 之前政治化的投资保护阶段。毕竟，ISDS 旨在使投资争端“去政治化”，在投资者母国政府不介入的情况下，向投资者提供一种对抗东道国政府权力的工具。从这个角度上说，巴西争端解决模式是发展的倒退还是进步犹未可知。

其次，两个治理机构在实践中对预防投资争端的作用有待观察。正如上文所述，国家联络点和联合委员会联合治理是巴西争端解决模式的亮点之一，它们被塑造成投资者与东道国之间最直接、最有效的沟通平台。尤其是国家联络点，它被认为是投资者在东道国的第一联系人与调解人，在争端缓解与预防阶段被寄予众望。然而，由于现实中国家联络点往往不是一个独立机构，投资者有可能因为这样的设置而无法绕开偏政治性且效率低的行政机构。以巴西为例，巴西的国家联络点为巴西外贸商会，它是巴西国家经济部的下属

<sup>①</sup> 朱明新：《国际投资争端解决的“去政治化”与“复政治化”》，载《太平洋学报》，2012 年第 11 期，第 68 页。

<sup>②</sup> 睦占菱、肖威：《外国投资者权益保护机制的嬗变——兼论中国立法及实践的现状及趋势》，载《时代法学》，2016 年第 2 期，第 100 页。

<sup>③</sup> David Gaukrodger and Kathryn Gordon, “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, in *OECD Working Paper*, No. 2012/3, December 2012. [http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012\\_3.pdf](http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf). [2020-08-02]

机构，这样的机构设置不得不让人担心在实践中即使投资者对东道国政策有所不满，国家联络点是否能够中立地处理投资者的投诉，还是会包庇东道国的一些可能的不当行为。而投资者只能在东道国的内部规则和行政结构中寻求保护，不能立即进入任何国际机构。如果东道国的联络点对投资纠纷的解决无法令投资者满意，但又不将纠纷提交至联合委员会时，投资者将不得不求助于其母国的联络点，要求帮助协调解决。<sup>①</sup> 更重要的是，除了向联络点投诉外，CFIA 并没有赋予投资者其他实质性权利，而向外国投资者提供的服务种类与质量完全是按照各个国家自己的标准。因此在这样的情况下，对于投资者来说是否能够真正实现消除争端的“便利化”还需要实践的检验。

综上所述，需要肯定的是，在对投资争端解决模式的制度设计上，CFIA 是非常具有创新性的。作为 ISDS 机制的替代性国际投资争端解决模式，CFIA 模式与 ISDS 机制的区别主要如下。首先，制度设计的宗旨不同。ISDS 机制的宗旨在于保护投资者，从形式到内容均以保护投资者利益为核心，不甚考虑维护东道国的权益。<sup>②</sup> 而 CFIA 模式的宗旨是在提高投资便利化的基础上促进投资，因此它加入了争端预防模式，期望通过缔约双方对话的形式解决争端，促进投资的可持续发展。其次，争端解决程序是否“政治化”。ISDS 机制让外国投资者能绕过东道国政府行政和司法等措施直接诉诸第三方国际仲裁庭解决争端，从而使得争端解决过程“去政治化”；而 CFIA 模式争端缓和和争端预防阶段引入机构治理，再加上国家之间的仲裁模式，为争端解决过程增添了“政治化”的色彩。最后，适用仲裁的目的不同。ISDS 是一种推动各国遵守条约的执行机制，基于保护投资者的宗旨，ISDS 的主要目的是向因投资条约规定被违反而受害的投资者进行赔偿。<sup>③</sup> 而 CFIA 模式适用国家之间仲裁的目标重点是检验缔约双方做法是否“合规”，也就是是否违反 CFIA 的规定，而非对于外国投资者的赔偿。CFIA 规则如果实施顺畅，能够在投资者与东道国之间建立起一个有效且无对抗的机制以预防和解决争端。但在未来的发展

<sup>①</sup> José Augusto Fontoura Costa y Vivian Daniele Rocha Gabriel, “O Brasil, ACFIs e a Arbitragem de Investimentos”, em *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, No. 8, 2015, p. 7.

<sup>②</sup> 廖凡：《投资者——国家争端解决机制的新发展》，载《江西社会科学》，2017年第10期，第200页。

<sup>③</sup> Davod Gaukrodger and Kathryn Gordon, “Investor – State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, in *OECD Working Paper*, No. 2012/3, December 2012, p. 10. [http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012\\_3.pdf](http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf). [2020-11-04]

中，CFIA 模式可以在不改变“投资便利化”核心理念的情况下，适当地赋予投资者一些权利，以便在治理机构怠于或不当行使职权时让投资者有其他便利的救济途径。因为如果遇到东道国存在民族主义偏见或行政部门缺乏独立性的情况时，会极大地影响到投资者权益的实现。

#### 四 巴西争端解决模式对中国的启示

中国与巴西同为新兴市场大国，均处于由单一的资本输入大国转向兼具资本输入大国与新兴资本输出大国双重角色的过程中，并且都期望通过双边投资协定平衡投资者与东道国之间的权利义务关系。<sup>①</sup> 2020 年 1 月，金砖国家中的两个成员国巴西与印度已经达成了新的 CFIA 协定。根据印度 2016 年最新的 BIT 范本中对投资争端解决的规定，投资者需要在用尽当地救济 5 年以后才能诉诸 ISDS。有趣的是，在巴印 CFIA 中，印度接受了巴西的争端解决模式，将争端解决的重心转移至争端预防之上，为两国的投资者创造了便利化的争端解决途径。巴印 CFIA 的颁布是继《金砖国家投资便利化合作纲要》达成之后的最新发展，也是巴西争端投资解决模式成功经验的又一次复制。因此，在未来解决投资争端模式设计上，巴西在投资争端解决方面的经验对于同为金砖国家的中国也具有很强的借鉴意义。

（一）中国同样意识到“投资便利化”政策工具作为完善投资环境的重要性

投资便利化的主要意义在于为投资者提供一个透明、可预测、易获取的投资监管和管理框架，高效、精简的规则和程序，以尽可能地减少设立或扩张投资时潜在的障碍，在吸引新投资的同时也有助于维护现有投资者或鼓励其扩张。因为投资便利化还包括投资维护，保持现有投资者的满意程度与吸引新投资者同样重要，这也体现出投资政策制度的质量。尽管投资便利化的国际发展正面临逆全球化浪潮和国家保护主义等冲击，但新兴经济体在全球投资中的整体崛起及其对投资便利化的深入关注有利于缓和困境。<sup>②</sup> 中国也同样意识到这一点。2017 年 4 月，由中国发起的、14 个发展中国家和最不发达

<sup>①</sup> 魏丹、唐妍彦：《从国际投资规则的旁观者到引领者——巴西 CFIA 模式研究》，载《武大国际法评论》，2019 年第 5 期，第 78 页。

<sup>②</sup> 王璐瑶、葛顺奇：《投资便利化国际趋势与中国的实践》，载《国际经济评论》，2019 年第 4 期，第 139 页。

国家成员组成的“发展投资便利化之友”(FIFD)在第十一届WTO部长级会议上提出了一个《关于促进发展投资的非正式对话》的提案,率先提出投资便利化议题,希望建立一个更有效、可预测和“投资友好”的商业环境,让投资者更容易建立业务,开展日常业务和扩大投资。<sup>①</sup>同年12月,与会部长通过了《关于投资便利化的联合部长声明》,在声明中强调应在全球层面推动投资便利化的国际合作,支持开展深入讨论以建立投资便利化多边框架,关注发展中成员和最不发达成员的需求,争取通过《关于投资便利化的部长决定》。<sup>②</sup>2017年8月,协调国家之间的投资便利化领域第一份专门性文件《金砖国家投资便利化合作纲要》<sup>③</sup>在第七次金砖国家经贸部长会议上通过,将投资便利化的核心要素在多边合作层面作为一种共识体现出来,对全球投资便利化政策制定有重要的借鉴意义。<sup>④</sup>中国和巴西作为金砖国家的重要成员国,在通过投资便利化促进贸易发展、加强投资便利化合作、深化经济技术合作以及支持多边贸易体制等方面已经达成了共识,中国也将“投资便利化”作为完善投资环境的关键性政策工具。

## (二) 投资争端预防模式在中国发展的现状

实际上,在“投资便利化”发展的浪潮下,中国在《海峡两岸投资保护和促进协议》以及《外商投资法》中都已经出现了投资争端预防机制的踪影。在《海峡两岸投资保护和促进协议》中,为了保护海峡两岸投资者的权益、促进相互投资、创造公平投资环境以及在友好的氛围中处理投资争议,协议专门设立了“联系机制”,由两岸经济合作委员会投资工作小组负责处理本协议相关事宜,此外还设立了投资争端协助处理机制和投资咨询机制。投资争端协助处理机制负责协助“处理投资者与投资所在地的争端,并相互通报处理情况”;投资咨询机制负责“交换投资讯息、开展投资促进、推动投资便利

<sup>①</sup> “Eleventh WTO Ministerial Conference: Investment Facilitation—Relationship Between Trade and Investment”, April 2017. [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/mc11\\_e/briefing\\_notes\\_e/bfinvestfac\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfinvestfac_e.htm). [2020-04-20]

<sup>②</sup> 参见《钟山部长出席世贸组织成员投资便利化部长早餐会并致开幕词》,中华人民共和国商务部官网,2017年12月10日。<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201712/20171202682871.shtml>. [2020-05-02]

<sup>③</sup> 参见黄志瑾:《投资便利化国际法律合作的中国因应》,载《中国特色社会主义:实践探索与理论创新——纪念改革开放四十周年》(上海市社会科学界第十六届学术年会文集),2018年,第361-378页。

<sup>④</sup> 《挖掘金砖投资潜力 助力全球投资规则——商务部有关负责人解读〈金砖国家投资便利化合作纲要〉》,2017年08月22日。[http://m.xinhuanet.com/2017-08/22/c\\_1121525536.htm](http://m.xinhuanet.com/2017-08/22/c_1121525536.htm). [2020-05-02]

化、提供纠纷处理及与本协议相关事项的咨询”。<sup>①</sup>其中，投资争端协助处理机制的角色就是预防投资者与投资所在地出现纠纷时的协调人，而投资咨询机制的作用是提高法律法规与政策透明度的可预测性。二者都是在投资争议出现端倪时为投资者提供有效的沟通途径。根据2019年颁布的《外商投资法》第26条规定，国家建立外商投资企业投诉工作机制，及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施。该机制的作用就是及时收集并回复外国投资者的投诉，安抚对方的不满情绪，预防投资争端的发生。外国投资者的投资周期较长，往往要与东道国的审批、外汇、工商、税务、环保、劳动、金融、司法、出入境等政府部门交往接触。由于文化差异或沟通不畅等原因，外国投资者可能对东道国政府的行为或政策产生困惑和不满。建立投诉制度可以确保东道国政府及时了解外国投资者的诉求。<sup>②</sup>2020年3月，商务部颁布了《外商投资企业投诉工作办法（征求意见稿）》，将外商投资企业投诉工作机制的实施细则具体化、精细化，建立了由商务部和县级以上地方人民政府指定的受理外商投资企业投诉的机构，及时处理投资人认为自身合法权益受到侵害的问题以及投资环境方面存在的问题，建议并协调完善相关政策措施。征求意见稿还要求投诉工作机构将投诉处理时限限制在60天内，防止投诉处理时间过长。投诉处理结果包括推动争端双方达成谅解；协调被投诉人的行政机构撤销，变更原有行政行为，或者向县级以上人民政府及其有关部门提出完善相关政策措施的建议等等。<sup>③</sup>最后，除了地方性外商企业投诉机构，商务部还将在投资促进事务局设立全国外商投资企业投诉中心，统筹全国方位内的外商投资者投诉工作，优化营商环境，保护外资合法权益。

从目前中国对于投资争端预防机制的发展现状来看，中国已经意识到投资争端预防机制在整个投资治理体系中的作用，开始从投资便利化的角度加强投资争议的事前管理，尽可能地将投资纠纷消灭在摇篮之中，防止其升级为正式的投资争端。这些立法与实践为日后中国投资争端预防机制的发展与

<sup>①</sup> 《海峡两岸投资保护和促进协议》，第十五条，2012年8月9日。<https://www.chinanews.com/tw/2012/08-09/4096500.shtml>. [2021-01-29]

<sup>②</sup> 陶立峰：《投资争端预防机制的国际经验及启示——兼评〈外商投资法〉投诉机制的完善》，载《武大国际法评论》，2019年第6期，第90页。

<sup>③</sup> 《外商投资企业投诉工作办法（征求意见稿）》，第二条、第三条、第十七条、第十八条。2020年03月27日。[http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-03/27/zlk\\_3244933.html](http://www.moj.gov.cn/news/content/2020-03/27/zlk_3244933.html). [2021-01-29]

完善奠定了坚实的根基。

### （三）巴西投资争端解决模式对中国的启示

从实践层面上说，发展投资争端预防模式对于发展中国家具有重要现实意义。因为在 ISDS 机制中，启动投资仲裁的投资者多来自美国、英国、加拿大等发达国家，而被诉的东道国则以发展中国家为主。<sup>①</sup> 因此，在未来投资争端解决机制的改革中，中国是否继续选择 ISDS 机制，值得我们深思。具体来说，巴西模式对于中国投资争端解决机制的完善有以下启示。

首先，在双边投资协定中可以考虑引入投资争端预防机制。目前中国在双边投资条约（BIT）中的争端投资解决模式仍然以传统的 ISDS 机制为主<sup>②</sup>，比较重视争议发生后的救济手段。在未来的 BIT 谈判中，可以将投资争端预防机制作为投资争端解决的主要手段，将重心转移至事前预防上来。事实上，争端预防机制对于缔约国双方都是互利共赢的模式。因为如果存在过多国际投资争端，势必影响东道国作为资本输入国的声誉，并且在投资者合法权益不能得到保障的情况下，投资者母国也有可能出手干预，导致投资争端将变得政治化。<sup>③</sup> 而投资争端预防模式将重点放在争议产生前的萌芽阶段，通过治理机构在投资者与东道国之间的协调与磨合，为投资者就投资纠纷提供一个官方、高效以及友好的沟通平台。鉴于中国已经有外商投资企业投诉工作机制的基础，可以参照巴西“国家联络点”的职责，将投诉工作机构作为争端预防治理机构的地位“条约化”，以强化投诉工作机构在争端预防阶段的角色作用，及时为投资者解决问题，避免纠纷升级。

其次，加强投资者、东道国以及投资者母国之间信息链的建设。信息的及时共享是避免投资者与东道国间产生误会与纠纷的重要方式。东道国可以通过座谈会、回访等互动形式与投资者保持沟通，加强信息在不同政府机构与投资者之间的流动，还可以通过电子信息系统提高处理投资纠纷的效率并且提升与投资者沟通的便利度。当投资者遇到问题、向东道国政府投诉时，东道国应当收集有关该投诉的全部信息，以便对投资纠纷做出全面的分析与

<sup>①</sup> 陶立峰：《投资争端预防机制的国际经验及启示——兼评〈外商投资法〉投诉机制的完善》，载《武大国际法评论》，2019年第6期，第90页。

<sup>②</sup> 单文华、[美]娜拉—伽拉赫著：《中外投资条约研究》，北京：法律出版社，2015年，第322页。

<sup>③</sup> 参见漆彤：《论“一带一路”国际投资争议的预防机制》，载《法学评论》，2018年第3期，第83页。

判断，在纠纷成为正式争端之前采取措施。需要注意的是，中国目前在国际投资领域内的身份除了资本输入大国，还是新兴资本输出大国。因此，从资本输出国的角度，中国还应当通过多边性或者区域性的谈判引入与其他国家投资信息对接的联络治理机构。投资者母国与东道国之间的对话对于初期的投资争端预防意义重大，因为通过两国共同的信息互通与合作，能够在投资者在海外投资遇到问题而无法解决时，使母国政府有渠道适当地介入，以避免东道国行政机构无法中立且及时地处理与投资者的纠纷，更好地保护投资者在海外的权益。

最后，重视投资争端解决机制中“去政治化”与“政治化”的平衡。ISDS 机制的主要特点之一就是“去政治化”，赋予投资者通过国际仲裁机制与东道国对抗的权利，期望将投资仲裁打造成为最公正的投资争端解决体制。然而，投资仲裁本身及其运作在实践中存在诸多先天缺陷，引发了投资仲裁体制的合法性危机，产生了“去政治化”的困惑。<sup>①</sup> 在投资争端预防机制中，以东道国行政机构为主的投资者母国介入模式又带有强烈的“政治化”特征，难免会引起对治理机构不够中立的质疑。因此，如果投资争端解决机制能够平衡“去政治化”和“政治化”，在保证东道国对外资监管主权的情况下，又能赋予投资者一定权利，将更能帮助在东道国与投资者之间维持良好的可持续投资关系。首先最重要的是将争端预防放在争端解决过程中的主要位置，通过“政治化”的投资者与东道国或者东道国与投资者母国之间的渠道与平台，以友好协商为途径争取在纠纷升级成正式争议之前将其解决。如果最终仍然不能解决纠纷，可以赋予投资者诉诸其他“去政治化”的替代性争端解决模式来解决争议的权利，例如调解、和解等。只有这样才能尽可能地平衡投资者与东道国双方的利益，为投资者和东道国寻找到投资可持续发展的解决之道，维持投资价值，确保投资者的投资项目顺利实施。

(责任编辑 徐 睿)

<sup>①</sup> 朱明新：《国际投资争端解决的“去政治化”与“复政治化”》，载《太平洋学报》，2012年第11期，第69页。