

论强制调解于“一带一路”投资争端解决的适用

牛哲莉

(山东科技大学 文法学院, 山东 青岛 266590)

摘要:“一带一路”倡议实施十年间,沿线国直接投资数额显著增加、投资结构持续多元化,但也有若干项目由于投资者和当地政府矛盾而被迫中断。“一带一路”是和平之路、合作共赢之路,可以效仿国内法中的强制调解制度,通过引入程序上的强制性来扩大调解在投资者-东道国投资争端解决中的适用,发挥其比投资仲裁更为经济、灵活、有助于合作关系修复的优势。强制调解制度并不会改变调解作为 ADR 自愿性的本质特征,和解协议的达成仍取决于双方同意。“一带一路”投资争端解决引入强制调解制度时,应该选择适当的路径,明确适用范围,综合考虑磋商、仲裁、东道国法院诉讼等其他争端解决方式的优劣,通过程序规则衔接,着眼于一整套高效、灵活争端解决机制的构建。

关键词:强制调解;投资争端解决机制;“一带一路”倡议;适用;程序

中图分类号:D996.4

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2024)01-0054-10

调解在我国有着古老的传统,如今已发展成为社会主义法治“多元化纠纷解决机制”中的重要一环,是我国社会治理的重要经验。在逆全球化的背景下,领土、贸易、投资等各种性质的国际争端频发,国际社会的和平稳定面临重重危机。2022 年我国发起并签署了《关于建立国际调解院的联合声明》,这是运用中华法律文化及制度智慧和解决国际争端的重要实践,根据这一多边、开放性协定,拟在香港成立的国际调解院将是世界上首个专门以调解方式解决国际争端的政府间国际法律组织,它能够解决包括国际投资在内的各种国际争端,^①是我国继“一带一路”倡议后向国际社会提供的又一项全球法治公共产品。无独有偶,历经数年对投资者-东道国争端解决机制改革的讨论,国际投资争议解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)于 2022 年 7 月发布了独立的调解规则;许多晚近缔结的自由贸易协定中纳入了详细的调解条款,如欧盟与新加坡、越南等国签订的自由贸易协定中甚至单独制订了投资调解规则,调解在投资者-东道国争端解决机制(Investor-state dispute settlement, ISDS)中获得了前所未有的关注。^[1]这是因为传统以仲裁为主的国际投资争端解决机制不断引发讨论和质疑,同样作为争端解决方式,调解具备仲裁所没有的优势,国际社会希望这些优势能够为投资仲裁提供有益补充,因此出现了对制订、完善投资调解规则的广泛关注。调解在许多国家的国内争端解决程序中由来已久,对于强制调解,有关国际投资争端解决的调解规则立法可以借鉴国内法成功经验,以应对投资争端中调解适用不足的困境。与国内法中引入异域制度的法律移植运行逻辑相同,国内法律制度向国际法体系扩展迁移时也要考虑适用性,应该在一定范围内先行试验。“一带一路”沿线国是我国友善互信的伙伴群体,随着该“倡议”进入高质量发展阶段,持续增长的累积投资存量也亟需更有效的保护,首选在“一带一路”

收稿日期:2023-11-20

基金项目:青岛市哲学社会科学规划项目(QDSKL2201141)

作者简介:牛哲莉(1980—),女,河南郑州人,山东科技大学文法学院讲师。

^① 2023 年 2 月 16 日,国际调解院筹备办公室在香港成立,标志着国际调解院已进入到实质创建的新阶段。参见中央人民政府外交部与香港特区签署. 关于在香港特别行政区设立国际调解院筹备办公室的安排[EB/OL]. [2023-11-10]. <https://sc.isd.gov.hk/TuniS/www.info.gov.hk/gia/general/202211/01/P2022110100580.htm>.

投资争端解决中引入强制调解制度,与沿线国伙伴一起探索新形势下国际投资争端解决机制的改革,不失为目前较为理想的尝试。

一、强制调解制度的国内法缘起

强制调解制度发端于国内法层面,虽然已为许多国家在不同程度上采纳,但目前多适用于国内争端解决程序中,国际法层面并不多见,在国际投资法领域亦是如此。在将强制调解制度引入“一带一路”下的国际投资争端解决机制之前,先对国内法中该制度的缘起及适用范围予以梳理。

调解本是一种由争端方自愿选择的纠纷解决方式,可以节约时间和经济成本,节省全社会的司法资源,有利于争端方对最终解决方案的把控,这些优点使其成为诉讼解决争端的有益补充。但在实践中,由于争端方往往不能就是否使用调解程序达成一致,^①限制了调解的使用推广。为了更大程度发挥调解的优势,许多国家在一定范围内采取了强制调解制度,即由法律规定或者法院裁定当事人必须参加的、诉讼前的必经程序,从而与诉讼形成衔接。^[2]其“强制性”仅限于争端方对调解程序的选择,而并不改变调解程序中争端方对争议的表态、对程序的终结、调解员的权限等,尤其不能触动的是和解协议的基础——双方合意。因此,强制调解并没有改变调解作为替代性纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution, ADR)的“自愿性”本质特征,不会影响争端方的任何实体性权利。将其作为诉讼的前置必经程序,是因为随着争议日久,事态可能更为复杂、当事方抵牾加深,不利于调解的展开与成功,因此较早使用调解程序更有利于其发挥作用。^[3]

目前,许多国家已通过立法规定该制度的适用条件和范围,从而不断提高调解的正当性和法制化。^[4]比如,《美国替代性争端解决机制法案》《德国民事诉讼实施法》《法国新民事诉讼法典》《法国民法典》、日本《家事审判法》、意大利《用调解解决民商事纠纷的法令》等都规定了特定案件强制使用优先调解程序,^②从适用案件的性质来看,包括婚姻家庭、商事、劳动雇佣、破产、医疗、土地资源、金融等多领域的纠纷解决。^[5]我国也有类似法律文件,比如2019年修订的《中华人民共和国证券法》第九十四条规定,投资者与证券公司发生证券业务纠纷,普通投资者提出调解请求的,证券公司不得拒绝,从而在普通投资者与证券公司之间适用了强制调解制度。整体来看,国内法多以“维持或修复当事人之间的和谐关系”“诉讼程序与费用相当”和“谋求纠纷的迅速合理解决”为标准,来决定强制调解制度的适用范围,^[6]并非将其扩大至所有的争端解决中;就程序的强制性来说,调解程序启动来源于法律的强制性规定,但是和解协议的达成仍以双方自愿为必须,在调解过程中任何一方都可以选择终止调解而另行诉讼。所以,强制调解既没有改变调解的自愿性本质,也没有剥夺当事人为实现实体权利而享有的诉权,但是能够加强多元化争端解决机制的功效,因此这一制度获得各国立法青睐,强制调解已成为各国扩大调解适用的一种趋势。^[7]

依据强制性来源不同,可将强制调解分为两种:一种是法律直接规定的强制调解,另一种是法院依法行使自由裁量权判定的强制调解。投资者和东道国的投资争端解决机制多由双边投资协定或者投资合同中预先规定,若无此规定,仲裁员并没有责令争端方先行调解的权限,因此后者对本文并无借鉴意义,本文只讨论预先规定强制调解的情形。

二、“一带一路”投资争端解决引入强制调解的正当性

投资调解是由争端双方当事人“合意”选择第三方作为调解人,并在该调解人主持下,促使投资者和

^① 原因一般包括:不了解调解程序、害怕沟通频繁暴露己方弱点、更偏好诉讼等正式的司法程序、律师为赚取更多律师费会阻挠当事方选择调解等。See ISAAC K D. Pre-litigation compulsory mediation: A concept worth negotiating[J]. University of La Verne law review, 2011(32): 165.

^② 参见周建华. 美国联邦法院附设调解的困境分析[J]. 湖北社会科学, 2019(2): 157. 龙飞. 替代性纠纷解决机制立法的域外比较与借鉴[J]. 中国政法大学学报, 2019(1): 84. HANKS M A. Perspectives on mandatory mediation[J]. University of New South Wales law journal, 2012(35): 943.

东道国经过友好协商共同达成解决方案的一种争端解决方式,相比投资仲裁,投资调解具有非对抗性、灵活性、高度的意思自治性以及解决结果可控制性等方面的优势。^[8]作为解决国际投资争端的ADR之一,相比投资争端仲裁,目前它的利用率仍然很低,优势并没有得到有效发挥。我们在构建“一带一路”投资争端解决机制时,是否应该并且能够借鉴国内法中的强制调解制度,需要通过检视现行投资争端解决机制、分析引入强制调解制度的必要性和可行性来确定。

(一)以仲裁为主的现行投资争端解决机制缺陷显著

目前“一带一路”下的投资争端解决采用的是以仲裁为主的争端解决方式。仲裁是投资者-东道国争端解决最重要、最常见的方式,受理该类案件最多、影响力最大的仲裁机构当为世界银行集团下的ICSID。但它在最初成立时,却未料到仲裁会在其引领下,于后来成为国际投资争端解决的主流。基于世界银行在调解伊朗石油国有化、埃及苏伊士运河公司国有化等投资争端中的作用和经验,ICSID成立时的原初设想是将调解作为主要争端解决方式,但出乎意料的是,各国却对仲裁更感兴趣,并陆续在投资协定中引入仲裁条款,^[9]随着投资仲裁案件增多,仲裁成为了解决投资者-东道国争端最常用的方式。

理论上仲裁曾被认为是一种经济便捷的救济途径,但是近些年来的实践却并非如此,耗时过长、费用昂贵成了国际投资仲裁的显著缺陷,^①相比而言,调解程序所需要的时间和金钱成本较低,尤其是在解决复杂案件中该优势更为显著。^[10]另外,仲裁裁决稳定性与可预期性欠缺,仲裁员独立性受到质疑,从而会影响仲裁结果的公正性。由于现行投资仲裁主要以专设仲裁庭为主,不同案件可能由不同仲裁员审理,对于投资争端中常见的公平公正待遇、征收认定、双边投资协定解释等问题,无法形成统一有效的适用标准,产生了大量与以往类似案件相异的裁决,仲裁结果的不确定性已经严重影响了当事方预期。^[11]³就投资仲裁员的选任而言,西方仲裁员受指定比例明显高于非西方仲裁员,^②因而来自发展中国家专家的参与度不高,^[11]³但这些西方仲裁员对发展中国家和不发达国家的发展困境、社会现实往往缺乏深入理解和感受,法律文化背景差异可能成为裁决不公的潜在因素,近几年一些亚非拉国家对投资仲裁的警惕和拒绝,很大原因在于对裁决公正性的怀疑。还有,仲裁裁决只能解决双方的法律争端。它着眼于双方法律上的权利义务,通过终局判决使胜诉方获得应有的法律救济,目的是在认定事实的基础上依据法律来判定输赢,有输赢就有对立,因此可能不利于争端方合作关系的修复,最终甚至可能造成投资者和东道国的双输,比如著名的Metalclad案中虽然投资者胜诉,但后来双方均认为当初更应该选择ADR来解决他们之间的纠纷,^[12]就像Achmea案裁决中所述,“最终判定一方败诉、另一方胜诉,这种非黑即白的仲裁裁决并不是本案的最佳结果,双方应该通过调解寻求更优方案”。^[13]既然如此,那着眼于未来、寻求共赢、以利益为导向的调解,需要在国际投资争端解决的研究和实践中得到更多关注和重视。

(二)“一带一路”投资争端解决引入强制调解的必要性和紧迫性

“一带一路”是合作共赢的可持续发展之路,旨在促进沿线国家和地区之间的相互融通,这是一项长期的工程,保持投资者与沿线国家的良好合作关系是“一带一路”倡议成功的关键。投资仲裁纵然有其优点,但如前所述,它在解决投资争端时也有不少缺陷,与“一带一路”倡议的“合作共赢”“可持续发展”有着根本冲突。“一带一路”需要建立一种能够定分止争、避免矛盾激化、有利于维护投资者与东道国政府长期合作关系的争端解决机制。因而,该机制必须是包括ADR在内的多元化争端解决方式,因为与仲裁相比,ADR着眼于解决争端方的利益冲突、对抗性较小、程序简便灵活、更为尊重当事方意愿,这些特点正

^① 2007年以前投资仲裁平均个案费用约为100—200万美元,2012年达到约800万美元每件;平均结案周期为3—4年。See ALI S F, REPOUSIS O G. Investor-state mediation and the rise of transparency in international investment law: Opportunity or threat? [J]. Denver international law and policy, 2016(2): 225.

^② 一般来说,发达国家的国际投资仲裁员经验更丰富、能力更突出,西方国家或其当事人会首选指定西方仲裁员,而来自不发达国家或发展中国家的争端方考虑到本国仲裁员国际仲裁能力和经验的匮乏,通常在重大案件中也更信任经验丰富、知名度高的西方仲裁员。参见曹兴国. 裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造[J]. 政法论坛, 2021(3): 139.

是对投资仲裁缺陷的弥补。ADR 中以调解和磋商最为常用,相较于磋商程序中仅有双方参加协商谈判,调解有独立的第三方作为调解员参与,调解员可以起到穿针引线的作用,尤其在双方争议较大的时候更有助于达成和解协议;此外调解还可以避免一方利用优势地位操纵或强迫对方,能提升沟通过程中的合理性和透明度,更加有利于争端方和其他利益攸关者接受。^[14]提交国际仲裁的投资争端多是由于东道国改变了法律法规或者管理措施,而后双方长期协商解决不了,通常涉案金额较高、争议较大,且东道国与投资者的实力和地位往往比较悬殊,在解决此类案件中,有第三方参与的调解显然比磋商更具优越性,应该通过规则设计,使之在“一带一路”投资争端解决中的作用得到充分发挥。

尽管调解有这些优点,但实际上这些年来通过调解解决投资纠纷的案例却不多,以 ICSID 为例,1966 年至 2022 年间共有 875 起案件使用仲裁程序,同期运用调解解决的只有 13 起;^[15]国际商会 (International Center of Commerce, ICC) 曾主持一例投资争端调解,由于东道国政府的缺席,最终未能调解成功;^[16]此外,常设仲裁法院、斯德哥尔摩商会仲裁院、能源宪章秘书处也有调解国际投资争端的功能,但迄今为止尚未有相关调解实践。虽然大多数投资协定中都有关于“冷静期”的规定,即经过此期限后才可提起仲裁请求,但是只有 1% 的 BIT (Bilateral Investment Treaty, BIT) 在“冷静期”条款中明确提及调解,如此则需要争端方另行达成使用调解解决争端的协议,这会让双方需要为达成该程序性协议额外投入时间和精力。^[17]并且,作为东道国政府代表的个人,出于对可能招致的公众反对、媒体渲染、腐败指控等担忧,以及为避免繁琐的国内批准程序等,往往拒绝接受调解。^[18]如果预先对适用调解作出强制性规定,对代表东道国参与争端解决的个人而言,以上忧虑则能大大减少。联合国贸易法委员会 (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) 在综合各种案件后也认为,将适用调解与否的选择权完全留给争端当事方,这一安排就运行效果来看并不成功,因此建议通过条约或国内法的规定加强调解适用。^[17]在解决国内纠纷中,调解的认知和运用也经历过类似不受重视的阶段,对此,立法者采取了两种应对措施:一种是制订特殊的激励规则,例如对无合理理由拒绝参加调解的当事方额外收费、设立调解基金补贴调解费用等,由法院具体实施;另一种则是引入强制调解制度来推动当事方选择,即由法律规定或者法官裁定争端方应先行履行调解程序。目前缺乏统一的“一带一路”投资争端解决中心和财政资金,较难采取激励手段,因此只能选取后一种途径,即引入强制调解制度,将履行调解程序作为提请仲裁的前提。从强制调解在国内争端解决中的使用来看,它不但能够直接提高调解利用率,还能使包括律师在内的参与者亲身感受到调解的优势,增加帮助推荐推广调解的可能性,有利于扩大调解程序的影响和使用。

由于以仲裁为主的 ISDS 机制缺陷明显,世界各国均表达了改革 ISDS 机制的强烈愿望,但是,以美国为代表的渐进式仲裁修正模式与以欧盟为代表的司法化投资法庭模式之间冲突较大,美国出于维护自身利益需求,不愿意对原有 ISDS 机制做过多深入变革,因此,UNCITRAL 第三工作小组主持下的改革工作可能短期难以出现系统性成果。^[19]中国必须通过自身积极探索,尽快建立适合“一带一路”倡议的 ISDS 机制,加速对调解这一中华传统优秀法律文化在 ISDS 的实践,从中累积经验得失,进而抓住契机,在 UNCITRAL 和 ICSID 引导的改革工作中,提出成熟明确的、具有可操作性的中国方案,^①以提升国际投资规则制订中的话语权。就“一带一路”倡议本身而言,经过十年建设取得了巨大成就,现已进入高质量发展的关键阶段。但由于近几年逆全球化风潮的出现,全球投资风险和矛盾会持续加大,部分西方政府以及媒体用“中国债务陷阱”等不实言论污蔑“一带一路”倡议,歪曲“一带一路”合作共赢目标,不但会影响部分沿线国参与共商共建的信心,甚至可能导致对我国投资者政策和“一带一路”倡议态度的消极转变,由此引发一些由于东道国政府管制措施而产生的争端。如果不能有效预防和化解这些争端,频繁的仲

^① 中国积极关注 ISDS 改革动向,但目前还未提出系统性改革方案。参见靳也,投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国策略研究[J],河北法学,2021(7):153.

裁、诉讼案件出现会严重损害正处于关键性发展阶段的“一带一路”倡议。调解的早期介入能够有效预防和解决争端,因此,应尽快将调解作为提请投资争端仲裁的前置必经程序,从而弥补以仲裁为主的投资争端解决机制的不足。这是基于目前调解影响力较弱、发挥该程序优势的需要,更是“一带一路”倡议处于关键阶段的迫切需要。

(三)“一带一路”投资争端解决引入强制调解的可行性

1. 理论可行性

就争端解决理论来看,强制调解要求调解程序强制前置,即启动调解程序并非出于双方自愿,但是和解协议的达成仍须以争端方的合意为前提,若调解未果,双方可以另行提请仲裁或者诉讼。因此,强制调解本质上仍属于自治型的纠纷解决方式,既没有改变调解的自愿性本质,也没有剥夺投资者和东道国为实现实体权利而享有的诉权,在调解程序中,任何争端方都可以随时宣布退出调解从而终结该程序。就国内法的实践效果来看,相同情形下,当事人对调解的满意度不会因为强制程序而出现显著差别,与自愿调解就和解率来看也并无二致。^[20]因此,不必担心在投资争端解决机制中,调解程序的强制性会减损它的功用和效果。

从文化性格来看,中国社会深受儒家思想人伦精神和道德价值影响,历史上就有第三方居中解决纠纷的传统,特别是被誉为“东方经验”的调解,在我国具有深厚的文化渊源和社会基础。^[21]调解因为对抗性较弱,更有利于修复被破坏的秩序和关系,在我国的纠纷解决中一直有着较高的认知和接受度,2022年全国民事一审案件诉前调解结案16 113 798件,约占一审民事结案案件的22.01%。^①中国企业是“一带一路”倡议下的主要投资者,在“一带一路”投资争端解决机制中引入强制调解制度,符合我们自身的历史传统和偏好,“以和为贵”的文化浸染使得强制调解易被中国投资者所接受。另外,“一带一路”沿线的许多亚洲国家,如韩国、越南、老挝等,由于同属于“中华文化圈”,对调解也有着文化上的偏好,所以调解较其他争端解决方式更受欢迎。^[22]还有不少国家深受穆斯林文化影响,依据作为伊斯兰法律渊源的《古兰经》、圣训和公议,调解正是首选的“排讼解纷”方式,^②如阿塞拜疆、哈萨克斯坦、阿尔巴尼亚、尼日利亚、加蓬、喀麦隆等具有伊斯兰传统的国家都曾经参与投资争议调解,^③印度尼西亚更是明确提出,要将调解作为争端双方必须履行的程序性义务。^[23]此外,澳大利亚作为有着西欧文化传统的“一带一路”沿线国,在晚近签署的自由贸易协定中也接受了强制调解制度。^④这些都表明强制调解有可能为更多具有不同文化传统的沿线国所接受。

2. 现实制度基础

“一带一路”投资争端解决机制不仅在理论上具备引入强制调解的可行性,而且有的国家已经开始了相关条约实践。比如,印度尼西亚除了在与澳大利亚的自由贸易协定中赋予投资调解一定范围的强制性外,还在与新加坡、瑞士分别签署的双边投资协定中,将调解作为启动仲裁的前置必经程序之一,^⑤这些条款可以为构建“一带一路”投资争端解决机制引入强制调解提供立法参照。另外,很多由美国和欧盟主导的自贸协定与投资条约引入了强制磋商程序,有关该程序在国际投资争端解决中的适用,已经积累了

① 根据《2022年全国法院司法统计公报》公布数据统计和计算得出。最高人民法院. 2022年全国法院司法公报[EB/OL]. [2023-11-10]. <http://gongbao.court.gov.cn/Details/20587eaf248beb61ed6596018865c.html>.

② 详见第二编“伊斯兰教的司法制度”之第十三章“排讼解纷”之第一节“调解的教律依据”,参见散比得·萨比格. 伊斯兰教法[M]. 穆斯林青年翻译小组,译. 北京:和平书局,2010:264.

③ See Energy Charter Secretariat. Guide on investment mediation[EB/OL]. [2023-11-10]. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>.

④ See Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (2019), Article 14. 23. 1.

⑤ See Article 18&19; Agreement between the Government of Indonesia and the Government of Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments (2018), Article 16&17; Accord entre le Conseil Fédéral Suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements(2022), Article 18&19.

一定的立法和实践经验。磋商与调解在整个争端解决机制中有着相同地位、类似特征,也会面临和解协议执行等相似问题,因此,在对程序启动衔接、强制性限定、协议有效性等具体规则设计时,可以参考已有的投资争端强制磋商制度。中国是“一带一路”倡议国和主要投资国,“一带一路”投资争端解决机制的构建也应该由中国主导,通过多年对“枫桥经验”的不断探索发展,我国已进入规范调解阶段,调解在中国特色的一站式多元纠纷解决机制中作用显著,我国在先行调解、程序分流、保障自愿性、和解协议的执行等领域积累了丰富的经验,可以为“一带一路”投资争端强制调解规则的设计提供借鉴和参考。

除了在规则制订方面存在借鉴样本外,一些沿线国国内的制度安排也可以为强制调解提供稳定平台。为了保护 and 促进外商投资,东道国会根据投资协定或者国内法建立外资监督投诉机制。在该机制下,相关行政主体可以采取多种措施,包括回复投资者提出的建议和意见,以及通过预防、管理和解决争议等行为来促进和保护外商投资;如果经过授权,该机构还应该对初见端倪的投资争端予以调解,比如我国的外商投资企业投诉中心、摩洛哥的投资中心和投资委员会、韩国的外商投资巡查官等都承担了该职能。这些专门负责解决外资争端的机构,一方面可以为强制调解提供稳定的平台,另一方面也使得东道国较为容易接受条约中的强制调解条款。此外,2022年,我国与印度尼西亚、巴基斯坦、埃及、塞尔维亚等“一带一路”沿线国签署了《关于建立国际调解院的联合声明》,目前已经在香港开始国际调解院的筹建工作。根据该声明,这是一个以条约为基础、由各方共同协商建立的政府间常设多边国际组织,能够为各类国际争端解决提供调解服务,未来可以作为承载投资争端调解的主要国际机构,为“一带一路”投资争端强制调解提供国际化的平台。

综上,现行投资争端解决机制并不能完全契合“一带一路”倡议的理念,必须通过制度创新来弥补投资仲裁的缺陷。“一带一路”倡议下的跨国投资争端解决,兼具引入强制调解制度的必要性与可行性,可以通过合理的规则设计,构建一个多元的、有层次的“一带一路”投资争端解决机制。

三、“一带一路”投资争端强制调解的制度构想

作为“一带一路”倡议发起者,我国应该积极参与并主导制度构建,在投资争端解决中引入强制调解时,立足自身选择最为有效的路径。此外,应将投资争端解决机制作为整体,针对不同解决方式的特点,对强制调解规则做出设计,以实现真正多元化、有层次的争端解决。

(一) 引入路径选择

国内法中强制调解制度的引入,是通过立法为争端双方设定必须履行的程序性义务确立的,国际投资争端解决中的强制调解制度,可以由国家通过国内法和国际条约的制订引入。此外,还可以在外国投资者与东道国签订的投资合同中订立。

在我国,建议以《中华人民共和国外商投资法》规定的外商投资企业投诉工作机制为基础,对其中与调解相关的规则进行完善,比如明确受理机构的调解职能、规范调解人员的行为准则、限定和解协议达成要求等,使得依照这些规则行事的投诉处理能够被认定为“调解”,待投诉机制运行日趋成熟后,逐步将其确定为争端解决的强制前置程序。我国制度探索取得的有效成果,也可能在其他国家产生溢出效应,从而有利于投资争端的强制先行调解能够其他国家所接受。此外,更为理想的做法是,在条约中确定强制调解制度。我国与不少“一带一路”沿线国之间的双边投资协定缔结于10—20年前,其内容已不适应如今营商环境以及国际投资法的巨大变化,投资协定亟需“升级换代”,可以在双边投资协定的重新商谈和修订中提出加入强制调解条款;对于尚未缔结双边投资协定的,强制调解条款可在首次商谈时即提出,待该条款于双边协定中具备一定接受度后,可适时在多边协定谈判中提议引入,比如引入至《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)中,因其缔约国多数都是“一带一

路”倡议参加者,且 RCEP 目前缺失对投资者-东道国争端解决的具体安排。^① 对于双边投资协定中暂时无法达成强制调解条款的,投资者在与东道国政府机构签订投资合同时,可提出诉诸司法救济前应首先使用调解解决争端。需要注意的是,应对协定英文文本中“调解”这一词汇的表述加以统一。就不同的投资协定文本和争端解决机构调解规则来看,“conciliation”与“mediation”均有使用,^②但由于中立的第三方在解决争议与和解协议达成中的作用不同,二者涵义并不一致,ICSID 于 2022 年更新的投资争端解决规则中将二者分列就反映了它们之间的区别。从近年来各主要国际机构的立法实践来看,国际社会的态度正趋于统一,将本文所指“调解”确定为“mediation”的表述更为普遍,^[24]但在我国已有的投资协定中,均以“conciliation”作为与中文文本“调解”的对应表述。^③ 考虑到国际社会在立法和实践上对“调解”这一术语逐渐统一化的趋势,为避免歧义,在今后的缔约谈判中宜统一文本,用“mediation”作为“调解”的对应表达。

(二)适用范围确定

投资者-东道国的争端不同于普通涉外商事争端,其经济权益纷争均由东道国政府对本国经济、环境、卫生等事项的管理触发,争端解决程序无一例外由投资者提起。引入强制调解制度之后,意味着投资者启动争端解决程序须先提出调解,东道国则承担了必须参加调解的义务。但如果所涉事项关乎国家安全或国家根本利益,即便东道国履行了强制调解的程序性义务,所涉事项的敏感性可能会让东道国拒绝配合,不但达不成和解协议,也难以实现通过沟通减少误会、增强理解互信等正向作用。这样不仅浪费双方的时间和金钱成本,还可能由于东道国的消极表现使得矛盾进一步加深,这就背离了引入强制调解制度的初衷,因此,应该预先对可适用强制调解的事项加以限定。为明确起见,宜采用“负面清单”方式加以排除,比如预先规定涉及国家安全和机密、投资准入安全审查等例外事项。即便如此,可能在某些情况下仍会出现就争议的“可调解性”提出抗辩、质疑调解员权限的情形,建议参照《联合国海洋法公约》的做法,^④在调解规则中规定由调解员自行对其管辖权作出判断。如果任由双方纠缠于该先决事项,会浪费调解程序的实效期间。此时若规定由仲裁庭或者法院裁决该争议,会有碍于优先使用调解解决争端目的的实现,且另行提起仲裁或诉讼请求、组建仲裁庭、等待受理等也会增加双方的各种成本,同时浪费了争议初始阶段的黄金调解期。^⑤ 由调解员决定,对争端双方来说不但更为便利迅捷,并且不同于完全根据条约作出的裁判,调解员可能通过调解技巧或双方充分沟通,使得异议一方撤回异议,这和仲裁裁决驳回异议请求相比,更有利于减少异议方对后续调解程序的抵触,增加调解成功的可能性。相较于仲裁和诉讼而言,将决定权收归调解员更为理想,东帝汶与澳大利亚的海洋划界争端调解案即为成功示范。

^① 根据 RCEP 第十八条,缔约方应在协定生效后五年内补充投资者-东道国争端解决条款。

^② 例如,爱尔兰-缅甸双边投资协定中表述为“conciliation”,欧盟-加拿大自贸协定中为“mediation”,毛里求斯与埃及的投资协定中则二者都有出现。See Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of the Union of Myanmar for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Article 8. 2(b); CETA, Article 8. 20; Agreement between the Government of The Republic of Mauritius and The Government of The Arab Republic of Egypt on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Article 10. 1.

^③ See Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United Republic of Tanzania Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Article 13. 1; Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan, Article 12. 1; Free Trade Agreement between The Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru, Article 139.

^④ 参见《联合国海洋法公约》附件五中第二节第十三条的规定:“对于按照本节行事的调解委员会是否有管辖权如有争议,应由调解委员会加以解决。”就该做法的实践来看,有东帝汶与澳大利亚关于海洋划界的争端,其间澳大利亚对案件适用强制调解提起异议,但调解委员会做出的《管辖权决定》否决了澳大利亚的异议,后续双方在调解委员会的主持下进入调解程序,最终都认为调解取得了成功。参见杨文澜:《〈联合国海洋法公约〉下强制调解第一案》,载《国际法研究》2018年第3期,第55-56页。

^⑤ 争端初现时提供调解可有助于防止争端升级,因为调解往往有助于当事各方达成一致同意的解决方案。规定这种义务可确保尽早建立联系渠道,从而增加友好解决的可能性。参见联合国国际贸易法委员会第三工作组. 秘书处关于调解的条文草案说明[EB/OL]. [2023-12-10]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/221/047/0C/PDF/2210470C.pdf?OpenElement>.

值得注意的是,有些投资协定中规定,特定争议只能提交东道国法院解决而不得寻求国际投资仲裁,常见如涉及金融审慎、知识产权方面的事项,中国和土耳其的双边投资协定规定,“财产和不动产权”^①争议只能适用东道国当地救济。对投资者来说,使用调解解决争端能够一定程度上把握解决方案的控制权,东道国救济则会使得最终结果完全取决于东道国法院裁判,投资者无法避免对其不利的终局判决。有些“一带一路”沿线国法治环境并不完善,国内法律不稳定、司法程序不公正都会影响我国投资者通过当地救济维护合法权益,在东道国诉讼程序前引入强制调解制度,可以在进入东道国司法程序前为投资者增加争取权益的机会。

(三)程序之间衔接

调解只是争端解决途径之一,此外还有诉讼等不同的争端解决方式,它们各具特点,以供具体案例中争端当事方根据客观条件和自身需求作出适当选择。就第三方介入而言,一方面,由磋商、调解、仲裁至诉讼,第三方对争端解决过程和结果的控制力逐渐增强;但另一方面,由磋商至诉讼的程序性规则更为正式和严格,灵活性呈递减趋势,当事方所付出的时间和经济成本也会逐渐增加。不同于磋商、调解对协调双方利益冲突的侧重,仲裁和诉讼以权利为导向的特点更为突出。这些方式互相补充,共同构成一个公平、完整、高效的争端解决机制,以供争端当事方按需选择。此外,不同程序还需要相互打通,使得争端方能够在一种方式失灵时顺利向其他方式切换。^[25]

强制调解制度的引入,必须实现与磋商、投资仲裁等程序的有效衔接。在规则设计时,应重视对双方意愿、效率、公平等要素的考虑,比如与其他 ADR 的衔接设计中,应该尊重当事方意愿,明确规定强制调解并不限制磋商、谈判、事实查明(fact-finding)等其他方式的使用,只要当事方愿意,可以在强制调解前后以及程序中使用,强制调解程序失败并不影响双方后续重新协商一致,开始新的调解程序。对于同时引入强制磋商的,应该规定二者并列作为仲裁前的强制程序,争议产生后当事方可任择其一,一定时限内双方就选择无法达成一致的,规定启动强制调解程序;若当事方合意要磋商与调解并举,为确保历经两程序后争端方诉权不因期限届满而丧失,第二个 ADR 阶段不应计入连续计算期间。在与投资仲裁和诉讼的衔接中,一方面要有利于调解功能实现,让双方尽量有效利用调解程序,另一方面要兼顾效率、避免久调不决。为保证上述效果,应要求双方在提起仲裁或诉讼的书面请求中载明已采用的程序、试图解决的具体争议、时间及结果等,对没有履行磋商或调解义务的应不予审理,审理的具体范围也应局限为已经过磋商或调解的事项。同时,为促使争议方能有效利用前置程序、而非流于形式,可以规定相关期限,如限定调解开始后不少于 3 个月才可向对方发出提请仲裁的通知,仲裁请求的提起则必须在调解开始后不少于 6 个月、仲裁通知发出后不少于 3 个月等,^②这就意味着强制调解程序至少也要持续 3 个月,在此期间当事方不必为仲裁分心准备,因为其在知晓对方的仲裁意愿后至少有 3 个月准备时间,如此设计有利于当事方能够尽可能有效利用调解程序解决争端。在调解与仲裁/诉讼程序的衔接中,还应注意到仲裁与诉讼在投资争端中作为正式的司法救济途径,都有诉讼时效的规定,为保证调解失败后仍可获得司法救济,应对当事方提起调解请求的时限作出规定,比如从知晓对方有违反合同或条约义务之日起 3 年等。^③

(四)加强制度配套

目前尚无公认成熟的投资争端调解机构和规则,也未建立起国际投资争端调解员库,^[26]这意味着即便“一带一路”投资争端解决引入了强制调解制度,该机制却可能因为缺少资源支持难以发挥功效。另

① 参见《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第九条第四款第(二)项。

② 此处参考了欧盟签署的自贸协定、以及新加坡与哈萨克斯坦投资协定中对强制磋商程序的相关规定。See EU-Singapore Investment Protection Agreement, Article 3. 7; EU-Vietnam Investment Protection Agreement, Article 3. 32-3. 33; Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Kazakhstan 12. 2.

③ 大部分投资协定对此时效都规定为 3 年,如我国所签署的新一代投资协定《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》中采用的也是 3 年,参见该协定第十二条第(四)款。

外,争端双方经调解达成的和解协议必须有效执行,才是调解的最终成功,但若一方、尤其是东道国拒绝履行时,相对方权益因缺乏保障而难以实现,双方矛盾也难以缓和,那么引入强制调解制度的目的最终仍会落空。

我国是“一带一路”倡议国和主要投资国,投资争端是否能够通过调解有效解决,除关乎具体争端方利益外,也关乎我国经济损益与战略目标的实现。因此,我国需要为“一带一路”下的投资争端调解提供有效平台支持。依托正在香港筹建的国际调解院,在其下设立一个投资争端调解平台,将有能力从事投资争端调解的机构吸纳为平台会员。会员中除具备解决争端职能的国际组织外,也应包括东道国外资监督投诉机制下享有调解权能的机构和部门等。案件争端方可以登陆平台网站选择特定会员提供调解服务,平台的登记信息可反映争端方运用调解程序的情况,在调解失败时作为满足提起仲裁条件的证明。同时还可借鉴新加坡麦克斯韦商事厅(Maxwell Chambers)的做法,在香港选择相关场地,为这些机构和争端方提供先进便捷的设施、优雅舒适的调解环境等,吸引其选择中国作为调解地。^①通过该平台的运行不断累积调解经验和成功案例,最终建立起完善、统一的投资争端调解规则,成为能为所有国际投资争端方提供调解服务的平台。强制调解的强制性仅体现在对调解的使用,和解协议仍为当事方行使私权利处分自己权益而作出,不具有如仲裁裁决和法院判决之既判力。与其认为结果缺乏强制拘束力是强制调解程序的缺陷,毋宁说该制度并没有改变调解“自愿性”的本质,然而该“自愿性”本质确会减损强制调解的适用效果。相较于投资者之不履行,东道国拒绝履行对和解协议内容实现会带来更大障碍,单靠私人投资者之力很难作出有效防范。中国作为“一带一路”倡议最重要的投资国,应预先采取措施保障我国投资者和解协议下的权益,比如在投资协定或自贸协定中增加有关和解协议执行条款,规定缔约方共同成立一个联合机构,由各方负责外资事宜的部长级(及以上)官员组成,该机构负责监督和解协议执行。投资者和东道国达成的和解协议应向联合机构通报,其中负有履行义务的一方还须提交书面计划,载明其为履行和解协议拟采取的措施及实施步骤,当出现履行障碍时,联合机构可以据此明确出现问题的步骤和措施,主动与东道国相关部门协调解决。

四、结语

有效的投资争端解决机制不但能够提供多样的纠纷解决途径,以满足不同案件特点和需求,还能促进东道国改善投资环境、投资者完善合规措施,以实现争端解决与投资增长之间的良性循环。调解作为中华法律文化及制度智慧,能够超越诉讼和仲裁你输我赢的局限性,如果能在投资争端解决中切实发挥作用,将有利于国际投资争端的有效解决。法律赋予的强制性使调解在国内纠纷解决中的运用越来越广,然而在东道国与投资者的争端解决中,相较于投资仲裁,它的利用率依然很低。随着投资仲裁暴露的弊端越来越多,其缺陷会制约“一带一路”倡议的实现,调解解决投资争端正有助于弥补这些不足,有鉴于此,可以考虑效仿国内立法,引入强制调解制度作为补充。“一带一路”沿线国具备接受强制调解制度的文化基础,既有条约和国内法可以为引入强制调解提供规则参照,无论是东道国国内还是国际层面,均可以为强制调解的实施提供稳定的平台基础。强制调解并不会取代仲裁在投资者-东道国投资争端解决中的主导地位,也不会改变调解自愿性的本质特征,只是通过赋予它程序上的强制性,以达到扩大适用、充分发挥调解优势的目的,进而能够弥补仲裁程序的不足,提升整个争端解决机制的效能,以构建与“一带一路”倡议相契合的投资争端解决机制。当人们认识到它的优势并广泛采用时,也就不再需要此种强制性约束。这一目标的实现有赖于更多通过调解程序解决争端的成功案例,而这些案例的产生首先需要完善的规则与制度配套,因此,有关调解解决投资争议的研究仍需进一步深入。

^① 对新加坡麦克斯韦商事厅的介绍,可参见 MACARTHUR E. Regulatory competition and the growth of international arbitration in Singapore[J]. Review of current law and law reform, 2018(23):165-174.

参考文献:

- [1] 文淑. 论国际投资和解决协议的执行困局及中国应对[J]. 国际法研究, 2023(4): 105-106.
- [2] 范愉. 当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示[J]. 中国应用法学, 2017(3): 57.
- [3] SALACUSE J W. Is there a better way? Alternative methods of treaty-based, investor-state dispute resolution[J]. *Fordham international law journal*, 2007(1): 138-182.
- [4] 廖永安, 王聪. 我国多元化纠纷解决机制立法论纲[J]. 法治现代化研究, 2021(4): 1.
- [5] ISAAC K D. Pre-litigation compulsory mediation: A concept worth negotiating[J]. *University of La Verne law review*, 2011(32): 175-177.
- [6] 刘家良. 非诉调解前置主义的反思与走向[J]. 政法论丛, 2020(5): 123.
- [7] 齐树洁. 法院附设调解的域外实践[N]. 人民法院报, 2022-8-12-(8).
- [8] 连俊雅. 国际投资争端解决机制改革中的调解及中国因应[J]. 北方法学, 2022(3): 122-124.
- [9] PARRA A R. The history of ICSID[M]. Oxford: Oxford University Press, 2017: 23-24.
- [10] DAHLAN M R, VON KUMBERG W. Investor-state dispute settlement reconceptualized; Regulation of disputes, standards and mediation[J]. *Pepperdine dispute resolution law journal*, 2017(2): 22.
- [11] 联合国国际贸易法委员会第三工作组. 中国政府关于投资者与国家间争端解决机制改革的建议[EB/OL]. [2023-12-10]. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177c.pdf>.
- [12] WELSH N A, SCHNEIDER A K. Becoming “Investor-state mediation”[J]. *Penn State journal of law & international affairs*, 2012(1): 87-88.
- [13] Permanent Court of Arbitration. PCA case No. 2008-13[EB/OL]. [2023-11-10]. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.
- [14] 杨文澜. “联合国海洋法公约”下强制调解第一案[J]. 国际法研究, 2018(3): 65.
- [15] ICSID. The ICSID caseload-statistics[EB/OL]. [2023-11-10]. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf.
- [16] TITI C, GOMEZ K F. Mediation in international commercial and investment disputes[M]. Oxford: Oxford University Press, 2019: 97-98.
- [17] 联合国国际贸易法委员会第三工作组. 秘书处关于调解的条文草案说明[EB/OL]. [2023-12-10]. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/221/047/0C/PDF/2210470C.pdf?OpenElement>.
- [18] CHEW S, REED L, THOMAS J C. Report; Survey on obstacles to settlement of investor-state disputes[EB/OL]. [2023-12-10]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2018/09/NUS-CIL-Working-Paper-1801-Report-Survey-on-Obstacles-to-Settlement-of-Investor-State-Disputes.pdf>.
- [19] 靳也. 投资者-国家争端解决机制改革的路径分化与中国策略研究[J]. 河北法学, 2021(7): 151-153.
- [20] ANDERSON D Q. Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program[J]. *Cardozo journal of conflict resolution*, 2010(2): 479-485.
- [21] 顾培东. 国家治理视野下多元解纷机制的调整与重塑[J]. 法学研究, 2023(3): 93.
- [22] 漆彤, 张生, 黄丽萍. 调解在国际争端解决中的发展与应用[J]. 武大国际法评论, 2020(2): 95.
- [23] United Nations Commission on International Trade Law. ISDS reform: A brief perspective from Indonesia[EB/OL]. [2023-11-10]. <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.156>.
- [24] FAWEHINMI F, ZLATANSKA E. Mediation and conciliation: In pursuit of clarity[J]. *Arbitration: The international journal of arbitration, mediation and dispute management*, 2016(2): 146-152.
- [25] SMITH S, MARTINEZI J. An analytic framework for dispute systems design[J]. *Harvard negotiation law review*, 2009(14): 123-169.
- [26] International Mediation Institute. IMI competency criteria for investor-state mediators[EB/OL]. [2023-11-10]. <https://imimediation.org/about/who-are-imi/ism-tf/imi-competency-criteria-for-investor-state-mediators/>.

Government Audit, Management Characteristics and Shadow Banking of State-Owned Non-financial Enterprises

ZHANG Yueling, SHI Keyu, WANG Shoucheng

(College of Economics and Management, Shandong University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266590, China)

Abstract: Taking the state-owned non-financial listed enterprises from 2010 to 2018 as the research object, this paper studies the relationship between the characteristics of executive government enterprise cooperation and promotion of the senior executives of the state-owned enterprises and shadow banking business under the supervision of government audit. The results show that the characteristics of government enterprise cooperation among executives in the state-owned non-financial enterprises is significantly negatively correlated with the scale of shadow banking business, and the promotion expectation of the senior executives is significantly positively correlated with the scale of shadow banking business. Government audit supervision strengthens the inhibition effect of political affiliation on shadow banking and inhibits the promotion effect of political promotion on shadow banking. Constrained corporate explicit financial assets will increase shadow banking. The research results provide theoretical support for preventing the real economy of the state-owned enterprises from “being diverted out of the real economy” and deepening the transmission path between government audit and the decision-making of the senior executives of the state-owned enterprises. In the future, the leadership of Communist Party of China should be further strengthened in the state-owned enterprises. The state audit institutions should increase the audit intensity and supply of audit resources to the state-owned enterprises where the senior executives are expected to be promoted. At the same time, the state-owned enterprises should allocate financial assets reasonably and reduce the misallocation rate of financial assets.

Key words: shadow banking of non-financial enterprises; scale of shadow banking business; management characteristics; political promotion; government audit; the state-owned enterprises

(责任编辑:魏 霄)

(上接第 63 页)

Application of Mandatory Mediation to the Investment Dispute Settlement under the Belt and Road Initiative

NIU Zheli

(College of Humanities and Law, Shandong University of Science and Technology, Qingdao, Shandong 266590, China)

Abstract: During the ten years of implementation of the Belt and Road Initiative, despite the significantly increasing amount of FDI and the continuously diversified investment structure, there are also some joint projects that have been interrupted due to conflicts between the investors and the local governments. As the Belt and Road Initiative paves a path towards peace and win-win cooperation, it may be possible to emulate mandatory mediation practices from domestic laws and encourage the use of mandatory mediation in resolving investor-state disputes. Mandatory mediation, more economical, flexible and helpful for repairing cooperative relations, will highlight the advantages of mediation over investment arbitration. However, mandatory mediation does not alter its essentially voluntary nature. As one of the ADRs, its settlement agreements still depend on the consent of both parties. When considering mandatory mediation for resolving investment disputes within the Belt and Road Initiative, it is supposed to choose an appropriate approach, clarify the scope of application, and establish a set of efficient and flexible dispute settlement mechanisms through procedural rules. This should be done while weighing the advantages and disadvantages of alternative dispute settlement methods, including consultation, arbitration, and litigation proceedings in host countries.

Key words: mandatory mediation; investment dispute settlement mechanism; the Belt and Road Initiative; application; procedure

(责任编辑:董兴佩)