

面向争端预防的投资者—国家争端解决机制 改革路径及其中国方案

刘子婧

摘 要：从介入纠纷的时机和目标上看，可以将 ISDS 机制改革分为“争端解决”与“争端预防”两种面向。以往的改革倡议主要集中于争端解决面向，聚焦于对国际投资条约仲裁的制度修补和程序再造，但随着改革迈入深水区，该路径日渐陷入僵持，暴露出制度变迁成本高昂、利益分配与再平衡困难、强调对抗而非合作的局限。面向争端预防的 ISDS 改革路径有望成为未来新出口，该路径以 DPMMs 为圆心，强调提前预防、及早介入和降级化解投资争端。近年来，面向争端预防的改革机制日益受到东道国关注，我国外商投资投诉制度的勃兴也印证了这一趋势。为因应此现实，应当纳入面向争端预防的 DPMMs 作为改革新措施，采取全生命周期式的治理思维促进外商投资，预防和管理投资争端。冷静期条款、监察专员和投诉机制为改革提供了具体制度供给，有望为处于窗口期的 ISDS 改革提供中国方案。

关键词：ISDS 改革；争端预防；争端解决；外商投资投诉；国际投资条约仲裁

〔中图分类号〕D996.4；D997.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕2096-6180（2024）03-0024-22

引言

国际投资条约仲裁^{〔1〕}为外国投资者与东道国间的投资争议提供了一个相对平等的非政治化纠纷解决平台，在近半个世纪以来逐渐取代国内救济和外交保护，成为全球范围内投资者—国家争端解决（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）的主渠道。^{〔2〕}国际投资条约仲裁抬升了投资者的法律地位，使其可以依据双边或多边条约中事先约定的仲裁条款向东道国提起国际仲裁，为跨国投资提供了充分的法律保障。但晚近以来，对国际投资条约仲裁的批评和质疑声音日益高涨，使

〔作者简介〕刘子婧，浙江大学光华法学院 2023 级博士研究生。

〔1〕 国际投资条约仲裁（international investment treaty arbitration）指以双边或多边投资条约为基础的国际仲裁，是现代投资条约兴起后解决外国投资者与东道国之间投资争端的主要途径。最广义的国际仲裁不仅包括了投资者对国家的仲裁，也包括了国家对国家的仲裁甚至私人间与投资相关的国际商事仲裁，本文仅在狭义层面使用该词，即投资者基于国际投资条约对东道国提起的仲裁。

〔2〕 自 1966 年《解决国家与他国国民间投资争端公约》生效后，外国投资者与东道国之间运用国际投资仲裁解决争端的案件数量急剧上升，截至 2019 年，国际投资条约仲裁案件总数量突破 1 000 个。UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1000 Mark: Cases and Outcomes in 2019*, IIA Issue Note (July 2020), <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>.

得以其圆心建立的 ISDS 机制面临严峻的“合法性”危机，这场合法性危机甚至蔓延至国际投资规则和国际投资法本身。⁽³⁾ 合法性危机之下，批判程度由浅至深分为三个层次：一是制度性批判，即认为国际投资条约仲裁制度具有内在缺陷，例如仲裁决定缺乏一致性、可预测性和透明度，仲裁员缺乏中立性和多样性，仲裁费用高昂，耗时颇长等⁽⁴⁾；二是政策性批判，即认为国际投资条约仲裁挑战了东道国基于公共福祉进行监管和实施公共政策的权力，忽视了社会价值，威胁到国内公共政策的实施⁽⁵⁾；三是系统性批判，该观点从根本上质疑国际投资条约仲裁甚至国际投资法的正义性和公平性，认为仲裁规则对投资者利益具有结构性偏好，对东道国尤其是发展中国家而言不具有互惠性，违背了分配正义原则。⁽⁶⁾ 随着合法性危机的不断演进，ISDS 机制的改革甚至重塑成为国际投资争端解决必须回应的理论与实践问题，也是晚近国际投资法研讨的热点。

对于 ISDS 机制的具体改革措施，学界众说纷纭。有观点主张引入全球行政法理论，使国际投资条约仲裁具备问责、透明和公众参与、阐明理由和复审程序等要素。⁽⁷⁾ 也有观点认为，改革方向应当遵循均衡自由主义进路，增加国际投资条约仲裁的制度化 and 科层化程度，设定强制性的候任仲裁员名单。⁽⁸⁾ 总体上看，既有讨论主要以国际投资条约仲裁的制度修补和程序再造为核心，面向事后的国际投资争端解决。但是，投资者与东道国间的争端从萌芽、发展直至提交仲裁是一个不断演变升级的动态过程，事前的投资争端预防、管理和化解也构成了其中重要一环。相比之下，较少有研究注意到事前的争端预防面向的 ISDS 改革路径，并对其进行详尽梳理和讨论。⁽⁹⁾ 实践中，以争端预防和管理机制（Dispute Prevention and Management Mechanisms, DPMMs）为核心的事前投资争端降级和化解正日益受到东道国关注，并积累了大量国家实践，《中华人民共和国外商投资法》（下称《外商投资法》）确立的全国性外商投资投诉制度便是其中之一。

当前，ISDS 改革正迈入关键时期。依托联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission

(3) Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham Law Review 1521, 1521–1625 (2005); Steven R. Ratner, *International Investment Law Through the Lens of Global Justice*, 20 Journal of International Economic Law 747, 747–775 (2017).

(4) 联合国国际贸易法委员会对这些批评进行了全面总结和分类。UNCITRAL(2019), *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Sixth Session*, United Nations, A/CN.9/964, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/075/12/PDF/V1807512.pdf?OpenElement>.

(5) 对国家监管权的挑战，参见余劲松：《国际投资法》（第5版），法律出版社2022年版，第344–345页。

(6) Paddy Ireland, *The Corporation and the New Aristocracy of Finance*, in Jean-Philippe Robe et al. (eds.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016, p. 53, 92–95.

(7) 杜焕芳、郭诗雅：《投资条约仲裁的第二次转型：合法性危机下的全球行政法理论引入》，载《江西社会科学》2021年第4期，第185页。

(8) 单文华、王鹏：《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2019年第5期，第26–27页。

(9) 目前，已有研究主张投资者和东道国争端解决应当实现从对抗式到合作式的理念转变，参见张相君：《应对投资争端解决机制变革的中国方案及其实现》，载《中国国际法年刊（2019）》，第191–216页；也有研究介绍了投资争端预防机制的国际经验，参见陶立峰：《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88–89页。

on International Trade Law, UNCITRAL) 为平台展开的 ISDS 改革国家谈判进入第三阶段, 在前两阶段中已经明确了既有制度的缺陷和各类可行解决方案, 这一阶段则将限定改革模式、形成法律制度 and 达成政治共识。^{〔10〕} 我国应当积极把握改革窗口期, 从国际投资规则接受者转变为规则制定者。基于此, 笔者尝试提出一种以争端预防和管理机制为主轴, 面向事前争端预防而非事后争端解决的 ISDS 改革新路径, 并讨论在此进路下如何为当前 ISDS 改革提供一种可行的中国方案和思路。

一、面向争端解决的 ISDS 改革及其困境

从介入投资争端的阶段来看, 可以将 ISDS 改革路径大致划分为两种面向: 面向争端解决和面向争端预防。前者包括决定型和合意型两种争端解决机制; 后者则以争端预防和管理机制为主, 也涉及更前端的投资促进机制。当前的 ISDS 改革倡议主要集中在争端解决面向, 但随着改革向“深水区”不断迈进, 这一改革路径日渐陷入僵持状态和困局。

(一) 两种“面向”的 ISDS 改革路径

从过程性、动态的视角观察跨国投资过程中的国家行为, 可以发现其作用于由各不同阶段组成的国际投资全生命周期, 包括了前期投资培育、促进和管理, 中期投资纠纷预防和化解, 再到后期争端解决的动态过程。跨国投资中的不同阶段构成了国际投资全生命周期中的子系统, 且各子系统之间并非孤立存在, 而是相互影响, 互动演替。例如, 有效的投资预防和化解措施可以从源头上减少国际投资争端的产生, 而健全的争端解决机制则将吸引更多的境外投资企业, 增加政府信誉和投资者信心, 成为培育和促进跨国投资的“金字招牌”。

从国际投资的全生命周期来看, 可以将作用于不同阶段的 ISDS 改革分为两类: (1) 面向争端解决的 ISDS 改革路径; (2) 面向争端预防的 ISDS 改革路径。

面向争端解决的 ISDS 改革路径着眼于国际投资后端, 指在投资纠纷产生且双方对抗性升级后, 通过特定纠纷解决机制解决投资争端, 既包括当地救济措施, 也包括外交保护和国际仲裁等国际层面的救济措施。面向争端解决的 ISDS 以解决具体投资争端为目标, 为个案化地解决争端构建特定的救济渠道和实施机制, 按照纠纷解决方式可以分为决定型纠纷解决机制和合意型纠纷解决机制。^{〔11〕} 其中, 决定型纠纷解决机制指通过权威第三方作出有拘束力决定的方式解决纠纷, 包括当地的行政救济和司法救济以及国际层面的国际投资条约仲裁; 合意型纠纷解决机制指通过双方合意的方式解决纠纷, 包括磋商、谈判和调解。除前述法律解决方式外, 面向争端解决的 ISDS

〔10〕 ISDS 改革的三阶段分别是明确 ISDS 机制面临的重要缺陷 (2017—2018 年)、探索的可行解决方案 (2019—2021 年) 和达成具体改革措施与共识 (2022—2026 年)。Julian Arato, Kathleen Claussen & Malcolm Langford, *The Investor-State Dispute Settlement Reform Process: Design, Dilemmas and Discontents*, 14 *Journal of International Dispute Settlement* 127, 127—128 (2023).

〔11〕 “决定型纠纷解决机制”和“合意型纠纷解决机制”由日本学者棚濑孝雄提出, 从纠纷解决理论上, 可以按照解决方式的不同区分为这两种类型, 前者指通过权威第三方作出具有拘束力的决定解决纠纷, 后者指通过双方达成合意的方式解决纠纷。参见 [日] 棚濑孝雄: 《纠纷的解决与审判制度》, 王亚新译, 中国政法大学出版社 1994 年版, 第 10—18 页。

还包括作为政治解决方式的外交保护，但是在国际社会对跨国投资争端解决“去政治化”的共同愿景和努力下，这种方式已经受到诸多限制。^{〔12〕}

面向争端预防的改革路径则聚焦于国际投资的前端和中端，指在投资纠纷产生或升级前，通过各种措施及早处理冲突、防止争端升级，并通过争端预防等多种举措为投资者提供便利、减少投资阻碍，从而促进更多国际投资。相比争端解决面向，争端预防面向的 ISDS 内涵更为模糊宽泛，由各类政策措施、国内立法或国际投资条约确立的法律机制组成。这些具有预防面向的政策、立法或制度安排也被称为“争端预防和管理机制”，指任何旨在降级和化解争端的政策措施和与之相关的程序性设计与立法，包括争端预防政策(dispute prevention policies)和冲突管理机制(conflict management mechanisms)。^{〔13〕}如果在“预防”面向上进一步前溯，还可以在更广义上涵盖“促进”投资的意旨，在具体制度安排上则体现为“投资促进机制”(investment facilitation)，即任何旨在促进投资者建立和扩大其在东道国的投资，便利化投资者日常经营活动的政策或措施，除争端预防措施外，还包括提高投资信息透明度、增加政策环境稳定性、简化和加速行政程序等。^{〔14〕}在后疫情时代世界经济增长整体疲软的背景下，投资促进成为更受关注的议题。在 2024 年 2 月召开的世界贸易组织第十三届部长级会议中，《促进发展的投资便利化协定》(*Investment Facilitation for Development Agreement*)的文本首次正式对外公布，该协定旨在建立一个更加透明、高效和投资友好型的商业环境，以促进更多、更可持续的投资，并尽量减少不确定监管政策和传统以争端解决为核心的 ISDS 机制对国际投资的影响。^{〔15〕}

“争端解决”和“争端预防”两种不同面向的 ISDS 改革路径具有差异化的目标设定、制度设计和实施场域。争端解决面向的改革更多在国际层面展开，旨在完善既有以国际投资条约仲裁为核心的 ISDS 机制，对仲裁程序、仲裁机构和仲裁规则进行修补或再造；同时，也注意到调解等合意型纠纷解决机制在争端解决中日益发挥的重要作用，主张将调解作为国际投资条约仲裁的替代选项。争端预防面向的改革则更多在东道国内部进行，通过制定和颁布投资政策、修改与更新双边或多边条约具体条款、建立健全投资相关制度等多种方式实施，具体措施将在后文详述。

(二) 争端解决面向的改革倡议及其困境

当前依托 UNCITRAL 为平台展开的 ISDS 改革讨论主要在争端解决面向下展开，聚焦于对国

〔12〕 余劲松：《国际投资法》（第 5 版），法律出版社 2022 年版，第 318—319 页。

〔13〕 Robert Echandi, *Complementing Investor-State Dispute Resolution: A Conceptual Framework for Investor-State Conflict Management: Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, p. 295—296.

〔14〕 Yanyan Tang, *Investment Facilitation for Development and the Reform of International Investment Dispute Settlement Mechanism: The Choice of Developing Countries*, 13 *Journal of International Dispute Settlement* 643, 643—644 (2022).

〔15〕 WTO, *Investment Facilitation for Development Agreement*, https://www.wto.org/english/tratop_e/invfac_public_e/factsheet_ifd.pdf. 有关该协定的更多信息，参见 https://www.wto.org/english/tratop_e/invfac_public_e/invfac_e.htm.

际投资条约仲裁的修补或再造。有学者按照激进程度不同将改革建议和措施大致划分为三类：渐进式改革、系统性改革和完全的范式转型。⁽¹⁶⁾ 三类改革建议彼此之间并非界限分明，而是交错重叠，但是仍较好地划分出争端解决面向下不同的改革方向与思路，因此笔者沿用这一分类方法，以明晰不同改革倡议间的观点分歧。

渐进式改革论者认为，现有批评夸大了 ISDS 机制的缺陷，国际投资条约仲裁仍然是目前最好的选择，并主张对具体问题进行适度的改善；目前的批判很大程度上是建立在观念预设上而非现实上，例如仲裁裁决结果的不一致性就属于一种观念上的批判，因为即使是国内法院判决也不能保证完全一致。基于此，该观点认为可以通过更新双边或多边条约中的仲裁条款、细化对条约的解释等具有针对性的改革措施对当前 ISDS 机制进行优化，而无须采取设立上诉机制、强制性任命等大动干戈的改革措施。⁽¹⁷⁾

系统性改革论者则认为 ISDS 的缺陷是现实存在且较为严重的，主张采取更激进的改革措施以应对既有机制中的严重不足。系统性改革论中最主流的改革建议包括：（1）建立常设国际投资仲裁庭；（2）为投资仲裁设立一个类似 WTO 上诉机制。另外，也有学者主张可以参照《联合国国家—投资者条约仲裁透明度公约》（*United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*，又称《毛里求斯公约》）订立一个可以选择性参加的公约（*opt-in Convention*），从而将新的争端解决方式拓展到各国现有的国际投资条约中。⁽¹⁸⁾

范式转型论者对目前的 ISDS 机制最为悲观，认为既有以国际投资条约仲裁为主渠道的争端解决机制存在内生性缺陷，这些缺陷无法通过“修补式”的改革举措进行弥补和改善，并主张采取一种完全的范式转向。例如，使用国内法庭、监察专员（*ombudsmen*）或者国与国之间仲裁方式替代投资者与东道国之间的国际投资条约仲裁。⁽¹⁹⁾ 相较前两者而言，范式转型论者对国际投资条约仲裁的有效性和公正性持更加悲观态度，认为其存在的制度性和系统性合法性危机难以通过 ISDS 制度的自我革新得到解决，因此更倾向复归于国内纠纷解决模式或者国家间仲裁，而非诉诸国际投资条约仲裁。

各东道国对于前述三类改革倡议虽存在一定共识，但在具体改革方向和改革措施的选择上分歧较为明显，难以达成一致意见，这一立场分歧在东道国各自提议的 ISDS 改革方案中可以窥见一二。

渐进式改革的拥趸者如智利、日本、俄罗斯和美国。智利认为对现有国际投资条约仲裁制度

（16）Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 American Journal of International Law 410, 410–432 (2018).

（17）Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 American Journal of International Law 410, 414 (2018).

（18）Gabrielle Kaufmann-Kohler & Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap*, CIDS Research Paper, 2016, p. 4.

（19）Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 American Journal of International Law 410, 410–432 (2018).

的批判应该建立在数据与事实而非推测和想象的基础上。日本和俄罗斯也持相同观点，对既有的批判和质疑观点存疑，认为改革方向不应当被公众舆论或主流媒体所裹挟。⁽²⁰⁾ 这些国家对当前的 ISDS 机制更为乐观，也对改革持更谨慎的态度，例如美国主张通过条约解释或者采纳权威解释的方式消除裁决的不一致性。⁽²¹⁾

欧盟则为系统性改革的主要倡导者，认为建立投资法庭或者上诉委员会的改革建议具有可行性，并付诸实践。欧盟在 2016 年与越南签订的《欧盟—越南自由贸易区协定》和与加拿大签订的《全面经济与贸易协议》中，均采用国际投资仲裁法庭作为重要的争议解决机制。⁽²²⁾ 欧盟认为，两审终审制的投资法庭可以通过上诉机制解决条文适用不一致、事实错误认定等问题；此外，参照 WTO 上诉机构和欧洲人权法院设立的由常设、全职仲裁员组成的上诉机构也有助于增加裁判者的中立性和独立性。

也有国家持范式转型观点，对投资者向东道国提出仲裁申请的合法性提出质疑，并主张抛弃国际投资条约仲裁，例如巴西和南非。巴西指出其从未批准投资仲裁条款，因为国际仲裁庭救济对只能诉诸国内法庭寻求救济的国内投资者而言构成了歧视；南非也认为对外国和国内投资者区别对待可能引发平等和正义的问题。⁽²³⁾ 此外，还有许多国家仅就大致改革方向表明了含糊的意图，中国提交的改革方案便是其中之一。尽管国内学界曾就中国具体改革方案展开热烈的探讨和提议⁽²⁴⁾，但“无论是在联合国贸易法委员会多边改革讨论，还是中欧、中美投资协定谈判中，中国都未公开更详细、更具价值指引的投资仲裁改革倡议”⁽²⁵⁾。

总体来看，尽管 ISDS 机制的自我革新与改革实践已经进入关键窗口期，各界也提出了渐进式改革、系统性改革和范式转型等多种方向性改革主张和具体改革建议，但是不同改革主张的立场和观点分歧明显，短期内难以调和各国立场和现实需求而形成一致改革路径。不难发现，前述改革倡议不论激烈程度与否，整体上均围绕国际投资条约仲裁、投资仲裁条款等事后纠纷解决机制的改造和优化进行。但是，在复杂的利益格局下，争端解决面向的改革倡议难以在短期内形成共识，第三阶段的改革进程已然陷入胶着状态和困境。

〔20〕 Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: What Are States' Concerns?*, EJIL: TALK! (5 June 2018), <https://www.ejiltalk.org/uncitral-andisds-reforms-what-are-states-concerns>.

〔21〕 Anthea Roberts & Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns About Consistency, Predictability and Correctness*, EJIL: TALK! (5 June 2018), <https://www.ejiltalk.org/uncitral-andisds-reforms-concerns-about-consistency-predictability-and-correctness>.

〔22〕 EU-Vietnam Free Trade Area Agreement, EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement.

〔23〕 Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, 112 American Journal of International Law 410, 414.

〔24〕 例如单文华教授主张建立常设投资仲裁法庭，杨国华教授主张建立世界投资贸易组织。参见 Wenhua Shan, *Toward a Multilateral or Plurilateral Framework on Investment*, E15 Initiative, November 2015；杨国华：《论〈跨太平洋伙伴关系协议〉（TPP）与我国多边和区域一体化战略》，载《当代法学》2016 年第 1 期，第 32-42 页。

〔25〕 王鹏：《中立、责任与参与：中国投资仲裁的多边改革与中国对策》，载《国际政治研究》2018 年第 2 期，第 108 页。

（三）争端解决面向改革路径的局限

随着第三阶段改革讨论分歧和对立的加剧，UNCITRAL 第三工作组的中心工作已经移转到对改革困境的识别和谈判中来，这一过程也暴露出争端解决面向的 ISDS 改革路径自身存在的局限。

首先，制度层面，争端解决面向的制度性改革建议利弊兼具且制度变迁本身成本高昂，阻碍了对具体改革方案共识的形成。以常设国际投资仲裁庭为例，虽然常设仲裁庭可以解决仲裁裁决缺乏一致性、连贯性的问题，但是建立、运转和维系常设机构必将产生高昂的成本。又如，也有建议主张推进国际投资条约仲裁从仲裁模式向司法裁决模式的转变，通过国家提名并任命常驻法官来解决仲裁员任命中的“旋转门”问题，以增加独立性和公正性，减少寻租的可能，但是这一转变也将减少争端双方在仲裁员任命中的话语权，削弱意思自治。此外，制度层面的改革措施还面临一个共通问题，即制度变迁的成本。根据美国经济学家道格拉斯·C. 诺思（Douglass C. North）经典的制度变迁理论，只有在预期收益大于预期成本的情形下，行为主体才会去推动直至最终实现制度变迁。^{〔26〕}而在国际投资条约仲裁制度层面推动 ISDS 改革所面临的困境在于，不同立场下的利益方对于制度变迁成本和收益的预期不同，因此无论最终采取何种制度变迁方向，都很难达成多方满意的结果。

其次，政策层面，争端解决面向的 ISDS 改革路径实质上是要对投资者和东道国之间、资本输入国和资本输出国之间的利益格局进行重新分配和再平衡，其中尤为关键的是要重新权衡外国投资者的财产权和东道国对环境、劳工、人权等敏感事项的国家监管权。简言之，当 ISDS 改革议程进入“深水区”后，所面临的不再是简单的制度取舍或优化问题，而是触及对传统投资争端解决规则结构性分配正义失衡的纠偏和再分配问题。基于此，在原本利益分配格局下获益方和受损方的立场分歧将进一步加剧，并严重阻碍改革共识的形成。例如，站在投资者立场上的国际性律所、商业团体和少数国家认为当前机制的缺陷被过度夸大，坚持仲裁规则应当保障相对于东道国而言明显处于弱势地位的投资者利益；而站在东道国尤其是发展中国家立场上的观点则认为既有改革措施不仅没有过度，反而过于谨慎和疲软，并未触及“公平公正待遇”“最惠国待遇”等实体性规则，仅仅停留在程序改造层面。^{〔27〕}

最后，理念层面，争端解决面向的改革路径过于强调对抗而非合作，聚焦于利益分配而忽略了“如何把蛋糕做大”。换言之，这一改革路径着眼于在冲突升级后对双方纠纷进行对错裁决和是非判断的程序与机制，忽视了在纠纷早期萌芽阶段介入和化解的可能性。而在纠纷解决阶段，无论是仲裁模式还是司法裁决模式，都具有两造对抗的构造，投资者和东道国被置于对立面，彼此的观念差异也因立场分歧被进一步放大。实际上，从国际投资全生命周期的视角来看，投资者和

〔26〕 诺思将这一过程表述为“一种相对价格的变化使交换的一方或双方感知到：改变协定或契约将能使一方甚至双方的处境得到改善”。相关讨论，参见〔美〕道格拉斯·C. 诺思：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，致格出版社2014年版，第98-107页。

〔27〕 Julian Arato, Kathleen Claussen, Malcolm Langford, *The Investor-State Dispute Settlement Reform Process: Design, Dilemmas and Discontents*, 14 *Journal of International Dispute Settlement* 127, 129-130 (2023).

东道国并非天然对立，而是可以通过投资促进、投资管理和纠纷预防等系列措施实现合作和双赢，并最终共享跨国投资产生的收益。争端解决面向的改革讨论过于集中在对国际投资条约仲裁的程序再造和制度修补，反而忽略了跳出制度性争论本身，从“局外人”的视角重新审视改革过程中蕴含的合作、沟通和双赢的可能性。

基于前述局限性，也有更多研究关注到合意型的磋商、调解机制在投资纠纷解决中的作用，并主张将其作为国际投资条约仲裁的替代选项。^{〔28〕}但是调解等替代性纠纷解决机制也面临自身障碍：一是当前国际投资条约中缺乏对调解的特别约定。实证研究显示，在 3 815 份双边投资协定中，有 70% 的协定不包含磋商或调解条款，而在余下包含磋商或调解条款的协定中，仅有 13.2% 的协定给予了调解事先同意（相比之下，有 71.6% 的协定事先同意磋商）。^{〔29〕}二是磋商和调解程序的不透明性和保密性可能会阻碍 ISDS 改革旨在实现的公开透明目标。三是推行磋商和调解程序可能在东道国内遇到立法和政策障碍。一方面，调解的范围有限，有的国家出于保护公共利益的需要，规定与政府之间的争端禁止调解或者有限调解，例如我国的《中华人民共和国行政诉讼法》（下称《行政诉讼法》）将诉讼调解规定为“例外条款”。^{〔30〕}另一方面，有别于仲裁、司法裁判等决定型纠纷解决机制，调解可能在金钱赔付和责任归属问题上并无明确规定，赔付和归责上的模糊性可能会降低争端方进行调解的意愿。

二、面向争端预防的 ISDS 改革新路径

面向争端解决的 ISDS 改革倡议过度聚焦于对国际投资条约仲裁的制度修补或重构，忽略了国际投资全生命周期视角下早期介入、预防和化解投资争端的可能性，争端解决面向下预设的“投资者—东道国”对峙立场也阻碍了国家之间共识的达成。相比之下，蕴含合作、沟通和对话理念，强调早期介入和动态管理的争端预防面向改革路径或许能为当前改革提供新的出口。接下来，笔者将以“争端预防和管理机制”为主轴，讨论该机制如何日渐受到东道国的关注与实践，并有望成为 ISDS 改革的新路径。

（一）争端预防面向的改革：以 DPMMs 为主轴

从语义学上看，“争端预防和管理机制”包括两层含义：争端预防和争端管理。依据罗伯特·埃查尼教授（Robert Echandi）的定义，“争端预防政策”（dispute prevention policies）指“政

〔28〕 Catherine Kessedjian et al., *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*, 14 *Journal of International Dispute Settlement* 192, 192–212 (2023); Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Sherard-Chow, *Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis*, 38 *ICSID Review* 201, 201–237 (2023); Ignacio de la Rasilla, “*The Greatest Victory*”? *Challenges and Opportunities for Mediation in Investor-State Dispute Settlement*, 38 *ICSID Review* 169, 169–200 (2023).

〔29〕 Romesh Weeramantry, Brian Chang & Joel Sherard-Chow, *Conciliation and Mediation in Investor-State Dispute Settlement Provisions: A Quantitative and Qualitative Analysis*, 38 *ICSID Review* 201, 201 (2023).

〔30〕 《行政诉讼法》第 60 条规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。但是，行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解。调解应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”

府所采取的，旨在防止国际投资条约下国家与投资者冲突升级为全面投资争议的任何行动与措施”；“冲突管理机制”（conflict management mechanisms）则指“依据法律或合同建立的、使得投资者和东道国能够及早处理与投资有关的冲突并防止争端升级的具体程序性机制”。⁽³¹⁾可见，争端预防和管理机制内涵较为宽泛，既包括任何旨在降级和化解争端的政策或立法措施，也包括具体的程序性设计与制度安排。

相比于国际投资条约仲裁、国内司法/行政救济和外交保护等传统事后投资纠纷解决渠道，争端预防和管理机制强调对潜在的或者尚未全面升级的投资者—国家纠纷进行提前预防、管理和降级。相比事后救济模式而言，争端预防和管理机制属于一种事前管理模式，具有明显优点：第一，以预防和管理为导向的 DPMMs 具有前瞻性，强调“防患于未然”，既可以防止现有投资冲突持续升级成重大争议，又可以及时调整和变更未来可能引发投资纠纷的国内政策和措施。第二，相比于具有强制性和对抗性的司法、仲裁程序而言，DPMMs 更为灵活，对抗性弱，合作性强，既可以处理具体的纠纷，也可以引导国家宏观投资政策的调整，在与投资者沟通、对话的过程中进一步优化投资政策和投资环境。第三，DPMMs 软性、弹性和合作性的特征，有效回避了当前对国际投资规则和国际投资条约仲裁程序的合法性批判的焦点。目前，国际投资条约仲裁面临最深层次的合法性危机莫过于对其正义理念的质疑，即以种类私法的争端处理机制解决具有公法性质的国际投资争端，导致国家与投资者之间的结构性分配正义失衡问题。如何平衡跨国投资者利益和国家监管权的矛盾，对既有利益格局进行重新切割、分配和再平衡，是争端解决面向的改革路径无法回避的核心问题，而争端预防和管理机制将目光前移至投资全生命周期的前中端，有效规避了这一批判焦点，更易促进不同立场的利益方之间达成最低限度的共识。

世界范围内，争端预防和管理机制日渐兴起，具体体现在两方面：一是在国家提交的 ISDS 改革提案中，隐约可见采取争端预防和管理措施的倾向。二是在各国的国内实践和政策实验中，各类争端预防和管理措施日渐勃兴。以中国为例，在中国提交给 UNCITRAL 的改革提议中，一个较为明显的改革倾向便是主张采用较“软”的纠纷管理机制推动投资争议的降级和化解而非较“硬”的争议解决措施。例如，中国在提案中提倡使用替代争议解决方式（ADR）机制和在仲裁前适用磋商程序，尤其指出建议将投资者和东道国之间的磋商程序确定为国际仲裁前的双方强制性义务。⁽³²⁾

（二）DPMMs 的组织形式和功能结构

在争端预防和解决机制兴起的背景下，各国采取的具体措施不尽相同。依据 UNCITRAL 第三工作组的总结，在各类争端预防和管理机制中，最常见的一种做法是建立一个专门机构（或牵

(31) R. Echandi, *Complementing Investor-State Dispute Resolution: A Conceptual Framework for Investor-State Conflict Management: Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, p. 295 – 296.

(32) China, *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Submission from the Government of China*, note by the Secretariat of UNCITRAL, A/CN. 9/WG. III/WP. 177.

头机构)缓解政府和投资者之间的冲突和纠纷,并以该机构为主要渠道和平台,沟通并协调投资者与各级政府及政府部门间的意见和行动。⁽³³⁾

首先,在组织形式上,负责预防和管理投资争端的专门机构(lead agency)包括单一机构制、多机构联合制或者委员会制等多种模式。例如,韩国的外商投资监察专员制度就采取单一机构制,由投资监察员作为相对独立于行政机关的专门机构处理国际投资纠纷。⁽³⁴⁾加拿大也采取单一机构模式,由外事与贸易部下属的贸易法局专门负责为政府部门提供国际贸易法方面的诉讼服务、法律培训和法律咨询,参与国际贸易和投资协定的谈判与执行工作。⁽³⁵⁾秘鲁政府设置了一个专门的特别委员会协调各级政府部门的外商投资相关事宜,处理与投资相关的投诉和冲突。⁽³⁶⁾

其次,在功能结构上,专门机构具有复合、多样的功能,涵盖立约立法、行为监测、申诉处理、能力建设等多方面内容。这些功能主要包括五类(见表1):信息监测与收集功能;投资条款制定和审查功能;投资申诉和预警功能;政府能力建设功能;政府行为监督和管理功能。

其一,信息监测与收集。专门机构作为中央信息处理中枢,负责收集、整理、监测和跟踪与外国投资者、国际投资项目、国家投资立法和政府投资政策相关的信息,为相关政府决策提供信息支持,扮演类似国家智库的角色。例如,秘鲁的特别委员会就发挥了收集和处理各类投资信息的中央储藏库功能,对外国投资者及其投资项目遵守当地法律、履行法定义务情况进行跟踪与监测。⁽³⁷⁾

其二,投资条款制定和审查。此时,专门机构发挥了专家功能,负责对国家已订立的双边或多边投资条约中的争议解决条款进行审查,或者对未来拟制定的争议解决条款提出立法建议,参与立法起草过程,甚至对现有与投资有关的立法进行审查。在这项功能下,专门机构地位类似于国际投资争端的立法专家和实务专家,基于其信息优势和知识优势,为国家制定投资相关法律、实施投资政策提供咨询和建议服务。

其三,投资申诉和预警。除智库和专家外,专门机构还可以为外国投资者提供申诉平台,成为国家及早发现和化解潜在投资争端的“预警器”。专门机构掌握了各地投资信息和动向,因此可以及时就潜在投资争端向中央政府提出预警。此外,有的专门机构还建立了从地方到中央的投资

〔33〕 UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Dispute Prevention and Mitigation*, Unofficial Report of Working Group III (March 2023), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf.

〔34〕 Shin, Hi-Taek, *An Ombudsman as One Avenue Facilitating ADR and Socio-Cultural Factors Affecting ADR in Investment Treaty Dispute Resolution*, in Susan Franck & Anna Joubin-Bret eds., *Investor-State Disputes: Prevention and Alternative to Arbitration II*, UN Conference on Trade and Development Publishing, 2011, p. 97–101.

〔35〕 相关介绍可以参见加拿大政府官网, <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cp-pm/eval/reprap/13/plse-sdpe/p2.html>.

〔36〕 Valderrama, Carlos Jose, *Peru-Best Practices for Confronting International Lawsuits Brought by Private Investors*, 33 ICSID Review 103, 103–124 (2018).

〔37〕 UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Dispute Prevention and Mitigation*, Unofficial Report of Working Group III (March 2023), p. 4, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf.

申诉渠道，该投资申诉渠道发挥了三重功效：一则及时处理投资者的不满情绪，化解尚未升级的纷争；二则建立了“政府—投资者”间的公私对话平台，使得投资者更了解当前监管信息和公共政策，也使政府在采取某一具体措施前充分考虑投资者的意见，避免发生冲突；三则成为信息收集渠道，国家据此可以收集投资者对政策的意见，以优化未来投资政策。我国《外商投资法》第 26 条建立的外商投资投诉机制便具有此类申诉、预警和对话功能，后文将进行具体阐述。

其四，政府能力建设。政府能力建设上，专门机构扮演了培训者和教育者的角色，可以提升地方政府的国际投资相关知识和纠纷应对能力。某些情况下，投资纠纷是由中央政策引起的，而在另外一些情况下，则是由地方政府的不当行为所引发。因此，加强各级政府对投资相关法律知识和义务的了解，对有效预防纠纷而言至关重要。例如，哥伦比亚贸易部的外国投资与服务司负责分发解释外商投资保护政策的相关手册，并对当地政府、商会和行业协会就外商投资政策等事项进行定期培训。⁽³⁸⁾

其五，政府行为监督和管理。专门机构还可以作为政府行为的监管者。如前所述，有的投资争端是由地方政府行为所引发的。以中国为例，迄今为止所有可行的针对中国提起的国际投资条约仲裁案件均由地方政府具体行政行为引发（详见后文），因此，对各级政府行为进行监管十分必要。在此功能下，专门机构会对容易引发争议的大型外商投资合同或者公私合作伙伴关系项目进行调查和评估，以监管地方政府行为，在促进政府与投资者合作的同时规避产生法律纠纷的风险。

表 1 争端预防和管理机制的功能、内容与国家实践

功能类型	具体内容	国家实践
信息监测与收集	集中投资信息；沟通各政府部门；建立信息 储存与共享平台	秘鲁特别委员会；巴西监察专员 ⁽³⁹⁾ ；韩 国外商投资监察专员
条款制定和审查	起草有关投资条款的法律建议；为投资立法 提供咨询	多米尼加共和国、秘鲁等采取此类做法 ⁽⁴⁰⁾
申诉和预警	外国投资监察员制度；申诉专员制度；外商 投资投诉制度	中国《外商投资法》第 26 条；《能源宪章 条约》第 8 条

(38) Energy Charter Secretariat (2016), *Best Practices in Investment Conflict Prevention and Management*, Special Paper Series, Brussels (September 2016), <https://www.energycharter.org/what-wedo/publications/best-practices-in-investment-conflict-prevention-and-management/>, p.11. 转引自 UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Dispute Prevention and Mitigation*, Unofficial Report of Working Group III (March 2023), p.15, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf.

(39) *Article 18 Focal Point or Ombudsperson, Brazilian Cooperation and Facilitation Agreement (CFIA 2016)*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download> FN.

(40) 关于多米尼亚的例子，可以参见 Article 4, Decree No. 303–2015, Spanish at <https://studylib.es/doc/5157825/decreto-sistema-de-prevenci%C3%B3n-de-controversias-no.-303-15>；关于秘鲁的例子，可以参见 Article 5, Law No. 28933, December 2006, <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/28933-dec-15-2006.pdf>. 转引自 UNCITRAL, *Compilation of Best Practices on Investment Dispute Prevention and Mitigation*, Unofficial Report of Working Group III (March 2023), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/wg_iii_compilation_on_dispute_prevention_and_summary.pdf.

续表

功能类型	具体内容	国家实践
知识培训与能力建设	对政府部门、行业协会进行培训；提高后者对投资政策、法律规定、投资工具的认识	埃及《投资法》第 71 条 ^{〔41〕} ；哥伦比亚贸易部外国投资与服务司
政府行为监管	收集、协调、监管政府与外商投资相关的行为；评估重要投资合同与项目	中国《外商投资企业投诉工作办法》第 7 条 ^{〔42〕}

资料来源：UNCITRAL 第三工作组 2023 年 3 月报告，见注 33

（三）将 DPMMs 纳入 ISDS 改革

如表 1 所示，具有多样形态和多元功能的争端预防和管理机制正日益受到东道国的关注并被付诸实践，而这些国家实践为投资者—国家争端解决机制改革提供了新的思路。

首先，改革方向上，对 ISDS 机制进行改革不仅可以面向后端争端解决，而且也可以引入前中端的纠纷预防和管理机制。当前对以国际投资条约仲裁为中心的 ISDS 机制的批判，除了认为其缺乏合法性外，还认为其破坏了以促进投资为目的的投资者和东道国间的联系。^{〔43〕}批判意见称：“投资者与国家间的关系本质上是长期性质的，而以支付损害赔偿方式收尾的国际投资仲裁裁决将损害双方的联系，而非维系双方长期友好关系。”而纠纷预防和管理机制因其前瞻性、灵活性、合作性等特点，有助于促进投资者和国家之间的沟通合作，维系长期友好关系。

其次，在改革措施上，可以建立多元投资争端预防和管理工具箱，为国家提供丰富的政策工具和制度选项。在前述 DPMMs 的国家实践中，包含了信息收集、政策制定、纠纷预警、争议协调、行为监管和知识培训与能力建设等多样化投资争端预防和管理工具。除了手段和工具的多样化外，从覆盖范围上看，这些措施也覆盖了国际投资项目的整个周期，包括信息收集阶段、合同订立阶段、争议产生阶段甚至仲裁裁决阶段。这种全生命周期式的管理工具箱有助于投资纠纷的整体预防、管理和化解。

再次，在改革对象上，投资争端预防和管理机制是以主权国家为主要倡导者和执行者的改革措施，而非对国际层面的投资仲裁庭或仲裁员等，这使得其更具有合法性和可接受性。目前，国际投资条约仲裁合法性危机所面临的深刻批判在于，认为国际投资条约仲裁庭对主权国家的公共政策和国家行为进行了评价、调整和规范。有学者主张，在全球行政法理念下，国际投资仲裁庭作为规范国家政府行为而设立在国际层面的争端解决机制，是全球行政法的主体之一，其形成的国际裁决规范和机制对于国内行政程序与规则具有重要影响。^{〔44〕}但是，仲裁庭作为非民选机构而

〔41〕 Article 71 Chapter II-The General authority for investment and free zones. Law No. 72 of 2017 Promulgating the Investment Law, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/167/egypt-investment-law->.

〔42〕 《外商投资企业投诉工作办法》（中华人民共和国商务部令 2020 年第 3 号）第 7 条第 2 款规定：“地方投诉工作机构受理投诉人对本地区行政机关及其工作人员行政行为和和建议完善本地区相关政策措施的投诉事项。”

〔43〕 UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, United Nations Publications, 2010, p. 5, 9.

〔44〕 Van Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, 17 The European Journal of Investment Law 121,121 – 150(2006).

被拟制为“行政主体”的民主正当性存疑。相反，以主权国家作为改革主导者，通过形塑国内政策和立法的方式实施投资者—国家争端解决机制改革、建设投资争端预防和管理机制，能增强改革措施的合法性和正当性。

最后，在改革效果上，各国的最佳实践证明采取争端预防和管理机制可以有效避免、降级、化解和管理投资纠纷，防止外商投资争议被诉诸成本高、耗时长国际投资条约仲裁。例如，韩国外商投资监察专员在 2013 年至 2017 年间共计解决了 2 030 起外国投资申诉案件，而期间韩国作为被申请人被诉至国际投资仲裁庭的投资争端案件只有 5 起，可见大多数投资冲突被该机制所化解，后者起到了消减投资争端数量的作用。⁽⁴⁵⁾

三、从争端解决到争端预防：一个可行的中国方案

随着 ISDS 改革进入窗口期，学者们积极主张中国利用这一时代机遇提供改革的中国方案，但中国的具体改革倡议和倾向性路径选择尚不明朗。从整体趋势上看，近年国际投资协定和国内投资立法趋势显示我国更倾向于采取争端预防面向的改革手段管理和化解投资者—东道国间的投资争端，更多采取对话、协商式的纠纷预防和管理机制而非决定型的当地救济程序。这在实践中有两处印证，即一是外商投资领域行政复议和行政诉讼的整体回落，二是外商投资投诉处理机制在全国范围内的推广和发展，从中也可以窥见我国 ISDS 机制从裁决模式向协商模式转变的端倪。⁽⁴⁶⁾ 笔者认为，面向争端预防的 ISDS 改革顺应了我国整体立法和政策趋势，也有望成为国际层面 ISDS 改革的新出口。下文将进一步在我国语境下探讨争端预防面向下 ISDS 改革路径为何可行以及如何可行，并尝试在此基础上提出改革的中国方案。

（一）争端解决面向的当地救济机制在我国回落

在我国，投资者—东道国纠纷解决中的当地救济机制主要体现为行政复议和行政诉讼，前者为行政救济，后者为司法救济。但晚近的国际条约缔结趋势显示，我国在双边或多边条约中约定行政复议条款的数量正在回落，此外，诉诸行政诉讼的外商投资案件数量也在衰减。

1. 前期阶段：行政复议与行政诉讼作为投资争端默认解决机制

中国缔结的国际投资条约（International Investment Agreements, IIAs）通常依据其不同特征被划分为三代或者四代⁽⁴⁷⁾，笔者按照四分法将中国国际投资条约分为四代，分别是第一代

(45) 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 93—94 页。

(46) 刘子婧：《从裁决到协商：我国国内 ISDS 机制的新趋势——兼议外商投资投诉制度》，载《北京仲裁》2022 年第 4 辑，第 77 页。

(47) 例如 Congyang Cai 将中国 BITs 分为三代，分别是保守模式（1982—1998 年）、自由模式（1999—2005 年）和平衡模式（2006 年至今）。Congyang Cai, *China-EU Negotiation and the Future of Investment Treaty Regime: a Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications*, 12 *Journal of International Economic Law* 457, 461–462 (2009). Qingjiang Kong 和 Kaiyuan Chen 将其划分为四代，分别是第一代（1982—1989 年）、第二代（1990—1997 年）、第三代（1998—2009 年）和第四代（2010 年以后）。Qingjiang Kong & Kaiyuan Chen, *ISDS Reform Is the Context of China's IIAs*, 10 *ICSID Review* 1, 12 (2022).

（1982—1989 年）、第二代（1990—1997 年）、第三代（1998—2009 年）和第四代（2010 年以后）。根据学者考察，大部分第三代中外 IIAs 都将行政复议、行政诉讼程序设定为针对投资者—东道国争端的当地控制手段，这是大多数投资争端的默认解决机制。^{〔48〕}

行政复议和行政诉讼程序是有所区别的（见表 2）。行政复议是由政府的行政复议机构对其下级政府或本级政府工作部门所作出的行政行为的合法性与合理性进行审查，属于行政系统内部的层级监督与纠错机制；行政诉讼则是由法院对其辖区内行政机关所作出的行政行为的合法性与合理性进行审查，属于司法对行政的监督。但是，二者本质上都属于决定型争端解决机制，即由复议机关或法院依据法律法规规定居中对具体行政行为的合法性和合理性进行裁决与判断。其中，《中华人民共和国行政复议法》（下称《行政复议法》）第 11 条和《行政诉讼法》第 12 条对受案范围采取“列举+兜底”式规定将可受理的具体行政行为进行了一定的类型化。^{〔49〕}

表 2 行政复议与行政诉讼对比

项目	行政复议	行政诉讼
裁判机构	县级以上各级人民政府	行政机关所在地法院
受案范围	具体行政行为+抽象行政行为（附带性审查）	具体行政行为+抽象行政行为（附带性审查）
审理期限	60 天+复杂案件延长 30 天	6 个月+特殊情况申请延长
上诉机制	对复议决定不服可以提起行政诉讼（复议终局除外）	两审终审制

资料来源：作者自制

第三代 IIAs 中大量规定了行政复议程序作为投资者诉诸国际仲裁前的当地救济手段。其主要原因在于：相比前两代 IIAs 而言，第三代多全面接受国际投资争端解决中心（ICSID）等仲裁庭的管辖权，而此前仲裁庭管辖权仅限于有关征收补偿款的争端，因此政府试图通过复议程序解决投资争端，以免出现针对中国的大量国际仲裁。此外，随着 1989 年《行政诉讼法》、1990 年《行政复议条例》和 1999 年《行政复议法》的相继颁布，国内行政诉讼与行政复议程序也日趋成熟，为外国投资者针对行政机关提起诉讼或复议提供了相对便捷的当地救济途径。例如，第三代中国

〔48〕 单文华、娜拉－加拉赫：《中外投资条约研究》，魏艳茹、李庆灵译，法律出版社 2015 年版，第 397—399 页。

〔49〕 其中，《行政诉讼法》（2017 年修正）列举了 12 项行为，包括：（1）行政处罚行为；（2）行政强制措施和行政强制执行；（3）行政许可决定；（4）确认自然资源的所有权或者使用权的决定；（5）征收、征用决定及其补偿决定；（6）行政不作为；（7）侵犯经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的；（8）滥用行政权力排除或者限制竞争；（9）违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；（10）未支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；（11）不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的；（12）其他人身权、财产权等合法权益的。《行政复议法》（2023 年修订）列举了 15 项，除以上内容还包括：（1）对行政机关作出的赔偿决定或不予赔偿决定不服；（2）对行政机关作出的不予受理工伤认定申请的决定或者工伤认定结论不服；（3）认为行政机关在政府信息公开中侵犯其合法权益。

BIT 范本第 9 条第 2 款明确规定“投资者将争议提交 ICSID 前用尽缔约一方法律法规所规定的行政复议程序”，尔后诸多 BIT 几乎一字不差地使用这一措辞，例如《中国—乌干达 BIT》等。⁽⁵⁰⁾

采取行政复议和行政诉讼途径解决投资者与东道国之间的争端具有便捷、效率、低成本等优势。一是我国绝大部分投资争端都被涵盖在行政复议和诉讼程序的受案范围中。迄今为止所有可行的针对中国提起的国际投资条约仲裁案件均由地方政府具体行政行为引发，例如亚化集团诉中国案（AsiaPhos v. China）中诉争行为系四川省绵竹市环保部门对亚化集团位于四川省磷矿采矿权不予续期决定和终止运营决定⁽⁵¹⁾；宏大通商诉中国案（Macro Trading v. China）、安城诉中国案（Ansung Housing v. China）、海乐诉中国案（Hela Schwarz v. China）和伊佳兰诉中国案（Ekran v. China）则均属于由地方政府作出的征收决定、收回国有土地使用权决定等涉及不动产的行政行为所引发的诉讼。因此，相比其他东道国因立法引发的国际投资争端，例如西班牙因颁发改变能源补贴政策的皇家法令被投资者提起数起国际仲裁⁽⁵²⁾，中国的外商投资争端多在行政复议与诉讼受案范围内。二是相比昂贵冗长的国际投资条约仲裁程序而言，行政复议和行政诉讼具有门槛低、时间短、花销少的优势，行政复议无须支付费用，行政诉讼费用也相对低廉。

2. 晚近阶段：行政复议条款数量回落与行政诉讼衰减

尽管在第三代 IIAs 中，我国广泛使用行政复议和行政诉讼程序作为投资者—国家争端解决机制的核心构成要件，并成为投资者诉诸国际投资条约仲裁的前提条件，但研究表明，在中国晚近订立的投资协定中，行政复议条款数量开始逐步减少（见表 3）。⁽⁵³⁾ 统计数据显示，行政复议条款数量在最新一代 IIAs 中呈现明显回落趋势，行政复议不再作为投资者诉诸国际投资条约仲裁的前置程序，其中较为显著的是，2016 年《中国—澳大利亚自由贸易协定》和 2018 年《中国—新加坡自由贸易协定》中都没有规定行政复议程序。⁽⁵⁴⁾ 据此，有观点认为行政复议程序在我国投资者—国家争端解决机制中正迅速失去吸引力，尤其是不再将复议作为国际投资条约仲裁的前置程序，我国外商投资治理实践的重心正在向别处转移。⁽⁵⁵⁾

(50) Art. 8(2)(b) Uganda BIT. See other similar examples where the proviso appears in the dispute resolution clause; Art. 9(3) Benin, Art. 9(3), Art. 8(2) Bosnia and Herzegovina, Art. 9(2) Brunei, Art. 9(3) Cambodia, Art. 9(3) Djibouti, Art. 10(4) Guyana, Art. 10(3)(b) Jordan, Art. 9(3) Democratic People's Republic of Korea, Art. 9(3)(b) Myanmar, Art. 10(2)(b) Trinidad and Tobago, and Art. 153(2) New Zealand FTA 2008.

(51) 黄可而：《号外——新加坡投资者就熊猫保护区内矿业投资争端起诉中国》，载“武大国际法评论”公众号 2021 年 1 月 16 日，https://www.sohu.com/na/444940800_652123。

(52) Charanne v. Spain (SCC, 2016), Eiser v. Spain (ICSID, 2017), Masdar Solar v. Spain (ICSID, 2018), Foresight v. Spain (SCC, 2018), Stadtwerke v. Spain (ICSID, 2019), RWE Innogy v. Spain (ICSID, 2019) and etc. The cases are available at <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/197/spain> (accessed on 8 April 2022).

(53) Manjiao Chi & Zongyao Li, *Administrative Review Provisions in Chinese Investment Treaties: Gilding the Lily?*, 12 Journal of International Dispute Settlement 125, 136 (2020).

(54) 《中国—澳大利亚自由贸易协定》(2015) 第 9.12–9.14 条；《中国—新加坡自由贸易协定》第 10 章第 26–28 条。

(55) Manjiao Chi & Zongyao Li, *Administrative Review Provisions in Chinese Investment Treaties: Gilding the Lily?*, 12 Journal of International Dispute Settlement 125, 136 (2020).

表 3 历代中国投资协定中行政复议条款数量 (单位：个)

项目	第一代 (1982—1989 年)	第二代 (1990—1997 年)	第三代 (1998—2009 年)	第四代 (2010 年至今)	总计
投资协定数量	24	60	58 (53+5)	16 (7+9)	158
复议条款数量	7	8	43	8	66

数据来源：池漫郊，单文华等⁽⁵⁶⁾

另外，涉及外商投资纠纷的行政诉讼案件近年也呈回落趋势，从 2019 年的 1 990 件到 2020 年的 1 391 件，而 2021 年仅为 69 件，为 2014 年以来最低。⁽⁵⁷⁾ 据学者观察，新冠疫情对法律和商事活动产生的影响可能是判决或裁定数量降低的关键原因，但外商投资投诉等争端管理和预防机制的建立健全对分担、分流法院案件也发挥了重要作用。⁽⁵⁸⁾

3. 外商投资纠纷中行政复议与行政诉讼衰减的原因

总体来看，外商投资领域中行政复议条款和行政诉讼案件数量的回落暗示了国家注意力从决定型纠纷解决机制向外转移。笔者认为，其背后的原因在于采取复议、诉讼机制在化解国际投资争端时存在固有缺陷和不足，具体如下。

第一，行政复议和行政诉讼以“个人—政府”对峙为基本构造，增加了争议双方的对抗性，容易导致矛盾激化和升级。无论是复议还是诉讼，本质上均属由权威第三方对纠纷产生后的冲突权益处置和补偿办法行使判断权，而在裁判模式下“冲突主体至少有一方，甚至各方对裁决结果并不满意”。⁽⁵⁹⁾ 由于对峙关系的存在，投资者与东道国之间的对立情绪不仅难以化解，反而可能经过复议、诉讼等程序后发展为长期对抗，而这种对抗性与跨国投资者和东道国彼此谋求长期合作共赢的设想相违背，因此并非冲突双方的最佳选择。正因为意识到复议、诉讼等决定型纠纷解决机制在消弭冲突矛盾方面的有限性，国家注意力开始向和解、调解等合意型纠纷解决机制，以及事前管理、预防等争端预防措施转移。

第二，复议和诉讼的裁决以合法/非法（或合理/不合理）二元符码构造为中心，在解决复杂投资纠纷时难免呈现出僵化和呆板一面。应当指出，外商投资争议中并非所有争端都源自政府非法行政行为。例如，在 2011 年的伊佳兰诉中国案（*Ekran v. China*）中，由于被告未按法律规定有效开发利用土地，海南省万宁市人民政府遂将国有土地使用权收回，引发了后续争议。此案涉及投资者权利和国家监管权之间的平衡，而非对行政行为简单的违法/合法判断，较难通过裁判模式

⁽⁵⁶⁾ 该表格中的投资协定数量包括了双边投资协定（BIT）和自由贸易协定（FTA），统计数据来自池漫郊教授的实证研究和单文华教授的统计分析。参见 Manjiao Chi & Zongyao Li, *Administrative Review Provisions in Chinese Investment Treaties: Gilding the Lily?*, 12 *Journal of International Dispute Settlement* 125, 136(2020)；单文华、娜拉—伽拉赫：《中外投资条约研究》，魏艳茹、李庆灵译，法律出版社 2015 年版，第 397—399 页。

⁽⁵⁷⁾ 数据来源“中国裁判文书网”，最后检索日期为 2023 年 9 月。

⁽⁵⁸⁾ 池漫郊、任清：《中国国际投资仲裁年度观察（2022）》，载《北京仲裁》2022 年第 2 辑。

⁽⁵⁹⁾ 顾培东：《社会冲突与诉讼机制》（第 3 版），法律出版社 2016 年版，第 44 页。

解决,最终本案通过和解方式得以化解。⁽⁶⁰⁾

此外,行政纠纷解决领域整体也呈现出从后端纠纷解决向前端纠纷预防、综合治理的转变,出现向和解、调解等合意型纠纷解决机制倾斜的偏好。其中典型体现是,在修法和司法改革过程中,复议调解和诉前调解愈发被得以强调。例如,2023年9月1日通过的《中华人民共和国行政复议法》首次在总则部分确立了复议调解原则,此前,复议调解仅规定在《行政复议法实施条例》中,并且严格限制在行政机关具有裁量权、行政赔偿和补偿三类案件中。⁽⁶¹⁾2021年5月,《最高人民法院关于推进行政诉讼程序繁简分流改革的意见》中也首次以司法文件的形式对行政争议诉前调解进行了专门规定,这在一定程度上突破了《行政诉讼法》对行政诉讼有限调解的规定。⁽⁶²⁾这些新趋势体现出在行政纠纷解决领域,我国对“诉源治理”和“实质性化解行政争议”等政策目标的关注。

(二) 争端预防面向的投诉机制在我国的复兴及其完善

与前述情形形成鲜明对照的是,晚近立法愈发强调投诉机制等争端预防面向的投资者—东道国投资纠纷解决机制,其中一个重要表现便是2019年《外商投资法》第26条确立的全国性外商投资投诉机制。该条第1款规定:“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。”随后,商务部于2020年颁布的《外商投资企业投诉工作办法》进一步细化了立法中的框架性规定,建立“中央—地方”两级投诉工作机构,并明晰了外商投资投诉与行政复议、行政诉讼的衔接关系。《外商投资法》和《外商投资企业投诉工作办法》构成了我国外商投资投诉制度的核心法律规范。实际上,我国较早就出现了有关外商投资企业投诉的法律规定、地方实践和制度政策,但在2019年前,相关制度均以地方性法规、政府规章或者规范性文件等层级较低的法律或政策形式发布,直至2019年方才被《外商投资法》正式确立为全国性制度,并开始大力推行,可谓外商投资投诉制度的一场“复兴”。⁽⁶³⁾

1. 我国外商投资投诉制度的特征

从组织构造、运行机制和功能内容上看,我国外商投资投诉制度充分体现了投资争端预防和管理机制的特征。

(1) 组织构造上,我国外商投资投诉制度属于单一机构制,由中央和地方两级投诉机构组成。

⁽⁶⁰⁾ Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15).

⁽⁶¹⁾ 《行政复议法》(2023年修订)第5条规定:“行政复议机关办理行政复议案件,可以进行调解。调解应当遵循合法、自愿的原则,不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益,不得违反法律、法规的强制性规定。”

⁽⁶²⁾ 《最高人民法院关于推进行政诉讼程序繁简分流改革的意见》(法发〔2021〕17号)第5条规定:“行政诉讼法规定可以调解的案件、行政相对人要求和解的案件,或者通过和解方式处理更有利于实质性化解行政争议的案件,人民法院可以在立案前引导当事人自行和解或者通过第三方进行调解……”

⁽⁶³⁾ 早在1989年上海市人民政府便颁布了《上海市外商投资企业投诉及处理办法》(已废止),2006年商务部颁布的《商务部外商投资企业投诉工作暂行办法》(已废止)则初步制定了较为完善的外商投资企业投诉协调处理制度。其他有关外商投资投诉制度法规政策的梳理,参见刘雷冰:《外国投资投诉协调处理机制研究——以〈外资法草案〉为例》,武汉大学2018年硕士学位论文,第9—10页。

中央层面，由商务部设立全国外商投资企业投诉中心，负责受理有关国务院部门和省级政府行为的企业投诉或者政策建议，同时也可以受理全国或国际范围内有重大影响的投资争议。⁽⁶⁴⁾此外，全国外商投资企业投诉中心还负责法规政策宣传、投诉工作培训、政策建议提出等工作。地方层面，则由县级以上人民政府指定部门组成地方投诉工作机构，负责处理本行政辖区内的投诉工作。⁽⁶⁵⁾

(2) 运行机制上，我国外商投资投诉制度相对独立于行政复议、行政诉讼等救济制度，为外国投资者提供并行不悖的救济渠道。投诉机构受理投诉意见后，作为中立方与投诉人和被投诉人进行充分沟通，必要时可组织召开会议，让双方陈述意见，并邀请相关专家参与。如果投诉程序达成了和解协议或谅解协议，被投诉人有义务履行该协议，否则将承担法律责任。申诉投诉程序的整体时限为 60 个工作日，对处理结果不满者可以逐级上报，且不影响申请人提出行政复议或者诉讼申请。⁽⁶⁶⁾

(3) 功能内容上，我国外商投资投诉制度具有多样、复合的功能。第一，具有信息监测和收集功能。虽然投资投诉制度以处理外商投诉为主要目的，但是也兼有收集外商提出的政策建议、搭建公私对话平台等信息收集、促进沟通的效果。例如，《外商投资企业投诉工作办法》第 2 条第 1 款规定，外商投资企业投诉分为两类，一类是对政府及其部门侵犯其权益的具体行政行为提出投诉，另一类是对投资环境或者有关投资政策提出的完善建议。第二类企业投诉可以促进投资者与政府间的沟通交流，推动投资政策自下而上地生成。第二，具有申诉处理和纠纷化解功能。该功能是投资投诉制度的主要功能，即通过投诉处理机制将投资者和政府的冲突及时遏制在萌芽时期，避免冲突升级。第三，政府能力建设和教育功能。如前所述，除纠纷处理外，中央层级的投诉机构还肩负政策宣传、能力培训等教育类功能。第四，政府间协调功能。协调功能主要体现在《外商投资企业投诉工作办法》第 5 条中所规定的“外商投资企业投诉工作部际联席会议制度”，该联席会议负责协调和推动中央层面的投诉工作，同时监督和指导地方层面的投诉工作。因此，我国外商投资投诉制度在顶层设计上将中央、地方两级投诉机构进行统一和协调，其功能类似于秘鲁的国际投资争端预防和管理制度中的特别委员会。

2. 我国外商投资投诉制度的不足

随着外商投资投诉制度被纳入全国性立法，以及框架性立法下具体实施细则的出台，外商投资投诉制度进入全国推广和快速发展期。湖南省、湖北省、安徽省、上海市、宁波市等省、市政府随后相继出台地方外商投资企业投诉工作办法，相关机构也如雨后春笋般纷纷成立。不过，当前外商投资投诉制度仍然存在一些不足。

(1) 投诉机构独立性偏低。从组织架构上看，地方外商投资处理机构内嵌于地方政府结构下，

〔64〕《外商投资企业投诉工作办法》第 6 条。

〔65〕《外商投资企业投诉工作办法》第 7 条。

〔66〕《外商投资企业投诉工作办法》第三章“投诉处理”。

实践中,地方外商投资投诉机构往往设立在各省、市商务厅、商务局中,与政府职能部门高度结合,中立性和独立性偏低。⁽⁶⁷⁾在这种与政府职能部门高度重合的机构设置下,投诉机构在处理投资争端时可能仍然难以摆脱地方保护主义或者偏见的桎梏。即使投诉机构能够客观公正地处理争端,由于机构设置缺乏独立性,仍然难以消除投资者对其中立性的隐忧。相比之下,韩国外商投资监察专员制度就其组织独立性而言提供了更好的样本。韩国监察专员由总统直接委任,并由金融、会计、法律、税务、劳务等领域专家组成独立的外商申诉处理团,相对于中央政府和地方各级政府而言具有一定的独立性,也因此广受国际社会关注,成为巴西、越南等国家的学习样本。⁽⁶⁸⁾

(2) 缺乏具体细则和实施指南。虽然目前已通过全国性立法和商务部出台的实施办法建立了统一的顶层架构,规定了一致的投诉受理范围、投诉受理主体、处理工作流程与期限,但是相关规定仍然较为原则,某些规定也较为零散。例如,投诉制度未明确规定投诉处理程序和结果是否可以作为政府信息公开,抑或说投诉处理程序以调解或和解方式结束的,基于调解或和解的保密性原则而不予公开。又如,虽然法规规定必要时可以邀请专家出具专业意见,但未提及专家由谁选任、依据何种标准选择等。另外,具备法律、税务和投资实务知识的专家在具有磋商和谈判性质的外商投诉协调处理机制中的角色相当关键,其不仅能提供专家知识,还可以有效将纠纷“去政治化”,弥补了政府官员在专业知识上的匮乏,但是专家角色在相关规定中却着墨不多。

(3) 和解与谅解范围有限。为争端双方搭建磋商对话平台、促进双方形成具有执行力的和解或谅解协定,是当前外商投资投诉机制的一个亮点。然而,与私人不同,作为被投诉人的政府部门及其工作人员的和解或谅解权限是有限的,尤其是在涉及金钱赔偿或者其他财务问题方面。⁽⁶⁹⁾在我国,地方政府通常不具有专门用以解决投资纠纷问题的特别预算,因此,通过投诉机制达成的和解或谅解协议一般难以实现投资者的损害赔偿诉求。相反,如果被投诉的地方政府部门在和解或谅解协议中承诺进行金钱赔付或者让渡其他经济性权益,则有可能构成对公共利益的潜在损害,而当前的外商投资投诉机制也并未设立任何针对和解或谅解协议的监督和审查程序。

3. 我国外商投资投诉制度的完善

笔者认为,针对外商投资投诉机制存在的现有不足,可以从以下几个方面进行完善:首先,建立由全国外商投资企业投诉中心垂直管理的架构模式,通过独立人员、独立财政和独立部门的方式增强投诉机构相对于本级政府部门的独立性、中立性,以增强外国投资者诉诸投诉制度解决纠纷的信心。其次,选任国际投资法、国际仲裁等法律专家、税务专家和具体实务部门专家,组建投诉处理机制的专任专家候选人名单。在政策形成、争端处理和教育培训过程中引入专家提供

(67) 《全国外商投资企业投诉工作机构名录》,载汕头市人民政府网, <https://www.shantou.gov.cn/stsswbj/attachment/0/16/16384/1823665.pdf>。

(68) 相关介绍可以参见韩国政府投资网, <https://www.investkorea.org/ik-ch/cntnts/i-650/web.do?clickArea=chmain00009>。

(69) Barton Legum, *The Difficulties of Conciliation in Investment Treaty Cases: A Comment on Professor Jack C. Coe's "Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Dispute—a Preliminary Sketch"*, 21 Mealey's International Arbitration Report, 73 (2016).

相关知识,提升投诉机构的专业能力和水平。再次,由商务部作为牵头机构,进一步发布更详细的指导意见,尤其应当明确投诉程序透明度以及与行政复议、行政诉讼具体法律条款的衔接问题等细节。程序和结果透明度是一个典型的两难问题。无论是民商事调解与和解程序,抑或是当前国际投资仲裁程序,都具有保密性的特征,但是当争端一方作为行政机关时,保密性特征可能与行政行为公开透明要求产生矛盾,若调解事项涉及重要公共利益,还构成对公众知情权的潜在威胁。对此,如何协调外商投资纠纷行政调解中行政机关自由意志与有限处分权之间的矛盾、保密性原则与公众知情权的矛盾,明确程序正义要求、保障第三人权益、确定调解范围、执行调解协议等问题均有待权威机构进一步解释和明确。最后,建立统一的外商投资投诉信息化平台。例如,搭建全国性外商投资企业投诉官方网站,为各地外商投资提供更加完善的信息服务和便捷的投诉渠道。

(三) ISDS 改革中国方案的设想

通过对域外国家实践和我国立法动向的梳理,可以发现 ISDS 改革中的一条新线索,即面向争端预防的改革方向。对此,我国应当顺应趋势,提出相应改革方案,实现从规则接受者向规则制定者的转变。具体建议内容尚有待进一步研究讨论,本文仅就此提出如下初步设想。

首先,采取全生命周期治理理念看待投资者—国家争端解决,重视争端的事先预防和化解,弥补事后争端解决面向改革措施的缺陷与不足。对于发展中国家而言,通过有效的事先控制机制将投资者和东道国的冲突遏制在萌芽阶段,是一种双赢选择,也符合亚洲国家提倡和谐的价值观念。具有多样组织形态和多元复合功能的争端预防和管理机制为当前陷入胶着状态的 ISDS 改革提供了新的思路,即采取一种全生命周期式的治理思维,对投资纠纷进行整体预防、管理和化解,而非过于注重事后争端解决。在此基础上,各利益方才有望基于最小程度的共识继续推进 ISDS 机制的深层自我革新与发展。

其次,重视东道国在国内政策和立法层面的改革举措,实现国内国际改革共举。当前 ISDS 改革主要以对国际投资条约仲裁的制度性修补或者程序再造为核心,更多停留在国际层面,较少关注到国家层面的改革措施。而具体制度层面的改革分歧意见较大,尤其是东道国对国际仲裁庭解释投资条约、干预国家监管权的合法性质疑强烈。因此,适当关注国内层面的改革举措,可以为改革措施提供更多合法性和正当性基础。

再次,将国内层面的 DPMMs 制度建设纳入整体 ISDS 改革路径之中,以合作、沟通、互惠、共赢等价值取向弥合强调投资者与东道国之间的立场对立和观点分歧。制度设计上,这些 DPMMs 措施应当注重效率性、可及性、公平性和独立性,为管理、降级和化解投资纠纷提供专门的沟通渠道和处理平台,域外国家实践中出现的监察专员制度和我国近年全国推广的外商投资投诉制度都为改革提供了具体制度供给。不同国家以争端预防为面向的改革措施既有其个性,也有共性,其丰富的制度实现形式和功能结构为改革提供了充足的制度工具箱。涵盖信息监测和收集、投资条约、立法制定和审查、投资申诉和预警功能、政府能力建设功能和政府行为监督和管理等多元

功能的 DPMMs 制度不仅可以有效预防投资争端，还可以促进未来投资，有望成为 ISDS 改革的未来新举措。

最后，充分发挥调解、和解等合意型纠纷解决机制的替代性作用，通过在双边或多边协约中设定调解条款、冷静期条款（cooling-off period）等方式，为降级和化解投资争端设置“缓冲区”。当前，合意型纠纷解决机制在国际投资纠纷解决中也受到更多重视与关注，其可以弥补决定型纠纷解决机制在消弭冲突、化解矛盾方面的局限性。虽然现阶段在国际投资纠纷解决中推广适用调解仍面临规范不足、范围有限等问题，但不能因此否定其制度潜力和前景，可以通过将 DPMMs 与合意型纠纷解决机制有效衔接的方式，达到整体预防、化解纠纷的效果。例如，国际条约中的冷静期条款要求投资者在诉诸国际仲裁前与东道国进行为期 3—6 个月的磋商，可以充分利用该“冷静期”的时间设置，将其与国内外商投资投诉等 DPMMs 制度有效衔接，推动投资争端的降级和化解。

四、结语

在合法性危机背景下，投资者—国家争端解决机制的焦点日渐从争端解决向争端预防和管理转移。这不仅体现在各国日益勃兴的 DPMMs 最佳国家实践中，也体现在我国外商投资相关立法和改革的趋势变化中。笔者认为，面向争端解决、以改造国际投资条约仲裁的 ISDS 改革路径正面临困境，而面向争端预防、以 DPMMs 为主轴的改革趋势有望成为未来新出口。同时，应当看到，这两种改革面向之间并非彼此替代、非此即彼、二元对立的关系，而是相互配合、相互补充、协同发展的关系。笔者通过类型化构造区分了两种不同面向的改革路径，其核心关切在于通过争端预防面向的改革路径弥补原有改革思路的不足，试图绘制改革的整体版图和疆域。同时，我国应当积极抓住改革窗口期的时代机遇，基于国内外商投资投诉制度的建设经验，为 ISDS 改革贡献有益的中国思路。

A Dispute Prevention-Oriented ISDS Reform and China's Proposal

LIU Zijing

Abstract: The ISDS reform can be divided into two categories based on intervention timing and goals, namely the “dispute resolution-oriented” approach and the “dispute prevention-oriented” approach. Earlier efforts mainly focus on the former one, targeting fixing and restructuring the international investment treaty arbitration system. The dispute resolution-oriented approach is now facing difficulties after the reform has entered a deep-water zone, while the dispute prevention-oriented

approach might be the future exit. It emphasizes Dispute Prevention and Management Mechanisms (DPMMs), which prioritize early action, preemptive measures, and de-escalation of investment disputes. The dispute prevention-oriented approach is increasingly attracting States attentions. This trend is also evidenced by the recent blooming of foreign investment complaints mechanism in China. In response, this article argues that the ISDS reform could take a dispute prevention as its new orientation and incorporate DPMMs in its reform tool kits. The cooling-off period clause, the ombudsman and the complaint mechanism provide specific institutional supplies for the reform, which can also be incorporated in China's proposal for the ISDS reform.

Keywords: ISDS Reform; Dispute Prevention; Dispute Resolution; Foreign Investment Complaints; International Investment Treaty Arbitration

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)