

鼓励中小企业适用投资者-国家争端解决机制的改革与中国因应

王丽华, 牟春颖

(上海政法学院 国际法学院, 上海 201701)

摘要:当中小企业与东道国产生投资争端时,实践表明投资者-国家争端解决机制是保护中小企业投资者合法权益的重要方式。但该机制存在着很多不利于中小企业适用的缺点,为此,近年来进行的投资者-国家争端解决机制(以下简称ISDS机制)改革吸纳了诸如减少费用、简化程序、提供财务支持和法律援助等很多有利于中小企业适用的措施。后疫情时代,我国中小企业海外投资比重上升,在全球直接投资因新冠肺炎疫情而面临的压力尚未完全缓解的背景下,中小企业也面临多重风险和挑战,应鼓励中小企业把该机制作为救济手段之一。为此,我国应积极行使有关ISDS机制改革的国际话语权,提出有利于中小企业适用的建议;建立国际投资咨询中心,向中小企业提供信息咨询、资金支持和法律援助等;在双边投资协定规定的ISDS机制中,增加便利中小企业适用的规定。

关键词:中小企业投资者;ISDS机制;改革措施;中国因应

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2022)02-0137-16

一、引言

在经济全球化的浪潮下,大量中小企业开始涌入国际市场,其海外投资额在不断增长,很多国家、地区的中小企业海外投资总额几乎与大型企业不相上下,甚至远超大型企业。但中小企业由于缺乏进入国际市场的投资、管理经验,不熟悉投资东道国的法律制度和投资政策,因而更容易与东道国发生投资争端,特别是当东道国的投资风险较高时。为促进中小企业的海外投资,越来越多的国家和地区开始采取措施加强对中小企业国际投资的保护,并为中小企业海外投资利益受到的损害提供救济,其中重要途径之一就是为中小企业提供适用ISDS机制的机会。

回顾中小企业适用ISDS机制的历史,可以发现中小企业是适用ISDS机制的重要索赔方,国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭、适用联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则的仲裁庭等都审理了一些涉及中小企业的投资争端案件。对中小企业来说,由于经济体量小,在东道国的投资数额不大,因而其与东道国产生的投资争端无法引起东道国的重视,母国也未必愿意对这些投资争端行使外交保护权,因而更需要一个高效、中立、经济的ISDS机制。但是,中小企业在适用传统的ISDS机制时,存在着费用高昂、与东道国之间的财政资源严重不对称和获取专业知识、法律信息困难等方面的问题。为此,联合国贸易与发展会议(UNCTAD)、国际

收稿日期: 2022-01-18

基金项目: 2018年度国家社科基金一般项目“后BEPS时代全球税收治理与中国参与的法治进路研究”(18BFX210)。

作者简介: 王丽华(1968—),女,江苏连云港人,上海政法学院国际法学院教授;

牟春颖(1996—),女,山东烟台人,上海政法学院国际法学院硕士研究生。

投资争端解决中心(ICSID)和瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(以下简称SCC)等主要国际机构正在进行ISDS机制的改革,在改革中强调了便利中小企业诉诸ISDS机制的原则,增加了有利于中小企业诉诸ISDS机制的规定。一些双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)也增加了相应的条款,鼓励中小企业适用ISDS机制来解决与东道国之间的投资争端。我国中小企业的海外投资数量和规模随着我国经济全球化程度的加深正逐年扩大,但是我国中小企业适用ISDS机制解决投资争端的实践不足,我国BITs对中小企业诉诸ISDS机制的规定不完善。因此,在我国积极参与ISDS机制规则改革、与其他国家和地区签订新一轮BITs时,必须考虑如何减少中小企业启动ISDS机制的障碍,从而为中小企业适用ISDS机制提供便利。其意义不仅仅是解决中小企业启动ISDS机制的障碍,为中小企业解决与东道国的投资争端提供制度保障,更在于其是中国参与全球经济治理、提升中国话语权的需要。

与本文相关的研究主要体现在以下三点:(1)中小企业适用ISDS机制解决与东道国投资争端的必要性问题,学界已形成了较丰富的研究成果,主流观点是认同ISDS机制在解决投资争端中的积极作用,肯定其重要性和必要性。^①(2)有利于中小企业适用ISDS机制的费用改革措施的分析,如成本效益规则、合并仲裁制度等。^②(3)有利于中小企业适用ISDS机制的第三方资助制度等的分析。^③以上研究大多认同ISDS机制改革应增加有利于中小企业适用的措施,但对于改革规则的内容、具体制度设计以及中国应对等问题的研究留下了较大讨论空间。本文将在对这些问题探索的基础上,提出中国应积极行使有关ISDS机制改革的国际话语权,从BITs和国内法两个层面完善便利中小企业适用ISDS机制的规定。

本文可能的创新之处如下:从多边、双边和国内三个层面全面提出中国促进中小企业适用ISDS机制的建议。在多边层面上,依据ISDS机制改革的国际实践,认为中国应加强国际话语权,关注中国中小企业适用ISDS机制的诉求。在此基础上,中国应从双边条约和国内法层面采取措施促进中小企业对ISDS机制的适用。在与中小企业海外投资比较集中的国家签订的BITs中,增加有利于中小企业适用ISDS机制的规定,协商确定“中小企业”的认定标准,优化中小企业适用ISDS机制的规定。完善鼓励中小企业适用ISDS机制的国内法,建立国际投资咨询中心,对中小企业提供资金支持和法律援助。

二、中小企业适用ISDS机制的现状和障碍

对于投资者与东道国产生的投资争端,在很长一段时间内,国际法是将其转换成为国家与国家之间的争端,然后寻求解决之道。转换的途径包括外交保护,建立国家间的争端解决机制,如WTO争端解决机制,其背后逻辑是只承认国家的国际法主体地位。自1969年《乍得-意大利双边投资协定》规定了ISDS机制以来,^④由于该机制赋予了投资者通过提起国际仲裁诉国家的权利,使得原本无法直接参与争端解决程序、处于被动地位的投资者得以有机会直接向国家主张自己的权利,因而得到了广泛的应用。中小企业也经常适用该机制来解决与东道国之间的

^①Kristen E. Boon, Investment Treaty Arbitration: Making a Place for Small Claims, Journal of world investment and trade, Vol. 19, No.4, 2018, pp.667-692.

^②Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrecka, 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), <https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration>, 2021年6月2日。

^③肖芳:《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路——以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景》,《政法论坛》2017年第6期。

^④廖凡:《投资者——国家争端解决机制的新发展》,《江西社会科学》2017年第10期。

投资争端。

(一) 中小企业适用ISDS机制的现状

关于中小企业的认定,国际社会目前并不存在一个统一的标准,各经济体主要根据员工数量、资产规模、年销售额等标准综合或单独认定。不同的经济体因经济规模 and 经济发展水平参差不齐,对中小企业的认定标准差距很大,即使同一经济体在不同时期的认定标准也不尽相同。由此可见,形成一个统一的中小企业国际认定标准实非易事。然而,即使目前缺乏统一的国际标准,综观各经济体的规定,基本可以认定雇员人数、年销售额、资产价值、市场份额等相对较少或较低的企业为中小企业,并且,由于中小企业总量庞大,企业内部结构简单,因此相对容易区分。^①

在早期进行ISDS机制的设计时,国际社会没有考虑对投资者的规模大小进行区分,但是曾考虑过是否把小额索赔排除在该机制之外。《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》(《1965年华盛顿公约》)早期的讨论文本曾规定:“该中心不会对涉及索赔金额低于10万美元的争端行使管辖权。”^②各国代表在进行谈判时曾争论是否将小额投资或小额纠纷排除在ICSID管辖范围之外,但最终没有对最低投资规模作出规定。因此,中小企业投资者能利用该机制来解决其与东道国之间的投资争端。从理论上讲,由于ISDS机制没有索赔金额的限制,因此投资者适用ISDS机制提起对东道国投资仲裁的索赔金额大小不一。在仲裁实践中,由于通常无法获得投资者的投资规模相关数据,因而索赔金额在一定程度上能显示投资者的规模和投资价值。在这种背景下,有学者把个人或中小微企业进行的价值低于500万美元的投资叫“小型投资”,国家与这些外国投资者之间因小额投资而产生的争端称之为“小型投资争端”。^③小型投资争端不同于跨国公司等大公司投资者的小额索赔,其侧重于小额投资产生的投资争端。因此,即使国际社会尚未对中小企业标准达成完全一致,但毫无疑问,投资争端中涉及中小企业的争端属于“小型投资争端”。

就一项投资来说,投资争端的重要性以及投资者是否适用ISDS机制的必要性取决于相对于投资价值的索赔金额。简单地说,一家大公司比一家小公司更能承受同样数额的损失,500万美元的损失对中小企业来说可能是致命的,但对大公司来说可能就只是其“普通商业纠纷”中的一个。此外,大公司组织机构庞大、资本雄厚、经济体量较大,与东道国产生的投资争端更容易受到东道国的重视,也更有实力通过利益交换等与东道国就投资争端解决达成和解,因而大公司对于投资争端解决方式有更大的选择空间。中小企业由于经济体量小,其在东道国的投资无足轻重,因而其与东道国产生的投资争端无法引起东道国的重视,母国也未必愿意对这些投资争端行使外交保护权,^④因而一个高效、中立、经济的ISDS机制对于中小企业尤为重要。

在实践中,中小企业经常通过诉诸ISDS机制来解决与东道国之间的投资争端。根据经济合作与发展组织(OECD)在2012年发布的一项关于国际投资的研究报告,95个国际投资仲裁案件的索赔方,多达30%的索赔方是中小企业或个人。^⑤美国中小企业管理局的一项调查也显示,虽

^①See Gentrif Berisha, Justina Shiroka Pula, Defining Small and Medium Enterprises: a critical review, *Academic Journal of Business, Administration, Law and Social Sciences*, Vol. 1, No.1, 2015, pp.17-28.

^②Schreuer & Christoph H, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, p.115.

^③Susan D. Franck, Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration, *North Carolina Law Review*, Vol. 86, No.1, 2007, pp.1-88.

^④Trakman LE, Choosing Domestic Courts Over Investor-State Arbitration: Australia's Repudiation Of The Status Quo, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 35, No.2, 2012, pp.979-1012.

^⑤David Gaukrodger & Kathryn Gordon, Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, *OECD Working Papers on International Investment* No 2012/3, 2012, p.18.

然普遍认为国际投资仲裁案件的索赔方是“大企业”，但通过ICSID进行索赔的美国索赔方多是员工少于500人的个人或企业，即所谓的“中小企业”(SME)。在美国投资者向ICSID提交的105起仲裁案件中，三分之二的仲裁索赔方是个人或中小企业。^①因此，ISDS机制并非专属于大型公司和跨国企业，中小企业也是适用ISDS机制的重要索赔方。国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭、适用UNCITRAL仲裁规则的仲裁庭等都审理了一些涉及中小企业的投资争端案件。ICSID仲裁庭在2010年Saba Fakes诉土耳其案的裁决中就指出，“与大额投资一样，小额投资也属于《华盛顿公约》所规定的投资。一个投资可以是大额投资，也可以是小额投资。”^②

(二) 中小企业适用ISDS机制的障碍

尽管从理论上讲ISDS机制不排除中小企业投资者，也未以其他方式歧视小型投资，^③实践中也有大量中小企业投资者通过ISDS机制解决其与东道国之间的投资争端问题，但该机制实际上是针对大额索赔设计的。^④研究表明有202起投资仲裁案件的索赔金额，即使考虑了通货膨胀因素，其索赔金额也高达6.226亿美元。^⑤因此存在着种种不利于中小企业适用的障碍。

1. 适用ISDS机制的费用高昂。通过ISDS机制仲裁方式解决国际投资争端的费用虽然在近几年有所下降，但仍然居高不下。由于作为申请方的投资者举证责任较重，因而所花费用远高于作为申请方的国家。据统计，在ICSID仲裁的案件中，申请方和被申请方的每个案件费用在500万至800万美元之间，平均时间跨度为3.8年。^⑥

2021年的一项研究表明，最近三年提起ISDS仲裁的平均费用为601.9万美元，仲裁庭的平均费用为93.3万美元。^⑦对作为被申请方的东道国来说，平均费用约为470万美元，该数字的中位数为260万美元。对作为申请方的投资者来说，平均成本超过了640万美元，该数字的中位数为380万美元。申请方的中位数平均成本从2017年的740万美元下降到2020年的720万美元，下降的比例为3%。同期被申请方的中位数平均成本从520万美元降至440万美元，下降比例为15%。虽然申请方和被申请方的成本通常随着争议金额的增加而增加，但即使小额索赔有时也会产生较大的成本。^⑧仲裁当事人不管是根据联合国贸发会仲裁规则提起仲裁，还是到ICSID仲裁庭提起仲裁，费用基本没有太大差异。仲裁费用与仲裁时间密切相关，仲裁程序持续的时间越长，仲裁费用往往就越高。^⑨当前自ISDS程序启动至仲裁裁决作出通常要耗费4到5年的时间，过分

^①Miller, Scott Evans & Greg Hicks, *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check*, Center for Strategic & International Studies, 2015, p.18.

^②Fakes v. Republic of Turk, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 112 n.73 (July 14, 2010).

^③Bechky, Perry S, *Microinvestment Disputes*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 45, No.4, 2012, pp.1043-1094.

^④Kristen E. Boon, *Investment Treaty Arbitration: Making a Place for Small Claims*, Journal of world investment and trade, Vol. 19, No.4, 2018, pp.667-692.

^⑤Franck, Susan and Wylie, Lindsey, *Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration*, Duke Law Journal, Vol. 65, No.3, 2015, pp.459-489.

^⑥ICSID秘书长罗伯特·达尼诺在2005的一个研讨会上的讲话, See Opening Remarks by Robert Danino, Secretary-General of ICSID, Symposium, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda (Paris, 12 December 2005), www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36053800.pdf, 2021年12月12日访问。

^⑦Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrcka, 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), <https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration>, 2021年6月2日。

^⑧Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrcka, 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), <https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration>, 2021年6月2日。

^⑨See Andreas Respondek, *Five Proposals to Further Increase the Efficiency of International Arbitration Proceedings*, Journal of International Arbitration, Vol. 31, No.4, 2014, pp.507-513.

拖延的程序以及各仲裁阶段期限的不确定导致仲裁时间过长,仲裁费用居高不下。

过高的仲裁费用已经成为投资者诉诸ISDS机制的财政负担,对中小企业来说,尤其如此。首先,“败诉者支付”(loser pays approach)的仲裁费用支付方式让中小企业承担更多的费用风险。如涉及NAFTA案件的大多数仲裁庭,裁决败诉的申请方要承担仲裁庭费用和墨西哥律师费用的75%,因此仲裁庭承认,在考虑是否诉诸司法时,“败诉者支付”做法不应适用于“财政资源有限的投资者”。^①即使仲裁庭发布成本审查令对投资者和东道国成本的合理性进行审查调整,但胜诉的投资者调整成本的比例比胜诉的东道国的比例要低10%,^②这在一定程度上反映了投资者产生的成本高于东道国产生的成本。其次,就仲裁费占投资者营业额的比例来看,中小企业的占比要比大公司高。如果一个年营业额不超过5000万欧元的企业必须花费其营业额的12%以上向东道国提出索赔,那么中小企业将面临严重的生存危机,而对大公司来说仲裁费用不会构成危及生存的财务负担。最后,仲裁费用通常会随着索赔金额的增加而增加,但小额索赔有时也会产生大量费用。因此,即使中小企业的索赔额相对较小,但承担的费用可能依旧较高。

费用过高对中小企业通过ISDS机制提起对东道国的仲裁产生了障碍。首先,考虑到启动仲裁所产生的严重财务负担,中小企业投资者可能不愿意把投资争端诉诸ISDS机制,这就减少了中小企业获得司法公正的机会,从而对ISDS机制的合法性和可持续性产生影响。其次,费用过高带来的压力也会迫使中小企业投资者以不利的条件与东道国达成和解,^③甚至终止正在进行的索赔。如象限太平洋增长基金有限公司和卡纳斯科控股公司诉哥斯达黎加共和国案,^④由于投资者无法提供索赔和裁决费用而终止了索赔。^⑤

2.中小企业投资者与东道国之间的财政资源严重不对称。投资者启动ISDS程序时,被诉方东道国是一个主权国家,两者的身份和资金来源均不对等。这使得中小企业投资者不敢轻易诉诸ISDS机制,即使提起对东道国的仲裁,也没有充足的资源赢得对自己有利的裁决。首先,中小企业与东道国对抗、议价的能力弱。与跨国公司相比,中小企业经济体量小,经济地位弱,因而在仲裁中与东道国达成和解的成功率较低。根据美国中小企业管理局的调查,涉及美国个人或中小企业与国家投资纠纷案件达成和解的成功率低于其他索赔,在29起已裁决的仲裁案件中,只有4起达成和解。在其余的25起中,国家胜诉19起,投资者胜诉的只有6起。^⑥其次,中小企业承担损失的能力弱。投资者在投资仲裁中的胜率低,即使投资者获胜,裁决书中东道国支付的损害赔偿数额一般都会比投资者仲裁请求中主张的损害赔偿数额小,这个趋势近几年持续加大,多数仲裁庭继续大幅减少投资者要求的损害赔偿数额。^⑦对于经济实力弱小的中小企业来说,如果赔偿不能弥补损失,将进一步加剧企业的财务负担,甚至成为压垮中小企业的最后

^①Bechky, Perry S, *Microinvestment Disputes*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, No.4, 2012, pp.1043-1094.

^②Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrecka, 2021 *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration*, *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)*, <https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration>, 2021年6月2日.

^③Bechky, Perry S, *Microinvestment Disputes*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 45, No.4, 2012, pp.1043-1094.

^④Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. v. Republic of Costa Rica, ICSID (AF) (27 Oct. 2010).

^⑤David Gaukrodger & Kathryn Gordon, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, *OECD Working Papers on International Investment* 2012/3, 2012.

^⑥Miller, Scott Evans & Greg Hicks, *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check*, *Center for Strategic & International Studies*, 2015, p.10.

^⑦Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi, Daniel Hrecka, 2021 *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration*, *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)*, <https://www.biicl.org/publications/empirical-study-costs-damages-and-duration-in-investor-state-arbitration>, 2021年6月2日.

一根稻草。最后,中小企业应对东道国败诉后实施报复的能力弱。基于主权国家的强势,东道国在采取损害投资者利益的政府行为时,一般不会因担心投资者可能发起的ISDS索赔而改变本国政策立场。^①投资者诉诸ISDS机制提起仲裁败诉后,有可能招致东道国的报复,东道国可能会进一步限制投资者的投资范围,甚至可能禁止投资者进入本国特定市场。而中小企业因经营范围狭窄、资金有限、拓展新市场能力弱等原因,无法应对东道国的报复。

3.中小企业在获取专业知识、法律信息等方面存在困难。与大型跨国公司相比,中小企业获取东道国法律政策信息的能力不足,对东道国的法治环境和政策变化把握不准,因而投资存在一定盲目性,遭遇政治风险的可能性较高,与东道国之间的投资纠纷也更为频繁。当纠纷发生时,中小企业由于缺乏应用ISDS机制的专业知识,不能合理利用仲裁机构的便利性规则,无法低成本高效率地解决争端。同时,基于资金匮乏等原因,无法聘请相关领域最有经验的律师作为代理人提起仲裁申请。^②

三、鼓励中小企业投资者适用ISDS机制的改革措施

投资者适用ISDS机制向东道国提出投资索赔,既可以是基于条约的索赔,也可以是基于投资合同的索赔和作为国内投资法律事项提出的索赔。相较于大型跨国公司,中小企业缺乏与东道国政府直接签订合同的能力,因而更需要依赖BITs中的争端解决条款来保护自己的投资利益。实践表明,大量的国际投资争端是由未与东道国政府签订单独投资合同的投资者依据BITs提交的。^③随着国际投资争端解决方式的发展,BITs对投资者的保护潜力逐渐获得更广泛的认可,被认为是投资者对外投资必须考虑和利用的因素。如果中小企业的投资得到保护,具有可适用的争端解决机制,那么它们将更倾向于海外投资。^④因此,在国际社会修改仲裁规则以回应国家对传统ISDS机制的质疑时,也强调了便利中小企业诉诸ISDS机制的原则。一些BITs也增加相应条款,鼓励中小企业适用ISDS机制来解决投资争端。

(一) 国际仲裁机构涉便利中小企业诉诸ISDS机制的改革

ICSID自2016年10月启动了《国际投资争端解决中心规则》(以下简称《ICSID规则》)的修订程序,旨在使《ICSID规则》现代化、精简化,^⑤已发布的修订草案在考虑如何平衡国家和投资者之间的利益时,也特别考虑了中小企业解决与国家投资争端的困境。UNCITRAL成立第三工作组负责ISDS机制的改革,支持中小企业投资者适用ISDS机制启动仲裁,改革文件中包含了很多鼓励、便利中小企业诉诸ISDS的内容。世界第二大投资仲裁机构SCC不仅率先启动ISDS机制改革,也较早开始采用便利中小企业适用ISDS机制的措施。2015年将“为中小企业提供高效争议解决机制”列为讨论的重点问题,^⑥2017年开始对中小企业实行更具包容性和便利性的最新

^①Miller, Scott Evans & Greg Hicks, *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check*. Center for Strategic & International Studies, 2015, p.18.

^②Roberto Dañino, Sec'y-Gen, ICSID, *Opening Remarks at Symposium in Paris, France: Making the Most of International Investment Agreements: Common Agenda* (Dec. 12, 2005), <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36053800.pdf>, 2021年12月18日访问。

^③参见联合国贸发会发布的《INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT CASES: FACTS AND FIGURES 2020》第1页, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf, 2021年11月8日访问。

^④Kristen E. Boon, *Investment Treaty Arbitration: Making a Place for Small Claims*, *Journal of world investment and trade*, Vol. 19, No.4, 2018, pp.667-692.

^⑤ICSID Rules and Regulations Amendment - Working Papers, ICSID (July. 25, 2021), <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>, 2021年12月20日访问。

^⑥Yearly Kick-off: Efficient Dispute Resolution for SMES, SCC (July. 25, 2021), <https://sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/scc-yearly-kick-off-efficient-dispute-resolution-for-smes/>, 2021年12月20日访问。

版《仲裁规则》和《快速仲裁规则》。国际商会(以下简称ICC)在2021年初启动了“ICC SME Lab #2”(国际商会中小企业实验室二)项目,旨在为中小企业适用ICC争端解决机制提供便利和技术支持,培训中小企业熟练利用《ICC仲裁规则》中的便利性规则和程序。^①总的来说,体现上述仲裁机构便利中小企业诉诸ISDS机制原则的改革措施主要有以下几方面。

1. 成本效益规则。ISDS机制产生的总费用中,支付仲裁员和仲裁机构的费用约占总费用的20%,支付法律顾问和专家的费用为80%。^②占比高的法律顾问和专家的费用在很大程度上取决于仲裁的持续时间和复杂程度。为此,仲裁机构出台了很多简化仲裁程序的规则,通过限制仲裁时间节约仲裁成本。具体包括:(1)明确当事方和仲裁庭应高效仲裁的一般规则。《ICSID规则》修订案首先要求当事方和仲裁庭均遵守成本效益和高效仲裁的一般规则,高效快速地进行仲裁,要求当事方应当在仲裁庭规定的时间内尽快提交文件或执行仲裁庭的决定,当事方如果没有以高效、合乎成本效益的方式进行,将有可能承担不利的仲裁费用。^③其次,《ICSID规则》修订草案还对仲裁庭作出决定、裁定和裁决的期限进行了明确限制,并且要求仲裁庭尽最大努力遵守特定时限。^④案件审理时限过长是ICSID经常发生的现象,很多案件“久裁不决”,仲裁裁决平均在最后一次开庭的13.3个月后作出。2009年提交ICSID仲裁的Teinver等诉阿根廷案(Teinver and others v. Argentina),仲裁庭于2014年3月进行了最后一次庭审,随后拖了3年4个月才作出最终的裁决。^⑤因此,《ICSID规则》修订草案要求仲裁庭就临时措施请求作出决定的期限为30天,^⑥作出最后裁决的期限为240天。^⑦联合国贸法会第五十四届会议也通过了《贸易法委员会快速仲裁规则》,缩短仲裁审限、提高仲裁效率。截至目前,主要仲裁机构SCC、ICC等都就快速仲裁规则的适用、仲裁庭组成、申请仲裁员回避、仲裁时限和审限、裁决作出时间等做出缩短时间、提高效率的规定。^⑧(2)充分发挥案件管理会议的作用。大多数仲裁机构都会要求仲裁庭在正式开庭前召开案件管理会议,以便确定仲裁案件的主要争议以及仲裁程序,制定仲裁案件的时间表,以高效且符合成本效益的方式进行仲裁。但在国际投资仲裁实践中,该机制能否让仲裁庭真正发挥主观能动性,从而以高效且符合成本效益的方式做出裁决,完全依赖仲裁员对该机制的认识。

《ICSID规则》修订草案在仲裁规则第14条(附加便利仲裁规则第23条)规定,为使仲裁高效且符合成本效益,鼓励仲裁庭在第一次会议后开展案件管理会议以确定无争议的事实,并随案

^①Dispute resolution solutions that won't break the bank: SME LABS, ICC (July. 25, 2021), <https://2go.iccwbo.org/icc-dispute-resolution-solutions-that-won-t-break-the-bank-sme-labs.html>, 2021年12月20日访问。

^②See Matthew Hodgson, Counting the Costs of Investment Treaty Arbitration, Global Arbitration Review (July. 25, 2021)[EB/OL]. <https://globalarbitrationreview.com/counting-the-costs-of-investment-treaty-arbitration>, 2021年12月20日访问。

^③ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES (Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 3, p.32.

^④ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES(Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 12 Time Limits Applicable to the Tribunal, p.36.

^⑤Teinver and others v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/09/1), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/335/teinver-and-others-v-argentina>, 2021年12月20日访问。

^⑥ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES (Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 47, Provisional Measures(2)(d), p.58.

^⑦ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES (Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 58 Timing of the Award(1)(c), p.61.

^⑧参见国际商事仲裁理事会(ICC)《2019年8月14日发给贸发会第二工作组的备忘录》, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview_of_selected_expedited_arbitration_provisions_provisions.pdf, 2021年12月20日访问。

件进展缩小并解决程序或实体问题。^①《ICC仲裁规则》第24条要求仲裁庭召开早期案件管理会议,与各方当事人商议仲裁的执行。第22条规定仲裁庭可以采取程序性措施执行仲裁,但该等措施不应违反当事人的任何约定,同时要求仲裁庭及当事人考虑争议的复杂性及价值,尽最大努力以快捷和具有成本效益的方式进行仲裁。^②有效的案件管理会议能帮助中小企业进一步明确仲裁请求,帮助仲裁庭确定需要解决的重点问题,并确定纠纷的解决方式和程序选择,从而有助于中小企业趋利避害,秉轴持钧,将有限的资源用于解决对案件起决定性作用的争议。

2.建立合并仲裁(consolidation)制度。合并仲裁是指两个或两个以上的仲裁申请人通过同一仲裁程序对同一被申请人提起仲裁。^③允许合并仲裁意味着允许仲裁庭将不同的投资者提起的两个或两个以上的仲裁程序合并审理,允许投资者选择共同的法律顾问和专家。这样,投资者可以通过费用分担降低费用。

2011年8月,在阿巴克拉特等人诉阿根廷共和国案中,ICSID作出了一个开创性的决定,认可了6万名小型投资者针对阿根廷采取的主权债务重组措施向ICSID提起的仲裁。^④自该案后,同时有几个申请人提起仲裁申请的情况已不再罕见。自2017年8月至今,这类案件不断增多,约占未决案件的46%。案件审理中也没有出现针对这类情况的司法管辖权异议或其他异议。

由于中小企业投资者同时作为申请人的案件在不断增加,因此建立合并仲裁制度有利于中小企业对ISDS机制的适用。《ICSID规则》修订草案在《仲裁规则》第46条对合并仲裁进行了详细的规定,表明ICSID管辖的两个或两个以上未决仲裁已根据《公约》登记,并涉及同一缔约国(或缔约国的组成分部或机构),当事人可同意合并或协调这些仲裁,适用统一的仲裁程序,但仲裁裁决仍须单独作出。^⑤UNCTRAL第三工作组有关合并仲裁程序的规定与ICSID类似,提供允许并入第三方、合并多重程序的机制。工作组主张只要对公平性、正当性和高效性作出合理评价,并入和合并就能够成为减少或避免多重程序、增进效率的有效手段,并且考虑不同仲裁机构之间相关案件的合并。^⑥

3.建立多边咨询中心。为使各方更好地获得必要的专门知识,预防投资争端,有效地在仲裁程序中索赔和抗辩,ICSID、UNCTRAL第三工作组等启动了多边咨询中心的建设,并受到了投资者的欢迎。

世界贸易组织于2001年建立世界贸易组织法律咨询中心(以下简称ACWL),被认为是国际法体系内第一个真正意义上的法律援助中心。^⑦该中心向发展中国家提供培训,并在WTO争端

^①参见《国际投资争端解决中心规则的修订草案——主要变更概要》,第6页, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Synopsis_Chinese.pdf, 2021年11月8日访问。

^②参见ADR国际商会仲裁与全球领先的争议解决服务委员会出台的《有效仲裁管理供企业法律顾问和其他当事人代理人使用的指南》, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/04/effective-management-of-arbitration-icc-guide-chinese-version.pdf>, 2021年12月6日访问。

^③龚宇:《ICSID投资仲裁中“集体诉请”的适用限度——基于阿根廷主权债务重组争端的反思》,《武大国际法评论》2017年第2期。

^④Abaclat and Others v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 August 2011); see Jessica Beess & Chrostin, Sovereign Debt Restructuring and Mass Claims Arbitration before ICSID, the Abaclat Case, Harvard International Law Journal, Vol. 53, No.2, 2012, pp.505-518.

^⑤ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES (Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 46 Consolidation or Coordination of Arbitrations, p.54.

^⑥参见联合国国际贸易法委员会第三工作组(投资人与国家间争端解决制度改革)第三十九届会议报告《投资人与国家间争端解决制度的可能改革:多重程序和反诉》(A/CN.9/WG.III/WP.193), <https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.193>, 2021年12月2日访问。

^⑦Jeremy Sharpe, An International Investment Advisory Center: Beyond the WTO Model, EJIL:Talk(Sep. 28, 2021), <https://www.ejiltalk.org/an-international-investment-advisory-center-beyond-the-wto-model/>, 2021年12月10日访问。

解决程序中提供援助或资金支持。UNCTRAL第三工作组建议建立与ACWL类似的咨询中心,并将这一问题列为ISDS改革议程的首要问题。^①拟建立的咨询中心拟将其受益人扩大到满足一定条件的中小企业,提供如下服务:协助安排答辩、在争端解决程序中提供支持、提供咨询服务、帮助中小企业进行能力建设并提供解决纠纷的最佳方案。^②此外,很多国家也把建立投资咨询中心作为本国的优先考虑事项,如韩国设立了韩国中小企业振兴公社(SBC),下设海外投资咨询中心来支持中小企业的国际化。欧盟为在中国投资的中小企业建立了中小企业中心,设立专门的咨询中心,提供与业务发展、市场准入、法律问题和人力资源相关的信息和建议。^③荷兰正在进行设立投资咨询中心的可行性研究。^④对中小企业来说,建立咨询中心可以在一定程度缓解与东道国地位不平等、信息资源不对称的问题。

4.第三方资助(TPF)。随着对实现成本正义的关注,国际仲裁中第三方资助的合法性获得了广泛的承认。第三方(资助方)对仲裁程序的申请人或者反诉中的被申请人就可能涉及的法律费用或其他与仲裁有关的费用通过签订协议进行资金支持,并从胜诉裁决中获取约定比例的金额,如果裁决判定被资助方败诉,则第三方将不能就其提供的资助获取任何补偿或赔偿。^⑤第三方通常是与投资者和东道国之间的投资争端无关的保险公司、银行或其他金融机构。考虑到第三方资助在增加中小企业获得仲裁机会方面的作用,《ICSID规则》修订草案允许仲裁当事方接受第三方资助,同时规定了第三方资助的披露规则。^⑥UNCTRAL第三工作组考虑到禁止第三方资助对于中小企业诉诸ISDS机产生的限制,建议对无法接受第三方资助的中小企业辅之以法律援助,为它们因缺少资金而无法诉诸司法的情形提供补救。这一机制可以由国家或私营机构通过各种途径提供资金,包括专项资金或投资争端案件的收益,法律援助机制可设立为一项独立机制,也可在国际投资法咨询中心框架下设立。^⑦

(二) 国际投资协定有关鼓励中小企业投资者参与ISDS机制的规则

欧盟、美国、日本等中小企业国际投资活跃的地区,很早就启动了中小企业海外投资利益的保护,不仅制定保护中小企业海外投资的国内法,指引中小企业规避国际投资政治风险,寻求损害赔偿救济,而且在与他国签订的国际投资协定中增加了诸多便利中小企业诉诸ISDS机制的内容。如欧盟与越南、新加坡、加拿大的双边投资协定中均有优化中小企业参与ISDS机制的规定,降低了中小企业适用ISDS机制的准入门槛。

双边投资协定中鼓励中小企业投资者适用ISDS机制的内容主要有如下几点:

^①Jeremy Sharpe, An International Investment Advisory Center: Beyond the WTO Model, Blog of the European Journal of International Law, 2019年6月26日。https://www.ejiltalk.org/an-international-investment-advisory-center-beyond-the-wto-model/, 2021年12月2日访问。

^②参见联合国贸易法委员会第三工作组(投资人与国家间争端解决制度改革)第三十八届会议工作报告(A/CN.9/1004), https://undocs.org/zh/A/CN.9/1004, 2022年1月2日访问。

^③Ask the China Expert: EU SME Centre: China Market Research, Training, Advice (Sep. 17, 2015), https://www.eusmecentre.org.cn/expert/, 2021年12月20日访问。

^④Jeremy Sharpe, An International Investment Advisory Center: Beyond the WTO Model, EJIL:Talk(Sep. 28, 2021), https://www.ejiltalk.org/an-international-investment-advisory-center-beyond-the-wto-model/, 2021年12月20日访问。

^⑤张庆麟:《国际投资仲裁的第三方参与问题探究》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第11期。

^⑥ICSID, PROPOSALS FOR AMENDMENT OF THE ICSID RULES (Working Paper #4), ARBITRATION RULES, Rule 14 Notice of Third-Party Funding, p.37.

^⑦参见联合国国际贸易法委员会第三工作组(投资人与国家间争端解决制度改革)第三十八届会议续会报告《投资人与国家间争端解决(投资争端解决)制度可能进行的改革:第三方出资—可能的解决办法》(A/CN.9/WG.III/WP.172), https://undocs.org/zh/A/CN.9/WG.III/WP.172, 2021年12月22日访问。

首先,专为中小企业规定了速裁程序和独任制仲裁庭制度。《加拿大与欧盟全面经济和贸易协定》(CETA)、《欧盟与越南自由贸易协定》(EVFTA)和《欧盟-新加坡自由贸易协定》(EUSFTA)在争端解决部分都规定了独任制仲裁庭的内容,中小企业申请人可以要求由一名仲裁员组成的独任仲裁庭审理案件,申请人应在仲裁庭成立前或在提出仲裁申请的同时提出请求,被申请人应当考虑这项请求,特别当投资者是一个中小型企业或要求的赔偿或损害赔偿数额相对较低时。^①此外,独任仲裁庭可以采用比普通仲裁庭更简单、快速的仲裁程序,以减少仲裁的时间成本。

其次,建立中小企业援助机构。2018年9月,CETA联合委员会商定了缔约方向中小企业提供如下帮助:提供关于CETA和市场准入的在线信息;在缔约方之间建立中小企业援助机构,评估中小企业提出的资金支持和法律援助的请求;^②缔约各方建立公开的网站,载明CETA相关的信息,包括各方认为对中小企业有用的信息,每一缔约方需要在网站中列入本国针对小企业的法律、法规、政策等信息,并且公开对中小企业寻求资金支持和法律援助的资料;缔约国建立中小企业联络点,在实施CETA时考虑中小企业的需求,交流中小企业相关信息。

再次,鼓励采用调解方式解决争端。除了ICSID在2018年专门为投资者-国家的调解制定一套新的调解规则外,^③很多国家新近签订的BITs也规定了投资争端解决的调解方式,在设计上,或将调解作为仲裁的先决条件,或作为解决争端的独立机制。CETA、EVFTA和EUSFTA均支持调解结案,鼓励争端当事方在60天内友好解决问题,并且支持当事方在纠纷解决的任何阶段启动调解。^④EVFTA和EUSFTA还规定索赔人是中小企业的情况下,允许各方通过视频会议或者其他方式进行协商。^⑤

最后,规定了对中小企业有利的费用规则。CETA联合委员会正在筹划旨在减轻自然人或中小企业索赔人财务负担的补充规则,为败诉的中小企业需要承担的仲裁成本设定上限,要求特别考虑索赔人的财政资源和要求赔偿的数额。^⑥EUSIPA和EUVFTA也有类似的规定。^⑦

除双边投资协定外,越来越多的区域自由贸易协定也增加了有关中小企业的专门规定,如《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)、《跨太平洋伙伴全面进步协定》(CPTPP)和《美墨加协议》(USMCA)均包含中小企业的独立章节。然而,区域自由贸易协定更多地关注加强中小企业区域合作,为中小企业提供投资便利等,与双边投资协定相比,基本不涉及中小企业与东道国投资争端解决的问题。

四、促进我国中小企业适用ISDS机制的措施

随着中国促进中小企业海外投资政策的出台,我国中小企业的海外投资数量和规模逐年

①参见2016年2月欧盟与加拿大重新公布的《加拿大与欧盟全面经济和贸易协定》(CETA)第8条第23款。

②Recommendation 003/2018 of 26 September 2018 of the CETA Joint Committee on Small and Mediumsized Enterprises (SMEs) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157417.pdf, 2021年12月2日访问。

③这是首个专门为投资纠纷设计的机构调解规则,详见ICISD (2018) Investor-state mediation. <https://icsid.worldbank.org/services-arbitration-investor-state-mediation>, 2021年12月10日访问。

④2016年2月欧盟与加拿大重新公布的《加拿大与欧盟全面经济和贸易协定》(CETA)的第8条第19款。

⑤2020年8月1日生效的《欧盟与越南自由贸易协定》(EVFTA)第3条第30款,2020年6月21日生效的《欧盟-新加坡自由贸易协定》(EUSFTA)第3条第3款。

⑥2016年2月欧盟与加拿大重新公布的《加拿大与欧盟全面经济和贸易协定》(CETA)的第8条第39款。

⑦2020年8月1日生效的《欧盟与越南自由贸易协定》(EVFTA)第27条第5款,2020年6月21日生效的《欧盟-新加坡自由贸易协定》(EUSFTA)第3条第21款。

扩大。然而,近年来中小企业海外投资环境不容乐观,特别是新冠肺炎疫情出现后,中小企业海外投资的政治风险进一步加大。因此,通过保护、鼓励我国中小企业适应ISDS机制,促进公平公正地解决中小企业与投资东道国产生的投资争端,对于创建稳定、安全的海外投资环境、保障中小企业海外投资利益具有紧迫的现实意义。

(一)我国中小企业适用ISDS机制的现状和困难

1.我国已生效双边投资协定的特点。截至2021年7月,我国与其他国家或经济体共签订145项双边投资协定,其中20项待通过,1项未通过即终止,17项已终止,107项已经生效,^①超过德国位居世界第二。已经生效的双边投资协定中有100个规定了ISDS机制。总结我国已生效的双边投资协定,主要有以下四个特点:第一,没有对企业的规模和类型进行划分,也没有针对中小企业的特别规定。第二,逐渐开始重视ISDS机制。我国第一批签订的BITS条款少,内容简单,平均只有13个条款,对ISDS机制的规定极为简单。2000年后签订的BITS,对ISDS机制有了详细的规定,开始重视以国际法手段解决投资者-东道国之间的投资争端。如2012年签订的中国-加拿大BITS,协议一改以往笼统规定ISDS的方式,增加了ISDS的适用范围、启动的前提条件、仲裁员的选任、合并仲裁、公众参与、非争端方参与、临时措施等内容,^②类似的规定在2008年签订的中国-墨西哥双边投资协定中也有体现。^③第三,通常规定东道国国内救济措施为主要的争端解决方式,除征收补偿金额以外的其他争议需诉诸东道国行政主管部门或东道国法院,而东道国国内救济措施往往产生对投资者不利的结果。第四,逐渐扩大ISDS机制的适用范围。我国2000年以前签订的BITS适用范围较窄,有57个规定ISDS适用于“征收补偿额争议”,有3个规定ISDS适用于“征收补偿额或是双方均同意的其他争议”,2000年以后签订的BITS适用范围扩大至“投资争议”。

2.中国投资者启动ISDS机制的现状。截至2022年2月,中国投资者作为申请人共提起了15起国际投资仲裁案件,^④其中11起是依据中国对外签订的双边投资协定提起。从提起申请的投资者规模来看,中国大陆投资者共提起8起案件,其中2起案件的申请人是大型国有企业,3起案件的申请人是大型非国有企业/金融机构,2起案件是由中小企业提起,另有1起案件是由自然人提起。从提起申请的时间来看,2018年以前提起的有3起,2019年以后提起的有5起,其中3起就是中小企业和自然人提起的。从案件处理结果来看,中国投资者提起的15个案件中,9个已经审结,其中3个案件仲裁庭作出了对投资者有利的裁决,^⑤1个案件仲裁庭作出了对东道国有利的裁决,^⑥1个案件和解结案,^⑦3个案件的仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求,^⑧

①参见联合国贸发会网站搜索出来的中国双边投资协定数据, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, 2021年12月22日访问。

②2012年9月中国与加拿大签订的《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》的第三章,第19条至第32条。

③2008年7月中国与墨西哥签订的《中华人民共和国政府和墨西哥合众国政府关于促进和相互保护投资的协定》的第三章,第11条至第28条。

④池漫郊、任清:《中国国际投资仲裁年度观察(2021)》,《北京仲裁》2022年第2期。其中Beijing Everyway Traffic and Lighting Tech Co.Lud诉加纳案已经启动仲裁,故案件总计15起。

⑤谢业深诉秘鲁、渣打银行(香港)诉坦桑尼亚电力供应公司案、渣打银行(香港)诉坦桑尼亚案,仲裁庭作出了有利于投资者的裁决。

⑥2012年Sanum诉老挝案,仲裁庭作出了对东道国有利的仲裁裁决。

⑦北京城建诉也门案,仲裁庭作出有利于投资者的管辖权决定,实体审理阶段双方和解结案。

⑧北京首钢诉蒙古案、Philip Morris诉澳大利亚案、中国平安诉比利时案,仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求。

1个案件因投资者撤回仲裁申请导致案件终结。^①由此可见,自2019年以来,中国投资者启动ISDS机制的案例显著增加,这说明投资者利用国际法解决国际投资争端的意愿在稳步提升。

3.我国中小企业启动ISDS机制的困难。相较于世界上其他中小企业海外投资规模较大的国家,我国中小企业的海外投资规模虽然庞大,但是对ISDS机制的运用较少。之所以如此,与中小企业在适用ISDS机制时存在的如下困难有关。

第一,中小企业在获得适用ISDS机制的相关信息时存在困难。首先,中小企业很难轻易获取国际投资法的相关信息。由于诉诸ISDS机制必须依赖我国与东道国之间双边投资协定的规定,包括ISDS适用的范围、启动条件等规定,并且需要了解投资协定规定的仲裁机构的规则,而大多数仲裁机构只提供英文网站和英文版的仲裁规则,这使得中小企业获取国际仲裁相关信息存在一定的障碍。其次,中小企业获取适用ISDS机制的经验存在困难。我国早期签订的双边投资协定不鼓励投资者适用ISDS机制来解决与东道国之间的投资争端,对ISDS机制的规定也较为简单,这使得我国投资者诉诸ISDS、启动完整仲裁程序的实践稀缺,因而不能为中小企业提供有益的经验。最后,中小企业获取国内相关政策信息存在困难,我国关于中小企业海外投资的相关规定比较零散,大多是部门规章以及地方法律文件,这些政策性文件纷繁复杂,让中小企业很难找到有助于诉诸ISDS的信息。

第二,中小企业难以承担ISDS机制的高昂费用。从适用ISDS机制启动国际仲裁的实践来看,启动ISDS机制提起仲裁的平均费用是很高的。即使是进行国际投资中小企业,如果无法在仲裁中胜诉,那么将会面临承担高昂的仲裁费用的压力。

第三,我国双边投资协定对ISDS机制的规定阻碍了中小企业对该机制的适应。我国当前生效的双边投资协定大多将东道国救济作为投资争端的主要解决方式。即使规定了ISDS机制,也有57个双边投资协定将其适用范围限制为征收补偿金额的争议。此外,双边投资协定规定的ISDS机制的可操作性不强,没有考虑中小企业对ISDS机制的适用;ISDS机制的相关内容较为简单,大部分只涉及仲裁前的冷静期、仲裁庭的确定和仲裁裁决的终局性等问题。因此,现有双边投资协定中的ISDS机制规定难以满足我国企业海外投资争端解决的实际需要,无法有效解决我国投资者与东道国之间的投资纠纷。

第四,我国国内缺少对中小企业适用ISDS机制的配套措施。我国近年来也在双边投资协定中逐渐接受了ISDS机制,但是对于ISDS机制的利用率较低,特别是中小企业。主要原因在于:一方面,我国缺乏与该机制对接的国内法规定;另一方面,我国缺乏为中小企业提供法律咨询服务和维权机制的配套措施。因此,中小企业整体利用国际法的能力低,无法有效利用国际投资争端解决机制。

(二)我国中小企业适用ISDS机制的必要性

我国中小企业海外投资额已经超过大型公司,在一系列鼓励中小企业走出去的政策推动下,中小企业海外投资的总量和规模有望进一步扩大。然而,“走出去”的中小企业面临着各种政治风险。因此,应鼓励中小企业把ISDS机制作为解决与东道国投资争端的方式之一。

1.我国中小企业海外投资的政治风险高。后疫情时代,我国中小企业进行海外投资面临各种政治风险,主要有两方面的原因:一方面,中小企业海外投资的东道国多是发展中国家,许多国家国内法治不完善,政治局面不稳定;另一方面,虽然国际投资环境总体向好,吸引外资

^①Jetion及T-Hertz诉希腊案,由于希腊政府提出将制定新的法律,保证投资项目的正常进行,两个中方投资者遂撤回仲裁申请,案件终结。

依然是大多数经济体的重大政策选择,但伴随着反全球化浪潮的出现,很多国家也在一定程度上加强了对外国投资的限制和监管。近年来,发达国家以国家安全为由对外资实施更为严苛的审查,新冠肺炎疫情也使得各国对本国战略性行业的外商投资审查更为审慎。法国在2019年年底和2020年4月两次修改外资审查办法,降低投资审查门槛,分别将外资股比限制从33%降至25%,再下调至10%;德国在2020年已三次强化投资审查机制,通过了旨在加强对卫生医疗领域审查的法令,允许政府阻止外资并购疫苗、口罩等;美国通过《外国投资风险审查现代化法案》(FIRRMA)和《出口管制改革法案》(ECRA)等新的监管法令;英国、意大利、葡萄牙等多个国家先后采取了不同程度的外资限制和监管措施。^①与大型跨国公司相比,中小企业很难把握东道国复杂、严格的外资监管政策,也更容易与东道国产生投资争端。

2.我国中小企业海外投资数量和规模大。长期以来,我国对外投资政策均向国有企业和大型公司倾斜。近年来,国家开始出台政策鼓励中小企业“走出去”,为中小企业海外投资提供便利和保障。例如,在《关于开展2019年度中小企业公共服务体系重点服务活动的通知》中,工信部开展支持中小企业参与“一带一路”建设专项行动,组织它们参加中国国际中小企业博览会、中德政府合作培训项目等国际交流活动,进一步发挥中外中小企业合作区载体示范作用,为中小企业“走出去”和“引进来”提供专业化服务,提高中小企业发展水平。^②2019年4月7日,中共中央办公厅、国务院办公厅颁布了《关于促进中小企业健康发展的指导意见》,表明支持中小企业展开对外合作与交流,支持有条件的地方建设中外中小企业合作区,鼓励中小企业服务机构、协会等探索在条件成熟的国家和地区设立“中小企业中心”。^③可以预见,未来几年中小企业海外投资数量和规模将会进一步扩大,中小企业“走出去”的速度和程度将进一步提升,国家为中小企业提供海外投资的配套机制、公平解决投资争端的需求也将同步提升。

一般来说,最常适用ISDS机制提起对东道国投资争端仲裁请求的申请方大多来自大型资本输出国、经济体。如美国曾一度是世界上最大的资本输出国,相应地,美国投资者占据了ISDS索赔的最大个人份额。欧洲的对外投资占全球对外直接投资的46%(12万亿美元),相应地,欧洲投资者提起的对东道国投资争端的仲裁请求占有所有仲裁索赔的一半以上,其中荷兰、英国和德国的投资者提起的索赔最多,分别为61起、42起和39起。^④这与这些国家的对外投资额是相匹配的。因此,随着我国中小企业对外投资的进一步扩大,我国中小企业投资者适用ISDS机制提起仲裁的必要性和可能性都大大增加。

(三) 促进我国中小企业适用ISDS机制的建议

1.积极参与ISDS机制改革,提升国际话语权。我国在2014年实现了由资本输入国到资本输出国的转变,2020年成为世界第一大资本输出国。因此,完善公平合理的全球投资规则既是全球经济治理的目标,也符合我国作为资本输出大国的利益。正如习近平总书记在2013年举行的二十国集团领导人第八次峰会上所提出的那样,“要探讨完善全球投资规则,引导全球发展资本合理流动”。而作为完善公平合理的全球投资规则重要部分的ISDS机制,是否“公平、开放、透明,有适当的保障机制防止滥用权力”^④至关重要。联合国贸法会2017年倡议的ISDS机制改革,从最初搜集意见、确定改革的问题,到现在已经进入出台改革方案初稿供各国讨论并征求

^①参见中华人民共和国商务部2021年2月4日发布的《中国对外投资合作发展报告2020》。

^②参见中共中央办公厅、国务院办公厅2019年4月7日发布的《关于促进中小企业健康发展的指导意见》。

^③Miller, Scott Evans & Greg Hicks, *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check*, Center for Strategic & International Studies, 2015, p. 8.

^④参见2016年9月二十国集团领导人杭州峰会达成的《全球投资指导原则》。

意见的阶段。国际投资争端解决中心(ICSID)于2016年10月启动的ICSID仲裁规则修订工作,2021年6月15日发布了第五版工作文件。中国对贸法会ISDS机制改革方案和国际投资争端解决中心(ICSID)第四版工作文件均提出了中国的观点和看法。虽然意见书中没有明确提及中小企业,但第三方资助的透明度纪律、期限冗长、成本昂贵、替代性争端解决措施、仲裁前磋商程序等多项内容都与中小企业适用ISDS机制息息相关。但是,由于目前我国中小企业启动ISDS的实践案例较少,国内缺少对中小企业适用ISDS机制的配套措施,因此在我国的意见中没有给与中小企业应有的关注,缺乏对中小企业适用ISDS机制的全盘考虑和意见。随着中国对外投资的不断扩大,中小企业与东道国产生的投资争端也会不断增加,在全球ISDS机制改革之际,我国应明确提出鼓励中小企业适用ISDS机制的立场,促成有利于中小企业适用ISDS机制的规则达成,从而进一步促进我国中小企业的海外投资。

2.在双边投资协定中完善中小企业适用ISDS机制的内容。中国对于应用ISDS机制来解决国际投资争端的态度经历了一个从排斥适用、有条件适用到放宽适用的过程。在我国国际投资法律制度不断进步的同时,我国现行有效的双边投资协定也存在一定的缺点,如没有规定投资争端解决的调解机制,对应用仲裁机制的规定比较简单,可操作性不强,没有体现中小企业利益保护的条款等。为了保护我国中小企业海外投资利益,鼓励中小企业利用替代性争端解决机制、ISDS机制等多种方式解决与东道国的投资争端,我国可以尝试与中小企业海外投资比较集中的国家签订有上述内容的双边投资协定,首先,可以综合本国经济发展情况和企业发展规模,协商确定“中小企业”的认定标准。其次,探索并鼓励中小企业利用调解机制解决投资争端。体现“和为贵”理念的投资调解机制具有灵活性和自主性的特点,同时调解员也有更多的机会发挥主观能动性,采取创造性方法解决投资争端,因而能在一定程度上避免冗长的仲裁程序和高昂的费用成本,有利于当事方达成双赢结果。最后,优化中小企业适用ISDS机制内容,简化诉诸ISDS的程序,减少诉诸ISDS的费用,为中小企业设立风险基金,建立对中小企业开放的咨询中心,以及共同制定第三方资助规则等。

3.建立国际投资咨询中心,帮助中小企业提高诉诸ISDS机制的能力。鉴于国际投资咨询中心能帮助国家和本国投资者解决国际投资中出现的问题,因此建立投资咨询中心已经成为一国的优先事项。^①随着我国持续推进更高水平对外开放政策以及中国对外投资规模的不断扩大,我国也应当建立国际投资咨询中心。该投资咨询中心的功能设计应该包括论坛功能、资源交换、帮助各方进行能力建设、提供咨询服务、提供援助或资金支持等方面作用,只有这样,才能对国家、投资者参与ISDS机制提供真正有用的帮助。我国当前已经建立的中小企业服务体系,注重从咨询、融资、信息交流、培训等方面为中小企业提供服务,但均未顾及中小企业可能在对外投资过程中产生的投资纠纷以及与东道国可能产生的投资争端,所提供的服务均未涉及中小企业的纠纷和争端的解决。因此,可以把对中小企业的这一块服务功能纳入到国际投资咨询中心,在该中心设立中小企业部,为中小企业投资者提供服务,发挥如下功能:(1)提供信息咨询便利。当前,我国对外直接投资管理主要由发改委、商务部、人民银行等多个部门负责,这些部门各自在其职责范围内出台文件并监督实施,存在政出多门、职能交叉、多头管理的问题。^②企业主要通过商务主管部门、行业协会、商会等获取对外投资信息,但这些部门、协会搭建的多元化对外投资信息平台提供的信息不足,对外投资信息发布力度不够。虽然在一定程度上提供了投资环境、风险预警等信息,但在投资风险应对、双边投资保护协定内容等涉及跨境

^①Jeremy Sharpe, An International Investment Advisory Center: Beyond the WTO Model, EJIL:Talk (July 26, 2019), <https://www.ejiltalk.org/an-international-investment-advisory-center-beyond-the-wto-model>, 2021年9月20日访问。

^②太平、李姣:《中国对外直接投资:经验总结、问题审视与推进路径》,《国际贸易》2019年第12期。

投资便利化和投资保护等方面的指导却相对不足,特别是缺乏与东道国发生投资争端后如何解决的指导。因此,我国可以把各地区、各部门关于海外投资的法律、市场等信息咨询功能集中在未来要建立的国际投资咨询中心,由该中心为中小企业提供东道国相关法律、政策以及与投资相关的信息,并且在投资争端发生时,为中小企业提供诉诸ISDS机制的或其他救济途径的方案。(2)提供资金支持。我国中小企业在进行海外投资时本就存在融资难的问题,当与东道国发生投资争端时更会面临ISDS机制高昂仲裁费用的问题,这导致在海外投资中遭受侵害的中小企业不敢启动ISDS机制等来维护自己的合法权益。因此,未来要建立的国际投资咨询中心应该具有提供资金支持的功能,为有必要启动ISDS机制的中小企业提供仲裁所需的资金支持。(3)提供法律援助。当中小企业与东道国发生投资争端后,中小企业运用国际法、国内法保护自己的能力强,即使有意愿启动ISDS机制解决争端,但对该机制的程序和运行规则不了解,因此未来要建立的国际投资咨询中心要有为中小企业提供法律援助的功能。该援助功能应该包括如下内容:第一,提供中国是否与该投资争端国家签订BIT的信息,如果签订则提供该BIT关于投资争端解决的具体规定等内容。第二,如果中小企业有意愿采用ISDS机制来解决与东道国的投资争端,则提供ISDS机制的内容、可提起仲裁的仲裁机构等方案。第三,为中小企业提供聘请专业的法律顾问或专家、律师的便利,解决中小企业应用ISDS机制的难题。

The Reform of Encouraging Small and Medium-sized Enterprise Investors to Apply ISDS Mechanism and China's Response

Wang Lihua, Mu Chunying

(International Law School, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

Summary: Although there is no unified international standard for the definition of small and medium-sized enterprises, it is generally believed that enterprises with small number of employees, low annual sales, low asset value and small market share are small and medium-sized enterprises (SMEs). When SMEs have investment disputes with the host country, practice shows that the investor state dispute settlement mechanism is an important way to protect the legitimate rights and interests of small and medium-sized enterprise investors. If the investment of SMEs is protected and there is an applicable dispute settlement mechanism, they will prefer overseas investment. However, for SMEs, the mechanism does have some problems, such as high cost, serious asymmetry of financial resources with the host country, difficulty in obtaining professional knowledge and legal information, and so on. International arbitration institutions such as ICSID, SCC and ICC have clearly proposed to encourage and support the application of ISDS mechanism by investors of SMEs in their successive reforms in recent years. The reform measures include many contents to encourage and facilitate SMEs to resort to ISDS, such as simplifying arbitration procedures and improving arbitration efficiency by shortening the time limit for arbitration, giving full play to the role of case management meetings, and implementing consolidated arbitration. Measures also include the establishment of multilateral advisory centers to provide advisory services to SMEs, help them with capacity-building, provide support in dispute

settlement procedures, and provide financial support to SMEs through third-party funding. With the introduction of China's policy to promote overseas investment of SMEs, the number and scale of overseas investment of SMEs in China are expanding year by year. At the same time, the political risk of overseas investment is increasing as well. In the post-epidemic era, under the background that global direct investment is not completely relieved by the pressure of COVID-19, SMEs also face multiple risks and challenges, and SMEs should be encouraged to use the mechanism as one of the relief measures. Therefore, China should actively exercise its international voice in the reform of ISDS mechanism and put forward suggestions conducive to the application of SMEs, set up an international investment advisory center to provide information consultation, financial support and legal assistance to SMEs, and add provisions to facilitate the application of SMEs in the ISDS mechanism stipulated in the bilateral investment agreement.

Key words: small and medium-sized enterprise investors; ISDS mechanism; reform measures; China's response

(责任编辑: 倪建文)

(上接第107页)

in the market competition. However, it is difficult to measure the information needs of investors and their dynamic changes accurately. Since some Chinese A-share listed firms were selected as the target of margin trading and securities lending in batches from 2010, This paper uses the sample of A-share from 2008–2018 to establish a quasi-natural experiment, which obtains some profound findings as below. I firms were selected as the target of margin trading, their investors' idiosyncratic information demands, namely, the number of times of the firm was searched on the Internet, have increased significantly, leading to more media coverage of these firms. This conclusion is still valid after a series of robustness tests such as propensity score matching and random simulation. This paper also finds that investors' information demands increase the media's information dissemination after the firm's incidents, and increase information collecting by the media before the incidents as well. Furthermore, the marginal effect of investors' information demands on media reports (especially negative reports) is getting smaller and smaller as time goes by. For firms located in the regions with a high degree of marketization and firms with poor information environment, the relationship mentioned above is stronger. Moreover, media coverage caused by investors' information demands can reduce stock price synchronization and the risk of stock price collapse. In conclusion, these findings provide evidence of the causal relationship between changes in investors' information demands and media coverage, which helps to understand the media's motivation for news production and the specific process.

Key words: information demands; media coverage; margin transactions institution; information mining; information dissemination

(责任编辑: 倪建文)