

OHADA 国家投资协定中争端解决新机构研究

张 力

【摘要】 OHADA是具有开放性和超国家性的非洲商法统一组织,是为促进成员国的商事活动环境和改善成员国的投资现状而成立的区域经济一体化组织,OHADA 中最重要的机构是司法与仲裁共同法院(CCJA),作为 OHADA 国家投资协定中的争端解决新机构,通过与传统的 ICSID 仲裁机构和欧洲仲裁新机构投资法院(ICS)进行对比,从而深入认识和研究 OHADA 及其相关法律法规,为我国企业投资 OHADA 国家解决投资争议提供新的启示和途径。鉴于此,我国企业应改变传统的政治手段和外交手段解决纠纷模式,善用东道国的法律武器保护自身的合法权益。

【关键词】 OHADA; CCJA; 仲裁制度; 仲裁机构; 投资争端

【中图分类号】 F740;D99

【文献标识码】 A

【文章编号】 1004-0994(2018)15-0123-7

非洲是当今世界政治经济格局中的重要一极,自 2015 年以来成为世界经济增长最快的地区。非洲陆地面积达 3020 万平方公里,地大物博,拥有世界上最重要的 53 种矿产和一些稀有战略资源,人口总数超 11 亿,预计 2025 年将达到 25 亿,其中青年人口占 50% 以上,意味着巨大的消费市场和旺盛的劳动生产力,使非洲成为世界投资市场上的新大陆。

非洲法律多元化现象明显,在非洲大陆的长期历史变迁过程中,受各宗主国不同文化背景和法律体系影响,并存着本土习惯法、宗教法、宗主国法律,既有大陆法系也有普通法系,法律的多样性不仅影响非洲一体化进程,也使各国投资者对非洲不同投资法体系充满困惑,而且非洲各国投资法律制度缺乏协调性。由于非洲社会的不稳定因素和法律的多元化不协调,导致对非洲国家的投资活动充满风险和挑战。

一、我国对 OHADA 国家的投资现状

1. OHADA 国家的定义。非洲商法统一组织(L' Organisation pour L' Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires)简称为 OHADA。1993 年 10 月 17 日,14 个非洲国家签订《非洲商事协调条约》(简称《OHADA 条约》),标志着 OHADA 成立。目前,OHADA 共有 17 个成员国,主要集中于撒哈拉沙漠

以南的中西非国家,北非国家摩洛哥正在进行加入谈判。

非洲大陆寻求一体化的进展缓慢,面临诸多阻碍,许多区域化组织如西非经济共同体、南部非洲发展共同体等,都积极推动本地区法律的统一化与协调化,但一体化成效最为显著的是 OHADA。《OHADA 条约》的签订和 OHADA 统一法的颁布有效解决了区域内成员国法律多样性、不协调导致投资障碍的问题,用统一与协调的法律促进投资活动的顺利进行。非洲一体化进程缓慢,面临的阻碍重重,相比之下,区域化发展具有经济制度、法律体系、文化背景、语言、货币相同或类似等优势,使得区域经济合作的实现更容易被接受,区域经济一体化已然成为非洲一体化的主要力量。

2. 我国投资 OHADA 国家的状况。OHADA 的 17 个成员国拥有丰富的自然资源和矿产资源,向世界资源市场供应的金、铜、铁、钴、钻石、石油、天然气等产量都在市场中占据着重大的份额。其中,科特迪瓦是世界第一大可可生产国;几内亚铝矾土的储量占世界总量的 3/4;塞内加尔拥有储量占世界 2/3 的磷酸盐和丰富铁矿;加蓬拥有丰富的林业资源,并拥有“绿金之国”的美誉,其锰矿产量居世界第三。鉴于我国经济与 OHADA 国家经济的互补性,我国与

OHADA 国家的贸易合作与投资活动互动频繁。根据商务部(商务数据中心网站)西亚非国家贸易数据统计,2017年全年中非贸易总额达到1700亿美元,同比增长14.1%,其中我国与OHADA国家刚果、加蓬、几内亚、赤道几内亚、喀麦隆、贝宁的贸易额名列前茅。

随着中非贸易额的快速增长,我国对非洲的投资热情也不断上涨。据商务部(西亚非洲司统计数据)统计,2017年1~6月,我国对非洲非金融类直接投资流量为16亿美元,同比增长22%,我国企业在非洲新签承包工程合同总额为765亿美元,完成营业额512亿美元,一批重大项目取得积极进展。我国投资分布在非洲52个国家,投资覆盖率为86.7%,主要投资领域覆盖建筑业、租赁和商务服务业、采矿业、制造业、批发和零售业等行业,我国在非洲的主要投资国家前十名中包含5个OHADA成员国。目前,我国与非洲国家共签订了34个双边投资协定,其中有17个有效BIT[仅与马里、加蓬、赤道几内亚、摩洛哥、刚果(布)签订有效BIT,其中涉及的投资争端解决条款相对落后或者甚至缺失],其他17个尚未生效。

中非的合作发展也面临不少挑战。世界经济论坛在《2017年全球风险报告》中,将非洲定位为高风险地区,并指出:非洲国家政治转型导致了政府频繁更迭、政策缺乏稳定性和延续性、营商环境复杂动荡、制约发展瓶颈突出以及公共安全风险总体较高等问题,对投资者风险防范意识的要求更高,特别是系统的法律风险防范尤为重要。例如,利比亚国家内战以来,政局动荡导致我国在利比亚损失了将近200亿美元的投资,应该引起我国对海外投资安全保障机制的重视,防范“高风险”地区经济活动面临的法律和政治风险。

二、OHADA 国家投资协定中争端解决机构

非洲国家作为发展中国家,积极参与国际投资协定的签订,以积极主动的开放姿态吸引外国投资,拉动本国经济的发展,并通过参与国际条约,来协调统一国内投资法律,改善投资环境。非洲投资法中对投资者诉东道国争端解决机制的发展,由依靠国际争端解决机制转变为发展区域经济一体化,制定自己的规则和法律,不仅颁布了《非洲投资示范法》^[1]、国家仲裁法,设立了创新体制的争端解决新机构等,而且在模仿联合国国际贸易委员会(UNCITRAL)的《国际商事仲裁示范法》、吸收国际先进仲裁规则模

式的基础上,根据自身发展的情况和阶段创造出新的特色和优势。

《非洲投资示范法》第10条第3款是关于投资争议解决的条款,规定了争端提交仲裁机构的适用:“投资纠纷的任何当事方有权发起仲裁程序,仲裁遵循当事人合意的规则和程序时,可将仲裁纠纷提交如下任一仲裁机构:(i)国际投资争端解决中心ICSID;(ii)国际商会ICC;(iii)OHADA下的司法与仲裁共同法院CCJA;(iv)联合国贸易法委员会UNCITRAL;(v)当事人选择的任何仲裁场所和仲裁规则(临时仲裁)。”^[1]可见,非洲争端解决机制既包含国际仲裁机构,也包含非洲当地区域化仲裁机构。

OHADA的仲裁机构已经得到《非洲投资示范法》的认可与采纳,与其他国际仲裁机构的地位一样。OHADA法律模仿国际先进的商业立法,逐步形成了共同法律共识,改变了现行法律混乱不协调的状况,提高了法律和司法的透明度和可操作性。对于投资者来说,统一的法律规范及其强制性可以减少商业领域政治干预和腐败,是有利的商业投资环境。

OHADA成立的目的是在成员国内创建一套协调化、简单、现代的商法制度,以便促进商业活动的开展,OHADA积极推动仲裁成为解决商事纠纷的方式。

1. 投资者诉非洲东道国投资争端解决机构——ICSID。国际投资争端解决中心(ICSID)是依据1965年的《华盛顿公约》(即《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》)建立的第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。在《华盛顿公约》起草之初,已经取得独立的非洲国家作为发展中国家,积极参与公约的起草制定过程,世界银行甚至在非洲举行法律专家地区公约起草协商会议,32个受邀请的非洲国家中,有29个国家参与此次会议并派出50多名代表参加,在草案正式通过后,非洲国家积极踊跃地签署和批准了该公约。据ICSID官方网站数据显示,截至2018年2月11日,在《华盛顿公约》的162个缔约国中,非洲国家有47个,OHADA国家中只有赤道几内亚和几内亚比绍没有加入该公约。

非洲国家积极加入《华盛顿公约》,一方面是受原殖民地国仲裁法律的影响,希望借助国际法律创建自己的法律体系;另一方面,是希望通过国际仲裁改善投资环境,吸引国际投资。非洲国家的积极态度还体现在《非洲投资促进法》、《非洲投资示范法》、双边投资协定等争端解决条款中,将ICSID规定为投

资者诉东道国解决投资争端的仲裁机构。此后非洲国家开始面临大量ICSID仲裁,据ICSID官方网站数据显示,截至2018年年初,ICSID中心投资争端案件中有137起涉及非洲国家,其中135起案件是非洲国家作为被申请人被动参与争端解决程序,导致非洲国家深陷于国际投资争端之中,这是非洲国家对《华盛顿公约》表现出消极态度的转折。

非洲、南美洲和欧洲国家对投资者诉东道国争端解决机制的反对与日俱增,纷纷退出《华盛顿公约》或在投资协定中限制投资者诉东道国在投资争端解决条款的使用。各国对于ICSID的质疑主要集中于两个方面:一方面,ICSID的负面影响会使东道国国家规制权和公共利益受损。另一方面,ICSID仲裁机制运行问题日益凸显,例如仲裁缺乏合法性、一致性;投资者滥用诉权,发起轻率仲裁;滥用仲裁程序,仲裁程序不透明;仲裁员缺少独立性和公正性,倾向于保护投资者;缺乏上诉机制;仲裁花销大和仲裁周期长等。以上都是导致非洲国家对ICSID态度发生转变的原因,非洲国家转而在本区域内设计本土化的投资争端解决新机构。

2. OHADA 国家投资争端解决新机构——CCJA。

(1)CCJA的职能。OHADA下设的五个机构中最核心的机构是司法与仲裁共同法院(简称CCJA),负责司法和仲裁两种职能,根据《OHADA条约》的相关规定,其具体职能如下:①负责《OHADA条约》、OHADA统一法等相关法律法规的统一解释和适用工作,对于任一成员国和OHADA机构有关条款范围内的任何问题,CCJA负责发表咨询意见和建议。②CCJA是涉及OHADA法律适用案件的最高法院,可以对任一成员国国内高等法院和上诉法院涉及OHADA案件的裁决进行复审和最终审判,CCJA的判决是终审裁决并具有执行力,可在每个成员国立即执行。③组织和监督仲裁程序的进行,任命和确认仲裁员。须被告知仲裁程序的进程,对仲裁裁决草案进行审议,可对仲裁草案程序方面的问题提出修改建议。

(2)OHADA仲裁制度的法律渊源。OHADA规定和管理仲裁的相关法律制度包括:①《OHADA条约》。该条约第四章第21~26条是规定仲裁的总章,分别规定了仲裁范围、仲裁庭的组成、仲裁机构CCJA的职能以及仲裁裁决的承认与执行等仲裁构建程序框架。②CCJA法院制定的《仲裁规则》。作为

OHADA的核心机构,CCJA兼顾司法与仲裁两大职能。CCJA作为OHADA“仲裁中心”的常设机构,只为仲裁提供场所和行政管理支持,其主要职责是负责组织和监督仲裁程序的进行、任命和确认仲裁员、审查仲裁裁决草案、签发仲裁裁决执行令。③《仲裁统一法》。OHADA制定的九部法之一,是仲裁当事人在仲裁中选择作为所适用的程序法,适合成员国国内仲裁庭进行合意仲裁,无论仲裁庭是否在成员国国内,当事人仍然可以选择《仲裁统一法》作为适用的程序法,是OHADA临时仲裁的法律依据,包括仲裁范围、仲裁庭组成、仲裁进程、仲裁裁决承认与执行等,临时仲裁与机构仲裁都受《仲裁统一法》的调整和管理。④CCJA作出的法律解释和OHADA成员国签署的国际条约。根据OHADA仲裁制度确定CCJA是一个包含机构仲裁和临时仲裁的双重体系,OHADA仲裁制度更具有开放性,OHADA通过鼓励采用仲裁解决纠纷,来提高投资争端解决的效率,改善投资环境。

(3)OHADA仲裁的双重体系。在OHADA框架内,OHADA仲裁制度体系既包含机构仲裁又包含临时仲裁。其中机构仲裁以CCJA为“仲裁中心”常设仲裁机构,受CCJA的《仲裁规则》管理和规范,但是CCJA并不处理仲裁,只提供行政管理;临时仲裁由OHADA《仲裁统一法》规定基本制度和程序。仲裁机构的选择是仲裁当事人的合意决定,充分体现了OHADA仲裁尊重当事人意思自治原则。在OHADA成立之前,加蓬、喀麦隆等OHADA成员国已经拥有永久性仲裁机构,OHADA致力于组建CCJA,引入灵活的临时仲裁,以更开放的程序选择仲裁制度,体现了OHADA积极推动仲裁解决投资争议的目的。

一种是选择CCJA常设机构组织仲裁,根据OHADA的基础条约的规定以及负责组织仲裁的司法机构CCJA的《仲裁规则》进行机构仲裁。另一种是选择《仲裁统一法》作为所适用程序法进行的临时仲裁,仲裁地由双方合意指定,尊重当事人的意思自治权,赋予仲裁当事人在成员国国内外进行仲裁的权利,即不管仲裁地是否在成员国国内,只要仲裁当事人选择《仲裁统一法》作为适用法律,都属于OHADA仲裁。《仲裁统一法》作为OHADA统一法的一部分,无论是机构仲裁还是临时仲裁都受《OHADA条约》的调整限制和CCJA的监督管理。

(4)OHADA仲裁的特点。OHADA法律具有两

个特点:超越法系的开放性和超国家性。

《OHADA 条约》第 53 规定,“本条约生效后对没有签署该条约的所有非盟成员国开放。其他不是非盟成员的国家经非洲商法统一组织所有成员国一致同意后可被邀请加入本条约”。说明加入 OHADA 的条件宽泛,具有开放性。

OHADA 的 17 个成员国中,有 15 个国家为原法国殖民地,OHADA 法律受法国大陆法系影响较大,OHADA 的官方语言主要为法语,OHADA 法律的编写与颁布的书写语言也为法语。原宗主国的法律法规对 OHADA 成员国的影响作用同样深厚,法国《宪法》第 55 条规定:“经合法批准或认可的条约或协议于公布之日起具有高于国内立法的效力。”OHADA 成员国深受该条款的影响,体现为在国内宪法中继承采纳了该条款,为 OHADA 法律法规在成员国国内法院的实施与执行奠定了基础。OHADA 统一法是超国家的立法,具有超国家性,即使它与成员国国内法相冲突,也具有优于国内法的地位,即两者出现矛盾时,以 OHADA 统一法为准。

OHADA 仲裁的中心机构 CCJA,作为 OHADA 仲裁极具创新的机构组织,既是超国家的司法机关,又是常设性的仲裁机构。OHADA 仲裁制度的特色还包括其采纳了国际公共政策概念,对违反国际公共政策的裁决可以撤销仲裁裁决,仲裁裁决的承认与执行具有超国家性,是机构仲裁与临时仲裁相结合的灵活选择。

三、OHADA 国家与欧洲国家投资争端解决新机构的比较

OHADA 成立的背景与非洲国家宗主国法律密不可分,OHADA 法律的制定不仅受宗主国尤其是以法国为代表的大陆法系的影响,而且在制度设计和实施方面,欧洲的法律顾问团队直接或间接地参与了 OHADA 法律制度的制定。CCJA 作为非洲新型的仲裁机构,与欧盟的投资争端解决新机构(国际投资法院,简称 ICS)有诸多相似之处,通过对比 CCJA 和 ICS 的研究,可以预见欧盟新机构的发展方向 and 制度设计,有利于我们更快更准确地掌握仲裁发展新趋势,为争取规则制定话语权提供有效途径。

欧盟作为缔约一方,在《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》(the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)、欧美《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)与新加坡 FTA

(ESFTA)以及越南 FTA(EVFTA)等国际投资协定中在投资者诉东道国争端解决条款问题上做出新的尝试,在程序规则上参照法院机制,建立了国际投资法院(ICS)和上诉法庭。

1. 仲裁庭的称呼。CCJA 兼顾司法法院和仲裁法院两个体系,两个体系功能分明,也有叠加的部分,在文本表达上两个法院采用不同的称呼,以区分同一个部门下的两个不同系统。仲裁法院沿用传统投资仲裁机构通常使用的“仲裁庭”(le tribunal arbitral)和“仲裁员”(l' arbitre)称呼;司法法院通常使用司法“法院”(la cour)和“法官”(le juge)称呼。

ICS 在 CETA 协定中的人员和组织架构很大程度上模仿法院机制,目标以仲裁司法化发展为方向,但法院人员称呼采用较为中性的术语,用“法庭”(tribunal)和“成员”(member)来称呼仲裁庭的参与者,既可用于法院也可用于仲裁庭。

2. 仲裁员的构成。仲裁员是仲裁制度的核心主体,对于仲裁员身份的确定,《仲裁统一法》要求“仲裁员只能由自然人担任,该自然人必须是一个具备完全民事行为能力且独立的民事主体,对仲裁双方保持公平公正的中立”;对于仲裁员的选择,由双方当事人合意确定,当当事方对仲裁员的选择不能达成一致时,则由 CCJA 有权限的法官做出仲裁员指定,这就是 CCJA 司法与仲裁两个体系相辅相成的特殊性决定的 CCJA 仲裁职能之一。

CCJA 规定仲裁庭可由一名独任仲裁员或 3 名仲裁员组成,如果当事人约定争议由独任仲裁员解决,双方对该仲裁员指定合意达成协议,该协议须经 CCJA 批准;如果双方当事人约定 3 名仲裁员,每方当事人在收到仲裁请求或对请求作出答辩时,指定一名仲裁员,该指定须经 CCJA 批准;如果一方拒绝指定或不能指定时,CCJA 代表此当事人指定一名仲裁员。CCJA 负责指定第三位仲裁员作为首席仲裁员,CCJA 法院组织仲裁庭的组建并指定首席仲裁员的仲裁制度具有司法的特性,体现了 CCJA 司法法院的职能。CCJA 负责每年拟定仲裁员名单,名单每年更新一次,仲裁员的候选人从名单中选取,CCJA 的法院成员不得登记在该名单中,《OHADA 条约》还规定了仲裁员被替换的情况。

在 CETA 框架下 ICS 规定建立固定、有限的法庭成员名单,由联合委员会任命 15 名法庭成员,其中 5 名为欧盟成员,5 名为加拿大国民,5 名为第三国国民。法庭成员人数可根据需要以 3 的倍数增减。

ICS法庭成员的名单是固定的,任期为5年,可以连任一次,但是成员并非专职于法院,CETA作了法庭成员职业操守的规定,法庭成员必须独立,不隶属于任何政府,不接受任何政府或组织对争端相关事项作出指示等。ICS仲裁庭全由法庭庭长任命,这也是ICS区别于传统ICSID的由争端当事双方或第三方指定的模式,是投资法庭将ISDS(投资者—国家争端解决机制)司法化的重要表现。

关于仲裁庭成员的国籍问题,CCJA符合UNCIRAL的仲裁规则任择性要求,即对当事双方指定的仲裁员国籍没有强制性,甚至不对首席仲裁员作国籍上的强制要求;ICSID仲裁规则是排除性要求,规定争端方指定的仲裁员不得与当事者拥有相同国籍或为其国民,且首席仲裁员不与争端双方有相同国籍或者为其国民;CETA框架下ICS强制性要求争端双方国民和第三国国民各占1/3的比例。

3. 仲裁管辖范围。从仲裁的内容范围和适用范围来分析,OHADA仲裁范围广泛,主要有:

(1)OHADA根据密切联系中的地域联系原则来受理国内和国际仲裁。《OHADA条约》第21条规定:“如果合同任一方当事人的住所地或惯常居所在地在某一成员国国境内,或如果合同的全部或部分履行地或准备履行地在某一个或某几个成员国国境内,合同当事人就可根据仲裁条款或庭外和解协议将争议提交本章规定的仲裁程序解决。”即当事人中的任一方在OHADA成员国国境内有惯常住所,或者合同主要义务在成员国国境内履行,当事人即可选择是否将争议提交CCJA进行仲裁。因此可以看出,OHADA在规定的中尽量扩大管辖范围,通过“属地原则”实现仲裁的管辖权。

(2)《OHADA条约》第21条的规定说明OHADA没有限定当事人主体性质,对参与仲裁的主体范围尽可能地扩大化,OHADA仲裁适用于解决私人主体、公共机关、国家组织等之间的纠纷。私人 and 公共主体或国家之间基于合同和协定关系的争议是可以提交仲裁的,不仅仅包括自然人,还包括一切参与经济活动的国家机关、公共机构和国有化公司^[2]。《仲裁统一法》第2条规定,当事双方可为自然人、法人,甚至国家、共同团体和组织等都可以作为合同的当事方。这说明不仅自然人和法人之间的争议可以提交仲裁,国家或其他公共机构也可以,但该条款对主体权利进行了限制,即一旦提交仲裁,不能以该主体不具有签订协议能力或者由其签订的仲裁协议无效

为由撤销仲裁。

(3)OHADA组织规定“一切与统一法相关的事项和合同相关的事项都可以作为仲裁的依据”,包括由各种统一商法引起的争议,例如公司法、信贷、运输、破产、雇佣以及合同争议等,且没有规定民事仲裁和商事仲裁,商事仲裁或投资仲裁均属于OHADA仲裁管辖范围。1999年版《仲裁统一法》第3条规定仲裁仅受理合同之诉,当事双方明确在合同中,达成仲裁协议并开始仲裁的合意仲裁原则;但在2017年11月23日修改生效后的《仲裁统一法》对第3条进行了修改并添加了附款,仲裁解决争议条款可依据合同也可依据投资协议,尤其是双边或多边投资协定中的仲裁条款要求提交给OHADA仲裁管辖,将OHADA仲裁从商事仲裁扩展到投资仲裁,受理范围不断扩大。

综上,在仲裁范围上,ICS和CCJA一致,沿用传统ICSID既可依据合同又可依据投资条约进行国际仲裁管辖。为防止投资者滥诉,CETA缩小了投资者诉东道国受理投资争端的范围,体现在以下三方面:①政府在投资设立过程中的管制行为不受投资争端解决条约管制;②投资者仅在遭受实质损害或损失后才能启动投资者诉东道国争端解决机制;③投资者如采用欺骗、隐瞒、贿赂等非法手段从事投资,则无权诉请争端解决机制。可见,欧盟对投资者诉东道国争端解决机制的态度变化表现为从倾向保护投资者利益,向维护东道国规制权、平衡东道国与投资者利益转变的趋势。

随着“无默契仲裁”的初现端倪,使得ICSID管辖权扩大,国际仲裁进入一个新的发展阶段。在“无默契仲裁”模式下,仲裁双方事先达成仲裁管辖合意不再成为提交仲裁的必要条件,所以ICSID仲裁范围随着国际仲裁的发展逐步开放。只要条约中包含争端解决条款,仲裁庭就可将其作为前提条件进行争议管辖,但争端解决条款可用友好协商条款、岔路口条款、保护伞条款、用尽当地救济条款等限制国际仲裁的管辖。例如岔路口条款规定,投资者在争端发生后可以自主选择国内诉讼或者国际仲裁的解决方式,但当事人一旦选择就不能变更。现实中,投资者寻求国内救济并不妨碍国际仲裁行使管辖权,例如《OHADA条约》第23条规定,“当事人已约定通过仲裁方式解决争议的,成员国国内法院在审理此类案件时,应根据任一当事人的请求宣布自己对该案无管辖权,必要时将案件提交仲裁”。该规定在一定

程度上使 OHADA 仲裁制度架空了岔路口条款与用尽当地救济条款,扩大了仲裁管辖的范围,体现了 OHADA 法律鼓励采用仲裁手段解决投资争端。

缔约国被允许对《华盛顿公约》适用条款作出保留,但 OHADA 法律不允许成员国作出任何保留,一旦加入 OHADA,成员国就要全面接受 OHADA 的所有法律,相比之下,OHADA 的仲裁管辖范围更广。

4. 仲裁裁决的司法审查。《OHADA 条约》第 24 条规定,“仲裁员在签署部分或最终裁决前,应将裁决草案送交司法与仲裁法院;司法与仲裁法院仅能就裁决形式的修正提出建议”。CCJA 法院此时行使行政权,采取的程序性决定具有约束力,对于仲裁裁决只能申请撤销,不得修改,符合传统投资仲裁中对裁决的审查只限于仲裁裁决的撤销和停止执行,司法与仲裁法院承担撤销仲裁裁决的上诉制度。

根据《仲裁统一法》第五章,撤销仲裁裁决的情况有:①仲裁庭在没有仲裁协议时作出撤销裁决,或者仲裁协议无效或过期;②仲裁庭的构成不符合规定或仲裁员的指定不符合程序;③仲裁庭没有根据授权作出裁决;④对抗式诉讼程序原则没有得到尊重;⑤仲裁裁决违反国际公共政策规定;⑥仲裁员未说明仲裁裁决理由。

《ICSID 公约》第 52 条规定了 5 款撤销仲裁的理由:①仲裁庭的组成不当;②仲裁庭严重超越权利;③仲裁庭成员受贿;④仲裁严重偏离基本程序规则;⑤裁决未阐明其依据的理由。ICSID 可根据以上理由撤销裁决,但不包括修改裁决。

CETA 在投资法院中引入上诉机制,这也是欧盟投资法院将 ISDS 司法化的另一个重要特征,仲裁的修改不再局限于仲裁程序的审查。争端方可以在裁决作出的三个月内向上诉法庭提出上诉,ICS 上诉审查的范围相当广泛,包括法律审和事实审,对一审法院做出裁决审查的对象包括:①对所适用法律在适用或解释上的错误;②对案件事实的认定明显错误;③《ICSID 公约》第 52 条规定的 5 种撤销裁决的理由。在一审的事实认定有明显错误的情况下,上诉法庭可以修改或撤销一审裁决。ICS 建立了上诉机制,结束了传统仲裁的一裁终局,可以纠正错误的裁决,保证裁决的一致性和可预测性。

5. 仲裁裁决的承认与执行。《OHADA 条约》第 25 条规定,“根据本条约规定作出的仲裁裁决具有和成员国国内法院作出的判决一样的终局力和既判力”。CCJA 在对仲裁裁决进行程序性审查后,对有

效的仲裁裁决签发裁决执行令,“仲裁裁决可通过执行令得到实施和执行,只有司法与仲裁共同法院才有权签发仲裁裁决执行令”^[3]。仲裁裁决执行令在成员国国内的法院判决具有同等效力,且不需要在执行国申请其他执行程序,可以在所有 OHADA 成员国直接执行,仲裁裁决承认与执行的强制力体现了 OHADA 超国家性优势,且不允许成员国声明保留,这与 1958 年的《纽约公约》(即《承认及执行外国仲裁裁决公约》)相比,具有不可比拟的强制力和执行力。

目前,已经有 130 多个国家加入《纽约公约》,通过在各国法律达成基本统一,促进国际仲裁裁决在世界范围内得到承认与执行,但是《纽约公约》允许条款保留。例如我国在 1987 年加入《纽约公约》时作了“互惠”保留和“商事”保留声明^[4],我国承认与执行的国际仲裁裁决仅包含根据我国法律属于商事关系且来自公约缔约成员国的仲裁裁决。仲裁裁决在国际范围内的承认与执行还存在不统一与不一致的情况。而 OHADA 仲裁不允许成员国对任何条款声明保留,仲裁裁决一旦通过 CCJA 获得仲裁裁决执行令,在 OHADA 成员国国内都具有执行强制力^[5]。

另外,《纽约公约》允许缔约国以公共政策为由拒绝承认与执行仲裁裁决,而没有对公共政策的标准与范围进行界定或限制,为仲裁裁决的承认和执行带来了不确定性。例如,不同国家公共政策的不同,会阻碍仲裁裁决的承认与执行。国际社会追求建立统一制度的国际公共政策概念,《纽约公约》制定的目的是为国际仲裁裁决的承认与执行统一程序与制度,尽可能减少因各国法律差异而产生的影响,提高国际仲裁裁决的承认与执行的效力。随着 OHADA 区域一体化的深入发展,成员国国内有可能对公共政策达成一致。与此相似,欧盟成员国国内就仲裁裁决的执行发展出了共同的公共政策。

ICSID 仲裁裁决出于保护投资者利益,忽视了东道国利益和公共政策规制,导致东道国在面临仲裁败诉时以主权豁免为由,搁置仲裁裁决的承认与执行。尤其是随着非洲国家对 ICSID 态度的转变,从积极参与到现在退出和消极应对 ICSID 仲裁裁决,使得 ICSID 的仲裁裁决的承认与执行在非洲国家面临很大的阻力。

6. 投资者诉东道国替代性解决方法。传统的国际投资仲裁解决投资争端的缺陷和不足被投资协议双方所诟病,包括仲裁费用高昂、国际投资仲裁耗时

长、仲裁妨碍东道国国家公共规制权等。国际投资仲裁实践证明,仲裁并不是解决投资争端唯一有效的解决方式,越来越多的国家开始审视国际投资解决争端的方式,特别是开始探究ADR(Alternative Dispute Resolution),即协商、调解、调停的替代性争议解决方式。根据ICSID的统计,截至2017年6月,已登记的620起投资者与国家争端案件中,虽然只有10起以调解方式处理,仅占1.6%,但投资者与东道国都逐渐认识到ADR方法的灵活性、高效性和可预见性,作为国际投资争端仲裁的替代性方法,ADR的可行性和重要性足以取代国际仲裁解决争议。在争议当事方将诉请提交仲裁前,争端双方先进行磋商,以求友好解决争端。ADR方法具有仲裁解决投资争端所不具备的优势,ADR以利益为基础,仲裁以权利为基础,决定了ADR更具有灵活性,解决问题更加全面、成本更低、更快捷,可以提升国家的管理水平。

OHADA颁布执行《仲裁统一法》之后,作为仲裁法的补充,在2017年10月6日相继颁布了《调解统一法》(Acte Uniforme Relatif à la Médiation),规定了争端双方仲裁替代性方法,《调解统一法》使ADR机制程序化,规定即使争端双方在合同中没有规定调解条款,在争端双方提交仲裁诉请15天内,任一当事方仍可提交调解请求,调解的期限不得超过6个月,调解没有达成合意的再进行仲裁程序。调解法还规定了调解庭调解员的人数和任命、调解进程、保密条款和调解费用等具体调解程序规则,《调解统一法》的适用与解释权由CCJA负责。

ICS为了推进当事方采用友好协商解决争端,设计了磋商程序和调解程序,希望通过磋商机制和调解条款使争端在早期解决,ICS在CETA中将友好协商机制程序化的步骤为:①明确程序步骤和时间要求,规定磋商步骤的时限,将其程序化:CETA第8.2条规定,提出磋商请求90天内为磋商准备阶段;规定投资者提出磋商请求后18个月内要提出诉请,否则就视为撤销磋商请求,争端双方可以在协商一致的情况下延长该期限。②ICS要求提出磋商需要明确诉请的内容,设置提起诉请的条件,将磋商程序融入提交诉请的条款。CETA友好协商协定要求当事方在磋商请求中明确申请人信息、诉请适用的法律、违反协定的条款、事实依据和要求赔偿金额等具体诉请内容。③细致规定磋商程序,包括协商的时

间、地点、通知内容、方式等,通过具体且可操作的规定使磋商调解切实推进。

四、OHADA 国家争端解决新机构对我国投资非洲的启示

我国投资非洲的机遇与挑战并存。我国投资者在非洲投资面临的风险主要表现为对当地法律认识不充分、不尊重东道国规则引起的风险。例如投资者不了解东道国劳动法、环境法等造成当地国民的抗议和违反东道国的法律,这些问题可以通过投资前认识并主动尊重东道国的法律制度规定得到规避和改善。研究认识OHADA法律可以为我国在西非的投资提供法律支持,以降低商业成本,顺利融入当地市场。

随着中非经济贸易合作的加深和我国投资非洲领域覆盖面的扩大,中非贸易投资的争议纠纷日益显现。从中非投资贸易的历史发展上看,中非经贸合作的争议多是采用外交政治手段解决,事实证明,外交政治手段解决争端机制的效果不如通过法律手段进行控制,以合法途径解决纠纷,可避免或减少损失,最大限度地维护自己的合法权益。当我国投资者在OHADA国家发生投资争议时,除了采用国际投资争端解决机制,还可考虑OHADA仲裁机制,其优势体现为:①OHADA更了解东道国法律和争议状况,判决更加公平公正;②相比国际仲裁裁决在OHADA成员国承认与执行的阻碍,OHADA的超国家性使CCJA仲裁裁决的承认与执行在成员国国内具有更强的既判力和强制力;③相比国际仲裁机构,OHADA仲裁费用低、仲裁耗时短;④OHADA改变了非洲国家边缘化地位,形成了公正合理的新秩序。

主要参考文献:

- [1] 洪永红. 非洲投资法概述[M]. 北京:清华大学出版社,2012:76~78.
- [2] 刘璞. 投资仲裁透明度问题研究[D]. 厦门:厦门大学,2009.
- [3] 朱伟东,冯琳. OHADA仲裁法律制度述评[J]. 仲裁与法,2008(110):57~72.
- [4] 王红松.《仲裁法》存在的问题及修改建议[J]. 北京仲裁,2004(2):24~31.
- [5] 颜运秋. 非洲国家外商投资法的基本特征[J]. 外交学院学报,2005(2):81~87.

作者单位:西南政法大学国际法学院,重庆 401120