

论晚近南北国家在国际投资法 重大议题上的不同进路

张庆麟

【摘要】晚近国际投资条约实践表明,发展中国家与发达国家关于投资保护与规制之间的平衡点是不同的。这种差异表明,二者在国际投资法中的争议并没有消失,而是转移至更为广泛的议题。主要表现为:对规制权需求的不同侧重、对投资准入自由化的不同选择、对公平公正待遇的不同要求、对间接征收的不同认定、对改革投资者与国家间争议解决机制的不同主张。这些分歧是造成国际投资条约体系复杂性问题的根源。为此,在多边层面协调这些争议以达成共识,是解决该问题最为有效的途径,也符合发展中国家与发达国家的共同利益。

【关键词】投资政策;规制权;投资自由化;待遇标准;投资仲裁

【作者简介】张庆麟(1963-),男,湖北武汉人,上海对外经贸大学法学院教授,法学博士(上海 201620)。

【原文出处】《现代法学》(重庆),2020.3.126~137

【基金项目】2014年度国家社科基金重大项目“外商投资负面清单管理模式与中国外资法律制度重构研究”(14ZDC033)。

晚近以来,国家间纷纷缔结国际投资条约,逐渐取代投资合同(通称的国家契约),成为保护外国投资的主要规则体系,国际投资法的发展进入“BIT时代”。^①这些条约的结构与内容大体相似:绝大多数条约都对投资作了广泛的定义,而特许权往往被涵盖在投资定义中;对于征收补偿标准,多数都规定了及时充分有效的补偿;对于投资争端,多数都规定有投资者—国家间争议解决机制。由此,随着国际投资条约实践的发展,对于征收补偿标准、特许权协议的法律性质以及投资争端的国际化解决等问题,发展中国家与发达国家间的分歧明显缩小了。同时,发展市场经济逐渐成为发展中国家的共识,为此,逐步推行私有化、改善对私人财产权的保护成为共同现象,对外资的大规模国有化在发展中国家也很少出现。如此,国有化与征收补偿标准、特许权协议的

法律性质及投资争端的国际化解决等问题,不再是国际投资法中的重大争议问题。

然而,自阿根廷经济危机产生的一系列投资争端以及《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement,简称NAFTA)项下针对美国、加拿大的多起投资纠纷以来,新自由主义时期形成的国际投资政策面临严峻挑战,在新一代投资政策逐渐形成的过程中,国际投资条约领域出现了新的重大纷争议题。许多国家纷纷审查其外资政策及已缔结的投资条约,并根据本国实际情况分别选择退出国际投资条约体系、终止既有投资条约、修改并出台新的投资条约范本、缔结新投资条约等不同做法。其目的都是为了修正以往国际投资条约对外国投资利益的过度保护,以实现对外国投资利益的保护与国家公共利益之间的平衡。尽管如此,在晚近国际投

资条约实践中,发展中国家与发达国家的平衡点是不同的,这种不同的“平衡点”集中体现在东道国对外资的规制权、投资准入、投资待遇、间接征收标准认定、投资者与国家间争议解决(Investor-State Dispute Settlement,简称ISDS)机制改革等方面。本文将探析发展中国家与发达国家在这些方面的不同进路,分析其产生的原因及其对国际投资条约体系的影响。

一、南北国家在规制权方面的不同进路

规制权这一术语被引入国际投资法领域是晚近的事。该概念实质上是指东道国在国际投资法中的规制权力或规制空间,它包含积极和消极两方面要素:(1)有权管理外国投资以促进国内发展目标以及增进它们之间的相互关系;(2)有权管理外国投资以确保其不会对公共利益产生消极影响。^②发达国家侧重于规制权的第二项要素,而发展中国家除了注意第二项要素之外,更侧重第一项要素。由于处于不同的发展阶段,它们对规制权的需求侧重于不同方面,这种差异在新一代投资政策中明显地显现出来。

(一)发达国家方面

NAFTA 仲裁庭在涉及美国和加拿大的纠纷中作出的裁决,引起广泛关注并对发达国家的投资条约政策产生了很大影响。^③美国自从在“勒文案”中第一次成为被申请人后,^④立即中止了缔结新的投资条约,转而开始对以前的投资政策进行审查。2002年,美国国会通过了《两党贸易促进授权法案》,^⑤该法案对于美国未来谈判投资条约规定了三大目标,居于首位的,是要确保给予美国境内外国投资者保护的实体权利不得大于其境内本国投资者享有的实体权利,并且在具体目标中规定,对征收、征收补偿确立的标准和对公平公正待遇确立的标准,都要符合美国的法律原则与实践,并据此出台了其2004年BIT范本。该范本有两项重要变化:一是新增了一些与金融、税收等有关的例外条款;二是通过限制仲裁庭对间接征收、公平公正待遇标准等条款的解释权而限制该等条款对投资者—国家仲裁的影响。^⑥2004年BIT范本期望通过这些内容在投资条约中维护东道国对外国投资的规制权。2008年金融危机爆发

后,美国政府对其投资条约范本再次进行审查。尽管工会、环保等组织要求删除或限制投资条约中的实体义务以及ISDS条款,^⑦2012年颁布的新范本与2004年范本几近相同,没有发生较大变化。^⑧欧盟在其新投资政策目标中也指出,它们的投资政策会同时充分保护母国与东道国为了公共利益而管理本国经济的权利。^⑨欧盟与加拿大缔结的《全面经济与贸易协定》(以下简称《欧加协定》),以及与越南签订的自由贸易协定都明确规定了缔约国的规制权。在《欧加协定》中,其第8章第9条第1款规定:(1)缔约各方重申,在各自领域内为实现诸如保护公共健康、安全、环境或公共道德等合法公共政策目标而拥有的规制权;(2)为了进一步明确,仅凭缔约一方的规制方式(包括修改法律规则在内)对投资产生不利影响或涉投资者预期(包括利润预期在内)的事实本身不能证明对本章节项下义务的违反。欧盟与越南自由贸易协定附加第13条第1款与上述《欧加协定》第1款相同,其第2款规定:本章节条款不得解释为缔约一方承诺将不会修改其法律体系和规制体系,包括以一种会对涵盖投资的运营或投资者利润预期产生不利影响的方式进行修改。

尽管美国、欧盟等在其新投资条约中增加了规制权的内容,但是投资自由化、高标准的保护待遇仍是其政策的主要目标。例如,美国2004年范本扩大了禁止履行要求的范围,2012年范本还新增了禁止技术转让方面的履行要求。^⑩该条款适用于缔约一方领域内的所有投资,而不仅仅是来源于缔约另一方的投资。在欧盟方面,欧盟议会与理事会通过了一项关于过渡安排欧盟各成员国与第三国所签订之双边投资条约的条例,该条例明确规定:欧盟将会与第三国缔结投资条约以逐渐取代各成员国与之缔结的既有投资条约,并且这些新条约将会规定对投资保护的高标准。^⑪另外,就投资争端的实践看,投资者针对发达国家的许多诉请产生于这些国家在环境保护、公共健康等方面实施的规制措施。^⑫发达国家维护规制权的主要目的在于,外国投资活动可能给东道国的环境、公共健康等公共利益造成负外部性影响,东道国对这些消极影响进行的规制不应受到投资条约义务的束缚。至于将外国投资融入本国经

济体系以积极利用该投资促进国内发展,它们认为其完善的市场经济体系就可以实现这个目标。比较而言,发达国家更注重规制权的第二项要素。

(二)发展中国家方面

由于发展中国家处于相对较低的发展阶段,一方面,它们需要注意保护本国企业以免其被跨国公司排挤出市场;另一方面,它们需要通过准入审查与履行要求提升外国直接投资的质量,强化外国投资与本国经济的联系,^⑩使其融入本国经济体系,尽可能将其变得“本土化”。只有这样,才能最大程度消除外国投资可能会带来的消极影响,同时充分引导外资促进本国经济社会发展目标的实现。^⑪究其实质,是因为发展中国家的市场化发展程度还较低,相较于发达国家而言普遍存在更多较为严重的市场失灵问题。市场失灵一般有三种形式:市场无法良好运行或不存在市场、市场存在但不能有效分配资源、除分配资源以外市场产生了有悖社会目标的结果。^⑫若发展中国家忽视这些问题,大幅放松对外国投资的规制,会将这些问题进一步放大,更谈不上积极利用外国投资促进发展。发展中国家在新自由主义时期爆发的一系列经济危机是较好的例证。^⑬所以,发展中国家需要三方面的规制权:对市场体系的一般性改革、针对外国投资的履行要求、实施社会分配政策。^⑭这些规制权关乎发展中国家的发展政策选择空间,对于积极利用外国投资以促进国内经济社会发展至关重要,因此,发展中国家认为它们不应受到投资条约的制约。

发展中国家对上述规制权的需求在其外资法中也有所反映。根据2017年《世界投资报告》的数据,108个国家共制定了111部外资法,^⑮其中只有两个发达国家(冰岛与立陶宛)制定了一般外资法,其他都是发展中国家。它们规定的立法目的都很类似,除了吸引与保护外国投资,往往还规定了促进经济增长、经济多样化与融合、产业发展、提升竞争力等一般经济发展目标,以及雇工、消除贫困、技术转让、教育等社会发展目标。^⑯此外,南部非洲发展共同体新修改的金融与投资议定书^⑰以及它们共同的双边投资条约范本^⑱、南方共同体市场(Mercado Común del Sur,简称Mercosur)成员国于2017签署的投资促进与

合作议定书^⑲、泛非洲投资法典草案^⑳、非加太集团投资政策指导原则^㉑以及巴西新投资条约范本^㉒等,都体现了对这种规制权的维护。可以说,它们不仅注重规制权的第二项要素,还更侧重于规制权的第一项要素。所以,发达国家与发展中国家对规制权的需求程度有着较大差异,在维护规制权的理念方面有着根本不同。

二、南北国家对投资准入自由化的不同选择

强调资本与投资的自由流动,是新自由主义在国际投资领域的主要政策,也是发达国家国际投资政策的主要目标之一。^㉓从历史来看,19世纪主要的欧洲国家为此利用武力确保海外资本的自由与安全,并在非洲、亚洲以及拉丁美洲建立财产权保护规则。^㉔到了20世纪,崛起的美国运用自己的实力促进和维持了开放性的世界经济,消除贸易壁垒,使商品和资本自由流动。^㉕二战后逐步形成的以新自由主义为价值取向的国际经济体系,主要是为了满足发达国家的需求。^㉖进入21世纪以来,随着中国、印度、巴西等发展中国家的兴起,国际投资格局发生了较大变化,但发达国家仍是主要的资本输出国。

发达国家主张的投资准入自由化仍然在新一代投资政策中得到反映,且它们的投资条约实践也反映了这种政策主张。在国际投资条约中,投资准入自由化主要体现在准入前的国民待遇条款中,该条款赋予外国投资者与本国投资者相同地位的准入与设立权。根据2015年《世界投资报告》的数据,签订包含投资设立权的投资条约数量居于前四位的经济体,依次是美国、加拿大、欧盟、日本。^㉗近些年来,来自新兴发展中国家的主权财富基金和国有企业对发达国家境内企业的并购活动日益受到发达国家政府的关注,美国、德国、日本、意大利等国政府出于国家安全以及保护其技术优势的需要,纷纷强化对外资进入敏感行业的安全审查。^㉘然而,这并不影响发达国家在投资条约政策中主张投资设立权的要求,一般国际投资条约规定的国家安全例外条款,足以使这类立法豁免于准入前国民待遇这种一般性标准的约束。

发展中国家普遍不会同意一般性的准入前国民待遇,除非允许对这样的条款作出广泛的例外规

定。例如,墨西哥对NAFTA投资章节中的国民待遇条款规定了广泛的例外情形。比较而言,发展中国家更倾向于选择自主地逐步实现投资准入的自由化。例如,印度在关于贸易与投资关系的WTO工作组报告中提出,发展中国家应该自主地实施投资政策的自由化。^⑧这种意见代表了大多数发展中国家的主张,因为它们担忧,若接受有关投资准入前的义务,跨国公司会扼杀国内的新产业。^⑨虽然投资自由化也是它们最终追求实现的目标,但是在短期内为了促进国内企业和幼稚产业的发展,它们不会在这方面作出多少让步。

三、南北国家对公平公正待遇的不同要求

国际投资法的主要待遇标准有非歧视、国民待遇、最惠国待遇以及公平公正待遇。自《关税及贸易总协定》建立后,前三项待遇标准已逐渐得到国际社会的广泛承认。因此,在国际投资条约实践中,各国对这三项待遇标准没有多大分歧。近些年来,公平公正待遇条款在国际投资条约实践中越来越受重视。根据贸发会议的统计数据,截至2017年7月,申请人诉称东道国违反公平公正待遇条款的投资者—国家争端案件占总数的80%,该条款已成为投资者在ISDS仲裁中援引最为频繁的条款。^⑩在新一代投资条约中,对公平公正待遇应如何作出规定,已成为平衡投资利益保护与国家规制的重要议题。

(一)发达国家

美国、加拿大在NAFTA项下经历被诉后,把公平公正待遇解读为习惯国际法中的外国人最低待遇标准,以限制仲裁庭的裁量权。^⑪该做法提高了申请人证明当事国违反公平公正待遇标准的门槛,若申请人诉称当事国违反了该项标准,就得证明该国所涉行为违反了一项具体的习惯国际法规则,如此,证明一项习惯国际法规则存在的责任就由申请人承担。^⑫欧盟对公平公正待遇的规定采用了另一种做法:参考仲裁判例法穷尽性地列举出构成违反该项待遇的具体行为。例如,根据《欧加协定》第8章第10条第2款规定,如果缔约一方的一项或一系列措施存在以下情况,就被视为违反了公平公正待遇标准的义务:在刑事、民事或行政诉讼中拒绝司法,在司法和行政程序中根本性违反正当程序(包括透明

度在内),显然具有专断性,基于性别、种族或宗教信仰等明显不合法的理由歧视外国投资者,强迫、监禁、骚扰、虐待投资者。不过,这两种做法的目的是是一致的。^⑬

在晚近投资仲裁实践中,对公平公正待遇标准的适用出现了一个新情况:对于那些仅仅提及“公平公正”原则的条款,通常被仲裁庭解释为自治性标准。然而,许多仲裁庭认为,自治性的公平公正待遇标准与仅仅提及“公平公正”原则的条款是相同的。^⑭例如,“德意志银行案”的裁决指出:所涉条约的公平公正待遇标准的实际内容与习惯国际法中的最低待遇标准内容没有多大差异,这为许多仲裁庭和评论人所承认。^⑮诚如该项裁决所言,这种观点主要建立在已有仲裁裁决和评论人(包括学者)意见的基础上,而极少实际去分析国家行为与意见(国家实践与法律确信)。

虽然随着国际投资格局的变化,这种待遇标准对发达国家国内政府在保护合法公共福利目标方面带来了一些成本,但是其拥有雄厚的经济实力,完全可以承担这些附带性成本,而且这些国家也拥有较为完善的市场经济体系、良好的法治环境以及经验丰富的法律服务团队,所以,这种代价相对于收益而言是微乎其微的。对于广大发展中国家而言,情况却大不一样。

(二)发展中国家

市场化改革已成为多数发展中国家的选择,为此,它们正逐渐改善国内的法治环境,提高了对包括外国投资在内的私人财产权的保护水平。就此而言,它们将会逐渐接受较高的投资待遇标准。但是,发展中国家在市场结构与运行方面存在广泛缺陷,它们需要一定的规制空间来解决因此而产生的市场失灵问题。

发达国家能接受的那种公平公正待遇标准,会大幅缩小发展中国家的发展政策选择空间,该标准所产生的代价,对那些经济实力本就薄弱的发展中国家而言是沉重的负担,并且因此还会产生“把这些国家的财富从其民众手中重新分配给外国公司的后果”。^⑯因此,若把这种标准强加于发展中国家,就相当于踢开它们“发展道路上的梯子”,而只能选择发

达国家给出的发展道路。^④南非的实践是一个较好的例子。南非担忧其宪法中有关给予黑人特殊待遇的社会经济条款以及《黑人(经济)振兴法案》等立法可能因为与投资条约义务不一致而被外国投资者提起国际仲裁,所以决定在现行投资条约有效期届满后不再延长有效期,也不再谈判缔结新的投资条约,而是选择在其外资法中规定现行投资条约包含的待遇保护条款。^⑤其新投资保护法用公正管理标准替代了公平公正待遇标准。^⑥其他一些发展中国家和组织在新投资条约文件中直接删除了公平公正待遇条款。^⑦

四、南北国家对间接征收的不同认定

在市场经济中,政府的角色应该是保障市场运行的规则制定者与执行者,在绝大多数情况下,政府都不能以企业所有者与管理者的身份成为市场的直接参与者。因此,晚近以来东道国政府对外国投资活动的干预方式更加“精细”,更具隐蔽性和间接性,过去那种直接征收或国有化的明显方式极少再出现。这也成为公平公正待遇与间接征收条款日益为外国投资者倚重的主要原因。截至2017年7月,申请人诉称当事国行为构成间接征收的投资者—国家争端案件占总数的75%。^⑧在投资仲裁中,间接征收条款被申请人援引的次数仅次于公平公正待遇条款。因此,如何认定间接征收也成为关乎投资者利益与国家规制之间平衡的重要问题。

(一)发达国家

在国际法中,认定间接征收的首要规则是效果规则。^⑨根据该规则,除了善意地、合法地行使国家治安权(police power)以外,当外国投资者被完全或实质性剥夺了对其投资的使用、享有、管理与收益时,就存在征收。^⑩东道国措施对外国投资的价值应造成何种消极影响才构成实质性剥夺,是一个程度问题,需要根据具体案件的事实进行具体分析,这或许是效果规则唯一可为裁决人提供的指示。在国际投资条约体系中,对投资者利益的保护往往被仲裁庭置于优先地位,该规则经常被解释为单一效果原则。^⑪随着实践的发展,在新一代投资条约中,许多国家对间接征收作出了不同的规定。

保护环境、民众健康与安全、增进公共福利,是

国家的主要职能。为达到此目的并通过正当程序所实施的非歧视性规制措施是合法的,即使对外国投资活动产生不利影响也是非补偿性的。这种非补偿性的规制行为就是规制征收(regulatory expropriation)。^⑫在经历了NAFTA项下被诉后,美国2004年BIT范本把国内征收判例法规则引入征收条款中,其征收条款附件第4条b项承认非补偿性的规制征收。但是,该附件第4条a项又授予仲裁员对所涉规制行为是否构成征收进行主观和价值判断的裁量权,其目的应该是为了避免规制征收对投资保护的过度侵蚀。对此,有学者评论认为,美国用国内最高标准取代了以前的国际最低标准,这种征收条款允许使用治安权规则以及比例原则,并由全球行政法理论为此提供理论支持。全球行政法理论把治理视为一套建立在诸如透明度、参与、审查以及问责等原则基础上的规制体系。^⑬这种构想作为国际投资全球治理的一项长期目标是值得称赞的。《欧加协定》也采用了与美国范本类似的规定,^⑭而且还明确提及比例原则:当所涉措施或一系列措施对一项投资的不利影响是如此严重以至于明显超出其目的所需时,即使该措施是非歧视性的并且旨在保护合法公共福利目标,也构成间接征收。但是,把一国国内行政法标准移植到国际投资法中,其合法性令人质疑。就发展中国家现阶段的发展水平而言,把西方国家国内行政法标准通过投资条约施加于发展中国家,会大幅限制它们的发展政策选择空间,不利于发展中经济体。^⑮对此,两位美国学者对NAFTA第11章与美国联邦宪法第五修正案之间关系所作的评论具有启示意义。他们在文中评论指出:“将NAFTA第11章与(美国联邦宪法)第五修正案等同起来的简单做法,忽视了国内法语境与国际法语境之间的差异,这种差异会使任何特定国家内那些支持保护私人财产免遭间接征收的理由在投资条约语境中变得不可适用。就发展中国家相对处于贫困状态而言,它们正处于一个规制快速变化的时期,并且没有多大能力承担国际征收补偿的代价,所以其国内的规制机制尤其可能遭到过度吓阻。而且还有一个特别棘手的问题,这种做法会把这些国家的财富从其民众手中重新分配给外国公司。”^⑯

(二) 发展中国家

许多发展中国家在其投资条约实践中大幅限制间接征收的范围,除了例外条款外,主要出现了两种方式:一是在投资定义中,规定依据东道国法律法规作出的投资才受条约保护;二是在征收条款中,对间接征收的认定作出限制性规定。对于第一种方式,例如,东盟全面投资条约第4条a项规定:涵盖投资是指根据东道国的法律规则、管理条例以及国内政策而获准的投资,并且在有规定的情况下,还须获得东道国授权机构出具的书面同意意见。对于第二种方式,比较典型的是南部非洲发展共同体的投资条约范本和泛非洲投资法典草案,该草案第11条第2款和第3款规定:成员国为了保护或增进诸如公共健康、安全以及环境等合法公共福利目标而采取的非歧视性措施不构成间接征收。与美国范本的征收附件不同,该条款既没有规定认定间接征收的考量因素,又没有提及这种非歧视性措施在例外情况下可以构成间接征收。这意味着,旨在保护或增进合法公共福利目标的任何非歧视性措施,都不应构成间接征收。此外,值得注意的是,巴西2015年范本在征收条款中明确删除了间接征收情形。

五、南北国家对ISDS机制的不同改革主张

投资条约的独特之处在于:一是赋予投资者一系列具体的实体权利;二是当这些实体权利被侵犯时,为投资者提供国际法上的直接救济方式,即ISDS机制。随着以条约为根据的投资仲裁案数量激增,ISDS机制的一些固有缺陷逐渐暴露出来了。^④该机制面临的主要问题有:合法性^⑤、透明度、仲裁裁决不一致、错误裁决、仲裁员的公正性与独立性、仲裁成本高等。^⑥对于这些问题,还没有在多边层面出现重要的集体改革行动。^⑦ISDS机制对于国际投资法实体权利义务的平衡并非是中立的,该机制的改革在很大程度上关乎实体权利的平衡。因此,从这个角度看,南北国家对ISDS机制的不同改革主张是上述不同主张的延续。

从改革幅度而言,总体上可分为三类主张:渐进式改革、体系性变革、根本范式的转变。^⑧第一种主张承认现行投资者—国家仲裁仍是最佳的投资争端解决机制,应在保留现行机制的情况下进行小幅度

改革,以解决一些具体问题。从美国2012年BIT范本来看,其是该主张的支持者。其范本对ISDS机制作出三个方向的改革:一是在某些领域限制ISDS的管辖范围,如将税收、金融等方面的措施排除在该机制管辖范围之外;二是在某些方面强化或扩大ISDS的管辖;三是提升仲裁程序的公正性或效率而不涉及投资者与东道国权利义务的平衡,主要包括加快仲裁庭组建、授权快速驳回轻率诉请、推动创设上诉机制、允许合并相关诉请、允许使用专家报告和法庭之友的意见。不过,美国贸易代表最近在重新谈判NAFTA协定时指出,ISDS机制相当于对企业的海外投资给予不公正补贴,使国内工作岗位流失,并建议美国投资者若担忧投资风险应购买保险。这似乎表明,美国可能改变ISDS机制的改革主张。这一信号可能与美国政府希望其国内企业把海外投资资产转移到国内以提高就业率有关,但是并不表明美国不会关注其国内企业海外投资的政治风险,因为美国依然是第一大资本输出国。ISDS机制的出现,正是由于发达国家担忧许多发展中国家国内法院无法为投资争端提供中立、快速、有效的解决途径,使ISDS成为保护外国投资的有力补充。因此,废除ISDS机制应该不会成为美国的改革主张。实际上,美国、欧盟等发达经济体把ISDS机制纳入与发展中国家谈判的投资协定中,并没有引起国内的争议,欧盟与新加坡、越南的自由贸易协定谈判都没有引起欧盟公众的关注。^⑨欧盟是第二种主张的主要支持者。该主张认为,投资者可以针对东道国直接提起国际诉请,不过,对利用投资者—东道国仲裁来解决国际诉请有所疑虑。对此,欧盟提出构建包括有上诉程序的一套较为完整的投资法庭体系(Investment Court System,简称ICS),以解决投资条约解释和仲裁裁决不一致、仲裁员任命等问题。虽然这两种改革不是沿着同一方向发展,但总体上还是旨在强化ISDS机制的作用。

发展中国家应该更想限制投资者利用ISDS机制,以维护其规制权。由于ISDS受理的案件绝大多数是针对这些国家的,而绝大多数仲裁员来自发达国家,使得发展中国家承受着ISDS体系的主要压力。因此,许多发展中国家都强烈要求对该机制进

行重大变革。^④印度尼西亚、南非、巴西等国家是第三种主张的支持者,^⑤而另一些发展中国家的投资文件对投资者诉诸ISDS机制新增了一些限制条件。例如,印度2015年范本新增关于提请仲裁的前提条件条款;泛非洲投资法典草案规定,在投资争端出现后,东道国与投资者先进行为期6个月的磋商,若磋商失败,投资者在用尽当地救济的情况下才可提起仲裁,并且允许当事国提起反诉。伊朗与斯洛伐克2016年签订的BIT第14条第2款规定:当投资者或其投资违反东道国法律时,仲裁庭应驳回其诉请;其第3款规定:若申请人没有履行本协定项下义务,没有遵守东道国法律,或者没有采取合理措施减轻可能的损害,被诉人可以此作为抗辩事由,提出反诉、抵销或其他类似诉请。由此可见,发展中国家主要是担忧ISDS对其规制权的威胁,而不是仲裁程序的公正性或效率。不过,对于提升仲裁程序公正性或效率的改革,发展中国家应该不会有异议。

六、结论:争议协调与多边共识的建立

发展中国家从经济发展的角度看待国际投资条约,而发达国家更多出于构筑一套保护财产权的国际法规则而缔结投资条约。从根本上说,这是由于两者处于不同发展阶段决定的,这也决定了发展中国家与发达国家在国际投资法律制度的发展中不可避免地存在分歧。

在后殖民地时期,两者在该领域的分歧主要表现为:(1)外国投资者仅享有与国民相同的待遇,抑或另外还享受一种国际最低待遇;(2)国有化或征收的补偿标准;(3)特许协议属于国内法契约还是属于类似于条约的国际契约;(4)东道国政府与外国投资者之间的投资争端是通过国内法院还是国际仲裁解决。^⑥由于这些分歧难以协调,发达国家制定多边投资条约的多次尝试都失败了,因此选择通过与单个发展中国家签订双边投资条约来保护其海外投资。

到了新自由主义时期,发展中国家与发达国家的利益暂时出现了交汇。^⑦在此时期,发展中国家开始进行市场化改革,急需发展资金。根据当时的发展政策,只有给予外国投资以有力保护,才能吸引国际私人资本流入,以弥补资金缺口。在这种背景下,保护外国投资的双边投资条约激增。多数发展中国

家在此时期对双边投资条约都持肯定态度,而对多边投资条约持怀疑态度。

发展中国家与发达国家的不同进路,在这两个时期都没有得到有效协调。在后殖民主义时期,实现经济主权独立是广大发展中国家的发展政策,控制与限制外国投资活动是该政策的必然要求,与国际经济新秩序有关的一系列联大决议就反映了它们的这种要求。因此,在发展中国家集团与发达国家集团截然对立的背景下,两者的分歧不可能得到有效协调。在新自由主义时期,发展中国家开始发展市场经济,改善保护私人财产权的法律环境,竞相迎合国际私人投资的诉求,安于自己与各发达国家缔结双边投资条约的状态,而后殖民主义时期形成的那种群体内聚力已然消失。发展中国家既没有很强的意愿,又没有足够的实力与发达国家在多边层面协调分歧,所以,两者的分歧被出于权宜之计而达成的双边投资条约掩盖了。随着双边投资条约及含投资专章的FTA实践的发展,两者的分歧也转移至其他更为广泛的议题。如今,传统国际投资政策面临严峻挑战,改革现行国际投资条约体系已成为各国的共识。其原因在于,这个杂乱无章的国际投资保护体系在一定意义上难以满足各方的利益需求。该体系主要由各国出于权宜而缔结的双边性条约构成,若依然任其凌乱无序地扩张下去,“最终有可能退化为一个由各异的条约条款组成的非透明大杂烩”。^⑧形成如此局面的根源在于,发展中国家与发达国家在该领域的分歧没有得到有效协调。当现行体系难以满足各方利益时,被掩盖的分歧也就暴露出来了。为此,贸发会议发布的一系列改革方案的目的之一,就在于协调分歧以形成多边共识。并且,在新的时期,前两个时期缺乏的有效协调发达国家与发展中国家间分歧的一些基础条件正在逐渐形成:

第一,发展市场经济已然成为多数发展中国家的共识。在一定意义上,市场经济就是法治经济,保护包括外国投资在内的私人财产权是必然要求,而且外国投资带给东道国的益处也被这些国家承认。因此,要求给予外国投资以国际法上最基本待遇与保护的主张逐渐为发展中国家接受,不会引发他们

与发达国家之间的意识形态冲突。

第二,随着中国、印度、巴西等新兴发展中国家的崛起,国际投资格局逐渐发生重大变化,主导国际投资法发展的权力进一步趋于平衡。这些新兴国家不会只甘于作国际投资规则的接受者,而会积极谋求成为规则制定者。团结广大发展中国家以凝聚足够的力量,在多边层面与发达国家协调分歧,从而将其主张转化为国际投资规则,是这些新兴发展中国家的最佳选择。

2016年G20杭州峰会达成的《全球投资指导原则》反映了这方面的积极变化。诚如贸发会议2017年投资报告所言,这些原则表明,发展中国家与发达国家第一次在投资事项上达成了多边共识。

注释:

①参见 Thomas Johnson and Jonathan Gimblett, *From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law*, in Karl P. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010–2011*, Oxford University Press, 2012, p. 685.

②参见 Howard Mann, *The Right of States to Regulate and International Investment Law: A Comment*, in UNCTAD, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, United Nations, 2003, p. 216.

③参见 Wolfgang Alschner, *The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth versus Reality*, 42 *Yale Journal of International Law* 1, 3(2017).

④参见 *Loewen v. United States*, 42 *International Legal Materials* 811, 811–895(2003).

⑤该法案在2007年到期。参见 *Trade Act of 2002*, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/html/PLAW-107publ210.htm>, 2018年11月18日访问。

⑥参见 Kenneth J. Vandavelde, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 *Southwestern Journal of International Law* 307, 311(2011).

⑦参见 Paolo Di Rosa and Dawn, *The New 2012 U. S. Model BIT: Staying the Course*, in Andrea Bjorklund, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012–2013*, Oxford University Press, 2014, p. 691.

⑧参见单文华、张生:《美国投资条约新范本及其可接受性问题研究》,载《现代法学》2013年第5期,第149–160页。文

章多处对2004年与2012年美国BIT范本进行比较,可以得出新版BIT没有较大变化的结论。

⑨参见 European Commission, *Objectives of EU Investment Policy*, <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>, 2018年11月23日访问。

⑩分别参见美国2004年双边投资条约范本第8条以及2012年双边投资条约范本第8条第h款。

⑪参见 Committee on International Trade, *Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries*, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0148&language=EN>, 2018年11月21日访问。

⑫针对发达国家环境或公共健康措施提起仲裁的案件不断涌现,如 *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL; *S. D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL; *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL; *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6等。

⑬主张履行要求正当的观点认为,它是一种可以使国内企业与跨国公司在国内市场处于公平竞争的手段,可以促进发展中国家的出口;反对者认为,这种措施只会增加投资者的负担而不会产生积极作用。参见 Theodore H. Moran, *The Impact of TRIMs on Trade and Development*, 1 *Transnational Corporations* 55,55–65(1992).

⑭参见 UNCTAD, *Transnational Corporations in World Development: Third Survey*, United Nations, 1985, p.41–65.

⑮参见, Michael P. Todaro and Stephen C. Smith, *Economic Development*, Pearson, 2015, p.545.

⑯这些危机包括1994年至1995年间拉丁美洲的经济危机、1997年到1998年间亚洲的经济危机、1998年俄罗斯与巴西的经济危机以及2001年阿根廷的经济危机。当时这些国家基本上都选择大幅放宽外国投资的准入。

⑰例如,马来西亚实施的马来人优先政策以及南非制定的《黑人(经济)振兴法案》(The Black Empowerment Act)。

⑱参见 UNCTAD, *World Investment Report 2017*, United Nations, p. 106.

⑲参见 UNCTAD, *Investment Laws—A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment*, United Nations, p. 155.

⑳该议定书删除了公平公正待遇条款与投资者—东道国

争端解决条款,并具体规定了投资者责任以及东道国为公共利益可行使的规制权。参见 UNCTAD, World Investment Report 2017, United Nations, p.113-114.

⑲其范本除了对公平公正待遇标准、征收条款作出限定外,还在第三部分明确规定了投资者的义务和缔约国的权利。参见 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, http://www.iisd.org/sites/default/files/meterial/6th_annual_forum_sadc_model_template.pdf, 2019年12月10日访问。

⑳该议定书强调了投资者的义务与社会责任,没有规定公平公正待遇条款与投资者—东道国争端解决条款。参见 UNCTAD, World Investment Report 2017, United Nations, p.113-114.

㉑例如,该法典草案对国民待遇和最惠国待遇标准都规定了具体的例外条款,还明确规定缔约一方旨在保护或促进诸如公共健康、安全、环境等合法公共福利目标而适用的非歧视性措施不构成间接征收,而没有例外情况。参见 Draft Pan-African Investment Code, <http://repository.uneca.org/handle/10855/23009>, 2018年11月23日访问。

㉒这些原则与贸发会议可持续发展投资政策的核心原则是相同的,同时考虑了非加太国家的发展水平。参见 Guiding Principles For ACP Countries' Investment Policymaking, <http://www.acp.int/node>, 2018年11月23日访问。

㉓该范本删除了间接征收情形,并且没有规定 ISDS 机制。

㉔在欧盟和美国关于国际投资共同原则的声明中,第一项原则就是开放、非歧视的投资环境,其中包括为投资者提供广泛的市场准入以及允许他们以不低于国内投资者或其他外国投资者的有利条件设立投资和营业。

㉕参见 Lipson Charles, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, 1985, p. 1-33.

㉖参见[美]罗伯特·吉尔平:《国际关系政治经济学》,杨宇光等译,上海人民出版社2011年版,第49页。

㉗参见 Louis Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions*, 216 Recueil des Cours, 1989, p.192.

㉘参见 UNCTAD, World Investment Report 2015, United Nations, p.111.

㉙德国政府2019年7月开始实施一项关于外国投资审查的新指令,扩大了非欧盟内公司收购国内公司超过25%股份的行为进行审查的范围,提到外国直接投资可能会威胁公共秩序或安全,给予政府更长的调查时间,而且该审查还会考虑所谓的“间接并购”行为。参见 UNCTAD, Investment Policy Monitor(2017-07-18)。意大利政府内阁2017年10月通过了一项法令,扩大政府“黄金股”的权力以阻止非欧盟公司在高技

术行业的并购行为。参见 UNCTAD, Investment Policy Monitor (2017-10-16)。日本关于审查外国投资新修改的规则于2017年10月生效,该规则把审查机制扩大至非上市公司的收购行为,并且提高对违反该规则行为的处罚力度,以强化对极其重要的技术与货物控制。参见 UNCTAD, Investment Policy Monitor(2017-10-01)。欧盟于2019年2月14日和2019年3月5日批准通过了欧盟层面的《欧盟外国直接投资审查框架条例》。

㉚参见 WTO, Working Group on the Relationship between Trade and Investment, Report on the Meeting of 11 October 2000, WT/WGTI/M/12, pars. 23.

㉛参见 SD Amarasinha and J Kokott, Multilateral Investment Rules Revisited, in Peter Muchlinski et al., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p.137.

㉜参见 UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, http://unctad.org/en/PublicationLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf, 2018年11月23日访问。

㉝NAFTA 自由贸易委员会对 NAFTA 投资章节发布的解释声明指出,公平公正待遇不要求缔约方给予超过习惯国际法中外国人最低待遇标准所要求的待遇,或该标准要求以外的待遇。参见 NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp, 2018年11月23日访问。

㉞例如,美国在“ADF 公司案”中提出了这种抗辩理由。参见 ADF v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1(NAFTA)(Award, 9 January 2003)。

㉟欧盟国际贸易委员会在2011年向欧盟议会提交的一份关于欧盟未来国际投资政策的报告中指出,应根据习惯国际法确立的待遇水平来定义公平公正待遇。由此可见,欧盟做法与美国做法的目的是一致的。参见 Committee on International Trade, Report on the Future European International Investment Policy, European Parliament, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>, 2018年11月23日访问。

㊱参见 David Gaukrodger, Addressing the Balance of Interests in Investment Treaties: The Limitation of Fair and Equitable Treatment Provisions to the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law, <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>, 2018年11月25日访问。

㊲参见 Deutsche Bank AG v. Sri Lanka, Final award, ICSID Case No ARB/09/02, IIC 578(2012), para. 419.

㊳参见 Vicki Been and Joel C. Beauvais, *The Global Fifth*

Amendment-NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International Regulatory Takings Doctrine, 78 New York University Law Review 30, 141(2003).

④此句借用了一本著作的书名,参见张夏准:《富国陷阱:发达国家为何踢开梯子?》,肖炼等译,社会科学文献出版社2009年版。

④③参见 Engela C. Schlemmer, An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy, 31 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 167, 182(2016).

④④参见 South Africa, Protection of Investment Act, Act No. 22 of 2015, Official Gazette, Vol. 606, No. 39514.

④⑤例如,巴西2015年范本没有规定FET条款;泛非洲投资法典草案也没有规定FET条款。有学者认为,该草案代表着非洲对国际投资法发展方向的共识。参见 Makane Moïse Mbengue and Stefanie Schacherer, The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime, 18 Journal of World Investment & Trade 414, 426(2017).

④⑥参见 UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, http://unctad.org/en/PublicationLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf, 2018年11月23日访问。

④⑦参见 Sebastián López Escarcena, Indirect Expropriation in International Law, Edward Elgar, 2014, p.186.

④⑧参见 Andrew Newcombe, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, 20 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 1, 3(2005).

④⑨参见 David Schneiderman, Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise, Cambridge University Press, 2008, p.72.

④⑩参见 M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2017, p.460-475.

④⑪参见 Sebastián López Escarcena, Indirect Expropriation in International Law, Edward Elgar, 2014, p.191.

④⑫不同之处有:增加了所涉措施或一系列措施的持续时间这项要素。

④⑬有学者指出,这套普适性的全球行政法原则主要是西方的构想,旨在保护西方的利益,它可能不利于发展中经济体,多元化与多样性的行政法原则才是较好的选择。参见 Carol Harlow, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, 17 European Journal of International Law 187, 187(2006).

④⑭参见 Vicki Been and Joel C. Beauvais, The Global Fifth Amendment-NAFTA's Investment Protections and the Misguided

Quest for on International Regulatory Takings Doctrine, 78 New York University Law Review 30, 141(2003).

④⑮实际上,在ICSID公约的谈判过程中,仲裁裁决会出现不一致、法律适用错误、事实认定错误等问题,就已经被提出来了。阿伦·布罗切斯(Aron Broches)主席认为,解决这些问题的条件在当时还不成熟。参见 History of the ICSID Convention vol II-1.(1968), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>, 2019年10月2日访问。

④⑯合法性是指由争端当事双方指定的仲裁员组成的临时仲裁庭是否可以评判东道国行为的有效性,尤其是公共政策问题。

④⑰参见 UNCTAD, World Investment Report 2013, United Nations, p.112.

④⑱联合国国际贸易法委员会在积极推动投资人与国家间争议解决的改革,其中的重要进展是制定了《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》,又称《毛里求斯公约》。

④⑲参见 Anthea Roberts, Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration, 112 The American Journal of International Law 410, 410(2018).

④⑳参见 Jonathan Bonnitcha et al., The Political Economy of the Investment Treaty Regime, Oxford University Press, 2017, p.205.

㉑参见 Anthea Roberts, Incremental, Systemic and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration, 112 The American Journal of International Law 410, 431(2018).

㉒南方共同体市场成员国2017年签署的投资促进与合作议定书没有规定投资者—东道国争端解决条款;南部非洲发展共同体(Southern African Development Community,简称SADC)2016年修改了金融与投资议定书,删除了投资者—东道国争端解决条款。参见 UNCTAD, World Investment Report 2017, p.113-114.巴西2015年双边投资条约范本也没有规定此类条款。南非决定在现行BITs有效期届满后不再延长它们的有效期或者谈判缔结新的BITs。玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉等拉美国家退出ICSID公约。

㉓参见徐崇利:《国际投资法中的重大争议问题与我国的对策》,载《中国社会科学》1994年第1期,第23-33页。

㉔参见 Kenneth J. Vandeveld, The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, 92 American Journal of International Law 621, 621(1998).

㉕参见 UNCTAD, International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward, United Nations, 2007, p.62.