

【国际经济法】

投资者—东道国争端解决条款的自由化嬗变和中国的路径

——以中国双边投资协定为研究对象

沈 伟

【摘 要】投资者—东道国争端解决条款是近年来国际投资界关注的焦点。由于内生的非一致性和非约束性,以投资者—东道国争端解决条款为核心之一的双边投资协定、国际投资仲裁机制和国际投资法律体系正面临合法性危机。以此为背景,细致分析中国双边投资协定中的投资者—东道国争端解决条款的核心要素及其演化趋势具有重要的理论和现实意义。以1982年中国—瑞典第一个双边投资协定为起点,中国签订的双边投资协定中的投资者—东道国争端解决条款明显带有自由化的演进趋势。本文以法教义学为方法,以中国双边投资协定文本为对象,全景式地梳理和分析了这些核心要素的发展和演化,并且合理化这一路径的发展逻辑。

【关 键 词】投资者—东道国争端解决条款;中国双边投资协定;自由化嬗变;中国路径

【作者简介】沈伟,上海交通大学法学院教授,英国伦敦政治经济学院法学博士。

【原文出处】《经贸法律评论》(京),2020.3.44~72

引言

据联合国贸易与发展会议(UNCTAD)统计,截至2019年底,中国共签署145份双边投资协定(BITs)^①,其中已生效的为108份(有5份BITs通过议定书得到了修改),已签署但未生效的21份,已失效的16份。此外,中国还签署带有投资章节或条款的包括自由贸易协定在内的国际条约(Treaties with Investment Provisions, TIPs)23份。^②中国已经签署的自由贸易协定中,一般都设有投资保护章节,为对外直接投资提供更高水平的实体和程序保护机制。其中《中国—新西兰自由贸易协定》中的投资保护章节引人注目。2014年10月正式生效的《中国—加拿大双边投资协定》是迄今为止中国缔结的内容最为广泛的双边投资协定,不仅涵盖了中国双边投资协定包括的主要内容和要素,比如投资定义、适用范围、最低待遇标准、最惠国待遇、国民待遇、征收、转移、代位、税收、争议解决等条款,而且还对税收和金融审慎例外问题作了专门规定,“一般例外”条款规定了文化产业相关措施、根本安全利益例外、竞争执法信息披露

例外等内容。这些例外规定在中国签订的双边投资协定中都属首次出现,反映了中国双边投资协定的新趋势。

更值得一提的是,中国还通过签订小多边投资协议的方式推进多边主义。例如,中国和东南亚国家联盟(下称东盟)于2009年8月15日签署了《中国—东盟全面经济合作框架协议投资协议》(下称《中国—东盟协议》)。该协议是东盟与中国进一步共同贯彻执行2002年11月4日在柬埔寨金边达成的《中国—东盟全面经济合作框架协议》的成果,标志着东盟和中国以实现促进投资为目的,以构建一个自由、便利、透明和具备竞争力的投资体制为愿景,在设立中国—东盟自由贸易区方面取得的重大进展。^③《中国—东盟协议》与《中国—东盟货物贸易协议》的签署还预示着全球最大的自由贸易和投资区域的形成。据估计,该区域潜在消费者逾19亿,区域性国民生产总值达2万多亿美元。《中国—东盟协议》的签署可以为更多东盟成员国或中国的投资仲裁案件的解决奠定基础。又如,中日韩三国在2012年签

署了《中日韩投资协定》,其包括27个条款和1个附加议定书,囊括了国际投资协定包含的投资定义、适用范围、最惠国待遇、国民待遇、征收、转移、代位、税收、一般例外和争议解决等条款。《中日韩投资协定》是中国参加的为数不多的多边投资协定之一,是中日韩经贸合作的里程碑,为三国自贸区建设提供了基础。

在某种程度上,争端解决条款可能比东道国在双边投资协定中赋予外国投资者的实体性保护标准更重要。投资者—东道国仲裁条款允许投资者就其投资独立地向国际仲裁庭直接对东道国提出仲裁请求。正如判例法所指出的那样,“保障独立的国际仲裁或许是投资者保护中最重要的部分”。^④投资者根据双边投资协定授予的权利采取法律行动对抗东道国被视为国际投资法上的一门艺术。因此,投资者—东道国争端解决机制本质上就是一项为了保护外国投资者利益和提升东道国法治水平而被创生和运用的工具。^⑤

虽然仲裁是投资协定中规定的解决争议的一种选择,但1995年之前外国投资者提出的仲裁申请很少。21世纪以来,国际投资仲裁案件数量呈爆发式增长。^⑥双边投资协定中规定的国际仲裁多种多样,包括机构仲裁和临时仲裁庭。常见的仲裁机构包括国际商会(ICC)、国际投资争端解决中心(ICSID)和斯德哥尔摩商会(SCC)。只要存在有效的投资协定,即构成东道国政府同意仲裁的单方承诺,投资者可通过启动仲裁表示接受该承诺,而无须依赖有效的仲裁协议或条款。这种“无默契仲裁”成为双边投资协定制度的新规范^⑦,《关于解决国家和他国国民之间的投资争端公约》(又称《华盛顿公约》)特别强化了这一规范。由此,投资者无须借助母国的外交保护或通过东道国的司法系统或政府机构来提出诉求,实现投资争端解决过程“去政治化”和“去地方化”,使得通过外交保护或依赖东道国司法或行政系统来解决投资争端的方式成为效忠主权的剩余机制^⑧和过时概念。晚近的投资协定出现了争端解决条款自由化的倾向,东道国在签订双边投资协定时通过减少争端解决条款适用的限制或者增加规则的清晰度,使得外国投资者更为便利地启动争端解决机制,方便实现投资者权利保护。我国签订的双边投资协定也一定程度上呈现出这一趋势。

本文以法教义学为方法,着眼于中国双边投资

协定的具体文本和条文,评价中国双边投资协定中投资者—东道国争端解决条款的核心要素和演进特点。这一研究对分析中国投资条约实践具有重要意义。虽然中国已签订了145个(含已签署但未生效和已失效的)双边投资协定,但是到目前为止只有三起外国投资者根据双边投资协定向国际投资争端解决中心提起针对中国的投资仲裁案件。^⑨这与中国双边投资协定的程序性条款的规定和属性有很大的相关性。

一、争端解决条款的自由化演进

(一)“争端”的定义及范围

各国根据投资者—东道国仲裁条款,同意对属于双边投资协定管辖范围内的争议进行仲裁。仲裁条款的管辖权因所涉国家不同而存在差异。仲裁庭必须确保其对案件具有管辖权,否则将会导致裁决无效。中国双边投资协定定义“争端”一词时,有以下几种方式。

大多数旧版中国双边投资协定,如《中国—挪威双边投资协定义定书》^⑩和《中国—丹麦双边投资协定》^⑪都包括一个限制性条款,将争端定义为“涉及征收补偿金额”的争议。这个限制性的“争端”定义主要出现在1998年之前的中国双边投资协定中。《中国—法国双边投资协定》将狭义的“争端”与岔路口条款中用尽当地救济的要求结合起来。《中国—瑞典双边投资协定》虽然不包含投资者—东道国仲裁条款,但是瑞典方面曾表示,一旦中国加入《华盛顿公约》,瑞典打算重新与中国商讨这个问题。除投资者—东道国仲裁条款之外,早期中国与欧盟成员国之间的双边投资协定中的征收条款也经常与争端条款产生联系,因为“争端”定义常常限定为征收补偿金额问题。在《中国—芬兰双边投资协定》(1984)中,无论是否符合缔约国法律法规,征收问题均可诉诸缔约国国内有管辖权的法院。类似条款还出现在《中国—意大利双边投资协定》(1985)、《中国—奥地利双边投资协定》(1985)、《中国—罗马尼亚双边投资协定》(1994)中。有的双边投资协定中有各种关于争端解决的种类和范围的规定,而有的协定甚至省略了友好协商和东道国国内救济措施。有些协定,如《中国—保加利亚双边投资协定》(1989)含有专设仲裁特别处理征收补偿金额问题的条款。此时虽然未形成统一的立法模式,但是这种特别或逐案处理的方式赋予了缔约国政府一定的灵活空间,因为缔约国政府可

以出于特定需求,形成有针对性的双边投资协定政策,这也深层反映了政府在制定国际规则方面的灵活度。中国立法偏重实体条款,而忽视程序条款。这种逐案的规则制定模式,或会伴随着中国在国际贸易与投资领域中日益成为资本输出国与资本输入国的混合体,转向更加协调和统一的模式。

《中国—印度尼西亚双边投资协定》的做法则更加严格,仅允许将涉及征收所产生的补偿金额的争端提交专设仲裁。^②这项规定可能使得仲裁庭对任何关于征收行为本身的合法性问题没有管辖权,并且潜在地将 *European Media Venture SA v. Czech Republic* 等案件下遇到的情况排除在仲裁庭的管辖范围外。^③同样,《中国—卡塔尔双边投资协定》第9条第3款也规定,“如涉及征收补偿金额的法律争议”则可提交专设仲裁。其他双边投资协定,如《中国—黎巴嫩双边投资协定》第9条第3款,吸纳了狭义的补偿概念。

一些中国双边投资协定也规定仲裁庭在争议当事方同意的前提下可以仲裁“其他争议”。例如,《中国—希腊双边投资协定》第10条第2款规定:“投资者和缔约一方的任何其他争议只有经双方同意,才可提交国际仲裁庭。缔约任何一方在此声明接受该仲裁程序。”这项规定仅仅表明缔约方愿意考虑将任何其他争议提交仲裁的意图,而不是实际作出允许所有其他争议进行仲裁的承诺。但是,在关涉赔偿金额争端时,缔约方间接受仲裁程序的声明约束乃绝对义务。至于“其他争议”,接受仲裁的条件是“双方同意”。

其他一些双边投资协定也允许对“其他争议”进行仲裁,但具体条款略有不同。如《中国—立陶宛双边投资协定》允许有关补偿金额的争议和“其他双方同意的争议”可以提交ICSID。^④这是一项同意却不强制双方提交其他争议给ICSID仲裁的协议。《中国—菲律宾双边投资协定》更为具体,投资者可以提交“当事双方同意提交国际仲裁的有关本协定其他问题的争议”。该条款非常宽泛,可提交仲裁的事项可以是与投资有关的任何争议而限于赔偿数额问题。

在1998年之前,可以提交ICSID仲裁的外国投资者与中国之间的争议仅限于“因征收和国有化而产生的补偿纠纷”。^⑤因为中国政府在批准公约时根据《华盛顿公约》第25条第4款提交了声明,表示“中

国政府只考虑把有关征收与国有化导致的补偿争端提交给中心仲裁”。^⑥一些双边投资协定中出现了类似第25条第4款对仲裁作出的同意声明,但是关于其法律效力,尚存争论。这些声明似乎更类似于《维也纳条约法公约》规定的条约保留,即一国通过声明的方式旨在排除或修改条约某些条款对该国适用的法律效力。也有观点认为,第25条第4款的目的只是给予国家一个不具法律效力的机会,用以单方面澄清哪些争端可以或不可以提交ICSID仲裁。^⑦换言之,作为基本的ICSID规范,加入《华盛顿公约》并附加第25条第4款的声明不会减损对仲裁庭管辖权的同意^⑧,因为单单批准《华盛顿公约》和明确同意,而非《华盛顿公约》第25条第4款规定的声明,已经满足仲裁庭拥有完全管辖权的要求。至少在理论上,第25条第4款并不代表条约缔约方有提出国际条约法上保留的机会。^⑨依照这种逻辑,第25条第4款声明对公约组成的仲裁庭的管辖权裁决不具有约束力。因此,中国对公约作出的同意,一旦作出,便是无条件的。^⑩

在1998年中国与巴巴多斯签订双边投资协定时,中国开始愿意接受更宽松的或者更为自由化的争端解决条款,同意对双边投资争端的仲裁给予普遍同意。^⑪根据国际条约法^⑫,新近具有非限制性同意的仲裁条款的双边投资协定事实上取代了中国早先根据《华盛顿公约》第25条第4款所作的限制ICSID管辖权声明。中国在第25条第4款声明之后签署的双边投资协定中的非限制性同意也被视为单方面撤回先前的保留或达成否决先前声明的新的条约合意。但是,中国对同意条款的立场仍有一定的模糊性。《中国—加拿大双边投资协定》中规定,“……每一缔约方均同意将诉请提请仲裁”。但是这一同意也不是没有附加条件,该协定第23条继而规定,“未能满足规定的先决条件中任何一条,则使该同意归于无效”。这些先决条件更多的是程序性保障措施,包括:投资者有效送达按照本协定规定的程序进行仲裁的同意;引起诉请发生的事件至少已经过了6个月时间;在诉请提请仲裁至少4个月前,该投资者已以书面形式向争端缔约方递交诉请提请仲裁的意向通知;投资者在递交提请仲裁的意向通知的同时,已递交其系另一缔约方投资者的证据;投资者已经放弃其根据第三国与争端缔约方之间的任何协定享有的启动或继续争端解决程序的权利;以及自投资

者首次知悉,或本应首次知悉声称的违反以及知悉投资者或其涵盖投资因此而遭致损失或损害之日起,未超过3年期限。

在新近的条约实践中,一些中国双边投资协定转而使用“与投资有关的任何法律争端”^③,该表述可以被更宽泛地解释。已有判例确认,“法律争端”一词必须“关注法律权利或义务的存在或范围,或违反法律义务的赔偿的性质或程度”。^④新近的双边投资协定允许“任何投资争端”被提交至ICSID或专设仲裁,使争端解决变得更加自由化。^⑤例如,《中国—博茨瓦纳双边投资协定》(2000)明确允许根据《华盛顿公约》或在专设仲裁庭上进行有关“缔约一方的投资者与另一缔约方之间的任何争议”的仲裁。^⑥《中国—澳大利亚双边投资协定》将争议限定为“与投资或投资有关活动”。虽然措词似乎更宽泛,但该条约中的其他表述依然将对仲裁的同意限于征收补偿。^⑦《中国—新西兰自由贸易协定》将争议条款的范围限于第11章项下特定投资引起的争议。其中的“投资”定义范畴足以囊括“直接或间接投资的各种资产”,包括但不限于房产、股份、金钱索赔、知识产权、特许权、债券和法律或合同赋予的权利,例如许可。^⑧《中国—圭亚那双边投资协定》中的仲裁同意涉及的“投资争端”被定义为“缔约一方与另一缔约方的投资者之间的争端,涉及前者根据本协定对后者的投资的义务”。^⑨无论这些条款的法律解释或适用情况如何,至少措辞上不再将投资者—东道国争端解决的效力限制为旧版双边投资协定所规定的补偿金额争议。类似宽泛的语言表述使得投资者有权援引适用的双边投资协定中授予的所有实质性权利。《中日韩投资协定》第15条第2款允许“任何投资争议”被提请投资仲裁。结合《中日韩投资协定》第1条第1款对“投资”一词宽泛的定义,该协定事实上不再对“争议”的范围作限缩性的约定。

目前为止,最宽泛的表达方式可能是在“所有争端”或“任何争端”加上一些附加说明。《中国—捷克双边投资协定》第9条第2款规定:“如缔约一方投资者与缔约另一方之间的争议自提交解决之日起六个月不能通过协商解决,为了解决争议,投资者有权选择将争议提交给作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院;或依据一九六五年三月十八日在华盛顿开放签字的《关于解决国家和他国国民之间的投资争端公约》中可适用条款设立的‘国际投资争端解决中

心’仲裁,或根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的专设仲裁庭,除非仲裁双方另有规定。”该条款内涵宽泛,由于措词没有具体说明争议的性质或类型,因此它可以被解释为涵盖投资者和东道国之间的“任何争端”。但“任何(或所有)争端”的含义不应被过分解读,因为投资者和东道国之间的大多数争端是法律争端。此外,“任何争端”这一宽泛和模糊的术语本身也是争端的根源,在诸如 *Salin v. Morocco*^⑩, *SGS v. Pakistan*^⑪ 和 *SGS v. the Philippines*^⑫ 等案件中“任何争端”是仲裁庭处理的主要争议焦点。仲裁庭可能采用不同的方法来解释这一术语。有的仲裁庭可能不仅将管辖权扩张到对条约的违反,而且还通过广义地解释将这一术语延伸至关于合同权利的诉求。^⑬也有仲裁庭仅将“任何投资争端”这一宽泛表述解读为纯粹描述性的,不含有任何同意仲裁合同性争议的意味。考虑到判例实践,有理由预见投资者可能会根据中国双边投资协定中宽泛的争议解决条款,向ICSID提交合同争议仲裁。因此,中国有必要尽可能在双边投资协定中澄清该术语的确切含义或范围。

《中国—东盟协议》采取更加宽泛但具体的办法,第14条第1款指出“投资争端涉及因一缔约方违反本协议第四条(国民待遇)、第五条(最惠国待遇)、第七条(投资待遇)、第八条(征收)、第九条(损失补偿)、第十条(转移和利润汇回),通过投资的管理、经营、运营、销售或其他处置等行为给投资者造成损失或损害的投资争端”。“投资争端”一词反映了《华盛顿公约》中采用的措辞。^⑭从解释技术上讲,这一规定可以被广义或狭义地加以解释。仲裁庭可以狭义地解释“损失或损害”,将其含义只局限于金额,即赔偿金额。“损失或损害”是一个强烈的信号,意味着仲裁庭无法将管辖权拓展至国家征收等事项;同时,仲裁庭似乎也可以更加强调对其他条约义务及条款的交叉引用,例如征收、损失补偿以及利润的转移和汇回等规定,以扩大其管辖权,解决更多的实质性问题,包括征收是否发生、征收的发生是否构成对条约义务的违反、是否应当补偿以及应当如何补偿。仲裁庭往往采用广义解释路径来解释“损失或损害”以扩大管辖权,他们更倾向认为仲裁庭具有足够的实质性管辖权,足以确定实际上是否发生征收,以及是否应给予补偿,而不是将其管辖权限制于征收的补偿金额问题上。^⑮

《中国—东盟协议》处理争端范围的方式更加直接,避免了任何潜在的混乱。《中国—东盟协议》规定,争议必须具体,且符合协议中关于“投资争端”的定义。在同意方面,只要待仲裁的争议是协议规定的争端,缔约方均给予明确同意。《中日韩投资协定》为了消除“争议”范围的模糊性,则特别规定“仲裁庭作出的裁决应当包括:(一)争议缔约方是否违反了其在本协定项下涉及争议投资者及其投资的任何义务的裁定……”^⑧,以明确仲裁庭管辖权的范围包括缔约方是否违反义务,而非仅仅针对与征收有关的补偿金额的争议。

在新版双边投资协定中已有对“争端”进行更具体的定义的尝试。这种尝试旨在平衡扩大仲裁同意的范围和一般性同意的模糊性之间的矛盾。越来越多的新版中国双边投资协定倾向于选择典型的西方类型的投资者—东道国仲裁机制。这些双边投资协定规定,外国投资者可以不受过多限制即可获得机构或专设仲裁救济。这也是中国和东盟成员国签署《中国—东盟协议》取得的重大进展。21世纪以来,在中国和外国更新的双边投资协定中,如《中国—德国双边投资协定》(2003)和《中国—葡萄牙双边投资协定》(2005),依然保留征收条款,并赋予缔约国司法机关审查征收补偿金额的权限。

(二)争端解决途径

在旧版中国双边投资协定中,投资仲裁只能依赖于投资者与政府所订立的独立仲裁协议而得以启动。这给投资者—东道国仲裁机制的运用和发展带来了现实的困难,因为中国不会同外国投资者订立独立的仲裁协议。

1998年之后,该情况发生了变化。中国订立的大多数双边投资协定也开始摒弃了限制性仲裁协议路径,为国际仲裁提供了“绿色通道”。^⑨双边投资协定政策与实践的转型恰好与中国企业境外投资跳跃式增长的现象相契合。1998年7月签订的《中国—巴巴多斯双边投资协定》首次采纳这种“新政”。中国之后签订的21份双边投资协定中(不包括1999年《中国—卡塔尔双边投资协定》和《中国—巴林双边投资协定》,两者依旧采用传统的限制性路径),只有3份是中国和发达国家签订的,即荷兰、芬兰和德国。^⑩在这21份新的双边投资协定中,中外投资者都享有直接追索权,能以东道国违反国际法义务为由要求其承担责任。一些学者称赞此举是“近年来中

国双边投资协定实践中最重要的措施”^⑪,另一些学者则呼吁政府重新审慎考虑,新版双边投资协定中的争端解决规则不利于作为新兴经济体、资本输入国和发展中国家的中国的利益。

近来中国双边投资协定为投资者提供了双重选择。不同于国家向所有投资者发出仲裁解决争端的单方要约这一普遍原则^⑫,中国的初始立场一直是将争端“化解”于国内法院。部分中国双边投资协定将ICSID仲裁作为国内诉讼解决争端的备选项。例如《中国—乌干达双边投资协定》第8条第2款规定如下:“如争议自争议一方提出协商解决之日起六个月内,未能通过协商解决,争议应按投资者的选择提交:(一)作为争议一方的缔约方有管辖权的法院;(二)依据1965年3月18日在华盛顿签署的《关于解决国家和他国国民之间的投资争端公约》设立的‘国际投资争端解决中心’。”

中国的部分双边投资协定细微调整了这种双重或三重选择路径。《中国—马来西亚双边投资协定》规定投资者有权选择向东道国的“行政主管部门或机构”或“有管辖权的法院”提出索赔。^⑬《中国—波兰双边投资协定》出现了一个特殊条款,即“如果投资者对被征收的投资财产的补偿金额有异议,可向采取征收措施的缔约一方的主管当局提出申诉。在申诉提出后一年内仍未解决时,应投资者的请求,由采取征收措施的缔约一方有管辖权的法院或专设国际仲裁庭对补偿金额予以审查”。^⑭这项规定要求投资者应首先在国内法院寻求救济,即使只是关于(补偿金额)定量的争议。^⑮

这种双重或三重选择的方式比较合乎传统的投资者—东道国仲裁法理,投资者必须首先用尽当地救济,才能提起如诉诸ICSID仲裁。根据《华盛顿公约》,只要构成同意ICSID仲裁,就排除了其他一切救济办法,无论是诉诸国内法院还是其他国际仲裁庭都不对此案具有管辖权。^⑯有些中国双边投资协定遵循了这种路径。^⑰这项限制亦适用于同中国订立双边投资协定的另一缔约方。例如,《中国—柬埔寨双边投资协定》确认,缔约一方的投资者与缔约另一方之间就在缔约另一方领土内的投资产生的任何争议应尽量由当事方友好协商解决;如争议在6个月内未能协商解决,当事任何一方有权将争议提交至“接受投资的缔约一方有管辖权的法院”。^⑱

《中国—埃塞俄比亚双边投资协定》更开放地允

许由专设仲裁庭或在ICSID的主持下进行仲裁,即使仲裁仅涉及征收补偿金额争议。这种双重选择仲裁条款出现在大量双边投资协定中,包括《中国—约旦双边投资协定》《中国—肯尼亚双边投资协定》《中国—多巴哥双边投资协定》《中国—刚果双边投资协定》及《中国—贝宁双边投资协定》等。第三种且最现代的路径是《中国—新西兰自由贸易协定》第11章中的规定^⑤,允许投资者在ICSID仲裁和联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁之间进行选择。^⑥

《国际投资争端解决中心附加便利规则》(下称《ICSID附加便利规则》)多用于ICSID秘书处接管某些非公约范畴内的争端。中国缔结了多个提供《ICSID附加便利规则》选项的双边投资协定,例如虽然在双边投资协定签署时,中国和对方缔约国都不是《华盛顿公约》缔约方,但《中国—印度双边投资协定》和《中国—墨西哥双边投资协定》均同意使用《ICSID附加便利规则》。由此,印度或墨西哥投资者能够依据《附加便利规则》对中国启动仲裁程序。《中国—东盟协议》也允许投资者在《华盛顿公约》和《ICSID附加便利规则》之间进行选择。^⑦

根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(下称《UNCITRAL仲裁规则》)设立的专设国际仲裁庭是解决大型国际投资争端的一个普遍选择。该规则在国际仲裁圈中享有盛誉,被称为是“一套极富现代性的,受到全球认可的国际仲裁规则”。^⑧在《UNCITRAL仲裁规则》下进行的仲裁是灵活、保密的,并且在仲裁员的提名问题上无须拘泥于任何机构仲裁要求,也无须向机构支付额外的管理费用。《中国—土耳其双边投资协定》规定了依据《UNCITRAL仲裁规则》进行专设仲裁。另一种运用《UNCITRAL仲裁规则》的方法是,如《中国—古巴双边投资协定》规定,仲裁庭在制定程序时可以参照《UNCITRAL仲裁规则》。^⑨中国的双边投资协定在将专设仲裁作为争端解决选项时,大量运用《UNCITRAL仲裁规则》。例如,《中国—东盟协议》在确定投资者—东道国争端条款时会大量参考《UNCITRAL仲裁规则》。故此,UNCITRAL仲裁是东盟成员国的投资者进行仲裁的一个选项。

还有一些双边投资协定特别赋予国际法院院长或斯德哥尔摩商会仲裁院主席任命仲裁员的权力。例如,《中国—挪威双边投资协定议定书》第2条第4款规定“如果在上述规定的期限内未能作出必要的

任命,且无其他约定,当事任何一方均可请求斯德哥尔摩商会仲裁院主席作出必要的任命”。《中国—奥地利双边投资协定》也作了相同的规定。根据《中国—古巴双边投资协定》,如果在收到书面仲裁通知后的4个月内仲裁庭尚未组成,缔约双方间又无其他约定,任一缔约方可提请国际法院院长任命尚未委派的仲裁员。^⑩《中国—加纳双边投资协定》第10条第2款、第3款则选择由斯德哥尔摩商会仲裁院主席作为任命机构。由此,仲裁庭可参照SCC规则或ICC仲裁规则把仲裁程序确定下来。但是,ICC仲裁在中国双边投资协定中并不多见。

《中国—东盟协议》为争议各方提供了广泛的争端解决选项,如下所述^⑪:“如果按第三款规定提出磋商和谈判的书面请求后六个月内,争端仍未解决,除非争端所涉方另行同意,则应当根据投资者的选择,将争端:(一)提交有管辖权的争端缔约方法院或行政法庭;或(二)如果争端所涉缔约方和非争端所涉缔约方均为国际投资争端解决中心公约的成员,则可根据《国际投资争端解决中心公约》及《国际投资争端解决中心仲裁程序规则》提交仲裁;或(三)如果争端所涉缔约方和非争端所涉缔约方其中之一为《国际投资争端解决中心公约》的成员,则可根据国际投资争端解决中心附加便利规则提交仲裁;或(四)根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》提交仲裁;或(五)由争端所涉方同意的任何其他仲裁机构或根据任何其他仲裁规则进行仲裁。”

《中国—东盟协议》赋予争议各方高度自由,为争议各方提供最广泛的渠道以解决争端,包括争议各方的国内法院或行政法庭、ICSID仲裁、遵循《ICSID附加便利规则》下的仲裁、根据《UNCITRAL仲裁规则》或任何其他专设仲裁等渠道。在上述表述中,尽管国内法院或行政法庭处于争端解决方式的首位,但是这并不是必经程序。换言之,投资者在诉诸国际仲裁之前,不必用尽当地救济。学界普遍观点认为,各缔约国不再强制要求用尽当地救济,至少不再明示要求用尽当地救济。^⑫也有观点认为,对这样的国际法基本规则,缺乏明示规则不等于排除适用。^⑬不论上述争议结果如何,至少根据《中国—东盟协议》,如果投资者首选国内法院或行政复议的救济途径,则其必须获得终局判决或决定后才能寻求其他救济方式。这也得到《中国—东盟协议》第14条第5款的反向印证:“在一争端已被提交给适格的国

内法院的情况下,所涉投资者如果在最终裁决下达前从国内法院撤回申请,可将其提交给国际争端解决机构。”

《中日韩投资协定》第15条第3款“投资者与缔约一方之间的投资争端解决”规定:“三、投资争议应根据争议投资者的申请,提交至:(一)争议缔约方的管辖法院;(二)依据《国际投资争端解决中心公约》进行的仲裁,如可适用该公约;(三)根据《国际投资争端解决中心附加便利规则》进行的仲裁,如可适用该规则;(四)根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁;或(五)经争议缔约方同意,依据其他仲裁规则进行的任何仲裁。但就本款(二)至(五)项而言,应满足以下条件:1.投资争议不能通过本条第二款所指的协商在书面协商请求递交至争议缔约方之日起四个月内解决;且2.符合本条第七款规定的关于本国行政复议程序(如适用)的要求。”

显然,《中日韩投资协定》在争端解决途径的规定上与中国的其他双边投资协定约定基本一致;同时,将为期4个月的协商和东道国行政复议程序作为投资仲裁的前置性条件。这是重视选择性争端解决机制的重要性和“卡尔沃主义”(Calvo Doctrine)保护国家主权逻辑的混合体。

《中国—芬兰双边投资协定》(2005)第9条第3款则规定,已将争议提交本条第2款第(1)项所述国内法院的投资者仍可诉诸本条第2款第(2)项和第2款第(3)项提及的任一仲裁庭仲裁,条件是该投资者在提交的争议判决作出前已经从国内法院撤回案件。在这种情况下,作为争议一方的缔约方应同意将其与缔约另一方投资者之间的争议根据本条款提交国际仲裁。《中国—加拿大双边投资协定》与之前的双边投资协定不同,将东道国司法管辖和国际投资仲裁分开,提请仲裁的途径包括根据ICSID、《ICSID附加便利规则》或《UNCITRAL 仲裁规则》进行的仲裁,而东道国行政复议和法院判决是必经程序。^⑤

中国的双边投资协定还可能对争端解决地点的选择添加其他要求。比如,投资者将争端提交国内法院或国内行政复议机关可能成为国际仲裁庭对争端行使管辖权的先决条件。《中国—乌干达双边投资协定》(2004年5月签署,因对方原因迄今未生效)就规定,对相关缔约方有管辖权的法院或ICSID的选择取决于一个条件,即在将争议提交ICSID之前,“作为争议一方当事人的缔约方可以要求有关投资者用尽

该缔约方法律和法规所规定的国内行政复议程序”。^⑥该条虽然不限制投资者的仲裁权利,但是要求其必须遵守东道国的管辖权要求。《中国—东盟协议》并未遵循这种方式,即未设置启动国际仲裁的强制先决条件。

大多数中国双边投资协定还规定了3个月的冷却期,要求投资者务必在该期间内进行国内行政复议程序。但依然有少部分双边投资协定未规定冷却期。例如,《中国—缅甸双边投资协定》就未提及投资者用尽国内行政复议程序的时限问题。^⑦尽管要求优先通过国内法院或行政机关解决争端,但是关于时限的沉默意味着即使国内程序超过3个月,投资者也可对东道国提起国际仲裁程序。在Maffezini案中,投资者通过援引最惠国待遇(MFN)条款以更有利的条件诉诸国际仲裁,也印证了前述分析。^⑧《中国—东盟协议》在冷却期问题上也并未规定国内复议程序的时限,这样一来,即使争端双方仍处于行政复议程序之中,投资者也可自由提起国际仲裁。

(三)承认并适用国际投资争端解决中心仲裁

中国早期的双边投资协定往往不包含投资者—东道国争端解决条款。这与中国尚未加入《华盛顿公约》有关。^⑨实际上,即使在批准加入《华盛顿公约》之后,中国在缔结一些双边投资协定时依然不考虑ICSID仲裁。例如,《中国—斯洛文尼亚双边投资协定》(1993)首先要求“如争议在六个月内未能协商解决,当事任何一方有权将争议提交接受投资的缔约国一方有管辖权的法院”,或者也允许其中一方将争议提交专设仲裁庭。^⑩《中国—卡塔尔双边投资协定》(1999)^⑪、《中国—印度尼西亚双边投资协定》(1994)^⑫和《中国—埃及双边投资协定》(1994)^⑬也有类似的约定。

20世纪90年代,中国只在极少数的双边投资协定中规定了ICSID仲裁,如1993年《中国—立陶宛双边投资协定》^⑭和1999年《中国—巴林双边投资协定》^⑮,但这两份协定也对ICSID仲裁内容作了限定,即只能就征收或国有化问题中的补偿金额纠纷进行仲裁。从其资本输入国地位的视角出发,中国在其双边投资协定中限制适用ICSID仲裁的做法就不难理解。倘若中国轻易地同意在双边投资协定中纳入ICSID仲裁条款,那么中国势必会牵涉更多的国际仲裁案件。这也很好地解释了为何中国极少在ICSID仲裁案件中成为被诉方。另外,限制性适用ICSID仲

裁亦使得其作为投资保护机制的有效性大打折扣。

专设仲裁经常与ICSID仲裁联袂登场。但是,专设仲裁仅出现在一半的中国早期双边投资协定中,其中一部分是在中国批准《华盛顿公约》之后签署的。《中国—斯里兰卡双边投资协定》(1986)和《中国—乌拉圭双边投资协定》(1993)虽然允许专设仲裁,但仅允许就补偿金额争议进行专设仲裁。《中国—巴基斯坦双边投资协定》亦允许投资者“可向采取征收措施的缔约一方的主管当局提出申诉。在申诉提出后一年内仍未解决时,应投资者的请求,由采取征收措施的缔约一方有管辖权的法院或国际仲裁庭对补偿金额予以审查”。^⑥某些双边投资协定中的专设国际仲裁庭被授予仲裁所有投资者—东道国争端的管辖权。^⑦少数中国双边投资协定中还有其他争端解决机制组合,但专设国际仲裁和ICSID仲裁的搭配是最为常见的组合。

ICSID仲裁在解决投资者—东道国争端方面具有专业性和便利性,因而出现在许多双边投资协定中。^⑧在管辖权要求上,提交ICSID仲裁的前提之一是,争端双方都书面同意提交中心仲裁。^⑨同意一旦作出,便无法单方撤回。该机制表明,批准《华盛顿公约》本身并不构成国家的同意,尚需要国家额外的同意。至于同意提交ICSID仲裁的形式除了须采书面形式外,其他要求则很少。^⑩此外,实践中,一些仲裁还认可了国家通过援引^⑪或在特许经营合同、国内外商投资法、双边投资协定或多边条约(如《能源宪章条约》)中载明的方式来表明国家对ICSID仲裁管辖权的同意。^⑫

《华盛顿公约》与1969年以来ICSID使用的标准条款共同致力于使同意仲裁具有法律约束力。^⑬双边投资协定数量的激增带来了新一轮国家对ICSID仲裁管辖权的同意,并逐渐发展出一种对仲裁的间接、非同步和交错的同意机制。在该机制下,争议各方不再是传统仲裁协议基础上形成的直接合同关系,而是一个持续要约,以及随之产生的行使仲裁的选择权。因此,同意是ICSID拥有投资仲裁管辖权的基石。^⑭

中国已经在许多双边投资协定中表明其同意在ICSID的主持下进行仲裁。然而,一些早期的中国双边投资协定限制了ICSID仲裁管辖权的范围,仅规定提交ICSID的争端必须是有关定量(即补偿金额)的争议。例如,《中国—日本双边投资协定》允许将补偿

金额争端提交到参照《华盛顿公约》而建立的调解委员会或仲裁庭。由于彼时中国尚未批准《华盛顿公约》,所以该条款仅在委任仲裁员的过程中具有参考价值。在附属事项中使用ICSID规则也是中国其他双边投资协定中所采用的方法,如《中国—阿尔及利亚双边投资协定》^⑮《中国—阿塞拜疆双边投资协定》^⑯《中国—克罗地亚双边投资协定》^⑰《中国—格鲁吉亚双边投资协定》^⑱《中国—印度尼西亚双边投资协定》^⑲《中国—蒙古双边投资协定》^⑳和《中国—越南双边投资协定》。^㉑根据《中国—新西兰双边投资协定》和《中国—新加坡双边投资协定》,仲裁程序可由仲裁庭参照《华盛顿公约》确定。^㉒《中国—秘鲁双边投资协定》的规定则比较特别,规定只有涉及补偿金额的争端可提交ICSID仲裁,但同时也允许在当争端的当事方同意时,任何有关其他事项的争议也可以提交给ICSID。^㉓

中国在1993年批准《华盛顿公约》后达成的一些双边投资协定,允许“经争议双方同意”将“缔约任何一方的投资者与缔约另一方之间有关任何其他事项的争议提交专设仲裁庭”。^㉔在此之前,一些中国双边投资协定(包括解释性议定书或换文)都要求双方进一步协商,以决定具体可以提交至ICSID的争端类型。《中国—土库曼斯坦双边投资协定》(1992)第8条规定,当缔约双方是“《关于解决国家和他国国民之间的投资争端公约》的成员时,缔约双方可以签订关于提请国际投资争端解决中心解决相应的争议的补充协定”。因此,在中国和土库曼斯坦都已经批准了《华盛顿公约》的情况下,两国将继续商定何种投资协定产生的争端可提交ICSID仲裁。国际仲裁所需的这种额外同意实质上降低了投资者—东道国争端解决条款的效力,使该条款成为一项摆设,而非有执行力的承诺。

当争议当事方提及ICSID仲裁,即使缔约当时未满足管辖权要求,双方也可嗣后使某条件成就而表明国家对ICSID仲裁管辖权的同意。例如,《中国—澳大利亚双边投资协定》(1988)规定,如果中国和澳大利亚均成为《华盛顿公约》缔约国,争议可依照接受投资的缔约方成为《华盛顿公约》成员时的条件提交国际投资争端解决中心解决。^㉕该条款仅在澳大利亚和中国分别于1991年和1993年批准《华盛顿公约》之后才生效。《中国—土库曼斯坦双边投资协定》和《中国—罗马尼亚双边投资协定》等若干双边投资

协定包括了这一条件以及与东道国的补充协议。

新近以来,中国双边投资协定出现了明确的同意。《中国—比利时—卢森堡双边投资协定》规定,如果争议在通知对方6个月内未能通过磋商解决,“缔约各方同意根据投资者的选择提交争议”。^④《中国—以色列双边投资协定》载有同样的明确同意条款,但将其适用范围限于“有关征收补偿金额的……任何法律争端”。^⑤《中国—荷兰双边投资协定》以“无条件同意”提交仲裁的表述出现。进入21世纪,中国缔结的双边投资协定往往包含“无条件同意”。《中国—荷兰双边投资协定》(2001)第10条第3款明确指出:“缔约各方无条件同意应有关投资者的要求将该争议提交至:(一)国际投资争端解决中心,进行仲裁或调解,或(二)除非争议当事方另有约定,依照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》建立的专设仲裁庭。”一些中国与欧盟成员国在新世纪签订的双边投资协定也都吸纳了这种无条件同意。^⑥

同意通常由两部分组成,即协定缔约国提前发出的持续要约,以及投资者接受该要约。^⑦《中国—东盟协议》包含了这两个部分。首先,通过签署该协议,“如果争端所涉缔约方和非争端所涉缔约方均为《国际投资争端解决中心公约》的成员”,则缔约国发出将其与另一缔约国的投资者之未来争端置于仲裁庭管辖范围内的持续要约。其次,条约采用“让投资者选择”模式,由投资者决定是否接受管辖权条款中的持续要约。根据《中国—东盟协议》,投资者(而非东道国)有权通过提交请求来选择协议提供的几个争端解决途径中的一个。^⑧这种安排有利于东道国赢得投资者对于在该缔约国投资的信任和信心,但是国家以“持续要约”的形式给予对ICSID仲裁管辖权的同意时,可能无法确定它未来参与的争端解决程序的程度与类型。由此看来,《中国—东盟协议》为投资者提供足够的保护而将东道国置于更加被动的地位。通过提交请求,投资者正式接受持续要约,完成了同意。投资者通过启动仲裁程序,明确表示其接受仲裁的意愿或同意,投资者和东道国之间建立了合同意义上的契约。^⑨

(四)谁作出选择?

相对旧版中国双边投资协定给予“任一方”启动仲裁程序的权利,新版中国双边投资协定,例如《中国—新西兰自由贸易协定》^⑩给予投资者更加宽松的待遇,允许投资者自行启动程序和选择仲裁地点。

这种做法虽然和美国BIT范本以及《能源宪章条约》的实践一致,但是并未真正反映出作为投资者的跨国公司承担更多社会责任的趋势。因此,这些国家未来可能会提起更多的诉求促使投资者为他们的跨境投资活动承担社会责任,例如环境保护和可持续发展的责任。《挪威双边投资协定范本》第24条和第27条已经对投资者规定了环境保护和其他社会义务,涉及了环境例外和文化例外。

《中国—东盟协议》不仅仅只是采取了有利于投资者的做法。鉴于该协议允许争端发生时由投资者启动程序并在各种争端解决方案中作出选择,它也允许投资者和东道国一起将案件提交仲裁。《中日韩投资协定》将提起书面协商请求和提交投资仲裁请求的权利赋予投资者。^⑪

(五)用尽当地救济

用尽当地救济原则作为外国投资者申请仲裁的“安全阀”之一^⑫,要求希望诉诸国际仲裁的申请人将争端提交国际仲裁庭之前首先应用尽国内救济措施。^⑬对申请人施加该义务是为了保护国家对其管辖范围内案件的司法主权。^⑭实践中,用尽当地救济原则大量出现在拉丁美洲国家的双边投资协定中。相比之下,为方便争端双方提起仲裁,无论是《北美自由贸易协定》还是大多数现代双边投资协定都已不再要求用尽当地救济。

《华盛顿公约》承认用尽当地救济原则并规定,除非另有说明,根据本公约同意仲裁的各方应视为排除任何其他救济方式。根据《华盛顿公约》,“缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意根据本公约交付仲裁的条件”。^⑮用尽当地救济作为仲裁的前提条件,赋予《华盛顿公约》缔约国“选择权”。《华盛顿公约》并不包含关于用尽当地救济的明确规定,若双边投资协定没有相反规定,则不存在启动仲裁前必须用尽当地救济的隐含协定。这是“选择权”规则的另一面。

当地救济通常有司法救济和行政救济两种形式。《中国—巴巴多斯双边投资协定》只列出了其中一种:如果投资者已诉诸缔约另一方有管辖权的法院,国际仲裁权将不予适用。^⑯行政救济能力较有限,只能对行政机关作出或采取的决定或行动进行行政复议。行政救济常出现在新近的双边投资协定中,例如《中国—德国双边投资协定义定书》(2003)指出:“(德国投资者)仅在下列情况下可以把争议提交

仲裁:(一)投资者已经根据中国法律把争议提交行政复议程序;(二)投资者把争议提交复议程序三个月后,争议仍然存在;和(三)如果争议已经被提交至中国的法院,投资者可以根据中国法律撤回。”^⑨这一规定显然是用尽当地救济与岔路口条款的结合。

类似的条款还出现在重新商签的《中国—西班牙双边投资协定》(2005)和《中国—葡萄牙双边投资协定》(2005)中。此处规定更加宽松,中国单方面放弃将行政复议作为提起国际仲裁的前置程序。另外,后者更接近ICSID在用尽当地救济问题上的立场。中国同欧盟成员国之间的双边投资协定中的投资者—东道国条款,特别是在2001年之后重新商签的部分,要求投资者将请求诉诸国际仲裁前完成行政复议的期限不超过3个月。

实际上,要求用尽行政复议救济对欧盟投资者并不公平。换言之,当中国投资者在欧盟成员国遭遇争端困境时,由于没有行政复议程序可用,反而享受了更优越的程序保障。欧盟投资者选择投资仲裁的自由度也低于中国投资者。《中国—德国双边投资协定》对德国投资者添加了一项强制性义务,如果争端未能在6个月内解决,德国投资者需要在诉诸国际仲裁前完成为期最多3个月的东道国行政复议程序,而中国投资者却可以直接诉诸国际仲裁。显然,在这种单方面而非互惠的强制性义务面前,德国投资者提交国际仲裁解决争端所耗费的时间、费用要高于中国投资者。中国政府在双边投资协定中对德国投资者施加单方强制行政复议问题上的谈判立场,也反映出其在协商谈判中具有得天独厚的优势。在制定协定的过程中,只要缔约双方达成共识,且不违反国际法原则,双方完全可以依据自身利益和要求自由制定投资协定的规范和程序。

中国的双边投资协定通常要求投资者在试图提起仲裁前探索适用行政复议程序,尽管并不要求用尽救济。《中国—捷克双边投资协定》(2005)第9条第3款明确规定:“关于本条规定的将争议提交国际仲裁的可能性,中华人民共和国要求相关投资者将争议提交国际仲裁前用尽该缔约方的法律和法规所规定的国内行政复议程序。该程序不超过三个月的期限。”通知必须在提交请求权之前至少90天内提交。这有力地表明用尽当地救济的时限为3个月;未能提供有效通知可能使争议所涉投资者失去选择权。这项规定的作用是将仲裁程序推迟到90天通知期以

后。只有在东道国收到通知90天后,投资者才能将需要解决的争端提交仲裁。在90天的通知期内,处于为评估、裁判争端而进行抗辩的被动地位的东道国可为即将到来的争端解决程序做好准备。

在一些双边投资协定中,用尽当地救济是一种任意性规则。《中国—俄罗斯双边投资协约定议书》(2006)中有用尽当地救济的条款,在争端递交仲裁之前“作为争端一方的缔约方可以要求相关投资者用尽该缔约方法律法规所规定的国内行政复议程序”。^⑩根据该条款,争端所涉及的国家可以放弃适用用尽当地救济原则。议定书还要求该复议程序不超过90天。《中国—东盟协议》没有规定确定的行政复议的时效期限。当事人可以不受3个月期限的约束。^⑪

有些中国双边投资协定在处理用尽当地救济条款方面比任意性条款还要宽松。《中国—葡萄牙双边投资协定》(2005)虽然要求投资者通过国内复议程序,但也允许投资者在3个月期限过后提起仲裁,即使国内复议程序并未在3个月期限内结束。《中国—伊朗关于双边投资协定》(2000)在某种意义上说是独特的,不包括任何有关国内复议程序作为仲裁先决条件的内容。

《中国—东盟协议》关于用尽当地救济的做法是任意性的。根据《华盛顿公约》《ICSID附加便利规则》《UNCITRAL仲裁规则》或专设仲裁的规定,“争端所涉缔约方收到通知后,可要求争端所涉投资者在提交争端前完成其国内法规规定的国内行政复议程序”。因此争端所涉缔约国的“选择权”可以通过放弃选择转而直接提起仲裁的形式获得。在程序上,根据《中国—东盟协议》,争端所涉缔约国可以在争端所涉投资者“收到通知”之后行使“选择权”。^⑫《中国—东盟协议》实际上确定了争端所涉缔约国可以行使该权利的最早时间框架。

关于通知的内容,《中国—东盟协议》规定了实质性要求。在通知中,争端所涉投资者:(1)需要指定《华盛顿公约》《ICSID附加便利规则》《UNCITRAL仲裁规则》或专设仲裁作为争端解决途径,在指定《华盛顿公约》的情况下还需指明是寻求调解或是仲裁;(2)在所指的任何争端所涉仲裁庭上放弃其发起或进行任何程序(不包括中期保护措施程序)的权利,(例如《华盛顿公约》《ICSID附加便利规则》《UNCITRAL仲裁规则》或专设仲裁);(3)简要总结本协议(包括被

认为所违反的条款)项下争端所涉缔约方被认为违反规定的情况,以及对投资者或其投资造成的损失或损害。^⑨该通知以及90天通知期,确保东道国能够提前知晓要采纳的解决方式、要遵循的仲裁规则 and 要寻求的救济途径。通知条款还要求争端所涉投资者在仲裁程序之前放弃其发起或进行任何程序(不包括中期保护措施的程序)的权利。根据《中国—东盟协议》,争端所涉投资者可以“在所指任何争端解决机制的程序之前”寻求“过渡性保护措施”“以保护其权利和利益”。“中期保护措施”一词在该协议中并没有被详细界定,其不涉及“需争端缔约方法院判决和行政裁决的损害赔偿和争端实质问题的解决”。^⑩争端所涉投资者放弃中期保护措施的重要性在于仲裁是争端所涉投资者和东道国之间的唯一争端解决途径,从而避免出现东道国可能就同一争端被诉诸多重程序的现象。根据一些双边投资协定的规定,投资者可能不得不退出正在进行的程序。根据2004年《中国—芬兰双边投资协定》,向国内法院提交争端的投资者“在提交的争议判决作出前已经从国内法院撤回案件”的条件下可以诉诸国际仲裁。2004年《中国—拉脱维亚双边投资协定》有一项类似的规定,即如果投资者在裁决作出之前未能撤销案件,投资者可能会失去将案件提交仲裁的权利。

《中国—东盟协议》第14条第5款第1句规定接近于这一方式:“在一争端已被提交给适格的国内法院的情况下,所涉投资者如果在最终裁决下达前从国内法院撤回申请,可将其提交给国际争端解决机构。”只有根据东道国国内法仍可能在国内法院单方面撤回的诉讼,才被允许进入国际仲裁法庭。《中国—东盟协议》还要求投资者放弃外交保护以便推进调解或仲裁。如果投资者选择通过调解或仲裁解决争端,就必须放弃向母国施压,以期协助解决与东道国的争端。这在很大程度上反映了现代国际法和双边投资协定实践的趋势,即尽量减少母国的直接参与,为投资者创造外部救济的权利且通常是仲裁权利。将外交保护排除在争端解决程序之外是国际投资领域的一个正确方向。《中国—东盟协议》还澄清了“外交保护”一词,其“不包括为便利一项争端解决的单一目的进行的非正式外交交涉”。^⑪限制投资者使用当地救济和外交保护,意味着投资者有权直接诉诸仲裁,提高了双边投资协定的确定性和可信性。投资者不再需要依赖其母国来支持请求权,潜

在地避免了缔约国之间的政治冲突。

总而言之,当中国或东盟成员国的投资者希望行使“条约”下的权利对抗东盟成员国或中国时有一个两步走的程序。首先,在选择东道国时,争端可能需要根据东道国国内法进行行政复议。其次,国际仲裁程序最早可以在投资者提交请求权之后3个月开始。如果投资者已向东道国的国内法院提交诉求,则仲裁程序只有在投资者仍可根据国内法律单方面撤回的情况下才可开始。

《中日韩投资协定》第15条第7款注规定,“依据当地行政复议程序作出的任何决定都不应阻碍争议投资者将争议提交第三款规定的仲裁”。这一规定事实上已经不再强调用尽当地救济原则,内国行政复议程序不具有重要性。

(六)岔路口条款

在双边投资协定中设置岔路口条款与弃权条款的主要目的在于,若投资者已于各种争端解决方式中作出选择,则阻止投资者再启动其他争端解决程序。双边投资协定中的这一条款可以加强各缔约方协定的确定性。东道国得以抗辩不同争端解决程序中的相同请求权,避免陷入多重程序。同样,使用弃权条款也确保了程序的排他性,此时对某一特定解决方式的选择可能意味着书面放弃其他方式的管辖权。

由于“在双边投资协定中有很多”岔路口条款^⑫,许多仲裁庭认可该种规定的预期功能,并且不允许争端方援引最惠国条款来规避该条款。^⑬适用岔路口条款,要求仲裁中的争端与东道国国内救济的争端(包括事实和法律两部分)相同^⑭,并要求在相同的当事方之间进行。^⑮鉴于这种“三重身份”的要求,鲜少有案例援引岔路口条款来排除请求权。例如,LG & E 和 Enron 案援引了《美国—阿根廷双边投资协定》中的岔路口条款,不禁止小股东提出仲裁请求,尽管这些小股东投资的公司已经在阿根廷法院中以自己的身份开展诉讼程序。^⑯

并非所有中国双边投资协定都有岔路口条款。《中国—挪威双边投资协定》(1984)就没有该条款,投资者只能在国内法院和国际仲裁庭二者中择一提起补偿数额争议。鉴于该协定没有为投资者提供双重或多重争端解决方式的选择,显然也没有必要设置岔路口条款。

《中国—约旦双边投资协定》保有完整的岔路口

条款,即“倘若投资者已将争端提交给有管辖权的法院,那么与国际仲裁有关的条款则不再适用”。^⑩《中国—阿根廷双边投资协定》第8条第3款规定,无论选择将争议提交有管辖权的法院还是临时仲裁,这种选择都应当是“终局的”。

即使有岔路口条款的存在,在投资者已采用了东道国行政复议程序的情况下,现代双边投资协定仍无法阻止投资者将争端提交ICSID或专设仲裁。《中国—俄罗斯双边投资协定》就包含这种有保留的岔路口条款。^⑪新近大部分双边投资协定更倾向于采用有保留的岔路口条款,即允许投资者在国内审查3个月后再开始仲裁。^⑫最新的例证是《中国—新西兰自由贸易协定》的规定,即使争端已经被提交到国内有管辖权的法院,也允许“在最终裁决作出前,投资者从国内法院撤诉”的条件下将争端再提交仲裁。^⑬这一规定类似于《北美自由贸易协定》中的弃权义务,即投资者必须在诉诸仲裁之前签署书面弃权声明,放弃在当地法院提起或继续进行诉讼的权利。《中国—墨西哥双边投资协定》没有岔路口条款,但有弃权条款,即投资者只有在得到投资企业的特定弃权声明的情况下,才可以将争端提交仲裁。^⑭这项弃权条款应当被视为施加给投资者的强制义务,即投资者诉诸东道国的地方行政复议程序应优先于国际仲裁。

《中国—加拿大双边投资协定》将中国国内的行政复议和法院诉讼进行区别对待。在提出中国行政复议申请4个月后,如果投资者认为争端仍旧存在,或者不存在可用的此种救济,则投资者可将其诉请提交仲裁。换言之,行政复议的进行不阻挠投资者将诉请提交仲裁。但是,如果投资者在中国法院就中国被诉违反协定义务的相关措施提起诉讼,仅在国家法院作出判决前该投资者撤诉的情况下,该投资者方能将诉请提交仲裁。投资者和企业在加拿大的利益遭受损失或损害而提起仲裁的,应放弃启动或继续依据任一缔约方法律在任何行政法庭或法院进行的程序或其他争端解决程序。^⑮用尽当地法院救济对中国和加拿大国内程序的要求不同,中国和加拿大的投资者在对方国家适用当地救济的程序有所差别。这可能从一定程度上说明了中加两国在用尽当地救济原则上的差异化立场。

《中日韩投资协定》淡化了岔路口条款的重要性和对当事人多重选择争议解决途径的限制性作用,

允许争议投资者在本地行政复议程序自复议申请提交之日起的4个月后(即使行政复议程序未能在4个月内完成也被视为已完成)将投资争议提交规定的仲裁。^⑯《中国—东盟协议》更符合一般惯例,第14条第5款规定如下:“……对于印尼、菲律宾、泰国和越南,一旦投资者将争端提交给其适格的法院或行政法庭或仲裁程序之一(国际投资争端解决中心,国际投资争端解决中心附加便利规则,联合国国际贸易法委员会,或专设仲裁)则选定的程序是终局性的。”此处的岔路口条款显然仅对印尼、菲律宾、泰国和越南具有法律效力,而对中国不发生效力。

(七)最惠国待遇与争议解决条款

最惠国待遇与争议解决条款之间的联系是一个有争议的问题。在Maffezini案中,最惠国条款被用来绕过诸如要求在18个月的时间里寻求在当地法院解决争端一类的程序性限制。^⑰仲裁庭在亚洲农产品公司案中确定的主张被普遍接受,其认为基础条约所涵盖的投资者可以援引东道国签署的另一个双边投资协定中所给予的更有利的实质性条件。^⑱在其他一些案件中,仲裁庭也遵循这样的路径,允许投资者使用最惠国条款绕过不利的程序要求^⑲,参照不同的公平和公正待遇标准扩大实质性权利^⑳,或者适用于授予必要经营许可证义务^㉑,而其他案件中的投资者则未能成功援引最惠国条款获得不同的和更有利的ICSID仲裁,以取代UNCITRAL仲裁。^㉒在这两类案件之间可以划清界线:最惠国条款的适用必须限定于程序规则,但最惠国条款不能被用于取代国家对ICSID管辖权的同意。^㉓

发达国家的双边投资协定会授权投资者自行决定是否援用“最惠国待遇”条款,享受第三方条约中更为有利的争端解决机制。比如,2004年《加拿大双边投资协定范本》第4条的“最惠国待遇”适用于争端解决机制。《中国—加拿大双边投资协定》第5条第3款规定,最惠国待遇条款“不能适用于投资条约和其他贸易协定中的争端解决机制”。一些中国双边投资协定试图阐明这个问题。《中国—新西兰自由贸易协定》第139条第2款规定,“为进一步明确,本条规定的义务不包含要求给予另一方投资者除本章规定内容以外的争端解决程序”。像这样排除最惠国待遇原则在争端解决条款中的适用也出现在《中国—东盟协议》中,“为进一步明确,本条规定的义务不包含要求给予另一方投资者除本章规定内容以外的争

端解决程序”。^⑤这种明确区分与一般的双边投资协定判例法理是一致的,即“参考必须是基于当事人援引其他协定中的仲裁条款的意愿是清晰和明确的”,以便投资者从其他双边投资协定中更广泛的同意条款中受益。^⑥

二、仲裁条款自由化转向的内在动因和法理逻辑

中国双边投资协定的实践路径,既受到其对外直接投资和吸引境外直接投资模式的直接影响,又生动地反映了这个模式的转型。据统计,中国吸引外商直接投资额占有新兴市场总额的1/3。与素来支持外商对华直接投资的外资政策相反,中国虽然既不阻止也不限制,但也一贯不鼓励对外直接投资。20世纪90年代初,中国的对外直接投资规模并不显著(如图1所示)。自20世纪90年代末期开始,为了降低贸易顺差,以及确保获取其他发展中国家的自然资源,中国开始转变外资政策,持续推动对外直接投资活动。中国于1998年推出“走出去”战略时^⑦,设定了明确的目标,到2010年培育多达50个具有全球竞争力的“中国冠军”,以此引领中国企业的对外投资和海外扩张。^⑧基于中国巨大的外汇储备、不断放开的外汇管制、中国企业的全球化扩张以及中国政府为企业与资本输入国“牵线搭桥”的枢纽作用^⑨,可以预测的是这波对外直接投资的热潮将会继

续^⑩,中国企业将成为全球外商直接投资的主要力量。2004年国务院简化审批程序,废除实质审查制,代之以更直接的登记制。^⑪这些举措有利地促进了2005年及随后年份中国对外直接投资的骤增。^⑫

伴随中国企业在全球化进程中的日益壮大,中国签署双边投资协定的基本理念也在转型,更加侧重于将双边投资协定当作保护中国境外直接投资的法律工具。中国在与发达国家缔结新的双边投资协定和更新原有的双边投资协定时亦更加重视保护中国公司与居民的境外直接投资活动。中国签订双边投资协定的模式和进路也在转变:中国并非更多地同发达国家缔约,反而更多地同发展中国家缔约。非洲与拉丁美洲一起,取代欧洲,成为中国签署新双边投资协定最重要的伙伴区域。^⑬这种模式和进路的变化(如下页图2所示),主要原因是发展中国家,特别是非洲国家,作为中国对外直接投资主要吸收地,重要性日趋提升。

1998年之前中国签订的旧一代双边投资协定,对实行强有力的投资保护规范及采用综合性投资者—东道国争端解决机制呈现消极态度。^⑭在以1998年《中国—巴巴多斯双边投资协定》为起点的新一代双边投资协定中,中国摒弃了单纯资本输入国的传统立场,以便赋予投资者更有力、更全面的实体性与程序性的投资保护权利,使得保护力度向资本输出

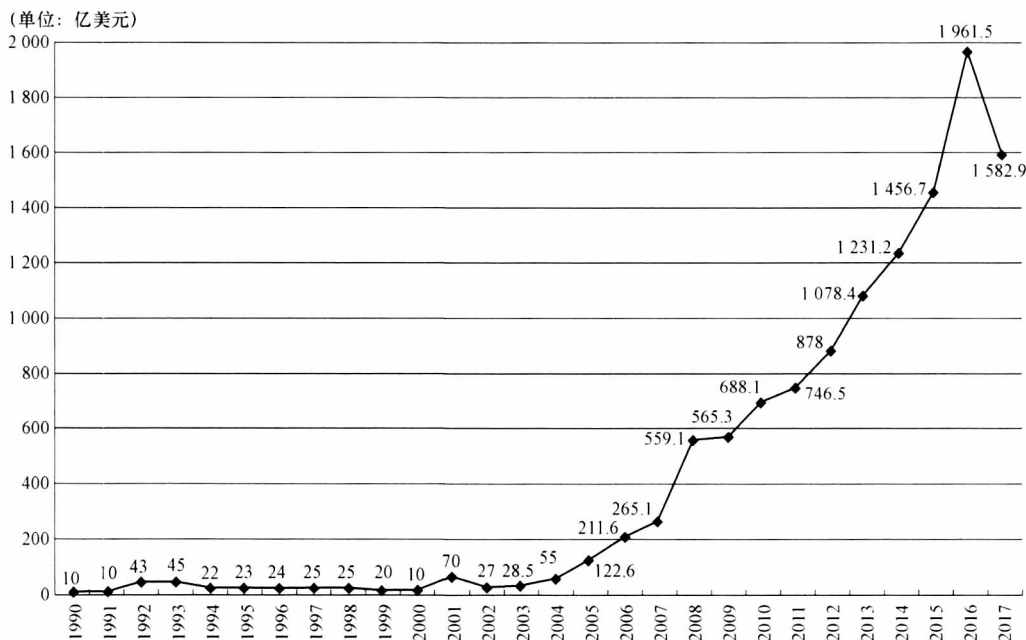


图1 中国对外投资的增长^⑮(1990-2017)(单位:亿美元)

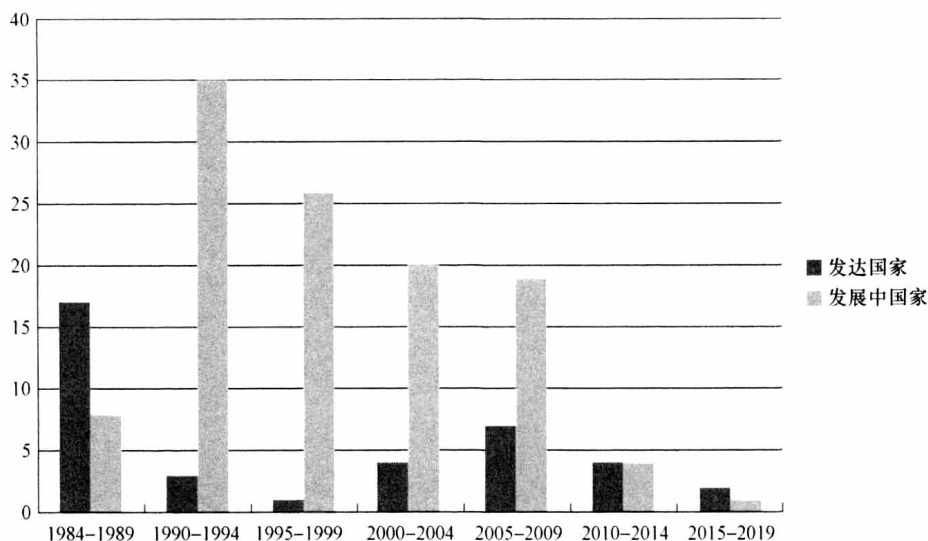


图2 中国与贸易伙伴之间的双边投资协定的数量增长^⑩(1984-2019)(双边投资协定数量)

国提供的保护标准看齐。^⑩从这个意义上看,中国双边投资协定的实践立场正从限制型演变为自由型。中国在这之后签订的双边投资协定大多采取了这一立场,这从本文讨论的中国与欧盟国家在21世纪签订的第二份双边投资协定中的条款可见一斑。实际上,中国双边投资协定的变化并非偶然,与“走出去”战略的启动时间重叠。目前,中国正在积极同美国和欧盟进行磋商谈判。^⑪新近签署的双边投资协定表明了中国正逐渐接受现代双边投资协定的法理与相关国际投资法原则的姿态,同时有能力有信心为外国投资者提供充分的实体和程序保护,从而达到吸引更多外商直接投资和为本国国民对外直接投资提供更好保护的目标。

考虑到中国正在与多国谈判缔结自由贸易和/或投资协定的现状,以及双边投资协定对东道国政府形成的国际法之约束力^⑫,对中国签订的一系列双边投资协定中的投资者—东道国仲裁条款进行审查,进而密切检查其中广泛的程序性义务是具有重要现实意义的。ICSID涉及中国(无论是作为申诉方的中国投资者还是作为被诉方的中国政府)的案件寥寥,主要可以归因于中国1998年之前签署的旧版双边投资协定中缺乏富有弹性的争端解决条款,使外国投资者难以依据双边投资协定有效地利用仲裁机制解决投资争端。例如,众多的早期双边投资协定要求投资者将争端请求提交国际仲裁前用尽当地救济,并且争端裁决应限于征收责任的经济补偿而

非责任本身。中国与一些欧洲国家如挪威^⑬、丹麦^⑭、法国^⑮和英国^⑯之间的双边投资协定就是如此规定。这些限制性投资者—东道国仲裁条款实际上阻碍了外国投资者与中国就潜在争端进行国际仲裁的可行性。^⑰

国际法的核心要素是国家主权。在全球化时代,国家需要让渡部分国家主权,才能深度参与国际合作,更高水平地推动国际经济治理体系的重构。发达国家相对较早和比较进取地参与跨境商事交易、国际分配体系和全球产业链,主导性地介入和塑造国际治理体系,构建国际经济治理机制,推动国际经济秩序的成型。在这一过程中,发达国家也相当程度地让渡国家主权,比较进取和主动地接受国际经济组织和体系的规则和执行机制的约束。在国际投资领域,发达国家给予外国投资者准入前和准入后的国民待遇,无条件同意通过国际投资仲裁机制解决外国投资者和本国政府之间的投资争议,放弃用尽当地救济原则,遵循“赫尔”标准(Hull Formula),在发生征收时给予外国投资者“充分、及时和有效”的补偿。^⑱这些都是国家“离开”的具体表现。^⑲

全球金融危机之后,发达国家在规制领域出现“回归”的迹象。一方面,这是金融危机之后,国家为了克服和避免金融市场波动,抑制风险投资和对监管失灵的应对之策。另一方面,国际投资仲裁体系在相当程度上削弱了主权国家的规制权,给政府在经济领域规制和克服市场失灵带来诸多困难,一

定程度动摇了国家为了公共利益或公共政策而进行的立法或民主决策权力运行机制。此外,国际投资仲裁体系内在的不一致性和不确定性带来了合法性危机,动摇了这一体系的公正性和可预见性。在此背景下,发达国家在国际投资领域出现了“回归”,具体表现为在谈判和签署双边投资协定或自由贸易协定时寻求外国投资者保护和东道国政府规制权的有效平衡,在一些新的双边投资协定中放弃选择国际投资仲裁机制,转向更为依赖东道国司法体系,实现当地救济措施的局部乃至全面“回归”。

这种从“离开”到“回归”的过程与全球金融危机和逆全球化的趋势有很大关系。一些新兴国家对国际投资仲裁的政策取向也发生转向。印度在2016年开始使用的双边投资协定示范文本吸纳了更为限制性的争端解决条款,集中表现在用尽当地救济、国内法院判决的豁免和撤出《华盛顿公约》三个方面。南非从2013年开始正式先后与荷兰、西班牙、卢森堡和比利时、德国、瑞士和奥地利等国终止了双边投资协定。南非2015年通过的投资保护法明确排除投资者—东道国仲裁机制,而只对资本输出的国家签订含有投资者—东道国仲裁条款。

由于中国自身属于发展中国家的地位和定位,在相当长的时间内在国际投资活动中突出吸收外国直接投资的重要性,在政策取向上坚守主权原则,因此在双边投资协定的制定过程一直坚守主权底线,没有出现发达国家的“离开”。随着中国企业因为“走出去”战略和“一带一路”倡议而更多地进行海外投资,中国的双边投资协定除了吸收外国投资之外,也日益凸显保护对外投资的作用。在这一转型中,中国双边投资协定开始突出外国投资者保护的功能,并且显现了“离开”的迹象。与发达国家早期的“离开”不同,中国的“离开”仍然处于转型和演进的过程中,“离开”的痕迹不是很明显,程度和规模上出现选择性,对用尽当地救济原则和“卡尔沃主义”仍然持坚持的立场。这个转型过程的广度和深度有待时间检验。

值得注意的是,在逆全球化的背景下^⑩，“卡尔沃主义”在全球范围内有“回归”的迹象。“卡尔沃主义”是由19世纪阿根廷外交家卡洛斯·卡尔沃(Carlos Calvo)在著作《国际法理论与实践》中提出的。卡尔沃本人并未明确界定卡尔沃主义的内涵和外延,后代学者Donald R. Shea认为卡尔沃主义的核心在于

强调“不干预内政和内外外国国民的绝对平等这两个概念”。^⑪国内学者将其概括为三个要素,即“反超国民待遇标准”、排他的国内管辖以及“拒绝外交保护”。^⑫目前,作为程序标准的排他的国内管辖与“拒绝外交保护”的重要性高于实体标准的“反超国民待遇标准”。卡尔沃主义先在拉美国家获得普遍认可与践行,主要以“卡尔沃条款”的形式出现在拉美各国的宪法、国内立法、国际条约及拉美各国与外国政府及外国投资者签订的条约中。^⑬20世纪50、60年代,由于符合广大发展中国家维护国家经济主权、反对外来势力干涉的核心利益需求,卡尔沃主义在拉美生根后,也在其他发展中国家得以落地。

经济全球化及其在投资领域的表现——投资自由化,使卡尔沃主义的发展遭遇了“搁浅”。^⑭为了发展本国经济,扩大吸引外资,拉美国家及广大发展中国家客观上需要提高对外国投资者的保护水平,逐步弱化“卡尔沃主义”条款。具体表现在,拉美国家在20世纪80、90年代商签的双边、区域性投资条约中,在“非东道国管辖权”和“非东道国法适用”问题上不再固守“卡尔沃主义”。一些拉美国家对内修改宪法、外商投资法,对外订立同意国际仲裁的双边投资协定,加入《华盛顿公约》《多边投资担保机构公约》和《承认和执行外国仲裁裁决公约》就是明证。

在外资国有化或征收的补偿标准问题上,卡尔沃主义坚持应由东道国决定赔偿事宜,涉及征收赔偿争议时,东道国享有裁决权,并依据东道国国内法确定赔偿标准,从而维护了本国经济主权。美国国务卿赫尔于1938年提出的“赫尔”标准与卡尔沃主义针锋相对,甚至构成了某种意义上的南北之争。“赫尔”标准主张东道国向征收对象给予“及时、充分且有效”的赔偿。依据“赫尔”标准,外国投资者有机会对征收赔偿索价,在彼时国际投资主要以发达国家向发展中国家输出资本的情况下,该规则被发达国家普遍认可。中国在新近的投资协定实践中逐渐向“赫尔”标准靠拢。《中国—加拿大双边投资协定》第10条的“征收补偿”条款规定,“补偿的支付应可以有效实现、自由转移,且不得迟延”,体现了“赫尔”标准中的“有效”和“及时”因素。“赫尔”标准强调的是投资者保护,弱化的是东道国主权,与卡尔沃主义秉持的基本原则正好相左。与“赫尔”标准一脉相承的是东道国在双边投资协定中反映的东道国规制权限制限度。中国在与德国签订的2003年双边投资协定没

有包括复杂的“国家重大安全利益”例外条款,一定程度上淡化了通过国家重大安全利益例外条款制约对外国投资者保护的功能。

三、最新的趋势:代结论

21世纪以来,一方面,为了应对全球经济危机,以阿根廷政府为首的拉美多国采取国有化措施,继而被外国投资者在ICSID提起大量诉求,使这些政府疲于应付,国家规制权遭受挑战;另一方面,ICSID仲裁机制在审理大量案件时也暴露出了国际投资仲裁机制存在的内在缺陷,诸如仲裁庭裁决不一致、裁决不公正等问题屡遭抨击。这些因素直接引发卡尔沃主义的“复活”。^⑤玻利维亚、厄瓜多尔及委内瑞拉已经向ICSID秘书处提交声明,退出ICSID。在双边投资协定范本的评估中,时任总统奥巴马指出,“我将致力于限制投资者的权利,使得为保护公共安全和公共利益的一些法律和规制措施得到豁免”。^⑥欧洲议会亦强调对ICSID机制中国家规制权的重视和再平衡。2004年《加拿大双边投资协定范本》中增加了许多例外,强调东道国为了国民健康、国家安全、金融稳定、货币信贷稳定、资源保护、环境保护等公共利益而采取的有关措施,不属于外国投资者可以“间接征收”的而提交国际仲裁。这些都反映了发达国家新近对投资协定的政策取向。卡尔沃主义的“复活”不是一个孤立的现象,是近年来世界各国对国际投资自由化潮流,特别是国际投资条约及仲裁实践所进行的深刻反省的一部分。^⑦但是其“复活”的侧重点不同于早期。早期卡尔沃主义强调反对列强外交保护与炮舰外交,现在的卡尔沃主义针对的则是国际投资仲裁对东道国主权和规制政策空间的侵犯。^⑧卡尔沃主义的“复活”更多地表现在投资争端解决机制中平衡东道国的规制权。《中国—加拿大双边投资协定》包含了金融审慎措施的例外规定。当投资者单方将争端提交国际仲裁而被诉方以“金融审慎措施”作为抗辩理由时,首先要将问题提交给争端各缔约国的金融服务主管部门进行磋商,并就抗辩理由的有效性联合作出共同决定。该决定应形成书面报告,并对ICSID具有约束力。如果争端各缔约国的金融服务主管部门未能在规定的期限内联合作出共同决定,则任一缔约方可在此后30天内,将争端提交给“缔约国间的仲裁庭”解决,此时,不得以两国自行磋商的方式进行解决。“缔约国间的仲裁庭”所作出的裁定同样对ICSID具有约束力。显然,在“金

融审慎措施”例外规定上,《中国—加拿大双边投资协定》更加尊重东道国的立法、执法和司法主权。在后金融危机时代和逆全球化背景下,多边主义作为一种有序范式和引导国际关系走向全球行政法的不断演变的力量^⑨,在某些领域,特别是国际金融监管、国际投资保护和国际安全中变得越来越重要。^⑩从国际法视角出发,最近几年出现的民粹主义、单边主义和保守主义回潮,使得国际经济治理体系面临巨大挑战。一些发达国家已经开始从原先的自由化道路上折回,退出投资者—东道国争端解决机制。一些发展中国家和新兴国家也退出《华盛顿公约》或者申明在双边投资协定谈判中摒弃投资者—东道国争端解决条款,更多地转向国内司法体系。随着逆全球化暗流涌动,多边主义正在受到单边主义和区域主义(小多边主义)的侵蚀和挑战,多边主义与生俱来的自由化趋势也在受到削弱。可以预见的是,国际投资法的自由化趋势可能会在今后一段时间内遭遇寒冬。

注释:

① See <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china> (last visited Apr. 10, 2020).

② Id.

③ 在2004年11月29日,中国和东盟还签署了具有里程碑意义的《中国—东盟货物贸易协议》。

④ Gas Natural SDG, SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10, para 49.

⑤ Hannah L. Buxbaum, The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation, 26 YALE J. INT'L L. 219(2001); Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, 73 FORDHAM L. REV. 1521, 1538(2005).

⑥ Id., at 1521.

⑦ Jan Paulsson, Arbitration Without Privity, 10(2)ICSID REV.-FOREIGN INVESTMENT L. J. 232(1995).

⑧ 张生:《国际投资条约体系下外交保护的空間》,《中外法学》2017年第4期,第1091-1101页。

⑨ Fernando Cabrera Diaz, Chinese Investor Launches BIT Claim against Peru at ICSID, Investment Treaty News, Mar. 2, 2007; Global Arbitration Law Review, First Chinese Claimant Registered at ICSID, http://www.globalarbitrationreview.com/news/news_item.cfm?item_id=3739; Tza Yap Shum v. Republic

of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>(last visited Apr.4, 2020). 陈安教授严厉批评了ICSID的管辖权裁决。See An Chen, Queries to the Recent ICSID Decision on Jurisdiction upon the Case of Tza Yap Shum v. Republic of Peru: Should China-Peru BIT 1994 Be Applied to Hong Kong SAR under the One Country Two Systems Policy, 10 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 829-862(2009).

⑩《中国—挪威双边投资协定义定书》第2条第2款。

⑪《中国—丹麦双边投资协定》第3条第3款。

⑫《中国—印度尼西亚双边投资协定》第9条第3款。

⑬European Media Venture SA v. Czech Republic, UNCITRAL Award on Jurisdiction, May 15, 2007; The Czech Republic v. European Media Ventures SA[2007]EWHC 2851.

⑭《中国—立陶宛双边投资协定》第8条第2款(b)项。

⑮《华盛顿公约》第25条第4款。

⑯The text of the declaration is available at <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8.d.htm>.

⑰Christoph H. Schreuer, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Article 25, para 626(Cambridge: Cambridge University Press 2001).

⑱ICSID, Report of the Executive Directors on the Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, para 31, <http://www.worldbank.org/icsid/basicdo/partB-section05.htm#02>(last visited Apr. 4, 2020).

⑲Supra note⑰, at 625.

⑳根据经济合作与发展组织“多边投资协定”草案,成员国不能对同意作出任何保留或例外,但是却允许国家在投资者先前已寻求当地救济的情况下拒绝同意。

㉑Congyan Cai, Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice, 7(5)J. WORLD INVESTMENT & TRADE 621(2006).

㉒《维也纳条约法公约》第30条第3款和第4款(a)项(确认先前的条约仅适用于其条款与后一条约的条款相一致的情况)。

㉓《中国—约旦双边投资协定》《中国—比利时—卢森堡经济联盟双边投资协定》。

㉔Azurix Corp v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/12, para 58; El Paso Energy International Company v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15, paras 61-2; Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, para 95.

㉕《中国—巴巴多斯双边投资协定》(1998)第9条第1款、第2款。

㉖《中国—博茨瓦纳双边投资协定》(2000)第9条。

㉗《中国—澳大利亚双边投资协定》第12条第1款、第2款(b)项。

㉘《中国—新西兰自由贸易协定》第135条。

㉙《中国—圭亚那双边投资协定》第10条第1款。

㉚Salim Construtorri SpA and Italstrate SpA v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, para 8.

㉛SGS Societe Generale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, para 161.

㉜SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, para 135.

㉝Supra note⑳, at 61; Id.

㉞《华盛顿公约》第25条第1款。

㉟European Media Ventures v. Czech Republic [2007] EWHC 2851(Comm).

㊱《中日韩投资协定》第15条第9款第(1)项。

㊲中国与比利时、塞浦路斯、捷克、芬兰、德国、拉脱维亚、葡萄牙、斯洛伐克、西班牙和瑞典签署了新一代双边投资协定。See United Nations Conference on Trade and Development, <http://www.unctad.org>(last visited Apr. 4, 2020).

㊳Supra note㉞, at 646.

㊴Supra note㉞ at 646.

㊵Julian DM Lew, Loukas Mistelis and Stefan Kroll, CoMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, paras 28-32(Kluwer Law International 2003).

㊶《中国—马来西亚双边投资协定》第7条第3款;《中国—阿联酋双边投资协定》第9条第2款(a)项、(b)项。

㊷《中国—波兰双边投资协定》(1988)第10条第1款。

㊸投资者可援引最惠国待遇排除一年等待期的适用。Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Merits, Nov. 13, 2000.

㊹《华盛顿公约》第26条。其第一句规定:“除非另有规定,双方同意根据本公约交付仲裁,应视为同意排除任何其他救济方法而交付上述仲裁。”

㊺《中国—突尼斯双边投资协定》第9条第2款;《中国—波黑双边投资协定》第8条第2款。

㊻《中国—柬埔寨双边投资协定》第9条第1款和第2款。

㊼《中国—新西兰自由贸易协定》于2008年4月7日签署,并于2008年10月1日生效。该协定不仅适用于货物贸易(第3章)和服务贸易(第9章),还包括投资章节(第11章)。

㊽《中国—新西兰自由贸易协定》第153条第1款。

㊾《中国—东盟协议》第14条第4款(b)项和(c)项。

㊿Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, PRINCIPLES of INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 228(New York: Oxford University Press 2008).

①《中国—古巴双边投资协定》(2007年重新签订)第9条第3款。

②《中国—古巴双边投资协定》(2007年重新签订)第8条第5款。

③《中国—东盟协议》第14条第4款。

⑤4 United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement: Investor-State* 33, 34(2003); Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 *BRITISH YB INT'L L.* 151, 179(2003).

⑤5 *Elettronica Sicula S. p. A.(United States v. Italy)*, Judgment of Jul. 20, 1989.

⑤6《中国—加拿大双边投资协定》第22条。

⑤7《中国—乌干达双边投资协定》第8条第2款(b)项。

⑤8《中国—缅甸双边投资协定》第9条。

⑤9 *Emilio Agustin Maffezini v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

⑥0 Note of the Swedish Ambassador to China addressed to the Chinese Vice-Minister of Economics concerning the Sweden-China Agreement on the Mutual Protection of Investment dated Mar. 29, 1982, http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/china_sweden.pdf(last visited Apr. 4, 2020).

⑥1《中国—斯洛文尼亚双边投资协定》(1993)第8条第2款、第3款。

⑥2《中国—卡塔尔双边投资协定》(1999)第8条。

⑥3《中国—印度尼西亚双边投资协定》第9条。

⑥4《中国—埃及双边投资协定》第9条。

⑥5《中国—立陶宛双边投资协定》(1993)第8条第2款。

⑥6《中国—巴林双边投资协定》(1999)第9条第3款。

⑥7《中国—巴基斯坦双边投资协定》第10条。

⑥8《中国—英国双边投资协定》(1986)第7条、《中国—瑞士双边投资协定》(1987)第12条。

⑥9 Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *GUIDE TO ICSID ARBITRATION*(The Netherlands: Kluwer Law International 2004).

⑦0 Supra note①⑦, at 241-427; Report of the Executive Directors of the World Bank on the Convention(1993)1 ICSID Rep. 28.

⑦1《华盛顿公约》第25条。

⑦2 *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v. the Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4.

⑦3 Supra note①⑦, at 241-319.

⑦4 Model clauses are available at <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/main-eng.htm>(last visited Apr. 4, 2020).

⑦5 *Autopista Concesionada de Venezuela, CA v Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, para 95; Executive Directors' Report, Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1 ICSID Reports 28(1993); *AMERICAN J. INT'L L.* 60, 892(1966); *I.L.M.* 4, 524(1965), <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>(last visited Apr. 4, 2020).

⑦6《中国—阿尔及利亚双边投资协定》(1996)第9条第5款。

⑦7《中国—阿塞拜疆双边投资协定》(1994)第9条第5款。

⑦8《中国—克罗地亚双边投资协定》第9条第4款、第5款。

⑦9《中国—格鲁吉亚双边投资协定》第9条第3款a项、b项。

⑧0《中国—印度尼西亚双边投资协定》第8条第4款、第5款。

⑧1《中国—蒙古双边投资协定》第9条第5款、第6款。

⑧2《中国—越南双边投资协定》第8条第4款、第5款。

⑧3《中国—新西兰双边投资协定》(1988)第13条第6款;《中国—新加坡双边投资协定》(1985)第13条第6款。

⑧4《中国—秘鲁双边投资协定》(1994)第8条第3款。

⑧5《中国—智利双边投资协定》(1994)第9条第3款、《中国—冰岛双边投资协定》(1994)第8条第3款。

⑧6《中国—澳大利亚双边投资协定》第12条第4款。

⑧7《中国—比利时—卢森堡双边投资协定》(2009)第8条第2款。

⑧8《中国—以色列双边投资协定》第8条第1款(a)项。

⑧9《中国—德国双边投资协定》(2003)第9条第3款。

⑨0 Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between the States and Nationals of Other States, ICSID Doc 2, March 18, 1965, para 24.

⑨1《中国—东盟协议》第14条第4款(b)项。

⑨2 *Ethyl Corporation v. Canada*, Decision on Jurisdiction dated Jun. 24, 1998, *I. L. M.* 38, 708(1998); Supra note①⑦, at 303; Supra note⑦, at 232.

⑨3《中国—新西兰自由贸易协定》第153条第2款。

⑨4《中日韩投资协定》第15条第2款和第3款。

⑨5 An Chen, supra note⑨.

⑨6 Malcolm N. Shaw, *INTERNATIONAL LAW* 730(5th ed., Cambridge: Cambridge University Press 2003); Ian Brownlie, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 472(7th ed., Cambridge: Cambridge University Press 2008).

⑨7 M Sornarajah, *INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 254(2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press 2004).

⑨8《华盛顿公约》第26条第2句。

⑨9《中国—巴巴多斯双边投资协定》第9条第10款。

⑩0《中国—德国双边投资协定议定书》(2003)第6条(a)项;《中国—德国双边投资协定》(2003)第9条。

⑩1《中国—俄罗斯双边投资协定议定书》第3条。

⑩2《中国—东盟协议》第14条。

⑩3《中国—东盟协议》第14条第6款(b)项。

⑩4《中国—东盟协议》第14条第6款(b)项。

⑩5《中国—东盟协议》第14条第7款。

⑩6《中国—东盟协议》第14条第8款。

⑩7 Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* para 4.75(New York: Oxford University

Press).

⑩ Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Jurisdiction Award.

⑪ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of Dec. 8, 2003, para 90.

⑫ Gami Investments v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL Final Award of Nov. 15, 2004, para 37.

⑬ LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/1, Decision on Jurisdiction of Apr. 30, 2004, para 76; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of Jan. 14, 2004, para 95.

⑭《中国—约旦双边投资协定》第10条第2款、《中国—博茨瓦纳双边投资协定》第9条第3款、《中国—圭亚那双边投资协定》第10条第4款。

⑮《中国—俄罗斯双边投资协定议定书》(2006)第9条。

⑯《中国—捷克双边投资协定》(2005)第9条第4款。

⑰《中国—新西兰自由贸易协定》第153条第3款。

⑱《中国—墨西哥双边投资协定》第13条第4款。

⑲《中国—加拿大双边投资协定》第三部分第21条的附录第1、2、3条。

⑳《中日韩投资协定》第15条第7款。

㉑ Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction Jan. 22, 2000, para 63. 事实上,仲裁庭在其附加说明中表达了意见,即ICSID仲裁作为一种特定类型的仲裁,不能通过适用最惠国条款而改变成另一种仲裁。

㉒ Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka, Final Award of Jun. 27, 1990, para. 54. 可以说,在这种情况下,仲裁庭确实采用了“解释法”,一种“跨条约解释”,仲裁庭认为可“适当考虑早期或以后条约中涉及的与正在审议的条约中所处理的类似的问题”。See Final Award, para 40. 其他仲裁庭也采用了这种做法。例如,在Maffezini案中,仲裁庭考虑到缔约国在解释最惠国条款时的一般BIT实践。Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of Jan. 25, 2000, paras 52 et seq.

㉓ AWG Group Ltd. v. Argentina, UNCITRAL; Camuzzi International SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/2; Gas Natural SDG SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10; National Grid plc v. Argentina, UNCITRAL.

㉔ Pope & Talbot Inc. v. Canada, Award on the Merits of Phase 2 of Apr. 10, 2001, para 117; Pope & Talbot Inc. v. Canada, Award of May 31, 2002, para 12.

㉕ MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award of May 25, 2004, paras 100 et seq; 197 et seq.

㉖ Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction dated Feb. 8, 2005.

㉗ Id.

㉘《中国—东盟协议》第5条第4款。

㉙ Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria, Decision on Jurisdiction of Feb. 8, 2005, paras 183, 200, and 218; Salini Costruttori S. p. A and Italstrade S. p. A. v The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Jurisdiction of Nov. 15, 2004, paras 102; Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation, Award of Apr. 21, 2006, paras. 159–208; Telenor Mobile Communications A.S. v The Republic of Hungary, Award of Sep. 13, 2006, paras. 81.

㉚“走出去”战略是中共中央在1998年首次提出的。2001年,这一战略首次纳入《国民经济和社会发展第十个五年计划》。中共中央在《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中重申了执行这一战略的承诺。See http://news.xinhuanet.com/newscenter/2003-10/21/content_1135402.htm (last visited Apr. 4, 2020).

㉛ Florencia Jubany & Daniel Poon, Recent Chinese Engagement in Latin America and the Caribbean: A Canadian Perspective (Mar. 2006), Canadian Foundation for the Americas Research Report, http://www.focal.ca/pdf/china_latam.pdf (last visited Apr. 4, 2020).

㉜ Peter J. Buckley, Jeremy L. Clegg, Adam R. Cross, Hinrich Voss, Mark Rhodes & Ping Zheng, Explaining China's Outward FDI: An Institutional Perspective, in Karl P. Sauvant, Kristin Mendoza and Ince Irmak (eds.), THE RISE OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS FROM EMERGING MARKETS: THREAT OR OPPORTUNITY? 104–157 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd. 2008).

㉝ 该图根据中国商务部网站数据编制。<http://hzs.mof.com.gov.cn/accessory/200811/1226887378673.pdf>; <http://fec.mof.com.gov.cn/tjzl/jwtz/542706.shtml>; <http://sousuo.mofcom.gov.cn/query/queryDetail.jsp?articleid=20100106748083&query=%E5%AF%B9%E5%A4%96%E7%9B%B4%E6%8E%A5%E6%8A%95%E8%B5%84> (last visited Apr. 4, 2020).

㉞ 到2008年,中国的对外投资总额将达到1839亿美元,2009年将达到1500亿美元,可能与中国吸引外资的数额持平,这是历史上的第一次。See http://www.chinadaily.com.cn/china/2009-09/08/content_8668835.htm; <http://seekingalpha.com/article/163596> (last visited Apr. 4, 2020). Also see Daniel H. Rosen & Thilo Hanemann, China's Changing Outbound Foreign Direct Investment Profile: Drivers and Policy Implication, (2009) Peterson Institute of International Economics Policy Brief No.: PB 09–14, http://www.ciaonet.org/pbei/ie/0017250/f_0017250_14753.pdf (last visited Apr. 4, 2020). 根据联合国贸易与发展会议,发展中

国家对外直接投资的比例增加到平均14%,而中国占其中的10%。See UNCTAD's FDI Online Database.

^⑬The Decision of the State Council on Reforming the Investment System, Parts II and III, <http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-07/26/content1648074.htm>(last visited Apr. 4, 2020).

^⑭在经济上,中国的外汇储备在2004年和2005年破了纪录,分别达到6090亿美元和8180亿美元,这给了中国更多的资源实施“走出去”战略。See China's Forex Reserve Overtakes the Total Amount of G7 Countries, <http://news.163.com/08/0603/02/4DFRH5E00001234J.html>(last visited Apr. 4, 2020).

^⑮中国在20世纪80年代与主要的西欧国家签署了双边投资协定,中国正在与这些国家更新双边投资协定。

^⑯该图是根据联合国贸易与发展会议国际投资工具在线数据库(www.unctad.org/templates/page.asp)提供的信息编制的。此处所指的双边投资协定包括中国与发达国家缔结的新旧双边投资协定、2006年11月24日的《中国—巴基斯坦自由贸易协定》(第9章)、2008年4月7日《中国—新西兰自由贸易协定》(第11章)以及《中国—东盟协议》。

^⑰Supra note^②。

^⑱Stephan W. Schill, Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the Peoples Republic of China, 15(1)CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 73-118(2007)(揭示了中国在新的《中国—德国双边投资协定》中采用全面争端解决条款的主动行动); Yuqing Zhang, The Case of China, in Michael Moser(ed.), INVESTOR- STATE ARBITRATION- LESSONS FOR ASIA 156(Juris Publishing 2008)(指出西方国家希望中国在更新旧的双边投资协定时采用现代争端解决条款)。

^⑲在20世纪80年代中国和美国曾就双边投资协定进行过紧张的谈判。然而,这次谈判最终失败了,部分原因是受1989年政治风波的影响,部分原因是美国对征收和国有化给予及时、充分和足够的赔偿的立场。两个国家再次恢复谈判,并将其纳入2006年9月启动的战略经济对话。See e.g., Pat K. Chew, Political Risk and US. Investment in China: Chimera of Protection and Predictability, 34 VA. J. INT'L L. 615, 660(1994); Yuqing Zhang, supra note^⑬, at 155-156.

^⑳Judith L. Goldstein, Miles Kahler, Robert O. Keohane, and Anne-Marie Slaughter, Legalization and World Politics: An Introduction, in Judith L. Goldstein, Miles Kahler, Robert O. Keohane, and Anne-Marie Slaughter, LEGALIZATION AND WORLD POLITICS 1-17(IO Foundation and MIT 2001).

^㉑《中国—挪威双边投资协定》(1984)第2款。

^㉒《中国—丹麦双边投资协定》第8条。

^㉓《中国—法国双边投资协定》第8条第3款。

^㉔《中国—英国双边投资协定》第7条。

^㉕文献将没有外国投资者向中国提起任何一起案件的事实主要归因于中国的限制性BIT路径。See e.g., Stephan W.

Schill, supra note^⑬; Kathuyn Sanger, Basic Principles of Investment Treaties, in Michael Moser(ed.), INVESTOR-STATE ARBITRATION- LESSONS FOR ASIA 22(Juris Publishing 2008). 然而,一些评论家试图争辩说,对中国没有大量依据双边投资条约提起诉讼的原因是中国高度重视外国投资者。See e.g., Yuqing Zhang, supra note^⑬, at 159.

^㉖2004年《加拿大双边投资协定范本》第13条第1款、2004年《美国双边投资协定范本》第5条第1项、2005年《英国双边投资协定范本》第5条第1项。

^㉗Jose E. Alvarez, The Return of the State, 20(2)MINN J INT'L LAW 223-264(2011).

^㉘沈伟:《逆全球化背景下的国际金融治理体系和国际经济秩序新近演化——以二十国集团和“一带一路”为代表的新制度主义》,《当代法学》2018年第1期,第32页。

^㉙Donald Shea, THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTER- AMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY 20(Mineapolis: University of Minnesota Press 1955).

^㉚单文华:《从“南北矛盾”到“公私冲突”:卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野》,《西安交通大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第1-15页,第21页。

^㉛单文华:《“卡尔沃主义”死了么》,《国际经济法学刊》2008年第2期,第159-198页。

^㉜韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》,《现代法学》2014年第1期,第121-135页。

^㉝Pennsylvania Fair Trade Coalition, 2008 Presidential Candidate Questionnaire, Apr. 2, 2008, at 5.

^㉞单文华:《卡尔沃主义的“死亡”与“再生”——晚近拉美国家对国际投资立法的态度转变及其对我国的启示》,《国际经济法学刊》2006年第1期,第183-206页。

^㉟韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》,《现代法学》2014年第1期,第121-135页。

^㊱Gus Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17(1)EUR. J. INT'L L. 121(2006); Rudolf Dolzer, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, 37 N. YU. J. INT'L L. & POL. 953, 971(2005).

^㊲关于国际经济和金融领域的多边努力,可参见Chris Giles and Tony Barber, UK Bank Chief Calls for G20 Change, FINANCIAL TIMES, Jan. 20, 2010, at 6(报告称,英格兰银行通过发展投票程序和“变形”成为国际货币基金组织的理事机构,呼吁G20在全球经济复苏中发挥更大的作用); Chris Giles, Banks Warn of Need for Unity on Regulation, FINANCIAL TIMES, Jan. 27, 2010, at 2(报告称,世界上的大银行呼吁在20国集团成员之间遵循商定的资本、流动性、会计标准和薪酬的国际规则的协调规定,而不是实施诸如英国超级税务局和美国银行征税等国家单边行动)。