

公法视角下《外商投资法》 条约适用双轨制的证成与完善

彭岳

【摘要】《外商投资法》确立了条约适用双轨制。投资准入采取裁量执行的条约直接适用模式；其他事项则不直接适用条约。条约适用双轨制引发国际法和国内法两个层面的冲突。传统的国际公法视角难以说明《外商投资法》条约适用双轨制的合理性。从限制东道国政府规制权力、保护投资者合法权益的公法角度考察，条约适用双轨制的合理性在于，国内法所受实质冲击最小。然而，因未能注意到国内法与国际法之间在投资治理方面的制度分工，现行配套措施或过于强调条约义务，或过于主张国内法独立性，背离了条约适用双轨制的功能定位，理应得到纠正。

【关键词】外商投资法；条约适用；双轨制；公法视角

【作者简介】彭岳，南京大学法学院教授。

【原文出处】《北方法学》(哈尔滨)，2021.1.124~137

【基金项目】本文系国家社会科学基金“数字贸易规则变革及中国方案研究”(18BFX211)阶段性成果。

2020年1月1日，《外商投资法》正式施行。中国对外商投资实行“准入前国民待遇加负面清单”管理制度，在法律层面正式告别了长达40年之久的逐案审批管理模式。《外商投资法》是新时代中国构建开放型经济新体制的重要成果之一。与1979年全国人大制定《中外合资经营企业法》时的国际法律环境不同，当前中国签订了大量的经济条约和协定。其中，WTO协定中的《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)、《服务贸易协定》(GATS)以及《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)均涉及投资事项，已经签署的17份自由贸易协定绝大部分含有投资专章，双边投资协定更是增加到130多份。^①在此背景下，妥当处理《外商投资法》与国际条约之间的关系，构成了“创新外商投资管理制度，确立新时代外商投资法律制度基本框架”的重要组成部分，有助于“适应推动形成全面开放新格局、构建开放型经济新体制的新形势新要求，坚持对外开放基本国策，坚持市场化、法治化、国际化的改革方向”。^②在《外商投资法》和《外商投资法实施条例》的创制阶段，条约国内适用一直是学界和实务界争议的焦点之一。最终，《外商投资法》及其实施条例创设了一套独具特色的条约适用双轨制：投资准入的“可以执行”与投资

保护的“不予适用”。这一制度设计给本来就盘根错节的条约适用机制增加了新的枝蔓，由此引发诸多法律理论争议。其中，条约适用双轨制是否会导致法律体系内部以及体系之间的冲突，如何缓解乃至消除相关此类冲突成为理解和适用该制度的关键。

一、《外商投资法》条约适用双轨制的确立

对于条约国内适用这一重大问题，各国法律实践不一，学界也屡有争议。究其原因，该混乱局面既受国际条约本身复杂性的影响，也与各国有权自主决定如何适用条约有关，两相结合导致条约适用情况千差万别。^③

(一)投资准入的条约适用

《外商投资法》第4条规定了投资准入管理的基本原则，国家对外商投资施行准入前国民待遇加负面清单管理制度，负面清单由国务院发布或者批准发布。“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的，可以按照相关规定执行。”据此，条约适用需满足两大要素：(1)实体层面，应存在更优惠规定；(2)程序层面，可以执行。其中，更优惠规定的含义相对明确。如果中国政府在条约、协定中就相关投资领域作出了自由化或便利化的承

诺,但未被列入负面清单,则视为存在更优惠的规定。而基于何种裁量标准、由谁来判断执行等仍有待后续法律法规的澄清。值得注意的是,在《外商投资法》的立法过程中,相关外商(国)投资法草案曾就条约适用问题作出了不同规定。2015年1月,商务部曾公布《外国投资法(草案征求意见稿)》(以下简称“商务部征求意见稿”)。就整体内容和结构而言,该“征求意见稿”与2018年12月国务院提请全国人大常委会审议的《外商投资法(草案)》(以下简称“国务院草案”)存在较大差别。就投资准入的条约适用问题,两个草案也有不同。

“商务部征求意见稿”共有三处提及国际条约。首先,在总则章,第11条(投资协定)规定,国家根据平等互利的原则,促进和发展同其他国家和地区的投资,缔结多双边、区域投资条约、公约、协定。其次,在准入管理章的一般规定一节,第23条(目录制定程序)规定,特别管理措施目录由国务院统一制定并发布。国务院外国投资主管部门会同有关部门,根据国家缔结的多双边、区域投资条约、公约、协定和有关外国投资的法律、行政法规、国务院决定,提出制定或调整特别管理措施目录的建议,提交国务院审议。最后,在准入管理的准入许可一节,第32条(审查因素)规定,外国投资主管部门应从7个方面对外国投资进行准入审查,国际条约义务被列为第5项。整体而言,“商务部征求意见稿”采取了条约间接适用模式:一是作为制定特别管理措施目录的根据;二是作为是否应予以投资准入的审查因素之一。“国务院草案”第4条关于条约适用的规定简明直接,即“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度;中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者待遇另有规定的,从其规定”。与上述“商务部征求意见稿”不同,只要满足“对外国投资者另有规定”这一要件,条约即可直接适用,而无需通过特定国内法程序将其内容体现在特别管理措施目录之中,或作为投资准入审查因素之一。从法律效果来看,“国务院草案”的条约适用模式,兼具直接适用(DA: Direct Applicability)和层级较高(HS: Higher Status)特征,具有浓厚的一元论特征和国际主义色彩。^④条约适用采用 DAHS 模式有助于缔约方在国内法层面履行其国际条约义务,但相关国内规则将被国际规则所覆盖或替代。不可否认,随着国际法规则的“入侵”,经由实践理性打磨和历史发展形成的国内法体系很难维护其自身的完整性、融贯性和一致性。^⑤

与“国务院草案”中的条约适用模式相比,“商务部

征求意见稿”项下的条约的适用必须借助于国内法层面的特别管理措施目录和审查因素方能发挥作用,这一模式秉持国际法和国内法的二元论,由资本输入国政府单边掌控投资准入决定权,具有国家主义色彩。在中国构建开放性经济新体制以及积极融入国际经济治理体系,“实现高水平投资自由化便利化政策”的大背景下,条约间接适用模式多少有点不合时宜。但是,在技术层面,“国务院草案”所采纳的 DAHS 模式具有规则锁定效应,反而不利于准入前国民待遇加负面清单管理制度的与时俱进。申言之,根据“国务院草案”第4条,只要国际条约另有规定,不论国内负面清单关于外国投资者的待遇规定是否更为优惠,一律适用国际条约,显然有悖于进一步扩大对外开放的立法宗旨。最终,《外商投资法》采取了折中的条约直接适用模式,即在维持“国务院草案”DAHS 模式基本原则不变的情况下,将刚性适用改为裁量执行。

(二)投资保护的条约适用

投资协定可否直接适用显然会影响到外国投资者的权益。在诉讼过程中,基于自身利益之需要,外国投资者有可能直接依据国际条约之规定,主张条约项下的权利。比如,2001年“派安国际控股有限公司与广东省广州市矿产资源管理办公室关闭石矿场纠纷上诉案”中,上诉人派安公司认为被上诉人侵害其合法权益,应根据中国与澳大利亚投资协定给予补偿。对此,被上诉人认为,中澳投资协定应当转换成国内法后,才能成为行政机关执法的依据,因而不适用于本案。本案中,中澳投资协定是否直接适用至关重要。在判决书中,最高人民法院无视上诉人的法律主张,转而依据国内法作出判决,间接否定了投资协定的直接适用效力。^⑥

在《外商投资法》下,法院可否沿用上述做法仍有待观察。与投资准入管理不同,《外商投资法》并未言及投资保护的条约适用问题。基于有效解释原则,相关规定的缺失应具有不同的法律意义。问题是,在法律没有明确规定的情况下,是否必然意味着条约不能直接适用?2019年11月,司法部公布关于《外商投资法实施条例(征求意见稿)》(以下简称“司法部征求意见稿”),就投资保护的条约适用问题作出了规定,即“国家依照法律法规以及所缔结或者参加的国际条约、协定,保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益”。该条款表明,在起草者看来,为构建开放型经济新体制,上述最高法院的做法难以为继。从形式上

分析,“司法部征求意见稿”第7条对应着《外商投资法》总则第5条,即“国家依法保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益”。其中,“依法”被解读为“依照法律法规以及所缔结或者参加的国际条约、协定”。就其效果而言,根据《外商投资法》第26条,如果“外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的,还可依法申请行政复议、提起行政诉讼”。经由“司法部征求意见稿”第7条,外国投资者有权依照中国缔结或参加的国际条约、协定维护自身合法权益。涉及投资保护的条约条款在国内行政诉讼中得以直接适用。

与《外商投资法》投资准入条约适用制度相比,“司法部征求意见稿”关于投资保护的条约适用制度有如下不同:(1)主体不同。前者针对准入许可机关,后者针对外国投资者。(2)内容不同。前者涉及外国投资者准入待遇,后者与外国投资者的合法权益有关。(3)适用条件不同。前者由准入许可机关依职权裁量执行,后者由当事人依据条约条款申请行政复议、提起行政诉讼。值得注意的是,虽然“司法部征求意见稿”第7条也隐含 DAHS 特征,但与“国务院草案”第4条的立法境遇相比,可谓飘茵落溷:前者被整条删除,未能体现在《外商投资法实施条例》之中;后者通过裁量执行的方式得以保存。

二、《外商投资法》条约适用双轨制引发的法律冲突

《外商投资法》在确立条约适用双轨制的同时,也引发了两个层面的法律冲突:一是投资准入事项与非投资准入事项在条约适用模式上不一致,因缺乏合理区别对待的理由而产生的冲突;二是《外商投资法》规定与相关国际条约条款之间存在不一致,因国际条约不能在国内履行而产生的冲突。

(一)法律体系内部的冲突

1. 投资准入事项与非投资准入事项在条约适用上的不一致。法律体系内部的冲突主要表现为规则之间缺乏一致性,进而有可能违反整全性的要求。理论上,整全性要求可被区分为两项原则:“第一项是立法的整全性原则,它要求通过立法创制法律的那些人,保持法律原则上的融贯性。第二项是裁判的整全性原则,它要求负责判断法律是什么的那些人,将法律看作具有这样融贯性并予以实施。”^⑦不管整全性是否为当前的政治实践所承认、接受乃至践行,作为一种法治理想,它有助于维护法律的相对独立性,有助于法律人通过

理论分析和逻辑演绎而非摇摆不定的公平直觉来获得法律判决,本身就值得追求。^⑧在规范性层面,以整全性为标准评价法律体系内部的立法和司法实践也就有了正当性。仅从形式而言,《外商投资法》就投资准入明确了条约国内适用规则,同时在投资促进、投资保护和非准入的投资管理方面保持沉默,这本身就疑窦重重。首先,就投资促进,《外商投资法》第3条规定,“国家坚持对外开放的基本国策,鼓励外国投资依法在中国境内投资”。参照该法第二章(投资促进)的规定,此处的“依法”应指法律、行政法规、地方性法规。其次,就投资保护,《外商投资法》第5条仅提及“依法”保护外国投资者合法权益。参照该法第三章(投资保护)关于征收、汇兑、知识产权、商业秘密、政府规范性文件、政策承诺以及政府合同的规定,此处的“依法”应指法律、行政法规。最后,就非准入类的投资管理,《外商投资法》第四章(投资管理)分别就投资许可、行业许可、企业组织、生产经营、经营者集中审查、安全审查等作出规定。其中的“依法”因所涉事项不同而有所差异,总体上包括法律、行政法规和国家有关规定等。如果仅从立法文本分析,《外商投资法》的确仅在投资准入问题上明确提及条约适用问题。一个合理的推论是,对于其他投资事项,国际条约并不适用。问题在于,《外商投资法》条约适用双轨制的理由何在?如果缺乏一个合理的解释,则双轨制将缺乏融贯性,不符合整全性的法律理念。不仅如此,条约适用双轨制必然还会引发适用层面的边界争议:哪些事项属于投资准入的范围?

2. 理论争议对区别对待的忽视。如上所述,无论是“商务部征求意见稿”“国务院草案”还是《外商投资法》,其关于条约适用问题的规定均针对投资准入事项。自“商务部征求意见稿”和“国务院草案”公示以来,大量学者注意到国际条约适用问题,并在国内法优先还是国际法优先的传统分析框架之内提出建议或批评。问题是,相关讨论均未就为何区别对待投资准入事项作出合理化说明。值得注意的是,“商务部征求意见稿”的出台与中美之间进行的投资协定谈判有密切关系。2013年上海自贸区的设立和运行也为国家取消现行对外商投资的逐案审批体制,采取准入前国民待遇和负面清单的外资管理方式提供了实践支持。^⑨然而,要制定出一部“既符合我国经济发展阶段和基本国情又顺应国际通行规则发展要求的外国投资基础性法律”,^⑩涉及立法宗旨、调整内容和规范对象的定位之变,必然荆棘载途。有学者指出,“商务部征求意见稿”

所表征的外资立法活动具有重要的国际法意蕴,它使中国的外资法与以投资协定为主的国际法之间的互动进入一个崭新的阶段。一旦不能妥当衔接国际条约和国内法律,则可能产生两大负面效应:或是导致投资条约未在国内获得有效适用,从而无法发挥投资条约以开放促改革的作用;或是导致投资条约对国内外资法造成不必要的压力,从而压缩了中国政府的政策空间和规制权限。有鉴于此,中国应在外资立法中明确其与包括投资协定在内的国际法之间的关系。如规定“本法与中国缔结或加入的条约有不同规定的,适用相关的条约规定”,以及借鉴2002年最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第9条确立的“一致性解释”规则。^①

在中美贸易战进一步升级的背景下,“国务院草案”极具宣示意义。正是以此草案为基础,全国人大常委会形成了自己的立法草案。根据《外商投资法(草案)》的立法说明,制定本法“就是要在新的历史条件下通过国家立法表明将改革开放进行到底的决心和意志,展现新时代中国积极的对外开放姿态”。“国务院草案”第4条关于条约直接适用的DAHS模式可以说是此类决心、意志和姿态的自然而然产物。然而,就在全人大常委会“草案”迎来第二次审议之前,有学者就条约国内直接适用的DAHS模式提出了质疑,认为应通过转化适用的方式履行中国的条约义务,以排除外国投资者在中国法院依条约挑战中国法的风险。相应的理由包括:一是转化适用符合中国长期实践,凡涉及公权力的国际条约均转化适用而非直接适用;二是中国对外签订的条约内容各不相同,直接适用条约将破坏国内法法统一;三是直接适用将限制中国以国际法允许的其他方式实施调整政策的空间;四是转化适用可兼顾履行国际义务和保证国内法法统一等。^②

如上所述,《外商投资法》关于条约国内适用的规定与“国务院草案”中的条款更为类似。之所以在表述上有所改动,有学者解读为,迄今为止中国缔结或参加的国际协定、条约并未规定“准入前国民待遇加负面清单管理制度”,就投资准入而言,《外商投资法》的规定更为优惠,因而不太可能出现外国投资者在中国法院依条约挑战中国法的情形。反倒是“国务院草案”第4条“国际条约、协定对外国投资者待遇另有规定的,从其规定”的表述可能会造成当条约、协定规定劣于负面清单时,也要优先适用的问题。因此,《外商投资法》采取了“从优适用更优惠待遇原则”。^③问题在于,上述条

约适用的争议仅笼统地涉及国际法与国内法关系,无法说明《外商投资法》为何仅就投资准入事项规定条约直接适用。

(二)法律体系之间的冲突

法律体系之间的冲突因条约国内适用模式的不同而表现为不同的形式。就投资准入而言,体系间不一致表现为国内法层面的裁量执行与国际法层面的强制性义务相冲突。就其他投资事项,特别是投资保护而言,体系间不一致表现为国内法规定与国际法规定之间的冲突。

1. 投资准入方面的冲突。根据《外商投资法》第4条第4款,如果国际条约就外国投资者准入待遇有更优惠规定,可以按照相关规定执行。表面上,通过DAHS模式,该条款为国际条约条款进入国内法体系打开了绿色通道。根据该条,一项具体的投资准入条款能否真正在国内法体系内落地执行,需满足两个要素:更优惠规定以及裁量执行。一般情况下,判断国际条约是否存在更优惠待遇相对容易。就中国已经签订的国际条约而言,占比较大的双边投资协定很少专门涉及准入问题,而是与投资促进合并在一起表述,^④缔约方仅需依据本国法律、法规和准入协定的规定投资即可,无需承担额外条约义务。与之不同,中国在GATS以及自由贸易协定中就服务贸易的投资准入作出了相关承诺。此类承诺如与负面清单的限制性要求不一致,有可能构成对外国投资者更优惠的规定。以服务行业的商业存在投资为例,《外商投资法实施条例》第34条规定,“外商投资准入负面清单规定限制投资的领域,外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的股比、高管人员等方面的限制性要求”。而GATS第16条规定,对于市场准入,“每一成员对任何其他成员的服务和服务提供者给予的待遇,不得低于其在具体承诺减让表中同意和列明的条款、限制和条件”。如果一成员就市场准入作出承诺,除非在减让表中另有列明,否则对于已承诺的部门,一成员不得在本国维持或采取“以限制外国股权最高百分比或者限制单个或总体外国投资总额的方式限制外国资本的参与”。据此,在股比问题上,市场准入负面清单很有可能和市场准入承诺相抵触。在此情况下,投资审批部门必须决定,是否适用GATS的市场准入承诺,以及适用的程度。根据《外商投资法》第4条第4款,准入许可机关有权裁量是否适用国际条约更优惠的准入规定。如果准入许可机关最终按照国内法的规定执行,则国内法与国际法体系在

适用中就会产生冲突。

2. 投资保护方面的冲突。相比于投资准入,国内法和国际法在投资保护领域的体系间冲突更为复杂。这不仅体现在调整范围和保护标准上的不一致,还与救济机制息息相关。在调整范围和保护标准上,《外商投资法》与双边投资协定的规定存在差异。以中国与加拿大投资协定为例,该协定相关条款包括投资界定、最低待遇标准、最惠国待遇、国民待遇、征收、转移等。^⑭与之不同,《外商投资法》大大限缩了投资的范围,且在投资保护一章仅规定了征收、汇兑问题,既未言及最低待遇标准,也未施加最惠国待遇和国民待遇要求。由此,外国投资者依据协定可享有的合法权益范围和保护标准受到限制。在救济机制上,《外商投资法》与投资协定作出不同规定。如在中加投资协定中,缔约方分别就缔约双方之间的争端以及缔约一方投资者与另一缔约方之间的争端设立了两套仲裁程序。就后一类争端,投资协定第30条(准据法)特别规定,“依据本部分设立的仲裁庭应根据本协定、可适用的国际法规则处理争端涉及的问题,在适当时,仲裁庭应考虑东道国缔约方的法律”。国际仲裁实践早已承认,仅仅依靠若干投资协定条款不能构建出自足的国际投资法体制。^⑮国际投资仲裁兼具公法性和私法性,维护私人权益或商业利益为其功能之一。此类权益或利益可否在国际层面上得到维护,在很大程度上依赖于外国投资者能否依据东道国的国内法取得了相关权利。^⑯在此情况下,仲裁庭考虑东道国法律有其合理性。

与国际投资仲裁的混合体制不同,在国内法层面,因投资规制而产生的争端主要放置在公法框架下加以考察和解决。如依据《外商投资法》第26条,如果外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益,可通过投诉工作机制、申请行政复议和提起行政诉讼主张权利。行政诉讼在维护行政相对人权益的同时会限制行政机关的规制权,哪些法律可被作为裁判依据,不仅关涉个案的公正解决,还会影响到行政规制的合法性界限。对于国际条约可否作为行政审判的法律依据,《行政诉讼法》经历了从肯定到否定的发展历程。如1990年施行的《行政诉讼法》第72条明确采取了DAHS模式,即中国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。而在2014年修正案中,该条被删除。根据现行《行政诉讼法》第63条和第98条之规定,人民法院审理涉外行政诉讼,应以法律和行政法规、地方性法规为

依据。因此,一旦将外资投资争议纳入行政诉讼轨道,国际条约将被排除在法律渊源之外。由于国际条约关于投资者保护的实体规定并未完全体现在国内法之中,且《行政诉讼法》排除了国际条约的适用,在《外商投资法》无另外规定的情况下,^⑰国际法与国内法关于投资保护的冲突主要表现为投资者难以在国内法层面主张其条约权利。

三、《外商投资法》条约适用双轨制的合理性分析

《外商投资法》立法历程表明,条约适用双轨制是立法者审慎选择的产物。但是,该制度不仅导致《外商投资法》项下不同投资事项之间条约适用的一致,也使得国内、国际投资保护机制之间的对立更为突出。由此引发的理论争议是:为何立法者选择这一有可能产生法律冲突的条约适用制度?

(一)“失败”理论及其启示

早在“商务部征求意见稿”出台之际,已有学者从中国直接投资立法所面临的核心挑战出发,指出相关立法应在内部目标方面,促进投资保护、投资促进与投资监管的平衡;在外部协调方面,促进国内与国际投资法治的良性互动。前者体现在:投资保护以国际投资协定为主;投资促进以国内立法为主;投资规制应实现国内与国际立法相结合。后者表现为:对于经济事项,直接适用国际法可为市场参与者提供中立、公平竞争平台;对于具有较大社会影响和政治敏感事项,东道国国内法具有更大的正当性和制度优势。^⑱就条约适用问题,该理论提出应“分门别类”,即就较为敏感和当前不宜开放的领域,可用正面清单列举可以接受开放、适用国际法的事项;对于可以开放的领域,除负面清单明确保留部分,其他问题不适用国际法。^⑲然而,如果将上述政策建议与现行《外商投资法》的条文相比较,可以发现,实证材料恰恰不支持此类主张。如就投资保护事项,《外商投资法》并未采取以国际投资协定为主的思路,否则相关条文应规定,外国投资者可在诉讼中援引国际条约主张权利。就投资规制事项,《外商投资法》反而就较为敏感的投资准入事项规定了条约适用,对其他投资管理事项则付之阙如。除缺乏实证资料支持之外,“分门别类”理论在适用中还存在逻辑上的一致。这主要表现在,它或许能够说明应就投资促进和投资准入事项采取不同的条约适用方案,但很难被适用到投资保护以及非准入投资管理事项之上。

具体而言,与投资准入不同,涉及投资促进的国际条约很少包括强制性义务。^⑳受投资促进的目的和性

质所限,相关国内立法也采取了倡导式的表述方式,仅就投资促进设定相应政策目标。^②在国际条约缺乏强制性义务要求的情况下,《外商投资法》没有必要就投资促进事项规定专门的条约适用条款。问题是,即便以法律强制性为标准区分投资促进和投资准入事项,并认为应就后者适用国际条约,该解释也很难被拓展适用到投资保护以及非准入投资管理事项之上。与投资促进不同,众多国际条约已经就投资保护和投资管理设定诸多约束性义务。前者包括最低待遇标准、最惠国待遇、国民待遇、征收和汇兑等,后者除投资准入之外,还包括当地含量、外汇平衡和出口实绩等业绩要求。比照关于投资准入的做法,《外商投资法》理应同样规定条约优先适用。当然,“分门别类”理论还可进一步细化为投资准入与投资保护之间的不一致。即前者着眼于国家之间的权利义务问题,后者关注外国投资者合法权益与东道国规制权的平衡问题。根据习惯国际法,投资者无权要求一国开放投资市场,但可在一定条件下就其投资所受损害寻求赔偿。^③但是,如果采取这一新的分类标准,则又会使原来用于区别投资促进和投资准入的标准变得无关。不仅如此,这一观点仍不能解释,为何同为投资管理措施,投资准入和《外商投资法》中的其他管理事项,^④在条约国内适用方面存在显著不同。实际上,“分门别类”理论越是倾向于细致分类,则越是难以在各分类标准之间保持逻辑一致性。

基于上述分析,可以认为,尽管“分门别类”理论符合不同情况不同对待的朴素正义感,^⑤但其具体政策建议与《外商投资法》的条款直接相抵触,其分类标准无法逻辑一致地适用于投资促进、投资保护和投资管理诸事项。鉴于该理论既不能如实描述当前法律实践,也不能提出合理解释,^⑥只能被贴上“失败”理论的标签。尽管“分门别类”理论未能通过可信理论标准的检验,但其启示价值远超具体政策建议。具体而言,在理论脉络上,“分门别类”理论仍秉承传统国际公法的框架,只不过将其分析对象局限在“国内与国际投资法治良性互动”这一语境之下而已。“分门别类”理论的失败不仅仅在于缺乏逻辑一致、没有实证支持,还在于其理论假设——以传统国际公法视角来处理投资条约的国内适用问题——不再具有合理性。无论是对“商务部征求意见稿”和“国务院草案”的批判,还是对《外商投资法》的解读,传统国际公法理论争议的核心要点在于,《外商投资法》应以何种方式,并在多大程度上接纳国

际条约,从而履行中国国际义务。这一国际公法视角既与传统的国际仲裁视角存在着理论范式差别,也与新兴的公法视角、全球行政法视角有实质不同。^⑦尽管国际投资法体系本身尚处于发展变化的青春期,^⑧但无视其独特性,将之视为传统国际公法之一部分,并以传统的一元论、二元论方式类推处理投资条约、协定的国内适用,貌似解决了问题,实际上只是把相关争议推迟到履行阶段和争端解决阶段而已。为深入理解关于《外商投资法》条约适用双轨制,有必要选择妥当的理论视角。

(二)妥当视角的选择

学界普遍认为,投资协定(包括自由贸易协定中的投资专章)关于投资保护的两项制度设计,使其有别于传统国际公法条约:一是通过国际公法的条约机制,授予投资者以特定的实体权利,有助于营造稳定的投资环境;二是利用国际仲裁机制,就侵害实体权利行为,为投资者提供直接国际救济。^⑨但就如何理解这一独特的“国际公法权利+国际仲裁救济”,仍存在着理论框架之争。从商事仲裁视角而言,基于私法意思自治原则,仲裁员仅对特定投资争端中的当事人负责;从国际公法视角而言,国际投资仲裁内嵌在对国家行为施加法律限制的公共领域之内。两类视角各有偏重,自然存在着较大的框架效应和理论盲点。一方面,在国际投资法项下,通过并入商事仲裁的程序框架和执行结构,外国投资者可在国际层面直接启动仲裁程序,要求东道国承担法律责任,与传统国际公法的争端解决方式存在较大差别。另一方面,投资仲裁所涉争端事项、当事人关系、义务性质以及东道国同意仲裁的范围和性质等,都体现出对东道国规制权力的限制,超出了传统国际商事仲裁涵盖的范围。^⑩

根据法律场域(legal field)理论,上述投资协定创设了“一个象征领域,拥有自身网络、层级关系和专家,以及更广泛意义上自己的游戏规则,所有这些随时间而调整,与其他场域相关联”。^⑪随着国际投资争端从传统的枪炮外交转向法律治理,法律从业者开始大量涉入、影响乃至主导国际投资法的发展。^⑫世界银行于1965年创设国际投资争端解决中心(ICSID)时,想到的是如何解决合同争议。因而,以商事仲裁为模型建立国际投资仲裁机制具有历史合理性。早期国际投资仲裁的法律实践往往从便利国际商业活动的角度,着眼于保护投资者利益,投资仲裁的公法特征未能得到充分展现。理论上,一国既可以通过投资合同中的特别

条款,也可以通过外资法或条约中相关规定,就仲裁管辖作出同意表示。就前者,国家作为私主体行事,其特定同意仅限于个案;就后者,国家作为主权者行事,其概括性同意涵盖未来可能发生的投资争端。随着各国越来越多地采用概括性同意机制,旨在处理私人间互惠型法律关系的商业仲裁转变为控制公共权力行使的裁决机制。^③1996年之后,投资争端案件大量涌现,^④仲裁裁决的影响力远超个案。这不仅体现在国际投资仲裁具有高度自我指涉特征,相关裁决发挥着说服力先例效用,^⑤还体现在国际投资仲裁对外国投资者的保护越是成功,东道国的规制权就越会受到限制。在国际仲裁案件大量增加的背景下,仅仅基于法律技术上的理由——精英仲裁员裁决优于国内法院判决,不再能够说明国际投资仲裁的正当性。^⑥有鉴于此,一些国家建议制度改革,增强国际投资仲裁机制的代表性、包容性,并取得政府和利益相关方的信任。^⑦问题在于,基于外部压力的制度改革难以一蹴而就。以何种概念和方法来建构和分析国际投资法的核心矛盾——投资者权利保护和国家规制空间维护,将影响到相关法律场域的演进。^⑧

当前,外国投资者与东道国之间的争端主要以条约为基础,更多地集中在国家规制权的行使及其限度方面。与国内司法审查类似,国际投资仲裁庭对政府规制行为实施审查,涉及国家行为的合法性、政府决策的公平性等问题,具有典型的公法特征。与之相对应,新一代的国际投资协定开始出现“向国家回归”的趋势。^⑨通过详细议定实体条款内容、增设例外条款,明确条约事后解释权以及新设国家之间仲裁程序等,仲裁庭的权限受到严格限制。在这一缓慢的转型过程中,新旧势力对象征资本的争夺处于胶着状态。无论是注重私法个案解决的国际商事仲裁视角,还是强调公法主权国家特质的国际公法视角,均以平等主体之间的法律关系为关注点,不足以充分解释国际投资法的结构、功能和特征,也难以提供适当的概念工具对国际投资法进行重构,以缓解其正当性危机。^⑩

与国际贸易法和国际金融法类似,国际投资法也以经济全球化为制度背景,在国内、地区和国际层面形成了复杂的法律治理安排。该安排具有四大特征:(1)个体化原则。外国投资者不受传统国际法,如用尽当地救济的约束,有权直接提起私人请求。(2)损害赔偿原则。针对东道国主权不法行为,外国投资者可请求损害赔偿。(3)直接执行原则。外国投资者可在国内

法院请求直接执行相关仲裁裁决。(4)择地行权原则。外国投资者可通过选择设立控股公司的方式,寻求特定投资协定的保护。上述组合形成了独具特色的单边国家义务体系,即只有投资者可提起请求,只有国家对其不法行为承担责任。该体系最为接近全球行政法模型。^⑪从公法角度——限制东道国政府规制权力、保护投资者合法权益——来理解投资协定的内容和投资仲裁的功能,不仅能较为全面地描述当前国际投资法的实际运行状况,为进一步改革指明方向,还可充分利用现有法律框架更好地实现国内层面和国际层面的对接。

(三)公法视角下条约国内适用双轨制

《外商投资法》涉及投资促进、投资保护和投资管理事项,三者在整个法律体系内的比例大致相当。其中,属于投资管理事项的准入管理制度奠定了整部《外商投资法》自由化政策的基调。与国内法的安排相比,国际条约存在畸轻畸重现象。首先,就投资促进而言,虽然常常与投资保护相提并论,但重要性远不及后者。如中外投资协定关于投资促进的规定常常被压缩为一条,自由贸易协定对投资促进问题也是一带而过,甚至没有提及。^⑫其次,就投资管理而言,早期中外投资协定通常不直接规范投资管理行为,而是将其作为投资保护的对立面,隐含在协定文本之中。新近签订的投资协定则包含了若干投资管理条款,涉及健康、安全和环境措施、禁止性业绩要求、人员入境、知识产权和透明度、税收等事项。^⑬在中国签署的自由贸易协定之中,有若干协定涉及投资管理问题。^⑭与投资促进类似,投资管理并非中外投资协定和自由贸易协定投资章节关注的重点。即便准入前国民待遇有可能构成中国未来BIT的重要组成部分,^⑮总体上,投资保护条款仍将占据主导位置。

在公法视角下,国内投资法体系和国际投资条约体系等共同构成限制政府滥用规制权的治理安排,两者相互衔接,以应对经济全球化带来的规制挑战。通过对比《外商投资法》与国际投资条约的相关规定,可以发现,两类法律体系之间存在着较为明确的分工:(1)投资促进事项主要由国内法体系调整,国际条约仅规定倡导性原则。(2)投资保护事项,主要由国际法体系调整,国内法根据本国具体情况,作出特别规定。(3)投资管理事项,主要由国内法调整,国际法仅在有限情况下就国家管理行为作出限制性规定。在这一分工模式下,《外商投资法》的确可以就投资促进、投资保护和

投资管理分别规定不同的条约适用制度。就投资促进,无论是国内法还是国际法,仅规定了相应的政策目标,具体促进措施则留待政府自主确定。在此情况下,条约国内适用问题并无实践意义。就投资保护,在投资范围、保护力度和保护标准方面,国际条约的规定要优于国内法的规定。在此情况下,条约是否直接适用将产生实质性影响。就投资管理,有必要区分准入阶段与准入后阶段,前者与市场开放与否有关,后者关注如何规制市场问题。随着国际条约越来越多地涉及投资管理问题,条约适用制度的影响逐渐增加。

在上述制度分工的基础上,《外商投资法》主要依据对国内法实质冲击最小原则来处理条约适用问题。在这一原则之下,《外商投资法》的条约适用双轨制分别对应着准入阶段和准入后阶段。准入阶段采用条约直接适用模式,旨在提升中国对外开放和投资自由化的水平;准入后阶段,排除条约的直接适用,旨在维护国内规制的灵活性,以及国内私法部门的相对独立性。具体而言,对备受争议的投资保护问题,仍采取二元论的模式。国内法和国际法分别就投资者保护规定不同的实体义务和救济程序,投资者可选择采取何种路径维护自身权益。由此,国内法可以最大程度地免受国际法规则的冲击,从而实现国内财产法、合同法、公司法、证券法和知识产权法的相对独立。^④同样,对于可能限制一国如何规制市场行为的投资管理行为,《外商投资法》采取谨慎态度,未规定条约可以直接适用。而对于国家规制行为限制相对较少的市场准入问题,则引入了裁量执行的DAHS模式。

四、《外商投资法》条约适用双轨制下投资者权益保障

公法视角特别重视投资者权益保障与东道国规制权之间的平衡。上述分析主要从国内法与国际法制度分工的角度说明,《外商投资法》条约适用双轨制对国内法实质冲击最小。现在需要进一步分析的是,即便国内法与国际法规定不同,投资者的合法权益能否依然在条约适用双轨制下得到实质性的保障。

(一)投资准入事项中的投资者权益保障

根据《行政诉讼法》第63条和第98条,就外国投资者提起的行政诉讼,除非法律另有规定,人民法院审理案件以法律和行政法规、地方性法规为依据。由此,条约适用双轨制会直接影响到相关争议所涉法律渊源的范围。就投资准入待遇的法律适用,《外商投资法》采用了折中的条约直接适用模式,具体表现为,即使国际

条约有更为优惠的规定,主管机关也只是负有“可以按照相关规定执行”的义务。从字面上理解,“可以”意味着授予主管机关以公然的裁量权。在法治的理念下,裁量不同于依个人一时兴致而作出的选择,不同于采取明确的方法来达至确定的目标,也不同于就特定案件遵守相关规则等。法律之所以授予决策者以裁量权,主要原因是立法者无法做到全知全能。当面临事实的相对无知和目标的相对不确定时,由决策者基于实践理性,作出妥当选择不仅是必须的,也是合理的。^⑤

基于法治理念,决策者依法裁量意味着相关裁量权的行使必须满足法律设定的条件。在涉及投资准入待遇的行政诉讼中,法院审查的重点主要包括两个方面:一是国际条约、协定是否存在更优惠的准入规定;二是准入许可机关是否依法行使裁量权。在难易程度上,后者将成为争议的焦点。理论上,外商投资准入许可可分为身份准入许可和行为准入许可两类。根据《宪法》,外国投资者并不当然拥有在东道国的营业自由或结社自由,^⑥故外商投资身份准入许可不牵涉申请人的自由权保障问题。东道国在审查此类身份准入许可时,保有很大的裁量权。准入前国民待遇加负面清单管理制度没有改变外国投资者身份准入的特许性质。申言之,依准入前国民待遇原则,外国投资者享有类似于中国投资者的行为准入标准,而负面清单又基于外国投资者身份而给其营业自由施加了限制义务,故负面清单中的许可准入仍属于特许性质。^⑦对于此类特许,只要准入许可机关能说明正当理由,法院应当予以遵从。值得注意的是,实际操作层面,行政机关极有可能限制自身裁量权。如果准入许可机关不能说明偏离相关行政标准的合理性,则应认为构成行政违法。比如,《市场准入负面清单(2019年版)说明》第6条明确规定,“我国参加的国际公约、与其他国家签署的双边或多边条约、与港澳台地区达成的相关安排等另有规定的,按照相关规定执行。涉及跨界河流水资源配置调整的重大水利项目和水电站、跨境电网工程、跨境输气管网等跨境事项,应征求外事部门意见。”^⑧据此,准入许可机关的裁量权被压缩乃至剥夺。在此类可操作性的标准之下,无论国际条约的规定是否更为优惠,均应按照DAHS模式予以适用。^⑨

(二)其他非投资准入事项中的投资者权益保障

就投资准入之外事项的法律适用,《外商投资法》否定了条约的直接适用。相关立法政策考量包括两

类:一是保障公法规制空间和规制灵活性,包括防止投资者在诉讼过程要求法院适用国际条约,约束政府规制投资的权限,以及消除条约规则的锁定效应,确保本国有权根据实际情况改变规制目标、措施和原则等。二是维护国内私法体系相对完整,防止投资者在国内诉讼中以条约权利为手段,破坏国内法权利体系的平衡,进而威胁到国内财产法、合同法、公司法、证券法和知识产权法的整合性。但是,上述政策考量并不意味着在诉讼中,法院无需考虑中国在条约项下的国际法义务。

如上所述,《外商投资法》中诸多的术语与国际投资协定存在着对应关系,完全脱离国际条约的框架来理解和适用《外商投资法》将会导致众多法律概念、制度难以得到充分理解。从公法视角看,外商投资受到国内法和国际法的协同调整,将《外商投资法》“地方化”,将驱使大量投资争议流向国际仲裁,无助于有效和公平解决投资纠纷。理论上,为增强国内法体系与国际法体系之间的一致性,减少不必要的冲突,促进国际条约义务的履行,即使国际条约不直接适用,国内法院也有必要采取措施,将相关国际条约的规定视为解释国内成文法所需考虑的因素之一,通过一致性解释原则缓解两者之间的冲突。

然而,基于如下两个原因,一致性解释原则很难被法院适用。其一,在中国当前的解释体制下,一致性解释原则不具可行性。尽管一致性解释原则通行于全球,^⑤且在《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(以下简称《最高院规定》)中明确引入该原则,但受当前解释体制限制,法院大多回避适用该原则。^⑥“最高院规定”的制定背景是中国加入WTO后,法院需避免国内法解释与WTO协定产生冲突,保证WTO规则在国内得到实施。^⑦为此,《最高院规定》第9条要求“人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释,其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的,应当选择与国际条约的有关规定相一致的合理解释,但中华人民共和国声明保留的条款除外”。然而,在中国现有的法律解释体制下,无论是国内成文法解释还是国际条约解释,相关法体系内部均存在着与国内法院解释相竞争的其他权威性解释。如何处理此类竞争关系不仅直接影响到案件的结果,还会触及各主体之间如何分配解释权限。在此情况下,法院以一种极为保守的方式适用一致性解释原

则有其合理性。^⑧尽管贸易行政案件的范围并不必然涵盖外商投资行政案件,^⑨将一致性解释原则适用于后者也将面临类似的解释权限分配问题。其二,国际投资争端的平行诉讼体制降低了一致性解释原则的必要性和重要性。外商投资行政案件的复杂性在于,相关案件的当事人很可能同时也是国际投资仲裁的当事人。在国际投资法的制度框架下,国内行政诉讼和国际投资仲裁是平行的两条轨道,两者在法律依据、裁决程序和救济方式方面存在显著不同。投资者有权选择采取何种路径救济自身的权利。反观国际贸易法,WTO协定第16.4条规定,“每一成员应保证其法律、法规和行政程序与所附各协定对其规定的义务相一致”。这就在制度上形成了国内法向国际法靠拢的局面。在国际条约不能直接适用的情况下,采取一致性解释固然有利于促成国际法之于国内法的向心力,但是,如果制度本身未采取“中心—边缘”结构,而是倾向平行结构,则国内法院似无必要为了国际法在国内实施而采取一致性解释原则,限制乃至否定行政机关解释法律的权限。

综上,在国内诉讼中,投资者能否依据《外商投资法》条约适用双轨制获得权益保障,受诸多因素的影响。在现有的配套法律制度下,相关条款的施行结果已经偏离了制度设计初衷。如《市场准入负面清单(2019年版)》的相关说明大大压缩了行政机关关于投资准入许可的裁量权,虽然能保障投资者权益,但违背了实质冲击最小原则,具有国际义务锁定效应,不利于维护国内规制空间和保持规制的灵活性。至于非投资准入事项,相对于贸易行政诉讼实践,法院拥有更为充足的制度理由遵从从行政机关的解释,而非通过一致性解释原则引入条约内容。投资者权益因此被切割进纯粹国内法语境之中,而难以从国际条约中获得启发性的支持。在公法视角下,这一非平衡的结果恰恰是《外商投资法》条约双轨制所力图要避免的场景。

五、结论

一个能够说明条约适用双轨制的可信理论至少应具有三个要素:理论前提假设的合理性、逻辑的一致性和拥有实证材料的支持,缺少其中任何一项,相关理论很可能被贴上“失败”的标签。然而,很少有理论能够如此“成功”,以至于既可以解释事物或制度存在的合理性,又可为其完善提供标准。现实世界中,受知识、信息和认知等所限,更多的理论建构在理性无知或策略性无知的基础之上。^⑩此类“似真民间理论”具有内

容简约、表面有效、修辞简洁、支持通行信念等特征,具有一定的说服力。但是,貌似真实也为相关理论假设、逻辑关系和实证支持等蒙上了一层面纱,延缓乃至阻碍了人们对理论可信度的进一步拷问。^⑤

在绝大多数情况下,“似真民间理论”能够缓解社会对一般原则的需求,符合常识的启发式思维模式,无需进一步论证。^⑥然而,对于《外商投资法》条约适用双轨制这一新生事物,无论是泛泛而谈地采取一元论、二元论,还是相对聚焦的“分门别类”理论,均受传统国际公法视角所限,不能很好地描述和解释该制度的独特性与合理性,更难以就制度改良提出建设性和可行性的建议。借鉴“分门别类”理论关于促进国内与国际投资法洽的良性互动的洞见,本文从公法视角出发,将国际投资法理解为国内投资法体系与国际投资条约体系进行制度分工的综合工程,旨在保护投资者免受东道国政府行使公共权力所导致的特定“损害”。分析表明,《外商投资法》主要依据对国内法实质冲突最小原则,分别就投资准入和准入后事项规定了不同条约适用制度。毕竟,投资准入仅与市场开放的自由化程度有关,而准入后事项将无可避免地牵扯到如何平衡政府规制权维护与投资者权益保障的问题。针对市场开放,一国完全可以借助国民待遇原则,维护本国法律制度的完整性与独立性。但对于准入后的投资保护、投资管理等事项,国内法层面的公法规制与私法保护很有可能因为更高国际标准的引入而受到影响。可以认为,条约适用双轨制既提高了中国投资开放的自由化程度,又能够维护本国规制公法和市场私法的独立性,符合当前《外商投资法》的时代定位。

然而,正如所有法律制度一样,《外商投资法》条约适用双轨制只是一种基本上够用工具,需要持续接受具体适用效果的检测。根据现有的配套制度,特别是《市场准入负面清单(2019年版)》的相关说明以及法院关于一致性解释的司法实践,条约适用双轨制内在的缺陷被进一步放大:在投资准入领域,不仅条约直接适用,准入许可机关的裁量权也被剥夺,僵化的DAHS模式借尸还魂。在条约不适用的非投资准入领域,法院拒绝通过一致性解释原则来缓和国内法的过度“地方化”。上述配套制度既严重影响国际投资法洽的制度分工,也不利于准入许可机关和法院发挥能动性,在法律许可的范围之内,促进国内投资法的国际化。在外商投资基本法律制度已经确立的情况下,当前应进一步完善《外商投资法》相关配套制度,防止在条约适用

方面出现冰火两重天的极端现象,从而发挥条约适用双轨制应有的制度功能,推进国内法与国际法的协同发展。

注释:

①有15份协定或重新修订、签订,或附加了议定书。参见商务部条法司:《我国对外签订双边投资协定一览表》,资料来源于商务部网站:<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>,最后访问时间:2020年3月15日。

②参见全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨在第十三届全国人民代表大会第二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国外商投资法(草案)〉的说明》。

③参见左海聪:《直接适用条约问题研究》,载《法学研究》2008年第3期;彭岳:《国际条约在国内适用中的制度僵化及其解决》,载《中国法学》2014年第4期。

④See John H. Jackson, Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis, 86 Am. J. Int'l L. 310, 313(1992).

⑤如果站在某一国内部门私法的角度来考察国际规则的“入侵”,很可能得出“国际法没有理论”的结论。究其原因,国内部门私法通常发生在相对封闭的国内法语境之下,相关制度的设计和运行可在这一语境下达成精微的平衡。但是,一旦国际法的规则得以适用,原本的平衡将会被打破。国际规则的“入侵”必然威胁到此前理论的说理力。

⑥参见最高人民法院(2001)行终字第15号行政判决书。

⑦[美]罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海三联书店2016年版,第133页。

⑧See Pierre Bourdieu, The Fore of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field, 38 Hast. L. J. 814, 820(1987); Frederick Schauer, Giving Reasons, 47 Stan. L. Rev. 633, 653(1995).

⑨参见龚柏华:《国际化和法治化视野下的上海自贸区营商环境建设》,载《学术月刊》2014年第1期,第39—44页;任清:《〈外国投资法(草案征求意见稿)〉中的三个关键词》,载《中国法律评论》2015年第1期,第74页。

⑩商务部《关于〈中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)〉的说明》(2015年1月19日)。

⑪参见蔡从燕:《〈外国投资法(草案)〉中的国际法因素》,载《中国法律评论》2015年第1期,第68页。

⑫参见郭丽琴:《外商投资法将二读,涉及国际条约细节引争议》,资料来源于第一财经网:<https://www.yicai.com/news/100108900.html>,最后访问时间:2019年12月28日。

⑬参见孔庆江、丁向群:《关于〈中华人民共和国外商投资法〉立法过程及其若干重大问题的初步解读》,载《国际贸易问题》2019年第3期,第12—13页。

⑭如《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于促进和相互保护投资协定》(2008年)第2条、《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》(2012年)第3条。

⑮在中国已经签订的协定中,《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》(2012年)磋商时间最长、篇幅最大。

⑯Asian Agriculture Products Ltd APP v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka(Award, 27 June 1990), 4 ICSID Rep 250, 257.

⑰See Zachary Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 B. Y. Int'l L. 152, 195(2003).

⑱《行政诉讼法》第98条为条约适用留下通道,即如果法律另有规定,涉外行政诉讼可突破第63条所设定的法律渊源,直接适用国际条约。

⑲参见王鹏、郭建萍:《论中国直接投资法律体系的重构——监管逻辑、历史演进与政策挑战》,载《国际经贸探索》2016年第2期,第109页。

⑳前引⑲,第111页。

㉑参见温先涛:《孰南?孰北?妥协还是共识?——评中国—加拿大投资保护协定》,载《武大国际法评论》2013年第2期,第283页。

㉒就此《外商投资法》第13条和第14条具有典型性。前者规定,“国家根据需要,设立特殊经济区域,或者在部分地区实行外商投资试验性政策措施,促进外商投资,扩大对外开放”;后者规定,“国家根据国民经济和社会发展的需要,鼓励和引导外国投资者在特定行业、领域、地区投资”。在性质上,这些条款虽然涉及投资自由化政策,但与具有类似政策诉求的投资准入条款相比,缺乏必要的强制性。

㉓See Jeswald W. Salacuse, The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital, Oxford University Press 2013, pp. 308—330.

㉔如《外商投资法》第32条的企业生产经营活动要求、第33条的经营者集中审查、第34条的外商投资信息报告制度以及第35条的外商投资安全审查制度等。

㉕正如卢埃林所言,“无论在什么地方提到正义的概念,它都会要求,类似的人在类似的情况下应当得到类似的对待。我不知道为什么,事实就是这样”。参见[美]卢埃林:《荆棘丛:关于法律与法学院的经典演讲》,明辉译,北京大学出版社2017年版,第52页。

㉖See M. LoPucki, Systems Approach to Law, 82 Cornell L. Rev. 479, 480(1997).

㉗See Gus Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17 Eur. J. Int'l L. 121, 145—147(2006); Stephan W. Schill, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, 22 Eur. J. Int'l L. 875, 887(2011).

㉘See Anthea Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System, 107 Am. J. Int'l L. 45, 78(2013).

㉙See Kenneth J. Vandeveld, A Brief History of International Investment Agreement, 12 U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 157, 170—175(2004); Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 Fordham L. Rev. 1521, 1527 (2005).

㉚See Stephen W. Schill, Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach, 52 Va. J. Int'l L. 57, 71—78 (2011).

㉛See Pierre Bourdieu and Loïc J. D. Wacquant, An Invitation to Reflexive Sociology, Chicago University Press 1992, pp. 94—100.

㉜不同于法官,仲裁员有商业利益为其客户提供“有效的和经济上有价值的服务”。对于投资仲裁界的杰出人物而言,在一起案件中作为仲裁员的同时,在另外案件中作为投资者或国家的代理人,并在其他案件中向当事人提供法律意见并不罕见。See Joost Pauwelyn, The Rule of Law without the Rule of Lawyer? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus, 109 Am. J. Int'l L. 761, 774—781(2015); Sergio Puig, Social Capital in the Arbitration Market, 25 Eur. J. Int'l L. 387, 421(2014).

㉝根据ICSID公约,只有在国家和投资者表示同意时,ICSID仲裁庭才获得管辖权,同意的方式包括合同、成文法或条约。最初,国家和投资者的同意主要体现在两者签订的投资合同之中。在此情况下,国家大多以私人身份参与投资仲裁。投资仲裁具有显著的商事仲裁特征。然而,随着越来越多的国家通过成文法或条约方式表示同意受ICSID管辖,越来越多的公法领域事项进入投资仲裁。与前一种国家逐案特别同意不同,后一种国家同意是针对未来争端所作出的概括性同意,相当于承认投资仲裁的管辖权。在此情况下,商业领域由商事仲裁解决,公共领域留待国内法院解决的传统法律分工被打破。投资仲裁不仅覆盖商业范围,也延伸到了公共领域。See Gus Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17 Eur. J. Int'l L. 121, 142—145(2006).

㉞虽然早在20世纪50年代就出现了双边投资协定,但直至90年代,世界银行集团下设的ICSID才出具第一份投资仲裁裁决书。See Asian Agricultural Products Ltd(AAPL)v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ABR/87/3, Final Award(June 27, 1990).

㉟如在Saipem S. p. A. v. People's Republic of Bangladesh (ICSID Case No. ARB/05/07, Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures(Mar. 21, 2007), 22 ICSID Rev. 100)案指出:“本仲裁庭认为自身不受制于此前决定。同时,本庭认为,必须充分考虑仲裁庭的更早决定。我们认为,除非另有更有说服力的理由,仲裁庭有义务采取一系列一致性案件所确立

的解决方案。我们还认为,在受制于既定条约规定和实际案件情况的前提下,仲裁庭有义务寻求对投资法的和谐发展做出贡献,从而满足国际团体对正当性期待的需求,以及该投资者对于法律确定性的期待。”

③⑥ See Sergio Puig, Recasting ICSIDs Legitimacy Debate: Towards a Goal-Based Empirical Agenda, 36 *Fordham Int'l L. J.* 465(2013).

③⑦ 中国政府的立场可参见《投资人与国家间争端解决制度可能的改革:中国政府提交的意见书》。

③⑧ See Sergio Puig and Gregory Shaffer, Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law, 112 *Am. J. Int'l L.* 361, 383(2018).

③⑨ See José E. Alvarez, The Return of the State, 20 *Minn. J. Int'l L.* 232, 235—238(2011).

④⑩ 在20世纪20年代,劳特派特认为,就绝大多数实践目的而言,国际法的法律一般原则等同于私法一般原则。但是到了60年代,沃尔夫冈·弗里德曼已经认识到,国际法科学不能再满足于类推适用私法类别。为适当类推,必须在整个法律中寻求“文明各国所承认的一般法律原则”。随着公共机构与私人法律主体之间的国际法律关系越来越重要,公法将成为国际法日渐肥沃的渊源。See Wolfgang Friedmann, The Uses of “General Principles” in the Development of International Law, 57 *Am. J. Int'l L.* 279, 295(1963).

④⑪ See Gus Van Harten and Martin Loughlin, Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17 *Eur. J. Int'l L.* 121, 121—122(2006); Benedict Kingsbury, Nico Krisch, & Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, 68 *Duke L. J.* 15, 20(2005).

④⑫ 如《中国—韩国自由贸易协定》(2015年)第12.2条规定,“一缔约方应鼓励另一缔约方投资者在其领土内投资,并为之创造有利的环境”;《中国—澳大利亚自由贸易协定》(2015年)关于投资一章中未提及投资促进问题;《中国—智利自由贸易协定》(2009年)第128条采取了类似于双边投资协定的表述,即“一缔约方应鼓励另一缔约方的投资者在其境内投资,并依照其法律和法规接受这种投资。”比较特殊的是《中国—瑞士自由贸易协定》(2013年),仅规定了投资促进事项。

④⑬ 如《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》(2013年)第10条;《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》(2012年)第7—10条;《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》(2012年)第7、9、14条。

④⑭ 如《中国—韩国自由贸易协定》(2015年)第12.7条、12.8条和第12.16条;《中国—新西兰自由贸易协定》(2008年)第

140条。

④⑮ 参见陈咏梅、何圳申:《中国外商投资法的变革及其与国际协定的协调》,载《国际商务研究》2019年第6期,第53页。

④⑯ See Julian Arato, The Private Critique of International Investment Law, 113 *Am. J. Int'l L.* 1, 3(2019).

④⑰ See H. L. A. Hart, Discretion, 127 *Harv. L. Rev.* 652, 658, 661(2013); Kent Greenawalt, Discretion and Juridical Decision: The Elusive Quest for the Fetter That Bind Judges, 75 *Colum. L. Rev.* 359(1975).

④⑱ 《宪法》(2018修正)第18条规定:“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。”

④⑲ 参见徐键:《论外商投资的准入许可》,载《兰州学刊》2020年第1期,第46页。

④⑳ 《国家发展改革委、商务部关于印发〈市场准入负面清单(2019年版)〉的通知》(发改体改[2019]1685号)。

㉑ 理论上,仍可能出现《市场准入负面清单》的规定优于国际条约相关规定的情况。如果按照国际条约规定执行,则可能违反《外商投资法》第4条第4款的规定。

㉒ See Gerrit Betlem and André Nollkaemper, Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation, 14 *Eur. J. Int'l L.* 569, 571—572(2003).

㉓ 2002年8月27日最高人民法院审判委员会第1239次会议通过,法释[2002]27号。

㉔ 参见2002年8月29日,李国光在最高人民法院公布《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》新闻发布会上的讲话,载最高人民法院司法解释小文库编选组编:《行政诉讼司法解释》,人民法院出版社2006年版,第62页以下。

㉕ 参见彭岳:《一致性解释原则在国际贸易行政案件中的适用》,载《法学研究》2019年第1期,第193页。

㉖ 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第1条规定,下列案件属于本规定所称国际贸易行政案件:(一)有关国际货物贸易的行政案件;(二)有关国际服务贸易的行政案件;(三)与国际贸易有关的知识产权行政案件;(四)其他国际贸易行政案件。

㉗ See Linsey McGoey, The Logic of Strategic Ignorance, 63 *Brit. J. Soc.* 553(2012).

㉘ See Terence C. Halliday, Plausible Fold Theories: Throwing Veils of Plausibility over Zones of Ignorance in Global Governance, 69 *Brit. J. Soc.* 936, 946—949(2018).

㉙ See Donald N. McCloskey, The Rhetoric of Law and Economics, 86 *Mich. L. Rev.* 752, 754—757(1988).