

## 【国际经济法】

# “一带一路”倡议下中蒙双边投资协定的升级

史晓丽

**【摘要】**《中蒙双边投资协定》生效28年来一直未进行更新,其投资保护远低于两国对外所签国际投资协定的平均水平,北京首钢等中国公司在诉蒙古国政府国际投资争端案中的败诉与此不无关系,因此亟需更新或者以此为基础构建高水平的中蒙自由贸易协定投资规则。尤其是应纳入整体缺失的国民待遇,完善“投资”与“投资者”定义、最惠国待遇、公正与公平待遇、间接征收、投资者与东道国争端解决等条款,并纳入与可持续发展和公共政策有关的规定。

**【关键词】**中蒙BIT;国际投资协定;北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案

**【作者简介】**史晓丽,中国政法大学国际法学院教授,博士生导师,法学博士。

**【原文出处】**《当代法学》(长春),2022.2.133~147

**【基金项目】**本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“国际投资仲裁案例大数据分析:以《能源宪章条约》投资仲裁案件为视角”(18SFB2053)的阶段性成果。

蒙古国在2014年与我国建立全面战略伙伴关系,同时也是“一带一路”倡议的重要实施节点。目前,蒙古国实行市场经济体制,多次修改外国投资法以放宽投资准入限制,并积极缔结和参加与投资有关的国际条约,外国投资者有权依据涉蒙双边投资协定(BIT)、自由贸易协定(FFA)和其他国际条约中的投资规则寻求保护。在我国,《中国与蒙古国鼓励和保护投资协定》(以下简称《中蒙BIT》)于1993年生效后,许多中外BIT进行更新,并达成多项新的高标准投资协定或者FTA投资规则。2020年生效的《外商投资法》更是在市场开放和投资保护等方面做出重大改善。中蒙两国在国内立法和国际条约方面的重大利好发展为《中蒙BIT》升级提供了充分基础。本文旨在从两国立法以及缔结和参加国际投资条约的晚近发展、中蒙国际投资争端案件等视角,探讨两国为保护外国投资提供的国际法救济路径及其作用,并结合两国对外所签国际投资条约和全球新一代国

际投资协定的最新发展动向,分析《中蒙BIT》的不足并提出升级路径和具体建议,更好地推动“一带一路”建设。目前,国内外尚无学术成果对《中蒙BIT》进行深入的理论和实证研究。

## 一、问题的提出:北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案引发的教训

《中蒙BIT》(1991年8月26日签署)是蒙古国缔结的第3个BIT和我国缔结的第28个BIT,1993年11月1日生效后一直未进行更新。协定仅有12条,载明了定义、投资促进、最惠国待遇及其例外、征收、投资本金和收益的转移、代位求偿权、缔约国之间的投资争端解决、一缔约国与另一缔约国投资者之间的投资争端解决。因缔结时间较早,《中蒙BIT》对投资的保护标准整体低于两国对外所签BIT的平均水平,远不能适应双边经贸关系的发展需要。持续多年的“北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案”(Beijing Shougang and Others v. Mongolia)突显了该协定的严

重滞后和投资保护力度的严重欠缺。该案是协定生效后仅有的一起中国投资者指控蒙古国政府违反《中蒙BIT》的争端案件,也是我国第一起由大陆投资者依据中外BIT的规定请求与外国政府进行国际投资争端仲裁的案件。<sup>①</sup>

该案中,秦皇岛市秦龙国际实业有限公司(以下简称“秦龙公司”)在2002年与蒙古国巴里图公司(BLT)合资成立“胡德尔县图木尔泰有限公司”,并在2004年将在该企业的部分股份分别转让给两家中国国企(北京首钢矿业投资有限责任公司和中国黑龙江国际经济技术合作公司)。2005年,蒙方股东BLT将图木尔泰939A矿区的铁矿石开采许可转让给合资企业,并获得蒙古国政府批准。2006年9月13日,蒙古国以合资企业多次严重违反开采许可中的某些要求为由,废除该项开采许可。此后,合资企业和中蒙两国股东多次与蒙古国政府进行交涉,均未能得到解决。BLT和合资企业还向蒙古国首都行政法院起诉,并上诉到最高法院,均被驳回。2008年,蒙古国国有企业Darkhan冶炼厂获得图木尔泰939A矿区的开采许可。合资企业随后就已开采出的铁矿石产权和矿区土地使用权问题在蒙古国法院起诉Darkhan冶炼厂,遭遇败诉。

2010年2月12日,三家中国股东(总股比70%)根据《中蒙BIT》提出国际投资争端仲裁请求,认为蒙古国政府废除铁矿石开采许可的措施构成对其投资的非法直接征收和间接征收,且未给予经济补偿,违反了《中蒙BIT》第4条关于征收的规定,蒙古国应赔偿投资本金6000万美元和利润等损失,或者恢复合资企业的矿区采矿许可。蒙古国反诉称,中方企业进行虚假陈述给其造成至少1亿美元损失,并且废除采矿许可是对合资企业违法行为的处置,不构成征收。蒙古国还提出仲裁庭管辖权异议,认为《中蒙BIT》第8条第3款关于仲裁范围的规定并未涵盖中方企业请求仲裁的事项。该款明确规定可提交仲裁的事项仅限于因征收补偿数额引发的争端,对于征收措施是否正当问题应当在蒙古国法院起诉,协定

关于可仲裁事项的规定构成法院诉讼事项例外。而且中国早期签署的类似投资协定和缔约实践已充分表明,中国不愿将征收措施是否正当问题提交国际仲裁。本案中,中方企业并未主张其与蒙古国发生的是征收补偿数额争端,而是要求蒙古国归还采矿许可,这显然包含了对征收措施正当性的指控,因而不在于仲裁庭管辖范围内。

因更换首席仲裁员等原因,该案临时仲裁庭在2017年6月30日做出管辖权裁决,支持了蒙方抗辩。仲裁庭同意新加坡上诉法院在“澳门世能公司诉老挝政府案”中对类似条款的解释,<sup>②</sup>认为《中蒙BIT》第8条第3款是为了限制仲裁庭管辖权。根据该规定,只有当一项争端“涉及征收的补偿数额”时,方可提交仲裁。第3款中的措辞已经明确将仲裁庭的管辖范围限定在征收方支付的补偿数额是否足够充分这一问题上,而不是应否给予补偿。这是两国在谈判《中蒙BIT》时做出的选择,而且此种解释也符合协定的宗旨和目的。如果广义解释,将使该项规定失去意义。因此对于蒙古国废除采矿许可是否构成非法征收,仲裁庭没有管辖权。如果蒙古国政府已经正式宣布采取征收措施,并且因具体补偿数额发生了争议,仲裁庭方可拥有管辖权。

2017年9月28日,中方企业向美国纽约南区地方法院申请撤销仲裁裁决,认为诉求事项具有可仲裁性。2019年11月19日,法院判决驳回中方起诉,认为中方企业通过申请仲裁、在仲裁中发表意见以及长达7年时间积极参与仲裁等行为放弃了对可仲裁性问题的异议机会,争端各方已经清晰无误地同意由仲裁庭认定可仲裁性问题,因此仲裁庭并未超越仲裁权限,仲裁裁决具有法律效力。<sup>③</sup>2019年11月25日,中方企业向美国第二巡回上诉法院提起上诉。2021年8月26日,上诉法院判决驳回中方上诉。<sup>④</sup>

从2010年2月北京首钢等中国公司对蒙古国政府提起国际投资争端仲裁,再到2021年8月美国法院对该案仲裁裁决做出司法复审二审判决,这项索

赔金额超过6000万美元的中蒙国际投资争端持续了长达11年,并且中方企业连续败诉,这与《中蒙BIT》未能及时更新不无关系。该案尚未进入实体问题审理就在仲裁庭管辖权异议阶段遭遇“滑铁卢”,实属遗憾。实际上,众多传统中外BIT均面临这一共性问题。我国早期签署的绝大多数中外BIT仅允许投资者将与征收补偿数额有关的争端提交国际仲裁,但在1993年加入《解决一国与他国国民投资争端公约》(以下简称《ICSID公约》)后,情况有所改变。1997年,我国在与南非签署的BIT中首次允许投资者将所有国际投资争端直接提交国际仲裁,2000年与伊朗签署的BIT再次采用该做法,此后的所有中外BIT不再将国际仲裁范围限定在征收补偿数额上。从众多涉华国际投资争端仲裁案件看,中方的败诉暴露了我国投资者依据中外投资协定获取法律保护的现实困境。至今未能升级的《中蒙BIT》就是严重滞后的中外投资协定之一,因此亟需完善和更新,使其适应我国境外投资保护和“一带一路”建设的需要。

## 二、蒙古国外商投资促进和保护机制的晚近发展

蒙古国自20世纪90年代改革开放至今,已形成通过国内法和国际法两大途径促进和保护外国投资的完整法律体系。2013年,蒙古国颁布《投资法》,大幅度改革外商投资市场准入和监管机制。在国际层面,蒙古国积极缔结和参加与投资有关的国际条约,并先后加入了世界银行、国际货币基金组织(IMF)、世界贸易组织(WTO)、亚洲开发银行等多个国际经济组织,全方位推动国内改革开放。

### (一)蒙古国《投资法》进行的大刀阔斧改革

为吸引外资,蒙古国在1993年颁布《外国投资法》。随着“矿业兴国”战略的实施,大量外国投资进入矿产等行业。2011年,蒙古国成为全球经济增速(17.3%)最快的国家之一。<sup>⑤</sup>2012年5月,蒙古国颁布《战略领域外国投资协调法》,将矿业、金融、媒体通讯行业列为关系国家安全的战略领域,对外国投资者(尤其是外国国有投资或者含国有成分的投资者)

设置严格的投资准入和经营条件限制,导致大批外国投资者被迫撤离,外国投资额断崖式下滑。迫于经济压力,蒙古国在2013年4月紧急修订该法,只有特定主体(外国政府持有一定股比的外国投资者)在上述三大领域进行投资时,方受该法限制。

为了稳定投资环境,蒙古国在2013年9月颁布新立法——《投资法》,统一规制内外投资者在蒙古国境内进行的投资。并对外商投资制度进行大幅改革:第一,实行内外资统一待遇。在投资准入阶段赋予外商国民待遇,取消对外国私营投资者的投资领域限制。对于在矿产、银行和金融、媒体和通讯领域投资的外国投资者,其政府持股33%或以上的,仍需获得批准。第二,大幅度消减禁止投资的行业范围。第三,强化投资环境稳定机制。投资者可以要求与政府签署协议以确保投资待遇的稳定性,或者要求政府对公司所得税、关税、增值税、矿产特许权使用费等项政策签发稳定证书(有效期可长达27年)。第四,加大投资优惠力度,建立税收和非税收激励机制。第五,简化企业注册程序,将其与投资审批程序合并,企业在注册登记后即可从业。上述改革为促进外商投资提供了法律保障,同时也为蒙古国对外签署高标准的国际投资协定和投资规则扫清了法律障碍。

### (二)蒙古国促进和保护外国投资的国际法路径与标准提升

改革开放后,蒙古国积极参与全球投资秩序治理,签署和加入了多项国际条约并赋予其重要地位。蒙古国《投资法》第2条明确规定:“蒙古国加入的国际条约与本法有不同规定的,优先适用国际条约的规定”。截至目前,已有多项国际投资争端案件援引涉蒙国际条约对蒙古国政府提起仲裁,外国投资者由此获得了与蒙古国政府进行平等对话的机会。

### 1. 蒙古国促进和保护外国投资的多边途径及其积极作用

蒙古国从1991年起陆续加入《ICSID公约》《多

边投资担保机构公约》(以下简称《MIGA 公约》)和《能源宪章条约》(以下简称“ECT”)。到2021年12月,根据《ICSID 公约》设立的世界银行“解决投资争端国际中心”(以下简称“ICSID”)已受理两起蒙古国政府被诉仲裁案件,其中“意大利 Alstom 公司诉蒙古国政府案”(Alstom Power v. Mongolia)已和解结案。<sup>⑥</sup>“美国 WM 矿业公司诉蒙古国政府案”(WM Mining Company, LLC v. Mongolia)正在审理中。此外,根据《MIGA 公约》设立的世界银行“多边投资担保机构”已为多个位于蒙古国的外国投资项目承保了政治风险。

ECT 是一些国家在能源贸易和投资领域达成的一项多边国际条约,它为全球能源安全提供了国际法保障。到2021年12月,已有三起国际投资仲裁案件指控蒙古国政府违反 ECT。其中一起案件正在审理,<sup>⑦</sup>另一起案件和解结案,<sup>⑧</sup>“Khan 等公司诉蒙古国政府案”(Khan Resources v. Mongolia)则做出支持外国投资者的仲裁裁决。该案中,三家分别设在加拿大、荷兰和英属维尔京群岛的公司在蒙古国共同投资了一铀矿开采项目。后因蒙古国政府取消开采许可,于2011年根据 ECT、蒙古国1993年《外国投资法》、合资企业协议提起仲裁,指控蒙方违反了 ECT 中的间接征收、公平和公正待遇、全面保护与安全、非歧视措施和保护伞条款,要求赔偿3.58亿美元损失。蒙古国政府提出仲裁管辖权异议,遭仲裁庭驳回,<sup>⑨</sup>并最终认定征收措施违反了 ECT 和蒙古国《外国投资法》的规定,应向仲裁申请人赔偿投资本金、利息和其他费用等损失共计1亿美元。<sup>⑩</sup>后因与蒙古国政府达成获赔7000万美元的和解协议,申请人终止了对蒙方的所有索赔程序(包括仲裁裁决执行程序)。<sup>⑪</sup>

## 2. 蒙古国 BIT 和 FTA 投资规则的发展与升级

蒙古国从20世纪90年代改革开放到2021年12月共签署了42个BIT(36个已生效),<sup>⑫</sup>其中大多在2000年前达成,主要载明与《中蒙BIT》类似的传统条款,内容简单且保守。但是1997年生效的《蒙古国与美国BIT》是蒙古国第一个现代国际投资协定,不仅在序言中强调人权、劳工、健康、企业社会责任、消除

贫困等社会目标,还在传统条款基础上规定了协定的适用范围(税收措施除外)、利益拒绝、投资准入前和准入后国民待遇和最惠国待遇、争端解决最惠国待遇例外、禁止业绩要求、高级管理人员、透明度、基本安全例外、承诺表和保留、肯定性承诺条款。2007年缔结的《蒙古国与芬兰BIT》也纳入了类似规定。2016年,蒙古国与加拿大签署BIT,在《蒙古国与美国BIT》基础上融入更多现代国际投资协定条款,例如公司社会责任、卫生与安全 and 环境措施条款等。与BIT相比,蒙古国缔结 FTA 的时间较晚,到2021年12月仅达成《日本与蒙古国经济伙伴关系协定》(2016年生效,以下简称《蒙日 FTA》)。该协定的投资专章在《蒙古国与美国BIT》基础上特别规定了司法程序的援用、不符措施、临时保障措施、审慎措施、卫生与安全以及环境措施、劳工标准条款。

总体而言,蒙古国在2015年之后开始全面接受现代国际投资协定模式,《蒙加BIT》和《蒙日 FTA》是晚近发展的典型代表,其共性特点是:第一,内容全面。一是增加了与可持续发展和公共政策有关的条款,例如一般例外、安全例外、卫生与环境保护、劳工标准、公司社会责任条款、不符措施等,东道国政府的正当规制权得到充分保障。二是对主要条款做出详细规定,例如间接征收的认定标准、不符措施、禁止业绩要求、投资待遇例外、争端解决条款例外等。第二,放宽外商投资准入待遇,提高保护标准。协定将国民待遇和最惠国待遇扩大适用于投资准入前,并要求缔约方提供不低于习惯国际法的待遇。

BIT 和 FTA 的缔结为外国投资者在蒙投资提供了更多的国际法保护依据和救济途径。到2021年12月,已有四起国际投资仲裁案件指控蒙古国政府违反 BIT。其中“意大利 Alstom 公司诉蒙古国政府案”和解结案,“俄罗斯 Paushok 等投资者诉蒙古国政府案”(Paushok v. Mongolia)做出支持投资者的裁决。<sup>⑬</sup>“北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案”则裁决仲裁庭无管辖权,“美国 WM 矿产公司诉蒙古国政府案”正在审理中。《蒙日 FTA》则因生效时间较短,

尚未发生日本投资者指控蒙古国政府的争端案件。

### 三、我国外商投资促进和保护机制的新发展

#### (一)我国《外商投资法》对外国投资政策的重大改革

1978年改革开放后,我国先后在1979年、1986年和1988年颁布《中外合资经营企业法》《外资企业法》和《中外合作经营企业法》(统称“外资三法”),并发布配套行政法规和部门规章,形成了相对完善的外商投资法律体系。2001年底加入WTO后,又对“外资三法”进行小幅调整。上述法律的颁布为吸引外商投资发挥了重要的法治保障作用,我国连续多年保持世界第二大引资国地位,2020年跃升为世界第一大引资国。但是随着改革的深入,以规范外商投资企业组织形式、组织机构和生产经营活动为主旨的“外资三法”严重滞后,无法适应新时代扩大对外开放和构建开放型经济新体制的需要。为此,全国人大常委会先后在2013年和2014年授权在部分自贸试验区暂时调整外商投资企业审批等规定,试行准入前国民待遇加负面清单管理方式。2016年9月修订“外资三法”,在全国范围内对举办外商投资企业实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。2019年3月15日全国人大通过《外商投资法》(2020年1月1日生效),12月12日国务院颁布《外商投资法实施条例》,形成我国新型外商投资法律制度的基本框架。

《外商投资法》是我国第一部全面规范外商投资问题的统一法,对投资促进、投资保护、投资管理等问题做出了系统性规定。与先前立法相比,该法有如下突出特点:第一,对外商投资继续实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。第二,确立了国际条约在投资准入待遇上的优先地位。我国缔结或者参加的国际条约和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。第三,重视投资促进机制。该法将其置于第二章,并特别要求政府提高政策透明度、保障外商投资企业平等参与市场竞争以及投资准入后的内外资政策一致性(包括利

用国家支持性政策、参与标准制定和政府采购、融资等)、加强外商投资服务、鼓励和引导外商投资。第四,强化投资保护制度。该法不仅禁止强制技术转让,还明确要求地方政府不得违反政策承诺和依法订立的合同,不得滥用管理权等,并强化了外商投资企业投诉工作机制。第五,建立系统的外商投资信息报告制度。由于我国《外商投资法》和蒙古国《投资法》均对内外资实现了统一监管,并放宽投资准入限制,从而为升级《中蒙BIT》提供了国内法基础。

#### (二)我国缔结和加入的国际投资协定及其晚近发展特点

我国在20世纪80年代末和90年代初加入《ICSID公约》和《MIGA公约》,但是未加入ECT。截至2021年12月,我国在ICSID提起一起仲裁案件,但遭遇败诉;另有五起被诉仲裁案件,其中一起案件做出裁决但支持了外国投资者诉求。<sup>④</sup>在投资保险方面,MIGA已为多个外国投资者的在华投资项目承保了政治风险。

我国从1982年开始对外签署BIT。截至2021年12月已生效中外BIT有104项,<sup>⑤</sup>在数量上仅次于德国。其中绝大多数协定在2000年前签署,内容简单且保守,主要载明与《中蒙BIT》类似的传统条款。但是在2012年5月签署的《中日韩投资协定》中,我国开始接受现代国际投资协定条款,例如禁止业绩要求、人员出入境、金融审慎措施、税收条款、环境措施、拒绝授予利益、临时保障措施、安全例外、特殊程序及信息要求、透明度、知识产权等。同年9月签署的《中国与加拿大BIT》也规定了类似条款。在区域层面,我国自2001年加入WTO后开始缔结VIA,截至2021年12月已对外签署16项协定。<sup>⑥</sup>其中2015年与澳大利亚签署的FTA开始接受少量现代国际投资协定条款,例如适用范围、业绩要求、不符措施、一般例外、拒绝授予利益等。2019年与毛里求斯签署的FTA则纳入更多现代规定,例如最低待遇标准、高级管理人员和董事会、透明度、特殊程序和信息披露、根本安全利益、审慎措施、税收等条

款。此外,升级谈判后的大部分中外BIT和FTA也不同程度地引入现代国际投资协定条款。

2020年11月我国与14个国家签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)是中外投资协定缔约史上的重要转折点,是已生效中外BIT和FTA中投资保护水平最高的协定。该协定不仅规定了最低待遇标准、禁止业绩要求、高级管理人员和董事会、保留和不符措施、特殊程序和信息披露、拒绝授予利益、安全例外、投资促进、投资便利化等现代条款,还将国民待遇扩大适用于投资准入前,这是中外投资协定首次规定投资准入前国民待遇。

我国还在2021年9月16日正式申请加入《全面与进步的跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP),该协定同样规定了投资准入前国民待遇,并引入企业社会责任以及投资与环境、卫生和其他监管目标等现代国际投资协定条款。此外,我国与欧盟在2020年12月30日共同宣布完成《中欧全面投资协定》(CAI)谈判,一旦该协定签署和生效,将成为投资自由化水平和保护标准最高的中外投资协定。在该协定中,我国首次接受投资自由化承诺条款,以清单形式做出市场开放承诺,并在投资准入前提供国民待遇。CAI还对影响投资准入和经营活动的许可和资格要求以及相关程序、透明度、金融服务、投资与可持续发展(包括环境、劳工)、政府间的争端解决等问题做出详细规定,尤其是通过引入补贴的透明度、国有企业相关条款、禁止强制技术转让等规定,强化了公平竞争要求。中欧双方还承诺在协定签署后两年内完成投资保护和争端解决条款谈判,建立最先进的投资保护标准和以联合国贸发会改革建议为基础的投资争端解决机制。

总之,我国在《外商投资法》中已提高外商投资市场准入待遇和保护标准,并从2020年开始在中外投资协定谈判中接受投资准入前国民待遇、市场准入承诺、与可持续发展和公共政策相关的条款以及现代国际投资协定的更多规定,具备了升级《中蒙BIT》的国内法基础。

#### 四、《中蒙BIT》的升级路径与升级原则

鉴于许多国家的国际投资协定大多在2000年之前签署,内容过于简单和模糊,无法为外国投资者和东道国政府提供充分保障,联合国贸发会议一直督促各国尽快更新此类协定以减少国际投资争端的发生,并发布了一系列政策文件,为改革提供指引。《中蒙BIT》是典型的传统国际投资协定,而且是保护标准更低者,许多重要方面存在严重缺陷,甚至低于两国对外所签BIT的平均水平,因此有必要尽快升级,以满足我国作为蒙古国主要投资来源国的现实需要,适应“一带一路”倡议和新时代改革开放的新形势和新要求。

##### (一)《中蒙BIT》的升级路径

根据中外投资协定既有实践,升级《中蒙BIT》有两种可选择途径:一是签署新的《中蒙BIT》。我国从2000年开始先后与德国、法国、比利时和卢森堡、芬兰、荷兰、瑞士、葡萄牙、西班牙、乌兹别克斯坦、韩国、尼日利亚、古巴、土耳其重新签署BIT,引入现代国际投资协定条款。二是在未来中蒙FFA中纳入投资专章,以《中蒙BIT》为谈判基础,达成更高标准的FTA投资规则。中蒙两国已在2017年5月宣布启动FTA可行性联合研究并设立联合工作组,但至今未完成联合报告并做出启动FTA谈判的决定。2001年加入WTO后,我国陆续与多个国家和地区签署FTA,其中绝大多数协定专章规定了更高标准的投资条款,为构建高水平的中蒙FTA投资规则积累了经验。

尽管越来越多的FTA纳入投资规则,但是BIT仍是调节和规范跨国资本流动的主导性国际制度。<sup>①</sup>根据联合国贸发会议的统计,到2020年底全球共达成国际投资协定3360项,其中2943项是BIT,含有投资规定的国际条约仅有417项。<sup>②</sup>因此在中蒙FTA签署之前或者两国决定不在FTA中纳入投资条款,《中蒙BIT》将继续发挥促进和保护投资的主导作用。而且从现实紧迫性看,重新签署《中蒙BIT》是最为迅速的升级路径。而FTA谈判议题比较广泛,通

常涉及货物和服务贸易及其市场准入、投资、竞争、争端解决、相关社会条款等问题,容易久拖不决。但优势是可以通过不同谈判议题的攻防配合实现全局利益平衡,进而推动高标准投资规则的达成。从缔约实践看,FTA投资规则在市场准入水平和投资保护标准方面普遍高于BIT。

自2014年建立全面战略伙伴关系以来,中蒙两国高层互访非常频繁。尤其是在2020年初中国抗击新冠疫情最为艰难的时刻,蒙古国总统来华访问并提供力所能及的物资与资金等方面的支持,中国各界也在疫情防控初见成效后积极向蒙古国提供资金、技术和物资援助,<sup>①</sup>这为两国进行高水平和高标准的《中蒙BIT》升级谈判奠定了政治互信基础。

## (二)《中蒙BIT》的升级原则

无论重新签署《中蒙BIT》还是在中蒙FTA中纳入投资规则,均应坚持如下原则:

第一,立足两国现实所需。受2012年外商投资管控政策和国际市场大宗矿产品价格持续下跌等因素的不利影响,蒙古国的吸引外资额大幅下降,<sup>②</sup>急需大量外资进入,带动经济复苏。中蒙两国经济互补性强,合作潜力巨大,矿产资源、基础设施、金融合作“三位一体、统筹推进”的总体合作框架已经先行开展,尽快升级《中蒙BIT》不仅是深化两国经贸合作和推进全面战略伙伴关系的重要保障,也是构建高水平中外投资协定法律体系的必然需要。作为管理国际投资关系的主要工具,BIT应当在推进“一带一路”倡议中发挥重要作用。<sup>③</sup>同时也应当根据两国达成的将“一带一路”倡议与蒙古国“发展之路”战略、中蒙俄经济走廊建设进行对接的共识,拟定《中蒙BIT》升级方向,服务于两国共同发展。

第二,以中蒙两国外商投资立法、《中蒙BIT》和两国晚近签署的BIT和FFA为谈判基础。《中蒙BIT》在覆盖范围、投资待遇、投资保护和国家规制权等方面严重滞后,而两国近年签署的BIT和FTA均已接受现代国际投资协定的众多条款,尤其是投资准入前国民待遇条款。而且蒙古国《投资法》与我国《外

商投资法》都确立了外资与内资待遇一致、扩大市场开放、简化投资程序的相同目标,从而为升级《中蒙BIT》扫清了法律上的障碍。

第三,顺应现代国际投资协定的发展趋势。国际投资协定改革已讨论多年,并普遍认可针对五大实体规则优先改革:一是在政府提供投资保护的同时,确保在公共利益方面行使规制权;二是改进投资争端解决机制,以化解现行体制的正当性危机;三是促进和便利投资;四是确保负责任的投资,使外国投资的积极作用最大化、潜在负面影响最小化;五是促进国际投资协定之间的有机协调,避免差距过大、重叠和矛盾,并使投资关系保持连续性。<sup>④</sup>因此,许多国家开始在国内立法和国际投资协定中纳入相关改革建议,例如RCEP、CPTPP、CAI、《美墨加协定》等近年达成的国际投资协定均对东道国规制权以及可持续发展有关的条款予以强化。《中蒙BIT》升级也应充分考虑上述发展趋势,使之在保驾护航的同时兼顾公共利益和可持续发展目标。

## 五、升级《中蒙BIT》的具体建议

### (一)适用范围、保护的投资与投资者

#### 1. 适用范围条款的整体缺失与增补

协定的适用范围是现代国际投资协定的重要条款,《中国与加拿大BIT》对此做出专门规定。许多国际投资协定还特别载明了不适用的特定事项和领域。例如,RCEP第十章(投资)规定,该章不适用于政府采购、缔约方提供的补贴或补助、缔约方相关机构或主管机关行使政府职权时提供的服务等。《中国与澳大利亚FTA》第九章(投资)规定,该章不适用于政府采购、缔约方提供的补贴或援助(包括政府贷款、担保和保险)等。《中蒙BIT》未载明适用范围条款,故有必要在升级时明确该问题,尤其是不适用的事项,以减少投资争端发生。

#### 2. “投资”和“投资者”界定范围上的缺失与完善

对“投资”和“投资者”的定义宽窄直接关系到协定的保护范围。《中蒙BIT》以资产为基础将“投资”界定为一缔约国投资者依照另一缔约国的法律和法规

在后者领土内投资的各类财产,并进行非穷尽式列举,但是并未明确要求一项“投资”必须具有投资特征。而中蒙两国对外签署的许多国际投资协定(例如《中日韩投资协定》《蒙古国与韩国 BIT》等)明确提出了“投资特征”要求。鉴于国际投资协定主要保护商业性投资,RCEP、CPTPP、《美墨加协定》等近年签署的现代国际投资协定均对“投资”提出“投资特征”要求,因此在《中蒙 BIT》升级时有必要借鉴该做法,将“投资”限定为具有投资特征的活动。

对于“投资者”,《中蒙 BIT》将其界定为具有中国国籍或蒙古国国籍的自然人以及在中国或蒙古国设立的经济实体。而在国际投资实践中,非经济实体也会进行境外投资。因此绝大多数国际投资协定对“法律实体”进行广义解释,使其涵盖非经济实体。由于《中蒙 BIT》将法律实体类的“投资者”局限于“经济实体”,故在“北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案”中引发了申请人资格问题,暴露了该协定缺陷。该案中,蒙古国政府认为三个中方申请人不是《中蒙 BIT》第1条第2款所述的合格“投资者”。仲裁庭驳回该主张,认为《中蒙 BIT》对于“经济实体”并未在组织类型、商业目的、所有权或控制情况的基础上进行区分,而且根据该协定使用的措辞也无法认定起草者有此意图。因此,经济实体应是指从事经济或商业活动的各类法律实体,三个中方申请人均是从事经济活动的公司,是否由中国政府直接或间接控制并不影响其作为经济实体的性质。而且也没有证据表明。申请人是在中国政府明确指示下进行海外投资以实现中国政府的对外政策目标。秦龙公司(私营企业)的股东代理另外两个中方申请人(国有企业)的行为不能证明其是在中国政府控制和指示下进行的,而且蒙古国颁发的合资企业证书已经载明三个中方申请人是该公司的投资者。<sup>②</sup>

在国际投资协定缔约实践中,RCEP等绝大多数国际投资协定均对“法律实体”进行广义解释,将营利机构涵盖在内。因此《中蒙 BIT》升级时应当借鉴该做法,使“法律实体”包含非经济类的组织。只

要是自然人和法律实体,均可作为投资协定的保护对象。

### 3. 对某些投资者拒绝授予利益条款的整体缺失与增补

拒绝授予利益条款主要载明东道国有权拒绝给予某些外国投资者以国际投资协定项下利益的具体情形,通常包括两种情况:第一,一缔约方的投资者是由非缔约方投资者拥有或控制,并且拒绝授予利益的缔约方(东道国)明确禁止与该非缔约方投资者进行交易;第二,一缔约方投资者是由非缔约方投资者或者拒绝授予利益的缔约方(东道国)投资者拥有或控制,并且在该缔约方领土内并未从事实质性营业活动。拒绝授予利益条款旨在避免非缔约方的投资通过某些途径搭便车享受国际投资协定项下的优惠政策。中蒙两国对外签署的许多国际投资协定均已纳入该条款,因此《中蒙 BIT》升级时有必要参照 RCEP、CPTPP 等协定载明拒绝授予利益条款。

#### (二)投资待遇

东道国给予外国投资者及其投资的待遇主要包括国民待遇、最惠国待遇、公正和公平待遇(美式国际投资协定代之以“最低待遇标准”),几乎所有现代国际投资协定都要求东道国政府同时提供这三类待遇。

#### 1. 对国民待遇的全面缺失与增补

国民待遇要求东道国给予外国投资者及其投资的待遇不低于在同等条件下给予本国投资者及其投资的待遇。国民待遇不仅是投资待遇的核心和谈判焦点,也是外围投资者维护合法权益的有力武器。根据联合国贸发会议的统计,截至目前有 144 起投资争端案件诉称东道国政府违反了国民待遇义务。<sup>③</sup>中蒙两国对外签署的 FFA 和绝大多数 BIT 都规定了国民待遇条款,但是只有《中蒙 BIT》等极少数早期签署的投资协定未能纳入该规定。《中蒙 BIT》对国民待遇条款的全面缺失严重滞后于各国对外签署的国际投资协定以及中蒙两国对外所签 BIT 和 FTA 的通行做法,是该协定的最大缺陷,对我国企业在蒙投资极

其不利。

关于完善方案,如前所述,中蒙两国外商投资法以及近年对外签署的国际投资协定已开始将国民待遇扩大适用于投资准入前(即投资的设立、收购、取得、扩大)。蒙古国2013年颁布的《投资法》赋予外国投资以准入前国民待遇,凡是法律未禁止的行业都允许外商投资。<sup>⑤</sup>蒙古国分别与美国、芬兰、加拿大签署的BIT以及《蒙日FTA》均规定了投资准入前国民待遇。在我国,2020年1月1日生效的《外商投资法》明确规定对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单制度,对负面清单之外的投资领域给予外国投资不低于中国投资的待遇。我国在中外投资协定中也开始接受投资准入前国民待遇条款,2020年11月与多个国家签署的RCEP是我国首次接受此类规定。我国提出加入申请的CPTTP和已完成谈判的CAI也载明投资准入前国民待遇条款。因此,赋予投资准入前和准入后国民待遇应是《中蒙BIT》升级的首要任务。而且为了维护国家利益和公共利益,有必要借鉴CAI等协定的规定,纳入不适用国民待遇的具体情形。

## 2. 最惠国待遇在适用范围上的模糊性与改进

最惠国待遇是指东道国给予外国投资者及其投资的待遇在同等条件下不低于给予第三国投资者及其投资的待遇。在国际投资争端中,最惠国待遇条款是外国投资者指控东道国政府的另一常见诉点。根据联合国贸发会议的统计,截至目前有117个投资争端案件诉称东道国政府违反了最惠国待遇义务。<sup>⑥</sup>

《中蒙BIT》规定了最惠国待遇条款,但存在诸多不足,有必要加以完善:

第一,仅笼统规定最惠国待遇适用于“投资、收益和与投资有关的活动”。未说明这些活动是否包括投资的设立、扩大等活动(即投资准入前)。而绝大多数现代国际投资协定均直接指明最惠国待遇适用于投资的设立、购买、扩大、管理、经营、运营和销售或其他处置(即准入前和准入后)。蒙古国分别与美

国、芬兰、加拿大签署的BIT和《蒙日FTA》也均以列举方式明确规定最惠国待遇适用于投资准入前和准入后,我国晚近签署的BIT和FTA也大多采用该做法。因此在《中蒙BIT》升级时有必要借鉴RCEP、CPTTP等协定,以列举方式明确规定最惠国待遇适用于投资设立、收购、扩大、管理、实施、经营、出售或其他处置等活动。

第二,未指明最惠国待遇是否适用于外国投资者与东道国政府之间的投资争端解决问题。这类模糊规定引发多起国际投资争端仲裁案件,并且裁决不一。2000年之前,仲裁庭普遍认为此类最惠国待遇条款仅适用于实体待遇,不适用于投资争端解决程序。但是在2000年的“墨菲兹尼诉西班牙政府案”(Maffezini v. Spain)中,仲裁庭认为这类最惠国待遇条款适用于投资争端解决程序。此后发生的国际投资争端仲裁案件大多效仿该案进行裁决。<sup>⑦</sup>做出这类裁决的仲裁庭认为,争端解决机制是投资保护的重要措施之一,除非另有禁止性规定,最惠国待遇应当适用于争端解决。<sup>⑧</sup>鉴于仲裁实践裁决不一,许多现代国际投资协定对此做出明确规定,但是大多排除最惠国待遇对投资争端解决问题的适用。例如,RCEP、CAI、CPTTP、《中国与毛里求斯FTA》以及我国晚近分别与加拿大和坦桑尼亚签署的BIT均采用该做法。我国是蒙古国的主要投资来源国,《中蒙BIT》升级时有必要对该问题做出明确规定,以提高可预见性。两国可以效仿常见做法,将争端解决问题排除在最惠国待遇适用范围之外,以避免缔约方承担的最惠国待遇义务过重或者扩大化。

## 3. 公正与公平待遇条款存在的问题与完善

公正与公平待遇(美式国际投资协定代之以“最低待遇标准”)是国际投资协定中援用最多的指控依据。根据联合国贸发会议的统计,截至目前有555个投资争端案件诉称东道国政府未能向外国投资提供公正与公平待遇。<sup>⑨</sup>公正与公平待遇是投资待遇不可分割的组成部分,它对东道国营商环境提出了更

高要求。在绝大多数国际投资协定中,公正与公平待遇或者最低待遇标准是一项独立于国民待遇和最惠国待遇的义务,具有特定含义和要求。《中蒙BIT》虽然提及了“公正与公平待遇”,但是并未将其作为一项独立义务,而是等同于最惠国待遇,该做法显然不利于保护投资者及其投资。

中蒙两国对外签署的绝大多数国际投资协定(例如两国分别与加拿大签署的BIT)将公正和公平待遇或者最低待遇标准作为一项独立待遇,与国民待遇和最惠国待遇共同组成投资待遇的整体。公正与公平待遇或者最低待遇标准均要求东道国政府根据国际法或者国际法原则给予外国投资者及其投资以此类待遇。《中蒙BIT》升级时有必要借鉴RCEP、CPTPP等协定的规定,将公正与公平待遇或者最低待遇标准作为独立的投资待遇进行详细说明并加以限定,以避免扩大解释或使其成为包罗万象的条款。

### (三)投资保护

#### 1. 间接征收认定标准存在的问题与改进

在国际投资争端仲裁中,因间接征收引发的争端数量仅次于公正与公平待遇条款。根据联合国贸发会议的统计,截至目前有131个案件和450个案件分别指控东道国政府对外国投资实施了直接征收和间接征收措施。<sup>⑨</sup>东道国政府对境内的外国投资采取征收措施主要源于国家主权,因此几乎所有国际投资协定都规定了征收条款,在载明东道国政府征收权的同时划定了权力边界。由于间接征收最为常见,RECP、CPTPP等现代国际投资协定大多都对间接征收的定义、认定标准、考量因素和例外情形做出详细规定,以提高可预见性。

《中蒙BIT》中的征收条款过于简单,对上述问题均未做出规定。而在蒙古国,征收是外国投资者面临的重大风险。尽管蒙古国近年来大力吸引外资,但是受政治选举周期和执政党轮替的影响,政策和法律的连续性与稳定性较差,有时甚至废除授予外商投资企业的特许权许可,导致外国投资者损失巨大。在蒙古国政府被诉的六起国际投资争端案件

中,有四起案件指控其非法实施了间接征收措施。<sup>⑩</sup>因此对《中蒙BIT》间接征收规定进行升级至关重要。蒙古国分别与科威特、阿联酋签署的BIT详细规定了间接征收的定义,我国分别与印度<sup>⑪</sup>和加拿大签署的BIT、《中国与新西兰FTA》、RCEP、CPTPP规定了完善的间接征收条款,包括间接征收的定义和认定因素、不构成间接征收的具体情形等。《中蒙BIT》升级时有必要借鉴RCEP和CPTPP等协定,对间接征收的认定标准进行细化,并载明不构成间接征收的情形,例如基于健康、安全、环境保护目的采取的措施以及知识产权强制许可等措施,不构成间接征收。

#### 2. 损失补偿条款对国民待遇的缺失与增补

损失补偿条款主要规定在东道国发生战争、国家紧急状态、叛乱、暴乱或其他类似事件并造成外国投资者损失时如何给予投资者赔偿。通常情况下,载有国民待遇条款的国际投资协定都会规定损失补偿的国民待遇。由于《中蒙BIT》未规定国民待遇条款,故在损失补偿方面也没有提出国民待遇要求,而是仅要求给予最惠国待遇,这显然不利于保护投资者。因此在升级《中蒙BIT》时有必要在损失补偿条款中增补国民待遇规定。

#### 3. 禁止业绩要求条款的全面缺失与增补

根据联合国贸发会议的统计,截至目前。东道国政府被控违反禁止业绩要求的投资争端仲裁案件有15起。<sup>⑫</sup>业绩要求是指东道国政府要求投资者在其境内的经营活动必须满足特定目标的规定。<sup>⑬</sup>由于这类法律规定会对外国投资者造成不合理限制,现代国际投资协定通常载明禁止业绩要求条款,对东道国进行限制。中蒙两国分别与加拿大签署的BIT均规定了禁止业绩要求条款,但是《中国与加拿大BIT》在禁止的业绩要求范围上采用了低标准,仅禁止缔约方对投资者提出WTO《与贸易有关的投资措施协定》(以下简称《TRIMs协定》)所禁止的业绩要求。《蒙加BIT》《蒙日FTA》以及RCEP和CAI则采用高标准,扩大了禁止范围,缔约方不得实施《TRIMs

协定》禁止的业绩要求以及其他业绩要求(例如RCEP禁止缔约方干预技术转让活动)。相比之下,《中蒙BIT》对缔约方实施业绩要求没有做出任何限制性规定,不利于投资保护。鉴于中蒙两国制定的外商投资法均已实行宽松政策,并在晚近国际投资协定中接受高标准的禁止业绩要求条款,因此有必要以此为基础升级《中蒙BIT》。

#### 4. 禁止限制企业高管和董事国籍条款的全面缺失与增补

高管和董事会条款主要禁止东道国政府对外商投资企业高级管理人员和董事的国籍施加不合理限制。RCEP、CAI、CPTPP以及中蒙两国晚近签署的国际投资协定均禁止缔约国对高管或董事的国籍提出限制性要求,或者允许对大多数董事提出国籍或者居民身份要求但是不得实质损害投资者控制投资的能力。《中蒙BIT》对此未做出任何规定,故有必要借鉴上述协定增补该条款。

#### 5. 争端解决仲裁场所和仲裁范围条款的不足与完善

外国投资者与东道国政府之间的投资争端解决(ISDS)主要通过磋商、诉讼或国际仲裁方式进行,几乎所有国际投资协定都对此做出详细规定。但是随着部分国家对ISDS机制正当性的质疑,近年签署的少数国际投资协定不再规定ISDS条款。例如,《英国与欧盟贸易与合作协定》未载明ISDS条款。在CPTPP中,新西兰分别与文莱、马来西亚、秘鲁、越南和澳大利亚签署边函,约定相互间不适用协定中的ISDS规定。RCEP和CAI对ISDS问题也未做出规定,但是载明在协定生效后2年内就该问题进行谈判。

因签署时间较早,《中蒙BIT》中的ISDS条款明显落后于绝大多数国际投资协定,尤其是在如下方面:

第一,可供选择的国际仲裁场所仅限于临时仲裁。《中蒙BIT》签署时,两国尚未加入《ICSID公约》,故没有授权争端方在ICSID仲裁。《中蒙BIT》生效

后,两国先后加入该公约,具备了将这类争端提交ICSID仲裁的条件。目前,绝大多数国际投资协定均规定外国投资者与东道国的投资争端既可以提交临时仲裁机构仲裁,也可以提交ICSID仲裁。

第二,只有“涉及征收补偿数额的争端”方可提交国际仲裁。因历史原因,国际投资协定中的征收补偿款额仲裁条款曾是一些社会主义国家维护主权和反对国际仲裁的工具。<sup>⑤</sup>因此我国早期签署的BIT均将可仲裁事项局限在“涉及征收补偿数额的争端”,以减少外国投资者对我国政府提起国际仲裁的机会。但是随着对外投资的日益增多,该做法显然不利于保护我国境外投资。而且对于如何理解“涉及征收补偿数额的争端”,国际仲裁实践出现广义和狭义解读,给此类条款的适用带来不确定性。有仲裁庭认为,该措辞意味着凡是与征收有关的问题均在仲裁范围内,包括东道国采取征收措施的合法性以及应支付的补偿数额等。例如在ICSID受理的“北京城建公司诉也门政府案”中,仲裁庭认为,“涉及征收补偿数额的争端”并非仅指与征收补偿数额有关的争端,也包括征收措施是否已经实施、实施条件是否符合BIT要求等。如果仲裁庭仅能审理与补偿数额有关的争端,将导致与征收措施正当性有关的争端只能提交东道国法院解决。而根据涉案BIT中的“岔路口条款”,投资者在将征收措施诉诸东道国法院后,将无权再把与征收补偿数额有关的争端提交国际仲裁,投资协定中的仲裁条款将失去意义。因此本案的仲裁范围应当包括整个征收措施争端。<sup>⑥</sup>在“谢业深诉秘鲁政府案”(Tza Yap Shum v. Peru)、“澳门世能公司诉老挝政府案”(Sanum Investments v. Laos)中,仲裁庭也做出类似的广义解释。但是有部分案件的仲裁庭进行狭义解释,认为只能受理征收措施实施后发生的补偿数额争端。“北京首钢等中国公司诉蒙古国政府案”的仲裁庭就采用狭义解释法。鉴于国际投资仲裁案件对“涉及征收补偿数额的争端”解释不一,故有必要在升级《中蒙BIT》时修正该条款,赋予投资者更多

救济权。而且从2000年我国与伊朗签署BIT开始,所有中外BIT不再将可提交国际仲裁的范围限定在征收补偿数额上。蒙古国晚近签署的国际投资协定也采用该做法。

2020年,我国成为世界第一大资本输出国和第二大资本输入国,保护海外投资是我国缔结国际投资协定的重要考量目标,因此在升级《中蒙BIT》时必须保留和完善ISDS机制。一是扩大可仲裁事项范围,与投资有关的所有争端均可提交仲裁。二是扩大可选择的仲裁机构范围。除临时仲裁外,当事人有权将投资争端提交ICSID等常设仲裁机构。三是载明不得援用ISDS机制的事项。例如中蒙两国分别与加拿大签署的BIT均规定,对外国投资市场准入决定以及国家安全审查决定,不得援用ISDS条款。

#### (四)可持续发展条款

1. 晚近国际投资协定的重要发展:可持续发展条款

可持续发展条款是现代国际投资协定的重要特征。根据联合国贸发会议的统计,2020年全球缔结的国际投资协定均载明了可持续发展规定。<sup>⑥</sup>可持续发展是联合国在1992年确立的全球重要发展目标,2015年联大通过的《2030年可持续发展议程》阐明了全球在减贫、消除饥饿、健康、教育、环保、体面工作、负责任消费和生产、和平与正义等17个方面的发展方向。2012年,联合国贸发会议发布《服务于可持续发展的投资政策框架》(2015年更新),<sup>⑦</sup>提出相关核心原则和政策指南,并建议各国在实施新一代投资政策时将包容性增长和可持续发展作为重点,使其与更加广泛的经济发展目标或产业政策协同增效,并与发展战略无缝对接。各国还应鼓励负责任的投资行为,并规定公司社会责任。为此,许多国家在国内立法和国际协定中积极推动可持续发展政策。许多晚近签署的国际投资协定除了在序言中规定可持续发展、社会公共利益和环保等目标,还在正文中专门设置健康、安全和环境措施以及劳工标准、公司社会责任等条款。

2. 《中蒙BIT》对可持续发展条款的整体缺失与增补

蒙古国分别与美国、加拿大、芬兰签署的BIT和《蒙日FTA》以及《中国与加拿大BIT》《中日韩投资协定》《中国与坦桑尼亚BIT》、RECP、CPTPP等协定均规定了与可持续发展有关的条款。CAI更是用23个条款专章规定了“投资与可持续发展”,对公司社会责任、投资与环境、投资与劳工以及争议解决机制等问题做出详细规定,这是我国在中外投资协定谈判中首次接受此类详细条款。《中蒙BIT》因签署时间较早,未做出与可持续发展有关的规定。但是蒙古国《投资法》和我国《外商投资法》及其实施条例均已载明环境和劳工保护等可持续发展规定。我国还将环保作为基本国策,将实现可持续发展作为重大战略。因此《中蒙BIT》升级时必须借鉴上述国际投资协定的相关条款,做出适合中蒙两国国情的可持续发展规定。

#### (五)东道国政府的合理规制权

1. 晚近国际投资协定对东道国合理规制权的全面纳入

现代国际投资协定的另一突出特点是赋予东道国更多规制权,以确保其有足够的权力实施公共政策和及时应对公共健康危机等紧急状况。近年来,东道国因公共利益目的采取相关措施引发了多个国际投资争端案件,导致部分国家开始质疑国际投资协定的现有规定是否侵犯了东道国政府的正当规制权。例如在日本福岛核电站发生泄漏事件后,德国为了保护公共健康和环境修订《核能源法》,决定在2022年12月31日前逐步关闭所有核电站,并取消该法关于延长核电厂运营期限和提供补贴的规定。瑞典Vattenfall AB公司及其德国子公司在2012年向ICSID提出仲裁请求,认为上述措施损害了其在ECT下的权利,构成间接征收并违反了公正与公平待遇条款。<sup>⑧</sup>2021年3月11日,仲裁庭根据争端各方达成的协议暂停该案审理。

为了平衡投资保护与东道国利益,承认和赋予

东道国政府对外国投资的正当规制权十分必要。<sup>⑩</sup>根据联合国贸发会议的统计,2020年全球缔结的国际投资协定均规定了灵活条款,以便为缔约方政府规制外国投资保留空间。<sup>⑪</sup>这些条款包括:第一,对协定的总体适用领域和范围进行限制,例如排除投资协定对税收、补贴等措施的适用;第二,对国民待遇、最惠国待遇、公正和公平待遇的适用范围进行限制;第三,明确规定不构成间接征收的具体情形;第四,对履行投资资本、利润等资金转移条款项下的义务规定例外情形,例如国际收支平衡例外等;第五,借鉴WTO规则,规定具有普适性的一般例外(例如保护公共道德、人类和动植物生命与健康、可用竭的自然资源等)、安全例外(允许为保护国家基本安全利益采取必需措施)。第六,规定不符措施条款,对不适用于国民待遇、最惠国待遇、禁止业绩要求、高管和董事会等条款的情形做出统一规定。

## 2.《中蒙BIT》存在的问题与完善

《中蒙BIT》中与东道国合理规制权有关的条款十分有限,仅对最惠国待遇规定了例外情形。而中蒙两国晚近签署的国际投资协定均规定了与东道国正当规制权有关的条款。例如,蒙古国分别与美国、加拿大、芬兰签署的BIT和《蒙日FTA》以及《中国与加拿大BIT》《中日韩投资协定》、RCEP、CAI、CPTPP都在不同程度上纳入了与合理规制权有关的规定,例如,适用领域和范围、国民待遇例外、最惠国待遇例外、公正和公平待遇例外、间接征收例外、资本转移例外、一般例外、安全例外、不符措施等。因此在升级《中蒙BIT》时,有必要根据两国实际情况,借鉴RCEP、CPTPP等协定的规定,增补缔约国正当规制权条款。

### (六)投资便利化

#### 1. 晚近国际投资协定对投资便利化的日益关注

为了促进国际投资便利化,APEC在2008年通过《投资便利化行动计划》,联合国贸发会议在2016年通过《投资便利化全球行动清单》,WTO在2017年通过《投资便利化部长联合声明》,金砖国家在2017

年通过《投资便利化合作纲要》,OECD在发布的《投资政策框架》中将投资便利化作为重要组成部分。此外,晚近签署的国际投资协定大多将投资促进和便利化作为重要内容。例如,蒙古国分别与美国、日本、加拿大签署的BIT规定了透明度条款,《蒙日FTA》专章规定了营商环境的改进,RCEP专门规定了投资促进条款和投资便利化条款,《中国与加拿大BIT》《中日韩投资协定》以及CAI、CPTPP规定了政策法规的透明度条款,尤其是CPTPP和CAI透明度条款详细规定了信息披露、政策法规发布、信息提供、行政程序、复议与司法复审等方面的要求。

#### 2.《中蒙BIT》对投资便利化条款的缺失与增补

《中蒙BIT》仅笼统规定一缔约方应当鼓励另一缔约方投资者在其境内投资,并向与投资活动有关的另一缔约方国民提供签证和工作许可方面的便利。上述规定过于简单,无法满足我国海外投资的现实所需。我国一直积极参与并推动联合国贸发会议和WTO等国际组织的投资便利化行动,并在《外商投资法》及其实施条例中将投资便利化和投资促进工作提升到前所未有的高度。蒙古国在2013年《投资法》中也同样将投资便利化作为吸引外资的重要政策,并规定了多项投资便利化和促进措施,包括简化投资审批程序等。因此《中蒙BIT》在升级时有必要在借鉴RCEP的同时结合两国外商投资法的规定纳入更具有操作性的投资便利化条款。

### 结语

《中蒙BIT》生效28年来,两国对内和对外政策发生巨变,以开放为主导的经济体制改革日渐深入,外商投资环境极大改善,对外签署的国际投资协定更加全面并逐渐接受更多高标准条款,这为升级《中蒙BIT》奠定了基础。2020年,我国首次成为世界第一大资本输出国。我国也是蒙古国最大的贸易伙伴国和主要投资来源地,中国投资占蒙古国吸收外国直接投资额的近三成。<sup>⑫</sup>蒙古国地大物博,煤炭、铜、金等矿产资源的储量位居世界前列,两国合作前景广泛。为了加强全面战略伙伴关系,推动“一带一

路”倡议与蒙古国“发展之路”战略的对接,应对百年未有之大变局下日益增多的国际不稳定和不确定性因素,尽快对投资促进和保护标准明显过低的《中蒙BIT》进行升级势在必行。尤其是作为对外直接投资母国,中国更需要通过缔结高标准的双边投资协定提升对中国企业海外利益的保护水平。<sup>⑧</sup>只有顺应现代国际投资协定的主流发展方向,缔结更加全面和高标准的中蒙投资协定,才能更好地维护投资者利益和国家利益。

#### 注释:

①漆彤:《论中国海外投资者对国际投资仲裁机制的利用》,载《东方法学》2004年第3期,第91页。

②Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic, [2016]SGCA.

③Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, United States District Court Southern District of New York, Opinion and Order, 19 November 2019, p. 1.

④Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 26 August 2021, p. 1-2.

⑤商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻蒙古国大使馆经济商务参赞处、商务部对外投资和经济合作司:《对外投资合作国别(地区)指南(蒙古国)》(2020年版),第15页,载商务部“走出去”公共服务平台, [http://www.mofcom.gov.cn/dl/gb\\_dqzn/upload/mengguguo.pdf](http://www.mofcom.gov.cn/dl/gb_dqzn/upload/mengguguo.pdf), 2021年12月25日访问。

⑥Alstom Power Italia SpA and Alstom SpA v. Republic of Mongolia, ICSID Case No. ARB/04/10. 该案中,意大利Alstom电力公司及其母公司(申请人)在蒙古国首都乌兰巴托投资一热电厂,后因电厂重建问题与乌兰巴托市政府发生争议,于2004年在ICSID申请仲裁,指控蒙古国政府未能履行与申请人签署的热电厂建设经营合同,违反了《能源宪章条约》和《意大利与蒙古国BIT》的规定。后因双方和解,终止仲裁。

⑦Mohammed Munshi v. Mongolia, SCC Case No. 2018/007. 该案中,英国和澳大利亚投资者持有蒙古国一煤矿公司的11%股份,因蒙方扣押和冻结了该公司资产并取消开采许可,在2018年提起仲裁。

⑧Alstom Power v. Mongolia, ICSID Case No. ARB/04/10. 意大利Alstom公司与蒙古国政府和解。

⑨Khan Resources Inc., Khan Resources B. V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, PCA Case No. 2011-09, Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, para. 439.

⑩Khan Resources Inc., Khan Resources B. V., CAUC Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia, PCA Case No. 2011-09, Award on the Merits, 2 March 2015, para. 451.

⑪Khan Announces Completion of Documentation for Settlement Payment, May 18, 2016.

⑫参见联合国贸发会议官网, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/139/mongolia>, 2021年12月25日访问。

⑬该案中,三个俄罗斯投资者拥有蒙古国两家金矿开采公司和一家石油与天然气公司的流通股,因蒙古国政府2006年颁布的《对部分商品征收提价(暴利)税法》和《矿产法》等法规对其在黄金产业的投资造成严重不利影响,于2007年根据《俄罗斯与蒙古国BIT》提出仲裁请求,指控上述立法违反了该协定关于间接征收、公平和公正待遇、全面保护与安全、国民待遇、最惠国待遇、习惯国际法规则、不合理和歧视性措施等规定,要求赔偿10亿美元损失。临时仲裁庭在2011年做出裁决,驳回申请人的大部分诉求,但是认定蒙古国政府的某些行为违反了《俄罗斯与蒙古国BIT》第3条第1款中的公正和公平待遇规定,申请人有权索赔相应损失。Sergei Panshok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, p. 168.

⑭其他四起案件中,两起案件在仲裁中终止程序,一起案件在组庭前终止程序,另一起案件正在审理。中国涉案情况参见ICSID官网, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, 2021年12月25日访问。

⑮我国缔结BIT情况参见商务部官网, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2021年12月25日访问。

⑯我国缔结FTA情况参见商务部中国自由贸易区服务网,

<http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>, 2021年12月25日访问。

①⑦参见陈兆源:《法律化水平、缔约国身份与双边投资协定的投资促进效应——基于中国对外直接投资的实证分析》,载《外交评论》2019年第2期,第29页。

①⑧UNCTAD, *World Investment Report 2021*, United Nations Publications, 2021, p. 123.

①⑨同前注⑤,商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻蒙古国大使馆经济商务参赞处、商务部对外投资和经济合作司指南,参赞的话。

②⑩同前注⑤,商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻蒙古国大使馆经济商务参赞处、商务部对外投资和经济合作司指南,第30页。

②⑪参见柯静:《“一带一路”倡议推进与中外双边投资协定重构》,载《现代国际关系》2018年第6期,第51页。

②⑫See UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, United Nations Publications, 2018, p. 7.

②⑬Beijing Shougang and Others v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017, p. 138-140.

②⑭参见联合国贸发会议官网, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>, 2021年12月25日访问。

②⑮同前注⑤,商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻蒙古国大使馆经济商务参赞处、商务部对外投资和经济合作司指南,第42页。

②⑯同前注②⑭。

②⑰在“西班牙 Gas Natural 公司诉阿根廷政府案”中,仲裁庭做出类似裁决。参见 Gas Natural SDG, S. A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005, para. 49.

②⑱参见朱明新:《最惠国待遇条款适用投资争端解决程序的表象与实质——基于条约解释的视角》,载《法商研究》2015年第3期,第171页。

②⑲同前注②⑭。

③⑩同前注②⑭。

③⑪这四起案件不包括“美国 WM 矿产公司诉蒙古国政府案”,该案尚未披露任何信息。

③⑫2006年与印度缔结的BIT是我国首次对间接征收的含义和认定标准做出详细规定的BIT。参见蔡从燕、李尊然:《国际投资法上的间接征收问题》,法律出版社2015年版,第220页。

③⑬同前注②⑭。

③⑭UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, United Nations Publications, 2003, p. 2.

③⑮参见黄世席:《投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的解释分歧及中国应对》,载《法学》2019年第2期,第165页;刘万啸:《国际投资争端的预防机制与中国选择》,载《当代法学》2019年第6期,第51页。

③⑯Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 89.

③⑰UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, United Nations Publications, 2021, p. 7.

③⑱UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, United Nations Publications, 2015.

③⑲Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II), ICSID Case No. ARB/12/12.

④⑩UNCTAD, *supra* note ③⑰, p. 3.

④⑪UNCTAD, *supra* note ③⑰, p. 7.

④⑫同前注⑤,商务部国际贸易经济合作研究院、中国驻蒙古国大使馆经济商务参赞处、商务部对外投资和经济合作司指南,第30页。

④⑬参见王光、卢进勇:《中国双边投资协定:历史演进与发展趋势》,载《国际经济合作》2019年第2期,第52页。