

国际投资仲裁中的涉华案例研究

——中国经验和完善建议

梁咏*

摘要: 随着中国成为双向投资大国,中国投资者起诉东道国和中国政府被诉的国际投资仲裁案件时有发生,并可能加速增长。对国际投资仲裁中的涉华案例进行研究后,我们认为应重新审视和评估中国在吸收外国投资和保护对外投资两方面的利益,建议今后在新签署或更新中外双边投资协定(BIT)时考虑如下问题:(1)对港澳投资者问题以及中外BIT是否延伸适用于港澳作出规定;(2)对新旧BIT之间的适用问题予以更多重视;(3)尽可能明确最惠国待遇条款仅限于适用于实体问题,以免仲裁庭扩大自由裁量权;(4)高度关注投资者—东道国争端解决机制,坚持单一BIT范本原则,将不可仲裁事项中纳入例外条款,适度强化中外BIT对东道国法的补充和纠正作用,相对缩小用尽行政复议程序的争端范围。

关键词: 投资者—国家争端解决 国际投资争端解决中心 双边投资协定 最惠国待遇 中国投资者

自1992年以来,中国一直是吸收外国直接投资最多的发展中国家。随着国内经济转型升级和中国在全球价值链地位提升的战略推进,可能引致外国投资者诉中国政府的案件发生。同时,随着越来越多的中国企业走出去,中国投资者与东道国发生争议也难以避免。截至2017年7月底涉及中国的国际投资争端解决机制案件中,中国投资者(包括港澳投资者)援引双边投资协定(BIT)起诉外国政府的案件有8起(详见附件表1),中国政府被诉案件有3起(详见附件表2),其中部分案件已经终结。对相关案例的研读有助于我们进一步了解中国政府和中国投资者在缔约和实践中存在的不足,在今后的案件中予以借鉴和参考,对维护中国政府和中国投资者的正当权益应有裨益。

一 投资者的定义问题

(一) 2007年谢业深诉秘鲁政府案

在此案之前,^①中国政府、中国企业和个人均未曾在ICSID仲裁中涉案。^②此案涉及中国香

* 复旦大学法学院副教授,法学博士。本文是作者主持的2014年上海市教育委员会科研创新项目《双边投资协定发展趋势与中国对策研究》(14ZS001)、2012年上海社科青年项目“欧债危机背景下中国与欧盟贸易摩擦及对策研究”(2012EFX)以及参与的2010年国家社科项目《气候变化下中国海外能源投资法律保护》(10CFX099)的阶段性成果。

① *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/16.

② 国际投资争端解决中心(简称ICSID)是依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》)而建立的世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。

港特别行政区居民谢业深直接向 ICSID 提出仲裁申请，而 ICSID 又作出对本案有管辖权的裁定。

本案申请人谢业深在秘鲁境内开设了 TSG（秘鲁）有限公司（以下简称 TSG 公司），从事鱼粉制造和有关进出口业务，谢业深持有 TSG 公司 90% 股权。^① 2005 年，秘鲁国家税收管理总局（National Tax Administration Office）指责 TSG 公司欠缴税款 1200 万秘鲁新币（约相当于现今 400 万美元）。发出欠税通知后仅 1 个月，秘鲁政府就扣押了 TSG 公司银行账户，致使 TSG 公司陷于瘫痪。^② 谢业深认为秘鲁政府采取的措施构成征收行为，且又未对其补偿，因此援引 1994 年中国—秘鲁 BIT 将秘鲁政府诉至 ICSID。秘鲁政府认为申请人无权援引该项 BIT，更无权不经秘鲁政府同意径自单方面向 ICSID 申请仲裁，ICSID 仲裁庭对此案没有管辖权。

针对秘鲁政府提出的管辖权异议，2008 年 10 月仲裁庭开庭审理，2009 年 6 月 19 日作出管辖权裁定。在管辖权裁定中，ICSID 仲裁庭回避了对中国签订的 BIT 能否适用于香港特别行政区的棘手问题，而是通过分析中国—秘鲁 BIT 对“投资者”的定义，^③ 认为 BIT 中并没有将具有中国国籍的香港居民排除在 BIT 适用范围之外，据此仲裁庭认为包括香港居民在内的所有中国公民都包括在《华盛顿公约》第 25 条的范围之内。为了支持其分析，仲裁庭简单提出以下观点：“被申请方未能有效证明 1994 年中国—秘鲁 BIT 缔约方的意图在于将香港居民排除在其适用范围之外。即便能够证明 1994 年中国—秘鲁 BIT 缔约方有此意图，缔约方也有必要把这种例外规则（指对中国公民的例外规则）明确规定于 BIT 当中。然而，1994 年中国—秘鲁 BIT 中未能作出这样的明确界定。”2011 年 11 月 3 日，秘鲁政府向 ICSID 提交了撤销 2009 年管辖权裁定和 2011 年仲裁裁决的申请。2015 年 2 月 12 日，ICSID 委员会驳回了秘鲁的全部请求，并终止了之前作出的中止执行先前裁决的决定。

中国—秘鲁 BIT 签订于 1994 年，当时，中央政府对香港地区没有管辖权，因此，1994 年中国—秘鲁 BIT 中关于中国投资者的界定当然仅限于“中国内地投资者”，而不包括来自香港地区的投资者，因此，BIT 第 1 条第 2 款中的“根据中国法律拥有国籍的自然人”的实质含义是“根据中国法律拥有国籍的（居住在内地）的自然人”。^④

（二）2012 年世能投资公司诉老挝政府案^⑤

申请人世能投资公司（Sanum Investment Ltd，以下简称世能）2005 年 7 月 14 日在中国澳门地区注册成立。2007 年，世能通过与老挝当地企业 ST 集团投资酒店和博彩业，^⑥ 投资总额超过 8500 万美元。^⑦ 2012 年 8 月 14 日，世能按照《管理协议》（Master Agreement）向常设国际仲裁

① *Tza Yap Shum v. Peru*, Final Award on Merits, July 7, 2011, paras. 59–60, 74, 98.

② *Tza Yap Shum v. Peru*, Final Award on Merits, July 7, 2011, paras. 78–81, 103–107.

③ 1994 年中国—秘鲁 BIT 第 1 条第 2 款规定：“‘投资者’一词在中华人民共和国方面，系指‘（一）依照中华人民共和国法律拥有其国籍的自然人’……”。

④ 王海浪《谢业深诉秘鲁政府案管辖权决定书简评——香港居民直接援引〈中国—秘鲁 BIT〉的法律根据》，载《国际经济法学刊》第 17 卷第 1 期，北京大学出版社 2010 年版，第 57 页。

⑤ *Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People's Democratic Republic*, Award on Jurisdiction, December 13, 2013.

⑥ *Sanum v. Laos*, Award, para. 21.

⑦ *Sanum v. Laos*, Award, para. 38.

院 (PCA) 提起投资争端仲裁,^① 主张老挝政府违反了 1993 年中国—老挝 BIT 第 3 条第 1 款 (公正与公平待遇)、第 3 条第 2 款 (最惠国待遇)、第 4 条第 1 条 (征收)、第 4 条第 2 款 (征收补偿款的汇兑和转移自由) 等方面的规定。老挝政府对仲裁庭管辖权提出异议, 认为 1993 年中国—老挝 BIT 不应适用于澳门投资者。

PCA 未支持老挝政府的主张, 2013 年 12 月 13 日裁定 1993 年中国—老挝 BIT 应适用于澳门投资者。^② 2014 年 1 月 10 日, 老挝政府依据新加坡《国际仲裁法》(International Arbitration Act, 简称 IAA) 申请新加坡最高法院高等法庭对仲裁裁决进行审查, 提出撤销 PCA 仲裁申请, 并提交两封函件, 即标注日期为 2014 年 1 月 7 日老挝外交部致中国驻老挝首都万象大使馆的函件 (“老挝函件”) 和标注日期为 2014 年 1 月 9 日中国驻老挝首都万象大使馆的回函 (“中国函件”)。^③ 新加坡最高法院高等法庭法院采纳了两份函件, 在判决中全文引用了 “中国函件” 的内容,^④ 并裁定世能不是 1993 年中国—老挝 BIT 项下的合格投资者。^⑤ 2015 年 8 月 17 日, 世能不服判决, 向新加坡最高法院上诉法庭提起上诉。在上诉程序中, 老挝政府又提供了两份函件, 即 2015 年 11 月 18 日老挝外交部致函中国驻老挝万象大使馆, 要求中国外交部确认 2014 年 1 月 9 日中国函件真实, 中国外交部回函确认 2014 年中国驻老挝万象大使馆的回函获得了中国外交部的授权。^⑥ 2016 年 9 月 29 日, 新加坡最高法院上诉法庭作出判决, 判定 1993 年中国—老挝 BIT 适用于世能, PCA 仲裁庭对世能提交的争议具有管辖权,^⑦ 驳回老挝政府有关撤销 PCA 仲裁裁决的申请。^⑧

(三) 案件评析

谢业深案和世能案的争议焦点实质上都是中外 BIT 是否可以适用于港澳投资者。如果说谢业深案中, ICSID 仲裁庭巧妙回避了中外 BIT 能否延伸适用于香港投资者的棘手问题, 那么世能案就是 PCA 仲裁庭、新加坡最高法院高等法庭和上诉法庭第一次对中外 BIT 能否延伸适用于港澳投资者进行了正面回应。但是, 在谢业深案和世能案两案中也存在一些共通问题, 特别值得我们关注:

1. 两项 BIT 均签署于中国对香港、澳门恢复行使主权之前

从某种角度讲, 这两案均与中国目前的 “一国两制” 体制有着密切的关系。根据 1982 年

① 根据 1899 年第一次海牙和会通过的《关于和平解决国际争端的公约》, 常设仲裁法院于 1900 年成立, 成为第一个普遍性的国际司法机构。联合国贸易法委员会 (UNCITRAL) 曾制定 1976 年《联合国贸易法委员会仲裁规则》(以下简称 UNCITRAL 仲裁规则), 2010 年 UNCITRAL 又颁布了 2010 年《UNCITRAL 仲裁规则》。《UNCITRAL 仲裁规则》适用于非 ICSID 受理的投资者诉东道国政府争端解决。

② *Sanum v. Laos*, Award, para. 370.

③ The High Court of the Republic of Singapore [2015] SGHC 15, Originating Summons No. 24 of 2014, paras. 39-40.

④ 2014 年 1 月 9 日 “中国函件” 载明: 根据《澳门特别行政区基本法》, 澳门特别行政区可以根据中央人民政府授权而单独同其他国家和地区签订和履行投资协定; 原则上中央人民政府缔结的双边投资协定不适用于澳门, 除非在征询澳门特别行政区政府的意见后及与其他缔约方磋商后另有安排。鉴于如上所述, 1993 年 1 月 31 日签订于万象的中老 BIT 不适用于澳门, 除非中国与老挝未来另有安排。

⑤ The High Court of the Republic of Singapore [2015] SGHC 15, Originating Summons No. 24 of 2014, para. 111.

⑥ In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, [2016] SGCA, Civil Appeals No. 139 and 167 of 2015, September 29, 2016, para. 13.

⑦ In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, [2016] SGCA, Civil Appeals No. 139 and 167 of 2015, September 29, 2016, para. 152.

⑧ In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, [2016] SGCA, Civil Appeals No. 139 and 167 of 2015, September 29, 2016, para. 153.

《中华人民共和国宪法》、^① 1990年《香港特别行政区基本法》、1993年《澳门特别行政区基本法》、1984年《中英联合声明》和1987年《中葡联合声明》所确立的“一国两制”原则，在中国恢复对香港、澳门行使主权后，香港特别行政区可以“中国香港”的名义、澳门特别行政区可以“中国澳门”的名义，在经济、贸易、金融、航运、旅游、文化、体育等领域单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议，^② 中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可以根据港澳特别行政区的情况和需要，在征询港澳特别行政区的意见后，决定是否适用于港澳。^③ 至今，香港对外商签有19项BIT，^④ 1997年中央人民政府恢复对香港行使主权后，香港还与英国、泰国、芬兰等六个国家签署了BIT。^⑤ 此外，澳门也与葡萄牙（2000年）和荷兰（2008年）签署了2项BIT。^⑥ 事实上，在中国恢复对香港、澳门行使主权后，从未有声明或文件证明表明中国签署的BIT可延伸适用到香港和澳门，也没有声明或文件表明中国签署的BIT不适用于香港和澳门。

2. 两案中被诉东道国均表示反对 BIT 对其适用

两案中的秘鲁政府和老挝政府均以1994年中国—秘鲁BIT和1993年中国—老挝BIT签署于中国恢复对香港、澳门恢复行使主权前、中国政府在对港澳恢复行使主权之前和之后均未以法律文件或外交照会的方式明确中外BIT将延伸适用于港澳为由反对仲裁庭的管辖权。在两案的仲裁庭确认其具有管辖权之后，秘鲁政府向ICSID提交撤销仲裁裁决申请，老挝政府向新加坡高等法院提起撤销PCA仲裁裁决申请。

3. 中国外交部门基本支持了被诉东道国的立场

谢业深案是中国政府第一次间接面对ICSID仲裁，尽管中国外交部门没有明确表态，但是学界主流观点是反对中外BIT延伸适用于香港投资者。而在世能案中，中国政府态度更加明确，2014年1月9日中国驻老挝万象大使馆回函给老挝外交部，明确中国—老挝BIT不适用于澳门投资者。此外，在世能上诉至新加坡最高法院上诉法庭后，应老挝外交部函件要求，中国外交部还明确回函证明2014年1月9日回函是真实的，即肯定了中外BIT不适用于澳门投资者的立场。中国外交部门在世能案中坚持了既有的法律立场，同时从中国政府角度出发，或许也有中国投资存量大国的考虑，以免外国投资者频繁援引中外BIT将通过港澳作为中间地进行的投资争端诉至国际投资仲裁庭。

4. 两案投资者诉请均得到了仲裁庭的支持

两案仲裁庭都支持BIT可以适用于香港投资者和澳门投资者。相较于谢业深案，世能案的裁决是否被撤销更加一波三折。特别是，2017年4月27日世能将老挝政府诉至ICSID，ICSID受理了此案并在5月16日就程序问题作出了第1号程序通知，使得此案前景更加扑朔迷离。

① 1982年《中华人民共和国宪法》第31条规定：“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”

② 《香港特别行政区基本法》第151条和《澳门特别行政区基本法》第112条。

③ 《香港特别行政区基本法》第153条和《澳门特别行政区基本法》第138条。

④ 中国香港分别与澳大利亚、奥地利、卢森堡、加拿大、智利、丹麦、芬兰、法国、德国、意大利、日本、韩国、科威特、荷兰、新西兰、瑞典、瑞士、泰国和英国等19个国家缔结了BIT，除了2016年11月16日签署的香港—智利BIT尚未生效外，其余BIT均已生效。来源于UNCTAD，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/93>，最后访问时间：2017年2月10日。

⑤ 六项BIT按照签署时间先后依次为英国（1998年）、泰国（2005年）、芬兰（2009年）、科威特（2010年）、加拿大（2016年）和智利（2016年）。

⑥ 来源于UNCTAD，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/123#iiaInnerMenu>，最后访问时间：2017年2月10日。

(四) 小结

尽管ICSID的裁决不具有先例效应,但在实践中其对之后案件确有相当程度的指导价值。谢业深案和世能案引出了中外BIT是否延伸适用于港澳投资者的问题的探讨。针对是否延伸适用于港澳投资者,目前的学术探讨中主要是围绕1969年《维也纳条约法公约》第29条和1978年《关于国家条约方面继承的维也纳公约》第15条展开的。其中,《维也纳条约法公约》第29条确立的“条约边界移动规则”,除了条约表示不同意思或另经确定外,条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土,从这个角度讲,中外BIT应延伸适用于其领土组成部分的澳门。

中国恢复对香港、澳门行使主权前后,对中国缔结或参与的国际条约是否适用于港澳地区作了规范。那些签署于港澳回归之前的中外BIT对是否适用于港澳地区没有明确规定还情有可原,但是,1999年12月20日中国恢复对澳门行使主权后,中国在签署或更新的中外BIT中仍然没有统一的做法。比如2001年中国—荷兰BIT未明确是否适用于港澳地区,但是第14条中明确规定了“关于荷兰王国协定的适用和终止”,^①该项BIT中对荷兰的适用问题作了专门规定,但却没有明确在中国的适用问题,是否隐含着中国政府已经“默许”延伸适用于港澳地区?在2006年中国—俄罗斯BIT议定书第1条明确将香港、澳门特别行政区排除在BIT之外,然而这样的做法在之后签署的中外BIT中也没有得到延续,并没有形成“公共政策”。众所周知,跨国投资中为了进行税收筹划,很多外国投资者都会在税负较低的国家(地区)设立中间公司,通过中间公司再将投资转往最终的投资目的地国,港澳地区特别是香港地区是大量中间公司所在地。因此,中国政府传统上似乎不太倾向于将中外BIT延伸适用于港澳地区,主要可能出于两方面的担忧:第一,担忧部分外国投资者利用中国庞大的中外BIT网络将那些与中国内地并无关联的投资纳入到中外BIT项下进行保护,使得中外BIT承受“不能承受之重”,也不利于中国与诉争投资最终目的地国的良好关系;另一方面,可能也出于在“一国两制”体制下维护港澳地区的政治和经济制度的独立性的考虑。

值得注意的是,2017年6月28日《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉投资协议》(以下简称《CEPA投资协议》)^②的签署似乎也从侧面反映了中国政府反对将中外BIT延伸适用于香港。《CEPA投资协议》是中国政府首次在法律层面接受准入前国民待遇和不符措施清单,在给予香港投资者不低于给予内地投资者待遇的同时,相当于明确了香港投资者不同于内地投资者,因此自然也不应被视为中外BIT项下的中国投资者。

笔者认为,中国政府反对将中外BIT延伸适用于港澳地区的考虑确有一定道理,但是我们更应该清楚地认识到,近年来中国对外投资流量和存量迅速增长,2015年中国已经成为净资本输出国,2016年中国海外投资流量已经达到1830亿美元,跃居世界第二,^③而相当比例的中国企业在进行海外能源投资时,通过港澳(特别是香港)进行公司架构设计和税收安排,如果无法将这些设立在港澳的投资者作为中国投资者纳入到相关中外BIT项下予以保护,相当于使这些巨额投资和投资者处于“裸奔”的状态,对保护中国海外投资安全和权益都非常不利。因此,从

^① 2001年中国—荷兰BIT第14条规定:“关于荷兰王国方面,除非第十五条第一款所述的通知另有声明,本协定应当适用于荷兰王国在欧洲的部分、也适用于荷兰安替列群岛和阿鲁巴岛。依照第十五条第一款,荷兰王国应有权终止本协定在荷兰王国在欧洲的部分、荷兰安替列群岛和阿鲁巴岛的适用。”

^② 该协议将自2018年1月1日起生效。

^③ UNCTAD: *World Investment Report 2017*, p. 14.

这个角度讲，我们应重新审视和评估中国在吸收外国投资和保护对外投资两方面的利益，在强调中外 BIT 宗旨和价值的基础上，基于“一国两制”的原则，适时征询港澳特区的意见，今后在新签署或更新中外 BIT 时，可以将符合某些条件的港澳投资者^①纳入到中外 BIT 保护的中国投资者范围中。即便短期内中国政府不准备将中外 BIT 延伸适用于港澳，也建议统一中外 BIT 中的相关规定，参考英国、荷兰等这种有海外领地国家对外商签 BIT 的经验，加上一条“除非双方互换照会，否则 BIT 不能适用于港澳地区的类似规定”，^②从而在国际法层面逐渐形成中外 BIT 不适用于港澳地区的公共政策，从而避免就中外 BIT 是否适用于港澳投资者问题引发的争端。

二 过渡期间的 BIT 适用问题

（一）2012 年平安诉比利时政府案

2012 年 9 月 19 日，中国平安保险（集团）股份有限公司（以下简称平安）将比利时政府对比利时富通集团（以下简称富通）的拆分为诉诸 ICSID，这是中国投资者首次运用 ICSID 机制保障投资权益。2015 年 4 月 30 日，ICSID 作出裁决，裁定平安败诉，^③支持了比利时的观点。

比利时政府认为，无论是对富通集团的拆分为（2008 年 10 月）还是将富通银行 75% 股权的转售行为均发生在 2009 年 12 月 1 日（2005 年中国—比利时卢森堡 BIT 生效日，以下简称 2005 年中比 BIT）之前，因此平安无权援引 2005 年中比 BIT 向 ICSID 提起投资争端解决，而仅能依据 1984 年中国—比利时 BIT（以下简称 1984 年中比 BIT）对投资进行保护。然而 1984 年中比 BIT 第 10 条第 3 款仅允许将“有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议”提交投资仲裁，平安诉争比利时政府的拆分为是否构成征收问题并不属于 1984 年中比 BIT 项下的仲裁范围。

（二）案件评析

本案焦点就在于新旧协定过渡期间的 BIT 适用问题。中国与比利时卢森堡经济联盟曾分别在 1984 和 2005 年签署过 BIT，两项 BIT 在投资者诉东道国争端解决机制上存在重大差别。根据 1984 年中比 BIT 第 10 条，^④投资者与东道国政府之间的投资争端如果经协商无法解决，应寻求东道国司法途径解决，但是因征收、国有化或其他类似措施引发的补偿额争端，可以寻求东道国司法途径解决，也可以直接提交国际仲裁。本案诉争的比利时政府采取的强制拆分和转售措施是

① 例外条件可能包括最终投资地与香港之间签署了 BIT，则不能援引中国与最终投资地国的 BIT。

② 譬如，1986 年中英 BIT 第 10 条就“领土的延伸”特别指出“在本协定签字之时或其后任何时候，缔约双方可互换照会同意将本协定的规定延伸适用于由联合国政府负责国际关系的领土。”由此可以推论，如果双方没有互换照会，则中英 BIT 不能延伸适用于联合国政府的海外领地。英国、荷兰等有海外领地的国家对外商签 BIT 多采用此种规定。

③ *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29.

④ 1984 年中国—比利时 BIT 第 10 条规定：“一、有关投资的任何争议将由缔约一方投资者向缔约另一方提出书面通知，并附有详细的备忘录。争议应在尊重接受投资缔约一方法律和法规的前提下尽可能友好解决。二、本条第一款所述的争议受投资所在国的司法管辖。三、作为第二款的例外，在本条第一款所述的书面通知之日起六个月内未能友好解决时，有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议，可按投资者的选择：（一）或提交接受投资缔约一方国内司法解决；（二）或直接提交国际仲裁，而不诉诸其他任何手段。”

否构成间接征收显然并不属于1984年中比BIT项下可仲裁的“补偿额争端”，而2005年中比BIT中对可仲裁的争端范围并无限制。在本案中，显然是援引2005年中比BIT对保障平安公司的利益更加有利。由于本案正好发生在新BIT已经签订但尚未生效的时期，根据2005年中比BIT第10条对新旧BIT之间投资争端所做的专门安排，^①如果在2005年中比BIT生效之前某项争议已经进入司法或仲裁程序，则只能援引1984年中比BIT寻求救济。换言之，平安如果要援引2005年中比BIT，必须证明其对富通的投资在2009年12月1日（2005年中比BIT生效日）之前并未进入司法或仲裁程序。在本案裁决中，仲裁庭提及平安曾经向比利时政府发过三封信，其中：第一封信日期为2008年10月14日，主要内容是平安对比利时政府表达对其针对富通银行国有化行为的不满并要求补偿；第二封信日期为2009年10月14日，主要内容表达了第一封信函是1984年中比BIT项下的争议通知；第三封信日期为2012年7月3日，主要内容是第二封信函构成2005年中比BIT第8条第1款项下的争议通知。仲裁庭认为，前两封信的内容证明了在2005年中比BIT生效之前，相关争议已经产生，平安已经准备援引1984年中比BIT向比利时政府提起争端解决，因此无权再援引2005年中比BIT寻求救济。

（三）中国在中外BIT中对过渡期间协定适用的规定

如前所述，中国已经至少与15个国家更新了BIT或BIT议定书，其中，除了与尼日利亚、斯洛伐克、古巴重新修订BIT中未涉及新旧条约适用问题，其他12项修订的BIT中均有规定，主要存在三种模式：

| 模式 | 规定 | 相关协定 |
|----|--|--|
| 1 | BIT适用于其生效前或生效后作出的投资，但是不适用于在其生效前已经（has risen）发生争议的投资。 | 罗马尼亚（1994年） 葡萄牙（2005年） 韩国（2007年） 乌兹别克斯坦（2011年） |
| 2 | BIT适用于其生效前或生效后进行的投资，但是对BIT生效前已经发生的争议不予以适用。 | 捷克（2005年） 瑞士（2009年） |
| 3 | BIT应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资，不论其是在本协定生效之前还是之后作出的。但是，本协定不得适用于在本协议生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。 | 荷兰（2001年） 德国（2003年） 芬兰（2004年） 比利时（2005年） 西班牙（2005年） 法国（2007年） |

从以往国际投资争端解决实践中，BIT可以适用于在其生效之前已发生的投资，但是一般不适用于在其生效前已经发生争议的投资。中国在重签BIT中的态度并不稳定，虽然总体上与主要欧洲国家（模式3）签署的BIT中态度基本一致，这似乎反映中国政府在过渡期的新旧BIT适用问题方

^① 2005年中比BIT第10条第2款规定：“本协定应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资，不论其是在本协定生效之前还是之后作出的。但是，本协定不得适用于在本协议生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。此等争议和索偿应继续按本条第一款提及的一九八四年六月四日的协定的规定解决。”

面更多取决于相对缔约国对该问题的态度。由于中国在上世纪 90 年代中后期到本世纪初签署了大量 BIT，目前相当比例的 BIT 已届或邻近 20 年重新签署或重新协商的“窗口期”，在重新签署或重新协商 BIT 中，中国政府应对新旧 BIT 之间的适用问题予以更多重视。

三 最惠国待遇条款的适用问题研究

(一) 案例分析

1. 2011 年伊佳兰公司诉中国政府案

2011 年 5 月 24 日，马来西亚伊佳兰公司 (Ekran Berhad) 将中国政府诉至 ICSID，案件起因是海南省政府收回了原先出让给伊佳兰公司在海南省万宁市 2000 多亩地的开发权，但是海南省政府没有给予合理补偿。^① ICSID 秘书处登记此案后，中国政府非常重视，很快通过与伊佳兰公司进行磋商并于当年 7 月即行达成和解。和解的最主要条件就是海南政府给予伊佳兰公司其他地方约 500 亩土地开发权。此案是中国在 ICSID 被诉第一案，其中提出的基于 1988 年中国—马来西亚 BIT 的最惠国待遇条款要求援引 1995 年中国—以色列 BIT 中允许将投资争端解决提交 ICSID 加以解决，涉及到 ICSID 对此案是否有管辖权、中国政府如何应对以及在实体审理阶段如何维护国家主权利益等问题，由于此案和解结案，我们无从了解更多细节。

2. 2007 年谢业深诉秘鲁政府案

该案基本案情在第一部分中已经进行了介绍，该案除涉及中外 BIT 是否适用于香港的问题外，还涉及到最惠国待遇条款是否适用于争端解决机制的问题。1994 年中国—秘鲁 BIT 仅允许将征收补偿款额争议可提交 ICSID，谢业深案中所涉及的是税收罚款是否构成了征收行为问题，超过了中秘 BIT 中规定的仲裁范围，因此谢业深企图援引 1994 年秘鲁—哥伦比亚 BIT 第 12 条^② 扩张其仲裁范围，但未获 ICSID 支持。

3. 2014 年北京城建集团有限责任公司诉也门政府案

2006 年 2 月 28 日，北京城建集团有限责任公司 (以下简称北京城建) 与也门民航气象局签署了也门首都萨拉机场航站楼的建设合同，合同金额为 1.14 亿美元。2009 年 7 月，也门政府非法剥夺了北京城建的投资，也门军队扣留了北京城建的雇员，并暴力阻止北京城建施工人员进入施工现场，致使北京城建无法按期推进工程建设。双方协商不成，2014 年 11 月，北京城建依据 1998 年中国—也门 BIT (以下简称 1998 年中也 BIT) 向 ICSID 提起仲裁。也门政府对此案对 ICSID 管辖权提出五点异议：第一，北京城建是国有企业，并非《华盛顿公约》第 25 条第 1 款项下的适格投资者；^③ 第二，1998 年中也 BIT 仅就“征收补偿额”争端同意提交仲裁，本案争端双方之间并没有达成“合意”(consent)；^④ 第三，1998 年中也 BIT 第 3 条第 1 款 (最惠国待遇条

^① *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15.

^② 1994 年秘鲁—哥伦比亚 BIT 第 12 条规定凡 BIT 项下的投资引致的具有法律性质的争端均可以提交投资仲裁，该项 BIT 签订于 1994 年 4 月 26 日，已于 2004 年 3 月 21 日失效。2007 年 11 月 12 日秘鲁和哥伦比亚再次签订 BIT，该项 BIT 已于 2010 年 12 月 30 日生效。

^③ *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, paras. 37-47.

^④ *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, paras. 48-52.

款)^① 仅能适用于实体条款,不能延伸适用于争端解决事项;^② 第四,北京城建在也门境内没有适格投资;^③ 第五,北京城建的请求属于合同之诉而非条约之诉,仲裁庭对此无管辖权。^④ 因篇幅所限,本部分仅针对第三点异议进行分析。

仲裁庭承认关于最惠国待遇条款是否延伸适用于争端解决事项存在争议,^⑤ 但在具体分析中,仲裁庭认为应将1998年中也BIT第3条第1款的规定放在《维也纳条约法公约》第31条中进行解释,应将最惠国待遇中的“不低于”(no less than)与该条款中“在其领土内”(in the territory)结合以来考虑。仲裁庭指出,1998年中也BIT第3条第1款中前一句涵盖了“公正与公平待遇”(fair and equitable treatment),后一句涵盖了“最惠国待遇”,但是结合“在其领土内”这个措辞时,这两项待遇内容是不同的:就公正与公平待遇而言,不仅限于实体条款,也包括争端解决事项;而最惠国待遇与所采取的活动应在地理上与“在其领土内”的投资相关,因此最惠国待遇条款并不能扩张1998年中也BIT第10条的争端解决事项的范围。概言之,仲裁庭否定了最惠国待遇条款可以延伸适用于争端解决事项。

从目前ICSID所审理的涉华案例看,ICSID仲裁庭似乎并不支持将最惠国待遇原则适用于可仲裁事项问题。这对中国政府而言并不是坏消息,但对长远保障中国投资者未必有利。毕竟中国相当比例的海外投资流向亚非拉等发展中国家,而中国签署于1998年中国—巴巴多斯BIT之前的“老式BIT”基本都只就征收补偿额争端允许仲裁。随着中国经济实力增加,“一带一路”倡议的推进等一系列利好政策的共同实施,中国投资者可能会越来越多面对老式BIT无法满足其维护海外投资利益的需求。对此,中国政府应予以高度关切,有必要对ICSID仲裁实践中最惠国待遇条款可否延伸适用于争端解决机制予以持续关注。

(二) ICSID 仲裁实践中最惠国待遇条款延伸适用争端解决机制的立场

依据传统习惯,最惠国待遇条款的适用范围仅限于实体法领域,而近年来ICSID在适用最惠国待遇条款方面的新实践对传统观点提出了重大挑战,其主要焦点在于最惠国待遇条款能否扩张适用于投资争端解决事项。

从中国BIT缔约实践看,除了晚近签署的2008年中国—哥伦比亚BIT、2011年中国—乌兹别克斯坦BIT、2012年中国—加拿大BIT^⑥以及2013年中国—坦桑尼亚BIT中明确排除了最惠国待遇条款对投资争端解决机制的扩张适用,其余的中外BIT对是否扩张适用于投资争端解决机制基本处于“空白”状态。

① 1998年中国—也门BIT第3条第1款规定:“一、缔约一方应保证给予在其领土内的缔约另一方的投资公正与公平的待遇,该待遇依照其法律和法规不应低于给予本国投资者的投资的待遇,或不应低于最惠国的投资的待遇,如后者更优惠的话。缔约一方应依照其法律和法规保证给予在其领土内的缔约另一方投资者与其投资有关的活动的待遇不应低于给予本国投资者的待遇,或不应低于最惠国的投资者的待遇,上述待遇从优适用。”

② *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, para. 110.

③ *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, para. 122.

④ *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, para. 139.

⑤ *BUCG v. Yemen*, Decision on Jurisdiction, para. 113.

⑥ 2011年中国—乌兹别克斯坦BIT第4条(最惠国待遇)第3款规定:“……其他协定中规定的争端解决程序不得被援引用来处理本协议框架下的争端。”2012年中国—加拿大BIT第5条(最惠国待遇)第3款规定:“为进一步说明,第1款和第2款中的待遇不适用于其他国际投资协定和其他贸易协定中的争端解决机制。”

从表面看，在 ICSID 仲裁实践中，受墨菲兹尼诉西班牙 (*Maffezini v. Spain*) 案、^① 西门子诉阿根廷 (*Siemens v. Argentina* 案)^② 等多个案例的影响，越来越多的投资者试图利用基础 BIT 中普遍规定的最惠国待遇条款，要求享受第三方 BIT 中更优惠的争端解决机制的待遇。个别东道国甚至对外国投资者提出的将最惠国待遇条款扩张适用于争端解决的主张都未提出异议。^③

由于对最惠国待遇条款的适用范围作扩张解释，极有可能导致该条款被滥用，即便是肯定最惠国待遇条款适用于争端解决事项的 ICSID 仲裁庭也认识到了这一点，因此提出了不得违背“公共政策”(public policy) 例外的要求。^④

但是，在国际仲裁方面，公共政策只构成法律适用的排除，以及对裁决不予承认或撤销的理由，^⑤ 而不应被扩张解释适用于争端解决事项。肯定最惠国待遇条款适用于争端解决事项的 ICSID 仲裁庭实际扩大了“公共政策”的适用范围，与普遍接受的“公共政策”的功能相距甚远。如尽管 *Maffezini v. Spain* 案仲裁庭对最惠国待遇扩展适用于投资争端解决事项不应无视“公共政策的考虑”，并列出了四种具体的情形：第一，不能排除“用尽当地救济原则”；第二，不能损害“岔路口条款”的适用；第三，不能取代对一个特定仲裁机构的约定；第四，不能排除对一个具有详细程序规则、高度组织化的仲裁机制的选择。该案仲裁裁决还指出，缔约双方或各方可确定限制该条款适用的其他公共政策的因素。^⑥ 这与通常所认为的公共政策是“法院地所在国的最基本的道德理论与公正理念”(the forum State's most basic notions of morality and justice)^⑦ 差异非常明显。由于仲裁庭仅列举了部分“公共政策”的情形，却没有论证其所提出的“公共政策”的法律依据和标准。

ICSID 仲裁庭倾向于对最惠国待遇条款延伸适用于争端解决事项作肯定性认定与 ICSID 机制

① *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* 案是 ICSID 仲裁实践将最惠国待遇条款延伸适用于争端解决的第一案，引发了最惠国待遇条款是否延伸适用于争端解决的激烈争论。该案中，1991 年阿根廷—西班牙 BIT (基础 BIT) 第 10 条 (关于争端解决) 中规定申请人向 ICSID 提起仲裁申请，必须先尽东道国当地救济；然而，1991 年智利—西班牙 BIT (第三方 BIT) 第 10 条第 2 款中却没有用尽东道国救济的要求。本案申请人援引 1991 年阿根廷—西班牙 BIT 第 4 条第 2 款 (最惠国待遇条款) “关于本协议中的所有事项的待遇都不低于给予任何第三国投资者的待遇”的规定，以及 1991 年智利—西班牙 BIT 中第 10 条第 2 款的规定，主张无须用尽东道国西班牙当地救济就有权向 ICSID 提起仲裁。仲裁庭审理后认为，尽管 1991 年阿根廷—西班牙 BIT 中没有明确规定最惠国待遇也适用于争端解决，但是该 BIT 中使用了“关于本协议中的所有事项”的措辞，而争端解决安排与对外国投资者的保护是密不可分的。因此，仲裁庭指出，如果与任何第三方之间的协定中对争端解决机制作出了更有利于保护投资者权利和利益的安排，最惠国待遇的受益人可适用更有利的争端解决机制。

② *Siemens A. G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8. ICSID. 仲裁庭再次支持了将最惠国待遇条款扩张适用于争端解决事项，所不同之处在于，在 *Siemens v. Argentina* 案中，ICSID 仲裁庭在阐述理由时，以《维也纳条约法公约》第 31 条规定的条约解释方法为问题切入点。仲裁庭指出，首先，本案中 1991 年德国—阿根廷 BIT 的目的和宗旨是为了促进和保护投资，这表明缔约国的意图是为了创造良好的投资环境，便利吸收私人投资；其次，该项 BIT 的最惠国待遇在界定适用范围时，仅使用了“待遇”(treatment) 和“活动”(activities) 的措辞，这反向证明了“待遇”和“活动”的含义应是宽泛的。

③ *Camuzzi International S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/7.

④ *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, Unofficial English Translation, para. 62.

⑤ 陈安、蔡从燕主编 《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版，第 207 页。

⑥ See *Maffezini v. Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000, Unofficial English Translation, para. 63.

⑦ 这个观点由美国法官约瑟夫·史密斯提出。See Pierre Mayer and Andley Sheppard, “ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, (2003) 19 (2) *Arbitration International* 249, pp. 249 – 263.

本身脱胎于一般国际商事仲裁并糅合了后者的私人性特点有着一定关联。^① 因此, ICSID 仲裁实践中往往倾向于笼统地依据“目的和宗旨”解释方法对最惠国待遇条款进行扩张性解释, 从而对其能否适用于争端解决机制作出肯定性结论。^② 单纯从 ICSID 仲裁庭的裁决数量看, 肯定最惠国待遇条款可扩张适用于争端解决事项的裁决也占大多数。但是, 这并不意味着最惠国待遇扩张适用于争端解决事项已经具有了正当性。

在东道国签署的不同 BIT 中, 其规定的国际投资仲裁的案件受理范围存在差别, 这个问题对中国 BIT 实践有着特别重要的意义。在 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 允许将投资者与东道国之间的投资争端提交国际投资仲裁之前, 中国政府所签署的 BIT 仅允许将因征收或国有化引发的补偿额争端提交国际仲裁,^③ 然而, 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 签署之后, 除了 1999 年中国—巴林 BIT 和 1999 年中国—卡塔尔 BIT 仍仅允许征收和国有化措施引致的补偿额争端提交国际仲裁外, 基本允许将所有投资争端均提交仲裁。

当然, 在 ICSID 仲裁庭所处理最惠国待遇条款延伸适用问题还包括选择更有利的争端解决机构的问题。缔约实践中, 不同的 BIT 可能选择不同的仲裁机构, 常见的选择包括 ICSID 仲裁、ICSID 附加便利仲裁、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院 (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 以下简称 SCC) 仲裁、国际商会国际仲裁院 (International Chamber of Commerce International Court of Arbitration, 以下简称 ICC) 仲裁以及 UNCITRAL 仲裁。其中, ICSID 仲裁和 ICSID 附加便利仲裁是专门针对投资者—东道国投资争端的仲裁机制, 关注到了此类投资争端的特殊性, 其承认与执行也基本基于 ICSID 公约; 而其他仲裁机制是可以广泛适用于商事仲裁的仲裁机制, 私密性更强, 其承认与执行主要依据 1958 年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(简称 1958 年《纽约公约》)。除了 ICSID 机制外, 1987—2016 年其他仲裁机制也受理了部分投资者—东道国投资争端:^④

| 仲裁类型 | 案件数量 | 比例 |
|------------------------|------|--------|
| PCA 仲裁 | 88 | 62.86% |
| SCC 仲裁 | 36 | 25.71% |
| CRCICA 仲裁 ^⑤ | 2 | 1.43% |
| ICC 仲裁 | 6 | 4.29% |
| LCIA 仲裁 ^⑥ | 5 | 3.57% |
| MCCI 仲裁 ^⑦ | 3 | 2.14% |
| 合计 | 140 | 100% |

① 一般国际商事仲裁是一种崇尚公、私权利分立, 不考虑东道国的经济主权、公共利益, 只维护神圣不可侵犯的私人财产权。See Amr A. Shalakany, “Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism”, (2000) 41 *Harvard International Law Journal* 419, pp. 419 - 424.

② 魏艳茹 《ICSID 仲裁撤销制度研究》, 厦门大学出版社 2007 年版, 第 245 页。

③ 其中也存在例外, 譬如 1994 年中国—罗马尼亚 BIT 第 9 条 (缔约一方有缔约另一方投资者之间的争议) 规定 “一、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。二、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一方有管辖权的法院, 或基于当事方同意提交国际仲裁解决 (解决投资争端国际中心)。……” 有类似规定的还有 1997 年中国—南非 BIT。

④ 数据来源于 UNCTAD, 转引自 2016 年 12 月 10 日第十届厦门大学国际投资法会议广西师范大学法学院李庆灵老师发言。

⑤ 全称为 Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, 中文名称为开罗国际商事仲裁区域中心。

⑥ 全称为 London Court of International Arbitration, 中文名称为伦敦国际仲裁院。

⑦ 全称为 Mauritius Chamber of Commerce and Industry, 中文名称为毛里求斯商工会常设仲裁院。

整体而言，两类投资仲裁机制各有千秋，因此当基础 BIT 中仅规定了有限的可供选择的仲裁机构但东道国缔结的第三方 BIT 中规定了更多可供选择的仲裁机制时，投资者可能依据基础 BIT 中的最惠国待遇条款，主要援引第三方 BIT 中的规定寻求更优惠的争端解决机制。

从国际投资法理论看，最惠国待遇条款的出现最初是为了确保来自不同国家的外国投资者之间在东道国进行投资的竞争条件的公平，禁止东道国依据外国投资者之国籍实施歧视待遇。最惠国待遇条款的主要功能在于缓解不同国家间缔约能力的差异，^① 可以作为一个强有力的棘轮，使得国家在特定条约中的承诺义务通过最惠国待遇条款变得程度更强。^②

中国已经签署的 BIT 中均规定了最惠国待遇条款，而且很多最惠国待遇条款并未对其是否可以扩展适用于争端解决程序作特别说明。中国加入《华盛顿公约》时，对公约第 25 条第 4 款作了保留，仅允许就征收或国有化产生的补偿额争端提交国际仲裁，^③ 这一保留要求在 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 之前的 BIT 中也基本均得到了贯彻，近年来签署的 2008 年中国—哥伦比亚 BIT、2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT、2012 年中国—加拿大 BIT 和 2013 年中国—坦桑尼亚 BIT 中对此有所改观。然而自 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 起，中外 BIT 基本均允许将所有投资争端均提交国际仲裁解决，因此，如果中国与其他国家所签署的基础 BIT 中仅允许就征收或国有化提交国际仲裁，中国投资者理论上可以根据基础条约中的最惠国待遇条款，要求适用中国在 1998 年之后签署的 BIT 中的允许将所有投资争端均提交国际仲裁的规定，从而将其与东道国争端提交给国际仲裁解决。在谢业深案中，由于基础协定（1994 年中国—秘鲁 BIT）仅允许将因征收或国有化引起的补偿额争端提交国际仲裁，谢业深援引该项 BIT 第 3 条第 2 款的最惠国待遇条款规定，要求适用第三方协定（1994 年秘鲁—哥伦比亚 FTA）第 12 条的规定，从而将秘鲁征税行为诉诸国际投资仲裁。仲裁庭认为，每个最惠国待遇条款自身都是一个独立的整体，因此需要采取个性化的解释才能确定其适用的范围。^④ 尽管在谢业深案中，ICSID 仲裁庭并未支持最惠国待遇条款延伸适用从而扩展管辖事项范围，但是中国在今后的缔结或修订投资条约时，对最惠国待遇条款可能引发的后果应予以足够重视，尽可能明确最惠国待遇条款仅限于适用于实体问题，以免仲裁庭扩大自由裁量权。^⑤ 由于中国所签署的 BIT 基本都要求了六个月的协商等待期，因此基本不存在规避协商等待期的情况，在此不做专门探讨。

四 完善国际投资仲裁机制的建议

投资争端解决机制是对投资者权利保护的最后一道屏障，要保障中国海外投资安全，必须对

① Krista Nadakavukaren Scheffe, *International Investment Law: Texts, Cases and Materials* (Cheltenham: Edward Elgar, 2013), p. 304.

② Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2007), p. 254.

③ 关于 ICSID 公约缔约国通知保留清单，参见 ICSID, Notifications Concerning Classes of Disputes Considered Suitable or Unsuitable for Submission to the Centre, ICSID/8 - D, I (Sept. 2012), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingMeasures&reqFrom=Main>, 最后访问时间: 2015 年 10 月 12 日。

④ *Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Jurisdiction on Competence, June 19, 2009.

⑤ 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 182 页。

这个问题予以高度重视。随着1998年后签署的中外BIT中基本全面接受ICSID管辖权,加上中国投资者和中国政府在国际投资仲裁中的实践经验的逐步积累,有理由相信,中国在今后的投资争端解决中,会更多考虑采用国际投资仲裁机制。

(一) 高度关注ISDS机制的发展

目前欧盟对现行的投资者—东道国争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement,以下简称ISDS机制)提出了强烈的挑战,今后ISDS机制要进一步完善和发展,主要可能受到三方面的影响。

1. 《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)文本所引领模式的影响

在2012年美国BIT范本中已经对ISDS机制进行了较全面的规范的基础上,TPP文本又有一定发展。这些变化主要体现在TPP第九章中,其中细化了磋商谈判机制、仲裁员选择程序、反请求机制、优化了法庭之友介入规定、增加了仲裁程序透明度要求、提高了效率和成本的要求等。具体而言,在磋商谈判机制方面,2012年美国BIT范本和TPP文本均规定无拘束力第三方可参与磋商谈判阶段解决争议,但TPP明确列举第三方案程序如斡旋、调解、调停,更加具体且有可操作性。在仲裁员选择程序方面,TPP明确规定,除非争端双方同意,秘书长不得任命东道国或投资者所属缔约方的国民担任首席仲裁员。同时TPP要求各缔约方就第28章下的《争端解决程序行为守则》对选任仲裁员的适用提供指南,强调了对投资仲裁庭仲裁员在专业和行为操守的重视。在反请求机制方面,TPP规定东道国可以针对投资者在投资授权或投资协议,向投资者提起反请求。2012年美国BIT范本对此没有规定,可见TPP更加关注到东道国与投资者之间的利益平衡。在法庭之友方面,与在2012年美国BIT范本中仅简单规定“仲裁庭有权接受和考虑非争议放的个人或实体提交的法庭之友陈述”不同,TPP从法庭之友参加投资争议解决的前提、法庭之友本身应符合的条件、法庭之友提交意见的要求、争端双方对其的反馈等都作了较为详尽的规定。在透明度方面,2012年美国BIT范本只笼统规定仲裁庭应采取适当安排以保护信息不被泄露,而TPP进一步规定听证会在讨论受保护信息期间不应对外公开。在效率和成本方面,与2012年美国BIT规定一样,TPP也允许仲裁庭就美国律师费作出裁决,但进一步界定了律师费的范围应当是争端方发生的与该仲裁程序有关的律师费,并规定仲裁庭应确定该费用由谁支付及如何支付。^①

尽管TPP目前生效希望渺茫,但是从长远看,其引领的此种理念和可能的发展趋势仍可能对ISDS机制今后发展产生潜在的影响。2017年7月17日,美国贸易代表办公室公布美国重启NAFTA投资领域谈判目标,^②其中争端解决条款谈判内容占了很大篇幅,包括鼓励协商和其他解决机制、加强透明度和公众参与度等。我们相信NAFTA重新谈判中对争端解决机制的修改与完善基本可以代表美国主导的对ISDS机制的修改方向,对此值得持续关注。

2. 欧盟积极推进的投资法庭制度模式的影响

欧盟对现行以ICSID机制为代表的ISDS机制批评意见的焦点在于ISDS机制威胁到主权国家通过立法实现合法公共政策目的的能力。欧盟认为ISDS机制根据当前投资协定作出的仲裁裁决没有充分地保护东道国政府管制权,仲裁庭解释权过大,损害了政府的权力。比如根据TPP第九

^① 参见陶立峰《TPP投资规则与2012年美国BIT范本比较研究》,载《上海市WTO法研究会2016年会员大会暨学术年会“一带一路与自贸区的法律研讨会”论文汇编》,第46—48页。

^② <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/july/ustr-releases-nafta-negotiating>,最后访问时间:2017年8月3日。

章第 16 条的规定, 条约不得解释为妨碍缔约方采取、维持或者实施出于对环境、健康等其它监管目标而对投资活动采取的与本章相一致的适当措施。欧盟认为应保留东道国政府一定范围的管制权, 在欧盟草案中所列举的监管目标更加丰富, 包含公共健康、安全、环境和公共道德、社会或消费者保护, 以及促进和保护文化多样性等内涵。欧盟草案中的集中观点就是建立国际投资法庭制度 (Investment Court System, 以下简称 ICS), 这一构想在欧盟委员会 2015 年 11 月为《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP) 谈判所公布的正式建议文本中已具雏形。在建议文本中, 欧盟提出要建立一个常设的投资法庭和上诉机制以替代现行 ISDS 机制。在 2016 年 2 月公开的欧盟—越南 FTA 第 8 章第 3 节和 2016 年 2 月 29 日达成的《加拿大—欧盟全面经济和贸易协定》(以下简称 CETA) 中明确纳入常设投资法庭及上诉机制, 证明 ICS 已经从构想进入实践。但是随着 2016 年 6 月英国公投退欧、欧洲部分重要国家如法国、荷兰、意大利等出现反全球化主张以及对欧盟是否有设立投资法院的权限带来的挑战, ICS 的未来有着太多的不确定性。

笔者认为, 对于目前 ISDS 机制, 无论是美国投资者还是美国政府都是比较熟悉的, 特别是, 美国作为被诉东道国的情形下, 美国从未败诉, 因此要让美国接受“另起炉灶”的一套新机制, 无论从缔约习惯还是实践角度美国绝对不会积极主动, 是否会明确反对并进行“阻击”, 以免 ICS 机制在多边层面得到拓展尚不得而知。目前中欧 BIT 推进到第十二轮, 但从目前披露的信息看, 中欧 BIT 尚未进入到最核心的谈判阶段,^① 负责中方谈判的商务部也正在对 ICS 机制进行考虑和论证。

(二) 中国立场研究

中国对欧盟 ICS 机制应从两方面进行考虑, 第一, 是否要接受欧盟提出的 ICS 建议? 第二, 如果决定接受, 如何进行制度设计从而保障中国利益?

1. 是否要接受欧盟提出的 ICS 建议

(1) 被诉主体确定问题

2014 年 8 月 28 日欧盟公布了涉及国际投资仲裁中欧盟及其成员国财政责任划分的第 912/2014 号条例《确立与依据欧盟作为缔约一方的投资协定设立的投资者—东道国争端解决仲裁庭有关的财政责任管理框架条例》。^② 该条例对于财政责任区分的原则是谁的行为谁负责。然而在现行 ICSID 机制下, 欧盟不是 ICSID 成员方, 无法成为被诉方。在 TTIP 欧盟草案第 5 条第 5 款中规定了谁的行为谁负责的原则, 即由欧盟决定是由欧盟还是某一成员国应诉, 一旦确定, 无论欧盟还是该成员国都不得以该事项不可仲裁、超越仲裁范围或申请人滥用诉权等理由抗辩。

(2) 现行 ICSID 机制为代表的投资仲裁机制存在较大的不确定性

目前 TTIP 草案文本中存在 25 处“更大不确定性”(greater uncertainty, 其中 22 处在正文中, 3 处在脚注中)、CETA 中存在 5 处“更大不确定性”(其中 4 处在正文中, 1 处在脚注中)、欧盟—越南 FTA 中存在 14 处“更大不确定性”(其中 9 处在正文中, 5 处在脚注中)。由于存在大量的“更大不确定性”, 上述三个文本中均将欺诈性错误陈述、隐匿、腐败、滥用程度的行为排

^① 参见商务部官网, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201609/20160901400998.shtml>, 最后访问时间: 2017 年 1 月 15 日。

^② 关于该条例的介评, 参见张生 《欧盟国际投资仲裁财政责任划分条例评析》, 载《武大国际法评论》2015 年第 18 卷第 2 期, 武汉大学出版社 2015 年版, 第 250—266 页。

除在外；进一步明晰专家数量和费用（专家名单缩减、国籍明确、更加稳定、提升聘请费数额，案件受理费等另算）；现行 ICSID 机制没有纠错机制，仅有撤销程序的问题，撤销不包括对裁决的实质性问题审查，不存在修正裁决的可能性。具体而言，撤销要么保持裁决原封不动；要么终结裁决的法律的约束力。撤销程序对法律适用和事实认定方面的错误不予考虑。而欧盟—越南 FTA 第 28 条第 1 款和 TTIP 欧盟草案第 29 条规定，除了撤销外，ICS 上诉法院审查内容还包括初审法院错误解释和适用法律；仲裁庭错误认定事实，包括错误认定相关国内法。

（3）ICSID 实践中有扩展管辖权的倾向

对于欧盟这方面的忧虑，中国也有同样的考虑。在谢业深案和世能案中，中国政府也正面临着中国所签署的 BIT 是否延伸适用于港澳地区问题的再思考。

（4）ICSID 设立在美国华盛顿，欧盟质疑其公正性，中国也有类似的考虑

改革开放近 40 年来，中国在积极参与国际立法谈判和国际法律制度构建的同时并不信任国际法的司法适用，譬如，至今中国除在一定程度上接受经济领域的国际司法机制外，其他领域基本都抗拒国际司法机制，无论是国际法院，还是国际海洋法庭乃至国际刑事法院。从这个意义上讲，中国接受 WTO 争端解决机制和 ICSID 机制几乎堪称中国传统的例外。平安诉比利时政府案败诉后，国内也有质疑该案仲裁员和 ICSID 机制正当性的声音。

2. 中国政府如接受欧盟 ICS 的部分内容，如何更好地保障中国利益

（1）如何选出第三方的初审法院成员

在欧盟 ICS 机制中，初审法院除了欧盟和相对缔约国（如加拿大和越南）选定各自的初审法院成员外，还要从第三方（非拥有欧盟成员国国籍和相对缔约国国籍）中选出 1/3 的初审法院成员。是从已经接受欧盟 ICS 规则的国家中选择，还是从发展中国家中选择？必须强调的是，发展中国家的专家未必与中国政府的立场一致，更何况国际社会中对发达国家和发展中国家本来就没有明确的区分标准。那么具体在操作中，是否可以由中国和欧盟各自提名一半的第三方初审法院成员？同时应明确排除那些同时具有某一欧盟成员国国籍的双重国籍专家。

（2）第三方专家的任期

ICS 在设计和安排上接近于 WTO 争端解决机制，也包含了初审和上诉审两个环节。ICS 机制中法官一任六年且可以连选连任，个人建议，欧盟和中国选定的专门可以是六年任期，但因为第三方专家特别重要又兼不可控性风险很高，建议将第三方专家的任期设置为较短期限（如四年）为宜。

（3）被诉主体的确认

如果中欧 BIT 中纳入 ICS，当中国投资者起诉时，欧盟可以确定由其自身或欧盟成员国应诉，欧盟和欧盟成员国不能以不可仲裁、超越管辖权范围等理由不应诉，那么实践中是否可能出现当某一欧盟成员国承担能力有限的情况下，欧盟为了避免或减轻其自身责任，判定由该成员国承担责任的情况？此外，如果将欧盟作为被诉主体，如何要求欧盟执行裁决？

（4）ICS 审查机制的排除和保留

明确将金融、税收等问题排除在 ICS 审查机制之外，在涉及公共利益问题上保留中国的自由裁量权。

（三）中国可能引领的“折衷”模式的影响

中国目前同时与美国、欧盟推进 BIT 谈判，因此似乎面临着同时根据 ISDS 和 ICS 机制设计

相关制度的可能性，不排除可能在此基础上，结合中国的具体需求，糅合两种机制的特色，形成具有中国特色的“折衷”模式，并引领投资争端解决机制的进一步发展和完善。相较于美国 ISDS 机制，中国模式更接近于欧盟 ICS，似乎更容易与欧盟达成共识；相较于欧盟的 ICS 机制，中国模式更接近于美国 ISDS 机制，似乎又容易与美国达成共识。

1. 坚持单一 BIT 范本原则，将不可仲裁事项中纳入例外条款

由于中国在对外投资和吸收外国投资两方面均有着关键利益，为了平衡保护中国海外投资利益和维护中国对境内外国投资的管理权，有人建议中国可以采用两种不同的 BIT 范本。一种 BIT 范本建议采用中国传统坚持的比较保守的“防御性”立场，主要用于与发达的资本输出国的谈判，以最大限度保留管理境内外国投资的主权权力。另一种 BIT 范本则建议采用比较开放的“进攻性”立场，主要用于与中国海外投资主要流向国的谈判，以保护和促进中国在缔约相对国的投资。这种提法似乎很有吸引力，但在实践中是行不通的。^① 首先，这种做法与世界各国通常的 BIT 实践不一致。通常一国制定 BIT 范本是为了与希望以此为基础与其他国家进行谈判，以增强各项 BIT 结构和内容之间的一致性。虽然可能根据缔约相对方的特殊需要，可能在具体 BIT 中对范本的规定进行一定调整，但基本精神应保持一致。更何况，任何一项中外 BIT 中包含的最惠国待遇这一基本原则的“自动传导效应”都可以使“防御性”BIT 中的种种限制变得形同虚设。当然，理论上，在立法技术上存在二元范本安排的可能性，即可以将“进攻性”BIT 中的相关规定作为例外，排除在“防御性”BIT 中的最惠国待遇条款的适用范围之外。此种做法不仅在体例上“独辟蹊径”，而且区别对待很容易直接遭到缔约相对国方的拒绝。因此，建议 BIT 范本中应采用“全面同意附加重大例外式”，在全面接受 ICSID 管辖权的前提下，对那些可能涉及国家安全、经济安全等事项，以重大例外等规定予以排除。

2. 适度强化中外 BIT 对东道国法的补充和纠正作用

依据《华盛顿公约》第 42 条第 1 款，^② 在投资争端仲裁中，可适用的法律包括双方同意的“法律规则”（rules of law）、东道国法律（包括其关于冲突法的规则）^③ 以及可能适用的国际法规则（包括 BIT）。其中，双方同意的“法律规则”应优先适用；如无此类“法律规则”时，仲裁庭就可以自由选择东道国法律、国际法规则加以适用，^④ 此两类准据法之间不存在必然的优先关系。考虑到中外 BIT 是中国与缔约相对方专门就投资流动达成的专门性协定，更多考虑了缔约双方的实际情形，对解决投资争端更有实际价值。因此，建议在中外 BIT 文本、中国投资者与东道国之间的投资合同等文件中，明确规定中外 BIT 应优先于东道国国内法。

① 单文华、诺拉·加拉赫 《和谐世界理念和中国 BIT 范本建设——一个“和谐 BIT 范本”建议案》，载《国际经济法学刊》第 17 卷第 1 期，北京大学出版社 2010 年版，第 157—158 页。

② 《华盛顿公约》第 42 条第 1 款规定：“法庭应依照双方可能同意的法律规则判定一项争端。如无此种协议，法庭应适用争端一方的缔约国的法律（包括其关于冲突法的规则）以及可能适用的国际法规则。”

③ 这里所指的东道国法律是一个整体，其外延应当根据东道国的立法予以确定，包括各层次的立法机关颁布的规范性文件、有权机关的解释，在普通法国家还应当包括判例。而且，ICSID 仲裁庭对查明东道国法律的要求比较宽松，只要仲裁庭善意地努力去理解适用的相关法律，即便在此过程中出现法律理解错误抑或适用措施错误并不必然导致裁决的无效。See *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, Decisions of The Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki, ICSID Case No. ARB/02/7, para. 97.

④ *CMS v. Argentina*, Award, May 12, 2005, para. 116.

3. 相对缩小用尽行政复议程序的争端范围

对于行政行为引起的争议,如东道国对外国投资者及其收益采取的具体行政行为,如税收、工商管理、投资及其收益的转移等行政行为,可以要求先通过当地行政救济。^①对于由征收和国有化的补偿数额引起的争端,国际上均倾向于提交国际仲裁直接解决,因此,建议中外BIT中应相对缩小行政复议程序的管辖的争端范围。

五 结语

随着中国成为双向投资大国,我们有理由相信今后中国投资者和中国政府可能将涉入国际投资争端解决实践。为了更好地保障中国投资者和中国政府的利益,有必要对国际投资争端解决中的涉华案例进行深入研究,分析其中的利弊得失,从而为中国更好的应对潜在投资争端做好更充分的准备。此外,中国政府还应对国际投资仲裁机制中存在的问题予以高度关注,并争取创设起以中国主导的国际投资仲裁机制,更好地保障中国投资者和中国政府的正当权益。

附件表1 中国投资者作为申请人的案件统计表

| 序号 | 案件名称 | 法律依据 | 状态 | 程序 | 仲裁机构 |
|----|---|-----------------------------|-----|---|-------------|
| 1 | 世能投资有限公司诉老挝政府案 ^② | 1993年中国—老挝BIT | 进行中 | 2017年4月27日登记,5月16日作出1号程序令。 | ICSID(临时仲裁) |
| 2 | 香港渣打银行诉坦桑尼亚政府案 ^③ | 投资合同 | 进行中 | 2016年5月19日组成仲裁庭,2017年7月17日作出4号程序令。 | ICSID |
| 3 | 北京城建集团有限责任公司诉也门政府案 ^④ | 1998年中国—也门BIT | 进行中 | 2017年5月31日作出ICSID有管辖权的裁定。 | ICSID |
| 4 | 中国平安保险(集团)股份有限公司、中国平安人寿保险股份有限公司诉比利时政府案 ^⑤ | 1984年和2005年中国—比利时卢森堡经济联盟BIT | 终结 | 2015年4月30日作出裁决,裁定ICSID无管辖权。 | ICSID |
| 5 | 香港渣打银行诉坦桑尼亚电力供应有限公司案 ^⑥ | 投资合同 | 终结 | 2016年9月12日仲裁庭作出裁决,2017年7月21日申请人针对被申请人撤销裁决申请提起反诉状。 | ICSID |

① 余劲松《跨国公司法律问题专论》,法律出版社2008年版,第503页。

② *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ADHOC/17/1.

③ *Standard Chartered Bank (Limited) Hong Kong v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/15/41.

④ *Beijing Urban Construction Group Co., Ltd. v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30.

⑤ *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29.

⑥ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited*, ICSID Case No. ARB/10/20.

续表

| 序号 | 案件名称 | 法律依据 | 状态 | 程序 | 仲裁机构 |
|----|--|-----------------|-----|--|------------------------|
| 6 | 谢业深诉秘鲁政府案 ^① | 1994 年中国—秘鲁 BIT | 终结 | 2011 年 7 月 7 日仲裁庭裁决支持申请人的主张。2011 年 11 月 9 日，秘鲁政府提起撤销程序。2015 年 2 月 12 日，临时仲裁庭作出裁决，驳回秘鲁全部撤裁申请，维持原裁决。 | ICSID |
| 7 | 世能投资有限公司诉老挝政府案 ^② | 1993 年中国—老挝 BIT | 终结 | 2013 年 12 月 13 日仲裁庭裁决对此案有管辖权。2015 年新加坡最高法院高等法庭推翻仲裁裁决。2016 年 9 月 29 日新加坡最高法院上诉法庭推翻高等法庭的判决。 | PCA (UNCITRAL 仲裁规则) |
| 8 | 中国黑龙江国际经济技术合作有限公司、秦皇岛市秦龙国际实业有限公司和北京首钢矿业投资有限责任公司诉蒙古政府案 ^③ | 1991 年中国—蒙古 BIT | 进行中 | 2017 年 6 月 30 日仲裁庭作出管辖权裁定，裁定对此案无管辖权。 ^④ | PCA (UNCITRAL 仲裁规则) |

附件表 2 中国政府作为被申请人的案件统计表

| 序号 | 案件名称 | 法律依据 | 状态 | 程序 | 仲裁机构 |
|----|---------------------------------|--------------------------------------|-----|---|-------|
| 1 | 德国海乐西亚泽有限公司诉中国政府案 ^⑤ | 暂无信息披露 | 进行中 | 2017 年 6 月 21 日已登记 | ICSID |
| 2 | 韩国安城房屋建筑有限公司诉中国政府案 ^⑥ | 2007 年中国—韩国 BIT | 终结 | 2017 年 3 月 9 日仲裁庭作出裁决，驳回申请人的全部诉求，并依据 ICSID 仲裁规则第 41 条第 5 款终结所有程序。 | ICSID |
| 3 | 马来西亚伊佳兰公司诉中国政府案 ^⑦ | 1995 年中国—以色列 BIT 和 1988 年中国—马来西亚 BIT | 终结 | 2011 年 7 月 22 日程序中止。此案已和解。 | ICSID |

① *Tza Yap Shum v. Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6.

② *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA Case No. 2013 - 13.

③ *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdao Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*, 案号 PCA Case 2010 - 20, <http://www.pcacases.com/web/view/48>, 最后访问时间: 2017 年 7 月 31 日。

④ 管辖权裁定结果没有正式公开, 该信息来源于万邦法律公众号。PCA 网站上显示该案仲裁庭在 2017 年 6 月 30 日作出管辖权裁定, 但没有具体结果公布。联合国贸易和发展会议 (UNCTAD) 网站信息显示, 该案涉及间接征收问题, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/367>, 最后访问时间: 2017 年 7 月 31 日。

⑤ *Hela Schwartz GmbH v. Republic of China*, ICSID Case No. ARB/17/19, 最后访问时间: 2017 年 8 月 3 日。

⑥ *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25.

⑦ *Ekran Berhad v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/11/15.

The Research on ISDS Cases Involvement with China ——China's Experiences and Relevant Improvement Suggestions

Liang Yong

Abstract: As China has become both as a host state and as a home state, international investment arbitration cases that Chinese investors sue host state governments and cases that the Chinese government is sued by foreign investors may accelerate dramatically in the coming years. After making the research on international investment arbitration cases involvement with China, we believe that China should reconsider and evaluate the interests of China in absorbing foreign investment and protecting outbound investment, and suggest that China should consider and improve the following aspects when it concludes or upgrades Chinese-foreign bilateral investment treaties (“BITs”) with other states in the future: (1) to make provisions on Hong Kong investors and Macao investors and to clarify whether Chinese-foreign BITs can be applied to Hong Kong Special Administrative Region and Macao Special Administrative Region; (2) to pay more attention to the application of the previous and new BITs during the transition period; (3) to make it as clear as possible that the most-favored-nation (MFN) treatment provision is limited to substantive matters to prevent a tribunal abusing its discretion; (4) to highlight the importance of investor-state dispute settlement mechanism and China should adhere to a unified model BIT, adopt exceptional matters into the scope of non-arbitrated disputes, strengthen moderately complementary and corrective functions of Chinese-foreign BITs on domestic laws of host states, and relatively narrow the scope of disputes that must exhaust administrative reconsideration procedures of host states before they are submitted to international investment arbitrations.

Keywords: Investor-State Dispute Settlement, ICSID, BIT, the Most-Favored-Nation Treatment, Chinese Investors

(责任编辑: 李庆明)