

国际投资法的新发展 与 中国双边投资条约的新实践

陈安 主编 蔡从燕 副主编

D996.4/11

2007

国际投资法的新发展 与 中国双边投资条约的新实践

陈安主编 蔡从燕 副主编

图书在版编目(CIP)数据

国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践/陈安主编.
—上海:复旦大学出版社,2007.6
ISBN 978-7-309-05548-1

I. 国… II. 陈… III. ①国际投资法学-研究②对外投资-双边条约-研究-中国 IV. D996.4 D922.295.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第078089号

国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践

陈安 主编

出版发行 复旦大学出版社 上海市国权路579号 邮编 200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65118853(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

责任编辑 张永彬 张炼

总编辑 高若海

出品人 贺圣遂

印刷 上海肖华印务有限公司

开本 787×960 1/16

印张 29

字数 568千

版次 2007年6月第一版第一次印刷

印数 1—3100

书号 ISBN 978-7-309-05548-1/D·336

定价 48.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

主编简介

陈安，1929年生。厦门大学法学教授、博士生导师。主要学术兼职：中国国际经济法学会会长，中国政府根据《华盛顿公约》遴选向“解决投资争端国际中心”指派的国际仲裁员等。1950年厦门大学法律系毕业。1981~1983年应邀在美国哈佛大学从事国际经济法研究，并兼部分讲学。1990~1991年应聘担任美国俄勒冈州西北法学院客座教授暨国际法研究项目顾问。近20多年来，立足于中国国情和广大发展中国家的共同立场，致力于探索和开拓国际经济法这一新兴边缘学科。撰写和主编的主要著作有《国际投资争端仲裁》（获第十三届中国图书奖、司法部首届法学教材与法学优秀科研成果一等奖）、《国际经济法学》、《国际经济法总论》、《国际经济法学系列专著》（全套六卷）等32种，合计约1500万字。另在《中国社会科学》等国内外学术刊物上发表多篇论文。多项论著获科研优秀成果奖，或被指定为全国性高校法学教材。

缩略语表

BIT/BITs: Bilateral Investment Treaty/Bilateral Investment Treaties (双边投资条约)

DCF: Discounted Cash Flow (现金流量折现)

DSB: Dispute Settlement Body (争端解决机构)

DSU: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (《关于争端解决规则与程序的谅解》)

FCN 条约: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (友好、通商、航海条约)

FDI: Foreign Direct Investment (外国直接投资)

FTA/FTAs: Free Trade Agreement/Free Trade Agreements (自由贸易协定)

FTC: Free Trade Commission (自由贸易委员会)

GATS: the General Agreement on Trade in Service (《服务贸易总协定》)

ICC: International Chamber of Commerce (国际商会)

ICJ: International Court of Justice (国际法院)

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes (国际投资争端解决中心)

ICSID 公约: Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States (《解决国家与他国国民间投资争端公约》或《华盛顿公约》)

ITO: International Trade Organization (国际贸易组织)

MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency (多边投资担保机构)

OECD: Organization for Economic Co-operation and Development (经济合作与发展组织或经合组织)

U. S. 2004 BIT Model: Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (美国 2004 年 BIT 范本)

Canada 2004 BIT Model 或 FIPA: Agreement between Canada and



[Country] for the Promotion and Protection of Investments (加拿大 2004 年 BIT 范本)

MAI: Multilateral Agreement on Investment (多边投资协定)

NAFTA: North American Free Trade Agreement (北美自由贸易协定)

PTIA: Preferential Trade and Investment Agreement (优惠贸易与投资协定)

TRIMs 协定: the Agreement on Trade-Related Investment Measures (《与贸易有关的投资措施协定》)

TRIPS 协定: the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (《与贸易有关的知识产权措施协定》)

UNCITRAL: the United Nations Commission on International Trade Law (联合国国际贸易法委员会)

UNCTAD: the United Nations Conference on Trade and Development (联合国贸易与发展会议或联合国贸发会)

WTO: World Trade Organization (世界贸易组织)



目 录

缩略语表	1
------------	---

绪论：处在十字路口的国际投资法	1
一、国际投资条约何去何从	1
二、发达国家何去何从	3
三、发展中国家何去何从	4
四、国际仲裁庭何去何从	6
五、小结	8

第一编 国际投资条约新发展

第一章 国际投资条约新发展	11
一、晚近国际投资条约新发展的主要表现	11
二、晚近发达国家推动国际投资条约新发展的策略上的新动向	15
三、晚近国际投资条约发展内容上的新动向	19
四、发展中国家的基本对策	28
第二章 国际投资条约中的投资定义	29
一、投资定义的基本问题	29
二、国际投资条约中的投资定义	34
三、国际投资仲裁对投资定义的发展	41
四、中外双边投资条约中的投资定义	50
第三章 国际投资条约中的公正与公平待遇标准	52
一、公正与公平待遇标准的起源与发展	52
二、公正与公平待遇标准的性质与作用	56
三、公正与公平待遇标准的解释	57
四、公正与公平待遇标准的内容	63
五、违反公正与公平待遇标准的补偿问题	70



第四章 国际投资条约中的征收及其补偿标准	72
一、国有化或征收的概念及其新发展	72
二、征收的合法性问题及其新发展	77
三、征收补偿标准之争及其新发展	82
四、中国关于征收及其补偿标准的立场与实践	91
五、结语	94
第五章 国际投资条约中的征收补偿额	97
一、征收补偿额的估算方法问题	98
二、“持续经营企业”的界定问题	100
三、“持续经营企业”估价方法的选择问题	105
四、“现金流量折现”方法的适用问题	111
五、补偿额的“公平”折扣问题	117
六、中国的对策	120
第六章 国际投资条约中的间接征收	126
一、间接征收的历史与现实	127
二、间接征收的法理剖析	132
三、间接征收的认定标准	144
四、转型期中国的外资间接征收问题	158
第二编 国际投资仲裁新发展	
第七章 国际投资仲裁新发展	165
一、国际投资仲裁正当性危机的基本背景	165
二、国际投资仲裁正当性危机的主要表现	166
三、克服国际投资仲裁正当性危机的主要尝试	170
第八章 ICSID 投资仲裁中的最惠国待遇	183
一、最惠国条款概述	183
二、国际投资条约中的最惠国条款	187
三、ICSID 投资仲裁对最惠国条款的发展	190
四、若干评论	204
第九章 ICSID 投资仲裁中的当地救济规则	211
一、ICSID 公约中的当地救济规则	211



二、当地救济的附期限问题	217
三、当地救济与终局性要求	219
四、当地救济与“岔路口条款”	226
第十章 ICSID 投资仲裁中的“保护伞条款”	232
一、国际投资条约中的“保护伞条款”	232
二、ICSID 仲裁庭关于“保护伞条款”的仲裁实践	234
三、限制“保护伞条款”适用的基本对策	244
第十一章 ICSID 投资仲裁中的法人国籍认定	249
一、ICSID 公约关于法人国籍认定的规定	249
二、ICSID 公约起草者的态度	250
三、学术界的理论见解	255
四、ICSID 投资仲裁实践	259
五、中国相关国际投资条约实践及其影响	265
第十二章 ICSID 投资仲裁中的仲裁员选任	269
一、ICSID 投资仲裁的特殊性及仲裁员的特殊作用	269
二、ICSID 仲裁员选任制度的规范研究	271
三、ICSID 仲裁员选任制度的实证研究	277
四、ICSID 仲裁员选任制度的改革问题	293
第十三章 卡尔沃主义、拉美国家与国际投资仲裁	297
一、卡尔沃主义的发展过程	297
二、世界投资自由化与卡尔沃主义在拉美国家的“死亡”	300
三、国际投资仲裁与卡尔沃主义在拉美国家的“再生”	307
第十四章 阿根廷与国际投资仲裁	315
一、阿根廷涉及国际投资仲裁的基本情况	315
二、阿根廷官司缠身的国内法与国际法根源	316
三、国际法层面的应对措施	328
四、国内法层面的应对措施	337
第十五章 美国与国际投资仲裁	342
一、美国晚近对国际投资仲裁的态度转变	342



二、美国晚近推动国际投资仲裁制度改革的努力	347
三、美国的态度转变与改革努力对国际投资仲裁制度的影响	355

第三编 中国双边投资条约新实践

第十六章 区分两类国家,实行差别互惠:中外双边投资条约中的四大	
“安全阀”不宜贸然全面拆除	359
一、问题的缘由	359
二、中国型 BITs 中争端解决条款与 ICSID 公约相关条款“接轨” 的简要回顾	361
三、美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款之基本规定	363
四、中国在 BIT 谈判中不宜贸然接受美、加型 BITs 中的争端解决 条款或其“变种”	366
五、有关今后中外双边投资条约谈判的几点思考	382
六、区分两类国家,实行差别互惠的理论依据和实践先例	387
七、结论	393
第十七章 中外双边投资条约中仲裁管辖权的同意方式	395
一、同意方式简介	395
二、若干国家的同意方式新发展	397
三、中外双边投资条约中的同意方式现状	408
四、中国的对策	411
第十八章 对外投资保护与中国的双边投资条约实践	427
一、中国对外投资发展与政策演变	427
二、对外投资保护与目前中国双边投资条约实践的有效性	434
三、对外投资保护与未来中国双边投资条约缔约实践的完善	450
四、结论	454
本书作者	455



绪论：处在十字路口的国际投资法

以国际投资条约为主体的国际投资法实践大致肇始于 20 世纪 50 年代末，体现了国际法在当代的重要发展。经历近半个世纪的演变，新世纪后国际投资法的进一步发展正处于十字路口，面临着何去何从的现实问题。本书绪论先从四大维度简要介绍当前国际投资法面临的重大方向性选择，后续各章则分别就相关的具体问题展开进一步的探讨。

一、国际投资条约何去何从

从一般的意义上说，国际投资条约是指两国或多国缔结的为促进与保护国际投资而确定缔约各方相互间权利与义务的协定。虽然国际投资条约的缔约方是主权国家而非国际投资者，但外国投资者却是国际投资条约的直接受益者，甚至是主要受益者。

在我们看来，当代国际投资条约实践是建立在依次递进的、以外国投资者为中心的三项前提性判断基础之上：第一，外国投资可以有效地促进东道国经济的发展，据此应该积极地对待外国投资；第二，国际投资条约可以有效地帮助东道国吸引外国投资，据此应该积极地缔结国际投资条约；第三，外国投资者在与东道国的关系中处于弱势地位，其权益容易受到东道国的侵害，据此应该积极地保护外国投资者的权益。而 20 世纪 50 年代以来延续半个世纪，今后仍将长期延续的国际投资结构，即发达国家主要作为资本输出国而发展中国家主要作为资本输入国，又使得这三项前提性认识实际上可以相应地补充表述为：第一，来自发达国家的外国投资可以有效地促进发展中国家的经济发展；第二，与发达国家缔结国际投资条约可以帮助发展中国家吸引外国投资；第三，来自发达国家的投资者的权益容易受到作为东道国的发展中国家的侵害，从而使得国际条约所蕴含、所企图解决的资本输出国与资本输入国之间的矛盾以及外国投资者与东道国之间的矛盾，在很大程度上表现为发达国家与发展中国家之间的矛盾以及来自发达国家的投资者与作为东道国的发展中国家之间的矛盾。

上述三项前提性判断在当代国际投资条约实践的整体发展轨迹中，可以得到有效的验证。一方面，外国投资者在其优先关注方面遵循的自然逻辑——在寻求扩大权益之前确保既有权益的安全——事实上决定了当代国际条约实践的发展轨迹。详言之，外国投资者首先关注投资安全，进而关注投资自由化，这就决定了当代国际投资条约的发展大致可以分为两个阶段：20 世纪 80 年代之前以强化投资



保护为中心目标的第一阶段；20世纪80年代，尤其90年代之后，以追求投资自由化为新目标的第二阶段。第一阶段国际投资条约实践的主要表现与重要成果是：以投资保护为中心目标的所谓“欧式”双边投资条约成为了双边投资条约的主流模式；发展中国家与发达国家为促进解决国际投资争端而长期谈判的第一个多边条约，即《解决国家与他国国民间投资争端公约》(ICSID公约)也最终达成了一致。第二阶段国际投资条约实践的主要表现是：1992年世界银行发布了主要体现发达国家意志的《外国直接投资待遇指南》；1995年经济合作与发展组织(OECD)启动了主要体现同上意志的《多边投资协定》(MAI“马拉松”谈判；以投资自由化为重要目标的所谓“美式”双边投资条约较之以往得到更多国家的接受。不仅如此，这种国际投资条约实践还在以促进贸易自由化为宗旨的国际贸易体制中获得了新的实践场所，其主要表现与重要成果是，乌拉圭回合谈判后缔结的《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs协定)以及近年来迅速兴起的区域或双边自由贸易协定。

另一方面，在当代国际投资条约实践中，东道国，尤其作为东道国的发展中国家，在发展本国经济及国家全面发展方面应有的决定性作用，被忽视甚至事实上被否定了。不少学者认为：20世纪90年代以来，当初广遭抨击和抵制的“赫尔准则”，在不同程度上被越来越多的国际投资条约变相地或勉强地接纳为征收补偿的标准；而且，越来越多的国际投资条约倾向于禁止东道国设定各种“业绩要求”(performance requirements)，越来越多的国际投资条约倾向于允许外国投资者自由地诉诸国际争端解决机制。

上述三项前提性判断及当代国际投资条约实践表明：保护乃至扩大外国投资者权益已经成为国际投资条约的主要目的。

然而，20世纪90年代中后期以来有关东道国的经济发展现实、国际投资仲裁实践以及国际学术界的研究成果表明，当代国际投资条约实践赖以进行的三项前提性判断至少在世纪之交是不能充分成立，甚至是不能成立的：(1)吸引外国投资只是东道国发展本国经济进而实现国家全面发展的手段之一，因此国际投资条约充其量只是东道国发展政策体系的组成部分之一，相应的，缔结国际投资条约的重要性至少在一般意义上并非必然高于东道国国内政策体系的其他重要部分，更遑论把吸引外国投资及缔结国际投资条约视为发展东道国经济的灵丹妙药。作为紧密关注全球发展中国家发展问题的权威专设机构，联合国贸易与发展会议(UNCTAD)新近发布的报告正确地指出，虽然国际投资条约旨在改善东道国的投资环境，但这些条约不应不适当地限制东道国决策者为追求本国发展或其他政策目标而享有的灵活性^①。(2)实践表明，至少对于相当数

^① UNCTAD, Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2006, para. 6, at <http://www.unctad.org/templates/webflyer.asp?docid=7145&intItemID=2310&lang=1&mode=downloads>, January 20, 2007.



量的国家来说，国际投资条约在吸引外国投资方面的效果并不彰明，甚至无甚效果。(3) 虽然外国投资者在与其东道国政府之间的关系中处于弱者地位的有关判断，从一般意义上说仍然是成立的，但它在许多情况下却是不完全成立，甚至是不能成立的。部分原因是，跨国公司已经成为影响国际政治经济关系的重要力量，许多跨国公司所拥有的经济实力以及其政治影响力，丝毫不逊于，甚至已经超过许多主权国家。

逻辑上说，三大前提性判断不能充分成立甚至不能成立，这既可以说是半个世纪前业已存在的事实，也可以说是半个世纪以来它们自身发展的结果，但对于 21 世纪国际投资条约实践来说，这也许并不太重要。重要的是，国际社会应该根据三大前提性判断在当前的有效性，重新认识和规定国际投资条约的功能，为国际投资条约实践确立新的、正确的发展方向。

二、发达国家何去何从

半个世纪以来，作为绝对的主导力量，发达国家总是不遗余力、得寸进尺地把保护及扩大外国投资者的权益，确立为国际投资条约实践的基本目标，从确保投资安全到促进投资自由化无不如此。发达国家之所以如此着力从外国投资者权益的角度推动国际投资条约实践，不妨说，乃是基于另外三项前提性判断：(1) 发展中国家在输出资本方面之“微不足道”，使得发达国家几乎成了资本输出国的专有代名词，进而使得保护及扩大外国投资者的权益在根本上可以被等同于保护及扩大发达国家的利益；(2) 发达国家认为发展中国家难以为来自发达国家的外国投资者的权益提供切实有效的法律保护；(3) 虽然发达国家之间也可以互相成为资本输入国，但它们显然认为其相对完善的政策与法治环境，可以为来自其他发达国家的外国投资者提供切实有效的法律保护，因而不会由于强调保护外国投资者的权益而蒙受被诉于国际仲裁的风险。

但是，20 世纪 90 年代中期以来的国际投资仲裁实践，尤其 NAFTA 的投资仲裁实践表明，上述三大前提性判断中的第三项至少在一些外国投资者看来是不能成立的，质言之，这些外国投资者往往通过对东道发达国家提起国际仲裁请求的方式，否认东道发达国家的这一前提性判断。根据 UNCTAD 的统计，截至 2005 年 11 月，在根据投资条约提起的国际仲裁案件中，美国与加拿大都进入了前 10 位的被诉国行列，其中美国被诉 11 次，其频率仅次于阿根廷与墨西哥。有过被诉经历的发达国家已经达到 14 个^①。虽然鲜有发展中国家的投资者对发达国家提出国际仲裁请求，在美、加、墨三国建立的 NAFTA 体制内，对美国或加拿大提出国际仲裁请求的投资者，更是无一来自墨西哥，但是，UNCTAD 已经发出了警告：随着发

^① UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, New York and Geneva, 2005, para. 7, at http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20054_en.pdf, January 20, 2007.

展中国家对外投资实力的增强,发达国家面临的被其境内发展中国家的投资者推上国际仲裁被告席的风险正在增大^①。

虽然在迄今为止的国际投资仲裁案件中,作为被申请人的发达国家总体上“胜多败少”,美国更是从未败绩,但被诉事实本身显然已经使美国、加拿大等一些发达国家,尤其是美国,对国际投资仲裁机制乃至国际投资协定的看法发生了变化。无论在 NAFTA 投资仲裁实践的过程中,或是在新近修改双边投资条约范本(BIT Model)的过程中,还是在新近缔结国际投资条约(包括双边投资条约以及包含投资规范的自由贸易协定)的过程中,美国显然极力希望能够减少国际投资仲裁机制,乃至减少国际投资协定相关条款对其主权造成的可能冲击。其具体例证包括:限制性地澄清某些模糊性的法律概念,如“公正与公平待遇”^②、“间接征收”^③;扩大规定最惠国待遇的例外^④;针对特定事项排除诉诸国际仲裁机制^⑤;考虑设立投资仲裁上诉机制^⑥,等等。

关键问题是,上述变化是否表明:半个世纪以来发达国家孜孜追求高标准投资待遇的国际投资条约实践,其基本战略已经或即将出现重大调整?抑或这些变化只是发达国家在继续追求高标准或更高标准的国际投资条约实践的过程中的策略性后退?鉴于这些变化历时尚短,我们无意在此遽下断论;对于发达国家应该何去何从,我们也无意为发达国家“指点迷津”,但可以肯定的是,上述三项前提性判断赖以存在的事实或认知,其已经发生或可能继续发生的变化,不可避免地会影响到发达国家今后的国际投资条约实践。

三、发展中国家何去何从

20世纪50年代末以来,发展中国家虽然期待通过缔结国际投资条约,创造为来自发达国家的外国投资者及其母国所乐于接受的投资政策与法律环境,借以吸引发展本国经济迫切需要的大量外国资金,但是,发达国家惯于通过包括“国际法”在内的各种手段侵害弱小民族政治及经济主权,此类惨痛的历史事实及其严重现实后果,促使发展中国家对于缔结国际投资条约可能使其蒙受的风险普遍有着清醒的认识,因此在缔结国际投资条约过程中,在同意承担适当的国

^① UNCTAD, *World Investment Report 2006*, New York and Geneva, para. 229, at http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf, January 20, 2007.

^② See e. g., NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provision (July 31, 2001), at <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>; U. S. 2004 BIT Model, Article 5, at <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>; Canada 2004 BIT Model, Article 5, at <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm>, January 20, 2007.

^③ See e. g., U. S. 2004 BIT Model, Annex B; U. S. — Uruguay BIT, Annex B.

^④ See e. g., Canada 2004 BIT Model, Annex III.

^⑤ *Ibid.*, Annex IV.

^⑥ See e. g., U. S. 2004 BIT Model, Annex D; U. S. — Uruguay BIT, Annex B.



际义务的同时，十分注重维护本国的经济主权，拒绝接受发达国家提出的苛刻要求，如在征求补偿方面拒绝承认所谓的“赫尔准则”，又如尽量防止和限制外国投资者动辄诉诸国际投资仲裁机制。不少发展中国家甚至根本拒绝与发达国家缔结双边投资条约或加入相关的多边条约，如 20 世纪 90 年代以前拉美国家鲜有与发达国家缔结双边投资条约，也鲜有加入 ICSID 公约。发展中国家在缔结或参加国际投资条约方面采取的这些立场及实践构成了建立国际经济新秩序运动的重要组成部分。

然而，20 世纪 80 年代以来，包括经济危机在内的种种原因使得国际经济新秩序运动受到挫折。在国际投资条约方面的重要体现是，许多发展中国家不得不开始在不同程度上接受发达国家提出但长期遭到拒绝的一系列主张；尤其是 20 世纪 90 年代以来，受到发达国家极力鼓吹的新自由主义的深刻影响，不少发展中国家丧失警惕，盲目接受了、甚至急切接受了高保护标准的国际投资条约，其中尤以阿根廷为代表的拉美国家为甚。

尽管没有充分的证据表明发展中国家接受自由化程度不断提高的国际投资条约与外国资本流入数量的增加之间，是否存在及多大程度上存在因果联系，但 20 世纪 90 年代以来国际投资仲裁案件的急剧增加及发展中国家不幸地、接二连三地被推上“被告席”，已经有力地表明：高度自由化的国际投资条约与发展中国家主权权力受到的威胁之间存在不容置疑的因果关联。根据 UNCTAD 的统计，在 20 世纪 90 年代中期以来急剧增加的国际投资仲裁案件中，作为被诉当事国的绝大多数是发展中国家。在被诉次数最多的 10 个国家中有 8 个是发展中国家，其中在接受高保护标准国际投资条约方面走得最远的阿根廷与墨西哥更是占据了头两把交椅，前者被诉超过 40 次，后者被诉已达 17 次^①。在不少败诉案件中，发展中国家被分别裁决给予“原告”外商数千万美元甚至超过 1 亿美元的巨额赔偿。

频频被诉且屡屡被判巨额赔偿促使一些发展中国家，尤其是一些拉美国家开始认真反思以往在缔结国际投资条约方面所持立场及有关实践的妥当性，重新确立了维护本国经济主权的决心，积极寻求维护本国经济主权的途径，甚至有个别国家表达了完全否定国际投资仲裁机制，乃至否定国际投资条约实践的极端情绪。从宏观意义上说，在经历 20 世纪 50~70 年代的警惕甚至否定，以及 20 世纪 80~90 年代的欢迎甚至盲从之后，发展中国家在如何认识国际投资仲裁机制以及国际投资条约方面，又面临着一个新的历史性时刻。能否全面吸取经验与教训，比以往更科学地认识、更妥善地对待缔结国际投资条约实践，对于广大发展中国家来说乃是一个新鲜的、重大的政策抉择与法律对应。

^① UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, New York and Geneva, 2005, paras. 6-7.



在近年来某些发展中国家由于频频被诉而批判性地重新认识国际投资条约实践的同时,另一个新兴的因素也可能影响某些发展中国家对国际投资条约实践的认识,这一因素就是某些发展中国家对外投资能力的逐步增强,正在改变其在国际投资总体结构中作为纯粹资本输入国的传统地位,并据此产生了从资本输出国的角度利用国际投资条约以保护其本国对外投资的现实需求。根据《2006年世界投资报告》的统计,截至2005年底,发展中国家对外投资存量在全球对外投资存量中的比例已经从原先的“微不足道”逐步上升到13%,并认为这可能导致发展中国家越来越有意利用国际投资条约保护其对外投资^①。发展中国家,尤其是那些已经或即将具有较强对外投资能力的发展中国家^②,是否调整以及如何调整其在国际投资条约方面的传统立场与实践,质言之,如何平衡保护外来投资(资本输入国的视角)与保护对外投资(资本输出国的视角)之间的关系,也是一个重大的政策抉择与法律对应问题。

四、国际仲裁庭何去何从

以ICSID诞生为主要标志,全球多边性的国际投资仲裁机制已经走过了四十年的风雨历程。在前三十年间,这一国际投资仲裁机构可谓“门庭冷落”,一片惨淡景象,显然游离在人们的主要视线之外;近十年来,该国际投资仲裁机制则是“门庭若市”,一派繁荣景象,显然吸引了人们的高度关注。根据UNCTAD的统计,20世纪90年代中期以来,各类国际投资仲裁案件急剧增加。截至2006年11月,基于投资条约提出的国际投资仲裁案件至少为255件,其中约156件由ICSID受理,其余99件由其他国际仲裁机构受理^③。急剧增加的投资仲裁案件终于使ICSID国际仲裁庭从大舞台的边缘走向了大舞台的中心。

虽然ICSID似乎对自己提供的仲裁服务的质量颇为自信^④,但如下因素势必促使国际仲裁庭认真对待在以往仲裁案件中极少出现、或尚未觉察、或还不突出的问题,否则可能会使ICSID自身陷入已经备受争议的国际投资条约实践的“风口浪

① UNCATD, *World Investment Report 2006*, New York and Geneva, paras. 105, 229.

② 这些国家尤其指所谓的BRICs集团,即巴西、俄罗斯、印度及中国。

③ UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, New York and Geneva, 2006, p. 1.

④ 2004年10月,ICSID针对ICSID服务发布了一份调查报告——《ICSID: 利害关系人调查》(简称《利害关系人调查》)。根据《利害关系人调查》披露的情况,仲裁员的业务能力受到了肯定:97%的受访者对仲裁庭质量表示肯定,其中81%的受访者表示“优秀或好”,16%的受访者表示“满意”,认为“差劲”的只有3%;97%的受访者对于仲裁员的工作表示肯定,其中74%的受访者表示“优秀或好”,23%的受访者表示“满意”,认为“差劲”的只有3%;94%的受访者对于仲裁程序的速度表示肯定,其中73%的受访者表示“优秀或好”,21%的受访者表示“满意”;77%的受访者对于裁决书的质量表示肯定,其中68%的受访者表示“优秀或好”,9%的受访者表示“满意”,但有23%的受访者表示“差劲”。See ICSID, *International Centre for Settlement of Investment Disputes: Stakeholder Survey*, October 2004, para. 21, at <http://www.worldbank.org/icsid/highlights/icsid-client-survey-100904.pdf>, April 28, 2006.



尖”。这些问题包括：

第一，从历史的角度看和现实的角度看，国际投资仲裁机制的产生、存续和“兴旺”，乃是南北矛盾的产物，也是解决南北矛盾的重要平台之一，这意味着国际仲裁庭一定意义上成为了南北矛盾在国际投资争端领域的载体。显然，随着国际投资仲裁案件数量的日益增加，尤其某些重大、复杂，因而存在重大争议的案件的出现，国际仲裁庭的一举一动及其对案件是非臧否的判断，可能随时牵动作为特定争端利益攸关者的南北国家的神经，从而可能影响至少一些国家对国际投资仲裁机制的信心。

第二，一般的国际商事仲裁案件基本上只涉及双方当事人私人之间的私权利，相形之下，在外国投资者与东道国之间发生的国际投资争端，则往往涉及重大的公共利益^①，仲裁结果可能对东道国的主权权力产生深刻的影响。但 ICSID 公约及 ICSID 仲裁程序规则显然并未特别考虑到一般的国际商事仲裁与上述特定国际投资仲裁之间存在的这一重要差别，更遑论那些纯粹为解决私人间商事争端而“量身定做”的国际仲裁机制^②。这种不足之处显然会影响到国际仲裁员的法律思维^③。不言而喻，随着国际投资仲裁案件数量的日益增加，尤其是那些涉及重大公共利益的案件的发生，国际仲裁庭是否仍然因循以往的适用于解决私人间商事争端的法律思维，势必将受到更密切的关注。

第三，“多元化”与“非常设性”是迄今为止多种国际投资仲裁机制同时并存的两个重要特征，前者是指特定国际投资条约往往为国际投资争端提供了多元化的争端解决机制，而且不同的争端解决机制可能同时裁决实质上相同的投资争端；后者是指有些国际仲裁机构没有常设的、相对固定的裁判队伍，这导致不同的仲裁庭对特定国际投资条约的理解往往存在明显分歧，并进而导致基于相同或类似的事实却作出迥然不同的裁决结果，从而违背了作为法律适用之基本要求的稳定性或一致性。由于包括国际条约在内的国际法规则的形式完备性远逊于国内法规则，国际仲裁庭的“多元化”与“非常设性”实际上扩大了国际法规则的缺陷，这又反过来增加了国际仲裁庭遭受批判和非难的风险。

一些评论者尖锐地批评指出，上述问题使得国际仲裁庭面临所谓的“正当性危

^① See OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, April 2005, para. 2.

^② 在截止 2005 年 11 月为止基于投资条约产生的至少 219 个投资仲裁案件中，有 78 件是根据 UNCITRAL 仲裁规则及 ICC 仲裁规则审理的。UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, New York and Geneva, 2005, para. 5.

^③ 在索那拉嘉(M. Sornarajah)看来，ICSID 仲裁员具有明显的商业倾向性，他认为这些仲裁员“关注合同神圣甚于对国际共同体的关注，通过表现对商业笃信及多国企业的忠诚以确保再次被指定为仲裁员”。See Aaron Cosbey, Howard Mann, Luke Eric Peterson, and Konrad von Moltke, *Investment and Sustainable Development: A Guide to Use and Potential of International Investment Agreements*, para. 6, at <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=627>, January 5, 2007.