

“中文社会科学引文索引”(CSSCI)来源集刊

Journal of International Economic Law

Volume 21, Number 2, 2014

国际经济法学刊

第21卷 第2期 (2014)

陈 安 主编 韩秀丽 执行编辑

Gus Van Harten: 中国—加拿大双边投资条约: 独特性和非互惠性

孔庆江: 从国际法视角看签署待生效的中国—加拿大双边投资协定

郭华春: 第三方资助国际投资仲裁之滥诉风险与防治

韩逸畴: 论WTO权利保护规则的最佳设计

——基于卡拉布雷西和梅拉米德理论框架的分析



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

014059792

D996-53

01

V21-2

国际经济法学刊

第21卷 第2期 (2014)

陈 安 主编 韩秀丽 执行编辑



北航

C1746970



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D996-53

01

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法学刊. 第21卷. 第2期: 2014/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 301 - 24745 - 7

I. ①国… II. ①陈… III. ①国际经济法—文集 IV. ①D996 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第202238号

书 名: 国际经济法学刊(第21卷第2期)(2014)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 冯益娜

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 24745 - 7/D · 3661

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 17印张 260千字

2014年9月第1版 2014年9月第1次印刷

定 价: 38.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

《学刊》组织机构

顾问

朱学山 郭寿康

编辑委员会

主任:陈 安

副主任:李国安

委员(以姓氏笔画为序):

王传丽	王贵国	车丕照	朱榄叶	余劲松
吴志攀	吴焕宁	张月姣	张玉卿	李国安
陈 安	陈治东	徐崇利	莫世健	曾令良
曾华群	董世忠	廖益新		

编辑部

主任:李国安

本期执行编辑:韩秀丽

本期编辑(以姓氏笔画为序):

杨弼君 曲秋实 赵业新 郑蕴 郑旻 韩秀丽

刘远志 金隽艺

本期英文编辑:龚 宇



《国际经济法学刊》(简称《学刊》,原名《国际经济法论丛》)是全国性、开放性的国际经济法专业优秀学术著述的汇编,是国际经济法理论界与实务界笔耕的园地、争鸣的论坛和“以文会友”的平台。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,开展国内、国际学术交流,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。

《学刊》系“中文社会科学引文索引”(CSSCI)学术数据来源集刊。《学刊》每年出版一卷,每卷四期,本期为《学刊》第21卷第2期,本期共设国际投资法、国际贸易法、国际金融法、国际知识产权法、国际海事海商法等专栏。

国际投资法方面,在《中国—加拿大双边投资条约:独特性和非互惠性》中,著名的国际投资法专家 Gus Van Harten 认为,中国和加拿大双边投资条约的独特性和非互惠性表现在无论是法律上,还是事实上都对中方有利。从条约本身来看,对市场准入、外资审查、准入后国民待遇、最惠国待遇、业绩要求和投资者与东道国间的争端解决机制等核心条款的规定方面,均存在非互惠性,这进而为加拿大政府埋下了法律与经济层面的隐患。考虑到加拿大在中加双边投资条约下的资本输入国地位以及该条约的独特性和不可逆转性,加拿大应对中加双边投资



条约进行彻底的、独立的和公开的批准前审查。在《从国际法视角看签署待生效的中国—加拿大双边投资协定》中,孔庆江教授认为,中国和加拿大两国签署了经过长期努力达成的双边投资协定,但由于加拿大未能完成国内批准手续,这个本来会促进双边投资关系的协定尚在等待其无法预期的生效时刻。与中国学者、潜在的中国投资者和参与协定谈判的官员的预期相反,加拿大国内涌现出该协定还需要进一步审查的流行观点。简单比较该协定与加拿大双边投资条约计划下的其他投资协定,就会发现该协定并无殊异之处,而事实上其给予投资者的优惠还不及《北美自由贸易协定》中的投资专章。对加拿大国内针对该协定的批评意见进行分析,会进一步发现这些批评的不靠谱,因为它们要么源于对该协定的误解,要么出于政治偏见。无论是以《维也纳条约法公约》第18条为表征的习惯国际法规则,还是根据公法学家的论述,都表明已签署但未批准的条约具有一定的效力,即在等待该协定生效的过程中,加拿大有义务抑制针对中国投资者的违反中加双边投资保护协定宗旨与目的的行为。在《第三方资助国际投资仲裁之滥诉风险与防治》中,郭华春助理研究员认为,独立的第三方资助投资者在ICSID提起投资仲裁、并以约定的胜诉收益作为回报,此种现象近年来风行于欧美诸国、并形成一种产业。资助关系缺乏透明度、资助方与仲裁员间的复杂关系网络和仲裁费用负担制度的不确定性共同形成对滥诉东道国的激励,进而损及东道国公共利益和国际投资仲裁机制的正当性。此种滥诉风险的防治需要通过资助协议及国际投资协定规定受资助方及仲裁员的强制性披露义务,并通过仲裁费用负担制度激励投资者的披露行为,而这又需要增强仲裁费用裁决的说理性以规范仲裁员的裁量行为。

国际贸易法方面,在《论WTO权利保护规则的最佳设计——基于卡拉布雷西和梅拉米德理论框架的分析》中,博士后韩逸畴认为,卡拉布雷西和梅拉米德分析了财产规则、责任规则和不可让与规则在决定不同权利发生冲突时起到的作用。他们所建立的理论框架被证明是有助于整合传统上在不同学科领域分析的各类法律关系的。通过适用卡拉布雷西和梅拉米德理论框架来论述根据WTO授予的权利之可能保护方式,作者认为,WTO大多数协定不止包含一种权利,为设计最优规则以保护WTO权利,有必要从以协定为中心转换到以权利为中心的视

角来理解 WTO 协定。WTO 协定是需要一定程度灵活性的不完全契约,应以混合规则保护 WTO 权利。

国际金融法方面,在《美国众筹融资法律的新发展及其对中国的启示》中,博士生王建雄认为,近年来,众筹融资在美国发展迅速。为了完善多层次资本市场建设、推进金融监管制度改革,美国于 2012 年通过了《JOBS 法案》。然而,该法案的通过在美国引起了很大争论。作者围绕争论较集中的《JOBS 法案》第三部分,即美国众筹融资相关规定展开讨论,认为美国对金融监管制度的持续创新、改革是美国经济得以持续发展的重要推手,而其对民间融资采用立法“疏通”保护而不是“堵塞”限制的做法,更为中国金融市场监管提供了有益经验,即通过修改立法,将“非法集资”范畴下的资金引入良性的资本循环轨道并纳入我国金融监管框架中。

国际知识产权法方面,在《欧盟第四次知识产权边境保护立法及其对我国贸易的壁垒性影响分析》中,朱秋沅副教授指出,自 20 世纪 80 年代至今,欧盟共进行了四次区域层面的知识产权边境保护立法。2013 年欧盟第四次颁布的知识产权边境保护条例与 2003 年条例相比,取得了十个方面的进展,从而将欧盟权利人本位的边境保护制度推向了新的高度,并通过程序制度创新,变相跨越了欧盟知识产权实体法不统一对边境执法造成的障碍,提高了欧盟知识产权边境保护效率。但此种高标准立法和欧盟海关的高强度主动执法对我国对欧贸易产生了更为隐形、更难跨越的贸易壁垒。

国际海事海商法方面,在《驳“南海版”的“中国威胁”论——从史实和法理看中国对南海诸岛拥有主权及中国对外和平交往政策》中,博士生蒋围指出,在中菲仁爱礁争议、中越西沙石油钻井平台之争中,美国的谰言可概称为“南海版”的“中国威胁”论。这些争议突显了中国与南海周边邻国在南海诸岛主权问题、与之相关的海域自然资源开发利用问题,以及域外大国对南海的干涉问题,其实质是对南海岛礁周围海域自然资源以及航道利益所带来的经济利益之争,而这又取决于南海诸岛主权问题的解决。从史实和国际法时效、占领的角度来说,中国对南海诸岛拥有不可争辩的主权。从郑和七下西洋、万隆会议、中国对越、菲的援助以及邓小平解决南海问题的“搁置争议、共同开发”提议来看,中国一直奉行对外和平交往政策。这一政策证明中国在坚持

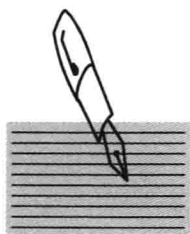


南海诸岛主权的基础上,愿意以和平方式解决南海争端的立场。但是,中国在事关主权和领土完整的重大原则问题上,“不惹事但也不怕事”。在《美国 OPA90 下墨西哥湾油污案责任限制问题思考》中,何丽新教授认为,美国的油污损害赔偿制度主要是通过 1990 年《油污法》(OPA90)建构的。在墨西哥湾漏油事件中,钻井平台的所有人、承租人以及被许可经营和使用的人均有权享有 OPA90 下油污责任限制的权利。但面对 OPA90 规定的极其严格的责任限制条件,英国石油公司放弃了 7500 万美元的赔偿限额。钻井平台的油污损害赔偿具有特殊性,中国应以墨西哥湾油污案为鉴,反思钻井平台油污的无法可依局面。钻井平台不是传统海事法律制度的客体,而是一种独立的法律客体,为满足海洋资源开发和海洋环境保护可持续发展的要求,应构建单独的钻井平台油污损害赔偿机制,赋予钻井平台油污责任限制权利,以“事故制”计算责任限额,规定严格的责任限制条件,实行责任限制丧失条件的举证责任客观化。在《海洋油气开发污染责任限制正当性与立法例研》中,李天生教授和朱作贤副教授认为,从海上特殊风险、能源依赖和保险的视角看,海洋油气开发污染损害赔偿中设立责任限制制度具有正当性。《海洋矿物资源勘探开发油污损害民事责任公约(CLEE)》、《近海污染责任协议(OPOL)》、《加拿大草案》与美国《油污法》规定的责任限制各有可取之处。其中,美国《油污法》对海洋油气开发污染责任限制实行的是“潜在无限责任原则”,这一原则及其制度尤其值得借鉴。

特别声明:在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。秉承“百家争鸣”的方针,欢迎持有不同见解的学界同仁惠赐佳作,以本刊作为平台,针对各有关问题,各抒己见,深入探讨,互相补益,共同提高。

《国际经济法学刊》编辑部

2014年8月4日



目 录

国际投资法

中国—加拿大双边投资条约:独特性和非互惠性

..... Gus Van Harten 撰 谷婀娜 刘志一 译

刘志一 谷婀娜 校 (1)

从国际法视角看签署待生效的中国—加拿大双边

投资协定 孔庆江 (53)

The China-Canada Bilateral Investment Treaty after Its Signatures:

A Comment Based on International Law Kong Qingjiang (67)

第三方资助国际投资仲裁之滥诉风险与防治 郭华春 (85)

国际贸易法

论 WTO 权利保护规则的最佳设计

——基于卡拉布雷西和梅拉米德理论框架

的分析 韩逸畴 (98)

国际金融法

美国众筹融资法律的新发展及其对中国的启示 王建雄 (127)

国际知识产权法

欧盟第四次知识产权边境保护立法及其对我国贸易的

壁垒性影响分析 朱秋沅(152)

国际海事海商法

驳“南海版”的“中国威胁”论

——从史实和法理看中国对南海诸岛拥有主权及

中国对外和平交往政策 蒋 围(184)

美国 OPA90 下墨西哥湾油污案责任限制问题思考 何丽新(221)

海洋油气开发污染责任限制正当性与立法例研

..... 李天生 朱作贤(236)

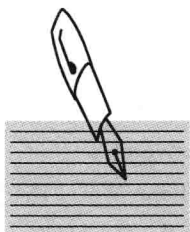
国际经济法学术动态

关于申请 2015 年度“陈安国际法学讲座教授”项目的公告 (254)

附 录

《国际经济法学刊》稿约 (256)

《国际经济法学刊》书写技术规范 (258)



Contents

International Investment Law

- The Canada-China FIPPA: Its Uniqueness and Non-reciprocity
..... Gus Van Harten, Translated by Gu Enuo & Liu Zhiyi,
Proofread by Liu Zhiyi & Gu Enuo (1)
- The China-Canada Bilateral Investment Treaty after Its Signatures:
A Comment Based on International Law ... Kong Qingjiang (67)
- Third Party Funding in International Investment Arbitration:
The Risk of Abuse and Its Prevention Guo Huachun (85)

International Trade Law

- The Optimal Design of Rules Protecting WTO Entitlements
—From the Perspective of Calabresi and Melamed's
Theoretical Framework Han Yichou (98)

International Financial Law

- The New Development of Crowdsourcing Rules in the United
States and Its Inspiration to China Wang Jianxiong (127)

International Intellectual Property Law

- The Fourth Regulation on the IPRs Border Protection of the EU and
Its Barrier Effect on the Sino-EU Trade Zhu Qiuyuan (152)

International Maritime Law

Refuting So-called “China Threat” Doctrine in the South China Sea:

China’s Sovereignty over Islands and Reefs in the South China
Sea and Its Peaceful Foreign Policy from the Perspective of

History and Jurisprudence Jiang Wei (184)

A Reflection on Limitation of Liability for Oil Pollution of the Oil Leak
in the Gulf of Mexico under the U. S. Oil Pollution Act of 1990

..... He Lixin (221)

Legitimacy and Legislative Mode of Limitation of Liability for Damages
Resulting from Pollution of Offshore Oil-gas Exploitation

..... Li Tiansheng & Zhu Zuoxian (236)

Academic Activities of International Law

Announcement on the Application for “Chen An Chair Professor of

International Law” 2015 Project (254)

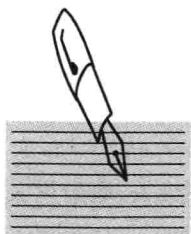
Appendix

Notice to Contributors from *the Journal of International Economic*

Law (256)

Technical Rules of Writing Adopted by *the Journal of International*

Economic Law (258)



中国—加拿大双边投资条约： 独特性和非互惠性

■ Gus Van Harten* 撰 谷婀娜** 刘志一*** 译
刘志一 谷婀娜 校

【内容摘要】 中加双边投资条约的独特性和非互惠性,不仅表现在法律上,还包括在事实上对中方有利。条约对市场准入、外资审查、准入后国民待遇、最惠国待遇、业绩要求和投资者与东道国间的争端解决机制等核心条款的规定均存在非互惠性,进而为加拿大政府埋下了法律与经济层面的隐患。考虑到加拿大在中加投资条约项下的资本输入国地位,以及该条约的独特性和不可逆转性,在批准之前,加拿大应对中加双边投资条约进行彻底的、独立的和公开的审查。

中国—加拿大双边投资条约(即外国投资促进与保护协定,以下

* Gus Van Harten 系加拿大约克大学奥斯古德堂(Osgoode Hall)法学院副教授,法学博士。此前,他曾任职于伦敦大学政经学院法律系,著有《投资条约仲裁与公法》(牛津大学出版社2007年版)一书,并在投资法与仲裁领域发表诸多专论。作者的相关著述可通过社会科学研究网络(Social Science Research Network)获得。本文英文版即将在《国际经济法学刊》网站刊出。

** 谷婀娜系厦门大学法学院国际法学专业2012级博士研究生。

*** 刘志一系厦门大学法学院国际法学专业2013级博士研究生。



简称中加 FIPPA 或 FIPPA)恪守着一种模式,一种投资协定范本的模式……它是加拿大自 1994 年至今所缔结的一系列双边投资条约、自由贸易协定涉及投资章节中的一个最好的例证……因此,从这方面来看,中国—加拿大双边投资条约并没有背离加拿大以往的实践……^①

一、引言

中加 FIPPA 是加拿大联邦政府现阶段积极争取的三大主要贸易与投资条约之一^②,也是第一个将其官方文本公之于众的条约。除去 1994 年签订的《北美自由贸易协定》(North American Free and Trade Agreement,以下简称 NAFTA),这是又一个使得所有立法机关、政府以及法院均受制于投资者与东道国间的争端解决机制(investor-state arbitration,以下简称 ISA 机制)的条约,且该机制可以适用于巨额的外来投资。^③ 如果以 ISA 机制涵盖的流入加拿大境内的外国投资为基础的话,中加 FIPPA 以及另外两个已被提上议程的贸易协定的批准^④,将会使加拿大成为迄今为止西方发达国家中受该争端解决机制“捆绑”程

^① *Hupacasath First Nation v. Minister of Foreign Affairs of Canada and Attorney General of Canada*, Federal Court Case No T-153-13, Cross-Examination on Affidavit of Vernon John Mackay, April 3, 2013, p. 9.

^② *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Canada and China, September 9, 2012, not in force [the China FIPPA].《中华人民共和国政府与加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称“中加 FIPPA”)于 2012 年 9 月在俄罗斯符拉迪沃斯托克签署,目前尚未生效。

有关加拿大延迟批准中加 FIPPA 的报道,可参见 Shawn McCarthy, Pressure Mounts with Tories Ready to Ratify China Trade Deal by Thursday, *The Global and Mail*, October 30, 2012; Susana Mas, Delayed China Trade Deal Reflects Tory Dissent, NDP says, *CBC News* April 22, 2013. 值得注意的是,根据中方的报告,联合国贸易和发展会议(UNCTAD)显示该条约已于 2013 年 2 月 7 日生效。鉴于加拿大在此之前还未批准条约,由此推测前述的时间有可能是指中国政府批准的时间。参见 UNCTAD, Full List of Bilateral Investment Agreements conclude [by China], June 1, 2013, http://unctad.org/Sections/dite_pcbp/docs/bits_china.pdf, last accessed January 24, 2014)。笔者就中加投资条约的生效时间问题和 UNCTAD 进行了沟通,后者已进行相应修改,并指出中加双边投资条约仍未生效。

^③ *North American Free Trade Agreement*, Canada, Mexico, and U. S. A., December 17, 1992; 32 ILM 296 and 605; entered into force January 1, 1994 [NAFTA].

^④ 这两个贸易协定分别是加拿大与欧盟间的《全面经济和贸易协定》(Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)和《跨太平洋伙伴关系协议》(Trans-Pacific Partnership, TPP)。



度最深的国家。^⑤ 对中加 FIPPA 的批准势必会成为一项重要的决策选择,也会在未来相当长的一段时间内影响着之后的决策者。^⑥

本文是在其他同样规定有 ISA 机制的贸易与投资条约的背景下,对中加 FIPPA 进行的审视。在进行文本比较时,将侧重于和加拿大投资条约范本,其他投资以及贸易条约,包括 NAFTA 的对比,原因在于这些条约均包含 ISA 机制。^⑦ 本文写作的目的是为了强调和加拿大以往所签订的条约相比,中加 FIPPA 有哪些变化。这也为评估中加 FIPPA 提供了一个平台,该条约具有独特性和非互惠性的特征,即在法律上和短期的经济利益上,对中方有利。总之,中加 FIPPA 是一个法律上(*de jure*)的非互惠条约,并且是独一无二的^⑧,以下几点理由可以证明:

赋予中国投资者进入加拿大境内的市场准入权,反之则不然;排除适用包括 ISA 机制在内的争端解决机制,允许中国境内的地方政府对仲裁裁决进行审查,但加拿大政府却不享有此项特权;加拿大仍需在加 FIPPA 项下受制于加拿大《投资法》中有关准入“门槛”和其他方面的限制。^⑨

中加 FIPPA 之所以表现为法律上的非互惠,是因为相较中国,加拿大境内拥有相对广泛的自由化^⑩,中加 FIPPA 排除适用国民待遇义务项下的全部现存措施,造成了对外国投资者的歧视。此外,中加 FIPPA 被锁定在加拿大和中国之间这种“不公平的竞争环境”下,也是原因之一。

进一步讲,强调中加 FIPPA 和加拿大以往条约实践在很多方面存

⑤ 也就是说,相较于美国、欧盟和澳大利亚各自在投资者与东道国间的争端机制项下涵盖的外来投资存量(Foreign Investment Direct Stocks, FDI Stocks),加拿大所占的份额最大。

⑥ China FIPPA, Article 35 (1) to (3)。

⑦ 加拿大已经缔结了包括《北美自由贸易协定》在内的涵盖投资者与东道国间的争端解决机制的 5 个贸易条约,25 个全部涵盖投资者与东道国间的争端解决机制的外国投资促进与保护协定(类似于双边投资条约)。加拿大的外国投资促进与保护协定文本可参见 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=eng>, January 27, 2014。还可参见本文最后所附的附件。

⑧ 正是因为这些非互惠条件的存在,才使得中加投资条约和那些规定有投资者与东道国间争端解决机制的条约有所不同。后者包括加拿大投资条约范本(参见后注 26)和加拿大已有的双边投资保护协定。

⑨ *Investment Canada Act*, RSC 1985, c28 (1st Supp.)。

⑩ *Infra* notes 105 - 107。

在不同之处是因为:

中加 FIPPA 明确允许最惠国待遇条款出现短暂的“倒退”(reach-back),这样一来,中加 FIPPA 中的最惠国待遇条款可回溯至加拿大自 1993 年以来签订的投资条约,进而也就破坏了加拿大 2001 年以后所签订的条约中原有的限制性措辞,而引入限制性条款的目的就是为了在“投资者保护”和“东道国灵活行使规制权”这两者间寻求平衡。^⑪

中加 FIPPA 未能像加拿大已有的全部 25 个双边投资条约那样赋予包括原住民在内的业绩要求保留权,反而将该保留权收回。^⑫

中加 FIPPA 动摇了加拿大在 ISA 机制项下一贯坚持的透明度立场,取而代之的是,除非作为被告的一方当事国决定公开,否则只有最后的仲裁裁决是公开的,其他所有和仲裁程序相关的文件不论是已经结案的还是正在审理的,均不得公开。^⑬

中加 FIPPA 的有效期长达 31 年,包括一个 16 年的最短有效期和一个 15 年的自动存续期,相比加拿大已有的规定 ISA 机制的投资条约,这一期限已远远超过前述条约中的绝大多数,仅有一个条约与中加 FIPPA 的有效期相同。^⑭

此外,中加 FIPPA 还被认为是事实上(*de facto*)的非互惠条约,因为其规定了对投资者强有力的保护条款,既有实体上的也有程序上的(*ISA* 机制)。而流入加拿大的中国投资存量要远远超过流入中国境内的加拿大投资存量,二者比例达到 3:1,因为加拿大在中加 FIPPA 项下处于资本输入国的地位,与之相应地,将会承担更多的财政风险,行使

⑪ 这里需要将中加双边投资条约和加拿大投资条约范本、NAFTA 以及其他规定有投资者与东道国间的争端解决机制的贸易协定、加拿大已有的 25 个双边投资条约中的 23 个区分开来;余下的 2 个双边投资条约也并未涉及关于“规制权的灵活性”等可与加拿大进行比较的议题,因为它们可适用的外来投资数额很小。参见表 2 流入和流出加拿大的外国直接投资。

⑫ 这里所指的是加拿大全部 25 个双边投资条约和贸易条约中规定有投资者与东道国间的争端解决条款和禁止履行要求的条款。

⑬ 中加双边投资条约在这个问题上不同于加拿大投资条约范本、NAFTA 以及加拿大 2001 年以后所签订的规定有投资者与东道国间的争端机制的 10 个双边投资条约和贸易条约(比如,自联邦政府对 NAFTA 项下的投资者与东道国间的争端解决机制出现的亟须解决的问题作出回应后,所有相关的条约都对这个问题作出规定)。

⑭ *Supra* note ⑥.

有限的东道国规制权。^⑮

本文是针对中加 FIPPA 所作的评论,主要从法律和经济层面对其文本进行分析。本文部分内容是对联邦政府官员的质疑作出的回应,包括官员们认为中加 FIPPA 并不具有代表性,因为它依旧延续了加拿大以往的实践。^⑯ 本文结论部分将就中加 FIPPA 的其他相关问题和其成本效益的影响,提出建议,正因为中加 FIPPA 的重要性、独特性和长期的不可逆转性,因而有必要在联邦政府作出是否批准中加 FIPPA 的决定前作出综合且独立的分析。

二、对文本所作的分析

(一) 历史背景陈述

中加 FIPPA 是一个双边投资条约。双边投资条约中规定 ISA 机制的历史要回溯到 20 世纪 60 年代末。^⑰ 在这期间,主要的西欧资本输出国开始与其原殖民地国家以及发展中国家订立初具模式的投资条约。之后这一模式继续扩大,包括原民主德国和许多过渡经济体及发展中国家。直到 1980 年前后,美国才有了自己的投资条约范本。从 1990 年开始,规定有 ISA 机制的双边投资条约如“雨后春笋”般迅速增长;该争端解决条款还被有些贸易协定予以采纳,比如 NAFTA。中加 FIPPA 延续了 1990 年以后双边投资条约的普遍做法,即不断扩大 ISA 机制的适用范围。总的说来,加拿大采取这种通用做法,主要还是在效仿美国,其分界点是 1994 年生效的 NAFTA,反观中国,则是在 2000 年前后,开始大范围地接受 ISA 机制条款。^⑱ 特别需要注意的是,中加

^⑮ 参见表 2 流入和流出加拿大的直接外国投资。中加双边投资条约在这点上和 NAFTA 规定一致,但和加拿大其他已有的相关条约均有区别。

^⑯ *Supra* note ①.

^⑰ Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, at 449.

^⑱ Axel Berger, *China and the Global Governance of Foreign Direct Investment*, Bonn: German Development Institute, 2008, at 21 - 22; Monica C. E. Heymann, *International Law and the Settlement of Investment Disputes Relating to China*, *JIEL*, Vol. 11, No. 3, 2008, pp. 515 - 516; Gordon Smith, *Chinese Bilateral Investment Treaties: Restrictions on International Arbitration*, *Arbitration*, Vol. 76, 2010, pp. 58 - 59.