

规制冲突裁决的 国际投资仲裁改革研究 ——以管辖权问题为核心

肖 军◎著

JURISDICTIONAL ISSUES OF
REGULATING CONFLICT DECISIONS IN
INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

中国社会科学出版社

规制冲突裁决的 国际投资仲裁改革研究 ——以管辖权问题为核心

肖 军◎著

JURISDICTIONAL ISSUES OF
REGULATING CONFLICT DECISIONS IN
INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

规制冲突裁决的国际投资仲裁改革研究：以管辖权问题为核心 /
肖军著. —北京：中国社会科学出版社，2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5203 - 0360 - 6

I. ①规… II. ①肖… III. ①国际投资法学 - 研究 IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 099091 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 刘 娟
责任印制 李寡寡

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2017 年 5 月第 1 版
印 次 2017 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 13. 25
插 页 2
字 数 186 千字
定 价 58. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683
版权所有 侵权必究

目 录

第一章	国际投资条约发展的新趋势	(1)
一	细致：近年来主要发达经济体的国际投资条约变化趋势	(1)
二	差异：我国晚近投资条约的突出特点	(6)
三	多样：国际投资条约改革趋势的具体表现	(12)
四	协调：多样性对我国投资条约提出的体系性要求	(17)
第二章	国际投资仲裁中平行程序的规制	(23)
一	备受关注的国际投资仲裁平行程序问题	(23)
二	国际投资仲裁平行程序的界定	(26)
三	国际投资条约对平行程序的规制	(32)
四	投资仲裁庭可采取的其他解决办法	(42)
第三章	最惠国待遇适用于争端解决事项问题	(47)
一	概述	(47)
二	争议的发端：马菲基尼案与普拉玛案	(52)
三	有关仲裁实践的发展	(59)
四	小结	(81)
第四章	主权债券违约争端的仲裁管辖权问题	(83)
一	问题的提出	(83)
二	阿根廷主权债券争端三部曲	(88)
三	邮政银行案	(104)
四	小结	(106)
第五章	ICSID 仲裁规则第 41 条第 5 款的解释与适用	(109)
一	第 41 (5) 条概述	(110)

二	环球石油案与布兰德斯案：第 41（5）条适用 标准的确立	(113)
三	环球贸易案与 RSM 案：拒绝全部诉请的实例	(118)
四	美赞莱案与艾米斯案：拒绝部分诉请的实例	(123)
五	第 41（5）条适用的小结	(126)
六	双边投资条约采纳第 41（5）条程序的实践与 问题	(129)
第六章	国际投资仲裁上诉机制的理论分析与设计构想	(134)
一	晚近国际投资条约中上诉机制的构想	(134)
二	上诉机制价值的衡量基准：加强裁决一致性	(137)
三	保证上诉机制实现一致性功能的制度设计	(146)
四	现有双边投资条约体系下上诉机制面临的问题与 应对	(153)
五	小结	(161)
第七章	欧盟 TTIP 建议中的常设投资法院制度	(163)
一	欧盟建议的背景与由来	(163)
二	投资法院的制度设计	(166)
三	TTIP 中的投资法院制度建议评析	(170)
四	欧越 FTA 和 CETA 中的投资法院规则：缺陷的 佐证	(174)
五	建议：更加合理可行的常设机构设计	(176)
第八章	中欧双边投资条约的投资仲裁机制	(180)
一	历史背景与研究意义	(180)
二	CETA 与中加双边投资条约的投资仲裁机制总体 比较	(184)
三	CETA 对仲裁庭管辖权和设立的新规定	(189)
四	CETA 对已有仲裁程序规则的丰富与细化	(192)
五	CETA 中新创的仲裁程序规则	(198)
六	结论	(199)
	主要参考文献	(201)

第一章

国际投资条约发展的新趋势

一 细致：近年来主要发达经济体的国际投资条约变化趋势

联合国贸易与发展会议（UNCTAD）每年出版的《世界投资报告》对国际投资和国际投资政策进行深入的分析与总结，是国际投资法的权威性报告。根据 2015 年《世界投资报告》，在国内投资政策方面，投资自由化、鼓励与促进措施继续占据主导地位。^① 不过，一些国家也在涉及国家安全和具有战略性地位的产业（如运输、能源与国防）采取了新的限制性措施。^② 在国际投资条约（IIA）方面，如同此前几年的《世界投资报告》不断指出的那样，各国继续致力于国际投资条约的改革与转型，至少 50 个国家和地区已经或正在修订其投资条约范本，并且这些国家和地区不限于特定地理区域，而是广泛分布于各大洲。^③

对当前国际投资条约的改革与转型，研究者的认识可以简单概括为：从表现形式上看，晚近国际投资条约的发展趋势是条约规则更加全面、细致和复杂，^④ 与传统的欧洲式双边投资条约（BIT）的简短精干形成对比；从实质上来看，条约试图在保护投资与东道国公共利

① See UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 102.

② 同上书，第 104 页。

③ 同上书，第 108 页。

④ See Axel Berger, Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China Following the Global Trend towards Comprehensive Agreements, German Development Institute, Discussion Paper 7/2013.

益之间实现平衡,^①或者说再平衡(Rebalancing)。^②学者从不同角度分析了出现以上发展趋势的原因,他们的结论各有侧重但密切相连,综合起来或能较为全面地反映改革的动因:

首先,国际政治经济格局发生变化,具体于国际投资领域则是资本流动的双向性增加、一些国家作为资本输入国与输出国角色上的转变。^③这可以视为国际投资条约发展的政治经济大背景。又如,在胡克尔看来,以中国为代表的一些发展中国家近年来经济取得长足发展的成功经验产生影响,对比中国国家资本主义的成果与源自美国的经济危机,考虑到其他金砖国家^④奉行的也多是干预和引导的经济政策,使人们不由反思传统的自由市场理论;反映在国际投资条约中,这种反思一方面使得不少发展中国家认为其在这些条约中牺牲主权是弊大于利,另一方面,随着发展中国家向发达国家流入的资本增加,作为传统的资本输出国的发达国家也开始担忧投资条约对主权的威胁。^⑤

其次,改革的直接动因是投资条约所规定的投资者—东道国之间投资争端解决的国际仲裁机制(ISDS)^⑥在实践中产生的经验教训。其中最引人注目的是阿根廷为应对21世纪初的国内经济危机而采取

① 参见余劲松《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第132—143页。

② See Julia Hueckel, Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements, *Emory Law Journal*, Vol. 61, Issue 3, 2012.

③ See Cai Congyan, China - US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 2, 2009, pp. 457 - 506.

④ 传统的“金砖四国”(BRIC)包括巴西、俄罗斯、印度和中国,因四国英文名称首字母与英文单词“砖”相似而得名。后因加入南非而改为“金砖五国”或“金砖国家”。这几个国家开展的积极合作使该名称得到官方认可,例如2014年在上海设立的金砖国家开发银行(BRICS Development Bank)。

⑤ See Julia Hueckel, Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements, *Emory Law Journal*, Vol. 61, Issue 3, 2012, pp. 616 - 618.

⑥ 由于本书专门研究该机制的改革问题,以下或在不同地方简称该机制为“国际投资仲裁”、“国际仲裁”乃至“仲裁”而不作特别说明。

的措施,被众多外国投资者起诉至国际仲裁庭,以至于被视为“危机”;^①而对于美国影响最大的则是其在《北美自由贸易协定》(NAFTA)下多次被诉的经历。^②

进而,在上述两方面原因的共同作用下,产生了对投资条约制度的广泛质疑。例如:不少学者认为传统投资条约在保护投资者与东道国利益之间有失平衡;^③投资条约未能妥善处理发展中国家与发达国家之间、公权力与私人利益之间、经济考量与非经济考量之间三个方面的关系,使该制度存在结构性缺陷;^④国际投资仲裁裁决结果不一致,表明当代国际投资法在相关问题上的不确定性,并且“这些质量参差不齐,法律观点有时南辕北辙的裁决的基本倾向是利于外国投资者”;^⑤国际投资法体系呈现碎片化的结构特征,其中内部碎片化尤其表现为仲裁裁决结果的不一致,外部碎片化则表现为与其他法律体系之间缺乏协调。^⑥通过对国际投资法条约化的反思,国家认识到绝

① 参见刘京莲《阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究——兼论对中国的启示》,厦门大学出版社2011年版,第222页。

② See Cai Congyan, China - US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 2, 2009, pp. 457 - 506.

③ 在此仅举几例:余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第132—143页;Barnali Choudhury, *International Investment Law as a Global Public Good*, *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17, No. 2, 2013, p. 520; Suzanne A. Spears, *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, *Journal of International Economic Law*, Vol. 13, No. 4, 2010, pp. 1038 - 1071.

④ See Cai Congyan, China - US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 2, 2009, pp. 457 - 506.

⑤ 王贵国:《略论晚近国际投资法的几个特点》,载《比较法研究》2010年第1期,第82页。

⑥ 参见郑蕴、徐崇利《论国际投资法体系的碎片化结构与性质》,载《现代法学》2015年第1期。应该说明的是,该文作者认为这是一个客观的体系结构,而且具有其独特优势,对其客观定性有助于正确认识和解决国际投资法体系的正当性危机。

对去政治化是不可行的, 政治方法应在国际投资制度中发挥作用。^①

美国和加拿大是近年来国际投资条约的改革与转型的主要先锋, 通过修订自己的双边投资条约范本, 并在缔约实践中切实推动接受新的范本, 两个国家的条约实践确实产生了很大影响。^② 正如前述学者总结的那样, 这些新的美加投资条约制定了更加细致的投资保护条款, 对一些以往较为模糊的规则作出了更加明确的界定; 同时为调整投资与其他事项(如贸易、环境、人权等)之间的关系, 增加了若干新的专门规则与机制, 使投资条约涵盖的利益愈加全面,^③ 将这些条约发展成为一个复杂的规则体系。

欧盟虽然出于自身权限的原因是国际投资条约的改革与转型的后来者, 但是以其投资法院制度建议在激进程度上超越美加, 对此本书将专章讨论。

实际上, 与美国和欧盟相比, 加拿大近年来签署和正式生效的投资条约数量更多, 例如它在 2014 年缔结了七部投资条约, 数量居于世界第一。这或许是因为加拿大在国际投资流量中的地位稍逊于美国和欧盟, 使其更容易与别国达成妥协。因此, 本书以加拿大与巴拿马之间于 2013 年 4 月 1 日生效的自由贸易协定(FTA)的第九章“投资”(以下简称“加巴协定”)为例, 说明投资条约的细致、全面与复杂的变化趋势是何种具体表现。^④

加巴协定共 38 条, 包括投资定义、国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准、履行要求、转移、征收等传统的保护投资义务。同时,

① See José E. Alvarez, Why Are We “Re-Calibrating” Our Investment Treaties, World Arbitration and Mediation Review, Vol. 4, No. 2, 2010, pp. 144-154.

② 下文将述及的学者观点, 即认为晚近中国投资条约出现“美国化”或“NAFTA 化”, 是这一影响的佐证。

③ 美国在解释其 2012 年范本时明确地表示, “符合公共利益”是修订范本的宗旨和目标, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>。

④ <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/chapter-chapitre-9.aspx?lang=eng>.

在一些问题上对有关规则进行了澄清,通过细致的规定限制了义务范围,例如:

在第1条中,将“源于货物或服务贸易合同的金钱请求权”排除“投资”定义之外,这一限制将单纯贸易行为排除在条约保护范围之外,要求受保护的经济活动与东道国之间具有持续性的关联。

针对仲裁庭对公平公正待遇的宽泛解释,第6条“最低待遇标准”规定,“公平公正待遇和充分的保护与安全不要求给予超出习惯国际法关于外国人最低待遇标准之上的待遇”,以及“违反本协定的另一规定或独立的国际条约的规定不构成违反公平公正待遇”。

附件“征收”专门就间接征收的认定作出限制性规定,要求:“判定是否存在间接征收时以事实为依据,依个案审查并考虑各种因素,包括:Ⅰ措施的经济影响,但是,仅仅对投资的经济价值造成的消极影响一个因素不足以认定间接征收;Ⅱ措施违背明显、合理、以投资为依据的预期之程度;Ⅲ措施的性质”。

与传统的专门投资条约不同,作为自由贸易协定的一个章节,加巴协定明确规定,“在本章和其他章节不符的情形下,其他章节优先”。更为突出的是,加巴协定对投资保护与健康、安全 and 环境措施、跨国公司社会责任作出专门规定,这在传统BIT中十分罕见。

其中,第16条“健康、安全和环境措施”规定,“通过放宽国内健康、安全或环境措施促进投资是不适当的”,如果一缔约方认为另一缔约方提供了此种促进措施,可要求进行讨论。该条款规定了双方进行讨论的义务,但没有关于结果的强制性规定。第17条“公司社会责任”要求,每一缔约方应“鼓励在其境内或受其管辖之企业,在企业内部管理中自愿接受国际承认的公司社会责任标准”。因此,两个条款规定的都是软义务,主要意义似乎在于表明条约协调与其他公共利益之间关系的意愿,为仲裁庭解释其他条款时提供某种上下文的指导。

加巴协定的第19条至第36条详细规定了国际仲裁机制。且不论传统的欧洲式双边投资条约中的简单规定,即使与较为详细的NAF-

TA 下的国际投资仲裁程序相比,加巴协定的条款数目更多,规定的细致化程度更高。新的规则主要体现了对国际投资仲裁的公法性质和对公共利益的影响的考虑,回应对该机制“商事化”的批评。^①例如,在仲裁员资格条件方面,“仲裁员应在国际公法、国际贸易或国际投资规则或国际贸易条约或国际投资条约的争端解决方面具有经验和专门知识”。在仲裁机制的透明度方面,规定了非当事方提交“法庭之友意见书”的程序、公开举行听证会和公布裁决与其他文件的强制性义务。

除投资章节本身外,加巴两国还签署了“环境合作协定”和“劳工合作协定”作为自由贸易协定的附属协议。在两个协定中,两国承诺,不为促进贸易和投资而降低环境保护标准或减轻劳动保护要求。

总之,加巴协定比传统的投资条约规则更丰富、更细致,试图平衡保护投资和东道国公共利益,充分体现了美、加、欧等主要发达经济体近年来国际投资条约的发展变化。

二 差异:我国晚近投资条约的突出特点

根据中国商务部公布的信息,从1982年与瑞典签署的第一个双边投资条约开始,至2015年底,我国缔结并正式生效的双边投资条约共计104部。^②其中,2012年5月签署并于2014年5月生效的《中华人民共和国政府、日本国政府和大韩民国政府关于促进、便利和保护投资的协定》(以下简称“中日韩协定”)因为是由中日韩三国缔结,有时被称为“三边协定”(Trilateral investment agreement)。^③此外,我国还在近年来缔结的一些自由贸易协定纳入了投资章节,使

^① 关于“商事化”问题,参见蔡从燕《国际投资仲裁的商事化与“去商事化”》,载《现代法学》2011年第1期,第152—162页。

^② <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>

^③ 韩秀丽:《后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况》,载《厦门大学学报》2012年第6期,第22页;UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 85。

这些协定也可以被视为投资条约,不过它们目前暂时历史较短且数量不多。因此,双边投资条约无疑是我国缔结的投资条约的主体。

相应地,研究者通常以双边投资条约为代表概括我国投资条约的发展历史,并作出了几种略为不同但实质差异不大的阶段划分,在此可以几位学者的论述为例略作说明。蔡从燕将我国双边投资条约的发展分为三个阶段,其中第一阶段趋于保守,第二阶段为1998年至2005年,表现特征是趋于自由。而自2006年开始,在吸取阿根廷频繁被诉的教训和美国等国投资条约改革的经验的基础上,我国投资条约发展进入一个新阶段,蔡从燕称之为“再平衡和美式化”的一代。^①韩秀丽则以接受投资仲裁管辖的范围为标准,将我国双边投资条约划分为四代。其中,1989年之前的第一代仅仅规定特设(ad hoc)仲裁庭有权审理有关征收补偿额的争端;1990年我国虽然签署了《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(ICSID公约),但到1998年之前的第二代双边投资条约依然“留权在手”,即仅赋予仲裁庭有限的管辖权;1998年以后的第三代双边投资条约普遍赋予仲裁庭对所有投资争端的管辖权,而以2010年《中国投资保护协定范本》(草案)为基础,^②我国的第四代投资条约似乎与美国走上殊途同归的道路,试图平衡投资者与东道国利益。^③显然,两位学者虽然将我国投资条约划分了不同的代际,但都认为其最新一代具有平衡或再平衡以及“美式化”的特点。

贝尔格则将我国双边投资条约划分为三代。其中1998年之前的

① See Cai Congyan, China - US Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, No. 2, 2009, pp. 457 - 506.

② 关于该范本的详细解读,参见温先涛《〈中国投资保护协定范本〉(草案)论稿》,载《国际经济法学刊》2011年第4期,第169—204页,2012年第1期,第132—161页,2012年第2期,第57—90页。

③ 韩秀丽:《后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况》,载《厦门大学学报》2012年第6期,第21—23页。

第一代主要借鉴欧洲式双边投资条约,但以限制性为特点即注重管理外资;第二代是指1998年至今的部分投资条约,虽然仍然借鉴欧式条约,但侧重于促进外资,采用的合法化模式(legalisation);^①第三代是2007年至今的投资条约,部分借鉴了以《北美自由贸易协定》为代表的美国式双边投资条约,^②以“NFATA化”为特点。^③这样,虽然使用了不同的词语,但贝尔格与前述两位学者相同,也认为晚近中国投资条约呈现出“美式化”。不过,一个显著差异是,贝尔格认为第三代并未完全取代第二代BIT。那么,贝尔格的这一观点是否反映了事实呢?

为此,本书以2010年《中国投资保护协定范本》(草案)为节点,根据中国商务部公布的信息考察了2011年至2015年我国缔结的国际投资条约。这些条约包括:

-《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》(2011年4月签署,同年9月生效,以下简称“中乌协定”);

- 中日韩协定;

-《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9月签署,2014年10月生效,以下简称“中加协定”);

-《中华人民共和国政府与智利共和国政府自由贸易协定关于投资的补充协定》(2012年9月签署,以下简称“中智协定”);

-《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

① 贝尔格用“合法化”一词表示制度化的一种特殊形式,是通过扩充规则、规范和决策程序,从而影响参与者的期望、利益和行为,并表明政府愿意受到国际法的约束。

② 关于欧式与美式双边投资条约的区别,参见余劲松主编《国际投资法》,法律出版社2014年第4版,第222页。

③ See Axel Berger, Investment Rules in Chinese Preferential Trade and Investment Agreements: Is China Following the Global Trend towards Comprehensive Agreements, German Development Institute, 2013, pp. 7-8, 31.

相互保护投资的协定》(2013年3月签署,2014年4月生效,以下简称“中坦协定”);

-《中华人民共和国政府和冰岛政府自由贸易协定》第八章“投资”(2013年4月签署、2014年7月生效,以下简称“中冰协定”);

-《中华人民共和国和瑞士联邦自由贸易协定》第九章“投资促进”(2013年7月签署,2014年7月生效,以下简称“中瑞协定”)

此外还有2012年8月大陆与台湾地区缔结的《海峡两岸投资保护和促进协议》,不过由于该协定不同于一般的国际投资条约,而是适应两案关系的特点表现为“一种‘低标准’的特殊样态”^①,本书认为不宜将其与其他中国投资条约相比较,故而排除在外。

在进行比较的七部条约中最为全面、细致和复杂的是中加协定,规定了35条和六个附件,作为也是加拿大参加的一部条约与前述加巴协定有诸多相同或类似之处,例如:限制了受保护的“投资”的定义范围,如排除“源于货物或服务贸易合同的金钱请求权”;以与加巴协定类似的方式限制了间接征收的认定;第33条“一般例外”规定了涉及文化产业、环境措施、金融审慎措施、国家安全、竞争法等七类例外。

中加协定也限制性解释了公平公正待遇,但是与加巴协定略有差异。中加协定采用的用语是“被普遍国家实践证明为法律的国际法最低待遇标准”,即以“普遍国家实践证明为法律”代替了“习惯国际法”一词。一方面,该两种不同表述并没有实质性差别,因为具备国家实践和法律确信的国际法规范实际上就是习惯国际法。另一方面,毕竟我国传统上对“最低待遇标准”持谨慎态度,此前仅在与墨西哥缔结的双边投资条约中接受这一表述,而在同期缔结的中乌协定和

^① 徐崇利:《〈海峡两岸投资保护和促进协议〉之评述》,载《国际经济法学刊》2013年第1期,第1—23页。

中坦协定都没有采纳,因此中加协定现有用语是中方的谨慎立场与加拿大对作为习惯国际法的最低待遇标准的偏好之间的相互妥协。

中加协定规定的国际投资仲裁程序也十分详细,包括一些以往投资条约较少规定的内容,例如:多项诉请提请仲裁的前提条件,包括投资者提起仲裁的三年除斥期、弃权条款等;与加巴协定基本相同的仲裁员资格条件要求;详细的合并仲裁规则;非当事方提交“法庭之友意见书”的程序;听证会和文件公开(但比加巴协定的强制性程度略低);争议涉及东道国金融谨慎措施时的特殊程序等。

以上列举的中加协定规定都体现了投资条约越来越细致的变化趋势,该协定在细致程度上超出了我国截至2015年缔结的所有投资条约,可以视为我国投资条约顺应上节所述之变化趋势或者说“美式化”的代表。但是,加巴协定第16条、第17条以及环境合作和劳工合作两个附属协定或类似规则没有被中加协定采纳,表明即使是这一“美式化”代表在规则的全面程度上与加拿大双边投资协定范本或加巴协定相比也有差距。

中智协定包括32条以及四个附件,细致程度低于中加协定。在将公平公正待遇与最低待遇标准相联系、规定间接征收的认定标准等限制仲裁庭解释的自由裁量权方面,两个协定制定了相似的规则。中智协定规定,其涵盖的投资应是“具有投资性质的资产,这些性质包括资本或其他资源的投入、对收益或利润的预期、风险的承担”。因此,虽然与中加协定一样细化了“投资”的定义,但两个条约略有差别。更为明显的差异体现在国际仲裁规则方面,中智协定的相关条款多数比中加协定更为简短,例如中智协定没有对仲裁员应有国际公法知识的资格限制条件,没有关于法庭之友和加强仲裁程序的透明度的相关规定;中智协定第20条“合并审理”仅有一款,而中加协定的第26条“合并”长达八款。不过,与我国其他投资条约相比,中智协定的一个独特之处在于,它的第18条“初步异议”纳入了“明显缺乏法律依据的诉请”与“法律上不成立的诉请”两个防止滥诉

的被申请人异议。^①

中日韩协定有 27 个条款和一个附件,也基本体现了细致与复杂化的发展趋势,但程度上更低于中智协定,不包括诸如最低待遇标准、仲裁员的国际公法知识的资格条件要求、合并审理等内容。

中加协定、中智协定和中日韩协定虽然签署于 2010 年之后,但与 2010 年《中国投资保护协定范本》(草案)具有明显差别。相比之下,该范本要简单得多。真正以该范本为基础缔结的是中乌协定与中坦协定,它们都有 18 个条款,内容基本上与范本一致。值得一提的是,中坦协定第 10 条“健康、安全和环境措施”在此前我国投资条约(包括 2010 年范本)中从未出现,尤其该条第 1 款与加巴协定第 16 条十分相似:“缔约双方认识到放宽国内健康、安全或环境措施来鼓励投资的做法是不恰当的。因此,缔约一方不得放弃或贬损有关措施或承诺放弃或贬损有关措施,以鼓励投资者在其领土内设立、并购、扩大或保留投资。”

分析表明,如果以“美式化”或“NAFTA 化”来表示近年来美加投资条约代表的更细致、全面和复杂的发展趋势,上述五部中国投资条约确实体现了这一趋势,可以用“美国化”予以概括。不过,五部条约对该趋势的追随程度存在显著差别,中加协定的复杂性两倍于中坦协定。而与加巴协定相比,即使中加协定也不够复杂。

然而,余下的两部条约即中冰协定和中瑞协定展示了完全不同的图景,它们似乎对上述趋势无动于衷。中冰协定只有三个条款,仅将两国在 1994 年缔结的双边投资条约并入本协定之中。中瑞协定以“投资促进”作为标题,仅以两个简单条款规定了投资促进事项,有关投资保护的义务仍然由两国于 2009 年签署的双边投资条约调整。中冰和中瑞两个双边投资条约都属于传统的欧洲式投资条约,内容简单,篇幅较短,可以视为“旧式”的投资条约。如果有关缔约方有此意愿,中冰协定和中瑞协定实际上都是他们“顺应趋势”地修订

^① 关于该两异议,详见本书下文专章分析。

旧约的机会。显然，他们并未作此选择，即便是对 20 世纪的中冰双边投资条约。

由此可见，在草拟“美式化”影响下的 2010 年《中国投资保护协定范本》（草案）之后，我国缔结的投资条约也没有一概“美式化”，传统的欧洲式双边投资条约仍有一席之地。不仅如此，如果采用 2006 年或 2007 年这样的代际划分时间点，“美式化”的色彩将被继续稀释，因为我国在这个时期与法国、西班牙等西欧国家重新签订的双边投资条约都是“旧式”的投资条约。

虽然说一个国家与别国谈判和缔结投资条约时，总是不可避免地需要作出妥协，因而一国的不同投资条约有所差别并不令人意外。然而，如前述七部中国投资条约那样显著的差异并不多见。毋庸讳言，差异是晚近中国投资条约的突出特点。

三 多样：国际投资条约改革趋势的具体表现

如果我们用另一个视角来看前述七部中国投资条约，它们无疑也是加拿大、瑞士、冰岛等国的投资条约的一部分，表明这些国家的投资条约实践也没有完全跟随细致、全面和复杂的趋势。

首先，比较中加协定与加巴协定，两者总体上类似但有若干细节差异，既证明加拿大是晚近国际投资条约改革趋势的积极实践者，也表明加拿大能够接受细致程度并不相同的投资条约。

其次，中冰协定和中瑞协定的特点是不涉及投资保护，继续将其交由以前缔结的“旧式”双边投资条约来调整。综观冰岛和瑞士两国的投资条约实践，可以发现其他类似例证。由于两国与挪威、列支敦士登共同组成了欧洲自由贸易联盟（EFTA），近年来通常是由 EFTA 与第三国签订自由贸易协定。这些自由贸易协定中的投资章节基本上以促进投资自由化为宗旨，以准入前国民待遇为核心规则，间或辅之以简明的条款规定公平公正待遇和全面的安全与保护，但不包括另外两项传统双边投资条约的核心条款，即征收补偿和国际投资仲裁程序，也就是说，将保护投资的任务留给专门的双边投资条约。这