

论“一带一路”倡议下中外投资协定中的 投资者—国家仲裁机制*

韩秀丽** 翟雨萌***

摘要：国际投资协定中的投资者—国家仲裁机制在我国“一带一路”倡议的实施中应居于重要地位。一方面，“一带一路”沿线国的中国投资面临着真实的投资风险；另一方面，近年来以“一带一路”沿线国为被申请方的投资仲裁呈上升趋势，这一现实表明，中国海外投资在“一带一路”沿线国也可能面临类似的投资措施和投资争议。然而，中国与“一带一路”沿线国的投资者—国家仲裁机制却存在着缺位与不足的问题。为了保护中国投资者在“一带一路”沿线国的合法和正当权益，需要考虑设立和加强中国与“一带一路”沿线国之间的投资者—国家仲裁机制。

关键词：“一带一路” 投资者—国家仲裁机制 双边投资条约 自由贸易协定 国际投资协定

引 言

自2013年习近平主席正式提出“一带一路”倡议以来，中国积极推进在“一带一路”沿线国家的海外投资，加强与“一带一路”沿线国家的投资合作。投资重点包括基础设施、能源资源和制造业等领域。在这一大背景下，中国在“一带一路”沿线国的直接投资快速增长，“截至2015年末，中国对‘一带一路’沿线国家的直接投资存量为1156.7亿美元，占中国对外直接投资存量的10.5%”。^①就在2015年中国对外直接投资实现历史性突破，流量规模跃居世界第二位，并首次实现双向直接投资项下的资本净输出。^②至今，中国保持着世界第二大对外投资国的地位。^③从发展前景看，随着中国的“一带一路”倡议得到越来越多国家的认同和响应，中国对

* 本文是国家社科基金重点项目“国际法治理念下中国在非投资的法律保护机制研究”（课题批准号：15AFX024）阶段性研究成果。

** 厦门大学法学院教授、博士生导师。

*** 厦门大学法学院国际法专业2016级博士研究生。

① 《中国对外投资合作发展报告（2016）》，中华人民共和国商务部服务外包研究中心，<http://coi.mofcom.gov.cn/article/y/gnxw/201703/20170302539691.shtml>，最后访问时间：2017年8月18日。

② 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局：《2015年度中国对外直接投资统计公报》，中国统计出版社2016年版，第3页、第6页。

③ See UNCTAD, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, UNCTAD/WIR/2017 (2017), p. xi.

“一带一路”沿线国的投资规模将继续扩大，投资领域将向多元化发展。与此同时，这些投资也不得不面对沿线国现实存在的投资风险，因为总体上，“一带一路”沿线国“投资风险偏高，政治和经济环境极不稳定”。^①

实际上，“一带一路”倡议的持续推进需要在不同层面设计和完善制度性措施，其中，投资者—国家争端解决（Investor-State Dispute Settlement, ISDS）机制应该是一个重要方面。在与“一带一路”国家的投资关系上，我国主要扮演资本输出国的角色，保护投资者的投资者—国家争端解决机制显得尤为重要。投资者—国家争端解决机制在国际投资法中的地位最引人注目，甚至有学者将其称为国际投资规则的“基石”（cornerstone）。^②虽然广义上投资者—国家争端解决机制包括协商、调解、东道国国内行政复议和法院诉讼、母国外交保护及投资者—国家仲裁等，而且在实践中，投资者—国家仲裁、东道国国内法院及其他替代性争端解决方法往往被结合使用，但投资者—国家争端解决这一机制的核心是投资者—国家仲裁机制，其在保护投资的实践中起着其他机制不可替代的作用。本文的讨论亦集中在投资者—国家仲裁机制，反映投资者—国家仲裁机制的条款，即投资者—国家仲裁条款主要包含在国际投资协定中。本文从分析“一带一路”沿线国家的投资风险和投资措施入手，继而考察中国与“一带一路”沿线国投资协定中的投资者—国家仲裁机制的现状，并结合投资者—国家仲裁机制于近年来的分化发展路径，得出中国在实施“一带一路”倡议中应采取的投资者—国家仲裁机制的政策与具体对策。

一 “一带一路”沿线国家的高投资风险需要投资者—国家仲裁机制

虽然“一带一路”倡议可以是一个开放性概念，应该包括任何希望加入的国家，^③但笔者认为，作为一个基于地理概念的国家倡议，其范围如果过于宽泛，则难以把握，且容易失去其特色。为了本文的研究目的，本文将其限定为64个国家。^④截至目前，中国已对其中几乎所有国家

① 《中国对外投资合作发展报告（2016）》，中华人民共和国商务部服务外包研究中心，<http://coi.mofcom.gov.cn/article/y/gnxw/201703/20170302539691.shtml>，最后访问时间：2017年8月18日。

② See Report of the Executive Directors of ICSID, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ICSID/15/Rev. (2003); See Azwimpheleli Langalanga, “Imagining South Africa’s Foreign Investment Regulatory Regime in a Global Context”, SAIIA Occasional Paper No 214, May 2015, p.21, <http://www.saiia.org.za/occasional-papers/imagining-south-africas-foreign-investment-regulatory-regime-in-a-global-context> (last visited August 18, 2017).

③ 即只要致力于“一带一路”发展的，都是丝路国家。因此理论上有可能包括世界上所有国家，参见中共中央宣传部组织编写：《习近平总书记系列重要讲话读本》，学习出版社、人民出版社2016年版，第266—268页；正因如此，有学者称之为“65+”，参见《一带一路十大误区急需改》，环球网，<http://finance.huanqiu.com/br/column/bj/2016-05/8847589.html>，最后访问日期：2017年6月10日。

④ 参见刘艳、黄翔：《“一带一路”建设中国国家风险的防控——基于国际法的视角》，载《国际经济合作》2015年第8期，第29页。其中认为“一带一路”沿线国是64个。这64个沿线国包括：东亚1国（蒙古）、东南亚11国（印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、新加坡、泰国、文莱、越南、老挝、缅甸、柬埔寨、东帝汶），南亚7国（尼泊尔、不丹、印度、巴基斯坦、孟加拉国、斯里兰卡、马尔代夫）、中亚6国（哈萨克斯坦、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、阿富汗）、西亚18国（伊朗、伊拉克、格鲁吉亚、亚美尼亚、阿塞拜疆、土耳其、叙利亚、约旦、以色列、巴基斯坦、沙特阿拉伯、巴林、卡塔尔、也门、阿曼、阿拉伯联合酋长国、科威特、黎巴嫩）、中东欧16国（阿尔巴尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、保加利亚、克罗地亚、捷克、爱沙尼亚、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、马其顿、黑山、罗马尼亚、波兰、塞尔维亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚）、独联体4国（俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰、摩尔多瓦）、非洲1国（埃及）。

进行了直接投资。^①

探索投资者—国家仲裁机制在“一带一路”倡议中的地位，首先需要对沿线国的投资风险有一个全面客观的认识。“一带一路”穿过中东、北非、巴基斯坦—阿富汗、越南—菲律宾—泰国—缅甸、俄罗斯—乌克兰这一“不稳定之弧”。^②《中国海外投资国家风险评级报告（2016）》选取了“一带一路”35个沿线国进行评估，其中，低风险级别（AAA—AA）仅有新加坡一个国家，中等风险级别（A—BBB）包括28个国家，占35个国家的绝大多数，高风险级别（BB—B）包括6个国家。^③

可以说，很多“一带一路”沿线国是高风险国家，债台高筑，政权不稳，面临极端势力的威胁，社会动荡，法治水平低。尽管这些风险可以从不同角度进行分类，且没有统一的定义，但无论如何，国际投资协定（International Investment Agreement, IIA）中所涉及的投资风险，包括征收、^④国有化、征用、战争和内战、革命、骚乱、民变、东道国受国际制裁、汇兑限制等，在许多“一带一路”沿线国家都不同程度地存在。

具体举例来说，2016年6月，中国在“一带一路”框架下投资蒙古多座水电站项目，但因俄罗斯指责这些项目会破坏贝加尔湖生态而被迫冻结。俄方公开的反对理由就是修建水坝会对贝加尔湖的生态造成无法挽回的负面影响、甚至可能导致贝加尔湖干涸，当然背后也可能有更微妙的原因。^⑤2011年9月，由中国电力投资集团在缅甸投资兴建的伊洛瓦底江上游密松（Myitsone）水电站项目被缅甸叫停，搁置至今，导致该项目失败的原因错综复杂。^⑥2015年3月，斯里兰卡政府以中国企业违反当地法律以及环境要求为理由，叫停了中国企业对斯里兰卡科伦坡港口的项目建设。虽然中国和斯里兰卡于2016年8月重新签订了三方协议，该项目得以重新开展，但是由此引发的问题值得重视。^⑦现实中，由于东道国的腐败和动荡，中国投资者的投资成本过大，很多投资者甚至血本无归，中国员工的人身安全也受到威胁和侵害，最后不得不抱恨离开东道国。

“一带一路”沿线国投资风险高还可以从这些国家在基于条约的投资者—国家间仲裁中频繁成为被申请方这一现实中管窥一斑。根据联合国贸易发展委员会（United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD）的统计，从1987年至2016年，在国际投资仲裁案件中作为被告最多的国家共12个，其中6个属于“一带一路”沿线国家，它们分别是：捷克（34起）、埃

① 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局：《2015年度中国对外直接投资统计公报》，中国统计出版社2016年版，第59—60页。

② 参见王义桅：《克服三重风险 呼唤“一带一路”升级版》，“一带一路”官网，http://www.china.com.cn/news/2017-04/19/content_40649947.htm，最后访问时间：2017年8月20日。

③ 参见中国社会科学院世界经济与政治研究所：《中国海外投资国家风险评级报告（2016）》，中国社会科学出版社2016年版，第32—33页。

④ 可能是直接征收，也可能是间接征收，表现为：限制和干预企业经营，撤销许可证，强制企业出售其全部或部分资产，政府有约不守、强制修改和变更协议，等等。

⑤ 参见《俄叫停中国“一带一路”援蒙项目》，凤凰国际智库，http://pit.ifeng.com/a/20160611/48954628_0.shtml，最后访问时间：2017年6月28日。

⑥ See “the Myitsone Dam on the Irrawaddy River: A Briefing”, International Rivers, <https://www.internationalrivers.org/resources/the-myitsone-dam-on-the-irrawaddy-river-a-briefing-3931> (last visited June 28, 2017).

⑦ 参见《中国与斯里兰卡签署科伦坡港口城项目新协议》，人民网，<http://finance.people.com.cn/n1/2016/0814/c1004-28634846.html>，最后访问时间：2017年8月20日。

及(28起)、俄罗斯(24起)、波兰(23起)、印度(21起)、乌克兰(21起)。^①这6个国家近年来一直是被诉的重点对象,这在一定程度上说明了它们采取的投资措施的可争议性,以及在这些国家投资风险较高。

“一带一路”沿线国风险大、保护水平低的状况会极大限制中国投资者获得海外投资保险,也存在着投资者是否愿意承担高额保费的问题。无论如何,保险仅是投资者的个别行为,当投资者的私权利面对东道国的公权力时,投资保险只能在“保险事故”实际发生时才能为投资提供保障,但是,投资协定作为抽象的存在,作为国家为其海外投资者提供的公共产品,却可以为海外投资提供全面的保障。所以,投资保险和投资协定这二者不但不冲突,反而能起到很好的“互补”作用。

总体上,“一带一路”沿线国投资风险大,仅有国家层面的保护机制不足以保障投资安全,因为东道国大多存在法治水平低的问题,而中国作为母国,其法律的域外效力是有限的,何况我国针对海外投资的现有立法,大多数是规制性的,而不是保护性的。^②所以,为“一带一路”倡议长远计,有必要在国际层面为中国海外投资者和投资提供“免费”的公共产品,即IIA及其投资者—国家仲裁机制,实际上,IIA及其投资者—国家仲裁机制产生的缘起就是保护海外投资。^③

二 中国与“一带一路”沿线国投资条约中 投资者—国家仲裁条款的总体情况^④

总体上,中国与一小部分“一带一路”沿线国,主要是东南亚国家,有较为完善的投资者—国家仲裁机制,但是与很多国家没有投资者—国家仲裁条款,或者投资者—国家仲裁条款的适用范围有限。

(一) 投资者—国家仲裁条款的现实

中国与伊朗、罗马尼亚、乌兹别克斯坦、俄罗斯、印度的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)分别规定其投资者—国家仲裁条款适用于与投资相关的主要争议。《中国—巴基斯坦BIT》虽然规定投资者—国家仲裁条款仅适用于征收补偿额争议,但后来的《中国—巴基斯坦自由贸易协定》(自由贸易协定, Free Trade Agreement, FTA)则规定投资者—国家仲裁条款适用于与投资有关的任何争议。

关于东盟10国,情况则复杂一些,存在没有BIT或者FTA以及投资者—国家仲裁条款缺位的情况。但是根据《中国东盟全面经济合作框架协定投资协定》,投资者—国家仲裁条款适用于与投

① See UNCTAD, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, UNCTAD/WIR/2017 (2017), p. 115.

② 例如《境外投资管理办法》(2014年修订),《对外承包工程管理条例》(2017年修订),《对外投资合作和对外贸易领域不良信用记录试行业办法》(2013年),《对外援助项目实施企业资格认定办法(试行)》,等等。

③ Konrad, Kai A., “Large investors, regulatory taking and investor – state dispute settlement”, (2017) 98 *European Economic Review* 341, p. 341.

④ 本节所列双边投资协定均可访问《我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty》,中华人民共和国商务部条约法律司, <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/Nocategory/201111/20111107819474.html>, 最后访问时间:2017年6月28日。本节所列FTA均可访问中国自由贸易区服务网, <http://fta.mofcom.gov.cn/list/ftanews/1/catlist.html>, 最后访问时间:2017年6月28日。

资相关的主要争议。而且,中国与东盟国家正在谈判《中国—东盟 FTA》(升级版),也在谈判《区域全面经济合作伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP),^① 所以,不管中国与印度尼西亚、泰国、马来西亚、越南、新加坡、菲律宾、缅甸、柬埔寨、老挝及文莱有无 BIT, BIT 中是否有投资者—国家仲裁条款,或者是否仅限于征收补偿款额争议,^② 根据《中国东盟全面经济合作框架协定投资协定》,就主要投资争议,中国投资者都有援引该投资者—国家仲裁条款的权利。而且,似乎可以预见,将来的《中国—东盟自贸协定》(升级版)和《区域全面经济合作伙伴关系协定》对投资者—国家仲裁会有更现代化的规定。

然而,中国与“一带一路”沿线的 12 个国家仍然没有签订任何 IIA,^③ 与 1 个国家有 BIT,但无投资者—国家仲裁条款,即 1992 年 11 月 21 日签订,并于 1994 年 6 月 6 日生效的《中国—土库曼斯坦 BIT》;其余 35 个 BIT 中的投资者—国家仲裁条款规定了国际投资仲裁,但仅适用于征收补偿额争议。^④

(二) 投资者—国家仲裁条款的评价

“一带一路”倡议意义重大,很多国家对此表现出极大的热情,但是投资者—国家仲裁条款的缺位和不足却使中国投资者无法在国际层面获得保护。大多数仅适用于征收补偿额的投资者—国家仲裁条款的局限性对中国投资者的保护有限,因为根据这一条款,只有征收补偿额问题才可诉诸仲裁,而且如果东道国政府违反 IIA 其他条款,如公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇条款下的义务,则无法利用投资者—国家仲裁机制,而且,这种老旧的条款已经给中国投资者带来了很大程度的不可预期性,因为各仲裁庭对征收补偿额或补偿方法争端的管辖权存在不同的解释。

从已有的涉及中国的投资者—国家仲裁案件看,仲裁庭对征收补偿额或补偿方法争端的管辖权的认定仍存在不确定性,也对中国投资者造成了一些不利影响。

在“谢业深诉秘鲁案”中,申请人认为秘鲁政府的税收征管行为实质上剥夺了申请人的投资,构成间接征收。仲裁庭在确立管辖权时,采取了“扩张性解释”方法,^⑤ 认为《中国—秘鲁

① 《区域全面经济伙伴关系协定》谈判成员包括共 16 个国家,除东盟 10 国、中国、日本、韩国、印度外,还包括澳大利亚和新西兰。

② 其中,中国与文莱无 BIT,中国与泰国的 BIT 无投资者—国家仲裁条款,中国与老挝、柬埔寨、印度尼西亚、马来西亚、越南、新加坡的 BIT 分别规定投资者—国家仲裁仅适用于征收补偿额争议。新加坡的 FTA 规定投资者—国家仲裁条款适用于与投资相关的主要争议,中国与菲律宾的 BIT 规定投资者—国家仲裁适用于征收、国有化补偿争议,仅中国与缅甸的 BIT 规定投资者—国家仲裁适用与投资相关的任何争议。

③ 这 12 个国家分别是:1. 东帝汶;2. 孟加拉国;3. 阿富汗;4. 尼泊尔;5. 马尔代夫;6. 不丹;7. 伊拉克;8. 约旦;9. 巴勒斯坦;10. 拉脱维亚;11. 波黑;12. 黑山。

④ 这些与中国缔结 BIT 的国家分别是:1. 蒙古;2. 斯里兰卡;3. 沙特阿拉伯;4. 阿曼;5. 土耳其;6. 以色列;7. 埃及;8. 科威特;9. 卡塔尔;10. 黎巴嫩;11. 巴林;12. 也门;13. 叙利亚;14. 乌克兰;15. 白俄罗斯;16. 格鲁吉亚;17. 阿联酋;18. 阿塞拜疆;19. 亚美尼亚;20. 摩尔多瓦;21. 波兰;22. 捷克共和国;23. 斯洛伐克;24. 保加利亚;25. 匈牙利;26. 立陶宛;27. 斯洛文尼亚;28. 爱沙尼亚;29. 克罗地亚;30. 阿尔巴尼亚;31. 塞尔维亚;32. 马其顿;33. 哈萨克斯坦;34. 塔吉克斯坦;35. 吉尔吉斯斯坦。其中,蒙古、阿联酋、土耳其、哈萨克斯坦都是中国在“一带一路”沿线国的主要投资地。

⑤ 很多学者认为应当采用“限缩性解释”方法,将其解释为仅限于征收补偿额本身的争端,这可能是源于中英文理解的差异,也可能出于保护东道国主权的传统思维。但是,从国际性法院和法庭的实践看,“关于某事项的争端”不限于或不能缩小为“某事项本身的争端”,see for example, *Aegean Sea Continental Shelf, Judgment*, I. C. J. Report 1978, para. 81–86.

BIT》(1994年)第8条第3款中的“与征收补偿额有关的争端”(英文文本用的是“involving”,中文文本用的是“涉及”),不仅包括确定补偿额,还包括通常征收所固有的其他问题,尤其是,根据BIT的标准和要求,投资财产实际上是否被征收。^①该案的临时撤销委员会(ad hoc committee)认为根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,《ICSID公约》)第52条,仲裁庭并不存在“明显越权”的问题,也不存在“严重偏离基本程序规则”或“裁决未述明所依理由”的问题,所以,经过撤销程序后,原支持投资者的仲裁裁决得到维持。^②

在“澳门世能投资公司诉老挝共和国案”中,^③双方争议之一仍是《中国—老挝BIT》(1993年)第8条第3款规定的“与征收补偿数额有关的争端”(英文文本用的是“involving”,中文文本用的是“涉及”)。在管辖权裁决中,仲裁庭遵循了“谢业深诉秘鲁政府案”的“扩张性解释”方法,确立了自己的管辖权。^④但在撤销程序中,一审的新加坡高等法院将“与征收补偿数额有关的争端”限制性地解释为“对征收补偿数额的争端”,从而认为仲裁庭没有属事管辖权。^⑤然而,二审的新加坡上诉法院维持了仲裁庭的裁决。^⑥经过一波三折,中国投资者的利益才得到保护。

2017年6月30日,“中国黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古案”的仲裁庭作出了裁决,在并未公开的裁决中,对于使用了同样用语的《中国—蒙古BIT》管辖权条款,^⑦仲裁庭却作了狭义解释,认为其仅对确定征收补偿额本身的纠纷提起的仲裁有管辖权,从而以无管辖权为由裁决驳回中国三家国有企业的仲裁申请。^⑧

在真正的中国投资者诉外国政府并已作出裁决的第一案,即“中国平安诉比利时王国投资仲裁案”中,平安为了避免单独适用保护水平低的《中国—比利时BIT》(1984年),同时将《中国—比利时BIT》(1984年)和《中国—比利时BIT》(2005年)作为法律依据,并根据后者

① See *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence dated 19 June 2009, para. 40 – 220.

② See *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Annulment dated 12 February 2015, para. 152 – 205.

③ *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013 – 13.

④ See *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013 – 13, Award on Jurisdiction dated 13 December 2013, para. 204 – 368.

⑤ See *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013 – 13, Judgment of Singapore High Court dated 20 January 2015, para. 112 – 128.

⑥ See *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013 – 13, Judgement of the Court of Appeals of Singapore dated 29 September 2016, para. 14.

⑦ 参见《中华人民共和国政府和蒙古人民共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》,1991年8月25日签订、1993年11月1日生效,第8条第3款。中文原文为,“如涉及征收补偿款额的争议,在诉诸本条第一款的程序后六个月内仍未能解决,可应任何一方的要求,将争议提交专设仲裁庭。如有关的投资者诉诸了本条第二款所规定的程序,本款规定不应适用”。英文原文为,“If a dispute involving the amount of compensation for expropriation cannot be settled within six months after resort to negotiations as specified in paragraph 1 of this Article, it may be submitted at the request of either party to an ad hoc arbitral tribunal. The provisions of this paragraph shall not apply if the investor concerned has resorted to the procedure specified in the paragraph 2 of this Article”。

⑧ See “1. China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., 2. Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and 3. Qinguangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia”, Case number 2010 – 20, <https://pca-cpa.org/en/cases/48/>, 21 July 2017 (last visited August 19, 2017).

主张实体权利。两个协定的区别之一在于，前者规定因征收、国有化或其他类似措施的补偿额引起的争议（英文文本用的是“arise from”，中文文本用的是“有关”），投资者可提交国际仲裁，而后者规定任何有关投资的争议都可以提交国际仲裁。但是，仲裁庭根据《中国—比利时 BIT》（2005年）裁决，对于2009年协定生效之前发生的、且已进入司法或仲裁程序的投资争议，应继续按《中国—比利时 BIT》（1984年）的规定解决。实际上，根据《中国—比利时 BIT》（1984年）第14条也可以推理出同样的结论，即对2007年到2008年就已进行的投资，10年内是可以继续适用《中国—比利时 BIT》（1984年）的。然而，仲裁庭却忽视了这一情况，导致平安在管辖权阶段就败诉。^①

在“北京城建集团诉也门共和国案”中，^②征收问题是争议的焦点之一，涉及双方对《中国—也门 BIT》第10条的解释，中国投资者依据的是1998年2月16日签订、2002年4月10日生效的《中国—也门 BIT》，而该BIT第10条第2款规定，为了将投资争端提交“解决投资争端国际中心”（International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID），“缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤销的同意。其他争议提交该程序应征得当事双方同意”。中国投资者认为“与征收补偿款额有关”这一表述已经包括了征收是否存在的问题，也门政府则主张应当狭义解释本条款，仲裁庭不享有管辖权，2017年5月，仲裁庭驳回也门政府的管辖权异议，在这一争议上支持了申诉方的主张，裁定对本案具有管辖权。^③

抛开国际投资仲裁的种种弊端不谈，纵观上述案件可以看出，至今发生的中国投资者诉东道国的案件都是涉及征收补偿额的争端。一方面，还不能确定仲裁庭的解释方法已经确立了“判例法”，而仲裁庭如何解释和裁量自己的管辖权将会从根本上影响中国投资者的利益；另一方面，即使“扩张性解释”的判例法得以确立，仍存在对投资保护过窄的问题，即仅仅限于有关征收补偿额的争议。我国在与“一带一路”沿线国的投资合作中，更多的扮演的是资本输出国的角色。我国面临的现实的情况比较尴尬的是，过去我们曾经用来维护国家主权的投资者—国家仲裁条款，今天已经成为我国海外投资者走出去，尤其是实施“一带一路”倡议的“羁绊”。

三 投资者—国家仲裁机制发展路径分化背景下中国的政策取向

近年来，在国际投资法领域，投资者—国家仲裁机制成为最具争议的问题，各国的态度和做法也五花八门。投资者—国家仲裁机制涉及的是投资者与国家之间的争议，资本输出国、输入国身份上的差异，导致了各国对其态度的差异。根据目前的情况，投资者—国家仲裁机制的发展路径可以归纳为三种：国际司法化；国际政治化；改革投资者—国家仲裁机制。在“一带一路”倡议背景下，我国应当如何取舍，值得研究与探讨。

（一）国际司法化

投资者—国家仲裁机制向国际司法化发展的一般表现为，通过司法手段解决投资者与国家之

① See *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, Award dated 30 April 2015.

② See *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30.

③ See *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, para. 54 – 109.

间的争端,比如设立投资法院及建立上诉审查机制等,是一种激进主义的做法。在欧洲联盟内部,《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》(TTIP)中包含投资者—国家仲裁条款受到欧盟97%民众的质疑,但商业团体对此持相反意见,随后欧盟官方提议在TTIP内部建立欧美投资法院。由于特朗普政府的国际投资政策发生变化,TTIP磋商处于停滞状态,命运尚未可知。但实际上,在2015年12月2日欧盟与越南最终谈判达成的FTA中,已经规定了由独立法官行使审判权的两审制公开审理法庭。^①这一实践无疑表明,常设的国际投资法庭可能解决投资者—国家仲裁机制存在的问题,从而使国际投资争端解决的司法化成为现实。

(二) 国际政治化

随着投资者—国家争端及仲裁的不断增加,一些被诉东道国出于各种原因考虑,存在摒弃投资者—国家仲裁机制而通过政治手段解决争议的倾向,是一种保守主义的做法。拒斥投资者—国家仲裁机制的主要有巴西和南非两个国家。

巴西因宪法原因从未批准其签订的BIT,更无从谈起投资者—国家仲裁机制。近两年,虽然基于其《2015年投资合作与促进协定范本》(Model Cooperation and Facilitation Investment Agreement 2015),采取了积极的投资政策,并于2015年,分别与莫桑比克、安哥拉、墨西哥、马拉维、智利、哥伦比亚等国签订了《投资合作与促进协定》(Cooperation and Facilitation Investment Agreement, CFIA),但这些条约侧重投资促进,没有投资者—国家仲裁条款,而是设计了由母国出面代表投资者,与东道国利用联合委员会解决争端,具体表现为:首先,母国和东道国共同设立联合委员会,对于争端的解决由联合委员会做出建议;其次,如联合委员会无法给出建议解决争端,则母国和东道国可诉诸国家间仲裁的模式。此外,在国家间仲裁程序之前还设立了争端预防机制。^②巴西选择了国家间争端解决的进路,试图充分发挥和加强联合委员会的职责,但还没有具体的制度设计,该进路的效果也有待实践检验。

南非出于对本国敏感的公共政策领域,即“黑人经济授权法”(Black Economic Empowerment Act)实施的考虑,一方面,正在逐步淘汰与各国的双边投资条约,^③对于和南非没有BIT关系的国家,南非在将来也避免与这些国家缔结BIT。目前,南非已经终止了与奥地利、比利时—卢森堡经济联盟、丹麦、法国、德国、荷兰、西班牙、瑞士及英国等国的双边投资条约;^④另一方面,在国内法层面,2015年《投资保护法》(Protection of Investment Act)的立法目的是采取措施以保护或增进在南非历史上由于歧视而处于不利地位的人或某些种类的人的待遇,实际是保护黑人的利益。为此目的,该法试图扩大国家的规制权,主要表现在对于政府投资措施的限定。其规定投资措施仅仅包括东道国的行政行为,而不包括立法行为和司法行为。对于国民待遇规定了

① See “Section 3. Resolution of Investment Disputes” and “Sub-Section 4: Investment Tribunal System” in “Chapter 8: Trade in Services, Investment and E-Commerce”, EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed text as of January 2016, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf (last visited June 28, 2017).

② See UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, UNCTAD/WIR/2015 (2015), p. 108.

③ See “South Africa begins withdrawing from EU – member BITs”, IISD, <http://www.iisd.org/itm/2012/10/30/news-brief-9/> (last visited June 28, 2017).

④ See “South Africa, Bilateral Investment Treaties (BITs)”, UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/195#iiaInnerMenu> (last visited June 28, 2017).

诸多例外，对于征收，只是规定了投资者应享有《南非宪法》第25条规定的财产权，但该条仅包括直接征收，而且对直接征收给予“合理与公平”（just and equitable）而不是“市场价值”（market value）的补偿。最关键的是，该法排除了投资者—国家仲裁机制，仅对作为投资者—国家争端解决诸手段中的调解进行了详细阐述，而国家间仲裁，很可能成为投资者的最终救济手段，却要取决于国家的同意。^① 总之，投资者与国家间的争端转由其国内解决，而国家间仲裁作为一种补充手段，投资者未必能够获得救济。

此外，玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉都退出了《ICSID公约》，终止BIT，排除了《ICSID公约》下投资者—国家仲裁机制的适用。^②

（三）改革投资者—国家仲裁机制

改革是投资者—国家仲裁机制发展的第三种路径。各国和国际组织主张保留投资者—国家仲裁机制的合理部分，并针对近年来投资者—国家仲裁中争议较多的问题，进行改革。这是一种现实主义的做法。在这方面，可以以印度和美国为例进行说明。

印度因面临大量投资者的挑战和仲裁案件，逐个审查了与其他国家签订的BIT，以甄别出容易在将来引发争端的条款，尤其是投资者—国家条款。印度政府于2015年12月28日正式公布了新的条约范本，投资者—国家仲裁条款规定得非常详细，《ICSID公约》仲裁、ICSID《附加便利规则》（ICSID Additional Facility Rules）仲裁及联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL）特设仲裁仍然得以保留，同时规定了用尽东道国当地救济作为前置程序，而且规定了设立上诉机构的可能。^③ 而且，对于投资者的可诉范围进行了限制。在投资者—国家仲裁机制设计方面，限制了可仲裁事项范围。只有行政决定才能诉诸仲裁，排除了立法措施；外国公司通过海外控股公司在印度间接进行的投资不被视为投资，不受投资者—国家仲裁机制的保护；与税收有关的争端也被排除在投资者—国家仲裁保护之外。^④ 可见，2015年BIT范本包含了详细的投资者—国家仲裁条款，只不过对投资者—国家仲裁机制进行了加以限制的改革。

在美国内部，就《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）和TTIP中是否包含投资者—国家仲裁条款分成两派观点：一派观点是反对投资者—国家仲裁条款。2015年3月中旬，正义联盟（Alliance for Justice）发表了反对投资者—国家仲裁条款的公开信，主张投资者—国家仲裁损害美国的法治与主权。^⑤ 2015年4

① See “Protection of Investment Act”, <https://www.thedti.gov.za/gazettes/39514.pdf> (last visited June 28, 2017).

② 参见韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》，载《现代法学》2014年第1期，第123页。

③ 参见王彦志：《印度2015年双边投资条约范本草案评析——White Industries v. India案裁决阴影下的重大立场变迁》，载《国际经济法学刊》2015年第2期，第159页。

④ See UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, UNCTAD/WIR/2015 (2015), p. 109; “Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty”, https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (last visited August 22, 2017); 2012年，印度面临着一系列“投资者—国家仲裁案”，尤其是英国电信的经营者“沃达丰”（Vodafone）向印度政府送达了通知，通知指出印度税法的拟议变化及撤销电信许可证违反了《印度—荷兰BIT》，See Amiti Sen, “India to Revisit Investment Pacts to Peep Vodafone-like Cases at Bay”, *The Economic Times*, http://articles.economictimes.indiatimes.com/2012-04-26/news/31410447_1_investment-pacts-bilateral-investment-treaties (last visited June 28, 2017).

⑤ See “AFJ: ISDS closes courtroom doors and undermines equal access to justice”, Alliance for Justice, <https://www.afj.org/press-room/press-releases/afj-isds-closes-courtroom-doors-and-undermines-equal-access-to-justice> (last visited August 22, 2017).

月30日,又有几位美国著名教授(有的是前法官)发表了公开信,反对在TPP及TTIP中纳入投资者—国家仲裁条款。另一派是支持投资者—国家仲裁条款。2015年4月7日,40多位著名国际法教授、从事仲裁及争端解决的学者签名发表了回应正义联盟关于投资者—国家仲裁条款的一封公开信,主张投资者—国家仲裁条款可加强法治,但要对其予以改革。^①对于正在谈判的中美BIT,没有美国学者反对在其中包含投资者—国家仲裁条款。在被特朗普政府放弃的TPP投资章节中也包含了投资者—国家仲裁机制。所以,可以推理出美国政府对待投资者—国家仲裁的态度不如欧盟那样激进,但也不会将之完全抛弃。

国际组织层面对投资者—国家仲裁机制的态度是支持改革。2014年4月1日生效的《联合国贸易法委员会关于基于条约的投资者—国家仲裁的透明度规则》无疑旨在克服投资者—国家仲裁机制的弊端,规定了公开的听审程序以及各种关键文件要公开。此外,联合国大会于2014年12月10日通过了《关于基于条约的投资者—国家仲裁的透明度公约》,意图使那些希望采纳联合国贸易法委员会透明度规则的国家及区域经济一体化组织将其适用于它们现有的投资者—国家仲裁机制,该公约已经生效。而UNCTAD一直致力于IIA及其投资者—国家仲裁机制的改革,试图为各国的国际投资政策,包括投资者—国家仲裁机制的改革勾勒出可供选择的路线图,提供各种改革建议。^②《2017年世界投资报告》的路线图显示,保障投资者权益的同时加强东道国的规制权、强调投资者社会责任、改革投资者—国家仲裁机制等问题受到各国重视。

近年来,投资者—国家仲裁案的激增导致投资者—国家仲裁机制备受瞩目,各国由于国内现实情况和对投资者—国家仲裁机制的认知不同,也产生了上述三种不同路径。总体上,这三种不同路径的选择都涉及到以下三个方面的影响:第一,保留规制权或政策空间的考虑。这已不再是发展中国家传统的关注点,近年来,部分发达国家因逐渐从资本输出国转变为资本输入与输出国双重身份,在投资者—国家仲裁中,以东道国身份作为被诉方的案件也不断增加。“绝大多数的投资者—国家争端涉及国家的公共利益和公共措施。在国际投资协定中包含投资者—国家仲裁机制的确会授‘投资者’以柄,可能导致国家的规制权无法正常实现,如何保留政府的规制空间是各国共同面临的难题。”^③第二,民众及非政府组织对社会公共利益的关注。自从2001年开始,非政府组织(Non-Governmental Organizations, NGO)一直积极参与投资者—国家仲裁案件,特别是有关公共利益的案件。^④例如,在TTIP的投资者—国家仲裁机制讨论中,欧盟民众对其表示了强烈的反对,认为其对环境、劳工、气候以及公共健康等问题会造成负面影响。在TTIP咨询中,众多NGO表示,投资者—国家仲裁机制的引入可能导致关于公共健康的药品争端频发,不利于维护公共卫生及健康。^⑤第三,投资者—国家仲裁机制自身存在的问题。投资者—

① See Roger Alford, “Scholars Debate Investment Arbitration Chapter in TPP and TTIP”, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/07/scholars-debate-investment-arbitration-chapter-in-tpp-and-ttip/> (last visited August 22, 2017).

② See UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: in Search of a Roadmap*, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2013/4 (2013), p. 5.

③ 韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》,载《现代法学》2014年第1期,第128页。

④ See “NGO Voice in ISDS”, Stockholm Chamber of Commerce ISDS Blog, <http://isdslblog.com/2015/09/04/ngo-voices-in-isds/> (last visited June 28, 2017).

⑤ See “Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)”, European Commission, http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179 (last visited June 28, 2017).

国家仲裁机制赋予投资者与东道国同样的地位，将争端诉诸仲裁，可能导致投资者滥用权利，使得东道国面临滥诉的困扰。而投资裁决的透明度、裁决前后的不一致性问题，更饱受批评。

中国现行投资政策符合 UNCTAD 关于投资政策的主要精神。UNCTAD 近年来的报告中倡导可持续投资框架，促进投资便利化，并且指出投资协定的修订是大势所趋。我国目前正积极着手 BIT、IIA 的谈判，同时促进“一带一路”倡议的推进，倡导提升投资便利化水平，促进各国多元、可持续发展。^① 作为“一带一路”倡议推进的重要举措，市场准入的国民待遇和负面清单等投资政策的试验和推行，也体现了我国开放、包容、自由的投资精神。

在此大背景下，中国无疑应当选择改革路径。尤其是，出于中国的国家特性和在“一带一路”倡议中的角色和地位，中国政府不太可能如其他西方资本主义国家的政府那样，为了个别中国海外投资利益、采取武力或其他强力手段进行外交保护。

四 中外投资条约中 ISDS 仲裁机制的具体对策

总体上，对于中国与“一带一路”沿线国投资条约中的投资者—国家仲裁机制，中国的对策应助益“一带一路”倡议的实施。

（一）中国在“一带一路”倡议中应是投资者—国家仲裁机制的维护者和建设者

正如前文所述，在“一带一路”沿线国投资风险较高，需要投资者—国家仲裁机制的保障。最近有学者借鉴标准普尔、穆迪等主权信用评级机构的做法，提出根据对东道国的法治水平评级来决定是否需要适用投资者—国家仲裁条款来解决投资争端。如果根据独立机构的国际评级，东道国国内法院不可能尊重法治，则投资者有权诉诸投资者—国家仲裁条款。^②

实践中，也有国家采取这种做法，其中最为典型的是澳大利亚。虽然澳大利亚政府在 2011 年 4 月 12 日发布的《贸易政策声明》中宣布其未来签订的国际投资协定将排除投资者—国家仲裁条款，^③ 但其实践与此并不一致。例如，在 2015 年 6 月 17 日签订的中澳 FTA 中照样规定了投资者—国家仲裁机制，其包含迄今中国签订的最为详细的投资者—国家仲裁条款。这些条款包括定义条款、磋商、提交仲裁请求、各方对仲裁的同意、各方同意仲裁的条件和限制、仲裁庭的组成、仲裁的进行、仲裁程序的透明度、准据法、附件的解释、专家报告、合并审理、裁决、上诉审查及作为附件的行为守则，其突出亮点是引入了仲裁员名册制度和上诉审查机制，^④ 体现了投

① 参见《“一带一路”愿景与行动》，商务部，<http://www.mofcom.gov.cn/article/h/zongzhi/201504/20150400929559.shtml>，最后访问时间：2017年6月28日。

② See John P. Gaffney, “When is investor-state dispute settlement appropriate to resolve investment disputes? An idea for a rule-of-law ratings mechanism”, <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-149-Gaffney-FINAL.pdf> (last visited June 28, 2017).

③ 参见韩秀丽：《再论卡尔沃主义的复活——投资者—国家争端解决视角》，载《现代法学》2014年第1期，第124页。

④ 参见《中国—澳大利亚 FTA》第九章，第15条、第23条。

投资者—国家仲裁机制发展的最新成果，被称为“完善的争端解决程序”“法典化的争端解决程序”。^①然而，在澳大利亚与韩国、美国、日本等国分别签订的《澳大利亚—美国 FTA》《澳大利亚—韩国 FTA》《澳大利亚—日本经济伙伴关系协定》中并未规定投资者—国家仲裁条款，只是规定缔约方在未来评审协定时要考虑是否有引入投资者—国家仲裁条款的必要性。^②换言之，这些协定中没有规定投资者—国家仲裁，但也没有排除未来根据现实情况引入仲裁机制的可能性。实际上，澳大利亚采取的是区别政策，或者说是“双重标准”，根据其所认定的签约对方国家的法治情况，来决定是否包含投资者—国家仲裁条款。具有借鉴意义的是，一个国家的投资者—国家仲裁机制政策不应该是僵化的，而应根据实际情况进行调整。

虽然该主张的最终结果必然是老调重弹，即发达国家的法治水平是可信的，而发展中国家的法治风险较大。但是，该主张和国家实践却提醒我们，在“一带一路”倡议中，投资者—国家仲裁机制存在的必要性。正如笔者认识的一位南非教授所言，“我收集了非洲所有国家的投资法，但觉得没有出版的必要，因为非洲没有法，只有当这些非洲国家需要时，它们才是法！”在这种情况下，必然需要国际层面的法治来制约这些东道国的恣意妄为。当然，有学者可能主张国际政治化而不是国际法治化，笔者并不赞同这种观点，政治方法至多只能作为一辅助方法。

（二）更新与沿线国的 BIT，引入或更新投资者—国家仲裁机制

1998 年以前，中国是纯粹的资本输入国，为了创造有利的吸引外资的投资环境，在投资协定中包含了有限的投资者—国家仲裁条款。更自由的 BIT 始于 1998 年，主要标志是全面接受了《ICSID 公约》仲裁条款，但无疑这种政策在近年来表现更为明显。中国对投资者—国家仲裁机制的态度越来越积极，可以说是跳跃式的发展。根据中国的 BIT 范本对 BIT 进行分类，在第一代 BIT（1982 年—1989 年）和第二代 BIT（1990 年—1997 年）中，仅承诺征收补偿额可以诉诸国际投资仲裁，在第三代 BIT（1998 年—2009 年）和第四代 BIT（2010 年至今）全面放开。中国的投资政策正在由纯粹资本输入国转向兼顾资本输入国与输出国的角度考虑问题。迄今为止，中国对外签订的双边投资协定共计达 145 个，现行有效的 104 个，含有投资条款的协定达 21 个，现行有效的 18 个。^③除美国外，涵盖了中国的主要经济伙伴，数量上仅次于德国。目前我国签订的 BIT 数量众多，但是却并未完全覆盖“一带一路”沿线国。另外，中国与“一带一路”沿线国的部分 BIT 订立已久，其中的内容特别是投资者—国家仲裁条款需要随着我国投资政策的变化而修订。我国可以与沿线国订立或者更新 BIT，并相应将投资者—国家仲裁机制现代化。

① 参见蒋成华：《中国缔结国际投资协定的新实践及法律解析》及《国际投资仲裁及中国的实践》，厦门大学陈安国际法讲座的讲稿，2015 年 10 月 9 日至 10 日，厦门大学陈安国际法学发展基金会网站，http://www.chenanfoundation.org/projectinfo.aspx?newsID=126&newsCateID=81&news_Id=81&CateId=81&ViewCateId=87，最后访问时间：2017 年 8 月 22 日。

② 参见《澳大利亚—日本经济伙伴关系协定》第 14 章，第 14.19 条；参见《美国—澳大利亚 FTA》第 11 章，第 11.16 条，澳大利亚政府网站，<http://dfat.gov.au/about-us/publications/trade-investment/australia-united-states-free-trade-agreement/Pages/chapter-eleven-investment.aspx>（last visited June 28, 2017）。

③ 关于中国缔结的双边投资协定及包括投资条款的条约，可参见：《我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty》，商务部条约法律司，<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>（last visited August 22, 2017）；“International Investment Agreements Navigator”，UNCATD，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/42#iialmnerMenu>（last visited June 20, 2017）；中国自由贸易区服务网，<http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>（last visited June 20, 2017）。

(三) 签订包含投资者—国家仲裁条款的“一带一路”自由贸易协定

近期来说,修订BIT中的投资者—国家仲裁条款更易实施。远期来说,可考虑设立“一带一路”自由贸易区,将投资者—国家仲裁条款打包订入“一带一路”FTA的投资章节。

我国可借鉴其他国家与一体化组织签订FTA的实践。例如,2015年5月29日欧亚经济联盟(包括亚美尼亚、白俄罗斯、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦及俄罗斯联邦)与越南签订的自由贸易协定,该协定的投资章节仅适用于俄罗斯与越南之间,其第8.38条包括了投资者—国家仲裁机制。^①再如,美国与西非经济共同体签订了贸易投资协定,^②这种IIA也会使美国的投资保护扩展至整个共同体。另外,2016年11月12日印度与欧盟签订了包含投资者—国家仲裁条款的《印度—东盟投资协定》。上述实践值得我国借鉴,其实,前文提到的《中国—东盟投资协定》就是一个成功的例子。相较于修订BIT,签订“一带一路”FTA效率更高。上述投资者—国家仲裁机制的发展路径体现了不同国家在国际投资领域身份角色的转变。在这此背景下,建立自己的投资者—国家仲裁机制、设立仲裁员名单,有助于改变中国与“一带一路”沿线国在运用投资者—国家仲裁机制上被动的局面。

(四) 设想在亚洲基础设施投资银行下设立投资者—国家仲裁机制

“一带一路”沿线国家众多,特别是发展中国家众多,各国国情迥异。在现存仲裁机构裁决存在不确定性、投资者—国家仲裁机制面临改革的情况下,有学者指出,“一带一路”沿线国可以考虑在丝路基金或亚洲基础设施投资银行下设立投资者—国家仲裁机构的可能性,据其统计,截至2016年12月31日,在ICSID注册的案件中,“一带一路”覆盖及辐射的案件量已经占总量的43%。^③本文认为,正如ICSID依托于世界银行,新的投资者—国家仲裁机构可以考虑将亚洲基础设施投资银行作为平台,以便建立凸显“一带一路”沿线国特点的仲裁机构,推动建立更加多元的争端解决模式。但由于丝路基金的国有公司性质决定了其不适合担当此项任务,而作为一个政府间性质的区域多边开发机构,亚洲基础设施投资银行有此可能性。吉隆坡区域仲裁中心主席逊达拉朱(SundraRajoo)表示,“‘一带一路’沿线国家应该做更多的协调工作,最好能够促进仲裁法的协调统一,打造‘一带一路’沿线国家的最佳实践,排除语言、国内法差异。我们希望能够有一个统一的‘一带一路’仲裁制度标准。”^④这实际上也表达了上述需要。

(五) 中国主导设立的投资者—国家仲裁机制应能体现国际发展的最新成果,追求公平正义

投资者—国家仲裁机制要限制东道国权力的恣意行使,但也要注意对投资者的“诉权”加以限制,防止其恶意滥用权利,也是中国兼具资本输出国和输入国的“混同身份”的要求。另

① See “The Eurasian Economic Union Concluded its First FTA”, UNCATD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Database/Home/317> (last visited August 22, 2017).

② See Economic Community of West African United States of America (ECOWAS – USA TIFA).

③ 参见鲁洋:《论“一带一路”国际投资争端解决机构的创建》,载《国际法研究》2017年第4期,第88页。

④ 参见《投资仲裁成为国际仲裁新焦点》,中国国际贸易促进委员会, http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4131/2016/1013/703021/content_703021.htm, 最后访问时间:2017年6月20日。

外,在现有的 IIA 中,国家间争端解决方式基本上是僵尸条款,很少得到适用并发挥作用。笔者认为,发挥缔约方的作用不限于缔约方间因条约解释发生争端的情况,即使没有发展到这种地步,缔约方也不能坐视仲裁庭对条约条款的任意解释,进行司法造法。例如,对于“征收补偿额”仲裁庭的管辖权范围问题,中国和有关缔约方大可通过一个联合解释,来确定其真正含义,以使投资者和东道国对此问题都可预期,也具有系统性意义。如上各仲裁案所述,仲裁庭在解释条款上具有较大的裁量权,而前后不一致的解释方法给投资者带来极大困扰。所以,在利用投资者—国家仲裁机制过程中,应该在一定程度上发挥缔约方在条约立法解释方面的作用,从而限制仲裁员的任意解释。^① 确实,无论对于何种争端,“各国和国际司法机构,都应防止越权解释和适用国际法,更不能罔顾客观公正,借‘法治’之名,行侵害他国权益之实。”^②

需要补充的是,为了实现真正的国际法治,保护中国投资者的利益,还要考虑与投资者—国家仲裁机制配套的机制。例如,现在已经出现了中国投资者的权益受到东道国非法侵害,但由于投资者的财力和精力有限,无力通过投资者—国家仲裁机制保护自身权益的情况,因此,有必要在设立投资者—国家仲裁机制的同时,设立中小投资者仲裁援助机制和投资保险机制。

(六) 审慎考虑加入《能源宪章条约》

《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT) 是第一个特定行业的多边投资保护协定,基于 1991 年《欧洲能源宪章条约》演变而来,1994 年订立于里斯本,1998 年生效,^③ 其涉及的行业包括石油、天然气、煤炭、铀、风电及其他可再生能源的勘探、开发、提炼、制造、运输(管道和电网)、存储、贸易、销售等。ECT 成员涵盖“一带一路”上的很多国家,包括塔吉克斯坦,俄罗斯,蒙古等。ECT 的一个“利器”是包含投资者—国家仲裁条款。截至 2017 年 6 月,依据 ECT 提起的仲裁案件已经达 101 件。^④ 在投资者—国家仲裁机制的“威慑”下,俄罗斯已于 2009 年 10 月 19 日正式退出 ECT,旨在排除依该条约的投资者—国家仲裁。意大利也于 2015 年 1 月正式声明退出 ECT,退出声明于 2016 年 1 月生效。中国、美国、加拿大目前仅是 ECT 观察员,大部分国家对 ECT 还是持保守态度,但目前我国开始对 ECT 持积极态度。有学者分析,我国如果加入 ECT,能够为“一带一路”能源投资提供框架性保障。^⑤ 的确,ECT 订立的初衷在于促进能源投资自由,加入 ECT 之后,我国投资者可以运用 ECT 的投资者—国家仲裁条款维护其权益。当然,加入 ECT 后中国需要承担的义务也需要审慎考虑,以趋利避害。

① See Herfried Wöss, “Legitimacy in WTO law and investment arbitration: the role of the contracting parties”, perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 144 March 30, 2015, <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-144-Woss-FINAL.pdf> (last visited June 28, 2017).

② 王毅:《中国是国际法治的坚定维护者和建设者》,载《光明日报》2014 年 10 月 24 日,第 2 版。

③ See “The Energy Charter Process”, Energy Center, <http://www.energycharter.org/process/overview/> (last visited August 22, 2017).

④ See “List of all Investment Dispute Settlement Cases”, International Energy Center, <http://www.energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/> (last visited August 22, 2017).

⑤ See Daria Nochevnik, “China and the Emerging Global Energy Governance Architecture”, <https://www.elektormagazine.com/news/china-and-the-emerging-global-energy-governance-architecture> (last visited June 20, 2017).

结 论

关于投资者—国家仲裁机制虽有各种争议，但我国与一些国家对投资者—国家仲裁机制的理解和需要呈错位状态。“一带一路”国家投资风险较大，对于“一带一路”战略的实施来说，需要投资者—国家仲裁机制的保障，而中国投资条约中的投资者—国家仲裁机制需要基于我国的实际情况，吸收投资者—国家仲裁机制的最新发展成果，将中国现有投资条约中的投资者—国家仲裁条款现代化。近期来说，中国与沿线国的BIT容易修订或重签；远期来说，可考虑设立“一带一路”自由贸易区，将投资者—国家仲裁条款打包订入“一带一路”FTA的投资章节。除此之外，还可以考虑在亚洲基础设施投资银行下设立投资者—国家仲裁机构。最后，可以审慎考虑加入《能源宪章条约》，以利用其中保护投资者的投资者—国家仲裁机制。

Investor-State Arbitration Mechanism in Sino-foreign Investment Agreement under the “Belt and Road” Initiative

Han Xiuli and Zhai Yumeng

Abstract: Investor-State arbitration mechanism under the international investment agreement should play an important role in the implementation of the “Belt and Road” (B&R) Initiative. On the one hand, Chinese outward investments are facing real risks in the States along the B&R. On the other hand, the increasing investment arbitrations in which the countries along the B&R as respondent states in recent years also remind China of the investment risks. In other word, Chinese overseas investments may face similar investment measures and disputes. However, the investor-State arbitration, mechanism is absent or inadequate between China and States along the B&R. Therefore, it is necessary to consider how to build and enhance the investor-State arbitration mechanism so as to protect the legal and legitimate rights of Chinese outward investors and their investments in States along the B&R.

Keywords: the “Belt and Road” Initiative, Investor-State Arbitration Mechanism, BIT, FTA, IIA

(责任编辑: 何田田)