

# 国际投资协定新发展及中国借鉴

## ——基于 CETA 投资章节的分析

石静霞 孙英哲\*

**摘要：**《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》投资章节在一定程度上代表了国际投资规则发展的新动向。考虑到欧盟和加拿大的经济体量及其传统上所具有的规则话语权，《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》投资章节在实体内容及程序机制上的创新对未来国际投资规则的演进产生的重要影响值得关注。中国作为双向投资大国，近年来非常重视国际投资规则治理及制度创新，而投资规则的变革及中国商签或升级国际投资协定也关系到“一带一路”倡议的顺畅实施。在此背景下，本文主要采用文本分析方法对《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》投资章节在实体和程序上的重要创新进行讨论，关注其创新特征及内在动因，在此基础上分析《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》对未来国际投资规则和投资仲裁实践发展趋势的可能影响，以及对中国商签新的国际投资协定及升级现有协定的借鉴和参考。

**关键词：**《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》 投资法院制度 投资仲裁 公平公正待遇 “一带一路”倡议

## 一 引言

《欧盟与加拿大全面经济贸易协定》（the EU and Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA）是欧盟和加拿大达成的首个自由贸易协定，于2017年9月临时生效。<sup>①</sup> CETA旨在增加双边贸易与投资的流动性，促进欧盟与加拿大双方在世界经济不稳定的情形下继续保持相对稳定的经济增长。该目标源于欧盟2010年制定的“欧洲2020”（Europe 2020）战略，即通过外部竞争和参与公平开放的国际市场促进经济发展。<sup>②</sup> CETA包含30章内容和数十个附件，其

\* 石静霞，对外经济贸易大学法学院教授，博士生导师；孙英哲，对外经济贸易大学法学院2014级博士研究生。本文为石静霞教授作为课题首席专家承担的2017年国家社会科学基金重大项目“一带一路倡议与国际经济法律制度创新研究”（项目批准号：17ZDA144）的阶段性研究成果。

① See European Commission, “CETA: EU and Canada Agree on New Approach on Investment in Trade Agreement-Trade-European Commission”, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468> (last visited December 28, 2017).

② European Commission, “EUROPE 2020 - A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF> (last visited December 28, 2017).

中第八章为“投资”，共有六部分内容45个条款，另有两个附件及声明。CETA投资章节内容广泛，涵盖投资范围及定义、非歧视待遇、投资保护、保留及例外以及投资者与东道国间的争议解决等。<sup>①</sup>

从世界范围看，国际投资协定（international investment agreements, IIAs）<sup>②</sup>的缔结从20世纪90年代起进入快速增长期。仅1996年一年间，全球缔结双边投资协定数量就超过200个。<sup>③</sup>进入21世纪后，各国签订的双边自由贸易协定（Bilateral Free Trade Agreements, FTAs）或区域间巨型自贸协定（Mega FTAs）<sup>④</sup>基本上包括投资章节，因此FTAs亦构成缔结国际投资协定的重要方式。<sup>⑤</sup>在近年来出现的巨型FTAs中，《跨太平洋伙伴全面进展协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）<sup>⑥</sup>虽起死回生但尚未生效，且少了美国的重要参与，美国与欧盟间《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP）<sup>⑦</sup>谈判目前分歧严重几近停滞，而《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnerships, RCEP）目前尚未完成谈判，因此这些协定并非观察国际投资协定发展的合适参考。CETA已基本完成协定缔结，且欧盟与加拿大双方在国际投资协定的规则制定层面享有传统话语权。同时，鉴于加拿大的经济体量和《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement, NAFTA）的成员身份，其投资缔约实践具有特殊意义。有鉴于此，本文认为CETA对观察未来国际投资规则和投资争议解决的发展具有重要价值。

从具体内容看，CETA投资章节相对欧盟与加拿大双方以往的投资缔约实践作出了重要调整和创新。一方面，CETA对投资保护标准等实体规则进行了明确的界定，试图改变之前投资缔约实践中实体条款含义模糊的情况，以防止条款被过度滥用或滥诉，并对仲裁庭的自由裁量权进行一定限制。其中，尤以公平公正待遇（fair and equitable treatment, FET）条款的发展最为值得关注。另一方面，在投资争端解决机制上，CETA对以临时仲裁制度为基础的传统投资仲裁进行了重大调整，创设了一套由常设仲裁庭制度和上诉庭制度组成的投资法院制度。适逢近年来国际上有关投资仲裁制度的改革激烈讨论之际，CETA在这方面的制度性变革引人注目。

有鉴于此，本文拟选取CETA投资章节中的“公平公正待遇”条款和投资法院制度进行深入分析，在此基础上透视国际投资协定及投资仲裁的发展趋势及演进，并就中国在进一步建设开放型经济新体制和实施“一带一路”倡议的背景下，如何对外缔结新的国际投资协定或升级已有协定提出若干建议。在引言之后，本文第二部分讨论CETA投资章节中的FET条款，第三部分关

① CETA协文本见 European Commission, “CETA Chapter by Chapter”, [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_en.htm) (last visited December 27, 2017)。

② 国际投资协定包含双边投资协定（bilateral investment agreements, BITs）和以自由贸易协定（free trade agreement, FTAs）为主的经贸协定中的“投资章节”。

③ UNCTAD, *UNCTAD IIA Issues Note: Recent Trends in IIAs and ISDS*, (2015), p. 2.

④ 《跨太平洋伙伴关系协定》（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP）、《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》《区域全面经济伙伴关系协定》和CETA等正是此类巨型贸易协定的典型代表。

⑤ UNCTAD, *UNCTAD IIA Issues Note: The Rise of Regionalism in International Investment Policymaking: Consolidation or Complexity?* (2015), p. 2; UNCTAD, *UNCTAD IIA Issues Note: Recent Trends In IIAs and ISDS*, (2015), p. 2.

⑥ 美国在2017年2月已正式退出TPP，参与TPP谈判的其他11个国家于2017年11月9—10日在越南举行的贸易部长会议上在最大共识范围内达成了《跨太平洋伙伴全面进展协定》。See New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade, “Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP)”, <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-concluded-but-not-in-force/trans-pacific-partnership-agreement-tpp/> (last visited November 27, 2017)。

⑦ 自2016年底，TTIP谈判完全陷入停滞状态，等候谈判方决策层进一步通知。See European Commission, *Overview of FTA and Other Trade Negotiations*, (2017), p. 1.

注 CETA 投资章节中的争端解决制度，特别是有关投资法院的相关问题，第四部分分析 CETA 投资章节的变革创新对中国对外商签国际投资协定的参考价值。

## 二 CETA 投资章节中的公平公正待遇条款

公平公正待遇从国际习惯法中的最低待遇标准（minimum standard of treatment, MST）发展而来，作为核心实体条款规定在大多数国际投资协定中。虽然 FET 表述简略、内涵模糊，但投资仲裁实践并未遵循德沃金的理论将其视为一种不可直接适用的“缺乏确定性原则”的条款，而是践行哈特的理论，将其视为一种可以直接适用的有效规则，<sup>①</sup> 并利用国际法方法对 FET 的内涵和外延不断进行解释和发展。在近 20 年的投资仲裁实践中，FET 已从条约文本中一个模糊的概括性表述中发展出庞杂的待遇内涵和具体待遇种类，<sup>②</sup> 东道国违反公平公正待遇已成为国际投资仲裁中最主要的诉因。<sup>③</sup> 然而，FET 规则的解读、适用、法律渊源以及待遇内容范围目前仍存在较大的不确定性。从理论和实践看，FET 规则可能限制东道国的规制权利和政策制定空间，不利于东道国公共利益保护。CETA 投资章节改变以往条约中对 FET 规则进行概括表述的缔约实践，对 FET 条款设计进行了特征显著的重要改革，主要体现在以下方面。

### （一）采取封闭式清单（closed list）界定 FET 内容

CETA 投资章节采用相对封闭化的表述方式，对 FET 的概念外延进行了限定性列举。根据该封闭式清单，东道国违反 FET 义务的具体情形包括：拒绝司法、根本性违反正当程序、明显专断、定向歧视和虐待等五种具体类型，并包括一个兜底条款，规定缔约各国（方）可以共同订立新的 FET 义务。<sup>④</sup>

CETA 吸收了晚近投资仲裁理论和实践对 FET 内容的发展，将违反 FET 的情况明确规定为五项类型，并附设兜底条款。这种方式一方面在文本层面拓展了违反 FET 的具体情形，并进行了

① 哈特认为，德沃金提出的“明确无疑的规则”（all-or-nothing rules）和“缺乏确定性的原则”（non-conclusive principles）没有本质区别，仅在确定性程度上存在差异。两者都是有效规则（valid rules），可以直接适用。而“确定性的原则”恰是司法技术和法律推理的意义所在。See H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (New York: Oxford University Press, 2nd edn, 1994), pp. 259 – 263.

② See Roland Klager, “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, (2010) 11 (5) *The Journal of World Investment & Trade* 435, pp. 435 – 456.

③ 80% 的案件中出现以公平公正待遇条款为依据的仲裁请求。UNCTAD, *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures (Nov. 2017 Issue 3)*, (2017), p. 1.

④ CETA 第 8.10 条第 2 款规定：“一方某项或系列措施如构成下述情形，则违反第 1 款提及的公平公正待遇义务：

(a) 在刑事诉讼、民事诉讼和行政程序中拒绝司法（denial of justice）；

(b) 在司法程序和行政程序中，对正当程序（due process）的根本性违反（fundamental breach），包括在刑事或行政程序中对透明度（transparency）的根本性违反；

(c) 明显专断（manifest arbitrariness）；

(d) 以明显不正当理由（manifestly wrongful grounds），如性别、种族或宗教信仰，进行针对性歧视（targeted discrimination）；

(e) 对投资者的虐待（abusive treatment），如胁迫（coercion）、强制（duress）和滋扰（harassment）；或者

(f) 对缔约各方根据第 8.10 条第 3 款规定进一步采纳的对 FET 义务的其他违反。

具体列举,<sup>①</sup>并对违反FET情形的范围扩张设定了机制保障;另一反面,采用诸如“明显”和“根本性的”等限定词对这些扩展情形试图进行范围限定。虽然FET具体类型规定中很多概念的内涵和外延仍有待进一步明确,但这些经过国际投资仲裁实践检验的概念基本搭建起FET的具体内容框架,确立了FET规则的适用标准,同时为将来缔约方根据FET规则的发展状况、必要时采取新的规定维护国家规制权利创造了有利条件。

## (二) 违反投资者的合法期待与FET义务

CETA投资章节将投资者的合法期待(legitimate expectation)作为仲裁庭判断东道国是否违反FET义务的重要考虑因素。根据CETA第8.10条第4款规定,合法期待标准由三个层次构成:东道国为吸引投资向投资者做出了特定陈述(specific representation);该项特定陈述使得投资者据此决定进行或维持其投资,进而产生合法期待;东道国之后行为使投资者的合法期待落空。值得注意的是,CETA投资章节未将使投资者的合法期待落空作为东道国违反FET义务的情形之一,而是将其作为一个判断东道国是否违反FET义务的一个整体性重要考虑因素。

合法期待标准是由国际投资仲裁庭受国内法一般公法原则启发而使用的概念,缺乏足够的国际习惯法渊源。<sup>②</sup>然而,合法期待标准在投资仲裁实践中的发展速度非常快。2012年,“电力公司诉匈牙利案”裁决<sup>③</sup>直接将其称为违反FET待遇的主导性因素。由于合法期待作为国内法一般原则仅提供程序保护,即行政行为创设的期待不经听证不得违反,该项原则在国内法中几乎未被当成实体性原则进行适用。然而,合法期待标准在解决投资争端国际中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)近期受理的一些案例中逐渐发展成为实体规则,并被用作判定东道国赔偿投资者的法律依据。<sup>④</sup>有学者认为,这种从国内法而来的规则标准有些牵强。<sup>⑤</sup>尽管如此,CETA投资章节仍然纳入这个由仲裁庭创设的富有争议的标准。这在某种程度上表明欧盟与加拿大缔约双方对投资仲裁庭近年来有关FET规则的扩展解释总体上持相对认可的态度。

合法期待标准主要着眼于提供稳定的法律和商业框架,防止破坏投资者的合理信赖。但为避免借由合法期待标准对FET进行扩大解读,仲裁庭在实践中适用该标准时出现了对方式、目的和环境等因素的考量,即考量东道国须向特定投资者作出特定陈述的方式,该陈述目的须为吸引投资,对合法期待标准的理解须考虑东道国实际监管环境、经济环境、政治环境并兼顾东

① 值得注意的是,这些具体情形的列举是双方于2016年2月结束对CETA(2014版)法律审核后所公布的过审版本中新增的内容。根据缔约实践,法律审核通常不对条款进行实质性修订,然而欧盟与加拿大双方和欧盟成员国选择在法律审核阶段对FET规则的细节进行增订,体现了各方对FET规则的关切和限制FET的决心。

② See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (London: Cambridge University Press, 4th edn, 2017), p. 398.

③ *Electrabel S. A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 7. 75.

④ See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (London: Cambridge University Press, 4th edn, 2017), p. 419.

⑤ See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (London: Cambridge University Press, 4th edn, 2017), p. 399.

道国公共利益和政府规制权利。CETA 投资章节对东道国的政府规制权利给予了较为充分的保障。<sup>①</sup>

### (三) FET 与国际习惯法之间的关系

CETA 投资章节未明确涉及 FET 与国际习惯法之间的关系。该章采用了绝对 FET 模式 (unqualified FET formulation), 即仅在条约文本中对 FET 进行描述和界定, 而未将 FET 与“国际法”、“国际习惯法”或“最低待遇标准”(MST) 等挂钩。在国际法上, 国际习惯法是国际法的重要组成部分, 具有很高的构成要素标准。只有多数国家反复重复类似实践, 并且对此项实践形成认为其具有法律拘束力的法律确信 (*opinion juris*) 后, 才能形成国际习惯法规则。<sup>②</sup> 作为国际习惯法的一部分, 虽然 MST 的具体内容尚不清晰,<sup>③</sup> 但一般包含拒绝司法和外国人受害导致国家责任的部分规则。<sup>④</sup> “尼尔案”裁决确立的“尼尔标准”(Neer Standard) 是目前对 MST 规则内容的权威表述, 并对东道国违反 FET 义务的责任门槛 (liability threshold) 进行了严格限定。<sup>⑤</sup>

CETA 投资章节中的 FET 规则未与 MST 进行关联, 可能减弱投资者对东道国违反 FET 义务的证明难度, 进而降低东道国 FET 义务的责任门槛。同时, CETA 投资争端解决条款中针对条约适用法的规定也未拉近 CETA 投资章节 FET 规则与 MST 的关系。CETA 投资章节争端解决部分将条约适用法规定为《维也纳条约法公约》和缔约各方向适用的国际法原则。<sup>⑥</sup> 曾有投资仲裁庭将国际习惯法视为广义的国际法原则。<sup>⑦</sup> 但适用国际习惯法对投资条约中的 FET 规则进行解释, 并不等同于认定 FET 规则是国际习惯法的一部分,<sup>⑧</sup> 从而无法据此用 MST 来限制 FET 规则的责任门槛。但应注意的是, 虽然 CETA 投资章节未将 FET 规则与 MST 挂钩, 但并不必然表明未来投资争端解决中仲裁庭在适用 FET 时无须受 MST 的约束。国际投资仲裁实践对于未关联 MST 或国际习惯法的绝对 FET 规则在适用时是否受到 MST 约束始终存在不同观点。有的仲裁庭认为, FET 本身即等同于 MST, 无须讨论 FET 规则采用绝对模式还是相对模式。<sup>⑨</sup> 有的仲裁庭则认为,

- ① CETA, Art. 8.9 (investment and regulatory measures). 根据该规定, 对公共健康、安全、环境、公共道德、社会权益及消费者保护以及保护和促进文化多样性方面的合法政策目标受到保护。东道国对法律的修改, 即使对投资及投资者的期待有负面影响, 其本身并不构成对本节义务的违反。
- ② See James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (London: Oxford University Press, 8th edn, 2012), pp. 23 – 30.
- ③ 参见梁开银:《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》, 载《中国法学》2015 年第 6 期, 第 186 页。
- ④ UNCTAD, *Issues in International Investment Agreements II (A sequel to the Pink Series) - Fair and Equitable Treatment*, (2012), p. 44.
- ⑤ *Neer Claim (United States v. Mexico)* (1926) 4 R. I. A. A. 60.
- ⑥ CETA, Art. 8.31 (applicable law and interpretation), para. 1.
- ⑦ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB (AF) /09/1, Award, 22 September 2014, para. 681. 该案仲裁庭认为常设国际法院 (Permanent Court of International Justice, PCIJ) 作出的著名裁决 Chorzów Factory case 所形成的习惯法应当被视为国际法原则。
- ⑧ *Total S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 125.
- ⑨ See, in particular, *M. C. I. Power Group L. C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para. 369; *Siemens AG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 291; *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 367; *Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Award, 1 July 2004, paras. 189 – 190.

不宜用 MST 来解释 FET，而要根据 FET 的字面意思对其进行解释。<sup>①</sup>

事实上，FET 与 MST 的关系是 FET 规则不可回避的问题。CETA 投资章节对两者关系留白，似有意给未来仲裁庭在规则解释或构建方面提供一定的空间，从而可能使得仲裁庭在此问题上的态度对东道国违反 FET 义务的责任标准产生关键影响。

#### （四）FET 规则设置的动态发展机制

CETA 投资章节构建了一套 FET 规则动态发展机制，表现在两个方面：首先，该章节设置了一项半棘轮条款（partial ratchet clause），规定缔约各方进一步扩张 FET 规则的具体路径。<sup>②</sup> 成员国应定期或在某一成员国要求下，对东道国向投资者提供 FET 的义务范围进行审查，一方面可以根据规则授权<sup>③</sup>扩大东道国 FET 义务范围，另一方面也可对封闭式清单所列举的拒绝司法、根本性违反正当程序、明显专断、定向歧视和虐待等五种东道国违反 FET 义务的具体类型<sup>④</sup>进行扩大或缩小。其次，CETA 投资章节规定了 CETA 联合委员会解释 FET 规则的具体途径。<sup>⑤</sup> CETA 项下服务与投资委员会可就 FET 规则相关问题向 CETA 联合委员会进行报告，由 CETA 联合委员会行使规则解释权，对投资仲裁庭作出有约束力的解释。

在这种规则发展机制的保障下，可预见的是，尽管 CETA 章节采用了封闭式清单的列举法，但 FET 规则仍将具有较强的伸缩性。一方面，已经明文规定的 FET 标准可以作扩大或缩小调整；另一方面，双方还可以根据未来形势变化在 FET 规则中增订新的内容。CETA 附设的联合委员会将在较大程度上影响 FET 规则的发展方向。从欧盟与加拿大以往缔约实践和 CETA 其他条款看，鲜有针对一个条款进行详细的发展机制设置。因此，欧盟与加拿大双方对 FET 规则未来发展的关切值得注意。

总体上看，CETA 投资章节的 FET 规则在借鉴既往国际投资理论和投资仲裁实践的基础上，对规则的实质内容和表述方式进行了改革，采用封闭化条文形式搭建了一个成文化的 FET 框架。该框架同时注重实体规则的未来发展与机制规则的运行保障，而缔约国在 FET 规则演变过程中的角色地位较为突出。与此同时，协定的留白意图较为明显，诸多与 FET 规则相关的具体问题尚待明确，缔约方有意将这些问题交由未来投资争端解决机构进行进一步澄清和认定。此外，欧盟与加拿大双方在完成该协定的缔结后，仍将通过联合委员会等机制间接对 FET 规则的发展产生影响。因此，在上述机制的共同作用下，CETA 投资章节在明晰 FET 义务的同时，也为未来仲裁庭发挥能动性对规则进行创新和发展保留了一定空间，同时保证了缔约方对 FET 规则演变发展的话语权。

① See *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, paras. 7.4.5, 7.4.9, and 7.4.12; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, Award, 29 May 2003, para. 154; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 258 – 259; *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 21 January 2010, paras. 253 – 254.

② CETA, Art. 8.10 (treatment of investors and of covered investments), para. 3.

③ CETA, Art. 8.10 (treatment of investors and of covered investments), para. 2 (f).

④ CETA, Art. 8.10 (treatment of investors and of covered investments), para. 2 (a) to (e).

⑤ CETA, Art. 8.10 (treatment of investors and of covered investments), para. 3.

### 三 CETA 投资章节中的投资法院制度

CETA 投资章节在争端解决程序和机制方面进行了重要调整,集中反映了欧盟与加拿大在修正投资者诉国家争端解决机制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 现有缺陷、改变 ISDS 裁决的不一致、防止投资者滥诉等方面的努力。这包括缩小 ISDS 受理争端的范围、政府在投资设立过程中的监管行为不受 ISDS 机制约束。<sup>①</sup>为促进友好解决纠纷, CETA 投资章节注重使用调解手段,<sup>②</sup>并规定了强制磋商义务,即投资者在向仲裁庭提交仲裁请求前,须先向东道国提交磋商请求,并于 60 日内开展磋商;<sup>③</sup>投资者向仲裁庭提交磋商请求 180 日后,如争议未能得到解决,投资者方可选择向仲裁庭提交仲裁请求。<sup>④</sup>再如,为防止投资者发起无意义之诉<sup>⑤</sup> (frivolous claims), CETA 投资章节专门为东道国增设两项异议权,东道国有权以投资者的仲裁请求明显缺乏法律依据<sup>⑥</sup>或在法律上不能获得支持<sup>⑦</sup>为由在仲裁程序早期提出异议。

在 CETA 投资章节关于争端解决的诸项调整中,投资法院制度为其核心所在。<sup>⑧</sup>虽然该制度在《欧盟与越南自由贸易协定》(EU-Vietnam Free Trade Agreement, EVFTA) 投资章节<sup>⑨</sup>和欧盟关于 TTIP 投资章节提案<sup>⑩</sup> (以下简称“TTIP 提案”)中也有规定,但考虑到 TTIP 提案并非正式条约文件,而越南作为缔约方签订的 EVFTA 在经济体量和规则影响力等方面均弱于 CETA,因此 CETA 投资章节中的投资法院制度值得关注。CETA 投资法院制度主要立足于常设仲裁庭和上诉机制两大支柱。区别于争端双方选择仲裁员组成临时仲裁庭对投资争端一裁终局的传统投资仲裁制度,投资法院制度包括建立常设仲裁庭和上诉机制,由职位稳定、薪资相对固定的仲裁庭成员组成仲裁小组 (division) 对案件进行审理。目前看,仲裁庭和上诉庭的裁决执行仍然有赖于 1965 年《关于解决国家与他国国民之间投资争议公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 以下简称“《ICSID 公约》”)和 1958 年《关于承认及执行外国仲裁裁决的纽约公约》(下称“《纽约公约》”)。

#### (一) 常设仲裁庭

近年来对现行 ISDS 制度的批评主要集中于缺乏合法性与透明度、裁决一致性与正确性无法

① CETA, Art. 8. 18 (scope).

② CETA, Art. 8. 20 (mediation).

③ CETA, Art. 8. 19 (consultation).

④ CETA, Art. 8. 22 (procedural and other requirements for the submission of a claim to the tribunal).

⑤ 任清:《欧加〈全面经济贸易协定〉投资规则的特点及影响》,载《国际经济法学刊》2015 年第 1 期,第 74 页。

⑥ CETA, Art. 8. 32 (claims manifestly without legal merit).

⑦ CETA, Art. 8. 33 (claims unfounded as a matter of law).

⑧ European Commission, “EU-Canada Trade Agreement Enters into Force”, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1723> (last visited December 30, 2017).

⑨ European Commission, “EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed Text as of January 2016”, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> (last visited December 30, 2017).

⑩ European Commission, “EU Negotiating Texts in TTIP”, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (last visited December 30, 2017).

保障以及仲裁员的公正性等方面。<sup>①</sup> 为回应这些批评并对 ISDS 进行革新, CETA 投资章节确立了区别于传统投资仲裁的常设仲裁庭机制和架构, 其核心规则主要包含仲裁庭成员选任、仲裁庭成员的酬劳机制和自我管理规则等内容。

### 1. 仲裁庭成员选任

CETA 投资章节规定的常设仲裁庭成员由 CETA 联合委员会任命的 15 个仲裁员组成, 任期 5 年, 可连任一次。具体案件则由 3 名仲裁庭成员组成的仲裁小组或 1 名仲裁庭成员独任审理。仲裁小组成员由欧盟与加拿大双方和第三国国民各 1 人组成, 独任仲裁员由第三国国民担任。<sup>②</sup> CETA 仲裁庭成员选任包含四项标准: 第一, 国籍标准。仲裁庭 15 名成员中应包含缔约双方国民各 5 人, 另外 5 人须为第三国国民; 第二, 资格标准。仲裁庭成员须具备在其本国担任司法人员的资格或是优秀法学家; 第三, 学科背景标准。仲裁庭成员应当在国际公法方面具有公认的专业能力, 在国际投资法、国际贸易法或者相关争端解决方面具有专业能力; 第四, 职业伦理标准。仲裁庭成员应当遵守作为国际通行的某些特定行为规范。<sup>③</sup>

可以看出, CETA 仲裁庭成员的选任标准主要参照了 WTO 上诉机构成员选任规则, 强调仲裁庭成员的国际公法专业背景和执业能力及水平, 希望以此保障仲裁庭成员以仲裁小组为单位进行具体案件裁决时, 能够正确适用国际法, 妥善保护东道国规制权利和公共利益。此外, 限定常设仲裁庭规模和成员人数范围, 有利于确保仲裁庭裁决的相对一致性, 解决国际投资仲裁中较多存在的判决不一致状况, 在争端解决实践中缓解国际法的碎片化。

有批评者认为, 在仲裁庭成员全部由代表各国政府意志的 CETA 联合委员会来选任的情况下, 投资者无法参与仲裁庭成员选任, 仲裁庭成员在具体案件中有可能偏向东道国一方而置投资者于不利地位。<sup>④</sup> 但正如国际投资仲裁专家安西娅·罗伯茨 (Anthea Roberts) 所言, 国家在投资条约缔结和投资仲裁实践中扮演缔约国和东道国的双重身份。一方面, 缔约各方普遍为双向投资大国, 投资输出和输入较为均衡, 因而在缔约时更加关注改革投资争端解决机制从而保证仲裁庭处理案件时能够诚信地解释和适用条约, 而不对东道国一方主张产生“系统性偏好” (systemic pro-state bias)。另一方面, 缔约各方在投资仲裁中的身份虽然是作为东道国应诉方, 但在投资法院制度下, 仲裁庭成员选任完成于具体投资争端出现之前, 因此一国政府在选任仲裁员时更倾向于考量自身缔约国身份, 而非东道国身份, 从而选任兼顾投资保护和东道国规制权利和公共利益

① See UNCTAD, *Issues in International Investment Agreements II (A Sequel to the Pink Series) - Investor-State Dispute Settlement*, (2014), pp. 24 - 29; Tsai-fang Chen, “Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement”, (2015) 8 *Contemporary Asia Arbitration Journal* 61, pp. 61 - 80; Gus Van Harten, “ISDS in the Revised CETA: Positive Steps, But Is It a ‘Gold Standard’?” <https://www.cigionline.org/publications/isds-revised-ceta-positive-steps-it-gold-standard> (last visited December 31, 2017); Piero Bernardini, “Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties’ Interests”, (2017) 32 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 38, pp. 38 - 57.

② CETA, Art. 8. 27 (constitution of the tribunal), paras. 1, 2, 5, 6, 9.

③ 这些行为规范包括《国际律师协会关于国际仲裁中利益冲突的指引》或者服务与投资委员会针对信息披露、仲裁庭成员公正独立性和保密性等问题制定的其他行为规范, 后者适用时优于前者 (CETA, Art. 8. 27, 8. 44. 2)。

④ See Stephen Schwebel, “The Proposals of the European Commission for Investment Protection and An Investment Court System”, <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (last visited December 30, 2017).



的仲裁庭成员。<sup>①</sup>

## 2. 仲裁庭成员的复合酬劳机制

CETA 项下仲裁庭成员的酬劳由基本聘任费 (retainer fee) 和绩效性的案件处理开销费用 (fees and expenses) 两部分构成。一方面, 缔约方向 ICSID 秘书处专项账户支付费用, 用来向仲裁庭成员按月支付不受案件数量影响的聘任费, 具体数额由 CETA 联合委员会确定。另一方面, 如果仲裁庭成员组成仲裁小组审理案件, 则另可按《ICSID 公约》相关费用规则获得案件处理的开销费用。<sup>②</sup>

这种基本聘任费与案件绩效相结合的酬劳机制有别于传统投资仲裁庭的纯绩效模式, 其机制逻辑在于通过为仲裁庭成员公正履行职责提供适度财务保障, 从而防止仲裁员为增加绩效收入而选择过度保护投资者的立场, 鼓励投资者积极起诉东道国, 进而维护仲裁庭裁决的公正性。CETA 虽未对仲裁庭成员的聘任费进行具体规定, 但欧盟提交的 TTIP 提案显示, 欧盟对该项费用的心理预期为 WTO 争端解决机构 (Dispute Settlement Body, DSB) 上诉机构成员基本工资的三分之一 (即每月约 2000 欧元)。<sup>③</sup> 如果 CETA 联合委员会对聘任费采取类似标准, 则聘任费对长期维持仲裁庭成员基本生活的财务保障作用将较为有限, 或难以抑制仲裁庭成员扩大受案的偏好。

## 3. 管理机制

常设仲裁庭设主席和副主席各一人, 负责组织工作。主席和副主席从第三国国民仲裁庭成员中抽签选出, 任期两年。仲裁庭负责管理案件, ICSID 秘书处则承担庭审辅助性事务。<sup>④</sup>

对于仲裁庭的工作管理, CETA 仅作简略规定,<sup>⑤</sup> 即“仲裁庭可以自行制定工作程序”。<sup>⑥</sup> CETA 仲裁庭在仲裁庭的工作程序方面享有较大规则话语权和较少约束。<sup>⑦</sup> 在缔约方对投资仲裁庭信任的基础上, 仲裁庭审理案件的独立性和公正性或将进一步强化。<sup>⑧</sup> 除了基本的工作管理, 大部分仲裁庭庭审辅助事务由 ICSID 秘书处代办。一方面, ICSID 秘书处根据《管理和费用规定》相关规则<sup>⑨</sup>管理仲裁庭财务账户, 另一方面, ICSID 秘书处作为仲裁庭秘书处提供相应服

① See Anthea Roberts, “Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting to a Treaty Party Framework of Analysis”, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/> (last visited November 27, 2017).

② CETA, Art. 8.27 (constitution of the tribunal), paras. 12, 13, 14, 15.

③ TTIP Proposal, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chap. 2, Art. 9.12.

④ CETA, Art. 8.27 (constitution of the tribunal), paras. 8, 16.

⑤ CETA, Art. 8.27 (constitution of the tribunal), para. 10.

⑥ 欧盟在 TTIP 提案中亦采取了相似的规则模式。与此相异,《欧盟与越南自由贸易协定》投资章节在此方面规定较为细致, 详细规定了仲裁庭在制订工作程序 (working procedures) 时应当与该章争端解决规则相一致, 仲裁庭制定的工作程序应当呈递缔约方和服务、投资与政府采购委员会 (类似于服务与投资委员会), 并由贸易委员会 (类似于 CETA 联合委员会) 批准生效。此外, EVFTA 还对部分具体工作程序进行了规定, 例如仲裁庭成员裁决意见匿名制。参见 EVFTA, Sec. 3, Art. 12.10, 12.11, 12.12.

⑦ 原因可能有二: 一方面, 去除过多程序限制有利于加快仲裁庭的制度建设, 从而使投资法院制度 (investment court system, ICS) 能够迅速启用; 另一方面, 相对于欧盟与越南在制度建设和社会发达程度等方面的差距, CETA 缔约方彼此在法治理念等方面的互信程度较高、在法律技术方面的差距较小, 因此无需对联合创设的仲裁庭运行进行过多干预。

⑧ 相较而言, EVFTA 的这些“多余规则”一方面体现出了南北国家之间法治理念无法达成共识和互信的焦点问题, 另一方面作为示范立法也为其他投资规则提供了更多规则选项。

⑨ Regulation 14 (1) of the Administrative and Financial Regulations of the ICSID Convention. See CETA, Art. 8.27 (constitution of the tribunal), para. 14.

务。<sup>①</sup>此外,投资者可依案件具体情况,根据《纽约公约》或《ICSID公约》请求仲裁裁决的承认与执行。<sup>②</sup>

总体而言,CETA常设仲裁庭与传统投资仲裁存在诸多区别。CETA投资章节围绕仲裁庭成员选任、酬劳机制和管理机制对投资仲裁进行了机构化改革,为投资争端的公正解决提供了重要思路。而CETA投资争端解决在审判辅助事项上仍借助外部机构服务,保留了一些传统仲裁的习惯,具有明显的混合特征。

## (二) 上诉机制

上诉机制的设立一般包含双重目的,即有机会修正个案裁决错误并澄清发展法律。<sup>③</sup>在投资争端解决机制中建立上诉机制主要是为确保仲裁裁决一致性、纠正一审裁决的错误并增强规则的可预见性。设立上诉机制通常意味着建立一个能够对仲裁庭裁决进行实质审查的常设实体(standing body)。<sup>④</sup>因此,CETA投资法院制度在规规定上诉机制的同时,建立了常设上诉庭。CETA上诉机制的主要内容包括:上诉庭随机任命三名成员组成仲裁小组,对法律适用与法律解释错误、程序不当或明显事实认定错误的仲裁庭裁决进行审理。上诉庭可以维持、修改或者推翻仲裁庭的第一审裁决,同时还可根据CETA联合委员会相关决议将案件发回仲裁庭重审。争端方对仲裁庭裁决的救济仅限于向上诉庭进行上诉,而不得寻求其他类似程序审查、撤销或修改仲裁庭裁决。东道国和投资者均可上诉,上诉期为仲裁裁决发布之日起90日内,上诉庭裁决即为最终裁决。<sup>⑤</sup>CETA上诉机制具有以下方面的特点。

### 1. 试验性

相比仲裁庭,CETA对上诉庭的制度安排较为简略,主要规定了上诉庭的裁决方式、裁决终局性等内容,一些问题留待CETA联合委员会嗣后决定,例如仲裁机构案件管理支持、提起上诉的程序、发回仲裁庭重审的程序、上诉庭成员和仲裁小组补缺程序、上诉庭成员酬劳、上诉案件费用规定,其中甚至包括上诉庭的成员人数。<sup>⑥</sup>EVFTA和TTIP提案对这些问题有详细规定,但CETA并未纳入。这一方面暗示欧盟与加拿大双方对上诉机制的建立仍未完全达成一致,在很多关键问题上依然存在较大争议,另一方面则似乎表明欧盟在ICS规则制定方面尚不具有完全主导权。

从监督管理方面看,“服务与投资委员会”定期审查上诉庭的运行。CETA联合委员会根据“服务与投资委员会”的汇报对其有权嗣后决定<sup>⑦</sup>范围内的全部事项可进行修订。<sup>⑧</sup>这意味着上诉机制从上诉庭成员数量到基本程序均可在缔约方授意下适时修改。CETA投资仲裁庭的上诉机制有待进一步完善,规则仍有较大的发展空间,体现出试验性较强的特征。

① CETA, Art. 8.27 (constitution of the tribunal), paras. 13, 14, 16.

② CETA, Art. 8.41 (enforcement of awards).

③ J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (Vol. 12) (New York: Cambridge University Press, 2000), p. 293.

④ UNCTAD, “Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures (Nov 2017 Issue 3)”, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf) (last visited November 27, 2017).

⑤ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal).

⑥ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal), para. 7.

⑦ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal), para. 7.

⑧ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal), para. 8.

## 2. 上诉庭成员的选任标准偏低

在人员选任方面，上诉庭成员选任要求与仲裁庭选任要求几无差别，即“成员应具备担任国内‘司法官员’的任职资格或是优秀法学家”。值得注意的是，CETA 仲裁庭和常设仲裁庭的成员选任标准的同质化与自身缔约实践和多边经贸争端解决的实践并不一致。EVFTA<sup>①</sup> 和欧盟的 TTIP 提案<sup>②</sup>规定上诉庭成员应具备担任国内“最高司法官员”的任职资格，或者是优秀法学家。WTO 对上诉机构成员和专家组成员的选任标准也进行了不同规定。<sup>③</sup> 从理论上讲，CETA 仲裁庭成员与上诉庭成员的水平 and 声望并无区别，也可以解读为上诉庭选任标准被降低，这可能成为影响上诉庭裁决说服力和合法性的重要因素。有观点认为，从特设仲裁机制向常设仲裁机制转变将对缔约国与享有终审权的上诉庭之间的权力平衡产生重要影响，因为常设仲裁庭凭借规则治理方面更强的影响力将更具独立性，WTO 上诉机构即为例证。<sup>④</sup> 相较而言，CETA 中相对偏低的上诉庭成员选任标准，或将使得代表缔约方意志的 CETA 联合委员会在未来投资法治中获得更大主导权。

## 3. 终局性条款

CETA 对上诉庭裁决终局性的规定较为详尽。<sup>⑤</sup> 一方面，仲裁庭裁决发布之日起 10 日内，如争端一方就仲裁庭裁决提出上诉请求，则仲裁庭裁决无法成为终局裁决，上诉庭裁决为终局裁决；另一方面，上诉庭裁决立即生效，不接受任何国内法院、其他国际争端解决机构或临时仲裁庭作出审查、撤销或修改。仲裁庭裁决也适用此项规定。因此，适用《ICSID 公约》及《仲裁程序规则》作出的裁决不能被 ICSID 特设委员会撤销；适用联合国国际贸易法委员会（the United Nations Commission on International Trade Law）仲裁规则（以下简称“《UNCITRAL 仲裁规则》”）和《ICSID 附加便利规则》等非《ICSID 公约》及《仲裁程序规则》作出的裁决不能被国内法院撤销；国内法院不能对仲裁裁决进行专门审查，争端双方也不能合意设立临时仲裁庭对裁决进行修改或审查。终局性规定既使上诉庭能够控制对裁决的排他审查权，也可以使得仲裁庭和上诉庭所作裁决的承认与执行更为便利。

## 4. 上诉庭与常设仲裁庭的关系

建立常设仲裁庭和上诉机制是 ISDS 改革中两个较为独立的方向，常设仲裁庭的改革思路是取代特设仲裁庭，而上诉机制的改革思路是约束特设仲裁庭。虽然上诉机制的改革讨论和实践由来已久，<sup>⑥</sup> 但在国际仲裁机构内部制度改革和国家缔约实践这两条道路上，上诉机制未能取得明显

① EVFTA, Sec. 3, Art. 13.7.

② TTIP Proposal, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chap. 2, Art. 10.7.

③ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes or Dispute Settlement Understanding (DSU), Art. 17.3.

④ See Mark Feldman, “Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power”, <https://papers.ssrn.com/abstract=2713168> (last visited November 27, 2017).

⑤ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal), para. 9.

⑥ 早在 2004 年，ICSID 便对自身特设仲裁制度进行了反思并提出在既有投资仲裁制度基础上增设上诉机制。See ICSID, *Possible Improvements of the Framework of ICSID Arbitration*, (2004), p. 14. 同年，美国主导的《多米尼加—中美洲—美国自由贸易协定》(Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement, CAFTA-DR) 也首次提出建立谈判组发展上诉机制。参见 CAFTA-DR, Annex. 10 - F.

成果。常设仲裁庭的改革思路主要源于欧盟建立投资法院制度的设想。<sup>①</sup> 投资法院制度本身暗含上诉机制,使得之前在投资仲裁制度框架内对上诉机制的讨论成为设立投资法院的一部分,与常设仲裁庭的改革共同构筑投资法院制度。<sup>②</sup> 这种改革思路在 EVFTA、TTIP 提案和 CETA 中均有体现。

从审查范围看,CETA 上诉庭不仅可以审查仲裁庭在法律适用和法律解释方面的错误以及《ICSID 公约》第 51 条第(1)款规定的 5 项程序不当情形,<sup>③</sup> 同时还可对仲裁庭在事实认定中的明显错误进行审查。<sup>④</sup> 换言之,除了不能审查仲裁庭裁决中不明显的事实错误,CETA 上诉庭可以对仲裁庭裁决中各种层次的错误进行审查。仲裁庭如果对上述“错误”和“明显”等概念进行灵活定义,则可自主扩大审查范围。<sup>⑤</sup> 相较而言,传统的 ICSID 撤销程序和国内法院撤销程序主要对裁决的程序瑕疵进行审查。DSU 则明确将 WTO 上诉机构的审查范围限定在法律适用方面,而不涉及事实审查。EVFTA 和 TTIP 提案均未对审查范围作细致规定。CETA 上诉庭对仲裁庭的多层次审查权限体现出 CETA 在注重澄清并发展投资规则的同时,试图尽力维护个案正义、取得保护投资和东道国规制权利的平衡。

总体上看,CETA 常设仲裁庭与上诉庭在成员选任、机构设置、审查范围等方面的制度安排比较一致,似有叠加设立两个仲裁庭之意。这是否必要值得商榷。通过限定成员选任标准和人数、改革酬劳机制、增设详尽的管理机制,仲裁庭的组成已具备较完备的合法性基础,传统投资仲裁中仲裁员受双重身份(double hatting)影响所面临的利益冲突或可得到一定程度的缓解。裁决一致性和正确性得到加强,常设仲裁庭最初的改革目标基本实现。在此情况下,叠加设立一个与仲裁庭形无二致、在人员组成和机构设置方面并未体现出明显优越性的上诉庭,似无必要,反而有碍争端解决的效率,并增加争端方的财务负担。

### 5. 上诉权未受特别限制

EVFTA<sup>⑥</sup> 和 TTIP 提案<sup>⑦</sup>中规定了上诉保证金制度,对上诉作出特别限制。争端一方如上诉,须提交包括上诉费和上诉庭根据案件情况规定的合理额外费用在内的保证金。EVFTA 并未对这种费用的确定向争端方提供具体救济途径。即使未来上诉庭在自定的工作程序中允许救济,也将落入上诉庭的自裁范围,救济空间有限。因此,在保证金制度下,上诉庭理论上可以利用对保证金的裁量权实现限制争端一方上诉的效果,对争端方的上诉权进行适度裁量。CETA 并未规定上

① European Parliamentary Research Service, “From Arbitration to the Investment Court System (ICS): the Evolution of CETA Rules”, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS\\_IDA\(2017\)607251](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_IDA(2017)607251) (last visited December 31, 2017).

② European Commission, *Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, (2016), p. 4.

③ ICSID, Art. 51 (1).

④ CETA, Art. 8.28 (appellate tribunal), para. 2.

⑤ 例如,对于“法律适用错误”而言,既有可能是在运用某种法律解释方式时触犯的积极错误,也有可能是对某个问题没有进行法律适用而触犯的消极错误。DSU 则明确将 WTO 上诉机构的审查范围限定在 WTO 专家组所作法律解释中出现的法律问题。美国经典判例 *Morales v. Yeutter* 在讨论上诉程序的审查范围标准时曾指出,虽然传统国内民事诉讼法都会将司法审查的标准进行细分,例如明显错误 (clearly erroneous)、滥用裁量权 (abuse of discretion),但仍不能排除这种划分效力仅流于字面的可能性,限定司法审查边界的作用或将无从谈起。不论字面如何规定,裁判者在裁决时实质上只是奉行完全审查 (plenary) 或谦抑审查 (deferential) 这两种标准之一。See *Morales v. Yeutter*, 952 F.2d 954, 957 (7th Cir. 1991); J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (Vol. 12) (New York: Cambridge University Press, 2000), p. 502; Joseph W. Glannon, *Civil Procedure* (New York: Aspen Publishers, 7th edn, 2013), p. 1176.

⑥ EVFTA, Sec. 3, Art. 28.6.

⑦ TTIP Proposal, Trade in Services, Investment and E-Commerce, Chap. 2, Art. 29.4.

诉保证金，未对上诉庭限制上诉留下过多空间。

效率性和终局性的互动是上诉机制的基础问题，也是 ISDS 上诉机制改革的讨论热点。<sup>①</sup> CETA 对终局性的规定较为完备，但对具体程序安排、时间节点甚至上诉庭人数等涉及上诉机制效率性的诸多问题未作明确规定，具有过渡性特征，投资法院制度项下上诉机制未来或将出现较多发展或调整。总体上看，具有上诉程序的常设投资法院设计与欧盟长期以来倾向于司法审判解决争端的传统相一致。作为特殊的国际法治机构，欧盟对法院处理争端的偏好在上世纪 50 年代设立欧洲共同体法院、欧洲人权法院时已见端倪。尽管投资法院的设想离真正的法院尚有距离，但这些法院成功运作的实践为组建和接受新的投资法院提供了实践指导和心理准备。<sup>②</sup>

### （三）多边投资法院（Multilateral Investment Court, MIC）

欧盟倡导 ISDS 改革并未止步于双边框架下的投资法院，其更大雄心在于倡导多边投资法院及其上诉机制。建立多边投资法院的设想始于 2014 年。<sup>③</sup> 2015 年，欧盟提出以“共赢贸易”（trade for all）为主题的贸易与投资战略，<sup>④</sup> 明确指出建立成熟完善的常设多边投资法院，实施协调一致、统一高效的投资争端解决机制。一旦实现，多边投资法院有望成为与 ICSID 并驾齐驱的投资者与东道国投资争端解决平台，有助于提升欧盟在国际投资规则制定中的话语权。加拿大和越南分别在 CETA<sup>⑤</sup> 和 EVFTA<sup>⑥</sup> 的具体条约规则中认可了这种多边安排思路。

CETA 规定，缔约各方应与其他贸易伙伴共同努力，为投资争端解决机制建立一个多边投资仲裁庭和上诉机制。<sup>⑦</sup> 一旦将来建立这种多边机制，CETA 联合委员会应当决定由这种多边机制替代欧盟与加拿大双边投资法院制度。这种为未来制度预留空间的“插座条款”（socket clause）在国际条约实践中较为常见，然而条款缺乏约束力以及缔约方缺乏缔约意愿有可能导致后续制度建设乏力。<sup>⑧</sup> 欧盟一份题为《未来多边投资法院》的简报显示，其已经意识到这种多边投资仲裁庭的管辖权范围、成员国范围、仲裁庭成员选任、地理平衡、永久性、执行、费用分摊以及法院地点的确定难度将完全超过双边投资法院制度。<sup>⑨</sup> 多边投资法院是一个独立存在的实体还是挂靠在现有国际组织中仍无定论。同时，根据现行欧盟法，欧盟成员国间双边投资协定和《能源宪

① Mark Feldman, “Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power”, <https://papers.ssrn.com/abstract=2713168> (last visited November 27, 2017).

② 陶立峰：《中欧 BIT 谈判中投资者与国家争端解决的模式选择》，载《法学》2017 年第 10 期。

③ 欧盟对 ISDS 改革发起的声势浩大的在线公开问卷活动，相关人士提出了建立多边投资争端解决机制的设想。European Commission, “Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-state Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)”, [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179) (last visited January 3, 2018).

④ European Commission, “Trade for All-New EU Trade and Investment Strategy”, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy/> (last visited January 3, 2018).

⑤ CETA, Art. 8.29 (establishment of multilateral investment tribunal and appellate mechanism).

⑥ EVFTA, Sec. 3, Art. 15.

⑦ CETA, Art. 8.29 (establishment of multilateral investment tribunal and appellate mechanism).

⑧ 《美国与智利自由贸易协定》首次使用插座条款为上诉机制谈判预留空间，但美国和智利随后并未就上诉机制安排达成有效成果。

⑨ European Commission, “A Future Multilateral Investment Court”, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-4350\\_en.html](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4350_en.html) (last visited January 4, 2018).

章条约》项下的东道国与投资者之间发生的投资争端不得提交多边投资法院。<sup>①</sup>因此，欧盟作为多边投资法院制度的倡导者，成员国间投资争端可能无法接受多边投资法院管辖，这将对该制度促进裁决一致性和争端解决合法性带来挑战。

## 四 CETA 投资章节对中国商签投资协定的可能借鉴

随着在经济上发展成为双向投资大国，关于国际投资规则的话语权对中国而言显得日益迫切和重要。目前中国正在积极推进“一带一路”重大倡议，加大对“一带一路”沿线国家投资力度。与此同时，中国积极参与的 RCEP 谈判以及中欧 BIT 谈判等也在积极推进。中国和澳大利亚正在谈判自由贸易协定投资章节的上诉机制。<sup>②</sup>本部分结合前述 CETA 在 FET 条款和投资争端解决机制方面的缔约实践，讨论中国如何在明确自身定位基础上，促进国际投资规则的良性发展。

### （一）FET 条款封闭式清单的改进与完善

以 FET 为代表的待遇标准条款常被投资者援引提起仲裁，并且相关请求被仲裁庭支持的比率较高，是国际投资规则最重要的实体条款之一。中国在讨论 ISDS 程序规则改革时曾强调，相较程序规则而言，FET 条款的设置缺陷应对 ISDS 的合法性危机负一定责任。<sup>③</sup>虽然 CETA 投资章节项下 FET 条款排他性列举了五种违反具体类型和兜底条款，但这种封闭式清单未必能有效排除 FET 条款的设置缺陷，在借鉴时应加以适当改进。

首先，CETA 规定的 FET 封闭清单本身存在不同程度的内容重复，在用语上较为模糊，并不见得能够清晰指导未来仲裁庭的裁决。一方面，五种违反 FET 的具体类型本身存在重复。例如，拒绝司法（denial of justice）公认的四项涵义包括司法机关拒绝受理起诉、司法机关不合理延迟、司法行政严重不当和司法机关明显且恶意枉法。<sup>④</sup>其中，司法行政严重不当可能与明显专断和以明显不正当理由进行针对性歧视存在重复。这五种违反 FET 的具体情况还可能与其他待遇标准存在重复。例如，虐待投资者与全面保护和标准（full protection and security, FPS）<sup>⑤</sup>存在重复。但 FET 项下不同具体情况之间以及 FET 与 FPS 之间在待遇内涵和判断标准方面存在较大差异，因此 CETA 项下 FET 条款的封闭化模式看似明确，但有可能使得仲裁庭在未来适用 FET 规则时造成混乱。另一方面，CETA 规定的 FET 封闭式清单本身为重要创新，旨在澄清对 FET 的扩大化解释，但因其用语模糊，并不见得能够起到所期待的作用。例如，CETA 并未规定如何理解“根本性的”（fundamental）、“明确的”（manifest）等用语，仍要靠仲裁庭在未来具体案件中进

① European Commission, *Recommendation for A Council Decision Authorising the Opening of Negotiations for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes*, (2017), p. 4.

② 《中国与澳大利亚自由贸易协定》第9章（投资）第9.23条规定，条约生效之日（2015年12月20日）起3年内开展建立投资仲裁上诉机制的谈判。

③ UNCITRAL, *Settlement of Commercial Disputes Investor-State Dispute Settlement Framework Compilation of Comments-Addendum*, A/CN.9/918/Add.1 (2017), p. 3.

④ See Robert Azinian, *Kenneth Davitian & Ellen Baca v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /97/2, Award, 1 November 1999, para. 102; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF) /99/2, Final Award, 11 October 2002, paras. 126 - 127.

⑤ CETA, Art. 8.10 (treatment of investors and of covered investments), para. 5.

行个案解释,因此并不能减少投资者对此类案件的提起。<sup>①</sup>中国在借鉴封闭式 FET 清单时应加以适当改进,如进一步规定 FET 条款不适用于涉及间接国有化以及公共政策的争议等。

其次,CETA 切断 FET 规则与国际习惯法的联系不利于国际法治和规则的统一发展,容易加深国际投资规则的碎片化,不利于中国带动“一带一路”投资贸易新格局。国际习惯法规则对 FET 的内容范围限定了较高标准,在一定程度上起到了安全阀的重要作用。ISDS 合法性危机或是源于仲裁庭突破了 FET 国际习惯法标准,<sup>②</sup>或是源于国际投资协定本身未将 FET 纳入国际习惯法的约束之下。<sup>③</sup>仲裁庭裁决虽非国际法渊源,但仲裁庭在排除国际习惯法规则的同时,通过逻辑演绎和判例引用逐渐创设了一套准先例制度,替代了作为国际法渊源的国际习惯法规则,这些准先例中的很多内容被纳入 CETA 的 FET 封闭清单。因此,相较 FET 封闭清单,将 FET 规则纳入国际习惯法才是对 FET 规则的实质封闭化。中国应规定 FET“系根据国际习惯法授予”或规定 FET“系国际习惯法的一部分”,则更有利于维护自身规制权利、确保投资规则健康发展。<sup>④</sup>

## (二) 对 CETA 投资法院制度的借鉴及革新

随着投资仲裁案件的不增多,投资争端解决程序的改革步伐逐渐加快。中国在未来国际投资协定中选择和改造投资争端解决机制时,应善于从 CETA 及其他相关制度和国内实践中寻求借鉴并结合自身需要进行创新。

第一,中国与不同区域和国家双向投资情况存在重大差异,应区分情况合理选择相应的投资争端解决机制。从 2016 年统计数据看,中欧双向投资基本持平,中国对“一带一路”沿线国家投资为“一带一路”沿线国家对华投资的两倍,中国对美投资为美国对华投资的七倍多。<sup>⑤</sup>因此,在中欧 BIT 谈判中可以考虑建立投资法院制度,而在“一带一路”相关规则构建和中美 BIT 谈判过程中可以继续适用传统投资仲裁制度并考虑进行上诉机制改革。

第二,妥善处理常设仲裁庭改革和上诉机制改革的关系。常设仲裁庭改革的初衷是替代传统投资仲裁,上诉机制改革的初衷是补充传统投资仲裁,CETA 投资法院制度的设计体现了欧盟现阶段的一种政策倡导。一方面,这种政策倡导的制度细节仍然亟待落实。另一方面,这种政策倡导在全球范围内仍然缺乏响应,联合国国际贸易法委员会对 ISDS 改革的专项讨论<sup>⑥</sup>和《二十国集团全球投资指导原则》<sup>⑦</sup>尚未表现出对这种“混合改革”的关切。因此,中国在未来投资协定条款设计中是否响应这种政策倡导值得进一步考量。

第三,在常设仲裁庭的改革思路方面,中国可以探索仲裁员名册制度。常设仲裁庭改革的核

① 对此问题的更多分析,参见 Nikos Lavranos,“The Lack of an FET-Standard in CETA”, presentation at McGill CETA Conference, November 1, 2014, [www.mcgill.ca/fortier-chair/events/ceta-conference-2014](http://www.mcgill.ca/fortier-chair/events/ceta-conference-2014) (last visited January 10, 2018)。

② See *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 302。

③ See *Total S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 125。

④ 非官方渠道于 2016 年公布的《中国 RCEP 提案》中的相关规则也体现了这种思路。“RCEP Draft Investment Text China”, <https://rceplegal.wordpress.com/rcep-draft-investment-text-china/> (last visited January 10, 2018)。

⑤ 参见《2016 年 1—12 月全国吸收外商直接投资情况》,商务部, <http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/v/201702/20170202509836.shtml>, 最后访问时间:2017 年 11 月 27 日;《2016 年度中国对外直接投资统计公报》,商务部, [http://www.fdi.gov.cn/1800000121\\_33\\_9229\\_0\\_7.html](http://www.fdi.gov.cn/1800000121_33_9229_0_7.html), 最后访问时间:2018 年 1 月 7 日。

⑥ UNCITRAL,“Working Group III 2017 to Present: Investor-State Dispute Settlement Reform”, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/3Investor\\_State.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html) (last visited December 27, 2017)。

⑦ 《二十国集团全球投资指导原则》,载《人民日报》2016 年 9 月 7 日,第 21 版。

心之一是仲裁庭成员的选择。高标准选任仲裁庭成员、建立仲裁庭成员常任制和限制仲裁庭条约解释权是常设仲裁庭改革的核心内容。如将目前的投资仲裁模式转化为常设仲裁庭裁决模式,则会对现有投资仲裁制度产生根本性影响,特别是剥夺投资者选任仲裁员的权利。同时,将争端解决机制的合法性和裁决的一致性完全依托于新设机构也存在诸多风险。<sup>①</sup>未来投资协定可考虑在投资仲裁制度基础上建立仲裁员名册,限额挑选具有国际公法背景、法律执业经验丰富、职业道德合格的人员进入名册;并对进入名册的仲裁员严格进行定期执业审查。这样既使得投资者选任仲裁员的权利得到保留,也可使缔约国有效控制仲裁庭成员的质量,有助于提升投资仲裁的合法性和裁决一致性。

第四,通过机制创新和程序创新追求裁决一致性的同时,不能过分牺牲争端解决效率。在仲裁庭规则基本完善的前提下,不宜在事实问题上投入过多上诉资源。<sup>②</sup>CETA仲裁庭和上诉庭功能过度叠加既不利于降低成本,更不利于追求效率。<sup>③</sup>CETA将磋商期和冷却期(cooling-off period)合并计算为180日,<sup>④</sup>即磋商请求提出后至少180日,投资者才能提交仲裁请求。此项规定虽与当前国际投资协定缔约实践较为一致,但仍值得商榷。考虑到上诉机制将直接增加争端解决的预期时限,如果中国在未来国际投资协定中增设上诉机制,宜考虑削减磋商期和冷却期的时限,对冲上诉机制对投资争端解决整体效率的冲击。同时,应将上诉审查限制在法律问题上,避免像CETA一样允许上诉庭同时审查法律问题和事实问题。

### (三)“一带一路”倡议与投资争端解决的多边化

欧盟在ISDS机制上的改革在很大程度上反映出其试图摆脱长期以来由美国通过NAFTA建立的以投资者为主导的私法化投资仲裁的束缚,并建立一套更加适合欧盟的以国家为主导的公法化投资仲裁。这正是CETA既在FET等规则层面推陈出新,也同时试图推动建立投资法院制度及投资争议解决多边化的原因。

实现投资法院的多边化是欧盟近年来的政策倡导,在CETA和EVFTA等双边条约中均有相应规定。设立多边投资法院的目的在于建立解决投资争端的单一永久机构,脱离临时的投资者国家争端解决体系。为回应包括欧盟及其成员国在内的许多国家请求,联合国国际贸易法委员会于2017年成立工作组就ISDS改革展开讨论,并在推进投资争端解决机制多边化方面进一步开展工作。随着UNCITRAL对ISDS机制改革的介入,通过联合国的广泛代表性和影响力,并借鉴《透明度规则》与《透明度公约》的机制,ISDS改革方案走向多边化的进程有望得到更多推动。但总体上看,投资争端解决机制的多边化进程目前仍进展较为缓慢。欧盟区内各国之间的投资争端

① 常设仲裁庭虽然可以解决过去仲裁庭成员的仲裁员一律师双重身份(double hatting)等因素所带来的道德风险问题,但是凭借并不丰厚的酬劳并不一定能够完全限制仲裁庭成员寻找兼职(moonlighting),未必不会产生道德风险,且很有可能分散仲裁庭成员精力,影响投资仲裁的效率和裁决质量。See Malcolm Langford et al, "ESIL Reflection: The Ethics and Empirics of Double Hatting", <http://www.esil-sedi.eu/node/1829> (last visited December 4, 2017).

② 参见肖军:《建立国际投资仲裁上诉机制的可行性研究——从中美双边投资条约谈判说起》,载《法商研究》2015年第2期,第172页。

③ 在采用整体性思路防止东道国规制权利受到投资者利益侵蚀时,不应忽视争端解决机制以效率性为代表的独立程序价值。See L. Markert, "Efficiency and Investment Arbitration-New Developments and the Need for a Multi-Dimensional Approach", <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1691> (last visited January 15, 2018).

④ CETA, Art. 8.22 (procedural and other requirements for the submission of a claim to the tribunal), para. 1 (b).



目前无法适用 CETA 项下投资仲裁庭解决。美国在 NAFTA 的重新谈判中除坚持将以 FET 为代表的最低标准待遇纳入国际习惯法的框架中进行规制外, 依然坚持传统投资仲裁制度, 在 ISDS 方面能接受的改革仅限于对上诉机制的讨论;<sup>①</sup> CPTTP 以发布暂停措施清单<sup>②</sup>方式缩小了原 TPP 投资章节规定的投资仲裁适用范围。厄瓜多尔等国则选择废除 BIT, 不再参与投资仲裁。近期《二十国集团全球投资指导原则》<sup>③</sup>亦未就建立多边投资争端解决机制达成共识。<sup>④</sup>

在多元善治的全球治理需求下, 在国际经济生活中通过法治方式塑造话语体系、参与规则制定和体系机制建设, 多边投资争端解决机制是重要的工具和场所。中国始终是多边经贸体制的维护者。<sup>⑤</sup>目前欧盟与美国围绕投资争端解决形成新的制度竞争, 中国需要思考是继续保持对美国 NAFTA 投资仲裁的适度接受, 还是选择尝试欧盟提出的 ISDS 改革方案, 抑或考虑其他的投资争端解决模式。但在追求协调一致、统一高效的多边投资争端解决方面, 中国与欧盟有同样的实际需求, 因此宜参考欧盟投资法院多边化的设计思路和制度路径, 在投资争端解决及投资法院多边化方面进行尝试。考虑到目前该领域的进展仍较为缓慢, 宜密切关注并审慎应对多边投资法院制度。

推进“一带一路”倡议对此提供了较好的契机。事实上, 倡议与新一代全球经济治理的国际制度和规则有着密切联系。在倡议的理论化和具体实施推进方面, 中国宜秉持多边主义价值导向, 以新一代全球治理制度与规则为中心, 抓住时机积极参与并逐渐引领全球治理改革。亚投行为“一带一路”倡议的多边化提供了实践模式, 在投资争议的解决方面也可尝试多边化的路径。建立“一带一路”争端解决机制和机构, 要坚持共商共建共享原则, 依托我国现有司法、仲裁和调解机构, 吸收、整合国内外法律服务资源, 建立诉讼、调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制, 依法妥善化解“一带一路”商贸和投资争端, 平等保护中外当事人合法权益, 营造稳定、公平、透明的法治化营商环境。<sup>⑥</sup>

中国作为双向投资大国, 除积极参与 UNCITRAL 工作组有关 ISDS 机制改革的相关讨论外, 宜谨慎考虑联合欧盟推进多边投资法院。这方面的潜在收益包括提升对国际投资治理的话语权、促进投资争议解决的法治化、培养本国的仲裁员队伍等。同时, 为在“一带一路”倡议实施中高效有序解决争端, 也可考虑成立专事投资争端预防及解决的国际组织, 为投资争端解决的多边化迈出实质性步骤。拟建立的组织应充分借鉴 WTO 争端解决机制及国际法院的成功运作经验, 将目前备受争议的 ISDS 机制转化为更具可预见性和更有效率的多边体系。

#### (四) 对 CETA 联合委员会条约解释功能的借鉴

条约在执行过程中, 因对条约的目的、内容和适用条件等理解不同而产生分歧, 从而发生对

① Office of the United States Trade Representative (USTR), *Summary of Specific Negotiating Objectives for the Initiation of NAFTA Negotiations*, (2017), p. 9.

② New Zealand (as the depository for the TPP), *ANNEX II List of suspended Provisions*, (2017), p. 1.

③ 参见《二十国集团全球投资指导原则》, 载《人民日报》2016年9月7日, 第21版。

④ 《二十国集团全球投资指导原则》在法律保障层面仅表达了“争端解决程序应公平、开放、透明, 有适当的保障措施防止滥用权力”的精神, 在多边合作层面仅表达了“继续合作, 开展对话, 以维护开放、有益的投资政策环境, 解决共同面临的投资政策挑战”的愿景。

⑤ 沈伟:《中国投资协议实体保护标准的自由化和多边化演进》, 载《法学研究》2015年第4期, 第208页。

⑥ 2018年1月23日, 习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第二次会议, 通过《关于建立“一带一路”争端解决机制和机构的意见》。

条约的解释问题,主要包括两方面内容:一是由谁解释,即谁有权解释条约;二是如何解释,即按照何种规则进行解释。国际投资条约不仅创设了国际投资仲裁机制,还将条约解释权从主权国家转移到投资仲裁庭以及承认和执行仲裁裁决的相关法院手中。由于现有的 ISDS 制约机制存在不同程度的缺失,在投资仲裁实践中,仲裁庭对条约的解释权在扩张,而缔约国的解释权却走向式微。这对东道国的监管自主权造成挤压,也是 ISDS 机制面临批评的原因之一。对此, CETA 有关条约解释权的規定值得关注 and 借鉴。

根据 CETA 规定,有关影响投资的条约解释事项产生严重关切时,“服务和投资委员会”(The Committee on Services and Investment)可向 CETA 联合委员会(CETA Joint Committee)<sup>①</sup>推荐通过对本协定的解释。CETA 联合委员会通过的条约解释对仲裁庭有约束力,并且有权决定一项解释具体从何日生效。<sup>②</sup>从投资仲裁的实践看,这项规定对于维护东道国的监管自主权有必要的保障作用。例如,在“世能案”(Sanum Investments/ Lao Holding v. Laos)中,投资者的实际控制人老挝控股公司和投资者世能公司投机性地分别根据荷兰—老挝 BIT 和中国—老挝 BIT 向老挝政府发起一项 ICSID 投资仲裁<sup>③</sup>和一项 UNCITRAL 投资仲裁。<sup>④</sup>投资者和老挝政府签署和解协议后,又以老挝政府违反和解协议再次分别发起了一项 ICSID 投资仲裁<sup>⑤</sup>和一项 UNCITRAL 投资仲裁。<sup>⑥</sup>一场纠纷引发了四项投资仲裁。<sup>⑦</sup>中国和老挝于第一次仲裁裁决作出后,试图通过互致外交照会对“中国—老挝 BIT 不适用于澳门”的问题达成一致。新加坡最高法院高等法庭认可了这种做法,但被上诉法庭推翻。上诉法庭基于“关键日期”原则(critical date principle)排除了仲裁裁决作出后才发出的外交照会对纠纷溯及既往的效力,<sup>⑧</sup>并指出由于“中国—老挝 BIT”中未将互换外交照会明确规定为条约解释机制,因而其对“中国—老挝 BIT”的解释并不当然有效。<sup>⑨</sup>

在该案的第一项 UNCITRAL 仲裁程序中,<sup>⑩</sup>中国和老挝作为缔约国实际上丧失了对中国—老挝 BIT 的条约解释权。此外,外交照会本身的条约法效力易引发争议,并非释明条约或嗣后协议的最佳途径。鉴于该案的教训,中国在未来国际投资协定制度设计中可参考 CETA 有关服务和投资委员会及联合委员会制度,建立一个反应迅速、功能全面的由缔约方组成的条约解释机

① CETA, Article 26.1 (joint Committee).

② CETA, Article 8.31 (applicable law and interpretation), para. 3.

③ *Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic (I)* (ICSID Case No. ARB (AF) /12/6).

④ *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic (I)* (PCA Case No. 2013 - 13).

⑤ *Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic (II)* (ICSID Case No. ARB (AF) /16/2).

⑥ *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (II)* (ICSID Case No. ADHOC/17/1).

⑦ 在达成和解协议后,老挝政府认为投资者违约,并根据和解协议向新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre, SIAC)提起仲裁,投资者进行反诉。而投资者根据中国—老挝 BIT 提起 UNCITRAL 仲裁后,仲裁庭的管辖权裁决被仲裁地新加坡最高法院高等法庭撤销,但后被新加坡最高法院上诉法庭恢复效力。在该案中诸项仲裁程序同时进行。See Sebastian Perry, “ICSID Panel Weighs Bid to Revive Laos Claim”, <http://globalarbitrationreview.com/article/1034051/icsid-panel-weighs-bid-to-revive-laos-claim> (last visited January 17, 2018); Lacey Yong, “No Split for Laos Casino Claim”, <http://globalarbitrationreview.com/article/1141923/no-split-for-laos-casino-claim> (last visited January 17, 2018).

⑧ *Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic* - [2016] SGCA 57 (29 September 2016), para. 116.

⑨ *Sanum Investments Ltd v Government of the Lao People's Democratic Republic* - [2016] SGCA 57 (29 September 2016), para. 118.

⑩ *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic (I)* (PCA Case No. 2013 - 13).

构, 根据需要适时发布条约解释, 必要时对条约规则进行修改和发展, 并明确规定其解释权的行使方式和溯及既往效力。

本文认为, CETA 投资章节是近年来国际投资协定的重要体现。在平衡投资保护和东道国规制权利的指引下, CETA 投资章节在过去缔约和仲裁实践的基础上对实体条款和程序条款进行了诸多改革, 尤其是在封闭清单基础上构建的 FET 条款以及常设仲裁庭与上诉机制并举的投资法院制度等方面, 对未来投资规则改革提供了重要借鉴和参考。中国在对外谈判国际投资协定或更新现有协定时, 应注意借鉴 CETA 投资章节中的有利因素, 保持开放、包容的态度, 积极推动国际投资规则的改革和完善。注意统筹实体规则和程序规则协调发展, 妥善安排实体义务, 重视投资争端解决的效率价值, 同时保护东道国的政策监管空间。此外, 还应辩证看待包括 CETA 在内的各项投资规则改革方案, 为落实“一带一路”倡议, 营造开放、透明和有益的全球投资政策环境, 为中国在国际投资治理中争取更多话语权。

## Recent Developments in International Investment Agreements and the Implications for China

### ——An Analysis on CETA Investment Chapter

*Shi Jingxia and Sun Yingzhe*

**Abstract:** The Investment Chapter in the EU and Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), to certain extent, reflects the latest developments in the rules-making of international investment agreements (IIAs). The CETA's impact on the future investment rules deserves close attention given the importance of the EU and Canada in terms of their economic volume and capacity in setting international rules. In the meanwhile, China has attached massive significance to the rule of law and innovation of systems in the domain of international investment law and treaties along with the advancing the Belt and Road Initiative (BRI). Against this backdrop, this article concentrates on the core developments in CETA Investment Chapter and the key features of the rules upgrading as well, with an attempt to find references and implications for China's negotiations for new IIAs and upgrading the existing IIAs in rolling out the BRI's ambition.

**Keywords:** EU and Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Investment Court System, Investment Arbitration, Fair and Equitable Treatment, the Belt & Road Initiative

(责任编辑: 李西霞)