

中国投资协议实体保护 标准的自由化和多边化演进

沈 伟 *

内容提要：与双边投资协议在全球范围内的爆炸式增长形成鲜明对比，国际投资保护领域的多边协定相对而言谈判进展缓慢并且较少受到关注。亚洲地区最近的多边投资协定，当属《东盟—中国投资协议》及《中日韩三方协定》。本文以中国签订的双边和多边投资协议为研究对象，考察国民待遇、最惠国待遇、公平和公正待遇、全面保护与安全、征收以及资本转移等主要实体保护标准的演进。《东盟—中国投资协议》与《中日韩三方协定》为外国投资者提供的实体保护标准，越发显示出更为自由的保护投资者的立场，这将有利于促进投资、改善投资相关规章制度的透明度、加强投资领域的多边合作，最终推动整个亚太地区的区域投资协定的签署以及投资法律体系的自由化和多边化发展。

关键词：双边投资协议 实体保护规定 跨区域投资协定 全球经济治理体系

中国与东南亚国家联盟（以下简称“东盟”）于2009年8月15日在泰国曼谷签署了《全面经济合作框架协议投资协议》（Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation）（以下简称“《东盟—中国投资协议》”），加之2004年11月29日签署的具有里程碑意义的《东盟—中国货物贸易协议》（ASEAN-China Agreement on Trade in Goods），预示着全世界最大的自由贸易和投资地区的形成。继欧盟及北美取得巨大成功之后，《东盟—中国投资协议》对促进东亚地区的和谐和发展将起到建设性作用。

据ICSID统计数据显示，截至2015年7月，中国已经累计签订了128个双边投资协议，在数量上仅次于德国（160个）。〔1〕与此同时，中国还积极签订自由贸易协定，大部分的自由贸易协定都有投资保护的专门章节。这些自由贸易协定也是国际投资协议的重要组成部分

* 上海交通大学法学院教授。

本课题的研究得到国家社科基金项目（15BFX100）的资助，特此致谢。感谢中伦律师事务所陶永琪律师在本文准备过程中提供的帮助。

〔1〕 ICSID, *Database of Bilateral Investment Treaties*, available at <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx?tab=FtoJ&rdo=TCN>, 2015年7月7日最后访问。

分。虽然中国签订了为数众多的双边投资协议和自由贸易协定，但外国投资者对中国提起的 ICSID 仲裁案件至今只有两起，其中一起以仲裁请求人的撤诉告终。^[2]同时，中国投资者提起的双边投资协议索赔主张已有多起，其中的谢业深诉秘鲁案已经审结，而秘鲁向华盛顿中心提出的撤销之诉也有了裁决。^[3]中国在 2012 年已经成为全世界第二大资本输入国和第三大资本输出国。^[4]在投资协议框架之下，任何外国直接投资方面的严重经济事件或者政策变化，都将掀起针对中国的索赔浪潮。

东盟拥有自己的投资保护体系，除了区域协议之外，东盟成员国还达成了许多双边投资协议。涉及东盟成员国相互之间的双边投资协议的仲裁案件数量很少。^[5]从这个角度看，东盟和中国的情况十分相似：纵使大量外国直接投资涌入此地区，但鲜有投资者提出针对东盟成员国的权利主张。

在经过历时五年的磋商后，中国、韩国和日本于 2012 年签订了《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》（以下简称“《中日韩三方协定》”）。该三方投资协定为东亚三个经济体更加紧密的商业联系奠定了基础，并为三国签订自由贸易协定作了铺垫。这是三国签订的第一份法律性经济协定和第一个多边制度安排，从法律上要求三国政府提高透明度和改善争端解决机制，以优化三国企业在他国的投资环境。这份协定还将为东亚地区的区域经济合作和最终建立自由贸易区提供框架。从这个意义看，这个协定是开创性的，其重要性不亚于《北美自由贸易协定》对美国、加拿大和墨西哥三国合作的意义。

中国在国际投资领域正在从双边主义向多边主义演进。中国与东盟十国、日本和韩国都有双边投资协议，这些协议是多边协议的基础。对比中国的双边投资协议和新近签署的多边投资协议，研究和梳理投资者实体权利的保护标准及其演进，具有重要意义。

[2] 截至 2015 年 5 月 12 日，在 ICSID 案例库中，仅有两起以中国为被申请人的案件。其中，Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15)一案于 2011 年 5 月 24 日登记，2013 年 5 月 16 日以申请人撤诉的方式结案，撤诉依据是 ICSID 仲裁规则第 43 条第 1 款。Ansong Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25)一案于 2014 年 11 月 4 日登记，申请人和被申请人于 2015 年 2 月 4 日分别选任自己的仲裁员，现在正在审理中。参见 [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?rspndnt=People's Republic of China&cs=CD27; CD28&apprl=CD20, CD18; CD20, CD19; CD21, CD18; CD21, CD19; CD36, CD18; CD44, CD18&cte=CD18; CD19](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?rspndnt=People's%20Republic%20of%20China&cs=CD27;CD28&apprl=CD20,CD18;CD20,CD19;CD21,CD18;CD21,CD19;CD36,CD18;CD44,CD18&cte=CD18;CD19), 2015 年 5 月 12 日最后访问。See Wang Guiguo, *Chinese Mechanisms for Resolving Investor-State Disputes*, 1 (1) *Jindal Journal of International Affairs* 222 (2011).

[3] Fernando Cabrera Diaz, *Chinese Investor Launches BIT Claim against Peru at ICSID*, *Investment Treaty News*, 2 March 2007; *First Chinese Claimant Registered at ICSID*, in *Global Arbitration Law Review (News)*, available at www.globalarbitrationreview.com/news/news_item.cfm?item_id=3739; Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, available at www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm; Daniela Paez-Salgado, *From Iura Novit Curia to Zeno's Paradox of Motion*, available at <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/04/16/from-iura-novit-curia-to-zenos-paradox-of-motion/>.

[4] UNCTAD, *World Investment Report 2013*, xiii - xiv.

[5] 这些案件包括：Amco Asia Corp. and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1; Philippe Gruslin v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/94/1 [2005] ICSID Rep. 483; Philippe Gruslin v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3; Malaysia Historical Salvors Sdn Bhd v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10; SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6; Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/04/3; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>; see also, Yaung Chi Oo Trading v. Myanmar (2003) 43 ILM 540.

一、保护对象的外延：“投资”的定义

中国的双边投资协议对“投资”的界定十分宽泛，通常包含动产、不动产及抵押、质押等财产权利，股权、债权，金钱请求权或行为请求权，知识产权，商业特许权。^{〔6〕}对“投资”作宽泛定义的效果是，确保所有在中国发生的经济活动的权利和利益都能被相关的双边投资协议提供的实体保护所覆盖。

《东盟—中国投资协议》在“投资”的定义中首先对准入资格（admissibility）进行了限定，^{〔7〕}要求“投资”必须“根据另一缔约方相关法律、法规和政策”（第1条第1款第4项）。这类限制是中国双边投资协议对“投资”进行定义时附随的常规条件，可能会对双边投资协议所提供的实体保护及其实效产生事实上的影响。近期的一些仲裁案件已经涉及并讨论了这些限制的实际作用。^{〔8〕}比如，Inceysa Vallisoletana v. El Salvador案就表明，利用欺诈手段进行而并未遵守法律的投资，将不受《萨尔瓦多—西班牙双边投资协议》（2005年）所规定的解决投资争端国际中心之管辖。^{〔9〕}在中国的双边投资协议中，除了《古巴—中国双边投资协议》（1995年）之外，此类限制很少得到具体阐明。^{〔10〕}《东盟—中国投资协议》则遵循世贸组织的透明度要求，通过规定“政策指经一缔约方政府批准和宣布并以书面形式向公众公布的影响投资的政策”，^{〔11〕}在这个问题上作出了进一步的澄清。

《东盟—中国投资协议》采用了一个宽泛的以资产为基础（asset-based）的“投资”定义，^{〔12〕}并且包含了一系列特别列举的资产，以作为这个定义的补充。列举的资产涵盖动产、不动产、公司权益（interests in companies）、知识产权、特许经营权（business concessions）及契约性权利（contractual rights）等。^{〔13〕}相较于早期的双边投资协议如《荷兰—中

〔6〕 如《特立尼达多巴哥—中国双边投资协议》（2002年）第1条第1款。依照中国商务部条约法律司资料库，中国与外国的双边投资协议名称存在《中华人民共和国政府和某国政府关于鼓励促进和保护投资协定》、《……关于促进和保护投资协定》、《……关于相互鼓励和保护投资协定》、《……关于相互促进和保护投资协定》等多种形式，本文为行文一致，将BIT统一翻译成《某国—中国双边投资协议》。

〔7〕 Gerold Zeiler, *Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings*, in Christina Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 76-91. 该文全面地讨论了国际投资仲裁中管辖权（jurisdiction）和准入资格（admissibility）这两个概念之间尚未被注意但实际存在的差异。

〔8〕 See Ursula Kriebaum, *Illegal Investment*, in Christian Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010*, Wien, Bern, 2010, pp. 307-334.

〔9〕 Inceysa Vallisoletana SL v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

〔10〕 《古巴—中国双边投资协议的修订》（2007年）将1995年双边投资协议第1条第1款修订为：“‘根据后者的法律和法规’是指对属于本协议所保护的投资的任何投资财产，应当与接受投资的缔约一方的立法所确定的外国投资种类一致，并按照该种类进行登记。”

〔11〕 《东盟—中国投资协议》脚注1。

〔12〕 定义“投资”的方式还包括其他多种，诸如以企业为基础（enterprise-based）、以工具为基础（instrument-based）、以能力为基础（competence-based）以及以交易为基础（transaction-based）。

〔13〕 土木工程或者施工合同有时被仲裁庭接受为“投资”。Jan de Nul and Dredging International NV v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras. 90-106; Consortium RFCC v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, 21 July 2001, paras. 37-58.

国双边投资协议》(1985年)以及《德国—中国双边投资协议》(1983年)^[14]而言,此列举投资的定义,尤其是在提及合同权利时,覆盖范围更广。“投资”定义包含了知识产权,与近期的实践(更多知识产权将会受到双边投资协议的保护)保持了一致,^[15]体现出中国有自信能够为外国投资者提供更多符合国际标准的知识产权保护。在特许经营权的种类方面,《东盟—中国投资协议》采用了中国双边投资协议的典型表达方式:“包括自然资源的勘探、培育、开采或开发的特许权”。

《东盟—中国投资协议》并没有将“依法获得的特许和许可”^[16]“有偿服务”^[17]以及“在一方境内,根据其法律法规,按照租赁协议置于承租人支配之下的货物”^[18]纳入“投资”的列举之中。这与中国双边投资协议的总体实践是一致的。然而,《东盟—中国投资协议》还没有充分体现双边投资协议近期出现的一些积极变化。例如,没有区分作为投资的债务和来自正常贸易的债务。将两类债务进行区分,可以避免某些计划外的主张被纳入双边投资协议管辖。这一差别性路径已经在双边投资协议的实践中得到普及。比如,在Joy Mining案中,银行担保作为或有负债,被仲裁庭认定并非投资协议下的“投资”。^[19]《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)在该问题上有所进步,不将“按时偿还无罚息的情况下无利息收益的贸易之债”视为投资。^[20]

《东盟—中国投资协议》对“投资”的定义还涵盖了收益的再投资。大多数中国双边投资协议在这个问题上保持缄默,但近期的多个双边投资协议开始明确,收益的再投资亦属于“投资”范畴。《芬兰—中国双边投资协议》(2004年)第1条第1款就规定,“再投资收益应享受与初始投资同样的待遇。”《东盟—中国投资协议》将“收益”定义为“获利于或源自一项投资的总金额,特别是指但不限于利润、利息、资本所得、红利、版税或酬金”(第1条第1款第10项)。此定义实质上与早期双边投资协议中的定义相同,如《柬埔寨—中国双边投资协议》(1996年)第1条第3款。

值得指出的是,《东盟—中国投资协议》和《中日韩三方协定》都没有吸收“间接投

[14] 《德国—中国双边投资协议》(1983年)第1条第1款规定:“‘投资’一词系指缔约各方根据各自有效的法律所许可的所有财产,主要是:……”这一定义的内涵与外延,在中德两国新签订的双边投资协议中有所扩大。《德国—中国双边投资协议》(2003年)第1条第1款规定:“‘投资’一词系指缔约一方投资者在缔约另一方境内直接或间接投入的各种财产,包括但不限于:……”两者都采用“一般条款+列举”的立法技术,但是后者列举的范围要大于前者。

[15] 中国早期的双边投资协议只涵盖几类知识产权,如著作权、工业产权、工艺流程和专有技术。如《波兰—中国双边投资协议》(1988年)第1条第1款。

[16] 见《科威特—中国双边投资协议》(1985年)第1条第1款、《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)第135条。

[17] 见《土库曼斯坦—中国双边投资协议》(1992年)第1条第1款。

[18] 见《希腊—中国双边投资协议》(1992年)第19条第1款第6项、《葡萄牙—中国双边投资协议》(2005年)第1条。

[19] Joy Mining Machinery Ltd v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, paras. 29 - 30, 41 - 63.

[20] 根据《新西兰—中国双边投资协议》(1988年)第3条规定的“促进和保护投资”的精神,日后出现有利于鼓励和促进投资的新措施,都可以视为符合协议的规定。《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)第11章第135条第3款界定了“直接”或“间接”投资的范围,符合鼓励和促进投资的精神,体现了中国在该问题上取得的进展。其注脚8进一步阐明:“在一方主管部门登记的贷款及其他形式的债,不包括在按时偿还无罚息的情况下无利息收益的贸易之债。”

资”这一概念。此概念在《加蓬—中国双边投资协议》（1997年）第1条第1款中被首次引入，规定“投资”包含“缔约一方投资者依照缔约另一方的法律法规在缔约另一方领土内直接或间接投入的各种财产或资产”。《德国—中国双边投资协议》（2003年）覆盖了投资者在其母国通过在缔约另一方的子公司完成的投资。^[21]《新西兰—中国自由贸易协定》（2008年）亦包含了通过第三方构造的“间接投资”概念，具体规定，在投资被另一方征收而第三国没有或放弃赔偿请求权的前提下，“投资”的范围扩展至由一方投资者拥有或控制的第三国法人。因此，新西兰或者中国投资者进行的投资，即便是直接通过离岸公司进行，亦在其范畴内。需要说明的是，即便在双边投资协议中没有明确的规定，通过非控股股东^[22]或者间接股东^[23]进行的间接投资仍有可能被仲裁庭承认而受到保护。对投资者而言，侵犯间接投资的索赔权是可以在双边投资协议内获得的，^[24]这也得到了谢业深诉秘鲁案的支持。^[25]

“间接投资”的概念在中国法语境下有两方面的重要性。首先，那些母国法域尚未与中国签订双边投资协议的投资者，可以考虑通过在已与中国签订双边投资协议的国家设立子公司进行投资。^[26]其次，“间接投资”概念的使用，也许将使在中国香港或澳门设立的控股公司的地位得到明确。公司设立于香港或澳门的投资者，可以在中国和投资地签订双边投资协议的情况下，通过在中国设立的子公司对外国进行投资，以确保其投资得到保护。

二、国民待遇与非歧视标准

国民待遇是巩固非歧视原则的核心标准，要求东道国在双边投资协议中向外国投资者提供与本国投资者基本平等的待遇，以避免武断或者差别对待。国民待遇条款通常表述为：“不低于”（no less favourable than）或者“等同于”（as favourable as）东道国本国公民之待遇。^[27]描述这一标准的另一方式是使用“同等待遇”（the same treatment）这个词，而不阻止外国投资者享受更加优惠的待遇。

（一）国民待遇条款的演变

第一个包含国民待遇标准的中国双边投资协议是《英国—中国双边投资协议》（1986

[21] 见《德国—中国双边投资协议》（2003年）第1条第2款第2项、《德国—中国双边投资协议议定书》（2003年）第1条第2款。议定书是协议的组成部分，议定书的内容适用于协议。

[22] CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 June 2003, para. 48.

[23] Siemens AG v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para. 137.

[24] 如《德国—中国双边投资协议》（2003年）第1条第2款、《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（1966年）第25条第2款第2项。

[25] Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009.

[26] 正如 Christoph Schreuer 指出的那样，“我认为，鉴于近期签订的双边投资协议，如果你希望在中国进行投资，较为明智的做法是通过在荷兰或者德国设立公司来进行。” T. J. Grierson Weiler (ed.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, LLC, New York, 2008, Vol. 1, p. 129.

[27] Candice A. Wyllie, *A Comparative Analysis of Nondiscrimination in Multilateral Agreements: North American Free Trade Agreement (NAFTA), Energy Charter Treaty (ECT), and General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, 18 Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol. 64, 68 (2010).

年),其第3条第3款规定:“缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给予缔约另一方的国民或公司的投资与其给予本国国民或公司以相同的待遇。”但这并没有约束东道国清除现存的差别对待措施,也没有限制其作出新的差别对待行为。此外,“尽量(根据其法律和法规的规定)”一词降低了东道国保证国内外投资者平等竞争的效果和意愿。国民待遇条款虽然最早出现于中国20世纪80年代的双边投资协议中,但这一条款并未被早期的中国双边投资协议普遍接受,包括《菲律宾—中国双边投资协议》(1992年)在内的一些早期的双边投资协议丝毫没有提及国民待遇原则。

为数甚少的中国双边投资协议,如《日本—中国双边投资协议》(1988年),包含全面的国民待遇条款(第3条第2款)。但此条款的意义不应当被过度夸大,因为该双边投资协议附加议定书规定,为了公共秩序、国家安全或国民经济的正常发展,可存在例外(第3条)。这些条款的应用也受制于仲裁庭的解释和自由裁量。这些条款给中国执行现存的针对外国投资者的包括市场准入方面的限制性措施,提供了相当大的余地,增加了外资准入条件和经营环境的不确定性。

中国自2001年后,便开始逐渐接受一般意义上的国民待遇原则。例如,《德国—中国双边投资协议》(2003年)规定了一个更为普遍的国民待遇条款(第3条第2款)。然而,这个“全面的”国民待遇标准受制于“祖父”条款,允许对现存的不符措施(与国民待遇义务不符的法律)予以保留(第3条第2款)。这一“祖父”条款也出现在《塞浦路斯—中国双边投资协议》(2001年)及中国和一些欧洲国家达成的双边投资协议中。^[28]

《东盟—中国投资协议》包含了一个宽泛的国民待遇条款(第4条),体现出中国在此方面的重大进步,但依旧没有免于受“祖父”条款的限制(第6条)。在“祖父”条款问题上,《东盟—中国投资协议》、《中日韩三方协定》和《德国—中国双边投资协议》存在一些显著的差异。首先,《德国—中国双边投资协议》中的“祖父”条款确立的是单方面权利,只有中国能够利用“祖父”条款继续保留不符措施。《东盟—中国投资协议》和《中日韩三方协定》中的“祖父”条款则允许各方都保留区别对待国内外投资者的有限权利。其次,《德国—中国双边投资协议》中的“祖父”条款所授予的例外最为狭窄,禁止制定新的不符措施或提升现存不符措施的歧视程度。《中日韩三方协定》也要求,缔约国修正或修改“祖父”条款所授予的例外不应加大与国民待遇的差距(第3条第2款)。《东盟—中国投资协议》对“祖父”条款则采取较为宽泛的路径,免去了国民待遇和最惠国待遇对于新的不符措施的限制(第5条第3款、第6条)。到目前为止,这是唯一一个采取如此特别规定的投资协议。第三,中国在《德国—中国双边投资协议》中作出承诺,会采取所有适当的措施逐渐地撤除这些不符措施。此处的用语属于软法性质,虽然缺乏约束力,但不付诸实施可能以信誉受损为代价。《东盟—中国投资协议》的用语十分明确,要求尽力逐步消除不符措施,显示出不受约束的姿态。虽然这回避了任何对“逐步消除不符措施”的法律效力和可执行性的潜在争论,但是消除不符措施之承诺的法律意义也许被弱化了。

[28] 见《塞浦路斯—中国双边投资协议》(2001年)第3条第3款、《塞浦路斯—中国双边投资协议议定书》(2001年)第3条、《比利时与卢森堡经济联盟—中国双边投资协议》(2005年)第10条第2款、《捷克—中国双边投资协议》(2005年)第3条第4款(2005年版的投资协议是在1991年版的基础上通过附加议定书的方式修订而来的)、《芬兰—中国双边投资协议》(2004年)第1条第1款第5项、《荷兰—中国双边投资协议》(2001年)第3条第1款。

（二）“在同等情况下”之限定

不同于欧洲国家的双边投资协议，北美双边投资协议通常包含“在同等条件下”这一条件。^[29] 仲裁庭在评估国民待遇标准是否被违反时，经常采用“三步走”的方法：确定比较对象（一个“参照”或者“类似的投资者”）；着眼于任何区别对待，将外国投资者得到的待遇和“参照”投资者得到的待遇进行对比；随后，查明相关的区别对待是否存在法律依据。^[30] 仲裁庭将会遵循“同等条件”，以决定比较对象的范围。比如，仲裁庭在 *SD Myers v. Canada* 案中裁定，要确认“同等条件”，必须先检视，主张受到不利对待的外国投资者是否和本国投资者属于同一“行业”。^[31] “在同等条件下”这一限定条件也许会为不同的待遇提供正当性。在一些涉及《北美自由贸易协定》的案件中，只要政策考量合乎情理，仲裁庭就会在应对国内外投资者受到不同待遇的问题时，为东道国提供很大的灵活性。在 *SD Myers v. Canada* 案中，仲裁庭就确认，在评估“同等条件”时，仲裁庭需要将为了保护公共利益而区别对待投资者这种能够为政府监管提供正当性的情况纳入考量。^[32]

就“同等情况”之限定，中国的双边投资协议采取了两种进路：其一，追随欧洲国家的模式，倾向于不采纳“同等情况”这一限定。^[33] 其二，采纳“同等情况”这一限定。《东盟—中国投资协议》第4条和《新西兰—中国自由贸易协定》第138条（表述为“同等条件”）就含有相似的表述。就当前的情况来看，多边协定出现了采纳“同等情况”这一限定的趋势。在缺少这一限定的情况下，对条文进行文本解释的结论是，比较的对象可能是更宽泛的国内投资者群体；而在有“同等条件”这一限定时，仲裁庭则会将国民待遇标准解释成对两个投资者之间“可比性”的暗示。^[34]

（三）适用范围

在适用范围的问题上，中国的一些双边投资协议采纳了宽泛的方案，使国民待遇义务不仅仅适用于“投资者的投资”，还适用于“与投资有关的活动”^[35] 及其他问题，如法律救济以及由于战争造成的损失之赔偿。^[36] 在这一点上，早期和近期的双边投资协议具有明显的一致性。《东盟—中国投资协议》更偏向于较为狭窄的方案，以非穷尽的方式，规定国民待遇义务对于“投资者及其投资”在“管理、经营、运营、维护、使用、销售、清算或此类投资其他形式的处置方面”适用。《中日韩三方协定》的规定与此类似（第3条），属于准入后国民待遇，排除了准入阶段。这一立场和美国的实践形成对照，后者的双边投资协议同时适用于准入前和准入后的措施。^[37] 因此，当中国对新设投资进行限制时，投资者

[29] 见《北美自由贸易协定》第1102条。

[30] UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations, 2008, p. 4.

[31] *SD Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000.

[32] 同上引案例，第250段。

[33] 如《墨西哥—中国双边投资协议》（2008年）第3条。

[34] 比较《荷兰—中国双边投资协议》（2001年）第3条第3款和《德国—中国双边投资协议》（2003年）第3条第2款。

[35] 如《比利时与卢森堡经济联盟—中国双边投资协议》（2005年）第3条第1款、《塞浦路斯—中国双边投资协议》（2001年）第2条第2款、《拉脱维亚—中国双边投资协议》（2004年）第3条第3款。

[36] 如《日本—中国双边投资协议》（1988年）第4条、《韩国—中国双边投资协议》（2007年）第5条第1款。

[37] Kenneth J. Vandeveld, *US Bilateral Investment Treaties: the Second Wave*, 14 Michigan J. International L. 621 (1993); Kenneth J. Vandeveld, *A Brief History of International Investment Agreements*, 12 UC Davis J. International Law and Policy 157 (2005).

将无法就这类措施对中国提出主张。世贸组织框架下的安排亦是如此，中国政府被允许将外国投资者排除在一些特殊行业之外。

《东盟—中国投资协议》在国民待遇标准上的姿态，反映出中国近来在外国投资保护方面从保守向自由立场的转变。这一变化与中国不断扩展对外直接投资的转型是契合的。

三、最惠国待遇

最惠国待遇是国际投资协议中最常采用的标准。^[38] 在东道国给第三方提供准入资格时，投资国可基于最惠国条款提出享有相同优惠的诉求。大量的判例法对此进行了确认。^[39] 包含更多程序保护的1998年以后中国新一代双边投资协议，^[40] 为受保护的投资者提供了相当大的竞争优势。因此，在中国的投资者更愿意以签署新一代双边投资协议的国家为跳板进行投资，由此寻求新一代双边投资协议下的保护。至于那些来自与中国签订老一代双边投资协议的国家投资者，则会依赖其他更为有利的条款，如更加全面的仲裁条款（不但涉及征收补偿的金额，还涉及其他实体权利的违反）。然而，由于涉及外国投资及投资者的最惠国待遇义务并不是国际习惯法下的义务，它只能建立在明确的协议基础之上，^[41] 很大程度上取决于仲裁庭将如何解释相关的最惠国待遇条款。中国的所有双边投资协议都规定了最惠国待遇条款。

中国大多数双边投资协议中的最惠国待遇不但覆盖“投资”，还覆盖“与投资有关的活动”（或者“与投资有关的任何活动”）。^[42] 但仍然存在例外，最惠国待遇只适用于“投资”。^[43] 《东盟—中国投资协议》第5条第1款没有使用“与投资有关的活动”一词，但使用“相关投资”一词，将最惠国待遇义务扩展到了与投资有关的一系列活动中，而且使用了“在同等情况下”这一蕴含比较意味的术语。和其他发展中国家一样，^[44] 中国与其他国家签订的大多数双边投资协议中的最惠国待遇条款仅适用于准入后的阶段，并不适用于市场准入。第一个将此标准扩展至投资准入的是《日本—中国双边投资协议》（1988年）第2条第2款。《芬兰—中国双边投资协议》（2004年）第3条第3款在最惠国待遇的描述中同时使用“设立”与“扩张”两词，提供了扩张解释的可能，将准入前的待遇纳入最惠国待

[38] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 186.

[39] MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 100 et seq., 197 et seq.; Pope & Talbot Inc. v. Canada, UNCITRAL (NAFTA) Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, para. 105 et seq.

[40] 本文将1998年作为中国新、老双边投资协议划分的关键时间点，是因为签订于1998年的《巴巴多斯—中国双边投资协议》首次抛弃了“用尽当地救济原则”（第8条）。1998年以前，中国签订的双边投资协议普遍强调“用尽当地救济原则”；1998年以后签订的协议并不绝对强调“用尽当地救济原则”，而是赋予当事人更多的纠纷解决方式的选择权。

[41] Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, pp. 193 - 194.

[42] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第4条第2款。

[43] 如《瑞典—中国双边投资协议》（1982年）第2条第2款。

[44] 如《印度—新加坡全面经济合作协定》（2005年）第6条第22款第1项将市场准入争端从投资者和政府之间争端解决的范围中排除。

遇的范围内。《中日韩三方协定》延续了最惠国待遇扩大化的趋向，涵盖了投资（包括有关外资所有权和控股权）及投资准入（第2条第2款以及第4条）。《东盟—中国投资协议》和《日本—中国双边投资协议》（1988年）的做法一致，明确地将“准入”列入范围，还进一步将最惠国待遇扩展到“清算”领域，扩大了最惠国待遇和国民待遇的范围。这是迄今为止最宽泛的规定，已经相继出现在小部分中国最新签订的双边投资协议中，如《新西兰—中国自由贸易协定》（2008年）第139条第1款。

在最惠国条款应当在何种程度上单独或同时适用于实体性权利、程序性权利的问题上，一直存在很大的争议。中国的一些双边投资协议明确将最惠国待遇的义务设定于特定的事项上，如征收与补偿、^[45]投资和收入的回汇、^[46]代位权所产生的收入之待遇、^[47]遭遇战争或内乱损失时采取的措施^[48]以及司法与行政救济。^[49]《东盟—中国投资协议》并没有明确说明最惠国待遇义务所涵盖的事项。将来的新协议应该包含最惠国待遇义务所覆盖事项的详细列表，以增加明确性。

中国的所有双边投资协议均包含明确的最惠国条款适用例外。这些例外一般相当统一，大多涉及东道国所签订的其他国际经济条约中的投资者利益。最典型的例外涉及经济一体化组织，如关税同盟与自由贸易区、税收协定以及经济联盟。^[50]一些协议还将“共同市场”、“经济多边或国际协定”^[51]以及“地区性或分区性安排”^[52]纳入到例外清单之中。然而，并非所有双边投资协议都包含上述一般例外的所有形式。《东盟—中国投资协议》只将经济一体化列为唯一的例外，且限定于之前签订的协议范围，不能扩张适用（第5条第3款）。

区域经济一体化是双边投资协议中最惠国待遇义务最常见的例外之一。只要区域经济一体化协定不与多边贸易体系相矛盾，世贸组织对此就不加禁止。^[53]《东盟—中国投资协议》中的经济一体化例外覆盖“双边、地区及国际协定或任何形式的经济或区域合作”。这样的表达可以被广义地解读为涵盖“经济和货币联盟、区域经济合作或其他类似协定”、^[54]“经济互助委员会”^[55]或“与同一地理区域的第三国或其他国家意在专门项目框架内推进经济、社会、劳务、工业或金融领域的地区性合作的安排”。^[56]

除了经济一体化例外之外，《东盟—中国投资协议》还对最惠国待遇附加了同样适用于国

[45] 如《德国—中国双边投资协议》（2003年）第4条第3款。

[46] 如《挪威—中国双边投资协议》（1984年）第6条第2款、《西班牙—中国双边投资协议》（1992年）第6条第6款。

[47] 如《新加坡—中国双边投资协议》（1985年）第7条、《科威特—中国双边投资协议》（1985年）第7条第2款。

[48] 如《法国—中国双边投资协议》（1984年）第4条第3款、《德国—中国双边投资协议》（2003年）第5条。

[49] 如《韩国—中国双边投资协议》（1992年）第4条。

[50] 如《澳大利亚—中国双边投资协议》（1988年）第3条第3款将三个例外全部包含在内。

[51] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第4条第3款。

[52] 如《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第3条第3款。

[53] 见《1994年关税与贸易总协定》第24条、《服务贸易总协定》第5条以及《关于解释1994年关税与贸易总协定第24条的谅解》。

[54] 如《芬兰—中国双边投资协议》（2004年）第3条第7款第1项。

[55] 如《波兰—中国双边投资协议》（1988年）第3条第3款。

[56] 如《新加坡—中国双边投资协议》（1985年）第3条第3款、《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第3条第3款、《毛里求斯—中国双边投资协议》（1996年）第5条。

民待遇的“祖父”条款。其与《捷克—中国双边投资协议》（2005年）以及《比利时与卢森堡经济联盟—中国双边投资协议》（2005年）中的条款几乎完全相同，确认最惠国待遇不适用于双方任何现存的或新增的不符措施，且双方均无消除类似措施的强制义务。^[57]《中日韩三方协定》第4条也有“祖父”条款，确认最惠国待遇不适用于缔约方在关税同盟、自由贸易区、货币联盟、国际协定或安排以及双边、多边国际协定中给予其他缔约方投资者的任何优惠待遇。

《东盟—中国投资协议》第5条第3款第2项意图将中国与其单独关税区（诸如香港和澳门）之间的任何安排排除在最惠国待遇的覆盖范围之外。这一点尤为重要，因为中国大陆在2003年分别与香港和澳门签订了《关于建立更紧密经贸关系的安排》，这些安排被设计成为世界贸易组织规则准许的自由贸易协定。^[58]

最惠国条款在程序性权利问题上的适用是存在争议的问题。国际投资仲裁实践显示，协议语言越宽泛，扩张性适用的可能性就越大。例如，投资者可以利用最惠国待遇条款绕过纯粹的程序性事项，即绕过必须由当地法庭解决争议的要求。^[59]同样，最惠国待遇条款也被证实可能会被用以扩大仲裁庭的管辖权，将其从基本协议中涉及赔偿金支付的争议扩展到任何争议，包括基本协议中的某一方主体与第三方主体签订的双边投资协议之下的征收。^[60]判例法在这一问题上的实践是有分歧的。对此，《东盟—中国投资协议》第5条第4款明确规定最惠国待遇不覆盖程序性权利，消除了任何潜在的争论。

四、公平和公正待遇

公平和公正待遇标准要求东道国在每一个案件中，以从国际社会的视角出发的公平和公正的方式对待外国投资，被视作“绝对标准”（absolute standard）或“最低标准”。国际商业社会可能拒绝国内法带有地方性特色的公平和公正待遇概念。^[61]由于不够明确的内容及模糊的范围，这一待遇在投资协议申诉中成为兜底性的理由，并且经常与合法预期（legitimate expectations）的概念产生联系。

公平和公正待遇保护外国投资者免于不正当或不可预知的不利法律法规改变、^[62]不透明或不一致的行政程序决策、政府部门善意协商的缺乏或东道国司法系统的严重缺陷。^[63]这些行为即便并非出于歧视或其他恶意意图，仍会违反公平和公正待遇标准。从理论上讲，

[57] 见《东盟—中国投资协议》第6条第1款及第2款。

[58] 《关于建立更紧密经贸关系的安排》的主要部分涉及三个大方向：货物贸易、服务贸易以及贸易投资便利化。中国大陆也已经与中国台湾于2010年6月29日签订了《海峡两岸经济合作框架协议》，http://www.gwytl.gov.cn/lhjl/la2008/201101/t20110107_1680352.htm，2015年7月15日最后访问。

[59] Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000.

[60] RosInvest Co. UK Ltd v. Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005.

[61] Saluka v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, para. 291 et seq.

[62] CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 June 2003, para. 29; LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 3 October 2006, para. 100.

[63] Compania de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux (Vivendi) v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000, para. 80; Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB (AF) /98/3, Final Award, 26 June 2003, para. 132.

这一标准支配东道国立法、行政以及司法部门的具体运作。因此,援引公平和公正待遇标准不仅对在经济和商业活动中保护外国投资者,而且对塑造东道国法治,都有实质意义。

中国的双边投资协议并没有将公平和公正待遇对照双边投资协议中的其他条款和东道国国内法进行评估,参照的标准乃是其法律和法规、^[64]当前的双边投资协议、^[65]双方都是缔约国的国际条约、^[66]双方都接受的一般公认的国际法原则以及普遍接受的国际法原则。^[67]更近期的中国投资协议则趋向于去除国内法的因素,同时接受国际法。例如,《中日韩三方协定》第5条第1款采用的是“公认的国际法规则”。《东盟—中国投资协议》第7条第1款则规定,“公平和公正待遇是指各方在任何法定或行政程序中有义务不拒绝给予公正待遇”。这样的规定对明确“公平和公正待遇”的适用范围有很大帮助。本文认为,“公平和公正待遇”应当仅仅涉及民事诉讼或行政诉讼中获得的司法救济(access to justice)的情形,同时可以在广义地解释时,扩展至正当程序。《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)第143条第1款也采取了相似的路径。《东盟—中国投资协议》通过“违反本协议其他规定或单独的国际协定的决定,并不构成对本条(公平和公正待遇及全面保护与安全条款)的违反”这一规定(第7条第3款),削弱了公平和公正待遇作为兜底条款的属性。

《东盟—中国投资协议》将对“执法不公”的禁止包含于“公平和公正待遇”范围内的思路,可以被看作是通过设立“地基”明确术语范围的新尝试。这一方式使得公平和公正待遇标准向国际最低标准靠近,而后者则具有相对明确的优点。^[68]这个条款使得“公平和公正待遇”的解释范围清晰:既不低于国际最低标准,也无法被扩张解释,从而满足“公平和公正待遇”的核心要素——投资者的“合法预期”。^[69]在最近的一些仲裁案件中,仲裁庭试图将“公平和公正待遇”的应用限制在“合理与合法”的层面。^[70]《东盟—中国投资协议》的表述与这一仲裁实践相一致。

“拒绝执法不公”学说并不参考任何已确立的国际法体系或者法律原则。国际法或国内法原则的应用正好相反,在决定什么是“公平和公正”时,仍旧依赖于法庭。判例法表明,这可能会要求仲裁庭求助于其他判例法原理或法律渊源。在Middle East Cement v. Egypt案中,仲裁庭认为,在对与征收具有类似效果的行为提供全面保护时,必须考虑这一行为与“公平和公正待遇”条款之间的“特定关联性”。^[71]Siemens v. Argentina案表明,即便适

[64] 如《摩尔多瓦—中国双边投资协议》(1992年)第2条。

[65] 如《斯里兰卡—中国双边投资协议》(1985年)第3条第2款、《毛里求斯—中国双边投资协议》(1996年)第3条第2款。

[66] 如《新加坡—中国双边投资协议》(1985年)第3条第2款。

[67] 如《哥斯达黎加—中国双边投资协议》(2007年)第3条、《塞舌尔—中国双边投资协议》(2007年)第4条第1款。

[68] UNCTAD, Key Issue I, at 213; Compania de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Generale des Eaux (Vivendi) v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000, para. 80; Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB (AF) 98/3, Final Award, 26 June 2003, para. 132.

[69] Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, para. 302.

[70] National Grid v. Argentina, 1 (17) IAI Reports, 17 December 2008, available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/NGvArgentina.pdf>.

[71] Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, para. 143.

用的双边投资协议没有参考国际法，仲裁庭仍“有义务在国际法下探寻这些术语的含义”。^[72]中国的一些双边投资协议还试图和其他国际条约之间建立联系，如《阿联酋—中国双边投资协议》（1993年）第2条第3款不但参考了当前条约，还参考了一些缔约国双方都加入的协议。《东盟—中国投资协议》则相反，规定“违反本协议其他规定或单独的国际协定的决定，并不构成对本条公平和公正待遇的违反”（第7条第3款）。

公平和公正待遇原则仍然处于变化之中。作为资本输出大国的美国，“已经在公平与公正待遇标准上有所后退，为违反公平与公正待遇设置了较高的门槛”。^[73]我国双边投资协议中的公平和公正待遇原则可以适当限缩，将公平和公正待遇原则解释为经过国际习惯法构成要件评价的“国际最低待遇”。

五、全面保护与安全标准

全面保护与安全（full protection and security）条款的雏形最早见于1833年《美国和智利友好通商航海条约》，并在1958年德国与巴基斯坦双边投资条约中被首次规定。该条款演变为大多数双边投资条约的准则性条款。^[74]

全面保护与安全条款并未如同公平和公正待遇条款一样受到重视。原因之一是，大量的双边投资协议将全面保护与安全条款规定于公平和公正条款之下，将全面保护与安全视为公平和公正待遇的应有之义。^[75]自1990年起，越来越多的仲裁纠纷涉及全面保护与安全条款，^[76]其重要性日益凸显。

在中国的双边投资协议实践中，全面保护与安全条款主要可以分为如下几类：第一，“持续的保护和安全”。《缅甸—中国双边投资协议》（2001年）第2条第2款规定：“缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资，应享受持续的保护和安全。”第二，“充分的保护和安全的”。《马来西亚—中国双边投资协议》（1988年）第2条第2款规定：“缔约一方投资者在缔约另一方领土内的投资应始终受到公正和公平的待遇，并享受充分的保护和安全的。”第三，仅有“保护”条款。《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第3条第1款规定：“缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资和与该投资者有关的活动应受到公正的待遇和保护。”第四，未规定全面保护与安全条款。《土耳其—中国双边投资协议》（1990年）中就没有全面保护与安全条款。在这四种类型中，以第三种类型居多。

全面保护与安全条款包含“保护”与“安全”两个方面。中国双边投资协议仅规定“保护”，并不意味着完全排除“安全”因素。有学者在对这两个词进行深入的语义考察后发现，二者在本质上相同，都指一种免于威胁或危险的行为与状态。最终作何解释，要根

[72] Siemens AG v. Argentinean Republic, ICSID Case No. ARB/02/08, Award, 6 February 2007.

[73] 刘笋：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，《法学研究》2011年第4期，第203页。

[74] David Collins, *Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets*, 12 J. World Investment & Trade 225, 228–229 (2011).

[75] IISD, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age; Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration?*, available at http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf, p. 3.

[76] 据统计，1990年至2004年之间，仅有6起仲裁案件和全面保护与安全条款有关；2004年至2009年之间，此类案件已有24件之多；2009年以后，此类案件将进一步增多。数据来源同前引[75]。

据具体的情形才能确定。〔77〕

仔细考察中国双边投资协议中的全面保护与安全条款,可以发现其经常与“公平和公正待遇”标准相结合,并且几乎所有的中国双边投资协议都是如此。这一标准有时被视为“公平和公正待遇”的一部分。从文句结构的角度来看,似乎可以这样理解,中国当前条约法实践中的全面保护与安全条款尚处于向独立条款演进的阶段,还未完全脱离公平和公正条款的影响。

从比较法角度看,全面保护与安全条款应该区别于公正和公平待遇条款。二者在理论层面也有差异性:首先,两者侧重有所不同。全面保护与安全条款意在强调保护与安全的“全面性”,如何理解“全面性”成为该条款所要解决的核心问题;而公平和公正待遇则含有比较意味,强调东道国给予投资者或投资待遇的“公平性”,判断“公平性”应是后者的主要任务。其次,二者的原因行为有所不同。前者主要由国家行为直接引起;而后者既可以由国家行为直接引起,也可以由第三者行为引起。〔78〕

全面保护与安全条款面临的最大问题是如何界定其适用范围,“全面保护与安全”是同时包含有形的和无形的保护与安全,还是仅仅包含有形的保护与安全?正是对“全面”一词的不同理解,国际仲裁庭作出了完全相反的仲裁裁决。〔79〕在Azurix公司诉阿根廷案中,因为公众对海藻泛滥的恐慌,使得阿根廷对Azurix供水公司违约,以致Azurix公司无法正常营业,损害了该公司的权益。在嗣后的仲裁中,仲裁庭主张,全面保护与安全条款不仅关注有形保护,还应该包含更广泛的含义,即东道国还应提供一个“安全稳定的投资环境”。〔80〕据此,阿根廷政府应对Azurix公司负补偿责任。在AES诉匈牙利案中,仲裁庭认为,全面保护与安全条款的内涵仅限于有形的保护与安全,东道国为投资者提供持续保护与安全的义务是指东道国有责任采取负责任的措施保护投资者不受第三方或者国有机关的侵害。〔81〕

全面保护与安全标准通过要求东道国保护投资免于国内动乱、公众骚乱、威胁以及由于其外国属性而成为攻击目标,为“公平和公正待遇”划定了底线。〔82〕这一标准的本质是东道国对外国投资财产以诚意的努力进行保护的“执法保护”(police protection)义务。〔83〕这方面的判例法明显带有扩张性,要求东道国不但提供实体保护(保护外商投资的商业财产不受东道国武装力量的破坏),〔84〕而且保证“由安全的投资环境提供的稳定”。〔85〕《东盟—中国投资协议》第7条第2款规定:“全面保护与安全要求各方采取合理的必要措施确保

〔77〕 George K. Foster, *Recovering “Protection and Security”: the Treaty Standard’s Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance*, 45 Vand. J. Transnat’l L. 1095, 1106–1107 (2012).

〔78〕 参见陈正健:《投资条约保护和安全标准的适用及其启示》,《法商研究》2013年第5期,第114页。

〔79〕 参见前引〔77〕, George K. Foster文,第1095页,第1106页以下。

〔80〕 Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12), Award, P.VII.5.408 (July 14, 2006).

〔81〕 AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22), Award, P13.3.2 (Sept. 23, 2010).

〔82〕 前引〔30〕, UNCTAD文件,第46页; Helge Elisabeth Zeitler, *The Guarantee of “Full Protection and Security” in Investment Treaties regarding Harm Caused by Private Actors*, 1 Stockholm International Arbitration Rev. 3 (2005).

〔83〕 前引〔30〕, UNCTAD文件,第55页。

〔84〕 American Manufacturing and Trading, Inc. (AMT) v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, para. 6.04; Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, para. 45.

〔85〕 Azurix v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Final Award, 14 July 2006.

另一缔约方投资者投资的保护与安全。”本条文的主旨在于，执法保护或采取合理的必要措施适用《东盟—中国投资协议》中的“全面保护与安全”标准。从这层意义上说，这一实体化路径有着相对明确的优点，同时也在老一代中国双边投资协议（有些只要求东道国“始终”对其领土内的投资提供“充分的保护和保障”^[86]）的基础上进行了一定改进。可以说，这一路径与判例法保持了一致，明确“全面保护与安全”义务不但适用于“物理冲突”，而且适用于“任何对投资者投资的保护和全面安全进行剥夺的行为或措施”。^[87]本条款的不确定性在于，《东盟—中国投资协议》没有明确国际习惯法所要求的执法保护水平或程度。

六、征收

与一般的双边投资协议实践相一致，^[88]中国的大多数双边投资协议覆盖“国有化”、“征收”以及其他“等同措施”，但没有对上述术语进行详细的定义。《东盟—中国投资协议》第8条第1款规定：“任何一缔约方不得对另一缔约方投资者的投资实施征收、国有化或采取其他等同措施（‘征收’）。”该规定可以为投资者提供全面的保护，但其缺点也是显而易见的：征收条款有效地阻止了所有相当于征收效果的措施，却没有规定国家管理权（the right of the state to regulate）这一特别例外。

（一）合法征收的先决条件

在现代国际投资保护法中，只有在非歧视基础上、出于公共目的、遵守正当程序与支付补偿的情况下，征收才被允许。这四个元素出现在几乎所有的中国双边投资协议中，^[89]只有少数例外。^[90]《东盟—中国投资协议》第8条第1款以相当传统的方式，复制了这四个元素。

“公共目的”和征收相关，因为政府可以出于各种原因对具体的征收主体予以授权。然而，“为公共目的”缺乏定义，也没有以解说性的形式得到解释。因此，在征收的分析中，对这一标准的适用有待仲裁庭自由裁量。“为公共目的”一词的变体，如“为了公共利益”，被《塞浦路斯—中国双边投资协议》（2001年）第4条第1款第1项、《缅甸—中国双边投资协议》（2001年）第4条第1款第1项、《贝宁—中国双边投资协议》（2004年）第4条第1款第1项以及《德国—中国双边投资协议》（2003年）第4条第2款等中国大量的双边投资协议所采用。这些术语并没有实质性的差别。《比利时与卢森堡经济联盟—中国双边投资协议》（2005年）第4条第2款中使用的“由于公共目的、安全或国家利益的原

[86] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第2条第2款。

[87] *Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007.

[88] Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 (1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 1 (2005).

[89] 如《新加坡—中国双边投资协议》（1985年）第6条第1款、《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款、《老挝—中国双边投资协议》（1993年）第4条第1款、《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第6条第1款、《柬埔寨—中国双边投资协议》（1996年）第4条第1款、《文莱—中国双边投资协议》（2000年）第4条第1款、《缅甸—中国双边投资协议》（2001年）第4条第1款。

[90] 如《英国—中国双边投资协议》（1986年）第5条第1款（只规定了两个条件，即公共利益和合理补偿）；《意大利—中国双边投资协议》（1985年）第4条第2款（没有提及非歧视以及依据国内法律体系）。

因”、《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第6条第1款使用的“为了与采取征收的缔约一方国内需要相关的公共目的”以及《老挝—中国双边投资协议》（1993年）第4条第1款使用的“为了公共利益所必须”，则通过将东道国置于一个更有利的位置，使这一标准不仅变得更具操作性，而且更容易得到满足。其他的变体包括出现在《阿根廷—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款与《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款中的“为了社会公共利益的需要”与“为了国家安全和公共利益”，但由于它们宽泛而模糊的覆盖范围而并不那么有效。各式各样的条款表明，“为公共目的”标准的范围和性质需要在特定的案件中对具体事实进行考虑。

中国的一些双边投资协议包含了合理使用国家“管治权”（police power）的例外，^[91]旨在为符合公共利益的规范提供合理的安全港。由于《东盟—中国投资协议》中并无“管治权”例外，“为公共目的”这一条件也许不会在征收案件中起到安全港的效果。但是，“公共目的”可能会为地方保护主义提供帮助，从国际法视角来看难以辨认。仲裁庭必须在判断具有更多国内“目的”色彩的“公共”目的是否可接受的时候，着重考虑不守信、武断以及区别对待等要素。

一些双边投资协议规定，征收的实施必须遵守正当程序。不同于西方的法律术语，中国大量的双边投资协议使用“依照国内法律程序”^[92]一词，而非“依照正当程序”。中国的一些双边投资协议虽然采用“正当程序”的措辞，但带有中国特色。例如，征收必须依照“国内法律程序”^[93]或“法律程序”^[94]执行。但是，“国内法律程序”或“法律程序”的意义在这些双边投资协议中从未被明确。这两个相似用词之间的区别表面上很明显：“法律程序”更接近于“正当程序”，而“国内法律程序”则倾向于“国家法律”。当采用“法律程序”时，投资者的境遇将会更好，因为投资者可以依据国际习惯法获得保护，而“国内法律程序”则给予投资者更小的余地。这样的语义分析有助于理解为什么中国的一些双边投资协议使用“根据其法律”^[95]或“有关国内法”^[96]的表述。由于征收程序受制于实施征收国家的国内法，因此，对“国内法”或“国家法律”的引用为东道国提供了更大的灵活性以及对法律程序的控制力。当实施征收的国家有征收法律、国内审查、公平申诉机会以及公正的法庭时，这一标准相对而言更易得到满足。^[97]相比而言，《中日韩三方协定》第11条第1款设定了更高的标准，要求征收“依照缔约方的法律和国际标准的正当法律程序”。

在中国的一些双边投资协议中，由于投资者被赋予对已实施的征收与补偿款数额请求

[91] 如《新西兰—中国自由贸易协定》（2008年）附件13。

[92] 如《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款第1项、《老挝—中国双边投资协议》（1993年）第4条第1款第2项、《柬埔寨—中国双边投资协议》（1996年）第4条第1款第2项、《缅甸—中国双边投资协议》（2001年）第4条第1款第2项。

[93] 见《捷克—中国双边投资协议》（1991年）第4条第1款第1项。

[94] 见《奥地利—中国双边投资协议》（1985年）第4条第1款、《墨西哥—中国双边投资协议》（2008年）第7条第1款第3项、《瑞典—中国双边投资协议》（1982年）第3条第1款。

[95] 如《新西兰—中国双边投资协议》（1988年）第6条第1款、《新加坡—中国双边投资协议》（1985年）第6条第1款。

[96] 如《阿联酋—中国双边投资协议》（1993年）第6条第1款第2项、《圭亚那一中国双边投资协议》（2003年）第4条第1款第2项、《科威特—中国双边投资协议》（1985年）第5条第2款。

[97] 参见前引[38]，Rudolf Dolzer等书，第91页。

司法审查的权利，因此，“国内法律程序”或“根据其法律”的规定对投资者保护而言可能更为有效。例如，《英国—中国双边投资协议》（1986年）第5条第1款规定，“受影响的国民或公司应有权依照采取征收的缔约一方的法律，要求该方的司法或其他独立机构根据本款规定的原则迅速审理其案件和其投资的价值”。相似的权利条款也规定在中国的其他双边投资协议中，如《德国—中国双边投资协议》（2003年）第4条第2款规定，“征收措施的合法性和补偿款额的估价，应投资者的要求，仍可由国家法院进行审查”。《东盟—中国投资协议》并没有通过为投资者提供审查权利而遵循这一路径。因此，投资者不得不依据投资者和政府之间的仲裁对征收提出索赔。

非歧视要件在中国的很多双边投资协议中出现，只有中国与奥地利、德国、印度尼西亚、意大利、阿曼以及英国的双边投资协议等一小部分例外。如果双边投资协议没有为投资者提供国民待遇保护，或征收行为并非依照正当程序进行，那么非歧视要件对投资者保护具有更大的价值。实践中，歧视控诉的提起多涉及正当程序或补偿的支付。然而，歧视性因素“在具体案件中相当难以被证明”。^[98]因此，非歧视要件与国民待遇保护、征收的正当程序要件是相互补充的关系。在具体的实践中，三者都有可能构成合法征收的先决条件。但是，非歧视要件本身也存在难以具体化和被证明的问题，因为其通常只是一个概括性称谓，它的概括性和不确定性会产生“反征收国际保护中的大漏洞”。^[99]

补偿款的支付是征收生效的一项重要条件。不过，在合法征收的可接受补偿标准问题上，国际投资法尚无共识。在此问题上的南北分歧是明显的：发达国家坚持依据赫尔公式（Hull Formula）的全面补偿，即“及时、充分及有效的补偿”，^[100]而发展中国家则倾向于“适当的”补偿或者根本不补偿。^[101]对此，现时的中国已经无法被简单化地归入南方或北方阵营。作为资本输出大国，中国在技术上很难排斥赫尔公式。

在老一代的中国双边投资协议中，补偿的标准通常不明确。中国的立场很清楚：由于是发达国家的要求，因此不接受赫尔公式。相反，中国的双边投资协议倾向于支持“合理”、“公平”、“适当”^[102]或者“有效”^[103]的补偿。新一代的中国双边投资协议则尝试明确补偿标准，其中一些双边协议将“被征收的投资的价值”^[104]与补偿相联系，另一些则参考“真正”、^[105]“实际”、^[106]“市场”^[107]或者“公平市场”^[108]，以明确“价值”的定义。对“被征收的投资的价值”的依赖，表明东道国为投资者提供“合理补偿”的意愿。

[98] Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, New York, 2003, p. 751.

[99] Pope & Talbot Inc. v. Canada, Interim Award, 26 June 2000, para. 99.

[100] 如《美国—乌拉圭双边投资协议》（1993年）第6条第1款第3项。

[101] UN Economic Charter 1974; Francesco Francioni, *Compensation for Nationalization of Foreign Property: the Borderland Between Law and Equity*, 24 ICLQ 255 (1975).

[102] 如《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款、《立陶宛—中国双边投资协议》（1993年）第4条第1款第4项。

[103] 如《老挝—中国双边投资协议》（1993年）第4条第1款第4项。

[104] 如《德国—中国双边投资协议》（2003年）第4条第2款。

[105] 如《法国—中国双边投资协议》（2007年）第5条第2款。

[106] 如《比利时与卢森堡经济联盟—中国双边投资协议》（2005年）第3条第1款。

[107] 如《澳大利亚—中国双边投资协议》（1988年）第8条第2款、《巴巴多斯—中国双边投资协议》（1998年）第4条第2款、《西班牙—中国双边投资协议》（2005年）第4条第2款。

[108] 如《荷兰—中国双边投资协议》（2001年）第5条第1款第3项、《芬兰—中国双边投资协议》（2004年）第4条第2款、《墨西哥—中国双边投资协议》（2008年）第7条第2款第1项。

《中日韩三方协定》第11条第2款也采用“公平市场价值”的概念。然而,从实践意义来看,《东盟—中国投资协议》第6条第1款规定的“价值”并不明确对应于完整的市场价值,且计算公式欠缺操作性。就这一点而言,中国的部分双边投资协议率先吸收一些实际估值方法或引入一些估值条款。比如,在《津巴布韦—中国双边投资协议》(1996年)中,计算是通过“在合适的情况下由独立的会计师事务所确定的净资产价值以及市场价值”进行的(第4条第2款)。《圭亚那一中国双边投资协议》(2003年)第4条第2款规定,价值由“将该投资作为运营中的企业在公开市场上出售时的价值”决定。总体来看,在对被征收投资估值的问题上,《东盟—中国投资协议》吸收了一些市场导向的因素,可以说与赫尔公式更加接近。

中国的双边投资协议通常将估值日期规定为“公布征收前一刻”、^[109]“采取征收措施前一刻”^[110]或“决定被宣布或公布前一刻”。^[111]这有助于确保“被征收的投资的价值”将不因征收被公布而出现贬值。《东盟—中国投资协议》第8条第2款规定,“此补偿应以征收公布时或征收发生时被征收投资的公平市场价值计算,孰为先者作准”。

适当的日期对利息的计算也至关重要。老一代的双边投资协议通常不在补偿中规定利息,^[112]这也和早期的不具体涉及利息支付的实践相一致。^[113]从上世纪90年代中期开始,利息条款在中国的双边投资协议中出现,且参照“正常”、^[114]“商业”、^[115]“适当”、^[116]“公平和公正”、^[117]“通常银行”^[118]或“伦敦银行同业拆息率”^[119]的利率。《东盟—中国投资协议》第8条第2、3款规定,“补偿的清偿和支付不应有不合理的拖延。一旦发生拖延,补偿应包括按主要商业利率计算的从征收发生日起到支付日之间的利息”。即便“无故迟延”^[120]或“不适当地迟延”^[121]在若干中国的双边投资协议中出现,由于“迟延”没有被充分地定义,被引用段落的第一句话并无太大意义。后面紧跟着的那句话似乎表明,只要补偿没有在征收发生时进行,即构成迟延。这样的解释并不明智,因为投资者和东道国可能会在征收是否发生的问题上产生争议。《冰岛—中国双边投资协议》(1994年)第4条则明确,“迟延从递交有关申请之日起,不得超过6个月”。

[109] 如《奥地利—中国双边投资协议》(1985年)第4条第1款。

[110] 如《荷兰—中国双边投资协议》(2001年)第5条第1款第3项、《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)第145条第2款、《墨西哥—中国双边投资协议》(2008年)第7条第2款第1项。

[111] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》(1994年)第6条第1款。

[112] 如《保加利亚—中国双边投资协议》(1989年)第4条、《阿尔及利亚—中国双边投资协议》(1996年)第5条、《叙利亚—中国双边投资协议》(1996年)第4条。

[113] Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, pp. 112-114.

[114] 如《智利—中国双边投资协议》(1994年)第4条第2款、《冰岛—中国双边投资协议》(1994年)第4条、《缅甸—中国双边投资协议》(2001年)第4条第2款。

[115] 如《新西兰—中国自由贸易协定》(2008年)第145条第2款。

[116] 如《立陶宛—中国双边投资协议》(1993年)第4条第2款、《希腊—中国双边投资协议》(1992年)第4条第2款。

[117] 如《印度—中国双边投资协议》(2006年)第3条第2款。

[118] 如《黎巴嫩—中国双边投资协议》(1996年)第4条第3款。

[119] 如《阿曼—中国双边投资协议》(1995年)第4条第2款、《俄罗斯—中国双边投资协议》(2006年)第4条第2款。

[120] 如《菲律宾—中国双边投资协议》(1992年)第2条。

[121] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》(1994年)第6条第1款。

为了使补偿更有效,补偿应当以投资者可兑换的形式进行。因此,支付的货币必须是自由兑换的,或者可以被兑换成可以自由兑换的货币。^[122]《东盟—中国投资协议》第8条第3款规定,“包括应付利息在内的补偿,应当以原投资货币或应投资者请求以可自由兑换货币支付”。而“可自由兑换货币”则被定义为“国际货币基金组织在其协议相关条款及任何修正案中指定为可自由兑换货币的任何货币”(第1条第1款第2项),即美元、欧元、英镑、日元。^[123]这样,《东盟—中国投资协议》使得补偿更为有效。但需要指出的是,《东盟—中国投资协议》的这一规定未必是最能让投资者满意的安排。中国的一些双边投资协议中确认,“支付不应不适当地迟延,并应有效地兑换和自由转移”,^[124]或者“有效地实现和自由转移”,^[125]有效地给予了投资者更多免于货币贬值风险的保护。

不同于中国的其他一些双边投资协议,《东盟—中国投资协议》没有对如何确定本地货币与可自由兑换货币之间的汇率作出明确规定。中国的双边投资协议采纳了几种计算方式,诸如“每日平均汇率”、^[126]转移之日的“官方汇率”^[127]以及“价值确定之日的汇率”。^[128]这些规定都能帮助避免这一问题上潜在的争议。《中日韩三方协定》第12条第2款规定的是“按照市场汇率自由兑换”。

《东盟—中国投资协议》第8条第5款规定:“对于一缔约方所征收的法人财产,若该法人为根据其法律、法规以股份形式组成或建立,且另一缔约方的投资者拥有其中股份,本条前述几款的规定应适用,以保证支付给此投资者的补偿符合其所征收财产的利益。”这一条款阐述了征收中的补偿事项,使得补偿规则适用于持有被征收的本地公司的股份的外国投资者。这反映了最新的投资协议实践。然而,对遭遇征收的投资者提供补偿引发了一些批评,因为“它否认了被诉方通过主张公司与股东的法律人格不同以对抗一个间接判决的选择权利”。^[129]潜在的问题是,这可能使人们对国际法中的“禁止双倍救济”规则产生质疑,因为当公司层面的某些资产被征收但未对投资者持有的股份的价值造成损害时,投资者作为股东可能会依该规则得到重复补偿。^[130]

(二) 间接征收

在投资协议的法律体系中,征收不但涵盖直接措施,也包含间接措施,如“隐形征收”。^[131]《德国—中国双边投资协议》(2003年)第4条第2款便涵盖“间接征收”。《中日韩三方协

[122] World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, art. IV. 7, (1992) 31 ILM 1366.

[123] Article of Agreement of the International Monetary Fund, art. XXX (f).

[124] 如《以色列—中国双边投资协议》(1995年)第5条第1款、《老挝—中国双边投资协议》(1993年)第4条第2款、《蒙古—中国双边投资协议》(1991年)第4条第2款、《西班牙—中国双边投资协议》(2005年)第4条第2款。

[125] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》(1994年)第6条第1款。

[126] 如《澳大利亚—中国双边投资协议》(1988年)第8条第2款。

[127] 如《韩国—中国双边投资协议》(1992年)第4条第3款。

[128] 如《希腊—中国双边投资协议》(1992年)第4条第2款。

[129] Markus Perkams, *Piercing the Corporate Veil in International Investment Agreements*, in August Reinisch and Christina Knahr (eds.), *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, The Hague, 2008, pp. 93, 110.

[130] *Gami Investments, Inc. v. Mexico*, UNCITRAL Final Award, 15 November 2004, paras. 123 – 129.

[131] 对于间接征收概念的讨论,参见 Christopher Gibson, *A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: the Case of Indirect Expropriation*, 25 Am. U. Int'l L. Rev. 357, 378 (2010); Rachel A. Nathanson, *The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis*, 98 Iowa L. Rev. 863, 871 (2013).

定》的“征收和补偿”条款也适用于“与征收或国有化等同的任何措施”（第11条第1款）。中国大量的双边投资协议中含有起到类似效果的其他变种规定。^[132]“间接征收”最复杂的定义出现在《新西兰—中国自由贸易协定》（2008年）中，征收措施限制在（1）等同于直接征收，因为“政府实质上剥夺了投资者对其财产的使用权”，（2）严重的或无限期的，以及（3）与公共目的不相称。^[133]

截至目前，中国与绝大多数国家签订的双边投资协议都规定了间接征收。^[134]虽然《东盟—中国投资协议》在“间接征收”问题上有明确界定，但是“同等措施”条款为仲裁庭对此问题作扩大化解释提供了可能。这使得仲裁索赔结果存在不确定性。因为《东盟—中国投资协议》缺少特殊情况下协议标准适用的指引，适用与争议相关的国际法可能是一个选择。而投资仲裁法律体系已经表明，仲裁庭经常“通过国际法决定评估对征收的索赔的相关标准”，^[135]并且表达出“征收的一般概念与其特殊形式之间没有差别”的一般观点。^[136]

（三）强制许可：在间接征收的情形之下

知识产权一直以来都被认为是“投资”的一种形式，受到双边投资协议的保护。《东盟—中国投资协议》和中国的大多数双边投资协议一样，在“投资”的定义中规定了可以被认定为投资资产的知识产权的详细列表。^[137]但是到目前为止，在公开的投资争议仲裁裁决中，几乎没有以知识产权为中心的投资争议。^[138]

在强制许可的授权问题上，政府可以强迫知识产权人将知识产权授权国家或者第三方使用，以换取许可费用，藉此直接干预外国投资者的私有知识产权。^[139]这样的强制许可可能会由于构成对私有财产安全与商业创新的潜在威胁，对涉及知识产权的外国直接投资产生直接影响，并且引发对双边投资协议条款的违反。国际法承认某些形式的强制许可，但外国投资者可能会考虑依据世贸组织体系或通过投资仲裁，依照国际标准维权。强制许可虽然并不剥夺知识产权人受保护的知识产权，但因其对投资者权利存在潜在影响这一事实，还是可以从广义的间接征收或监管征收的角度，将其视为政府干预的一种形式。仲裁庭在Starrett Housing Corp.案中采纳的“纯粹效果标准”建立了一个较高的门槛。^[140]当“措施……对财产权的干预到达权利已经无用，以至于必须被认定是被征收的程度时”，强制许可

[132] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》（1994年）第6条第1款、《菲律宾—中国双边投资协议》（1992年）第4条第1款、《土耳其—中国双边投资协议》（1990年）第3条第1款、《马来西亚—中国双边投资协议》（1988年）第5条第1款、《缅甸—中国双边投资协议》（2001年）第4条第1款。

[133] 《新西兰—中国自由贸易协定》（2008年）附件13对构成征收的行为进行了明确的解释。

[134] 参见王小林：《国际投资间接征收的中国关切》，《北方法学》2015年第2期，第85页。

[135] LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 185; Metalpar SA and Buen Aire SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/5, para. 173; Continental Casualty Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, para. 284.

[136] Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL Award, para. 200.

[137] 见《东盟—中国投资协议》第1条第1款第4项。

[138] Tsai-Yu Lin, *Compulsory Licenses for Access to Medicines, Expropriation and Investor-State Arbitration under Bilateral Investment Agreements: Are there Issues Beyond the TRIPS Agreement?*, 40 International Review of Intellectual Property Law 152 (2009).

[139] Robert Bird and Daniel R. Cohay, *The Impact of Compulsory Licensing on Foreign Direct Investment: a Collective Bargaining Approach*, 45 American Business L. J. 283 (2008), n. 1; Carlos M. Correa, *Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreements: Implications for the Granting of Compulsory Licenses*, 26 Michigan J. International L. 346 (2004).

[140] 区分管制措施与征收措施时应该完全根据特定政府措施的效果，尤其对投资的干预程度。参见上海法学会：《间接征收的研究起点和路径——从投资者权益与东道国治安权平衡之视角探析》，<http://www.sls.org.cn/Pages/Detail.aspx?id=3236>.

即构成间接征收。^[141]

《东盟—中国投资协议》第8条第6款规定：本条（征收条款）不适用于根据WTO协定附件1C《与贸易有关的知识产权协定》给予的与知识产权相关的强制许可。这与《美国—乌拉圭双边投资协议》（1993年）第6条第5款类似。当强制许可是由《TRIPS协议》授予时，征收条款将完全不适用。这种“交叉引用”的方式体现出以条约为基础的两种不同的法律体系（提供不同程度的保护和不同类型的救济）之间复杂的相互影响。首先，它表明强制许可与投资仲裁之间的联系。其次，它对东道国发布的许可的有效性进行约束，使其符合《TRIPS协议》。第三，其用词足够清晰，要求仲裁庭根据世贸组织的实体性规范作出决定。然而，该规定只排除了根据《TRIPS协议》给予的强制许可，而非根据《TRIPS协议》给予的强制许可，仍然可能受制于征收条款。

七、资本转移和利润汇回

资本转移和利润汇回条款保证了资金的自由流动，是外国投资者在双边投资协议中最需要保障的基本权利。中国以及一些东盟成员国作为资本吸收国，实行外汇管制制度，^[142]需要在投资协议中通过资本转移条款平衡投资者与东道国之间的利益冲突。^[143]这也是中国老一代双边投资协议明确规定中国有权执行外汇管制措施的原因。^[144]

（一）自由转移条款

《东盟—中国投资协议》中包含了支付自由转移条款，还配有支付类型的解释性列表。这份列表和定义“投资”时所使用的解释性列表的运作方式相同。《东盟—中国投资协议》同时覆盖资金流的“汇入或汇出该方领土”（第10条第1款），显示了与老一代双边投资协议仅对向外转移作出规定的差别。^[145]更多的新一代双边投资协议中的转移条款对自由向内转移进行了覆盖，如中国与芬兰、墨西哥以及土耳其之间的双边投资协议。^[146]

根据《东盟—中国投资协议》第10条第1款，自由转移条款包含了范围广泛的支付。投资所产生的利润或投资的销售所得款项，依据贷款业务进行的支付，专利使用费以及技术支持，自然人的净收入和其他补偿，都是与“投资”和收益有关的支付。《东盟—中国投资协议》还明确提及“初始投资”以及“追加资本”。这一引用同时将《墨西哥—中国双边投资协议》（明确了支付的自由转移覆盖与“设立、维持或扩大投资所必须的数额”有关的支付）与《葡萄牙—中国双边投资协议》（其中初始投资与追加资本都可以自由地转移）中的一些特征结合起来。^[147]当自然人被雇佣并被允许在东道国领土内进行与投资有关的工作

[141] *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1983) 4 Iran-US CTR 122 at 154.

[142] 前引 [113], Rudolf Dolzer 等书, 第 85 页。

[143] Kenneth J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer, Deventer, 1992, p. 143.

[144] 如《英国—中国双边投资协议》（1986年）第6条第4款。

[145] 如《韩国—中国双边投资协议》（1992年）第8条。

[146] 见《芬兰—中国双边投资协议》（2004年）第6条第1款、《墨西哥—中国双边投资协议》（2008年）第8条第1款。

[147] 见《墨西哥—中国双边投资协议》（2008年）第8条第1款第1项、《葡萄牙—中国双边投资协议》（2005年）第6条第1款第1项。

作时,薪水的转移亦是一个合格的权利。^[148]这一条件也出现在中国的其他双边投资协议中。^[149]《东盟—中国投资协议》中的该权利在范围上更广泛,不但覆盖净收入还覆盖“其他补偿”,而这很有可能被解释为覆盖额外津贴以及雇员获得的其他福利,其中的列表还引用了征收条款与损失补偿条款所允许的补偿的自由转移。^[150]

为了使转移义务对外国投资者而言更有意义,双边投资协议还对转移增加了其他实质性的标准。首先,转移需通过可自由兑换货币实现。其次,当地货币与“可自由兑换货币”之间的汇率必须适当,“(转移之日接受投资的缔约国一方)通行的汇率”是最普遍的规定。^[151]《东盟—中国投资协议》追随了这一规定。第三,转移必须是自由^[152]以及不延误的。中国的一些双边投资协议在时间上设了一个上限。^[153]《法国—中国双边投资协议》(1984年)将“合理期间”解释为“根据国际金融惯例通常完成转移手续所需要的时间”。^[154]《意大利—中国双边投资协议》(1985年)第4条第2款不但定义了“不适当地迟延”,还设置了时间限制。《东盟—中国投资协议》则没有在此问题上明确其立场。

(二) 自由转移义务的限制

在自由转移资金上附加限制是十分常见的,通常以自由转移的排除列表的形式出现。由此,东道国便可以采取一些货币管制限制或其他措施。通常的限制包括寻求转移的投资者承担的财政、^[155]财务、^[156]“未尽”(due)^[157]以及税收^[158]义务。《东盟—中国投资协议》第10条第3款规定了明确的排除事项。这些排除事项不但覆盖投资者的财政、税收以及财务义务,还包含其他“社会”义务。设置如此广泛的列表的优点在于,可以使得禁止转移条款更为有效。中国的一些双边投资协议证实了中国的外汇管制实践。^[159]在中国外汇管制与资本转移法律法规缓慢但有组织的自由化过程中,中国通过去除“依照其法律和法规”的限制,表现出其在双边投资协议谈判中的灵活性。^[160]

《东盟—中国投资协议》并没有直接包含“国内法律和法规”这一豁免,而是将该限制条件附在了东道国阻止或延迟资本转移之上。东道国对“法律和法规”的适用必须满足“公平、非歧视和善意”的条件(第10条第3款)。这说明,在限制投资者转移问题上,中

[148] 见《东盟—中国投资协议》第10条第1款第5项。

[149] 如《印度尼西亚—中国双边投资协议》(1994年)第7条第1款第8项、《马来西亚—中国双边投资协议》(1988年)第6条第1款第5项。

[150] 见《东盟—中国投资协议》第10条第1款第7项。

[151] 如《老挝—中国双边投资协议》(1993年)第5条第2款、《柬埔寨—中国双边投资协议》(1996年)第6条第2款、《文莱—中国双边投资协议》(2000年)第6条第2款、《缅甸—中国双边投资协议》(2001年)第6条第3款。

[152] 如《新加坡—中国双边投资协议》(1985年)第8条第1款。

[153] 如《文莱—中国双边投资协议议定书》(2000年)第6条、《韩国—中国双边投资协议议定书》(2007年)第6条第6款。

[154] 见《法国—中国关于相互鼓励和保护投资的协议的附件》(1984年)第3条第3款。附件是投资协议的组成部分,附件的目的是对投资协议中的某些概念、称谓进行解释和说明。

[155] 如《阿曼—中国双边投资协议》(1995年)第6条第1款。

[156] 如《斯洛文尼亚—中国双边投资协议》(1993年)第5条。

[157] 如《南斯拉夫—中国双边投资协议》(1995年)第6条第2款。

[158] 如《保加利亚—中国双边投资协议》(1989年)第5条第2款、《乌克兰—中国双边投资协议》(1992年)第5条。

[159] 如《叙利亚—中国双边投资协议议定书》(1996年)第2条。

[160] 如《芬兰—中国双边投资协议》(2004年)第6条。

国向透明度和法治跨出了实质性的一步。在《东盟—中国投资协议》项下，投资者转移资金时必须满足当地法律要求，但当地法律要求不能有意地被创设并用于回避东道国的承诺。然而，实践中究竟在多大程度上可以依赖此条款协助投资者是不明确的。《东盟—中国投资协议》中的“国内法律”路径与《德国—中国双边投资协议》（2003年）中采用的“祖父条款”路径不同，后者放弃了“外汇管理国内法律和法规所规定的相关程序”的限制，^[161]仅规定中国的外汇管理部门负有在两个月内处理资本转移请求的义务。^[162]值得注意的是，《东盟—中国投资协议》明确转移条款的适用应当依照最惠国待遇标准，使得投资者可以获得转移方面的最佳待遇。

在金融危机时期，转移自由的例外是被允许的，^[163]《东盟—中国投资协议》吸收了这一例外（第10条第5款）。然而，在《东盟—中国投资协议》中，对金融危机例外的适用受制于一些限制条款。首先，金融危机例外只“在特殊情形下”适用。^[164]《东盟—中国投资协议》提供了两个例子：“资本的流动导致相关缔约方严重的经济或金融动荡，或存在导致上述情况的威胁”（第10条第5款第3项）以及“国际收支严重不平衡、外部金融困难或威胁”（第11条第1款）。其次，财政困难必须达到严重的程度。然而，考虑到近期的案件，如 CMS Gas Transmission Co. v. Argentina 案、LG&E v. Argentina 案以及 Enron v. Argentina 案中，^[165]对必要性的辩护受到激烈的辩论与令人疑惑的解释，这一门槛的功能以及实际用途仍不够明确。

《东盟—中国投资协议》也允许应国际货币基金组织的要求以及依据国际收支平衡保障措施条款进行的国际收支平衡例外，但必须及时通知其他缔约方，且存在限制条件。^[166]这些条件有效地要求东道国最少地使用与所追求的目标相称的限制措施。《东盟—中国投资协议》的收支平衡例外从实践意义上而言是严厉的，强调收支平衡例外不得“影响各方作为国际货币基金组织成员在《国际货币基金协定》项下的权利和义务”（第10条第5款）。

结 语

针对《东盟—中国投资协议》、《中日韩三方协定》与中国其他双边投资协议所规定的实体权利的比较考察说明，中国的投资协议在对外国投资的法律保护上，已经逐渐地向一个与国际实践接轨的、更为自由的立场转变。与1998年以前的老一代中国双边投资协议不同（以不愿意适用严格的投资保护标准、不愿意采用广泛的投资者与国家间争议解决机制

[161] 《东盟—中国投资协议》第10条第4款规定：“为进一步明确，本条前述各款所指的转移应遵守各自外汇管理国内法律和法规所规定的相关程序，只要此类法律和法规不被用作规避缔约方本协议义务的手段。”而《德国—中国双边投资协议议定书》（2003年）第6条无此限制。

[162] 见《德国—中国双边投资协议》（2003年）第6条第3款、《德国—中国双边投资协议议定书》（2003年）第5条第2款。

[163] 如《乌干达—中国双边投资协议》（2004年）第7条第4款。

[164] 《东盟—中国投资协议》第10条第5款第3项。

[165] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 347; LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 185; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004.

[166] 见《东盟—中国投资协议》第10条第5款第1、2项，第11条第2、3款。

为特点^[167]),以《巴巴多斯—中国双边投资协议》(1998年)为起点的新一代双边投资协议已经疏离资本输入国的传统立场,在很大程度上显示出中国资本输出国的属性,以便为在中国的外国投资者提供更强的程序性保护。^[168]1998年之后,中国双边投资协议逐渐向侧重吸引和促进投资,强调对投资者实体权益保护的自由化立场转变,并在2006年《印度—中国双边投资协议》实现权利保护实体规则的转型,特别是在间接征收规则上采取了明显变化的立场。2012年的《加拿大—中国双边投资协议》包括了美加双边投资协议范本中规定的投资者保护标准、关注公共政策的保护措施以及允许对外商投资的投资前阶段进行保护。以这三个年份为节点,中国的双边投资协议呈现出线性递进的演进过程,实现了从限制到自由,从偏重东道国主权保护到注重外商投资保护,再到对东道国和投资者权益保护的再平衡。^[169]

中国的双边投资协议在实体性保护标准方面的发展,符合不断提升的外资保护国际标准。这些实体性保护标准正缓慢地向糅合了中国作为发展中国家和资本输出国家双重特性的“混合”形式演变,而这个演变就是有利于外国投资者保护的“自由化”。

《东盟—中国投资协议》和中国新近签署的一些双边投资协议是这一“自由化”趋势的最新体现。然而,《东盟—中国投资协议》没有在提供更多实体性的保护上表现出突破性进展。比如,它没有明确保护伞条款的性质。^[170]尽管如此,由于全面的投资者与国家间争议解决条款以及实体性保护标准所附属的更加实用的术语、特征、要件、门槛以及补充条件,外国投资者可因《东盟—中国投资协议》中包含的实体权利而获利。

中国双边投资协议政策与实践的变化,与中国于1998年启动“走向全球”策略在时间上的重叠并非巧合。与长期奉行的鼓励外国直接投资流入的政策形成对比的是,中国长期的坚定立场并非鼓励,或者准确来说其实是阻拦或限制对外直接投资。从2001年开始,中国改变政策,开始鼓励海外直接投资,以减少对外顺差和安全地获得其他发展中国家的自然资源。“走出去”战略的目标是,到2010年扶持50家左右具有全球竞争力的“国家品牌”,并且促进中国企业在向海外扩张的进程中扮演引导者的角色。^[171]中国在2012年和2013年连续两年是仅次于美国和日本的世界第三大对外投资国。^[172]中国签订高标准的投资

[167] See Congyan Cai, *Outward Foreign Direct Investment Protection and the Effectiveness of Chinese BIT Practice*, 7(5) J. World Investment and Trade 621 (2006).

[168] Stephan W. Schill, *Tearing Down the Great Wall: the New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China*, 15(1) Cardozo J. International and Comparative Law 73 (2007) (揭示中国在新的《德国—中国双边投资协议》中积极主动地建议制定一个全面的争议解决条款); Yuqing Zhang, *The Case of China*, in Michael Moser (ed.), *Investor-State Arbitration: Lessons for Asia*, Juris Publishing, New York, 2008, p. 156 (认为是西方国家在更新它们和中国的双边投资协议时,希望中国采纳现代争议解决条款)。

[169] 参见肖军:《国际投资条约的复杂化与多元化——晚近国际投资条约发展趋势之辨及我国应对策略》,《法学评论》2014年第5期,第163页; Congyan Cai, *China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications*, 12(2) Journal of International Economic Law 457, 461-462 (2009)。

[170] 《东盟—中国投资协议》第18条第2款简单地规定:“各方应遵守其对另一方投资者的投资业已作出的任何承诺。”

[171] Florencia Jubany and Daniel Poon, *Recent Chinese Engagement in Latin America and the Caribbean: a Canadian Perspective*, Canadian Foundation for the Americas Research Report (March 2006), available at www.focal.ca/pdf/china_latam.pdf.

[172] UNCTAD, *World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, xiii; UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, p. 7.

协议与其作为主要对外投资国的地位相称。目前，中国正积极地与尚未与中国签订双边投资协议的国家特别是美国进行双边投资协议谈判。包括《东盟—中国投资协议》在内的中国与其他国家或区域经济组织签订的双边投资协议，显示出中国对现代双边投资协议法律体系以及国际投资法不断提升的接受度。

作为世界第二大经济体，中国在双边投资协议和自由贸易协定谈判中所展示的自由化姿态与中国作为一个开放的大国的地位是吻合的。在2014年APEC峰会上，中国与韩国宣布自贸协定谈判实质部分结束，随后在2014年G20峰会上，中国与澳大利亚宣布自贸协定谈判实质部分结束，加上与新西兰、新加坡、智利、秘鲁、东盟等国家签订的自贸协定，中国已经签订14个自由贸易协定，涉及22个国家和地区；有7个自贸协定正在谈判中，涉及22个国家和地区。^[173] 中国是区域自贸谈判中成长最快的国家。中国正在参与一系列自贸协定的谈判和签署，并推动亚太自由贸易区的建设。《东盟—中国投资协议》和《中日韩三方协定》代表了中国在投资协议实践中呈现出的多边化态势。全球主要经济体正在为克服国际投资体系破碎化，引领国际投资保护标准走向，并最终形成有利于自己竞争的国际投资法律框架而积极进行跨区域投资协定的谈判。这些跨区域投资协定将主要经济体连接起来，如图1所示。美国正在同时进行跨太平洋和跨大西洋的TPP和TTIP谈判。^[174] 与之对应，中国努力参与以东盟及与之签订自贸协定的6个亚洲国家为基础的《区域全面经济合作伙伴关系》（Regional Comprehensive Economic Partnership）协定。^[175] 这个多边化态势可以视

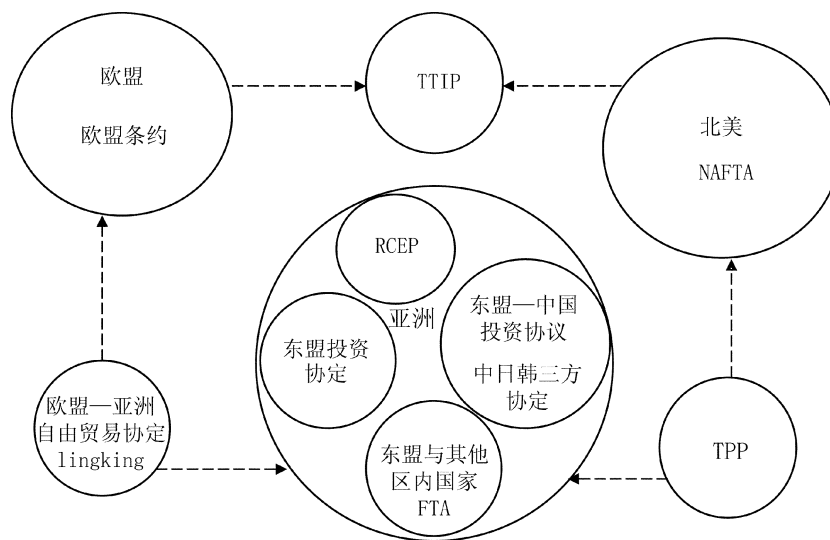


图1 演进过程中的多边投资体系

[173] 参见“中国自由贸易区服务网”，<http://fta.mofcom.gov.cn/>，2015年7月9日访问。

[174] 参见东艳、王岚：《美跨区域贸易谈判难以步入快车道》，《中国社会科学报》2014年4月16日第B2版；张建平：《客观认识和对待TPP》，《中国社会科学报》2014年6月6日第A7版。

[175] RCEP是由东盟十国发起，中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度参加的自由贸易协定。它是覆盖人口最多的跨区域投资协定，覆盖了世界1/2的人口和1/3的GDP。相比，TTIP（Transatlantic Trade and Investment Partnership）涵盖了全球45% GDP的国家，而TPP（Trans-Pacific Partnership）是吸引外商直接投资最多的区域。这三个投资谈判计划是目前影响最大的大区域投资协定。参见董振国等：《中国—东盟打造升级版自贸区》，《经济参考报》2014年9月22日第4版。

为中国进一步争取和展现全球经济治理制度性权力的努力。^[176]

由于世界贸易组织等多边经济体制的发展屡屡受挫,全球各区域化发展迅速,中国必须通过签署自贸协定,特别是通过签署多边协定和跨区域投资协定的方式,更好地参与全球资源市场配置体系,降低解决贸易和投资分歧的成本,并通过引领国际规则制定,增强国际竞争力。更为重要的是,中国需要在全球经济秩序重构和全球经济治理体系优化的过程中,利用法律和制度的手段,主导国际政治和经济秩序。这与中国在国内深化依法治国的进程是一致和同步的。中国需要在国际经济生活中,通过法治的方式塑造话语体系,参与规则制定和体系机制建设。^[177] 国家越开放,在同其他国家合作领域的共同利益就越多,通过法治方式提升治理水平和优化治理结构的可能性和必要性就越大。可以预见,中国在双边投资协议和自由贸易协定的谈判和签署过程中,将继续这一自由化和多边化的路径和进程,展现依法参与全球经济治理的法治意愿。

Abstract: In a sharp contrast to the explosive growth of bilateral investment treaties in the global sphere, multilateral investment treaties are relatively rare and draw less attention. Recent years has witnessed two eye-catching regional events in the field of investment treaty arbitration. First, the Association of South East Asian Nations (“ASEAN”) and the People’s Republic of China entered into an Agreement on Investment of the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation in Bangkok, Thailand on August 15, 2009. Second, China, Japan and South Korea signed the first tri-lateral investment agreement in 2012. These are the most important regional investment treaties apart from the TPP negotiation in the Asia-Pacific region. This article, through the investigation into the evolution of substantive standards in the bilateral investment treaties concluded by China, including but not limited to those on national treatment, most-favored-nation treatment, fair and equitable treatment, full protection and security safeguard, expropriation, and capital transfer and repatriation, looks into the liberal and multilateral movement China is heading for. China’s departure from its traditional conservative position in protecting foreign investors will be conducive to the attraction of foreign direct investment, improvement of transparency, and strengthening of the rule of law. Further, China’s changing stance will help promote a more liberal and multilateral investment protection regime in the Asia Pacific region.

Key Words: bilateral Investment treaties, substantive standards, multilateral investment treaties, global economic governance system

[176] 参见《习近平:加快实施自贸区战略》,《解放日报》2014年12月7日第1版。

[177] 中国在自由贸易协定的谈判中已经展现出灵活的谈判策略和规则制定技巧。比如,中国针对谈判对象的具体情况,不是套用现成的自由贸易协定模板,而是“量身定做”;中国签订所有自贸协定的共同要求是,对象国必须承认中国的市场经济地位,解决“入世”谈判的遗留问题;中国在自贸协定谈判中也愿意就较为敏感的劳动力流动、农产品市场、环保议题等展开谈判。在规则制定方面,中国已经展现了灵活性和个性化的特点。