

国际投资协定中投资者与东道国利益平衡路径的重构

张倩雯

(西南交通大学 公共管理学院,四川 成都 610031)

摘要:国际投资协定文本改革应与国际投资仲裁程序改革并行不悖。文本改革的关键在于合理平衡投资者利益与东道国规制权。作为代表世界三大重要经济体近年改革立场的国际投资协定,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》投资章节和《中欧全面投资协定》通过细化实体待遇条款、拓展规制权内涵、增设程序透明度要求的方式试图重构投资者和东道国的利益平衡。虽然两协定在关注投资者利益和东道国规制权问题上的侧重点不同,但都同样体现着强化东道国话语权的“国家回归”趋势。中国兼具资本输入大国和资本输出大国的双重身份,缔结的国际投资协定应合理构建投资者利益与东道国规制权的平衡,并应改革国内立法,统筹推进国内法治与涉外法治。

关键词:《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》;《中欧全面投资协定》;规制权;投资者;国际投资协定
中图分类号:D996.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2023)03-0092-11

Reconstruction of Approaches to the Balance of Interest Between Investors and States in International Investment Treaties

ZHANG Qianwen

(School of Public Administration, Southwest Jiaotong University, Chengdu 610031, China)

Abstract:The reform of international investment treaties should go along with the reform of investor-state dispute settlement. One of the essential points of text reform is to rebalance investors' interest and the host state's right to regulate. As an international investment treaty which represents the US, China and the EU's recent standpoints of reform, the investment chapter of *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) and *China-EU Comprehensive Agreement on Investment* (CAI) make an effort to rebalance investors' interest and the host state's right to regulate through clarifying substantive treatment clauses, extending right to regulate and adding procedural transparency requirements. Though CPTPP and CAI focus differently in rebalancing foreign investors' interest and the host state's right, both the treaties reflect the tendency of "return of the state". As a major inward and outbound investment country, China's IIAs should reasonably rebalance investors' interest and the host state's right to regulate. Domestic reforms are also important to promote the rule of law at home and abroad in a coordinated way.

Key words:CPTPP; CAI; right to regulate; investors; international investment treaties

伴随投资者与东道国争端解决机制正当性危机的持续发酵,国际投资仲裁机制进入多边改革时期。针对国际投资仲裁机制改革的现有研究多从程序法

角度着眼,针对争端解决机制的司法化和规范化趋势,^①提出完善投资仲裁庭设置、加强仲裁员选拔程序公正性、提高仲裁程序透明度等改进对策;^②或从

收稿日期:2023-05-04

基金项目:2021年度国家法治与法学理论研究项目“我国外资法与国际投资条约的互动及衔接机制研究”(21SFB3025)

作者简介:张倩雯,女,法学博士,西南交通大学公共管理学院副教授、硕士生导师。

① 参见陶立峰:《投资者与国家争端解决机制的变革发展及中国的选择》,载《当代法学》2019年第6期,第37-49页;王鹏:《中立、责任与参与:国际投资仲裁的多边改革与中国对策》,载《国际政治研究》2018年第2期,第107-128页。

② 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第141-142页;郭玉军:《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》,载《法学家》2011年第3期,第147-151页;曹兴国:《裁判者信任困境与国际投资争端解决机制的信任塑造》,载《政法论丛》2021年第3期,第137-148页。

投资法内部治理机制的角度,提出应加强投资者的社会责任、促进国家间的合作;^①以及从外部借鉴视角,探讨世界贸易组织上诉机构、商事仲裁制度等对投资仲裁设计的借鉴价值。^②除了对原有的程序机制进行改革,对国际投资协定实体条款进行改革也是国际投资仲裁机制改革的应有之义,更是程序机制发挥良好作用的基础。现有从国际投资协定实体条款角度开展的研究多基于公平与公正待遇、履行要求和征收条款,^③对于新近达成的国际经贸条约在投资者利益保护和东道国规制权的平衡上的做法关注较少。

鉴于中国近期已提交加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,简称CPTPP)的申请,笔者以代表美国、中国和欧盟三大世界主要经济体国际投资协定文本改革立场的CPTPP投资章节和《中欧全面投资协定》(China-EU Comprehensive Agreement on Investment,简称《中欧CAI》)为研究对象,对上述文本中实现投资者利益与东道国规制权平衡的路径进行研究,助力中国把握国际经贸规则发展趋势,在统筹国内法治与涉外法治的视角下参与和引领国际经贸规则的制定。

一、国际投资协定中投资者与东道国利益失衡的现象及其根源考察

国际投资协定调整的是外国投资者与东道国之间的关系,其核心在于协调公私冲突。在公私冲突中,条约设计的关键在于如何平衡东道国让渡的主权权力与给予外国投资者的权利。^④根据联合国贸

易和发展会议发布的《2022年世界投资报告》,截至2021年末,全球已缔结并生效共2558个国际投资协定,但这些协定绝大多数缔结于2010年之前,对核心概念和实体条款的规定都很宽泛,且保障东道国规制权的“安全阀”较少。^⑤协定实体条款模糊和宽泛的规定给予了仲裁庭扩大解释条约的机会,有利于对外国投资者的保护。而“安全阀”较少是因为这些老一代协定缔结于早年的时代环境中,对公共健康、环境和可持续发展等东道国合法的公共政策目标考量不足。这两方面因素导致老一代协定中投资者与东道国利益失衡,当下绝大多数国际投资仲裁案件也是基于这些协定提起。^⑥下文将从宏观和微观两个维度考察国际投资协定中投资者与东道国利益失衡的根源。

(一) 宏观视角

1. 投资协定源于资本输出

从历史的视角考察,国际投资协定的兴起与资本输出国巩固其领导地位的需求密切相关。在殖民主义时代,西方的强权国家将国际法作为其统治和征服的工具。^⑦国际投资法的产生亦是如此,即作为资本输出国保护其利益的工具。^⑧自17世纪开始,一些发达国家建立了海外贸易公司,例如著名的荷兰东印度公司。这些公司表面上从事跨国贸易活动,实际上行使着国家职能,通过签订协议、军事征服、建立堡垒等方式进行殖民掠夺。^⑨到18世纪末期,这些海外贸易公司的主要职责已然变成为帝国的扩张和管理服务。^⑩由于这些海外贸易公司从事活动需要寻求法律依据,故一系列国际法理论应运

^① 参见彭德雷:《论国际投资秩序中投资者保护与国家规制的二元结构——基于中国的实证考察与理论解释》,载《当代法学》2017年第4期,第95-98页。

^② Zachary Douglas, Joost Pauwelyn & Jorge E. Vinuales eds., *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014.

^③ 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,载《中国法学》2011年第2期,第137-138页;莫漫漫:《论国际投资协定中履行要求的问题及对策》,载《湖南师范大学社会科学学报》2018年第6期,第82-88页;Benedict Kingsbury & Stephan W. Schill, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest: the Concept of Proportionality*, in Stephan Schill ed., *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p.89-98; Abba Kolo, *Investor Protection vs Host State Regulatory Autonomy During Economic Crisis: Treatment of Capital Transfers and Restrictions Under Modern Investment Treaties*, *Journal of World Investment & Trade*, Vol.8:457, p.485-499(2007)。

^④ 参见张倩雯:《国际贸易法与国际投资法国民待遇互动关系比较研究》,载《武大国际法评论》2017年第6期,第58页。

^⑤ UNCTAD, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, United Nations, 2017, p.127.

^⑥ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, United Nations, 2020, p.2-3.

^⑦ 参见[意]安东尼奥·卡塞斯:《国际法》,蔡从燕等译,法律出版社2009年版,第41页。

^⑧ Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, 1985, p.4, 8, 37-38; Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, 1997, p.173-174; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, 1997, p.91-100.

^⑨ Claudia Schnurmann, *The VOC, the WIC, and Dutch Methods of Globalization in the Seventeenth Century*, *Renaissance Studies*, Vol.17:474, p.477-480(2003)。

^⑩ C. H. Philips, *The East India Company: 1784-1834*, Manchester University Press, 1961, p.23.

而生。^①由此,国际投资协定的起源在于为资本输出国论证其行为合法性,并为保护其输出资本提供法律工具。

2. 投资自由化强调投资保护

由于许多国家信奉经济自由化对经济发展的促进作用,自20世纪80年代中期开始,诸多国家出于经济发展和政治考虑,开放其外商直接投资市场,推动了国家间的投资自由化,^②各国开始将投资自由化纳入外商直接投资政策之中。^③在国际社会积极推动投资自由化的宏观背景下,投资保护备受强调。投资自由化的措施主要包括消除市场扭曲、提高外国投资者待遇和加强市场监管三方面内容,^④这些内容均有利于投资保护。投资自由化的表现之一便是将国民待遇、公平与公正待遇、最惠国待遇等提高外国投资者待遇的条款纳入国际投资协定。进入20世纪90年代以来,大量的国际投资协定开始纳入这些投资者待遇条款,这本身就是投资自由化相较于保护东道国幼稚产业已占上风的表现。^⑤受国际环境影响,中国缔结的国际投资协定中对待国民待遇条款的态度也于1990年后开始发生变化,自此中国开始接受有限的准入后国民待遇,^⑥这同样可视为大浪淘沙的国际社会中的一个侧面映证。

(二) 微观视角

1. 投资仲裁关注私法功能

国际投资仲裁机制的本质兼具公法和私法功能。和传统的国际商事仲裁不同,国际投资仲裁既具有解决个体争议的私法功能,又具有实现东道国更广泛的政策目标的公共功能。^⑦投资仲裁中属于公法性质的决定性要素之一即为东道国为其公共利益而采取管制措施的法定权力。^⑧近年来,虽然国际法学界更强调国际投资仲裁的公法性质,^⑨国际

投资仲裁实践却更多地关注其私法性质,因此在案件中采取的解释进路也源于私法的解释标准。^⑩强调国际投资仲裁私法性质的解释进路导致仲裁庭更多着眼于保护争端双方的个体权利,而忽视了和东道国主权权力及执行其政府职能相关的公共权力。

2. 投资者法理上的弱势地位

在东道国和外国投资者的二元关系中,投资者是自然人或法人,与东道国相比处于相对弱势地位。以救济途径为例,根据《外交保护条款草案》的规定,投资者应在用尽当地救济后方可寻求外交保护。若投资者寻求当地救济,无论是行政复议还是行政诉讼的结果均由东道国决定,这对于投资者而言往往难以保证公正性。东道国处于法理上强势的一方,而投资者救济途径有限、物力财力贫乏,似乎应当得到仲裁庭更多的关注。

国际投资协定源于海外贸易公司的资本输出需求,因此设计各类实体待遇条款时着重于保护资本输出国的海外投资。在投资自由化的宏观经济背景下,各国纷纷提高外国投资者待遇以促进投资的跨国流动。在国际投资仲裁中,仲裁庭关注投资仲裁的私法功能和投资者的弱势地位,故在解释所采标准、举证责任分配等问题上都更倾向于保护投资者。上述原因导致实践中仲裁庭常常选择更有利于外国投资者的条约解释路径。

面对既有国际投资仲裁机制在协调投资者与东道国利益冲突问题上的失衡,新近缔结的国际投资协定在文本设计上进行了大量改革。考察这些条约文本可见:一方面,文本并不脱离国际投资协定的初衷,即投资者利益保护;另一方面,文本中强化了东道国的规制权,并限缩了仲裁庭的自由裁量权。在这些国

^① Kate Miles, *International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment*, Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, Vol.21:1, p.13(2010).

^② Thomas L. Brewer & Stephen Young, *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, 1998, p.56; UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, United Nations, 1999.

^③ UNCTAD, *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*, United Nations, 1998, p.94.

^④ UNCTAD, *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*, United Nations, 1998, p.94.

^⑤ John K. Galbraith, *A History of Economics: The Past as the Present*, Penguin, 1987, p.92-95.

^⑥ 关于中国在国际投资协定中对待国民待遇条款态度的历史变迁,可参见 ZHANG Qianwen, *Opening Pre-Establishment National Treatment in International Investment Agreements: An Emerging 'New Normal' in China?*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol.11: 437, p.437-476(2016).

^⑦ William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration*, Yale Journal of International Law, Vol.35:283, p.285(2010).

^⑧ Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol.59:1281, p.1302(1976); L. Harold Levinson, *The Public Law/Private Law Distinction in the Courts*, George Washington Law Review, Vol.57:1579, p.1593(1989).

^⑨ Gus V. Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007; Gus V. Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, European Journal of International Law, Vol.17:121, p.121(2006).

^⑩ William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration*, Yale Journal of International Law, Vol.35:283, p.285(2010).

际投资协定中,2018年底生效的CPTPP和2020年达成的《中欧CAI》因其广泛的成员覆盖面、高水平的制度开放、与时俱进的规则创新而具有较强的国际影响力。CPTPP投资章节和《中欧CAI》也代表了美国、中国和欧盟三大世界重要经济体参与国际投资协定改革的立场。下文以这两项投资协定作为研究对象,详细考察新近缔结的国际投资协定对投资者利益保护和东道国规制权的平衡路径。

二、CPTPP和《中欧CAI》重构投资者和东道国利益平衡的路径

(一) CPTPP和《中欧CAI》概述

在世界贸易组织多边贸易谈判陷入僵局之际,区域贸易谈判日渐活跃。2005年,智利、新西兰、新加坡和文莱四国谈判达成了“跨太平洋战略经济伙伴关系协议”,此为《跨太平洋伙伴关系协定》(*Trans-Pacific Partnership Agreement*,简称TPP)的前身。2009年,美国宣布加入TPP谈判,并主导了后续谈判。2016年,包括美国在内的12个国家正式签署TPP。特朗普政府上台后,美国退出TPP,2017年11月TPP更名为CPTPP,后者于2019年初生效。CPTPP以附件形式冻结了部分TPP的条款,^①但TPP绝大部分规定得以保留。虽然美国目前未签署CPTPP,但由于该条约体现了美国的主要利益诉求,美国在其后主导的双边或多边经贸协定中很可能延续此前的立场。

CPTPP的投资章节主要代表了美国对于国际投资协定改革的态度,《中欧CAI》则展示了世界另外两大主要经济体——中国和欧盟对于投资者和东道国利益平衡重构的立场。2013年11月,中欧双方共同宣布启动中欧双边投资协定谈判。在历时七年多的艰苦谈判后,2020年12月底中欧双方共同宣布如期达成《中欧CAI》。《中欧CAI》的达成将对中欧投资关系良性发展注入一阵“强心剂”。一方面,欧盟是中国对外直接投资的主要目的地之一。2020年中国已首次取代美国成为欧盟最大贸易伙伴。另

一方面,欧盟也是中国重要的外资来源地。可见,达成一个兼顾开放与安全、平衡投资者利益和东道国外资规制权的中欧投资协定对于中国保护对外投资和吸引外商投资都具有重要作用。

此外,中欧投资协定谈判是世界上最大的发展中国家和世界上最大的发达经济体之间的谈判。《中欧CAI》中对于投资者和东道国的利益平衡路径代表着中欧两大世界主要经济体对于国际投资协定文本改革的共识,或许意味着“全球双边投资协定2.0”时代的到来,^②将对于整个国际投资法体系的改革产生深远的影响。

纵观CPTPP投资章节和《中欧CAI》中对重构投资者与东道国利益平衡的规定,可将其概括为细化实体待遇条款、拓展规制权内涵、增设程序透明度要求三方面内容。

(二) 澄清实体待遇条款

CPTPP投资章节的一大特点是其对实体待遇条款进行了细化,尤其是进一步明确了投资待遇的适用范围。

1. 以附注解释国民待遇

约四分之一的国际投资仲裁案件都涉及国民待遇条款。^③国民待遇条款是国际投资仲裁的核心争议条款,但国际投资协定对其规定往往十分简单,通常仅表述为“东道国有义务给予外国投资者及外国投资以不低于在相似情形下给予本国投资者以及本国投资的待遇”,^④针对条款中的“相似情形”“不低于”等关键词缺乏进一步释义,而将解释权交予仲裁庭,但仲裁庭对这些核心概念的解释并不一致。例如,关于竞争关系与认定外国投资者和本国投资者是否处于“相似情形”具有何种联系这一问题,不同的仲裁庭曾作出不同的解释。在“S.D Myers诉加拿大案”中,仲裁庭曾采和国际贸易法认定“同类产品”相似的路径,^⑤即通过外国投资者和本国投资者是否具备竞争性来认定二者是否处于相似情形。^⑥但以“Methanex诉美国案”为代表的仲裁庭在其后

^① *Trans-Pacific Partnership Ministerial Statement, Annex II—List of Suspended Provisions*, Australia Government, <http://dfat.gov.au/trade/agreements/tpp/news/Pages/trans-pacific-partnership-ministerial-statement.aspx>.

^② SHAN Wenhua & WANG Lu, *The China-EU BIT and the Emerging 'Global BIT 2.0'*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol.30: 260, p.260-267 (2015).

^③ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, United Nations, 2020, p.15.

^④ Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff, 1995, p.15.

^⑤ 例如日本酒税案(*Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, 6.23), 韩国酒税案(*Korea-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75/AB/R, para.114), 智利酒税案(*Chile-Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS110/R, paras.7.3-8.1)和欧盟石棉案(*European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, paras.99-114).

^⑥ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, NAFTA (UNCITRAL), Partial Award, para.251.

案件中都未采纳国际贸易法认定“同类产品”的路径。^① 鉴于此,国际投资协定对国民待遇条款文本改革的重点应在于确立“相似情形”的标准。^②

CPTPP 的投资章节对此作出了回应。该协定在国民待遇条款上最大的特点就是辅之以附注的形式,对文本条款提供进一步解释。鉴于投资仲裁实践对国民待遇的解释进路不尽相同,各缔约国在拟定 CPTPP 文本的同时,也达成了对文本第 9 条第 4 款国民待遇中“相似情形”的解释附注,以增强文本的可预见性。

附注首先明确了举证责任。第 2 条规定适用国民待遇条款时,由投资者承担证明外国投资和本国投资处于“相似情形”的举证责任,并强调了国民待遇的宗旨在于防止基于国籍的歧视。第 3 条指出实践中认定“相似情形”应当具体分析,综合考量,并特地点明应当考虑经济领域的竞争性、法律和调控环境以及合法的公共利益目标这三个关键要素,^③ 表现出缔约国对公共利益这一价值的关注。^④

针对仲裁庭对国民待遇认定路径的不一致,CPTPP 投资章节的国民待遇条款通过附注解释将文本解释与仲裁实践相结合,起到了对仲裁实践的指引作用。一方面,在文本中对仲裁实践中基本达成一致的解釋路径加以明确。例如,在“Archer Daniels Midland 诉墨西哥案”“Pope & Talbot 诉加拿大案”和“UPS 诉加拿大案”中,仲裁庭均指出,仲裁庭在考察国民待遇中“相似情形”时应当通盘考虑并全面评估。^⑤ CPTPP 附注第 3 条也对此进行了确认,认为对“相似情形”的判断应该具体案件具体分析,且对案件所有相关情况通盘考量。^⑥ 另一方面,在文本中对仲裁案件中争议较大的问题予以澄清。

例如 CPTPP 附注第 3 条明确了竞争关系对于认定外国投资者和本国投资者是否处于“相似情形”的必要性。此外,CPTPP 附注第 4 条和第 5 条还辅之以《北美自由贸易协议》涉及国民待遇条款中“相似情形”问题认定的典型案例。^⑦

中国的大多数国际投资协定都对国民待遇条款作进一步解释。但是,《中欧 CAI》借鉴了 CPTPP 的部分做法,在第一部分第 4 条“国民待遇”的规定中也通过脚注明确了对“相似情形”的理解应当结合个案审查。或许因为中国和欧盟中的部分国家均非判例法国家,《中欧 CAI》并未如 CPTPP 附注第 4 条运用具体的案例指引中国和欧盟认可的相关国际投资仲裁案例。所以,在具体的仲裁实践中,仲裁庭在适用《中欧 CAI》国民待遇条款时对于案例的选择仍然具有相较于适用 CPTPP 国民待遇条款更大的自由裁量权。

2. 限制最惠国待遇适用条件

最惠国待遇是非歧视待遇的重要内容,约五分之一的国际投资仲裁案件涉及该条款的适用。^⑧ 老一代的国际投资协定对最惠国待遇通常以“定义+例外”的形式界定,例如规定缔约国给予缔约另一方投资者的投资和与该投资有关的待遇“应不低于给予任何第三国投资者的投资和与投资有关的活动的待遇”,并附之以以自由贸易区、关税或经济同盟,税收和边境贸易等常见例外。^⑨ 但这些例外基本未涉及程序性事项,这就导致仲裁庭可能通过条约解释将缔约双方承诺的利益多边化,进而扩大对外国投资者的保护范围。最惠国待遇是否适用于投资争端解决的程序事项这一问题曾在国际投资仲裁实践中引发不小的争议。^⑩ 仲裁庭对此作出的矛盾裁决也是

^① *Occidental Exploration & Prod. Co. v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration, Case No. Un 3647, Award, para.176; *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA (UNCITRAL), Award on the Merits of Phase 2, para.57.

^② UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, United Nations, 2020, p.15.

^③ *Drafters' Note on Interpretation of 'In Like Circumstances' Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment)*, Article 2,3, Foreign Affairs & Trade of New Zealand (05 November 2015), <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/Interpretation-of-In-Like-Circumstances.pdf>.

^④ 参见石静霞、马兰:《〈跨太平洋伙伴关系协定〉(TPP)投资章节核心规则解析》,载《国家行政学院学报》2016年第1期,第79页。

^⑤ *Archer Daniels Midland, et al. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Award, para.197; *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA (UNCITRAL), Award on the Merits of Phase 2, para.75; *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, NAFTA (UNCITRAL), Award on the Merits, para.86.

^⑥ *Drafters' Note on Interpretation of 'In Like Circumstances' Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment)*, Article 3, Foreign Affairs & Trade of New Zealand (05 November 2015), <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/Interpretation-of-In-Like-Circumstances.pdf>.

^⑦ *Drafters' Note on Interpretation of 'In Like Circumstances' Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment)*, Article 3,4,5, Foreign Affairs & Trade of New Zealand (05 November 2015), <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/CPTPP/Interpretation-of-In-Like-Circumstances.pdf>.

^⑧ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, United Nations, 2020, p.18.

^⑨ 例如 1992 年《中国与亚美尼亚双边投资协定》第 3 条第 2 款和第 3 款。

^⑩ 参见徐崇利:《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》,载《法商研究》2007年第2期,第41-50页。

国际投资仲裁机制被质疑“正当性危机”的原因之一。^①针对最惠国待遇是否适用于投资争端解决的程序事项这一问题,CPTPP予以明确规定,即最惠国待遇中的“待遇”不包括其他国际投资协定和其他贸易协定中的争端解决机制。

《中欧CAI》对于最惠国待遇是否适用于投资争端解决的程序事项这一问题的明确有些许不同。一方面,《中欧CAI》在第5条第2款说明“缔约国与第三国缔结的其他国际条约中的实体条款并不本身构成本条中所指的‘待遇’”;另一方面,该条第3款专门排除了“投资者与东道国争端解决程序与其他任何争端解决程序”被视为最惠国待遇中的“待遇”。

3. 细化公平与公正待遇内涵

国际投资协定纳入公平与公正待遇条款的初衷意在提升东道国的良法善治,^②但协定文本中的表述通常仅为笼统地要求“缔约一方的投资者在缔约另一方的领土内的投资和与投资有关的活动应享受公平与公正的待遇”,^③缺乏针对何为公平、何为公正的进一步阐释。公平与公正待遇因其内涵的模糊性给予了仲裁庭极大的解释空间,因此被一些学者称为国际投资协定中的“帝王条款”。^④正因该条款给予了投资者拓展对其保护范围的可能性,它成为了国际投资协定中最常被诉至仲裁庭的条款,在超过80%的案件中投资者都会主张东道国的行为违反了公平与公正待遇条款。^⑤

鉴于此,细化公平与公正待遇条款内涵是近年国际投资协定文本的改革趋势,有助于提升该条款适用的可预见性。中国的应对之策是通过习惯国际法之最低待遇标准对公平与公正待遇条款加以约束,例如《中国与加拿大双边投资协定》规定“公平与公正待遇”的概念并不要求给予由被接受为法律的一般国家实践所确立之国际法要求给予外国人的最低待遇标准之外或额外的待遇。也有一些国际投资协定在运用习惯国际法之最低待遇标准限定公平

与公正待遇的内涵之外,还通过明确公平与公正待遇的构成要素对仲裁庭适用该条款加以限制。CPTPP在运用习惯国际法最低待遇标准约束公平与公正待遇标准之外,更进一步细化了公平与公正待遇的内涵,规定“公平与公正待遇包括依照世界主要法律体系中的正当程序原则,不在刑事、民事、行政司法程序中拒绝司法”,即“正当程序原则”和“不得拒绝司法”。此外,CPTPP进一步明确“为提高确定性,仅仅是一缔约方采取或未采取可能不符合投资者期待的行动,并不构成对本条的违反,即使所涉投资因此而遭受损失”。^⑥

(三) 扩张规制权内涵

正如前文所述,国际投资协定产生的初衷是资本输出国意在加强对海外投资的保护,因此老一代协定的主体内容是投资保护条款,对东道国规制权的关注不足。例如许多协定都在序言中将“为投资创造有利条件”“鼓励、促进和保护投资者”纳入缔约目标,但对保障东道国的规制权只字未提。在协定文本中常见的保障东道国规制权的条款仅限于部分实体条款的例外,例如规定保护东道国的公共利益可作为征收、国有化措施的例外,但协定中往往缺乏一般例外和根本安全例外条款,或专门的规制权条款。

近年国际投资协定的发展存在人本化趋势,即日趋关注跨国投资活动中伴随而生的环境保护和人权保护问题。^⑦欧盟是推动国际投资协定人本化发展的重要实践者。早期欧盟缔结的自由贸易协定多通过一般例外条款保障缔约国对于公共安全、公共道德、公共秩序、动植物生命健康等公共利益的规制权,例如2012年《哥伦比亚—厄瓜多尔—欧盟—秘鲁贸易协定》。而晚近欧盟缔结的条约不仅通过例外条款保障缔约国的规制权,还倾向于通过单独的规制权章节强调缔约国有权追求与投资相关的公共利益。例如,2016年《欧盟与加拿大综合性经济贸

^① 国际投资条约解释的现状过于强调投资者利益保护,而忽视了东道国的正当利益,这正是投资者与东道国争端解决机制的缺陷在实体条款方面的重要表现。鉴于此,有学者提出国际投资法体系正遭遇“正当性危机”。M. Somarajah, *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in Karl P. Sauvant ed., *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p.39-45; Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, *Fordham Law Review*, Vol.73:1521, p.1523(2005).

^② UNCTAD, *Investment Policy Framework*, United Nations, 2015, p.97.

^③ 例如2001年《中国与塞浦路斯双边投资协定》第3条第1款。

^④ 参见徐崇利:《公平与公正待遇标准:国际投资法中的“帝王条款”?》,载《现代法学》2008年第5期,第123-134页;Tanya Gupta, *Exploring the Fair and Equitable Treatment(FET) Principle and Balancing Investor-State Rights*, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol.4:1398, p.1402(2021)。

^⑤ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, United Nations, 2020, p.20.

^⑥ 参见CPTPP第九章第9.6条第2款、第4款。

^⑦ 参见刘笋:《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》,载《法学研究》2011年第4期,第196-208页。

易协议》就以第二十一章“规制合作”专门规定了东道国行使规制权的原则、目标、程序等内容。2018年《欧盟与新加坡投资保护协定》在“投资与规制措施”条款中规定了缔约国有权为达成合法的公共利益而行使规制权,这些公共利益就包括“保护公共健康、社会设施、公共教育、安全、环境或公共道德,社会或消费者隐私保护和促进与保护文化多元”。^①2019年《欧盟与越南投资保护协定》也有类似规定。可见,欧盟对于通过投资协定保障东道国规制权的追求已从单一运用一般例外条款转向了综合运用“一般例外+规制权章节”,更加细致、清晰地界定规制权内涵,这在《中欧 CAI》中也得以体现。

根据已公布的《中欧 CAI》文本,协定第一章开篇即在“目标”部分重申了缔约国为达成合法的公共目的有权行使规制权。针对规制权的内容,第四章“投资与可持续发展”分别从可持续发展的三个方面——经济发展、社会发展和环境保护,针对“投资与环境”“投资与劳工”的相关问题细化了缔约国规制权的内涵。相较于早期通过一般例外条款规定缔约国规制权的做法,《中欧 CAI》对规制权的规定更加细致。例如在“投资与环境”部分,《中欧 CAI》就分别从环境保护的程度,构建与投资有关的环境问题的对话和合作机制,推动多边环境条约,投资有利于绿色增长,投资和气候变化五个部分详细规定了缔约国在投资过程中保护环境利益的规制权内容,相比一般例外条款中笼统地规定缔约国有权为“保护环境”行使规制权详细了许多。

相较《中欧 CAI》,CPTPP 投资章节对东道国规制权的规定就简略了很多。CPTPP 沿袭了近年美式双边投资协定的做法,在第 9.16 条中笼统地规定了东道国有权针对与环境、健康或其他规制目标相关的外国投资活动采取任何规制措施。

(四) 增设程序透明度要求

透明度是国际贸易法的基本原则,可见于 1947 年的《关税与贸易总协定》中。但是许多老一代的国际投资协定未纳入专门的透明度条款,即使纳入

了透明度章节或条款,相关规定也较为简单,主要是“缔约方应确保与本协议涵盖事项相关的东道国法律、法规、程序和行政裁决及时公布”此类。^②相较于国际投资协定文本,国际投资仲裁实践更多在裁判中涉及透明度要求,例如仲裁庭在释义公平与公正待遇时认为其中的正当程序原则包含东道国行为应具备透明度的内涵。^③投资者应当期待东道国行为具备一致性,尽量不存在模糊地带,与投资者的关系保持透明度。此外,投资者应提前充分得知与其投资相关的规则和政策,以及相关政策的目的,以便其按照这些政策规划其投资。^④

作为新一代国际投资协定,《中欧 CAI》的一大重要特点是在文本中强调并细化了投资监管透明度的要求。在《中欧 CAI》(已公布文本)中,共有二十余处提到透明度(transparency/transparent)要求,对透明度的具体要求主要表现为以下四个方面。

第一是对设置执照和许可条件的透明度要求。^⑤第三章“监管框架”首先从实体和程序两方面提出缔约国设置执照和许可的条件应当客观、透明。该章第二节进一步从透明度的一般要求、法律法规公开的程序及范围、建立咨询联络点、行政程序、审查和上诉、标准制定等方面具体细化了透明度要求。

第二是对国有企业的透明度要求。^⑥《中欧 CAI》第二章第 3 条通过“涵盖实体”规则为中国国有企业进行了量体裁衣式的规定。该部分通过规定国有企业应当提供关键信息、自我解释行为无害、遵守国际良治实践保障外国投资者在投资活动中与缔约国国有企业竞争时的透明度。此外,第三章“监管框架”下第二节第 8 条规定了“补贴的透明度”,这指向了中国在国际上较为敏感的国有企业补贴问题。该条要求缔约国每年公开其给与补贴的目的、法律依据、形式、数量、对象,并规定了外国投资者对缔约国补贴提出异议的机制。

第三是引入了金融服务监管国际标准。^⑦在金融服务监管方面,《中欧 CAI》鼓励双方尽可能地适用监管方面的国际公认标准,尤其是 G20、金融稳定

^① *Investment Protection Agreement Between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part*, 2018, Article 2.2.

^② 例如 2007 年《巴拿马与美国自由贸易协定》第十八章。UNCTAD, *Transparency: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, p.16.

^③ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador II*, PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), Partial Final Award, 6 May 2016, para.206.

^④ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para.298.

^⑤ 参见《中欧 CAI》第三章第一节、第二节。

^⑥ 参见《中欧 CAI》第二章、第三章。

^⑦ 参见《中欧 CAI》第三章第三节。

委员会、巴塞尔银行监管委员会、国际保险监管者协会、国际证监会组织、反洗钱金融特别行动工作组以及税收透明度和信息交换全球论坛等组织采纳的标准。

第四是透明度可适用争端解决机制。^①在多数自由贸易协定中,执法的透明度被置于专门的竞争章节中,并不适用争端解决机制。但《中欧 CAI》在争端解决机制章节规定执法的透明度本身可以适用争端解决机制,这相当于给透明度要求装上了“牙齿”,促使国内法对此落实。

欧盟近年非常重视在国际投资协定中加入透明度要求,《中欧 CAI》也反映了欧盟这一关切。与《中欧 CAI》贯穿始终的透明度规定不同,CPTPP 投资章节仅在第 9.23 条“仲裁的开展”和第 9.24 条“仲裁程序的透明度”两项程序性条款中提到了透明度要求。

三、CPTPP 和《中欧 CAI》中的投资者与东道国利益平衡路径评析

(一) 限缩仲裁庭的自由裁量权

由于国际投资仲裁案件缺乏先例效力,加之仲裁庭的组成具有随机性,故投资仲裁实践存在碎片化特征。投资仲裁庭面对同样的事实作出全然不同的认定这一现象已多为主权国家诟病,自相矛盾的裁判损害了投资仲裁机制的确定性及投资者和东道国的合理期待,这也是导致国际投资仲裁“正当性危机”的成因之一。^②究其根源,实体法规则的模糊性是其中的重要原因。^③当条款内涵模糊时,缔约国在事实上将条约的解释权交给了仲裁庭。缺乏明确的实体法规则指引会导致不同的仲裁员运用全然不同的解释思路,对同一事实作出大相径庭的认定结果。正如前文所述,仲裁庭基于平衡投资者法理上的弱势地位等原因常采取更加有利于投资者利益保护的解释路径,导致了投资者利益和东道国规制权的失衡。以公平与公正待遇为例,“公平”与“公正”本是模糊的词语,缺乏对其进一步的释明导致该条款存在滥用的可能性,例如在多起案件中仲裁庭对其进行扩大解释,尤其是涉及投资者合法期待保护的问题,仲裁庭常常过度保护投资者利益而无视东道国的公共利益,同时也严重损害了该条款适用的可预见性。^④因此,新一代国际投资协定在文本改

革中注重澄清实体待遇条款,这将限缩仲裁庭的自由裁量权,有利于对投资者与东道国利益的平衡。

CPTPP 投资章节重构投资者和东道国利益平衡的路径正是部分限缩投资者权利和仲裁庭的自由裁量权。鉴于仲裁庭存在冲突裁决的现状,该章节澄清了国民待遇中“相似情形”的判断标准,明确最惠国待遇条款不适用于争端解决机制,阐明公平与公正待遇的内涵包括“正当程序原则”和“不得拒绝司法”,尤其是 CPTPP 文本及附注在对条约的解释中与仲裁案件结合,相当于对既有的仲裁案件进行了符合本国立场的筛选,有助于形成对该条约解释的统一仲裁实践,增强缔约双方和外国投资者的可预见性,提升国际投资仲裁机制的正当性。

(二) “国家回归”

CPTPP 投资章节对老一代协定文本进行小修小补,但不投资协定进行根本性的改变。这与美国在 CPTPP 的前身——TPP 谈判中的主导作用密切相关。申言之,TPP 投资章节的诸多条款与 2012 年美国投资协定范本具有高度相似性。^⑤因此,CPTPP 的文本改革模式也代表着美国对国际投资协定文本改革的立场。

从友好通商航海条约到国际投资协定,美国作为对外投资大国,一直都是致力于保护海外投资企业的先驱者。CPTPP 虽然部分限缩了外国投资者的权利,但并没有改变投资协定产生的初衷,即吸引外国投资与保护外国投资者,这也契合美国作为世界上最主要的资本输出国的利益需求。CPTPP 对于投资者和东道国利益平衡的路径适用于美国这样的海外投资者众多的对外投资强国,有利于在适当退让投资者权利的同时促使缔约国达成协议,但不一定适用于其他国家。

《中欧 CAI》重构投资者和东道国利益平衡的路径关注东道国利益,重在从拓宽规制权内涵和增设程序透明度要求的角度强化东道国的规制权,这与欧盟晚近在国际投资协定中的做法也是一脉相承的。《中欧 CAI》增加了专门的“规制权”章节,对传统的投资协定文本修改幅度较大,尽力拓展东道国的规制权空间。《中欧 CAI》对透明度的强调突破了

^① 参见《中欧 CAI》附件一。

^② Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, *Fordham Law Review*, Vol. 73: 1521, p. 1558 (2005).

^③ 参见郭玉军:《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》,载《法学家》2011 年第 3 期,第 146 页。

^④ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, United Nations, 2012, p. 11.

^⑤ 参见石静霞、马兰:《〈跨太平洋伙伴关系协定〉(TPP)投资章节核心规则解析》,载《国家行政学院学报》2016 年第 1 期,第 82 页。

以往多数协定将透明度仅作为东道国义务的做法,通过规定国有企业的透明度要求等方式对企业的社会责任提出要求,投资者也应承担透明度义务。此外,老一代的国际投资协定通常将透明度义务宽泛地界定为“缔约方应确保与本协议涵盖事项相关的东道国法律、法规、程序和行政裁决及时公布”,内容涵盖广泛,这对东道国的积极作为提出了较高的要求。^① 相较之下,《中欧 CAI》澄清透明度的做法限定了国家承担的透明度义务范围,使国家在公布信息以保护投资者利益和控制本国的公布成本之间得以达到平衡。正如欧盟委员会和欧洲议会国际贸易委员会在近期交流讨论《中欧 CAI》时所强调的,欧盟认为《中欧 CAI》的一大特点就是“再平衡”,尤其是重新平衡欧盟和中国在市场准入和投资问题上的不对称,^②故该协定是协调投资者和东道国利益的重要工具。

笔者认为,CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》采取重构投资者和东道国利益平衡的路径虽然侧重点不同,但都增加了东道国在国际投资协定中的话语权比重,同样体现了“国家回归”,只是程度不同。2011年,美国学者 José E. Alvarez 提出国际投资法中正出现“国家回归”的现象,^③即国家正寻求弱化对其主权利限制的路径。这是由国际社会面临日益复杂的安全问题、国际条约日益显露出对主权的制约、国际组织日渐脱离国家约束、私人实力增强制约国家主权等因素共同导致的。^④ 国际投资法领域“国家回归”不仅表现在国际投资仲裁机制的程序性改革方面,^⑤还体现在投资协定文本的实体条款中。以 CPTPP 为例,其中的国民待遇条款实为各国为建立更加平衡的国际投资法体系进行的探索,展现出国际社会,尤其是主要的发达国家在制定国际投资协定、改革国际投资法体系过程中为平衡外国投资者私人权利和投资东道国主权权力所作出的努力。和 CPTPP 相比,《中欧 CAI》中“国家回归”的表现更明显、力度更大。

国际投资协定本文中的“国家回归”与国际权

力结构变化密切相关,可分别从发达国家和发展中国家两个视角追溯其缘由。伴随国际格局变迁,如中国、印度一类新兴经济体崛起,发达国家不再仅仅是传统意义上的资本输出国。以“加拿大横加公司诉美国案”为例,越来越多的发达国家被诉至国际投资仲裁庭,导致其开始意识到国际投资协定不再完全充当保护输出资本国利益的工具。因此,发达国家开始重新思考国际投资协定的作用,反思自己兼具资本输出国和资本输入国的双重身份,重新设计更为平衡的投资协定以弥补早前自由主义占主导地位的投资体制带来的不利因素。对于发展中国家而言,如阿根廷等国家频繁地被外国投资者提起国际投资仲裁,疲于应对的同时也要承担极高的风险,面临坐等国内经济崩溃或给予外国投资者巨额赔偿的两难困境。^⑥ 在这样的背景下,改革现有的国际投资协定文本,从条款设计上平衡投资者利益和东道国规制权,建立更具有可持续发展力的国际投资法体系,成为了发达国家和发展中国家的共同诉求。

当 José E. Alvarez 指出国际投资法中正出现“国家回归”的现象时,逆全球化思潮在 2008 年的全球金融危机之后抬头。此后,2016 年的英国脱欧、2017 年美国政府换届后的频频“退群”、2020 年的新冠疫情蔓延、2022 年的俄乌冲突等国际事件都进一步加速了逆全球化的态势。在此情形下,国际投资协定中“国家回归”的趋势很可能在未来得到进一步加强,国家可能在协定中通过更多的条款设置强化东道国对外国投资的规制权。

(三) 与国际投资仲裁改革立场一致的文本改革

CPTPP 的投资章节部分限缩了外国投资者的权利,但没有改变国际投资协定保护外国投资的宗旨,这与美国在国际投资仲裁中的改革立场相一致。美国依靠其政府和企业强大的议价能力,以及在国际投资仲裁庭中众多仲裁员的优势,成为了现行国际投资仲裁机制的最主要受益方,因此对于国际投

① UNCTAD, *Transparency: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, p.70.

② European Commission, *Commission Publishes Market Access Offers of the EU-China Investment Agreement*, European Commission (12 March 2021), https://policy.trade.ec.europa.eu/news/commission-publishes-market-access-offers-eu-china-investment-agreement-2021-03-12_en.

③ José E. Alvarez, *The Return of the State*, *Minnesota Journal of International Law*, Vol.20:223, p.223 (2011).

④ 参见蔡从燕:《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》,载《国际法研究》2018年第4期,第9页;杨希:《国际投资法中的国家“回归”趋势——兼评我国〈外商投资法〉中的规制权》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2021年第1期,第129-138页。

⑤ 例如欧盟关于投资法院的改革倡议便是一例,详见朱明新:《投资者—国家争端解决机制的革新与国家的“回归”》,载《国际法研究》2018年第4期,第17页。

⑥ 转引自单文华:《从“南北矛盾”到“公私冲突”:卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2008年第4期,第12页。

资仲裁机制改革持保守态度。^①

《中欧 CAI》折射出欧盟对国际投资协定文本改革的积极态度,重在拓展东道国规制权空间。欧盟在投资协定中重构投资者和东道国利益平衡的路径与其对国际投资仲裁机制改革的态度也是一致的。2015年起,欧盟提出多边投资法院改革,其关键之处在于将设置上诉法庭,并独立选任全职法官。^②考虑到平衡东道国和外国投资者利益的必要性,投资仲裁庭需要更多公正裁决的仲裁员。因此,《解决国家与他国国民间投资争端公约》第6条的重要性得以凸显。第6条规定仲裁员需要提交一份报告,说明其与仲裁案件中的原被告在过去和现在的专业上、经济上及其他方面一切的联系。该条在保障公正裁决的问题上起到了一定作用。但是,其他仲裁庭并没有沿袭《解决国家与他国国民间投资争端公约》第6条的规定。考虑到政治因素,在国际投资争端解决中心建立一个综合性的、永久的上诉机制仍然任重道远。整体而言,欧盟对投资仲裁改革的倡议较为激进,主张设置具有上诉机制的国际投资法庭,从根本上改革现行国际投资仲裁机制,与美国小修小补的保守倡议形成鲜明反差。^③

CPTPP 投资章节与《中欧 CAI》构建投资者和东道国利益平衡的路径均是国家通过优化国际投资协定文本对国际投资仲裁机制改革作出回应。在“正当性危机”下,虽然确有部分国家彻底放弃国际投资仲裁机制或退出国际投资协定,但更多国家仍然努力通过国际投资仲裁的多边改革路径和重新设计适合自己的投资协定文本寻求构建更加平衡的国际投资协定。在近年缔结的国际投资协定中,CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》以各自的方式重新构建投资者利益与东道国规制权的平衡。合理平衡投资者和东道国利益也成为了国际投资协定可持续发展改革的核心要义之一。

四、对中国构建利益平衡的国际投资协定的启示

作为中国参与全球治理的重要举措,中国正积极参与国际投资仲裁机制的多边改革。如何选择有利于中国的国际投资仲裁改革路径是当前国际投资法学界重点关注的问题。由于兼具资本输入大国和

资本输出大国的双重身份,构建合理平衡外国投资者利益和东道国规制权的国际投资协定是中国积极保护海外投资同时有效吸引外商投资的优先选择。在参与投资仲裁机制改革的过程中,对国际投资协定文本条款的设置十分重要。通过澄清协定中的实体待遇条款有助于限制仲裁庭的自由裁量权。此外,国际投资协定需因应时代需求,对数字经济发展、环境保护等时代议题作出回应,故有必要合理拓展协定的东道国规制权内涵。对于协定中的未尽事宜,仲裁庭可能会指引至东道国国内法,这就要求中国夯实国际投资协定相关条款的国内法基础。

CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》中提供的投资者与东道国利益平衡路径在中国未来缔结国际投资协定时或可借鉴。国际投资协定改革也促使中国国内外商投资立法进一步完善,这也是统筹推进国内法治与涉外法治的必然要求。具体而言,中国可在完善国际投资协定和国内相关立法时采取以下措施。

(一) 澄清协定的实体待遇条款

中国近年缔结的国际投资协定针对最惠国待遇程序适用问题和公平与公正待遇内涵的模糊性问题,已作出类似于 CPTPP 和《中欧 CAI》的限制和澄清,例如《中国与加拿大双边投资协定》第5条第3款明确规定最惠国待遇中的“待遇”不包括国际投资协定和其他贸易协定中的争端解决机制。这既有助于保障外国投资者的合法期待,又可以限制仲裁庭的自由裁量权。中国限定公平与公正待遇内涵的做法是通过习惯国际法之最低待遇标准对其加以约束。相较之下,CPTPP 对公平与公正待遇构成要件的细化方式有助于限制仲裁庭的宽泛解释,对于该条约的适用具有更强的可预见性。采用列举式清单的方式改革公平与公正待遇条款也成为了近年国际投资协定文本改革的新趋势,^④中国可以加入 CPTPP 为契机尝试此种改革进路。

此外,中国过往缔结的国际投资协定多缺乏对国民待遇“相似情形”构成要件的进一步解释,而该要件正是适用国民待遇条款的关键。针对国际投资仲裁实践不一致的现实,尚未见中国缔结的国际投

^① 参见王鹏:《中立、责任与参与:国际投资仲裁的多边改革与中国对策》,载《国际政治研究》2018年第2期,第121-122页。

^② European Commission, *Multilateral Investment Court Project*, European Commission, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en.

^③ 参见王鹏:《中立、责任与参与:国际投资仲裁的多边改革与中国对策》,载《国际政治研究》2018年第2期,第120页;邓婷婷:《欧盟多边投资法院:动因、可行性及挑战》,载《中南大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第62-72页。

^④ 参见王彦志:《国际投资法上公平与公正待遇条款改革的列举式清单进路》,载《当代法学》2015年第6期,第149-153页。

资协定表明对仲裁实践的立场。当前仲裁庭在认定国民待遇的“相似情形”要件时存在不同的裁判路径,^①CPTPP 国民待遇条款附注将文本与实践结合,有助于引导仲裁庭采纳己方认可的裁判路径,该做法可为中国借鉴,中国的国际投资协定可在设置国民待遇条款时表明对仲裁实践的立场。

(二) 在协定中合理拓展规制权内涵

《中欧 CAI》表明,东道国在运用传统的国家安全例外、一般例外条款之外,亦可借用可持续发展条款维护其合理规制权。《中欧 CAI》从经济发展、社会发展和环境保护三方面细化东道国的规制权,回应了联合国《2030 年可持续发展议程》将社会、经济和环境确立为可持续发展的三个层面。^② 值此百年未有之大变局,逆全球化思潮再次抬头。在未来缔结国际投资协定时,各国可能更加重视拓展本国规制权内涵。

中国早年缔结的国际投资协定多关注投资保护条款,对规制权的关注不足,老一代协定纳入规制权规则的比例低于全球协定的平均水平。^③ 晚近因应维护公共秩序、保障国家安全、应对数字经济挑战等需求,中国的协定开始纳入例外条款,^④主要通过一般例外条款、根本安全例外或国家安全例外、金融审慎例外等条款保障本国对外资的规制权。中国的协定在未来改革时可进一步拓展规制权内涵,回应可持续发展和数字经济发展等新的时代需求。

(三) 夯实协定条款的国内法基础

依据《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 42 条的规定,在仲裁庭释义国际投资协定时,东道国的国内法可作为重要的参考依据。事实上,仲裁庭在释义公平与公正待遇、征收和救济条款时,确实频频指引到东道国国内法之中。^⑤ 尤其是针对协定条款的“建设性模糊”,夯实条款的国内法基础对于限制仲裁庭的自由裁量权和仲裁庭准确适用中国缔结的国际投资协定具有重要作用。

在“投资与可持续发展”一章,《中欧 CAI》针对“投资与环境”“投资与劳工”等问题拓展了规制权的内涵,其中多处内容涉及国内立法。以“投资与环境”一节为例,该节第 2 条对中国环境立法和执法均

提出了要求,需要中国对环境立法中明确环境保护的水平以及与外商投资的关系,并以非歧视的方式善意适用和执行国内环境法。由此,有必要梳理国内与投资有关的环境法律和政策,夯实《中欧 CAI》规制权的国内法基础,助力中国后续缔约时纳入可持续发展条款。

《中欧 CAI》对透明度的要求也需要在国内立法中具体落实。整体而言,《中欧 CAI》与《中华人民共和国外商投资法》(简称《外商投资法》)要求在对外开放中提高投资监管透明度的精神相符。《外商投资法》及其实施条例对于透明度作出的是较为原则性的规定,例如《外商投资法》第 19 条规定各级人民政府及其有关部门应当按照便利、高效、透明的原则提供外商投资服务。相较而言,《中欧 CAI》规则更为细化,强调从信息公开、异议机制、救济途径各方面落实透明度要求。这对中国政府信息公开、司法和行政救济程序、竞争执法、行业标准制定等工作都将带来较大挑战。缔结高水平的国际投资协定也是以开放促改革,对此中国可在自贸区率先试点部分高水平的国际投资规则,逐步落实《中欧 CAI》的透明度要求,统筹推进国内法治与涉外法治。

五、结语

CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》作为世界三大重要经济体近年缔结的代表性国际投资协定,通过细化实体待遇条款、拓展规制权内涵、增设程序透明度要求的方式试图重构投资者和东道国利益平衡。虽然 CPTPP 和《中欧 CAI》在关注投资者利益和东道国规制权问题上的侧重点不同,但都同样体现着强化东道国话语权的“国家回归”趋势,这或许代表着下一代国际投资协定的发展方向,即相对弱化对东道国规制权的限制。中国正处于由资本净输入国向资本净输出国的身份转型时期,中国缔结的国际投资协定实体条款设计应契合中国同时作为资本输出和输入大国的双重身份。CPTPP 投资章节和《中欧 CAI》在利益平衡方面作出了有益探索,其中澄清协定的实体待遇条款和拓展规制权内涵等做法可为中国部分借鉴,但其中有关监管透明度等要求也将给中国国内法改革带来一定的挑战。

① 参见张倩雯:《国际投资仲裁中国国民待遇条款的“相似情形”问题研究》,载《武大国际法评论》2015 年第 2 期,第 292-296 页。

② United Nations General Assembly, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, United Nations (21 October 2015), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>.

③ 参见曾建知:《国际投资法中的规制权研究》,厦门大学 2018 年博士学位论文,第 184 页。

④ 参见张倩雯:《数据跨境流动之国际投资协定例外条款的规制》,载《法学》2021 年第 5 期,第 100 页。

⑤ Jarrod Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2017, p.13-102.