



King's Research Portal

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication record in King's Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Zhang, L., & Lin, C. (2019). <>. (International and Comparative Law Review (); Vol. 25). University of Wuhan, China.

Citing this paper

Please note that where the full-text provided on King's Research Portal is the Author Accepted Manuscript or Post-Print version this may differ from the final Published version. If citing, it is advised that you check and use the publisher's definitive version for pagination, volume/issue, and date of publication details. And where the final published version is provided on the Research Portal, if citing you are again advised to check the publisher's website for any subsequent corrections.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the Research Portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognize and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the Research Portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the Research Portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact librarypure@kcl.ac.uk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

新《外商投资法》下对中美投资 协定谈判的再审视*

张丽英 林 诚**

目 次

绪言

- 一、准入前国民待遇和负面清单模式
- 二、根本安全例外条款
- 三、金融审慎例外条款
- 四、投资争端解决条款
- 五、结语

绪 言

中美投资协定谈判发端于2008年6月的中美第四次战略经济对话。^①历经双方数年的努力和长达29轮的艰苦谈判，中美投资协定谈判于2016年9月取得重大进展，在“准入前国民待遇加负面清单模式”的基础上，双方展开实

* 本文是国家社科基金重点项目“应对国际贸易摩擦和争端的协调机制研究”(项目号:09AZD014)的后期成果。

** 张丽英,中国政法大学国际法学院教授、博士生导师;林诚,英国伦敦大学国王学院法学博士研究生。

① 潘锐、姜亚萍:《中美双边投资保护协定谈判的演进与发展》,载《国际观察》2019年第1期。

质性谈判，并三次交换负面清单出价，^①一份备受瞩目的中美投资协定正式文本似乎呼之欲出。然而，国际政治经济局势的变化往往云波诡谲。2016年底，唐纳德·特朗普成功竞选美国总统，其上任后极力主张减小对华贸易逆差，扩大对华出口，一改先前奥巴马政府加强对华投资的战略。2018年，特朗普政府对我国发起贸易战，迄今为止已对我国对美出口价值2500亿美元的商品征收了25%的关税。在中美贸易战的背景下，中美投资协定的谈判被迫停滞。应对单边主义、贸易战争抬头的趋势，我国政府审时度势，一方面对中美贸易纠纷采取据理力争、打谈结合的策略，另一方面积极扩大对外开放，大力推进“一带一路”倡议。2019年3月15日，我国通过《外商投资法》，标志着我国对外开放进入新的时代；2019年6月30日，我国发改委、商务部联合发布《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》和《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》。

上述扩大对外开放的举措具有十分积极的现实意义，但基于以下三个原因，仍有必要强调中美投资协定谈判的必要性：其一，《外商投资法》和负面清单制度只解决了吸引外资“走进来”的问题，并未解决如何促进我国企业赴美投资的问题；其二，中美投资协定所包含的高标准、新议题，在一定时期内仍将是我国对外签订投资协定的最高标准，中美投资协定一旦达成，仍将成为我国对接国际新型投资规则的新突破，并对我国今后对外投资协定产生深远影响；其三，美中作为世界第一和第二大经济体，加强双边投资有助于促进我国经济进一步发展，也将对全球经济发展产生重要影响。有鉴于此，即便在中美政治经贸关系处于低谷的此时，也有必要对中美投资协定保持充分的关注和研究。

中美双边投资协定的谈判，是依据各自的双边投资协定范本来进行的。美国已于2012年发布了新版双边投资协定范本(2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty)；中国也在2010年由商务部草拟了《中国保护投资协定范本(草案)》，并在学术和实务界得到广为讨论。^②根据双方投资协定范本或范本草案可知，双方将在准入前国民待遇和负面清单、透明度、根本安全例外、主

^① 《商务部新闻发言人孙继文就中美投资协定谈判取得重大进展发表谈话》，载中华人民共和国商务部：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201609/20160901384830.shtml>，2019年6月26日访问。

^② 《中国保护投资协定范本(草案)》全文，请参阅温先涛：《中国投资保护协定范本(草案)讨论稿》(一)、(二)、(三)，分别载《国际经济法学刊》2011年第4期、2012年第1期及2012年第2期。

权财富基金、环境、劳工、知识产权、国有企业、金融审慎例外、投资争端解决等诸多议题上进行谈判，这些议题在今后我国缔结对外投资协定的实践中无一不具有借鉴意义。由于篇幅有限，本文拟选取其中的准入前国民待遇和负面清单模式、根本安全例外、金融审慎例外以及投资争端解决这四个在国际投资实践中较有典型意义的条款，来审视与展望新形势下的中美投资协定谈判。本文认为，2019年《外商投资法》的核心是对外商投资实行“准入前国民待遇+负面清单”管理制度，^①该管理制度正是中美投资协定谈判的基础，这使得中美投资协定拟采用的“准入前国民待遇和负面清单模式”具有了法律上的支撑，中国多年的自贸区负面清单试验则使该模式有了足够的实践基础。新《外商投资法》对根本安全例外条款的制定提供了有限的立法依据，但未触及金融审慎例外和投资争端解决两大议题。故此，有必要对中美投资协定谈判进行再审视。

一、准入前国民待遇和负面清单模式

(一) 我国缔约立场的演变

美国一贯坚持高标准、高水平的投资自由化规则。美国2012年双边投资协定范本采用“准入前国民待遇+负面清单模式”，即要求缔约方在对外国投资者和外国投资“对于设立、并购、扩大、管理、控制运营、出售和其他涉及投资的处理问题上，每个缔约方对于另一缔约方投资者(或其投资)的待遇，应该不低于其对发生在相似情形下本国投资者和他们的投资的待遇”，^②并在特定领域对外商投资实施准入的特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，一律给予国民待遇。

与美国不同，我国签订双边投资协定的发展经历了显著的变化过程。1982年以后的很长时间内，我国与众多亚洲、非洲、拉丁美洲等发展中国家签订的旨在保护我国海外石油、矿产开发利益的投资保护协定中，几无国民待遇的规定。1998年以后，^③我国在双边投资协定中逐渐取消了对国民待遇标准

^① 孔庆江等：《〈中华人民共和国外商投资法〉解读》，法律出版社2019年版，第32页。

^② 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 3.

^③ 有学者依据条约保护与促进投资标准、接受ICSID管辖程度等因素的不同，以1998年为界，将我国对外签订的众多双边投资协定区分为“老一代BIT”和“新一代BIT”。Kim M. Rooney, “ICSID and BIT Arbitrations and China”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No. 6, 2007, p. 690.

的保留，开始规定准入后国民待遇的内容。我国在双边投资协定中的国民待遇条款，可以分为两种样态：其一，有限的国民待遇，即在国民待遇条款中，加入“在不损害有关法律和法规的前提下”等限定语。^① 这被一些学者称作“金钟罩条款”，^② 能够在很大程度上根据东道国的国内法，对国民待遇标准进行限制；其二，是全面的国民待遇，进一步表现为两种样态：一种是在条文中加入如“尽可能”等词语以表明双方的意愿^③；另一种是在协定的议定书中加入“棘轮条款”(ratchet wheel clause)，^④ 来防止在条约签订后，出现与缔约时的国民待遇措施相比“开倒车”的情况。然而，无论是否含有国民待遇条款，也无无论是何种国民待遇标准样态，中国在其双边投资协定中关于“国民待遇”的正面表述，都与2010年《中国投资保护协定范本(草案)》相同。“在不损害缔约一方适用的法律法规的前提下，对在其境内投资的运营、管理、维持、使用、享有、出售或处分，缔约一方确保给予缔约另一方的投资者及其投资的待遇应不低于其在相同情势下给予本国投资者及其投资的待遇。”^⑤显然，中国在很长时间内的双边投资协定实践中，仅采用准入后国民待遇标准。

然而，美国在双边投资协定谈判中采取高标准、高水平的立场，坚持宁缺毋滥(“all or nothing”)。随着中国“走出去”战略的进一步深化，我国正由改革开

① 如《中华人民共和国政府和博茨瓦纳共和国政府关于鼓励促进和保护投资协定》(2000年6月签订)第3条第2款规定：“在不损害有关法律和法规的前提下，缔约任何一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。”

② 温先涛：《中国投资保护协定范本(草案)讨论稿(一)》，载《国际经济法学刊》2011年第4期，第15页。

③ 如《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于促进和相互保护投资协定》(1986年5月签订)第3条第3款规定：“除本条第1、2款的规定外，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。”

④ 棘轮条款又称“祖父条款”，要求东道国对于现有的不符国民待遇的措施维持现状，不得增加不符程度。典型的棘轮条款，如《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定的议定书》(2003年12月签订)第3条规定：“中华人民共和国方面，第2条第3款和第3条第2款不适用于：

(一)任何现存的在其境内维持的不符措施。

(二)这种不符措施的持续。

(三)任何对这种不符措施的修改，但修改不能增加措施的不符程度。

中华人民共和国将采取所有适当的措施逐渐地撤除这些不符合措施。”

⑤ 《中国投资保护协定范本(草案)》第3条。

放初期的资本输入国向资本输出大国转型,越来越多在海外投资的中国企业也开始要求中国政府在投资协定中采用“准入前国民待遇+负面清单”的高自由化水平条款,以满足它们进一步拓宽海外市场、加强境外投资的需求。^①故此,我国在中美投资协定谈判中,决定采用“准入前国民待遇+负面清单模式”。

(二)我国晚近改革举措:自贸试验区制度、《外商投资法》和负面清单制度

中美投资协定谈判确定采用“准入前国民待遇+负面清单模式”,对我国对外投资法律实践而言是一个很大的挑战和尝试。正如学者言道:“指望仅通过投资协定(而不借助国内法规)来解决投资政策的问题是不现实的。”^②缔结对外投资协定,东道国必然要从国内法开始做起,对其外资管理体制进行大刀阔斧的改革。我国自十八届三中全会以来大力深化改革,推进开放,在国家重大决策的层面决定“建立公平开放透明的市场规则,实行统一的市场准入制度,在制定负面清单基础上,各类市场主体可依法平等进入清单之外领域,探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式”。^③2013年9月,我国设立中国(上海)自由贸易试验区,在自贸区内试行“准入前国民待遇+负面清单模式”;2015年4月,我国在广东、天津、福建设立第二批自由贸易试验区;2017年3月,我国在辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西设立第三批自由贸易试验区;2018年10月,我国设立中国(海南)自由贸易试验区。中国自由贸易试验区五年多来共形成170余项可复制、可推广的制度创新成果,推动全国形成综合性改革的良好态势。作为对外开放的前沿阵地,自由贸易试验区不断降低外商投资准入门槛,对外商投资的限制措施从2013年的190多条缩减到2018年的45条,开放水平不断提升。^④与此同时,我国于

^① 如中远香港集团(COSCO HK)的业界人士表示,以负面清单的方式缔结中美投资协定,能使中国投资者享受到政治上和法律上的双重保护。政治上,这种方式能保证赴美投资者免受歧视和不公平待遇;法律上,投资者能够根据协议内容享受相关程序上和实体上的保护。Zhang Lixing & Li Jun, “China-U. S. Bilateral Investment Promotion and Protection Agreement—The Legal Protection of the Chinese Enterprises Investing in the U. S.”, *China Law*, Vol. 6, 2013, p. 99.

^② 李玲:《中国双边投资保护协定缔约实践和面临的挑战》,载《国际经济法学期刊》2010年第4期。

^③ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第9条。

^④ 《中国自贸区已形成170余项可复制可推广制度创新成果》,载中国新闻网:<http://www.chinanews.com/gn/2019/06-21/8871640.shtml>, 2019年6月26日访问。

2019年3月通过的《外商投资法》第4条明确规定“国家对外商投资实行准入前国民待遇负面清单管理制度”，从2020年1月1日起，准入前国民待遇和负面清单的模式将推行全国，负面清单将由国务院统一发布。

(三)“准入前国民待遇+负面清单模式”的立法支持与实践基础

“准入前国民待遇+负面清单模式”是中美投资协定力主的投资管理模式，2019年《外商投资法》全面采用了该管理制度，该管理制度的确立将对相关谈判起到积极的促进作用。该法第12条将“国家与其他国家和地区、国际组织建立多双边投资促进合作机制”纳入立法，为此，国家会进一步采取措施推进相关的工作，以实现《外商投资法》相关条款的立法目的。^①《外商投资法》对“准入前国民待遇加负面清单模式”的确立使该管理制度具有了立法的支持。该制度涉及的负面清单考虑到可操作性，需要根据各地、各行业的实际情况，逐年进行审定、修改，因而不适宜直接规定于《外商投资法》中，而是依中国对外作出的承诺发布负面清单。近年来相关部门发布的负面清单也使该模式具有了实践的基础。相关部门发布的负面清单有逐步缩短的倾向。2018年12月发改委、商务部联合印发了《市场准入负面清单(2018年版)》。该清单包含禁止和许可两类事项。对禁止准入事项，市场主体不得进入，行政机关不予审批、核准，不得办理有关手续；对许可准入事项，包括有关资格的要求和程序、技术标准和许可要求等，由市场主体提出申请，行政机关依法依规作出是否予以准入的决定；对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等，各类市场主体皆可依法平等进入。《市场准入负面清单(2018年版)》所规定的禁止类事项包括国家产业政策明令淘汰和限制的产品、技术、工艺、设备及行为、禁止违规开展金融相关经营活动、禁止违规开展互联网相关经营活动以及附件1所列明的禁止类事项等四大类。附件1《与市场准入相关的禁止性规定》列明了农林牧渔业、制造业、电力、热力、燃气及水生产和供应业、建筑业、批发和零售业、交通运输、仓储和邮政业、金融业、住宿和餐饮业、信息传输、软件和信息技术服务业、科学研究和技术服务业、水利、环境和公共设施管理业、居民服务、修理和其他服务业、教育、卫生和社会工作、文化、体育和娱乐业等15个行业的共计135项禁止措施。《市场准入负面清单(2018年版)》还规定了151项许可准入事项，外国投资者可以根据相关程序，提出申请，行政机关

^① 孔庆江等：《〈中华人民共和国外商投资法〉解读》，法律出版社2019年版，第62页。

许可后,即可进入我国市场。除上述禁止性事项和许可性事项之外,外国投资者皆可以依法进入中国市场。《市场准入负面清单(2018版)》是对各地自贸试验区实行负面清单制度探索的高度总结,要求推进“全国一张清单”管理模式。各地区各部门不得自行发布市场准入性质的负面清单,确保市场准入负面清单制度的统一性、严肃性和权威性,即将涉及行业性、领域性、区域性等方面需要用负面清单管理思路或管理模式出台的相关措施,均纳入全国统一的市场准入负面清单。^①

《市场准入负面清单(2018年版)》适用于中资和外资等市场各个平等主体。在此基础上,我国还积极推进《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》的制定。2019年6月28日,习近平主席在G20峰会上表示,中国即将发布2019年版外资准入负面清单,进一步扩大农业、采矿业、制造业、服务业开放,^②并新设6个自由贸易试验区,增设上海自由贸易试验区新片区,加快探索建设海南自由贸易港进程。我国将在近期采取措施的基础上,进一步推出若干重大举措,加快形成对外开放新局面,努力实现高质量发展。

2019年6月30日,发改委、商务部联合发布《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》和《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》。与《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》相比,《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》进一步精简为40条,体现了负面清单制度“只减少、不增加”的精神,在交通运输、增值电信、基础设施、文化等服务业领域,以及制造业、采矿业、农业领域均推出了新的开放措施,在更多领域允许外资控股或独资经营。正如我国发改委发言人所指出,全面实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,是我国构建开放型经济新体制的重要举措,其具体内容如下:(1)政策透明。外资准入负面清单以统一、透明的方式,列明股权要求、高管要求等与准入前国民待遇不符的特别管理措施。(2)放宽准入。通过制定、修订外资准入负面清单,不断扩大开放,减少外资限制,精简负面清单。(3)平等待遇。负面清单之外的领域不得对外资单独设置准入限制,确保市场准入内外资标准一致。准入后阶段对内外资企业

^① 《国家发展改革委 商务部关于印发〈市场准入负面清单(2018年版)〉的通知》,载中华人民共和国商务部:<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/bc/201812/20181202820405.shtml>,2019年6月28日访问。

^② 《习近平:将全面取消外资准入负面清单之外的限制》,载新浪网:<http://finance.sina.com.cn/china/gncj/2019-06-28/doc-ihytcitk8270094.shtml>,2019年6月28日访问。

一视同仁、平等对待。(4)简化管理。负面清单之外的领域按照内外资一致原则管理,实行以属地化备案为主的管理方式,目前基本实现在线办理。^①

由此可见,通过自由贸易试验区制度和《外商投资法》所确立的“准入前国民待遇加负面清单管理制度”,中美投资协定采用“准入前国民待遇加负面清单模式”已具备现实基础。可以预见,一俟中美投资协定谈判重启,双方将在此基础上继续进行实质性的负面清单出价。中美投资协定所达成的负面清单,可以依照双方的谈判、出价情况,比照依据《外商投资法》确立的《外资投资准入管理特别措施(负面清单)》来制定。《外商投资法》第4条规定,“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的,可以按照相关规定执行”。故此,中美投资协定所制定的负面清单,可以比《外资投资准入管理特别措施(负面清单)》更为简短。与此同时,《外商投资法》第40条规定,“任何国家或者地区在投资方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的,中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施”。因此我国也可以视谈判情形,在中美投资协定中纳入比《外资投资准入管理特别措施(负面清单)》更长的负面清单。但本文认为,不论是中美投资协定中的负面清单,或是依《外商投资法》逐年修订发布的负面清单,总的趋势必将是不不断简化、缩短。可以期待“准入前国民待遇加负面清单模式”能够有效减少国内行政审批与权力寻租、提升行政管理效率、加强市场资源配置作用,能够再次实现如我国加入WTO时“借水冲沙”的效应,^②并对我国企业对美投资产生积极影响。随着外资准入审核权力的弱化,我国政府将进一步缩减宏观调控职能并向服务性政府转型,从而“在更大程度上发挥市场在资源配置中的基础性作用”^③,通过外资参与公平竞争,来淘汰那些闲置、落后的国民产业。准入前国民待遇标准的引入,既使得外商投资者能够拥有更加稳定可预期、更具透明度、隐性壁垒大大减少的投资环境。

① 《推动各领域全方位扩大对外开放——国家发改委有关负责人回应2019年版外资准入负面清单、鼓励外商投资产业目录热点问题》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1637760897673602780&wfr=spider&for=pc>, 2019年6月30日访问。

② 张相文、向鹏飞:《负面清单:中国对外开放的新挑战》,载《国际贸易》2013年第11期;赵明月、朱梓焯:《中美双边投资协定将成中美TPP谈判出发点》,载《中国经济周刊》,2013年7月8日,第87页。

③ 习近平:《关于〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉的说明》,载新华网: http://www.xinhuanet.com//politics/2013-11/15/c_118164294.htm, 2013年11月15日, 2019年6月30日访问。

我国实行负面清单制度的举措，将为中美投资协定谈判采用“准入前国民待遇加负面清单模式”提供坚实的实践基础。

二、根本安全例外条款

(一) 中美根本安全例外条款争议的由来

近年来，我国企业在美投资接连受阻。中海油收购优尼科、华为收购3Com公司、三一重工收购风电等项目相继被美国以国家安全为名进行审查或否决。美方进行国家安全审查的依据，来自美国投资协定范本的根本安全例外条款(Essential Security Clause)。因此，在中美投资协定谈判中，中方对这一条款表示了极大的关切。美国自从1984年范本开始创设根本安全例外条款的概念雏形，并于2004年范本确定了这一条款。美国2012年投资协定范本沿用了2004年范本的规定：“本条约不得解释为：1. 要求缔约方提供或允许访问其确定如披露将违背其根本安全利益的任何信息；或2. 阻止缔约方采取其认为对履行其有关维持或者恢复国际和平、安全或保护本国根本安全利益方面的义务所必要的措施。”^①在执行层面，美国通过其外资审查委员会(CFIUS)在外资准入方面进行此项审查。在上述我国企业在美国并购的三个案件中，当事企业的收购结果各有曲折，但纵使最终或许仍能完成收购，根本安全例外条款都使得我国企业在美国并购的不确定性大大增加。

根本安全例外条款并不是美国的独创。诸如GATT、GATS、TRIPS、NAFTA等多边贸易及投资规则以及约200个现行有效的双边投资协定，都规定了根本安全例外条款。投资协定借鉴贸易协定采用根本安全例外条款的原因，在于根本安全例外条款所代表的国家维护本国安全利益的自决权。如果说货物贸易作为有形的载体可能对一国安全利益产生影响，那么也不难理解投资作为无形的经济要素流动过程，而更需要东道国加以重视。目前的国际投资规则实践对于根本安全例外的规定存在两种样态：(1)限定范围的根本安全例外。其以《关税与贸易总协定》(GATT)第21条^②为蓝本，以列举的款项限定

^① 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 18.

^② 《关税与贸易总协定》(GATT)第21条规定：“本协定不得解释为：(a)要求任何缔约方提供其根据国家基本安全利益认为不能公布的资料；(b)阻止任何缔约方为保护国家基本安全利益对有关下列事项采取其认为必须采取的任何行动；或(c)阻止任何缔约方根据联合国宪章为维持国际和平和安全而采取行动。”

了根本安全利益的范围,因此其也被称作“非自行判断”的根本安全例外。(2)不限定范围的根本安全例外,以2012年美国投资协定范本为典型,不采取具体列举款项的思路,而是原则性地规定根本安全利益的判断由缔约方自行确定(“it determines”),应对措施是否必要也由缔约方自行考察(“it considers”)。这样的规定方式(也即“自裁定条款”)使得根本安全利益的内涵能根据时代的发展而拓展,却不易用客观的标准所判断,因此,这种规定方式被称为“自行判断”的安全例外。

我国在与新西兰、芬兰(2004年)、印度(2006年)等国家缔结的双边投资协定中,对根本安全例外有所体现。在这些投资协定中,我国采取了上述第二种方式,也即不限定范围的根本安全例外。^①然而,值得注意的是,根本安全例外条款在上述协定中的体例安排并不一样:中国与新西兰、印度的协定中,该条款被单列出来,作为整个投资协定的例外规定;而在中国与芬兰的投资协定中,该条款却被置于第3条“投资待遇”中。这种渗透于其他条款中的安排反映出对该条款的不重视。在《中国保护投资协定范本(草案)》中,并无根本安全利益条款的规定,仅是在第6条“征收”中规定了“公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利”。从逻辑上讲,这样意指“公共目的”的规定其内涵要广于根本安全利益,并且在发生投资争端时可否仲裁、可否补偿的问题上,两者有显著的不同。国际晚近的判例和学说揭示,涉及“公共目的”的争端,往往具有可仲裁性,且申诉方可以得到补偿;而涉及“根本安全利益”的争端,假若东道国在其与资本输出国签订的双边投资协定中含有自裁定条款,则此争端不具有可仲裁性和可补偿性。^②与涉及“公共目的”的投资争端通常发生在

^① 《中华人民共和国政府和新西兰政府关于鼓励和相互保护投资协定》(1988年11月签订)第11条规定:“本协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其基本安全利益、保障公共健康或为预防动、植物的病虫害而采取任何禁止或限制措施或作出任何其他行为的权利。”

《中华人民共和国政府和芬兰共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(2006年11月签订)第3条规定:“本协定不得解释为阻止缔约一方在战争、武装冲突或其他在国际关系紧急情况下为保护本国基本安全利益所采取的任何必要行动。”

《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》(2007年8月签订)第14条规定:“本协定不妨碍东道国缔约方根据其正常、合理和非歧视地适用的法律,采取保护其基本安全利益的措施或极端紧急状况下的措施。”

^② 参见韩秀丽:《论国际投资协定中的“根本安全利益”与“公共目的”》,载《现代法学》2010年第2期;刘京莲:《国际投资条约根本安全例外条款研究》,载《国际经济法学刊》2010年第1期。

征收阶段不同，“根本安全例外”条款通常在投资准入阶段就被以美国为典型的东道国加以引用。从中海油收购优尼科案可以看出，我国企业在美国的投资，很可能触动美国相关集团的利益，而遭到反对或阻挠。由于根本安全例外条款的自身性质，其很可能在我国企业赴美投资、并购的过程中被美方滥用，而我国企业难以寻求仲裁或谋求物质补偿，这成为目前我国企业向商务部以及中方谈判人员所广泛反映的问题所在。

(二) 根本安全例外条款的可仲裁性和可补偿性

中方在中美双边投资协定谈判中，需要关注的是根本安全例外条款的可仲裁性与可补偿性。在可仲裁性问题上，根据国际法院、国际投资仲裁庭和WTO争端解决机构的判例，其中关于根本安全例外条款争议的案情，可大致分为以下三种：(1) 缔约双方在投资协定中未约定该条款；(2) 缔约双方约定了非自行判断的根本安全例外条款；(3) 缔约双方约定了自行判断的根本安全例外条款。相关国际仲裁庭对这三种情形的判决有着很大的不同。

仲裁庭对情形(1)和(2)的判决区别可以从2000年至2003年阿根廷经济危机引发的海外投资者投诉潮看出。这段时间内，多家英国和美国企业起诉阿根廷政府，而阿根廷政府均以其所采取的金融措施是出于其根本安全利益所需，来进行管辖权的抗辩。由于在阿根廷—英国BIT中，并无根本安全例外条款的规定，因此在英资企业BG诉阿根廷案中，仲裁庭以阿—英BIT未对根本安全例外条款作规定为由，判定对本案具有管辖权；^①而在阿根廷—美国BIT中，双方援引美国1984年投资协定范本，作出了非自行判断的根本安全例外条款的规定。^②因此，在美资企业CMS、Enron、Sempra、LG&E、Continental Casualty诉阿根廷案中，虽然仲裁庭在大部分判决中认定其具有管辖权，但都表示了对东道国主权和根本安全利益的尊重与肯认。^③

^① Article 381 and 385 of *BG Group Plc v. Argentina*, ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, final award, 24 December 2007, <http://ita.law.uvic.ca/documents/BG-Award.pdf>, accessed on December 25, 2015.

^② 1984年美国双边投资协定范本第10条仅规定：“本条约不应阻止任何缔约方为维护公共秩序，履行其在维护或恢复国际和平或安全方面承担的义务，或为保护其本国根本安全利益而在其管辖范围内采取必要的措施。”可见，当时该条款还不是自裁决条款。

^③ 如ICSID在LG&E案中指出：2001年12月阿根廷的情势需要立即采取决定性行动，以恢复国内秩序，停止经济衰退。断定这样严重的经济危机不构成“基本安全利益”，将会给所有居民生活及政府的领导能力带来的灾难。当一国的经济基础遭受严重打击时，问题的严重性可以等同于军事入侵的严重性。*LG&E v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, October 3, 2006, para. 238.

目前还没有针对情形(3),也即双边投资协定中自行判断的根本安全例外条款的裁决案例,但从相关国际仲裁庭对GATT第21条的判例可知,国际法院倾向于认定自行判断的根本安全例外不具有管辖权,^①而GATT/WTO争端解决机构(DSB)则选择倾向于让争议双方通过协商自行解决,从而弱化仲裁庭对该条款的管辖。^②有学者认为,仲裁庭有权力根据《维也纳条约法公约》第26条的“善意履行原则”^③对东道国是否出于诚信和善意适用根本安全例外条款进行考察,^④但即便仲裁庭在案件中不顾东道国的反对而强行审查此条款,其审查范围也将被东道国在投资协定中明确作出的根本安全例外保留所牢牢限制在适用该条款是否善意这个问题上。因此,美国自2004年投资协定范本起始,对1984年范本规定的非自行判断的根本安全例外条款做了修正,改之以自行判断的根本安全例外条款,自裁定条款(“it determines/considers”),进而排除了仲裁庭的管辖权。因此,中方难以根据该条款,将美方诉至ICSID等相关国际仲裁庭。

根本安全例外条款是否具有可仲裁性,决定了其是否具有可补偿性。根据ICSID在上述5家美资企业诉阿根廷的判决情况,东道国适用非自行判断的根本安全例外条款,很可能被裁定进行补偿,只是补偿的程度会降低而已;而在

① 国际法院在“Nicaragua v. United States of America”案中指出,仅根据美国与尼加拉瓜1956年《友好通商航海条约》第21条(即后来美国1984年范本第10条)的规定,不能排除国际法院对争端的管辖权。该条款没有采取与GATT第21条相同的措辞,即条约不得阻止缔约国采取它“认为保护其根本安全利益所必需”的措施,仅仅“必要的”措施不能排除国际法院的管辖权。这暗示了如果采取类似于GATT第21条的表述,将排除国际法院的管辖权。ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (merits)*, Judgement of 27 June 1986, para. 282.

② GATT/WTO争端解决机构虽然通常受理此类案件,但是都倾向于让争议双方通过协商自行解决,于是案件往往不了了之,专家组一直没有机会作出实体上的裁判。United State-Trade Measures Affecting Nicaragua, GATT Document, L/6053(1986); United States-The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, WT/DS38/1(May 13, 1996); Nicaragua-Measures Affecting Imports from Honduras and Columbia, WT/DS188/2(Mar. 28, 2000).

③ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 26: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

④ William W. Bruke-White & Andreas Von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Implication and Application of Non-Preclude Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, No. 2, 2008, pp. 377-378.

适用美国 2004 年和 2012 年投资协定范本所规定的自行判断的根本安全例外条款的场合，东道国完全可以提出仲裁庭无管辖权的抗辩，并且可以引用《维也纳条约法公约》关于条约解释的有效性规则^①，主张既然在投资协定中单列出根本安全例外这一条款，则它能够使东道国免除补偿责任，否则这个条款就没有存在的意义。并且，在中美投资实践中，美方往往在投资准入阶段而不是在征收问题上适用此条款，这就导致中方企业谋求“期待利益”的物质补偿更无可能。

(三) 我国《外商投资法》中国家安全审查条款的作用与局限

《外商投资法》第 35 条确立了国家安全审查制度：“国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。”应当承认，《外商投资法》第一次在我国国内立法层面确立了国家安全审查制度，使得我国今后在外资准入过程中进行国家安全审查具有了明确的法律依据。然而，《外商投资法》在立法技术和立法内容上都具有局限性。首先，其未采用“自裁定条款”，也即未明确我国可以自行判断影响国家安全的有关因素；其次，其未对国家安全审查的执行机关作出明确规定；最后，其未规定国家安全审查的程序和考量因素，也没有约定投资者的救济途径。

在此有必要参考 2015 年 1 月商务部发布的《外商投资法(草案)征求意见稿》(以下简称《意见稿》)。《意见稿》第四章以专章的形式，对国家安全审查制度进行了规定。《意见稿》明确了由国务院建立外国投资国家安全审查部际联席会议作为国家安全审查的执行机构(第 49 条)，国家安全审查可以由投资者申请进行(第 50~54 条)或者由联席会议依职权进行(第 55 条)。《意见稿》第 57 条明确了安全审查的有关因素，并列明了兜底条款“联席会议认为应当考虑的其他因素”。联席会议的安全审查结果包括予以通过、附条件予以通过以及不予通过(第 58 条)。《意见稿》第 68、69 条还规定，国务院外商投资主管部门应当编制和公布国家安全审查指南和国家安全审查年度报告。《意见稿》的上述规定十分细致，与美国 CFIUS 的做法可谓遥相呼应。然而，最终通过的《外商投资法》，却删除了上述具体规定，并取而代之以笼统的规定，即第 34 条。

^① Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31: “A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.”

这样的立法技术也许有立法者的考量，也即先进行原则性的规定，再根据实际情况摸索总结经验，出台配套性的规定。然而，本文认为，《外商投资法》原则性的规定，对中美投资协定的签订帮助有限。我国应当进一步明确、细化国家安全审查制度。以美国为例，美国虽在2012年投资协定范本中，仅有第18条一条规定国家安全审查制度，但美国在国内法层面，却早已确立十分细致的国家安全审查制度。美国CFIUS设立于1975年，由美国财政部牵头，还包含国务院、国防部、国土安全部、商务部、能源部、司法部，以及两个白宫办公室（美国贸易代表谈判处、科学与技术政策办公室）八个部门。CFIUS依据1950年《国防生产法》（*Defense Production Act of 1950*）、1988年《埃克森·弗罗里奥修正案》（*Exon-Florio Amendment of 1988*）以及2007年《外国投资与国家安全法》（*Foreign Investment and National Security Act of 2007*, FINSA），行使对外国投资实施安全审查的职权，并可能向总统提出是否阻止交易的建议。^①我国应当在国内法层面进一步细化国家安全审查制度，从而为中美投资协定的推进提供有力保障。

（四）我国在中美投资协定中纳入根本安全例外条款的展望

综上所述，由于美国2012年双边投资协定范本采用“自裁定条款”，排除了仲裁庭的管辖权，使美国双边投资协定范本中的“根本安全例外”条款既无可仲裁性，亦不具备可补偿性。因此，“根本安全例外条款”有被东道国滥用的风险，有可能颠覆缔约国在投资协定中的其他一切制度设计。我国在缔结双边投资协定的过程中，也应当纳入根本安全例外条款，并采用自行判断的根本安全例外条款这一形式，以借助条约的对等性对美方行使安全审查权进行制约，并防止外资在我国投资所可能造成的危险。在中美双边投资协定中的根本安全例外条款的拟定过程中，应当注意以下几个方面：第一，明确国家安全的内涵。应当将国家安全描述为包括“国际和平与安全、国内根本安全利益”在内的广义概念，并排除“公共利益”等表述，以避免投资仲裁争端的出现；第二，应当坚持“自裁定条款”，采用自行判断标准，赋予国家安全审查机构充足的自由裁量权；第三，应当扩大根本安全例外条款的适用范围，使之不只适用于准入条款，还应适用于资金转移条款、透明度条款、商务访客入境条款等；第四，应当明确争议解决机制和救济方式，可以约定国内法的复议与救济

^① 梁咏、张一心：《中美BIT框架下美国外国投资国家安全审查机制的因应研究》，载《现代法治研究》2017年第3期。

渠道，同时明确限制国际投资仲裁庭的管辖权。

三、金融审慎例外条款

(一) 中美关于金融审慎例外条款的制度实践

我国《外商投资法》并未触及关于金融审慎监管的内容。金融审慎例外条款(Prudential Reasons/Prudential Measures Clause)，是缔约双方约定东道国在金融监管领域，基于审慎的原因所采取的和投资者相关的合理措施构成投资协定的例外，并免于承担法律责任的条款。NAFTA 和 GATS 最早规定了关于金融服务的相关规则，^① 美国和加拿大分别于 2004 年在各自的双边投资协定范本中加入了此项规则，并沿用至今。美国 2012 年投资协定范本第 20 条第 1 款规定：“不管本协定其他条款作何规定，均不应阻止缔约方基于审慎原因而采取相应措施，包括为保护投资者、存款人、投保人及其他金融服务消费者，或为确保金融体系的完整和稳定所采取的各项措施。如缔约方所采取的措施与本协议的条款规定有所不符，亦不能视作为它在逃避按本协议的规定应承担的义务或责任。”^②

我国在海外投资实践中，亦发生过关于金融审慎措施的投资争端，典型案例为中国平安诉比利时政府的“富通门”案件。2007 年，中国平安斥资 238.74 亿元人民币收购比利时富通银行 4.81% 的股权并成为其第一大股东，翌年金融危机爆发，富通银行陷入困境，比利时政府采取救助措施，将其国有化并进行资产变卖，此举使中国平安损失 227.9 亿元，并于 2012 年 9 月向 ICSID 起诉比利时政府。^③ 比利时政府以“平安作为投资方应当承担不可预见的商业风险”以及其措施是基于金融审慎原因作出的理由抗辩。然而，中国与比利时在 1984 年签订、2005 年修订的双边投资协定中，皆无金融审慎例外的安排。2015 年 5 月，ICSID 发布了仲裁裁决，认为平安是依据 2009 年中国与比利时

^① NAFTA 对金融审慎例外的规定不甚全面，其只在章程第十四章“金融服务”中规定此项条款，在逻辑上与第十一章“投资”处于并列关系，即此规定无法适用于投资领域；GATS 在其附件“金融服务”中的规定较为全面，美国和加拿大的双边投资协定范本都以其为基础。

^② 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 20.

^③ PRNewswire, *Belgium Prevails in Landmark ICSID Arbitration Brought by Chinese Insurer Ping An*, <http://www.prnewswire.com/news-releases/belgium-prevails-in-landmark-icsid-arbitration-brought-by-chinese-insurer-ping-an-300077716.html>, accessed on December 25, 2015.

签订的新 BIT 提起诉讼,而平安与富通的争端是发生在新 BIT 生效以前,也即争端应当依据 1984 年中国与比利时签订的旧 BIT,因此仲裁庭裁决对本案无管辖权。^① 本案中,中国平安蒙受了巨大损失,但中国—比利时 BIT 中没有金融审慎例外条款这一漏洞,使得比利时作为东道国在法理上并不占有优势。这也给予中国一个启示,也即作为东道国,假如没有在双边投资协定中规定金融审慎例外条款,将来完全有可能因为相似的问题而被外国投资者起诉。

《中国保护投资协定范本(草案)》并无金融审慎例外条款,在晚近的中国与外国双边投资协定中,我国对此条款的安排也不尽相同:(1)在适用范围方面,中国—哥伦比亚以及中日韩投资协定分别在第 13 条“金融部门的审慎措施”和第 20 条“审慎措施”中将其专章规定,而在中国与加拿大投资协定中,其被规定在第 33 条“一般例外”第 3 款中;(2)在涉及资本汇兑与转移方面,我国在与乌干达的投资协定中,将金融审慎例外的适用范围仅限于防止“严重收支失衡和外部融资困难”,而在与韩国的投资协定中,则对其适用范围稍作扩大,规定此条款亦可适用于金融领域“宏观经济管理的严重困难或困难之虞”^②。

(二)域外法中金融审慎例外条款的运作方式

美国和加拿大是采用金融审慎例外的两个新型投资规则国家,但两国的规定也有着明显差别:(1)在体例安排上,美国将金融审慎例外单列为第 20 条,而加拿大则将其规定在第 10 条“一般例外”中,并在第 17 条“审慎措施”中详述其操作方式,这表明美国只将金融审慎措施适用于金融领域,而加拿大有可能适用于整个协定中的其他非金融领域。(2)在金融审慎措施是

^① ICSID, *Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium*, ICSID Case No. ARB/12/29, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/29&tab=DOC>, accessed on December 25, 2015.

^② 《中华人民共和国政府和乌干达共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》(2004 年 5 月签订)第 7 条规定:“一旦发生严重的收支平衡困难或外部融资困难或存在这样的威胁,缔约任何一方可以暂时限制该转移”;《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定》(2007 年 12 月签订)第 6 条规定:“尽管存在本协定其他条款,每个缔约方在以下情况下可以根据其法律法规,采取或维持与本条的义务不一致的措施:(一)存在收支平衡和外部财政方面严重的困难或者有上述困难之虞;或者(二)例外情况下,资本转移引起特别是金融和汇率政策方面的宏观经济管理的严重困难或者有上述困难之虞。”

否可以适用于资本汇兑与转移上,美国于范本第 20 条第 2 款明确规定金融审慎例外不影响其在第 7 条(转移)和第 8 条(履行要求)下的义务,但在第 7 条第 4 款保留了一个开口,规定仅在破产、倒闭等危及债权人权利以及金融管理当局需要相应记录和报告的情形下,可以采取限制措施限制资本转移。^①而加拿大在其范本第 14 条第 6 款则赋予了东道国基于“保护金融机构的安全、稳定、完整和金融责任能力”的原因广泛行使金融监管措施的权力。^②(3)在争端解决程序上,两国的双边投资协定范本都规定若东道国提出金融审慎例外的抗辩,则争议双方缔约国应当先行进行磋商,并形成书面报告递交给 ICSID 仲裁庭,书面报告对仲裁庭的裁决具有约束力。双方磋商有一定的时间限制,在期限届至之前,仲裁庭不能对争议事项进行审理。加拿大规定双方磋商的期限为 70 天,^③而美国的规定则为 120 天,并且仲裁庭必须在 30 天内对未决事项进行裁决。^④

(三) 中美投资协定纳入金融审慎例外条款的展望

美加两国在金融审慎例外中规定的不同,实际上反映出两国国内在投资条约利益取向上的不同考量。^⑤例如,在金融审慎例外是否可以适用于整个资本汇兑和转移条款的问题上,美国部分政府官员和学者曾建议基于国家金融安全的原因应当适用,但却因致力于投资自由化的商界利益集团的抗议而作罢;^⑥又如,在金融审慎例外的争端解决程序上,同样源于商界的要求,才促使美国在范本中加入“120 天+30 天”的仲裁期限,以防止投资争端被长时间拖延。^⑦这样的利益博弈,显示了双边投资协定需要进行的价值平衡,即平衡东道国规制外国投资、维护国内金融安全的权力与海外投资者的合法利益。

我国在与美国双边投资协定的金融审慎例外条款中,也应当注意上述价值

① 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 7(3).

② 2004 Canadian FIPA(BIT) Model, Article 14(6).

③ 2004 Canadian FIPA(BIT) Model, Article 17(3).

④ 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 20(3)(e).

⑤ 参见曾莉:《美国 2012 BIT 范本评析》,载《云南大学学报法学版》2013 年第 1 期。

⑥ Sarah Anderson, *Comments on the U. S. Model Bilateral Investment Treaty*, http://www.ips-dc.org/reports/the_new_us_model_bilateral_investment_treaty_a_public_interest_critique, accessed on December 25, 2015.

⑦ Emergency Committee for American Trade, *Proposed Model BIT Substantially Weakens Protections for U. S. Investors*, <http://www.ecattrade.com/>, accessed on December 25, 2015.

的平衡。未来的中美投资协定很可能在如下方面作出规定：(1)在条约适用范围方面，双方是采取加拿大式范本的方式将金融审慎例外条款规定在一般例外中，还是采取美式范本的规定，将其限制在金融服务领域，并在诸如资本汇兑与转移和征收条款中以例外的方式留下“开口”；(2)双方会在怎样的程度上界定条款中的一系列概念，比如“金融机构”“审慎原因”“审慎措施”，在判定标准上是否会和诸如巴塞尔委员会在内的国际金融机构制定的技术通则对接，以及更极端地说，是否会在条款中加入自裁定模式(“it considers”)，以排除国际仲裁庭的管辖权；(3)在实施程序方面，双方如何规定磋商的期限，是否会规定仲裁庭审理的期限，以及是否会如一些学者所建议，在磋商时间上采取加拿大式较短时间(如70天)，并辅以美式的仲裁审理时间(如30天)，以达到对审理质量和审理效率的兼顾。^①未来中美双边投资协定对这些问题的处理，将为日后中国对外签订双边投资条约提供借鉴。

四、投资争端解决条款

(一) 投资争端解决条款对缔约国的重要性

《外商投资法》同样未触及投资者与东道国投资争议的解决方式。投资争端解决条款一般包括缔约国之间和投资者—东道国的争端解决方式。缔约国之间的争端解决机制通常规定得较为简单，^②而投资者—缔约国之间的争端解决机制，则一直备受各国的关注。近年来，ICSID仲裁庭在其判决中暴露了如下问题：(1)对于同样的事实和诉因，仲裁庭在不同案例的判决中往往出现不同的结果，对投资协定文本的解释呈现混乱状态；(2)仲裁庭倾向于利用投资协定中的漏洞，对案件各部分争议的可仲裁性作出扩大解释以扩张自己的管辖权；(3)仲裁庭裁决的结果多对投资者有利，这在投资争端解决机构具有可选择性的背景下，被有些学者认为是仲裁庭偏护投资者以期招徕更多案源的证据。^③以阿根廷为代表的南美发展中国家于本世纪初遭遇了大量投资者诉东道国案件的困扰，ICSID屡屡判决东道国败诉。玻利维亚和厄瓜多尔已退出

^① 龚柏华：《中美双边投资协定谈判中的金融服务条款》，载《法学》2013年第10期。

^② 我国2010年投资协定范本草案第12条、美国2012年投资协定范本第37条规定了缔约国间的争端解决机制。

^③ Susan D. Franck, “The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity”, 20. *N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 2000, pp. 11-15.

ICSID 公约, 尼加拉瓜和委内瑞拉等国也宣称将退出公约。上述国家退出或扬言退出公约, 很大程度上是这些国家投资协定中对投资者—东道国投资争端解决机制规定的漏洞所致。

(二) 中美关于投资争端解决条款的制度实践

仲裁庭管辖范围和可否上诉, 是投资争端解决条款的两个最重要的问题。其一, 国际仲裁庭管辖范围的问题。我国在早期缔结的双边投资协定范本中, 往往规定仲裁庭管辖范围仅限于“涉及征收的赔偿数额”上。然而, 近年来我国倾向于将适用范围扩大到与投资有关的“任何争议”。^① 这样的规定, 很可能造成十分危险的结果。例如, 在 Salini 诉摩洛哥案中, Salini 利用西班牙—摩洛哥投资协定中的“保护伞条款”, 起诉摩洛哥政府违反了商业合同的义务。ICSID 仲裁庭以西班牙—摩洛哥投资协定中的争端解决机制适用于“任何投资争议”的表述, 作出对 Salini 的合同请求具有管辖权的解释。^② 这样的案例引起了我国的关注, 因此《中国保护投资协定范本(草案)》明确规定国际仲裁庭的管辖范围仅限于第 2~9 条和第 14 条(即促进和保护投资、国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇、征收、损害与损失补偿、转移、代位、其他义务)上, 而排除了其对第 10 条(拒绝受惠)和第 11 条(税收)的管辖权。美国也在其 2012 年范本中延续了其在 2004 年范本中的做法, 将仲裁庭范围限定在第 3~10 条(即国民待遇、最惠国待遇待遇、最低待遇标准、征收与补偿、转移、业绩要求、高层管理和董事会、有关投资的法律和决定的发布), 而排除了仲裁庭对透明度、不符措施、拒绝受惠等传统投资议题以及根本安全例外、投资与环境、投资与劳工等新议题的管辖权。可以预见, 中美双方未来的双边投资协定中, 也将对国际仲裁庭的管辖范围作出限制, 以防止投资者滥用诉权和仲裁庭扩大管辖权的可能, 以保护东道国利益。

其二, 投资争端仲裁可否上诉的问题。与 WTO 争端解决机制允许当事方上诉不同, ICSID 秉承国际商事仲裁一审终审的特点, 只在《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 52 条规定了对违反仲裁程序案件的撤销程序。

^① 如《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》(2005 年 11 月签订)第 9 条规定:“缔约一方与缔约另一方投资者之间就投资产生的任何争议, 应尽可能由争议双方当事人友好解决。如争议自其被争议一方提出之日 6 个月内, 未能解决, 应缔约另一方的投资者的请求, 可以将争议提交仲裁。”

^② *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, para. 61.

因此,一旦同意诉至 ICSID 的争端当事方认为案件在事实审理和适用法律上存在问题,则无法寻求救济。美国早已关注这一问题,并在其 2004 年双边投资协定范本的附件 D 中,表达出对“建立双边上诉机制的可能性”的期望。^①然而由于 ICSID 仲裁下投资者易于胜诉的规律,美国国内商界强烈反对美国建立上诉机制,从而导致在美国 2012 年范本中,附件 D 被取消,仅有的与上诉机制有关的条款低调地出现在第 29 条第 10 款,并且该条款并没有标明缔约双方建立双边上诉机制的愿景,而只是规定目前的仲裁案件可以适用于将来有可能出现的双边上诉机制中。^②《中国保护投资协定范本(草案)》并无上诉的规定,但对中国而言,由于大量海外投资者的长期存在,为了维护我国作为东道国的合法利益,防止国际仲裁庭的错误判决对我国经济利益造成的损害,应当考虑建立这种上诉机制。事实上,这样的上诉机制,对世界上很多作为资本输入国的发展中国家都会起到一定的保护作用。

(三) 中美投资协定纳入投资争端解决条款的展望

投资争端解决条款中的上述问题,实质上是如何平衡海外投资者和东道国利益的考量。对于亚洲、非洲和南美洲的广大发展中国家来说,如何在吸引海外投资发展本国经济的同时,合理规定争端解决机制,以防止如 2001—2003 年阿根廷投资自由化导致的诉讼泛滥的局面再次出现,是十分重要的。而以美国为代表的许多兼具资本输入国身份的发达国家,亦希望通过对国际投资争端规则的良好设计,以保证其个案裁决相对公平的效果。中美双边投资协定中关于国际投资争端相关问题的处理,将反映出中美双方对于这些问题的最新思考,例如限定国际投资仲裁庭的管辖范围、约定双方投资争端的上诉机制等。中美投资协定关于投资争端解决条款的设计,也将为今后中国对外投资协定提供范例。

五、结语

由于当前中美贸易争端的限制,中美投资协定谈判陷入了停滞。我国为应对当前国际经济贸易形势,进行了大刀阔斧的改革,先后设立了 12 个自由贸易试验区,并通过《外商投资法》,实行《市场准入负面清单(2018 年版)》和《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019 年版)》,确立了“准入前国民

① 2004 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Annex D.

② 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 28 (10).

待遇加负面清单管理制度”。这将有助于我国大力吸引外资，并且为我国今后对外签订投资协定实行“准入前国民待遇加负面清单模式”提供了有力的现实基础。然而，仍有许多问题亟待通过对外缔结双边投资协定的方式予以解决，其中最为明显的，便是本文论述的根本安全例外、金融审慎例外和投资争端解决三个议题。中美投资协定的谈判，必将正视这三个问题，并提出创造性、建设性的解决方案。

中美双边投资协定，对双方都将具有重要意义。对美国而言，美国的 BIT 范本，虽然冠以“双边”的字样，作为美国对外投资谈判的蓝本，不仅适用于投资保护协议，也适用于投资开放协议；不仅适用于双边协议，也适用于区域协定，甚至适用于多边协议。^① 对中国而言，中美双边投资协定将成为我国新时期对外缔结投资协定的一个高水平、高标准的蓝本。我国应当充分吸收近年来我国企业赴美投资实践的经验和教训，在今后缔结的对外投资协定中，纳入根本安全例外条款，采用自裁定模式以限制仲裁庭管辖权，并与作为国内法的《外商投资法》进行衔接。应当充分设计金融审慎例外条款的适用范围、相关概念和实施程序，才能够防止类似平安诉比利时政府的案件在我国发生，并为遭受金融审慎措施的我国企业提供成文的救济途径。还应当完善投资争端解决条款，限制国际仲裁庭的管辖范围，适当考虑投资仲裁争端的可上诉性。有理由相信，在将来问世的中美投资协定文本中，我国就上述议题作出怎样的安排，将对今后我国缔结的对外投资协定产生重要的影响。

即使在中美政治经济关系处于低谷的此刻，研究并关注中美投资协定仍具有重大意义。美国政党的轮替、国际政治经济局势的变化、我国谈判实力的进一步增强，都有可能给旷日持久的中美贸易争端画上句号。届时，中美投资协定谈判将很有可能重新开启，而我国学界与实务界，都应当为此做好充分的准备。

^① 崔凡：《美国 2012 年双边投资协定范本与中美双边投资协定谈判》，载《国际贸易问题》2013 年第 2 期。