

DOI:10.15918/j.jbitss1009-3370.2018.5007

国际投资法下东道国监管权的改革 ——基于可持续发展原则的分析

钱嘉宁, 黄世席

(山东大学 法学院, 山东 青岛 266237)

摘要: 在国际投资法领域,可持续发展改革的核心要素是东道国与外国投资者的利益平衡,强调保护和鼓励投资的目标不应影响东道国公共利益的监管权。近年来,东道国监管权通过限缩投资及投资者定义、细化间接征收标准、引入禁止性履行要求的例外情形与矫正投资者-东道国争端解决(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)机制等在国际投资协定(International Investment Agreements, IIAs)和国际投资仲裁实践中得到全面发展。为实现可持续发展友好型改革,最有效的途径是单列监管权条款并引入比例原则确保监管权的有序实施。对中国而言,在结合本国需要修订相关条款的同时,应积极参与 IIAs 的可持续发展改革和增强国际话语权。

关键词: 东道国监管权; 可持续发展原则; 利益平衡; 公共利益例外; IIAs 改革

中图分类号: DF964; DF415

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2018)04-0128-12

《G20 全球投资指导原则》提出为营造开放、透明和有益的全球投资政策环境和促进可持续发展,政府应有权为合法公共政策目标而监管投资^①。《世界投资报告(2015)》认为改革的政策选择之一是保护监管权(right to regulate),建议明确或限制实质性条款和例外条款(如公共政策或国家安全)^②。东道国监管权接连不断地遭受外国投资者的挑战。2010 年和 2011 年,全球最大的烟草公司菲利普·莫里斯基于投资协定挑战东道国保护公共健康的监管措施;2014 年,尤科斯案仲裁庭认定俄罗斯政府巨额处罚的行为等同于国有化。值得思考的是,众多投资仲裁案的频发是否意味着国家在缔结 IIAs^③时过多地让渡了东道国监管其主权范围内投资活动的应有权力,抑或促进和保护投资目标的实现是否可以忽视公共健康和安全、环境保护、劳工等东道国权益,以致于威胁到国家行使公共利益监管权。

近年来,越来越多的国际投资规则纳入了可持续发展的概念或原则,其目标在于建立和维护东道国良好投资环境的同时,保留东道国公共利益的监管空间,从而实现利益平衡的可持续发展。因此,将东道国监管权置于可持续发展背景下进行改革已经成为国际投资法领域的一项重大举措。

一、可持续发展投资与东道国监管权的互动

可持续发展是指既能满足当代人的需要,又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展^④,明确肯定了经济发展、社会发展与环境保护的内在联系。国际投资作为经济发展的组成部分,理应处理好与社会、环境的可持续关系;实现国际投资法律框架的良性发展亦需要可持续发展的精神指引,进而保障东道国监管权的正常运行和实现投资者与东道国的利益平衡。

(一)肯定东道国监管权是可持续发展投资的应有之义

“可持续发展”概念或原则被国际社会普遍接受为经济社会发展和国际关系的一般原则,也成为国际投资政策的一般原则^{⑤⑥}。基于构建资本输入国与资本输出国间可持续发展的新国际投资秩序,联合国贸易和

收稿日期: 2018-03-06

基金项目: 司法部科研项目资助“ISDS 机制的发展趋势及中国研究”(16SFB2049);山东大学人文社会科学重大项目资助“全球经济治理背景下国际投资规则的法治化革新与中国方案”(17RWZD19)

作者简介: 钱嘉宁(1989—),女,博士研究生,E-mail: jianing_qian@hotmail.com;黄世席(1969—),男,法学博士,教授,博士生导师,E-mail: huangshixi69@163.com

① G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking, issued on 16 September 2016, available at http://www.g20chn.org/English/Documents/Current/201609/t20160914_3464.html.

② 目前国际投资条约的主要形式有: 双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)、区域投资协定(Regional Investment Treaty, RIT)和包含投资章节的自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)。本文所指投资条约即是这一范畴。

发展会议(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)在2012年提出了可持续发展的投资政策框架(Investment Policy Framework for Sustainable Development, IPFSD),包括核心原则、各国指南和核心要素3部分。其中,核心原则(6)“监管权”指出在遵守国际承诺和以公共利益为出发点的基础上,各国拥有对外国投资的准入和经营设置条件并将负面影响最小化的主权权力^①。国家管理外国投资的权利已于20世纪70年代为联合国大会通过的一系列重要决议所肯定^②,是国家主权的应有内容,也是建立明确、稳定和可预测投资环境的保证。东道国监管权不是IIAs的产物^③,源于国际习惯法中的“警察权原则”(doctrine of police powers),明确要求影响外国投资者及其利益的监管措施应追求合理目标^④,同时监管权应在法律范畴内行使,包括根据法律规则或东道国作为协定缔约国而明确的监管范围。

利益平衡是可持续发展的内在要素;当然,投资者与东道国间的利益平衡亦是国际投资法的核心内容。投资者渴望法律的明确性和实质性投资保护待遇以实现投资利益最大化,而这在某种程度上会与东道国利益相冲突,因为东道国为应对国内外投资环境带来的挑战,必须保持最大限度的监管灵活性。不可否认的是,国际投资法存在限制东道国监管空间的可能性。虽然IIAs没有明确限制东道国的行为自由,但东道国在违反IIAs时的赔偿责任间接造成行为自由和监管权间的紧张关系,即寒蝉效应(regulatory chill),继而东道国可能作出降低IIAs保护标准或终止IIAs等选择。

值得注意的是,在2016年缔结的18个IIAs中,大多数IIAs都规定可持续发展目标的监管权条款^⑤。但这不意味投资保护程度的减损;相反,符合可持续发展目标的监管权是提升东道国监管空间和降低投资仲裁风险的必然选择。因此,作为可持续发展投资的应有内容,监管范围不应极端化地扩大或限制,应在保护投资者权利和东道国监管权之间达至平衡。

(二)趋于平衡的东道国监管权条款

监管权内容最早出现在贝宁-瑞士BIT(1966)中,并于20世纪80年代起以IIAs序言(43个)的形式肯定监管权或监管利益,并逐渐被各国新修订或签订的IIAs所接受,其内容涵盖监管自主权、政策空间和制定新法规灵活性等。20世纪90年代以来,国际社会盛行将监管权从序言部分移至正文部分。迄今为止,共有132个IIAs在正文部分对监管权进行规定,主要是通过协定的一般标准(适用于全部协定)或具体标准(适用于特定协定标准)的例外条款进行保护。其中,同时在协定序言和正文部分规定监管权的IIAs达到16个,主要分布在巴西、加拿大、新西兰等国家在21世纪签订的IIAs中^⑥。

纵观近几年签订的IIAs,肯定东道国监管权并制定平衡范式下的监管权条款已成为IIAs改革的新趋势。许多国家在制订BIT范本时试图寻求解决国家与投资者间利益冲突的平衡机制,赋予东道国合理的监管权范围。印度BIT范本(2015 India Model BIT)序言重申东道国依据法律和政策目标对外国投资的监管权,并从投资及投资者定义、间接征收、投资者义务、用尽当地救济等方面对投资者权益进行严格限制^⑦。挪威BIT范本(2015 Norway Model BIT)以一般例外条款和基本安全利益例外条款保护东道国监管权,并规定文化政策和税收等特殊事项的监管权^⑧。阿根廷-卡塔尔签订BIT(2016)在保护东道国合理监管权的基础上,以企业社会责任和安全措施条款规定基本安全利益之下的国家措施^⑨。跨太平洋伙伴关系协定(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)既在序言部分肯定东道国监管权,又提出基于公共健康、安全、环境等公共福利目标事项的监管优先权,同时单列条款保护东道国行使环境、卫生或其他管理目标等任何措施的权力。欧盟与加拿大签订的综合性经济贸易协定(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)更直接地规定东道国合理政策目标下的监管权,监管目标延伸至消费者保护、文化多样性保护等方面,促进东道国监管权的扩大化解释。

由此可知,IIAs规定监管权的方式主要有3种,各有利弊。一是将监管权或监管利益作为序言的一部分,旨在阻止仲裁庭在解释IIAs时援引序言中的投资保护目标而片面地支持投资者。但序言内容仅起到补充解释的作用,东道国监管利益不能得到明确肯定。二是在各自保护标准中规定监管权,将东道国监管自由限定于特定条款而其他条款不受影响。但这必然会增加保护待遇条款的复杂性;在特定案件中,仲裁庭亦很

①UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>; last visited on 20 October 2017.

②Article 3, 8.1, 8.2, Indian Model BIT (2015).

③Article 24-28, Norway Draft Model BIT (2015).

④Article 10, 12, 13, Argentina-Qatar BIT (2016).

难权衡内容丰富的保护待遇条款与监管条款的相互作用。三是制定具体的监管条款,包括在一般条款中赋予东道国不受限制的监管自由、制定包含公共利益的具体例子和具体实施规则的条款或仅仅包含公共利益特定种类的条款,但东道国监管自由局限于公共利益的特定类型。因此,最佳方案是既在序言中肯定东道国监管权,又单列条款明确公共利益监管权的适用条件与范围;必要时,在保护待遇标准之下规定排除事项。如此一来,不论从协定文本还是文本解释角度考虑,东道国监管权都能得到切实保障并灵活应对瞬息万变的国际投资局面。

二、国际投资法下东道国监管权的最新发展

正确处理投资者保护与东道国监管权的相互关系是国际投资法繁荣发展的关键。早期,IIAs 强调外国投资者的利益保护,限制东道国公共利益的监管权并漠视某些国家公共政策的效用。然而,随着 IIAs 的扩张和以 IIAs 为基础的投资仲裁案的频发,IIAs 的实质性条款和 ISDS 机制备受质疑。近年来,各国在缔结新一代 IIAs 时着重于提升东道国的合理监管范围,试图保留东道国追求可持续发展目标的应有权力,主要体现在投资及投资者定义、间接征收标准、禁止性履行要求的例外条款和 ISDS 机制的改革等方面。

(一) 投资

投资定义是进行国际投资仲裁的门槛。一项交易若符合投资的定义,外国投资者便可能依据 IIAs 向投资仲裁庭提请诉求;反之,只能在东道国内法院对东道国政府提起合同之诉。IIAs 通常使用“投资”“外国投资”或“外国直接投资”等术语囊括各种资产范围。IIAs 保护的资产范围不断扩大,只要求与东道国存在细微的联系,如在国际市场上购买主权债务债券亦属于投资范围^①。为避免投资定义的无限扩张,IIAs 采用投资的一般性条款以及几组解释性类别,或采用投资特征这一概念。印度 BIT 范本第 1.4 条采用“以企业为基础+投资特征”的狭义定义,并明确列举了不受保护的资产或权益的排除范围(包含兜底条款),如政府债券、商誉、品牌价值、市场份额或类似无形权利等。TPP 采用广泛的“以财产为基础”定义,同时罗列非叠加的投资特征。投资特征和例外事项的出现,显示出各国限缩投资定义的趋势,只是限制标准及其程度存在差异。

投资定义在很大程度上取决于 IIAs 条款的界定,但即使是最明确的定义,投资仲裁庭仍享有自由裁量权。Salini 案对投资定义提出 4 项标准^②,其中“对东道国经济贡献的要求”具有一定程度的主观性。每个主权国家有权决定外国投资是否促进本国经济发展,故有的仲裁庭认为不应被视为投资概念的构成要素^③。但是,鼓励通过外国投资促进国家经济发展是《解决国家与他国国民间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,简称《华盛顿公约》)序言的规定,因而解决国际投资争端中心(International Center for Settlement of Investments Disputes,ICSID)仲裁庭在解释投资定义时应考虑投资对东道国发展的重要性。同时,在投资定义中列入投资有利于东道国经济或可持续发展的投资特征已经得到许多 IIAs 的认可,如伊朗-斯洛伐克 BIT(2016)和摩洛哥-尼日利亚 BIT(2016)。

IIAs 有时包含根据东道国法律规定或在其自身投资定义中包含类似的原则,表明协定所保护的投资必须依照本国国内法来界定。但参照东道国法律强调的不是投资定义,而是投资的合法性问题。因旁氏骗局获得的存款资金及利益虽属财产范围,但财产的获得和拥有必须符合法律规定,即强调资产获得过程的合法性^④。若投资保护延伸至非法投资,即基于故意虚报、欺骗、恶意、腐败或违反国家公共政策产生的投资,必然影响到东道国政府对外资的正当监管;相反,敦促投资者遵守当地法律和基本原则有助于外国投资朝着可持续发展的方向进行。

(二) 投资者

投资来源,尤其是资本来源,并不是确定外国投资是否存在的决定性因素。投资外来属性的决定性标准

①Abaclat and Others v The Argentine Republic, ICSID ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.

②投资的 4 项标准,包括实质性的承诺、特定的持续期、风险假定和对东道国发展意义。Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, paras. 52-57.

③Philip Morris Brand Sür(Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, para. 207.

④Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB (AF)/07/3, Award, 19 May 2010, paras. 48-58. 但有的仲裁庭认为依东道国法律规定的要求不能延伸至设立后的管理和投资行为。Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, paras. 5.54-5.55.

是投资者的国籍。个人国籍主要由各国法律规定,而公司国籍的确定存在不同标准。最常用的是以设立地作为判断公司国籍的标准。当设立地作为认定的唯一标准时,仲裁庭拒绝揭开公司面纱探寻公司所有者的真正国籍,因而拥有公司99%股权的东道国国民或空壳公司成为了有效的外国投资者。近年来,IIAs对公司国籍的判断依设立地或主要营业地为准,主要办公地或有效经营地也会考虑其中,要求设立地或所在地与实质性商业活动(Substantive Business Activity, SBA)相结合,强调投资者与其所称的国籍国之间存在实质性经济联系。有些IIAs要求投资者对公司利益的控制,因而包含缔约国国民间接控制的公司;或者设置外资参与的最低水平要求。有些IIAs强调将营业场所所在地与占投资者优势利益相结合;要想获得投资者地位,必须按照缔约国法律成立、在该国有营业场所和从事真正经济活动。

为了最大限度地保护投资,投资者通常将公司设立在与东道国有友好缔约关系且接受合资作为公司国籍基础的国家。有选择地将司法管辖权置于良好法律环境之下是合法的,但不意味着所有国籍选择(Nationality Selection)都能成功。当投资所有权转移发生在争议发生后或单纯出于起诉目的转移或虚假的股权交易,仲裁庭拒绝行使司法管辖权。仲裁庭允许既存条约框架下的预期计划^①,即国籍选择必须在争端事实发生前已存在。

在实施国籍选择的过程中,主要会出现两种情况:一是当公司国籍与投资者国籍不一致时,许多IIAs将公司中的股份持有和股份参与都包含在投资范围内,即公司中的外国股权视为对该公司的投资,因而公司股东可以就东道国侵犯其投资权益的行为提起仲裁。在某种情况下,占公司少数份额的小股东^②或通过中间公司的非直接持股人^③亦受到IIAs保护,除非IIAs明示或者默示排除此类情况。作为一种投资形式的公司参与,此种持股应当受到保护。即使涉案公司没有满足IIAs对国籍的要求,但若该公司的股东满足了上述要求,仍可获得赔偿。此时,涉案公司被当作是投资而非投资者对待,即保护范围既包含股权的持有,又延伸到公司的资产。二是当公司与其依赖的国籍从属国之间不存在实质性经济联系时,国家保留否决该公司依据某协定可获得权益的权力,即东道国纳入利益拒绝给予条款,将由第三国或东道国国民所有或控制且在缔约方境内无实质性商业活动的公司排除在IIAs保护范围之外。但实施权益相抵的权利只能是预先实现,在投资行为发生后,该权利不具有溯及力。若存在实质性的商业活动,东道国则无权拒绝利益给予。

(三)间接征收

间接征收直接牵涉到东道国监管权与投资者利益的张弛关系。东道国享有征收权,IIAs亦不阻止东道国政府采取征收措施,只要求征收是以非歧视、基于公共利益并给予投资者补偿的方式实施。但是,仲裁庭在认定间接征收时普遍过度保护投资者的利益,除了归咎于投资定义的宽泛,扩大化的间接征收认定标准才是直接且主要的原因。任何损害外国投资者利益的监管措施都被轻易地认定为间接征收,以致政府在履行环境、劳工、人类健康等义务的同时还须支付高额赔偿金,继而束缚东道国调整适宜国家政策和实施必要监管措施的权力。

早期,大多数IIAs只是采用等同于征收的效果,或者含蓄地排除合法事由的模糊定义。如今,IIAs在认定间接征收时更多地考虑东道国的立场,既重申东道国享有征收领域的监管权,又将某种特定监管措施排除在间接征收范围之外或者增加说明性的附件,以此限缩仲裁庭对界定间接征收的自由裁量权并保证仲裁裁决的一致性和可预测性。在BITs层面,美国BIT范本(2012 U.S. Model BIT)延续2004年范本对间接征收的规定,采用概括式的方式阐述了间接征收规则;同时,在附件B中罗列间接征收的界定标准,包括政府措施的经济影响、政府行为干涉投资者合理期待的程度和政府行为的性质等,并排除公共福利监管措施于间接征收范围之外。印度BIT范本对征收的认定采取完全的效果标准,要求投资价值和投资管理控制权的实质或永久性丧失;征收的认定应综合考虑措施的经济影响、持续时间、性质(尤其是目标、背景和意图)和政府先前对投资者作出的书面承诺,但将合法的公共利益或公共目标的非歧视性监管措施或者司法机关的裁决不纳入征收范围。在RITs层面,东南部非洲共同市场投资协定(Investment Agreement For the

^①Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA v Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 16 July 2010, para. 84.

^②CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, para. 51.

^③Noble Energy, Inc. and Machalalpower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, paras. 77-83.

COMESA Common Investment Area ,COMESA CCIA)在肯定东道国监管权的同时,明确东道国旨在保护合理公共福利目标(如公共健康、安全和环境)的善意(bona fide)监管措施不构成间接征收。东盟全面投资协定(ASEAN Comprehensive Investment Agreement)在附件2中细化间接征收的考量因素并保护基于公共福利目标的非歧视性措施。虽然间接征收的考量因素存在差异,但各国对排除非歧视的公共利益监管措施于间接征收范围之外的做法已达成共识。不论是采用善意、公共福利还是公共目标作为间接征收排除事项的关键词,其核心内容仍是确保东道国在监管外资时享有合法正当的国家权力。

各国仲裁实践显示,间接征收的判断主要取决于东道国监管措施是否基于公共利益且以非歧视的方式行使,除非东道国明确承诺避免实施某种监管措施。只要东道国监管措施属于国际习惯法下的警察权范围内,或者出于保护环境和人类健康而实施的,仲裁庭便认定措施的有效性和可实施性^①。而对于赔偿责任,只要符合善意和正当程序,非歧视的监管措施通常免于承担相应责任。这并不意味着非歧视的公共利益监管措施必然不构成间接征收,监管措施对外国投资造成影响的严重程度亦是认定间接征收的重要因素。当投资者认为阿尔巴尼亚政府改变土地使用计划并撤销贸易许可证属于间接征收时,仲裁庭采用实质性丧失标准,认为实质性丧失包括利益损害和投资者使用、占有、控制和处分财产权的丧失^②,仅仅价值损失不足以构成间接征收。同时,监管措施的目的与比例性亦是仲裁庭的考量因素之一。当东道国追求公共利益时,投资者所牺牲的私人利益必须是相称的;政府措施是获得目标的唯一途径,或者在众多解决方案中有害程度是最低的,进而避免政府明显滥用权力而忽视投资者利益。

(四)履行要求

随着投资自由化浪潮的推进,许多国家纷纷要求去本国化的法律规定,而履行要求作为本国化的重要内容,以加拿大、美国为首的发达国家主张对其进行限制性或禁止性规定^③。禁止性履行要求是东道国让渡国家监管权的表现,因而禁止性条款的适用范围应受到限制,主要包括两种方式:一是通过具体规定专门适用于履行要求条款。技术转让及其使用限制和许可合同的规定不适用于《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,简称《TRIPS 协定》)授权使用的知识产权和未披露保密信息的措施,以及法院、行政庭或竞争执法机关的救济措施或强制执行的承诺或保证^④。抑或,排除禁止性履行要求在特定领域的适用。例如,为扩大出口、促进外国援助项目、政府采购、优惠关税或优惠配额而实施违反国民待遇和取消数量限制的履行要求^⑤不认定其违法性。二是适用于协定全部内容(当然包括履行要求条款)的一般条款,包括一般例外和基本安全例外。国家通常选择援引《关税与贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade,GATT)第 XX 条和《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services,GATS)第 XIV 条作为 IIAs 一般例外条款的内容,要求在满足非任意的或不合理地歧视且避免变相限制投资的同时,为保护公共道德或维护公共秩序、人类、动物或植物的生命或健康所必须的措施以及与本协定的规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施则视为维护合法公共福利的目标措施,不受禁止性履行要求的限制^⑥。同时,基本安全例外不阻止缔约方为了维持公共秩序、国际和平和安全或维护基本安全利益所必须采取的措施。

禁止性履行要求的例外条款是实现投资自由化与保护非投资利益的灵活性机制。在限缩东道国监管权的同时,保留东道国追求社会价值的监管空间。相较而言,在履行要求条款下以清单的方式罗列禁止性规定的除外情况,有利于正确适用履行要求条款,具有准确性;而一般规定的适用范围及于整个协定,能够根据社会发展及时豁免国家的有关义务,具有灵活性。最有效的方式是将特殊规定与一般规定相结合,既明确禁止性履行要求的具体例外规定,又兜底各种符合可持续发展目标的社会价值,从而确保国家灵活的监管空

① Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, paras. 305, 307.

② Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No ARB/11/24, Award, 30 March 2015, para. 579.

③ 根据限制或禁止性范围的大小,履行要求条款可以分为3类:一是仅仅引用或结合《与贸易有关的投资措施协议》(《TRIMS 协定》)中示例清单对于贸易相关的禁止性履行要求的列举,并将其列入投资协定和章节。二是准入后“TRIMS+”条款。三是准入前和准入后“TRIMS+”条款。

④ Article 9.10.3, TPP.

⑤ Article 5(3), ECT; Article 1108(8), NAFTA; Article 9.10.3.(e), (f), (g), TPP.

⑥ Article 9.10.3.(d), TPP.

间与投资者待遇的平衡。

(五) ISDS 机制

ISDS 机制是外国投资者和东道国提供一个相对中立、去政治化的争端解决场所。ISDS 机制的启动具有单向性,即只有当外国投资者感到权益受侵害时才可对东道国提起仲裁;这种允许外国投资者径行进入 ISDS 机制的做法显示公平,因为东道国的监管措施会毫无防备地遭受巨额索赔。截至 2016 年底,以 IIAs 为基础的公开案件累积高达 767 件^{[8][14]}。由于发达国家和发展中国家纷纷深陷国际投资仲裁泥潭,ISDS 机制出现正当性危机^①。根据国际贸易和可持续发展中心(The International Centre for Trade and Sustainable Development, ICTSD)报道,北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement, NAFTA)现代版的第 3 轮谈判正加速进行,其中如何处理投资相关的争端将是一个热点,共识是新的 ISDS 机制应保证东道国公共利益的监管权。ISDS 机制的存在具有必然性,是外国投资者抵御东道国侵害的最佳场所,应基于可持续发展目标进行改革。

作为国家监管外资的工具,用尽当地救济在 20 世纪中叶得到许多国家的认可并发展成为一项国际习惯法规则,主要出现在第一代 BITs 中。随着卡尔沃主义反对呼声的出现和国际贸易投资自由化浪潮的推进,用尽当地救济逐渐退出各国 IIAs 的文本。虽然极少有 IIAs 明确放弃该原则^②,但大多数国家对此规则的适用表示沉默,即既不要求也不放弃用尽当地救济原则。可是,《华盛顿公约》第 26 条要求成员方明示采用用尽当地救济原则,默示同意即表示放弃。如此一来,东道国稍有疏忽即为外国投资者创设程序上的优势地位。近年来,寻求或用尽当地救济作为启动 ISDS 的强制性条件之一已得到许多国家的认可,包括阿根廷、印度、罗马尼亚、土耳其、阿联酋、乌拉圭等国家以及南部非洲发展共同体(Southern African Development Community, SADC)和东非共同体(East African Community, EAC)区域国家^[9]。同时,设置用尽当地救济作为提起 ISDS 的条件并对此进行时间限制(3 个月~5 年)是平衡双方利益的结果。印度 BIT 范本在 ISDS 机制中重新引入用尽当地救济的原则(第 15 条),规定只有在用尽当地司法和行政救济后仍未得到满意结果或徒劳无获时,投资者在经过磋商谈判期(5 年)后才可提出仲裁请求,加上投资者应在知道或应当知道受侵害时起 6 年内提起仲裁,因而投资者在用尽当地救济后只有 1 年时间提请仲裁。虽然附期限的规定限制了东道国的权力,但对外国投资者而言,这在一定程度上确保其在寻求东道国当地救济的希望落空后,还能够及时诉诸国际层面的救济^{[10][82]}。此外,将替代性争端解决方式(Alternative Dispute Resolution, ADR)和用尽当地救济相结合能够很好地避免争端激化,控制争端的恶性发展并体现对东道国属地管辖权的尊重。摩洛哥—尼日利亚 BIT(2016)为投资者诉诸国际仲裁设置双重门槛,要求争端必须先经联合委员会磋商或协商,在 6 个月内无果的情况下还须用尽当地救济。

鉴于此,东道国监管权的发展具体表现在投资实体性与程序性方面。从投资待遇上看,间接征收衡量标准的细化与禁止性履行要求例外情形的明确,有效保证东道国监管权的合理运行空间。从仲裁管辖权上看,投资及其投资者的实质有效要件避免外国投资者利用微弱关联获得诉诸 ISDS 的权利;同时,当地救济要求的复活意味着东道国在应对投资者诉诸 ISDS 机制时享有主动权。由此可见,东道国监管权呈现出全面发展的态势,具体落实于各项 IIAs 条款中,确保东道国在践行可持续发展投资目标时应有的主权权力。

三、可持续发展投资背景下东道国监管权的重构

可持续发展投资应是投资者与东道国利益平衡的投资。在此背景下,东道国监管空间不应恣意扩张或者限缩,过度保护单方面的利益诉求。缔结可持续发展友好型的 IIAs 是改革的重要方向,而东道国监管权作为 IIAs 的基本内容更符合可持续发展目标。在序言部分肯定东道国监管权的基础上,通过单列监管权条款和引入比例原则确保监管空间的合理性是实现可持续发展投资的有效途径。

(一) 实现投资者与东道国的利益平衡

传统 IIAs 缔约实践和仲裁裁决过度保护外国投资者利益和忽视东道国必要监管空间,进一步导致投

①有的持全面摒弃的极端态度,如玻利维亚、尼加拉瓜、委内瑞拉、阿根廷等国家相继退出《华盛顿公约》;澳大利亚在 2011 年宣布排除适用 ISDS 机制;德国、法国也加入到反对行列;南非、印度尼西亚等少数国家甚至宣布终止 BITs。有的试图矫正 ISDS 机制的缺陷,寻求投资者自由化与维护东道国监管权的平衡机制。

②明确放弃用尽当地救济原则的 IIAs 包括奥地利、比利时、卢森堡、比利时—卢森堡经济联盟(BLEU)和沙特阿拉伯等国家签订的 IIAs。

资者与东道国权益保护的失衡,加剧了东道国与投资者间的矛盾与冲突^{[1][32]}。为解决此类不平衡现象的扩张,许多国家试图寻找替代方案(如制定新IIAs范本)以赢得更多的监管空间。国际可持续发展研究所(International Institute for Sustainable Development, IISD)提出的范本(简称IISD范本)是平衡协定的先驱,是其他协定形成的基础。2004年美国和加拿大BITs范本的出现可视为平衡IIAs的开始。晚近,哥伦比亚、埃及、印度尼西亚、挪威和斯洛伐克等国的BIT范本和CETA等FTAs均致力于发展平衡范式的IIAs,强调对健康、安全、劳工权、环境或可持续发展的保护并明确承认不得以牺牲健康、安全或环境为代价吸引投资。

实现东道国监管权与投资者保护待遇的平衡是国际投资整体发展利益的要求,其直接表现是投资者与国家间权利义务的平衡。传统IIAs中东道国与投资者间存在严重不对等的权利义务,即鲜少提及东道国权利和投资者义务。权利义务的平衡是国际投资法的基础。东道国在承担国际义务的同时应享有相应权利,投资者在获得投资待遇的同时应履行相应投资义务。通过平衡利益关系确保东道国必要的监管空间体现东道国基于国家主权享有的基本权利;相应地,投资者义务的增加,如企业社会责任、反腐败、环境保护等,能够在某种程度上有效保障东道国权利的实现并促进负责任投资的形成。

IISD范本是可持续发展原则在国际投资法领域的具体落实,强调东道国与投资者权利义务的平衡是IIAs发展的目标。IISD范本对投资者义务的规定涵盖投资过程的各个阶段,体现出投资者在享受投资待遇的同时应当履行的社会责任,如设立前影响评估、公司治理与实践等。值得肯定的是,将投资者与东道国的权利与义务分别进行专章规定是IIAs改革的重大创新。

(二)单列监管权条款

纵观投资者对东道国提起的投资争端,东道国监管措施往往成为投资者挑战的重点,反映出可持续发展与东道国监管权的紧张关系。监管措施是否合理直接关系到东道国自身发展和外国投资的可持续性,而合理性的判断需要厘清监管利益的范围,进而正确处理公共利益与东道国监管权的关系。

1.厘清监管利益的范围

明确监管利益的范围有利于约束与指引东道国监管措施朝着可持续发展的方向运行。监管措施的范围广泛,既有逐步减少核能源^①、禁止开发页岩气^②等直接禁止投资活动的措施,也有基于减少新能源扶持的考虑,以高于市场价格购买或要求支付太阳能盈利税^③、颁布货币或价格规定满足经济危机下的国家经济需要等间接监管措施。监管利益作为实施监管措施的内在推动力,存在多种形式。根据事实和法律环境,监管利益不一定属于一个或相同法律种类,大致可分为3种:一是危急情况和国家安全、公共秩序的保护。在2001年阿根廷经济危机发生后,监管利益和监管权受到投资仲裁庭的广泛讨论,并将其分为国际习惯法下的危机情况和IIAs中保护国家安全和公共秩序条款。前者排除东道国监管的不法性;后者允许东道国采取广泛的监管措施,只要与国家安全和公共秩序利益相关^④。二是宣言性监管权。只要东道国的措施与IIAs相一致,东道国基于健康、安全或环境利益享有实施监管权的自由^⑤。三是公共利益的监管。在追求合法公共利益目标(如对生命、健康、环境和社会标准的保护和促进可持续发展)时,不可避免地损害投资者利益并与IIAs中投资者实质性待遇条款相冲突。例如,即使东道国的规定是出于保护环境的目的且与国际习惯法最低标准相符,东道国仍负有根据IIAs中征收条款项下的赔偿义务。虽然表面上东道国的监管权未受影响,但明知负有赔偿义务当然会妨碍东道国行为主权自由,东道国会选择降低或者废除IIAs中实质性保护条款来确保监管权的有效行使。

当东道国追求监管利益时,有必要考虑强制法(jus cogens)原则。例如,在种族隔离制度盛行的情况下,南非有效消除种族歧视属于强制法的范围^⑥。东道国保护人权的措施属于强行法内容;在这种情况下,这些措施优先于IIAs的义务并根据《维也纳条约法》(Vienna Convention on the Law of Treaty, VCLT)第53条

① Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6, Award, 11 March 2011.

② Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, Notice of Arbitration, 6 September 2013.

③ For example, Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. Czech Republic, UNCITRAL, 2013; CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain, SCC, 2013.

④ Article 24(3), ECT; Article 11, Argentina-USA BIT; Article 18, Uruguay-USA BIT; Article 2102, NAFTA.

⑤ Article 12, Norway Model BIT(2007); Article 1114(1), NAFTA; Article 12(2), Rwanda-USA BIT(2008).

⑥ Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, 4 August 2010.

(与一般国际法强制规律(绝对法)抵触之条约)取代这些义务,因而不产生损害赔偿义务。但是,强行法内容的不确定导致东道国监管缺乏法律明确性,国家的监管利益亦不能得到充分保护。可见,国际法在某种程度上增加东道国的监管自由,但该自由带有相当大的法律不确定性,导致东道国公共利益的监管正当性主要由仲裁庭决定,即在不支付赔偿的情况下,监管利益是否得以实现主要取决于仲裁庭对IIAs的解释。

2. 纳入公共利益监管权

为正确适用监管权条款,首先需要明确条款的法律属性和后果,主要存在两种方式:一是将监管权条款作为例外规定。以IIAs例外的形式规定监管权给予缔约国广泛的行为自由,排除IIAs实质性条款的约束及其引发的赔偿责任。二是将监管权条款作为违反IIAs特定义务的正当理由。当监管措施不符合IIAs的实质性要求,而公共利益排除其违法性事由时,东道国仍需向投资者支付赔偿。很显然,采用第二种方式没有现实意义,因为当东道国提出监管权作为正当性理由时,仲裁庭对行为正当性的判断会考虑投资者利益;当承认违反IIAs的赔偿义务时,东道国享有自由的监管范围,但鉴于赔偿义务招致的“寒蝉效应”,东道国监管范围没有实质性扩大。监管权条款的设计应考虑投资者权利内容并防止东道国的权力滥用。因此,以例外条款的方式规定东道国监管权既能提升国家利益的监管空间,又能普遍适用于IIAs中的各项条款,防止仲裁庭置公共利益于不顾而径行裁定东道国监管措施的违法性和巨额赔偿。

IPFSD提出公共利益例外是IIAs政策选项之一,且在2012—2014年期间缔结的40个BITs中,公共利益例外条款高达58%,远远超过早期BITs(1962—2011年)的12%^[12]。公共利益例外的内容主要涵盖人权、公共道德和秩序、保护文化遗产和多样性等,其实质是对一般例外条款的延伸。20世纪90年代末,以GATT第XX条和GATS第XIV条为基础的一般例外条款在IIAs中开始广泛使用,但WTO领域的规则不可照搬照抄,缔约国应结合自身政治、经济、文化和价值取向有选择地纳入IIAs中。例如,CETA选择纳入GATT第XX条或者模仿GATS第XIV条的例外规定,但适用范围限于投资章节的B、C部分(投资设立和非歧视性待遇)。

公共利益是界定东道国政府行为必要性的主要界限,也是协调东道国保护外国投资和必要监管权之间关系的重中之重。正是因为公共利益概念具有高度抽象性和概括性,国家在实施公权力的过程中可以根据社会发展变化灵活保护某项具体的公共利益,同时在赋予仲裁员一定自由裁量权的基础上克服IIAs的不完善和滞后性,进而维护实质性的公平和正义。考虑到例外条款的内容、表达方式以及与协定中其他条款的相互作用是投资仲裁庭在解释东道国监管权范围的焦点,最明智的方法是制定包含公共利益的具体例子和具体实施监管的条款,且与GATT第XX条和GATS第XIV条的“一般例外”相一致。在某些特殊敏感领域(如税收、烟草等),国家可以根据自身国情和发展,单列条款有针对性地解决特殊事项。

(三) 比例原则的适用与公共利益监管权

正确适用公共利益监管权既需要明确监管范围,还应处理好监管措施与政策目标间的适当关系,而比例原则着眼于法益的均衡,实现公权力与私权利间的动态平衡,是妥善处理利益冲突和保障国家监管措施有序发展的核心内容。一直以来,国际投资法很少提及比例原则,直到欧洲人权法院(European Court of Human Rights, ECHR)在James诉英国案中对其赋予实质性内涵^[13]。在国际投资法领域,S.D. Myers诉加拿大案最早将比例原则运用于仲裁实践,并在Tecmed诉墨西哥案中得到重述^①。该原则清楚表明国家行为不仅要符合合法目标,而且应是合理的、必要的且严格意义上的均衡,反映出国家权力的非绝对性并允许采用“或多或少”而非“全或无”之方法。

在纳入公共利益的同时兼顾比例平衡已成为IIAs的发展趋势。仲裁庭在解释IIAs保护标准时往往从比例平衡出发,考虑非投资因素来保护东道国的政策空间。例如,因废物处理厂对民众健康和环境造成威胁,墨西哥政府取消许可证的行为是对涉及公共利益事项的必要监管^②。东道国监管措施与公共利益之间须存在合理关系。当东道国监管权对外国投资者造成的损害是基于公共利益目标且措施符合比例平衡时,东道国监管权的实施具有正当性;以比例失衡或歧视等方式干涉投资者正常经济活动以获得公共利益的监管措施属于违法性赔偿范围之内。在考虑措施背景和东道国意图的同时,有必要平衡所有权受侵害程度与国

① S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, paras. 252–257; Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 119.

② Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 122.

家监管范围;当国家行为明显与需要不成比例时,社会福利的考虑必须包含投资者财产权^①。在权衡东道国监管措施与公共利益目标、东道国监管利益与投资者个人利益时应遵守比例原则。

比例原则的适用还应考虑东道国行为的适当性和必要性问题,兼顾行为效果和行为目的。适当性强调行为与目的的妥当,也就是东道国监管措施必须适合或有助于公共利益目标的实现。必要性为平衡投资者权益和东道国政府的利益提供基础,并对合理的监管措施和不合理的保护主义借口进行区分^{[14]91}。在阿根廷经济危机爆发的背景下,必要性抗辩得到全面发展,包括政策的制定和措施的实施等情形,其间必然涉及国家监管权的行使。阿根廷政府颁布限制银行提款的紧急法,规定以非市场汇率兑换比索,并禁止公共事业领域的投资者以美元计算关税。在这种情况下,政府监管措施固然对外国投资者在阿根廷的投资权益造成负面影响,但该紧急状态能否作为阿根廷政府抗辩成功的理由,还应考虑危机的严重程度是否达至全面崩溃的地步。Urbaser 诉阿根廷案仲裁庭考虑到恶劣经济环境和社会动荡,认为紧急措施是阿根廷政府当时唯一可用的措施,故支持了必要性抗辩^②。当国家处于社会动荡而实施监管时,问题的关键不仅仅是抗辩的问题,而是国家行使监管的固有权力是否超出了 IIAs 的范围,即 IIAs 的例外条款^③是否涵盖国家基本安全亦作为仲裁庭判断因素之一,基本安全措施的正当性必须满足国际习惯法中援引必要性诉求的基本要件。

经济合作与发展组织(Organization for Economic Cooperation and Development,OECD)为东道国在国家安全领域的投资监管措施提供指引,认为限制性投资措施应依具体风险调整投资建议;当其他投资政策(如部门许可、金融市场监管等)不能解决与国家安全相关的问题时,可以考虑限制性投资措施作为最后解决手段^④。虽然将指南的全部内容纳入 IIAs 的监管条款可能超过投资条款的适用范围,但指南中对投资者利益的适当考虑同样适用于公共利益监管权。在实施某一监管措施前,有必要对投资者可能遭受损失的程度和东道国面临的现实困境进行系统的风险评估,这样既能保证监管措施朝着预期目标发展,又能在权衡利弊后尽可能地减少投资者的利益损失。

将比例原则引入公共利益监管权是禁止权力滥用原则和诚信原则的体现,也是促进多元价值共同实现的有效手段。东道国实施公共健康、安全、环境等合理政策目标的必要监管措施是国家承担社会责任的内在需要;投资者履行相应义务是个人践行社会责任的应有内容。因此,东道国公共利益监管权在符合比例原则的同时,只要不是以恣意、不正当的歧视或变相限制投资的方式实施,均应属于 IIAs 保护范围。

四、东道国监管权的改革:中国立场与选择

随着中国从资本输入国转变为资本输入和资本输出双重身份的国家,某些 IIAs 已不适合中国公共利益监管和可持续发展的需要。考虑到国际投资环境的变化和中国身份的转变,中国在积极投身于 IIAs 改革的同时,应选择适宜的改革路径和改革内容。

(一)积极响应 IIAs 的可持续发展改革

2012 年以来,至少有 110 个国家已经审查其国内或国际投资政策,至少有 60 个国家已经或正在制定新 IIAs 范本^[15]。发达国家和发展中国家对 IIAs 的可持续发展改革已达成共识,关键问题是改革的程度,而非改革的必要性。可持续发展改革的主要目标是保护监管权并平衡东道国和投资者的权利义务,同时解决人权、健康、环境和劳工保护等问题。作为利益平衡的关键和公共利益等非投资因素的保障,东道国监管权理应成为中国可持续发展 IIAs 改革的重点。

根据中国商务部统计,中国签订并生效的 BITs 有 104 个,大多属于第一代和第二代 BITs。近年来,中国积极践行 IIAs 的可持续发展改革,与加拿大、坦桑尼亚、日韩、智利、澳大利亚等国签订的 IIAs 出现利益平衡和公共利益保护的可持续发展趋势。如今,中国与美国、欧盟等经济体的 IIAs 谈判正在进行,由于 IIAs 条款的内容直接关系到中国政府监管外国投资的范围以及可持续发展投资的实现,中国应在强调利益平衡的

^①El Paso Energy Int'l Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 27 April 2006, para. 241; Cont'l Casualty Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 276.

^②Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 717.

^③例如,阿根廷-美国 BIT(1991)第 XI 条和印度 BIT 范本第 33 条。

^④OECD, Building Trust and Confidence in International Investment, 2009, p. 17-19, available at <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/42446942.pdf>.

同时完善相关条款,保留东道国公共利益的充分监管空间。

(二)中国缔结 IIAs 时的相关考量

在可持续发展 IIAs 改革的过程中,既要考虑中国的改革路径,包括制定新一代范本和采用联合解释,又要有针对性地限制实质性保护条款和 ISDS 条款。

1. 改革的路径选择

可持续发展友好型 IIAs 改革的有效方式是缔结新一代的 IIAs,并重新签订或修改现有的 IIAs。这是实现东道国和投资者利益平衡所必须的,同时根据东道国促进可持续发展所必要的政策空间纳入相关因素(如社会和环境条款)。IISD 范本包含可持续发展的核心原则,强调投资者、母国与东道国权利义务的一体化。中国可以借鉴 IISD 范本并从发展中国家的立场考虑,既保留东道国公共利益的监管空间,又平衡外国投资保护和东道国监管利益,从而推进中国可持续发展投资。

通过联合声明的方式对协定产生的法律问题进行解释,即联合解释。条约联合解释属于缔约国固有权力的延伸,也是国际法治的基本推动力量^{[15][52]}。国家有权对现有 IIAs 进行联合解释;根据缔约国需要,有目的地明确相关条款并系统性地将国际投资规则整合到 ISDS 机制中。联合解释主要分为 3 种形式,一是在签订 IIAs 协定前后对某些条款作出解释。如 TPP 发布《起草者对国民待遇条款和最惠国待遇条款中‘类似情况’的说明》^①;欧盟和加拿大针对 CETA 发布联合解释文件,阐明各项争议条款的一致意见^②。二是一国对在有效期内的某些 IIAs 统一作出解释。印度对尚属有效期内的 25 个国家 BITs 发布“联合解释声明”,包括投资及投资者定义、最惠国待遇、国民待遇、公平公正待遇、征收和 ISDS 条款的解释^③。三是在制定 IIAs 时专门规定联合解释条款。中国—澳大利亚 FTA(2015)是目前中国最完备的联合解释条款,分别对投资相关条款、公共利益例外及附件的保留事项进行解释并各自规定解释的效力和时限问题。中国在未来缔结 IIAs 时可以考虑纳入联合解释条款,或建立有权发布具有约束力解释的联合机构,如 CETA、摩洛哥—尼日利亚 BIT(2016)和智利—中国香港 BIT(2016)。

IIAs 用语是否精准关系到仲裁庭的解释权限。IIAs 条款的模糊性是间接让渡国家权力于仲裁庭的表现;而精确的 IIAs 是国家重申对国际投资监管权的落实。在国际投资法领域内,国家立法者倾向于采用更精确的语言来制定 IIAs 条款,借此限制仲裁员的主观价值判断并减少错误荒唐仲裁裁决的可能性。当然,制定精确的 IIAs 条款需要考虑规范的实质性内容、成本影响、相关的制度结构以及灵活性与确定性的权衡。在提供足够明确的标准来判断某项措施违法性的基础上,IIAs 条款仍保留对新情况的弹性适用。

2. 改革的主要内容

ISDS 公开裁决结果表明,东道国通常在仲裁的管辖权阶段占优势,而投资者在仲裁进入案情阶段时更容易获胜^[6]。投资及投资者定义是仲裁庭在管辖权阶段的审查重点,而明确投资待遇条款能有效防止仲裁庭在案情阶段恣意扩大自由裁量权。为了避免非歧视的公共利益监管权受到挑战,除了在序言部分肯定东道国监管权,修正实质性条款和 ISDS 条款才是可持续发展改革的重点。

1) 投资

中国—乌兹别克斯坦 BIT(2011)、中国—哥伦比亚 BIT(2013)和中国—坦桑尼亚 BIT(2014)将投资特征纳入投资定义,明确投资特征的概念并从正反面分别罗列投资清单;中、日、韩三边投资协定(2014)在投资特征的基础上强调投资者对投资的直接或间接拥有或控制。相较于中国早期签订的 IIAs,新近的投资定义明确限缩外国投资的范围,但从东道国可持续发展的角度看,最好能在投资定义中列入有利于东道国经济或可持续发展的投资特征,强调外国投资对中国发展的积极作用。

2) 投资者

中国—瑞士 BIT(2010)和中国—乌兹别克斯坦 BIT(2011)要求企业投资者在满足设立、住所地标准的

① Drafters' Note on Interpretation of "In Like Circumstances" Under Article 9.4 (National Treatment) and Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment), issued on January 2016; available at <http://www.tpp.mfat.govt.nz/assets/docs/Interpretation%20of%20In%20Like%20Circumstances.pdf>.

② Joint Interpretative Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States, issued on 27 October 2016; available at <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/en/pdf>.

③ India's Consolidated Interpretive Statement, issued on 8 February 2016; available at http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf.

基础上,必须在缔约国境内有实际经营活动;若依第三国法律设立时,则强调投资者对法律实体的直接所有或控制。显然,中国 IIAs 强调投资者与其国籍国间的实质性关联,从而避免“搭便车”现象的出现。同时,中国可以考虑将投资者定义与利益拒绝给予条款配套适用,强化外国投资者对中国发展的实质性贡献。

3) 间接征收

中国—坦桑尼亚 BIT(2014)第6条既明确“效果等同于征收或国有化的其他措施”的间接征收概念,又详细罗列认定标准,包括经济影响、歧视程度、合理期待的干预程度以及措施的性质、目的以及两者比例,更要求措施的合理性(排除严重超过维护正当公共福利必要的措施),是一种兼采效果和目的的双重标准以及适用比例原则的规定方式^①。中国—加拿大 BIT(2012)明确排除间接征收条款适用于知识产权强制许可的颁发和与知识产权相关的其他措施。中国今后缔结 IIAs 可以借鉴或者沿用上述规定,细化衡量标准并注意例外情况的规定。

4) 履行要求

中国大多数 IIAs 没有包含履行要求的禁止性规定,现有规定主要分为两类:一是援引《TRIMs 协定》^②或在此基础上增加禁止技术转让的履行要求^③;二是明确对当地成分、技术转让或出口业绩要求实施不合理或歧视性措施进行禁止性规定^④。对中国而言,履行要求的存在具有现实意义,不应盲目地接受美国、加拿大等发达国家的严格禁止性规定,而应根据缔约对象和国内经济领域有选择地适用,将国家敏感部门和重点部门排除在国民待遇条款和最惠国待遇条款之外,确保履行要求指向特定部门。

5) ISDS 机制

实现投资者与东道国的利益平衡既要尽可能地明确实体性条款,更要关注于 ISDS 机制本身。虽然中国早期 IIAs 基本将用尽当地救济作为外国投资者诉诸 ISDS 的前置性条件,但从 20 世纪 90 年代起,中国有些 IIAs 规定因国有化和征收补偿数额产生的争端可径行提交国际投资仲裁解决。对中国而言,坚持采用用尽当地救济规则更符合中国国情和维护国家主权。一方面借此纠正中国监管外资过程中的错误做法,避免承担国际责任;另一方面,投资者可以尽快得到救济,抑制争端的无限扩大并继续进行良好合作。同时,中国应注意磋商、协商或调解等 ADR 与用尽当地救济规则的结合,缓和争端双方的争议焦点并达成友好的解决方案。

五、结语

促进可持续发展投资的重要前提是在建立吸引外资的良好法律政策环境的基础上保护东道国公共利益监管权,特别是敏感领域。站在可持续发展的视角看,东道国减轻外国投资者法律政策的约束,不应以损失合法的公共利益为代价;任何与可持续发展投资相关的所有权结构和法律监管框架均应正常运转。

近年来,许多国家签订的 IIAs 开始倾向于东道国监管自由的保护,强调非歧视的公共利益监管权是可持续发展投资的必备要素。投资及投资者定义的限缩排除一些“搭便车”或无实质性投资的行为,保证东道国在管辖权阶段的优势地位。间接征收考量因素的细化为仲裁庭裁决时提供指引,同时比例原则的引入强调东道国监管措施与投资者损失利益的相称性。履行要求禁止性条款的采纳与否以及禁止性范围的大小应根据国家发展需要决定;必要时,以正面清单或负面清单的方式列举履行要求的适用范围,确保国家敏感领域的监管权。ISDS 机制的改革主要集中在用尽当地救济、设立上诉机构、仲裁员选拔和道德标准等方面,侧面反映出增强东道国必要监管权和实现争端双方利益平衡的改革愿景。

基于实现投资者与东道国的利益平衡为出发点,东道国监管权的改革应考虑合法性与合理性问题。一方面,保证监管权有法可依。在 IIAs 序言提及监管权的同时单列公共利益监管权,确保东道国在环境、劳工、人权等非投资领域的监管空间。另一方面,确保监管权的适度均衡。在符合必要性、适当性与狭义比例性的条件时,严格控制监管权的合理范围。对中国而言,在积极参与可持续发展 IIAs 改革的基础上,应根据自

^①中国—乌兹别克斯坦 BIT(2011),中国—哥伦比亚(2013),中、日、韩三边投资协定(2014)议定书和中国—智利 FTA 关于投资的补充协定(2012)附件一也有类似规定。

^②《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》(2012)第9条、《中国—智利自由贸易协定关于投资的补充协定》(2012)第4条和《中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定》(2008)第140条。

^③《中、日、韩关于促进、便利及保护投资的协定》(2012)第7条。

^④《中国—韩国双边投资协定》(2007)第2条“促进和保护投资”第3款。

身发展需要,有选择地对投资及投资者定义、间接征收、履行要求和 ISDS 机制等影响东道国监管权的条款进行革新,而革新的方式可以考虑制定可持续发展型范本或者通过权威的联合解释阐明条款含义,逐步完善中国国际投资法律框架。

参考文献:

- [1] UNCTAD. World investment report 2015: reforming international investment governance[M]. Geneva: United Nations, 2015: 135.
- [2] United Nations World Commission on Environment and Development(ed.). Our common future: the report of the world commission on environment and development[M]. Oxford & New York: Oxford University Press, 1987: ix.
- [3] 曾华群. “可持续发展的投资政策框架”与中国的对策[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2013(6): 59-67.
- [4] UNCTAD. World investment report 2012: towards a new generation of investment policies[M]. Switzerland: United Nations, 2012: 107.
- [5] 余劲松. 国际投资法(第4版)[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 15.
- [6] HOWARD M, KONRAD von M. A southern agenda on investment? promoting development with balanced rights and obligations for investors, host states and home states[R]. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2005: 11.
- [7] ANDREA K. Yearbook on international investment law & policy 2014—2015[M]. New York: Oxford University Press, 2016: 275.
- [8] UNCTAD. World investment report 2017: investment and the digital economy[M]. Geneva: United Nations, 2017: 119.
- [9] MARTIN D B. IISD best practices series: exhaustion of local remedies in international investment law[R]. Winnipeg: The International Institute for Sustainable Development, 2017: 1.
- [10] 李泮桦. 东道国当地救济规则在 ICSID 仲裁领域的运用研究——兼论中国双边投资条约的应对策略[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015(3): 179-189.
- [11] 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[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [12] UNCTAD. IIA issues note: taking stock of IIA reform[R]. Geneva: United Nations, 2016: 9.
- [13] STEPHAN S. Cross-regime harmonization through proportionality analysis: the case of international investment law, the law of state immunity and human rights[J]. ICSID Review, 2012(27): 87-119.
- [14] 钱嘉宁, 黄世席. 国际投资法下投资者的合理期待与政治风险之抗辩[J]. 国际经济法学刊, 2016(2): 173-194.
- [15] 赵海乐. 国际法治视角下的 BIT“联合解释”问题研究——以中国缔约文本为切入点[J]. 现代法学, 2017(3): 146-154.
- [16] UNCTAD. World investment report 2016 investor nationality: policy challenges[M]. Geneva: United Nations, 2016: 107.

The Reform of Host States' Right to Regulate under International Investment Law

—An Analysis based on Sustainable Development Principle

QIAN Jianing, HUANG Shixi

(Law School, Shandong University, Qingdao Shandong 266237, China)

Abstract: In international investment law, the key element of sustainable development reform is to balance the interests between host states and foreign investors, which stresses that the objective of protecting and encouraging investment should not affect host states' right to regulate public interests. In recent years, host states' right to regulate has achieved comprehensive development in both international investment agreements (IIAs) and international investment arbitration practice by means of limiting the definition of investment and investor, refining indirect expropriation standards, introducing the exceptions of prohibition on performance requirements and rectifying ISDS mechanism. In order to achieve friendly and sustainable reform, the most effective way is to make specialized clauses on the right to regulate and introduce proportional principles that ensure the orderly implementation of the right to regulate. For our country, while amending relevant provisions with own conditions, it is necessary to be an active participant in the IIAs reform of sustainable development so as to enhance international discourse power.

Key words: host states' right to regulate; sustainable development principle; interests balance; public interests exception; IIAs reform

[责任编辑: 箫姚]