

冲突与趋同:中美双边投资协定范本比较、分析与对策

引言

自 2008 年 6 月中美两国正式启动双边投资协定 (BIT) 谈判以来, 由于美国对 2004 年 BIT 范本的修订而导致谈判一度搁置。2012 年美国 BIT 范本公布后, 双方于同年 5 月第四轮中美战略与经济对话重启 BIT 谈判。至第五轮中美战略与经济对话, 中美 BIT 谈判进行了九轮技术性磋商, 却一直裹足不前。2013 年 7 月举行的第五轮中美战略与经济对话, 中方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础开展中美 BIT 实质性谈判, 谈判速度明显提升。截至 2014 年 4 月, 中美已进行 12 轮谈判, 并且自 2014 年 1 月开始的第 11 轮谈判, 双方进入文本的实质性谈判阶段。

2013 年 9 月 29 日正式挂牌的中国 (上海) 自由贸易试验区肩负的重要使命之一即是“要探索建立投资准入前国民待遇和负面清单管理模式”。为促进中国深化改革, 提供有益的借鉴。

2013 年 11 月 12 日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》, 在加快

完善现代市场经济体系、建立公平开放透明的市场规则部分也指出：“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。”

那么，中美投资协定谈判主要涉及哪些内容、存在哪些重大分歧以及如何应对？本文拟通过对中美两国的 BIT 范本条款的简要地分析予以揭示，同时尝试提出谈判对策。2012 年 5 月，美国公布了新修订的 BIT 范本(2012 美国 BIT 范本)；目前，中国尚未公布正式的 BIT 范本。为方便比较研究，本文参考了中国商务部 2010 年 4 月草拟的《中华人民共和国政府和____政府关于促进和保护投资的协定》范本草案（2010 中国 BIT 范本），其文本内容基本被 2011 年中国与乌兹别克斯坦 BIT 悉数纳入，据此可以确知其基本代表近年来中国对外商签 BIT 的主要政策导向。此外，中国与加拿大于 2012 年 9 月 9 日签署了《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》，这是目前中国最近对外商签的 BIT。虽然因加拿大至今尚未批准此 BIT，目前仍未生效，但其所反映的中国对外商签 BIT 的新动向，亦是本文考量的内容。本文仓促写就，旨在抛砖引玉，所述观点仅为一家之言，有不当之处，还有待求教方家。

2012 年美国双边投资协定范本

美利坚合众国政府与××国政府关于促进和相互保护投资协定

美利坚合众国政府与××国政府（以下称“缔约双方”）；

愿促进缔约一方的国民和企业于缔约另一方领土内在投资方面的更好的经济合作；

认识到就投资待遇达成协议，将激励缔约双方私人资本的流动与经济发展；

一致认为一个稳定的投资框架将最大限度地有效利用经济资源和提高生活水平；

认识到依照国内法以及通过国际仲裁提供的有效方式在投资方面提出权利请求与执行权利的重要性；

愿以与保护健康、安全和环境以及提升国际公认的劳工权利相一致的方式实现这些目标；

双方决定缔结关于鼓励和相互保护投资的协定；

达成协议如下：

【评析】此部分为序言，主要阐明缔约双方签订 BIT 的目的与动机。BIT 的序言不仅仅是口号式的规定。依照《维也纳条约法公约》第 31 条规定，序言和附件也构成解释协定条款的重要因素。近年来，国际仲裁庭在解释规定不明确或者未作出规定时，也会采取目的解释方法将序言作为对 BIT 条款作出解释的指导准则。与美国 BIT 范本相较，中国已缔结的 BIT 在序言部分强调“在平等互利原则的基础上相互鼓励、促进和保护投资”，要求双方彼此“尊重经济主权”。近年中国新缔结的 BIT 中，则增加了“促进经济健康稳定和可持续发展，增加缔约双方人民的福祉”的规定。如 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT，即有上述约定。这与美国 BIT 范本序言中强调保护健康、安全和环境具有一致性。但与美方明确提及的健康、安全和环境以及劳工权利相比较，中国 2010 范本草案序言中的“经济健康稳定和可持续发展”其侧重点有所不同，且更为概括。在国际投资仲裁机构经常扩大管辖权的情况下，投资协定中清晰明确的表述应成为缔结双边投资协定时需要特别注意的事项。

第一章

第 1 条定义

本协定中：

“中央政府”系指：

(a) 对于美国，系指联邦一级政府；以及

(b) 对于 XX 国，系指____政府。

“中心”系指依照《解决国家与他国国民间投资争端公约》设立的解决投资争端国际中心（ICSID）。

“申请人”系指缔约一方与缔约另一方有投资争端的投资者。

“合格投资”，对于缔约一方而言，系指缔约另一方投资者在本协定生效之日起存在于该缔约方领土内的投资，或者此后设立、获得或扩大的在该缔约方领土内的投资。

“争端双方”系指申请人和被申请人。

“争端一方”系指申请人或被申请人。

“企业”系指按照所适用的法律组建或组织的任何实体，不论其是否以营利为目的，也不论其是由私人或政府所有或控制，包括公司、信托、合伙、个人独资企业、合资企业、社团或类似组织以及企业的分支机构。

“缔约一方的企业”系指按照缔约一方的法律组建或组织的企业和位于缔约一方领土内从事经济活动的分支机构。

“存在”系指在本协定生效之日时有效。

“可自由使用货币”系指国际货币基金组织根据其协定条款确定的“可自由使用货币”。

“GATS”系指“世界贸易组织协定”附件 1B 中的《服务贸易总协定》。

“政府采购”系指政府出于政府的目的取得商品或服务的使用或获取商品或服务以及二者兼有的过程。政府采购不以商业销售或转售为目的，或者不为商业销售或转售而在生产中、使用、提供商品或服务。

“ICSID 附加便利规则”系指解决投资争端国际中心秘书处关于程序管理的附加便利规则。

“ICSID 公约”系指 1965 年 3 月 18 日在华盛顿签署的《解决国家与他国国民之间投资争端公约》。

“美洲国家公约”系指 1975 年 1 月 30 日在巴拿马签署的《美洲国家国际商事仲裁公约》。

“投资”系指投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的任何资产，其中投资特征包

括资本或其他资源的投入、收益或利润的预期或风险的承担。投资的形式包括：

- (a) 企业；
- (b) 企业的股份、股票或其他形式的参股；
- (c) 债券、信用债券或其他债权文件和贷款；【注 1】
- (d) 期货、期权和其他衍生品；
- (e) 交钥匙、建设、管理、生产、特许、收益分享以及其他类似的合同；
- (f) 知识产权；
- (g) 执照、授权、许可和其他根据国内法所授予的类似权利；【注 2、3】以及
- (h) 其他有形或无形财产、动产或不动产，以及相关的财产权利，如租赁、抵押、留置权和质押。

“投资协议”系指，由缔约一方的国家机构【注 4】与缔约另一方的合格投资或投资者之间授予合格投资或投资者权利的书面协议【注 5】。合格投资或投资者据此协议设立或获得投资协议本身以外的合格投资。投资协议授予合格投资或投资者以下权利：

- (a) 在国家机构控制的自然资源方面，如开发、开采、冶炼、运输、分销或销售；
- (b) 代表缔约方为公众提供服务，如发电或配电，水的处理或分配，或电信；或
- (c) 承接基础设施项目，例如不是政府独家或主要使用和受益的公路、桥梁、运河、堤坝或管道的建设。

“投资授权”【注 6】系指缔约一方的外国投资管理机构给予缔约另一方合格投资或投资者的投资授权。

“非缔约方投资者”，对于缔约一方，系指试图、正在或已经在缔约一方领土内投资的、非任何缔约一方的投资者。

“缔约一方投资者”系指试图、正在或已经在缔约另一方领土内投资的缔约一方或缔约一方的国有企业、国民或企业。但是，双重国籍自然人应仅被视为其主要和有效国籍国家的国民。

“措施”包括任何法律、法规、程序、要求或惯例。

“国民”系指：

- (a) 对于美国，美国移民和国籍法第三章规定的属于美国国民的自然人；和
- (b) 对于 XX 国，_____。

“纽约公约”系指 1958 年 6 月 10 日在纽约签署的《联合国关于承认与执行外国仲裁裁决公约》。

“非争端缔约方”系指非投资争端当事人的缔约一方。

“人”系指自然人或企业。

“缔约一方的人”系指缔约一方的国民或企业。

“受保护信息”系指商业机密信息、特权信息或依照缔约一方的法律属于保密或其他受保护而免于披露的信息。

“地方一级政府”系指：

(a) 在美国方面，美国的州、哥伦比亚特区或波多黎各；以及

(b) 在 XX 国方面，_____。

“被申请人”系指作为投资争端一方的缔约方。

“秘书长”系指解决投资争端国际中心秘书长。

“国有企业”系指缔约一方所有或通过所有者权益控制的企业。

“领土”系指：

(a) 在美国方面，

(i) 美国的关税地区，包括 50 个州，哥伦比亚特区和波多黎各；

(ii) 位于美国和波多黎各的对外贸易区。

(b) 在 XX 国方面，_____。

(c) 对于每一缔约方，领海以及根据《联合国海洋法公约》所反映的国际习惯法可以行使主权或管辖权的领海以外的任何区域。

“与贸易有关的知识产权协定”系指“世界贸易组织协定”附件 1C 所包含的《与贸易有关的知识产权协定》。【注 7】

“联合国国际贸易法委员会仲裁规则”系指联合国国际贸易法委员会制定的仲裁规则。

“WTO 协定”系指 1994 年 4 月 15 日签署的《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》。

【注 1】一些形式的债，例如债券、公司债券以及长期票据更具有投资的特征，但其他形式的债，如源于货物或服务销售的即期支付请求，则不太具有此种特征。

【注 2】特定类型的执照、授权、许可或类似的书面文件（包括在一定程度上具有这类文件性质的特许）是否具有投资特征取决于持证人依照该缔约方的法律享有的权利的性质和范围。依照国内法不创设任何受保护权利的执照、授权、许可或类似的书面文件不具有投资特征。为进一步明确，上述规定不影响与执照、授权、许可或类似的书面文件相联系的任何资产是否具有投资特征。

【注 3】“投资”一词不包括通过司法或行政程序作出的命令或裁决。

【注 4】本定义中，国家机构系指（a）在美国方面，中央层级的政府机构；（b）在 XX 国方面，_____。

【注 5】“书面协议”系指由缔约双方执行的书面协议，无论其是单一文件或是包括多个文件。其能产生权利与义务交换，依照第 30 条第（2）项“准据法”可适用的法律对缔约双方均具有约束力。为进一步明确，（a）行政或司法机构单方行为，如缔约一方根据其管理权限独自颁发的许可、执照或授权，或者独立的指令、命令或判决；以及（b）一项行政或司法的同意法令或命令，不应视为书面协议。

【注 6】为进一步明确，本定义不包括缔约一方为执行普遍适用的法律所采取的行为，如竞争法。

【注 7】为进一步明确，“与贸易有关的知识产权协定”包括按照 WTO 协定授予世贸组织成员的，在各缔约方之间有效的关于《与贸易有关的知识产权协定》的任何条款的弃权。

【评析】本条对协定中的主要概念进行了定义。投资的定义是 BIT 的基础与核心内容之一，决定 BIT 的适用对象，直接关系到哪些投资者和投资应受协定保护。BIT 达成的实体与程序性规则，均指向投资并围绕其展开。

国际投资协定中对投资的定义，一般包括基于资产的定义和基于企业的定义两种方式。其中，基于资产的定义方式是国际投资协定采用的较为传统的方式，并为多数国家所采用。其一般概括性规定投资包括投入的各种资产，然后辅之以“包括但不限于”的列举资产种类的方式进一步解释投资的含义。基于企业的定义方式是把投资定义为企业，规定投资是由一国的实体企业在另一个国家建立的实体企业基于收益目的投入的财产。基于资产的定义法与基于企业的定义方法相比较，前者更为开放与宽泛。随着国际投资实践的发展，近来投资的定义有不断扩大的趋势，涵盖的内容日趋宽泛。从投资者的角度看，这有利于其在东道国利益的保护；对于东道国而言，则意味着其需要承担更重的责任，其管制跨国投资的权力受到限制。

中国与美国在投资定义方法上均采用基于资产的定义方式。中国已缔结的多数 BIT 中，一般会先规定投资包括各种类型的资产，然后通过“包括但不限于”的列举方式进一步界定，所涵盖的资产类型包括动产、不动产及抵押、质押等传统的物权与债权，还包括股份、金钱请求权、知识产权、债券等间接投资以及特许权等，并规定投资形式的变化与再投资也涵盖在 BIT 保护范围之内，但同时规定须“依照东道国的法律和法规”。

美国 BIT 范本对投资的定义也是基于资产的定义方式，但是为了 BIT 能够覆盖新出现的投资类型以更好地适应投资实践的发展，对基于资产的定义方式进行了一定的修正，将投资定义为包括“资本或其他资源的投入、对收益或利润的期待、对风险的承担”这三个投资特

征的资产。中国 2010 年 BIT 范本草案借鉴了美式范本的经验，将投资定义为包括上述三特征的资产，并于 2011 年达成的中国—乌兹别克斯坦 BIT 予以践行，区别之处在于中国同时保留了“依照东道国的法律和法规”这一规定。

此外，美国 BIT 范本将投资扩展至包括根据法律颁发的许可证及类似的权利，以及依照法律或由合同产生的权利。

第 2 条范围

1. 本协定适用于缔约一方采取和维持的有关下列事项的措施：

(a) 缔约另一方的投资者；

(b) 合格投资；以及

(c) 对于第 8 条“履行要求”、第 12 条“投资与环境”和第 13 条“投资与劳工”而言，在该缔约方领土内的所有投资。

2. 缔约一方在第一章项下的义务应适用于：

(a) 经缔约一方授权行使管理、行政或其他政府职权的国有企业、企业或自然人；【注 8】以及

(b) 该缔约方的政治分支机构。

3. 为进一步明确，本协定不约束在本协定生效之日前发生的任一缔约方的任何行为或事实，或任何终止存在的情况。

【注 8】为进一步明确，被授予政府职权包括以立法授予、政府命令、指令或其他措施将政府职权转交给国有企业或其他企业或者个人或者授权国有企业或其他企业或者个人行使政府职权。

【评析】本条规定协定的适用范围。中国已缔结的 BIT 中一般仅规定涵盖的投资范围和适用的时间范围，未规定协定涵盖的措施范围。美国 BIT 范本明确规定对经缔约一方授权行使管理、行政或其他政府职权的国有企业具有约束力。在 2012 年 BIT 范本中，新增何为“国有企业被授予政府职权”的界定。此前的美国 BIT 范本对于何谓“国有企业被授予政府职权”未作明确定义。因其含义模糊，实践中易引起对国有企业的哪些被授予政府职权的行行为应受 BIT 规制的争议。新范本则以脚注方式澄清了判定缔约方授予国有企业或任何其他企业政府职权的标准。这一修改意义深远，反映美国政府通过 BIT 范本表明了“一国有可能会因其国有企业行使政府授权行为而依照 BIT 中的实体条款规定被追究法律责任”的立场，即使该授权是以非正式方式授予的。例如将本条联系金融服务条款，以及本协定中第二章规

定的投资者与东道国争端解决机制，则有可能出现中国国有金融机构与外资企业的纠纷，被外资企业提交到国际仲裁机构仲裁，从而严重损害中国的司法主权的情况。因此，对于美国新增“国有企业”注释不能忽视，中国应通过国内法对国有企业给予符合中国国情的定义，并依照第 14 条“不符措施”规定将相关国内法规定保留到负面清单中。

第 3 条国民待遇

1. 缔约一方给予缔约另一方投资者在其领土内设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置方面的待遇，不得低于在相同情势下给予本国投资者的待遇。

2. 缔约一方给予合格投资在其领土内设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他投资处置方面的待遇，不得低于在相同情势下给予本国投资者的投资的待遇。

3. 对于地方政府而言，缔约一方依照前两款规定所给予的待遇系指，不得低于在相同情势下该地方政府给予居住在该缔约方其他地方政府所在地区的自然人，或依照该缔约方其他地方政府所在地的法律所组建的企业，以及上述自然人及企业的投资的待遇。

【评析】国民待遇条款是国际投资协定中的核心条款之一。作为一种相对待遇标准，国民待遇一般以东道国投资者享受的待遇为参照对象，要求东道国政府在相似情况下给予外国投资者的待遇不低于其给予本国投资者的待遇。

在国际投资协定中，东道国一般会承诺给予准入后的外国投资国民待遇，即外资运营阶段的国民待遇。而对于准入阶段的国民待遇，即使承诺给予外资国民待遇的一些国家，也保留了诸多限制和例外。以美国为例，虽规定了准入阶段的国民待遇，但是其 BIT 范本中第 14 条专门规定了“不符措施”条款，以及国家安全例外、金融服务例外等条款。

在 2013 年 7 月举行的第五轮中美战略与经济对话前，国民待遇是中美双方在 BIT 条款内容上存在的最为核心与困难的议题之一。中美双方的主要分歧在于国民待遇适用的投资阶段是否扩展至准入前阶段，即投资的设立、扩大阶段。美国 2012 年 BIT 范本中明确规定国民待遇条款适用于投资的准入阶段与运营阶段，而中国已缔结的 100 多个 BIT 中，均未接受准入阶段的国民待遇义务。在 2012 年经 18 年谈判达成的中国—加拿大 BIT 中，虽然在谈判中加拿大也提出给予其投资者的国民待遇覆盖准入前与准入后阶段的要求，但最终缔结的 BIT 中仍未在这方面有实质性突破。第五轮中美战略与经济对话达成的成果之一，即中方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础开展中美 BIT 实质性谈判，为中美 BIT 的最终达成释放了积极信号。

长期以来，中国对于准入前国民待遇持否定态度的主要原因是认为，中国是处在经济转

型特殊时期的发展中国家，国民待遇在投资领域的全面实施可能在一定程度上不利于保护民族工业的发展，进而影响整体经济发展和产业布局。当前《外商投资产业目录》与《中西部地区外商投资优势产业目录》具有鼓励外资投向中国产业优化升级所需要的领域、优化利用外资的产业结构以及引导外资向中西部地区转移等效用。因此，准入前国民待遇和负面清单模式对现行的中国外商投资管理体制具有深远影响，既有利于突破现有外商投资管理体制改革瓶颈问题，又意味着中国的外资监管与风险防控能力将面临非常严峻的挑战。为避免中国外资管理政策被国际投资协定“锁定”，中国需要在缔结中美 BIT 之前先行改革与完善外资管理体制，并通过推进与扩大自贸区试点、统一内外资法律、完善外资准入国家安全审查制度、规范化与制度化反垄断审查工作等对策应对外资监管将面临的严峻挑战。

第 4 条最惠国待遇

1. 缔约一方就其领土内的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置所给予缔约另一方的投资者的待遇，不得低于在相同情势下给予任何非缔约方投资者待遇。

2. 缔约一方就投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或投资的其他处置所给予合格投资的待遇，不得低于在相同情势下给予任何非缔约方投资者在其领土内的投资的待遇。

【评析】最惠国待遇条款是 BIT 中至为重要的条款。一般与国民待遇条款结合使用。最惠国待遇要求缔约国给予对方投资者的待遇，不得低于其给予任何第三国投资者的待遇，其实质是要求缔约国将给予第三国投资者的优惠待遇无条件地给予缔约另一国的投资者和投资。正是基于最惠国待遇条款所具有的传递性，中美 BIT 谈判才被称为“二次入世”。最惠国待遇条款的目的旨在为不同国籍的投资者创造公平的竞争环境。

最惠国待遇条款适用于实体性事项已广为接受。对于该条款能否适用于争端解决等程序性事项，以及在何种情况下适用则存有激烈的争议，迄今为止还未有统一的观点。2000 年“马菲基尼诉西班牙案”首先引发了各界对最惠国待遇条款适用范围是否扩展到程序性事项的讨论，中国政府首次成为 ICSID 被告的“马来西亚伊佳兰公司诉中国”案也涉及最惠国待遇条款的适用范围问题。最惠国待遇条款的适用范围的扩张，导致其日益发展成为投资者“挑选条约”的工具，以致投资者对双边投资协定中某些具体条款的滥用。

美国为避免重蹈“马菲基尼诉西班牙案”的覆辙，自其 2004 年 BIT 范本开始，将最惠国待遇条款的适用范围限制在与“投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置”的待遇上，且在第 14 条不符措施条款中进一步详细规定了最惠国待遇条款的例外。

从中国 2010 年 BIT 范本草案来看，与美国 BIT 范本的主要区别在于中国最惠国待遇条款中直接规定了该条款的适用例外，即在建立自由贸易区、关税同盟、经济联盟、货币联盟或类似组织、机制的协定、与税收（含关税）有关的国际协定或国际安排以及便利边境地区任何边境贸易安排等方面作出了例外规定。由于中国对外签订的 BIT 中有关争端解决条款的规定各不相同，在 ICSID 仲裁管辖问题上，1998 年以前中国对外签订的 BIT 中绝大多数不接受 ICSID 仲裁管辖（89 个 BIT 中，不接受 76 个、接受 13 个），仲裁范围也都限定在征收补偿数额方面。1998 年以后中国签订的 BIT 中大多接受了 ICSID 仲裁管辖权，仲裁事项明显扩展，不少中外 BIT 已将可提交仲裁的事项扩大至与投资有关的任何法律争议，而且投资者可以选择争端解决方法，即发生争端协商不成可以向争端一方有管辖权的法院起诉，或者向 ICSID 等仲裁机构提起仲裁。这在实践中易引发投资者能否通过 BIT 中最惠国待遇条款，要求适用中国与第三方缔结 BIT 中的较优惠的争端解决条款的问题。为降低最惠国待遇条款在实践中的不确定性，自 2008 年中国—新西兰 FTA（自由贸易协定）中，中国就规定，最惠国待遇并不要求缔约国给予另一缔约国投资者不同于该协定规定的争端解决程序的权利。在 2010 年 BIT 范本草案中，也明确规定，尽管有第一款规定，投资者不得援引其他协定中规定的争端解决程序。中国在今后签订投资协定中，也应明确规定最惠国待遇条款不适用于争端解决程序，以及该条款的效力不溯及既往的原则。

第 5 条最低待遇标准【注 9】

1. 每一缔约方应根据习惯国际法给予合格投资待遇，包括公正与公平待遇与充分的保护与保障。

2. 为进一步明确，第 1 款规定的给予合格投资的最低待遇标准即习惯国际法上关于外国人的最低待遇标准。“公正与公平待遇”与“充分保护与保障”的概念不要求超出最低待遇标准或额外的待遇，也不创设额外的实体权利。第 1 款所规定的义务要求提供的：

(a) “公正与公平待遇”包括按照世界主要法律制度所体现的正当程序原则，在刑事、民事或行政裁决程序中，不得拒绝司法的义务；以及

(b) “充分的保护和保障”要求每一缔约方提供习惯国际法所要求的治安保护水平。

3. 违反本协定其他条款或者其他单项的国际协定的裁定不构成对本条款的违反。

4. 尽管有第 14 条“不符措施”（5）（b）项“补贴和拨款”的规定，在由于武装冲突或内乱引致其境内的投资遭受损失而采取或维持补偿措施方面，每一缔约方应给予缔约另一方投资者及合格投资非歧视待遇。

5. 尽管有第 4 款规定，如果缔约一方的投资者在第 4 款规定的情况下，在缔约另一方领土内遭受损失是由于：

- (a) 缔约另一方的军队或政府当局征用其合格投资或其中的部分；或
 - (b) 在非必要情况下，缔约另一方的军队或政府当局破坏其合格投资或其中的部分，
- 缔约另一方应对此损失给予投资者恢复原状、赔偿或在适当情况下同时提供恢复原状与赔偿。任何赔偿，依照第 6 条“征收与赔偿”第（2）至（4）款的规定（加以必要的变更）均应及时、充分与有效。

6. 第 4 款的规定不适用于有关补贴与拨款的现行措施，如果没有第 14 条“不符措施”（5）（b）“补贴和拨款”的规定，这些补贴与拨款的规定将与本协定第 3 条“国民待遇”规定不一致。

【注 9】第 5 条“最低待遇标准”应依照附件 A 解释。

【评析】美国冠以最低待遇标准的约文，在中国对外签订的 BIT 中则称为公正与公平待遇标准。与前述国民待遇和最惠国待遇条款依据东道国给予本国和第三国投资者的待遇决定的“相对”待遇标准不同，本条款的含义不是参照其他待遇来确定的，而是参照所适用的具体情况确定的，被认为是“绝对的”、“无条件的”待遇标准。

近年来相关国际投资仲裁实践表明，仲裁庭在对公正与公平待遇标准的解释和适用时，倾向于采取比传统国际最低标准更为宽泛的解释。基于此，在仲裁庭的演绎下，与国际最低待遇标准存在历史渊源的公正与公平待遇标准已不再仅仅局限于国际最低标准所提供的保护程度，而是在其基础上逐渐演变为一种较国际最低标准更高的绝对待遇标准，进而使投资者向东道国索赔的门槛更低，而且赋予了国际仲裁庭更大的自由裁量空间。这对于投资者保护来说当然是更为强化，但对于东道国，其合理性有待商榷。

向来倡导投资自由化的美国，也未能幸免。在 2000 年前后，美国成为多起依照《北美自由贸易协定》中公正与公平待遇规定提起投资争端仲裁案件的被申请人。面对讼累，美国在 2004 年 BIT 范本修订中，及时对该标准的内涵作出较为明确的规定，指出“公平与公正待遇”和“充分的保护与安全”这两个概念并不要求给予国际最低待遇标准之外的或额外的待遇，也不创设额外的实体权利，并且将该标准的适用范围限定于程序规则方面。上述规定与解释，在一定程度上提高了该项待遇标准适用的门槛，从而有利于东道国避免正当外资管辖权受到挑战以及潜在的赔偿风险。

中国现已对外签订的 BIT 中，一般含有公正与公平待遇标准。但对公正与公平待遇标准一般采概括式规定，即“缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资应始终享受公平与公

正的待遇。”对于国际投资仲裁庭扩张解释公正与公平待遇标准的现实，中国在 2007 年与法国重新签订的 BIT 中也给予了限制，规定“任一缔约方应当根据普遍接受的国际法原则给予缔约另一方的投资者在其境内或海域内所作的投资公平与公正待遇”。中国 2010 年 BIT 范本草案中，也对“公正与公平待遇”和“充分的保护与安全”作出了明确的界定。

中国在这一待遇标准上的主要考虑是，中国是发展中国家，不愿将公正与公平待遇与国际最低待遇标准相联系。长期以来，国际最低待遇标准被视为殖民时代的产物，第三世界国家认为这一标准会使其在外国人待遇问题上承担不确定的国际义务，易引起发达国家滥用外交保护，进而干涉其内政。

鉴于现今美国 BIT 范本已对国际最低待遇标准的适用范围作出明确限制并有效缓解了美国一度面对的“仲裁危机”，考虑到中国兼具资本输入国和资本输出国的双重身份，为避免讼累，可以考虑接纳国际最低待遇标准，审慎而积极地应对国际投资争端仲裁庭扩张解释公正与公平待遇标准的现实，更好地服务于对外开放和积极实施“走出去”战略的双重目标。

第 6 条征收和补偿【注 10】

1. 缔约方不得直接地或通过等同于征收或国有化的措施间接地对合格投资实施征收或国有化，但以下情况除外：

- (a) 为了公共目的；
- (b) 以非歧视的方式；
- (c) 及时、充分和有效地支付补偿；以及
- (d) 依照正当法律程序与第 5 条最低待遇标准第（1）至（3）款的规定。

2. 第 1 款（c）项所指补偿应当：

- (a) 不迟延地支付；
- (b) 等同于被征收投资在征收发生前即刻（“征收之日”）的公平市场价值；
- (c) 不反映由于预期发生的征收被提前所知晓而发生的价值变化；以及
- (d) 完全可兑现和自由转移。

3. 如果公平市场价值以可自由使用货币计算，第 1 款（c）项规定的补偿应当不低于征收之日的公平市场价值加上以该货币计算的从征收之日起至付款之日止的按合理商业利率计算的利息。

4. 如果公平市场价值以不可自由使用货币计算，第 1 款（c）项规定的补偿——按照付款之日通行的市场汇率兑换为支付货币——应当不低于：

(a) 按征收之日市场汇率兑换为可自由使用货币计算的公平市场价值，加上

(b) 从征收之日至付款之日期间对可自由使用的货币按合理商业利率计算的利息。

5.本条规定不适用于根据《与贸易有关的知识产权协定》颁发的有关知识产权的强制许可，也不适用于知识产权的撤销、限制和创设，只要这种知识产权的撤销、限制和创设符合《与贸易有关的知识产权协定》。

【注 10】第 6 条中的“征收”应依照附件 A 与 B 解释。

【评析】征收或国有化问题是国际投资协定谈判的最重要议题之一。征收或国有化是指东道国政府基于公共利益的需要对外国投资者在东道国的部分或全部资产实行剥夺的行为。其中征收包括直接征收与间接征收两种形式。直接征收通常由东道国政府颁布有关法令等方式加以实施。20 世纪 90 年代以来，随着经济全球化的发展和投资自由化趋势不断加强，东道国实施直接征收的情形近乎绝迹，代之以间接征收方式。

一般认为，间接征收的基本含义系指虽未直接转移或剥夺投资者的财产权，但其效果等同于直接征收，或者可以称为与征收“类似的任何其他措施”、“效果相同的其他措施”。

间接征收的典型性法律表现形式主要包括强制转让财产、完全禁止转让或支配财产、实质干预企业的管理控制权、过度或任意征税、取消许可或批准、违法驱逐外国投资者、骚扰行为等。实践中，出现上述法律表现形式未必一定构成间接征收，还需结合具体案例“逐案”考察分析。

2000 年以来，随着中国政府出台一系列鼓励海外投资的政策和措施，中国的海外投资迅速增长。间接征收是中国投资者在海外投资中容易遭受的一种政治风险。特别是作为一个发展中的海外投资大国，中国投资者的许多海外投资出于资源获取、产业转移等方面的考虑，主要投向投资数额大、期限长、政治风险高的自然资源开发和基础设施建设等项目，并较多地集中于发展中国家。发展中国家的经济、政治和社会等各项制度发生调整或转型的风险较高，发生间接征收风险的概率也较大。

中国已缔结的 BIT 对于间接征收的规范并不一致。从中国 2010 年 BIT 范本草案来看，中国对间接征收的规定近似于 2012 年美国 BIT 范本，但更为谨慎，除对间接征收予以明确定义外，还通过引入比例原则，使其认定标准更具有可操作性。

对于征收的补偿问题，美国一直奉行充分、及时、有效的赫尔原则，但中国已签订的 BIT 中一般主张给予“适当”的补偿而非“充分”的补偿。中国 2010 年 BIT 范本草案中规定“补偿的支付不应不合理地迟延，并应可以有效实现和自由转移”，这里的表述也未认可“充分”这一标准。在 2012 年中国—加拿大 BIT 中，中国坚持了这一立场，也排除了 2004 年加拿

大 BIT 范本中所主张的“充分”的补偿标准。

第 7 条转移

1. 每一缔约方应允许与合格投资有关的所有转移自由地并不迟延地汇入或汇出其领土。

这些转移包括：

- (a) 资本投入；
- (b) 利润、股息、资本收益以及出售全部或部分合格投资或清算全部或部分合格投资所得收益；
- (c) 利息、特许权使用费、管理费、技术援助费以及其他费用；
- (d) 根据合同所支付的款项，包括贷款协议；
- (e) 根据第 5 条“最低待遇标准”第（4）和（5）项以及第 6 条“征收和补偿”所支付的款项；以及
- (f) 由争端产生的款项。

2. 每一缔约方应允许与合格投资有关的转移按照转移时通行的市场汇率以可自由使用的货币进行。

3. 每一缔约方应允许与合格投资有关的实物收益，依照缔约一方与缔约另一方的合格投资或投资者之间的书面协议所授权或规定的方式进行。

4. 尽管有本条第 1 款、第 2 款和第 3 款的规定，缔约一方可以通过公正、非歧视和善意地适用有关下列事项的法律阻止转移：

- (a) 破产、无力偿还或保护债权人权利；
- (b) 有价证券、期货、期权或衍生品的发行、买卖或交易；
- (c) 犯罪或刑事违法行为；
- (d) 当有必要协助执法或金融监管当局时，对转移进行财务报告或保存记录，或
- (e) 确保遵守司法或行政程序作出的命令或判决。

【评析】资金转移条款是双边投资协定中最重要的条款之一，也是中美 BIT 谈判中较为困难的条款之一。通过转移条款的规定，外国投资者投资的经济利益才能得以自由转移或汇回本国。转移条款与外国投资者的利益直接相关，是东道国给予外国投资者及其投资具体待遇标准的一个重要内容。对东道国而言，既要通过资金转移条款达到吸引投资的目的，同时又要防止因放松外汇管制而可能给国内经济带来的不利影响。

中美 BIT 范本有关转移条款规定的结构与内容较为接近，区别主要在于中国 2010 年 BIT 范本中规定转移需要“按照其法律和法规”的规定。这就会涉及到中国的外汇管制政策。依照

《中华人民共和国外汇管理条例》第三章“资本项目外汇管理”规定可知，当前中国对资本项目并未开放，仍保留审核权。国外学者的研究表明，资本项目开放带来的好处需要一个经济体的经济发展程度、金融市场发展程度、政府能力等指标达到了一定的门槛之后才会表现出来，否则会带来负面效果。作为发展中国家的墨西哥加入《北美自由贸易协定》后，取消外汇管制，致使 1994 年爆发的金融危机为发展中国家已提供了前车之鉴。因此，当前中国仍有必要对“转移”条款的适用限定在“中国法律和法规”规定的范围中。

中国 BIT 范本中还规定了国际收支平衡危机例外，即规定“在国际收支遇到严重问题或受到严重威胁的时候，缔约一方可以参照国际标准实施有关措施，暂时限制转移”。美国 BIT 范本则未给东道国在面临国际收支困难时采取临时性管制措施限制资金转移留出余地。

第 8 条 业绩要求

1. 缔约方对于在其领土内的缔约另一方或非缔约方的投资者的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面，不得强加或执行以下任何要求或强制执行以下任何承诺或保证【注 11】：

- (a) 出口特定水平或比例的货物或服务；
- (b) 达到特定水平或比例的国内含量；
- (c) 购买、使用其境内生产的货物或对其境内生产的货物给予优惠，或从其境内的企业或自然人处购买货物；
- (d) 以任何方式将进口的数量或价值与出口的数量或价值或与此投资有关的外汇流入额相联系；
- (e) 限制此投资生产的货物或提供的服务在其领土内的销售，通过将此销售以任何方式与其出口数量或价值或者外汇收入相联系；
- (f) 向其领土内的企业或自然人转让特殊技术、生产工艺或其他专有知识；
- (g) 向特定区域市场或世界市场提供仅从该缔约方领土内投资生产的货物或提供的服务；或
- (h) (i) 在其领土内购买、使用或优先考虑该缔约方或该缔约方的企业或自然人的技术；【注 12】或
- (ii) 在其领土内阻止购买、使用或优先考虑特定技术，

从而基于国籍为本国投资者或者投资者缔约方的技术或者缔约方企业或自然人的技术提供保护。

2. 缔约方在有关其领土内的缔约一方或非缔约方的投资者的投资的设立、取得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面，不得以遵守下列要求作为获得或持续获得优势的条件：

(a) 达到特定水平或比例的国内含量；

(b) 购买、使用其领土内生产的货物或优先考虑其领土内生产的货物，或从其境内的企业或自然人处购买货物；

(c) 以任何方式将进口的数量或价值与或出口的数量或价值或与此投资有关的外汇流入额相联系；

(d) 限制此投资生产的货物或提供的服务在其领土内的销售，通过将此销售以任何方式与其出口数量或价值或者外汇收入相联系。

3. (a) 第 2 款不得被解释为阻止缔约一方在其领土内以遵守生产地点、提供服务、培训或雇佣员工、建设或扩大特定设施或进行研究与发展等方面的要求作为缔约一方或非缔约方投资者在其领土内的投资获得或持续获得优惠的条件；

(b) 第 1 款 (f) 和 (h) 项规定不适用于：

(i) 缔约一方根据《与贸易有关的知识产权协定》第 31 条规定授权使用一项知识产权，或者将其用于《与贸易有关的知识产权协定》第 39 条范围内且符合第 39 条规定的要求披露私人信息的措施；或是

(ii) 法院、行政法庭或者竞争机构苛加的要求或强制执行的承诺或保证，为救济依照该缔约方的竞争法经司法或行政程序认定的反竞争行为；【注 13】

(c) 如果这些措施并未以任意或不合理的方式适用，并且如果这些措施不构成对国际贸易或投资的变相限制，第 1 款 (b) (c) (f) 与 (h) 项以及第 2 款 (a) 与 (b) 项规定不得被解释为阻止缔约一方采取或维持以下措施，包括环境措施：

(i) 为确保遵守与本协定不一致的法律法规所必要；

(ii) 为保护人类、动物或植物的生命或健康所必要；或

(iii) 与保护生物或非生物的可用竭自然资源有关。

(d) 第 1 款 (a)、(b) 和 (c) 项与第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于促进出口和外国援助项目的相关货物或服务的资格要求。

(e) 第 1 款 (b)、(c)、(f)、(g) 和 (h) 项与第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于政府采购。

(f) 第 2 款 (a) 和 (b) 项规定不适用于进口方为有资格获得优惠关税或配额优惠所

必需而施加的关于货物成分的要求。

4.为进一步明确，第1款和第2款规定不适用于上述条款列出的规定以外的承诺、义务或要求。

5.如果缔约方未强加或要求承诺、保证或要求，本条规定不阻止私人之间达成的承诺、保证或要求的强制执行。

【注11】为进一步明确，第2款中所指的获得或持续获得优惠条件并不构成第1款中的“承诺或保证”。

【注12】本条中，“缔约一方或缔约一方的自然人或企业的技术”包括该缔约方所有或该缔约方的自然人或企业所有的技术，以及该缔约方或该缔约方自然人或企业拥有排他许可权的技术。

【注13】缔约双方认识到专利并不必然获得市场势力。

【评析】业绩要求，也被称为履行要求，是东道国政府管理外资的一种措施，包括外国投资获准进入东道国、或在东道国经营、或取得特定优惠的前提条件，以及东道国政府为实现利用外资效益最大化而采取的具体规制措施。业绩要求在发达国家与发展中国家都存在，但发展中国家更为常见。WTO《与贸易相关的投资措施协定》(TRIMS)明确禁止WTO成员方实施与贸易有关的当地成分、外汇平衡、贸易平衡等履行要求。随着全球经济一体化和区域经济一体化的迅速发展，国际投资协定中履行要求数量减少也已成为国际投资法的重要发展趋势。

业绩要求禁止条款是彰显美国BIT“高度自由化”的重要特征之一。从美国BIT范本可以看出，其对业绩要求的禁止是全方位的，范围要比TRIMS更为广泛，不仅在外资的进入即“设立”、“扩大”等阶段，而且在外资进入后的“管理、经营、运营、出售或其他处置”等方面都被禁止实施履行要求。并且，不仅强制性要求，与投资激励相联系的要求也在禁止的范围之内。

2012年美国BIT范本修订中，又在第1款第(h)项增加了缔约方的采购政策不得与本国技术含量要求挂钩的规定。此条第3款第(e)项同时规定，这一新增条款并不适用于政府采购。但这一修改也表明，如果一东道国政府接受美国BIT范本中这一新增规定，就不能再以贸易保护主义行为在与投资相关的技术方面首选本国技术，政府采购除外。

中国2010年BIT范本草案中未规定业绩要求禁止的内容。从中国对外签订的BIT来看，也都未对此作出规定。减少业绩要求固然有利于改善一国的投资环境，但发展中国家国内投资者与发达国家的跨国投资者相较，竞争力仍有待培育，而且对于需要进行产业结构调整、

经济体制改革的发展中国家而言，仍然需要对某些领域的外资予以适当引导。因此，现阶段全面废除业绩要求，达到发达国家的高度投资自由化水平并不具有现实可行性。正如南北国家经济差距一样，业绩要求的废除也不能一蹴而就，只能循序渐进。根据美国 BIT 范本第 14 条不符措施的规定，协定的谈判方可以针对本条规定作出背离协定义务的保留。中国可以将其认为目前不宜废除的业绩要求方面的规定，通过谈判纳入负面清单中。这一保留并非完全无限制。本文在对第 14 条分析中予以进一步探讨。

第 9 条高层管理人员与董事会

1.任何缔约方不得要求缔约一方合格投资的企业任命任何特定国籍的自然人为高层管理人员。

2.缔约一方可以要求该方合格投资的企业多数董事会或其委员会成员为特定国籍或在其领土内居住，如果此要求不会实质性损害投资者控制其投资的能力。

【评析】本条主要是规定缔约一方不可以对外资公司的高管施加国籍限制，确保外资公司可以自由确定公司高管。任何投资在揭去层层面纱后，其背后都是由具体的自然人控制与所有。本条规定主要是从保护外资的角度所作设定，即从投资母国的角度所作设定。虽然近年来，美国 BIT 追求的目标趋向多元化，但是自美国最初创设 BIT 以来，保护其海外投资一直是其最重要的目的之一。

中国 2010 年 BIT 范本草案中未纳入“高层管理人员与董事会”的条款，但在 2012 年中国与加拿大签署的 BIT 中则对此予以了规定，与美国 BIT 范本不同，还增加了要求投资东道国应允许外资企业雇佣的高管、技术人员进入东道国并短暂停留的规定。随着中国越来越多的企业走出去，中国应借鉴美式 BIT 的经验，在对外缔结的 BIT 中增加此类有助于保护中国海外投资利益的条款。

第 10 条有关投资的法律和决定的公布

1.每一缔约方应保证其关系到本协定涵盖的任何事项的：

- (a) 法律、规章、程序与普遍适用的行政裁决；以及
- (b) 裁决决议

及时公布或可以通过其他方式公开获得。

2.为本条的目的，“普遍适用的行政裁决”系指适用于其范围内的所有自然人和企业的事实情形并能创设行为规范的行政裁决或解释，但不包括：

(a) 在行政或准司法程序中作出的适用于具体案件中缔约另一方特定的合格投资或者投资者的决定或者裁定；或

(b) 对一特定行为或做法的裁决。

【评析】本条关于投资的法律与决定的公布，其实质是强调东道国应为国际投资提供透明的法律环境。东道国的法律制度作为构成东道国投资环境中制度层面的重要因素，是评价一国投资环境好坏的重要风向标。确保东道国与国际投资相关的法律、法规、程序、普遍适用的行政裁决等及时公布并可公开获得，对于投资者利益的保护至为紧要。

中国对外缔结的 BIT 一直采用欧式 BIT 的简式缔约方式，对此并未给予专门规定。在本条谈判中，中方需要注意的是应强调相关法律、法规、程序等的公布，特别是普遍适用的行政裁决、裁决决议的具体公布程序应遵循一国国内法的规定。

第 11 条透明度

1. 缔约双方同意就完善本条、第 10 条与第 29 条有关透明度的做法进行定期磋商。

2. 公布

在可能范围内，每一缔约方应：

(a) 事先公布第 10 条 (1) (a) 项中所提及的拟采取的任何措施；以及

(b) 为利害关系人与另一缔约方提供对此类拟采取的措施进行评论的合理机会。

3. 对于依照本条第 2 (a) 项规定公布的中央政府层面普遍适用的涉及本协定涵盖的任何事项的试行法规，每一缔约方：

(a) 须在单一的全国发行的官方公报中公布试行法规，并应鼓励通过其他的途径发布；

(b) 在大多数情况下，应在公开评论到期日前不少于 60 日公布试行法规；

(c) 公布时，应包括试行法规的制定目的与理由的解释说明；

(d) 在最终通过法规时，应在官方公报上或政府网站的显著位置发布在评论期收到的重要评论意见并说明对试行法规所作的实质性修改。

4. 对于中央政府层面采用的有关本协定涵盖的任何事项的普遍适用的法规，每一缔约方：

(a) 须在单一的全国发行的官方公报中公布法规，并应鼓励通过其他途径发布；

(b) 公布时，应包括法规的制定目的与理由的解释说明；

5. 信息提供

(a) 应缔约另一方的请求，缔约一方应及时提供信息和答复请求方认为可能会严重影响本协定的实施或其他严重影响其在本协定下的利益的任何现行或拟采取的措施的有关问

题：

(b) 本款下的任何请求与信息应通过相关的联络点提供给缔约另一方；

(c) 根据本款提供的任何信息不得影响该措施与本协定的一致性；

6. 行政程序

为了以一致、公正和合理的方式实施第 10 条 (1) (a) 项中提到的各项措施，各缔约方应保证在其行政程序中将特定案件中缔约另一方的特定合格投资或投资者适用此类措施：

(a) 在可能情况下，当启动一个诉讼程序时，应依照国内程序向受该诉讼程序直接影响的缔约另一方的合格投资或投资者提供合理的通知，包括诉讼程序性质的描述，启动诉讼程序的法律授权声明以及对任何争端事项的一般性描述；

(b) 当时间、诉讼程序的性质和公共利益允许时，在采取任何终审性行政行为前，这些人有合理的机会陈述事实和理由以支持他们的立场；

(c) 这些程序符合国内法。

7. 复审与上诉

(a) 为了及时复审，并在有正当理由时对有关本协定所涵盖事项的终审性行政行为进行修正，缔约各方应设立或维持司法、准司法或行政法庭或程序，此类法庭应是公正的并独立于授予其行政强制力的任何机关或机构，并且不得与该事项的结果有任何实质性利害关系；

(b) 在任何此类法庭或程序中，缔约各方应保证诉讼程序中的当事人具有以下权利：

(i) 支持或为其立场辩护的合理机会；

(ii) 根据证据和提交的记录，或依照国内法要求，根据行政机关制作的记录作出裁决；

(c) 在符合其国内法律上诉或进一步复审的规定的情况下，缔约各方应保证此类裁决由作出行政行为的机构或机关实施，并且裁决对与此行政行为有关的活动具有约束力。

8. 标准制订

(a) 缔约各方应允许缔约另一方的自然人或企业参与其中央政府机构的技术法规与标准的制订。**【注 14】**每一缔约方应允许缔约另一方的自然人或企业参与这些措施以及中央政府机构的合格评定程序的制订，有关条款规定应不低于缔约方对本国自然人或企业的规定；

(b) 缔约各方应建议在其领土的非政府标准化机构允许另一缔约方的自然人或企业参与这些机构的标准的制订。缔约各方应建议在其领土的非政府标准化机构允许另一缔约方的自然人或企业参与这些标准的制订以及这些机构的合格评定程序的制订，有关条款规定应不低于缔约方对本国自然人或企业的规定；

(c) 第 8 款第 (a) 和 (b) 项不适用于：

(i) WTO《关于实施动植物卫生检疫措施的协议》附件 A 中规定的动植物卫生检疫措施；或

(ii) 政府机构为自身生产或消费而准备的采购说明；

(d) 第 8 款第 (a) 和 (b) 项中，“中央政府机构”、“标准”、“技术法规”以及“合格评定程序”的含义依照 WTO《技术性贸易壁垒协定》附件 1 中的条款解释。与附件 1 相一致，后三个术语不包括与服务提供有关的“标准”、“技术法规”以及“合格评定程序”。

【注 14】缔约方可以这样履行这一义务，例如，为有利害关系的自然人或企业提供对拟采取的措施发表评论的合理机会，并在制定措施中考虑这些评论。

【评析】透明度条款是 2012 年美国 BIT 范本修订的主要内容之一。为解决 NAFTA 仲裁程序缺少透明度而备受指责的问题，2004 年美国 BIT 范本修订时增加了很多关于透明度的安排。但是在 2012 年 BIT 范本的修订中，各利益攸关方仍然提出了进一步提升透明度的要求，以更好地保护海外投资利益。2012 年 BIT 范本第 11 条修改并新增若干款项：一是将 2004 年范本中的“联络点”规定修改为要求各缔约方应定期就影响投资的相关事项的透明度实践进行磋商；二是新增与 BIT 涵盖事项相关的试行条例或法律制定的程序性规定；三是新增技术法规与标准制定的程序性规定。

近年来，一些外商投资企业在华商会对于中国标准的制定实施过程的透明度问题颇有微词，认为在华注册的外商投资企业未能充分参与中国所有商用标准的制定。2012 年美国 BIT 范本中专门新增的这一“技术法规与标准制定的程序性规定”，与美国企业在中国市场中遇到的现实问题具有高度关联性。本条新增规定也是近年来美国力推的竞争中立政策在 BIT 条文内容上的具体体现。

中国在 2012 年与加拿大签署 BIT 之前，中国 BIT 缔约实践一般未涉及透明度条款。在 2010 年 BIT 范本草案中也未有关于透明度的条款。从中加 BIT 透明度条款内容来看，其约文规定的内容比较概括与简约，并且仅是鼓励缔约国提前发布其拟采取的措施并为利害关系人和缔约另一方提供评论这些措施的合理机会。美国 2012 年范本所提出的透明度要求则是更高标准的要求，例如其对与 BIT 涵盖事项相关的试行条例或法律制定的程序性规定、技术法规与标准制定的程序性规定等，已经涉及到一国国内立法程序问题。

第 12 条投资与环境

1. 缔约双方认识到其各自的环境法律与政策以及缔约双方均为成员国的多边环境协定对于保护环境具有重要作用。

2. 缔约双方认识到以削弱或降低国内环境法律提供的保护促进投资是不适当的。因此，缔约各方应确保其不以削弱或降低国内环境法律提供的保护的方式放弃或损抑或表示愿意放弃或损抑其环境法律【注 15】，或者通过持续的或不间断的作为或不作为的过程未有效执行这些法律，作为对在其境内设立、取得、扩大或保留投资的鼓励。

3. 缔约双方认识到缔约各方保留就监管、守法、调查和起诉等方面事项行使自由裁量权的权利，并有权就其他确定的具有优先性的环境事项的执法资源的分配作出决定。因此，缔约双方理解如果缔约一方采取的作为或不作为措施是对这一自由裁量权的合理行使，或是对资源分配的善意的决定，则缔约一方符合第 2 款规定。

4. 本条中，“环境法”系指缔约各方的法律或法规【注 16】或其中的条款规定，其主要目的是为了通过规范在其境内的下列事项以保护环境，或者防止对人类、动物或植物的生命或健康带来危害：

- (a) 预防、消减或控制污染物或环境污染物的释放、排放或散发；
 - (b) 控制对环境有害或有毒的化学品、物质、材料和废物，以及与之有关的信息的传播；或
 - (c) 保护或保存野生动植物，包括濒危物种、其栖息地以及专门保护自然区；
- 但不包括任何与劳工的安全或健康直接相关的法律或法规或其中的条款规定。

5. 本协定的任何规定不得被解释为阻止缔约一方采取、维持或执行在其他方面与本协定相符的其认为能确保在其领土内以顾及环境关切的方式进行的任何措施。

6. 缔约一方可以书面要求另一缔约方就本条规定而产生的任何问题进行磋商。另一缔约方应在收到此种磋商请求后 30 日内作出回复。此后，双方应进行磋商并努力达成双方满意的解决方案。

7. 缔约双方确认，缔约各方可以酌情就本条项下的任何事项为公众参与提供机会。

【注 15】第二款不适用于缔约一方依照法律中规定的放弃或损抑条款而放弃或损抑环境法律的情况。

【注 16】在美国方面，本条中，“法律或法规”系指美国国会的法案或依照美国国会法案颁布的由中央政府执行的法规。

【评析】近年来，可持续发展日益成为国际投资协定关注的议题之一，其中环境问题尤为突出。环境问题已被越来越多的国际投资协定所吸纳，反映了国际投资协定对投资者与东道国利益显失公平的格局的调整与平衡。

2012 美国 BIT 范本对环境条款予以大幅修改，把 2004 年范本中有关投资与环境的规定

内容由两款扩充为七款，主要表现为：一是范本规定缔约国的国内的环境法律与政策以及缔约各方均为成员国的多边环境协定对于保护环境均具有重要作用；二是新增缔约方投资者在环境与劳工保护方面的义务，2012年BIT范本将2004年BIT范本中第2款的“尽力确保”修改为“应确保”，使得这一项规定由此前的软性规定转变为缔约方须在保护环境方面承担的硬性义务；三是对“环境法”予以明确界定；四是强调公共参与，细化有关环境问题的磋商程序规定；五是保留缔约方就一些环境事项的自由裁量权。

美国上述新增的环境规定与国内环保组织的大力游说密切相关，但其仍受到环保组织的批评。这主要是由于在美国新近签订的一些FTA中已经规定有关环境事项可以提交国际投资仲裁。2012年BIT范本中仍规定不得就环境条款规定提交国际投资仲裁，其也不适用于缔约国间投资争端解决程序，环境事项的争端仍然仅适用国家间的磋商程序。

从中国已缔结的BIT来看，除极少数在序言中对环境有所提及外，普遍缺乏环境保护的规定。值得关注的是2011年中国—乌兹别克斯坦BIT中，除在序言提及协定要“促进经济健康稳定和可持续发展”外，还在第6条征收条款中规定缔约方采取的旨在保护环境的正当公共福利的非歧视的管制措施不构成间接征收的例外规定。与美国已形成的完善细化的投资与环境条款相较，从中国BIT缔约实践来看，当前中国就投资促进与环境保护的冲突与协调等问题的立法还处于初步阶段。这不仅会在立法技术、立法理念等方面为中国带来挑战，也亟待中国进一步完善国内的环保立法。此外，对于投资与环境议题的约文在BIT中不仅涉及本条规定，还需与“序言”、“征收”“履行要求”以及“投资争端解决”等条款结合起来考虑。

第13条投资与劳工

1. 缔约双方重申其作为国际劳工组织成员的各自义务，以及其在《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言及后续措施》下的承诺。

2. 缔约双方认识到以削弱或降低国内劳工法律提供的保护促进投资是不适当的。因此，当放弃或减损这些劳工法律与本条第三款第(a)至(e)项所规定的劳工权利不一致时，缔约各方应确保其不放弃或减损或表示愿意放弃或减损国内劳工法律，或者通过持续的或不间断的作为或不作为的过程未有效执行这些劳工法律，作为对在其境内设立、取得、扩大或保留投资的鼓励。

3. 本条中，“劳工法”系指各缔约方与下列事项直接相关的法律或法规【注17】，或其中的条款规定：

(a) 结社自由；

- (b) 有效切实承认集体谈判的权利；
- (c) 消除一切形式的强制劳动；
- (d) 有效废除童工和禁止最恶劣的童工形式。

4. 缔约一方可以书面请求另一缔约方就本款规定而产生的任何问题进行磋商。缔约另一方应当在收到此种磋商请求后 30 日内作出回复。此后，双方应进行磋商并努力达成双方满意的解决方案。

5. 各缔约方确认，缔约各方可以酌情对就本条项下的任何事项为公众参与提供机会。

【注 17】在美国方面，本条中，“法律或法规”系指美国国会的法案或依照美国国会法案颁布的由中央政府执行的法规。

【评析】劳工保护问题历来是国际社会的重要议题之一。自 20 世纪 70 年代中期以来，在国际劳工组织的推动下，跨国投资活动中的劳工问题受到了国际社会较多的关注。20 世纪 90 年代以来，在经济全球化背景下，投资与劳工议题逐渐纳入 BIT，而美国则开启先河。

对于这一议题，美国 1994 年 BIT 范本，仅在序言部分做了概述性规定；在 2004 年 BIT 范本中，除在序言中作一般性陈述外，首次予以专条规定。2012 年美国 BIT 范本，在前述基础上，进一步扩展了相关规定。主要体现在以下四方面：一是要求缔约双方重申其作为国际劳工组织成员的各自义务以及其对国际劳工组织《基本工作原则和权利及后续事项宣言》承担的义务；二是新增缔约方投资者在劳工保护方面的义务，2012 年 BIT 范本将 2004 年 BIT 范本中第 2 款“shall strive to ensure”（尽力确保）修改为“shall ensure”（应确保），使得这一项规定由此前的软法性规定转变为缔约方在保护劳工权利方面的硬性义务；三是界定“劳工法”的含义；四是细化有关劳工问题的磋商程序规定，强调公众参与。

与第 12 条“投资与环境”规定相同，外国投资者也不得就本条规定事项提交国际投资仲裁，并且也被排除在缔约国间投资争端解决程序之外。有关劳工事项的争端仅适用国家间的磋商程序。

中国在以往对外商签的 BIT 中，一直未在协定的正文中对投资与劳工议题作出规定。2012 年中国新签订的《中日韩三方投资协定》和中国—加拿大 BIT 中也未纳入此议题。因此，中美 BIT 谈判中，投资与劳工议题必然会是双方需要重点谈判的问题之一。目前，在国际劳工组织的 8 项核心公约中，中国尚未签署 1930 年《强迫劳动公约》、1948 年《组织自由和保护组织权公约》、1951 年《组织权利和集体谈判公约》和 1957 年《男女工人同工同酬公约》，因此，目前中国并不承担这方面的国际条约义务。虽然，投资与劳工条款产生的任何争议不适用投资者与东道国投资仲裁机制，也不适用缔约国间的争端解决机制，但将

投资与劳工议题纳入中美 BIT 中，仍然意味着中国须就范本中规定的与投资有关的劳工问题承担国际义务，美国可以就 BIT 中投资与劳工条款规定而产生的任何问题要求与中国进行磋商。为此，谈判中，中国一方面需要美方进一步澄清范本中的一些表述的确切含义，如“未有效履行这些劳工法律”的衡量标准是国内法抑或其他标准；另一方面也应明确 BIT 旨在促进与保护投资，而不是关于劳工标准以及相关经济权利的国际协定，不宜舍本逐末。

第 14 条不符措施

1.第 3 条“国民待遇”、第 4 条“最惠国待遇”、第 8 条“业绩要求”和第 9 条“高级管理和董事会”不适用于：

(a) 缔约一方维持的任何现行不符措施：

(i) 中央政府层级，该缔约方在其附件 I 或附件 III 清单中列明的；

(ii) 地区政府层级，该缔约方在其附件 I 或附件 III 清单中列明的；

(iii) 地方政府；

(b) 上文第 (a) 项中的任何不符措施的延续或及时更新；

(c) 对上文第 (a) 项中的任何不符措施的修正,只要与修正前相较，不减损该措施与第 3 条“国民待遇”、第 4 条“最惠国待遇”、第 8 条“业绩要求”和第 9 条“高级管理和董事会”规定的一致性。

2.第 3 条“国民待遇”、第 4 条“最惠国待遇”、第 8 条“业绩要求”和第 9 条“高级管理和董事会”不适用于缔约一方采取或维持的在其附件 II 清单中列明的部门、子部门或活动的任何相关措施。

3.缔约方不可以根据本协定生效后所采取的被附件 II 清单所涵盖的任何措施，要求缔约另一方的投资者，基于其国籍的原因，出售或以其他方式处置在措施生效时已存在的投资。

4.第 3 条“国民待遇”和第 4 条“最惠国待遇”不适用于《与贸易有关的知识产权协定》第 3 条或第 4 条中关于义务例外或减损的任何措施，这些例外或减损规定在《与贸易有关的知识产权协定》中的第 3 条、第 4 条和第 5 条。

5.第 3 条“国民待遇”、第 4 条“最惠国待遇”和第 9 条“高级管理和董事会”不适用于

(a) 政府采购；或

(b) 缔约一方提供的补贴或补助，包括政府支持的贷款、担保和保险。

【评析】在国际投资法领域，对投资协义务予以保留的方式包括正面清单和负面清单两种模式。负面清单模式下，缔约方同意协定所设定的义务适用于所有的外国投资者及其投

资，但与此同时缔约双方经谈判在协定的附件中列出不承担协定义务的特定措施、行业或活动。根据本条的规定，缔约双方经谈判可以将背离 BIT 中国民待遇、最惠国待遇、业绩要求以及高管和董事会四项义务的“不符措施”列明在协定的附件中，即“负面清单”中。

一般而言，一项措施只有在违反相关 BIT 义务时才需要被列入附件。按照本条规定，经谈判纳入附件的不符措施不包括：一是不违反条约义务的措施，如非歧视性的许可要求、非歧视性的法规；二是可被普遍适用的例外所涵盖的措施，如第 14 条规定的国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、高管方面的规定不适用于政府采购、补贴或补助；三是根本安全例外、金融服务或税收有关的例外规定。

在不符措施的附件设置方面，附件 I 主要是为现行不符措施以及现行不符措施的延续、更新或修订措施提供谈判有关前述四项义务的例外的机会。附件 II 则是为未来出台不符措施提供灵活性的活动或领域。需要注意的是，附件 I 对现行不符措施进行修订的例外需要受制于“棘轮”机制的规定，即附件 I 不得出现倒退。例如，如果一国政府选择放开一项措施，其不得在后来再次收紧；如果开放一行业，其开放程度不允许降低，不允许倒退。列入负面清单的一项不符措施条目包括例外安排针对哪一部门、所涉义务、政府层级、引用的措施、描述以及任何相关过渡安排。这种规定可以为投资者提供额外的保护，并提升一国投资环境的透明度，但从东道国角度而言，则会压缩东道国政府管制经济的政策空间。也因此，联合国贸发会曾多次发布报告强调，发展中国家应注意为本国基于公共利益考虑实行管制预留足够的政策空间。

从美国 BIT 中列出的不符措施规定看，主要事项范围包括原子能、采矿、外资保险、空运、报关服务、证券登记、无线电通信、有线电视、卫星通信、海事服务和金融服务等。

负面清单对于缔约国制定内容详实的所有要保留的不符措施清单非常实用，并且缔约方可以通过高水平的清单设置降低高标准的义务。但作为一种预设性的保留，例外安排的实效有赖于缔约国国内立法的配合。因此，当前对中国而言，最为重要的是对与第 3 条“国民待遇”、第 4 条“最惠国待遇”、第 8 条“业绩要求”和第 9 条“高级管理和董事会”规定不相符的规定进行清理，然后在此基础上确定哪些需要谈判纳入负面清单，与此同时，也需要对产业部门进行评估，以确定哪些部门需要纳入负面清单予以保留。

第 15 条特殊手续与信息要求

1. 第 3 条“国民待遇”不得被解释为阻止缔约一方采取或维持关于合格投资的特殊手续规定的措施，例如要求投资者为缔约方的居民或者要求合格投资依照缔约方的法律或法规合法

组建,如果此种手续要求对于缔约一方依照本协议向缔约另一方投资者或合格投资提供的保护不构成实质性损害。

2.尽管有第3条“国民待遇”和第4条“最惠国待遇”的规定,仅以信息或统计为目的,缔约一方可以要求缔约另一方的投资者或其合格投资提供关于投资的信息。缔约方应保护任何商业秘密信息以防止该信息的披露而损害投资者或合格投资的竞争地位。本款规定不得被解释为阻止缔约一方有关公平和善意适用法律而获得或披露信息。

【评析】本条规定是对于国民待遇与最惠国待遇适用相关问题的进一步澄清中国2010年BIT范本草案中未专门规定“特殊手续与信息要求”的条款。

依照本条规定只要对投资者与合格投资提供的保护不构成实质性损害,东道国要求投资者与合格投资需符合特殊手续的要求,不构成对国民待遇义务的背离。同时,东道国为了信息与统计目的可以要求投资者提供投资的相关信息,只要避免该信息披露损害投资者的市场竞争地位。此外,东道国为了公平和善意适用法律的需要可以要求投资者提供或披露信息。

对国民待遇与最惠国待遇的适用通过专条作出例外规定,这一方式有助于降低东道国需要承担的国民待遇与最惠国待遇义务的要求,从而为东道国保留更多的政策空间。

第16条不得克减

本协议不得减损下列任何规定赋予缔约一方投资者或合格投资比本协议给予的待遇更优惠的待遇:

1. 缔约一方的法律或法规、行政惯例或程序、行政或司法裁决;
2. 缔约一方的国际法律义务; 或
3. 缔约一方承担的义务,包括投资授权或投资协议中的义务。

【评析】按照布莱克法律词典对“克减(Derogation)”一词的解释,具有三层含义。一是由后来限制法律的范围或削弱法律的效用和效力的行为所导致法律的部分废止或废除;二是轻视、价值的贬值或评价上的降低;三是减损、损害或一项授予或权利的毁灭。1969年的《维也纳条约法公约》第53条在定义“国际强行法”的定义时使用“克减”一词,但该公约的中文文本将其译为“损抑”。从现有国际文件看,“克减”一词多是在国际人权文件和一些国家的宪法的“紧急状态”条款中被译为“克减”。“克减”含义的正确界定需要与其所处的语言环境相结合分析。从本条的具体规定可知,在本协议中的克减主要是指对投资者、合格投资的待遇的保护应以最优待遇为准,实质则在于强调对投资者权益的保护。

中国2010年BIT范本草案中未列入“不得克减”的条款。本条规定凸显了美式BIT强调投资保护的功能。事实上,在双边投资协定形成之初,其就是资本输出国为保护其跨国投资

而设计的精致的法律保护工具。从美国 BIT 发展历程来看，美国在最初启动 BIT 范本计划时主要是关注对已有海外投资利益的保护，维护“赫尔”规则，即及时、充分、有效补偿标准。这与发展中国家往往希望借助 BIT 促进未来的投资有所不同。因此，对于 BIT 的目的以及功能的充分认识，有助于各国在 BIT 谈判中采取正确的谈判策略。

第 17 条拒绝授惠

1. 缔约一方可以拒绝将本协定之利益赋予缔约另一方的企业的投资者及该投资者的投资，如果该企业是由非缔约方的自然人或企业拥有或控制，并且拒绝赋予利益缔约方：

(a) 与该非缔约方之间没有建立外交关系；或

(b) 针对该非缔约方或该非缔约方投资者采取了或维持禁止与该企业交易的措施；或者是如果本协定之利益被赋予该企业或其投资，将导致违反或规避针对该非缔约方或该非缔约方投资者所采取的措施。

2. 缔约一方可以拒绝将本协定之利益赋予另一缔约方的企业的投资者及该投资者的投资，如果该企业在缔约另一方领土内未从事实质性经济活动，并且非缔约方或者拒绝赋予利益缔约方的自然人或企业拥有或控制该企业。

【评析】拒绝授惠条款是 BIT 中投资者保护的例外条款之一。其主要目的是为了排除那些与缔约国没有真实经济联系的投资者获得条约的利益而不承担条约义务。本条款对于缔约国具有潜在的保护性，有利于防止“免费搭车者”。在国际投资仲裁实践中，本条款常被仲裁庭视为投资者提起仲裁的一项前提条件，即仲裁庭将其作为考量对一案是否具有管辖权的先决条件。

从目前国际投资协定中有关“利益拒绝”条款的内容来看，主要分为两种：一是仅针对在缔约国没有实质性经营活动的“壳公司”；二是除针对“壳公司”外，还针对与缔约国不具有正常经济关系或外交关系的投资者控制的公司。

中国 2008 年与墨西哥签订的 BIT 中首次规定此条款。在该协定的第 31 条规定，缔约双方可以共同磋商决定是否将条约的利益授予非缔约国控制的企业及其投资。在 2012 年与加拿大签订的 BIT 中，进一步完善了本条款内容。针对本条款在仲裁实践中关于其可拒绝的利益仅限于实体问题还是也包括管辖权问题的争议，明确规定缔约国能够拒绝的利益不仅限于实体利益，还包括排除仲裁程序性规定。本条款内容是选择性规范，但针对条款中缺乏明确的界定与判断标准的“实质性经济活动”等仲裁实践中易引发争议的内容，缔约时如纳入此条款也应考虑予以细化和明确。

第 18 条根本安全

本协议任何内容不得被解释为：

1. 要求缔约一方提供或者允许使用任何其认为披露将违背其根本安全利益的信息；或
2. 阻止缔约一方为履行其所承担的维持和恢复国际和平与安全的义务，或者为保护本国根本安全利益，采取其认为必需的措施。

【评析】根本安全例外条款是 BIT 中的最重要的条款之一，其对于东道国而言是 BIT 中的“安全阀”条款之一，但是对于投资者而言它则是 BIT 中易为缔约国滥用而免责的“阿喀琉斯之踵”。2001 年底至 2002 年初阿根廷为应对经济危机而采取了一系列经济措施，导致一些外国投资者利益受到了损害，因此这些投资者提起了国际投资仲裁。在仲裁庭抗辩中，阿根廷多次援引根本安全例外条款作为免责的理由。一些仲裁庭支持了阿根廷的抗辩，而另外一些仲裁庭则否认了根本安全例外抗辩。这使得根本安全例外条款受到国际法学界的关注。

目前学界对于“根本安全”的含义、根本安全例外条款是否可以仲裁以及援引该条款的可补偿性问题均存有广泛争议。各国 BIT 中一般都未对“根本安全”给予具体的定义，而是留待仲裁庭自由裁量。从目前仲裁庭的实践来看，根本安全不仅包括政治安全、军事安全，也包括经济安全、环境安全等。同时，学界依照根本安全例外条款中是否包含“其认为”(it considers) 这一语词而将根本安全例外条款区分为非自行判断或非自行裁决的根本安全例外条款与自行判断或自行裁决的根本安全例外条款。非自行判断的根本安全例外条款被认为具有可仲裁性，但对于自行判断的根本安全例外条款是否可以仲裁仍存有争议。一些学者认为自行判断的根本安全例外条款，也可以仲裁，但仲裁庭审理的范围应限于东道国是否善意的范围内而无权审查东道国措施的合法性。对于根本安全例外条款可补偿性问题，目前仲裁庭的裁判也并不一致，国际投资协定中也多未作出明确的规定。

美国在已签订的所有 BIT 中都包含有根本安全例外条款，只是在 2004 年以前签订的 BIT 中，其签订的是非自行判断的根本安全例外条款。随着这一条款在仲裁实践中一些问题的显现，美国在其签订的 BIT 中增加了“其认为”这一措辞，开始采取自行判断的根本安全例外条款，即缔约国有权采取其认为必要的措施来维护本国的安全利益，从而加强对国家主权的维护。由此也可知，通过 BIT 约束美国的国家安全审查制度并不具可行性，但 BIT 谈判可为中美双方提供交流与寻求解决这一问题的平台。

中国 BIT 范本草案中并未包括根本安全例外条款，中国已缔结的 BIT 中大多数也未对此作出规定，从维护国家安全利益与主权利力的角度看，中国宜在今后缔结的 BIT 中规定

自行判断的根本安全例外条款。

第 19 条信息披露

本协议的任何规定不得解释为要求缔约一方提供或允许获得披露会妨碍法律的执行或违背公共利益或损害特定公共或私人企业的合法商业利益的秘密信息。

【评析】本条系对信息披露作出的例外规定。美国 BIT 范本中为强调投资环境的透明度而作出系列规定，本条则对这些规定作出例外安排，即这些规定不应要求缔约一方提供会妨碍执法或违背公共利益或损害特定公私企业的合法商业利益的秘密信息。中国 2010 年 BIT 范本草案中未对此作出专门规定。

BIT 中的例外规定，无论是从维护国家公共利益角度还是投资者利益角度，都有益于 BIT 中的规定取得一种平衡，以免过于强调投资者利益或东道国利益而导致投资者或东道国利益之间的严重失衡。

第 20 条金融服务

1. 尽管本协议有其他规定，为保护投资者、存款人、投保人或金融服务提供者对其负有信托义务的自然人或企业，或为确保金融系统完整与稳定，缔约方不应被阻止出于审慎原因而采取或维持与金融服务有关的措施。【注 18】如果此类措施与本协议的规定不符，则其不应被该缔约方用来规避本协议下的承诺和义务。

2. (a) 本协议的任何规定不适用于任何公共实体为寻求执行货币或相关信贷政策、汇率政策而采取的普遍适用的非歧视性措施。本条款不应影响缔约方在第 7 条“转移”或第 8 条“业绩要求”规定中承担的义务。【注 19】

(b) 本条款中，“公共实体”系指缔约方的中央银行或货币政策机关。

3. 当申请人根据第二章“投资者与国家间争端解决”提起仲裁请求且被申请人援引第 1 款或第 2 款进行辩护时，应适用下列规定：

(a) 被申请人应依照第二章规定在提交仲裁请求之日起 120 日内向缔约双方的金融主管机关【注 20】提交一份书面请求，请求对第 1 款和第 2 款是否并在多大程度上是对仲裁请求的有效辩护作出共同决定。如仲裁庭已组建，被申请人应及时向仲裁庭提供该请求的副本。有关该仲裁请求的仲裁仅可以依照本款第 (d) 项中的规定进行。

(b) 缔约双方金融主管机关应彼此进行磋商并努力以诚信原则作出第 (a) 项所规定的决定。任何决定应当立即转交给争议双方和仲裁庭（如果仲裁庭已组建）。该决定应对仲裁

庭具有拘束力。

(c) 缔约双方金融主管机关在均收到被申请人根据第(a)项要求作出共同决定的书面请求的120日内,如果未能根据第(a)项作出决定,仲裁庭应对金融主管机关未能解决的问题作出决定。除了本项所修改的内容外,第二章的规定应当适用。

(i) 当任命尚未被任命的所有仲裁员时,争端每一方应采取适当的步骤以保证仲裁庭在金融服务法律或实践方面具备专业知识或经验。在指定首席仲裁员时,应考虑特定候选人在争端产生的特定金融服务领域所具备专业知识情况。

(ii) 在被申请人依照第(a)项提交要求作出共同决定的请求之前,如果根据第27(3)条首席仲裁员已经被指定,应争端一方的要求该仲裁员应当被替换,并且仲裁庭应根据第(c)(i)项重新组建。如果根据第(d)项在仲裁程序重新开始后的30日内,争端双方未就指定的首席仲裁员达成一致,应争端一方的请求,秘书长应根据第(c)(i)项指定首席仲裁员。

(iii) 仲裁庭不得根据有关金融主管机关未依照(a)项规定作出决定的事实,对第1款或第2款的适用作出推论。

(iv) 非争端缔约方可以对第1款和第2款是否以及在多大程度上是对仲裁主张的有效抗辩,向仲裁庭提交口头或书面陈述。除非其提交此陈述,否则为仲裁的目的,非争端缔约方被推定为对于第一款和第二款规定,其与被申请人立场一致。

(d) 第(a)规定提交的仲裁可以进行:

- (i) 当争端双方和已组成的仲裁庭收到金融主管机关作出的共同决定的10日后;或
2. 当根据第(c)项规定给予金融主管机关的120日决定期限届满10日后。

(ii) 根据被申请人在第(c)项规定的作出共同决定120日期满后30日内提出的请求,或者,如果仲裁庭在120日期满后仍未组成,被申请人在仲裁庭组成后的30日内提出的请求,仲裁庭应在裁决被申请人援引第1款或第2款作为抗辩的诉请之前,处理或裁决第(c)项规定的金融机关尚未解决的问题。被申请人没有提出此项请求的,不影响被申请人在仲裁程序中的适当阶段援引第1款和第2款作为抗辩。

4. 如果产生第三章规定的争端,且缔约一方的金融主管机关书面通知缔约另一方金融主

管机关争端涉及金融服务，除了本款和第 5 款的修正之外，第三章规定应当适用：

(a) 缔约双方的金融主管机关应就有关争端进行磋商，并且在收到通知之日起 180 日内向缔约双方转交其磋商报告。缔约一方须在 180 日的期限届满后根据第三章将争端提交仲裁。

(b) 缔约一方可以使报告为根据第三章组成的仲裁庭获得以裁决本款提及的争端或类似争端，或者使报告为根据第二章组成的仲裁庭获得以裁决与第三章争端具有相同事件或情形的诉请。

5.如果缔约一方依照第 4 款将涉及金融服务的争端根据第三章规定提交仲裁，在争端提交仲裁后 30 日内，应缔约一方的请求，在指定尚未被任命的所有仲裁员时，缔约各方应采取适当步骤以保证仲裁庭在金融服务法律和实践方面具备专业知识和经验。在指定首席仲裁员时，应考虑特定候选人在金融服务方面的专业知识。

6.尽管有第 11 (2) - (4) 条“透明度—公布”的规定，每一缔约方在可行的情况下：

(a) 应事先公布任何拟试行的普遍适用的有关金融服务的法规及该法规的目的；

(b) 应给利害关系人和缔约另一方合理的机会对试行法规进行评论。

(c) 应尽可能在最终通过法规时，以书面形式处理来自利害关系人的有关试行法规的重大实质评论。

7.“金融服务”这一术语应与《服务贸易总协定》金融服务附件中第 5 (a) 条中的金融服务具有相同的含义。

8.为进一步明确，本协定不得解释为阻止缔约一方在金融机构中适用或者执行与缔约另一方投资者或合格投资有关的，为确保金融机构遵守法律或法规而采取的与本协定不一致的必要措施，包括防止欺骗或欺诈实践相关的措施或应对违反金融服务合同造成的影响的措施，只要这些措施的实施不在情况相同的国家间造成任意的或不公正的歧视或者构成对金融机构的投资的变相限制。

【注 18】 审慎原因这一术语当然包括维护单个金融机构的安全、稳定、完整和金融责任以及支付和结算系统的财务与经营的安全性和完整性。

【注 19】 为进一步明确，为寻求执行货币或相关信贷政策、汇率政策而采取的普遍适用的非歧视性措施，不包括明确取消或者修改合同中有关货币单位或者汇率的条款。

【注 20】 本条中，“金融主管机关”系指，对于美国，负责银行及其他金融服务的财政部，协同负责保险服务的美国贸易代表办公室、商务部以及其他机构；对于 XX 国，_____。

【评析】 金融服务是一个极具政治敏感性、经济战略重要性且专业性极强的领域。在金

融服务日益成为重要的投资形态的背景下,在国际投资协定中纳入金融服务的专条规定已成为发展的重要趋势。2004年美国BIT范本与加拿大BIT范本率先纳入金融服务条款,对金融审慎例外措施、金融服务争端解决程序予以专条规定。美国2012年BIT范本,基本沿袭2004年范本的内容,但也做了一些修改。一是扩充了2012年BIT范本第20条第1款“金融服务审慎例外”的注释,规定采取审慎措施的“审慎原因”包括为了“维护支付和结算系统的财务与经营的安全性和完整性”;二是新增了第8款监管措施例外条款;三是进一步细化有关金融服务的仲裁程序规定,提升金融服务相关法律制度的透明度。

2008年从美国次贷危机开始的全球金融危机,激发了各国政府对以新自由主义为理论基础的金融自由化的反思,并相继出台了一系列金融监管改革措施对其予以矫正。美国也不例外,于2010年7月通过《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法案》(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)。2012年BIT范本上述对金融服务相关规定的修改与增补,有利于为美国政府采取应对金融危机的监管措施预留政策空间。

从中国BIT缔约实践来看,2007年中国—韩国BIT、2008年中国—哥伦比亚BIT与2012年中国—加拿大BIT中已有涉及金融条款的内容,但整体上并没有形成统一的模式。例如,2007年中国—韩国BIT中在第6条转移中提到金融例外规定,2008年中国—哥伦比亚BIT则在第13条专门规定“金融部门的审慎措施”,2012年中国—加拿大BIT把金融审慎例外规定于一般例外中,并且规定涉及东道国金融机构的争端不适用投资者—东道国争端解决机制。鉴于金融审慎例外规定在BIT中具有金融领域开放“安全阀”的重要作用,可以预见,该条款也将成为中美BIT谈判中的关键条款之一。从本条第一款的规定来看,美国BIT范本中“金融审慎例外”的规定过于笼统。为避免由于定义的模糊性而为仲裁庭宽泛解释适用,即有关金融审慎措施的争议,不适用投资者与东道国争端解决机制。此外,也应注意本条款规定与资本转移条款、最惠国待遇条款以及有关国有企业定义等规定的内在联系,在谈判时需要将这些条款结合起来综合考虑,以免挂一漏万,留下可以打开一扇门的缝隙。

第21条 税收

1.除本条规定外,第一章的规定不得对税收措施施加义务。

2.第6条“征收”应适用于所有的税收措施,但仅在满足以下条件时,主张一项税收措施涉及征收的申请人可依据第二章提请仲裁:

(a) 申请人已首先书面向缔约双方的税收主管机关【注21】提交税收措施是否涉及征收的问题;并且

(b) 在提交之后的 180 日内，缔约双方的税收主管机关未能就该税收措施不是征收达成一致。

3. 在符合第 4 款规定的情况下，第 8 条“业绩要求”第 (2) 项至第 (4) 项规定应适用于所有税收措施。

4. 本协定不应影响任一缔约方依照税收协定享有的权利和承担的义务。如果本协定和此类协定不一致，则该税收协定在不一致的范围内优先适用。如果该协定是本协定缔约方之间的税收协定，则应由该协定下的主管部门单独承担决定本协定与该协定是否存在不一致的职责。

【注 21】本条中，“税收主管机关”系指：(a) 对于美国，财政部助理部长（税收政策）；并且 (b) 对于 XX 国，_____。

【评析】本条规定采用“一般例外”模式将税收措施排除在 BIT 适用之外，仅规定少数协定条款适用于税收事项。同时规定涉税协定具有优先适用性，且规定了税收争议行政审查机制，即当申请人主张一项税收措施涉及征收时，须就是否涉及征收的问题书面提交缔约双方的税收主管机关，只有当缔约双方的税收主管机关未能就该税收措施的认定达成一致情况下，才可以提交国际投资仲裁，即“税收否决”机制。

税收主权是一国国家核心组成部分，美国 BIT 范本中将税收措施作出“一般例外规定”有利于避免外国投资者滥用诉权挑战东道国的税收主权，从而更好地维护国家主权。本条规定进一步彰显美国虽然大力推动投资自由化，强调对投资者权益的保护，但又是一个非常注重本国安全利益保护的国家，在 BIT 中凡事涉及国家主权内容时均异常地审慎。

当前，如果将税收措施完全排除在 BIT 之外，也是不明智的，那样将无法阻止东道国滥用税收措施。因此，本条规定中又增加了有关涉及征收的税收措施以及业绩要求内容适用于税收措施。

中国在已缔结的中外 BIT 中有关税收条款内容规定不尽一致。早期缔结的 BIT 中，一般未对税收作出专门规定。后来缔结的一些 BIT 中，多将税收例外规定与有关投资待遇相联系，例如中国与土耳其 BIT 第 10 条规定在税收政策方面，缔约一方应努力给予缔约另一方国民和企业公正与公平的待遇。这种规定模式在中国对外签订的 BIT 中开始全面接受国际投资仲裁庭管辖权的情况下，意味着外国投资者可以将由于税收措施引发的投资争端提交国际仲裁庭，从而导致中国合法行使的税收管理权面临被认定为违反国际投资协定义务。晚近以来，中国对外缔结的国际投资协定已注意到这一问题，在中国 2010 年 BIT 范本草案中就专门在第 11 条规定了税收措施例外，并且中国范本借鉴了美国 BIT 范本中本条第一款

与第二款的规定。两者规定最主要的不同之处在于中国仅规定适用涉及征收的税收措施，但未规定业绩要求的内容适用于所有税收措施，因此谈判中这仍将会是双方的分歧之处。

第 22 条生效、期限和终止

1. 本协定自缔约双方相互交换批准书之日起 30 日后生效，协定有效期为十年，且除非根据第 2 款规定而终止，将继续有效。

2. 缔约一方可以在首个 10 年届满时终止本协定，或在此后的任何时候书面通知缔约另一方 1 年后终止本协定。

3. 自终止之日起的 10 年，除去涉及合格投资的设立或取得的适用条款，所有其他条款将继续适用于在终止之日前设立或取得的合格投资。

【评析】双边投资协定一般自生效之日起开始适用。1969 年《维也纳条约法公约》第 24 条规定：“条约生效之方式及日期，依条约之规定或依谈判国之协议。”双边投资协定是否需要批准一般根据各缔约方国内宪法的规定。中国现已对外商签约 130 个左右 BIT，生效约 100 个左右；美国对外商签 BIT 约 47 个，生效 40 个。

对于双边投资协定有效期，其主要是缔约双方愿受 BIT 约束的时限问题。大多数 BIT 都规定第一个有效期为 10 年。也有一些 BIT 规定不同的首个有效期。例如 1965 年德国与塞拉利昂的 BIT 中规定首个有效期为 3 年，1982 年中国与瑞典签订的首个 BIT 有效期为 15 年。中美 BIT 范本中都规定首个有效期为 10 年。

考虑到投资活动的持续性以及维护投资环境的稳定性的需要，BIT 中一般都会规定协定中的一些条款对于终止日前已设立或进行的投资继续有效。在这方面，中国的 2010 年 BIT 范本中规定本协定条款“对本协定终止之日前所作出的投资”，自协定终止之日起继续适用 10 年。美国 2012 年 BIT 范本，则明确协定条款适用于在终止日之前设立或取得的投资，同时强调指出，有关投资设立或取得的条款除外。中国范本中与美国范本中所要表达的含义基本一致。中国范本因未规定准入前国民待遇，因此也未排除投资设立与取得的条款。现中美 BIT 中将纳入准入前国民待遇，因此必会排除投资设立、取得与扩大等条款在 BIT 终止后的 10 年继续适用。

第二章

第 23 条磋商与谈判

当发生投资争端时，申请人与被申请人应首先寻求通过磋商与谈判的方式解决，包括适用不具有约束力的第三方程序。

【评析】国际投资是很复杂的过程，在这一活动中难免发生事与愿违的事情。当争端发生后，通过何种方式解决至为重要。当前解决国际投资争端的方式主要包括磋商或谈判、调解、东道国当地救济、外国法院诉讼、外交保护以及国际仲裁等。其中磋商与调解的方法，被视为是争端双方友好解决争端的两种方式，有助于双方之间的合作关系继续维持与发展。当前越来越多的国家在双边投资协定中规定，当发生争端时，争端双方应首先寻求通过磋商或调解的方式解决争端，即将磋商与调解作为提起国际仲裁的前置条件，但一般仅采取鼓励的方式而不作强制性规定。对此，中美 BIT 范本中的规定也无根本差异，只是美国 BIT 范本强调通过第三方程序的解决不具有约束力。中方范本草案中，直接规定“调解”解决，但调解是否具有约束力则未予明确。从国际法上看，对于争端双方就解决争端订立的和解协议是否具有约束力，并未有一致的规定。例如《联合国贸易法委员会国际商事示范法》第 14 条规定：“当事人订立争端和解协议的，该和解协议具有约束力和可行性……”。而《解决国家与他国国民间投资争端公约》第 35 条则规定，解决投资争端国际中心的调解结果无约束力。因此，在协定中再次强调调解结果无约束力，有利于避免仲裁庭滥用自由裁量权而扩大解释 BIT 条款。

第 24 条提交仲裁

1. 如果争端一方当事人认为投资争端不能通过磋商与谈判的方式解决，则：

(a) 申请人可以根据本章规定，以自己的名义，将争端诉求提交仲裁，

(i) 主张被申请人已经违反

(A) 本协定第 3 条至第 10 条规定的义务，

(B) 投资授权；或

(C) 投资协议；以及

(ii) 申请人由于上诉违约行为而遭受损失或损害；并且

(b) 申请人可以依本章规定，代表其所有、直接或间接控制的具有被申请人方法人资格的企业，将争端提交仲裁，

(i) 主张被申请人已经违反

- (A) 本协议第 3 条至第 10 条规定的义务，
- (B) 投资授权；或
- (C) 投资协议；以及
- (ii) 主张该企业由于上诉违约行为而遭受损失或损害，

如果申请人可以依照本条款项下 (a) (i) (C) 或 (b) (i) (C) 提起违反投资协议的争端诉求, 该请求事项及所主张的损失须与根据相关投资协议而设立或取得的合格投资直接相关, 或与试图根据相关投资协议而设立或取得的合格投资直接相关。

2. 申请人依照本章规定将争端诉求提交仲裁应至少提前 90 日向被申请人送达其拟提交仲裁的书面通知 (意向通知)。该通知须明确:

(a) 申请人的姓名和地址, 如果代表企业提交争端诉求的, 则应包括企业的名称、地址和设立地;

(b) 对于每一请求, 应写明所主张的违反本协议、投资授权或投资协议的具体条款规定以及任何其他相关规定;

(c) 每一请求的法律和事实依据; 以及

(d) 寻求的救济和请求赔偿的大概数额。

3. 引起争端诉求的事实发生 6 个月后, 申请人可以提交本条第 1 款提及的仲裁诉求:

(a) 如果被申请人与非投资争端方均为《ICSID 公约》的缔约国, 依照《ICSID 公约》和《ICSID 仲裁程序规则》提交仲裁请求;

(b) 如果被申请人或非投资争端一方不是《ICSID 公约》的缔约国, 依照《ICSID 附加便利规则》提交仲裁请求;

(c) 根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定提出仲裁请求; 或

(d) 如果争端双方同意, 提交至任何其他仲裁机构或依照任何其他仲裁规则。

4. 当申请人的仲裁通知或仲裁申请符合下述规定时, 该请求应被视为依本章规定提交仲裁:

(a) 参照《ICSID 公约》第 36 (1) 条规定, ICSID 秘书长收到仲裁通知或仲裁申请;

(b) 参照《ICSID 附加便利规则》附表 C 第 2 条的规定, ICSID 秘书长收到仲裁通知或仲裁申请;

(c) 参照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第 3 条以及第 20 条的规定, 被申请人收到仲裁请求与索赔申请书;

(d) 依照本条第 3 (d) 项规定选择的任一仲裁机构或仲裁规则的规定, 被申请人收到

仲裁通知或仲裁请求。

申请人第一次所主张的请求在仲裁通知提交后,应被视为依照本章规定于通知收到之日依照可适用的仲裁规则提交了仲裁请求。

5.本条第3款规定的可适用的仲裁规则,以及依照本章规定于提交仲裁请求之日已生效的仲裁规则,具有规范仲裁的效力,除非本协议修订。

6.申请人应在仲裁通知中写明:

- (a) 申请人所指定的仲裁员姓名;或
- (b) 申请人书面同意由秘书长指定仲裁员。

【评析】国际投资仲裁素来是美国 BIT 范本中的重要内容,约占美国 BIT 范本的三分之一篇幅。这些规定是投资者在投资争端发生后与东道国进行仲裁的法律基础。投资者与东道国争端解决机制被形象地称为 BIT 的“牙齿”,即通过这一机制,外国投资者可以在其认为东道国违反 BIT 义务时将争端提交到国际仲裁机构解决,从而使 BIT 中的所有保护外国投资者利益方面的规定切实发挥作用。

近年来,ICSID 在解决投资争端中,存在裁决相互冲突、为扩大其自身权力扩大管辖权、裁决偏向投资者的经济利益而不顾东道国的社会利益等缺陷,从而备受批评,改革的呼声四起,已有一些国家宣布退出公约,例如多民族玻利维亚、厄瓜多尔等。鉴于目前 ICSID 已有 17 个依据《北美自由贸易协定》第 11 章有关投资的规定起诉美国的案例,美国国内的一些 BIT 批评者也呼吁修改 BIT 范本中投资者与东道国争端解决机制的规定。这些提议包括通过“国家—国家”模式解决投资争端、规定用尽当地救济原则、缩小投资定义等提议。这些建议均未被 2012 年美国 BIT 范本采纳。因此,中约占范本三分之一篇幅的投资者与东道国争端解决的国际投资仲裁程序规定基本没有重大变化。由上可知,本条中规定的可以提交国际投资仲裁的争端诉求的范围、提交仲裁须符合的程序要求等内容也是双边投资协定中的重要条款。

依照本条第一款的规定,可以提交国际投资仲裁的争端包括三类,即被申请人违反了 BIT 范本中第 3 至 10 条的义务、投资授权或投资协议。其中第 3 条至第 10 条规定的东道国义务包括国民待遇、最惠国待遇、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。除上述条款规定之外,投资者并不能因 BIT 中的规定引发争端而提交国际投资仲裁。这充分表明对于涉及国家利益重要事项,美国非常谨慎,坚持“留权”在手,而不提交国际仲裁庭解决。本款规定还强调“请求事项及所主张的损失须与根据相关投资协议而设立或取得的或试图设立或取得的合格投资直接相关”,即投

投资者要提起投资仲裁须初步证明其遭受的损失与东道国违反协定义义务具有直接相关性，但怎样的关系具有直接的因果联系协定中并未予以明确规定，有待仲裁庭逐案裁量。

第二款规定投资者提起国际投资仲裁需要提前 90 日向对方发出书面仲裁意向通知，这一规定主要考量是给被申请人一定的时间做好仲裁的准备，以免其相对于申请人在选择仲裁员与聘请律师等方面处于被动不利地位。本款规定还要求投资者在仲裁通知中明确载明其每一项仲裁请求的事实与法律依据，以免投资者滥用投资仲裁。

第三款规定提起投资仲裁的 6 个月的冷却期与可以选择的提交仲裁的模式。冷却期规定是指申请人只有当引起争端的事实发生后一段时间方可提交仲裁，这段时间（多数 BIT 都规定为 6 个月）被国际投资法学者称为“冷却期”。这一规定的主要目的是给当事双方机会通过磋商与谈判方式友好解决争端。

第四款规定如何认定仲裁提交时间问题。在 BIT 中一般规定投资者须在一定时间内将争端提交仲裁，否则丧失诉权，因此确定争端提交时间对于仲裁的进行至为关键。本条款还列举了依照不同模式提交仲裁，其提起仲裁的时间认定标准也各不相同。

第五款规定要求适用提起仲裁时生效的仲裁规则，从而排除了因仲裁规则修订而导致当事方因未在 BIT 中对适用仲裁规则的版本作出约定而引发争议。

第六款规定要求提起仲裁时即明确其指定的仲裁员或交由秘书长代为指定仲裁员，从而避免在仲裁员选择上拖延时间，影响争端的解决。

从中国已签订的中外 BIT 来看，中国对于可以提交仲裁的争端范围，因中外 BIT 缔结的时间不同而有所不同。中国在上世纪 80—90 年代签订的 BIT 中，我国签订的 BIT 多未接受 ICSID 的仲裁管辖权。中国加入《华盛顿公约》后，初期对 ICSID 的管辖权主要采取“逐案同意”的方式，但从 1998 年中国与巴巴多斯签订的 BIT 开始，中国开始在对外签订的 BIT 中全面接受 ICSID 管辖权，例如中国—德国 BIT 第 9 条第 1 款规定“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”，其宽泛的措辞规定使得可以提交仲裁的争端范围无限扩大。这虽然有利于对中国海外投资利益的保护，但是不利于东道国政府维护宏观经济调控的权力。中国 2010 年 BIT 范本草案，对这种全面接受 ICSID 管辖权的做法予以了重新的平衡，其中规定可以提交仲裁的争端包括东道国违反促进和保护投资、国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇、征收、损害与损失的赔偿、转移、代位与第十四条规定的其他义务，规定涉及国家主权的税收规定不适用投资者与东道国争端解决机制。

第 25 条各缔约方对仲裁的同意

1. 缔约各方同意按照本协定与本章的规定将争端诉求提交仲裁。

2.本条第一款规定的同意以及依照本章的规定把争端诉求提交仲裁，应符合以下要求：

(a)《ICSID 公约》第二章（中心管辖权）的规定以及《ICSID 附加便利规则》关于争端方书面同意的规定，以及

(b)《纽约公约》第 2 条关于“书面协议”的规定；以及

(c)《美洲国家国际商事仲裁公约》第 1 条关于“协议”的规定。

【评析】本条规定了各缔约方接受 ICSID 管辖权的方式。一般认为，接受 ICSID 管辖权的方式包括“逐案同意”、“有限同意”、“全面同意与重要例外结合”以及“全面同意”四种方式。美国 2012 年 BIT 范本的规定属于“全面同意与重要例外结合”的方式，即依照本条规定东道国在 BIT 中作出符合要求的“同意”后，外国投资者就可以直接根据第 24 条规定将可以提交国际仲裁的争端提交国际仲裁庭，而无需东道国专门逐案表示同意。我国著名国际投资法学者陈安认为，本条规定实际等于剥夺或阉割了东道国对每一案件的“逐案审批同意”权，而依照《ICSID 公约》第 25 条第 1 款的规定，只有当双方将同意争端提交 ICSID 管辖的意思表示以书面形式作出后，ICSID 仲裁庭才有权处断缔约国与另一缔约国国民之间因投资而产生的任何法律争端。

对于 ICSID 管辖权的同意方式，我国已缔结的中外 BIT 中的规定并不一致。我国在刚加入《ICSID 公约》后，签订的中外 BIT 中主要采取“逐案同意”为主的方式，但自 1998 年中国与巴巴多斯 BIT 后，转变为大部分采取“全面同意”方式以及少部分继续采取“逐案同意”或仅就征收补偿额争议接受 ICSID 管辖权的“有限同意”方式。中国 BIT 中的这一转变主要是配合 1998 年后中国实施的“走出去”战略，即加强对我国海外投资利益的保护。但是，“全面同意”方式蕴含着东道国被诉的潜在风险，目前国际仲裁实践中已有阿根廷的前车之鉴，因此还需予以提前防范。考虑到正在进行中的中美 BIT 谈判将在准入前国民待遇与负面清单方式基础上进行，且中国是一个处于经济转型过程中的发展中国家，中国宜在美国 BIT 范本已作出的不适用投资者与东道国争端解决机制的例外规定的基础上，进一步考虑增加准入前国民待遇、最惠国待遇与金融例外等条款中的内容不适用投资者与东道国争端解决机制，通过对这些易引发争端的条款的国际投资仲裁机制的保留，可以为政府根据经济发展情况而进行相关政策调整预留更多空间。

第 26 条缔约各方同意的条件和限制

1.如果申请人首次得知或应当得知违反本协定第 24 条第（1）项规定并且申请人（依照第 24 条（1）（a）项的规定提出请求）或企业（依照第 24 条（1）（b）项的规定提出请求）

已经遭受损失或损害之日起超过三年，申请人不能依本章规定将争端诉求提交仲裁。

2.不可以依照本章规定将争端诉求提交仲裁，除非：

(a) 申请人根据本协议规定的程序以书面方式同意仲裁；以及

(b) 仲裁通知书附有以下文书，

(i) 依照第 24 条第 (1) (a) 项的规定提交仲裁的，附有申请人书面弃权书；并且

(ii) 依照第 24 条第 (1) (b) 项的规定提交仲裁的，附有申请人及其企业的书面弃权书

放弃其有关涉嫌构成违反第 24 条所指任何措施依照任一缔约方国内法规定启动或继续在任何行政法庭或法院或其他争端解决程序的权利。

3.尽管有本条第 2 (b) 项规定，如果提起诉讼以保护申请人或者企业在仲裁审理期间的权利和利益为唯一目的，申请人(依照第 24 条第 (1) (a) 项的规定提交仲裁)以及申请人或企业(依照第 24 条第 (1) (b) 项的规定提交仲裁)可以启动或继续寻求不涉及支付赔偿金的临时禁令救济向被申请人方的司法性或行政性法庭起诉。

【评析】本条规定把争端诉求提交仲裁的“同意”的条件与限制。首先，在第一款规定“同意”将争端诉求提交仲裁需要满足 3 年的时间限制。从仲裁实践看，这一限制当属管辖权限制，其有助于投资争端及时处理与解决。对于东道国的持续性行为，一般认为三年期限应从该行为的最后发生之时起算而非最早发生之时。中国 2010 年 BIT 范本草案也规定了 3 年的时限规定。

中国 2010 年 BIT 范本草案对于提交仲裁的限制与本条规定的主要区别之处在于其规定缔约另一方可以要求投资者在提交国际仲裁之前，用尽缔约另一方法律和法规所规定的国内行政复议程序，即投资者将争端提交给 ICSID 前需要“用尽当地救济”。在 2012 年缔结的中国—加拿大 BIT 中第 21 条也规定“用尽当地救济”后方能提交国际仲裁庭。“用尽当地救济”规定有助于东道国在争端发生后，首先通过国内行政或司法补救办法解决争端，免于提交到国际仲裁庭浪费人力物力，并且其是东道国在争端发生后一定时期内优先实行本国管辖权的重要体现，中国在中美 BIT 谈判中应继续坚持这一原则立场。

第 27 条仲裁员的选择

1.除非争端双方另有约定，仲裁庭应由三名仲裁员组成，争端双方各自指定一名仲裁员，第三名仲裁员由争端双方协议任命，该仲裁员应为首席仲裁员。

2.秘书长依照本章规定负责指定仲裁员。

3.在符合第 20 条第（3）项规定的情况下，如果根据本章规定提交仲裁之日起 75 日未组成仲裁庭，秘书长应争端一方的请求应根据其自由裁量权指定仲裁员或指定尚未任命的仲裁员。

4.为了符合《ICSID 公约》第 39 条和《ICSID 附加便利规则》附表 3 第 7 条的规定，以及在不影响基于国籍外的原因拒绝仲裁员的情况下：

（a）被申请人同意依照《ICSID 公约》或《ICSID 附加便利规则》的规定组建的仲裁庭中每一位仲裁员的指定；

（b）第 24（1）（a）条所指的申请人，仅在其书面同意该仲裁庭中的每一位仲裁员的指定的情况下，才可以依照《ICSID 公约》或《ICSID 附加便利规则》的规定提交符合本章规定的仲裁，或继续仲裁；以及

（c）第 24（1）（b）条所指的申请人，仅在申请人及企业以书面方式同意该仲裁庭中的每一位仲裁员的指定的条件下，才可以依照本章规定提交仲裁，或依照《ICSID 公约》或《ICSID 附加便利规则》的规定继续仲裁。

【评析】本条是关于仲裁员选择的规定。仲裁员是国际投资争端仲裁程序运作的核心因素。本条规定强调并重申了在仲裁员选择方面应遵守的程序性规定，即应遵守《ICSID 公约》及《ICSID 附加便利规则》的规定。依照《ICSID 公约》第 13 条的规定，每一缔约国可以向仲裁员小组指派 4 名成员。当发生国际投资争端且投资者提起仲裁后，东道国与投资者可以从仲裁员小组中选择仲裁员。另据《ICSID 公约》第 14 条第 1 款规定，指派的仲裁员需具备品德高尚、在法律、商务、工业或金融方面有公认资格且具有独立性这三个基本条件。

近年来由于国际投资仲裁中裁决不一致等问题而引发的国际投资仲裁正当性危机中，仲裁员在仲裁中缺乏独立性问题也是引起诟病的原因之一。但由于国际投资仲裁脱胎于商事仲裁，仲裁员一般在投资仲裁中具有倾向于保护投资者的问题，而且由于其不是常设机构，仲裁员在仲裁中的独立性很难保证。此外，从 ICSID 仲裁实践来看，担任仲裁员的多为瑞士、英国、法国及美国公民，而 ICSID 仲裁被诉方多数是发展中国家，因此一些发展中国家及学者担心这些来自发达国家的仲裁员在仲裁中多倾向于强调为外国投资者权益提供高标准的保护，以致仲裁庭所做裁决缺乏独立性，这种担忧并非是多虑。

第 28 条仲裁的进行

1.争端双方可以根据第 24（3）条规定的适用的仲裁规则约定仲裁法定地点。如果争端双方未能达成一致意见，仲裁庭应根据适用的仲裁规则确定仲裁地点，但该仲裁地点应为《纽

约公约》缔约国一方的境内。

2.非争端方可以就有关本协定的解释向仲裁庭提交口头和书面意见。

3.仲裁庭有权接受并考虑来自非争端方国家的公民或机构的“法庭之友”陈述书。

4.在不影响仲裁庭处理作为先决问题的其他异议的权力的情况下，如果作为一个法律问题，依照第 34 条规定不可能作出有利于申请人的裁决，仲裁庭应就被申请人提出的作为先决问题的异议作出处理或裁决。

(a) 此种异议应尽可能在仲裁庭组成后就提交，在任何情况下不迟于仲裁庭确定的被申请人提交答辩状之日（或者，在仲裁通知修正的情况下，不迟于仲裁庭确定的被申请人提交对修正仲裁通知的答辩状之日）。

(b) 仲裁庭收到根据本款提出异议时，应当中止有关案情的任何法律程序，确立一个与已确立的考虑其他预审问题的日程相一致的考虑异议的日程，并签发附有理由说明的有关异议的决定或裁决。

(c) 根据本款对异议作出裁决时，仲裁庭应当假定申请人仲裁通知（或修正的仲裁通知）中支持任何请求的事实声明是真实的，并且如果是依照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》提交仲裁，《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》中所指的请求声明也是真实的。仲裁庭还可以考虑任何相关的无争议的事实。

(d) 不能仅仅因为被申请人提出或未提出本款规定的异议，或利用第 5 款规定的简易程序，认为被申请人放弃对管辖权或实体权利的任何争端提出异议的权利。

5.如果被申请人在仲裁庭组成后 45 日内提出请求，仲裁庭对于依照第 4 款规定提出的异议和任何关于仲裁庭对争端不具有管辖权的异议，应快速作出裁决。仲裁庭应中止有关实体权利的任何法律程序，并在不迟于请求提出的 150 日内签发附有理由说明的关于异议的决定或裁决。但是，如果争端一方要求举行听证会，仲裁庭可以延长 30 日签发决定或裁决。无论是否要求举行听证会，仲裁庭均可以基于特殊原因，短暂延长签发决定或裁决的期限，但该延长期限不得超过 30 日。

6.当仲裁庭根据第 4 款或第 5 款对于被申请人的异议作出裁定时，如有必要，可以裁决支持胜诉方因提出或反对异议发生的合理的费用和律师费。在确定上述裁决是否有必要时，仲裁庭应考虑申请人的诉求或是被申请人的异议是否是无意义的，并应给予争端双方评论的合理机会。

7.被申请人不得以申请人已收到或将收到根据保险或担保合同获得全部或部分所主张的损害的赔偿或其他补偿作为抗辩、反诉或抵销权的理由。

8.为保护争端一方的权利或确保仲裁庭的管辖权充分有效行使,仲裁庭可以发布采取临时保护措施的命令,包括争端一方拥有或控制的证据保全以及确保仲裁庭管辖权的命令。仲裁庭不可以作出扣押令或禁止适用涉嫌构成违反第 24 条所指的措施的命令。本款中,命令包括建议。

9. (a) 在依本章规定进行的任何仲裁中,应争端一方的请求,仲裁庭应在签发有关责任的决定或裁决前将拟议的决定或裁决转达给争端双方和非争端方。在仲裁庭转达其拟议的决定或裁决后 60 日内,争端双方可以就有关拟议的决定或裁决的任何方面向仲裁庭提交书面评论意见。仲裁庭应考虑任何此类意见并不迟于 60 日的评议期届满后的 45 日内作出决定或裁决。

(b) (a) 项不得适用于依据本章规定进行的已根据第 10 款规定提交诉讼的任何仲裁。

10.如果将来在其他制度安排下,审查投资者与东道国争端解决仲裁庭所作裁决的上诉机制得以建立,则缔约方应考虑根据第 34 条作出的裁决是否适用此上诉机制。缔约双方应尽力确保其考虑采用的任何此类上诉机制规定的程序透明度与第 29 条确立的仲裁程序透明度的规定类似。

【评析】本条规定主要是仲裁中的一些程序性规定。其中可圈可点的主要有两项制度:法庭之友与上诉机制。

首先,法庭之友制度。法庭之友制度系英美法系国家国内程序法中的一项重要制度。20 世纪 90 年代以来经济全球化的加速发展,越来越多的国际公民社会组织要求参与全球经济治理,表现在国际经济规则的程序法方面,为愈来愈多的非政府组织要求通过法庭之友制度参与 WTO 和国际投资争端解决机制。

按照布莱克法律词典释义,法庭之友系指因对诉讼标的具有强烈兴趣,通过主动向法庭申请或根据法庭要求在法院审理案件中向法庭提交陈述书的非争端当事人。从现有的国际投资仲裁实践看,NAFTA 和 ICSID 仲裁中均有接受法庭之友的陈述书的案例。前文已述国际投资仲裁庭一般由三名仲裁员组成,其中两名为争端当事方指定,这决定被指定仲裁员在仲裁中主要是从维护指定其的当事人角度考虑问题,而投资者与东道国仲裁案件中,多涉及公共利益问题,仲裁员的来源决定其在仲裁中往往会忽视“公共利益”。因此,引入法庭之友有助于仲裁庭在综合考虑不同争端当事方的观点、知识和见解的基础上作出正确的裁决,提高案件审理的透明度,增加仲裁庭的公信力。

长期以来,发展中国家与发达国家在法庭之友这一问题上并未形成一致看法。发展中国家多对法庭之友持反对态度,主要原因在于发展中国家认为法庭之友是一项英美法系国家

内法律制度，尚未上升成为一项国际法律制度。更为重要的原因则是其从东道国立场出发，认为作为法庭之友的国际公民社会组织多与来自发达国家的投资者存在千丝万缕的利害关系，法庭之友在国际投资仲裁中极有可能作为投资者的朋友对抗东道国。但目前一些学者研究显示，从已有的接受法庭之友陈述书的国际投资仲裁案例来看，在这些案件中法庭之友更多是关注公共利益而站在东道国一边。其实无论怎样对于法庭之友资源不发达以及不具有对抗式诉讼程序传统的发展中国家而言，接受法庭之友制度尚待观念的转变；而从改革完善国际投资仲裁体制的角度而言，通过对法庭之友制度规定予以进一步完善，如在确保其自身独立性方面予以进一步规范。总体而言，采用这一制度利大于弊。

其次，上诉机制。美国 2012 年 BIT 范本修订中，虽然国内的一些 BIT 批评者呼吁修改 BIT 范本中投资者与东道国争端解决机制的规定。但范本仅对仲裁裁决的上诉机制问题进行了修改，删除了 2004 年范本附件 D 关于缔约双方在协定生效后三年内应展开关于是否建立一个双边上诉机构或类似机制的谈判的规定，并把原第 28 条第十款的规定“如果建立了其他仲裁裁决的上诉机构，缔约方应努力达成协议同意由上诉机构审查依协定作出的仲裁裁决”修改为现在的规定。新规定取消了三年的期限。这说明依照 BIT 规定在两国间展开上诉机制的谈判并不具吸引力，现已提上议程的投资者与东道国争端解决机制的改革还有赖于多边政策对话。从 ICSID 以往提出设立上诉机制的设想抛出后，广泛征求意见后又被搁置的情况看，当前建立这一制度的时机仍未成熟。

第 29 条仲裁程序的透明度

1. 在符合本条第 2 款和第 4 款规定的情况下，被申请人在收到下列文件后，应及时转交给非争端方并使公众可获得这些文件：

- (a) 意向通知；
- (b) 仲裁通知；
- (c) 争端一方提交给仲裁庭的诉状、摘要和辩论意见书以及按照第 28 条第 2 款（非争端方陈述）、第 3 款（法庭之友陈述书）和第 33 条（合并仲裁）提交的任何书面陈述；
- (d) 如有，仲裁庭听证会的纪要或者记录；以及
- (e) 仲裁庭的命令、裁决和决定。

2. 仲裁庭举行的听证会应向公众开放，并在与争端各方协商后，作出合适的后勤安排。但是，任何争端一方在听证会中拟使用被确定为受保护的信息，应通知仲裁庭。仲裁庭应作出适当安排以保护这些信息不被泄漏。

3.本章规定不要求被申请人披露受保护的信息，或提供或允许获取根据第 18 条“安全例外条款”或第 19 条“信息披露条款”的保密信息。

4.向仲裁庭提交的任何受保护的信息应依照下列程序保护其不被泄漏：

(a) 根据 (d) 项规定的限制，争端双方和仲裁庭均不得向非争端方或公众披露争端一方按照 (b) 项规定提交的明确指定为受保护的信息；

(b)任一争端方声称某一信息为受保护的信息，应在向仲裁庭提交该信息时明确指明；

(c) 争端一方应在其提交声称包含受保护的信息的文件时，同时提交不包含受保护信息的节录版本。只有节录版本应根据第 1 款规定提供给非争端方并向公众公开；并且

(d) 仲裁庭应对于有关受保护的信息的指定提出的任何异议作出决定。如果仲裁庭认为该信息未被正确指定，提交信息的争端一方可以：(i)撤回全部或部分包含此信息的陈述；或(ii)同意重新提交根据法庭的决定和(c)项规定纠正指定信息的完整版和节录版本文件。在任何一种情况下，争端另一方都应在必要时重新提交完整版和节录版本文件，要么删除第一次提交信息的争端一方根据(i)撤回的信息；要么重新指定受保护的信息与第一次提交信息的争端一方根据(ii)指定一致的信息。

5.本章的规定不要求被申请人不向公众公开根据其法律规定应披露的信息。

【评析】国际投资仲裁是在传统的国际商事仲裁规则基础上发展起来，其以国际商事仲裁固有的秘密性为基本特征，即仲裁庭审的不公开性与仲裁相关文件与裁决的保密性。但由于国际投资仲裁中经常会涉及东道国的公共利益问题，近年来国际投资仲裁机构在仲裁实践中又存在裁决相互冲突、裁决偏向投资者的经济利益而不顾东道国的社会利益等缺陷，国际投资仲裁的秘密性标签受到了广泛的质疑，改革的呼声四起。各方开始努力增强国际投资仲裁的透明度，特别是在仲裁程序以及包括仲裁裁决在内的相关文件的合理公开方面展开了广泛讨论。

2006 年新修订生效的《ICSID 仲裁程序规定》和《ICSID 附设仲裁程序规则》中将“可以”公布裁决书中涉及法律推理的摘要修改为“应该且立即”公布裁决书中法律推理部分的摘要。还在第三方参与仲裁程序方面作了修改，把允许第三方参与须“经过双方当事人同意”修改为“除非一方当事人反对，否则，经过与 ICSID 秘书长协商”，仲裁庭就可以允许第三人参与庭审。

对于国际投资仲裁增强透明度的改革，美国一直在全力推动并通过其缔结的 BIT 与 FTA 向其他国家推广。与《ICSID 仲裁程序规定》与《ICSID 附设仲裁程序规则》的修改相较，美国 BIT 范本在增强仲裁透明度方面的规定无疑步子迈得更大。例如，本条第 1 款规定被

申请人在收到仲裁通知、争端一方提交给仲裁庭的诉状等仲裁相关文件后就应及时转交给非争端方并向公众公开。第二款则规定在与争端各方协商并作出合适的后勤安排以及对受保护信息作出适当安排保护其不被泄漏的情况下，要求仲裁庭举行的听证会应向公众开放。虽然美国 BIT 范本中的上述规定对于提升国际投资仲裁透明度是非常强有力且具有操作性的措施，但是其高标准严要求的透明度规定，对“仲裁”这一解决投资争端方式所具有的“秘密性”基本特征无疑构成了挑战。特别是，仲裁程序文件的公开势必会给正在进行中的仲裁当事各方造成外部压力，甚至激化矛盾，造成国际投资争端解决的“政治化”。更为重要的是，从美国 BIT 范本中规定来看，被申请人也即投资东道国负有公开相关仲裁文件的义务。本条规定其实默认投资东道国对外国投资者采取的监管措施一旦为投资者提交仲裁，即不论是否涉及公共利益均会受到国际社会方方面面的审视。

中国 2010 年 BIT 范本草案中未对透明度问题作出规定。在这方面，联合国国际贸易法委员会新出台的《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》（《透明度规则》）中的一些规定或可为中国借鉴。这一于 2014 年 4 月 1 日生效的新规则中规定了投资者与国家间基于条约仲裁的透明度和向公众开放的可能性，同时该规则在第 7 条作出了透明度例外适用情形的规定，如规定向公众提供的信息，如果会对仲裁过程完整性造成本规则所确定的损害，不得提供此种信息等。该规则还解决了由谁负责公布信息这一问题，规定由“信息存储处”根据《透明度规则》将向公众提供信息，而“信息存储处”这一职能由联合国秘书长通过联合国国际贸易法委员会秘书处承担。信息通过贸易法委员会的网站公布。增强国际投资仲裁透明度的重要性不言而喻，但宜在仲裁的秘密性与仲裁透明度之间取得平衡以寻求投资者利益保护与东道国利益保护之间的平衡。

第 30 条 准据法

1. 在符合本条第 3 款规定的情况下，根据第 24 条第 (1) (a) (i) (A) 项或第 24 条第 (1) (b) (i) (A) 项提交的争端诉求，仲裁庭应当根据本协定以及可适用的国际法裁决争端问题。

2. 在符合本条第 3 款以及本章其他条款的情况下，根据第 24 条第 (1) (a) (i) (B) 或 (C) 项，或第 24 条第 (1) (b) (i) (B) 或 (C) 项提交的争端诉求，仲裁庭应当适用：

- (a) 相关投资授权或投资协议中明确规定的法律，或争端双方另行约定的法律；
- (b) 如果没有明确规定的法律或其他约定的法律；
- (i) 被申请人方国内的法律，包括其法律冲突规则；【注 22】以及

(ii) 适用的国际法规则。

3.本条中，缔约各方指定各自的代表作出并且宣布对本协定规定作出解释的共同决定对仲裁庭有约束力，仲裁庭的任何决定或裁决均须符合上述共同决定。

【注 22】被诉方的法律系指具有适当管辖权的国内法院或仲裁庭拟在同一案件中适用的法律。

【评析】准据法条款解决的是国际投资争端仲裁中依据什么准则处断争端的问题。准据法适用的正确与否直接攸关最终仲裁裁决的效力与仲裁当事人的权利与义务。如果仲裁庭未适当适用准据法会被认为滥用权力，从而依照《解决国家与他国国民之间投资争端公约》第 52 条第 1 款第 2 项的规定而确认仲裁判决无效。

在国际投资仲裁实践中，目前愈来愈多的仲裁庭对提交的仲裁，倾向于选择适用国际法而拒绝适用东道国法律。例如被认为是中国 ICSID 受理的中国第一案“谢业深诉秘鲁政府案”中，即体现了仲裁庭选择优先适用国际法而拒绝适用国内法的问题。

美国 2012 年 BIT 范本对于准据法的规定沿袭了 2004 年 BIT 范本的规定，而美国 2004 年 BIT 范本是在总结吸收仲裁实践的经验基础上所作修订。美国 2012 年 BIT 范本对于争端诉求依照提起的依据不同进行了分类，并据此确定适用不同的准据法。本条规定因东道国违反本协定中第 3 条至第 10 条的行为，即涉及违反国民待遇、最惠国待遇、转移、征收条款等提起的仲裁，应适用本协定以及适用的国际法裁决争端问题。对于因东道国违反投资协议或投资授权提起的仲裁，则依争端双方约定适用的法律，如果没有明确规定时则适用东道国国内的法律以及适用的国际法规则。此外，本条第三款规定还赋予了缔约国对本条规定的解释权，从而保证缔约国能够对于仲裁庭适用准据法的自由裁量权予以有效限制。

从中国 2010 年 BIT 范本草案第 13 条的规定来看，未规定依据对争端诉求的分类而确定适用不同的准据法，仅强调“应依据争端双方协议的法律规范处断争端”，当没有协议时，则应适用争端缔约方的法律（包括冲突规范），以及可适用的国际法规范，尤其是本协定。从这一规定来看，中国 BIT 范本中并未特别强调适用东道国的法律，这与中国 20 世纪 80 年代缔结的 BIT 中强调在合格投资、资金转移等问题上适用东道国法律有所变化，反映了中国的缔约实践已据国际投资仲裁实践的实际情况而作出调整。但考虑到中美 BIT 将在准入前国民待遇与负面清单基础上进行谈判，为避免将来引发针对中国政府的诉讼，中国在 BIT 谈判中应主张对于资金转移、国民待遇、负面清单中具体条款的解释应以东道国法律为据。

第 31 条附件的解释

1.如果被申请人辩称声称的违反措施属于载明在附件 1、2 或 3 的条目中的范围，应被申请人的请求，仲裁庭应要求缔约双方对此问题作出解释。缔约双方应在该要求提出后 90 日内向仲裁庭提交其有关解释的书面共同决定。

2.本条中，缔约各方指定各自的代表按照第一款规定作出并且宣布的共同决定对仲裁庭有约束力，仲裁庭的任何决定或裁决均须符合此共同决定。如果缔约方未在 90 日内作出共同决定，仲裁庭应对该问题作出裁决。

【评析】本条规定赋予缔约方享有附件的解释权。中国 2010 年 BIT 范本草案中未对此作出规定。在 BIT 中增加这一规定有助于限制晚近以来国际投资仲裁庭通过扩大解释 BIT 内容而扩大管辖权与滥用自由裁量权的弊端，因此，中美双方在此问题上应无实质分歧。

第 32 条专家报告

在不影响根据适用的仲裁规则授权的对其他专家的任命的情况下，仲裁庭可以应缔约一方的请求，或者除非争端双方不赞成，主动任命一位或多位专家，根据争端双方同意的条款与条件，就争端一方在仲裁中提出的任何关于环境、健康、安全或其他科学问题的事实情况向仲裁庭提交书面报告。

【评析】本条是关于仲裁庭接受专家报告的规定。与第 28 条的规定中提及的法庭之友陈述书寻求的是同样的目标，即帮助仲裁庭作出公正的裁决。与法庭之友规定区别之处在于，专家报告是仲裁庭在争端当事方的请求与同意的情况下，由其主动任命专家要求其提交涉及科学问题的专业报告。奉行简式 BIT 的中国 BIT 范本草案中，未对此作出规定。

第 33 条合并审理

1.当两个或两个以上争端诉求根据第 24（1）条规定单独提交仲裁，而争端诉求具有共同的法律或事实问题，并产生于相同的事件或情形，根据拟被命令涉及的所有争端方达成的一致意见或者第 2 款至第 10 款的规定，任何争端方均可申请合并审理的命令。

2.争端一方依据本条规定寻求合并审理的命令应将书面请求送交秘书长和该命令拟涉及的所有争端方，并且在申请中载明：

- (a) 仲裁庭命令中涉及的所有争端方的名称与地址；
- (b) 请求仲裁庭命令的性质；以及
- (c) 请求仲裁庭命令的依据。

3.除非秘书长在收到依照第 2 款规定的送交的请求后 30 日内发现该请求明显没有事实根据，仲裁庭应依照本条设立。

4.除非仲裁庭命令涉及的所有争端方不同意，依照本条设立的仲裁庭应由三名仲裁员组成：

- (a) 一名仲裁员由申请人指定；
- (b) 一名仲裁员由被申请人指定；
- (c) 秘书长任命首席仲裁员，但是首席仲裁员不应为任一争端方国民。

5.秘书长在收到依照第 2 款规定送交的请求后 60 日后，如果被申请人或申请人未依照第 4 款规定指定仲裁员，应命令所涉任一争端方的请求，秘书长应指定尚未任命的一名或多名仲裁员。如果被申请人未指定一名仲裁员，秘书长应指定一名争端方的国民，而如果申请人未指定一名仲裁员，秘书长应任命一名非争端方的国民。

6.当依照本条设立的仲裁庭符合依照第 24 (1) 规定提交的两项或多项仲裁诉求具有共同的法律或事实问题，并产生于相同的事件或情形，为了公正有效的裁决争端诉求，并经对争端双方的审理后，仲裁庭可以作出下列命令：

- (a) 对所有或部分诉求一起行使管辖权、审理和裁决；
- (b) 如果仲裁庭的决定被认为有助于解决其他诉求，对一项或多项诉求行使管辖权、审理和裁决；
- (c) 指令此前依照第 27 条（仲裁员的选择）设立的仲裁庭对所有或部分诉求一起行使管辖权、审理和裁决，如果：

应任何先前不是争端一方的申请人的请求，该仲裁庭，应重新由其原先的成员组成，除了申请人应依照第 4 (a) 和第 5 款任命的仲裁员。

该仲裁庭应决定任何先前的听证会是否应重新进行。

寻求合并按照所有争端各方的协议寻求将覆盖到 10 的顺序或第 2 款的规定。

7.当仲裁庭依照本条规定设立后，依照第 24 (1) 规定提交仲裁的申请人若未在依据第 2 款规定提交的申请中，该申请人可以向仲裁庭提交一份将其包括在依照第 6 款作出的任何命令中的书面请求，并应在请求中载明：

- (a) 申请人的姓名与地址；
- (b) 申请命令的性质；以及
- (c) 申请命令的依据。

申请人应将请求的副本送交秘书长。

8.依照本条规定设立的仲裁庭应依照《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行仲裁程序，本章作出修改的规定除外。

9.如果依照本条设立或被指令的仲裁庭已对一项诉求或一项诉求的一部分行使管辖权，依照第 27 条设立的仲裁庭则不再对其具有管辖权。

10.依照本条规定设立的仲裁庭，应争端一方的申请，依照第 6 款作出裁决之前，可以命令依照第 27 条设立的仲裁庭暂停审理，除非后一仲裁庭已延期审理。

【评析】本条规定的是国际投资仲裁案件的合并审理制度。这一制度最早规定于《北美自由贸易协定》中，但是这一制度在设立后的很长时间里一直处于静止状态。直至近来由于国际投资仲裁裁决结果不一致的情况日益频现，其作为克服国际投资仲裁信任危机的改革尝试，始受重视。

合并审理是指当不同的仲裁请求涉及共同的事实问题或法律问题，应仲裁当事人的请求与同意，仲裁庭可以合并审理这些仲裁请求。仲裁请求涉及共同的事实问题或法律问题的情况，在投资者与东道国争端解决机制中，较为常见。这主要是由于东道国出台的一项监管措施，往往会影响到众多外国投资者利益，或者尽管东道国的措施仅针对其境内某一外资企业，但由于根据双边投资协定中“投资者”的规定，不仅该企业可以以自己名义提交仲裁，该企业的股东甚至股东的控股股东也有权就东道国的措施提交国际仲裁。2001 年阿根廷经济危机发生后，众多外国投资者针对阿根廷为应对危机依据《公共紧急状态法》所采取的措施向 ICSID 提交仲裁。ICSID 在裁决这些案件时，就努力建议所涉事实相同的仲裁请求合并审理。

合并审理有助于避免相同或类似案情的国际投资仲裁案件由于不同仲裁庭的审理出现裁决不一致的情况，有利于节省仲裁当事方的费用。当前合并审理的主要问题在于，目前《华盛顿公约》、《ICSID 仲裁程序规则》、《ICSID 附设仲裁程序规则》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》以及多数双边投资协定中均未明确规定合并审理问题，因此，在一些国际投资仲裁中适用合并审理制度存在缺乏明确的法律依据问题。此外，素来重视“正当程序”的英美法系国家也对合并仲裁可能对仲裁的合意性与私密性的负面影响有所顾忌。美国在 2012 年 BIT 范本中对合并审理的程序予以了明确规定，但其规定强调合并申请需由争端方提出请求。中国 2010 年 BIT 范本则未对此作出规定。

第 34 条裁决

1.仲裁庭对被申请人作出最终裁决时，仲裁庭仅可以就以下事项作出单独或合并裁决：

- (a) 金钱赔偿和任何适当的利息；和
- (b) 返还财产，在此情况下裁决应规定被申请人可以支付赔偿金和相应利息以代替财产返还。

仲裁庭还可以依照本协定和适用的仲裁规则裁决仲裁费用和律师费。

2.在符合第 1 款规定的情况下，当依照 24（1）（b）规定提交仲裁诉求时：

- (a) 返还财产裁决应规定返还给企业；
- (b) 金钱赔偿和相应利息的裁决应规定支付给企业；以及
- (c) 裁决应说明其不影响任何人依照可适用的国内法享有的任何救济的权利。

3.仲裁庭不可以判处罚金。

4.仲裁庭所作裁决在争端双方之间的特定案件之外不具有约束力。

5.在符合第 6 款规定和适用于临时裁决的审查程序的情况下，争端一方应遵守并不延迟地履行裁决。

6.争端一方不能寻求强制执行终局裁决直至：

- (a) 当终局裁决是依《华盛顿公约》作出时，
自裁决作出之日起已超过 120 日且争端方未请求修改或撤销该裁决；或
修改或撤销该裁决的程序已完成；以及

(b) 当终局裁决是依《解决投资争端国际中心附加便利规则》、《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》或依照第 24（3）（d）规定争端双方选择的任何其他仲裁规则作出时，

(i) 自裁决作出之日起已超过 90 日且裁决作出已满 90 日且争端方未启动修改、取消或撤销该裁决的程序；或

法院已驳回或批准修改、搁置或撤销裁决的申请且争端方未有进一步的诉请；

7.每一缔约方应对裁决在其境内的执行作出规定。

8.如果被申请人未遵守或履行最终裁决，应非争端方提交的请求，应根据第 37 条（国家间争端解决）设立仲裁庭。在不影响依照适用的国际法规则提供的其他可能的救济的情况下，提出申请的缔约方可寻求下列程序：

- (a) 裁决未遵守最终裁决与本协定中的义务不相符；和
- (b) 建议被申请人遵守最终裁决。

9.无论第 8 款规定的程序是否启动，争端一方均可以依照《ICSID 公约》或《纽约公约》（或者《美洲国家国际商事仲裁公约》）要求执行仲裁裁决。

10.为了《纽约公约》第 1 条（或者《美洲国家国际商事仲裁公约》第 1 条）之目的，

依照本章提交仲裁的诉求应被视为产生于商业关系或交易。

【评析】本条规定仲裁庭可以作出的裁决以及裁决的履行问题。将本条规定与 2010 年中国 BIT 范本草案的规定相比较，可以发现两个范本关于仲裁庭可以作出的裁决以及争端方可以提出强制执行裁决的条件规定等内容基本一致。关于本条规定，中美 BIT 范本的主要区别在于本条第 9、10 款的规定。依照这两款的规定，争端一方可以依照《纽约公约》要求执行仲裁裁决，而且依照本章规定提交仲裁的诉求应被视为产生于商业关系或交易关系。但是，中国在加入《纽约公约》时作出了“商事保留声明”，依照 1987 年 4 月 10 日《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》，“我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争端适用该公约。……但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”因此，如果外国投资者依据《ICSID 公约》之外的仲裁规则对中国政府提起仲裁，而中国政府拒不履行对其不利的裁决，外国投资者既不能依据《ICSID 公约》的裁决承认与执行，也不能依据《纽约公约》在其他缔约国请求强制执行裁决。但这种情况只会在缔约各方不执行裁决的情况下才会出现。此外，中国与美国均是《ICSID 公约》的缔约方，投资者如果在发生争端后直接选择 ICSID 解决争端，而不选择其他仲裁规则，则可以依照《ICSID 公约》规定确保仲裁裁决的承认与执行。因此，中美 BIT 中可以对《纽约公约》及其商事保留作出规定。

第 35 条

附件与注释应是本协定的组成部分。

【评析】本条对协定的附件与注释的效力作出规定，明确表明附件与注释与协定正文文本具有同等效力。在协定谈判中，协定的注释的内涵对于条文的解释与定义不容忽视。例如 2012 年 BIT 范本中关于“国有企业”新增注释，对于何谓“被授予政府职权”给予限定，虽仅增加了一个注释，但足以扩大对国有企业的认定范围，从而扩大条约对国有企业的适用范围。中国应考虑通过国内立法对于国有企业予以恰当定义，并通过在负面清单中作出依照国内法定义的“国有企业”这一保留，弱化双边投资协定对国有企业的冲击，特别是避免完全属于国内法范畴的争端被提交至国际投资仲裁庭解决，从而维护中国的司法主权。

第 36 条

向缔约一方递交通知以及其他文件应送达到附件三中该缔约方指定地点。

【评析】本条为仲裁的程序性规定，对于递交仲裁通知与其他文件的地点作出约定。

第三章

第 37 条缔约国间争端解决

1.在符合第五款规定的情况下，缔约双方之间关于本协定解释与适用的任何争端，若未能通过磋商或其他外交途径解决的，须应任一缔约方的请求提交仲裁，由仲裁庭依照适用的国际法规则作出有约束力的决定或裁决。除非缔约双方之间另有不同的协议，应适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，缔约双方或本协定所作修改之处除外。

2.除非缔约双方另有约定，仲裁庭应由三名仲裁员组成，每一缔约方指定一名仲裁员，第三名也即首席仲裁员，由双方共同指定。如果仲裁庭未能在依照本章规定提交仲裁之日起 75 日内组成，应任一缔约方请求，秘书长应行使裁量权指定一名或多名尚未任命的仲裁员。

三、仲裁员的费用以及仲裁程序中的其他费用应由缔约双方平均承担。但是，仲裁庭可以行使裁量权指示缔约一方承担更高比例的费用。

四、第 28 条第 3 款“法庭之友意见”，第 29 条“投资者—国家仲裁程序的透明度”，第 30 条第 1 款和第 3 款“准据法”以及第 31 条“附件的解释”，应比照（*mutatis mutandis*）适用于根据本条提起的仲裁。

五、第 1 至第 4 款规定不适用于根据第 12 条或第 13 条提起的争端事项。

【评析】本条规定的是国家间争端解决机制。为了以“非政治化”的方式解决海外私人投资争端，各国选择通过 BIT 模式保护其私人海外投资，即各国政府希望建立不需要任何的政府干预而可以为投资者提供有效救济的机制。以美国为例，20 世纪 60 年代早期至 70 年代中期，美国的海外投资在东道国遭遇征收或国有化时，投资者一般希望政府出面通过外交途径或国际仲裁获得补救或者至少对违法者实施经济制裁。而这一时期美国出台的一系列法案，如 1961 年《希肯路伯修正案》（The Hickenlooper Amendment）、1972 年《冈萨雷斯修正案》（The Gonzalez Amendment）、《1974 年贸易法案》（the Trade Act of 1974）等，也都规定对征收美国海外资产而未支付全额赔偿的国家实施制裁。但美国政府认为不时出现的这些私人海外投资争端会破坏其他一些更为重要的外交政策问题的谈判。因此，其希望在不削弱对投资者的有效救济的情况下从对私人海外投资纠纷的参与中解脱出来，而 BIT 中的投资者—国家争端解决机制恰恰能够满足这一现实需要。由此可知，BIT 中虽然规定“国家间投资争端解决”内容，各国也具有对其海外投资的国民与投资利益提供外交保护的权力，但其并非是能够使 BIT 发挥投资保护作用的关键内容。从国际投资实践来看，缔约国之间的投资争端也比较鲜见。在美国 BIT 范本中关于“国家间投资争端解决”问题仅有一个条文，与“投资者—东道国争端解决机制”十四个条文相较而言，内容简约明晰。

与美国 BIT 范本内容相较，中国 2010 年 BIT 范本草案中对于“国家间投资争端解决”规定了 6 个月的“友好解决”期限，即在缔约国间就所签投资协定的解释与适用发生争议后，6 个月内如果未能通过外交途径解决后，才可以提交专设仲裁庭解决，美国 BIT 范本则无此限制。在仲裁适用规则方面，美国 BIT 范本规定适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》，但双方另有约定或修改之处除外。中国范本草案则未对仲裁适用规则予以明确规定，仅规定仲裁庭应自行决定其程序按照本协定以及缔约双方都承认的国际法原则作出裁决。从 BIT 的整体功能与核心条款的角度看，两国间范本关于本条款的差异不会对谈判的推进构成实质性障碍。

各方全权代表签署此条约，以昭信守。

本协定于 X 年 X 月 X 日在 X 签订，用英文和 X 语写成，每种文本同等作准。

附件 1

习惯国际法

缔约双方确认其对习惯国际法的共识，即一般意义上的习惯国际法和第 5 条“最低待遇标准”和附件 2 征收中的习惯国际法源于各国遵循法律义务的普遍和一致的实践。关于第 5 条“最低待遇标准”，习惯国际法对外国人的最低待遇标准系指所有保护外国人的经济权利和利益的习惯国际法原则。

附件 2

征收

缔约双方确认以下共识：

1. 第 6 条“征收与补偿”第（1）款旨在反映在征收方面有关国家义务的习惯国际法。

2. 除非缔约一方的一项行为或一系列行为侵犯了投资的有形或无形财产权或财产利益，否则不构成征收。

3. 第 6 条“征收与补偿”第（1）款规定了两种情形，第一种是直接征收，即一项投资被国有化或通过正式转移所有权或全部没收的其他方式直接征收。

4. 第 6 条“征收与补偿”第（1）款规定的第二种情形是间接征收，即缔约一方的一项行为或一系列行为未正式转移所有权或全部没收，但具有等同于直接征收的效果。

（a）决定缔约一方的一项行为或一系列行为是否为构成间接征收，除其他因素外，需要在具体事实情况下逐案、以事实为基础进行调查考虑：

（i）政府行为对经济的影响，尽管缔约一方的行为或一系列行为的事实对投资的经济价值产生不利影响，但仅此并不构成间接征收；

（ii）政府行为对明确的、合理的投资期待的妨碍程度；

（iii）政府行为的性质。

（b）除极少数情况外，缔约一方为保护合法的公共福利之目标而制定并适用的非歧视性监管行为，如公共健康，安全和环境，不构成间接征收。

附件 3

美利坚合众国

送达美国的通知与其他文件须送至下列地址：

执行主任

法律顾问办公室

国务院

华盛顿特区，20520

美利坚合众国

(XX 国家)

送达 (XX 国家) 的通知和其他文件须送至下列地址：

(填写送达通知和其他文件的地址)

(完)

(注：本文所引 2010 年 BIT 范本草案内容，皆引自商务部温先涛先生分别发表于《国际经济法学刊》第 18 卷第 4 期，第 19 卷第 1、2 期的《〈中国投资保护协定范本〉(草案) 论稿(一)》、《〈中国投资保护协定范本〉(草案) 论稿(二)》与《〈中国投资保护协定范本〉(草案) 论稿(三)》三篇文章。本文所译 2012 年美国 BIT 范本，英文原文可见美国国务院网站 <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>)

IIS 简介：国际投资研究系列 (International Investment Studies) 是中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室的研究成果。该室的主要研究领域包括跨境直接投资、跨境间接投资、外汇储备投资、国家风险、国际收支平衡表与国际投资头寸表等。国际投资室的成员为张明、王永中、张金杰、李国学、潘圆圆、韩冰与王碧珺，定期参加国际投资室学术讨论和报告写作的成员还包括姚枝仲、高蓓、陈博与刘洁。我们的主要产品包括：中国跨境资本流动季度报告、中国对外投资季度报告、国家风险报告、工作论文与财经评论等。

责任条款：本报告非成熟稿件，仅供内部讨论。报告版权为中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室所有。未经许可，不得以任何形式翻版、复制、上网和刊登。本报告仅代表研究人员的个人看法，并不代表作者所在单位的观点。