

中国国际投资仲裁年度观察（2020）

池漫郊* 任清**

一、概述

国际投资仲裁（投资仲裁）是指外国投资者与东道国政府之间因为与投资有关的争议而进行的仲裁。随着“走出去”战略和“一带一路”倡议的深入实施，以及中国企业对其他国家提起投资仲裁及中国政府被外国投资者提起投资仲裁案件日益增多，社会各界越来越关注投资仲裁。本文旨在回顾和梳理 2019 年度中国与投资仲裁的方方面面，对各界提供参考。

投资条约是提起投资仲裁的主要依据。本文第二部分回顾了 2019 年中国缔结投资条约的实践，包括双边投资协定和自由贸易协定投资章节或投资议题的谈判实践，重点介绍了中欧双边投资协定谈判、中国与新加坡等国升级或新签自由贸易协定的投资章节及参与《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）谈判等自由贸易协定谈判的投资议题的情况。

第三部分梳理了截至 2019 年底中国政府被诉的 3 起案件和中国投资者起诉的 10 起案件的简要情况，重点评述了在 2019 年取得进展的德国海乐诉中国案的程序性决定以及 2019 年结案的 Sanum 诉老挝（一）案的裁决，并总结

* 池漫郊，对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师。

** 任清，环球律师事务所合伙人。

环球律师事务所的徐征律师、霍凝馨律师助理以及对外经济贸易大学法学院的硕士研究生朱佳倩、胡佳卉、赖婧宜为本文写作提供了帮助，作者在此表示感谢。

了现有案例对中国政府和投资者未来参与国际投资仲裁在实体和程序上的参考意义。

第四部分对于 2019 年中国在外商投资领域的重要立法和政策进行了梳理，介绍了《外商投资法》及相关配套法规及政策的主要内容，重点评述了其中关于外资保护及争端解决的相关规定。

第五部分力图梳理中国国内与投资争端有关的争议解决情况，包括外商投资企业或其投资者提起行政诉讼和申请行政复议的案件情况，以及外商投诉协调机制的运行情况等。我们认为，如果行政诉讼、行政复议、投诉协调等国内争议解决机制运行良好，将有利于避免投资争议升级为国际投资仲裁案件。

第六部分首先介绍了目前如火如荼的投资者—东道国争端解决机制改革的进展情况，尤其是世界银行国际投资争端中心（ICSID）相关规则修订以及联合国贸法会（UNCITRAL）主持的改革进程，重点评述了我国向 UNCITRAL 提交的立场报告，并对中国如何参与及应对投资者—东道国争端解决机制改革作出探讨。

第七部分梳理了 2019 年度中国仲裁机构、仲裁员和律师参与投资仲裁的情况。北京仲裁委员会发布了国际投资仲裁规则，其多方面的创新受到国内外好评；贸仲牵头成立了中国国际投资仲裁常设论坛。张月姣女士等中国籍人士参与审理了若干 ICSID 仲裁案件。中国律师开始代理部分投资仲裁案件。

中国目前参与投资仲裁的能力与欧美国家相比还有差距。需要更多的机构和个人投身这一领域，为维护中国国家利益和中国投资者的正当权益，也为国际投资的法治化贡献力量。

二、中国缔结投资条约的最新实践

提起国际投资仲裁的主要依据是投资条约，^①包括双边投资协定、自由贸易协定（自贸协定）等。截至目前，我国共与 134 个国家和地区签署了双边

^① 据 ICSID 对其受理案件的统计，76% 的案件系依据投资条约（包括双边投资协定、北美自由贸易协定、能源宪章条约等）提起仲裁，16% 系依据外国投资者与东道国签订的投资合同，8% 系依据东道国的法律。

投资协定(共134个)。其中,与16个国家的协定已签署但未生效,与5个国家的协定已终止(玻利维亚、厄瓜多尔、印度尼西亚、印度、新加坡),与113个国家和地区的协定现行有效。^①2019年,中国与欧盟的双边投资协定谈判稳步推进,双方力争在2020年达成双边投资协定。就自贸协定而言,我国在2019年取得了一系列积极进展,《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)文本结束谈判,标志着世界上人口最多、成员结构最多元、发展潜力最大的自贸区建设取得了重大突破。此外,我国还推动与部分国家的自贸协定进行了升级谈判。尤其值得关注的是,我国开始采取负面清单方式开展谈判,自贸区建设迈入高标准的“负面清单”时代。

(一) 双边投资协定

中欧双边投资协定谈判的倡议最早可以追溯到2012年2月中欧峰会。这次峰会上,双方达成尽快开启双边投资协定谈判的共识。之后,欧盟于2012年5月23日正式向成员国提出与中国谈判投资协定的建议。但直到2013年11月21日,在北京举行的第16次中国欧盟领导人会晤后,中国国务院总理李克强与欧洲理事会主席范龙佩、欧盟委员会主席巴罗佐才共同宣布,正式启动中欧双边投资协定谈判。在2013年至2018年年中,双方围绕双边投资协定已经举行了17轮谈判,但进展缓慢。在2019年间,双方就投资协定进行了五轮谈判,其具体情况如下:

表一 2019年中欧双边投资协定五轮谈判

时 间	地 点	轮 次	具体内容
2019.6.10—2019.6.15	北京	第二十一轮	围绕协定文本和清单展开谈判,力争取得积极进展。 ¹

^① 中国已签订的双边投资协定情况请见中华人民共和国商务部发布的“我国对外签订双边投资协定一览表”: <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml> (此表部分情况尚未更新),最后访问时间:2020年7月7日;中国已签订17个自由贸易协定,涉及25个国家或地区,有12个自由贸易协定正处于谈判中,有8个自由贸易协定正在研究中,详情请见中国自由贸易服务区网:<http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>,最后访问时间:2020年7月7日。我国与新加坡的双边投资协定终止以后,双边投资保护将适用自贸协定投资规则。

续表

时 间	地 点	轮 次	具体内容
2019.7.15—2019.7.19	布鲁塞尔	第二十二轮	重点是投资自由化。关于金融服务的具体准则和与国民待遇有关的承诺的讨论也取得了进展。在可持续发展方面，欧盟首席谈判代表讨论了与投资有关的环境和劳工政策问题，并概述进一步技术工作的途径。最后，在争端解决方面，谈判双方就投资者母国与东道国之间的争端解决进行了建设性的交流，同时表示9月必须加紧努力以取得更加切实的进展。 ²
2019.9.17—2019.9.24	北京	第二十三轮	围绕文本和清单展开磋商，力争取得积极进展。 ³
2019.11.5—2019.11.8	北京	第二十四轮	围绕部分文本问题展开磋商，力争取得积极进展。 ⁴
2019.12.16—2019.12.19	布鲁塞尔	第二十五轮	继续围绕文本展开谈判，并交换了关于投资市场准入的清单改进出价。 ⁵

注：

1. 商务部关于中欧双边投资协定第二十一轮的公告，参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201906/20190602871388.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

2. 商务部关于中欧双边投资协定第二十二轮的公告，参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201907/20190702880906.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

3. 商务部关于中欧双边投资协定第二十三轮的公告，参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201909/20190902901081.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

4. 商务部关于中欧双边投资协定第二十四轮的公告，参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201911/20191102910230.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

5. 商务部关于中欧双边投资协定第二十五轮的公告，参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/201912/20191202923735.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

尽管商务部的相关新闻稿并未透露细节，但从第二十二轮、第二十五轮谈判后的新闻稿可以看出，双方的目标是达成一个高度自由化的投资协定。中欧投资协定的谈判重点如下：（1）实质性改善投资准入。商务部明确表示采用“准入前国民待遇”加“负面清单”的投资准入模式，且中国的“负面清单”的限制一直在减少。（2）达到双方利益的平衡。由于在知识产权保护、国有

企业竞争中立、环境保护条款、劳工保护条款等问题上双方一直存在较大分歧，如何在这些问题上达成一致值得持续关注；（3）建立投资保护框架。为中欧双方的投资者提供公平、平等的待遇及提供充分的保护也是重点内容之一，这一框架的建立对于双方的投资者而言均是利好消息。

欧盟在 2019 年初表示希望以 2020 年为最后期限与中国达成投资协定，这个目标表明双边关系的活跃程度达到了一个新水平。期待中欧双方可以在 2020 年顺利达成中欧投资协定。

（二）自由贸易协定

2019 年，我国（含香港特别行政区）与多个贸易伙伴新签或修订（升级）了自由贸易协定，或者展开了自贸协定谈判或升级谈判。投资章节（议题）是这些协定（谈判）的重要内容。

1. 新签或升级的自由贸易协定

（1）中巴结束自贸协定第二阶段谈判并签署议定书^①

中国与巴基斯坦《自由贸易协定》于 2006 年 11 月签署，2007 年 7 月生效实施。2011 年 3 月，双方启动自贸协定第二阶段谈判，于 2019 年 4 月就所有议题达成一致并结束谈判。2019 年 4 月 28 日，在中巴两国总理共同见证下，商务部副部长兼国际贸易谈判副代表俞建华与巴基斯坦驻华大使马苏德·哈立德签署《中华人民共和国政府和巴基斯坦伊斯兰共和国政府关于修订〈自由贸易协定〉的议定书》（以下简称《修订议定书》）。《修订议定书》对《自由贸易协定》中的货物贸易市场准入及关税减让表、原产地规则、贸易救济、投资等内容进行了升级和修订，并新增了海关合作章节。

就“投资”议题，《修订议定书》第五章为“投资章节”，明确双方的未来工作计划，即：“缔约双方将致力于鼓励来自另一方的投资，并同意加强在投资领域的合作，以便为缔约双方投资者提供稳定、透明和具有可预见性的投资环境。缔约双方同意将适时开展谈判，对《自由贸易协定》第九章（投资）进行升级。”可以期待未来双方会对投资章节进行进一步谈判。

^① 商务部关于《中国—巴基斯坦自贸协定》第二阶段谈判并签署议定书的公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/pakistan_phase2/pakistan_phase2_special.shtml，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

（2）《中国与新加坡关于升级〈自由贸易协定〉的议定书》生效^①

2019年10月16日，《中华人民共和国政府与新加坡共和国政府关于升级〈自由贸易协定〉的议定书》（以下简称《升级议定书》）生效。《升级议定书》对《中国—新加坡自由贸易协定》（以下简称《中新自贸协定》）的原产地规则、海关程序与贸易便利化、贸易救济、服务贸易、投资、经济合作等6个领域进行了升级，并新增了电子商务、竞争政策和环境等3个领域。

双方全面升级了投资章节。自《升级议定书》生效后，双方于1985年11月签署的《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府关于促进和保护投资协定》终止适用。《中新自贸协定》第十章（投资）下仅有一条“投资”条款，主要规定双方应依照《中华人民共和国与东南亚国家联盟全面经济合作框架协议》第5条进行的中国与东盟之间的投资协议（《中国—东盟投资协议》）完成后，除非协议另有规定，其条款经必要修改后应纳入本协定，成为本协定的一部分，现通过《升级议定书》的附录四，对“投资”的内容进行进一步明确。

双方对投资保护、争端解决等作出了较为全面的规定，在保护投资者合法权益和维护东道国政府的管理权之间达成较为适当的平衡。投资章节规定，双方相互给予对方投资者高水平的投资保护，纳入了征收补偿、最低待遇标准、转移等条款；相互给予准入后阶段的国民待遇和最惠国待遇；设置了金融审慎措施、根本安全、保密信息等例外条款以保护政府管理外资的政策空间，并纳入了全面的投资者与国家间争端解决机制，为双方投资者提供充分的权利保障和救济途径。

《升级议定书》的投资章节体现了中国在国际投资缔约实践的最新发展，更好地体现了对双向投资的同等重视和保护。此外，双方还同意力争在升级议定书生效后一年内以负面清单方式启动投资自由化谈判。

（3）《中国—毛里求斯自贸协定》签署^②

《中国—毛里求斯自贸协定》谈判于2017年12月正式启动。在两国领导

① 商务部关于“中国—新加坡自贸协定升级”的相关新闻与公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/singapore_upgrade/singapore_upgrade_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

② 商务部关于《中国—毛里求斯自贸协定》谈判及签署的公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/mauritius/mauritius_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

人的关心和指导下，双方团队经过四轮密集谈判，谈判于2018年9月2日正式结束。协定涵盖货物贸易、服务贸易、投资、经济合作等内容，实现了“全面、高水平 and 互惠”的谈判目标。

2019年10月17日，中国商务部部长钟山与毛里求斯驻华大使李淼光分别代表两国政府在北京签署了《中国—毛里求斯自贸协定》。该自贸协定是我国商签的第17个自贸协定，也是我国与非洲国家的第一个自贸协定，不仅将为深化两国经贸关系提供了更加有力的制度保障，更为中非全面战略合作伙伴关系赋予了全新的内涵，将中非经贸合作提升到了新的高度，开创了新的局面。截至目前，商务部尚未公布该自贸协定的完整版本，故笔者也无法对其涉及“投资”议题的文本进一步展开分析，但商务部公开发布的消息显示，这是我国首次与非洲国家升级原投资保护协定（即《中国—毛里求斯双边投资保护协定》），不仅将为我国企业赴毛里求斯提供更加有力的法律保障，也有助于企业以该国为平台，进一步拓展对非洲的投资合作。此外，双方还同意进一步深化两国在农业、金融、医疗、旅游等领域的经济技术合作。

（4）《澳大利亚—香港自贸协定》^①

澳大利亚与中国香港于2019年3月26日在悉尼签署《澳大利亚—香港自贸协定》和相关投资协定，标志着澳大利亚与香港的互惠互利经贸关系翻开新篇章。该协定共20章，其正文内容中未有专门的投资章节，但是就服务与投资的相关规定与安排在附录一与附录二得到进一步明确。

（5）《东盟—香港自贸协定》生效^②

《东盟—香港自贸协定》涉及香港与老挝、缅甸、新加坡、泰国和越南等五个东盟成员国的部分于2019年6月17日生效。该协定强调了投资保护，主要是如果投资被征收或因武装冲突、内乱、革命或紧急状态而受损，则投资者可能有资格获得赔偿。此外，该协定也注重保障投资的收益及转移，目的是保障投资收益“自由而无阻碍”的转移。

^① 澳大利亚外国事务与贸易处公布《澳大利亚—香港自贸协定》，详细信息，参见：<https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/a-hkfta/Pages/default>，最后访问时间：2020年7月7日。

^② 东盟官网公告《东盟—香港自贸协定》将生效的新闻，参见：<https://asean.org/asean-hong-kong-china-free-trade-agreement-enters-force/>，最后访问时间：2020年7月7日。

2. 谈判中的区域或双边自由贸易协定

（1）《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）谈判^①

RCEP 谈判于 2012 年由东盟发起，成员包括东盟十国、中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰和印度。RCEP 涵盖 47.4% 的全球人口，32.2% 的全球 GDP，29.1% 的全球贸易以及 32.5% 的全球投资，是当前亚洲地区规模最大的自由贸易协定谈判，也是我国参与的成员最多、规模最大、影响最广的自贸区谈判。2019 年间，区域全面经济伙伴关系协定开展了两轮谈判（第二十六轮与第二十七轮），并举行了一次部长级会议与一次领导人会议，其中均涉及“投资”议题。

依据 2019 年 11 月 4 日在泰国召开 RCEP 领导人会议后发布的《〈区域全面经济伙伴关系协定〉（RCEP）第三次领导人会议联合声明》，除印度外的 15 个 RCEP 成员国已经结束全部 20 个章节的文本谈判以及实质上所有的市场准入问题的谈判。各国领导人将指示它们启动法律文本审核工作，以便在 2020 年签署协定。

（2）中国—日本—韩国自贸区谈判^②

中国—日本—韩国自贸区谈判（中日韩自贸区谈判）是我国参与的经济体量最大、占我外贸比重最高的自贸区谈判之一。2018 年 11 月，习近平主席在首届中国国际进口博览会开幕式主旨演讲中提出要加快中日韩自贸区谈判进程。2018 年 5 月，第七次中日韩领导人会议发表联合宣言，重申将进一步加速中日韩自贸区谈判，力争达成全面、高水平、互惠且具有自身价值的自贸协定。2019 年，中国与日本、韩国就自贸区开展了两轮谈判（第十五轮与第十六轮），对“投资”议题进行了深入的讨论。就“投资”议题上，中日韩自贸区谈判将扩大投资领域的市场准入，为三国企业提供稳定、透明、可预见的政策框架和营商环境。投资的增加将进一步促进知识、技术、理念、商业人员的交流和往来，三国均将从中受益。

① 商务部关于《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）谈判的相关公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rcep_special.shtml，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

② 商务部关于中国—日本—韩国自贸区谈判的进程，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/china_japan_korea/china_japan_korea_special.shtml，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

（3）《中国—以色列自贸协定》谈判^①

中国与以色列双边经贸关系紧密。中国是以色列第三大贸易伙伴，以色列是中国在中东地区和“一带一路”沿线的重要合作伙伴，中国也将持续推进与以色列的自贸协定的谈判。2019年，中国与以色列就自贸协定开展了三轮谈判（第五轮、第六轮与第七轮），三轮谈判均涉及“投资”议题，但商务部尚未就“投资”议题下谈判的具体内容进一步披露。

（4）《中国—挪威自贸协定》谈判^②

中国与挪威两国经济互补性强，合作基础深厚。双方通过自贸协定谈判加强经贸务实合作，不仅造福两国企业和人民、推动中挪关系迈上新台阶，也发出了两国共同坚定维护自由贸易、反对单边主义和贸易保护主义的强烈信号。2019年中国与挪威就自贸协定开展了三轮谈判（第十四轮、第十五轮以及第十六轮），三轮谈判中均涉及“投资”议题，但商务部尚未就“投资”议题下谈判的具体内容进一步披露。

（5）《中国—韩国自贸协定》第二阶段谈判^③

《中国—韩国自贸协定》于2015年12月正式生效。2017年12月，两国签署谅解备忘录，正式启动第二阶段谈判。《中国—韩国自贸协定》第二阶段第四轮谈判于2019年3月29日在京举行，首次引入负面清单进行服务贸易和投资谈判。

（6）《中国—秘鲁自贸协定》升级谈判^④

《中国—秘鲁自贸协定》于2009年4月签署，2010年3月生效，是我国已签署的自贸协定中具有最高货物贸易自由化水平的自贸协定之一。2018年11月，双方宣布启动《中国—秘鲁自贸协定》升级谈判，并一致同意加快谈判进程，力争早日结束。2019年间，双方就自贸区开展了三轮谈判（第一轮、

① 商务部关于《中国—以色列自贸协定》谈判进程的公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/israel/israel_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

② 商务部关于《中国—挪威自贸协定》谈判进程的公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/norway/norway_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

③ 商务部关于《中国—韩国自贸协定》第二阶段谈判的具体公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/korea/korea_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

④ 商务部关于《中国—秘鲁自贸协定》升级谈判的具体公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/china_japan_korea/china_japan_korea_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

第二轮与第三轮)，三轮谈判中均涉及“投资”议题，但商务部尚未就“投资”议题下谈判的具体内容进一步披露。

（7）《中国—巴拿马自贸协定》第五轮谈判^①

2018年6月，中国与巴拿马正式宣布启动《中国—巴拿马自贸协定》谈判。2019年4月24—26日，《中国—巴拿马自贸协定》第五轮谈判在京举行。双方在此前谈判基础上，围绕货物贸易、服务贸易、金融服务、投资、原产地规则、海关程序和贸易便利化、贸易救济、贸易经济合作以及法律议题等展开深入磋商，谈判取得积极进展，但商务部尚未就“投资”议题下谈判的具体内容进一步披露。

三、中国政府被诉和中国投资者起诉的投资仲裁案件

本部分将梳理涉及中国^②或中国投资者^③的投资仲裁案件，并简要介绍上述案件中在2019年的主要进展。这些案件包括机构仲裁和非机构仲裁，主要由美国华盛顿的国际投资争端解决中心（ICSID）受理或由位于荷兰海牙的常设仲裁法院（PCA）管理，案件适用的仲裁规则包括《ICSID 公约仲裁规则》（ICSID 规则）与《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（贸法会规则）等。

截至2019年底，以中国作为被申请人的已公开的国际投资仲裁案共有4起（见表二），均是根据中国对外签订的双边投资协定提起。其中1起案件和解，1起案件被仲裁庭“早期驳回”，1起案件进入实体审理阶段，1起案件处于管辖权争议阶段。

表二 中国作为被申请人的国际投资仲裁案

序号	持续年份	案件简称	管辖权依据	仲裁规则	仲裁结果
程序终结的案件					
1.	2011—2013	马来西亚伊佳兰诉中国 ¹	中国—马来西亚BIT；中国—以色列BIT	ICSID 规则	争议双方和解

^① 商务部关于《中国—巴拿马自贸协定》谈判进程的公告，参见：http://fta.mofcom.gov.cn/panama/panama_special.shtml，最后访问时间：2020年7月7日。

^② 包括香港、澳门和台湾地区。

^③ 包括香港、澳门和台湾地区投资者。

续表

序号	持续年份	案件简称	管辖权依据	仲裁规则	仲裁结果
2.	2014—2017	韩国安城诉中国 ²	中国—韩国 BIT	ICSID 规则	仲裁庭做出“早期驳回”裁决
尚在审理中案件					
3.	2017 至今	德国海乐诉中国 ³	中国—德国 BIT	ICSID 规则	案件处于管辖权和实体问题的不分步审理阶段
4.	2019 至今 ⁴	英国国民宋宇诉中国	中国—英国 BIT	贸法会规则 PCA 管理	案件处于管辖权争议阶段

注：

1. Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/11/15>, 最后访问时间: 2020 年 7 月 7 日。

2. Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/25>, 最后访问时间: 2020 年 7 月 7 日。

3. Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/17/19) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/19>, 最后访问时间: 2020 年 7 月 7 日。

4. 该案信息于 2020 年 5 月公开。

另一方面，中国投资者作为申请人提起的国际投资仲裁案共有 10 起（见表三）。其中，5 起案件在程序尚未进入实体审理阶段的情况下便已终结，5 起案件进入实体审理阶段。10 起案件中，7 起是根据中国对外签订的双边投资协定提起，1 起是根据香港地区对外签订的双边投资协议提起，另 2 起由渣打银行（香港）提起的案件依据投资合同提起。7 起根据中国对外签订的双边投资协定提起的案件中，仲裁庭仅在 3 起案件中明确认定其对相关争议享有管辖权，这其中 1 起案件达成和解（北京城建诉也门），1 起案件中投资者获得了胜诉的实体裁决（谢业深诉秘鲁），1 起案件中投资者在实体审理阶段未得到支持（Sanum 诉老挝）。仲裁庭在 2 起案件中明确认定其对相关争议不享有管辖权（中国平安诉比利时、北京首钢诉蒙古），1 起案件刚开始即终结，另有 1 起案件尚在不分步审理中。

表三 中国投资者作为申请人提起的国际投资仲裁案

序号	持续年份	案件简称	管辖权依据	仲裁规则	仲裁结果
程序终结的案件					
1.	2007—2015	谢业深诉秘鲁 ¹	中国—秘鲁 BIT	ICSID 规则	仲裁庭做出有利于投资者的裁决
2.	2010—2017	北京首钢诉蒙古 ²	中国—蒙古 BIT	贸法会规则	仲裁庭以缺乏管辖权驳回投资者的仲裁请求
3.	2010—2018	渣打银行（香港）诉坦桑尼亚电力供应公司 ³	投资合同	ICSID 规则	仲裁庭做出有利于投资者的裁决
4.	2011—2017	Philip Morris 诉 澳大利亚 ⁴	澳大利亚—香港 BIT	贸法会规则	仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求
5.	2012—2015	中国平安诉比利时 ⁵	中国—比利时卢森堡经济联盟 BIT 1984/2005	ICSID 规则	仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求
6.	2012—2019	Sanum 诉老挝（一） ⁶	中国—老挝 BIT	贸法会规则	仲裁庭做出有利于东道国的裁决
7.	2014—2018	北京城建诉也门 ⁷	中国—也门 BIT	ICSID 规则	仲裁庭做出有利于投资者的管辖权决定，实体审理阶段双方和解
8.	2015—2019	渣打银行（香港）诉坦桑尼亚 ⁸	投资合同	ICSID 规则	仲裁庭做出有利于投资者的裁决
9.	2019—2019	Jetion 及 T-Hertz 诉希腊 ⁹	中国—希腊 BIT	贸法会规则	案件程序终止
尚在审理中案件					
10.	2017 至今	Sanum 诉老挝（二） ¹⁰	中国—老挝 BIT	ICSID 附加便利规则 ¹¹	案件处于管辖权和实体问题的不分步审理阶段

注：

1. Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/6>，最后访问时间：2020年7月7日。

2. Beijing Shougang and others v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20 <https://pca-cpa.org/ru/cases/48/>，最后访问时间：2020年7月7日。

3. Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited (ICSID Case No. ARB/10/20) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/20>，最后访问时间：2020年7月7日。

4. Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia (PCA Case No. 2012-12) <https://pca-cpa.org/en/cases/5/>，最后访问时间：2020年7月7日。

5. 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/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/29>，最后访问时间：2020年7月7日。

6. Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13 <https://www.italaw.com/cases/2050>，最后访问时间：2020年7月7日。

7. Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/30>，最后访问时间：2020年7月7日。

8. Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/15/41) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/41>，最后访问时间：2020年7月7日。

9. Jetion Solar Co. Ltd and Wuxi T-Hertz Co. Ltd. v. Hellenic Republic <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/975/jetion-and-t-hertz-v-greece>，最后访问时间：2020年7月7日。

10. Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (ICSID Case No. ADHOC/17/1) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ADHOC/17/1>，最后访问时间：2020年7月7日。

11. 本仲裁为非机构仲裁，仲裁规则由双方当时人约定。

下文简要介绍德国海乐诉中国案和 Sanum 诉老挝（一）案在 2019 年的案件进展。其他案件或者在 2019 年之前已审结，或者 2019 年内的进展缺乏足够的公开信息。

（一）德国海乐诉中国案^①

1. 本案背景

德国海乐诉中国案是继伊佳兰诉中国案和安城诉中国案后，中国政府（中方）被诉的第三起国际投资仲裁案，也是目前唯一进入实体审理阶段的案件。

本案于 2017 年 6 月 21 日立案，申请人海乐西亚泽公司（德国海乐或申请人）提起仲裁依据的是《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》（中国—德国 BIT）。2018 年 1 月 8 日，ICSID 秘书长指定英国籍 Daniel BETHLEHEM 为本案首席仲裁员，本案完成组庭。本案另外两名仲裁员分别是申请人指定的法国籍 Roland ZIADÉ，以及中方指定的新西兰籍 Campbell Alan MCLACHLAN。

本案仲裁庭组庭至今，以程序令形式作出了五项决定：2018 年 3 月，仲裁庭做出第一号程序令，规定了本案工作程序及时间表；2018 年 8 月，仲裁庭做出第二号程序令，拒绝了德国海乐的临时措施申请；2018 年 12 月，仲裁庭做出第三号程序令，决定在实体审理程序中一并处理中方所提先决异议（即不分步审理）；2019 年 5 月，仲裁庭做出第四号程序令，对“申请人的仲裁请求修改申请”做出详细的分析和论述；2019 年 7 月，仲裁庭通过第五号程序令对文件披露等事项做出决定。

此外，中方于 2019 年 4 月提交了关于实体问题的答辩状（counter-memorial），申请人于 2019 年 12 月提交了关于实体问题的回复（Reply）及关于管辖权问题的答辩状。^②

以下简要分析本案仲裁庭在 2019 年做出的第四号程序令和第五号程序令。

2. 第四号程序令：关于修改仲裁申请

（1）程序令做出的程序背景

申请人于第一次会议（first session）中向仲裁庭确认，申请人将申请修改仲裁申请中的仲裁请求。2018 年 2 月 26 日，申请人提交了一份名为“对仲裁

^① 本节内容均来自 ICSID 网站公开信息，见：Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China（ICSID Case No. ARB/17/19）<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/19>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

^② 此后，中方于 2020 年 4 月提交了关于实体问题的反驳（Rejoinder）及关于管辖权问题的回复，申请人于 2020 年 5 月提交了关于管辖权问题的反驳。

申请的澄清”的文件。仲裁庭认为，德国海乐实际上是申请大幅修改和扩展其原来的仲裁申请，据此将这份文件称为“修改仲裁申请的申请”。第四号程序令中，仲裁庭就是否允许申请人修正其仲裁申请作出决定。

（2）待决事项及仲裁庭的决定

仲裁庭注意到，申请人在“修改仲裁申请的申请”中对仲裁申请做了扩张和修改。例如，申请人认为本案不仅涉及补偿金额及直接征收，还涉及征收的合法性及间接征收，申请人还补充了关于中国—德国 BIT 中公平公正待遇等条款有关的主张。相应地，申请人向仲裁庭寻求的救济也发生了变化。

仲裁庭认为，是否同意申请人修正其仲裁申请，应依据 ICSID 公约第 46 条以及 ICSID 仲裁规则第 40 条。只要在争端双方同意的范围内且在仲裁庭的管辖权范围内，由争端的主要事项直接引起的附带或附加的请求均被推定是可接受的。在这些情况下，若同时满足了在程序上及时通知的要求，则仲裁庭“应当”对这些请求作出决定。

仲裁庭接受了申请人修改仲裁申请的申请。首先，仲裁庭认为，申请人及时提出了修改仲裁申请的申请。申请人新的代理律师一被任命即表示将寻求额外的救济，并且在第一次会议之后、第一号程序令发布之前提交了修改仲裁申请的申请。

其次，尽管申请人的修改幅度很大，新增的请求仍然属于由争议的主要事项直接引起的附属或附加请求，因为如果接受这些修改也不会将争端变成一个与仲裁庭原来审理的争端在性质上完全不同的争端。

再次，由于申请人在仲裁程序的早期〔在提交诉状（memorial）之前〕就提出了修改仲裁申请的申请，接受修改后的仲裁申请不会给中方造成不利或不便；相反，拒绝接受修改后的仲裁申请意味着要求申请人提交一份全新的仲裁申请，不利于高效推进程序。

最后，“在当事双方同意的范围内且在中心的管辖权范围之内”这一要求与是否接受附加的请求无关，其涉及的是仲裁庭能否对这些请求作出实体性决定。一方面，对管辖权有异议不影响申请人修改仲裁申请；另一方面，接受修改后的仲裁申请也不影响被申请人就管辖权或可受理性提出异议的权利。

3. 第五号程序令：关于文件披露

（1）程序令做出的程序背景

本案第一号程序令规定了关于文件披露的规则：一方当事人可以请求另一

方当事人披露相关文件；在说明异议的情况下，被请求披露文件的一方可以对上述请求予以拒绝；对于被请求方的异议，请求方可以做出评论；若双方在上述程序结束后仍未能就文件的披露达成一致，则仲裁庭将做出是否需要披露争议文件的决定。

本案中，双方分别于 2019 年 5 月 8 日提出了文件披露请求，然后于 2019 年 6 月 5 日披露了部分文件并对其他请求提出异议，于 2019 年 6 月 26 日就对方的异议做出回应并将存在争议的文件披露请求提交给仲裁庭决定。

（2）仲裁庭关于文件披露的决定

2019 年 7 月 29 日，仲裁庭在第五号程序令中就双方无法达成一致的文件披露请求作出了决定，明确了申请人和被申请人各自应当披露的文件。

仲裁庭基于《国际律师协会取证规则》第 3 条和第 9 条（被纳入了第一号程序令）作出文件披露决定。仲裁庭强调，该决定不得被视为仲裁庭对本案争议问题的决定，也不得被视为仲裁庭对当事人的主张、提交的证人证言或其他证据的相关性或证明力做出了任何预判。仲裁庭也指出，如果一方当事人未能按照本程序令的要求披露文件或披露的文件不完整，则仲裁庭在评估当事双方的事实主张和证据时将对此予以考虑，并可以作出对拒绝披露的一方不利的推断。仲裁庭表示，被请求披露的一方如果确实不掌握相关文件，则应当向另一方和仲裁庭提供：该方查找该文件的情况说明，该方不掌握该文件的声明，以及该方曾经一度掌握该文件但后来遗失或损坏的详细说明（如果存在这种情况）。仲裁庭还明确，一方对某文件的一部分主张特免权的，应当在对该部分作出处理后提交整份文件，并提供特免权主张的详细理由。

（二）Sanum 诉老挝（一）案

1. 本案背景

2012 年，两名美国公民控制的一家荷兰公司和一家中国澳门特别行政区公司以老挝人民民主共和国（被申请人或老挝）为被申请人提起了两起国际投资仲裁案件。

这两起案件实际上源于相同的事实：2007 年，美国商人 John Baldwin（Baldwin）和 Shawn Scott 在荷兰属阿鲁巴设立了 Lao Holdings N.V.（LHNV），并于中国澳门设立了 LHNV 的子公司 Sanum Investments（申请人或 Sanum），随后通过 Sanum 在老挝开设了若干家赌场。在老挝经营过程中，Sanum 和 LHNV（合称两申请人）与当地合作伙伴就利润分配等问题产生了争议，两申

请人认为这种争议的本质是老挝政府和本国企业共谋排挤外国投资者。

Sanum 根据《中华人民共和国政府和老挝人民民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（中国—老挝 BIT）和贸法会仲裁规则提起仲裁（Sanum 诉老挝（一）案，该案由 PCA 管理，案件编号 PCA Case No.13/13）；LHNV 则根据《老挝人民民主共和国和荷兰王国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（荷兰—老挝 BIT）提起 ICSID 仲裁（LHNV 诉老挝案，案件编号为 ICSID Case No. ARB（AF）/12/6）。在 two 起案件中，申请人均指定比利时籍 Bernard HANOTIAU 为仲裁员，被申请人均指定法国籍 Brigitte STERN 为仲裁员；Sanum 案仲裁庭由 PCA 秘书长指定西班牙籍 Andres Rigo SUREDA 为首席仲裁员，LHNV 案仲裁庭则由双方共同指定加拿大籍 Ian BINNIE 为首席仲裁员（分别称 Sanum 仲裁庭和 LHNV 仲裁庭）。

Sanum 诉老挝（一）案中，被申请人提出管辖权异议，认为中国—老挝 BIT 是中国中央政府对外签订的 BIT，不适用于澳门。2013 年，Sanum 仲裁庭做出管辖权裁决，认为根据国际公法的国家继承原则，中国—老挝 BIT 适用于澳门，并认定其对相关争议有管辖权。2014 年，被申请人向新加坡（仲裁地）高等法院申请撤销 Sanum 仲裁庭的管辖权决定，经新加坡两审程序，Sanum 仲裁庭于 2016 年 9 月 29 日被新加坡上诉法院终局认定为对本案享有管辖权。^①2019 年，Sanum 仲裁庭和 LHNV 仲裁庭分别在各自程序中做出裁决，裁定驳回了申请人全部仲裁请求，并要求其承担被申请人的仲裁费用和法律费用。以下将介绍 Sanum 仲裁庭于 2019 年 8 月 6 日做出的裁决。

2. 仲裁庭裁决：关于申请人的贿赂腐败行为

Sanum 诉老挝（一）案中，被申请人提出，由于申请人在投资的初始设立阶段和后续运营过程中均存在贿赂和腐败行为，仲裁庭应驳回申请人全部的仲裁请求。被申请人指出，由于贿赂腐败发生在被投企业运营过程中，这

^① 同年，Sanum 和 LHNV 再次就上述争议中的一份新加坡国际仲裁中心裁决被老挝法院拒绝承认的问题，分别依据中国—老挝 BIT 和荷兰—老挝 BIT 提起两起国际投资仲裁，即 Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic（ICSID Case No. ADHOC/17/1）和 Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic（ICSID Case No. ARB（AF）/16/2）。两案件目前被合并为 Sanum Investments Limited and Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic（LHNV 和 Sanum 诉老挝案）。LHNV 和 Sanum 诉老挝案于 2019 年 6 月 10 日至 14 日在新加坡进行了管辖权和实体问题听证。本合并案件目前仍处于实体问题审理阶段。

项异议与实体争议相关，并非完全针对管辖权的异议。仲裁庭注意到，争议双方都认可被申请人这项主张的重要性，也认可被申请人应当就这项主张承担举证责任，但双方就证明标准和相关事实存在争议。据此，仲裁庭在分析申请人提出的仲裁请求之前，先分析了被申请人提出的关于申请人存在贿赂腐败行为的主张。

首先，仲裁庭认为这一问题应依照东道国法律进行分析，并认定贿赂和腐败违反老挝的国内法。此外，仲裁庭也援引了《联合国反腐败公约》和 OECD《打击贿赂外国公职人员公约》，以此说明根据国际习惯法原则，国际商事交易中交易主体不应通过腐败行为来谋求或延续不正当利益。

其次，仲裁庭分析了证明标准问题，认为本案中适用的证明标准需要达到“清楚且令人确定”，即介于优势证据和排除合理怀疑之间。进而，仲裁庭用这种“清楚且令人确定”的证明标准详细分析了与被申请人行贿相关的六项指控，认为被申请人未能证明申请人做出过贿赂和腐败行为。

最后，仲裁庭指出，申请人作为外国投资者，在东道国的经营并未遵循善意原则，在财务方面存在重大不当行为，且 Baldwin 在经营投资的过程中及本仲裁程序中的种种非善意行为应被视为 Sanum 和 LHNV 的行为。综上，仲裁庭表示会在裁决中将申请人的不当行为和其他非善意的行为纳入考虑。

3. 仲裁庭裁决：与征收相关的仲裁请求

由于中国—老挝 BIT 将仲裁庭管辖权限定为“与征收补偿款额有关的争议”，Sanum 仲裁庭无权审理与征收无关的仲裁请求。仲裁庭对申请人提出的与征收相关的四项仲裁请求进行了逐一分析，并基于事实层面上的原因驳回了这些仲裁请求。

与征收有关的第一项仲裁请求涉及申请人与老挝合作伙伴之间的一起商事纠纷，申请人在经历了诉讼和仲裁程序后，赢得了一份对其有利的仲裁裁决，但该裁决最终未能执行。申请人主张，其未能执行仲裁裁决与被申请人干扰老挝商事法庭的司法程序有关，被申请人有关行为构成对申请人投资的征收。仲裁庭分析后认为，该项关于商事纠纷的主张中，与被申请人相关的仅是被申请人干扰司法程序的部分，且必须以被申请人相关行为构成对国际法的违反为前提。仲裁庭认定，没有足够证据证明被申请人的行为足以“干扰”申请人执行涉案的商事仲裁裁决，因此不能支持申请人的这项仲裁请求。

申请人提出的与征收有关的第二项仲裁请求是，被申请人以申请人违约

为由终止了一项赌场和高尔夫球场开发协议，构成征收。仲裁庭分析后认为，Baldwin 在项目开发过程中的非诚信行为可以说明，该开发协议的终止是由于申请人的违约行为，因此被申请人的行为并不构成征收。

与征收有关的第三项仲裁请求涉及的是老挝政府拒绝为申请人更新营业许可，并关闭了申请人与当地合作伙伴经营的博彩机构，构成非法征收。据申请人称，被申请人此举是受申请人的当地合作伙伴游说，而当地合作伙伴此举的动机是他和申请人之间无法就营业收入事宜达成一致。仲裁庭分析后认为，申请人在事实上认可他们需要申请营业许可，并且每年更新该营业许可，但申请人没能提供证据证明其有理由期待老挝政府会为其更新营业许可，或允许其在没有营业许可的情况下继续经营，甚至没有证明其曾经试图更新营业许可。仲裁庭认定，在涉案的博彩机构关闭之时，其营业许可已经过期，处于无证经营状态，因此不存在征收。

与征收有关的第四项仲裁请求涉及申请人筹建的赌场度假村项目，申请人请求仲裁庭就被申请人以发证机关越权为由撤销其博彩机构营业执照的行为做出认定，并请仲裁庭就项目开发协议等作出裁决。仲裁庭分析后认为，虽然通过解读涉案的老挝法规不能明确判定原始发证机关越权，但申请人实际上明确知晓老挝总理办公室才是老挝博彩业的主管机构；此外，申请人还存在试图买通老挝政府官员为自己谋求非法利益的行为。仲裁庭认定，双方都没能证明对方就撤销营业执照一事存在恶意。至于项目开发协议，仲裁庭认定，从商业上看双方或许从未就该协议达成一致。

综上，仲裁庭驳回了申请人全部仲裁请求，并裁定由申请人承担被申请人的全部法律费用和仲裁费用（包括仲裁员费用与 PCA 的机构费用）。

（三）中国投资者作为申请人的其他案件

公开信息显示，若干中国投资者在 2019 年作为申请人提起了国际投资仲裁，或者正在考虑提起仲裁。

据报道，两家中国企业 Jetion Solar Co. Ltd 和 Wuxi T-Hertz Co. Ltd.（合称两申请人）针对希腊政府提起了投资仲裁申请。该案争议源于两申请人的希腊子公司 Brite Hellas AE 在希腊北部的普罗索察尼计划投资的、价值约 2 亿欧元的光伏项目。2012 年，该项目被列为“战略项目”（strategic project），但本该享受快速审批程序的该项目却迟迟不能启动。两申请人认为，项目无法启动主要是因为希腊的能源补贴等政策法律缺乏稳定性。具体来说，希腊

政府根据其于2014年5月与国际货币基金组织等债权人签署的谅解备忘录，暂缓所有新能源项目的后续流程，影响到了两申请人的项目开发。2019年5月27日，两申请人根据1992年《中华人民共和国政府和希腊共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》向希腊政府发出仲裁通知。2019年12月4日，希腊政府表示即将通过新的法律，为外国投资者获得项目许可提供便利，两家中国企业撤回了仲裁通知。^①

另据新闻报道，一些中国企业正在考虑利用国际投资仲裁来维护自身在东道国的合法权益。例如，2019年4月，中国一家房地产开发商就韩国济州岛政府相关行政行为在韩国提起行政诉讼，并称其有理由根据《中韩自由贸易协定》提起仲裁；^②2020年初，一家由中国企业实际控制的厄瓜多尔公司就金矿许可争议与厄瓜多尔政府开始了为期六个月的磋商等。^③

我们还注意到，某些已经吸引大量中国投资的发展中国家迫于国内环保就业等压力对国内法所做的修订很有可能损害中国投资者在当地的既有投资

① 相关案情详见：<https://www.iareporter.com/articles/chinese-solar-investors-withdraw-investment-treaty-arbitration-against-greece/>（需订阅），最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.iareporter.com/articles/chinese-investors-launch-bilateral-investment-treaty-arbitration-against-greece/>（需订阅），最后访问时间：2020年7月7日；http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2019-06/12/content_7902245.htm，最后访问时间：2020年7月7日；https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1594202694&ver=2447&signature=Vjwb7rpSBhNi*lhOpSFw-KZlyOlPo8wN6I2CBXJA8ktzGxqwgGT1RbjTwqEvUCfvv5Nmbd8sRoHIFTOVLAEBWgVpTjPj8ZUNn-sEYgeMRclzuQB2C6CIW3W-*NaaK*fw&new=1，最后访问时间：2020年7月7日；https://www.garrigues.com/en_GB/new/international-arbitration-newsletter-december-2019-regional-overview-asia-pacific，最后访问时间：2020年7月7日。

② 相关新闻报道，请参见：http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2019-04/02/content_7818684.htm，最后访问时间：2020年7月7日；<https://koreajoongangdaily.joins.com/news/article/article.aspx?aid=3056558>，最后访问时间：2020年7月7日；<http://www.theinvestor.co.kr/view.php?ud=20190429000493>，最后访问时间：2020年7月7日；<http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20190218000502>，最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.imtj.com/news/first-profit-hospital-korea-killed/>，最后访问时间：2020年7月7日。

③ 相关新闻报道，请参见：<https://www.reuters.com/article/us-ecuador-mining/exclusive-chinese-consortium-ecuagoldmining-opens-dispute-with-ecuador-over-halted-mine-idUSKBN20C2IT>（需订阅），最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.nasdaq.com/articles/exclusive-chinese-consortium-ecuagoldmining-opens-dispute-with-ecuador-over-halted-mine>，最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.cnbcc.com/2020/02/18/reuters-america-exclusive-chinese-mining-consortium-ecuagoldmining-has-initiated-dispute-process-with-ecuador-over-stalled-rio-blanco-gold.html>，最后访问时间：2020年7月7日。

权益，这些潜在争议最终将如何发展取决于这些东道国将如何解释并执行相关法律。^①

（四）对涉华投资仲裁案例的几点观察

据联合国贸发会议统计，截至2019年，已知的国际投资仲裁的案件总数已经达到1023起。^②如前所述，中国政府参与了4起案件，内地投资者作为申请人提起的案件仅4起（港澳地区投资者另外提起案件6起），占案件总数的比例不足1%。不论是从中国利用外资和对外投资的规模来看，还是从外资在华的“摩擦”增多以及中资流向的部分目的国政治风险较高来看，抑或从企业维权意识提高来看，中国政府和中国投资者未来不可避免地将被动或主动地参与更多投资仲裁案件。可以做一个简单的对比，尽管俄罗斯的外资流入和流出均远低于中国，但近十年来以俄罗斯为被申请人的国际投资仲裁案有18起，俄罗斯企业作为申请人发起的国际投资仲裁案有20起。^③因此，研习涉华投资仲裁既有案例（以及涉及其他国家的典型投资仲裁案例）对于中国法律人掌握国际投资仲裁的规则和程序，更好地应对未来新的仲裁案件，维护国家利益和中国企业的权利具有重要意义。

1. 从中国政府被诉案例看

伊佳兰公司诉中国案以和解结案。很多投资条约规定了谈判作为争端解决方式，实践中也有很多投资争端最终通过谈判达成了和解。据ICSID统计，截至2019年底，ICSID受理的案件最终有35%以和解或因其他原因终止（settled or proceeding otherwise discontinued）而结案。具体来说，在这35%中，有17%是应双方当事人要求而终止，有9%是应一方要求而终止，有5%不仅达成了和解协议而且双方要求仲裁庭据此作出和解裁决，另有4%是因为当

① 相关新闻报道，请参见：<https://www.bbc.com/news/world-africa-43355678>，最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.ft.com/content/6d3d85d0-225c-11e8-9a70-081715791301>（需订阅），最后访问时间：2020年7月7日。

② UNCTAD，<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>，最后访问时间：2020年7月7日。

③ 联合国贸易和发展会议，投资争端解决统计，请参见：<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/175/russian-federation/respondent>，最后访问时间：2020年7月7日；<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/175/russian-federation/investor>，最后访问时间：2020年7月7日。上述案件数量均以立案时间为准。

事人逾期未缴费或者逾期未采取行动而终止。换言之，至少有 22% 的 ICSID 仲裁案件最终以和解结案。因此，基于个案情况，通过磋商达成和解不失为解决投资争端的有效方式之一。

安城公司诉中国案以仲裁庭裁决“早期驳回”仲裁请求而结案。ICSID 仲裁规则第 41（5）条规定，在仲裁庭组成后 30 天内、举行第一次会议之前，被申请人可以提出仲裁请求自法律上明显没有道理（manifestly without legal merit）的异议，而仲裁庭应当在第一次会议上或之后迅速就异议作出决定。在该案中，中方提出了第 41（5）条的异议，理由是安城公司最迟在 2011 年 10 月之前已经知悉或应当知悉其受到损失，而 2014 年 11 月 4 日 ICSID 立案之时已经超过了中国—韩国 BIT 第 9 条第 7 款规定的三年时效。仲裁庭支持了中方的异议，裁决驳回全部仲裁请求，并责令安城公司承担全部仲裁费用及中方 75% 的费用和支出。该案至少有三点启示：

- 东道国应当重视运用“早期驳回”制度。除安城案外，ICSID 仲裁庭在 Global Trading v. Ukraine 案^①、RSM Production v. Grenada 案^②等案件中也“早期驳回了”全部仲裁请求。在另一些案例中，虽然“早期驳回”异议未被支持，但并未影响被申请人在后续程序中继续提出管辖权异议并得到仲裁庭支持。但第 41（5）条所规定的“明显缺乏法律依据（manifestly without legal merit）”之法律标准比较苛刻，不应有事实争议（即在该阶段推定申请方法律文书中的事实为真实），也似乎不应该提出非常复杂的法律问题。
- 不论是东道国还是投资者均应重视时效问题。首先，当然是研究涉案投资条约中是否规定了时效及其具体规定。其次，在涉案投资条约没有规定的情况下，曾经有仲裁庭适用东道国法律中关于时效的规定并支持了基于时效的异议，例如 Yury Bogdanov v. Moldova 案。^③
- 最惠国待遇条款的适用范围往往存在较大争议。部分申请人试图将该

① Global Trading Resource Corporation and Globex International, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/09/11, Award, 1 December 2010, para.57.

② RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009.

③ Yury Bogdanov v. Republic of Moldova, SCC Arbitration No. V (114/2009), para. 94 (30 March 2010).

条款覆盖的事项从投资保护等实体待遇扩大至投资争端解决，该法律主张实质上扩大了仲裁庭的管辖权，可能影响涉案条约权利和义务的总体平衡。根据安城案的裁决，案件当事方需要仔细研究涉案投资协定的文本，以及是否存在国家同意。如果涉案最惠国条款未援引国际投资仲裁机制，且规定相关待遇局限于缔约方境内待遇，仲裁庭则可能将国际投资争端解决理解为境外待遇，不具有国家同意，拒绝通过该条款扩大管辖权范围。

海乐公司诉中国案尚在审理中，不过在若干程序问题上对于未来的案件也有参考价值。

- 第一，申请人在仲裁庭组成之前即提出了临时措施申请，而仲裁庭在第二号程序令中驳回了该申请，并强调，授予临时措施仅系例外，即仅在紧急和必要的情况下才能授予临时措施，为此必须考虑临时措施申请所拟保护的利益是否正面临遭受不可挽回的损失的真实且迫近的风险。
- 第二，中方要求仲裁庭分步审理本案，即先审理管辖权问题后审理实体问题。仲裁庭认为，ICSID 公约第 41（2）条及仲裁规则第 41（3）条均未强制性地要求仲裁庭在收到先决异议之后暂停实体问题的审理，仲裁庭对于是否将异议作为先决性问题审理享有裁量权。仲裁庭指出，在决定是否分步审理时应考虑所有相关情况，并考虑经济性、效率性和公平性，其中应考虑的问题包括：（1）异议是否与实体问题存在紧密关联，以至于仲裁庭必须在审理实体问题的过程中才能充分获知与异议有关的信息；（2）异议能否处置掉申请人的全部仲裁请求；（3）分步审理能否在时间和费用方面提高效率。不论仲裁庭最终是否同意分步审理，东道国提出分步审理的要求不仅是规则所允许的，而且对于维护国家利益非常重要。这既有节约成本的考虑，更重要的是通过分步审理争取避免仲裁庭对实体问题进行审理，即避免仲裁庭对东道国的行政、司法甚至立法进行审查、评价，也避免仲裁庭对案涉投资条约中的实体条款作出可能不利的解释。
- 第三，如前文所述，申请人在一定条件下可以修改仲裁申请。
- 第四，国际投资仲裁受国际商事仲裁影响很深，其中一个表现就是文件披露。不论是东道国作为被申请人还是投资者作为申请人，均需重

视文件披露的“攻防战”，既要善于通过文件披露程序最大限度地从对方手中获取对己方有利的文件，又要善于运用规则（包括但不限于特权）最小限度地向对方披露己方的文件。

2. 从中国投资者起诉的案例看

从中国投资者起诉的 10 个案例中可以发现一些共同点。例如，中国与其他国家签订的投资保护协定是否适用于香港地区、澳门地区的问题。谢业深诉秘鲁案仲裁庭认为，中国—秘鲁 BIT 对于投资者的定义是“具有缔约国国籍的个人”，而谢的护照显示其国籍为中国，因此可以获得该 BIT 的保护，从而间接确认了该 BIT 可以适用于香港地区。Sanum 诉老挝（一）案仲裁庭以及仲裁地的终审法院也认为中国—老挝 BIT 适用于澳门地区，但仲裁庭与法院的观点与上述谢业深诉秘鲁案仲裁庭并不相同。在该案中，仲裁庭适用了条约法中的“移动条约边界”原则，认为依据该原则，中国缔结的国际条约在澳门回归之后将自动适用于澳门，除非中国对此表示明确反对。鉴于中国并未对于中国—老挝 BIT 适用于澳门地区的问题作出明确反对，因此可以适用于澳门地区。

最大的共性问题则是中国签订的所谓“第一代 BIT”中的“与征收补偿款额有关的争议”究竟应当如何解释。在依据中国签订的 BIT 提起且进入正式仲裁程序的 6 起案件中，有 5 起案件^①均涉及“征收补偿款额有关的争议”条款，分别涉及中国—老挝、中国—蒙古、中国—也门、中国—秘鲁、中国—比卢经济联盟等 BIT。^②基于这些条款，投资者无疑不能将与征收无关的争议（例如违反公平公正待遇、国民待遇等）提交仲裁，但能否将在征收补偿款额之外的其他与征收有关的争议（例如征收是否存在，是否依照法定程序，是否非歧视等）提交仲裁，则有不同理解。

在 Sanum 诉老挝（一）案、谢业深诉秘鲁案和北京城建诉也门案中，仲裁庭采取了广义解释，认为“征收补偿款额有关的争议”不仅包括补偿款额

^① 此外，伊佳兰诉中国案所依据的中国—马来西亚 BIT 也含有相似条款。

^② 在平安集团诉比利时案中，仲裁庭支持了被申请人的管辖权异议进而驳回中国投资者的仲裁请求，理由是中国与比卢经济联盟于 2005 年签订的双边投资协定（2005 年协定）不适用于该协定生效前产生且已通知东道国的争端，而应适用中国与比卢联盟于 1984 年签订的双边投资保护协定（1984 年协定）。而中国平安之所以主张依据 2005 年协定提起仲裁的重要原因之一，可能正是因为 1984 年协定仅允许将“关于征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议”提交仲裁。

争议，还包括与征收有关的其他争议。以 Sanum 诉老挝（一）案为例，仲裁庭在管辖权决定中认为，如果其管辖权仅限于审理补偿额争议，则有关征收本身的争议（例如是否发生了征收）只能提交东道国法院，而根据中老 BIT 中的“岔路口条款”，投资者在将征收争议提交法院后，不得再将与征收补偿款额争议提交国际仲裁。因此，若仲裁庭管辖权不包括征收是否发生的争议，则会在实际上导致该协定中的仲裁条款无效。仲裁庭因此决定对该条款采取广义的解释。

在北京首钢等诉蒙古国案中，仲裁庭采取了狭义解释。2010 年，北京首钢矿业投资有限公司等三家中国企业就其与蒙古国政府的矿业投资争端，请求依照贸法会仲裁规则设立临时仲裁庭。这三家企业认为，蒙古政府撤销其矿业许可证的行为违反了 1991 年签订的《中华人民共和国政府和蒙古人民共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（中国—蒙古 BIT）。2017 年 6 月，以国际法院捷克籍法官 Peter TOMKA 为首席仲裁员的仲裁庭做出管辖权裁决，裁定仲裁庭对本案无管辖权。仲裁庭给出的原因是，中国—蒙古 BIT 仅允许将“涉及征收补偿款额的争议”提交仲裁，而三家企业提出的仲裁请求涉及蒙古国是否实施了非法征收，相关争议只能由蒙古国内法院审理。而关于为何对相关条款作出狭义解释，仲裁庭认为，中国—蒙古 BIT 作出相关表述的目的是将管辖权限缩为仅包括与征收补偿额有关的争议，而结合上下文，“与征收补偿额有关的争议”指的是征收补偿金额是否与宣告征收时被征收的财产的价值相当的争议。至于如此解释会否导致中蒙 BIT 的仲裁条款（第 8.3 条）无效，仲裁庭认为，该条的含义是，在东道国已经宣告征收但争议双方对征收补偿款额无法达成一致时，当事人可以将补偿款额争议申请仲裁，这种争议实际发生的可能性大小并不能决定该条款有效还是无效。根据该案仲裁庭的解释，在根据“第一代 BIT”提起的国际投资仲裁中，如果东道国没有明确宣告征收（例如间接征收的情况），则中国投资者将很难获得救济。

由于中国签订的“第一代 BIT”多达约 70 个（占总数的约三分之二），“涉及征收补偿款额的争议”条款可能成为很多中国企业利用国际投资仲裁机制的障碍。除寄希望于在仲裁程序中说服仲裁庭采取广义解释外，企业可以考虑通过适当的国籍和投资路径筹划实现“条约挑选”（*treaty shopping*）的目的。当然，国籍筹划须注意满足拟挑选的条约的投资者定义、拒绝给惠等条款的要求，同时还应在争议发生之前完成。在争议已经显现之后再改变国籍，很

可能被认定为“权利滥用”。例如，在 Philip Morris 公司诉澳大利亚案中，仲裁庭就认为，Philip Morris 在东道国政府涉诉措施颁布之后，才为了取得香港投资者身份的目的进行重组，将其在澳大利亚的投资转让给香港子公司持有，构成权利滥用。

此外，北京城建诉也门案的管辖权决定至少在两个方面对于中国企业利用投资仲裁机制具有重要参考价值。第一，国有企业原则上属于 ICSID 公约第 25（1）条项下的“另一缔约方的国民”，除非其在进行相关投资时系以政府代理人身份行事或者行使政府职能。第二，中国企业在境外承包的大多数工程建设项目很可能符合相关投资协定对投资的定义并属于 ICSID 公约下的投资。

四、中国国内的外商投资立法

2019 年是中国外商投资立法史上具有划时代意义的一年。以《中华人民共和国外商投资法》的颁布为基础，国务院及相关部门颁布了一系列法规、规章和政策文件，共同进一步构建起开放、升级、宽严并济的外商投资体系。

（一）《外商投资法》及配套法规政策

1. 《中华人民共和国外商投资法》

2019 年 3 月 15 日，十三届全国人大二次会议表决通过了《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》）。该法自 2020 年 1 月 1 日起施行，是中国第一部外商投资领域统一的基础性法律。改革开放之初，1979 年召开的五届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国中外合资经营企业法》，开启了中国通过立法保障对外开放的新阶段。之后相继制定了《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》，共同组成了“外资三法”，奠定了中国利用外资的法律基础。《外商投资法》施行后，改革开放初期制定的“外资三法”将正式退出历史舞台。《外商投资法》在外资保护方面具有以下亮点：

（1）对外商投资准入实行负面清单管理制度

外商投资准入负面清单的管理制度是指对于负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资；限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件；负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。《外商投资法》对上述外资准入方面的结果以法律形式予以明确，并规定外商投资负面清单将由国务院发布或批准发布。

（2）坚持内外资一致

《外商投资法》施行后设立的外商投资企业，组织形式、组织机构及其活动准则均适用《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定，即实行内外资一致的原则。^①除了在企业治理等方面统一内外资适用法律之外，《外商投资法》还在诸多方面强调了内外资企业的平等待遇原则。外商投资企业将同等适用国家支持企业发展的各项政策，同等适用国家制定的强制性标准，依法通过公平竞争参与政府采购活动，其在中国境内生产的产品和提供的服务应被平等对待。

（3）保护知识产权

《外商投资法》的相关条款强调了对知识产权的保护。《外商投资法》第22条规定，国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。《外商投资法》第23条规定，行政机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密，应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。《外商投资法》的上述规定体现了中国对外国投资者和外商投资企业开展知识产权保护的基本态度。

（4）完善对外商投资保护

《外商投资法》还规定了多个专门保护外商投资的条款。

征收补偿。《外商投资法》第20条规定，国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿。对照此前的“外资三法”，本法关于征收补偿的规定更为完善。例如，原《外资企业法》第5条规定的是：“国家对外资企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。”

^① 根据《外商投资法》第42条的规定，“外资三法”自《外商投资法》施行之日同时废止。《外商投资法》施行前依照“外资三法”设立的外商投资企业，在《外商投资法》施行后五年内可以继续保留原企业组织形式等，即给予了一个五年的过渡期。

利润自由汇出。《外商投资法》第 21 条规定，外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出。

政府依法行政。《外商投资法》第 24 条规定，各级人民政府及其有关部门制定涉及外商投资的规范性文件，应当符合法律法规的规定；没有法律、行政法规依据的，不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得设置市场准入和退出条件，不得干预外商投资企业的正常生产经营活动。

政府履约。《外商投资法》第 25 条规定，地方各级人民政府及其有关部门应当履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同。因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺、合同约定的，应当依照法定权限和程序进行，并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失予以补偿。

投诉机制。《外商投资法》第 26 条规定，国家建立外商投资企业投诉工作机制，及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施。外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，可以通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决，还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。

2. 《中华人民共和国外商投资法实施条例》

2019 年 12 月 26 日，国务院颁布《中华人民共和国外商投资法实施条例》（以下简称《实施条例》），自 2020 年 1 月 1 日起施行。《实施条例》严格贯彻外商投资法的立法原则和宗旨，更加突出促进和保护外商投资的主基调，增强制度的可操作性，保障法律有效实施。

（1）鼓励和促进外商投资

《实施条例》提出要保护外商投资合法权益，规范外商投资管理，持续优化外商投资环境，推进更高水平对外开放。《实施条例》第 37 条规定，外商投资企业的登记注册，由国务院市场监督管理部门或者其授权的地方人民政府市场监督管理部门依法办理。《实施条例》第 34 条规定，有关主管部门在依法履行职责过程中，对外国投资者拟投资负面清单内领域，但不符合负面清单规定的，不予办理许可、企业登记注册等相关事项。因此，市场监督管理部门在进行外商投资企业的设立和变更登记时，将一并审查是否属于负面清单领域，且是否符合负面清单的相关规定。这意味着长久以来在外商投资

企业设立和变更过程中需要分别走商务部门审批/备案和市场监督管理部门登记等行政程序，基本简化为在市场监管部门实行“一站式”的审核/登记。这极大简化了外商投资企业设立和变更的程序，提升行政程序的效率，同时减轻投资者和企业的负担，应该是中国外商投资管理的一个非常重大和积极的变化，是将外商投资在中国的发展引入快车道的重要举措。

（2）细化外商投资促进具体措施

《实施条例》规定外商投资企业平等适用国家支持企业发展的有关政策，依法平等参与标准制定、政府采购活动；建立健全外商投资服务体系。以政府出台外商投资相关政策为例，《实施条例》第7条规定，与外商投资有关的规范性文件应当依法及时公布，未经公布的不得作为行政管理依据。与外商投资企业生产经营活动密切相关的规范性文件，应当结合实际，合理确定公布到施行之间的时间。进一步的，《实施条例》第9条要求政府及其有关部门应当通过政府网站、全国一体化在线政务服务平台集中列明有关外商投资的法律、法规、规章、规范性文件、政策措施和投资项目信息，并通过多种途径和方式加强宣传、解读，为外国投资者和外商投资企业提供咨询、指导等服务。

（3）加强外商投资保护力度

《实施条例》对外国投资者投资的征收补偿、禁止利用行政手段强制外国投资者和外商投资企业转让技术、保护商业秘密、外商投资企业投诉工作机制等作了细化，明确《外商投资法》第25条所称政策承诺的具体内涵和要求。

在《外商投资法》第22条明确国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权的基础上，《实施条例》第23条强调国家加大对知识产权侵权行为的惩处力度，持续强化知识产权执法，推动建立知识产权快速协同保护机制，健全知识产权纠纷多元化解决机制，平等保护外国投资者和外商投资企业的知识产权。2020年4月26日，《中华人民共和国著作权法》修正案草案提请十三届全国人大常委会第十七次会议审议，其中一大看点就是引入了惩罚性赔偿制度，对于侵权行为情节严重的，可以适用赔偿数额一倍以上五倍以下的惩罚性赔偿。2019年4月修正的《中华人民共和国商标法》已经明确规定了恶意侵犯商标权的惩罚性赔偿规则。中国知识产权立法的趋势是建立知识产权侵权的惩罚性赔偿制度，通过显著提高侵权成本，实现对知识产权的更有效保护。

针对外国投资者广为关注的强制技术转让问题，《实施条例》第24条明

确规定，行政机关及其工作人员不得利用实施行政许可、行政检查、行政处罚或行政强制等手段，强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术。《实施条例》第43条还进一步规定了行政机关及其工作人员利用行政手段强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。上述规定旨在排除行政机关对中外合作方之间商业安排的不正当影响。在《外商投资法》公布后，《中华人民共和国技术进出口管理条例》也进行了修改。例如，删除了原第27条规定的“在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方”，即以当事人双方意思自治为主，给予了技术进口合同自由协商更大的空间。

3.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》（以下简称《外商投资法司法解释》）于2019年12月16日由最高人民法院审判委员会第1787次会议通过，于2020年1月1日起施行。通过制定《外商投资法司法解释》，为市场化、法治化、国际化的改革方向提供优质高效法治服务和司法保障，努力打造内外资公平竞争的市场环境，依靠改善投资环境吸引更多外商投资。

《外商投资法司法解释》明确了投资合同的范围，即外国的自然人、企业或者其他组织，因直接或者间接在中国境内进行投资而形成的相关协议，包括设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议。《外商投资法司法解释》厘清了投资合同的法律效力：对负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持；对负面清单禁止领域内的投资合同，当事人主张投资合同无效的，人民法院应予支持；对于外国投资者投资负面清单规定限制投资的领域，只要在人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，投资合同仍然可以认定有效。

《外商投资法司法解释》充分贯彻了扩大开放、平等保护中外投资者合法权益的精神。主要体现在：第一，对负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持；第二，即便是外国投资者投资负面清单规定限制投资的领域，只要在人民法院作出生效裁判前，当事人采取了必要的补正措施，投资合同仍然可以认定有效；第三，即便在投资合同签订时未符合负面清单的

要求，但在生效裁判作出前，负面清单调整放宽了限制性要求的，投资合同也可以认定有效。《外商投资法司法解释》通过这些制度设计，在依法维护和保障外资管理秩序的前提下，尽可能促进投资合同有效，最大限度地保障投资者的合法权益。

（二）其他促进外商投资的政策

2019年10月30日，国务院印发《关于进一步做好利用外资工作的意见》，提出了4个方面共20条政策措施，就外资保护方面主要包括以下两点：第一，深化投资便利化改革。降低资金跨境使用成本，提高外籍人员来华工作便利度，优化外资项目规划用地审批程序。第二，保护外商投资合法权益。全面贯彻外商投资法，建立健全外商投资企业投诉受理机构，强化监管政策执行规范性，提高行政规范性文件制定透明度，发挥知识产权司法保护重要作用，完善知识产权保护工作机制，鼓励外商投资企业参与我国医疗器械、食品药品等标准制定，保障供应商依法平等参与政府采购。

五、中国国内与投资争端有关的争议解决

（一）行政诉讼

外商投资企业作为在中国注册成立的法人或组织，可以依法提起行政诉讼，自不待言。根据《行政诉讼法》第98条、第99条的规定，外国投资者认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益时，也有权依据本法向中国法院提起行政诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第16条对中外合资、合作企业的外国投资者的诉讼权利提供了更具体的保障，可以在认为合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受行政行为侵害时，以自己的名义提起诉讼。2019年新颁布的《外商投资法》第26条第3款再次对外商投资企业以及其投资者提起行政诉讼的权利予以确认。

事实上，行政诉讼不仅是中国国内法体系下外资企业保护其合法权益的重要方式，还与国际投资仲裁紧密关联。很多双边投资协定均规定了“岔路口条款”（或具有相似功能的“弃权条款”等），即投资者可以在东道国法院和国际投资仲裁中选择一种方式解决投资争端，且该种选择具有终局性。中国对外签订的双边投资协定中约有70个规定了类似条款（另外一些BIT规定了在法院诉讼和投资仲裁中进行选择，但没有明确规定该选择的终局性）。例

如，中国—法国双边投资协定。^①如果投资者选择在国内法院提起诉讼，则不得再诉诸国际仲裁。

我们暂未见到有关 2019 年度或以前年度外商投资企业或其投资者提起行政诉讼情况的统计分析，但根据已经公开的裁判文书，可以看出外商投资企业针对商标注册、^②行政许可、^③清算程序、^④关税^⑤等类型的行政纠纷，向中国法院提起了诉讼。在中国裁判文书网上，选择“行政案由”并以“外商投资企业”作为关键词，可以检索到 4116 份裁判文书，其中 2019 年有 1489 份。我们认为，对这些行政诉讼案件进行统计分析，对于掌握外商投资企业或其投资者与行政机关之间的纠纷类型及其成因，进而化解潜在的国际投资争端具有参考价值。

此外，在 2019 年由中国法学会行政法学研究会等单位组织评选的“推动中国法治进程十大行政诉讼典型案例”^⑥中，泰国贤成两合公司与深圳市相关部门之间的行政纠纷案入选。该案件涉及企业破产清算、土地使用权变更、公司注销登记等问题，被称为《行政诉讼法》实施后的“行政诉讼第一案”“中国行政诉讼的活化石”，对于确立行政行为正当程序的理念具有开创意义。^⑦

① 《中华人民共和国政府和法兰西共和国政府关于相互促进和保护投资的协定》第 7 条规定，一旦该投资者将争议递交给作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院，或者根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭，或者“解决投资争端国际中心”，则其三选一的选择将是终局的。

② 例如，国家工商行政管理总局商标评审委员会等与潍坊雷克兰劳保用品有限公司二审行政判决书，（2019）京行终 2716 号。

③ 例如，王秀群、武汉天九工贸发展有限公司经贸行政管理（内贸、外贸）再审审查与审判监督行政裁定书，（2019）最高法行申 3922 号。

④ 例如，澳大利亚庄臣有限公司、广州市商务委员会再审审查与审判监督行政裁定书，（2018）粤行申 1459 号。

⑤ 例如，克莱斯勒（中国）汽车销售有限公司与中华人民共和国海关总署等一审行政裁定书，（2016）京 02 行初 480 号。

⑥ 相关新闻报道，请参见：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-149262.html>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日；http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2019-04/01/content_7816659.htm，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

⑦ 泰国贤成两合公司、深圳贤成大厦有限公司诉深圳市工商行政管理局、深圳市招商局注销登记案，（1997）行终字第 18 号；王敬波：《贤成大厦案：中国行政诉讼的活化石》，载《中国法律评论》2019 年第 2 期。

（二）行政复议

外商投资企业作为在中国注册成立的法人或组织，可以依法申请行政复议，自不待言。根据《行政复议法》第41条的规定，外国投资者认为具体行政行为侵犯其合法权益，也可以依据本法向行政机关提起行政复议。2019年的《外商投资法》第26条第3款对此再次予以明确。

行政复议同样在国际仲裁投资中扮演着重要角色。一些双边投资协定将行政复议约定为将争端提交国际投资仲裁的前置条件，只有在完成国内行政复议程序的情况下，才可将争端提交国际仲裁庭。在中国对外签订的双边投资协定中，约40个协定含有类似要求（在某些协定中，仅中国单方面作此要求），例如《中华人民共和国和西班牙王国关于促进和相互保护投资协定的议定书》。^①

我们暂未见到有关2019年度或以前年度外商投资企业或其投资者申请行政复议的统计分析。从具体案例来看，行政复议在解决外资企业与行政机关之间的纠纷中发挥了重要作用。例如，2019年上海市司法局发布了上海市首批十大涉外法律服务经典案例，其中包括美国某汽车制造商在中国的子公司就海关关税提起行政复议的案件。该案中，某直属海关认定该公司整车进口后开展的售后服务费用应当计入进口整车的完税价格，据此追征税款及滞纳金4亿多人民币。经过行政复议，海关总署认定直属海关的具体行政行为在法律逻辑上欠考虑，要求其重新作出《稽查结论》和《补税告知书》。此后，该公司仍然不服，又提起第二轮行政复议，最终以北京市第二中级人民法院作出裁定，双方和解结案。^②

同样的，我们认为，对外商投资企业或其投资者申请行政复议的案件进行统计分析，对于掌握外商投资企业或其投资者与行政机关之间的纠纷类型及其成因，进而化解潜在的国际投资争端具有参考价值。

① 《中华人民共和国和西班牙王国关于促进和相互保护投资协定的议定书》关于第9条：“西班牙王国注意到中华人民共和国的声明，其要求有关的投资者将争议提交第九条第二款第（二）项和第（三）项所规定的仲裁程序之前应当用尽中华人民共和国的法律法规规定的当地行政复议程序。中华人民共和国声明，完成该程序的最长期限为三个月。”

② 相关新闻报道，请参见：<http://www.acla.org.cn/article/page/detailById/24752>，最后访问时间：2020年7月7日。

（三）投诉协调

如前所述，《外商投资法》第 26 条首次以法律的形式在全国层面建立外商投资企业投诉工作机制。随后，国务院颁布《外商投资法实施条例》，在第 29 到第 31 条中对投诉工作机制的相关规定进一步细化。商务部正在制定《外商投资企业投诉工作办法》。

事实上，早在 1989 年，上海市已经率先出台了《上海市外商投资企业投诉及处理办法》。此后，各地其他省市陆续颁布类似规定，例如 1994 年《福建省外商投资企业投诉办法》、2005 年《浙江省外商投资企业投诉处理暂行办法》等。^①2006 年，商务部颁布全国层面实施的《商务部外商投资企业投诉工作暂行办法》。

2019 年《外商投资法》颁布后，部分省市出台配套措施或对原规定作出修订，其中，省级政府的制定和修改情况如下：

- 2019 年 4 月，天津市对《天津市外商投资企业投诉服务工作联席会议制度》进行修订，变更为《天津市外商投资权益保护工作联席会议制度》。^②
- 2019 年 4 月，贵州省对《贵州省外商投资企业投诉及处理办法》作出修改。^③
- 2019 年 4 月，陕西省开始制定《陕西省外商投资企业投诉受理工作实

① 目前可公开检索到的《外商投资法》颁布前出台之前已经制定的省级规定包括：《上海市外商投资企业投诉及处理办法》《福建省外商投资企业投诉办法》《贵州省外商投资企业投诉及处理办法》《湖南省外商投资企业投诉及处理办法》《辽宁省外商投资企业投诉办法》《吉林省外商投资企业投诉处理暂行办法》《河南省外商投诉处理办法》《山西省外商投资企业投诉处理办法》《浙江省外商投资企业投诉处理暂行办法》《河北省外商投诉处理办法》《云南省外商投资企业投诉中心投资工作办法》《广东省外商投资企业投诉处理服务办法》等，此外，还有很多市、区颁布类似规定，例如：1998 年《青岛市外商投资企业投诉受理及处理办法》《西安市外商投资企业投诉处理办法》《顺义区外商投资企业投诉处理办法》《新余市外商投资企业投诉工作办法》等。

② 请参见商务部网站：<http://www.mofcom.gov.cn/article/h/zongzhi/201904/20190402851300.shtml>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

③ 请参见贵州省政府网站：http://www.guizhou.gov.cn/zwgk/zcfg/szfwj_8191/qfbh_8197/201904/t20190423_2433954.html，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

施细则》。^①

- 2019年9月，甘肃省颁布《甘肃省外商投资企业投诉处理工作办法》。^②
- 2019年12月，北京市颁布《北京市外商投资企业投诉工作管理办法》，在市商务局设立外商投诉协调机构，市投资促进服务中心设立外商投诉受理机构，并由各区人民政府设立区级外商投诉受理机构。^③
- 2019年12月，广东省对《广东省外商投资企业投诉处理服务办法》作出修改。^④

各地区在投诉协调机构设置和 workflows 等方面均有所差异。例如，有些地区分别设立“投诉受理”和“投诉协调”机构，有些地区的“投诉受理”机构兼具协调职责；又如，各地区受理、处理企业投诉的时限规定不尽相同。

我们暂未见到全国层面或各地对于2019年度投诉协调工作的统计分析，但根据过往统计，可以大致了解到全国不同地区外资企业投诉协调的情况。例如，上海市作为最早制定外商投诉政策的地区，2002年已建立有37个投诉分中心，全年受理案件180件，结案151件，结案率83.9%。^⑤河南全省至2015年已在全部18个省辖市成立了政府外商投诉中心，2010—2014年，受理境外投资者投诉191起。^⑥江西省外商投诉中心于1996年成立，截至2004年，8年期间共接到外商投诉79件，办结77件，办结率为97.5%，外

^① 请参见陕西省政府网站：http://sxdofcom.shaanxi.gov.cn/newstyle/pub_newsshow.asp?id=29037304&chid=100192，最后访问时间：2020年7月7日。

^② 请参见甘肃省政府网站：<https://swt.gansu.gov.cn/content-111fb9c05b6d4ea7bce982f76106ca79.htm>，最后访问时间：2020年7月7日。

^③ 请参见北京市政府网站：http://www.beijing.gov.cn/zhengce/zhengcefagui/201912/t20191217_1243867.html，最后访问时间：2020年7月7日。

^④ 请参见广东省政府网站：http://www.gd.gov.cn/zwgk/wjk/qbwj/yfl/content/post_2719158.html，最后访问时间：2020年7月7日。

^⑤ 请参见上海市政府网站：<http://www.sh.gov.cn/nw2/nw2314/nw24651/nw13107/nw13373/u2law85342.html>，最后访问时间：2020年7月7日。

^⑥ 除受理国外投资者投诉外，河南省外商投诉中心还受理了省外投资者投诉134起，以及台商投诉21起。请参见商务部网站：<http://www.mofcom.gov.cn/article/resume/dybg/201506/20150601008657.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日。

商对办结案件的满意率为 98%。^①宁波市的外商投资企业投诉协调中心于 1994 年成立，成立第一年即受理 46 起案件，投资者来自 10 余个国家和地区。^②

作为灵活、高效的争议解决方式，投诉协调可以在化解潜在国际投资争端方面发挥作用。同时，如何增强投诉协调的实效性，如何处理投诉协调与行政复议、行政诉讼之间的关系，如何处理外资与内资在此方面待遇不一致等，需要在实践中妥善处理。

（四）与争端解决有关的其他途径

1. 外商投资企业商会 / 协会

2019 年《外商企业投资法》并没有直接说明商会 / 协会具有纠纷处理职能，但其表示协会 / 商会可依照法律法规和章程的规定开展相关活动，维护会员的合法权益。^③实践中，许多协会 / 商会的章程都明确规定，该机构提供的服务事项包括受理会员投诉。比如，《山东省外商投资企业协会章程》第 6 条第 3 款规定，协会业务范围包括“调查了解会员的情况和问题，接受会员投诉，向政府有关部门反映会员和投资者的意见及要求，并提供法律服务”。^④此外，虽然中国外商投资企业协会的章程中没有涉及投诉工作机制的内容，^⑤但其 2019 年度工作计划专门将“参与投诉受理工作机制”和“受理并协助解决企业投诉”列为计划事项。^⑥

2. 外商投资企业服务大使

山东省建立了外商投资企业服务大使制度，其职责涵盖受理投诉、调解

① 相关新闻报道，请参见：<http://news.sohu.com/2004/02/19/59/news219135978.shtml>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

② 冯军：《维护外商合法权益——宁波市外资企业投诉中心一年来处理纠纷案四十六件》，载《中国外资》1995 年第 8 期。

③ 《外商企业投资法》第 27 条规定，外商投资企业可以依法成立和自愿参加商会、协会。商会、协会依照法律法规和章程的规定开展相关活动，维护会员的合法权益。

④ 请参见山东省外商投资企业协会网站：<http://swxxw.org.shy08.ctr1.net.cn/html/guanyuwomen/xiehuihangcheng/>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

⑤ 请参见中国外商投资企业协会网站：<http://caefi.mofcom.gov.cn/article/av/201601/20160101235175.shtml>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

⑥ 请参见中国外商投资企业协会网站：<http://caefi.mofcom.gov.cn/article/cz/tongzgg/201902/20190202837969.shtml>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

纠纷。截至2019年7月，山东全省共有2685名服务大使，覆盖1.4万多家外商投资企业，覆盖率超过90%。各市服务大使一般由从事过经济工作的人员担任，在接受外资投诉方面，可以在接到投诉后直接处理，如不能处理则及时上报。2019年的典型案例包括：（1）济宁伊顿四期项目，由于区域受限无法按期进行环评，接到企业诉求后，山东省和济宁市及时协调环保部门，及时进行了环评，最终使项目按时开工；（2）先马士项目，企业的投诉反映到省里后，山东省商务厅联系律师一起到现场及时调节纠纷，缓解了矛盾；（3）大宇造船海洋（山东）有限公司通过服务大使、烟台市投资促进中心解决了根据《港口建设费征收使用管理办法》的规定适用相关优惠政策的问题。^①

六、中国与投资者—国家争端解决机制（ISDS）规则修订和改革

（一）ISDS 规则修订和改革进展

1. ICSID 仲裁规则修订

国际投资争端解决中心（ICSID）于2016年10月正式启动了ICSID仲裁规则的修订工作，这是其继1984年、2003年和2006年后第四次进行仲裁规则的修订，也是迄今为止最广泛的一次修订。此次修订旨在对该规则进行精简并使之现代化，减少程序时间和费用，利用新技术减少案件对环境的影响，以及保持国家和投资者利益之间的平衡。目前，ICSID收到了广泛的建议，包括：提高进行程序及其结果的透明度，披露第三方资助，要求仲裁员、调解员、调停员和临时委员会成员作出更多的独立性和公正性声明，通过使用快速仲裁规则为当事人提供加速程序的选项。在各国和公众广泛协商与讨论的基础上，目前为止，ISDS改革的主要成果包括在不同阶段拟制而成的四份工作文件。

2018年8月，ICSID在第一版工作文件（Working Paper #1: Proposals for Amendment of the ICSID Rules）中公布了对规则的第一套完整的规则修订建议，其主要内容包括提高仲裁效率、新增仲裁通用规则、披露第三方资助、改进仲裁员回避制度、增加仲裁透明度、完善临时措施制度。

^① 请参见商务部网站以及新闻报道：<http://www.mofcom.gov.cn/article/resume/dybg/201907/20190702884335.shtml>，最后访问时间：2020年7月7日；<https://www.tfzx.net/article/1911696.html>，最后访问时间：2020年7月7日。

2019 年 3 月，ICSID 发布了第二版工作文件（Working Paper #2: Proposals for Amendment of the ICSID Rules）。文件中包含了一些旨在减少仲裁的时间和费用的举措，例如当事人可以选择速裁程序、默认使用电子文档以及加强仲裁庭对案件的管理。提案还涉及规则修订工作开展以来各国、法律专业人士和其他利益相关方提出的一系列议题，其中包括透明度问题、第三方资助披露问题、仲裁员的独立性和公正性问题。

2019 年 8 月，ICSID 发布了第三版工作文件（Working Paper #3: Proposals for Amendment of the ICSID Rules）。工作文件三延续了前两份工作文件的内容，包含了更新的仲裁、协商、调解和事实调查规则草案，以及关于拟议修订理由的评论。

2020 年 2 月，ICSID 发布了第四版工作文件（Working Paper #4: Proposals for Amendment of the ICSID Rules）。该文件包含了在 2019 年 8 月发布的上一份工作文件中的增加部分，包括在 2019 年 11 月与 ICSID 成员国进行为期一周的磋商期间交换的反馈。

上述文件展现了 ICSID 致力于完善 ISDS 的努力，但从总体上来看，修订提案更大程度上是对现有规则的局部调整，而非系统性、全面性的改革。

2. 贸法会 ISDS 改革

联合国国际贸易法委员会（贸法会）一直致力于各种国际商业规则的协调和现代化。继《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》及《毛里求斯透明度公约》出台后，2017 年，贸法会第三工作组正式就投资人与国家间争议解决制度的可能改革展开了讨论。在 2019 年，第三工作组总共召开了两届关于 ISDS 改革的专题会议。

依据贸法会大会的要求，ISDS 改革进程分为三个阶段。第一阶段是对于 ISDS 现状进行分析，以总结当前 ISDS 的主要不足之处；第二阶段则探讨是否存在对于 ISDS 进行改革的必要；第三阶段则是，如果认为有必要改革现行 ISDS 体制，则提出可行的解决路径。^① 总体而言，贸法会的 ISDS 改革进程应当由成员国主导，以充分反映成员国的关注。到目前为止，第一阶段和第二阶段均已经完成。成员国认为，当前的 ISDS 体制存在重大缺陷，有必要对其进行改革。贸法会总结了改革的主要方面包括：

^① 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 17 号》(A/72/17)，第 264 段。

设立多边咨询中心
设立独立的上诉机制 / 常设机构
设立独立的多边投资法院（含一审及上诉机制 / 常设机构）
改进仲裁员遴选及回避的规定
强化仲裁员行为准则
加强条约缔约方（对条约解释等）控制
增强国家对仲裁程序的参与（如设立相关机制）
加强仲裁替代解决方案（调解、谈判等）
强化使用当地救济
加强关于早期驳回等程序改进
平行程序、投资者损失索赔、国家反请求等
快速程序
仲裁费用的分担与担保
加强仲裁程序的效率的降低费用的手段与工具
第三方资助问题

到目前为止，贸法会第三工作组已经召开了多次会议：

- 第 34 届会议于 2017 年 11 月 27 日至 12 月 1 日举行，会议充分审议了关于仲裁程序、透明度、其他程序以及结果的协调性和一致性的关切。
- 第 35 届会议于 2018 年 4 月 23 日至 27 日举行。工作组进一步讨论了投资争议解决结果的协调性和一致性问题，并形成了关于可能解决办法的初步意见。工作组还对涉及投资争议解决程序指定仲裁员和裁定人以及道德要求的关切进行了审议。最后，工作组审议了国家、投资人和公众对于投资争议解决的理念问题。
- 第 36 届会议于 2018 年 10 月 29 日至 11 月 2 日举行，工作组着手审议了与投资争端法庭仲裁裁定缺乏一致性、连贯性、可预测性和正确性有关的关切、与仲裁员和裁定人有关的关切以及与投资争端案件费用和延续时间有关的关切。
- 第 37 届会议于 2019 年 4 月 1 日至 5 日举行，会议专门讨论了：（一）审议就第三方资助所涉关切进行改革是否可取；（二）确定任何其他关切

事项；（三）作为履行其第三阶段任务的一部分，审议可促进拟制订的工作计划的现有选项以及就工作计划提出的建议。

- 第 38 届会议于 2019 年 10 月 14 日至 18 日举行，会议主要讨论的改革主题包括：设立投资争端咨询中心、制定投资争端法庭成员行为守则以及第三方资助。2020 年 1 月 20 日至 24 日举行了第 38 届会议续会，讨论了上诉机制、投资法庭、仲裁员遴选和指定等改革方案。

（二）中国关于 ISDS 改革的建议及应对

中国已成为双向投资大国，尤其随着“一带一路”倡议的推进，我国对外投资的趋势在日益增强，涉华投资争端数量亦在日益增长，中国的身份正从传统意义上的东道国开始向投资母国转变。当下的中国不仅要“走出去”“走进去”“走上去”，更要“回得来”，有必要考虑增进自身利益并兼顾各方关切，因此就必须对潜在的投资争端解决问题予以高度关注和预先准备。这不仅是解决潜在争端的必要准备，同时是 ISDS 机制变革背景下国际投资法领域构建中国话语权的必由之路。我国在参与 ISDS 机制的改革过程中，应准确把握自身定位，全面审视现有国际投资规则与国内的关系，在各种利益价值之间做好取舍与安排，向国际社会提供一份真正具有中国特色的、符合中国利益的中国方案。在 ISDS 改革方面，我国积极参加了 ICSID 规则改革贸法会第三工作组的讨论的相关工作。

2019 年 7 月，中国政府向贸法会第三工作组提交了关于 ISDS 改革的立场文件。此份文件比较系统地阐述了中方对于 ISDS 机制的看法和建议，也体现了中国对改革中热点问题的关注。立场文件共分为四个部分。

第一部分介绍了此份立场文件的背景情况。中国认为 ISDS 机制对于保护外国投资者权益、促进跨国投资，乃至国际投资治理的法治化建设发挥了重要作用，因而总体上是一个值得维护的机制；中国欢迎第三工作组关于 ISDS 机制的改革动议，中国政府一直坚定奉行多边主义，积极促进“一带一路”国际合作，推动建设开放型世界经济，秉持共商共建共享的全球治理观，推动建设相互尊重、公平正义、合作共赢的新型国际关系。

第二部分列举了 ISDS 机制存在的主要问题。中国认为，需要重点关注的问题包括：仲裁裁决缺乏合适的纠错机制；仲裁裁决缺乏稳定性与可预期性；仲裁员的专业性与独立性受到质疑；第三方资助影响当事方权利平衡；期限冗长和成本昂贵。

第三部分列举了中国提出的主要改革要素。中国认为，此次改革应当弥补现行投资争端解决机制的主要缺陷，促进国际投资领域的法治化进程。改革方案既要维护东道国的合法监管权，又要保护投资者权益，增强争端当事方对投资者与国家间争端解决机制的信心。中国对完善 ISDS 机制的可能方案持开放态度，为此，目前可以考虑的方案包括但不限于以下方面：

1. 设立常设上诉机制，并明确相应程序、机构和人员。
2. 保留当事方指定仲裁员的权利。
3. 完善与仲裁员有关的规则，包括仲裁员的资质、遴选和回避程序等。
4. 采用替代性争端解决措施，积极探索建立更加有效的投资调解机制。
5. 纳入仲裁前 3 个月至 6 个月的磋商程序，明确磋商主体为投资者和东道国的中央政府，并将磋商规定为双方的强制性义务。
6. 规定第三方资助的透明度纪律。相关方应持续披露有关资助情况，避免仲裁员和第三方资助者之间发生直接或间接的利益冲突。如未履行披露义务，应明确相关方承担的法律后果。

第四部分提出了中国对推进第三工作组工作进程的建议，中国支持各成员国在贸法会项下通过多种方式推进改革进程，也支持贸法会与其他国际组织就此问题进行合作，并认为贸法会第三工作组同时考虑所有问题和解决方案建议是一个能够兼顾各方需求的务实安排，但需要在程序上保留一定灵活性，避免忽视部分重要的改革方案建议。

立场文件反映了中国对于 ISDS 改革的支持立场和积极态度，其聚焦的几个问题及解决方案与 ISDS 的改革重点（即裁决的一致性，仲裁员的独立性与公正性，透明度以及诉讼费用和期限等）相吻合。

此外，中国政府也积极参与了 ICSID 仲裁规则的修订。除派代表团参与 ICSID 的成员国大会及地区性会议外，也对修订提案的具体条款做出过评析和建议，其中部分观点已被更新后的工作文件所采纳。例如，关于合并仲裁请求问题，ICSID 在第一版工作文件（*Working Paper #1*）中纳入了由仲裁庭下令进行的强制合并规定（AR 38 之二），这一规定在第二版（*Working Paper #2*）和第三版（*Working Paper #3*）工作文件中已被删去，仅保留了自愿合并。这与中方的意见是一致的。在披露第三方资助的范围方面，现行的修订提案中仍然保留了有限披露的原则，这与中国所坚持的强制而广泛披露的立场有一定区别，此类问题有待进一步观察和研究。

七、中国仲裁机构、仲裁员和律师参与投资仲裁

（一）中国仲裁机构积极开拓投资仲裁暨北仲《国际投资仲裁规则》

近年来，中国仲裁机构积极开拓国际投资仲裁业务。2019年的标志性事件是北京仲裁委员会（北仲）于2019年发布了《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》（《北仲规则》）。此外，中国国际经济贸易仲裁委员会（贸仲）于2019年牵头成立了“中国国际投资仲裁常设论坛”^①，并举办了首届“贸仲杯国际投资仲裁赛”^②。北仲和贸仲还分别与国际商事仲裁理事会（ICCA）合办了ISDS机制改革研讨会和投资仲裁实务问题研讨会。^③下文简要介绍《北仲规则》的内容和特点。

1. 《北仲规则》的主要内容

《北仲规则》包括正文和六个附录。正文共六章、54条。六个附录分别是收费表、建议时间表、快速程序、紧急仲裁员程序、上诉程序规则及适用《贸法会仲裁规则》程序指引。

第一章为“一般条款”，本章规定了仲裁机构、适用范围、放弃豁免和异议以及仲裁参与各方的行为准则等内容。

第二章为“启动仲裁”，本章规定了仲裁通知、对仲裁通知的答复和合并仲裁等内容。

第三章为“仲裁庭”，本章规定了仲裁员的资质要求、指定或选定仲裁员、仲裁庭的组成、仲裁员的披露义务、回避及替换、仲裁庭秘书等问题。

第四章为“仲裁程序”，本章包括对仲裁程序的一般规定、通程序及特殊程序。其中通程序包括工作程序和一览表、仲裁地、仲裁语言、代理人、

① 该常设论坛由贸仲和西安交通大学法学院倡议发起，联合厦门大学法学院、武汉大学法学院、复旦大学法学院、对外经贸大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学国际法学院等六家高校和中伦律师事务所、环中律师事务所、环球律师事务所、瑛明律师事务所等四家律所共同创办。见中国贸促会网站：http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4132/2019/0225/1130307/content_1130307.htm，最后访问时间：2020年7月7日。

② 见中国贸促会网站：http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4132/2019/0225/1130304/content_1130304.htm，最后访问时间：2020年7月7日。

③ 分别见中国贸促会网站：http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4132/2019/0522/1168687/content_1168687.htm，最后访问时间：2020年7月7日；北仲网站：www.bjac.org.cn/news/view?id=3451，最后访问时间：2020年7月7日。

书面陈述、开庭审理、缺席审理、证据、证人、仲裁庭指定的专家、仲裁程序的中止、撤回请求和撤销案件、审理终结等内容，特殊程序包括管辖权异议、先期驳回、临时措施和紧急仲裁员、第三方陈述、调解、第三方资助等内容。

第五章为“仲裁裁决”，本章包括关于适用法律规则的规定，并依次对仲裁裁决的作出、和解、裁决的更正和解释、补充裁决以及裁决的上诉等作出了规定。此外还包含了关于仲裁费用的规定。

第六章为“最终条款”，本章对送达和期限、仲裁透明度、免责、规则的解釋、规则的正式文本及规则的生效日期等作出规定。

2.《北仲规则》的特色和创新

较之于当前的国际投资仲裁规则，《北仲规则》在多个方面体现了特色和创新，主要包括以下：

一是兼容机构仲裁和临时仲裁。规则的主体部分是机构仲裁，即北仲作为仲裁机构依照规则受理依据投资条约、投资协议等提交仲裁的国际投资争端。同时，规则第2条和附录六对北仲受理适用《贸法会仲裁规则》的仲裁和为适用《贸法会仲裁规则》的临时仲裁提供仲裁管理服务制定了程序指引。

二是引入纠错机制，增强裁决的正确性和一致性，尤其是上诉机制。目前，无论是ICSID仲裁撤销机制还是《纽约公约》的仲裁裁决审查机制（适用于非ICSID投资仲裁）一般只允许对于仲裁程序问题进行审查。这导致裁决的实体错误难以得到纠正，影响裁决的一致性和可预见性。上诉机制被认为是完善投资仲裁“纠错”机制和增强投资仲裁裁决一致性的有效方式之一。近年来，欧盟与一些国家缔结的投资协定已纳入上诉机制；贸法会目前正在审议的投资争端解决机制改革议题也已将上诉机制作为重要议题。目前尚无专门性投资仲裁规则对上诉机制作出明确规定。规则首次引入了上诉机制，为国际投资仲裁纳入上诉机制探索路径。规则的上诉机制的核心在于任择性和限定性。首先，上诉程序并非强制，只有在各方当事人均同意的情况下方可提起，时间与经济成本由当事人承担。其次，上诉事由仅可基于法律适用或解释错误、明显且严重的事实认定错误或缺乏管辖权而提起，既可发挥纠错作用，又防止被当事人滥用。上诉机制不影响可适用的裁决撤销机制。除上诉机制外，规则还要求仲裁庭将裁决稿发送给当事人，当事人可以就裁决稿的特定方面发表评论意见。这在一定程度上也可起到纠错的作用。

三是提高仲裁效率，降低仲裁费用。时间长、费用高是现行投资仲裁机制

受到诟病的重要方面。规则多方面提高仲裁效率、降低仲裁费用。第一，对于普通程序，规则要求仲裁庭原则上应当在组庭后 24 个月或 30 个月（后者适用于分阶段审理的案件）内作出裁决（第 19 条）。附录二还拟订了仲裁程序的建议时间表，对每个阶段提出了建议的最长期限。第二，规则允许将管辖权异议作为先决问题分阶段审理，并规定了先期驳回程序，以减少不必要的仲裁费用支出。第三，规则引入了快速程序（第 38 条和附录三），明显加快仲裁程序，显著减少仲裁费用。第四，规则规定仲裁文件原则上均以电子送达作为送达方式（第 49 条），将节省双方当事人大量时间，并体现环保理念。第五，确定合理的投资仲裁案件登记费、管理费收费标准和仲裁员报酬标准。值得说明的是，规则尽量缩短组庭后各阶段的期限，但对于组庭前的期限则相对宽松。例如，对于被申请人对仲裁通知的回复仅规定了最低限度的必备内容（主要是被申请人的联系方式等信息）（第 6 条），仲裁当事人有 60 天时间选定仲裁员（第 10 条），一方当事人未能如期选定仲裁员时仲裁机构并不会立即并主动指定仲裁员（须待另一方当事人提出请求后才可指定）等。这些规定给作为被申请人的国家提供了较充足的时间来评估案件、选定代理人和仲裁员。

四是适当增强投资仲裁的透明度。透明度不足是投资仲裁受到批评的重要原因。目前，国际社会对于增强投资仲裁透明度达成了一定共识。特别是贸法会于 2014 年通过了《贸法会透明度规则》，并通过《毛里求斯公约》扩展其适用范围。规则在透明度问题上也有所创新。一方面，规则就庭审公开（第 24 条）、第三方参与仲裁（第 36 条）和仲裁裁决等重要文件的公开（第 50 条第 2 款）等具体问题做了直接规定。另一方面，规则也允许当事人通过仲裁协议（表现为投资条约、投资协议等形式）约定仲裁程序的公开程度，允许当事人协商决定适用《贸法会透明度规则》（第 50 条第 1 款）的相关规定，以进一步提升透明度。

五是对仲裁员的资质和行为准则提出了更高要求。投资争端案件的裁判者应具备何种资质和应遵循何种行为准则是国际社会对于现行投资争端解决机制的重点关切之一。欧盟为此提议设立常设投资法庭，贸法会也开始对此进行讨论。作为机构仲裁规则，规则在可能的范围内对仲裁员的资质和行为准则提出了相对较高的要求。例如，规则要求仲裁员应具备公认的法律知识（特别是国际公法知识）、仲裁员必须有充足的时间和精力审理案件等（第 8 条）。

此外，规则对于第三方资助等其他问题专门做出了规定，以回应国际社会的关切。值得一提的是，与 ICSID 规则修订提案相比，本规则进一步扩大了第三方资助需要披露的范围（第 39 条第 2 款），即要求充分披露第三方资助是否曾承诺承担对该方当事人不利的费用责任，并专门提及了针对“实际控制人”的披露。

（二）中国国民担任投资仲裁案件仲裁员 / 撤裁委员会委员的情况

根据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（1965 年《华盛顿公约》）第 12 条、第 13 条，ICSID 设立仲裁员名册，每个缔约国可指派至多 4 名仲裁员和至多四名调解员，ICSID 行政理事会主席可指派 10 名仲裁员。根据公约第 14 条，受指派人员应具有高尚的道德品质，并且在法律、商务、工业或金融方面有公认的能力，他们可以被信赖作出独立的判断。对列入仲裁员名册的人员而言，在法律方面的能力尤其重要。

作为 ICSID 成员国，在最新一批名单中，中国指派了香港特别行政区律政司司长郑若骅（Teresa CHENG）女士、贸仲副秘书长李虎、北京环中律师事务所合伙人王雪华律师、北京张玉卿律师事务所主任张玉卿律师担任仲裁员，指派了外交学院卢松教授、西安交通大学单文华教授、对外经贸大学法学院院长石静霞教授、澳门科技大学法学院院长曾华群教授担任调解员。^①此外，清华大学张月姣教授受理理事会主席指派列入仲裁员名册。^②

2019 年度，张月姣教授在 Victor Pey Casado and President Allende Foundation 诉智利案^③的第二轮撤裁程序中担任撤裁委员会委员，该案件第二轮撤裁委员会于 2017 年 12 月组庭，于 2020 年 1 月做出决定驳回撤裁申请。随后，张月姣教授被指派为 InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others 诉西班牙案^④撤裁委员会委员。目前，此案尚处于撤裁程序审理阶段。

^① 请参见 ICSID 官方网站：<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/MembershipStateDetails.aspx?state=ST30>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

^② 请参见 ICSID 官方网站：<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/arbitrators/ViewProfile.aspx?cvid=2296>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

^③ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2)。

^④ InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/12)。

此外，郑若骅女士曾经先后参与过 10 起 ICSID 仲裁案件，分别担任首席仲裁员或撤裁委员会委员。^① 在此之前，厦门大学陈安教授曾参与过 Bernhard von Pezold and Others 诉津巴布韦案和 Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited 诉津巴布韦案。^② 复旦大学陈治东教授参与了 Carnegie Minerals (Gambia) Limited 诉冈比亚案。^③

从公开信息来看，目前尚无中国籍人士以仲裁员或撤裁委员会委员的身份参与非 ICSID 投资仲裁案件审理。

（二）中国律师担任投资仲裁案件代理律师的情况

公开信息显示，以下两家中国律师事务所担任了国际投资仲裁案件的代理律师：一是环球律师事务所目前正在德国海乐公司诉中国案中担任中国政府代理律师，该案件于 2017 年立案，目前尚在审理中；二是中伦律师事务所代理中国政府参与了两起投资仲裁案件，分别为韩国安城公司诉中国案（该案于 2014 年立案，2017 年审结）和英国国民宋宇诉中国案，值得关注的是，中伦律所是中国政府在宋宇案中的唯一代理律所。

① 郑若骅律师参与的案件包括：2017 年，ENERGO-PRO a.s. 诉保加利亚 (ICSID Case No. ARB/15/19)，担任首席仲裁员（2018 年辞去职务）；2017 年，Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. 诉西班牙 (ICSID Case No. ARB/13/36)，担任撤裁委员会委员（2018 年辞去职务）；2016 年，Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) 诉罗马尼亚 (ICSID Case No. ARB/15/31)，担任首席仲裁员（2018 年辞去职务）；2014 年，Total S.A. 诉阿根廷 (ICSID Case No. ARB/04/1)，担任撤裁委员会委员；2014 年，H&H Enterprises Investments, Inc. 诉埃及 (ICSID Case No. ARB/09/15)，担任撤裁委员会委员；2013 年，EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. 诉阿根廷 (ICSID Case No. ARB/03/23)，担任撤裁委员会委员；2013 年，Rafat Ali Rizvi 诉印度尼西亚 (ICSID Case No. ARB/11/13)，担任撤裁委员会委员；2012 年，Impregilo S.p.A. 诉阿根廷 (ICSID Case No. ARB/07/17)，担任撤裁委员会委员；2012 年，El Paso Energy International Company 诉阿根廷 (ICSID Case No. ARB/03/15)，担任撤裁委员会委员；2011 年，Bawabet Al Kuwait Holding Company 诉埃及 (ICSID Case No. ARB/11/6)，担任首席仲裁员。

② Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/15)；Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe (ICSID Case No. ARB/10/25)。

③ Carnegie Minerals (Gambia) Limited v. Republic of The Gambia (ICSID Case No. ARB/09/19)。

八、结语和展望

2019 年是中国在缔结投资条约取得重大进展的一年，也是中国外商投资立法史上具有划时代意义的一年。在这一年里，已公开的中国政府被诉案件数量增加 1 起、中国企业起诉案件增加 1 起（但很快就终止程序），同时，德国海乐诉中国案继续推进实体程序，Sanum 诉老挝（一）案公布了仲裁裁决。在这一年里，中国政府积极参与贸法会 ISDS 改革和 ICSID 仲裁规则修订，北仲发布了专门的投资仲裁规则，中国籍仲裁员和中国律师更多地参与了投资仲裁案件的审理或代理。

2020 年，我们期待中国缔结投资条约取得新的进展，包括中欧投资协定谈判能够取得突破性进展，RCEP 协定能够顺利签署等，也期待中国与相关国家能够着手对早期签订的一些 BIT 进行修订，提升投资保护水平。投资仲裁案件方面，我们注意到近期公开了新的一起外国投资者诉中国政府的案件，^①某些正在酝酿的中国投资者与外国政府之间的纠纷^②也有可能于 2020 年正式被提交仲裁。特别是受新冠疫情及相关抗疫措施的影响，投资者与东道国之间的一些旧矛盾可能激化、新冲突可能涌现，因此不排除仲裁案件数量明显增加的可能性。我们期待也相信，随着《外商投资法》及其配套法规的实施，中国投资环境的法治化、稳定性和透明度将继续提升，包括投诉协调在内的国内争议解决途径将化解大部分潜在投资争端。我们更期待中国的仲裁机构、仲裁员和律师能够更加深度地参与投资仲裁。我们应当正视能力上的差距，同时也相信经过努力，中国的机构和个人可以逐步接近投资仲裁的舞台中央，为维护中国国家利益和中国投资者正当权益，也为国际投资的法治化贡献更大力量。

① 见常设仲裁法院网站：<https://pca-cpa.org/en/cases/241/>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。

② 例如，某矿业公司于 2020 年 4 月 27 日公告，巴布亚新几内亚政府日前决定不批准该公司持有权益的波格拉金矿特别采矿权的延期申请，见 <http://www.zjky.cn/upload/file/2020/04/27/fa993b2060304d989e8a9bc783b501a7.pdf>，最后访问时间：2020 年 7 月 7 日。