

论中非投资双边协定中的“岔路口条款”

刘淑萍, 陈鑫源

浙江省金华市婺城区浙江师范大学, 浙江 金华 321000

摘 要 : 近年来, 非洲投资争端解决机制发生了重要变革, 尤其是在非洲大陆自由贸易区 (AfCFTA) 框架推动下, 传统的“双边投资协定” (BITs) 中的“岔路口条款”面临失效风险。相比之下, AfCFTA 推出了更加灵活和多元的争端解决机制 (AfCFTA-DSM)。在中非前代 BIT 即将大规模失效的背景下, 本研究建议根据中非各国投资前景和贸易往来差异, 针对特定重要国家, 引入专门法院客观审理或联合仲裁中心速裁二择一的新岔路口条款, 并以替代性争议解决方式为补充。对于其他国家, 可在原有岔路口条款基础上, 考虑引入弃权条款, 并明确解释原则, 构建适应新背景下的中非投资协定争端解决机制。

关 键 词 : 岔路口条款; AfCFTA; BIT; 投资争端; 平行程序

On the "Crossroad Clauses" in China-Africa Bilateral Investment Treaties

Liu Shuping, Chen Xinyuan

Zhejiang Normal University, Jinhua, Zhejiang 321000

Abstract: In recent years, significant changes have occurred in the dispute resolution mechanisms for African investments, especially under the framework of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA). As a result, the "crossroad clauses" in traditional Bilateral Investment Treaties (BITs) face the risk of becoming obsolete. In contrast, AfCFTA has introduced a more flexible and diverse dispute resolution mechanism (AfCFTA-DSM). In the context of the imminent large-scale obsolescence of China-Africa predecessor BITs, this study suggests introducing a new "crossroad clause" for specific important countries, based on their investment prospects and trade relations. The new clause would allow the choice between specialized courts or expedited arbitration centers. Alternative dispute resolution (ADR) methods should be included as supplements. For other countries, based on the existing crossroad clauses, a waiver clause should be considered, along with clearly defined interpretation principles, to construct a dispute resolution mechanism for China-Africa investment agreements adapted to the new context.

Keywords: "Crossroad Clauses"; AfCFTA; BIT; investment disputes; parallel procedures

一、案情简介与问题引出

Alashmawy 于1988年在美国加州注册成立了 H&H Enterprises Investments 公司 (以下简称“申请人”), 并于次年注册了子公司^[1]。1989年4月10日, 申请人以一页纸的形式向埃及大酒店时任主席提出购买其管理的 El Sokhna 酒店及其周边土地的建议, 得到了主席的同意。随后, H&H 公司与埃及大酒店签订了《管理和运营合同》(简称“MOC”), 并增补了一份附录, 内容涉及开发、运营和管理位于苏伊士湾的度假村。1990年, 申请人邀请两位合伙人共同成立了 HA&H 旅游和度假村公司, 以开发和运营该度假村。2009年, 埃及政府将 H&H 公司逐出度假村, 并拒绝承认其购买度假村物业的选择权。2009年7月17日, 申请人向 ICSID 提交了本次诉讼。被申请人主张, 本案仲裁庭不具备管辖权, 因《美国-埃及双边投资条约》第7条触发了岔路口条款, 禁止再次将同一争议提交国际仲裁。国际投

资仲裁实践中, 最早在“Victor Pey Casado v. Chile”案中, 仲裁庭提出了“三重同一标准” (Triple Identity Test), 即标的、诉因和主体均相同。本案中, 仲裁庭指出, 申请人在埃及开罗法院提起的合同索赔和本次依据 BIT 提出的索赔, 均源于购买期权和 MOC, “这些索赔已在开罗法院的裁决中解决”。此外, 仲裁庭明确指出, 《美国-埃及双边投资条约》第7条并未明确要求在援引岔路口条款时, 必须采用“三重同一标准”。申请人提出以“三重同一标准”作为检验岔路口条款适用的原则, 是基于对过往仲裁判例的分析, 而非 BIT 的书面规定。因此, 仲裁庭最终采取“根本依据” (fundamental basis) 标准, 认为对本案不再具有管辖权。

本案对“三重同一标准”的适用提出了质疑, 并对以岔路口条款为代表的非投资争端解决机制的有效性提出了疑问。“岔路口”机制为何兴起、发展、衰退并最终被取代, 以及中国如何在未来构建适合非洲投资的争端解决框架, 这些问题仍待进一步探

作者简介:

刘淑萍 (2003.07-), 女, 汉族, 四川省广元市人;

陈鑫源 (2003.10-), 男, 汉族, 浙江省台州市人。

讨和解决。

二、“岔路口条款”的应用：早期实践与争议

“岔路口条款”（Fork-In-The-Road Clause），即当纠纷发生后，投资者矗立在有多条救济方式的路口，最终只能选择一条“岔路口”行进，以解决其纠纷，从一而终，不得更改。该条款确立之初衷，在于平衡投资者背后所代表的发达国家利益，与东道国所代表的发展中国家利益。^[2]

（一）“岔路口条款”的早期应用

晚近以来，在经济全球化的浪潮之下，各国经济交互加深，外国资本输入成为国家经济发展的外部动力。全球跨国投资的普遍化，意味着投资者与东道国的矛盾也将不断增多。非洲作为资源禀赋型国家，对外资的依赖程度高于其他国家和地区，加之非洲国家政治风险较高，投资者与非洲东道国的投资争端案件明显多于他国。1965年，ICSID 的设立为投资者与东道国投资争端的解决提供了一个第三方平台，“岔路口条款”作为国际投资条约争端解决机制中的重要内容，随着国际投资仲裁越来越多地为东道国所接受被普遍地订立在 BITs 中。

（二）“岔路口条款”的争议与实质失效

尽管岔路口条款在部分案件中发挥了作用，但在许多案例中，它限制了投资者的合法权益，影响了非洲及其他地区的经济合作。受多重因素影响，ICSID 仲裁实践表明，“岔路口条款”并未发挥其减少管辖权纠纷的作用^[3]。ICSID 未遵守“遵循先例”原则，进一步加剧了岔路口条款适用的不确定性，削弱了投资者对国际仲裁的信心^[4]。尤其是，东道国为保护司法主权，往往通过条约解释权将投资争端案件的管辖权掌控在本国法院内。

岔路口条款的实质性“失效”倾向，导致各国在新订立的双边投资条约中，存在将其废止的趋势。岔路口条款的“实质性失效”趋势已促使一些国家在新签订的双边投资条约中废止该条款。根据《世界投资报告（2023）》，国际投资协定的改革趋势加剧，2022 年终止的条约数量（58 项）超过新签订的数量（15 项）。近年来，在“非洲是非洲人的非洲”理念推动下，非洲国家的独立自主发展呼声日益增强，反对国际仲裁的情绪也在增加。厘清岔路口条款在中非合作中的未来走向，或许是解决中非投资争端的关键。

三、“岔路口条款”的扬弃：从 BIT 到 AfCFTA 的革新

在多年的投资往来与争议解决中，非洲国家在实践与理论中，对投资概念的澄清、待遇标准、保护标准、征收征用相关的程序问题、补救措施、国家投资法的发展提供了丰富的素材和事实依据，为制定完善 ICSID 仲裁规则以及国际投资法与人权法以及相关国际公法提供了重要动力^[5]。非洲国家也在此过程中，经济发展实现了从个体化走向一体化，从分散化走向集中化。在此基础上，投资争端解决机制也顺应了非洲本土化的需求，AfCFTA

舍弃了传统的“岔路口条款”，建立了一套相对规范的解决机制，实现了从 BIT 时代向 AfCFTA 时代的转变。

（一）BIT 时代的“岔路口条款”

“岔路口”条款的争议与质疑引起了广泛的实务界与学术界的讨论，讨论的浪潮深刻影响到了非洲主要国家的立法实践，并进而成为推动数年来“岔路口”条款与相关投资争端解决机制扬弃与革新的重要动力。

以南非为例，《中国—南非双边投资条约（1997）》第九条规定，争议双方只能在国内法院或国际仲裁庭中选择其一进行争端解决。该条款在《南非—津巴布韦双边投资条约（2009）》中有所延续，但稍有变化：双方可选择提交争议至投资所在国的法院、ICSID 或临时仲裁庭，且此选择为最终决定。

类似的情况，还出现在埃及、尼日利亚、肯尼亚等国家。此类改动反映了全球商业国际化的趋势，并迎合了对非投资者对争端解决机制改善的需求。应当指出，尽管“岔路口”条款已不再如中非第一代 BIT 时期那般流行，但其多年来对各国立法实践，以及国际仲裁实践的影响仍然存在。因此，随着《非洲大陆自由贸易协定》（AfCFTA）于 2018 年签署，非洲国家和国际投资者纷纷关注这一新框架，期待它为非洲投资和争端解决机制带来更多创新与机会。

（二）AfCFTA 时代，“岔路口条款”的扬弃

自 2012 年起，AfCFTA 的 24 个成员国通过一系列合作批准了非洲自由贸易区建设。2018 年 3 月 21 日，非洲各国承诺启动 AfCFTA，标志着大陆一体化的重大进展，2019 年 5 月 30 日正式生效。非洲自由贸易区现已成为全球最大的自由贸易区，涵盖 55 个非洲联盟成员国和 8 个区域经济共同体，目标是消除贸易壁垒、促进非洲内部贸易，尤其推动非洲经济各服务领域的增值生产贸易。这一自由贸易区有助于建立区域价值链，推动投资、创造就业机

会，促进工业化，并增强非洲的中长期竞争力。^[6]为实现 AfCFTA 的目标，成员国采取了更为多元化和本土化的立法视角，摒弃了以往的“岔路口条款”。AfCFTA 第 20 条第一项建立了独特的争端解决机制（AfCFTA-DSM）。首先是磋商阶段，争议方可优先寻求通过协商解决问题。若磋商失败，则进入裁定阶段，类似于 WTO 争端解决机制。裁定程序包括三个层级：争端解决委员会（DSB）、专家组和上诉机构。DSB 负责组建专家组并监督审查，专家组需在合理期限内完成审查，通常为 5 个月，特殊情况下为 1.5 个月；上诉机构负责审理小组报告的上诉，并最终作出裁决，DSB 的裁决为最终裁决。此外，AfCFTA-DSM 还提供了调解和仲裁方式，值得注意的是，仲裁只有在对方拒绝合作时才可作为解决途径，案件内容仍由 AfCFTA 管辖。

AfCFTA 的目标不仅面向缔约国，也吸引了包括中国在内的外部经济体。其核心任务是建立一个单一的大陆商品和服务市场，促进商人和投资自由流动，从而加速非洲经济共同体（AEC）的建设。对于中国投资者而言，尤其是在中非第一代 BIT 即将到期的背景下，理解 AfCFTA 的经济一体化进程和争端解决机制（AfCFTA-DSM）至关重要。

整体而言，非洲经济区域一体化是不可阻挡的历史潮流，其

潜在收益远远超过其风险，即便有批评与反对意见，顺应和支持非洲经济区域一体化仍然是在新形势下正确处理对非关系的重要前提和基础。在 AfCFTA 时代，中国如何面对同以往完全不同的新形势，新规定，新系统，如何同非洲在新的时代基础，法律基础上开展进一步的合作，已经成为摆在中国和非洲人民面前的重大课题。

四、“后岔路口条款”时代：面向未来的中非投资新框架

考虑到中非近年来的投资与贸易额的逐年上升，本研究主张依据投资发展前景与贸易往来情况，确定“岔路口条款”的取舍。对于有特别经济往来，无论是数量上或者范围上，以及有特别发展前景的国家或地区，可优先参考 AfCFTA 现有的法律框架，革新传统的“岔路口”条款，重新建构纠纷解决机制。相应的，对于经济往来较少，或不具有较好投资前景和投资状况的国家或地区，可遵循原有 BIT 约定，保留“岔路口条款”，但在“岔路口条款”的法律解释和适用问题上做具体约定，以更好维护双方权利，促进中非投资发展。

（一）“岔路口条款”应用难题的破解之道

第一，约定时应列明采用的解释原则。Alashmawy 案中，仲裁庭明确指出在适用《美国—埃及 BIT》时，条约中并未明确写出一定要适用“三重同一标准”，并以此驳回了申请人采用该标准的申请。以此为鉴，为了避免管辖权不确定性的增加，在新订立的 BITs 中，可以明确添加适用“三重同一”标准或基本依据标准^[7]。因国际投资仲裁机制中缺少上诉机制，仲裁结果往往是一裁终局，以及投资者切实存在的弱势地位，建议以“三重同一”标准为适用标准，可以在其后添加类似于弃权条款的补充，“国内法院或国际仲裁最终结果只能承认并申请执行其中之一”。

第二，考虑多元争端解决机制下的弃权条款问题。弃权条款要求投资者在选择国际仲裁时，明确放弃在国内法院提起关于征收、税收等事项的诉讼。这一条款的核心目的是防止平行程序、多重救济及避免国家陷入过度诉讼^[8]。《北美自由贸易协定》（NAFTA）第十一章“投资”便首度引入了这一条款，后续的 USMCA（《美墨加协定》）第十四章“投资”附件 14-D 对其进行了改进。

（二）应对“岔路口”适用难题：借鉴 AfCFTA

我国可尝试在即将订立的新一代 BIT 中建构以在专门法院客观审理，或联合仲裁中心速裁之间二择一的新岔路口条款，以替代性争议解决方式为补充的新中非投资争端解决机制，以应对在过往“岔路口条款”相关适用的难题。

第一，建立仲裁中心纠纷速裁机制。首先，建议以中非合作论坛为框架，推动中非联合仲裁中心（CAJAC）作为中非投资争端解决的主要机构^[9]。CAJAC 自 2015 年成立以来积累了丰富的商事争议和经贸纠纷仲裁经验。该中心能够在中非之间处理投资争端，充分利用中非双方在文化、社会、政治等方面的优势，提供专业化、细致化的仲裁服务。其次，制定中非联合仲裁中心的仲

裁规则。可借鉴中非与其他非洲国家开展经济往来的经验，结合国际仲裁规则，强调中立仲裁原则。在人员选任方面，仲裁员应具备双语能力、精通两国法律，并拥有丰富的从业经验，由两国分别选派等额仲裁员^[10]。此外，考虑到 AfCFTA 框架下仲裁裁决一裁终局的规定，可增设例外条款，允许在程序或实体明显不当时启动诉讼程序，从而改进传统的“岔路口条款”，以适应中非投资新格局，以平衡司法资源节约与当事人权利保障。

第二，建立专门法院客观审理机制。为更好解决投资争端，我国可借鉴阿拉伯投资法院和欧盟投资法院的先进制度，推动与非洲国家签订新一代 BIT，并在两国外交及司法部门的领导下，设立专门法院或通过中非论坛机制设立专门法庭，专门处理投资者与国家之间的争议。在专门法院的具体制度设计方面，本研究作出构想如下：首先，专门法院应实行一审终审制。^[11]在一审终审制前提下，法院为常设机构，资金由中非协定下的专门基金提供支持。法院人员选任遵循“公开、公正、透明”原则。其次，可借鉴 AfCFTA-DSM 的法律框架，赋予当事人上诉权。具体而言，设立一个专门的审判监督委员会，成员由缔约国选出，选任标准不低于专门法院大法官，委员会成员应为偶数，以保证更具说服力的表决意见。委员会审理上诉案件后，出具报告意见书，意见为最终裁决。再次，专门法院实行合议制审理，避免单独审判，合议庭成员人数不低于 5 人、不超过 9 人，具体人数根据案件影响和标的金额确定。

第三，引入更多的替代性争议解决机制。首先，可借鉴 AfCFTA-DSM，建立强制性磋商程序，作为“用尽当地原则”之后的前置措施之一。该强制磋商程序，前置于可供选择的其他投资争议争端解决方式。其次，在正式审理前，法院或仲裁机构应组织当事人进行调解。若一方拒绝调解或无法达成协议，才可进入正式审理程序。如果一方拒绝调解，法院应提供书面通知，并在 5 日内送达双方，说明拒绝调解的理由。

五、结论

过去几十年，随着全球投资流动加速与区域一体化进程推进，非洲的投资争端解决机制发生了显著变化。尤其是 AfCFTA 的设立，为非洲各国革新传统的“岔路口条款”提供了契机，推动了更加符合区域实际与经济需求的争端解决框架的构建。传统的“岔路口条款”在 BITs 中曾广泛存在，但其带来的管辖权不确定性和案件处理效率问题，引发了广泛的争议。

近年来，AfCFTA 作为非洲一体化的重要标志，推行的多元化、灵活化争端解决机制已逐步替代传统 BIT 中的“岔路口条款”，为非洲的投资环境注入了新的活力。非洲在经历了从“岔路口条款”到 AfCFTA 时代的转变的过程中，推动了投资法律框架的本土化与多元化。本研究基于中非具体实际，结合 AfCFTA-DSM 的制度设计，主张以投资发展前景和投资贸易往来情况作为区别制定和适用不同 BIT 的依据，进而在不同的 BIT 中因地制宜，针对性地面对面临失效危机的“岔路口条款”进行革新和再发展，使其符合新时代下的中非投资活动的正常开展与争端解决。

应当承认的是，本研究所提出的对策系结合当前状况的预测性对策，由于研究材料和数据有限，所提出的对策效果可能不能够达到预期。

中非投资争端解决机制的改革不仅是全球经济一体化进程的必然产物，也是非洲国家提升竞争力与吸引外资的战略选择。随

着 AfCFTA 框架的持续发展，非洲将在全球投资治理体系中发挥越来越重要的作用，为全球投资者提供更加稳定、公正的投资环境。中国投资者应根据这一新形势及时调整投资策略，以应对未来可能带来的风险与挑战。

参考文献

- [1] H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt, Case Number ICSID Case No. ARB/09/15, April 20, 1998
- [2] 栗瑶. 投资条约中岔路口条款的适用分析——以 Pantechniki v. Albania 案为例 [J]. 法制与社会 .2015 (04):275-277.
- [3] 贺旭红, 郭翠萍. ICSID 管辖权的扩大及应对 [J]. 经济问题 .2016(4):9-10.
- [4] 贺旭红, 郭翠萍. ICSID 管辖权的扩大及应对——以“一带一路”战略为视角 [J]. 经济问题 .2016 (04):9-10.
- [5] Olabisi D Akinkugbe, Reverse Contributors? African State Parties, ICSID and the Development of International Investment Law , ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 34, Issue 2, Spring 2019, Pages 434 - 454, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz010>
- [6] 马汉智. 非洲大陆自贸区建设与中非合作 [J]. 国际问题研究 ,2021 ,(05):118-137.
- [7] Vandevelde, Kenneth J.. A Treatise on the Role of National Courts in International Investment Arbitration. University of Chicago Press, 2018.
- [8] Galan, Paul. The Impact of Waiver Clauses in Investment Dispute Resolution. Oxford University Press, 2020.
- [9] 彭先琦. 中国在尼日利亚投资争端解决机制的困境与突破——以“中山富诚案”为例 [J]. 非洲研究 ,2023,20(01):184-203+236-237.
- [10] Bermann, G. A., et al. (2015). International Commercial Arbitration: A Guide for Practitioners. Oxford University Press.
- [11] 杜涛. 从“海乐·西亚泽诉中国案”看投资者与国家争议解决中当地诉讼与国际仲裁的竞合问题 [J]. 经贸法律评论 .2019 (03):145-147.