



## 哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 136 2014 年 12 月 8 日

总编辑: Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

执行编辑: Adrian P. Torres ([adrian.p.torres@gmail.com](mailto:adrian.p.torres@gmail.com))

### 中加非互惠性 BIT 协定：美欧是否效仿？

Gus Van Harten\*

中加双边投资协定（BIT），这一自 2012 年签订后延宕两年最终于 2014 年 9 月 12 日被加拿大批准的投资协定，为中国、加拿大和其他国家未来的投资谈判提供了有益参考。

中国的优势源于中加 BIT 中包含显著的非互惠性因素。这些因素超越了惯常的资本输出国和资本输入国间 BITs 的非互惠性，这是由于中加 BIT 在条约的条款层面反映了正式且有效的非互惠性。中加 BIT 的这种非互惠性引发了其他国家，特别是美国和欧盟，是否会同意对中国做出类似让步的疑问。

首先，中加 BIT 给予在加中国投资者市场准入权，但是反之却不然。与加拿大和其他国家签订的投资协定不同，中加 BIT 包括最惠国（MFN）待遇，却不包括准入前国民待遇。由于加拿大已经在其他 BIT 协定中给予第三国投资者准入前国民待遇，而中国没有给予第三国投资者类似待遇，中加 BIT 中的 MFN 条款将自动将加拿大对第三方国家的准入前国民待遇延及中国投资者。但是，加拿大投资者却只能通过期待中国在未来与其他国家 BIT 中给予第三国投资者类似权利来获得这些权利，尽管这些投资协定最终签署的可能性很大。

因此，Armand de Mestral在最近一期展望中做出的“中加BIT缺乏投资前阶段保护”以及“未对企业设立权进行规定”<sup>1</sup>的结论是不够准确的。这些观点仅适用于在中国的加拿大投资者，但不适用于在加拿大的中国投资者。

第二，中加BIT的非对称性还来源于与中国经济相比，加拿大经济相对广泛的自由化和透明度。这是由于中加BIT在规规定准入前国民待遇义务时忽略了两国歧视对方投资者的所有已存在措施（包括任何“法律、法规、规章、程序、要求、决议、行政行动，或法律实务”），这样将最终导致两国之间不公平竞争的市场环境。

因此，中加BIT的加拿大支持者关于该协定将有效保护加拿大投资者的论断是不可置信的。因为任何级别的中国政府都能要求加拿大投资者遵守中加BIT生效前就已存在的歧视性要求或法律实务而对加拿大投资者进行施压或处罚。

第三，中加BIT协议给予中国的投资审查决策更为宽泛的豁免。加拿大的豁免受限于基于联邦法律层面的决策，也即受限于根据加拿大投资法案做出的决策。而中国的豁免则适用于任何“与外商投资监管有关的法律、法规和规定”。因此，中加BIT隐含的允许任何层面的中国政府阻碍加拿大的投资，但却通过将审查权置于联邦政府、为审查的项目设置资金门槛、以及加拿大投资法案规定的其他限制措施来限制加拿大的审查权。因此，即使某一天加拿大投资者获得在中国的设立权——例如，通过适用在未来中美投资协定中引入的准入前国民待遇——中国仍将保持阻碍加拿大投资的权力。

第四，中加BIT还在以下重要方面与通常情况下遵循美国BIT范本和同期欧洲法务的加拿大法务不同：

- 中加BIT减小了加拿大和其他NAFTA国家对外国投资者仲裁透明度的要求。特别的，该协议允许两国政府在提交仲裁申请后无需公众获知的情况下，在裁决前处理投资案件。
- 中加BIT在最惠国待遇条款中包含复杂的“追溯”机制，这将破坏旨在保持监管灵活性的BIT法律语言的可靠性。

- 中加 BIT 省略了关于投资履行要求的 BIT 义务的保留条款，其中包括在加拿大其他所有相关协定上都存在的对原住民的优惠待遇保留条款。这种省略对加拿大原住民而言无疑是十分悲惨的，因为他们缺乏经济机会并且长期处于贫困的生活状态。
- 中加 BIT 的最小适用期高达 31 年，其中包括 16 年的最小有效期和终止后为已存在投资设立的 15 年存续期。大多数加拿大 BIT 可以在提前一年声明下停止，并无最小有效期，但有 10 到 20 年的存续期。

其他国家会接受中加 BIT 类似的非互惠性因素吗，亦或是，中国会最终倒向美国或欧盟范本吗？中加 BIT 表明中国乐意接受后者的一些条款，并且突出了美欧需要做出重要让步的领域。

对于中加 BIT，除了关注投资者-东道国仲裁条款的缺陷，加拿大仍有很多理由拒绝该协定及其条款。加拿大联邦内阁对中加 BIT 的默默批准留下了悬念：是什么补偿了加拿大使其同意签订一个形式上和有效性上非互惠的条约？以及美国和欧盟未来是否会做出类似决定？

（南开大学国经所张英达翻译）

---

\* Gus Van Harten 是奥斯古德法学院的副教授，本篇展望基于中加 BIT 和加拿大签署的其他相关协议的文本对比，后者大多以 NAFTA 为范本，并且因循美国 BIT 范本和欧盟委员会当期投资协定法务。本文详细版本将在后期发表在 *Canadian Yearbook of International Law* 上。作者感谢 David Gantz, James Saulino 和 Wenhua Shan 的同行评审。本文作者观点不代表哥伦比亚大学及其合作者和支持者观点，**Columbia FDI Perspectives (ISSN 2158-3579)**是同行评审刊物。

<sup>1</sup> Armand de Mestral, “The Canada-China BIT 2012: Perspectives and implications,” *Columbia FDI Perspectives*, No. 129, September 2, 2014.

转载请注明：“Gus Van Harten, ‘中加非互惠性 BIT 协定：美欧是否效仿？’，哥伦比亚国际直接投资展望，No. 136, 2014 年 12 月 8 日。” 转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本须发送到哥伦比亚中心的 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Adrian Torres, [adrian.p.torres@gmail.com](mailto:adrian.p.torres@gmail.com) 或者 [adrian.torres@law.columbia.edu](mailto:adrian.torres@law.columbia.edu)。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

### **最新哥伦比亚国际直接投资展望文章**

- No. 135, Stephen M. Schwebel, “In defense of bilateral investment treaties,” November 24, 2014.
- No. 134, Roel Nieuwenkamp and Kimmo Sinivuori, “The road to responsible investment treaties,” November 10, 2014.
- No. 133, Julian Donaubaer, Birgit Meyer and Peter Nunnenkamp, “The crucial role of infrastructure in attracting FDI,” October 27, 2014.
- No. 132, Ralph Alexander Lorz, “Germany, the Transatlantic Trade and Investment Partnership and investment-dispute settlement: Observations on a paradox by Ralph Alexander Lorz,” October 13, 2014.
- No. 131, Kenneth P. Thomas, “How to deal with the growing incentives competition,” September 29, 2014.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.