

Journal of International Economic Law

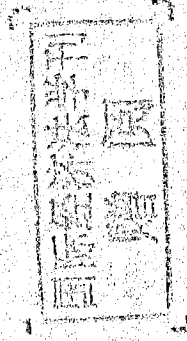
Volume 19, Number 4, 2012



国际经济法学期刊

第19卷 第4期 (2012)

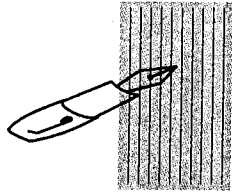
陈安主编 陈欣执行编辑



为适应我国信息化建设,扩大《学刊》及作者知识信息交流渠道,本《学刊》已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录,其作者文章著作权使用费与《学刊》稿酬一次性给付。CNKI免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录,请在来稿时声明,本《学刊》将做适当处理。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中美双边投资协定谈判：共识、分歧与展望*

■ 陈辉萍** Karl P. Sauvart***

【内容摘要】 2012年10月中美两国重启双边投资条约(BIT)谈判。目前,双方已基本达成共识的主要条款包括序言、投资者的范围、最惠国待遇、公正与公平待遇、间接征收和拒绝授惠条款。双方的分歧集中在国民待遇、业绩要求、劳工与环保标准,以及投资者与东道国争端解决机制中的若干条款。其中,分歧最大也是最难解决的是国民待遇问题。作者针对这些分歧提出了有建设性的解决方案,并认为,双方通过谈判和妥协达成的BIT将对世界投资条约法制产生重要影响。

* 本文是国家社科基金重大攻关项目“促进与保护我国海外投资的法律体制研究”(编号:09&DZ032)、教育部重大攻关项目“全球金融危机后国际经济秩序重构与中国的法律对策”(编号:09JZD0021)和教育部一般项目“美国国家安全审查制度对中国海外并购的影响及中国的对策”(编号:12YJA820004)的成果。本文部分观点发表在Karl P. Sauvart and Huiping Chen, ‘A China-US Bilateral Investment Treaty: A Template for A Multilateral Framework for Investment’, *Columbia FDI Perspectives*, No. 85, December 17, 2012.

** 作者系厦门大学法学院国际法教授。

*** 作者系哥伦比亚大学维尔国际可持续投资中心(VICC)高级研究员、联合国贸发会议(UNCTAD)投资司前司长。

美国是发达国家中最大的资本输出国和资本输入国。2012年4月美国公布了最新的双边投资条约范本(2012年BIT范本)。^①美国2004年BIT范本、2012年BIT范本以及晚近10年对外签订的BITs,都表明美国从过度投资自由化主张走向温和的投资自由化主张,越来越重视东道国的利益。中国由于实施“走出去”战略以及丰富的外汇储备,日渐成为新兴市场中国最大的外国投资东道国和母国。中国的“双重身份”也使中国的BITs有调整方向之虞。2012年5月中国与日本和韩国签订了《中日韩三方投资协议》^②,同年9月9日又与加拿大签订了双边投资条约^③,晚近中国对外签订的这些投资条约显示出“美国化”^④趋势,若干条款几乎是直接“取材”于美国2004年BIT范本的相应条款(例如公正与公平待遇、拒绝授惠、税收等条款),在国民待遇、投资者与东道国争端解决等方面也体现了重视保护投资者利益的立场。总而言之,作为东道国,中美两国均力图给自己留下足够的政策空间来追求自己合法的公共政策目标;作为母国,他们都设法保护本国投资者的对外直接投资。

晚近,全球国际投资条约的发展也处在转折时期。焦点问题在于改革投资保护的标准以及投资者与东道国的争端解决机制。发达国家中,加拿大通常追随美国的做法,而澳大利亚已公开拒绝在双边投资条约中纳入投资者与东道国争端解决机制。欧盟根据《里斯本条约》,将

^① U. S. Department of State, Model Bilateral Investment Treaty, Fact Sheet, at <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/1888199.htm>, 17 Dec. 2012. 美国2012年BIT范本文本可在<http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/index.htm> 下载。

^② Ministry of Foreign Affairs of Japan, Signing of the Japan-China-Korea Trilateral Investment Agreement, at http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/5/0513_01.html, Dec. 17, 2012. 《中日韩三方投资协议》的正式名称是《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利和保护投资的协定》,英文文本可在http://www.mofa.go.jp/announce/announce/2012/5/pdfs/0513_01_01.pdf 下载。

^③ Foreign Affairs and International Trade Canada, Canada-China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Negotiations, at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/commerciaux/agra-acc/fipa-acc/fipa-acc/china-chine.aspx?lang=eng&view=d>, 17 Dec. 2012. 中加BIT的正式名称是《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》,英文文本可在<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-acc/china-text-chine.aspx?lang=eng&view=d> 下载。

^④ Valentina Vadi, Converging Divergences: The Rise of China's Outward Foreign Investment and Its Implications for International (Investment) Law, *Yearbook on International Investment Law & Policy* (2011-2012), pp. 712-713.

对外投资政策划入欧盟的职权范围,今后欧盟将作为一个整体代表所有成员国与第三方缔结投资方面的协定。^⑤欧盟今后在行使这一权利时,很有可能在投资条约中尽可能平衡私人投资者的利益与公共利益。^⑥发展中国家对双边投资条约的立场也有所改变,从20世纪90年代之前的保守态度到20世纪90年代末期和21世纪初几年的相对开放和自由态度,到现在重新回到较为传统和保守的态度。^⑦在这一大背景下,中国和美国这两大典型国家谈判双边投资条约,一方面势必面临诸多挑战,另一方面,谈判成果必定对今后国际投资条约产生重大影响。

虽然中美BIT仍在“商讨阶段”,但根据我们所掌握的公开文件,双方就某些议题已达成或很可能达成共识,另有一些议题双方仍有较大分歧。如果双方通过谈判和妥协最终达成双边投资协定,则该协定很可能成为今后世界投资协定框架的“蓝本”。

一、缘起与发展

2008年6月18日,第四次中美战略经济对话结束时,中美两国政府正式宣布开始启动双边投资协定谈判。^⑧事实上,早在正式宣布谈判之前,双方已经开始了非正式的接触与商谈。谈判早期双方主要是交换各自的谈判文本,向对方逐条解释自己文本的含义,重点是阐明各自对于BIT主要条款的谈判立场。^⑨当时,美方使用的是2004年BIT范本,而中方使用的是未对外公布的内部文本。截止到2009年9月,

^⑤ 参见《欧洲联盟运作条约》(Treaty on the Functioning of the European Union)第207条,尤其是第207条第1款。

^⑥ Axel Berger, Recognizing the signs of the times-investment protection in the 21st century, The Current Column of 22 October 2012, at [http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/\(ynDK_contentByKey\)/ANES-8ZBHAE?Open&nav=expand:Publikationen%5CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%5CMitarbeiter%20sonstige%5CANES-8ZBHAE](http://www.die-gdi.de/CMS-Homepage/openwebcms3.nsf/(ynDK_contentByKey)/ANES-8ZBHAE?Open&nav=expand:Publikationen%5CMitarbeiter%20sonstige;active:Publikationen%5CMitarbeiter%20sonstige%5CANES-8ZBHAE), Dec. 17, 2012.

^⑦ Chen Huiping, Investor-State Dispute Settlement Mechanism: Where to go in the 21st Century, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, Issue 6, December 2008.

^⑧ Cai Congyan, China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, *Journal of International Economic Law*, Vol. 12, Issue 2, 2009, pp. 457-506.

^⑨ Market Access Is Key Area in U.S.-China BIT Talks, But Outcome Uncertain, Inside U.S. Trade, October 19, 2012, at <http://insidetrade.com/>, Oct. 19, 2012.

谈判共进行了6轮。

2009年11月,中美两国发表联合声明,表示要“加速双边投资条约谈判”。^⑧这预示着双方谈判将进入实质性阶段。遗憾的是,谈判并未继续进行。原因在于,2009年6月美国对其2004年BIT范本进行重新审议和更新,拟于2010年提出新的范本^⑨,美国希望根据新范本与中国谈判,以免中美BIT与其新的BIT不一致。但由于种种原因,2010年范本未如期出台。美国遂暂停与中国的BIT谈判。2012年2月,美中贸易全国委员会(US-China Business Council)在《美中商务关系优先事项声明》中呼吁,“美国应尽快完成BIT范本的内部审议,重启与中国的BIT谈判”。^⑩

2012年4月美国终于对外发布了新的BIT范本。同年5月,两国政府在第四轮中美战略与经济对话中达成协议,要择日启动第7轮谈判,加快BIT的签订。^⑪2012年10月中旬,谈判在北京重启。但美方官员指出,目前双方仍处于“商讨阶段”(discussion phase)。^⑫

二、共 识

由于中美双方均为资本输入国和资本输出国,双方对于平衡东道国利益和投资者利益这一总体目标有相近的看法,因此对于双边投资

^⑧ The White House, Office of the Press Secretary, U.S.-China Joint Statement, at <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/us-china-joint-statement>, Dec. 17, 2012.

^⑨ Elizabeth Whitsitt, United States Trade Representative and State Department hold Public Hearing and Solicit Written Comments in US Model BIT Review, Sep. 2, 2009, at <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/09/01/united-states-trade-representative-and-state-department-hold-public-hearing-and-solicit-written-comments-in-us-model-bit-review.aspx>, Jan. 3, 2013.

^⑩ U.S.-China Business Council Board of Directors Statement of Priorities in the U.S.-China Commercial Relationship, U.S.-China Business Council, February 10, 2012, at https://www.uschina.org/public/documents/2012/02/board_priorities.pdf, Dec. 18, 2012.

^⑪ Joint U.S.-China Economic Track Fact Sheet, U.S. China Strategic and Economic Dialogue, at <http://www.cfr.org/china/joint-us-china-economic-track-fact-sheet-us-china-strategic-economic-dialogue/p28196>, Dec. 19, 2012. 请注意,这里的第四轮中美战略与经济对话(Strategic and Economic Dialogue)不同于前述第四轮中美战略经济对话(Strategic Economic Dialogue)。

^⑫ Hormats Says BIT Talks With China May Not Lead To Comprehensive Deal, Inside U.S. Trade, December 7, 2012, at <http://insidetrade.com/>, Dec. 7, 2012.

条约序言所宣示的基本宗旨和目的较容易达成一致。同时,由于晚近国际投资条约出现的诸多问题,双方均认同要保护东道国利益和限制国际投资仲裁庭的权限,因此,在间接征收、争端解决的某些条款上,双方也有一定的共识和相似之处。

目前双方已基本达成共识的主要条款包括投资者的范围、最惠国待遇、公正与公平待遇、间接征收和拒绝授惠条款。

对于投资者的范围,美国在其2004年和2012年的BIT范本中,除私人投资者外,均将缔约方和国有企业纳入投资者范围。^⑬中国过去对外签订的BITs中投资者的范围只包括自然人和企业,不包含缔约方,也不明列国有企业。在中美BIT谈判中,双方似乎已达成妥协,同意将所有投资者(包括国有企业)涵盖在内,但不包括缔约方。

对于最惠国待遇,过去一些国际投资条约仲裁庭在解释BIT时,认为最惠国待遇适用于实体性条款和程序性条款,晚近也有一些BITs或FTAs明文规定最惠国待遇适用于实体和程序条款。中国的立场是,最惠国待遇不适用投资者与东道国争端解决条款。^⑭虽然美国BIT范本未明确最惠国待遇的适用范围,但美国也倾向于认为最惠国待遇只适用于实体条款。中美双方对此的立场基本是一致的。

公正与公平待遇也是晚近国际投资条约仲裁的争点,仲裁庭在许多案例中倾向于扩大解释,从而加重东道国的国际义务。晚近一些国家的BIT力图在文本中对公正与公平待遇的含义和范围作出严谨的规定。美国在2004年BIT范本中,对这一条款进行了实质性的修订,将公正与公平待遇仅限于习惯国际法中的最低待遇标准,同时规定,违反投资协定中的国民待遇、最惠国待遇或其他协定的条款,并不构成违反公正与公平待遇。^⑮这样就限制了仲裁庭对公正与公平待遇进行扩大解释的可能性,保护了东道国的利益。美国2012年BIT范本也维持了这一条款。美国的这一做法,也为中国政府所认

^⑬ 参见美国2004年BIT范本和2012年BIT范本的 Article 1: Definitions, “investor of a Party”。

^⑭ 例如,《中日韩三方投资协议》第4条第3款“最惠国待遇”。

^⑮ 美国2004年BIT范本第5条。

同。中国近年对外签订的投资条约中,基本采用了与美国相同的措辞。^⑧由此,我们可以得出结论,中美对于BIT中的公正与公平待遇条款基本没有分歧。

对于间接征收条款,由于国际投资仲裁庭的扩大解释,美国在2004年BIT范本中增加了附录B“征收”,对征收的规则和间接征收的标准进行澄清,目的是限制其适用和仲裁庭的自由裁量权。美国2012年BIT范本也继续使用这一做法。中国政府也基本认同美国对间接征收的限制性规定,在近年对外签订的投资条约中吸收了部分有益的规定。^⑨因此,双方在这一问题上不会有太大的分歧。

对于拒绝授惠条款,美国2004年BIT范本和2012年BIT范本都详细地规定:在某些情况下可以拒绝给予某些不适格的投资者本协定的优惠待遇。中国过去没有这一条款,但在近年的投资条约中,基本采纳了类似美国的措辞。^⑩

三、分歧与对策

然而,双方之间的分歧也是显而易见的,可分为两类:一般分歧与主要分歧。一般分歧包括业绩要求、劳工与环保标准,以及投资者与东道国争端解决机制中的若干条款。主要分歧,也即最大、最难解决的分歧,就是国民待遇问题。

(一) 一般分歧与对策

1. 业绩要求

对于业绩要求,美国力图扩大《与贸易有关的投资措施协定》(《TRIMs协定》)中禁止性业绩要求的清单,美国在2004年和2012年的BIT范本中,均详细罗列了各种禁止性的业绩要求。^⑪中国过去并不愿意在投资条约中提及业绩要求问题。但2012年中国对此问题的立场

^⑧ 例如《中日韩三方投资协议》第5条、中加BIT第5条。

^⑨ 例如中加BIT附录B.10与美国BIT范本附录B基本相同。

^⑩ 参见中加BIT第16条、《中日韩三方投资协议》第22条。

^⑪ 参见美国2004年BIT范本和2012年BIT范本第8条。

有所松动和让步。2012年中国签订了两个最重要的投资协定,即《中日韩三方投资协议》和中加BIT。这两个投资协定都规定,将WTO的《TRIMs协定》(修订后的)并入投资协定,作为本投资协定的组成部分。^⑫中加BIT重申《TRIMs协定》项下的义务,并特别指出将《TRIMs协定》第2条“国民待遇和数量限制”和《TRIMs协定》的附件作为BIT的组成部分。《中日韩三方投资协议》除了明确规定将整个《TRIMs协定》并入三方协议外,还特别规定,对于出口业绩要求和技术转让业绩要求,一方不得对另一缔约方投资者施加不合理或歧视性措施。将《TRIMs协定》义务并入BIT中,这样做并不只具有象征性意义。^⑬相反,如果将这一义务放到投资条约规定的投资者与东道国争端解决机制中,就会发现,如果东道国违反《TRIMs协定》,投资者可以利用投资协定的争端解决机制来起诉东道国,而这若根据WTO规则是做不到的。

美国BIT范本禁止的业绩要求包括几乎所有的禁止性业绩要求和部分鼓励性业绩要求,《TRIMs协定》所涵盖的四大业绩要求,基本上涵盖了最常见的业绩要求,也是美国BIT范本罗列的禁止性业绩要求的前几项。美国特别关注的还有技术转让方面的业绩要求。中国在中加BIT和《中日韩三方投资协议》中同意将《TRIMs协定》义务并入投资协定,已经是极大的让步,并且因此承担了可能被外国投资者诉诸国际仲裁的义务和风险。要让中国再承担美国所要求的那么多的业绩要求,几乎是不可能的。我们的建议是,采用《中日韩三方投资协议》的做法,重申中美双方在《TRIMs协定》中承诺的义务,对技术转让方面的业绩要求,承诺不施加不合理或歧视性措施,从而允许缔约方对一些特定投资继续使用某些业绩要求,这也许能够解决双方在业绩要求方面的差异问题。

2. 劳工与环境标准

对于劳工与环境标准,中国过去从不愿意在投资条约中提及这一

^⑫ 中加BIT第9条、《中日韩三方投资协议》第7条。

^⑬ J. J. Saulino, The Canada-China Investment Treaty-Lessons for a U. S. -China BIT? Transnational Dispute Management, at <http://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=472HYPERLINK>, Nov. 19, 2012.

问题。但近几年中国对此问题也有所松动和妥协,表现在中国—新西兰 FTA、《中日韩三方投资协议》和中加 BIT 上。《中日韩三方投资协议》和中加 BIT 没有提到劳工问题,中国—新西兰 FTA 提到要另行签订《劳动合作谅解备忘录》^⑨,《劳动合作谅解备忘录》重申双方作为国际劳工组织成员的义务,承认不宜通过弱化或者不执行劳动法律的方方式来鼓励投资,强调双方要开展劳动合作。^⑩中国—新西兰 FTA 在正文中提到双方另行签订《环境合作协定》^⑪,《环境合作协定》重申双方在各自环境协议中所做的国际承诺,同时规定,双方在该领域开展有目的的合作。^⑫《中日韩三方投资协议》和中加 BIT 都只简单提到,缔约方承认,通过豁免或放松环境措施来鼓励投资,不是适当的。^⑬上述各种表述明显可见是缔约方谈判妥协的结果。

美国要求使用更强硬的措辞。美国 2012 年 BIT 范本第 12 条“投资与环境”和第 13 条“投资与劳工”,对环境标准和劳工标准进行了详细规定。

我们认为,中美两国可以采取折衷方案,在谈判的 BIT 中重申两国在国际劳工组织、国际人权条约和多边环境条约中关于劳工和环境国际义务,但不宜在投资协定中另行规定或提高劳工标准和环境标准。这样中国是可以接受的。中国已是吸收外资的大国,要提高外资的质量而不是数量,不应该再用降低劳工标准和环境标准来吸引外资。而且,在投资协定中并入已有的国际义务,并不会像并入《TRIMs 协定》那样加重中国的国际义务或被诉风险,因为,即使中国政府因为降低劳工标准或环境标准而违反国际义务,也不会危及投资者利益,投资者一般不会利用投资协定中的投资者诉东道国争端解决这一机制来对抗中国政府。

^⑨ 中国—新西兰 FTA 第 177 条“劳动与环境合作”规定:“双方应当通过《劳动合作谅解备忘录》和《环境合作协定》,加强双方在劳动和环境问题上的交流与合作”。

^⑩ 参见 Memorandum of Understanding on Labour Cooperation, Art. 1 and Art. 2. at <http://www.chinafta.govt.nz/1-The-agreement/1-Key-outcomes/0-downloads/MOU-NZ.pdf>, Jan. 13, 2013.

^⑪ 中国—新西兰 FTA 第 177 条。

^⑫ 参见 Environment Cooperation Agreement 序言和第 2 条。

^⑬ 参见中加 BIT 第 18 条“磋商”第 3 款、《中日韩三方投资协议》第 23 条“环境措施”。

3. 投资者与东道国争端解决机制

中美两国对外签订的投资协定都包含投资者与东道国之间的争端解决机制,但中国的规定比较简明扼要,而美国的规定冗长而详细。对于美方文本,中方顾虑的问题有四个:第一,第三方参与争端解决问题,即磋商阶段中立的第三方介入进行居间调解^⑭、仲裁阶段非争议缔约方就条约解释提交材料^⑮、法庭之友提交材料^⑯、专家报告(仲裁庭可以自行任命一位或更多的专家,以书面形式向法院报告任何由争议方在诉讼过程中提出的关于环境、健康、安全或其他科学性问题的事实性问题)^⑰等。第二,合并仲裁,即出于同一事件或情况,产生两个或更多的涉及法律或普遍事实问题的申请时,任何争议方均可根据各方合意寻求合并审理。^⑱第三,“股东代表仲裁”,即争议发生后,外国投资者既可以代表自己也可以代表整个企业对东道国提起仲裁。^⑲第四,仲裁程序的透明度问题,即仲裁过程中的所有材料和庭审过程都要对公众公开。^⑳

迄今中国在对外签订的投资协定中,基本上没有触及上述四个问题。但在中国—加拿大 BIT 谈判中,加拿大提出了与美国几乎相同的争端解决机制,中国在该 BIT 中作了部分妥协:第一,非争端方若对仲裁有重大利益(significant interest),可以提交材料^㉑,但对提交材料的程序进行严格规定^㉒;第二,接受了合并仲裁^㉓;第三,对于仲裁程序的透明度问题,非争议缔约方有权获得所有仲裁材料并出席庭审^㉔,仲裁裁决应向普通公众公开,但仲裁过程中的听审和提交给仲裁庭的文件是否公开,应由争端一方的东道国来最终决定。^㉕这种妥协给东道国

^⑭ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 23: Consultation and Negotiation.

^⑮ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 28: Conduct of the Arbitration, para 2.

^⑯ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 28: Conduct of the Arbitration, para 3.

^⑰ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 32: Expert Reports.

^⑱ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 33: Consolidation.

^⑲ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 24: Submission of a Claim to Arbitration.

^㉑ 参见美国 2012 年 BIT 范本, Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings.

^㉒ 参见中加 BIT, Article 29 Submissions by a Non-Disputing Party.

^㉓ 参见中加 BIT, Annex C. 29 Submissions by Non-Disputing Parties.

^㉔ 参见中加 BIT, Article 26 Consolidation.

^㉕ 参见中加 BIT, Article 27 The Non-Disputing Contracting Party: Documents and Participation.

^⑳ 参见中加 BIT, Article 28 Public Access to Hearings and Documents.

保留了一定的政策空间。

我们认为,中加 BIT 关于投资者—东道国争端解决的框架性的总体规定,可以作为中美谈判 BIT 的参照。

(二) 主要分歧与对策

中美谈判最困难的议题是国民待遇问题,尤其是其适用的投资阶段,即是否包括准入前和准入后。对于何时何地允许外国直接投资(FDI)进入本国,东道国通常希望维持一定的灵活性(包括对特定的产业政策考虑),而美国的商业团体却想得到强有力的市场准入承诺。^④相应地,美国政府力图使用“负面清单”方法(即列出不给予国民待遇的行业或部门)要求给予外国投资者准入前的国民待遇。正如美国贸易代表办公室的一位官员所述,在中美 BIT 中包含市场准入要求,并在“负面清单”基础上谈判,是“核心要素”。^⑤

中国政府对于给予外资国民待遇,态度一贯非常谨慎。在早期 BIT 中,中国基本上不给予国民待遇。20 世纪末 21 世纪初,中国开始在少数 BIT 中给予外资有限的笼统的国民待遇。^⑥在中加 BIT 谈判中,加拿大要求中国给予其投资者准入前和准入后国民待遇。^⑦最终折衷妥协的结果是,“国民待遇”虽然适用于投资的“扩大”(expansion)阶段,似乎是给予了准入前的国民待遇,但该条第 3 款对“扩大”进行了界定,只指在无需审批的那些部门的扩大投资。^⑧因此,这几乎不属于准入前的国民待遇。况且,中加 BIT 还将现有的不符措施排除在国民待遇之外。^⑨在《中日韩三方投资协议》谈判中,日本和韩国也要求准入前和准入后的国民待遇,并要求以“负面清单”的方式列出不给予

^④ *Supra note* ③.

^⑤ *Id.*

^⑥ 例如,中国—冰岛 1994 年 BIT 第 3 条规定了有限的国民待遇:“缔约任何一方应根据其法律和法规的规定给予缔约另一方的投资者的投资与其给予本国投资者以相同的待遇。”中德 2003 年 BIT 第 2 条规定了笼统的国民待遇:“缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。”

^⑦ 加拿大 BIT 范本第 3 条国民待遇要求在投资的设立、取得、扩大、管理、经营等方面给予外资国民待遇。

^⑧ 参见中加 BIT 第 6 条“国民待遇”。

^⑨ 参见中加 BIT 第 8 条第 2 款“例外”。

国民待遇的行业和部门。中国政府坚持只给予准入后的国民待遇,且用“负面清单”的方式。谈判结果是,《中日韩三方投资协议》第 3 条“国民待遇”虽然笼统规定对投资活动要给予国民待遇,似乎包括了投资的设立、取得和扩大,但第 2 款马上说该国民待遇不适用于现有的不符措施^⑩,而中国现有的不符措施就是不给予准入前的国民待遇。可见,《中日韩三方投资协议》既不用负面清单也不用负面清单,只笼统地将现有的不符措施排除在外。综上,中国政府的基本立场是,仅限于同意给予准入后的国民待遇,而且将现有的不符措施排除在外。

由上可见,中美双方关于国民待遇问题存在重大分歧,这一分歧对市场准入有深远影响。由于这一关键议题的分歧,美方有官员比较悲观,认为中美双方很难达成 BIT。^⑪

我们认为,要打破僵局,双方都有必要作出让步,采取妥协和折衷的方案也许能够解决这一困境。我们建议,折衷方案是,准入后国民待遇可以使用负面清单的方法,而准入前国民待遇则可使用正面清单的方法。中国的《外商投资产业指导目录》和美国 BITs 中罗列的例外可以作为正面清单的出发点,因为它们已经列出了很多行业和部门。对于“正面清单”式的准入前国民待遇,还可以使用一种混合法,即两国政府可以:(1)列出给予准入前国民待遇的大大的行业和部门(正面清单);(2)在大的行业和部门内,再列出不给予准入前国民待遇的子行业 and 分部门(负面清单)。

上述折衷都将是两国政府作出的重大让步,而且需要两国政府作出政治决定。我们认为,采取以下更进一步的做法可能可以加速双方达成一致(因此也限定了让步的范围):对现有的不符措施(包括狭义定义的国家安全审查制度)作出保留;停止使用新的限制措施,并承诺逐步取消不符措施。冻结现有的不符措施可以提供一定的透明性、可预测性和稳定性,或许还可以保留一定的灵活度——如果对未来的投资要施加新限制,就需要双方另行谈判开放其他行业,从而抵消新的限制。另外,应允许一方排除某些特别重要的行业,但双方要同意采取相应的解决方法。

^⑩ 参见《中日韩三方投资协议》第 3 条“国民待遇”。

^⑪ *Supra note* ⑩.

四、展 望

作为东道国,美国的担忧似乎变得更加明显,表现在对某些入境投资的严格筛选上(比如2012年9月奥巴马总统以国家安全为由否决了一项中国投资,这是22年来总统首次行使否决权),而中国也推出了自己的FDI国家安全审查制度(包括经济安全和产业政策)——这使得两国的投资准人都变得难以预测。此外,中国的对外直接投资迅速增加,与此同时,中国更希望对其施加保护。因此,中美两国都应该致力于缔结BIT,以此将各自的双边投资关系建立在一个可预测的基础上。特别是,双边投资协定不仅能增强两个国家的投资者在对方国家所得到的保护,提供争端解决机制,还能改善市场准入。

中美间的谈判之所以至关重要,不仅是因为这涉及世界上最大的两个经济体间的经济关系,而且还因为国际投资法制的不断发展。如何平衡资本输入型东道国和资本输出型母国之间的利益,是当今国际社会面临的一大挑战,也是迄今发达国家和发展中国家争论的焦点。中美双边投资协定要迎接这一挑战,就意味着传统上立场完全不同的东道国和母国要作出一次历史性的妥协。最终达成妥协的中美双边投资协定,可能会对今后涉及欧盟、日本、印度这些重要的BITs谈判以及跨太平洋伙伴关系协议产生重大影响。往更远一点说,甚至有可能成为未来国际投资条约之“蓝本”。

(编辑:郑丽珍)

Negotiations on the Bilateral Investment Treaty between China and the USA: Consensus, Controversies and Prospect

Chen Huiping & Karl P. Sauvant

[Abstract] The negotiation on the bilateral investment treaty between Chi-

na and the USA was reopened in October 2012. So far, the two parties have almost reached agreements on preamble, scope of investor, most-favored-nation treatment, fair and equitable treatment, indirect expropriation, and denial of benefits. The controversies between the two parties focus on national treatment, performance requirement, labor and environment standard, and some provisions on investor-state dispute settlement. Among them, the most disputed and difficult issue is national treatment. The authors suggest some constructive solutions to these controversial issues, and believe that the future concluded China-US BIT based on negotiations and compromise will play a significant role in the global investment treaty regime.