



世界贸易组织教席计划丛书

# 美国双边投资 协定研究

Research on U.S. Bilateral Investment Treaties

陶立峰 著

- 本书出版得到上海高校智库上海对外经贸大学国际经贸治理与中国改革开放联合研究中心资助
- 本书受上海哲社一般项目【2014BFX013】以及上海市高校085工程项目资助



世界贸易组织教席计划丛书

# 美国双边投资 协定研究

---

Research on U.S. Bilateral Investment Treaties

陶立峰 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

美国双边投资协定研究 / 陶立峰著. —北京: 法律出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0035 - 5

I. ①美… II. ①陶… III. ①投资—贸易协定—研究—美国 IV. ①D971.222.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 234686 号

美国双边投资协定研究  
陶立峰 著

编辑统筹 政务出版分社  
策划编辑 张瑞珍  
责任编辑 周洁  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司  
责任印制 吕亚莉

开本 A5  
印张 10.625  
字数 249千  
版本 2016年11月第1版  
印次 2016年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0035 - 5

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 自序

全球经济一体化迅速发展的背景下,跨国投资和跨国贸易成为国际经济的两大支柱。由于多边投资保护机制发展缓慢,国家之间的双边投资协定近年来取得长足发展。

美国是世界上最大的资本输出国和资本输入国,历来重视对双边投资协定的谈判和文本的设计。由于美国在国际投资中的重要地位,美国双边投资协定实践和双边投资协定范本在一定程度上代表着国际投资规则发展方向。2012年美国新版双边投资协定范本出台,多处实体规则和程序规则有所改变,体现出更高的投资保护标准。

对于正在与美国进行双边投资协定谈判的中国而言,分析美国双边投资协定范本制定的政治和经济动因,比较美国双边投资协定缔约实践,意义重大。不仅因为美国双边投资协定范本本身的重要性,更因为在以美国为主导的区域性自由贸易协定如《跨太平洋伙伴关系协议》(TPP)和《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)投资章节的内容亦有借鉴美国双边

投资协定范本。鉴于中美双边投资协定谈判被视为开启 TPP 谈判的起点,有必要加强对美国双边投资协定范本制定、双边投资协定缔约实践、其与区域自由贸易协定投资章节的关系等问题的深入研究,以期进一步评估中美双边投资协定各个条款的谈判风险和我国接受程度,并对未来我国参与 TPP 等高水平区域自由贸易协定的商签作出前瞻性分析。

从本研究立项以来,得蒙上海对外经贸大学和国内国际经济法学界前辈同人们的诸多关心、指点和帮助,铭感不忘,在此一并致谢。书稿已成,付梓之日,更知“错漏难免”绝非套话,继续研究将是必然。期待以书会友,在国际投资法研习之路与更多同道并肩前行。

2016 年夏

# 目 录

自 序 001

第一章 美国双边投资协定范本背景研究 001

第一节 《1994 年美国双边投资协定范本》

出台背景 001

一、《1994 年美国双边投资协定范本》制定

历史回顾 002

二、《1994 年美国双边投资协定范本》简要评析 006

第二节 《2004 年美国双边投资协定范本》

出台背景 008

一、《2004 年美国双边投资协定范本》制定

历史回顾 008

二、《2004 年美国双边投资协定范本》

简要评析 012

第三节 《2012 年美国双边投资协定范本》

出台背景 017

一、《2012 年美国双边投资协定范本》

修订背景 017

二、《2012 年美国双边投资协定范本》修订过程	020
三、《2012 年美国双边投资协定范本》简要评析	022
结语	025
<b>第二章 《2012 年美国双边投资协定范本》文本研究</b>	<b>028</b>
第一节 《2012 年美国双边投资协定范本》实体条款	028
一、序言和范围	028
二、实体义务	038
三、例外	074
四、生效	096
第二节 《2012 年美国双边投资协定范本》程序条款	097
一、投资者—政府争端解决机制	097
二、国家间争端解决机制	129
三、金融服务和税收争端解决机制	131
四、环境和劳工争端解决机制	134
第三节 《2012 年美国双边投资协定范本》评价	135
一、双边投资协定范本的作用	135
二、《2012 年美国双边投资协定范本》的成就	136
三、《2012 年美国双边投资协定范本》的遗憾	138
<b>第三章 美国双边投资协定缔约实践研究</b>	<b>140</b>
第一节 美国双边投资协定国别比较分析	140
一、美国双边投资协定缔约实践	140
二、美国双边投资协定伙伴国别简要分析	185
第二节 美国双边投资协定历史比较分析	188

一、美国双边投资协定缔约历史发展概述	188
二、美国双边投资协定缔结进程简要分析	194
第三节 美国双边投资协定对缔约国的影响	199
一、双边投资协定与吸引外资的关系	199
二、美国双边投资协定对缔约国的作用	202
结语	204
<b>第四章 美国双边投资协定范本与美国自由贸易协定投资规则关系研究</b>	<b>207</b>
第一节 全球 FTA 投资规则发展的宏观考察	207
一、多边投资规则立法的尝试及不足	207
二、区域主义下自由贸易协定的兴起	220
第二节 美国 FTA 投资规则发展的微观剖析	229
一、美国 FTA 投资规则发展概述	229
二、FTA 投资规则奠基石:1992 年 NAFTA	232
三、国际投资规则风向标:2016 年 TPP	236
第三节 国际投资规则构建的路径选择	254
一、经济形态决定规则制定	254
二、美国 BIT 与 FTA 投资章节的互动共生	255
三、美国继续引领国际投资新规则发展	257
余论:统一的国际投资立法是最终目标	260
<b>第五章 中美双边投资协定谈判对策研究</b>	<b>263</b>
第一节 中美双边投资协定的战略意义	263
一、中美双边投资协定谈判进展	263
二、中美双边投资协定谈判动因	269



三、中美双边投资协定谈判价值	274
第二节 中美双边投资协定谈判的前景分析	278
一、中美 BIT 谈判的立场:有趋同有差异	278
二、中美 BIT 谈判的主要共识与分歧	281
第三节 中美双边投资协定谈判的中国对策	301
一、整体谈判的宏观原则	301
二、具体条款的立场态度	307
三、中国范本的有序推进	322
结语	328
后 记	330

## 第一章

# 美国双边投资协定范本背景研究

### 第一节 《1994 年美国双边投资协定范本》 出台背景

美国是世界上最大的资本输出国和输入国,一贯坚持对投资的高标准保护,在国际投资法领域有着重大影响。由于发达国家和发展中国家在投资规则的立场分歧严重,短期内达成普遍性多边投资公约的可能性微乎其微。因此,美国非常重视缔结双边投资条约(Bilateral Investment Treaty, BIT),<sup>①</sup>试图通过逐个击破的方式,使自己所主张的国际投资法标准经由双边条约实践被接受为普遍的习惯国际法。<sup>②</sup>为规范这种缔约实践,美国从 1982 年开始制定双边投资条约的范本(Model BIT),作为谈判的基础。随后依次在

---

<sup>①</sup> BIT,译作双边投资协定或双边投资条约,如无特别说明,两种称谓在本书中可做替代。BITs 为 BIT 的复数形式。

<sup>②</sup> 张辉:《美国国际投资法理论和实践的晚近发展——浅析美国双边投资条约 2004 年范本》,载《法学评论》2009 年第 2 期。

1983年、1984年、1987年、1991年、1992年、1994年、2004年、2012年作出修正,形成了九个版本。<sup>①</sup>

从国际法的角度看,一国的BIT范本往往是其投资条约政策最重要的国际展示,BIT范本兼具规范性和宣示性。<sup>②</sup>采用BIT范本,不仅能降低BIT的草拟和谈判成本,而且能在一定程度上确保投资母国与不同东道国在投资标准上的一致性。<sup>③</sup>更重要的是,BIT范本能反映一国的投资政策、谈判立场以及对相关投资仲裁的意见。通过对一国BIT范本及其BIT实践的综合分析,有助于理解该国投资条约具体条款的解释和适用。<sup>④</sup>因此,BIT范本具有重要研究意义。由于美国BIT范本在1994年、2004年和2012年修订较大,特选取这三个范本进行背景分析,以考察美国在投资保护立场变化的内外政治经济原因。

## 一、《1994年美国双边投资协定范本》制定历史回顾

### (一)NAFTA的签署,促使美国关注东道国立场

1992年12月,美国、加拿大和墨西哥签署了北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement, NAFTA)。NAFTA共有22章,涵盖货物贸易、投资、服务、知识产权、竞争政策等多个领域。其中NAFTA第11章“投资”对国际投资规则发展和美国投资政策的调整影响重大。

---

<sup>①</sup> Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 769-825. 本书中各年份范本进行简称,如《1994年美国双边投资协定范本》简称为《1994年美国BIT范本》,余同。

<sup>②</sup> 单文华、诺拉·加拉赫:《和谐世界理念和“中国BIT范本建设:一个“和谐BIT范本”建议案》,陈虹春、王朝恩译,载《国际经济法学刊》2010年第1期。

<sup>③</sup> Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 91.

<sup>④</sup> Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, p. 259.

NAFTA 第 11 章的广泛内容和强大的法律约束力超越了美国过去所签订的所有双边或多边投资条约。它标志着在外资待遇、征收及其补偿、东道国对外资的管理、国际投资争端解决等国际投资法的重要领域里,观点长期严重对立的美国和墨西哥放弃了分歧,融入 NAFTA 第 11 章中;对于美国和加拿大而言,NAFTA 第 11 章代表两个经合组织成员国首次相互达成全面的投资条约,长期以来,高标准的投资保护义务往往是发达国家强烈要求发展中国家作出单边承诺的重要内容,而 NAFTA 的签署意味着发达国家相互间也接受了高标准投资保护义务的约束。<sup>①</sup>

NAFTA 缔结后,美国 BITs 谈判者们开始站在东道国的立场上考虑问题,而不再是单纯的投资母国。尽管 1987 年、1991 年和 1992 年范本解决了双边投资谈判过程中特定问题,1992 年 NAFTA 的缔结促使美国 BIT 谈判人员对协定做整体综合修订考虑。<sup>②</sup>

## (二) TRIMs 促使美国反思业绩要求条款

国际贸易领域投资措施的规制引发了美国的关切。1982 年《关税及贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT) 争端解决小组受理了美国和加拿大关于加拿大《外国投资审查法》的争端,首开 GATT 管辖投资措施的先例。1986 年《埃斯特角宣言》正式授权将与贸易有关的投资措施列为乌拉圭回合谈判的内容。在谈判过程中,发达国家的基本立场是要建立一个取消发展中国家的与贸易有关的投资措施,以保障跨国公司既得利益的国际投资体制;而发展中国家的基本立场则是主张从一国经济与社会发展目标出发,来对待与贸易有关的投

---

<sup>①</sup> 梁丹妮:《〈北美自由贸易协定〉投资争端仲裁机制研究》,法律出版社 2007 年版,第 31 页。

<sup>②</sup> Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 102 - 103.

资措施。一些发展中国家(包括中国在内)发表联合声明:为实现经济发展目标而对外国投资采取措施是符合 GATT 的基本宗旨的。发达国家和发展中国家在与贸易有关的投资措施的鉴别与处理、限制性商业惯例以及发展中国家的免责和例外优惠等一系列方面进行了反复磋商,并最终形成了三套方案,并在此基础上形成了《与贸易有关的投资措施协议》(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs),并于 1993 年 3 月通过生效。<sup>①</sup> TRIMs 协议促使美国对外投资协定谈判者开始思考对双边投资协定中针对投资措施的业绩要求条款作出相应调整和完善。<sup>②</sup>

### (三) MAI 谈判促使美国考虑资本输出输入国立场

经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)自成立以来,一直是研讨国际投资协定的中心。20 世纪 60 年代初期,OECD《关于外国财产保护的公约》草案为各国的 BITs 谈判提供了一个基础。<sup>③</sup> OECD 于 1995 年开启多边投资协定(Multilateral Agreement on Investment, MAI)谈判,成员国之间的谈判强化了美国对于 BITs 条款应同时考虑资本输入国和资本输出国立场的认识。尽管当《1994 年美国 BIT 范本》起草时,MAI 尚处于谈判准备阶段,然而拥有丰富 BIT 经验和资本跨国流动的美国 BIT 谈判代表团已经意识到,应鼓励各参与成员较以往更加深入思考 BIT 政策和实践。<sup>④</sup>

---

① 胡峰:《从 TRIMs 到 MAI: 比较和分析》,载《广西经济管理干部学院学报》2001 年第 3 期。

② Kenneth J. Vandavelde, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, p. 103.

③ 曾华群:《多边投资协定谈判前瞻》,载《国际经济法论刊》2010 年第 3 期。

④ Kenneth J. Vandavelde, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, p. 103.

#### (四) 能源宪章谈判启动

1991年12月,欧洲能源宪章代表大会在海牙召开,正式形成《欧洲能源宪章》。来自欧洲、中亚国家和澳大利亚、加拿大、美国、日本、土耳其等53个国家的代表签署了该宪章。但是,《欧洲能源宪章》实质上是一个政治性宣言,在签署该宪章的同时,各签署国达成一致意见,将这一意向性宣言中包含的原则通过谈判,赋予法律约束力,形成具有法律效力的多边条约。为此,《欧洲能源宪章》之后,包括美国在内的各签署方就缔结《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)的条款进行了深入谈判。ECT投资章节基本参照欧盟成员国签署的BIT,但在国家主体、准入阶段的非歧视努力等条款有所创新。<sup>①</sup>由于参与谈判的国家多数是赴美投资者的投资母国,加上谈判中的某些重大问题也是其他国际论坛正在讨论但尚未达成共识的问题,在一定程度上引发对美国BIT政策和实践的考验。但是,美国最终拒绝签署《能源宪章条约》。<sup>②</sup>能源问题国际谈判背后的国家利益博弈可见一斑,纵是最强经济体的美国也不一定能够完全掌控。

此外,20世纪90年代与美国商谈BITs的国家包括东欧的转型经济体和苏联国家,与80年代商签BIT的非洲、亚洲、拉丁美洲和加勒比海的小型经济体不同,它们更有谈判经验,能提出更为复杂的投资事务问题。为此,需要有能够应对新的谈判需求和跟进国际投资规则变化的范本作为参考。<sup>③</sup>

---

<sup>①</sup> Rudolf Dozler & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 15.

<sup>②</sup> 马迅:《〈能源宪章条约〉投资规则研究》,武汉大学出版社2012年版,第5~6页。

<sup>③</sup> Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 103 - 105.

## 二、《1994 年美国双边投资协定范本》简要评析

《1994 年美国 BIT 范本》共 16 条,虽然在篇幅上只比 1992 年范本多 3 条,但在内容的完整性和文字的规范性上相较以往的范本有重要进步。具体体现在以下方面:<sup>①</sup>

1. 国民待遇和最惠国待遇条款。早先的范本要求东道国以非歧视方式允许和对待涵盖投资。《1994 年美国 BIT 范本》对其进行了修改,使得国民待遇和最惠国待遇适用于投资的“设立、收购、扩大、经营、行为、运营、销售或其他处置”。《1994 年美国 BIT 范本》删除了赋予“相关行为”国民待遇和最惠国待遇的内容,并且删除了要求各缔约方通知另一方现存国民待遇和最惠国待遇例外的文字,以及对未来例外所作的最低限制。此外,《1994 年美国 BIT 范本》还删除了有关关税同盟、自由贸易区域和 GATT 下的多边义务。不过,范本增加了一项例外,该例外是在世界知识产权组织主持下的多边协定规定的知识产权的获得或维持。

2. 修改绝对待遇条款,删除要求成员方履行有关投资的义务规定,缩小禁止采取专断和歧视性措施,不再适用于投资的收购和扩大。

3. 修改征收条款,删除确保征收补偿经当地法院审查的内容。同时,明确可以以可自由兑换或不可自由兑换货币计算补偿的方法。

4. 修改转移例外条款,包括执行证券法或刑法的措施,但删除了要求提交资金转移报告和征收所得税的内容。

5. 禁止性的业绩要求清单变长。与《1992 年美国 BIT 范本》就禁止业绩要求只有三种情形相比,<sup>②</sup>《1994 年美国 BIT 范本》第 6 条不仅开

---

<sup>①</sup> Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 102 - 105.

<sup>②</sup> Article 2, 5 of 1992 U. S. Model BIT.

列了六项禁止业绩要求,且文字表述更加详细。

6. 恢复《1984年美国BIT范本》删除的文字,也就是在战争或内乱中可归责于政府的投资征收损失赔偿,或无军事必要的政府军破坏行为。

7. 修改投资者与政府争端条款,<sup>①</sup>增加投资协议和投资授权的定义,投资者在提起申诉之前的等待期从6个月缩短为3个月。《1994年美国BIT范本》明确授权投资者通过当地救济寻求临时措施救济(provisional remedy)。

8. 删除了为保持公共秩序而采取必要的一般例外措施的规定。

9. 修改税收条款以使资金转移条款不再适用于税收事项。此外,投资者如主张税收措施导致征收,该争议首先应提交给BIT缔约双方确定的合适税务机构处理,缔约双方可以通过联合协议方式解决争议。若9个月内该税务机构未能解决争议,则应提交给投资者—国家仲裁。

10. 修改国家—国家争端条款,仲裁庭对联合国国际贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)规则的修改应征得BIT缔约双方同意。

从实践来看,《1994年美国BIT范本》是美国与格鲁吉亚、特立尼达和多巴哥、乌兹别克斯坦、阿尔巴尼亚、洪都拉斯、尼加拉瓜、克罗地亚、约旦、阿塞拜疆和玻利维亚商谈BIT的主要文本。<sup>②</sup> 不过,由于种种原因,乌兹别克斯坦和尼加拉瓜最终未能与美国就BIT达成一致。

《1994年美国BIT范本》作为最有影响的BIT范本之一,在体例结构上更趋科学,例如,第1条将1992年BIT范本第1条中拒绝利益条款

---

<sup>①</sup> Kenneth J. Vandevelde, *U. S. International Investment Agreement*, Oxford University Press, 2009, pp. 102 - 105.

<sup>②</sup> 投资者与政府争端,与投资者—国家争端和投资者—东道国争端,在本书中均指外国投资者与东道国政府之间的投资争端。



移除,内容全部归为定义。在文字表述上更加精准,例如,第2条虽然涵盖了多种投资待遇,但在诸如国民待遇对投资各个阶段的措辞更加规范,基本接近《2004年美国BIT范本》。在附件的规定上更加全面,《1994年美国BIT范本》区分国民待遇和最惠国待遇分别列出美国所做保留。《1994年美国BIT范本》在美国BIT范本的演进中发挥了重要的承上启下的作用,同时,《1994年美国BIT范本》突出反映了美国在NAFTA投资章节的投资仲裁实践,<sup>①</sup>推动了BIT和FTA的相互影响的进程。

## 第二节 《2004年美国双边投资协定范本》出台背景

### 一、《2004年美国双边投资协定范本》制定历史回顾

#### (一)NAFTA仲裁实践对美国的冲击

《1994年美国BIT范本》基本上沿用了NAFTA第11章投资规定的大部分内容。<sup>②</sup>1994年之后的10年间,伴随着北美自由贸易区、拉美国家的投资仲裁实践,国际投资法领域出现了一些新的动向,涉及投资者与东道国利益的协调。<sup>③</sup>在1997年以前,国际上投资人与东道国的争端相对较少,国际投资争端解决中心(International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID)在1997年以前的争端案例每年一般是1到3

---

<sup>①</sup> Andrea J. Menaker, *Benefitting from Experience: Developments in the United States' Most Recent Investment Agreements*, *U. C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12, 2005.

<sup>②</sup> 魏卿、魏逊:《美国双边投资协定的最新发展——对2004年范本(草案)的内容分析》,载《河南司法警官职业学院学报》2005年第1期。

<sup>③</sup> 张辉:《美国国际投资法理论和实践的晚近发展——浅析美国双边投资条约2004年范本》,载《法学评论》2009年第2期。