



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

中国双边投资 条约研究

梁开银 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国家哲学社会科学成果文库

NATIONAL ACHIEVEMENTS LIBRARY
OF PHILOSOPHY AND SOCIAL SCIENCES

中国双边投资 条约研究

梁开银 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

中国双边投资条约研究/梁开银著. —北京:北京大学出版社,2016.3

(国家哲学社会科学成果文库)

ISBN 978-7-301-26968-8

I. ①中… II. ①梁… III. ①对外投资—涉外经济法—研究—中国

IV. ①D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 040206 号

书 名 中国双边投资条约研究

ZHONGGUO SHUANGBIAN TOUZI TIAOYUE YANJIU

著作责任者 梁开银 著

责任编辑 郭薇薇

标准书号 ISBN 978-7-301-26968-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京中科印刷有限公司

经销者 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 21.5 印张 340 千字

2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷

定 价 69.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



作者简介

梁开银 1966年12月生人，湖北仙桃人，浙江师范大学教授，温州大学兼职教授，国际法学博士。曾任乡村人民教师和基层人民检察官。兼任中国法学教育研究会、中国国际经济法研究会理事及浙江省法学教育研究会、国际法学研究会、国际经济法研究会副会长等职。近年来，从事国际投资法学和公司法学的教学科研工作，主持国家社科基金重点项目1项，教育部人文社科规划项目3项等；出版《中国海外投资立法论纲》等学术著作2部，主编《公司法学》省级重点教材1部。在《中国法学》等学术期刊上发表论文40余篇，其中多项成果获省市政府优秀成果一等奖、二等奖。

《国家哲学社会科学成果文库》

出版说明

为充分发挥哲学社会科学研究优秀成果和优秀人才的示范带动作用,促进我国哲学社会科学繁荣发展,全国哲学社会科学规划领导小组决定自 2010 年始,设立《国家哲学社会科学成果文库》,每年评审一次。入选成果经过了同行专家严格评审,代表当前相关领域学术研究的前沿水平,体现我国哲学社会科学界的学术创造力,按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版。

全国哲学社会科学规划办公室
2011 年 3 月

内 容 摘 要

国际经济秩序法治化水平的提升与中国国际经济合作发展模式的变化，客观上要求中国双边投资条约必须完成法律化的转型或发展。本书综合运用法理学、国际法学以及民法学的知识，以法方法论为工具，通过法实证分析、比较法分析以及历史与逻辑相结合等研究方法，从考察中国双边投资条约法方法的现状和沿革入手，在对多边条约与双边条约本质分类研究的基础上，阐释中国双边投资条约的契约本质、特点及其对中国缔约实践的影响；通过分析公平互利的国际经济法原则作为中国双边投资条约指导原则的重要意义，论证确立平等互利原则与公平公正待遇与之配套的法理价值；以双边投资条约本质和原则的论述为背景，研究中国双边投资条约“原则+规则”的规范类型构建以及最惠国待遇条款的法方法优化；结合国际投资条约的发展趋势，探讨双边投资条约知识产权规则转型和冲突条款的模式转换；以美国 2012 年 BIT（双边投资条约）修订和中美 BIT 新一轮谈判为例，解释或说明中国 BIT 缔约的策略等，最终阐释中国双边投资条约发展原理、方法和实践问题，为实现其法律化转型或发展提供理论借鉴或指导。本书集中阐述了以下基本观点：

不同经济发展水平和国际经济合作实践特点，决定了一个国家双边投资条约的类型及其发展变化。美国从 20 世纪 70 年代末期开始，改变了依靠 FCN（友好通商航海条约）和程序性的投资保证协定相互配合来实现海外投资保护的做法，开始考虑借鉴德国式 BIT 的成功经验，对外缔结专门化的融实体性规则与程序性规则于一体的双边投资条约（一种更高标准的投资自由化条约）的缔约实践就是最好例证。中国经济的发展已经跨入了积极推进本国海外投资的发展阶段，从单纯资本输入国向资本输入与资本输出国家的

“双重身份”转变已成不可逆转之势。这一国际经济发展水平和国际投资结构的变化要求中国双边投资条约实现宗旨、模式和内容的演变或转型。目前,中国双边投资条约存在着“条文数量偏少,用语简单抽象;内容大同小异、个性诉求模糊;形式结构单一,法律方法缺失;引进外资的政策或政治色彩浓厚”等诸多问题,应当借条约修订或新订之机,渗透或促进条约理念、宗旨和相关内容的变化或转换。

“双边条约契约说”不同于“多边条约决议说”,但二者又统一于“国家意思互动说”,这种区分较好地解释了不同类型条约的本质。“双边投资条约契约说”,解释了双边条约的缔结过程和效力来源,适应了条约实践对理论的需要。中国双边投资条约是中国与另一缔约国就海外投资或外国投资保护所达成的“国家意思表示一致”,产生两个方面的效果:一方面,作为契约,它赋予了缔约方根据自身国际投资实际、经济发展目标以及法治建设水平等多种要素确定条约谈判重点和要点,予以讨价还价的权利。中国海外投资和引进外资发展的规模和水平,为中国双边投资条约平等谈判提供了优越的条件和环境,我们完全有能力从国家整体发展的战略高度把握谈判的重难点,提出或接受双边投资条约文本的具体内容,实现条约文本的个性化和条约规则的具体化。另一方面,双边投资条约是具有“涉他性”与特殊的“三方”结构的契约,这种特殊性赋予了私人投资者在国际投资法律关系中的主体性身份,享有依据双边投资条约,向国际仲裁机构的起诉权,同时,也为双边投资条约的法律化提供了现实的需求和动力。“条约决议说”,揭示了多边条约的特殊性,化解了现代国际社会多边化和组织化背景下“条约契约说”的理论难题,为法律行为理论适用于国际法提供了依据。同时,它不同于国家契约,与之既有联系,又有严格区别。

国际经济法的基本原则——公平互利,既是中国双边投资条约缔结的逻辑起点,也是中国双边投资条约适用的逻辑终点。在双边投资条约订立和适用中,公平互利原则具体表现为主权国家之间的平等互利原则与外国投资者待遇的公平公正原则的结合。公平互利、平等互利与公平公正原则的确立不仅是中国双边投资条约规范结构完善的需要,也是条约法方法论的要求。公平公正待遇条款地位和性质向原则的回归不仅可以化解公平公正待遇条款在投资仲裁适用中“语义抽象和裁决矛盾”的困境,而且有利于构建中国双边

投资“原则+规则”的法理结构，促进双边投资条约的法律化转型，提高中国双边投资适用的准确性和灵活度。中国国际经济合作发展正处于一个从单纯引进外资到海外投资与引进外资并重发展的历史时期，这样一个发展阶段为中国构造一个以公平互利原则为统领，以平等互利和公平公正待遇原则为支撑的原则体系提供了良好平台。公平互利，既是条约的缔约原则，也是条约的法律原则（执法和司法原则），既要注意形式平等，也要追求实质的公平，真正实现缔约双方的互利共赢。

任何法律文件，从构成要件而言，都是一个“原则+规则”的构造；而从法律适用来看，则离不开“原则（规则）+例外”的法方法运用。前者满足了法律要素的标准；后者适应了法律适用技术的要求。中国双边投资条约不仅作为缔约国之间的法律，而且也是私人投资者（包括本国海外投资者和外国私人投资者）的权利证书，成为国际投资争议仲裁的直接依据或准据法，应当在条约规范的构造上满足法律要素和法律适用技术的要求，不断完善条约的法律概念、法律规范和法律结构，努力优化条约的外部与内部体系，提高条约的法律化水平。最惠国条款作为双边投资条约核心条款之一，从法方法意义上而言，具有双边投资条约之间潜在的“链接”功能以及将最惠国待遇“扯平”的作用。所以，中国双边投资条约应当充分研究最惠国待遇条款，在积极推进最惠国待遇的普及化的同时，主动利用最惠国条款的例外条款或构成要素具体化的法方法，保证双边投资条约待遇的统一性与个性化的协调。

不仅如此，中国双边投资条约冲突条款和知识产权条款等新兴条款的创新和模式转换也是当务之急。由于国际法的不成体系，双边投资条约与多边条约、国家契约以及国内法之间的关系十分复杂，条约法律冲突不可避免。传统上双边投资条约所采用的“更优待遇条款”已经不能完全满足日益凸显的因投资条约调整领域或调整对象重叠或交叉所造成的条约法律冲突，应当借鉴美国2012年BIT示范文本（包括2004年BIT示范文本）所采用的条约冲突解决方法，超越一般意义上的冲突条款内涵，转换传统的更优待遇条款模式，实现条约冲突条款创新。并且，随着知识经济时代的到来，知识产权投资成为常态，如何保护知识产权以及在何等水平、程度或范围上保护知识产权，这些问题不仅涉及最惠国待遇条款、条约冲突条款的设计，更重要的是需要知识产权条款自身的创新以及与其他条款的协调，诸如知识产权条款

的履行要求、例外条款以及与其他多边知识产权条约的挂钩问题等等，都应成为中国双边投资条约缔约或修订所关注的重点。

美国在 2012 年 BIT 修订范本的基础上，重启双边投资条约谈判，这一事实或行为给我们很多启示：如何进一步提高中国双边投资条约范本或谈判底本的针对性，实现共性与个性的统一？它不仅仅是一个应对中美双边投资条约谈判的问题，更有意义的是要求我们实现 BIT 示范文本的个性化和本土化。为此，我们应当完成两大任务：一是类型化的中国 BIT 示范文本研究。中国已与 130 多个国家签署了双边投资条约，今后新订或修订双边投资条约必然涉及不同类型或区域的国家，从整体上划分一定类别，结合具体化双边经济合作实践，制定出不同的示范文本或文本要点，供缔约部门提出谈判文本时参考。二是国别化的中国 BIT 谈判文本研究，即配合国家缔约部门的条约修订或新订工作，具体研究中国与某一国家的条约谈判文本或焦点问题的研究。比如，中国与美国、加拿大等国家正处于双边投资条约谈判阶段，应当成为学术界和实务界通力合作研究的热点问题。

总之，随着国际经济秩序法治化水平的不断提高，国际经济领域正经历着由权力导向向规则导向的渐进变革。国际投资争议解决逐步被纳入国际法治轨道，通过外交手段政治化解决投资争议的案例明显减少，投资争议仲裁案件不断增多。双边投资条约，作为国际投资法的主要载体和投资仲裁的重要依据，总体上表现出投资条约的规范化与法典化、投资规则的复杂化与细致化以及缔约方法的法律化或去政治化。因此，中国双边投资条约的法律化转型或发展已势在必行。与多边条约不同，中国双边投资条约本质是中国与另一缔约国就海外投资与外国投资保护所达成的国家意思表示一致。这一契约本质，赋予了缔约方根据自身国际投资实际、经济发展目标以及法治建设水平等多种要素确定条约谈判重点和难点，予以讨价还价的法律权利。中国应当从国家整体发展的战略高度把握谈判的重难点，提出或接受双边投资条约文本的具体内容，实现条约文本的个性化和条约规则的具体化。在双边投资条约订立和适用中，坚持主权国家之间的平等互利与外国投资者待遇的公平公正，即确立双边投资条约的公平互利原则。它既是中国双边投资条约“原则+规则”之规范结构完善的需要，也是条约法方法论的要求。中国双边投资条约应当在满足法律要素和方法的基础上，促进诸如投资定义条款、知

识产权保护条款等转型，订入条约冲突条款，优化最惠国条款以及例外条款，真正实现双边投资条约由国家外资政策向国际法律规则的转型，使之能够成为满足法律规则构成要件和特征的直接保护中国国际投资和投资者的法律文件。

关键词：双边投资条约发展；法律性质；法律原则；法律方法

缩略语表

(按首字母顺序排列)

APEC: Asia-Pacific Economic Cooperation (亚太经济合作组织)

ASEAN: Association of Southeast Asian Nations (东南亚国家联盟)

BIT: Bilateral Investment Treaty (双边投资协定)

DSU: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes(《关于争端解决规则与程序的谅解》)

DTT: Double Taxation Treaty (避免双重征税协定)

ECT: Energy Charter Treaty(《能源宪章条约》)

FCN: Friendship Commerce Navigation Treaty (友好通商航海条约)

FDI: Foreign Direct Investment (外国直接投资)

FTA: Free Trade Agreement (自由贸易协定)

GATs: the General Agreement on Trade in Services (《服务贸易总协定》)

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes (国际投资争端解决中心)

MAI: Multilateral Agreement on Investment(多边投资协定)

MFN: Most Favored Nation (最惠国)

MIGA: Multilateral Investment Guarantee Agency (多边投资担保机构)

NAFTA: North American Free Trade Agreement(《北美自由贸易协定》)

NT: National Treatment (国民待遇)

OECD: Organization for Economic Co-operation and Development (经济合作发展组织, 简称为经合组织)

RTA: Regional Trade Agreement (区域贸易协定)

TRIMs: Agreement on Trade-Related Investment Measures(《与贸易有关的投资措施协定》)

TRIPs: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (《与贸易有关的知识产权协定》)

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law (联合国国际贸易法委员会)

UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development (联合国贸易和发展会议)

UNILC: United Nation International Law Commission (联合国国际法委员会)

WTO Agreement: (WTO 协定)

目 录

第一章 研究背景	(1)
第一节 研究缘起	(2)
第二节 国内外研究的述评	(5)
第三节 观点与创新	(26)
第四节 研究方法与思路	(34)
第二章 中国双边投资条约文本演变的考察	
——以法方法为视角	(37)
第一节 中国双边投资条约文本的沿革	(38)
第二节 中国双边投资条约文本要素的变化——兼评国际投资 习惯法的形成	(50)
第三节 中国双边投资条约文本方法的革新	(68)
第三章 中国双边投资条约本质的分析	
——以法律行为理论为工具	(78)
第一节 条约本质类型化研究的价值	(80)
第二节 条约本质认识的一般原理——基于法律行为理论 的分析	(86)
第三节 中国双边投资条约本质认识与国家契约	(105)
第四节 双边投资条约本质之于中国实践的要求	(117)
第四章 中国双边投资条约公平互利原则及公平公正待遇条款的 定位	(125)
第一节 公平互利：中国双边投资条约的价值取向	(126)

第二节	公平互利：中国双边投资条约发展的逻辑起点	(139)
第三节	公平互利之于“待遇标准”的要求：公平公正待遇 条款的原则化	(147)
第五章	中国双边投资条约方法的优化 ——“原则 + 规则”的改良	(174)
第一节	中国双边投资条约的法方法论分析	(175)
第二节	中国双边投资条约规范的改良：原则 + 规则	(182)
第三节	中国双边投资条约最惠国待遇条款的法方法优化	(196)
第六章	中国双边投资条约冲突条款模式和知识产权保护规则的 转型	(209)
第一节	中国双边投资条约冲突条款模式的转换	(210)
第二节	中国双边投资条约知识产权保护规则的转型	(228)
第七章	中国双边投资条约缔约实践的策略 ——以中美 BIT 谈判为例	(247)
第一节	中国 BIT 模式和范本的具体选择	(247)
第二节	美国 BIT 示范文本 2012 年之修订	(252)
第三节	中国应对美国 BIT 示范文本 2012 年修订的策略	(261)
第八章	结语	(269)
参考文献		(273)
索引		(290)
附录	2012 年美国 BIT 示范文本	(294)
后记		(329)

Contents

Chapter 1 Research Background	(1)
1. 1 Research Origin	(2)
1. 2 Comment on Domestic and Foreign Research	(5)
1. 3 Viewpoints and Innovations	(26)
1. 4 Research Methods and Ideas	(34)
Chapter 2 Investigation into the Evolution of the Text of China's BIT —From the Perspective of the Methodology of Jurisprudence	(37)
2. 1 The Development of the Text of China's BIT	(38)
2. 2 The Changes of the Text Elements of BIT in China and Comments on the Formation of International Investment Customary Law	(50)
2. 3 Reformation of the Textual Method of China's BIT	(68)
Chapter 3 The Analysis of the Essence of China's BIT—Taking the Theory of Juristic Act as the Tool	(78)
3. 1 The Value on Genre Analysis of the Essence of the Treaties	(80)
3. 2 General Principles to Take Cognizance of the Nature of the Treaty —Based on the Analysis of Juristic Act	(86)
3. 3 The Nature of China's BIT and State Contract	(105)
3. 4 The Essence of the Bilateral Investment Treaty for the Requirements of Chinese Practice	(117)

Chapter 4 The Position of the Principle of Equity and Mutual Benefit and the Clause of fair and Just Treatment in China's BIT	(125)
4.1 The Principle of Equity and Mutual Benefit: the Value Orientation of China's BIT	(126)
4.2 Equity and Mutual Benefit: the Logic Starting Point of the Development of China's BIT	(139)
4.3 The Requirement of "Standard in Treatment": the Principle in the Clause of Fair and Just Treatment	(147)
Chapter 5 Optimization of the Method of China's BIT—The Improvement of "Principle + Rule"	(174)
5.1 Analysis of Legal Methodology of China's BIT	(175)
5.2 Optimization of China's BIT: Principle + Rule	(182)
5.3 Optimization of Legal Methodology of Most-favored-nation-treatment	(196)
Chapter 6 The Transformation of Conflict Rules in China's BIT And Intellectual Property Protecting Rules	(209)
6.1 The Pattern Transformation of the Conflict Rules in China's BIT	(210)
6.2 The Transformation of Intellectual Property Protecting Rules in China's BIT	(228)
Chapter 7 The Strategy of Concluding BITs—Taking Negotiation of BIT Between China and America as an Example	(247)
7.1 Specific Choice to Pattern and Model of Chinese BIT	(247)
7.2 Revision of 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty	(252)
7.3 Strategy for China to Respond to the Revision of 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty	(261)
Chapter 8 Concluding Remarks	(269)
Bibliography	(273)
Index	(290)
Appendix 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty	(294)
Postscript	(329)

第一章

研究背景

马克斯·韦伯说，当事人在订立合同时，就已经为自己制定了新的法律，因为新的权利义务关系已然修改了其间现存的法律关系，因而合同也被比作分担立法权的工具。^① 这段关于合同性质和效力的论述同样适用于国际双边投资条约。但是，早期双边投资条约的法律属性并没有引起国际社会足够的重视。与其说双边投资条约是法律，更不如说是国家之间具有政治意义的外交文件。南北国家关于征收条款、卡尔沃条款等关键内容产生分歧，并展开论战，具有浓郁的政治色彩。^② “国际投资争端解决中心”（ICSID）受理案件少，投资裁决作用的发挥相当有限。双边投资条约作为法律文件只具有一定的象征意义，特别是广大发展中国家，更没有清醒地意识到其作为国际投资法律的地位和属性，以及可能产生的相关国家义务。^③ 但是，随着世界经济日益国际化，国际投资争端解决常态化，双边投资条约事实上不仅作为国际仲裁机构的裁决依据，而且演化为国内行政法律渊源约束东道国政府行为，双边投资条约的法律属性终究从政治属性的蜕变中凸显出来。^④ 更有甚者，双边

^① See Marx Weber, *On Law in Economy and Society*, M. Rheinstein & E. Shils trans., Harvard University Press, 1954 (89) .

^② See Andrew T. Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, 1998, (38) . 文章作者采访发展中国家缔约代表的相关内容，可以证实笔者的判断。

^③ 同上。

^④ 当然，双边投资条约作为主权国家之间博弈的结果，其政治属性的成份将永远作为底色存在于双边投资条约的法律色彩之中。法律属性和政治属性的分辨，只不过是主次之别罢了。