

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

# 冲突与趋同

中美双边投资协定谈判研究

韩冰 姚枝仲 等◎著

中国社会科学出版社



中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

# 冲突与趋同

中美双边投资协定谈判研究

韩冰 姚枝仲 等◎著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

冲突与趋同:中美双边投资协定谈判研究/韩冰等著. —北京:中国社会科学出版社, 2016. 6

ISBN 978-7-5161-8340-3

I. ①冲… II. ①韩… III. ①中美关系—双边贸易—贸易协定—研究  
IV. ①F752.771.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 133276 号

---

出版人 赵剑英  
责任编辑 孙 萍  
责任校对 胡新芳  
责任印制 王 超

---

出 版 中国社会科学出版社  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号  
邮 编 100720  
网 址 <http://www.csspw.cn>  
发 行 部 010-84083685  
门 市 部 010-84029450  
经 销 新华书店及其他书店

---

印 刷 北京明恒达印务有限公司  
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂  
版 次 2016 年 6 月第 1 版  
印 次 2016 年 6 月第 1 次印刷

---

开 本 710×1000 1/16  
印 张 16.25  
插 页 2  
字 数 242 千字  
定 价 59.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话:010-84083683

版权所有 侵权必究

# 序 言

金融危机爆发后，世界经贸格局随着新兴经济体的崛起而发生着深刻的变化，原有的以美欧为主导的国际经贸秩序受到了巨大的挑战。为因应新的经济形势，以美国为代表的发达国家开始推动新一轮国际经贸议题谈判，致力于构建新一代的国际经贸规则。美国作为传统的国际经贸规则的主导者，在 WTO 框架下推进新一代经贸议题受阻后，就将谈判的重心转移至区域或双边协定谈判上。例如，美国力推的跨太平洋伙伴关系协定（TPP）<sup>①</sup>、跨大西洋贸易和投资伙伴关系协定（TTIP）、国际服务贸易复边协定（TISA）以及中美双边投资协定（BIT）等谈判。在上述新一代国际经贸规则谈判中，中美 BIT 谈判是当前我国参与国际投资规则重塑的重要场域。

美国现今是全球最大的对外直接投资国家，中国则是新兴市场最大的对外直接投资国家，但目前中美之间尚未缔结双边投资保护协定。就中美之间的直接投资情况看，据中国商务部统计，2014年，中国新批设立美资企业 1176 家，同比上升 10.8%。美国对华实际投资 26.7 亿美元，在对华直接投资中排名第六位。截至 2014 年年底，美对华投资项目累计超过 6.4 万个，实际投入 754 亿美元，分别占中国已批外资企业和实际利用外资的 8% 和 5%。从中国对美国投资看，2014 年，中国对美投资流量为 75.96 亿美元，较上年增长 96.1%，创中国对美国直接投资历史最高值，占流量总额的

---

<sup>①</sup> 2016 年 2 月 4 日，美国、日本、澳大利亚等 12 国在新西兰正式签署跨太平洋伙伴关系协定（TPP）。

6.2%。截至2014年末，中国对美投资存量为380.11亿美元，占中国对外直接投资存量的4.3%。由此可知，中美目前双边投资的规模远远低于两大经济体应该拥有的规模。也因此，推动中美之间达成双边投资协定，对中美双方而言都具有重要意义，有利于促进双边投资，保护各自企业的海外利益。事实上，自中美BIT谈判启动以来，中美BIT问题已成为近年来中美战略与经济对话的重要议题。中美双方共同努力构建新型大国关系的重要共识，成为BIT谈判顺利推进的催化剂；而另一方面，BIT谈判的任何实质性进展又反过来凸显中美双方谨慎处理分歧、加强经贸交流、寻求共赢的合作共识。

中美BIT谈判不仅关系到中国在新一代国际经贸规则重构中的话语权问题，而且关系到中美两国双边投资规模的未来发展问题，其也与中国国内投资环境的改善与优化息息相关。2013年7月举行的第五轮中美战略与经济对话中，中方同意以“准入前国民待遇加负面清单模式”为基础开展中美BIT实质性谈判。2013年9月29日正式挂牌的中国（上海）自由贸易试验区肩负的重要使命之一即是“要探索建立投资准入前国民待遇和负面清单管理模式”。为促进中国深化改革，提供有益的借鉴，2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》也指出：“实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行‘准入前国民待遇加负面清单的管理模式’。”中美BIT谈判确立的谈判基础“准入前国民待遇加负面清单模式”对现行中国外商投资管理体制影响深远，一方面有利于突破现有外商投资管理体制改革的瓶颈，但另一方面意味着中国的外资监管与风险防控能力将面临严峻的挑战。长期以来，中国形成了以外资准入审批为核心的外资监管模式。当前外资准入管理适用的《外商投资产业目录》与《中西部地区外商投资优势产业目录》主要采取正面列举鼓励、限制和禁止外资进入领域的方式，与“负面清单”模式完全不同。并且，由于我国外资管理体制具有“重事前审批，轻事后监管”的倾向，事后监管的法律法规处于滞后发展状态。因此，要与中美BIT谈判中的“负面清单”相

衔接，当前外资管理体制亟待深化改革。目前外资三法修改项目已列入全国人大常委会于2013年10月30日公布的《十二届全国人大常委会立法规划》中。

早在2006年12月，中美双方举行第一次战略经济对话（U. S. - China Strategic Economic Dialogue）时，已将讨论开启双边投资协定谈判的可能性确定为战略经济对话的重要内容。在2008年6月举行的第四次战略经济对话上，中美双方正式启动双边投资协定谈判。从2008年9月起至2009年6月，双方进行了6轮谈判。<sup>①</sup>其后由于美国对2004年BIT范本的修订而导致谈判一度搁置，但2012年美国BIT新范本（2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty）公布后，双方在同年5月的第四轮中美战略与经济对话（U. S. - China Strategic and Economic Dialogue）<sup>②</sup>重启谈判。至2013年7月第五轮中美战略与经济对话，中美BIT谈判进行了9轮技术性磋商，但一直进展缓慢。在2013年7月举行的第五轮中美战略与经济对话中，中美BIT谈判取得突破性进展，中美双方同意以“准入前国民待遇加负面清单模式”为基础开展中美BIT实质性谈判，进而打破僵局。此后，谈判进程迅速加快。在2014年7月举行的第六轮中美战略与经济对话中，中美BIT谈判再次取得“历史性”进展，“双方同意争取2014年就双边投资协定文本的核心问题和主要条款达成一致，并承诺在2015年早期启动负面清单谈判”，从而为中美BIT谈判设立了清晰的时间表。截至2016年3月，中美双方已进行24轮谈判。一轮又一轮密集谈判的背后是中美双方投资利益的博弈与角逐，那么中美在确立了“准入前国民待遇加负面清单模式”为谈判基础后，仍存在哪些主要分歧？中国应如何应对美国所推动的竞争中立、知识产权、劳工标准、环境保护标准等新一代国际经贸

<sup>①</sup> 在这一阶段谈判中，美国提交中方的文本是2004年BIT范本。

<sup>②</sup> 中美战略经济对话机制建立于2006年9月。2006年12月，中美两国在北京进行了首次战略经济对话。根据中美双方发表的《中美关于启动两国战略经济对话机制的共同声明》，中美战略经济对话主要讨论两国共同感兴趣和关切的双边和全球战略性经济问题。中美战略与经济对话机制建立于2009年4月，其基础是中美战略对话和中美战略经济对话。

议题？对于美国 2012 年 BIT 范本中提出的国有企业定义、提高透明度、加强知识产权保护、允许外资参与标准制定等新规则，中国应如何应对？负面清单具有哪些含义？“准入前国民待遇加负面清单模式”对中国外资管理体制有哪些潜在影响？如何与美方进行充分谈判，寻求达成一个平衡、共赢、高水平的中美 BIT？这些问题是当前推进中美双边投资协定谈判亟待解决的问题，也是当前国际投资领域中的研究热点问题。

有鉴于此，本书选择对中美双边投资协定谈判这一论题进行研究，即通过对围绕中美 BIT 谈判而引发的一系列问题进行深入的分析与跟踪研究，提出对策建议。从逻辑框架结构看，本书可分为三个部分：理论综述篇、中美 BIT 谈判篇和附录。第一部分是理论综述篇，由第一章、第二章、第三章和第四章组成，这部分对国际投资协定发展概况、动向和热点条款方面的文献作系统的梳理与概括，并对美国 2012 年 BIT 范本的新变化与其所反映的美国对外投资政策新变化给予了详细的阐释。第二部分是中美 BIT 谈判篇，由第五章、第六章、第七章和第八章组成，重点分析中美 BIT 框架下如何应对美国国家安全审查制度的挑战、中美 BIT 谈判对中国投资环境的潜在影响、如何应对中美 BIT 实质谈判以及中美 BIT 范本全文比较分析，通过上述章节的分析与研究，揭示中美 BIT 谈判对中国的利弊、影响与面临的挑战，并提出应对中美 BIT 谈判的对策建议。附录部分则对中国缔结的双边投资协定、美国对外签订的双边投资协定以及世界各国签订的国际投资协定数量情况进行了整理。

现将本书各章的结构框架、主要内容和特色创新之处阐述如下：

第一章概述与分析了现今国际投资协定发展概况、动向与特征。双边投资协定、区域投资协定与全球性多边投资协定共同构成了调整国际私人直接投资关系的国际规则体系。近年来，双边投资协定增速放缓，内容趋于复杂化与精致化。区域投资协定数量不断增加，并呈现跨地区发展的特征，涵盖内容范围也更广泛。与双边投资协定和区域投资协定均获得较快发展不同，全球性多边投资协定发展缓慢。相较于以 WTO 为核心的国际贸易体制和以国际货币基金组织为核心的国际金融体制，国际投资领域迄今为止还未达成



一个全面的、综合性的并具有约束力的多边投资协定。本章对近年来上述三个层面国际投资协定的重要趋势予以阐释与梳理,有助于为研究中美双边投资协定谈判奠定理论基础。

第二章评析与梳理了与国际投资相关的 WTO 协定研究概况。2001 年我国加入 WTO 前后,我国学界对 WTO 相关问题进行了较为深入细致的研讨。中美 BIT 谈判对中国的影响堪比“二次入世”,因此对“入世”前后的相关研究予以述评可以对现今进行的中美 BIT 谈判提供镜鉴。从现有的关于此论题的论著来看,主要集中在三个方面:一是对 WTO 协定中与国际投资相关的协定内容的研究;二是关于 WTO 协定对国际投资法的影响的研究;三是对 WTO 框架下启动多边投资协定谈判的可行性分析。

第三章深入分析与探讨了现今国际投资协定中的热点条款。本章选取了公正与公平待遇标准、间接征收和负面清单这三个国际投资协定中的热点条款予以深入的研究。20 世纪 90 年代以来,投资者以东道国违反公正与公平待遇标准、间接征收为由索赔的案件迅速增加。投资者对国际投资协定条款的滥用以及仲裁庭对国际投资协定条款的扩大解释,引起各方关注。探讨公正与公平待遇标准、间接征收的确切含义与要素内容,适当引导与限制投资仲裁庭的自由裁量权,防止对公正与公平待遇标准、间接征收的扩张解读,成为学界对国际投资协定中条款进行研究探讨的热点论题。2013 年 7 月,中美两国达成以“准入前国民待遇加负面清单模式”为基础开展双边投资协定实质性谈判的一致性意见后,负面清单也成为我国学界研究的热点论题之一。本章对上述三个热点条款的含义、适用以及条约实践和仲裁实践与新进展等问题的分析与探究,有助于掌握现今国际投资协定条款内容的发展动向与趋势,为中美 BIT 谈判提供理论支撑。

第四章探讨与研究了美国 2012 年双边投资协定新范本条文的变化及其所反映的美国对外投资政策的新变化。美国 2012 年 BIT 范本提高了透明度和公共参与,强化了有关国有企业优惠待遇的规制以及加强对劳工和环境的保护,同时审慎寻求为美国的海外投资者提供强力保护与为政府管理公共利益保留必要的政策空间之间的



平衡。这些新变化反映了美国政府继续探索介于卡尔沃主义与新自由主义这两种制度间的国际投资法的“第三条道路”的发展范式，也反映了美国对外投资政策近来力推竞争中立政策与寻求可持续发展的新动向，而这对于中国“走出去”的企业将带来一定的影响与挑战，需要我国政府在中美双边投资协定谈判中予以高度重视。

第五章全面分析了美国国家安全审查制度，并对中美双边投资协定框架下如何降低中国企业赴美投资国家安全审查这一主要投资壁垒进行了探讨。近年来，中国企业在美投资频频受阻，一个重要的障碍是美国外国投资委员会（CFIUS）的国家安全审查制度。通过对 CFIUS 对审查范围、审查标准与审查程序的分析，可以发现 CFIUS 是一个运作和审查过程都缺乏透明度的机构，其保密特性使得相关信息公开程度非常有限。“关键基础设施”、“关键技术”、“关键地点”在多大程度上会影响 CFIUS 的裁决并不确定，其依然是“一案一议”。CFIUS 的审查从多方面体现了美国的国家安全战略，例如关注经济安全，追求引入国外直接投资和经济安全之间的平衡，在保证国防安全前提之下追求经济安全等。在中美 BIT 谈判中，我方应提出在中美 BIT 中增加关于 CFIUS 透明度的规定，以从制度上对美国国家安全审查制度予以约束。与此同时，中国应在中美 BIT 达成前，健全与完善中国的外资国家安全审查制度。

第六章阐述与评估了中美 BIT 谈判对中国投资环境的潜在影响。以“准入前国民待遇加负面清单模式”为基础进行中美双边投资协定实质性谈判，对现行的中国外商投资管理体制具有深远影响，继而将对中国的投资环境产生深刻影响。国际投资领域的国民待遇意味着外国投资者可以在同等的条件下与东道国本国的投资者竞争。“准入前国民待遇加负面清单模式”要求一国政府给予外国投资者在设立、并购、扩大阶段的待遇，在同等条件下不低于其给予国内投资者的待遇。而中国当前的双轨制外资立法与外资准入的管理规定与其相冲突，客观上要求现行的投资管理体制进行深入改革，减少行政审批，放宽外资准入，赋予各类企业公平参与市场竞争的机会，提高外资管理体制的透明度。为降低进一步开放带来的监管风险，并为中国政府保留根据国内经济发展形势变化适时调整外资政

策的灵活性，中国需要在缔结中美 BIT 之前通过统一内外资法律、制定专门的外资管理法、完善外资准入国家安全审查制度、规范化与制度化反垄断审查工作等措施先行改革与完善国内外资管理体制，予以有效应对。

第七章探讨了如何具体应对中美双边投资协定的实质性谈判。中美双边投资协定的实质性谈判是中美两国重设双边国际投资规则的过程。这是一场美国发起的规则重构活动，中国在有限满足美国核心利益诉求的过程中，能够利用双边投资协定为中国长期发展服务，但也需要特别小心由此带来的隐患，尤其是协定条款之外隐性规则所带来的风险：一是国内政策国际化，二是资本项目自由化。中国需要建立一套高于国际规则的国内制度，同时协调资本账户管理与投资协定的关系。

第八章对中美 BIT 范本进行了全文比较、分析，揭示了中美双边投资协定谈判涉及的主要内容与分歧之处，并提出了相应的谈判对策。本章对美国 2012 年 BIT 范本与中国商务部 2010 年 4 月草拟的《中华人民共和国政府和\_\_\_\_政府关于促进和保护投资的协定》范本草案进行了逐条比较、分析，同时参照 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT 以及 2012 年中国—加拿大 BIT 条款规定，揭示了中美在 BIT 条文内容上存在的分歧，并提出了对策建议。

本书系姚枝仲研究员主持的中国社会科学院创新工程课题“中国对外投资战略”的阶段性成果之一，是世界经济与政治研究所国际投资研究室部分研究人员近期研究成果的结晶。本书撰写分工如下：

韩冰：序言、第一章、第二章、第三章、第四章、第六章、第八章和附录；

潘圆圆、王碧珺、韩冰：第五章；

姚枝仲：第七章。

全书由韩冰、姚枝仲负责统稿。统稿人充分尊重各位撰稿人的著述特色，未寻求体例文风的完全统一。当然，文责自负。同时，感谢张明、王永中、张金杰、李国学等同事的宝贵意见。

本书仓促写就，旨在抛砖引玉，有不当之处，有待求教方家。

# 目 录

第一章 国际投资协定研究综述 .....	(1)
一 双边投资协定 .....	(1)
二 区域投资协定 .....	(13)
三 全球性多边投资协定 .....	(20)
第二章 WTO 与国际投资法 .....	(32)
一 WTO 协定中的国际投资规则 .....	(32)
二 WTO 协定对国际投资法的影响 .....	(40)
三 WTO 框架与多边投资协定谈判 .....	(43)
第三章 国际投资协定中的热点条款研究综述 .....	(46)
一 国际投资协定中的公正与公平待遇标准 .....	(46)
二 国际投资协定中的间接征收 .....	(52)
三 国际投资协定中的“负面清单” .....	(72)
第四章 美国对外投资政策法律新进展 .....	(84)
一 美国 BIT 范本的制定与变迁 .....	(84)
二 2012 年美国 BIT 范本的最新变化 .....	(87)
三 美国对外投资政策的新动向 .....	(95)
第五章 中美 BIT 谈判与美国国家安全审查制度 .....	(100)
一 美国国家安全审查制度的挑战 .....	(100)

二	美国外国投资委员会国家安全审查的特点与发展趋势·····	(102)
三	中美 BIT 框架下应对美国国家安全审查制度的对策建议·····	(118)
<b>第六章</b>	<b>中美 BIT 谈判对中国投资环境的影响研究</b> ·····	(124)
一	中国投资环境现状述评·····	(124)
二	中美 BIT 谈判对中国投资环境的影响·····	(134)
三	中国外商投资管理体制的改革与完善·····	(137)
<b>第七章</b>	<b>如何应对中美双边投资协定的实质性谈判</b> ·····	(140)
一	国际投资新规则的性质·····	(140)
二	美国的主要利益诉求·····	(143)
三	中国如何应对·····	(146)
<b>第八章</b>	<b>中美双边投资协定范本比较、分析与对策</b> ·····	(149)
一	中美双边投资协定范本全文分析与比较·····	(149)
二	中美 BIT 谈判对中国的意义与挑战·····	(224)
三	中国的应对策略·····	(228)
<b>附录 1</b>	<b>中国缔结的双边投资协定一览表</b> ·····	(231)
<b>附录 2</b>	<b>美国对外签订双边投资协定一览表</b> ·····	(237)
<b>附录 3</b>	<b>国际投资协定一览表</b> ·····	(240)

# 第一章

## 国际投资协定研究综述

国际投资的国际法规则可以追溯至 18、19 世纪资本输出国为保护海外投资而限制资本输入国干预外国国民及其财产的原则。19 世纪 40 年代以来，要求制定国际法律规则保护国际投资不受东道国征收和其他形式的干预的呼声日渐强烈。随着第二次世界大战后国际直接投资的迅猛发展，国际投资的国际法律制度逐渐成熟并形成独立的法律体系。这一体系内容主要包括双边投资协定、区域性及全球性多边投资协定等国际条约和联合国大会的规范性决议以及国际惯例。下文主要对双边投资协定、区域投资协定以及全球性多边投资协定研究领域的重要问题进行分析与述评。

### 一 双边投资协定

在过去的半个世纪中，双边投资协定（Bilateral Investment Treaties，简称 BITs）得到迅猛发展，成为调整国际投资关系最重要的法律形式和国际法新发展的最显著标志<sup>①</sup>，也是国际上最重要的投资规范、投资保护与投资促进工具。

#### （一）双边投资协定的历史变迁

双边投资条约是资本输出国与资本输入国之间签订的以保护和

---

<sup>①</sup> Jason W. Yackee, “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, p. 40.

促进国际投资与维护健康的投资环境为目的的专门性投资条约。在国际投资实践中，双边投资条约可以分为两大类型：美国型的“友好通商航海条约”（Friendship, Commerce and Navigation Treaties, 简称 FCN）和双边投资条约。双边投资条约又可分为美国式的“投资保证协定”（Investment Guarantee Agreement）和德国式的“促进与保护投资协定”（Investment Promotion and Protection Agreement, 简称 IPPA）。<sup>①</sup>

1788 年美国与法国签订了第一个友好通商航海条约，而 1966 年美国与泰国签订了最近的一个友好通商航海条约。友好通商航海条约虽包含了各种有关财产保护方面的规定，但其以调整两国间的友好通商关系为重点，保护私人投资的条款不是条约的主要内容。第二次世界大战后，虽然保护私人海外投资逐步成为友好通商航海条约的主要内容，但由于此类条约所具有的如涉及范围广、缺乏保护国际投资的程序性规定等固有的局限性，使得美国政府转变态度，基本上不再缔结此类条约。

20 世纪 70 年代以前，美国除了签订综合性的友好通商航海条约外，还签订专门的投资保证协定。美国式的“投资保证协定”主要规定代位求偿权问题与处理投资争议的程序问题。它规定投资者可以在本国的相关机构投保，将来如果因东道国发生规定的政治风险而受到损失，投资者母国给予赔偿后，投资者母国政府可以根据双边投资保证协定行使代位权，向东道国政府提出赔偿要求。<sup>②</sup> 这种投资保证协定仅涉及在投资者母国根据其投资保险制度给予投资者赔偿后，对投资者母国的救济，并没有直接规定对外国投资的保护，其保护对象只是单方投资，而不是相互的投资。美国现已与 100 多个国家签订了双边投资保证协定。1980 年 10 月，我国也与美国签订了双边投资保证协定。

<sup>①</sup> 参见姚梅镇《国际投资法》（第三版），武汉大学出版社 2011 年版，第 243 页。余劲松主编《国际投资法》（第三版），法律出版社 2007 年版，第 212 页。也有学者将双边投资条约分为三类，即美国主导的友好通商航海条约、20 世纪 80 年代以前美国与发展中国家签订的双边投资保证协定和德国等资本输出国与发展中国家签订的双边促进和保护投资条约。参见梁咏《双边投资条约与中国能源投资安全》，复旦大学出版社 2012 年版，第 39—40 页。

<sup>②</sup> 董世忠主编：《国际投资法》，复旦大学出版社 2009 年版，第 460 页。

鉴于 FCN 难以有效保护海外投资,自 20 世纪 50 年代末开始,德国、瑞士等国开始与资本输入国签订促进与保护投资的专门性双边协定。1959 年,联邦德国与巴基斯坦和多米尼加共和国签订了最早的两项现代意义上的双边投资保护协定。此类双边投资保护协定主要规范与投资相关的事宜,既有关于促进与保护投资的实体性规定,也有关于代位求偿、解决投资争端等程序性规定。

美国自 1977 年以后也开始采用促进与保护投资协定模式,1982 年 1 月 11 日美国贸易代表办公室公布了一份用于谈判的双边投资条约样本条文。1982 年美国与巴拿马签订了第一个双边促进与保护投资协定。促进与保护投资协定成为现代国家双边投资条约的主要形式。现一般所称的双边投资协定则是对这类型双边投资条约的简称。

学界根据双边投资协定在投资保护标准、投资自由化方面的一些特征,将其区分为美式 BIT 与欧式 BIT (也有的称为德式 BIT)。一般而言,美式 BIT 对外资的保护要求更高。以美国 2012 年 BIT 范本为例,该范本与德式的 BIT 相较,具有高标准投资保护程度和高水平的投资自由化特点,例如该范本规定了较为宽泛的投资定义与征收条款、给予公平和公正的最低待遇标准、将“最惠国待遇”和“国民待遇”扩展至市场准入阶段以及较高的“透明度”要求等。

## (二) BITs 的功能及其有效性

迄今为止,在国际投资领域,由于缺乏全球性统一的、全面的关于国际投资的多边投资协定,BITs 成为现今国际法上调整国际私人投资关系最有效的法律手段。一般认为,BITs 具有两个方面的功能,即投资保护与促进投资的跨国流动。也有学者认为,BITs 具有保护投资、便利外资进入与经营以及促进发展中国家经济整体自由化的三大功能。<sup>①</sup> BITs 的功能的有效性一直是学界探讨的热点问题,对此国内外学者的研究结论各异。

首先,投资保护功能。在第二次世界大战前,国际投资的唯一

---

<sup>①</sup> Jeswald W. Salacuse, Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, No. 1, 2005, p. 67.



外在保护是习惯国际法，它规定东道国有义务按照一套设定的国际标准对待跨国投资。<sup>①</sup>但这种保护被证明是不充分的，因为这套国际标准具有不确定性，而且往往会引起争议，并且一些发展中国家在对待跨国投资时也达不到国际标准的要求。<sup>②</sup>而缔结 BITs 的首要目的即是保护对外直接投资。因此，在 BITs 形成之初，其就是资本输出国为保护其跨国投资而设计的精致的法律保护工具。人们对双边投资条约的通常认识也是，双边投资条约是能够建立一种保护相互投资的具体法律机制的一种特别法（a *lex specialis*），特别是在这种投资保护方面的法律规则尚处于不确定的状态时，这种机制是重要的。<sup>③</sup>

BITs 一般通过较宽泛的投资定义、给予缔约对方投资者国民待遇、最惠国待遇和公正与公平待遇、征收或国有化的条件和补偿标准、外汇转移、解决投资争端的程序等规定为外国投资者对其在东道国的投资提供法律保护。对于 BITs 的保护功能，有些学者认为，由于多数发达国家与发展中国家之间的 BITs 谈判是由发达国家启动的，两类国家之间的投资关系基本上是单向性的，因此 BITs 保护跨国投资的功能也是单向性的，主要是服务于发达的资本输出国及其跨国投资者。<sup>④</sup>

其次，投资促进功能。投资促进功能与投资保护功能紧密联系。BITs 作为国际性投资条约，可以为投资者提供一个明确、稳定和透明的投资法律框架，即使发生争端，投资者也可绕过东道国而直接寻求国际救济，因此 BITs 保护功能的增强会促进 FDI 规模增长。<sup>⑤</sup>

① Kenneth J. Vandavelde, "A Brief History of International Investment Agreements", in Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009, pp. 3-36.

② United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *International Investment Agreements: Key Issues*, Sales No. E. 05. II. D. 6 (United Nations, 2004), p. 5.

③ 刘笋：《浅析 BIT 作用的有限性及对 BIT 促成习惯国际法规则论的反对论》，《法制与社会发展》2001 年第 5 期。

④ 曾华群：《论双边投资条约实践的“失衡”与革新》，《江西社会科学》2010 年第 6 期。

⑤ 卢进勇、余劲松、齐春生主编：《国际投资条约与协定新论》，人民出版社 2007 年版，第 117 页。

此外, 在一些实行海外投资保险制度的发达国家中, 资本输出国经常根据东道国签署 BITs 的意愿程度来决定其投资保险制度的可获得性。<sup>①</sup> 即这些国家会审查本国与投资者目标国家间是否签订双边投资协定, 对未与本国签署 BITs 的国家, 资本输出国通常不愿向投资者提供风险担保, 或以较高保险费率方式提供, 从而提高投资者的风险或投资成本。

BITs 能否促进 FDI 流入与流向问题是许多学者关注的热点问题。联合国贸易和发展会议 (United Nations Conference on Trade and Development, 简称 UNCTAD) 对 1998—2008 年发表的有关 BITs 对外国直接投资的间接影响的一系列的经济学研究成果分析后指出, 早期实证的研究结果显示 BITs 对外国直接投资的影响是模棱两可的, 有的研究显示影响很弱, 有的研究显示有相当大的影响, 还有的个别研究显示根本没有影响。但是, 2005—2008 年最近发表的——基于更多数据样本、改善的测量模型与多次测试——的研究结果显示, BITs 对于由发达国家流入到发展中国家的外国直接投资流量具有一定的影响。虽然大多数双边投资保护协定并不能改变外国直接投资的主要经济因素, 但能改善一些政策和体制方面的决定因素, 从而增加签订了 BITs 的发展中国家获得更多外国直接投资的可能性。<sup>②</sup>

众所周知, 影响投资的因素是多方面的, 例如自然资源、劳动力、基础设施、劳动力受教育程度、市场规模、邻近性和政治稳定性等。因此, BITs 对吸引外资的重要性与影响是很难评估的。BITs 对促进投资的主要作用是 BITs 形成的稳定的法律框架能够降低投资者的风险, 而降低风险是投资决定的一个重要因素, BITs 在这个决定中可以起到一定的作用, 从而为东道国渴望得到的投资提供一些诱因。BITs 引导国际投资的方式可能被设计用于促进投资流动, 但

<sup>①</sup> Jason Webb Yackee, “Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, 2008, pp. 460-462.

<sup>②</sup> UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, Sales No. E. 09. II. D. 20 (United Nations, 2009), p. 13.