

# 美国双边投资新规则及其对中国的启示<sup>\*</sup>

——以 2012 年 BIT 范本为视角

黄 洁

**内容提要:**2012 年美国对双边投资和保护协定(BIT)范本的修订体现了其在 BIT 和《跨太平洋战略经济伙伴关系》(TPP)谈判中所要倡导的国际投资新规则。该规则要求东道国提供准入前国民待遇和负向列表,将保护环境和劳工权利与投资挂钩,对透明度、政府竞争中立和国有企业管制提出更高要求,在金融服务领域强调东道国管制的合法性,并且不要求投资者用尽当地救济即可采用国际仲裁解决争端。对此不应一概批判,而应积极利用其中对我国有利的条款。鉴于我国既是吸引外资大国又是对外投资大国的双重身份,可以结合我国国情积极完善相关法律制度,在条件成熟时接受透明度和公众参与、准入前国民待遇和负向列表以及环境和劳工保护等条款。

**关键词:**投资协定 市场准入 劳工 透明度 BIT TPP

黄洁,上海对外经贸大学法学院副教授。

《跨太平洋战略经济伙伴关系协议》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)是奥巴马政府“亚太再平衡”战略的重点内容。TPP 目前已有 12 个成员国,分别是澳大利亚、文莱、加拿大、智利、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、美国、越南和日本,其 GDP 之和占世界总量的 40%。最近的第 16 次 TPP 谈判刚刚于 2013 年 3 月在新加坡结束,谈判方表达了争取在今年达成协议的意愿;一旦该协议达成,将形成一个跨南北美洲、大洋洲和亚洲的经济体。美国更是希望将 TPP 打造成为 21 世纪自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)的范本。<sup>[1]</sup> 投资是 TPP 协议中的重要内容,美国试图将无法在世界贸易组织(WTO)多哈

\* 本文受上海市教委和上海市教育发展委员会“曙光计划”和“浦江人才计划”资助,2013 教育部青年课题“TPP 对亚太区域经济一体化的影响和我国的对策研究”的阶段性成果。感谢上海对外贸易学院国际法专业研究生刘爽同学对初稿和资料收集做出的重要贡献,感谢陈善宽对本文写作的支持。

[1] 和 TPP 有关的代表性文献,可参见 Meredith Kolsky Lewis, “Trans-Pacific Partnership: New Paradigm of Wolf in Sheep’s Clothing”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 34 (2011); Meredith Kolsky Lewis, “Expanding the P-4 Trade Agreement into a Broader Trans-pacific Partnership: Implications, Risks and Opportunities”, *Asian Journal of WTO & International Health Law & Politics*, Vol. 4 (2009); 何力:《TPP 与中国的经济一体化动向和对策》,《政法论丛》2011 年第 3 期。

回合谈判和经合组织多边投资公约中获得接纳的一些投资条款纳入 TPP 的架构,通过 TPP 影响亚太地区乃至全球的投资法律。尽管目前 TPP 谈判采用了闭门谈判的方式,其谈判文本不为外界所知,但美国官方于 2012 年 4 月 20 日正式公布了新的双边投资和保护协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)范本(以下简称《2012 年范本》)。<sup>[2]</sup> 对于这一范本需要引起高度关注,因为历史上美国总是使用官方公布的 BIT 范本与外国进行 BIT 或者 FTA 投资章节的谈判,虽然协议最终文本可能与范本有所不同,但通常会受到范本的深刻影响。此外,中美第八轮 BIT 谈判已经结束,双方即将开启第九轮谈判,因此研究该范本也有助于我国摸清对方的谈判底线。

美国 BIT 的源头可以追溯到《友好通商航海条约》。1983 年 1 月,美国政府公布了第一个《美国与某国间关于共同促进和保护投资的协定》,简称 BIT 范本。1983 年范本分别在 1994 年、2004 年(以下简称《2004 范本》)<sup>[3]</sup>和 2012 年经过三次修订。总体而言,美国试图通过修订 BIT 范本,使其 BIT 谈判实践符合国际投资实践的新变化,更重要的是通过 BIT 范本引导国际投资法的发展方向。

## 一 《2012 年范本》的主要革新

### (一) 透明度

透明度问题是《2012 年范本》对《2004 范本》的重点修改内容。虽然业界对《2012 年范本》的总体评价毁誉参半,但一致认为透明度条款是《2012 年范本》的一大亮点。

尽管《2004 年范本》已经要求缔约方事先公布具有普遍执行力的法律、法规、行政规章和司法判决,但《2012 年范本》对于与投资有关的法律法规和决策的公开作了更加详细的规定,并且增加了向公众征询意见的环节。新增加的第 11 条第 3 款规定,若中央政府计划就本协定涵盖的任何内容颁布普遍适用的规章,那么首先该规章草案必须在全国发行的官方刊物上公布,并解释其目的和理由,绝大多数情形下征询公众意见的期限应不少于 60 天;其次最终文本必须在官方刊物或政府网站的显著位置公布,回应在接受公众意见期间公众提出的重大实体性意见,并说明在拟颁布的规章中进行的实体性更改。

《2012 年范本》第 11 条第 8 款是一个全新条款,规定缔约一方应当许可或推荐其境内的非政府标准化组织许可另一缔约方的经营者参与制定中央政府机构制定的标准和技术规章,WTO《卫生与动植物检验检疫措施协定》附件 A 中规定的检验和检疫措施或政府机构为自己的生产和消费之需而规定的采购规格除外。若缔约方违反上述规定,投资者不能诉诸投资者——东道国争端解决机制,而是要通过投资者母国—东道国争端解决机制来处理。

该范本第 11 条第 8 款具有以下三层含义:首先,该条款仅约束缔约方中央政府,因此缔约方地方政府在制定标准的过程中没有确保缔约另一方投资者参与的义务。这一点有别于 WTO《技术性贸易壁垒协定》;后者要求各成员方中央政府采取所能采取的适当措施确保其地方政府对于技术法规的制定、采纳和实施符合《技术性贸易壁垒协定》的规定。<sup>[4]</sup>

[2] 该范本内容见于 <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>, 最后访问时间:2013 年 4 月 13 日。

[3] 关于《2004 年范本》的评析,可参见张辉:《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》,《法学评论》2009 年第 2 期。

[4] 《技术性贸易壁垒协定》第 3 条第 1 款。

其次,该条款规定的客体是标准和技术规章,其定义参照适用《技术性贸易壁垒协定》附件 1 第 1 条和第 2 条的规定。所谓“技术规章”是指规定产品特性或者与其有关的工艺和生产方法(包括应适用的管理规定)并强制要求与其相符的文件;当其适用于某种产品、工艺或生产方法时,技术规章也可包括或仅仅涉及术语、符号、包装、标记或标签要求。所谓“标准”是指由公认的为产品或有关的工艺和生产方法规定规则、指南或特性的机构所核准的,供共同和反复使用且不强制要求与其相符的文件;当其用于某种产品、工艺或生产方法时,标准也可包括或仅仅涉及术语、符号、包装、标记或标签要求。需要强调的是,《2012 年范本》中的“标准”不包括与提供服务有关的标准、技术法规或合格评定程序。<sup>[5]</sup> 因此,标准和技术规章的涵盖范围虽然非常广泛,但仍然局限于货物贸易领域。

最后,关于第 11 条第 8 款的脚注 14 没有清楚说明,该条款所规定的缔约方许可另一缔约方投资人参与标准制定的具体过程是否可以适用第 11 条第 3 款规定的确保缔约另一方投资者参与“关于本协定任何内容的普遍适用的规章”之制定的程序;该脚注仅规定,如果缔约方政府给感兴趣的人员提供了就其即将颁发的标准陈述意见的合理机会,并且在标准制定中也考虑了这些意见,那么该政府就不违背 BIT 的规定。<sup>[6]</sup> 这一规定相当模糊,没有说明“合理机会”应如何理解,给投资者提供的陈述意见的途径如何,以及政府在标准制定中要如何考虑投资者的意见才能避免征求意见流于形式。实践中,可以通过三种可能的方式来进一步明确脚注 14 的含义。第一种方式是,如果缔约方中央政府所颁布的标准和技术性规章是以法律、法规或者具有普遍适用性的行政裁定的形式颁布的,<sup>[7]</sup> 就可以认定为第 11 条第 3 款所规定的“关于本协定任何内容的普遍适用的规章”,从而其征询意见的程序和期限需要遵循第 11 条第 3 款的规定。第二种方式是,既然标准和技术规章的定义参照适用《技术性贸易壁垒协定》,那么征询意见的程序和期限也可参照该协定。第三种方式则是,征询意见的程序和期限既不同于第 11 条第 3 款的规定,也不同于《技术性贸易壁垒协定》的规定,而是只要不低于缔约方提供给本国经营者的条件即可;这种途径将使第 11 条第 8 款规定的标准和技术规章成为第 11 条第 3 款的例外,也给缔约方留下灵活操作的更多空间。但无论怎样设定标准和技术规章征询意见的程序和期限,《2012 年范本》都补充和强化了《技术性贸易壁垒协定》的规定,给东道国中央政府的规章制定提出了更高的透明度要求。

## (二) 环境与劳工

环境和劳工条款是在 2012 年修订 BIT 范本过程中争议较多也是最终改动最大的条款。

首先,《2012 年范本》大幅修改了《2004 年范本》有关环境问题的规定。第 12 条首先强调了环境法律法规与政策以及多边环境公约的重要作用,将《2004 年范本》中的“力争确保”(strive to ensure)改为“确保”(ensure),要求缔约方承诺不会为了鼓励投资而减少或削弱本国环境法中关于环境保护的措施,不通过长期、反复的作为或不作为而影响环境法的有效执行。<sup>[8]</sup> 第 12 条第 4 款对“环境法”的范围进行了列举,即主要旨在通过以下三种方式保护环境或预防对于人类、动物或植物的生命或健康之威胁的法律法规或者其中的条款,但

[5] 《2012 年范本》第 11 条第 8 款(d)项。

[6] 《2012 年范本》脚注 14。

[7] 《2012 年范本》第 10 条第 1 款。

[8] 《2012 年范本》第 12 条第 2 款。

不包括任何直接涉及劳工安全或健康的法律法规或其中的条款:(1)预防、消除或控制污染物的释放、排放或扩散;(2)控制环境灾难或有害化学成分、物质、原料和废物以及传播此类相关信息;(3)保护或保存野生动植物(包括濒危物种)、其栖息地以及自然保护区。在大幅提高对于缔约方环境保护的要求与标准的同时,第12条也规定了一些例外情形。第3款规定,若缔约一方一系列的作为或不作为是合理行使自由裁量权的结果,或者其分配资源的行为是出于善意的决定,则该缔约方的行为符合规定;第5款则允许缔约方采取、维护或执行其认为符合本协定的、能够保证其境内的投资活动以顾及环境保护要求之方式进行的适当措施。这些例外规定体现了东道国和投资者利益的平衡。

其次,第13条(“投资与劳工”)与第12条(“投资与环境”)的条文框架大致相同,也将《2004年范本》中的“力争确保”(strive to ensure)改为“确保”(ensure),并对“劳工法”概念的涵盖范围加以扩大,同时将《2004年范本》中的“最低雇佣年龄”改为“有效消除雇佣童工”,并增加了关于“消除在雇佣和职位方面的歧视”的规定。<sup>[9]</sup>

最后,如果某缔约方违反了环境和劳工保护的条款,投资者不能提起投资者—东道国仲裁,而是应当由投资者母国依据第12条第6款或者第13条第4款的磋商程序与东道国磋商,并且投资者母国也不能援引BIT中其他关于国与国之间争端解决的条款。该磋商程序规定,缔约一方可以通过书面请求的方式要求缔约另一方就本条款产生的任何问题进行磋商,缔约另一方应当在收到请求的30天内予以回复;之后,缔约双方应当进行磋商并且尽力达成双方满意的解决方案。这一磋商机制不同于美国近年来与巴拿马(2011年生效)、哥伦比亚(2011年生效)和秘鲁(2009年生效)签署的FTA中的投资章节,后者允许投资者母国援引协定中关于国与国之间争端解决的条款来解决环境和劳工保护争端。相反,磋商机制回归了美国早期签署的一些FTA中的规定。因此,虽然《2012年范本》大幅提高了环境和劳工保护的要求,但是将缔约方磋商作为解决与此有关之争端的唯一途径,表明美国充分认识到环境和劳工保护的高要求很可能吓阻他国与之订立BIT或含有投资内容的FTA,因此试图通过将磋商作为争端解决唯一途径这种方式换取缔约对方对该条款的认可。

### (三) 政府竞争中立与国有企业管制

针对在国有经济占主导地位的国家中政府给予国有企业诸多优惠,导致外资处于不公平竞争地位这一问题,《2012年范本》专门作出了三项规定。首先,如上文所述,缔约方政府须保证外资在标准和技术法规立法过程中有所参与,从而间接提高了对政府在国有资本和外国资本竞争中保持中立的要求。

其次,《2012年范本》明确规定国有企业也要承担缔约方在BIT项下的义务。第2条第2款(a)项规定,BIT项下缔约方的义务适用于经缔约方政府授权行使任何监管、管理或其他政府职能的国有企业或其他主体。新增加的脚注8指出,政府职能的授权既包括立法授权,也包括以政府命令、指令或其他行动进行的授权。该脚注表明,即使政府通过非正式的方式授权给国有企业,该企业也受到BIT规定的缔约方政府义务的约束。对于政府授权认定的宽泛化在一定程度上中和了国有企业的特殊优势,也体现了对于外资的保护。

第三,对政府竞争中立的要求也体现在禁止当地含量要求的条款中。例如,新增的第8条第1款(h)项规定,缔约方不得出于保护本国投资者及投资或者保护该缔约方或其经营

[9] 《2012年范本》第13条第3款(a)、(e)项。

者的技术之目的,要求外国投资者在其境内购买、使用或优先选择该缔约方或其经营者的技术,或在其境内禁止购买、使用或优先选择特定技术。

#### (四) 金融服务

《2012 年范本》强化了东道国政府金融监管的合法性。

首先,《2004 年范本》允许缔约方可以依审慎原因采取或维持与金融服务有关的监管措施,但未对“审慎原因”加以定义。《2012 年范本》明确规定,“审慎原因”既包括维持单个金融机构的安全、稳健、完整及财务责任,也包括维持支付系统和清算系统的安全以及财务和运营。<sup>[10]</sup> 上述定义填补了《2004 年范本》的空白。

与此相关,《2012 年范本》在涉及缔约方金融服务的投资争端仲裁程序中加入了一个新条款,即第 20 条第 3 款(e)项。该条款规定,在金融主管机构根据第 20 条第 3 款(c)项作出联合决定的 120 日期限过后的 30 日之内(若在 120 日期限内仲裁庭仍未成立,则在仲裁庭成立后的 30 日之内),应被申请方的要求,仲裁庭应当优先审理和裁决(c)项所指之金融主管机构未予解决的事项,而不是裁决仲裁请求(被申请方已为此援引第 20 条第 1 款或第 2 款作为抗辩理由)的实体问题;被申请方未提出此种请求不影响其在仲裁的其他任何适当阶段援引第 1 款或第 2 款作为抗辩理由。换言之,该条款允许被申请方(东道国)要求仲裁庭在成立后的 30 日之内优先裁定基于“审慎原因”采用的措施是否违反 BIT 规定。

对 BIT 范本的这些修改体现了全球金融危机以来美国对金融监管从弱化到强化的思路演变。在强调加强金融监管的《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》通过后,为避免政府未来的监管行为导致外国企业就金融行业投资向美国提出索赔要求,美国迫切希望对其 BIT 范本进行修订,以指导日后的缔约行为。有鉴于此,美国对 BIT 范本中的金融服务内容进行了修改,重点强调东道国政府监管的合法性。

## 二 《2012 年范本》对《2004 年范本》的继承

《2012 年范本》对投资的实体法律保护延续了《2004 年范本》的规定,这表明美国对这些规定予以肯定,并将在未来的 BIT 和 FTA 谈判中加以推进。以下以准入前国民待遇和投资者—东道国争端解决方式为例加以说明。

### (一) 准入前国民待遇

准入前国民待遇(Pre-establishment national treatment)是美国长期以来大力提倡的内容,但其签署的 BIT 往往不对这一概念进行单独定义。这是因为,准入前国民待遇在美国的 BIT 中往往通过三个方面加以体现。首先是国民待遇。《2012 年范本》第 3 条规定,缔约一方应当对缔约另一方的投资者或合格投资在其境内设立、并购、扩大、管理、经营、运作、出让或其他投资处置方面,在类似情况下给予不低于本国国民或本国国民的投资所享有的待遇,包括中央政府和地方政府所给予的待遇。所谓“设立”和“并购”,指的就是外资准入前的阶段。其次是附件列表。准入前国民待遇不是通过定义而往往是通过附件列表加以体现。《2012 年范本》要求缔约方制定负向列表(negative list)作为附件,如果缔约方不希望准入前国民待遇适用于某些关键领域,就必须在负向列表中明确规定将设立或并购作为国民待遇

[10] 《2012 年范本》脚注 18。

的例外情形。第三是投资者的定义。一个涵盖准入前国民待遇的 BIT 往往需要扩大投资者的定义。《2012 年范本》第 1 条将“缔约方的投资者”定义为试图、正在或已经在缔约另一方境内投资的缔约一方或缔约一方的国有企业、国民或企业。

## （二）投资者—东道国争端解决机制

《2012 年范本》第 24 条第 1 款规定,当争端一方认为投资争端无法通过协商和谈判方式解决时,那么无需用尽当地救济即可以自己的名义或者以其所有或者直接或间接控制的设立于争端另一方境内的法人的名义,依本协定提起投资仲裁。仲裁机构、仲裁通知应包含的内容、缔约双方的仲裁许可及其条件与限制、仲裁员的选任、仲裁程序等其他问题相较于《2004 年范本》均无实质意义上的重大修改。

《2012 年范本》虽然同《2004 年范本》一样允许缔约方就建立仲裁的上诉机制进行谈判,但采取了更为务实的做法。《2004 年范本》规定,在本协定生效后 3 年内,缔约双方应当考虑是否建立一个双边上诉机构或类似机制来审查仲裁裁决。这一规定表明美国当时大力倡导建立上诉机制,以提高仲裁透明度。典型的例子是 2004 年《中美洲自由贸易协定》,其中甚至要求缔约方在达成协议后 3 个月内就要展开建立仲裁上诉机制的谈判。《2012 年范本》删除了 3 年这一期限要求,表明美国对建立仲裁上诉机制采取更加务实的态度。一方面,美国认识到短期内可能很难与缔约方敲定上诉机制的具体细节,而建立上诉机制也可能会破坏国际仲裁对于投资者的吸引力;另一方面,美国也考虑到国际上日益增多的关于投资仲裁削弱了东道国对本国经济管控能力的批评,认为有必要建立某种形式的上诉机制来监督投资仲裁。基于这两方面的考虑,《2012 年范本》保留了关于建立仲裁上诉机制的内容,但删除了此前的期限要求。

## 三 中国应对美国倡导的国际投资新规则的若干建议

中国对美国倡导的国际投资新规则中强调的准入前国民待遇、负向列表、保护环境和劳工权利、透明度、政府竞争中立和国有企业管制等内容一向持较为保守的态度,主要原因是我国长期以来是引资大国,在国际投资领域更关注如何维护东道国利益,尽管目前正在逐渐成为对外投资大国,但在国际投资立法领域尚未及时转变。但需要认识到,美国《2012 年范本》中的规则未必都对我国不利,对于其中某些内容完全可以加以借鉴和吸收。

### （一）负向列表

我国签署的 BIT 和 FTA 投资章节均未把不符措施和不开放领域列出。在外资新设企业审查方面,我国实行审批制并公布《外商投资产业指导目录》;在涉及“商业存在”的 FTA 服务贸易章节中,我国采取的是“正向列表”,即列出开放领域。相反,《2012 年范本》以“负向列表”的方式来促进投资自由化。一直以来,“负向列表”因其难以全面涵盖新出现的商业领域、给外资管制带来不确定性而遭到我国拒绝。坚持“正向列表”诚然适合中国长期以来在国际投资领域扮演的东道国角色,但随着经济实力的提升,目前我国已经是世界第五大资本输出国,继续坚持“正向列表”方式意味着我国的海外投资也面临更多限制。有鉴于此,我国应当及时对限制和禁止外资进入的产业加以评估,对于必须由政府或国有企业经营的产业继续加以保护,但对部分已经发展较成熟、对于国家安全没有威胁的产业,则考虑适当放开。与此同时,有必要深入研究其他国家如何在缔约谈判中制定“负向列表”。事实

上,目前和美国签署 BIT 的 42 个国家中多数是发展中国家,它们处理“负向列表”和新出现的商业领域的方法可以作为借鉴。

## (二) 准入前国民待遇

传统上,国家拥有并保留控制外国人(包括外国投资者)进入本国的绝对权力,外资准入向来是各国十分重视并加以限制的领域。我国国内法和对外签署的 BIT 均未规定准入前国民待遇,但美国《2012 年范本》则作出了相反的规定。尽管目前将准入前国民待遇写入投资协定的国家还只是少数,但其仍然反映了投资自由化的发展趋势。并且,从现有协定来看,准入前国民待遇并未使东道国丧失对于外资的准入监管,各国都会在协定中允许东道国对这一待遇的适用作出一些保留,例如一般例外、临时保障措施以及以负向列表形式加以保留的无须符合国民待遇的措施和产业。

## (三) 投资者—东道国争端解决机制

虽然澳大利亚明确宣布不接受投资者—东道国投资仲裁,欧盟各国也倾向于在投资者诉诸国际仲裁前要用尽当地救济,但《2012 年范本》对《2004 年范本》的革新和继承表明美国越来越坚定地支持终局性的国际投资仲裁。国际仲裁的优势在于其能够将东道国政府与外国投资者之间的公法关系转化为一种平等主体间的私法关系;而国际仲裁对于投资者的法律保护和高标准的投资自由化,又无疑使得外国投资者更加愿意选择国际仲裁而不是东道国当地救济来解决争端。事实上,无论是何种争端解决机制,其存在的意义无非是在平衡东道国政府与外国投资者之间的利益基础上,更加合理地解决国际投资争端。外国投资者往往对东道国政府缺乏足够信赖,因此倾向于将投资争端导向国际化,而东道国政府则希望对于投资争端更多地适用内国法。国际投资争端的性质直接导致了上述矛盾的必然性。为此,有学者将“全球治理”理论引入对现行争端解决机制的分析中,提倡非政府组织和社会公众的参与,以便更为有效合理地保障双方利益及公共利益。<sup>[11]</sup>

纵观现行国际投资争端解决的发展趋势,如果我国继续坚持用尽当地救济原则,那么其他国家也会相应要求我国投资者在该国用尽当地救济,这并不利于国际投资争端的解决。我国新近签署的中日韩投保协定和中国—加拿大 BIT 等都规定有“岔路口”条款,即投资者一旦选择国内救济就不能再请求国际仲裁,而一旦提交国际仲裁就不能再请求国内救济。笔者认为这是一个正确的方向,应当予以坚持。

## (四) 透明度和政府竞争中立

透明度的标准决定了规则的内容以及规则实施的方式是否适当。<sup>[12]</sup> 透明度要求使外国投资者得以及时知晓投资中可能遇到的政策法规变化并表达意见,并制约东道国滥用外资监管权损害投资者利益。从我国目前的立法实践来看,通常都会在颁布正式法律文本之前颁布征求意见稿,但并非所有涉及投资的法规和技术标准的制定都会颁布征求意见稿。因此,提高立法过程中的公众参与仍然是一个努力的方向。我国可以考虑在 BIT 谈判中逐渐接受高透明度要求,同时要求发达国家给予发展中国家技术和资源援助,逐步提高透明度标准,从而使透明度要求不致沦为空洞的文本。此外,《2012 范本》对于政府竞争中立的大力强调从本质上说也体现了对于透明度的要求,因为如果公众能够广泛参与立法和标准制

[11] 徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,《法学家》2010 年第 3 期。

[12] 詹晓宁、葛顺奇:《最大化扩大透明度范围:WTO“多边投资框架”中的透明度规则》,《国际贸易》2003 年第 8 期。

定过程,政府就能逐渐实现中立。因此,提高立法过程的透明度至关重要。

### (五) 环境和劳工保护

环境和劳工保护过去往往作为跨国公司社会责任的一部分,东道国以此要求外国投资者承担更大的社会责任。<sup>[13]</sup> 但美国《2012年范本》对环境和劳工条款的修改表明,美国的立场是东道国要自己承担更大的环境和劳工保护义务,不得以降低国内相关标准的方式来吸引外资。

一般而言,如果一国的劳工标准低于其他国家普遍遵守的基本劳工标准,而该国在经济发展水平允许的情况下也未作出任何努力来改善这种与国际通行标准不符的劳工标准,那么就有可能因为过低的劳工标准而有不公平竞争之嫌。<sup>[14]</sup> 发达国家提倡和推行高标准的劳工保护一方面顺应了尊重和保护人权的国际理念,另一方面也给劳动力相对低廉的发展中国家设置了一些障碍。

对于国际贸易和国际投资所引发的环境问题,各国均已认识到其严重性,但关于在经济发展与环境保护之间如何取舍、怎样平衡,发达国家与发展中国家显然有不同的立场与考虑。对于发达国家而言,其有意愿也有实力“牺牲”部分经济利益以解决其面临的现实的环境问题或为未来环境的改善作出一些现时的努力和投资,同时也可以利用发展中国家环保规则薄弱、环保管制松懈的机会,通过贸易或投资的形式转移有害于环境的产品和产业。<sup>[15]</sup> 而发展中国家的国情则决定了其在环境保护问题上显得较为被动。我国虽然确立了可持续发展原则,但在实际操作中仍然与发达国家有较大差距。以康菲溢油事故为例,相比美国对于国内类似案件的处理,我国在环境损害救济方面的缺失暴露无遗。<sup>[16]</sup>

美国《2012年范本》和 TPP 谈判中对于劳工和环境保护的强调说明,其希望将劳工和环境与投资和贸易紧密相联;我国在 BIT 和 FTA 谈判中则往往采取将这两类问题相分离的方式。笔者认为,将这两类问题相联系是国际投资法发展的方向所在,也符合 WTO 和联合国倡导的贸易与发展同步这一主题。同时,我国在对外谈判中将这两类问题相联系,还可以借助外部压力促使国内加强劳工和环境保护的立法和执法工作,强化企业的社会责任。当然,将环境和劳工与投资和贸易相联系意在促进缔约双方在这两个领域内进行合作以及解决伴随经贸合作而发生的环境和劳工问题,而不应将强制对方接受某种标准或者实践作为目标。<sup>[17]</sup>

## 四 结 论

东道国政府的职能与外国投资者的利益、国际投资带来的经济发展与高昂且不可逆的环境损害代价,以及对于提高劳工保护标准的诉求,一直以来都是国际投资法领域争议颇多

[13] 崔新健、张天桥:《推进在华跨国公司社会责任前行的障碍:基于在华中外资企业社会责任现状的比较》,《社会科学》2008年第10期。

[14] 边永民:《国际贸易与劳工保护的关系》,《西南民族大学学报(人文社科版)》,2006年第11期。

[15] 刘笋:《国际投资与环境保护的法律冲突与协调:以晚近区域性投资条约及相关案例为研究对象》,《现代法学》2006年第6期。

[16] 康菲溢油事故最终以行政调解方式达成一致,康菲出资10亿元作为赔偿与补偿。作为对比,墨西哥湾漏油事故中BP石油公司设立了200亿美元的赔偿基金,巴西漏油事故作业方赔偿了107亿美元。

[17] 边永民:《回避还是参与:谈自由贸易区谈判中的环境和劳工保护问题》,《中国发展观察》2009年第1期。

的话题。《2012 年范本》虽然承袭了投资高度自由化的一贯风格,但从中也能看出美国并未忽略投资自由化对于本国经济主权的影响。面对美国所倡导的国际投资新规则,我们不能一概批判,而应当认识到其中的终局性投资仲裁、东道国金融监管合法性等条款是符合我国利益的。此外,鉴于我国既是吸引外资大国又是对外投资大国的双重身份,我国不应对透明度和公众参与、准入前国民待遇和负向列表以及环境和劳工保护等条款一概排斥,而是应当结合我国国情,积极完善国内相关法律制度,并在条件成熟时接受这些条款。

---

---

[ **Abstract** ] The 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty ( BIT ) reflects the new international investment law that the U. S. will pursue in its BIT and Trans-Pacific Partnership Agreement ( TPP ) negotiations. This new international investment law requires host states to provide pre-establishment treatment and negative list, combine environment and labor protection with investment, and improve transparency in domestic legislation, neutrality of government in competition and regulation of state-owned enterprises. It also emphasizes the legitimacy of host states' regulation of financial services, and does not require investors to exhaust local remedies before submitting a dispute to international investment arbitration. For China, it is inappropriate to criticize the new international investment law only because it is proposed by the U. S. . The mechanism of final investor-state investment arbitration and the legitimacy of host states' regulation of financial services are consistent with China' s interests. Moreover, because China not only is a host state but also increasingly becomes a home state for investment, it should consider accepting articles such as improving transparency and public participation in legislation, providing pre-establishment national treatment and a negative list, protecting environment and labor, based upon a careful evaluation of its domestic situation and after serious effort to improve its national legal framework.

---

---

(责任编辑:廖 凡)