

# 拉美国家与中国签订的BIT比较分析——以投资保护为视角

漫明月

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年7月29日; 录用日期: 2023年8月29日; 发布日期: 2023年9月6日

## 摘要

拉美地区资源丰富, 是当前最具发展潜力的新兴地区之一, 也是中国“一带一路”中的重要战略地区。我国与拉美国家签订的BIT数量较少, 年代较久, 许多条款规定过于笼统, 且缺乏适时发展的新条款, 与目前高速发展的双边经贸关系不相适应。本文谨就双边11个投资协定进行比较分析, 为制度构建提供理论支持, 同时为中国企业“走出去”在拉美地区投资提供建议。

## 关键词

拉美投资, 双边投资协定, 投资保护

## Comparative Analysis of BITs Signed between Latin American Countries and China—From the Perspective of Investment Protection

Mingyue Man

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 29<sup>th</sup>, 2023; accepted: Aug. 29<sup>th</sup>, 2023; published: Sep. 6<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Latin America is a resource-rich region, one of the emerging regions with the greatest develop-

ment potential, and an important strategic region in China's "Belt and Road". The number of BITs signed between China and Latin American countries is relatively small and old, and many of the provisions are too general and lack of timely development of new provisions, which are not compatible with the current rapid development of bilateral economic and trade relations. In this paper, we would like to make a comparative analysis of 11 bilateral investment agreements, to provide theoretical support for the construction of the system, and at the same time, to provide suggestions for Chinese enterprises to "go out" to invest in Latin America.

## Keywords

Latin American Investment, BITs, Investment Protection

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

拉美地区,泛指美国以南的美洲地区,包括中美洲、西印度群岛和南美洲,共33个国家和地区。其中,与我国签订双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)的国家有11个,占比约三分之一。根据我国商务部披露的信息,2022年1~11月,我国与拉丁美洲国家进出口额为32358.53亿元人民币,根据《2021年度中国对外直接投资统计公报》<sup>1</sup>流向拉丁美洲的投资261.6亿美元,比上年增长57%,占当年对外直接投资流量的14.6%。投资主要流向开曼群岛、英属维尔京群岛、秘鲁、阿根廷、巴拿马、墨西哥、巴巴多斯、巴西、智利。与此相对应的是,我国与拉美国家较早签订的11个BIT已无法适应目前快速发展的中拉贸易需求,条文过于简单,争端解决措施不明晰,未能发挥出为中国企业走出去保驾护航的重要作用。本文通过分析BIT的具体条款,归纳比较,为中国企业更好地“走出去”在拉美投资提供建议。

## 2. 我国与拉美国家签订BIT概览

与中国签订BIT的十一个国家中,接近一半的国家都是在2000年或2005年以前签订了绝大部分的BIT,近些年零星订立几个BIT后就再无声息,其中,厄瓜多尔已经实质上废除了与所有国家签订的BIT,玻利维亚在2004年之后就再也没有签订过双边BIT。订立双边BIT数量最多的前三国家分别是阿根廷(61)、古巴(60)和智利(55)。近十年比较活跃的订立BIT的国家有阿根廷、乌拉圭、智利、圭亚那等。每个国家对签订BIT的积极度与本国贸易投资政策息息相关,在受到新冠疫情影响的几年里,拉美地区的民族主义兴起,更倾向于贸易保护主义和民族主义<sup>[1]</sup>,因此部分国家对外国投资都持保守态度,直接表现为废除曾经签订过得BIT条约(如玻利维亚<sup>2</sup>)或不与外国签订新的BIT条约。没有与我国订立BIT的巴西,虽然与外国订立BIT的数量较少,但是非常的活跃,近十年一共签订了十一个BIT,非常值得关注。最新的是2020年与印度签订的BIT。

如下表1概览:

<sup>1</sup><http://images.mofcom.gov.cn/fec/202211/20221118091910924.pdf>, 最后访问时间2023年5月15日。

<sup>2</sup>玻利维亚政府于2020年12月宣布废除之前第4139号和第4181号最高法令,撤销自由贸易许可,因为这两项法令威胁到玻利粮食安全,只是有利于大型进出口企业。

**Table 1.** List of investment agreements concluded between China and Latin America  
**表 1.** 中国与拉丁美洲订立投资协定一览表

序号	国家	签订时间	状态	备注
1	玻利维亚 Bolivia	1992 年 5 月 8 日	生效中	
2	阿根廷 Argentine	1992 年 11 月 5 日	生效中	
3	乌拉圭 Uruguay	1993 年 12 月 2 日	生效中	
4	厄瓜多尔 Ecuador	1994 年 3 月 21 日	废止	
5	智利 Chile	1994 年 3 月 23 日	废止	
6	秘鲁 Peru	1994 年 6 月 9 日	生效中	
7	牙买加 Jamaica	1994 年 10 月 26 日	生效中	
8	古巴 Cuba	1995 年 4 月 24 日 2007 年 4 月 20 日	生效中	重新修订
9	巴巴多斯 Barbados	1998 年 7 月 20 日	生效中	
10	特立尼达多巴哥 Trinidad and Tobago	2002 年 7 月 22 日	生效中	
11	圭亚那 Guyana	2003 年 3 月 27 日	生效中	

### 3. BIT 文本分析

在条约文本中，比较值得突出比较的有投资待遇条款、征收和战乱补偿条款、代位权和争议解决条款。

#### 3.1. 投资待遇比较

签订的 11 个 BIT 中，绝大部分都把公平公正待遇、国民待遇和最惠国待遇合为一条放在开篇第二条或第三条进行释明。对其规定也笼统描述为“投资和与投资有关的活动应当受到公正与公平的待遇和保护”。2000 年以后订立或修改的投资协定(特立尼达多巴哥、圭亚那)中，公平公正待遇单独成条，内容上了更详尽的描述和补充，规定中都增加了要求持续的保护和安全，禁止歧视等，把公平公正待遇作为促进投资的一种必要条款。各个国家对于最惠国待遇的规定并没有较大的出入，但不同的国情会决定不适用最惠国待遇的情况不同如阿根廷投资协定中规定最惠国待遇不适用于其与西班牙、意大利签订的互惠条约，特立尼达多巴哥投资协定中，新增了最惠国待遇不得影响基于双重征税与他国签订的互惠条约。对于投资活动的描述，只有古巴在 2007 年修订后的协定中，增加了“类似情况”的补充，不仅限于投资活动。

#### 3.2. 征收和补偿条款

早期的征收征用条款(1992~1997 的八个国家)，一般单独成条，分为两款。第一款规定国家可以进行征收的四个条件：为了公共利益；依照国内法律程序；非歧视性的；给予补偿。第二款规定补偿的确定，一般等于宣布征收前一刻被征收的投资财产的价值，可以自由兑换，不应当迟延支付。后期的征收征用条款(1998 年以后，巴巴多斯、特立尼达多巴哥、圭亚那)，首要的变化是增加款项，由两款变为三款或四款，确定补偿金额时更加的具体和标准，认为征收的金额“应当等同于征收或即将进行的征收为公众知晓的前一刻被征收的投资的市场价值”，加入了普遍承认的估价原则辅以确定。新增条款给予了受影响的投资者进行司法救济的途径。在巴巴多斯的投资协定中，还新增了一款，在对投资者设立或持有股份的公司的财产进行征收时，依然应当适用本条征收的规定，进行一定限度的补偿，更有利于对投资者

财产的保护。在前期签订的投资协定中，战乱损失赔偿多规定在第四条征收里面，作为征收补偿条款，后期调整为单独的损害赔偿条款，不仅限于征收，赔偿的限度更高。

### 3.3. 资金汇兑和代位权

除智利根据自己的特殊国情增加了三条关于外汇限制的款项，在智利境内获得收益要满一年才能汇出，2000年以前签订的投资协定基本内容相同，都规定了两款，第一款是指收益包括：“(一) 利润、股息、利息及其他合法收入；(二) 投资的全部或部分清算款项；(三) 与投资有关的贷款的偿还款项；(四) 本协议第一条第一款第四项的提成费；(五) 技术援助或技术服务费，管理费；(六) 有关承包工程的支付；(七) 在缔约国一方领土内从事与投资有关活动的缔约国另一方国民的收入”。第二款是指这些收益的转移应当按照转移之日的东道国的通行汇率。2000年以后特立尼达多巴哥、圭亚那的投资条款更为全面完整，在与圭亚那签订的投资协定中，还着重附加了缴纳税款的要求，资金在转移之前要缴纳完应缴的税收。

应当说，除了2007年修订后的古巴投资协定，其余协定对与代位权的约定基本都是一致的，变动也都是小变动，比如风险扩展为“非商业性风险”，强调根据法律程序转让。而修订后的古巴投资条款则非常明显的看出缔约国对于代位权的谨慎态度，施加了“除非明确授权不得进行”“不得进行国际仲裁”等限制条款。

### 3.4. 争端解决条款比较

友好协商是解决投资争端的首要原则，协商的期限一般都是六个月。总的来说，投资争端的法律解决途径就是诉讼或仲裁。两者是互斥的，同一投资事项进行了诉讼之后，不得再次诉诸国际仲裁。

在仲裁庭的类型上，比较常见的是ICSID仲裁庭，或者专设仲裁庭。此外还有零星几个国家规定了其他的国际仲裁法庭，比如修订后的古巴投资协定约定的是国际法院常设仲裁庭(PAC)，或者根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的仲裁庭<sup>[2]</sup>。在可仲裁事项中，早期的投资协定中，比如玻利维亚、阿根廷、乌拉圭厄瓜多尔等，着重强调的是涉及征收补偿款额的争议，任何一方可有权诉诸于专设仲裁庭。其他投资争议则要双方同意才能提交仲裁庭。有的国家的投资协定甚至只规定了征收补偿争议才能提交专设仲裁庭，而别的投资争议是否能提交仲裁则没有规定，如牙买加、修改前的古巴投资协定。单独值得一提的是，修订后的古巴投资协定，对于提起仲裁的条件，仲裁的意图，提起仲裁的时效，书面协议的送达都进行了明确的规定，其立法目的倾向于规范提起仲裁的程序，看重仲裁意图的表达，以及避免仲裁的轻易提出。在仲裁裁决上，绝大部分投资协定的规定都是由多数作出，具有终局性效力，对争议双方都产生约束力，并且当事双方都应当执行裁决内容。只有修订后的古巴投资协定，对于仲裁裁决的强制执行，规定了限制条件<sup>3</sup>：“争议一方将不能要求最终裁决被强制执行，直至：1) 从裁决作出之日起已超过三个月并且争议双方都没有启动裁决修正或者无效程序，或者2) 法院驳回了修正或者申请无效的要求，并且没有上诉”。在整体的投资协定修订方向上，都体现了很强的保护东道国的倾向。

## 4. BIT 条约评析及改进方向

我国与拉美签订的BIT数量不是很多，大概占全体拉美国家的三分之一。而这十一份协定又绝大部分订立在2000年及以前，条文较少、不成篇章，规定较粗糙，整体的保护力度较弱，亟需修订和更新。

### 4.1. 公平公正待遇待遇需单独成款

因签订时间较早，投资文本规定的过于基础、原则。就投资待遇而言，规定的都过于笼统。公平公

<sup>3</sup> 详见《中华人民共和国政府和古巴共和国政府关于促进和相互保护投资协定的修订》第十条第七款。

正待遇仅仅是提出了一个原则性的总括，对于公平的解释和非歧视原则都没有加以补充，或者说规定为最低限度原则[3]。国民待遇在相当多的协定里都没有被提及。最惠国待遇，也没有对于“类型情形”的补充与说明。

## 4.2. 投资保护条款亟需更新，以应对拉美复杂的国家局势

诸如征收条款和损害赔偿条款，需要补充具体情形。基于拉美复杂动荡的政治局面，政治风险的预防与救济，是中方投资者的重点关注。因此，对于战乱等政治因素造成的征收、损害，都需要进行补充规定，不管是投资企业，还是投资者占有股份的企业，部分还是全部受损，都应当得到补偿或赔偿。

## 4.3. 亟需增加透明度和稳定性条款

目前 BIT 内投资保护条款的范围不够全面，无法满足当前的投资需求。诸如透明度和稳定条款严重缺乏，十一个协定里都没有就法律法规的透明度作出规定，更没有提及一旦法令作出变动，应当及时通知投资者并给予协商救济的途径。对于投资保护来说，是非常不稳定的因素。以及当下热点的反腐败条款、环境卫生安全条款、企业社会责任条款等，都需要进行补充。此外，就不同国家的具体国情和投资目的，可以增加不同的条款，如针对金融领域的、税收管制等方面的条款。

## 4.4. 争端解决条款亟需完善

### 4.4.1. 争议发生后的磋商机制亟需完善

在十一个 BIT 中，仅仅是规定双方秉持着友好协商的原则进行处理，期限为六个月。但是研究最新拉美国家与他国订立的 BIT，就可发现，磋商可以分为多个流程，并且还可以设置专门的联席委员会(巴西 - 印度 BIT 2020)，对投资争端进行处理和调解，以及磋商应提交的文件、程序、地点、双方对接的政府部门，都可以进行详细的补充，以更好维护我国对外投资的利益[4]。

### 4.4.2. 国际仲裁的规则需要细化，程序要更加完善

目前协定里就仲裁的提起还存在相当大的不一致，是否需要用尽当地救济，提起仲裁是否需要双方同意，可仲裁的事项，每个协定的规定都不一。因为签订时间过早，前期的部分协定还保留着只有征收争议可提交仲裁的规定，这对于其他投资争议的解决非常不利[5]。同时关于仲裁地，仲裁员的资质，仲裁的送达都没有进行规定。

## 5. 针对企业走出去的政策建议

基于 BIT 对调节投资者 - 东道国争端的特殊性和上文我国与拉美国家签订 BIT 条约的文本分析，为企业提出以下建议：

### 5.1. 要重视 BIT 条约的规定

基于拉美的历史文化和地区政治动荡，政府的政策变动是极大的投资风险。新冠疫情对拉美地区的经济影响重大，大部分国家都出现经济衰退，随之而来的是左倾主义政治的不断崛起，许多拉丁美洲国家恢复民族主义经济和民粹主义政策，对外国投资者资产的威胁已迫在眉睫。在双方签订的投资合同以外，BIT 给予本国投资者战争险庇护和提起国际仲裁的依据。

### 5.2. 适时运用法律手段维护企业利益

早期我国企业在 ICSID 等国际仲裁机构上提起仲裁的数量较少，且由于仲裁周期长，花费大，许多中国企业不愿意提请仲裁，但是在东道国境内提起诉讼又很难得到支持，损失巨大。根据最新的检索情

况显示,我国企业在 ICSID 提起仲裁的数量明显增加<sup>4</sup>。拉美国家在 ICSID 是仲裁常客,其中阿根廷是 ICSID 中被诉最多的国家,同时根据 ICSID 的报告显示,考虑到法院裁决的 155 个案件(即没有双方协议的案件),仲裁员在 77 个案件中做出了有利于投资者的裁决(49.7%)。自 1996 年以来,投资者提出的索赔总额为 2473.3 万美元。值得一提的是,在 327 起索赔中,有 68 起投资者索赔金额未知,因此索赔金额更高。考虑到已经解决的案件(无论是通过仲裁裁决还是当事各方的协议),到目前为止,各国被命令向投资者支付的金额为 336.38 亿美元。在损失巨大且用尽当地救济仍得不到补偿的情况下,中国企业可积极寻求国际仲裁获得保护。

### 5.3. 针对条约中未完善或未涉及到的条款,企业可自行在投资合同中加入

在投资合同中增加仲裁条款及“稳定条款”即使东道国没有签订包含“投资者—东道国争议解决条款”的双边协定,中国投资者仍可以通过与当地政府签订包含仲裁条款的投资合同来保护自己[6]。除了仲裁条款之外,在投资合同中约定合理的“稳定条款”也很重要。稳定条款是对东道国的一项合同义务,要求其在一定时期内“冻结”针对投资者的立法,给予投资者保证并维持其可预见性[7]。稳定条款确保东道国不会出现有碍投资或削弱其价值的立法变化。作为外国投资者应尽量将触发重新协商的情形约定清晰,明确规定投资者受影响的金额或程度,作为触发特许协议重新协商的条件,甚至因法律变动导致实际无法继续履约时的退出补偿机制,减少仲裁庭解释条款时的自由裁量权。

## 6. 结语

拉美国家作为新兴的第三市场,与我国的投资合作潜力巨大。虽受困于地区政治动荡和三年新冠疫情影响,拉美国家多次调整紧缩投资政策。但随着疫情的结束,经济复苏的需求催生拉美国家与中国的深度交流与合作。我国与拉美国家签订的双边自贸协定目前面临着签订时间早、保护范围不全面亟需修订升级的局面,且与拉美重要国家的双边自贸协定的签订仍有较大提升空间。本文通过分析目前的十一份 BIT 条约,总结签订情况,分析条约短板,为中国企业援引 BIT 进行自我救济和规避条约不足的风险提供建议。

## 参考文献

- [1] 谭道明,王晓惠. 拉美投资、贸易的法律环境及风险防范[J]. 拉丁美洲研究, 2015, 37(4): 3-11+79.
- [2] 马阳阳. 拉美地区国际投资仲裁法律问题研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 外交学院, 2019.
- [3] 徐微茵,扈天韵,张晓涛. 中国双边投资协定的演进与发展: 总体特征与质量测度[J]. 国际贸易, 2023(2): 87-95.
- [4] 张建. 国际投资仲裁管辖权研究[D]: [博士学位论文]. 北京: 中国政法大学, 2018.
- [5] 王亚萍. 双边投资协定中“涉及征收补偿款”仲裁条款解释分歧的纾解[J]. 商事仲裁与调解, 2022(6): 106-118.
- [6] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [7] 杨卫东,郭莹. 国家契约中稳定条款的法律效力认定及强制性法律规范建构[J]. 清华法学, 2010, 4(5): 118-127.

<sup>4</sup><https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, 最后访问时间 2023 年 5 月 15 日。根据查询,最近三年(2021~2023)中资企业在 ICSID 主动提起诉讼的案件有 7 个之多,占历年中方所有案件量的二分之一。