

论双边投资条约中的 国民待遇制度及其新发展

杜玉琼

(四川大学 法学院, 成都 610064)

摘要:随着国际经济的发展,20 世纪末在投资领域兴起了“准入前国民待遇”的热潮,“准入前国民待遇+负面清单”的外资管理模式已逐渐成为国际投资领域的新趋势。在全球贸易投资规则重构的背景下,中国必须借鉴国际通行的作法,根据我国经济发展状况及对外投资和引进外资的战略要求,应对“准入前国民待遇+负面清单”投资管理模式。

关键词:双边投资条约;准入前国民待遇;负面清单

中图分类号:DF96 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2016)04-0047-06

我国已与 100 多个国家签署了双边投资条约(Bilateral Investment Treaties, 本文简称 BITs), 在投资待遇上我国一贯采用“准入后国民待遇”原则。近年来,随着中国投资地位和投资环境的变化,许多国家(如德国、荷兰、芬兰)纷纷提出修改与中国业已签订的 BITs;正处于谈判期间的投资方要求中国提高投资待遇,如中加 BIT、中欧 BIT、中美 BIT,等;未签署 BITs 的国家也对中国这个潜在投资大市场倍感兴趣,纷纷要求谈判,他们关注的核心问题也是国民待遇。在传统的投资待遇模式下,各国普遍认为投资待遇是否涉及“准入前”阶段是一国主权范围内的事,由一国自主决定。特别是中美 BIT 谈判,两国从 20 世纪 80 年代便着手进行双边投资协定谈判,期间有数次波折和停滞;2012 年中美双方宣布重新开启谈判,最终对“准入前国民待遇”和“负面清单”相结合的投资待遇模式达成共识;2013 年 7 月中美 BIT 谈判引入“准入前国民待遇”和“负面清

单”模式,进入实质谈判阶段;2014 年 3 月,双方谈判的基本框架和原则已经拟定,进入谈判细节,包括负面清单上的内容和项目;到 2015 年 3 月,中美双方投资协定文本的谈判工作已基本完成,进入到交换负面清单的阶段;2015 年 6 月,中美双方愿意在已交换负面清单的基础上推进谈判,正式谈判负面清单的“长短”。

一 BITs 国民待遇条款

(一) BITs 和国民待遇的含义

双边投资条约(BITs)是两个主权国家签订的专门用于保护国际直接投资,确定缔约双方权利义务关系的书面协议。它是东道国给予外国投资或投资者的国内法上的投资待遇,明确了外国投资或投资者在东道国的法律地位、权利义务,投资及其收益等的保护程度^[1]。

“国际投资待遇”分为特定待遇和一般待遇。前者是关于特定问题的待遇,比如一国发生内乱或冲

收稿日期:2015-09-18

基金项目:教育部人文社会科学研究 2013 年度西部和边疆地区项目“美对华农产品贸易救济措施及对策研究”(13XJA820001)。

作者简介:杜玉琼(1965—),女,四川南充人,四川大学法学院教授、硕士生导师,研究方向为国际经济法。

突所导致损失的赔偿;后者包含的内容较多,是关于外国投资者在投资东道国所享有的公平和公正待遇、国民待遇、最惠国待遇等。国民待遇原则是国际投资待遇的核心,是投资条约各缔约方谈判的焦点。

国民待遇在 BLACK'S 法律词典中的定义:国民待遇条款,通常包含在商事条约中,在某些方面给予外国人与本国人以相同权利的条款^①。换言之,所谓国民待遇就是要求一国以同样的待遇对待本国人和外国人,不差别对待外国人。在国际投资领域,国民待遇是指资本输入国给予本国投资和投资者的待遇同样给予外国投资和投资者,其目的是用来限制基于国籍的歧视,让外国人获得与东道国投资者相同的市场竞争机会和条件^{[2]157}。

在 BITs 中,国民待遇分为“准入前国民待遇”和“准入后国民待遇”^②。前者是指资本输入国在市场准入方面给予内资外资同等机会,不做出特别限制;后者是指对外资的市场准入机会做了一些限制。

(二)BITs 国民待遇条款的表述和适用条件

1. BITs 国民待遇条款的表述

2003 年,《中国—圭亚那 BIT》第三条(2)规定:“对于缔约方在东道国境内的投资、收益及与投资有关的活动,在不损害其法律法规的前提下,缔约东道国给予缔约另一方投资者在上述相关方面的待遇不应低于本国投资者的待遇。”1982 年,《英国—洪都拉斯 BIT》规定:“相同情况下,其给予开展投资和获取利益的外国投资者以与国内投资者同等的待遇。”

可以看出 BITs 条款对国民待遇的表述有两种:“不低于”或“等同于”,这种表述方式可以根据东道国给予外资待遇的程度而定,也可以针对不同的缔约对象而论。

BITs 对“国民待遇条款”适用的前提条件,即外资在何种情形下才享有“不低于或等同于”东道国投资者享有的待遇,有的 BITs 规定了“相同”或“同等”的情况(same or identical circumstances),有的 BITs 规定了“相似”或“类似”(like situations or similar situations)的情况,也就是说,根据他们是否处于“相同或相似的情形”来判断内外资是否具有可比性。这里“相似”或“类似”的概念来源于关贸总协定(简称 GATT)。GATT 第 3.1 条^③对评估“相似的”进口产品是很明确的,判断内外资产品是否处于竞争关系的条件也是确定的。但在国际投资协定中,几乎没有类似的指导性规定,要判断“相似”或

“相同”的依据就复杂得多了。这种复杂性我们从 2004 年的 Occidental 诉厄瓜多尔政府案中^④可以理解。ICSID(“解决投资争端国际中心”的简称)仲裁庭第一次否定了“竞争作用”,驳回了 WTO 判例适用于厄瓜多尔和美国 BIT 的主张;并指出,WTO 关注“类似产品”,而 BITs 关注“类似情况”。也就是说,WTO 相关政策针对的是处于竞争状态的、可互相替代的商品,而 BIT 条款规定的是“类似情况”,不能将二者混为一谈^{[3]214}。ICSID 仲裁庭裁决结果选择支持了 Occidental 的诉求,得出结论:事实上,对“相似情形”的解释不能从窄理解,即按照厄瓜多尔的理解,即国民待遇的目的是为了保护投资者在竞争中免受东道国企业的歧视。实践中,“相同”往往使一些只具备“类似”情形的投资行为被排除在外,而且这也和投资协定的“促进投资”宗旨不符,“相同情况”过分苛刻要求国民待遇的适用;相比之下,“相似情况”的要求比较宽松,比较容易接受,因为投资者和投资之间存在广泛的差异,如地区、员工素质、工艺、企业和管理结构等,任何投资者或投资都不可能在严格意义上完全相同,他们只可能非常相似。

二 外资管理模式的新发展

新的外资管理模式“准入前国民待遇+负面清单”已逐渐成为国际投资规则发展的新趋势。这种投资模式既体现投资自由化又能起到保护投资的作用。至今,世界上已有 70 多个国家在 BITs 中规定准入前国民待遇。过去中国一直反对在 BIT 条款中规定准入前国民待遇,其主要原因是:与欧美发达国家相比,我国还比较落后,大多数民族工业经济实力比较薄弱,需要国家保护和扶植。但是,随着中国投资地位的不断变化,目前中外 BIT 谈判中也面临着缔约国要求给予准入前国民待遇的压力,为了提高中国对主要投资国的吸引力,接受准入前国民待遇也是大势所趋。

(一)准入前国民待遇

1. 准入前国民待遇条款

外资准入制度是指某国是否允许外资进入该国市场,进入该国市场的哪些领域、范围,需要具备哪些条件和经过哪些审批程序。准入前国民待遇是将国民待遇扩展至外资进入阶段,一般分为“有限的准入前国民待遇”和“全面的准入前国民待遇”。前者是指资本输入国采用“肯定清单”(positive list)列出

准入的行业或者承诺开放的市场;后者是指资本输入国采用“负面清单”(negative list)的方式将不允许外资进入的行业列出,这种待遇开放度更高,风险也更大。1994年,美、加、墨签署的北美自由贸易协定(NAFTA),是第一个适用“全面的准入前国民待遇”,即采取“负面清单”的形式^⑤。2002年,日本与韩国签订的BIT,也采用了“全面的准入前国民待遇加上负面清单”外资准入方式。

考察国际投资领域,最早在BIT中允许外资享有准入前国民待遇的是美国。1994年,《美国双边投资条约范本》首次在外资准入阶段引入国民待遇,该范本的第2条^⑥具体规定了准入前国民待遇。美国先后经历了1994年BIT范本、2004年BIT范本、2012年BIT范本,现在使用的2012年BIT范本明确把准入前国民待遇适用于投资设立、并购、扩大、管理、运营、转让阶段^⑦。美国2012年范本在许多方面有了新发展,贯穿于美国的所有BITs谈判中,比如:对国有企业的约束进一步加强,要求东道国法律法规更加透明,环境标准和劳工标准也更进一步提高。美国不仅在所有的BITs中适用准入前国民待遇,而且将其推广至多边投资协定(MITs)中,如“跨太平洋战略经济伙伴协定”(TPP)和“跨大西洋贸易和投资伙伴协议”(TTIP)、《北美自由贸易协定》(NAFTA)、《多边投资协议》(MAI)等等^[4]。

2.中美BIT准入前国民待遇

中美两国从1980年开始BIT谈判,1980年10月30日签署《中美关于投资保险和投资保证的鼓励投资协议和换文》,后谈判中止。2008年6月,中美双方正式宣布重启中美BIT谈判,由于美国政府对其2004年BIT范本做了修改,从2009年起中美BIT谈判又处于停止状态。直到2012年5月,中美双方在第四轮中美战略与经济对话中重启BIT谈判,现已进入“准入前国民待遇”和“负面清单”模式的实质谈判阶段。

中美BIT谈判双方需要解决诸多法律问题,如准入前国民待遇及负面清单、资本自由转移和金融审慎条款、国家安全审查、投资者与东道国争议解决等等,而“准入前国民待遇及负面清单”是中美双方争议的焦点。因为中国签署的100多个BITs中,国民待遇仅适用于准入后的投资运营阶段,也即“准入后国民待遇+正面清单”的模式,2012年9月中国和加拿大最新生效的BIT也未采取该种模式。

美式BIT以投资自由化为特色,将国民待遇、最惠国待遇引入投资准入领域,且在投资准入后和投资准入前阶段都适用,这对缔约国的国内外投资法提出了巨大的挑战,从而改变了传统BITs的投资管理模式。之前,中美BIT谈判的争议是是否将国民待遇适用于“设立、收购、扩大”阶段,该争议目前已经消除,中方已经同意采取“准入前国民待遇+负面清单”的模式。

我国2015年新修改的《外商投资产业指导目录》,确立外资的准入分为限制进入、禁止进入和鼓励进入三大类。禁止或限制外资进入的行业有:高污染行业、高物耗行业和产能过剩行业;鼓励外资进入的行业:现代服务业、高新技术产业和新能源等行业;对涉及国家经济安全的敏感性行业,谨慎进入。

(二)负面清单

1.负面清单条款

负面清单或称否定清单(Negative List),是指资本输入国政府以清单的形式列出哪些经济领域不开放,即凡是与外资的国民待遇和最惠国待遇不符的管理措施、业绩要求等都列入清单内,清单以外的行业领域均对外国投资者开放。准入前国民待遇扩大市场准入,负面清单列明准入禁区,负面清单通常与“准入前国民待遇”同时适用。

实践中,负面清单的形式一般由“不符措施”清单、“行业列表”清单和例外、保留条款三部分组成。美国签署的BITs及FTAs(自由贸易协定),负面清单附件的构成是:列出不符措施、列出保留对将来采取不符措施领域的权利;列出与国民待遇条款、最惠国待遇条款不符措施以及辅以“根本安全例外”条款;等等。以美韩BIT为例,双方在投资准入上相互给予宽泛的国民待遇,同时准入前国民待遇允许东道国提出保留。如:第11.2规定:第11.3条、11.4条、11.8条和第11.9条不适用于缔约一方采取或维持的附件II减让表中所列的关于部门、分部门或行为的任何措施。从负面清单“不符措施”的内容看,美国签署的投资协定所涵盖的范围不仅包括本国国内法也包括其他国际协定所规定的“不符措施”,具体由美国外国投资委员会(CFIUS)按照《外国投资和国家安全法》等^⑧对任何有可能威胁美国国家安全的外资活动进行审核。

2.上海自贸(试验)区和中美BIT负面清单

上海自贸试验区中“负面清单”模式的建立加速

了我国投资自由化的步伐,它是中美 BIT 的试行。负面清单里规定了外商投资项目和各种不符措施,主要以《外商投资产业指导目录(2011年修订)》为范本,同时借鉴外商投资法律法规和《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》。负面清单特别措施共 190 项,其中禁止类 38 项,限制类 152 项,共涉及到 18 个门类,89 个大类,419 个中类,1069 个小类,共 190 条管理措施^⑥。与此同时,中美 BIT 谈判取得突破性进展,谈判的难点在于负面清单的“长短”,以及负面清单上的内容和项目等细节问题上。我国以上海自贸区的负面清单为蓝本,美方则认为我国所列的负面清单太长,希望中国向其开放更多的领域。

(三) 外资安全审查制度

“准入前国民待遇+负面清单”投资管理模式一定程度上放宽了对外资的监管力度,特别是我国对外资的监管由“审批制”到“备案制”,放宽了外国投资进入中国的领域和行业;同时外资可以通过发掘清单中遗漏款项来渗入东道国经济,这就可能导致资本输入国的重要经济领域和行业在准入前国民待遇的基础上受到威胁。因此,如何在放宽对外资的国民待遇的前提下继续对经济设置“安全阀”,即建立高效的“外资安全审查制度”,成为各资本输入国关心的大事。外资安全审查制度是指资本输入国为了保障国家安全利益,对可能威胁国家政治安全和经济安全的外国投资行为进行审查,并采取限制性措施来排除威胁的法律制度。

实践中,各缔约国都重视外资审查范围和力度。2007 年,美国颁布《外国投资与国家安全法》及其实施细则,进一步扩大了监管范围,严格了监管程序^[5]。英国主要参照《企业法》中对于公共利益一章的规定,针对外国投资可能引起国家安全影响而进行处理。许多国家通过对有关机构审查职能和程序等方面的强化,进一步形成完善的行政机制。如美国就通过利用外国投资委员会能够对国家安全进行审查的权力来加强外资安全审查的力度^[6]。

三 中国的应对之策

(一) 中国的态度

在投资待遇方面引进“准入前国民待遇+负面清单”的模式,中国过去一直存在抵触的态度。原因在于:首先,认为国家对外资准入的监管是一个国家主权在经济领域的体现,准入前国民待遇无疑会极大地削弱国家对外资准入的监管权。其次,我国相

关法律制度的滞后,对外商投资逐一审批的行政体制与国际不接轨,审批程序繁琐,审批时间拖延,又加上没有丰富的国际投资缔约实践,使中外双边投资协定的谈判慎之又慎。例如,2012 中国和加拿大 BIT 签订中,由于加拿大的不断要求和加压,最终我国只同意将国民待遇延伸至投资的“扩大”阶段,而且在条约第 6(3)条中又将这种“扩大”限制到无需审批的部门^[4]。

随着中国逐渐成为利用外资和对外投资的大国,国家之间相互改善国际投资待遇成为中国政府不能回避的大事。引进“准入前国民待遇+负面清单”的外资管理模式,是世界经济一体化发展的表现,既有利于中国企业走出去,也有利于吸引外资投向中国市场。近年来,中国在对外签订 BITs 时,缔约国纷纷要求给予准入前国民待遇;已经签订的 BITs 缔约国也要求中国修改原来的“准入后国民待遇+混合式清单”的模式。在诸多的因素下,中国首先在上海自贸区尝试“准入前国民待遇+负面清单”的管理模式,中美 BIT 谈判也进入负面清单细节的实质性谈判阶段。

(二) 我国 BITs 中“准入前国民待遇”的对策

1. 逐渐推行“准入前国民待遇”,重视产业安全

我国与发达国家相比经济实力有较大的差距,能否承诺给予外商投资大范围的国民待遇,首先应该考虑它是否有利于我国经济的发展,是否符合我国基本利益,这是一国外资管辖权的范围。我国应该在科学分析和统计的数据之上,根据我国具体国情来决定哪些行业需要保护、哪些行业需要适度开放或完全开放,在保证国家有能力控制部分重要行业的发展主导权的基础上,以循序渐进的方式推进“准入前国民待遇+负面清单”外资管理模式。

2. 采用“例外与保留条款”,保护本国的经济

美国是最早在外资法中推行准入前国民待遇的国家,有极其丰富的经验,值得借鉴。美国在积极倡导投资自由化的同时,采用“例外与保留条款”来保护本国的经济,结合负面清单的模式,限制某些投资准入。如:美国 2012 年 BIT 范本继续维持了在保护投资者利益与维护政府出于公共利益采取管理措施权力之间的平衡^[7],其范本第 3 条国民待遇和第 4 条的最惠国待遇就是一个很好的参考。

国民待遇扩大至“准入前”阶段,各国缔结 BITs 时都把重点放在了国民待遇的例外上,因此该例外

也成为各国谈判负面清单的“长短”问题。在 BITs 中规定的国民待遇的保留或例外情况有：(1)一般例外，主要是公共利益、道德和国家安全的例外，几乎所有 BITs 都包含这种例外；(2)特定领域的例外，BITs 将一些特殊领域作为国民待遇的例外，因为这些领域或者牵涉到一国的经济命脉或是出于政治等其他方面的考虑将特殊领域排除，如金融领域、电力通讯领域、交通运输领域及政府采购的例外等；(3)对具体行业的例外，或是东道国出于国内经济、社会改革等方面的考虑，或是为了保护一国正在兴起的新兴或竞争力比较弱的行业；(4)根据缔约国的具体情况的例外，如需要保留对外资监管权利，对国家安全、反垄断、环保等方面的审查保留，对未来新出现产业制定例外的权利等^[8]。

3. 建立国家安全审查制度，保护本国经济安全

建立国家安全审查制度，对外资进行实质审查，以规范外资的行为，这有利于保障东道国的政治和经济安全。国家安全审查适用于外商在关系到国家安全、国计民生以及公共利益的行业的相关投资行为。外资准入审查制度是对外资的初步审查，国家

安全审查制度是对外资的实质性审查，两类审查制度应相互结合、优势互补。国际上通常的做法是将安全审查制度与“负面清单”相结合，以便保护国家的经济安全，掌握涉及到国家安全、国计民生的重要行业和关键部门的监控权。美国政府往往以所谓“妨碍国家安全”为由否决涉及美国高新技术和能源领域的中国海外投资项目，以期达到美国在上述领域的管理控制目的。

2011年，国务院发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，是我国国家安全审查的依据。但该通知存在一些不完善之处，如在内容层面上，一些关键性概念没有明确解释，模糊不清，如“国家安全”、“外资准入”等；审查的标准方面，没有明确具体的规定；在程序层面，审查时限、保密的审查过程、被调查对象解释、谈判的机会等等，没有做明确规定。我们可以借鉴美国等发达国家的先进经验，进一步完善外资并购的国家安全审查、外资并购的反垄断审查等审查制度，以构筑多重风险防范体系^[9]。

注释：

- ① National-treatment clause: a provision contained in some treaties: commercial ones, according foreigners the same right, in certain respects, as those accorded to nationals. *Black's Law Dictionary*, 9th Ed. pdf. At l. 125.
- ② 联合国贸易和发展会议(UNCTAD)将其称为设立前的国民待遇(pre-establishment national treatment)与设立后的国民待遇(post-establishment national treatment)。
- ③ GATT 在第 3 条第 1 款规定：“任何缔约方领土的产品进口至任何其他缔约方领土时，在有关影响其国内销售、标价出售……使用的所有法律、法规和规定方面，所享受的待遇不得低于同类国产品所享受的待遇。”
- ④ Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, UNCITRAL Case, NO. UN3467. Final Award para. 170.
- ⑤ 1994 年范本第 2 条规定：“每一缔约方应尽力为其境内的另一缔约方国民和公司提供较优惠的投资环境，这些投资的设立和运作的条件，应不低于该缔约方给予其本国国民和公司在相同情况下的待遇，或其给予任何第三方的国民和公司在相同情况下的待遇，以其中更优惠的待遇为准。”
- ⑥ SMITH J. Amending the Philippines' Law Governing Foreign Property Ownership: the Extent to Which Mexican Law Can Serve as a Workable Template? *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2007, (35): 613-643.
- ⑦ 2012 年 BIT 范本第 3 条第 1 款明确规定：“缔约一方应当对缔约另一方投资者在其境内，在同等情况下给予不低于本国国民享有的待遇。”
- ⑧ 美国的外国投资安全审查制度主要由 1988 年的《埃克森—佛罗里奥修正案》、1992 年《拜德修正案》和 2007 年《外国投资和国家安全法》法案组成。
- ⑨ 上海市人民政府文件，沪府发[2013]75 号。

参考文献：

- [1] 慕亚平. 国际投资的法律制度[M]. 广州: 广东人民出版社, 1999.
- [2] *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* [M]. Cambridge, MA: MIT Press,

1999.

- [3][德]鲁道夫·多尔查,[奥]克里斯托弗·朔伊尔.国际投资法原则[M].祁欢,施进译.北京:中国政法大学出版社,2014.
- [4]张竞文.准入前国民待遇规则研究——以最惠国待遇为切入点[J].辽宁经济,2014,(6).
- [5]鹏岳.外资并购国家安全审查中的权限配置问题:中美之间的差异及启示[J].国际商务研究,2012,(4).
- [6]张婷.经济全球化背景下我国外资安全审查机制的应变[J].科学咨询:科技·管理,2013,(12).
- [7]United States Concludes Review of Model Bilateral Investment Treaty[EB/OL]. <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/april/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves>.
- [8]梁勇,东艳.中国应对中美双边投资协定谈判[J].国际经济评论,2014,(4).
- [9]张于喆,赵阳华.“负面清单”的国际借鉴及我国应对之策[J].中国经贸导刊,2014,(18).

National Treatment System of BITs and Its New Development

DU Yu-qiong

(Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan 610064, China)

Abstract: With the development of international economy, pre-establishment national treatment becomes a boom in the field of investment at the end of the 20th century. The foreign investment management mode of “pre-establishment national treatment + negative list” has gradually become a new trend of international investment field. Under the background of reconstruction of rules of global trade and investment, China should follow international practice. Based on China’s economic development and demand of investing abroad and attracting foreign investment, investment management mode of “pre-establishment national treatment + negative list” should be adopted.

Key words: BITs; pre-establishment national treatment; negative list

[责任编辑:苏雪梅]