

国际投资协议中国民待遇原则与清单管理模式 的比较研究及对中国的启示

盛 斌 纪 然

摘 要：本文从国际投资协定中国民待遇的基本内涵出发，围绕国民待遇适用标准及与之相配合使用的清单管理模式，比较研究准入前国民待遇和准入后国民待遇，以及正面清单、负面清单和混合清单3种清单管理模式的具体内容、特点与实践情况，重点结合当前国际投资协定中国民待遇与清单管理的两种主要组合模式——“欧洲模式”和“北美范本”，深入探讨“准入前国民待遇+负面清单”模式在中国的具体适用问题。

关键词：国际投资协定；国民待遇；负面清单；中国

中图分类号：F741.1

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2015) 01-0005-13

国民待遇 (national treatment, NT) 是国际法实践中用于保证外国直接投资 (FDI) 在东道国受到非歧视待遇的主要通用标准之一，与包括公平和公正待遇 (fair and equitable treatment) 和最惠国待遇 (most-favored-nation treatment, MFN) 等标准一起成为国际投资协定中公认的最重要的原则。国民待遇是指根据国内投资者在相同或类似情况下的待遇，授予外国投资者至少同国内投资者一样的待遇。国民待遇原则可以消除竞争扭曲，提高经济效率，促进投资和生产的全球化发展 (Salacuse and Sullivam, 2005)。另一方面，国民待遇也是最难充分实现的原则，它涉及政治与经济上的许多敏感性问题。事实上，目前没有任何一个国家承诺无保留的国民待遇，特别是在投资准入方面。换句话说，所有国家都对适用国民待遇原则设定了实施条件与范围。

国际投资协定中的国民待遇要求东道国须给予外国投资者准入与运营自由，包括对国内经济进行投资开业的法律权利 (即“准入前国民待遇”) 或给予投资者在其境内的运营活动的待遇 (即“准入后国民待遇”) 须不低于国内投资者。目前，在现有达成的国际投资协定中，国民待遇已普遍适用于外国投资者在进入东道国后的待遇情况，即“准入后国民待遇”已被广泛承诺与实施。但近年来，一些国际投资协定将其扩展到“准入前阶段”，这在美国签订的一系列双边投资协定中尤为明显。它同时引发了关于对国民待遇的“恰当性限制”问题，而这种拓展一般需要配合“正面清单” (列明了适用国民待遇的投资活动范围) 或“负面清单” (列明不适用国民待遇的投资活动的排除范围) 加以实现。因此，如何正确理解与应对国际投资协议中国民待遇条款的新变化，以及如何选择与制定适当的清单模式加以配

合, 对中国在未来进行高质量的国际投资协议的谈判以及对国内投资法律法规的改革都具有非常重要的指导意义。

一、国际投资协定中的国民待遇标准比较分析

FDI对东道国的经济增长、就业、技术、产业升级和发展等方面具有重要的影响, 尤其对发展中国家具有特殊意义。因此, 东道国会高度关注FDI的准入与设立, 可以选择的措施(或措施组合)包括: (1) 东道国自由裁量权/投资控制权; (2) 有选择的自由化; (3) 区域计划; (4) 共同的国民待遇; (5) 负面清单管理下的国民待遇和最惠国待遇(UNCTAD, 1999a, 1999b)。

在国际投资协议中, 非歧视原则主要包括国民待遇(NT)和最惠国待遇(MFN), 即外国投资者在东道国境内须得到与国内投资者或其他第三国投资者相同(或更优惠)的待遇。其中, 国民待遇可以被解释为外国投资者和本国投资者享有的形式上的平等权。由于国家发展水平、战略目标和国内立法情况不同, 国际投资协议中关于国民待遇标准的规定也灵活多变, 具体包括以下类型。

(一) 无国民待遇条款

一些国际投资协定在条款中没有纳入国民待遇标准, 目的在于避免给予国内外投资者平等待遇。在这些协议中, 东道国规定了许多保留条款内容, 目的在于限制将给予国内厂商的优惠待遇同时给予国外厂商。这种模式对投资者权利的限制性最大, 而给予东道国政府的自由裁量权也最大。选择这种模式的协议有《关于投资保护和促进的东盟协议》(The Association of South-East Asian Nations Agreement for the Protection and Promotion of Investments), 以及中国、挪威和瑞典在20世纪90年代前签订的一些双边投资协定。由于这种模式不利于投资的自由化, 对外国投资准入的限制较大, 现在已不经常使用。

(二) 国民待遇条款I: 准入后国民待遇

准入后国民待遇可以分为有限的准入后国民待遇和全面的准入后国民待遇两种模式。

有限的准入后国民待遇是指在准入后阶段给予外国投资者以国民待遇的同时, 也为东道国保留了较大程度的自由裁量权。其主要特点为: (1) 仅适用于准入后阶段的待遇, 保留在进入时差别对待国内外投资者的权利, 例如在国内外厂商准入(即允许开业)时可以适用不同的审查法律和运作程序; (2) 以东道国的发展目标为背景, 基于发展中国家特殊和差别待遇的需要, 利用“发展条款”规定将国内企业竞争力较弱的产业和部门排除在外; (3) 当“一般例外”中未规定“发展条款”时, 可使用国民待遇的“例外条款”, 仅给予东道国国民和国内企业特殊激励措施; (4) 东道国国内法律法规所规定的某些特殊产业、活动和政策措施被排除在国

民待遇之外（例如，金融、能源、文化等部门和税收、知识产权等政策）；（5）国民待遇的实体内容局限在：“相同（same）”情形，^①以此来避免“类似（like）”情形的类推扩展；以及“相同（same）”待遇，^②以此来避免因使用“不低于（no less favorable）”而导致给予国外投资者更优惠待遇的可能性；（6）适当排除中央政府和（或）地方政府的某些措施（例如国有化和征收政策等）；（7）仅承诺“法律上（*de jure*）”的国民待遇，而对国外投资者采取“事实上（*de facto*）”的差别待遇；^③（8）只单独承诺国民待遇而不涉及其他承诺，例如最惠国待遇与公平和公正待遇（UNCTAD，2000）。

有限的准入后国民待遇的特点是保留了东道国自由裁量权的灵活性，因此体现了东道国对外资准入较强的控制力。以丹麦和印度尼西亚签订的双边投资协定为例，其只是规定“实施条件（imposition of conditions）”而非“待遇（treatment）”，这意味着缔约国并无一定给予与优惠待遇相关的国民待遇的义务，也就是说，在许多开放的部门或领域中仍然会存在各种各样的限制条件。

全面的准入后国民待遇是指为外国投资者提供更高标准的国民待遇，且对区别对待国内和国外投资者的自由裁量权进行限制。其主要特点包括：（1）仅适用于准入后阶段；（2）保持最小范围的例外，主要是那些对国家经济至关重要的特定产业或需要进行保护的幼稚产业；（3）国民待遇的实体内容拓展为“类似（like）”情况（即允许国民待遇用于类似但不必完全相同的情况）、“不低于（no less favorable）”待遇（即允许给予国外投资者更为优惠的待遇）以及没有关于国民待遇是否适用于特定活动或现有情形的规定；（4）没有中央政府和地方政府的例外措施；（5）对“法律上”和“事实上”的国民待遇保持一致；（6）与其他待遇条款同时存在，例如最惠国待遇、公平和公正待遇。

全面的准入后国民待遇实施的特点是将准入后国民待遇的承诺拓展到尽可能大的范围。20世纪90年代以来，英国、德国、法国、瑞士等国签订的双边投资协定以及《南方共同市场关于第三国投资者协议》都是基于全面的准入后国民待遇原则。

（三）国民待遇条款II：准入前国民待遇

准入前国民待遇也分为有限的准入前国民待遇和全面的准入前国民待遇两种模式。

有限的准入前国民待遇是指把国民待遇承诺扩展到准入前阶段，限制了东道国对外资准入的自由裁量权，但对准入条件和自由化程度仍然保留了一定程度的控制权。其主要特点为：（1）依照《服务贸易总协定》（GATS）第17条关于国民待遇

① “相同情形（same or identical circumstances）”是指国外投资者和投资只有在“相同情形”下才能享受国民待遇，这种用语使得国民待遇的适用范围受到很大限制。

② “相同（same or as favorable as）”待遇是指即国外投资者和投资不能享受比国内投资者和投资更优惠的待遇。

③ 法律上的待遇（*de jure treatment*）指在国内法律和法规中名义上给予外国投资者的待遇；事实上的待遇（*de facto treatment*）则包括在事实上不同于国民待遇的任何措施或行为，例如在进行业务活动时要求执照资格，但只有那些在东道国获得职业资格的技术人员才能获得。

的规定,使用“选择性进入(opt-in)”、“正面清单(positive list)”或者“负面清单(negative list)”的形式,除非东道国同意,否则任何产业及活动在准入前不适用国民待遇;(2)使用“尽最大努力(best endeavors)”的表述(如“APEC投资非约束原则”),因此发展中国家在法律上不受准入前阶段承诺国民待遇的限制,该条款也可搭配“未来允许(或协商)在准入前阶段受法律上的国民待遇的限制”的承诺条款,目的在于允许发展中国家在承诺国民待遇前拥有一个过渡期,以调整国内法律和相关政策来适应国际投资协议(UNCTAD,2000)。

有限的准入前国民待遇适用于希望以渐进方式对外国投资实行准入自由化的国家,其缺点是从中短期来看外国投资者在进入前存在不确定性,可能会抑制对东道国的投资,或者可能使外国投资者暂缓投资来等待更透明与有保障的措施。例如,在《能源宪章条约》的谈判中,美国曾主张应以某种方式将国民待遇纳入到准入前阶段适用,所有参与国为准入前阶段的谈判制定“负面清单”,这样条约就能体现出与美国相似水平的投资保护标准。转型国家可以允许有一定的宽限期来完成国内相关立法工作。然而,因各方利益难以协调和满足,最终只能达成妥协条款,即缔约方会“尽力(endeavour)”在投资准入前阶段适用国民待遇原则,并就这一议题进行补充条款的谈判(《能源宪章条约》第10条第2、3、4款)。尽管之后各方就“关于现有立法和民营化过程的国民待遇+负面清单”模式的补充条约达成一致意见,但至今尚未得到实施。

全面的准入前国民待遇是指东道国在准入阶段给予国民待遇原则上覆盖所有外国投资,除非其在协议中特定排除了某些产业或活动。其主要特点为:(1)对东道国政府的自由裁量权的限制非常多,东道国仅能依据有限和明确的开业标准来排除特定的产业、部门和经济活动;(2)东道国可利用“负面清单”来保护特定产业或活动;(3)准入前国民待遇范围的宽窄取决于承诺选择的用语以及协议的适用条件、原则和目标。

全面的准入前国民待遇对东道国传统上控制外国投资者进入本国的管辖权力与范围进行了相当多的限制。东道国承诺这种高水平的国民待遇的目的在于使许多产业或经济活动能从不断开放与更激烈竞争的市场环境中受益。该模式的实践主要包括美国根据其范本所签订的双边投资协定和《北美自由贸易协定》(NAFTA)等。

二、国际投资协定中的清单管理模式比较分析

如前所述,在准入前国民待遇中,利用清单管理可以增加国际投资协议结构的灵活性。它包括“正面清单”与“负面清单”两种基本模式,并在此基础上派生出“混合清单”模式。

（一）正面清单管理模式

正面清单指清单列明了外国投资者可以允许通过哪些方式在哪些领域进行投资，清单以外的产业或部门则不允许投资（UNCTAD，2000）。正面清单采取的是“从上至下”的方式，其最典型的代表就是GATS及其谈判，因为服务贸易的主要形式之一——商业存在方式与外国直接投资紧密相联。在GATS中，所有成员国都未被强制要求允许给予市场准入或国民待遇，其第16和17条规定，成员国有权在其减让表中列出其愿意做出市场准入或国民待遇承诺的服务行业或部门。引入正面清单方式可以使发展中国家能够在其他领域（也是发展中国家具有比较优势的行业或部门）的谈判过程中得到互惠承诺，并通过服务业自由化促进本国消费者福利与服务效率的提高。

（二）负面清单管理模式

负面清单相当于一种“黑名单”，列明了外国投资者不能进行投资的产业和活动，以及针对外国投资者的与国民待遇不符的特殊管理措施与要求。与正面清单相反，负面清单采取的是“从下至上”的方式，其典型例子是《北美自由贸易协定》（NAFTA）为例。在NAFTA中，成员国先就基本原则达成共识，然后就被排除的部门进行谈判，最终会形成针对各成员国的一个保留清单。之后，负面清单可在“维持现状（stand still）”条款的基础上进行调整，它是指对所采取的限制部门和措施进行锁定，并禁止制定新的或限制性更强的不符合国民待遇义务的措施；或者，可以采取“回滚”（roll back）条款，即将前述锁定的限制措施作为基础，逐步拆除或减少这些措施，从而实现投资自由化。例如，在2002年韩国与日本签订的双边投资协定中就对不同例外产业分别规定了“维持现状”和“回滚”条款，其他典型例子包括《OECD自由化法规》（OECD Liberalization Codes）和《关于东盟投资区的框架协议》（Framework Agreement on the ASEAN Investment Area）。

（三）混合清单管理模式

混合清单同时包含了负面清单和正面清单两种模式的特征。例如，GATS中也有对市场准入和国民待遇方面进行限制的行业和部门的负面清单。这两种清单的混合模式也存在其他形式。例如，负面清单模式可以用于某一原则的某一部分（例如在准入后阶段的国民待遇），与此同时正面清单可适用于同一原则的另一部分（例如在准入前阶段的国民待遇）。另一种可能的情况是，允许发展中国家使用正面清单模式，而发达国家使用负面清单模式。这种混合清单一般是考虑到缔约国的发展水平不同，涉及的行业和部门的经济实力和战略意义迥异，因此借助混合清单对行业和部门规定不同程度的限制和保留，逐步开放市场，为东道国投资自由化保留一段过渡期，给未来使用负面清单奠定基础。

无论哪种清单管理模式，最重要的是对国内产业的特殊性质和比较优势的正确理解与评估，从而决定在清单中哪些应被纳入而哪些应被排除。在这其中，信息的

不完全与不对称性将产生严重影响,特别是发展中国家可能由于缺乏信息资源而不能对其自身产业或部门的比较优势的性质、规模和范围进行全面与科学的评估。此外,国内外利益集团为规避国际竞争对清单模式的选择也有重要的影响。

三、国民待遇标准与清单管理模式的国际实践

尽管过去10年中所达成的多数双边投资协定的结构和内容大同小异,但各个协议之间在基本理念和规则条款方面仍存在着一些差别。当前,最常用的两种双边投资协定模式是“欧洲模式”和“北美范本”。“欧洲模式”基于1962年OECD颁布的《阿部斯—肖克罗斯公约草案》,主要由欧洲国家和发展中国家采用(Gudgeon, 1986; Eilmansberger, 2009)。“北美范本”则主要由美国推行采用,基于美国一系列友好通商航海(FCN)条约。为了加强对海外私人投资的法律保护,1977年美国转开始订立双边投资协定,而不再缔结FCN条约(Newcombe and Paradell, 2009)。这两个范本最大的区别在于“欧洲模式”主要适用于准入后国民待遇,而“北美范本”则同时覆盖投资的准入前与准入后阶段。

尽管全球多数最新的双边投资协定依据传统的“欧洲模式”仅就准入后阶段国民待遇承诺约束性义务,但囊括了准入前国民待遇的国际投资协议正在持续增加。首先,作为倡导准入前国民待遇的典型代表,美国对外签订的绝大多数投资协定都要求伙伴国必须接受这一承诺。其次,受美国影响,加拿大、日本等发达国家在近年签订的大多数投资协定中也采取准入前国民待遇模式。再次,一些发展中国家也接受了准入前国民待遇,例如印度在与日本、韩国、新加坡等国家缔结的自由贸易协定中均采用准入前国民待遇模式。最后,2012年4月,欧盟与美国联合发表了关于国际投资的“七条原则”,第一条就要求各国政府给予外国投资者广泛的市场准入和不低于本国及第三国投资者的准入前和准入后待遇。

(一) “欧洲模式”中的国民待遇与清单管理模式

目前欧盟成员达成的双边投资协定已超过150个,多数是12个新成员和欧盟原15国签署的,但至今尚无投资协定的范本。从欧共体到欧盟主要经历了关税同盟、共同市场、欧洲货币体系以及经济与货币联盟几个重要阶段,其中欧盟关于投资规则的规定主要涉及以下协定和条约:1951年《巴黎条约》(第3、5、55、65、66条);1957年《罗马条约》(第2、4章中关于“开业权”和“资本”的规定);1986年《单一欧洲法令》对《欧洲经济共同体条约》进行了重要补充;1991年《欧洲联盟条约》(即《马斯特里赫特条约》)全面修改了《罗马条约》中“资本”一章;1997年新《欧洲联盟条约》(即《阿姆斯特丹条约》)提出了更加紧密合作的条款。欧盟成员内部签订的投资协定和欧盟成员与区外国家签订的投资协定由于适用法律的不同,关于国民待遇的条款内容迥异。

就欧盟内部而言,投资协定基本上未就投资的国民待遇标准做出直接规定。但

由于协定中引入了“欧洲公民”这一概念，成员国之间在事实上实现了“非国别歧视的原则贯穿于欧盟内部市场法律的始终”（尹立和王薇，2006），可以说这就是国民待遇标准在欧盟成员之间投资领域中的适用。根据《欧洲共同体条约》第3条第3款，共同体的活动应包括消除成员国间货物、资本与人员劳务自由流动的障碍，这在实际效果上实现了准入前国民待遇。此外，根据《罗马条约》第2章和第4章关于“开业权”和“资本”的规定，虽未直接指明国民待遇标准，也未就“开业权”的概念进行定义，但就其条文阐述而言，明确投资者在成员方国内进行投资、设立企业时应享受与该成员方国民“相同的待遇”。《罗马条约》第2章第58条还规定，开业权的主体为欧盟成员方的国民，享受的投资待遇不因其国籍不同而不同。另一方面，非欧盟成员国投资者可能通过在成员国国内设立子公司而间接享有开业权，从而取得欧盟成员方国民才得享有的待遇标准。为避免这一问题，上述欧盟条约做出了专门的限制规定，即非成员国企业纯粹为间接享有开业权而设立子公司的，不会享有开业权。综上，欧盟成员国之间在投资领域已相互给予准入前国民待遇。

就非成员国的国民待遇而言，根据1991年《马斯特里赫特条约》对《罗马条约》中关于“资本”内容的修正，除允许成员国基于投资者居住地和投资地不同在税收方面采取区别待遇外，原则上禁止对欧盟成员国之间以及成员国和第三国之间的资本跨国流动和支付加以限制，从而将资本跨国自由化流动原则延伸适用于欧盟和非成员国之间。但需要注意的是，《马斯特里赫特条约》第73条C款规定，允许各国保留1993年12月31日前在成员国国内法和欧共体法规中对来自和流向非欧共体成员国的跨国资本流动所规定的某些限制措施，因此，事实上，非成员国投资者和投资根据该条约所享有的待遇不可能与成员国的投资者和投资享有完全同等的待遇。

在国民待遇标准的形式上，考虑到政治和法律方面的困难，欧盟尚不能作为一个整体与其他国家或地区签订双边投资协议。因此，欧盟成员在谈判与达成双边投资协定时，仍需考虑双方具体的产业竞争力、投资环境、法律法规与利益集团的诉求等问题。德国、英国、荷兰等主要欧盟成员所签订双边投资协定除对国民经济至关重要的特定产业或幼稚产业给予例外保护外，对国外投资者和投资在准入后阶段都给予完全的国民待遇。比如，2003年中德签订的《中德关于促进和相互保护投资的协定及议定书》中第3条第2款规定了国民待遇内容：“缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者及与投资有关活动的待遇”。

在清单管理模式上，由于经济与历史的原因，“欧洲模式”的投资协定普遍侧重投资保护问题，而对投资准入问题重视不够，对业绩要求等方面也很少做出规定，因此没有引入负面清单模式。2009年《里斯本条约》生效后，欧盟具有了就外国投资事务（包括缔结投资协定）的专属权力，开始采取投资保护与投资准入并重的新政策。2012年4月，美欧达成关于国际投资的“七条原则”，特别强调了投资准

入前和准入后的待遇问题。2013年10月，欧盟与加拿大结束谈判的“全面经济贸易协定”（CETA）的投资章节中已采用了负面清单模式。

（二）“北美范本”中的国民待遇与清单管理模式

美国的双边投资协议最早于1981年在里根总统执政期间签署，其目的是鼓励和保护美国的海外投资，促进其他国家实施市场与规则导向型的外资政策。1982年，美国制定了第一个双边投资协定范本，并于同年与埃及签订了第一个双边投资协定（Newcombe and Paradell, 2009）。截至2012年末，美国已同46个国家签订了双边投资协定，与20多个国家达成的双边自由贸易协定中包含了投资条款章节。这些协定或条款均以美国双边投资协定范本为基础进行谈判和签署。

2012年，美国贸易谈判代表办公室（USTR）公布了美国新的双边投资协定范本，取代了2004年旧范本，并宣布将其作为未来进行相关谈判的基础。与旧范本相比，2012年范本提高了公众参与度，强化了环境与劳工标准，加强了对国有企业的法律约束，同时提高了对东道国法律体系的透明度要求。新范本的核心内容是要求伙伴国给予美国投资者：（1）公平和公正待遇的权利，包括仲裁的中立；（2）全面保护和保障的权利，包括国际法规定的内容；（3）与国内投资者相比非歧视的商业环境，特别是以国民待遇和最惠国待遇为基础；（4）资本自由流动；（5）对征用或国有化进行完全补偿的权利；（6）免除经营要求。

在国民待遇方面，美国强调承诺全面的准入前国民待遇原则，同时也要求对方给予这种待遇标准。在该范本的框架下，缔约一方应对另一方的投资者与投资在其境内设立、并购、扩大、管理、运营、转让或其他资产处置方面，在“类似”情况下给予“不低于”本国国民与投资的待遇（多数情况下是更为优惠的待遇水平）。

在负面清单方面，美国采用这种方式最早可以追溯至1953年与日本签订的《友好通商航海条约》，并于20世纪80年代逐步成型。目前在已签订并生效的双边投资协定中，美国已惯用“负面清单”模式，以附录形式具体说明哪些部门是限制或禁止进入的，并要求伙伴国也这样列明。对在清单中未列出的部门，另一方可假定其有权任意对其进行投资。清单内容包括部门列表与措施列表：前者列明保留限制的部门；后者列明现存的“不符措施”，包括不适用的具体协议条款、针对行业监管的国内法律名称、内容以及执行的政府层级。这两类列表所对应的义务一般包括国民待遇标准、最惠国待遇标准、经营要求以及高级管理人员国籍要求。就部门列表而言，自友好通商航海条约到NAFTA，再到美国最近生效的一系列双边投资协定（BIT），美国负面清单中的部门个数仅发生了微调，一般包括能源、银行、保险、不动产、航空运输、有线电视、无线与卫星通讯以及电话和电报服务等。

四、中国对外资的国民待遇与清单管理模式

总的来说，国民待遇原则对中国是一个相对较新的概念。1986年4月前，中国签

订的双边投资协定中仅承诺最惠国待遇，而没有国民待遇。这以后中国签订的部分双边投资协定中包含了国民待遇标准，但它们只针对部分国家的投资者和投资，或只针对某一国的投资者在某些行业或领域的投资，例如1986年和1988年的中英和中日双边投资协定（刘颖和邓瑞萍，2003）。20世纪90年代以来，为了进一步深化对外开放，吸引更多的外商投资，中国政府进一步明确指出要对外资企业逐步实行国民待遇标准。尽管如此，出于实际情况的考虑，中国还是经常在协定中加入可弱化国民待遇效力的条款。例如，在2000年中国与博兹瓦纳签订的投资协定中，在承诺国民待遇原则时加入了“在不损害国家法律和监管下”的限定条件，从而限制了国民待遇承诺中“尽最大努力”条款的效力。此外，在最近的谈判中，中国也试图规避国民待遇可能导致的风险。例如，在2005年中国同捷克的双边投资协定包含了对现行不符合国民待遇原则的监管措施的豁免，以及对这些不符措施未来继续适用和不进行修订的豁免。然而，近年来，随着深化经济结构改革的需要以及全球投资协定的发展趋势，中国也开始以更加积极的态度考虑调整国民待遇原则的适用，最明显的变化就是在承诺准入前国民待遇和负面清单的基础上进行中美、中欧双边投资协定谈判。

（一）双边投资协定谈判

中国目前的双边投资协定仅涉及准入后阶段的国民待遇，这与中国当前的政治、经济政策以及基本国情相关。中国的双边投资协定中关于“国民待遇”的表述通常有两种：第一种比较简略，如在2004年中德双边投资协定中表示为“缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇”；^①第二种则比较明确，如在2011年中国与乌兹别克斯坦双边投资协定中表示为“在不损害缔约一方可适用的法律法规的前提下，对在其境内投资的运营、管理、维持、使用、享有、出售或处分，缔约一方确保给予缔约另一方的投资者及其投资的待遇应不低于其在相同情势下给予本国投资者及其投资的待遇”。^②相比之下，后一种表述明确规定了国民待遇标准的适用范围和限定条件。

目前，中国对外资准入依然采取审批制，尽管其程序已逐步简化并向地方放权。审批的主要依据是由发改委制定的《外商投资产业指导目录》（最新版本为2014年）以及其他产业政策（如高科技产业）或地区发展（如中西部地区）目录。这些指导目录本质上是“正面清单”（列明鼓励发展的部门或产品）或“混合清单”（列明禁止、限制和鼓励发展的部门或产品）。它们被不断修订，以实现鼓励有益于提升中国产业（或产品）价值链和抑制高污染、高耗能、低附加值和产能过剩产业的外国投资的政策目标。2006年，中国还颁布了《关于外国投资者并购境内

^① 《中华人民共和国和德意志联邦共和国关于促进和相互保护投资的协定》第3条第2款。

^② 《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》第3条。

企业的规定》，允许政府对影响国家经济安全或涉及中国著名品牌的外资并购案件进行更严格的审批。由于在这一法规中的一些重要定义含糊不清，被外国政府与投资者怀疑可能用来掩盖垄断或防止外资企业对国内企业的竞争。特别是2009年可口可乐公司收购汇源失败后，更突显了政府希望保留国内“龙头企业”的意愿。

在这种背景下，将国民待遇扩展到准入前阶段将是中国的外资政策乃至整个投资体制可能是一次历史性的革命。它将使外国投资者避免在审查和批准、取得营业执照以及开业设立阶段的活动受到歧视性待遇。由此而获益的外商将集中在汽车、石油化工、电子信息、新能源等制造产业以及金融、电讯等服务部门。

此外，关于“负面清单”的排除内容也是中国参与高标准投资协定谈判的一个关键障碍。通过负面清单管理，美国允许伙伴国对清单以外的经济部门进行自由投资，同时美国并非完全禁止伙伴国进入清单规定的排除部门，而可能是对伙伴国适用低于国民待遇标准的投资待遇。但中国在习惯上以一种比较模糊的描述来处理国民待遇问题，仅简单陈述为外国投资者受“中国国内法律的管辖”，给投资者留下选择适用法律的难题。

最后，与此相关的一个议题是存在着这样的可能（准确地说是中国方面的某种“期望”）：中国同意接受准入前国民待遇条款，但美国须在中国企业进入美国市场的审查制度上做出某种形式的让步。这是因为在中国看来，美国正利用所谓的战略性国家安全威胁等虚假言论阻碍来自中国的投资（尤其是国有企业），特别是通过“美国外国投资委员会”（CFIUS）审查流程。中国希望美方在CFIUS审查程序上体现出更大的灵活性，以使中国企业能在美国市场上实现更大发展。但是，现实情况是美国《外国投资与国家安全法案》最近强化了CFIUS的审批程序（US-China Economic and Security Review Commission, 2010），因此，从目前来看，美国可能不会为了中美双边投资协定谈判而在CFIUS审查程序上让步。

（二）上海自贸区

2013年9月中国批准建立了中国（上海）自由贸易试验区（简称“上海自贸区”），其重要使命之一先行先试构建符合国际化和法治化要求的开放型经济新体系，为全面深化改革和扩大开放探索“可复制、可推广”的新途径与新经验。作为上海自贸区改革方案最重要的内容之一，上海市人民政府公布了《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》，期待中的首个“中国式”FDI“负面清单”终于浮出水面。它不仅标志着中国在FDI市场准入与审批制度方面的重大体制性变革，而且也引发了人们对未来在整个国家层面上FDI体制与政策改革的期待与猜测。

2013年版的上海自贸区负面清单按照中国的“国民经济行业分类”共包括了18个门类、89个大类、419个中类和1,069个小类，未涵盖（S）公共管理、社会保障和社会组织以及（T）国际组织2个行业门类。清单列明了在自贸区内对外资企业所

实施的与国民待遇不符的具体“特别管理措施”方式。这意味着，在清单中所列出的这些类别部门（或产品、服务以及商业活动）将受到所列明的“特别管理措施”的限制或约束，未出现在清单中的类别将对外资实行自由开放；同时，未出现在清单中的相应“特别管理措施”如果在日后实施将被视为“非法”，至少是违背政策“承诺”，应该予以撤销。这正是在负面清单中所体现出的“法无禁止即可为”的朴素的市场经济理念。

上海自贸区负面清单中的“特别管理措施”名目繁多，经过整理归纳，可将其划分为共10大类和25小类（见表1）。这些管理措施对外资进入与外商投资企业经营的限制程度是不同的。例如，“禁止投资”当然是最严格的，完全排斥了外资的进入与竞争，而经营期限限制则相对宽松。绝大多数的限制手段针对“商业存在”方式的外资形式，只有“从业人员资质限制”和“法定代表人或投资者国籍限制”是针对自然人（特别在服务业）。与其他国家相比，“所有制限制”可能是具有中国特色的管理措施之一。

表1 上海自贸区负面清单中的“特别管理措施”分类

限制措施类型	具体限制形式
禁止投资	禁止投资某些稀有品种与资源 禁止某些产品的生产、投资、销售、批发、拍卖 禁止投资某些敏感行业 禁止投资某些技术的开发和应用
股权限制	只允许成立合资或合作企业 要求中方控股（中方股权比例大于50%） 要求中方占主导股权地位 最低中方股权比例要求 最高外方股权比例限制
产品、生产环节或业务限制	限制某些产品的开采、加工、制造、收购、批发、配送、直销、邮购、网上销售等 限制对某些规格的产品的投资
资产或投资金额限制	最低资产总额要求 最低注册资本金要求
外资机构形式与数量限制	外资机构只能以代表处形式提供服务 不允许设立分支机构 成立合资企业数目限制 对拥有超过一定数量的分支机构的外资企业的限制
从业人员资质限制	投资者从事生产与服务的最低年限要求 投资者在中国境内从事工作的最低年限要求 高级管理人员从业经验的最低年限要求
法定代表人或投资者国籍限制	要求法定代表人须为中国籍公民 只允许香港、澳门地区的投资者投资生产或提供服务
经营期限限制	最高经营年限限制
所有制限制	要求必须由国有独资或控股
符合相关规定要求	必须符合国内相关法律法规规定

资料来源：作者根据《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）》（2014年版）整理。

按照官方公布的数据,2013版的负面清单中存在“特别管理措施”的部门覆盖190个小类,占总数的约17.8%(简单平均覆盖率)。新公布的2014年负面清单中的特别管理措施已缩减到了139条。我们的统计分析表明,从产业分类上看,限制程度最高的是采矿业(43.2%),其他由高到低依次为:服务业(36.5%)、建筑业(19%)、农业(18.3%)、制造业(15.8%)。从门类角度看,在受限制的绝对数量上,制造业最多(84个),住宿和餐饮业以及居民服务、修理和其他服务业两个部门最低(0个);在受限制的相对比率上,信息传输、软件和信息技术服务业最高(76.5%),教育、卫生和社会工作服务业以及文化、体育和娱乐业也比较高(超过了60%)。从“特殊管理措施”的使用程度上看,使用最多的是“产品、生产环节或业务限制”措施,占总数的10.3%,其次是“股权限制”措施,占总数的10.1%,最低的两个是“从业人员资质限制”与“所有制限制”措施,分别占总数的0.7%与0.3%,而限制程度最高的“禁止投资”措施占总数的5.2%。

上海自贸区负面清单出台后国内外评论褒贬不一。我们认为,首先应肯定其在形式上的贡献与进步。与先前杂乱无章的《外商投资产业指导目录》(2011年版)相比,此次负面清单的部门分类的准确性、清晰度和涵盖面大大提高,特别是包括了所有服务业部门。同时,它还明确了对所有列明部门的限制措施,大幅度提高了政策透明度,特别是针对服务业的管理措施。因此,负面清单在模式规范与政策基准上所迈出的第一步还是非常值得肯定的。当然,目前这份负面清单中所涉及的经济部门范围依然广泛,包括对经济增长与人民生活至关重要的商务、电信、交通、教育、医药卫生、文娱等部门,这与服务业的转型升级发展、刺激内需消费和促进中国经济发展方式转变的战略目标不相一致。此外,“禁止投资”以及限制效力高的一些管理措施(比如股权限制和产品、生产环节或业务限制)的使用频度依然较高,将大大制约外资市场准入的水平。此外,以这份清单为基础也很难与美国、欧盟等国进行实质性的出价与要价谈判。

五、结论

国民待遇原则是国际投资协定的关键内容之一,它保证了国内外投资者在相同或类似情况下的公平竞争机会。但各国考虑到自身的经济发展以及国家安全,通常不会给予外国投资者和投资完全意义上的国民待遇,而是给予其“相当水平”的开放与保护,同时保留一定的例外,并保持灵活性。对于发展中国家而言,在与发达国家实力雄厚的跨国公司的竞争中,这种“经济上的不对称”的劣势就更明显,因此在支柱产业、幼稚产业或战略新兴产业等领域,通过清单管理模式适度排除国民待遇可能是必要的。因此,在经济全球化与自由化的大趋势下,一个国家需在扩大国民待遇外延以促进开放、效率与竞争和限制国民待遇以满足国家长期发展计划之间获得某种巧妙的平衡。在这种背景下,“准入前国民待遇原则+负面清单管理模式”逐步成为国际投资协定中越来越被重视与接受的一种选择,目前已有77个国家

或地区在双边投资协定中采用了这种方式。目前,中国已经宣布在此基础上同美国和欧盟进行双边投资协定的实质性谈判。这将是对外资审批与监管体制的一个巨大的突破,同时也必然会给其他国家(特别是发达国家与发展中国家)之间的投资协定产生重要的外溢与示范效应。

不过,在当前的情况下,中国按照美国双边投资协定范本完全接受准入前国民待遇与负面清单模式还面临着相当大的政治经济挑战与困难,同时也有许多技术性细节问题有待解决。不过,中国在最近所进行的较大规模调整《外商投资产业指导目录》与在上海自贸区紧锣密鼓进行的“负面清单”的修订可被视为是一种异常积极的努力,也为未来中国与欧美发达国家进行高质量与高标准的投资新规则谈判创造了有利氛围与谈判空间。

参考文献:

- [1] Gudgeon, K. S. United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purpose, and General Treatment Standards[J]. Berkeley Journal of International Law, 1986, 4(1).
- [2] Newcombe, A. and Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties[M]. Kluwer Law International, 2009.
- [3] Salacuse, J. W. and Sullivan N. P. Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain[J]. Harvard International Law Journal, 2005, 46(1).
- [4] United Nations Conference on Trade and Development Admission and Establishment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement[M]. New York and Geneva: United Nations, 1999a.
- [5] United Nations Conference on Trade and Development. Scope and Definition. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement[M]. New York and Geneva: United Nations, 1999b.
- [6] United Nations Conference on Trade and Development. International Investment Agreement: Flexibility for Development[M]. New York and Geneva: United Nations, 2000.
- [7] US-China Economic and Security Review Commission. Evaluating a Potential US-China Bilateral Investment Treaty: Background, Context and Implications[R]. Industrial and Labor Relations School, Cornell University, 2010.
- [8] 刘颖, 邓瑞萍. 国际经济法[M]. 北京: 中信出版社, 2003.
- [9] 尹立, 王薇. 区域经济一体化中的投资规范问题[J]. 山东社会科学, 2006, (5).

作者信息: 盛斌, 南开大学研究生院副院长、中国APEC研究院院长, 研究方向: 国际经济理论与政策、国际贸易等; 纪然, 南开大学国际经济研究所研究生, 研究方向: 国际经济理论与政策。

A Comparative Study of National Treatment and List Management in International Investment Agreements and Its Inspirations for China

SHENG Bin JI Ran

Abstract: Based on the fundamental connotation of national treatment, this article introduces the combination of national treatment standard and list management mode, and three main list management modes, including positive list, negative list and mixed list. It makes a comparative study of two situations which before and after accession accepts the national treatment principle. It also discusses two main modes of national treatment and list management (European Mode and North American Mode), and explores its practice in China.

Key words: international investment agreement; national treatment; negative list; China

(责任编辑: 孙楚仁)