

国际投资协定中的国有企业条款： 美欧模式演变与比较

张 斌

（东华大学旭日工商管理学院，上海 200051）

摘 要：本文基于美式和欧式代表性双边投资协定和范本，对投资者定义、东道国义务承担主体、非歧视义务例外和国有企业特殊条款作纵向历史考察和横向比较分析，试图探究国际投资协定中的国有企业竞争中立问题。研究发现，在投资者定义上，两类协定均包含国有企业与私有企业，原则上给予两者同等待遇；在东道国义务承担主体上，美式与欧式协定的差异在于前者明确要求行使监管、行政或其他政府职权的国有企业在一定范围内承担政府义务；在东道国非歧视义务上，美式与欧式协定的差异在于前者一方面通过不符措施条款将政府和国有企业补贴纳入例外，另一方面一度制定国有企业“竞争平等”条款。《里斯本条约》生效后，联盟代表成员国缔结的国际投资协定在上述国有企业权利和义务相关条款上与美式协定的区别正在缩小。

关键词：国有企业；国际投资协定；范本

中图分类号：D996.4

文献标识码：A

文章编号：1006-1894（2021）02-0079-11

国有企业规则是新一代国际贸易投资协定谈判的重点议题之一。由于国际投资协定中的“投资者”定义一般涵盖国有企业（Wang，2016），因此，研究更多关注国有企业在投资争端中的实际待遇，如Blyschak（2011）、Feldman（2012；2016）、Wang（2016）、梁一新（2017）、陈嘉和杨翠柏（2018）等。事实上，国际投资协定中的国有企业条款涉及权利和义务两个角度4个方面问题。权利角度的问题即“投资者”或“公司”定义条款是否涵盖作为外国投资者的国有企业，而义务角度的3个问题则是：适用范围条款是否将东道国政府义务延伸到国有企业、非歧视待遇条款是否存在纠正东道国国有企业因国有制导致不公平竞争的特殊规定、不符措施条款是否给予东道国国有企业非歧视义务例外？围绕上述问题，本文对国际投资协定中的国有企业条款从纵向演变和横向比较两方面作深入分析。

国际投资协定分为两类：双边投资条约和含有投资章节的区域贸易协定。根据联合国贸发会议统计，截至2020年底，两类有效协定总计2,663项，其中双边投资条约占88%。虽然新一代区域贸易协定一般均含有投资章，且有逐步取代双边投资条约的趋势，但各国区域贸易协定投资章的谈判一般基于各自双边投资条约范本（沈

铭辉，2014）。鉴于此，本文聚焦双边投资条约范本中的国有企业条款，兼顾所涉国家区域贸易协定投资章的相关条款。

双边投资条约有美式和欧式两类（梁开银，2016），前者采用国家主要为美国、加拿大和澳大利亚，后者则为绝大多数欧洲国家（曾华群，2016），本文选取美国、德国和英国作为两类协议的代表。《里斯本条约》生效后，欧盟作为整体对外展开国际投资协定谈判，目前已签署的3个投资协定或为区域贸易协定的独立章，或为贸易投资一揽子协议的组成部分，本文将这3个协议亦纳入讨论范围。

一、美国范本中的国有企业相关条款

与发展中国家友好通商航海条约谈判的难度加上欧洲国家与发展中国家双边投资条约谈判的成功促使卡特政府于1977年决定启动双边投资条约谈判（Vandeveldt，2005）。为提高谈判效率、确保与不同缔约方协议条款的一致性，美国从一开始就采用范本进行谈判。首个范本于1982年1月11日形成（Ruttenberg，1987），此后，经历了1983年、1984年、1987年、1991年、1992年、1994年、2004年和2012年共8次修订（Vandeveldt，2009）。就国有企业相关条款而言，9个范本可分为4个阶段。

第一阶段为1982~1992年。当时的范本将投资主体界定为“公司”和“国民”，而非“投资者”。有关“公司”的定义明确包含国有和私有（表1），也就是说，美国范本从一开始就原则上要求缔约方对作为外国投资者的另一缔约方国有和私有公司与本国公司一视同仁。但这一时期的范本对国有企业作了如下两个特殊规定：（1）专设“竞争平等”（competitive equality）条款，明确针对东道国国有企业因所有制所致竞争优势。1982年和1983年范本第2条“投资待遇”第6款规定：当一方或其机构或其政府工具（instrumentalities）所拥有或控制的投资在其境内与另一方国民或公司私人拥有或控制的投资竞争时，应维护竞争平等条件，在此情况下，私人拥有或控制的投资应得到与国有或国家控制投资所获任何特殊经济优势对等的待遇。事实上，该条款源自《美国1955年友好通商航海条约标准草案》（1955 Standard Draft U.S. FCN Treaty）第18条第2款（Vandeveldt，2017），后者可以认为是双边投资条约中最早的国有企业竞争中立条款。1982年和1983年范本基本照搬该款，但1984年及以后范本未纳入，原因是这些范本日后形成的其他相关条款确保了国民待遇。（2）设置负面清单附件，保留非歧视义务例外。此类条款旨在为东道国保护敏感部门免于外国投资冲击留出余地，并不直接偏袒东道国国有企业，但由于国有企业具有政府工具性，往往成为主要受益者。美国双边投资条约历来采用准入前非歧视待遇，^①因此，从一开始就通过设立负面清单规定准入前待遇例外。此类例外一

^① 如《美国1955年友好通商航海条约标准草案》第7条第1款、1982年范本第2条第1款、2012年范本第3条第1款和第4条第1款。

般分为部门和事项两类，其中，例外部门通常具有政府垄断或指定垄断性质或主要是公共服务部门，如银行、能源和电力生产、广播电视、卫星通信等，例外事项主要为政府各类补贴，包括赠款、贷款、担保和保险等。在条约的东道国义务承担主体方面，这一时期的范本（除 1984 年）均规定应包含缔约方次级政治区划（表 1），且“次级政治区划”（political subdivisions）表述采用复数，应该指中央政府以下各级地方政府。

第二阶段为 1994 年。NAFTA 的生效、GATT 乌拉圭回合谈判的结束及与东欧转型经济国家的双边投资条约谈判，促使美国对其 1992 年范本作全面修订。1994 年范本虽依然将投资主体界定为“公司”和“国民”，但对“公司”和“缔约方公司”的界定更为具体，且依然明确包含国有和私有两类所有制。同时，为防止转型经济国家的国有企业规避条约义务，该范本明确制定了以下 3 方面的国有企业条款：一是纳入“国有企业”概念，并采用 NAFTA 第 1505 条的界定，即缔约方拥有或通过所有制权益控制的企业；二是首次将“国有企业”纳入东道国承担义务的主体范围，即对另一缔约方投资者及其投资承担条约义务的主体由中央和次级政治区划政府扩展到中央政府授予任何监管、行政或其他政府职权的国有企业（表 1）；三是范本第 2 条第 1 款明确要求缔约方国有企业在提供货物和服务时给予“涵盖投资”（covered investment），即协定所涵盖的另一方“公司”或“国民”在本方境内的投资、国民待遇和最惠国待遇，该款可以认为是 20 世纪 50 年代友好通商航海条约标准草案和 20 世纪 80 年代双边投资条约范本国有企业“竞争平等”条款的延续。在非歧视义务例外方面，1994 年范本与之前范本相比无实质性变动（表 1）。

第三阶段为 2004 年。该范本是美国双边投资条约谈判史上变动最大的一次，但主要集中在将实体条款和程序条款分离，并对投资者—东道国争端解决机制作重大修改。对投资者定义条款的调整不大，主要有以下两方面：一是用“企业”取代“公司”、用“缔约方企业”取代“缔约方公司”，但内涵没有变化（表 1）；二是首次界定“缔约方投资者”，包括缔约方本身、其国有企业、其国民或企业，明确规定国有企业及其投资与私有企业及其投资受东道国同等保护。在条约适用范围方面，将 1994 年范本第 15 条调整为第 2 条并作了修改，虽然政府授权的国有企业承担与东道国政府同等义务的规定未发生重大变化，但将其与次级政治区划所承担的义务明确限定在条约 A 节所规定的实体义务范围（表 1），即国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、征收和补偿、业绩要求、透明度、不符措施和例外等义务，也就是说，对次级政治区划和东道国国有企业不适用条约 B 节（投资者—东道国争端解决机制）和 C 节（国家间争端解决机制）。因为有这一东道国国有企业义务条款，有关国民待遇和最惠国待遇的第 3 条和第 4 条不再设置类似于 1994 年范本第 2 条第 1 款的国有企业特殊规定。

在非歧视义务例外方面，除设置附件外，正文部分制定专门条款与之呼应，即第 14 条“不符措施”（non-confirming measures）。该条将缔约方政府分为 3 个

表 1 美国双边投资条约范本中的国有企业相关条款比较

范本	投资者定义	条约适用范围	非歧视义务及其例外
1982~1992 年	“缔约方公司”指依据缔约方或其次级政治区划适用法律法规合法组成的任何公司、商号、社团或其他组织，无论是否营利，无论私有还是国有。 “国民”指依据缔约方适用法律为其国民的自然人。	缔约方次级政治区划。	1982 年和 1983 年范本设有国有企业“竞争平等”条款。 例外适用范围：政府保险、政府贷款、政府贷款担保、政府赠款、附件清单所列部门。
1994 年	“公司”指依据适用法律组成或组织的任何实体，无论是否营利，无论私有还是国有，包括公司、托拉斯、合伙、独资、分支机构、合资、社团或其他组织。 “缔约方公司”指依据该缔约方适用法律组成或组织的公司。 “国民”同前范本。 “国有企业”指一缔约方拥有或通过所有制权益控制的企业。	1. 缔约方次级政治区划。 2. 缔约方授予任何监管、行政或其他政府职权的国有企业。	国有企业在提供货物和服务时给予涵盖投资国民待遇和最惠国待遇。 例外适用范围同上。
2004 年	“缔约方投资者”指在另一缔约方境内试图、正在或已经实施投资的一缔约方或其国有企业，或一缔约方国民或企业。 “企业”指依据适用法律组成或组织的任何实体，无论是否营利，无论私有、国有还是国家控制，包括公司、托拉斯、合伙、独资、合资、社团或类似组织以及此类实体的分支机构。 “缔约方企业”指依据缔约方法律组成或组织的实体，及设在缔约方境内并从事业务活动的分支机构。 “国民”指：（a）美国：由《移民和国籍法》第三编定义为美国国民的自然人；及（b）_____：_____。 “国有企业”指一缔约方拥有或通过所有制权益控制的企业。	1. 缔约方采取或维持的与如下有关的措施：（a）另一缔约方投资者；（b）涵盖投资；（c）该缔约方境内涉及第 8 条、第 12 条和第 13 条的所有投资。 2. 第 A 节下的义务应适用于：（a）该缔约方授予任何监管、行政或其他政府职权的国有企业或其他人；（b）该缔约方次级政治区划。 3. 不对任何一方在本条约生效前发生的任何事实或停止存在的任何情形构成约束。	不符措施适用范围：地方政府、中央和地区政府依据附件清单所列部门、知识产权、政府采购、政府补贴或赠款。
2012 年	“缔约方投资者”“企业”“缔约方企业”“国民”“国有企业”定义同 2004 年范本。	1. 同上。 2. 同上，但增补如下注释： 授予政府职权包括立法许可，及向国有企业或其他人转移政府权力或授权国有企业或其他人行使政府权力的政府命令、指令或其他行动。 3. 同上。	不符措施适用范围同上。

资料来源：作者根据表中范本整理。

层级：中央、地区和地方，并对地方政府整体适用此类例外，中央和地区政府义务例外则依据附件清单，但未明确提及政府授权的国有企业。此外，知识产权、政府采购和政府补贴等事项也不承担非歧视义务（表 1）。

第四阶段为 2012 年。该范本有关国有企业条款的修改主要是对 2004 年范本第 2 条第 2 款（a）项下“授予政府职权”的内涵以增补脚注的方式进行界定，即向国有企业或其他人（自然人或法人）转移政府权力或授权国有企业或其他人（自然人或

法人)行使政府权力的立法许可、政府命令、指令或其他行动(表1),这表明,即使政府通过非正式方式授权给国有企业,此类企业也应受条约A节项下的义务约束。

二、德国和英国范本中的国有企业相关条款

德国既是最早签订和实施双边投资条约的国家,也是目前签订条约数和有效条约数最多的国家。自首个条约至今,德国共制定过3个双边投资条约范本(表2)。

表2 德国双边投资条约和范本中的国有企业相关条款比较

范本或条约	投资者定义	条约适用范围
德国—巴基斯坦条约 (1959年)	“国民”指:(a)德国:其基本法意义上的德国人;(b)巴基斯坦:依据其法律为其公民的个人。 “公司”包括:(a)德国:在其境内有营业场所且合法存在的任何法人、任何商业公司或其他公司或社团,无论是否具有法人资格,无论其合伙人、关联方或成员是有限责任还是无限责任,也无论其活动是否以营利为目的;(b)巴基斯坦:在其境内依据其法律组建并合法存在的任何法人或任何公司或社团。	也适用于任何缔约方国民和公司于本条约生效前、1954年9月1日后在对方境内所批准的投资。
1991年范本	“国民”指:(a)德国:其基本法意义上的德国人;(b)_____ “公司”指:(a)德国:在其境内有营业场所、无论是否以营利为目的的任何法人和任何无论是否具有法人资格的商业或其他公司或社团;(b)_____:_____。	也适用于任何缔约方国民和公司于本条约生效前在对方境内依据后者法律所进行的投资。
1998年范本	“投资者”指:(a)德国:(i)其基本法意义上的德国人,(ii)在其境内有营业场所、无论是否以营利为目的的任何法人和任何无论是否具有法人资格的商业或其他公司或社团;(b)_____: (i)_____, (ii)_____。	也适用于任何缔约方投资者于本条约生效前在对方境内依据后者法律所进行的投资。
2008年范本	“投资者”指:(a)德国:(i)如下任何自然人:其基本法意义上的德国人,或依据《欧共体条约》第43条之开业权自由在该国开业的欧盟或欧洲经济区成员国国民;(ii)依据该国法律或欧盟或欧洲经济区成员国法律设立的、依据其法律组织并在其公共注册机构注册或依据《欧共体条约》第43条和第48条作为机构或永久存在享有开业自由的任何法人和任何无论是否具有法人资格的商业或其他公司或社团;(b)_____: (i)_____, (ii)_____。	也适用于任何缔约方投资者于本条约生效前在对方境内依据后者法律所进行的投资。

资料来源:作者根据表中协定或范本整理。

从1959年德国—巴基斯坦条约到1991年范本,投资主体被界定为“公司”和“国民”,但“公司”定义不明确区分所有制性质(表2),显然隐含国有公司或企业。1998年范本将“公司”和“国民”合并为“投资者”,但两者的定义未发生变化。2008年范本虽然对投资者所包含的“公司”和“国民”作了重新定义,但对“公司”的修改重点是增补法律依据,其为“任何法人和任何无论是否具有法人资格的商业或其他公司或社团”的表述未发生变化,因此依然不区分所有制属性。但是,2008年后签订的具体协定条款与范本有所差异。2008年后,德国分别与巴基斯坦、刚果、伊拉克签署了3项双边投资条约,截至2020年底均未生效。以德国—巴基斯坦条约(2009年12月1日签署,拟取代1959年条约)为例,“投资者”定义基本与1998年范本相同,但补充如下条款,明确规定投资者的所有制属性包括国有和私有:缔约国“公司”指基于缔约国境内生效法律组建、组成或设立的公司、商号和社团,

无论私有还是国有。在条约适用范围方面，德国范本从未要求东道国国有企业承担政府的条约义务（表 2）；在非歧视义务例外方面，由于所有范本均采用准入后国民待遇，因此，无涉及特定部门或事项的负面清单，同时也无针对东道国国有企业特殊或明确的“竞争平等”规定。

英国的双边投资条约始于 20 世纪 70 年代中期，第一个签署的是 1975 年 6 月 11 日英国与埃及协定，而第一个生效的则是 1975 年 7 月 22 日英国与新加坡协定。目前，在发达国家中，英国签订的条约总数仅次于德国和瑞士，有效条约数则位居德国、瑞士和法国之后。英国在启动第一个条约谈判前，就已基于 OECD《保护外国财产公约草案》及德国和瑞士实践形成范本，即 1974 年范本。此后虽经多次修订，但主要有 1991 年和 2008 年两个范本（表 3）。

表 3 英国双边投资条约和范本中的国有企业相关条款比较

范本或条约	投资者定义	条约适用范围
英国—新加坡协定（1975 年）	“国民”指：（i）英国：为英国及其殖民地公民的个人、依据《1948 年英国国籍法》第 2 节、第 13 节或第 16 节和《1965 年英国国籍法》相关规定的英国臣民以及受英国保护人员；（ii）新加坡：为其公民的个人。 “公司”指：（i）英国：依据其任何地方或本协定第 11 条延伸的任何领土内生效法律组建或设立的公司、商号和社团；（ii）新加坡：依据其生效法律组建或设立的公司、商号和社团。	无相关规定。
1991 年和 2008 年范本	“国民”指：（i）英国：根据其生效法律获得其国民地位的自然 人；（ii）_____。 “公司”指：（i）英国：依据其任何地方或本协定第 12 条延伸 的任何领土内生效法律组建或设立的公司、商号和社团；（ii） _____：依据 _____ 任何地方生效法律组建或设立的公司、商号 和社团。	1991 年范本无相关规定。 2008 年范本规定：适用于 生效前后的所有投资， 但不适用于生效前产生 的投资争端或已解决的 权利主张。
英国—墨西哥协定	“投资者”指：（a）依据缔约方适用法律具有其国籍的自然人， 或（b）依据缔约方法律组建或其他方式组织且在该缔约方境内 从事商业活动的企业，并在另一缔约方境内投资。 “企业”指依据适用法律组成或组织的任何实体，包括公司、托 拉斯、合伙、独资、合资或其他社团。 “国有企业”指一缔约方拥有或通过所有制权益控制的企业。	1. 适用于生效前后的所有 投资。 2. 不适用于生效前事件 产生的索赔或已解决的 权利主张。
英国—哥伦比亚协定	“投资者”指：（a）英国：根据其生效法律获得国民地位的自 然人；及依据其任何地方或本协定第 14 条延伸的任何领土内生 效法律组建或设立的公司、商号和社团，其注册办公地点、中央 行政机构或主营业务场所及实质业务活动在英属境内或在本协定 第 14 条延伸的任何领土内；（b）哥伦比亚：依据其法律被认为 是其国民的自然人；及依据其法律设立或组成的包括商号、公司、 商业社团和其他组织在内的法律实体，其所在地及实质业务活动 在哥伦比亚境内。	1. 适用于生效时已存在 的投资以及此后依据缔 约方法律在其境内由另 一缔约方投资者进行的 投资。 2. 不适用于生效前事件 产生的权利主张或生效 前的权利主张。

资料来源：作者根据表中协定或范本整理。

从 1975 年英国—新加坡协定到 2008 年范本，英国一直采用“国民”和“公司”作为投资主体，对“公司”的界定也未发生变化（表 3），且与德国类似，不区分所有制性质，但在实际生效的协定中，英国于 2005 年后开始采用“投资者”概念。2005 年后生效的双边投资协定有 3 项，即英国与塞尔维亚、墨西哥和哥伦比亚的协定。

在英国与塞尔维亚协定中,依然界定“国民”和“公司”,但在定义条款中明确规定“投资者包括国民和公司”。英国与墨西哥和哥伦比亚的协定则仅界定“投资者”,但两定义不尽相同,前者更接近美国2004年范本,对“企业”和“国有企业”进行了界定,且“投资者”明确包括“国有企业”;后者则是其2008年范本中“国民”和“公司”概念的合并(表3)。

在适用范围方面,英国协定范本既然不区分国有和私有投资者,因此,从未要求东道国国有企业承担政府的协定义务(表3)。在非歧视义务例外方面,英国与德国一样也采用准入后国民待遇,因此无涉及特定部门或事项的负面清单。同时,也无针对东道国国有企业的特殊规定,但是,在英国—墨西哥协定中,“投资”定义明确排除国有企业贷款和债券,即东道国不承担两者协定下的非歧视义务。

三、欧盟双边投资协定中的国有企业条款

2009年12月1日生效的《里斯本条约》修订《欧共同体条约》,取而代之以《欧盟运行条约》,后者将FDI纳入共同商业政策,政策责任主体由成员国上升到联盟层面。2010年7月,欧盟委员会向欧盟理事会和欧洲议会提交《通往全面的欧洲国际投资政策》通报,详细阐述其对外签署投资协定的目标和原则。但是,欧盟成员国历来作为独立主体与他国签订双边投资条约,《里斯本条约》生效之前此类有效条约达1,400多项。^①2012年12月20日生效的欧盟理事会《关于建立成员国与第三国双边投资协定过渡安排的第1219/2012号条例》为此类条约在有效期内的存续及逐步为联盟层面双边投资协定取代作出安排。^②与此同时,欧盟基于相同的框架和原则通过区域贸易协定和双边投资条约两种途径对外展开投资谈判。两类协定存在以下3种关系:(1)投资协定为区域贸易协定的独立章,第一个此类协定为《欧盟—加拿大全面经济与贸易协定》(CETA),并于2017年9月生效;(2)投资协定独立于贸易协定,但作为双边贸易投资一揽子协定的组成部分,此类已签署协定有《欧盟—新加坡投资保护协定》和《欧盟—越南投资保护协定》,截至2020年底尚未生效;(3)独立的双边投资协定,目前有2项尚在谈判中,分别为2013年启动的《欧盟—中国全面投资协定》和2015年启动的《欧盟—缅甸投资保护协定》。

从欧盟与加拿大、新加坡和越南的3项协定看,就国有企业权利和义务条款而言,与成员国签署的既有双边投资条约存在如下显著差异:(1)“投资者”和“国有企业”定义与美式协定的区别缩小。主要体现在以下两方面:首先,欧盟—加拿大协定的“投资者”界定明确采用“企业”一词,且“投资者”“企业”和“缔约方企业”界定与美国2012年范本基本相同,区别仅在于欧盟—加拿大协定中作为“投资者”

^① OJC 149, 27.4.2018, p.1.

^② OJL 351, 20.12.2012, p.40.

表 4 美国 BIT 范本和欧盟双边投资协定中的国有企业相关条款比较

范本或协定	投资者定义	协定适用范围	非歧视义务及其例外
美国 2012 年 范本	“缔约方投资者”指在另一缔约方境内试图、正在或已经实施投资的一缔约方或其国有企业，或一缔约方国民或企业。 “企业”指依据适用法律组成或组织的任何实体，无论是否营利，无论私有、国有还是国家控制，包括公司、托拉斯、合伙、独资、合资、社团或类似组织以及此类实体的分支机构。 “缔约方企业”依据缔约方法律组成或组织的企业，及设在缔约方境内并从事业务活动的分支机构。 “国民”指：(a) 美国：由《移民和国籍法》第三编定义为美国国民的自然人；及 (b) _____。 “国有企业”指一缔约方拥有或通过所有制权益控制的企业。	1. 缔约方采取或维持的与如下有关的措施：(a) 另一缔约方投资者；(b) 涵盖投资；(c) 该缔约方境内涉及第 8 条、第 12 条和第 13 条的所有投资。 2. 第 A 节下的义务应适用于：(a) 该缔约方授予任何监管、行政或其他政府职权的国有企业或其他人；(b) 该缔约方次级政治区划。 3. 不对任何一方在本条约生效前发生的任何事实或停止存在的任何情形构成约束。 第 2 条注释：授予的政府职权包括立法许可及向国有企业或其他人转移政府权力或授权国有企业或其他人行使政府权力的政府命令、指令或其他行动。	不符措施适用范围：地方政府；中央和地区政府依据附件清单所列部门；知识产权；政府采购；政府补贴或赠款。
欧盟— 加拿大 协定	“投资者”指在另一缔约方境内试图、正在或已经实施投资的一缔约方、一缔约方自然人或一缔约方企业，不包括分支机构和代表处。本定义中“缔约方企业”指：(a) 根据该缔约方法律法规组建或组织且在该缔约方境内有实质经营活动的企业；或 (b) 根据该缔约方法律法规组成或组织且为该缔约方自然人或 (a) 段所述企业直接或间接拥有或控制的企业。 “企业”指依据适用法律组成或组织的任何实体，无论是否营利，无论私人或政府拥有或控制，包括公司、托拉斯、合伙、独资、合资或其他社团及其分支机构或代表处。 “行使政府职权的活动”指不以商业为基础，也不与一个或多个经济运营商竞争的活动。	1. 一方在其领土内采取或维持的与下列有关的措施：(a) 另一缔约方投资者；(b) 涵盖投资；(c) 对于第 8.5 条，其境内任何投资。 2. 对于一项涵盖投资的设立或获取，B 节(投资设立)和 C 节(非歧视待遇)不适用于与下列有关的措施：(a) 航空服务、航空服务的相关支持服务和其他通过航空运输提供的服务，但航空器修理和维护、航空运输服务销售、电脑预订服务、降落服务和机场营运服务除外；或 (b) 行使政府职权的活动。	例外适用范围：政府目的的货物或服务采购；与货物贸易和服务贸易有关的补贴。
欧盟— 新加坡 协定	“涵盖投资者”指已在另一缔约方境内投资的一缔约方自然人或法人。 “缔约方自然人”指新加坡或欧盟成员国合法国民。 “法人”指依据适用法律适当组成或组织的法律实体，无论是否营利，无论私人还是政府拥有，包括任何公司、托拉斯、合伙、独资、合资或社团。 “欧盟法人”或“新加坡法人”指依据欧盟或其成员国法律或新加坡法律设立的法人，且在欧盟或新加坡各自境内有注册办公地、中央管理机构或主要经营场所。 一方“待遇”或“措施”包括下列主体采取或维持的“待遇”或“措施”：(a) 中央、地区、地方政府或当局；(b) 中央、地区、地方政府或当局授权行使职权的非政府机构。	1. 涵盖投资者和符合适用法律的涵盖投资，无论此类投资是在本协定生效前还是生效后。 “行使政府职权的活动”指不以商业为基础，也不与一个或多个经济运营商竞争的活动。 2. 国民待遇不适用于一方提供的补贴或赠款，包括政府支持的贷款、担保和保险。 3. 国民待遇不适用于：(a) 政府机构的货物或服务采购，只要该采购是出于政府目的；(b) 视听服务；(c) 在缔约方各自境内行使政府职权的活动。	无专设非歧视例外条款，相关内容体现在“协定适用范围”条款中(见左列)。

(续上表)

欧盟—越南协定	“缔约方自然人”指符合欧盟成员国国内法律法规的国民和符合越南国内法律法规的国民。 “法人”指依据适用法律适当组成或组织的法律实体, 无论是否营利, 无论私人还是政府拥有, 包括任何公司、托拉斯、合伙、独资、合资或社团。 “一方投资者”指已在另一缔约方境内投资的一缔约方自然人或法人。 “一方采取或维持的措施”包括下列主体采取或维持的“措施”: (a) 中央、地区、地方政府或当局; (b) 中央、地区、地方政府或当局授权行使职权的非政府机构。	1. 适用于(a)涵盖投资, 和(b)有关涵盖投资营运的一方投资者。 2. 国民待遇和最惠国待遇不适用于: (a) 视听服务; (b) 核材料的开采、制造和加工; (c) 武器、弹药和战争物资的生产或贸易; (d) 沿海航行; (e) 国际国内航空运输服务; (f) 行使政府职权的活动。 3. 国民待遇和最惠国待遇不适用于缔约方赠与的补贴。	无专设非歧视例外条款, 相关内容体现在“协定适用范围”条款中(见左列)。
---------	---	--	---

资料来源: 作者根据表中协定或范本整理。

的“企业”不包含分支机构和代表处(表4)。欧盟—新加坡协定、欧盟—越南协定虽然回到欧式协定一贯采用的“法人”而非“企业”概念, 但“法人”的界定与欧盟—加拿大协定中作为“投资者”的“企业”界定基本一致(表4)。其次, 无论是“企业”定义还是“法人”定义, 均明确包含私有和国有两类所有制。(2) 东道国承担义务的主体范围条款也向美式协定靠拢。在欧盟—新加坡协定和欧盟—越南协定中, “待遇或措施”的定义将协定义务承担的主体范围规定为中央、地区、地方政府或当局及被授予行使政府职权的非政府机构(表4), 该条与美国2012年范本第2条第2款基本相同。在此基础上, 欧盟—越南协定通过第4.17条进一步明确“行使政府职权的自然人和法人”的基本义务为: 除非协定另有规定, 缔约方应确保, 由其任何一级政府依据国内法律授予监管、行政或其他政府职权的任何自然人和法人, 包括国有企业、授予特殊权利或特权企业或指定垄断, 在行使其职权时以与该缔约方义务一致的方式行事。该条源自NAFTA有关竞争政策和国有企业的第15章, 《欧盟—越南自由贸易协定》有关国有企业的第11章也有类似表述。这意味着获得授权的东道国国有企业应承担与政府同等义务。在此问题上, 欧盟协定与美国范本的区别在于, 前者仅明确“政府职权”和“行使政府职权的活动”的含义, 后者则进一步界定授予政府权力的方式(表4)。(3) 采用准入前非歧视待遇, 并设置负面清单规定义务例外。欧盟—加拿大协定将“投资者”界定为“在另一缔约方境内试图、正在或已经实施投资的一缔约方及其自然人或企业”(表4), 并在协定适用范围和专设例外条款两处规定了东道国非歧视义务例外。与美国范本一样, 该协定的例外涉及部门和事项两方面, 其中, 与国有企业相关的是将行使政府职权的活动、政府采购和政府补贴排除在非歧视义务之外(表4)。欧盟—新加坡协定和欧盟—越南协定则依然采用欧洲传统的准入后非歧视待遇, 虽无专设此类义务例外, 但在适用范围条款中同样规定了部门(如视听服务)和事项(如政府采购和政府补贴)例外(表4)。

表 5 美欧双边投资最新协定和范本中的国有企业相关条款比较

范本或协定	投资者定义 涵盖国有企业		协定义务主体 涵盖国有企业		政府和国有企业补贴 排除在非歧视义务之外
	明确	隐含	明确	隐含	
美国 2012 年范本	√		√		√
英国 2008 年范本		√			
德国 2008 年范本		√			
欧盟—加拿大 CETA 投资章	√				√
欧盟—新加坡投资协定	√			√	√
欧盟—越南投资协定	√		√		√

注：“√”表示协定或范本包含相应条款。
资料来源：作者根据表中协定或范本整理。

四、结论

本文基于美式和欧式代表性双边投资协定和范本，对其中的投资者定义、东道国义务承担主体、非歧视义务例外和国有企业特殊条款作纵向历史考察和横向比较分析，考察了国有企业作为投资者是否与私有企业享受同等权利、作为政府所有或控制企业是否以及在多大程度上承担东道国政府义务，以探究国际投资协定中的国有企业竞争中立问题。基本结论如下：

第一，就投资者定义而言，美国模式一般区分企业所有制属性，并将国有企业明确包含在“投资者”中；欧洲模式一般不对作为投资者的“公司”或“法人”作所有制区分，从而隐性包含国有企业（表 5）。也就是说，从投资者权利角度来讲，国有企业原则上与私有企业在东道国享受同等待遇。

第二，就东道国义务承担主体而言，美式与欧式协定的差异在于前者明确要求被授予行使监管、行政或其他政府职权的国有企业和其他法人、自然人在一定范围内承担政府义务（表 5），从而限制国有企业因所有制产生的竞争优势。

第三，就东道国非歧视义务而言，由于美式协定采用准入前待遇而欧式协定采用准入后待遇，因此，前者通常制定不符措施条款，并将政府和国有企业补贴纳入例外（表 5）。也就是说，投资协定一般不涉及补贴问题，该问题由区域贸易协定中同时涉及贸易和投资的国有企业规则予以处理。

第四，20 世纪 80 年代和 90 年代的美式范本曾就东道国国有企业明确制定“竞争平等”条款，但随着协定义务范围涵盖授予政府职权的国有企业，此类条款在 2004 年及以后范本中逐渐淡出，而欧式协定则从未采用此类条款。

第五，《里斯本条约》生效后，联盟代表成员国缔结国际投资协定，此类协定在投资者定义、东道国义务承担主体范围和非歧视例外 3 方面的国有企业相关条款上，与美式协定的区别正在缩小，东道国国有企业义务逐步强化（表 5）。

参考文献：
[1] 陈嘉，杨翠柏．国际投资仲裁中的国有企业投资者地位认定：构造、趋势与因应[J]．现代经济探讨，
国际商务研究 2021 年第 2 期 · 88 ·

- 2018,(6).
- [2] 梁开银. 中国双边投资条约研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.
 - [3] 梁一新. 论国有企业在 ICSID 的仲裁申请资格 [J]. 法学杂志, 2017,(10).
 - [4] 沈铭辉. 美国双边投资协定与 TPP 投资条款的比较分析 [J]. 国际经济合作, 2014,(3).
 - [5] 曾华群. 论双边投资条约范本的演进与中国的对策 [J]. 国际法研究, 2016,(4).
 - [6] Blyschak, Paul. State-owned Enterprises and International Investment Treaties: When Are State-owned Entities and Their Investments Protected?[J]. Journal of International Law and International Relations, 2011, 6(2).
 - [7] Feldman, Mark. The Standing of State-owned Entities under Investment Treaties[M]. Sauvant, Karl P. Yearbook on International Investment Law & Policy 2010~2011. New York: Oxford University Press, 2012.
 - [8] Feldman, Mark. State-owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration[J]. ICSID Review, 2016, 31(1).
 - [9] Ruttenberg, Valerie H. The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model[J]. University of Pennsylvania Journal of International Business Law, 1987, 9(1).
 - [10] Vandevelde, Kenneth J. A Brief History of International Investment Agreements[J]. U.C. Davis Journal of International Law & Policy, 2005, 12(1).
 - [11] Vandevelde, Kenneth J. U.S. International Investment Agreements[M]. New York: Oxford University Press, 2009.
 - [12] Vandevelde, Kenneth J. The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties[M]. New York: Oxford University Press, 2017.
 - [13] Wang, Lu. Non-discrimination Treatment of State-owned Enterprise Investors in International Investment Agreements?[J]. ICSID Review, 2016, 31(1).

SOE Provisions in IIAs: Evolution and Comparison of U.S. and European Styles

ZHANG Bin

Abstract: Based on the model bilateral investment treaties (BITs) and typical international investment agreements (IIAs) of the U.S. and European styles, this paper analyzes state-owned-enterprise (SOE)-related provisions from both historical and horizontal perspectives to investigate the SOE competitive neutrality obligations in IIAs. The conclusions are as follows. In terms of the definition of “investor”, both cover state-owned and private enterprises, thereby offering equal treatment in principle. However, in U.S. IIAs, additional obligations apply to SOEs. In terms of the subject of a contracting party’s obligations, the U.S. IIAs cover SOEs exercising delegated regulatory, administrative or other governmental authority. In terms of MFN obligations, the U.S. IIAs definitely exclude government subsidies or grants on the one hand, while formulate SOE competitive equality provisions on the other. Since the European Commission replaced EU members to negotiate IIAs after the Lisbon Treaty, the European-style IIAs have gradually followed the U.S. model and the above differences are shrinking.

Keywords: state-owned enterprises; international investment agreements; model BIT

(责任编辑: 金孝柏)