

双边投资协定是投资待遇条款可以说是双边投资协定中的核心组成部分，它决定了外国投资者及其资本在东道国的法律地位，所以一直是各国投资者的关注焦点。改革开放以来我国也签订了许多双边投资协定，它们对外资的引入起着重要作用。但就投资待遇条款内容和形式上来看仍然存在一些问题，另外，近年来对是否适用准入前国民待遇的争议也颇多。本文将阐述、分析中外双边投资协定中投资待遇条款的内容及发展变化，并在此基础上对所存在的一些问题提出完善建议。

在国际投资领域，资本输入国需要吸引和利用外资，以发展自身经济，而同时资本输出国也担心其在东道国的投资利益受到侵犯，而仅仅靠东道国的国内立法的保证是远不能消除这种担忧的。于是双边投资条约应运而生，其通过国家间缔结条约提供了更高的法律拘束力，从而以求能够保护双方的投资者及其投资。而双边投资协定中的投资待遇则是双边投资协定中的核心，它是指外国投资者在东道国所享有的法律地位。其明确了外国投资者在东道国所享受的权利和承担的义务。因此在双边投资协定的谈判中，投资待遇标准的谈判也是各国最为关心的。投资待遇比较常见的有：公平公正待遇、最惠国待遇、国民待遇等。

一、双边投资协定中投资待遇的发展

（一）是否采用“准入前国民待遇条款”

1、准入前国民待遇概况
国民待遇可以分为准入前国民待遇与准入后国民待遇。准入前国民待遇是指东道国将国民待遇延伸至投资准入阶段，即在企业设立、取得、扩大等阶段给予外国投资者及其投资不低于给予本国投资者及其投资的待遇，即其适用于投资建立之前，其核心是给予外资准入权。美国早在 1994 年《双边投资范本》中就引入了准入前国民待遇，并且一直在积极向其他地区推广，再加之准入前国民待遇在降低交易成本、促进投资方面起着一定积极作用，使得准入前国民待遇已经在不少国家得到适用。

2、准入前国民待遇的利弊分析
自我国改革开放以来，我国对外资的进入一直主要采取审批制度，企业注册登记前，须要经过各有关部门的核准、审批等。审批制度其弊端诸多，如审批程序繁琐，耗时长、提供了权力寻租的机会、对外资的经营行政干涉等，这些都不利于外资的进入，挫伤了外国投资者的热情。而准入前国民待遇就省去了审批的要求，外资进入只需要通过报告或备案的方式进入，这大大减少了外资进入的成本而且避免了行政权的过度干涉。从目前我国已经成为世界第二大直接投资国，从单纯的“引进来”转变为“新常态”高水平“引进来”和大规模“走出去”同步发展的战略。为此，我们



的在投资领域的立法也须要与国际接轨，而投资自由化、便利化的立法理念和价值取向正是当今国际立法发展的方向。准入前国民待遇和负面清单的外资管理模式至少有七十多个国家在适用的也是未来国际投资的新趋势。①目前美国所主导的跨太平洋战略合作协议(TPP)以及跨大西洋贸易与投资伙伴协定(TTIP)所采用的也是此种模式，而一旦这两大协议都达成，很可能联合起来架空 WTO 并为未来制定新的经济秩序。所以从长远的考虑，中国在投资领域采用准入前国民待遇加负面清单的模式是有一定积极意义的。当然，给予外资准入前国民待遇，一方面意味着外国企业与国内企业同台竞技，从而国内企业将面临更大的竞争压力，另一方面对政府来说，对外资的监管问题也将更加复杂化。

3、中美谈判达成以“准入前国民待遇”为基础

2008 年中美两国重启了中断已久的双边投资谈判，2013 年两国确定了在准入前国民待遇加负面清单的模式基础上进行实质性谈判。中美投资谈判如果达成不仅促进、保护双向投资，推进中美经贸关系的健康发展，还具有示范作用，将来可能为更广泛的贸易框架协议提供范本。中美分别作为世界第二大和第一大经济体的两个国家，谈判的达成必将对两国自身以及世界经济产生巨大影响。然而这一切是以准入前国民待遇为基础的，这对中国来说既是一种突破，也是一种挑战。

（二）是否采用“负面清单”

1、负面清单与正面清单的概况
负面清单，就是指凡针对贸易、投资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施，或业绩要求、高管要求等方面的管理措施均以清单方式明确列明。②简单地说就是“法无禁止则自由”。现代国际贸易协定中的负面清单制度起源于美国的友好通商航海条约，如今已经得到较为广泛的适用。美国目前签订双边投资协定中基本都采用的“负面清单”模式，其中既有西欧的发达国家，也有如拉

美、东南亚等地区的发展中国家。在其他区域经济合作中也越来越多，如 2014 年欧盟也与加拿大达成“全面经济贸易协定”并采用“负面清单模式”。另外发展中国家之间也有采用，如南美的《南方共同市场投资保护协议》。正面清单就是政府明确指出外资可以进入的经济领域，除此之外则为禁止。例如我国的《外商投资产业指导目录》，在这份目录中，明确了鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目。

2、负面清单范围过大或过小的利弊分析
负面清单的范围大小说明市场的开放程度，负面清单范围越大表示市场开放程度越小、反之则开放程度越大。负面清单具有不可逆性，所以除了特殊情况，如新产业的出现，一般来说其范围一旦制定就只有缩小的可能性而不能扩大。所以负面清单的范围的把握事关重要。

负面清单的范围过大或过小都不能发挥其应有的作用。首先，如果负面清单范围过大实质只是将正面清单换成相反形式表示而已，从而使负面清单失去实际意义，2013 的上海自贸区负面清单基本上就是参照《外商投资产业指导目录》制定的，应该说是不能满足当下需要的。其次，负面清单范围应当符合国情，不能为了追赶所谓投资自由化的潮流而一味地缩小范围。因为对于发达国家来说，其经济实力强，科技先进，更开放的市场立于其加大资本输出从而获得更大利益，所以它们可能倾向范围更小的负面清单，而对发展中国家来说，其经济发展水平有限，产业结构不完善，一旦过多开放市场，势必对国内企业和经济发展带来较大冲击。

二、中外双边投资协定谈判的投资待遇评析

（一）文本的规范

在中外双边投资协定中有一个较明显的

试论双边投资协定中的投资待遇

肖嵩

问题就是在不同的协定中对同样的待遇标准的表述各不相同，不同条约中的待遇也不同。我国过去对国民待遇的最常用的表述是“一方应给予另一方投资者在其境内的投资者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。”而最近两年签订的中加、中坦 BITS 中用的表述相对就要更清楚了，如“中坦协议”中的表述为：在不损害缔约一方可适用的法律法规的前提下，对在其领土内投资的运营、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者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。明确了适用范围包扩“投资的运营、管理、维持、使用、享有、出售或处分”，并指出是在“相同情势下”享有的国民待遇，外国投资者如果在我国西部地区投资理应享有本国投资者在此投资才享有的优惠。而中加 BITS 中是借鉴了 NAFTA 中关于国民待遇的表述，笔者认为，目前这两种的此种表述相较于之前的要更为准确一些，所以为了避免造在语言上的混乱和理解上的误会，我们可以考虑在目前的表述上加工完善形成一种更为统一、规范的表述，甚至最后能制订出我国的 BITS 范本。

（二）外资准入前国民待遇的适用

近年来，随着投资自由化、便利化的发展的加快，准入前国民待遇的适用在世界范围内呈扩大趋势，其中尤以美国最为积极。美国试图将其投资待遇标准通过 TPP 和 TTIP 在世界推广，如果美国所主导的这些协定完成谈判，会使我国面临一个两难境地，一方面如果我们不接受这种更高的开放标准，我们可能会再次失去国际经贸新秩序制定的机会，还有可能面临二次“入世”的尴尬境地。另一方面，如果接受这一标准，对我国的经济发展及经济管理也会带来难以预估的冲击。

我国在 2002 年入世之时，对外投资只有 27 亿美元，而据 2014 年商务部的统计显示，我国全年对外直接投资总量达 1029 亿美元，利用外资 1196 亿美元，成为了仅次于美国的第二大对外投资国。③在“走出去”战略的指引下，今后我国的对外投资还会继续增加并有可能成为净投资国。而同时，中国也是一个资本输入大国，如今外资在中国经济发展中仍然起着提质增效、优化升级等重要作用，所以中国作为投资东道国仍然需要设法对外资进行适当的保护。从上看可看出我国的身份从资本输入大国转变为了兼具资本输入大国与资本输出大国的双重身份。所以需要在维护经济主权与外资利用之间需要找到一种能够平衡利弊的方式。我国目前所签订的双边投资协定中，凡是给予外国投资者国民待遇的都是准入后国民待遇。但是随着我国在投资领域的地位及经济发展情况的变化，我们可能需要做出适时的改变。笔者认为，鉴于当前国内经济发展的需要以及世界经济形势的变化，将对外资的监管从准入前国民待遇逐渐过渡为准入前国民待遇加负面清单模式是一种较为可行的办法。由于我国目前仍然是发

展中国家，准入前国民待遇可能威胁到我国的民族企业和经济，那么这就要求一方面应灵活运用国民待遇的例外，另一方面负面清单的制定应当符合我国国情，对涉及到国计民生的产业进行限制或者禁止外资进入，另外，随着上海自由贸易园区的进步发展和经验的推广，中国企业也将更能适应开放条件下的竞争环境。

（三）公平公正待遇的完善

上文已提到我国签订的双边投资协定中有关公平公正待遇的类型有多种，但总体来说也就两类，一种是“文义”模式，即原则性的规定，至于何为具体的“公平”、“公正”由仲裁庭根据具体情况进行解释。另一种则是采用国际习惯法中最低待遇标准。这两种方式都有一个共同缺陷，就是抽象、含糊，容易被滥用。中国近些年来也在积极探索如何更好地利用公平公正待遇以保护自身合法利益。2014 年签订的 CETA 中对公平公正待遇采用了一种新形式，即明确罗列了具体的违反公平公正待遇的行为。目前只罗列了五种，缔约双方还可以在之后根据实际情况增加新的其他行为。这种方式使得公平公正待遇的内涵和外延都被法定化、封闭化，能克服模糊不清的缺陷，并且为案件审理提供了明确的裁判依据。但是这种方式的缺点也明显，它将考验缔约者的预见能力，试问如果出现了预见之外的其他违反行为又该如何处理？目前来看，还没有得到一个较好的答案。但就总体来说，笔者认为这种模式仍然是值得借鉴的，公平公正待遇也不应是摆设，而应当在实践中发挥更大的作用，而在这种模式下会使其更具有操作性和利用价值。

注释

- ①孙婵、肖湘.负面清单制度的国际经验及对上海自贸区的启示[J].重庆社会科学,2014,(5):33-43
- ②胡加祥.国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单[J].上海交通大学学报,2012,22(95):65-73
- ③新华网.从“引进来”到“走出去”:中国制造的新形象[EB/OL].http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-11/05/c_1113128180.htm

参考文献:

- 1、杨卫东.双边投资条约研究[M].北京:知识产权出版社,2013.
- 2、余劲松.国际投资法[M].北京:法律出版社,2014.
- 3、李刚.华为中兴安全门的台前幕后[J].中国信息安全,2012,(11):25-26
- 4、乔慧娟.公平与公正待遇:中外双边投资协定的缔约现状和风险防范[J].世界经济与政治,2014,(5)
- 5、任清.《欧加贸易协定》投资规则的影响[EB/OL].http://opinion.caixin.com/2014-09-29/100734358.html.

(作者系四川大学法学院国际法专业研究生)

以城乡等值化实现就地城镇化——山东青州南张楼村的案例研究

就地城镇化。城镇化应该包括很多层次，包括向大中城市迁移，向小城镇迁移，最重要的是人的城镇化，使他们的生活条件、环境条件和工作条件都得到改善，这才是城镇化所要实现的基本的目标。所以就地城镇化基本上得到了实现。但是就地城镇化是否具有普遍可行性？按照我们判断，就地城镇化可能是一种选择，但是不能够成为城镇化的普遍模式，南张楼村有自己的特点，有自己的条件，特别是他的规模，他村里有 4000 人，9.8 平方公里面积，基本可以建成一个小城镇。但是，大多数村不具备这样条件，一般村规模比较小，大概 1000 人左右。所以，能不能以现在的镇和乡为单位进行就地城镇化，如果以行政力量推动，就和市场力量推动的结果不一致。另一方面，就地城镇化和第二、三产业的

关系，这个村特点就表现在就地城镇化的条件是第二、三产业发展，如果第二、三产业没有发展，即便建了楼房，即便把村民集中起来，也不一定使村民待得住。就是说发展还是靠第二、三产业发展，这是就地城镇化可能成为一种模式，但不是普遍的选择。当然，就地城镇化还会有非常多的模式，中央财大的吴碧波曾经研究部中国的就地城镇化模式。南张楼村巴伐利亚试验，以城乡等值化为核心理念对就地城镇化会有一定作用，但不会是城镇化的普遍模式。

巴伐利亚试验理念，应该包括：理念—行为—绩效。个体层面，受内生和外生冲击会形成理念，理念决定他的行动，进而决定绩效，行动包括一系列制度建设，民主决策的制度

也是在理念冲击下形成的。集体层面就是每个个体的理念、行动和绩效相互影响，形成集体绩效。通过政治过程，形成有机的结合，每个村民理念对行动产生影响，进而形成一个集体理念。这个集体理念形成是政治过程，民主决策机制其实就是一个政治过程，政治过程决定他们村的集体行动，进而决定集体的绩效。

南张楼村的巴伐利亚试验现在来看虽然取得了成功，但远远没有结束。南张楼村也是中国众多农村当中的一个，既不是最富，也不是环境最好，也不是最发达。如果没有巴伐利亚试验，南张楼村是否也能够成功呢？我说可能是另外一种模式，我们重点就是说他们村通过巴伐利亚试验，规划一直在执行，基本上实现了就地城镇化。（完）



■李增刚 山东大学经济研究院教授

(上接 02 版)

我们城镇化的过程，主要还是依靠市场力量推动，政府力量反而不一定是推动，尤其

户籍制度，我们要实现的目标，就是农村和城市，虽然不同类，但应该等值，城与乡不能截然分开，城与乡同等重要，二者应该有机的结合。中国未来城乡发展道路应该也是城乡等值化的方向。

日本金融厅长官批评央行负利率政策

日本头号金融监管官员警告称，负利率环境正在削弱日本的银行，而日本的银行是刺激经济增长的重要传动阀。

这一委婉但极具批评性的言论，出自曾带头为日本的安倍经济增长计划摇旗呐喊的森信亲。他发表此番言论之际，全球各地的央行正因负利率这一非常规货币政策而遭遇反弹，部分央行还遭遇了意想不到的后果。

日本是在 1 月底加入负利率俱乐部的。不论是在欧洲还是在日本，所谓的负利率政策都未能压低本币汇率——欧元和日元今年

都出现了升值。其结果是，投资者近来一直在大量撤出日本。自今年初以来，外国投资者已从日本股市撤出逾 5 万亿日元（合 460 亿美元）资金。而接受美银美林调查的全球基金经理披露，自 2012 年 12 月安倍晋三出任日本首相以来，他们首次减持日本股票，这是对负利率政策、对安倍经济学下日本未来发展方向的明确否定。

作为日本金融厅长官，森信亲向金融市场参与者表示：“低利率已成普遍现象，收益率曲线已变得平坦。在这种环境下，银行越来越

越难以在风险、回报和资本金之间找到平衡。”

4 月 13 日，森信亲在东京国际互换和衍生工具协会(International Swaps and Derivatives Association,简称 ISDA)年会上发表的这番讲话，突显出银行业面临的一系列威胁，并给人们对本国央行(BoJ)政策路线的不断升级的批评添了一把火。

日本高级官员私下里已在质疑日本央行的政策总体上是否明智，对央行行长黑田东彦有关将负利率进一步下调的说法更是持批

评态度。

和欧洲的情况类似，日本的负利率政策甫一公布，银行股和金融股就直线下跌，带动基准股指东证指数(Topix)全面下挫，该指数今年初以来已下跌 14%。

过去，森信亲一直是安倍经济学经济振兴计划和日本央行非常规货币政策的一大公开支持者。但这次他却利用在上述会议讲话的机会，表达了对这些政策之影响的担忧，这令部分 ISDA 成员感到意外。森信亲说，除了其他风险以外，日本和许多国家一样，已经体



会到了人口老龄化、消费见顶和他所谓的“经济增长空间有限”等问题。

许多金融官员担心，靠无法长期维持的货币政策来人为提振增长是行不通的。(FT 中文网)