

# 中国在双边投资条约实践中 如何坚持经济主权？

厦门大学国际经济法研究所 李鹏程

**摘要：**双边投资条约(BITs)是资本输出国与资本输入国之间签订的保护私人投资关系的协定。双边投资条约的签订有助于改善东道国的投资环境，吸引外资大量流入。但盈利是资本的天性，外资免不了与东道国的经济主权发生摩擦和冲突。如何解决这一问题？本文以中国的双边投资条约实践为研究对象，对此问题作一探讨。

**关键词：**经济主权；双边投资条约；对策

## 一、经济主权的含义及其历史背景

有学者认为：“一国的经济主权的具体内容大体上可分为三个方面：(1)各国对境内一切自然资源享有永久主权；(2)各国对境内的外国投资以及跨国公司的活动享有管理监督权；(3)各国对境内的外国资产有权收归国有或征用。”<sup>①</sup>简而言之，经济主权就是指一国有权处理本国的经济事务，他国无权干涉。在国际法层面上，公开承认各国都享有经济主权的法律文件，当推1974年12月12日联合国大会第29届会议通过的《各国经济权利和义务宪章》这一纲领性、法典性的文件。所以，出于对本国利益和本国经济主权的维护，各发展中国家在20世纪七八十年代加强了对境内外资的管制。其结果却导致外资大量流入他国，资金缺乏的窘境再现。鉴此，各发展中国家不得不又逐渐减少对外资的限制，加强对外资的保护，以促进外国直接投资的发展<sup>②</sup>。双边投资条约正是在这种背景下迅速增多的。中国作为发展中国家中的最大的投资东道国，截至1997年已签订79个双边投资条约。那么，中国的双边投资条约实践是如何解决经济主权与外

资之间的矛盾与冲突的呢？

## 二、中国的双边投资条约实践与维护经济主权

双边投资条约(bilateral investment treaties, 简称BITs)是指资本输出国与资本输入国之间签订的保护私人投资关系的协定<sup>③</sup>。双边投资条约有利于加强对外资的保护，维护健康的投资环境。它既可弥补东道国国内立法之不足，并保证国内立法的效力；又比多国间投资法典方案简易可行，因而深受投资者母国与东道国的重视。中国在吸收外资方面成果显著，受益匪浅，其双边投资条约的实践也较具有典型性。下文试析其四条核心条款。

### (一)待遇条款

1. 公正、公平待遇。例如，中法关于相互鼓励和保护投资的协定规定：“缔约各方承诺在其领土和海域内给予缔约另一方的投资者的投资以公正和公平的待遇。”公正、公平待遇是我国签订双边投资条约的基本原则，该待遇的适用范围很广，包括管理、维持、使用、享有和处置投资在内的一切活动。至于“公正、公平待遇”的含义，西方学者认为一般应包括三个因素：非歧视、国际最低标准和东道

国保护外国投资者的义务。

在我国所签订的双边投资条约中的公正、公平待遇条款,不能按西方的标准来理解,而应将之视为非歧视的最惠国待遇。例如,中国和比卢经济联盟的双边投资条约第3条和中泰投资保护协定第3条都体现了这一点。

2. 最惠国待遇。国际法上的最惠国待遇是指:“授予国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不应低于授予国给予第三国或与之有同样上述关系的人或事的待遇。”<sup>④</sup>最惠国待遇是我国签订的双边投资条约中规定的主要待遇制度。我国双边投资条约中的最惠国待遇条款在改善投资环境,吸收外资方面效果良好。但是,为了维护本国的经济主权,并不是一切领域、一切事务都适用于此条款。所以,我国的双边投资条约中一般都具体规定了最惠国待遇条款在适用上的例外:(1)基于关税同盟、经济同盟或类似组织给予的优惠;(2)根据避免双重征税协定而给予的优惠;(3)为方便边境贸易而给予的优惠。例如,中荷双边投资条约的第3条第5款规定,对于在自由贸易区投资或参与边境贸易的投资者与不在这类区域投资或未参与此类贸易的投资者之间,可实行差别待遇。这就是所谓的“积极歧视”,即投资接受国可以根据自己的法律、法规对本国不同地区投资给予不同的待遇。

3. 国民待遇。国民待遇是指给予外国人的待遇和给予本国人的待遇一样,即在相同条件下,所享有的权利和承担的义务相同。迄今为止,在我国对外签订的双边投资条约中,只有少数几个对国民待遇作出了规定。这些规定主要可分为四类<sup>⑤</sup>:(1)缔约一方应“尽可能”“根据其法律和法规”对缔约另一方投资者实行国民待遇。此类条款有1986年中英协定第3条第3款以及1993年中国与斯洛文尼亚协定第3条第2款。因为这些条款使用“尽可能”这一弹性词,显然作为缔约一方的我国没有承担必须给予缔约另一方投资者

以国民待遇的硬性义务。(2)缔约一方应“根据其法律和法规”对缔约另一方投资者实行国民待遇。例如,1995年中国与摩洛哥协定第3条第1款即作此规定。显而易见,此规定中的缔约各方仍保留了对国民待遇的控限权。(3)在正文中规定国民待遇原则,但在附件中又对此加以实质性的限制。例如1988年中国与日本协定第3条第2款对国民待遇作了明确规定,但同时中日协定议定书第3条对协定有关国民待遇的规定又作了限制。(4)明确规定缔约一方将对缔约另一方投资者实行国民待遇。例如,1992年中韩协定第3条第2款规定。

笔者认为,基于保护本国利益和维护本国的经济主权,我国目前还不可能对外资实行只有发达国家才能承受的国民待遇标准。正如有的学者认为,“我国目前尚未完全具备给予外资以通用国民待遇的条件”,并认为“此前在中韩协定中贸然作出的对外资实行此项待遇标准的承诺,是我国对外缔结投资保护协定过程中的一大失误。”<sup>⑥</sup>

#### (二)转移条款

外国投资者希望资本的自由转移以便能自由汇回其投资和利润,但东道国为防止本国的外汇储备的流失,一般采取措施对外国投资者的资本和利润的汇出予以合理的限制。我国是一个发展中国家,按照国际货币基金组织的安排,我国可以实行外汇管制,对自由兑换的外汇市场给予禁止或限制,从而行使“对境内的外国资本及跨国公司的活动享有管理监督”的权利。但对外汇的管制会引起投资者母国与东道国的利益冲突。因此,有必要通过双边投资条约中的转移条款来协调和平衡双方的利益。

在我国所签订的双边投资条约中,一般都规定投资者原则上可以自由地转移资本和利润,可自由汇出的利润包括:投资收益;支付与投资者有关贷款的资金;缔约另一方国民作为雇员的工资收入;部分或全部清算投资的费用;特许费、征收补偿费等。但同时,我

国又规定,在特殊情况下,对资本和利润的自由转移进行若干管制,以限制对外汇的有效需求,充分利用现有的外汇维持本国收支平衡。这些规定包括:限制自由转移的原因、时间期限、被限制转移的对象的处置和待遇。如中英投资保护协定第6条的规定,投资者自由转移的权利应受制于缔约各方有权在国际收支困难的紧急情况下,并在有限的期限内公平诚信地行使法律所赋予的权力,但此种权力不得阻止利润、利息、股息、使用费或酬金的转移,并应保证每年至少转移20%的投资及其他形式的收益。

### (三)征收和国有化

征收一般是指一个国家根据现有的法律,为了公共目的而采取直接夺取外国私人投资者的财产的个别措施。而国有化是指主权国家基于公共利益的需要,根据本国的法律程序将私人性质的财产收归国有并由国家加以管理和控制的大规模的法律行为。现代国际法承认国家有权根据属地优先权征用其境内包括外国人的财产在内的一切财产。但一般认为应符合一定的条件,包括:公共利益、非歧视和正当的法律程序及赔偿。

基于吸收外资的需要,我国在双边投资条约中都规定对外资企业一般不实行征收或国有化,只有在特殊情况下,为了公共利益,依照法定程序并给予补偿,方可进行征收。

在国际法层面上,《联合国宪章》、《各国经济权利和义务宣言》等法律文件明确规定了征收或国有化行为的合法化,因此,各国是无权否认他国的征收或国有化的。但对于赔偿的标准问题却争议不休。我国的双边投资条约没有接受西方国家所主张的“充分、即时、有效”的赫尔赔偿准则,因为它侵害了一国的经济主权,而采取发展中国家一贯倡导的“合理、适当”的补偿原则。如中法协定规定“适当补偿”,中英、中澳协定规定“合理补偿”。

### (四)争端解决条款

产生于双边投资条约的争端主要包括两

种类型:一种是缔约双方由于条约的解释或适用而产生的争议;另一种是一方为缔约国,一方为另一缔约国私人投资者有关投资的争端。对于第一种即缔约国之间的争端,我国签订的双边投资条约一般规定首先应尽可能通过外交途径友好解决,如果争端自缔约任何一方提起之日起6个月内未能解决,应根据缔约任何一方的要求提交仲裁庭仲裁。仲裁由缔约双方各委派一名仲裁员,两名仲裁员共同指定一名第三国国民,由缔约双方委任为首席仲裁员而组成仲裁庭。如果在条约规定的期限内未能就首席仲裁员作出委任,则缔约任何一方请求联合国秘书长作出必要的委任。仲裁庭自行制定规则。仲裁庭以多数票作出裁决,该裁决为终局裁决,对缔约双方具有当然拘束力。

对于第二类即外国投资者与东道国的争端,我国所签订的双边投资条约一般将其分为二个问题:(1)判断征收的合法性;(2)东道国向外国投资者的补偿金额。对于“征收的合法性”争议,我国所签条约坚持在东道国境内寻求解决,东道国法院对此有管辖权,东道国法律应是唯一适用的法律,因而排除了国际仲裁的解决方式。对于第二个问题即“补偿金额”,我国所签订的双边投资条约除规定协商解决、当地救济外,还接受国际仲裁。如中英协定第7条第1款规定:“缔约一方的国民或公司与缔约另一方之间有关征收补偿数额的争议,在提交书面通知该项争议之后六个月内未能友好解决,应提交国际仲裁。”

我国的双边投资条约中的争端解决条款的规定,有利于国家有效地行使对境内外资实行监督管理的经济主权。但是,出于吸收外资的现实需要,我国又不得不在某种程度上作出让步,例如对补偿数额的争议,规定可允许提交国际仲裁。并且,我国是华盛顿公约(ICSID公约)的成员国,如我国在某些或某个投资项目上愿意将与外国投资者之间的投资争端提交华盛顿公约解决,我国即丧失了本国行政、司法上的管辖权,除非在仲裁协议

中加进一条“用尽当地救济条款”作为提交国际仲裁的前提条件。华盛顿公约的裁决是终局的,在各成员国都具有执行力,我国法院也必须执行。因此,为了创造良好的投资环境,利用国际机制解决投资争端乃是各发展中国家在某种程度上放弃自己经济主权的成果。

### 三、问题与对策

我国的双边投资条约也并非完美无缺,还存在如下问题亟待解决:

1. 有关最惠国待遇条款是否适用其生效之前东道国已经给予第三国投资者的优惠。我国所签订的双边投资条约对此问题未作明确规定。而如此做法则会导致许多不必要的国际投资争端发生,很有可能损及我国的经济主权。因为根据国际法委员会的意见,最惠国待遇条款可以适用于投资保护协定生效前更为优惠的待遇<sup>①</sup>。因此,我国有必要借鉴他国的相关做法,对此问题予以明确规定。如联邦德国在与土耳其、韩国所订立的双边投资条约中明确规定:最惠国待遇条款不应适用于双边投资条约生效前业已授予的权利和优惠。

2. 外资待遇的改进。目前我国对外资主要实行“最惠国待遇”,“公正、公平待遇”,而对于国民待遇,由于自身的局限,还不能明确将之给予外资。但随着国内经济的发展和改革开放的扩大和深化,我国的外资待遇应向“国民待遇”方向发展,以创造一个公平、自由的竞争环境。中共中央在十四届五中全会《关于制定国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标的建议》中提出:“积极、合理地利用外资,对外商投资企业逐步实行国民待遇。”1997年中共十五大报告仍把实行“国民待遇”作为“努力提高对外开放水平”的一项步骤和目标加以重申。显然,我国外资待遇的政策取向也是实行国民待遇。但应注意,我国目前还面临着许多困难,因此,我国对外资实行国民待遇是一项长期的、渐进的过程,不能操之过急,不能一蹴而就;而

应根据国情、国力的变化,及时在某些行业、某些领域实行国民待遇,在保证本国经济主权不被损害的前提下逐步推进“外资的国民待遇化”。

3. 代位权的完善。在国际投资中,代位权是指投资者本国的政府保险机构在投资者因东道国的政治风险遭受的损失赔偿之后,将取得投资者在该东道国的一切权益和追偿权。我国签订的所有双边投资条约中,除中澳协定外,都载有代位条款。这对减轻外国投资者的顾虑,改善东道国的投资环境发挥着重要的作用。但根据“主权者之间无管辖权”的国际公理来看,投资者母国政府是无权向另一主权国家求偿的。各国一般设有专门机关来保护本国的海外投资者,以完善代位求偿制度,如美国的海外私人投资公司,日本的通商产业省出口保险部。我国在这方面还是一片空白。据报载,截至1997年底,我国海外投资企业总数已逾6000家,投资总额达84亿美元,我国的海外投资现状已急需制定一套海外投资保险制度来加以保护。因此,我国当前应吸收国外成功的立法经验,加快制定《中华人民共和国境外投资法》,建立健全我国的海外投资保证制度,以应对外资投资的需要,便于我国投资者在海外遭遇政治风险时行使“代位权”。

#### 注释:

①陈安主编:《国际经济法学》,北京大学出版社1994年版,第81-93页。

②余劲松:《论国际投资法的晚近发展》,《法学评论》1997年第6期,第1页。

③姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1985年版,第283页。

④王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1981年版,第225页。

⑤⑥徐崇利:《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》,陈安主编《国际经济法论丛》,(第1卷),法律出版社1999年版,第179-182页,第182页。

⑦ UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, 1998, p. 54.

(责任编辑 武 齐)