

《外国投资法（草案）》中的国际法因素

■ 蔡从燕 厦门大学法学院教授

导言

对于商务部近期发布的《外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称《外国投资法（草案）》），不同专业领域的学者有不同的解读。从国际法的角度看，制定《外国投资法》是一次具有重要国际法意蕴的国内立法活动，对于中国未来的投资条约实践，尤其对中国政府提出的引领国际规则制定将产生深远的影响。本文拟以《外国投资法（草案）》为个案，讨论中国的外国投资法制与投资条约实践之间的互动关系。

一、中国外国投资法制对投资条约实践的影响

（一）以往中国外国投资法制对投资条约实践的制约作用

从制约投资条约实践的角度看，以往中国的外国投资法制具有以下三个突出的特征：

第一，碎片化。碎片化既体现在横向层面，也体现在纵向层面。就前者而言，它是指在中央政府层面存在着形形色色的外国投资法制。众所周知，改革开放后我国先后制定了《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》（以下简称“三法”）以及相应的实施细则。且不论“三法”已经表明了碎片化，而且它们远不是外国投资法制的全部。国务院及众多部委频频针对外国投资制定了数量相当可观的行政法规和部门规章，以至于很大程度上削弱了商务部理应作为全国外国投资主管部门的地位，

甚至于商务部都未必清楚中央政府层面上到底有多少涉及外国投资的法律。就后者而言，不仅中央政府制定了以“三法”为主体的外国投资法律体系，规模谓为庞大的外国投资法律规范是由中央政府授权拥有某种立法权的地方政府制定的地方性法规和政府规章，以及根本没有拥有立法权的地方政府或政府部门制定的形形色色的规范构成的。其结果是，外国投资者及其投资在中国享有种类繁多的待遇。

第二，政策性。政策性体现在三个方面。首先，众多涉及外国投资的规范不是表现为法律形式，而是表现为会议纪要等红色文件之类的政策形式。由于多数地方政府并没有立法权，这些地方政府通过政策性文件鼓励、限制或管理外国投资的做法更为普遍。其次，即便采取《立法法》规定的法律形式，诚如人们普遍指出的，许多法律的规定相当宽泛、笼统，可操作性差，因而其理解与实施不可避免地要接受政策指导。最后，由于不少法律频频修改，甚至存在“朝令夕改”的现象。

总体而言，导致外国投资法制具有突出的碎片化与政策性的原因是，在改革与开放方面，我国在相当长的时期内遵循着“摸着石头过河”的模式。其逻辑的结果是，鼓励发挥各方的能动性，容许在探索过程中出现失误。

第三，高管制。应当承认，过去三十年来，中国的外国投资法制总体上沿着不断开放的方向发展，但它仍然具有突出的高管制特征，这种高

管制特征主要体现在投资准入阶段，如针对准入范围、准入条件、准入程序等设立许多限制，但也部分地体现在投资经营阶段，如针对外国投资的具体投资决策与过程的限制或干预。值得注意的是，在存在管制过度的同时，中国的外国投资法制也存在管制不足的问题，如对某些外国投资者滥用市场优势，损害市场公平以及公共利益的行为未能施加有效的约束。

上述三大特征对于中国以往的投资条约实践产生了重要影响，促使以往的投资条约实践呈现出两个突出的基本特征：

第一，投资条约的弱拘束力。考察中国以往的投资条约实践，无论是在实体方面还是在程序方面，中国普遍不愿意承担较大的国际义务。实体方面，中国不仅不愿意接受投资准入阶段的国民待遇，甚至不愿意接受投资经营阶段的国民待遇，而只愿意接受“根据国内法”给予国民待遇。中国缔结的不少投资条约甚至没有提及国民待遇，这意味着中国不愿意承担任何国际法意义上的国民待遇义务。程序方面，中国只接受“涉及征收补偿数额的争端”可以提交国际仲裁，而除此之外的所有投资争端只能诉诸国内救济。1998年以后，随着中国宣布实施“走出去战略”，这种状况开始逐步发生转变。首先，在一些投资条约中，中国已经同意接受在投资经营阶段给予国民待遇。在2001年加入世界贸易组织（WTO）时，中国同意在投资准入给予国民待遇，但这一义务是很有限制的，即仅限于《服务贸易总协定》（GATS）涵摄的服务业投资且仅于中国在《加入议定书》中做出的承诺范围之内。其次，中国同意与投资相关的所有法律争端都可以诉诸国际仲裁。其结果是，投资条约对中国的拘束力其实是很弱的。因而，较之WTO，投资条约在中国——政府、企业、公众乃至学术界——受到的关注几乎是可以忽略的。

第二，投资条约的低有效性。作为弱拘束力的结果，中国以往缔结的投资条约是低效的，甚至可以说是无效的。这种低有效性表现在三个方面。首先，投资条约无法有效地保护在华外国投

资。其次，投资条约无法有效地保护中国海外投资。最后，投资条约无法有效地促进作为国内法的外国投资法制的发展。

（二）未来中国外国投资法制对投资条约实践的推动作用

《外国投资法（草案）》中包含着若干重大影响中国未来投资条约实践的条款，据此可以预见中国政府将致力推动更加自由、更具约束，同时更加均衡的投资条约实践。

所谓更加自由，是指中国将寻求进行为外国投资者提供更高待遇的投资条约实践。尤其是，《外国投资法（草案）》第6条规定，除非根据该法规定的特别管理措施，外国投资者在中国从事投资时享有国民待遇。前已指出，迄今为止，除了在WTO体制内承担很有限的市场准入国民待遇义务外，中国在任何已经缔结的投资条约中承诺给予投资准入阶段的国民待遇。其主要障碍就在于，国内法尚未规定外国投资者享有国民待遇。在此情况下，在投资条约中承诺给予此种待遇会给中国政府造成重大的压力。可以认为，《外国投资法（草案）》第6条扫除了中国从事更加自由化的投资条约实践的主要障碍。

所谓更具约束，是指中国将寻求进行为外国投资者提供更有效保障，换言之，对投资东道国施加更严格约束的投资条约实践。尤其是《外国投资法（草案）》第22条规定，对外国投资者享有国民待遇进行限制只能采取特别管理措施的方式，这就是所谓的“负面清单”（negative list）方式，据此，如果中国政府事前没有依法制定特定的特别管理措施，则在外国投资者从事投资时就不能对其适用该措施；而非GATS遵循的“积极清单”（positive list）模式，据此中国政府只是在国内法规定的情况下才向外国投资者给予国民待遇。整体而言，中国政府已经向外国投资者给予此种待遇。

所谓更加均衡，是指中国在从事更加自由、更具约束的投资条约实践的同时更加注重维护东道国的正当政策空间。在经济全球化、自由化的

时代背景下,从很大的意义上说,“放权”容易“护权”难。“冷战”结束后,在西方发达国家的强力推动下,从投资到贸易再到金融,国际经济领域已经形成了具有“范本”意义的“放权”实践,如“负面清单”式的自由化模式。与此同时,晚近急剧增加的国际投资争端以及许多国家着手改革既有的投资条约实践表明,国际社会,包括竭力推动“放权”的西方国家逐步意识到“护权”的重要性,但为此目的进行的许多重要实践还处在“酝酿”或“试错”阶段。众所周知,对于包括中国在内的发展中国家来说,“护权”尤其具有正当性。《外国投资法(草案)》包含着追求“护权”的重要制度设计,尤其是第四章规定的国家安全审查、第五章规定的信息报告制度。在中国以往的投资条约实践中,这些制度或是没有规定,或是尚不完善。可以认为,《外国投资法(草案)》的这些规定,将增强中国投资条约实践的均衡性,包括投资者私人权益与东道国公共权威、经济利益与非经济利益,进而达至投资东道国利益与投资者母国利益之间的全面均衡。

二、中国投资条约实践对外国投资法制的的影响

(一) 以往中国投资条约实践对外国投资法制的的影响

如前所述,以往中国投资条约具有明显的弱约束力与低有效性,这决定了无论从积极的方面看还是从消极的方面看,它对于中国外国投资法制的的影响都是有限的。

从积极的方面看,投资条约对于中国外国投资法制,乃至中国整体法治的促进作用是有限的。由于在遵守投资条约方面不会面临沉重的压力,因而迄今为止中国外国投资法制存在的碎片化、政策性以及高管制特征未能获得有效的缓解。直言之,在外国投资管理制度方面,以开放促改革的效果是不够显著的。这与WTO体制对于中国贸易管理制度的巨大促进作用是不同的。

从消极的方面看,投资条约对于中国政府管理外国投资的公共权威的抑制是有限的,因而投

资条约的消极作用尚未真正地暴露出来。近年来,从诸如阿根廷之类的曾经盲目接受自由化投资条约的发展中国家,到诸如美国之类的素来大力推销自由化投资条约的发达国家,日益认识到投资条约给它们的公共权威造成的切实损害或潜在威胁,并普遍在寻求应对之道。与此相比,投资条约的消极影响显然在中国尚未获得足够的重视。

(二) 未来中国投资条约实践对外国投资法制的的影响

如前所述,20世纪90年代末期以来,中国的投资条约实践逐步朝着更加自由化、更具约束性的方面发展。尤其是,以当前正在进行中的中美双边投资条约谈判为标志,中国的投资条约实践已经进入全新的发展阶段。根据公开披露的谈判进程信息,中国接受了一系列高标准的义务,如准入阶段的国民待遇、公平与公正待遇、透明度原则、投资者—国家仲裁机制等。其结果是,投资条约对于中国的外国投资法制的的影响——积极的和消极的——将是全面和深入的。

从积极的方面看,外国投资法制的碎片化、政策性与高管制性问题将获得有效的缓解,管理外国投资的法治化程度将获得实质性的提高,直言之,以开放促改革的效果将真正显现。这些影响已经体现在《外国投资法(草案)》中。比如,该法第22条规定特别管理措施“须以法律、行政法规或国务院决定的形式予以规定”。又如,《外国投资法(草案)》第8条规定,中国对外国投资的管理应该遵循“公开、透明的原则”。这些意味着外国投资法制的碎片化和政策性问题将得到有效的解决,中央部委和地方政府都无权在全国人大及其常委会和国务院的规定之外另行采取限制外国投资的法律或政策措施。

从消极的方面看,中国政府管理外国投资的政策空间将受到极大的限制。近年来,强调投资东道国应该拥有必要的政策空间或规制权是国际社会的普遍共识。较之发达国家,乃至许多发展中国家,这一政策空间或规制权对中国来说尤其重要,原因是,中国是一个发展中大国,面临着

诸如经济转型、社会转型、区域发展不均衡、重塑中央与地方关系等一系列问题。无论是投资条约的正文还是作为附件的“负面清单”，都会挤压中国的政策空间或规制权。以中美双边投资条约谈判为例，根据2012年《美国双边投资条约谈判范本》第3条第3款的规定，作为地方政府的各州和华盛顿特区针对外国投资采取的措施适用国民待遇。表面上说，这似乎强化了美国承担的国际义务，但实则是确认了作为联邦成员的各州和华盛顿特区采取投资措施的独立主体地位，以便它们根据本地区实际情况直接制定相应的投资措施。直言之，联邦制国体一定程度上缓解了投资条约对于美国规制权造成的挤压效应。与此不同，单一制国家的国体性质决定了地方政府无权根据本地区实际情况直接制定相应的投资措施，而必须事先取得中央政府的授权。在此情况下，投资条约对于中国根据区域发展差异采取多层次、多元化的投资措施将构成不容忽视的制约。从这个意义上说，《外国投资法（草案）》第21条规定的“国家实行统一的外国投资准入制度”恰恰体现了投资条约给外国投资法制带来的风险。

三、投资条约与外国投资法制之间的衔接及《外国投资法（草案）》的完善

（一）投资条约与外国投资法制之间的衔接问题

本文第一、二部分的讨论实际上已经表明了投资条约与外国投资法制之间实现适当衔接的重要性。如果衔接不好，其结果有二：第一，可能导致投资条约在国内未能获得有效的适用，从

而无法尽可能地发挥投资条约在以开放促改革的作用；第二，可能导致投资条约对外国投资法制造成不必要的压力，从而使中国的政策空间或规制权受到过度的限制。据此，在处理投资条约与外国投资法制之间的衔接应以确保投资条约的有效适用以及有效维护中国政府必要的政策空间或规制权为基本原则。

（二）《外国投资法》的完善

根据上述讨论，笔者拟对《外国投资法（草案）》若干条款的完善提出以下管见：

1. 关于投资条约与《外国投资法（草案）》的关系

《外国投资法（草案）》中没有规定投资条约与《外国投资法》之间的关系。众所周知，我国《宪法》中没有规定条约在国内的适用问题，条约如何适用端赖于中国在缔结或加入条约时做出的声明或者特定国内法的规定。

笔者认为，《外国投资法（草案）》应该明确其与包括投资条约在内的国际法之间的关系。其具体内容应包括：（1）规定本法与中国缔结或加入的条约有不同规定的，适用相关的条约规定；¹（2）借鉴最高人民法院2002年发布的《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第9条的规定，²确立“一致解释”（consistent interpretation）规则。

2. 关于第5条

第5条规定中国实行统一的外国投资管理制度。笔者认为，由于该条没有解释“统一”的含义，因此这一措辞可能被解释为在全国范围内实行无差别的外国投资管理制度，换言之，“统一”可能被解释为“管理内容”的统一，而这可能对中国基于区域发展考虑等因素可能在不同地区实

1 值得注意的是，1990年《行政诉讼法》第72条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”在2014年修改后的新法中，该条被删除了，这意味着法院在审理行政诉讼案中无法适用国际条约。全国人大法律委员会在有关修改草案的说明中并未对此作出解释。笔者认为，这一删除行为是一个失误，将给我国切实履行其承担的国际法律义务设置了程序性障碍。

2 “人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释，其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的，应当选择与国际条约的有关规定相一致的合理解释，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

行针对性的管理制度构成不必要的障碍。事实上,第22条的规定——“相关特别管理措施‘须以法律、行政法规或国务院决定的形式予以规定’”——已经表明外国投资管理制度的统一性,即“管理主体”的统一性。据此,笔者建议删除第5条的规定。

3. 关于第13条

第13条规定了中国投资者的含义。根据该条,中国投资包括“中国政府及其所属部门或机构”。诚然,以美国投资条约为代表的一些投资条约在界定外国投资者时把政府包括在内。从投资条约的角度看,这一规定是有道理的,它既可以尽可能地扩大对本国海外投资者的保护,也可以强化对东道国政府的约束。然而,无论从经济上还是法律上说,本法在界定本国投资者专门予以列出是没有必要的。从经济上说,把“中国政府及其所属部门或机构”与自然人等量齐观容易给人们以这样一种印象,即中国政府是主要的市场经济主体。从法律上说,由于本法第11条已经界定了外国投资者,因此不属于外国投资者的当然就属于中国投资者。据此,笔者建议删除第12条。

4. 关于第15条

第15条涉及外国投资的界定,它列举了外国投资活动的类型。从内容上看,该条显然借鉴了投资条约对于外国投资的界定。不过,在投资条约中,这些列举其实是次要的。重要的是,投资条约对于“投资”的概念性界定,即具备哪些特征的行为或物才属于投资条约意义上的“投资”。遗憾的是,第15条恰恰遗漏了这一点。显然,列举式的界定并不能揭示外国投资的本质,其结果是,必须使第15条的适用充满着不确定性。据此,笔者建议借鉴投资条约与现行中国国内法的规定,对外国投资进行概念性界定,进而从肯定与否定两个方面列举哪些行为或物属于本法所

指的外国投资,以及不属于本法所指的外国投资。

5. 关于第26条

第26条是关于限制性特别管理措施的规定。可以预见,本法第25条规定的禁止性特别管理措施的数量是相当有限的,而第26条规定的限制性特别管理措施将是未来中国政府针对外国投资的主要限制性做法。换言之,第26条是中国政府维护必要的政策空间或规制权的主要机制。

第26条是从投资规模与领域两个方面对限制性特别管理措施进行界定的。这一做法的逻辑周延性是值得商榷的。比如,第26条是否为中国政府实施区域发展平衡政策留下必要的空间?据此,笔者建议应该极为审慎地考虑第26条的表述,以便为设定具体的限制性条件提供必要的法律基础。

结 论

《外国投资法(草案)》是中国进行的一次具有重要之国际法意蕴的国内立法行动,它使中国的外国投资法制与以投资条约为主要的国际法之间的互动进入了一个崭新的阶段。一方面,《外国投资法(草案)》将很大程度上解除中国投资条约实践面临的国内法束缚,促使中国更加积极地从事投资条约实践,影响甚至引领21世纪国际投资规则的创设与适用,同时尽可能地发挥投资条约在以开放促改革中的积极作用。另一方面,投资条约将更广泛、深入地影响中国的外国投资法制,有效缓解以往外国投资法制存在的碎片化、政策性以及高管制缺陷,促进中国经济体系的开放性和中国外国投资管理的法治化,同时也可能不必要地挤压中国政府必要的政策空间或规制权。据此,《外国投资法(草案)》中的一些条款尚须完善,以便使该法与投资条约之间实现有效、恰当的衔接。■