

外资国民待遇及其实施条件

单文华

本文认为,外资国民待遇是指一国给予外国人以与其本国国民同等的待遇,但在国际立法实践中,东道国往往还可以维持一些特殊的外资国民待遇例外与限制。比如,在外资准入阶段,各国都划定了禁止或限制外资进入的领域,而且一般都规定了外资准入的资格条件;而在外资运营阶段,国民待遇则主要体现在司法行政救济、民事权益保护和宏观管理等几个方面。由于实行国民待遇原则必须建立在市场经济体制之上,并且要求一国总体经济实力的充分发展壮大,因此文章认为,在我国实行外资国民待遇,不仅仅意味着外资政策与法律的调整,同时还意味着内资企业与民族工业发展路向的调整,意味着社会主义市场经济体制改革向纵深发展以及我国综合国力的不断增强。

作者单文华,1970年生,法学博士,厦门大学国际经济法研究所副研究员。

外资待遇问题实质上就是外资的法律地位问题,它构成一国投资法律环境的基础与核心。因此,它一直是国际投资者关注的焦点,也是各国缔结国际投资条约时争议的焦点之一。目前,国际上比较常见的待遇标准有公平合理待遇、非歧视待遇、国民待遇、最惠国待遇以及“国际标准待遇”等等,其中,最常用的又是最惠国待遇与国民待遇两个标准

长期以来,在我国与外国缔结的双边投资保护协定中,一般只提“公平合理待遇”与“最惠国待遇”,而很少明确提及“国民待遇”,有关的国内立法也更多的是关于外商投资企业种种特殊优惠与限制的规定,而鲜有国民待遇的内容。1993年底,我国正式提出要“创造条件,逐步对外商投资企业实行国民待遇”^①。1997年9月,江泽民同志在“十五大”所作的报告则进一步提出,要“依法保护外商投资企业的权益,实

① 参见《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,1993年11月7日《人民日报》第1版。

行国民待遇^①。可见，对外资实行国民待遇已成为新时期我国外资立法政策调整的主要标志之一。

一、 外资国民待遇的基本内涵

大而言之，国民待遇是国际法上外国人待遇标准中的一种，它大体指一国给予外国人以与其本国国民同等的待遇^②。这一定义我们不妨称之为“自然定义”。在这里，“国民”一般包括法人与自然人（公民），“外国人”则有广狭两种含义。狭义的“外国人”一般仅指具有外国国籍的法人或自然人；广义的“外国人”则不仅包括具有外国国籍的法人或自然人，而且包括虽不具有外国国籍、甚至取得了本国国籍，却存在外国控制因素的法人。显然，应用到外商投资领域，如果从上述狭义的“外国人”界定出发，则只存在“外国投资者”的国民待遇，而不存在“外商投资企业”的国民待遇；只有从广义的“外国人”界定出发，才既存在“外国投资者”的国民待遇，也存在“外商投资企业”的国民待遇。因为外商投资企业（法人）虽然大都已取得东道国本国国籍，但仍不同程度地存在外国控制因素，故其虽不能算作狭义的“外国人”，但却可以作为广义上的“外国人”。不过，由于“外国投资者”的国民待遇与“外商投资企业”的国民待遇在实践上往往又难以完全分离，所以本文以“外资国民待遇”笼统称之，尽管着重探讨的是后者。

在我国，按“一国两制”的方针及其在香港、澳门地区的实践，香港、澳门与台湾和祖国大陆同属中华人民共和国（“一国”），但实行不同于大陆的经济制度与法律制度（“两制”）因此，对港、澳、台地区居民及其在大陆地区投资设立的企业，不存在“国民”待遇问题，而只存在“区民”待遇或“居民”待遇问题。这一问题值得另辟专题加以研究。当然，在某些具体待遇措施方面，也不妨参照外资国民待遇原则进行处理。

国民待遇的上述自然定义，为各国国内法所普遍主张与肯定。例如，1804年《法国民法典》第11条规定：“外国人，如其本国和法国订有条约允许法国人在其国内享有某些民事权利者，在法国亦得享有同样的民事权利。”1829年《荷兰民法典》第2条则规定：“凡在王国之领土内者，皆为自由之人，均保有私权享受之能力。”作为英美法系的代表，美国的《对外关系法》第722条也规定：除非法律另有规定，外国人在美国可享受与本国国民同等的保护。在这三种关于国民待遇的国内立法模式中，《法国

① 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色的社会主义事业全面推向二十一世纪——在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》第五之（七）部分。

② 参见〔英〕罗伯特·麦克里宁《国际法教程》，1993年英文版，第148页。

民法典》的规定强调以条约互惠作为前提,被称为“互惠主义”的国民待遇条款,是国民待遇条款的早期模式;荷兰与美国的有关规则旨在倡导内、外国民的平等对待,而不以互惠为前提,故又称“平等主义”的国民待遇条款,是国民待遇条款的现代模式^①。显然这两种国内立法模式的主要区别仅在于是否以互惠作为国民待遇的前提,其基本精神乃是一致的,那就是强调内、外国民的权利平等,一方面反对对外国人的歧视,即“次国民待遇”,另一方面反对对外国人的特权,即“超国民待遇”^②。

历史上,国民待遇曾成为发展中国家反对发达国家以所谓的“国际标准主义”为幌子的特权要求,而倡导“国内标准主义”的法理依据。过去,西方一些学者,以发展中国家政治不良、法制不善、行政低效为借口,主张对外国投资者的保护仅依据国民待遇标准是不够的,而应使外国投资者享受高于本国国民的“国际最低标准”的保护,如此方为“公平合理”,否则便构成“国家责任”^③。这种霸权主义逻辑自然遭到广大发展中国家的有力反驳。如南美著名法学家卡尔沃就明确提出,国家主权平等,“属于一国领土内的外国人同该国国民有同等受保护的權利,而不应要求更大的保护;当受到任何侵害时,应依赖所在国政府来解决,而不应由外国人的本国出面要求任何金钱补偿。……政府对外国人的责任不能超过其对本国国民的责任”^④。也就是说,外国人在一国境内所享有的权利与保护,应以本国国民所享有的权利与保护为准,而不应要求高于本国国民的待遇,此即为国内标准主义的基本内涵,其实质就是主张实行国民待遇,而强调反对“超国民”的特权。

发展中国家坚持国内标准主义与国民待遇,并不意味着完全排斥有关国际法律规则的适用。事实上,外资国民待遇既有国内法律渊源,也有国际法律渊源。而且,从发展来看,似乎其国际法律基础有不断强化的趋势。众所周知,长期以来,南北国家聚讼纷纷,国民待遇条款只能在双边条约与某些区域(如欧盟、北美、东盟等)性国际条约中得以体现,在全球性国际投资条约如《多边投资担保机构公约》(MIGA公约)与《解决国家与他国国民间投资争端公约》(ICSID公约)中,国民待遇条款一直被搁置一旁。但是,在1993年底达成的乌拉圭回合一揽子协定中,却事实上纳入了许多关于外资国民待遇的规范。它们集中体现在《与贸易有关的投资措施协议》

① 关于“互惠主义”与“平等主义”的国民待遇之分野与承继,详见梅仲协《国际私法新论》,台湾三民书局1980年版,第143页。

② 姚梅镇教授也曾强调指出,国民待遇的主要精神是从国际法上的平等原则出发,既反对对外国投资者的歧视,也反对外国投资者的特权。参见姚梅镇《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订本,第287页。

③ 例见费陀洛斯《对外国投资者的政府保证》,1962年英文版,第214-215页;柯伦费尔《外国投资的保护》,1972年英文版,第59页。

④ 卡尔沃:《卡尔沃条款》,西娅英译本(1955),第18-19页。

(TRIMs) 和《服务贸易总协定》(GATS) 之中, 其他协议, 如《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs) 及《争端解决规则与程序谅解》(DSU) 中的国民待遇规则事实上也与外资国民待遇密切相关^①。不仅如此, 发达国家还“乘胜追击”, 意图在世贸组织的框架内制定一项国际多边投资协议, 并以国民待遇作为基本原则之一。尽管这种多边投资协议的达成断非一蹴而就, 但在世界经济一体化的大潮之下, 也未必全无可能。对此, 发展中国家, 包括我国, 应有充分的思想准备。

不过, 在国际条约中有关国民待遇的规定却往往与上述国内法规定不尽相同。以双边投资保护协定为例, 世界各国的双边投资保护协定中的国民待遇条款大致有两种模式: 一种指东道国给予外国投资的待遇应等同于 (as the same favourable as) 其给予本国国民的待遇; 另一种则指东道国给予外国投资的待遇应不低于 (no less favourable than) 其给予本国投资的待遇。前者如中国与英国签订的双边投资保护协定 (以下简称“中英协定”); 后者如中国与日本签订的双边投资保护协定 (以下简称“中日协定”)。显然, 前一种规定与上述各国国内法的有关规定是一致的, 而后一种规定则与各国国内法的有关规定有重大差别。如前所述, 各国国内立法上的国民待遇倡导的是内、外国民的平等对待, 既反对歧视, 也反对特权; 而按上述后一种规定, 则“国民待遇”成为最低标准待遇, 换言之, 它只反对对外国人的歧视, 而不反对给外国人以特权, 只反对“次国民待遇”, 而不反对“超国民待遇”。

我们认为, 双边投资保护协定中的后一种国民待遇规定并不是要给国民待遇下一个有别于其自然定义与有关国内立法的新定义, 而只是国民待遇条款的一种特殊的表述方式, 我们不妨称这种条款为“非次国民待遇条款”。“非次国民待遇条款”措辞上的这种特殊性主要是由双边投资条约的特点决定的: 与国内立法不同, 双边投资条约更侧重于强调对缔约国海外侨民 (投资者) 的尽可能充分的保护, 使其免受歧视待遇; 从另一个角度来说, 采用这种措辞, 也是为了不妨碍东道国在特定时期, 基于特定政策需要而施予外国人以某种特别优惠与便利的主权权利的正当行使。它本身并不暗示东道国“应”给予外国投资者以高于本国国民的“国际最低标准”待遇。

实际上, 即便是上述双边投资保护协定关于国民待遇的第一种规定, 也并不妨碍东道国在特殊情况下对外国投资者提供特殊的优惠与便利。许多订有国民待遇条款的双边投资保护协定都同时规定, 该协定 (包括其国民待遇条款) 并不妨碍缔约一方根据其国内法和国际法给予缔约另一方投资者以更优惠待遇^②。中国与摩洛哥签订的投资保护协定 (以下简称“中摩协定”) 第 8 条就有此类“权利保留条款” (preservation-of-rights clauses) 即便是条约中并没有这种明确的规定, 各东道国也可以从国家主权

① 参见单文华《世界贸易组织协定中的国际投资规范评析》,《法学研究》1996年第2期。

② 参见联合国跨国公司中心《双边投资条约》, 1988年英文版, 第55页。

原则出发,做出这种特惠规定与安排,而事实上任何外国投资者及其母国均不会以“国民待遇”的条款义务为由来反对这种求之不得的优惠。所以,可以说,国民待遇与特惠待遇在条约上与实践上均是相容的,尽管在概念上与理论上可能是相悖的。这就意味着我国取消对外资的种种优惠政策与措施,并不是基于国民待遇的条约义务,而主要是基于发展国民经济与深化改革开放的现实需要。

进而言之,国民待遇甚至也并不完全排除东道国对外国投资施以特别的限制。首先,对于外资国民待遇,国际上存在两项公认的“一般例外”^①:第一,在外资准入(即投资领域)方面,东道国一般都可以对外国投资加以特殊的限制。这种例外有时在双边投资保护协定中有明确表示,如中日协定第2条第1款规定,缔约一方有权根据其本国的有关法律与法规,决定对缔约另一方国民与公司在其境内投资的许可;更多时候则表现为各国国内立法的具体规定。一般来说,发达国家禁止或限制外资准入的领域多为公用事业、交通、矿业、银行、保险、国防、原子能工业等等;而发展中国家则多集中于公用事业、航空、内陆运输、电讯、国防、武器弹药、印刷、无线电与电视等领域^②。1995年,我国发布了《指导外商投资方向的暂行规定》和《外商投资产业指导目录》,具体列明了禁止、限制与鼓励外商投资的产业目录,并规定,此三类所列之外的则全部为“允许类”的外商投资项目。其中关于禁止与限制外商投资的产业目录实质上就是外资准入方面的国民待遇例外的具体表现形式。外资国民待遇的第二个一般例外便是公共秩序保留例外,即东道国可以以维护公共秩序(社会公共利益)与保证国家安全为由,对外国投资实行差别待遇。中日协定附加议定书第3条就包括了这一内容。事实上,外资准入方面的国民待遇例外很多就是基于公共秩序与国家安全的考虑,所以,这里的“公共秩序例外”应主要指外资进入以后,在对其实施监督管理方面的公共秩序例外。

除上述两项“一般例外”外,根据双边投资保护协定与各国外资立法,东道国往往还可以维持一些特殊的外资国民待遇例外与限制。如中日协定附加议定书第3条规定,缔约一方为了国民经济的正常发展,在实际需要时,可以对缔约另一方的投资者实行差别待遇;中英协定第3条第3款则规定缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给予国民待遇。在这两个协定中,“正常发展”、“实际需要”与“尽量给予”等极富弹性的概念,无疑为东道国实施国民待遇的例外与限制留下了极大的空间。可以认为,这些弹性概念的纳入,使得缔约任何一方均无需承担国民待遇的实质性义务。因而,这两个协定的有关条款,只能说是体现了国民待遇的一定内容,但尚不能说是确定了国民待遇的“原则”或“标准”。即据此缔约一方投资者在缔约另一方只享有内容

① 参见前引《双边投资条约》,第46-47页。

② 参见陈安《国际投资法》,鹭江出版社1987年版,第142-144页。

十分有限的国民待遇，而不是全面的、只存在少量例外的国民待遇。从各国国内立法与实践来看，这些特殊的例外与限制主要指董事或经理人员国籍限制、当地股权要求、外资逐步退出要求、外汇管制措施、国产化率要求、内销比例要求、出口实绩要求、外汇平衡要求、当地雇佣要求等等^①。其中，不少属于所谓的“履行要求（performance requirements）”^②。当然，这些例外与限制的具体内容是不不断变化的，目前总的趋势是不不断减少。例如，根据乌拉圭回合谈判达成的《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMs），许多国家都修改了其外资立法中关于当地成份（国产化率）要求、贸易平衡要求、出口实绩要求等方面的规定，使之与 TRIMs 的规定相吻合。

在国际经贸条约中，国民待遇条款与最惠国待遇条款往往是结合起来使用的。国民待遇条款旨在确保内、外国民之间的平等，最惠国待遇则旨在确保外国国民之间的平等。二者相互为用，构成“不歧视原则”不可缺一的两翼。值得强调的是，即使甲、乙两国（例如中、德两国）之间的投资保护协定只提相互给予最惠国待遇，而未提国民待遇，但甲国与丙国的双边投资保护协定（如中日协定）却规定相互提供国民待遇标准的话，则按最惠国待遇的原理，乙国（德国）也应享有甲国（中国）的国民待遇。因此，即使一国在对外条约中不泛提国民待遇而泛提最惠国待遇，只要该国给予任何一国以国民待遇标准，则这种国民待遇应立即自动和无条件地给予其他与其确立了最惠国待遇关系的国家。最惠国待遇条款的这种法律效应，我们不妨称之为“多边自动传导效应”。然而，如果据此认为我国与日本、英国等国已确立了相互间的投资国民待遇原则，则这一待遇原则将自动适用于与我国订有双边投资保护协定的近 80 个国家^③，从而意味着我国已普遍确立国民待遇标准^④。这显然与事实是不相符合的。这也从反面说明中日、中英协定所确立的只是有限的国民待遇，而不是国民待遇原则或标准。

二、 外资国民待遇的外延

究竟在什么范围内对外资实行国民待遇，这是当前国人最关心的一个相关问题。而且，应该承认，这同时也是一个难以简单作答的问题。实际上，上文关于国民待遇内涵的界定已在一定程度上勾勒了外资国民待遇的初步轮廓，这里拟对其作进一步剖析。

① 参见姚梅镇《比较外资法》，武汉大学出版社 1993年版，第 302页。

② 关于“履行要求”，详见本文第二部分。

③ 这类双边投资保护协定都含有最惠国待遇的规定。

④ 参见斯坦纳特《假如双边投资条约奏效：美国与中国之间的双边投资条约建议案评析》，《中国法学刊》（英文）1988年第 2期，第 43页；前引《双边投资条约》，第 48页。

外国投资活动以外国投资机构建立为准,大致可划分为两个阶段,即外资准入(Admission of Foreign Investment)阶段与外资运营阶段(Operation of Foreign Investment)^①。前一阶段处于外国投资机构建立之前,后一阶段则处于外国投资机构建立之后。

(一) 外资准入与国民待遇

如前所述,外资准入是外资国民待遇的一般例外之一。近年来,尽管各国对外资准入有逐步放宽的趋势,但无论发达国家抑或发展中国家,都保留了不同程度的外资准入限制权。在乌拉圭回合关于《服务贸易总协定》的谈判中,服务领域的“市场准入”与“国民待遇”都只是“具体承诺义务”(specific commitment),而不是一般义务。即各国经过与他国谈判,可以自主确定服务市场准入与国民待遇的领域、资格与条件限制。在双边投资条约中,绝大多数国家都没有提出对外资准入实行国民待遇的要求。只有美国例外,它为尽可能撬开他国的市场大门,在对外双边投资条约谈判中,往往会提出对外资准入方面实行国民待遇。然而由于发展中国家的普遍抵制,美国的这种“非分”要求收效不大^②。又如前述,在中日协定与中英协定中,尽管有国民待遇条款,但都同时有外资准入的国民待遇例外的规定(中英协定第2条第1款,中日协定第2条第1款)。

在实践上,各国对外资准入的限制主要表现在两个方面:一方面,各国都划定了禁止或限制外资进入的领域;另一方面,各国一般都规定了外资准入的资格条件。

目前,无论是发达国家还是发展中国家,在一些关系国计民生的经济敏感部门,如公用事业、交通运输、国防工业、金融业等,一般都对外国直接投资作禁止或限制性规定,保证本国资本在这些要害部门的所有权优势,以确保本国对这些部门的控制权。这对于维护本国经济主权具有重要的意义^③。在这方面,即便是声称对外资最为开放的美国也不例外。过去在航空运输、远洋和沿海航运、银行业、保险业、政府特许行业、政府保险和信贷计划、能源和电力开发、土地和自然资源的利用、代客报关服务行、不动产所有权、电台和电视台广播、电报和电话服务、海底电传服务、卫星通讯等领域,美国或禁止或限制外资进入。在这些领域,外资是无国民待遇可言的^④。

① 参见米切勒·P·达登《美国双边投资条约》,《国际学刊》(英文)1993年第3期,第6页;迈克尔·R·雷丁《东盟的双边投资条约:比较分析》,《杜克法律学刊》(英文)1992年第42卷,第69页。

② 参见帕马拉·B·肯《美国双边投资条约计划》,《斯坦福国际法学期刊》(英文)1985年第2期,第385页;艾里诺·罗伯特·赖维斯《美国—波兰有关商务与经济关系的条约》,《国际商务法律与政策》(英文)1991年第22卷第3期,第531—535页。

③ 参见曾华群《国际投资法概论》,厦门大学出版社1995年版,第143页。

④ 参见琼斯费·帕特森《美国—埃及双边投资条约:一个供将来谈判之用的样版》,《康奈尔国际法学期刊》(英文)1985年第2期,第318页。

以往对禁止或限制设立中外合资经营企业、中外合作经营企业的行业，我国的外资立法均无具体的规定。对于外商投资企业，虽有这方面的限定，但仍然不够明确，其中采用了像“中国政府规定禁止设立外资企业的其他行业”之类的弹性条款^①。总之，过去我国对外商投资方向的管制一直透明度不够，这也是近年来许多发展中国家外资立法的通病^②。为了增加我国外资政策的透明度，以及贯彻国家产业政策，积极引导外商投资，1995年6月，我国同时发布了《指导外商投资方向的暂行规定》（以下简称《暂行规定》）和《外商投资产业指导目录》（以下简称《指导目录》），把外商投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止四类。鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目分别由《指导目录》具体列明。除此以外，均为允许类的外商投资项目。从这两个法律文件的规定来看，我国明确划定了目前限制或禁止外商投资的产业，这表明在投资方向上我国也没有对外资全面实行国民待遇。但是，为了体现进一步扩大开放的政策，较之以往的外资立法与实践，这两个法律文件却又相对拓宽了外商投资的领域^③。

拓宽外商投资领域，一方面是基于我国合理有效地利用外资的需要，另一方面也反映了外国投资者的要求。例如，以往，我国的商业零售和批发、对外贸易以及服务等行业，均不允许外资涉足。然而，中国巨大的潜在市场对外商极具吸引力。由此，许多发达国家不断向我国施压，要求我国开放这些投资领域。但考虑到我国国内企业竞争力有限，为了对国内市场实行必要的保护，对发达国家的这些要求，过去我国一概予以拒绝，这曾经成为中美双边投资保护协定谈判搁浅的主要原因之一^④。现在，《指导目录》已将这些以前属于禁止外商投资的行业转变为只是限制外商投资，而且，随着各项条件的进一步成熟，我国还将逐步放宽对这些外商投资领域的限制。

值得一提的是，从总体上看，我国对外商投资领域的开放度明显高于许多发展中国家。例如，不少发展中国家，尤其是那些弱小的发展中国家，为了维护本国的经济命脉和国家安全，往往把交通运输、邮电通讯以及矿产开发等行业列为限制或禁止外商投资的领域。但是，根据《指导目录》，这些行业在我国基本上属于鼓励类的外商投资行业。这是由我国的具体国情所决定的，适当放宽对外商投资领域的限制，并不会危及我国的经济主权和根本利益。

在划定限制外资准入领域的同时，目前无论是发展中国家，还是发达国家，均在不同程度上设立了外资准入的条件，在这方面不对外国投资者实行国民待遇。从发展

① 参见《外资企业法实施细则》，第4条、第5条。

② 参见亚伯拉罕·F·F·希哈塔《有关外国直接投资准入的最新趋向》，《ICSID评论——外国投资法学刊》（英文）1994年第1期，第51页。

③ 参见《就发布实施我国〈指导外商投资方向暂行规定〉和〈外商投资产业指导目录〉，国家计委负责人答记者问》（新华社北京1995年6月27日电）。

④ 参见斯坦纳特前引文，第433页。

中国家的立法实践来看，它们一般都建立了外资的审查和甄别制度。例如，一些投资环境较差的非洲国家，为了吸引更多的外资，虽然没有开列限制外资流入的各种条件，但是至少都订有外国投资不得损害东道国公共道德、公共健康以及不得造成环境污染等条款。大多数发展中国家（包括中国）对外资的进入都设立了各种限制性条件。事实上，即便是发达国家也都有外资准入的程序性规定。像日本、西班牙等发达国家的法律规定，外国投资需经事先登记；英国和美国的做法与之类似；而澳大利亚、加拿大、新西兰、法国等发达国家的法律则规定，所有新的外国投资都须经过事先审批。无论采用哪一种程序制度，这些发达国家都保留了在一定条件下拒绝接受外资的权力^①。

目前，在外资准入方面，发达国家与发展中国家争议的焦点是发展中国家就此设置的各种“履行要求”（performance requirements）的问题。所谓“履行要求”，是指东道国把外国投资者允诺承担某项特定的义务作为批准该项外国投资进入的前提条件，具体包括当地成份要求、外汇平衡要求以及当地股权要求等等^②。1992年，由世界银行和国际货币基金组织联合设立的行政委员会（即发展委员会）制定了一项《外国直接投资待遇指南》。该指南从保护发达国家的利益出发，要求各国注意各种“履行要求”对国际投资的阻碍作用以及可能给东道国带来的法律规避问题和腐败问题（该指南第2部分第3条）。然而，这些“履行要求”直接关系到发展中国家利用外资的根本利益和宗旨，因此，它们是不会被轻易放弃的。例如，在与各发展中国家所进行的双边投资保护协定的谈判中，美国以对外资准入实行国民待遇为由，要求这些发展中国家取消已有的各种“履行要求”，但均未奏效或未完全奏效^③。大部分发展中国家（如埃及、海地、扎伊尔、摩洛哥、孟加拉国、突尼斯以及土耳其等国）都拒绝承担取消各种“履行要求”的强制性义务，只是承诺：“应努力”（shall endeavor）而为之；另一些发展中国家（如斯里兰卡、阿根廷和巴拿马等国）则以其他方式对美国式协定中的样板条款作了变通或设置了例外。当然，作为一种相互妥协的结果，发展中国家也会在“履行要求”的问题上对发达国家做出一定程度上的妥协与让步，《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMs）之达成就是很好的例证。事实上，TRIMs协议所禁止的投资措施，如当地成份要求、贸易平衡要求、外汇平衡要求以及国内销售要求等均有所

① 参见安东尼·帕拉《反映在各国投资法中的外资管理原则》，《ICSID评论——外国投资法学刊》（英文）1992年第2期，第437页。

② 参见琼斯·沃尔德·W·沙拉克斯《正在形成之中的一个有关外国直接投资的新条约构架》，《航空法与商务学刊》1985年第50卷，第980-981页；威廉·E·古林《美国双边投资条约：是对履行要求的回答吗？》，载巴特·S·费哈与杰弗·塔纳主编《对各国企业的管理：来自国内与国际的挑战》，1983年英文版，第129-142页。

③ 详见肯尼斯·J·范德费尔德《美国双边投资条约：第二次浪潮》，《密歇根国际法学刊》（英文）1993年第14卷，第659-703页。

谓的“履行要求”。对于这些措施，世贸组织的发展中成员也将不得及时予以裁撤。其中的当地成份要求和贸易平衡要求就通常被认为是违反了关贸总协定规定的国民待遇原则^①。

在我国目前的一些外资立法与实践，也存在一些与 TRIMs 协议不相符合的“履行要求”措施^②。首先，当地成份要求方面，我国有关法律虽没有明确的“当地成份要求”条款，但有关法律却有外商投资企业所需的设备、原材料、燃料、零配件等物资应当尽量在中国购买的规定，如《外资企业法》第 15 条及《中外合资经营企业法》第 9 条及其实施条例第 57 条即是。在审批外资项目时，我国各级政府往往也有规定要求购买一定数量的国内产品作为生产投入，并以此作为项目获得批准或享受优惠的先决条件。例如我国在审批外商投资汽车项目时，就把国产化程度作为要件之一。还有的文件则以国产化率高低作为适用差别税率的主要依据，对不按期实现国产化计划的企业征收高税率。在国家批准的建设期内，对按合同规定国产化计划进度进口散件组装轿车时，关税可适当调减，对不按期实现国产化计划的，则适用高税率。同时，合资企业向国内用户收取的外汇必须与合同中规定的国产化计划相一致，进口散件总量严格控制在合同规定的范围内。此外，在实际工作中，有关部门也把国产化程度高作为一种实绩予以肯定和鼓励，如在考核外商投资企业是否为产品出口型或技术先进型企业时，就把国产化程度列为逐年考核的依据之一^③。

其次，贸易平衡要求方面。这在我国主要有两种表现形式，最明显的是外汇平衡要求。我国《外资企业法》第 16 条及其实施细则第 3 条均要求外资企业自行解决外汇平衡问题，并以此作为允许设立的基本条件之一。《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条则要求中外合资经营企业一般应保持外汇收支平衡；国务院关于中外合资企业外汇收支平衡问题的规定也要求“中外合资企业生产的产品多出口、多创汇，做到外汇收支平衡”。与此同时，我国还有以出口为进口先决条件的规定，如《国务院关于鼓励外商投资的规定》第 13 条第 1 款规定，外商投资企业为履行“产品出口合同”需要进口机械设备、原材料、零部件等，不再报请审批，免领进口许可证，由海关凭企业合同或进出口合同验放。而且，上述进口料件，只限于本企业自用，不得在国内市场出售。诚然，上述规定并无进出口数额或价值对等的要求，但以履行出口合同作为进口和免证放行的前提，可被视为贸易平衡要求。

最后，在我国外资立法中，还有许多“出口实绩要求”的规定。例如，我国《外

① 参见埃马努勒·奥普库·阿乌库《乌拉圭回合的成果将对南—北贸易产生何种影响》，《世界贸易法学期刊》（英文）1994 年第 2 期，第 85 页。

② 参见单文华《我国外资国民待遇制度的发展与完善》，《法学研究》1995 年第 6 期。

③ 参见单文华《我国外资国民待遇制度的发展与完善》，《法学研究》1995 年第 6 期。

资企业法》第3条明确规定设立外资企业的前提条件之一就是“产品全部出口或大部分出口”，该法的实施细则进一步明确该条件意为“年出口产品的产值达到当年全部产值50%以上，实现外汇收支平衡或有结余”。同时，我国在审批外商投资企业时，一般要求在外商投资企业中，就其产品的内外销比例或内销比例做出具体承诺。例如，《中外合资经营企业法实施条例》第14条规定，合资企业合同中应包括“产品在中国境内和境外销售的比例”；新近颁布的《中外合作经营企业法实施细则》第12条规定中外合作经营企业也应载明“产品在中国境内销售和境外销售的安排”，虽然避免了“比例”一词，但同样易被视为外销比例要求；《外资企业法实施细则》第45条则规定“外资企业在中国市场销售其产品，应当依照批准的销售比例进行”；相应地，外经贸部1993年10月发布的《关于外商投资企业的合同、章程的审查原则和审查要点》则将“产品内外销的比例、方式、定价原则”作为审查要点之一。所有这些规定，都可视为“限制性”的出口实绩要求。

与此同时，我国外资立法中还有不少“引导性”的出口实绩要求。例如，《中外合资经营企业法》第9条与《中外合作经营企业法》第4条都有鼓励产品出口的一般规定。最为明显的是，我国对外商投资的产品出口企业提供的一系列特别优惠措施，包括减免关税与降低所得税税率，等等。例如，《外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》第75条规定：“外商投资举办的产品出口企业，在依照税法规定免征、减征企业所得税期满后，凡当年出口产品产值达到当年企业产品产值百分之七十以上的，可以按照税法规定的税率减半征收企业所得税；经济特区和经济技术开发区以及其他已经按百分之十五的税率缴纳企业所得税的产品出口企业，符合上述条件的，按百分之十的税率征收企业所得税”。此外，1995年6月，国家计委、经委与外经贸部联合发布的《指导外商投资方向暂行规定》的第11条规定，属于限制类（甲）的外商投资项目，如产品出口销售额占其产品总销售额70%以上的，经批准可以视为允许类外商投资项目，而不受该规定第9条的限制，即可不约定企业经营期限，中方投资中的固定资产部分也可不使用中方投资者自有资金或属于中方投资者所有的资产。这也是一种很明显的出口实绩要求措施。

我国外资立法中的上述与TRIMs协议的国民待遇原则不相符的投资措施中，当地成份要求与贸易平衡要求二项是为TRIMs协议附件清单所一律禁绝的，故如果我国“复关”成功，则有必要在过渡期（对发展中国家，为《世界贸易组织协定》生效后5年）内，逐步修改有关法令，取消有关条款。至于出口实绩要求，则并未为TRIMs协定所特别列举，因而不属于一律禁绝的措施，只有结合个案的具体情况，才能界定是否应予以取消。这就是说，即使我国成为世贸组织的一员，我们仍可维持有关出口实绩的要求，只是应加以适当的限制。在目前我国尚未加入世贸组织的情况下，上述要求与措施从法理上仍可以维持，但从与世贸组织的国际规范相接轨的角度来考虑，似

也应创造条件，逐步减少，及至最后取消。特别是某些含混而缺乏实效的规定，如：“合资企业所需原材料、燃料、零配件应尽量在中国购买”、“鼓励合营企业向境外销售产品”等等口号式的条款，徒然授人以柄，不如尽早删除。

(二) 外资运营与国民待遇

与外资准入阶段相反，在外资运营阶段，许多国家往往要求提供国民待遇，这一国民待遇，实质上就是指“外商投资企业的国民待遇”。按中外立法与有关条约，外资运营阶段国民待遇主要体现三个方面：即司法行政救济方面、民事权益保护方面及宏观管理方面。

司法行政救济方面的国民待遇指因投资而产生的司法审理与行政申诉方面的内外资平等待遇。它可分为两种类型，一种是关于投资经营活动中所发生的普通民事经济纠纷的司法行政救济，如对经济合同、劳动争议的申诉、仲裁与审理，等等；另一种则指涉及国家责任的投资争端的司法行政救济，即在外国投资被国有化、征收或由于战争、武装冲突或东道国的禁兑行为，使投资者丧失对其投资的有效控制从而蒙受损失的情况下，外国投资者所可望获得的东道国的司法与行政救济^①。司法行政救济方面的国民待遇实质上是国民待遇最早涉及的领域。国民待遇创设之初，其主旨就是为杜绝视外国人为仇敌的野蛮做法，使外国人与本国人一样，在人身与司法行政救济方面得到最基本的保护。发展到现在，这方面的国民待遇可以说已成为一项国际惯例，世界各国普遍遵循。我国也不例外。例如，我国《民事诉讼法》第15条第1款规定，外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，同中国公民、法人和其他经济组织有同等的诉讼权利。又如，国务院《关于鼓励外商投资的规定》第16条规定，外商投资企业凡遇不合理收费情况，可以拒交或向当地经济委员会直至国家经济委员会申诉。可见，我国在司法行政救济方面为外商投资企业提供的国民待遇是比较充分的。

民事权益保护方面的国民待遇主要包括物权保护方面的国民待遇与债权保护方面的国民待遇。物权保护方面的国民待遇主要指对外商投资企业的投资财产及其收益的控制权与处分权，应与内资企业一样予以保护。这里的“投资财产”，可以包括东道国法律所允许的任何股权，债权或类似的请求权、专利权、商标权等工业产权和专有技术权，关于动产与不动产的权利及勘探、开采自然资源的特许权，等等。这里的“收益”可以包括投资所产生的任何价值形式，如利润、利息、股息、特许权使用费和手续费，等等^②。债权保护方面的国民待遇则指对外商投资企业在与其他企业或公民进行交易流转过程中所发生的债权（如合同权利）的保护应与内资企业所受的保护一样，不

① 参见单文华《市场经济与外商投资企业的国民待遇研究》，《中国法学》1994年第5期。

② 参见单文华《市场经济与外商投资企业的国民待遇研究》，《中国法学》1994年第5期。

受歧视。由于物权、债权等民事权利是任何市场经济都赖以生存发展的基础权利，同时它们又多与国家主权无涉，所以，目前各国一般都对内、外资企业的这两种民事权益平等对待，不分轩輊，外商投资企业一般都享有较充分的国民待遇。事实上，不少国家为了吸引外资甚至会做出特别承诺，为外资提供高于本国投资企业的特殊保护，如承诺不实行国有化、特别保护国外著作权，等等。我国对外商投资企业的财产保护方面的国民待遇也是比较充分的。我国《宪法》作为国家根本大法，不仅允许外商投资中国，并规定外商投资企业的“合法权利与利益受中华人民共和国法律的保护”。我国《民法通则》第5条也规定“公民、法人的合法民事权益受法律保护”；第8条进而规定：除另有规定外，该法关于公民的规定，于中国人、外国人与无国籍人同等适用。这意味着《民法通则》对所有权、债权、知识产权等民事权益的保护一般均及于外国投资者及其投资设立或参与设立的外商投资企业。《中外合资经营企业法》作为最早的与最基本的外商投资企业立法，进一步明确“中国政府依法保护外国合营者按照经中国政府批准的协议、合同、章程在合营企业的投资、应分得的利润和其他合法权益”。该法还特别承诺：“国家对合营企业不实行国有化或征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。”我国对外商投资企业民事财产与权益保护之充分恳切，于此可见一斑。与此同时，根据《商标法》《专利法》《著作权法》《计算机软件保护条例》等知识产权立法，外商与外商投资企业在知识产权这种特殊产权的保护方面也享有国民待遇。在债权保护方面，除上述《民法通则》所提供的同等保护外，《经济合同法》《涉外经济合同法》《担保法》《票据法》《保险法》等等重要立法均未将外商投资企业与国内投资企业区别对待，即外商投资企业也享有国民待遇^①。

宏观管理方面的外资国民待遇是指东道国在对外商投资企业经营活动的管理与干预方面应与内资企业一视同仁，不分彼此。具体来说，它包括东道国在人、财、物、产、供、销等各个方面与各个环节对外商投资企业实施的监督与管理措施应与对内资企业的有关措施一般无二，毫无歧视。据此，举凡雇佣限制、利润汇出限制、物资采购限制（当地成份要求）、生产限制、销售限制（如外销比例要求）等措施，如系专门针对外商投资企业，则构成违反国民待遇原则。显然，这里的不少措施实质上就是前面提到的“履行要求”，但这并不意味着重复或矛盾，因为这类“履行要求”措施既可用于外资准入阶段，也可用于外资运营阶段^②。已如前述，由于外商投资企业不同程度地

① 值得注意的是，我国就国内经济合同与涉外经济合同分别立法，并不意味着对外商投资企业实行歧视待遇，因为在这方面外商投资企业与内资企业一样，就其国内经济合同关系适用《经济合同法》，而就其涉外经济合同关系适用《涉外经济合同法》，二者并不分轩輊。

② 参见帕拉前引文，第431页。

存在“外国控制因素”，其对东道国的效忠程度往往与内资企业有一定区别，因此，各国一般都对其施以必要的引导、管理与限制，以使其与本国的现实需要相符合。这种对外资进行的管理的主权权力对有着长期殖民地历史的发展中国家尤为重要，在实践上也是在发展中国家实施得较为普遍与广泛。事实上，这一主权权力也得到了《各国经济权利与义务宪章》等国际法律文件的充分肯定^①。但是，一些发达国家却试图凭借其经济优势，利用发展中国家急需外资“输血”的现实，迫使发展中国家实行“绝对的”国民待遇标准，从而限制乃至取消发展中国家对其境内外商投资企业进行管理的主权权力。例如，在1983年开始的中美双边投资保护协定的谈判中，美方就不顾中国的经济现实，不切实际地要求一步到位，给予美国在华投资以广泛的国民待遇^②。事实上，正是由于美方在国民待遇及国有化补偿标准等方面索价过高而致使谈判自1987年起搁浅至今。

少数发达国家在双边投资条约中提出过分要求的同时，还试图将其双边条约有关条款多边化，从而使外资国民待遇成为一项几无限制的多边国际法律义务。在乌拉圭回合关于TRIMs与GATS等协议的谈判中，这些发达国家就曾表明了这一意向，只是由于发展中国家的坚决抵制而未能得逞。在世贸组织的第一次部长会议即新加坡部长会议期间，这些国家老调重弹，又提出了建立一个世贸组织框架内的多边投资协议的动议，并将这一动议列入了世贸组织的研究议题之中。但是，很明显，这距离真正的多边国际投资协议仍很遥远。

在这方面，还有必要提及的是世界银行发展委员会1992年制定的《外国直接投资待遇指南》。这份由世界银行集团各成员机构的法律顾问们所起草的文件的序言声称，它是在对全世界各国有关外资的立法、双边条约、多边条约以及各种学说、判例进行广泛考察之后制定的，是普遍接受的国际习惯法演进过程中的重要一步^③。但究其实质，它主要反映的仍只是发达国家的意志与利益。这份指南不仅要求东道国对外国投资者的人身、财产权利与利益、进出口许可、劳动雇佣、出入境与居留以及其他相关事项实行国民待遇，而且要求东道国对外国投资企业的建立、经营、管理、控制、权利的行使以及其他相关活动等方面都实行国民待遇。无疑，这是一项范围极广的国民待遇规则，并且对该国民待遇原则未规定任何实质性的限制条件^④。这显然是为广大发展中国家所不可接受的。对于该指南的实质，指南起草小组召集人、世行法律总顾问

① 该《宪章》第2条第2款明确规定：“每个国家都有权根据本国的法律与条例，按本国的国家目标以及本国优先权的原则，在国内管辖权范围内，对外国投资者加以管理并行使权力。”

② 参见《呈报发展委员会的有关外国投资待遇法律框架的最终报告》，《ICSID评论——外国投资法》（英文）1992年第2期，第210页。

③ 参见约翰·弗雷斯基比《投资条约陷入僵局》，《中国商务评论》1986年9—10月号，第41页。

④ 详见该指南第三部分。

希哈塔先生曾一语道破,他指出:目前,各发展中国家都保有对外资进行管理的权利,然而,该起草小组制订的指南不仅仅是对现有法律文件所体现出的一般趋势的肯定,而且是对其有所超越,即从中抽取所谓的“最好实践”(best practice)制定而成的。言外之意,这个世行的智囊团在起草该指南时,并不是全面、客观、公正地反映各国,尤其是发展中国家的立法与实践,而是按发达国家所惬意的标准与尺度,对有关规则与实践进行了“加工”与“取舍”。显然,这样制订出来的文件不可能是国际习惯法的编纂,而且恐怕也很难算得上是有关习惯法演进的中间环节。因为,外资国民待遇,尤其是外资管理方面的国民待遇的实施,取决于东道国的经济体制与经济发展水平这两个前提条件的现状,而这两个经济前提在各国的发展状况参差不齐,国际投资市场也远未成熟到可以完全自由流动的地步,所以,《指南》的这种几近无限的外资国民待遇原则目前只能是少数国家的超前理论预设而已。全面的国民待遇,特别是外资管理方面的国民待遇,目前仍旧只是发展深化中的外资待遇准则,而不是世界各国的普遍实践,当然更谈不上国际习惯法。

三、对外资实行国民待遇的基本前提

经济基础决定上层建筑。外资国民待遇制度作为上层建筑的一种表现形式也不例外,它也需要一个相应的经济基础作为前提。事实上,这既是我国过去不“泛提”国民待遇的根本原因,也是我国现在倡导国民待遇的主要依据^①。

首先,从经济体制层面来看,外资国民待遇,尤其是外资管理方面的国民待遇必须建立在市场经济体制之上。

从根本上说,计划经济体制与外资国民待遇制度是不相容的。计划经济体制的基本特征是以高度集中统一的计划而不是市场作为配置资源的基本手段。由于这种体制过分强调各类经济主体对国家计划的严格服从,实质上完全否定了不同经济主体独立的经济利益,进而也就否定了建立在这种独立利益之上的竞争与市场的意义。换言之,在计划经济体制下,由于排除经济主体的独立利益,因而不存在真正的市场,也就不存在真正的市场主体之间的竞争。既然“国民”不是市场主体,而只是国家计划的执行单位与计算符号,那么这样的“国民待遇”毫无意义可言。正因如此,传统上,西方国家与社会主义国家签订的双边投资保护协定,都没有列入有关国民待遇的条款,即使列入,实行的也不是真正意义上的国民待遇原则^②。例如,1989年加拿大与前苏联

① 参见单文华《市场经济与外商投资企业国民待遇研究》,《中国法学》1994年第5期。

② 参见罗伯特·K·帕特森《加拿大投资促进和保护条约》,《加拿大国际法年刊·1991年》(英文),第379-380页。

希哈塔先生曾一语道破,他指出:目前,各发展中国家都保有对外资进行管理的权利,然而,该起草小组制订的指南不仅仅是对现有法律文件所体现出的一般趋势的肯定,而且是对其有所超越,即从中抽取所谓的“最好实践”(best practice)制定而成的。言外之意,这个世行的智囊团在起草该指南时,并不是全面、客观、公正地反映各国,尤其是发展中国家的立法与实践,而是按发达国家所惬意的标准与尺度,对有关规则与实践进行了“加工”与“取舍”。显然,这样制订出来的文件不可能是国际习惯法的编纂,而且恐怕也很难算得上是有关习惯法演进的中间环节。因为,外资国民待遇,尤其是外资管理方面的国民待遇的实施,取决于东道国的经济体制与经济发展水平这两个前提条件的现状,而这两个经济前提在各国的发展状况参差不齐,国际投资市场也远未成熟到可以完全自由流动的地步,所以,《指南》的这种几近无限的外资国民待遇原则目前只能是少数国家的超前理论预设而已。全面的国民待遇,特别是外资管理方面的国民待遇,目前仍旧只是发展深化中的外资待遇准则,而不是世界各国的普遍实践,当然更谈不上国际习惯法。

三、对外资实行国民待遇的基本前提

经济基础决定上层建筑。外资国民待遇制度作为上层建筑的一种表现形式也不例外,它也需要一个相应的经济基础作为前提。事实上,这既是我国过去不“泛提”国民待遇的根本原因,也是我国现在倡导国民待遇的主要依据^①。

首先,从经济体制层面来看,外资国民待遇,尤其是外资管理方面的国民待遇必须建立在市场经济体制之上。

从根本上说,计划经济体制与外资国民待遇制度是不相容的。计划经济体制的基本特征是以高度集中统一的计划而不是市场作为配置资源的基本手段。由于这种体制过分强调各类经济主体对国家计划的严格服从,实质上完全否定了不同经济主体独立的经济利益,进而也就否定了建立在这种独立利益之上的竞争与市场的意义。换言之,在计划经济体制下,由于排除经济主体的独立利益,因而不存在真正的市场,也就不存在真正的市场主体之间的竞争。既然“国民”不是市场主体,而只是国家计划的执行单位与计算符号,那么这样的“国民待遇”毫无意义可言。正因如此,传统上,西方国家与社会主义国家签订的双边投资保护协定,都没有列入有关国民待遇的条款,即使列入,实行的也不是真正意义上的国民待遇原则^②。例如,1989年加拿大与前苏联

① 参见单文华《市场经济与外商投资企业国民待遇研究》,《中国法学》1994年第5期。

② 参见罗伯特·K·帕特森《加拿大投资促进和保护条约》,《加拿大国际法年刊·1991年》(英文),第379-380页。