

论国民待遇原则与中国外资法的完善

厦门大学法律系 朱崇实 赵俊荣

世界银行的一专家在考察了中国的经济之后,对记者发表评论说:“法律对经济的巨大作用,突出地表现在中国引进和利用外国直接投资的实践和成功上”。应该说,这位世界银行专家对中国问题的观察是准确的。确实,中国外资立法的每一次完善,都伴随着外商在华投资的新一轮高潮。因此,在考察如何更好地引进和利用外资的问题上,人们关注的焦点之一是如何进一步地完善中国的外资立法。当前,在如何进一步完善中国外资立法的理论和实践中,“给外国投资以国民待遇原则”是一条主要的思路。但是,应当如何用好这一原则,还议论不多。本文拟就此谈些看法,以期引起更深入的讨论。

国民待遇原则,是一条古老的国际习惯法原则,是随着国家间经济贸易往来的增多及给予本国境内外国人法律保护的渐益必要而发展起来的。

在古代社会里,由于经济、文化的落后、社会的封闭及解决纠纷方式的野蛮、残忍,人们对外族、外邦人有着一种天然的敌视防御的心理或意识。这种心理意识在社会生活中的自然反映是给予外国(外族、外邦)人以歧视性的差别待遇。在古罗马,最初的法律被称作“市民法”,它仅适用于罗马市民,而对外族人和外邦人在罗马城邦境内产生的各种民商事关系并不加以调整,更无所谓提供法律保护了;在古代的中国,唐朝以前,至今尚未发现给予外国人以明确的法律保护的记载。

随着生产力的发展,经济的渐趋繁荣和文明的不断进步,不同国家及其人民之间的经济交往也不断增多,人们也渐渐地意识到歧视性的差别待遇已越来越不能适应社会发展的需要,于是,国民待遇原则渐渐地萌生了,这一原则的萌芽最初体现在古罗马的“万民法”中。然而,在整个古代法时期,给予外商或其它外国人在本境内享有与国民相同的待遇,可以说尚留在不自觉的经验状态,国民待遇原则的真正确立是十八世纪之后。

1789年法国资产阶级大革命胜利,1804年《法国民法典》诞生。这部近代资产阶级取得政权后的第一部民法典的一个重要内容是确定了外国人的法律地位。《法国民法典》在“所有法国人都享有民事权利”(第8条)的同时,还规定“外国人经政府许可设立住所于法国者,在其继续居住期间,享有一切民事权利”,明确给予某些外国人以国民待遇。到了十九世纪的后半叶,国民待遇原则不仅在各国的国内法中得到普遍的适用,而且逐步进入国际法领域。

在理论上,第一个全面阐述国民待遇原则的是南美著名的国际法学家卡尔沃(1824—1906)。在其《国际法的理论与实践》一书中,他从国家主权平等的原则和属地管辖权出发,强调居住在一国的外国人只能享受与本地人的大致相同的保护,而不应该要求更多的保护。因此,外国人受了损害和发生法律争议,必须由当地法院处理。卡尔沃的主张在国际上,尤其是在美洲国家中受到普遍的承认和尊重,被称作卡尔沃主义。在实践中,人们常将他的主张载入涉外合同中,声明遇有争议应由当地法院处理。这一条款使用之广,以至被专门称作卡尔沃条款。

从国民待遇原则的产生与发展中,我们可以看出该原则具有以下法律特征和内涵:1.国民待遇是主权国家给予居住在本国的外国人一种与本国国民相同的待遇,即在同样条件下,享受同等权利和承担同等义务;2.给予外国人的国民待遇有一定的范围,仅在某些事项上(如在民事权利方面)享有与本国国民同样的权利,给予外国人国民待遇的范围由主权国家确立;3.外国人不得要求比本国国民更多的法律保护,反对外国人在本国享受特权地位,除外国法律有特殊规定,否则出现争议必须由当地法院解决;4.各

国通常在互惠的基础上给予对方公民以国民待遇，但任何国家不得强迫另一国给予本国公民以国民待遇。

二

如上所叙，国民待遇原则的产生主要是基于涉外民事交往的需要，到了现代，国民待遇原则主要适用于国际经济交往或国际经济关系之中，在1947年以前，国际经济交往中运用的主要原则除了国民待遇之外，还有差别待遇和最惠国待遇原则。

在实践中，所谓差别待遇有两种情况，一种情况是对本国公民或法人与外国公民或法人之间以不同待遇；另一种情况是对不同国籍的外国公民或法人以不同的待遇。在这不同的待遇（或差别待遇）中，又有歧视待遇和优惠待遇之分，所谓歧视待遇就是外国公民或法人在一国的民事权利小于或少于本国的公民或法人；反之，优惠待遇原则是外国公民或法人在一国的民事权利大于或多于本国的公民或法人。

最惠国待遇是在优惠待遇基础上发展起来的，他往往是通过双边或多边条约的形式规定，东道国应给予某一缔约国的公民或法人不低于该东道国现时或将来给予的任何第三国的公民或法人享有的优惠待遇。最惠国待遇的法律后果是：东道国应在同时期给予所有享有最惠国待遇的公民或法人以同等的待遇；东道国一旦通过新的立法或缔结条约提高某一外国公民或法人的待遇，则全体最惠国待遇享有国的公民或法人自动在东道国取得这些新的优惠待遇。

应当说，只有当主权国家间以平等的地位从互惠互利的原则出发，相互给予对方以国民待遇或最惠国待遇，这样才真正体现了上述原则的精神。

1947年签定的《关税与贸易总协定》对原有国际经济交往中的行为准则作了重大修改，这一修改集中表现在“关贸总协定”将最惠国待遇原则，无差别待遇原则和互惠原则作为自己的三大支柱。与原有的行为准则相比较，“关贸总协定”的这一修改突出了国民待遇的意义。在“关贸总协定”的序文中就声明要“取消国际贸易中的歧视待遇”，而且在第三条专门论述“内地税与内地规章的国民待遇”，对国民待遇作了特别的强调。在此以后，在国际经济法领域，国民待遇受到越来越多的重视，特别是在国际投资法领域，有把国民待遇原则作为处理国际投资关系的一个最重要的行为准则的倾向。1979年经济合作与发展组织发表的《关于国际投资和多国企业的宣言》则仅规定了“国家待遇”（即国民待遇）：“各成员国……应对各该国领土内由另一成员国国民所直接或间接拥有和控制的多国企业予以本国法律、规章及行政惯例范围内符合国际法的待遇，并使其处于与国内企业同等优惠的地位”，“各成员国国家将考虑让非成员国也享受国家待遇”，1987年安第斯集团委员会也在《关于外国资本待遇和商标、专利、许可证以及特许权费用的安第斯法典》中规定，“各成员国不得授予外国投资者比国内投资者更优惠的待遇”。在这两个区域性或多边国际条约中都突出地强调了国民待遇原则。在一些国家，主要是发达国家，如美国、联邦德国，一直没有制定调整外国投资的基本法或专门法规，外国投资活动一般与国内投资者适用通用的国内法，即适用国民待遇原则；当然，这些国家也常通过双边或多边条约给予对方缔约国投资者以最惠国待遇。

可以说，随着现代国际法的主权和平等、民族自决等原则的发展，越来越多的国家更倾向于国民待遇原则，或者将国民待遇作为最惠国待遇的基础。

三

新中国建立以后，由于种种的历史原因，外国资本的输入几乎全部中断，国门紧闭，自然也就无所谓什么待遇什么原则了。

1979年以来，我国实行对外开放的国策，15年来，我国法制建设的成绩巨大，而规范外商对华投资的法律发展尤其迅速。到1988年底，就已经形成了以《宪法》为根本原则，以三大涉外企业法（《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》）为主干，以与其配套的法律、行政法规和国际条约为主要内容，以地方立法为补充的外资法体系。近几年来，外资法仍在不断充实、优化之

中。

在我国的涉外国内立法中，主要给来华投资的外资及其资产提供了许多方面的优惠待遇。另外，我国还通过大量的国际双边或多边条约，作出给外国投资者以最惠国待遇和“公平、合理待遇”的承诺。

我国外资法对入境外资的优惠是相当全面的，从外国投资者入境、投资、经营、生产、销售，到外资的撤出、利润的汇出，可谓应有尽有。主要分为：1. 税收优惠，重点在于所得税的优惠，外商投资的“三资企业”的最高税负是33%，而实际上，大多数“三资企业”都可以享受或多或少的减、免税优惠，最低的税负是10%左右，少数“三资企业”最多可享受“5年免税5年减半征税”的优惠。税收优惠总的特点是：（1）优惠从宽，税负从轻，手续从简；（2）分地区、有重点、多层次；（3）税法的修订、税制的改革，不减少对“三资企业”原有的优惠，不增加外商税收的负担。2. 海关优惠，主要包括（1）海关对外商及“三资企业”的管理人员、技术人员出入境的审批、查验提供方便；（2）海关对“三资企业”进出口机器设备、零部件、原料、产品在报关、查验上提供方便；（3）海关对“三资企业”所需的机器设备、办公用品等的进口和产品出口免征进出口关税；等。3. 工商行政管理优惠，外商从寻找合作伙伴、研究立项、申请设立，到工商登记及日常经营中的工商行政管理监督，相对国内企业来说，也有许多优惠。其它的优惠还有：外汇使用、兑换上的优惠；利润及原有资本汇出的方便；价格上的优惠如土地、水电通讯等基础设施的使用；人事聘用；管理上优惠；以及购销上的优惠等等。

与国内的涉外投资法上的优惠待遇相呼应，我国在与外国签订的许多与投资有关条约中都规定给予缔约国对方以最惠国待遇，例如，中国和瑞典王国政府在1982年签订的《关于相互保护投资的协定》的第2条第2款规定，“缔约任何一方的投资者在缔约另一方境内的投资所享受的待遇，不应低于第三国投资者的投资所享受的待遇”。在此后签订的中国与联邦德国、罗马尼亚、法国、比利时-卢森堡、泰国、芬兰、挪威、意大利等双边投资保护的条约中有类似条款。

另外，在前述中瑞《关于相互保护投资的协定》的第2条第1款还规定，“缔约各方始终保证公平合理地对待缔约另一方投资者的投资”。这一所谓的“公平合理待遇”原则也同样体现在此后中国与联邦德国、法国、比利时-卢森堡、泰国、芬兰、挪威等国签订的双边保护投资条约之中。

总之，优惠待遇、最惠国待遇和公平合理待遇构成了中国赋予入境的外国投资者及其投资的基本待遇。

四

前面已述及，实行国民待遇原则是国际投资法的发展主要倾向，而中国的外资法却基本上排斥了国民待遇原则，这并非立法者的别出新裁，而是有着政治上、经济上和法律上的诸多原因。开放之初，我国经济体制上仍是计划经济的一统天下，全民所有制、集体所有制构成的社会主义公有制在不多的几种经济成分中占绝对的优势，企业内部的经营管理、劳动人事、生产、供应、销售，外部的物价、信贷、土地使用、物资供应，以至企业本身的立、转、并、迁、废，都依国家计划，由企业的主管行政领导说了算，很显然，这种“国民待遇”不可能适用习惯于市场经济的外国资本；其次，我国的几种主要经济成分，全民企业、集体企业、私营企业和个体企业，国家给予的政策不同，享有的权力和承担的义务也迥然有别，国内本没有一个大致统一的“国民待遇”，外国资本自然也无从享有；第三，开放之初，我国的法律极不健全，国内各类企业及公民个人所受的法律保护极不完备，很多民事、经济关系处于一种无法可依的状态，这种“国民待遇”只会令外商退避三舍；第四、由于各种经济条件不同形成的国内市场与国外市场的物质和经济距离，以及由于意识形态、语言、文化、社会风俗习惯的不同形成的心理距离，使得外国投资者对中国投资的预期风险被夸大了，使得许多外商既渴望来华投资又心存重重疑虑。在这种情况下，给来华投资的外商一些“甜头”，以种种优惠待遇作为吸引外资的代价，也就顺理成章了。除此之外，西方列强在长期实践中对国民待遇原则的曲解和滥用，特别是历史上殖民帝国将此作为侵略和掠夺中国的一个工具的阴影，仍还留在中国人民的心头，这也是现有的立法对国民待遇原则加以排斥的一

个重要原因。

应当说,15年来我国吸引外资的实践也充分地证明,我国的外资立法赋予外资的种种优惠待遇,确实对改善投资环境、鼓励外商投资起到了非常积极的作用。

然而,随着经济体制改革的加深,对外开放幅度的扩大和外国投资的增多,优惠待遇、最惠国待遇越来越显露出严重的缺陷。

这首先表现在,内外资在各项待遇上产生了巨大的反差。内资企业无法享有外资企业在进出口关税、所得税减免、工商行政及人事管理等诸多方面的优惠,其竞争能力、自我发展能力都受到极大的冲击和限制;另一方面,外资企业在不少方面也仍感到待遇不公平,如产品不能象国有企业那样纳入运输车皮计划,在原材料、能源供应等方面往往要支付更高的价格,国内市场融资比国有企业困难,产品在国内市场销售受限制,外商还强烈反映法律缺乏透明度,不要说各地仍有不少“内部文件”,就连已经公开的法律、法规也往往由于编纂、整理、解释、宣传等方面的缺陷而影响了立法效力的统一。

其次还表现在,同样属外资,但待遇也有分别。如果说目前外资享受的是“超国民”待遇的话,港、澳、台资享受的则是“超外资”待遇。港、澳、台商等出入境比一般外商更为方便,投资领域更为广泛,投资期限更为宽松自由;另一方面,港、澳、台商等由于政治上的原因,其地位处在“内商”与“外商”之间,有时很难定位,在投资保护方面很难享有一般外商可享有的双边或多边条约的国际法保护。

事实上,由于体制上的不顺和由计划经济向市场经济过渡中的混乱,几乎所有的企业都面临着不平等的差别待遇。据调查,有74.2%的企业家认为本企业在市场竞争中受到不平等待遇,其中以国有企业比例最高,占79.1%,其余依次是,集体企业60.4%,私营及其它企业为57.1%,三资企业54.8%,股份制企业为50.9%。

由于待遇上的差别,致使不少外商在投资上举棋不定,到资迟缓,也使一些不法外商谋取不义之利有了可乘之机;由于待遇上的差别使得不少内资企业在向市场经济的转轨中,受到外资企业的极大冲击,同时也产生了“假合资”、变相减税等怪现象;而且,我国引进外资中来源地以港、台为主,技术层次不高、产业结构不合理,也都与待遇不平等有关。

另外,尤其值得我们重视和警觉的是前述的“公平合理”待遇,是一个极富有弹性和张力的概念。这很容易使人将它与国际法上争议颇大,而西方许多国家政府和学者在实践中和理论上津津乐道的“国际最低标准”联系起来,甚至有不少西方学者干脆认为,“公平合理”待遇实际上就是“国际最低标准”的代名词。所谓的“国际最低标准”,实际上是传统国际法(实为欧洲国际法)中的概念,它要求国家承担国际责任,给其境内外国人和外国财产提供一个最低文明标准,它常常成为西方强国干涉弱小国家内政的借口。因此,我国的国际法学者对此一贯持坚决的否定态度,不承认“国际最低标准”的合法性和合理性。因而有人认为,我国近年来的涉外投资法实践却接受了“公平合理”待遇,实际上“意味着我国”在“国际最低标准”问题上“已对发达国家作了妥协”。

五

1992年春小平同志南巡及讲话,奠定了若干重大政策问题的理论基础。不久,党的“十四大”及1993年《宪法》修正案,明确提出了“发展社会主义市场经济”,并以国家根本大法的形式将这一经济体制上的重大革命确定下来。

市场经济的基本要求是,各种经济主体应该在法制的框架上,处于平等的地位,自由、公平地竞争。而国民待遇原则正适合了这种要求,这正是国际投资立法倾向于更多运用国民待遇原则的经济上和法理上的原因。因此,在新的形势下,从根本上对我国的外资法律进行修订,以国民待遇为基调对现有的法律加以调整,使内资和外资等所有经济成分在一个起跑线上进行平等竞争已迫在眉睫,势在必行。

当然,给予外商和外商投资企业以国民待遇,并不等于在内、外商和内、外资之间划上绝对的等号,更不等于一笔勾销现在的外资法律而一律适用国内法。

国有商业银行改革与委托人——

代理人问题

中国人民银行研究生部

林郁松

当一个人（代理人）为另一个人或机构的利益而工作，但后者支付给前者的报酬无法完全地取决于前者付出的劳动数量和质量时，就产生了委托人—代理人问题。解决问题的关键在于委托人设计一种报酬与劳动相关的激励机制，使代理人努力地为委托人工作。

在中国的经济转轨过程中，农村通过家庭联产承包责任制这样一种激励机制取得了极大进步。但国有企业改革却一直为委托人—代理人问题所困扰，无法借鉴农村改革经验的重要原因之一是现代化大生产的要求使国家不可能象农村一样将机器设备按人均分给每个工人。国有商业银行目前也遇到了同样的问题，本文试图从委托人—代理人理论方面对国有商业银行的改革方向进行评析，并得出这样一个结论：股份化加公平市场竞争也许是改革的一个出路。

一、传统体制下国有商业银行的委托人—代理人结构

从管理的角度来看，国有商业银行可分为三个层次，即中央①、银行经理②、行员，其中银行经理相对于上一层次来说是代理人，相对于下一层次来说是委托人。国家利益极大化的目标靠银行经理传递到行员，其实现程度取决于银行经理与行员的工作努力程度。

我们认为，完善我国的外资立法，以国民待遇为基本原则对现有的法律加以调整，有以下几点必须注意：

首先，要正确地认识国民待遇的确切含义。国民待遇原则是主权国家在处理涉外关系中的一项主权行为，国民待遇的范围及实施方式将依各国的条件不同而不同，任何国家均不得以自己的标准要求另一国给予外国人以大于或多于本国国民的待遇。我国当前的理论与实践上既要消除“恐惧”国民待遇的倾向，又要克服把国民待遇当作是又一种“优惠”的思想，要从思想上正确认识国民待遇原则。

第二，在国际投资法领域，国民待遇原则是与最惠国待遇原则、互惠原则等交织在一起，相辅相成，共同施行的。因此，在立法上应注意诸原则的互相配合与协调，避免诸原则的相互冲突。而且，在发展中国家与发达国家之间的国际投资关系中还应体现普遍优惠制原则的精神，发达国家不得以发展中国家实行国民待遇原则取消原有给予外资的某些“特权”或“优惠”，而对发展中国家的投资资本实行报复。对此，我国在今后的双边或多边国际投资条约谈判签订中尤需加以注意。

第三，前面说过，国民待遇的实施范围及方式依各国的条件不同而不同，我国当前主要应以提高国内企业的平等竞争力和鼓励国内主体实行合理投资行为为出发点，在税费、原材料供应、市场份额、劳动用工、资金融通、进出口等方面使得内外资尽可能地平等，减少差别和歧视，从而减少不平等的竞争因素。

第四，为了实现国家的总体社会经济发展规划，若对某些经济主体的差别待遇还必须保留，则要做到公平，透明，做到制度化、法律化。这样才能杜绝各地在吸引外资上变相“压价”抬高优惠，或者对外商施以种种歧视，包括滥收费、限制原材料供应等现象，从而避免实行差别待遇而可能带来的一个最大后遗症——令外国投资者感到东道国制度不统一，法律的随意性太大，缺乏投资保障。

第五，要对实行国民待遇而可能产生的利弊作客观的分析，从而尽可能地做到扬利抑弊。例如，实行国民待遇会刺激工业发达国家资本以及大资本对中国投资的兴趣，但优惠待遇的降低则会影响部分中小资本对中国的投资。总之，在立法时必须对各种可能都做出分析和判断，尽可能消除负面影响。

第六，国民待遇原则的实施意味着缩小了法律赋予外国投资者的各种差别待遇，使得各种资本在待遇及法律上相对一致。外资立法在内容上的这一变化，使得在形式上制定一部统一的《外国（或外商）投资法》成为必然，目前的分散立法是差别待遇在形式上的反应。

（责任编辑：刘估）