

内容摘要

外资国民待遇作为促进国际投资的一个主要原则和标准，在国际上对其含义、性质以及适用范围还存在较大的争论。就中国而言，在对待外资国民待遇问题的态度上经历了一个发展过程，中间还经过反复，至今也没有统一的认识。但实践中，中国已经给予外资以诸多的优惠待遇，此即所谓的“超国民待遇”；与此同时，却还有一些国家指责中国对外资的限制过多。本文的目的就在于对外资国民待遇的基本问题加以探究，以求得对外资国民待遇的正确理解，并希望能对我国在该问题上的立法和实践有所帮助。

本文共分四章：

第一章论述了外资国民待遇的法理基础，并对外资国民待遇进行了经济学分析，旨在明确接受外资国民待遇的原因和条件。笔者认为，其形成的法理基础是平等、自由原则和国家主权原则；在经济原因或条件方面，外资国民待遇是国际引资博弈过程的产物，在东道国国内其实施的条件是市场经济体制。

第二章分析了外资国民待遇的含义和性质。综合各种国际投资文件，笔者发现对外资国民待遇的含义有两种理解：其一是外资所享有的待遇不低于东道国给予本国投资的待遇；其二是外资享有的待遇应等同于东道国给予本国投资的待遇。笔者认为这两种界定在实质上是相同的。外资国民待遇并不排除东道国基于主权而给予外资一定的优惠待遇，也允许一定的差别待遇的存在。同时，笔者认为要准确把握外资国民待遇必须注意它并非一般国际法上的义务、它和国际贸易领域的国民待遇的差别、它的不歧视性等性质。

第三章主要分析了外资国民待遇的适用对象和范围。在分析了一系列的国际投资文件之后，笔者认为外资国民待遇的适用对象包括外国投资者（受益主体）和外国投资以及与投资有关的活动（受益客体）。实践中经常有人将“外商投资企业”作为外资国民待遇的适用主体，这是一种错误的理解。此外，在外资国民待遇的适用范围上，存在大量的例外。这些例外对东道国国家安全、公共利益和国内产业的保护等具有积极作用。

第四章主要研究我国对外资国民待遇应有的立法取向，这是本文的重点，本

文前几部分的分析都服务于这一部分。大多数学者都认为我国接受外资国民待遇的时机还不成熟。然而，外资国民待遇从来都不是绝对的、全面的、毫无例外的，相反它包含了大量的诸如行业例外、发展例外等对其自身的限制。在考察中国缔约和国内法的实践以及我国的政治经济形势之后，笔者认为我国不仅可以而且应该接受外资国民待遇。同时，为实施外资国民待遇，必须解决我国现存的参照对象缺位和“超国民待遇”等前提问题。关于外资国民待遇的法律安排，笔者认为，我国在相关国际协定中应该采取混合式的国民待遇条款，在国内法上必须制定或修改企业法、外资管理法和税法等相关的法律。

本文的主要创新点在于：

其一，将非歧视原则扩展适用于东道国的国内投资者。因为国民待遇和最惠国待遇原则只能实现国内投资者与国外投资者、外国投资者间的平等，而忽视了东道国国内投资者间的平等，所以不够全面，也有失公平

其二，作者认为必须取消那些所谓的超国民待遇，因为这些优惠措施并不是投资者关注的主要方面，但它却具有造成东道国国家财产的流失、民族经济受挤压等弊病。

其三，不少学者都认为我国目前不宜接受外资国民待遇原则，但笔者认为我国完全可以接受该原则，因为外资国民待遇从来都不是绝对的，而是包含有很多例外的国民待遇。同时为实现国家宏观经济调控的目的，我国应采用否定性清单和肯定性清单相结合的方式规定外资国民待遇。

关键词：国民待遇 外资 立法取向

Abstract

As a very important principle to promote international investments, national treatment is perhaps the most favorable one to foreign investments. People have different ideas on the definition, object and the scope of application of this principle. In China, there is a developing attitude to it. Up to now, there is not a consentaneous conclusion on this issue. In practice, foreign investors and investments have been given a super national treatment in China. Meanwhile, China has been criticized for its limitations on foreign investors and investments. Therefore, by analyzing the definition, object and the scope of application of this principle, the author wants to get a full understanding on and develops a proper attitude to this principle.

This dissertation consists of four chapters.

In the first chapter, the author does jurisprudence and economic analysis on the appearance and the formation of national treatment. The author thinks its jurisprudence basis of formation is equality, liberty and state sovereignty principle. Meanwhile national treatment results from the process of international investment competition and is based on market economy.

Chapter two reviews the different definitions of national treatment and its characteristics. The existing international investment agreements define national treatment mainly in two ways. One way requires a strict equal treatment between foreign investors and the home ones. The other one offers more favorable treatment to foreign investors. However, these two definitions are identical in effect because even the host country has adopted the former model, it does not exclude that country to grant more favorable treatment to foreign investors and investments based on its sovereignty.

National treatment has three characteristics. The first one is that it is not an obligation in the general international law, so the host country could accept it or deny it. The second one is that it only applies to the field of international investment. The third

one lies in that it requires non-discrimination to foreign investors and investments, and permits the existence of *de jure* discrimination, but refuses the *de facto* one.

The third chapter analyzes the scope of application of national treatment in international investment which is to make clearer its beneficiary subjects and objects. After careful study, the author found that certain exceptions always form part of the national treatment principle, which serve to protect certain national industries in host country.

Chapter four points out the proper legislation selection which China should make on the issue of national treatment for the investments and investors. This part is the keynote of this article. Most scholars take the view that China should not accept the national treatment because China has not established a mature market economy and its most national enterprises are in a weaker position in comparison to foreign investors, especially to the transnational corporations. However, the author of this article thinks that it is the time for China to adopt this principle and China should adopt it. The author gives four reasons on this idea. The author also thinks that it is not enough for China to only accept this principle. In order that this principle could be enforced properly, China has to come over two problems, one is that different national enterprises have been given different treatments, the other is the so-called super national treatment. At last, the author gives some suggestions on the implementation of national treatment, which involve the hybrid of "positive list" and "negative list" and the establishment or modification of some internal laws.

This article has a few innovations. The first one is that the author extends the principle of non-discrimination to national investors. As we know, the principle of non-discrimination consists of two main aspects, national treatment and most-favored-treatment. But a different treatment between national investors will be a violation to the principle of equality, and will cause damages to the national investors. So the author prefers that non-discrimination would have a third aspect other than the above two,

which is the non-discrimination between national investors.

The second one is abolishing the super national treatment because it has resulted in some defects. Super national treatment is not the most important factor to attract foreign investors. What they really concern are the good investment environment and so on.

The last one is that China could accept national treatment because national treatment has a lot of exceptions. With these exceptions, China could give its national enterprises enough protection. So some scholars' worry is not necessary.

Key words: National Treatment Foreign Investment Legislation Selection

引 言

外国投资对当代各国经济发展有着极其重要的作用。但对于外国投资所涉及的各种法律问题，大都仍然存在着投资母国和东道国之间的争论。其中，争论较多的问题之一就是对外国投资的待遇问题。投资母国，尤其是其中的发达国家，为争取有利的国际竞争地位，总是要求东道国给予外资以最惠国待遇、国民待遇以及国际最低标准待遇，要求东道国对外资的进入和运营给予尽可能多的自由。然而，东道国，尤其是其中的发展中国家，既希望利用外资能为本国带来宝贵的资金和技术，又担心本国经济受到这些外资的冲击以及可能受到投资者的控制和剥削。即使同样是投资母国或东道国，不同国情的国家或地区对于外资的态度也存在差异。

国民待遇是传统的外国人待遇的制度之一，最早可以追溯到古罗马私法所提出的“自由民形式上平等原则”。而正式将国民待遇原则由商业习惯转变为成文法的是法国 1804 年的民法典。之后，国民待遇逐渐得到了普遍的适用，其范围也不再局限于国际民事交往领域。随着经济全球化进程的加快，国民待遇原则逐步从国际贸易、知识产权领域进而扩展到国际投资尤其是国际直接投资领域。

虽然国民待遇原则在各国国内投资法、双边或区域的投资协定中有了或多或少的规定，在普遍性国际文件中，如世贸组织的几个有关协定也采用了该原则，但其从未像在国际贸易或是国际知识产权保护领域中那样成为基本原则或国际惯例，甚至对国民待遇原则在投资领域的含义和性质以及适用范围等问题仍然存在分歧。

就中国而言，与其他大多数发展中国家有不少相似之处，但也有差异。中国在很多领域积极推进外国直接投资，但在另外一些领域却限制颇多。中国的不少地方政府，都将招商引资的数额作为衡量其政绩的主要标准，这使得他们在吸引外国直接投资时竞相给予优惠，实行“超国民待遇”。尽管如此，不少发达国家及其投资者还指责中国的投资政策对外资限制过多。同时，国内不少企业特别是民营企业亦在抱怨政府对外资过于优惠，限制了它们的发展空间。

那么，中国今后对于外国投资究竟应不应该给予国民待遇，应该如何具体体

现该原则，才能既有效利用其带来的资金和技术加快我国的经济发展，同时又可以最大限度的避免它们可能带来的消极影响呢？本文在分析国民待遇的基本理论问题和中国的实践之后，给出了自己的结论。

第一章 外资国民待遇的法理基础和经济分析

一、外资国民待遇的法理基础

如前所述，国民待遇最初是国际法上关于外国人待遇标准中的一种，它是指给予外国人与本国人大体相等的待遇。国民待遇原则能够得到国际社会公认，并在国际法中予以广泛地确定，有其深刻的政治思想和法哲学理论渊源。它是人人平等的人权思想、法哲学公平正义原则、国际法的互相尊重主权原则和民商法的平等互利原则的综合体现。¹一般认为，国民待遇原则是基于人人平等和自由的人文思想以及人类社会长期共存的需要。²以这些理论为指导，国民待遇从最初的外国人地位特别是人身和财产的保护，逐渐扩展到国际贸易与知识产权保护等领域，国民待遇原则也从各国的国内法向国际立法开始渗透。³二战后，在发达国家和由它们所控制和主导的国际经济组织的大力推动下，国民待遇原则逐渐开始体现在国际投资领域当中。由此产生了外资国民待遇的问题。

外资国民待遇是东道国给予外商投资的一种待遇标准。⁴从形式上看它是一个法律问题，其要解决的是外资在东道国的法律地位问题。外资的国民待遇同样有着自己的法理基础。

（一）平等和自由原则

人类平等意识的根源在于人渴望得到尊重和摆脱别人的统治。⁵平等要求每个人，作为社会的一分子，都能享有其作为其自身或因其所从事的行为而应该享有的权利。《世界人权宣言》第 1 条即规定：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等。”第 2 条进一步规定“人人有资格享受本宣言所载的一切权利和自由，不分种

¹ 参见柴海涛：《国民待遇制度与我国外资法律对策研究》，网址是

http://caitec.mofcom.gov.cn/article/200310/20031000135885_1.xml，2004年4月6日访问。

² 余劲松主编：《国际经济法问题专论》，武汉大学出版社2003年4月第1版，第332—334页。

³ 早期各国国内法中的国民待遇条款仅仅局限于外国自然人人身、财产和行为的法律权利和法律保护。从19世纪后期，国民待遇原则开始从外国自然人向外国法人扩展，其渊源也由国内立法向国际立法和国内立法并存的方向发展，最典型的是《保护工业产权巴黎公约》、《伯尔尼公约》和《商标注册马德里协定》等。在这三个公约中，都有国民待遇的条款。

⁴ 外国投资可分为直接投资和间接投资，但关于二者的分类标准存在较大分歧。同时，大多数国家对于间接投资更多地采用证券法和公司法等加以规制，因此本文只讨论外国直接投资的问题。

⁵ 埃德加·博登海默著：《法理学—法律哲学和方法》，张智仁译，上海人民出版社1992年2月第1版，第269页。

族、肤色、性别、语言、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或其他身份等任何区别，并且不得因一人所属的国家或领土的政治的、行政的或者国际的地位之不同而有所区别……。”⁶这即是对平等的一种反映和要求。

对外资的国民待遇其法理根源即在于平等原则的要求。因为虽然国籍是国家区分国民与非国民的根据，并因此产生不同的权利和义务，但它不能成为国家歧视性对待非国民的标准。所以，对外国投资者应当给予与本国投资者大体相等的待遇，尤其在其权利的保护上。同时，使得外国人成为外国投资者的唯一依据——外资也相应的应该享有与东道国本国投资大体相等的待遇。

同时，对外资的国民待遇普遍的被认为是投资自由化的基本要求。因为“自由是随附于增加财富的目的的……”⁷。虽然，波氏的论述是针对契约自由而言的，但完全适用于投资自由。毕竟投资的自由化在一定程度上不仅可以增加投资者的财富，与此同时，因为投资者可能会为东道国带来资金和技术，还可以为增加东道国的就业做出贡献。

因此，对外资的国民待遇虽然不能真正实现国际投资的平等和自由，但它却能消除歧视，为内外投资者建立一个基本平等和自由的竞技平台，进而为建立公正自由的国际经济新秩序创造一个良好的制度基础。

（二）国家主权原则

依照国家主权原则，接受外国人是一个国家自由决定的事项，每个国家由于它的属地最高权，有权拒绝外国人于它的全部或部分领土之外，或在某种条件下接受外国人。⁸即使在国家接受外国人之后，给予什么样的待遇也完全基于该国的主权。尤其是如果外国人是一个商业企业，其取得财产大概具有经济投资的性质。允许这种投资所根据的条件问题，主要应由东道国决定。并且除有条约义务的限制外，接受国没有义务对外国投资者给予国民待遇。虽然外国企业对于投资有兴趣，但接受国既要鼓励投资，又要保护自己，以免它可能看到的外国人在国民经济部门占有过分的控制的危险。因此，在本国和外国投资之间要求有一定程度的

⁶ 参见国际人权法教程项目组编写：《国际人权法教程》第二卷（文件集），中国政法大学出版社 2002 年 12 月第 1 版，第 2 页。

⁷ 波斯纳：《法律的经济分析》，利特布朗公司 1972 年英文版，第 11 页。

⁸ Oppenheim's International Law, ninth edition, volume 1, edited by Robert Jennings and Arthur Watts, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, at pp.897-898.

差别待遇，则非必然违反国家的国际义务。⁹由此可见，除非承担了条约义务，否则是否给予国民待遇完全是一国主权范围内的事情。虽然东道国可能基于各种考虑在一定程度上承担给予外资以国民待遇的条约义务，那也是其行使主权的結果。同样基于主权原则，东道国还可以在承担国民待遇义务的同时要求一定范围内的例外和对外资的歧视。¹⁰

二、外资国民待遇的经济学分析

（一）国际引资和投资博弈的结果（以发展中国家为例）¹¹

众所周知，发展中国家普遍存在资本、外汇、技术和制度等缺口，需要引进外部资本加以填补，同时发展中国家还希望利用外资扩大就业，总之，发展中国家吸引外资的目标是多元的。从经济学的角度来讲，在发展中国家吸引外资的过程中，存在着东道国和投资者、东道国之间、东道国内部区间（即地方政府之间）和投资者之间的多重博弈。在国际投资活动中，正常情况下，货币资本总是从利率低的国家流向利率高的国家，而生产资本总是从利润率低的国家流向利润率高的国家，这其实就是资本从生产效率低的国家流向生产效率高的国家。因此国际投资可以提高世界资源的整体配置效率，增加全世界的产出总量。其增加额扣除国际资本流动的交易费用之后即为国际投资的纯收益。上述不同主体间的博弈行为就是围绕这些收益的分配展开的。

在东道国与投资者之间的博弈过程中，只有当东道国和投资者彼此都预期能从该国际投资行为中获益时（前提是东道国和投资者都是追求自己利益最大化的理性经济人），国际投资才会现实发生。同时还存在东道国和投资者之间的收益的分配比例问题，这才是二者博弈的真正目的所在。而国民待遇是国际投资博弈的

⁹ Oppenheim's International Law, ninth edition, volume 1, edited by Robert Jennings and Arthur Watts, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, at p. 933.

¹⁰ 例如，《联合国跨国公司行动守则草案》第 47 条规定，“各国拥有对跨国公司进入本国或在本国建立跨国公司进行管制的权力，包括确定跨国公司在其经济与社会发展中可以发挥的作用以及禁止或限制跨国公司在特定部门活动的权力。”再如，世界银行拟定的《外国直接投资待遇指南》也认为，非歧视的自由准入仍允许国家拥有拒绝外资进入的如下例外：（1）国家安全的需要；（2）因国家经济发展目标及国计民生之利益国家法律明定保留给本国国民的行业。关于东道国基于主权对国民待遇的限制，详见本文“国民待遇的例外”部分。

¹¹ 本部分主要参考了朱延福著：《外资国民待遇导论》，限于篇幅对所引用的有关论点不再一一注明。朱老师主要是从经济学的角度对外资国民待遇进行了分析，在经济学和法学相结合的方面似不够深入。但朱老师在经济学方面对外资国民待遇的形成的讨论给了笔者极大的启发。在此向朱老师表示感谢。这一部分的详细内容可参见：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 94—118 页。

政策均衡点，¹²在该点上，资本的国际转移将达到最佳规模，即东道国的资本边际生产力、东道国的资本收益率、投资者的资本边际生产力、投资国的资本收益率这四个变量同时相等，资本在国际范围内的配置达到最佳状态。因此，资本失去了国际流动的动力。反之，若外资待遇高于内资待遇，则外资可以获得一个额外的收益，从而引起资本的过量的、非经济的国际转移。表面上看，东道国吸引了更多的外资，但这是以牺牲东道国国内产业发展机会的代价而获得的，不利于东道国民族经济的发展，同时还会产生东道国的经济命脉被控制的更不利的后果。

但是，由于利用外资可以促进本国经济的发展，因此还存在着东道国之间激烈的引资竞争，也即东道国之间在利用外资上的博弈。东道国之间的博弈是国际投资者所非常乐见的，因为东道国往往会为了吸引外资而争相给予外资各种各样的优惠。然而这将抵消东道国在不存在这种竞争时的收益，所以东道国之间的竞争极易陷入囚徒困境 (Prisoners dilemma)，¹³进而破坏作为国际引资博弈过程均衡点的国民待遇。

与此同时，在多个投资者竞争同一投资市场时，各投资者之间也会发生竞争关系或博弈关系。有时，为获得东道国的准入，特别是为占领有限的投资市场，投资商也会主动作出一些让步，如投资规模承诺和技术转让承诺以及雇用和培训当地员工承诺等。这种博弈对东道国是有利的，因为它可以降低引资成本，提高引资的收益。但这种情况只有在东道国的其他投资环境如地理环境、消费者偏好特别适合投资商发展时或者是东道国在开放市场的同时充分引入竞争机制时才会发生。而且这种东道国的优势地位还往往被东道国内部的地方政府间的引资博弈所抵消。因为虽然从理论上讲，在遵守国家共同的外资政策和法律法规的前提下，东道国地方政府间的引资博弈是一种合作博弈，但这种区间博弈可能会使地方政

¹² 此处的国民待遇按上引朱延福文指的是对外国国民实行与本国国民相同的待遇。关于国民待遇的不同界定，容后详述。

¹³ 囚徒困境指的是这样一种情形：两个囚徒被怀疑犯了罪，警方对两人分别单独讯问。此时，如果两人互不揭发，就会因证据不足而都免于牢狱之灾或都被处以较轻的刑罚。但若警方告诉他们，如果他们中的某一人揭发对方的罪行，这个人就可以被无罪释放，而被揭发的人将会被判处较重的刑罚。结果不论是测试，还是在现实中，我们可以发现，绝大多数都是相互揭发而双双入狱的结局。其原因在于，在这场博弈中，如果一个囚犯被对方揭发而自己却缄默不语，对他而言是最差的选择，不仅他要独自承担罪责，而且还会被人耻笑为笨蛋；如果他揭发对方而对方却不揭发他，则为最优；而如果两人彼此揭发，结果是双双坐牢，但至少没有人会当笨蛋。囚徒困境现在被广泛应用于经济领域，指国家、企业或个人一味地进行各自的无序竞争，而不是寻求合作，将对所有人都造成聚集性的损害。参见：John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Higher Education Press, 2002 年 11 月第 2 版，p.416.

府为引资而采取变通手段对外资再让利。再让利的结果就是上述东道国的优势地位一定程度的丧失。¹⁴

（二）以国内市场经济体制和民族产业的充分发展为前提

在国内层面上，外资国民待遇作为一国上层建筑的一种表现形式，需要一个相应的经济基础作为其实施的条件。这个条件就是市场经济。而计划经济体制和外资国民待遇制度是不相容的。¹⁵因为在计划经济体制下，配置资源的基本手段是计划而不是市场，且过分强调各类经济主体对国家计划的严格服从，所以这些主体根本不是市场主体，而只是国家计划的执行工具。为保证计划的实现，国内企业尤其是国有企业，在生产、流通和分配等领域对国家负有特殊的义务；另一方面，国家在要求这些企业承担特殊义务的同时，在工资、价格、物资供应、信贷补贴等方面也给予它们特殊的支持。这些特殊义务和支持根本不可能由外国投资者所承担或享有。在这种情况下，国民待遇要么没有存在的余地，要么不可能真正落到实处。因此，传统上西方国家与社会主义国家间的投资保护协定大都没有国民待遇的条款，即使列入，实行的也不是真正意义上的国民待遇。¹⁶

相反，国民待遇只有在市场经济体制中才能有效地落实。因为市场经济体制与生俱来的平等性、竞争性和透明性等特性，则使得国民待遇的实行有了理论的基础和现实的可能。¹⁷平等作为国民待遇的法理基础已如前所述。需要进一步强调的是，竞争是市场的动力，充分竞争才能获得更大发展，而竞争的首要前提就是主体权利义务的平等。另外，国际投资更多地是在发达国家之间进行的原因也表明：优惠政策和原材料或劳动力的低成本获得等并非吸引外资的主要因素，外资流向更注重的是法律和政策的透明度和制度化。因为只有如此，投资风险及其收益才会有确定性和可预期性，投资也才会更安全。¹⁸

¹⁴ 假设经过国际引资博弈，东道国通过引资可获利 A，但该国的 B 地区和 C 地区都希望引进这笔资金，假设其他因素两地区都相同，则这两个地区的引资手段只能是再让利。再假设 B 地区的让利幅度为 b，C 地区的让利幅度为 c，则无论外国投资者选择哪一地区投资，东道国本可以获得利益 A，经过地区间博弈，该利益就降至 A-b 或 A-c。

¹⁵ 参见单文华：《外资国民待遇及其实施条件》，载《中国社会科学》1998 年第 5 期。

¹⁶ See: R. k. Paterson, *Canadian Investment Promotion and Protection Treaties*, *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, pp.377-380. 转引自陈安主编：《国际经济法学专论》（下编 分论），高等教育出版社 2002 年 7 月第 1 版，第 703 页。

¹⁷ 单文华：《市场经济与外商投资企业的国民待遇研究》，载《中国法学》1994 年第 5 期。

¹⁸ A. Bevan et al., *Foreign investment location and institutional development in transition economics*, *International Business Review* 13, 2004, p.49.

但仅仅有市场经济制度的建立还不足以使得东道国大胆给予外资以国民待遇。因为，如果允许外资长驱而入，而本国民族产业却不具备与之相竞争的能力，则最终的结果是民族产业可能毁于一旦。因此，实行外资国民待遇的最恰当时机应当是民族产业具备有效竞争能力和民族产业与外资产业可能处于均衡状态之时。当民族产业具备一定程度的竞争能力，则即使外资进入与之竞争，民族产业也不会一败涂地；当二者处于均衡状态，则它们在市场上形成一种竞争依存状态，不会相互驱逐。另外，本国资本也可以借助东道国与其他国家的“国民待遇”的安排，在世界市场上自由地逐利。在这种条件还不具备的情况下，即使东道国承担了给予外资以国民待遇的义务，若本国幼稚产业跟外国投资者（大多数是经济实力十分雄厚的跨国公司）相比处于极其不利的地位，这种经济上的不对称（economic asymmetry）也可能要求一种国民待遇的灵活性地位。

第二章 外资国民待遇的含义和性质

一、外资国民待遇的含义

(一) 外资国民待遇的界定模式

纵观各国的外资立法和国际投资条约以及其他一些国际规范性文件的规定,¹⁹对国民待遇的有如下几种定义:

一种定义是,国民待遇是指东道国“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”。近些年各国制定的外资法和签订的双边投资保护协定大多数采此规定。例如,中国和日本关于鼓励和相互保护投资协定(简称中日投资协定)第3条第2款即规定“缔约任何一方在其境内给予缔约另一方国民和公司就投资财产、收益及与投资有关的业务活动的待遇,不应低于给予该缔约一方国民和公司的待遇”。1997年经合组织拟定的但由于种种原因而流产的《多边投资协定》(THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT,简称 MAI)对外资国民待遇的界定是,“每一缔约方应给予[在相似情况下 (in like circumstances)]另一缔约方的投资者和投资以不低于其给予本国投资者和投资的待遇。此外,1994年《北美自由贸易协定》(NAFTA)、1994年经合组织成员与前苏联、东欧国家签订的《能源宪章条约》(THE ENERGY CHARTER TREATY)对外资国民待遇均下此定义。

另一种定义是,国民待遇是指东道国给予外国投资的待遇应等同于 (as the same favourable as) 其给予本国投资的待遇。例如,中国和英国关于促进和相互保护投资协定(简称中英投资协定)第3条第3款即规定:“缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给予缔约另一方的国民或公司的投资与其给予本国国民或公司以相同的待遇。”

此外,各国国内法中凡是有关于外国人待遇规定的大都采用“一国给予外国人以与本国国民同等的待遇”的提法。例如,1804年《法国民法典》第11条规定:“外

¹⁹ 此处之所以适用国际规范性文件的提法,主要原因在于国际投资领域还没有形成真正全球性的国际规则,目前有一些大都不具有义务性的约束力,如经合组织拟定的《多边投资协定》、世界银行拟定的《外国直接投资待遇指南》等。

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。”美国《对外关系法》第 722 条也规定：除非法律另有规定，外国人在美国可享有与本国国民同等的保护。不过，此等国内法之规定，可分为两种，即法国式的强调以条约互惠为前提，是称“互惠主义”，为国民待遇的早期规定；而美国式的规定则旨在倡导对内、外国人的平等对待，被称为“平等主义”。²⁰

按照联合国贸易和发展会议（下称联合国贸发会议）的有关文件，国民待遇是指这样一个原则，即东道国在相似情况下给予外国投资者以至少和它给予本国投资者相同的待遇。²¹

由此可见，关于国民待遇并没有一个统一的定义，联合国贸发会议的定义其实是为了协调上述关于国民待遇究竟是“不低于”还是“等同于”东道国给予其本国投资者的待遇，从其措辞看，更与“不低于”的提法相一致。该文件进一步认为，在条约实践中，“不低于”的界定模式是最普遍的定义（the most common formulation）。²²

近代，外国投资者在其本国的殖民地和弱小国家获得了大量的经济特权，甚至控制了当地的经济命脉。二战后，新独立的发展中国家对发达国家投资者的这种优势地位极为不满，纷纷强调国民待遇的平等性，即外国投资者只能享有与其本国国民相同的权利，借以反对外国投资者的特权。²³并以此为依据，开展了大规模的国有化运动，收回了外国投资者手中的特权。

然而在此之后，发展中国家运用国民待遇的平等性反对外国投资者特权的必要性已大为减少。与此同时，发展中国家对外资及其相关的技术和管理制度等的

²⁰ 关于此等分类，详见梅仲协著：《国际私法新论》，台湾三民书局 1980 年版，第 143 页。

²¹ 原文是：“National treatment can be defined as a principle whereby a host country extends to foreign investors treatment that is at least as favourable as the treatment that it accords to national investors in like circumstances.” 见 UNCTAD, *National treatment*, Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), UNITED NATIONS New York and Geneva, 1999, p.1.

²² UNCTAD, *National treatment*, Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), UNITED NATIONS New York and Geneva, 1999, p.39.

²³ 这方面的例证是一些南美国家所提倡的“卡尔沃主义”（Calvo Doctrine）。卡尔沃主义的中心内容是反对投资者母国的外交保护权，反对投资争端的国际仲裁和国际司法解决，强调投资争端的“当地救济”。其理论依据就是以内、外国国民权利平等为精神的国民待遇原则。参见赵建文主编：《国际法新论》，法律出版社 2000 年 11 月第 1 版，第 205 页。

强烈需求，使得它们在与发达国家及其投资者的博弈过程中讨价还价的实力大大降低，因此亦不得不对此作出一些让步，这才导致了一定程度的承认外资在东道国所享有的一定优惠地位的结果。换言之，发展中国家的资金、技术、管理制度等缺口严重影响其经济发展的现实迫使这些国家不得不做出了承认国民待遇的“不低于”的界定模式。笔者认为，在界定国民待遇时，必须考虑这种经济背景。

也正是由于这种原因，自 20 世纪 70 年代以来，为吸引外资，许多发展中国家通过实行各种优惠措施，鼓励外资的流入。对此，发达国家及其投资者在相当长的一段时期内，并无异议。相反，这正是其所喜闻乐见的。因此，以往投资者母国和东道国关于国民待遇问题的对立，开始转变成对国民待遇理解上的接轨，从而导致近些年来将“国民待遇”定义为外资享有的待遇“不低于”内资待遇这一趋向的出现。

笔者认为，关于国民待遇的这两种界定，其实质是相同的。因为许多双边投资协定虽然规定了“等同于”的国民待遇条款，但是在其中还规定了所谓的“权利保留条款”(Clause on Preservation of Rights)，即该协定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。例如，1993 年中国与斯洛文尼亚投资保护协定在第 3 条第 2 款虽然规定了缔约一方应给予另一方投资以与内资同等待遇，但该协定第 9 条又同时规定不排除缔约一方给予缔约另一方投资者以更优惠的待遇。中国与摩洛哥的投资协定第 8 条也有类似的规定。同时，从发展中国家的实践来看，即使采用“等同于”这样的措辞，国民待遇也根本不会妨碍东道国对外资实行各种优惠措施。理由已如前所述，国民待遇的法理基础之一就是国家主权原则，除另有条约义务之外，给不给国民待遇完全是一国主权范围内的事务，则是否给予外资以更优惠的待遇也是国家的权力所在。所以，尽管条约中规定了“等同于”的国民待遇，国家仍可以根据主权原则而给予外资以更优惠待遇。

(二) 相同或相似情形的界定

大多数投资协定在定义外资国民待遇时，都采用了在“相同或相似情形下”(in like circumstances) 的用语，所以界定外资国民待遇所需要考虑的另一问题就是何谓“相同或相似情形”。在确定东道国给予外资的待遇是否符合国民待遇的要求时，

首先考虑的前提问题就是外资和内资所处的情形是否相同或相似，否则根本不具有可比性。“相同情形”或“相似情形”在国际投资协定中往往被视为同义的措辞。依有些学者的观点，相同或相似情形包括两方面含义，其一是企业生产产品的同类性，其二是投资过程中所处时间阶段的同一性。并认为后者是指在投资设立、获取、扩大、运营、管理、维持、使用、享用和销售或投资者以其他方式处置其资产的一切活动中，在哪个阶段外国投资者与投资主张适用相应阶段的国民待遇。²⁴笔者认为，对于前者来讲，范围似嫌过窄，因为在直接投资领域，企业之间的相似性与可比较性，除了企业所生产产品本身的共同特征外，还包含着企业所设地的环境与生产周期等的比较，因为企业毕竟是在东道国长期存在，其外部的许多条件都会影响其生产的状况，而这些也应该构成“相似性”的比较之标准。而对于后者，在事实上这样细致的区分可能比较困难，而且也没有区分的必要。

目前在国际投资实践中，还没有关于这一问题的答案，但笔者认为可以参考WTO专家组和上诉机构对国际贸易领域中“同类或相似产品”的解释，²⁵即主要以内资和外资间的直接竞争关系的程度来加以判定。同时还应参考上述的企业之间的产品、企业的生产周期和企业主要营业地的环境等因素。值得注意的是中国与外国订立的涉及国民待遇条款的双边投资协定中大多都没有涉及所谓的“相同或相似情形下”的规定（如中英、中韩、中日协定），原因可能就在于相同或相似情形的具体确定实在是过于复杂。但在发生争议的时候，如何解决这一问题就只能取决于争端解决机构的自由裁量了。

二、外资国民待遇的参照对象

如前所述，外资国民待遇有不同的界定模式，但无论是哪一种模式，都不能回避一个问题，即国民待遇是以国民为参照对象的待遇，因此要准确的理解国民待遇，还应该明确何谓“国民”。其实，在界定国民待遇的时候，都隐藏着一个重要的前提问题，即内资投资者的待遇是平等的、一致的，或者说存在一个或一类的“标

²⁴ 诸远征：《外国直接投资之国民待遇研究》，网址：<http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sId=499>。2003年12月6日访问。

²⁵ 世贸组织专家组和上诉机构在日本烈酒案、欧盟石棉及含石棉产品措施案和加拿大期刊案中对此有详细的解释。

准国民”，它的待遇可以作为外国投资者的参照标准。²⁶

（一）国民资格的确定

如前所述，外资国民待遇是一种相对标准，其参照对象是东道国的国民，只有在外国投资者不享有东道国本国投资者所享有的待遇，且这种待遇又不属于国民待遇的合理例外时，东道国才是违反了对外资实行国民待遇的要求。因此，东道国国民资格的确定是外资国民待遇所必需首先解决的问题。但这一问题在以往的关于外资国民待遇问题的研究中似乎并未引起广泛重视。

纵观国内外立法，关于一国国民资格的确定，大都区分自然人和法人而有所不同。

1. 自然人国民：自然人国民的确定标准主要是国籍。自然人国籍的确定，主要是一国主权范围内的事项。各国立法一般分因出生取得国籍和加入取得国籍，具体又有血统主义和出生地主义，国内外学者对此已有较多论述，故本文不再赘述。²⁷

虽然如此，但值得注意的是 1955 年国际法院在诺特波姆案的判决中指出，国家行使国内管辖的行为并不必然地或自动地具有国际效力。当两个国家都赋予一个人国籍时，问题就不再属于其中一国的国内管辖而扩展到了国际领域。为解决此种冲突，国际法院采纳了一些学者的观点，即该国籍必须符合基于个人与国籍国间有最密切的实际联系的事实。所谓最密切的实际联系的事实包括惯常居所地和利益中心地，家庭联系、参加公共生活，对子女的灌输以及对特定国家流露出的依恋等等。²⁸

另外，在确定外国投资者是否享有国民待遇时，必须将该国的所有自然人国民普遍享有的待遇作为参照标准，否则以某个个别人所享有的待遇为参照标准，可能加重东道国的国际义务，因为某些单个人的权利或待遇可能是基于某些特殊的原因而获得的。

²⁶ 朱延福：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 211 页。

²⁷ 有兴趣者可参见：赵建文主编：《国际法新论》，法律出版社 2000 年 11 月第 1 版，第 176—179 页；赵相林主编：《国际私法》，中国政法大学出版社 2002 年 9 月修订版，第 129—139 页；李浩培著：《国籍问题的比较研究》，商务印书馆 1979 年版。

²⁸ 参见梁淑英主编：《国际法教学案例》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 138 页。国际法院的网站：www.icj-cij.org。

2. 法人国民：法人国民资格的确定则较为复杂。各国关于这一问题的确立标准一般有法人成立地说、法人住所地说、资本控制说和复合标准说等。然而，究竟如何确定法人的国籍，国际上还没有统一的标准。实践中，采用登记地说和住所地说的国家较多，但各国一般并不只是采用单一标准，而是依据上述几种标准，根据具体情势，综合本国的利益和需要，灵活运用和掌握。

（二）国民差别待遇下的参照

在一国不存在不同法域且不同种类的国民所享有的待遇基本上相同的情况下，对外资的国民待遇很好确定。但在一国存在不同法域或不同种类的国民作为投资者所享有的待遇存在差别时，国民待遇的参照对象就需要作进一步的研究。

一般而言，国民待遇应当适用于东道国的整个领域。然而当涉及到一个国家的下级政治机构时，究竟何为国民待遇可能会变得不是如此明确，尤其是当这个国家下级地方政府拥有宪法性的权力，可以制定投资政策时，这个问题就变得十分重要。比如一个东道国的下级地方政府为了促进本地中小型企业的发展，规定了一系列与此相对应的优惠待遇，但是将来自内国的其他地方的投资者及其投资排除在外，这个时候来自别国的投资者及其投资可否成为这种优惠政策的受益主体呢？它们应当适用的待遇标准是来自本地的“国民”还是本国外地的“国民”呢？这类问题最易发生在像美国这样的联邦国家，所以美国对外签订的投资协定很早就注意到了这个问题，其双边投资示范条约规定，国民待遇意味着“待遇不低于在相似的情况下给予居住在美国的国民和根据美国其他州、属地、属土的法律法规所设立的公司的投资”。这一规定明显使得外国投资者被美国地方政府像对待来自美国其他地方政府的投资者那样看待，这样，如果东道国地方州政府向当地投资者提供了优惠待遇而没有给予外州的投资者，外国投资者是不能以国民待遇条款为依据提出质疑的。那么，如果东道地方州向来自外州的投资者提供了不同的优惠待遇时，外国投资者又可以请求获得哪种“国民”待遇呢，NAFTA 第 1102（3）条的规定对此问题做了解答。该条阐述到，给予外国投资者的所涉待遇应当“不低于在相似的情况下给予来自同一个成员的州或省的投资者及其投资的最惠国待遇”，这就意味着允许东道国地方政府对来自州或省外的投资者以不同待遇，但是

反对给予外国投资者的待遇是给予本国外地投资者的待遇中最差的一种，根据“最惠国待遇”的表述，外国投资者应当被给予提供给本国外地投资者待遇中最好的可获得的待遇。关于地方实体适用国民待遇的问题，OECD 的国民待遇条款也有类似的规定。²⁹

美国的这种规定，对于解决我国目前存在的大陆、香港、澳门和台湾四个法域在确定对外资国民待遇的参照标准以及对我国盛行的地方保护主义无疑具有很大的启示作用。

除此之外，在同一法域中不同国民的待遇存在差别的情况下，如何确定外资国民待遇的参照对象也是一个非常复杂的问题，由于这主要是我国现阶段存在的一种特殊情况，因此照顾到体系的需要，本文将在第四章再做讨论。

三、外资国民待遇的性质

在对外资国民待遇做了基本界定之后，还需要对其性质加以研究，以确定外资国民待遇对东道国而言是否属于一项国际习惯法所赋予的义务，从而必须给予外国投资者；同时，还须明确外资国民待遇和最惠国待遇一样，都是一个相对标准，因为不管采用上述哪种界定模式，都要求东道国给予外国投资者与本国国民同等的（或不低于本国国民）的待遇。至于国民待遇原则的具体内容则无论是国内法还是双边或区域投资协定甚至国际性规范文件都没有作出限定，而只是一般性的规定参照适用于东道国本国国民的规则。另外，还必须强调，本文所涉及的只是外资国民待遇，而非泛泛来谈论国民待遇，尤其是国际贸易领域的国民待遇，但二者间的关系也是必须要弄清楚的前提问题。

（一）外资国民待遇并非一般国际法义务

在一般国际法上一国是否负有义务给予其境内的外国投资者以国民待遇，答案是否定的。因为根据国际法，当外国人（根据国际法享有外交特权和豁免者除外）进入到他国境内时，就置身于所在国的权力之下，与所在国发生了密切的联系，根据国际法公认的国家主权原则，特别是国家的属地优越权，外国人必须服

²⁹ 诸远征：《外国直接投资之国民待遇研究》，网址：<http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?sld=499>。2003年12月6日访问。

从所在国的管辖。另一方面，既然其自愿进入他国领土，则有足够的理由可以推断他已经接受了他国的管辖。著名的国际法著作——《奥本海国际法》的作者也承认，此时，“由于外国人是在当地国家的属地最高权之下，该国可以把它的法律适用于它领土内的外国人；外国人必须遵守和尊重这些法律。当地国家对外国人的待遇有广泛的任意决定权——但应受条约的约束。现在这些义务的范围是广泛的。”³⁰同时，允许这种投资所根据的条件问题，主要应由东道国决定。并且除有条约义务的限制外，接受国没有义务对外国投资者给予国民待遇。因此，外资国民待遇并非一般国际法义务，也没有在国际法上被普遍接受，各国无论是基于国内法还是基于国际投资条约给予外国投资者以国民待遇，或是坚持不采用国民待遇，都是根据自己的国家主权和本国的特殊利益需要自由裁量的结果。

事实上，在国际法上也不存在被普遍接受的外资国民待遇标准。各种涉及外资国民待遇的国际规范性文件中，通常采用各种方式使国民待遇标准被对国民待遇有不同理解、投资政策和法律也存在差异的各个国家所认可和接受。有的将对外资的国民待遇作为一个目标，而避免采用义务性用语，而使用“各国或缔约方应尽力”的措辞。如前述中英协定第2条第3款即规定“缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给予缔约另一方的国民或公司的投资与其给予本国国民或公司以相同的待遇”。有的虽然规定了对外资的国民待遇，但同时却规定了具体的例外或保留采取例外措施的权利。如中韩投资协定在第3条规定了“不低于”另一缔约国国民待遇的待遇，但在专门订立的议定书中又规定了“缔约任何一方依照其有效立法，保留对另一国投资者所享受的不低于给予其本国投资者的待遇作出或维持例外限制规定的权利”。还有的规定“各国同意就影响其它国家利益的国民待遇标准的特别例外作出通知和协商”或规定“国民待遇的例外不构成对外国企业给予导致拒绝司法的不公平或不公正待遇的合理根据”。³¹由此可见，各国即使给予外资以国民待遇，也可以同时附加各种例外规定。这同样是主权原则所赋予东道国的权利。

其实，各国在外资国民待遇的非一般国际法义务的性质问题上，并没有太大

³⁰ Oppenheim's International Law, ninth edition, volume 1, edited by Robert Jennings and Arthur Watts, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, p.905.

³¹ United Nations Centre on Transnational Corporation, *Bilateral Investment Treaties*, Graham & Trotman Limited, 1988, p.249.

的分歧。争议的焦点在于是否存在“国际最低待遇标准”的问题。前述的两种对国民待遇的界定模式，其实质就是关于是否承认“国际最低待遇标准”的争论，因为按照“不低于”的界定，则“国民待遇”成为应给予外国投资者的最低标准，也即实现外国投资者和本国投资者之间平等的竞争性地位。或者说，它只反对对外国人的歧视，而不反对给外国人以超过本国人的优惠待遇。

究其本源，对国民待遇的不同界定事实上反映了发展中国家和发达国家在这一问题上的争论。如前所述，历史上，国民待遇曾是发展中国家反对发达国家以所谓的“国际标准主义”为借口的特权要求，而倡导“国内标准主义”的法理根据。因为，过去一些西方学者曾以发展中国家政治不良、法制不善、行政低效为理由，主张对本国侨民的保护仅依据国民待遇标准是完全不够的，而外国投资者应享有高于东道国本国国民的“国际最低标准”。如《奥本海国际法》的作者就认为：一国不能援引其国内立法作为回避国际义务的理由，这是一条已经完全确定的原则。由于实质上相同的理由，一国被控告在给予外国人的待遇方面违反其国际义务时，如果它抗辩说，按照其自己的法律和实践，与本国人的情形相比较，被指责的行为并未构成对外国人的歧视，这种抗辩也是无效的。国际法庭在这一问题上已经一再确定，存在一个最低限度的国际标准；一个国家如果不能达到这一标准，便应负国际责任。³²

布朗利也认为，自从20世纪初，就有法学理论反对国民待遇原则，而主张代之以“国际最低标准”、“文明国家的道德标准”。并且认为出席1930年海牙国际法编纂会议的大多数国家都支持国际标准。³³

与此相反，发展中国家的学者大都反对所谓的“国际最低待遇标准”，其最典型的就是前述的“卡尔沃主义”。中国国际法学界也有人认为，国际最低标准实际上是帝国主义、殖民主义的理论，不符合现代国际法原则。其无疑是外国人以特权地位，实质上是经济强国对经济弱国滥用外交保护权进行不当干涉的口实。³⁴还有人认为，国际最低标准根本不是一项客观公正的待遇标准，而恰恰是一种歧视性的、

³² Oppenheim's International Law, ninth edition, volume 1, edited by Robert Jennings and Arthur Watts, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992, p.932.

³³ [英] 伊恩·布朗利著，《国际公法原理》，曾令良等译，法律出版社2003年8月第1版，第581页。

³⁴ 姚梅镇著：《国际投资法》，武汉大学出版社1994年12月修订版，第304页。

不平等的标准，旨在为外国人在东道国寻求任何情况下的特权地位。该标准从根本上违反国家主权原则和互不干涉内政原则，否定了国家平等和独立等国际法上的基本理念。因此，是为现代国际法所排斥和否定的。为维护本国合法权利，发展中国家应坚决反对国际最低标准在任何情况下的适用。³⁵

笔者认为，所谓的国际最低标准待遇其实并不现实存在，因为这种国际标准内容极其抽象，含义十分模糊，并没有客观的标准可以遵循。连西方国家的学者也一直没有形成统一而具体的认识和理解。³⁶因此，在发生有关东道国的政策或法律是否符合国际最低待遇标准的争议时，并没有可以具体参照的标准。正是由于这个原因，笔者认为，发展中国家并没有必要一概的否认该标准的存在及其地位，相反即使承认这一标准，虽然由于该标准的含义模糊、抽象而可能造成解释混乱和滥用，但发展中国家也可以利用这一点来主张对自己的有利的解释，从而也不见得会损害发展中国家的主权。另外，在当代发展中国家之间的引资博弈过程中，大多数发展中国家为吸引外资，已经给发达国家的投资者以非常优惠的待遇，这种待遇要比所谓的“国际最低待遇”高出很多，所以完全没有必要担心承认国际最低待遇会给自己造成不必要的负担。

（二）外资国民待遇仅适用于外资

在此所强调的是，本文所讨论的外资国民待遇，顾名思义，只是就东道国应给予外资的国民待遇进行研究。而国民待遇可以适用于国际贸易领域和国际投资领域，由于这两个领域各自的本质和特征上的差异，则国民待遇在诸多方面也表现出不同。因此，有必要区分国际贸易中的国民待遇和国际投资中的国民待遇。

众所周知，在长期以来由于受各国生产力发展水平和国际分工程度的制约，国际贸易在国际经济中一直占据主导地位，国际货物贸易的规模与结构一直是衡量一国生产力发展水平和国际竞争能力的主要标志。³⁷因此，国际间就国际贸易（货

³⁵ 周忠海等著：《国际法学述评》，法律出版社2001年7月第1版，第207页。

³⁶ 有的学者认为，该标准是由文明国家国内法所承认的一般原则所构成的；有的把它看作成与“正当法律程序”相类似的东西；有的则不把它看成什么标准，而认为它只是一个“决定过程”，以此在特定的求偿案件里来衡量和解决是否一国根据国际法对外侨的损害负有责任的问题。但无论如何，都无法给国际最低标准规定明确的内容。就连某些西方学者也承认，国际最低标准有着根本的缺陷，即明显的含糊和不确定。参见姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年9月第1版，第295—296页。

³⁷ 李东阳编著：《当代西方国际投资学》，东北财经大学出版社1994年11月第1版，序言第1页，转引自周忠海等著：《国际法学述评》，法律出版社2001年7月第1版，第771页。

物、服务和技术贸易)已经形成了国内法、双边协定、区域协定和全球性多边协定等多层次的法律规范。尤其是全球性的多边协定,在国际贸易法律规范中占有极为重要的地位。关贸总协定和 WTO 可以作为这方面的最好的例证。

与此同时,由于国际投资的相对重要性和自由化程度和国际贸易相比,还有较大差距,所以国际投资的法律机制相对来讲更多的还属于国内法、双边或区域协定等层次的规范,全球性的国际投资规范还较少。除乌拉圭回合达成的 TRIMs 和 GATS 协定之外,³⁸普遍性的投资规范几乎没有。与此形成鲜明对比的是,在发达国家的推动下,国际上就国际投资进行国际规制的努力却与日俱增,并形成了诸如 MAI,世界银行的《外国直接投资待遇指南》(Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)、联合国的《跨国公司行动守则》(草案)等一系列的文件,但由于发展中国家和发达国家的严重对立,这些国际文件要么流产,要么被束之高阁,总之不具有约束力。但发达国家仍在为此而不遗余力,欲将投资问题在世界贸易组织进行谈判,意在形成约束国际投资的世界性文件,并借世贸组织的强制性管辖制度使发展中国家接受有关的投资规范。但这一努力的前景不甚明朗。因此,在国际投资领域,发挥主要作用的还是双边或区域性的投资规范。

外资国民待遇与国际贸易领域的国民待遇的差异主要表现在:(1)二者发展程度和依托的法律机制不同。国际贸易领域中,国民待遇的依托机制包括国内法、双边和区域协定和全球性多边协定,而且这几个层次中,全球性协定具有极为重要的作用。而国际投资领域的国民待遇的依托机制则主要是各国国内法、双边和区域协定。如前所述,国际层面的投资规范远未真正形成。这就决定了二者适用范围上和在各自领域中所起作用上的巨大差异。(2)适用对象和范围不同。国际货物贸易领域的国民待遇根据 WTO 相关协定主要适用于进口产品所涉及的国内税和其他费用;影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分配或使用的法律、条例和规定,以及对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例。在服务领域,根据 GATS 国民待遇作为具体承诺,主要适用于各成员在其承诺表中所作出的具体部门和条件。而外资国民待遇的适用对象则是外

³⁸ 即使是这两个协定,也只涉及具体的部门或具体的问题。其中的 GATS 主要规范国际服务贸易,只是因为某些服务贸易需要以商业存在的形式进行,而商业存在必然涉及国际投资,所以 GATS 才在一定程度上被视为国际投资规范。而 TRIMs 则仅限于与贸易有关的投资措施,并非专门规制国际投资活动的国际规范。

国投资者及与投资有关的活动（这一点容后详述）。(3) 在各自领域中的重要性不同。贸易领域的国民待遇主要是作为最惠国待遇的补充而发挥作用。而投资领域的国民待遇却至少和最惠国待遇具有同等重要的作用。因为，基于市场经济所需的平等原则，东道国需要在本国投资者与外国投资者之间、外国投资者之间都建立一种公平竞争机制。前者需要国民待遇，后者则由最惠国待遇保证。

但由于二者都是涉及外国人待遇的制度，因此又不能截然分开。例如，20 世纪 80 年代初，加拿大的外资审查法（Foreign Investment Review Act）规定，如果相同加拿大产品在市场上有竞争力或加拿大生产同样产品，外国投资者应首先使用加拿大产品。美国就此向关贸总协定申诉，认为加拿大的外资审查法违反国民待遇原则。专家组认为加拿大外资审查法的相关规定确实不符合国民待遇原则，因为要求首先使用本地产品会使外国同类进口产品处于不利的竞争地位。在乌拉圭回合谈判中，这一问题得到了解决。TRIMs 协定所禁止的五种投资措施就包括这种所谓的当地成分措施。同时，TRIMs 主要规范的只是那些违反 GATT1994 关于货物贸易的国民待遇和数量限制规定的投资措施。在 GATS 中，服务贸易作为国际贸易的一种也得到规制，但其中也涉及到国际投资。虽然其中的国民待遇只是作为各成员的具体承诺而存在，但毕竟有了第一个专门针对国际投资且涉及到国民待遇的全球性文件。

因此，笔者认为外资国民待遇和国际贸易领域的国民待遇制度作为两个相对独立的待遇体系，在各自领域中的地位和作用具有较大差异，不可混淆。特别是不应该将以 GATT 和 WTO 为核心的多边贸易体制对国际贸易领域的国民待遇标准的加强和适用对象和范围的拓展简单的扩大到国际投资领域，并得出国际投资领域的国民待遇已经真正在国际层面上得以确立的错误结论。

与此同时，还应该看到在国际投资自由化的进程当中，虽然国民待遇标准的适用较为困难，但该标准在这一进程中所处的至为重要的地位正使其日益受到越来越广泛、越来越充分的重视，其表现为同时作为资本主要输出国和输入国的发达国家的大力推动和作为主要资本输入国的发展中国家出于引资的需要和现实的压力可能不得不接受这一待遇。所以可以预见的趋势是，随着国际投资自由化的

逐步发展和国际投资法律机制在国内法、双边、区域和全球各层次的逐步完善，国民待遇有可能得到广泛的认同。这也是本文之所以研究外资国民待遇的原因之一。

（三）外资国民待遇的非歧视性

外资国民待遇主要目的在于保证非歧视性，即消除本国投资者和外国投资者之间的歧视性做法。³⁹前述对外资国民待遇的两种界定，无论哪一种模式也都承认外资国民待遇是外国投资者享有和本国投资者大体相等的待遇。但外资国民待遇的这种非歧视性要求的也仅仅是这种内外国投资者待遇上的大体相等，而不是相同的待遇。事实上，由于外资国民待遇的规定往往存在着较多的例外，因此外国投资者也不可能享有和本国投资者相同的待遇。笔者在此想要强调的是，即使有关国内法、双边或区域投资协定规定了对外资的国民待遇，也只是法律上的一种规定，而外国投资者是否能享有国民待遇，还需要考察是否存在“事实上的歧视”，也即外资国民待遇存在“法律上的国民待遇”和“事实上的国民待遇”之分。因为东道国即使在法律上规定了外资国民待遇，在实践中却会因为投资的“外国”身份而对外国投资的实际运作能力产生了破坏性的效果。比如东道国规定若要设立某种类型的企业必须雇佣具有该国某种专业技术认可证明的人员，表面上看，这个要求对外国投资和内国投资同样有效，符合国民待遇的要求，但是因为投资的“外国”性，所以它们要想满足这一条件，就有可能要比内国投资者在开业前花费额外的时间和费用，这即是一种事实上的歧视。对此，GATS 第 17 条第 2、3 款规定：“2、一个成员可以通过给予其他成员国的服务和服务的提供者，其待遇与给予国内相同的服务和服务提供者的待遇或者形式上一样的或者形式上不一样的来满足第 1 款的规定。3、如果形式上一样的或形式上不同的待遇修改了竞争的条件以相比较于其他成员国的相同的服务或服务提供者而言有利于成员国的服务或服务的提供者，那么就应被认为是低于待遇。”这样的规定明显提高了对东道国给予外国投资者与其投资国民待遇的要求，而外国投资者与其投资完全可以因为事实上的歧视

³⁹ United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 1996, Investment, Trade and International Policy Arrangements*, United Nations, New York and Geneva, 1996, UNITED NATIONS PUBLICATION, Sales No. E.96.II.A.

而对东道国提出质疑。在东道国承担国民待遇的义务之后，仅仅在法律上给予外国投资者以国民待遇并不能够证明其已履行了这种国际义务，其法律、政策还必须不构成对外资事实上的歧视。否则，还可能需要承担国际责任。

但外资国民待遇所要求的非歧视和最惠国待遇的要求有所不同。众所周知，最惠国待遇是指施惠国给予受惠国或者与该受惠国有确定关系的人或事的待遇不低于施惠国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。⁴⁰因此，虽然外资的国民待遇和最惠国待遇的基本功能是一致的，即都是为了确保外国投资者不会受到歧视性待遇。但最惠国待遇所要实现的是在同一东道国境内来自不同国家或地区的外国投资者之间待遇的平等，而国民待遇则是为了本国投资者和外国投资者间待遇的平等。因此，这二者虽然都是相对标准，但用来进行对比的参照系并不相同。

联合国国际法委员会在其拟定的《关于最惠国条款的条文草案》已经明确地阐明了国民待遇和最惠国待遇的关系。其第 18 条规定，“受惠国依据最惠国条款，为了自身或为了与之有确定关系的人或事的利益取得权利，不因施惠国已给予第三国以国民待遇这一事实而受影响。”第 19 条规定，“1、受惠国根据最惠国条款，为自身或为与之有确定关系的人或事享受最惠国待遇的权利，不单纯因施惠国已同意也给予受惠国以与最惠国条款的主题相同的国民待遇或其他待遇而受影响；2、受惠国依据最惠国条款，为自身或为与之有确定关系的人或事享受最惠国待遇的权利，不妨碍施惠国已同意也给予受惠国以与最惠国条款的主题相同的国民待遇或其他待遇。”，由此可知，国民待遇和最惠国待遇是互不关联、各自独立并列存在的。故此，这两种待遇并不能自动享有。所以，为了能够对外国投资者提供充分的保护，在双边或区域投资保护协定中，国民待遇经常和最惠国待遇条款相结合，以便无论哪种待遇更优惠，本国的投资者都可以享有较优惠的待遇，从而获得更充分的保护。⁴¹

⁴⁰ 参见联合国国际法委员会于 1978 年拟定的《关于最惠国条款的条文草案》第 5 条。

⁴¹ 如美式 BIT（双边投资协定）样本第 2 条规定，“缔约各方在准许和对待对方国民或公司的投资或与其有关的活动上应在同等情况下给予不低于本国国民或公司，或者第三国的国民或公司的投资或与其有关的活动待遇，而不论何者最优。”再如，NAFTA 在第 1102 和第 1103 条分别对国民待遇和最惠国待遇做出规定后，第 1104 条又以“待遇标准”为题规定，每一方应将第 1102 条和第 1103 条要求的待遇的较优者给予其他方投资者及其投资。这也叫“选择条款”。

但我国有学者认为，由于最惠国待遇的“多边自动传导效应”，东道国的一个双边投资协定中规定了国民待遇条款，则会自动的适用于所有该国与其他国家订立的双边投资协定的投资者。⁴²笔者认为，这是对国民待遇和最惠国待遇这两种标准之间关系的误解，在实践中也会产生有害的结果。

⁴² 徐崇利：《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》，载《国际经济法论丛》第1卷，法律出版社1998年5月第1版，第183页。单文华：《外资国民待遇基本理论问题研究》，载《国际经济法论丛》第1卷，法律出版社1998年5月第1版，第248页。另见王玉梅：《中国的外国直接投资法律制度研究》，法律出版社2003年6月第1版，第160页。

第三章 外资国民待遇的适用对象和范围

一、外资国民待遇适用对象的确定

根据有关国家的国内法、双边或区域投资协定和有关国际文件，外资国民待遇的适用对象一般包括外国投资者和投资及与投资有关的活动。但在这些对象的具体范围上，则存在分歧。有的投资协定甚至连投资者和投资这样的术语都没有规定。

（一）外国投资者

投资者是外资国民待遇主要的受益主体，有关投资协定和其他国际文件一般把其所适用的投资者分为自然人（natural person or individual）和法人或其他实体（artificial or legal person, also referred to legal or juridical entity）两类。有时，也可能不用“投资者”的用语，而代之以国民（national）和公司（company），前者指自然人，后者则包括一系列法律实体，如中韩协定第1条第3款第2项第2目规定，“在大韩民国方面，系指法人、合伙、公司和社团，不论是否有限责任、是否法人或是否以营利为目的”。

国际投资协定的一般实践将自然人投资者理解为依缔约一方法律具有该国国籍的国民。但有时国籍并不能真实反映投资者与该缔约方的真实联系，所以某些国际投资协定还要求自然人投资者必须在该缔约方境内有住所或永久居所，例如以色列和德国的双边投资协定第1条第3款b项规定，“对以色列而言，国民是指具有以色列国籍的永久居民。”之所以对自然人投资者采取国籍和住所或居所的双重认定标准，其目的是防止与缔约方并无实质联系的第三者“搭便车”，“免费”取得条约利益。⁴³但为鼓励投资，大多数投资协定并不要求这种联系。例如，东盟促进和保护投资协定第1条第1款规定，“‘国民’一词依每一缔约国宪法或法律而确定”。亦须注意，美国、加拿大等移民国家国内从事投资等经济活动的自然人有相当部分并非完全公民（full citizen），因此它们也赋予那些取得永久居住资格的人以特殊法律地位，使其可以成为合格投资者。

⁴³ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UN, 1998, p.38.

由于历史或移民的原因，有些自然人可能具有双重国籍。一般情况下，在国际投资领域双重国籍不会引发什么问题，但在该自然人同时具有母国和东道国国籍的情况下，东道国是否将该自然人作为投资保护的受益主体，大多数投资协定并未规定，这在实践中容易引起争议，尤其是在国家行使外交保护权的情况下。解决方法有二：其一，东道国亦加以保护；其二，将其排除在外。前者的优点是鼓励本国在外资本回流；后者则更容易激励外国资本的投资。多边投资担保公约就此问题规定，在存在一个以上国籍的情况下，公约成员国的国籍优于非成员国的国籍；东道国的国籍优于其他国家的国籍。

如前所述，对于法人等其他实体的国籍的认定则存在“成立地”、“住所地”和“资本控制”等不同的标准。这三种标准各有利弊。成立地标准非常明确，所以容易甄别；同时成立地一般不会变动，因此其国籍也较为稳定。由于一些投资协定的目的在于通过稳定的投资体制来吸引和保护投资，所以国籍的变动可能导致该投资者失去条约的保护，从而失去条约的意义。但有时法人等其他实体可能与其成立地国的联系过于疏松，成立地国根本没有人享有这些实体的所有权或参与其管理和运营，甚至它们在该国根本不从事任何活动，不能给该国带来任何利益。东道国也可能关心这一问题，因为采用这种方法意味着东道国需要给予那些对其投资者根本没有互惠，甚至连正常经济关系都没有的国家的投资者以保护。因此，一些投资协定允许东道国对那些在另一缔约方根本没有实质商业活动的实体不给予保护。⁴⁴“资本控制”标准意味着国籍国和相关实体间的实质经济联系，但在股东比较分散的情况下，采用这一标准很难确定该实体的国籍。同时，随股东的经常变化该实体的国籍也经常变动，因而不够稳定。另外，当公司有两大势均力敌的股东集团时，公司的控制将取决于介于这两大集团间的小股东来实现，所以无法确定主要股东。“住所地”标准则较好的反映了这些法律实体和国籍国的实质联系，因为很多商业活动都发生在住所地，同时住所地一般也不会变动，具有成立地标准的稳定性。由于以上原因，大多数国内法和很多投资协定都兼采这几种标准，或曰采用混合标准。⁴⁵1970年国际法院在巴塞罗那电车、电灯和电力公司案的判决中

⁴⁴ 如美式 1994 年 4 月示范双边投资协定 (Model BIT) 第 12 条，尽管美式 BIT 也采用成立地标准。

⁴⁵ 参见东盟促进和保护投资协定第 1 条第 2 款、建立加勒比共同体条约第 35 条第 6 款 a 项、多边投资担保公约第 13(a)(ii) 条。

对法人的国籍问题似乎否定了资本控制说，而指出对于公司的外交保护权，只能由依据其法律并在其领土内有注册的营业所的国家行使。⁴⁶在 2003 年国际法委员会关于外交保护专题的编纂会议上，特别报告员赞成国际法院 1970 对巴塞罗那牵引公司案的判决的主张：在公司受到损害时行使外交保护的权力属于在其境内根据其法律注册并在其境内设有办事处的国家，而不属于股东的国籍国；一些与双边或多边投资条约倾向于给予股东直接保护，但并不能因这些特别法而证明有任何此类习惯国际法规则存在。这就造成了实践中的一些困难，即一方面公司的登记国由于缺乏与该公司的真正联系而不愿意为其提供外交保护；另一方面，由于上述规则的存在和公司具有独立的法律人格，公司主要股东的母国即使愿意，也不能对根据成立地标准确定公司国籍的规则而属于第三国国民的公司或其主要股东提供外交保护。

同时，“资本控制”标准的运用有逐步扩大的趋势，表现在：一些双边投资协定、《解决国家与他国国民间投资争端公约》（华盛顿公约）和《建立多边投资担保机构公约》（汉城公约）采取这一标准作为确定“合格投资者”或“另一缔约国国民”的标准之一；一些国家的海外投资保险制度采取该标准确定“合格投资者”；国际法院 1989 年在受理 ELSI 案时采取了和上述巴塞罗那案不同的立场，接受了美国代表其国民起诉意大利的诉讼主体资格，体现了国际法院在国际投资案件中更注重保护股东权利的新趋向。⁴⁷

除此之外，一些投资者可能因为其法律形式、目的和所有权等问题而被排除在投资协定的适用范围之外（对于那些规定了国民待遇条款的投资协定来讲，这些投资者非但不能享有国民待遇，甚至能否在相关国家投资都成问题），因为它们可能不是在商业基础上运作或完全属于国家所有，但这种情况比较少见。还须注意的是，在国际投资实践中，出现了所谓“约定国籍”的问题，即当事方在投资协议中明确将外国投资者约定为某一缔约国国民。⁴⁸这些都是在实践中需要注意的关于

⁴⁶ 参见黄惠康等：《国际公法国际私法成案选》，武汉大学出版社 1987 年版，第 66—71 页。

⁴⁷ 参见 F·A·Mann, *Foreign Investment in the International Court of Justice: the ELSI case*, *American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 1, 1992, pp.92-102.

⁴⁸ 在解决投资争端国际中心受理的“MINE 公司诉几内亚”案中，投资者 MINE 公司设立于列支敦士登，其控制者为瑞士籍，当事人双方基于当时瑞士是华盛顿公约的缔约国而列支敦士登不是的考虑，约定 MINE 公司为瑞士籍，在该案的仲裁过程中，仲裁庭似乎默认了该公司的瑞士籍。参见李万强：《ICSID 管辖权行使的法律实践与中国的对策》，载《国际经济法论丛》第 3 卷，法律出版社 2000 年版，第 202—203 页。

确定投资者国籍的问题。

（二）外国投资

一般认为，外国投资包括投资者所投资本及与投资相关的活动。⁴⁹笔者认为，对国际投资协定中的“投资”可以有静态和动态两种理解。静态的投资既包括投资行为发生时的资本的各种形式，也包括投资行为发生后所形成的实体，因为所投资本在此时以该实体的形式存在。而动态的投资则是指与投资有关的各种活动。分述如下：

1. 静态的投资：资本形式。

国民待遇引入国际投资领域的历史并不长，对作为国民待遇适用对象之一的静态的“外国投资”，也没有一个统一的定义和范围。即使是一般投资协定对外国投资的定义，也随着国际经济关系的发展而不断变动。19世纪中叶以前，国际习惯法和一些国际协定一般不使用“投资”这一概念，而代之以“外国财产”，主要包括位于进口国的货物和作为运输工具的船只以及跨国的借贷款。因为当时的交通和通讯条件不适合所谓的国际投资，所以人们更多地进行国际贸易。另外，居住在国外的外国国民一般在他们居住的东道国拥有以个人使用和消费为目的的个人财产和不动产。那时的国际投资法主要涉及对有形资产的防止攫取和对收回借款的借贷人的权利的保护。一些国家还订立了以防止征收外国人财产为目的的条约。从19世纪后期开始，随着交通运输和通讯的不断进步，外国投资也蓬勃兴起，最初由于对在国外的公司控制较为困难，国际投资以公司有偿证券投资为主。后来从20世纪中叶开始，外国直接投资不断增长。

为鼓励投资和投资自由化，目前的投资协定通常采用宽泛的、开放式的方法来界定“外国投资”，以尽可能的吸引外国资本。一般的投资促进和保护协定规定了五种投资形式：（1）动产与不动产，包括商品和其他有形资产，也包括法律上的财产权利，如抵押权、质押权和质权；（2）公司的各种利益，包括债务与股份投资；（3）具有金融价值的合同项下的金钱和请求，包括履行服务的合同权利，如管理协议、会计合同或其他专业服务合同，这些合同一般被视为现金交易的短期服务合同；（4）知识产权，包括商标、贸易秘密、专利和著作权，即技术资产；（5）

⁴⁹ 张庆麟：《外商投资国民待遇若干问题之辨析》，载《法学评论》1998年第1期。

商业特许权，政府通过特殊行政或法律行为给予私人的特权或权利，可以根据财产法的一般规定在私人之间转移而成为投资。即使这样，上述投资协定还规定这种列举并没有穷尽所有的投资形式，而是所有具有经济价值（economic value）的资产都可以作为合格的投资（qualified investment）。东盟投资促进和保护投资协定、1988年中国和澳大利亚的鼓励和保护投资协定第1条第2款都有类似的规定。

一些投资协定规定有关投资必须符合东道国的法律和法规，如中国的示范投资协定第1条第1款规定，“‘投资’一词意味着一缔约方的投资者在另一缔约方领土内根据后者的法律和法规所投资的各种资产”。⁵⁰这样就把那些不是根据东道国法律和法规所进行的投资排除在外。上述东盟的投资协定第1条第2款也有类似规定。其目的首先在于确保投资者遵守东道国的法律，其次在于使外国投资者和本国投资者都遵守同样的法律，从而确保“整平游戏场地”（level playing field）。不仅如此，这一限制的目的还在于确保适格的投资符合东道国的发展以及移民和国内安全等政策。

还有一些投资协定排除了特定种类的投资。其中，有的只将国民待遇适用于直接投资，如丹麦和波兰的投资协定在第1(1)(b)条规定，投资一词指的是目的在于在投资者和某一公司间建立持久经济联系的在该公司中的所有投资，并能使该投资者对公司的管理产生实质影响。这样做的原因在于避免短期的证券投资可能对东道国经济产生不利影响。经合组织对投资的标准定义也排除了证券投资，除非投资者在相关公司中持有10%以上的股份或表决权。另外一些投资协定允许国民待遇适用于证券投资，但要求其必须是长期投资。北美自由贸易协定也允许将国民待遇适用于证券投资，但将债券投资等对公司的借款和有关的合同权利排除在外。

另外一些投资协定则将国民待遇等有关的协定内容限定在某些具体的行业或部门。如能源宪章适用的投资必须是在有关能源产业的投资。再如GATS规定国民待遇的适用范围是缔约方作出明确承诺的部门，即在GATS项下，缔约方承担的国民待遇义务不是普遍的，而是限定于每一缔约方在综合考虑了其本国或本地区的政治或经济情况后所开放的具体部门。其目的是使东道国保留一定程度限制

⁵⁰ Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN 1999, p.24.

国民待遇适用范围的灵活性。即使各成员方承诺将国民待遇适用于某一部门，通过在减让表中明确列出它们希望维持的特殊限制，它们也可以保留其决定适用国民待遇的水平的可能性。

此外，还有一些投资协定根据一定的投资规模来决定国民待遇的适用，但这样做的国家比较少，故此不详述。

2. 动态的投资：与投资相关的活动

从动态的角度看，外国投资指的是外国投资者运用其资产在东道国进行投资的一种行为。这个行为是一个连续的过程，从投资设立前的准入阶段一直延续至准入后的外资营运阶段。其一般包括：组织、控制、经营、维护和处置公司、分支机构、代理、工厂、办事处和进行业务的其他机构；订立和履行合同；取得、使用、保护和处置各类财产；包括工业产权等知识产权、借款、购买和发行股票、购买和出售外汇等。⁵¹世界银行《外国直接投资待遇指南》则规定了更广泛的投资活动，包括对有关人员及其财产权利和利益的保护和保全、许可的授予、进出口的许可、雇佣权、工作人员的入境和居留护照的签发、以及其他的法律事务（第III(3)(a)条）。

从以上定义可以看出，对投资的界定可谓五花八门。但大多数的投资协定都是开放性的，其所涵盖的投资既包括直接投资，也包括间接投资，还包括介于二者之间的“灰色领域”，即由合同产生的权利等。同时，不仅着眼于跨境外资流入东道国时的资本形式，还包括外资进入后所设外商投资企业的资产，即在外资运营阶段的知识产权、股权、贷款及其他合同权利等。与此相对应，还有一些投资协定则基于各种考虑，如对东道国经济的影响、对东道国发展政策的帮助等原因而对投资形式作出一定的限制。这些都是我国在制定有关国内法和订立有关投资协定时必须要考虑的因素。

根据我国国内法和我国订立的一些双边投资协定的规定，所谓外国投资者，指的是不具有我国国籍的外国自然人、法人和非法人实体。对后者，我国采用的

⁵¹如中国与澳大利亚鼓励和保护投资协定第1条第1款第6项。又如能源宪章第10(7)条规定，国民待遇适用于其他缔约方的投资者的投资和与此相关的活动，包括管理、使用、处置、维护和受益等。

是成立地或曰注册登记地标准。如我国公司法第 199 条规定，“本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司”。再如，中国与荷兰关于相互鼓励和保护投资协定第 1 条第 2 款规定，“‘投资者’一词，对缔约任何一方系指（一）根据缔约一方的法律具有其国籍的自然人；（二）根据缔约一方的法律和法规组成的，并在其领土内有住所的法人或不具有法人资格的合伙。”由此可见，作为外资国民待遇的适用对象之一的外国投资者，必须是不具有中国国籍的自然人和法人或其他实体，因此根据中国法律成立的外商投资企业（包括中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业或外商投资股份有限公司）具有中国国籍，是中国的法人或其他实体，根本不是国民待遇的适用对象。值得注意的是，根据我国有关法律规定，我国香港、澳门和台湾的公民以及侨居国外的我国国民，赴大陆投资者，不论其为自然人、法人或其他实体，均以外国投资者对待，可以享受外国投资者的待遇。这就意味着中国的国民也可以享受国民待遇，但这是历史原因所造成的，不足以作为国民待遇的通例。此外，有学者认为，根据中国与瑞士、中国与瑞典以及中国与法国订立的双边投资协定，缔约国国民（包括法人和其他经济实体）所直接或间接控制的所有经济实体或法人也视为外国投资者。这说明这些国家的国民所控制的所有经济实体，比如在中国境内设立的外商投资企业，在中国境内进行投资时，也作为外国投资者，享有国民待遇。虽然，该学者认为这可以作为外商投资企业享有国民待遇的一个例外，但考察上述三个协定，笔者并未发现其中有关于国民待遇的规定，所以这连个例外也算不上。然而，实践中外商投资企业本身和其在进行投资时，确实可以享有国民待遇。那么，原因何在呢？

笔者认为，在我国外商投资企业之所以享有国民待遇甚至所谓的“超国民待遇”，其根本的原因在于外商投资企业是外国投资者投资行为所形成的实体，在投资行为完成后是外国投资者投资的载体，是外国投资者资本和利益的代表者。根据上述关于投资的静态的理解，此时并不是外商投资企业本身作为外国投资者享有有关的待遇，享有相关待遇的只是作为外国投资者投资形式存在的外商投资企业。同时，从上述对投资的动态的理解也可以看出，最初的投资行为完成后，与投资有关的活动都是由这种外商投资企业进行的，东道国国内其他企业也是与这

种投资，而不是与外国投资者，发生业务联系，因此外商投资企业的所有活动都可以看成是动态意义的投资，从而可以主张国民待遇。在实践中，必须解决这一问题，否则将会产生东道国的国民享有“国民待遇”的谬论。

3. 外国投资者与投资之间的关系：所有或控制

在外国直接投资中，外国投资者与投资之间的关系在决定国民待遇的适用范围中也起着重要的作用。一般而言，国际投资协定只规定，其保护的是各方投资者“的”(of or by)投资，但其明显要求只有当投资者“所有”或“控制”(own or control)投资时，国民待遇才可以适用。

涉及到此问题的国际投资协定并不多，一些协定如 GATS 用数量指标规定所有权或控制权，比如 50%的普通股股权利益或任命大多数董事的能力。还有的投资协定以质量来定义“控制权”或“所有权”，比如埃及—美国双边投资协定议定书定义“控制”是“拥有对所有权的实质性的分享和行使决定性影响的能力”。《联合国跨国公司行动守则（草案）》要求的是“重要影响”。实践中，能够对投资发挥实质管理与控制作用的股份不一定要超过 50%，所以有些国际投资文件结合使用数量与质量要求，并降低了数量要求。如 OECD 对此的规定即是“对管理能发表有效的意见，以至少 10%的所有权为证据”，它暗示了直接投资者只要能够影响或参与一个企业的管理即可，而不要求外国投资者拥有绝对的控制权。⁵²

实践中容易出现一个问题，即另一个对东道国内法律实体间接享有管理或控制的权力的公司能否成为国民待遇的主体。比如 A 公司在 B 公司有控制性的利益，B 公司在 C 公司有控制性的利益，这是否使得 A 公司像 B 公司那样成为 C 公司的投资者？这个问题会在不是每一个公司的国籍国都是国际投资协定的成员国时出现，如果答案是肯定的，那么即使 B 公司的国籍国不是协定的成员国，A 公司仍然可以成为国民待遇的适用主体，尽管它在 C 公司的投资是通过 B 公司实现的，这个问题在涉及跨国公司的国际生产体系中尤为突出。⁵³虽然它是每一个投资协定都必须解决的问题，但是现实中只有极少的投资协定涉及到该问题，比如 NAFTA 就规定间接控制仍然可以被认定为是外国投资者。而实际上，对于间接控制者的

⁵² Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN, 1999, pp.41.

⁵³ Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN, 1999, pp.43.

主体资格的承认是对投资协定的规定（包括国民待遇在内的各项权利与义务）的扩大适用。问题的答案取决于东道国是否承认间接控制，也即是否愿意扩大国民待遇的适用范围。

与此相关的还有再投资的法律地位的问题。从鼓励和吸引外资的角度来看，用于再投资的收益往往来源于东道国境内，不是外资的输入，因此不是适格的投资。但投资者在作出投资决定之时，往往考虑东道国对其所有资产的政策，他们更愿意其原始投资和再投资被一视同仁。所以，同样出于鼓励和吸引外国投资的目的，各国国内法和国际投资协定大都规定，投资财产的任何形式上的改变不影响其作为投资的性质。有的还专门规定，投资产生的收益用于再投资时，再投资的收益享有与该投资相同的保护。⁵⁴与此同时，用于再投资的投资收益也需要满足和原始投资一样的准入条件，比如须经批准等。

二、外资国民待遇适用范围的确定

在外资管理立法上，一般把外国投资活动分为外资准入（admission of foreign investment or pre-entry）阶段和外资运营（operation of foreign investment or post-entry）阶段。纵观有关国家的实践和国际文件，外资国民待遇适用于外资运营阶段基本上没有什么争议，但在其是否可以同时适用于这两个阶段则存在分歧。世界银行通过的《外国直接投资待遇指南》认为外资待遇的适用范围不仅应包括投资设立阶段，还涉及投资运营阶段的各种活动及合理的附属活动，包括投资的最后清理，并认为这是双边投资协定和多边机构的实践。⁵⁵但事实上将国民待遇仅适用于外资运营阶段的国际投资协定要比将其同时适用于这两个阶段的国际投资协定多得多。⁵⁶除此之外，外资国民待遇的适用还必须解决一个至关重要的问题，即所谓的例外问题。

（一）外资准入阶段

目前只有若干有限的双边投资协定和国际投资文件要求将对外资的国民待遇

⁵⁴ 如中国与韩国鼓励和保护投资协定第1条第1款第5项第2句和第2款。

⁵⁵ International Legal Materials (ILM) Vol.31 No.6, 1992, p.1373, 转引自余劲松主编：《国际经济法问题专论》，武汉大学出版社2003年4月第1版，第344页。

⁵⁶ National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN, 1999, pp.18.

适用于外资准入阶段，其始作俑者是美国，加拿大也紧随其后。最初在美国与其他有关国家的友好通商航海条约（FCN）中有所体现。1982年，美国开始推行其双边投资保护协定，该协定的特点之一就是要求缔约另一方对美资的准入实行国民待遇。1994年美国又出台其新的双边投资示范协定（1994年示范协定），该协定第II（1）条规定，“在建立、获得、扩建、管理、行为、运作、销售和其他所涉投资的处置方面，每一缔约方在相似情形下应给予不低于其给予本方领土内自己的国民或公司的投资的待遇...（下称国民待遇）。”⁵⁷随后，一些区域性的协定中，如NAFTA、MAI和能源宪章（ECT）和欧盟的《罗马条约》和《阿姆斯特丹条约》等，也都订立了有关对来源于区域内的外资的准入实行国民待遇的条款。此外，中国参加的亚太经合组织（APEC）也将国民待遇扩展至外资的建立（establishment）、扩建（expansion）、运作（operation）和保护（protection）等方面。1998年通过的《东盟投资区框架协议》（The Framework Agreement on ASEAN Investment Area）也规定在所有产业和影响投资的措施方面，除例外情况外，将国民待遇立即适用于所有东盟投资者和他们的投资，包括但不限于投资的准入、建立、获得、扩建、管理、运作和处置等。该协定还规定了具体的时间表，即在2010年之前适用于所有的东盟投资者，2020年之前适用于所有的投资者。⁵⁸另外，在多边投资协定方面，值得一提的服务贸易总协定（GATS），该协定也规定了国民待遇和服务业的市场准入问题。

需要说明的是，在上述文件中，除NAFTA、东盟框架协议和欧盟的有关条约外，其他的协定要么没有生效，如MAI；要么有关国民待遇适用于准入阶段的规定只是最佳努力条款，如ECT；要么协定本身并不具有约束力（Non-Binding），如APEC。即使是NAFTA和东盟框架协议以及欧盟的有关条约，其本身的适用范围也只局限于区域内部，更为重要的是其中还规定了大量的例外。另外，如前所述，WTO各成员根据GATS承担的国民待遇和市场准入的义务也只是具体承诺

⁵⁷ 其原文是：With respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of covered investments, each Party shall accord treatment no less favorable than that it accords, in like situations, to investments in its territory of its own nationals or companies (hereinafter “national treatment”)

⁵⁸ 其原文是：National treatment is accorded immediately to ASEAN investors and their investments in respect of all industries and measures affecting investment, “including but not limited to the admission, establishment, acquisition, expansion, management, operation and disposition of investments”.

(specific commitment), 而非一般义务, 况且其只适用于服务和提供者。由此可见, 将国民待遇适用于投资准入阶段只是个别国家和地区的实践, 根本不成其为国际习惯法。

但不可忽视的是, 在美国等发达国家的大力推动下, 国民待遇的适用范围有扩展的趋势。其原因在于, 二十世纪 80 年代之后, 发展中国家出于对资金和技术的迫切需要, 对外资的态度由原来的排斥和严格管制转向鼓励和吸引, 因而在国际投资保护的一些问题上(如国有化和征收、特许协议的法律性质和效力以及投资争端的解决等方面)对发达国家作出了一定程度的妥协和让步。发达国家于是认为国际投资保护的问题已基本得到解决, 其海外投资的安全已得到保障, 所以进一步要求发展中国家放松对外资进入的限制。要知道, 国际投资自由化的实现, 对发达国家的投资者极为有利, 因为这意味着它们可以自由选择对自己有利的投资场所, 进而实现自己的投资目标。而在实现投资自由化和消除对外资准入的法律管制方面, 无疑国民待遇是大有作为的。⁵⁹对于发展中国家而言, 放松对国际投资准入的管制, 则一方面是由于自身吸引外资的需要, 另一方面则完全是迫于发达国家的压力。此外, 区域一体化的发展也是原因之一。但即使这样, 发达国家对这种具有“外国控制因素”的投资, 在其市场准入方面, 尤其是在其设立范围上, 也没有实行完全的国民待遇。⁶⁰乌拉圭回合谈判之后关于海运服务业的后续谈判之所以失败, 主要原因就是由于美国拒绝开放其国内的海运市场。而发展中国家虽然迫于引资和来自发达国家的压力, 大多数仍拒绝将国民待遇适用于外资的准入阶段; 即使少数国家在准入方面承担了国民待遇义务, 一般也施加了诸多的限制。

(二) 外资运营阶段

在外资运营阶段适用国民待遇对于那些承担了国民待遇义务的国家或地区来讲, 一般并没有什么疑问。在这一阶段, 外国投资者已经建立了一定的投资对象,

⁵⁹ 参见徐崇利:《从南北矛盾焦点的转移看国际投资法的晚近发展》,载《比较法研究》1997年第1期。

⁶⁰ 以这种模式的首倡者美国为例,其过去在航空运输、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、海底电传服务和卫星通讯等领域,也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。参见琼斯·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》,《康奈尔国际法季刊》(英文)1985年第2期,第318页。转引自单文华:《外资国民待遇及其实施条件》,载《中国社会科学》1998年第5期。另见:National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN, 1999, p.46.

这一投资对象可以表现为法人或非法人实体（包括分支机构、公司、合伙、独资企业等）。如前所述，这些都是外资的载体，其本身是作为投资而主张国民待遇的。按有关国内法和国际投资文件，这一阶段国民待遇的适用主要涉及三方面的问题：民事权利的保护、外资管理和监督以及司法行政救济。在民事权利保护和司法行政救济方面适用国民待遇，无论是理论还是实践中都没有什么争议。值得关注的是对外资的管理和监督方面的问题。

在管理和监督方面对外资的国民待遇指的是东道国对有关外资企业经营活动的管理和监督跟其对内资企业的管理和监督应一视同仁，不应因外资企业的外资性质而存在歧视，如果将国民待遇定义为“不低于”的话，则还包括根据东道国国内法和有关投资协定给予投资优惠的问题。前者主要涉及“履行要求”，后者则主要和投资激励等措施有关。

1. 履行要求（performance requirements）。履行要求在外资准入阶段和运营阶段都会涉及，东道国往往会把外国投资者承诺承担某些特定的义务作为允许其进入该国的前提条件，如当地成分、外汇平衡和当地股权要求等等。但这些义务只能在外资进入东道国并建立一定的实体之后才可能履行。同时，这些履行要求大都和投资激励措施相联系，外国投资者在进入东道国市场后即使不履行上述义务，也不会发生东道国要求其退市的问题，其后果一般是不得从事某些行为或不得享受有关优惠。这正是本文之所以在外资运营阶段讨论这一问题的原因所在。

从发展中国家的角度来讲，使用履行要求的目的是控制和引导外资的投向，实现其经济和社会目标。换言之，履行要求关系到它们外资政策的实现和效果，进而关系到其本国经济的发展和繁荣。因此，发展中国家坚持对外资在准入和运营阶段的履行要求。而发达国家一般没有这种要求，因此为保护其本国投资者的利益，它们往往采用各种方式和手段要求发展中国家减少乃至取消这种履行要求，其中尤以美国为最。在二十世纪 80 年代之前，美国的双边投资条约和多边投资法律框架中并未涉及履行要求这一问题，但在这之后，美国认为履行要求已成为国际投资领域最严重、发展最快的问题，随在其对外签订的双边投资协定中增加要求对方国家或地区取消履行要求的条款。但这些规定一般是“软性”义务，表现为最

佳努力的规定或在有关协定的附件中作出例外的规定。⁶¹

在 TRIMs 的谈判过程中,以美国为首的一些国家开了一个包括 14 项投资措施的清单,要求全面取消,其中涉及不少履行要求方面的投资措施。但由于发展中国家甚至一些发达国家的反对,最终的 TRIMs 协定只涉及当地成分要求、外汇平衡要求、贸易平衡要求和当地销售要求等,且这些履行要求只有违背 GATT1994 关于国民待遇和一般取消数量限制原则时才属于禁止之列。这使得关于取消履行要求的分歧部分地得到了解决。但后来经合组织制定的 MAI 列举了 12 项应予禁止的在各投资阶段适用的履行要求,包括出口实绩、当地成分、当地采购、贸易平衡、限制当地出售、技术转让、公司总部设置地点、销售地、研究和开发、雇用、设立合营企业、最低股权等。MAI 将履行要求又分为两类,一类是“直接的履行要求”,MAI 完全禁止;另一类是“与优惠相关的履行要求”,对此,MAI 完全禁止上述 12 项履行要求中的前 5 项,而后 7 项则允许。由此可见,MAI 并非真正要实现投资的自由化,其部分出发点还是有关投资者的利益。此外,NAFTA 第 1106 条也有类似的规定。

笔者认为,东道国之所以实施履行要求的原因在于其对外资的一种期望。这种期望或在于外资能带动本国的出口,从而扩大本国经济在国际市场的占有率和增加外汇收入;或在于外资既能通过培训技术人员和经营管理人员促进本国经济的发展,同时本国经济又不至于受外资控制,从而排除外资给本国经济带来不利的影响的可能性;或在于外资能成为本国经济中的活跃成分,从而带动本国经济的整体繁荣等等,⁶²不一而足。由于这种期望,外资比内资承担了较高的义务,这就加重了外资的经营难度和经营成本,从而内外资处于一种不平等的竞争环境,从这个角度讲,履行要求违反了国民待遇原则。但从另一方面来讲,东道国,尤其是作为发展中国家的东道国,其之所以采用履行要求,目的主要在于引导外资的投向,实现特定经济和社会发展目标,这是其主权范围内的事情。如果全面禁止其采用,则其吸引外资的大部分目的将无法实现,实质上相当于剥夺了其制定本国经济发展战略的权力,也剥夺了其对本国境内的外资实行监督和管理的权力,

⁶¹ 卢炯星主编:《中国外商投资法问题研究》,法律出版社 2001 年 12 月第 1 版,第 107 页。

⁶² 余劲松主编:《国际经济法问题专论》,武汉大学出版社 2003 年 4 月第 1 版,第 346 页。

更使其丧失了通过这种宏观调控而发展民族经济的机会，所以不够公平。更何况，那些“与优惠相关的履行要求”不仅不给外国投资者增加负担，反而可以使其获得优于内国投资者的竞争地位，所以大多数投资者都乐于接受，所以全面禁止履行要求，不仅会因为受到发展中国家的极力反对而不现实，在经济上也不具有合理性。总之，笔者认为，作为东道国主权范围内的事务，其有权根据本国经济现实发展的需要采用一定的履行要求，但对于在双边投资协定中承担了取消全部或部分履行要求的东道国来讲，对于作为 WTO 成员的东道国来讲，由于它们已经承担了一定范围内取消履行要求的义务，亦不得再采取有关的履行要求。

2. 投资激励措施。

投资激励措施即东道国为吸引外资而给予外资的各种优惠政策或优惠待遇，其所涉及的范围极为广泛，一般包括国内税收减让、关税减让、补贴和投资转让四个方面的内容。实践中，随国际经济的发展，国家间引资竞争的加剧，无论发达国家还是发展中国家都采用投资激励措施，只是具体手段和目的有所不同。财政激励是发展中国家最常采用的激励措施，其中又以降低所得税为最，其目的更多的是为了促进优先产业的发展和促进出口以换取外汇；而发达国家更常采用的是加速折旧和特别扣除，⁶³其目的则是为了引导外资投向落后地区和发展特定产业、支持技术创新和研究开发等。

由于投资激励和履行要求中的优惠有关，所以上述关于取消履行要求的讨论，也部分的适用于投资激励措施。但与直接的履行要求不同，投资激励措施造成的是对内资的歧视，使内资与外资相比处于一种不利的竞争地位。另外，由于资本的逐利性，所以投资激励措施对国际投资流向具有扭曲作用，这和投资自由化的要求相违背。更重要的是，投资激励加重了东道国的财政负担，尤其是加重了发展中东道国的财政负担。然而，似乎又无法完全否定投资激励措施确实在促进实现区域、社会、环境保护和研究开发等目标方面具有积极作用。在经合组织关于

⁶³ 加速折旧，又称“快速折旧”。是指企业对固定资产尽快提完折旧，以加速回收投资的一种做法。在第二次世界大战期间，首先在军火工业中采用，以后扩展到民用工业。加速折旧所允许的范围及其年限，在西方国家通常由税法加以规定，是鼓励私人资本投资于国家鼓励发展行业的一种措施。加速折旧的方法主要有：提高年折旧率，缩短其折旧年限；采用双倍余额递减折旧法、年限总和折旧法等递减折旧法，使固定资产投入使用的最初几年多提折旧，以后逐年递减而提前收回大部分投资等。特别扣除是指在计算企业所得税时，符合一定条件的所得可以从税基中予以扣除，从而使得企业的应纳税额减少的一种制度。一般适用于高科技等前期投资较多、风险较大的产业。其目的亦在于鼓励私人投资者从事国家优先发展的行业。

MAI 和关贸总协定乌拉圭回合关于 TRIMs 的谈判过程中，对是否禁止投资激励措施也存在激烈的争论，最后 MAI 无疾而终，TRIMs 协定中则对此避而不谈。这正说明了不同国家或地区对投资激励措施的地位、作用和性质的认识有着极大的差别，以至于无法调和。

按理说，母国及其投资者对这种投资激励措施应该是极为欢迎的。那以美国为首的一些国家反对投资激励措施的原因何在呢？笔者认为，主要原因在于这些激励措施违反了国际贸易中的国民待遇标准。因为，东道国对外资实行某些优惠待遇的结果将会降低这些外资所从事产业的产品生产成本，从而使得这些产品在国际市场上取得成本上的优势，以至于实际上造成了对其他国家同类产品出口的限制和扭曲。由此可见，投资激励措施在外资国民待遇的领域并无可指责，但有可能违反国际贸易中的国民待遇原则，但这是两个领域的问题，不应混淆来谈。

同时，必须看到，一定程度的投资激励措施的存在对发展中国家的经济发展和产业政策、地区开发确实具有重要的作用，同时发展中国家采取一定的投资激励措施也并不违对外资的国民待遇的要求，但从其民族经济的长远发展来看，长期采取投资激励措施将会使内资处于一种极为不利的竞争地位，可能会威胁到一国国民经济的健康发展。因此，投资激励作为一种暂时性的措施，可以适当维持，但在条件成熟的情况下，则应该加以取消，但这种方法的缺点是在信息不充分的情况下，对条件是否成熟东道国可能作出错误的判断，且一旦取消有关激励措施，外国投资者容易产生东道国政策不稳定的看法，有可能影响其投资的选择。另一种选择则是保持目前的投资激励措施不变，但与此同时提高内资所享有的待遇。与前者相比，后者并不影响外国投资者的利益，所以不会对吸引外资造成不利后果，同时又可以使内资与外资建立在同一竞技平台之上，不至于过分损害民族经济的发展，可谓一石二鸟之上策。此外，虽然在国际投资文件中，对投资激励措施并未作出规定，但不可否认，东道国的相关措施可能在 WTO 的《补贴与反补贴措施协定》（SCM 协定）下受到挑战（这一点容后详述）。

（三）外资国民待遇的例外

现存的涉及外资国民待遇的国际投资协定无一例外的都根据每一缔约国保护

自己特殊利益的实际需要而对国民待遇的适用作出例外性规定，尤其是那些将国民待遇适用于外资准入阶段的投资协定。这些例外性规定通常表现为不适用国民待遇的“否定性清单”（opt-out or negative list），例如 NAFTA。也有的投资协定采用“肯定性清单”（opt-in or positive list）的方法来规定国民待遇适用的具体范围，例如 GATS。此外，发展中国家或地区经常通过所谓的“发展条款”（development clause）来排除国民待遇在某些行业或地区或阶段的适用。这些例外具体可以分为四类：

1. 一般性例外，即国际投资协定广泛接受或认可的那些对外资国民待遇的限制。其通常基于国家安全、公共秩序和道德、环境保护以及公共健康等原因而排除对外资适用国民待遇。很多国际投资协定都有这类规定。这类例外一般都单独加以规定，不仅适用于国民待遇，而且适用于整个协定。例如经合组织的国民待遇文件允许缔约国对外资的差别待遇，只要这种差别是维护公共秩序、保护重要的安全利益以及履行对维持国际和平与安全义务的需要。能源宪章第24条规定的一般例外包括保护人民、动植物健康，供应短缺时获得或分配能源及其产品，为使土著或社会或经济上处于不利地位的群体获益的措施，只要这些措施不构成对于能源部门的经济活动的隐性限制，或者任意的或不合理的在缔约方或投资者间的歧视。GATS也允许基于保护公共秩序和健康的例外和基于重要安全利益的例外。

2. 对象或客体的例外，即规定某些事项不适用国民待遇原则。一般被排除的事项包括：税收（即缔约方根据避免双重征税协定等给予本国投资者的特殊优惠）、知识产权（即根据国际知识产权公约给予本国国民的特殊保护）、金融服务的监管（即对外资金融机构可以实行不同于内资金融机构的监管标准）、政府采购（如 NAFTA第1108.7(b)条）和文化领域（如NAFTA附件2106）等。

3. 具体行业或部门例外，即为本国经济和社会发展的需要，保留根据本国有关法律、条例和本国不同经济部门的情况规定内外投资者差别待遇的权力。这一做法最初来源于美国的友好通商航海条约。在美国式的双边投资协定中，被继承下来。此外，NAFTA、加拿大和智利的自由贸易协定和MAI草案，都有类似的规

定。其最常用的方法是在协定中先做一国民待遇的一般规定，然后在其附件中就那些不适用国民待遇的活动或行业作出保留，从而使得不同待遇成为可能。北美自由贸易协定附件二即允许成员国就具体的行业作出保留，这种保留使成员方可以采取更严格的限制措施。其中包括：墨西哥的基础能源行业和铁路业，美国的航空业和无线通讯业以及加拿大的文化产业。再如美国和格林纳达的双边投资协定。在其中，格国的航空运输、特许经营、政府保险和贷款项目、不动产所有权、土地和自然资源的使用权等，不适用国民待遇。⁶⁴

4. 发展性例外，指发展中国家为本国经济和社会发展的需要，可以保留灵活适用国民待遇的权力。虽然国民待遇对外国投资者而言是一个重要的原则，但对很多东道国来讲，它可能引起很多困难，因为这种待遇可能会使促进国内企业的成长变得很困难，对于发展中国家来讲，更是如此。因为相对于大型的跨国公司而言，它们的本国企业非常脆弱。如果双边条约中的国民待遇条款规定东道国有义务将相同的特权或利益授予外国投资者，则实质上相当于东道国在增强外国投资者跟国内企业竞争的能力。由于发展中国家较弱的经济地位和他们发展的需要，有必要通过这种“发展性条款”给予其特殊和差别待遇，其目的在于允许发展中国家在履行承诺的同时能有一定的灵活性政策。在《联合国跨国公司行动守则》的谈判过程中，发展中国家就提出国民待遇的实施如果没有条件限制，则考虑到其国内企业与跨国公司不平等的竞争地位，其发展将需要极大的成本。发展中国家认为，是否给予跨国公司优惠待遇完全是一个国家的主权事务，因而不应当是一个国际普遍标准。它们坚持考虑到国内企业发展的需要，有必要给国内企业优惠待遇。显然，在这一问题上争议很大。但不可否认，已有一些发达国家在其与发展中国家的双边投资协定中接受了“发展性条款”。

例如，1974年印尼和瑞士的双边投资协定的议定书就允许印尼根据其国民经济目前的发展阶段背离其给予瑞士投资者的国民待遇。德国也接受国民待遇的若干例外，但条件是这些例外措施必须基于发展的目的，比如小企业的发展以及那些不损害德国投资者利益的措施等。牙买加在其与一些国家签订的双边投资协定

⁶⁴ 美国保留的就更多了，见注 61。参见： *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN, 1999, pp.18.

中也调和了自己的发展、成长的需要和鼓励投资之间的关系。最近的例子是意大利和摩洛哥的投资协定。它规定：在一缔约国政府根据国家发展计划实施的只给予本国国民或企业的援助、特许、借款、保险和担保等方面，其他缔约国的投资者不能享有国民待遇。⁶⁵

上述各种例外，可以同时作为将国民待遇适用于外资准入阶段和运营阶段的限制，但主要还是对外资准入阶段适用国民待遇的限制，大多数国家甚至将外资准入也作为国民待遇适用的例外。而东道国之所以在外资准入阶段更多的限制国民待遇的适用，其原因除了上述的国家安全、公共秩序和道德、环境保护、公众健康以及发展方面等考虑外，还出于东道国对市场进行宏观调控的需要，⁶⁶因为市场具有盲目性、滞后性等先天性缺陷，需要政府的干预才能健康发展。

⁶⁵ *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN, 1999, p.50.

⁶⁶ 余劲松主编：《国际经济法问题专论》，武汉大学出版社 2003 年 4 月第 1 版，第 345 页。

第四章 中国有关外资国民待遇问题的实践和立法取向

一、中国在外资国民待遇方面的实践

中国对给予外资国民待遇问题的态度经历了一个发展过程，迄今为止也还处在发展和完善的阶段。

（一）中国在双边投资协定和WTO协定中的实践

迄今为止，中国对外签订的双边投资保护协定已达90余个。但中国对外资国民待遇的态度是非常谨慎的，这从我国的缔约实践中就可以发现。这种态度直接表现为这些双边投资协定全部规定了最惠国待遇条款，大多数规定了公平和公正待遇或公平待遇，而只有10多个协定直接或间接地规定了外资国民待遇标准。⁶⁷这10多个协定中对外资国民待遇的规定可分为如下五类：⁶⁸

第一类规定，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。此类规定如1986年中英协定第3条第3款。这类协定中所适用的“尽可能”的弹性表述意味着作为缔约一方的我国没有承担给予缔约另一方投资者以国民待遇的硬性义务，同时“根据其法律和法规”的规定也构成了对外资国民待遇的一种实质性限制，因为这相当于承认缔约各方保留了对实行国民待遇的自由裁量权，由此缔约各方可通过制定或修改本国立法，灵活确定给予外资国民待遇的范围。

第二类规定，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。如1995年中国与摩洛哥的投资协定第3条第1款第1项。这仍然保留了缔约方对国民待遇的控制权。在此之后约5年内，这种方式成为我国对外签订的投资保护协定中关于国民待遇规定的标准条款。

第三类投资协定在正文规定了国民待遇原则，但在附件中又对之作实质性的限制。例如，1988年中日协定第3条第2款规定“缔约任何一方在其境内给予缔约另一方国民和公司就投资财产、收益及与投资有关的业务活动的待遇，不应低

⁶⁷ 这10多个协定为：1986年中国与英国、1988年中国与日本、1991年中国与捷克斯洛伐克、1992年中国与韩国、1993年中国与斯洛文尼亚、1994年中国和冰岛、1995年中国和摩洛哥、1995年中国和南斯拉夫、1996年中国和沙特以及2001年中国与塞浦路斯的投资保护协定等。

⁶⁸ 陈安主编：《国际经济法学专论》（下编 分论），高等教育出版社2002年7月第1版，第695页。

于给予该缔约一方国民和公司的待遇”。但在该协定所附的议定书中同时规定：“缔约任何一方，根据有关法律和法规，为了公共秩序、国家安全或国民经济的正常发展，在实际需要时，给予缔约另一方国民和公司的差别待遇，不应视为低于该缔约一方国民和公司所享受的待遇。”（中日协定义定书第3条）。此外，1991年中国与捷克和斯洛伐克的投资协定及其议定书中都有相同的规定。（见中捷协定第3条第2款和议定书第1条）。

第四类投资保护协定规定，我国保证至少按现状给予外资国民待遇，不再增加对外资的新的限制措施，并承诺今后随着条件的不断成熟，逐步取消对国民待遇的有关限制。例如，中国与塞浦路斯的投资保护协定第3条第3款规定，缔约一方应给予缔约另一方投资者以国民待遇，但该协定的议定书又规定，上述规定不适用于中国领土内现存的与之不符的措施、不符措施的延续以及对不符措施的修改，只要这种修改不增加该措施在修改前存在的与之有关义务的不符程度。不过，中国将努力消除这些不符的措施。

第五类协定明确规定，缔约一方将对缔约另一方投资者实行国民待遇，除此之外并无任何限制。其典型的表现是1992年中韩投资协定。

从以上事实可以看出，中国对外资国民待遇的态度在1992年前后经历了一个大的转折，即中国所签订的双边投资协定完全接受了对外资的国民待遇。但正如我国某些学者所言，我国当时还不完全具备给予外资国民待遇的条件，⁶⁹所以作此规定为时过早。然而，随着国际投资自由化的逐步深入，发达国家以及一些发展中国家（如一些拉美国家）不断要求中国给予其投资者以无条件的国民待遇。同时我国党中央和全国人大在有关文件中也提出要“逐步对外商投资企业实行国民待遇”，⁷⁰再加上我国当时即将加入WTO，而TRIMs和GATS协定要求各成员国对市场准入不得施加超出现有水平的限制即所谓“现状约束”条款，它使各国对外资准入政策的调整更具稳定性和有预见性，以避免某些成员的市场开放政策出现随

⁶⁹ 参见徐崇利：《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》，载陈安主编《国际经济论丛》（第1卷），法律出版社1998年5月第1版，第182页。

⁷⁰ 见1995年5月《中共中央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》第四部分第28条和1996年3月全国人大八届四次会议通过的《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》第八部分之（三）以及中共十五大报告《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》第五部分之（七）。

机变动甚至倒退等原因，因此，才有了上述中国与塞浦路斯的投资协定中“冻结”对国民待遇的现行限制的规定。

当然，我国在双边投资协定中所表现的对外资国民待遇的这种谨小慎微的态度并不是毫无理由的。一般认为，其原因在于我国仍属于发展中国家，技术和经济管理水平仍比较落后，内资企业与外资企业（包括外国企业和外商投资企业）在竞争实力上还存在较大差距，从民族经济的发展来看，需要对内资企业实行某些特殊的法律保护或对外国企业和外商投资企业施以某些特殊的法律限制，即采取适度的差别待遇来弥合双方在经济实力上的悬殊，从而实现内外资企业的“公平”竞争。否则，民族经济可能受到外资企业的严重冲击，最终可能被“驱逐”出市场。同时，我国早期订立的双边投资协定中不规定国民待遇条款的主要原因是当时我国实行计划经济制度，而如前所述，外资国民待遇建立的基础是市场经济的运行机制，计划经济与对外资的国民待遇是根本不相容的。此外，当时我国即使对外资实行国民待遇，在实践中也将导致适用上的困难，因为当时缺乏国民待遇的参照对象。总之，各种原因使得我国在对待外资国民待遇的问题上不得不慎重。

除双边层次的协定外，中国加入 WTO 之后，已经受到包括 TRIMs 和 GATS 以及中国入世议定书在内的所有 WTO 协定的约束，因此，这些相关文件中所规定的有关外资国民待遇的内容也都是中国承担的国际义务。如前所述，TRIMs 协定所规定的只是违反 GATT1994 第 3 条（即国民待遇）规定的投资措施，包括当地成分和贸易平衡等。而 GATS 中所规定的国民待遇义务只限于 WTO 成员方所作的具体承诺，因此需要特别注意的是中国在入世议定书中所作的关于服务贸易市场准入和国民待遇的承诺。⁷¹

（二）中国国内立法的实践

如前所述，各国国内法中涉及外资国民待遇的部分主要包括民事权利的保护、行政司法救济和对外资的宏观管理等三个部分。

⁷¹ 中国在入世议定书中所作的与国民待遇有关的承诺包括议定书第 3 条“除本议定书另有规定外，在下列方面给予外国个人、企业和外商投资企业的待遇不得低于给予其他个人和企业的待遇：（a）生产所需投入物、货物和服务的采购，及其货物据以在国内市场或供出口而生产、营销或销售的条件；及（b）国家和地方各级主管机关以及公有或国有企业在包括运输、能源、基础电信、其他生产设施和要素等领域所供应的货物和服务的价格和可用性。”之规定，以及议定书所附的服务贸易减让表中所涉及的关于服务贸易市场准入和国民待遇的具体承诺。后者可参见杨国华著：《中国加入 WTO 法律问题专论》，法律出版社 2002 年 5 月第 1 版，第 156—200 页。

民事权利保护方面的国民待遇主要包括对外国投资者的财产及其收益等给予与东道国本国国民相同或不低于东道国国民所获得的保护。外国投资者的财产，一般包括股权、债权或类似请求权、专利权、商标权、专有技术权、关于动产与不动产的权利、勘探、开采自然资源的特许权等等。外资收益权，则主要体现为投资所产生的任何价值形式，如利润、利息、股息、特许权使用费等等。由于物权、债权等民事权利是任何民事主体在市场经济社会中赖以生存的基础权利，同时它们大都不会牵涉到东道国的公共秩序等主权事宜，因此在这些权利的保护方面自 1804 年《法国民法典》开在国内法中规定国民待遇之先河以来，根据东道国的法律外国投资者及其投资所形成的外商投资企业都享有充分的国民待遇。我国也不例外。我国《民法通则》第 5 条即规定“公民、法人的合法民事权益受法律保护”，第 8 条则将外国投资者视同本国国民对待：“本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外”。在知识产权保护方面，我国的《著作权法》、《商标法》、《专利法》和《计算机软件保护条例》也对外国人和外商投资给予了“根据其所属国同中国签订的协议、共同参加的国际条约或者依照互惠原则”，“依本法享有”、“受本法保护”、“根据本法办理”等不低于内资企业的国民待遇。在债权保护方面，我国《合同法》、《担保法》、《票据法》、《保险法》等重要民商事法律均未将外资企业与内资企业区别对待，而是统一适用，因此在此方面外资企业同样享受了国民待遇。这说明，我国民法对物权、债权、知识产权等民事权益的保护，已经完全及于外国投资者和外商投资企业。此外，在历史上外资国民待遇比较敏感的国有化与征收问题上，我国《中外合资经营企业法》特别规定：“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”，“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。”可以说在此方面我国法律对外资的保护已经达到了相当高的标准。

在行政司法救济等程序法方面，我国早已给予外资以国民待遇。这从我国的《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中可以看出。中国 1991 年《民事诉讼法》第 5

条第1款就规定,“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。”1989年的《行政诉讼法》第71条第1款也有类似的规定。此外,在行政救济方面,我国有关法规还对外资进行特别的保护。例如,1986年国务院颁布的《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。不仅如此,我国在1993年1月7日已经批准《华盛顿公约》,从而外国投资者与我国政府因投资产生的争端,可以通过解决投资争端国际中心加以解决。

一般来说,外资管理方面的国民待遇,既涉及宏观经济管理,如投资导向和市场准入等领域,又涉及外资在人财物和产供销等各个环节的待遇。在这些方面,我国对给予外资以国民待遇一方面比较谨慎,但另一方面却又比较超前。其主要表现为:立法时对内、外资企业分别立法,实行一定的差别待遇。这种差别待遇既表现在对外资的种种优惠政策上,又存在诸多对外资的限制措施。这也是学者们经常所谈的“超国民待遇”和“次国民待遇”并存局面以及我国对外资准入领域的限制的问题。⁷²兹分述之:

1. 超国民待遇的表现

第一,税收优惠,包括所得税的优惠、流转税的优惠和进口关税的优惠等。其中,目前存在的主要是所得税的优惠。虽然按照我国现行税法的规定,内外资企业的所得税税率统一为33%,但实际上外商投资企业可享受更为优惠的待遇

⁷² 有学者认为,所谓超国民待遇和次国民待遇(低国民待遇)的提法是不恰当的,因为国民待遇既不排斥东道国给予外资以优惠待遇,也允许东道国在实施国民待遇时存在一些合理的例外。优惠待遇属国家宏观经济管理方面的合理措施,与国民待遇无关;而对国民待遇的限制一部分属于各国之通例,从而构成国民待遇本身的组成部分,另一部分所谓的履行要求,则虽然构成对外资的不合理的限制,但也不是什么“低国民待遇”,而是一种歧视性待遇,与国民待遇根本不相容。因此,这种含混不清的提法不利于我国外资国民待遇制度的建立、完善和实施,也将给我国投资环境的改善、外资的引进造成不良隐患,阻碍其健康发展。参见张庆麟:《外商投资国民待遇若干问题之辨析》,载《法学评论》1998年第1期。但笔者认为,大多数学者对“超国民待遇”的定义是“我国自开展引进外资工作以来给予外资的各种优惠措施”,对“次国民待遇”的定义是“对外国投资者及其投资的各种限制”,这些定义并没有认为所谓的超国民待遇或次国民待遇是与国民待遇相并列的两种待遇,相反大多数学者在论述这一问题时,也都承认国民待遇不排除优惠措施的存在(如单文华:《外资国民待遇及其实施条件》,载《中国社会科学》1998年第5期,徐崇利《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》,载陈安主编《国际经济法论丛》(第1卷),法律出版社1998年5月第1版,第182页。此外还有不少学者都有类似论述,恕此处不再列举);并认为对外资的限制措施不符合国民待遇的要求(同上,另见卢炯星主编:《中国外商投资法问题研究》,法律出版社2001年12月第1版,第122—123页。)。同时,大家在使用这两种提法的时候,也都清楚它们各自的含义,因此也不会造成该学者担心的情况出现。有鉴于此,笔者仍使用这两种提法来指代那些对外资的优惠或限制措施。不过,笔者倒同意该学者关于“国民待遇本身就包括一些合理例外”的提法。

——低税率和减免税。《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》第7条规定，设在经济特区的外商投资企业、在经济特区设立机构或场所从事生产经营活动的外国企业和设在经济技术开发区的生产性外商投资企业，减按15%的税率征收企业所得税。设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区的生产性外商投资企业，减按24%的税率征收企业所得税。设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区或设在国务院规定的其他地区的外商投资企业，属于能源、交通、港口、码头或国家鼓励的其他项目的，可以减按15%的税率征收企业所得税。根据该法第8条规定，外商投资企业在一定条件下还可以享受“两免三减半”的待遇，即对生产性外商投资企业，经营期在10年以上的，从开始获利的年度起，第1年和第2年免征企业所得税，第3年至第5年减半征收企业所得税，如果是高新技术产业，还可以在此基础上减半。第10条规定，外商投资企业的外国投资者，将从企业所取得的利润再投资于该企业，增加注册资本，或者作为资本投资开办其他外商投资企业，经营期不少于5年的，经投资者申请，税务机关批准，退还其再投资部分已缴纳所得税的40%税额。另外，第11条还规定，外商投资企业和外国企业在中国境内设立的从事生产经营的机构、场所发生亏损，可以用下一纳税年度的所得弥补；下一年度的所得不足弥补的，可以逐年延续弥补，但最长不得超过5年。相反，内资企业根本享受不到这种优惠。

在流转税和进口关税等方面的优惠已分别于1994年1月1日和1996年4月1日取消，但给了在相关法规生效前设立的外商投资企业以一定的宽限期。

第二，进出口经营权优惠，我国长期以来在进出口经营权问题上实行内外有别的政策，即外商投资企业普遍享有进出口经营权和免领进口许可证的权利。外商投资企业进口自用的生产物品及企业所需的设备、原材料等物资，出口企业生产的产品，均免于办理进出口许可。然而，内资企业要想取得进出口经营权则要复杂得多。值得高兴的是，随着2004年我国《对外贸易法》的修改，⁷³这一问题已得到解决。

⁷³ 根据第十届全国人大常委会第八次会议于2004年4月6日修订的我国《对外贸易法》第8条的规定，凡依法办理工商登记或者其他执业手续，并遵守有关规定的法人、其他组织或者个人都可以获得对外贸易经营权。

第三，个人（自然人）的地位方面，主要体现在个人的进出口经营权和个人作为中外合资或中外合作企业的合营方或合作方的问题。前者随我国《对外贸易法》的修改已得到解决，但我国在修改《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》及其相关的实施条例或细则时，根本未涉及我国个人的地位问题。这就出现了外国个人可以具备合资方或合作方的资格，但中国内地的个人却不具备的情况。

第四，出资方面，首先表现为外商投资公司实行认缴资本制，而内资公司却必须遵守实缴资本制。因为我国《公司法》规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额，股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的实收的股本总额。此外还规定，股东全部缴纳出资后，必须经法定的验资机构验资并出具证明，申请公司设立登记时应提交验资证明。与此同时，2001年修订的《外资企业法实施细则》第20条则规定，外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。该细则还规定，外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起3年内缴清。在《中外合资经营企业法实施条例》和《中外合作企业法实施细则》中均有类似的认缴资本制的规定。⁷⁴其次，《中外合作经营企业法》第21条规定，合作方可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行收回投资的办法。这就表明，外国合作者（即使其采取有限责任公司的形式）在合作期限内抽回出资；而我国《公司法》第34条却规定，股东在公司登记后，不得抽回出资。如果说是几年前合作方约定在合作企业全部资产到期归中方合作者所有的情况下，外方合作者先行抽回出资还有其合理性的话，在当今科技飞速发展，技术更新的周期已大大缩短的背景下，一套设备在合作企业使用几年后已很难保证其技术上的先进性，因此允许外方合作者先行收回出资已不再具有什么经济意义。

此外，在我国除经济特区、经济开发区之外，在内地也存在各种各样的税收和其他优惠措施，有的随意拉长减免期，有的则将所得税税率降到极低的程度。

⁷⁴ 参见《中外合资经营企业法实施条例》第16条和第28条，《中外合作经营企业法实施细则》第16条和第20条以及《中外合资经营企业各方出资的若干规定》第4条和第7条。

至于3%的地方所得税，则由于地方政府招商引资心切，几乎无一征收，而且外资在土地使用费、场地开发费、城市建设费、教育附加费等方面均可享受减免待遇。

2. 次国民待遇的表现

在我国加入 WTO 之前，体现在中国外资管理法中的次国民待遇的规定比较多，主要是对外资一些“履行要求”，包括当地成分要求、贸易平衡要求以及外汇平衡要求等等。⁷⁵但入世之后，根据 TRIMs 和 GATS 以及中国入世议定书的有关规定，中国对三大外资法及其配套的实施条例或细则等法律法规和规章作了大量的废、改、立的工作，据统计，入世以来我国有关部门在投资领域共清理了约 2300 件法律文件，其中废止 830 件，修订 325 件。⁷⁶其中，废、改的内容主要涉及如下内容：

第一，当地成分要求，如原《中外合资经营企业法》第 9 条规定“合营企业所需原材料、燃料、配套件等应尽先在中国购买”。该法原实施条例第 57 条、《外资企业法》第 15 条等皆有相同的规定。此外，一些地方法规和审批机构在审批生产型外国投资项目时，往往将国产化要求作为批准的条件之一，对项目规定了国产化的比例、进程及时间，如我国在审批外商投资汽车或电信设备时就曾把国产化程度作为要件之一。新颁布的《外资企业法》第 15 条现已修改为“外资企业在批准的经营范围需要的原材料、燃料等物资，按照公平、合理的原则，可以在国内市场或者在国际市场购买”，删除了同等条件下优先在国内购买的规定。随后，《中外合资经营企业法实施条例》、《外资企业法实施条例》等相关条款也做了相应调整。

第二，贸易平衡要求，即限制外资企业的进口或将其进口额与出口额挂钩的投资措施。在我国主要是外汇平衡要求，此外还有以出口为进口先决条件的规定。改革开放之初，由于我国外汇短缺，为维持国际收支平衡，所以在原《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条、《外资企业法实施细则》第 56 条、《中外合作经

⁷⁵ 严格来说，TRIMs 协定中关于违反国民待遇原则的投资措施只包括当地成分要求和一部分贸易平衡要求，因此笔者在此只讨论这两方面的问题。但国内不少学者还将出口实绩、国内销售等要求和外资准入领域的限制等也包括在次国民待遇的范围之内，对此笔者不敢苟同。原因除上述 TRIMs 协定的规定外，还在于出口实绩主要是作为外资准入的条件，这些学者认为次国民待遇也包括对外资准入的限制，但笔者认为这种准入限制应该是外资国民待遇的合理例外，因此不属于次国民待遇，同时出口实绩并不为 TRIMs 所禁止。

⁷⁶ 参见：柴海涛，《国民待遇制度与我国外资法律对策研究》，网址是 http://caitec.mofcom.gov.cn/article/200310/20031000135885_1.xml，2004 年 4 月 6 日访问。

营企业法》第 20 条都规定了企业应当自行解决外汇收支平衡。这些规定虽然没有明确将企业的进出口作为“履行要求”，但实际上只有做到多出口，才能获得更多的外汇，满足再生产的进口需求；或者迫使企业搞替代进口，走向国产化。因此被认为是扭曲正常国际贸易的投资限制措施。但我国从 1996 年已经取消了对经常性国际支付和转移的限制，1997 年 1 月 4 日国务院发布修正后的《外汇管理条例》规定“国家对经常性国际收支和转移不予限制”，从法律上明确了经常性项目下的外汇可自由兑换。所以在本次修改三资企业法时删去了相关限制性规定。

由此可见，外资在我国目前已经不再受到所谓的次国民待遇的限制。

3. 对外资准入的限制

如前所述，对外资实行国民待遇的国家，无论发达或发展中国家，在外资准入阶段都存在一定的例外，还有不少发展中国家甚至将外资准入阶段也作为国民待遇的例外。这些例外，并不构成对国民待遇的违背，相反正是外资国民待遇的正常组成部分。这是在分析外资国民待遇时必须要注意的。

由于种种原因，中国只在少有的几个双边投资协定中直接或间接地规定了国民待遇条款，所以在外资准入的领域不实行国民待遇，从而实行诸多限制也就不难理解了。但在外资准入领域，由于中国于 2001 年 12 月 11 日正式成为 WTO 的成员，并且在 GATS 及中国入世议定书中作了外资进入服务业方面适用国民待遇的一定承诺，所以中国从那时起已经承担了一定限度的国民待遇的义务。

我国对外资进入领域的禁止与限制，如同大多数发展中国家一样，存在一个逐步开放的过程。1987 年底，原国家计委曾颁发了《指导吸收外商投资方向暂行规定》把外商投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止四类，其中对外资准入领域做了较大的限制。1995 年，我国重新发布了《指导外商投资方向暂行规定》，同时发布《外商投资产业指导目录》，将外国投资产业鼓励类、限制类和禁止类项目具体化，除此之外皆为允许对外开放的领域。该目录于 1997 年再次修改，使得对外资开放的行业 and 部门大幅度增加，许多新的领域逐步开始向外商开放。例如，在交通运输、邮电通讯、矿产开发等许多国家视为影响本国经济命脉和国家安全的领域，而我国则将其列入了鼓励类。最引人注目的是在银行、保险、外贸、会计

师事务所、律师事务所、零售商业等服务行业有限度的开放已经走在许多发展中国家的前列。目前我国在上述领域中对外资的限制主要是在地域、数量、股权和业务范围等方面。

入世后，根据 WTO 的有关规则和我国在 GATS 项下的承诺和产业发展的具体情况，我国在 2002 年 3 月第四次对外商投资产业政策进行了修改，在投资准入方面进一步开放。其中将鼓励类目录由 186 条增加到 262 条，而限制类目录则由 112 条减少到 75 条，并将原先禁止外商投资的电信、燃气、热力、供排水等城市管网建设首次列为对外开发领域。对外资银行、保险、证券、证券投资基金、金融、商业、外贸、运输、旅游、法律服务、会计审计、音像制品、外商商业特许经营、直销经营等服务贸易行业，在开放的地域、数量、经营范围、股权比例要求上做了更宽松的规定，使得服务贸易正在成为新的外国直接投资的热点。⁷⁷与此相适应，在外商投资服务贸易领域的法律体系构建方面，如有关建筑、会计服务、教育、商业、物流、医疗、教育、民航等行业的市场准入规定及相关法律法规也正在制定中。完全禁止外国投资的行业已经比较有限，主要是新闻业、军工生产业、广播影视业、民族传统特色工业、国家保护的野生动植物及稀有优良品种等领域。国家之所以禁止外资进入这些领域，主要原因在于它们大都和国家安全或社会公共利益、环境保护、土地资源的有效利用以及民族传统特色工业保护密切相关。如果允许外资进入，则可能威胁到国家安全或社会公共利益，要么不利于我国环境保护和有限的土地资源的有效利用或威胁我国民族传统工业的生存和发展。这方面的教训是惨痛的。以环境保护为例，很长一段时间由于我国外资引进体制的问题，我国对外商开放的领域过于广泛，或者是虽然国家有严格的准入领域的限制，但地方政府为了各自经济的发展，对外资极尽优惠之能事，根本不考虑能源消耗和环境污染等负面效应，甚至还出现为利用外资而拿资源与之交换的问题，⁷⁸结果大量的高耗能源、资源以及污染程度严重的行业涌入我国。另一方面，我国环保部门权力的相对“疲软”，更使得一些外商有恃无恐。这样就对不可再生的

⁷⁷ 参见 2002 年 3 月由国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、对外贸易经济合作部第 21 号令发布的《外商投资产业指导目录》

⁷⁸ 参见马忠法：《浅议加入 WTO 后我国外商投资企业法存在的问题和对策》，2003 年中国国际经济法年会交流论文。

能源、环境保护及环境承载力提出了巨大的挑战。所以，在外资准入的领域引入可持续发展的概念，并加强执法的力度已经刻不容缓。

在外资准入阶段的另一问题是对外资出口实绩的要求。所谓出口实绩要求，是指东道国要求外国投资企业产品必须有一定比例用于出口或要求外国投资企业履行最低的出口义务。以前我国曾经以优惠待遇或限制措施强制性规定外资企业的出口实绩，其中又分限制性的和引导性的。前者如原《外资企业法》第3条：“设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展，并且采用先进的技术和设备，或者产品全部出口或者大部分出口”。该法《实施细则》第3条第2款进一步规定，设立外资企业必须“年出口产品的产值达到当年全部产品产值的百分之五十以上”，第45条规定“外资企业在中国市场销售产品应当依照经批准的销售比例进行”。此外，原《中外合资经营企业法实施条例》第14条第7款要求合资企业必须规定产品在境内境外的销售比例等等，也属此类规定。这类规定在中国入世后，已经取消。后者如原《中外合资经营企业法》第9条和《中外合作经营企业法》第4条之规定，在修改后的相关法律中仍可见其踪迹。

严格来讲，TRIMs 并不禁止出口实绩要求，只有那些限制性的投资措施才因为违背国际贸易中的国民待遇而受到约束，而引导性的并不违反，所以从法理上我国仍可维持这类措施。同时，出口实绩要求在中国扩大出口创汇、增加外汇收入方面曾起到积极的作用。尽管如此，笔者认为，在中国目前外汇储备充足的情况下，类似我国修改后的《中外合资经营企业法》第10条第2款第2句所规定的“鼓励合营企业向中国境外销售产品”以及《中外合资经营企业法实施条例》第53条规定的“中国政府鼓励合营企业向国际市场销售其产品”等规定，自身非常含混且缺乏实际效果，不仅不会给我国带来什么经济上的利益，反而会遭致其他国家的反对，应该也没有继续存在的必要。

此外，对外资准入的审批也是外资准入阶段的一个限制。对外资的审批制度发挥着重要的作用，即对外资是否与本国的经济计划、优先发展相冲突进行评价，排除或缩小外资的消极影响；确保外资符合本国的法律和法规的要求；使外资有利于本国的收支平衡；避免外资过分集中于少数经济部门，造成经济畸形发展等。⁷⁹

⁷⁹ 余劲松主编：《国际投资法》，法律出版社1994年6月第1版，第164页。

我国目前对外资实行“逐一审查制”，即所有的外商投资企业均须经审查批准方能设立。但有些地方已经采取了一些措施简化审批手续，并实行“有选择的审批制”，如深圳、厦门等。⁸⁰“逐一审查制”确实过于严格，但在准入阶段不对外资进行审查也难以实现上述的目的，因此“有选择的审批制”应是我国改革的方向，即以投资领域和数额等作为是否需要审批的标准。⁸¹

二、中国在外资国民待遇问题上的立法取向

（一）我国应该接受外资国民待遇

如前所述，外资国民待遇虽然还不是一般国际法，但不可否认随着国际投资自由化的进程逐渐深入，外资国民待遇将会越来越受到重视，同时也会有越来越多的国家和地区接受对外资的国民待遇。在这样的背景之下，同时考虑到在外资国民待遇涉及的民事权利保护、司法行政救济等领域，我国从宪法、到民商法以及程序法等各个层次的法律、法规都已经全面给予了外资以国民待遇，外资国民待遇涉及的三大领域只剩下了对外资的管理和监督领域还存在一定的限制。但这些限制，有的本身就是外资国民待遇的合理例外，构成外资国民待遇的不可分割的一部分，有的则可以通过完善我国的国内立法加以解决，因此笔者认为我国完全可以接受也应该接受外资国民待遇。详述如下：

第一，外资国民待遇从来就不是“全面的、绝对的国民待遇”，或者说是在与外资有关的所有问题上外国投资者及其投资都应该享有等同于或不低于东道国国民投资者及投资的待遇。那些接受甚至极力推动外资国民待遇的国家所理解的国民待遇仍然是包含着很多例外的国民待遇。例如代表西方发达国家高标准投资保护和极力倡导投资自由化的《多边投资协定》(MAI)，仍然允许缔约国采取例外措施保护其国家基本安全利益。在金融服务、税收等方面，MAI还允许缔约国采取“审慎措施”，而不进行全面的、无条件的开放等等。前述的无论是发达国家还是发展

⁸⁰ 王玉梅：《中国的外国直接投资法律制度研究》，法律出版社2003年6月第1版，第169页。

⁸¹ 有消息称，原国家计委将对中小投资项目实行备案制，即从项目的限额审批转为投资分类管理。具体来说，目前实行的3000万美元限额的规模审批管理，将逐步转为投资项目分类管理，国家鼓励、允许类的产业将不必计委审批，而只需向其备案；但国家限制和禁止类的产业项目，不管其规模如何均须计委审批。参见[台]《两岸经贸通讯》，1998年7月号，[台]财团法人海峡交流基金会出版。转引自王玉梅：《中国的外国直接投资法律制度研究》，法律出版社2003年6月第1版，第170页。

中国家所采取的关于外资国民待遇的种种例外，也都证明了这一点。要知道，国民待遇在国际贸易领域早已被公认为国际贸易的基本原则，但迄今为止仍然存在诸多的例外，⁸²更何况在国际投资领域其引入的历史并不长。由此可见，根本不存在绝对化的外资国民待遇，即使将其作为国际投资自由化的终极目标，其实现也将是一个非常漫长的过程。毕竟，外资国民待遇既不排斥给予外资以优惠待遇，也允许一定歧视性例外的存在。正如有学者所言，国民待遇的基本实质和精神只是要求将这种优惠或限制存在于“合理”的范围内，而合理范围的缩小或扩张，则正是国际投资法得以在国际经济利益冲突中发展的原动力。⁸³因此，即使我国在投资领域实施了国民待遇，也并不等于要对外资实施无差别待遇。我国完全可以在实施外资国民待遇的同时，根据自身经济发展、国家安全和环境保护等等理由对其作出例外性规定，从而趋利避害，使之为我所用。

第二，外资国民待遇实施的经济条件之一是市场经济体制，而经过20年的市场化改革，我国的市场化程度已经有了长足的进步，市场体制已经逐步成熟完善起来。因此可以认为，我国给予外资国民待遇的市场经济条件已经基本具备。一般来说，以交易对象为标准进行划分，市场体系可以分为产品市场、要素市场、劳动力市场和资本市场等四大市场。目前，中国的产品市场的发育程度最高，几乎全部的生活资料和90%的生产资料已经由市场加以调节和配置，要素市场和劳动力市场也已经有了相当大的发展，而最不成熟、发育程度最低的就是资本市场，表现为无论在直接融资和间接融资市场，政府的计划干预都非常强烈。也正是由于这个原因，中国在开放金融市场上的步伐比较缓慢。但另一方面，外资的进入对市场经济的发育过程也具有催化和促进作用。因为外资企业可以带来与市场经济相适应的现代企业制度，带来市场经济的交易制度、银行制度和信用制度等等，从而加快市场制度结构的形成。⁸⁴从这个角度讲，给予外资国民待遇又可以促进我国市场经济的进一步完善。

第三，外资国民待遇的另一经济条件是民族产业的充分成长。在考虑民族经

⁸² 如 GATT1994 第 3 条第 8 款的政府采购例外，第 20 条的一般例外和第 21 条的安全例外等。虽然如此，但并没有人否认在国际贸易法中国民待遇的原则性地位。

⁸³ 参见柴海涛：《国民待遇制度与我国外资法律对策研究》，网址是 http://caitec.mofcom.gov.cn/article/200310/20031000135885_1.xml，2004 年 4 月 6 日访问。

⁸⁴ 参见朱延福著：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 174 页。

济的发展时，必须首先考虑作为民族经济主体的国有企业的改革和发展的问題。国企改革在中国已经进行了十几年，确实有不少国有企业因此获得了生机。但总体上，由于历史包袱很重，大多数国有企业的发展还很困难。但需要注意的现实是自改革开放以来，我国绝大多数第一产业和第二产业部门均引进了外资，这不仅没有对民族产业造成非常大的冲击，以至于影响到其生存，反而在促进国内市场竞争、推动技术进步、加快产品的升级换代进而增强内资企业的竞争力方面起到了不可否认的积极作用。总而言之，目前我国民族资本和民族经济的发育在质量上和效益上仍存在缺陷，因此在实施国民待遇与发展民族工业的关系上也存在着两种主张：一种是主张限制对外资实行国民待遇，保护民族产业的发展；一种是反对限制，反对保护，主张平等竞争以促进民族产业的发展。二者的目的都是发展民族产业，并且都注意到了国民待遇对发展民族产业的巨大冲击，但真正对民族产业产生影响的不是外资的绝对量，而是相对量。笔者认为，只要民族工业的某一具体行业或部门不被某一国家或某一跨国公司垄断，外资就很难对民族工业造成危害，外资总量的影响则是次要的。种种情况表明，资本来源多国化，形成群雄逐鹿的局面，以避免一国独家垄断，对民族产业的发展是有利的。⁸⁵反之，如果一味的强调民族产业的保护，而不择手段的限制外资的进入，不仅无法获得外资所带来的利益，更容易使民族产业形成依赖心理，在国际市场上永远无力参与竞争。⁸⁶

同时，必须注意，我国目前在外资国民待遇问题上影响民族产业发展的最大的问题在于那些所谓的超国民待遇，除了有限的几个领域的准入限制外，外资所享有的待遇事实上要比民族产业享有的待遇要高得多。实际上即使市场准入方面，与中国的非国有企业相比，外国投资者已享有高得多的待遇。这也正是那些

⁸⁵ 我国民族工业发展的事实已经证明了这一点，像飞机制造业，由于引进了麦道、波音、空中客车，使我们具备了组装生产客机的能力；在汽车工业上，与德国大众、奔驰、法国雪铁龙合资批量生产的轿车、工程车、特种车已替代进口并开始出口；在家电行业上，由于松下、索尼、三星、爱华等外企的进入，反倒激励着长虹、海尔、美菱等民族工业的崛起；其它如通讯器材、机械、电子、仪器仪表等通过多方合资，不但顶替了进口，有的还成为出口拳头产品，如上海贝尔已成为世界最大的数字式交换机企业。参见蔡玉胜：《论外资国民待遇与发展我国民族经济》，载《东北师大学报》（哲学社会科学版）1997年第5期。

⁸⁶ 这方面的例子数不胜数，如为扶持国内刚刚兴起的计算机产业，巴西政府于1984年颁布了一项法令，严格控制计算机进口，甚至专门设立计算机警察，以打击走私，可谓极尽保护之能事。但8年下来，该产业反而远远落后，消费者为此每年多花费9亿多美元。最终巴西政府于1992年取消了这一禁令。虽然，本例只涉及控制进口，但拒绝外资进入或对其进入施加种种限制，与控制进口效果无二。

私营企业也要求享有所谓的国民待遇的原因之一。实践中，外资受到限制主要是市场准入的领域，这才是不少西方国家指责的主要对象。但这一问题笔者在前面已经强调过多次，外资国民待遇从来不是绝对的或全面的国民待遇，因此有些国家的指责是毫无道理的。换言之，即使我国给予外资以国民待遇，我国仍然享有根据自身国民经济发展的具体情况、国家安全与社会公共利益等原因而在外资准入的领域进行限制。因此，在国民待遇与发展民族产业关系上，不是要不要实施国民待遇的问题，而是如何实施的问题。

第四，接受外资国民待遇也是我国吸引外资和对外投资的现实需要。众所周知，国际资本流动主要还是在发达国家内部进行，而流向发展中国家的只占不到2/5。具体到我国，虽然截止到2004年3月底，全国累计批准设立外商投资企业475589个，合同外资金额9774.08亿美元，实际使用外资金额5155.36亿美元。⁸⁷但这一数字在全球直接投资中的相对量并不大，同时在整个世界的范围内我国引资的地位还有所下降。除了国家与地区间引资竞争十分激烈，我国投资激励措施比较单一，投资软环境不规范、不过硬，进入20世纪90年代后，外国直接投资越来越多地以跨国兼并与收购(M&A)的形式出现，而这种导向与我国利用外资的初衷存在距离等诸多原因外，⁸⁸笔者认为还有一个原因在于我国在对外资的政策上没有接受国民待遇原则，尤其在外资准入领域限制较多，在一定程度上影响了外国投资者的投资信心。尤其是在国际间引资竞争极为激烈的当代，既然我国在很多方面事实上已经给予了外资以国民待遇甚至是更优惠的待遇，则有足够的理由在国内立法或有关双边投资协定中明确规定对外资的国民待遇。

另一方面，中国正在成为世界上较为重要的资本输出国。在2003年举行的首届国际投资促进论坛上，有不少外国学者预言中国将成为第六大资本输出国。⁸⁹在这种背景下，如果我国有关双边投资协定中接受了对外资的国民待遇，则按照双边协定的互惠性，中国的投资者在另一缔约国中也可以享受到国民待遇，这对我国的对外资本输出无疑是有利的。

⁸⁷ 摘自 <http://www.fdi.gov.cn/common/info.jsp?id=ABC00000000000013874>，2004年4月22日访问。

⁸⁸ 梁咏 章海彤：《外国直接投资的中国市场准入问题研究》，网址：<http://www.ahtvu.ah.cn/jxc1/zhycch/2148/xkqy.htm>，2003年12月18日访问。

⁸⁹ <http://news.rednet.com.cn/Articles/2003/11/487615.HTM>。

总而言之，笔者认为我国应该接受也有条件和能力接受外资国民待遇。国内不少学者之所以认为我国只能逐步接受外资国民待遇或者说我国接受外资国民待遇的条件还不具备，因而只能逐步的实行外资国民待遇的根本原因在于他们所理解的外资国民待遇是一种“绝对的、不折不扣、全面的”国民待遇，也就是对外资准入和进入后各个阶段都实行国民待遇，而没有丝毫限制，⁹⁰这本身就是对外资国民待遇的一种片面的理解。因此是一种建立在错误理解上的一种错误的结论。

（二）我国接受外资国民待遇必须解决的两个前提问题

1. 外资国民待遇参照标准的确定

这一问题，在其他大多数国家或许并不存在，因为它们大都以私有制为基础，绝大多数企业属私人所有，所以私人所享有的待遇就是国民待遇的参照标准。然而，我国目前实行的是公有制为主体、多种经济成份并存的经济结构，企业按其所有制可分为国有企业、集体企业、私营企业等，此外还有众多的自然人投资者，这些主体所享有的待遇并不相同。因此在确定外资所享有的国民待遇的问题上，究竟应该以何种主体所享有的待遇为标准，在实践中不无疑问。与此同时，不少民营企业，甚至农民也在要求国民待遇。造成至一问题的部分原因在于这些主体不了解国民待遇的真正内涵，但从另外一个角度也反映了我国国民待遇参照标准的缺位问题。因为，它们本身就是国民，它们所享有的待遇就是国民所享有的待遇，哪还有另外的国民待遇之说？

在我国改革开放之初，国有企业（当时的提法叫国营企业）在生产资料的获得、能源供应、财政和信贷支持等方面都享有特别优惠的待遇，所以当时外资的待遇标准也往往是以国有企业为参照的。⁹¹例如，我国 1983 年的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第 65 条就规定，合营企业所需的燃料用煤、车辆用油、生产物资以及为合营企业提供水、电、气、热、货物运输、劳务、工程设计、咨询服务和广告等收取的费用，应与国营企业同等对待，用人民币支付。

⁹⁰ 参见单文华：《外资国民待遇及其实施条件》，载《中国社会科学》1998 年第 5 期。徐崇利：《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》，载《国际经济法论丛》第 1 卷，法律出版社 1998 年 5 月第 1 版，第 201 页。朱延福：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 175 页。但上述学者无一例外的都承认外资国民待遇都存在一定的合理的例外。也许笔者与上述学者的分歧只在于对外资国民待遇的理解上，即在理解外资国民待遇时是否应将这些例外也包括进去。笔者认为答案应该是肯定的。

⁹¹ 笔者并未找到书面资料来加以证明，但在 2003 年中国国际经济法年会上，有学者提出国民待遇的参照对象曾经是国有企业。由于资料和时间有限，笔者未加以考证。

然而，即使是在计划经济时代，国家也按企业的规模、在国民经济中的地位和作用将国有企业确定不同的行政级别，不同级别的企业在市场准入、经营管理、信贷融资、进出口贸易等方面的待遇也相差很大。在国家决定对国有企业“抓大放小”之后，⁹²更加大了国有企业间的差别待遇。从此，外资国民待遇失去了事实上的参照标准。

另一方面，私营或民营企业目前也无法作为外资国民待遇的参照对象。因为在我国这类企业所享受的待遇比国有企业要低得多。我国国有企业有权享受技术改造贴息；国有、集体和股份制企业技术开发费以及技术改造投资购买国产设备可以部分抵扣所得税等等优惠政策都将私营企业排除在外。因此，若将私营企业作为参照对象，在国际上可能会引起对我国投资环境的更大的攻击。考虑到民营经济对我国国民经济的重要作用，我国宪法 1999 年修正案将第 11 条第 2 款修改为“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理”，然而遗憾的是这一规定并没有具体化，更多的只能靠政策性文件来执行，而政策和法律手段相比较，容易变动而且效力低，因此现实生活中非公有制经济并未因此获得同等的保护，阻碍非公有制经济发展的现象比比皆是。例如，在企业设立登记、税负、取得贷款和企业上市等方面，存在不少不平等待遇。⁹³2004 年第十届全国人大第二次会议又将这一款修正为“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导

⁹² 国家将国有企业分为两大类：大型特大企业与中小型企业，对于前者，国家要抓住抓好，对于后者，国家要放开放活。这种政策本身就隐含了重大的待遇差别和深刻的政策差异。例如，从 1999 年开始，国家对于经营困难的大型特大大企施行救助政策，具体做法是债转股，这就大大降低了企业的付息成本。同时，中小型国企和其他企业则不能享受这一待遇。朱延福：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 212 页。

⁹³ 目前，我国民间投资依然面临如下政策上的限制：第一，非公有投资在许多产业领域仍有一定程度的准入限制，如银行、保险、证券、通信、石化、电力、轿车等行业，民间资本一直难以进入；有些领域虽然允许民间资本涉足，但体制性障碍导致明显的不公平竞争；前置审批环节繁多，准入条件苛刻。与国有经济和外资经济相比，非公有经济在投资、生产和经营诸方面，面临更多的前置审批，手续杂、关卡多、效率低、费时长，在参与竞争的资格、条件和机会上往往处于不利地位。第二，税负不公，国家对非公有企业是双重征税，投资者除了缴纳税率为 33% 的企业所得税外，还要缴纳税率为 20% 以上的个人所得税。第三，对非公有经济仅仅开放了信贷和大企业股票融资的渠道，远远满足不了各类非公有企业特别是中小企业融资的需求，因此绝大部分私营企业的中长期投资，主要依靠非正规、小范围的借债集资或股权融资，此类融资规模小、成本高、风险大，使投资缺乏稳定性与可持续性。第四，民间投资的法律保障不力，服务体系很不健全。目前，非公有企业在兼并国有企业、保护土地使用权和知识产权、明晰财产权等方面，合法权益往往得不到有效的法律保障。非法剥夺、损害、侵占非公有企业资产的现象时有发生，吃拿卡要、乱收费、乱罚款、乱摊派的问题尤为严重，投资者信心和积极性受到挫伤。对非公有企业的行政管理多达 20 多个部门和单位，但在项目投资方面却没有明确的主管部门、服务机构和管理办法。投资者在履行政程序、选择投资方向、争取技术支持等方面得不到有效服务，往往造成投资的盲目性和经济损失。

非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理”，这次修正，一方面突出了国家对非公有制经济的鼓励和支持，另一方面也强调了对之的监督和管理要依法进行，可以说反映了我国对非公有制经济的重视。但这些宪法的原则性规定必需通过行政法、金融法、证券法、税法、民商法以及工商登记等制度加以具体化，才能真正落到实处。⁹⁴否则，我国的民营经济仍然只能处于各种经济形式的最底层，难以得到健康的发展。

然而，要给予外资以国民待遇，这一参照机制必须解决，否则外资国民待遇就失去了可以依托的对象。为此，有学者提出了将我国的企业区分为特殊企业和一般企业，并认为特殊企业是指那些国家继续“抓住”的国有大型特大型企业，这些企业数量小，且在资本规模、经济地位、经营目标、政企关系和政府救助等方面与其他企业具有重大差别；而一般企业是指所有的非国有企业以及国家准备“放开”的国有企业，进而认为外资只能享受一般企业的待遇，而不能享受特殊企业的待遇。⁹⁵笔者认为这种做法不符合国民待遇的要求，因为通观各个涉及外资国民待遇的双边投资协定和国际文件，国民待遇的例外只见行业限制，而没有某些专门企业的例外。但该学者保护民族经济的出发点是正确的，关键在于保护方法的选择问题上其所采取的态度不符合外资国民待遇的要求。笔者认为最好的方法是不根据企业的所有制或规模差别区分企业类型，而以企业的责任形式为标准，建立适应社会主义市场经济的统一适用于内资与外商投资企业的，包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法在内的企业法体系。同时，将关系国计民生、国家安全和社会公共利益的行业（而非具体企业）排除在外资国民待遇的适用范围之外，从而使得外资不至于控制我国的经济命脉。至于国有企业的生存和发展问题，笔者认为应该有所选择，即只有那些符合上述行业特征的国有企业才可以获得国家的保护，除此之外的其他国有企业则完全可以交给市场，由市场来作出选择。因为与国家安全和社会公共利益无关的行业即使为外资所控制，也不会对国民经济健康发展造成太大的负面影响，就算出现局部垄断的问题，也完全可以交给反垄断

⁹⁴ 随着改革开放的逐步深入，我国对非公有制经济地位的认识也经历了一系列的变化。这是和我国的经济发
展所紧密联系的，也符合人类的认识规律。关于我国 1982 年宪法及其几个修正案对非公有制经济的规定，参
见梁慧星先生在中国社会科学院研究生院题为《宪法修正案对非公有制经济和私有财产的规定》的讲座，网
址：<http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=5883>，2004 年 4 月 18 日访问。

⁹⁵ 参见朱延福：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 214 页。

法来解决。在这方面，西方各国在反垄断法中限制跨国公司投资的常用做法，值得我们在今后立法中借鉴。例如美国、欧洲一些国家是在反垄断法中界定禁止外资进入领域的；德国的反垄断法突出了对重要行业外国投资的监管；美国的反垄断法律还针对外国人在美的跨国并购行为设立了报告制度；并对重要行业的股权收购做了限制等等。采用反垄断法对外资进行规制的优点是既可以避免外资的负面影响，在一定程度上起到保护民族工业的作用，⁹⁶又因为反垄断法同等适用于本国企业和外国企业，所以可以避免被其他国家认为是违反外资国民待遇原则。

2. 超国民待遇或投资优惠措施的问题

目前在中国愈演愈烈的超国民待遇的问题，已经至少在以下两方面造成了负面影响：

第一，超国民待遇引发了外资企业的大量寻租行为，给国家造成了巨大的经济损失，也影响了我国吸引外资的质量。

外资企业享受超国民待遇可以大大降低企业的生产和经营成本，提高企业的利润率，外资企业的这种身份就具有租金的性质，因此引发种种寻租行为。⁹⁷这些寻租行为包括虚假外商投资、国际避税等。前者指一些内资企业通过假合资、假合作等方式来获得外资企业的资格，享受外资企业的优惠待遇。后者包括通过高进低出、转移利润和滥用或重复使用税收优惠政策等。

第二，超国民待遇造成了本国资本和外国资本在起点上的不平等竞争地位，挤压了内资企业的生存空间，最终会影响国民经济的健康发展。

很多进入中国的外资企业本身在资本、技术、管理经验等方面已经比我国内资企业具有更强的竞争力，即使其仅仅与内资企业享受相同的待遇，在我国市场

⁹⁶ 跨国公司是国际投资的主要主体，其本质及经营目的容易对东道国市场形成垄断风险，主要有少数跨国公司在商品经营和行业生产等领域形成垄断并滥用市场支配地位；国际卡特尔现象：如价格、产量、销售市场分割等限制竞争行为的出现；发达国家利用东道国合法的国民待遇制度实施不法垄断等侵害东道国利益的行为等。因此，为维护市场公平竞争秩序，防止外资对本国经济造成不利影响，各国一般都对跨国公司在本国的投资行为进行干预。在此情形下我国应当未雨绸缪，在反垄断法等方面加强立法建设，依法加强对外国投资和投资者的管理。对这一问题，详见王晓晔：《入世催生中国反垄断法》，载王晓晔（日）伊从宽主编：《竞争法与经济发展》，社会科学文献出版社 2003 年 9 月第 1 版，第 186—187 页。

⁹⁷ “寻租”（rent seeking）一词最先由克鲁格使用，但早在 1967 年塔洛克就阐述了有关理论。它是指社会上各利益集团企图制造垄断局面，直接追求非生产性利润（租金）的行为。由于在我国外资企业可以享受特殊优惠的政策待遇，因而可以获得超额利润，这种超额利润对企业来说与在垄断市场获得垄断利润没有本质差别，追求这种超额利润的行为与追求垄断利润的行为本质上是一致的，因而也属于寻租行为。参见朱延福：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社 2003 年 3 月第 1 版，第 137 页。

上也比内资企业更具优势。在享受了优惠政策之后，外资企业可以大大降低生产和交易成本，这种实力上的不对称进一步增强。因此，内资企业受到了外资企业的排挤和冲击，表现为合资企业的控股权由于外商利用自身的垄断优势和中方合营者合资的迫切要求压低中方投资要素的价值，抬高自己的投资价值，从而占有多数股权，或者利用自己的资金优势在中方合营者资金困难时要求增资，而中方只能将控股权拱手相让；有的外方合资或合作者还利用自己的资金和技术优势对中方的技术或品牌进行封杀，或占领中方的销售市场，⁹⁸有的内资企业甚至连生存都受到威胁。

有鉴于此，笔者认为需要重新审视我国存在的超国民待遇的问题。从解决问题的路径来说，必须考虑如下方面：

第一，超国民待遇的真正意义何在？

如前所述，面对激烈的吸引外资的国际竞争，包括我国在内的大多数东道国竞相采用各种优惠措施或投资激励措施。东道国之所以这样做的目的在于能够在东道国间的引资博弈过程中取得比较优势，从而更多地吸引外资。尤其是对于那些投资环境不太优越的东道国来讲，更是如此。与此同时，东道国采取超国民待遇措施另一原因在于实现其投资导向政策，即在东道国国内各地区或各产业之间发展不平衡的情况下，为发展其落后地区的经济和落后产业，而制定鼓励外资投向相关地区和产业的优惠政策。

但这些优惠措施在吸引外资方面是否成功且富有效率，仍然存在大量争议。⁹⁹联合国跨国公司与投资司的研究结果表明：许多对外国投资者提供的优惠措施的负面作用大于其克服市场失效而为公共部门和私人部门带来的好处，导致与贸易限制相似的生产结构扭曲。因为它们会带来经济、财政和管理代价，而且由于各国政府急于竞争到更多的外国投资，他们可能被诱惑而提供超过其社会效益补偿的优惠政策。对于发展中国家来讲更是如此。¹⁰⁰而且这种竞争会产生无效投资，

⁹⁸ 如我国在洗涤剂、饮料和感光材料等行业的绝大多数企业已经被外资所打垮，即使硕果仅存的几个，其市场份额也已经大大萎缩。

⁹⁹ 联合国跨国公司与投资司：《世界投资报告》（1994），储祥银等译，对外经济贸易大学出版社 1995 年第 1 版，第 406 页。

¹⁰⁰ 联合国跨国公司与投资司：《世界投资报告》（1994），储祥银等译，对外经济贸易大学出版社 1995 年第 1 版，第 263 页。

结果令人失望。¹⁰¹因此，紧接着的问题就是超国民待遇是否是吸引外资的唯一或首要手段？或者说，这些优惠措施在吸引外资的各种因素中所占的地位如何？

第二，吸引外资的经济学分析：影响投资者投资决定的主要因素

西方有关国际投资的理论主要有全球性横向发展说、市场不健全说、企业内部系统化说、企业产品循环论、地域商业理论、资源国际转移说和国际生产说等。¹⁰²但上述诸家学说的主要缺陷是各自强调某一因素对国际投资的影响，而没能从宏观的角度考察国际投资的产生和发展。事实上，国际投资者之所以进行国际投资的主要原因在于各个国家在自然资源、科学技术、金融和市场的广度和宽度等方面存在较大差异，使得投资者为寻求更高收益的投资机会而向海外进行投资。在作出投资决策之前，投资者所主要考虑的因素包括东道国政治经济形势、法律的健全与否、自然资源和劳动力利用的成本、基础设施和建设（包括通讯、办公、运输和能源等）的水平、整体经济发展战略、税收制度和关税制度等。¹⁰³在所有这些因素中，政治和经济的稳定则居于首位，起着决定性的作用。同时，投资东道国和母国的法律制度也对投资者产生一定的影响。

具体而言，目前的主要问题是东道国政府所设想的投资优惠措施和投资者所关心的问题之间有不小的差距。根据世界银行的研究，东道国将减免税作为最主要的鼓励外商投资的优惠措施，但外国投资者所关心的却主要是其可否作出长远的投资计划及投资计划作出后是否可以执行、资金和投资利润可否自由汇出、不对外资持股和企业控制权加以限制、国民待遇以及东道国的办事效率等良好的投资环境的存在。¹⁰⁴一些西方学者也认为，外国投资者很少看重财政优惠，对他们来说重要的是诸如基础设施的质量、政治稳定、劳工成本和技能等因素。不仅如此，对那些企图抵消政策引起的扭曲从而避免降低对外资吸引力的国家来说，优

¹⁰¹ 联合国跨国公司投资司：《世界投资报告》（1992），储祥银等译，对外经济贸易大学出版社1993年第1版，第298页。

¹⁰² 关于这些理论的详细内容，参见王贵国著：《国际投资法》，北京大学出版社2001年5月第1版，第5—11页。

¹⁰³ 参见王贵国著：《国际投资法》，北京大学出版社2001年5月第1版，第11页。

¹⁰⁴ 根据世界银行的研究，东道国政府优惠措施的重点包括税务减免、国民待遇、适合私营企业经营的、以及宽松的资金转移及利润汇出规则，各方面所占的百分比分别是41%、37%、31%和30%；与此同时，投资者关心的各问题中，有效的发展计划及其执行占79%，资金自由转移和利润汇出占79%，不对外资持股和企业控制权加以限制占67%，国民待遇占66%，最低限度的官僚程序占54%。参见王贵国著：《国际投资法》，北京大学出版社2001年5月第1版，第16页。

惠可能是最重要的也是代价最高的。因此，东道国的关注重点应当是直接消除基础设施差、政治不稳定等扭曲现象。¹⁰⁵

由此可见，诸如税收优惠等超国民待遇措施的存在对外国投资者而言根本不是其考虑作出投资决策的主要因素。这也可以从国际资本流动大部分都发生在发达国家之间的现实中得出结论。因为，发达国家大都没有所谓的税收优惠等投资激励措施，但其仍是外资的主要流向目标。¹⁰⁶

但实践也证明，东道国为发展其落后地区和产业而采取的优惠措施往往是成功的。原因在于在东道国其他投资环境不变的情况下，外国投资者出于成本考虑往往不愿意在那些落后地区和产业进行投资，但东道国的这些优惠措施可以大大降低其在这些产业投资的成本和风险，从而在一定程度上改变外资在既定东道国的流向。

第三，超国民待遇是否符合非歧视原则

国民待遇和最惠国待遇二者的结合实现了东道国本国投资者、外国投资者之间待遇上的大体平等和外国投资者之间待遇上的大体平等。然而经过研究不难发现，从逻辑的周延上看，各种投资者间的关系应该还包括东道国本国投资者之间的关系，但这两种待遇似乎并未涉及。其原因应该是本国投资者之间的关系完全属于东道国的国内管辖事项，从而国际法不加以干涉。但是从市场经济要求的是行为立法而非主体立法来看，即从事同一市场行为的主体应享有同样的权利和义务，而不应该根据主体的涉外与否或所有制的不同而厚此薄彼，从而保证市场主体处于同样的竞争地位，这是市场经济的应有之义。因此，既应该保证本国投资者和外国投资者之间以及外国投资者之间待遇的大体相等，同时也应该实现本国投资者之间待遇的大体相等，否则平等竞争根本无从谈起。另外，东道国连外国投资者都给予了和本国投资者大体相等的待遇，则没有理由不给本国投资者以大体相等的待遇。也只有这样，才真正符合所谓的“非歧视”的要求。因此，笔者认为

¹⁰⁵ 伯纳德·霍克曼 迈克尔·考斯泰基著：《世界贸易体制的政治经济学》，刘平等译，法律出版社 1999 年 1 月第 1 版，第 261 页。

¹⁰⁶ 1999 年全球跨国直接投资总金额 8655 亿美元中，有 6365 亿美元流入发达国家，占全球 FDI 的 3/4。2001 年虽然全球 FDI 因种种原因下降了 51%，猛然跌至 7350 亿美元，其中最大的发达国家美国的外资流入巨额下降，但仍有 5030 亿美元流向了发达国家和地区，占到全球流入量的 68%。资料来源：http://caitec.mofcom.gov.cn/article/200310/20031000135885_1.xml，2004 年 4 月 9 日访问。

目前我国所实施的种种优惠措施不符合非歧视原则的要求。

此外,在中国的特殊经济区内实施的对外资的税收优惠作为“超国民待遇”的重要表现,在中国入世之后,根据入世工作组报告书 222 段和 225 段的规定,中国承诺将在其关税领土内统一实施关税政策和中国将加强在特殊经济区和中国关税领土其他部分之间贸易的国内税、关税和非关税措施的统一执行。因此,这些优惠必须取消,否则因为中国入世议定书和工作组报告书是 WTO 协定的组成部分,如果我国继续维持这些优惠,则将违反 WTO 法。同时,由于投资鼓励措施与补贴具有类似的特征 SCM 对补贴的禁止性规定就可能对外资法产生较大影响。例如:SCM 协定认为,凡属普遍和无条件地或根据客观条件给予成员国境内所有企业或行业的补贴,在本质上是非歧视性的,不会产生贸易扭曲作用,因而是合法的;但如果是给予特定企业以专向性补贴,由于得到补贴的企业能够以低于同行的价格销售产品,占领市场,其产品成本价格和竞争力是虚假的,因而会导致限制和扭曲国际贸易,应该加以甄别和禁止。如果按照 SCM 协定第 2 条的规定,我国经济特区、保税区、开发区目前的一些特定的减免税优惠措施,可能会被理解为是“指定地理区域的某些企业的补贴属专向性补贴”,接受 SCM 协定的约束与管辖。换言之,我国的投资鼓励措施即使没有违反 TRIMs 协定的规定,也可能在 SCM 协定下受到挑战。

综上所述,笔者认为我国应当取消过于优惠的对外资的优惠待遇。实现内外资的平等。具体有:取消对外资企业过多的优惠和对民间资本的歧视性政策,取消过多的优惠政策,尤其是对外资企业的所得税要合一,并统一内、外资企业所得税;与此同时,即使是那些我国为实现地区经济和各产业的均衡发展而采取的一些对特定地区或产业的优惠政策,也应该统一的由内国投资者和外国投资者一并享有,而非由外国投资者单独享受。

(三) 外资国民待遇的制度安排

如前所述,实行外资国民待遇可以作为吸引外资的主要方法之一,但考虑到东道国本国企业和民族经济的健康发展,亦必须在技术上实现这二者之间的平衡,这就要求采取一种具有灵活性的措施,确保形式上的平等待遇不会成为对外国投

资者事实上的更优惠待遇，同时又可以保证外国投资者在相同情况下被平等对待。因此，我国如果接受外资国民待遇，必须在国际和国内两个法律层面上对之做出具体规范。

1. 国际层面上外资国民待遇的规范模式及我国应有的选择

根据联合国贸发会议有关专家的统计，在如何适用外资国民待遇问题上，有关双边和多边国际文件主要有如下规范模式：¹⁰⁷

第一，将外资国民待遇仅适用于外资经营阶段。这又可以分为两种：其一，存在多种东道国措施限制外资国民待遇的适用；其二，外资经营阶段完全的国民待遇。前者所采取的限制措施包括具体行业或措施的例外、地方政府措施的例外、只包括法律上的国民待遇而不包括事实上的国民待遇等，这样规定的优点是保留了东道国在发展本国经济方面的较大自由权，但外国投资者可能认为东道国并没有提供较充分的国民待遇的保护。后者虽然只将国民待遇适用于外资经营阶段，且既包括法律上的也包括事实上的国民待遇，并只有很少的例外性的规定，同时还将最惠国待遇、公正和公平待遇等待遇标准与国民待遇一同加以规定。这种规定相对来讲更体现了自由化的要求，外国投资者也能勉强地接受。

第二，将外资国民待遇同时适用于外资准入和外资经营阶段，但在外资准入阶段仍保留了一定的例外。在这种选择中，国民待遇扩大到市场准入阶段，因此限制了东道国的裁量权。但东道国仍保留了对投资自由化的程度和速度的控制。对于那些希望逐步将投资自由化的东道国来讲，是一个不错的选择。这种选择可以采取两种方法：其一，对于准入的行业或领域制定“肯定性清单”。例如，GATS就采取这一方法。通过这种方式，没有行业或领域在准入阶段可以适用国民待遇，直到或除非东道国特别同意。这种方式的变种就是所谓的“最佳努力条款”和规定最佳努力条款的同时承诺以后给予外资国民待遇。其优点是：在发展中国家受国民待遇约束之前给了他们一定的过渡期。其缺陷在于：在外资进入之前存在一定的不确定性，尤其是在从短期到中期阶段时。这可能被理解为一种阻碍，也可能鼓励某些投资者暂时不进行投资直到新的文件出台。其二，准入阶段完全实行国民

¹⁰⁷ *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UN, 1999, pp.62—70.

待遇。这种方法下，东道国承诺原则上在准入阶段给予投资者国民待遇，但采取“否定性清单”的做法，即东道国在条约中排除某些行为或行业可以享有国民待遇，如NAFTA。此种政策选择极大的限制了东道国的传统上的可以控制外国人进入其领土的权利。当东道国认为不断提高的开放程度和更具竞争性的市场环境会对某些行业有利，这种选择具有一定的价值。同时，通过否定性清单的采用，东道国还可以保护一定的行业或行为。尽管在确定哪些行业需要这种特殊保护的问题上，东道国可能会存在一定困难。尤其是一个国际投资协定不允许东道国采用更进一步的限制措施的情况下，因为据此东道国不能再将某些行业包括在否定性清单中。

比较上述两种模式，笔者认为，我国完全可以采取在外资准入和经营阶段同时给予外资以国民待遇的模式，同时采取“肯定性清单”和“否定性清单”相结合的做法来确定我国对外资进行开放的领域。因为如前所述，如果单纯采取“否定性清单”的方法，则我国可能在确定到底哪些行业需要特殊保护的问题上存在一些困难，且一旦在有关双边协定或国际投资协定中规定了限制或禁止进入的行业或领域，则很难再根据经济发展的情况增加受保护的對象。另一方面，如果只采取“肯定性清单”的方法，则因为我国目前的绝大多数行业和领域都已经对外放开，如此列举则势必使相关投资协定内容冗长，且难免将一些本可以开放的领域和行业遗漏。具体做法可以是首先规定一个一般性适用国民待遇的条款，再列举出我国完全可以放开的行业和领域，同时对那些关系国计民生、国家安全和公共利益和环境保护以及民族传统产业保护的领域直接规定不适用国民待遇。至于二者之间的空白领域，则可做一保留性规定，即保留我国采取一定例外措施的可能性。唯有如此，才可以根据国民经济各行业的发展情况而做出正确的选择，并随着开放程度的加深而进行增加开放领域，逐步与国际投资自由化的趋势接轨。

2. 国内层面上我国国内法与外资国民待遇的配套

在国际法上承担了国民待遇义务后，我国就应该在相关国内法上对其加以实施。从国内法和国际法的关系来讲，直接将有关条约义务纳入国内法似乎不具有可行性，因为外资国民待遇仅仅是一个原则性的规定，在条约中不可能有十分具体明确地规定，因此最好采用转化的方式，即通过制定或修改相应的国内法使外

资国民待遇的规定具体化，从而更具有可操作性。但如前所述，在民事权利保护和司法行政救济方面，我国已实现了对外资的国民待遇，因此，需要讨论的主要是在对外资的管理和监督方面的法律。从法学理论和实践上讲，这些法律需要满足如下基本要求：

第一，平等化，即外资企业的待遇标准和内资企业以及它们相互之间的待遇标准在全国各地区、各行业应当是大体一致的，不应存在实质性的差别。

第二，透明化，指一国法律、政策等信息的公开化和对称性。透明度之所以被规定为 WTO 的一项基本原则，就在于它可以提高政府的工作效率，降低腐败的可能性，同时可以使有关行为人对相关行为及其后果可以有一个合理的预期，从而正确做出决策。对外国投资者而言，透明度甚至比优惠待遇更为重要，因为它可以为外商的投资决策提供一个明晰的、完全的政策信息，有效地降低国际投资的风险。¹⁰⁸

第三，稳定性，指保持对外资政策的适当的稳定性。否则可能给外国投资者造成一种错觉，以为中国的投资政策多变，缺乏足够的预期性。

第四，统一性，即除了我国香港、澳门和台湾等其他法域外，中国内地应实行统一的对外资的管理制度。这也是我国在《中国入世议定书》中所承担的义务。这就可以避免地方政府在区间引资竞争中竞相给予外资以优惠待遇，解决由此引起的国有资产的流失问题。

在具体的国内制度安排上，需要从企业法、外资法、税法等几个方面落实外资国民待遇的规定。

第一，统一企业立法，并制定统一的外资管理法。

根据世界各国对外国投资的立法和实践，绝大多数国家，特别是主要的市场经济国家，都采取内资企业与外商投资企业实行统一企业法体系的立法模式，同时考虑到外资国民待遇制度建立的需要，我国应统一根据企业责任形式的不同而分别适用《公司法》、《合伙企业法》和《个人独资企业法》，而不是像我国现在这样根据所有制不同而对各种企业进行分别立法。这样可以避免所有制立法造成的同为一国企业，却权利义务不同、法律地位不同的现象，同时也可以使外资国民

¹⁰⁸ 参见朱延福著：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社，2003年3月第1版，第226页。

待遇有一个统一的参照对象，避免了其无据可依的尴尬局面。目前我国实施的《全民所有制工业企业法》、《乡村集体所有制企业法》、《农民股份合作企业暂行规定》、《乡镇联营企业暂行规定》、《乡镇企业法》、《城镇集体所有制企业条例》、《私营企业暂行条例》、《外资企业法》、《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》等法律、法规都应当加以废除，而将《公司法》、《合伙企业法》和《个人独资企业法》加以修订之后对内资企业和外资企业同等适用。

由于我国在实行外资国民待遇之后，仍需要根据国民经济的具体情况而作出一定的例外性规定，同时为避免外资可能给国民经济造成的负面影响，仍需要对外资进行一定程度的管理和监督，因此应制定一部统一的外资管理法。这也是主要市场经济国家的立法模式。在这部统一的外资管理法中，应就外国投资者在我国境内的投资及与投资有关的活动应享有的待遇做出具体规定，以和外资国民待遇的要求相适应，并履行我国在实行外资国民待遇方面的国际义务（前提是根据笔者的分析，我国应接受外资国民待遇并在有关双边或多边国际投资文件中规定了国民待遇）。主要包括外资准入的条件和领域，外资经营与管理、地区或行业优惠待遇的条件和实施等内容。国家审批机关的职能也应据此转变为重点审查外资是否符合我国的外资政策和产业政策以及投资导向，外国投资者对其投资的使用、控制和处分是否合法等。

第二，统一税收立法，主要是统一内资企业和外资企业的所得税法，使内外资企业税负公平。如前所述，超国民待遇的主要表现就是税收优惠，这产生了很多的问题。而统一税法之后，内外资企业可以在平等的基础上进行竞争，在我国内资企业普遍竞争力较弱的情况下尤其应当如此。

无疑，今后我国仍将根据国情对需要重点发展的产业和需要照顾的中西部地区通过税收优惠予以激励和促进。只要遵守市场规律，这种措施都是必要的，并且一定能够起到宏观调控经济的目的。只不过这些优惠宜对内外资企业一视同仁，即只要符合税收优惠条件，无论内资还是外资企业都应当享受与之相对应的待遇，任何一方都不应当受到歧视。

结 论

外资国民待遇是国际投资法中的一项重要标准，但国际社会对其含义及性质还没有一个统一的认识。概括起来，有的认为外资国民待遇是指东道国给予外国投资的待遇应不低于其给予本国投资的待遇；有的认为外资国民待遇是指东道国给予外国投资的待遇应等同于其给予本国投资的待遇。但笔者从理论和实践上加以研究后发现二者的实质是相同的，即外资国民待遇既不排除东道国给予外资的优惠，又包含一定的合理的例外。

外资国民待遇并非国际法一般义务且只适用于外资，同时它所要求的是内外国投资者待遇的非歧视和大体相等。这对于准确理解和把握外资国民待遇的含义是重要的。否则就可能将外资国民待遇理解为一项一般国际法义务，从而各国必须接受。这正是西方一些国家及其学者所极力提倡的。外资国民待遇仅适用于国际投资领域，而不能将其和国际贸易领域的国民待遇的地位相提并论。外资国民待遇和最惠国待遇相结合要求同时实现外国投资者之间、外国投资者和本国投资者之间待遇的大体相等。但非歧视的要求不能仅限于此，还应该包括本国投资者之间待遇的大体相等。除此之外，外资国民待遇不能仅仅是形式上的或法律上的内外国投资者待遇的大体相等，还应该包括内外国投资者事实上待遇的大体相等。

外资国民待遇的适用对象是外国投资者和外国投资以及与投资有关的活动。但如何对这些对象加以定义直接影响外资国民待遇的适用。此外，在外资国民待遇的适用范围上也存在大量的争议。有的认为应将其同时适用于外资准入和经营阶段，有的则认为其只能适用于外资的经营阶段。不仅如此，无论是采用哪种理解，外资国民待遇都包含大量的例外，例如行业例外、发展例外、对象或客体的例外以及其他例外等。在实践中，如何合理的确定这些例外的范围值得做进一步研究。

有不少学者认为我国目前接受外资国民待遇的条件还不成熟。但笔者经过分析认为，我国在民商事权利保护、司法行政救济等领域已经给予了外资以国民待遇，即使在外资管理法的领域，由于外资国民待遇从来不是绝对的适用于所有领

域和范围的待遇，而是包含着种种例外的待遇，因此我国完全可以接受外资国民待遇。从我国经济发展的现实来看，我国也应该接受外资国民待遇。

但在接受外资国民待遇的同时，我国应解决好两个关键的前提问题。首先是外资国民待遇参照对象的确定；其次是取消所谓的超国民待遇，二者的目的都是确保非歧视原则的实现，即内资企业相互间的平等和内外资企业之间的平等问题。笔者认为从民族经济的健康发展来看，这两个问题必须解决。

在接受了外资国民待遇的前提下，我国应该从国际投资协定和国内法两个层面进行相关的制度安排。在国际层面上，我国应当采取既对外资国民待遇作出一般性规定，并同时采取肯定性清单和否定性清单相结合的做法。唯有如此，才能平衡外资国民待遇的接受和民族产业保护间的平衡。在国内层面上，我国应统一企业立法、税收立法和制定统一的外资管理法等法律或法规，实现内外资企业的平等竞争，进而实现我国国民经济的健康发展。

参考文献

一、中文文献

(一) 著作

1. 余劲松主编：《国际经济法问题专论》，武汉大学出版社 2003 年 4 月第 1 版。
2. 陈安主编：《国际经济法学专论》，高等教育出版社 2002 年 7 月第 1 版。
3. 周忠海等著：《国际法学述评》，法律出版社 2001 年 7 月第 1 版。
4. 赵建文主编：《国际法新论》，法律出版社 2000 年 11 月第 1 版。
5. 王贵国著：《国际投资法》，北京大学出版社 2001 年 5 月第 1 版。
6. 余劲松主编：《国际投资法》，法律出版社 1994 年第 1 版。
7. 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 1987 年修订本。
8. 姚梅镇：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年第 1 版。
9. 卢炯星主编：《中国外商投资法问题研究》，法律出版社 2001 年 12 月第 1 版。
10. 王传丽主编：《国际贸易法》，中国政法大学出版社 2003 年 2 月修订版。
11. 布朗利：《国际公法原理》，中译本，法律出版社 2003 年 8 月第 1 版。
12. 德国魏智通等：《国际法》，中译本，法律出版社 2002 年 9 月第 1 版。
13. 《世界贸易体制》，杰克逊著，张乃根译，复旦大学出版社 2001 年 12 月第 1 版。
14. 朱延福著：《外资国民待遇导论》，中国财政经济出版社，2003 年 3 月第 1 版。
15. 王晓晔（日）伊从宽主编：《竞争法与经济发展》，社会科学文献出版社 2003 年 9 月第 1 版。

(二) 论文

1. 单文华：《外资国民待遇及其实施条件》，载《中国社会科学》1998 年第 5 期。
2. 李烁：《我国外资国民待遇若干法律问题探讨》，载《国际经济法论丛》第

4 卷，法律出版社 2001 年 4 月第 1 版。

3. 单文华：《外资国民待遇基本理论问题研究》，载《国际经济法论丛》第 1 卷，法律出版社 1998 年 5 月第 1 版。

4. 徐崇利：《试论我国对外资实行国民待遇标准的问题》，载《国际经济法论丛》第 1 卷，法律出版社 1998 年 5 月第 1 版。

5. 李万强：《外国直接投资的法律待遇与我国外资法的转型》，载《国际经济法论丛》第 1 卷，法律出版社 1998 年 5 月第 1 版。

6. 牛光军：《外资国民待遇标准的适用及中国企业立法模式转型》，载《国际商法论丛》第 4 卷，法律出版社 2002 年 4 月第 1 版。

二、英文文献

(一) 英文著作及论文 (Books and Articles)

1. *Oppenheim's International Law*, ninth edition, volume 1, edited by Robert Jennings and Arthur Watts, Longman Group UK Limited and Mrs Tomoko Hudson, 1992.

2. John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & the WTO, Insights on Treaty Law and Economic Relations*, Higher Education Press, 2002 年 11 月第 2 版。

3. Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, Citic Publishing House, 2003 年 8 月第 1 版。

4. Ray August, *International Business Law*, Higher Education Press, 2002 年 11 月第 3 版。

5. D. Wallace, Jr. & D. B. Bailey, *Exceptions and Conditions: the Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 31, 1998.

6. Scott Norman Carlson, *Foreign Investment Laws and Foreign Direct Investment in Developing Countries: Albania's Experiment*, *The International Lawyer* Fall 1995, Vol. 29, No.3.

7. Dickie, R. B and T. A. Layman, *Foreign Investment and Government Policy in*

the Third World, The Macmillan Press, London, 1988.

8. Shihata, Ibrahim F. I., *Legal of Foreign Investment: The World Bank Guideline*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1993.

(二) 国际文件与资料 (Documents and Materials)

1. *National Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements.

2. *Most-favoured-nation Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements.

3. *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements.

4. *Scope and Definition*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements.

5. *Transnational Corporations*, UNCTAD/ITE/IIT/32.

6. *Transnational Corporations*, UNCTAD/ITE/IIT/27, Vol.10, No.2.

7. *Transnational Corporations*, UNCTAD/ITE/IIT/27, Vol.10, No.3.

8. *Transnational Corporations*, UNCTAD/ITE/IIT/29, Vol.11, No.1.

9. *World Investment Report 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003*, United Nations Publications.

10. *Multilateral Rules for Investment*, International Chamber of Commerce (ICC), Document 103/179, Paris, 1996.

11. *National Treatment for Foreign Controlled Enterprises*, OECD, Paris, 1985.

12. *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD, Paris, 1994.

13. *A Multilateral Agreement on Investment*, OECD, Paris, 1995.

14. *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume I: Survey of Existing Instruments*, The World Bank, Washington, D. C., 1992.

15. *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Guidelines*, The World Bank, Washington, D. C., 1992.

后 记

三年学习行将结束，学位论文业已完成，到了再次检讨自己的时候了。

记得入学前，曾雄心勃勃，发誓要“出水方见两腿泥”。而今论文却只发了一篇，英文水平也无明显见长。现在想来，真是汗颜。此篇论文亦曾经数位老师费心指导，无奈我资质驽钝且常有懈怠，无法将这些真知灼见融会贯通于我的论文。然答辩期限已到，只好寄希望于日后的修改和补充了。

只是不知该如何面对曾给了我和我的同学们无微不至的关怀、帮助和教导的赵建文老师。赵师以其高尚的人格魅力和出色的学问水平彻底征服了我们。本应在他的指导下取得些许成果，却由于自身原因而错失这一绝好机会。好在“来者犹可追”，真心希望自己能克服主观上的困难，在国际法学界能有丁点成就，也算对得起敬爱的赵师。愿赵师一生平安。也希望能继续在赵师的指导下，体味国际法的奥妙。

感谢郑州大学法学院的田土城院长，是他给了我在这里学习的机会。也感谢国际法教研室的王莲峰、郭德香、吴喜梅和宋纪萍等老师，她们在我平常的学习中给了我无私的指导，并且容忍了我的少不更事。还要感谢法学院的肖乾刚、刘向文、苏彦新、余文琴和孙振波等老师，他们都曾给过我不少的帮助。

感谢河南大学我的领导和同事们。

感谢张卫华、张帅梁、焦志云、张凌和苏彦峰等同学，有了他们，我这三年的学习才更快乐，才更有收获。也感谢我的下两个年级的师弟师妹们和那些我无法在这里一一列举的其他同学。他们都给了我学习上、精神上或物质上的帮助，我珍惜他们，因为这是我修了几百年才修来的缘。

我必须感谢我年迈的父母，是他们宽容了我的不孝，才使得我能继续自己早该完成的学业。感谢我的岳父母，他们为我付出了很多。感谢我的妻子，是她为我提供了精神上的鼓励以及物质上的支持。我爱他们。只是不知何时才能不让他们继续为我劳心费神。

感谢所有曾经帮助过我的人们。希望有一天他们能看到我的进步。

李 亮

2004年5月5日