

王亚男. 国民待遇原则中“相似情形”的判定与考量[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(4): 20-28

国民待遇原则中“相似情形”的判定与考量

王亚男

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘要: 国际投资仲裁实践中对“相似情形”的认定有“竞争关系”“经济领域”和“行为目的”三种界定标准, 其中“行为目的”是东道国是否给予外商投资者国民待遇的关键。对中国外商投资中“相似情形”的判定与考量需要在抽象与具体两个不同的维度进行思考。当中国作为东道国接受外国投资时, 需要在人类命运共同体理念的指引下完善本国外商投资法律制度, 特别是要制定并强化中国国际贸易政策的部门审查机制; 当中国作为外商投资者时会面临着因国家对国有企业投资的控制力度所产生的来自于东道国政府的差别待遇问题。对此, 应该以人类命运共同体理念为中国国际法理念的核心和抓手, 重点完善国际贸易政策的部门审查机制等规范, 并以“试点”性做法在中国自贸区或粤港澳大湾区内检验中国相关外资政策的实施效果。

关键词: 相似情形; 外商投资; 国民待遇; 人类命运共同体

中图分类号: D996.4 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2021)04-0020-09

The determination and consideration of “similar circumstances” under the principle of national treatment

WANG Ya-nan

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: In the practice of international investment arbitration, the identification of “similar situation” has three definition standards: “competitive relationship”, “economic field” and “behavior purpose”. Among these three definition standards, the criterion of “behavior purpose” is the key to whether the host country gives national treatment to foreign investors. The judgment and consideration of similar situations in China’s foreign investment need to be considered in two different dimensions: abstract and concrete. When as the host country, China needs to improve its foreign investment legal system under the grasp of the vision of a community with a shared future for mankind, especially to formulate and strengthen the departmental review mechanism of China’s international trade policy. While as a foreign investor, China will face the problem of differential treatment from the host government caused by the state’s control over the investment of state-owned enterprises. In this regard, we should take the vision of a community with a shared future for mankind as the core and starting point of China’s concept of international law, focus on improving the norms such as the departmental review mechanism of international trade policies, and provide a good test for the implementation of China’s relevant foreign investment policies in China’s free trade zone or Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area with a “pilot” approach.

Key words: similar situation; foreign investment; national treatment; a community with a shared future for mankind

国民待遇原则是国家之间缔结双边投资协定的核心内容, 同时也是一国外商投资立法的重要组成部分, 它的作用在于防止外国投资者在东道国境内受到来自东道国政府的歧视。2020年1月实施的

《中华人民共和国外商投资法》(简称《外商投资法》)第4条明确提出“国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度”。从概念上来看, 国民待遇原则是指东道国政府有义务给予外国投资者

收稿日期: 2021-08-04

基金项目: 2017年度辽宁省社科基金项目“辽宁对非投资风险应对法律问题研究”(L17BFX015)

作者简介: 王亚男(1979-), 女, 黑龙江绥化人, 法学博士, 大连海事大学法学院副教授、硕士生导师, 国际海事法律研究中心成员, E-mail: applelaw117@163.com。

以及外国投资不低于“在‘相似情形’下给予本国投资者以及本国投资”的待遇。^[1]其中,对于“相似情形”的认定是判断东道国是否违反国民待遇原则的关键所在。然而,不同的投资仲裁庭以及各个国家的国内立法在解读国民待遇原则的含义时差距较为明显,在国际投资仲裁实践中的做法与态度也不尽相同,特别是在认定“相似情形”时可能会有一定的差异。基于这种宏观国际环境,《外商投资法》中虽明确了国民待遇原则,但学理上对“相似情形”的研究却比较匮乏。据此,笔者在比较几种理论学说的基础上分析“相似情形”判定差异所带来的问题,而后结合人类命运共同体理念对《外商投资法》的影响和作用分析《外商投资法》第4条的国民待遇原则,从而为该法解决与国民待遇原则相关的实际问题提供良好的研究基础。

一、对“相似情形”判定的分歧与分析

针对“相似情形”判定这一问题,国际投资仲裁实务中形成了几种不同的标准,它们分别来自于不同的案例,且每种标准都能正面反映出仲裁庭对“相似情形”判定的基本态度。判定标准在不同仲裁庭的差异也反映出国际投资仲裁庭对这一问题无法像WTO争端解决上诉机构一样在扮演权威机构角色的同时还对“相似产品”给出统一的解释。国际投资仲裁庭只能针对某个具体的案件进行个别分析,并参考以往仲裁庭的相关裁决和论述。^[2]

(一)对“相似情形”判定的观点比较

国际投资仲裁实务中对“相似情形”判定的观点主要有以下三种,在此进行基本的介绍和比较。

1.以“竞争关系”为判定的核心根据

采用“竞争关系”说的典型案件是 *Occidental Exploration & Production Corporation v. Republic of Ecuador* 案(简称 *Ecuador* 案)。在该案中,仲裁庭认为:“国民待遇原则设立的根本目的是保护与本地生产者竞争的外国投资者”^①,并同时认为以部门或类别为依据来判定竞争关系的存在是不合适的。在 *Ecuador* 案中,仲裁庭认为只有这种既存的竞争关系才是判定是否属于国民待遇规则中“相似情形”的关键所在,而判断是否构成竞争关系要结合实际情况单独论证竞争关系是否存在。此时,仲裁庭可能

使用多种研究方法来确定这一事实。除了这一案件,亦有诸多案例赞成 *Ecuador* 案中仲裁庭的做法,例如在 *S. D. Myers v. Canada* 案中,仲裁庭就以“竞争关系”存在这一事实来认定美国 SDMI 公司和加拿大本地的 *Myers Canada* 公司存在“相似情形”,故对两个公司在美国的投资不应给予不对等的待遇^②。

2.以“经济领域”为判定的核心根据

采用“经济领域”说的典型案件是 *Pope & Talbot v. Canada* 案,该案仲裁庭以“经济领域”为判定是否构成“相似情形”的标准,实际是一种相对客观的判定方式^③。只要投资者之间所竞争的行业处于相同的经济领域,均构成“相似情形”。与“竞争关系”说相比,“经济领域”说更为直接和严格,学界称其为“窄口径”判定方式。尽管以该标准认定“相似情形”的案例并不多见,因为“领域”所包含的范围十分广泛,可阐述与解释的空间更大,故而在实际操作中难以把握。但是仲裁庭不可避免地要将其作为一个“因素”纳入综合考量。因此,完全忽视两方投资者所处的经济领域并不妥当。

3.以“行为目的”为判定的核心根据

采用“行为目的”说的典型案件是 *UPS v. Canada* 案^④。在该案中,仲裁庭认为以“竞争关系”和“经济领域”两个方面为判定“相似情形”的核心根据是不充分的,还应该考虑东道国规制行为的主观目的。这是因为,前两种标准虽更为客观,但过于忽略主观因素的存在,这种忽略在国际贸易案件裁量中确是不多见的。当东道国规制行为的主观目的是为了限制竞争,从而不公正地保护本国企业时,“行为目的”就与国民待遇原则中“相似情形”的判定紧密相关。然而,如果是为保护本国公共利益而采取措施,则仲裁庭很可能就不认为这种措施违反了国民待遇原则。所以,“行为目的”是一个不能不考虑的问题。

(二)对“相似情形”判定的观点分析

对上述三种判定标准进行综合分析和比较是现今学术界研究的关键所在,学者或重点剖析国际投资仲裁中国民待遇条款下的“相似情形”问题,或站在国际投资仲裁庭的角度去比较这三种标准的合理

① 参见 *Occidental Exploration & Production Corporation v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration, Case No. Un 3647, Award, paras. 173-175.

② 参见 *S. D. Myers, Inc. v. Canada*, NAFTA(UNCITRAL), Partial Award, 13 November 2002, para. 251.

③ 参见 *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits of Phase 2, p. 352.

④ 参见 *United Parcel Service of America v. Government of Canada*, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, para. 175.

性和适用性。^[3]这些研究很好地归纳和总结了相应案例及其核心的论证依据。分析中国外商投资国民待遇原则中的“相似情形”,需要对裁判规则进行系统和深入的比较与归类,并发掘出历史上国际投资仲裁庭对“相似情形”认定的若干标准,在比较这些标准异同的前提下提出中国在制定相应政策时的预判定位。诚然,中国大部分学者已经为后续的研究提供了宝贵的学术基础,值得肯定。然而,现有的研究还需认识到以下两个重要的问题。

第一,“相似情形”背后的国民待遇原则与一国的国际法理念紧密相关。分析国际投资仲裁中的“相似情形”是一个较为具体的问题,脱离国民待遇原则而分析其中的“相似情形”是没有意义的。然而,在国民待遇原则的确立过程中,仍有一个更深层次的切入点,即国家在制定外商投资立法的过程中应如何调整和把控国民待遇原则的“度量衡”。这个“度量衡”是一个具有“理念”性质的概念,其相比于国民待遇原则更具有上位属性,甚至可上升至制定整部国际投资立法的中心性问题。就该切入点而言,国际投资领域的研究还有一定程度的欠缺。

第二,“行为目的”标准在中国应给予重点研究与关注。以“行为目的”为判定的界限直接涉及到国民待遇原则的例外问题,当外国投资企业的投资行为危及东道国的国家利益和公共利益时,即使从“竞争关系”和“经济领域”来看都属于“相似情形”,东道国也可不给予该企业国民待遇。之所以要重点关注“行为目的”这一标准,一方面在于其具有较强的主观因素,容易为东道国解释和控制;另一方面也在于其与贸易和投资的保护主义紧密相关。当外商投资企业以及仲裁庭对中国国民待遇原则提出质疑,并认定本国投资者以及本国投资与外商投资企业之间构成“相似情形”之时,中国立法及相关政策应如何予以回应以消除“嫌隙”,从而更好地完善中国相关的外商投资立法,这是一个亟待解决的问题。这也意味着,仅仅停留于分析国际投资仲裁庭的裁决以及仲裁案件中双方的“各执所见”并不会太多价值。

二、中国外商投资国民待遇原则中“相似情形”的维度

面对判定国民待遇原则中“相似情形”的三种根据,应该从抽象和具体两个维度加以考量。

(一)抽象维度:国际法理念、原则和规则的法逻辑链条

抽象维度是从整个国际经济法视角,乃至国际

法视角去分析考量“相似情形”的国际法维度,旨在发掘出“国民待遇—相似情形”之间的更为深层次的理论基础。笔者认为,从抽象、宏观的角度出发,考量中国外商投资国民待遇中的“相似情形”时,除了要关注国民待遇原则在中国国内立法的定位和落实过程外,还需要考虑一个掌舵者,即中国国际投资立法的理念,或可称为国际法理念,并同时形成“国际法理念、原则和规则”的纵向的法逻辑链条,而其中仲裁庭针对“相似情形”判定所确立的标准可视为是这个链条末端一项被确立的规则或单独的表述。实际上,国际法理念已是当今国际法学者正在研究的一个重要的理论问题,它既是构建国际法原则的风向标,又是一项国际法规则或制定解决某一国际法问题之应对政策的主心骨。对此,中国著名的国际法学者张乃根教授曾用历史分析方法论证并指出:“为什么在现代国际法的历史上,国际法理论可以起到引领制度建设的作用?这很大程度归结于国际社会这一共同体的特性。”^[4]⁸国际法原则在形成和完善的过程中,需要先进理念给予引导,并在此基础上逐步影响国际法制度的构建。这里所谈到的制度,不仅包括了法律制度,还包括了国家在本国国内制定的相应政策和应对意见。

实际上,当一国需要通过尽可能地对外开放,并吸引外资参与本国项目建设时,其本国法律对于违反国民待遇的认定主张、对“相似情形”的认定标准就不宜太过严格,否则大量投资领域都无法真正地享有国民待遇,内外有别地歧视外国投资者以保护本国投资者的做法肯定无助于满足该国的现实需要,也与目前相对开放的国际社会格局和国际法理念相左。然而,如果一国国内金融环境较为紧张和严峻,其实际国内环境与“对外开放,实际吸引外资参与本国项目”的情形完全相反时,相关标准可能会更加严格。因此,当外国投资者进行预判时,始终还是需要回归到一个站位相对高的层面上去思考自身的投资问题,以保证决策的正确性。

在解决“相似情形”判定这一具体问题上,以美国为代表的西方国家经常利用自身的仲裁庭环境优势,以外商投资者和外商企业为媒介操纵或者运用一个对自己有利的判定“相似情形”的标准对中国的贸易和投资行为进行无理攻击。例如在中美贸易战中,美国就认为中国的技术转让法律规定内外有别,在两国相关企业构成“相似情形”的情况下待遇存在着较大差别,进而违反国民待遇。面对类似情形,中国在制定和完善相关外商投资立法时应树立

一个正确的、先进的国际法理念来予以回击。当一国对“相似情形”的标准进行分析并对其进行合理预判时,就能够在相对抽象的维度中厘清本国针对外商投资规则制定的国际法理念,并在这个大环境下考虑国民待遇规则的构建以及国际投资仲裁对“相似情形”标准的应对之策。同时,所形成的理念与政策、规则之间形成了相对应的逻辑关系,这就使得中国在面临来自域外政府的压力时,能够有效带动和引领中国外商投资立法,进而对其予以正面回应,为制定相应的政策奠定基础,而这正是“国际法理念、原则和规则”法逻辑链条所发挥的作用。

(二)具体维度:“相似情形”预判的风险和例外

具体维度是中国在面对国际投资仲裁庭的“相似情形”界定标准时必须要考虑到的风险预判和评估问题。中国既可以作为投资者,又可以作为东道国。当中国作为外商投资者时,不仅需要从抽象维度上考察东道国接纳外资的相关理念,还需要解决一些具体层面上的问题,而这些问题与中国参与外商投资活动时被判定是否构成“相似情形”紧密相关。

1. 作为外商投资者:国有企业在东道国的国民待遇问题

根据《中华人民共和国2020年国民经济和社会发展统计公报》的数据显示,2020年中国对外非金融类直接投资额1102亿美元,其中国有企业的占比已经超过一半。中国国有企业的实力和地位决定着其占据了海外投资的主流。同时,中国国有企业的商业行为的标准一直处于一种较为模糊的状态,企业董事会、各部委和政府之间的关系较为复杂。更为重要的是,对于这些占据海外投资主流的国有企业而言,政府享有最终的决策权和发言权。^[5]这也产生了一个问题,即国有企业作为政府控制和经营的商业主体,其经营活动能否被认为是“商业行为”?当中国作为外商投资者时,不能不考虑和关注国有企业对外投资的国民待遇情况,因为东道国在判定是否构成“相似情形”时会更倾向于认定为“不相似”,而不给予国有企业与本国私营企业相同的国民待遇。

对此,有学者切中要害地指出了两个重要问题:当中国作为东道国时,外资企业所享有的国民待遇是跟私营企业看齐,还是能与国有企业并肩,如果国

有企业的待遇跟外资企业差别明显,又是否有保护主义的嫌疑;当中国国有企业对外投资时,能否要求享有和东道国企业相同的待遇。^[3]这两个问题的存在给中国国有企业国民待遇的解读和判定带来了很强的不确定性。将国有企业与其他相关企业加以区分与“行为目的”紧密相关,这也意味着,尽管外资企业与本国企业属于相同的经济领域,也具有竞争关系,但如果企业的性质将直接影响“行为目的”这一判定因素的话,那么即使东道国不给予相同的国民待遇,也不能称两个投资企业存在“相似情形”,进而称其违反了国民待遇原则,因为它落入了“公共利益例外规则”的范围内。无疑,东道国政府对这个问题有较强的自由裁量权,因此需要更加突出“行为目的”说所体现出的理论基础。

2. 作为东道国:负面清单与例外规则

除了作为外商投资者之外,当中国作为东道国时也要考虑如何设置国民待遇条款,如何公平公正地判定外商投资者是否与本国相关领域的投资构成“相似情形”,进而决定是否给予其国民待遇。无论是在 *Ecuador 案*、*UPS v. Canada 案*,还是在 *S. D. Myers v. Canada 案*中,仲裁庭会首先考虑该案是否属于“公共利益”例外情形。这是因为,如果政府以“公共利益”为目的而采取有效措施,且这种措施无法被替代时,就不违反国民待遇原则^①。在政府对国际贸易的管理实践以及WTO争端解决的案例中,替代措施的重要性是毋庸置疑的,因为在援引“公共利益”证明自身不违反国民待遇或者GATT中的有关规定时,专家组和上诉机构大概率要去进一步考虑该国所采取的措施是否是唯一的、不可替代的,否则可能会被认为是对国际投资进行变相限制从而规避国民待遇原则的基本要求。为了使这些措施和相应的政策更加透明、公平,2020年7月23日起施行的《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》(简称《负面清单》)明确指出,《负面清单》统一列出股权要求、高管要求等外商投资准入方面的特别管理措施,《负面清单》之外的领域,按照内外资一致原则实施管理。内地同港澳台地区所达成的经贸关系和安排及后续协定、中国与其他国家之间另行有相关协议和投资安排的,按照相关规定执行。据此,基于中国公共利益、国家安全的特殊需要,外国投资者在《负面清单》所列禁止性

^① 一般而言,国际投资仲裁庭在判断“这种措施是否有合理的替代”时会在一定程度上借鉴GATT第20条一般例外条款“必要性”的审查要求。

或限制性领域内进行投资,不构成对《外商投资法》中国国民待遇原则的违背,两种投资之间也无“相似情形”的问题产生。

应该明确的是,在分析中国外商投资国民待遇原则中的“相似情形”时,不仅要以国内法为视角进行考量,从而制定出符合中国国家利益、公共利益的规则或政策,还要以国际法的思维去考察中国国民待遇原则的构建及“相似情形”判定体系例外规则与国际仲裁实践相对接时的矛盾性,为政策预判奠定坚实的基础。

中国外商投资国民待遇原则中的“相似情形”问题,既存在于中国作为投资者时所面临的外国东道国政府的认定过程中,又存在于中国作为东道国政府时所面临的选择中。然而无论在哪种情形之下,中国在考量对外国际投资立法的政策与制度时都需要树立一个先进的国际法理念。这两个矛盾关切点之间的逻辑关联体现为“包容性与被包容性”之间的关系。国际经济法的先进理念能够对所要研究的具体问题发挥重要的包容作用,应构建起一种“你中有我、我中有你”的包容性理念。作为投资者时,包括中国国有企业在内的所有企业应该尊重、遵守东道国的法律法规,在兼顾东道国利益的情形下包容性地应对中国企业在东道国政府所面临的风险问题。作为东道国时,中国也能对“相似情形”进行公正把控,充分发挥《负面清单》的作用。这也意味着这种国际法理念需要能够有效适应中国在外商投资领域中的身份互换。

三、中国外商投资国民待遇原则中“相似情形”所蕴含的关键问题

从抽象维度和具体维度两个层面来考量中国外商投资国民待遇原则中的“相似情形”及其例外规则能够分别观察到其中所对应的问题。总体而言,它们即是研究中国外商投资国民待遇原则中对“相似情形”的政策预判与考量的矛盾点。

(一) 国际法理念于国际经济法问题研究之间的呼应与联结

为何国际法理念于国际经济法的研究至关重要,且与“相似情形”的判定与考量紧密相关?究其原因就在于“相似情形”这个问题本身就是一个客观要素和主观要素的辩证统一体,而理念问题恰是研究和预判“相似情形”的主观方面。深入考察中国外商投资立法及负面清单中“相似情形”的判断,需要根本性地回到中国目前先进的国际法理念之中,尤其是中国国际经济法的先进理念之中。在近

代和现代的国际法历史进程中,先进的理念可起到引领制度建设的作用,它既可以来自于优秀学者的著述,也可能来自于国家在长期发展之中所逐步形成的、对国际法发展起着重要贡献力量的意志或力量。如格劳秀斯主张以非神学的自然法理念为指导,吸取古代罗马法的“万民法”概念,将各国共同统一达成条约或承认习惯作为调整相互关系的国际法。^[6]而后,随着这个理念的深入和贯彻方才产生国际法(条约法)的重要渊源。然而,这实际是一个逐渐演变且需要长时间经历的过程,换言之,一个新的国际法理念落实并逐步影响于国际法的各个领域和部门之中需要相当长的时间,相比于制度的构建和政策的应对而言,理念的树立并非易事。因此,一项重要的国际法理念在影响国际经济法里的一项原则时,需要有一个呼应和联结的过程,而在这个过程中下位概念“制度和政策”也自然会逐渐地、有层次地发生着对应改变。

《外商投资法》第4条规定了准入前国民待遇加负面清单管理制度,其进阶的程度和规范体系的发展速度正在逐渐加快,然而在这个过程中对于国际法理念的引导和标杆作用的论证相对匮乏,这会使“理念—原则—规则”的逻辑安排被规则和政策的应对所“打乱”。实际上,构建国民待遇原则并出台相应的规范来诠释“相似情形”及其例外是紧密联系于国际经济目前的发展局势和外部环境的。在当下的国际经济环境中,美国竭力维持其全球霸权地位和滥用单边措施维护其一国私利,向中国挑起贸易战,破坏国际经济秩序,给整个世界带来极大的不确定性。同时,恐怖活动与地区冲突犬牙交错,给国际和平与安全带来极大危害。这些不利事件的产生都与一国统治者所奉行的理念紧密相关,美国正是奉行“单边主义”“保护主义”的国际法理念,方才对包括中国在内的其他国家挥舞关税大棒,并发起一系列的调查措施,其早就在这个逻辑链条的“顶端上”大做文章。在这样的现状下,中国国内对国际法理念,尤其是国际经济法理念的作用及其对原则、规则的下位式研究仍有诸多欠缺。同时,国际法理念发展的速率和调整的过程相较于原则和规则的发展而言往往具有缓慢性 and 全局性,因此,如何把握住国际法理念与中国国际经济法问题研究之间的呼应与联结便是一个重要的矛盾点。

(二) 作为外商投资者:国民待遇“相似情形”认定下的国家控制度

东道国可以根据本国实际需要制定相应的法律

规范或政策来确定本国的国民待遇原则,并以清单或其他方式来认定“相似情形”的存在和例外规则,其他国家无权干涉。同时,一国在制定这些规范和政策之前,应该首先考虑是否已经加入相关的国际条约和协定,如果有,那么应该制定不低于这些条约和协定的待遇要求。就“相似情形”的判定标准问题,国际投资仲裁庭已经给出了“竞争关系”“经济领域”和“行为目的”三种判断标准,尽管国内外对此尚未达成共识,但基本不会与这三种标准之间相离太远。同时,这三种可能性基本覆盖了仲裁庭考量东道国行为标准的全部。

国际投资的仲裁实践表明,东道国外资措施往往具有广义性,它包括了司法行为。这表明东道国不能通过立法、行政和司法部门制定一项新的措施来歧视外国投资者,否则东道国就可以操纵该原则,导致国民待遇被事实上架空,其“相似情形”的判定标准也会变得毫无意义。然而,一个对峙的(或称为矛盾的)问题在于,东道国的立法、行政和司法部门不可能在这个范围内不出台任何措施,甚至有些措施还会为维护本国公共利益和社会安全等直接与“行为目的”标准发生对峙或冲突,只是这些措施在订立时并不必然会以歧视外国投资者为主观目的,这也引出了“控制度”的问题。当中国作为投资者参与外商投资时,国有企业的国民待遇问题以及国家对国有企业的审查和各种把控措施就很有可能会使东道国政府不给予其相应的国民待遇。一方面,中国需要对国有资产向海外投资进行必要的把控;另一方面,中国在把控过程中也应注意企业行为的商业性特征,避免让东道国政府将中国投资行为认定为政府行为,从而不给予企业应有的国民待遇。因此,如何在这二者之间形成一个相对稳定的平衡,便是外国投资者所属国迫切需要解决的一个矛盾关切点,只是这个层面相比于国际法理念的矛盾性问题而言会是一个相对具体的问题,它从属于第一个矛盾关切点,但都是在投资者所属国进行相应的政策预判和考量过程中所必须直面和解决的。

(三) 作为东道国:清单或列表的完善与权衡

各个国家针对外商投资均有“清单”或“列表”,以便清晰地界定出外商投资所涉领域的界限,它的优势在于明确、具体和直接,但是对于东道国政府而言,问题在于如何完善或权衡相应的清单和列表。例如,在负面清单中还需要分出一定的类别,如“禁止准入类”“许可准入类”等。需要明确的是,实施这种制度需要一个相对长期的过程,而非一蹴而就。

实行市场准入负面清单制度是一项系统工程,需要进一步建立健全与市场准入负面清单制度相适应的准入机制、审批机制、事中事后监管机制、社会信用体系和激励惩戒机制、商事登记制度等。然而,作为东道国的矛盾关切点却在于清单或列表的开放程度。以中国为例,在2018年负面清单划分结束之后,对于外商投资行业仍然有了很多限制,尤其是在服务行业上。同时,在自贸区、大湾区、先行示范区等特殊经济区域之中,是否进一步开放外商投资行业,并同时在这些领域中给予其他外商投资企业国民待遇,而非走入“相似情形”的例外预判中,该问题仍然需要进一步的思考。除此之外,在上述试点的建设中又应该如何把握和考量负面清单的开放性问题,是否可以更多地吸引外商投资也是东道国面临的矛盾关切点所在。

四、对中国外商投资国民待遇原则中“相似情形”的考量和应对

面对中国外商投资国民待遇原则中“相似情形”的矛盾焦点,应该围绕着“相似情形”两个不同的考量维度,从以下四个方面进行应对。

(一) 以人类命运共同体理念为核心和抓手

中国外商投资国民待遇的构建基础应首要反映中国的国际法理念,而人类命运共同体理念应该为中国国际法理念的核心。正如张乃根教授所指出的:“从国际法原则形成或确认的路径看,推进构建人类命运共同体不仅具有丰富内涵的国际法理论,而且具备现实和未来发展的制度化基础或要素。”^{[4]11}

在经济全球化的当下,国际社会的法律对于每个国家的福祉都是十分重要的,无论其采取什么明智、正当和合适的措施,一旦践踏这些法律,没有哪个国家可以逃脱出这些消极不利影响所带来的灾难而独善其身。反过来理解,各国遵循以自然法为基础的国际法,在国际秩序下有序地从事相应的经济活动,就是一种既为国际和平又为自身、同时也为他国谋求福祉的行为。这种国际秩序下“你中有我、我中有你”的理念,就是人类命运共同体理念,这一理念也是未来中国国际法治发展的核心和重要支柱。2018年3月,第十三届全国人大第一次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》,在《中华人民共和国宪法》序言中增加了坚持和平发展道路、坚持互利共赢开放战略和推动构建人类命运共同体三方面的内容。这使人类命运共同体的理念上升为国家意志,它是中国为全球治理和国际法治建设贡献的

重要国际公共产品,有助于各国建立国际机制,共同谋求世界和平与发展。需要明确的是,以人类命运共同体理念为中国国际法理念和制度发展的核心是一个原则性、前提性的考量,它并不是一个具体的应对方案,而是中国外商投资法律制度的发展和未来国民待遇的释义的重要风向标。在这一基础之上,分析并论证人类命运共同体理念与中国国际投资制度与政策应对的契合性,并提出相应的应对措施,方才具有更显著的意义。

人类命运共同体理念不应该高束于顶层的立法规范中,从而仅发挥原则性和指导性的作用,它应该逐步地被具体化、制度化,并能够契合于中国国际法学研究中的各个领域。作为中国国际法学研究的重要部门领域,国际经济法下的外商投资制度中就能够觅得人类命运共同体理念的身影。2015年9月,习近平总书记在接受《华尔街日报》书面采访时就强调,中国将进一步放宽对外商投资的市场准入,同时也要健全外商投资监管体系,修订外商投资相关法律,依法保障外商投资企业合法权益。^[7]而这一重要论述也成为人类命运共同体理念的重要组成部分,与中国的开放政策紧密结合。笔者认为,人类命运共同体理念与“相似情形”判定的契合性深切体现在公平与对等的理念中。国民待遇原则要求在外商投资者和本国投资者之间实施非歧视待遇,^[8]以此促进贸易的平等竞争。同时,当一个国家就国民待遇对本国采取不合理的限制时,本国也可以根据对等原则采取相应的反制措施,限制该国在本国内的国民待遇。“相似情形”的判定与其紧密相关,在中国除了负面清单上所限制的内容之外,如果外国的外资措施,包括立法行为和行政管理措施与中国同类外资措施之间构成“相似情形”,那么就on应该适用国民待遇原则给予本国和外国投资者相同的待遇。这种国与国之间在外商投资待遇中的交融性和契合性理念与人类命运共同体理念不谋而合,在发展中国海外投资的过程中仍然需要注重和考虑其他周边国家,尤其是不发达国家的利益,做到“你中有我,我中有你”,这正是人类命运共同体理念在中国国际法学领域发展的关键和根本。

人类命运共同体理念应如何转化为具体规则,换言之该理念应该如何被具体地用于国际投资领域中,从而避免因“相似情形”标准设置的不一而产生贸易壁垒?需要肯定人类命运共同体理念确实会促进投资便利化,从而对避免产生上述问题发挥积极的作用,但谈及转化与落实,必须要符合几个

要素。

首先,外商投资者与东道国之间至少不应抱有排斥心态,否则包括这一标准在内的任何协商都无法真正地变成具有共识性的规则,这是重要的前提。

其次,外商投资者或东道国之间应有一个发起者或主动者,并牵头设置符合双方利益的对话平台或程序。对此,中国与巴基斯坦的投资合作关系即是最好的实例。2021年是中巴建交70周年,两国自2017年以来经常围绕中巴经贸与投资合作、推动促进命运共同体等议题开展“云对话”,并专门设置了这种对话的栏目进行交流,以增进对彼此的了解。正是因为两国在人类命运共同体对话之下开展经贸合作,方显出相互之间的信任,从而有力地打破了所谓的“阴谋论”陷阱。巴基斯坦早在2019年就欢迎中国企业在农业和食品加工业、制造业、信息技术、金融服务等领域加强投资,消除投资壁垒,并坚信这种“你中有我、我中有你”的理念有助于推动双方在投资领域内的互利共赢,并消除阻挡进一步合作的壁垒。

最后,以不同国家的投资关切为植入点,因地制宜、因国施策地解决矛盾,推动实体规则的确立。以人类命运共同体理念为指引,会涉及不同国家、地区的不同投资实际,应注重与不同国家的双向交流,加强对不同国家受众习惯的调研。例如中国与塞尔维亚之间就能源、绿地等多个领域之间的投资,就疫情期间的医疗物资与技术的援助,都能切实地瞄准对方国家最需要、最迫切的问题,而不是普适性的、众国一致的共同体。只要将人类命运共同体理念这个风向标转向了最正确、最“红心”的位置,那么实体性的规则转化就会更加容易,其他相关的待遇、标准也会更容易在国家之间达成一致,从而避免分歧的出现。

(二) 完善针对国际贸易政策的部门审查机制

完善针对国际贸易政策的部门审查机制是评估东道国外资措施是否合理的一个重要途径。现有的国际投资仲裁实践表明,东道国的外资措施往往是一个非常广义的概念,包括了立法行为、行政管理行为,甚至还包括了司法行为。有学者指出,东道国不能通过立法、行政和司法部门制定一项新的措施来歧视外国投资者,否则东道国就可以任意地解释和操纵该原则,从而使“相似情形”的判定变得毫无意义。^[3]因此,在这样的背景之下,中国应该完善针对国际贸易政策的部门审查机制,对本国外资措施和其他外商投资国的外资措施进行合理评估,其重点

在于该措施是否合理、是否具有明显的歧视性和显失公平等。这种审查机制不应局限于中国所公布和出台的负面清单,由于外资措施的合理性评估非常复杂,且专业性较强,应积极借鉴国际贸易政策中的审查机制,构建属于中国自身的外资审查体系,对可能影响投资的措施进行深度审查,这种做法有利于国际投资合作的发展。

从应然性角度分析,完善国际贸易政策的部门审查机制首先需要明确审查的相关标准,这也回归到“相似情形”的标准审查问题。笔者认为,在确定“相似情形”的比较路径并进行分析时,不应以单一的标准来界定“相似情形”,而是要采用理性第三人能够识别的经济领域来认定“相似情形”,同时兼顾调控措施的目的。在中国,负面清单的内容可以完全涵盖“相似情形”界定的范畴,也能直观表达政府针对不同类别货物投资的态度。因此,中国在完善针对国际贸易政策的部门审查机制时,应紧密围绕《外商投资法》第4条的准入前国民待遇加负面清单管理制度,创立良好的程序性管理模式。从定位上看,这些审查机制的存在形态可以以程序性规范为内容而存在。无论是何种立法体例或定位,只要能够从程序上保障“负面清单加国民待遇”这一目的得以落实,则其体例或定位的确定可以再行确定或考量。

同时,完善国际贸易政策的部门审查机制并不意味着绝对强化国际贸易政策的部门审查。相反,应给予企业投资一定的自由空间。这种空间与目前的国有企业改制密切相关,改制的目标在于解除制约企业发展的体制性障碍,还国有企业与外资企业、民营企业一样的在市场上充分施展的自由空间,并对不同类型的外资企业予以不同对待。为企业创造一个相对自由的投资空间,也意味着避免了外国东道国政府对中国外商投资的质疑与担忧,或是被评价为“外国政府控制的交易”,从而以“行为目的”为标准否认其本该承认的“相似情形”和应有的国民待遇。

(三) 以“试点”理念为破解矛盾纠葛的检验剂

所谓“试点”理念,是指在中国特定的区域(如自由贸易试验区、粤港澳大湾区等)内出台额外的政策来调和清单中可能面临的矛盾性问题。面对因中国外商投资者和东道国双重身份所带来的国民待遇原则问题时,用“行为目的”标准来界定是否构成“相似情形”是解决这一问题的关键性因素。中国作为外商投资者时,需要在人类命运共同体理念之

下完善中国外商投资法律制度和国际贸易政策的部门审查机制,此外还会面临因国家对国有企业投资的控制力度所产生的,来自于东道国政府的差别待遇问题。笔者认为,破解这一矛盾可以通过构建区域“试点”的方式来解决。

“试点”本身即是对其他可能对人类命运共同体理念持怀疑态度的国家的一种检验与回应,以最终证明这一理念及其相应的路径是可行的。中国在提出自身的理念,并将其运用于投资领域以消除壁垒和歧视的过程中会面临一些问题,比如各国是否能够全部接受人类命运共同体理念、是否对人类命运共同体理念有着较为一致的认同等。解决这些问题最直接的方法即是构建一个“试点”,亦可称之为一种检验性的示范,而国家在贸易和投资领域早有相应的政策支持。

近年来,国家十分重视自贸区的发展和建设,在海南省、深圳前海和蛇口等几个片区都提倡并支持逐步探索、稳步推进中国自贸区制度的建设。^[9] 高端产业的发展与提升是中国打造与构建自贸区的重要组成部分,其中就包括了数字经济、实体经济和现代金融等产业体系。^[10] 同时,通过规范的形式鼓励自贸区在法治建设的道路上先行先试,从而创新和发展出相关的制度体系,以助力并推动高端产业在自贸区内的贯彻和落实,为推动中国经济稳步发展奠定坚实的基础。以中国南部粤港澳大湾区为例,2019年发布的《粤港澳大湾区发展规划纲要》指出,要推进投资便利化,尤其是在珠三角九市加快建立与国际高标准投资和贸易规则相适应的制度规则。在此基础上,可以有针对性地在一定合理区间范围内“放开”“放活”对企业的控制力度,以国际高标准的投资和贸易规则提升企业在对外投资过程中的自由程度。“试点”能够为这组矛盾提供一个有效的试验蓝本,打开企业对外投资的活力,从而避免了东道国政府以“行为目的”为“相似情形”的界定标准进而对中国外商投资实行差别待遇。同时,对于特定区域内的外商投资者,中国应给予更广泛的、程度更深的国民待遇,从而激发区域内的投资活力,带动整体经济的稳步发展,这就能很好地回应那些持“怀疑论”甚至是“陷阱论”的国家。

(四) 以互惠互利的双边或多边投资协定为根本出路

不可否认的是,之所以要对国民待遇原则中“相似情形”进行判定与考量,是因为它本身的模糊性。换言之,正是缺乏国际法的约束,才会需要外商

投资者来预判、东道国来决定是否构成“相似情形”,进而再去考虑是否要给予国民待遇。然而,如果国家之间已经就解决这些问题另行达成双边或多边投资协定,那么就不会再为这种判定或考量而烦恼,这也是鼓励国家间达成以互惠互利为目的的双边或多边投资协定的原因。实际上,一国作为外商投资者在考虑对何国进行投资时本身就是一个自我预判、自我考量的过程,因为这其中会存在相应的风险。外商投资者会希望尽可能地得到更多的国民待遇,而东道国却尽可能“棱角分明”地对待这个问题。因此,如果这些国家之间能够达成相应的双边或多边投资协定,那么外商投资者会更有倾向性地参与投资,反之则会更加谨慎,这是个彼此博弈、互相考量的过程。因此,这个建议从本质上说是希望无论一国作为外商投资者,还是东道国政府,尽可能不要在“相似情形”的判定与考量上耗资太多额外

精力。互惠互利的双边或多边投资协定才是解决很多类似问题的关键,也是切实享受国民待遇原则的保障,^[11]包括中国在内的许多投资开放的国家也都致力于实现这一目的。

五、结语

对中国外商投资国民待遇原则中“相似情形”的政策预判与考量是一个具体而又实际的命题,背后反映着中国国际投资法律制度中的原则和理念。人类命运共同体理念是中国国际法学学科发展及问题研究的重要风向标和准则,它在中国外商投资国民待遇制度构建和“相似情形”认定的过程中发挥着重要的作用。只有以人类命运共同体理念为中国国际法理念的核心和抓手,充分完善部门审查机制等程序性的配套制度,方能运用这一理念为中国国际法学的发展奠定基础。

参考文献:

- [1] DOLZER R, STEVENS M. *Bilateral investment treaties* [M]. 2nd ed. Hague: Martinus Nijhoff, 1995: 34-35.
- [2] 张倩雯. 国际投资仲裁中国国民待遇条款的“相似情形”问题研究[J]. 武大国际法评论, 2015(2): 291.
- [3] 刘芳. 国际投资协定国民待遇条款“相似情形”的认定[J]. 首都经济贸易大学学报, 2018, 20(6): 106.
- [4] 张乃根. 试论人类命运共同体制度化及其国际法原则[M]//中国国际法学会. 中国国际法年刊(2019). 北京: 法律出版社, 2020.
- [5] 王淑敏. 国际投资中“外国政府控制的交易”之法律问题研究——由“三一集团诉奥巴马案”引发的思考[J]. 法商研究, 2013, 30(5): 106.
- [6] 约翰·罗尔斯. 万民法[M]. 张晓辉, 李仁良, 邵红丽, 等译. 长春: 吉林人民出版社, 2001: 30.
- [7] 坚持构建中美新型大国关系正确方向 促进亚太地区和世界和平稳定发展[N]. 人民日报, 2015-09-23(1).
- [8] 霍建国. 改革开放与贸易强国[M]. 广州: 广东经济出版社, 2019: 77.
- [9] 王淑敏, 朱晓晗. 建设中国自由贸易港的立法必要性及可行性研究[J]. 中国海商法研究, 2018, 29(2): 79.
- [10] 郭先登. 大国区域经济发展空间新格局下城市群基本发展样态与趋势研究[J]. 经济与管理评论, 2017, 33(5): 144.
- [11] 张晓君. 国际经济法学[M]. 2版. 厦门: 厦门大学出版社, 2017: 126.