

国际投资新规则及中国应对策略

张蕴岭 马天月

【内容摘要】 国际投资规则的演进大体可分为初立期、拓展期、调整与深化期三个阶段。在规则初立期，以国际投资逐步增加为背景，形成了国际投资规则的基本框架；在规则拓展期，由“新自由主义”推动，投资规则以促进投资自由化为重点，着力开拓投资市场空间；在规则调整与深化期，重点是推出新的规则，进一步规范投资和投资管理行为。国际投资新规则的主要特征，一是更加严格规范投资保护与东道国的监管行为，二是优先对新领域的投资制定规则，三是争端解决机制多元化，四是投资和贸易相互融合，综合贸易协定中包含投资条款或投资协定中包含贸易条款，五是投资规则呈现复杂化、差异化及碎片化特征。中国既是投资引进大国也是对外投资大国，今后更应积极参与和推动新规则的制定工作。当前，在中美贸易摩擦升温背景下，亟须确立新规则来稳定国际经济贸易秩序。中国应加快与外国谈判进程，尽快签署更多国际投资协定。以此改善外部投资环境，同时推动中美贸易谈判达成共识，促使双方经贸关系重回正轨，保障国际投资活动有序开展，避免贸易摩擦对全球经济造成不利影响。此外，需积极推动新的谈判成果作为国际投资新规则的范例，为新规则制定提供方向性指引。

【关键词】 国际投资 新投资规则 中国参与 规则制定

【作者简介】 张蕴岭，中国社会科学院学部委员，山东大学特聘一级教授（北京 邮编：100007）；马天月，中国建银投资公司、中国社会科学院亚太与全球战略研究院联合培养博士后（北京 邮编：100007）

【中图分类号】 D996.4 D815 **【文献标识码】** A

【文章编号】 1006-1568-(2019)04-0023-16

【DOI 编号】 10.13851/j.cnki.gjzw.201904002

随着对外投资规模的迅速扩大，中国已经由资本输入国向资本输入与输出国双重角色转变。在新形势下，中国需要将“引进来”与“走出去”更好地结合起来，形成全方位对外开放新格局。2019 年两会期间，《外商投资法》获得通过，它包含了一系列新法规内容，旨在为外商提供更优化的投资环境，而且新法也有利于制定适应新形势发展需要的国际投资新规则，构建更为科学的投资管理体制。

从外部环境看，国际投资新规则涉及的范围越来越广。一方面，中国对外投资需要熟悉与执行新规则，利用好新规则提供的机遇和以规则保护自身利益；另一方面，中国也需要借自身开放新举措推动他国的开放，营造更好的外部投资环境。当前，中美贸易摩擦再度升温，确立新规则显得尤为紧迫。这不仅有助于减少外部投资壁垒，也有利于缓和中美经贸关系，稳定国际经济贸易秩序。为此，我们需要对国际投资环境、投资理念和投资规则有新的认识并适时调整政策，既认清国际投资规则发展的现状及趋势，制定有针对性的应对策略，又更加积极地参与和推进国际投资新规则的制定，推动构建全方位的对外开放新格局。

一、国际投资规则的演进

在全球化的发展中，国际贸易与国际投资是两个重要支柱。比较而言，国际投资规则的制定不仅落后于国际贸易规则的制定，更大大滞后于国际投资本身的发展。究其原因，一是因为国际贸易多边机制（GATT，WTO）的主要功能是制定国际贸易规则，二是因为投资规则所涉及的问题更为复杂和敏感，制定规则的难度更大。

鉴于国际投资大体区分为间接投资和直接投资，且二者区别甚大，规则也很不相同，本文主要对国际直接投资的规则进行分析。总的来看，二战后国际直接投资规则的演进大体上经历了三个阶段。

第一阶段（20 世纪 50—70 年代）是国际投资规则的初立期。在此期间内，国际投资规则以寻求多边共识、搭建规则框架为主，在内容上，主要是

支持和鼓励国际投资流动,为解决国际投资争端确立基本规则。这一时期的双边投资协定数量不多,以试验性探索为主,多边规则主要由经合组织(OECD)、世界银行(World Bank)、国际货币基金组织(IMF)等国际机构以及次区域组织等推动,如世界银行的《国际投资争端解决公约》(1965年)、经合组织的《资本流动自由化法典》(1961年)、《安第斯次区域一体化协议》(1969年)、《国际投资与多国企业声明》(1976年)等。这些协定为国际投资行为确立了基本规则框架,为日后各国制定双边和区域投资规则提供了基本准绳。^①

第二阶段(1980—2008年)是规则拓展期,以国际投资大规模增长为背景,这一阶段的国际投资规则以新自由主义为特征,推动投资自由化,降低东道国监管门槛,强调对投资方利益的保护。东道国为了吸引外资,大都实行开放的吸引外资政策,并积极推动签订双边投资协定(BIT)。据统计,双边投资协定在1990年以后剧增,到1998年已由1990年以前的130个增至1630个(UNCTAD, 1990)。在BIT中,大多给予外国投资者宽松的准入条件、包括公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇,并不断完善争端解决机制,细化争端仲裁程序和参照方案,出台信贷优惠、政府补贴、允许资本利润自由汇出等鼓励政策,吸引外商直接投资(FDI)。^②

在多边投资规则领域,国际机构也进行了积极尝试,其中关贸总协定(1995年后更名为世贸组织)于1994年签署了《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs)、《服务贸易总协定》(GATS)及《知识产权协定》(TRIPs),取得了多边投资规则的标志性进展。OECD积极推出旨在鼓励跨境投资的多边投资协定(MAI),协定内容包括投资和投资者保护、非歧视原则、争端解决机制等更大程度促进投资自由化的条款,尽管最后未能达成协议,但MAI代表了当时多边投资协定的高标准规范,为日后多边和区域投资规则的建立提供了参照。^③

① 鲁桐:《评“多边投资协定”谈判》,《世界经济》1999年第7期,第46—52页。

② 王玉梁、朱喜秋:《经济全球化与国际投资——趋势及对策》,《国际经济合作》1999年第11期,第9—12页。

③ 鲁桐:《评“多边投资协定”谈判》,第46—52页。

第三阶段是2008年以后，为规则调整深化期，在世界经济发生结构性转变的环境下，国际规则的制定出现新的趋势。总的特点是规则水平趋向深化，涉及范围扩大、内容更新，规则制定的参与结构趋向均衡。^①在水平深化方面，体现为投资规则的制度性嵌入加强，比如，准入前国民待遇、负面清单方式、投资安全、知识产权保护等越来越成为被各方普遍接受的基本规则；在范围方面，体现在投资规则方面则越来越多地涉及投资的新领域，如电子商务、网络化、人工智能等，由于这些是新兴领域，发展迅速，规则滞后，因此，无论是在区域性投资协议还是在双边投资协定中，都越来越多地涉及相关内容。在参与结构方面，主要体现在发展中国家参与国际经济治理，新兴国家在G20中话语权提升，在国际规则构建中发挥重要作用，反映其利益诉求。^②在现实中，越来越多的发展中国家由单纯的资本输入国转变为资本输入和输出兼具，国际规则的制定需要更加系统地考虑不同投资主体和不同国情的差异。

总的来看，随着跨境投资规模的增大，投资主体和领域朝着多样化趋势发展，对于制定投资规则的需求也越来越突出。首先，在规则制定方面，由重点推动市场开放、促进投资，发展到规范投资行为、加强对投资的管理和保障投资安全，由发达国家主导向发展中国家参与的方向发展。其次，由于投资行为与贸易和其他领域紧密连接，投资规则往往成为综合贸易协定的一个组成部分。

从发展来看，鉴于国际投资成为普遍性的国际经济要素，国际投资规则应具有普适性特征。然而，现实中涉及国际投资的问题远比国际贸易复杂，制定多边投资协定存在很大困难。在此情况下，就像相互交叉的双边、区域自贸区安排会产生“面条碗效应”一样，分散与多重的投资协定也会产生类似的效应，对投资的正常发展产生负面影响，特别是由于各国对外来投资加强管理，许多国家往往以国家安全为由对外来投资进行审查，制定单边限制

① 王彦志、王菲：《后危机时代国际投资全球治理的变迁：趋势、影响与成因》，《国际关系与国际法学刊》2015年辑刊，第170—238页。

② 徐秀军：《金融危机后的世界经济秩序：实力结构、规则体系与治理理念》，《国际政治研究》2015年第5期，第82—101页。

政策，使投资审查成为限制投资的政策工具。在一些特定情况下，单边主义政策往往无视规则，歧视外来投资者，甚至阻挠和禁止外来投资。

二、国际投资新规则的主要特征

国际投资新规则是适应全球化发展的新阶段而制定的，体现了新时期国际秩序变化的时代特征，反映了发达经济体与新兴经济体实力的对比变化、新投资领域的兴起以及投资与社会议题紧密联动等新趋势。具体而言，新国际投资规则有如下主要特征。

（一）投资保护与东道国监管权之间的平衡

国际投资规则的演进表明，早期规则的主要特征是为投资开拓便利环境，鉴于国家在投资主体中处于主导地位，规则的重点是保护投资者的利益。在此情况下，许多东道国国内法律允许的管制行为被裁定为违反投资协定，因而当发生纠纷时，东道国往往处于劣势。^①随着双向投资的发展，特别是东道国对自身利益关注度的增强，投资规则由着重对投资者保护，转向更加注重投资促进与东道国利益维护的双向调整。一方面，为进一步提高投资规范的公正性、透明度和便利化程度，突出了关于投资促进、国民待遇、公平公正待遇、最惠国待遇、禁止非法征收、自由兑换与转移的条款；另一方面，为了体现东道国的综合利益，提升了对投资影响的考虑和对投资方式与运作行为的监管。^②

^① Emma Aisbett, Matthias Busse, and Peter Nunnenkamp, “Bilateral Investment Treaties as Deterrents of Host-country Discretion: the Impact of Investor-state Disputes on Foreign Direct Investment in Developing Countries,” *Review of World Economy*, Vol. 154, No. 1, 2017, pp. 119-155.

^② Amokura Kawharu, “Punctuated Equilibrium: The Potential Role of FTA Trade Commissions in the Evolution of International Investment Law,” *Journal of International Economic Law*, Vol. 20, No. 1, 2017, pp. 87-113; Anne Marie Thow, and BennMcGrady, “Protecting Policy Space for Public Health Nutrition in An Era of International Investment Agreements,” *Bull World Health Organ*, Vol. 92, No. 2, 2013, pp. 139-145; 李玉梅、桑百川：《国际投资规则比较、趋势与中国对策》，《经济社会体制比较》2014年第1期，第176—188页；王彦志、王菲：《后危机时代国际投资全球治理的变迁：趋势、影响与成因》，第168—238页。

例如，欧盟—加拿大全面经济贸易协定^①通过穷尽排他方式列举了被认可的基本公平公正待遇情况、最惠国待遇标准、间接征收赔偿条件、征收赔偿的计算方法以及专利权的转让条件，既明确了投资者保护标准，又防止投资者滥用保护条款，保障东道国管制权的实施。^②又如，美国2012年双边投资协定范本，较2004年版本同时增加了对东道国行使权利的约束和投资者义务的规定，一方面要求东道国提高执法透明度、限制对国有企业的特殊优待和对本土产品或技术的优先采购，另一方面也规定投资者要履行东道国环境和劳工保护义务，及时向东道国披露经营信息。^③在征收一章中，范本细化了间接征收的认定情况及例外，既维护了东道国的公共利益，又能够防止“寒蝉效应”，通过提高法律的确定性来保障东道国政府落实管制权。^④总之，新规则旨在同时改善投资便利化和东道国监管权的有效施行，注重维持二者的动态平衡，有利于为国际投资提供便利、稳定、规范的发展环境。

值得注意的是，自2017年以来，发达国家加强了对外国投资的审查力度。美国和欧盟相继出台监管政策，将涉及国家安全、关键技术和敏感信息的领域纳入审查范围，收紧外资监管。美国2018年出台的外国投资监管新规则扩大了外国投资委员会（CFIUS）的审查管辖权，对涉及关键基础设施、关键技术和公民信息安全的投资加强审查，并列特别关注国家，增加审查程序。欧盟委员会也于2019年3月批准外国投资监管新法规，对涉及敏感技术、基础设施及公共秩序和安全领域的投资加强审查。新法要求对第三国采用透明和非歧视原则，但成员国拥有该国对外投资的最终审批权。开放新

① EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2016, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta>.

② Piergiuseppe Pusceddu, “Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,” Working paper for the 3rd Works-In-Progress Conference, Singapore Management University *IP Scholars Asia*, March, 2018; 孙英哲：《国际投资协定规则发展趋势研究——以CETA投资章节为视角》，《经济问题》2018年第4期，第111—115页；张庆麟、余海鸥：《论国际投资协定中东道国管制权的实践及中国立场》，《武大国际法评论》2015年第1期，第254—285页。

③ Shayerah Ilias Akhtar and Martin A. Weiss, *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*, Congressional Research Service Report, April 29, 2013, https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc462463/m1/1/high_res_d/R43052_2013Apr29.pdf.

④ 2012 US Model Bilateral Investment Treaty, <https://ustr.gov/sites/default/files>.

技术投资、外国投资严格审查，配合知识产权保护，构成了国际投资在新技术领域的完整规则体系，加强了技术优势国家在全球范围的资本转化能力。

进入 21 世纪后，单纯的投资协定数量有所减少，将投资与贸易融为一体的综合经济贸易协定成为主流，^① 同时，区域性协定的数量显著增加。较之双边协定而言，区域性协定的适用范围更大，规则的适用性更强。就协议内容而言，广泛涉及贸易、投资、政策内容，许多协定对环境保护、公共健康、劳工权益、公司治理、道德维护等公共议题也进行了具体规定。^② 在投资者的责任和义务规则中，更强调包括遵守东道国法律、杜绝腐败、按国际公认标准履行公司责任等条款。^③ 区域投资条约往往由双边投资条约演进而来，如 CPTPP 协定中禁止非法征收、公平公正待遇、最惠国待遇、国民待遇、业绩要求、自由转移等条款都是基于美国 2012 年 BIT 范本相应条款标准制定的。而加拿大—欧盟全面经济贸易协定（CETA）（2014 年版）中大部分章节也是借鉴美国 2012 年 BIT 范本形成的，如投资保护标准明细化、争端解决程序及权力边界清晰化等。

（二）劳工标准、环境、社会责任等成为重要规则

在美国 2004 年 BIT 范本中，首次将劳工问题列为专项条款，强调扩大受保护的劳工权利范围、加强劳工保护力度、加强对法规的有效执行、强化磋商机制和公众参与。^④ 在美国 2012 版 BIT 范本中，对原有规定进一步细化，将劳工和环境标准提高到“行政优先权”，增加了处理环境和劳工标准问题的协商程序，并要求缔结方不得为鼓励投资而放弃或减损国内环境和劳

① 李玉梅、桑百川：《国际投资规则比较、趋势与中国对策》，第 176—188 页；霍建国、庞超然：《国际投资规则的发展与启示》，《国际经贸探索》2017 年第 8 期，第 70—80 页；王彦志、王菲：《后危机时代国际投资全球治理的变迁：趋势、影响与成因》，第 168—238 页。

② Barnali Choudhury, “Spinning Straw into Gold: Incorporating the Business and Human Rights Agenda into International Investment Agreements,” *Journal of International Law*, Vol. 38, No. 2, 2017; 王彦志、王菲：《后危机时代国际投资全球治理的变迁：趋势、影响与成因》，第 170—238 页。

③ Piergiuseppe Pusccheddu, “Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership,” Working paper for the 3rd Works-In-Progress Conference.

④ 高雁：《双边与多边自由贸易协定谈判及其投资安排》，《经济与法》2016 年 1 第 1 期，第 82—83 页。

工法的执行权，履行对国际劳工组织的承诺，^① 在环境条款中，强调不能因鼓励投资而削弱或减损国内环境保护。^② 在新近缔结的双边和区域投资协定中，环境、公共卫生、劳工权益越来越成为缔约各方洽谈的必要条款。除美国外，CETA 也明确提出，“缔约方在其领土范围内具有规制权和维护其实现合法公共目标的自由权，包括公共卫生、安全、环境、公共道德及文化多样性等领域。”^③ CETA 规定，欧盟和加拿大政府有权以最高保护标准制定环境法，鼓励建立环境规范的跨国合作机制，保障环境和劳工问题的有效处理。^④ 在区域投资协定中，2018 年缔结的 CPTPP 协定和美国—墨西哥—加拿大自由贸易协议（USMCA）都嵌入了空气质量保护、海洋环境保护、海洋捕捞规范、动植物检验检疫标准、劳工自由结社、集体谈判权利等社会责任条款，^⑤ 这在很大程度上代表了未来国际投资协定规则制定的一大趋势。

投资规则和贸易与社会责任议题的联动，有利于更好地协调投资者、社会群体和东道国政府等各方利益，有利于使投资行为更好地推动可持续发展。不过，鉴于投资主体和东道国情况与能力差别很大，整齐划一的标准会导致新的问题，比如劳工条款可能会成为有些国家干预当地政治的工具。

（三）新增关于规范新科技和新兴行业投资行为的内容

新科技革命推动更多新的行业发展，需要通过规则制定来为投资拓展开放的市场环境和对投资行为进行规范。新规则的主导趋势是推动新领域的开放与保护，如数据、电子商务等新兴技术和服务领域，CPTPP 和 USMCA 都嵌入了保护信息数据自由流动的条款，包括减少对电商市场准入、数据存储和处理限制、允许数据跨境传输、限制政府要求披露源代码权限，放宽异

① Shayerah Ilias Akhtar and Martin A. Weiss, *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*, Congressional Research Service Report.

② 张庆麟、余海鸥：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，第254—285页。

③ EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, 2016, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>.

④ Elizabeth Trujillo, “Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from the Trade Regime,” *Boston College Law Review*, Vol. 59, No. 8, 2018, pp. 2734-2764.

⑤ 白洁、苏庆仪：《CPTPP的规则、影响及中国对策：基于和TPP对比的分析》，《国际经济评论》2019年第1期，第58—76页。

地数据储存和数据跨境转移标准等。^①

与此同时，知识产权保护和外国投资严格审查作为维护新科技新领域核心竞争地位的一体两翼，标准也有所提高。如 CETA 和美国 2012 年版 BIT 范本都有禁止东道国要求投资者进行技术转让条款。^② CPTPP 将药品数据保护相关的新内容纳入协定条款，要求成员国制订药品测试数据的排他性条款，即一旦含有新的化学品实体的药品获得了营销批准，仿制药申请人和监管机构都不能使用专利所有人的未公开数据抢先注册。新药专利有效期为 5 年，如果这期间专利所属人发现该药品的新适应症、新配方或新方法，专利期还将延长 3 年；如果药品中含有在成员国没有被注册过的化学品实体，专利有效期将延长 5 年。^③ USMCA 也对知识产权保护有较高要求，“执法机关能够在出入境的所有区域截获涉嫌盗版或伪造的货物；对生物制药进行 10 年的数据保护并扩大受保护的产品范围；将歌曲表演等作品的最低版权期限延长至 75 年，并确保通过技术保护措施保护数字音乐、电影和书籍等作品；为互联网服务提供商建立版权安全港的通知和删除系统。”^④

新技术研发投资大，技术需要在大市场空间加以运用，特别是数据的市场化，也使对数据的保护成为十分重要的问题。因此，新技术领域更需要同时加强市场开放与专利保护，这就是为何有关投资与综合经贸协定条款都更为突出知识产权保护的一个重要原因。

（四）国际投资争端解决机制趋向多元分化

有关国际投资的基本规则体现在华盛顿公约中，以及据此成立的国际投资争端解决中心（ICSID）的运作上，目前世界绝大多数国家都参加了该机制。但是，长期以来，投资者—东道国的争端解决机制存在仲裁效率低下、

^① 李馥伊：《美墨加贸易协定（USMCA）内容及特点分析》，《中国经济导刊》2018 年第 12 期，第 26—28 页；李玉梅、桑百川：《国际投资规则比较、趋势与中国对策》，第 176—188 页。

^② 陈伟光、王燕：《全球投资治理下的国际投资协定多边谈判与中国对策》，《天津社会科学》2017 年第 3 期，第 99—104 页。

^③ Van der Ploeg and Klara Polackova, “Protection of Regulatory Autonomy and Investor Obligations: Latest Trends in Investment Treaty Design,” *International Lawyer*, Vol. 51, No. 1, 2018, pp. 109-119.

^④ 李馥伊：《美墨加贸易协定（USMCA）内容及特点分析》，第 26—28 页。

缺乏透明度和公正性、无上诉机制等问题。当前，双边和多边（区域）投资协定的条款对提高仲裁透明度和公众参与等予以重视，但对如何改进争端解决机制中存在的问题仍有较大分歧，在做法上也存在很大差异。比如，由于对以往投资争端解决机制仲裁结果不满意，有的国家退出投资争端解决机制，如玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉三国已退出 ICSID，澳大利亚也曾一度退出了该机制，^①有的则是对现有国际仲裁制度进行完善，如 CPTPP 规定了争端解决的时间表，将专家组程序和规定时限详细列出，但保留了原有的“一审终裁”制度，以利于提高争端解决效率。^② CETA 则是采取常设仲裁庭和增加上诉环节的办法，改革临时组建仲裁庭和一裁终局的仲裁机制。同时为防止投资者滥诉，CETA 还增加了东道国协调权重并完善上诉机制和仲裁程序，规定投资者提交仲裁请求前需与东道国展开磋商，只有在提交磋商请求 180 日后争议未能解决的情况下才可以进入仲裁程序，这期间东道国有权以投资者仲裁请求无法获得法律支持为由提出异议。^③有的协议则是在已有制度外进行机制创新，如巴西投资合作与便利协定（CFIA）绕开了争端仲裁程序，着力于成立联合委员会作为争端预防机构，负责改善投资者与东道国的交流沟通、友好解决分歧、防止争端发生或启动国对国的仲裁程序等工作。再如，美国极力推行让投资者独立进行第三方选择的规则，以绕开东道国的管理，加强投资者利益保护。

争端机制多元分化，在很大程度上反映了投资者—国家争端解决机制（ISDS）的缺陷，有利于照顾多元利益的需求。2016 年 G20 峰会达成《G20 全球投资指导原则》，对国际投资争端解决机制的功能进行了扩展，提出了争端预防、实施以及限制权力滥用的保障措施。显然，有关国际投资争端机制的改革，应该反映投资者权益、东道国管理以及公共利益三者间的平衡。

① Kent, Jones, “Patterns of Investor-State Dispute Settlement Decisions,” *International Atlantic Economic Society*, Vol. 24, No. 1, 2018, pp. 79-96.

② 张茜：《CPTPP 争端解决机制比较研究——以WTO争端解决机制改革为视角》，《大连海事大学学报》2018年第6期，第16—24页。

③ 陈伟光、王燕：《全球投资治理下的国际投资协定多边谈判与中国对策》，第 99—104 页；Moses Oruaze Dickson, “Rebalancing International Investment Agreements in Favour of Host States: Is It Time for A Regional Investment Court?” *International Journal of Law and Management*, 2017, Vol. 60, No. 2, 2017, pp. 452-469.

（五）国际投资规则复杂化、差异化及碎片化

随着国家间缔结投资条约和经贸协定的增多，国际投资规则也越来越复杂，造成很多重叠、冲突和混乱。研究发现，全球有 24% 的双边关系是受到两项或两项以上的投资协议约束的，即每 4 项投资协议中就有 2 项缔结方完全相同。^① 受到多份投资协议约束的缔结主体常常遇到协议内容冲突的问题，较为常见的是一国签订的多个双边投资协定在内容上冲突。^② 此外，双边和区域协定也常出现冲突，使得国际投资规则更加复杂。如 2012 年中日韩投资协议与三国双边投资协议的重叠，中国与东盟投资协定与此前缔结的 10 项双边投资协定重叠，CETA（2014 版）与此前的 8 项投资协定重叠等，类似情况十分常见。原则上，当一国签署的不同投资协定内容出现冲突时，可以通过几种方式有效处理，如平行关系的协定用援引条款方式弥补一些法规相应条款缺失的问题，或用晚近条约替代先约，^③ 但现实情况是，投资者仍然面临众多双边和区域投资协定共存且越来越分散化、复杂化和碎片化的问题。未来如何缔结标准比较统一的投资规则，理想的方向是推动多边投资协定的谈判尽早达成协议；次优的选择是尽可能参照关于投资的指导原则，比如 OECD 文本、G20 指导原则，以及美国提出的范本等，不过由于双边、区域的情况复杂多样，实行起来并非易事。

三、中国参与国际投资新规则制定的策略

中国自 20 世纪 80 年代初开始与外国谈判投资协议，迄今已经与世界上 100 多个国家签订了双边投资协议，其中许多是重新谈判的升级版。中国与美国、欧盟的投资协议正在谈判中；在已经实施的中国—东盟自贸区协议中，也有关于投资的条款；中日韩三国签署了投资协议，正在谈判中的三国自贸

^① Wolfgang Alschner, “Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law: Towards Consolidation or Contradiction?” *Journal of International Economic Law*, Vol. 17, No. 2, 2014, pp. 271-298.

^② 王东：《国际投资协定中的冲突及解决探析——以外汇转移条款为例》，《法学论坛》2015 年第 1 期，第 104—113 页。

^③ 同上。

区协议也会包括原投资协议的升级内容；正在谈判的 RCEP 也会包括投资内容。中国于 1988 年加入了《多边投资担保机构公约》（MIGA），1990 年签署了《关于解决国家与他国国民投资争端公约》（ICSID）。另外，中国还受到 WTO 协定中的《与贸易有关的投资措施协议》（TRIMs）和《服务贸易总协议》（GATS）等有关投资内容的国际公约约束。总的来看，改革开放以来，中国一直高度重视通过签署协议参与投资规则的制定。特别是如今中国既是外资引进大国，又是对外投资大国，积极参与和推动投资新规则的制定具有非常重要的意义。

当前，中美贸易争端成为国际焦点，美国企图用极限施压的方式实现自己的既定目标，特别是单边对企业正常交易设立禁区，割断产业链，这不仅让谈判变得非常困难，而且破坏了国际贸易和投资的基本规则。从长远来看，这不仅不利于解决贸易结构失衡问题，对中美两国乃至全球经济也都将造成不利影响，而且摧毁了国际贸易和投资规则的互惠基础。中国应加快同其他国家洽谈协议，达成更多双边及区域规则共识，减少贸易投资壁垒，维护开放的国际经济秩序和互惠的规则制定基础。新的双边及区域规则应体现高标准，涵盖新领域，面向未来，为国际新规则的制定提供方向性指引。

（一）参与和推动国际投资新规则制定，与国内经济体制改革形成良性互动局面

中国在继续大力吸引外资的同时，加快了对外投资的步伐，如今成为世界第三大对外直接投资国。在此情况下，中国参与和推动国际投资规则制定的战略需要做大的调整，即积极推动构建内外均衡的国际投资规则。以往中国在与外国谈判投资协定中处于比较被动的地位，所签订的大部分涉及投资的协定不包括关于负面清单和准入前国民待遇的承诺，在卫生检疫标准等方面，也低于国际水平。^① 在中日韩投资协定谈判中，尽管对投资的国民待遇、最惠国待遇给予了肯定，并承诺禁止业绩要求、限制征收及加强知识产权保护，但并没有就准入前国民待遇和负面清单管理规则达成共识。在中澳自贸协定中，尽管服务贸易开放水平有所提高，并承诺将以负面清单方式开展谈

^① 白洁、苏庆仪：《CPTPP的规则、影响及中国对策：基于和TPP对比的分析》，第58—76页。

判，在金融、教育、法律、健康等领域扩大了市场准入权限，但协议仍以正面清单方式对澳开放部分服务。在中欧、中美双边投资协定谈判中，双方一直就市场准入、国有企业、知识产权保护等问题存在分歧，欧美国家希望能够进一步开放服务领域、降低行政干预、获得更多政府采购以及加大知识产权保护力度。

2019年3月15日通过的《外商投资法》为中国推动构建新规则提供了有力的法律支持。这部法律明确规定，国家实行高水平投资自由化、便利化政策，建立和完善外商投资促进机制，营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境；对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。由此，外商投资在中国受限行业大幅度减少，金融等敏感行业的开放水平大幅度提高。外方知识产权获得更有力保护，利用行政手段进行强制技术转让被明令禁止，在政府采购中外企也能够享受公平竞争和同等待遇。新外商投资法的通过不仅为外国对华投资提供了更好的环境，也为中国在与外国特别是与美欧发达国家谈判新投资协议中要求对方开放市场提供了有力支持。比如，RCEP谈判正处于关键时刻，中国对投资的高水平开放承诺对于推动和引领谈判尽早达成协议具有重要作用。

（二）深化开放，推动高水平投资规则制定，提升我国经济管理水平

投资协定，或者综合性经贸协定中的投资条款，对于所谓新议题，如知识产权、劳工标准、卫生检疫、国有企业、竞争政策等，都做出越来越具体和高标准的规定；对于新领域，如数据传输、数据安全、数据管理等，也越来越作为重要议题大力推动开放和加以规范。以往中国在所谓新议题领域承诺较少，如今中国企业在这些领域占据高位，拥有竞争优势，推动这些领域的开放有利于中国进一步扩大对外投资。当然，涉及劳工标准、国有企业、竞争政策时，因国情不同，发展水平有差别，在安排上难以一步到位，或者达成单一的高标准。

参与和积极推进关于新领域的新规则制定对中国来说具有特别重要的意义。中国在电子商务、数据储存与传输方面发展迅速，具有竞争优势，企业正在拓展国外市场，构建基于地区与全球的数据网络。比如在“一带一路”

建设中，“数据基础设施”的建设至关重要。美国等发达国家采取各种措施限制中国在该领域的对外投资，因此，参与新规则制定应该重视关于数据开放与数据保护并行的新规则制定，在这些领域，中国的战略应该更有进取性，力争在数据与网络安全方面成为新规则引领者。

总体上看，新议题与新领域投资规则虽然对中国提出了新的挑战，但有利于推动国内的改革开放，应以制定高标准的国际投资规则为契机，全面系统地推动经济体制改革，形成对内改革与对外开放的双向联动。如提升环境卫生与公共健康标准的条款，要与重视生态文明建设和绿色发展、深化医药卫生体制改革、保障食品安全、提高检验检疫标准、提高规范程度和透明度等国内一系列改革措施相联系，以高度的国际化标准促进环境保护和公共卫生体系改革。如可以利用国际投资条约中的竞争中立原则，加快国有企业混改步伐，促进国有企业管理和经营方式转变，实现国有、民营和外资企业的非歧视对待。在电商与网络数据领域，新规则有利于增强政府监管能力，维护网络安全，防范系统性金融风险，提高信息传递效率、打破行业垄断，提升电信和电商领域的国际竞争力。在知识产权领域，在履行 TRIPs 规则义务的基础上，加快制定适合数字经济发展的知识产权保护规则体系并增强执行力度，为中外投资者营造便利、稳定、安全的投资环境。总之，加强中国的国际投资规则标准与国内经济体制改革相互联动，不仅有利于我国更好地融入国际经贸体系，更有利于我国提升自身的制度竞争力。

（三）加快落实中央确定的自贸区战略，推进双边和区域投资协定或综合经贸协定谈判进程

目前，中国缔结的双边投资协定或包含投资条款的综合经贸协定数量还太少，特别是与主要的发达经济体，如美国、欧盟、日本的协定还是空白，除中国—东盟自贸区外，大型区域投资协议或自贸区协议也是空白。考虑到 WTO 改革、美国对待多边体系的政策等因素，以及新的多边投资协定难产的情况，区域性协议将会是今后的主流。在区域投资规则的制定中，中国应坚持前瞻性、发展性、包容性和灵活性四大原则，在区域投资协定或综合经贸协定谈判中采取高位战略与灵活安排相结合的策略，在新一轮国际规则制

定中争取主导地位。值得重视的是，中国要更好地利用“一带一路”合作机制，特别是政府间合作机制、区域性合作平台，推动新型投资规则的制定。

2017年以来，欧美国家相继收紧了对外国投资特别是中国投资的监管，对中国企业海外投资造成负面影响，积极推动国际投资协定的签署有利于合法保护中资企业权益，减少政治干预的不确定性。在中美双边投资协定的谈判过程中，双方关注的焦点主要围绕投资活动的范围、投资准入的限制、公平公正待遇、资本的自由转移、征收和补偿、知识产权以及争端解决机制等议题。如美国在协定中增加了国有企业条款，以竞争中立原则限制中国政府对国有企业的补贴和支持。^①在网络审查方面，美国要求中国监管机构不以信息安全为由要求企业提供源代码等知识产权信息。^②中欧BIT谈判的难点主要是国民待遇、竞争中立及争端解决机制。^③显然，与美国、欧盟谈判投资协定难度较大，谈判成功将是双方妥协的结果，美欧对中国的投资限制很多，单边限制不讲规矩，因此在谈判中，中国要坚持互惠原则。在争端机制解决方面，应强调遵守现有的多边机制原则，坚持协商与裁定相结合的原则，反对单边制裁。

当前，特朗普政府奉行的单边主义政策，挑起与中国的贸易摩擦，其对中国实施技术封锁和投资特别审查的政策措施为中美投资协议谈判投下阴影。事实上，正在进行的中美贸易谈判也涉及投资规则问题，一旦谈判成功，将是一个带有综合性特征的协定。当然，今后中美谈判不会“一锤定音”，还会继续谈判，其中投资规则谈判要比贸易谈判更重要，更困难。

（四）提高境外投资企业的法规意识，既要守规，又要学会利用规则捍卫自身权益

尽管中国资本输入和输出的双向流动都已具有相当规模，但中国企业在对投资相关法规的了解和运用方面还存在不少问题，这体现为中资企业在境

① 秦隆伶：《中美双边投资协定及其前景分析》，《法制与社会》2016年第8期，第85—86页。

② 石岩、孙哲：《中美双边投资协定谈判的动因、难点及前景展望》，《现代国际关系》，2015年第6期，第9—16页。

③ 参见张智勇：《中欧BIT谈判：协定条款与中国新外资法的制定》，林燕萍、张皎著：《中欧双边投资协定谈判相关法律问题研究》，法律出版社2016年版。

外违规频繁、法律维权意识不强等问题。在境外，中资企业往往因管理层缺乏对东道国法律规定的深入了解，造成决策失当或引起不必要的损失和社会层面的消极影响。许多中资企业在境外投资，不仅因不熟悉当地法律而蒙受损失，也因不善于利用规则维权而遭遇挫折。例如，管理者往往因缺乏系统经验知识，造成与当地劳资关系紧张、停工期限较长、本土化用工程度低等问题；在项目管理上，因不符合当地环保法规，对环境、健康、安全重视不够而引起纠纷；在财务管理上，因对当地税务制度不了解而在海外遭受财务损失。同样，境外维权问题也较为突出。海外中国劳工常常遭遇劳动合同不被落实、工资福利减损、人身权利受限、缺乏基本社会保障等问题。海外中国企业在维护知识产权、申请专利保护等方面重视不够，往往遭受意外挫折。此外，中资企业的海外投资常常遭遇泛政治化解读，一些大额的投资并购交易往往被强行终止。

因此，中国在对外投资或者综合经贸协议谈判中，除了推动投资开放，改善投资环境只外，还应进一步细化投资公平互惠条款和投资安全法律保护内容，在有关劳工、环境、税务、公共卫生等方面就国际公认标准开展深入的对话和磋商，明确企业的具体权利和责任。同时，需要加强对海外投资新规则的研究，构建相互联系的多层次海外投资安全保护机制，将中国企业在境外可能因政治、经济、金融、科技等各方面因素卷入的非常态化困境上升到国家战略层次统筹管理，帮助企业了解海外投资法则、自身权利义务及风险，提高规则意识和国际治理水平，既大力支持企业走出去，又有效地保护海外投资利益。

[责任编辑：樊文光]