

《美韩自由贸易协定》投资章刍议

梅盛军

(上海社会科学院世界经济研究所, 上海 200020)

摘要:《美韩自由贸易协定》投资章内容包括实体性规定和程序性规定, 实体性规定主要体现在有关投资定义、待遇、征收补偿、转移、业绩要求和不符措施等条款上, 这些规定体现了高水平的投资保护和投资自由化, 对中国参与国际投资规则谈判乃至中国(上海)自由贸易试验区投资管理体制的改革提供有益的借鉴与启示。

关键词:美韩自由贸易协定; 投资; 实体性规定; 不符措施

中图分类号: F744 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-7184(2014)03-39-09

一、《美韩自由贸易协定》投资章内容概述

《美韩自由贸易协定》于2007年6月30日签署, 2012年3月15日生效, 其第11章为投资章。该章分3大部分, 共28条。第一部分为投资, 共14条, 分别规定了投资的适用范围、与其他各章关系、国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准、征收与补偿、转移、业绩要求、高级管理人员与董事会、投资与环境、利益的拒绝给予、不符措施、特定的形式与信息要求, 以及代位方面的内容, 主要为实体性规定; 第二部分为投资者-东道国争端解决, 共13条, 分别规定了磋商与谈判、提交仲裁申请、同意仲裁、同意的条件和时限、选择仲裁员、进行仲裁、透明度与仲裁程序、适用的法律、附件解释、专家报告、合并、裁决, 以及文件送交等内容, 主要为程序性规定; 第三部分为定义, 即第28条。^①

此外该章还有7个附件, 主要是对前述有关条款作进一步的明确, 分别为附件11-A习惯国际法; 附件11-B征收; 附件11-C文件送交; 附件11-D双边上诉机制的可能性; 附件11-E提交仲裁申请; 附件11-F税收与征收; 附件11-G转移。

除上述内容外, 还有不符措施负面清单附件, 即: 附件一《服务和投资不符措施》; 附件二《服务和投资不符措施》; 附件三《金融服务不符措施》。^②

二、《美韩自由贸易协定》投资章实体性规定简评

^① 从结构和内容上看, 该投资章参考美国2004年BIT(双边投资条约)范本。

^② 参见《美韩自由贸易协定》投资章及不符措施附件。

总体来说,《美韩自由贸易协定》投资章内容全面,规定详细,保护标准高,以下就其定义、待遇、征收与补偿、业绩要求和环境问题等实体性规定做一简评。

1.关于投资的定义

《美韩自由贸易协定》投资章第11.28条规定的投资是指投资者直接或间接拥有或控制的资产,这种资产具有一项投资的特征,包括如资本或其他资源的承诺,收获或收益的期待,或风险承担这样的特征,投资的形式包括:企业;企业的股份、股票和其他股权参与形式;债券、公司债、其他债务证券和贷款;期货、期权和其他衍生金融工具;交钥匙、建设、管理、生产、特许、收入分成,及其他类似的合同安排;知识产权;许可、授权、准许和其他类似的按照国内法授予的权利;其他有形或无形的,可移动的或不可移动的财产和相关的财产权,如租赁、抵押、留置和担保。^①

投资通常有3种定义方式,分别是以资产为基础的定义,以企业为基础的定义和以交易为基础的定义。《美韩自由贸易协定》对投资的定义是一种以资产为基础的定义,这里的资产是指具有一项投资特征的各种资产,不仅包括金融资产及经济概念上的“资本”,还包括具有创造生产能力的所有有形和无形资产,^②范围很广。由于投资的定义直接影响投资规则的适用范围,因此《美韩自由贸易协定》对投资的宽泛定义,既体现了对投资者的广泛保护,也预示着东道国的广泛义务。

2.关于待遇的规定

《美韩自由贸易协定》投资章有关投资待遇的规定主要体现在第11.3条(国民待遇)、第11.4条(最惠国待遇)和第11.5条(最低待遇标准)。关于国民待遇,规定每方给予另一方投资者或投资的待遇,在有关设立、并购、扩大、管理、经营、运营、销售或其他投资处理方面,在相似情况下应不低于给予本国投资者或投资的待遇。一方给予的待遇,就一方的地方政府而言,应不低于该地方政府给予投资者或其投资的最惠待遇。关于最惠国待遇,其规定给予的待遇涵盖投资的所有阶段,包括设立、并购、扩大、管理、经营、运营、销售或其他投资处理方面。就最低待遇标准而言,则要求依照习惯国际法给予投资公平和公正待遇,完全保护与安全,以及战争或动乱等情形中被一方所征用或毁损财产的即时、充分和有效赔偿等。^③

国民待遇通常是指外国人同内国人在享受权利和承担义务方面享有同等的法律地位,其所确立的是内外国人同等权利的制度。最惠国待遇通常是指缔约方给予另一缔约方的待遇不低于现时或将来给予任何第三国的优惠、特权或豁免待遇,强调的是境

^① 参见《美韩自由贸易协定》投资章第11.28条。

^② 詹晓宁,葛顺奇.国际投资协定:“投资”和“投资者”的范围与定义[EB/OL].商务部官网[2013-09-20].<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/s/200303/20030300072181.html>.

^③ 参见《美韩自由贸易协定》投资章第11.3条、第11.4条和第11.5条。

内所有外国人的平等。最低待遇标准,通常是指公平和公正待遇。

《美韩自由贸易协定》投资章给予投资者和投资的待遇,标准很高,内容很全面,涉及投资的所有环节。这些待遇通常是基于互惠原则给予。由于其规定一方给予另一方投资的待遇涵盖投资的设立、并购和扩大阶段,因此其给予的是包括准入前国民待遇的全面国民待遇。

3.关于征收和补偿

《美韩自由贸易协定》投资章第11.6条规定了征收和补偿,该条规定任何一方不得直接地或通过征收、国有化相当的措施间接地征收或国有化另一方的投资,除非满足下述条件:为公共目的;非歧视;即时、充分、有效补偿;以及依照正当程序。补偿必须不得延迟,必须等于被征收投资在征收前一刻的公平市场价值,必须不反映预期的征收被提前获知而造成的投资价值的任何变化,必须可以变现和自由转移,并加上相应的利息。^①

直接征收一般是指直接把投资国有化,或通过所有权转让或没收实现。当前直接征收很少,产生争议的往往是间接征收。由于间接征收通常采用“与征收或国有化相当的措施”这样有些模糊的用语,因此在东道国的管理措施影响外资收益时,容易产生是否构成征收的争议。

对于补偿,目前国际上主要有两种主张,一种是美国所坚持的“赫尔标准”,也就是要给予“即时、充分和有效补偿”。^②“即时”指征收之前或征收之后很短时间内支付赔偿,不得延迟,如分期支付则要支付欠款利息;“充分”指被征收财产的全部市场价值,包括将要取得的利润;“有效”是指补偿为受偿者有效支配和使用,应是可自由兑换的货币或受偿者愿意接受的实物。另一种是许多发展中国家所主张的给予适当的补偿,通常的做法是实行征收的东道国根据具体情况给予投资者合理或适当的补偿,而不是全部补偿。此外还有一种主张是不予补偿,主要为前苏联、东欧和一些拉美国家所坚持,但目前很少国家持这种主张。

《美韩自由贸易协定》投资章对征收的解释非常宽泛,补偿也采用高标准,这样的规定有利于保护投资者,但可能不利于东道国实现有关政策目标。

4.关于业绩要求

《美韩自由贸易协定》投资章第11.8条规定了业绩要求,规定缔约方不得在投资的设立、获得、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面强加或强制执行以下要求:出口一定水平或比例的货物或服务;达到一定水平或比例的当地含量;购买、

^① 参见《美韩自由贸易协定》投资章第11.6条。

^② 这种主张是时任美国国务卿赫尔在1938年提出的,因此又被称为“赫尔标准”。

使用境内生产的产品或给予境内生产的产品优惠，或者从其境内的个人购买产品；以任何方式将进口产品的数量或价值与出口商品的数量或价值或与此投资有关的外汇流入数额相联系；通过以任何方式将销售与出口商品的数量或价值或外汇收入相联系，以限制此投资在其领土内生产或提供的产品或服务的销售；将特定的技术、生产方法或其他专有知识转移给其境内的个人；自缔约方境内向特定地区市场或世界市场排他地提供投资所生产的货物或服务。

同时，该条也规定缔约方在安排生产场所、提供服务、培训或招工、建设或扩大特定设施、研究与开发、环保、出口促进和对外援助、政府采购、优惠关税或优惠配额等事项方面，可以在非歧视基础上根据相关规定和需要，享有一定的例外。

业绩要求作为许多国家招商引资政策的一部分，曾经广泛存在，也有其合理性。由于业绩要求在某种程度上扭曲了市场，因此国际社会逐步趋向规范和限制业绩要求。在TRIMs协定明确禁止东道国采取与贸易有关的投资措施后，许多双边或区域性经贸安排在投资方面都规定了禁止业绩要求的内容。尽管如此，一些国家特别是发展中国家，还是会根据本国需要制定一些可能涉及业绩要求的发展规划或产业政策。

《美韩自由贸易协定》投资章对业绩要求禁止的范围非常广泛，并且涵盖投资所有环节，但同时也规定了一些例外情况，一定程度上给予了东道国政府政策空间。

5. 关于环境问题

《美韩自由贸易协定》投资章第11.10条规定了投资与环境的问题，内容不多，仅规定投资章的规定不应解释为阻止一方采取、维持或实施其认为为确保在其境内的投资活动符合环境敏感性的任何措施。^①

近年来，环境问题日益突出，特别是有关跨国公司破坏东道国当地环境的行为更是招致广泛批评。随着环境问题凸显，环境问题被越来越多的国际体制纳入，成为被规范的对象。国际投资规则纳入环境议题，某种程度上具有进步意义，但也反映了一些发达国家借维持较高环境标准保护其竞争优势的意图。

《美韩自由贸易协定》投资章对环境问题规定得较为简单，由此也给了东道国政府一定的自由裁量权。在未来有关投资规则的协定中，在类似环境保护等涉及公共利益领域，相信也会给予东道国政府适当的政策空间。^②

三、《美韩自由贸易协定》投资章不符措施解读

《美韩自由贸易协定》投资章不符措施规定除了正文中第11.12条的原则性规定外，具体内容主要体现在3个负面清单附件中，即附件一列举现行的不符措施，包括

^① 参见《美韩自由贸易协定》投资章第11.10条。

^② 《美韩自由贸易协定》其他一些章节也涉及环境问题，特别是其第20章更是专门规定了环境问题，这些规定也在不同程度上影响投资。

措施涉及的行业、法律法规依据的条款、采取措施的政府层级、对措施的具体描述等内容,并承诺不得加严限制;附件二列举保留权利将来采取不符措施的行业和领域;附件三列举金融服务方面的例外。^①

《美韩自由贸易协定》投资章规定的不符措施主要是有关国民待遇、最惠国待遇、业绩要求、当地存在、市场准入和高管国籍的例外,涉及众多行业,其中属于服务业的部门最多,以下就美韩两国不符措施附件一和附件二中的例外措施和其行业分布做一解读。^②

1. 美韩两国不符措施的类型和数目

从美韩两国不符措施附件一和附件二的规定看,美国方面总的不符措施数目是43个,具体为国民待遇15个,最惠国待遇10个,当地存在8个,高层管理人员和董事会5个,业绩要求4个,市场准入1个,其中最多的是国民待遇例外。韩国方面总的不符措施数目是221个,具体为国民待遇55个,最惠国待遇14个,当地存在63个,高层管理人员和董事会31个,业绩要求31个,市场准入27个,其中最多的是当地存在例外,其次为国民待遇例外,具体可见图1。

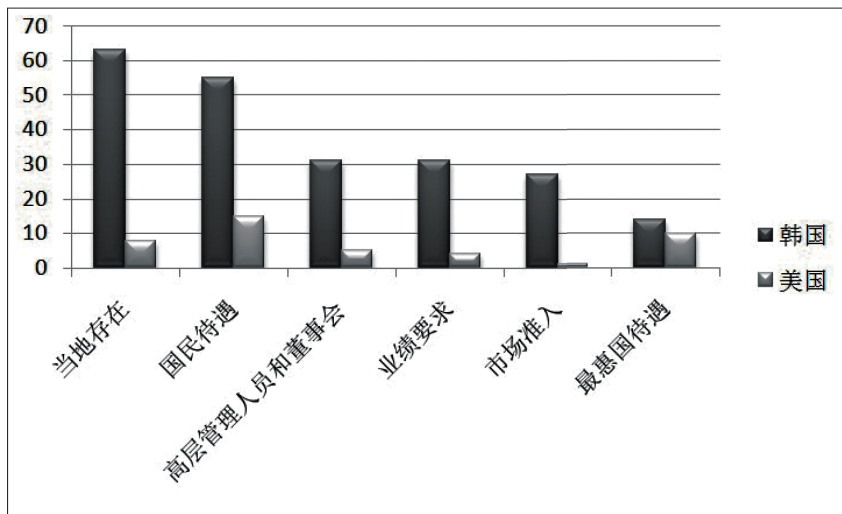


图1 美韩保留的措施 (单位: 个)

2. 美韩两国不符措施的行业分布

从美韩两国不符措施附件一和附件二列举的例外部门来看,美国方面总的例外部

① 参见美国和韩国的不符措施附件一《服务和投资不符措施》,附件二《服务和投资不符措施》和附件三《金融服务不符措施》的相关规定。

② 此处未排除不符措施附件一和附件二中除商业存在外的服务贸易,不包括附件三和两国在《服务贸易总协定》第16条下具体承诺减让表中列明义务的修改,因此从这个意义上说此处的解读是有缺陷的。

门数目是18个,^①其中服务业部门有10个,约占56%;制造业部门2个,约占11%;水平限制6个,约占33%。韩国方面总的例外部门数目是91个,^②其中服务业部门有77个,约占84.6%;制造业部门和水平限制各占6个,各约为6.6%;初级产业部门2个,约占2.2%,具体可见图2。

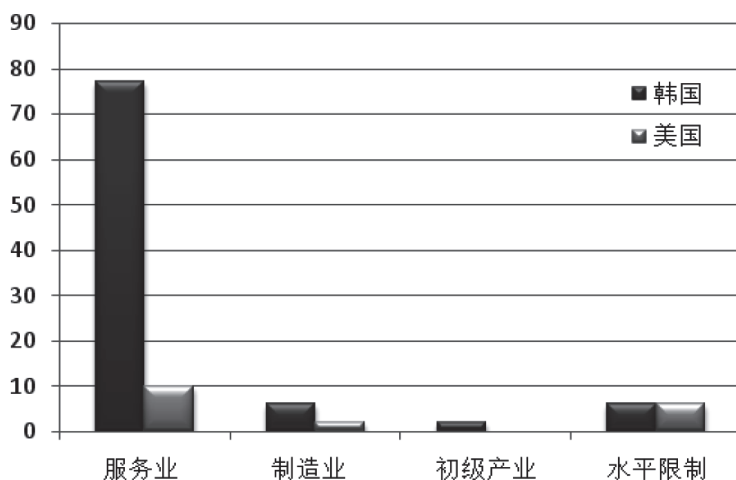


图2 美韩保留措施的行业分布(单位: 个)

3. 小结

从上述美韩两国不符措施附件一和附件二的不符措施类型和行业分布情况看,有如下几个特点:首先,总体来说美国相对较为开放,总的保留措施和例外部门比韩国要少;其次,初级产业部门的例外很少,一定程度上说明该行业开放度较高或在经济中比重较低;第三,两国例外最多的部门都是服务业,反映了服务业对外开放的敏感性。

四、对中国参与国际投资规则谈判的几点启示

虽然《美韩自由贸易协定》投资章的内容也受到一定的批评,如投资定义过于宽泛,最低待遇标准和间接征收规定模糊等,但总得来说其较为全面的规定和对环境等新问题的关注,使其一定程度上体现了投资规则的发展趋势。

当前,中韩自由贸易协定谈判正在推进,2013年9月3至5日双方举行了第七轮谈判,双方最终就协定范围涉及各领域模式文件达成一致,下一步将进入出要价谈判

① 此处只统计部门(Sector)一级的数字,个别部门中实际涵盖两个行业的统计为一个部门。

② 此处只统计部门(Sector)一级的数字,个别部门中实际涵盖两个行业的统计为一个部门。

阶段。^①此外,中美双边投资协定谈判也在进行,自2008年中美正式启动双边投资协定谈判以来,迄今双方共进行了9轮谈判,已完成核心议题和双方各自关注问题的初步讨论和技术性磋商。^②还有,中欧双边投资协定谈判也已启动。^③

在这种情况下,了解《美韩自由贸易协定》投资章,特别是有关准入前国民待遇和负面清单的规定,对顺利推进有关投资规则谈判具有积极意义。

1.关于给予外资准入前国民待遇问题

当前,给予外资准入前国民待遇越来越成为一种趋势,《美韩自由贸易协定》投资章的规定体现了这种趋势。在中美第五轮战略与经济对话中,中方同意与美方就中美双边投资协定进行实质性谈判,包括涵盖准入阶段的国民待遇,并以“负面清单”模式作为谈判的基础。^④可见,中国可能在未来的双边投资协定或自由贸易协定中给予外资准入前国民待遇。

给予准入前国民待遇,意味着限制东道国对外国投资进入领域和条件的审查权,这在一定程度上不利于东道国对外资活动的监管。目前中国对外资进入要进行审批,并把对外资的审批作为对外资进行管控的主要手段。对中国来说,给予外资准入前国民待遇是对外资审批体制的一次重大改革,政府的政策空间和行政手段将因此受到限制和规范。

当然,给予外资准入前国民待遇,不等于丧失或放弃对外资的监管,不等于忽视风险防范。事实上,各国在给予外资准入前国民待遇后,都规定了一些例外情况,也就是通常所说的“负面清单”。此外各国往往还采取反垄断和安全审查等机制来防范和管控风险。实践证明,这些做法也是有效的,关键是设计好有关机制。

在这方面,中国此前入世的经验可资借鉴。当年为了入世,我们修改了上千部法律法规,对外贸管理体制进行了重大改革,尽管也付出了代价,但也迎来了新一轮的发展和进步。

就现实来说,一个更迫切的问题是我们对外资开放准入前国民待遇前,需要解决好国内不同所有制企业同等的市场准入问题。由于种种原因,目前中国的民营企业 and 国有企业在一些投资领域享有的市场准入权利并不同等,在这种情况下给予外资准入前国民待遇,将会面临给予外资何种待遇问题的困扰。

① 中韩结束自贸区模式阶段谈判[EB/OL].商务部官网[2013-09-23]. http://fta.mofcom.gov.cn/article/chinakorea/koreanews/201309/13596_1.html.

② 商务部新闻发言人沈丹阳就中美积极推进投资协定谈判发表谈话[EB/OL].商务部官网[2013-09-23].<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201307/20130700196677.shtml>.

③ 第十六次中欧领导人会晤发表《中欧合作2020战略规划》宣布启动中欧投资协定谈判[EB/OL] 中国政府网官网[2013-11-28] http://www.gov.cn/ldhd/2013-11/21/content_2532154.htm.

④ 第五轮中美战略与经济对话框架下经济对话联合成果情况说明[EB/OL].发改委官网[2013-09-23].http://www.fmprc.gov.cn/mfa_chn/ziliao_611306/1179_611310/t1058578.shtml.

2. 关于不符措施的负面清单问题

所谓不符措施,也就是通常所说的例外规定,一般是指违反投资协定某些条款的有关法律、法规、程序、要求或做法。所谓负面清单,也就是把有关例外以清单方式列举出来,明确规定哪些部门不对外资开放,或有哪些方面的限制等,除清单列举的例外部门和例外措施外,均须对外资开放且不得采取限制措施。

事实上,负面清单问题与准入前国民待遇问题紧密相连,准入前国民待遇解决的是“开业权”问题,负面清单则意味着“不列入即开放”。由于各国不太可能在投资领域完全放开,因此如果给予投资准入前国民待遇,也必定需要制定负面清单。目前各国一般都把负面清单作为给予准入前国民待遇后风险防范的首要手段。

中国对外签署的双边投资协定或者自由贸易协定都没有规定准入前国民待遇问题,因此也不存在严格意义上的所谓“负面清单”问题。随着时代发展,近年来中国对外签订的有关投资规则协定,其保护标准在逐步提高,内容也更加全面,如新近中国和加拿大签署的双边投资协定,^①因此不排除未来中国签署的投资协定给予外资准入前国民待遇。

如果中国准备给予外资准入前国民待遇,并以负面清单作为投资规则谈判的基础,那么我们就必须要做好自己的产业评估工作,摸清各行业的具体情况。我们要清楚哪些行业是不能开放的,哪些是可以开放的,哪些是我们规定不能开放但实际已经开放了的等。同时,我们还要从各行业的具体情况出发,思考采取何种适当的例外措施,比如是采取国民待遇例外,还是最惠国待遇例外,或是其他例外。

3. 关于中国(上海)自由贸易试验区投资管理体制改革问题

目前,中国(上海)自由贸易试验区投资管理体制做了重大改革,负面清单2013版已正式公布,基于负面清单的外资准入管理体制已初步建立,这是中国在新的历史时期尝试参与国际投资规则制定,并以此推动进一步改革和发展的重大举措,具有历史意义。

当然,对于负面清单,目前各界也有许多议论,甚至有一些质疑,认为负面清单过长,照搬2011年修订的《外商投资产业指导目录》中的禁止性和限制性规定,开放的意义不大。这种观点虽非没有道理,但有失偏颇,因为尽管《指导外商投资方向规定》把不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目,视为允许投资项目,但事实上这些允许类项目是存在不确定性的,其是否可以投资还是要取决于管理部门的裁量权。

但基于负面清单的准入管理则完全不一样,因为在这种管理体制下,除了限制类

^① 商务部条约法律司负责人解读中加(拿大)双边投资保护协定[EB/OL].商务部官网[2013-09-23].<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/zhengcejid/bn/201209/20120908336033.html>.

和禁止类项目外,其余项目都属于可以投资的领域,因此准入的不确定性就消除了。这正如刑法上的有罪推定改为无罪推定一样,尽管只是改了一个字,但基于无罪推定的一套体制和程序与有罪推定情形下是完全不一样的。

至于负面清单的长短,尽管短一些可能更好,但对中国来说,建立起基于负面清单的管理体制,比负面清单本身更为重要。毕竟,上海独特的地理位置是无法复制的,基于上海自身的产业结构也是难以复制的,但管理体制则可复制可推广。目前,负面清单还仅仅规范了准入阶段的措施,未来,应把重点转向准入后阶段管理措施的改革,包括赋予国企和民企及内资和外资以平等待遇,这个任务将更为艰巨。

此外,上海自由贸易试验区的投资管理体制改革,也应与国家对外投资协定谈判结合起来,一方面试验区的经验要能够及时反馈到国家对外投资协定谈判中去,另一方面试验区也要及时从国家投资协定谈判中获取信息和指导,这将有助于中国构建起一种开放有度和管控适当的现代投资管理体制。

总之,在当今这样一个国际格局正在发生深刻变化的时代,投资规则本身也在发展变化。随着中国的发展和走出去,中国也逐渐从以资本输入为主转变为输入和输出并重的国家,中国的海外投资也将面临更多有关准入、待遇和保护等问题。因此,如何平衡引进来和走出去的利益,平衡投资自由化和政府监管的政策空间,平衡自身实际和时代趋势,对中国有效参与国际投资规则制定并确保自身的发展利益非常重要。

【作者简介】梅盛军: 上海社会科学院世界经济研究所世界经济专业博士研究生,上海WTO事务咨询中心助理研究员。研究方向:国际经贸。

On the Investment Chapter of US-Korea Free Trade Agreement

MEI Sheng-jun

(Institute of World Economy of Shanghai Academy of Social Sciences, Shanghai 200020, China)

Abstract: The Investment Chapter of US-Korea Free Trade Agreement includes substantive provisions and procedural provisions. The substantive provisions are mainly reflected in the articles of definition, compensation for expropriation, transfer, performance requirements and non-conforming measures, which represent high level of investment protection and liberalization.

Keywords: US-Korea FTA; investment; substantive provisions; non-conforming measures

(责任编辑:王伟氏)