

# 透视国际投资规则中的透明度要求

## ——基于中美 BIT 视角

刘 斌(副研究员) 刘 颖

自 2008 年至今,历时八年,目前中美 BIT 谈判已接近尾声。2016 年 6 月以来,中美双方开始加速推进中美 BIT 谈判进程,目前双方在负面清单、国有企业、透明度、安全审查等问题上仍相持不下。美国新一任总统特朗普上台,为中美 BIT 的谈判增添了新的不确定性,TPP 的搁浅,一定程度上促使中美 BIT 谈判成为美国处理对外投资关系的重要选项。2017 年 4 月 7 日“习特会”后,中美双方就贸易问题制定了“百日工作计划”,涉及投资、市场准入、金融开放等多个方面,旨在将目前紧张的贸易形势“化干戈为玉帛”。在美国新一代投资规则范本(2012BIT 范本)中,透明度要求的相关内容得到了进一步的充实,而不论是美国投资安全审查的不透明还是中国投资、金融市场的进一步开放,都直接指向投资规则中透明度要求。与其他涉及明确产业及国家核心利益的议题相比,透明度要求的谈判具有更强的可操作性,其衡量标准的设定也存在加大的操作空间。中美 BIT 谈判中,透明度要求的争议点究竟是什么?中美双方关于透明度要求的利益诉求与主要分歧点在哪里?中国需要如何应对?本文将结合美国 2012BIT 范

本、中加 BIT 以及中韩 FTA 中的投资协定内容,通过对比中美两国协定文本中的透明度要求,尝试作出分析并提出相应的政策建议。

### 一、透明度要求的不同呈现

#### (一) 国际投资规则中的透明度要求

透明度要求在当下没有统一的界定标准,在国际法律上也没有关于透明度的公认定义。一般情况下,根据适用团体和对象的不同,如 OECD、APEC 等国际组织或者各国投资规则的制定者以及投资商,对透明度要求会有不同的解释。简言之,透明度是指对于相关法律或者法规,人们可以不受妨碍直接获取全部内容。近年来国际社会对透明度要求的关注持续升温,透明度要求在现行国际投资规则框架下不断更新和演进。目前发达国家在各种国际投资协定中不断提高透明度要求的标准,而发展中国家由于经济发展水平相对落后,国内如金融、电信以及国有企业等领域的透明程度远不及发达国家,因而各方对透明度要求的解释也各执一词。

#### (二) 中国对外签订的 FTA 和 BIT 中的透明度要求

在目前中国对外签订的双边和区域自由贸易协定中,中韩自贸协

定(以下简称“中韩 FTA”)其中覆盖议题范围最广、涉及国别贸易额最大、标准最高的自贸协定,第十八章即为透明度的专门章节。该章节将透明度要求分为公布、通知和信息提供、行政程序、复议和上诉四部分。此外,中加 BIT 作为中国最新签订的双边投资协定,也将透明度条款(第 17 条)纳入其中,主要涉及通知和信息提供、行政程序以及鼓励条款三个部分。对比中韩 FTA 和中加 BIT 中的透明度要求可以看出,二者对透明度义务履行的要求不高,但规定相对明晰,基础性较强;中加 BIT 在提高透明度要求方面做出了新的尝试,将利害关系方的参与包含在鼓励条款之内,这一点同美国 2012BIT 范本中提高公众参与的趋势一致。

### 二、中美 BIT 谈判中透明度要求的争议

#### (一) 中美双方对透明度要求的不同设定

美国 2012BIT 范本为美国双边投资协定的最新范本,其中对有关投资的法律法规和决定的公布(第 10 条)、缔约国和投资者的其他实体透明度(第 11 条)做出了明确规定,同时规定了投资仲裁程序中出现的透明度要求(第 29 条)。其中

第 11 条中补充了对技术法规和标准制定的程序性规定。

中国目前已经公开的 BIT 范本中一直未涉及透明度问题。而在中加 BIT 和中韩 FTA 中的透明度要求可视为中国对这一问题基本态度。中国的 BIT 谈判多以之前缔结的 BIT 文本为基础,在此次中美 BIT 谈判中,中国即采用最新的中加 BIT 作为现行规则范本。

(二) 中美双方在透明度要求上的差距

美国自 1983 年公布第一套 BIT 范本之后,对 BIT 范本的修订和更新一直延续至今,其中对透明度的要求被不断拔高,2012BIT 范本中透明度要求的最后一点更是通过加强利害关系方和公众参与对透明度标准的制定过程提出了要求。相较而言,中国目前并不具有大幅提高国内透明度标准的实力,国内区域和产业发展不平衡,一方面要保护和扶持国内弱势产业,另一方面,短时间内要大幅提高透明度要求的标准,存在较大的执行成本,对落后偏远地区的信息获取更是难上加难。中韩 FTA 中所涉及的透明度要求对于中国而言并不简单,但与美国 BIT 范本中的要求仍有较大的差距。

### 三、中国积极应对中美 BIT 中透明度要求争议的必要性

#### (一) 改善现有投资营商环境

外国投资者在选择投资目的地时,缺乏透明度和预见性往往被其置于关注问题的首位,透明的政策环境一定程度上打通了外国投资者在东道国投资所面临的阻碍,缓解了语言不通、缺乏本地营商经验等带来的劣势。从商业角度来看,透

明度要求的存在降低了风险和不确定性,有助于增加稳定的投资,减少贿赂和腐败的机会,帮助外国投资者发现新的投资机会。同时,对当下法规制度的了解可以使投资者对今后的政策走向做出预判。故相比税收等对投资的直接刺激,开放透明的政策环境本质上更有利于吸引外来投资。

在市场经济理论下,透明度要求是克服以信息不对称为特征的市场失灵的重要条件。透明度要求的存在,对基于规则的投资机制而言必不可少,也同样有利于促进投资自由化发展。较高的透明度要求可以避免在位企业获得市场绝大部分

资源,从而确保资源的广泛分配。

(二) 强化国际投资仲裁中的应诉基础

现阶段国际投资规则制定中,倾向于参照 ISDS 条款,赋予投资者将涉及投资的争端提交给国际仲裁庭的权利。2006 年 3 月 31 日,坦桑尼亚的 Biwater Gauff 公司就透明度原则的适用起诉坦桑尼亚政府;2015 年 3 月 30 日,希腊石油公司 Mamidoil Jetoil 就未能提供应有的法律框架等事项起诉阿尔巴尼亚政府。国际投资仲裁中的透明度原则被越来越多地提上议程,但其与自古以来一直被遵守着的国际商事仲裁中的保密原则是两套完全不

表 1 中韩 FTA 与中加 BIT 中的透明度要求比较

透明度要求	中韩 FTA 中的透明度要求	中加 BIT 中的透明度要求
涉及透明度的部分	第十八章 透明度	第 17 条 法律、法规和政策透明度
信息公布与通知	要求缔约方及时公布与本协定涵盖的任何事项相关的法律、法规、程序及普遍适用的行政裁定	与中韩 FTA 中的规定基本一致
附加或鼓励条款	不包含鼓励条款	鼓励条款: 鼓励每一缔约方 (1) 提前公布其拟采取的任何措施; (2) 向利害关系人和另一缔约方提供合理的机会,对拟议的措施进行评论

资料来源: 作者依据中韩 FTA 及中加 BIT 文本自行整理所得

表 2 中美透明度要求的差异

差异点	中韩 FTA 中的规定	美国 2012BIT 范本中的规定
公布 - 指定公布方式	无指定公布方式,且凡向 WTO 通报的、官网可查询到的信息即认定为公开信息	在全国流通的官方期刊上予以公布,支持发布相关的指导手册;出版物中应包含对拟定法规目的和制定依据的说明;对法规中采纳的实质性意见进行解释和标注
通知 - 公布时限	无	公众意见收集截至后 60 天之内对相关规则予以公布
信息提供 - 反馈时限	30 日内	立即
技术法规和标准制定的程序性规定	无	允许外国利害关系方以及各领域专业性非政府机构参与相关制定程序

资料来源: 作者依据中韩 FTA 及美国 2012BIT 范本文本自行整理所得

同的裁决体系和模式,且透明度要求除关系到企业的切身利益外,更涉及国内立法、司法以及行政执行等本国主权事务,作为东道国自然会对赋予投资者这一权利有所抵触。

美国 2012BIT 范本中,与相关信息公布有关的条款是可诉事项,其他透明度要求的内容是不可诉的;参照加拿大的投资范本,整个透明度条款都被排除在投资仲裁的可诉范围之外。目前,针对投资仲裁中的透明度要求,中美 BIT 谈判中可能会沿用美国的判定标准,但涉及国内法的管辖领域,对中国而言,是否要赋予投资者这一权利还有待进一步考虑。从国际投资仲裁实践的发展来看,更多情况下仲裁庭判定认为透明度义务可诉,且常常将其和公平公正待遇相结合,未来这一趋势是否会继续仍未可知。

(三) 降低透明度缺失带来的负面影响

透明度要求的缺失一方面会造成投资成本的增加和投资数量的减少。R. Gaston Gelos 和 Shang Jin-Wei (2002) 对 382 家(后增至 639 家)股票基金的国际投资分配的分析发现,国际资本更愿意在透明度程度更高的国家进行投资。例如,如果委内瑞拉将其透明度程度提升至新加坡水平,则其在样本基金的投资组合中的占比将从 0.4% 升至 1.7%。此外,缺少透明度也会造成羊群效应,引起资本流动的大幅波动和撤离,这一点在 R. Gaston Gelos 和 Shang JinWei 的研究中也得到了证实。金融市场透明度的缺失也是造成 1997 年亚洲金融危机原因之一。由透明度缺失造成的信息不对称对于外国投资者而

言实际上是隐形歧视,因而履行透明度原则也是在进一步强化非歧视原则。

四、透明度要求发展对中国的启示

透明度要求对于中美 BIT 谈判的达成不可或缺,而且在中欧 BIT 谈判以及其他对外投资安排中也具有很强的现实意义。透明度要求的发展与国家经济和社会方向并行不悖,监管和法律制度的逐渐透明化,有利于一国在国际投资仲裁中积极应诉,也能够长期中促进社会经济良性发展。基于上述分析,针对透明度要求,中国可以从以下两个方面做出改进。

(一) 观念转变:积极纳入透明度条款

随着国际经济法自由化的推进,透明度要求的不断发展和延伸必将成为今后国际投资规则发展的重要趋势,在同美国以及其他国家签订的 BIT 和 FTA 中也必将涉及透明度要求。就中国目前的法制和经济发展水平而言,对透明度要求的重视程度亟待提高。中美 BIT 谈判中就透明度要求的争议点主要在于中国的出价过低,依惯例,中国在 BIT 谈判中可能不会涉及透明度要求,以往涵盖的透明度要求也远低于美国标准,无法达成中美 BIT 追求的各领域“对等开放”。对于美国 2012BIT 范本中高标准透明度要求也尚未具备全盘接受的能力。着眼于国际投资规则的发展趋势,中国首先应该积极接受透明度条款,从透明度要求的普及做起,在 FTA 和 BIT 的签订过程中就中国自身的情况设计符合自己现状的透明度要求。“打铁还需自身硬”,

在不断提升本国透明度标准的基础上,努力向美国等发达国家的标准看齐。

(二) 路径选择:整体规划与区别对待

目前中国的透明度要求主要存在两方面问题:一是重视程度有待提高,中国在投资协定的谈判中缺乏对透明度要求相关规则制定的主观意愿,对透明度要求这一原则诉求不强。二是缺少统一的标准规范,中国对外签订的协定中,无论是 FTA 和 BIT 之间还是不同 FTA 之间对比,其透明度要求的规定都不尽相同。诚如前述,在国内外透明度水平的前提下,中国对 BIT 谈判中的透明度要求应沿以下两条路径展开:

1. 整体规划,抢占先机

中国对外直接投资和吸引外国投资的局面可谓今非昔比,2015 年中国对外直接投资流量 1456.7 亿美元,实际利用外资额为 1356 亿美元,首次步入资本净输出国行列。无论对中国还是美国而言,要想为如此规模的海外投资提供坚强的后盾、进一步优化投资渠道,就需要强有力的投资条约,就要为投资者提供稳定的投资环境,透明度要求不可或缺。现今国际投资中对透明度要求的设定缺少统一的规范,美国试图通过 2012BIT 范本的推行,力争在透明度规则的制定上占据优势。如果我们能够结合中国国内实际情况以及实践中的具体做法,权衡好中国所能接受的透明度程度,适时制定出适用于自己的透明度规则,就能在未来的 BIT 以及其他投资谈判中摆脱被动局面,对中国透明度体系的构建以及投资者利益的维护都将起(下转第 44 页)

多; 以乌克兰为代表的转型经济体国家, 近年来对外投资规模不断增加。中国与中东欧国家还缺乏相互了解, 双方外资企业还比较少。

波动型国家在市场准入、基础设施和营商环境方面存在较大缺陷, 不少国家局势动荡, 恐怖和极端主义等活动猖獗, 法制不健全, 缺乏贸易投资有效的法律基础与保障, 严重影响国家安全与投资合作。对此中国应加强与伊朗等国对话机制, 使其深入理解“一带一路”倡议和双向投资的目的, 避免政治因素影响经济发展。加强对阿富汗等国在医疗、道路、教育等方面国际援助, 树立和完善中国对外投资的国际形象。中东欧国家地理位置得天独厚, 一些国家在采矿、化工等领域有技术优势, 近年来制造业发展迅速, 并且拥有高素

质和低成本的劳动力资源, 与中国经济互补性强, 尤其是能源、基础设施和旅游等领域投资合作。中国-中东欧国家“16+1平台”搭建后, 投资合作前景广阔。增强与波动型国家交流和互信, 及时发布和更新国内外投资环境和投资政策信息, 加强政府与企业协会合作共建跨国投资信息网络平台, 为投资企业提供信息和咨询服务。相关部门加快完善对外投资风险评估体系, 帮助企业分析投资风险; 鼓励企业购买境外投资保险, 建立争端解决和应急避险机制; 加强与当地政府在投资保护和地区安全方面的合作, 消除国内不稳定因素, 保护投资者人身和财产安全。

总之, 中国对外投资企业要规范本国企业海外投资行为, 加强对外资企业的管理; 及时了解和掌握

对方国家的经济和不同行业政策、市场资源、法律法规等相关信息, 避免盲目投资; 投资尽量采取独资形式, 采用合资或合作形式要与信誉好的企业开展合作; 构建对外投资风险防范机制。为进一步积极利用外资, 营造优良营商环境, 实现互利共赢, 最近国务院出台《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》(国发[2017]5号), 采取更多鼓励和优惠措施吸引外资; 改善投资环境, 进一步完善交通、电力及港口等基础设施的建设; 简化投资审批程序, 降低市场准入, 降低甚至消除投资壁垒, 为投资合作提供良好的基础。

(作者单位: 对外经济贸易大学国际经济贸易学院; 责任编辑: 刘建昌)

(上接第31页) 到极大的促进作用。

## 2. 区别对待, 量体裁衣

美国2012BIT范本中涉及的透明度要求既有符合中国发展阶段的规则, 也存在要求特别高的条款。履行透明度义务会在一定时期内让渡本国的主权, 中国应始终以维护本国自身利益为重, 暂时没有协定要好过急于达成协议而放弃自身权益, 在谈判过程中可通过保留和例外等方式为国家留有一定政策空间。对于仍旧存在争议的问题, 中国应当秉持审慎的态度, 对具体规则的设定加以斟酌, 如涉及投资仲裁中透明度可诉性的问题, 中国在相关仲裁实践中不具备足够的经验, 考虑到赋予外国投资者的权利以及可能涉及的机密信息的公开, 中国对这一规则的设计还有待进一

步商榷。

目前中国已经成为名副其实的投资大国, 参与国际投资仲裁的可能性也会随之增加, 要提升自身应诉能力, 除了在规则制定方面加以引导, 还应重视对行业协会、非政府组织等机构的专业性引导和培育, 使其能够在仲裁过程中以及类似中美BIT的谈判和签订过程中给出更多专业性意见。允许公众和非争端缔约方参与, 提升投资条约仲裁程序的透明度, 这样既有助于在仲裁审理过程中维护自身利益, 也便于中国在经济全球化和区域一体化进一步升级的环境下分得国际投资红利一杯羹。

[本文获得北京市社会科学界联合会青年社科人才资助项目“北

京市服务业开放对京津冀价值链升级的影响”(2015SKL014)、国家自然科学基金青年科学基金项目“对外直接投资、出口的二元边际与价值链升级”(71503046)、对外经济贸易大学学科建设专项经费(324-811005120505)、对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金(16YQ08)、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(15JJD790004)、对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金项目(16PY29-71503046)、对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金项目(16PY78-2015SKL014)支持。]

(作者单位: 对外经济贸易大学中国WTO研究院; 责任编辑: 贾佳)