



Working Paper No. 201314

Dec 12nd , 2013

梁勇 liang-y@mail.gov.cn

东艳 dongyan@cass.org.cn

中美双边投资协定谈判：制度因素、核心条款与应对策略¹

【内容提要】党的十八届三中全会决定提出“以开放促改革”、“加快同有关国家和地区商签投资协定”，中美双边投资协定谈判是当前中国面临的重要发展机遇和挑战。本文以国际政治经济学和国际经济学为理论基础，从政治和经济两方面对中美双边投资协定谈判中的核心问题进行研究。通过对中美两国对外经济政策的决策机制及特点分析，本文研究了中美双边投资协定中的制度难点；通过对中美两国各自双边投资协定条款分析，并对照微观跨国投资企业的利益诉求，分析谈判中的核心条款。在对制度因素和核心条款分析基础上，文章结合党的十八届三中全会决定所确定的新一轮国内改革思路，对中美双边投资协定谈判提出政策建议。

【关键词】 双边投资协定 对外投资 负面清单

¹ 梁勇，中国社会科学院世界经济与政治研究所博士后；东艳，中国社会科学院世界经济与政治研究所副研究员。本文受国家社科基金青年项目《亚太区域一体化美国路线图与亚洲路线图的竞争性和相容性及中国对策研究（13CGJ043）》资助，论文提交《国际经济评论》审阅。

中美双边投资协定谈判的重要意义

中美双边投资协定谈判是当前中国面临的重要发展机遇和挑战。谈判对中美经贸关系构建、中国参与国际规则制定、中国国内经济改革等方面均有具有重大意义。中美双边投资协定谈判是中美经贸合作的突破口，是中国参与全球贸易投资新规则制定的切入点，是实现十八届三中全会确定的“以开放促改革”思路的重要规则平台，是中国外商投资体制改革及促进中国对外投资的推动力，其规则与上海自由贸易试验区的相关试验规则形成对接。

（一）中美双边投资协定谈判的演进与发展

中美投资关系日趋密切，投资模式从美国向中国投资为主的单向投资流动为主，向双向投资并重转变。改革开放以来，中国从美国实际吸收直接投资额 1986 年的 3.26 万美元增加到 2012 年的 31.3 亿美元²。中国在 2001 年实施“走出去”战略以来，中国对外直接投资快速增长，2012 年，中国对外直接投资达到了 878 亿美元，其中对美国投资为 40.5 亿美元，同比增长 123.5%，美国成为继中国香港之后的中国第二大直接投资目的地。根据邓宁的“投资发展水平理论”，随着一国经济实力的加强，该国的净国际直接投资总额将增加³，中国的投资发展处于邓宁所指的投资发展周期的第三个阶段，即对外直接投资的速度快于吸收外资的速度。2012 年，中国对美国的直接投资流量已经超过了美国对中国的直接投资流量，中美双方已经从美国向中国投资为主的单向投资流动为主，向双向投资并重转变。

中国与美国两国在双边投资协定规则制定方面均积累了实践经验。中国自 1982 年与瑞典签订第一个双边投资协定开始，至 2013 年 6 月，已经签订了 128 个双边投资协定，中国的双边直接投资流向的变化，使中国在 BITs 采取的对投资保护的立场也在相应调整，自 1998 起，中国在 BITs 谈判时由约束性方法向自由化方法转变，特别是在 2003 年后，中国更注重对外直接投资促进与吸引外资保护的平衡性，在与发达国家签订的协定中，中国逐渐接受高标准的国际投资保护措施。美国自 1982 年与巴拿马签订第一个 BITs 开始，至 2013 年 6 月，已经签订了 46 个双边投资协定⁴，美国先后发布了 1982 年、1994 年、2004 年和 2012 年四个双边投资协定范本，现行的 2012 年范本构建了对投资者进行高水平保护的投资规则，并对美国在

²数据来自于：商务部投资促进事务局，《投资美国》，《中国对外投资促进国别/地区系列报告》，www.fdi.gov.cn，以及商务部网站相关统计数据。

³净国际直接投资总额=某国的对外直接投资额（ODI）-该国引进的外国直接投资总额（FDI）

⁴相关数据来自于联合国贸发会议网站，<http://www.unctad.org/>

对外投资中面临的新问题，如金融服务、国有企业、环境与劳工、仲裁裁决的上诉机制、领海等方面进行了调整和补充。

中美双向投资的快速发展中存在着一些矛盾和摩擦，双方急需要通过制度性的保证来鼓励、促进、保护来本国投资的对方国家企业的利益。2013 年以来，中美双边投资协定谈判成为中美双边经贸关系的最重要接洽点。中美 BIT 谈判在上世纪 80 年代开始酝酿，2006 年在布什政府的推动下，中美 BIT 成为 2006 年 9 月启动的经济战略对话的一个组成部分，并于 2008 年 6 月在第四次中美战略经济对话过程中正式启动，2013 年 7 月，中美 BIT 谈判在第五轮中美战略与经济对话期间取得了突破性进展，中国同意以准入前国民待遇和负面清单为基础，与美国进行投资协定谈判，2013 年 10 月中美第十轮双边投资协定谈判在华盛顿举行，双方开进入实质性谈判。

（二）中美双边投资协定谈判的动因与意义

1. 国际关系及国际政治经济层面

2008年国际金融危机和随后的欧洲债务危机，引发了世界经济格局的调整，新兴经济体崛起、美欧等发达国家经济实力下降，这促使世界由单极向多级化转变，普遍的观点认为，中美两级的格局正在形成中⁵。中美关系已经成为全球最重要的双边关系。中美在当前国际关系中处于较微妙时期。虽然，中国一再强调和平崛起，但无论从经济总量，还是从政治影响力来看，中国对美国构成了前所未有压力。

按照现实主义的观点，霸权和均势情况下，国际关系都会相对保持稳定，而当前中美力量对比很容易引发矛盾。赶超和被赶超的关系往往表现为遏制与反遏制。目前中美尚无制度性的协定来规范双边经贸关系，中美BIT谈判必然会凸显这一复杂关系，谈判的过程将是中美关系的调试过程，如果谈判能最终达成，这将对中美关系具有突破性的意义，为中美战略经济伙伴关系的构建及中美在全球治理中的合作打下基础。

2. 国内经济层面

⁵中美 G2 的概念最早由美国经济学家 Bergsten C. Fred 提出，参见 Bergsten (2005) "A New Foreign Economic Policy for the United States", in *the United States and the World Economy*, Peterson Institute for International Economies, www.piie.com. 阎学通认为，到 2023 年，世界将形成中美两级的格局。

宏观经济方面，中美BIT通过促进双向投资，有助于缓解美国面临的失业率高、复苏缓慢等问题。同时，将促进中国经济结构转型，从过渡依赖固定资产投资向促进国内消费转变，从制造业开放向服务业开放推进，促进中国产业结构调整与升级；

微观经济方面，中美BITs两国企业对外投资构建了稳定和透明的投资制度环境。美方意欲进入中国垄断行业，特别是中国开放程度较低的服务业，以形成自身的市场份额。中美BIT通过规则的协调，降低和消除进入壁垒，促进资本的跨边界流动，加强投资保护，建立有效的投资争端解决机制，解决中美当前双向投资中面临的主要矛盾和摩擦，促进双向投资、保护各国企业的海外利益。

3. 国内政治层面

中国内部有一个共识：中方加入中美BIT谈判的利益点被普遍认为是“以外促内”，即通过套上国际规范这一“紧箍咒”来推动中国外资领域，乃至投融资管理领域的改革。这一思路只有在中国特有的权力结构下才能被理解。中国的外资管理体制叠床架屋，改革起来相当困难。改革并不是没有方向，但缺乏破解部门利益间相互掣肘的着力点。中国高层正是看到这一点，认为自下而上的改革困难重重，而中美BIT谈判提供了自上而下改革需要的突破口，一致对外的谈判立场容易化解行政部门间的利益冲突。但同时必须看到，在现行外资管理体制下，各行政部门陷入的利益纠缠深浅不同，面对外界压力的反应会大相径庭，各方利益很难最终形成一个最优的均衡。若无来自高层背水一战的决心，没有对外资管理体制大刀阔斧改革的整体思路，“以外促内”的改革往往半途而废，外资管理又会陷入新一轮的掣肘纠缠的管理架构。中国共产党十八届三中全会提出了全面深化改革的决定，建设统一开放、竞争有序的市场体系。从中国目前面临的需要改革的重要问题来看，中美投资协定中讨论的一些高标准的投资规则与中国正在进行的全面深化改革在方向上并不矛盾，还有很多相呼应的地方。中美双边投资协定中放松市场准入限制、规范国有企业经营行为，加强环境和劳工保护等条款将倒逼国内改革。

反观美国，其谈判的内部动力不是来自于自身改革的需要，更是其各方利益的均衡体现。在美国，负责BIT范本起草的部门是国务院和美国贸易代表办公室负责，此外还涉及到两个咨询委员会，一个设在国务院，一个设在贸易代表办公室，其组成成员来自有关利益方，包括行政机构、非政府组织和各种社会团体、行业协会、工会等。而参与具体谈判主要是国务院下属的财政部和商务部。这些利益团体的参与使范本起草过程漫长，但已充分折中了各方利益，

透明度较高，谈判中美方调整迂回的空间有限，只要中方的要价高过其预期，谈判可能陷入僵局。

4. 全球贸易投资治理层面

全球贸易投资关系规则正处于重塑期，美国通过主导 TPP、TTIP、TISA 谈判，来力图构建新一代高标准的全球贸易投资新规则。中美 BIT 谈判，以及将要进行的中欧 BIT 谈判是中国直接参与全球经济新规则构建的重要一环，中国与美、欧的 BIT 谈判，使中国可以在 TPP、TTIP 谈判外，平行的与美国、欧盟进行新规则谈判，以弥补中国处于 TPP 谈判圈外的不利状况。中美 BIT 谈判对建立全球双边投资协定的新模式也具有较为重要的意义。从全球的双边投资协定发展来看，BITs 经历了从保护发达国家对外投资、保护发展中国家间的双向投资，到保护发展中国家对发达国家的对外投资的三个发展阶段⁶，中美双边投资协定谈判将有助于达成平衡资本输入型东道国与资本输出型母国间利益的新的双边投资协定模式。

中美双边投资协定谈判中的制度因素

双边投资协定谈判的内容属于一国对外经济政策的一部分，其要兼顾外交政策中的国家安全目标和经济政策中的经济繁荣目标。虽然在不同历史阶段，一个国家对于对外经济政策的侧重点不同，但没有任何一项对外经济政策仅仅考量经济因素，其必然是政治与经济相互作用的结果。即将开展的 BIT 实质性谈判将受制于中国与美国的政治决策机制。中国与美国政治体制间存在较大差异，双方如缺乏对对方行政决策机制、条约生效程序及背后主导谈判的部门等的理解，就可能在谈判中产生不切合实际的期望，导致双方在 BIT 某些条款上的沟通困难及对可能后果的误判，直接影响 BIT 的谈判进程。

（一）中国

根据《中华人民共和国缔结条约程序法》，BIT 在中国缔结的具体程序分为两个阶段，一是谈判和签署阶段的缔结程序，二是条约生效程序。从目前来看，具体负责谈判的部门是商务部，而 BIT 的最终生效须报全国人大常委会批准。在中国特有的权力结构体制下，BIT 由缔结程序到生效程序这一过程不会产生悬念。这一特点决定了中方围绕 BIT 条款的利益折冲迂

⁶参见：阿克塞尔·伯杰，《中国双边投资协定新纲领：实体内容、合理性及其对国际投资法创制的影响》，《国际经济法》，2009 年第 16 卷第 4 期。

回会在缔结环节完成。一般来讲，中国的经济决策机制没有西方国家制度中的“府会”制衡，集权程度较高，容易就某一议题达成一致意见，这似乎使中方要价的过程看起来相对清晰简单，只要行政部门达成一致意见即可完成中方文本的确定。但事实可能恰恰相反，不同部委间的部门利益之争及中央与地方政府间的权力重新分配将贯穿整个谈判，中方的要价及接受美方文本条款的底线将很难形成一致意见。比如，中方在 BIT 谈判伊始，就围绕中美 BIT 谈判成立了由十几个部委的分管副部长组成的中美 BIT 谈判协调委员会，其主要职能就是进行部门协调，各方利益之争可窥一斑。

中国的投融资管理体制始于上个世纪八十年代，主要特点是围绕项目审批，一个项目是否获批理论上应从国家经济调控、产业布局等角度决策。外资管理体制作为投融资管理体制一个重要组成部分，也是以项目审批作为市场准入的前提条件。但外资的审批制度，在长期执行过程中，因中央政府与地方政府的角力、部委间不同利益偏好的冲突，导致外资管理体制叠床架屋，管理目标在很大程度上脱离项目审批的实际意义。在中央政府层面，由于条块化的部委职能分工，不同行政管理部门从自身管理目标出发纷纷介入外资市场准入管理，逐渐形成自身的利益偏好。传统上，国家发展改革委在外资管理领域占主导地位。若外资项目不能获得国家发展改革委的批准，外商投资企业便不能设立。但随着外资进入类型的多样化，商务部在外资管理领域的地位不断上升。许多外资公司，如服务业和准金融类，由于没有具体项目对应，脱离国家发展改革委的审批框架，仅由商务部门批准即可设立。由此，商务部在外资管理领域的发言权日益壮大，与国家发展改革委在外资管理上的矛盾也逐渐深化。除国家发展改革委与商务部外，其他部委因外资进入的行业管理，在外资管理领域也有自己的声音，这导致外资市场准入管理更加错综复杂。如银监会负责外资银行市场准入的审批，保监会负责外资保险公司市场准入的审批，证监会负责外资证券公司市场准入的审批等。由于不同部门的管理职能相对独立，在外资市场准入管理上体现着不同的利益诉求。这一独特的官僚利益格局一旦形成，具有很强的制度惯性。在地方政府层面，外资管理政策的主要具体执行部门都直接归属于地方政府，地方政府在 GDP 目标的驱使下，偏离或扭曲项目审批的管理目标，把利用外资作为拉动地方经济的重要政策工具。中国已对外宣布按市场准入国民待遇开展实质性谈判，这必将推翻现行的以项目审批为核心的外资管理体制，迫使不同部委放弃或减小在外资管理上形成的固有权力，彻底打破已经根深蒂固的各种利益关系，并触动地方政府的利益格局。

（二）美国

与 BIT 在中国的谈判、缔结和生效的决策过程不同，在美国政治体制下，BIT 从缔结过程到最终生效过程中均存在不确定性。根据美国宪法，美国总统在参议院提供意见和同意下，有权缔约条约，但以出席的参议院三分之二多数赞成作为条件。因此，在美国，缔约权是由行政机关和立法机关共同合作享有并行使，总统为首的行政机关负责具体谈判，但在谈判过程中需听取参议院的建议，最后在获取参议院的同意后由总统缔结条约。这是美国“府会”政治的具体体现。从历史经验看，总统在谈判前或谈判中都不愿意征求参议院的意见，导致条约迟迟不被参议院批准或被改得面目全非。由此，总统在实践中使用行政协定来代替“条约”，这类协定只需美国国会（包括参议院和众议院）过半数赞成票即可，从而避开三分之二多数赞成票的苛刻条件。但应该看到，无论中美 BIT 最终要经过哪一程序，白宫与国会的利益折冲不可避免。在整体对外经济政策上，国会的影响历来大于它对安全政策的影响。特别是 911 事件以后，美国总统在国家安全事务上的支配权越来越大，国会加重其在对外经济政策决策上的发言权，凸显美国对外经济政策的党派性。2005 年，美国通过中美洲自由贸易协定（CAFTA），众议院的最终投票结果为 217 比 215，其中共和党支持票 202 张，民主党支持票仅为 15 张，可谓险胜。2008 年，美国推迟与哥伦比亚建立 FTA 的提案，224 张支持票中，民主党有 218 票，共和党仅为 8 票，共和党与民主党的争斗也在伯仲之间。从目前美方文本来看，劳工、人权等条款应该会得到共和党的支持，但其他条款，如进一步开放美国金融市场的内容，可能会在共和党主导的国会表决时产生意外。比如，中方谈判中会提出对美国外资委员会（CFIUS）审查机制的修改意见，但这一机制恰恰是在美国国会通过的 731 条款下建立的，中方对此的任何要价要获得国会的通过，估计相当困难。另外，在过去的 10 年间，美国行政部门内对外经济政策决策程序，也发生了结构性的变化。其中，财政部在对外经济政策决策的影响力方面显著上升，不但超过美国其他行政部门，且对除总统以下行政部门的无形否决权。我们在中美 BIT 谈判中，必须充分研究美方对外经济政策的决策机制及特点，了解其背后的利益角力，否则，我们很难彻底摸清对方的要价，容易使谈判原地徘徊。

中美双边投资协定谈判的核心议题

（一）中美 BIT 谈判的核心议题

1. 基于现有双边协定层面的比较

我们对中国、美国各自的 BIT 文本进行了比对。

美国 2012BIT 模板中的实质性条款标准⁷包括：（1）投资定义。采用以资产为基础的宽泛的定义，包括企业、股票、债券、期货、合约、知识产权、许可等。（2）准入条件。采用准入前国民待遇和最惠国待遇；（3）征用和补偿条款。不允许协定双方采用直接或间接手段来征用或国有化，除非是符合公共利益、采用非歧视性的方法，以及立即支付并充分和有效和补偿。（4）转移条款。要求投资各方允许投资自由的无延迟的进出一国的领土。包括资本、利润、分红、资本收益、利息、管理费用等（5）业绩要求。禁止关于出口比例、本地投入、本地采购、技术转移等方面的业绩要求（6）透明度。在透明度方面的规定较为详尽，要求与投资相关的法律、规则、程度、管制条款的应用方面，进行公开、提供信息等。（7）投资与环境。投资应符合各国环境法律和政策，以及多边环境协定的要求。（8）投资与劳动保护。协定各方应该执行国际劳工组织关于劳工基本权利的规定。（9）金融服务、税收方面的规定（10）争端解决机制，包括投资者与东道国及国家间争端解决机制等。此外，与 2004 年范本相比，2012 年 BIT 范本的主要变动包括：金融服务、国有企业、透明度、标准设定、业绩要求、环境与劳工、仲裁裁决的上诉机制、领海等方面。

中国双边投资协定中实质性条款。在中国签订的双边投资协定中，我们选取了中国近年来与发达国家签订的三个双边投资协定为研究对象⁸。其中：中德双边投资协定于 2003 年 12 月签订，2005 年 11 月实施，中法投资协定于 2007 年 11 月签订，2010 年 8 月实施；中加投资协定于 2012 年 9 月签订。中德 BIT 和中法 BIT 的文本相对较为简略，中加双边投资协定则达到了一个较高的层次⁹，其内容涵盖了国际投资协定通常包含的所有重要内容，体现了国际投资协定新的发展趋势，是中国目前所签订的最完备的一项双边投资协定。其内容除了包括了以往中国签订的双边投资协定中的主要内容，如投资定义、适用范围、最低待遇标准、最惠国待遇、国民待遇、征收、转移、代位、税收、争议解决、一般例外等条款外，还对税收和

⁷ 具体协定内容参见 <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

⁸ 具体协定内容参见来自于商务部网站、UNCTAD 网站。

⁹ 具体见《商务部就中加（拿大）双边投资保护协定进行解读》，http://www.gov.cn/gzdt/2012-09/10/content_2220644.htm

金融审慎例外问题做出了详细的规定。

通过表 1 对比可以看出，中国与美国在 BIT 文本中的差异主要体现在以下两大领域：

在投资准入方面，是否具有准入前国民待遇、最惠国待遇及业绩要求；

在新议题方面，美国的双边投资协定通常包括对国有企业、知识产权、劳动保护、金融服务、环境等方面的要求，而中国的 BIT 中目前还没此类内容。

表 1: 美国 2012BIT 模板与中国签订的 BIT 的核心条款比较

			美国 2012 BIT 模板	中国签订的 BIT			备注
				中加 BIT 2012. 9 签订	中法 BIT 2007. 11 签订	中德 BIT 2003. 12 签订	
投资定义	以资产为基础	开放列表	✓	✓	✓	✓	
		封闭列表					
	投资内容	直接投资	✓	✓	✓	✓	
		间接投资	✓	✓	✓	✓	
投资准入	国民待遇		✓				美国企业对 华利益诉求
	最惠国待遇		✓				
	业绩表现		✓				
准入后待遇	国民待遇		✓	✓	✓	✓	
	最惠国待遇		✓	✓	✓	✓	
	业绩表现		✓	✓			
投资保护	待遇标准		✓	✓	✓	✓	
	转移		✓	✓	✓	✓	
	征用	直接投资	✓	✓	✓	✓	
		间接投资	✓	✓	✓	✓	
	主要人员		✓	✓	✓	✓	
	透明度		✓	✓			美国企业对 华利益诉求
例外条款	经济一体化协定			✓		✓	
	一般例外			✓			
	安全利益		✓				中国企业对 美利益诉求
	审慎措施		✓	✓			
	国家例外		✓				
新议题	税收		✓	✓		✓	美国企业对 华利益诉求
	国有企业		✓				
	知识产权		✓				
	劳动保护		✓				
	金融服务		✓				
	环境		✓				
争端解决机制	国家间		✓	✓	✓	✓	
	投资者与东道国政府间		✓	✓	✓	✓	

注：中加投资协定于 2012 年 9 月签订，中法投资协定于 2007 年 11 月签订，2010 年 8 月实施；中德投资协定于 2003 年 12 月签订，2005 年 11 月实施。
资料来源：UNCTAD，商务部网站、USTR。

2. 中美对外投资企业层面的分析

(1) 美国企业对中国投资所面临的主要障碍

美国方面在 2013 年 10 月发布的两份研究报告提出了美国企业所认为对中国投资面临的障碍，这两份报告是：中国美国商会的《中国投资环境的机遇与挑战》报告，以及美中贸易全国委员会（USCBC）的《2013 年中国商业环境调查（China Business Environment）》报告¹⁰。目前美国企业关注的主要问题是：

第一、审批程序复杂。中国外商直接投资行政认可和审批手续复杂，建议进行审批程序改革。简化审批程序，包括将外商投资“鼓励类”或“允许类”产业的投资审批制改为备案制无需再获得国家发改委和商务部的项目审批和外商投资审批。

第二、准入限制多。对外商投资的准入限制较多，建议在下次修订《外商投资产业指导目录》时，不增加外资在任一行业的投资限制，减少“限制类”、“禁止类”和必须建立合营企业方可投资的产业的数量，特别是减少对最近一次修订中限制更为严格的农业等部门的限制。建议建立准入前国民待遇；

第三、政策透明度不足。建议提高外商投资审批相关法律和法规的透明度，具体性和执法一致性；

第四、中国国有企业因政府支持而取得竞争优势。在美中贸易全国委员会的调查报告中，将美国企业在中国市场中面临的中国企业竞争作为排在成本上升后的第二大挑战。2011 年以来，美国已经在 TPP 等多个层面加紧推行“竞争中立原则”。这将是中美 BIT 谈判中的焦点问题。

第五、知识产权保护问题

在美中贸易全国委员会的调查报告中，认为中国的知识产权保护力度在近年来有所加强，但仍有 98% 的被调查企业认为 知识产权保护是他们在华投资所面临的挑战，建议对违反知识产权的行为进行更严厉的处罚。

(2) 中国企业对美国投资所面临的主要障碍

商务部《国别贸易投资环境报告 2013—美国》¹¹中指出，中国企业对美国投资面临的最

¹⁰ 姚枝仲（2013）对 USCBC 报告中内容进行了详细的分析。参见姚枝仲，《如何应对中美双边投资协定的实质性谈判》，《国际经济评论》，2013 年第 6 期。

¹¹ 商务部，《国别贸易投资环境报告 2013—美国》，http://www.fdi.gov.cn/1800000121_35_157_0_7.html。

主要问题是美国政府外资审查委员会基于“国家安全”(CFIUS)而进行的投资准入限制,投资审批程序繁琐,中国国有企业面临不公平待遇¹²。2007年美国颁布了《2007年外国投资法和国家安全法》,2008年,美国财政部颁布了此项法律的实施细则,这些规定扩大了外国投资审查委员会的审查范围和自由裁量权,企业投资所需要面临的审查程序增多,增加了交易成本。中国的三一重工、华为、中兴等企业的对美投资受到美国以国家安全为名义的阻挠。同时,美国与中国在市场运行制度、劳工标准、商业准则、经营文化方面的较大差距也给中国投资者进入后的运营带来困难¹³。

根据表1的对照,可以看出,从双方企业层面的利益诉求与投资协定中的差异具有高度的一致性。这些方面是中美投资协定中的谈判中最为关键的议题。

- 1, 投资市场准入条款;
- 2, 透明度条款;
- 3, 国有企业条款;
- 4, 安全利益条款;

(二) 中国新一轮改革方向与中美 BIT 谈判的核心议题

中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,提出了新一轮改革的方向,强调了“以开放促改革”的思路,要求“加快同有关国家和地区商签投资协定”,并对外资管理体制、国有企业改革相关问题上提出了改革的方向,相关内容对中美 BIT 谈判要解决的核心问题上,指明了中国应有的态度。总体看,以中美 BIT 谈判等对外开放的压力来促进中国新一轮改革,并通过上海自由贸易区作为中美 BIT 相关条款所需进行改革的试验园,这一方向已经在新的改革方案中得以确定和强化。

¹² 美国国家安全审查方面,以下两篇文章进行了详细的讨论。参见王碧珺,《中美直接投资:挑战与破局》,《国际经济评论》,2013年第5期;潘圆圆、唐健,《美国外国投资委员会国家安全审查的特点与最新趋势》,《国际经济评论》,2013年第5期。

¹³ 参见 Rosen Daniel H. and Hanemann Thilo(2011), “An American Open Door? Maximizing the Benefits of Chinese Foreign Direct Investment”, Center on U.S.-China Relations Asia Society and Kissinger Institute on China and United States, Special Report, May 2011.

表 2：十八届三中全会决定中的相关内容对照

中美 BIT 谈判	十八届三中全会决定文件相关内容
总体原则	以开放促改革 加快同有关国家和地区商签投资协定
核心条款	
投资准入	<p>放宽投资准入。统一内外资法律法规，保持外资政策稳定、透明、可预期。推进金融、教育、文化、医疗等服务业领域有序开放，放开育幼养老、建筑设计、会计审计、商贸物流、电子商务等服务业领域外资准入限制，进一步放开一般制造业。加快海关特殊监管区域整合优化。</p> <p>实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可依法平等进入清单之外领域。探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式。</p>
透明度	<p>建立公平开放透明的市场规则。</p> <p>统一内外资法律法规，保持外资政策稳定、透明、可预期”。同时，改革涉外投资审批体制，完善领事保护体制，提供权益保障、投资促进、风险预警更多服务，扩大投资合作空间。</p>
国有企业	<p>必须积极稳妥从广度和深度上推进市场化改革，大幅度减少政府对资源的直接配置，推动资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益最大化和效率最优化。</p> <p>推动国有企业完善现代企业制度。国有企业属于全民所有，是推进国家现代化、保障人民共同利益的重要力量。国有企业总体上已经同市场经济相融合，必须适应市场化、国际化新形势，以规范经营决策、资产保值增值、公平参与竞争、提高企业效率、增强企业活力、承担社会责任为重点，进一步深化国有企业改革。</p> <p>准确界定不同国有企业功能。国有资本加大对公益性企业的投入，在提供公共服务方面作出更大贡献。国有资本继续控股经营的自然垄断行业，实行以政企分开、政资分开、特许经营、政府监管为主要内容的改革，根据不同行业特点实行网运分开、放开竞争性业务，推进公共资源配置市场化。进一步破除各种形式的行政垄断。</p> <p>完善主要由市场决定价格的机制。凡是能由市场形成价格的都交给市场，政府不进行不当干预。推进水、石油、天然气、电力、交通、电信等领域价格改革，放开竞争性环节价格。政府定价范围主要限定在重要公用事业、公益性服务、网络型自然垄断环节，提高透明度，接受社会监督。</p> <p>国有资本投资运营要服务于国家战略目标，更多投向关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，重点提供公共服务、发展重要前瞻性战略性新兴产业、保护生态环境、支持科技进步、保障国家安全。</p>
对外投资	<p>扩大企业及个人对外投资，确立企业及个人对外投资主体地位，允许发挥自身优势到境外开展投资合作，允许自担风险到各国各地区自由承揽工程和劳务合作项目，允许创新方式走出去开展绿地投资、并购投资、证券投资、联合投资等</p>
吸引外资的 国家安全	<p>设立国家安全委员会，完善国家安全体制和国家安全战略，确保国家安全。</p>
实施步骤	<p>建立中国上海自由贸易试验区是党中央在新形势下推进改革开放的重大举措，要切实建设好、管理好，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验。在推进现有试点基础上，选择若干具备条件地方发展自由贸易园（港）区。</p>

表 2 列出了十八届三中全会决定文件中与中美 BIT 谈判相关的内容。我们对其中焦点问题的谈判进行分析：

1. 投资准入方面：

在投资的市场准入方面，重点在减少服务业的准入限制。发展服务业是中国产业结构优化升级的战略重点，中国的服务业部门市场化程度较低，在 160 个服务部门中，不附加条件而完全开放的服务部门不足五分之一。国有部门主导的服务业约占全部服务业的一半，如教育、医疗、铁路、航空、邮政与通讯、金融中介等部门，这些服务业的市场化程度较低，市场准入受到较为严格限制¹⁴。在十八届三中全会决定中，提出了放开育幼养老、建筑设计、会计审计、商贸物流、电子商务等服务业领域外资准入限制，而对金融、教育、文化、医疗，采取有序开放战略。

中国已经同意在负面清单和准入前国民待遇基础上开始中美 BIT 谈判。目前世界上已有至少 77 个国家采用负面清单管理模式，这种管理模式正逐步地转变为国际投资规则发展的新趋势。准入前国民待遇加负面清单，意味对外商投资管理制度的调整，构建一种新的外资管理模式。逐渐对外资投资的指导目录和项目审批制度，而采用投资行政备案制，同时，应继续加强国家安全、反垄断、环保等方面的审查。

中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013 年）上海自由贸易试验区于 2013 年 9 月 29 日发布¹⁵，通过与现行的《外商投资产业指导目录（2011 年修订）》¹⁶，可以发现上海自由贸易试验区负面清单上的禁止类和限制类措施与《外商投资产业指导目录》的禁止类和限制类目录基本相同。表明在上海自由贸易试验区内在外商投资准入方面先通过引入负面清单启动了形式上的调整，还没有在负面清单中直接体现对准入限制的调整。但这并不表明上海自由贸易试验区在市场准入上没有进行探索¹⁷，这部分开放政策体现在《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》中，其中，附件“中国（上海）自由贸易试验区服务业扩大开放措施”部分对金融服务领域、航运服务领域、商贸服务领域、专业服务领域、文化服务领域和社会服务领域六方面的开放进行了规定。在中美双边投资协定谈判中，

¹⁴张斌：《中国经济趋势下行的逻辑——基于经济结构转型的解释》，CEEM 财经评论，13050：2013.10.8.

¹⁵参见 http://www.shftz.gov.cn/WebViewPublic/item_page.aspx?newsid=635161232381818273&coltype=6

¹⁶ <http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbl/2011ling/W020111229379511927834.pdf>

¹⁷关于上海自由贸易区负面清单的相关讨论，参见韩冰，《准入前国民待遇与负面清单模式》，IIS 季度报告 No. 201321.

将根据试验园区的效果，对准入的领域进行谈判，中国应把握好改革力度，有序开放。

2. 透明度方面

决定要求建立开放公平开放透明的市场规则，保证外资政策的稳定性。统一内外资法律，制定《外国投资法》。美国 BIT 范本对法律、法规透明度的程度有具体的规定，如法律的公示、征集意见及修改程序等。中国在此方面仍需要制定出具体的程序性规定。

3. 国有企业方面

在中美 BIT 谈判中，国有企业问题将是较为核心的问题，中国根据新一轮改革方案，其在国有企业改革方面，分层次进行。对于自然垄断行业、系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，仍需要加强国有资本的控制，而对竞争环节和竞争性业务，则进一步市场化，推动资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益最大化和效率最优化。中国社会制度与美国不同，因此，不应该完全全面接受美国“竞争中立”的原则。

4. 安全利益方面

十八届三中全会提出建立国家安全委员会，虽然方案没有明确国家安全委员会对中国吸引外资方面的安全审查，但是借鉴国外的情况，美国的国家安全委员会是美国外资委员会（CFIUS）的成员，中国成立的国家安全委员会，也应介入到中国吸引外资的安全审查中。而从另外一个方面，在中国的对美投资方面，中国最希望通过双边 BIT 协定减少中国在美国企业受到的审批，特别是在安全审查方面的审批。在安全利益方面，双方应该力争达成共识，中国需要提高审查标准，而美国需要降低审查标准，最终实现标准的一致性。

中国的谈判策略

（一）对现有谈判进程的基本判断

中美 BIT 谈判的基本目标是就外资进入对方国家形成统一的管理规范。中国宣布接受以市场前准入国民待遇和负面清单为基本原则进行谈判，表明中方对美方提出的管理规范是积极认可的。但从中方对于来华外资的管理现状来看，所有管理内容与美方新文本的管理理念及基本原则仍有不少冲突。中方较谦虚，先核对文本，摸清自身底数。中国需要确定是边谈边改，还是一揽子改革？美方抛出文本，似乎亮出底牌，但尚需认真研究美方可能的要价及退让的底线。2012 年文本推出后，尚未达成过协议。美欧的 TTIP 协定也在谈判进程中。其他美方参与的协定也在谈。可以边谈边关注其他协定的谈判进程。

中美 BIT 谈判的最好结局是双赢，但双赢谈何容易。从谈判本身来看，双方动机基本相同，都认同双方合作能够增加自身福利，并希望从最终的文本取得各自尽可能大的收益，这也是中美能够坐下来心平气和谈判的前提。但双方对于收益的理解大相径庭。中美经济处于不同发展阶段，中美政治结构差异明显，这就导致双方的利益很难聚焦在同一点上。

从目前谈判中双方所处的地位来看，美国为主导，中方相对劣势。美方抛出新文本，中方接受；美方单方面制定的基本原则，中方接受。这不难反映出中方对于达成中美 BIT 谈判的迫切态度。2013 年青岛谈判，中方人数是美方的 6 倍之多，谈判伊始定的基调就是向美方学习，预计未来几轮谈判仍会以美方主导为主。

（二）中国未来谈判的策略选择

从全球政治经济布局及中美政治经济关系角度来审视中美 BIT 谈判美国主导的 BIT 谈判，可以看作是美国对重新定位中美关系的试探性工作。中方应有大格局意识，将此次谈判纳入全球政治经济布局考虑。只有站得高，才能更全面地权衡利弊。仅从国内角度出发推动谈判，有时可能急功近利。中美谈判的达成，可能引发的连锁反应，要提前推演。中方应避免过于强调谈判的好处，忽视对美方要价及决策过程的分析。美方也有自己的利益考量，从目前来看，我们对美方的要价只停留在文本的认识上。其实，文本背后的也存在美方各种力量的角力。因此，应具体分析美国国会和政府的立场，避免谈判走弯路，或推倒重来。

确立以开放促改革总体思路，审慎推进。BIT 文本充满了新自由主义思想，要求对方放弃的经济主权非常广泛，如环境、劳工、国有企业和征收等，这些要价对于中国现状而言，有很多难以企及之处。从发展中国家签署 BIT 的经验来看，宣示意义大于实践效果。发展中国家

积极参与BIT谈判，主要是想向发达国家释放出本国政治与经济环境稳定的信号，甚至一些国家还将签署BIT作为其政权合法性或正当性的工具。中国在进入实质性谈判之前，必须清醒认识到BIT谈判的“价值”所在。中美BIT谈判不仅是又一个“以外促内”的契机，更会因为两个大国的参与进而决定未来全球投资规则的塑造，还可能影响到中美经济力量博弈的制度基础。从BIT的历史来看，所谓“范本”，后多成为习惯法，因此，美国肯定会将中美谈判结果纳入其全球经济布局考虑，虽然谈判本身是协商的过程，但实质上是“要么接受、要么放弃”的单边要价。相比较而言，美国更迫切中国能放开管制的市场，中国从BITs中取得的收益则不确定，CFIUS等限制能否在BIT框架下取消还很难确定。

中方应算大账。开放有风险，但开放会加速改革，同时有收益。收益有可能大于风险，但这需要进一步论证。中方不能单方面地追求开放，而不就放开节奏进行研究。这对未来中方谈判把握负面清单及减让表的内容非常关键。美国BIT模板中所强调的一些高标准规则与中国改革方向并不矛盾，并有一定的一致性。

对外资管理体制进行改革，平衡各部门的利益冲突。中方如想达成协定谈判，需要对现有外资管理体制进行改革，而且这一改革是伤筋动骨的，不是个别条款的改革，而是全方位的、涉及多方利益的改革。所以，应该充分估计改革所受的阻力，尤其来自部委的部门利益。修改和完善中国的外商投资企业及国内投资管理体制法规。调整外资审批制度、产业目录制，逐步开放资本管制，加强对外资的安全审查。

声明：本报告为非成熟稿件，仅供内部讨论。报告版权为中国社会科学院世界经济与政治研究所所有，未经许可，不得以任何形式翻版、复制、上网和刊登。