

# 国际经贸投资规则对履行要求的规制

韩立余

---

**摘要** 履行要求是东道国行使国家规制权对外国投资者及其投资施加的一种规制措施，对保障外国投资促进东道国可持续发展发挥重要作用。但履行要求对外国投资的规制，与以保护投资为根本目标的国际投资规则之间存在一定的冲突，引发了对国际投资规则应否禁止履行要求以及多大限度内禁止履行要求的分歧。鉴于禁止履行要求不是习惯国际法规则，包括投资协定和贸易协定在内的国际经贸投资规则对履行要求的规制、对东道国规制权的限制，取决于缔约方的发展战略、外资政策和具体权利义务配置。承诺与例外结合、权利与义务平衡，应是正确选择。中国“入世”作出的履行要求承诺，可能使中国面临挑战。

**关键词** 国家规制权 履行要求 国际经贸投资规则 中国“入世”承诺 例外

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2017.06.010

作者韩立余，法学博士，中国人民大学法学院教授。

---

投资保护、投资自由化（投资市场开放）和投资争端解决制度是国际投资法的三大支柱，投资自由化更是代表了国际投资法发展的新阶段。扩大国际投资规则调整的投资范围（投资定义），国民待遇义务的适用范围由准入后延伸到准入前，将审批式投资准入模式转变为普遍式投资准入模式（即正面清单模式转为负面清单例外模式），成为投资自由化的主要法律规则和工具。东道国对外国投资者及其投资施加的履行要求，成为国际经贸投资规则的规制对象。这既反映了投资国和东道国之间在市场开放和规制空间的一种安排，也反映了国际投资规则和国际贸易规则相互间的某种融合与强化，成为国际经济综合治理的一种尝试。在某种意义上，国际经贸投资规则中有无针对履行要求的禁止性条款（以下统称“禁止履行要求条款”），以及该条款内容的设计结构如何，成为衡量国际投资规则水平高低、东道国投资市场开放程度大小的一个重要因素。

尽管存在上述情况，对履行要求规制的研究，相对于国际投资法的其他传统议题，如非歧视待遇、公平公正待遇、征收、争端解决等，还比较薄弱，现有研究成果未能充分体现履行要求规制的发展。<sup>①</sup>

---

\* 本文系作者承担的国家社会科学基金重点项目“中国引领国际经贸规则研究”（16AFX023）的阶段性研究成果。

① 都毫、刘笋曾于2002年在《法制与社会发展》第2期发表《双边投资条约发展的一个新动向》，专门分析履行要求；陶立峰于2016年在《社会科学》第3期发表《扩容与限制：投资协定禁止业绩要求条款的最新发展及对策研究》提供了进一步的情况。但陈安主编《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》（复旦大学出版社2007年版）未涵盖这一议题。余劲松主编《国际投资法》（法律出版社2014年版）未将履行要求作为一个独立议题来分析。2015年德国Nomos Verlagsgesellschaft出版的由MarcBungenberg教授等主编的International Investment Law，近2000页，只在该书第207页、第336页和第689页3个小段落提到履行要求问题，几乎没有分析。

本文拟从履行要求的性质、内容、表现，禁止履行要求条款的产生、发展，结合国际经贸投资政策和国际条约义务，分析禁止履行要求条款的特点和模式及权利义务配置，从中揭示国际投资规则的发展特点和趋势，并为中国政府制定国际投资政策、国际投资协定谈判提供借鉴。

## 一、履行要求的内容和性质

“履行要求”又可称为“业绩要求”。<sup>②</sup> 根据联合国贸易与发展会议一份报告的定义，履行要求指东道国政府对外国投资者提出的要求其在东道国境内经营应满足的具体目标。<sup>③</sup> 现有文献中，对履行要求的界定侧重不同，但实质一致。例如，将履行要求界定为东道国要求投资者开展商业活动的“法定要求”，<sup>④</sup> 对企业施加的限制其经济选择和管理裁量权的条件，<sup>⑤</sup> 或者对外国投资者施加（常与东道国授予优惠联系在一起）的条件。<sup>⑥</sup>

履行要求是对外国投资者及其投资的要求。随着国际投资法的发展，国际投资法的保护对象涵盖了外国投资者和外国投资者投资的企业（外国投资企业）。而外国投资者与外国投资企业相互间存在着既区别又联系的双重关系。在市场准入阶段，东道国管理的对象是外国投资者，在外国投资企业设立后的经营阶段，东道国管理的对象主要是外国投资企业，但东道国的外国投资政策和法律框架却对外国投资者和外国投资企业共同适用。在与东道国的投资争端解决中，投资者既可以自己的名义也可代表投资企业提出仲裁请求。东道国施加的履行要求，比较典型地体现出了外国投资者与外国投资企业、投资财产与经营行为的内在联系。外国投资企业既是行为主体（经营者）又是对象客体（财产），对外国投资企业的保护既保护该财产也保护其行为。

内容上，履行要求既包括东道国批准外国投资入境的条件，也包括对外国投资企业持续经营的要求，还包括对外国投资企业的优惠待遇。例如，合营要求是对外国投资者与外国投资企业的要求，产品出口要求是对外国投资者（需要作出承诺）和外国投资企业（需要履行承诺）的要求。各国经济条件和发展阶段不同，履行要求的具体内容也不同。从发展历史看，履行要求的内容在不断丰富，花样不断翻新；从适用范围看，由货物到服务到投资不断扩大。从要求强度看，有些要求是强制性的，不满足则不能进行投资或经营；有些要求是受益性的，不满足则得不到相关优惠。

根据现有的国际经贸协定和投资协定，比较常见的履行要求有：产品出口要求、外汇平衡要求、进出口平衡要求、当地含量要求等。技术转让要求、当地就业和培训要求、地区总部要求、当地采购要求、当地研发要求等，代表了新的发展趋势。合营企业要求和股权要求也被视为重要的对

<sup>②</sup> “履行要求”或“业绩要求”是英文 performance requirements 的中文表述。《中韩自由贸易协定》《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》投资协议使用“业绩要求”这一表述。从进出口平衡、当地含量等要求看，确属对投资企业业绩的一种要求，但实践中也包括诸如股权比例、合营企业这类就投资企业本身的要求，业绩要求这一表述似不能完全涵盖这类作为企业设立条件的要求。如果东道国强制执行合营企业合同中的类似当地含量要求等，也被视为东道国政府的要求。在这些情况下，履行要求这一表述似乎更合适一些。无论如何，本文中，履行要求和业绩要求这两个表述可以相互替代。

<sup>③</sup> See UNCTAD, Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7, p. 2.

<sup>④</sup> “这些条款主要反对施加给外国投资者的当地成分要求、出口实绩要求、雇佣本地员工的义务等做法。这些做法不可取，因为与自由市场原则不一致。”[德]鲁道夫·多尔查，[奥]克里斯托弗·朔伊尔《国际投资法原则》，祁欢、施进译，中国政法大学出版社2014年版，第92页。

<sup>⑤</sup> See UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, p. 101.

<sup>⑥</sup> See Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Vinuales (ed.), *The Foundations of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 264.

外国投资企业本身的履行要求。

就性质而言,履行要求的实质是东道国政府对外国投资的规制,是一国经济主权(国家规制权)的体现。发达国家和发展中国家都对外国投资实施履行要求,区别仅在于范围大小、力度强弱、程度高低或阶段早晚。从企业自主经营和市场自由竞争的角度看,履行要求影响到外国投资的自由和外国投资企业的经营。这使得履行要求上升为或泛化为政府干预市场这样一个极度抽象而又极具争议的问题,并导致无论在国内层面还在国际层面难于就履行要求达成普遍共识。

与政府规制市场具有两面性一样,履行要求的作用同样具有两面性,对履行要求的认识也呈两面性。一方面,它对促进东道国发展具有积极效果。例如,履行要求可以成为产业或其他经济发展政策的潜在重要工具,帮助实现预期的投资溢出效应;<sup>⑦</sup>解决与投资外部性、信息不对称性以及跨国企业相关的市场或政策失灵,实现发展目标;加强工业基础,提高国内增值,创造就业机会,创造出口和出口业绩,实现贸易平衡,促进地区发展,促进技术转让,避免限制竞争的做法,创造收入并进行分配,以及解决一些非经济原因,如政治独立、政治权力的分配等。<sup>⑧</sup>另一方面,履行要求对投资者产生消极影响。例如,履行要求具有歧视性,影响贸易流向,扭曲贸易和投资,干预企业自主经营,“降低投资赢利能力,提高投资风险,扭曲投资与其供应商或客户间的贸易”。<sup>⑨</sup>

履行要求的实施效果是否真正地支持上述认识?这方面进行的实证研究表明,上述两种看法都有一定的道理和基础。一方面,履行要求在实现既定目标方面的效果难于评估;另一方面,一些履行要求确实帮助一些国家实现了其发展目标。履行要求的实施效果部分依赖于措施使用国实施和监督的能力,而一国利用履行要求的能力又依赖于其经济的重要性特别是市场规模的大小。<sup>⑩</sup>而对履行要求扭曲贸易效果的实证研究也发现,使用履行要求确保了东道国为其经济目标使用外国投资。<sup>⑪</sup>因此,对履行要求的认识,至少从实施效果看,并没有一个一边倒、一刀切的结论。

在国家实践中,作为投资输出国的发达国家越来越多地主张禁止履行要求,作为投资接受国的发展中国家则更多地主张使用履行要求。发达国家以前使用、现在仍然使用履行要求这一事实(尽管使用频率和范围在缩小),给了发展中国家主张使用履行要求的道义依据:发达国家不应拒绝发展中国家使用发达国家用于促进发展的经济政策手段。东道国通过履行要求获取外国投资对投资国的额外利益,应当是被允许的。<sup>⑫</sup>

就中国而言,中国在吸引外商投资政策实施之初,实际上积极实施了履行要求(尽管当时没有这一概念),并将其作为主要目标,引导资本投向。例如,将引进国家急需的先进技术生产性项目、出口创汇型和进口替代型项目,作为吸收外商直接投资的重点;税收政策和进出口管理政策,与国家鼓励、限制资本投向政策相一致;坚决贯彻以市场换技术方针,落实替代进口措施,鼓励外商投资者提供先进技术。属于国内需要进口的产品,凡是外商投资企业已批量生产、性能质量基本达到国外同类产品水平,价格、交货期适应需要的,国内必须优先采用,以产顶进,公布产品目录,采取行政措施和经济手段禁止进口或限制进口。中外合资经营企业生产的产品应多出口,多创汇,做到外汇收支平衡。<sup>⑬</sup>由于中国外商投资企业体制采取逐一审批制度,上述要求是外国投资者设立和

⑦ 参见注⑤, p. 101.

⑧ 参见注③, pp. 6-7.

⑨ Kenneth J. Vandeveld, *U. S. International Investment Agreements*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 387.

⑩ 参见注③, pp. 21, 32-34.

⑪ See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 206.

⑫ 参见注①, p. 343.

⑬ 参见《国务院批转对外经济贸易部、国家经委、国家计委关于加强吸收外商投资工作报告的通知》,国发[1986]25号;《国务院关于进一步改善外商投资企业生产经营条件的通知》国发(1986)76号《国务院关于中外合资经营企业外汇收支平衡问题的规定》,国发[1986]8号。

经营必须满足的条件。

## 二、对履行要求的政策取舍

履行要求形式上是政府规制市场的一种形式，内容上是对外国投资者及其投资的要求，是东道国外国投资政策的具体体现。对履行要求的认识实质上与对外国投资的认识联系在一起。不同国家，无论发展中国家还是发达国家、投资国还是东道国，由于利益、目标、阶段不同，对外国投资的认识存在差异，这种差异反过来影响到对履行要求的态度。

外国投资者到东道国进行投资，旨在谋求投资利益并期待这种利益最大化。而东道国接受外国投资，旨在利用外国投资促进东道国当地经济和社会发展。二者的利益和目标天然地存在着差异、对立甚至冲突。投资国对投资提出的高标准保护要求，使东道国攻守两难。

历史上，对外进行投资的国家通常是殖民国家或发达国家。在武力为王、强权即真理的时代，东道国几乎没有能力对外国投资进行管制，使其更好地服务于东道国的发展。投资者在利益最大化这一目标的推动下，较少地将自己的投资与促进当地发展有机地融合在一起。因此，对国际投资历来就存在两种对立的看法。联合国贸易与发展会议总结指出了投资的积极影响和消极影响，并指出了投资管理的必要性。<sup>⑭</sup>

为解决或减轻外国投资与东道国发展之间的矛盾，国际社会作出了不懈努力。其中，《多边投资担保机构公约》确立的投资担保机制，要求申请投保的投资必须是合格投资。投资必须符合当地经济发展、遵守东道国法律法规、促进经济增长与发展目标，是认定合格投资的条件。<sup>⑮</sup> 实践中，多边投资担保机构支持的项目必须具备财务和经济可行性、无害于环境，且符合东道国劳工标准和发展目标。《多边投资担保机构公约》的上述规定和做法将符合东道国发展和法律作为提供担保的前提条件，客观上捍卫了东道国对外国投资的规制权和法律法规的适用性。这意味着投资者欲在外国进行投资经营，必须符合东道国的法律要求，包括履行要求；也意味着投资者不得以东道国政府干预企业经营为由，不遵循东道国的法律法规。从一般国际法的角度而言，东道国享有属地管辖权，有权对其领土上的人、物、活动进行管制。<sup>⑯</sup> 国际投资仲裁庭也指出，“国际法高度尊重国内当局对其领土范围内事项的规制权”。<sup>⑰</sup> 外国投资者在东道国的经营活动也不应例外。

但东道国对外国国民及其财产有保护义务。投资国对其国民也有保护义务，外交保护就是一例。投资国和东道国通过双边投资协定达成较好平衡，是一条可行的道路。结果是双边投资协定越来越多、越来越普遍。<sup>⑱</sup> 禁止履行要求也因之成为双边投资协定中的一个条款、一项制度。

单纯就投资国而言，投资国当然希望其投资者和相关投资受到东道国的绝对保护、不受任何干预。现实中这种片面性想法并无现实基础。事实上，一个国家可能同时身兼投资国和东道国两种身份。美国对外投资政策正是经历了这种角色的演变，其外国投资保护要求由极端转向折中平衡。例如，确保在美国的外国投资者享有的待遇不超过美国人本身的待遇，成为美国双边投资协定的关注

<sup>⑭</sup> 参见注⑤，p. 46.

<sup>⑮</sup> See Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), Article 12 (e).

<sup>⑯</sup> 参见 [英] 詹宁斯、瓦茨修订《奥本海国际法》第一卷第一分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 292-293 页。

<sup>⑰</sup> S. D. Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL, First Partial Award of 13 November 2000, para. 263.

<sup>⑱</sup> 1959 年德国和巴基斯坦签订了世界上第一个投资保护协定，现在仅中国签署的投资保护协定就超过 100 个。

点。对待履行要求的态度也是如此。这种“己所不欲勿施于人”的考虑，决定了无论是投资国还是东道国都需要对履行要求采取全面、平衡的做法。2008年由美国首先爆发、随后扩及全球的金融危机，颠覆了发展中国家才会限制投资资本外流的陈旧认识，也再次确认了东道国与投资国、东道国与投资者利益平衡的重要性。

在抽象意义上，履行要求作为东道国管理外国投资的一种措施，作为一种法律制度，有其价值所在，具有普遍适用性。在具体内容和表现形式上，则具有选择性。比如说，在出口强劲、外汇充足的国家，似没有必要施加进出口平衡要求。一般行业和特殊行业，似没有必要适用统一的做法。<sup>①</sup>在股权要求、高管聘用方面，中国外资政策的发展见证了中外合资企业向外商全资企业转变的发展历程、合资经营企业高管人员规定的变化。<sup>②</sup>知识产权和技术既需要保护，也需要防止权利滥用。环境、健康、消费者权益保护，越来越成为影响、抑制投资者利益的普适“天道”。经济的、文化的、历史的、发展的甚至政治的多种诉求，要求投资国和东道国基于自己的实际情况，有针对性地作出适当选择。一招行天下的思维定势既不现实，也不会成功。综观现有投资协定，禁止履行要求的内容，从存在于其他条款中到构成独立的禁止履行要求条款，从一般性禁止到允许例外存在，反映了协定缔约方的政策选择。

历史地看，现在认为属于履行要求的大部分内容，正是长时间东道国吸引外国投资所追求的目标：经济社会有序发展，技术更新，产业升级，扩大就业，出口创汇……正如前文所言，外国投资不仅是资金流本身。资金仅仅是一种生产要素、生产手段，它需要服务于人类社会的发展。发展地看，外国投资仍然需要满足东道国的经济发展目标，需要遵循东道国的法律法规，需要应对不断出现的各类挑战（如环境污染、气候变化、反恐等）。履行要求会因之发生变化，其内容或增或删，其范围或宽或窄，而规制履行要求的国际经贸规则也相应发生变化。

### 三、禁止履行要求制度的产生与发展

履行要求是东道国对外国投资的管理要求，是东道国行使规制权的表现，体现为东道国的外国投资政策和法律法规。从这一意义上讲，履行要求具有自主性。东道国施加或放弃、增加或减少履行要求，都是东道国自己的事。本文讨论的对履行要求的规制，是指出于投资国的意愿、反映东道国的意志并通过调整国际关系的国际经贸投资规则对履行要求的规制，是国际法意义上的规制。

习惯国际法在国际投资法中占有一席之地，但主要体现在公平公正待遇方面和投资保护方面，而不是投资自由化方面。<sup>③</sup>包括禁止履行要求在内的投资自由化方面的规制，主要由国际协定来规范，即通过双边投资协定和含有投资内容的自由贸易协定（以下统称“国际经贸投资规则”）来规范。

与国际经贸投资规则逐渐纳入投资市场开放这一议题相联系，与投资市场开放相联系的履行要求问题逐渐成为国际经贸投资规则的调整对象。早期德国或其他欧洲国家签署的双边投资协定未包括履行要求问题。最早含有禁止履行要求内容的双边投资协定是1982年《美国巴拿马投资保护协

<sup>①</sup> 法国和加拿大极为重视文化保护，反对文化产业开放。

<sup>②</sup> 中国1979年制定《中外合资经营企业法》，规定董事长只能由中方合营者担任，1990年修改为由双方商定或董事会选举产生。

<sup>③</sup> 如濒于夭折的《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）第9章附件。

定》。这是美国首次专门以投资协定的方式保护对外投资，也是首次使用双边投资协定范本谈判的协定。该协定没有将“履行要求”单独列为一条，只是在涉及投资待遇的第2条中列出了有关履行要求的内容：“任何一方不得施加下述履行要求作为设立投资的条件：要求出口产品或强制执行出口产品的承诺，规定在当地采购货物或服务，或规定类似要求的其他要求。”该款列出了两项具体的履行要求，并含有一项兜底条款，因此其潜在范围是不确定的。此外，该协定第3条规定投资者得自由聘用高级管理人员，聘用专业、技术和管理人员，而不考虑其国籍。<sup>②</sup>从现有国际经贸投资规则的内容以及对履行要求的界定看，上述两条的内容均属于履行要求的相关内容，尽管未在同一条款中规定、没有全部使用“履行要求”这一概念。

美国双边投资协定以美国双边投资协定范本为基础。该范本根据美国制定双边投资协定的目标、对外政策需求和国际经济形势的变化以及美国自身地位的变化而不断更新。以1982年范本为基础，1994年范本扩大了履行要求的内容，2004年范本增加了条款标题，履行要求开始作为独立条款出现，正式成为美国投资协定中的核心条款之一，其范围和内容也随之扩大。

对履行要求的规范，并非仅仅存在于美国签署的双边投资协定中。事实上，美国对履行要求的规范与其他国际制度对履行要求的规范相互影响、相互促进、共同发展。首先，美国投资协定借鉴了德国签署的投资协定（以下称为“德式协定”）。<sup>③</sup>德式协定主要对准入后的投资提供保护，无类似上述履行要求的明确内容，但有对投资企业经营活动的非歧视要求，包括“投资的有效管理、使用或享有”。<sup>④</sup>其次，美国双边投资协定是在传统综合性友好通商航海条约基础上发展起来的专门协定，采取了友好通商航海条约的“语言和概念”。<sup>⑤</sup>友好通商航海条约中含有自然人、法人或团体从事商务经营的规定，包括不以国籍为条件雇佣人员的规定。<sup>⑥</sup>虽然这类条约没有使用投资这一概念，但实质内容类似。

大力推动美国禁止履行要求发展的是关税与贸易总协定争端解决实践和乌拉圭回合谈判。美国于1982年起诉加拿大投资审查法，指控加拿大的投资立法违反《关税与贸易总协定》的国民待遇义务。虽然对关税与贸易总协定这一贸易机制能否适用于投资措施存在分歧，但缔约方全体通过的争端报告裁决加拿大投资法中的购买加拿大货物或从加拿大购买货物的要求（即现在所说的履行要求的内容），违反国民待遇义务。<sup>⑦</sup>这一裁决结果推动了《关税与贸易总协定》对“与贸易有关的投资措施”的适用，并进一步推动了乌拉圭回合谈判形成了《与贸易有关的投资措施协定》，以正式法律规则的形式确认了对与贸易有关的投资措施的规范，履行要求因之被纳入了多边贸易规则规制的范畴。乌拉圭回合谈判达成的另一重要协定《服务贸易总协定》禁止服务贸易壁垒，包括禁止

<sup>②</sup> See Treaty between the United States of America and the Republic of Panama Concerning the Treatment and Protection of Investment, Article II (4) and Article III (2).

<sup>③</sup> 1959年德国与巴基斯坦签署了第一个双边投资协定，此后德国与其他国家签署了一系列双边投资协定。欧洲其他国家也以德国双边投资协定为蓝本，签署了双边投资协定。

<sup>④</sup> Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments (1959), Article 2. 德国与巴基斯坦两国于2009年签署的投资协定在国民待遇义务和最惠国待遇条款中更加明确规定：“尤其是，下述方面的不平等待遇视为较差待遇：对原材料或附属材料、能源、燃料、生产工具的购买限制，阻碍国内外营销产品，或具有类似效果的其他任何措施。”参见 Agreement between the Islamic Republic of Pakistan and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (2009), Article 3.

<sup>⑤</sup> 同注①，p. 35.

<sup>⑥</sup> 参见 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between The United States of America and The Italian Republic, 2 February 1948, Articles II and III.

<sup>⑦</sup> 参见 Canada-Administration of the Foreign Investment Review Act, L/5504, BISD 30S/140.

限制服务提供者数量、服务业务或产出，禁止限制法律实体类型、限制外国股权或投资总额。<sup>28</sup> 这样，对相关履行要求的规制由货物到投资再到服务，成为相关制度中共有的内容。

与关税与贸易总协定乌拉圭回合谈判几乎同时，北美和欧洲在进行着不同的谈判，都涉及履行要求议题。在北美，美国先后与加拿大、墨西哥进行美加自由贸易协定谈判和北美自由贸易协定谈判。1989年生效的《美加自由贸易协定》首次纳入投资议题，并在投资章第1603条以“履行要求”为题禁止实施履行要求，包括禁止出口比例要求、进口替代要求、当地采购要求、国内含量要求等。1994年生效的《北美自由贸易协定》所含投资章节，成为影响后来投资协定内容的模板；该章节所含的禁止履行要求事项、例外和结构，奠定了美式投资协定禁止履行要求制度的基石。在欧洲，在苏联解体、东欧剧变为解决欧洲国际能源问题提供契机的背景下，国际能源会议达成了《能源宪章条约》并于1994年签署。这是一项专门针对能源议题、涵盖贸易和投资等多项制度的条约。该条约既在商业部分禁止“与贸易有关的投资措施”，又在投资部分对投资及投资活动规定了非歧视待遇。<sup>29</sup> 上述努力的结果是使相关履行要求的规范在更大的领域内适用。

1995年经济合作与发展组织部长理事会发起了多边投资协定的谈判，其重要目标之一是推动国际投资的自由化，超越世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协定》的范围，进一步规范履行要求。虽然说该谈判于1998年终止，但谈判期间讨论的议题、起草的条文对后世产生了影响。例如，美国2004年投资协定范本在履行要求方面的相关表述来自该谈判草案，其禁止的7项履行要求，几乎是从该草案照抄来的。<sup>30</sup>

在投资自由化的大背景下，曾经影响美国投资协定的德式投资协定，也开始将投资市场开放作为协定的目标，禁止履行要求的内容作为市场准入制度的一部分，逐步进入欧盟与其他经济体签署的自由贸易协定。《欧盟越南自由贸易协定》投资章第6条、《欧盟加拿大全面经济贸易协定》投资章第8.5条均以单独条款规定了履行要求的内容。<sup>31</sup>

2016年由12个国家签署的《跨太平洋伙伴关系协定》可谓履行要求规则大全。它既在货物贸易部分单独规定了涉及关税优惠的履行要求条款，又在投资部分对包括货物和服务的履行要求予以规制，除在履行要求条款内施以禁止、限制或例外之外，还在不符措施条款中对履行要求进一步规范。<sup>32</sup> 这12个国家中，既有发达国家也有发展中国家。该协定虽因美国宣布撤出尚未生效，但仅就签署协定而言，各方对履行要求的规制已经达成了普遍性的共识。而美国退出后其他11国仍致力于调整相关条款推动其生效。

如前文所述，中国在实施外商投资政策之初积极推行类似履行要求的政策，但如今在中国签署的投资协定中也纳入了禁止履行要求条款。例如，2012年签署的中、日、韩三国《关于促进、便利及保护投资的协定》（以下简称《中日韩投资协定》）第7条和《中韩自由贸易协定》第12.7条、《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉投资协议》第7条。中国与澳大利亚签署的现有自由贸易协定文本中虽没有直接规定禁止履行要求条款，但协定确定的未来工作计划要求纳入履行要求条款。可以推定，中美之间谈判的双边投资协定也会包括此条款。

可以说，从投资国到东道国、从双边到多边、从贸易规则到投资规则，现在和未来，含有禁止

<sup>28</sup> 参见《服务贸易总协定》第16条第2款。

<sup>29</sup> 参见 The Energy Charter Treaty, Article 5 and Article 10.

<sup>30</sup> 参见注⑨，pp. 390-396.

<sup>31</sup> See Available at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154210.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154210.pdf), <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf>, last visited on 1 March 2017.

<sup>32</sup> See Trans-Pacific Partnership Agreement, Article 2.1, Article 2.5, Article 9.10 and Article 9.12.

履行要求条款、对履行要求进行规制，已经成为国际经贸投资规则发展的大势。

#### 四、禁止履行要求制度的建构

如同含有禁止履行要求条款的协定由少到多、由个别到普遍一样，禁止履行要求条款本身也经历了由少到多、由简单到复杂、由一般禁止到允许例外的演变过程。特定缔约方之间的投资协定是否以及如何规范履行要求，无疑取决于缔约方的谈判目标和谈判实力这些物质条件。体现在法律规则上，禁止履行要求条款更注意操作性和技术性，用法律语言建构缔约方之间的权利义务。

联合国贸易与发展会议在其《可持续发展投资政策框架》报告中，从中立客观的角度，就禁止履行要求条款的设计，提供了5种选择：第一，禁止缔约方对货物部门的投资施加与贸易有关的履行要求；第二，禁止缔约方对投资施加与贸易有关的履行要求之外的履行要求，如技术转让要求、当地研发要求、雇佣本地人要求等；第三，禁止缔约方施加履行要求，除非该要求与提供优惠相联系；第四，对超出与贸易有关的履行要求之外的履行要求提供国别例外，排除特定部门产业；第五，无禁止履行要求条款。<sup>③</sup>

上述建议包括了不规定禁止履行要求条款的选择。理论上这种选择是存在的，其他选择似也可能，但这里提出了一个禁止履行要求条款与现有国际义务之间的关系问题。这包括两个方面：第一，如何处理160多个成员承担的世界贸易组织协定项下的义务，尤其是《与贸易有关的投资措施协定》项下的义务。这些义务是制定禁止履行要求条款必须遵守的义务，应当成为禁止履行要求条款的基础。《中日韩投资协定》在履行要求条款中明确确认这一义务。由于两类协定的适用范围不同，在投资规则中设定禁止履行要求条款，似乎应当超越《与贸易有关的投资措施协定》的已有要求。<sup>④</sup>但如何超越、多大程度上超越，在不同的投资协定中有不同的答案。独家供应、技术转让、当地研发、许可合同期限、技术许可费、合营要求、股权比例等，都成为可供选择的对象。第二，如何处理与国民待遇义务的关系，现有的国民待遇义务能否涵盖禁止履行要求义务。《与贸易有关的投资措施协定》禁止违反《关税与贸易总协定》第3条国民待遇义务的和贸易有关的投资措施，表明它部分脱胎于《关税与贸易总协定》第3条义务，但又超越第3条义务。投资协定中的国民待遇义务能否涵盖禁止履行要求义务？就现有投资协定看，有关投资的国民待遇义务仅适用于缔约方的投资和投资者，用于保障外国投资者及其投资享有的待遇不低于东道国投资者及其投资享有的待遇，本身不排除履行要求的存在；而现有协定中禁止履行要求条款的义务扩大到缔约方境内的所有投资，包括缔约方境内缔约方自己的投资和非缔约方的投资，即便对东道国投资者及其投资也不得施加这类要求。谈判中虽然存在意见分歧，国际经贸投资规则含有禁止履行要求条款却成为一种趋势。此外，随着投资协定和含有投资规则的自由贸易协定越来越多，前后协定相互间的关系也越来越引起关注。通常的原则是，投资者可以选择授权最大的协定主张自己的权利。<sup>⑤</sup>这意味着，新协定对履行要求的选择并非不受限制。

禁止哪些履行要求是需要解决的首要问题。从历史发展趋势看，履行要求的内容越来越多；但

<sup>③</sup> 参见注⑤，pp. 101-102.

<sup>④</sup> 在《多边投资协定》谈判中，谈判方特别表达了这些关注，并就投资争端仲裁庭能否解释适用《与贸易有关的投资措施协定》提出了关注。

<sup>⑤</sup> 《跨太平洋伙伴关系协定》的众多双边换文中体现出了这一做法。



就特定缔约方之间的投资协定而言则表现出不确定性。即便是最早、最支持禁止履行要求条款的美国,也曾在是否纳入某一履行要求上犹豫、反复过。<sup>③⑥</sup>另外,被禁止的履行要求目录是穷尽封闭式还是列举开放式,同样重要。美国最早的投资协定采用了列举具体两项同时伴以兜底条款的开放式,后改为封闭式。世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协定》附件1举例式列举了违反相关义务的措施。在《多边投资协定》谈判中,扩大投资自由化是一主要目标;体现在履行要求方面,要超越《与贸易有关的投资措施协定》列举的措施。《多边投资协定》草案提出了12项被禁止的履行要求,新增总部地域要求、研发要求、雇佣国民要求、合营企业要求、股权比例要求等。<sup>③⑦</sup>《跨太平洋伙伴关系协定》禁止9项履行要求。《欧盟加拿大全面经济贸易协定》和《欧盟越南自由贸易协定》禁止7项履行要求。除世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协定》列举的履行要求因协定本身的多边性而获得共识外,其他禁止性履行要求事项需由缔约方谈判确定。即便存在相关条款,也可能在适用中产生歧义。在诉加拿大政府的一起案件中,仲裁庭依据《北美自由贸易协定》的这种规定驳回了申诉方依据禁止履行要求条款提出的诉求。<sup>③⑧</sup>

履行要求的适用范围,直接影响禁止履行要求条款调整范围的大小,进而影响着东道国政策空间的大小。实践中,这种适用范围也在不断演变中。以美国为例。1982年《美国巴拿马投资协定》使用了“投资设立”条件,1982年投资协定范本改为“投资设立、取得或维持”条件;1994年投资协定范本扩大到“投资的设立、取得、扩大、管理、经营或运营”6个方面,而《北美自由贸易协定》履行要求条款虽然同样涵盖这6个方面,但通过改变相应的介词或连接词扩大了履行要求的适用范围;<sup>③⑨</sup>2004年投资协定范本进一步扩展到8个方面,增加了投资的“销售或其他处分”;2012年投资协定范本和《跨太平洋伙伴关系协定》均遵循了这一模式。这种履行要求适用范围的扩大,即便是同一种履行要求,都具有放大的效果。如果说履行要求目录加长带来的是量的增加,适用事项的扩大则引起质的变化。相应的,禁止履行要求条款的威力增强,东道国的相关义务范围扩大了。

扩大投资规则的适用范围也导致禁止履行要求条款适用范围的扩大。1994年《北美自由贸易协定》投资章不仅一般性地适用于缔约方的投资者及其投资(涵盖投资),还特别规定履行要求条款(及环境条款)适用于在缔约方境内的所有投资。2004年投资协定范本继承了这一做法,随后的双边投资协定或自由贸易协定投资章也遵循了这一做法。<sup>④⑩</sup>特别规定禁止履行要求条款不仅适用于缔约方的相互投资,也适用于缔约方境内的全部投资(包括缔约方在其自己境内的投资和非缔约方在缔约方境内的投资),导致禁止履行要求条款的适用范围超出了一般意义上保护缔约方投资的范畴,强化了该条款的约束效力。

由于禁止履行要求条款特殊的普遍适用效力,作为投资协定调整对象的“投资”这一概念内涵和外延的变化也扩展禁止履行要求条款的适用。1959年《德国巴基斯坦投资协定》保护的是不同财产形式投入到东道国的资本,这些资本设立的公司被视为投资。2009年《德国巴基斯坦投资协

<sup>③⑥</sup> 美国1994年投资协定范本新增禁止当地研发要求,2004年范本又将这一规定删除,而代之以允许东道国基于研发要求授予优惠。参见注⑨, pp. 390, 393.

<sup>③⑦</sup> See The Multilateral Agreement on Investment, Draft Consolidated Text, DAF/MAI (98) 7/REV1, 22 April 1988, p. 22.

<sup>③⑧</sup> See Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, June 26, 2000, para. 75. available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>, last visited on 3 March 2017.

<sup>③⑨</sup> 1994年范本中使用了 as a condition for, 《北美自由贸易协定》将其改为 in connection with.

<sup>④⑩</sup> 例如,2008年《美国卢旺达双边投资协定》、2007年《美韩自由贸易协定》投资章、2016年《跨太平洋伙伴关系协定》投资章均如此规定。

定》对投资的定义进一步丰富和细化,明确包括公司股票、特许权、求偿权等。美式投资协定主要借鉴了德式投资协定的投资定义,<sup>①</sup>贯穿其中的是对“各种财产”的保护,但不同时期范本和实际签署协定对投资的具体表述存在差异。从其演变看,列举的财产形式越来越多、越来越细,同时还伴有特别排除的形式。《能源宪章条约》的投资定义列举了5类财产,《多边投资协定》草案列举了8类财产。<sup>②</sup>这种繁简不同的表述形式,以及不同仲裁庭对投资定义采取的不同处理方法,直接影响着缔约方的权利义务,影响着具体争端解决案件的结果。<sup>③</sup>在基于《北美自由贸易协定》投资章中的履行要求条款提出的多个投资仲裁案中,有的仲裁庭认定争议措施不属于履行要求条款范围;有的仲裁庭认定争议措施属于履行要求条款范围且未被例外条款排除。<sup>④</sup>

任何事物都有正反两个方面。禁止履行要求条款内容不断丰富过程,也是禁止义务例外化的过程。条约中规定的任何义务或禁止都具有双刃剑的作用,缔约方需要根据自己的处境和需求作出妥善安排,规定义务例外是一种必然选择。由于履行要求是对投资者或投资企业的行为要求,与征收、公平公正待遇、非歧视待遇等其他规则的效果要求不同,也与贸易法中的利益丧失或受损效果、贸易救济的损害效果要求不同,对履行要求的禁止将会产生更直接的后果。同时,履行要求一般兼具贸易措施和投资措施的双重属性,涉及东道国的投资政策和贸易政策,禁止履行要求对东道国政府政策空间的限制会更大、更广泛。禁止履行要求义务存在例外也是一种必然。

就禁止履行要求义务本身而言,其例外首先表现为区分强制性履行要求和优惠性履行要求(企业自愿满足这类要求以获取某种优惠),后者又进一步区分允许性和禁止性的。例如,国内含量要求通常不被允许用于作为享有优惠的条件,而当地生产、当地培训、当地研发等则可以作为优惠性履行要求实施。这是一种政策选择。

就条约义务而言,禁止履行要求义务的例外,遵循条约义务例外的一般分类。条约义务例外可以分为两大类:一类是违约免责例外,另一类是适用范围排除例外。条约中常见的一般例外条款属于违约免责例外,这类例外主要包括类似《关税与贸易总协定》第20条和第21条的一般例外和基本安全例外。随着缔约实践的发展,特别是投资规则纳入自由贸易协定之内需要考虑与关税与贸易总协定及世界贸易组织规则的关系,这类例外呈现出常态和丰富化趋势。国际经济发展的经验教训也推动新的一般例外条款的发展,这方面最明显的是金融安全例外。早期的投资规则中存在着基于收支平衡原因限制转移的例外规定,最新的缔约实践则允许基于收支平衡原因和对外金融困难或其威胁,对经常项目和资本流动的支付或转移采取或维持限制措施。<sup>⑤</sup>

禁止履行要求的重要例外是适用范围排除例外。随着投资自由化越来越成为投资协定的核心内容,界定市场开放的范围和程度成为投资协定谈判最艰巨的任务。与缔约方义务越来越详细、越来越强化这一情形同时出现的是各类义务例外,特别是适用范围排除例外。1994年《北美自由贸易协定》投资章奠定了投资规章的义务和框架结构,在投资章正文中出现了一个独立的“保留和例外”条款,同时通过附件的形式列出了产业部门适用例外。后来的美国投资协定将这一条款改为“不符措施保留”,更明确了这一条款的性质。这一产业部门适用例外也是本文所说的负面清单例外。这种模式更被欧盟最新谈判签署的《欧盟加拿大全面经济贸易协定》、《欧盟越南自由贸易协

<sup>①</sup> 参见注①, p. 115.

<sup>②</sup> 这8类财产包括:企业、股票、债券、合同项下的权利、金钱请求权、知识产权、特许权和其他财产。

<sup>③</sup> 参见注①, p. 139.

<sup>④</sup> 参见注③; Mobil v. Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum (2012), para. 490.

<sup>⑤</sup> 可比较《北美自由贸易协定》第2104条“收支平衡”和《跨太平洋伙伴关系协定》第29.3条“临时金融保障措施”。

定》所遵循。按照这一模式，对于普遍适用性的核心义务，如最惠国待遇义务、国民待遇义务、禁止履行要求义务以及高管聘用义务，不适用于附件 I 列明的现有不符措施（现有不符措施排除适用例外），也不适用于附件 II 列明的产业部门、分部门或经济活动的任何措施（未来不符措施适用例外）。这些例外又称为国别例外。在附件 I 和附件 II 中，各缔约方列出自己的不适用于相关核心义务的措施名称、适用领域、产业部门、实施政府层级，并附以必要说明。<sup>④⑥</sup> 通过这种模式，貌似普遍、平等适用的义务，变成对各缔约方量身定做的“安全港”。此外，“不符措施保留”条款还含有其他政策性例外。例如，《北美自由贸易协定》禁止履行要求条款不适用于出口促进和对外援助项目，不适用于缔约方或其国有企业进行的采购，也不适用于缔约方施加的享有优惠关税或优惠配额必要的有关货物含量的要求。但《美韩自由贸易协定》《跨太平洋伙伴关系协定》和《欧盟加拿大全面经济贸易协定》只对最惠国待遇和国民待遇义务提供此类例外，而没有对禁止履行要求条款提供这类例外。此外，《北美自由贸易协定》和《跨太平洋伙伴关系协定》均明确规定，禁止履行要求义务不适用于该禁止条款明确所列要求之外的其他要求。这些不同和变化，一方面表明禁止履行要求义务越来越严格，另一方面也表明禁止履行要求条款的适用和例外范围并无一定之规。

## 五、余论：中国“入世”承诺与履行要求规则制定

面对履行要求越来越受到国际法规范这一趋势，中国政府需要有自己的立场。但实际上，可供中国政府选择的余地较小，在一个可以预期的将来，中国政府可能处于一个措施与承诺不尽一致的境地。这主要源于中国“入世”作出的有关履行要求的承诺。

中国于 2001 年 12 月 11 日成为世界贸易组织成员。这是中国历经长达 15 年艰难的国际谈判取得的结果。中国借世界贸易组织成员享有的权利取得了很大的经济发展。但中国也为这一身份付出了一定代价，作出了超出世界贸易组织一般成员承担义务的承诺。《中华人民共和国入世议定书》（以下称《入世议定书》）规定了中国加入世界贸易组织的法律条件。其中，有关履行要求的承诺特别值得关注。第 3 条“非歧视”和第 7 条“非关税措施”乍看不是与履行要求相关的规则，事实上却含有极强的与履行要求有关的承诺，迄今为止国内学者对此较少关注。<sup>④⑦</sup>

《入世议定书》第 3 条“非歧视”规定“除本议定书另有规定外，在下列方面给予外国个人、企业和外商投资企业的待遇，不得低于给予其他个人和企业的待遇：（a）生产所需投入物、货物和服务的采购，及其货物在国内市场或供出口生产、营销或销售的条件；（b）国家及地方各级主管机关以及公有或国有企业在运输、能源、基础电信、其他生产设施和要素等领域所供货物和服务的价格和供应。”<sup>④⑧</sup> 首先，该条设定义务不同于《关税与贸易总协定》第 3 条国民待遇义务和第 1 条最惠国待遇义务。该条义务对象是有关人的待遇，而非物的待遇；该条既含有最惠国待遇义务，也含有国民待遇义务。其次，该条是有关外国人、企业和外商投资企业的待遇，是有关其采购、生产、营销或销售等的要求，与履行要求相关。要求外商投资企业当地采购，却无对当地企业的类似要求，亦构成一种歧视待遇，但却不属于《关税与贸易总协定》第 3 条调整的范围，这也正是《多边

<sup>④⑥</sup> 参见《北美自由贸易协定》第 1108 条及附件 I 和附件 II 《跨太平洋伙伴关系协定》第 9.12 条及附件 I 和附件 II。

<sup>④⑦</sup> 以“入世议定书第 3 条”或“入世议定书第 7 条”为主题在中国知网查询，其结果为 0；以“入世议定书第 15 条”或“入世议定书第 16 条”为主题查询，则有許多结果。2017 年 3 月 2 日访问。

<sup>④⑧</sup> 对外贸易经济合作部世界贸易组织司译 《中国加入世界贸易组织法律文件》，法律出版社 2002 年版，第 5 页。

投资协定》谈判时主张制定禁止履行要求的一个理由。最后，在接受生产经营所需货物和服务的价格和供应方面，外商投资企业如承担其他国内企业不承担的要求，如以产品出口、国内含量为条件，初步判断亦构成歧视待遇。换言之，中国政府施加这类要求，在性质上属于履行要求，是不允许的。

如果说《入世议定书》第3条“非歧视”规定对履行要求的影响是逻辑分析的结果，第7条“非关税壁垒”的相关规定则直接以履行要求为对象：（1）自加入时起，中国应遵守《与贸易有关的投资措施协定》，但不得援引该协定第5条的规定。（2）中国应取消并停止执行通过法律、法规或其他措施实施的贸易平衡要求和外汇平衡要求、当地含量要求和出口实绩要求。（3）此外，中国将不执行设置此类要求的合同条款。（4）在不损害本议定书有关规定的情况下，中国应保证，国家和地方各级主管机关对进口许可证、配额、关税配额的分配，或对进口、进口权或投资的任何其他审批方式，不得以下列内容为条件：此类产品是否存在与之竞争的国内供应商；或者任何类型的履行要求，如当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研发。<sup>④</sup> 该规定第一句再次确认了中国根据《与贸易有关的投资措施协定》承担与履行要求相关的义务，但拒绝了中国根据第5条援引例外的权利。第二句则以非常宽泛、绝对的方式要求中国取消并停止执行所列4种履行要求，既没有对现有的履行要求给予宽限期或现有不符措施例外，也没有给予中国未来在相关领域、部门采取这些履行要求的权利。<sup>⑤</sup> 第三句使用“此外”这一表述，表明中国承担的义务超出了《与贸易有关的投资措施协定》，不仅包括政府施加的履行要求，也包括了投资当事人在合同中约定的类似履行要求的内容。如果中外合营企业合同约定外国投资者应负责一定比例产品出口，而外国投资者没有履行这一约定，据该句要求，中国（法院）不应强制执行这一约定。而《与贸易有关的投资措施协定》并无类似要求。第四句要求不得以履行要求作为审批投资的条件，直接将履行要求与投资审批联系起来。不仅如此，这一规定要求不得以“任何类型的履行要求”作为审批投资的条件，绝对、无例外。<sup>⑥</sup> 《入世议定书》列举的当地研发这一要求，在《北美自由贸易协定》和《跨太平洋伙伴关系协定》中是作为例外而存在的。<sup>⑦</sup> 《入世议定书》列举的“补偿”，在世界贸易组织的相关规则中，包括《与贸易有关的投资措施协定》和1994年《政府采购协定》，并无这样相应的概念；但《北美自由贸易协定》《跨太平洋伙伴关系协定》和2012年《政府采购协定》有这样的概念，指在政府采购中为促进当地发展或改善收支平衡而对参加竞标者施加的相关要求或竞标者为此作出的承诺，如当地含量、国内供应商、技术转让、投资、反向贸易或类似措施。<sup>⑧</sup> 第7条有关“补偿”的这一规定将中国有关履行要求承担的义务扩大到政府采购，而政府采购在欧美有关禁止履行要求的义务中是被排除在外的。纵观《入世议定书》整个第7条第3款有关履行要求的规定，中国能否利用一般例外机制（例如环境保护、生命健康等）来实施这些履行要求，<sup>⑨</sup> 利用出口促进这类美欧等投资协定涵盖的重要制度性例外，均不明确。

中国最新签署的自由贸易协定或投资协定，如《中日韩投资协定》《中韩自由贸易协定》，均

<sup>④</sup> 同注④，第6页。原文无句子序号，作者自己添加供下文分析用。

<sup>⑤</sup> 如前文所述，这两种例外是美国签署的《北美自由贸易协定》的内容，并成为美国双边投资协定范本的标准条款，美国等12国签署的《跨太平洋伙伴关系协定》亦有此规定。

<sup>⑥</sup> 本句句首“在不损害本议定书有关规定的情况下”是否提供了中国可援引的例外，只能通过争端解决来寻求答案。

<sup>⑦</sup> See North American Free Trade Agreement, Article 1106.4; Trans-Pacific Partnership Agreement, Article 9.10(3).

<sup>⑧</sup> See North American Free Trade Agreement, Article 1006; Trans-Pacific Partnership Agreement, Article 15.1; Revised Government Procurement Agreement (2012), Article 1 Definitions.

<sup>⑨</sup> 如果中国试图援引类似《关税与贸易总协定》第20条的一般例外，则还会面临中国在出版物案、原材料出口案和稀土出口案中面临的不利处境。

含有禁止履行要求条款，范围却远小于中国“入世”承诺。<sup>⑤</sup>《中澳自由贸易协定》规定协定生效后3年内进行投资章节的全面谈判，包括对履行要求进行谈判。应该说，基于上一部分对禁止履行要求条款设计的分析，中国需要作出的努力是在禁止与例外之间进行平衡，量身定做式地设计相关条款。但基于中国政府在《入世议定书》中作出的远远超出《与贸易有关的投资措施协定》范围的“入世”承诺，鉴于世界贸易组织已经发展成为包括164个成员的国际组织，中国即便在其谈判、签署的国际投资协定中不禁止履行要求，或只禁止少数几种履行要求，中国也已经向全球主要经济体作出了不实施履行要求的承诺。如果世界贸易组织其他成员据此对中国政府的履行要求提出指控，中国很可能处于非常被动的、不利的境地。鉴于自由贸易协定或投资协定对世界贸易组织多边规则的尊重，中国政府能否通过投资协定的履行要求条款来使自己获得较为有利的处境，既取决于自己的谈判能力，也取决于未来世界贸易组织机制与投资协定机制之间的互动关系，包括争端解决实践。

中国吸引外商投资政策是中国改革开放的排头兵。这从1979年制定中外合资经营企业法可以得到印证，也可以从全国人大常委会决定设立上海自由贸易试验区、暂时停止外商投资法的相关行政审批要求得到印证。中国吸引外商投资政策也是中国从传统计划经济向现代市场经济转变的重要组成部分。中国政府实施的履行要求在一定程度上是计划经济带来的、遗留的痕迹。随着中国经济的进一步发展、市场经济体制的进一步完善和政府治理机制的进一步健全，传统形式的履行要求会越来越少。但履行要求不会完全消失。履行要求是东道国管理外国投资的一种手段，也是政府规制经济的一种措施，更是东道国保障外国投资服务于本国经济和社会健康发展的重要举措，是一种应用范围普遍的政策。中国面临着产业转型升级、经济创新发展的任务，提高外国投资的质量是应有之意。在对外商投资企业的特殊优惠待遇取消之后，通过履行要求实现这一目标可能是一种选择。鉴于中国“入世”作出的相关承诺，鉴于国际投资协定越来越多地规制履行要求，如何协调好禁止履行要求和实施履行要求二者之间的关系，是一个充满挑战性的工作，只能且行且看。

#### 【主要参考文献】

1. Kenneth J. Vandavelde, *U. S. International Investment Agreements*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
2. UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, 2015, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5.
3. UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/7.
4. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

(责任编辑: 肖建国)

<sup>⑤</sup>《中韩自由贸易协定》第12.7条“禁止性业绩要求”除确认《与贸易有关的投资措施协定》的义务外，另规定了技术出口或技术转移的业绩要求，且仅限于不合理的或歧视性措施，并非一般意义上的禁止性措施。

***Research on the Procedural Value of Declaratory Action***

ZHAO Xiuju • 108 •

Declaratory action becomes completely a fundamental type of litigations because of the interest in declaratory relief, in other words, the necessity of the declaratory relief. In return, however, interest in declaratory relief becomes to be the weakness of the declaratory action, and makes it subsidiary to the action for performance. The latter is superior to the former. All of this results in the tension between the both types of action and therefore the independency of the declaratory action is undermined by the action for performance. This problem can only partially be resolved through the *res judicata*. There are several resolution plans, such as suspension of the secondly filed suit, joint trial of both actions, termination of the first action etc.

**Key Words** Declaratory Action; Parallel Litigation; Interest in Declaratory Relief

Zhao Xiuju, Associate Professor of Koguan School of Law of Shanghai Jiao Tong University.

***Regulation of Performance Requirements in the context of International Trade and Investment Treaties***

HAN Liyu • 116 •

Performance Requirements (PRs) are in essence measures host country governments take exercising right to regulate on foreign investors and their investments, promoting the benefits of foreign investments to sustainable development in host country. There is controversy on whether or not and to what extent PRs should be prohibited owing to the dual feature of PRs and non-conclusive result of the empirical effectiveness assessment of PRs. Regulation of PRs by International investment treaties should take into account right of the host country to regulate, and general prohibition with various exceptions balancing rights and obligations between the host country and home country may be the best approach to tackle the issue. The WTO commitments concerning PRs China made may it difficult for China to develop its PRs policy.

**Key Words** Right to Regulate; Performance Requirements; International Trade and Investment Treaties; Regulation; China's WTO Commitments

Han Liyu, Ph.D. in Law, Professor of Renmin University of China Law School.

***Neutral Help Behavior and Objective Imputation Theory***

YAO Wanqin • 129 •

The punishment basis of the neutral help behavior has changed from full punishment to limited punishment. Because of the free market awareness and increasingly depressed comprehensive punishment contradictions, few scholars continue to support it. At present, there are many limitations in the limitation of punishment and the birth of a variety of restrictions on the path does not provide a better solution to the problem. The latest theoretical trend of the academic circles is to introduce the objective imputation theory to study the problem, and gradually become a powerful theory to solve the problem of the punishment and punishment of neutral help behavior. Although the introduction of objective imputation theory to deal with the problem will be specific, it will meet the standard of punishment according to the punishment of the accomplice, but in reference to the theory, it should be carried out according to the theory of combing the content itself. The behavior of people not only created a danger of "not allowed", but also realized the danger is to