

国民待遇原则对我国外商投资人工智能治理的启示

郭毓婧

浙江理工大学法政学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年2月2日; 录用日期: 2023年2月13日; 发布日期: 2023年3月15日

摘 要

随着人工智能浪潮的兴起,各国均已意识到人工智能既拥有在数字转型和经济增长前景中的巨大推动力,我国也在各类政策文件中宣告了引领世界人工智能发展的决心。作为新时期我国关于外商投资的顶层设计,《外商投资法》明确外商在运行和退出的各个环节遵循“内外资一致”的原则。人工智能法律制度的构建不仅关乎我国如何治理人工智能,也在于作为《外商投资法》的核心,国民待遇原则在外商投资法律体系中的运行。在统一的价值基础上探寻国民待遇原则对人工智能治理的影响是我国新形势发展需要。从国际投资仲裁实践来看,在适用国民待遇原则时,大多从“相似情形”、“不低于待遇”和“正当理由例外”三个构成要件展开分析是否适用。故从国际投资仲裁实践得出我国外商投资人工智能的启示,建议区分“不同技术领域”分别立法;避免“事实上的歧视”,有效落实鼓励机制;提高算法透明度、回应黑箱质疑。

关键词

国民待遇, 外商投资, 人工智能

Enlightenment of the Principle of National Treatment to the Governance of Foreign-Invested Artificial Intelligence

Yujing Guo

School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Feb. 2nd, 2023; accepted: Feb. 13th, 2023; published: Mar. 15th, 2023

Abstract

With the rising tide of artificial intelligence (“AI”), countries have realized that AI has great impe-

tus in the prospect of digital transformation and economic growth, and China has also declared its determination to lead the world in the development of AI in various policy documents. As the top-level design of foreign investment in the new era, the Foreign Investment Law expressly states that foreign investors should follow the principle of “equality between domestic and foreign investment” in all stages of operation and exit. The construction of a legal regime for AI is not only about how China governs AI, but also about the operation of National Treatment in the legal system for foreign investment, which is the core of the Foreign Investment Law. Exploring the impact of National Treatment on the governance of AI on a unified value basis is necessary for the development of the new situation in China. From the perspective of the practice of international investment arbitration, when applying the National Treatment, the applicability of such treatment is usually analyzed based on the three constitutive elements as “similar circumstances”, “no less favorable treatment” and “exception for justified reasons”. In the light of the international investment arbitration practice, it is suggested that foreign investment in AI in China should be subject to separate legislation for “different technological fields”; to avoid “de facto discrimination” and implement incentive mechanism effectively; and that the transparency of the algorithm should be improved to respond to the black box challenge.

Keywords

National Treatment, Foreign Investment, Artificial Intelligence

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 2013 年以来,随着深度学习技术的不断发展,人工智能被认为是继蒸汽机、电力和计算机之后,人类社会的第四次革命。世界各国纷纷将发展人工智能作为抢抓新一轮科技革命先机的重要举措。我国亦是如此。2017 年 7 月 20 日,国务院印发《关于新一代人工智能发展规划的通知》,明确了“三步走”的战略目标,并在发展规划中宣告我国准备成为人工智能领导者。由国家人工智能标准化总体组、全国信标委人工智能分委会指导,中国电子技术标准化研究院组织编写《人工智能标准白皮书(2021 版)》也将人工智能描述为产业创新的关键和产业“战略高地”。

在应用人工智能的先行者中,我国市场高度活跃,现正以不断跨越现有边界和急剧涌现的人工智能创新引领全球人工智能行业的发展。随着外商来华投资人工智能产业的高度活跃,人工智能的外国投资的风险和困境问题也渐渐引发关注。随着我国全面实行“准入前国民待遇 + 负面清单”,外资进入门槛进一步降低,如何在更加开放的市场环境下维护国家安全,抢抓人工智能发展的重大战略机遇,构筑我国人工智能发展的先发优势成为未来一段时间亟需解决的重要问题。人工智能治理不仅关乎我国如何治理,如何引领,也在于作为《外商投资法》的核心,国民待遇在外商投资法律体系中的运行。

2. 外商投资人工智能领域的现状及困境

2.1. 外商投资人工智能领域的整体情况

从 2013 年至今,在应用人工智能的先行者中,我国市场高度活跃,现正以不断跨越现有边界和急剧涌现的人工智能创新引领全球人工智能行业的发展。在复杂的国际环境下,中国的人工智能初创企业在 2017 年获得了全球人工智能产业风险资金总额的 48%,首次超过了美国。直至 2018 年第一季度,中国

的人工智能产业的投融资额仍是全球第一。¹但是受到中美贸易战的影响，中国人工智能的发展减缓，同时欧盟国家相继出台数字战略，提升在数字规范层面的全球影响力。根据 OECD 人工智能观察中心的数据² (见图 1)，2021 年，美国以共计 1539 例交易、11 亿美元的风险投资额处于人工智能投资能领域的第一梯队，而欧盟和中国紧随其后，但是中欧之间的差距正在逐渐缩小。

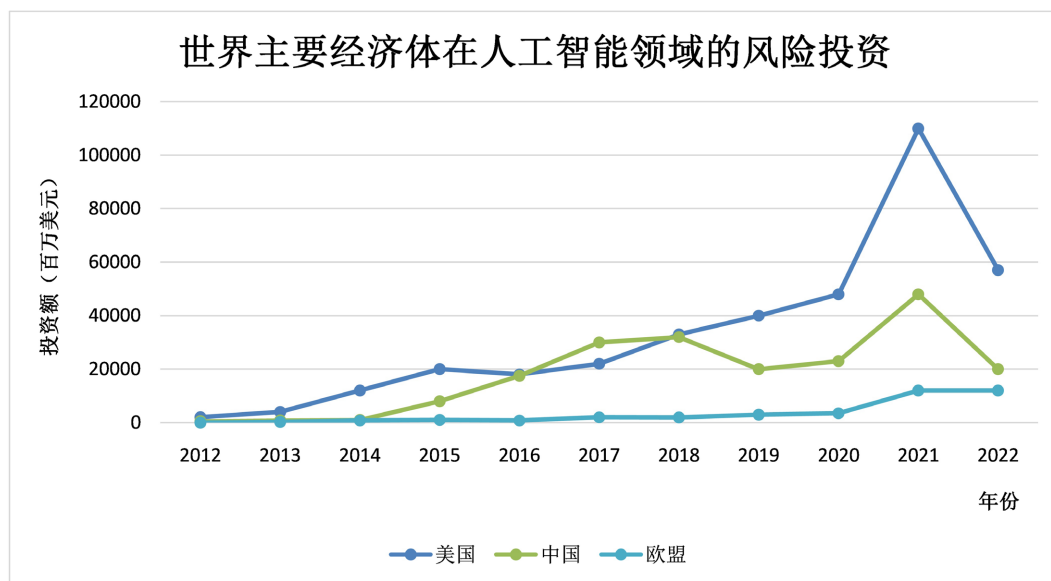


Figure 1. VC Investment in AI of World's Leading Economies

图 1. 世界主要经济体在人工智能领域的风险投资

2.2. 外商投资人工智能领域的风险和困境

2.2.1. 因缺少行业分类导致可操作差

在国家层面目前尚无专项的人工智能产业立法，在《鼓励外商投资产业目录(2022 年版)》中，也仅提到了将“智能器件、机器人、神经网络芯片、神经元传感器等人工智能技术研发与应用”作为鼓励外商投资的产业。在上海 2022 年 10 月 1 日实施的《上海市促进人工智能产业发展条例(草案)》及深圳即将于 2022 年 11 月 1 日起施行的《深圳经济特区人工智能产业促进条例》中均未对人工智能的行业进行区分，而统称为“人工智能产业”。但是随着人工智能行业的不断细化，如果对人工智能统一治理意味着会给予所有技术相同待遇，那对于投资人工智能的外商来说可能存在实践操作难度。战略性模糊确实可以赋予中国人工智能监管很大的自由裁量权，但是如何适应中国更广泛的法律和监管结构？由于缺乏监管不同行业人工智能所需的制度建设以及由于复杂程序引起的行政工作困难和不透明性的制度衰败可能会得不偿失。

2.2.2. 事实上的歧视质疑

事实上的歧视性措施是指不一定由法律规定，而是在实践中发生的歧视^[1]，比如中国出台扶持人工智能企业的政策，但是通常政策并不会对东道国投资者还是外国投资者进行区分。2021 年 9 月 1 日横琴粤港澳深度合作区管委会办公室关于印发《横琴新区支持人工智能产业发展暂行办法》的通知，对符合

¹Daxue Consulting. 2020. The AI Ecosystem in China 2020. Available at:

<https://daxueconsulting.com/wp-content/uploads/2020/03/AI-in-China-2020-White-Paper-by-daxue-consulting-1.pdf>

²OECD. AI. 2022, Powered by EC/OECD (2022), Database of Investment in AI, Available at: 01/05/2023,

<https://oecd.ai/en/data?selectedArea=investments-in-ai&selectedVisualization=vc-investments-in-ai-vs-gdp-per-capita-by-country-over-time>

条件的企业,提供算力、经济贡献和并购扶持等。扶持企业需要满足一定人员、资格上的条件,从条件看,并未区分国内外投资者,以营收扩增的发展奖励来看,符合条件的企业只要上一自然年度主营业务收入首次达到 500 万元、1000 万元等一定指标,就给予奖励。这些鼓励政策即构成待遇,如果外国人工智能企业也符合上述 1~3 项条件,是否也能入库获得扶持?在具体落实过程中,是否会因外资无法入库而导致“事实上的歧视”?

2.2.3. 算法偏见带来的公共秩序隐患

在一个由汽车、信息和通信技术(ICT)以及人工智能(AI)平台和服务组成的密不可分的全球市场中,自动驾驶汽车正沿着一个超越国界的巨大价值链发展。以自动驾驶汽车为例,美国汽车工程师协会 SAE 最先制定了自动驾驶汽车分级标准,从 L0 到 L5,共 6 个等级。2021 年 8 月,国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会也发布了《汽车驾驶自动化分级》国家标准,把驾驶自动化等级划分为 0 到 5,共 6 个等级。但是对人工智能行业的统称忽视了自动驾驶汽车是否依赖与外部实体的沟通或合作以实现关键功能(如数据采集和收集)的问题。“自动”一词被用来表示能够“独立和自给自足”地做出决定和行动的系統,但是按照自动驾驶汽车分级标准,5 级自动驾驶可能才能实现完全自足,而 3 级 4 级可能依赖于外部合作和连接工作。

那在完全实现“自动”之前,低层级对公共秩序和安全的理解可能会主要受到外部技术人员的影响,可能会和高层级的自动驾驶的理解产生偏差。比如在自动驾驶的电车悖论——“碰撞算法”,中则恰当地展示了这种紧张关系[2]。这些算法是指在不可避免的事故发生时决定如何应对的程序。是否应该将车辆乘客的生命置于行人的生命之上?还是应该对自动驾驶的“碰撞算法”进行设定,在考虑到大量因素的情况下做出对整个社会最有利的决定?算法不是客观的。相反,它们带有人类社会中对少数群体的现有偏见和歧视,这些偏见和歧视反映在用于为算法提供动力的训练数据中。此外越低层级的算法越可能携带训练它们的技术人员的价值观和偏好,比如预先设定的“老幼友好”等标签可能会形成其对公共秩序的判断,而高层级的算法可能通过对人类社会更为广泛的场景形成自身对公共秩序的认识,预先设定的偏好和自我形成的认识可能会产生对公共秩序例外不同认识。

3. 国际投资实践中的国民待遇

从国际投资仲裁实践来看,在适用国民待遇时,大多从“相似情形”“不低于待遇”和“正当理由例外”三个构成要件展开分析是否适用。

3.1. 关于“相似情形”

相似情形是一个非常灵活的术语,广义的相似情形概念只要求“相似”的投资者或“相似”投资构成适度相似[3]。实践中将“全部相似行业”认定为“相似情形”的情况不多见,目前为止 Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador 案³是现有国际投资仲裁庭将“相似情形”适用于全部行业的出口商的唯一案例。

实践中更多的仲裁庭会采取相对狭义的解释,以行业之间是否存在竞争关系来确定外国与本国投资者是否处于“相似情形”,比如 Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States 案⁴仲裁庭认为虽然两种产品不属于同一行业,但如果案件的总体情况表明投资者处于相似情形,则也可以跨越同一部门与存在竞争关系的相似产品做比较,构成竞争关系。

甚至有些仲裁庭会要求国内外投资者或其投资属于相同部门,比如在 Sergei Paushok *et al.* v. the

³Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467.

⁴Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5.

Government of Mongolia 案⁵中，仲裁庭不认可申请人有关于黄金行业和铜矿行业属于相似情形的主张。

3.2. 关于“无差别待遇”

大多数仲裁庭案例对适用或解释国民待遇条款的路径分为三步，首先分析国内外投资者和投资是否处在相似情形的范畴内，第二，比较各方或投资所受的待遇^[4]，第三，如果存在差别待遇，东道国行为是否有正当理由。在各国签订的国际投资协定文本中对“无差别待遇”的经典表述通常是，在相似情形下给予外国投资者及其投资以“不低于给予本国投资的待遇”。但实际上各个国际投资协定对“不低于”的表述并不统一。少数 BIT 将“无差别待遇”界定为东道国给予外国投资者及投资的待遇应“等同于”其给予本国投资的待遇。

事实上国际投资仲裁庭在判定是否处于相似情形时，也会参考申请人是否受到了差别待遇，如果是，有没有正当理由。比如在 *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada* 案⁶中，仲裁庭就是在判定存在差别待遇的前提下，再对相似情形进行判别的。再比如 *United Parcel Service of America v. Government of Canada* 案⁷仲裁庭在认定了不存在差别待遇的前提下，认定并不存在相似情形。

3.3. 关于“正当理由例外”

在上述提到的国民待遇的三个构成要件中，正当理由例外是最后一个要件，大家普遍认为如果可以提出合理的理由，那么差别待遇就是正当的。

United Parcel Service of America v. Government of Canada 一案仲裁庭通过分析加拿大国有企业(即加拿大邮政公司)的特权形成历史原因，认为其有完成政策目的必要性，最终支持了东道国的主张，体现了对于东道国公共利益的保护。在国际投资仲裁领域，*Deutsche Telekom AG v. The Republic of India* 案⁸是国际投资仲裁实践中援引国家根本安全例外的经典案例。该案中，东道国参照印度内阁安全委员会的决议通知申请人解除租赁军事卫星上的 70 兆赫电磁波谱的合同，理由是不可抗力。东道国以国家根本安全例外作为抗辩，声称其是为了满足军事和战略需求而解除合同。但是仲裁庭对印度决议解除合同的东西进行了详尽的调查并驳回了国家根本安全例外的援引。

4. 国民待遇原则对我国外商投资背景下人工智能治理的启示

随着人工智能的迅猛发展，人工智能监管生态系统的构建的速度也大大提高，但是与其他行业不同的是，人工智能有其独有的监管风险，简单照搬现有的立法模式并不能以负责任的方式推动人工智能的应用和实践。因此，在制定政策时必须从多领域的现有框架中汲取经验，包括国际法、公共政策、数据治理与伦理道德规范等领域。

4.1. 建议区分“不同技术领域”分别立法

虽然国家层面目前尚无专项的人工智能产业立法，但是预期在未来的高位阶的立法中，因为各项人工智能技术之间的界限往往非常含糊，因此大概率会纳入同一法律，例如欧盟的人工智能法案即将人工智能视为一个极速更新的技术行业^[5]。在《上海市促进人工智能产业发展条例》及《深圳经济特区人工智能产业促进条例》中均未对人工智能的行业进行区分，而统称为“人工智能产业”。

从应然性角度分析，在确定“相似情形”的比较路径并进行分析时，不应以全部人工智能技术涉及行业来界定“相似情形”，实践中可能会采用“竞争领域”或相同经济领域认定“相似情形”，同时兼

⁵Sergei Paushok et al. v. Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, Available at: <https://www.italaw.com/cases/816>; footnotes omitted.

⁶*Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, paras. 105-118.

⁷*United Parcel Service of America v. Government of Canada*, NAFTA(UNCITRAL), Award on the Merits, 27 May 2007, para. 83.

⁸*Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*, PCA Case No. 2014-10.

顾调控措施的目的。举例来说明,《中国(上海)自由贸易试验区临港新片区集聚发展人工智能产业若干政策》对片区内符合条件的人工智能企业提供资金支持,支持片区内企业围绕人工智能芯片、核心算法等基础核心技术和关键共性技术开展攻关,对引领产业发展或取得颠覆性突破的项目,根据技术创新性和投资额给予最高 2000 万元资金支持。很显然该项措施针对工智能芯片、核心算法等技术,若是将所有人工智能技术视为相同行业,中国在给予外国投资者时未全部给予上述资金支持则可能触及国民待遇的违反,未在相似情形下给予相同待遇,是明显不合常理的。所以减少对“人工智能”一词的使用,聚焦到具体技术上是未来长期发展的方向。

4.2. 避免因“事实上的歧视”违反国民待遇义务,有效落实鼓励机制

改革开放初期,为了吸引外资,政府给予了外资企业超国民待遇的优惠。但是随着新的发展时期的到来,《外商投资法》规定了准入前国民待遇加负面清单的管理模式;保障外资企业平等适用相关政策、参与标准制定、政府采购和取得行业许可[6]。我国已出台了相当多鼓励投资人工智能的法规规章,其中往往不区分国内外投资者,这样的规定很容易造成事实上的歧视性,这样的歧视可能会成为外国政府抨击中国投资环境的砝码,在当今的紧缩的国际投资环境中,中国人工智能企业去海外投资已频频遭受审查,甚至在市场准入阶段被拒,若国内投资环境仍存在对外国投资者的歧视,可能会对我国占领人工智能优势地位造成不利影响。虽然这样的情况随着《外商投资法》的出台情况有所好转⁹,但是不少观点仍认为,模糊的语言仍然存在于外商投资政策以及各项人工智能规范中,需要更多的条款来确保外国企业与本地公司享有平等待遇。因此我国在立法时要避免出现“事实上的歧视”,避免违反国民待遇义务,合理区分内外资待遇。

4.3. 提高算法透明度、回应黑箱质疑

人工智能技术的发展极大程度地改变了我们的现代生活,很大程度上提升了信息与我们现实或潜在需求的契合程度。比如日常生活诸多场景都有智能赋能其中:购物软件中的猜你喜欢,新闻资讯的个性化推荐抑或是自动驾驶技术的普及。人工智能实现的基本方式是算法,算法通常是运算方法的统称,现在多指计算机操作规则的一系列步骤。从定义的角度来看,算法只是一系列代码的组合,本身并不包含价值判断的成分,但当算法作用于人和社会的时候,则有人对算法隐私权以及信息茧房提出质疑。“算法黑箱”的形成引发对人工智能技术或者说是算法是否能够保持公开公正,是否存在偏见的讨论。

有学者提出可以从算法可解释性方面提高算法透明度[7]。这种对算法的解释可能触及存在于算法输出之前我们无法洞悉的算法流程。比如在举证责任的分配上可以要求算法开发者与使用者在不透漏算法作为商业秘密而被保护的的部分的情况下,对算法自身输入的数据与输出的结果之间的因果关系做出可以被普通大众所明晰的解释,将算法运行的黑箱予以透明化、可视化,增强大众的信任感和安全感,保护信息的对称性,防止算法编写者人工干预算法的运行。

参考文献

- [1] Bjorklund, A.K. (2018) The National Treatment Obligation. In: Yannaca-Small, K., Ed., *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 532-561.
- [2] de Sio, F.S. (2017) Killing by Autonomous Vehicles and the Legal Doctrine of Necessity. *Ethical Theory and Moral Practice*, 20, 411. <https://doi.org/10.1007/s10677-017-9780-7>
- [3] Schefe, K.N. (2020) *International Investment Law Text, Cases and Materials*. 2nd Edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton.
- [4] 肖军. 国际投资条约中国民待遇条款的解释问题研究——评 Champion Trading Company & Ameritrade International,

⁹HSBC. 2020. HSBC Navigator: Growing with China, Available at: <https://www.business.hsbc.com.cn/en-gb/navigator/growing-with-china>.

-
- Inc.诉埃及案[J]. 法学评论, 2008, 26(2): 59-65.
- [5] 方旭, 卫燕, 张颖, 等. 欧盟人工智能法案综述[J]. 计算机时代, 2022(5): 92-95.
- [6] 曹夏天, 漆彤. 制度型开放视阈下《外商投资法》的革新与实施[J]. 贵州师范大学学报(社会科学版), 2021(6): 145-156.
- [7] 吴椒军, 郭婉儿. 人工智能时代算法黑箱的法治化治理[J]. 科技与法律(中英文), 2021(1): 19-28.