

文章编号: 1005-0523(2003)06-0078-04

国际投资规则的自由化与 WTO 多边投资协议

余 莹

(中南民族大学 法学院, 湖北 武汉 430074)

摘要: 晚近以来, 投资条约的自由化法发展趋势令人瞩目, 本文在分析自由化投资规则在各类投资条约中的演进过程后指出, 国际投资规则在国际经济一体化浪潮下必将逐渐自由化, WTO 将成为实现国际投资规则自由化的重要场所, 但是这一过程必须以渐进的方式进行, 并且必须在发达国家和发展中国家之间保持利益平衡。

关键词: 国际投资; 投资条约; 自由化

中图分类号: F830

文献标识码: A

国际投资规则是通过大量的双边投资条约及多边投资条约实践来确定的, 晚近以来, 投资条约的发展迅速, 无论是内容还是数量都较以往有很大不同, 表现为双边投资条约数量激增, 投资条约的形式由双边向多边、综合性投资条约发展, 从内容上看, 投资条约的自由化趋向也越来越明显。投资条约的晚近发展趋势与当前全球经济一体化、贸易自由化的形势密不可分, 对推动投资的自由流动和各国间的经济合作有促进作用。现在一些发达国家极力推动在 WTO 框架下签定自由化的多边投资协议, 以实现通过多边贸易体制将国际投资规则自由化普及确定的目标。WTO 是否应该成为形成自由化的国际投资规则的场合, 在 WTO 框架下的投资规则应该如何确立, 我国作为 WTO 的新的重要的成员国, 作为世界上最大的资本输入国, 都必须对国际投资规则的发展趋向保持高度关注, 并尽可能施加中国的影响。

1 国际投资规则自由化发展的表现

由于缺乏统一具有世界普遍约束力的国际投资公约, 国际投资规则一直呈现零散、不周全的特点, 并且在对许多重要规则的态度上形成发达国家

与发展中国家观点对峙的局面。总的说来, 传统国际投资规则较尊重东道国对外资的属地管辖权, 但晚近以来国际投资规则却日渐侵蚀东道国的外资管辖权, 呈现自由化发展趋势, 表现为投资准入自由化规则的地位不断提升、投资待遇标准不断提高、投资保护规则日益严格、争议解决方法日益国际化和多样化。

首先, 在投资准入方面, 传统的国际投资规则是东道国可以自主决定是否允许或根据什么条件允许外国投资者进入本国投资, 也就是说, 投资准入完全由一国国内法所管辖。所以在多数国际投资条约中一般规定外资准入应受制于东道国国内立法, 国民待遇只适用于投资设业后的投资经营运作阶段, 而不是外资准入阶段, 东道国有权决定外资进入的领域和进入的条件。晚近美国在签订双边投资条约时将国民待遇、最惠国待遇引入投资准入领域, 要求外资在进入东道国前后都享有国民待遇和最惠国待遇, 而不仅仅限于投资进入后的经营运作阶段, 这将极大削弱东道国对外国投资进入领域和进入条件的普遍审查权, 使得外资在进入的程序、领域等方面享有极大的自由。美式双边投资条约(简称美式 BIT)的准入规则改变了传统投资条约关于投资准入的谨慎立法模式, 在晚近投资国际法制

收稿日期: 2003-04-08

作者简介: 余 莹(1968-), 女, 中南民族大学法学院讲师。

的发展进程中竖起自由化的大旗。作为世界上最大的资本输出国和资本输入国,美国不仅在双边投资条约谈判方式采取强硬立场,坚持自由化准入规则,而且在多边投资法制中也不遗余力推广其BIT范本的影响。在美国加入的《北美自由贸易协定》中,也采取了“将国民待遇和最惠国待遇贯彻于外资准入阶段”这种高度自由化的外资准入立法模式。此外经济合作与发展组织在《多边投资协议草案(MAI)》中的投资准入规则也与北美自由贸易协定的条款如出一辙,要求实现自由的投资准入。

其次,投资待遇标准不断提高。国际投资的外资待遇标准包括绝对待遇与相对待遇。关于绝对待遇,给予外资公正与公平待遇已经是普遍的国际投资规则,但是发展中国家与发达国家之间对该项待遇标准有不同的理解:广大发展中国家认为,应根据东道国的实际情况判定外资所受待遇是否达到公正与公平的标准,而发达国家则主张,公正与公平待遇还包括国际最低标准。晚近发达国家力图通过各种途径,扩充国际最低标准的适用,如美式BIT就直接规定外国投资者的待遇不得低于“国际法”的要求,即使在BIT中没有明确规定国际法待遇标准,发达国家也会采取通过对条约的扩大解释、最惠国待遇适用以及一些BIT中的“权利保留条款”来援引国际法待遇标准。^[1]至于相对待遇,包括最惠国待遇和国民待遇,在BIT中,普遍规定了对外资的最惠国待遇,而国民待遇,如前文所述,晚近投资条约的发展显示不仅多数BIT规定给予国民待遇,而且还将之引入到投资准入阶段,这将极大推动投资自由化的发展。

第三,对外资保护上,发达国家与发展中国家长期以来矛盾的焦点集中在征收及其补偿上。发达国家通常主张,对外资征收,应根据国际法给予“充分、及时、有效”的补偿,即采用“赫尔三原则”,发展中国家坚持认为应该按照东道国国内法给予适当、合理补偿。近年来,发展中国家由于经济发展继续引进外资,逐渐接受了发达国家的主张。联合国贸发会议1998年的研究表明,相当大多数BIT使用“赫尔公式”的措辞,包括一些发展中国家之间签订的BIT。此外,从ICSID和美国—伊朗仲裁庭的实践来看,几乎所有的案件都采用“充分”补偿或“全部”补偿标准。

最后,在投资争议解决的方法、安排上,投资者已享有更多的自主选择权,并呈现仲裁管辖范围不断扩大、东道国管辖权日益受到削弱的态势。长期

以来,发达国家及其投资者倾向于选择外国法院诉讼、外交保护、国际仲裁等方法解决争议,而发展中国家一般倾向于选择本国当地救济或由发展中国家创设的仲裁机构解决投资争议,反对通过外交保护和外国法院诉讼的方式解决投资争议。晚近越来越多的BIT明确放弃了“当地救济”的要求,或规定一旦双方协商不成,外国投资者即可提起仲裁,或规定提起“当地救济”与否,应由外国投资者决定。如据20世纪90年代签订的409个BIT的统计中,只有5个规定了“当地救济”要求,在其余的BIT中,有20个明确排除了“当地救济”要求,默示放弃的有345个。^[2]现在国际投资争议一般采取仲裁方式,晚近投资条约采用仲裁方式呈现两大特点,一是仲裁提起方面,据对1985年以后缔结的BIT研究表明,绝大多数采取强制同意型条款,这极大削弱了东道国的管辖权。二是引入了选择性仲裁制度,越来越多的投资条约中规定了多种可供选择的制裁途径,备选对象主要有ICSID仲裁体制、联合国国际贸易法委员会仲裁体制、国际商会仲裁院仲裁体制以及其他特设仲裁体制。在实践中,提起仲裁的申诉方往往都是外国投资者,因此这些方面的选择权往往由外国投资者行使。

2 国际投资规则自由化的途径:WTO框架下制定多边投资协议问题的由来

国际投资规则自由化,是一个无法回避也不可避免的现实,但它是否具有普遍意义,是否被国际社会接受为共同的规则?回答上述问题,就必须对国际投资规则自由化的演进历程进行考察,这也是探讨在WTO框架下订立多边投资协议的前提和基础。

国际投资规则自由化首先是通过大量的含有自由化内容的双边投资条约实践,进而在区域性多边投资条约推广而发展的。近年来双边投资条约发展迅速,据联合国贸发会的最新统计数据,到1999年年底,双边投资条约的总数已经达到1856个。^[3]传统的双边投资条约对自由化要求比较和缓,不要求东道国在外资准入上给与国民待遇,东道国在投资领域上有一定的控制权,它是由德国等一些欧洲国家于20世纪50年代末、60年代初率先同发展中国家缔结这种专门化的投资条约而推广开来的,所以又称为欧式BIT。此类条约得到许多发展中国家的欢迎,是现代双边条约的主要形式,但是到了20

世纪 80 年代, 美式 BIT 以高标准的投资保护要求和待遇标准粉墨登场, 成为现代 BIT 中的一个新种类, 并对其它投资条约的发展产生重大影响, 其他发达国家也纷纷效仿美式 BIT, 在对外签订双边投资条约时加入自由化投资规则的条款。

晚近发展中国家之间签订的双边投资条约也越来越多, 如仅在 1998 年签订的 79 个 BIT 中, 发展中国家互相签订的双边投资条约就占到其中的 39%, 这些 BIT 大都含有自由化的投资条款, 这些数据表明发展中国家在符合自己经济承受能力的范围内对自由化投资规则采取了更为务实的态度, 另一方面, 也说明接受自由化投资规则的范围逐渐由发达国家向发展中国家扩散。

高度自由化的美式 BIT 也成为晚近一些区域性多边投资条约的范本, 如 20 世纪 90 年代出现的《北美自由贸易协定》几乎全部承接了美式 BIT 的自由化投资规则, 尤为值得一提的是经济合作与发展组织发起的多边投资协议草案(MAI), 该协议在投资待遇、投资准入、征收补偿及争议解决等问题上在很大程度上也援引或照搬了美式 BIT 的规定, 确立了高水平的投资自由化规则, 被认为是当前自由化最高水平的多边投资条约。MAI 的谈判方式对推行自由化投资规则是一种创新。当前, 各国经济发展水平参差不齐, 除非在经济水平实力相当的国家之间, 才有可能达成自由化程度较高的多边投资协议, 如欧共体之间的投资条约, 但这种投资条约只具有区域内的效力。发达国家意识到, 通过双边投资条约推动投资自由化, 存在缔约国有限、谈判艰苦、规则不一等众多缺陷, 最好的办法是通过建立全球性多边投资条约的途径一步到位的确立高标准的自由化投资规则。在乌拉圭多边谈判中发展中国家对高标准投资规则的集体抵制形成一股强大的力量, 使得 WTO 框架下的两个投资协议(TRIMs 协议与 GSTs 协议)自由化程度未能达到发达国家的预期效果, 所以发达国家必须寻求新的方法, 绕过发展中国家集体抵制的障碍。MAI 的谈判方式是先由发达的 OECD 成员国单方面确立高标准的自由化投资规则, 然后运用它们的经济政治影响迫使欠发达国家加入 MAI, 再逐步推广到其他国家。正如法国学者帕奇克所指出的“MAI 给发展中国家出了一道难题, 如果这些国家不愿意接受 MAI, 就会给国际社会留下不愿意加强投资保护的印象, 这将不利于它们吸引外资。”^[4]

但是 MAI 协议草案由于发达国家内部之间利

益不一、矛盾尖锐而于 1998 年搁浅, 国际投资规则继续自由化的道路却并没有走到尽头, 一些发达国家就强烈希望借助 WTO 来强化多边投资立法, 他们认为: BIT 和区域性多边投资条约对西方倡导的“习惯国际法”进行了反复确认或明确的接受, 西方所倡导的高标准自由化的一系列规则已经获得广泛接受, 并上升到习惯国际法的高度。^[5] 这样在 WTO 框架下订立自由化的多边投资协议就有了较为深厚的基础, 由于 WTO 是真正形成有约束力国际规则的场所, 一旦就投资问题达成多边协议, 就会对所有的成员方包括发展中成员方适用, 这样发达国家所惬意的自由化规则就能通过 WTO 这个世界最大的多边体制推行全球。

3 对 WTO 框架下国际投资规则的自由化发展展望

众所周知, WTO 是一个推动全球贸易自由化的多边体制, 在乌拉圭回合所达成的与投资有关的协议, 如《与贸易有关的投资措施协议》、《与贸易有关的知识产权协议》、《服务贸易总协定》等都只是在贸易框架下涉及投资问题, WTO 是否能够成为全面约束投资、形成国际投资规则的场所是存在争议的。但是发达国家在 MAI 失败后利用 WTO 贸易与投资关系工作组这一 WTO 成立后新成立的专门研究贸易与投资关系的机构, 反复强调贸易与投资之间存在密切关系, 多方论证将投资问题全面纳入 WTO 调节范畴的必要性, 并要求将在 WTO 框架下发起多边投资协议谈判作为新回合的议题。^[6]

但是发起签订一项全球性的自由化多边投资协议并非易事, 国际投资规则的形成需要发达国家与发展中国家的共同参与, 在 WTO 框架下完全按发达国家的意愿订立高度自由化的投资规则只是他们一相情愿的事情。许多国家主要是发展中国家反对在 WTO 框架下制定新的多边投资协议, 他们认为, 现有的双边投资条约和多边条约已为投资者提供了充分的安全和保护, 没有必要另行签订新的多边投资协议, 而且发展中国家认为 WTO 的各项规则更体现了发达国家的利益, 在发达国家主导下的 WTO 框架内, 发展中国家所关注的得到过管理引导外资一寸金本国经济发展的权利极有可能受到损害, 等等。^[7]

鉴于发展中国家的反对, 2001 年多哈部长会议没有见发起多边投资协议作为新一轮回合谈判的

议题,只做出了允许贸易与投资工作组就多边投资协议问题进行继续分析研究的决定。由此看来,WTO框架下国际投资规则自由化的进程暂时遇到障碍,但是对这个国际投资规则自由化历程的回顾以及WTO协议达成的历史考察,本文对未来WTO框架下达成全面投资协议持乐观态度。

首先,从世界经济的发展格局来看,全球经济一体化遂成为不可抵挡的潮流,投资自由化则是全球经济一体化的组成部分,投资领域的自由化与全球经济一体化息息相关,全球经济一体化的加快必然要求国际投资规则的自由化。从在这个意义上讲,只要在自由化的经济发展趋势不发生变更,国际投资法律在各个层面日益趋同并最终统一在—项综合性的多边协议中的命运则是注定的。^[8]WTO是目前世界上影响最大的多边贸易体制,在乌拉圭谈判时就成功的将一些投资问题纳入该体制,该体制的谈判机制及影响力使得WTO能够成为多边投资协议谈判的合适场所。

其次,WTO框架下投资规则的自由化只能以渐进方式进行,并且要体现发展中国家与发达国家之间利益的平衡。MAI失败的教训表明,过度的自由化不仅会因为超出发展中国家的承受能力而受到他们的极力反对,而且在发达国家之间也难以达成一致意见。所以在WTO框架下的多边投资协议必须充分考虑各方的利益,必须尊重发展中国家的外资管辖权,当然,这个过程将充满对抗与妥协。

第三,现阶段WTO框架下的投资规则自由化将

通过一些专项性的投资协议完成。如前文所述,综合的全面的多边投资协议体制的问题极为复杂,发达国家之间、发达国家与发展中国家之间、甚至发展中国家之间都不能在诸如投资定义、投资准入等重大问题上取得一致,因此,最为可行的是通过一些调整某一专门问题的投资协议来调和各类国家之间的矛盾,例如通过对《TRIMs》协议与《反补贴协议》的修订来管制某些投资措施,等等,这样就向自由化的目标前进了一步。

参考文献:

- [1] 徐崇利.双边投资条约的晚近发展述评.国际经济法论丛第5卷,第288页.
- [2] P.Peters, Exhaustion of Local Remedies, Ignoored in Most Bilateral Investment Treaties, Netherlands International Law Review, 1997, (44), 234—237.
- [3] 韩亮.20世纪90年代双边投资保护协定的发展及评价.法学评论,2001.
- [4] 刘笋.从MAI看综合性国际投资多边立法的困境和出路.中国法学,2001.
- [5] 刘笋.浅析BIT作用的有限性及对BIT促成习惯国际法规则论的反对论.法制与社会发展,2001.
- [6] 刘笋.WTO框架下的多边投资协议问题述评.中国法学,2003.
- [7] 刘笋.WTO框架下的多边投资协议问题述评.中国法学,2003.
- [8] 叶兴平.外国直接投资最新发展趋势与变迁中的国际投资规则——宏观考察.法学评论,2002.

The Liberalizing Trend of International Investment Rules and Multilateral Investment Treaty in WTO

YU Ying

(Zhongnan National University Law School Wuhan Hubei 430074 China)

Abstract: Recently, international investment rules are developing with the tendency of liberal, which are promoted by developed countries through BITs and some multilateral investment treaties, developed countries also propose constitute MFA(Multilateral Frame Agreement on investment). Faced with the condition, developing countries should attach themselves to the negotiation in a positive attitude.

Key words: international investment; investment treaty; liberalization