

● 国际法学

# 国际直接投资自由化的法律政策分析

叶兴平, 杨静宜

(深圳大学 法学院, 广东 深圳 518060)

[作者简介] 叶兴平(1962-), 男, 湖北武汉人, 深圳大学法学院副教授, 主要从事国际法学研究; 杨静宜(1976-), 女, 湖北宜昌人, 深圳大学法学院硕士生, 主要从事国际法学研究。

[摘要] 投资自由化需要合理的政策法律体系来推进和保障, 国际直接投资自由化的主要法律因素即市场准入、国民待遇、禁止履行要求及法律政策透明化等, 国际立法应反映国际投资自由化问题, 国际直接投资自由化法律政策的制定应考虑到发展中国家的利益。

[关键词] 国际直接投资政策自由化; 投资协定

[中图分类号] DF 97 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2002)04-0464-05

## 一、国际直接投资自由化的具体内容

### (一) 市场准入自由化

在外资立法上, 通常把外国投资活动分为外资建立之前和建立之后两大部分, 即外资市场准入阶段和外资经营阶段。市场准入是国际直接投资政策自由化过程的重要方面, 它是指东道国允许外国投资进入的自由程度, 即东道国哪些领域接受投资, 接受什么样的投资, 投资应该满足什么条件等。市场准入在法律规范上还不是一项具体的制度或原则, 它是立法所达到的效果, 要靠具体的法律制度来实施, 这些法律制度包括投资定义、投资待遇、投资措施的消除等。

外资市场准入问题在传统的国际投资立法中一直是一个敏感的问题, 各国一般都将外资进入的管辖权视为东道国的主权问题, 不会轻易让步。例如, 20 世纪 80 年代以前的双边投资协定一般都回避外资市场准入问题。80 年代以后, 国际投资条约中的市场准入问题开始出现变化。例如, 美国双边投资范本规定国民待遇适用于外资准入阶段。在区域和多边条约中也开始出现明确规定投资准入义务的立法方法。例如, 《北美自由贸易协定》(NAFTA) 赋予外资在设立时拥有国民待遇和最惠国待遇; 《欧共体条约》规定清除对设立自由的限制和对服务提供的限制; 世界银行《外国直接投资待遇指南》将开放投资市场准入作为外资立法的目标; 经济合作和发展组织(OECD)制订的多边投资草案(MAI)也规定了外资准入阶段给与国民待遇。以上条约显示了市场准入越来越自由化的趋势。

### (二) 国民待遇

制定一个公正合理的市场竞争规则是国际直接投资自由化所必需的, 竞争主体需要处于平等的地位, 国民待遇是保障这种平等地位所不可缺少的因素。国民待遇是一个具有相对性特征的概念。从原则上讲, 它是指在相近的条件下, 在诸如建立所有权和对企业的控制、与法院和其他官方机构的接触渠

道畅通程度、获取法律保护以及在税法、劳工法、保护消费者权益法和环境保护法等方面享有的权利、获取贷款的便利、甚至政府对企业的援助等方面,外国企业与国内企业应享受同样待遇<sup>[1]</sup>(第4页)。国民待遇的大多数方面都是属于自由化范畴的。但是,国民待遇与自由化进程不是同义语,国民待遇只是自由化进程的一个组成部分。外国投资者获得的待遇水平取决于东道国对本国国民待遇水平的高低。晚近,随着广大发展中国家广泛推行市场经济,发达国家在这方面的顾虑虽已大为减小,但国民待遇原则的这一局限性在一定程度上仍然存在。

对于国民待遇,国际上存在着两项公认的“一般例外”:其一是对公共秩序和国家安全保留例外;其二是对外资准入实行例外。但是,随着自由化经济的发展,发达国家意欲赋予国民待遇新的涵义。晚近,在发达国家之间签订的双边和多边投资协定在外资国民待遇问题上的趋势,是将国民待遇扩大适用于外资市场准入阶段和强调国民待遇与最惠国待遇择优选。这些趋势显示在美国式的双边投资协定、NAFTA、MAI 等等文件中。例如,经合组织起草的 MAI 关于国民待遇的规定是:“每一缔约方给予另一缔约方投资者及其投资的待遇应不低于它在类似的情形下给与本国投资者及其投资在投资的设立、获得、扩大、经营、管理、维持、使用、享有及出售或其他处置资产方面的待遇。”这个规定把我们通常认为只给与投资经营阶段的国民待遇扩大到外资市场准入阶段,这将是国际投资政策自由化的重大进展,但在目前是大多数发展中国家所不能接受的。

### (三) 禁止履行要求

履行要求是指东道国要求外国投资者承担的特定的限制性义务,实际上就是东道国对外国投资采取的一些具体管制措施,目的是为达到东道国预期的社会经济发展目标,诸如当地成分要求、出口实绩要求、贸易平衡要求、国内销售要求、当地股权要求、外汇平衡要求、汇出限制、生产限制、技术转让要求、当地雇佣要求,等等。这些履行要求可能用于外资准入阶段,即东道国把外国投资者满足某些要求作为外资进入的前提条件;东道国也可能在外资准入阶段没有附加这些限制性条件,但在水资进入后,要求在经营过程中必须满足这些条件。此外,履行要求也可能仅作为外资获得东道国各种优惠待遇的先决条件。发展中国家过去常常全面实施这些措施,这是因为,外资对东道国来说除了具有重大的积极作用外,还具有消极的一面。“资本是趋利的”,外国企业不是从东道国国家利益的角度考虑从事经营活动,不完全屈从于东道国政府的影响或控制。跨国公司限制性商业行为对东道国危害极大,但由于发达国家的阻挠,长久得不到世界法律的规制,因此发展中国家希望采取履行要求这些措施来控制和引导外资投向,使外资与自己的社会经济发展目标趋于一致。诚然,根据国际法,东道国有权对外资的进入和经营行使管理的权力。但是,过多的限制性要求会让外资“望而却步”,尤其是自由化经济发展的今天。现在,许多发展中国家已逐步解除了诸多限制,如在当地股权要求方面,许多国家现在大体上已允许外资企业拥有 100% 的股权。现在发展中国家实施履行要求很多是作为外资获得东道国财政税收优惠的条件。近年来,履行要求显示出一种趋势:它已丧失其强制的特点,代之以积极的刺激。发达国家也不是完全不采取履行要求,但使用的较少,且往往与政治上十分敏感的目标密切相关,这些目标如在贫困地区创造就业机会,为反对银行贷款中的种族歧视而要求的社区再投资、环境保护等。

对于履行要求,自 80 年代以来美国认为它已成为国际投资领域最严重、发展最快的问题,所以在其签订的双边投资保护协定中增加了取消履行要求的条款。禁止履行要求条款成为美式 BIT 中引人注目的条款之一。NAFTA、《能源宪章条约》都对一些履行要求做出了禁止规定。乌拉圭回合达成的 TRIMs 协议禁止使用当地成分要求、贸易平衡要求、外汇平衡要求、当地销售要求等四项履行要求。OECD 的 MAI 几乎禁止所有的履行要求,并把它扩展到市场准入阶段。广泛的推行国民待遇和彻底取消履行要求是发达国家用以实现国际投资自由化的两把利剑。而对于大多数发展中国家来说,实行履行要求是其引导外资投向以符合本国产业发展目标的手段,完全取消履行要求就意味着失去了对外资的管理和控制权,这是发展中国家所不能接受的。在自由化进程中,发展中国家如若不愿意让自己处于被动的地位,就得采取一种钳制的战术策略,将跨国公司行为准则问题一并联系起来考虑。世界投资规

则的自由化程度,最终将取决于该规则是否包含限制跨国公司行为的内容,如果规则包含这样的内容,发展中国家便会倾向于谈判更大自由化义务和更高投资保护标准的条款。反之,自由化的程度和投资保护水平只会限制在最保守的选择上<sup>[2]</sup>(P.18)。

#### (四) 限制投资鼓励

目前,人们对于投资鼓励的定义、范围和性质没有统一的认识。衡量投资鼓励的得失和利弊是十分困难和复杂的。一般认为,投资鼓励(investment incentives)是指政府为了鼓励特定企业或某几类企业以某一方式行事而赋予它们在经济上可衡量的任何优惠,包括提高特定外资企业回报率的措施和降低其成本或风险的措施。投资鼓励主要包括税收鼓励,如免税期、降低所得税税率、投资补贴、低税率、退税;其他财政鼓励,如信贷优惠、关税减让,以及非财政措施,包括提供基础设施和经营服务。工业区、经济特区、保税区、出口加工区及科技园都是国家实行鼓励措施的方式,某些国家地区为促进地区发展也提供了以场地补贴、提供基础设施便利和商业服务的形式出现的各种各样的鼓励措施。不管发达国家还是发展中国家都曾利用各种各样的鼓励措施。实施鼓励措施是为了影响外国直接投资进入的行业、区位和规模,吸引其扩大出口、帮助东道国进行结构调整、引进先进技术等来促成国家的经济发展目标实现。投资鼓励可以针对外国企业、国内企业或两者兼而有之。如果这些鼓励只是用于外国投资者,虽有利于吸引而不是限制外国直接投资,但从性质上讲,它构成了歧视,对市场机制造成了扭曲。而且,实施鼓励措施究竟会不会达到预期目的还是不确定的。一般认为,东道国在提供鼓励方面彼此展开激烈竞争,增加成本,结果是鼓励措施的作用彼此抵消,没有增加有关国家投资项目的社会效益,仅仅提高了投资者的利益。一些事实也证明了鼓励措施并没有导致投资的有效配置,如一些新兴的工业化国家没有提供鼓励措施也未影响其吸引外资,相反大多数非洲国家提供了大量鼓励措施却没有吸引太多的外资。因此,鼓励仅是吸引外资的“次优”选择。同时,鼓励的提供要伴随批准手续,这可能掺入限制性的要求,对外资具有间接的限制作用,而且,鼓励措施的实行易滋长官僚主义。现在,大多数国家对鼓励政策已采取谨慎的态度,但对绝大多数发展中国家来说,仍“孜孜乐道”于这项措施。投资鼓励措施在投资政策自由化进程中将是最为复杂、争议最多的一个问题。

#### (五) 法律政策透明化

法律政策透明化在外国直接投资中同样起着必不可少的作用,它是投资自由化具体制度实施的保障。自由化是由政策法律来推进的,是靠合理的法律体系来保障的。要使国际投资有序进行,使投资者的利益得到保障,就需要东道国政府公开其影响外国企业在东道国经营活动的全部措施,使投资者随时能得到有关外资政策和实施情况的准确信息。透明化要求东道国制定正式公布法律和政策的制度,要求投资者能较容易地了解东道国的所有与外资有关的政策法律及惯例。一些法制不健全的国家管理体制经常让外国投资者疑惑,所以透明化也要求消除这些人为的管理疑惑。乌拉圭回合达成的与贸易有关的投资措施协议和服务贸易协议,有助于与外国直接投资有关的透明度增强。TRIMs 要求各成员方公布一切与贸易有关的投资政策、法规及做法(包括由地区和地方政府机关所实施的)。随着世界贸易组织的推进,必然要求法律政策更加透明化。

## 二、国际投资协定中的自由化趋势

在国际投资政策自由化浪潮里,许多国家,尤其是发展中国家推行了以国际化、自由化、私有化为中心的一系列经济体制改革,逐渐开放国内市场,实行自由化倾向的外国直接投资政策。近年来,许多国家修订了外资法,扩大了对外国直接投资实行自由化的程度。随着对外直接投资的全球性竞争的加剧,各国正趋于形成共同的政策标准。从总体上说,各国的外资政策由于自由化运动而正在日益趋同。

在国际层面上,对国际直接投资自由化做出反应最多是双边投资协定(BIT)。截至 2000 年 1 月已有 1 857 项双边投资协定在 173 个国家间缔结。最初的双边投资协定主要在发达国家与发展中国家之

间签订。现在,发达国家之间、发达国家与经济转型国家之间、发展中国家之间、发展中国家与经济转型国家之间签订的双边投资保护协定越来越多。签订双边投资保护协定的目的是为了鼓励缔约国家欢迎外国投资,并为外国投资提供便利条件。大多数双边投资保护协定都规定给与外资经营阶段国民待遇、最惠国待遇及公平公正待遇,对资本转移、征收和国有化、投资争端解决等问题予以规定。

国际投资政策自由化也体现在区域经济一体化的努力成果方面。区域层次的国际协调,主要目的是协调区域各成员国的外资法律政策,促进区域内国际投资的自由化。调整国际直接投资的区域条约主要体现在三种类型的法律文件中。一类是专门针对外国直接投资的投资协议,如1961年的《OECD资本流动与经常项下无形交易自由化法典》和1991年的《安第斯条约第291号决议》;第二类是特别涉及外国直接投资问题的区域经济一体化协议,如NAFTA和1957年《欧共体条约》;第三类是那些纯经济性质的区域协定,如1994年《欧洲能源协定》。这最后一类法律文件往往是运用其特定的条款对属于特定经济领域里的外国直接投资问题做出规定。另外,还有一些虽然没有法律约束力,但对于区域层面外国直接投资立法具有重要推动作用的区域性文件也值得提及,它们是1976年的《OECD国际投资与多国企业声明》和1994年《亚太经济合作非约束性投资原则》等。这些法律文件的主要内容包括逐步取消区域成员国现有的关于外资市场准入和设立的限制、所有权和控制权以及与经营有关的限制等阻碍在区域内实现国家直接投资政策自由化的种种限制措施,公布现有的有关管理制度及其变化,来保证政策和管理措施的透明化和国际直接投资政策自由化的实施。

国际直接投资政策自由化的最高立法形式是多边层次的立法,但是国际社会对外资政策的国际协调收效甚微。世界银行1965年《关于解决各国与其他国家国民之间投资争端的公约》和1985年《多边投资担保机构公约》只是在对外资的国际保护及解决投资争端方面取得了进展。1992年世界银行制订的《外国直接投资待遇指南》虽然对外资准入、待遇、征收及争议解决作了全面规定,但该指南不具有法律约束力。另外,OECD制订的一项综合性的高标准的多边投资协定在1998年就已破产。所以世界贸易组织中与投资有关的协议是目前最重要的多边投资协议,它们是:《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs)、《服务贸易总协定》(GATS)及《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)。WTO下与投资有关的条款对国民待遇、限制投资措施、法律政策透明化等投资自由化因素都有重要影响。因此目前涉及国际直接投资的多边协定都是解决国际直接投资中的一个或几个问题,国际直接投资中还有很多问题没有在多边层面上得到解决,况且现存的多边体制的自由化程度也是发达国家不满意的。因此,为了促进国际直接投资政策自由化,建立一个稳定的、透明的、完善的国际直接投资法律体系是必要的。

### 三、发展中国家的对策

外国直接投资对一国经济的增长甚至对全球经济发展的重要性已被各国所承认,各国都在竞相吸引外资。从理论上说,国际直接投资自由化的初衷是美好的。然而,对其认识却一直存在分歧<sup>[3]</sup>(第28页)。但可以预见,随着自由化进程的推进,各国的外资政策会趋于相近,此时仍保留的某些差异可能会影响投资项目的区位决策或投资扩张决策。尤其在目前外资还是供不应求和政策自由化带来的新的区位优势砝码的情况下,各国要更好地吸引和利用外资,就得接受国际直接投资自由化的要求。所以说,在某种程度上,国际直接投资政策自由化是“迫不得已”的必然选择。

发展中国家在投资自由化潮流中将面临更大的挑战。因为,国际直接投资政策自由化使得投资者都处于平等的竞争地位,但这种平等不具有实质上的平等。发达国家的国内市场完备、各产业比较成熟、资本雄厚,根据1997年的《世界投资报告》,发达国家在全球资本输出总额中占85%,仍然稳居世界上主要的资本输出国地位,因此投资自由化在发达国家中呼声更高,投资自由化完全符合他们的利益。而发展中国家国内市场发展不健全、国内产业发育不成熟、技术水平和管理水平等都比较落后,国内企业在竞争能力上还有一定差距,又没有雄厚资本去冲击他国市场,在这种情况下,内外资地位完全相同、

自由平等的竞争只会造成“优胜劣汰”。这样,就需要国家对经济保留更多的管理权,完全的自由化将威胁着发展中国家的经济发展。因此,发展中国家一方面由于需求资金而依附于发达国家,需要适应国际直接投资政策自由化的潮流;另一方面又得避免在自由竞争中“优胜劣汰”的危险。发展中国家要成功的应对挑战,需要加快国内改革步伐,保证经济的持续增长,不断提高自身的经济竞争力。但同时,由于发达国家对于国际投资政策问题,主要是通过国际协议的方式与发展中国家沟通,使发展中国家“就范”,所以发展中国家尤其应该认清这一点,积极参加国际协定的谈判,争取让国际协定最大限度的考虑其发展问题。历史经验证明,任何国际协定的制订都是缔约各方针锋相对讨价还价的结果,只有参与规则的制订,才能保障规则对各方利益的照顾。发展中国家现在在国际直接投资中的地位越来越重要,它们理应团结起来,共同参与一切影响其整体利益的国际规则的制订。尤其我国是世界上最大的发展中国家,而且在国际投资中占着重要的地位,所以应该积极参加多边国际投资协定的制订,吸取我国在多边国际贸易体制中的经验教训。

国际直接投资自由化应该是一个渐进的过程,全球政策的制定不得不尊重发展中国家落后的现实,只有考虑到不同国家经济发展的需要,在各种利益冲突中权衡,实现互利,才能最终使世界经济增长,为全人类谋福利。

#### [参 考 文 献]

- [1] 联合国贸发会议. 1994 年世界投资报告[M]. 北京: 对外贸易教育出版社, 1995.
- [2] BURT, Eric M. Developing Countries and Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization[J]. American University Journal of International Law and Policy, 1997, (5).
- [3] 朱廷珩. 发展中国家投资政策自由化的作用及其影响[J]. 国际贸易问题, 1997, (12).

(责任编辑 车 英)

## Analysis on Law and Policy of International Direct Investment Liberalization

YE Xing-ping YANG Jing-yi

(Law School, Shenzhen University, Shenzhen 518060, Guangdong, China)

**Biographies:** YE Xing-ping (1962-), male, Associate professor, Law School, Shenzhen University, majoring in international law, YANG Jing-yi (1976-), Female, Graduate, Law School, Shengzhen University, majoring in international law.

**Abstract:** Investment liberalization requires a reasonable legal system. The essay analyzes the main legal factors of the policy liberalization of international direct investment, including admission of market, national treatment, prohibiting performance requirements, restricting investment incentives, and transparency of law and policies. Furthermore, it discusses the reaction of international agreements. Finally, it suggests that the developing countries' interests should be considered into the course of establishing the laws and policies of international direct investment liberalization.

**Key words:** policy liberalization of international direct investment; investment agreements