

● 国际法

投资条约中的“履行要求禁止规则”^{*}

刘 笋

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430074)

[作者简介] 刘 笋 (1969-), 男, 湖北汉川人, 武汉大学国际法研究所博士, 中南财经政法大学法学院讲师, 主要从事国际投资法和国际贸易法研究。

[摘 要] 履行要求是东道国为引导和管理外资而采取的一些政府措施。然而, 近年来的某些双边投资条约和多边投资条约, 国际文件开始对东道国的此项权力提出质疑, 对东道国外资管辖权形成了过大的冲击。履行要求的减少乃至废除, 必须遵循尊重现实渐进推行的原则, 任何过激的国际管制规则都不会收到良好的效果。

[关键词] 双边投资条约; 多边投资条约; 履行要求禁止规则

[中图分类号] DF961 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001) 06-0739-05

一、双边投资立法中的“履行要求禁止规则”及其影响

履行要求是东道国政府采取的一些引导和管理外来投资的国内措施, 有其实施上的坚实的法律依据, 大多数国家也普遍实施着履行要求。然而, 随着全球经济一体化和区域经济一体化的迅速发展, 随着国际贸易和投资自由化的要求越来越高, 某些西方发达国家开始对东道国实施履行要求的行为提出质疑, 晚近的国际双边投资立法中也已经开始出现禁止某些种类的履行要求的条款。

发达国家, 尤其是美国, 近年来表露出从根本上反对履行要求的态度, 认为履行要求是一种政府对市场的不合理干预, 干扰了投资者依据国际市场因素自由做出投资决策的权利, 妨碍了国际投资和国际贸易的自由化进程。

20 世纪 80 年代以来, 美国一直把取消履行要求作为对外签订双边投资条约的一个重要目标, 美国官方甚至认为, 履行要求“在当今的国际投资领域, 显然已成为最为严重的, 也是发展最快的问题”。美国在拟订的双边投资条约范本中, 开始推行“履行要求禁止条款”, 该条款通常为范本第 2 条第 5 款, 该款通常规定: “缔约任何一方均不得施加任何履行要求, 作为投资项目建立、扩充或维持的条件, 即要求或承诺, 同意把生产出来的货物出口外销; 或明文规定某些产品或劳务必须就地购买; 或者把任何其他同类要求或措施强加于人。”

在美国的强烈坚持下, 已经有一些发展中国家在与美国签订了双边投资条约, 完全接受了上述条款, 如喀麦隆、俄罗斯、波兰、爱沙尼亚、牙买加、摩尔多瓦、厄瓜多尔、罗马尼亚、吉尔吉斯斯坦、哈萨克斯坦、匈牙利、亚美尼亚、格林纳达等国家。另外一些发展中国家虽然对“履行要求禁止条款”做了一些限制, 但也开始部分接受这种严重约束东道国外资管辖权的条约条款。

* 收稿日期: 2001-04-26

应当指出的是,在传统的友好通商航海条约以及欧洲式的促进和保护投资协定中,没有涉及履行要求问题,换言之,传统的双边投资条约认为是否实施履行要求以及实施多少履行要求是东道国外资管辖权范围内的事项,习惯国际法赋予一个主权国家的属地管辖权理所当然地包括东道国在外资准入和准入后的经营运作阶段施加履行要求的权力。晚近出现的美式双边投资条约实践,已经突破了这个传统规则,对东道国外资管辖权形成了新的约束。因此,关于履行要求的规定,或许可以说是美国式投资保护协定的一项“创新”。

从性质上看,美式双边投资条约是一种极力推崇投资自由化的双边投资条约,以最大限度地提高投资者待遇和提供投资保护为目的,以尽可能限制东道国外资管辖权为手段,成为典型的高标准自由化双边投资条约,而“履行要求禁止条款”正是美式双边投资条约作为“自由化性质”的双边投资条约的重要象征之一。由于美式双边投资条约在许多方面都提出了较欧式双边投资条约更高的投资保护要求和待遇标准,美式双边投资条约正成为现代双边投资条约中的一个新的种类,并在美国能力所及的范围内影响着双边投资条约的未来发展,并可能将其影响范围不断扩及未来的多边投资立法。

值得重视的是,美式双边投资条约对履行要求的禁止是全方位的,并不局限于禁止对贸易会产生扭曲影响的履行要求,也不局限于对投资准入后的履行要求的禁止。换言之,依据美式双边投资条约的规定,只要东道国实施的某种履行要求产生了扭曲投资的效果,不论这种履行要求是否会产生贸易上的扭曲效果,都应当予以禁止。这样,美式双边投资条约所禁止的履行要求的外延,就较《与贸易有关的投资措施协议》禁止的投资措施的范围要广泛得多。同时,由于美式双边投资条约推行准入阶段的国民待遇,而且其“履行要求禁止条款”对投资项目设业阶段的履行要求也予以了禁止,因此,在美式双边投资条约下,东道国在外资进入以及进入后的经营运作的各阶段都被禁止实施履行要求,这无疑极大地限制了东道国的外资管辖权。

二、履行要求的国际管制在多边立法中的体现

受经济全球化影响,近年来,国际社会开始在一些多边立法的场所关注消除甚至禁止履行要求的问题,主要体现在以下几个方面:

(一)区域性多边投资条约中开始出现“履行要求禁止条款”

在《北美自由贸易协定》中,专门有一投资章节,该投资章节明确规定了“履行要求禁止条款”。协定第 1106 条第 1 款规定,禁止一成员国对另一成员国或非成员国的投资施加履行要求,包括在投资的设业、取得、扩展、管理和经营运作方面实施的履行要求。协定开列的被禁止的履行要求的清单包括出口履行要求、当地成份要求、当地原材料要求、贸易平衡要求、生产强制要求和技术转移要求。除了对上述履行要求的禁止外,协定第 1106 条第 3 款还禁止一成员国在另一成员国或非成员国的投资者接受投资鼓励时附加如下条件: 1. 优先采购当地原材料; 2. 达到一定水平的当地成份要求; 3. 将产品的当地销售限制在产品出口的一定比例范围内或要求获取外汇收入以达到某种程度的贸易平衡。

(二)已经出现禁止某些种类的履行要求的全球性多边条约

依据乌拉圭回合达成的《与贸易有关的投资措施协议》(即 TRIMs 协议)第 2 条,任何成员方都不得实施与 GATT1994 第 3 条(国民待遇)和第 11 条(一般取消数量限制)不相符合的与贸易有关的投资措施(此处所谓投资措施,实际上就是指东道国实施的具有扭曲贸易性质、违背 GATT1994 自由贸易规则的一些履行要求)。原则上,WTO 成员国在制订和实施引导或限制投资的措施时,必须同时考虑这些措施是否会生产扭曲贸易的效果,凡是与 GATT1994 第 3 条国民待遇原则和第 11 条一般取消数量限制原则不相符合的投资措施,包括那些国内法或行政命令项下的强制性或可予强制性执行的措施或为取得优势地位所必需的措施,都属于应予禁止之列。依据《与贸易有关的投资措施协议》附录的解释性清单,发达国家强烈反对的当地成分要求、贸易平衡要求、通过贸易平衡手段限制进口、通过限制获取外汇

的手段来限制进口以及出口限制要求都被明文禁止。

(三) 已经出现禁止某些种类的履行要求的部门性投资条约

在 90 年代出台的部门性投资自由化条约——《能源宪章条约》中,已经开始涉及履行要求的国际管制问题。该条约于 1994 年缔结,它将广大的独联体成员国和东欧国家与主要的西方发达国家纳入同一个高度自由化的能源贸易和投资方面的法律体制,比较典型地而又较全面地反映了近年来发达国家关于投资保护、投资准入、投资待遇方面的高标准、严要求,因而成为研究自由化多边投资立法的一个重要依据,也是分析和预测未来自由化多边投资立法的重要背景资料。不少西方学者认为,能源领域达成一项具有投资自由化特色的多边条约应当被视为是国际投资自由化的多边立法方面的一个重要突破,在某种意义上讲,ECT 可以作为国际投资自由化立法日益向纵深方向发展的一个标志。《能源宪章条约》第 5 条专门规定了与贸易有关的投资措施方面的多边规则,该条禁止成员国政府实施与贸易有关的投资措施,主要目的是防止外国投资者在能源投资领域受到歧视性待遇,因为在该投资领域,外国投资者通常不得不与东道国政府签订许可协议或特许协议,而此类协议中通常有条款要求外国投资者承担优先购买当地产品或服务的义务,《能源宪章条约》第 5 条可以防止这种协议条款的出现。

(四) 出现明确反对履行要求的国际文件

近年来,某些尚不具备法律约束力但对未来国际投资立法具有重大影响国际文件,已经明确表露出对履行要求的反对态度,1992 年由世界银行制订的《外国直接投资待遇指南》就是典型的例子。世行指南明确指出,用来作为外资准入条件的某些履行要求经常是起反作用的,而开放外资准入是更有效的方法。世行指南进一步解释说,对外资准入附加某些履行要求会阻碍投资或鼓励滥用,而对外资准入采取限制性列举(即列举禁止、限制、允许外国投资的部门)的方法更为可取^[1](第 346 页)。世行指南对于税收豁免及税收鼓励也持反对意见,这些豁免和鼓励经常被用作实施履行要求的配合手段。考虑到世界银行的重要地位和世行制订指南的如下重要目的,笔者认为,我们没有理由忽视世行关于履行要求的相关规定。世行希望指南服务于以下目的: 1. 指导日后那些旨在确认和发展国际投资领域内的国际规则的司法实践和著书立说; 2. 影响投资领域内习惯国际法的发展,为普遍接受的习惯国际法规则的产生奠定基础,这些规则可能因未来的国家实践的普遍遵循而获得关于其法律约束力的普遍认可; 3. 世行指南可作为那些有兴趣的国家制订关于外资方面的法律的依据和来源,在这一方面,指南可能对那些正在制订或修改外资法的国家有所帮助; 4. 作为普遍接受的国际标准发展过程中的重要的一步,补充双边投资条约; 5. 通过世界银行集团等国际经济组织对指南的采用以及发达国家用来作为双边投资条约谈判的基础,对国际社会产生影响。

上述情况表明,在 90 年代,在多边立法层面上,从重要国际组织的指导性规则到有约束力的多边条约,从区域性条约、部门性条约到全球性条约,国际社会已经开始试图对履行要求进行全方位控制,而这些重大的立法变化,都发生在 90 年代这短短的 10 年的时间内,它一方面说明投资自由化浪潮影响和改变传统的投资立法的范围越来越广、程度越来越深、速度越来越快,另一方面,它进一步提示作为资本输入国的发展中国家,经济全球化背景下的国际投资立法,正日益严重地侵蚀着东道国外资管辖权,履行要求的国际管制已经成为不可回避的现实问题。

三、履行要求的国际管制应遵循尊重现实渐进推行的原则

出现在晚近双边和多边投资条约中的管制“履行要求”的规则,对东道国外资管辖权形成了新的挑战。然而,值得注意的是,各国经济发展水平的差异和各国仍然在普遍实施各种形式的履行要求的现实,决定了全面禁止履行要求的条约法规则不可能在短期内普遍推广。笔者认为,法律是建立在经济基础上的上层建筑的一部分,不可能严重脱离经济现实,国际法也是如此。从建立健全而稳定的国际投资法律秩序的目的出发,从确立国际经济新秩序的角度来看问题,就履行要求的国际管制问题而言,发展中国

家能够接受且应当坚持的基本原则,只能是尊重现实渐进推行的原则。

联合国贸发会在 80 年代末期对各国实施的履行要求进行的实证研究表明,各国实施履行要求往往有其经济发展战略方面的考虑,而且通常针对不同行业采取不同的策略。履行要求在实践中运用中有如下几个特点: 1. 倾向于集中在特定的产业,其中汽车、石油化工、计算机或信息产业部门名列榜首; 2. 在汽车产业中,当地成分要求比出口要求使用的更为频繁;在计算机或信息产业,出口要求比当地成分要求更为常见;在石油化工产业,当地成分要求和出口履行要求都很突出; 3. 履行要求在发达国家和发展中国家中都存在,但后者更为常见。

依据 1987 年美国海外私人投资公司所做的调查,OPIC 承保项目的 40% 受到东道国履行要求的限制,履行要求尤其集中在采矿、能源等部门。美国贸易代表署在 1989 年所做的调查显示,在被调查的 51 个国家中,有 31 个是发展中国家,这 31 个发展中国家中有 23 个国家实施当地成份要求,有 16 个国家实施出口履行要求,11 个国家特别强调汽车行业的投资措施的实施。20 个发达国家中有 6 个施加当地成份要求,3 个施加出口履行要求。世界银行在更近期的一项调查报告显示,履行要求在各国,尤其是发展中国家仍然流行,报告调研了 20 个发展中国家的情况,发现有 19 个国家在 1991 年到 1994 年之间在多个行业部门维持着当地成份要求^[2](P. 177- 178)。

美国式的双边投资条约提出的全面禁止履行要求的规则,超越了多数国家的经济发展现状,不适当地削弱了东道国的外资管辖权,因此,正如美国知名国际投资法学者范德菲尔德教授指出的那样: 消除履行要求是美国对外缔结双边投资条约的重点之一,但同时又是一个特别难以达到的目标^[3](P. 677)。有学者指出,美式双边投资条约之所以进展缓慢,许多国家都不愿意与美国签订美式双边投资条约,其间一个很重要的原因就是美式双边投资条约提出了过高的自由化要求^[4](P. 946- 958)。也有学者认为,从发展中国家的角度来看问题,由于各种履行要求的设置关系到东道国利用外资目标的实现,如果美国不顾发展中国家的利益,一味强求它们彻底禁用各种履行要求,势必会遭到众多发展中国家的反对和抵制,而且,除美国之外,其他发达国家均未在双边投资条约中提出这方面的要求,美国虽然有“雄厚”的谈判实力,但毕竟“单枪匹马”,这就更增加了让广大发展中国家完全接受“履行要求禁止条款”的难度。

我们注意到,目前的多边立法对履行要求的国际管制多半是有限的管制: TRIMs 协议将明确禁止的投资措施的种类圈定为 5 种,且仅限于禁止东道国实施的“与贸易有关的”投资措施; ECT 禁止的投资措施也局限于“与贸易有关”的投资措施。这说明多边投资立法不得不考虑各国取消投资措施或履行要求的难度上的不同以及各国外资法的现状。惟一紧跟美式双边投资条约实践的《北美自由贸易协定》,虽然提出了全面禁止履行要求的规则,但不得不给予各成员方提出保留和例外的机会,同时,由于该协议的成员国只有美国、加拿大和墨西哥三国,不宜过分夸大其影响。

发展中国家应当注意到国际投资立法在晚近发生的一些重要变化,尤其是要加强对多边贸易体制内的一些“与投资有关”的多边协议的研究。我们反对全面禁止履行要求的条款过早地在双边和多边立法层面上体现出来,反对对双边和多边投资条约中的“履行要求禁止条款”做扩大解释。武汉大学的余劲松教授就指出,对 TRIMs 协议第 2 条及其附录的规定在解释上和适用上应从严把握,防止不适当的扩大化。凡未被协议明文禁止的 TRIMs,应当看做是协议允许的,除协议附录中明确列举的 5 种 TRIMs 外,原则上不应当将协议的禁止性规定扩大到其他的 TRIMs^[5](第 102 页)。我们认为,既然条约是国家间意志协调的产物,投资条约所体现的国际投资规则就必须适当反映缔约各国不同的意见和需求。

我们承认,某些履行要求的确产生了扭曲贸易和投资的影响,全球经济的进一步发展要求各国政府进一步减少对国际投资和贸易的干预,限制履行要求的适用范围成为不可避免的问题。但履行要求的减少乃至废除必须考虑可行性的问题,减少和废除履行要求的方式和方法也必须考虑合理性的问题。从目前的情况来看,广大发展中国家的经济基础尚十分脆弱,其国内投资者与发达国家的跨国投资者相比,竞争力是相当弱小的,发展中国家经济命脉仍有被跨国资本控制的危险,同时,发展中国家也面临着进行产业结构调整 and 实行经济体制改革的繁重任务,外资的引进必须服从“有目的、有重点、有方向、有步

骤”的原则。无论是国内产业的适度保护还是防止跨国公司的消极影响,无论是进行产业结构调整、经济体制改革还是实现国家经济发展战略目标,都需要国家在外来资本的准入、经营运作的各环节实施一定的干预和调控,而这种干预和调控最有力的表现形式就是各种履行要求。维持一些种类的履行要求是发展中国家的现实需求,履行要求的消除只能依靠各国的共同努力,以渐进的方式逐步实现。其间需要解决的几个问题是: 1. 各国自由化性质的外资法改革必须普遍进行且逐步趋同; 2. 南北国家的经济差距必须逐步缩小乃至消除; 3. 需要建立更为有效的国际立法机制,以便今后出台的关于减少和消除履行要求的国际法规则在反映国际投资和贸易自由化的同时,也适当反映不同国家的不同利益需求,在确保各国提出保留和例外的权力的同时,防止过多的保留和例外对条约法规则自身价值追求的过分贬抑。

[参 考 文 献]

- [1] 余劲松. 国际投资法 [M]. 北京: 法律出版社, 1997.
- [2] EDWARDS Robert H, SIMON N Lerter. Towards A More Comprehensive World Trade Organization on Trade Related Investment Measures [J]. Stanford Journal of International Law, 1997, (33).
- [3] VANDEVELDE Kenneth J. U S Bilateral Investment Treaties The Second Wave [J]. Michigan Journal of International Law, 1993, (14).
- [4] ROBIN Patricia McKinstry. The BIT Won't Bite The American Bilateral Investment Treaty Program [J]. American University Law Review, 1994, (33).
- [5] 余劲松. TRIMs 协议研究 [J]. 法学评论, 2001. (2).

(责任编辑 车 英)

On Performance Requirements Prohibiting Provision in Investment Treaties

LIU Sun

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430074, Hubei, China)

Biography LIU Sun(1969-), male, Doctor, Lecturer, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in international investment law and international trade law.

Abstract Performance requirements are some investment measures used by the host country to introduce and manage foreign investment. But there are some changes in the recent development of bilateral and multilateral investment legislations. Some bilateral and multilateral investment treaties began to challenge this power of host country, some treaties even totally prohibited performance requirements. The reduce or abolish of performance requirements shall follow the principle of “respect the reality and advance step by step”, any extremist international rules to reduce or abolish performance requirements will be refused by most countries, because these rules impair the interest of those less-developed countries.

Key words bilateral investment treaty; unilateral investment treaty; performance requirements prohibiting provision