



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/EM.12/2
23 September 2002
CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

投资、技术和相关的资金问题委员会

外国直接投资对发展具有的意义：在联系国家
和国际形势并考虑到贸易/投资相互关系的前
提下为加强外国直接投资在提高投资所在国
的企业部门竞争力和经济业绩方面的作用而
制定的政策专家会议

2002 年 11 月 6 日至 8 日，日内瓦

临时议程项目 3

外国直接投资对发展具有的意义：联系国家和
国际形势制定的加强外国直接投资的作用的
政策一要考虑的政策问题

贸发会议秘书处的说明

内 容 提 要

本说明涉及在探索外国直接投资对发展的影响时，特别是在谈判国际投资协议的情况下值得认真考虑的并非详尽的一系列问题。更具体而言，说明涉及与下列方面有关的问题：一、与外国直接投资有关的东道国政策对促进流入外国直接投资与本国企业方面相互配合的作用；二、来源国的政策措施在这方面可能发挥的作用；三、外国直接投资协议的拟订和执行如何在考虑到东道国政府的发展政策和目标及其管制权的情况下均衡反映来源国和东道国的利益。

目 录

<u>章 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	4
一、东道国的政策措施	6
二、来源国的政策措施	11
三、管制权和保障	16
参考文献	23

导 言

1. 投资、技术及相关的资金问题委员会在 2002 年 1 月 21 日至 25 日举行的第六届会议上决定举行一次“外国直接投资对发展具有的意义：在联系国家和国际形势并考虑到贸易/投资相互关系的前提下为加强外国直接投资在提高投资所在国的企业部门竞争力和经济业绩方面的作用而制定的政策专家会议”。

2. 鉴于在世界贸易组织多哈会议《部长宣言》中提出的在投资领域进行政策分析的要求，鉴于不论在哪一级进行的关于谈判国际投资协议“有关发展的内容”的讨论都需要投入，所选题目可为特别恰当。

3. 外国直接投资对东道国的经济发展可起重要作用。除提供资金以外，外国直接投资还可有利于实现下列目的：取得外国技术、知识、管理技能和其他重要投入；融入世界销售、分配和生产网络；提高企业的国际竞争力和国家的经济绩效。同时，不论是外国直接投资的流入还是这种流入带来的好处都不是自然而然的事。

4. 各国政府需要考虑希望流入的外国直接投资对其经济发展起什么作用，然后据以制定其外国直接投资政策。在这方面，一般的政策目标都是：特别吸引与所确定发展目标一致的投资；尽可能增加外国直接投资可能带来的好处；尽可能减少不利影响(如国际收支问题、排挤问题、转移定价、滥用市场支配权、劳工问题和环境影响)。主要有两种市场失灵会引起(东道国或来源国)政府的干预：投资过程中信息或协调失灵；(外国和/或本国)投资者的私人利益与东道国的经济和社会利益的分歧。为使流入外国直接投资的影响最佳化(贸发会议，1999 年)，各国政府需要处理好下述四类问题：

- 在国际投资过程中出现的信息和协调失灵；
- 当地企业发展过程中的幼稚产业问题，如果流入外国直接投资对当地企业有排挤作用，其发展就会受到破坏；
- 在本国能力较低而在相当一段时期内又没有提高的情况下，或在跨国公司未能为提高有关能力投入足够资金的情况下(在外国子公司和当地企业挂钩的情况下特别容易出现的一个问题)，跨国公司所带来优势的静止性；

- 东道国政府方面的脆弱谈判和管制能力，这可能会造成从社会角度来看不利的利益分配(如对竞争或环境的不利影响)。

5. 一般来说，在外国直接投资对本国经济的作用和影响方面，发展中国家和经济转型国家与发达国家不同。首先，前者一般都是外国直接投资的纯引进国，而发达国家在多数情况下都能使流入和流出的外国直接投资保持更平衡的局面。¹ 因此，在外国直接投资和国际投资协议方面，多数发展中国家和经济转型国家的主要重点是与它们吸引外国直接投资和利用这种投资的能力有关的问题。相比之下，与改善进入外向投资的外国市场的条件有关的问题则处于次要地位，至少是对大多数发展中国家而言。

6. 第二，在发展中国家和经济转型国家，本国和外国企业之间的技术差距普遍更突出。一方面，这表明，这类国家应当特别注意吸引可带来宝贵资金、技术和知识的外国直接投资。另一方面，本国各方面的能力薄弱又限制了充分利用流入外国直接投资的能力。同样，在本国企业生产能力较低的国家，流入的外国直接投资可提供理想做法的宝贵范例，从而导致生产力的提高，但也有排挤国内企业的危险，并可能鼓励反竞争行为，因而造成福利损失。

7. 国际协议一般都包括约束性承诺，这可使各国的政策趋于一致，并可限制协议各方的政策自主程度。因此，对发展中国家而言，重要的是从发展角度深入理解哪些政策和政策工具最重要；投资领域的国际法规将如何影响它们；可争取来源国作出什么承诺以支持它们的发展目标。总的问题是，国际投资协议如何才能帮助发展中国家和经济转型国家吸引外国直接投资，同时留出足够的政策余地使这些国家能为尽可能多的受益于这种投资制定适当法规。

8. 在这方面，在专家会议的职能范围中提出了四个具体问题，即：

- 东道国政策如何结合本国和国际情况鼓励外国直接投资和本国企业共同促进本国企业竞争力的提高？

¹ 发展中国家流出外国直接投资总额在 1990 年代后期迅速增加，2001 年达到 7,760 亿美元。然而，10 个最大的发展中经济体就占了这些投资的 85%以上，其中香港(中国)、新加坡、中国台湾省和大韩民国居前四位。据报告，2001 年只有 15 个发展中经济体和转型经济体对外投资总额超过 100 亿美元。70 个国家的流出外国直接投资总额低于 1,000 万美元(贸发会议，2002 年)。

- 来源国可采取何种措施促进这一结果的实现？
- 如何在考虑到东道国政府的发展政策和目标以及为公共利益行使的管制权利的情况下均衡来源国和东道国的利益？
- 怎样才能采取保障措施确保本国企业不受不利影响？

9. 本说明简要概述了在国际投资协议谈判过程中探索外国直接投资对发展的影响时应当考虑的一些问题，当然不止这些问题。第二章论述了来源国的政策措施在这方面可能产生的作用。第三章承认，国际投资协议会限制有关各方利用所实行政策，并论述了保障措施的作用以及东道国政府实行管制的权利。

一、东道国的政策措施

10. 东道国可利用各种政策手段加强外国直接投资对发展的影响。一些是一般性政策，旨在加强经营环境的吸引力(旨在实现政治和宏观经济稳定以及改善基础结构和人力资源的政策；贸易政策；科学技术政策；劳工法等)。这类政策可以是全国性的，也可以是部门或地区的特有政策。另一类政策是为了促进企业，特别是中小企业能力的发展。最后，还有一些由各种法规组成的政策，关系到外国投资者的进入和经营、对他们的待遇标准以及他们所在市场的运作(贸发会议，1996 年 a)。虽然本说明集中论述的是最后一类政策—因为它最直接关系到外国直接投资—但很明显，这类政策需要很好的融入一个国家的总的发展战略。

11. 各国都在加倍努力吸引外国直接投资。从涉及开放部门和行业的外国直接投资政策的放宽可看出这一点(贸发会议，2002 年)。不同发展水平的国家还在不断缔结双边投资条约和双重征税条约。到 2001 年底，共缔结了 2,099 项双边投资条约和 2,185 项双重征税条约(贸发会议，2002 年)。虽然总的趋势是外国直接投资自由化，但只是开放经济往往不再足以不断吸引外国直接投资和确保外国直接投资带来预期的发展效益。跨国公司的投资决定主要是受基本经济要素驱动(如市场规模、生产成本和效率、基础结构水平和熟练人员的可得性)。针对日益激烈的争取外国直接投资的竞争和为了克服信息失灵，越来越多的国家正在积极向潜在投资者宣传投资地点。另外，各国在促进外国直接投资方面也在越来越多的采取针对性更强的办法。这种办法，虽然不无风险，但增加了吸引可促进实现国家发展目标的那类投资的机会(贸发会议，2002 年)。

12. 在缺少有利政策环境的情况，跨国公司在确定在发展中国家的出口型活动的地点时一般都倾向于注重东道国的相对优势，特别是低劳动力成本和后勤保障。因此，充分掌握固有条件并将其转化为有活力和可持续的优势要求政府预先采取行动。本国熟练人员和企业能力的发展对吸引优质外国直接投资和确保具有充分利用知识转让的必要吸收能力特别重要。

13. 就核心外国直接投资政策而言，一些东道国曾执行或正在执行各种旨在影响在其管辖范围内的外国子公司的经营的各种“东道国管理措施”(贸发会议，2001 年 a)。东道国管理措施可涉及投资的所有方面(所有权和控制、人员雇用、投入采购等)，通常采取限制或绩效要求的形式。采取这类措施的目的往往是要影响外国直接投资的地点和性质，特别是增加自己的受益。东道国管理措施可分为三类(表 1)：“红灯”东道国管理措施，这是世贸组织《与贸易有关的投资措施协议》所明确禁止的，因为这类措施对国际贸易有扭曲作用；“黄灯”东道国管理措施，这类措施受到区域间、区域和双边(但不包括多边)协议的明确禁止、限制或遏制；“绿灯”东道国管理措施，这类措施不受任何国际投资协议的限制。

表 1

三类东道国管理措施

类 别	东道国管理措施
“红灯”东道国管理措施	- 当地内容要求 - 贸易平衡要求 - 与企业造成的外汇流入有关的外汇限制 - 出口管制
“黄灯”东道国管理措施	- 建立有本国企业参加的合资企业的要求 - 关于本国入股最低水平的要求 - 将总部设在特定地区的要求 - 就业成绩要求 - 出口业绩要求 - 对在所在地出售产品或服务的限制 - 关于从特定地点专门向具体地区供应产品和服务的要求 - 关于作为产品或服务的专门供应商的要求 - 关于技术转让、生产工艺或其他知识产权的要求 - 研究与发展要求 - 违反公正和公平待遇原则的措施
“绿灯”东道国管理措施	- 所有其他东道国管理措施

资料来源：贸发会议，2001 年 a，第 3 页。

14. 在多边一级，与贸易有关的投资措施协议不仅禁止强制性的投资措施，而且禁止以得到某种好处为条件的投资措施。它只适用于与货物贸易有关而不是与服务贸易有关的投资措施。² 虽然这种措施经常出现在外国投资政策中，但《协议》也同样适用于对本国企业实行的措施。例如，对本国和外国企业一律实行的当地内容要求不符合《与贸易有关的投资措施协议》，因为它意味着有利于本国产品的对进口产品的歧视性待遇。

15. 一些区域协定也涉及这些和其他经营要求。例如，《北美自由贸易协定》禁止当地入股要求(第 1102(4)条)。第 1106(1)条禁止强加或实行下述强制性要求，或要求作出任何类似承诺：(a) 出口一定数量或百分比的货物或服务；(b) 本国内容达到一定水平或百分比；(c) 购买、使用在一方境内生产的货物或提供的服务或优先考虑其货物或服务，或向其境内的人购买货物或服务；(d) 将进口数量或价值与出口数量或价值或与投资相联系的外汇流入挂钩；(e) 将投资者在一方境内生产的货物或提供的服务的销售额与该投资者的出口数量或价值或外汇收入挂钩，借以限制其货物或服务的销售；(f) 转让技术、生产工艺或其他知识产权；或 (g) 充当投资者所生产货物或所提供服务的特定区域或世界市场的独家供应者。³

16. 在其他协定中也有类似规定，例如：1997 年《加拿大—智利自由贸易协定》(第 G-06 条)、1997 年《墨西哥—尼加拉瓜自由贸易协定》(第 16-05 条)和 2000 年《墨西哥、萨尔瓦多、危地马拉和洪都拉斯自由贸易协定》(第 14-07 条)。1985 年《美国—以色列自由贸易协定》第 13 条禁止实行地方内容和出口额要求。2002 年《新加坡和日本新时代经济伙伴关系协定》也广泛禁止绩效要求。另

² 《服务贸易总协定》中提到有关服务业的措施，但其中不包含与贸易有关的明确规则，虽然这类规则可能会受到经谈判确定的具体承诺的限制。《服务贸易总协定》第十九条第 2 款明确允许发展中国家有适当灵活性，在向外国服务供应商开放市场时可附加条件，但附加条件的目的必须是为了实现《服务贸易总协定》第四条规定的目标(增加发展中国家对世界贸易的参与)。

³ 要求(a)和(b)仅限于货物，要求(d)和(e)如果是作为得到某种好处的条件，也是禁止的(第 1106(3)条)。然而，就某项投资而言，有关各方可以满足下列要求作为得到某种好处的条件：将生产定在某一地点，提供某种服务、培训或雇用工人，建设或扩大具体设施，或在其境内进行研究与开发活动(第 1106(4)条)。

一方面，1994 年，《哥伦比亚、委内瑞拉和墨西哥自由贸易条约》则明确允许实行生产地点、提供就业机会、培训工人或进行研究与开发等要求(第 17-04 条)。

17. 各种绩效要求是否有益仍然是需要更多研究的问题。一些研究怀疑绩效要求的有效性，而另一些研究则认为，目前的一些国际投资协议过多限制了东道国政府根据其发展目标提高外国直接投资质量的能力。⁴ 关于未来国际投资协议的谈判，可能还需要对现有双边、区域和多边协议对绩效要求的利用和影响的影响进行进一步评估。

18. 为避免吓阻外国直接投资，绩效要求一般都和某些优惠条件，往往是鼓励措施搭配实行。多数发达国家都向本国和国际投资者提供成套地点优惠措施。发展中国家为吸引外国投资也实行赋税减免和成套地点优惠措施。但是，它们的成套措施要少得多，往往较多依靠财政措施，而在发达国家更经常采用的则是金融鼓励措施(贸发会议，1996 年 b；贸发会议，2000 年)。在发展中国家，鼓励措施一直是特别用于吸引面向出口的外国直接投资，而且往往是在出口加工区。由于世贸组织《补贴和反倾销措施协定》的限制，世贸组织发展中国家成员(除《补贴和反倾销措施协定》附件七提到的国家以外，而且，获准延长转型期的国家例外)将必须按照《补贴和反倾销措施协定》的要求从 2003 年 1 月 1 日起取消(与货物有关的)出口补贴。即便是获准延长转型期的国家也不能增加其出口补贴，一旦在特定产品方面获得出口竞争力，它们也会被禁止实行补贴，它们将需要考虑转型期过去之后怎么办(贸发会议，2002 年)。

19. 同时，也需要考虑与发展有关的补贴的法律制度。例如，对那些涉及提供技术、技术援助和培训当地供应商及其人员的从事与发展中国家的发展有关的活动的外国子公司和(或)本国企业的补贴可能是一种重要的政策手段。根据世贸组织规定，在一些特定条件下，对给予外国子公司的某些类以发展为目的的补贴就不可采取行动(贸发会议，2001 年 b；贸发会议，2002 年)。

20. 就上面第 4 段提到的四个主要问题而言，鼓励措施和绩效要求一直是与其他政策措施结合使用，目的是使外国直接投资的影响最佳化。在那些将这些措

⁴ 见例如，Caves, 1996 年；Hackett 和 Srinivasan, 1998 年；Moran, 1998 年和 2001 年；Kumar, 2001 年；经合组织，1998 年；跨国公司中心，1991 年；关于绩效要求的作用的讨论情况，见世贸组织，1998 年。

施作为吸引外国直接投资努力的一部分的国家，一般都有一系列辅助措施，如旨在提高技能、技术和基础结构水平的措施。如果不使经营环境更有利于投资、升级和挂钩，投资者在鼓励措施过去之后离去的风险就会增加。

21. 确保市场正常运行的管制政策变得更重要，其部分原因是有关外国投资进入的法规的放宽。这些政策可能包括实行竞争法则、兼并审查、环境法和更严格的财务会计标准。对许多发展中国家和经济转型国家而言，由于缺乏资金和人力资源，从更具干预性的政策办法(在外国直接投资进入时)向市场管制的过渡很困难。

22. 鉴于上述情况，专家们不妨考虑下列问题：

- (a) 东道国政府的何种政策对加强发展中国家和经济转型国家吸引和受益于符合其发展目标的外国直接投资的能力特别重要？
- (b) 双边、区域和多边国际协议如何影响各国实行这些政策的能力？
- (c) 各种绩效要求能在多大程度上帮助各国实现其发展目标？
- (d) 在这方面，哪些“黄灯”东道国管理措施特别有效？
- (e) 发展中国家如何受益于使利用这种要求更具有(或较少具有)限制性？

二、来源国政策措施

23. 来源国措施对东道国政策可起支持作用。来源国对外国直接投资流动可产生各种影响，包括其跨国公司选择某些地点的可能性。⁵ 因此，本节的首要问题是，在国际投资协议方面，来源国措施如何才能帮助发展中国家和经济转型国家吸引和受益于外国直接投资。鉴于发达国家和发展中国家在外国直接投资流入和流出平衡方面的明显差异，这一问题特别重要。

24. 发达国家取消了对外向外国直接投资的多数国家限制，但鼓励外向外国直接投资的政策声明很少和国际投资协议中的任何具体承诺相联系(贸发会议，2001 年 c)。多数援助仍然是由每个发达国家决定的，而且通常服务于来源国本国企业的利益和总的发展目标。在许多金融或财政援助方案以及优惠市场准入措施

⁵ 2000 年 11 月 8 日至 10 在日内瓦举行了一次贸发会议来源国措施专家会议。会议的结果见贸发会议，2001 年 c。

的制定方面，这种来源国角度特别明显。发展中国家的明显需要和来源国措施的制定与执行之间的薄弱联系以及对援助期限的往往不确定的承诺很可能会减少这种方案对发展的有利影响。

25. 有关的来源国措施可以，例如：

- 以改善东道国的基本经济要素为目标——例如，通过发展人力资源、建立机构能力以及协助制定和执行有关政策领域的适当纲领；
- 帮助宣传在发展中国家和经济转型国家的投资机会，以减少上面提到的投资过程中的信息失灵；
- 改善进入市场条件并为发展中国家的出口提供便利；
- 提供投资保障和保险；
- 提供风险投资；
- 支持促进联系方案；
- 承诺转让技术。

26. 多数发达国家(和一些其他国家)从事其中一些活动，虽然在很大程度上是自发的，而且相当不协调(例如，至少有 12 个欧洲发展金融机构为发展中国家和经济转型国家私人部门的发展提供长期贷款；例如，见 <http://www.edfi.be>)。在国际上提供资金援助的其他机构包括世界银行集团、区域多边发展银行、英联邦私人投资倡议和各种私人主办的投资基金(Hughes 和 Brewster, 2000 年)。国际商定办法的一个实例是《科托努协定》(方框 1)。

方 框 1

《科托努协定》中的投资和支援私营部门发展的条款

第 74 条

“如本协定所规定，通过资金和技术援助进行的合作应当支持投资和私营部门发展政策和战略。”

第 75 条：促进投资

“非加太国家、共同体及其成员国[……]应：

- (a) 采取措施鼓励私人投资者参与其发展活动[……]；
- (b) 采取有助于创造和保持可预测和安全投资环境的措施和行动，并进行谈判缔结改善这种环境的协议；
- (c) 鼓励欧盟私营部门按照企业相互合作和伙伴关系向非加太国家对应部门进行投资和提供具体援助；
- (d) 鼓励相互资助，促进建立伙伴关系与合资企业；
- (e) 设立部门投资论坛以促进伙伴关系和外部投资；
- (f) 支持非加太国家努力吸引对基础结构和对私营部门至关重要的创收基础结构的投资，特别是私人投资；
- (g) 支持参与促进外国投资的本国投资促进机构的能力建设；
- (h) 散发有关非加太国家投资机会和企业经营条件的资料；
- (i) 促进[……]私营部门的企业对话、合作和伙伴关系[……]。”

第 76 条：投资资金和支援

“1. 合作应当提供长期财务资源，包括风险资金，以帮助促进私营部门的增长以及为此目的调动本国和外国资金。为此，合作特别应当提供：

- (a) 资金和技术援助以支持政策改革、人力资源开发、机构能力建设，或与具体投资有关的其他形式的机构支援，提高企业竞争力和加强私营金融和非金融中介机构能力的措施，促进投资和提高竞争力的

活动；

- (b) 咨询服务，创造反应灵敏的投资环境和资料库以引导和鼓励资金流动；
- (c) 作为股本投资或准股本投资的风险资金，支持本国和外国私人投资和贷款或信贷系列的保证金[……]；
- (d) 银行本身资源贷款[……]。”

第 77 条：投资保证金

“[……] 2. 合作应提供保证金，以保证金协助承担合格投资的风险。具体而言，合作应当协助：

- (a) 对合格投资者的外国直接投资、法律不稳定性和重大征用风险、货币转移限制、战争和民间动乱以及违约的再保险方案。[……]
- (b) 以部分偿债保障为形式的风险承担保证方案。[……]
- (c) 国家和区域保证金，其中特别涉及本国金融机构或投资者，以鼓励金融部门的发展。

3. 合作还应支持能力建设、机构支援并参与为降低投资者商业风险的国家和(或)区域行动的主要筹资[……]。

4. [……]非加太国家和欧共体将在非加太——欧共体发展金融合作委员会范围内对建立一个提供和管理投资保证方案的非加太——欧共体保证机构的建议共同进行研究。”

资料来源：贸发会议，2001 年 d, 第 452-454 页。

27. 和技术转让是许多国际投资协议的核心内容一样，能力建设的目的也往往是使发展中国家有能力履行在有关技术问题的文书中作出的承诺。许多与技术有关的条款都依靠来源国措施执行。⁶ 例如，《与贸易有关的投资措施协定》第

⁶ 2001 年 6 月 27 日至 29 日在日内瓦举行了一次国际技术转让安排专家会议：为在发展中国家，特别是最不发达国家建设能力获得技术转让的最佳做法和鼓励措施。其结果为 2002 年 1 月 21 日至 25 日举行的投资、技术和相关资金问题委员会第六届会议的政策审议提供了部分投入(TD/B/COM.2/L.16,2002 年 1 月 29 日)。

66.2 条规定，发达国家“应对国内企业和组织实行奖励措施，以促进和鼓励对最不发达国家的技术转让，使这些国家建立一个良好可行的技术基础”。虽然这一规定给成员国决定实行何种鼓励措施留出很大余地，但确实要求建立某种鼓励向最不发达国家转让技术的制度。它还提供了一个可有助于评估这种鼓励措施的恰当性的一个总目标，因为这类措施应当使最不发达国家能“创造一个良好、可行的技术基础”。⁷

28. 来源国措施的实际功效可能会在一定程度上加强国际投资协议条款中所包含政策承诺的力量，从而使劝告性的声明变成具有约束力的规定义务，以及详细的执行计划(支持以财务资源)和监督机制。为此，某些国际投资协议还规定成立一个“监督委员会”以确保所商定措施得到切实执行。⁸

29. 一个有关的政策领域是企业的社会责任。⁹ 企业的社会责任这一概念的范围可能很广，可能涉及与跨国公司的经济和社会影响有关的多数问题。从较窄的范围来讲，一些方面，包括发展义务、社会政治义务和消费者保护，已受到某种程度的注意，其他方面的问题(如企业管理、企业道德标准和尊重人权)也在出现。与企业的社会责任有关的问题一般不包括在国际投资协议中，但在各种国际协议和讲坛中正在受到越来越多的注意。¹⁰ 问题是如何为需要推行发展政策的投资者平衡对自由市场条件的促进和保护。社会责任标准的使用必须充分注意到发展中国家当地的现实情况，不应为保护主义目的滥用。

30. 根据上面的评述，专家们不妨考虑下列问题：

- (a) 何种来源国措施对提高发展中国家和经济转型国家根据其发展目标吸引和受益于外国直接投资的能力特别重要？
- (b) 双边、区域和多边国际协议如何影响这种措施的采用？

⁷ 有关国际技术转让安排的条款，见贸发会议，2001 年 e。

⁸ 见，例如，《日本和新加坡共和国新时代伙伴关系协定》第一章，第 8 条。

⁹ 关于这一概念的讨论，见，例如，贸发会议，1999 年，第 345-370 页和贸发会议，2001 年 f。

¹⁰ 一些例子包括经合组织的《多边企业指导原则》、劳工组织的《关于多国企业和社会政策原则三方宣言》、联合国的《一套多边协议的管理限制性商业惯例公平原则和规则》和联合国秘书长提出的《全球协约》。

- (c) 在过去的投资协议中有何种关于促进投资、投资资金和支援、投资保障和其他来源国措施？
- (d) 迄今，政府间组织能在何种程度上令人满意地解决企业的社会责任问题？
- (e) 从在国际投资协议中根本不提社会责任，包括具有一般约束力的社会责任条款等各种政策以及处在两个极端之间的其他中性选择的利弊如何？

三、管制权和保障

31. 在贸易与投资的关系方面，《多哈部长宣言》第 22 条规定：“任何纲领都应当均衡反映来源国和东道国的利益，考虑到东道国政府的发展政策和目标及其调节公共利益的权力。”

32. 和其他法律条文一样，国际协议是具体化的法定义务，因此，是对缔约方自主权的一种限制。由于国际法定义务的地位一般都高于国内法则，这就产生了一种矛盾：一方面，各国政府愿意按照具有约束力的规则开展国际合作；另一方面，它们又需要发挥国内管制职能。¹¹ 一般来说，“管制权力”的概念已经包含了这一矛盾，它是各国政府为追求发展目标而保留国家政策空间这一问题的核心。¹²

33. 处理管制权力问题的方式各种各样。下面评述了贸易和投资协议方面的一些方式。在各种情况下，签字国管制国内经济的能力都是一个相关问题。因为在一项协议中重申了这一概念，例如，在其序言部分中，它也是对协议条款的一种解释。而且，每当有关国家议定了待遇标准义务时，如公正和公平待遇、禁止任意和歧视性措施或最惠国待遇和国民待遇，就会有各种例外、保留、减损、弃

¹¹ 没有对管制的概念的共同理解。在经合组织范围内，“管制是指各国政府用于对企业、公民和政府本身提出要求的各种法律文书，包括各级政府以及政府授予管制权的各机构颁布的法律、法令和其它法则。经济法规直接干预企业 and 市场决策，如定价、竞争、进入和退出市场。社会法规保护卫生、安全、环境和社会融合。行政法规涉及政府手续和文书档案工作，即所谓‘官方文件’”（经合组织，1997 年）。

¹² 在一国内，也常常需要平衡通过管制实现的公共利益和私人权利。

权或过渡性安排确保签字国保留其在某些领域实行不符合协议的国内管制的特权。这种管制权力可以是一般性的(例如,为公共秩序或国家安全),可以是有具体主题的(例如,所谓“文化例外”),也可以是针对某些国家的(例如,《服务贸易总协定》有关商业存在的承诺等级表)。

34. 各种保障措施也被用来保留管制权力,例如,支付转帐和收支平衡保障。另外,也经常允许把时限保障作为使一个国家能保护本国生产、防止进口大规模涌入的措施。¹³ 有必要研究一下这种“保障”概念可在多大程度上用于投资领域。如本专家会议的职能范围所表明,举例来说,这一问题可适用于确保国内企业不受不利影响的情况。

35. 在许多国际贸易协议中都涉及管制权力问题,其中阐明的一些有用概念和办法也可用于国际投资协议。在贸易领域,这个问题在关贸总协定/世贸组织系统中进行了长时间的辩论和争论,争端解决程序经常被用来修正影响贸易的国内管制措施。世贸组织修正管制活动的主要手段来自 1947 年的《关贸总协定》,并可见于第三条的不歧视(国民待遇)义务和作为补充的第二十条中所载概念。第三条所载一般国民待遇规则规定,国内赋税制度和法规不得使进口产品与国内产品相比处于不利地位。如果发现某一国内管制措施对进口产品具有歧视性,有关政府可试图说明歧视的理由,证明为实现某种合法目的这种差别待遇是必要的。《关贸总协定》第二十条规定,这些例外包括保护公共道德,保护人、动物和植物的生命或健康,以及保护可用尽资源所必要的政策。应当指出,可证明否则会被违反国民待遇的措施的正当性的政策只限于这些,从而规定了一个有限的范围,使有关国家不能随意宣布它们可能希望采取管制行动的许多领域为例外。

36. 对法定歧视(明确按原产地区分货物)的理由说明的要求特别严格,要求例外的国家必须证明没有比有关措施更简单的办法。在事实上的歧视(不是基于货物原产地)方面,核心问题是,进口产品受到的待遇不如“类似”国内产品好。有

¹³ 例如,在世贸组织《保障协定》的范围内,如果一个国家的某一生产部门因为进口增加而受到不利影响,该国有权通过实行较高关税暂时限制进口,或在某些情况下直接限制进口数量(“造成或可能造成对生产同类产品或间接竞争产品的国内工业的严重损害”)。这种规定的主要道理是,应当允许有关国家的特定部门有一定的调整时间以适应进口竞争的新情况。

关不同待遇的规定必须将产品分为两类或更多类。一般认为，根据第三条可承认的产品差别涉及产品本身的质量和实际特性或直接影响产品质量的生产工艺(例如卫生条件)或生产者(例如，有关达到某种标准的证明)的特点。传统上也根据实际类似性、关税分类、可由消费者或终端用户替换等因素确定类似性。一般来说，类似性表明产品具有竞争力，因此，歧视性待遇对较不受欢迎的产品的竞争力有不利影响。

37. 世贸组织《技术性贸易壁垒协议》明确要求对有关措施的目的及其对贸易的限制性影响进行综合研究。《协议》明确要求对争议措施对贸易的限制程度和管制目的进行平衡。而且，对管制目的的分析是对措施本身的合法性审查的一部分，在审查中要列出一个说明性合法目的(不是全部)的清单。在这方面，没有必要首先确定违规(要求最终确定相似性)，然后再作为例外审查管制的正当性。平衡分析还要求根据其它现有限制性较小的办法和不遵从管制目的的危险考虑对贸易的影响。

38. 《服务贸易总协定》广泛论及服务提供者的商业存在，因此，其条款与投资领域有特别密切的关系。《服务贸易总协定》在其序言中表示认识到，“成员国有权为符合本国政策目标对其境内提供服务实行管制和采用新法规；同时，鉴于不同国家服务贸易法规发展程度不同，发展中国家特别需要行使这一权力。”

39. 许多国家为保护消费者、安全、维护公共道德和谨慎起见对服务部门严格管制。虽然《服务贸易总协定》承认各国为合法目的管制服务的主权，但其中第六条也试图防止利用行政决策掩盖保护主义措施。在一个国家在服务贸易方面作出承诺的情况下，必须合理、客观和公正地对这种贸易实行普遍适用的措施。对这种承诺下的服务贸易实行有关措施必须有一个合理期限。服务贸易理事会要制定规则，防止有关对服务提供者的资格、技术标准或特许的要求成为不必要的贸易障碍。¹⁴ 在这种多边规则公布之前，各国政府(在它们已作出具体承诺的部

¹⁴ 根据一项单独的部长决定提出了这一方案，成立了一个《服务贸易总协定》工作组，负责制定有关政府对专业服务提供者的要求的规则。要制定的第一批规则将适用于会计服务的技术标准、资格和特许要求。

门)要在推行要求和标准方面采用同样原则，以避免使它们已作出的(关于市场准入和国民待遇)的具体承诺变为无效或减损这种承诺。

40. 《服务贸易总协定》第十七条与其第三条一样，并不只限于从产品特性上区分服务和服务提供者。对“类似”服务和服务提供者，还有其他管制性区分。显然，禁止具体原产地歧视。关于和原产地无关的管制性区分，这种区分可能会给外国服务和服务供应者带来不必要的负担，因此，被认为是事实上的歧视。对市场的影响是分析的一部分，因为第十七条第三款规定，“形式上相同或形式上不同的待遇，如果使竞争条件有利于有关成员国的服务或服务提供者，而不利任何其他成员国的服务或服务提供者，就应视为较不利的待遇”。

41. 看来，根据《服务贸易总协定》确定相似性不如根据《关贸总协定》那样容易。可能最有意义的要素就是“终端用途”以及相关的直接竞争和可替代服务的概念。与《关贸总协定》差不多的是，确定了相似性和认定较不利的待遇，就可根据第十四条援引一般例外条款。《服务贸易总协定》中的额外关键要素是，国民待遇义务并不普遍适用，而只适用于“[世贸组织成员的]清单中所列部门，而且要符合其中规定的任何条件和资格”(即成员的具体承诺)。因此，每个成员首先要决定哪些服务部门将遵从《服务贸易总协定》的国民待遇规则，然后把那些它希望保留的措施排除在外，即便这些措施与国民待遇不符。因此，根据《服务贸易总协定》确定的国民待遇义务的实际内容和对管制性行动的任何限制不仅取决于国民待遇条款与一般例外的相互影响，而且，可能更重要的是，取决于每个成员的清单中所列限制的程度。

42. 与管制权有关的问题是在与征用和国有化问题有关的投资保护协议中第一次出现的。一些区域协议和实际上所有双边投资条约中都使用了涉及“类似于”或“相当于”征用措施的概括性语言。因此，它们也可以将征用条款适用于“间接征用”或“管制性接管”，也就是说，一个东道国采取的行动严重减损了一项投资的价值，而不一定接过投资的所有权。而且，根据人们的理解，一些双边投资协议和区域投资协议也将征用条款适用于“逐渐征用”，也就是说，征用是在一段时间内通过一系列合法管制行动实现的，其最终结果是严重损害一项投资的价值。它们普遍提出了征用要想合法就必须满足的某些条件，对下述传统国际法准则作了某些变动：一个国家不得征用外国人的财产，除非是为了公共目

的，以不带歧视的方式，按照应有法律程序进行的，而且给予补偿。有人表示担心由此产生的影响：广泛使用对征用的索赔可能会损害主权国政府的管制权力。在《北美自由贸易协定》方面，三个成员国于 2001 年通过了对投资一章中“某些条款的解释备忘录”，目的是澄清有关对外国投资者最低待遇标准的规定。它们决定，《北美自由贸易协定》的标准采用习惯国际法最低待遇标准。

43. 在国民待遇方面，举例来说，《北美自由贸易协定》采取了和《服务贸易总协定》类似的办法，后来，另外一些自由贸易协定也仿效了这种做法。每一方都要在设置、购置、扩充、管理、操作、经营和销售或投资的其他处置等方面向另一方的投资者以及在“类似情况下”向另一方投资者的投资提供较好的国民待遇(最惠国待遇)(第 1102 至 1104 条)。但是，《协定》的投资条款，包括有关国民待遇的条款，取决于第 1108 条规定的例外和保留，并包含在《协定》的附件中。而且，《协定》规定，投资一章中的任何内容均不得解释为禁止一方采取、保持或实施“它认为对确保在其境内的投资活动考虑到环境问题是适当的任何措施”，这类措施在其他情况下可能与投资一章的规定一致。(第 1114 条)。《北美自由贸易协定》还将《服务贸易总协定》第二十条纳入其中(在第 2101 条中提到)，并规定了一个总的国家安全例外(第 2102 条)。

44. 一些双边投资协议对国民待遇的范围也有类似限定，规定了享受国民待遇的条件、例外或减损(贸发会议，1998 年)。和在贸易方面一样，最惠国待遇或国民待遇的规定往往只适用于“同样情况”或“类似情况”或由“类似企业”进行的投资。然而，这类条款一般都没有说明确定相同或类似情况的标准。例如，这种情况的确定可能取决于两项投资是否相互竞争。例如，按照经合组织国家的做法，要考虑的具体标准包括两个企业是否在同一行业，东道国具体领域的政策目标的影响和有关措施背后的动机。出现的另一个问题是，给予最惠国待遇或国民待遇的义务是否适用于对某些个别投资者或某一具体国籍的所有投资者的特殊待遇(贸发会议，1998 年)。

45. 时常出于“公共安全和秩序、公共卫生和道德”原因规定一些一般例外。例外也可适用于根据国际条约或有关征税的国内立法给予的待遇。换言之，例外允许一个国家对本国公司的投资给予优惠赋税待遇，而对外国公司的投资不给予同样待遇，或者相反。最后，一些双边投资条约允许根据发展条款实行不同

于国民待遇的例外。这种例外的一个例子是印度尼西亚和瑞士的双边投资条约第二号议定书，其中允许“根据印度尼西亚经济的目前发展阶段”降低瑞士投资者可享受的国民待遇。¹⁵ 发展考虑在德国在双边投资条约中对待国民待遇的办法中也起着一定作用，因为该国接受了某些国民待遇例外原则，条件是，实行例外必须只是为了发展目的(例如，为了发展小型企业)，同时有关措施不得严重损害德国投资者的投资(贸发会议，1998年)。

46. 关于支付转帐的例外，普遍规定政府在一定条件下可以干预。一些区域协定，例如墨西哥和萨尔瓦多、危地马拉和洪都拉斯的 2000 年自由贸易协定规定，在国际收支严重失衡的情况下，可以实行暂时外汇管制。然而，有关措施必须符合国际承认的标准。在欧洲联盟和墨西哥的经济伙伴关系协定中，各方一致同意，在严重国际收支困难的情况下可没有歧视和有一定时间限制地采取对支付，包括直接投资全部或部分清算收入转帐的限制性措施。《北美自由贸易协定》规定，在严重收支困难的情况下，可在一些条件下(如避免对另一方的商业、经济和财务利益造成不必要损害，不会为解决困难增加不必要的麻烦，暂时和没有歧视)采取限制转帐的措施。

47. 许多双边投资条约只允许在外汇储备处于特别低水平的时期实行支付自由转帐义务的例外。这种条款一般允许暂时推迟转帐。有时，对实行这种例外规定了一项或更多项其它条件。另一种办法肯定了进行货币转帐的权利，但要符合东道国的外汇管制法。某些双边投资条约只保证将另一缔约方国民工资收入的一部分转入母国。

48. 最后，虽然国际规则对国内管制自主权有一定限制，但也使用一些技巧达到适当平衡。《关贸总协定》、《服务技术壁垒协议》和《服务贸易总协定》都采用了不同办法，为今后投资领域的规则制定提供了有益的参考范例。在区域和双边国际投资协议方面，都有必要研究管制权力在多大程度上超越了“管制性

¹⁵ 然而，印度尼西亚要按照条约规定“向从事类似经济活动的瑞士联邦的投资和国民提供相同或补偿性便利条件”。

接管”以及有关投资保护的类似问题，包括使国际投资协议所涉及的其它方面与发展决策空间的必要保留协调起来的方式。¹⁶

49. 根据上面的评述，专家们不妨考虑下列问题：

- (a) 现有协议在多大程度上为有关国家政府提供了为公共利益，特别是实现发展目标采取国内管制措施的足够政策空间？
- (b) 保留投资领域管制权力的最适当办法是什么？在这方面，特殊和差别待遇应当起什么作用？
- (c) 根据一般和具体例外采取的办法是否比通过平衡投资的限制作用与所追求管制目的评估管制措施可接受性的办法更好？
- (d) 在国际投资协议中，可以考虑何种具体发展例外和保障？
- (e) 转型时期和发展例外的客观标准应当如何，特别是就国民待遇而言？
- (f) 在实行例外和保障措施方面有哪些实际经验？

¹⁶ 贸发会议关于长期跨界投资多边合作，特别是外国直接投资的双边和区域办法专家会议也讨论了这一问题。上述专家会议的报告指出：“最终的问题是，管制权力是否要超越征用问题而包括对外国投资者的绩效要求和其它条件” (T/B/COM.32/EM.11/3,第18(g)段。

参 考 资 料

Caves R (1996 年): 多国企业和经济分析, 第二辑, 剑桥, 剑桥大学出版社。

Hackett SC 和 Srinivasan K (1998 年): 在日本和美国的所有多国公司中供应者的转移成本是否都不相同? 日本和世界经济, 第 10 页; 第 13-32 页。

Hughes A 和 Brewster H (2002 年): 降低门槛: 减少对最不发达国家、小型和脆弱经济体私人直接投资的费用和风险。伦敦, 英联邦秘书处, 经济事务司, 2 月。

Kumar N (2001 年): 世贸组织正在形成的投资制度: 多哈部长会议的前进路线。经济和政治周刊, 36(33): 3151-58。

Moran T (1998 年): 外国直接投资与发展: 对发展中国家和经济转型国家的新政策议程。华盛顿特区, 国际经济研究所。

Moran T (2001 年): 母公司的监督: 外国直接投资与发展的新范例。华盛顿特区, 国际经济研究所。

经济合作与发展组织(经合组织)(1997 年) 经合组织管制改革报告。巴黎, 经合组织。

经合组织(1998 年): 外国直接投资与经济发展, 巴黎, 经合组织。

贸发会议(1996 年 a): 1996 年世界投资报告: 投资、贸易和国际政策安排。联合国出版物, 出售品编号: E.96.II.A.14, 纽约和日内瓦。

贸发会议(1996 年 b): 鼓励措施和外国直接投资。联合国出版物, 出售品编号: E.96.II.A.6, 纽约和日内瓦。

贸发会议(1998 年): 1990 年代中期的双边投资条约。联合国出版物, 出售品编号: E.98.II.D.8, 纽约和日内瓦。

贸发会议(1999 年): 1999 年世界投资报告: 外国直接投资和对发展的挑战。联合国出版物, 出售品编号: E.99.II.D.3 和 Corr.1, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2000 年): 赋税鼓励措施和外国直接投资: 全球调查。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.5, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 a): 来源国管理措施。贸发会议国际投资协议问题系列文件。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.18, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 b): 2001 年世界投资报告: 促进联系。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.12, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 c): 来源国措施。贸发会议国际投资协议问题系列文件。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.19, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 d): 国际投资文书: 摘要, 第六卷。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.34, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 e): 国际技术转让安排摘要: 文选。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.28, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2001 年 f): 社会责任。贸发会议国际投资协议问题系列文件。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.4, 纽约和日内瓦。

贸发会议(2002 年): 2002 年世界投资报告: 跨国公司和出口竞争力。联合国出版物, 出售品编号: E.01.II.D.4, 纽约和日内瓦。

联合国跨国公司中心(1991 年): 与贸易有关的投资措施对贸易和发展的影响: 理论、证据和政策问题。联合国出版物, 出售品编号: E.91.II.A.19, 纽约。

世界贸易组织(世贸组织)(1998 年): 贸易与投资的关系问题工作组提交总理事会的报告。WT/WGT/2。日内瓦, 世贸组织。

-- -- -- -- --