

# WTO 的国际直接投资规制：制度及组织

陈建国

(南开大学跨国公司研究中心 天津 300071)

**内容提要：**国际直接投资规制框架创立工作现在摆在了 WTO 面前。本文将从国际规制理论角度，分析在长期内已形成的贸易制度框架的 WTO 这一国际组织内，国际投资的规制的有效性、存在的问题以及多边投资框架的前景等问题。本文认为 WTO 这一主要是处理贸易问题的静态组织处理投资问题时制度能力较弱，难以担当全球性直接投资规制的重任，一个框架公约加上在某些部门协定下的投资条款，是一种务实的作法。

**关键词：**WTO；国际直接投资；规制

**中图分类号：**F      **文献标识码：**A

## 一、规制理论

国际规制理论（international regime theory）是西方国际关系研究中一个比较新的课题，涉及国际政治、经济、国际法和国际组织等多个领域。自从二战以来，国际组织已成为一个非常普遍的现象，主权国家之间的国际关系的结构才变得稳定后，世界性的政策实施越来越通过各个国际组织所组织的会议，或是通过由这些机构所组织的多边谈判来进行，通过建立新的国际组织来达到单个国家不能实现的目标，如社会和经济问题、国际安全或越境的环境问题。国际组织的兴起这一现象的是在经济全球化背景下出现的，在全球化的潮流下，出现新的信息技术，超越了一国的界限，从而用传统的以主权为基础的工具手段难以解决社会之间以及社会内部的问题。当前，国际规制变得非常普遍，通过规制框架，国家、公共和私人组织或个人在国际上解决共同面对的问题，或者在相互认可的行为规则的基础上实现共同的目标。

美国《国际组织》杂志在国际关系规制的探索中起了带头作用，在 20 世纪 70 年代，就跨国现象和国际社会越来越强的相互依存提出了观点，提出了规制（regime）的概念，致力于研究支配国际上主要行为主体之间关系的原则、规则和决策程序所赖以设计和制订的政治和经济条件。当时斯坦福大学的基欧汉和哈佛大学的奈在 1977 年出版的《权力与相互依赖》一书中，用复合相互依赖来说明国际利益，开创规制研究的先河。

传统上，规制意思是“管理和统治社会的一种方式”。在界定一种合法的制度以及特定的经济、社会和组织模式时，可以称为自由主义政体或专制主义政体。规制概念用于研究国际政策时，可以指据以形成地区或世界秩序的体制框架的一套原则和政治惯例，或指非常具体的合作程式。<sup>1</sup>

规制理论的发展受到经济理论的两个重要概念的影响，一是“政治市场失灵”，指行为者之间有共同的利益但却不能联合行动来实现这些共同利益的情况。这一限制并不是由于资

---

<sup>1</sup> 到了 80 年代在对国际规制有较为深入研究以后，斯坦福大学斯蒂芬·克莱斯纳对规制的定义较有影响，“规制可以被确定是在某一特定的国际关系领域中，各个行为主体的期望得以汇集在一起的一系列明确或暗含的原则、规范、规则和决策程序。原则是对事实、因果关系及公正的信念；规范是由权利与义务所确定的行为标准；规则是对行为的特别规定或禁令；决策程序则是作出和执行共同选择时所通过的实践”（任东来 1999，第 27 页）。或者简单地说，国际规制是国际领域的行为者所同意的游戏规则。

源或技术短缺。不能为共同目的而合作，可能更多的是反映了国际规制制度的无力或无效而不是行为者之间的对立态度，或者说，政治市场失灵是因为政治的软弱而不能得到共同利益；二是交易成本概念，指的是所有与交换有关的成本，包括信息、交易、检查和执行的成本。在组织内部能更有效地解决问题，意味着能够减少与在有组织基础上解决问题的成本，多边组织可能具有一定程度的政治经济效益。

由于国际社会没有统一的超越于各国之上的立法机构，规范国际关系的原则、规则和制度的条约化、法典化是一定意义上的国际立法形式，而国际法的编纂、国际公约的订立基本上都是由普遍性国际组织来完成的。国际组织实际上承担着全球性法律原则、规则和制度的创造者的角色。

国际规制是一系列国际制度的总体，国际组织也是如此，但是国际组织是有目的的实体，而国际规制仅是一些规定各不同行为者可接受的行为界限的规范和规则。一种规制的规范和规则是针对国际关系中某类特别问题，是有特定领域的。国际组织可能是有特定问题领域的，也可能是有关很多问题的领域，所有国际组织都有规制的特征。

除了规制以外，现在越来越注重制度因素，即博弈的规则。制度是重要的社会习俗，实际上是国际体制的重要的基础。例如，产权即是一种制度，被认为对国际经济规制的发展非常重要。契约是管辖单个参与者，公共或私人的之间关系的制度。市场是主导对经济事务进行思考的制度。。许多制度在国际上得到普遍认可。从国际规制的制度角度，而不是从主权角度分析，可以将规制与其有关的关注联系起来。

## 二、动态和静态规制

过去的几十年中，国际治理有了迅速发展。国际社会创建了许多规制来解决一些问题，如跨境的废水处理、国际商业中的商品流动、金融交易体制、人权、可持续发展和核扩散等。随着规制越来越多，需要国际社会关注的问题也越来越多，所以人们希望最大程度地使用现有的规制来解决新的问题。如果规制有充分的灵活性和动态性，这样作法是可行的。但是在传统上，一旦需要国际政策行动来解决的问题得到确立，则需要创立解决问题的新的国际规制框架。

但是这些原则在解决一系列动态和潜在冲突问题时则显得力不从心。由国家主导的规制框架决不愿意看到本国的主权受到削弱，影响本国对国际事务的控制能力。国家一般在将权力转移到国际制度上比较勉强，WTO多边贸易谈判中曾遇到许多这样的问题。作为制度，如果有一定权力的公共国际规制体制主要由主权国家来控制，将这些权力让渡到其它领域的余地非常有限。另一方面，控制力不强的国际规制的权力也是十分有限的。

从追求的目标来看，目标单一的组织是静态的组织，静态并不是说不发生变化，虽然在达到目标中使用的手段可以有变化，但是结果不会有大的改变。静态性质可以使这一组织专注于与本组织有关的事务，确保达到目标过程中的有效性。由于静态组织本身固有的性质，静态组织很难演变成动态组织。根据这种分类方法，WTO可以说是一个静态组织，这是由WTO组织的力量以及本身功能限制决定的。在全球化发展的背景下，WTO创建被认为是国际贸易规制方面一项重要的经济案例，但是一些发达国家试图WTO承担更多的责任，尤其想在WTO纳入投资和竞争问题，其基本观点认为，由于WTO是建立在非歧视（最惠国待遇

和国民待遇)、透明度,对政府行为是否符合绝对标准的两个原则之上,并以争端解决过程来支持这两项原则,因而WTO是一个有“牙”的组织,政策制定者可能想使用WTO的特点来处理本来与贸易关联不大,或者本来是泛国际化的国内政策问题,这存在一定的风险,因为想把这些动态问题放在静态的组织中处理是不合适的。

之所以建立国际规制框架,是因为人们已意识到问题的存在并需要这些问题,但是同时解决的结果如何是不知道的或不确定。处理这些问题所创立的国际组织,需要采取不同的制度。这样的规制是动态的,因为可以采用新的方案,采用创新性的制度。这种规制在制度上的特点是框架协议,只是提出问题、建立一系列的制度,但是并不要促成问题的解决。所以动态的规制相对于静态规制可能看起来有些软弱,效力不大,在约束性原则或落实的制度缺失时尤为如此。但是,这种规制有能力制定出有效的政策方案,也可以在落实上有所作为,所以不能从静态规制来理解动态规制。

随着国际规制的形态越来越多,目标之间也存在冲突。在静态规制占优的情况下,尽管这些冲突对于规制来说是内在的,冲突主要体现在规制之间的冲突。例如国际贸易与环境保护之间的关系只是冲突中的一种,国际贸易与劳工标准也是如此。在这两个问题上,很难将冲突中的问题定义清楚,例如劳工标准的不同影响了一国的竞争力,如果从新古典理论解释则是天经地义的事,但如果从人权和社会问题层面分析,统一劳工标准的主张则很有说服力。所以遇到这些问题,往往在很大程序上需要政治上的判断。处理这些动态问题时,国际规制需要在国际层面上来选择方案,进行必要权衡并得到各利益方的回应。如果单个国家陷入冲突的深度不同,或者单个国家在冲突问题上的决策力太大都会损害规制解决问题的能力。由于国际规制一般没有什么例外原则,<sup>2</sup>所以不能平衡目标之间的冲突。除了欧盟以外,还没有一种制度能实现这种冲突之间的平衡。

如果一个组织需要平衡冲突的目标,其本身应该是动态的,不仅是为了达到某种目标,而且要平衡这些目标。相反,静态规制面对在目标之间进行平衡问题时无能为力。许多国内的管理结构因为有一定司法权限来解决问题,性质是动态的,同时随着问题的出现、进展和消失,问题之间的平衡会发生变化,解决它们的策略也会发生变化。没有一种国际规制在设计时是为了取得有冲突的政策之间的平衡的,这是一些国际组织在新的形势下需要制度改革或结构调整的原因。

### 三、国际直接投资的规制:国际贸易规制的经验

货物贸易发生在有限的时间段内,既不同时,也不会扩展,货物交易以天或月来计量,一些主要资本货物的销售,如飞机可能会有几年。在销售的时间段上,销售与投资有些相似,这些投资涉及到租赁、贷款甚至一些所有权。

当今社会,销售的开展是在已有的经济、社会和法律关系内进行的。货物的销售形成的关系比较有限,只涉及到契约、交货条件、价格及其它有关的条件,也可能涉及保证期以外的服务等,这种关系容易标准化。国际货物贸易在许多方面的标准化的,包括销售合约、支付程序、截止期以及产生纠纷的仲裁问题,所以相同产品的销售是相同的,通过电话和互联网也可以进行销售。除了保修和可能的服务协议以外,买者和卖者之间的法律关系履约以后

---

<sup>2</sup> GATT的第20条即是最惠国待遇这一基本原则的例外。

即终止。

卖者一般要依所卖货物的特点、销售中涉及的知识产权、销售战略或其它方法的基础上建立一个长期的关系，但是最终所建立起来的关系是一种买卖双方之间的个人关系。服务贸易需要有更为复杂的关系，在不同的时期表现不同。服务贸易的条款可以是一次性的，或者是连续的活动。知识产权又进了一步，TRIPS协议意味着创新者有特定的权利，即专利、商标或品牌，并在一定时期内有权行使这些权利。为达到这一目标，TRIPS协议将贸易规制变成一个积极的纪律，不是禁止政府做什么，而是以某种方式规定了正面的义务。通过传统贸易规制手段来实行新的义务会引起很多的争议，有可能导致规制本身的破裂。

投资的时间段分散得多。金融交易，尤其是组合投资有很高的流动性，购买和销售是瞬时完成的。在一些市场上有一些专业的投资者和套利人，在几秒之内完成投资的购买或销售。所有涉及这样的投资的法律和社会关系非常短暂。国际贸易规制的实践比国际投资规制有着更为丰富的经验，所以有必要分析国际贸易规制中实行的纪律，以便总结国际投资规制可以借鉴的经验。

1. 相似性：保护主义与歧视。在贸易和投资方面，使用国内规制一般有保护主义的倾向。所以在贸易领域，政府使用国内规制来修补关税减让和其它的贸易自由化承诺上过失，国内规制一般是限制外国货物和服务的进入（例如服务进入上模式3的商业存在）。保护主义在货物方面一般发生在边界上，投资方面则是产生于“设立前”。另一方面，保护主义也可发生于国内或投资设立后阶段。保护主义一般是采取歧视方式，所以只要东道国的动机是保护主义的，所采取的措施基本上歧视性的。问题在于吸收投资的东道国或货物的进口国的规制的范围应该如何确定。另一方面，贸易领域的市场准入在投资领域所对应的是设立权，对付歧视的规则如何适用于投资的设立前（除设立后以外）阶段。最后，贸易法和国际直接法同样关注业绩要求问题。

2. 不同点。从1979年的东京回合以来，贸易领域的规制主要关注产品的标准问题，产品标准有意或无意间阻碍了国际贸易。所以WTO的贸易技术壁垒协议和SPS协议主要解决规制上的保护主义或不必要的规制壁垒问题，这一点在国际投资的规则中并没有太多重视，只是通过最低的待遇标准或歧视条款来处理这一问题。

在GATT的国民待遇方面，在产品的规制和生产过程的规则是不同的，暂且不去探讨这种区分的细节问题，这样区分的结果导致进口国可以对进口产品进行规制，而不得对产品的生产过程进行规制。这样规定在许多方面是符合领土规则的：领土是生产设施，是投资的地点，因此国家有权规制生产设施。所以贸易法一般不对与生产过程有关的国家规则进行监督。但是，投资与贸易存在较大的不同，东道国设立投资壁垒比设立贸易壁垒受到的反弹则小得多，东道国一般采取有投资鼓励措施，所以投资自由化承诺比贸易领域的贸易自由化承诺则相对容易，要求国际法律保护的呼声也不那么强烈。

在外国直接投资领域，可以采用其它的国家干预形式，包括当地对经济的控制，这是因为外国投资者与当地投资者所关注点不同。第一，投资者可以进口原材料或中间产品，公司内贸易已成为全球贸易的重要成份，所以在贸易保护主义和对外国直接投资的关注之间存在一定的关系；第二，相对于当地投资者，外国投资者对当地的环境、劳工和社会价值的关注较少，这引起了对跨国公司社会责任进行规制的建议，在当地投资者和外国投资者之间进行

歧视，原因在于东道国的规制能力难以处理投资引起的负的外部性问题，或者当地的规制动机不适当；第三，外国投资者是要汇回利润，以及必要时撤回资本的；第四，外国投资者可能会寻求外交保护，想得到比当地投资者更好的安排和待遇；最后，在外国投资者掌握某种类型的资产或产业时，这里面有国家安全的考虑。

国际贸易规制并不处理对外国直接投资征收这一核心问题，征收是国际投资协定的事情，与贸易有关的征收问题主要是与服务贸易中的商业存在有关的问题。

最后，东道国对外资的规制的另一个目的是鼓励投资的流入。尽管在影响外资的决策因素中，规制的放松不是最重要的因素，但是东道国都假定投资鼓励对外资的流入有决定性的作用。<sup>3</sup>

国际贸易规制框架中有关规制的内容移植到国际直接投资领域时应该加以小心，但是由于在国际贸易和投资的规制的动机上有一定的相似性，所以在国际直接投资的规制问题上借鉴国际贸易领域的国内规制的经验非常有必要。

1. 深层次一体化。<sup>4</sup>WTO通过特定的规则立法来推行深层次一体化的能力比较有限。深层次一体化有两个潜在的组成份，协调（国际立法或标准的协调）及认可。尽管WTO法律中未有太多对企业的协调要求，但是在某种程度上是鼓励成员制定或遵守贸易领域的国际标准的。投资协定中并不包含积极一体化的问题，但是一些国际组织在深层次一体化上所做的努力会促进直接投资发挥作用。

规制权力并不是只表现在国内水平上。尽管国家是主要的规制主体，但是如果国家加入到有关认可和协调的国际协定或者积极建立有关认可和协调的国际组织，而将规制权力体现在国际水平上，是一个发展趋势。GATS第6条第4款及第7条第5款即是在这方面的努力。<sup>5</sup>

2. 非歧视。非歧视是一个非常复杂的问题，在规制上的歧视引起实质上的歧视时更是如此。这里面有两个问题：一是为限制歧视如何判断在贸易领域中常用的“相同（like）”一词，这一问题同样出现在产品、服务、服务的提供者、投资者和投资的歧视方面。WTO上诉法院在有关GATT第三条的判决时，在确定“相是”时不是建立在对国家规制种类的认可上，而是依据竞争性关系来判决。<sup>6</sup>二是规制的范围。这在货物领域涉及到产品过程的区分。在GATT的金枪鱼/海豚争端中，仲裁小组认为第三条只适用于货物的规制，不能以产品的生产过程来决定是否给予最惠国待遇。如果国内措施不受GATT第三条所限，应该受第11条所限。<sup>7</sup>

WTO中非歧视（包括最惠国待遇）存在太多的问题。未经审理之前非歧视规则不可适

<sup>3</sup>所以NAFTA第1114条对外资的规制要求不应放松要求来吸引外资。

<sup>4</sup> 深层次一体化包括实行共同的政策或政策的协调统一。在浅层次一体化中，各国政府仍然自行决定是否实行既定的政策，如果要实行，则受一定规则的限制。投资问题对于WTO来说是属于深层次一体化问题。

<sup>5</sup> GATS第6条第4款，“为了确保有关资格条件和程序、技术标准和许可证可要求的措施不致成为不必要的贸易壁垒，缔约方全体应通过建立适当的机构和制定必要的纪律”；第7条第5款，“不论在何适当的地方，承认必须建立的多边同意的准则基础上。在适当的情况下，缔约方应与相关的政府间或政府机构就建立和采用承认的共同的国际标准和准则及相关服务贸易及行业实施的标准进行合作”。

<sup>6</sup>这样判决过程可能导致许多的国内规制的无效。

<sup>7</sup> 1982年美国禁止从加拿大进口金枪鱼及产品，加拿大在本国司法管辖的海域没收了19条美国捕捞金枪鱼的船只。GATT仲裁小组认为加拿大的禁运违反了第11条，虽然禁运与国内限制有关，但是禁运针对的是所有金枪鱼，而国内措施只是针对某些种类。

用于事实上的歧视，必须经过必需性测试。这不是批评限制歧视的规则，而是对法庭陷入必需性、可比性或平衡性中是不合法或不适当的这种观点的批评。如果不认真审理，只是简单地审查两种竞争性产品待遇是否不同而在非歧视问题上做出结论，反歧视性规则将导致许多有效的规制变得软弱无力。

3. 必需性/可比性/最低的贸易限制（投资-损害）/平衡性测试。必需性、可比性、平衡测试既是矛也是盾。在 GATT 第 20 条中，当违背第一条、第三条和第十一条时，第 20 条就是盾。在 TBT 和 SPS 协议中，有关必需性测试的表述是矛：这是肯定性的义务，而不对其它申诉进行辩解的理由。但是投资协定并不需要过多的矛，只是对这些测试的效用做出正确评估即可。

起初，GATT 承诺合法政府政策在违背 GATT 的市场准入规则时是正当的措施。在传统上，GATT 第 20 条第 b、d 款可用于证明为达到特定的规制目标所必需采取的措施，即使不符合 GATT 条款也是正当的。但是这一点却被理解为成员援引这些例外时只需要证明，为达到希望的政策目标除了采取例外措施外，没有其它符合 WTO 或者限制性较轻的措施可以采纳即可。第 20 条中必需性已被理解为，国家措施在可以选择的类型中的贸易限制性最低。WTO 成立以来改变了对 GATT 第 20 条的理解，包括必需性测试问题。一、在汽油一案中，<sup>8</sup> 上诉法院认为所采取的措施在第 20 条下的合法性需要经过两种测试，一是被指责的措施是否包含在第 20 条中，二是应用措施的方式是否武断、不公正或对贸易变相限制。尽管成员可以使用这些例外，但是例外不得以不正当方式使用，妨碍成员的法律义务。这种在权利和义务之间的平衡的认可不符合国家主权或规制能力要特殊关注的观点。

必需性、可比性或权利和义务的平衡测试如何运用于国际直接投资？在外资领域，对国家的约束只限于非歧视以及最低的待遇标准，似乎没有必要扩大限制的范围。但是，必需性、可比性及平衡性测试对国内在反歧视、最低待遇标准或反征收规则的规制非常有用。例如。NAFTA 在 2000 年 11 月有关 mayers 的一案中，在评审加拿大是否符合第 1102 条的要求时，提出加拿大为达到提高国内处理废物能力是否有对 mayer 公司的投资损害更轻的手段。这实际上是一种“较少损害投资的测试”，所以上述案例可助于评估类似措施是否含有隐性保护主义动机，或者为实现国内规制目标的利益还达不到而给外国投资所带来成本支出。

#### 四、国际直接投资的特性

国际市场的快速发展给国际政策制定者构成了挑战。新的市场需要新的规制框架来保证在个体的权利和公共产品以及国际公共产品之间达到平衡，这些规制必须反映出所有需解决问题的结构以及特征。

多边投资框架谈判的倡导者是从制度及组织模块着手的，即 WTO，想让 WTO 满足投资规制问题的需要。这需要两步走，一是在优惠方式上首先要分清外国直接投资的特点以及需要采取一致的国际行动的政策利益；二是选择制度以及制度在一个组织框架中的位置。在设计国际制度时通过遇到两难困境，即要在一个选择余地不大的制度环境中制定适当的制度框架。现在投资问题即是 WTO 这一制度中遇到的一个难题。尽管如此，依照贸易规制框架来

---

<sup>8</sup> 美国 1990 年对清洁空气法修改以后，环境署对汽油的成份排放公布了新规定，从 1995 年 1 月起，只有符合清洁规定的汽油可以销售，委内瑞拉和巴西投诉美国的汽油规则不符合 GATT 第三条，也不在第二十条范围之内。

建立国际投资规制框架是可以理解的，这是因为贸易和投资之间存在非常密切的关系，并且贸易规制框架到目前证明还是成功的。但是我们必须看到，在过去的几十年中，国际投资的流动是独立于国际贸易的，有其本身的规律和投资动力，国际投资的很大程度上是寻求风险和收益之间的最佳关系，或风险分散化，国际直接投资实践最主要的而不是取决于贸易地位。

1. 国际直接投资规制的性质。除上面提到的投资在时限上与货物交易存在不同以外，国际直接投资在社会和法律关系以及对“相同”投资的解释上。

第一，长期的生产性投资的社会和法律关系不同于货物以及组合投资：这表现在：生产性投资的合约的期限不确定；投资者要求在投资的国家有一系列的权利和义务。包括不动产权利、与个人和公司订约的权利、从事金融交易的权利；投资者必须有义务遵守投资发生地的司法，为当地社区做出贡献，如依法纳税；投资需要基础设施，保证法律公平的管理，满足雇员的需求，保证投入来源和产出的运输。

因此，投资形成了比较复杂的权利和义务关系，可以表达为一种经济权利与义务的形式。从社会和政治角度看，货物贸易与投资之间的共同点比较少。为所有方服务的国际投资制度必需反映出有所有层次上的差异，如在应用的原则、使用的制度以及条款的细节上。

第二，“相同投资”（like investment）。相同这一概念关系到非歧视原则，即对相同投资的义务要相同。对“相同”一词的解释在贸易体制上引起了诸多不同意见。困难在于在施加灵活义务（最惠国和国民待遇）是与不确定的条件（相同）相联系的。相同一词解释多样，导致在 GATT / WTO 制度在处理一些特定目标的政策问题时多有冲突之处，例如在处理贸易自由化与环境保护之间。多年来，GATT/WTO 一直坚持不以生产方法来区分产品，但是这一立场在虾/海龟案例上诉法院的报告中第一次发生了变化。所以，大家都意识到，含义确切的词句（如一致或一样）可能导致多边贸易制度的中心原则失去效力。

所以，在国际贸易中以生产方法来界定两种产品是否为相同产品仍然存在困难的情况下，那么确定什么是相同投资也一样存在困难，这些困难早就出现在一些已有的投资协议的文本中。在这些投资协议中，给予最惠国和国民待遇时没有采取“相同投资”这一概念，而是采用“相同条件下”这一措词。国民待遇和最惠国待遇是一个相对的标准，需要在对外国投资者和投资的待遇与对国内或第三方投资者和投资待遇之间有一个比较。政府可能有合法的政策对不同形式的投资的待遇不同。同样政府会有合法的政策原因对国内和外国投资者有不同的待遇，或者不同条件下的投资和投资者有不同的待遇。例如在与最惠国待遇和国民待遇不一致的一些国内法律时，是不是要遵守国内法律。由于一个政府采取的措施对投资有不同的影响，或另一缔约方的投资者本身不会放弃与最惠国待遇和国民待遇不一致的措施。在“相同条件下”的目标是允许对所有相关的情况进行考虑，在决定与哪一个国内或第三国投资者进行比较时，包括与外国投资者和投资有关的条件。

## 五、WTO 对国际直接投资规制面临的问题

在二战以来的经济自由化以及近几十年以来经济全球化趋势下，对国际直接投资规制是一个自然而然的步骤。客观地讲，应该推进国际直接投资规制框架的工作，如果国际直接投资制度缺失，许多国家要面对投资缺乏保护的风险，所以降低投资风险，不管是政治风险还是经济风险而带来的效率增进是国际投资制度主要的贡献。

通常，在其它情况相同时资本一般会流向现有的投资水平较低的国家，因为可以为投资提供较多的机会。实际上，投资的流动并不均衡的，近年来国际直接投资更多地流向少数国家，这里面有许多的因素，其中最重要的因素是投资的安全风险。一个完善的、得到认同的国际投资制度可以降低这种风险的。同时，国际直接投资规制必须能够平衡不同的考虑，所以规制本身需要是动态的。

现在，发达国家，尤其是欧盟在投资规制问题是希望国际直接投资规制的制度和规则在WTO框架内形成，将WTO贸易规制延伸到投资领域。我们看到，在经济全球化发展的今天，对处理一些问题，如环境和劳工标准（也是贸易壁垒），WTO本身已力不从心。WTO成立以来，尤其新加坡部长会议提出来的四个新加坡议题，以及在多哈部长会议提出贸易与金融发展的关系、贸易与技术转让等问题都没有得到满意的结果，在有关规则谈判上，如有关区域贸易协定的规则，进展缓慢，导致WTO只能维持最基本的贸易纪律，但WTO组织本身则变得越来越静态，无力扩展本身的功能，解决与其自身最主要目标产生冲突的政策问题。同时，一些新的问题，如知识产权和服务贸易已经纳入WTO贸易框架，实际上形成了贸易手段已深入到一个国家的经济深处的现实，反过来造成WTO在服务贸易谈判以及知识产权谈判中的地理标志、本土知识等问题上步履艰难。WTO这一体制的制度和组织特点与要解决动态任务之间的矛盾成为WTO面对的最大危机。

过去的GATT体制是静态性质的，因为GATT本身不能够修改，相关协议的结构所发挥功能受到限制。WTO的创立解决了协议的问题，但是没有解决体制的静态性质。如果想制定一个有贸易规制的制度特点的投资规制框架，整个GATT/WTO结构有崩溃的可能。

在建立国际直接投资规制框架，必须首先弄清什么是国际直接投资规制的基本特点。WTO是国际经济一体化最有效的论坛，我们看到GATS中包含了投资制度中的核心问题，TRIPs和GATS协议似乎表明了WTO体系可以延伸，都对国际直接投资产生了直接或间接的影响。在WTO中创立一个投资规制框架对现有的贸易规制体制无疑是一个必要的补充。但是WTO在处理投资问题前，要保证WTO投资这一新因素不能给其制度和组织能力带来过大的负担。这需要仔细考虑投资体制的问题，保证其能融入贸易体制中。

如果在WTO这一贸易规制框架内形成一个符合WTO结构和制度特点的国际直接投资规制框架，需要考虑四个共同的原则或规范，即开业权、国民待遇、非歧视或最惠国待遇以及透明。国民待遇和最惠国待遇原则GATT/WTO的中心原则，尽管投资体制必须达到非歧视目标，但是问题的性质（问题结构）上的差异意味着需要不同的制度来达到目标。

1. 开业权。投资者必须能将在一个权限内的投资作为一种权利。如果外国投资需要某种形式的批准或许可，会产生成本负担，最终由投资承担，并且对收益率产生影响。政府的许可制度产生额外的成本支出。开业权包括购买和销售货物和不动产的权利、订约权利、适用许可和授权的权利、制造、储存、运输和出口权利。所有这些权利受法律的约束。尤其，取得安全的知识产权的权利是任何投资有关的最基础的因素，因为这些权利对于贷款和交易的安全所需要的。没有明确的知识产权，很难得到保险，反过来会产生投资成本，对收益率有影响。对外国投资者来说，相对于国内投资者有不公平感。

开业权会有一些例外，如国家安全原因。这需要分清一些情况。受保护的国内投资者缺乏竞争意识，例外产生了寻租机会。产权的明确界定对环境成本的内化也非常必要。

2. 国民待遇。国际投资协定意味着在国民待遇和公平待遇之间的选择，这两种标准在使用上是相互排斥的（NAFTA是一个例外）。国民待遇意味着比公平待遇更确定的权利。国民待遇在定义上存在困难，这一点在GATS中已经遇到了，MAI谈判者也不想再遇到这一问题。GATS第17条第2款在“正常的相同”和“正常的不同”进行了区分，重点放在结果而不是过程上。

3. 最惠国待遇。最惠国待遇对于国际投资体制来说是一个很强的制度，最惠国待遇假定投资反映了传统的在主权国家内个人投资者之间的关系。在整个生产链中，也存在诸如对环境保护、劳工标准需要负责的这类问题。实际上，投资者、东道国的关系需要许多要素来调节，这些要素并不掌控在东道国手中，而东道国是提供最惠国待遇的唯一行为主体，所以适用最惠国待遇是一个很复杂的事情。处理最惠国待遇问题主要在协调好个人权利与公共物品之间的关系

4. 争端解决。争端解决机制是任何国际投资体制中不可缺少的因素。没有争端解决机制的体制不可以提高对风险的把握程度。但是，争端解决机制必须充分反映出投资规制的原则和结构。假定投资规制可以建立在GATT/WTO体制的基础上，那么投资的争端解决机制也只能以WTO的争端解决机制为准。但是WTO的争端解决过程在适应国际投资规制问题上似乎存在一定的问题。

建立动态的投资规制框架的要素，如投资的长期性以及结果，必须能够随着时间而发生一定的变化，投资者与投资国之间的关系以及在投资规制中如何确定“相同情形”的困难也决定了投资争端解决过程的特点。投资规制中的争端解决体系应该是开放的、可信的、能够在相互矛盾的政策之间达成平衡，但是目前国际社会还没有这样的争端解决体系。

从NAFTA投资争端的特点来看，大量的投资仲裁发生在投资者起诉政府案例上。投资协定的争端解决需要对单个投资者涉及政府的诉讼时在其权利上做出判决，这完全不同于国家与国家之间争端的判决或两个私人个体之间争端的裁定。所以WTO的争端解决机制或商业争端的仲裁体系都难以处理好投资争端。投资者对国家的争端解决机制需要考虑投资的特点以及在公共利益的背景下考虑对投资问题的处理，这需要制度创新。一种办法是将东道国的法院引入这一争端解决过程中，这样国际法庭可以让有适当的权限的国内法院接受所做出的裁定。但是这种方式不能解决由国内法院产生的、与东道国的国际法律义务相悖的问题。

5. 制度能力。MAI的争论表明了国际投资规制中一些问题的复杂性，最惠国待遇、国民待遇或取消业绩要求，需要在一个动态的框架内仔细地考虑。二战以后取消固定汇率制，80年代的金融危机以来，外国直接投资发生了很大的变化。在生产和投资变得更有可持续性、欧元的产生、国际市场的循环危机，尤其是日本银行体制出现问题，还会出现更多的变化。资本剩余的国家将发现人口年年龄较轻国家可以获得利润，过去50年的贸易规制则不是这样。降低或取消关税、制定非关税壁垒原则，包括GATT/WTO的服务业和农业部门从不用重新考虑这一规制框架的核心原则。只有知识产权协议产生了新的权利和义务结构，在控制知识产权的垄断者与借用知识产权变成商品的市场参与者之间的平衡能否持久下去，尚需时间的检验。

GATT体制的特点是制度上不足，由于GATT的秘书处不是一个国际组织，功能受到严格的限制，在GATT下协议的落实是多单边的，即完全依靠这一框架内的成员的自觉意愿。

因历史原因而留下来的这种结构很适用于对贸易的规制，因为GATT主要是一个谈判论坛，即使违背规制的纪律，只要能够使贸易自由化不改变方向，就可以容忍。争端解决过程对这一规制框架非常重要。由于GATT的制度缺陷非常大，不得不对争端解决机制改革，不得不成立WTO，WTO的成员变得多起来。WTO还有许多GATT的特点，尤其是不限成员资格的理事会和委员会结构、用谈判方式评审所有的问题、用争端解决机制作为落实的主要手段。

国际投资制度处理的是更为复杂的问题，其制度要比GATT/WTO体制更为复杂。MIF是第一个投资的多边方案，不得不创造一个解决复杂、动态的投资日程所需的制度结构，MIF建立在一个假设之上，即服务于贸易体制的制度也足以处理投资体制，但是WTO能否满足贸易自由化或国际投资的需要，还是一个疑问。

国际上所有处理投资的尝试都假定需要一套能够运用的规则体系，象贸易规制一样，由政府遵守，并通过争端解决机制来强化。这对投资过程及其经济和社会政策功能的完全是一个静态观点，没有考虑到投资体制的动态性，也没有反映出外国直接投资所有投资者和东道国之间复杂的法律和契约关系。

国际环境规制要解决长期形成的问题，需要一个动态的国际规制框架。现在比较健全的环境规制一开始是建立一个框架协议，建立在基本的制度之上，产生一个组织结构，并定义好为达到目标的一个连续的过程。由于谈判者不可能知道需要什么样的措施，多边的国际环境协定在什么是最适宜的制度方面存在不确定性。随着时间的推移，证据的积累以及采取其它的措施，这样保证规制本身朝向目标发展。框架协议对解决国际投资规制问题是一个较好的方案。框架协议勾画出一套规制框架的目标以及实现目标必要的步骤。结果会形成一个强有力的规制框架，对新出现的问题可以做出反映，适应国际投资中出现的变化。

国际投资制度面对的最大挑战是维持高水平的可预见性并保持相当的灵活性。很大程度上与管理货币体制的两难一样。在需要长期的高度可预见性的同时，在危机时的行动必须准确，即使与前面建立的冲突也在所不。国际投资规制面对的挑战没有货币当局面对的那样大。国际投资体制的目的是保证投资过程中对风险有最大的可把握的可能性。这没有超出国际社会的目标范围，因为已经有几十年的历史，但是，如果投资规制反映出有充分的制度基础以及有矛盾的政策目标之间的平衡能力，是可以达到目标的。

现在建立一个全球投资协定为时尚早。一方面，国际社会的发展还没有条件产生这样的制度，另一方面，一些国家的公共意见是反对形成一个总的投资协定，这会造成政治敏感。在这种情况下，一个框架公约加上在某些部门协定下的投资条款，是一种务实的作法。

#### 参考文献:

1. 江国青，“国际体制理论介评”《法学评论》，1997年第1期。
2. 任东来，“国际关系研究中的国际体制理论”，《欧洲》，1999年第2期。
3. Ferrarini Benno, A multilateral Framework for Investment?, World Trade Institute, July 2003.  
Moltke Konrad von (2000). *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD.
4. Singh Kavaljit, Multilateral Investment Agreement in the WTO, Asia Pacific Research Network, 2003.

## **WTO's International Investment Regime: Institutions and Organization**

Chen Jianguo

(Center for Transnationals' Studies of Nankai University ,Tianjin 300071,China)

**Abstract:** Currently, it is appeared that WTO has to take task for creation of an international direct investment regime framework. This article, based on the principles of international regime theory, to analyze the effectiveness and problems of international investment regime in the auspice of WTO that intrinsically enjoys the features of trade regime. The author believes that WTO, a static organization, lacks the institutional capacity to cope with investment issues. A more pragmatic choice for WTO is to establish a framework convention embedded investment articles for specific sectors, rather than a ambitious investment agreement.

**Key Words:** WTO; International Direct Investment; Regime Institutions