

# OECD/MAI 及其與中國外資法的關係

金 汝 善\*

## 目 次

- 一. 緒 論
- 二. MAI的主要內容
- 三. 爭論點和展望
- 四. MAI對中國的影響與同有關外資法的關係

## 一. 緒 論

隨着經濟國際化的發展,貿易與投資從相互替代的關係正轉變成爲了進入市場而相互補充的關係,因而國際社會迫切需要制定有關多邊投資的規範。但是OECD規範以前資本流動自由化作爲發達國家間的規範具有其局限性,並且沒有建立具有約束力的爭端解決機制。另外WTO/TRIMS 由於只把有關貿易的投資措施作爲其對象,所以其適用範圍也很小。WTO/GATS雖然制定了通過商業存在進行有關服務業投資的規範,但由於它也是一種把自由化原則委托給會員國的不完整的協議,所以難以充分實現資本交易的自由化,即將成爲國際資本交易法律制度基礎的多邊投資協議(Multilateral Agreement on Investment:簡稱OECD/MAI)的推進,對國際經濟秩序的形成和變化將會產生巨大的影響。MAI本來是 WTO 主導下的烏拉圭回合下屆回合議題之一,并被認爲需要很長時間的準備工作,<sup>1)</sup> 由於存在需要制定普遍性多邊規範而替代現存的不完整的國際投資規範體系的共識,一九九五年 OECD部長級理事會根據資本轉移及貿易和投資與跨國公司委員會的可行性研究(feasibility Study)報告宣布開始談判,并打算在 1997年達成MAI。<sup>2)</sup> 目前MAI具體內容的一部分已經得到成員國的同意,另外一部分還正在進行討論。<sup>3)</sup> 到 1998年4月爲止,談判已召開了20次會議。MAI的基本

1) [한] 徐憲濟,《國際經濟法(第2版)》,栗谷出版社 1998,第463頁

2) The Committee on International Investment and Multinational Enterprise(CIME)/and the Committee on Capital Movements and Invisible Transactions(CMIT) 《Multilateral Agreement on Investment》 May 1995.

3) OECD Working Papers(Vol V), 《The Mltilateral Agreeement on investment state of Play》 1997.OECD, 《Symposium on Multilateral Agreement on Investment》, Korea 1997.

目標在於制定包含投資保護·投資自由化以及爭端解決三大領域的廣範圍全面的規範。談判的基本內容是：①制定較高的有關投資保護的標準；②制定對於國民待遇·爲止現狀(standstill)原則·無差別的最惠國待遇以及透明度等高水平(state-of-the-art)的自由化標準；③制定具有法律約束力的規範；④爲了擴散這種自由化原則,允許OECD成員國以外的其他國家加入(free standing agreement)；⑤盡可能通過相互之間的協商解決投資爭端，在難以解決的情況下提供其他有效的爭端解決方式。所以 MAI 可以成爲國際多邊協定。<sup>4)</sup>

這次 MAI 的談判範圍非常廣範，因次這次協定的達成對中國金融市場和引進外資將會產生巨大的影響。本篇論文分析至今仍進行談判的MAI 草案的主要內容及其對中國投資·金融關係法所產生的影響。

## 二. MAI的主要內容

### 一) 投資與投資者的定義

投資與投資者的定義不僅在MAI協定裏而且在一切投資協定中都是最核心的事項,因爲只有符合協定限定的投資與投資者項目才能成爲國民待遇·最惠國待遇等制度保護的對象,而且如果這種投資受到侵害,就可以利用協定中的爭端解決程序。<sup>5)</sup>

1. 投資者.投資者包含保留協議當事國國籍的自然人(也包括永久性資產所有者)和根據締約國法律而設立的法人與組織,<sup>6)</sup> 並且不考慮與其營利性與否以及政府的所有與控制與否,在有關投資者定義的問題上,雖然存在是否把在外國設立的分公司(branches)包含在投資者範圍內的爭論,但是鑒於大部分國家的法律都沒有賦與分公司獨立的法人資格,因此決定分公司不納入投資者的範圍內<sup>7)</sup>。

2. 投資.(1) 定義.MAI把投資定義爲“投資者直接或間接地擁有·控制的所有種類的資產”,“定義基礎是單一的,廣範的資產(a single,broad and asset based definition)”。這裏所說的單一就是不分投資前與投資後的情況,而適用於一切投資。另外其廣範性表現在不僅包括傳統的直接投資概念,也包含portfolio投資.這表明投資的定義不是着重於企業(enterprise),而是以資產(assets)…包括有形資產和無形資產作爲其基礎。但是投資應當排除沒有投資特性的貿易活動和純粹的金融合同,因爲在這些領域裏已經形成了相應的國際規範。<sup>8)</sup> (2)資產.MAI列出了相互補充的詳細資產指示目錄,從而盡量把投資與金融交易區別開。根據目錄,投資資產包含企業·股票·債券·貸款·Turn Key合同·貨幣請求權(claims to money)·履行請求權(claims to performance)·知識產權·有關房

4) OECD, 《Main Features of the MAI》 SYPOSIUM ON mai, KOREA 1997.

5) Scheklin, 《Scope of the MAI:Definition of Investor and Investment》 :Ley, 《Scope of the MAI》 , Korea 1997.

6) 不管是盈利或非盈利以及私有或國有, 都包含股份有限公司(corporation), 信托公司(trust), 合伙企業(partnership), 私人企業(soleproprietorship), 合營企業(joint venture), 協會(association), 以及組織(organization).

7) 徐憲濟, 前引書, 第465頁

8) Xavier Musca, 《Scope of MAI》 ,briefing for non-OECD countries 1997.

地產和動產的抵押·租賃·擔保等財產方面的諸多權利。(3)知識產權·擁有眾多先進技術的發達國家試圖把知識產權納入到直接投資的範圍內·雖然MAI也把知識產權納入到其投資對象中·但是在具體的概念和範圍上還存在着一些爭議·例如知識產權範圍的大小·即在知識產權裏是否包含產業資產權以外的著作權·著作隣接權及有關文學與藝術行為的權利·是限於WTO/TRIPS 列舉的權利還是進一步拓寬·是否適用國民待遇原則·有關徵用和自由轉讓的規定能否適用於知識產權等等。<sup>9)</sup>

## 二) 對投資的保護

1. 一般性待遇(*general treatment*)·投資在東道國應該享有公平和平等的待遇(*fair and equitable treatment*)·應該受到充分而經常的保護與安全保障(*full and constant protection and security*)等等·目前存在的問題為是否應該禁止有關投資企業活動的不合理和歧視性的措施·還有是否應該禁止相當於不合理和歧視性的措施·成員國對此還沒有達成了協議·有的成員國認為不合理的概念不清楚·另外有的成員國認為·雖然政府的措施不是差別性的措施·但是MAI生效後有可能仍然存在實際上的不合理性限制的問題。<sup>10)</sup>

2. 徵用與補償(*expropriation and Compensation*)·沒收·徵用應以公共利益為目的·公平地按照法定程序·在及是地·適當地·有效地得到補償的前提下進行·對此成員國間達成了原則上的協議·及時的(*prompt*)是指不得拖延·適當性(*adequate*)是指其補償應該等同於沒收前投資資產的市場價值·正當法律程序(*due process of law*)是指應該投資者保障在東道國裏接受司法審查或與此有同等權力的機關審查的權利·有效(*effective*)的補償是指應該充分而現實·並且可自由地轉移·但對於怎樣保護由於匯率變化而受損的投資者利益和計算補償金額適用貨幣的確定尚未達成一致意見·在拖延補償的情況下東道國應該承擔利息的匯率風險·大部分成員國對此普遍認為應在條款解釋中加入對有關因兌換之差而遭受損失的補償內容·

3. 內亂時的保護(*protection from strife*)·此項條款是關於如何補償在東道國發生戰爭或其他事情時投資者利益受到的損失·雖然原則上東道國沒有進行補償的義務·但是如果規定補償·就應該遵守國民待遇或最惠國待遇原則·如果東道國的軍隊占有或破壞投資財產·就應當給與及時的·適當的·有效的補償·

4. 資本轉移(*Transfer of Capital*)·凡與投資有關的所有對內對外的資金給付·根據匯送地點市場匯率的自由轉移應當得到保障·這種資金轉移包括最初投資成本的回收·補償的支付·根據合同的轉移·根據轉讓或沒收投資資產的補償·根據爭端解決程序得到的支付以及對職工的報酬等等·MAI為了與其對投資範圍的擴大保持平衡·達成了有關包含國際收支平衡條款·在東道國發生外匯危機等情況時·可以適當限制向境外匯款·的協議·雖然對於匯款的通用貨幣尚未達成協議·但大多數國家普遍要求規定可以自由兌換(*freely convertible currency*)來保障匯款條款的適用·一部分國家還沒有形成外匯市場是目前協商中存在的問題·

5. 代位求償權(*Subrogation*)·代位求償權是指第三人為債務人清償債務後可代位行使債務人的權利·協定草案規定·如果投資者的本國政府代替補償投資者在東道國中的損失·本國政府就繼承投資者

9) 徐憲濟·前引書·第465頁·

10) Joachim Karl. 《Protection of investors and investment》Symposium on the MAI. Egypt 1997.

在東道國一切權利,但是與代位有關的爭端解決事項尚未得到解決,即與代位有關的爭端解決事項適用於國家之間或者投資者和國家之間爭端解決程序的與否,對於承認範圍還存在着爭論。

6. 投資協議上的權利保護. OECD 對在 MAI中是否包含締約國同特定投資者簽定的投資協議所產生的權利保護條款進行討論,對於此項條款目前存在三種主張:第一種主張持反對立場;第二種主張持贊成立場即在違背投資協定時根據 MAI 爭端解決程序可以提出訴訟;第三種主張是在 MAI中增加有關尊重條款(respect clause)使其成為特定投資者的權利,如果採取第二種,只有有關當事者的協議上的權利屬於 MAI的“投資”項目時,才可以適用MAI的爭端解決程序;而如果採取第三種主張,因為違背該項協議等同於違背 MAI,所以直接可以采用爭端解決程序。<sup>11)</sup>

### 三) 投資的自由化

1. 國民待遇, 最惠國待遇和透明度原則. 對於投資者和投資財產應當基於國民待遇和最惠國待遇的給與待遇,國民待遇就是在企業的設立,資產的取得·擴大·運營·管理·維持·使用·享有以及投資的銷售和其他方面不能比本國投資或投資者承擔更不利的義務,最惠國待遇就是在企業的設立·資產的取得·擴大·運營·管理·維持·使用·享有以及投資的銷售和其他方面不能比其他合同當事人所承擔的義務更為不利. 國民待遇和最惠國待遇在設立前(pre-establishment)和在設立後(post-establishment)都應當適用, 並且禁止法律上(de jure discrimination)和事實上的歧視(de facto discrimination).MAI締約國對一般適用的法律·施行命令·程序·行政規定以及有關政策,應當迅速公布或用其他方法公示, 履行其透明度義務. MAI是處於相等經濟發展階段上的OECD成員國之間達成的協定, 所以在投資的自由化問題上確保國民待遇, 最惠國待遇和透明度具有更為重要的意義. 隨着企業多國化戰略的推行, 本國企業和外國企業的區分標準越來越顯得模糊, 因此對於有關國家安全公共秩序的部門(如航空·造船產業)的投資, 成員國加入可以不允許實行國民待遇.

2. 核心人員的轉移. 爲了實現這種經營資源的轉移需要保障經營人員·技術人員等核心人員的自由出入境, 特別是在高科技產業的情況下, 投資企業爲了持續地保持核心技術需要技術人員轉移的充分自由. 但是發展中國家的東道國允許直接投資, 相當重要的目的是引進技術,而投資企業爲了避免技術轉移, 不希望持續性的派遣與滯留本企業人員. MAI爲了調節這種利害關係的相互抵觸, 在其草案中明確規定保障有關投資主要人員的短期進入與停留. 這種核心人員包括投資企業的行政人員(exeutives)·董事(directors)以及專家(specialist)締約國對核心人員不得提出國籍要求(nationality requirement). 對這項條款爭論的核心是如何調節核心人員的出入境保障與東道國的出入更有關規定的關係。<sup>12)</sup>

3. 履行要求(performance requirements) (1)履行要求是指東道國爲了確保特定經濟利益而向投資者附課的一種特定的義務. 從貿易與投資的關係來看,投資的目的就是爲了克服對貿易的限制,因此如果對於投資附加有關貿易的限制(即履行要求)不僅對投資而且對貿易都會產生一種扭曲效果. MAI同樣要作出特別規定, 目前對此沒有其他的意見. (2)雖然對附課履行要求的有關一般性禁止原

11) 徐憲濟, 前引書, 第466頁

12) Enery, 《Temporary stay and of investors and key personnel》 Symposium on the MAI, Egypt 1997.

則的宣言條款達成了協議，但對其具體範圍問題還沒有達成最終的協議。因為MAI談判的投資範圍極其廣泛，所以履行要求的範圍也相當廣泛。無論附課對象是外國投資者或國內投資者，抑或附課主體是中央政府或是地方政府，都不能允許附課任何履行義務。<sup>13)</sup> (3)目前正在進行討論的履行要求有：A.一定水平以上的出口義務；b.國產零配件的使用義務；c.對區域內商品的優先購買；d.出口與進口的聯系；e.與外匯管理目的相聯系對出口的鼓勵；f.要求把技術·生產工程·其他知識產權向東道國境內的自然人或法人轉移；g.要求把總部設立在特定地區東道國所在的國際市場上；h.要求把生產的商品和服務案一定的比例提供到一定的地區內；i.與政府確保雇用·地區開發等政策執行上聯系的部屬特別性支援，以及在一定水平以上的生產·投資·雇用等方面附課義務的措施等等。<sup>14)</sup>

4. 投資鼓勵(invest incentives)各國政府為了實現本國經濟發展的目的都制定積極的引進投資政策，但是不適當的投資引進政策會通過投資收益率的變化扭曲投資方向，從而引起過度激烈的競爭，因此需要加以限制。但是對地域開發、雇用創造和技術開發等方面的外國投資可以提供優惠措施。這可以說是對國內企業相對的歧視性待遇，所以對這種歧視(positive discrimination)現象還存在着爭論。<sup>15)</sup>

5. 民營化(privatisation)許多國家正在處於把國有企業的所有權與支配權向民間部門轉移的過程。民營化是MAI的重要問題，MAI有關投資的定義支出，獲取的民營化企業股屬於投資的對象範圍。只是對民營化轉變階段的決定，對哪種企業實行民營化，採取何種程序，民營化的對象是甚麼等等是完全屬於國家主權的問題，所以不是MAI的討論對象。但是只要公布和執行民營化計劃就應該適用國民待遇、最惠國待遇以及透明度原則。另外對是否承認特別區分協議(special share arrangement)的效力也有爭議的。股分協議作為一種對特定股東賦與否決權相等的其他超越股東權利的特別的契約，如果承認它可能在一定程度上不利於外國投資者，但是可能會成為促進民營化的契機，因此談判傾向於允許特別股分協議。<sup>16)</sup>

6. 壟斷及國營企業(monopolies and state enterprise).無論是外國人還是內國人在壟斷存在的領域裏都不可能發展事業，或其範圍會受到很大的限制，因此壟斷及國營企業的問題就成為MAI的重要關注領域。對賦與何種企業壟斷權或者取得壟斷權的與否，是屬於各國政府主權的事項，所以不是也MAI的討論對象，但是享有壟斷權的企業如何行使壟斷權對外資可能產生重大影響，因此壟斷企業應該履行國民待遇、最惠國待遇等MAI的各種義務。但是一般特殊情況下只要履行普遍性的國民待遇和最惠國待遇，對制定國有企業特別規定也存在意見的分歧。

7. 企業慣例(corporate practices). 企業慣例是指在董事會以及其他決策體系中差別對待外國投資者的私營企業慣例，其中包含對董事會成員的國籍·居住條件·外國投資者的表決權以及獲取股分等方面的限制。如果這種企業慣例由東道國政府賦與，即與其他投資措施一樣將受到MAI的限制。問題是在沒有政府控制的情況下而由企業自己決定差別待遇外資的時候如何加以規範。現在大部分國家認為MAI不要幹預私營企業的慣例和特定企業的獨立決定，並且也不可能幹預。因為對公司的章程·規則·內部規定不能設立差別規定進行干涉就是限制協議自由化企業部門的獨立性。

13) OECD. 《Main features of the MAI》 Symposium on the MAI Korea 1997.

14) 《Performance requirements》 MAI briefing for non-OECD countries 1997.

15) Michale Daily, "Investment Incentives and the Multilateral Agreement on Investment" 32 Journal of World Trade2(1998,4)

16) Huh-Noh Choong. 《Privatisation and monopolies》 Symposium on the MAI. Egypt. 1997

8. 例外條款。(1)一般性例外(generalexceptions)。如果投資對維持國家重大安全利益(essential national security interests)和國際和平與安定的聯合國憲章的履行構成障礙,就可加以限制。這種一般性例外也為其他國際條約共同承認。為了防止濫用需要把其條件具體化,確保締約國承擔例外事項的通告義務。公共秩序的例外屬於一般性例外的範疇。法國和加拿大等一部分國家堅持認為保護本國文化也屬於一般性例外的範疇。國家安全的範圍包括戰爭·武力沖突和國際關係上緊急情況等。(2)臨時性免除(temporary derogation)與GATT相同,在締約國國際收支發生嚴重危機時,允許締約國採取對匯款的臨時性限制。國際收支的危機是經常項目遇到困難,或者在資本項目上很難得國際貸款的情況。<sup>17)</sup>(3)特定國籍保留(specific reservations)。如果某一成員國認為不能履行協定中的特定義務,在批准協定是可以提出保留事項。對保留的允許程度和範圍取決於各當事國的協商結果。MAI談判大致分為對協議條文本身與對各國保留事項兩大部分。MAI中的保留措施用制定明文允許的例外目錄的方式即是消極列舉體系(negative list system/bottom-up方式),這一點上區別於僅對協定的規定事項承擔遵守義務的服務貿易協議積極列舉體系(positive list system/bottom-up方式)。保留問題是MAI協定最有爭論的事項之一。<sup>18)</sup>談判初期,成員國對達成了MAI以後,不得加以限制或者擴大保留內容的共識。但在協商過程中,由於技術的不斷發展·民營化或者解除壟斷和新的經濟活動,一部分國家認為在新的產業部門中不能不加以限制,因而提出了將可以據以保留的LIST B保留案。但是大部分成員國因為保留內容不清楚,範圍比較廣而且限制的內容也不明確,所以持反對的意見。這種特定的保留原則應維持現象(standstill),<sup>19)</sup>並且應該遵守逐步撤消(rollback)原則。

#### 四) 爭端解決(dispute settlement)程序

設立與WTO的爭端解決機制權威性相同的國際投資爭端解決其制是MAI的最大目標。從這種意義上,MAI彌補了現存國際投資規範中被認為是缺陷最大的投資爭端解決程序上的不足之處。確立了有效的國家之間和投資者與國家之間的爭端解決程序。這不僅使MAI擴大了投資的範圍,而且提高了投資的保護水平。<sup>20)</sup>

1. 國家之間(state to state)的爭端解決程序與WTO的程序基本相似。MAI的爭端解決程序分為協商·仲裁和裁決三個階段。(1)協商。協定主張當事國之間應友好地解決爭端,所以各國之間的協商非常重要。某一國家在申請協商后60天之內不能提出仲裁要求,在協商沒有成功或要求協商后60天內對方沒有回答時,可以要求締約國進行多邊協商。(2)仲裁。仲裁委員會根據當事國的協商可由3人或5人組成,如果當事國之間沒有達成一致,則由解決投資爭端國際中心(ICSID)的秘書長來決定。(3)仲裁法院最終裁決提供的補救手段包括:a.認為締約國的措施違背MAI義務的宣告;b.要求採取符合MAI的措施;c.金錢上的賠償;d.恢復原狀的措施。(4)沒有履行裁決的報復性措施。有的成員國認為應允許採取國際法上所承認的一切報復措施,而有的成員國認為應以MAI的權利來限制報復措施,現在這兩種立場保

17) 日本機械輸出組合,《北美·歐洲における貿易·投資規則上の問題點と多邊間投資協定》1997

18) Marinus Sikkel 《Exceptions, derogations and national reservations》Symposium on the MAI, Egypt 1997.

19) 維持現狀是指對已提出的締約國的保留內容再不能擴大適用或者提出修正內容的原則。

20) Marino Baldi, 《Dispute settlement》,Symposium in the MAI,Egypt 1997.

持對立。

2. 投資者與國家之間(investor to state)的爭端解決程序。MAI賦與私營投資者提起以國家為對象的有拘束力的仲裁程序的權利以及選擇爭端解決機構的權利。投資者可以選擇的爭端解決程序有：第一，東道國的競爭委員會·行政審判所·法院等的國內程序；第二，MAI的爭端解決程序；第三，《解決國家與他國國民間投資爭議公約》·《聯合國國際貿易法委員會仲裁規則》·《國際商會調解與仲裁規則》的程序等。如果投資者提起國際仲裁，締約國是否應該無條件接受，對此還存在爭議。在第20次會議上，成員國達成了爭端解決程序的大部分內容，投資者可以利用《解決國家與他國國民間投資爭議公約》《國際商會調解與仲裁規則》和《關於外國判決的承認和執行的公約》的規定處理投資爭端，但仲裁開始之前須獲得東道國的同意，爲了利用MAI的爭端解決程序，首先必須存在對方違反協定的行爲并導致侵害協定所賦與利益的結果，即在侵害行爲和投資者損失之間必須存在因果關係(causal linkage)。損害應該是即將發生的(imminent)，但并不要求在提出仲裁時必須發生損害，并且這種損害包括計劃內投資利益的喪失。仲裁法院通過最終裁決(final awards)提供的補救手段有：第一，對於違反MAI義務的宣告；第二，金錢賠償(包括利息)；第三，恢復原狀以及其他補救措施。如果締約國不履行最終判決，投資者的本國可以根據國家之間的爭端解決程序起訴。<sup>21)</sup>

### 三. 爭論點和展望

一) 談判的展望。MAI談判1998年10月20日再次開始。但是由於MAI條文本身外的原因，談判現在中斷了。勞動和環境團體與非政府機構在MAI談判過程中不斷提出了可強勞動和環境保護的問題。該團體的立場對MAI談判起負面作用。另外由於談判是在OECD內部秘密進行，并不反映發展中國家的立場和觀點。因此從談判初期發展中國家保持反對的立場。因爲這兩個原因法國已退出了該談判。

這次會議上談判主席提出了七項對策：1)將MAI談判轉移到WTO中重新開始，2)停止MAI談判後，將轉移到OECD跨國公司委員會，(CIME) 3)使MAI只有政治性拘束力，而廢除爭端解決程序部分，4)以沒有拘束力的示範法(draft model)形式適用於多邊、雙邊和地域經濟合作組織的投資協議，5)以不存在爭論的部分爲中心重新構成現存的MAI，6)僅確立沒有拘束力的國際投資原則，7)把非政府機構和勞動環境團體的意見積極反映到現存MAI的框架中。<sup>22)</sup>在這次會議上，對於將MAI談判轉移到別的經濟組織問題，因爲目前WTO沒有接受MAI談判的意圖並沒有準備進行談判，而且在1996年12月新加坡部長級會議的決定設置的WTO貿易和投資小組今年年底將解散，所以大部分OECD成員國對在OECD內部於12月中旬繼續進行MAI談判達成一致。也對要積極地反映勞動和環境團體的意見達成一致。

二). 現存的爭論(financial matters).1.金融問題。穩健措施(prudential measure)以及與金融當局的金融及外匯政策有關的交易沒有被納入到協定的適用對象內。但對爲了維持國際收支平衡和締約國

21) (財團法人)國際貿易投資研究所 《MAIに関する調査研究(通商産業省委託調査)》1997.

22) Donald.J.Jonston, 《Opening Statement in the MAI》,20 Oct.1998

政府採取臨時保障措施的問题,以及在金融領域裏制定投資者與國家之間爭端解決程序的特別條款的問题,各國尚在討論之中。<sup>23)</sup>2.稅收.如果在稅收問题上全面采用MAI可能會與各國之間已經確定的關於避免雙重徵稅的協定發生衝突.雖然在關於避免雙重徵稅的協定中也采用公平原則,但并不一定全面要求公平對待外國投資者與國內企業。<sup>24)</sup>考慮到這一點MAI除了稅收透明度原則外,宣布了對稅收問题不能適用的原則稅收問题有可能成爲MAI的談判議题(built-in agenda).<sup>25)</sup>3.勞動及環境.MAI提出了遵守勞動標準和環境保護的有關事項.目前正在討論以下的三個問题:第一,MAI在禁止標準弱化條款(not lowering standards)裏規定爲引進外資.不得免除或放寬環境和勞動標準.但對其是否具有約束力還存在着爭論.成員國對於禁止標準弱化條款適用對象提出了三個原則。<sup>26)</sup>第二,勞動和環境問题和現存的OECD《多國企業之南》的聯系問题;第三,在協定前言加上有關勞動和環境條款的問题.大部分成員國同意在前言裏對環境問题原則上只規定OECD已確立的污染者負擔原則(polluter pays principle),對於勞動問题原則上要規定核心勞動標準(hard core).<sup>27)</sup>4.法律沖突條款(conflicting requirements).該條款是指一方締約國對投資不得要求或附課同其他締約國的法律規則相沖突或違背的義務的行爲.該條款的基本目的在於禁止域外管轄權(extraterritorial jurisdiction)的行使.加拿大,墨西哥和歐共體認爲,因爲美國的Helms-Burton法案<sup>28)</sup>與法律沖突有密切的關係,而且與多邊主義相違背,所以該法律應當廢止。<sup>29)</sup>5.地區經濟一體化組織(Regional economic intergration Organization/reio)歐共體會員國間達成的MAI水準以上的投資自由化措施不適用MAI.最惠國待遇僅適用於歐共體會員國間..REIO在投資方面可以採取統一化措施.但該措施必須非現有的措施更爲進步.非歐共體會員國對這個問題的觀點是因爲在歐共體會員國內也同時存在投資自由化措施發達的國家和相對落後的國家,如果採取統一的投資自由化措施,反而會導致投資自由化的退步.

## 四. MAI對中國的影響與同有關外資法的關係

### 一) MAI與中國的加入問题

因爲MAI談判局限於經合組織成員國,其他國家僅在協議達成後才能加入,僅通過協商方式是不可能反映發展中國家利益的.筆者認爲中國同時進行加入MAI和WTO的談判更爲有利.主要原因如

23) Anders Ahnliid 《New Disciplines》MAI briefing for non-OECD countries 1997.

24) 徐憲濟,前引書,第466頁.

25) Sikkil,M.Exceptions,《Derogations and National Reservations》,OECD Working Papers, P, 22-23.

26) 即國內標準(Domestic),國際標準(International)和核心(Core)標準.核心標準是指結社自由團體,交涉自由,強制勞動禁止,兒童勞動禁止和僱傭差別禁止.

27) William H. Witherell 《Environment and Labour in the MAI》, speaking notes from the press seminar 1998: CHAIRMANS PROPOSALS,《Environment and Labour in the Mai》,1998.

28) 1996年2月美國政府頒布的該法律的主要內容是美國政府對古巴政府用1959年以來被沒收的外國所有權者的財產 Trafficking的行爲可以行爲向美聯邦法院起訴.Trafficking是指古巴政府以沒收的美國的財產銷售(sell),轉移(transfer),租賃(lease)和所有(possess)或者用其財產參與國際商業交易或者取得盈利的行爲.

29) W.A.DYmond,《The Main Substantive Provisions of the MAI》, symposium on the MAI,Egypt 1997.



下：

1. OECD與WTO試圖把MAI納入WTO框架中,使其成爲全面規範投資政策和措施的多邊協議。一旦成功,WTO的廣大發展中會員國必須接受該協議。中國加入WTO後也必須接受MAI。<sup>30)</sup>中國香港也正在以觀察員資格參與MAI協定的談判過程。

2. 將來中國加入MAI時,必須在接受MAI大前提下進行協商,談判的主要議題只以加入國的保留事項爲中心。中國考慮國內的情況應當主張階段性的開放,堅持有關產業的保留立場,並且不允許保留以外的開放,因爲中國現在是第二大境外直接投資吸收國,而且中國是市場潛力非常大的一個發展中國家,所以這種立場很可能會得到目的。中國加入MAI時,對於與自己有關的談判事項,應該積極反映中國的立場,特別是在中國大量引進外資的情況下,應該盡快轉變投資引進國的被動立場,更加積極地參與問題的解決。另外如果中國早日加入WTO,通過WTO的加入談判投資基本上已實行自由化,因此即使加入MAI追加性開放也不會很大。

3. 由於OECD成員國是先進發達國家,因此它在國際經濟關係上影響力反而比WTO更大,可以說OECD主導着新國際經濟秩序的創造。比如在WTO農產品·服務貿易·知識產權等領域達成協議之前,OECD成員國間已達成協議然後才納入到UR的範圍,目前貿易化環境·競爭政策·勞動·電子交易等領域由OECD主導下進行談判。中國加入MAI可以充分利用發達國家積累的經驗和信息情報,使中國經濟能夠沿着發達型方向運行并迅速地適應世界形勢的變化。中國參與各個新議題談判,將有利於維護中國在世界經濟秩序中的地位和合法權益,并可提高國際信譽。同時通過加入MAI可以受到OECD的廣範支持,有利於加入WTO,但是中國也有可能因此失去發展中國家的實際地位,因爲美國和西方國家堅持認爲中國應以發達國家身分加入WTO,中國一旦加入MAI,所以在加入WTO談判時可能會對中國產生影響。<sup>31)</sup>

4. 中國加入MAI有利於引進外資和保護中國企業的海外投資。在當前正大力引進外資的情況下,這一新議題的談判與引進外資工作有着密切的關係。中國經濟成功實現了軟着陸,抑制了通貨膨脹,1997年在東南亞經濟危機時仍然保持人民幣的匯率穩定。這些信息都增強了投資者的身心,中國市場對投資者產生了愈來愈大的吸引力。<sup>32)</sup>在此情況下加入MAI能夠促進國內制度的現代化,提高國家的總體實力,提高經濟的國際信譽,由此而來的結果是出口的增加,外資的大量引進和先進科技的大量引進。中國海外直接投資雖然起步較晚但是發展迅速。<sup>33)</sup>如果加入MAI將使中國海外投資免受投資國不合理措施的影響,從而保護海外企業的投資活動。

5. 如果中國加入MAI將增加投資糾紛的訴訟。隨着中國對外開放程度的擴大,各種投資上的糾紛逐漸增多。中國利用MAI的爭端解決程序將會增加在中國投資糾紛的提訴,這有利於保護外資的合法權益。另一方面在中國向海外投資時,發達國家往往利用國內的·單邊的·甚至過時的法律條款對中國實行歧視性待遇。一旦中國加入MAI就可以通過MAI設立的解決投資爭端的機構和程序,比較公平地解決投資糾紛,爲中國爭取更多的合法權益。

30) 徐憲濟,前引書,第676頁;劉光溪,《中國與經濟聯合國》,中國對外經濟貿易出版社 1998,第253頁。

31) Rosalind H. Thomas, "The Need for Southern African Development Community Response to Proposals for a Multilateral Agreement Investment", 21World Competition 4(1998.7)

32) 劉國光主編,《1998年中國經濟形勢分析與豫測》,社會科學文獻出版社1998,第271頁。

33) 《中國對外經濟貿易白皮書》編委會,《1998中國對外經濟貿易白皮書》,經濟科學出版社,第132頁。

## 二) 資本交易自由化

大部分國家不同程度地對資本交易可以一定程度上的限制,中國出於有效利用外資的必要性對資本交易作了許多限制,但是隨着中國經濟國際化趨勢的進展,美國等發達國家施加的市場開放壓力越來越大,爲此中國政府從1990年開始逐步制定資本自由化的計劃,並且也在逐步推行,但這種有限的自由化措施在大力推行過程中存在許多不足之處,因此1995年公布了《指導外商投資方向暫行規定》和《外商投資產業指導目錄》,這是中國首次以法規形式對外公布考慮,允許,限制和禁止外商在中國投資的產業領域,而且作爲推行資本·金融市場開放的基礎,但是這些法規對外外商投資許多行業仍有一定限制,如果中國加入MAI,上述規定引進外資的限制標準就要修改如何:第一,阻礙國家安全及公共秩序的維持;第二,對國民經濟的健康發展產生不良影響;第三違背中國的法律;第四,對國民的保健衛生·環境保護·優良的民族風俗產生極其不良影響等四種情況

## 三) 外資法的修改

1. 外商投資法律的修改。(1)外資引進政策和外資法修改的基本方向:中國有關外資的立法,在相當程度上將要實現自由化這需要修改外資法,從而大幅度地緩和現存的不合理的限制規定目前外商投資企業在國內活動時,仍然存在行政規制和程序不明確等相當程度上的限制因素,這些限制因素對外商投資企業化國內企業是共同面臨的困難,對此應該盡快加以解決,中國針對三種外資形式均有不動的單行法,應考慮將三者納入同一法律,這可爲外國人投資制度MAI與等國際規範制度的協調並且爲方便外國人的投資奠定制度上的基礎,爲了經加明確對外國人投資的引MAI進和保護政策,法律的名稱應改爲《關於外國人投資以及引進外資的法律》 法律修改的基本方向如下:第一,爲持續擴大外國人的投資而奠定制度上的基礎;第二,協調外國人投資制度與之間的關係;第三,通過擴大對外國人投資企業的優惠措施而改善外國人的投資環境。(2)對外國人直接投資概念的調整,按照外資法的規定,外國人投資限於在中國境內設立三資企業,在統一外資法裏,MAI所規定的投資內容也應納入到外國人直接投資的範圍,MAI已經擴大了投資範圍,因此加入MAI時,需要重新確定有關投資的概念。(3)國民待遇和投資優惠措施,MAI要求對外國人投資企業賦與國民待遇,國內企業要在同等條件下與外國企業進行競爭,中國引進外資法還不够完善,特別是在給與外國投資者國民待遇方面今後在這方面的政策將作重大調整,按照有關國際經濟組織法規的原則,海外企業和國內企業應該享有同等的政策待遇,應當取消對外商投資企業的歧視性待遇,但是,因爲超國民待遇對引進外資能產生良好的效果,MAI還沒有對此達成一致,有可能性爲下屆MAI的談判議題,因此中國也還不必立即廢除超國民待遇。

2. 海外投資法律的制定東南亞發生金融危機以後,人民幣匯率保持穩定給中國的海外投資帶來了巨大的機遇,例如金融危機導致韓國股市大跌,資產大幅度貶值,現在韓國許多公司的資產已經跌到原價的30%左右,中國必須盡快考慮進入其當地市場進行投資,目前調整海外直接投資的法律主要有1981年頒布的《關於在國外開設合營企業的暫行規定》·1985年制定的《關於在境外舉辦非貿易性企業的審批和管理規定》,1989年頒布的《境外投資外匯管理辦法》和其《實施細則》及1991年發布的《關於加強海外投資項目管理的意見》等,中國現有的海外直接投資的法律存在諸多缺陷和不足,因此對其加以修改·補充和完善已勢在必行,如果中國加入MAI,首先應制定適用於一切投資主體和投資

性質的《海外投資法》,作為調整海外投資的基本法,主要對中國有關海外投資的基本態度·投資形式和投資審批和管理方式等作出原則性的規定。

3. 允許外國人的并購(M and A)。將生效MAI後對一定的企業并購市場的放開始不可避免的,中國要進一步對外開放,在國際經濟合作中就不能不接受外國投資者所傾向於採用的并購式投資方式。另外中國國有企業的改革方向已經明確,即進行股分制改造,目前中國對此一個最大的問題是缺少相應的法律規範,企業并購離不開良好的法律環境,需要一系列的法律法規的規範,這些法律法規涉及到公司法·證券交易法和反壟斷法等重要經濟法律,企業并購和證券交易關係日益密切,目前中國證券法正在審議中,很快就會出台,企業并購可能會引起生產與資本的集中,而市場與資本的過度集中,則會導致壟斷,中國應立足國情,盡快制定并實施反壟斷法,建立起一套能夠對中國經的企業并購行為加以有效規範的法律制度,還有必要加強完善少數股東保護等法律制度,在上市公司成為外資關注焦點的情況下,筆者建議外國資本的并購只有在得到對方企業董事會同意情況下才能得到允許;獲取一定規模以上的企業的股分,要根據該企業在國民經濟中所占的比重等情況,經過有關部門的協商後才能決定其允許與否

#### 四) 金融市場下金融法的修改

金融領域的跨境交易(CROSS-BORDER)不是MAI的對象,因為MAI不是直接以金融產業為對象的協定,所以對國內金融關係法不能直接產生影響,但在直接投資的商業存在(COMMERCIAL PRESENCE)方面,金融產業與MAI有密切的關係,如果中國市場過於開放,特別是開放中國敏感和薄弱的金融產業,將對中國金融產業的正常成長造成極為不利的影響,中國對外開放國內金融市場的進程是隨着加入世貿組織談判進程而一步步推進的。

1. 有關銀行法的修改1996年頒布了《上海浦東外資金融機構京營人民幣業務試點管理辦法》,1997年頒布了實施細則,拉開了銀行業對外實質性開放的序幕,金融業開放的內容包括機構開放·業務開放資本流動和金融市場的開放但是一部分 OECD成員國也仍然保留對外資銀行進入和外國人擁有本國銀行股權的限制,人民幣在資本項目和沒有開放金融市場成熟後,將需要開始向自由化推進,有關銀行法的修改內容大致在如下兩個方面:第一,引進由股東代表及外部的金融專家等構成的以非常任董事為中心的董事會制度,從而確立銀行的責任經營體制,并且推進銀行結構調整等改革;第二,針對允許外國人在國內設立當地法人的情況,補充有關金融機構外資股分限額的制度,即對漁一定金額的外國人投資的銀行,不適用以非常任董事為中心的董事會制度。

2. 有關保險法的修改,1995年生效的《保險法》為保險業的進一步發展初步奠定了法律基礎,有利於保險市場的運行和公平的競爭,《外商投資指導目錄》將保險公司保險經紀人,代理人公司,保險咨詢列為限制類外商投資產業目錄,1992年頒布了《上海外資保險機構暫行管理辦法》,允許外資保險機構進入中國開展業務,但是開放必須保持適度性,如果開放加大,大量外資公司一湧而入,會使國內的保險企業在還未來得及吸收引進的先進技術和慣例的情況下陷入困境,外資保險機構的進入,使保險市場增加了競爭對手,同時增強國內保險業的競爭能力除了已有的《保險法》及其他法規外,還應制定《保險業務》,保險業法應包括有關對保險行業,保險中介機構各大險種,業務,保險合同以及外資保險機構事項,在加強執法的同時,強化有關部門的監管力度,<sup>34)</sup>筆者建議在批准設立保險公司的時候,根

據國內保險市場的情況,對其為國內保險產業發展貢獻的可能性,以及與保險行業的紐帶關係等情況實行經濟需要審查(Economic Needs Test)制度,制定透明而客觀的審批准。根據此項標準,應允許設立分店與當地法人,並且對漁於國內保險公司合作設立合資保險公司繼續實行限制政策。

3. 有關證券業的法律外國證券經營機構在中國的法律地位是外資進入中國資本市場的一個重要問題,需要盡快制定調整外資證券公司和中外合資公司的在中國開展業務經營活動的法規,對證券交易所規則·信息公開制度·清算程序等要按國際慣例加以規範。筆者認為,對證券行業的外資在新設合資證券公司是僅應加以維持投資比例的限制,在允許外國證券公司設立國內分公司時,也應賦與最低營業期間的,以後在逐步全面允許外國證券公司的當地法人的設立。現行法規是允許外資按一定股分參與現存的證券公司,根據國內情況應逐步取消外資股分參與的限制。外資進入中國證券市場的頭一個法律問題就是A股和B股投資者的法律限制問題,在人民幣不能自由兌換的情況下,分別規定是必要的,但是中國應該設計新的外匯管制體系該體系將合并股票市場以促進資本市場的更快發展,所以應該盡快取消這限制。大部分發展中國家都對公司的外國投資的所有權比例有所限制如果中國仍想對外國證券投資規模進行限制,只需簡單地設置一個所有權上限即可。應當大力制定新的證券政策並加以法律化,應當盡快制定證券法作為證券立法體系中的根本法。證券法應對下列的內容作出原則性的規定:a有價證券的發行和流通制度的完善;b對證券產業制度的完善;c對證券投資者保護的加強;d對企業并購制度的完善:e為了提高企業經營透明度而制定特別規則。

## 五) MAI和競爭法的關係

以跨國公司為主體而開展的國際投資對投資國和東道國的市場競爭會產生怎樣的影響,這也是一項重要的問題。東道國的競爭政策將直接關係到外資的市場準入和競爭力,所以一國的投資政策與競爭政策有密切的關係。<sup>35)</sup>有效的競爭政策將促進引進外商投資,也可以促進其與東道國企業的競爭。目前WTO·OECD·APEC與UNCTAD等國際經營組織都將投資和競爭政策作為并行的問題討論<sup>36)</sup>。筆者認為目前中國制定競爭法的時機還沒成熟,應盡可能趕快制定有關外商投資的競爭政策。只有制定有效的競爭政策,才能確保外商獲得公平待遇,並且可以控制跨國公司在中國市場上濫用優勢地位壟斷行為。

(作者系武漢大學法學院國際經濟法博士生,國際投資法講師)

34) 張漢林,《經貿競爭新領域》,第352頁。

35) 徐憲濟,前引書,第665頁

36) Roscoe B.Starek, "International Aspects of Antitrust Enforcement", 19World Competition3, (1996, 3), p 23.