



哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 162 2015 年 12 月 7 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

执行编辑: Maree Newson (mareenewson@gmail.com)

双边投资条约下的优先投资自由化： 如何确保符合世贸组织的规定？

Robert Basedow*

20 世纪 90 年代，美国（US）——紧接着是加拿大，日本以及最近的欧盟和中国——开始与第三方国家谈判一种新型的双边投资协定（BIT）。这种新型的条约不仅像传统的双边投资条约一样包括建立后的处理机制和投资保护措施，而且还包括实质性的投资自由化承诺。它在设立前阶段给予外国投资者国家和最惠国待遇（MFN）。因此，虽然传统的双边投资条约仅仅停留在为东道国的已存外国投资者创造一个安全的商业环境的层面上，这种新型条约仍然设法减少市场进入的障碍，而且可以说是在优先的基础上放宽投资流量的限制。¹在这方面，这种新型的双边酷似优先贸易协定。在所有双边投资条约中，约有 4% 包含有实质性的投资自由化承诺。²

包含这类承诺的双边投资协定强调了一个重要的法律问题，而这正是大多数政策制定者都会忽略的。世贸组织（WTO）法律对那些打算参与优先经济一体化的 WTO 成员国的义务作出规定。那么请问 WTO 法律——更具体地说，服务贸易总协定（GATS）——是否会限制 WTO 成员双边投资条约下的自由投资流动能力？

服务贸易总协定似乎确实与 WTO 成员参与双边投资条约下双边投资流动自由化的行为有所关联。³服务贸易总协定承认“建立国外的商业存在”是四种服务贸易中的一种。这样一种存在的建立与服务行业的国外直接投资大体相同。大多数的国际服务贸易是通过建立商业存在，即通过在目标市场上进行投资，来完成的。2012 年，全球对外直接投资存量的 72% 可归于服务行业。⁴因此，拥有实质化投资自由化承诺的双边投资协定将会成为对统计上最重要的服务贸易模式进行自由化界定的协议。

服务贸易总协定包含有关 WTO 成员国可以在何时以及如何开放双边服务贸易的规定。服务贸易总协定第二条规定成员国要这样做，必须事先得到其他所有 WTO 成员国的相同的市场准入权。服务贸易总协定针对这种最惠国待遇义务制提供了两

种例外情况。第一，GATS 第二条规定，如果成员国已经基于他们 GATS 时间表中的最惠国待遇义务豁免了相关部门和活动，则 WTO 成员国不需要再去追求双边协定下授予的市场准入承诺的多边化。第二，如果与其他成员国签订的双边协议履行某些经济一体化的标准，那么他们不再需要授予市场准入的承诺。GATS 第五条特别指出，这种协议不应该排除任何从一开始就努力进行自由化的供应模式，它们都具有相当广的行业覆盖面或已经超越了国家有关服务贸易总协定的承诺。

即使不是全部，也是大多数情况下，拥有实质性投资自由化承诺的双边投资协定似乎并不能达到，GATS 中涉及的服务相关的投资优先自由化条件。因此，在此种双边投资协定之下，服务相关的实质性的自由化承诺理所当然地应当具备多边化特点。一方面，双边投资条约下授予的这种承诺似乎常常超出国家基于 GATS 第二章第二条在其时间表上所包含的保留条款；仅有 17 个 WTO 成员国在其时间表中注明了双边投资协定相关的一般性保留条款。⁵其次，双边投资协定似乎很难与 GATS 第五条相兼容。设计过的双边投资协定只开放了四种服务贸易模式中的一种。此外，许多双边中含有大量保留条款。以美国为例，它通常将国家为背景的大型分拆上市包括到其双边投资协定当中。

似乎很少有决策者意识到，双边投资协定下授予的服务相关投资自由化承诺很可能会受到 GATS 第二条中最惠国待遇义务的左右。比如，我们很难想象美国和欧盟会投身于与艰难的中国的投资自由化谈判中，因为他们明知道任艰辛的服务有关的市场准入承诺都可能瞬间多边化。

那么，决策者怎样才能确保优先投资自由化符合世贸组织的法律呢？首先，为了避免 GATS 的适用性，他们可以排除他们双边投资协定中的服务相关的自由化承诺。然而，这种方式是不可取的。其次，他们可以只关注与获取服务部门那些在其 GATS 时间表中被排除在 MFN 最惠国待遇义务之外的额外的市场准入。第三，他们可能会加紧自由化的努力以符合 GATS 第五条规定。国家必须保证广泛的部门覆盖各种供应模式。但是，这样的投资谈判随之而来的复杂性，使得直接达成全面的优先贸易协定变得更加合理了。

(南开大学国经所杨爽翻译)

* Robert Basedow (j.r.basedow@lse.ac.uk) is a doctoral candidate at the London School of Economics and Political Science. The author is grateful to Rudolf Adlung, Hamid Mamdouh and Pierre Sauvé for their helpful peer reviews. 本文作者观点不代表哥伦比亚大学或其合作者和支持者观点。 *Columbia FDI Perspectives* (ISSN 2158-3579)是一本同行评议系列期刊。

¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed. (Oxford: OUP, 2012), p. 89.

² Rudolf Adlung and Martin Molinuevo, “Bilateralism in services trade: Is there fire behind the (BIT-)smoke?” WTO Working Paper ERSD-2008-01, January 16, 2008, available at http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200801_e.pdf.

³ *Id.*

⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2014* (Geneva: UNCTAD, 2014), annex tables.

⁵ Rudolf Adlung, “Multilateral investment disciplines: Don’t forget the GATS!,” *Columbia FDI Perspectives*, No.117, March 17, 2014, available at <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-117-Adlung-FINAL.pdf>.

转载请注明：“Robert Basedow, ‘*Preferential investment liberalization under bilateral investment treaties: How to ensure compliance with WTO law?*’ 哥伦比亚国际直接投资展望, No. 162, 2015 年 12 月 7 日。” 转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 ccsi@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Maree Newson, mareenewson@gmail.com。

哥伦比亚可持续投资中心（CCSI），是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。为扩大国际投资对可持续发展的影响，CCSI 通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发，承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息，请访问：<http://www.ccsi.columbia.edu>。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 161, Wenhua Shan, “The case for a multilateral or plurilateral framework on investment,” November 23, 2015.
- No. 160, Mélida Hodgson, “The Trans-Pacific Partnership investment chapter sets a new worldwide standard,” November 9, 2015.
- No. 159, Nicolás M. Perrone and Gustavo Rojas de Cerqueira César, “Brazil’s bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?” October 26, 2015.
- No. 158, Blerina Xheraj, “A reading of intra-EU BITs in light of recent developments of EU law,” October 12, 2015.
- No. 157, Kathryn Gordon, Joachim Pohl and Marie Bouchard, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: A fact-finding survey,” September 28, 2015.

所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：

<http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.