

TRIMS 协议的投资纪律

冯 跃

(南京工程学院,江苏 南京 210013)

摘要:TRIMS 协议是第一个对投资措施进行国际管制的多边条约,具有重要的法律意义。本文对其中规定的投资纪律作了一定探讨,尤其是国民待遇和禁止数量限制两大基本原则。最后对 TRIMS 协议进行了评价,并指出发达国家与发展中国家在此问题上的矛盾以及 TRIMS 协议将来的发展方向。

关键词:TRIMS 协议;投资纪律;条约

中图分类号:F117 **文献标识码:**B **文章编号:**1008-5831(2002)06-0093-03

《与贸易有关的投资措施协议》(Agreement On Trade - related Investment Measures,以下简称 TRIMS 协议)作为《WTO 协定》对 GATT1994 的重大发展,表明了各方对投资与贸易之间种种直接间接的复杂关系的关注。其诞生标志着全球多边贸易法律体制趋于完善,并将长期在关贸总协定体制采用的一些基本法律原则引入国际投资领域。其所创设的投资纪律既有其独到之处,却也存在一定弊端,呈现出显著的多方妥协的特征。

TRIMS 协议主要是对与货物贸易有关的投资措施作出规范,但有关 TRIMS 的定义却莫衷一是。由谈判组提交的 TRIMS 协议草案中曾对此下过定义:“一项投资措施,如果对一定企业的贸易格局提出了条件,是针对贸易的流向及贸易本身的,能引起(引起了)对贸易的限制或损害作用,这种作用是直接的、重大的(或这种作用损害了其他签约方的利益或这种作用是关贸总协定有关规定不符的或这种作用是本协议所列明的),即称为与贸易有关的投资措施。”^[1]由于发达国家与发展中国家在谈判中的分歧甚大,TRIMS 协议最终放弃了概念的界定,只在第 1 条中规定“本协定仅适用于与贸易有关的投资措施”。但是纵观整个协议,其所调整的 TRIMS 须具备三个条件:(1)违反 GATT 的有关规定;(2)这些投资措施可能产生贸易限制作用和扭曲作用;(3)是按国内法或行政命令属强制性或义务性的措施或为获得利益而必须遵守的措施。由于投资纪律本身就是约束这些投资措施的,而调整方法与调整对象是不可能截然分开讨论的,因此本文在论述 TRIMS 协议投资纪律的同时,也会对其适用措施范围作一定的探讨。

一、国民待遇和禁止数量限制

TRIMS 协议第 2 条规定:“在不损害 GATT1994 项下其他权利和义务的情况下,各成员不得实施任何与 GATT1994 第 3 条或第 11 条规定不一致的 TRIM。本协定附件列出一份与 GATT1994 第 3 条第 4 款规定的国民待遇义务和 GATT1994 第

11 条第 1 款规定的普遍取消数量限制义务不一致的 TRIMS 例示清单。”这一条是 TRIMS 协议的核心条款,它确立了各成员所采取的投资措施必须符合 1994 年关贸总协定规定的国民待遇与禁止数量限制这两个基本原则的要求。从法律体制看,TRIMS 协议是 GATT 的组成部分之一,当然应该受到这两个原则的约束。

TRIMS 协议的重点在于这两大原则,但由于谈判各方在涉及此问题上各执己见,致使相关条文措辞含糊,甚至令人有些费解。第一,在 TRIMS 协议中,国民待遇与禁止数量限制原则的适用是有前提的,这点往往易被忽视,即第 2 条第 1 款的前半句“在不损害 GATT1994 项下其他权利和义务的情况下”。这个前提的含义依笔者理解是指在依该协议规范有关投资措施时不能违反 GATT 其他规定。即如果违反成员可以不受该协议的约束,甚至可以实施与 GATT1994 第 3 条或第 11 条规定不一致的 TRIMS。这样看来,GATT 的其他规定将优先于 TRIMS 协议适用,再进一步可推出,国民待遇及禁止数量限制此两项原则从属于 GATT 其他规定。这显然不是设立此项前提的本意,也不符合 GATT 基本原则的要求,而且很有可能成为执行 TRIMS 协议的一大漏洞。第二,在 TRIMS 协议第 2 条中,第 1 款与第 2 款的规定初看似乎有不相符合的地方,其实第 2 款是将第 1 款的内容更具体和明确化了。GATT1994 第 3 条共包括 10 款,第 11 条包括 2 款,但是只有 TRIMS 协议中提及的两款能适用于与贸易有关的投资措施,其他条款只与货物贸易有关,而与投资措施无关。

在 TRIMS 协议的附件“例示清单”中,明确列举了违反国民待遇原则和禁止数量限制原则所包括的具体投资措施。对于前者协议规定的是当地成分要求和贸易平衡要求,而后者则包括贸易平衡要求、进口替代要求、外汇平衡要求和国内销售要求等。附件在列举这些投资措施时,没有直接用通常使

收稿日期:2002-08-29

作者简介:冯跃(1968-),女,南京工程学院管理工程系硕士研究生,主要从事国际贸易和国际投资研究。

用的名称来称呼,而是描述了这些投资措施的具体特征。对于 TRIMs 协议目前禁止与贸易有关的投资措施的范围究竟包括哪些仁者见仁,智者见智,是不是仅限于在例示清单中列举出来的几项呢?有学者认为包括所有与国民待遇和禁止数量限制原则不符的与贸易有关的投资措施。^[2]尽管用列举的方法很容易给人以不能穷尽之嫌,但分析 TRIMs 协议条文来看,还是应将该范围限制在例示清单所明列的几项。如果将其理解为包括所有与两项原则不符的措施,那么该例示清单的存在就无多大意义。协议本身设置附件就是为起到解释说明的作用,如果还要包括清单之外的措施,那又如何判断其是否符合 TRIMs 协议的要求呢?而且,从附件的潜词造句看,“与 GATT1994 第 3 条第 4 款规定的国民待遇义务不一致的 TRIMs 包括……的措施,且该措施(a)……,(b)……”表明这项协议所要禁止的措施必须以(a)、(b)中的任一个为必要构成要件,因此即不存在清单之外的符合协议调整范围的措施。另外,是不是只有违反了 1994 年关贸总协定国民待遇原则和禁止数量限制原则的与贸易有关的投资措施才属禁止之列,这也是值得研究的问题。在 TRIMs 协议的正文及其附件中,都只提到了上述两个原则。虽然从 TRIMs 协议与 GATT 两者之间的关系上来说,关贸总协定是普通法,而 TRIMs 协议是特别法。依法理,特别法有规定的应依特别法,特别法没有规定的则应依普通法。“因此,采取违反总协定其他权利义务(如最惠国待遇原则)规定的与贸易有关的投资措施,显然也应在禁止之列。”^[3]但是,我们知道,GATT 的原则都是适用于货物贸易问题的,只有 TRIMs 才对贸易和投资的关系作了规范,如果按上述理解为 GATT 所有规则都适用于投资领域,为何 TRIMs 单将国民待遇和禁止数量限制列出,是不是这两个原则更为重要还是在投资措施中容易违反?因此关于这点 TRIMs 协议显然规定的比较模糊,有待进一步解释和发展。

TRIMs 协议例示清单将不符合 GATT 第 3 条第 4 款与第 11 条第 1 款规定的投资措施,按其约束力程度分为两种,一种是“按国内法或行政命令属强制性或义务性的措施”,即是具有强制性而投资者必须遵守的;另一种则是“为获得利益必须遵守的措施”,即是带有自愿承诺性质的。前一种措施较清楚,且容易理解。而后者中“所谓‘为获得利益’显然是指投资者受到‘投资激励’的吸引,为得到东道国的优惠条件而自愿承诺或接受的。”^[4]照此来看,似所有的投资激励(主要包括税收减免、关税减让、补贴及投资转让)应包括在被禁止的投资措施之列,但清单下面列出的却只是经营要求措施。虽然在乌拉圭回合谈判中将投资激励和经营要求列入谈判范围,但实际上在最后的协议中投资激励并未得到体现。所以,TRIMs 协议附件中对措施划分的种类由于缺乏定论的解释,为其适用带来一定的不确定性。

二、透明度原则

透明度原则是 WTO 的基本法律制度之一,TRIMs 协议对该原则的规定体现在第 5 条和第 6 条。从表面上看,TRIMs 协议关于透明度原则的规定是很简单的,但由于其间引进了

GATT1994 第 10 条,《关于通知、磋商、争端解决和监督的谅解》以及《关于通知程序的部长决定》的有关规定,其实际包括的内容很丰富。根据这些规定,TRIMs 协议透明度原则的具体要求包括:第一,作为透明度原则的核心内容,WTO 成员应公布其有效实施的与贸易有关的投资措施及相关法令、条例和司法判决及行政决定,包括中央政府和地方政府采取的所有措施,但不要求任何成员披露会妨碍执法或违背公共利益或损害特定公私企业合法商业利益的信息。第二,通知义务。各成员应将其正在实施的、与 TRIMs 协议规定不一致的所有 TRIMs 通知货物贸易理事会,同时说明其主要特征。第三,每一成员应对另一成员就与本协定有关的任何事项提出的提供信息的请求给予积极考虑,并提供充分的磋商机会。

TRIMs 协议关于通知与透明度的规则也存在着问题:(1)第 5 条第 1 款规定的各成员方应向货物贸易理事会通知的其适用的所有与贸易有关的投资措施,对其“不符合本协议规定”这点,TRIMs 协议并未作出明确规定由谁来判断,我们似只能理解为由各成员方自己来辨别判断。由于 TRIMs 协议本身的规定中就存有許多未定因素或含糊之处,尤其对于其禁止的投资措施范围更是存在很大分歧,因此这项鉴别判断工作的难度相当大。连 WTO 协定本身都没弄清楚的内容如何让成员方自己判别。其各自有各自的标准,将来的争议不可能小。另外这些措施的适用本身可能的确是不符合 TRIMs 协议的,但当事国往往是有一定的利益可图,否则他们不会“冒天下之大不韪”,因此让成员方他们自己来判断措施的违法性,其公正性很难保证,这将造成 TRIMs 协议执行中很大程度的不确定。(2)第 6 条第 2 款的规定也很特别,其要求各成员方通知载有 TRIMs 的出版物,但却加了一句“包括其领土内地区及地方政府和主管机关实施的 TRIMs”。这是整个协议唯一提到“地区与地方政府”的条款,而且这明明是关于协议所要禁止的投资措施范围的规定,放在该条中与透明度原则一起出现则显得不伦不类,恰当的位置应将其归在附件清单中。

三、其他纪律

(一)义务的免除

WTO 协议由于是各国多方妥协的产物,因此在设立义务的同时也会考虑到某些特殊意愿和实际需要安排在一定条件下不承担相关义务的规定。TRIMs 协议第 3、4 条就规定了这样的情形。协议第 3 条规定了例外,“GATT1994 项下的所有例外均应酌情适用于本协议的规定”。具体而言,就是 GATT1994 第 20 条规定的“一般例外”和第 21 条规定的“安全例外”中只要能适用于与贸易有关的投资措施的有关义务的所有例外,均应适用于 TRIMs 协议。协议如此规定既表明了其对例外的态度,又体现了与 GATT 之间的从属关系。这种例外带有一定强行法的性质,与该例外相抵触的一切规则都不具备法律效力。协议第 4 条规定了有关发展中国家可以偏离协议的问题。具体要件包括:“(1)只有发展中国家成员才适用该条规定,而发达国家成员是不允许引用这条而偏离 TRIMs 协议的有关规定的。(2)允许偏离的范围只限于 GATT1994 第 3 条和第 4 条

的规定。(3)偏离的程度和方式必须符合总协定第 18 条、《关于 1994 年关贸总协定国际收支规定的谅解》及《关于为国际收支目的采取贸易措施的宣言》的规定。(4)协议允许发展中国家成员的偏离,只是暂时偏离,至于“暂时”到底为多少时间协议并没有作明确规定。但既然是按上述(3)的一系列规定的程度偏离,那么时间程度也应依此。1994 年关贸总协定第 18 条要求采取偏离措施的成员与其他成员应每隔约两年(但不短于两年)进行一次磋商。因此,偏离的具体时间也应当由有关成员磋商确定。

(二)过渡性安排

考虑到 TRIMs 协议对成员的新增义务,为使其有一个调整过程,TRIMs 协议规定了过渡期,对于应取消的不符合协议的 TRIMs,发达国家成员应在 WTO 协定生效之日起 2 年内完成,发展中国家成员的期限是 5 年,最不发达国家成员是 7 年。而且在考虑所涉发展中国家、最不发达国家成员特殊的发展、财政和贸易需要等方面的困难,货物贸易理事会可应请求延长其过渡期。

(三)磋商和争端解决

如 WTO 其他协议一样,TRIMs 协议也规定了磋商和争端解决机制。其在第 8 条中写道:“由《争端解决谅解》详述和适用的 GATT 1994 第 22 条和第 23 条的规定适用于本协定项下的磋商和争端解决。”因为 WTO 本身的争端解决机制可以说是目前最完整、全面的解决争端的规则,其“是 WTO 对全球经济稳定作出的最独特的贡献”。^[5]因此,TRIMs 协议不必要再对争端解决作出任何特殊规定,直接适用 WTO 所确立的制度即可。

(四)关于审议机制和机构设置

TRIMs 协议在第 7 条规定设立与贸易有关的投资措施委员会管理协议的运作和实施,并为各成员磋商提供平台。第 9 条则规定了货物贸易理事会对 TRIMs 协议的审议、评价和修改职责。笔者认为该两项内容是对 TRIMs 协议有效运作的保障,而并非投资纪律。本文所讨论的投资纪律主要是指 TRIMs 协议用以规范和调整各成员与贸易有关的投资措施的规则,因此不作评述。

四、TRIMs 协议投资纪律的评价及发展趋势

对于 TRIMs 协议具有的法律意义,如其“标志着世界多边贸易的法律体制趋于完善,实现了投资领域国际立法的重大突破,促进了各国外资立法的统一性、公开性,加强了贸易与投资自由化的进程”^[6]等,这些都是世人所瞩目的。但是由于运行时间不长,TRIMs 协议还没有经受检验的机会,同时由于其是发达国家与发展中国家妥协的产物,决定了它必然存在许多缺陷。(1)TRIMs 协议只调整与货物贸易有关的投资措施,而将与投资有着紧密关系的服务贸易和知识产权抛在一边,使许多与贸易有关的投资措施未能受到多边投资纪律的约束。而且与贸易有关的投资措施也只限于经营要求,对激励措施则没有明确进行约束,这极大地削弱了 TRIMs 协议在 WTO 法律体系中的地位 and 影响力。(2)TRIMs 协议对一些矛盾尖锐、难以协调的敏感问题采取回避的方法,使得一些重要条

款含义模糊、过于抽象,缺乏必要的确定性和可操作性,在实践中难以执行,并留下了不少隐患。(3)为缓和各缔约方的矛盾,TRIMs 协议规定原则的同时,又制定了较多的“例外规定”,使其存在较多“灰色区域”,这将为一些缔约方滥用这些“例外规定”宽容自己,限制别国,逃避履行协议义务提供了可乘之机。TRIMs 协议的这一缺陷使其最初的目标与实际功效存在较大差距。(4)TRIMs 协议在管制东道国 TRIMs 的同时,没有对包括投资者采用的限制性商业惯例在内的不正当国际竞争行为加以限制,使该协议成为限制东道国 TRIMs 的单方面守则。事实上,投资东道国所采用的一些 TRIMs 在很大程度上是为了抵消投资者所采用的限制性商业惯例对贸易的扭曲作用。因此,TRIMs 协议没能改变大国主导的局面,对发展中国家具有较大的负面影响。

“由于全球经济一体化和国际贸易、国际投资自由化的步伐不断加快,加上发达国家的不断施压,可以预见,在不久的将来,TRIMs 协议可能将越来越多的投资措施列入明文禁止的范畴,发展中国家可能处于越来越不利的地位。”^[7]事实上,TRIMs 协议本身就规定了一些发展条款,其第 9 条规定“货物贸易理事会应审议本协定的运用情况,并酌情建议部长级会议修正本协定的文本。在审议过程中,货物贸易理事会应考虑本协定是否应补充有关投资政策和竞争政策的规定”。因此,今后会有更多的投资措施将被纳入明确禁止的范畴,有关投资政策和竞争政策的规则将会不断出现,协议调整范畴将不断拓宽也不是没有法律依据的。更何况发达国家一直在不断加强改进 TRIMs 协议的宣传鼓动,从未放弃进一步限制或取消投资措施的努力。另一方面,资本输入国,尤其是那些主要是作为资本输入国的发展中国家在经济发展方面的需求和经济政策的制定上,暂时不得不借助投资措施,这必然导致废除适用 TRIMs 和坚持适用 TRIMs、尽可能减少 TRIMs 和尽可能保留 TRIMs 的长期的观念冲突和政策矛盾。这两类国家利益的平衡将始终制约着 TRIMs 协议的发展和完善,也必然是未来关于与贸易有关的投资措施问题多边贸易谈判的焦点。TRIMs 协议到底运作如何,还会作出怎样的变化和发展,我们尚需拭目以待。

参考文献:

- [1] 钟立国. 中国: WTO 法律制度的适用 [M]. 长春: 吉林人民出版社, 2001.
- [2] 卢炯星. 加入 WTO 与我国外商投资法面临的挑战及对策 [J]. 中国法学, 2000, (4): 11-13.
- [3] 钟立国. 正确理解〈与贸易有关的投资措施协议〉 [J]. 世界贸易组织动态与研究, 2001, (6): 22-25.
- [4] 赵维田. 世贸组织 (WTO) 的法律制度 [M]. 长春: 吉林人民出版社, 2000.
- [5] 世界贸易组织秘书处. 贸易走向未来 [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [6] 丁伟. 〈与贸易有关的投资措施协议〉评介 [J]. 国际法学, 1999, (6): 38-42.
- [7] 刘笋. 再论对 TRIMs 协议的理解 [J]. 法商研究, 2001, (2): 123-126.