

● 国际法

双边投资条约中的绝对待遇标准评析^{*}

刘 笋

(中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073)

[作者简介] 刘 笋(1969-), 男, 湖北汉川人, 中南财经政法大学法学院国际法系副教授, 法学博士, 主要从事国际投资法研究。

[摘 要] 双边投资条约从产生开始就包含一些诸如“公平公正待遇”、“不低于国际法的待遇”、“最持续的安全与保护”等内容抽象和容易引发争议的所谓“绝对待遇标准条款”, 这些条款在晚近出现的一些双边投资条约中, 不但没有减少而且地位不断加强、内容不断增加, 这种现象反映出当今双边投资立法仍然存在缺陷和不公平的地方。从建立和维护国际经济新秩序和不断推进双边投资立法的指导性、透明度、可预见性和可操作性的角度来考虑问题, 废除绝对待遇条款应当成为未来双边投资条约发展的正确选择。

[关键词] 双边投资条约; 投资待遇制度; 绝对待遇标准

[中图分类号] DF961 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)02-0160-06

一、双边投资条约中的绝对待遇标准条款

无论是在传统的友好通商航海条约(Friendship, Commerce and Navigation Treaty, 以下简称 FCN 条约)中还是现代的双边投资条约(Bilateral Investment Treaty, 以下简称 BIT)中, 都没有相对待遇标准和绝对待遇标准的提法, 这些称谓是学者们在分析和评论双边投资条约的投资待遇制度时, 为区别两种待遇制度的不同而使用的用语。西方学者通常认为, 两种待遇制度的不同在于: 相对待遇制度的重点在于确保一缔约国在非歧视的基础上对待另一缔约国国民或公司的投资, 即通常所称的国民待遇和最惠国待遇, 而绝对待遇制度的重点则在于确保一缔约国为另一缔约国提供的待遇的公平公正性和遵守国际法要求。

现代 BIT 中的绝对投资待遇规则可以溯及到 FCN 条约中的待遇规则。早期的 FCN 条约事实上已经涉及到了绝对待遇标准的问题, 这些条约往往要求缔约国相互给予对方国民以“特别的保护”或“全面和完善的保护”。20 世纪二三十年代, 美国发动新一轮 FCN 条约计划, 对外缔结的 FCN 条约也开始直接关注投资保护的问题。此时, 绝对待遇标准的标准表述语言已经出现: 缔约国保证对外资的“最持续的保护与安全”(the most constant protection and security)和“依据国际法要求”(required by international law)提供保护。现代 FCN 条约规定的绝对投资待遇标准通常对缔约国提出了三个要求: (1)一缔约国应当给予另一缔约国国民和公司的财产以公平(equitable)的待遇; (2)这些财产应当得到最持续的保护与安全(the most constant protection); (3)任一缔约国都不得对另一缔约国的位于该缔约国境内的国民和公司采取损害这些国民和公司的合法权利或利益的“不合理和歧视性的措施”(unreasonable and discriminatory

measures)。

二战后出现的一些双边投资条约,如美式 BIT,进一步发展了 FCN 条约中的绝对待遇标准条款,使其成为一套复杂的待遇标准,有学者甚至称之为条约法上的绝对投资待遇制度。以推行投资自由化急先锋著称的美式 BIT,规定了大量的绝对投资待遇标准,堪称使绝对投资待遇制度进一步“发展和完善”的典范。

依据美式 BIT 范本的提法,缔约国应当相互给予对方投资的绝对投资待遇至少应当包括:(1)投资应在任何情况下都享有公平公正的待遇;(2)投资应当享受充分的保护与安全;(3)投资在任何情况下享受的待遇都不得低于基于国际法可以获得的待遇;(4)任一缔约国都不得采取武断和歧视性的措施,以任何方式对(投资者对)投资的管理、经营、维持、使用、享有、获得、扩展或处置权利造成损害;(5)各缔约国均应遵守其已经约定的关于投资的任何义务。

从双边投资条约的发展历程来看,由于绝对待遇条款可以不断加大作为资本输入国的东道国的责任,为跨国投资者无限制地主张自己的权力和资本输出国追究东道国违反条约义务的责任提供方便,从而有利于发达资本输出国的利益,因此,在发达国家的长期坚持和不断施压的情况下,双边投资条约中的绝对待遇条款不但没有逐步减少的迹象,反而在不断加强其地位和扩充其内容。然而,如果从建立和维护国际经济新秩序和不断推进双边投资立法的指导性、透明度、可预见性和可操作性的角度来考虑问题,就不难发现,双边投资条约中的绝对待遇条款存在着诸多的抽象性和歧义性,不符合现代国际经济条约普遍追求稳定、透明、可预见性和可操作性的价值取向,也不利于国际投资领域的国际经济新秩序的建立。

二、对双边投资条约维持和加强绝对待遇标准的质疑

西方国家对外缔结的 BIT 中规定的绝对待遇标准,多是些内容抽象且容易引起理解上的分歧的投资待遇标准。人们对何谓“公平公正待遇”、何谓“充分的保护与安全”,何谓“武断和歧视性的措施”,都没有一个清晰的概念。同时,由于不同国家的经济发展水平的不同和在外资输出入问题上追求的价值取向的不同,各国就上述概念形成统一的理解和认识也非易事:

关于“公平公正待遇”,到目前为止,国际社会仍然无法就公平公正待遇作出一个为各国一致接受的明确的定义^[1](第 282 页)。在 BIT 关系中,发展中国家作为东道国缔约方,可能认为,只要给予对方缔约国投资及其相关活动以与本国或任何其他国家的投资及其相关活动相同的待遇,就应当认为这种待遇是公平公正的,这样,公平公正待遇实际上就是无差别待遇的含义,包括国民待遇和最惠国待遇。但西方国家可能依据其一贯倡导的所谓传统国际法,对公平公正待遇作更广义的理解,即公平公正待遇应当由无差别待遇、国际最低标准和东道国保护外国财产的义务等内容组成。这样一来,两种认识上的差距就难以弥合,因为按照后一种理解,即使一国对外国投资者提供了无差别待遇,也可能因这些待遇没有符合所谓国际最低标准而不被认为是公平公正的。应当指出的是,即使是在西方国家之间,对于公平公正待遇这一概念本身的范围大小也存在着认识上的分歧和条约实践上的差别。例如,有些西方学者就反对将对外国财产的保护包括在公平公正待遇范围之内^[1](第 280 页)。而对于什么是最低国际法标准,西方学者从来就没有成功地进行过统一而明确的解释。

关于“充分的安全与保护”,应当说,提供投资安全和保护外国投资本身就是国家间相互缔结 BIT 的主要目的之一,如果一国没有给外国投资以充分的保护与安全的诚意,就不会随意缔结一个随时约束自己行动自由的国际条约。同时,作为有着相当长的发展演变历程,内容相对丰富和完善的现代 BIT,已经包含了丰富的待遇条款、投资保护条款等实体法条款,这些条款足以确保和敦促缔约国为投资者提供充分的安全与保护,也有丰富多样的争端解决条款去解决投资争议。人们似乎没有理由对缔约国不能或不愿为外国投资者及其投资提供充分的安全与保护的情形表示担忧。此外,BIT 应当是一种双赢性

质的条约,作为资本输出国的缔约国因为 BIT 而得以为其投资者提供国际法上的保护,进而有利于确保其获得对外投资带来的种种益处,而作为资本输入国的缔约国可以因为缔结 BIT 而确立更有利于树立投资者信心的投资环境,进而实现引进外资伴生的种种利益,在多数情况下,缔约国都同时具备资本输出国和资本输入国的双重身份,为外国投资者提供充分的安全与保护不仅是条约法上的义务,也促进了对对方缔约国为自己的国民或公司提供充分的安全与保护,各 BIT 参加国应当没有故意不给外国投资者提供充分的保护与安全的动机。因此,如果说传统的 FCN 条约规定“充分的保护与安全”是因为早期的 FCN 条约并非专门化的投资条约因而不能为投资提供强有力的保护的话,那么,我们很难找到在现代 BIT 中规定所谓充分的安全与保护标准的理由。

关于充分的安全与保护标准的范围问题,发展中国家可能认为,如果投资者对其投资的经营、运用、管理、使用、取得、享有、处置等方面的权利能够得到保障、其合法财产不会被无补偿地征收、没收、征用或国有化、其投资及收入能够自由移转、其权利受到侵害时可以借助各种司法的、行政的、仲裁的等各种手段得到解决,那么,就应当认为投资者及其投资和相关活动得到了充分的安全与保护,而上述各种自由和权利的实现都是可以借助 BIT 的其他相关条款实现的。它们认为,没有理由将“充分的保护与安全”的范围无限制地扩张,投资者可以享受的安全与保护不能与东道国正常的外资管理权相抵触。而主张投资自由化的西方国家可能对“充分”的要求非常高,并再次借助一些抽象的所谓国际法标准,对“充分的安全与保护”做随意的扩大解释。

国际社会至今尚未对依据什么法律来判断东道国缔约方为对方缔约国投资者提供的待遇是否“公平和公正”有任何定论。但 1983 年的美式 BIT 年范本似乎已经提供了据以判断东道国给予投资者的待遇是否“公平和公正”以及是否提供了“充分的保护与安全”的标准:即东道国提供的待遇必须合乎东道国可适用的国内法律且不得低于依据国际法应当得到的待遇。

然而,这一判断标准本身就是容易引起歧义的。其一,哪些法律是可适用的国内法律?依据哪些国际法可以确定投资者应当得到的待遇?其二,当据以判断东道国缔约方给予对方缔约国投资者的待遇的“公平公正性”或“充分保护与安全”效果的国内法和国际法的规定不一致时,应当以何种法律为准?对于前一个问题,目前似乎找不到为南北双方共同接受的答案,因为,虽然发展中国家可以东道国对外资的当然管辖权和东道国法律与外国投资之间的最密切联系的理由,宣称东道国鼓励、引导、保护和限制外资的一系列法律法规,只要是在非歧视的基础上运作,都应当被认为是合适的、可适用的国内法,但发达国家可能以东道国(尤指发展中国家)法律法规不健全或司法不能独立等种种不合理的理由,拒绝承认这些法律为可适用的国内法,在一些情况下,可能需要国际法来“纠正”国内法的不当或“弥补”国内法的不足,虽然西方国家本身对什么是可适用的、用以“纠正”或“弥补”国内法的国际法存在认识上的分歧。这样,问题的焦点就又回到了已经经历了多年对抗而又毫无结果的“卡尔沃主义”和“无条件的国际法优先”的争论。

毫无疑问,美式 BIT 在绝对待遇规则中加入所谓国际法标准,无非是想进一步确定在判断东道国给予的投资待遇是否公平公正或是否提供了充分的安全与保护的标准问题上的“国际法优先”的规则,从而进一步否定卡尔沃主义或消除卡尔沃主义的影响。范德菲尔德曾直言不讳地指出,在绝对待遇标准问题上,国际法与国内法的关系是,如果国内法规则与国际法相冲突,国际法应当优先。他认为,美式 BIT 中加入国际法标准的部分目的在于,使 BIT 和国际法可以相互补充和加强各自的作用:BIT 可以借助国际法填补空缺和确立最低待遇标准,进而防止对 BIT 条文的歪曲性解释。同时,在 BIT 中加入国际法标准,也可以使投资者或其母国在投资争议解决程序中便捷地援用国际法来维护自己的利益。此外,美式 BIT 带动下的国家实践也有助于重申和强化美国在国际法方面的立场与观点^[2](P. 222)。范式的上述评论,明白无误地说明了美式 BIT 规定“最低国际法待遇标准”的真实目的。事实上,从一开始,美国的 BIT 起草者就将 BIT 确定为反击联大决议确立的基本原则和规则的重要武器。削弱东道国外资管辖权、提高投资者待遇标准和推行美国支持的所谓传统国际法规则也就成为美国对外缔结区别于欧式

BIT 的新型 BIT 的重要目标。

美国支持的所谓传统国际法规则^[3] (P.510), 当然是所谓“文明国家”所普遍接受的国际法, 而所谓“文明国家”中的“文明”, 当然是指近代欧洲的文明^[1] (第 283 页)。在这种为美国支持的所谓传统国际法规则中, 有一个重要的组成部分, 即所谓“国际最低标准”, 或称“国际文明标准”、“国际法标准”。对于这种标准, 没有人能够说明它的具体内容, 即使我们借助美国前国务卿鲁特的概念化表述, 也难以确定其具体内容: “存在着一个司法标准, 非常简单而又非常重要, 为所有文明国家普遍接受, 构成世界国际法的一部分。一国有权根据它给予本国公民的公平待遇衡量它给予外侨的公平待遇, 条件是, 它的法律制度和行政制度须符合该一般标准。如果某国的法律和行政制度不符合该标准, 那么, 尽管该国人民愿意在其下生活, 但不能迫使其他国家把它作为对其公民提供了一个令人满意的待遇措施来接收它。”^[1] (第 282 页) 从鲁特的表述中, 我们除了能够看到一些抽象模糊的字眼外, 似乎找不到任何确切的定义和标准, 相反, 在这个所谓的“国际法标准”中, 充斥着强烈的“文明国家”的法律和行政制度的优越感和对其他“非文明国家”的法律和行政制度的贬斥与轻视, 总是给发展中国家带来一种与希特勒的“德意志种族优越论和犹太种族劣等论”相类似的精神折磨与尊严损害。这种模糊不清的“国际法标准”本身就是歧视性的和不公平的, 又怎么能够充当判断东道国给予外资的待遇是否公平公正或是否给外国投资者及其投资提供了充分的保护与安全的标准呢? 人们也很难相信这些“国际法标准”能够发挥“补充”或“纠正”国内法的作用。如果东道国在无歧视的基础上, 已经给予了外国投资者以国民待遇和最惠国待遇, 而由于还没有达到所谓的“文明”标准, 该国将仍然被认为没有提供公平公正待遇或未提供充分的保护与安全的话, 为“文明国家”主张的国际责任将随即产生, 东道国的国家主权也会随时受到挑战。更为严重的是, 外国投资者可能依据所谓“国际法标准”寻求在东道国的特权地位, 或故意逃避东道国管辖。

笔者认为, 美式 BIT 绝对待遇标准中的所谓投资者享受的待遇不得低于依据国际法应当享受的标准的规定, 不仅造成了标准上的混乱和理论上的分歧, 也会在实践中产生强国对弱国主权的忽视或践踏的恶果, 因而是有害的。美国对投资自由化的追求, 不应当建立在无视甚至危害其他国家外资管辖权的基础上。

此外, 美式 BIT 的绝对待遇规则中关于各国不得采取“武断和歧视性的措施”以损害对方缔约国的投资的规定, 也是相当模糊的规定, 因为人们对于什么措施是武断和歧视性措施缺乏明确的判断标准。按照范德菲尔德对美式 BIT 中此项条款的理解, 歧视性措施既包括那些明显的歧视性措施, 也包括那些表面上不具有歧视性但实际效果是歧视性的措施。这样, 问题就变得更加复杂了, 因为人们必须进一步确定判断一项表面上是无歧视的措施而实际效果是有歧视性的措施的标准, 而这些标准是美式 BIT 并没有明确规定的。如果这些判断标准又是依据所谓“国际法标准”来确定, 同样会产生不公平和歧视性的后果, 也可能造成对东道国的主权侵害。

三、未来投资条约中的投资待遇制度设置的价值取向

追求条约条款内容的明确性、稳定性、可预见性已经成为现代国际经济条约的一个重要价值取向, 条约条款的明确、透明和稳定不仅有助于缔约国明确各自在条约下的权利义务关系, 减少或避免对相同条约条款的不同理解, 进而减少条约执行中的矛盾和冲突, 而且也间接享受条约利益的各缔约国从事国际经济交往的私方当事人带来了方便, 有利于缔结条约的目标的最终实现。

作为国际法的国际经济条约与国内经济立法相比, 由于主要是规定主权国家相互之间的国际法义务, 其条款具有更大的概括性和抽象性是可以理解的。但是, 随着国际经济交往层面不断拓宽、程度不断加深, 随着国际经济条约越来越重视更多的直接为私方当事人提供从事国际经济交往的便利和进一步加强对私方当事人权益的保护^[4] (P.56), 追求条约条款的明确、稳定和透明度成为国际经济条约法的一个必然的发展趋势。

举例而言,国家间缔结的双边税收协定,不再拘泥于仅仅规定一些划分国家间税收管辖权的抽象原则和避免双重征税及国际逃避税的一般义务,而是详细规定了确立居民税收管辖权的明确标准、所得来源地的具体标准、避免双重征税的具体的方法(如抵免法或免税法)、为消除国际逃避税而进行税收情报交流和税收司法协助的具体规则和程序等等,这种立法方法有利于缔约国之间的税收征管合作和真正强化打击国际逃避税及消除国际双重征税的力度,也对跨国纳税人依法纳税和维护自身权利予以了明确指导。再如,国家间缔结的双边贸易协定,不仅详细规定了缔约国双方相互给予对方进出口货物和商人、商船以国民待遇、最惠国待遇的条件和标准,而且往往直接设定税率制度、非关税壁垒的防止、进出口检疫制度和措施的实施等具体内容,呈现出条款内容日益细化、条约义务日益明确的特色。

在多方立法层面上,国际经济条约的条款朝明确、稳定和透明方向发展的趋势也越来越明显。举例而言,WTO 框架下的《与贸易有关的投资措施协议》就列举了五种各缔约国不得采取的投资措施,其措辞之明确足以避免缔约国理解上的分歧。再如,《服务贸易总协定》不仅首次明确界定了四种主要的国际服务贸易形态,而且明确规定了各缔约国就市场准入和国民待遇问题举行具体谈判的方法和步骤,确定了市场准入义务下各国不得采取的六种限制性措施,而作为《服务贸易总协定》附件和总协定后续谈判主要成果的《全球金融服务贸易协定》和《全球基础电信协议》更是细化到规定了不同国家开放外商投资的百分比和承诺开放的具体时间^[5](第 56 页)。

可见,无论是在双边还是多方立法层面,条约义务的明确化和透明度都已经成为国际经济条约进一步发展的必然趋势。作为国际经济条约的一种重要形态,BIT 的发展和完善不能背离或回避这种趋势。由于迄今为止调整国际投资关系的多边国际投资条约为数不多,BIT 仍然是调整国际投资关系的最重要的国际法形态,这种国际法应当肩负起有效协调国家间投资关系、有效促进各国国际投资环境的改善、有力促进国际资本流动和保护国际投资者的重任,这一重任的完成离不开明确、稳定和透明的投资条约条款。在 BIT 中塞入众多内容抽象的绝对待遇条款显然会妨碍双边投资条约功效的发挥。与绝对待遇条款相比,双边投资条约中的相对待遇条款似乎更加符合条约条款稳定透明和有预见性的要求,无论是最惠国待遇还是国民待遇条款,都有明确的含义和各国基本一致的理解,这些条款与 BIT 中的投资准入条款、投资保护条款以及投资争议解决条款相互配合,已经足以造就一个有效确定国家间投资关系和促进、保护国际投资的国际法制环境,绝对待遇条款往往给人以一种“画蛇添足”的感觉。

从历史的角度来看问题,绝对待遇制度或许有其产生和发展的某些理由:双边投资条约产生的初期,各国外资立法尚不健全且内容相差甚巨,大多数国家实行严格的管制外资的政策,仅仅依靠各国“薄弱的”外资法似乎难以保障跨国投资者获得公平公正待遇。然而,经过战后几十年的外资法制建设,绝大多数国家已经建立起相对完善的外资法体系。近年来,各国也纷纷进行自由化性质的外资法改革,各种双边和多方国际投资立法也纷纷出台,各国整体国际投资环境已经大大改善,关于投资待遇的“国际法标准”和“国内法标准”之间已经没有多大实质差异。在这种情况下,对资本输入国法制健全性提出苛刻质疑的传统作法似乎已经失去其合理性,双边投资条约中的所谓“公平公正待遇”、“不低于国际法的最低要求”等条款也失去了继续存在的理由。

从促进投资领域的南北合作的角度出发,未来双边投资立法的价值取向应当定位于“相互尊重、共同繁荣”。

[参 考 文 献]

- [1] 余劲松. 国际投资法[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [2] Kenneth J. Vandeveld. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States[J]. Cornell International Law Journal, 1988, (21).
- [3] See Robert Stumberg. Sovereignty by Subtraction: The Multilateral Agreement on Investment[J]. Cornell International Law Journal, 1998, (31).

- [4] Thomas W. Waelde. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal Negotiating and Policy Implication for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States /Eastern European Countries[J]. Journal of World Trade, 1995, (29).
- [5] 张汉林, 张海平. 伟大的推进器——世贸组织基础电信服务贸易自由化谈判协议及减让表分析[J]. 国际贸易, 1997, (8).

(责任编辑 车 英)

Absolute Treatment Clauses in Bilateral Investment Treaties: Analysis

LIU Sun

(Law School, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430073, Hubei, China)

Biography: LIU Sun (1969-), male, Doctor, Associate professor, Law School, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in international investment Law.

Abstract: From the beginning of the history of bilateral investment treaties, there were some abstract and controversial clauses called absolute treatment clauses, such as the clauses requires investors shall be accorded "fair and equitable treatment" and "most constant protection and security" and treatment "no less favorable than that accorded by international law". These clauses appears frequently in the recent bilateral investment treaties, their status is being strengthen and their contents are becoming more and more complicated, this phenomenon shows that there are still many shortcomings in the international investment bilateral legislation and this kind of legislation is unfair. In order to build a new international economic legal order and improve the guide role, predictable role and transparency of bilateral investment treaties, we must abolish this kind of absolute treatment clauses step by step in the course of the future development of bilateral investment legislation.

Key words: bilateral investment treaty; investment treatment system; absolute treatment standard