



光明学术文库
GUANGMING ACADEMIC SERIES

叶兴平 王作辉 闫洪师 / 著

多边国际投资立法： 经验、现状与展望



DUOBIAN GUOJI TOUZI LIFA
JINGYAN、XIANZHUANG YU
ZHANWANG

深圳大学人文社科文丛

光明日报出版社



光明学术文库
GUANGMING ACADEMIC SERIES

叶兴平 王作辉 闫洪师 / 著

多边国际投资立法： 经验、现状与展望



DUOBIAN GUOJI TOUZI LIFA
JINGYAN、XIANZHANG YU
ZHANWANG

深圳大学人文社科文丛

光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

多边国际投资立法:经验、现状与展望/叶兴平等著. —北京:光明日报出版社,2008.8
ISBN 978-7-80206-617-5

I. 多… II. 叶… III. 国际投资法学—研究 IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 101030 号

多边国际投资立法:经验、现状与展望

作 者: 叶兴平 王作辉 闫洪师 著

出 版 人: 朱 庆

责任编辑: 刘 彬

责任校对: 徐为正 陈群峰 王家瑛

封面设计: 贺庆芳 丛林雪

责任印制: 胡 骑 宋云鹏

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市崇文区珠市口东大街 5 号, 邮编: 100062

电 话: 010-67078234(咨询), 67078945(发行), 67078235(邮购)

传 真: 010-67078227, 67078233, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E - mail: gmcbbs@gmw.cn

法律顾问: 北京昆仑律师事务所陶雷律师

印 刷: 北京新丰印刷厂

装 订: 北京新丰印刷厂

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换

开本: 690 × 975 毫米 1/16

字数: 230 千字

版次: 2008 年 9 月第 1 版

书号: ISBN 978-7-80206-617-5

印张: 13.25

印次: 2008 年 9 月第 1 次印刷

定价: 28.00 元

版权所有

翻印必究

《深圳大学人文社科文丛》

编 委 会

主 任：章必功

副主任：吴俊忠 赵 卫

委 员：胡经之 曹龙骐 苏东斌

黄卫平 陶一桃 吴予敏

景海峰 叶兴平 徐海波

沈金浩



CONTENTS

目 录

第一章 外国直接投资最新趋势与变迁中的国际投资规则 / 1

- 第一节 历史的回顾 / 2
- 第二节 新世纪之初推动国际投资立法发展的新因素 / 5
- 第三节 现行法律架构的局限性 / 8
- 第四节 未来的方向 / 14

第二章 NAFTA 投资规则及其对多边国际投资立法的影响 / 16

- 第一节 引言——“埃塞尔公司案” / 16
- 第二节 NAFTA 投资制度的五大创新 / 18
- 第三节 对于多边国际投资立法的影响 / 27
- 第四节 结语——中国的对策 / 33

第三章 NAFTA 投资争端解决机制及其意义 / 35

- 第一节 投资争端的当事方——投资人和主权国家 / 36
- 第二节 争端的事由范围 / 41
- 第三节 受理争端的机构——国际仲裁法庭 / 44
- 第四节 新争端解决机制的实践与美、加、墨三国的反响 / 48



第五节	对于国际投资法发展的意义	/ 52
第六节	中国的对策	/ 55
第四章	《多边投资协定》(MAI) 的经验	/ 58
第一节	MAI 的缘起及谈判经过	/ 58
第二节	MAI 条款解剖	/ 68
第三节	MAI 与 NAFTA 第十一章比较	/ 83
第四节	MAI 失败的背景因素分析	/ 89
第五节	MAI 的借鉴意义	/ 95
第五章	WTO 体系内制定投资规则的努力	/ 98
第一节	发端与停滞	/ 99
第二节	与投资有关的主要协议	/ 105
第三节	从 OECD 到 WTO	/ 109
第四节	WTO 体系内制定投资规则的新努力：现实与发展	/ 116
第六章	TRIMs 协议的局限性及其对国际投资法发展的意义	/ 122
第一节	引言——“印尼影响汽车业的若干措施案”	/ 122
第二节	TRIMs 协议的主要内容	/ 124



第三节	TRIMs 协议的局限性	/ 126
第四节	TRIMs 协议在国际投资法发展中的地位	/ 131
第七章	在 WTO 体系内进行多边投资规则谈判的利弊分析	/ 135
第一节	OECD 作为多边投资规则谈判场所的失败教训	/ 135
第二节	有关 WTO 作为国际投资规则谈判之场所的各方观点	/ 137
第三节	在 WTO 体系内进行多边投资规则谈判的利与弊	/ 140
第八章	WTO 体系内多边投资规则之展望	/ 147
第一节	WTO 体系内制定投资规则的时机和前提条件	/ 148
第二节	各主要成员方对 WTO 体系内投资议题的立场	/ 154
第三节	WTO 未来投资规则的框架和基本内容	/ 162
第四节	WTO 未来投资规则：中国的基本立场与选择	/ 174
参考资料		/ 180
一、著作		/ 180
二、论文		/ 182
三、其他		/ 198



第一章

外国直接投资最新趋势与变迁中的 国际投资规则

1998年12月3日,经济合作与发展组织(OECD)非正式协商会议宣布:“‘今后不再继续举行’有关《多边投资协定》(MAI)的谈判。”^①至此,在经合组织29个成员国之间进行的历时三年半之久的有关制定一项综合性多边国际投资规则的谈判,宣告失败。几经修改的《多边投资协定》草案胎死腹中。1999年11月30日~12月3日在美国西雅图市举行的世界贸易组织(WTO)部长级会议,原计划讨论是否有可能将多边投资框架、竞争政策和政府采购等有较大争议的重要问题纳入千年回合谈判议题,后因为遭遇诸多非政府组织和民间人士的强烈反对而草草收场。

这样两件表面上没有联系而又相继发生的事情具有重要的象征意义,那就是在20世纪国际社会制定一项统一的综合性的多边国际投资规则的努力是以失败告终的。这对于经合组织的大多数成员国和以它们为代表的资本输出国来说,无疑是令人遗憾的;而对于众多的发展中国家以及那些代表环保、劳工等各方利益的非政府组织来说,情况似乎恰好相反。当然,我们现在已经进入21世纪了。20世纪没有能够制定出一部统一的综合性的多边国际投资规则,那是客观条件不成熟的必然结果,并不能因此说明在新世纪里情况不会发生变化。事实上,我们现在所处的时代环境,与上个世纪末期的情形有很大的不同。20世纪80、90年代开始形成的经济全球化趋势,逐渐在包括法律在内的国际关系的各个层面发生作用,其结果终将导致国际经济法律关系的变革。

在国际投资法律领域,制定多边规则的努力不会因为这样或那样的原因而停滞。全球化时代,国家间的投资活动不仅仅需要各国国内法律的规范,

^① OECD, *Informal Consultations on International Investment*, Press Release of December 3, 1998, http://www.oecd.org/news_and_events/release/nw98-114a.htm. 2005年1月1日访问。



更需要用统一的多边的规则加以调整。这如同在国际贸易活动中统一的法律规范变得越来越重要一样，是大势所趋。这个方面的发展，可以从如下三个事实中得到印证：第一，OECD 制定多边投资规则的计划破产了。但是，其成员国谈判多年的《多边投资协定》草案、草案架构以及该草案中所体现的法律原则和若干重要规则，不会随着谈判的结束而为人遗忘，它们必将在 OECD 之外未来的多边国际投资规则制定过程中作为重要的参照物而存在。第二，WTO 体制内制定多边投资规则的努力自 1996 年新加坡世贸组织部长级会议^①以来从来就没有停止过。虽然西雅图会议受挫，但是欧盟、日本和加拿大等国一直极力主张在 WTO 体制内讨论国际投资问题，并且由 WTO 主持制定多边国际投资规则。^② 第三，长久以来，联合国贸易发展会议非常重视对国际投资法律制度问题的研究。^③

既然制定多边国际投资规则的趋势不容回避，那么下面这个问题就不能不回答了：统一的多边国际投资规则究竟是当务之急还是一个长远而遥遥不可及的目标呢？以下拟从全球化背景下的国际投资与相关法律制度之关系以及这种关系变化发展之趋势着手，结合对现实国际投资法律制度的分析，探讨在国际层面制定一项统一的综合性多边投资规则的现实必然性。

第一节 历史的回顾

到目前为止，尽管国际社会还没有一部统一的综合性多边国际投资规则，但是规范国际投资活动的法律体系仍然是存在的。它由各国的外资法^④、双

① 在乌拉圭回合贸易协定谈判过程中，曾有国家提出制定一项综合性的投资协议，遭到普遍反对。后来在世界贸易组织 1996 年新加坡部长级会议上，与会代表在其通过的宣言中声称“建立一个工作组以审查贸易与投资之间的关系”。这个工作组的研究结果将在很大程度上决定未来是否在世贸组织体制内制定多边的综合性投资协议。

② EU Commission, International Rules for Investment and the WTO, <http://www.xs4all.nl/~ceo/mai/eu/>. 1999 年 2 月 3 日访问。

③ 1996 年 10 月 10 日，联合国贸易发展会议在日内瓦举行第 43 届贸易理事会会议，专题讨论外国直接投资与发展的关系。在第二小组会议上，包括中国代表龙永图在内的九个国家的代表就建立一个多边投资框架的问题进行了专门的发言。自 1991 年以来，联合国贸发会议每年公开出版一本《世界投资报告》，其内容包括各国和各地区的外国直接投资政策和法律方面的发展情况。联合国贸发会议还从 1998 年开始组织专家对制定多边投资规则问题进行深入系统的研究，目前已经公开发表了多个专题研究报告，这项工作正在继续之中。

④ 比如阿根廷的《外国投资法》、马来西亚的《投资鼓励法》以及我国的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》等。



边投资保护协定（条约）^①、区域经济一体化协定中有关投资的规定和专门性法律文件^②以及针对特定投资问题的多边层面的国际公约^③所组成。表面上看起来，现有的国际投资法律层次复杂，体系零碎，在内容方面也多有重叠和矛盾。^④然而，无论是形式还是内容，都经历了一个较为漫长的演进过程，是国际政治经济发展的产物，特别是与国际投资活动本身密切相关。不同时期的国际投资法律状况是与特定时期国际投资在国际经济，特别是在各个国家的经济发展中的地位相适应的，也受制于那个时期国际社会成员对待国际投资的总的认识和不同的观念。

严格意义上的国际投资法律制度的建立，应该说是 20 世纪以后的事。尤其是在第二次世界大战之后，国际直接投资活动的日益频繁导致了一系列国际投资法律规范的制定。但是追根溯源，近代世界历史上就已经有了现代国际投资法律的根基。这就是传统国际法上的国家主权原则和国家对于外国人及其财产侵害责任的习惯国际法规则。客观地讲，发达国家和发展中国家从来就很难在国家主权原则和国家责任习惯规则上达成一致意见。所以，一部国际投资法律的发展历史，在内容和形式上，也可以说是这样的原则和规则在国际法上地位变迁的历史。

二次大战之前，外国直接投资在各国经济发展中的重要性还没有表现出来，国际社会也没有专门针对外国直接投资的法律，调整国际投资活动的法律主要是若干国际法原则和一些习惯国际法规则以及各国国内法中有关外国人及其财产待遇（比如最惠国待遇）的规定。这个时期国家责任的习惯国际法规则受到重视。

二次大战之后，情况就不同了。国家主权原则在相当长一段时间里为发展中国家所特别推崇。总体来说，外国直接投资在各国经济发展中的地位变得越来越重要，发达国家和发展中国家对待外国直接投资的态度也出现了相应的变化。20 世纪 50、60 年代，因为战后经济的重建，各国对外国直接投

① 比如《中华人民共和国与日本国关于鼓励和相互保护投资协定》和《美利坚合众国与厄瓜多尔共和国关于鼓励和相互保护投资条约》等。

② 比如《北美自由贸易协定》、《东盟国家投资协定》和《欧洲能源协定》等。

③ 比如《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协定》、《与贸易有关的投资措施协定》、《关于解决各国和其他国家国民之间投资争端的公约》和《多边投资担保机构公约》等。

④ 联合国跨国公司与投资司：《1996 年世界投资报告：投资、贸易与国际政策安排》，对外经济贸易大学出版社，1997 年中译本，第 249 页。



资都非常重视，程度不同地向外资开放经济领域的某些方面。但是，在这个时期，发展中国家和发达国家对待外资的态度是不一样的。发展中国家，包括一大批刚刚摆脱殖民地状态的新兴独立国家，一方面也需要外国投资，而另一方面它们更忘不了西方发达国家曾经对本国的奴役，因此对主要来自于发达国家的外国投资持怀疑态度。从这个时期开始一直持续到70年代，它们团结在一起，为捍卫国家的经济主权进行了不懈的努力。对于发达国家，它们主要关心的是如何保护它们的投资免遭政治风险，比如国有化。制定其能够接受的投资保护标准是它们的主要目标。两种势力较量的结果，形成了战后阶段国际投资法的基本格局。在内容上，国家经济主权的国际法原则得到确立，有关外国投资的准入和开业问题，无论是在发展中国家还是在发达国家都属于国内法规范的领域，作为国际直接投资之驱动力的跨国公司的行为受到制约。在形式上，规定外资准入、开业和经营条件的国内相关法律，以及着眼于投资者及投资待遇和保护标准并作为投资环境之象征的双边投资条约得到了发展。^① 虽然这个时期国际投资法的一些内容，特别是有关跨国公司的行为标准，是通过区域和多边国际法律文件的形式体现的，^② 但是这些国际法律文件有其局限性。它们或者没有为国际社会所普遍接受，或者只是针对特定领域或某一问题。

70年代后期和80年代初期，国际投资法律赖以存在的环境开始出现重大变化，发展中国家发生的债务危机使得外国直接投资成为了这些国家相对于通过银行借贷而取得外国资本的更加现实的选择，^③ 外国直接投资在发展中国家经济发展中占有了举足轻重的地位，发展中国家一改过去对待外国直接投资的排斥或疑惑态度。与此相应，发展中国家对待外国直接投资的政策和法律朝着更加自由化的方向变化，根据国家主权原则而对外国直接投资所施行的限制或控制性政策措施和法律规定在实践中已经证明并不有助于国家发展目标的实现，因而逐渐地为那些保护和促进外国直接投资的政策措施和法律规定所取代。在世界范围内，发达国家和发展中国家对于外国直接投资作用

① Samuel K. B. Asante, *International law and foreign investment: a reappraisal*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, 1988, pp. 668 ~ 670.

② 这类文件包括1972年国际商会的《国际投资指南》、1976年经济合作发展组织的《国际投资与多国企业声明》和1977年国际劳工组织的《多国企业与社会政策原则声明》等。

③ UNCTAD, *Current international arrangements governing foreign direct investment*, Report by the Secretariat, Trade and Development Board, Document No. TD/B (43) /5, 1996, p. 16.



的认识不再尖锐对立,而是更加趋于接近。这种伴随着经济发展而发生的认识上的趋同,为国际投资法在 20 世纪最后近 20 年的突破性发展奠定了基础。

20 世纪末期的国际投资法不仅仅在规范的事项范围上比以往有了实质性的扩展,比如非歧视性待遇原则和更高投资保护标准的确立,而且在立法的层面上有了更加普遍的基础。60 年代出现的专门用以促进和保障外国直接投资的双边投资协定,80 年代以后正在以网络状急剧扩张。截至 1999 年,全球范围内共缔结双边投资协定(条约)1726 多项,其中 2/3 以上是在 90 年代缔结的。^① 值得注意的是,原先主要缔结在发达国家与发展中国家之间的这种双边协定,现在却越来越多地出现在发达国家与经济转型国家之间、发展中国家与发展中国家之间,以及发展中国家与经济转型国家之间。^② 区域层面的立法活动也是推动国际投资法在 20 世纪末期进一步发展的重要因素。相比较而言,区域性有关国际投资的法律文件要比一般的双边投资协定所涉及的问题更加广泛一些。这当然与区域性组织和相关协议的当事方有着较为接近的经济发展水平和观念密切相关。而更有意义的问题是,越来越多的区域性法律文件比一般双边投资协定适用更加广泛的投资和投资者定义,把原先属于国内法规范的投资准入和开业权等问题纳入自己的规范范围,^③ 并且将国民待遇原则伸延到投资的准入和开业阶段。在多边层面,世界贸易组织体系内的《服务贸易总协定》(GATS)、《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)和《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)分别在服务领域的投资问题、外国投资的业绩要求以及知识产权领域的保护标准和待遇原则等方面作出规定,在一定程度上发展和充实了国际投资法的内容。

第二节 新世纪之初推动国际投资立法发展的新因素

20 世纪国际投资法的发展,反映了各个国家乃至地区在这个世纪里对待

① UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, New York and Geneva: United Nations, 1999, pp. 3~31. 据联合国贸发会议统计,截至 2005 年底,全球双边投资条约的总数为 2495 项,参见 UNCTAD, *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, New York and Geneva: United Nations, 2006, p. XIX.

② UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, pp. 3~31.

③ 联合国跨国公司与投资司:《1996 年世界投资报告:投资、贸易与国际政策安排》,第 229 页。



外国直接投资的政策和法律是处在一个不断交融和不断趋同的过程之中。而主导这个过程的强大驱动力其实是国际投资本身。正是国际投资在国家经济发展中的作用和地位的变化，影响了各国、各个地区的外国投资政策和法律，从而最终决定了国际投资法的发展。

那么新世纪之初的国际投资状况如何呢？它是否积聚了推动国际投资法进一步发展的力量呢？

根据联合国贸发会议近些年来对全球投资情况所作的系统调查^①和有关的统计资料，世纪之交的国际投资至少有三个方面的重要发展将会深刻地影响到国际投资法律的变革。

第一，跨国公司在国际投资中所扮演的角色变得越来越重要。近20年来，外国直接投资在世界范围内有过三次发展高潮。第一次是在1979年至1981年间。第二次是在1987年至1990年间。从1995年开始至今为第三次。三次外国直接投资活动的高潮，各有特点。而跨国公司的作用一次比一次显得突出则是一个总的趋向。这可以从跨国公司及其分支机构的数量、跨国公司在全球外国直接投资中所占的份额以及跨国公司采取并购的投资形式和这种投资形式的重要性等方面的发展事实得到体现。^② 跨国公司角色地位的增强，对于正在变革之中的国际投资法律具有两个方面的意义：其一，跨国公司的意志会在很大程度上受到重视。它们关心的问题主要是外资进入的限制、待遇和保护标准等。它们要求取消一切阻碍投资进入并歧视性对待外国投资的国家政策和法律。而现有分散的和多层次的国际投资法律显然不能充分满足其需要。统一的综合性国际投资法律规则是其追求的目标。其二，正因为跨国公司作用的增强，多以东道国身份出现的发展中国家，甚至包括一些发达国家，会争取在未来的国际投资法律规则中增加对跨国公司义务的规定，以求与其所享有的广泛的权利达到平衡。

第二，外国直接投资流入和输出的国家和地区分布呈现新的格局。在外国直接投资的流入方面，80年代中期以前发展中国家作为东道国吸收的外国直接投资在全球范围所占比重不大，80年代中后期以后，特别是1992年中

^① 参见 UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*; *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*; *World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*.

^② UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, pp. 3~31.



国开始以世界第二大外资流入国的地位出现的时候,情况出现重大变化,直到1998年之前,发展中国家吸引外国直接投资一直呈增长趋势。^①1997年,发展中国家在全球外国直接投资流入总份额中占有37%的比例。1998年,因为亚洲金融危机的影响以及发达国家普遍采取跨界并购的投资形式,发展中国家吸引外国直接投资的增长势头暂时受挫。但是无论如何,发展中国家在吸引外国直接投资中的日益重要的地位不容否认。^②在外国直接投资的流出方面,对于发展中国家而言,情况没有外国直接投资的流入那么乐观。不过,原先发达国家一统天下的局面被打破。80年代,在全球对外直接投资总额中发展中国家一般只占5~7%的比例。而在1997年,发展中国家所占比例大约是14%。^③当然,有能力对外直接投资的国家主要是东亚地区的中国及其香港特区、台湾省和新加坡、韩国、马来西亚,以及拉美地区的阿根廷、巴西和智利等。发展中国家在外国直接投资的流入和流出中的角色地位的变化,实际上与这十多年来国际层面和各国国内汹涌澎湃的投资法律或政策自由化的潮流是密不可分的。只要外国直接投资在各个国家的发展战略中的重要作用不改变,投资法律政策更加自由化发展的趋势难以逆转。这样的局面是有利于制定统一的多边国际投资规则的。

第三,外国直接投资在东道国的经济发展中已经成为一股巨大的推动力量。发展中国家与发达国家因为经济发展水平的差异在吸收外国直接投资的时候往往追求不同的目标。发展中国家一般着眼于资源的开发、生产和管理技术的引进以及出口的增加,而发达国家引进外国直接投资则多半注重本国就业市场的开拓。在发展中国家里,中国利用外国直接投资的努力非常值得关注。从1980年第一家中外合资企业建立到20世纪末期,在中国的外国投资企业已经达到34万家,累计投资总额为3000亿美元。外国投资企业进出口总额已占中国进出口总额的一半左右。外商投资企业已成为中国国民经济中充满活力的经济成分之一。^④美国是世界上吸引外国直接投资最多的国家,

① UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, p. 45.

② UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, p. 18.

③ UNCTAD, *World Investment Report 1999: Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, p. 21.

④ 新华社2000年2月12日电。



生意额在 100 万美元以上的外国投资企业有 12 万多家。根据总部设在华盛顿的著名院外活动机构“国际投资组织”的调查，这些外国投资企业在 1999 年为美国提供了 520 万个就业机会，这个数字大约相当于美国全体劳动力人数的 5%。^① 外国直接投资已经成为美国经济成长的一个重要因素。外国直接投资在发展中国家和发达国家经济发展中的这种作用，表明积极吸引外国直接投资应该是各国经济政策的一项明智选择，而这一政策又是与国家的经济发展目标不相矛盾的，甚至是有利于其实现的。对于外国直接投资作用的肯定，是各国实行更加自由化的投资政策和法律的前提条件，也是在国际层面制定统一的国际投资规则的基础。

第三节 现行法律架构的局限性

鉴于近 20 年来外国直接投资迅速发展的事实，一般会觉得现有的国际投资法律框架尚能够满足需要，而没有必要再去寻求制定一套全新的国际投资规则。的确，不容否认现有的国际投资法律框架对于促进过去 20 年间外国直接投资的增长曾经发挥过巨大的作用，而且该法律框架也不会一下子变为历史的陈迹。但是，承认现有的国际投资法律框架的历史作用，并不能因此说明我们可以忽视如下两个方面基本事实的存在或发生：一个是现有的国际投资法律框架是建立在分散的、多层面的法律制度基础之上的，“归根到底只能够应付出现在特定条件下的与特定国家和特定经济层面相关的问题。”^② 另一个是我们正在迈入经济高度一体化，同时也应该是国际经济的法律制度更加统一化的全球化时代。如果我们深入考察一下那些构成现有国际投资法律框架之基础的各个层面的法律制度，我们会发现：能够满足过去 20 年间外国直接投资增长之需要的现有的国际投资法律框架，已经不能够适应 21 世纪全球化时代国际经济发展之要求了。

首先，我们来看一下作为现有国际投资法律框架之重要基础的各国外资法律制度。如前所述，二战之后一段时期，大致是 20 世纪 50、60 和 70 年代，包括发达国家和发展中国家在内的各国的外资法在引导外资进入和维护

^① http://www.ofii.org/factsfigures/manual/new_state_info/introduction/Introduction.html. 2005 年 4 月 13 日。

^② Arghyrios A. Fatouros, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 10, 1995, p. 201.



东道国经济利益方面发挥过有效的作用。这种情形与那个阶段在国际层面还没有多少规范外国直接投资的法律,特别是规范跨国公司的法律,有着直接关系。同时也因为这个时期各国对于外国直接投资的需求尚未达到以后阶段的那种程度。大体上,这个阶段各国外资法律的存在,无论是对于东道国还是对于投资者母国或投资者及其投资,都是具有积极意义的。尤其是对于那些发展中国家而言,它们得来不易的国家经济主权在一定程度上得以维护。然而,到了20世纪80年代,情况开始发生变化。外国直接投资成为了各国经济增长的一种很重要的因素。其目的在于控制以及从各国角度规范外国直接投资的进入和活动的法律,逐渐呈现出阻碍外国直接投资发展的势头。90年代以后,受跨国公司压力之影响,也与外国直接投资在国家经济中的重要地位的增长相关,各国竞相修改其外资法律以更加宽松的条件更多地吸引外资的进入。各国的外资法律在基本方面日益趋同。但是,这远远不能够适应跨国公司以前规模和速度扩张,以及外国直接投资发展迅猛的现实。各国外资法中表现出来的重叠、矛盾、冲突和含混不一致,增加了外资进入的困难和成本。^①具有如此特征的各国外资法律,从宏观的角度看,非但没有有效地补充正在不断成长中的区域、诸边或多边的外国直接投资的国际立法,反而时时表现出与其难以合拍的现象。虽然在总的方面各国外资法律是朝着越来越开放或宽松的方向发展,但因为在操作时各自所表现出的不统一,实在与正在发生着的经济一体化趋势不相协调。而将各国外资法中业已达成一致或趋于一致的内容统一到全球性的法律规范中,以多边国际投资规则的形式加以体现,不仅有助于避免各国外资法律分散存在时所表现出来的不足,而且也更加有益于外国直接投资的规范管理和积极引导。只是在这个过程中要注意通过有效的技术手段,比如让缔约国在签署多边的国际投资条约时能够有充分的保留、例外和实施条约义务的过渡期,保障各国特别是发展中国家的根本利益。

其次,我们看看双边投资条约。双边投资条约(BIT),有时也称作双边投资促进和保护协定,顾名思义,是两个国家之间为了促进和保护彼此间在

^① Arghyrios A. Fatouros, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment*, pp. 201 ~ 202.



他国的投资活动而专门缔结的一种条约。^①自1959年联邦德国与巴基斯坦之间签订世界上第一部真正意义上的双边投资条约至今，双边投资条约在形式和内容两个方面基本上没有什么变化。概括而言，作为国际投资法律体系中一个很重要层面的双边投资条约，有三个特点非常显著：其一，它主要是在资本输出国和资本输入国，即发达国家与发展中国家之间缔结的。虽然发达国家之间以及发展中国家之间也缔结了大量的这种条约，^②但如果从缔约双方的初衷^③以及在相当长时间里不同国家之间客观上存在着经济发展差距的事实着眼，我们不难理解双边投资条约的存在绝不只是为了在经济发展水平和文化意识相同或相近的国家之间确立彼此在投资关系中的权利和义务。其二，与上一点相关，双边投资条约的内容主要是那些投资者们所关心的问题，集中起来看就是投资者和其投资的非歧视性待遇问题、投资的保护问题以及投资争端的解决问题。其三，双边投资条约拘束的对象非常单一，就是缔约国双方。这样三个特点，既是双边投资条约的长处，也是它的不足之处。说长处，是因为这样有拘束力的法律文件很容易地在经济社会文化存在差距的不同国家之间形成或产生，地位弱小一方的利益和基本立场会得到一定程度的尊重。而且因为关涉的问题集中以及缔约的国家只有两个，所以在条约所规定的义务的履行过程中也不容易节外生枝。实际中，发展中国家较为倾向于通过缔结双边投资条约来维护和实现自己的利益，而且对于这种国际层面投资立法予以高度的评价。说不足之处，则在于这样的条约所关注的问题太过集中，以致于缺乏对投资者一方的制约，比如很少有双边投资条约对投资者在雇佣劳资关系和环境保护方面的义务作出具体明确而充分的规定，其结果仍然需要通过别的途径制定规则对投资者（在当今主要是跨国公司）的行为加以规范。不仅如此，在国与国之间经济关系日益相互依赖以及各种形式的经济活动之间交互影响和作用的情况下，只能够对两个国家加以约束的双边投资条约明显地表现出其运转不力和运转无效的局限性。一方面，缔约国要根据彼此之间关系的不同状况缔结为数众多的这类条约以确定不同的保护和待遇标准或水平，即便各个条约的基本内容在有的时候事实上是大同小异

^① Paul E. Comeaux & N. Stephan Kinsella, *Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, New York: Oceana Publications, 1997, p. 101.

^② Arghyrios A. Fatouros, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment*, p. 188.

^③ 即发展中国家通过创造良好的投资环境吸引更多外资，而发达国家则试图以法律的形式保障其投资及其利益。