

上大法学文库
SHANGDA FALXUE WENKU

国际投资立法
发展现状与展望

金成华
著

GUOJI TOUZI LI FA
FA ZHAN XIAN ZHUANG YU ZHAN WANG

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

国际投资立法 发展现状与展望

金成华 著

GUOJI TOUZI LI FA
FA ZHAN XIAN ZHUANG YU ZHAN WANG

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国际投资立法发展现状与展望/金成华著. —北京: 中国法制出版社, 2009. 3

(上大法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1036 - 6

I. 国… II. 金… III. 国际投资立法 - 立法 - 研究
IV. D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 023080 号

国际投资立法发展现状与展望

GUOJI TOUZI LIFA FAZHAN XIANZHUANG YU ZHANWANG

著者/金成华

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 3 月第 1 版

印张/12 字数/218 千

2009 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1036 - 6

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66022958

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

《上大法学文库》编委会

主任：赵万一

副主任：陶鑫良

委员（以姓氏笔画为序）：

王卫国 李瑜青 陈剑平 张秀全

赵万一 姜一春 陶鑫良 徐静琳

秘书：瞿琨 李凤章 郑飞

《上大法学文库》总序

上海大学法学院发展到今天差不多已经三十年了。子曰：三十而立。经过近三十年筚路蓝缕的开拓和高歌猛进的奋斗，一所引人注目的新型法学院已崭露头角。一个学校、一个学院要在强手如林的学术界占有一席之地必须有自己的文化传承和文化积淀，必须有良好的学术氛围，必须有鲜活的学术思想。而学术氛围的打造、学术思想的凝练则必须靠具有一定学术水准的专著、论文、学术讲座等学术平台加以记载、传播和张扬。为了活跃思想、提升学术档次，上大法学院在学校支持下相继打造了“上大法学大讲堂”、《上大法学文库》和《上大法学评论》三个学术阵地。

“上大法学大讲堂”主要是邀请国内外名流、学术精英到上海大学杏坛晒技、传经布道。他们当中，既有我国法学界的领军人物，如江平先生，也有国外的学术名流，如日本著名商法专家早稻田大学教授大塚英明先生、澳大利亚拉卓比大学法学院院长戈登·沃克先生；既有德高望重的学术名宿和学术泰斗，如马克昌先生、李龙先生，也有蜚声学术界的中青年法学家，如朱苏力先生、尹田先生。他们深邃的学术思想、超人的学术勇气和犀利的语言，使广大受众获益良多，同时也极大地提升了上大法学院的学术水准和学术品位。

《上大法学评论》则是一个学术论文集，其主要目的是密切追踪学术动向、及时发布学术思想，作者群主要以本院的师生为主，同时亦邀请了一些学术名家以这一出版物为阵地将其最新研究成果与社会分享。《上大法学评论》现已出版了四本，今后将定期出版，其超前的学术思想和不凡的学术观点已开始在学术界引起关注。

《上大法学文库》是以发布具有较强理论深度和较高学术水准的学术专著为内容的学术平台，其主要目的是通过系列专著的方式集中展示上海大学法学院的整体研究实力，充分反映上大人“重基础、高起点、严要求、铸精品”的学术理念。《上大法学文库》初期的写作队伍以本院的教师为主，以后将逐步吸纳一些能够引领学界的学术大家和崭露头角的青年才俊加入这个群体。我们也真诚地希望社会各界积极对本书库进行关心和指导，使《上大法学文库》这棵学术幼苗尽快发育成长为学术之林中的一棵参天大树。

赵万一

2008年12月

目 录

绪 论	(1)
第一章 国际投资立法的历史发展	(17)
第一节 序言	(17)
第二节 双边投资条约 (BIT)	(23)
第三节 地区性投资协定 (RIT)	(33)
第四节 建立多边投资框架 (MFI) 的各项努力	(53)
第二章 国际投资立法的症结	(118)
第一节 序言	(118)
第二节 主要观点评述	(126)
第三节 争议焦点及分析	(133)
第四节 国际投资立法的经验和教训	(151)
第三章 国际投资立法的发展趋势	(162)
第一节 序言	(162)
第二节 发展趋势点评	(163)
第三节 自由贸易协定 (FTA) 中投资安排	(172)
第四节 我国签署的自由贸易协定 (FTA) 中投资安排	(180)
第五节 自由贸易协定 (FTA) 中的投资安排 之不足	(244)

第四章 国际投资立法的新构想	(252)
第一节 序言	(252)
第二节 国际投资立法的总体构想	(253)
第三节 国际投资立法的具体构想	(269)
第四节 新构想的现实意义	(288)
第五章 国际投资立法中的国际立法与国内立法 的关系	(293)
第一节 序言	(293)
第二节 国际立法与国内立法的关系评述	(295)
第三节 国际投资立法与我国外商投资立法 的关系	(299)
第四节 完善我国外商投资立法的建议	(342)
结 论	(349)
参考文献	(359)
后 记	(375)

绪 论

一、研究目的

关于建立多边投资框架 (Multilateral Framework on Investment: MFI)^① 的问题是国际投资立法中的核心议题。因此,研究和探讨国际投资立法时往往主要涉及多边投资框架 (MFI) 问题。那么,在涉及多边投资框架 (MFI) 的具体问题之前,首先要解决一个问题,即为何要建立多边投资框架 (MFI)? 笔者认为,建立多边投资框架 (MFI) 有以下几个方面的必要因素:

(一) 经济全球化和投资自由化为其创造了发展条件

二战后 50 多年以来,世界经济所表现出来的一个重要特征,就是国际投资与国际贸易在全球范围内同步发展,尤其是二者之间相互促进、相互补充,共同构成促进二战后世界经济的重要推动力。可以说,国际贸易与国际投资之间相互补充、相互促进的这种关系就构成了二战后世界经济发展的主线。^② 同时,经

^① 目前,在理论界随意使用“多边投资协定”、“国际投资协定”、“多边投资框架”等不同术语,当今在国际范围内尚未制定统一的“多边投资协定”或“国际投资协定”。因此,本书统一采用“多边投资框架”(MFI)一词。

^② 李东阳:《国际直接投资与经济发展》,法律出版社(北京),2002年版,第90、107页。

济全球化^①是当今世界经济发展的客观进程和重要特征，它是不可逆转的、强劲的潮流。经济全球化大大促成了投资自由化，为国际投资快速发展创造了良好的环境。同时，国际投资的快速发展所导致的资金、技术和人员等要素在各国间更为自由的流动，将进一步加快经济全球化的进程。在经济全球化和投资自由化的大背景下自然而然提及如何规范投资自由化过程中的各利益主体之间的关系。因此，应该说经济全球化和投资自由化促使多边投资框架（MFI）问题得到广泛关注。总之，所谓的多边投资框架（MFI）问题是随着经济全球化和投资自由化而必然出现的结果，经济全球化和投资自由化为其创造了发展条件。

（二）与国际贸易和国际金融相比，国际投资在体制上明显滞后

目前，国际投资流量已经远远超过国际贸易流量，成为组织国际化生产并服务于国内外市场的重要方式。同时，国际投资的迅速发展，对各国经济产生了重要影响。但与国际贸易和国际金融相比，国际投资的国际性协调相对滞后。国际贸易已经建立了以世界贸易组织（GATT/WTO）为核心的国际贸易体制，而且，国际金融也已经建立了以国际货币基金组织（IMF）和世界银行（WB）为核心的国际金融体制。不过，到目前为止，国际投资始

^① 全球化、国际化及一体化是同一个发展过程和发展趋势的不同侧面和不同环节，三者既有联系又有区别（详细内容参见俞正梁：《全球化时代的国际关系》，复旦大学出版社（上海），2006年版，第176页）。

终缺少一个全球性的调整平台和“游戏规则”。现存在国际范围内的有关国际投资的各种制度安排缺乏一致性、连贯性和综合性。因此，建立一个全面的、具有法律约束力的多边投资框架（MFI），从而规范东道国的投资政策以及跨国公司的投资行为，已经成为当前国际经济政策议程中的核心议题。^① 随着经济全球化趋势日益增强，国际投资的自由化倾向也不断加强，跨国投资活动日趋活跃。在全球范围内制定统一的、广泛适用的、有约束力的多边投资框架（MFI）的需求不断加强。因此，在目前国际投资规模已超过国际贸易规模且迅速增长的情况下，有必要建立一套综合性的多边投资框架（MFI），以此来最终实现投资保护和投资自由化的目标。

（三）在国际投资领域内投资者仍然面临较多的投资壁垒、歧视性待遇及政策法规的不确定性等投资风险

即便在世界范围内经济全球化、投资自由化倾向越来越明朗，各个国家其实不太愿意牺牲本国利益而主动向外国投资者开放国内市场，各个国家首先考虑的毕竟是本国的政治、经济及其它诸多方面的利益。因此，各个国家巧妙地利用国际贸易和国际投资的不平衡发展而设置较多投资壁垒并采取一些歧视性投资待遇。另外，由于各个国家国内政治经济形势变化莫测，因此各个国家国内的投资政策法规有可能随时发生变化。这些投资壁垒和

^① 詹晓宁、葛顺奇：“多边投资框架与我国经济战略”，载《国际经济合作》2002年第7期，第4页。

歧视性待遇及政策法规方面的不确定性，在很大程度上加大了投资风险，同时在更大程度上引起了国际投资领域内各个利益主体间的纠纷和矛盾。这种现状显然不利于国际投资的健康发展，也不利于投资者的母国和投资东道国的根本利益。因此，在全球范围内有必要建立一套综合性的多边投资框架（MFI），以此来有效杜绝各种投资壁垒和歧视性待遇，同时加强各国投资政策法规的透明度。

（四）多边投资框架（MFI）对于在世界范围内调整国与国之间、投资者与其母国和东道国之间的投资关系具有重要意义

当今，国际投资立法现正处于从传统的双边、区域规则向多边规则转变的过程。^① 但国际投资领域还缺乏统一的框架而零散地存在于单边、双边、区域和多边的专门或相关法律之中。这种现状明显不利于调整国与国之间、投资者与其母国和东道国之间的投资关系。其实，制定一套综合性多边投资框架（MFI）的努力早在半个多世纪以前就已经开始。^② 但由于到目前为止投资者、资本输出国、东道国、非政府组织（NGO）^③ 等各类利益主体之间的错综复杂的矛盾和冲突未得到合理解决，还未建立起真正意

① 丁伟：《经济全球化与中国外资立法完善》，法律出版社（北京），2004年版，第14-15页。

② 1947年底至1948年初，在联合国经社理事会主持起草《国际贸易组织宪章》的过程中，美国曾极力主张将多边投资规则的问题纳入到制宪会议的讨论议题内。

③ 非政府组织（Non-Governmental Organizations, NGO），是各国民间的团体、联盟或个人为了促进在政治、经济、科学技术、文化、宗教、人道主义及其它人类活动的合作而建立的一种非官方联合体。

义上的综合性多边投资框架（MFI）。比如多数发达国家倾向于建立高标准的综合性多边投资框架（MFI），而许多发展中国家则希望综合性多边投资框架（MFI）符合其经济发展水平和承受能力，另外部分发展中国家对之持谨慎态度，甚至个别国家持反对态度。

美国作为世界第一经济大国，经过“9.11事件”后，再加上伊拉克战争和国内经济问题，对于这个议题的关心不够，对之既不阻拦，也不积极支持。特别是经合组织（OECD）的多边投资协定（MAI）谈判失败后，其持有更谨慎的态度，更倾向于双边投资协定（BIT）和更广泛的自由贸易协定（FTA）。由于美国主导着当今世界的经济发展，在世界经济发展中具有举足轻重的地位。因此，美国的态度在很大程度上影响着综合性多边投资框架（MFI）的建立与否。而欧盟（EU）、韩国及日本的态度非常积极。其中日本的观点值得借鉴，日本在这个问题上强调适当关注发展中国家的利益。^①另外，广大发展中国家对此普遍反对。其主要理由是它们对于综合性多边投资框架（MFI）能否充分考虑发展中国家自身利益持有怀疑态度。发展中国家普遍担心如果建立新的综合性多边投资框架（MFI）有可能妨碍本国经济政策的自由度，甚至侵害本国的经济主权。因此，表现出较消极的态

^① [日] 相乐希美：“关于国际投资协定发展的历史考察：从WTO投资协定合意可能性和发展中国家关心事项的视点”，载RIETI Discussion Paper Series 2004-J-023，第60-70页。

度。特别是印度、马来西亚、埃及等少数发展中国家，其反对态度非常强硬。

任何形式的关于多边投资框架（MFI）的谈判无疑都将会推动国际投资立法的发展，如果最终达成协议，它对于在世界范围内调整国与国之间、投资者与其母国和东道国之间的投资关系具有重要意义。况且，经济全球化和投资自由化是一个不可阻挡的必然趋势。国际投资的发展必然对国际投资规则提出更高的要求，而现有的国际投资立法体系难以适应经济全球化和投资自由化迅猛发展的时代需求，未能充分体现投资者、资本输出国、东道国、非政府组织（NGO）的普遍利益，它反而将会增加投资成本的风险。因此，我们首先应该以积极而主动的姿态去面对国际投资立法，然后，有必要遵循“求同存异，共同发展”的思路，寻找一个既有效又可行的步骤，为最终建立综合性多边投资框架（MFI）而努力。

二、研究范围

目前，关于建立综合性多边投资框架（MFI）的必要性和可行性议论纷纷，很多国内外专家学者曾提出过有价值的建议和设想，但其探讨的焦点主要集中在分析经合组织（OECD）的多边投资协定（MAI）的经验教训和世界贸易组织（GATT/WTO）的投资规则上，或者只是提出一些原则性建议，而缺乏对未来综合性多边投资框架（MFI）的实质性研究。

为了系统地探讨综合性多边投资框架（MFI）问题，我们必须解决以下四个方面的课题：第一，当今的国际投资发展是否需要综合性多边投资框架（MFI）；第二，哪个国际组织能够主导综合性多边投资框架（MFI）谈判；第三，应采用何种谈判方式而又如何建立综合性多边投资框架（MFI）；第四，以多边投资框架（MFI）为核心的国际投资立法与我国国内经济政策和外资法之间有着何种关系等。

围绕这四个方面的课题，本书主要由以下七个部分组成：

在第一部分“绪论”中：简要阐述国际投资立法的相关背景、研究目的、研究范围、研究方法、国内外研究状况及研究特色等，以此来强调关于国际投资立法研究的重要性和必要性。同时，以便对于国际投资立法问题具有总体上的把握。

在第二部分“国际投资立法的历史发展”中：首先，着重介绍双边投资协定（BIT）和地区性投资规范（RIT）的产生及发展过程；其次，论述联合国（UN）、世界银行（WB）、世界贸易组织（GATT/WTO）、经合组织（OECD）等各类国际组织为建立综合性多边投资框架（MFI）而做出的各项努力；最后，在此基础上概括性地回顾各类国际投资立法的成就，并总结其经验和教训，以便后面顺利展开论述国际投资立法的症结及新构想。

在第三部分“国际投资立法的症结”中：首先阐述关于国际投资立法方面的各国主要分歧和国内外主要学术观点；其次，着重分析目前在建立综合性多边投资框架（MFI）中存在的争议焦

点；最后，根据上述内容进一步分析和总结国际投资立法的经验和教训。

在第四部分“国际投资立法的发展趋势”中：首先，点评国际投资立法的总体发展趋势；其次，对于作为当今国际贸易和国际投资中的热点问题的自由贸易协定（FTA）作一个较为详细的介绍，其中，特别要着重分析自由贸易协定（FTA）中的投资安排；第三，根据自由贸易协定（FTA）中的投资安排，进一步引出我国签署的自由贸易协定（FTA）中的投资安排，即中国－香港、澳门建立更紧密经贸关系（CEPA）中的投资安排、中国－东盟自由贸易协定（FTA）中的投资安排、中国－智利自由贸易协定（FTA）中的投资安排、中国－巴基斯坦自由贸易协定（FTA）中的投资安排、中国－新西兰自由贸易协定（FTA）中的投资安排、中国－新加坡自由贸易协定（FTA）中的投资安排等；最后，基于自由贸易协定（FTA）中的投资安排的具体分析，将要阐述笔者所主张的自由贸易协定（FTA）中的投资安排之不足。

在第五部分“国际投资立法的新构想”中：首先，要确立关于国际投资立法问题的总体构想；其次，根据总体构想，从立法主体、立法模式、立法内容及立法程序等多种角度，而全面提出国际投资立法的具体构想；最后，具体分析国际投资立法新构想的现实意义和价值。

在第六部分“国际投资立法中的国际立法和国内立法的关

系”中：首先，将要提出一个崭新的课题，即投资法的国际层面和国内层面相互间的渗透与影响力问题；其次，将要探讨国际投资立法与我国外商投资立法的关系；最后，提出如何完善我国外商投资立法的建议。

在第七部分“结论”中：重新回顾国际投资立法的发展现状、症结及发展趋势，在此基础上再次强调建立综合性多边投资框架（MFI）的必要性和紧迫性，进一步明确摆在我们面前的法律课题。

三、研究方法

为了国际投资立法问题的研究，笔者采用了纵向推理法、横向比较法、重点剖析法等三种研究方法相结合的模式：

第一，“纵向推理法”，即按照逻辑顺序逐步推理相关命题的方法。

针对国际投资立法的问题，本研究的论述顺序为从友好通商航海条约（TFCN）到双边投资协定（BIT），从双边投资协定（BIT）到地区性投资规范（RIT），从地区性投资规范（RIT）再到全球性多边投资框架（MFI）。本书首先通过第一章的“国际投资立法的历史发展”，将着重介绍双边投资协定（BIT）和地区性投资规范（RIT）的产生及发展过程，并论述联合国（UN）、世界银行（WB）、世界贸易组织（GATT/WTO）、经合组织（OECD）等各类国际组织为建立综合性多边投资框架（MFI）而