

■ 杨慧芳 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

外资待遇 法律制度研究

 中国人民大学出版社

■ 杨慧芳 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

外资待遇 法律制度研究

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

外资待遇法律制度研究/杨慧芳著. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 4
(法学理念·实践·创新丛书)
ISBN 978-7-300-15606-4

I. ①外… II. ①杨… III. ①企业责任: 社会责任-法律-研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 043121 号

法学理念·实践·创新丛书

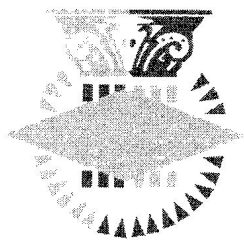
外资待遇法律制度研究

杨慧芳 著

Waizi Daiyu Falü Zhidu Yanjiu

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东君印刷有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2012 年 4 月第 1 版
印 张	16	印 次	2012 年 4 月第 1 次印刷
字 数	262 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



序

在迅速演进的国际经济一体化进程中，外国直接投资是一个关键的因素。它为经济体之间建立直接、稳定和持久的联系提供了途径，不仅可以用作投资者发展的重要工具，而且有助于增强投资东道国和投资母国的竞争地位。正因如此，促进与保护国际投资成为国际社会共同关心的问题。

资本的流动以有利的投资环境为前提，而外资待遇构成一国投资环境的基础。所谓外资待遇，是指外国投资者在东道国从事投资活动享受权利和承担义务的状况。它是国际法上外国人待遇问题在国际投资领域的具体体现，决定了外国投资者及其投资在东道国的法律地位，因而一直为外国投资者所密切关注。同时，它也是投资者母国和投资东道国利益之所在。从投资者母国的角度来看，通过待遇标准可以确定海外投资者的法律地位，保护其合法利益，进而维护本国的国家利益。就投资东道国而言，外资待遇的牵涉面更为广泛，涉及如处理好利用外资与发展本国经济问题，公平对待外资与保护本国民族经济问题，平等对待各国投资者问题，国内立法与投资条约的协调问题等。所以，外资待遇是各方利益相互交错、协调的焦点，在国内相关法律制度和国际投资条约中都处于核心地位。

然而，长期以来，有关外资待遇究竟包括哪些具体的标准、这些标准之间的关系如何，甚至这些标准的确切含义等问题，在学术上一直存在不

同的见解和争论。在国际投资条约的实践中，不同条约的规定也不尽相同，有的甚至存在较大差别。解决国家与投资者间投资争议的仲裁庭所发表的仲裁意见有时也大相径庭。这种现状显然会影响国际投资者的投资意向和行为，妨碍国际投资的良性发展。中国自 1978 年实行改革开放政策以来，已在利用外资方面取得了令人瞩目的成绩。进入新世纪以后，中国企业又迈开了海外投资的步伐。这意味着无论在吸引外商投资还是在促进对外投资方面，中国都具有重要的国家利益，外资待遇成为一个值得高度重视的问题。因此，杨慧芳博士所著《外资待遇法律制度研究》一书目前的出版尤其具有重要的理论价值和现实意义。

本书是国内第一部尝试从整体上对外资待遇法律制度进行一个比较全面和系统研究的学术专著。它在探讨外资待遇的含义、历史发展和适用范围的基础上，分别就国民待遇、最惠国待遇和公平与公正待遇这三种常用标准进行了深入的研究，并考察了中国外资待遇制度的现状，就其改革与完善提出了建议。与其他同类著作相比较，本专著主要具有以下特点：首先，研究的视角新颖广阔，揭示了外资待遇的全貌。作者基于各项外资待遇标准构成一国外资待遇制度的有机组成部分的认识，采用历史与比较的方法，将外资待遇中的国民待遇标准、最惠国待遇标准和公平与公正待遇标准作为一个整体进行了系统的分析，使读者得以全面了解外资待遇法律制度。其次，研究内容深入细致，不乏独到科学见解。本专著重点就三种待遇标准的适用分别加以研究。国民待遇、最惠国待遇作为相对待遇标准，需要通过一定的比照机制才能实现其法律价值。本书详述了比照对象的确定、投资待遇这两个要素，并认为比照基础应适用“相同情形”规则。对于公平与公正待遇这一绝对待遇标准，本书研究了关于该标准的不同解释，集中阐述了国际仲裁和学界有关其内容的观点和主张，并予以评析。其中，对投资者合理期待尊重问题的研究颇具深度。再次，研究方法创新，注重理论联系实际和解决中国现实问题。本书主要采取法学一般理论与法律实证主义相结合的研究方法，特别是结合一系列最新国际仲裁案例，使其理论研究有了扎实的分析基础，并具有较强的说服力。在全面考察中国外资待遇制度现状的基础上，本专著就我国相关制度的完善提出了一些建议，具有较强的针对性和较大的可行性。作者正确地指出，在经济全球化浪潮的冲击下，逐步实行投资自由化是一个发展趋势，给外资以更好的待遇也许已经成为或正在成为越来越多国家的选择。但是，无论如何，外资待遇的主动权应掌握在主权国家手中。鉴于上述几个显著特点，相信这本专著

的出版对于我们全面把握外资待遇法律制度，以及正确认识中国外资待遇制度的现状并不断加以完善都会具有较大帮助和启发。

本书是在作者同名博士论文的基础上修改而成。杨慧芳博士是武汉大学法律系招收的第一届国际法专业的本科生，毕业后即师从姚梅镇、刘丰名先生学习国际经济法。取得法学硕士学位后，她先后在中南财经政法大学和外交学院从事国际经济法的教学与科研工作，对国际投资法的兴趣尤为浓厚。作者专业基础扎实，外语水平较高，具有较强的科研能力，取得了一定的教学科研成果。在她于中国人民大学法学院攻读博士学位期间，作为她的导师，我曾经常与她就学术及其他问题进行讨论和交流。她勤奋敬业，克服疾病的困扰并以优异成绩完成学业，如今其专著又付梓在即，我感到十分欣慰。特致数语，是为序。

余劲松

2012年3月于中国人民大学明德法学楼

目 录

	导 论	1
	一、研究背景	1
	二、研究的现状与意义	6
	三、研究的内容与方法	9
第一章	外资待遇概述	13
	第一节 外资待遇的含义	13
	一、“待遇”释义	13
	二、外国人的待遇	14
	三、外资待遇	15
	四、外资待遇标准	17
	第二节 外资待遇制度的历史发展	24
	一、外资待遇制度的历史起源	24
	二、外资待遇制度的早期发展	27
	三、20 世纪 90 年代以来的新发展	31
	第三节 外资待遇制度的适用范围	37
	一、受保护的投资	37
	二、受保护的投资者	43
第二章	国民待遇标准	46
	第一节 国民待遇标准的含义与效力	46
	一、国民待遇标准的演进	46
	二、国民待遇标准的含义与特点	48
	三、国民待遇标准的效力	61
	第二节 国民待遇的立法评析	66
	一、国民待遇的国内立法评析	67

	二、国民待遇的国际立法评析	69
	第三节 国民待遇标准的适用方法	76
	一、比照对象的确定	77
	二、投资待遇的比较	96
	第四节 国民待遇标准的适用阶段与例外	105
	一、国民待遇标准的适用阶段	105
	二、国民待遇标准的适用例外	111
第三章	最惠国待遇标准	115
	第一节 最惠国待遇标准概述	116
	一、最惠国待遇标准的历史发展	116
	二、最惠国待遇标准的概念与类型	119
	三、最惠国待遇标准与国民待遇标准的关系	129
	第二节 最惠国待遇标准的适用方法	133
	一、比照对象的确定	134
	二、投资待遇的比较	136
	三、最惠国待遇标准的例外	139
	第三节 最惠国待遇标准的新发展	142
	一、最惠国待遇标准适用于准入阶段问题	143
	二、最惠国待遇标准适用于争端解决问题	147
第四章	公平与公正待遇标准	166
	第一节 公平与公正待遇标准的起源与实践	167
	一、公平与公正待遇标准的起源	167
	二、公平与公正待遇标准的条约实践	168
	三、公平与公正待遇标准的国际仲裁实践	172
	第二节 对公平与公正待遇标准的不同解释	173
	一、问题的提出	173
	二、公平与公正待遇标准的文意解释	176
	三、公平与公正待遇标准和国际最低待遇	177
	第三节 公平与公正待遇标准的内容	178
	一、善意原则	179
	二、透明度要求	181
	三、稳定的法律和商业环境	182
	四、投资者合理期待的尊重	184

	五、正当程序原则	190
	第四节 公平与公正待遇标准评析	192
	一、公平与公正待遇标准的扩张解释与适用	192
	二、对公平与公正待遇标准内容的评析	195
第五章	中国外资待遇制度：现状与评析	202
	第一节 中国建立与完善外资待遇制度的必要性	202
	一、中国外商投资与对外投资的发展	202
	二、保护外商投资与促进对外投资	205
	第二节 外资国民待遇问题	207
	一、中国对外资实行国民待遇的实践	207
	二、关于中国对外资实行国民待遇的思考	212
	第三节 外资最惠国待遇问题	216
	一、中外投资条约中的最惠国待遇	216
	二、关于中外投资条约中最惠国待遇的思考	219
	第四节 外资公平与公正待遇问题	221
	一、中外投资条约中的公平与公正待遇	221
	二、关于中外投资条约中公平与公正待遇的思考	223
	结 论	226
	参考文献	229
	后 记	242



导 论

一、研究背景

(一) 现代国际投资的发展

国际投资是国家间资本流动的一种重要形式，是投资者为获得一定的经济效益而将资本投入国外的一种经济活动。从性质上划分，国际投资可分为直接投资和间接投资。二者的区别主要体现在投资者对其投资企业有无经营管理权和控制权这一问题上。国际直接投资者直接或间接地控制其投资企业的经营活动，而国际间接投资者则无此类控制权。^① 国际直接投资，又称外国直接投资（foreign direct investment, FDI），早在资本主义社会形成时期即已开始，但现代国际直接投资主要起始于第二次世界大战以后，特别是原殖民地国家独立以后。第二次世界大战后，国际政治、经济形势发生了重大变化，跨国公司为了寻求高额的利润回报，在全球范围内进行投资经营活动，国际直接投资开始迅猛发展，并逐渐成为国际投资的

^① 参见余劲松主编：《国际投资法》，3版，1页，北京，法律出版社，2007；曾华群主编：《国际投资法学》，4页，北京，北京大学出版社，1999；M. Sornarajam, *The International Law on Foreign Investment*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, pp. 7~9; Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, p. 155.

主要方式。在国际投资的舞台上，最初是美国一枝独秀。根据恢复战后经济的“马歇尔计划”，美国积极对外进行投资，从而成为国际投资领域的先驱。后来随着日本和西欧各国经济实力的增强，它们也加快了对外投资的步伐，美国、日本和西欧三足鼎立的“大三角”国际投资格局^①逐渐形成。

20 世纪 80 年代以来，国际直接投资总体而言呈现大幅度增长态势。例如，世界直接投资增长率在 1984 年为 1.5%，而在 1986—1990 年则达到 28%。1991 年以后，由于西方发达国家经济衰退，国际直接投资一度有所下降，但 1993 年以后又趋上升，世界投资流入量在 2000 年达到创纪录的 1.3 万亿美元。^② 2001 年美国“9.11”事件后，国际投资有所减少，但很快在 2004 年回弹，次年外国投资流入量达到 9 160 亿美元，在 2004 年增长 27% 的基础上，又增长了 29%。^③ 2006 年、2007 年国际投资持续增长，外国直接投资流入量分别为 1.306 万亿美元^④、1.833 万亿美元。^⑤ 2008 年下半年，金融危机从美国蔓延开来，国际投资开始受到严重影响，全球外国直接投资流入量从 2008 年的 1.7 万亿美元下降到 2009 年的不足 1.2 万亿美元。但据联合国贸易和发展会议估计，2010 年将缓慢回升（达到 1.4 万亿美元的水平），2011 年将重拾发展势头（接近 1.8 万亿美元）。^⑥

虽然近 30 年来国际投资的发展几经起伏，但不可否认的是，它已然成为世界经济发展中最活跃、最重要的因素，是全球经济的命脉^⑦（lifeblood of the globe economy）。经济合作与发展组织在 2008 年发布的一份报告中就指出，在迅速演进的国际经济一体化（亦称为全球化）的进程中，外国直接投资是一个关键的因素。它为经济体之间建立直接、稳定和持久的联系提供了途径。在正确的政策环境下，它不仅可以用作当地企业发展的重要

① 参见基建红编著：《国际投资学教程》，8 页，北京，清华大学出版社，2005。

② See UNCTAD, *World Investment Report 2001: Promoting Linkages*, United Nations, 2001, p. 3.

③ 参见联合国贸易和发展会议：《2006 年世界投资报告概述——来自发展中经济体和转型期经济体的外国直接投资：对发展的影响》，1 页，联合国，2006。

④ See UNCTAD, *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, United Nations, 2007, p. 5.

⑤ See UNCTAD, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, United Nations, 2008, p. 7.

⑥ 参见联合国贸易和发展会议：《2009 年世界投资报告概述——跨国公司、农业生产与发展》，1 页，联合国，2009。

⑦ See Bernardo M. Cremades & David J. A. Cairns, “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes,” in *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ed. Bernardo M. Cremades and Julian D. M. Lew (The World Business Organization, 2005), p. 13.

工具,而且有助于增强接受国(即东道国)和投资国(即母国)的竞争地位。^①

(二) 国际投资自由化与外资待遇

长期以来,发达国家一直是全球外国直接投资的主要来源地和目的地。从国际投资的流向来看,主要是在发达国家之间进行。如在20世纪70年代初至80年代初,发达国家相互间的投资额相当于国际投资总额的3/4,而发达国家向发展中国家的投资仅相当于世界投资总额的1/4。^②

就国际投资者向发展中国家的投资而言,在第二次世界大战后经历了不同的阶段。在20世纪60年代以前,发达国家投资者向发展中国家的投资一般都占有100%的股权。它们凭借自身强大的经济实力和母国的大力支持,在发展中国家取得了优惠的投资条件,并获得了丰厚的利益。自20世纪60年代起,原殖民地与半殖民地国家相继获得政治上的独立,出于促进本国经济发展的目的,它们也利用外国直接投资,但为了避免重蹈过去被外国资本控制的覆辙,它们对跨国公司保持着高度警惕性,往往对外国投资施加一定限制。这种限制固然有助于保证东道国主权不受侵害,但也在某种程度上导致了外国投资流入量的减少,使得部分发展中国家面临资金短缺的问题。为了解决资金困难,这些国家不得不过分依赖国际借贷资本,这就为日后的债务危机埋下了祸根。1982年,墨西哥爆发了债务危机,这一危机很快扩散,使发展中国家经济雪上加霜。由于可以得到的外国官方贷款和经济援助是有限的,商业贷款受到诸多限制,许多发展中国家认识到吸引无须承担清偿义务的外国直接投资才是摆脱困境的最佳选择。^③所以,开始逐步放松对外资的控制,加强对外资的保护。跨国公司趁势而为,加大了在全球范围内进行资本扩张的力度。经济实力强大的发达国家也纷纷放松了对资本输出的管制。20世纪90年代以后,流入发展中国家的外国直接投资开始持续上升。如1993年发展中国家吸收的外国直接投资为800亿美元,占当年世界直接投资流入额的40%;1995年近1000亿美元,约占总量的1/3。2007年,发展中国家的外国直接投资流入量创下新高(5000

^① See OECD, *OECD Benchmark Definition on Foreign Direct Investment*, Forth Edition, 2008, p. 14.

^② 参见余劲松主编:《国际投资法》,3版,2页,北京,法律出版社,2007。

^③ 参见杨慧芳:《多边投资多边机构与发展中国家吸引外资》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》,1997(5),94页。

亿美元),比2006年上涨21%。^①如果说以往外国投资的确在某些地区曾被视为魔鬼,现在则大不相同了,它在全球各地都成为了一种必需品。^②外国直接投资在数量与质量方面的增长处于经济一体化和全球化的中心地位^③,其对经济发展的重要作用越来越受到重视,各国吸引外资的竞争日趋激烈,并开始出现投资自由化和为外国投资提供便利的总体发展趋势。

联合国贸易和发展会议每年会对可能影响跨国公司进入和运营的国家法律和法规进行调查,并发布《关于外国直接投资的国家法律和法规改革年度调查》报告。近些年的调查表明,政策制定者正在继续努力,创造更有吸引力的投资环境。如2007年该组织确认的近一百项对外国直接投资具有潜在影响的政策变化中,有74项旨在使东道国的环境更加有利于外国直接投资。^④而2008年全年颁布了110项关于外国直接投资的新措施,其中85项更加有利于外国直接投资。

在国际层面上,各国间签订双边投资条约的数量明显增加。至1996年6月,158个国家已缔结双边投资条约1160个,其中2/3是1990年以后签订的。2002年,签订的条约增至2181个,涉及176个国家。近年来,所签订的国际投资条约又有大幅增加。2008年,新签订了59项双边投资条约,总数达到2676项。^⑤这些双边条约进一步充实了国家层次上的外国投资自由化措施,在确保国际投资体系的可预见性、稳定性和透明度方面发挥了重要作用。此外,多边投资公约的制订在这一时期也趋于活跃。如东盟(ASEAN)十国于1987年12月15日签订的投资协定,亚太经合组织其后也开始制定并采用一些不具有约束力的投资规则。又如原苏联、中东欧国家、日本、澳大利亚及欧盟等于1994年12月17日签订的《能源宪章条约》,是能源领域一部重要的投资公约。此外,在投资自由化和保护方面为缔约国施加具有约束性义务的自由贸易协定也逐渐增多,在2008年年底达

① 参见联合国贸易和发展会议:《2008年世界投资报告概述——跨国公司与基础设施的挑战》,3页,联合国,2008。

② See R. Doak Bishop, W. Michael Reisman & James Crawford, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, p. 7.

③ See UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Volume I, United Nations, 2004, p. 4.

④ 参见联合国贸易和发展会议:《2008年世界投资报告概述——跨国公司与基础设施的挑战》,9~10页,联合国,2008。

⑤ 参见联合国贸易和发展会议:《2009年世界投资报告概述——跨国公司、农业生产与发展》,13~14页,联合国,2009。

到 273 项。如美国、加拿大与墨西哥于 1992 年 8 月 12 日签订的《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 英文缩写为 NAFTA), 其第十一章即是关于投资的规定, 该章在投资保护方面提出了更高的要求。在普遍性公约方面, 1995 年生效的建立世界贸易组织协定中的若干协议, 如《与贸易有关的投资措施协议》、《服务贸易总协定》、《与贸易有关的知识产权协议》及《补贴与反补贴措施协议》等, 都直接涉及国际投资问题, 对国际投资法的发展产生了深刻影响。此前的 1992 年, 世界银行还发布了《外国投资待遇指南》。这些区域性和普遍性投资公约或文件在相当程度上促进了各国对外国投资自由化采取更为积极的态度。

在 1998 年的《世界投资报告》中, 联合国贸易和发展会议曾对外国投资自由化加以界定, 指出其包含以下三种因素: (1) 减轻或消除会导致市场扭曲的措施。这些措施既可能是专门针对外国投资者的限制(如设置准入及经营方面的障碍等歧视性措施), 也可能是给予或不给予外国投资者某种优惠措施及补贴的规定。(2) 提高外国投资者的待遇标准(如国民待遇、最惠国待遇和公平与公正待遇)。(3) 强化保证市场正常运行的监督机制(如制定竞争政策、信息披露原则和审慎监管)。① 在这三种因素中, 第一种所表述的内容其实就是国民待遇, 在有效的市场监督下, 前两个因素能够对国际投资自由化产生全面的有利影响。所以, 外资待遇无疑是国际投资自由化的中心内容。

(三) 外资待遇的重要性

在国际经济一体化进程中, 促进与保护国际投资是国际社会共同关心的问题。资本的流动以有利的投资环境为前提, 而外资待遇构成一国投资环境的基础。它是国际法上外国人待遇问题在国际投资领域的具体体现, 决定了外国投资者及其投资在东道国的法律地位, 因而在有关的国际投资协定及国内投资制度中都处于核心地位。②

外资待遇不仅一直是外国投资者关注的焦点, 同时也是投资东道国和投资者母国利益之所在。就投资东道国而言, 外资待遇牵涉处理好利用外资与发展本国经济问题, 公平对待外资与保护本国民族经济、幼稚产业问

① See UNCTAD, *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*, United Nations, 1998, pp. 94~95.

② 参见单文华:《外资国民待遇及其实施条件》, 载《中国社会科学》, 1998(5), 128 页; 单文华:《欧盟对华投资的法律框架》, 131 页, 北京, 北京大学出版社, 2007。

题,平等对待各国投资者问题,国内立法与投资条约的协调问题等。从投资者母国的角度来看,则相对简单一些,那就是通过待遇标准确定国际投资者的法律地位,保护本国海外投资者的合法利益,进而维护本国的国家利益。正因如此,外资待遇成为各方利益相互交错、协调的焦点,也是各国在缔结国际投资条约时争论的主要问题。有学者认为,在某种程度上,对外资的待遇标准是整个投资条约的核心。^①尤其是双边投资条约,缔约方正是通过待遇标准的确定以保护本国投资者在缔约对方国家的投资。

二、研究的现状与意义

(一) 国内外研究现状

较长时期以来,外资待遇一直都是令人关注的问题,从不同方面进行研究的成果也比较丰富。尤其是近年来,由于国际仲裁庭就国家与外国投资者间投资争议所作的裁决频频涉及外资待遇问题,有关的著述又有大量增加。

从目前收集到的公开出版物来看,国内学者在研究外资待遇方面已取得一定的成果。不仅一些国际投资法方面的教材开始论及外资待遇问题^②,而且涉及外资待遇问题的专著和文集也陆续出现。^③近年来,我国学术期刊上发表的与外资待遇有关的论文也显著增多^④,研究的视角更为全面和深入。此外,还有若干以国际投资待遇为主题或是涉及外资待遇问题的博士

① 参见曾华群主编:《国际投资法学》,426页,北京,北京大学出版社,1999。

② 最有代表性的是姚梅镇先生所著的《国际投资法》(武汉大学出版社,1994年修订版);余劲松教授主编的《国际投资法》(法律出版社,2007年版);王贵国教授所著的《国际投资法》(法律出版社,2008年版)等。

③ 涉及外资待遇问题的主要著作和文集有:余劲松所著《跨国公司法律问题专论》(法律出版社,2008年版);朱延福所著《外资国民待遇导论》(中国财政经济出版社,2003年版);王毅所著《WTO的国民待遇的法律规则及其在中国的适用》(中国社会科学出版社、人民法院出版社,2005年版);杨向东所著《WTO体制下的国民待遇原则研究》(中国政法大学出版社,2008年版);陈安主编的《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》(复旦大学出版社,2007年版);以及曾华群主编的《国际经济新秩序与国际经济法新发展》(法律出版社,2009年版)等。还有一些著作涉及特定领域的外资待遇问题,如石静遐所著《国际服务贸易法专论》(法律出版社,2006年版);或是特定区域的外资待遇问题,如呼书秀所著《中国与东盟发展相互投资的法律机制研究》(北京大学出版社,2005年版)和张岩贵、刘晨阳所著的《APEC成员外商投资制度及其比较》(南开大学出版社,2005年版)。

④ 比较有代表性的是余劲松教授的《中国发展过程中的外资准入阶段国民待遇问题》(《法学家》,2004年第6期);《外资的公平与公正待遇问题研究》(《法商研究》,2005年第6期);徐崇利教授的《从实体到程序:最惠国待遇适用范围之争》(《法商研究》,2007年第2期);《公平与公正待遇:真义之解读》(《法商研究》,2010年第3期)等。

学位论文。^①

有关外资待遇的外文著作和论文则更为丰富。2004 年以来,涉及外资待遇问题的外文专著或文集主要有: M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004; Doak Bishop, W. Michael Reisman & James Crawford, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2005; Loukas A. Mistelis & Julian D. M. Lew, QC, ed., *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006; Campbell McLachlan QC, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007; Philippe Kahn & Thomas W. Waide, *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008; Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, 2008; Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Wolters Kluwer, 2009。经济合作与发展组织、联合国贸易和发展会议就外资待遇问题也发布过不少颇具影响的文件。^② 在 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, *The International Lawyer*, *Journal of World Trade*, *Journal of International Arbitration*, *Columbia Journal of Transnational Law* 等杂志上发表的有关外资待遇的论文更是不胜枚举。

总体看来,近年对外资待遇问题的研究无论是在深度上还是广度上都有了一个明显的飞跃。但应指出的是,外资待遇制度几乎覆盖外国投资保护的各个方面,实务性很强,并且各种待遇标准之间存在密切联系。而目

① 如牛广军:《国际投资待遇论》(中国政法大学,2000年);杨卫东:《双边投资条约:中国的视角》(中国社会科学院研究生院,2002年);李萍:《NAFTA 国际投资法律问题研究》(中国政法大学,2003年);魏卿:《国际投资规制的若干法律问题研究》(华东政法大学,2005年);保延宁:《我国适用 WTO 国民待遇原则的法律问题研究》(对外经贸大学,2007年);石慧:《以条约为基础的投资者与国家间仲裁机制的评判》(华东政法大学,2007年)等。

② E. g. OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape*, 2005; UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. I, II and III, United Nations, 2004; UNCTAD, *Bilateral Investment treaties 1995 - 2006: Trends in Investment Rulemaking*, United Nations, 2007; UNCTAD, *Investor-state Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations, 2007; UNCTAD, *Most-favoured-nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, 2010.

前国内对待遇标准的具体适用依然缺乏深入的研究，并且从整体上对外资待遇制度进行全面研究尚存不足。

（二）研究的意义

外资待遇是国际投资领域的一个重要问题。然而，长期以来，有关外资待遇究竟包括哪些具体的标准、这些标准之间的关系如何，甚至这些标准的确切含义等问题，在学术上一直存在不同的见解和争论。在国际投资条约的实践中，不同条约或协定的规定也不尽相同，有的甚至存在较大差别。解决投资争议的仲裁意见有时也大相径庭。这显然会影响外国投资者的投资意向和行为，妨碍国际投资的良性发展。尤其需要指出的是，发达国家和发展中国家之间的资本流动往往是单向的，即从发达国家向发展中国家流动，它们之间不可避免地存在利益冲突，给予外国投资何种待遇便是它们谈判投资条约时涉及的焦点问题。由于缺乏全球统一的实体性投资公约，现行的外资待遇标准散见于各双边及多边投资条约之中，主要有国民待遇、最惠国待遇、公平与公正待遇三大标准，但各条约对这些标准的取舍和界定并不一致。总的来看，具有强大经济实力的发达国家在国际投资流动中始终占据主导地位，是国际投资自由化改革的积极推动者。在国际投资条约的谈判中，它们倾向于强化对外资的保护，坚持符合“国际标准”的待遇制度；而发展中国家则强调国家的经济主权，以国民待遇原则来抗衡所谓的“国际标准”。不过，出于吸引更多外资发展本国经济的考虑，发展中国家的外资政策也逐渐趋于理性，在试图寻找一种“有管理”的自由化过程中^①，在外资待遇问题上的立场也逐渐有某种松动。

应当指出，各国在决定外资待遇标准时，无疑要考虑多种因素，如国家当前的经济发展水平、未来的经济发展目标、国家的安全与利益等。根据国际法，一国给予外国人以何种待遇，是一国主权内的事。每个主权国家都有权管理和监督其管辖范围内跨国公司的活动，只要不违背本国承担的国际条约义务，他国就无权干涉。根据 1974 年联合国大会以压倒性多数通过的《各国经济权利与义务宪章》，外国不得强迫一国给予外国投资者及其投资以优惠待遇，包括国民待遇。所以，尽管在经济全球化浪潮的冲击下，逐步实行投资自由化是一个发展趋势，给外资以更好的待遇也许或正在成为越来越多国家的选择，但是，无论如何，外资待遇给予的主动权应

^① 参见卢进勇、余劲松、齐春生主编：《国际投资条约与协定新论》，9 页，北京，人民出版社，2007。