

第一章 绪论

- 国际直接投资与国际投资法
- 国际投资纠纷概述

第一节 国际直接投资与国际投资法

一、国际直接投资的概念

现代意义上的国际投资产生于近代资本主义形成时期，发展至今日，已成为国际经济交往的重要方式。广义的国际投资是指以资本增值为目的的国际间的资本跨国流动。就世界范围而言，国际投资包含两方面的含义：其一是资本输出国的对外投资（资本输出），其二是资本接纳国的吸收外来投资（资本输入）。而对某一具体特定的国家来说，国际投资这种经济活动既应包括本国接纳外来投资，也应包括本国的对外投资。

需要指出的是，我们在本书中所说的国际投资是个狭义的概念，不包括国际间接投资（也称为国际证券投资），而专指国际直接投资。直接投资与间接投资最大的不同在于间接投资并不直接影响作为投资对象（一般是指位于国外的企业）的经营管理权，即与该企业的控制权无实质性的联系。举例来说，股票的购买既可以是国际直接投资的手段，也可以是国际间接投资的方式。若作为国际直接投资的股票购买，其目的在于控制实物资产，并通过行使其所持股票所代表的表决权来控制或影响企业的经营管理。而作为间接投资者，它购买股票是为了取得这种金融资产所能给他带来的收益。

至于拥有多少投资份额才构成直接投资，各国法律的规定和解释并不统一。如美国政府确定的直接投资标准是海外投资者拥有企业表决权的股份达到企业股份总数的 $1/4$ 即认为享有控制权，其投资归属于直接投资。而 1976 年美国国会和商务部颁布的《外国投资调查法》规定只要个人直接或间接拥有 10% 的有表决权的股票即构成直接投资。而有的国家则只把外国投资者拥有 50% 以上股份的企业作为外国直接投资企业。1985 年的加拿大《外资法》规定除公司形式以外的其他组织形式的企业，非加拿大人取得了该经济实体 50% 以上的股份才视为取得控制权构成直接投资。有的发展中国家也有类似的规定。

各国规定构成直接投资的不同标准时，多是出于统计上的需要。其实，我们在划分国际直接投资与国际间接投资时主要的依据应该是看来自国外的投资者是否把其所有或持有的资金、实物、专利技术、非专利技术、管理经验等等有形或无形的资产直接投入到企业经营活动中。换言之，国际直接投资不仅仅是单纯的国际间的资本流动，而是伴随着企业经营管理权的生产要素或一揽子资源的移动。因而，从这个意义上讲，它也有别于单纯以交易为手段的证券投资，是一种比较复杂的跨国经济行为。它同样不同于以货物交易为手段的国际进出口贸易活动，因而是一种较高层次的国际经济合作的方式。

国际直接投资，也有人称它为国际私人直接投资。这里所说的“私人”是指资金来源于海外的私人投资者例如个人、公司或其他经济实体。但对资本输入国而言，即便资金来源于某一国家的政府机构或国有企业只要是直接投资一般也把它作为“私人”投资对待，在相关的法律法规上也一视同仁地按照“外国私人资本”投资进行管理，并不享有任何特殊的待遇，这也是国际上通行的惯例。

二、国际直接投资的形式

按照世界银行的惯例，国际直接投资主要有三种形式：(1)股权式合营企业；(2)合同(契约)式合营企业；(3)独资企业。前两种企业统称为国际合营企业。它们共同的特点正如其英文名称“joint venture”所昭示的那般合营方“共同冒险”捕捉投资机会，赢取投资回报。即所谓各方共同出资，共同经营，共担风险，共负盈亏。此外，合营企业是建立在合营双方互补合作基础上的，互补性可以表现在许多方面，如技术、产品、市场、管理、研究开发等等，这也意味着他们在对外关系上利益的一致性。但同时，我们也应该看到，合营企业双方在处理相互之间的关系时，会有许多问题难以解决。譬如双方在经营管理方式、市场目标等方面会有不协调的地方，这也决定了合营企业会是一个不十分稳定的经营实体。

契约式(合同式)合营企业与股权式合营企业最显著的不同在于合营各方的投资不折算为等额的股份，不按股份分担风险和盈亏，而是根据合同规定的权利和义务以利润的分配方式进行合作。

独资企业则是全部资本由外国投资者投入，没有东道国资本的参与，外国投资者独享企业的所有权。

合营企业与独资企业各有优点，但也不可避免会有各自的弱点。对合营企业来说，优势主要集中在以下几点。其一，合营企业既能筹集单方投资者不易取得的较大规模的资金，同时又能使各方共担风险，分散了投资风险；其二，合营企业可以充分发挥各自优势，实现优势互补；其三，因为有东道国企业或个人的参与，可减少或避免东道国的各种政治风险；其四，从企业外部环境来说，投资输入国一般倾向更愿意接受合营企业投资形式，尤其是发展中

国家，因而这些国家相应地会给合营企业营造一个相对有利的经营环境，这无疑也是合营企业顺利发展的必要因素。

当然，对于外国投资者来说，采取合营企业的益处还远不止这些，它还可利用灵活的出资方式带动商品输出和技术转让，一举数得。另外，外国投资者也可借助东道国投资方原有的销售渠道、市场经验占据东道国的市场。

正因为合营企业有上述长处，国际合营企业已成为进行国外直接投资的主要企业形式。目前世界上无论是发达国家还是发展中国家，合营企业发展都很迅速。1987 年联合国跨国公司研究中心报告，1980—1981 年 2/3 以上的美国跨国公司采用这种国际经济合作方式。在我国，合营企业包括中外合资经营企业和中外合作经营企业，其资本额占在中国的外国直接投资总额的 90% 并仍以每年较快的速度递增。

合营企业同样有致命的弱点，主要表现在各方出于各自的利益，在企业经营过程中难以协同一致，从而使企业运作效率不高，对外界变化反应较迟钝，容易丧失商业机遇。更为严重的是，合营各方有时会在诸如合同中权利义务的承担，企业经营管理权等问题上发生争吵产生纠纷与对立，从而使合营企业的基础——双方互补合作关系遭到破坏，以致使投资者的目的落空。

举办独资企业在很大程度上克服了合营企业的上述缺点。因为外国投资者对企业拥有完全的所有权，在经营企业中无需同其他人协商就有权决定，这在日趋复杂的经济活动中显得尤为重要。独资企业最大的缺点是由投资者承担全部商业风险与政治风险，一旦经营失败损失很大。另一个因素同样不容忽视，独资企业的投资形式并不是所有的国家都能接受的直接投资。在这些国家对外资比例的限制就会使得创办独资企业的愿望难以实现。即使允许

外资占 100% 份额的国家，各国政府一般是发展中国家出于发展民族工业的愿望，某些优惠措施不适用于独资企业。但即便如此，许多大型的跨国公司从全球竞争战略的角度出发，宁愿冒巨大风险，而不愿与东道国企业或个人合作，因为作为实现跨国公司全球战略的工具，全资子公司才是最理想的企业形式。70 年代国际商用机器公司（IBM）全部撤出在印度的投资，就是因为当时 IBM 公司在世界各地坚持独资的投资战略，而不愿同印度政府分享所属公司的所有权。^②

国际直接投资迅速发展是第二次世界大战以后的事情。随着战后政治局势的变化，科学技术的迅猛发展以及不少新兴工业国的崛起，国际直接投资总额扶摇直上。进入 80 年代以后，此种趋势有增无减。据 1994 年联合国跨国公司中心的《世界投资报告》统计，到 1993 年世界范围内直接投资额累计高达 21250 亿美元。另一方面，1992 年，世界范围内的跨国公司以及下属子公司的总销售额已突破 44 万亿美元，远远超过世界范围内的贸易出口总量 2.5 万亿美元。由此可见，国际直接投资已然是当今国际市场中最主要的资金、技术和生产产品的交换形式，成为带动世界经济一体化的主要力量。

三、国际投资法

国际直接投资活动需要用法律手段来加以调整，来规范各方的权利与义务，以使其既能促进国际经济交往与合作，同时又能有助于各国经济发展目标的实现。

国际投资法是指调整国际间私人直接投资关系的法律规范的总和，它是国际经济法的一个组成部分，因而具有国际经济法本身

所具有的原则和特征。它的主要内容具体地讲，包括以下几个部分：

（一）资本输出国的有关国内法规。世界各国关于对外投资的法律规定不一，内容繁简也相差悬殊。但是，一般而言，对外投资法制基本包括三个方面的内容：（1）对外直接投资审批制度；（2）海外直接投资的保证、保险制度；（3）鼓励或限制对外投资的法制。其中最主要的是海外投资保证制度，此制度于1948年由美国在《援外法案》中首度创设，尔后为各资本输出国所效仿。

（二）资本输入国的有关国内法规。由于国际投资活动主要是在资本输入国内进行的，必然要受东道国法律管辖，因此，资本输入国的有关国内法规是国际投资法的重要组成部分。资本输入国为了使国际投资纳入本国经济发展的轨道，一般都制定相关法律，对外国投资采取保护、鼓励或限制的措施。

资本输入国有关外国投资的法制几乎涉及到国内各个法律部门，但通常都以一部或几部内容较为全面系统的单行法规为核心，同时配合其他相关的法规共同构成外国投资的法制环境。其中占核心地位的法律有时也称为一国的外资法，例如日本1950年的《外资法》，1980年的《外汇及外贸管理法》。南美安第斯条约国如阿根廷、巴西、智利等国的《外国投资法》。我们国家的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》及它们的《实施条例》也可视为此类法律。至于其他相关的法律规定则散见于各国国内立法之中，如公司法、税法、民法等。

（三）双边和多边的国际条约

双边和多边的国际条约是国际投资法的国际法上的渊源。双边投资条约是两国政府间订立的以保护双边投资为内容的条约，如我国与前联邦德国签订的《关于促进和保护投资的协定》。签订

多边的投资公约，一向是有关国际组织、民间团体及各国学者们努力倡导的一项国际立法。但是，绝大多数的文本草案未获通过或通过后未能为各国政府批准生效。时至今日，已经生效并在国际投资领域发挥重要作用的公约主要有两个：一个是 1965 年《解决国家与他国国民之间投资争议公约》（又称《华盛顿公约》），另一个是《多边投资担保机构公约》。这两项立法成果是各方共同努力、协调多方利益，相互妥协让步的结果。由于在国际直接投资领域，存在着较为严重的利益冲突，制定世界性的国际投资法典的条件还远未成熟。

综上所述，国际直接投资所引起的各种关系，包括投资者与本国政府间的投资管理关系，外国投资者与资本输入国之间的投资管理关系或投资合作关系，不同国家投资者之间的合作关系，以及两国或多国间的投资关系均在有关国内法或国际法的调整范围之内。国际投资不单要得到所属国政府的允许以谋求其保护，还需受东道国法律的管辖，更需遵守国际条约的规定。因此，我们可以认为，当今国际投资已经不再是一项单纯的经济活动，而且还是一种法律行为。国际投资者需要有很强的法律意识，以法律规范为投资行为的导引，惟其行为在法律上是可为的，经济上才可行，那么实现预期的投资目的才成为可能。

对从事跨国经营的投资者而言，能否有效预防投资纠纷以及如何妥善处理纠纷在相当大的程度上取决于其对相关法律熟知程度及运用法律手段解决实际问题的能力。

第二节 国际投资纠纷概述

一、国际投资纠纷的概念

同其他任何形式的国际经济交往一样，在国际投资领域同样存在着争端与纠纷，而且就纠纷的复杂程度和纠纷所造成的影响而言，还远远超过其他领域的经济纠纷。

国际投资纠纷简而言之是海外投资者因为国际直接投资问题而引发的与资本输入国政府或企业、个人之间的纠纷。

在国际法理论中长期存在着关于“法律性争议”和“政治性争议”、“权利的冲突”和“利益的冲突”的讨论。有的国际文件还专门把国际投资纠纷规定为法律性争议。例如《华盛顿公约》第 25 条 1 款及一些双边条约（如美国和埃及双边投资保护条约）都有这种规定。综合国际投资纠纷的各种概念，其内容一般应包含有下列二个核心要素：(1)关于权利的争议；(2)发生于某项投资。

二、国际投资纠纷的分类

我们对国际投资纠纷可从不同角度作不同的分类。按纠纷主体来分，可以分为两大类：

一类是投资合作者之间的纠纷。投资合作者一方可以是海外

的企业或个人，另一方可以是东道国的企业或个人，有时也可以作为投资者的东道国政府。此类纠纷的特点：第一，争议或发生纠纷的双方法律地位平等，都是民法上的权利义务主体（国家作为特殊的民事主体）第二 纠纷所涉及的内容相对单一 通常是基于投资合作者之间合同而引发的纠纷；第三，是此类纠纷比较容易得到解决。这是因为一方面各国法律对解决此类纠纷的方式、方法都有明文规定，另一方面由于双方是合作关系，有较多的共同点，达成一致可能性较大。

另一类是投资者与投资管理者之间的纠纷，实践中主要发生在东道国政府与外国投资者之间。从理论上讲，无论外国投资者采取何种形式的投资方式，都存在着与东道国政府发生纠纷的可能，只不过采取独资企业形式时，这类纠纷更常见而已。此类纠纷往往有以下特点：

第一，发生纠纷的双方法律地位不对等。一方是作为投资管理者的身份出现，是一个主权国家。另一方即便是富可敌国的跨国公司也只是外国私人投资者，应当受东道国政府的管辖。因此，它既不会等同于两个主权国家之间的争端，也区别于私人投资者之间的纠纷。正因为双方具有不同的法律地位，如何处理这种纠纷也就会遇到许多复杂的问题。

第二，此类纠纷不仅涉及到外国投资者对某项投资的所有权，企业的经营管理权问题，还牵涉到国家行使主权对本国境内的外资进行管理与控制的问题，例如实施国有化或征收。

第三，外国投资者与东道国发生的投资纠纷，不仅可以是基于合同关系，而且可以是基于非合同关系。在外国投资者与投资管理者之间的纠纷多是合同之外的争议。如果东道国作为投资的一方参与投资，那么由此而引发的纠纷应不属于此类纠纷。

另外，按纠纷性质的不同可以把国际投资纠纷分为合同纠纷、政策纠纷和技术纠纷。^③

合同纠纷是投资合同的当事人双方因对合同条款理解不同或因一方违反合同中双方约定的条款的规定而导致在合同解释或履行过程中的争议。它可以是内、外国私人投资者之间的争议，也可以是外国投资者与东道国之间的争议，即我们通常所说的国家契约或特许协议争议。其特点是纠纷焦点集中在合同中权利义务规定上，围绕着合同而展开。

所谓的技术纠纷，指的是国际合营企业各方在企业经营活动中或在实施投资项目时，因意见相左而发生的争议与纠纷。技术纠纷可以视作是合同纠纷的进一步细化，是在具体落实合同细节时双方发生的纠纷。技术性纠纷区别合同纠纷的地方在于技术性纠纷一般通过合营企业的权力机构，例如企业的董事会直接加以解决，不诉诸于司法或仲裁。

政策性的纠纷最为复杂。纠纷起因于投资所在国政府机构行使其职能的行为，此种行为可以包括（1）东道国的立法或政策措施，如主权国实行国有化，从而影响到外国投资者的利益，并导致外国投资者就国有化合法性及其补偿等问题同东道国发生纠纷。（2）东道国某些影响外国投资者投资利益的行为也可能引起纠纷。例如东道国无故干预外国投资企业的经营管理。（3）东道国国内一些不可预测的偶发事件。如政治动乱、战争、革命等突发事件。

在政策性纠纷应包含哪些内容的问题上，各方面的态度不尽一致。投资者自然希望尽可能扩大范围将一切可能由东道国产生的纠纷一概纳入此种纠纷的范围，以争取在有利于自己的法律环境中解决彼此之间的争议。而东道国则持相反的态度，尽量缩小纠纷范围，以便不失去对外资应有的控制权与管理权。

政策性纠纷的最大特点是争议极易引起投资者本国政府的介入与干预，从而使纠纷性质发生变化，原本属于东道国政府与外国私人投资者之间的纠纷提升为两个主权国家间的国际争端，使得经济纠纷政治化、复杂化。历史上此种事例并非鲜见。

从以上论述中，我们不难看出，国际投资纠纷纷繁复杂，不但体现在纠纷主体的多样，既有私人投资者又有主权国家，而且还反映在纠纷内容的复杂性，既有基于合同关系的纠纷也有因非合同事项所引发的争议。国际投资纠纷几乎可以发生在国际投资活动中的各个环节，并且纠纷的后果也往往是严重的，轻则使投资者失去至为难得的投资机会，使投资设想落空。重则可能使投资利益遭受严重损失直至血本无归。所以，如何防范国际投资纠纷或在发生纠纷后怎样妥善加以解决就成为国际投资者需要面对并加以解决的课题。

第二章

国际投资纠纷解决的基本途径

- 外交保护权
- 东道国当地救济原则
- 外国法院诉讼
- 国际法院诉讼
- 国际投资纠纷的仲裁解决

第一节 外交保护权

一、典型案例

(一) 诺特波姆案

这一案件是由国际法院审理的。在该案中，一个长期居住在危地马拉并在该国拥有土地的德国国民诺特波姆，在第二次世界大战爆发时为取得一中立国保护，临时去列支敦士登住了几个星期，在取得该国国籍后，又返回危地马拉，但他的财产后来仍被危地马拉没收。于是，列支敦士登对其行使外交保护权，在国际法院对危地马拉提起诉讼。国际法院拒绝受理此案，主要理由是：国籍只有反映一个人同一个国家之间存在真实联系时才产生外交保护，而诺特波姆同列支敦士登无这种真实联系，故列支敦士登无权行使外交保护。

(二) 北美疏浚公司案

该案全称为北美疏浚公司诉墨西哥政府案。1912年北美疏浚公司同墨西哥政府签订合同，承包疏浚墨西哥的萨利纳克鲁斯港的工程。该公司以墨西哥违反合同为理由，向根据1903年9月8日，美、墨两国政府间协定而设立的一般求偿委员会提出赔偿损失的请求。对此，墨西哥方面则主张，关于不履行合同的问题不属于委

员会所管辖的范围，并援引合同第 18 条规定的卡尔沃条款，宣称求偿委员会对本案不拥有管辖权。

求偿委员会在裁决中指出：没有一个能决定卡尔沃条款是否有效的总公式。卡尔沃条款的目的是要防止无限制地滥用外交保护权，以免严重侵犯当地国的主权，因此，问题是要在当地国的主权与别国的外交保护权之间取得恰当的平衡。私人投资者同外国政府签订合同，虽然表示不要求本国政府给予保护，但这并不妨碍该国对在外国的本国公民行使外交保护权。

合同的第 18 条所载入的卡尔沃条款规定，请求者不得向本国政府提出有关合同的解释和履行方面的要求。因此，仅就北美疏浚公司在有关合同的求偿问题上要求墨西哥按其国内程序提供救济一事而言，卡尔沃条款是具有效力的，外国政府不得以推翻这种约束力为目的进行干涉。只要不是因合同当事国司法拒绝而违反国际法，请求者就不能正当地向本国政府提出请求，求偿委员会对此种请求也不拥有管辖权。

上述两个案例都涉及到外交保护权的问题，前一案例涉及外交保护权行使的条件，后一案例则涉及外交保护权行使的限制——卡尔沃条款的问题，该案肯定了卡尔沃条款的国际效果，因而成为处理外交保护权与卡尔沃条款的关系上的著名案例。

外交保护权产生至今，有过成功的案例，也有过滥用外交保护权干涉他国内政的教训，其中的关键在于外交保护权应该在严格的条件限制下合法地行使，只有这样才能使已解决的国际投资纠纷得到完满的处理。因而在行使外交保护权解决国际投资纠纷之前，必须充分了解外交保护权的有关的基本理论。

二、关于外交保护权的理论问题

行使外交保护权是解决国际投资争议的古老方式。所谓外交保护权是指：“当本国国民在国外遇到损害，依该外国国内法程序得不到救济时，本国可以通过外交手段向该外国要求适当救济”。利用外交保护权来解决投资争议，其特点是使投资争议升格，亦即使本来是外国投资者同东道国之间的争议升格为外国投资者本国同东道国之间的争端，这两个国家在国际法水平上通过外交手段针对某一具体争端寻找可能的解决途径。

主权国家，根据它的属人优越权，具有对本国在外侨民行使外交保护的权力。国家机关根据国内法承担护侨的责任，各国驻外的使领馆的主要职责之一，就是护侨。国家对在外侨民具有外交保护权，一向是公认的国际法准则。国家行使外交保护权进行国际请求时，就是行使自己的主权权利。

外国投资者本国行使外交保护权的理论依据是本国国民在外国受到歧视待遇或非法侵害，而这种歧视待遇或非法侵害是由外国国家直接造成的。

对于本国国民在外国没有享受到国际标准待遇，是西方资本主义国家行使外交保护权的主要论据。所谓国际标准待遇也称为“国际司法标准”、“国际文明司法标准”、“最低文明标准”是英美政府提出并被其法学家所支持的。依此主张，国家不仅给予外国人国民待遇就可以避免国际责任，对外国人的待遇还必须符合国际标准。英国法学家奥本海指出：“一个国家不能引用国内的立法，作为避免国际义务的理由，这是一个已经确立的原则。基于实质上同一的理由，如果一个国家被诉在对待外国人的方面违反国际义

务，它也不能有效地抗辩说：依照它的国内法和惯例，与本国入比较，被指责的行为并非对于外国人的歧视。这尤其适用于对于外国人的入身待遇问题。在这个问题上，有一个最低的文明标准存在，一个国家如果不能达到这个标准，即须负国际责任，这是屡经确定的规则。^⑤”美国学者博查德也指出：国际实践表明仅仅以外国入被给予当地法律所允许的权利而获得与当地人民平等的待遇并不一定就被认为最后履行了国际义务，如果当地司法和行政的标准在某一特殊事件上低于国际文明司法标准的话。英国另一位法学家布赖尔利也指出，如果一个国家对于本国人民只具有一个低的司法标准，外国入的地位就在某种意义上是特权的地位，因为国际法允许他有权享受的待遇标准是一种客观的标准，他不必要像本地人民那样必须服从不公正的待遇。外国入必须接受所在国的制度那一规则是有条件的，即那些制度必须符合国际法所树立的标准，而如有外国入由于所在国没有遵照那个标准而致其入身或财产遭受损害，他的本国可以为他要求赔偿。^⑥

由此可见，国际标准的理论来源是外国入应依据国际法而非东道国国内法在东道国本身享有待遇标准，这是西方学者一贯坚持的国际法优于国内法的体现。

广大发展中国家主张，外国入在一国的待遇标准应依该国国内法取得，该国国内法的制定可以考虑国际上的通行惯例，但不能服从国家立法之外的任何法律与规则的审判，当然，我们说这种待遇标准是与国际社会所通行适用的待遇标准不能相互背离的。而西方国家和学者所主张的最低待遇标准，在经济力量与综合实力难以和发达国家相提并论的发展中国家，实质上是要使外国入在一国的境内享有其国民所不能享有的特权，这无疑使东道国的普通国民处于二等公民的地位，使东道国法律服从于域外存在的法