

研究生教学用书



国际投资法问题专论

*Current Legal Issues
on International Investment Law*

张庆麟 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

研究生教学用书



“法治建设与法学理论研究部级科研项目成果”

国际投资法问题专论

Current Legal Issues on International Investment Law

张庆麟 主编

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际投资法问题专论/张庆麟主编. —武汉: 武汉大学出版社,
2007. 10

研究生教学用书

ISBN 978-7-307-05661-9

I. 国… II. 张… III. 国际投资法学—研究 IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 084146 号

责任编辑:张 琼 责任校对:黄添生 版式设计:詹锦玲

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉大学出版社印刷总厂

开本: 720×1000 1/16 印张: 24.25 字数: 431 千字 插页: 5

版次: 2007 年 10 月第 1 版 2007 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05661-9/D·740 定价: 36.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售
部门联系调换。



张庆麟，1963年9月出生于湖北武汉。武汉大学国际法研究所教授、博士生导师，法学博士。意大利博洛尼亚大学法律系、意大利卡梅尼诺大学法律系、德国马科斯—普朗克外国法与国际私法研究所、英国曼切斯特大学法学院和伦敦大学玛丽皇后学院商法研究中心(CCLS)访问学者。奥地利科学基金(FWF)项目评审人。中国国际经济法学会和中国法学会国际经济法研究会理事，湖北省法学会国际法研究会常务理事，武汉仲裁委仲裁员。

长期从事国际经济法的教学与研究，在国际投资法、国际货币法和国际金融法领域的研究取得了一定的成绩，特别在国际货币法方面做出了创造性的工作，出版了学术专著《欧元法律问题研究》（中欧高等教育合作项目资助出版，武汉大学出版社2002年版），在《中国法学》、《国际经济法》、《民商法论丛》、《法学评论》等重要刊物发表了“析金融全球化对国家货币主权的冲击”、“论汇率的国际法律问题”、“论国家调整汇率的权利与义务”等一系列国际货币法领域的学术论文，具有一定的开创性，填补了国内法学在该领域的研究空白。同时合作主编两部《国际金融法》教材，参与撰写学术专著和本科生、研究生教材10余部，发表学术论文30余篇。主持教育部人文社科重点研究基地重大项目“货币跨国流通中的若干重大国际法律问题研究”和“国际货币法的理论与实践研究”、“全球化背景下的我国投资法律制度研究”等国家社科基金、司法部科研项目、湖北省社科重点研究项目、中欧高等教育合作项目、欧洲问题研究中心项目和武汉大学社科及教学研究项目近10项，参与“中国能源安全问题研究”和“中国和平发展的重大国际法律问题研究”等教育部重大攻关项目和教育部重大项目若干项。

前 言

随着经济全球化进程的不断加速,全球投资自由化的趋势也不断加强。如何适应经济全球化以及投资自由化的趋势,并据此对本国外资法进行相应的调整,成为各国投资立法的重要任务。对外开放,并主动参与国际化大生产的分工合作,是我国今后长期坚持的一项重要国策。在经济全球化和投资自由化的背景下,我国外资法应做出何种回应,如何使我国的外资法更好地调整、促进、规范外资的进入、流动和推出;充分发挥外资的积极效应,并限制外资的消极作用将是我们面临的一种新的挑战。本书旨在通过对这些问题的探讨为我国外资法的调整与完善,对中国参与多边、双边投资条约的谈判提供理论上的指导。本书是司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“全球化背景下的我国投资法律制度”和湖北省社会科学基金重点项目“加入 WTO 与湖北省外资立法建设”的最终成果,是课题组成员共同努力的结晶,相当部分是若干成员在其硕士学位论文的基础上加工修改而成。在成书过程中,由主编统筹定稿,其中彭忠波博士协助主编作了大量的工作。尽管如此,本书各章节文责自负,不强求各位作者必须在学术观点、文章风格上保持一致。

在国际投资不断发展的进程中,国际投资立法及各国外资法日趋显其重要性。随着投资活动全球化的发展,国际社会日益觉得缔结一项多边实体投资条约越来越迫切。然而,该类条约的谈判却迟迟未能达成各方预想的成果。WTO 的实践为我们提供了较为成功的范例,并有可能成为多边投资条约谈判的场所,我们完全可以预料,一项真正的多边投资实体条约必将随着国际投资自由化的发展而产生。因此,课题组对国际投资法的发展以及相关国际组织对多边投资法的影响进行了研究和论证。

“WTO 与国际投资法制”一章系统地对 WTO 多边贸易制度对国际投资法的影响进行了论证。该章首先分析了贸易与投资的紧密联系,概括性地介绍了国际投资法的现状以及 WTO 协定与国际投资法制的关系。其次,该章重点从 TRIMs、GATS、SCM 三个方面论证了 WTO 多边贸易制度对国际投资发展的影响。最后,在对多边投资协定谈判的进展情况以及各方对在 WTO 框架下制定多边投资协定的不同观点进行介绍后,对 WTO 体制下综合性的多边投资法制

进行了阐释,并提出了制定多边投资协定应注意的问题,介绍了WTO对多边投资协定主要内容的初步构想。在结语部分,该章还分析了制定多边投资协定的种种困难,总结了WTO协定中的投资规范对国际投资法制的巨大影响,展望了未来国际投资法制的一般发展趋势和前景。

“区域投资规则若干法律问题研究”主要从区域投资规则的角度进行论证。区域投资规则的晚近发展不可否认代表了国际投资法制的最新发展趋势,它定会对未来多边投资统一立法产生影响。因此,分析这些规则、本质及可能产生的影响,并及时制定科学的对策是十分必要的。中国等发展中国家应该有效参与区域领域的投资规则的制定,积极推动区域投资合作,为在多边层面上的投资合作安排赢得主动。该章首先着重介绍了欧盟、北美自由贸易区和亚太经合组织三大区域国际经济组织,并对现有的区域投资规则进行了分类和简要介绍。而后从投资准入、投资待遇、投资保护、投资争议解决四个投资领域的核心问题出发,对几个有代表性的区域投资规则进行了剖析,对比其发展规律和特点,从而对晚近区域投资规则的整个发展特点进行总结和概括。该章还对区域投资规则的晚近发展对多边投资立法的影响具体作出了分析和探讨;对中国在区域投资规则形成过程中应采取的策略进行了研究。并指出中国应积极利用亚太经合组织和中国—东盟自由贸易区这两个区域经济组织推动区域投资规则的形成,将未来可能在多边层面提出的投资规则首先在区域层面进行尝试,为自己也为别国留下进退的余地,积极影响未来多边投资规则的走向。

“NAFTA的法律制度对国际投资法的影响”和“与投资有关的贸易措施对国际投资法制的影响”则主要从贸易与投资的关系出发,论证了区域性贸易条约对国际投资法的影响。随着外国直接投资在国际经济交往中的比重加大,许多贸易措施对投资的数量、部门构成、地理分布都会产生重要的影响,甚至对投资流向造成扭曲。这些,也构成了与正在不断发展中的多边投资立法的密切联系。如何从法律的视角调整或限制这类“与投资有关的贸易措施”,特别是发达国家集团所采取的贸易保护主义措施,构成了现今为实践所期待回答的重要法律课题。“与投资有关的贸易措施对国际投资法制的影响”通过分析国际贸易与国际投资的法律联系,概括性地介绍了贸易措施对国际投资法施加的影响,并介绍了目前国际社会正在研究当中的几类与投资有关的贸易措施,特别强调了区域贸易协定的法律原则和措施对投资法的作用。该章还重点分析了在区域贸易法和多边贸易法的交叉作用下,国际层面上的投资立法所受到的影响,并展望了未来统一国际投资公约的发展趋势和前景。“NAFTA的法律原则和措施对国际投资法的影响”则主要以NAFTA为研究对象,重点论述了该协定框架本身和它所采取的一系列法律原则及措施对投资法产生的影响,

并由此扩展,提出目前繁荣发展区域自由贸易协定必将对未来多边投资法产生巨大影响,值得投资法领域的防范和借鉴。

“晚近多边投资规则谈判的新动向及我国的对策”则在多边投资立法的现状进行简要分析的基础上,主要对晚近多边投资规则谈判中所呈现出来的一些新动向予以总结和分析,并对我国在谈判中所应采取一些具体策略,如谈判阵线的倾斜、谈判目标的侧重、谈判场合和谈判方式的选择以及谈判议题的切入等提出了相应的建议。

课题组还重点研究了投资法律制度中的国民待遇、争端解决机制等具体问题。“当代国际投资法中的国民待遇”主要从理论辨析的高度对当今国际投资法中的国民待遇的相关理论问题予以了深入的阐释。该章首先对国民待遇制度的人文思想进行分析,指出平等、公正是国民待遇所追求的目标。在此基础上深入地论证了国民待遇制度的基本涵义,并结合国际投资立法实践,深入地剖析了国民待遇的效力、与最惠国待遇制度的适用关系、适用对象、适用范围等。在辨析与论证相结合的基础上澄清了国民待遇制度所涉及的基本理论问题,并为我国在投资领域正确适用国民待遇制度提出了建议。

“国际投资争议解决机制研究”和“《北美自由贸易协定》第11章争议解决机制研究”则主要对国际投资中争端解决制度予以探讨。其中,前者重点从投资争议解决的一般制度上出发,在对国际投资争议进行一般阐释的基础上,结合ICSID争端解决机制的内容,以及晚近国际投资条约中有关争端解决的实践,对国际投资法律制度中的争端解决问题进行了阐释。在结合具体的国际投资活动实践的基础上,对国际投资合同的法律适用问题进行了较深入的探讨。在国际投资的多边立法史上,在国际投资争端解决机制的发展中,NAFTA第11章具有重要的里程碑意义,它是NAFTA最具创造性的一项贡献。这一机制对于为未来世界各国条约中的投资争议解决机制也具有很大的借鉴意义。而后者正是对《北美自由贸易协定》第11章有关争端解决的制度进行了重点分析。该章首先介绍了NAFTA第11章争议解决机制的基本内容,包括其适用的范围以及其主要的程序规则。然后,分析了NAFTA第11章争议解决机制中具有突破性和争议性的若干重要法律制度或法律问题,如该机制中的当事人“同意”制度、该机制与传统救济方式的关系、仲裁的法律适用问题、程序的透明度问题、争议的可仲裁性问题。最后,探讨了NAFTA第11章争议解决机制的影响和启示,如该机制对其他国际条约的影响、该机制对国际法若干理论的启示、对国家主权挑战以及对我国的对策等。

在前述研究的基础上,课题组还专门对经济全球化和投资自由化的背景下,我国外资法的应对和调整进行了详细的探讨。其中,“我国外资法律体系

重构的若干基本问题研究”对我国外资法的重构进行了深入的理论探讨。经济全球化及国际投资自由化的趋势，国内经济体制的转轨及经济发展水平的提高，都对我国外资法的重构提出了客观要求。鉴于外资法重构所涉问题的广泛性，该章选择了外资法律体系重构中的几个基础问题分别进行了论述。在对我国目前外资法律体系进行仔细考察之后，该章首先从对我国外资法调整对象的分析入手，对外资法调整对象的内涵及外延进行了重新界定，意图为外资法律体系的重构打好根基。其后，该章探讨了外资法律体系的重构模式问题，对外资法律体系重构的基本方向和具体模式进行理论上的探讨。最后，该章对外资法律体系重构的指导原则进行详细论述，试图对我国外资法律体系重构的基本原则、立法理念提供参考性意见。

“我国外资激励政策及其调整研究”则集中对我国的外资激励政策进行了分析和探讨，系统地阐述了我国外资激励政策背景、主要措施、理论依据，还介绍了世界范围内外资激励政策的冲突和协调，而全章的落脚点在于对我国的外资激励政策分析、评价，并提出调整的建议。在研究中，该章运用了较多经济学理论，对我国外资激励政策的合理性、必要性和有效性进行了分析、评价。在对全球范围内的外资激励政策的竞争和协调的论证上，该章详细地分析了我国外资激励政策中几个突出的法律问题，并提出了我国外资激励政策调整的战略和具体调整策略的建议。

本书由各章编著者分别撰写，最后由主编进行定稿，各编著者具体分工如下：

张庆麟（武汉大学国际法研究所，法学博士，教授，博士生导师）：第一章、第六章（合写）、第九章；

彭忠波（深圳证券交易所，法学博士）：第六章（合写）、第七章；

陈妍（广州白云国际会议中心有限公司，法学硕士）：第二章；

郭鸣（武汉大学国际法研究所博士研究生）：第三章；

谢翀（华中农业大学文法学院讲师，武汉大学国际法研究所博士研究生）：第四章、第五章；

刘洪蛟（君合律师事务所律师，法学硕士）：第八章；

马迅（重庆工商大学法学院讲师，武汉大学国际法研究所博士研究生）：第十章。

总之，本书不仅从一般的角度上阐释了国际多边投资立法的发展趋势，而且还重点从WTO多边贸易制度、区域投资规则等角度探讨了多边投资条约谈判及多边投资立法的趋势，而这些对我们今后参加多边投资条约谈判具有重要的指导意义。对长期以来在国际投资法律领域争论较多的国民待遇制度、投资

激励措施、争端解决制度进行了深入分析，具有一定的创新，丰富了相关问题的探讨和研究，同时，还结合全球化背景下国际投资立法发展的现状及趋势，对我国投资法律制度的完善和调整进行了详细的论证，为我国外资法的重构和调整指明了方向，并具有一定的新意和现实意义。当然，由于作者学力不逮，本书的研究成果会存在着一定的问题与纰漏，敬请读者和学界同仁批评指正。

张庆麟

2007年3月于英国曼彻斯特

目 录

第一章 论当代国际投资法中的国民待遇	1
第一节 国民待遇制度的人文思想	1
第二节 国民待遇制度的基本涵义	3
第三节 国民待遇的效力	6
第四节 国民待遇与最惠国待遇	7
第五节 国民待遇的适用对象	10
第六节 国民待遇的适用范围	13
一、外资准入的国民待遇问题	13
二、外资营运的国民待遇问题	17
第二章 WTO 与国际投资法制	19
第一节 WTO 法律规则体系与国际投资法制	19
一、贸易与投资的关系	19
二、双边和多边的国际投资法制现状	22
三、WTO 协定与国际投资法制的关系及其对国际投资法制的影响	24
第二节 WTO 体制下多边投资法制的初步尝试——TRIMs 协议	27
一、TRIMs 协议概述	27
二、TRIMs 协议与多边投资协定之比较	34
三、TRIMs 协议的作用及其发展趋势	36
第三节 WTO 体制下第一个服务投资自由化规则——GATS	41
一、GATS 的产生背景	41
二、GATS 的适用范围与主要内容	42
三、GATS 对国际投资法制的影响	46
第四节 WTO 体制下约束投资激励措施的协议——SCM 协议	50
一、WTO 反补贴制度的产生	50
二、SCM 协议的主体结构	50

三、SCM 协议与国际投资法制	51
第五节 WTO 体制下综合性的多边投资法制	53
一、提出制定多边投资协定的背景和必要性	53
二、多哈回合多边投资协定谈判的新发展	55
三、WTO 各成员方对在 WTO 框架下制定多边投资协定的不同观点	56
四、WTO 体制下的多边投资协定的初步构想	60
第三章 区域投资规则若干法律问题研究	69
第一节 区域经济一体化与区域投资规则	69
一、区域经济一体化和主要的区域经济一体化组织	69
二、区域投资规则概述	72
第二节 区域投资规则的晚近发展和特点	75
一、投资准入问题	75
二、投资待遇问题	84
三、投资保护问题	91
四、投资争议解决问题	99
五、区域投资规则评析	103
第三节 区域投资规则与中国的应对策略	109
一、中国推动区域投资规则形成的必要性	110
二、中国在推动区域投资规则形成过程中应采取的策略	111
第四章 NAFTA 的法律制度对国际投资法的影响	115
第一节 NAFTA 的原产地规则	116
一、区域原产地规则的内容	116
二、区域原产地规则对投资法的影响	117
第二节 NAFTA 的反倾销法律措施	122
一、NAFTA 反倾销措施的内容与发展	122
二、区域反倾销措施对投资规则的影响	123
第三节 NAFTA 的国民待遇原则	126
一、国民待遇原则在投资领域的特性	126
二、NAFTA 国民待遇原则为投资法带来的影响和启示	127
第四节 NAFTA 对多边投资法发展的启示	130
一、区域贸易协定的扩张性影响	130
二、扩张影响下的多边投资法律	132

第五章 与投资有关的贸易措施对国际投资法制的影响	135
第一节 经济全球化下国际贸易与国际投资的法律关系	135
一、法律联系	135
二、法律协调	137
第二节 与投资有关的贸易措施	139
一、概念的提出	139
二、与投资有关的贸易措施类型	140
三、区域自由贸易协定	144
第三节 多边贸易体制内构建多边投资规则的努力	152
一、不同法律框架下制定投资规则的比较	152
二、WTO 体系内制订多边投资规则	156
三、区域和多边体制共同作用下构建未来的国际投资法	159
第六章 晚近多边投资规则谈判的新动向及我国的对策	164
第一节 多边投资规则谈判概述	164
第二节 晚近多边投资规则谈判的新动向	165
一、谈判利益的复杂化	165
二、谈判目标的明确化	168
三、谈判场所的多元化	169
四、谈判方式的多样化	172
五、谈判议题的扩大化	174
第三节 我国在多边投资规则谈判中策略的选择	175
一、有所归属的谈判阵线	175
二、有所侧重的谈判目标	176
三、多元化选择的谈判场所	176
四、灵活务实的谈判方式	177
五、有所切入的谈判议题	178
第七章 我国外资法律体系重构的若干基本问题研究	180
第一节 我国外资法律体系的历史发展及现状	180
一、外资法及外资法律体系概述	180
二、我国外资法律体系的历史发展	185
三、我国外资法律体系的现状	189

四、外资法律体系重构的必要性和可能性	194
第二节 外资法的调整对象	198
一、外资法调整对象概述	198
二、外资法调整对象的学理辨析	201
三、外资法调整对象的国别比较	207
四、外资法调整对象的具体构成范围	211
第三节 我国外资法律体系的重构模式	215
一、外资立法模式的一般评析	215
二、我国外资立法模式的选择	218
第四节 我国外资法律体系重构的指导原则	225
一、外资法重构的一般原则	225
二、外资法重构的具体原则	229
第八章 我国外资激励政策及其调整研究	237
第一节 我国外资激励政策及措施	237
一、外资激励政策及主要措施	237
二、我国的外资激励政策及主要措施	241
第二节 我国外资激励政策评价	245
一、外资激励政策经济合理性与有效性探讨	245
二、对我国外资激励政策的评价	254
第三节 外资激励政策竞争的国际协调	259
一、外资激励政策竞争的国际协调理论思考	259
二、外资优惠政策竞争的国际协调实践	262
三、WTO 贸易体制对外资激励政策措施的制约	269
第四节 中国外资激励政策的调整方略	274
一、关于我国外资激励政策的几个法律问题	274
二、关于我国外资激励政策的调整建议	280
第九章 国际投资争议解决机制研究	284
第一节 国际投资争议概述	284
一、国际投资争议的含义与类型	284
二、投资争议的主要解决途径	286
三、国际投资争议解决机制的晚近发展	288
第二节 ICSID 机制	290

一、中心管辖权	291
二、中心仲裁的法律适用	309
三、中心裁决的承认与执行	313
第三节 晚近国际投资条约的实践	317
一、双边投资协定的实践	317
二、多边投资条约的实践	324
第四节 国际投资合同的法律适用	328
一、国际投资合同的概念	328
二、国际投资合同的法律适用	329
 第十章 《北美自由贸易协定》第 11 章 争议解决机制研究	333
第一节 NAFTA 第 11 章争议解决机制的基本制度	333
一、NAFTA 第 11 章机制的适用范围	333
二、第 11 章机制的程序规则	338
第二节 NAFTA 第 11 章争议解决机制的若干法律问题评析	343
一、当事人“同意”制度	343
二、第 11 章机制与传统救济方式的关系	347
三、仲裁的法律适用	351
四、第 11 章机制程序的透明度问题	354
五、第 11 章机制与争议的可仲裁性问题	358
第三节 NAFTA 第 11 章争议解决机制的影响及启示	360
一、第 11 章机制的实践引发的争议	360
二、第 11 章机制对晚近其他条约的影响	363
三、NAFTA 第 11 章机制的若干启示	368

第一章 论当代国际投资法中的国民待遇

第一节 国民待遇制度的人文思想

国民待遇制度的提起与确立首先是基于人人平等的人文思想。“一切人, 作为人来说, 都有某些共同点, 在这些共同点所及的范围内, 他们是平等的”。^①它是人的尊严、地位的平等, 人所享有的权利的平等。它要求平等地认可、保护和促进人之作为人所应享有的利益和要求, 反对任何形式的等级制度以及与之相伴随的身份特权、财产特权和精神特权等各种特权。同时, 人又是社会的人。社会的人无时不在社会中活动, 广泛的、复杂的社会交往需要有一种正义的公正的体系来支持与调整, 使社会交往活动满足人类寻求和平和追求幸福的基本心理, 而这种在人类社会生活中无处不在的正义、公正或公平^②, 其内核就是平等。平等的社会关系满足了人类自尊、不受他人统治的愿望。^③而且, 也只有在社会关系中建立人生而平等的价值观与社会机制, 才能充分地使人人享有其作为社会一分子所拥有的权利。社会成员的每一分子都潜在地拥有同其他人同等的权利, 这是由人的身份所决定的。在这种思想的指导下, 国民待遇制度要求每个国家应平等的对待每个人, 不论他是本国人还是外国人。国籍虽然是个人同国家间的永久甚或是惟一的法律联系, 是国家区别国民与非国民的根据, 是个人的特定国家国民身份的标志, 并由此赋予个人以不同的法律地位及产生特定的权利与义务, 但它决不能成为国家歧视性对待非国民的因素。“人人生而自由, 在尊严和权利上一律平等。”^④“人人有资格享有本宣言所载的一切权利和自由, 不分……国籍或社会出身……等任何区别。并且不得

① 《马克思恩格斯选集》第3卷, 人民出版社1972年版, 第142~143页。

② 麦考密克、魏因贝格尔:《制度法论》, 中国政法大学出版社1994年版, 第249页。

③ E. 博登海默:《法理学——法哲学及其方法》, 华夏出版社1987年版, 第284页。

④ 《世界人权宣言》第1条。

因一人所属的国家或领土的政治的、行政的或者国际的地位之不同而有所区别,无论该领土是独立领土、托管领土、非自治领土或者处于其他任何主权受限制的情况之下。”^①

其次,国民待遇制度基于的是自由的思想。这种自由起先针对的是个体的自然人迁徙的自由。虽然,国家无准许外国人入境的义务,即,是否允许外国人入境,以及在什么条件下准许外国人入境,是每个国家根据主权自由裁量的事项,但是,对居留于境内的外国人,国家却有义务充分保护其合法权利,此为公认之国际法准则。事实上,由于存在国际间相互联系与交往的需要,各国一般并不禁止外国人为合法目的入境。目前,世界上也没有完全拒绝外国人入境的国家。^②对自由迁徙的人之权利的尊重与保护,要求国家平等的对待每一个人,不论他是本国人还是外国人。尔后,随着世界经济的发展,这种自由扩展到市场的自由、跨国交易与投资的自由。“国民待遇义务普遍地被用作增强贸易自由化这一基本政策,以尽可能地减少政府对越境交易的干扰与扭曲行为”。^③对外国人施以歧视待遇和特别待遇,虽能给本国经济带来一定的好处,但它毕竟是一时的,并且这种保护主义还会导致全球性的经济和政治灾难,第二次世界大战前及战争期间的世界历史就是很好的说明。诚如关贸总协定1956年度商业政策总干事伊万斯(John Evans)所言:“虽然一些国家可能从歧视性待遇中获得暂时的好处,但从长远看,由于它使贸易格局不可避免地发生畸变,所有国家最终将深受其害。”^④因为,任何形式的歧视都必将导致更严重的歧视,国家间互相报复,相互限制,以至造成国际经贸关系和政治关系的紧张。歧视性待遇损害的不仅是他国的利益,而且也是实施差别待遇国家的自身利益。一般而言,每个国家均希望自己在海外市场得到同其他国家一样的平等待遇、优惠和保证,至少其所受待遇不应低于第三国,以防止自己在国际市场上处于不利的竞争地位。有鉴于此,各国充分认识到遵循市场经济的客观规律,尽量减少人为干扰,共同遵守市场规则,让市场机制充分发挥作用,公平竞争,机会均等,才是大家和平共处、共同富裕的根本良方。因此,将具有人类自由思想的国民待遇制度引入国际市场领域是当然的选择。在当今国际社会

① 《世界人权宣言》第2条。

② 黄惠康:《国际法教程》,武汉大学出版社1989年版,第141页。

③ John H. Jackson, William J. Davey, “Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text (Second Edition)”, West Publishing Co. (1986), p. 483.

④ 1956年2月20日伊万斯在霍普金斯大学高级国际问题学院的演讲。转引自张克文:《关税与贸易总协定及其最惠国待遇制度》,武汉大学出版社1992年版,第55页。

对国际市场还很难形成国际统一的公平合理的管理体制的背景下,虽然尚难完全排除或阻止各国以各种理由所采取的不合理的限制措施及合理但不恰当的限制措施,自由经济只能是一种理想,国民待遇制度对此也非包治一切的灵丹妙药,但是,国民待遇制度却能消除歧视,消除内、外国人间的的不平等,为人类实现自由公平的国际经济秩序提供一个良好的基础。所以,在国际经济发展史上,各国一方面相互签约求助于最惠国待遇以求在他国得到有限的平等待遇;另一方面,则互惠对等的给予国民待遇以实现全面充分的平等与自由。

再次,国民待遇制度是人类社会长期共存的需要。虽然自然的、人文的因素将人类分隔在不同的国家,但人类却是一个大家庭,他们共同组成我们称之为的国际社会。在国际大家庭中,大家彼此平等,相互依赖,彼此为了发展而进行国际合作,是各国共同的目标和共有的责任。^①国际大家庭的全体成员国在公平待遇的基础上,开展最广泛的合作,这就有可能消除世界上普遍存在的各种差距,保证大家都能繁荣富强。^②那么,基于人类自然共同体必须长期合作的感情,使人不能否认外国人享有与作为一个人的资格分不开的种种权利^③,正是国民待遇制度的精神之所在。

总之,国民待遇制度关注的是人的平等,阐发的是自由的思想,维护的是人类的共存。

第二节 国民待遇制度的基本涵义

国民待遇制度,是有关外国人民商事法律中较古老的一项待遇制度,是国家属地优越权所派生出来确定外国人地位的一种待遇准则。其通行的基本涵义是,外国人同内国人在享受权利和承担义务方面,享有同等的法律地位,即东道国通过国内立法授予或签订国际条约(双边或多边)承担义务承诺给予外国人所享有的民商事权利,不得低于本国国民所享有的同等权利。这一制度已为各国所普遍确认与采用。例如,著名的《法国民法典》第11条规定:“外国人在法国享有与其本国根据条约给予法国人的同样的民事权利。”^④其他如1826年荷兰民法典第9条第2款、1868年葡萄牙民法典第36条、1889年西班牙

① 《各国经济权利与义务宪章》第17条。

② 《建立新的国际经济秩序宣言》第4条第2款。

③ 法国《世界百科全书》第九卷,第12~13页,转引自上海社会科学院法学研究所编译:《国际私法》,知识出版社1982年版,第77页。

④ 《法国民法典》:马育民译,北京大学出版社1982年版,第4页。