



国际关系与国际法跨学科研究文库 | 徐崇利 刘志云 主编

新自由主义 国际投资法律机制： 兴起、构造和变迁

王彦志 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书出版获“吉林大学法学高峰学科(群)建设项目”经费资助

国际关系与国际法跨学科研究文库 | 徐崇利 刘志云 主编

新自由主义 国际投资法律机制： 兴起、构造和变迁

王彦志 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

新自由主义国际投资法律机制:兴起、构造和变迁 / 王彦志著. —北京:法律出版社,2016. 3

(国际关系与国际法跨学科研究文库 / 徐崇利, 刘志云主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9151 - 8

I. ①新… II. ①王… III. ①新自由主义(经济学)
—国际投资法学—研究 IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 029624 号

新自由主义国际投资法律机制:
兴起、构造和变迁

王彦志 著

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 14.25 字数 359 千

印次 2016 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 财经出版社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9151 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

国际关系与国际法联系紧密,国际关系学与国际法学相辅相成,在学术发展史上两个学科有着千丝万缕的联系。自 20 世纪 90 年代以来,在两个学科的联结在整体上被割裂近半个世纪后,国际关系学与国际法学的跨学科研究再度兴起,并迅速成为这两个学科最新发展的闪亮之处。目前,跨学科研究趋势正从国际关系学与国际法学的表层联系深入到彼此关联的基础性问题,从知识点的互通深入到方法论上的互借等。

厦门大学法学院国际关系与国际法跨学科研究团队在新世纪初率先将该交叉学科研究方法引入国内并深入研究,一直在国内保持领先地位。无论在国际法学界,还是国际关系学界,都已产生相当影响力。为了进一步推动国际关系与国际法跨学科研究的发展,构建跨学科交流与科研平台势在必行。为此,在 2010 年,厦门大学法学院批准设立国际关系与国际法跨学科研究中心,2011 年跨学科研究中心

创办了《国际关系与国际法学刊》。目前,跨学科研究中心与《国际关系与国际法学刊》已经成为国内该领域最为活跃的研究平台与交流媒介。“厦门大学法学繁荣计划子项目之一国际关系与国际法跨学科研究繁荣计划”也在2013年列入了厦门大学文科发展繁荣资助计划,试图通过该项目建设,将该研究团队与研究特色进一步做大做强,为长期以来以国际经济法研究一枝独秀的厦门大学国际法学国家重点学科增添新的学术增长点。

立足于以上基础,经过反复酝酿,精密筹划,厦门大学法学院国际关系与国际法跨学科研究中心决定创办“国际关系与国际法跨学科研究文库”(以下简称“文库”)。“文库”将以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现国际关系与国际法交叉研究领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。我们期以本文库作为思想传播之媒介,学术交流之平台,博学审问,慎思笃行,自由争辩,自察自省,通过严肃认真的学术讨论和学术批评,推动国际关系与国际法跨学科研究的不断创新。我们也期许“文库”能与《国际关系与国际法学刊》一道,瞄准国际关系学与国际法学的学科前沿,积极开展国内外同行学术交流,荟萃国内外跨学科研究的优秀成果,推动国内外国际关系与国际法跨学科研究的共同进步。

本文库稿件来源但不限于厦门大学法学院国际关系与国际法跨学科研究中心的学者、校友,而以最大的诚意广泛征集海内外国际关系与国际法跨学科研究的专著、译著。当然,我们亦知,就整个国际关系与国际法跨学科研究而言,本文库仅为沧海一粟。庙廊之才,非一木之枝,希望能与学界同仁相濡相闻,砥砺共进。

是为序。

徐崇利 刘志云

目 录

引 言/1

第一章 新自由主义国际投资法律机制的兴起： 一个机制理论的描述/30

第一节 国际投资法律机制的早期历史演进/30

一、从习惯国际法转向双边投资条约/30

二、国际法学者眼中的国际投资法律机制/31

三、国际关系学者眼中的国际投资法律机制

/33

第二节 新自由主义国际投资法律机制的兴起

/43

第三节 新自由主义国际投资法律机制的证成

/49

一、新自由主义国际投资法律机制的“国际机 制”证成/49

二、新自由主义国际投资法律机制的“新自由 主义”证成/57

第四节 新自由主义国际投资法律机制的构成要素/72

一、新自由主义国际投资机制的原则/73

二、新自由主义国际投资机制的规范/78

三、新自由主义国际投资机制的规则/83

四、新自由主义国际投资机制的决策程序/84

第五节 内嵌自由主义贸易法律机制 vs 新自由主义投资法律机制/87

第二章 新自由主义国际投资法律机制的兴起:
一个因果关系的解释/90

第一节 新自由主义国际投资法律机制兴起的
权力现实主义解释/90

第二节 新自由主义国际投资法律机制兴起的
新自由制度主义解释/92

一、承诺可信性的时间不一致问题/93

二、发展中国家竞争吸引资本的逻辑/94

三、历史时间的理性计算/94

四、既有国际制度的功能/95

第三节 新自由主义国际投资法律机制兴起的
观念建构主义解释/100

一、从结果的逻辑到适当的逻辑/100

二、从原则信念到因果信念/103

三、从完全理性到有限理性/104

第四节 新自由主义国际投资法律机制兴起的
自由主义国内偏好解释/105

一、作为前承诺的国际投资协定/106

二、墨西哥谈判订立 NAFTA 的实例/109

第五节 新自由主义国际投资法律机制兴起的
路径依赖演化解释/110

一、BIT 本文形式、结构和内容的历史路径依
赖逻辑/111

二、最初 BIT 和 ISDS 判例及学说的历史路径
依赖逻辑/112

第三章 新自由主义国际投资法律机制的构造：
双边化的制度形式/116

第一节 新自由主义国际投资法律机制的双边
构造：双边 vs 多边/118

一、双边 vs 多边的概念界定/118

二、国际投资法律机制的双边构造/121

第二节 国际合作制度边数形式选择的国际关
系一般原理/130

一、国际制度边数形式的差异需要理论解释
/130

二、国际制度边数形式差异的一般解释进路
/133

三、国际制度边数形式选择的成本与收益解释
/136

第三节 新自由主义国际投资法律机制双边构
造的权力现实主义解释/139

一、双边 vs 多边的霸权国理论解释/140

二、双边 vs 多边的权力不对称解释/143

第四节 新自由主义国际投资法律机制双边构
造的新自由制度主义解释/145

一、合作类型、物品类型和外部性/145

二、交易成本与合作收益的权衡/148

三、量身定制的优点:以色列的 BIT 策略/153

四、竞争资本与议题挂钩/156

五、既有国际制度的作用/157

第五节 新自由主义国际投资法律机制双边构造的观念建构主义解释/157

第六节 新自由主义国际投资法律机制双边构造的自由主义国内偏好解释/160

第七节 新自由主义国际投资法律机制双边构造的路径依赖演化解释/163

第四章 新自由主义国际投资法律机制的构造:私人化的执行方式/166

第一节 新自由主义国际投资法律机制的私人化:投资者与国家间仲裁/166

一、国际法的私人化/166

二、新自由主义国际投资法律机制的私人化/170

第二节 新自由主义国际投资法律机制私人执行的权力现实主义解释/186

第三节 新自由主义国际投资法律机制私人执行的新自由制度主义解释/191

一、一般的国际争端解决理论解释:争端解决的法律化与第三方授权的差异/191

二、私人参与国际公法执行的专门解释:利益激励与信息便利/194

三、贸易领域与投资领域的其他比较:问题结构与执行差异/203

四、现有国际机制的制度生成功能：国际科层
官僚的地位/207

第四节 新自由主义国际投资法律机制私人执
行的观念建构主义解释/211

第五节 新自由主义国际投资法律机制私人执
行的自由主义国内偏好解释/213

第六节 新自由主义国际投资法律机制私人执
行的路径依赖演化解释/217

第五章 新自由主义国际投资法律机制的变迁：
一个实证法学的描述/229

第一节 新自由主义国际投资法律机制变迁的
先天缺陷/229

一、实体法上的结构失衡/230

二、程序法上的公私错位/230

三、秩序上的双多边失调/231

第二节 新自由主义国际投资法律机制变迁的
条约实践/232

一、总体趋势：复杂化、多样性和平衡化/232

二、个别国家废除投资条约的实践/234

三、多数国家改革投资条约的实践/250

四、少数国家固守传统条约的实践/269

第三节 新自由主义国际投资法律机制变迁的
仲裁实践/270

一、总体趋势：透明化、不一致性和不平衡性
/270

二、投资条约仲裁的透明度/273

三、实体待遇的仲裁实践/275

第六章 新自由主义国际投资法律机制的变迁:
一个机制理论的描述/288

第一节 新自由主义国际投资法律机制构成要
素的变迁/288

一、新自由主义国际投资法律机制原则的变
迁/288

二、新自由主义国际投资法律机制规范的变
迁/292

三、新自由主义国际投资法律机制规则的变
迁/295

四、新自由主义国际投资法律机制决策程序的
变迁/297

第二节 新自由主义国际投资法律机制构造的
变迁/301

一、形式变迁:双边化的继续和区域化的兴起
/301

二、形式变迁:私人化的执行和国家化的干预
/310

三、议题变迁:投资与贸易一体化、投资与非经
济议题一体化/310

第三节 新自由主义国际投资法律机制变迁的
状态/317

一、机制变迁的复杂样态/317

二、国际投资法律机制的变迁抑或转向无机
制/318

三、国际投资法律机制的内部变迁抑或机制本
身变迁/327

第七章 新自由主义国际投资法律机制的变迁： 一个因果关系的解释/331

第一节 新自由主义国际投资法律机制变迁的 权力现实主义解释/331

- 一、发达国家的立场转向/332
- 二、新兴发展中大国的立场定位/339
- 三、其他不发达国家的立场定位/345

第二节 新自由主义国际投资法律机制变迁的 新自由制度主义解释/347

- 一、国际制度的交易功能/347
- 二、国际制度设计的灵活性与国际投资法律机
制的适应性和稳定性/352
- 三、既有国际制度的效应/358

第三节 新自由主义国际投资法律机制变迁的 观念建构主义解释/363

- 一、ISDS 仲裁案件经验和教训中的学习/364
- 二、IIA 和 FDI 流动之间的因果关系认知的改
变/364
- 三、对于新自由主义经济思潮的反思/366

第四节 新自由主义国际投资法律机制变迁的 自由主义国内偏好解释/368

- 一、反 IIA、反 ISDS 运动的兴起/368
- 二、捍卫 IIA、捍卫 ISDS 力量的发声/374
- 三、内嵌自由主义的妥协/377
- 四、尤利西斯的自缚：中国的最新实例/380

第五节 新自由主义国际投资法律机制变迁的 路径依赖演化解释/384

一、双边条约形式的路径依赖/384

二、投资实体保护的路径依赖/385

三、ISDS 仲裁的路径依赖/385

结 语/387

参考文献/405

后 记/441

引言

一、新自由主义国际投资法律机制的兴衰

外国人的 人身、财产乃至外国直接投资在东道国的法律地位,从古代欧洲社会经中世纪至近现代社会,经历了一个从没有法律地位,到享有某些特权地位,进而逐渐获得与东道国当地人一样享有国民待遇的法律演进过程。但是在外国人及其财产乃至外国直接投资保护领域,迄今仍然没有形成一套全面完备的国际法体系。

近代伊始,万国法(law of nations)学家们认为,对外贸易和投资是人的自然权利,外国人应该享有与东道国当地人平等的非歧视地位。^①尤其是瓦特尔(Emmerich de Vattel)提出,一个国家有权控制和设定外国人准入的条件,一旦进入东道国,外国人

^① See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 19.

就受到东道国当地法管理,并享受与东道国当地人平等的待遇,但是,如果东道国不合理地错误对待外国人,外国人则享有东道国当地标准之上的外部标准保护,母国有权保护其海外国民及其财产利益。^①因此,可以说,近代初期以来,准入后国民待遇和国际最低待遇标准之间的紧张关系就已经存在了。

18世纪至20世纪初期,对外直接投资是伴随欧洲对外殖民扩张及其外交保护展开的,殖民国家通过政治、经济和军事力量打开外国市场、保护其国民海外利益。到了20世纪初期,欧美国家形成了国际投资法律机制领域的规范性共识,即外国人及其财产在东道国享有习惯国际法(Customary International Law, CIL)上的最低待遇标准。^②此外,外国人及其财产保护在强权压服下的传统友好通商航海条约之中也得到了体现。在此时期,国际投资法律机制的观念基础在于,法律应该旨在促进跨越一国边界的贸易和投资自由流动。在帝国体制内,帝国制度安排保证了帝国内部的对外投资及对其的利益保护,在帝国体制外,政治、经济和军事权力保证了帝国外部的对外投资及对其的利益保护。^③因此,在这一时期,虽然在资本输出国之间存在习惯国际法上最低待遇标准的规范性共识,但是,这一时期的外国直接投资国际法更多是依靠权力才得以确立和维系的。

这种强权者之间的规范性共识被随后的俄国革命(拒绝补偿)和拉美国家(“卡尔沃主义”)所反对。但是,在此期间,国际法上最低待遇

① See Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 4; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 19.

② See Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 11 - 12.

③ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 19 - 21.

标准却仍然多次被混合仲裁庭所重申。到了 20 世纪 30 年代,主要资本输出国和资本输入国之间围绕外国直接投资待遇标准的分歧越来越明显。^① 第二次世界大战以后,非殖民化运动进一步挑战了习惯国际法上的最低待遇标准,新兴独立国家明确倡导与此相反的国际法原则和规范。伴随着非殖民化运动产生的政治上的民族主义,带来了随后对于外国直接投资的敌意和国有化运动。尤其是,在 20 世纪 50 年代至 70 年代,新兴独立国家利用联合国大会平台,形成了反对“强权自由主义”国际投资法律机制秩序、争取建立国际经济新秩序(New International Economic Order, NIEO)的运动,强调尊重东道国经济主权、加强对于外国投资和跨国公司的东道国法律管制,主张东道国当地救济而非国际最低待遇标准,尤其强调对外国直接投资的征收和国有化权力及其适当补偿标准。在此期间,习惯国际法最低待遇标准越来越受到挑战。

大约在 20 世纪 60 年代中期以后,追求民族主义的经济改革或重组在国际法上越来越不被认为是违法的了。^② 在此期间,国际财产权利规则和美国海外投资保护政策发生了重大变化,传统国际投资法律机制开始分化,强烈反对征收的立场开始弱化,外国直接投资的形式开始多样化,并且开始越来越多地受制于不同国家多样的国民待遇。^③ 东道国经济主权及其对于外国直接投资和跨国公司的管制权力越来越多地得到了承认,东道国外国直接投资管制权力的习惯国际法限制受到了削弱。不过,国民待遇和习惯国际法上最低待遇标准之间的紧张关系仍然存在。

① See Andrew Newcombe and Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp. 12 – 18.

② M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 22 – 23.

③ See Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1985, p. 258.

这一点尤其体现在征收和国有化的补偿标准方面。一揽子式的国有化补偿方式既没有体现新兴独立国家不予补偿的观点,也没有体现西方资本输出国即时、充分、有效补偿的标准,而是两种不同主张实用主义妥协的产物。

不过,虽然新兴独立国家和发展中国家在国际层面倡导建立新国际经济秩序运动的原则与规范,但是,不久却在国内层面出现了不同的发展道路分化。先是一些国家和地区,然后是越来越多的国家和地区,开始对于外国直接投资采取理性化的、实用主义的政策和态度,逐渐推行吸引外国直接投资促进本国经济发展的外资政策。^①与此同时,发达资本主义国家也陆续转向缔结新一代友好通商航海条约,其内容除了传统通商航海自由以外,更加注重外国投资保护,并且开始缔结投资保证条约以防范东道国政治风险,进而缔结专门综合的促进和保护投资条约(双边投资条约),并在世界银行(International Bank for Reconstruction and Development, IBRD)框架内达成了《解决国家与他国国民之间投资争端国际公约》(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID 公约)等,加强了对本国海外投资者及其利益的保护。与此同时,发展中国家也因为经济发展的需要,开始逐渐接受投资自由化的经济哲学,相互之间竞争,吸引外国直接投资,并在国际层面上与发达国家缔结和参加双边乃至多边投资条约。

20 世纪 80 年代末期以来,随着“冷战”的结束、苏联和东欧体制的巨变、拉美等国的债务危机、新兴市场国家和地区的成功实践、新自由主义(neoliberal)自由市场意识形态的兴起,发展中国家在争取建立国际经济新秩序运动下达成的联盟和共识逐渐衰落。尽管建立新国际经济秩

^① M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 22-24.