



厦门大学南强丛书

■【第四辑】■

XIAMEN DAXUE NANQIANG CONGSHU

WTO与中国外资法的发展



曾华群 ● 著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

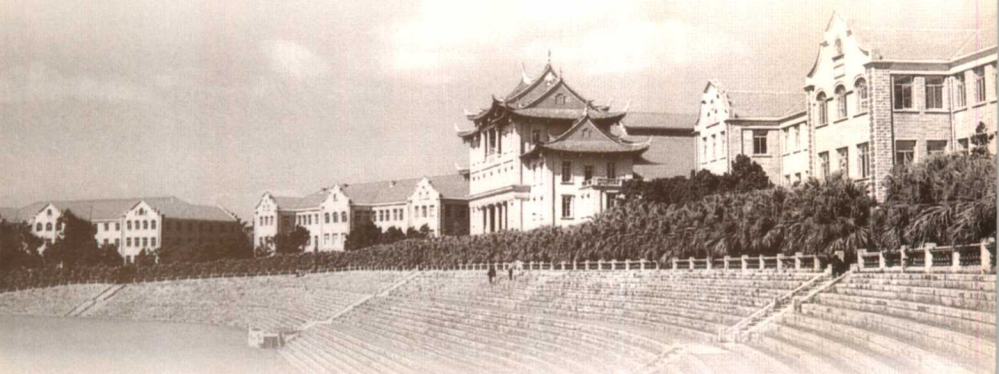
厦门大学南强丛书

【第四辑】

教育部人文社会科学研究项目资助

WTO与 中国外资法的发展

曾华群 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

厦门大学《南强丛书》编委会

主任委员:朱崇实

副主任委员:孙世刚 李建发

委员:(按姓氏笔画为序)

万惠霖 王 旭 庄宗明 朱崇实 孙世刚

李建发 陈支平 陈金灿 陈福郎 林昌健

周昌乐 洪华生 胡培兆 蒋东明 廖益新

秘书:陈福郎

序

南方之强

厦门大学在 85 年前由著名爱国华侨领袖陈嘉庚先生所创办,有着厚重的文化底蕴和光荣的传统,是中国近代教育史上第一所由华侨出资创办的高等学府。陈嘉庚先生所处的年代,是中国社会最贫穷、最落后,饱受外侮和欺凌的年代。陈嘉庚先生非常想改变这种状况,他明确提出:中国要变化,关键要提高国人素质。要提高国人素质,关键是要办好教育。基于教育救国的理念,陈嘉庚先生毅然个人倾资创办厦门大学,并明确提出要把厦大建成“南方之强”的目标。据我所知,“南方之强”是有典故的,最早是孔夫子的话,被记载在儒家经典《礼记·中庸》中,寓意“宽柔以教”。陈嘉庚先生用这四个字作为厦大的奋斗目标,蕴涵着他对厦门大学的殷切期望,代表着厦门大学师生的志向。因此,厦门大学的校训“自强不息、止于至善”和校歌中咏唱的“吁嗟乎,南方之强!”标明了要使地处

中国南方的厦门大学以自己的鲜明特色跻身于世界一流大学之林的目标。用“南强”二字作为本丛书的书眼，我想其意不言自明。

江泽民同志在北大百年校庆中对大学的功能作了很好的概括。作为一所大学，特别是一流大学，“应该是认识未知世界、探求客观真理、为人类解决面临的重大课题提供科学依据的前沿，应该是知识创新、推动科学技术成果向现实生产力转化的重要力量，应该是民族优秀文化与世界先进文明成果交流借鉴的桥梁”。目前，厦门大学是国家“211工程”、“985工程”重点建设的高水平大学之一，历任的党和国家领导人都非常重视和关注厦门大学的建设和发展。邓小平、江泽民等中央领导同志都亲临厦门大学视察，对厦门大学的发展提出了殷切期望。在厦门大学 80 周年校庆时，江泽民同志专门给厦门大学写来贺信，希望厦门大学能够继承和发扬嘉庚精神，把厦门大学办成一所国内外知名的高水平大学。我们要完成这个重大的历史使命，其中很重要的一项工作就是把学校的资源用在最有效提升学术水平上。出版一批高水平、能够反映学术前沿研究成果的学术著作正是这一需要使然。

在厦门大学建校 70 周年之际，厦门大学出版社出版了首辑《南强丛书》，共 15 部学术专著，影响极佳，广受赞誉，为校庆 70 周年献上了一份厚礼。此后，《南强丛书》又出版了数辑，使得《南强丛书》成为厦大的一个学术品牌。值此建校 85 周年之际，再遴选出一批优秀之作作为《南强丛书》出版，是全校师生员工的一个愿望。入选这批厦门大学《南强丛书》的著作多为本校优势学科、特色学科的前沿研究成

果。著作者中有中科院院士、文科资深教授,有全国重点学科的学术带头人,有新近在学界崭露头角的新秀,他们都在各自的学术领域中受到瞩目。这批学术著作的出版,为厦门大学 85 周年校庆增添了喜悦和光彩。

大学出版社对大学的教学科研可以起到重要的推动作用,可以促进它所在大学的整体学术水平的提升。在 80 多年前,厦门大学就把“研究高深学术,养成专门人才,阐扬世界文化”作为自己的三大任务。厦门大学出版社作为厦门大学的有机组成部分,它的目标与大学的发展目标是相一致的。学校一直把出版社作为教学科研的一个重要的支撑条件,在努力提高它的水平和影响力的过程中,真正使出版社成为厦门大学的一个窗口。厦门大学《南强丛书》的出版汇聚了著作者及厦门大学出版社所有同仁的心血与汗水,为厦门大学的建设与发展作出了一份特有的贡献,我要借此机会表示我由衷的感谢。我期望厦门大学《南强丛书》不仅在国内学术界产生反响,更希望其影响被及海外,在世界各地都能看到它的身影。这是我,也是全校师生的共同心愿。

厦 门 大 学 校 长
《南强丛书》编委会主任 朱崇实

2006 年 2 月 28 日

— I 前 言 I —

广义上,中国外资法体系涵盖了有关国际投资的国际法规范和国内法规范。

在经济全球化趋势下,国际投资法的发展出现了一些新因素。其中,由于国际投资与国际贸易的关联及 WTO 体制“与贸易有关”领域的扩展,国际投资法与 WTO 体制形成了某种程度的连结、交叉或渗透。

改革开放以来,中国有关国际投资的条约实践和法制建设有了长足的发展。“入世”之后,中国更需要积极参与国际经济决策和条约实践,善用国际通行规则,进一步健全和完善外资法制,以创设更优良的投资环境。

基于上述认识,本书力图从理论和实践两个方面,在探讨 WTO 体制与国际投资法相互关系的基础上,分别对 WTO 与多边投资体制、WTO 与中国的区域贸易协定实践、双边投资条约的发展与中国的实践、中国外资法的“转型”发展等专题作一初步研究。限于学力,本书对许多新问题的研讨起步伊始。或有孔见,意在引发学术争鸣,亦希望对相关实践有所裨益。

本书是作者承担的教育部人文社会科学研究“十五”规划项目“‘入世’后中国外资法体系和内容研究”的最终成果。付梓之际,适逢厦门大学 85 周年华诞,谨以此聊表寸草之心。

曾华群

2006 年 3 月 6 日

目 录

总 序

前 言

第一章 WTO 体制与国际投资法	(1)
第一节 WTO 的基本法律体制	(2)
一、WTO 的法律体系	(2)
二、WTO 的基本原则	(6)
第二节 国际投资法的基本体制	(25)
一、国际投资法体系	(25)
二、国际投资法的基本原则	(37)
第三节 WTO 体制与国际投资法的关系	(69)
一、国际贸易与国际投资的关系	(69)
二、WTO 体制与国际经济法、国际公法的关系	(70)
三、WTO 体制与国际投资法的关系及其相互影响	(73)
四、WTO 体制对国际投资法发展的影响	(79)
第二章 WTO 与多边投资体制	(81)
第一节 《华盛顿公约》与 ICSID	(82)
一、《华盛顿公约》的制定与 ICSID 的建立	(82)
二、ICSID 的主要制度	(83)
三、ICSID 的主要作用	(103)
第二节 《汉城公约》与 MIGA	(105)

一、《汉城公约》的制定与 MIGA 的建立	(105)
二、MIGA 的主要制度	(107)
三、MIGA 的主要作用	(119)
四、中国与 MIGA	(122)
第三节 TRIMs 协定	(124)
一、TRIMs 的概念	(124)
二、TRIMs 协定的缘起	(126)
三、TRIMs 协定的主要内容	(129)
四、TRIMs 协定简评	(133)
五、中国的有关承诺与实践	(136)
六、多哈回合有关修改 TRIMs 协定的谈判	(138)
第四节 WTO 体制与多边投资规则的制定	(140)
一、多边投资规则的“谈判场所”之争	(140)
二、关于将多边投资协定纳入 WTO 体制的建议	(143)
三、发展中国家的选择	(145)
第三章 WTO 与中国的 RTAs 实践	(149)
第一节 WTO 与 RTAs 的关系	(149)
一、RTAs 的发展及其对多边贸易体制的影响	(149)
二、RTAs 在 GATT/WTO 体制中的地位	(157)
三、关于中国参与 RTAs 实践的思考	(165)
第二节 WTO 体制的“一国四席”	(168)
一、《WTO 协定》关于成员资格的规定	(168)
二、WTO 体制“一国四席”的形成	(171)
三、“一国四席”的平等成员关系	(176)
四、“一国四席”的重要意义	(180)
第三节 WTO 规则与 FACEC	(183)
一、FACEC 缔约方的法律特征	(183)
二、FACEC 缔约方的 WTO 责任	(189)

三、FACEC 与 WTO 规则的联系	(190)
四、FACEC 的重要意义	(193)
第四节 WTO 规则与 CEPA	(195)
一、内地与香港 CEPA 的性质	(195)
二、两岸四地 CEPA 展望	(208)
第五节 RTAs 的投资规范	(212)
一、RTAs 投资规范的主要特征	(212)
二、FACEC 与中国—东盟投资协定谈判	(214)
三、CEPA 的投资规范	(218)
 第四章 BITs 的发展与中国的实践	(220)
第一节 BITs 概述	(221)
一、BITs 的历史发展	(221)
二、BITs 的主要功能	(231)
三、BITs 的不平等性	(233)
第二节 BITs 的主要条款及其新发展	(235)
一、适用范围	(235)
二、投资准入	(241)
三、外国投资的待遇	(243)
四、征收条件及补偿标准	(250)
五、投资财产的转移	(251)
六、代位求偿权	(252)
七、投资争端的解决	(253)
八、有关投资的新议题	(256)
第三节 外资征收及其补偿标准问题	(257)
一、国有化或征收的概念及其新发展	(257)
二、征收的合法性问题及其新发展	(265)
三、征收补偿标准之争及其新发展	(273)
四、中国关于征收及其补偿标准的立场与实践	(286)

五、基本认识	(291)
第四节 香港的 BITs 实践	(294)
一、香港 BITs 的缘起	(296)
二、香港 BITs 实践的法律依据	(298)
三、香港与荷兰 BIT 的特征	(310)
四、香港 BITs 实践的重要意义	(320)
第五章 中国外资法的“转型”发展	(325)
第一节 概说	(325)
一、“市场经济型”外资法的涵义	(325)
二、中国外资法“转型”发展的主要内容	(327)
三、中国外资法“转型”发展的重要意义	(328)
第二节 外资准入的发展	(333)
一、外资准入的发展趋势	(333)
二、关于外资准入的原有规定	(335)
三、关于外资准入规定的新发展	(336)
四、关键行业的开放	(338)
第三节 外资组织形式的发展	(346)
一、典型外资组织形式及其新发展	(346)
二、新外资组织形式的产生和发展	(381)
第四节 外资国民待遇的国内法实践	(395)
一、外资国民待遇的概念	(395)
二、“整平游戏场地”	(398)
三、经济法和商法的统一化	(402)
第五节 外资法体系的重构问题	(407)
一、外资法体系的概念	(407)
二、中国外资法体系的主要特点及问题	(408)
三、中国外资法体系的重构	(412)
缩略语	(418)

第 1 章

WTO 体制与国际投资法

一般认为,世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)意味着国际组织、国际贸易条约群和多边贸易谈判场所。

在历史上,1947 年《关税及贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1947)是一个货物贸易协定。经过多年的发展,GATT 逐渐成为事实上的(*de facto*)国际组织,其体制总体上还是属于多边货物贸易体制。然而,在乌拉圭回合成果中,GATT 不仅由货物贸易体制发展为货物贸易和服务贸易体制,还包含了“与贸易有关的”投资规范,包括专门针对投资议题的《与贸易有关的投资措施协定》(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs 协定)、涉及投资议题的《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS 协定)和《服务贸易总协定》(General Agreement on Trade in Services, GATS)。更值得注意的是,在发达国家的强大压力下,投资议题已成为 WTO 多哈回合谈判的重要议题之一,在经济合作发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)的《多边投资协定》(Multilateral Agreement on Investment, MAI)谈判搁浅的情况下,西方国家力图将 MAI 谈判纳入 WTO 体制。显然,WTO 体制尽管总体上仍是调整国际贸易(包含货物贸易、服务贸易和技术贸易)的多边法律体制,由于国际贸

易与国际投资客观上的密切相关性和发达国家主导的“与贸易有关”领域的不断扩张,WTO体制在一定程度上直接或间接调整国际投资关系,也影响了国际投资法的发展。

本章在分别论述 WTO 与国际投资法基本法律体制的基础上,初步探讨两者的关系。

第一节 WTO 的基本法律体制

一、WTO 的法律体系

WTO 是以《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization,以下简称《WTO 协定》)为主框架的国际贸易条约群,以法律的形式保障实现 WTO 宗旨和履行其职能,构成了一个自给自足的体制(self-contained regime)。该体制在 GATT 的基础上发展起来,并在协定的涵盖范围、成员的义务、权利义务的平衡以及争端的解决等方面得到了不同程度的扩展和强化。^①

(一)《WTO 协定》

《WTO 协定》规定了 WTO 的功能、结构、成员资格、决策程序和要求。其内容主要是规定组织与机构方面的事项以及某些程序规则,在很大程度上弥补了 GATT 在组织方面的缺陷,即表明多边贸易体制从以事实上(*de facto*)国际组织为基础向以法律上(*de jure*)国际组织为基础的转变。需要明确的是,《WTO 协定》本身并不涉及成员的实体性权利义务。各成员的实体性权利和义务主要体现在附属于《WTO 协定》的各项具体协定中。因此,《WTO 协定》是一项伞形条约,乌拉圭回合达成的各项协定以及修改后的东京回合协定

^① 参见王传丽:《WTO:一个自给自足的法律体系——兼论一国四地经贸法律新发展》,载《国际经济法学刊》第 11 卷,2004 年,第 84~89 页。

都是在其框架之下的附件。

(二)《WTO 协定》附件

《WTO 协定》附件包含 29 个独立的法律文件,其范围涵盖农业、纺织品及服装、服务、政府采购、原产地规则及知识产权等。此外,还有 25 个以上的部长宣言、决议、谅解等,进一步规定了 WTO 成员的义务与承诺。这些附件都是 WTO 体制的管辖范围。

从适用范围看,附件可分为两类:

第一类为多边贸易协定(Multilateral Trade Agreements),附件 1 包括货物贸易多边协定,《服务贸易总协定》及附件以及《与贸易有关的知识产权协定》;附件 2 是《关于争端解决规则与程序的谅解》;附件 3 是《贸易政策审议机制》。其中,附件 1 是实体规则,附件 2 和附件 3 是程序规则。对此类协定,各国或具有单独关税区地位的地区在加入 WTO 时应采取一次性一揽子接受的方式,不得对任何协定或条款采取选择加入或保留。

第二类为复边贸易协定(Plurilateral Trade Agreement),即附件 4,包括《民用航空器贸易协定》、《政府采购协定》、《国际奶制品协定》和《国际牛肉协定》。对此类协定,仍允许各国或具有单独关税区地位的地区在加入 WTO 时选择加入。因此,此类协定只约束选择加入特定协定的成员,对未加入的成员不产生任何权利和义务。^①由于《国际奶制品协定》和《国际牛肉协定》已于 1997 年年底终止,目前复边贸易协定仅包括《民用航空器贸易协定》、和《政府采购协定》,在 WTO 体制中不占主要地位。

(三)多边贸易协定建立的基本制度

1. 附件 1A:货物贸易多边协定(Multilateral Agreements on Trade in Goods)

WTO 关于货物贸易的基本制度主要规定于《WTO 协定》附件

^① 张玉卿:《世界贸易组织的建立及职能》,载《国际贸易》1996 年第 7 期,第 22~23 页。

1A。这些制度大部分内容是 GATT 1947 的延续和发展,包括《1994 年关税及贸易总协定》(GATT 1994)和乌拉圭回合达成的其他有关货物贸易的多边协定。

值得注意的是,GATT 1994 与 GATT 1947 在法律上既有联系又有区别。前者除包括 GATT 1947 本身外,还包括:(1)该协定历经《WTO 协定》生效之日前已实施的法律文件的条款更正、修正或修改;(2)在《WTO 协定》生效之日前依 GATT 1947 已实施的与关税减让相关的议定书和核准书、加入议定书、豁免决定及缔约方全体其他决定;(3)关于解释 GATT 1994 第 2 条第 1 款(b)项、第 17 条、国际收支条款、第 24 条、第 28 条的谅解,关于豁免 GATT 1994 义务的谅解以及《GATT 1994 马拉喀什议定书》。

乌拉圭回合达成的其他有关货物贸易的多边协定包括《农业协定》、《实施卫生与植物卫生措施协定》、《纺织品与服装协定》、《技术性贸易壁垒协定》、《与贸易有关的投资措施协定》、《关于实施 GATT 1994 第 6 条的协定》、《关于实施 GATT 1994 第 7 条的协定》、《装运前检验协定》、《原产地规则协定》、《进口许可程序协定》、《补贴与反补贴措施协定》和《保障措施协定》。

2. 附件 1B:《服务贸易总协定》(*General Agreements on Trade in Services*, GATS)

作为乌拉圭回合谈判的新议题之一的成果,GATS 是确立 WTO 关于服务贸易基本制度的框架性协定。该协定包含两大部分:一是成员的普遍义务,二是各成员的服务具体承诺表。在成员的普遍义务方面,规定了范围和定义、一般义务和纪律、具体承诺、逐步自由化、机构条款和最后条款。此外,GATS 的附件包括《关于第 2 条豁免的附件》、《关于本协定项下提供服务的自然人流动的附件》、《关于空运服务的附件》、《关于金融服务的附件》、《关于金融服务的第二附件》、《关于海运服务谈判的附件》、《关于电信服务的附件》和《关于基础电信谈判的附件》,这些均为 GATS 的组成部分。

3. 附件 1C:《与贸易有关的知识产权协定》(*Agreements on*

Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS 协定)

与贸易有关的知识产权问题也是乌拉圭回合谈判的新议题之一。TRIPS 确立了 WTO 体制与贸易有关的知识产权保护的基本制度。该协定规定了总则和基本原则,关于知识产权效力、范围和使用的标准,知识产权的实施,知识产权的取得和维持及当事人之间的相关程序,争端的防止和解决,过渡性安排和机构安排等,是国际知识产权保护制度的最新发展。

4. 附件 2:《关于争端解决规则与程序的谅解》(*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU)

DSU 确立了 WTO 关于争端解决的基本制度,是 GATT 争端解决机制的继承和发展。它规定了 WTO 争端解决机制的适用范围、管理机构、争端解决程序、多边体制的加强、涉及最不发达成员的特殊程序等。DSU 还包括《本谅解的适用协定》、《适用协定所含特殊或附加规则与程序》、《工作程序》、《专家审议小组》等 4 个附录。

5. 附件 3:《贸易政策审议机制》(*Trade Policy Review Mechanism*, TPRM)

WTO 贸易政策审议机制是在乌拉圭回合谈判中产生的新成果。TPRM 规定了贸易政策审议机制的目标、审议范围和程序、贸易政策审议机构、与 GATT 1994 和 GATS 国际收支条款的关系以及对机制的评审等。^①

在对 GATT/WTO 体制作历史考察之后,印度 WTO 专家哈拉·劳·达斯指出,发达国家、尤其是美国和欧盟一直在 GATT/WTO 体制中追求其自身的发展利益和目标,在很大程度上已获得

① 胡振杰、何平:《世贸组织规则与我国新法律法规》,人民法院出版社 2002 年版,第 24~27 页。

了成功。历史表明,GATT体制是由发达国家主导和创建的,^①发达国家无论何时意识到某些对其有重要利益的议题,都会将其纳入GATT/WTO谈判议程。因此,GATT/WTO体制一直以来几乎都承载着发达国家的利益主题,而GATT/WTO法的主要特点是依据主要发达国家、尤其是美国的法律和惯例模式而形成的。^②这一论断鞭辟入里,振聋发聩,作为发展中国家的学人,在学习和研究GATT/WTO的基本法律体制时,对此应有清醒的认识和宏观的把握。

二、WTO的基本原则

WTO的基本原则指WTO成员普遍接受的调整相互之间贸易关系的最基本的法律原则。WTO基本原则是在GATT基本原则的基础上发展起来,主要来自历次多边贸易谈判、特别是乌拉圭回合谈判达成的一系列协定。

美国著名国际经济法学者罗文费尔德教授认为,GATT的主要原则(the major principle)包括:(1)普遍性的最惠国待遇(Universal MFN),即应在非歧视的基础上进行贸易;(2)不增加贸易壁垒(No Increased Trade Barriers),即对货物流动的政府限制应保持在最低水平,如需改变,只减不增;(3)只允许采用关税措施(Tariffs Only),即可接受的贸易限制方式是关税;(4)国民待遇(National Treatment),即有关国内税收、费用和其他规章的适用不得在国内产品与进口产品之间产生歧视;(5)经常性谈判(Regular Negotiations),即

^① 关于美国在创建GATT中的作用,参见 Ronald A. Brand, *Fundamentals of International Business Transactions*, Kluwer Law International, 2000, 277~281.

^② 哈吉拉·劳·达斯:《WTO与多边贸易体系之过去、现在与未来》,第三世界网络(TWN)2004年版,第16~19页。