

中国民商法专题研究丛书

■梁慧星 主编

国际投资保护的 国际法制

若干重要法律问题研究

刘笋 著

GUOJI TOUZI
BAOHU DE
GUOJI FAZHI

法律出版社

梁慧星 主编

中国民商法专题研究丛书

国际投资保护的国际法制
——若干重要法律问题研究

刘 笋 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际投资保护的国际法制——若干重要法律问题研究/
刘笏著. —北京:法律出版社, 2002. 3

(中国民商法问题研究)

ISBN 7-5036-3664-5

I. 国… II. 刘… III. 国际法—投资—研究
IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 009888 号

出版/法律出版社
印刷/北京四季青印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/850×1168 1/32
版本/2002年3月第1版

印张/16.875 字数/411千
2002年3月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414135(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3664-5/D·3299
定价:30.00元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

国际投资已经成为当今国际经济交往的最重要的形式之一,各国都对国际私人直接投资活动给予了高度重视。由于国际投资是私人资本的跨国流动,往往涉及资本输出国、资本输入国、跨国投资者之间复杂的法律关系,因此,调整国际投资关系的法律制度也相当复杂。

为避免就国际投资法制泛泛而论,加之作者研究水平、精力和资料来源的局限性,作者将研究的范围局限于国际投资的国际法制部分,并将研究的重点放在双边和多边国际投资法制的晚近发展的表现、性质和影响上。作者通过综合的和比较的研究方法,对具有明显的投资自由化性质的美式双边投资条约、北美自由贸易协定、能源宪章条约、世界银行外国直接投资待遇指南和经济合作与发展组织的多边投资协定草案进行了重点分析和评论,对这些晚近出现的投资条约和国际文件的一些核心规则进行了分类研究,重点放在投资待遇、投资准入、投资保护、投资争议解决等规则的新发展上,也研究了这些规则发展演变的历史和原因,对国际投资法领域两个重要全球性多边条约和国际组织下的 ICSID 体制和 MIGA 体制的运作经验及存在的缺陷进行了跟踪研究和评论。同时,作者注意到 WTO 法律规则体系对国际投资之国际法制的晚近发展的重大影响,有选择地对 WTO 法律框架下的一些“与投资有关的”多边协议进行了专门研究。

作者认识到,即便是将研究范围局限在国际投资的国际法制部分,本书也仅仅涉足了投资领域的国际法制的部分问题,其他许

多问题有待今后进一步深入探讨。

本书是在本人博士论文的基础上修改加工而成的。论文的写作得到了导师余劲松教授的悉心指导,论文的出版获得了中国社科院法学研究所梁慧星教授的热心支持,在此,作者对两位老师谨表衷心谢忱!

由于作者在国际投资法方面的研究刚刚起步,学识浅薄,本书的不当和错误之处在所难免,恳祈各位前辈学者、同行赐正。

内 容 摘 要

国际投资是当今国际经济交往的最重要的形式之一,对国际投资方面的法律制度的研究也就具有极其重要的理论和实践意义。

国际投资的国际法制的发展,首先发生在双边层面上。作为调整国际投资关系的最重要的国际法形式,双边投资条约经历了相当漫长的发展过程。然而,从 20 世纪 80 年代开始,由于面临严重的外债危机和外资流入不断减少的困境,发展中国家纷纷进行外资法改革,基本外资政策从严格管制逐步走向放松管制和投资自由,也开始更为积极地参与双边投资条约实践,在这种背景下,双边投资条约发展的速度明显加快。到 80 年代后期,各国签订的双边投资条约总数已经从 70 年代末期的 167 个增加到 386 个。进入 90 年代,在全球经济一体化的推动下,在国际贸易和国际投资自由化的要求下,双边投资条约以前所未有的速度迅猛发展,到 1998 年年底,各国签订的双边投资条约总数已经达到 1726 个,而根据联合国贸发会颁布的最新统计数据,到 1999 年年底,双边投资条约的总数已经达到 1825 个。

但是,晚近双边投资条约的发展也存在一些令人担忧的一面,尤其是这些条约都明显地反映出极力削弱东道国外资管辖权的意图,从内容上看,晚近双边投资条约的总的发展特点是调整对象日益专门化、投资准入自由化规则的地位日益提升、投资待遇标准不断提高、投资保护规则日益严格、争议解决方法日益国际化和多样化。伴随着这些特点的出现,东道国对外资的管辖权也呈现出迅

速缩小的趋势。

在多边的立法层面,发达国家也一直试图在联合国大会决议之外确立与联大决议所确立的一整套建立新的国际经济秩序的规则对垒的多边法律规则。晚近出现的一些自由化性质的多边投资条约或国际文件,明显地反映出不断削弱东道国外资管辖权的趋向,矛头指向主要是以东道国身份出现的发展中国家。这些多边法律文件的目的在于最大限度地维护发达资本输出国及其跨国投资者的利益,其内容上的特色是高标准的投资保护和投资待遇、宽松的投资准入环境和投资者拥有的自由的争端解决方法选择权,尤其是对那些能够回避东道国当地救济的争端解决方法的选择权。

国际投资国际法制的晚近发展变化,值得引起发展中国家学者的广泛关注。面对发达国家在双边和多边投资立法中发起的咄咄逼人的攻势,发展中国家应当及时研究应变的策略,寻求在新的时代背景下通过集体斗争建立新的国际经济秩序的新方式和新方法。作为全球第二大资本输入国,中国更应当关注晚近国际投资方面的国际法规则的发展变化的情况,认真研究它们产生的原因,分析这些规则及其本质、可能带来的影响,并及时制定科学的对策。

正是由于上述原因,笔者选择将国际投资国际法制中的若干重要法律问题作为研究对象,并将研究重点集中在国际投资双边和多边国际法制的晚近发展变化的原因、表现、特点及其影响上,希望通过对这一具有重要时代意义的课题的研究,初步揭示国际投资国际法制进一步发展应当遵循的一些基本原则。

本书由七章组成。

第一章为导论,概述了国际投资的双边和多边国际法制发展演变的过程,重点分析了晚近美式双边投资条约和诸如北美自由贸易协定、能源宪章条约等区域性和部门性多边投资条约的自由

化倾向,分析了经济合作与发展组织成员国缔结第一个综合性多边投资条约的立法努力及其失败的原因。

第二章内容为投资准入问题研究。准入问题一直是相当敏感的问题,但晚近出现的双边和多边投资立法开始直接提出准入自由化要求。该章分析了近年来各国外资准入自由化性质的外资法改革的基本情况,研究了美式双边投资条约和一些多边投资条约在外资准入制度方面的立法动向,指出了这些条约将国民待遇扩大适用于投资设业前的阶段的法律后果,并探讨了发展中国家对准入自由化规则应当采取的对策。

第三章内容为投资待遇制度研究,不仅详细分析了双边和多边投资条约上的投资待遇制度的核心内容和特征,也分析了这些待遇制度的不足。

第四章论及狭义上的投资保护问题,即征收与国有化问题以及资本移转问题。发达国家长期倡导的征收与国有化必须服从一系列严格的前提条件的规则,已经成为晚近双边和多边投资条约不断重申的规则,一直为发展中国家强烈抨击的关于征收补偿的“赫尔原则”,也频繁地出现在晚近双边和多边投资条约中,虽然条约的用语并没有直接使用“赫尔原则”几个字眼。这些条约也为资本移转自由设定了详尽而严格的规则。这些前提条件、补偿标准和严格的资本移转规则,已经事实上剥夺了东道国征收与国有化的权力,东道国管制外资原本和利润汇转的权力也受到了严重限制。该章总结了 MIGA 体制的运作经验,论述了该体制的作用和存在的不足之处。

第五章对国际投资争议解决机制的发展演变和最新变化进行了研究,分析了 ICSID 体制在投资争议解决中的地位和作用以及该体制本身的不足。作者指出,晚近双边和多边投资立法的一个重要特点就是投资争议解决机制的“强化”。这种所谓的“强化”,重点在于寻求投资争议的非东道国处理以及赋予投资者不受东道

国约束地直接发起国际仲裁程序的权力。晚近双边和多边投资条约的另一个重要特点就是,在解决投资争议的“可适用法律”问题上,晚近双边和多边投资条约继续倡导“可适用法律”的多元化,尤其是重视以国际法作为可适用的法律。

第六章系统论述了 WTO 法律规则体系对国际投资法的影响,对国际社会近年来普遍关注的投资措施的国际管制问题进行了深入探讨,研究了投资措施纳入多边贸易体制管辖范畴的原因及表现,分析了 TRIMs 协议的影响及中国相应的改革问题;该章也分析了国际服务贸易多边规则与国际服务业投资的密切关系,论述了 GATS 对国际服务业投资及该领域的相关立法的深远影响,也分析了 GATS 本身的不足;该章还对 TRIPs 协议、补贴与反补贴措施协议等 WTO 法律框架内几个直接“与投资有关”的多边协议对国际投资法的影响进行了评析。

本书最后一章为结束语,对晚近国际投资的国际立法的自由化特征进行了总结,提出了对自由化国际投资立法进行理性评判的观点,并分析了未来投资立法应当注意的一些问题。

笔者认为,晚近的双边和多边投资立法对东道国外资管辖权的挑战是全方位和深层次的。发达国家进一步削弱发展中国家外资管辖权的方法和策略,已经发生了较大的变化。它们已经不再满足于起草或缔结一些仅能在西方国家自己的小圈子内适用的法典或条约,或推荐一些事实上很难被发展中国家接受的指南或文件,而是要构建一个强有力的双边和多边投资条约网。它们甚至认为,缔结一个全球范围内普遍适用的自由化多边投资条约已经成为当务之急,而且条件已经成熟。它们不再将注意力仅仅集中于征收与国有化及其补偿、资本的自由移转等几个传统的投资保护问题,而是要求推行全方位的投资自由化。它们已经不愿意将投资自由化与贸易自由化问题分别处理,而是要求贸易自由化与投资自由化的并驾齐驱,发达国家的上述斗争策略和方法的变化,

应当引起发展中国家的高度重视。

笔者主张,建立投资领域的国际经济新秩序仍然具有鲜明的时代意义,未来的双边和多边投资立法应当致力于维系一个南北国家利益相对平衡的国际经济关系,应当致力于在维护东道国外资管辖权和保护外国投资者权益这一对立统一的矛盾体中找到一种协调机制,该机制应当同时完成两大使命:其一,为东道国保有必要的经济主权,防止急功近利的自由化规则对东道国国家利益的重大损害;其二,确保多边投资立法朝自由化方向迈进,敦促东道国放弃不必要的限制外资的法律和政策,取消严重损害投资环境的极端措施。

Abstract

This book is addressed primarily to the recent development in international legal system of international investment and the influence of these development, it is also intended to provide an independent, non-official view, which might be of help to those researchers majoring in international investment law. Finally, it aims at explaining the U. S.-model BITs and some important multilateral investment treaties' provisions within the historical, political, economic and legal contexts, these analyses might be helpful to understand those BITs and multilateral investment treaties' role in the ongoing evolution of international and national investment law.

The book consists of seven chapters and is organized as follows:

Chapter I is an introduction to the development of bilateral and multilateral investment legal system, surveys the liberalization characteristics of the U. S.-model BITs and some regional and sectoral multilateral treaties such as the North American Free Trade Agreement and the Energy Charter Treaty. This chapter also introduces the origin, process of the MAI negotiation initiated by OECD from 1995 to 1998, analyses the main contents of MAI draft and the reason of the failure of OECD's MAI plan.

Chapter II concentrates on the issue of foreign investment access. Although the access issue is a sensitive issue, some recent

BITs and multilateral investment treaties ask for the liberalization of investment access. “Free-access” provisions appear not only in some national investment legislations but also in U. S.-model BITs, NAFTA, ECT and the World Bank 1992 Guidelines. The U. S.-model BIT’s national treatment regarding investment establishment prevents the host countries from generally screening direct foreign investment and this is a significant limitation on host countries’ jurisdiction. The LDCs shall pay attention to these changes.

Chapter III summarizes the most relevant antecedents in international investment treaty law on the investment treatment issue, highlights several key investment system, such as the national treatment clause, the MFN treatment clause, “fair and equitable treatment”, “most constant protection and security”, and “unreasonable or discriminatory measures”.

Chapter IV focuses on the traditional investment protection issues, analyses the general provisions contained in bilateral and multilateral investment treaties about the premises of expropriation of nationalization of foreign investments. This chapter also provides an introduction and explanation of the provisions set forth in bilateral and multilateral investment treaties with regard to the transfer of capital, analyses the role of MIGA system in the area of international investment protection.

Chapter V analyses and comments the recent development of the investment disputes settlement mechanisms in bilateral and multilateral investment treaties. Recent bilateral and multilateral investment treaties trend to encourage the host countries to accept the settlement of disputes between them and foreign private investors through international arbitration.

Chapter VI analyses the influence of the WTO legal system on the development of international investment law. This chapter discusses the concept and categories of the trade-related investment measures, the key provisions of the TRIMs Agreement and its influence. The chapter also analyses the influence of GATS, the Agreement on Subsidies and countervailing Measures, the TRIPs Agreement and the WTO Dispute Settlement System on international investment law.

Chapter VII is the conclusion part, the author thinks that the argument that bilateral treaties has established some customary international rules is wrong and we should pay more attention to the establishment of a new international economic order.

The challenge from recent bilateral and multilateral investment treaties to the host states' jurisdiction on foreign investment is comprehensive and deep. The developed countries can't be satisfied any more with some "guidelines", "declarations" or "codes of conduct" which only applies within the little circle of western countries, they want a strong web of international treaties applies all over the world. They can't tolerate the progressive method of international investment liberalization any more, they want to liberalize all existing national investment restrictions, they ask for the free investment access and the highest investment treatment standards, they require the highest standards of investment protection, including the prompt, adequate and effective compensation for expropriation, they want to create the most effective dispute settlement mechanisms. All these requests go beyond what developing countries can provide and are harmful to the establishment of a new international economic order.

The development of bilateral and multilateral investment treaties in the future shall focus on the building of an effective legal mechanism which can not only improve the liberalization of international investment but also respect the permanent sovereignty over natural resources and the basic economic rights of every country, this mechanism should not only be helpful for the protection of foreign property and the improvement of treatment standards of foreign investors, but also should be helpful for the control of negative influence of transnational corporations by the host states and the establishment of a new international economic order.

国际投资 保护的 国际法制

刘笋 著

《中国民商法专题研究丛书》

的宗旨是,从我国改革开放和发展现代化的社会主义市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为我国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使我国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。



作者简介

刘筭, 1969年生, 湖北汉川人。1992年毕业于武汉大学法学院, 获法学学士学位; 1997年毕业于原中南政法学院 (现为中南财经政法大学法学院), 获法学硕士学位; 2001年毕业于武汉大学法学院, 获法学博士学位。现为中南财经政法大学法学院副教授, 国际法系国际经济法教研室主任。主要研究国际投资法和WTO法, 迄今已在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《法律科学》、《法学评论》、《政法论坛》、《现代法学》、《法制与社会发展》、《法商研究》、《国际经济法论丛》、《中国国际私法与比较法年刊》、《武汉大学学报》、《政法学刊》等核心学术期刊上发表论文30余篇, 出版专著《WTO法律规则体系对国际投资法的影响》一部 (中国法制出版社2001年9月版); 主编《国际贸易法学》 (高等学校法学教材, 中国法制出版社2000年版); 参编《国际经济法》 (高等学校法学教材, 中国法制出版社1999年版)、《国际投资法学》 (高等学校法学教材, 中国法制出版社2000年版)、《英汉国际商事法律词典》 (法律出版社1999年版)。完成和承担国家教育部哲学社会科学基金青年项目、司法部和湖北省重点科研项目各一项。1998年赴比利时安特卫普大学法学院作学术交流访问, 2001年12月至2002年12月获国家留学基金资助以访问学者身份在荷兰阿姆斯特丹自由大学法学院作访问研究, 研究课题为“WTO与发展中国家的法律关系”、“国际投资法的未来发展”。

目 录

前 言	(1)
内容摘要	(1)
英文摘要	(1)
第一章 调整国际投资关系的国际法制的发展与演变	(1)
第一节 从友好通商航海条约到美式双边投资条约 ——演变的过程及西方的理论支持	(1)
一、友好通商航海条约	(3)
二、双边投资条约的进一步发展——欧式 BIT	(6)
三、美式 BIT——高标准的自由化投资条约	(7)
四、全球经济自由化理论的支持者对双边投资条约积极作用 的分析	(12)
第二节 20 世纪 90 年代以前的多边投资法制	(15)
一、联合国系统的努力	(19)
二、非政府间国际组织和私人性质研究机构的投资法典和公 约草案	(27)
三、经合组织的相关立法和文件	(32)
四、发展中国家的区域性投资立法	(36)
第三节 20 世纪 90 年代以来国际投资多边法制加快 发展的几个标志	(43)
一、世界银行的《外国直接投资待遇指南》——引导性规则的 自由化导向	(43)
二、《能源宪章条约》——投资者权利的进一步扩张	(47)
三、《北美自由贸易协定》——区域投资规则高度自由化的象征	(52)