

第一章 国际投资立法的不足和 WTO 法律规则体系对国际投资法发展的推动作用

第一节 国际投资法体系的构建和不足

一、国际投资法体系的构建

(一) 国际投资法研究的国际投资——狭义国际投资

国际投资是一个范围广泛的概念，广义上所说的国际投资泛指资本跨越国界的流动，包括国际直接投资和国际间接投资。狭义上讲的国际投资专指国际直接投资，本书主要研究 WTO 法律规则体系对狭义上的国际投资及其法制的影响。

所谓国际直接投资，一般是指外国投资者在海外经营企业的投资，投资者对企业享有较大的控制权。换言之，直接投资是指伴随有企业经营控制权的资本移动。^① 各种国际组织和不同学者对直接投资概念的表述有所不同。例如，国际货币基金组织对直接投资概念的表述为：直接投资是在一经济领域中取得持久利益

姚梅镇著：《国际投资法》，武汉大学出版社 1985 年第 1 版，1989 年第 3 次修订，第 37 页。

的投资，投资者的目的是对该企业的管理拥有有效的选择权；^①经济合作与发展组织对直接投资概念的表述为：旨在建立与特定企业长期经济关系的投资，该投资产生了对该企业管理的有效的影响。瑞士学者克劳斯·W·格纽利兹认为，直接投资是指投资者保持控制的海外投资，而新加坡学者 M·索纳拉雅则将外国直接投资理解为有形资产或无形资产从一国向另一国的流动，其目的在于使该资产在该投资所有人的全部或部分控制下增值。^②

从不同的表述中我们可以看到一个共同点，那就是都强调了投资者对投资的控制。而这一点正是直接投资与间接投资的最重要的区别，一般认为，间接投资主要是指仅仅以获取收入为目的而持有股票或证券的投资，投资者对企业并不参与经营及享有控制权或支配权。

直接投资的实现方式，主要包括以参加外国企业的经营为目的而取得其股份或收买、兼并原有企业；在外国新设享有 100% 股权的子公司或与当地投资者组建合营企业；在外国新设分公司、营业所、工厂、支店或收买原有工厂，扩大分公司、工厂、营业所等；单独或联合投资参与东道国资源开发项目等等。总之，无论采取何种形式，投资者必须对海外经营的企业或资产，基于其拥有的一定数量的股份，足以对企业行使一定的支配或控制的权能，至于拥有多少股份或股权才被认定为直接投资，各国

余劲松主编：《国际投资法》，法律出版社 1997 年版，第 1 页。

曾华群主编：《国际投资法学》，北京大学出版社 1999 年版，第 2 页。

立法和解释不一。^①

二战以前，国际投资以间接投资为主要方式，直接投资所占比重不大，并主要在发达国家间进行。二战以后，国际政治和经济形势发生了重大变化，科学技术突飞猛进，跨国公司迅猛发展，新兴第三世界国家崛起，国际和平与安全得到了相对保障，国际经济合作以前所未有的速度和规模广泛展开，在这种背景下，国际直接投资出现了迅猛增长，并逐渐演变成国际投资的主要方式。同时，国际直接投资的性质也发生了变化，从历史上主要作为资本主义列强掠夺海外资源和剥削殖民地的工具，逐渐变成发达国家相互间进行全球经济竞争、带动技术、贸易、金融交流的重要纽带和发展中国家引进技术和资金的重要手段。

国际投资已经成为当今国际经济合作最重要的形式之一。对于资本输入国而言，它带来了解决国内资金困难、引进先进技术和管理经验、扩大出口增加外汇、改善国际收支状况、加速基础设施建设和自然资源开发、增加就业等诸多方面的好处。对于资本输出国而言，本国投资者的海外投资，可以占领海外市场、保证国外原材料的供应、利用国外廉价劳动力资源、增加国家税收收入、增加就业机会、增强在国际市场的竞争力、促进本国与资本输入国经济政治关系的改善和加强等诸多好处。因此，随着国际直接投资的发展，大量资金和技术被投放到世界各国和地区，不仅促进了有关国家的经济技术发展，而且也促进了生产和资本的国际化，对世界的经济增长，以及国际分工与合作，都起着重

例如，有的国家认为，只要拥有有表决权的股份达到 10%，足以控制企业者，即可被认定为直接投资；有的国家则只把由外国投资者拥有 50% 以上股份的子公司和分公司看作外国直接投资；还有一些国家以外资股权比例结合“外国参与”标准来确定一项投资是否为直接投资。参见余劲松前引书，第 2 页，转引 Kindleberger, *International Economics* (1958), p390.

大作用。^① 国际直接投资是值得全世界共同关注和倡导的一种国际经济交往形式。

（二）调整国际投资的法律形式和国际投资法体系的构建

国际投资既然是一种资金跨越国界的流动，就必然牵涉到各国不同的政治、经济、社会关系和多种利益的合作与冲突，因此，国际投资关系是相当复杂的。一项简单的投资活动所产生的关系往往具有多重性、立体交叉的特点，它通常不仅涉及不同国家的自然人或法人相互之间的投资合作关系，也涉及投资者与本国政府之间的关系、投资者与东道国政府之间的关系、东道国政府与投资者本国之间的关系等等。这些复杂的关系，决不会也不能仅由一种法律形态来调整。而国际投资往往不仅仅涉及资本的跨国流动，它常常与货物、服务、技术等国际流动相关联，因而，调整国际投资关系的法律不会也不能仅涉及投资本身。

另一方面，国际投资与任何国际经济交往形式一样，对于一国经济的影响不仅有积极的一面，也有消极的一面。举例而言，外国资本谋求垄断的行为可能给东道国经济运行的基本市场结构带来损害；跨国公司在国际投资过程中的转移定价和国际逃避税行为可能对东道国财政利益带来重大冲击；外国资本对东道国自然资源的掠夺和经济命脉的控制，可能对东道国经济发展战略造成重大消极影响，致使其经济畸形发展、民族产业无法生存和发展，从而长期处于对经济大国的依附关系和不等价的交换关系之中等等。对于资本输出国而言，大量的资本输出，也可能会减少输出国的就业机会、减少商品的出口、导致技术外流、国内投资减少。同时，跨国公司逃避税行为也会对母国财政收入造成冲击，影响国际收支的平衡。因此，跨国投资者的投资行为既有需

要鼓励的一面，也有需要抑制的一面。

鉴于国际投资所涉关系的复杂性和投资本身的两面性，调整国际投资的法律形式就不会简单地表现为国内立法或国际立法的单一形态，也不会仅仅涉及对投资的鼓励而忽略对投资的引导和管制。在实践中，各国往往各自地或共同地采取各种法律措施，包括国内法层面和国际法层面的措施，调整国际投资活动并不断改善投资环境。

调整国际投资的国内法手段，包括资本输入国国内法和资本输出国国内法。许多资本输入国为鼓励、保护和管理外国投资，通常制订有专门的外资法，对外资的准入及投向、外国投资者及外商投资企业的法律地位、税收及优惠、投资原本及利润等合法利益的汇出、国有化及补偿、企业自主权的保障及投资争议的解决等有关外资的保护、鼓励、管制和引导等内容作出规定。广义的外资法除上述专门的外资法以外，还包括相关法律、法规中有关外国投资的规定，范围扩及至外汇管理法、涉外税法、专利法、商标法、合同法、海关法、民法、商法、公司法、反托拉斯法等等。由于本国私人海外投资，不仅仅关涉到投资者的私人利益，也关系到资本输出国的国家利益和国家经济发展战略，甚至关涉资本输出国的外交政策和国防安全，因此，资本输出国也制订有海外投资法制，内容涉及海外投资的税收鼓励和保护措施、政府资助与服务、对海外投资的管理和控制等诸多方面。与资本输入国的外资法不同的是，资本输出国关于海外投资的规定较为分散，通常是由有关专门法规和有关法律中的某些规定组成的（如海外投资保险法、证券法、税法、公司法、反托拉斯法、进

出口管制法、外汇管理法等等)，^① 没有一部统一的法律。

国际投资的国际立法，包括双边投资条约、区域性投资条约和全球性投资条约等形态。在国际投资法中，双边投资条约占据着重要的地位，它不仅数量众多，而且内容充实，在目前多边投资条约尤其是全球性多边投资条约不多的情况下，双边投资条约事实上是促进和保护国际投资的最重要的国际法形式，已经成为国际投资法不可或缺的重要组成部分，并构成国际投资法国内法制的重要补充。有些区域性多边投资条约，如《北美自由贸易协定》、《马斯特里赫特条约》，提出了高标准的投资保护规则和高度自由化的市场准入、投资待遇规则，对于推动区域内资本的自由流动发挥着重要的作用。那些区域经济一体化程度较低，暂时无法达成如此高水平的投资保护、投资待遇和市场准入标准的一些区域性投资条约，诸如《卡塔赫纳协定委员会第 291 号决议》、《东盟投资协定》、《APEC 投资原则》等，也在促进区域内投资自由、协调区域内投资政策和改善区域内投资环境方面发挥了和正在发挥着重要作用。

在 WTO 正式成立以前，战后出现的全球性国际投资条约仅有两个，一个是在世界银行倡导下于 1965 年缔结，次年生效的专门解决国际投资争议的公约，全称为《解决国家和他国国民间投资争议的公约》，简称华盛顿公约。缔约国依据公约设立了一

有时候，甚至刑法的部分内容也可以对海外投资产生相当的影响。例如，1977 年美国通过的国外贿赂行为法规定，任何人直接或间接贿赂外国政府官员均为违法。该法禁止美国公司将任何财产不计入其账簿或伪造账目，借以掩盖其从事贿赂活动的开支。若投资者通过贿赂东道国政府官员而取得投资项目，则不仅可能受到东道国法律制裁，而且会受到美国法律的制裁。这种立法的目的在于促使投资者在公平的环境下展开竞争。参见王贵国著：《发展中的国际投资法规》，法律出版社，1988 年版，第 25-30 页。

个国际组织——“解决投资争议国际中心”（简称中心或 ICSID）。订立公约和设置中心的目的在于，为解决一缔约国与他缔约国国民间的投资争议提供调解和仲裁的便利，以增进相互信任的气氛，促进私人投资的流动，尤其是要排除投资者本国政府对投资争议的干预，使投资争议的解决非政治化。在世界银行的倡导和主持下，国际社会于 1985 年在世界银行汉城年会上通过了另一个全球性多边投资公约——《多边投资担保机构公约》，该公约于 1988 年生效，旨在通过建立一个多边投资担保机构，缓解或消除外国投资者对在发展中国家投资可能遭受的非商业性风险的担忧，补充区域性和国家性投资担保制度的不足，从而引导国际资本流向发展中国家并进一步改善国际投资环境。

国际投资环境的改善和资本流动自由化的实现，依赖于国际社会对一个相对完整和健全的投资法体系的构建和维护。国际投资法是包括国内法规范和国际法规范在内的一个独立的法律体系，两部分规则必须相互配合和补充，共同完成调整国际投资、协调投资领域各类私人间或私人与国家间或国家间的利益冲突、改善国际投资环境的艰巨任务。

二、现有国际投资立法体系的不足

二战以后，国际社会经过巨大而持续的努力，已经基本建成一套相对完整的国际投资法体系，但在这套法律体系中，不同形态的法律规范发展和完善的程度是不同的。有些形态的规则相对薄弱，与国际贸易立法体系相比，国际投资法领域中国内法规范和国际法规范的协调统一是无力的，现有国际投资法体系难以适应全球经济一体化和国际投资自由化迅猛发展的时代需求。国际投资立法的不足，体现在许多方面，急需国际社会的协调努力。

（一）全球性、综合性实体法投资公约的缺乏

与国际贸易关系的调整可以借助一个强有力的全球性实体性多边贸易规则——GATT 不同，在 WTO 法律规则体系出现以前，国际投资领域一直欠缺一个为南北国家共同认同的全球性实体法投资公约。两个已经达成的全球性多边投资公约只涉及到了投资争议解决和非商业性风险防范的有限范围，没有能够就投资准入、投资待遇、投资保护等一系列实体性问题作出规定，因此，可以认为，国际投资法体系中，最为薄弱是多边立法部分，这种薄弱，不仅表现在专门性的区域性投资条约远远少于区域性自由贸易条约，尤其突出地表现为全球性多边实体法公约的缺失。

二战后，国家货币基金组织和世界银行集团在稳定货币、促进国际收支平衡和敦促各国放松外汇管制等方面发挥了重要作用；GATT 在促进关税减让和非关税壁垒的逐步消除，进而推动国际贸易自由化方面扮演着重要角色。然而，在国际投资方面，由于哈瓦那宪章的流产，布雷顿森体制留下了一个长久的缺憾——只有货币和贸易方面的全球性规则而没有建立投资方面的全球性国际规则。虽然战后国际投资和跨国公司迅猛发展，但国际层面上可普遍接受的国际投资规则并未跟进。

调整国际投资的普遍性实体法律规范之所以难以确立，主要基于以下三个方面的原因：其一，各国对于什么是管理国际直接投资的最佳方法一直存在着严重分歧；其二，习惯国际法一直认为，国家有管理外资的排他性权利，而一个约束国家外资管辖权的国际条约被认为是这种主权权利的一种侵犯；其三，南北经济差距的存在和不断扩大，使得两类国家对于普遍性国际投资条约的价值取向、实施条件、规则的制订机构和场所、对外资管辖权进行约束的范围和程度等基本问题认识不一。

事实上，国际社会一直未放弃确立具有普遍约束力的全球性国际投资实体法规则的努力，但并未收到多大实效。

战后国际投资多边立法的首次努力当属哈瓦那宪章草案的订立。1948年3月24日出台的《关于国际贸易组织的哈瓦那宪章》是由美国发起，在联合国贸易与就业会议上起草的一个多边条约草案。制订宪章的主要目的在于建立一个国际贸易组织（International Trade Organization，简称ITO）以便实现贸易的逐步自由化。值得注意的是，虽然该宪章主要涉及国际贸易问题，但宪章中不乏关于保护投资者权益、为投资者提供公平待遇等投资方面的规则。^①

宪章对征收问题和外国投资准入问题进行了一并规定：各成员国有权提出外国投资的所有权方面的合理的要求，有权决定外国人投资的条件。^② 宪章进一步规定，各国不得对投资者采取不合理的或不公平的措施，东道国只有在满足一定的合理条件（just terms）的情况下，才能对外国投资者的所有权提出要求。哈瓦那宪章的起草，是国际组织战后制订国际投资法典的首次努力，但由于宪章未能得到美国批准，其他国家也顺水推舟，将哈瓦那宪章及其所涉投资规则搁置一旁，此次立法努力也就没有法律上的意义。

^① G. Bronz, The International Trade Organization Charter, Harvard Law Review, 1969 pp. 1089-1125.

^② 哈瓦那宪章第12条第1款第3项。

随后，国际商会^①、经济合作与发展组织^②等民间和政府间国际组织就资本移动自由化规则、外国人财产保护、国际投资待遇、跨国公司待遇等关涉国际投资的实体法问题作了多次立法尝试，虽然在发达国家之间起到了统一认识、协调投资政策和投资立法标准的作用，但由于上述机构出台的一系列所谓投资法典、指南或条约在内容上偏向于保护投资者而忽视对东道国外资管辖权的应有尊重，因此没有被广大发展中国家接受。

在联合国立法层面上，战后，联合国系统内不少组织、机构和论坛也多次直接或间接地就一些重大的投资实体法问题进行了立法探索。其中，最具影响的当属联大 1962 年通过的《关于天然资源之永久主权宣言》、1974 年通过的《建立新的国际经济秩序宣言》和《建立新的国际经济秩序行动纲领》、1974 年通过的《各国经济权利和义务宪章》。这些决议不仅就投资者权利的保护作出了原则规定，而且强调了东道国对外资的管辖权，在性质上是没有偏袒东道国或投资者任何一方利益的，因而是相对公平而且反映了多数国家意愿的。遗憾的是，以美国为首的一些发达国

1949 年国际商会起草了《外国投资公平待遇法典》草案，就东道国义务、外国投资者权利、征收国有化补偿的“国际法标准”等问题作出了规定。1972 年，该组织又颁布了一项不具法律约束力的《国际商会国际投资指南》，就所谓征收国有化补偿的国际法标准、东道国不得违反国际法准则、应给予外资公平、公正和非歧视待遇、应遵守契约义务等问题老调重谈。这些片面维护发达国家和投资者权利，重在限制东道国权利和确立东道国义务的所谓指南和法典，没有得到发展中国家的认同，因而也不具普遍约束力。

② 经合组织曾就制订实体性国际投资法典作出过多次努力，最具代表性的有 1961 年的《资本移动自由化法典》、1962 年的《关于保护外国财产公约草案》、1976 年的《经合组织关于国际投资与跨国公司的宣言》等。和国际商会起草的“法典”、“指南”性质一样，经合组织的“法典”、草案、“宣言”从立法导向上偏向于对投资者权利的保护和对发达国家利益的维护，因而也没有得到发展中国家的响应，自然缺乏广泛的影响力。

家出于片面维护本国投资者私利的目的，对决议体现的原则精神持否定态度。不少西方学者以《联合国宪章》将联大决议定性为“建议”的规定为理由，竭力否定上述决议的法律效力。也有学者提出所谓的“软法”论，认为联大决议只是一种“软法”性质的规范，因而不具有法律约束力。由于发达国家的消极对抗，联大决议的普遍影响力的发挥受到了妨碍。

联合国系统内，另一个值得注意的立法努力是《跨国公司行动守则》草案的起草工作。1982年，经社理事会下设的跨国公司专门委员会下属政府间工作组向委员会提交了一份关于跨国公司守则的报告，^①该守则草案对跨国公司的活动与行为、跨国公司的待遇、政府间合作和守则的实施等问题作出了规定，肯定了东道国调整和控制跨国公司活动的权力，规定了跨国公司在东道国应当遵守的义务，同时，也规定了东道国的义务。同样令人遗憾的是，由于资本输出国和 77 国集团在守则的内容、法律地位、与一般国际法的关系等许多关键问题上意见相左，守则事实上成为一纸空文。

一些全球性国际经济组织在投资实体法规则的协调和统一方面做了不少工作。1991年，由世界银行和国际货币基金组织联合设立的发展委员会发起，由世界银行总裁指派的一个工作小组承担，于1992年由小组向发展委员会提交了一份名为《世界银行关于外国直接投资待遇指南》的文件。指南就外资准入、外国投资待遇、征收和单方面改变合同、投资争议的解决等诸多重要

自 1983 年以后，跨国公司委员会每年召开会议，谈判守则草案的案文，并在许多方面取得了很大进展，1990 年委员会主席提交的一份建议案文是守则的最新版本。此后虽经继续努力修订守则草案，但未获什么进展。1992 年守则的谈判停顿下来，自 1993 年开始，关于跨国公司的事项移交给联合国贸发会议。参见余劲松主编：《国际投资法》法律出版社 1997 年 10 月第 1 版，第 332-333 页。

的国际投资问题作出了规定，提出了较高水平的投资保护和投资待遇标准，要求东道国给予外资更多的自由准入机会。该指南得到了发达国家的高度评价，工作组也为其大唱赞歌，认为指南虽没有法律约束力，但它反映了现代国际法中正在形成的标准，可以有效地影响投资领域国际法的发展，可以补充双边投资条约的不足等等。但发展中国家清醒地认识到，指南偏重的是对跨国公司的保护，并主要反映了经济发达国家关于外资保护的理论和实践，因此，指望指南充分发挥工作组希望的诸多引导和影响功能并不现实。

（二）多边立法场所的缺乏

由于全球性实体法投资公约的缺失，自然就不会出现一个为执行多边实体法公约而存在的多边国际组织了，而二战后的国际实践表明，一个多边国际法规则的产生固然具有极其重要的意义，但为确保该规则贯彻实施而成立的国际组织也发挥着相当重要的作用。它不仅是现存多边规则执行的监督者，而且也为现存多边规则的不断完善和发展奠定了组织基础；它不仅可以创造新的同类规则，而且也可促成相关领域规则的形成（如世界银行和国际货币基金组织不仅促进了国际货币金融法的完善，也促成了一些国际投资法规则的形成）；它不仅是多边规则运行的载体，也可以充当多边规则谈判的场所。国际经济组织的上述功能，可以从 GATT 实践中得到证实。

GATT 不仅是战后重要的全球性国际贸易条约，而且是一个事实上的国际经济组织。GATT 不仅在人类历史上首次确立了用多边条约调节大多数国家之间的贸易关系的方法，确立了一系列自由贸易的原则和规则，而且提供了一个难得的举行多边贸易谈判的场所。GATT 提供的这个谈判场所，实际上创造了许多继 GATT1947 后的贸易立法机会。这种立法机会，使得各国可以在

定期或不定期多边贸易谈判中，不断修正和完善原 GATT 条款；不断协调各国在国内贸易政策和立法上的分歧；不断减少或消除国内贸易立法的差异从而促进国内贸易立法的趋同；不断创立新的多边贸易规则，从而扩大 GATT 体制调整的范围；不断加强 GATT 与其他国际组织的联系和合作，从而达到促进全球经济繁荣的目的。

在国际投资领域，缺乏一个像 GATT 这样的一个建立在相对完备而又不断更新的实体法规则基础之上、拥有广泛权能的国际组织。因此，投资领域内的各国内投资立法的协调、多边规则的创建和谈判机会的提供等方面都缺乏组织保障，这是国际投资国际法制发展缓慢的一个重要原因。组织基础的缺乏和谈判场所的缺失，使国际社会失去了许多确立真正能协调南北国家利益的多边投资法典的机会。

前述国际商会、经合组织制订的法典、指南或公约草案，之所以不能形成全球性的具有普遍约束力的多边投资规则，就是因为这些组织没有提供发展中国家参与立法的机会，不能提供发展中国家和发达国家平等表达各自观点的场所，因而不能形成南北国家意志的协调。联合国大会原则上是没有立法权的，因而其出台的一系列决议的法律效力被发达国家否认。建立一个永久性国际组织，有助于各国专门就投资实体法基本原则和规则进行坦诚的谈判，给予各方充分的发言机会，不断确立能够反映不同国家意志协调的规则，并保障这些规则的贯彻实施。

（三）投资立法与贸易立法的相互隔离

战后跨国公司参与全球经济交往和国际竞争的实践表明，国际投资并不是孤立的活动，它往往与国际贸易、国际金融、国际技术转让等国际经济交往的其他形式紧密地联系在一起。从跨国公司全球竞争战略的角度来看，几种主要的经济交往形式之间的

密切配合，有利于跨国公司维持垄断优势，有利于多样化经营以分散风险，有利于总公司和母公司对海外分公司和子公司的有效控制。

贸易与投资有着密切的联系，投资行为本身往往带动着大量的贸易，资本的移动往往伴随着产品、服务和技术的贸易。贸易规模的扩大，为跨国公司创造了更多的外汇收入，也增强了跨国公司在国际市场上的融资能力和信誉，加强了投资企业开拓海外市场的能力，另一方面，贸易环境的好坏，也对投资能否顺利拓展具有重大影响。自由的贸易环境，能够便利投资所需产品、原材料和技术的进口，便利投资企业产品的出口，以顺利实现投资企业的利润。因此，我们认为，外国直接投资作为向国外市场提供货物和服务的主要方法以及组织国际生产的一项主要因素，正在日益影响着国际贸易的规模、方向和构成，而国际贸易又可以对外国直接投资流动的规模、方向和构成产生各种影响。^①

令人担忧的是，虽然国际贸易与国际投资密切关联，但国际社会却没有能够创设一套有效的协调贸易政策和立法与投资政策和立法的法律机制。在国际立法层面上，贸易与投资的政策或立法往往是相对独立的，其后果是，两套政策在政策目标和有效执行方面往往不能相互协调或相互支持，两套立法也往往不能相互配合。举例而言，许多国家外资法中制订有鼓励外资的规则，然而，不少投资鼓励的获得是以原材料的当地采购或外商投资企业的产品出口或替代进口为前提条件的，这种规定虽然给享受优惠的外商投资企业带来了一定的好处，但也对这些企业在国际市场上依据市场需求从事产品进出口的自由权进行了限制。另一方面，由于享受优惠的产品可以获得不正当的国际市场竞争优势，

因而往往对其他同类企业或相关企业直接或间接地造成危害。这些投资法上的规则，不可避免地产生了一些扭曲贸易的效果，因而是与自由贸易原则和贸易的公平竞争原则不符的，这就是通常所说的投资政策和立法对国际贸易秩序造成的影响和危害。反过来说，一国实施严格管制进出口的贸易立法和政策，也不可能不对投资产生影响，因为投资不仅仅涉及资金的跨国流动。

因此，在全球经济一体化和国际投资、贸易自由化的总体要求下，我们必须认识到投资立法和政策与贸易立法和政策不能相互协调或支持的严重危害。为适应上述要求，各国应共同努力改革国际投资立法，要确立有效协调两类政策和立法的规则和制度，在制订外资法时充分考虑投资政策和立法对国际贸易可能产生的影响，要在国际立法层面上协调两类立法和政策的关系。为此，建立一个全球性的投资实体法公约，在公约中规定协调两类政策和立法的基本原则或具体制度，无疑可以预防投资政策和立法对贸易形成的扭曲效果。

（四）缺乏有效的争端解决机制

国际投资争端解决机制一直是一个不健全的争端解决机制，其基本原因之一，即在于全球性国际投资实体法公约尚未出现。统一实体法规则的缺失必然给投资争议的顺利解决造成困难，因为在投资者声称因东道国投资政策或立法遭受损害时，没有明确的国际法规则可以援引以解决争议。在贸易法领域，情况就完全不同，国际贸易纠纷不仅可以求助于一个常设国际组织（当今多边贸易体制明确反对单边贸易报复和威胁），而且有一套完整的多边实体法规则作为解决纠纷的国际法依据，而国际投资争议的解决往往只能在国内投资法和少数抽象的国际法规范中找到判案的依据。就投资争议解决的程序法规则本身而言，除了 ICSID 公约可称得上是一个相对完善的全球性多边程序法公约以外（该公

约也只提供了调解和仲裁的争议解决方法，缺乏司法性质的争端解决机制），国际投资领域也缺乏一个具备相对完整的条文结构、相对完善的审案规则、严格的审案时限、裁决有强有力的执行保证的多边程序法规则。

从争端解决的实践来看，传统的投资争议解决方法，各自具有其局限性，^①不能适应国际投资迅猛发展的需求。即使是为西方社会广为赞许和为发展中国家逐步接受的 ICSID 体制，在实践中也偏向于保护投资者利益和更多地强调东道国的责任。这些仲裁实践对发展中国家不利，而且，仲裁庭在仲裁实践中，在缺乏当事人就可适用法律作出的明确选择时，往往倾向于用抽象模糊的所谓国际法规则来“矫正”和替代东道国国内法，不仅不符合华盛顿公约的本意，也使当事人对争端解决的结果缺乏预见性。

另一方面，南北国家对投资争议解决方法的评判和选择存在着明显的差异。传统的投资争议解决方法，既有政治的手段又有法律的手段，既有国内解决方法又有国际解决方法，与一般的国际经贸纠纷的解决方法有所不同。长期以来，发达国家及其投资者倾向于选择外国法院诉讼、外交保护、国际仲裁等方法解决投资争议，它们往往不信任东道国当地救济的公正性，尤其是在东道国为发展中国家时，情况更是如此。而发展中国家一般倾向于选择通过当地救济或由发展中国家创设的仲裁机构解决投资争议，它们一贯反对通过外交保护和外国法院诉讼的方式解决投资争议，同时，发展中国家对西方仲裁机构也不信任。因此，在实践中，双方究竟同意接受何种方法，在相当程度上取决于各自讨

关于各种传统的投资争议解决方法的缺陷，详见本书第六章的分析。

价还价的能力和实际需要。^① 两类国家在投资争议解决方法的立场上难以协调，一方面说明在投资问题上南北利益对抗至今尚未消除，另一方面也说明，现存各种可藉使用的争议解决方法存在着缺陷，确立一套能够同时为南北双方都愿意接受而又能有效解决投资争议的方法并非易事。而投资争议的解决取决于各自讨价还价的能力大小和实际需要的现象，是不正常的，也是不利于造就一个稳定的、可预见的国际投资环境的。

第二节 制订综合性国际投资实体法公约的晚近努力及其失败的启示

一、经合组织制订多边投资协议（MAI）的背景

已如前述，二战后，国际社会为国际投资的国际法制作出了不懈的努力，但收效甚微。真正称得上全球性国际投资条约的，只有《解决国家和他国国民间投资争议的公约》、《多边投资担保机构公约》。但上述条约中没有一个全面规范投资待遇、投资保护、投资争议解决等所有有关国际投资的重要法律问题的综合性条约，这无疑是国际投资法律保障体系的一个欠缺，也是与国际投资进一步全球化、自由化的要求不相符的。

然而，近年来国际投资及其立法的某些变化，使得许多西方学者认为，建立普遍性国际投资实体规则的条件已经渐趋成熟：

（一）自 80 年代以来，尤其是进入 90 年代，不少原来采取限制性外资政策和实行严格的准入控制制度的国家开始进行外资

周成新著：《国际投资争议的解决方法》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 21—23 页。