

# 全球化背景下国际投资立法 自由化趋势及发展中国家对策

刘志云

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361000)

**摘要:**自二战结束以来,南北双方在联合国内外对经济主权内涵与具体制度的设计曾展开针锋相对的斗争。尤其是在国际投资法方面,无论是理论上,还是实践中,发展中国家都表现出寸土不让的强硬立场。但是,20世纪80年代中期后,尤其是冷战结束以来,形势发生了变化,即国际投资立法实现从“管制”向“自由化”方向过渡。在这种自由化立法趋势下,发展中国家及中国的角色定位以及战略选择尤为重要。

**关键词:**全球化;国际投资立法;自由化;战略选择

**中图分类号:**DF964 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-6048(2007)05-0025-08

Tendency of Liberty in International Investment Legislation under Globalization  
and Countermeasures of the Developing Countries

LIU Zhi-yun

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361000, China)

**Abstract:** Since the end of the Second World War, there is a severe conflict on the connotation of economic sovereign rights and the design of some specific systems between the South and the North inside and outside the United Nations. Particularly, on the aspect of international investment law, all the developing countries have shown their solid ground - never to budge an inch not only in theories but in practice. Nevertheless, in the middle and late 1980s, especially after the Cold War, the condition has got changed, in other words, the international investment legislation has realized its transition from “control” to “liberty”. Under this tendency of liberty in legislation, it is much more significant for the developing countries including China to have a proper role-location and strategic selection.

**Key words:** globalization; international investment legislation; liberty; strategic selection

## 一、引言

事实上,自二战结束以来,南北双方在联合国内外对经济主权内涵与具体制度的设计曾展开针锋相对的斗争。尤其是在国际投资法方面,无论是理论上,还是实践中,发展中国家都表现出寸土不让的强硬立场。当时,西方发达国家坚持维护投资领域的传统国际法和双边投资条约对外资提供的保护

标准,但发展中国家国内立法中的严格限制性措施及在联大开展的国际经济新秩序的斗争,与发达国家的立场形成鲜明的对比,并构成南北争论的焦点。但是,20世纪80年代中期后,尤其是冷战结束以来,形势似乎有所变化。自由化、私有化、解除管制和国家间竞争已成为发展中国家经济政策和立法方面的主流观念<sup>[1]</sup>。

收稿日期:2007-06-25

基金项目:本文系作者主持的国家社科基金项目“国际关系理论与当代国际法的实践”阶段成果(项目编号:07CFX044)

作者简介:刘志云(1977—),男,法学博士,厦门大学国际经济法研究所副教授,硕士生导师,研究方向:国际经济法。

无疑,国际投资立法上的这种自由化趋势,既是全球化背景下国际经济立法自由化趋势的一个缩影,也是经济主权传统制度变迁的一个侧面;而整个国际经济立法自由化趋势本身,实际上反映的是经济主权传统制度变迁的一个完整过程。在这种趋势下,发展中国家怎样才能更好地维护自身经济主权,促进本国经济发展,顺应全球化发展的大潮显然是值得探讨的命题。

## 二、全球化背景下国际投资立法自由化趋势

在 20 世纪 80 年代中期,尤其冷战结束以来,发展中国家、发达国家以及转型国家之间在投资领域展开了一场以自由化为中心的大规模造法运动。无论是在各国涉外层次,还是双边、区域、多边层次,都取得重大的立法成就。从内容上看,晚近国际投资领域的这场造法运动,似乎的确是发达国家要求投资自由化意图的胜利。无论是在自然资源永久主权、外资准入,还是国有化问题、投资者与东道国的争端解决等方面,发展中国家以及一些转型国家对发达国家确实做出了相当大程度的妥协或让步。

### (一)对自然资源永久主权的限制

各国境内的自然资源是该国人民生存和发展的物质基础,而对境内一切自然资源享有永久主权是各国经济主权的重要内容<sup>[2]</sup>。在联合国大会 1962 年通过的《关于自然资源永久主权宣言》中明确规定,“承认各国享有根据本国国家利益自由处置本国自然财富和自然资源的不可剥夺的权利”;“建立和加强各国对本国自然财富和自然资源的不可剥夺的主权,能够增进各国的经济独立。”同样,联合国大会 1974 年通过的《建立新的国际经济秩序宣言》也规定,“每一个国家都对本国的自然资源以及一切经济活动拥有完整的、永久的主权。为了保护这些资源,各国都有权采取适合本国情况的各种措施,对本国的资源及其开发事宜加以有效控制管理,包括有权实行国有化或把所有权转移给本国国民。任何国家都不应遭受经济、政治或任何其他形式的胁迫,阻挠它自由地、充分地行使这一不容剥夺的权利。”

无疑,在 20 世纪 80 年代以前,这一权利的确定对于发展中国家来说是经济主权斗争上的一个重大胜利,也得到实践上的呼应。事实上,这段时期,在发展中国家发生的征收或国有化案例,多数集中在自然资源领域。不过,在晚近国际投资的条约立法中,发展中国家在自然资源永久主权方面显然开始采取了一些妥协性措施。

例如,特许权协议在殖民主义时期曾是西方国家侵蚀落后国家自然资源的重要工具,其不公平与不合理性一直遭受到发展中国家的强烈质疑。所以,废除作为不平等象征的特许权协议,曾是 20 世纪 80 年代以前发展中国家贯彻联合国大会的决议中有关自然资源永久主权之内容的重要方面。为此,南北双方曾展开过针锋相对的持久论战。发达国家学者以约定必须信守、尊重既得权、不当得利、禁止反言、权利滥用为由,论证单方面废除特许权协议的国际违法性;而发展中国家学者则从公共利益、情事变更等理论中,寻求单方面废除特许权协议在国际法的法理上的支持<sup>[3]33</sup>。至 20 世纪 80 年代中期后,发展中国家的强硬立场有所转变,不仅开始重新考虑特许权协议的合法性,而且采取了一种更加灵活务实的态度。这主要体现在与德国、英国、美国等签订的双边投资协议之中,加上对投资者特定承诺的“保护伞”条款(Umbrella Clause)。另外,与法国和荷兰缔结的一些双边投资条约也有此类条款<sup>[4]</sup>。迄今为止,在中国签订的双边投资协议中,都把特许权协议列为受保护的一种投资方式,且在一些双边条约中加上了“保护伞”条款<sup>[3]40</sup>。无疑,“保护伞”条款的目的在于加强特许权协议的效力,使外国投资者的既得权利不至于因东道国国内政权更迭、外资立法和政策的改变而减损或取消,这实质上是表明发展中国家已愿意将违反特许权协议的责任上升为国际责任,显然与它们过去一贯主张特许权协议是国内合同而非国际合同之立场相悖<sup>[3]40</sup>。

同时,在区域投资立法上,也出现诸如双边投资条约般的蜕变。例如,由于能源开发的高利润性,投资欠发达国家的能源领域一直是跨国投资者

<sup>[2]</sup>《关于自然资源永久主权宣言》,序言。参见陈安,刘智中.国际经济法资料选编[M].北京:法律出版社,1991:1-2.

<sup>[4]</sup>《建立新的国际经济秩序宣言》,第 4 部分,第 5 点。参见陈安,刘智中.国际经济法资料选编[M].北京:法律出版社,1991:7.

梦寐以求的目标。但鉴于能源对国家安全的重要性,在20世纪90年代前,在能源开发方面各国对外资准入和经营一直持相当谨慎的态度。但是,在1994年,独联体和东欧等转型国家一扫往日的小心谨慎之态,在能源开发方面与西欧发达国家和美国等成功缔结了一个自由化程度相当高的区域投资条约,即ECT。作为“硬法规则”,在投资待遇方面,该条约不仅规定了国民待遇和最惠国待遇,也强调了东道国对投资条约的遵守,甚至包括人员的雇佣自由等细节问题;在投资保护方面,该条约不仅重申了西方国家在征收与国有化方面的传统强硬立场,也对资本与利润的转移的自由给予了强有力的保证,甚至涉及到内乱损失的补偿问题;在投资者与东道国的争议的解决方面,该条约进一步强化了投资者对仲裁方法的自由选择权,甚至赋予私人投资者在没有和东道国达成仲裁协议的情况下,可以针对东道国单方面提起国际仲裁的权利<sup>[1]22-24</sup>。可见,该条约在能源开发方面对东道国提出了高标准的开放与保护要求,对此,瓦尔德曾评价到,“ECT是第一个对成员国施加了广泛义务而又能够由私人公司就投资保护和投资待遇问题直接要求执行的多边条约。和许多‘指南’、‘宣言’和‘行动守则’不同的是,它有‘牙齿’(Teeth),即该条约允许私人公司针对政府违反条约下的重大投资义务的情况提交国际仲裁,而不需事先存在仲裁协议。”<sup>[1]6</sup>

总之,无论是在双边投资条约中签订的“保护伞协议”,还是将广大独联体国家、东欧国家和主要发达国家在能源的贸易与投资方面纳入高度自由化的法律体制的ECT,都标志着相当多的发展中国家和转型国家在自然资源永久主权的问题上,已向发达国家做出了相当大的让步。

## 二、外资准入的自由化趋势

在国际法的法理上,东道国在市场准入方面无论是选择全面自由化,还是有选择的开放或全面禁止准入,都是它们的主权内容;外国投资者在市场准入方面并不存在根本性与习惯法性质的自然权利(Natural Right)<sup>[5]</sup>。而通过对外资准入的限制和业绩要求,从而实现对外资的引导,一直被发展中国家视为行使本国经济主权的重要形式。由此,在它们的涉外投资法中,对外资准入的条件和限制一直作为最重要的内容之一,并一度实行严格的外资准

入审批制度。而在传统的双边投资条约中,一般尽量回避市场准入的自由化问题,即使有些条约曾做出国民待遇的规定,也是局限在外资准入后的运营阶段<sup>[6]</sup>。同时,在20世纪60至70年代发达国家推出的多边性质的投资指南、宣言、守则或条约中,也很少直接涉及外资准入的自由化问题<sup>[7]</sup>。客观的讲,严格的审批制度为发展中国家重新获取经济主权,掌握国民经济命脉,引导产业发展等方面起到一定的积极作用。不过,发达国家的许多学者对此曾提出尖锐批评。他们认为,严格的审批制度违反国民待遇原则,诸如业绩要求、复审制度的立法,实际上是违反市场经济的公平竞争法则,干扰国际市场资源的有效配置,而且也制约着东道国的经济发展。例如,希哈塔指出,高度主观的审批标准与缺乏上诉程序的审批机制实际上反映了东道国重点在于控制外资流动的立法实践,在外资准入方面的宽泛自由决策权,能够使一国在外资运作程序的起始阶段就实施最大程度的控制。不过,这种限制性的立法实践反映的是内向型与保护主义的市场准入政策,其结果不仅剥夺了投资者的商业机会,也使东道国失去了获得国际投资带来的利益的机会<sup>[8]</sup>。

不过,在国内经济发展的要求与发达国家的压力下,晚近发展中国家在外资的市场准入方面做出了自由化趋势的让步。事实上,晚近国际投资法发展的一个重要特征,就是传统上强调“管制”的原有审批制度逐渐以“放松”为革新方向。这不仅表现在各国的涉外投资立法上,也包括在双边、区域,以至一些多边投资条约方面。在国内层面,显然,逐步扩大外资准入范围与条件是发展中国家新近修订的涉外投资法的一个重要内容,而且,包括当地成份要求、出口实绩、国际收支平衡、外汇管制、企业生产计划备案在内的各种业绩要求,在修订中也逐步得以放松或取消。例如,中国在2000年和2001年相继对《外资企业法》、《中外合作经营企业法》以及《中外合资经营企业法》等做出修改,取消了原规定的一些业绩要求。同时,在双边投资条约方面,20世纪90年代后得以流行的“美式范本”的一个重大进步就是将国民待遇标准推广到外资准入时。具体的讲,“美式范本”在以下方面进一步削弱了东道国的外资管辖权,包括:第一是强调了设业权,要求外资在进入东道国前后都享有国民待遇

和最惠国待遇;第二是增加了禁止业绩要求的规定;第三是强加了投资待遇的最低标准<sup>[9]79</sup>。而且,在区域投资条约以及一些多边投资条约方面,外资准入的自由化趋势亦很明显。例如,ECT已将国民待遇实施于设业前,业绩要求被禁止。同样,在1992年签署的《北美自由贸易协定》(NAFTA)、同年IMF与WB设立的联合机构(即“发展委员会”)通过的《外国直接投资待遇指南》及1998年OECD推出的MAI草案,都有相同的表现。如根据NAFTA第1102、1103、1104条规定,每一成员国应给予来自另一成员国的投资者在投资设业方面的国民待遇与最惠国待遇,以其中更优惠的待遇为准;第1106条禁止各成员国对外国投资施加业绩要求。而GATT乌拉圭回合达成的《TRIMs协定》,实际上针对的就是各国对外资准入的各种业绩要求的废止问题。

总之,晚近国际投资法发展的一个显著特征,就是在外资准入方面呈现出自由化趋势。据此,许多西方学者甚至得出这是东道国主权日益弱化的强有力证明的结论,“因为这种自由化趋势正是揭示了一个逐步剥夺签约国家自由决定国内经济政策的权力的过程”<sup>[10]350</sup>。无论这种结论的客观性如何,这种在外资准入方面的自由化趋势,确实是发展中国家以及一些转型国家,在经济主权传统制度上所做出的重大转变。

### 三、外资国有化问题上的“妥协”

按照国际法的法理,国有化是国家主权的一种属性,这一点长时期都已没有争议<sup>[3]44</sup>。而且,从南北争议的实际情况看,也没有一个国家的代表对一国的国有化权利提出过质疑<sup>[11]46</sup>。实际上,即使在晚近自由化程度极高的一些双边或区域性立法中,如NAFTA、ECT等,都承认了东道国的国有化权利。可见,在20世纪80年代以前,南北双方有关国有化的分歧,并不在于是否能够国有化,而是实施国有化的条件以及实施范围。

在20世纪80年代以前,国有化的条件一直是南北双方在国际投资立法上的矛盾焦点。发达国家认为,国家在行使国有化的权利时必须满足以下条件,包括为公共目的、按正当法律程序、非歧视以及给予充分、及时、有效的补偿等。而东欧和拉美国家的一些学者,或依据国家主权原则,或依据国民待遇原则,认为对外资国有化可不予补偿。同时,另外一些发展中国家的学者,依据《各国经济权利与义务宪章》所确立的公平互利原则或自然资源永久主权原则,认为可给予适当补偿<sup>[12]</sup>。从实际情况看,在二战后所发生的国有化案例中,大多数得到的是部分补偿,特别是通过“一揽子”协议给予部分补偿。据联合国秘书处1974年9月20日向联合国大会提出的报告,从1960年到1974年中期为止,总共有62个国家实施了875件国有化或接管案件。这些案例均未接受“赫尔公式”,补偿支付均按“账面价值”而非“市场价值”,支付时间也非即时,一般是15~30年的较长时期<sup>[13]</sup>。不过,自20世纪80年代以来,发生在许多发展中国家的严重债务危机,使这些国家能在国际资本市场得到的私人信贷大规模萎缩,这迫使它们转向对外国直接投资的青睐,从而不得不在国有化的条件与实施范围上逐渐向西方国家妥协。

在国内立法层面,如我国《中外合资经营企业法》第2条与《外资企业法》第5条规定,国家对合营企业与外资企业不实行国有化或征收,但在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对合营企业或外资企业可以依照法律程序进行征收,并给予相应的补偿。再看双边投资条约,据阿里对1991年以前签订的335个双边投资条约中的309个(超过90%)做出的分析表明,在征收条件上,有139个规定了“非歧视”要求;另有37个不仅规定“非歧视”要求,还声明不得违反“不征收”的具体承诺;有24个没有规定应以“公共利益”为目的,而仅规定违背“非歧视”与东道国具体承诺的征收被禁止。实际

参见 ECT 第 10 条。ECT 条约文本, 下载于 At <http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>, 2003-12-23.

参见 NAFTA 第 1102、1103、1104、1106 条。NAFTA 条约文本, 下载于 [https://www.lexis.com/research/del/working/dnldm=0ded624a\\_5032f1b1b\\_79505e7981a4da2&\\_fmtstr=FULL&docnum=2&wchp=dGLbVlz-zSKAB&\\_md5=9\\_b14b43a4f41e0b61c7187772c8efdc4](https://www.lexis.com/research/del/working/dnldm=0ded624a_5032f1b1b_79505e7981a4da2&_fmtstr=FULL&docnum=2&wchp=dGLbVlz-zSKAB&_md5=9_b14b43a4f41e0b61c7187772c8efdc4), 2003-12-23.

参见 ECT 第 12 条, NAFTA 第 1110 条。

参见《中华人民共和国中外合资经营企业法》第 2 条,《中华人民共和国外资企业法》第 5 条。

上,所有被调查的双边条约中,仅有2个除要求补偿外,没有规定其他任何条件<sup>[10]374</sup>。在补偿标准方面,有一半以上采用了“赫尔公式”所规定的“及时、充分、有效”之要求;另有47个“用另一种方式”承认了“赫尔公式”,即规定“公正”(Just)、“充分”(Full)、“合理”(Reasonable)、或公正和公平(Fair and Equitable)的补偿。用这两种方式承认“赫尔公式”的总共有242个,超过受调查的条约总数的72%。在投资价值的测算方面,有92个规定以“征收日的价值”(Value at the Date of Expropriation)计算,有3个规定以“公平价值”(Fair Value)计算,有70个规定以“真正价值”(Genuine or Real Value)计算,有83个规定以“市场价值”(Market Value)计算<sup>[10]374-375</sup>。而据彼得(Peter)的统计,在1990年—1993年签订的145个双边投资条约中,“赫尔公式”出现了91次(占63%),94个条约要求补偿应毫不迟延,“充分”是最通行的术语<sup>[11]354</sup>。同时,在区域性或多边投资条约、指南或草案中,对国有化的条件一般都遵照“赫尔公式”的标准。如MAI草案规定,缔约国不得采取直接或间接的征收方式,除非是为了公共利益,在非歧视与正当法律程序的基础上进行,而且必须给予及时、充分和有效的补偿<sup>[14]</sup>。而ECT第12条所规定的补偿标准与赫尔公式的要求是一致的。此外,在一些发展中国家签订的区域性条约中,也有采纳“赫尔公式”的,如1981年签订的《穆斯林国家会议组织投资协定》、1987年签订的《东盟投资区域框架协定》都做出了此类规定<sup>[3]49</sup>。

同样,在20世纪80年代以前,国有化的征收范围也是南北双方在国有化问题上的争论焦点。按照西方学者的观点,即使是投资者的所有权未被剥夺,只要东道国采取的措施已严重妨碍了投资者行使这种权利,就可以构成间接征收。所以,发达国家理解的征收既包括直接征收,也包括间接征收。而发展中国家则相反,它们一直坚持征收范围只能包括直接征收<sup>[3]54</sup>。但是,在晚近的国际投资立法中,对征收范围的界定却呈现出包括间接征收的趋

势。例如,在双边投资条约中,无论是“欧式范本”还是“美式范本”,一般都会有“或采取任何具有同样或类似效果的其他措施”、“也不得采取其他形式的剥夺措施”等规定<sup>[9]177-178</sup>。比如,1984年的“美式范本”第3条就规定,“投资不得被征收或国有化,无论是这种征收或国有化是以直接的征收或国有化措施形式出现,还是以间接地以相当于征收或国有化的措施形式出现。……”<sup>[9]179</sup>同时,征收范围的这种扩大化立法趋势,也表现在晚近区域投资立法上。例如,NAFTA第1110条所规定的征收,即包括直接征收和间接征收,如东道国采取过分或重复征税等形式,逐步增加对投资的限制和控制,以达到剥夺企业持续发展的利润,而被迫出售给当地政府或企业等,也被纳入了征收的范围。与此相类似,ECT第13条、第21条和第26条都规定东道国政府有义务对其“没收性征税”所导致投资者的损失给予充分的补偿。

此外,ICSID的有关仲裁实践也体现了征收范围的扩大化趋势。实际上,在ICSID关于征收的几个仲裁案件中,对投资者财产的任何剥夺行为,或是依据国家法令或官方指示对特定资产的征收,或是整个产业的国有化,或是对投资者财产的毁损或占取以及毁约与违约等等,均可贴上“征收”的标签<sup>[15]</sup>。

#### 四、东道国与外国投资者之间的争端解决方式及其法律适用的国际化趋势

在20世纪80年代以前,对于东道国与外国投资者之间所发生的争议的解决方式,以及应适用的法律,南北双方分歧较大。发达国家坚持应适用国际法进行国际判决或国际仲裁,或予以外交保护;与此相对,发展中国家则以“卡尔沃主义”为典型,主张适用“用尽当地救济原则”或国民待遇原则。至20世纪80年代后期,发展中国家的立场明显软化。无论是在争端解决的方式选择,还是所适用的法律,都表现出有利于保护外国投资者的趋势。

在国内涉外投资法方面,即使在“卡尔沃主义”的故乡,即拉美国家,也在逐步改变单纯依赖

参见 ECT 第 12 条。

参见 NAFTA 第 1110 条。

参见 ECT 第 13 条,第 21 条,第 26 条。

当地救济的做法。而拉美以外的其他国家,现今已只有绝少数的国内涉外投资法仍然适用当地救济原则<sup>[16]444</sup>。早在1992年,就已有1/2的国家规定,经国家或预先概括式的同意,或签订一个特别协议或条款,就可提交国际仲裁<sup>[16]445</sup>。再看双边投资条约,阿里对1991年前签订的335个条约的统计显示,几乎所有的条约都规定了仲裁条款,其中212个规定可以提交ICSID仲裁,或是作为唯一的解决投资争端的途径,或是作为二选一(Alternative)的解决途径<sup>[10]382</sup>,而在20世纪80年代中期到90年代中期所签订的新条约中,绝大部分都规定当征得东道国同意时可诉诸仲裁,而且几乎都是概括性同意<sup>[16]334</sup>。“这些双边投资条约中,一般都有受侵害的投资者可以‘将争端诉至东道国法院或行政法庭以求解决’的条款,然而这些条约并没有把诉求当地救济视为提交国际仲裁的先决条件,相反,它们授权投资者可以将争端直接递交国际仲裁的权利。”<sup>[16]334</sup>与此相反,“用尽当地救济原则”却有弱化趋势,如对20世纪90年代以来所缔结的400多个双边投资条约的统计表明,只有5个条约要求用尽当地救济,有20个条约规定了诸如18个月、12个月,或6个月的“用尽”期限<sup>[3]99-100</sup>。但是,“这种期限对于处理复杂的国际投资争议是非常不现实的”<sup>[17]</sup>,而且,“从技术的角度讲,诉求当地救济并不是前提条件,因为一旦这种‘用尽’期限过去,争端当事方可以自由的诉求国际仲裁。”<sup>[17]</sup>因而,这不得不让人以为这些规则并没有代表缔约国真正要求用尽当地救济的意图,或其更多的只是为了给予一种象征性的功能,因为它毕竟在历史上有过重要的政治意义<sup>[3]100</sup>。而在区域性投资条约中,争端解决方式的国际化趋势亦甚明显。例如,ECT第26条允许投资者径自提请国际仲裁的规定,实际上已经将仲裁的自愿性这一基本原则否定了,传统仲裁法要求仲裁建立

在双方当事人协商同意基础上的原则被抛弃,取而代之的是一种打着仲裁旗帜的强制管辖机制,而且,这种强制管辖仅针对东道国,投资者有权自由选择其他争端解决机制<sup>[9]281</sup>。显然,这已是缔结条约的独联体与东欧等转型国家的最大妥协,即以某种特殊方式完全放弃“用尽当地救济原则”。

对于法律适用,在双边投资条约和多边投资条约中也反映出国际化趋势。虽然大部分条约名义上采用尊重当事人意志、国内法与国际法并重的灵活多样性原则,但由于利害关系的存在,投资者与仲裁员显然会存有选择国际法的偏好。从《ICSID公约》第42条立法看,其有权解释为:如果争端当事国根据国内法所采取的行动不符合国际法,仲裁庭将适用国际法。这实际上将国际法置于国内法之上<sup>[3]100</sup>。另外,其授予当事人“意思自治”的权利甚至已不受传统的法律选择中诸如国内强行法或公共秩序保留等的限制,因为在ICSID的机制下,实体法的适用已经“非国内化”或“国际化”了<sup>[3]101</sup>。而且,从ICSID的仲裁实践看,在许多个案中已明显暴露出偏向资本输出国即排斥东道国国内法的倾向。如在SPP(ME)诉埃及案中,仲裁庭认为,“当国内法存在缺漏或者国内法的排他适用违反国际法时,仲裁庭有义务根据《ICSID公约》第42条直接适用有关的国际法原则和规则。”同样,阿姆科诉印尼案的特设委员会也认为,“《ICSID公约》第42条授予仲裁庭适用国际法规则是为了填补国内法的缺漏,并在国内法与国际法冲突时确保后者的优先效力。”同时,在其他的一些区域条约或多边条约中,如NAFTA与ECT,都规定投资者在启动国际仲裁程序时,可以直接适用条约的实体性规则,从而完全绕开东道国国内法规定<sup>[9]276</sup>。这样,诸如NAFTA中的一系列带有浓厚的国际投资自由化趋势的实体规则,成为投资者提出程序法上要求

⑩ 实际上,截止到2003年11月,大部分拉美国家已加入《ICSID公约》。See ICSID, List of Contracting States and other Signatories of the Convention (as of November 3, 2003). At [http://www. Worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm](http://www.Worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm), 2004-05-30.

⑪ 参见ECT第26条第1款。

⑫ 参见《ICSID解释手册》(英文版)第12页。转引自陈安. 国际经济法学[M]. 北京: 大学出版社, 1994: 363.

⑬ 3 ICSID Report 208 (1995), 转引自孟国碧. 略论经济主权原则的理论与实践[D]. 厦门大学法学院博士学位论文, 2000: 101.

⑭ 1 ICSID Report 515 (1993), 转引自孟国碧. 略论经济主权原则的理论与实践[D]. 厦门大学法学院博士学位论文, 2000: 100.

的证据,也为仲裁庭提供了更为明确的判案依据,比ICSID体制更强有力地保护了投资者<sup>[9]276</sup>。

#### 五、国际投资立法自由化趋势下发展中国家及中国的角色定位与战略选择

无疑,对晚近国际投资法的“自由化”立法趋势的实证分析,实际上已经证明了这样一个事实,即在经济全球化时代,经济主权在传统制度上已发生重大演变。但由此即得出经济主权正在弱化或消亡之结论,我们认为不免有以偏概全或舍本求末之嫌。缘由在于发展中国家在国际投资立法方面战略定位的改变,只是它们试图在全球化背景下更好地发展本国经济,从而有利于维护主权的表现之一。历史经验表明,适当、有效地参与国际经济合作能为参与合作的国家带来可观的经济利益,乃至促进整体国家利益。无论对于WTO,还是欧盟,这都是维系它们与成员方关系的最牢固的纽带。

不过,我们必须看到的是,在晚近国际投资自由化立法“繁荣”景象,以及发展中国家积极参与经济全球化与国际投资立法的背景下,许多发展中国家却日益面临严重的“发展”问题。事实上,除东南亚和其他少数新兴工业国家外,南北双方的差距越来越大,广大发展中国家陷入日益边缘化、贫困化的困境。这种两极悖反的现象虽然不能说是晚近国际投资立法,乃至整个国际经济立法所造成的必然结果,但超乎小国、弱国实际,追求形式上的“程序正义”,以及强调经济效益而忽视社会因素的立法模式,对这种矛盾的激化显然起到助纣为虐之效果。

尽管当前广大发展中国家日益贫困化与边缘化的问题已引起国际社会的广泛关注,也采取了一定的行动。我们可以预见,为了国际社会的良性发展,今后的国际投资立法,乃至整个国际经济立法将比以前更多考虑发展中国家的特殊利益及其需要,在一定程度上改变当前立法的“倾斜天平”的倾斜度。不过,国际社会毕竟只是一个处于“原始状态”的社会体系,它的宏观主体,即主权国家,从本质上讲仍然是趋利避害的私利追求者。对于原来对己有利的包括国际投资法在内的国际经济法体系,发达国家更愿意的是保持与扩大在其中的既得利益,而不是心甘情愿地拱手相让。因此,发展中国家欲图完整与充分地实现它们的诉求,其必须扮

演更加主动与积极的角色。同时,作为全球最大的发展中国家的中国,在其中扮演何种角色,也是一个值得探讨的问题。

1. 正如马克思主义唯物辩证法所认为,事物发展的主要原因在于内因,而不是外因。因此,发展中国家自身的经济与贸易政策的失当、国内市场体制建设以及客观社会环境显然是制约它们发展的主要原因,而现有国际经济秩序的不平等与晚近国际投资法律体制对发展中国家的不公平,只是影响其经济发展的一个外在的重要因素,并不是一个根本性因素。同样,即使将来国际社会能够构建出对解决发展中国家的“发展”问题有所裨益的国际经济法体系,对于解决发展中国家的“发展”问题,仍然只能起到辅助性作用。实际上,解决发展中国家的“发展”问题最为关键的是,必须依靠发展中国家自身的制度建设与经济发展。因此,我们认为,要解决发展中国家的“发展”问题,不仅要当前对不公平的国际经济机制进行改革,同时需要发展中国家对国内传统经济制度进行改革,为参与全球化做好国内市场制度的建构准备。

2. 如果我们把现行国际投资法律体系乃至整个国际经济法律秩序中对发达国家的倾斜度彻底扭转,从而建立真正公平的国际经济法律秩序视为一个“质变”过程,则在当前以及以后相当长的时间内,促进对发展中国家扶持政策的发展无疑是一个“量变”过程。国际关系本质上仍然是实力政治,在实力对比悬殊的情况下,要想达到国际经济秩序的全方位“质变”,难度之大已是不言而喻。不过,在具体的国际投资立法谈判中,积极应对、努力争取,至少可以达到局部的改变。而即使是局部的改变,从眼前讲有利于发展中国家争取更多的“绝对利益”,从长远看是未来整体秩序“质变”的必要准备与先期酝酿。总之,其意义是不可忽视的。而在国际投资立法谈判中,灵活运用各种博弈技巧,是催生这种“量变”的有效途径之一,具体包括:积极参与国际投资立法谈判,努力使发展中国家在全球化背景的竞争劣势问题,以及必须改造国际投资法体系的诉求得以充分表达;实行“一揽子博弈”策略,将对发展中国有利的谈判议题与其他发达国家渴望谈判的议题相挂钩;加强在国际投资立法谈判上的南南合作,用集体的力量推动对发展中

国家更为有利的立法议题的谈判等等。

3. 中国既是全球最大的发展中国家, 又是一个颇为“特殊”的发展中国家, 这种特别身份决定了中国与广大发展中国家既有利益的一致性, 也存在利益的冲突性。当然, 从全局看, 一致性为主流, 即国际投资法乃至整个国际经济法的公平问题也是一个与我国利益攸关的问题。同时, 作为一个正在迅速崛起的大国, 我国需要有利于本国经济发展的国际政治经济稳定秩序, 而只有改造对发展中国家不利的国际经济法律制度, 使之切实发挥出对发展中国家的扶持实效, 才能使国际政治经济秩序健康发展。因此, 立足于中国的根本利益, 附之作为一个负责任的大国应有的道德或正义感, 决定中国在今后的国际经济立法谈判中应该采取两方面战略。其一, 作为全球最大的发展中国家, 我国应发挥出应有的作用, 尤其是面对诸如 WTO 等国际经济组织中发展中国家力量日益分散化与分歧日益增多的局面, 不仅在有关国际经济立法谈判中, 必须督促发展中国家齐心协力, 求同存异, 团结大多数, 从而起到中流砥柱的作用, 也必须在如何统一发展中国家的利益、立场以及要求更好地诉诸到国际社会, 并引起足够重视等等理论问题的研发方面, 投入足够的人力、物力、财力, 从而为发展中国家与自身谋取更大福利提供理论指导。其二, 作为身份颇为特殊的发展中国家, 我国应充分利用在当今世界中为数不多的能与发达国家平起平坐的地位, 不仅能向发达国家正确传达发展中国家的合理诉求, 并促使前者重视后者的这种诉求, 也能在南北双方之间搭起沟通的桥梁, 以弥合双方分歧, 消除误解, 共谋在全球化背景下解决发展中国家的“发展”问题之良策。

参考文献:

- [1] Thomas W. Waelde. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty—Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries [J]. Journal of World Trade, 1995, 29, (5).
- [2] Franz Xaver Perrez. Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International

- Environmental Law [M]. Kluwer Law International, 2000: 74-76.
- [3] 孟国碧. 略论经济主权原则的理论与实践 [D]. 厦门大学法学院博士学位论文, 2000.
- [4] 曾华群. 国际投资法学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1999: 484-485.
- [5] Jeffery Atik. Fairness and Managed Foreign Direct Investment [J]. Columbia Journal of Transnational Law, 1994, 32 (1): 6.
- [6] Kenneth J. Vandeveld. Investment Liberalization and Economic Development: the Role of Bilateral Investment Treaties, Columbia Journal of Transnational Law, 1998, 36 (3): 512.
- [7] Franziska Tschfen. Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment [J]. ICSID Review-FILJ, 1992, 7 (2): 387-414.
- [8] Ibrahim Shihata. Recent Trends Relating to Entry of foreign Direct Investment [J]. ICSID Review-FILJ, 1994, 9 (1): 51. 转引自刘笋. 国际投资保护的国际法制若干重要法律问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002: 88.
- [9] 刘笋. 国际投资保护的国际法制若干重要法律问题研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [10] Mohamed I. Khalil. Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties [J]. ICSID Review-FILJ, 1992, 7 (2).
- [11] Nicoschrijver. Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- [12] 曾华群. 国际经济法导论 [M]. 北京: 法律出版社, 1997: 184—189.
- [13] 汪暄. 国家对自然资源的永久主权 [M] // 中国国际法学会. 中国国际法年刊. 北京: 中国对外翻译出版社, 1982: 113.
- [14] 陈辉萍. 多边投资协议的谈判回顾与展望 [M]. 陈安. 国际经济法论丛 第2卷. 北京: 法律出版社, 1999: 300.
- [15] 李万强. ICSID 仲裁机制研究 [D]. 厦门大学法学院博士学位论文, 1999: 83.
- [16] Antonia R. Parra. Principles Governing Foreign Investment as Reflected in National Investment Codes [J]. ICSID Review-FILJ, 1992, 7 (2).
- [17] Commentary on the ICSID Convention: Art. 26 [J]. ICSID Review-FILJ, 1997, 12 (1): 201.

(责任编辑: 陈尚志)