

本卷要目

【宋晓燕】

对自贸实验区外资安全审查制度的思考

【边永民 郭红燕】

环境群体性事件应对的美国经验

【杜景林】

德国商法典的法律技术连接点——商人

【丁 丁 王云鹏】

论场外交易所间的竞争机制

【李 莘】

美国公司资本制度的价值取向与创新

【赵海乐】

“超WTO义务”的GATT例外适用权分析

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW
REVIEW VOL.12
◆ 中国国际贸易法学研究会 / 主办
◆ 对外经济贸易大学法学院 / 承办
◆ 沈四宝 王 军 / 主编

国际商法论丛

2014年上半年卷

第12卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

014036330

D996.1-53

02

V12

D996.1-53

02

V12

2014年上半年卷
第12卷

国际商法论丛

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW
REVIEW VOL.12

- ◆ 中国国际经济贸易法学研究会 / 主办
- ◆ 对外经济贸易大学法学院 / 承办
- ◆ 沈四宝 王 军 / 主编
- ◆ 石 伟 / 执行主编



北航

C1715807



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际商法论丛. 第12卷 / 沈四宝, 王军主编. —北京: 法律出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6081 - 1

I. ①国… II. ①沈…②王… III. ①国际商法—文集 IV.
①D996. 1 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第033035号

国际商法论丛(第12卷)

沈四宝 主编
王 军

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014年3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 三河市龙大印装有限公司

印张 13.875 字数 364千

印次 2014年3月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 - 6081 - 1

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任：

沈四宝 对外经济贸易大学法学院教授

王 军 对外经济贸易大学法学院教授

委员（按姓氏笔画顺序排列）：

丁 丁 对外经济贸易大学法学院教授

车丕照 清华大学法学院教授

孔庆江 中国政法大学国际法学院教授

左海聪 南开大学法学院教授

伏 军 对外经济贸易大学法学院教授

邵景春 北京大学法学院教授

杨 松 辽宁大学法学院教授

张乃根 复旦大学法学院教授

周仲飞 上海财经大学法学院教授

高 翔 中国政法大学比较法学研究院教授

莫世建 澳门大学法学院教授

慕亚平 中山大学法学院教授

前 言

在《国际商法论丛》(以下简称《论丛》)的发展道路上,2013年将是值得记忆的一年!在这一年,《论丛》在坚持办刊特色的基础上进行了诸多变革:缩短了出版周期、成立了新的编辑委员会、完成了电子化改造。上述变革定将为《论丛》未来的发展注入新的动力。

经过精心筹划,《论丛》第12卷的编辑工作完成了。本卷共刊载16篇文章,涵盖了国际贸易法、国际环境法、国际商法、比较知识产权法、国际反垄断法、比较财产法等领域。这些文章体现着《论丛》业已形成的风格和特色。

在国际贸易法领域,本卷收录了4篇论文。宋晓燕的论文讨论了一个全新的论题——自贸实验区外资安全审查制度的若干问题。文章对外资安全审查的价值取向、范围、标准、审查机构及其人员组成等内容进行了深入分析,并对我国未来的制度安排提出了系统性的建议。赵海乐的论文通过“中国—汽车零部件案”、“中国—音像制品案”和“中国—原材料案”的分析,论述了“超WTO义务”的GATT例外适用权。作者建议,我国可以通过在双边、多边投资协定中作出专门规定的方式,保证我国在特定情况下暂停履行投资承诺,从而达到与适用GATT例外同样的效果。郝卓的论文研究了美国对华双反调查中的“避免双重救济”的方法、问题及其效果。该文认为,美国避免双重救济的方法只能解决部分问题,并不能从根本上避免双重救济。闫淠洋的论文主要研究了WTO补贴规则下的中国汇率政策是否构成出口补贴。文章回顾了我国人民币汇率政策的发展历程,梳理了以美国为首的发达

国家对我国人民币汇率政策的态度,并论证了中国汇率政策是否构成 WTO 补贴规则下的补贴。

在国际环境法领域,本卷精选了4篇论文。边永民和郭红燕的论文介绍了美国预防和应对环境群体性事件的经验和启示。文章系统阐述了美国环保运动的历史、美国环保局在解决群体性环境事件中的角色和作用、美国的环境许可审批制度等。作者认为,参与决策和有效沟通是处理政府、企业和群众之间在环保问题上的不同利益和诉求的有效方式。汪宇聪的论文研究了发生海洋石油污染时责任人承担责任的范围问题,对中国法律与美国法律及国际公约的相关制度进行了比较研究,并对美国的司法实践及其效果进行了分析。作者认为,我国可在船舶石油污染案件中适用有限制的责任限制制度;在海上平台石油污染案件中排除适用责任限制制度。刘梦竹的论文分析了美国墨西哥湾漏油事件发生后各方主体为寻求多种救济所采取的措施。文章重点讨论了个人诉讼、集团诉讼以及政府诉讼等救济途径,其法律依据及其效果。于璐洋的论文研究了海洋石油污染案件中清污责任的分配问题。文章揭示出,在海上石油污染事件发生后,清污工作对环境和经济都具有重要影响。

在国际商法领域,本卷选取了3篇佳作。杜景林的论文对商事营利事业性质的商人、法律形式性质的商人、拟制商人和表见商人等概念进行了系统分析。文章指出,商人是贯穿整个《德国商法典》的核心概念和法律技术连结节点;商人概念决定了商法典的适用范围,决定了商法典对经济生活的干预和规范程度。丁丁和王云鹏的论文分析了我国场外交易市场存在的问题,认为问题的根源在于市场本身的不成熟和政府主导下的市场构建存在缺陷。作者建议,政府应充分发挥场外交易所的自律监管功能,引导其通过竞争开展制度创新,完善市场机制。李莘的论文研究了美国公司资本制度的价值理念与制度内容,系统分析了美国公司资本制度在促进科技创新、便利公司筹集资本方面的实践与理论。文章指出,新的制度体系在维护公司

利益、便利公司筹资的同时,也更好地保护了债权人的利益。作者建议,我国公司法应当进一步研究公司资本制度的价值取向,以实现公司资本制度应当具有的社会功能与价值。

比较知识产权法是本卷关注的重点领域。孙益武的论文讨论了欧盟地区过境货物相关的知识产权执法制度与实践。文章重点研究了欧盟知识产权边境执法制度、欧盟知识产权边境执法新条例(草案)与过境货物相关知识产权执法规则的未来发展等内容。作者还总结了欧盟地区知识产权边境执法的现状和共性问题。姜福晓的论文对追续权制度进行了比较研究和系统分析。文章在对追续权的制度起源和发展路径进行了系统梳理的基础上,总结了其他国家追续权立法的经验和教训,探寻该制度的历史发展对我国目前追续权立法的现实启示。作者建议,我国应当在著作权法中对追续权制度进行概括确认,以顺应国际立法潮流。

在国际反垄断法领域,江山的论文探讨了美国反托拉斯法域外适用制度的发展逻辑及其影响。文章介绍了美国反托拉斯法域外适用制度的演变,并系统分析了制度演变的法律背景和政治经济背景。作者建议,中国应当积极参与双边反垄断执行的合作与互助,同时重视在 WTO 竞争政策议题中表达清晰的利益诉求。

在国际金融法领域,尹亭的论文从比较法的视角讨论了危机后主要金融市场国家或地区问题银行特殊处置制度的改革。文章通过对 2007 年至 2009 年金融危机中问题银行失败案例的考察,分析了原有制度的缺陷。文章还介绍了国际标准制定机构以及主要金融市场国家或地区在金融危机后所进行改革的背景和政策重点。作者认为,我国应当借鉴国外的最新立法改革成果,对既有的法律制度进行改革。

在比较财产法领域,英国《2002 年共同持有地产权和租赁持有地产权改革法》[Commonhold and Leasehold Reform Bill(2002)]创设了“共同持有地产权”(commonhold)。自 1925 年以来,共同持有地产权是英国制定法首次设定的新型土地所有权,是英国不动产法

律制度发展中的一次重大标志性事件。限于篇幅,本卷仅刊载该法中译本的第一部分“共同持有地产权”,以飨读者。

2014年即将到来!在新的一年里,《论丛》将为读者带来更多的优秀作品,将为学界同仁打造出更加优秀的成果展示平台!

石伟

目 录

【国际贸易法】

- 对自贸实验区外资安全审查制度的思考 宋晓燕(1)
- “超 WTO 义务”的 GATT 例外适用权分析
——以中国的应诉实践为例 赵海乐(19)
- 美国对华两反调查中避免双重救济方法研究 郝 卓(37)
- WTO 补贴规则下的中国汇率政策分析 闫湫洋(68)

【国际环境法】

- 环境群体性事件应对的美国经验 边永民 郭红燕(85)
- 海洋石油污染领域中的责任限制 汪宇聪(111)
- 美国墨西哥湾漏油事件救济措施研究 刘梦竹(141)
- 海洋石油污染中清污责任的分配与追偿 于璐洋(172)

【国际商法】

- 《德国商法典》的法律技术连结点
——商人 杜景林(192)
- 论场外交易所间的竞争机制 丁 丁 王云鹏(218)
- 美国公司资本制度的价值取向与创新 李 莘(243)

【比较知识产权法】

- 论欧盟过境货物知识产权执法相关制度与实践 ... 孙益武(258)
- 追续权立法的历史考察与现实思考 姜福晓(298)

【国际反垄断法】

美国反托拉斯法域外适用制度的发展逻辑 江 山(313)

【国际金融法】

比较法视角下的问题银行特殊处置制度研究 尹 亭(343)

【比较财产法】

《英国 2002 年共同持有地产权和租赁持有地产权
改革法》..... 石 伟译 戴 萍校(387)

国际贸易法

对自贸实验区外资安全审查制度的思考

宋晓燕*

内 容 提 要

本文讨论自贸实验区外资安全审查制度的若干问题,全文分为四个部分。

第一部分讨论外资安全审查的价值取向。作者首先论述了外资并购国家安全审查制度的价值取向,然后建议应当制定刚柔相济的外资安全审查制度。自贸区作为试验区,允许和鼓励外资并购我国企业的基调不能改变和淡化,应当在此基础上以寻求外资准入和国家安全的平衡为导向,探索我国的外资准入安全审查制度。外资安全审查本身是一个强硬的制度,在审查范围、标准问题上应该体现极强的国家安全保护立场;但正因如此,在程序设计上,要多一些柔性的安排,以缓冲安全审查的强硬给外资带来的影响。

第二部分讨论外资安全审查的范围和标准。作者讨论了“外国投资者”、“控制”、“国家安全”的界定,并相应地给出改进建议。目前对外国投资者的认定主要采取设立地标准并辅以实际控制原则,该界定是不周延的,作者建议我国对投资者国籍的判断采取以设立地为主,但兼顾实际控制及资本来源地的标准,在操作中将该标准细

* 作者系上海财经大学法学院教授。

化。对何谓“控制”则需要对哪些属于其他导致境内企业实际控制权转移给外国投资者的情形以及哪些属于公司的重要事项等作出细致的界定。“国家安全”的规定则过于原则,可以用列举的方式对国家安全的标准加以明确,进而细化出国家安全审查的可操作的具体标准。

第三部分讨论外资安全审查的机构和人员组成。目前外资安全审查的机构是部际联席会议,牵头部门是发展改革委、商务部。这样的机制存在若干问题,例如,管委会如何行使其职责,如何去协调各部委来讨论?联席会议是一个常设性的机构还是松散的形式?什么人参加这个部际联席会议?由谁来决定哪些“相关部门”会同参与安全审查?“相关部门”包括哪些?作者建议管委会应和联席会议制度建立联系;联席会议制度应过渡为一个常设的国家安全审查委员会,承担具体的安全审查并可对其进行问责;人员的构成上应要求为各部委的负责人;“相关单位”建议规定出有共性的重要国家部门,同时规定补充所需部门的程序。

第四部分讨论外资安全审查的程序。作者首先分析了目前规定中存在的问题,然后给出了完善的建议。目前外资安全审查的程序存在若干问题,既不够严谨细致又缺乏任何柔性设计,例如,“如有部门认为并购交易能对国家安全造成影响”中“如有部门”是指只要有一个部门还是指几个部门?“意见基本一致的,由联席会议提出审查意见;存在重大分歧的,由联席会议报请国务院决定”中什么情况是“基本一致”,一个部门明确反对是否算是“存在重大分歧”?作者建议程序性的内容一定要严谨细致,具有可操作性,并需补充通知前非正式沟通机制以及国家安全风险缓和措施。

引言

上海自贸区的重要改革方向就是终结审批制,逐步建立“以准入后监督为主,准入前负面清单方式许可管理为辅”的投资准入管理体制。很明显,“负面清单”管理模式是要简化相关手续,在“负面

清单”之外的领域,在外资准入之前就给予国民待遇。但是有一个需要明确的问题就是:对外资准入的管理由审批制改为备案制,这是自贸区制度改革的重要一环,但这并不意味着政府放弃对外资准入的安全审查。《自贸区管理办法》第30条授权管委会建立安全审查相关机制,^①如何在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度就是当下非常现实的一个考量。对于这高度概括的一条,我们至少要从这么几个方面进行回应:为什么要对外资进行安全审查?即安全审查的正当性、必要性和度的问题;哪些外资项目应该进行安全审查?即安全审查的范围问题;什么是国家安全?即安全审查的标准问题;谁来进行审查?即安全审查的机构和人员组成问题;怎样进行审查?即安全审查的程序问题。

2011年2月之前,我国关于外资并购的国家安全审查具体制度相关的规定仅有为数不多的几个条款,如《反垄断法》第31条和商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)第12条。^②而当时的法律法规均未对国家安全审查的具体审查机构、标准、程序、期限等作出规定。国务院办公厅于2011年2月3日发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称《通知》),并于3月3日正式开始实施,标志着我国正式建立起了外资并购的国家安全审查机制。该机制是以《反垄断法》第31条规定为依据,其中规定了并购安全审查范围、内容、程序以及工作机制这些问题。然而该《通知》中的内容是否可供自贸

① 《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(市政府令第7号)第30条(安全审查和反垄断审查)规定:“自贸试验区建立安全审查和反垄断审查的相关工作机制。投资项目或者企业属于安全审查、反垄断审查范围的,管委会应当及时提请开展安全审查、反垄断审查。”

② 《反垄断法》第31条规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》第12条赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。

试验区参考适用,其是否能回应前述所提出的问题,可能还不能得出一个肯定的结论,因为《通知》本身仍存在不少尚需完善和改进之处。自贸区可以对外资安全审查制度从细节上进行缜密设定和完善,这不仅是对自贸试验区,同样对于我国长期坚持的外资开放政策而言,无疑具有重大的战略意义。以下将针对上述问题逐一进行讨论。

一、外资安全审查的价值取向:外资开放与国家安全的平衡

(一) 确定外资并购国家安全审查制度的价值取向

各国对外资并购本国企业进行规范和监管的程度取决于该国在外资并购问题上的价值取向,此价值取向通常根据本国经济和社会情况的特殊性以及不同时期的不同侧重而有所变化。尽管各国具体做法有所差异,但总的趋势是都承认与允许跨国并购,在鼓励和支持外资并购国内企业的同时,为维护本国的经济主权的独立性,防止本国经济对外资的过度依赖,对外资并购采取谨慎的态度,对外资进入的行业加以一定限制。

在确定我国有关外资并购的立法价值取向时,既要借鉴国外立法经验,又要考虑我国的实际经济状况以及外资并购的特殊影响。事实上,无论是发达国家还是发展中国家在对待外资的态度上大致都存在着怀疑与肯定两种观点。^③ 美国是世界上第一个对外资安全审查建立了完整详细的法律框架的国家,但其历来都存在着不同的观点和立场,这种冲突长期存在于立法的过程之中,并有助于美国外资并购安全审查法律及其实施中形成了开放投资与国家安全之间的

^③ 美国在20世纪80年代,怀疑论者主要担心的是,外资进入后会损害本国经济与政治主权。这些问题具体包括国家安全、劳工关系、微观经济与宏观经济后果、垄断后果以及外国势力的政治控制等方面的问题。支持外国投资的肯定论者的观点主要是:美国一直以来对外资奉行开放的政策,古典经济学理论支持开放的投资政策,现行法律已经对可能出现的问题提供了应对措施,没有必要进行国籍歧视,解决问题需要找准原因,最后,经济全球化之下,各国经济相互依赖性显著增强,经济政策的制定也会相互影响。

平衡。自贸区作为试验区,允许和鼓励外资并购我国企业的基调不能改变和淡化,在此基础上以寻求外资准入和国家安全的平衡为导向,探索我国的外资准入安全审查制度。

(二) 制定刚柔相济的外资安全审查制度

外资安全审查本身是一个强硬的制度,在审查范围、标准问题上应该体现极强的国家安全保护立场;但正因如此,在程序设计上,要多一些柔性的安排,以缓冲安全审查的强硬给外资带来的影响。如后面所建议的预沟通制度、风险缓和制度等。

二、外资安全审查的范围和标准

对我们目前而言,首先要进一步完善《负面清单》,如果内容覆盖过宽,则无法发挥《负面清单》这种模式的优势,此外需要同时进行的是,根据我国经济发展需要对《指导目录》进行相应修改,为下一步早做准备,为涉及国家安全的战略行业以及重点企业提供具体指引,避免行政裁量权的不当行使而对外资开放政策造成冲击。考虑到确定《指导目录》中具体哪些行业属于涉及国家安全的战略行业,通常是从我国经济发展水平和国家发展战略出发,涉及政策、政治、经济、法律、科技等诸多方面,本文对此不加论述,仅从法律角度就外资国家安全审查中涉及的重要因素加以探讨。

外资安全审查法的主旨在于确定外国人通过新建或收购而对本国人的控制是否影响本国的国家安全,因此确定哪些外资项目应该进行安全审查,自然会涉及对“外国人”、“本国人”、“并购”、“国家安全”等一系列重要概念的界定。

(一) 对“外资”、“外国人”的界定

界定外资并购国家安全审查的对象,最关键的是对外资的界定。各国普遍以投资者国籍为标准来区分,包括设立地标准、资本来源地标准、实际控制主义标准。《并购规定》对外国投资者作了广义的界定,包括外国投资者和外商投资企业,对外国投资者的认定主要采取设立地标准,辅以实际控制原则。在《通知》中则完全没有对外国投

投资者的界定。

这样一来就产生了几问题,若某一在外国注册并运营的企业,如果其最终为我国国民控制,则该企业是否要被视为外国人?如果该企业的决策受到所在国的外国政府的干预,则该企业又是否应被视为外国人?另外,若某一企业在我国注册与经营,如果其最终由外国国民控制,则是否应被视为外国人?

作为世界上第一个对外资安全审查建立了完整详细的法律框架的国家,美国的安全审查制度对很多国家都产生了重大的影响,其发展、变迁对我国自贸区外资安全审查制度的建立无疑有重大借鉴意义。在《埃克森—弗洛里奥修正案》^④的《1991 条例》第二部分有关定义的规定中对外国人、美国人、并购、控制等这些概念作出了界定。这四个概念是确定某项外资并购交易是否属于美国外资并购安全审查法管辖范围的基础,并体现于后面有关管辖交易类型的规定之中。其中外国人是指出外国国民以及由外国利益方控制的实体,而外国利益方是指包括外国政府在内的任何外国人。而 FINCA^⑤《2008 条例》对“外国人”及“控制”一词也给出了详细的定义。外国人是指:(1)任何外国国民、外国政府或外国实体;或(2)任何受或可受外国

④ 进入 20 世纪 80 年代,外资并购替代新建投资成为外国直接投资的主要形式,日本成为美国针对外资的关注重点。1986 年日本富士通(Fujitsu)收购美国仙童公司(Fairchild)以及英国戈德史密斯公司(Sir James Goldsmith)收购固特异公司(Goodyear)这两案一般被认为是催生一系列限制外资并购的立法提案的直接导火索。政府也最终接受了国会以埃克森与弗洛里奥两议案为基础进行修改后的修正案,同意将其作为《综合贸易与竞争力法案》的一部分,这就是著名的《埃克森—弗洛里奥修正案》,在其中规定了审查程序、审查范围、审查标准等重要问题。

⑤ 中海油竞拍案重新点燃了美国国会中的保护主义情绪,不少国会议员据此提出议案,要求对外资并购审查制度进行修改。最终以《2007 年外国投资与国家安全法》(FISIA)为名通过了对《埃克森—弗洛里奥修正案》的修改。FISIA 是在《埃克森—弗洛里奥修正案》、《伯德修正案》、《1991 条例》等的基础上对美国外资并购安全审查法进行了修改与完善。与最早的法律文本相比,总条数只是由 8 条增加至 14 条,但是文本内容已经作了大幅的扩充。FISIA 仍然作为美国《1950 年国防生产法》的 721 节,但是通过程序及实体方面的调整,美国外资并购安全审查法律制度的独立性进一步增强。

国民、外国政府或外国实体控制的实体。

这一概念实质上是将外国人界定为任何外国的自然人以及企业。对外国国民的判断方法较为简单,即国籍标准。条例对外国企业的界定方法,不是一般的注册地或经营地标准,而是采用控制人国籍为主要标准,并结合其他相关标准。也就是说,在美国外资并购安全审查法之下,即使某一在外国注册并运营的企业,如果其最终为美国国民控制,则该企业不视为外国人。但是如果该企业的决策受到所在国的外国政府的干预,则该企业又会被视为外国人。另外,即使某一企业在美国注册与经营,如果其最终由外国国民控制,则仍然是外国人。

因此,即便没有外国国籍,不是外国实体,与外国政府没有直接关联,但只要可以受到外国人、外国实体、外国政府的控制,就能被认定为“外国人”,这无疑是一种扩大化的定义。

问题是这种扩大化的解释是否是必须的。如果放在维护国家安全的角度应该不难理解:既然要进行的是国家安全审查,有些属于原则性的内容就是需要在立法中予以坚持。前述谈到国家安全审查本质上是一个非常强硬的制度,因此如何既维护国家立场,又不伤害外资积极性,整体设计上要把握好刚柔相济的原则。对外国人的界定直接关系到安全审查的范围,直接影响到国家安全是否得以保护,因此,为了更好地区分内外资,建议我国对投资者国籍的判断采取以设立地为主,但兼顾实际控制及资本来源地的标准,在操作中将该标准细化,要考虑到前面分析的各种情况,以更准确、更全面地涵盖“外国人”,达到国家安全保护的目标。

最后,要特别指出,《通知》在最后规定“香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的投资者进行并购,参照本通知的规定执行”这条是否妥当,笔者的建议是可以删除。

(二) 明确何谓“控制”

《并购规定》对外资并购进行安全审查的第一个标准就是并购企业实际取得被并购企业的控制权,但《并购规定》中未对控制权的