

外资法律制度研究丛书 “十三五”国家重点图书

国际投资法： 实践与评析

..... 张庆麟 主编



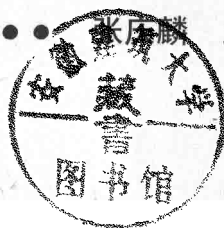
WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

外资法律制度研究丛书 “十三五”国家重点图书

国际投资法： 实践与评析

..... 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际投资法:实践与评析/张庆麟主编. —武汉:武汉大学出版社,
2017. 12

外资法律制度研究丛书

“十三五”国家重点图书

ISBN 978-7-307-19887-6

I. 国… II. 张… III. 国际投资法学—研究 IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 307871 号

责任编辑:张 欣

责任校对:李孟潇

版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:虎彩印艺股份有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:15.25 字数:217千字 插页:2

版次:2017年12月第1版 2017年12月第1次印刷

ISBN 978-7-307-19887-6 定价:45.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

总 序

《外资法律制度研究丛书》是“十三五”国家重点图书。该丛书计划对晚近以来国际投资法领域的热点理论与实践问题予以探讨。

随着经济全球化的发展，私人海外直接投资与日剧增，对其进行规范的国内法制和国际法制也得到迅猛发展。外国直接投资活动因其存在于东道国境内，加之时间较长、与东道国的经济联系紧密等因素，可能会对东道国的国家安全、产业发展、环境、劳工、司法、行政、公众生活与公共健康等各领域产生广泛的影响。而此类影响既有可能是积极的，即可以为东道国带来资金、技术与管理经验，但也可能是诸如干涉东道国内政、产生垄断、转移定价、破坏环境等消极影响。

外国投资法律制度涉及的外国人待遇、外交保护以及侵害外国人而引发的国家责任等问题，在国际法中一直争议较大，未曾形成如同贸易领域的较为统一的国际法律制度。直到 20 世纪 80 年代，发展中国家出于引进外资发展本国经济的需求，逐渐转变了对外国投资的态度，纷纷制定外资法以及缔结双边投资协定（BITs），加之双边投资协定所规定的投资者与东道国争端解决机制（ISDS 机制）逐渐得到认可并受到外国投资者的重视，从此真正开启了“BIT 时代”。基于此，关于外国投资的国际法律制度才逐渐丰富起来。其后，数以千计的双边投资协定以及数以百计的仲裁裁决不断涌现不仅使国际投资领域变得更加“规则化”，而且也国际投资法理论的形成与变化提供了丰富素材。

在全球化深入发展、全球价值链生产体系逐渐形成的背景下，国际投资与贸易之间的关系愈发紧密，不再只是简单的替代关系，而是相互补充的复杂关系。这致使将国际投资规制与国际贸易规则

规定在一处的综合性自由贸易协定数量不断增多，实际上这也是投资条约区域化甚至全球化的推动因素。晚近以来的几次全球性经济危机的爆发导致新自由主义政策在外国投资法律制度失去了主导地位，国际社会进行了深刻的反思并引入其他相关理论来指导国际投资法的发展，如嵌入式自由主义、全球行政法、可持续发展理论等。近期的反思成果已有所显现，这就是 UNCTAD 倡导的新一代投资政策正在逐渐形成中。这种政策的一个核心要素就是可持续发展，其对外国投资法律制度所提出的一个基本命题就是外国投资者的私人利益与东道国的公共利益要达致一种平衡。这种平衡实质上就是要求在外国投资法律制度中既要考虑如何吸引与保护外国直接投资，也要考虑如何消除外资对东道国发展的不良影响。反映到国际投资协定的实践中，近期的表现主要体现于不同国家的双边投资条约的范本或者已签订的国际投资协定在条款上出现了“加加减减”，如增加一般例外条款、劳工环境人权条款、东道国规制权条款等，又如一些条约中摒弃最惠国待遇条款、保护伞条款、ISDS 机制等。这些条款的“加加减减”以及对 ISDS 机制的改革或存废的争论，其目的均在于期望能够减少国际投资条约对东道国政府合理治理国家的权力与能力的“干扰”与束缚，也希望能够约束外国投资者“滥用”国际投资条约肆意提起投资争端的能力，使得东道国的公共利益与投资者的私人利益趋向平衡发展。所有这些都将会深刻地影响调整外国投资的国际、国内法律规则的发展。

我国目前正在制定一部新的促进与保护外资的《外国投资法》以取代“外资三法”。这部新法旨在为外资创建一个更加开放、自由以及公平的市场环境。其中最重大的变化就是就是实施外商投资准入的负面清单管理模式。这种模式将会对我国的外国投资法律制度产生重大影响。同时，这也对我国管理外国投资的能力以及实施包括外资法在内的市场经济法律体系的能力提出了极大挑战。随着国内外资立法确立外商投资负面清单管理模式，我国会逐渐在新一代国际投资协定中将国民待遇延伸至投资准入前，从而在投资自由化方面迈出重要一步。

本丛书将从调整外资的国际、国内法律制度两个层面，探讨处

于变革时代的国际投资法制中的重要理论以及新兴实践，并对转型中的国际投资法律体系予以积极回应，以期丰富我国外资法律制度的理论研究，对我国的相关实践提供帮助。

张庆麟

2017年12月6日

前 言

国际投资法正处于变革的时代与大发展的时代。一方面关于外国直接投资的国内立法不断丰富、国际投资协定的数量不断增长；另一方面国际社会对国际投资法也日益不满意，对其有诸多的批评，提出了诸多的改革方案。各国也相应地结合本国情况在国内外资法、对外签署的国际投资条约或者本国拟订的国际投资条约范本中对国际投资法律制度中的不足进行“修修补补”。由于这种“修补”实践目前相当的丰富，本书无法反映其全貌，只能选择了其中的几个点予以介绍与评说，试图以点盖面反映目前国际投资法的发展概貌。

全书由五章构成。

第一章是国际投资协定中东道国规制权的实践。国际社会批评国际投资协定一向只是规定对投资者权利的保护而忽略对东道国规制权的认可，严重制约着东道国对外资的管制空间。随着对公共利益关注的加强以及投资仲裁危机的加深，规制权成为晚近国际投资法和投资政策关注的焦点，典型代表如美国 2012 年 BIT 范本和 TPP 投资章节、欧盟的 CETA 和 TTIP 投资章节草案。上述协定中的若干实体和程序规则，对东道国规制权予以了较为鲜明的关照，基于此，本章提炼、归纳与评析了东道国规制权在国际投资协定的发展状况并提出了中国应有的立场。

第二章是国际投资协定中的竞争中立政策。近年来国有企业海外投资在全球经济中占据重要地位。国际社会普遍认为，国有企业在进行投资活动时能够凭借其国有地位享有很多私有企业无法享受到的优惠条件，如财政补贴、税收优惠、信贷支持等。仅仅凭借这些优惠条件而不是自身的治理结构和技术创新优势，国有企业便能

够在市场中获得竞争优势,从而破坏公平的市场竞争环境。在国有企业中,国家具有管理者和所有者的双重身份,而不论其基于何种身份行事,都难以避免地带着政治色彩。当国家借助国有企业实现政治目标,如促进就业、实施产业政策、环境保护等,国有企业更多地是成为了国家的统治工具而不是普通的投资者。而当一国的能源、基础设施等战略重要性领域为它国控制,一旦发生冲突,这些都会成为外国制胜的砝码。因此,国有企业海外投资的存在本身就给东道国的国家安全带来威胁;国有企业在海外投资活动中面临诸多挑战。竞争中立作为一项专门针对国有企业的政策,逐渐登上国际舞台,并在国际投资条约中得到越来越多的体现。在它的影响下,国际投资协定中的国有企业条款作为众多规制方式中的一种,形式日益多样,内容也不断丰富。本章以国有企业的法律规制为出发点和落脚点,对国际投资协定中的竞争中立政策进行深入研究,并对我国未来的国际投资协定谈判和国有企业改革提供了有益的建议。

第三章是加拿大外国投资法律制度研究。加拿大外资法的发展具有较长的历史,其在条例、内容上也具有鲜明的特色,很多方面值得中国借鉴。本章对加拿大的外资法律制度进行了较为全面深入的研究。

第四章是我国《外国投资法(草案)》中的控制标准。商务部于2015年1月19日在其官网上公布《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》及其说明,正式向社会各界征求意见。这是我国自改革开放颁布“外资三法”以来首次对它们进行统一化的修改,其从内容到体例都是一次翻天覆地的改革。该草案中的控制标准部分在该《外国投资法》中具有极为重要的地位。草案总共11章、170条,其中涉及“控制”标准的条文多达20条,贯穿了《外国投资法(草案)》的多个章节,关乎外国投资者和外国投资的认定、外资准入许可、国家安全审查、信息报告等内容,是《外国投资法(草案)》中的关键枢纽。因此,自该草案公布以来“控制”标准就在理论界与实务界引发深入的讨论。本章即是对该“控制”标准的深入与全面的探讨。

第五章是跨国土地投资争端的法律问题。作为国际农业投资重要组成部分的跨国土地投资的法律问题一直未曾引起学界的关注。作为农业大国，我们非常有必要对其进行关注，本章以跨国土地投资的争端解决为切入点，对农业的跨国投资中的相关法律问题进行了探讨。

本书既是“十三五”国家重点图书——《外资法律制度研究丛书》的一本，也是武汉大学国际法研究所承担的司法部“国家法治与法学理论研究项目”《国际投资法的新发展与中国的应对》(12SFB2052)课题的最终成果和国家社科基金重大项目《外商投资负面清单管理模式与我国外资法律制度重构研究》(14ZDC033)的阶段性成果之一。

本书除第一章外均是我指导的法学硕士生的学位论文，其写作分工如下：

张庆麟(武汉大学法学院教授、博士生导师)：第一章

朱苗苗(广州荔支网络技术有限公司法务专员)：第二章

黄洁琼(武汉大学法学院博士研究生)：第三章

汪玉芳(北京君合(深圳)律师事务所律师)：第四章

万维(北京天达共和(武汉)律师事务所律师)：第五章。

张庆麟

2017年12月6日

目 录

第一章 国际投资协定中东道国规制权的实践	1
第一节 规制权与国际投资协定	1
一、规制权的含义	1
二、国际投资协定中规定规制权的目的	4
第二节 国际投资协定中规制权的体现	5
一、东道国规制权权利宣示条款	5
二、征收条款中明确将东道国的“管制性”征收作为例外	6
三、例外条款对东道国规制权的进一步确认	10
四、程序环节加强对东道国规制权的维护	15
第三节 中国的立场	19
第二章 国际投资协定中的竞争中立政策	24
第一节 竞争中立政策与国际投资协定的实践	26
一、竞争中立政策的兴起和发展	28
二、国际投资协定中的国有企业条款	33
第二节 IIAs 中的竞争中立政策的实施机制和规制范围	38
一、竞争中立政策的实施机制	38
二、竞争中立政策的规制范围	42
第三节 IIAs 中的竞争中立政策的规制方式	48
一、管制中立	49
二、非商业援助制度	54
三、透明度要求	58
第四节 IIAs 中的竞争中立政策对我国的影响和启示	63
一、竞争中立政策对我国的影响	63

二、竞争中立政策对我国的启示	67
第三章 加拿大外国投资法律制度研究	73
第一节 加拿大外国投资审查法律制度概述	73
一、产生背景和制度演进	73
二、立法模式	78
三、制度特点	79
第二节 加拿大外国投资法律制度的理论基础	82
一、基于国家经济发展目标	82
二、基于国家安全的保护	85
三、基于鼓励外资和保护国家利益之间的平衡	88
第三节 加拿大外资并购“净效益”审查制度	90
一、“净效益”审查的主体及其职权	91
二、审查对象及门槛	92
三、审查标准	97
四、审查程序	100
第四节 国家安全审查制度	101
一、审查主体及对象	102
二、审查程序	103
三、国家安全审查与“净效益”审查的关系	105
第五节 加拿大外国投资审查法律制度对我国的启示	107
一、“净效益”审查制度对我国的启示	109
二、国家安全审查制度对我国的启示	112
第四章 我国《外国投资法(草案)》中的控制标准	116
第一节 我国外资法中控制标准的现状与统一	118
一、控制标准的内涵与外延	118
二、我国外资法中控制标准的现状	123
三、我国外资法中控制标准的统一	135
第二节 所有权控制标准	138
一、所有权控制标准分类	138

二、所有权控制标准存在的问题.....	140
三、所有权控制标准的完善建议.....	149
第三节 协议控制标准.....	151
一、协议控制标准概述.....	152
二、协议控制标准评析.....	158
三、协议控制标准的完善建议.....	164
四、结论.....	167
第五章 跨国土地投资争端的法律问题.....	169
第一节 跨国土地投资争端相关概念界定.....	169
一、跨国土地投资概述.....	169
二、跨国土地投资争端概述.....	176
第二节 跨国土地投资争端解决的法律基础.....	182
一、全球性跨国土地投资相关原则.....	182
二、国际投资协定中跨国土地投资法律制度.....	187
第三节 跨国土地投资争端实践.....	195
一、与跨国土地投资有关的投资争端先例分析.....	195
二、土地改革引发的投资争端中的赔偿标准.....	200
三、跨国土地投资直接引发的投资争端预测.....	204
四、其他与土地有关的投资争端分析.....	213
第四节 东道国与母国在跨国土地投资中的职责.....	218
一、东道国的职责.....	219
二、投资者母国的职责.....	222

第一章 国际投资协定中东道国 规制权的实践

第一节 规制权与国际投资协定

一、规制权的含义

规制不是一个正式的法律术语，其来自于经济学领域，特别是随着规制经济学的发展，在经济学领域得到广泛认可，其后“流入”法学、政治学等领域。规制的前提是市场经济，如何处理和协调政府与市场的关系，是市场经济国家必须处理好的现实问题。不论是理论上还是实践中，对于市场存在失灵是普遍的共识，政府有必要用其“有形之手”干预市场以纠正失灵的市场，也得到普遍的认可。所以，规制的目的是修正市场机制的缺陷，保证市场经济的健康发展。如米尼克指出：“规制是针对私人行为的公共行政政策，它是从公共利益出发而制定的规则。”^①吉尔洪和皮尔斯认为：“政府的产业规制仅仅是对众多私人经济力量的法律控制形式中的一种。”^②

一般而言，政府干预市场主要有两种方式：宏观经济政策与政府规制，它们共同构成政府调节体系。对于政府规制而言，通常认为主要有两类：一类是为了保护消费者利益而进行的经济性管制；

① Mitnick. B. M., The Political Economic of Regulation, Columbia University Press 1980.

② Gellhorn. E. & R. J. Pierce, Jr., Regulated Industries, West Publishing Co. 1982.

另一类是为了保护环境、减少健康与安全风险、消除种族歧视和改善贫困状况而进行的社会性管制。经济性管制主要是为弥补市场在自然垄断(natural monopoly)、过度竞争(excessive competition)和经济租(economic rents)三个自身无法弥补的缺陷。这样的经济管制方式有三种:(1)利润控制(profit control),即受管制的企业的定价不能超过为弥补其成本所必需的水平,包括合理的投资资本收益;(2)准入控制(entry control),即如果企业想进入受到管制的服务行业,必须先从管理机构处取得公共事业和必需品的营业执照;(3)价格结构控制(control over price structure),即企业不得实施价格歧视。^① 社会性规制主要针对外部性和信息不对称、公共产品等市场失灵,以保障劳动者和消费者的安全、健康、卫生以及保护环境、防止灾害为目的,对物品和服务的质量以及伴随着提供它们而产生的各种活动制定一定的标准,或禁止、限制特定行为的规制。典型的如消费者权益保护、医药管制、生产安全监管、环境保护、资源监管等。^②

“规制权”(the right to regulation,或者 regulatory powers)这一概念,应该来自于英美法,并且也不是较为严格的法律术语。其含义大致为“国家寻求指导或者鼓励那些如果没有国家干预就不会发生的经济活动,其目标是纠正市场失灵以满足集体或公众的利益。”^③ 对于政府的这类行为,德国通常在其经济行政法、法国依其经济公法来予以规范与调整。在英美没有相对应的法律,学者们为了便于研究,笼统的以“规制”或者“规制法律”等“公认但并不精确的词汇来填补空缺”。^④

① James G. March & Johan P. Olsen, *Rediscovering Institutions: the Basis of Politics* (1989), p. 455.

② [日]植草益著:《微观规制经济学》,朱绍文译,中国发展出版社1992年版,第22页。

③ [英]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第2页。

④ [英]安东尼·奥格斯著:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第2页。

从国际法的角度看,规制权属于国家主权的范畴,所围绕的权利有着客观的国内法基础,无须依赖贸易或投资协定的授权。^① 规制权常受习惯国际法保护,尤其是作为条约中的例外条款,常见于一般国际法。因此,不管国际投资条约中是否对其有明确的措辞,规制权都是东道国所固有的,具有天然的合法性。《美国对外关系法第三次重述》的注释将“正当的政府管制”划定为“诸如诚实的一般征税行为、刑事惩罚或者其他被公认为属于国家治安权力范围内的非歧视性的行为”,^② 国家对其引发的不利经济后果免责。此外,多边投资协定(MAI)的谈判人员在其报告的附件三第3条中对“管制权利”进行了解释,即“缔约方可采取、维持或实施其认为能以关切健康、安全或者环境的方式来确保投资活动与本协定一致的任何适当措施”。^③ 对此,2012年的《世界投资报告》有很好的归纳:规制权是一国主权的一种表达。规制既包括东道国法律和行政总体框架,也包括特定领域或产业的特别规则。规则的有效实施、包括权利的执行同样也是必需的。规制不仅是一国的权利,也是一国所必备。如果不具备合适的规制体系,一国无法吸引外国投资。因为,外国投资者会寻求具有清晰、稳定和可预测的投资环境的东道国。规制权在一定条件下也可以让渡给某个国际组织由其为国家集体制定规则。如此,规制权受到国际义务的约束,如同在双边或区域层面经常见到的外国投资者待遇问题,国际承诺会减少“政策空间”。^④

① IISD, The Right of States to Regulate and International Investment Law 5, adopted on 6-8 Nov. 2002 [EB/OL]. available at http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf, visited on 21 Aug. 2016.

② Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712, Comment g.

③ The Multilateral Agreement on Investment (Report by the Chairman of the Negotiating Group) DAFFE/MAI (98) 17 [EB/OL]. 4 May 1998, available at <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf>.

④ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 108.

二、国际投资协定中规定规制权的目的

保护外国投资一直是国际投资协定的价值取向与主要内容。然而晚近国际投资协定的实践有了新的发展，增设专门条款或在原有条款中加入维护东道国规制权的内容。

国际投资协定设计之初其宗旨就在于保护外国投资者在东道国的财产利益不为东道国政府所肆意侵害。受这种目的的局限，在协定中忽略对东道国规制权的规定亦属正常，而且前已述及，规制权是国内法所授予本国政府管理国家的权利，任何国家均会在本国宪法、行政法或者类似立法中明确给以规定，赋予本国政府管理国家相应权力，并且该权力还得到了习惯国际法的认可。作为在东道国从事投资活动的外国投资者当然应该尊重东道国规制权并受其管制。然而，由于国际投资协定条款所赋予外国投资者的权利在一定条件下可以挑战东道国的规制权，使得东道国正常行使其规制权的权能受到阻碍，在实践中甚至出现了所谓“规制寒颤”(regulatory chill)^①的现象，使得国际社会不得不考虑在国际投资协定中增设东道国规制权的相关内容，以减少甚至消除外国投资者利用国际投资协定挑战东道国规制权的情形。尽管外国投资能够促进东道国的经济发展，有利于当地人民生活的改善，但是，它也会对东道国环境、健康和人权造成负面影响。这些负面影响可能因东道国规制漏洞而加剧。此外，宽泛而模糊的国际投资协定条款也使得投资者能够挑战国内核心政策，如环境、能源和健康政策等领域的政策，所以，国际投资协定在继续给予外国投资以坚实的保护同时，也应着手直接提出投资者的责任问题。^② 国际投资协定能够帮助缔约国改进其规制与制度框架，包括为其增加国际维度、促进法治与增强善

① 规制寒颤，在中文中有多种译法。这里的意思主要是指由于投资者通过投资仲裁利用国际投资协定的规定挑战东道国的规制措施，使得东道国付出巨额的赔付而导致东道国在实施新的规制措施时会心有余悸。

② UNCTAD, World Investment Report 2015, pp. 125, 126.

治。^① 尽管如此,国际投资协定不能替代健全的国内政策、规制与制度框架,并且,国际投资协定也不可避免地限制了缔约国在国内政策制定上的权利,因此,国际投资协定的改革必须确保缔约国保留其为追求公共政策利益而进行规制的权利,包括实现可持续发展的目标,如保护环境、促进公共健康及其他社会目标。^②

第二节 国际投资协定中规制权的体现

一、东道国规制权权利宣示条款

此类条款主要是对东道国的规制权起到宣示的作用,表明国际投资协定对东道国规制权的认可,要求外国投资者对其予以尊重。从目前的实践看,这类条款主要是两类:

首先是序言中的目标条款。作为国际投资协定目标和方向的集合,序言内容无法产生实体权利义务,也不受投资仲裁机制的管辖约束,但其能覆盖整个投资协定内容,而且发挥着不可替代的条约解释功能。根据《维也纳条约法公约》第31条规定,序言中的目标是条约内容不可分割的部分,是仲裁员可任意使用的重要解释工具。为拓展公共政策空间的范围,东道国常常在国际投资协定的序言中阐明对规制权的立场。如美国2012年双边投资协定(BIT)范本(以下简称“美国范本”)的序言中规定:“希望(Desiring)缔约方在实现投资目标时,能采取适应保护健康、安全、环境和国际劳工权利的方式。”与“希望”的含蓄态度不同,《欧盟—加拿大综合经济贸易协定》(CETA,以下简称“欧加协定”)直截了当地确认了东道国规制权,该序言规定:“本协定保护缔约方在其领土范围内的规制权,决心维护其实现合法公共目标的自由权,如公共卫生、安全、环境、公共道德及文化多样性。”由于仲裁庭对投资保护的传统立场偏向,在序言中增加东道国规制权以拓宽公共利益范围确实

^① UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 125.

^② UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 128.