

FTA 投资机制新发展 与中国企业境外投资

FTA 投资规则新发展

“一带一路”战略背景下中国企业对东盟
基础设施投资的法律问题研究

中国企业境外投资的法律问题研究

中国企业境外投资所涉法律关系及问题的实证分析

对中国企业境外投资的几点思考及调整建议

杨丽艳 等著

FTA 投资机制新发展 与中国企业境外投资

FTA touzi jizhi xin fazhan
yu zhongguo qiye jingwai touzi

杨丽艳
等著

图书在版编目 (CIP) 数据

FTA 投资机制新发展与中国企业境外投资 / 杨丽艳等著. — 桂林: 广西师范大学出版社, 2016.5
ISBN 978-7-5495-8096-5

I. ①F… II. ①杨… III. ①自由贸易区—投资—研究—中国、东南亚国家联盟②企业—对外投资—研究—中国 IV. ①F752.733②F279.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 082397 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 张艺兵

全国新华书店经销

桂林广大印务有限责任公司印刷

(桂林市临桂县秧塘工业园西城大道北侧广西师范大学出版社集团有限公司创意产业园 邮政编码: 541100)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 30.25 字数: 463 千字

2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

定价: 90.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

目 录

第一部分 FTA 投资规则新发展的端倪： NAFTA 中的投资机制设计及其相关分析

7	第一章 RTA 投资规则概述
7	第一节 区域经济一体化与 RTA 投资规则
11	第二节 RTA 投资规则的发展
15	第二章 NAFTA 投资规则的调整范围
15	第一节 NAFTA 投资规则所调整的主体——投资者
18	第二节 NAFTA 投资规则所调整的客体——投资
23	第三章 NAFTA 投资规则与投资待遇、投资准入
23	第一节 投资待遇的概念及其标准
28	第二节 NAFTA 投资规则对投资待遇的规定
35	第三节 NAFTA 投资规则与投资准入
40	第四章 NAFTA 投资规则对投资争议的解决
40	第一节 国际投资争议的概念、种类、特征
41	第二节 NAFTA 投资规则与投资争议解决方式
52	参考文献

58	第五章 NAFTA 中的 ISDM 程序问题——以投资者与东道国权益保护平衡为视角
59	第一节 NAFTA 中的 ISDM 的设置及其背景分析
63	第二节 NAFTA 中的 ISDM 的规则及价值取向
73	第三节 NAFTA 中的 ISDM 程序实施的争议
83	第四节 NAFTA 中的 ISDM 规则对中国参与自贸区建立争端解决机制的借鉴意义
86	结 语
86	参考文献
89	第六章 WTO 和 NAFTA 争端解决机制关系研究
92	第一节 国际经济争端解决机制概述
103	第二节 同时在 WTO 和 NAFTA 诉讼的案件
118	第三节 WTO 和 NAFTA 争端解决机制的冲突
132	第四节 WTO 和 NAFTA 争端解决机制的补充与融合
138	第五节 冲突解决方案的可行性分析
143	第六节 我国参与自贸区应该采取的策略
147	结 语
148	参考文献

第二部分 FTA 投资规则新发展——以 TPP 及 TTIP 为例

159	第一章 TPP 与 TTIP 的投资规则发展
-----	------------------------

159	第一节 TPP 与 TTIP 的投资规则的形成原因分析
163	第二节 TPP 与 TTIP 的投资规则内容与特性分析
186	第二章 TPP、TTIP 投资规则对国际经贸格局及其体制的影响
186	第一节 TPP、TTIP 及其投资规则对世界的影响
195	第二节 TPP、TTIP 及其投资规则对中国的影响及应对
199	结 语
200	参考文献

第三部分 中国-东盟自贸区的新投资法律问题

207	第一章 “一带一路”战略背景下中国企业对东盟基础设施投资的法律问题研究
208	第一节 “一带一路”与基础设施建设投资的相关理论
224	第二节 我国企业投资东盟基础设施法律问题分析 (一)
242	第三节 我国企业投资东盟基础设施法律问题分析 (二)
249	第四节 我国企业应对投资东盟基础设施的法律、政策问题的对策
257	结 语
258	参考文献
262	第二章 中国对东盟国家能源投资法律问题研究

266	第一节	中国对外能源投资概况分析
276	第二节	中国对东盟国家能源投资政策、法律基础
284	第三节	中国对东盟国家能源投资的投资保护问题分析
296	第四节	中国对东盟国家能源投资争端解决问题
300	第五节	中国对东盟国家能源投资法律问题解决之对策
307		结 语
308		参考文献

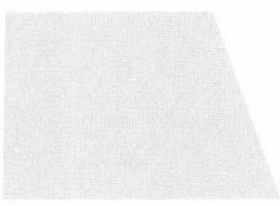
第四部分 中国企业境外投资的法律问题研究

314	第一章	中国企业境外投资的相关概述
315	第一节	中国企业境外投资概念及其结构辨析
322	第二节	中国企业境外投资发展的特点及局限性
325	第二章	与中国企业境外投资相关的法律规制
325	第一节	境外投资法律体系概述
326	第二节	法律意识形态与中国境外投资相关的法律原则
327	第三节	外部法律架构与中国企业境外投资相关的法律规制
338	第三章	中国企业境外投资所涉法律关系及问题的实证分析
338	第一节	中国境外投资涉及的法律关系
339	第二节	中国企业境外投资的三大典型案例评析

344	第三节 由失败案例折射出的中国境外投资涉法问题
348	第四章 中国企业境外投资现存的法律问题分析
348	第一节 国际投资立法体系构建存在诸多不足
354	第二节 执法不规范性使中国企业遭遇境外投资挫败
356	第三节 司法诉讼未对中国企业投资者敞开大门
356	第四节 不守法直接导致中国企业境外投资失败
358	第五章 对中国企业境外投资的几点思考及调整建议
358	第一节 构建及完善中国企业境外投资法律框架
361	第二节 更新及完善中外双边投资协定
362	第三节 我国应当致力多边投资协定的谈判与建设
363	结 语
363	参考文献

附 录

367	中国企业境外投资案例
367	一、美洲篇
392	二、欧洲篇
423	三、能源篇
448	四、亚洲、大洋洲篇
474	后 记



第一部分

FTA投资规则新发展的端倪：

NAFTA中的投资机制设计及其相关分析

区域一体化能通过贸易创造和贸易转移、提高劳动生产率来提高成员国的经济实力。如1994年,美、加、墨三国之间的贸易额只有1500亿美元,但在签订北美自由贸易协定后,到1999年,三国之间的贸易额增到5200亿美元,墨西哥因为搭上北美自由贸易协定的快车,出口额在世界的排名从1996年的第21位跃升到2000年的第13位。^①另一方面,自由贸易区域化又是防范全球化风险所必备的一种有效手段,弱小国家的区域一体化,有助于防止其被边缘化,^②因为经济全球化是以市场经济为基础的,而市场机制调节的自发性、随机性等特点易使强者获利而弱者受损。^③此外,区域经济一体化还能提升一个地区的政治地位。因此,在新形势下,各国为了增强国际竞争力,减少金融、贸易、投资等风险,都越来越将参与区域经济合作作为一项战略任务,不这样做,也许会成为贸易保护主义和经济贸易壁垒的牺牲品。

在过去的十多年,区域贸易协定(Regional Trade Agreements,英文缩写为RTAs)的数量已直线上升,特别是欧洲联盟(European Union,英文缩写为EU)和北美自由贸易区(North American Free Trade Area,英文缩写为NAFTA)等区域经济组织、集团的建立,给其他区域带来了巨大的冲击和挑战。自20世纪90年代至2015年4月为止,区域贸易协定已经被关税及贸易总协定/世界贸易组织(GATT/WTO)所接收的达到612个,其中406个已经生效。^④中国也在自由贸易协定(Free Trade Agreement,英文缩写为FTA)里面大有作为:截止到2015年,中国在建自贸区19个,涉及32个国家和地区。其中,已签署自贸协定13个,涉及21个国家和地区,分别是中国与东盟、新加坡、巴基斯坦、新西兰、智利、秘鲁、

① 易小准.中国-东盟自由贸易区谈判进程、前景和影响[C]//中共广西壮族自治区委员会宣传部编印.“中国-东盟自由贸易区与广西发展”高层论坛论文集.出版者不详:11。

② 张忠祥.非洲联盟:一体化应对全球化[J].探索与争鸣,2003(2):41。

③ 韩龙.论WTO与区域经济一体化[J].中外法学,2003(2):219—220。

④ Regional Trade Agreements[EB/OL].[2015-6-2]https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm。

哥斯达黎加、冰岛、瑞士和韩国的自贸协定,内地与香港、澳门的更紧密经贸关系的安排(CEPA),以及大陆与台湾的海峡两岸经济合作框架协议(ECFA),目前均已实施;正在谈判的自贸协定8个,涉及23个国家,分别是中国与海湾合作委员会(GCC)、澳大利亚、斯里兰卡和挪威的自贸协定,中日韩自贸协定,《区域全面经济合作伙伴关系》(RCEP)协定以及中国-东盟自贸协定(“10+1”)升级谈判、中国-巴基斯坦自贸协定第二阶段谈判。^①

随着区域性国际贸易的发展,国际投资(特别是国际私人直接投资)成为国际经济合作的重要形式,所以在RTAs中常常会就有关投资的规定作出安排,如欧共体根据1987年7月1日生效的《单一欧洲议定书》清除了限制资本流动、劳动就业的障碍,实现了欧共体市场的统一;北美自由贸易区制定了有约束力的投资自由化规则。但目前尚没有一个单独存在的区域投资协定,投资自由化问题都是作为区域一体化协议的一部分而出现。

区域投资协定是一定区域内各成员国进行国际经济合作的一种方式。在区域层面上的标志性事件是1957年成立的欧洲经济共同体(EEC,已变为欧盟)和1994年开始运转的北美自由贸易区,它们产生了明显的示范效应。欧盟是目前经济一体化最高的区域经济组织,它具有超国家因素的机构,已经跨越了自由贸易区—关税同盟—共同市场等不同发展阶段,目前已进入经济货币联盟阶段,显现了高度的经济一体化。与之相对,北美自由贸易区的组织机构松散得多,一体化程度也低得多。相比之下,北美自由贸易区模式更为各国所接受。

1992年出台的《北美自由贸易协定》堪称自由化多边投资条约的典范,被认为是区域或多边投资法典的基准或示范。^②该条约虽然被冠以“贸易协定”的称谓,但由于其中设专章全面确定了投资准入、投资待遇、投资保护和投资争议解决等方面的投资规范,因此实际上也是一个多边投资条约。协定关于准入自由、禁止“履行要求”、相互给予缔约国投资者以及投资各阶段以国民待遇和最惠国待遇以及绝对待遇、提高投资者在争议解决中的主动性和加强投资争议的非东道国解决机制等方面的规定,充分说明该协定是对美式双边投资条约倡导

^① 见中国自由贸易区服务网“协议专题”,<http://fta.mofcom.gov.cn>,2015年6月2日访问。

^② Lorraine Eden. The Emerging North American Investment Regime [J]. Transnational Corporations, 1996, (5): 61—97.

的投资自由精神的传承,表明 20 世纪 80 年代以来美国推行的旨在进一步削弱东道国外资管辖权的双边投资条约实践已经在多边立法的层面得到了全面的肯定。^①这体现了新型 FTA 投资规则机制的端倪,也体现了国际投资机制新发展的端倪。

在形式上,投资规则在 NAFTA 中只占一个章节,即第十一章,但是内涵却十分丰富,基本上包括了现代投资条约所涉及的主要问题。这一章由 A、B 两部分组成。A 部分是 NAFTA 缔约三方(美国、加拿大、墨西哥)必须履行的有关投资待遇和保护实质性义务。而 B 部分则创建了一个投资争端解决机制,根据这个机制,投资者可以通过国际仲裁庭对违反其协定义务的东道国提出货币赔偿的要求。

从资本全球化角度看,NAFTA 投资规则的积极意义主要有以下几个方面:

首先,NAFTA 虽然仅为区域内的投资规定了自由化承诺,但从具体内容来看,除受少数例外的限制,对缔约方投资者提供的利益向所有成员国投资者开放,使既存于 NAFTA 缔约方境内的投资者自由化的内部壁垒得以消除,使第三国投资者间接从自由化中获益;其次,NAFTA 在主要贸易大国和发展中国家之间,在传统上被认定为敏感领域——投资自由化方面制定了详尽的、有拘束力的法律规则和程序,对国际投资法律制度必将产生深远的影响;再次,在该协定中,墨西哥放弃在征收、国有化问题上长久以来坚持的卡尔沃主义(Calvo Doctrine),对于鼓励投资、促进投资自由化的发展有积极作用。

虽然北美自由贸易区只包含美、加、墨三个国家,但这不妨碍该协定在国际投资立法中可能产生巨大影响,毕竟这个区域的经济和政治实力与它所包含的国家的数量是不成比例的。^②美国所要求的一个有保障的投资环境和一个有效的争端解决机制,也正是其他发达国家所期盼得到的;而墨西哥对于外国投资的需求以及在这种需求之压力下所做出的妥协和让步,其他发展中国家似乎也

① 刘笋,投资自由化规则在晚近投资条约中的反映及其地位评析[J].华东政法学院学报,2002(1):43.

② 北美自由贸易区是当今世界最大的自由贸易区,其拥有 3.65 亿人口,年 GNP 达 6.5 亿美元。缔约国中的美国是我国的最大出口市场,也是我国的第二大贸易伙伴;加拿大则是全球七大工业国之一;连墨西哥也是世界第十大潜在消费市场。参见王建国,王筱莉.北美自由贸易区及协定与中国的贸易关系探讨[J].东北财经大学学报,2000(5):75。

难以幸免。不过,单个的发展中国家的处境与整体的发展中国家的利益毕竟不可同日而语。NAFTA 投资规则的各项条款,不仅仅是美、墨、加三国在“建立一个真正开放和非歧视性投资环境的努力中所取得的巨大成就,构成美国作为其当事方的最具有综合性的一项投资协议”^①,而且在很多方面突破了传统的规定,是对现行国际投资法律制度的重大发展。现实中,NAFTA 突破了以水平分工为基础的一体化模式,通过发达国家与发展中国家区域间的垂直分工,在经济发展水平差异很大、经济结构不同、互补性很强的贸易区取得了令人瞩目的成功。因此,有些学者曾建议奉行“开放一体化”经济发展思想的南美国家也应积极向 NAFTA 靠拢,争取早日建成以 NAFTA 为模式特点的美洲自由贸易区(FTAA),借此机会发展经济。^②

从历史和现实来看,中国-东盟自由贸易区(China-ASEAN Free Trade Area,英文缩写为 CAFTA)成员国由于各国经济、政治、文化等方面均有较大差异,像欧盟那样形成高度一体化的区域经济联盟的可能性比较小。所以,总结 NAFTA 投资规则的经验,并在中国-东盟自由贸易区层面上构建出一套自己的投资规则,推进国际投资法的发展,具有重要的理论意义和紧迫的现实意义。

NAFTA 投资规则关于投资的保护,如 NAFTA 第 1109 条(转移)和第 1110 条(征收和补偿)在以前研究得相对较多,而且目前许多发展中国家为了吸引外资,改善投资环境,都自愿对此类行为给予种种限制,再加上它与投资待遇关系密切,所以本文限于篇幅,仅对 NAFTA 投资规则中最核心和最具特色的调整范围、投资待遇、投资准入和投资争议解决展开探讨。

① Richard C. Levin and Susan Erickson Marin. NAFTA Chapter 11: Investment and Investment Dispute [J]. NAFTA: Law and Business Review of the Americas, 1996, (2): 82—115.

② 张彬,张澍.从南北美洲一体化利益分配看 FTAA 的发展[J].世界经济研究,2004(1): 81.

第一章 RTA 投资规则概述

第一节 区域经济一体化与 RTA 投资规则

一、区域经济一体化衍生的 RTA 投资规则

随着经济的发展,区域经济一体化内容不只是所谓有关贸易自由化的安排,同时,贸易、竞争、投资、服务、环境、劳动等因素也无形中被考虑进来,但是,投资规则仍是这些因素当中最为重要的。只有形成一定的规则和运作机制,区域经济合作才能以法律制度的形式表现出来,才能更加持久和有效地维持并扩大这种安排,更好地给参与国以整体约束。区域经济一体化,是世界经济不断发展的方向,是壮大经济的必经之路,发展中国家和发达国家踊跃地加入发展经济的行列。

区域经济一体化是经济全球化进程中的过渡阶段,从广义上讲,是经济全球化的结果。^① 现在的国际贸易与投资进行的形式不胜枚举,区域经济一体化与经济全球化的共同作用下,各国的经济得以壮大,经济合作欲望增强。区域合作的成员国之间,与没有进行合作的成员国比较,合作的成员国有巨大的优惠。区域贸易的形成与深化,促进了区域间的贸易和投资合作;区域的合作加强,在另一方面也促进了经济全球化。区域经济一体化是一种衡量国家经济发展的标志,而且是不断变动的标志。这种标志通常是通过一个贸易主体,即相关的贸易区来体现的。国家的存在,需要经济;经济发展,需要投资贸易;维持稳定的投资贸易,则必须有规则,RTA 投资规则应运而生。

^① 王贵国.经济全球化下的区域性安排[M]//王贵国主编.区域安排法律问题研究.北京:北京大学出版社,2004:1.

二、RTA 投资规则内容分析

(一) 定义、法律依据

本文所讲的 RTA (Regional Trade Agreement)^①是指某个地理位置上,两个或两个以上的国家或地区之间,签订经济贸易合作协定或者成立经济贸易合作组织,旨在促进生产要素的自由流动和合理配置,以此实现区域经济一体化甚至是政治一体化。最惠国待遇是多边贸易体制的核心内容,是世界贸易组织的成员国必须遵守的基本原则。只有一种情况,世界贸易组织的成员国可以违背最惠国待遇原则,就是在贸易区内成员国之间相互给予贸易优惠,贸易区域外的国家不可以根据最惠国待遇条款而获得同样的贸易优惠。这一项特殊规定的意义在于,区域贸易自由协定的达成,不能对区域外的贸易自由协定提高标准,即增加贸易的壁垒。在与 WTO 的关系上,区域贸易协定必须在严格遵守 WTO 的规定下进行,世界贸易组织中与区域贸易协定相关的法律依据主要有 GATT 第 24 条及其谅解、GATT 的“授权条款”和服务贸易总协定(GATS)第 5 条。

本文的 RTA 投资规则,分为广义的 RTA 投资规则与狭义的 RTA 投资规则。广义的 RTA 投资规则是指区域贸易协定涉及的贸易、竞争、投资、服务、环境、劳动等内容的准入、待遇、保护、争议的相关规定;而狭义的 RTA 投资规则是指区域贸易协定中针对投资的投资准入、投资待遇、投资自由化、投资保护、投资争议的解决等一系列规定。

(二) RTA 投资规则的表现形式及发展历史

1. RTA 投资规则的表现形式

区域经济一体化的发展,促进了 RTA 的缔结。RTA 投资协定的表现形式,目前流行的主要有三种:第一种是针对特定的区域间的由于直接投资而谈判协商签署的协定;第二种是按照地理位置来划分,经济主体进行经济交流而订立的相关投资贸易的条款;第三种是与投资基本原则相关的区域间的国际性文件。现在的区域贸易协定环境中,国际投资协定的主要作用是促进投资的自由化和保护投资者的投资,而且产生的效用非常显著。当前国际投资立法没有系统形成,而区域经济一体化下国际投资需要法律、政策的保障,区域贸易协定首

^① FTA 是 RTA 的一部分,在近年发展中 RTA 主要表现为 FTA,因此在本书中,常常将两个术语互用。

先成为各国投资的主要选择。区域贸易协定成为投资者的主要需求,在 20 世纪 80 年代之后特别明显。根据权威机构的统计,当前全世界有七十多个区域贸易协定,其中有的是针对外国的直接投资,或对特定的投资问题作出相关的规定,或者在区域贸易中对投资问题以章节的形式进行规范。

2.RTA 的发展历史

从发展历程看,第二次世界大战结束之后,区域贸易协定的发展在 20 世纪 70 至 80 年代发展增多,20 世纪 80 年代至今发展迅猛。截至 2007 年 7 月,已经通报 GATT/WTO 的区域贸易协定达到 308 个^①,已经生效的协定有 200 多个;截至 2013 年年底,区域贸易协定估计已经达到 500 个。据预测,如果将已经生效但是尚未通报、已经签署但是尚未生效、正在谈判过程中以及处于拟议过程中的区域贸易协定计算在内,2010 年之前实施的区域贸易协定将达到 400 个。^②

根据 WTO 官方的区域贸易协定统计,从 20 世纪 90 年代中期以后,区域贸易协定的发展有以下几个方面的特征:首先,区域贸易协定新兴模型增长速度十分之快,甚至呈现泛滥的趋向。其次,区域贸易协定涉及的地理范围有不断扩大的倾向,地区的贸易范围扩大、各洲之间的区域贸易增强。第三,一个国家或者地区在一定时间内参与多个同时生效的区域贸易协定的情况非常普遍,区域贸易协定的轴心逐渐趋向辐条(Hub-and-Spoke, H&S)的网络体系。第四,区域贸易内容更加丰富多彩,过去只是单一的关税减免待遇,现在包括广泛的投资、服务贸易、竞争政策等。与此同时,在新兴的区域贸易协定统计中,自由贸易区的自由贸易协定形式占的数量很大。从趋势上看,这一激增的速度并没有因多哈回合谈判的启动而放慢,相反,美国等国家却在多哈回合谈判的同时,如火如荼地进行或计划着更多区域贸易协定的谈判。

(三)RTA 投资规则的分类

1.政府间贸易协定

政府间签署贸易协定是专门对投资的事项或者一些特定的问题而订立的。

① 其中,依据 GATT 第 24 条进行通报的区域贸易协定有 300 个,依据授权条款进行通报的为 22 个,依据 GATS 第 5 条进行通报的为 58 个。

② Regional Trade Agreements [EB/OL].[2007-10-23] http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.