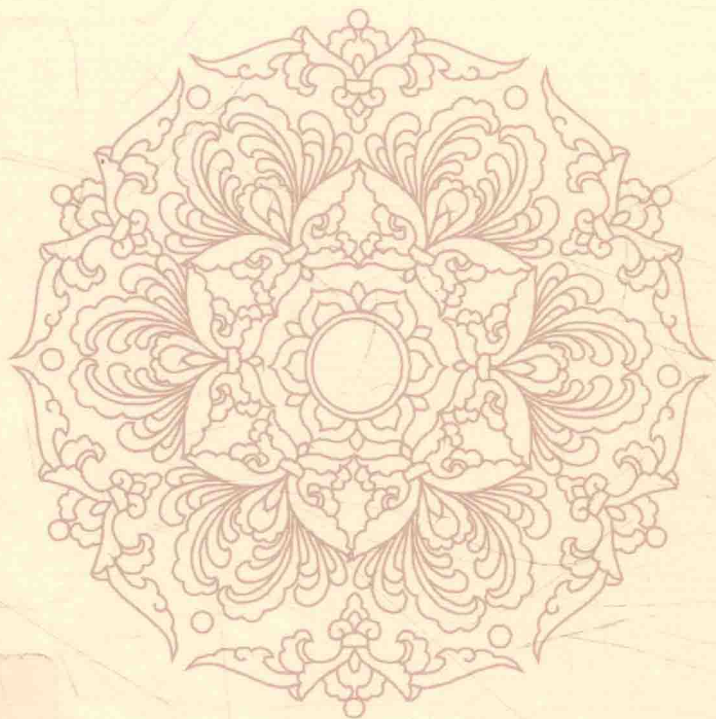


王淑敏 等著

地缘政治视阈下 中国海外投资 法律保护理论 研究

——以“一带一路”为契机



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

王淑敏 等著

地缘政治视阈下 中国海外投资 法律保护理论研究

——以“一带一路”为契机



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论研究——以“一带一路”为契机 / 王淑敏等著. —北京: 知识产权出版社, 2016.6

ISBN 978-7-5130-3843-0

I. ①地… II. ①王… III. ①海外投资—法律—研究—中国 IV. ①F832.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 219015 号

内容提要

本书论述了传统的地缘政治理论在“一带一路”战略下面临的挑战,考察地缘政治与中国海外投资对立统一关系,反思与重塑地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论,寻求中国海外投资规避地缘政治风险的理论路径,探讨扩大中国在双边和多边投资谈判中的话语权,全面渗透中国在敏感地缘政治地区的国际影响力的战略与方法;进一步推动多层次的区域一体化和“一带一路”战略,以及积极推动多边投资规则的制定,实现“全超越地缘政治”的投资战略,确保中国投资者跨越地缘政治的壁垒。

本书可供政府、企事业单位对外投资法律保护研究和管理人员阅读使用。

责任编辑: 陆彩云 彭喜英

责任出版: 卢运霞

地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论研究 ——以“一带一路”为契机

DIYUAN ZHENGZHI SHIYUXIA ZHONGGUO HAIWAI TOUZI FALU BAOHU LILUN YANJIU
——YI “YI DAI YI LU” WEI QIJI

王淑敏 等著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>
电 话: 010-82004826 <http://www.laichushu.com>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8539

责编邮箱: pengxyjane@163.com

发行电话: 010-82000860 转 8101 / 8029

发行传真: 010-82000893 / 82003279

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 21.5

版 次: 2016 年 6 月第 1 版

印 次: 2016 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 368 千字

定 价: 49.80 元

ISBN 978-7-5130-3843-0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

辽宁省教育厅哲学社会科学重大基础理论成果

辽宁省教育厅哲学社会科学重大基础理论
课题项目 (ZW2013007)

自冷战结束后，地缘政治学的调整对象突破了传统的军事、国防等范畴，越来越触及国际经济的敏感地带。在全球资源日益匮乏的背景下，地缘政治日益成为中国海外投资受阻的一种新型风险。地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论研究成为政府和学界十分关注的焦点问题。2013 年度辽宁省教育厅哲学社会科学重大基础理论课题对《地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论研究》选题予以立项，本书系课题研究的最终成果。

本书主要针对以下领域的问题展开研究：第一，回溯中国传统地缘政治理论的沉浮与枯荣。通过论证传统的地缘政治理论面临的扩张，强调地理因素对于地缘政治学的影响，分析了中国地缘政治面临的风险和理论演进。第二，阐述地缘政治因素对于中国海外投资的影响。考察了地缘政治与中国海外投资的对立统一关系。地缘政治与中国海外投资双方相互排斥、相互否定的结果，是相互转化和相互过渡，显现出矛盾的统一性。以此为基础，推导出丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的现实和未来均依赖于地缘政治的稳定的结论。第三，进行中国投资遭遇的源自发达国家的地缘政治风险的实证研究。包括“国家安全审查”“外国政府直接控制的交易”“次级制裁”、双边投资条约中的环境条款、知识产权领域的反垄断，以及北极极地区域的地缘政治风险案例分析。第四，进行中国投资遭遇的源自发展中国家的地缘政治风险的实证分析。通过对比在发达国家与在非洲等地区的发展中国家所遭遇的地缘风险，说明两者在本质上有所差异。第五，评析地缘政治视阈下中国海外投资保护的国内法体系。追踪中国海外投资法体系的历史轨迹，提出完善国内法律体系，保护中国海外

投资的建议。第六，考察地缘政治视阈下中国海外投资保护的国际法体系。分析中国与加拿大和美国签订双边投资协定面临的瓶颈，解读中国签订双边投资协定的成功范例，分析《解决国家与他国国民之间投资争端公约》的局限性。第七，针对中国海外投资面临的地缘政治风险，提出中国海外投资法律保护理论与制度完善的建议。包括应对“国家安全”和“外国政府控制的交易”审查措施，推动投资准入阶段的国民待遇和负面清单立法，海外投资反制裁的博弈对策，制定平衡利益的环境规则，恶债的法律适用对策，以及推进上海合作组织的贸易投资便利化进程，发挥争端解决机制拾遗补缺的作用等对策。

本书欲达到的目标是：地缘政治学与国际投资法理论相互依存、相互渗透，将二者兼收并蓄，为我国参加并签署双边和多边投资保护协定谈判实践提供理论依据。本书预期学术影响是：既可作为国际经济法专业的硕士、博士参考书，也可以作为更高层次的学者之间的交流成果，以及为国家商务部和各级地方政府的决策提供科学的依据。

本书的第一、第二、第三、第四、第七章由王淑敏撰写。第五章由安健飞撰写。第六章由杨欣撰写。其中，第四章第二节中“三、导致环境风险的根源”和第七章第四节“制定平衡利益的环境规则的可行性”由周沐雨撰写。第三章第一节“BIT 中根本安全例外条款”、第七章第一节中的“一、中国参加 BIT 谈判并订立‘根本安全例外条款’的对策”由王雪妍撰写。感谢辽宁省教育厅和大连海事大学给予的支持与厚爱。研究过程中亦得到了各方专家和同仁的帮助，在此一并深表谢意。如有浅薄之处，敬请各位赐教。

著 者

2016 年 2 月

引 言	001
第一章 中国传统地缘政治理论的沉浮与枯荣	009
第一节 从地缘政治到地缘经济的转换	009
一、地缘政治的演绎	009
二、地缘经济的应运而生	010
第二节 中国地缘政治面临的风险	011
一、领土争端	011
二、岛链封锁	013
三、区域竞争	013
四、能源危机	017
第三节 中国地缘政治理论辨析	020
一、对传统地缘政治本体论的反思	020
二、对传统地缘政治认识论的评判	021
三、地缘政治学研究领域的拓展	024
四、中国共产党推进国际关系民主化、法制化的进程 及其地缘政治学研究领域的拓展	024

第二章 地缘政治因素对于中国海外投资的影响	033
第一节 地缘政治与海外投资国民待遇准入：对立统一关系的考察	033
一、两者对立统一关系的表现	033
二、两者对立统一关系的根由	034
第二节 “一路一带”下地缘政治的实然表现	034
一、丝绸之路经济带视角下，上合组织面临的地缘政治危机	035
二、“21 世纪海上丝绸之路”面临的地缘政治挑战	042
三、“一带一路”与欧洲“容克投资计划”的对接与冲撞	044
四、亚投行的地缘政治角逐	045
第三章 中国投资遭遇的源自发达国家的地缘政治风险	059
第一节 BIT 中根本安全例外条款	059
一、BIT 中根本安全例外条款的历史发展	059
二、BIT 中“根本安全例外”条款的含义	060
三、BIT 中根本安全例外条款的文本解释问题	063
第二节 美式安全审查制度	074
一、美国“国家安全审查制度”立法	074
二、美国 2012 年 BIT 范本的地缘政治因素	079
第三节 “外国政府直接控制的交易”	085
一、非商业性动机投资主体的诘难	086
二、国内法规制下的“外国政府控制的交易”	091
三、BIT 中的“外国政府控制的交易”	093
四、多边投资下的“外国政府控制的交易”	095
第四节 “次级制裁”问题	098
一、“次级制裁”演绎：基于国际投资法渊源的考察	099
二、“次级制裁”管辖权有效性：国际投资争端的解决	114
三、“次级制裁”对于中国海外投资影响： “克里米亚公投”的连带效应	119

第五节	BIT 中的环境条款分析	123
一、	BIT 中环境规则的定义	124
二、	美式范本	124
三、	加拿大式范本	126
四、	美加范本之比较	126
五、	中国式范本	127
第六节	国际知识产权领域的反垄断	129
一、	国际知识产权壁垒反垄断法律救济的演变	129
二、	中国企业遭遇的知识产权反垄断风险	131
第七节	北极的特殊地缘政治风险	132
一、	北极的地缘政治风险根由	133
二、	中国投资在北极的现状	135
第四章	中国投资遭遇的源自发展中国家的地缘政治风险	141
第一节	亚洲的主要地缘政治风险	141
一、	中国海外投资在亚洲的现状	141
二、	亚洲的地缘政治风险实证分析	142
第二节	美洲的主要地缘政治风险	145
一、	中国海外投资在美洲的现状	145
二、	美洲的地缘政治风险实证分析	146
三、	导致环境风险的根源	147
第三节	非洲的地缘政治风险	150
一、	中国投资在非洲的现状	151
二、	“新殖民地主义”投资动机的苛责	156
三、	恶债风险	158
第五章	地缘政治视阈下中国海外投资保护的国内法体系评析	161
第一节	地缘政治与海外投资国内法律体系：对历史演进的评析	161
一、	改革开放初期（1978—1993 年）	164
二、	稳步增长时期（1994—2001 年）	166

三、加入 WTO 初期 (2001—2008 年)	168
四、后金融危机时期 (2008 年至今)	170
第二节 中国海外投资法律体系现状和缺陷	173
一、中国海外投资法律体系现状	173
二、中国海外投资法律体系缺陷	186
第三节 中国海外投资法律体系的框架重构	190
一、海外投资法律体系的理论框架	192
二、海外投资法律体系的立法框架	194
三、外国投资立法对中国海外投资立法的启示	199
四、中国 BIT 范本的构建	204
第四节 中国海外投资法律体系重构的障碍	207
一、观念方面的障碍	207
二、政策方面的障碍	208
三、内外法衔接方面的障碍	209
第六章 地缘政治视阈下中国海外投资保护的国际法体系的考察	213
第一节 中国签订双边投资协定面临的瓶颈:以中美、中加 BIT 为例	214
一、中加双边投资协定的瓶颈	214
二、中美签订 BIT 面临的踟蹰	225
第二节 成功范例:《中国—东盟投资协议》的签署	237
一、中国与东盟的地缘政治关系及中国战略	237
二、《中国—东盟投资协议》签署的成功范例	239
第三节 《华盛顿公约》的局限	250
一、《华盛顿公约》的产生及特点	250
二、《华盛顿公约》的局限性	251
第七章 地缘政治视阈下中国海外投资法律保护理论与制度完善	259
第一节 应对国家安全审查的对策	259
一、中国参加 BIT 谈判并订立“根本安全例外条款” 的对策	259

	二、签署准入前国民待遇加负面清单模式的区域性投资协定	260
	三、改善双边投资协定的路径	264
第二节	应对“外国政府控制的交易”审查的对策	295
	一、主动报备和减缓协议的权宜之计	295
	二、“越权无效原则”	296
	三、间接征收索赔	297
	四、启动专门针对国有企业的谈判	299
	五、修订《企业国有资产法》	300
	六、加快摆脱北极地缘政治的法制进程	303
第三节	海外投资反制裁的博弈对策	306
	一、外国反“次级制裁”立法的借鉴	306
	二、修订我国双边投资条约范本的立场	309
第四节	制定平衡利益的环境规则的可行性	310
	一、修订序言条款的建议	311
	二、增加“一般例外条款”的建议	311
	三、增设“根本安全例外条款”的建议	312
	四、体现公众参与原则的建议	313
	五、总体框架建议	313
第五节	恶债的法律适用对策	314
	一、意思自治原则的缺失及解决路径	314
	二、“特征履行说”视角下连接点的选择路径	315
	三、公共秩序保留问题与对策	316
	四、国际统一实体法作为准据法的质疑与回应	318
第六节	推进上合组织的贸易投资便利化进程	319
	一、审时度势地发展上合组织新成员	320
	二、尽快签署自由贸易区协定	320
	三、应对美国丝绸之路战略法案和俄罗斯欧亚共同体挑战	321
第七节	争端解决机制的趋臻	323
	一、反国际知识产权壁垒的行政救济	323
	二、申请投资壁垒调查行政救济	325

三、运用 ICSID 仲裁程序的可行性——用尽当地司法救济	325
四、充分利用 DSB 的争端解决机制	327
结束语	329
后 记	331



引言

传统的地缘政治学是政治学衍生的理论，关注那些国土面积、人口、民族、海洋、资源等地理因素的相互结合，强调这些因素对于政治的影响，借此分析、预测世界或者地区范围内的战略形势及有关国家的政治行为。冷战结束后，随着地缘政治学与地缘经济学的日趋融合，广义的地缘政治学应运而生，突破传统理论的局限，更加注重对于经济利益和经济主权的影响。对于海外投资而言，地缘政治的价值从来都是一把“双刃剑”。考察地缘政治与海外投资准入的对立统一关系，对于反思与重塑具有前瞻性与开放性的国际投资法理论，促进地缘政治学与国际投资法学两大学科的交叉、渗透、融合与创新，无疑具有特别重要的意义。地缘政治对于国际投资的影响是毋庸置疑的。环境、能源等地缘政治要素在国际投资中的核心作用日趋引起足够的关注。通过分析国家对外投资的政策和法律演变，揭示其既根源于当今世界变化着的地缘政治格局，亦反过来会塑造或制约地缘政治的格局，从而证明外资并购不仅是一种投资关系，更是一种政治关系，为中国海外投资有效地规避地缘政治风险提供理论依据。

近年来，中国的海外投资遍布全球，对区域和全球的地缘政治格局产生愈加重要的影响。2013 年年末，根据联合国贸易和发展会议对全球 FDI 流出存量前 20 位国家（地区）排名，美、英、德、法等国家位居前列，中国位居全球第 11 位。由于起步较晚，中国对外直接投资存量与美、英、德、法等相比仍然存在较大的差距。截至 2013 年年末，中国对外直接投资存量（6604.8 亿美元）仅相当于美国同期对外直接投资存量（63495 亿美元）的 10.4%，相当于同期英国的 35%，德国的 38.6%，法国的 40.3%，日本的 66.5%。^①

① 商务部，国家统计局，国家外汇管理局：2013 年度中国对外直接投资统计公报，联合国贸易和发展会议：2014 年世界投资报告。

2013 年,中国对外直接投资 (OFDI) 流向发展中经济体的份额处于领先地位,比全球外商直接投资 (FDI) 流向发展中经济体的比重更高。当年中国流向发展中经济体的直接投资 917.3 亿美元,占当年中国对外直接投资的 85.1%,同比增长 31%;流向发达经济体的对外直接投资为 138.3 亿美元,同比增长 2.4%,占 12.8%;流向转轨经济体的 FDI 为 22.8 亿美元,同比下降 46.8%。^①

2013 年全球 FDI 对不同类型经济体的流入量构成^②

经济体	金额 (10 亿美元)	同比 (%)	比重 (%)
发达经济体	566	9	39
发展中经济体	778	10.7	53.6
转轨经济体	108	28	7.4
合计	1452	9	100

2013 年,中国对外直接投资流量流向前 20 位的国家和地区 (不包括开曼群岛和英属维尔京群岛) 共 854.91 亿美元,占当年中国对外直接投资流量的比重为 79.3%。在前 20 位的国家 (地区) 中,美国、俄罗斯、中国香港、澳大利亚、加拿大、印度尼西亚、英国、德国、卢森堡等经济体,既是全球 FDI 的主要流入地,也是中国内地对外直接投资的主要流入地,这一点和全球 FDI 流入的方向基本一致。所不同的是,中国香港由于其特殊地位成为中国内地对外投资最大的目的地,所占比重高达 58.3%。相应地,同全球 FDI 流入量的国别 (地区) 分布相比,中国对美国、英国、德国、西班牙和荷兰等发达国家的直接投资金额和所占比重仍然偏低。^③

《中国对外投资合作发展报告 2014》反馈的另一信息是中国企业的跨国指数偏低。2014 年全球排名前 100 位的非金融类跨国公司平均国际化指数为 64.6%,而入围该名单的 3 家中国内地企业的平均国际化指数仅为 28.2%,没有一家中国内地企业的国际化指数达到该平均水平;2014 年发展中国家和转轨经济体排名前 100 位的非金融类跨国公司的平均国际化指数为 54.2%,而入选该榜单的 12 家中国内地企业的平均国际化指数仅为 19.9%,只有中国远洋集团

① 商务部. 中国对外投资合作发展报告 [R]. 北京: 中国商务部, 2014: 5.

② 经济体划分标准: 2014 年世界投资报告, 数据来源: 商务部. 中国对外投资合作发展报告 [R]. 北京: 中国商务部, 2014: 5.

③ 商务部. 中国对外投资合作发展报告 [R]. 北京: 中国商务部, 2014: 6.

和联想集团接近上述平均水平。通过上述对比发现，中国跨国公司的国际化指数整体而言仍较低。实际上，对比中国远洋运输（集团）总公司、中信集团在 2013 年的数据可以发现，2014 年这两家企业的国际化指数还有下降。^①

入选 2014 年发展和转轨国家排名前 100 位非金融类

跨国公司的中国内地企业国际化指数^②

排名	公司名称	国家 (地区)	行业	国有股份 (%)	国外资产 (10 亿美元)	跨国化 指数
1	法国燃气苏伊士集团	法国	电力、燃气、水资源	36	175	0.75
2	大众汽车	德国	汽车	20	158	0.58
3	埃尼公司	意大利	石油和天然气	26	133	0.63
4	意大利国家电力公司	意大利	电力、燃气、水资源	31	132	0.57
5	法国电力公司	法国	电力、燃气、水资源	84	103	0.31
6	德国电信	德国	电信	32	96	0.58
7	中国中信集团公司	中国	多元化	100	72	0.18
8	挪威国家石油公司	挪威	石油和天然气	67	71	0.29
9	通用汽车公司	美国	汽车	16	70	0.47
10	瑞典大瀑布电力公司	瑞典	电力、燃气、水资源	100	54	0.72
11	法国 Orange 公司	法国	电信	27	54	0.42
12	空中客车	法国	飞机	12	46	0.64
13	淡水河谷	巴西	金属矿	3	46	0.45
14	中国远洋运输（集团）总公司	中国	运输仓储	100	40	0.50
15	马来西亚国家石油公司	马来西亚	石油和天然气	100	39	0.35

① 商务部：中国对外投资合作发展报告[R]，北京：中国商务部，2014：9。

② 商务部：中国对外投资合作发展报告[R]，北京：中国商务部，2014：9。

2015年1—4月,中国境内投资者共对全球146个国家/地区的2884家境外企业进行了直接投资,累计实现非金融类对外直接投资2143.7亿元人民币(折合349.7亿美元),同比增长36.1%。其中股权和债务工具投资1800.4亿元人民币(折合293.7亿美元),占84%,收益再投资343.3亿元人民币(折合56亿美元),占16%。截至2015年4月底,我国累计非金融类对外直接投资41763.7亿元人民币(折合6813亿美元)。^①

2013年,中国对外直接投资分布在全球的184个国家(地区),覆盖全球79%的国家和地区。对外直接投资主要集中在亚洲,占流量总额的70.1%,其中对中国香港的投资占对亚洲投资流量的83.1%。对拉丁美洲、欧洲、北美洲、大洋洲、非洲的投资分别占13.3%、5.5%、4.5%、3.4%、3.2%。与上年同期相比,对各地区投资增速分别为:对拉丁美洲投资增长132.7%,对大洋洲增长51.6%,对非洲增长33.9%,对亚洲增长16.7%,对北美洲增长0.4%,对欧洲下降15.4%。^②

尽管中国企业积极实施海外并购(M&A),并有中国政府的政策支持,但鲜有成功案例。据美国咨询公司调查,2014年中国企业的海外并购总额已由2008年的约100亿美元增至570亿美元。大型并购案接连不断。2015年3月,中国化工集团以71亿欧元收购了意大利轮胎企业倍耐力。不过多数收购并未达到预期效果。2010年,浙江吉利控股集团收购瑞典沃尔沃。但吉利2014年的新车销量同比减少24%,仅为41万辆,沃尔沃的技术实力和品牌影响力似乎并未被充分发挥。三一重工在2012年收购了德国机械企业普茨迈斯特公司,但2014年的海外销售额却同比减少近10%。熟知中国商业运作的西村朝日法律事务所律师野村高志指出“中国企业在海外获得市场份额和技术实力不是靠提高自身实力,大多数都是通过直接收购来迅速抢占市场”。由于中国政府大力支持企业进军海外,据称很多中国企业对收购对象的资产审查不严。^③世界经济论坛于2015年1月16日发布的《2015年全球风险报告》显示:^④国际冲突成为未来十年威胁全球稳定的最大风险。该年度报告综合各方专家评估,对未来十年全球

① 数据来源:商务部合作司。2015年1—4月我国非金融类对外直接投资简明统计[EB/OL][2015-05-20]. http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjzl/jwtz/201505/1869920_1.html.

② 数据来源:商务部。中国对外投资合作发展报告[R].北京:中国商务部,2014:56.

③ 中国企业海外并购鲜有成功案例[EB/OL][2014-07-17]. <http://cn.nikkei.com/china/ccompany/15064-20150714.html>.

④ 地缘政治风险超过经济社会问题[N].经济日报,2015-01-20.

28项主要风险发生的可能性和潜在影响力进行预测。报告将这些风险划分为五大类：经济风险、环境风险、地缘政治风险、社会风险及技术风险。报告显示，“国家间冲突所造成的区域影响”一项被列为最有可能发生的全球风险，以及影响力第4位的风险。在发生可能性方面，该项风险超过了极端天气事件（第2位）、国家治理失败（第3位）、国家解体或危机（第4位）与结构性失业率高或不充分就业（第5位）。值得注意的是，在过去五年中，远离榜单的地缘政治风险在2015年的排名中跃居榜首。随着地缘政治对全球经济的影响日益增大，与此相关的三项风险成为全球最可能发生的风险，其中两项还列入了潜在影响力最大的风险。同时在地缘政治方面，自2014年以来，有三项风险在可能性和影响力方面都尤为突出，分别是国家间冲突所造成的区域影响、大规模杀伤性武器和恐怖袭击。

与中国海外投资强劲的态势相比，肇始于地缘政治化的准入壁垒亦愈趋繁多、愈演愈烈。时任中国副总理王岐山在第23届中美商贸联委会会议上指出：中国投资者经常被美国政府审查同中国政府的政治关联，这毫无理由；希望美国政府停止对中国公司的政治审查。^① 地缘政治不仅威胁到中国投资者的公平合理权利，更成为阻挠国际投资自由化浪潮的逆流。对敢于赴汤蹈火“走出去”的中国投资者而言，今后不得不严加提防。

随着《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》出台，丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的建设被上升到“一带一路”国家战略。《中国对外投资合作发展报告2014》指出：“一带一路”战略契合沿线国家的共同需求，将为沿线国家实现优势互补、开放发展提供新平台，在满足沿途国家发展利益诉求的同时，也将为中国企业开展国际投资合作带来历史性的新契机。例如，中亚国家大多没有形成完善的产业结构，制造业竞争力较弱，对外贸易产品主要是能源类产品、初级产品，中国与中亚国家投资合作互补性较强。同时，中国对东盟国家、东盟成员国等的投资明显增长。近年来，中国对东盟国家的直接投资流量持续保持增加态势。2014年前11个月，中国非金融类企业赴东盟投资流量43.5亿美元。不仅如此，中国还改善了对东盟的投资结构，对东盟的制造业投资有所增加，2013年对东盟投资比重达到16.4%，比2008年提高了6.7个百分点。此外，中国与蒙古国及中东欧国家在资源、技术、市场等方

① 吴成良，王晓雄，柳玉鹏，王岐山要求美国停止对中国企业政治背景审查[N]，环球时报，2012-12-21。