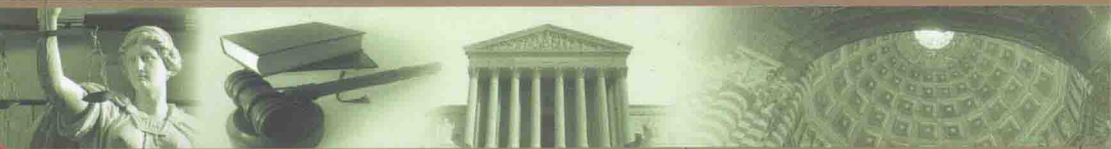


国际经济法论丛

促进与保护 我国海外投资的法制

CUJIN YU BAOHU WOGUO HAIWAI TOUZI DE FAZHI



曾华群 余劲松 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

促进与保护 我国海外投资的法制

CUJIN YU BAOHU WOGUO HAIWAI TOUZI DE FAZHI



曾华群 余劲松 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

促进与保护我国海外投资的法制/曾华群,余劲松主编. —北京:北京大学出版社, 2017. 2

(国际经济法论丛)

ISBN 978-7-301-27869-7

I. ①促… II. ①曾… ②余… III. ①海外投资—涉外经济法—研究—中国
②投资—经济法—世界 IV. ①D922.295.04 ②D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 320680 号

- 书 名** 促进与保护我国海外投资的法制
著作责任者 曾华群 余劲松 主编
责任编辑 冯益娜
标准书号 ISBN 978-7-301-27869-7
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印 刷 者 北京大学印刷厂
经 销 者 新华书店
965 毫米×1300 毫米 16 开本 36.25 印张 610 千字
2017 年 2 月第 1 版 2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价 75.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

国际经济法论丛

前 言

世纪之交,国际经济秩序酝酿深刻变革。近二十年来,借改革开放积蓄的实力和潜能,我国实施“走出去”战略,海外投资活动迅猛发展,举世瞩目。相应地,我国海外投资也面临国际市场的各种挑战。在此新形势下,我国促进与保护海外投资的法制建设成为当务之急。

本书在概述“可持续发展的投资政策框架”的基础上,从国内法和国际法两个层面,简要梳理和研讨了我国促进与保护海外投资的主要法律制度和实践。在国内法层面,探讨了健全我国海外投资保证制度、促进我国海外投资的组织法、促进我国海外投资的金融制度、我国海外投资壁垒问题及对策、我国海外投资的环境保护及我国对外能源投资合作的法律问题等专题。在国际法层面,探讨了国际投资条约理论、双边投资条约实践及国际投资争端的解决等专题。在各专题研究中,采用比较研究、综合研究、案例分析、调查访问等方法,国内法规范与国际法规范或有交融,力求理论联系实际,提出相关立法或条约实践的建议。

在各国的国际投资法体系中,“外商投资法”与“海外投资法”是相辅相成的两个重要领域。鉴于我国近年已由净资本输入国发展为兼具资本输入国与资本输出国双重身份,中国特色国际投资法体系需要适时调整或重构,海外投资法显然是亟待加强的研究领域。本书各专题属我国海外投资法领域,或可作为构建我国海外投资法理论框架的初步基础。

本书是国家社会科学基金重大项目“促进与保护我国海外投资的法律体制研究”(09&ZD032)的最终成果之一。自2010年以来,本项目课题组各位同仁潜心研究,已在中外学术期刊发表系列专题论文,取得了丰硕的阶段性成果。在此基础上,各位同仁发挥专长,协力完成此书。

本书作者及分工简介如下:

曾华群,法学博士,厦门大学国际经济法研究所、澳门科技大学法学院教授,博士生导师。主编并撰写第一章,第八章第一、二节及第九章第四、五节。

余劲松,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师。主编并撰写第三章及第十章第一节。

徐崇利,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师。撰写第八章第三节及第十章第二节。

李国安,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师。撰写第四章第一节。

单文华,法学博士,西安交通大学法学院教授、博士生导师。主持撰写第七章。

陈辉萍,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师。撰写第二章,第八章第四节及第十章第三、四节。

蔡从燕,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师。撰写第五章。

韩秀丽,法学博士,厦门大学法学院教授、博士生导师。撰写第六章,第八章第五节及第九章第一、二节。

张骐心,法学博士,厦门大学法学院助理教授,撰写第九章第三节。

石桐灵,法学博士,招商证券股份有限公司法律合规部副总裁。撰写第四章第二节。

刘远志,厦门大学法学院国际法专业 2012 级博士研究生,日本神户大学 2016 级博士研究生。撰写第四章第三节。

全书由主编修订和审定。

应当指出,由于我国海外投资法领域广泛且发展迅速,本书的专题研究虽多有开拓,仅是开端,尚需持续性的跟踪研究;本书的相关立法或条约实践建议虽不乏新意,各属作者管见,尚需进一步论证和商榷。希望本书能引起学术界、实务界同行和广大读者对我国海外投资法领域的进一步关注和研究。

谨此由衷感谢国家社会科学基金和北京大学出版社对本项目研究和成果出版的鼎力支持!

曾华群 余劲松

2016 年 12 月 12 日

CONTENTS 目 录

第一章	绪论：“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策	1
	一、“可持续发展的投资政策框架”的产生背景	1
	二、“可持续发展的投资政策框架”的主要创新	4
	三、我国的立场与对策	11

上篇 促进与保护海外投资的国内法律制度

第二章	健全我国海外投资保证制度	17
第一节	海外投资保证制度的缘起和特点	18
	一、海外投资保证制度的缘起	18
	二、海外投资保证制度的特点	20
第二节	我国海外投资保证制度现状	22
	一、我国海外投资保证制度与承保机构的沿革	22
	二、我国海外投资保证制度的立法缺失	24
	三、我国海外投资保证立法时机已经成熟	28
第三节	我国海外投资保证的立法模式与承保机构的法律定位	29
	一、海外投资保证制度的立法模式	29
	二、海外投资保证制度的承保机构的法律定位	33
	三、我国海外投资保证的立法模式选择与承保机构的法律定位	34

第四节 我国海外投资保险中的适保性 问题	36
一、适保的东道国	36
二、适保的投资	40
三、适保的投资者	41
四、承保险别	43
第五节 我国海外投资保险中的代位权 问题	44
一、代位权的确立	44
二、代位权的承认	45
三、代位权的行使	48
第六节 我国海外投资保险中的争端解决 问题	49
一、承保机构与海外投资者之间争端的解决	49
二、承保机构与东道国之间争端的解决	51
 第三章 促进我国海外投资的组织法	 60
第一节 我国境外投资核准制度改革问题	60
一、境外投资核准范围与条件及其改进	62
二、境外投资核准机关及其改革	67
三、建立和完善自动许可制或登记备案制	69
四、健全和完善其他配套制度与措施	72
五、结论	74
第二节 我国企业“走出去”的公司治理 问题	75
一、导言	75
二、公司治理的目标	76
三、董事与高管的义务	78
四、董事与高管违反义务的责任构成要件	83
五、董事的决策责任与商业判断规则	88
六、董事的监管责任与董事会监管制度的 完善	93

七、国有企业股东对董事会的控制与监督	98
八、结论	111
第四章 促进我国海外投资的金融制度	113
第一节 促进海外投资的财政支持制度	113
一、国外促进海外投资的财政支持制度	114
二、我国促进海外投资的财政支持制度及其存在的问题	118
三、完善我国海外投资财政支持制度的思路与措施	122
第二节 促进海外投资的金融信贷优惠制度	126
一、问题的提出——从一则案例谈起	126
二、国外的海外投资金融信贷优惠制度经验及其启示	130
三、我国促进海外投资优惠信贷制度的现状与问题	138
四、美、日、韩海外投资优惠信贷制度对我国的启示	141
第三节 促进海外投资的外汇管理制度	143
一、国外促进海外投资的外汇管理制度	143
二、我国现行海外投资外汇管理制度及其存在的问题	149
三、构建促进我国海外投资的外汇管理制度	153
四、促进人民币海外直接投资	155
第五章 我国海外投资壁垒问题及对策	163
第一节 我国海外投资壁垒问题的背景与识别	164
一、我国海外投资壁垒问题的背景	164
二、我国海外投资壁垒的识别	173

第二节 我国海外投资壁垒的生成与实施机理	175
一、国家安全审查与我国海外投资壁垒问题	175
二、作为投资壁垒的国家安全审查制度：实证考察	177
第三节 我国应对海外投资壁垒问题的措施	183
一、法律方法	184
二、政治方法	189
三、结论	190
 第六章 我国海外投资的环境保护	 191
引言	191
第一节 我国保护海外投资环境的理由	193
一、政治方面	194
二、经济方面	197
三、法律方面	200
四、环境伦理方面	204
第二节 作为母国的规制方法	205
一、母国立法规制方法	205
二、母国司法规制方法	210
三、母国通过银行、保险机构和证券交易所的规制方法	215
四、我国海外投资环境保护的国内法制构想	222
第三节 投资者自我规制方法	226
一、通过行为守则自我规制	227
二、通过合同自我规制	230
第四节 海外投资环境保护的国际投资法制	235
一、IIAs 下母国与投资者的责任和义务	235
二、我国海外投资环境保护的国际投资法制构想	237

第七章 我国对外能源投资合作的法律问题	246
第一节 引论——能源安全与我国对外能源投资合作	246
一、中国的能源产需形势	246
二、中国对外能源投资发展迅猛	247
三、对外能源投资在维护我国能源安全中的作用	249
第二节 我国对外能源资源投资的法律环境与法律需求的实证分析	252
一、调查概述	252
二、中国对外能源投资总体法律环境评价	256
三、中国对外能源投资合作的法律需求	268
四、结论	271
第三节 我国对外能源投资合作的法律框架及其完善	272
一、跨国能源投资的法律风险	273
二、我国对外能源投资合作的法律框架	273
三、我国对外能源投资合作的法律框架的完善	278
第四节 企业环境社会责任与我国对外能源投资	280
一、跨国企业社会责任的主要内容	281
二、跨国能源企业承担环境社会责任的一般途径	282
三、国际投资法对跨国能源投资的环境法律规制:以 ECT 为例	285
四、进一步推进中国海外能源投资应注意的问题	287

下篇 促进与保护海外投资的法律制度

第八章 国际投资条约理论	293
第一节 多边投资协定谈判前瞻	293
一、MAI“适当谈判场所”的选择问题	294
二、MAI 谈判纳入 WTO 体制的法律依据问题	300
三、MAI 谈判取得成效的基本要素	304
四、结语	309
第二节 双边投资条约范本的演进与中国的对策	310
一、BIT 实践及其范本的缘起与特征	311
二、BIT 范本的类型及其发展趋向	317
三、我国新 BIT 范本的目标和模式选择	330
四、结语	337
第三节 公平与公正待遇标准解读	338
一、引言	338
二、公平与公正待遇：实践之分析	339
三、公平与公正待遇：理论之解析	348
四、结论	355
第四节 公平正义作为国际投资条约的价值取向	356
一、国际投资条约中公平正义问题的提出	356
二、公平正义是法律尤其是国际法的基本价值取向	359
三、多数国际投资条约的缺陷在于欠缺公平正义	362
四、国际投资条约应以公平正义为价值取向	369
五、以公平正义为价值取向构建新一代国际投资条约	371
六、结论	378

第五节 后危机时代国际投资法的转型	378
一、国际投资法转型的表现	379
二、国际投资法何以转型	384
三、如何看待国际投资法转型	386
 第九章 双边投资条约实践	 391
第一节 双边投资条约中的“根本安全利益”与“公共目的”	392
一、引言	392
二、“根本安全利益”与“公共目的”定义之辨析	393
三、“根本安全利益”与必要性抗辩紧密相关	395
四、“公共目的”与征收问题并存	404
五、国际投资保护协定关于“根本安全利益”规定的新趋势	407
六、结论	411
第二节 双边投资条约中的“自裁决”条款	411
一、引言	411
二、“自裁决”条款的发展：基于美国 BIT 实践的考察	412
三、“自裁决”条款的定性和适用：基于“森普拉能源公司撤销案”的考察	416
四、我国的缔约选择	420
第三节 双边投资条约在武装冲突情况下的适用问题	424
一、导言	424
二、BITs 中关于武装冲突的规定	425
三、BITs 没有相关规定的情况	430
四、反政府武装夺取政权情况下 BITs 的适用	436
五、结论	439

第四节	香港双边投资条约实践	440
一、	香港双边投资条约实践的沿革	441
二、	香港双边投资条约的主要条款	443
三、	香港签订双边投资条约的法律依据问题	460
四、	香港双边投资条约衍生的条约适用问题	463
五、	结语	467
第五节	我国“可持续发展导向”双边 投资条约的实践	468
一、	BIT 传统条款的“扬弃”	468
二、	BIT 创新条款的采纳	476
三、	结语	481
第十章	国际投资争端的解决	483
第一节	国际投资条约仲裁中投资者与 东道国权益保护平衡问题	483
一、	导言	483
二、	条约例外条款的设置及适用问题	484
三、	防范与限制对 BIT 有关条款的扩大性 解释	491
四、	改善投资者与东道国间争端解决机制	497
五、	结论	500
第二节	晚近国际投资争端解决实践之 评判理论	501
一、	引论	501
二、	国际投资争端性质的改变与现行 解释性理论的缺失	502
三、	现行解释性理论的缺失与“全球治理” 理论的引入	509
四、	结论	516
第三节	ICSID 仲裁庭扩大管辖权之实践 剖析	517
一、	ICSID 仲裁庭扩大管辖权之惯用手法	518

二、“谢业深案”是 ICSID 仲裁庭扩大管辖权的典型例证	530
三、ICSID 仲裁庭扩大管辖权之原因与不利影响	535
四、发展中国家防止 ICSID 仲裁庭扩大管辖权之对策	539
第四节 ICSID 仲裁裁决承认与执行机制的实践检视及其对中国的启示	541
一、引言	541
二、ICSID 裁决承认与执行机制的适用范围	542
三、ICSID 裁决承认与执行机制中的中止执行裁决制度	549
四、ICSID 裁决承认与执行机制取得良好成效的原因	553
五、ICSID 裁决承认与执行机制面临的挑战与对策	555
六、结论	564

第一章 绪论：“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策

【本章提要】 本章主要探讨“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策,作为其后各章的背景。联合国贸易和发展会议(UNCTAD)制订的“可持续发展的投资政策框架”(IPFSD)产生的主要背景是传统国际投资政策本身面临严峻的挑战和南北国家的国际投资地位发生了显著变化。IPFSD的主要创新表现在从“偏重保护外资权益”到“促进东道国可持续发展”,从“偏重保护外资”到“平衡当事双方权利义务”,保护外资和管制外资从“各行其道”到“一体化”三个方面。我国的基本立场和对策应是促进形成共识,支持 UNCTAD 制订“可持续发展友好型”BIT 范本;建立和健全基于 IPFSD 的我国海外投资法律制度;及时制订我国“可持续发展友好型”BIT 范本,积极开展相关实践。

联合国贸易和发展会议(UNCTAD)《2012 年世界投资报告》题为“迈向新一代投资政策”,制订了“可持续发展的投资政策框架”(Investment Policy Framework for Sustainable Development, IPFSD),表明国际社会对国际投资政策的“共同路径”取得了初步共识,也在一定程度上反映了国际投资政策的最新发展趋向。在“新一代投资政策”语境中,“投资政策”包括国内法方面的外国投资立法和国际法方面的国际投资条约实践。我国作为发展中大国,且具有资本输入国和资本输出国双重身份,亟须在分析 IPFSD 产生背景的基础上,重视其主要创新因素,并确立相应的立场和对策。

一、“可持续发展的投资政策框架”的产生背景

IPFSD 是国际投资政策经历长期发展、面临重大转折点的产物。其产生的主要背景是传统国际投资政策面临严峻挑战,南北国家的国际投资地位发生显著变化,引发了国际社会调整国际投资秩序的动机和需求。

(一) 传统国际投资政策面临严峻挑战

追根溯源,传统国际投资政策是由发达的资本输出国创造并服务于其对外经济政策的。因此,以促进和保护海外投资作为其主旨,自始片面强调

资本输出国及其海外投资者的权益当属顺理成章,也是其先天的、不可磨灭的深刻烙印。长期以来,在发达国家的主导下,传统国际投资政策片面强调对外资和外国投资者的保护和优惠,这实际上也是取决于南北国家的实力。就各国普遍采用的双边投资条约(bilateral investment treaties, BITs)而言,理论上,BITs 是国家之间双边谈判的结果,旨在为缔约双方提供同等的法律保护。事实上,它们常常是作为资本输出国的发达国家与作为资本输入国的发展中国家之间的协定。特定 BIT 所规定的投资保护规则 and 标准,是缔约双方的期望与它们各自的谈判地位、谈判实力交互作用的结果。当前,BITs 发展的趋势是,越来越重视和加强对外资和外国投资者的保护,如“设立权”(right of establishment)模式、外国投资者单方诉诸国际仲裁的权利等。历史表明,肇始于 20 世纪 50 年代末期的 BITs 实践片面维护资本输出国和外国投资者权益的“先天不足”,在长达五十多年的“后天”不仅未得到应有的纠正,反而被发达国家不断强化和扩张。^①

此种“失衡”的传统国际投资政策,由于严重背离了国际社会普遍认同的经济主权、公平互利和合作发展原则,已面临严峻挑战,甚至面临合法性或正当性危机。2011 年 4 月,澳大利亚颁布了一项贸易政策声明,宣称其在将来签订的国际投资协定(international investment agreements, IIAs)^②中,不再接受“投资者与国家之间争端解决”(investor-State dispute settlement, ISDS)条款。其原因是,该条款给予外国企业高于本国企业的法律权利,且限制了政府的公共决策能力(如社会、环境和经济法律的制定与履行)。^③近年来,更有来自发展中国家的激烈反应。例如,“卡尔沃主义”的故乡拉美国家,在 20 世纪 80 年代末转变其抵制 IIAs 的立场,近二十年来同世界各国签订了五百多项 BITs。^④然而,鉴于 IIAs“自由化”发展削弱了国家经济主权的新情势,一些拉丁美洲国家不得不重新考虑其有关 IIAs 的立

① 曾华群:《论双边投资条约实践的“失衡”与革新》,载《江西社会科学》2010 年第 6 期。

② 所谓“国际投资协定”(IIAs),一般是指国际投资法的主要国际法规范,包括双边投资协定(BITs)、三方投资协定(triangle investment agreements, TIAs)、区域性投资协定、含有投资规范的自由贸易协定(free trade agreements, FTAs)、区域贸易协定(regional trade agreements, RTAs)或经济合作伙伴协定(economic partnership agreements, EPAs)及《解决国家与他国国民间投资争端公约》(《ICSID 公约》)(1965 年)、《多边投资担保机构公约》(《MIGA 公约》)(1985 年)等世界性多边投资协定。

③ UNCTAD, World Investment Report 2012, Towards a New Generation of Investment Policies, United Nations, 2012, p. 87.

④ Mary H. Mourra (ed.), Latin American Investment Treaty Arbitration, the Controversies and Conflicts, Wolters Kluwer, Vol. 1, 2009.