

GUOJI TOUZI SHEYEQUAN YANJIU

国际投资设业权研究

佟占军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京市属高等学校人才强教计划资助项目

GUOJI TOUZI SHEYEQUAN YANJIU

国际投资设业权研究

佟占军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际投资设业权研究/佟占军著. —北京:法律出版社,2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2706 - 7

I. ①国… II. ①佟… III. ①国际投资—研究 IV.
①F831.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 221072 号

© 法律出版社·中国

国际投资设业权研究

佟占军 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2012 年 1 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 固安华明印刷厂

印张 7.25 字数 135 千

印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2706 - 7 定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

任何法律问题大概都可以归结为“权利”问题。法律被看做是人的行为规范,“可为”与“不可为”即是“有权”或“无权”的问题;法律又被认为是调整人们之间的社会关系的规范,经法律所调整的社会关系为法律关系,而法律关系的内容即为当事人之间的权利义务关系。当一个人诉诸法律程序的时候,他一定是在主张某项权利,而对方的抗辩通常是诉方无权提出请求。法律与权利的联系是如此的紧密,以至于在一些语言中,“法律”与“权利”是同一词汇,中文中也有“法权”的表述。

正因为权利问题是法律问题的内核,“权利”成为法学中最基本的范畴。例如,当我们翻开一本民法学的教科书,各种“权利”会纷至沓来:“人身权”、“财产权”、“物权”、“债权”、“对世权”、“对人权”、“请求权”、“抗辩权”等。越是成熟的法学学科,其“权利”范畴体系就越缜密;反过来,如果一个部门法学缺少“权利”的范畴,那么这一定是一个不发达的学科。

佟占军副教授以“国际投资设业权”作为其博士学位论文的选题是看到了国际投资法学科的欠发达。虽然在过去的 100 多年的时间里,国际投资已成为与国际贸易并重的国际经济现象,

各种相应的法律制度也陆续地被创设出来,但与传统的法律部门相比,国际投资法的体系还远非完整(更难说完善),国际投资法学也十分单薄。国际投资立法基本上在延续实用主义的实践而缺乏总体设计,研究国际投资法的学者们也大都关注规则自身的阐释,而缺少构筑学科体系的兴趣。正因为如此,法学界才会长期满足于沿用外交官们所惯常使用的“国际投资市场准入”这样的概念,而疏于探究“国际投资设业权”这类范畴。佟占军副教授将人们通常所言的“国际投资市场准入”问题转化为“国际投资设业权”问题加以研究,试图以法学的方法来研究国际投资问题,以“权利”为基本范畴来构建国际投资法学自己的话语体系。这种转换不是新瓶装旧酒式的转换,而是观察事物立场的转换。立场变了,视角变了,我们就可以看到我们原先所看不到的现象,发现我们原先所想不到的问题,从而进行新的思考。

以“权利”为视角探究传统的国际投资市场准入问题,佟占军副教授的研究首先回答了“什么是国际投资设业权”的问题。通过分析归纳,将国际投资设业权界定为“外国投资者在投资准入阶段享有的以从事个人经营活动、建立或并购企业为目的权利”。因为权利一定要存续在某种法律关系当中,于是,佟占军将“国际投资设业权”置于国际投资设业权法律关系中观察,指出这种权利的主体是外国投资者,其义务主体是东道国及其主管机关;权利内容包括选择设业类型、选择投资伙伴、选择投资资本、选择投资比例、选择投资领域等;而外国投资者的投资设业行为是法律关系的客体,是权利义务的指向对象。在研究了国际投资设业权的基本理论问题之后,佟占军深入考察了国际投资设业权

在实践中的情况,着重分析了东道国的特定法律制度对设业权的影响;依次研究了外资准入管制对国际投资设业权的影响、国际投资待遇对国际投资设业权的影响以及投资措施对国际投资设业权的影响,并就这些问题提出并论证了自己的观点。在前述研究的基础上,对国际投资设业权作出了令人信服的总体判断,即国际投资设业权是外国投资者享有的权利,是外国投资者的国际直接投资权利,是外国投资者在直接投资准入阶段的权利,是外国投资者享有的私权,是受到国家管制的私权。

相信有一定法学素养的读者在看到佟占军副教授的研究成就的同时,也会发现他研究中的一个问题:没有正面回答“国际投资设业权的救济”。权利救济是法律体系中的重要组成部分,“无救济就无权利”的法律谚语说出了权利救济的重要地位。事实上,这个问题在佟占军准备论文答辩的时候,就几乎同时被我和我注意到了。估计答辩委员会专家会问到这个问题,佟占军还就这个问题做了大量的准备,并准备在论文答辩之后补充相应内容。但考虑到“国际投资设业权的救济”问题是如此重要,以致可以作为一项独立的研究,为尊重学术,此次出版未做“权利救济”内容的增添。

佟占军博士对法学研究具有浓厚的兴趣和高度的悟性。他善于从人们司空见惯的现象中发现和挖掘法律问题,提出并证实自己的观点。同时,佟占军的勤奋也是他学术上能够取得进步的重要原因。在攻读博士学位期间,他承担着大量的教学科研任务,并担任院系领导职务,但这些似乎都没有影响他作为博士生的学习,这背后一定有他超出常人的付出。一年前,佟占军顺利

地获得法学博士学位,现在,他的博士论文又即将出版,作为他的博士生导师,我祝贺他取得的成就,并祝愿他在未来的学术道路上越走越快,越走越稳。

车丕照
2011 年 11 月 1 日

目 录

Catalog

第 1 章 引言	001
1.1 选题背景及意义	003
1.1.1 选题背景	003
1.1.2 选题意义	005
1.2 文献综述	010
1.2.1 关于国际投资设业权的文献	010
1.2.2 关于外资准入的文献	011
1.2.3 关于外资待遇的文献	012
1.2.4 关于投资措施的文献	014
1.2.5 关于权利及法律关系的文献	015
1.2.6 其他文献	015
1.3 本书研究方法	016
 第 2 章 国际投资设业权基本问题	 019
2.1 国际投资设业权的界定	021
2.1.1 观点、规定、案例及其评析	021
2.1.2 国际投资设业权与有关权利的区别	030
2.2 国际投资设业权的性质	041
2.2.1 国际投资设业权的权利属性	041

2.2.2	国际投资设业权的性质分析	045
2.3	国际投资设业权法律关系	053
2.3.1	国际投资设业权法律关系主体	053
2.3.2	国际投资设业权法律关系中的权利和义务	054
2.3.3	国际投资设业权法律关系的客体	064
2.4	国际投资设业权的确立	065
2.4.1	多边法律文件的规定	066
2.4.2	区域性和区域间法律文件的规定	070
2.4.3	双边法律文件的规定	077
2.4.4	东道国法律规定	080
2.4.5	国际投资设业权法律依据的适用	082
第3章	外资准入管制对国际投资设业权的影响	087
3.1	外资准入的界定	089
3.1.1	外资准入相关概念	089
3.1.2	外资准入管制权	091
3.2	外资准入管制对国际投资设业权的影响	095
3.2.1	外资准入管制影响的表现	095
3.2.2	外资准入管制影响范围的变化	102
3.3	各种外资准入管制模式下的国际投资设业权	104
3.3.1	国家审核投资模式下的设业权	104
3.3.2	有选择的自由化模式下的设业权	105
3.3.3	区域工业化模式下的设业权	106
3.3.4	相互给予国民待遇模式下的设业权	107

3.3.5 国民待遇和最惠国待遇结合模式下的设业权	107
3.3.6 混合模式下的设业权	109
第4章 国际投资待遇对国际投资设业权的影响	113
4.1 外资国民待遇对国际投资设业权的影响	116
4.1.1 外资国民待遇的含义和分类	116
4.1.2 外资国民待遇确定权利的机制	117
4.1.3 设业前国民待遇的影响	121
4.1.4 设业后国民待遇的影响	123
4.1.5 外资国民待遇例外规定的影响	124
4.2 外资最惠国待遇对国际投资设业权的影响	128
4.2.1 外资最惠国待遇的含义和分类	128
4.2.2 外资最惠国待遇确定权利的机制	129
4.2.3 设业前最惠国待遇的影响	132
4.2.4 设业后最惠国待遇的影响	134
4.2.5 外资最惠国待遇例外规定的影响	136
4.2.6 外资最惠国待遇与国民待遇的共同影响	139
4.3 外资公平公正待遇对国际投资设业权的影响	141
4.3.1 国际法律文件的规定	142
4.3.2 公平公正待遇难以确定设业权	145
4.3.3 公平公正待遇的促进作用	147
第5章 投资措施对国际投资设业权的影响	151
5.1 投资措施的含义和分类	153

5.1.1	投资措施的含义	153
5.1.2	投资措施的分类	154
5.2	履行要求对国际投资设业权的影响	158
5.2.1	设业前履行要求的影响	158
5.2.2	设业后履行要求的影响	161
5.2.3	履行要求国际协调的影响	162
5.3	东道国投资激励措施对国际投资设业权的影响	168
5.3.1	东道国投资激励措施的内容	168
5.3.2	东道国投资激励措施的促进作用	170
5.3.3	投资激励措施国际协调产生的影响	171
5.4	母国投资措施的影响	180
5.4.1	母国投资措施的内容	180
5.4.2	母国投资措施的作用	184
5.4.3	母国投资措施国际协调产生的影响	186
第6章	结论	195
6.1	本书主要观点总结	197
6.1.1	国际投资设业权基本问题	197
6.1.2	外资准入管制对国际投资设业权的影响	198
6.1.3	国际投资待遇对国际投资设业权的影响	200
6.1.4	投资措施对国际投资设业权的影响	201
6.2	对我国的若干启示	202
主要参考文献		205
后记		215

第1章

引言

1.1 选题背景及意义

1.1.1 选题背景

自 20 世纪 90 年代以来,国际直接投资迅猛发展,已经超过国际货物贸易的增长速度,成为推动经济全球化的主要力量。根据《世界投资前景调查(2008 ~ 2010 年)》的统计,国际直接投资在 2000 年至 2002 年期间有所下降,而后稳步增长,在 2007 年历史性地达到 1.8 万亿美元。据统计,国际绿地投资项目在 2003 年至 2007 年之间增加了 23%。^①然而,2007 年中期出现了金融危机并由此引发了对世界经济前景下降趋势的预测,人们并不确定全球投资走向,同时对投资前景给予了极大关注。^②即便如此,投资者不断增加对发展中国家和转型经济国家的投资。除美国之外,“金砖四国”(巴西、俄罗斯、印度和中国)依然名列最受国际投资

① See UNCTAD, *World Investment Prospects Survey 2008 – 2010*, p. 7, http://www.unctad.org/en/docs/wips2008_en.pdf, 2009 – 04 – 05.

② See UNCTAD, *World Investment Prospects Survey 2008 – 2010*, pp. 7 – 8, http://www.unctad.org/en/docs/wips2008_en.pdf, 2009 – 04 – 05.

者青睐的5个国家之中。^①

与近几十年来国际直接投资的稳步增加相应,国际投资协议也在数量和复杂性方面持续发展。自1959年第一个双边投资条约签订到19世纪中叶,国际投资协议的数量经历了适度增长,此后国际投资协议获得迅速发展。但是直到19世纪中叶,国际投资协议大都以双边投资条约的形式出现,近几年来包含投资条款的区域贸易协议或者其他的经济合作条约受到重视。发达国家自始就是国际投资协议的主角,但是近年来却转变为以发展中国家为主。其中,亚太地区是最活跃的部分,非洲、拉丁美洲和加勒比海地区国家紧随其后。^②

但是,国际资本的流动也随着各个国家,尤其是发达国家与发展中国家在政治、经济、文化、社会关系等各个领域的矛盾和冲突。国际直接投资可能给一国的经济发展、产业结构,甚至国家经济安全造成不利影响。对发展中国家而言,大规模的国际资本流动既可以创造空前的发展机遇,又蕴涵着潜在的风险。因此,发展中国家对外资的进入总体上持审慎态度,往往通过限定投资领域、规定投资措施、强化审批管理等手段控制外资的进入。在经济全球化进程中,发达国家为拓展全球市场,进而获得更大的利益,不断地推动包括投资自由化在内的世界经济自由化进程。

① See UNCTAD, *World Investment Prospects Survey 2008 - 2010*, p. 21, http://www.unctad.org/en/docs/wips2008_en.pdf, 2009 - 04 - 05.

② See UNCTAD, *International Investment Rule - making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, pp. 21 - 25, http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20073_en.pdf, 2009 - 04 - 05.

为获得国外的资金、技术和管理经验,促进本国经济发展,加快完成工业化和现代化,发展中国家通过减少对外资进入的限制,强化对外资的保护,加入投资自由化的行列中来。

以往对国际直接投资问题的研究往往是站在国家与国家的立场,从东道国对外资管制的角度开展的,如对外资准入、投资待遇、投资措施等问题的研究往往关注的是东道国的行为。但是,作为国家管制对象的外国投资者的权利也是不容忽视的。国家与国家之间有关外资管制的协调,最终要体现为投资者的权利。如果一国在已有国际义务约束的情况下侵害外国投资者的权利,理应承担国家责任。对外国投资者而言,进入东道国投资设业是投资活动的第一阶段,也是至为关键的环节。能否进入东道国投资设业决定其能否开展后续经营活动,能否获得预期利益。国际投资设业权(right of establishment or establishment right)是外国直接投资者在外资准入阶段设立企业或者经营机构的权利,本书将围绕这一问题展开研究。

1.1.2 选题意义

1.1.2.1 理论意义

(1)从总体上讲,系统地研究国际投资设业权可以在一定程度上填补研究的空白,进一步丰富国际经济法学理论。欧共体及欧洲国家签订的条约不但使用了“国际投资设业权”(right of establishment)的概念,而且一些条约专章规定了国际投资设业权问题:《北美自由贸易协定》(North America Free Trade Agreement, NAFTA)和以美国、加拿大为代表的国家签订的双边投资条约规定了可以据以确定国际投资设业权的外资准入阶段国民待遇和

最惠国待遇;以中国为代表的一些发展中国家没有采用国际投资设业权的概念也不接受外资准入阶段的国民待遇,但是这些国家的国内法同样赋予了外国投资者在一定条件下在该国投资设业的权利。可以说,国际投资设业权是一种现实存在的权利,只不过据以确立国际投资设业权的依据是不同的。

根据目前查阅到的资料,国内尚没有全面系统论述国际投资设业权的文献,仅有1篇题为 *Deconstructing Establishment Rights in International Investment law* 的外文文献系统地论述了该问题。但是该论文认为国际投资设业权是外资准入阶段的国民待遇,并将研究范围局限于国民待遇的研究,范围较窄。

作为一种现实存在的权利,国际投资设业权的定义、性质、法律关系、确立依据,外资准入与国际投资设业权的关系,国际投资待遇与国际投资设业权的关系,投资措施对国际投资设业权的影响等需要加以系统的研究。本书将在梳理国际条约中相关规定的基础上系统研究国际投资设业权问题,期望可以在一定程度上填补国际投资设业权研究的空白,进一步丰富国际经济法学理论。

(2)研究国际投资设业权可以澄清其与外资准入的关系。外资准入是与外资运营相对应的投资阶段,从国家和外国投资者的角度立论,这个阶段可以划分为东道国对外国投资者进入本国投资进行的管制和外国投资者依据国际投资设业权设立企业或者经营机构两个方面。以往对外资准入的研究主要关注东道国对外国投资者投资设业活动的管制,而很少涉及外国投资者的国际投资设业权。从外国投资者国际投资设业权的角度开展研究可