



世界贸易组织讲席计划丛书

国际投资规则视角下的 上海自贸区外资管理 法律制度研究

Foreign Investment Regulation in Shanghai Free Trade Zone and
Legal System - From the Perspective of International Investment Rules

陶立峰 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



世界贸易组织讲席计划丛书

本书受到上海哲社一般项目（2014BFX013）资助

国际投资规则视角下的 上海自贸区外资管理 法律制度研究

Foreign Investment Regulation in Shanghai Free Trade Zone and
Legal System - From the Perspective of International Investment Rules

陶立峰 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际投资规则视角下的上海自贸区外资管理法律制度研究 / 陶立峰著. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1725 - 4

I. ①国… II. ①陶… III. ①自由贸易区—外资管理—金融法—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 300688 号

国际投资规则视角下的上海自贸区
外资管理法律制度研究
GUOJI TOUZI GUIZE SHIJIAO XIANG SHANGHAI
ZIMAQU WAIZI GUANLI FALÜ ZHIDU YANJIU

陶立峰 著

策划编辑 张瑞珍
责任编辑 田 浩
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立策划部政务工作室
开本 A5
印张 8.625
字数 216 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

编辑电话/010-63938284

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1725 - 4

定价: 33.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

自 序

2013年7月,我国在中美双边投资协定谈判(以下简称“中美BIT”)中第一次宣布接受准入前国民待遇和负面清单模式。两个月后,中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸区”)成立,试行准入前国民待遇负面清单管理模式。上海自贸区对中美BIT谈判阶段性成果的迅速回应,引起国内外学界高度关注。在中美进行BIT谈判的背景下,商务部启动三资企业法修订意见征集,上海自贸区先试先行外资准入新模式,开放促改革将在外资管理领域大力推进。承载国家投资管理体制改革试验功能的上海自贸区,其外资管理法律变革的相关研究成为新的热点问题。

上海自贸区作为我国进一步融入经济全球化的重要载体,肩负为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重要使命,上海自贸区现已开创性地暂停三资企业法有关外资审批的实施,但这只是投资管理改革的开始,系统地覆盖外资各阶段的管理机制建设有待推进。在探索建立符合国际化和法治化要求的跨境投资规则体系过程中,从国际投资规则的

视角,跟踪中美 BIT 谈判进展,对上海自贸区外资管理法律制度的具体构建提供对策研究,为形成在全国可复制可推广的外资管理模式提供参考,符合时代需求和国家战略需求,具有重要价值。

本书旨在论证“以更高水平的开放倒逼国内改革”在上海自贸区外资管理法律制度构建的实现方式和路径。美国作为最活跃的国际经贸规则制定者,中美 BIT 作为我国参与更大范围更深层次区域合作的试金石,是本书研究的国际维度。首先,本书分析新一轮国际经贸规则谈判的背景形势,探究中美 BIT 与上海自贸区外资管理机制之间的互动关系。其次,结合中美 BIT 外因的影响,就中美 BIT 谈判中涉及上海自贸区外资管理的相关条款深入分析,评估上海自贸区现行外资管理机制与其存在的差异及可能的影响,重点探讨在当下简政放权和政府职能转变的背景下,上海自贸区外资管理法律制度在准入、运营和退出阶段的具体做法、存在的问题和改进建议。最后,针对上海自贸区重点开放服务业的特点,对金融、航运、商贸、专业、文化、社会六大服务业的开放规范进行详细评析。

书稿初成,自贸区已从 2013 年上海自贸区的“一枝独秀”,到 2017 年的遍及我国东南西北中。一方面因其发展速度之快,喜于可研究材料迭出;另一方面忧于自身研究力有不逮。错漏之处,诚以为继续研习自贸区的下一个起点。

目 录

第一章 国际投资规则与上海自贸区外资管理法律制度 001

第一节 国际投资规则的构建发展 001

一、国际投资规则的多元渊源 001

二、新一轮国际投资规则特点 002

第二节 全球自贸区建设及外资监管发展 006

一、全球自贸区建设概况 006

二、全球自贸区外资管理 008

第三节 中美 BIT 谈判中的上海自贸区外资管理法律制度 010

一、上海自贸区的设立与发展概况 010

二、上海自贸区外资管理立法背景 016

三、上海自贸区外资管理立法现状 024

四、我国的外资战略及自贸区布局 031

第二章 上海自贸区外资准入阶段法律制度 045

第一节 我国外资准入法律制度的历史变迁 045

一、外资准入条件的发展变化 046

二、外资准入程序的发展变化 048

第二节 上海自贸区准入阶段的国民待遇与负面清单管理模式 050

一、上海自贸区外资国民待遇适用阶段的扩张 050

二、上海自贸区外资准入负面清单的发展演变 054

三、上海自贸区负面清单与中美 BIT 谈判对接 061

四、上海自贸区负面清单与我国外资法的协调 066

第三节 上海自贸区外商投资国家安全审查制度 070

一、国家安全审查的功能定位 070

二、我国外资并购国家安全审查概述 071

三、上海自贸区外资国家安全审查制度译述 072

四、上海自贸区国家安全审查制度的改进建议 078

第四节 上海自贸区商事登记制度改革 082

一、商事登记改革 082

二、“先照后证”登记制度 088

三、外商投资企业备案制度 090

第五节 上海自贸区外资准入法律制度的辐射效应 092

一、负面清单管理制度的推广 092

二、商事登记制度的推广 096

三、外资企业备案等制度的推广 097

第三章 上海自贸区外资运营阶段法律制度 100

第一节 我国外资运营阶段法律规制概述 100

一、我国外资运营法律制度发展纵论 100

二、上海自贸区外资运营法律监管:从理论到实践 101

第二节 上海自贸区企业信用监管制度 103

一、企业信息申报公示义务:以年报制度为核心 103

二、政府信息公开共享义务:以平台建设为基础 108

三、社会力量作为新监管主体的介入	113
第三节 上海自贸区反垄断法律规制	116
一、反垄断与企业经营	116
二、上海自贸区反垄断制度评介	116
第四节 上海自贸区劳工保护法律规制	120
一、劳工保护与企业经营	120
二、上海自贸区劳工保护措施评述	121
第五节 上海自贸区知识产权法律规制	124
一、知识产权保护与企业经营监管	124
二、上海自贸区知识产权法律规制评析	125
第六节 中美 BIT 谈判视角下的上海自贸区外资运营法律规制完善	132
一、透明度条款与上海自贸区外资监管改进建议	132
二、间接征收条款与上海自贸区外资监管改进建议	137
三、公平公正待遇条款与上海自贸区外资监管改进建议	143
四、劳工条款与上海自贸区外资监管改进建议	149
五、社会责任条款与上海自贸区外资监管改进建议	152
 第四章 上海自贸区外资退出阶段法律制度	 159
第一节 我国外资退出法律规则及其问题	159
一、外资退出的概念和形式	159
二、我国外资退出的法律规制	161
第二节 上海自贸区外资退出法律规范透视	167
一、简易注销程序的尝试	167
二、多元争端解决机制初步建立	168
三、调解：以自贸区国际商事联合调解庭为考察点	169
四、仲裁：以自贸区仲裁院为考察点	172

五、行政复议与法律审查：以相对集中行政复议和规范性文件法律审查为考察点 176

六、诉讼：以自贸区法庭和自贸区仲裁司法审查为考察点 181

第三节 中美 BIT 谈判视角下的上海自贸区外资退出法律规制完善 185

一、资本转移条款与上海自贸区外汇监管改进建议 185

二、争端解决条款与上海自贸区争端解决机制改进建议 194

第五章 上海自贸区服务业开放法律规制研究 210

第一节 上海自贸区服务业开放概述 210

一、世界服务业发展趋势 210

二、上海自贸区服务业开放的重点领域 211

第二节 上海自贸区金融服务业开放法律规制 213

一、我国金融服务业开放现状 213

二、上海自贸区金融服务业开放规范 215

三、上海自贸区金融服务业开放需注意的问题 220

第三节 上海自贸区航运服务业开放法律规制 222

一、我国航运服务业的开放轨迹 222

二、上海自贸区航运服务业开放规范 224

三、上海航运新规的国际投资规则视角解读 227

四、上海自贸区航运服务业开放的完善建议 230

第四节 上海自贸区商贸服务业开放法律规制 231

一、我国商贸服务业开放概览 231

二、上海自贸区商贸服务业开放规范 234

三、上海自贸区商贸服务业开放的问题思考 237

第五节 上海自贸区专业服务业开放法律规制 240

一、我国法律服务业的开放现状 240

二、上海自贸区法律服务业开放规范分析	242
三、上海自贸区其他专业服务业的开放进展及问题	245
第六节 上海自贸区文化服务业开放法律规制	254
一、我国文化服务业开放概况	254
二、上海自贸区文化服务业开放规范分析	255
第七节 上海自贸区社会服务业开放法律规制	258
一、我国社会服务业开放概览	258
二、上海自贸区社会服务业开放规范分析	260
结语	264
后 记	265

第一章

国际投资规则与上海自贸区 外资管理法律制度

第一节 国际投资规则的构建发展

一、国际投资规则的多元渊源

(一) 国际法层面

国际法层面的投资规则,按照缔约国数量不同,分为双边投资条约和多边投资条约。两国间为促进和保护相互投资而缔结的双边投资条约在国际上应用最为广泛。

关于国际投资的多边条约有区域性多边条约和世界性多边公约之分。区域性多边条约是指区域性国家组织旨在协调成员国外国投资法律而签订的多边条约,其中最为典型的是拉丁美洲安第斯条约组织制定的《安第斯共同市场外国投资规则》和《北美自由贸易协定》(NAFTA)、东南亚国家联盟的《东盟促进和保护投资协议》和《东盟全面投资协议》等。区

域性多边条约构成该区域成员国间的“特殊国际法”。

国际投资的世界性多边公约目前有《解决国家与他国国民间投资争端公约》(ICSID 公约)、《多边投资担保机构公约》(MIGA 公约)以及 WTO 与投资有关的协议。这些多边投资公约和协议对缔约国成员具有普遍约束力。^①

(二)国内法层面

国内法层面的投资规则,根据资本流向不同,分为资本输出国的法律规范和资本输入国的法律规范。由于资本输出国和资本输入国在国际投资问题上的立场不同,其法律规范的内容各有侧重。

资本输出国的法律规范旨在保护本国海外投资者的利益,多以海外投资保险法等鼓励海外投资的规则为主。此外还可能包括有关对外投资审批、外汇管制方面的内容,如美国的对外援助法。

资本输入国的法律规范旨在明确资本输入国对外国投资行为的管理权,内容多规定资本输入国对外资的保护和管理,外国投资者的权利义务以及争端解决机制等方面,如我国的中外合资经营企业法、中外合作经营企业法和外资企业法。

国家是国际投资规则的最重要制定者,国际投资规则渊源具有国际法和国内法不同层面,一国必然将其投资领域里的国家利益在其国内法中充分诠释,并尽可能使之在国际条约中有所体现。

二、新一轮国际投资规则特点

世界经济进入后金融危机时代,随着贸易全球化因 WTO 多哈回合谈判未有实质性进展而基本处于停滞状态,投资全球化开始越来越受

① 余劲松、周成新:《国际投资法》,法律出版社 2014 年版,第 10~11 页。

各国关注。1998年,经济合作和发展组织(OECD)主导的多边投资协定草拟失败,全球投资规则更多地以区域自由贸易协定(FTAs)投资章节或双边投资协定(BITs)的形式出现。根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)数据显示,截至2016年年底,全球共有2957个双边投资协定,367个涵盖投资问题的区域自由贸易协定、经济合作框架和紧密经济伙伴协定。^①数量广泛的投资协定网络对统一跨境投资规制构成了一定挑战,新一轮国际投资规则整体呈现出以下特点。

(一) 双边投资协定向自由贸易协定投资章节过渡

从形式上看,国际投资规则从传统通过双边投资协定的形式逐渐发展为自由贸易协定或其他经济合作框架协议中的投资章节的表现形式。国际投资协定形式的多样化与当前国际经济合作形势变化有关。随着区域主义的抬头,谋求经贸领域全方位合作成为新区域合作的发展方向。贸易、投资、知识产权、海关便利等原本相互独立的领域,逐步发展为国家间战略合作目标下相互交织的整体利益。例如,澳大利亚—马来西亚自由贸易协定、中日韩投资协定都吸收了双边投资协定有关投资保护实体标准和投资者与政府争端解决的基本内容。智利—中国香港自由贸易协定规定了有关企业设立和服务及服务提供者国民待遇的条款。

(二) 传统投资保护为主逐渐吸收可持续发展规则

从内容上看,越来越多的国际投资规则纳入了可持续发展特点的条款。晚近出现的国际投资协定和国际投资文件,更加倾向于包括考

^① UNCTAD, World Investment Report 2017, Investment and The Digital Economy, United Nations, 2016, p. 111.

虑健康和安全、劳动权 and 环境保护等有利于可持续发展的因素。如 2012 年生效的美国—韩国自由贸易协定的投资与环境条款,要求在缔约方境内进行的投资活动应对环境保持合适关注。2012 年修订的《国际商会国际投资指南》,要求投资者遵守国内和国际劳动法,即使这些法律尚未被有效执行。这些条款与 UNCTAD 在其制定的综合性的《可持续发展投资政策框架》(IPFSD)中倡导的投资政策规则一致,反映出国际社会对投资应注重长期性和可持续性的关切。可持续发展的投资不仅有利于东道国建立和维持良好的投资环境,更能为东道国出于公共政策理由保留一定监管空间,从而降低投资诉讼风险。因此,调动投资并确保其有利于可持续发展将成为各国制定国内国际投资规则重要考虑因素。

(三)投资争端解决途径多元化趋势明显

从投资争端机制上看,投资者—国家投资仲裁条款适用越来越受到限制,投资争端解决途径多样化迹象显现。近年来,随着投资者与国家间争端案件数量激增,投资者与国家间争端解决机制存在的透明度缺乏以及裁决不一致等问题的负面影响放大。2015 年新增投资者—国家争端案件 70 起,创下单独一年内提起投资者—国家间争端解决请求数的最高纪录。^① 2016 年也以 62 起的单年新增数量保持高位增长。^② 发达国家和发展中国家都毫无例外地深陷投资仲裁泥潭,疲于应对投资者启动的国际仲裁。南北国家在要求限制国际投资仲裁问题上迅速达成一致,开始通过修改国际投资条约的方式限制投资者—国家争端

① UNCTAD, World Investment Report 2016, Investor Nationality: Policy Challenges, United Nations, 2016, p. 104.

② UNCTAD, World Investment Report 2017, Investment and The Digital Economy, United Nations, 2016, p. 12.

解决条款,或增加替代争端解决办法。如日本、韩国、哥伦比亚等开始寻求预防和避免投资争端的解决方案,力图通过多种途径解决投资争端。^①而欧盟则在《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)的谈判中,抛出投资法院的概念,主张建立常设的投资法院并实行二审终审制。这一目前最为激进的改革方案,将投资者与国家争端解决机制从仲裁推入诉讼,^②在丰富争端解决机制的同时,增加了争端解决机制竞合的可能。

在新一轮国际投资规则的制定过程中,美国前期表现活跃,但在特朗普政府上台后美国政府受民族主义影响,去区域化反全球化倾向明显。2009年以来,美国分别宣布加入或启动《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)和《跨大西洋贸易和投资伙伴协定》(TTIP)谈判,积极推进亚太地区 and 跨大西洋地区贸易投资秩序安排和规则建构。2012年4月,美国发布了最新的双边投资协定范本(2012 U. S. Model BIT),该范本集中反映了国际投资规则的最新发展,并被美国嵌入由其主导的 TPP 和 TTIP 谈判。TPP 正式文本于2016年2月签署,其成员方既包括美国、加拿大等资本输出大国,又包括越南、文莱等资本输入国,^③在某种意义上代表了可为投资母国与东道国接受的投资规则的最新发展成果。当然,由于成员较多且力量并不对等,难免出现妥协。2017年1月23日,新任美国总统特朗普签署行政命令宣布美国退出 TPP,对全球经济造成的影响明显,具体有:挑战多边贸易体系,阻碍全球化进程;区域经济联合红利减少,进程减慢;贸易自由化面临潜在冲击,各贸易合作组织或

① 桑百川:《新一轮全球投资规则变迁的应对策略——以中美投资协定谈判为视角》,载《人民论坛·学术前沿》2014年第1期下。

② 张庆麟:《欧盟投资者-国家争端解决机制改革实践评析》,载《法商研究》2016年第3期。

③ TPP 的成员方有美国、加拿大、新加坡、文莱、马来西亚、越南、澳大利亚、日本、新西兰、智利、墨西哥和秘鲁。

将提高门槛。^① 美国退出 TPP 将减缓区域自由贸易协定下投资规则的更新和重构。但值得注意的是,目前尚在谈判的 TTIP 缔约双方为美国和欧盟,经济实力相当,谈判地位势均力敌,更有可能缔结相对公平且更有影响力的投资规则。事实上,欧盟已在 TTIP 谈判架构下提出全新的投资法院概念并设计出上诉审程序,^②将对现行投资者与政府争端解决机制带来颠覆性冲击。

第二节 全球自贸区建设及外资监管发展

一、全球自贸区建设概况

自贸区全称自由贸易园区(Free Trade Zones, FTZs),是指一国或地区对外经济活动中对货物监管、外汇管理、企业设立等实施特殊政策的一个特定区域。^③ 由于自贸区是一个国家或地区在没有国际条约要求前提下在其辖区范围内划定的实施特殊政策的区域,因此与该国或地区基于其与其他国家或地区签署的双边或区域自由贸易协定(Free Trade Agreements)而设置的自由贸易区(Free Trade Areas, FTAs)存在本质差异。自由贸易区可根据一国或地区的单方意愿,自由设置或撤销,实施的政策弹性较大。但是自由贸易区的设置撤销以及采取的政策必须严格遵守相关自由贸易协定的内容执行,否则将被认为违反协定,有承担国家责任之虞。

① 赵梦雪、詹花秀:《美国退出 TPP 对经济全球化可能产生的影响》,载《湖南行政学院学报》2017 年第 2 期。

② 叶斌:《欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案:挑战与前景》,载《国际法研究》2016 年第 6 期。

③ 上海财经大学自由贸易区研究院、上海发展研究院:《全球自由贸易区发展研究及借鉴》,格致出版社、上海人民出版社 2015 年版,第 3 页。

自贸区的发展离不开城市和港口的发展。中世纪欧洲大陆城市的兴起以及城市依托港口的贸易盛行,逐渐形成自由港。早在1229年,法国马赛就已设立了免税自由区,但是自由港的真正建立则是在自由资本主义上升时期。^①以德国汉堡和不莱梅为代表的自由城和意大利热那亚为代表的自由港的出现,标志着自贸区的诞生。^②随着世界贸易的不断发展,自贸区从单一的对外贸易、转口贸易扩大到加工制造领域。早期的特殊的经济区也具有自贸区的影子,那些在一国领土范围内被划出的一定地理范围的区域,在此区域内的商业规范与该国其他区域通行的规范不同。^③自20世纪60年代以来,自贸区进入蓬勃发展时期,遍及全球86个国家和地区,尤其是新兴国家和地区以及发展中国家,把创建自贸区作为发展国际贸易、转口贸易、引进外资、扩大就业、实施新经济政策、促进区域经济发展以及振兴本国经济的实验基地和示范区。^④虽然自贸区的名称和形式各有不同,如日本、新加坡的自由贸易区,美国、印度的对外贸易区,阿联酋的自由区,菲律宾、我国台湾地区的自由港,韩国的出口加工区,我国大陆的经济特区,加拿大的十字运输区,但都普遍具有两大特征,即高于平均水平的商业基础设施和更加灵活的商业规则。自由贸易区设立的目的仍是减少关税壁垒,促进贸易发展,发展地区及国内经济,促进就业等。^⑤如今,全球共有135个国家实行免税贸易区政策,成立了3500多个自由贸易区和次级

① 谷源洋:《世界自由港的发展与演变》,载《世界经济》1987年第10期。

② 上海财经大学自由贸易区研究院、上海发展研究院:《全球自由贸易区发展研究及借鉴》,格致出版社、上海人民出版社2015年版,第4~6页。

③ Thomas Farole, *Special Economic Zones in Africa: Comparing Performance and Learning from global experiences*, World Bank Publications, 2011.

④ 夏善晨:《中国(上海)自由贸易区:理念和功能定位》,载《国际经济与合作》2013年第7期。

⑤ Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, *Free Trade Zone and Port Hinterland Development*, United Nations Publication, 2005.