

上海政法学院学术文库

跨国公司投资监管机制研究

跨国公司的本体论

跨国公司的公司治理

跨国公司政府监管机制

现行跨国公司监管机制的制度性缺陷

跨国公司全球管制治理机制的模式设计

在华跨国公司监管机制之完善

贾琳◎著



中国政法大学出版社

013071213

F831.6

88

中国政法大学图书馆

跨国公司投资监管机制研究

跨国公司的本体论

跨国公司的公司治理

跨国公司政府监管机制

现行跨国公司监管机制的制度性缺陷

跨国公司全球管制治理机制的模式设计

在华跨国公司监管机制之完善

贾琳◎著



北航

C1680155



中国政法大学出版社

2013·北京

F-831.6
88

图书在版编目(CIP)数据

跨国公司投资监管机制研究/贾琳著. —北京:中国政法大学出版社,
2013.8

ISBN 978-7-5620-4803-9

I. ①跨… II. ①贾… III. ①跨国公司—投资—监管机制—研究 IV.
①F831.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第165833号

- 书 名 跨国公司投资监管机制研究
Kuaguo Gongsì Touzi Jianguan Jizhi Yanjiu
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 18印张 320千字
- 版 本 2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4803-9/F·4763
- 定 价 46.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

“上海政法学院学术文库”
编 审 委 员 会

主 任 金国华

副主任 闫 立 倪正茂

秘书长 何平立

委 员 (以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 关保英

刘 强 汤啸天 杨 寅 何平立

吴益民 张森年 金国华 倪正茂

章友澍

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”，即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之，慎思之，审问之，明辨之，笃行之”，则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察来看，社会发展、科学昌明、思想进步，从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学的重要标志。因此，一个大学的学术氛围，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言：大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会，而高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体

系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训，这既是学校办学理念的集中体现，也是上政学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与自我价值实现，提供自由选择学习机会，努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进，而且积极提倡拓展学术创新空间，注重交叉学科、边缘学科的研究，致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判，探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版，不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点，而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云：“一代文章万古稀，山川赖尔亦增辉”；“惟有文章烂日星，气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版，不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色，而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言，大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情，在科学背后有对真理的渴求，在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧，人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛，上政人的学术事业将从这里升华！

祝愿“上海政法学院学术文库”精神，薪火传承、代代相继！

上海政法学院院长 金国华

序

当今世界，跨国公司作为一种支配性的制度性力量已经居于人类活动和地球本身的中心。跨国公司的发展是一柄双刃剑，在加速全球化进程的同时，也带来了很多经济和社会问题。由于跨国公司经济上一体性与法律上独立性之间的矛盾，国际税收体系的模棱两可，各国民商事法律的冲突，各国监管理论的不同等诸多因素的叠加，使得一国政府无法实现对跨国公司的有效监管，国际监管的努力难以取得实质性进展，有效监管跨国公司成为世界性的难题。贾琳博士所著的《跨国公司投资监管机制研究》在这方面做了有益的探索。

这本著作运用法学、经济学和国际关系学等分析方法，在全面剖析跨国公司的本体性问题和跨国公司与监管者之间关系的基础上，以不同层面的监管制度为经线，以跨国公司投资的不同阶段为纬线，描绘出现有跨国公司投资监管机制的立体图谱，并有针对性地分析出相应的弊端：政府监管存在管辖权的短板，而国际监管也只是国家主权的让渡。在对众多监管机制的机理和实效进行评价的基础上，作者提出了“现有监管机制的盲点在于一直徘徊在二元社会结构框架之内，政府和市场的二元监管模式是现行跨国公司监管机制的桎梏”的观点，并顺理成章地推出全球管

制治理机制的主张。作者在探讨了跨国公司监管走向全球管制治理的理论基础和现实条件之后,将全球管制治理机制界定为是“经济全球化背景下,在国家——市场——市民社会三元社会结构中对跨国公司监管机制的发展和完善,是以国家碎片化和多中心的内部形式和网络管理的外部形式为特征的国家机构和制度国际化的规则系统”。在此基础上,对该全球管制治理模式的静态结构、动态运行以及实现途径进行了论述和设计。完成了基本理论和命题的论述后,本书最终在探讨如何建立符合我国国情的跨国公司管制治理机制问题上结束。

本书系作者在其博士论文的基础上修改而成。作者在华东政法大学求学期间,我有幸担任其博士生导师。值此书出版付梓之际,谨致片语,是为序。希望她在今后的国际法研究和教学方面,更上一层楼。

丁 伟

2013年6月10日

目 录

总 序	I
序	III
导 言	1

第一编 监管者与监管对象的关系

第一章 跨国公司的本体论	17
第一节 跨国公司界定问题上的众说纷纭	17
第二节 经济上一体性与政治、法律独立性的矛盾	20
第三节 跨国公司对传统法人国籍制度的挑战	26
第四节 跨国公司法律地位之辨	35
小 结 / 39	
第二章 跨国公司的公司治理	41
第一节 外延不断扩大的跨国公司法律结构	41
第二节 走向网络化的跨国公司组织结构	50
第三节 异形的跨国公司治理结构	53
小 结 / 58	

第三章 跨国公司与监管者的关系	60
第一节 跨国公司的行为模式	60
第二节 跨国公司与监管者之间的关系	67
第三节 跨国公司的管辖冲突	72
小 结 / 79	
第一编 小结	81

第二编 现行跨国公司监管机制及其制度性缺陷

第四章 跨国公司政府监管机制	85
第一节 跨国公司政府监管机制概述	85
第二节 跨国公司政府监管的必要性	92
第三节 东道国的外资准入监管	97
第四节 东道国的外资经营监管	102
第五节 东道国的并购监管	111
第六节 东道国的外资退出监管	115
第七节 东道国的当地救济	117
小 结 / 120	
第五章 跨国公司双边监管机制	122
第一节 跨国公司双边监管机制概述	122
第二节 跨国公司双边监管的必要性	130
第三节 投资准入条款分析	132
第四节 履行要求条款分析	134
第五节 争端解决条款分析	136
小 结 / 138	

第六章 跨国公司区域监管机制	140
第一节 跨国公司区域监管机制概述	140
第二节 跨国公司区域监管的重要性	142
第三节 欧洲的监管机制	143
第四节 美洲的监管机制	147
第五节 亚洲的监管机制	151
小 结 / 154	
第七章 跨国公司多边监管机制	155
第一节 跨国公司多边监管机制概述	155
第二节 跨国公司多边监管的重要性	158
第三节 联合国对跨国公司的监管规则	164
第四节 世界银行集团的监管规则	168
第五节 经济合作与发展组织的监管规则	172
第六节 多边贸易体制下的投资安排	179
小 结 / 184	
第八章 现行跨国公司监管机制的制度性缺陷	186
第一节 现行跨国公司监管机制之个体缺陷	186
第二节 国际投资多边统一法制之困	194
第三节 现行跨国公司监管机制之整体性缺陷	203
小 结 / 208	
第二编 小结	209

第三编 走向全球管制治理的跨国公司监管机制

第九章 跨国公司全球管制治理机制的基础	211
第一节 跨国公司全球管制治理机制的现实基础	211

第二节 跨国公司全球管制治理机制的理论基础	216
小 结 / 223	
第十章 跨国公司全球管制治理机制的模式设计	224
第一节 跨国公司全球管制治理机制的静态结构	224
第二节 跨国公司全球管制治理机制的动态运行	230
小 结 / 234	
第十一章 跨国公司全球管制治理机制的实现途径	235
第一节 重构政府监管	235
第二节 充分发挥国际组织的职能	240
第三节 实现国内管制机构的跨国合作	241
第四节 健全跨国公司的自治体系	242
第五节 充分发挥非政府组织的社团调节功能	244
小 结 / 247	
第三编 小结	248

第四编 实践篇

第十二章 在华跨国公司监管机制之完善	250
第一节 跨国公司在华投资现状分析	250
第二节 在华跨国公司监管机制评析	253
第三节 建立在华跨国公司管制治理机制的必要性	255
第四节 在华跨国公司管制治理机制的具体制度设计	258
第五节 在华跨国公司地区总部监管机制的完善	263
第四编 小结	273
参考文献	274

导 言

一、研究意义

21 世纪之初,全球性的公司作为支配性的制度性力量居于人类活动和地球本身的中心。^[1]2010 年,跨国公司的全球生产带来了约 16 万亿美元的增值,约占全球 GDP 的 1/4。跨国公司外国子公司的产值约占全球 1/10 以上和世界出口额的 1/3。^[2]跨国公司已经潜移默化地改变了全球的投资、生产和经营结构,改变了当代世界政治和经济的基本结构和运行模式。在其推动下,经济全球化进程明显加快。

跨国公司因其国际关联特质,逐渐形成了可以与“国家主权”抗衡的“工业主权”。跨国公司各组成实体经济上一体性与法律上独立性之间的矛盾,国际税收体系的模棱两可,各国民商事法律的冲突,各国监管理论的不同等诸多因素的叠加,给跨国公司留下了大量的自由空间,使得有效监管跨国公司成为世界性的难题。

实际上,与市场经济相伴而生的监管通常是对经济事件或市场失灵感应的特殊回应。^[3]市场的失灵导致监管的必要,尤其是世界经济处于一个“系统性崩溃”的边缘,形势

[1] [美] 马丁·柯尔文:“跨国公司对世界的统治”,梁洁摘译,载《国外理论动态》2006 年第 5 期。

[2] 资料来源:UNCTAD, *World Investment Report* 2011.

[3] [美] 丹尼尔·F. 史普博:《管制与市场》,余晖等译,上海三联书店、上海人民出版社 1999 年版,第 15 页。

的严峻性意味着强有力的监管是正当的。^[1]传统意义上监管者的角色一直是由各国政府或国际组织扮演的。政府监管本身存在制度失灵的问题,常常是自由市场经济“监管俘获”对象。为了吸引外资,东道国还竞相出台优惠政策,放松监管。各类国际组织的监管权力源于国家的主权让渡,因此有些“先天不足”。那么是否存在一个替代者?如何在跨国公司实力强劲且有着强烈的“去监管”意愿的现实基础上,构建一个合理的机制以加强对跨国公司的监管,进而有助于逆转世界资源不断两极分化的倾向?探索这些问题的答案成为本书写作的初衷。然而,这样一个庞大复杂的研究任务,并不是一本书可以完成的。基于跨国公司的国际生产是以国际投资为核心的,本书将研究对象定位于对跨国公司国际投资行为的监管,从分析现行跨国公司投资监管机制的不足为出发点,探讨如何完善监管跨国公司投资行为的制度设计。

二、研究现状

学术界对跨国公司法律问题的研究至今可分为两个阶段:一是20世纪60年代的早期研究。经济学论著较法学论著多。法学研究涉及跨国公司的基本理论问题,尤其是有关限制性商业行为的论著较多。二是20世纪80年代以来的晚近研究。20世纪80年代关于管辖权冲突的理论探讨不少,20世纪90年代联合国关于跨国公司的丛书系统研究了跨国公司的法律问题,此后国外又有一些专门的论著出版^[2]。但遗憾的是,国内很少有针对跨国公司的法学论文和专著^[3],而且大多局限于对跨国公司本身的研究。从跨国公司监管视角对跨国公司问题的法律探讨还停留在研究的初期阶段,局限于介绍跨国公司监管的规则,未能深入其核心。对跨国公司监管机制成因的研究、对现行跨国公司监管规则的梳理和对跨国公司监管趋势等方面的研究尚不够系统和全面。本书试图弥补这一缺憾,从投资监管角度对跨国公司问题进行较为系统的研究。

三、研究方法

学科之间的渗透与交叉是当代科学的发展趋势。本书所论及的跨国公司监

[1] [英]珍妮特·丹恩:《公司集团的治理》,黄庭煜译,北京大学出版社2008年版,第224页。

[2] 参见“跨国公司法律问题研究的历史与现状”,载李金泽:《跨国公司与法律冲突》,武汉大学出版社2001年版,第1~7页。

[3] 余劲松:《跨国公司法律问题专论》,法律出版社2008年版;张宇霖编:《跨国公司法律问题》,大连海事大学出版社1999年版;李金泽:《跨国公司与法律冲突》,武汉大学出版社2001年版;陈东:《跨国公司治理中的责任承担机制》,厦门大学出版社2003年版等。

管问题既属于国际法学的研究范畴，又涉及经济学、国际关系学的研究领域。因而，研究不能仅仅停留在法的规范分析层面，而应深入到“法”的背后探求跨国公司发展的内在经济规律、行为模式以及跨国公司与国家之间的合作与竞争的国际政治经济关系，从而达到对该问题的深刻认识。所以，本书除了运用法学分析的常规方法——规范分析、历史分析、比较法研究和实证研究之外，还将经济学和国际关系学的分析方法与研究成果作为理论背景和重要论据。

四、基本思路

跨国公司带来了很多经济和社会问题，然而跨国公司特殊的身份使得单独一国政府的力量无法实现对其有效监管，监管必须建立在国际合作基础上。但国际社会对其行为进行多边监管的立法努力，自巴黎和会提出《外国人待遇协定》以来，迄今为止尚未取得实质性进展。^{〔1〕}笔者认为，现有跨国公司监管机制的盲点在于其一直徘徊在二元社会结构框架之内，走不出“山重水复”的泥沼。马克思曾说过：“要获得理解人类历史发展过程的钥匙，不应当到被黑格尔描绘成‘整栋大厦的栋梁’的国家中去寻找，而应当到黑格尔所轻蔑的‘市民社会’中去寻找。”这就要求我们突破二元论的束缚，在三元社会结构内寻找“柳暗花明”的出路。跨国公司监管问题是一项涉及经济、法律、政治和国际关系等多学科领域的课题，需要寻找综合性的治理方法，而建立在市民社会基础上的全球治理理论的提出无疑为其提供了有利的思想武器。

基于这样的思路，本书尝试综合运用经济学、国际关系学和法学的分析方法，在全面剖析跨国公司的本体性问题和跨国公司与监管者之间关系的基础上，通过对现行跨国公司监管机制的梳理，分析出“政府和市场的二元监管模式”是现行跨国公司监管机制的桎梏。完善的途径只能是突破二元监管模式，在全球治理理论指导下，建构“政府、市场和市民社会三元社会结构”下的跨国公司全球管制治理机制。最终，本书尝试运用全球管制治理机制解决在华跨国公司的监管难题。

本书从结构上可分为4部分，共12章内容。

第一部分：监管者与监管对象的关系

第一章和第二章主要围绕监管对象——跨国公司展开。有效的监管是建立在对监管对象的全面认识基础上的。因此，从经济学和法学不同的视角全面审视跨国公司的特征、国籍和地位等本体性问题，从跨国公司内部关系和外部联

〔1〕 世界银行：《2005年世界发展报告》，清华大学出版社2005年版，第185页。

系的视角剖析跨国公司的公司治理与责任承担问题,就成为有效规制跨国公司的前提。

第三章主要从政治学、经济学和法学的视角考察跨国公司与政府之间的监管与被监管关系,从而奠定跨国公司监管机制由二元监管走向三元治理的基础。

第二部分:现行跨国公司监管机制及其缺陷

这一部分从第四章到第八章在系统梳理现行跨国公司监管规则的基础上,剖析其存在的缺陷。这一部分以不同层面的监管制度为经线,以跨国公司投资的不同阶段为纬线,描绘跨国公司投资监管机制的立体图谱。笔者认为,国内监管无论是东道国监管还是母国监管都存在管辖权的“短板”,即“一国”政府无法实现对跨国公司“全球”经营的有效监管。而现行国际机制无论是双边、区域还是多边监管都是以独立国家界限为基础的,是国家在跨国公司监管问题上做出的部分“主权让渡”和“妥协”的结果,不可避免地存在二元社会监管机制的制度性缺陷——“国家中心主义”。

第四章跨国公司的政府监管机制。首先,概述政府监管机制的基本内容。其次,分析政府监管跨国公司的必然性。政府监管跨国公司是国家职能的必然体现;是发达国家纠正市场失灵的必要手段;是发展中国家摆脱市场不发育或残缺的制度创新。国内法上是因为存在需要国家干预的跨国经济关系;国际法上是国家主权和管辖权的应有之义。最后,重点分析东道国监管问题。东道国监管是跨国公司政府监管的核心。东道国在跨国公司进入、经营与退出三个环节都制定相应的投资措施,并辅以争议解决机制以保证外资的正常运营和东道国经济发展目标的实现。只是发展中东道国和发达国家东道国,由于政治、经济、文化及法律传统的差异以及发展阶段不同,监管的重点有所不同。总的来说,在经济全球化影响下,东道国对跨国公司的监管呈现放松的态势。直到2008年世界性的金融危机才导致各国政府重新思考和定位公司监管的尺度。

第五章跨国公司双边监管机制。本章通过对BIT中与跨国公司监管联系最密切的准入条款、履行要求禁止条款、投资待遇条款和争端解决条款的分析,得出这样的结论:①BIT表面上是东道国与母国之间的双边协定,实质上反映了东道国与跨国公司之间的博弈关系;②BIT的发展趋势是东道国、跨国公司和母国三方博弈的结果;③BIT呈现从东道国外资管辖权的逐渐削弱到主权回归的趋势,反映了国际社会对投资自由化的反思。

第六章跨国公司区域监管机制。区域经济一体化的不断加深,加大了各国协调区域投资政策的需求。与此同时,世界性国际投资法律步履维艰,也促使

各国政府另辟蹊径解决国际投资问题。区域性投资法应运而生，但其中专门规范跨国公司行为的区域安排还甚为少见。比较有代表性的是北美自由贸易协定、安第斯共同市场对外投资规则和欧盟反垄断规则。通过对各大洲典型的区域投资规则的梳理，笔者认为由于区域安排只涉及跨国公司经营所在国的一部分，各个区域投资安排仍存在很大的差异，有的还具有很强的排他性，因而也存在一定的局限性。它仍然不是理想的方法。

第七章跨国公司多边监管机制。跨国公司多边监管机制的形成有其深刻的理论和现实基础。跨国公司多边监管是克服原有跨国公司监管国际调节机制不足的必然选择，是满足跨国公司治理超国家性的客观要求。本章在系统地梳理了现有多边监管规则基础上得出结论：虽然多边监管是符合各方利益的明智选择，是理论上最理想的机制，但现有零散的多边监管规则不能形成对跨国公司有效的监管。投资问题上南北分歧仍然非常严重，跨国公司与国家之间的利益冲突不易调和，统一的多边国际投资协定在短期内难以达成。

第八章现行跨国公司监管机制的制度性缺陷。一方面，现行的不同层面的跨国公司监管机制普遍存在自身缺陷。一国的政府监管存在管辖权的短板，BIT存在缔约国有限、缺乏稳定性、谈判艰苦和规则不统一等众多缺陷，区域协定中有关跨国公司的专门安排甚为少见，多边监管体系尚未形成。另一方面，就现行机制整体而言，也存在严重的缺陷。结构上多层次和分散性，影响了国际投资统一体系的形成。执行机制上过分依赖国内机制，救济措施严重匮乏，可保障性差。NGO的兴起导致对现行机制的认同感危机。国际社会达成一个全球性、综合性的国际投资公约的现实基础尚不具备。归根结底，现行机制的根本缺陷在于国家中心主义的二元监管机制，不能满足全球化时代对跨国公司外部性问题监管的客观需要。

第三部分：走向全球管制治理的跨国公司监管机制

这一部分系统阐述了跨国公司全球治理机制形成的依据、具体模式设计和实现途径。原有的徘徊在二元结构框架之内的监管机制不能够满足全球化时代对跨国公司外部性问题监管的客观需要，这就要求我们突破二元结构的束缚，在国家、市场、市民社会的三元社会结构内寻找“柳暗花明”的出路——建立在全球治理理论基础上的跨国公司全球管制治理机制。

第九章全球管制治理机制的形成基础，从理论和实践两个方面探讨了跨国公司监管走向全球管制治理机制的基础。

第十章跨国公司全球管制治理机制的模式设计。全球管制治理不是简单的治理模式，而是一种不断演进的、动态的、复杂的互动决策过程。它由两个层