

首都经济贸易大学·法学前沿文库
主编 / 张世君

论国有企业的 国际投资法规制

张金矜 著

A Study on Regulation of State-Owned
Enterprises in International Investment Law

Law

首都经济贸易大学·法学前沿文库

论国有企业的 国际投资法规制

张金矜 著

A Study on Regulation of State-Owned
Enterprises in International Investment Law



中国政法大学出版社

2023·北京

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

图书在版编目（C I P）数据

论国有企业的国际投资法规制/张金矜著. —北京：中国政法大学出版社，
2023. 6

ISBN 978-7-5764-0930-7

I. ①论… II. ①张… III. ①国际投资法学—研究 IV. ①D996. 4

中国国家版本馆CIP数据核字(2023)第101243号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908441(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10.75
字 数 260 千字
版 次 2023 年 6 月第 1 版
印 次 2023 年 6 月第 1 次印刷
定 价 49.00 元

论国有企业的国际 投资法规制

张金矜 著

中国政法大学出版社

2023 · 北京

首都经济贸易大学·法学前沿文库

Capital University of Economics and Business library, frontier

主 编 张世君

文库编委 高桂林 金晓晨 焦志勇 李晓安
米新丽 沈敏荣 王雨本 谢海霞
喻 中 张世君

总 序

首都经济贸易大学法学学科始建于1983年。1993年开始招收经济法专业硕士研究生。2006年开始招收民商法专业硕士研究生。2011年获得法学一级学科硕士学位授予权，目前在经济法、民商法、法学理论、国际法、宪法与行政法等二级学科招收硕士研究生。2013年设立交叉学科法律经济学博士点，开始招收法律经济学专业的博士研究生，同时招聘法律经济学、法律社会学等方向的博士后研究人员。经过30年的建设，首都经济贸易大学几代法律人的薪火相传，现已经形成了相对完整的人才培养体系。

为了进一步推进首都经济贸易大学法学学科的建设，首都经济贸易大学法学院在中国政法大学出版社的支持下，组织了这套“法学前沿文库”，我们希望以文库的方式，每年推出几本书，持续地、集中地展示首都经济贸易大学法学团队的研究成果。

既然这套文库取名为“法学前沿”，那么，何为“法学前沿”？在一些法学刊物上，常常可

以看到“理论前沿”之类的栏目；在一些法学院校的研究生培养方案中，一般都会包含一门叫作“前沿讲座”的课程。这样的学术现象，表达了法学界的一个共同旨趣，那就是对“法学前沿”的期待。正是在这样的期待中，我们可以发现值得探讨的问题：所以法学界一直都在苦苦期盼的“法学前沿”，到底长着一张什么样的脸孔？

首先，“法学前沿”的实质要件，是对人类文明秩序做出了新的揭示，使人看到文明秩序中尚不为人所知的奥秘。法学不同于文史哲等人文学科的地方就在于：宽泛意义上的法律乃是规矩，有规矩才有方圆，有法律才有井然有序的人类文明社会。如果不能对千差万别、纷繁复杂的人类活动进行分门别类的归类整理，人类创制的法律就难以妥帖地满足有序生活的需要。从这个意义上说，法学研究的实质就在于探寻人类文明秩序。虽然，在任何国家、任何时代，都有一些法律承担着规范人类秩序的功能，但是，已有的法律不可能时时处处回应人类对于秩序的需要。“你不能两次踏进同一条河流”，这句话告诉我们，由于人类生活的流动性、变化性，人类生活秩序总是处于不断变换的过程中，这就需要通过法学家的观察与研究，不断地揭示新的秩序形态，并提炼出这些秩序形态背后的规则——这既是人类生活和谐有序的根本保障，也是法律发展的重要支撑。因此，所谓“法学前沿”，乃是对人类生活中不断涌现的新秩序加以揭示、反映、提炼的产物。

其次，为了揭示新的人类文明秩序，就需要引入新的观察视角、新的研究方法、新的分析技术。这几个方面的“新”，可以概括为“新范式”。一种新的法学研究范式，可以视为“法学前沿”的形式要件。它的意义在于，由于找到了新的研究范式，人们可以洞察到以前被忽略了的侧面、维度，它为人们认识秩序、认识法律提供了新的通道或路径。依靠新的研究范式，甚至还可能转换人们关于法律的思维方式，并由此看到一个全新的秩序世

界与法律世界。可见，法学新范式虽然不能对人类秩序给予直接的反映，但它是发现新秩序的催生剂、助产士。

再其次，一种法学理论，如果在既有的理论边界上拓展了新的研究空间，也可以称之为法学前沿。在英文中，前沿（frontier）也有边界的意义。从这个意义上说，“法学前沿”意味着在已有的法学疆域之外，向着未知的世界又走出了一步。在法学史上，这种突破边界的理论活动，常常可以扩张法学研究的范围。譬如，以人的性别为基础展开的法学研究，凸显了男女两性之间的冲突与合作关系，就拓展了法学研究的范围，造就了西方的女性主义法学；以人的种族属性、种族差异为基础而展开的种族批判法学，也为法学研究开拓了新的领地。在当代中国，要拓展法学研究的范围，也存在着多种可能性。

最后，西方法学文献的汉译、本国新近法律现象的评论、新材料及新论证的运用……诸如此类的学术劳作，倘若确实有助于揭示人类生活的新秩序、有助于创造新的研究范式、有助于拓展新的法学空间，也可宽泛地归属于法学理论的前沿。

以上几个方面，既是对“法学前沿”的讨论，也表明了本套文库的选稿标准。希望选入文库的每一部作品，都在法学知识的前沿地带做出新的开拓，哪怕是一小步。

喻中

2013年6月于首都经济贸易大学法学院

目 录

CONTENTS

引 言	001
一、选题背景及意义	001
二、文献回顾与综述	005
三、研究内容和研究方法	014
四、本书创新点与难点	015
第一章 国际投资法规制国有企业之现实背景与理论 基础	017
第一节 国有企业的历史存在及内涵演变	017
一、国有企业的历史沿革	017
二、国有企业的存在基础	027
三、国有企业法律内涵之演变	035
第二节 国际投资中的国有企业及其相关问题	047
一、国际投资中的东道国国有企业	047
二、国际投资中的国有企业投资者	051
三、国有企业参与国际投资引发的问题	057
第三节 国际投资法规制国有企业之必要性与可行性	063

一、国际投资法规制国有企业之必要性分析	064
二、国际投资法规制国有企业之可行性分析	071
本章小结	085
第二章 国有企业身份问题之国际投资法规制	086
第一节 国际投资法语境下国有企业身份认定之法理基础 ...	086
一、国际投资法认定国有企业身份之基本能力	087
二、国际投资法认定国有企业身份之法律依据	096
第二节 东道国国有企业主权身份之国际投资仲裁规制 实践	108
一、管辖权阶段认定国有企业身份的不同进路	108
二、实体审理阶段适用《ILC 草案》认定国有企业身份 ...	119
三、实体审理阶段适用 IIAs 认定国有企业身份	145
第三节 国有企业投资者诉请资格之国际投资法规制	158
一、国际投资法限制国有企业投资者诉请资格之历史 渊源	160
二、IIAs 限制国有企业投资者诉请资格之方法	166
三、《ICSID 公约》限制国有企业投资者诉请资格之 标准	174
本章小结	191
第三章 国有企业公平竞争问题之国际投资法规制	194
第一节 IIAs 中国国有企业公平竞争条款之缘起与转型	195
一、IIAs 中“公平竞争条款”之缘起	196
二、IIAs 中国国有企业“非歧视条款”之缘起	203

三、IIAs 中国国有企业公平竞争条款之转型	205
第二节 东道国国有企业公平竞争问题之国际投资法规制 ...	210
一、东道国国有企业竞争优势之国际投资法规制	211
二、东道国国有企业给惠行为之国际投资法规制	233
第三节 国有企业投资者公平竞争问题之国际投资法规制 ...	245
一、外国国有企业投资审查之国际投资法规制	245
二、国有企业投资者母国措施之国际投资法规制	260
本章小结	276
第四章 国际投资法规制国有企业之中国因应	278
第一节 国际投资法规制国有企业身份问题之中国因应 ...	279
一、中国作为东道国时中国国有企业身份问题 及其因应	280
二、中国作为母国时中国国有企业身份问题 及其因应	285
第二节 国际投资法规制国有企业公平竞争问题之中国 因应	292
一、中国作为东道国时中国国有企业公平竞争问题及其 因应	294
二、中国作为母国时中国国有企业公平竞争问题及其 因应	300
本章小结	302
结 论	304

案例附录	306
附录 1: 国有企业投资者作为申请方的国际投资仲裁案件 ...	306
附录 2: 涉东道国国有企业的国际投资仲裁案件	308
参考文献	313
后 记	327

一、选题背景及意义

(一) 选题背景

长期以来，国有企业作为政府参与和控制市场的重要载体备受关注。^{〔1〕}创设之初，国有企业是政府纠正市场失灵的主要工具，以助力国家经济发展和满足社会需要为主要目的，经营范围主要面向国内市场。^{〔2〕}早期国有企业研究主要关注公司治理和效率问题。2008年金融危机爆发后，来自发展中国家尤其是中国的国有企业对外投资大幅增长，引发了国际社会的广泛关注。在这一过程中，中国国有企业参与国际市场的广度和深度不断增强，表现出强大的经济影响力和竞争力^{〔3〕}，推动了新兴经济体的崛起，甚至引发了世界经济重心的转移。诚然，国有经济是中国国民经济中的主导力量^{〔4〕}，但是国有企业并非中国政治经济制度下的特有产物，而是普遍存在于成熟经济体与新兴经济体之中。

〔1〕 韩立余：“国际法视野下的中国国有企业改革”，载《中国法学》2019年第6期。

〔2〕 Cahen, F. R., “Internationalization of State-Owned Enterprises Through Foreign Direct Investment”, *Revista de Administração de Empresas*, Vol. 55, 6 (2015), p. 645.

〔3〕 例如，2021年《财富》世界500强企业中有82家中国国有企业登榜。See NiuYilin, “82 Chinese SOEs Listed Among 2021 Fortune Global 500”, available at http://en.sasac.gov.cn/2021/08/03/c_7528.htm, last visited on 2022-2-8.

〔4〕 《中华人民共和国宪法》第7条：“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”

事实上，国有企业参与国际投资活动并非新兴现象。在二十世纪八九十年代国有企业私有化的背景下，国有企业就开始在吸引和管理外国投资中扮演着重要角色。

国有企业对国际投资活动的深入参与及其在此过程中扮演的双重角色（即东道国国有企业和国有企业投资者），均大大增强了国有企业被卷入国际投资争端的可能性。随着越来越多与国有企业相关的案件进入国际投资仲裁，如何适用国际投资法规制国有企业也开始成为投资仲裁的争议焦点和国际投资协定（International Investment Agreements, IIAs）缔约实践中不可回避的议题。

据笔者统计，截至2022年2月，至少存在21起国有企业投资者作为申请方的国际投资仲裁案件，其中有14起是在2009年之后提起的。而与东道国国有企业相关的案件至少存在57起，其中有29起案件是在2009年之后提起的。^{〔1〕}当然，国有企业卷入投资争端的案件数量远不止如此。一方面，有很多案件正在酝酿之中^{〔2〕}，另一方面，也存在很多未公开或私下和解的案件。可以预见到，未来会有更多与国有企业相关的案件被诉诸投资仲裁。据本书考察，既有案件与国有企业相关的争议往往聚焦于身份问题，涉及国有企业公平竞争问题的案件尚不多见。^{〔3〕}

就国有企业公平竞争问题而言，西方发达经济体通过发展国有企业国际规则来规制国有企业，以期消除国有企业的“因公优势”，如2018年12月30日生效的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Part-*

〔1〕 相关案件详见附录。

〔2〕 See Jack Ballantyne, “Counsel in Place for New Crimea Claim”, available at <https://globalarbitrationreview.com/article/counsel-in-place-for-new-crimea-claim>, last visited on 2022-2-8.

〔3〕 详见本书第三章。