



中国投资者海外投资 法律保障与风险防范

LEGAL PROTECTION AND RISK PREVENTION
ON OUTBOUND INVESTMENT BY CHINESE INVESTORS

梁咏 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA



中国投资者海外投资 法律保障与风险防范

LEGAL PROTECTION AND RISK PREVENTION
ON OUTBOUND INVESTMENT BY CHINESE INVESTORS

梁咏 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

中国投资者海外投资法律保障与风险防范 / 梁咏著.
—北京:法律出版社,2010.5
ISBN 978-7-5118-0734-2

I. ①中… II. ①梁… III. ①对外投资—涉外经济法
—研究—中国 IV. ①D922.295.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第069404号

中国投资者海外投资法律保障与风险防范
梁咏 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 孙慧
责任编辑 孙慧
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 25.75
字数 419千
版本 2010年6月第1版
印次 2010年6月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址 / www.lawpress.com.cn

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792/9779

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010-62534456

上海公司 / 021-62071010/1636

深圳公司 / 0755-83072995

西安分公司 / 029-85388843

重庆公司 / 023-65382816/2908

第一法律书店 / 010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-0734-2

定价:55.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

始于 20 世纪 70 年代末的中国对外开放政策的重要标志之一,便是允许外国投资者来中国进行各种方式的投资。关于外资在中国经济发展和腾飞过程中发挥的积极作用,中国各界基本形成了共识。基于中国作为资本输入国的立场,中国法学界对外国来华投资所涉及的国内法体制进行了广泛研究,为中国形成一套具有自身特点的外资法体系作出了贡献;于此同时,中国法学界自身也形成了一系列颇具价值理论的研究成果。就此意义上,无论是关于一般国际投资法还是中国外资法的研究,都符合经济基础决定上层建筑这一规律。

当历史跨入了 21 世纪且中国加入世界贸易组织以后,伴随着出口持续增长和外国资本持续流入,至 2009 年年底中国已积聚了超过了两万亿美元的外汇储备,这是人类历史上从未见过的记录,更何况是由一个发展中国家所拥有。然而,有效地运用这笔财富是中国面临的现实问题。发展海外投资既是有效运用中国的外汇资本的方式之一,同时也是解决中国资源日渐短缺、国内环境日益恶化与主要进口国际贸易纠纷频发等棘手问题的有效方式之一。有鉴于此,中国政府从本世纪初开始逐步鼓励企业开展海外投资;特别是 2008 年爆发的席卷全球的金融危机后,更是将海外投资为国家的重要战略。在短短的十年内,中国迅速成为国际直接投资的主要资本输出国之一。可以预见的是,在下一个十年里,中国肯定可以发展成为世界前列的投资来源国。

当中国成为资本输出国、中国公司企业成为国际投资的投资者时,当初外商来华投资所遭遇的法律问题,中国政府和企业也同样必须思考和解决:投资市场准入、外资保护、投资待遇、避免双重征税、外汇管制、劳资纠纷、国有化和征收、投资争端解决,等等。

近些年来,尽管中国的国际法学者对国际投资协定、投资待遇标准、利用“解决投资争端国际中心”(ICSID)机制等进行了专门的研究,但大多数研究的基本立场仍然是将中国视为资本输入国。故此,相对于以资本输入为视角对国际投资的法律制度进行的研究,中国学者对于中国作为资本输出国时的

法律制度需求的研究尚显不足,尚未形成系统而深入的研究成果;对于有些领域甚至未给予足够的重视。无疑,这一现状与中国正在迅速发展并日益增长的海外投资事业是不相适应的。

梁咏博士在复旦大学攻读博士学位期间,决定将中国投资者海外投资法律保障机制作为自己的学位论文选题。我认为,这一选题反映了她的学术敏感性,同时对发展中国的海外投资事业具有重要的现实意义。在攻读学位期间,她围绕着这一主题撰写数篇有价值的论文;在耶鲁大学法学院为期一年的进修期间,她收集了几乎与此选题有关的所有资料。历经四年的不懈努力和付出的全部心血,她终于以极高的评价顺利通过了博士论文答辩,并留校从事国际法的教学和研究。

呈现在读者面前的这本以《中国投资者海外投资法律保障与风险防范》的专著,便是作者在博士论文基础上耗费一年时间进一步提炼和修改而成。我相信,读者们可以从这本专著中领会梁咏博士对于国际投资法的真知灼见,也可以获取本书所包含的丰富资料和信息,更可以感觉到一位年轻的中国学者对国际投资法研究的执着追求。

无论是博士论文还是专著,当今要在已经相当成熟的国际投资法研究中有所创新,并不容易。然而,梁咏博士通过本书反映出她对于国际投资法研究的创新之处,值得我为之着墨。

首先,以往国内学者研究国际投资法主要是以中国为投资东道国为视角,较少站在资本输出国的立场进行研究,所以,对于国际投资法中由发达的资本输出国政府和学者所提出的规则,存有诸多的保留之意。而本书完全以中国作为资本输出国为视角来研究海外投资所涉及的制度需求。众所周知,许多制度和规则的设计与研究的视角紧密相连,诸如外资的待遇标准、保护程度、国有化和征收的补偿标准等方面,所处地位的差异会导致对此的立场和态度的南辕北辙。梁咏博士在本书中完全站在中国作为资本输出国的立场上来展开研究,故而对相关制度和规则的立场和观点不再有任何犹豫之处。作为学者,鲜明的观点是治学的第一要务,无论其观点是否为他人所接受。

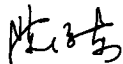
其次,迄今为止国内学者对于发展中国海外投资所涉及的国际投资法理论和实践的研究,主要限于局部领域。这种研究对于特定领域的深入理解和把握无疑是十分重要的,然而其不足之处在于难以把握全貌,而国际投资法的各个方面是有机联系和相互依存的。梁咏博士在本书中将中国投资者进行海外投资的整个过程为主线,以此来探讨对中国投资者海外投资给予必要的法律保障。这种研究方法既便利了中国企业开展海外投资时思考法律风险管理

和防范的需要,也对政府建立健全全面的海外投资法律保障体制提供一种有益的、可资借鉴的思路。特别值得一提的是,作者在本书中大量引用了中国企业近年来开展海外投资的实际案例并进行了深入分析。据我所知,在目前中国体制和中国企业竞争力背景下,中国企业的海外投资不成功例子并不少见。然而中国的国情使得失败案例的原因扑朔迷离,局外人根本难以获得第一手的、权威的资料。作者竭尽所能,将近年来几乎所有失败的案例收入书中并进行剖析,从而为中国企业走向海外、国际化提供了有价值的资料。“失败乃成功之母”,相信这些例子可以为中国投资者提供有益的资料。

最后,本书以海外投资的法律保障为主线,将国际法体制与中国国内法体制相结合进行研究,这是本书有别于其他研究成果的主要特点。迄今为止,中国参加的国际条约和协定为数不少(例如,经济管制类的 WTO 协定,民商事方面的《联合国国际货物销售合同公约》、《华沙公约》、《蒙特利尔公约》,等等),然而对于国际法规则在国内的实施或者适用,法学界和司法界一直存在模糊的看法和大量不恰当的实践。究其原委,恰恰就是因为中国国内法制度的缺陷所致。例如,从国际投资的法律保护机制来考察,中国已经与一百二十多个国家缔结了双边投资保护协定,不可谓不注重对外资的法律保护。可是,国内城市发展和房地产开发时进行的“动拆迁”,绝大多数根本不符合投资保护协定所规定的“社会公共利益”、“合法程序”和“合理补偿”的法定条件,各地政府几乎从来没有将此等行为与外资保护制度中的征收问题相联系。所以,本书的可贵之处在于,对海外投资的法律保障机制的研究并不局限于国际法体制,而是思考将投资协定与国内法机制相衔接,从而分析国内法体制存在的现实缺陷和有待完善之处,显见作者的独特视角。

梁咏博士耗费五年心血将此书奉献给读者,我作为她的博士生导师,为此感到由衷的高兴。她在本书开展的研究与中国投资者的海外投资相关,而中国的海外投资与发达国家跨国公司的能力以及中国的潜力相比,尚处于起步阶段。正因为中国投资者的“幼稚”,才预示他们更为长远的发展机会。中国海外投资的发展需要全方位的法律保障机制,中国学者将在此领域有所作为。所以我深信,梁咏博士的这第一部个人专著,不仅为她今后的成长奠定了坚实基础,同时也预示她在国际投资法研究领域的发展前景。

是为序。



2010年5月于上海

内 容 摘 要

本书探讨了中国投资者对外直接投资所涉及的法律保障与风险防范问题。随着中国投资者对外直接投资活动的增加、规模的扩大,中国在对外直接投资中的利益显著增加。为了更好地保障中国投资者乃至中国在对外直接投资中的利益,亟待就对外直接投资法律保障制度进行深入研究并适时予以完善。本书将中国投资者所进行的对外直接投资称为“海外投资”。

本书由四编十五章构成。第一编是总论,对海外投资、中国投资者、法律保障制度和海外投资中的基本法律关系等基本概念作了界定;并对中国投资者海外投资活动的现状、特点、理论和法律风险等作了介绍和分析。第二编是关于中国投资者视角下的海外投资法律保障与风险防范的内容,分别选取了公司治理结构、劳工法、反垄断法、知识产权法、环境保护法和跨境清算法律制度等若干关键的法律问题,为中国投资者防范海外投资风险提出了相关意见和建议。第三编是关于中国政府视角下的海外投资法律保障与风险防范的内容。先从多边协定、双边协定和国内法三个层面对海外投资法律保障制度的法律渊源进行评述。在评述法律渊源的基础上,再分别针对法律保障制度中所保障的投资、所保障的中国投资者、所保障的范围和所保障的救济机制等关键性问题,通过研读文本规定、分析国际投资仲裁实践等多种方式,针对理论和实践中存在的问题进行研究,进行分析和思考。第四编是结语,将视野从具体问题扩展到全局,强调中国应更多从投资者母国的立场来考虑海外投资法律保障制度的完善,从而更好地防范海外投资中的非商业风险。

本书认为,从中国投资者的视角出发,主要应熟悉东道国的相关法律法规,尽可能在投资者的层面做好筹划,从而防范海外投资中的法律风险、保障投资者自身的权益;从中国政府的视角出发,中国投资者海外投资法律保障制度是一个宏大的体系,涉及诸多方面的问题和风险,由于篇幅所限,只能选取若干个关键性问题进行探讨。而且,中国政府视角下的海外投资法律保障与风险防范的内容更多是从宏观视野考虑相关法律法规制度的完善,并不是直接与中国投资者在海外投资中所遭遇的风险一一对应的。尽管中国加入或签署的

多边协定和双边协定以及国内法中有不少规定涉及海外投资法律保障问题,但是,其中很多规定是从中国作为投资东道国的立场出发的,对中国作为投资者母国的关注度不够。本书从中国作为投资者母国的立场出发,强调中国政府应对中国投资者在海外投资中的利益予以高度重视,认为应从多边协定、双边协定、国内法三个层面对法律保障制度进行完善,尤其应关注对双边协定的完善。

完善海外投资法律保障制度,保护中国投资者的利益,首先要明确法律保障制度所保障的海外投资者、中国投资者和法律保障制度的概念。本书探讨的海外投资是对其他国家和地区(包括中国香港、澳门和台湾地区)的直接投资,不包括仅购买有价证券或债券工具而无意控制或管理投资事业的间接投资。本书探讨的中国投资者仅指中国内地投资者(不包括中国香港、澳门和台湾地区的投资者)。本书探讨的法律保障制度不仅包括了投资者视角下的法律保障制度,而且也囊括了中国政府视角下的法律保障制度,从两个层面对投资者的风险防范和权益保障进行安排。

在第三编中,本书对法律保障制度所保障的投资、所保障的中国投资者、所保障的范围和所保障的救济机制四个关键问题展开研究。需要说明的是,本书以投资活动的周期为内在主线,将所保障的范围划分为投资准入、投资运营和投资退出三阶段;并针对法律保障制度在三个阶段所保障的不同内容,分别对投资准入、投资待遇、资金转移和征收及国有化问题展开讨论。本书认为海外投资保险机制和投资争端解决机制作为海外投资救济机制中两个不可或缺的方面,两者互为补充,共同构筑起对海外投资利益的根本保障。

既有的多边协定、双边协定和国内法的规定反映出,中国目前对保障海外投资的利益的关注度还不够。在现行的规定中,尚存在一些“模糊”和“重叠”的规定,这些会带来法律适用中的分歧和困难。中国投资者尚未使用过多边投资担保机构(MIGA)和解决投资争端国际中心(ICSID)对海外投资进行的相关救济,中国对这些机制的实践经验有限,同时对ICSID仲裁庭对某些关键性问题的解决也未予以足够重视。

结合目前法律的规定和国际投资仲裁实践,中国需要从多边协定、双边协定和国内法等层面对海外投资法律保障制度进行完善,尤其应重视完善双边协定。中国应高度关注海外投资中的利益,以更积极的姿态来完善相关规定,同时兼顾中国在吸收外国直接投资中的利益和需求,区分不同的国家,区分不同的投资项目,采用区别对待的方式,尽量使资源达到最佳配置,最大限度地对中国投资者予以保护,并实现有效监管。

学术概述

一、国内外主要研究状况与评述

中国投资者海外投资法律保障制度对保障中国投资者在海外投资中的利益有着关键的作用,与中国海外投资安全乃至经济安全也有实质性的关系。目前,中国学者对吸收外国直接投资研究得比较透彻,国内理论界、产业界对于吸收外国直接投资的重要性已经有了充分的认识,在有关理论和法律制度研究方面也已经比较深入和透彻。相比吸收外国直接投资,中国国际投资法学界对海外投资涉及的理论和法律制度研究相对滞后,对中国海外投资进行专门系统研究的研究成果也较鲜见。

中国对国际投资法的研究始于 20 世纪 80 年代,其中,姚梅镇先生的《国际投资法》^{〔1〕}和陈安先生的《国际投资法》^{〔2〕}对国际投资法的研究产生了重要影响,但这些著作主要是对国际投资法的介绍性著作。中国对进行对外直接投资的研究和吸收外国直接投资研究几乎同时起步,但是由于对外直接投资的实践和立法长期滞后,理论界对对外直接投资的研究明显滞后于对吸收外国直接投资的研究。自 20 世纪 90 年代起,随着改革开放的逐步推进,在持续大规模吸收外国直接投资的同时,部分中国企业开始进行海外投资活动的实践,但是,理论界对中国海外投资进行深入系统研究的成果较少,而且主要限于经济学研究。其中,商德文先生的《中外著名企业国际投资案例分析》^{〔3〕}是对中国企业海外投资案例进行专门研究的著作之一,但未对问题展开深入分析;李刚先生的《“走出去”开放战略与案例研究》^{〔4〕}卢进勇先生的《人世

〔1〕 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年版。

〔2〕 陈安:《国际投资法》,鹭江出版社 1987 年版。

〔3〕 商德文:《中外著名企业国际投资案例分析》,经济日报出版社 1994 年版。

〔4〕 李刚:《“走出去”开放战略与案例研究》,对外经济贸易大学出版社 2000 年版。

与中国利用外资和海外投资》，从经济学的角度对中国海外投资有所涉猎。^{〔5〕}近年来，法学领域开始关注国际投资条约的发展，并对跨国公司的海外投资中涉及的法律问题进行了一定的研究，如卢进勇、余劲松和齐春生先生合作的《国际投资条约与协定新论》^{〔6〕}陈安先生的《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》^{〔7〕}余劲松先生的《跨国公司法律问题专论》等。^{〔8〕}但这些著作仍未从中国作为投资者母国的视角来对相关问题进行全面研究和分析，因此也未能对海外投资的法律保障制度展开系统性研究。迄今，国内尚无针对本论题的法律专著。

相比国内研究现状，部分国际组织，如联合国贸易和发展会议（以下简称 UNCTAD）、经济合作与发展组织（以下简称 OECD）和国外学者对国际投资相关的问题研究涉猎更为广泛，研究相对也更加深入。例如，UNCTAD 除每年发布《世界投资报告》（World Investment Report）外，还进行了很多国别研究和相关问题研究。^{〔9〕} OECD 针对中国海外投资和有关投资法律制度进行了一定的分析和研究。^{〔10〕} 国外学者关于对外直接投资代表主要包括了 The Multilateral Enterprise,^{〔11〕} Globalization, Trade and Foreign Direct Investment,^{〔12〕} The International Law on Foreign Investment,^{〔13〕} Foreign Investment Disputes-Cases, Materials and Commentary,^{〔14〕} 以及 Principles of

〔5〕 卢进勇：《入世与中国利用外资和海外投资》，对外经济贸易大学出版社 2001 年版。

〔6〕 卢进勇、余劲松、齐春生主编：《国际投资条约与协定新论》，人民出版社 2007 年版。

〔7〕 陈安、蔡从燕：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版。

〔8〕 余劲松：《跨国公司法律问题专论》，法律出版社 2008 年版。

〔9〕 UNCTAD. Investor - State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review [R]. New York and Geneva: United Nations, 2005. UNCTAD. Investment Policy Review: Egypt [R]. New York and Geneva: United Nations, 1999. UNCTAD. Investment Policy Review: Peru [R]. New York and Geneva: United Nations, 2000.

〔10〕 Javier Santiso. The Visible Hand of China in Latin America [M]. Paris: OECD, 2007. Also see OECD. Investment Policy Reviews: China 2008 [R]. Paris: OECD, 2008.

〔11〕 John H. Dunning. The Multilateral Enterprise [M]. New York: Harper Collins Publishers Ltd., 1971.

〔12〕 John H. Dunning. Globalization, Trade and Foreign Direct Investment [M]. Oxford: Elsevier Science Ltd., 1998.

〔13〕 M. Sornarajah. The International Law on Foreign Investment [M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

〔14〕 R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. Foreign Investment Disputes-Cases, Materials and Commentary [M]. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

International Investment Law 等。^[15] 尽管国际组织和国外学者的研究成果中就对外直接投资进行了较深入的探讨和研究,但均不是专门就对外直接投资法律保障问题所作的专门研究,更不是从中国作为投资者母国的视角所作的研究,因此,对本论题的研究仅有一定的参考价值。

论文方面,目前国内尚无专门就中国海外投资法律保障制度撰写的博士论文。值得一提的是,笔者所查得与本书讨论的内容有一定联系的博士论文共 59 篇,但其中绝大多数是从经济学或者管理学的角度来探讨该问题,仅有的几篇法律类的博士论文也仅仅探讨了双边投资保护协定、投资措施、争端解决机制等具体问题,^[16] 未从中国作为投资者母国的立场出发,对法律保障制度问题展开系统性讨论。

在学术论文方面,近年来,虽然有论文提及了对中国海外投资保障机制的研究,论及了健全国内立法体系、进一步完善海外投资保险制度、扩大双边投资保护协定网络等建议,但主要涉及的是海外投资保险制度,对双边投资保护协定和国内立法的完善等问题未作具体展开。^[17] 目前学术论文对国际投资

[15] Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law [M]. New York: Oxford University Press, 2008.

[16] 杨卫东:“双边投资条约:中国的视角”,中国社会科学院,2002。谭介辉:“论中国对外直接投资”,中共中央党校,2003。李萍:“NAFTA 国际投资法律问题研究”,中国政法大学,2003。杨联明:“《与贸易有关的投资措施协定》法律制度研究”,西南政法大学,2003。熊琼:“与贸易有关的投资措施与东道国外资政策调整”,华东师范大学,2005。王曙光:“国际投资自由化法律待遇研究”,中国政法大学,2005。魏卿:“国际投资规制的若干法律问题研究”,华东政法学院,2005。石慧:“以条约为基础的投资者与国家间仲裁机制的评判”,华东政法大学,2007。

[17] 李嘉:“完善我国海外投资保障机制的法律研究”,载《华东政法大学学报》2007(3)。熊志银:“关于我国海外投资保障制度的若干问题”,载《东南大学学报》(哲学社会科学版)2004(3)。

协定的发展趋势、^[18]公正与公平待遇标准、^[19]解决投资争端国际中心(ICSID)的争端解决机制、^[20]《联合国国家及其财产管辖豁免公约》^[21]等具体问题进行了较多的研究。但是,尚未有专门系统地探讨中国海外投资法律保障制度方面的相关论文。

概言之,近年来国内学者对中国投资者海外投资的研究成果日渐丰富,但主要集中于国际投资协定和一些具体问题的探讨中。尽管有一些学者在论著中对国际投资协定发展对中国的影响进行了一些论述,但仍未从投资者母国的视角出发进行研究,这无法适应中国投资者海外投资中日益增长的保障需求。本书旨在做出这种尝试,力图通过研究,阐明并完善海外投资法律保障制度。

二、本书的主要创新

本书在总结和借鉴前辈研究成果的基础上,主要有以下三个方面的创新:

[18] 曾华群:“变革期双边投资条约实践述评”,蔡从燕:“国际投资结构变迁与发展中国家双边投资条约实践的发展——双边投资条约实践的新思维”,徐崇利:“国际投资条约中的‘岔路口条款’:选择‘当地救济’与‘国际仲裁’权利之限度”,载《国际经济法学刊》,北京大学出版社2007年。崔彦坤:“中国缔结双边投资条约的新发展——从新旧中德双边投资保护与促进协定的比较的视角分析”,载《法制与社会》2007(3)。余劲松、詹晓宁:“国际投资协定的近期发展及对中国的影响”,载《法学家》2006(3)。刘志云:“略论经济主权与中外双边投资条约”,载《甘肃政法学院学报》2000(1)。杜新丽:“中外双边投资保护协定法律问题研究”,载《政法论坛》1998(3)。

[19] 余劲松:“外资的公平与公正待遇问题研究——由NAFTA的实践产生的几点思考”,载《法商研究》2005(6)。余劲松、梁丹妮:“公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策”,载《法学家》2007(6)。陈辉萍、黄玉梅:“国际投资协定中公正与公平待遇标准的新发展”,李文青:“国际投资仲裁中的公正与公平待遇标准——以CMS天然气运输公司诉阿根廷案为例”,朱小菁:“NAFTA投资仲裁中的公正与公平代表标准”,Catherine Yannaca-Small:“国际投资法中的公正与公平待遇标准”,载《国际经济法学刊》,北京大学出版社2006年。

[20] 陈安:“区分两类国家,实行差别互惠:再论ICSID体制赋予中国的四大‘安全阀’不宜贸然全面拆除”,陈辉萍:“美国投资者与东道国争端解决机制的晚近发展及其对发展中国家的启示”,载《国际经济法学刊》,北京大学出版社2007年。

[21] 张乃根:“国家及其财产管辖豁免对我国经贸活动的影响”,马新民:“《联合国国家及其财产管辖豁免公约》评介”,黄进、杜焕芳:“国家及其财产管辖豁免立法的新发展”,江国青:“联合国国家及其财产管辖豁免公约——一个并不完美的最好结果”,赵建文:“国家豁免的本质、适用标准和发展趋势”,邵沙平:“《联合国国家及其财产管辖豁免公约》对国际法治和中国法治的影响”,载《法学家》2005(6)。何志鹏:“对国家豁免的规范审视与理论反思”,载《法学家》2005(2)。黄进、曾涛、宋晓、刘益灯:“国家及其财产管辖豁免的几个悬而未决的问题”,载《中国法学》2001(4)。李万强、徐群:“国家财产的执行豁免问题新探”,载《西北师大学报》(社会科学版)2002(5)。曲波:“《联合国国家及其财产管辖豁免公约》评析”,载《行政与法》2006(5)。

第一,研究视角的创新。本书试图从中国作为投资者母国的视角,而不是传统上所认为的投资东道国的视角对投资问题进行探讨。中国对世界有多层次的需求,一些中国投资者已经具备进行海外投资的条件,也有进行海外投资的实际需求,而且随着中国与世界联系的进一步加强,进行海外投资的中国投资者在数量和规模上都将进一步发展。现有的与外国直接投资有关的法律规定,主要是从中国作为投资东道国的立场考虑和设计的,与保障中国投资者海外投资中的利益之间的需求存在一定的差距。因此,急需结合现实发展需要,对现行的中国海外投资法律制度进行补缺和修正。

第二,研究框架和研究方法的创新。不同于前辈们选取若干个与投资有关具体问题进行探讨的研究框架,本书将从中国投资者和中国政府两个视角对海外投资法律保障和风险防范问题进行分析和探讨。此外,本书以中国投资者进行海外投资活动的生命周期为内在主线,强调对海外投资的全过程进行保障。本书从中国投资者和中国政府两个视角分别对中国海外投资中的若干关键问题进行探讨和研究,并强调各关键问题之间的联系和互动探讨。

在本书的研究和论证中,综合采用了文本研读、案例研究、比较研究、历史研究和数理分析等多种研究方法。本书研究中突破了多数国际投资法著作中将文本规定和案例研究分开介绍的方法,转而采用“专题性”的写作方式,在研读文本的同时,即展开案例研究,在此二者基础上再进行分析与思考,使文本研读和案例研究乃至解决实际问题能够有机融为一体,以加强本书的实践价值。

第三,研究观点的创新。本书关注从中国投资者和中国政府两个层面出发,对海外投资中的风险予以防范并保障中国投资者的相关权益,也强调两个层面之间的衔接和互动;但相较而言,中国政府对风险防范和权益保障的法律保障制度的贡献更为显著。本书力求在充分了解中国投资者海外投资的现行法律规定的基础上,在消化国内外前辈们的相关研究成果、大量阅读 ICSID 仲裁裁决的基础上,从中国作为投资者母国的立场出发,提出一些思考和建议。其中主要包括:中国应重视双边投资保护协定对海外投资的“双刃剑”影响,结合中国的当期需求和远期需求,并参考 ICSID 仲裁实践的最新发展,区分不同缔约相对方,适时对双边投资保护协定予以完善;国际法(包括多边协定和双边协定)规定的完善中,更多强调的是保护,而国内法规定的完善中,更多强调的是监管乃至限制。因此,本书不仅强调在国际法层面对海外投资法律保障制度予以充分完善,还特别强调国际法规定(尤其是双边协定)与国内法规定之间的有效衔接,唯此,才能真正完善海外投资的法律保障制度,并实现中国推进海外投资的现实需求。

前 言

改革开放三十多年来,尤其是中国加入 WTO 的八年多来,中国经济在各方面取得了长足的进步。2007 年中国实际已经成为仅次于美国、日本的第三大经济体。^{〔1〕} 国家统计局发布的《2008 年国民经济和社会发展统计公报》显示,2008 年国内生产总值(Gross Domestic Product, GDP)为人民币 30.067 万亿元;^{〔2〕} 2010 年 2 月 25 日发布的《2009 年国民经济和社会发展统计公报》显示,2009 年中国 GDP 更超过了人民币 33.5 万亿元,^{〔3〕} 已经逼近世界第二大经济体日本的总量,中国投资者海外投资的资本实力将进一步增强。

改革开放以来,中国一直很关注“引进来”,即吸收外国直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)来补充国内资本的不足,从而促进中国经济的发展,自 1992 年起,中国连续 18 年成为世界上吸收 FDI 最多的发展中国家。^{〔4〕} 20 世纪 90 年代以来,国际国内经济形势发生了一系列重大变化,越来越多的中国投资者开始“走出去”,进行对外直接投资(Outward Foreign Direct Investment, OFDI),这不仅是经济全球化和中国经济发展的必然结果,而且也是解决目前中国国内生产能力相对过剩、部分重要资源短缺、减少国际贸易摩擦等一系列问题的有效途径。

吸收 FDI 和进行 OFDI 是中国经济发展的两个方面,二者相辅相成,吸收

〔1〕 中国国家统计局 2009 年 1 月 15 日公布,将 2007 年中国 GDP 增速调高 1.1 个百分点至 13%,这意味着中国取代德国成为世界第三大经济体位置。资料来源于新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2009-01/16/content_10671227.htm [EB/OL]. : 2009-1-20。

〔2〕 中国《2008 年度国民经济和社会发展统计公报》,来源于中国国家统计局网站 <http://www.caijing.com.cn/2009-02-26/110074644.html> [EB/OL]. : 2009-2-27。

〔3〕 中国《2009 年度国民经济和社会发展统计公报》,来源于中国国家统计局网站 http://www.stats.gov.cn/tjgb/ndtjgb/qgndtjgb/t20100225_402622945.htm [EB/OL]. : 2010-2-25。

〔4〕 来源于中国中央人民政府网站 http://www.gov.cn/test/2009-09/11/content_1415347_5.htm [EB/OL]; 2009-09-11; 参见中国新闻网 <http://www.chinanews.com.cn/cj/cj-gncj/news/2010/02-25/2137090.shtml> [EB/OL]. : 2010-2-25。

FDI 是为了更好地进行 OFDI;而只有真正进行 OFDI,才能更好地吸收 FDI。对于中国这样一个大国,在某种意义上,进行 OFDI 比吸收 FDI 更重要、意义更深远,也更能有助于实现中国经济和社会发展的长远目标。^{〔5〕} 有专家预测,中国 OFDI 的繁荣时期将在 2010 年左右到来。^{〔6〕} 积极进行 OFDI 是中国更加主动地投入到国际市场资源分配和竞争中的表现,也是中国经济和社会进一步发展、解决经济和社会中存在的问题的必然选择。尽管目前中国 OFDI 的规模与发达国家相比还存有不少的差距,但是中国 OFDI 的发展速度和潜在实力已经引起了越来越多国家的关注。UNCTAD 认为中国已经成为 OFDI 的重要资本输出国之一,至少在将来会是一个重要的资本输出国。^{〔7〕}

近年来,中国政府制定并通过了《国民经济和社会发展规划纲要》(2001 年)、《国民经济和社会发展规划纲要》(2006 年)以及《关于鼓励和规范我国企业对外投资合作的意见》(2006 年)等一系列政策性文件。它们明确了中国政府支持有条件的企业按照国际通行规则对外投资和跨国经营,更好地利用国际国内两种资源、两个市场,推进经济结构调整,增强企业国际竞争力,促进国际交流合作与共同发展的政策;明确了鼓励中国投资者进行 OFDI 的指导方针。

尽管 OFDI 是中国寻求进一步和可持续发展的必由之路,但是,中国投资者 OFDI 之路绝不会一帆风顺,风险无处不在。《2009 年世界经济形势分析与预测》主编之一、社科院世界经济与政治研究所副所长李向阳,援引麦肯锡的一项最新研究数据,认为过去 20 年里,在全球大型企业兼并案中,真正取得预期效果的比例不到 50%,而中国则有 67% 的海外收购不成功。^{〔8〕} 中国投资者在“走出去”的征途中遭遇了很多风险,也遭受了相当大的损失。中国投资者在 OFDI 中遭遇风险和遭受损失较大,固然有中国投资者对相关风险防范和权益保障准备不足的原因,但与中国没有一套较完善的法律保障制度、未对 OFDI 进行全方位的保护和监管也有重要的关系。单从中国所加入的多边

〔5〕 吴勤学:《中国海外直接投资理论与实务》,首都经济贸易大学出版社 2006 年版,第 18~19 页。

〔6〕 中央电视台《跨国风云》节目组:《跨国风云——中国企业海外远征记》,中信出版社 2007 年版,第 9 页。

〔7〕 UNCTAD. Prospects for Foreign Direct Investment and the Strategies of Transnational Corporations (2004-2007) [R]. New York and Geneva: United Nations, 2004: 15.

〔8〕 资料来源于新浪网 <http://finance.sina.com.cn/g/20081227/10275692887.shtml> [EB/OL].; 2008-12-28。

协定、签署的双边协定以及近年来所制定的规范 OFDI 的国内法规定的数量和所涉及的范围看,基本是比较充分的。2009 年 3 月 16 日,商务部颁布《境外投资管理办法》;^{〔9〕}2009 年 6 月 8 日,国家发展和改革委员会颁布《关于完善境外投资项目有关问题的通知》;2009 年 7 月国家外汇管理局颁布《境内机构境外直接投资外汇管理规定》……上述一系列的行政规章对中国投资者强烈的投资需求予以了高度关注。但是,某些规定之间未能达到有效的衔接,某些规定甚至还存在一些概念界定不清的情形,这些问题直接制约了相关法律规定实际效力的发挥。目前,全球性的金融危机在一定程度上为中国投资者提供了难得的投资机遇,不少中国投资者希望把握这一有利时机积极进行 OFDI,因此,对 OFDI 法律保障制度也提出了更高的要求。

探讨如何完善相关法律保障制度,对中国投资者在 OFDI 中的权益予以充分保障,不仅具有相当的理论价值,同时也兼具重要的实践价值,本书拟在这方面作探索,期望通过研究和论证对这一领域的理论研究和实践操作有所帮助。需要说明的是,本书虽然从中国投资者和中国政府两个视角进行探讨和研究,但是更强调从中国政府视角进行研究和论证。因本书主要从中国作为投资者母国的立场进行研究,因而将中国 OFDI 称为“海外投资”。但为保证引用的严谨性,本书在援引相关法律规定和参考文献时,将严格遵照原文的表述方法,因此会采用“对外直接投资”或“境外投资”等表述方法,但实际与本书论述的“海外投资”概念一致。

中国投资者海外投资保障和风险防范是一个庞大的体系。例如,在法律层次上,它包括了国际法和国内法;在定义问题上,它涉及投资、中国投资者等基础概念的论述;在保障的范围问题中,它涉及投资从准入、运营到退出的全过程;在保障救济机制中,它又涉及海外投资保险机制和投资争端解决机制等法律问题。为了集中对关键性问题展开分析和论证,笔者在相关介绍性内容中尽量凝练文字,有些内容不再具体展开。

海外投资本身是一个高度专业性、实践性的问题,加之投资者的性质、投资目的、投资行业、投资方式,甚至投资时机的不同,遇到的风险都可能各异;而且很多情形下,商业风险和非商业风险交织在一起。由于材料、篇幅和个人水平的限制,笔者无法对投资个案中的具体问题一一展开论述,只能筛选出具

〔9〕《境外投资管理办法》自 2009 年 5 月 1 日起施行,替代 2004 年商务部和国务院港澳事务办公室联合颁布的《关于内地企业赴香港、澳门特别行政区投资开办企业核准事项的规定》和 2004 年商务部颁布的《关于境外投资开办企业核准事项的规定》两项部门规章。

有典型性的问题,如国有企业、国家安全审查等问题,进行一些法律研究,对有些问题未涉及或虽有所涉及但未作展开在所难免;本书对海外投资中所遭遇的纯粹的商业风险也不作探讨和研究。

中国投资者海外投资法律保障和风险防范制度的最终效果不仅仅取决于法律制度的完善,更取决于这些制度的执行。同时,海外投资的实际结果可能是由诸多因素共同作用的结果,因此,在海外投资实践中,需要法律保障制度与其他方式、方法的有机结合使用。本书对海外投资法律保障和风险防范制度的执行以及与其他法律制度的配合使用等问题不作展开。