



上海法学文库

中国海外投资政治风险的国际法应对

——以中外BIT及国际投资争端案例为研究视角

袁海勇 著

上海人民出版社



上海法学文库

中国海外投资政治风险的国际法应对

——以中外BIT及国际投资争端案例为研究视角

袁海勇 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国海外投资政治风险的国际法应对:以中外 BIT 及
国际投资争端案例为研究视角/袁海勇著. —上海:

上海人民出版社, 2018

(上海法学文库)

ISBN 978-7-208-15031-7

I. ①中… II. ①袁… III. ①海外投资-国际经济法-
研究 IV. ①D996

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 036653 号

责任编辑 秦 堃 夏红梅

封面设计 王斯佳

上海法学文库

中国海外投资政治风险的国际法应对

——以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角

袁海勇 著

出 版 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号)

发 行 上海人民出版社发行中心
印 刷 上海商务联西印刷有限公司

开 本 720×1000 1/16

印 张 16.5

插 页 2

字 数 275,000

版 次 2018 年 4 月第 1 版

印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-15031-7/D·3178

定 价 58.00 元

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招标投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在2005年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新的要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶持一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积

厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学的投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是“抢手货”。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同人如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量啊!

沈国明

2005年10月1日

序

海勇的新作《中国海外投资政治风险的国际法应对——以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角》完成之后发给我看,我有点惊讶。我知道他一直在政府部门工作,繁忙工作之余仍挤出时间写这样一本学术类的书,真是不易!

几年前海勇在华东政法大学攻读国际法博士研究生,我是他的指导老师。他的博士论文选题是《中国海外投资风险应对法律问题研究——以对非洲投资为视角》,当时写中国企业在非洲投资方面的法律书非常少,而且资料也不容易找,我有点担心。他说他想写,因为在学习和工作中他碰到一些案例很有研究价值,所以想深入研究。这篇博士论文在当时得到答辩委员会老师的高度评价,大家一致认为论文的选题、案例和论述都很有新意,值得推荐。之后,海勇仍然关心国际投资领域的法律问题,跟踪近年来国际投资法的最新动态和案例,尤其是中外 BIT 条款的最新发展。他在工作之余,对博士论文进行了修改,又增加了多年来的积累和研究资料,完成了这本新书——《中国海外投资政治风险的国际法应对——以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角》,值得祝贺!

这是一本视角独特的书。海勇从国际法研究的基本方法入手,详细阐释了中外 BIT 有关风险应对的重要条款,尤其是对九十多起国际投资争端解决案例进行个案分析,凸显出国际投资法注重实证研究的特点。针对中国企业“走出去”的法律问题,本书对我国海外投资可能遇到的主要政治风险进行类型化研究,并结合大量案例进行分析,提出了针对性的对策建议。值得一提的是,作者从案例研究中对国际投资法的理论提出了一些新的观点,如传统经济主权原则的立场判断、征收补偿的具体计算方法、涉嫌恶债及贿赂的投资合同效力认定,以及“赫尔规则”要素的区分适用等,这些分析视角及观点都具有一定的独到之处。

2015 年中国首次成为国际资本净输出国。这是“走出去”战略实施二十多年来,中国国际投资格局发生的重大转变。随着国际投资环境的改变,中

国政府及海外投资者应更加关注海外投资风险,尤其是政治风险的防控与应对。本书针对这些新的变化,围绕中外 BIT 有关投资保护的四项条款、海外投资国家合同效力、征收,以及有关救济机制等与风险应对有关的内容展开论述,涵盖了国际法层面与海外投资风险应对有关的主要法律问题,论述了海外投资风险应对的三项“托底”应对机制:海外投资保险制度、海外投资争端解决机制和外交保护,提出了颇有建设性的建议。例如,对于海外投资保险制度,在比较分析的基础上提出应完善中国海外投资保险代位求偿权模式和整合优化海外投资保险体系;关于海外投资争端解决机制,比较了政治、司法和仲裁等三种争端解决方式,指出仲裁应作为争端解决的主要方式,并认为中国与外国签订的 BIT 应采取以 ICSID 管辖为主、UNCITRAL 为辅的争端解决机制;针对卡尔沃主义的复苏,海勇认为应根据中国投资格局的转变,有条件地适用争端当地解决原则,反对无条件地外交保护非法论。这些研究对我国企业“走出去”的法律问题进行了重点分析,提出了很好的对策建议,具有现实意义。

海勇的新书有幸入选上海市法学会“上海法学文库”并得以正式出版,这是他多年来的研究成果,也是他对自己研习国际法学的一个交代。

是为序。

林燕萍*

2018年1月1日

* 林燕萍,华东政法大学副校长,教授,博士生导师,主要研究领域为国际私法、国际竞争法、比较法。

目 录

总序	1
序	1
导言	1
第一章 海外投资及其政治风险概述	3
第一节 海外投资及其基础理论	3
一、海外投资	3
二、海外投资者	9
三、中国海外投资理论	19
第二节 中国海外投资概况和法制体系	23
一、中国海外投资与对外援助	23
二、中国海外投资法制体系	26
第三节 海外投资政治风险及其国际法根源	30
一、海外投资政治风险	30
二、风险产生的国际法根源	36
第二章 中外 BIT 投资待遇条款与海外投资风险应对	39
第一节 公平和公正待遇条款	39
一、公平和公正待遇条款及其适用标准	39
二、公平和公正待遇条款的适用情形	43
三、公平和公正待遇条款的适用分析	47
第二节 全面保护和安全条款	50
一、全面保护和安全条款概述	50
二、全面保护和安全条款的适用情形	52
三、全面保护和安全条款的适用分析	56

第三节 最惠国待遇条款	59
一、最惠国待遇条款及适用条件	59
二、最惠国待遇条款程序性适用分析	61
三、最惠国待遇条款适用问题的思考	68
第四节 国民待遇条款	71
一、国民待遇条款及其晚近发展	71
二、国民待遇条款的实证研究——对 Champion 案的分析	74
三、国民待遇条款的适用分析	76
第三章 海外投资国家合同风险及其应对	82
第一节 一般海外投资国家合同的风险应对	82
一、特许协议效力分析	82
二、特许协议风险应对	85
三、特许协议的稳定条款及其适用	88
第二节 恶债学说与海外投资国家合同效力	96
一、恶债学说及其主要类别	96
二、涉及恶债的中国海外投资国家合同风险	98
三、风险应对	99
第三节 商业贿赂与海外投资国家合同效力	104
一、贿赂行为引致投资合同无效的观点	105
二、规制商业贿赂行为的立法和实践	105
三、主张合同有效的理论和实践	111
四、风险应对	113
第四章 海外投资征收风险及其应对	118
第一节 征收合法性及补偿标准	118
一、征收及其合法性问题	118
二、征收补偿标准及中外 BIT 的解析	123
第二节 征收补偿计算方法	133
一、持续经营企业	134
二、持续经营企业市场价值估算	136
三、中国投资者的对策	138

第三节 间接征收及其主要类型	140
一、间接征收及相关规定	140
二、间接征收主要类型	143
第四节 间接征收的认定	147
一、间接征收与政府管理措施	147
二、间接征收认定要素	151
三、间接征收认定标准及晚近发展	160
第五章 海外投资风险的预防和救济机制	166
第一节 海外投资保险制度	166
一、海外投资保险制度概述	166
二、完善中国海外投资保险制度的建议	168
第二节 海外投资争端解决机制	174
一、海外投资争端解决机制概述	174
二、卡尔沃主义复苏与争端当地解决原则的适用	178
第三节 海外投资国际仲裁机制	184
一、海外投资国际仲裁机制概述	184
二、仲裁选择条款	187
三、仲裁裁决的承认与执行	194
第四节 仲裁管辖权要件分析	197
一、ICSID 管辖权要件	197
二、ICSID 管辖权扩大的实证分析与研究	200
三、BIT 条款设定要件	206
第五节 海外投资外交保护问题	217
一、外交保护概述及其在海外投资中的作用	217
二、中国海外投资者外交保护的适用	220
结论	226
参考文献	228
附录一:案例索引表	242
附录二:外文专有名词简称、全称及其汉译表	248
后记	250

导 言

实现海外投资安全与风险可控,无疑是海外投资者及其母国最为关注的问题之一。因此,在法律层面对投资风险实施有效管控与应对,就成为国际投资法律制度建立和实施的重要目标和价值所在。

中国真正意义上的海外投资大致始于 20 世纪 80 年代,20 世纪 90 年代中后期在“走出去”战略的推动下,中国海外投资的规模日益壮大,投资领域和结构日趋全面。近年来,中国政府积极推动实施“一带一路”倡议,不断加快对外投资自由化和便利化进程,中国企业“走出去”的内生动力日益增强。2015 年,中国首次成为资本净输出国,对加强海外投资风险的法律管控与应对愈发迫切(除特别指出,本书所用风险一词,均指政治风险)。因此,本书从国际法视角,围绕中国海外投资政治风险的应对进行研究,对于更加安全、有效地实施“走出去”战略和推进“一带一路”建设,具有较强的理论研究意义与实践指导价值。

截至 2016 年年底,中国海外投资已遍布全球 190 个国家和地区。^①各国国情千差万别,风险种类与程度也不尽相同。为此,本书在研究对象选取上坚持代表性和典型性,既主要针对投资环境恶劣、投资风险高发的国家,尤其是非洲、拉丁美洲、西亚等地区的国家;同时,根据当前中国海外投资流向的新变化,对发达国家的投资风险也有涉及,以全面研析当前中国海外投资风险的全貌,加强投资风险的全面管控与应对。

本书在研究路径上同时从纵向和横向两个维度展开。纵向包括海外投资保护的国际法依据以及海外投资风险应对的实施机制两个层面;其中,前者主要是中外双边投资保护和促进协定(BIT)规定的四项投资待遇条款,后者主要是海外投资保险、国际商事仲裁和外交保护三项机制。横向上对征收,尤其是剥夺或限制投资者对投资的使用权和经营权的间接征收风险,以及涉及恶债及贿赂而面临投资合同无效的风险作了针对性的研究。

^① 商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2016 年度中国对外直接投资统计公报》(2017 年 9 月发布),第 3 页。

本书的研究方法主要有两种:一是文本研究法。考虑到 BIT 作为国际投资法的研究重点,对其熟练掌握和运用是有效管控和应对在相关国家投资风险的前提和基石,故而是本书研究的重点之一。截至 2016 年年底,中国已与相关国家签订并生效 104 项 BIT。^①为此,在 BIT 的选择上做到“三个聚焦”:一是聚焦与当前中国海外投资存量前 15 位国家签订的 BIT;二是聚焦与投资风险相对较高的国家签订的 BIT,主要包括非洲相关国家;三是聚焦能够代表今后国际投资法发展方向的中外 BIT,重点是中国“入世”尤其是 2010 年后签订的 BIT。

二是案例分析法。案例分析法是国际投资法的另一种主要研究方法。尽管目前中国海外投资法律争端案例相对较少,但鉴于国际投资争端解决机制本身具有的共通性,研析他国案例,亦不无借鉴价值。本书在案例择选上力求典型和全面,列举并阐述了九十余件有关国际投资争端解决案例,包括根据解决投资争端国际中心(ICSID)^②制定的《仲裁程序规则》、联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)^③制定的《仲裁规则》、海牙常设仲裁院(PCA)、国际法院(ICJ)等主要国际仲裁和司法机制从 20 世纪初直至 2017 年发生的代表性案例,借此阐明国际投资争端解决机制的发展脉络和国际法有关投资争端热点问题的观点与态度,并推研其今后发展趋势。当然,案例的分析也是详略不一,本书对以中国为当事方的案例分析得较为详尽,体现了较强的针对性和指导性。

此外,作为上层建筑的组成部分,国际投资法的发展植根于国际投资活动实践,故相关法律问题的论述也离不开国际投资乃至国际经济活动的必要叙述,本书也对诸如国际社会,特别是中国有关征收合法性问题的演变等,采用了历史研究法,借此可加深对相关问题的理解和今后发展趋势的研判。当然,提供这些信息仅为论点阐述服务,不作详述。

① 根据商务部网站信息,截至 2016 年 12 月,中国与世界各国共签订并已生效的 BIT 共 104 项。其中,亚洲国家 37 项,欧洲国家 34 项,非洲国家 18 项,美洲国家 12 项,大洋洲国家 3 项, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>。

② ICSID 是依据 1965 年签订的《解决国家与他国国民间投资争端公约》(1965 年《华盛顿公约》)建立的世界上第一个专门解决国际投资争端的国际法人机构,为各缔约国和其他缔约国国民之间的投资争端,提供调解和仲裁的便利,并专门制定了《调解程序规则》和《仲裁程序规则》,后者最新版为 2006 年修订版。该机构以其影响力已成为当前解决国际投资争端最主要的机构。

③ UNCITRAL 系联合国大会于 1966 年设立,旨在解决因各国的国际贸易法律差异,而给贸易流通造成的障碍。《UNCITRAL 仲裁规则》由联合国第 31 次大会正式通过,适用于国家与私人间的投资争议仲裁、多方仲裁、第三人加入仲裁程序、仲裁员的指定、仲裁员责任的豁免、仲裁费用的控制等问题。仲裁规则对各国不具有普遍约束力,仅供合同双方当事人自愿以书面方式约定,《仲裁规则》最新版为 2010 年修订版。

第一章 海外投资及其政治风险概述

加强海外投资风险管控与应对,国家和投资者应做好三方面的基础性工作:一是中国“投资者”及其“投资”应符合中外 BIT 有关规定,以有效取得条约保护;二是在中国已成为资本净输出国的背景下,应当对传统的经济主权立场作相应调整;三是针对当前海外投资规定政出多门的情况,国家应尽快制定海外投资法,建立和完善统一、高效的海外投资促进与保护法律体系。

第一节 海外投资及其基础理论

一、海外投资^①

(一) 海外投资的内涵

国际投资法对投资内涵的界定常取三种模式:一是“资产基础模式”,即凡为立法和契约保护的投资者资产均属于国际投资;二是“交易基础模式”,即只有交易中的投资者资产才属于国际投资;三是“企业基础模式”,即国际投资是通过在东道国以企业形式表现的商业投资机构的资本。^②中国“海外投资”的内涵界定采取了第一种和第三种模式。

根据中外 BIT,符合一定条件的“各种财产”均属“投资”范畴,如 1997 年中国—南非 BIT 第 1 条规定:“‘投资’一词是指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律、法规在缔约另一方领域内投入的各种财产。”这种界定方式显然属于“资产基础模式”。同时,各国国内法的“投资”概念大多采取的是“企业基础模式”。根据商务部等部门 2016 年 12 月修订颁布的《对外直接

^① 对于中国对外投资的行为,因外延不同而称法不一,或称境外投资,或称海外投资。前者在外延上除涵盖后者外,还包括了对我国港澳台等地区的投资行为。由于向我国港澳台地区的投资不属于国际法意义上的投资,本书所涉内容不含对上述地区的投资,故采用“海外投资”的称法。

^② Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.52.

投资统计制度》(以下简称《统计制度》),对外直接投资是指“我国境内投资者以现金、实物、无形资产等方式在国外及港澳台地区设立、参股、兼并、收购(境)外企业,拥有该企业 10%或以上的股权,并以拥有或控制企业的运营管理权为核心的经济活动”。^①坦桑尼亚 1997 年《投资法》规定:“‘投资’,指创造或得到的新的运营资产,包括对现有经营企业进行的扩建、重组和改造。”^②

本书认为,采取“资产基础模式”有利于保护投资和吸引外资,“企业基础模式”不仅是投资得以落地的载体形式,也是投资者能以企业名义经营和诉讼的实际需求,两种模式是内容与形式的关系。在此意义上可以认为,以各种形式的资产在外国成立或收购投资企业的国际经济活动,均属于国际法意义上的海外投资。

(二) 海外投资的外延

海外投资外延取宽泛式界定模式,即对投资类型不设限制,只要符合法律法规的要求均为适格投资,它与狭义式界定模式^③相对。

1. 有关海外投资的外延多为开放式规定

对于投资种类,中外 BIT 一般都使用“特别是,但不限于”“包括但不限于”等非限定性用语,以囊括尽可能多的投资种类,晚近投资协定的列举通常包括:(1)企业及其分支机构;(2)企业的股份,股票或其他参股形式,以及由此衍生出的权利;(3)债券、信用债券、贷款及其他形式的债,以及由此衍生出的权利;(4)合同权利,包括统包、建设、管理、生产或者收益分配合同;(5)金钱请求权,以及请求履行具有与投资相关经济价值的合同的权利;(6)知识产权,包括著作权及相关权利,专利权,以及与实用新型、商标、工业设计、集成电路布图设计、植物新品种、商号、产地标识、地理标识及未披露信息相关的权利;(7)依据法律法规或合同授予的权利,如特许权、许可、授权及许可证;以及(8)任何其他有形及无形财产,动产、不动产以及任何相关的财产权利,如租赁、抵押、留置权、质押权。^④

① 商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《对外直接投资统计制度》(2016 年 12 月 30 日印发),第 7 页。

② 参见中国驻坦桑尼亚大使馆经济商务参赞处网站(<http://tz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/200210/20021000046087.shtml>)。

③ 狭义式界定法,即以封闭式清单所列项目设定投资外延。如 1998 年《东南亚国家联盟投资框架协议》第 2 条规定:投资不含“证券投资”。

④ 《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第 1 条第 1 款。该协定属于三边投资条约,但从表述方便的角度,本书仍称为 2012 年中国—日本—韩国 BIT。

同时,大多外国投资法的“投资”外延也是开放式的,通常有概括和列举两种具体方式。前者常用“无论”“任何”等字样,以不使投资种类遗漏。如苏丹《1999年鼓励投资法》(2000年修正案)规定投资为:“任何经济活动,无论它的法律形式如何,涉及本法所划分的任何投资领域,这样的项目可以由部长会议按照鼓励投资的目的而予以规定。”^①后者所列投资种类力求全面,并常附兜底条款防止挂一漏万。如埃及1997年《投资保护与鼓励法》第1条规定:“本法律规定适用于,其法律组织受本法律约束,并在其生效之后组建,在下列任何一个范围从事业务活动的所有公司、企业。(1)荒地、沙漠的整治、种植,或其中任何一项。……(16)社会发展基金会资助的项目。根据国家需求,内阁可以批准增加其他业务范围。”^②

2. 投资形式发生变化不影响“投资”的性质和法律地位

晚近签署的中外BIT大多对此明确规定,^③以保障投资形式调整后可继续受到BIT的保护。具体有两种形式:

一是无条件地赋予其法律地位,这是多数BIT的立法例。如2012年中国—日本—韩国BIT第1条第1款规定:“作为投资的财产发生形式上的变化,不影响其作为投资的性质。”

二是附条件地赋予其法律地位,这在早期BIT较常采用。如2004年中国—突尼斯BIT第1条规定:“作为投资的财产发生任何形式上的变化,不影响其作为投资的性质,但这种变化不得与东道国的法律和法规相抵触。”2005年中国—葡萄牙BIT也采用类似表述。^④

3. 再投资属于中外BIT的投资范畴

部分中外BIT明确赋予了再投资的国际投资法律地位,如2012年中国—日本—韩国BIT第1条第1款在对投资的形式作出宽泛列举之后,还特别以加“注”的形式强调:“投资也包括由投资产生的孳息,特别是利润、利息、资本利得、股息、特许权使用费及收费。”类似规定在中国与摩洛哥、加蓬等国的BIT中也有体现。^⑤明确再投资的法律地位,有利于中国投资者在海

① 参见中国驻苏丹大使馆经济商务参赞处网站(<http://sd.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/200301/20030100062080.html>)。

② 参见中国驻埃及大使馆经济商务参赞处网站(<http://eg.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/200408/20040800269211.html>)。

③ 包括1986年中国与英国,1997年与南非,2003年与德国,2004年与突尼斯,2005年与赤道几内亚、马达加斯加、比利时—卢森堡经济联盟,2007年与韩国,2009年与马里,2013年坦桑尼亚签订的BIT等。

④ 2005年中国—葡萄牙BIT第1条第1款。

⑤ 参见1995年中国—摩洛哥BIT第1条、1997年中国—加蓬BIT第1条。

外再投资的保护,也是对传统投资外延的扩展。

需要指出的是,虽然多数中外 BIT 未直接规定再投资,但并不意味着再投资不具有国际投资法上的地位。因为再投资可理解为投资形式的一种变化,由于投资形式发生变化不影响投资性质和法律地位,因而再投资的性质和法律地位也不应受到影响。

(三) 海外投资的范围限定

采取宽泛式界定投资外延的,一般也要采取相应限定措施,包括排除特定事项(如证券投资、特定商事合同、债务和公共期货、用于非商业目的的资产等),必须符合东道国法律规定,仅限特定工业门类的投资,须有投资风险属性等,^①海外投资范围通常有以下三种限定情形:

1. 海外投资不包括间接投资

一般认为,国际投资仅指国际直接投资,^②而不包括国际间接投资。这不仅因为国际间接投资不归属于国际投资法调整,更主要的是,国际间接投资一般是短期获利行为,不具有对企业经营的控制权。^③根据国际货币基金组织(IMF)1993年发布的《国际收支平衡手册》第5版[以下简称《手册》(第5版)]规定,只有直接投资才能取得“另一个经济体的企业的长期利益”,因为长期利益只有“直接投资者和直接投资企业存在着长期关系,并且投资者对投资企业的管理产生重大影响”的情况下才能取得。同时,“直接投资的主要特征就是重大影响,该影响赋予投资者在管理中的有效发言权”。^④IMF于2009年以新名称命名发布的《国际收支和国际投资头寸手册》(第6版)[以下简称《手册》(第6版)]进一步规定,当一经济体内的居民投资者通过投资对另一经济体的居民企业实施管理上的控制或重要影响时,便产生直接投资关系。其有关“直接投资”的定义与《经合组织外国直接投资基准定义》(第4版)的定义一致。^⑤因此,中国海外投资要想获得长期利益,只能通过新设企业即所谓“绿地投资”或通过兼并东道国当地企业的方式才能实现。故此,本书所指“投资”均为直接投资。

① UNCTAD: Scope and definition (New York and Geneva, 2011), pp.28—47.

② 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年版,第37页;余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第9页。

③ 参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第2页。

④ IMF, *Balance of Payments Manual*, Fifth Edition (1993), X VIII. Classification and Standard Components of the Balance of Payments. <http://www.imf.org/external/np/sta/sna/2001/eng/update/index.htm>.

⑤ IMF:《国际收支和国际投资头寸手册》(第6版),第87—88页。

2. 海外投资须满足相应数量要求

各国立法普遍重视投资比例或数量要求。如《俄罗斯联邦外国投资法》第2条将“外国直接投资”定义为:“外国投资者根据俄联邦民事法律在俄联邦境内获得以公司形式成立的或重新成立的商业组织注册资本(合股资本)10%以上股份(投资);对俄联邦境内成立的外国法人分支机构固定资产的投资;外国投资者在俄联邦境内作为融资租赁出租人出租独联体海关进出口税则第十六类和第十七类所列海关估价不少于100万卢布的设备。”^①坦桑尼亚1997年《投资法》第2条第2款(a)项规定:“可以享受由本法提供优惠条件和保护的经营企业为:如为外国独资企业或合资企业,则最少投资资本将不少于相当30万美元的坦桑尼亚先令。”^②

在数量要求方面,IMF《手册》前后两版的规定似有所出入。《手册》(第5版)提出了两种标准,一是直接投资者对公司拥有有效的发言权;二是拥有10%或10%以上投资企业的普通股股票或者投票权。^③《手册》(第6版)则淡化上述第一种标准要求,指出控制或影响可以直接实现,即通过拥有股权,获得对一个企业的表决权;也可间接实现,即通过在另一个对该企业具有表决权的企业中拥有表决权。

因此,实现控制或影响的两种方式是:一是直接的直接投资关系,指直接投资者直接拥有股权,并且这种股权使其在直接投资企业中享有10%或以上的表决权。二是间接的直接投资关系,指在一个直接投资企业中拥有表决权,而该直接投资企业又在另外一个(或一些)企业中拥有表决权,即一个实体能够通过直接投资关系链施加间接控制或影响。^④

上述两版《手册》均将投资者持有投资企业10%及以上普通股作为可对企业的经营管理有重大影响的重要标准。^⑤前述商务部等部委颁布的《统计制度》也规定,境外投资须“拥有该企业10%或以上的股权,并以控制企业的经营管理权为核心”,即必须同时符合定量(占比10%及以上)和定性(有经营管理权)标准才属于国际直接投资。对此,本书认为,控制企业经营管理

① 见中国驻俄罗斯大使馆经济商务参赞处网站(<http://ru.mofcom.gov.cn/article/ddgk/ddfg/201406/20140600644661.shtml>)。

② 见中国驻坦桑尼亚大使馆经济商务参赞处网站(<http://tz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/200210/20021000046087.shtml>)。

③ IMF, *Balance of Payments Manual*, Fifth Edition (1993), X VIII. Classification and Standard Components of the Balance of Payments. <http://www.imf.org/external/np/sta/sna/2001/eng/update/index.htm>.

④ IMF:《国际收支和国际投资头寸手册》(第6版),第88页。

⑤ 史晓丽主编:《国际投资法》,中国政法大学出版社2005年版,第5页。