

辽宁省教育厅科学研究计划资助
计划编号[20040207]

■ 杨文升/著

国际投资准入法律制度

GUOJI TOUZI
ZHUNRU
FALU ZHIDU

GUOJI TOUZI ZHUNRU FALU ZHIDU



 辽宁师范大学出版社

国际投资准入法律制度

GUOJI TOUZI
ZHUNRU
FALU ZHIDU

■ 杨文升/著

GUOJI TOUZI ZHUNRU FALU ZHIDU

GUOJI TOUZI ZHUNRU FALU ZHIDU

GUOJI TOUZI ZHUNRU FALU ZHIDU

 辽宁师范大学出版社

©杨文升 2007

图书在版编目(CIP)数据

国际投资准入法律制度/杨文升著. —大连:辽宁师范大学出版社, 2007. 1

ISBN 978-7-81103-532-2

I. 国… II. 杨… III. 国际投资法学—研究 IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 011527 号

出 版 人:程培杰

责任编辑:王 星 王 丽

责任校对:王 钢

封面设计:周佰惠

版式设计:孟 冀

出 版 者:辽宁师范大学出版社

地 址:大连市黄河路 850 号

邮 编:116029

营销电话:(0411)84206854 84215261 84259913(教材)

印 刷 者:大连金华光彩色印刷有限公司

发 行 者:辽宁师范大学出版社

幅面尺寸:145mm×210mm

印 张:10

字 数:267 千字

出版时间:2007 年 1 月第 1 版

印刷时间:2007 年 1 月第 1 次印刷

定 价:26.00 元

前 言

进入 20 世纪 80 年代以来,国际投资法发展的总体趋势是减少对外国投资的限制,加强对外资的保护,以促进外国投资的发展。国际投资准入自由化成为继贸易自由化运动之后掀起的又一次全球性经济浪潮。国际投资准入自由化,其主旨就是要逐步在世界范围内消除歧视性的外资政策,抑制与取消市场扭曲行为,为资本跨国界的自由流动扫除各种障碍的趋势和现象,它构成了经济全球化的基本内容之一。广大发展中国家晚近逐步开放国内市场,越来越多地加入到自由化行列中来,引起世界关注。面对日益强劲的国际投资自由化趋势的冲击,我国应如何及时调整与之相适应的国际投资准入立法,适应 WTO 规则的要求,作到既积极、合理、有效地利用外资,发展本国经济,参与国际经济交流与合作,又不使国家主权、支柱经济遭到冲击和破坏,确保国家经济安全,已成为需要谨慎对待的紧要课题。因此,研究国际投资准入法律问题具有非常重要的理论和实践意义。

本书共分七章:第一章对国际投资准入法律制度国际和国内研究背景、状况、概念、理论基础、发展趋势等基本理论问题进行了研究探讨。本书所论述的“国际投资准入”是从广义上讲的,既包括外资“准入权”,又包括外资“设业权”。作者认为纵横投资一体化理论能很好地解释双向投资,是更适应投资自由化发展趋势的理论,并阐释了市场准入规则的合法性、合理性,分析了国际投资准入自由化发展趋势及其有限性。第二章从国际条约层面对现行国际投资准入国际立法体系的缺失、双边法制层面上的国际投资准入制度的发展以及多边法制层面上的国际投资准入立法模式进行了分析,并重点探讨了 WTO 规则下的外资准入立法。第三

章从国内法层面上对世界主要发达国家和发展中国家有关国际投资准入的国内立法进行比较、评析,归纳了这些立法经验对完善我国的外资准入立法具有的借鉴意义。第四章介绍了我国外资准入立法的发展概况和我国对外资准入从准入范围、条件、审批制度方面进行法律规制的情况。第五章从投资准入形式角度对外商以新设投资、并购投资和 BOT 投资等形式进入我国市场提出了法律规制措施,为完善我国相关领域的立法提供可行方案。如果说第四、五章是从“资本输入国”角度来研究“外资引进来”的准入问题,那么,第六章则是从“资本输出国”角度来研究“内资走出去”的境外投资准入问题,其立足点在中国对境外投资企业的监管和对境外投资准入壁垒的法律救济。第七章从分析中国外资立法体系的现状与不足入手,探讨了我国外资准入立法的价值取向和基本原则,并提出了以《外资准入法》为核心重构我国外资立法体系的构想。

本书既是作者主持的辽宁省教育厅项目“外资法重构与改善辽宁投资法律环境问题研究”的重要成果之一,也是作者博士论文的部分内容,同时得到了辽宁师范大学学术专著出版资金的资助。在本书的写作过程中,作者得到恩师屈广清教授细心指导和帮助,并得到辽宁师范大学法学院院长于沛霖教授、书记丁慧教授等领导和老师的大力支持和帮助,在此谨致以衷心的感谢!同时,还要感谢辽宁师范大学出版社领导和编辑在本书出版工作中给予的大力支持。本书的写作过程中吸收借鉴了一些专家学者的研究成果和翻译资料,使我受益匪浅,在此一并表示感谢。

由于作者水平有限,不妥和疏漏之处,恳请读者批评指正。

杨文升

2007 年 1 月于大连

目 录

第一章 国际投资准入法律制度概述	1
第一节 研究背景和状况	1
一、国际研究背景	1
二、国内研究背景	2
三、国外研究状况	6
四、国内研究状况	9
第二节 国际投资准入的概念和主要内容	12
一、国际投资和国际投资准入的概念剖析	12
二、国际投资准入的主要内容	15
第三节 国际投资准入的理论基础	20
一、国际直接投资的理论	20
二、市场准入规则的合法性、合理性	25
第四节 国际投资准入立法发展趋势分析	27
一、国际投资准入立法趋势背景考察	27
二、国际投资准入自由化发展趋势分析	31
第五节 国际投资准入自由化的有限性分析	41
一、国际投资准入自由化政策的有限性表现	41
二、外资准入自由化的限制——政府干预	45
三、国际投资准入自由化政策有限性根源分析	46
第二章 国际投资准入的国际法制	49
第一节 现行国际投资准入国际立法体系的缺失	49
第二节 双边法制层面的国际投资准入制度的发展	51

一、从友好通商航海条约到美式双边投资条约·····	51
二、晚近 BIT 对投资准入自由化的反映·····	63
第三节 多边法制层面的国际投资准入立法模式·····	70
一、准入管制模式·····	71
二、区域性项目和企业模式·····	73
三、区域一体化模式·····	74
四、有选择的开放模式·····	76
五、将国民待遇和最惠国待遇贯彻于投资准入阶段的立法模式·····	77
第四节 WTO 法律规则与外资准入立法·····	79
一、WTO 法律规则对国际投资法的影响·····	79
二、WTO 法律规则中关于外资准入的相关规定·····	83
三、WTO 框架下外国人及其投资的法律地位问题·····	91
四、WTO 框架下外资准入一般原则·····	103
第三章 世界主要国家国际投资准入的国内立法评析·····	108
第一节 发达国家外资准入立法·····	109
一、美国·····	109
二、英国·····	113
三、加拿大·····	115
四、法国·····	116
五、日本·····	118
六、发达国家外资准入立法评析·····	122
第二节 发展中国家外资准入立法·····	124
一、印度尼西亚·····	124
二、巴西·····	126
三、印度·····	129
四、越南·····	130

五、韩国	131
六、发展中国家外资准入立法评析	136
第三节 外资准入立法经验的比较、分析与借鉴	141
一、外资准入立法经验的比较、分析	141
二、中国对外资准入立法经验的借鉴	142
第四章 中国对外资准入的法律规制	144
第一节 中国外资准入立法的发展概况	144
一、中国实行外资准入新战略动因分析	144
二、中国的外资准入立法框架	146
三、中国已经完成的外资准入立法改革	150
四、中国外资准入的立法取向分析	154
第二节 中国对外资准入的具体法律规制	157
一、外资准入的范围	157
二、外资准入的条件	161
三、外资准入的审批	163
第五章 外商在中国投资准入形式及其法律完善	182
第一节 新设外商投资企业准入法律制度	183
一、三资企业的法律地位及其组织形式	183
二、外商投资股份有限公司的法律地位及其组织形式	186
三、投资性公司的法律地位及其组织形式	190
四、新设外商投资企业投资形式的法律完善	194
第二节 外资并购准入形式的法律规制	196
一、外资并购概述	196
二、我国外资并购市场准入的立法	202
三、我国外资并购市场准入立法存在的问题	206

四、我国外资并购市场准入法律制度的完善	211
第三节 BOT 投资准入形式的法律规制	222
一、BOT 投资方式的概念和特征	222
二、BOT 投资方式的性质和作用	225
三、我国关于 BOT 立法的主要内容	227
四、我国 BOT 立法的完善	229
第六章 中国境外投资准入壁垒的法律救济	234
第一节 我国有关境外投资准入的立法发展	234
一、中国境外投资的历史与现状	234
二、中国境外投资准入现有法律体系	238
三、我国企业进行境外投资应注意的法律问题	243
第二节 中国对境外投资企业的监管	245
一、境外投资的主体资格	246
二、境外投资的审批管理	246
三、境外投资的税收优惠和管理	248
四、境外投资国有资产管理	249
五、境外投资外汇管理	253
六、境外投资财务管理	254
第三节 中国境外投资准入壁垒及其法律救济	256
一、境外投资准入壁垒的表现形式	256
二、境外投资准入壁垒产生的背景	257
三、中国境外投资准入壁垒的法律救济	258
第七章 中国外资法体系的重构——制定《外资准入法》	271
第一节 我国外资立法体系的特点与不足	271
一、我国外资立法体系的特点	271
二、我国现行外资立法体系的不足	275

第二节 完善我国外资准入立法的必要性分析·····	281
一、引进外资中出现的问题·····	282
二、外资准入立法导向作用的重要性·····	284
第三节 我国外资准入立法的基本原则·····	286
一、维护国家主权原则·····	286
二、坚持发展中国家地位原则·····	287
三、维护国家安全原则·····	287
四、保护民族产业和幼稚产业原则·····	288
五、国民待遇原则·····	288
第四节 重构我国外资立法体系的构想——	
制定《外资准入法》·····	290
一、各国外资立法模式考察·····	290
二、外资立法模式评析·····	291
三、以《外资准入法》为核心重构我国外资法体系的构想·····	297
结 论·····	302
参考文献·····	304

第一章 国际投资准入法律制度概述

第一节 研究背景和状况

一、国际研究背景

20 世纪 80 年代以来,随着经济全球化的发展,各国政府为了争夺有限的国际资本,纷纷放低对国际投资的“门槛”,从“原则限制,例外自由”走向“原则自由,例外限制”。

随着世界经济全球化、一体化程度的逐步加深,发达国家掀起了投资自由化浪潮,国际投资自由化的浪潮体现在两个方面:一是各国对外国投资的认识发生根本转变,从原来的限制外商投资转为鼓励外商投资,并且竞相推出鼓励外商投资的优惠政策;二是各国的市场开放度相应扩大,对外商投资市场准入的限制大大减少,产业自由化程度明显提高。

跨国投资高速增长的内在原因是国际分工和全球竞争的发展,但得以实现的重要原因却是全球范围内投资自由化的发展。“据统计,20 世纪 90 年代各国对有关外资政策的修订中,95% 以上的都是推行自由化、放松管制、加强市场作用和增加对外商投资的鼓励措施。1991 年以来,全球不利于(限制)跨国投资的政策调整每年仅 10 项左右,而放松甚至鼓励外商投资的则有 100 多

项。”^①发达国家凭借这种国际投资的自由化浪潮,促使发展中国家推行以国际化、自由化和私有化为核心的一系列经济体制改革,逐步开放其国内市场,实行自由化倾向的外商投资政策。^②

中国已加入 WTO,开始正式履行 WTO 的各项义务,我国政府多次强调,将切实履行我国在入世文件中的所有承诺,也意味着我国对待投资自由化的态度是积极的。实际上,我国早在 1996 年(APEC)《首脑宣言》中原则承诺,到 2010 年基本实现投资自由化。^③ WTO 中诸多与国际投资有着直接或间接关系的协议必将对我国的外资法体系产生深远的影响。因此,研究我国入世后应如何对待外国投资的准入问题具有重要的理论和实践意义。

二、国内研究背景

(一)中国吸引外商投资的现状

作为世界上最大的发展中国家,中国的经济在国际资本争夺战中取得了长足的进步。尤其是改革开放以来,中国按照“积极、有效、合理”的总方针,发展同世界各国平等互利的经济合作,积极地利用外资,为中国经济建设寻求国际市场和国外资源的支持。在这一背景下,中国利用外资有良好的发展。

中国吸引外商投资主要包括对外借款、外商直接投资以及证券投资。在整个 20 世纪 80 年代,外商投资数额较少,根据中国原对外贸易经济合作部数据统计,1979—1990 年 12 年间,中国实际利用外商投资的累计数额只有 678.89 亿美元,平均每年不超过

① 马宇:“全球资本潮:世纪之交外国投资格局发展演变”,《国际贸易》,2000 年第 10 期,第 35 页。

② 都毫:“论国际投资法的新发展”,《当代法学》,2001 年 6 月,第 67 页。

③ 郑北雁:“跨国投资发展趋势对我国吸收外商投资的影响”,《国际经济合作》,2000 年 11 月,第 30 页。

57 亿美元。从 20 世纪 90 年代初期起,中国吸收的外商投资数额急剧增长。1992 年,实际利用外资额达 192.02 亿美元,1993 年达 389.60 亿美元。1993—1997 年连续 5 年,中国实际利用外商投资的数额为 2495.17 亿美元,仅次于美国,居世界第二位,居发展中国家第一位。1998、1999、2000、2001 年,中国实际利用外资的数额分别为 585.57、526.59、593.56、496.72 亿美元。2005 年,中国作为最具潜力的发展中国家,继续名列“外国直接投资信心指数榜”首位,从而连续四年成为世界上最具外资吸引力的国家。^①

据总部设在巴黎的经济合作与发展组织 2000 年 10 月 9 日发表的一份关于国际金融市场的报告指出:在 1979—1999 年期间,中国共吸收外国直接投资 3060 亿美元,仅次于美国而居世界第二位。报告指出:在过去的 20 年里,中国吸收外资占全球跨国直接投资总额的 10%,占新兴国家和地区吸收外资总额的 30%。报告指出:在 1992 年以前,外资流入中国的重要形式是贷款,这一部分占流入外资总额的 60%,而在 1992 年以后,外商直接投资取而代之,占主导地位,占流入外资总额的 70%。^② 据 2006 年 1 月联合国贸易发展会议(UNCTAD)的初步数据显示,中国 2005 年吸引外国投资名列第三,为 600 亿美元。英国 2005 年在吸引外国投资方面超越了美国等其他任何国家,英国总计吸引外国直接投资 2190 亿美元,为欧洲国家历史上的最高水平,较美国的 1060 亿美元高出一倍。这是该国自 1977 年以来,首次在国外直接投资(FDI)方面位居全球榜首。不过,这在很大程度上得益于并购活动。实际上,仅荷兰皇家壳牌(Royal Dutch Shell)合并案,就使得

① 上海 WTO 事务咨询中心:《WTO 快讯》第 105 期(2006 年 1 月 1 日—1 月 15 日),第 3 页。

② 马芳云:“我国成为第二大外资吸收国”,《厦门晚报》,2000 年 10 月 10 日。

去年投资流入量较上年增长一倍。^①

中国外商直接投资中,来自港、澳、台的资金一直占较大的比重,在 20 世纪 90 年代以前,港、澳、台投资约占 80% 左右。90 年代初期以来,其他发达国家和地区的大型跨国公司在华投资明显增加。据有关部门统计,全世界最大的 500 家跨国公司,已经有 300 多家进入中国进行直接投资,其平均项目规模达 1000 万美元以上^②。港、澳、台资金比例逐年下降,但累计仍占近 60%。2005 年 1—5 月对中国大陆投资前十位国家、地区依次为:中国香港、英属维尔京群岛、日本、韩国、美国、中国台湾、开曼群岛、新加坡、德国、萨摩亚。^③ 中国吸收的外商直接投资,主要集中在沿海少数地区。在整个 20 世纪 80 年代,外商直接投资投向沿海地区的占 90% 以上。20 世纪 90 年代以后,这一比重略有下降,但总的趋势没有明显改变,在沿海地区的投资,累计仍占全部投资额的 88%。2005 年,我国新设立外商投资企业达到 44001 家,同比 2004 年增长 0.77%,全国吸收外资继续保持良好态势,未出现外资投资下滑势头。据商务部统计显示,2005 年,中国香港仍是中国内地吸收外资的主要来源地,欧盟对中国大陆投资增长迅速,美国及亚洲十国(地区)对中国大陆实际投资略有下降。全年香港对内地实际投入资金额 179.49 亿美元,占内地实际利用外资金额的 29.75%;原欧盟十五国对中国大陆投资新设立企业数和实际投入金额分别比上年增长 17.46% 和 22.52%;美国对中国大陆投资新设立企业数和实际投资金额分别下降 4.69% 和 22.32%;亚洲十国(地区)

① 上海 WTO 事务咨询中心:《WTO 快讯》第 106 期(2006 年 1 月 16 日—1 月 26 日),第 3 页。

② 车丕照著:《国际经济法概要》,清华大学出版社,2003 年版,第 307 页。

③ 2005 年 6 月 15 日《21 世纪经济报道》。

对中国大陆投资新设立企业数增长 0.69%，实际使用外资金额下降 5.19%；部分自由港对中国大陆投资新设立企业数下降 3.21%。^①

20 世纪 90 年代以后中国吸收外商投资急剧增长的主要原因是：第一，中国经济呈现出强劲的增长势头，中国改革开放不断深化，使外国投资者看好中国中长期增长潜力。第二，中国对外资开放了更多的投资领域，取消了某些限制，中国利用外资政策更加稳定和优惠。第三，中国对外资开放了更宽的投资地域，20 世纪 70 年代末期到 20 世纪 80 年代初期仅仅开放 4 个经济特区，20 世纪 80 年代中期扩大到 14 个沿海地市，到 20 世纪 90 年代初期，再扩大到上海浦东、海南和更多的城市 and 地区。

外商投资对推动中国经济的发展具有非常重要的作用，它弥补了我国建设资金的不足，推动了我国对外贸易的发展，引进了先进的技术设备和管理经验，推动了我国产业结构的升级。

虽然自 1993 年以来，我国吸收外商投资已连续八年居发展中国家之首，但同时据联合国贸发会议 1998—2000 年《国际投资报告》的报道，在整个世界范围内，我国吸收外商投资的地位有所下降，从 1990—1999 年占世界范围的百分比分别为 1.71%，2.77%，6.55%，13.23%，15.00%，11.92%，11.48%，10.90%，6.63%，4.67%。2005 年 6 月 13 日，商务部发布统计数据显示，今年以来外商投资企业数量与实际利用外资金额均出现下降。1—5 月份，全国新批设立外商投资企业 16437 家，同比下降 4.75%；合同外资金额 649.71 亿美元，同比增长 14.88%；实际使用外资金额 223.66 亿美元，同比下降 0.79%。而令人瞩目的是，近来，中国外商直接投资(FDI)呈急剧下降趋势。商务部早先的数据显示，2005 年 5 月

^① 上海 WTO 事务咨询中心：《WTO 快讯》第 106 期（2006 年 1 月 16 日—1 月 26 日），第 3 页。

份 FDI 金额为 48.93 亿美元,同比下降 22%,而该数据已经连续两个月同比下降。2005 年 4 月份的 FDI 仅为 40.8 亿美元,同比下降 27%。^①

出现这样的情况的原因是多方面的:我国关于外商投资的立法指导思想还没有适应国际投资自由化的需要;我国外商投资法的立法体系需要进一步的构建;随着中国加入世界贸易组织,我国关于外商投资的相关立法的滞后尤其是关于外资准入法律的滞后影响了外商投资的增长。

(二) 结论

对外开放 20 年,我国取得了举世瞩目的成就,而如何在改善市场准入条件与发展民族经济中趋利避害,具有非常重要的实践意义。在全球经济一体化的大趋势下,任何保护限制都是暂时的、局部的,如何从长期的、动态的角度,来发展中国的民族经济,根据国民经济总量平衡和国内产业发展的现状,渐进地、分阶段地、有序地改善市场准入条件,对中国的外资立法及实践提出了很高的要求。

因此,研究国际投资准入法律问题显得非常重要和迫切。

三、国外研究状况

由于外商投资早期主要在发达国家之间进行。因此,外商投资的市场准入问题最先是在发达国家暴露出来并逐渐受到重视。

在外商投资的市场准入方面,发达国家(尤其美国)的学者强烈主张资本流动自由化,反对东道国对外资准入的严格管制。

西方学者,尤其以美国为代表的学者如卡利(Khalil)在 1992 年 7 月发表于《外国投资法律期刊》(*Foreign Investment Law Journal*)的《双边投资条约中的投资待遇》(*Treatment of Invest-*

^① 柯志雄:“外商直接投资大降,解读外资逐步撤离中国的幕后”,<http://www.business.sohu.com>,2005 年 6 月 15 日。

ment in Bilateral Investment Treaties)一文认为,严格的准入限制不符合国民待遇的要求,不利于外国投资者与东道国投资者处于平等竞争的地位,而那些东道国禁止进入的投资领域部门,往往是建设周期长、投资风险大、需要资金多的领域,仅仅依靠资金匮乏、效率低下、长期缺乏竞争、技术落后的国内投资者是不能解决问题的,还不如打开国门,允许内、外资平等竞争^①。

他们认为,严格的准入政策主要依赖于外资立法中的各种审批和甄别条款,这些审批和甄别条款往往是十分抽象和模糊的,诸如要求外资必须符合东道国经济发展目标、给东道国带来经济利益等。这样带来的坏处是:东道国行政审批机关享有过度的权利,而投资者对于投资能否被批准没有可以据以作为适当评估和预测的客观标准,这些条款也不符合透明度的要求。在东道国中央和地方各级政府都拥有审批和甄别外资的权限时,各种审批不仅费时和耗力,而且投资者对各级政府的决策更是难以适从。

西方学者认为,在限制性准入立法中,很少有拒绝批准外资进入时的上诉和复议程序,这样,东道国审批机关可以在不声明任何理由的情况下,随意拒绝外资的准入请求,外国投资者也就没有获得充分的程序法上的救济。

西方学者反对东道国将审批标准与各种形式的履行要求结合起来适用,或者以外国投资者满足诸如产品当地采购、贸易平衡、外汇平衡等要求作为允许进入的条件,或以外国投资者满足上述诸类要求作为优先批准进入甚至是给予各种优惠的条件。他们认为这种做法同样违背了公平竞争的规则,干扰了市场力量对国际资本流动的方向和规模的正常调节,因而违背了市场经济法则。因此,他们反对以这样的投资措施(investment measures)来刺激

^① Khalil. Treatment of Investment in Bilateral Investment Treaties
ICSID Review. Foreign Investment Law Journal, 1992, 7: 55~57.