

汤树梅 ◆ 著

GUOJI TOUZIFA DE LILUN YU SHIJIAN

国际投资法 的理论与实践

中国社会科学出版社

D996.4/1

汤树梅 著

GUOJI TOUZIFA DE LILUN YU SHIJIAN

国际投资法
的理论与实践



首都师范大学图书馆



21683262

中国社会科学出版社

58175/02

图书在版编目 (CIP) 数据

国际投资法的理论与实践/汤树梅著. —北京: 中国社会科学出版社, 2004.5

ISBN 7-5004-4455-9

I. 国… II. 汤… III. 投资—国际法
IV. D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 029765 号

责任编辑 王半牧

责任校对 林福国

封面设计 王 华

技术编辑 王炳图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010-84029453

传 真 010-84017153

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2004 年 5 月第 1 版

印 次 2004 年 5 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1168 毫米 1/32

印 张 10

插 页 2

字 数 253 千字

定 价 22.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

前 言

世界经济能有今天的成就与国际直接投资的迅速发展有极大的关系。以国际直接投资为研究对象的国际投资法是具有独特的研究方法，并同时具有理论性和实践性特点，仍处在不断演化过程的一门新兴的学科。国际直接投资是一个非常活跃的领域，突出表现在投资方式创新不断，这不仅对国际投资法的发展提出了挑战，同时也为进一步研究国际投资法留下了广阔的空间。

本书从资本输出国、资本输入国有关国际投资的国内法规范以及国际法规范的角度对国际投资法所涉及的内容进行了系统的介绍，具有体系完整，内容全面的特点。在此基础上，本书更注重跟踪国际投资法的发展动态，及时反映了国际投资法的最新成果，具有紧扣时代脉搏的特点。同时，本书不仅从国际投资法发展的角度对我国现行外资法律制度的相关内容已经不能满足投资全球化以及我国加入 WTO 后应承担义务的需要的现状进行了分析，而且也从我国外资立法的框架结构以及与国内其他法律制度的协调方面对我国外资立法和实践中存在的问题进行了探讨，指出我国外资法律制度今后改革和发展的方向，具有理论和实践相结合的特点。本书不仅有对国际投资法宏观理论问题的阐述，同时也对具体制度，特别是外商投资企业的法律制度进行了微观的考察，因此又具有可操作性特点。

由于资料所限，本书对《多边投资协议》以及我国对外投资的法律问题未能涉及，是为遗憾。

感谢姚梅镇先生及国内其他学者，他们对国际投资法的研究

所取得的成就对本书的意义并不仅仅是资料的借鉴，而是为本书的研究奠定了坚实的基础。特别感谢中国社会科学出版社的王半牧先生，没有他的鼎力支持和帮助，本书的出版是不可能的。感谢所有为本书的写作和出版提供了帮助的同学和朋友。

由于作者水平有限，书中错误在所难免，恳请读者批评指正。

汤树梅

2004年4月

目 录

第一章 国际投资法概述	(1)
第一节 国际投资概述	(1)
一 国际投资的概念和种类	(1)
二 国际投资的主要方式	(3)
三 国际直接投资的动机和理论	(5)
四 国际直接投资的发展及我国利用外资的现状	(7)
第二节 国际投资法概述	(20)
一 国际投资法的概念、特征和发展	(20)
二 国际投资法的渊源和体系	(26)
三 国际投资法的研究方法	(28)
四 国际投资法的作用	(29)
第三节 国际投资法与相关学科之间的关系	(31)
一 国际投资法与国际经济法之间的关系	(31)
二 国际投资法与国际公法之间的关系	(32)
三 国际投资法与国际私法之间的关系	(34)
第二章 资本输入国的外国投资法制	(36)
第一节 外国投资法概述	(36)
一 外国投资法的概念与立法特点	(36)
二 外国投资法的基本内容	(37)
第二节 我国外资立法的现状与发展	(40)
一 我国外资立法的特点与现状	(40)
二 我国利用外资立法中存在的问题及完善	(41)

三 加入 WTO 对中国外资法律制度的影响	(74)
第三章 我国外商投资企业法律制度	(98)
第一节 概述	(98)
一 外商投资的范围	(98)
二 外商投资企业设立的方式	(100)
第二节 新设外商投资企业法律制度	(101)
一 中外合资经营企业法律制度	(101)
二 中外合作经营企业法律制度	(125)
三 外资企业法律制度	(135)
四 外商投资股份有限公司法律制度	(142)
第三节 外资并购设立外商投资企业法律制度	(163)
一 外资并购的概念	(163)
二 外资并购的意义	(170)
三 并购的分类	(177)
四 外资并购的条件	(181)
五 外资并购设立外商投资企业的审批	(183)
六 外资并购设立外商投资企业的方式	(185)
七 我国外资并购有关问题的思考	(199)
第四章 BOT 法律制度	(202)
第一节 BOT 的特征及作用	(202)
一 概念和特征	(202)
二 作用	(204)
第二节 BOT 制度的主要内容	(206)
一 BOT 方式的当事人	(206)
二 BOT 方式所涉及合同	(207)
三 BOT 方式的政府保证	(209)
第三节 特许协议的法律性质探讨	(210)
一 特许协议的性质	(210)

二	特许协议与国际协议的区别	(214)
三	特许协议的特殊性	(219)
第四节	我国 BOT 立法的思考	(225)
一	我国关于 BOT 立法的主要内容	(225)
二	我国 BOT 立法的完善	(227)
第五章	利用外资中的反垄断问题研究	(230)
第一节	国际投资中的反垄断问题	(230)
一	垄断的概念和特征	(230)
二	反垄断法的产生与发展	(231)
三	国际投资中的垄断问题	(234)
第二节	我国利用外资中的反垄断问题	(237)
一	我国利用外资中的垄断和反垄断问题	(237)
二	外资并购反垄断法律问题	(238)
第三节	完善我国反垄断立法的思考	(244)
一	我国制定反垄断法的意义	(244)
二	对我国反垄断立法体系和内容的思考	(249)
第六章	资本输出国的海外投资法律制度	(254)
第一节	海外投资保险制度	(254)
一	海外投资保险制度的概念与特征	(254)
二	海外投资保险制度的类型	(257)
三	海外投资的保险机构	(258)
四	海外投资保险制度的主要内容	(260)
第二节	海外投资鼓励制度	(264)
一	税收方面的鼓励措施	(264)
二	政府资助	(265)
三	政府资助下的公营经营机构	(266)
第七章	保护国际投资的国际法制	(267)
第一节	双边投资保护条约	(267)

一	概述	(267)
二	双边投资保护条约的类型	(269)
三	双边投资保护条约的主要内容	(270)
四	中国缔结双边投资保护条约的实践	(273)
第二节 多边投资保护公约		(276)
一	《多边投资担保机构公约》	(276)
二	《与贸易有关的投资措施协议》	(283)
三	《服务贸易总协定》	(286)
四	《联合国跨国公司行动守则》	(290)
第八章 国际投资争端的解决		(294)
第一节 国际投资争端的种类及解决方法		(294)
一	国际投资争端的概念和种类	(294)
二	解决投资争端的方法	(295)
第二节 国家之间投资争端的解决		(297)
一	政治的方法	(297)
二	司法解决的方法	(299)
三	仲裁解决方法	(299)
四	WTO 机制解决方法	(300)
第三节 不同国家国民之间投资争端的解决		(302)
一	司法外解决方法	(302)
二	司法解决方法	(303)
三	仲裁解决方法	(304)
第四节 国家与他国国民间投资争端的解决		(308)
一	司法解决方法	(308)
二	仲裁解决方法	(310)
主要参考文献		(313)

第一章 国际投资法概述

第一节 国际投资概述

一 国际投资的概念和种类

国际投资主要是相对于国内投资而言的。国际投资是指资本的跨国流动，它是国际资金流动的一种基本形式，也是国际经济合作的重要组成部分。^①可见，跨国性是国际投资最显著的特征，由此使国际投资具有投资目的多元化、使用货币的多元化、体现一定的民族和国家利益、投资环境的差异性以及存在较大风险的特点。^②

对于国际投资概念的理解目前较为流行的有广义和狭义之分，通常认为广义的国际投资包括国际直接投资和国际间接投资，狭义的国际投资仅指国际直接投资。国际投资的种类分为国际直接投资和国际间接投资两类。

国际直接投资，又称股本投资，是指一国私人（包括自然人和法人）在外国投资经营企业，直接或间接地控制其投资企业的经营活动，^③实际上是通过生产资本的输出将资本输出到国外，

① 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1985年版，第29页。

② 葛亮、梁蓓编著：《国际投资学》，对外贸易教育出版社1994年版，第4—5页。

③ 陈安主编：《国际投资法》，鹭江出版社1987年11月版，第2页。

其最重要的特点在于投资者直接参与企业的生产经营管理；而国际间接投资，又称财务性投资，是指通过借贷资本的输出将资本输出到国外，其特点则在于投资者并不直接参与企业的生产经营管理。国际直接投资与国际间接投资的区别在于投资者能否有效地控制作为投资对象的外国企业。根据国际货币基金组织的解释，这种有效控制权是指投资者拥有企业一定数量的股份，因而能行使表决权并在企业的经营、决策和管理中享有发言权。如果没有这种股权参与，即使通过其他途径或方法而对企业产生影响，也不构成直接投资。但从国际投资发展的历史来看，国际投资的概念是一个不断发展的概念，随着国际投资的进一步发展以及国际投资方式的多样化，简单地仅以投资者是否直接参加企业的经营管理而将国际投资区分为国际直接投资和间接间接投资的观点已受到了严重的挑战，如通过国际证券市场进行投资，投资者虽不直接参与企业的生产经营管理，但如果购买的股份在企业中达到一定的比例，也有观点认为是属于国际直接投资的范畴。如法国 1967 年第 67、78 号法令规定：“惟一的金融投资，要是它所投入的金额不能占到公司资本的 20% 以上，无论如何不能当作直接投资。”这里隐含一个金融投资转化为直接投资的股权比例标准。^① 还有些国家以外资股权比例标准结合外国参与标准（如外国投资者派任企业董事的人数），来确定是否外国投资。^②

站在一个国家的角度来看，国际投资包括两方面的内容：一方面是外国对本国的投资，也就是我们通常所说的利用外资，按传统的分类方法则包括利用外国直接投资和利用外国间接投资；另一方面是本国对外国的投资，包括对外直接投资和对外间接

① 陈安主编：《国际投资法》，鹭江出版社 1987 年 11 月版，第 3 页。

② 余劲松主编：《国际投资法》，法律出版社 1997 年 10 月版，第 2 页。

投资。

从世界范围看,发达国家主要是资本输出国,而发展中国家则主要是资本输入国,这是从国际投资呈现的主要特征来讲的。20世纪70年代以来,国际投资在投资流向、投资方式等方面都发生了重要变化,表现在一方面由于跨国公司的活动使国际投资的规模迅速扩大,另一方面,国际投资领域出现了投资来源多样化和全球化的趋势,同时一些发达国家也成为主要的资本输入国,这主要是由发达国家具有良好的投资环境所决定的,而发展中国家对外投资呈增长趋势,这主要是发展中国家经过长期的发展其经济实力有所增加的表现。从国际经济发展的历史来看,无论是发达国家还是发展中国家,在其经济发展的过程中,都曾大量利用外国资本促进本国经济的发展。

自1979年我国实行改革开放政策以来,利用外资发展我国经济已逐渐成为人们普遍接受的概念,人们充分认识到,要使本国经济得以发展,就不能闭关自守,而必须对外开放,和世界经济的发展融为一体。

二 国际投资的主要方式

国际投资的方式很多,随着国际经济贸易的不断发展,国际投资的方式也在不断地发展和创新,而且从分类方法本身来看,任何一种分类都不可能穷尽现在和将来可能出现的所有方式。因此这里主要从现实的角度介绍国际投资的主要方式。

1. 国际信贷。是指一国政府、银行或国际金融组织或个人向其他国家政府、企业、其他经济组织和个人提供贷款、支付保证和出借有价证券。

2. 发行国际债券。即指一国政府机构、企业、其他经济组织或个人向其他国家政府机构、企业、其他经济组织或个人发行的国际债券。

3. 在国外设立外资企业。指外国投资者依照东道国有关法律，经过东道国批准，在其境内举办的全部为外国资本的公司或企业，由其独立经营，自负盈亏。

4. 在国外设立合资经营企业。即外国投资者与东道国投资者依照东道国有关法律，经过东道国批准，共同出资创立，共同经营，共担风险，共负盈亏的企业。其特点是属于股权式合营企业。

5. 在国外设立合作经营企业。与合资经营企业（以下简称合营企业）的区别在于是属于契约式合营企业。

6. 收购国外企业。是指投资者通过股票市场及资本市场购买国外企业的股份或者出资购买国外现有企业或倒闭企业部分或全部资产。

7. 国际技术转让。即一国企业、其他经济组织或个人通过一定方式将其所拥有的技术转让或许可给他国的企业、其他经济组织和个人。其特点是将技术转让与资本投资活动结合在一起。

8. 合作开发自然资源。外国投资者单独或联合投资参与东道国资源开发项目，双方按照协定分担投资风险，分享利益。

9. 其他投资方式。包括诸如信贷贸易、补偿贸易、来料加工、来件装配、国际租赁、信托投资等。但理论界对于这类投资方式的性质有争论，有的认为其中的信贷贸易和补偿贸易属于国际贸易的范畴，有的认为其中的来料加工和来件装配属于劳务输出的范畴。虽然从商品生产最广泛的意义讲，贸易和投资密不可分，但贸易与投资毕竟又具有不同的属性，而且信贷贸易和补偿贸易所具有的特征已远远超过单纯国际贸易的范畴而具有投资的性质；虽然来料加工和来件装配确实具有劳务输出的特点，但更具有投资的性质。

三 国际直接投资的动机和理论

(一) 国际直接投资的动机

国际直接投资动机也称为国际直接投资的目的，它主要是从必要性的角度阐明投资者在进行投资决策时所主要考虑的因素。由于投资者在进行对外投资时受各种因素的影响和制约，使不同投资者对外投资的动机各有不同，而同一投资者对外投资的动机也可能互有交叉。从抽象的角度看，主要有以下几种动机。

1. 市场导向型动机。具体又有几种情况。第一种是企业本来是出口型企业，由于东道国实行了贸易保护主义，影响和阻碍企业的正常出口，因而企业转为进行对外投资。第二种是企业为了巩固和扩大已占有相当份额的国外市场而在当地进行直接投资。第三种是企业为了更好地接近目标市场，满足当地消费者的需要进行对外直接投资。第四种是企业在国内的发展受到限制，为了开发国外市场而对外进行直接投资。

2. 降低成本导向型动机。出于这种动机所进行的投资主要是为了利用外国相对廉价的原材料和各种生产要素等，以降低生产成本。从这个角度讲，考虑的因素主要有利用国外的原材料、劳动力以及土地等生产要素，减少运输成本，克服由于汇率变动带来的影响以及利用各国关税税率的差异等。

3. 技术与管理导向型动机。这一类投资的目的是通过在海外设立企业或兼并当地企业的方式获取和利用国外先进的技术和企业管理经验。

4. 分散投资风险导向型动机。这一类投资会涉及到对国际和国内两方面风险的考虑，主要目的是为了减少和分散投资风险。^①

^① 邱年祝等主编：《国际经济技术合作》，中国对外经济贸易出版社 1993 年 12 月版，第 185—189 页。

(二) 国际直接投资的理论

国际直接投资的理论包含了各种从不同角度进行探讨的理论模式，较为流行的主要有以下几种：

1. 垄断优势理论。这一理论认为，企业的垄断优势和国内、国际市场的不完全性是企业对外直接投资的决定因素。进行对外投资的企业在技术、规模、管理、资金以及销售渠道等方面具有垄断优势，这就使企业通过充分利用自己独占性的生产要素进行对外投资，以牟取高额垄断利润。在市场完全的条件下，国际贸易是企业参与国际市场或对外扩张的惟一方式。但现实生活中，市场是不完全的，也就是说市场上存在着不完全，市场上存在一些障碍和干扰，如政府在关税和非关税壁垒方面对进口商品进行的管制，对价格和利润的管制，以及少数卖主和买主能够凭借控制产量或购买量来影响市场价格决定等。正是由于上述障碍和干扰的存在严重阻碍了国际贸易的顺利进行，从而导致企业利用自己所拥有的垄断优势通过对外直接投资参与国际市场。

2. 产品生命周期理论。这一理论认为，产品的生命周期为创新、成熟和标准化阶段。在产品创新阶段，企业主要是在国内进行生产并通过出口将产品推到国际市场。在产品成熟阶段，由于可获得更高的收益，企业将在国外，主要是高收入的发达国家进行生产。在产品标准化阶段，价格竞争变的更为重要，降低成本成了竞争的关键，这时企业便开始在其他劳动成本最低的国家，一般是发展中国家和地区进行投资。

3. 内部化理论。这一理论在一定程度上可以看作是垄断优势理论和产品生命周期理论的延伸和进一步发展。内部化是指在企业内部建立市场的过程，以企业的内部市场建立代替外部市场，从而解决由于市场不完全而带来的不能保证供需交换正常进行的问题。内部化理论认为，由于市场存在不完全性和交易成本上升，因此企业通过外部市场的买卖关系不能保证企业获利，并

导致许多附加成本。而建立企业内部市场即通过跨国公司内部形成的公司内市场,就能克服外部市场和不完全所造成的风险和损失。

4. 国际生产折中理论。该理论从企业特有的优势、内部化优势和国家特有的优势三方面解释对外直接投资。企业特有的优势包括技术优势、规模优势、组织管理优势、市场销售优势等。内部化优势是指企业通过对外直接投资使用其特有的优势。国家特有的优势包括自然资源,既有效率又有技能的劳动力以及限制进口等措施。在以上三个方面的优势中,国家特有的优势对企业决定是否直接从事对外直接投资具有重要作用。^①

四 国际直接投资的发展及我国利用外资的现状

(一) 国际直接投资的发展

国际投资与资本主义的产生和发展密切相连。在历史上,国际投资是伴随着主要资本主义国家掠夺他国资源,谋求高额利润而发展起来的。但迄今为止,国际投资已不再是资本主义国家对外扩张的专利,而已发展成为国际经济合作的一种重要形式,对世界和各国经济的发展起了重要的作用。当前的世界经济是一个紧密联系在一起的整体,任何一国经济都不可能脱离世界经济的整体而孤立地发展。二战以来,随着国际间的商品、资本、技术、劳务、服务等流动规模的增大,极大地推动了全球经济的发展,也为发展中国家的经济繁荣提供了条件。

从历史上看,国际投资的起源可以追溯到19世纪上半叶,当时的工业革命引起了国际资本流动。

^① 邱年祝等主编:《国际经济技术合作》,中国对外经济贸易出版社1993年12月版,第190—196页。葛亮、梁蓓编著:《国际投资学》,对外贸易教育出版社1994年版,第37—44页。

第二次世界大战后国际直接投资发展极为迅速，其原因是多方面的：一是由于整个社会劳动生产率极大提高，相对剩余价值增多，这部分剩余价值必然要寻找出路；二是大型跨国公司占有较大的生产力，国内容纳不下，须对外进行扩张，这是由跨国公司本身的特点所决定的；三是生产力的发展引起国际分工的发展，主要在于战后科技水平有了很大提高，导致分工越来越细，并具有相当的深度和广度；四是经济发展和科技革命引起交通和通讯便利、运输成本降低，为进行国际投资提高了极大的便利；五是生产的发展必然导致消费量的扩大，从而刺激了国际投资的迅速发展。

进入 20 世纪 80 年代以后，国际投资又开始呈现出一些新的特点，主要表现在以下几个方面：

1. 国际投资，尤其是国际直接投资的增长速度有所增加，原因在于发达国家对外直接投资的增长速度加快，与此同时，国际直接投资的规模也在不断扩大。

2. 国际直接投资的流向结构向发达国家倾斜。80 年代前期，发达国家向海外直接投资的情况发生了一些变化。第一，世界上最大的资本输出国——美国变成了资本输入国，而日本、德国的对外投资却增加了。第二，向海外直接投资的对象主要是发达国家，如美国，而向发展中国家的直接投资则不多。

3. 国际直接投资的部门结构向第三产业倾斜。二战后到 80 年代中期，国际直接投资主要是投向第二产业，即加工制造业。从 80 年代末期开始，国际直接投资的重点开始向包括诸如商业、金融业、保险业、房地产业和高科技业等第三产业转移。

4. 国际投资的主体已不仅限于发达国家。虽然国际投资的主要力量仍然是发达国家，但自 80 年代以来，发展中国家的对外投资也在迅速扩大，出现了发达国家和发展中国家互为东道国的局面。