

Zhongguo Haiwai Touzi Zhanlüe
Yu Falü Duice

中国海外投资战略 与法律对策

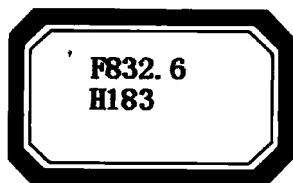
何 力/著

2.6
3



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press



当代法律科学文库

- 87

中国海外投资战略 与法律对策

何 力 著

F832.6
H183

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国海外投资战略与法律对策 / 何力著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009

(当代法律科学文库)

ISBN 978-7-81134-607-7

I. 中… II. 何… III. ①对外投资 - 经济发展战略 - 研究 - 中国 ②对外投资 - 经济法 - 研究 - 中国 IV. F832.6 D922.295

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 192885 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

中国海外投资战略与法律对策

何 力 著

责任编辑: 王 煜

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 155mm × 230mm 15 印张 181 千字

2009 年 10 月北京第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-607-7

印数: 0 001 - 1 000 册 定价: 24.00 元

出版说明

改革开放三十年，随着我国法制化进程的加速发展和法律制度的不断完善，我国的法学研究也呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面，各种学术观点和派别不断涌现。

对外经济贸易大学出版社出版发行《当代法律科学文库》酝酿已久。我们编辑出版该文库的宗旨，就是要为法学研究者和工作者提供交流平台，为现实中的法制实践提供理论依据。

《当代法律科学文库》的选题是开放性的。不管是具有全局性、前瞻性和战略性的法制课题，还是只选取部门法学基础理论视角，或切入法制热点难点问题，只要对法学理论和法制建设有新观察、新分析和新思考，我们都愿意为作者搭建出版平台，将这些研究成果呈现给学界、呈现给世人、呈现给社会。我们坚信，这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注，一定会对我国的法制建设起到推动和促进作用。

我们的联系方式是：北京市朝阳区惠新东街10号对外经济贸易大学出版社文法事业部，邮编：100029；联系电话：010-64493916；电子邮箱：zhangjie@uibep.com。

内 容 提 要

本书对中国海外投资战略与法律对策进行了系统研究。首先从中国国际经济地位的变化检讨中国发展中国家国际经济法及投资法定位问题,进而以新兴的发展中大国特殊立场分析中国的“走出去”海外投资战略,并就中国海外投资的风险及其防范、中国企业海外跨国并购、中国海外投资的国际法保护法律框架、中国海外资源投资法律问题和中国企业海外产业转移法律问题进行阐述。本书适合作为大专院校法学专业师生及研究人员学习和研究国际经济法及投资法的专业读物,本书所提出的具体法律对策和分析将有助于政界和企业界关心或致力于中国海外投资战略决策和进展的人士进行海外投资战略决策。

关键词: 海外投资 战略 法律对策 国际投资法

前 言

随手浏览最新号《财富》杂志，就发现头条专版是中国经济体主题，蛊惑性标题吸引着眼球：“这是中国的世界（我们正生活在这个世界中）”、“中国购买世界”、“为什么奥巴马对中国开火”。里面说道：“中国人在资源资源领域里一直沉浸在购买狂欢之中。现在他们以口袋里的两万亿美元又瞄准了汽车企业、高科技企业和不动产业。他们下一步目标会是什么呢？”“在中国政府巨款支持下，中国人一直在积极进行大胆的大规模海外并购。这是2000年以来中国进行的122个大型海外并购的世界地图……”。〔1〕这类报道充斥着当今全球媒体，见惯不惊。

改革开放30年来，在这个国家到底发生了什么？执掌国际经济牛耳的西方的主流媒体对中国的态度和评价经历了怎样的演变呢？

30年前的1979年，中国是一个僵化计划经济、人民贫穷质朴、经济与世隔绝的国度。西方主流媒体和舆论从传统的冷战思维出发，认为中国是一个与世界格格不入的国家，对中国的态度是敌视、冷漠和边缘化。20年前的1989年，中国是一个经济体制改革、人民已有期盼、对国际经济影响微不足道的国度。西方主流媒体和舆论曾激动地看待中国20世纪80年代的国内的巨变，中国成为其关注的重要对象，但也因一场风波

〔1〕 Bill Powell: It's China's world (we just live in it). Alyssa Abkowitz: China buys the world. Fortune, Vol. 160, No. 8, October 26, 2009.

而围堵中国，中国悲观论、中国崩溃论成为其报道的主流。10年前的1999年，中国是一个正在进行经济转型、人民憧憬世界、中国产品打开国际市场的国度。西方主流媒体和舆论就中国入世对世界到底会带来什么样的影响而争论不休，但是中国已经成为国际经济不可缺少的组成部分，中国威胁论开始了世界性蔓延。而当今所处的2009年，中国是一个完成WTO体制经济转轨、人民充满自信的经济、贸易、投资大国。西方主流媒体和舆论对于金融危机后重新洗牌的国际经济体系中的中国进行了重新审视，中国成为拉动世界经济复苏的火车头，中国威胁论和中国救世主论并行，但后者似乎更占上风。我们如何看待中国要素在国际经济格局中的角色和地位的变化呢？

2009年9月25~26日在美国匹茨堡举行的G20金融峰会上决定在世界经济事务上该会议将取代G8峰会。而随后于10月3日举行的G7财政部长和央行行长上传美国提议由美国、欧盟、日本和中国组成G4取代G7在制定全球经济政策上所扮演的角色。随着中国经济的崛起，主宰国际经济数十年的7国集团的历史使命即将结束，中国成为新的国际经济体制中的一个关键要素，这对中国而言既是挑战，也是机遇。这在国际投资领域来得更为突然。中国以制造业实体经济为基础积累起来的外汇储备和资金改变了国际投资的流向。中国正实行从吸收海外投资向投资海外的战略转折。中国企业胸怀全球志向，开始进行大规模海外并购，并试图通过向海外投资实行产业的海外转移。作为“世界工厂”的中国对能源等资源的巨大需求促使中国企业使用巨额资金到海外去寻求各种能源等资源。突如其来的中国向海外的投资浪潮，对中国和世界来说都是一个前所未有的体验，也是国际经济法及投资法的崭新课题。我国海外投资战略的推行，将给我们提出很多重大的法律问题，将给我们提供一个机会去思考相关的法律对策。

目 录

中国海外投资战略与法律对策

绪论	(1)
第一章 中国海外投资战略与中国的国际经济法及投资 法定位	(9)
第一节 中国作为新兴发展中大国地位的确立	(9)
第二节 中国国际经济法及投资法的定位	(17)
第三节 中国海外投资战略的由来与演变	(34)
第四节 中国作为海外投资大国时代的到来	(42)
第二章 中国海外投资的风险与防范	(52)
第一节 中国海外投资法律环境与风险分析	(52)
第二节 中国海外投资风险防范和中国海外投资保险 制度	(67)
第三节 中国的金融投资与风险防范	(75)
第三章 国际投资规制与中国海外跨国并购	(86)
第一节 国际投资规制与海外投资保护的法律博弈	(86)
第二节 中国的海外跨国并购的现状	(95)
第三节 中国的海外跨国并购与国家安全审查.....	(102)
第四节 中国海外跨国并购与劳工法律问题.....	(114)
第四章 中国海外投资的国际法保护.....	(120)
第一节 海外投资的国际法保护.....	(120)

第二节	中国海外投资的双边保护机制·····	(136)
第三节	中国海外投资的多边及区域保护机制·····	(146)
第五章	中国海外资源投资法律问题·····	(158)
第一节	中国海外投资的资源战略·····	(158)
第二节	中国企业海外资源投资的法律问题·····	(168)
第三节	从力拓毁约案看中国海外资源投资的法律 问题·····	(180)
第四节	中国海外资源收购存在的其他问题·····	(185)
第六章	中国产业海外转移法律问题·····	(192)
第一节	中国产业的升级与向海外转移的必要性·····	(192)
第二节	中国产业海外转移的法律形式与法律支持 ·····	(205)
第三节	中国产业海外转移与东道国投资准入制度 ·····	(212)
第四节	中国产业海外转移的其他法律问题·····	(216)
结论	·····	(223)
后记	·····	(228)

绪 论

第二次世界大战是人类历史最大的转折点。战争结束意味着各国从此告别了以战争手段解决经济争端、开创用合作协商的精神共建国际经济体制的时代，迎来了人类社会的空前繁荣和生活水平的极大提高。这个过程充满曲折艰辛，意识形态、民族宗教、社会政治、环境主权等，各种矛盾交织一起，但最终都让位于对经济繁荣的执着追求。经过 20 世纪 60 年代到 70 年代南北矛盾尖锐化，80 年代到 90 年代计划经济国家向市场经济体制痛苦转型，人类社会终于迎来了 WTO 的建立，实现了在国际经济体制和规则上的统一。统一的基础就是市场经济和自由竞争的原理，与此同时，国际经济社会中则集中体现为经济全球化潮流下的自由化与 20 世纪的主导精神国家主权进行着较量。

当今国际经济体制的基本要素是市场和竞争，自然就有胜者和败者。凭着殖民时代的遗产、技术创新的力量和市场开拓的精神，至今为止发达国家始终是胜者，并享受着这场经济较量胜利所带来的丰盛大餐。它们主导着国际经济秩序，制定着国际经济法律规则，引领国际经济发展潮流。而广大发展中国家似乎注定要沦为败者，在形式上公平公正的竞争规则中难逃失败命运的面前，一些国家选择了妥协，积极接受国际经济法律规则，融入经济全球化，争取早日步入发达国家行列，并时有成功先例。而另外一些国家则没有摆脱被动，试图在国际法

的国家主权和国际经济法的经济主权的大旗下苦苦支撑，堂吉珂德式地绝望反抗着经济全球化和国际经济自由化，竭力防止自己的经济和经济利益在经济全球化潮流中被蚕食，被边缘化，被淘汰。同时，发达国家也不是铁板一块。国内的自由化与保护主义、先进产业与传统产业、经营者与劳动者、经济发展与环境保护等各种势力的对立斗争一刻也没有停止，最终也有很多国家从国家主权和经济主权寻求法理根据。

所以，经济全球化和反全球化，国际经济自由化和保护主义之争始终存在。正是因为它们之间的不断斗争和妥协，才使得我们这个时代的国际经济和国际经济法千变万化，丰富多彩，不断出现各种分歧点和多样选择的可能性。在国际经济法的各个领域，自由化和主权各自拥有自己的空间范围。国际贸易的公法规制则体现了国际经济自由化的最高结晶——WTO 及其宏大的法律规则体系。各成员方政府根据国家主权和经济主权原则有权对国际贸易实行规制，但是必须服从具有国际法性质的 WTO 规则。也就是说，通过所谓“祖父条款”的废除，国际性法律规则高于国内性法律规则，国际法主导了国际贸易的公法规制。但是同样的现象并没有出现在国际投资法领域。

国际投资在 20 世纪 70 年代以前并不是国际经济法的一个重要领域。因为和国际贸易相比，国际投资在国际经济交往中的分量太小。20 世纪 70 年代开始，跨国公司等开始试图通过直接投资实现产品现地化生产，成功地绕过日益严重的非关税壁垒。于是，以国际投资和国际贸易主导的经济全球化开始发动和加速。然而在那个时代，面对跨国公司主导下不期而至的国际投资，发展中国家尚未忘怀殖民地时代的苦痛，很多人和势力宁愿把其看作是“新殖民主义”，而无视其在投资东道国促进经济发展的作用。另一方面，一些不良跨国公司在环境保

护、住民对策、商业贿赂等方面的不检点，甚至通过干预投资东道国政局，兴风作浪，颠覆政权来达到自己的商业目的，使得它们及其所代表的国际投资成为很多发展中国家的眼中钉，处境艰难，也连累了其他有着社会良知、勇于承担社会责任的跨国公司。弥漫对立氛围的国际投资领域，调整国际投资关系的国际法律规则迟迟不能定型，不能像国际贸易领域那样成功地建设一个不断发展完善的 GATT 体制，并能够一举升级为 WTO 版。国内法主导的国际投资规制当然首先贯彻的是国家主权和经济主权的原则，投资自由化并没有得到发展中国家的普遍认同。发达国家因为先天的优势和强势可能使得投资规制渐渐放松，自由化的精神早已在它们之间通行，并在《资本移动自由化公约》中得到充分体现。但是这部投资自由化的宪章却受到众多发展中国家的冷遇。尽管很多发展中国家随后也紧跟经济全球化的潮流，积极开放外国投资，甚至纷纷给予外资比一般发达国家更为优惠的条件，以便大量吸收外资，但是所有这一切更多是依赖双边投资协定和区域性投资法律机制，而非多边投资协定和多边国际投资法律框架。

这一僵局终于随 WTO 的建立开始被打破。WTO 的《贸易有关的投资措施协定》（以下简称 TRIMS）和《服务贸易总协定》（以下简称 GATS）在规制成员方的投资措施方面取得了重大进展。这个世界贸易组织，在国际投资多边协定谈判迟迟达不成协议的情况下，通过与发展中国家达成逐步开放纺织品和服装贸易市场和农产品市场，竟然成功地公然直接介入国际投资领域。当然，发达国家所提倡的投资自由化不可能在 WTO 这个完全不同的领域获得全胜，只能在“与贸易有关”和服务业领域等相对有限的范围内得到贯彻。在 20 世纪后期的新自由主义思潮下，各国已经基本上不直接反对投资自由化了，但是在具体制度的构建上仍然没有进展。在国际投资领域

内，无论是投资准入还是投资监管，在法理上仍然是国家主权乃至经济主权的天下。投资自由化和经济主权的博弈胜负未定，发达国家和发展中国家之间的较量还没有结果。

发达国家阵营中美国一国独大，日本、德国、英国、法国等群雄构成第二梯队。自英国产业革命以来二百余年，先是大英帝国，后是美国，盎格鲁撒克逊民族国家先后执世界经济之牛耳，以至于现在世界经济仍然未摆脱盎格鲁撒克逊的影子。美国早在 19 世纪末经济总量已超英国，第二次世界大战后彻底从英国手中接下了领导国际经济的接力棒，主导世界经济奔向国际经济自由化（包括投资自由化）的康庄大道。美国作为国际经济自由化以及经济全球化的象征性存在，在战后最初 20 年内起到了非常积极的作用。但是随着欧洲共同体和日本经济的发展，美国的地位受到挑战，维护国家利益和国内利益团体的自私动机的驱使，使得美国在冠冕堂皇的投资自由化口号下不断塞进各种私货，其单边主义和经济霸权主义让众多同盟国以及发展中国家疑虑重重，难以简单附和，摩擦此起彼伏。欧洲共同体（以及后来的欧盟）扩大了市场，在此基础上推行了域内投资的完全自由化，并将大部分投资在欧盟内部得到消化，但是在维护所谓共同体利益上难逃利己之嫌。而日本的市场并没有因经济高速增长而相应扩大规模。一个外向型贸易顺差主导的世界第二经济大国的崛起，使得这个曾靠美国扶持起来的亚洲盟国竟然和美国的经济关系发生了逆转。日本成为最大的债权国和海外投资大国，而美国沦为最大的债务国和接受海外投资国。日本在 20 世纪 80 年代成为世界工厂，在几乎所有制造业领域都向美国发起挑战，只有美国人口 40% 的日本的 GDP 甚至一度达到美国的 2/3。为此发生了激烈的日美贸易摩擦和投资摩擦。日美经济的较量随着日本泡沫经济的破灭、新的信息革命和现代服务业革命在 20 世纪 90 年代以日

本的失败告终。随着 WTO 的建立,得益于经济信息化和经济虚拟化的美国经济总量不断和第二梯队群雄拉开了距离,国际经济似乎将毫无悬念地在美国主导下发展下去。而且在国际贸易和国际投资领域,发达国家对发展中国家占有绝对优势,经济自由化和主权的较量似乎逐渐会有结果了,投资自由化似乎一统天下,类似于 WTO 的国际投资规则甚至国际投资组织似乎呼之欲出。

但是进入 21 世纪后,中国加入了 WTO,以庞大的人口和充满活力的生产与市场出现在国际经济舞台。中国采取积极引进外资,出口拉动经济的发展战略,并获得巨大成功,自 20 世纪 90 年代初期开始连续十几年接近或保持两位数高速增长,创造了当代世界经济奇迹,同时也使得其经济发展战略发生重大转换。作为一个以发展中国家身份的后来者加入 WTO,中国本无意挑战以美国为首的发达国家主导的国际经济格局,也无意修改现行的国际经济和投资规则,只愿低调地适应现行的国际经济秩序,平稳度过加入 WTO 后的过渡期而不出意外和差错。先是为了加入 WTO,加入 WTO 之后又为过渡到 WTO 规则而一直疲于奔命。邓小平的韬光养晦不出头遗训告诫我们要低调,避免成为列强和各国攻击的目标,但是不曾料到形势把中国一下子推到历史的前台和风口浪尖上了。

一切都是因为 21 世纪初期中国以新的面貌在世界上出现。中国虽然在改革开放前百余年漫长历史风雨中不断地进行经济自残,但是一旦经济走向改革开放的正轨,人口如此之多,人民如此勤奋,只要不在政治和意识形态上反复折腾,改革开放二十余年国力、财力和国民聪明才智的蓄积必定会使经济爆发起来,进而发展到世界规模。中国想不跻身于世界经济大国之列,都成了一项近乎不能完成的任务。作为一个发展中国家,同时也作为一个开始影响世界经济的经济大国,近代以来世界

上第一次出现了具有这样一个奇特身份、地位的神奇国家。一个发展中国家竟然开始有了投资海外的远大理想和宏大战略。中国经济已经出现核聚变反应，不断生成无穷无尽的能量，开始突破国界和边境，向海外发展，向世界进军。这是出于对海外资源的庞大需求压力，也是出于向海外实行战略性产业转移的需要，中国资本走向世界已经成为难以抗拒的潮流。2008年金融危机爆发。劫后余生的世界还心有余悸，但却突然发现世界经济格局和资本分布构成发生了巨变，还能动用的大量资本资金怎么都在中国呢？中国手中的外汇储备和中国企业和银行拥有的雄厚的资金使得中国和中国企业有能力大量收购海外企业和开发海外资源。接踵而来的还有其他一些新兴的发展中大国经济体，比如印度、巴西、墨西哥等。它们有些是资源大国，有些则和中国相似以制造业为基础，开始抱有走向世界、投资海外的强烈志向。以往发达国家主张投资自由化，发展中国家坚持国家经济主权，中国如何在这样一个对立格局中寻找自己的合适位置呢？

事实上中国已经有了相关的海外投资战略。中国海外投资战略近年来才开始定型，那就是“走出去”战略。这是我国国家战略的一个重大转折，即从以往的吸收外国投资为主的发展战略，转向吸收外资与海外投资齐头并进的发展战略。其转折的原因在于我国经济规模和国力的剧增，对海外资源的大量需求、国际经济地位的上升而带来的产业的升级、巨额的国际收支盈余和外汇储备等事实。我国相关部门和企业有所跟进，但是并没有完全适应这一变化。加之金融危机的爆发，导致了我国海外投资遭受巨大损失，既包括直接投资，也包括间接投资。没有相应健全的法制和法律风险意识，是造成这一结果的重要原因。

在我国第一次站在新的世界经济格局的前列，以国际投资

大国的姿态登上国际舞台之际，必须要有相应的法律对策，而这正是我国所欠缺的。究其根本原因在于我国的国际经济法学乃至国际投资法学至今为止还定位于发展中国家立场上，各方面的理论研究很不充分，又缺乏实际经验，造成了我国海外投资的失利累累。本书正是在这样的背景下，分析我国作为新兴发展中大国的国际地位的变化，分析我国海外投资战略，并就我国如何构建相应的法律对策问题，从国际经济法学乃至国际投资法学方面进行全面阐述，以期完善我国相应法律制度建设，并为在相应国际法律规则创制上取得相应的话语权，维护中国的国家根本利益，发挥中国作为新兴发展中大国所应发挥的作用方面提供必要的理论支持和政策建议。

为此，本课题要研究和解决的问题是：

第一，客观分析我国海外投资保护问题的背景，指出我国传统的发展中国家国际经济法学定位的形成和面临的挑战，以及向新兴发展中大国型的国际经济法学定位的战略性转变的必要性，为我国海外投资保护提供法学上的理论基础。将要回答中国作为发展中大国，其国际经济法应该定位于发展中国家还是发达国家，或二者都不是的中间立场的问题。

第二，对我国国际投资法学的经济主权原则进行分析。将要回答传统的经济主权原则和强化国际投资监管在我国大量投资海外的现在是否符合我国的国家利益，以及是否应该以投资自由化为我国国际投资法的基本立场的问题，即目前我国国际投资法的基本立场是否应该转换，是否应该推进多边投资协定，强化对国际投资的国际法保护机制。

第三，对因我国成为海外投资大国而出现的各种具体法律问题进行分析 and 寻求正确的法律应对。将要回答我国海外投资战略和保护应该坚持以往的“卡尔沃主义”立场，还是转向“赫尔三原则”立场的问题。如何分析和防范海外投资风险，

特别是国有化和征收的风险问题；对于中国的海外跨国并购引发的国家安全审查应该如何应对；对于中国企业海外资源投资、中国企业的产业海外转移会出现什么法律问题，以及成败的典型事例。

第四，分析中国政府推进的“走出去”战略的法律对应措施。将要回答以下问题：政府是否是在正确定位于发展中大国国际经济法及投资法立场基础上推进中国海外投资战略的；政府在贯彻投资自由化，维护中国企业利益的过程中是否措施充足，对应得当；政府是否为中国企业投资海外提供必要的法律支持。

第五，分析中国企业海外投资战略的得失。将要回答的问题是：企业如何认识和应对海外投资的法律风险；通过案例分析企业海外并购失败的原因和教训；企业进行海外资源投资和海外创业转移有哪些问题需要法律应对；企业如何运用政府资源和国际法机制维护海外投资合法权益。