

# 国际投资法概论

GUOJI TOUZI FA GAILUN

南强丛书

NANQIANGCHONGSHU

NANQIANGCHONGSHU

曾华群 著

南强

厦门大学出版社

● 南强丛书 ●

# 國際投資法概論

● 曾华群 著

[闽]新登字 09 号

# 国际投资法概论

曾华群 著

\*

厦门大学出版社出版发行

福建省新华书店经销

三明地质印刷厂印刷

\*

开本 850×1168 1/32 8.875 印张 2 插页 221 千字

1995 年 6 月第 1 版

1995 年 6 月第 1 次印刷

ISBN 7-5615-1022-5/D·73

定价:12.00 元

# 第一章 绪 论

1979 年以来,中国实行改革开放政策,符合国情民意,也顺应国际经济合作的时代潮流。

实行改革开放政策,旨在开发和利用国内国外两种资源、两个市场,以促进中国的社会主义现代化建设。16 年来,中国吸收外国投资和对外投资工作作为实行改革开放政策的标志之一,取得了举世瞩目的成就。当前,社会主义市场经济体制的确立为此项工作的进一步发展创设了更为有利的环境和条件。为了运用法律手段保障和促进此项工作的顺利、健康发展,亟需学习和研究国际投资法。

国际投资法是国际经济法的重要分支,是调整国际投资关系的国际法规范和国内法规范的总称。在述及国际投资法主要内容之前,有必要简介国际投资的定义和性质、国际投资法的概念、渊源和体系。

## 第一节 国际投资的定义与性质

### 一、国际投资的定义

国际投资指资本的跨国流动。对特定国家而言,国际投资包括

|                            |      |
|----------------------------|------|
| 十、中国与多边机构·····             | (27) |
| 第二节 解决国家与他国国民间投资争端公约·····  | (28) |
| 一、公约的制定与解决投资争端国际中心的设立····· | (28) |
| 二、宗旨与职能·····               | (29) |
| 三、组织机构与法律地位·····           | (30) |
| 四、中心管辖的必要条件·····           | (30) |
| 五、调解与仲裁程序·····             | (34) |
| 六、仲裁的法律适用问题·····           | (39) |
| 七、裁决的承认与执行·····            | (40) |
| 八、中心的主要作用·····             | (42) |
| 第三章 双边投资条约·····            | (46) |
| 第一节 友好通商航海条约·····          | (46) |
| 一、条约的内容及其有关变化·····         | (46) |
| 二、关于国际投资的规定·····           | (47) |
| 第二节 投资保证协议·····            | (49) |
| 一、协议的产生·····               | (49) |
| 二、协议的主要内容·····             | (50) |
| 第三节 促进和保护投资协定·····         | (52) |
| 一、协定的产生·····               | (52) |
| 二、协定的主要内容·····             | (52) |
| 第四节 中国签订双边投资条约的实践·····     | (58) |
| 一、适用范围·····                | (59) |
| 二、外国投资待遇·····              | (59) |
| 三、利润汇出·····                | (60) |
| 四、代位·····                  | (60) |
| 五、征收及其补偿·····              | (60) |
| 六、争端的解决·····               | (61) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 第四章 联合国关于国际投资的规范性文件 .....     | (64)  |
| 第一节 联合国文件确立的国际投资法原则 .....     | (64)  |
| 一、尊重各国对本国自然资源之永久主权原则 .....    | (65)  |
| 二、各国有权管制和监督外国投资原则 .....       | (68)  |
| 第二节 跨国公司专门机构与《跨国公司行动守则》 ..... | (70)  |
| 一、跨国公司专门机构 .....              | (70)  |
| 二、《守则》的主要分歧 .....             | (73)  |
| 三、《守则》的新发展 .....              | (76)  |
| 四、《守则》的预期作用 .....             | (78)  |
| 第五章 海外投资保证制度 .....            | (81)  |
| 第一节 概说 .....                  | (81)  |
| 一、海外投资政治风险的概念 .....           | (81)  |
| 二、海外投资保证制度的性质 .....           | (83)  |
| 三、海外投资保证制度的基本运作程序 .....       | (83)  |
| 第二节 美、德、日海外投资保证制度 .....       | (84)  |
| 一、海外投资保证机构 .....              | (84)  |
| 二、承保范围 .....                  | (85)  |
| 三、合格投资者 .....                 | (90)  |
| 四、合格投资 .....                  | (90)  |
| 五、同双边投资条约的关系 .....            | (92)  |
| 第三节 中国国际投资保险制度 .....          | (94)  |
| 第六章 外国投资法制 .....              | (99)  |
| 第一节 保护外国投资的法制 .....           | (99)  |
| 一、宪法的保护 .....                 | (100) |
| 二、外国投资法的保护 .....              | (102) |



|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 三、专项保护 .....             | (107) |
| 第二节 鼓励外国投资的法制 .....      | (111) |
| 一、给予外国投资优惠的方式 .....      | (111) |
| 二、外国投资优惠的种类及实施 .....     | (113) |
| 三、出口加工区和经济特区的投资优惠 .....  | (123) |
| 第三节 管制外国投资的法制 .....      | (131) |
| 一、外国投资审批制度 .....         | (131) |
| 二、外国投资的监管 .....          | (138) |
| 三、外资投向 .....             | (140) |
| 四、外国投资原有资本和利润汇出限额 .....  | (146) |
| 五、当地物资的利用 .....          | (148) |
| 六、雇用限制 .....             | (150) |
| 七、投资期限与本地化 .....         | (152) |
| 第七章 外商投资企业法律与实务 .....    | (159) |
| 第一节 外商投资企业的法律概念与特征 ..... | (159) |
| 一、合营企业的法律概念与特征 .....     | (159) |
| 二、外资企业的法律概念与特征 .....     | (171) |
| 第二节 中外合资企业法律与实务 .....    | (175) |
| 一、共同投资 .....             | (175) |
| 二、共同管理 .....             | (187) |
| 三、共负盈亏 .....             | (193) |
| 四、技术转让 .....             | (197) |
| 五、解散与清算 .....            | (206) |
| 第三节 中外合作企业法律与实务 .....    | (208) |
| 一、共同投资 .....             | (209) |
| 二、共同管理 .....             | (212) |
| 三、共负盈亏 .....             | (213) |

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 四、经营期限与清算 .....            | (218) |
| 第四节 外资企业法律与实务 .....        | (219) |
| 一、组织形式与机构 .....            | (219) |
| 二、投资方式 .....               | (221) |
| 三、注册资本与投资总额 .....          | (222) |
| 四、外汇平衡 .....               | (223) |
| 五、产品销售 .....               | (224) |
| 六、财务监督 .....               | (225) |
| 七、终止与清算 .....              | (226) |
| 第八章 中外合作开采石油资源的法制 .....    | (232) |
| 第一节 国际合作开采石油资源的法律与实践 ..... | (232) |
| 一、石油开采权的取得方式 .....         | (233) |
| 二、“商业性发现”与撤销原则 .....       | (234) |
| 三、国际合作开采的法律形式 .....        | (235) |
| 第二节 中外合作开采海洋石油资源的          |       |
| 主要法律规定 .....               | (238) |
| 一、管辖权与管理机构 .....           | (239) |
| 二、石油开采权的取得方式 .....         | (240) |
| 三、基本合作形式 .....             | (241) |
| 四、经营管理方式 .....             | (243) |
| 五、外国合作者的登记规则 .....         | (244) |
| 六、关税优惠与税务管理 .....          | (245) |
| 七、海洋环境保护 .....             | (247) |
| 第三节 中外合作开采陆上石油资源的          |       |
| 主要法律规定 .....               | (249) |
| 一、适用范围与管理机构 .....          | (249) |
| 二、石油开采权的取得方式与基本合作方式 .....  | (250) |



|                     |       |
|---------------------|-------|
| 三、外国合同者的权利与义务 ..... | (250) |
|---------------------|-------|

## 第九章 国际投资争端的解决 ..... (253)

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 第一节 国家间投资争端的解决 ..... | (253) |
|----------------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 一、政治解决方式 ..... | (253) |
|----------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 二、仲裁解决方式 ..... | (254) |
|----------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 三、司法解决方式 ..... | (255) |
|----------------|-------|

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 第二节 国家与他国国民间投资争端的解决 ..... | (256) |
|---------------------------|-------|

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 一、国内司法解决方式及其有关问题 ..... | (257) |
|------------------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 二、仲裁解决方式 ..... | (259) |
|----------------|-------|

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 第三节 不同国籍合营者间投资争端的解决 ..... | (261) |
|---------------------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 一、一般解决方式 ..... | (261) |
|----------------|-------|

|                |       |
|----------------|-------|
| 二、特殊解决方式 ..... | (269) |
|----------------|-------|

# 第一章 绪 论

1979 年以来,中国实行改革开放政策,符合国情民意,也顺应国际经济合作的时代潮流。

实行改革开放政策,旨在开发和利用国内国外两种资源、两个市场,以促进中国的社会主义现代化建设。16 年来,中国吸收外国投资和对外投资工作作为实行改革开放政策的标志之一,取得了举世瞩目的成就。当前,社会主义市场经济体制的确立为此项工作的进一步发展创设了更为有利的环境和条件。为了运用法律手段保障和促进此项工作的顺利、健康发展,亟需学习和研究国际投资法。

国际投资法是国际经济法的重要分支,是调整国际投资关系的国际法规范和国内法规范的总称。在述及国际投资法主要内容之前,有必要简介国际投资的定义和性质、国际投资法的概念、渊源和体系。

## 第一节 国际投资的定义与性质

### 一、国际投资的定义

国际投资指资本的跨国流动。对特定国家而言,国际投资包括

## 本国对外国的投资和外国对本国的投资。<sup>①</sup>

### (一) 广义的国际投资

广义的国际投资包括国际直接投资 (international direct investment) 和国际间接投资 (international indirect investment or portfolio investment)。

国际直接投资指一国私人(包括法人、自然人)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。一国的国有资本直接投入外国的生产经营领域,通常亦被视同私人直接投资。国际直接投资的实现方式包括:(1)在外国设立独资公司、企业或合营企业;(2)收购、兼并外国企业;(3)为参与企业经营而取得外国企业的股份等。

国际间接投资指一国私人或政府对外国私人或政府的股票和其他证券投资或贷款等,也包括国际金融组织对各国的贷款等。其实现方式包括:(1)购买外国公司的股票或其他证券;(2)购买外国政府债券;(3)贷款等。

可见,国际直接投资与国际间接投资的主要区别在于,国际直接投资者一般限于私人,而国际间接投资者有私人、政府和国际金融组织;国际直接投资者直接或间接地控制其投资企业的经营活动,而国际间接投资者则无此类控制。

由于国际直接投资和国际间接投资均包括股票和其他证券投资,两类投资者又都包括私人,因此需要有判断私人股票等证券投资是属于国际直接投资或国际间接投资的标准。

关于认定国际直接投资的标准,各国有关法律规定不一:一些国家以一定的外资股权比例(占10%至51%不等)作为唯一的标准,例如,美国《1976年国际投资鉴定法》规定:“直接投资是指个人直接或间接地占有或控制一家工商业公司10%允许有表决权并能代表公司资本的证券;或者是直接或间接地拥有或控制一家以公司形式组成的工商企业的任何等值的投资额。”另一些国家

灵活地运用外资股权比例标准,即隐含或规定一般性的外资股权比例标准,但如能证明特定外国投资者虽未达到标准而拥有实际经营权,亦可认定其投资为直接投资。例如,法国1967年第67、78号法令规定,构成直接投资活动的行为,是指获得一家具有私人性质的企业,或指取得对一家以公司形式组成的企业的控制权。同法又指出,“唯一的金融投资,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。但“20%的临界值也并非绝对标准。考虑到控制的性质和唯一合资以外的种种因素,行政机关可以设定或接受不同的标准。”根据行政解释,如果企业在财政或经济上依赖于某投资者,该投资者的投资即使在标准线以下,也会产生控制权,因此也可认定为直接投资。<sup>②</sup>还有一些国家以外资股权比例标准结合其他“外国参与”的标准(诸如外国公司派任企业董事的人数、企业雇用外国人员数量等)来确定是否外国直接投资。此外,一些国家采取简单的标准,例如,在外国公司的子公司或分公司的投资才被认定为外国直接投资。

必须指出,以一定的外资股权比例作为认定是否外国直接投资的唯一标准是不可取的。因为一些跨国公司不论其股权比例高低,都可能凭借其人员配备、技术或销售等方面的优势,对其投资的企业实行事实上控制(de facto control)。<sup>③</sup>

## (二)狭义的国际投资

狭义的国际投资仅指国际直接投资。当前,国际直接投资成为资本跨国流动的主要方式。一方面,美国、日本、德国、英国和法国等主要资本输出国对外投资的主要方式是通过跨国公司直接进行世界性的投资经营活动。另一方面,由于资本输入国、特别是广大发展中国家也以接受外国直接投资作为利用外资的主要方式。因此,资本输出国的对外投资法律、资本输入国的外国投资法律以及有关国际投资的国际条约和联合国决议,主要是针对国际直接投

资制定或缔结的。换言之，国际投资法主要是调整国际直接投资关系的法律规范。

## 二、国际投资的性质

关于国际投资的性质，列宁在《帝国主义是资本主义的最高阶段》一书中指出：“垄断占统治地位的最新资本主义的特征是资本输出”，资本输出“是帝国主义压迫和剥削世界上大多数民族和国家的坚实基础”<sup>④</sup>。这一论断揭示了资本主义国家对外投资的本质，在今天仍未过时。在吸收和利用来自资本主义国家的投资时，对此应有清醒的认识。另一方面，列宁同时指出：“资本输出总要影响到输入资本的国家的资本主义发展，大大加速那里的资本主义发展。”<sup>⑤</sup>列宁以后的历史还表明，发展中国家（包括一些社会主义国家）在维护国家主权的前提下，吸收和利用资本主义国家的投资，有效地促进了本国经济的发展。因此，对列宁的上述论断，应全面理解，既要认清资本主义国家资本输出的剥削本质，也要看到它的可利用性。特别应该注意到，现在发达国家对发展中国家的资本输出，同它们过去对殖民地、半殖民地和附属国的资本输出相比，其所处的历史条件已大不相同。主要表现在：发展中国家政治上已获得独立，民族经济有一定的发展，在不同程度上掌握了利用外资的主动权；在国际舞台上，发展中国家已形成一支重要的政治力量，成为倡导和促进建立新国际经济秩序的主力军。因此，在现代国际环境中，发展中国家完全可能通过各自或集体的努力，借助法律等手段，抑制发达国家资本输出的消极影响，发挥其积极作用。

至于发展中国家的对外投资，是国际经济合作的主要方式之一，其主要目的在于促进本国和资本输入国经济的发展，在性质上与资本主义国家的资本输出截然不同。

从总体上说，在当代国际经济关系中，资本的跨国流动已由历史上单一的帝国主义资本输出形式向多元的各类国家相互投资的



趋向转化,相应地,国际投资的性质不能一概而论。

## 第二节 国际投资法的概念、渊源与体系

### 一、国际投资法的概念

国际投资法是调整国际私人直接投资关系的国际法规范和国内法规范的总称。

其主要特征如下:

(1)调整国际私人投资关系。广义的国际投资关系,包括各国政府之间或国际组织与国家之间的资金融通关系,也包括各国私人跨越国境的投资关系,即国际私人投资关系。国际投资法调整的对象限于后者。

(2)调整国际私人直接投资关系。如前所述,国际私人投资可分为直接投资和间接投资。国际投资法调整的对象,限于国际私人直接投资关系,而国际私人间接投资关系,一般由国际金融法和各国证券法等调整。

(3)不仅调整各国私人跨越国境的投资关系,也调整外国私人投资者与东道国之间的关系或海外投资者与其母国的关系,还包括调整国家之间关于私人跨国直接投资事务的关系。相应地,国际投资法不仅包括国内法规范,也包括国际法规范。

### 二、国际投资法的渊源

国际投资法包括国际法和国内法两方面的渊源。

#### (一)国际法方面的渊源

##### 1、国际投资条约

国际条约一般是指国家之间缔结的确立有关权利义务关系的



书面协议,是国际法的重要渊源之一。其中,以确立国家之间有关国际投资的权利义务关系为主要内容的国际投资条约是国际投资法的重要渊源之一。主要有以下三种形式:

### (1)世界性多边投资条约

迄今为止,这方面的重要成果之一是1966年10月生效的《解决国家与他国国民间投资争端公约》。根据该公约成立了“解决投资争端国际中心”,旨在为解决缔约国与另一缔约国国民间的投资争端提供便利条件。另一重要成果是1988年4月生效的《建立多边投资担保机构公约》。根据该公约成立了“多边投资担保机构”,旨在通过担保成员国之间投资的非商业性风险和提供投资促进服务,促进国际投资的发展。

### (2)区域性多边投资条约

区域性多边投资条约是指区域性国际组织旨在协调成员国外国投资法律而签订的多边条约。在这类条约中,根据各区域性国际组织不同的实际情况,有的以管制外国投资为主要内容,如1970年安第斯条约组织成员国秘鲁、哥伦比亚、玻利维亚和厄瓜多尔制定的《安第斯共同市场外国投资规则》;有的以鼓励外国投资为主要内容,如1962年中美洲共同市场成员国签订的《对开发的财政鼓励协定》和1965年中非关税和经济联盟成员国签订的《投资公约》;有的以促进和保护区域性国际组织成员国之间的相互投资为主要内容,如1990年7月1日生效的《东南亚国家联盟促进和保护投资协定》。

### (3)双边投资条约

双边投资条约是指国家之间签订的以促进和保护国际投资为部分内容或主要内容的双边条约。其主要形式有“友好通商航海条约”、“投资保证协议”以及“促进和保护投资协定”。

## 2. 联合国有关决议

60年代以来,联合国大会先后通过《关于天然资源之永久主

权宣言》(1962年12月14日)、《建立新国际经济秩序宣言》、《建立新国际经济秩序的行动纲领》(1974年5月1日)和《各国经济权利和义务宪章》(1974年12月12日)等决议。这些决议不仅一般地确立了新国际经济秩序的基本原则,而且具体地规定了国家对本国自然资源的永久主权、管制外国投资的权利、实行国有化的权利和补偿标准,以及有关国际技术转让的原则等。这些都是调整国际投资关系的重要国际法准则。

诚然,国际法学界对于联合国大会决议是否具有法律拘束力的问题,至今颇有争议。目前主要有三种学说:一是将联大决议解释为《国际法院规约》第38条所列举的传统国际法渊源;二是主张联大决议是一种新的、独立的国际法渊源;三是“软法”说,即承认在法律的“白色区域”和非法律的“黑色区域”之间,存在一个“软法”的“灰色区域”,并指出,“灰色区域”可强有力地影响“白色区域”。<sup>⑥</sup>无论如何,上述联合国大会决议或是联合国大会全体一致通过的,或是占压倒性绝大多数的会员国通过的,任何人都无法否认:它们是国际社会全体成员或绝大多数成员,通过国家的集体行动,表达共同的政治意志,提出或确认新的法律概念,创立新的国际法准则的文件。30多年来,它们被众多的国际实践(包括众多的国际会议文献、国际条约和协定、国际司法实践以及各国立法实践)所反复强调和反复引据,在全世界范围内获得愈来愈广泛的承认,从而成为国际社会公认的行为规范。它们的法律拘束力与日俱增。<sup>⑦</sup>

### 3. 国际惯例

关于国际投资的国际惯例,诸如“用尽当地救济”原则、“求偿国籍”原则等,亦属国际投资法的渊源。

#### (二)国内法方面的渊源

##### 1. 资本输入国的外国投资法律

资本输入国的外国投资法律,是资本输入国为吸收和利用外

国投资以促进本国经济发展而制定的有关保护、鼓励和管制外国投资的法律规范的总称。其主要作用,首先是调整资本输入国政府与外国投资者的权利义务关系,诸如资本输入国政府承担保护外国投资的责任、享有管制外国投资的权利,外国投资者在享有东道国给予的法律保护的同时,承担遵守东道国法律的义务等;其次是确立或调整资本输入国私人与外国投资者之间的关系,诸如确立合营企业、合作开发自然资源等国际投资形式中合作各方之间的权利义务关系以及调整外商投资企业与东道国其他企业之间的经济关系等。

各国的外国投资法名称各异,自成体系。

有些国家颁布外国投资法典,集公司法、税法、商法、外汇管理法和劳动法等于一身,并辅之以其他适用于外国投资的法律。例如,埃及《关于阿拉伯与外国资本投资及自由贸易区法》是关于外国投资的基本法。该法第一至四章分别对阿拉伯与外国资本的投资、合营企业、阿拉伯与外国投资及自由贸易区管理总署、自由贸易区作出规定。此外,适用于外国投资的法律还有:(1)埃及商法典;(2)1954年第26号法令(有关合股公司、合伙和有限责任公司);(3)1978年第46号法令(所得税改革法);(4)1951年第224号法令(修正案,有关印花税);(5)1959年第91号法令(劳动法典);(6)1975年第120号法令(中央银行与银行制度法);(7)1974年第43号法令(有关在埃及的外资银行);(8)1957年第163号法令(有关埃及中央银行监督与控制银行制度的权力);(9)1976年第97号法令(有关管理外汇交易);(10)1963年第66号法令(关税法典);(11)1953年第66号法令和1956年第86号法令(有关石油)。<sup>⑧</sup>

另一些国家由几个关于外国投资的专门法律构成外国投资的基本法律,并辅之以其他适用于外国投资的法律。例如,中国先后颁布了《中外合资经营企业法》(1979年颁布、1990年修正)、《中外