

当代国际 经济法丛书



国际投资 的法律管制

丁 伟著

上海译文出版社

当代国际 经济法丛书

国际投资 的法律管制

上海译文出版社

当代国际经济法丛书

国际投资的法律管制

丁 伟 著

上海译文出版社出版、发行

上海延安中路 955 弄 14 号

全国新华书店经销

文华新技术公司排版

上海市印刷十二厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 6.375 插页 2 字数 135,000

1996 年 3 月第 1 版 1996 年 3 月第 1 次印刷

印数:0,001—6,000 册

ISBN7-5327-1867-0/D·038

定价:9.20 元

总 序

从党的十一届三中全会到十四届五中全会,以邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论为标志,我国的对外开放和法制建设进入了一个新的发展阶段。随着我国社会主义市场经济体制的建立和完善,如何建立适应社会主义市场经济的法律体系,如何依照我国国情和国际经济活动的一般准则,规范对外经济活动,已成为我国进一步扩大对外开放、加强法制建设的一项重大任务。

可以认为,在当代中国,社会发展已经把增强国际经济法的意识放到了十分重要的地位。在中国对外开放过程中,如果我们不懂一点国际经济法,我们就不可能了解国际经济活动中的一般准则,就不可能按国际法和国际惯例规范自己的行为,也就不可能真正有效维护我们自己的合法权益。

学一点国际经济法,是中国实行对外开放的需要。1994年,中国已同世界上 221 个国家和地区有贸易往来关系;1994年我国进出口贸易总额已达 2367 亿美元,为我国国民生产总值的 45%左右,并使我国在世界贸易大国中排名第 11 位。因此,中国已不可能离开其他国家而孤立地存在。在同各国的交

16027/1

往过程中,就必须遵守一定的原则或规则,而国际经济法就是各国在与其他国进行经济交往中,确立自己的经济权利和义务的法律依据。在中国经济与国际经济互相依存日益紧密的情况下,在国际经济形势的复杂变化中,如果我们对国际经济法不甚明了,就将寸步难行。特别是近年来,国际经贸立法出现了一些明显的变化和新的特点,加强这方面的研究,将使开放的中国进一步面向世界、面向未来。

进一步对外开放市场,落实国民待遇,是当前国际投资法发展的一个重要特点。在我国继续扩大吸收外资规模、不断拓展吸收外资领域的新形势下,我们必须十分注意这样一个问题:在社会主义市场经济条件下和进一步改革开放的前提下,如何使我国的外资立法与政策更好地与国际投资法律规范接轨。许多国家认为,某些投资措施会在某种情况下改变国际贸易和国际投资的正常流向,从而对此产生扭曲和限制作用。这些投资措施一般可包括歧视进口、替代进口、国内购买、限制出口、外汇管制等。乌拉圭回合通过的《与贸易有关的投资措施协议》要求各缔约方在规定的时间内取消上述限制性投资措施;同时还要求外国投资应享受国内同类投资相同的国内税收待遇和国内规章待遇,即国民待遇。这些规定,已经或正在对我国的外资立法产生重大影响。

知识产权问题,现在已越来越受到国际社会的关注,各国间在这方面的摩擦与纠纷也日益增多。因此,知识产权保护已成为国家间最重要的竞争手段之一。乌拉圭回合通过的《与贸易有关的知识产权协议》十分突出了假冒商品的贸易问题,尤其是规定了海关边境措施,有关国家海关对侵权产品可扣留或销毁。我国已加入《世界版权公约》等诸多知识产权保护的

国际公约,因此增强全社会知识产权保护的法律意识,从执法上进一步加强反假冒的机制,加强对侵犯知识产权货物进出口的查缉,加大对知识产权侵权行为的打击力度,已成为我国对外开放中不容忽视的重大问题。

在实现国内经济与世界经济互接互补的重要时刻,学一点国际经济法尤为重要。长期以来,我国实行的是高度计划经济的政策,很多经济贸易政策及其体制同国际惯例或国际习惯做法是不相一致的。在对外开放和体制改革中,如果我们不仅善于总结和正确运用本国的法制建设经验,而且也善于从国际法角度,更多地和更大胆地学习和借鉴一些国际经济法的基本原则和规则以及国际惯例,使我国的法规、政策及其通常的经济贸易做法尽快向公认的国际公约、国际惯例靠拢,这对于加快我国经济法建设,尽快形成社会主义市场经济法律体系具有十分重要的意义。

为进一步大力加强国际经济法的宣传与研究,华东政法学院国际法系的部分中青年学者在掌握大量第一手资料的基础上,结合我国改革开放的实际,潜心研究,编纂了这套《当代国际经济法丛书》。全书共分八册,主要涉及国际经济活动中的各类法律,包括国际贸易、国际航运、国际投资、国际税收、涉外证券、国际信贷与担保、知识产权、国际仲裁等。作者们在努力阐明国际经济法基本理论的同时,对国际经济法律实务也作了较为充分的阐述。我相信,这套丛书的出版,对进一步普及国际经济法知识,加强国际经济法学科建设,促进我国对外开放,都具有积极意义。

当然,由于国际经济法是一门正在形成与发展的新学科,许多问题有待深入研究,我衷心希望本丛书的作者们在国际

经济法研究与宣传方面取得更大的成绩。

华东政法学院常务副院长、教授

曹建明

1995年10月1日



作者简介

丁 伟 现任华东政法学院副教授, 国际法系副主任, 硕士研究生导师。多年来一直从事冲突法、国际投资法及倾销法、欧共体法的教学与研究。1992年至1993年为比利时根特大学法学院访问教授, 1994年赴美国旧金山大学法学院讲授中国涉外经济法。近年来主编、参编《冲突法论》、《海外直接投资法律问题比较研究》、《国际经济法新论》等9部专著、教材, 公开发表专业论文60多篇。

国际投资的法律管制

国际直接投资作为国际贸易的延伸和发展,在世界经济舞台上扮演了举足轻重的角色。举世瞩目的世界贸易协定诞生后,国际直接投资格局发生了显著变化,调整投资关系的法律制度也在不断地演变。本书立足于中国引进外资和对外直接投资的立法、理论与实践,对变化中的国际投资格局,国际投资法与中国外资的框架,各国管制国际直接投资的法律制度,跨国投资的国际法律保护,中国外商投资企业的法律问题,跨国公司与中国海外投资以及影响国际直接投资的一系列法律症结等作了详尽的论述。

主任编辑 沈志彦
责任编辑 张宇宏
装帧设计 陶雪华

当代国际经济法丛书
编辑委员会

主 编	曹建明	徐冬根		
编 委	丁 伟	朱榄叶	李 泳	李宪普
	陈治东	张龙官	张国元	周洪钧
	单海玲	管敏正		
策 划	赵月瑟	沈志彦		

目 录

第一章 变化中的国际投资格局:机遇与挑战	1
一、国际直接投资是生产资本国际运动的重要形式 ...	1
二、当代国际直接投资格局令人瞩目的变化	7
三、世界贸易协定体制下我国外资法面临严峻的 挑战.....	11
第二章 国际投资法与中国外资法的框架: 调整国际投资关系的基本法律准则	25
一、国际投资法:国际经济法的重要分支	25
二、中国关于外商投资的立法概况.....	31
三、中国关于海外投资的立法概况.....	40
第三章 投资东道国与投资母国法律的双重管辖: 透视与评析	45
一、鼓励国际直接投资的法律制度.....	45
二、限制国际直接投资的法律制度.....	52
三、保护国际直接投资的法律制度.....	58

第四章 跨国投资的国际法律保护:

投资领域国际法制的主旋律	77
一、保护国际直接投资的双边协定	77
二、保护国际直接投资的多边协定	86

第五章 中国境内外商投资企业的法律问题:

中国外资法的聚焦	95
一、外商投资企业的新特点	95
二、外商投资企业的形式及其法律特点	98
三、外商投资企业的法律实务	110

第六章 跨国公司与中国海外直接投资:

现状与展望	128
一、跨国公司:从事国际化生产和经营的垄断组织	128
二、方兴未艾的中国海外直接投资	134

第七章 影响国际直接投资的若干法律症结:

国际投资领域法律冲突的导因	152
一、国际投资风险及避险措施	153
二、投资领域中的外交保护权问题	158
三、特许协议的法律问题	162
四、国有化及其补偿问题	170
五、国家财产豁免权问题	177
六、国际直接投资领域的国家责任问题	191

第一章 变化中的国际投资格局： 机遇与挑战

90年代中期，举世瞩目的世界贸易协定正式诞生，世界经济的发展正处在一个新的转折点，国际经济格局呈现出多极化并向区域化、一体化发展的趋势。作为国际贸易的延伸和发展的国际直接投资近年来持续大幅度增长，目前，全球国际直接投资总额已跃过2万亿美元。联合国发表的《1993年世界投资报告：跨国公司一体化的国际生产》表明，到90年代初，世界跨国公司总数已达3.7万家，其国外子公司超过了17万家。1992年跨国公司在本国境外的销售额高达5.5万亿美元，而世界商品出口及无形贸易额仅为4万亿美元。毫无疑问，国际直接投资在世界经济舞台上扮演了举足轻重的角色。

一、国际直接投资是生产资本 国际运动的重要形式

1. 定义辨析：国际直接投资难以统一的内涵

国际直接投资(Direct Investment)是指投资者跨越国

界,直接将其资金、机器设备、专有技术、专利、商标等各类资本投入位于别国的企业,并取得该企业全部或部分管理控制权的一种资本输出活动。在这一跨国活动中,投资者的国籍所属国或资本所属国称为投资母国,即资本输出国;接受外国资本的国家则称为投资东道国,即资本输入国。根据国际法的一般原则,国际直接投资活动受到投资东道国法律和投资母国法律的双重管辖。

国际直接投资作为生产资本国际运动的重要形式,是国内资本再生产过程在国际范围内的延伸。然而,对于国际直接投资的定义及其包含的内容各国不尽相同,几乎不可能汇编出国际间严格可比的国际直接投资的统计数字。为此,一些国际组织曾致力于概念的统一工作。根据联合国“跨国公司中心”(Centre on TNCs)所下的定义,凡是投资者对直接投资的海外企业的投资,均称之为国际直接投资。而国际货币基金组织(IMF)对外国私人直接投资所下的定义是:“外国居民在某一国境内对有效控制着的企业所作的投资。”所谓“有效控制”,是指“拥有一定股份因而能行使投票表决权并在经营管理中享有发言权”。

2. 超越国界的国际直接投资的法律特点

尽管各国有关国际投资的定义、内容存在差异,但都具有超越国界的同一特点。与一国境内的国内投资相比,国际直接投资具有下列特点:

(1)资本输出方与资本输入方是位于不同国家或地区的自然人、法人或国家。

(2)国际直接投资活动所涉及的一国资金、机器设备、专

有技术、专利、商标等,要作超越国界的转移。

(3)资本输出方的资本输出必须得到资本输入国即东道国的审查批准,并且履行东道国法律规定的审查与批准手续。

(4)资本输出方必须遵照东道国的法律、法令和有关规定进行生产和经营活动,并受东道国法律的管辖。

(5)资本输出方在东道国只享有民事活动权利,不得参与东道国的政治活动,他们的合法权利受东道国的法律保护。

(6)国际直接投资常常涉及投资保险和投资保证制度,以保障承担较大政治风险的资本输出方的利益和安全。

(7)调整国际直接投资活动的法律规范既包括资本输出国和资本输入国的有关国内法规范,也包括调整两国间或国际间私人投资关系的国际法规范。

(8)解决国际直接投资争议的方法很多,除了司法诉讼、仲裁这种法律或准法律手段之外,还可以采用调停、斡旋和外交保护等政治手段。

3. 当代西方国际直接投资的理论

本世纪六、七十年代以来,全球范围的国际直接投资不断向纵深发展,与此相适应,西方学者加紧了对国际直接投资行为的研究,提出了观点各异的海外直接投资的理论。研究这些理论对于掌握当代国际直接投资的特征和发展规律有所裨益。

(一)垄断优势理论

垄断优势理论起源于本世纪 60 年代,其创始人为美国的海默(Stephen H. Hymer)和金德伯格(Charles P. Kindle-

berger),该理论的核心是,企业拥有的高水平知识资产和内部规模经济效益的垄断性优势,是企业对外进行直接投资的决定性因素。按照垄断优势理论的假设,从事国际直接投资的企业拥有这些垄断性优势,据此可以获得高于当地同类企业的利润。

垄断优势理论摒弃了传统的国际资本流动理论所假定的各国产品和生产要素是“完全竞争”的市场。与此相反,海默认为,必须采用“不完全竞争”的理论来解释企业的国际直接投资行为。所谓“不完全竞争”,是指由于技术、规模经济及产品差别等引起的偏离完全竞争的市场结构。根据这一理论的解释,正是由于存在“不完全竞争”,从事国际直接投资的企业才能凭借其各种垄断优势,取得高于当地企业的垄断利润。在国际投资方面,利润是竞争能力的反映,一个企业唯有能够获得高于当地企业的利润时,才有可能从事国际直接投资活动。

根据垄断优势理论,从事国际直接投资活动的企业所拥有的垄断优势主要有两类:

其一,企业拥有的知识资产的优势。所谓知识资产泛指专利与专有技术等知识产权以及企业的管理、组织和销售技能等一切无形资产。企业一旦拥有这些优势,就能够研究和开发在成本、质量、生产技术和工艺、推销技能等诸方面与其他同类产品相比具有较强竞争力的“差别产品”。企业所拥有的这种垄断优势,能够抵消其国际经营中其他方面的劣势,使其在激烈的竞争中立于不败之地。

其二,企业拥有的内部规模经济效益的优势。根据垄断优势理论,一旦企业达到了最适度的生产规模,其产品成本可以达到最低平均成本。为此,企业为了获得最佳经济效益,应该

充分利用各国生产要素价格的差异,把其产品系列分别分配到生产成本最低廉的国家进行生产,从而合理地配置企业的各种生产要素,以获得企业内部生产规模节约的优势。

海默和金德伯格首创的垄断优势理论为西方跨国公司理论的发展奠定了基础。由于这一理论利用了产业组织的理论,故又被称为产业组织理论分析法。

(二)国际生产折衷理论

国际生产折衷理论又称国际生产综合理论,是上世纪 70 年代由当代著名跨国公司问题专家、英国里丁大学教授邓宁(John Dunning)创立的。该理论主张用统一的国际经济活动实证分析方法,来解释企业对外直接投资的决定因素。邓宁认为,包括垄断优势理论在内的现有的各种海外直接投资理论在解释国际生产方面都具有片面性,并且缺乏把国际生产和贸易或其他资源转让形式联系在一起的统一模式。为了适应国际生产格局的发展变化,应该把企业对外投资的目的、条件以及投资区位的分析综合起来,形成一种统一的、综合的理论。按照这一理论的假定,一个企业只有拥有下列三类优势时,才有可能从事对外投资。

(1)企业优势。企业优势主要指在同一区域内,一国企业拥有的高于外国企业的优势。这些优势包括该国企业所拥有的或外国企业无法取得的对各类有形资产和无形资产占有的优势。企业优势构成了企业从事国际直接投资的基础。企业优势只有通过转让或对外直接投资,才能实现其实际效益。

(2)内部化优势。邓宁认为,为避免外部不完全市场对企业的不利影响,企业在拥有其各种优势的同时,必须使这些优