

• 曹建明 丁 伟 著

HAIWAI ZHIJIE TOUZI
FALU WENTI BIJIAO YANJIU
CAOJIANMING DINGWEI ZHU
HUADONG LIGONG DAXUE
CHUBANSHE

海外直接投资 法律问题比较研究

• 华东理工大学出版社

上海市高等学校青年教师学术基金资助

海外直接投资 法律问题比较研究

曹建明 丁 伟 著

华东理工大学出版社

(沪)新登字 208 号

海外直接投资法律问题比较研究

曹建明 丁 伟 著

华东理工大学出版社出版发行

上海市梅陇路 130 号 邮政编码 200237 电话:4367383

新华书店上海发行所发行经销

上海展望印刷厂 印刷

开本 850×1168 1/32 印张 6.375 字数 159 千字

1995 年 4 月第 1 版

1995 年 4 月第 1 次印刷

印数 1—2000 册

ISBN 7-5628-0561-X/D·9

定价 10.00 元

引 言

进入 90 年代以来,国际经济格局呈现出多极化并趋向区域化、一体化发展的趋势。作为国际贸易的延伸和发展的海外直接投资持续大幅度增长,到 1992 年,全球对外直接投资总额已达 20000 亿美元。联合国最新发表的《1993 年世界投资报告:跨国公司和一体化的国际生产》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 55000 亿美元,而世界商品出口及无形贸易额仅为 40000 亿美元。显而易见,海外直接投资已成为世界经济增长的主要推动力量。

全球性的海外直接投资格局在近一二十年发生了令人瞩目的变化。随着科学技术突飞猛进的发展、生产和资本国际化程度的不断提高、国际分工的进一步深化以及国际市场竞争的日趋加剧和贸易保护主义的日益猖獗,投资来源国急剧增多,投资主体日趋多元化,传统的发达国家资本单向外流已演变为各国之间互有进出、相互投资、相互渗透的多向对流局面。越来越多的发展中国家在国际投资舞台上也同时扮演了资本输入国和资本输出国的双重角色,从而形成了一种你中有我、我中有你、互为促进、各得其利的当代海外直接投资的崭新格局。

为了适应海外直接投资格局变化的这一新趋势,我国实行对外开放政策以来,在大举引进外资的同时也积极地向外反投资。在党的十四大报告中,江泽民总书记明确指出:“积极扩大我国企业的对外投资和跨国经营”。据外经贸部统计,截至 1994 年初,我国各类企业经批准已在 120 个国家和地区开办了 4497 家合资、独资、合作生产等类企业。尽管其规模和投资数额与蓬勃发展的引进外资无法比拟,但目前正呈现出方兴未艾的势头,其发展前景颇为

宽广。面临 90 年代严峻的国际政治与经济形势,我们应该审时度势,把握机遇,深化改革,扩大开放,进一步发展我国的海外投资事业,以便直接置身国际市场,在国际竞争中开拓市场,以形成多渠道、多层次、多形式的利用外资的新局面。

多年来我国利用外资工作以引进外资即在我国境内兴办三资企业为主要渠道,与其相适应,我国学术界几年来始终将引进外资作为理论研究的热点,文章的数量甚多,但内容大多雷同,没有质的突破,许多新的研究领域没有开拓。如从严格意义上说,“利用外资”应包含引进外资和对外投资双向性,即“请进来”与“走出去”两重含义。但国内的研究大多局限于引进外资这一环,而研究我国对外投资法律问题的文章却寥若晨星。一些有关国际投资的著述也站在资本输入国的立场上,着重阐述东道国保护、利用及限制外国投资的法律制度。与此相同,在我国外资立法领域这种厚此薄彼的现象也极为严重。十多年来,我国竟从未公开颁布过任何一部调整对外直接投资关系的法律规范。由于缺乏必要的法律规范,实践中无法可依、无章可循的现象颇为严重。显然,这种立法与理论研究的滞后状况同我国蓬勃发展的对外投资的实践是极不协调的。

作为一部对海外直接投资法律问题进行比较研究的专著,本书将分别站在投资母国和投资东道国的立场上,并紧密联系我国海外直接投资的实践,对鼓励、限制、保护海外直接投资的法律制度,海外直接投资企业的法律地位、组织形式、审批制度、影响海外直接投资的若干法律症结以及海外直接投资争议的解决等法律问题进行比较研究。

目 录

引言

第一章 海外直接投资概述

- 第一节 海外直接投资的定义与特点 (1)
- 第二节 调整海外直接投资关系的法律渊源 (2)
- 第三节 当代西方海外直接投资的理论 (9)

第二章 我国海外直接投资概况

- 第一节 我国海外直接投资的特征 (14)
- 第二节 我国海外直接投资与引进外国直接投资的关系
..... (17)
- 第三节 我国海外直接投资在外向型经济中的地位 (20)
- 第四节 我国海外直接投资的现状 (23)
- 第五节 我国调整海外直接投资关系的法律制度 (25)

第三章 鼓励与限制海外直接投资的法律制度

- 第一节 投资母国鼓励本国海外直接投资的法律制度 ... (30)
- 第二节 投资东道国鼓励海外直接投资的法律制度 (33)
- 第三节 建立我国鼓励对外直接投资法律制度的几点设想
..... (36)
- 第四节 投资母国限制本国海外直接投资的法律制度 ... (39)
- 第五节 投资东道国限制海外直接投资的法律制度 (42)

第四章 保护海外直接投资的法律制度

- 第一节 海外直接投资法律保护概述 (46)
- 第二节 投资东道国国内法对海外直接投资的保护 (48)
- 第三节 投资母国国内法对海外直接投资的保护 (54)
- 第四节 保护海外直接投资的双边协定 (66)
- 第五节 保护海外直接投资的多边协定 (74)

第五章 海外直接投资企业的目标选择与审批制度

第一节 海外直接投资的目标选择 (81)

第二节 投资东道国有关外国直接投资企业的审批制度
..... (86)

第三节 我国海外直接投资企业的审批制度 (90)

第六章 海外直接投资企业的法律地位

第一节 海外直接投资企业的组织形式 (95)

第二节 海外直接投资企业的法律主体资格 (100)

第三节 海外直接投资企业的法人国籍 (102)

第七章 影响海外直接投资的若干法律症结(一)

第一节 投资者的待遇标准 (110)

第二节 外交保护权问题 (115)

第三节 特许协议的法律问题 (118)

第八章 影响海外直接投资的若干法律症结(二)

第一节 国有化及其补偿问题 (127)

第二节 国家财产豁免权问题 (132)

第三节 海外直接投资领域的国家责任问题 (149)

第九章 海外直接投资合同的法律冲突与法律适用

第一节 海外直接投资合同的法律冲突 (154)

第二节 海外直接投资合同法律适用概述 (161)

第三节 海外直接投资合同法律适用的基本理论 (166)

第四节 海外直接投资合同准据法的适用范围 (175)

第五节 我国有关海外直接投资合同法律适用的立法与
实践 (179)

第十章 海外直接投资争议的解决

第一节 海外投资争议的非司法解决 (186)

第二节 海外投资争议的仲裁解决 (190)

第三节 海外投资争议的司法解决 (194)

第一章 海外直接投资概述

第一节 海外直接投资的定义与特点

一、海外直接投资的定义

海外直接投资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到位于别国的企业,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。在这一跨国投资活动中,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,海外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。

海外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,对于海外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海外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,均称之为海外直接投资。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”。

二、海外直接投资的特点

尽管各国有关海外直接投资的定义、内容存在差异,但基本含义大致相同。鉴于资本输出方的投资活动超越一国国界,因而这种海外直接投资同本国境内的国内投资相比,具有下列特点:

1. 资本输出方和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. 海外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——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,他们的合法权益受到东道国的法律保护。

6. 海外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性风险的资本输出方的利益和安全。

7. 调整海外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. 解决海外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。

第二节 调整海外直接投资关系的法律渊源

法律渊源作为一个法律术语具有两种含义,即实质意义上的渊源和形式意义上的渊源。前者又叫物质意义上的渊源,指的是法

律所体现的统治阶级的意志,它是法的真正根源;来源于社会的物质生活条件,后者又叫法学意义上的渊源,指的是体现统治阶级意志的法的具体表现形式。调整海外直接投资关系的国际投资法作为一种特殊的法律,它体现了各国统治阶级的协调意志。对于这一形式多样的应用性法律部门,本节仅研究其形式意义上的渊源,即法律规范的具体表现形式。从总体上看,调整海外直接投资关系的法律渊源有国内渊源和国际渊源两个方面。国内渊源主要指投资东道国和投资母国有关海外直接投资的各种国内立法。国际渊源主要指调整两国间或多国间海外直接投资关系的双边和多边条约。从具体的结构体系看,这一法律渊源是由下列四种法律规范组成的:

一、投资东道国有关外国私人直接投资的法律规范

这是指投资东道国有关本国境内外国私人直接投资的法律制度的法律规范的总称。这种法律规范既包括调整外国直接投资关系的实体法规范,也包括东道国对外国投资进行审查批准以及解决投资争议的各种程序法规定。这种法律规范通常有以下几种形式:

(一) 内容系统的、统一的外资法

这种法律对利用外资的各种形式都作了统一、系统的规定。采用这种立法形式的国家比较多,但法律名称不尽相同。如印度尼西亚、智利、阿根廷等国家称“外国投资法”,刚果、乍得、塞内加尔、突尼斯、加蓬等国家称“投资法”,日本称“关于外国资本的法律”,菲律宾称“外国企业管理法”,希腊则称“投资及外国资本保护法”。

(二) 针对某一投资形式制定的单一的专门法规

采用这种立法形式的国家,通常不制定完整、系统、统一的利用外资的法典,而是就各种利用外资的形式,分别制定单一的专门法规。如罗马尼亚的《关于在罗马尼亚国内设立、组织和经营合资

公司的法令》、波兰的《关于在波兰建立合营企业及其经营活动的命令》、中国的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等。

上述两种立法形式属于投资东道国关于外国直接投资的基本法，泛称“外资法”。

（三）散见于其他法律文件中的有关外国投资的法律规定

除了制定利用外资的基本法以外，各国通常还就与外国投资有关的外汇、税务、关税、劳务、土地管理等问题制定专门的法律、法令、条例、命令以及决议等法律文件，这些法律文件中有关外国投资的法律规定，从各个不同的角度对各国有关外国投资的基本法作了补充。

毋庸置疑，在当今世界范围内，各投资东道国为了维护国家主权和经济利益，无不制定本国的外资政策以及与之相适应的外国投资法，实施国家干预经济的职能。然而，由于各国的政体不同，社会文化的差异以及经济发展的不平衡，其调整外国直接投资关系的立法宗旨、形式及具体内容都各不相同。从对外资所持的立法态度来看，发达国家由于本国经济实力雄厚，技术水平先进，对外资通常采用比较开放的立法态度，对外资的限制性规定比较少。而发展中国家由于经济相对落后，技术、资金匮乏，亟需引进国外资金，因而对外资的优惠措施比较多。另一方面，由于这些国家具有长期遭受发达国家控制和掠夺的历史，为防止外资对本国经济的再度渗透与控制，对外资又持比较谨慎的态度，制定了较多限制性规定。即使同属发展中国家，各国对外资的态度和政策也不尽一致。如属于自由港的新加坡等国对外资流入基本上持放任态度，对外资的投入领域、规模、方式以及利润的汇出，原则上不作限制性规定。少数贫穷落后的国家对外资基本上采取封闭和排斥的政策，对外资加以严格的限制。而绝大多数的发展中国家在现阶段对外资持比较现实的态度，采取鼓励和限制相结合的政策。

从立法形式看,发达国家通常不制定关于外国投资的基本法和专门法规,而由一般通用的公司法等国内法调整外国投资活动。这种公司法既适用于本国公司,也适用于外国在本国设立的公司。发展中国家则习惯于制定由一系列关于外国投资的专门法规构成的基本法,或者制定集各种单行法于一体的外国投资法典,并以其其他有关法律为补充。也有些国家主要以合资经营企业法为主,同时辅之于其他有关法律、条例。这些补充性或辅助性的法律、法令,内容庞杂、数量繁多。如公司法、合同法、税法、工商企业法、移民法、劳动法、贸易法、反托拉斯法、证券法、商标注册法、专利法、进出口管理法、外汇管制法、出入境管理法、环境保护法等。此外,在一些联邦制国家,外国投资不但要遵循联邦法,还要遵守有关州的法律规定,而联邦法与州法以及州与州的法律规定不尽相同。如美国联邦没有统一的公司法,但各州的公司法差异很大,而联邦拥有统一的税法规定,但各州又有各自的所得税法。

由此可见,投资东道国有关外国直接投资的法律规范错综复杂,并且对外国投资活动产生最直接的影响。

二、投资母国有关海外直接投资的法律规范

不少投资母国从维护本国经济利益、保护本国海外直接投资的实际需要出发,纷纷建立了鼓励、限制、保护本国海外直接投资的法律制度。有些国家制定了有关海外直接投资的专门法律,如美国 1948 年制定并几经修改的《对外援助法》、日本 1978 年修订的《输出保险法》、韩国 1978 年颁布的《海外资源开发促进法》等等。也有些国家没有直接制定专门调整海外直接投资关系的法律,但其有关外汇管理、税收、技术转让等国内法中的有些条文对鼓励、限制、保护本国海外直接投资作出了规定。

三、投资东道国与投资母国订立的双边投资协定

这是指投资东道国与投资母国订立的双边投资保护协定、条约、换文,属于投资法体系中国际法制方面的重要法律规范。这些双边协定旨在鼓励、保护、保证及促进两国间的直接投资,其名称繁多,如“投资保险和投资保证协议”、“相互保护投资协议”、“促进和保护投资协定”、“相互鼓励和保护投资协定”等等。

第二次世界大战以后,随着国际间直接投资的不断发展,主要投资母国为了保护其海外的直接投资,竞相采用双边投资保护协定这种法律手段。进入本世纪60年代后,国际资本流动呈现出交叉性和多元化的倾向,双边投资保护协定的数量、内容及其适用的地域范围都发生了显著的变化,不但主要的投资母国(如美国、日本、德国等)同众多的发展中国家普遍订立了各种形式的投资保护协议,一些发展中国家之间也陆续订立了这类投资保护协定。

有关保护海外直接投资的双边条约、协定、换文种类繁多,但按其内容可分为以下三种类型:

(一)友好通商航海条约

这是缔约国之间就商业活动和航行自由事宜签订的双边条约。其内容主要是解决两国间的商务关系,但也涉及外国商人及其资产和有关投资保护的问题。如美国与德国通商条约规定:“任何一方缔约国的国民处在对方缔约国领域内……对于他们的财产,非经法律上的正当手续,并且给予公平合理的赔偿,不得加以征用或使用”。

友好通商航海条约中涉及投资的内容大致可归纳为以下几个方面:1. 外国投资者的入境、旅行与居留;2. 个人基本自由权;3. 关于外国投资者的待遇标准;4. 对于外国投资者财产权的保护和尊重;5. 管理和经营企业的权利;6. 对外国投资者的税收待遇;7. 外汇管制与资金转移;8. 关于争议的处理和管辖权。

(二) 投资保证协定

投资保证协定主要是美国采取的形式,这种协定通常采用换文的形式。这种协定或换文与美国海外投资保险和保证结合在一起,也叫“投资保险和保证的协定”。除美国以外,加拿大也采取这种形式。其基本内容包括以下几项:1. 投资保护的条件。换文一般规定,受到保护的投资必须是经投资东道国政府批准的投资项目,而且只限于两国投资保护条约换文以后的新投资。2. 保险的范围。换文通常规定,保险的范围限于非商业性或政治性风险。3. 投资者的法律地位。换文通常要求投资者享有与投资东道国公民同等的权利。有些换文不包括这一内容。4. 代位求偿权。换文规定,如果由于政治原因而使投资者遭受损失,可由投资者所属国即投资母国(又称保护国)给予赔偿,而保护国因此而取得代位求偿权,可代替投资者向资本输入国政府提出赔偿的要求。5. 补偿办法。换文规定,补偿时用投资东道国的法定货币,但保护国所得的资金和权利不能低于或高于原投资者在东道国所得到的权利。6. 争议的解决。换文一般规定,对投资保护换文的解释以及发生的争议,应通过双方协商解决。如双方协商达不成协议,通过仲裁方式解决。

(三) 促进与保护投资协定

这是欧洲一些发达国家与发展中国家签订的促进与保护投资的协定,其中联邦德国最为典型。因此,这类协定又被称为“联邦德国型的促进与保护投资协定”。这类协定关于鼓励和保护外国投资的规定更为具体详尽,而且大多属于实体法的规定,其保护范围不仅包括“新”的投资,还包括已经存在于投资东道国的缔约另一方自然人或法人的投资。其基本内容可概括为下列几方面:1. 关于许可投资方面的规定。通常规定东道国给予外国投资者的待遇不应低于它给予其本国国民或任何第三国投资者的待遇。2. 关于国有化补偿的规定。一般都规定,除非为了“公共利益”,否则不对外

国投资者实行国有化。一旦根据需要对外国投资者实行国有化或其他类似措施时,应给予补偿。在国有化与补偿方面通常给予国民待遇或最惠国待遇。3. 关于因政治风险而赔偿损失的规定。对于因政治风险而造成外国投资的损失,应给予赔偿、补偿或恢复。在这方面双方一般都相互给予国民待遇或最惠国待遇。4. 关于代位求偿权的规定。一般都承认资本输出国享有代位求偿权。其具体内容与“美国式投资保证协定”的规定大致相同。5. 关于争议解决的规定。这类协定在争议解决的问题上针对两种不同类型的争议,规定了两种解决办法:对于缔约国之间关于条约或协议解释和适用的争议,一般规定由双方指派仲裁员组成仲裁庭解决;对于东道国与外国投资者之间的争议,如果缔约国是《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》的参加国,则按照该公约规定的条件和程序,将争议提交“解决投资争端的国际中心”解决。

(四) 调整海外直接投资关系的多边投资条约

这是指多国间有关海外直接投资的各种公约。第二次世界大战以来,有关保护投资的国内立法和只限于调整两国间投资关系的双边投资保护协定已不能适应日益复杂的国际间直接投资的需要。为此,一些国家、国际组织试图通过缔约国际公约,建立一整套多国间的保护国际投资的法则、机构、制度。一些国际民间机构也为此作出了种种努力和尝试。然而,由于缔结这些国际公约的国家政治和经济体制不一,经济利益各异,在一些重大问题上很难取得一致意见,国际社会又不存在一种能够对违约国家实行制裁的超越于国家之上的权力机关,因而制定这样一些国际公约客观上存在不少困难。从已经起草的有关国际公约草案来看,对许多重大问题只作一般的原则性规定,许多具体问题无法规定,而且在许多问题上对缔约国的主权进行不同程度的限制,并且片面保护外国投资者的利益,漠视东道国的利益,因此大多数投资东道国都不愿意承担公约规定的对外国投资的保证义务,即使美国等主要投资母

国也对这些公约持消极的态度,有鉴于此,已经订立的有关海外直接投资的国际公约除了 1965 年在世界银行倡导下通过的《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》外,几乎无一得以实施。

第三节 当代西方海外直接投资的理论

本世纪 60、70 年代以来,全球范围的海外私人直接投资不断向纵深发展,与此相适应,西方学者加紧了对海外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海外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,其创始人为美国学者海默(Stephen H. Hymer)和金德伯格(Charles P. Kindleberger)。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定,从事海外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海外直接投资行为。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”,从事海外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。在海外直接投资方面,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,才有可能从事海外直接投资活动。

根据垄断优势理论,从事海外直接投资活动的企业所拥有的垄断优势主要有两类:

其一,企业拥有的知识产权的优势。所谓知识产权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技能。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,能够抵消其在海外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的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与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