

经济新视野



陈业宏 著

中国海外投资法律研究

ZGHWTZFLWTYJ

湖北人民出版社



GAO JIAI HAI TAO ZI
FAI WEN TI JIA

中国海外投资法律问题的研究

陈业宏 著

ZGHWZFLWTYJ

湖北人民出版社

鄂新登字 01 号
图书在版编目(CIP)数据

中国海外投资法律问题研究/陈业宏著.
武汉:湖北人民出版社,1998.12
(经济新视野)
ISBN 7-216-02460-5

I. 中…
I. 陈…
Ⅱ. 对外投资—经济法—研究—中国
N. D922.295

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 23378 号

中国海外投资法律问题研究

陈业宏 著

出版: 湖北人民出版社
发行:

地址:武汉市解放大道新育村 33 号
邮编:430022

印刷:武汉第二印刷厂

经销:湖北省新华书店

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32

印张:14.125

字数:323 千字

插页:4

版次:1998 年 12 月第 1 版

印次:1998 年 12 月第 1 次印刷

印数:1-1 540

定价:21.00 元

书号:ISBN 7-216-02460-5/D·443

序

资本输出是 20 世纪以来国际资本流动的主要形式之一，它曾被看成是“垄断占统治地位的最新资本主义的特征”。作为垄断资本占据世界市场，利用他国的人力和资源，牟取高额利润的主要手段的资本输出，当然也是富国剥削穷国的重要手段之一。因此在过去很长的历史时期内，一些发展中国家，特别是刚取得民族解放运动胜利而获得民族独立的国家，由于背负沉重的历史包袱和出于民族感情，大都对外国资本的输入是不欢迎的甚至加以拒绝，同时也由于自身的贫困，当然也谈不上对外资本输出。

当世界进入 80 年代以后，随着生产国际化的进一步拓展，国际投资（资本输入和输出）格局发生了变化，不少发展中国家不仅敞开国门采取优惠政策引进外资“欢迎剥削”，而且积极设法开拓国际市场向海外投资。这就是说资本输出已不仅是富国剥削穷国的垄断资本向外扩张的手段，而且也是发展中国家谋求对外发展、参与国际竞争的重要途径。实践证明，在全球经济一体化的今天，在国际竞争日趋激烈的情势下，一个国家的经济要发展，不仅要引进和利用外资，也要积极创造条件争取向外推进，以直接向海外投资的方式既可利用外国资本，又可通过此途径开拓国外市场，吸取外国先进技术和管理经验。那种认为我们

只应引起外资而不必积极争取向海外投资的抱残守缺的观念是十分片面的。“只进不出”的政策不是完全的对外开放政策,从长远的观点看,这对国家的经济发展是极为不利的。不过令人欣慰的是随着改革开放的深入,我国自 90 年代以来,已有不少国内企业,开始迈出了向海外投资的步伐,并已获得一定的成功!然而我们也不无遗憾的看到,由于体制上的原因特别是对外投资的监督体制不健全,加上国家海外投资立法不完善、企业人员素质水平低下和经验缺点、以及对东道国的有关外资立法不熟悉等诸多因素,因而付出的海外投资成本相当昂贵,足以使人感到痛心,也激发了一批法学理论工作者开始对有关海外投资的法律问题进行研究。本书的作者陈业宏同志就是怀着一种历史责任感比较早的涉足这一领域的研究的。多年来,他在这方面业已取得一批研究成果,现在呈现在广大读者面前的《中国海外投资法律问题研究》一书,正是他这些年来研究成果的总结。

本书作者在总结他本人的研究成果并广泛吸收他人研究成果的基础上,全面系统的对有关中国的海外投资的法律问题进行了研究;首先他立足于中国的实际,根据我国目前海外投资的现状,针对所存在的问题有的放矢地就有关海外投资环境、各国外资立法的概况作了研究和分析,同时又就中国企业进行海外投资所必须进行的对外资信调查、企业本身必须具备的条件、必经的程序和海外投资创办的企业法律形态以及在投资中可能遇到的技术问题作了详尽的论述和介绍。最后还特别就海外投资的风险作了研究并提出具体的防范性的法律对策,具有极强的针对性和实用性,最值得我国正在或正准备向海外投资的企业和有关业务主管机关的决策者与业务人员一读。其次本书在整体内容上既阐明了有关海外投资的基础知识和基本理论,又以更大的篇幅充分论述了有关海外投资的实际问题;既“放眼世

界”充分介绍了各国的外资立法概况,又立足本国重点分析了我国目前海外投资的现状和存在的法律问题;既有对一般情况的介绍和分析,又有针对性的就有关海外投资的风险及防范作重点研究和具体分析,反映出本书具有内容全面、体系完整的特点。像这样的全面系统深入的对海外投资法律问题进行研究的专著,目前国内尚不多见。因此它也很值得从事国际经济法教学和科研的理论工作者一阅;第三,本书在研究和写作方法上不仅一般地运用了系统论的研究方法和比较法学的研究方法,而且特别运用了法律分析和经济分析相结合的方法,在文字表述方面不仅使用通俗流畅的语言进行论证和叙述,更以图表形式和翔实的资料加以系统的说明,具有极强的可读性。

综观《中国海外投资法律问题研究》一书,作者从马克思主义的历史的、辩证的观点出发,运用有关法学和经济学的原理,根据海外投资的特点,紧密结合目前中国海外投资工作的实际就有关亟待解决的法律问题进行了全面系统的阐述和分析;内容丰富、资料翔实、思路清晰,理论性强且不乏自己独到的见解。然而作为一本新书总难免有不足之处,如就目前中国海外投资存在的法律问题缺少案例分析,对防范投资风险的法律对策的研究亦欠充分,尽管如此,仍瑕不掩瑜,本书的出版对推动我国海外投资、帮助国内读者更好地了解有关海外投资的法律知识,促进我国海外投资立法,无疑是大有裨益的。是以诚应作者之约,在本书付梓之际,谨志数言以为序。

余能斌

1998年9月8日

于武昌珞珈山

前 言

自进入 20 世纪 90 年代以来,国际投资迅速增长,第二次世界大战前发达国家向发展中国家单向输出资本已演变为当代各国间相互投资、资本多向对流的局面。当今大多数国家在国际投资舞台上同时扮演资本输入国和资本输出国的双重角色。多向投资、互有进出、各得其利已形成当代国际投资的新格局,能否充分利用外资、占领国际市场已成为一国经济能否快速发展的重要原因之一。引进外资和海外投资是一国利用外资的两个方面,引进外资固然很重要,但海外投资在某种意义上更为重要。发达国家从 19 世纪后期就开始重视海外直接投资,进入 20 世纪 60 年代以来,大都制定了海外投资保证制度,并采取了一些其他鼓励政策和法律措施,加强同外国签订双边投资保护条约,推动了其海外投资的大规模发展。同时发达国家的学术界也非常重视对海外投资的研究,取得了大量的研究成果,为其本国海外投资提供了理论根据和实践指导。广大的发展中国家近 30 年来也开始了海外投资的历程,其海外投资虽然起步晚,整体规模尚小,但有些国家的投资发展十分迅速。

各国利用外资正反两方面的经验反复证明,只有双向利用外资,将资本引进来与投出去相结合,相互促进,才有利于加速本国经济的发展,增进国际经济合作与交流。据有关资料显示,引进资本与输出资本的比例在发达国家为 1 : 1.4,发展中国家为 1 : 0.13,而我国则为 1 : 0.05。我国这一比例严重失调与国家在利用外资领域厚此薄彼密切相关。近 20 年来,我国非常重视引进外资及其立法,先后制定了 200 多部引进外资的法律法规,对外输出方面较重视对外贸易,而不重视海外投资及其立法,到目前为止,国家尚未制定一部系统调整海外投资关系的法律,甚至这方面的立法尚未列入国家立法议事日程。海外投资立法的严重滞后不仅阻碍了我国海外投资的开展,而且使得已有的海外投资活动无法可依,海外投资者及其企业的合法权益得不到法律的保护,海外国有资产流失严重。与国家立法形势相适应,我国学术界特别是法学界研究外商投资的较多,研究海外投资的较少。国内一些国际投资法的著述多站在资本输入国的立场上,着重阐述资本输入国引进外国投资的法律制度,而很少从资本输出国的角度来论述鼓励、保护和限制海外投资的法律及其政策措施等。至于专题研究中国海外投资法律问题的则极为罕见。显然,这种立法与理论研究的滞后状况不仅同党的十五大报告提出的要“鼓励能够发挥我国比较优势的对外投资”方针不相符合,而且与我国日益蓬勃发展的海外投资实践也是极不协调的。

作为一部研究中国海外投资法律问题的专著,本书紧密联系我国海外投资的实践,并从投资母国的角度来系统研究中国鼓励、保护、限制海外投资的法律制度和法律问题,既阐释我国现行的海外投资法规和政策,又提出中国海外投资法律体系的立法构想,研究的范围不仅包括国内法,也包括国际法制。笔者

力图通过这一研究为国家立法者进行这方面的立法提供参考，为海外投资者提供法律服务，为国内学术研究在这方面的拓展起一个抛砖引玉的作用。

目 录

前 言	1
第 1 章 海外投资概述	1
1.1 海外投资的概念、作用和现状	1
1.2 海外直接投资理论	8
1.3 调整海外投资关系的法律渊源	13
第 2 章 中国海外投资及其法律问题概况	19
2.1 中国海外投资的现状与条件	19
2.2 中国海外投资与引进外资的关系	27
2.3 中国发展海外投资的战略意义	30
2.4 中国海外投资存在的法律问题	35
第 3 章 投资环境	42
3.1 投资环境的概念与分类	42
3.2 海外投资环境要素分析	46
3.3 海外投资环境的综合评估	52
第 4 章 海外各东道国外资立法概述	61
4.1 外国投资的范围、期限和出资比例	61
4.2 外国投资的审查和批准	68
4.3 外国投资利润和原本的汇出及股份转让	74
4.4 外国投资的税收和税收优惠	77
4.5 外国投资企业的劳动雇佣和土地使用问题	80
4.6 外国投资企业的国有化与投资争议的解决	82
第 5 章 海外投资合营对象的资信调查	87

5.1	资信调查的概念和作用·····	87
5.2	海外投资合营对象资信调查的内容·····	90
5.3	海外投资合营对象资信调查的途径和程序·····	95
5.4	海外投资合营对象的资信评估·····	99
第6章	举办海外投资企业的条件与审批制度·····	103
6.1	中国跨国公司—海外投资的主体·····	103
6.2	举办海外投资企业的条件·····	111
6.3	我国海外投资企业的审批制度·····	120
第7章	中国海外投资企业的投资契约与章程·····	124
7.1	投资契约的概念和种类·····	124
7.2	投资契约的基本内容·····	127
7.3	海外投资企业章程·····	138
第8章	海外投资的资本与技术法律问题·····	145
8.1	海外投资的资本构成·····	145
8.2	海外投资的资金筹集·····	150
8.3	中国海外投资企业的资本运营规则·····	163
8.4	海外投资企业技术转让中的法律问题·····	166
第9章	中国海外投资的企业法律形态·····	174
9.1	海外合资经营企业·····	174
9.2	海外合作经营企业·····	179
9.3	海外独资企业·····	182
9.4	收购外国企业·····	191
第10章	海外投资企业的税收与避税·····	200
10.1	海外投资企业的税收·····	200
10.2	跨国经营活动中的避税·····	208
10.3	海外投资企业的主要避税方法·····	212
10.4	海外投资企业利用转移定价避税·····	218

10.5	海外投资企业利用国际避税港避税·····	223
第 11 章	海外投资的风险及其防范 ·····	231
11.1	海外投资风险概述·····	231
11.2	海外投资国家风险的防范·····	237
11.3	海外间接投资风险及其防范措施·····	248
第 12 章	鼓励和限制海外投资的法制 ·····	255
12.1	资本输出国鼓励和限制海外投资的法制·····	255
12.2	资本输入国鼓励和限制外国投资的法制·····	264
12.3	中国鼓励海外投资法制的构想·····	272
第 13 章	中国海外投资的国内立法 ·····	276
13.1	中国海外投资国内立法概况·····	276
13.2	中国海外投资立法构想·····	285
13.3	建立中国海外投资保证制度·····	294
第 14 章	中国海外投资的国际法制 ·····	303
14.1	中外双边投资保护协定·····	303
14.2	中外双边税收协定·····	316
14.3	保护中国海外投资的多边公约·····	321
第 15 章	中国海外投资的规范管理 ·····	340
15.1	海外投资管理概述·····	340
15.2	海外投资国有资产的管理措施·····	347
15.3	海外投资的外汇管理·····	352
15.4	海外投资的财务管理·····	358
15.5	海外投资企业的人事管理·····	362
15.6	母企业对海外子企业的管理与控制·····	371
第 16 章	中国海外投资企业的终止与清算 ·····	379
16.1	海外投资企业的解散·····	379
16.2	海外投资企业的清算·····	386

第 17 章 中国海外投资的有关法律问题	392
17.1 海外投资者的待遇标准	392
17.2 国家财产豁免问题	398
17.3 国有化及其补偿问题	405
第 18 章 中国海外投资争议的解决	409
18.1 海外投资争议概述	409
18.2 协商和调解	413
18.3 东道国当地救济与外交保护解决	417
18.4 海外投资争议的仲裁解决	420
18.5 海外投资争议的司法解决	431
主要参考文献	434
后 记	436

第 1 章

海外投资概述

1.1 海外投资的概念、作用和现状

1.1.1 海外投资的概念与特征

国际投资是指资本的跨国流动,它包括国际直接投资和国际间接投资。国际直接投资是投资者以控制企业经营管理权为核心,以获取利润为主要目的,通过在东道国设立独资企业、合营企业等直接参与生产经营的资本外投。国际间接投资是指投资者不直接参与东道国企业的生产经营,而通过购买外国公司的股票和其他有价证券以及中长期国际信贷等形式所进行的投资。但人们通常习惯于把国际投资特指为国际间私人(除政府官方外)直接投资。国际投资包含两方面的涵义,即资本输出的一方面与资本输入的一方面,因而,同一国际投资关系可以从不同角度使用不同的词语。具体地说,从资本输入国(接受投资的东道国)来说,国际投资通常被称为外国私人投资或外国投资,我

国称之为外商投资;从资本输出国(投资母国)来说,国际投资一般被称作海外投资或海外私人投资,在国际文件上,一般用“外国直接投资”一词来指海外投资。海外投资(本书指海外直接投资)是指一国境内的投资者,即自然人、法人或其他企业经济组织等将其资金、机器设备、工业产权、专有技术及其他资本投放到境外,依照其他国家或地区的法律在当地设立各类公司企业,并取得该企业全部或部分管理控制权,从事生产和经营,获取盈利的一种资本输出活动。它具有如下特征:

1. 特指私人投资。国际资本的流动,其资本来源可能是官方,也可能是私人。资本来自于各国政府和政府机构及国际组织的投资(主要是贷款、援助),被称为官方投资。资本来源于自然人、法人及其他经济组织等的投资,被称作私人投资。海外投资仅指来自私人投资者的跨国投资,不包括官方或民间其他形式的国际融资。

2. 投资主体专指来自东道国境外的私人投资者,如自然人、法人或其他经济组织。海外投资者一般是指与东道国国籍不同的投资者,但也不必一律按照国籍标准来区分,在特定情况下,也可广泛包括来自东道国境外的东道国投资者及其拥有的资金移人。如1965年《解决国家和他国国民间投资争端的公约》第25条二款之(二)项,1985年《多边投资担保机构公约》第13条(C)项,都有此种扩大解释的规定。^①我国华侨和港、澳、台的商人来大陆投资,以及大陆企业向港、澳、台投资,均应作此理解。^②

3. 限于海外私人直接投资。国际私人投资可分为直接投资

^{①②} 陈安、刘智中编选:《国际经济法资料选编》,法律出版社1991年5月版,第691、755页。

与间接投资。直接投资是伴有企业经营管理控制权的国际私人资本的移动。间接投资又称证券投资,指仅仅以其能提供收入(股息、红利等)而持有股票或证券的投资,投资者对企业资产只享有一份所有权,对企业不参加经营管理,也无控制权和支配权。海外投资一般指直接投资,而不指间接投资。

4. 海外投资者及其企业受东道国法律的管辖。海外投资的资本要作超越国界的转移,资本输出必须得到东道国的审查批准,并且履行东道国法律规定的审查与批准手续。资本输出方必须遵照东道国的法律和有关规定进行生产经营活动,并受东道国的法律管辖。海外投资者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,他们的合法权益受东道国法律的保护。

5. 调整海外投资关系的法律规范较多。根据国际法的一般原则,海外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,同时还受两国间或多国间条约、公约等国际法的管辖。因此,调整海外投资关系的法律规范就包括东道国的国内法规范、投资母国的国内法规范、投资母国与东道国之间的双边协定、多国间的国际法规范。

6. 解决海外投资争议的方法很多。在海外投资过程中,投资者与东道国及其公司企业、个人等发生争议是不可避免的。一旦发生争议,既可以采取当事人之间进行协商、由第三人调解等手段解决争议,也可以采取司法诉讼、仲裁等法律或准法律手段解决纠纷,还可以采用调停、斡旋和外交保护等政治手段来解决纷争。

1.1.2 海外投资的作用

根据投资者向国外进行直接投资的动机以及投资效果,海外投资的作用主要有如下方面:

1. 它可以绕过因各国贸易保护主义而设置的关税壁垒和非关税壁垒,开拓新的出口市场,缓解或对付现有出口市场的威胁。现代各国为了保护民族工业的发展和防止外国商品占领本国国内市场,极力推行市场限制、配额限制、进口许可证制和复杂苛刻的技术标准以及高关税政策等贸易保护主义措施,使得正常贸易手段和商品出口无法回避这些法律上、体制上的障碍。而海外投资则因为其能取得东道国公司企业资格,从而就可以顺利地启开东道国的市场大门,打入其内部,维护投资母国已有的市场,开拓并建立新的市场网络,扩大投资国的对外贸易。

2. 充分地利用国外资源和资金。一国的资源相对于本国经济的发展和人民生活的需要来说总是有限的,通过海外投资,可以利用国外资源弥补国内资源短缺,缓解国内资源供需矛盾。另外,到海外投资办企业,使东道国必须投入配套资金以保证该企业的正常运转,这实际上就是在境外利用外资。

3. 海外投资可以直接有效地获取国外的先进技术、管理经验和市场信息。海外投资一般都雇佣国外企业管理人员和技术人员,利用当地的市场经营机制,这就有利于吸收他们有益的管理经验和先进技术,同时也便于身临其境地学习和掌握其他外国企业的先进技术,避免国内引进外资中外商以旧充新、以落后充先进的现象。另外,海外投资比其他任何渠道更便于收集海外市场情报和新技术发展等方面的情报,最能实现企业对东道国市场销售的控制目标。

4. 在海外投资生产并销售产品,能减少生产成本,缩短交货时间,便于改进产品以符合当地市场消费水平和人们的消费习惯,并易于提供销前售后服务,形成市场优势,获得较高投资收益,也能提高投资母国产品的竞争能力。海外投资与一般贸易相比,它能提供最便宜、最有效益的市场服务渠道。