

《国际经济纠纷与预防案例分析》丛书

10021

国际投资纠纷 与预防案例分析

领衔主编 张 强
主 编 孙秋玉 周 泳



山西经济出版社

人员的案头参考书。

本套丛书在编写过程中得到了美国威斯康星大学 Irish 教授及美国律师事务所的热情关心和帮助,也得到了山西经济出版社李肖敏、寇志宏、曹恒轩等编辑的大力支持。在此一并感谢。

由于我们的水平有限,很可能在案例分析及理论探讨方面会有些不足,甚至错误,敬请读者提出批评指正,更欢迎共同探讨。

张强

1996 年 4 月 10 日

书 名:国际投资纠纷与预防案例分析

作 者: 领衔主编 张强

出版者: 山西经济出版社(太原市并州北路 11 号·

邮码:030001·电话:4044102)

发行者: 山西经济出版社发行

新华书店经销

印刷者: 山西人民印刷厂

开 本: 850×1168 1/32

印 张: 7.375

字 数: 185 千字

印 数: 0001—5000 册

版 次: 1996 年 10 月第 1 版 1996 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7—80577—837—X /F·837

定 价: 11.80 元

责任编辑:寇志宏

社长:张凤山

总编辑:李国维

序

随着我国经济体制改革的深入发展以及我国经济与国际经济相互融合的不断加强,国际经济往来之间所产生的纠纷也就不可避免地增多。由于我们在这方面的经验不足,故而在涉及国际经济纠纷的案件中处在了不利的地位。因而,从理论上分析国际经济纠纷的内在原因并提出一些有益的建设性意见就显得格外重要了。由张强同志领衔主编的这套丛书,起到了这一作用。

这套丛书由一群中、青年学者(包括在国外深造的博士、律师)和一些富有实践经验的青年干部合著,充分体现了理论与实践相结合的宗旨。丛书的写作很有特点,并没有就事论事,而是从实际发生的案例出发,从理论上系统深入地评析,有一定的深度。此套丛书涉及了国际经济领域中的各个

方面,也有一定的广度,相信丛书将对相关的实际工作者有着重要的启发和借鉴作用;同时,对于该学科的教学、科研亦有一定的参考价值。

我很高兴这套丛书的出版,也希望今后有更多的对我国经济实践行为产生指导意义的著作面世。

滕 维 藻

一九九六年七月

于南开大学

前 言

从古典经济学家大卫·李嘉图的比较成本说到目前各种现代经济学派的全球经济战略理论,奠定了自18世纪以来各种历史时期国际经济往来的理论基础。国际间在贸易、投资、技术转让、金融等方面的极大程度的交融,使全球经济构成了相互依赖、相互影响的总体。我国自从80年代徐徐开启国门以来,开放了国内市场,也闯进了国际市场,参与国际交往的范围之广、发展速度之快、出乎人们的预料之外。在这个过程中,虽然我们取得了令人瞩目的成绩,但是,由于我们的经验不足也得到了许多教训。追根寻源,缺乏国际经济法律及惯例的常识是主要的,亦是重要的原因之一。

进入国际经济活动的大循环,必须遵守共同的规则,因而就必须深刻了解、准确运用国际经济法律和惯例,否则,在市场竞争中,将处在一个十分不利的地位。这已经由已发生的大量的相关案例所证明。前事不忘,后事之师。出于此目的,我们编写了这套丛书,从国际金融法、国际投资法、国际贸易法、国际技术转让法以及国际税法等诸方面,力图深入浅出地介绍基本内容,指出易于出现纠纷及争议的方面,并且以实际发生的典型案例来进行剖析,以利于深刻理解并作为防范的指南。希望这套丛书能使从事国际经济交往的实际工作者读之受益,也希望成为从事相关方面研究与教学

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 国际直接投资与国际投资法	(2)
第二节 国际投资纠纷概述	(9)
第二章 国际投资纠纷解决的基本途径	(13)
第一节 外交保护权	(14)
第二节 东道国当地救济原则	(24)
第三节 外国法院诉讼	(30)
第四节 国际法院诉讼	(42)
第五节 国际投资纠纷的仲裁解决	(46)
第三章 《解决国家与他国国民之间投资争议公约》与国际投资纠纷的解决	(69)
第一节 《华盛顿公约》概况	(70)
第二节 “中心”的管辖权问题	(74)
第三节 “中心”的法律适用问题	(92)
第四节 “中心”仲裁裁决的承认与执行	(105)
第五节 “中心”与中国	(112)

第四章 国际投资保证制度与国际投资纠纷的解决	
.....	(117)
第一节 政治风险与国际投资保证制度概况	
.....	(118)
第二节 美国海外私人投资保证制度剖析	(122)
第三节 国有化的理论与实践	(153)
第五章 国际投资契约及其纠纷的解决	(171)
第一节 特许协议	(172)
第二节 中国涉外投资契约	(189)
第六章 国际投资管制法制及其纠纷的解决	(201)
第一节 外国投资的审批制度	(202)
第二节 外商投资企业中的经营管理权	(209)
第三节 外国投资的资本问题	(217)
第四节 外资投向与投资比例	(222)
注 释	(225)
主要参考书目	(229)

第一章 绪论

- 国际直接投资与国际投资法
- 国际投资纠纷概述

第一节 国际直接投资与国际投资法

一、国际直接投资的概念

现代意义上的国际投资产生于近代资本主义形成时期,发展至今日,已成为国际经济交往的重要方式。广义的国际投资是指以资本增值为目的的国际间的资本跨国流动。就世界范围而言,国际投资包含两方面的含义:其一是资本输出国的对外投资(资本输出);其二是资本接纳国的吸收外来投资(资本输入)。而对某一具体特定的国家来说,国际投资这种经济活动既应包括本国接纳外来投资,也应包括本国的对外投资。

需要指出的是,我们在本书中所说的国际投资是个狭义的概念,不包括国际间接投资(也称为国际证券投资),而专指国际直接投资。直接投资与间接投资最大的不同在于间接投资并不直接影响作为投资对象(一般是指位于国外的企业)的经营管理权,即与该企业的控制权无实质性的联系。举例来说,股票的购买既可以是国际直接投资的手段,也可以是国际间接投资的方式。若作为国际直接投资的股票购买,其目的在于控制实物资产,并通过行使其所持股票所代表的表决权来控制或影响企业的经营管理。而作为间接投资者,它购买股票是为了取得这种金融资产所能给他带来的收益。

至于拥有多少投资份额才构成直接投资,各国法律的规定和解释并不统一。如美国政府确定的直接投资标准是海外投资者拥有企业表决权的股份达到企业股份总数的 $1/4$ 即认为享有控制权,其投资归属于直接投资。而 1976 年美国国会和商务部颁布的《外国投资调查法》规定,只要个人直接或间接拥有 10% 的有表决权的股票即构成直接投资。而有的国家则只把外国投资者拥有 50% 以上股份的企业作为外国直接投资企业。1985 年的加拿大《外资法》规定除公司形式以外的其他组织形式的企业,非加拿大人取得了该经济实体 50% 以上的股份才视为取得控制权,构成直接投资。^① 有的发展中国家也有类似的规定。

各国规定构成直接投资的不同标准时,多是出于统计上的需要。其实,我们在划分国际直接投资与国际间接投资时主要的依据应该是看来自国外的投资者是否把其所有或持有的资金、实物、专利技术、非专利技术、管理经验等等有形或无形的资产直接投入到企业经营活动中。换言之,国际直接投资不仅仅是单纯的国际间的资本流动,而是伴随着企业经营管理权的生产要素或一揽子资源的移动。因而,从这个意义上讲,它也有别于单纯以交易为手段的证券投资,是一种比较复杂的跨国经济行为。它同样不同于以货物交易为手段的国际进出口贸易活动,因而是一种较高层次的国际经济合作的方式。

国际直接投资,也有人称它为国际私人直接投资。这里所说的“私人”是指资金来源于海外的私人投资者,例如个人、公司或其他经济实体。但对资本输入国而言,即便资金来源于某一国家的政府机构或国有企业,只要是直接投资,一般也把它作为“私人”投资对待,在相关的法律法规上也一视同仁地按照“外国私人资本”投资进行管理,并不享有任何特殊的待遇,这也是国际上通行的惯例。

二、国际直接投资的形式

按照世界银行的惯例,国际直接投资主要有三种形式:(1)股权式合营企业;(2)合同(契约)式合营企业;(3)独资企业。前两种企业统称为国际合营企业。它们共同的特点正如其英文名称“joint venture”所昭示的那般合营方“共同冒险”,捕捉投资机会,赢取投资回报。即所谓各方共同出资,共同经营,共担风险,共负盈亏。此外,合营企业是建立在合营双方互补合作基础上的,互补性可以表现在许多方面,如技术、产品、市场、管理、研究开发等等,这也意味着他们在对外关系上利益的一致性。但同时,我们也应该看到,合营企业双方在处理相互之间的关系时,会有许多问题难以解决。譬如双方在经营管理方式、市场目标等方面会有不协调的地方,这也决定了合营企业会是一个不十分稳定的经营实体。

契约式(合同式)合营企业与股权式合营企业最显著的不同在于合营各方的投资不折算为等额的股份,不按股份分担风险和盈亏,而是根据合同规定的权利和义务以利润的分配方式进行合作。

独资企业则是全部资本由外国投资者投入,没有东道国资本的参与,外国投资者独享企业的所有权。

合营企业与独资企业各有优点,但也不可避免会有各自的弱点。对合营企业来说,优势主要集中在以下几点。其一,合营企业既能筹集单方投资者不易取得的较大规模的资金,同时又能使各方共担风险,分散了投资风险;其二,合营企业可以充分发挥各自优势,实现优势互补;其三,因为有东道国企业或个人的参与,可减少或避免东道国的各种政治风险;其四,从企业外部环境来说,投资输入国一般倾向更愿意接受合营企业投资形式,尤其是发展中

国家,因而这些国家相应地会给合营企业营造一个相对有利的经营环境,这无疑也是合营企业顺利发展的必要因素。

当然,对于外国投资者来说,采取合营企业的益处还远不止这些,它还可利用灵活的出资方式带动商品输出和技术转让,一举数得。另外,外国投资者也可借助东道国投资方原有的销售渠道、市场经验占据东道国的市场。

正因为合营企业有上述长处,国际合营企业已成为进行国外直接投资的主要企业形式。目前世界上无论是发达国家还是发展中国家,合营企业发展都很迅速。1987年联合国跨国公司研究中心报告,1980—1981年,2/3以上的美国跨国公司采用这种国际经济合作方式。在我国,合营企业包括中外合资经营企业和中外合作经营企业,其资本额占在中国的外国直接投资总额的90%,并仍以每年较快的速度递增。

合营企业同样有致命的弱点,主要表现在各方出于各自的利益,在企业经营过程中难以协同一致,从而使企业运作效率不高,对外界变化反应较迟钝,容易丧失商业机遇。更为严重的是,合营各方有时会在诸如合同中权利义务的承担,企业经营管理权等问题上发生争吵产生纠纷与对立,从而使合营企业的基础——双方互补合作关系遭到破坏,以致使投资者的目的落空。

举办独资企业在很大程度上克服了合营企业的上述缺点。因为外国投资者对企业拥有完全的所有权,在经营企业中无需同其他人协商就有权决定,这在日趋复杂的经济活动中显得尤为重要。独资企业最大的缺点是由投资者承担全部商业风险与政治风险,一旦经营失败损失很大。另一个因素同样不容忽视,独资企业的投资形式并不是所有的国家都能接受的直接投资。在这些国家对外资比例的限制就会使得创办独资企业的愿望难以实现。即使允许

外资占 100% 份额的国家,各国政府一般是发展中国家出于发展民族工业的愿望,某些优惠措施不适用于独资企业。但即便如此,许多大型的跨国公司从全球竞争战略的角度出发,宁愿冒巨大风险,而不愿与东道国企业或个人合作,因为作为实现跨国公司全球战略的工具,全资子公司才是最理想的企业形式。70 年代,国际商用机器公司(IBM)全部撤出在印度的投资,就是因为当时 IBM 公司在世界各地坚持独资的投资战略,而不愿同印度政府分享所属公司的所有权。^②

国际直接投资迅速发展是第二次世界大战以后的事情。随着战后政治局势的变化,科学技术的迅猛发展以及不少新兴工业国的崛起,国际直接投资总额扶摇直上。进入 80 年代以后,此种趋势有增无减。据 1994 年联合国跨国公司中心的《世界投资报告》统计,到 1993 年世界范围内直接投资额累计高达 21250 亿美元。另一方面 1992 年,世界范围内的跨国公司以及下属子公司的总销售额已突破 44 万亿美元,远远超过世界范围内的贸易出口总量 2.5 万亿美元。由此可见,国际直接投资已然是当今国际市场中最主要的资金、技术和生产产品的交换形式,成为带动世界经济一体化的主要力量。

三、国际投资法

国际直接投资活动需要用法律手段来加以调整,来规范各方的权利与义务,以使其既能促进国际经济交往与合作,同时又有助于各国经济发展目标的实现。

国际投资法是指调整国际间私人直接投资关系的法律规范的总和,它是国际经济法的一个组成部分,因而具有国际经济法本身

所具有的原则和特征。它的主要内容具体地讲,包括以下几个部分:

(一)资本输出国的有关国内法规。世界各国关于对外投资的法律规定不一,内容繁简也相差悬殊。但是,一般而言,对外投资法制基本包括三个方面的内容:(1)对外直接投资审批制度;(2)海外直接投资的保证(保险)制度;(3)鼓励或限制对外投资的法制。其中最主要的是海外投资保证制度,此制度于1948年由美国在《援外法案》中首度创设,尔后为各资本输出国所效仿。

(二)资本输入国的有关国内法规。由于国际投资活动主要是在资本输入国内进行的,必然要受东道国法律管辖,因此,资本输入国的有关国内法规是国际投资法的重要组成部分。资本输入国为了使国际投资纳入本国经济发展的轨道,一般都制定相关法律,对外国投资采取保护、鼓励或限制的措施。

资本输入国有关外国投资的法制几乎涉及到国内各个法律部门,但通常都以一部或几部内容较为全面系统的单行法规为核心,同时配合其他相关的法规共同构成外国投资的法制环境。其中占核心地位的法律有时也称为一国的外资法,例如日本1950年的《外资法》,1980年的《外汇及外贸管理法》。南美安第斯条约国如阿根廷、巴西、智利等国的《外国投资法》。我们国家的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》及它们的《实施条例》也可视为此类法律。至于其他相关的法律规定则散见于各国国内立法之中,如公司法、税法、民法等。

(三)双边和多边的国际条约

双边和多边的国际条约是国际投资法的国际法上的渊源。双边投资条约是两国政府间订立的以保护双边投资为内容的条约,如我国与前联邦德国签订的《关于促进和保护投资的协定》。签订

多边的投资公约,一向是有关国际组织、民间团体及各国学者们努力倡导的一项国际立法。但是,绝大多数的文本草案未获通过或通过后未能为各国政府批准生效。时至今日,已经生效并在国际投资领域发挥重要作用的公约主要有两个:一个是1965年《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(又称《华盛顿公约》);另一个是《多边投资担保机构公约》。这两项立法成果是各方共同努力,协调多方利益,相互妥协让步的结果。由于在国际直接投资领域,存在着较为严重的利益冲突,制定世界性的国际投资法典的条件还远未成熟。

综上所述,国际直接投资所引起的各种关系,包括投资者与本国政府间的投资管理关系,外国投资者与资本输入国之间的投资管理关系或投资合作关系,不同国家投资者之间的合作关系,以及两国或多国间的投资关系均在有关国内法或国际法的调整范围之内。国际投资不单要得到所属国政府的允许以谋求其保护,还需受东道国法律的管辖,更需遵守国际条约的规定。因此,我们可以认为,当今国际投资已经不再是一项单纯的经济活动,而且还是一种法律行为。国际投资者需要有很强的法律意识,以法律规范为投资行为的导引,惟其行为在法律上是可为的,经济上才可行,那么实现预期的投资目的才成为可能。

对从事跨国经营的投资者而言,能否有效预防投资纠纷以及如何妥善处理纠纷在相当大的程度上取决于其对相关法律熟知程度及运用法律手段解决实际问题的能力。