



中国法学学术丛书

中国海外投资 立法论纲

Legislation Outlook
on Chinese Overseas Investment

梁开银 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国海外投资立法，既是中国海外投资迅速发展的保障和基石，也是时代赋予中国法学和法律工作者的历史使命。本书运用实证分析与规范分析、历史研究与比较法研究相结合的方法，从中国海外投资及其立法现状入手，特别关注中国入世对海外投资法制的影响，在深入比较研究的基础上，借鉴世界各国尤其是美国、德国、日本等发达国家和韩国、新加坡等新兴工业化国家成功的立法经验，围绕中国海外投资保险、监管和援助立法，探讨中国海外投资立法原则和立法体制，努力建构起国内法与国际法相结合，程序法和实体法相配套，法律、法规与行政规章相互补充的中国海外投资的立法体系。



独角兽工作室

平面设计

上架建议 国际经济法

ISBN 978-7-5036-9723-4



9 787503 697234 >

定价：25.00元

浙江省哲学社会科学规划课题研究成果
浙江省社科联省级社会科学学术著作
出版资金资助出版



中国法学学术丛书

中国海外投资 立法论纲

梁开银 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国海外投资立法论纲 / 梁开银著. —北京: 法律出版社, 2009. 7

(中国法学学术丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9723 - 4

I. 中… II. 梁… III. 对外投资—经济法—立法—研究—中国 IV. D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 115916 号

中国法学学术丛书	中国海外投资立法论纲	梁开银 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
----------	------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 / A5

版本 / 2009 年 8 月第 1 版

出版 / 法律出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

印张 / 9 字数 / 206 千

印次 / 2009 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 / 学术·对外出版分社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9723 - 4

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对中国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

2008年4月

目 录

第一章 WTO 协议与中国海外投资 立法 / 1

- 一、国际贸易与海外投资的相互关系 / 2
- 二、WTO 协议对中国海外投资法制的
影响 / 7
- 三、WTO 协议对中国海外投资立法的
要求 / 25

第二章 中国海外投资立法基础研究 / 31

- 第一节 中国海外投资立法的法理基础 / 32
 - 一、中国海外投资的概念及法律特征 / 32
 - 二、中国海外投资法及其法律渊源 / 35
- 第二节 中国海外投资立法的经济学分析 / 43
 - 一、中国海外投资的相关理论 / 43
 - 二、中国海外投资立法的实践基础 / 59

第三章 中国海外投资立法的原则、路径 和体系 / 66

- 第一节 中国海外投资立法的原则和体制 / 67

- 一、中国海外投资立法对象的特点 / 67
- 二、海外投资的现行立法及存在的不足 / 69
- 三、中国海外投资立法原则的确定 / 75
- 四、中国海外投资立法体制的完善 / 79
- 第二节 中国海外投资立法体系的建构 / 81
 - 一、中国海外投资立法体系建构的依据和特征 / 82
 - 二、中国海外投资立法体系建构的路径与步骤 / 84
 - 三、中国海外投资立法的基本框架 / 86
 - 四、多边投资条约与中国 / 111
- 附：与我国签有《双边投资保护协定》和《避免双重征税协定》的国家和地区 / 120

第四章 中国海外投资保险立法 / 123

- 第一节 海外投资保险的概念与特征 / 124
 - 一、海外投资保险的含义与类型 / 124
 - 二、海外投资保险的法律特征 / 126
 - 三、海外投资保险立法的沿革和体制 / 128
- 第二节 世界各国海外投资保险立法的比较 / 136
 - 一、美、日、德海外投资保险模式的比较 / 136
 - 二、美、日、德海外投资保险机构设置的比较 / 138
 - 三、美、日、德海外投资保险承保内容的比较 / 140
- 第三节 中国海外投资保险立法研究 / 144
 - 一、中国海外投资保险立法原则的确立 / 145
 - 二、中国海外投资保险机构的建立 / 147
 - 三、中国海外投资保险模式选择与代位权条款设计 / 152
 - 四、中国海外投资保险立法内容研究 / 170
- 第四节 中国海外投资保险的国际立法 / 178
 - 一、中国双边投资条约中有关政治风险保险的规定 / 179
 - 二、《多边投资担保机构公约》与中国 / 180
 - 三、中国海外投资国际保险与国内保险的关系 / 193

第五章 中国海外投资监管立法 / 199

第一节 中国海外投资监管立法的实践 / 200

- 一、中国海外投资监管的体制 / 200
- 二、中国海外投资审批监管立法现状 / 202
- 三、海外投资监管存在的主要问题 / 219

第二节 中国海外投资监管立法的完善 / 224

- 一、外国海外投资监管立法的比较 / 224
- 二、中国海外投资监管立法的完善 / 228

第三节 中国海外技术投资监管的法律问题 / 234

- 一、中国海外技术投资监管对象的法律特征 / 235
- 二、中国海外技术投资监管立法存在的问题 / 237
- 三、美国海外技术投资监管立法经验 / 240
- 四、中国海外技术投资监管立法的完善 / 243

第六章 中国海外投资援助立法 / 248

第一节 世界各国海外投资援助立法借鉴 / 249

- 一、海外投资的金融支持 / 250
- 二、海外投资的税收优惠 / 251
- 三、海外投资的信息援助 / 253
- 四、海外投资的组织援助 / 254

第二节 中国海外投资援助立法 / 256

- 一、中国海外投资援助立法存在的问题 / 256
- 二、中国海外投资援助立法的完善 / 260

主要参考文献 / 267

后记 / 271

第一章 WTO 协议与中国海外投资立法

WTO 涵盖协议之中,直接调整和涉及海外投资关系的多边协议主要有:《与贸易有关的投资措施协议》(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMS)、《服务贸易总协议》(General Agreement on Trade in Service, AGTS)、《与贸易有关的知识产权协议》(Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)以及《争端解决规则和程序谅解协议》(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)等。其主要内容涉及海外投资的市场准入、投资和投资者的待遇标准、与投资有关的数量禁止、投资争端解决以及投资种类和形式等多方面的内容。应该承认,将国际投资问题纳入世界贸易法律体系进行调整,是发达国家在贸易体系之外单独缔结多边投资协议却以失败告终后的另一种努力和尝试。它更多地体现了发达国家

在投资方面的理念和主张,反映了发达国家的政治和经济利益。然而,从促进和发展各国海外投资的角度来看,将海外投资问题纳入世界贸易体系有利于改善海外投资的法制环境,有利于促进发展中国家特别是具有一定海外投资实力的发展中国家的海外投资事业的发展。问题的关键在于,发展中国家如何利用 WTO 协议体系中的相关规定扬长避短,分享国际贸易和投资多边立法的成果。

一、国际贸易与海外投资的相互关系

海外投资^[1]与国际贸易是国际分工的两种基本表现形式,是一个企业国际化经营所必须面对的两种选择,具有理论和实践的高度统一性。著名经济学家希尔斯(S. Hirsch)在1976年发表的《厂商的国际贸易和国际投资》一文认为:当企业国内生产成本与出口销售成本之和小于国外生产成本与额外协调成本之和,并且小于国外生产成本与技术丧失成本之和时,企业将选择出口贸易的方式参与国际经营;反之,将以海外投资方式参与国际经营。日本一桥大学小岛清教授也在国际分工和比较成本原则的基础之上,揭示了国际贸易与海外投资的理论统一性。^[2]可见,国际贸易与海外投资二者有着本质的、必然的联系,它们统一于企业或自然人的国际经营或国际经济合作的过程之中。这一特点,决定了调整国际贸易的多边协议——WTO 协议也必然会影响或涉

〔1〕 从严格意义上讲,国际直接投资一般包括海外投资和引进外资两个方面。基于本节研究范围,主要从资本输出国的角度研究 WTO 协议对国际直接投资的影响,所以本节所指的国际直接投资也就是指一国的海外投资,反过来,海外投资也就是指资本输出国方面的国际直接投资。

〔2〕 黄河:“国际贸易理论与国际直接投资理论在比较优势下的融合”,载《首都经贸大学学报》2002 年第 2 期。

及海外投资。为此,有学者指出:WTO 协议继承了关贸总协定所创立的一系列关于多边贸易协议的原则、规则和制度,但又不是关贸总协定的简单翻版,它事实上又是一个多边投资协议群。^{〔3〕}

一方面,贸易和贸易政策对海外投资的规模、流向和构成产生影响。据有关研究和数据表明,国际贸易与海外投资在空间分布和产业结构上具有高度的一致与趋同性。发达市场经济体诸如欧盟、北美自由贸易区、日本等它们不仅集中占据了世界贸易,而且吸收了 60%—80% 的海外投资;发展中国家对外贸易和海外投资不仅数量上所占比例少,而且产品层次和产业结构也处于较低水平,与发达国家形成鲜明对比。^{〔4〕}可见,国际贸易与海外投资活动具有一定程度的关联度,它们的发展受某些相同生产要素或经济因素的影响或制约。因此,一定的国际贸易政策必然或多或少、或明或暗地影响或制约着海外投资活动。以关税为例,较低水平的进口保护能够强力吸引出口导向性的外国直接投资,相反,高关税可以引致“跳跃关税”(tariff-jumping)的外国直接投资以便开拓国际市场。^{〔5〕}应该说,贸易政策或措施对于国际投资的影响不仅仅在于关税措施,而是具有一定的普遍意义。根据联合国贸发会议的有关研究,与投资有关的贸易措施(Investment-related Trade Measures)大致可分为四种:市场准入限制;市场准入

〔3〕 刘笋:“论 WTO 协定对国际投资法的影响”,载《法商研究》2000 年第 1 期。

〔4〕 黄河:“国际贸易理论与国际直接投资理论在比较优势下的融合”,载《首都经贸大学学报》2002 年第 2 期。

〔5〕 王火山编译:“贸易与外国直接投资”,载《世界贸易组织动态与研究》1997 年第 7 期。

发展优惠;出口鼓励措施和出口限制措施。^[6]而每一种类的贸易措施都或明或暗地对国际投资起到或鼓励或限制的效果,不可避免地国际投资自由或市场化产生负面影响,使投资者不能根据市场力量或因素来决定其投资的数量、规模 and 方向,在一定程度上造成投资扭曲。至此,我们可以说,与投资有关的贸易措施赋予了多边贸易体制(GATT/WTO)的新内涵:WTO 协议不仅仅是追求贸易自由化的多边贸易体制,而且深刻全面地影响着海外投资的自由化进程以及投资的规模和流向等。具体地讲,WTO 协议之中的关贸总规则、原产地规则、技术壁垒协议、农产品和纺织品贸易协议等都可以间接地调节或影响海外投资。^[7]

另一方面,海外投资作为向国外市场提供货物和服务的重要方式也自然会影响国际贸易的规模、流量和构成。相应地,一个国家的国际投资政策和法规亦必然影响或制约着一国的国际贸易的流向和水平。这一经济规律或经济现象的客观存在为发达市场经济国家努力将国际投资问题纳入国际贸易体制提供了理论基石。

美国是世界上第一个就投资措施问题向关贸总协定争端解决机制提起申诉的国家。1982 年,美国国会认为加拿大颁布的《外国投资审议法》所包含的要求外国投资者做出有关当地含量、当地制造和少量出口以换取更优惠待遇的承诺之相关内容违背了 GATT 的相关条款,因而向 GATT 专家组投诉。专案小组裁决认为:“当地含量要求”违反了 GATT 第 3 条第 4 款国民待遇条款但并不违反 GATT 第 11 条对数量限制的规定;“出口表现要求”

[6] See UNCTAD, *Investment - related Trade Measures*, pp. 3 - 4, United Nation, 1999.

[7] 余劲松编:《国际经济交往法律问题研究》,人民法院出版社 2002 年版,第 7 页。

也并不违反 GATT 第 16 条第 1 款。但在理事会讨论成立专家组时,许多国家曾怀疑,因 GATT 并未对投资作过规定,而此案涉及投资立法,GATT 是否有权审理此案。理事会最后指定专家组裁决报告只限于 GATT 界限内的事项,并不对立法本身质疑。此案裁决后的第二年,加拿大重新修订了该法。^{〔8〕} 美国受到 FIRA 案胜诉的鼓舞,1984 年先后对《1974 年贸易法》与《1984 年贸易与关税法》的相关内容进行修改,授权有关机关处理投资问题的权力。其中《1984 年贸易与关税法》第 307 条将国际贸易定义为包括货物、服务和美国人对外投资,尤其当这类投资与货物、服务有牵连者。且进一步规定了美国贸易代表对外国“出口寻求”之投资措施行使诸如征税、禁止进口等管理权限。

在乌拉圭回合谈判中,美国提出了包括 14 种与贸易有关的投资措施,^{〔9〕}要求将所有对外国投资自由化构成障碍的投资政策都纳入关贸总协定的法网之中,希望在多边贸易框架下缔结全面调整投资措施的协定。欧共体与北欧各国主张集中讨论那些对贸易有直接限制作用,而且与关贸总协定规则有牵连者,不赞成讨论外国直接投资的一般问题。而发展中国家则普遍要求将讨论严格限制在对贸易有直接和重要负面影响的投资措施和规章上。他们主张有些投资措施是东道国管理外资和抵御跨国公司限制性商业行为所必需的。乌拉圭回合达成的最终文件《与贸易有关的投资措施协议》(通常简称为“TRIMS”)是上述几种方案微妙妥协的结果。

〔8〕 赵维田:《世界贸易组织(WTO)的法律制度》,吉林人民出版社 2000 年版,第 413~415 页。

〔9〕 这 14 项 TRIMS 协议分别是:投资激励(其中包括国内税及关税减让、补贴、投资转让等)、当地股权、许可证要求、汇款限制、外汇管制、制造界限、技术转让要求、国内销售要求、制造要求、产品指令要求、当地平衡要求、出口要求、进口要求、进口替代要求。有关这 14 项 TRIMS 的定义,详见夏申等编:《关税与贸易总协定大辞典》,对外贸易教育出版社 1993 年版,第 192 页。

TRIMS 是 WTO 所有涵盖协议之中直接调整国际投资措施的法律文件,具体适用于货物贸易,禁止引起货物贸易限制和扭曲的违背 GATT 第 3 条第 4 款(国民待遇条款)和第 11 条第 1 款(数量禁止条款)的投资措施(即当地成分要求;贸易平衡要求;进口用汇要求和国内销售要求等)。^[10] 它的诞生,标志着世界贸易组织成功地将投资措施纳入自己的调整体系之内,有力地推动了 GATT 协定由单一的国际贸易法律体系向贸易与投资综合调整的法律体系演进。尽管 WTO 协议中涉及海外投资的 TRIMS、TRIPS、DSU 和《补贴与反补贴协议》等对投资措施的调整范围和程度还相当有限,但是可以预见:WTO 协定通过定期或不定期的多边贸易谈判机制将使越来越多的投资措施被明文禁止,服务贸易领域享受的市场准入和国民待遇范围将不断扩大,与贸易有关的知识产权保护程度会越来越高,各国刺激出口的投资措施也必将更加严格地受到补贴与反补贴纪律的约束。发达市场经济国家一直都没有放弃在世界多边贸易体制内谈判和缔结国际投资协议的努力,特别是经合组织缔结 MAI 协议失败以后,欧盟、日本以及极少部分发展中国家希望通过 WTO 贸易与投资工作组(the Working Group on Relationship Between Trade and Investment)积极鼓动和推进在 WTO 框架下制定新的 MIA,并且对这一问题的研究成为该工作组的重要工作内容。

可见,由于投资与贸易的密不可分,贸易措施会影响海外投资的区位和流量,而投资措施也会影响贸易的规模和流向,二者相互联系,相互制约。这种关系本身决定了 WTO 协议在直接调整多边贸易的同时,也不可避免地直接或间接地调整着国际投资或各国的海外投资。正如刘笋教授所言:“不可否认,WTO 协定已经成为目前重要的国际投资公约,WTO 的相关协议事实上已

[10] 见 TRIMS 第 1 条、第 2 条及其附件——例示清单。

经涉及投资准入、准入后的待遇、争议解决等一系列重要内容,而且,作为经济的联合国,WTO 在全球的重大影响将使国际投资的多边纪律大大强化。”^[11]因此,中国加入 WTO,意味 WTO 协议在调整国际海外投资的同时,也必然调整中国的海外投资及其立法活动,对中国海外投资的国际和国内法制环境的优化起到促进作用。

二、WTO 协议对中国海外投资法制的影响

如前所言,将国际直接投资纳入世界多边贸易体系是发达市场经济国家缔结多边投资协定却一直以失败告终后的另外一种努力。特别是经合组织于 1995—1998 年间制定 MAI 协定流产后,发达市场经济国家更是寄希望于在 WTO 的框架之下解决投资争端以及在将来可能的时机缔结多边投资协定(MIA)。^[12]其根本目的就是在尚不具备成熟的政治、经济条件缔结单独的多边投资协定的情形之下,借助发达资本主义国家的雄厚经济实力和在 WTO 体制之内的强大谈判能力,并以 WTO 协议规定的贸易交叉报复为威胁,迫使发展中国家自我限制管理外国直接投资的权力,为发达市场经济国家的海外投资提供所谓的“公平、公正”待遇。应该说,TRIMS、GATS、TRIPS 以及 DSU 的签署在一定程度上实现了发达市场经济国家在世界贸易体制内调整投资措施的目的,改善了各国特别是发达市场经济国家的海外投资的投资环境。但也应该承认,WTO 协议作为目前世界上调整范围最广,

[11] 刘笋:“WTO 框架下的多边投资协议问题述评”,载《中国法学》2003 年第 2 期。

[12] 将在 WTO 框架下的多边投资协议称为 MIA,以区别于经合组织 1995—1998 年间缔结的 MAI。

加入国家或地区最多,并逐步向综合调整世界贸易与国际直接投资关系发展的多边法律体系,是发达市场经济国家与发展中国家共同缔结和妥协的结果,在更多地体现发达市场经济国家保护本国海外投资利益的同时,客观上也有利于具备一定经济条件的发展中国家开展海外投资,促进国内资源的优化配置和产业结构调整,从而在一定层面上分享国际多边立法的成果。^[13]

中国加入 WTO,意味着中国经济将更进一步融入世界经济一体化进程,也意味着中国经济将在更大幅度和更深层次上被纳入世界多边法律体系的调整之中。中国在 WTO 协议的框架之下享有权利和承担义务,因此,WTO 协议所涵盖的与投资有关的贸易措施协议以及与贸易有关的投资措施协议都将直接或间接地制约和影响中国的海外投资和海外投资的法律环境。中国加入 WTO 前后,我国学界对 WTO 协议对国际直接投资影响的研究主要集中于 TRIMS 对中国外资法的影响以及外资法如何修改才能使其与 TRIMS 保持一致等问题之上。换句话讲,我国学界的研究主要集中于发展中东道国所承担的 TRIMS 的义务的研究,而对于我国所享有的 TRIMS 的权利则研究不够或忽略不提。究其原因:一是认为我国海外投资规模不大,与外资引进不可同日而语,缺乏研究的经济和实践基础;二是认为发达市场经济国家缔结 TRIMS,其目的就是要规制东道国特别是发展中国家对外资的国内投资措施。自然地,学者们将更多的精力集中于国内管理外资的投资措施上,也在情理之中。然而,我国经过三十年的改革开放,宏观经济环境发生了深刻的变革,改革开放由主要吸引外资向吸引外资与适度海外投资并重的格局转变,已成为我国 21

[13] 当然,分享 WTO 协议之中涉及国际投资措施的法律成果必须建立在一定的经济实力的基础上,具备适度进行海外投资的国内条件。根据邓宁的国际生产阶段理论,我国正处于由国际生产的第一阶段向第二阶段转变的时期,具备一定海外投资的条件。

世纪经济发展的重大战略选择。

总的来说,由于投资与贸易的相互关系,WTO 协议从整体上影响和制约着中国海外投资,对中国海外投资的法制环境产生或明或暗的影响。但就学术界公认的直接涉及投资措施的 WTO 协议所涵盖的协议来看,对中国海外投资产生直接影响的协议主要包括:TRIMS、TRIPS、GATS、《补贴与反补贴协议》以及 DSU 等。它们对中国海外投资的市场准入、准入后的待遇以及争端解决等许多方面的问题提供了国内投资立法和双边投资条约所难以实现的保护,较大地优化了中国海外投资的国际法制环境。集中表现在以下几个方面:

(一) 中国海外投资市场准入问题

海外投资的市场准入涉及东道国对外资管理权的核心问题和重要环节,各国对此予以高度重视,希望通过市场准入的入门管理将海外投资纳入到有利于本国经济发展的行业序列之中。因而有些国家特别是发展中国家都制定了外商投资的产业目录、指导政策和外资法,对外商投资项目的行业范围、区位、投资比例和投资“本地化”以及产品销售等作是否有利于本国经济发展的审查,形成海外投资的市场准入壁垒。巴基斯坦 1976 年《外国私人投资促进和保护法》规定,为了国家利益和促进外国私人投资,联邦政府可以批准外国人在下列工业企业中投资:(1)巴基斯坦所没有的,并且,联邦政府认为需要建立的;(2)在巴基斯坦规模还不足以满足国家经济需要和社会需要的;(3)有利于开发巴基斯坦资本、技术和管理资源的,有利于发现、动员或更好利用国家资源的,有利于改善巴基斯坦的国际收支平衡的;有利于增加巴基斯坦就业机会的;有利于其他形式国民经济发展的。^[14] 拉美、

[14] 陈安主编:《国际经济法学》(第 2 版),北京大学出版社 2000 年版,第 234 页。