普通高等教育国家级规划教材系列

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

教育部全国普通高等学校优秀教材二等奖
司法部第一届全国法学教材
与法学优秀科研成果二等奖
司法部第三届部级优秀教材一等奖

国际投资法

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

|第四版|

余劲松 主编　周成新 副主编

普通高等教育国家级规划教材

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

内容简介

本书为我国国际经济法名家余劲松先生最有名的一部国际投资法经典教科书，常年畅销，数次荣获国家级大奖。

作者以其高超的驾驭能力，构建了完整的学科框架体系，并用精准的语言深入浅出地阐明了国际投资法的基本概念、基本知识和基本理论，介绍了我国外资法和有关国际投资的国际条约和协定的法律制度和规范，旨在使读者掌握国际投资法的专业理论与法律规则，培养其对国际投资与外商投资中的法律问题进行分析并解决的能力。

为了使本书能反映国际投资理论与实践的新发展，更好地适应教学的需要，作者及时对书稿进行了修订。第四版在对全书进行审定与修正的基础上，特别对外资管理制度、对外投资管理制度、双边投资协定的重要条款、国际投资争端解决机制等方面做了重要补充与更新。

独角兽工作室
平面设计

上架归类建议 法学教材·国际经济法

ISBN 978-7-5118-7067-4

9 787511 870674 >

定价:42.00元

普通高等教育国家级规划教材系列　普通高等教育"十一五"国家级规划教材

国际投资法

International Investment Law

| 第四版 |

主　编 | 余劲松
副主编 | 周成新

撰稿人 | 余劲松
以撰写章节先后为序 | 李仁真
周成新

法律出版社
始创于1954年

www.lawpress.com.cn
好书，同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

国际投资法/余劲松主编. —4 版. —北京:法律出版社,2014.11

普通高等教育国家级规划教材系列　普通高等教育十一五国家级规划教材

ISBN 978-7-5118-7067-4

Ⅰ.国…　Ⅱ.余…　Ⅲ.国际投资法学—高等学校—教材　Ⅳ.D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 244832 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/谢清平　　**装帧设计**/乔智炜

出版/法律出版社　　**编辑统筹**/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司　　**经销**/新华书店
印刷/固安华明印业有限公司　　**责任印制**/沙　磊

开本/720 毫米×960 毫米　1/16　　**印张**/27.5　**字数**/492 千
版本/2014 年 12 月第 4 版　　**印次**/2014 年 12 月第 1 次印刷

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　　**销售热线**/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　**咨询电话**/010-63939658

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　**西安分公司**/029-85388843　**重庆公司**/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636　**北京分公司**/010-62534456
深圳公司/0755-83072995　**苏州公司**/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5118-7067-4　　**定价**:42.00 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

法律出版社是中国历史最悠久的法律专业出版社，与国际出版同仁论剑，本社之专业出版品牌亦广受肯定。

本社素来注重法学教材出版。从20世纪50年代中国法学教材建设的起步，到20世纪70年代末中国法学教材的复兴，法律出版社均走在前列。1949年以来，我国第一部法理学、宪法、中国法律思想史、外国法制史、刑法、民法、民事诉讼法、国际法、国际私法、国际经济法教材，均出自法律出版社。

从20世纪80年代到90年代，再到21世纪，本社对于法学教材的出版更投入移山心力。而本社与权威法学家合作，渊源有自。作者中有法学宿耋，有中年英士，有青年才俊，均来自杰出法学学府与研究机构。本社教材，正旨在秉继法学先辈之思想财富，与新一代法律人分享。

自我国建设国家级教材以来，本社延揽名家，于此多有收获。从更早的国家级规划教材，到“九五”、“十五”，再到2006年评定的“十一五”国家级规划教材，法律出版社之法学类国家级教材，积累已多，忝居诸社首列。为整体性展现这批品质教材，本社乃以“普通高等教育国家级规划教材系列”为题，统一推出。

“好书，同好老师和好学生分享”，本社愿与法律共同体诸同仁，与中国法学与法律实践的学习者和建设者一起，分享好书，分享智识，分享法治进程中的点点滴滴。

法律出版社

作者简介

余劲松 法学博士，中国人民大学教授、博士生导师，教育部社会科学委员会委员、中国国际法学会副会长、中国国际经济法学会副会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、世界银行解决投资争端国际中心（ICSID）仲裁员。代表性著作有《中国国际经济法的理论与实践》（日文版，日本成文堂株式会社出版）、《跨国公司法律问题专论》等；主编有教育部面向21世纪法学核心课教材、国家级重点教材《国际经济法》、研究生教材《国际经济法问题专论》以及《国际经济交往法律问题研究》、《中国涉外经济法律问题新探》等。在《中国社会科学》、《中国法学》等重要学术刊物上发表有专论数十篇。其主编的《国际经济法》于2002年获教育部全国普通高校优秀教材二等奖，《国际投资法》于1996年获司法部第三届部级优秀教材一等奖，专著《跨国公司法律问题专论》于2012年获钱端升法学研究成果奖（部级奖）一等奖。

周成新 法学博士，深圳市法制局法制研究所所长、法学研究员、武汉大学法学院兼职教授、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、中国国际经济贸易仲裁委员会专家咨询委员会深圳分会委员、深圳市人民政府WTO法律专家咨询委员会委员。著有《国际投资争议解决方法》，参加了《国际经济法概论》、《国际投资法成案研究》、《外商投资企业法教程》等教材及专著《比较外资法》的撰写。

李仁真 法学博士，武汉大学法学院国际法研究所教授、博士生导师，湖北省司法厅副厅长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。其代表性著作有《国际金融法》、《国际金融法专论》、《欧盟银行法研究》、《中国金融法》等。其代表性论文有《论国际金融法的概念和体系》、《论巴塞尔协议的原则架构与性质》、《国际金融法界说》、《论欧共体银行法的特有原则》等。

第四版说明

近几年来，随着经济全球化的发展，无论是国际投资的局势还是国际投资的法制都发生了许多新的变化。为了使本教材能反映国际投资法理论与实践的新发展，适应教学的需要，我们对本教材第三版进行了修改。这次修改根据我国和国际上投资法制的发展，对某些内容进行了更新，特别是在外资管理制度、对外投资管理制度、双边投资协定的重要条款、国际投资争端解决机制等方面，结合国内外的最新实践进行阐述，力求反映近年来国际上的最新发展。同时，对全书也进行了全面审查和修正，力求完整、准确地阐述基本概念、基本理论和基本知识，在理论和实践的结合上，达到理论性、实践性、针对性和应用性的统一。

本教材第一至七章由余劲松负责修订，第八章由周成新修订。

法律出版社法律教育出版分社丁小宣社长、策划编辑谭柏平先生和谢清平女士为本书的修订与出版给予了大力的支持和帮助，编者在此特致谢忱。

尽管编著者作出了很大努力，但不完善处在所难免，敬祈读者批评指正。

编者

2014 年 5 月 22 日

目　　录

第一章　绪论 …… (1)
第一节　国际投资概述 …… (1)
第二节　投资环境与法制 …… (5)
第三节　国际投资法的概念、渊源与体系 …… (9)
第四节　国际投资法的基本原则 …… (12)
第五节　国际投资法的作用 …… (14)

第二章　国际投资法主体 …… (16)
第一节　自然人 …… (16)
第二节　法人 …… (18)
第三节　跨国公司 …… (22)
第四节　国家与国际组织 …… (29)

第三章　国际投资的企业形式 …… (34)
第一节　合营企业 …… (34)
第二节　合作经营企业 …… (45)
第三节　外资企业 …… (50)
第四节　合伙企业 …… (55)
第五节　企业形成的方式 …… (58)

第四章　国际合作开发与建设 …… (73)
第一节　石油资源国际合作开发概述 …… (73)
第二节　国际石油合作开发的基本模式 …… (77)
第三节　特许协议的法律问题 …… (84)
第四节　中外合作开采石油资源 …… (96)
第五节　外商投资成片开发土地 …… (101)
第六节　BOT 的法律问题 …… (106)

第五章 资本输入国外国投资法 …… (120)
第一节 外国投资法概述 …… (120)
第二节 外资进入的条件 …… (135)
第三节 企业经营活动条件与管理 …… (157)
第四节 对外资的保护与鼓励 …… (171)

第六章 资本输出国海外投资法制 …… (186)
第一节 海外投资的鼓励与管理 …… (186)
第二节 中国对境外投资的管理与鼓励 …… (190)
第三节 海外投资保险制度 …… (205)

第七章 国际投资的国际法制 …… (219)
第一节 双边与区域性协定 …… (219)
第二节 多边投资担保机构公约 …… (269)
第三节 世界贸易组织有关投资的协议 …… (285)
第四节 国际社会关于跨国公司和国际投资立法的努力 …… (298)
第五节 征收、国有化及补偿的理论与实践 …… (313)

第八章 国际投资争议的解决 …… (343)
第一节 概述 …… (343)
第二节 协商与调解 …… (346)
第三节 东道国当地救济 …… (352)
第四节 国际商事仲裁 …… (359)
第五节 《解决国家与他国国民之间投资争议公约》 …… (378)
第六节 历史上解决投资者与国家间争议的其他方法 …… (406)
第七节 我国关于解决外国投资争议的法律规定 …… (416)

主要参考书目和网站 …… (425)

第一章　绪　　论

第一节　国际投资概述

一、国际投资的概念与类型

国际投资是国际间资金流动的一种重要形式，是投资者为获得一定经济效益而将其资本投入国外的一种经济活动。投资具有以下特点：投资者投入资本或其他资源、期待获取收益或利润以及承担风险等。对特定国家来说，国际投资包括本国的海外投资和本国接受的外国投资。

国际投资可按不同的标准予以分类。如按投资者主体，可分为政府（或官方）投资和国际私人投资；依投资时间长短，可分为短期投资和长期投资；按投资形式与性质，可分为直接投资和间接投资。一般来说，国际私人直接投资在国际投资中占有主导地位，并对世界经济的发展起着举足轻重的作用。所谓直接投资，是指伴有企业经营管理权和控制权的投资，投资者在海外直接经营企业，并对企业的经营管理有较大的控制权。[1] 直接投资的具体形式有多种，例如：(1)以参加外国企业的经营为目的而取得其股份，或收买、兼并当地企业；(2)在外国新设享有100%股权的子公司，或与当地投资者组建合营企业；(3)在外国新设分公司、营业所、工厂、支店，或收买原有工厂，扩大分公司、工厂、营业所等；(4)单独或联合投资参与东道国资源开发项目；等等。但无论采取何种形式，投资者必须对这些企业的经营管理有一定控制权。这种控制权通常是与股权联系在一起的。至于拥有多少股份或股权才可认为有控制权，构成直接投资，各国立法和解释不一，但一般认为要达到一定数额的股权。如美国《1976年国际投资调查法》规定："直接投资是指个人直接或间接拥有或控制一家工商公司10%有表决权并能代表公司资本的股份（证券）……"国际货币基金组织将直接投资定义为投资者在一经济体的企业中取得

---

[1] 关于直接投资的定义，参见 D. Greenwald, *Dictionary of Modern Economics* (Second edition, 1973)。国际货币基金组织认为，直接投资是在一经济领域的企业中取得持久利益的投资，投资者的目的是对该企业的管理享有有效的选择权[参见 IMF, Balance of Payments Manual (1993)]。

"持久利益",所谓"持久利益"是指投资者拥有10%或更多的普通股票或投票权或等价物,若投资者拥有的股票或投票权少于10%,只要投资者在企业的管理中具有有效的发言权,则该投资仍可看做直接投资。俄罗斯1999年颁布的外国投资法对"外国直接投资"的定义是,外国投资者在俄罗斯的商业组织的资本中占有不低于10%的股权。[2] 至于长期贷款,若此种借贷关系是以参加企业经营为条件,有的国家也认为属于直接投资范畴。总的来说,认定直接投资的标准取决于有关国家的法律规定。

国际间接投资是指投资者不参加企业经营管理,也不享有企业的控制权或支配权,而仅以其持有的能提供收入的股票或证券进行的投资。其具体形式也有多种,如在证券市场上购买上市公司的股票或公司债券等收取股息或利息,一个国家的银行向处于另一个国家的企业提供贷款,等等。所以,直接投资与间接投资的区别,实质上是集中在对企业有无控制权这一问题上。[3]

二、国际投资的历史发展

国际投资始于资本主义发展时期。早在自由资本主义时代,一些工业发达的资本主义国家在商品输出的同时,也伴随有小规模的资本输出。到19世纪末20世纪初,资本主义进入了垄断阶段,"垄断占统治地位的最新资本主义的特征就是资本输出"。[4] 垄断资本为了占据国外市场,取得海外资源、攫取高额垄断利润,开始在海外直接投资设厂,直接经营企业。在"二战"前,国际投资以间接投资为主要方式,直接投资所占比重不大,并主要在发达国家间进行,主要投资领域为石油和原料生产项目。

"二战"后,国际政治、经济形势发生了重大变化,科技发展突飞猛进,不少新兴的第三世界国家崛起。国际直接投资也迅猛增长,并成为国际投资的主要方式,其投资的领域扩及到各个行业。但在20世纪80年代以前,国际投资仍然主要在发达国家之间进行,发达国家间的投资额在70年代初至80年代初相当于国际投资总额的3/4,而发达国家向发展中国家的投资仅相当于世界投资总额的1/4。

20世纪80年代以后,随着生产国际化的进一步拓展,国际投资的格局也发生了新的变化,这主要表现在:(1)国际直接投资大幅度增长。例如,世界直接投资增长率在1984年为1.5%,而在1986~1990年则达到28%。1991年以后,由于西方发达国家经济衰退,国际直接投资一度有所下降,但1993年以后又趋上升,1995年世界投资流入量达到3150亿美元,1999年达到8650亿美元,2007年达到1.8万

---

[2] See Russia: Federal Law on Foreign Investment in the Russian Federation, 39 I. L. M. ,2000.

[3] 参见 Kindleberger, *International Economics*(1985),p. 390。

[4] 列宁:"帝国主义是资本主义的最高阶段",载《列宁选集》(第2卷),人民出版社1974年版,第782页。

亿美元的创纪录水平,2008 年金融危机后下滑,2012 年为 1.35 万亿美元,预计 2015 年会上升到 1.8 万亿美元。(2)流入发展中国家的外国直接投资持续上升。1993 年发展中国家吸收的外国直接投资为 800 亿美元,占当年世界直接投资流入额的 40%;2012 年为 7030 亿美元,占全球外国直接投资流入总量的 52%,第一次超过了流入发达国家的外国直接投资总量。(3)发展中国家对外直接投资数额也增长迅速,1986 ~ 1990 年间,发展中国家对外投资在国际直接投资中的比重已超过 3%,1995 年则已达 15%。到 2012 年,发展中国家对外直接投资达到 4260 亿美元,占世界总量的 31%。金砖五国的对外投资 2000 年为 70 亿美元,到 2012 年则增长到 1450 亿美元,占当年世界对外投资总量的 10%。国际投资已呈现出发达国家和发展中国家间交叉进行,资本"对流"的新的趋向。(4)亚洲地区与拉丁美洲是国际投资的热点地区,中国自 1992 年以来一直是发展中国家中的最大资本输入国。2012 年外资流入量为 1117 亿美元。[5]

三、国际直接投资的理论

对于国际投资发生与发展的原因,西方经济学家提出了各种理论,较流行的国际投资理论有以下几种:(1)资本国际移动论及资源国际转移说。前者认为国际资本移动的基本原因在于各国间的利率差别,这对于解释国际间接投资仍被认为有效,但不能解释国际直接投资。有人在此基础上加以修正,提出资源国际转移说,即各国对于技术、管理经验、原料来源等资源的需求差别,便产生了资本的国际流动。这种理论是根据赫克歇尔—俄林(Heckscher-Ohlin)的天赋要素论的国际贸易理论推导而来的。(2)垄断优势理论。这种理论认为,进行直接对外投资的公司一定具有某种优势(主要是技术、管理经验等知识优势),并且具有垄断性,这就可使其海外子公司比当地企业更有竞争性。而当公司只能靠在国外进行生产才能从其垄断的知识优势中获取最大利益时,就会愿意直接对外投资。(3)寡头垄断理论。这种理论认为,由于相关工业被少数几个企业所垄断,因而它们彼此对对手的竞争性行动很敏感,每个公司为了避免让其他公司取得优势均必须追随其竞争者的做法,如某一寡头公司在国外投资,其对手就被迫要采取相应的对策,以避免失去竞争力量。(4)产品生命周期理论。这一理论是哈佛大学弗农(Vernon)教授提出的,他认为,任何新产品的发明与制造均首先在企业所在国开始,服务于本国市场;然后,该新产品从国内销售转为出口;当产品的出口地位受到威胁时,它们就在国外建立分公司,在国外生产和销售同类产品,以更好地利用其垄断优势;这种状况可以维持一段时间,直至领先地位被完全消蚀掉。(5)内部化理论。该理论认为,由于市场不健全,任何公司进入外国市场均必须付出一定代价,须改变其与当地企业竞争的劣势,而那些拥有竞争优势的企业,就倾向于使用直接投资形式并

[5] 有关资料参见联合国贸发会议历年的《世界投资报告》。

使用内部化市场,进行国际生产。[6] 上述诸种学说,其基本倾向是各自强调某一种因素对国际投资的影响,并大都是从企业拥有的优势来考虑问题的,因而未能全面考察国际投资的发生与发展。事实上,资本的本性是觅利,哪里有能取得高额利润的机会就投入到哪里。而各个国家在自然资源、科学技术、金融和市场等方面的差异,促使那些具有竞争优势的企业向海外发展,以求取得新的市场和高额利润。

四、国际投资的性质与作用

国际投资在历史上曾是主要资本主义国家掠夺海外资源、剥削殖民地的主要工具。然而,战后随着非殖民化运动的发展,不少殖民地国家取得了政治独立,它们在维护主权的前提下,化被动为主动,积极利用外资发展本国经济,有些发展中国家也发展自己的海外投资。因此,国际投资已经成为国际经济合作的一种重要形式。

对于资本输入国来说,国际投资兼有积极性和消极性这两重性。一方面,资本输出具有固有的消极性。列宁早就指出:资本输出"是帝国主义压迫和剥削世界上大多数民族和国家的坚实基础"。[7] 虽然现在世界政治、经济情况发生了变化,但国际资本固有的消极性不会因此消除,为了逐利,外国投资可能无视东道国的经济发展目标,控制东道国的经济命脉,甚至造成东道国的经济畸形发展。因此,世界各国,包括发达国家,均在利用外资的同时,又对外资施加不同程度的限制,以维护其主权和利益,抑制外资的消极作用,使不利因素向有利因素转化。

另一方面,国际投资对东道国的经济发展又具有积极作用。正如列宁指出:"资本输出总要影响到输入资本国的资本主义发展,大大加速那里的资本主义发展。"[8]资本输入国通过利用外资,可以解决国内资金困难,可引进国外先进技术和科学管理知识,提高国内企业技术水平和管理水平,改造老企业,建设技术先进型和出口型企业,加速基础设施的建设和自然资源的开发,增加就业、扩大出口,改善国际收支,促进本国经济的发展。因此,世界上绝大多数国家都注重利用外资发展本国经济。例如发达国家中美国既是最大的资本输出国,又是最大的资本输入国之一;日本、联邦德国及其他欧洲国家在战后充分利用外资,恢复经济,并迅速促

---

〔6〕 关于西方国际投资理论,参见吴大琨主编:《国际经济学概论》,辽宁人民出版社 1988 年版,第 323~339 页。西文著作参见 Hymer, Stephen H., *The Multinatronal Corporation: A Radical Approach.* 1979; Kindleberger, C. P. *International Economics*, 1978; Vernon, Raymond, *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of the United States Entorprises*, 1971; Rugman, Alan M., *Inside the Multinatinals: The Economics of Internal Markets*, 1981。

〔7〕 列宁:"帝国主义是资本主义的最高阶段",载《列宁选集》(第 2 卷),人民出版社 1974 年版,第 55~58 页。

〔8〕 同上注,第 785 页。

进了经济起飞。许多发展中国家在取得政治独立以后,为发展民族经济,迅速改变落后面貌,也注重利用外资和技术,如东南亚联盟各国、亚洲"四小龙"由于有效利用了外资,经济迅速发展,有的已达到"中等水平国家"乃至"半工业化"、"工业化"国家。利用外资发展本国经济,对社会主义国家同样重要。我国1979年以后,实行对外开放政策,引进外资和国外先进技术,从而也促进了我国经济的发展。

当然,由于资本输出本身具有两重性,对外资的利用也不是越多越好。资本输入国要注意在坚持国家主权和平等互利原则的基础上利用外资,既要利用,又要自主;既要对外资给予鼓励和保护,又要对外资进行管理、限制、引导;并通过各自或集体的努力,借助法律等手段,抑制和克服资本输出的消极影响,发挥其积极作用。[9]

从资本输出国的角度看,国际投资(海外投资)的影响和作用也具有二重性,一方面,资本输出国投资者通过海外投资,可以占领或扩大海外市场,保证国外原材料的供应,利用国外的廉价劳动力,增强在国际市场上的竞争力,取得高额利润,从而给本国的经济发展和国际收支产生积极的影响和作用。但另一方面,大量资本输出,也可能会减少资本输出国国内的就业机会,减少商品的出口,导致技术外流、国内投资减少,影响国际收支平衡等。然而,这些消极作用是易于避免和克服的。一般来说,资本总是首先满足国内市场的需要的,只有在国内市场饱和、无法再充分发挥自己的优势、盈利率低等情况下,才会考虑海外投资,以求发展。因此,对于资本输出国来说,海外投资一般是利大于弊的。

从国际的角度看,随着国际直接投资的发展,大量资金和技术投放到世界各国和地区,不仅促进了有关国家的经济技术发展,而且也促进了生产和资本的国际化,对整个世界的经济增长以及国际分工与合作,都起着重大作用。

第二节 投资环境与法制

一、投资环境

国际投资与国内投资不同,因各国政治、经济、社会情况和条件不同,投资者会面临程度不同的商业风险和政治风险。投资者只有在认真分析投资目标国的投资环境,认为能确保赢利与安全后,才敢于投放资本。所以,国际私人直接投资是以

---

[9] 关于外资的作用,国际上有三种观点。西方关于外资的传统理论认为,外资是完全有利于东道国经济发展的;而拉美国家经济学家提出的依赖理论(dependency theory)则认为外资不会促进经济发展。第三种观点是上述两种理论的折中。参见 Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press 1994, pp. 38 – 50。

有利的投资环境为前提的。

投资环境,是指能有效地影响国际资本的运行和效益的一切外部条件和因素。这些条件和因素有自然的、社会的、政治的、经济的、法制的、文化教育的、科学技术的乃至民族意识、人民心理、历史传统、风尚等,它们相互联系,构成投资的综合环境。[10] 投资环境可以有多种不同的分类,但大体上可分为物质环境与社会环境,或有形环境与无形环境,前者还称为"硬环境",后者称为"软环境"。

(一)物质环境

物质环境主要包括下列条件和因素:(1)自然资源,包括石油、煤炭、各种金属等矿物资源,森林、水产、畜类等动植物资源,水力、河流等自然力资源。丰富的自然资源,对外资最具吸引力。(2)自然环境,主要包括地理位置,如与海洋接近的程度、所处纬度,以及有关地质、地貌、气候、雨量、自然风光等地理条件。(3)基础设施,包括城市和工业基础设施,如交通运输条件、港口码头、仓库、厂房设施、供水、供电设备、原辅材料供应、通讯设施、城市卫生环保设施、文教设施及其他社会服务设施(如宾馆、旅游饭店、商业网点)等。基础设施在物质环境中是可变因素。

(二)社会环境

社会环境主要包括政治、经济、法制、社会等条件和因素,大多与人的因素有关,又称人际环境。(1)政治环境,主要指政治是否稳定,政策是否具有连续性,政策措施、行政体制的效率,行政对经济干预的程度等。(2)法制环境,主要指法律秩序的稳定,法律制度的完善性、稳定性、连续性,司法机关的独立性,国家机关、公职人员严格执法、自觉守法的情况,以及人民群众的法律意识、法制观念等。(3)经济环境,主要包括经济发展的稳定性,经济增长率,劳动生产率,经济体制,财政金融体制,外汇管理制度及国际收支情况,市场机制与市场规模及其开放程度,外贸体制与外贸情况,物资供应体系与实况,工资体制与平均工资水平,劳动力素质与劳动雇佣关系,技术条件,企业经营管理体制与水平,人民消费水平,税收制度与税收优惠措施,环境保护等。(4)社会条件,主要指社会安定性、社会秩序、社会风气、社会对外资的态度、社会一般教育素质、社会服务态度等。(5)意识环境,主要包括民族意识、开放意识、改革意识、法律意识、价值观念等。[11]

投资环境按地域范围,还可以分为国内投资环境与国际投资环境,国际投资环境又可分为区域性投资环境与全球性投资环境。一国国内投资环境是指由该国的物质环境和社会环境构成的综合环境整体。区域性投资环境则是由位于该地区各有关国家的物质环境和社会环境构成的综合环境,如拉丁美洲的安第斯条约国、东南亚联盟、非洲、中东地区等,各有其独具特色的共同的投资气候或环境。全球性

---

〔10〕 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社 1993 年版,第 19 页。

〔11〕 同上注,第 19 ~ 21 页。

的投资环境则是由全球自然的、社会的、政治的、经济的、法制的、科技文教等条件和因素构成的综合体系。

由于投资环境是包括物质的和社会的诸因素有机结合的综合体，因此，对投资环境的评估就不可片面化、绝对化，不能只强调其一面而忽视其他。例如，税收优惠虽是吸引外资的重要条件，但仅此一因素并不能构成良好的投资环境，若其他条件不好，如政出多门、法制不健全、劳动效率低、基础设施差等，就不能形成良好的投资环境。国际直接投资以前之所以主要在发达国家间进行，主要在于发达国家的总体投资环境好，如政局相对稳定、法制较为健全、经济制度定型、基础设施较好、市场潜力大等。这样，即使其所得税税率高，较少优惠，对其总体投资环境也无大的影响。因此，评估投资环境要有全局观点，注意综合分析。优化和改善投资环境要注意综合治理。

构成投资环境的许多条件和因素是可以通过人的作用加以改变的。物质环境中除地理自然环境与人的因素无直接联系外，基础设施乃至自然资源均与人的因素相关，而社会环境则与人的因素更为密切相连。因此，人们可以通过主观努力改善投资环境，特别是社会环境。而用以改善投资环境的最重要手段之一是法律手段，因为改变上述诸种条件，大多最终是通过一定的法律制度而完成其作用和效力的。因此，法制环境在社会环境乃至投资环境中具有十分重要的作用，改善和优化投资环境，必须注重加强法制。

二、投资法制

在国际投资中，各国通常各自地或共同地采取法律措施，调整国际投资活动和投资环境，这些法制措施广义地包括与投资有关的各种法律、法规、条约，即既有国内法的措施，也有国际法上的措施。

（一）资本输入国法制

资本输入国为了对外国投资予以保护和管理，通常制定有关于外资的法律，对于外资的准入及投向、外国投资者及外国投资企业的法律地位、税收及优惠、原本及利润等合法收益的汇出、征用、国有化及补偿、企业自主权的保障及投资争议的解决等作出规定。广义的外资法除专门的外资法外，还包括相关法律、法规中有关外国投资的规定，如外汇管理法、涉外税法、专利法、商标法、合同法、海关法、民法、商法、公司法、反托拉斯法等，其中以专门的外资法为核心。

由于国际直接投资是在“二战”后迅猛发展起来的，因此，各国关于外资的专门立法一般是在战后才产生的。例如，发达国家中日本是在1949年和1950年制定《外汇法》和《关于外资的法律》的，发展中国家，除少数国家，如伊朗、伊拉克早在20世纪50年代制定有外资法外，大多是在60年代至70年代颁布了专门的外资法。前东欧社会主义国家也在60年代至70年代期间制定了利用外资的合营企业法。我国则自70年代末颁布了关于外资的若干单项立法和法规。随着国际投

资的发展,有关国家的外资法已大多几经修改,日趋完善。

(二)资本输出国法制

"二战"后,美国等一些发达国家为了保护本国海外投资,相继实行海外投资保险制度。政府设立专门的海外投资保险机构,承保海外私人直接投资的政治风险(包括战乱险、征用险、外汇险,至于商业风险,不在保险之列),当保险事故发生后,保险机构向投保者支付约定的赔偿金,然后代位向东道国索赔。海外投资保险制于1948年由美国首创,后为日本、德国等其他一些发达国家所仿效。

(三)双边投资条约与区域性协定

两国政府间为相互保护和促进双方私人投资,通常订立双边投资条约。双边条约最早是采用"友好、通商、航海条约"形式,如美国与法国于1778年签订了第一个友好通商航海条约,而其最近一个此类条约是于1966年与泰国签订的。此种条约内容重在通商贸易,对于投资则一般只涉及待遇问题,但战后缔结的此类条约中,关于投资保护方面的内容有了很大的增加。由于友好通商航海条约不能满足保护国际投资的需要,双边投资保证协定和双边促进与保护投资协定这两种形式的条约就随之产生了。投资保证协定主要是资本输出国与发展中国家签订,以担保缔约国投资者在另一缔约国境内投资的政治风险的,着重于求偿代位权及处理投资争议程序的规定。此种协定主要为美国、加拿大等国采用。双边促进与保护投资协定则除上述程序规定外,大多属于实体性规定,内容包括待遇标准、政治风险的保证等,自20世纪50年代末最早为联邦德国所采用,现已成为最通用常见的双边投资条约形式。此外,90年代以后的某些区域合作协定中也有关于投资的规定,其内容与双边投资条约大致相同,主要着重于投资的促进和保护,但也有的区域合作协定主要目的在于促进经济一体化,因此投资自由化是这些协定的主要特色。

(四)多边投资公约

关于建立投资保护的国际统一法制,历来有种种设想和建议,希望制定国际投资法典或投资保护公约,但因涉及面广,各国利害不一,多未达成协议。现已见诸实现的,有1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》,1985年《多边投资担保机构公约》,以及WTO体制下的《与贸易有关的投资措施协议》、《服务贸易总协定》、《补贴与反补贴协议》等协议。

上述国内法制与国际法制,对于调整国际投资环境起着重要的作用,它们不仅大大地改善了资本输入国的投资环境,而且也有力地改善了国际投资环境,促进了国际经济合作。随着战后关于国际投资的国内国际法制的发展,这些法律制度相互联系、相互配合,日趋成熟,逐步形成一个独立的法律体系,国际投资法于是应运而生,成为一个独立的法律分支部门。

第三节 国际投资法的概念、渊源与体系

一、国际投资法的概念

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，是国际经济法的一个重要分支。[12] 具体说来，它有如下主要特征：

第一，国际投资法调整国际私人投资关系。国际资本流动，有政府间或国际组织与国家间的资金融通关系，如外国政府、国际经济组织的贷款、援助等，属于官方投资范围；也有自然人、法人及其他经济组织的海外投资，称为私人投资。国际投资法调整的投资关系，仅限于国际私人投资关系，不包括政府间或国际组织与政府间的资金融通关系。至于一国的国家公司或国营企业在海外进行的投资，接受投资国都把它们看做私人投资者，而不因为这些公司企业的资本为国家所有就把它们看做是政府官方投资。在某些情况下，甚至政府也参与私人投资活动，由于其活动是以商业活动为基础的，通常也将其与私人投资同等看待。

第二，国际投资法调整国际私人直接投资关系。已如前述，国际投资可分为直接投资和间接投资，一般说来，国际投资法调整的对象主要是国际私人直接投资。国际间接投资关系一般不在国际投资法的调整对象之列，私人间接投资关系属于一般民商法、公司法、票据法、证券法等法律、法规的调整范畴，国际组织与政府间或政府间的资金融通关系一般是由国际经济组织法或有关政府间贷款协定等调整。

第三，国际投资法调整的国际私人直接投资关系既包括国内方面关系，又包括国际方面关系。国际私人直接投资所产生的关系错综复杂，具有多重性、立体交叉等特点。它通常不仅涉及不同国家的法人与个人间投资合作关系，而且还包括外国私人投资者与东道国间的投资合作关系或投资管理关系、私人投资者与其本国间的投资保险关系、两国或多国政府间基于相互保护私人直接投资而达成的双边或多边投资保护条约关系。国内与国际关系相互联系，构成统一的国际投资关系整体。因此，国际投资法既包括国内法规范，也包括国际法规范，两者相互补充，并借此完成其效果。国际投资法是调整国际私人直接投资关系的国内法规范和国际法规范的总称。[13]

二、国际投资法的渊源

国际投资法既然包括国内法规范和国际法规范，其渊源也就包括国内法渊源和国际法渊源这两个方面。

---

〔12〕 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 1987 年修订版，第 37 页。

〔13〕 同上注，第 37 ~ 39 页。

(一)国内立法

国际投资法的国内法部分主要有两种:(1)资本输入国的外国投资法。外国投资法是资本输入国调整外国私人直接投资关系的法律规范的总称。其内容主要是规定资本输入国政府、外国投资者、外国投资企业关于投资的权利义务关系。世界各国用以调整外国投资的法律的形式和体系不同,有的是制定统一的投资法典,有的则颁布专门的单行法规,有的仅适用一般的国内法。资本输入国关于外国投资的法律是国际投资法的重要渊源。(2)资本输出国的海外投资法。资本输出国为了维护本国经济利益,保护私人海外投资,通常制定有对外投资的法律,其中最为重要的是海外投资保险法。此外,有的资本输出国还有关于管制或鼓励海外私人投资的法律规定。这些法制也是国际投资法的重要组成部分。

(二)国际条约

调整国家间有关国际投资的权利义务关系的国际条约有双边条约和多边条约,它们均是国际投资法的重要渊源。

1. 双边条约

两国间为促进和保护相互投资而缔结的双边投资条约在国际投资法中占有重要地位,在国际上应用最为广泛。已如前述,双边投资条约的主要形式有三种:"友好通商航海条约"、"投资保证协定"以及"相互促进和保护投资协定",现时以后者最为常见。

双边投资条约只对双方缔约国有拘束力,构成缔约国之间的"特殊国际法",不具有普遍拘束力。但也有学者认为,若双边投资条约中的某些规则为为数众多的双边条约普遍接受,也可能构成国际习惯而具有普遍拘束力。[14] 另一些学者则认为,由于双边投资条约中的有关准则目前尚存很大分歧,因此,把这些条约看做正在形成中的习惯法为期过早。[15]

2. 多边条约

关于国际投资的多边条约有区域性多边条约和世界性多边公约之分。区域性多边条约是指区域性国家组织旨在协调成员国外国投资法律而签订的多边条约,其中最为典型的是拉丁美洲安第斯条约组织制定的《安第斯共同市场外国投资规则》和《北美自由贸易协定》、东南亚国家联盟的《东盟促进和保护投资协议》和《东盟投资区域框架协议》等。区域性多边条约构成该区域成员国间的"特殊国际法"。

---

[14] See E. Denza & S. Brooks, "Investment Protection Treaties: The United Kindom Experience" (1987) 36 ICLQ 908 at p. 912; F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment" (1981) 52 BYIL 241.

[15] See M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties" (1986) JWTL 79; J. W. Salacuse, "BIT by BIT" (1990) 24 International Lawyer 655.

已如前述,关于国际投资的世界性多边公约目前有:《解决国家与他国国民间投资争端公约》、《多边投资担保机构公约》以及 WTO 与投资有关的协议。这些多边投资公约和协议对缔约国成员具有普遍拘束力。

(三)其他渊源

1. 联合国大会的规范性决议

联合国大会在 20 世纪 60 年代,特别是 70 年代先后通过了一系列与国际投资有关的重要决议,如 1962 年的《关于自然资源之永久主权宣言》、1974 年的《建立新的国际经济秩序的行动纲领》和《各国经济权利和义务宪章》等。这些文件不仅一般地确立了新的国际经济秩序的基本原则,而且特别地规定了国家对本国自然资源的永久主权、国家有权管制本国境内的外国投资、实行国有化等,确立或创立了关于国际投资方面的重要国际准则。这些规范性文件是由联合国大会全体一致或以压倒性的绝大多数的会员国通过的,并对它有法的确信,体现了国际社会成员的协调意志,应具有法律效力。[16]

2. 国际惯例

构成法律渊源的国际惯例应具备两个要素:一是物质因素,即人们长期重复类似的行为;二是心理因素,即认为其有法律拘束力。国际惯例作为国际法渊源之一,当然也是国际投资法的渊源之一。不过,在国际投资领域,有关的国际惯例为数较少,不占重要地位。

此外,《国际法院规约》第 38 条所规定的一般法律原则、国际司法判例等,也可构成国际投资法的国际法渊源。

三、国际投资法的体系

国际投资法是由调整国际投资关系的有关国内法规范和国际法规范综合形成的一个独立的法律体系。这一体系可表示如下:

- 国际投资法
  - 国内法规范
    - 资本输入国法制——外国投资法、合营企业法、外汇管理法、涉外税法等
    - 资本输出国法制——海外投资保险法等
  - 国际法规范
    - 国际条约
      - 双边投资条约
      - 区域性多边投资条约
      - 世界性多边公约与协议
    - 联合国大会的规范性决议
    - 国际惯例

---

[16] 关于联合国大会决议的效力,国际法学界有着不同的意见,有的认为联大决议可作为速成习惯国际法而具有拘束力,有的认为联大决议仅是"软法"。参见秦娅:"联合国大会决议的法律效力",载《中国国际法年刊》1984 年卷,第 165 页;李泽锐:"略论国际经济软法与建立国际经济新秩序的斗争",载《法学研究》1983 年第 6 期。

国际投资法之所以综合有关国内法规范和国际法规范而形成统一体系,这是由其客观基础——国际投资关系的统一性决定的。我们知道,国际私人直接投资关系的主体不仅有位于不同国家的法人和自然人,而且包括国家和国际组织,在这些主体间形成了多层次、立体交叉的关系,并构成统一的国际投资关系。调整这一统一的国际投资关系的国内法规范与国际法规范也具有内在联系。例如,某一公司的国际投资活动或投资关系,要受到多种层次法律规范的调整和制约,不仅要受到东道国外资法的管辖,受本国对外投资法的约束,而且还要受两国间双边投资协定及多边公约的制约。这些法律规范相互配合,借以完成调整统一的国际投资关系的任务。而且,有关国际法规范与国内法规范相互联系、相互补充其效果。以美国的实践为例,美国国内法上的海外投资保险制度,以美国同东道国订有双边投资保证协定为前提,美国公民只有向与美国订有此协定的国家投资,才能在美国获得国内法上的政治风险的保险;若发生保险事故,美国政府对投资者进行补偿后,可按投资保证协定的规定,取得代位权,向东道国政府求偿;但该事故是否属于政治风险,又须依美国国内法及东道国国内法来认定。其国际法保证与国内法保证就这样相互为用、相互补充,并据以实现其效力。这就表明,国际投资法的统一体系,绝不是人为的糅合,而是国际投资关系统一性在法律上的客观反映。

第四节 国际投资法的基本原则

国际投资法作为国际经济法的一个分支,国际经济法的基本原则当然也是国际投资法的基本原则,其中,对于国际投资法来说,国家对自然资源永久主权原则和平等互利原则是两个最为重要的原则,是国际投资法的基石。

一、国家对自然资源永久主权原则

在历史上,西方主要资本主义国家曾通过资本输出,控制殖民地及弱小国家的自然资源及有关的经济命脉,盘剥这些国家的人民。"二战"后,殖民地、半殖民地的弱小民族虽相继争得了政治独立,但其重要的自然资源仍在不同程度上受到发达国家垄断资本的控制。因此,维护国家的经济主权,以取得利用外资的主动权,发展本国经济,就成为广大发展中国家的共同意愿和要求。国家对其自然资源永久主权原则就是广大发展中国家在争取建立国际经济新秩序的斗争中确立的重要的国际法原则。

国家对自然资源永久主权原则规定在联合国大会通过的一系列决议中,如《关于自然资源永久主权的决议》、《建立国际经济新秩序宣言》和《行动纲领》,特别是《各国经济权利和义务宪章》等。依据《宪章》的规定,每个国家对本国的全部财富、自然资源以及全部经济活动,都享有并自由行使完整的、永久的主权,其中包

括占有、使用和处置的权利。每个国家都有权按照其法律和规章并依照其国家目标和优先次序,对在其国家管辖范围内的外国投资加以管理和行使权力。任何国家不得被迫对国外投资给予优惠待遇,每个国家有权管理和监督其国家管辖范围内的跨国公司的活动,并采取措施保证这些活动遵守其法律、规章和条例及符合其经济和社会政策。每个国家还有权将外国财产的所有权收归国有、征收或转移,在收归国有、征收或转移时,应由采取此种措施的国家给予适当的赔偿,由赔偿问题引起的任何争论均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决,除非有关各国自由和互相同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决办法。

国家对自然资源永久主权原则是国家主权原则在国际投资领域中的体现。这一原则的确立有助于彻底改变残留的殖民时代的不平等的国际投资关系,从而使国际投资成为国际经济合作的重要形式。这一原则构成国际投资法的基础,东道国据此原则可以采取法律手段对外国投资予以保护和管制,不受任何外来干涉。有关国家也必须在此原则的基础上缔结双边或多边条约,保护国际投资,促进国际经济合作。

二、公平互利原则

公平互利原则是国际投资法中的一个基本原则,普遍适用于国际投资各主体间的关系。公平要求投资关系中各主体法律地位上的平等、权利和义务的对等;互利是指在相互关系中要兼顾双方的利益,不能以损害对方的利益来满足自己的要求。公平和互利不可分割,真正的公平是与互利相联系的,公平必然要求互利,只有互利才是真正的、实质上的公平。

公平互利原则在国际投资上既适用于国家间关系,也适用于不同国家的投资者间以及国家与外国投资者间的关系。对于不同国家的私人投资者间的投资合作关系来说,双方当事人法律地位平等、权利义务相互对等是其合作的基础。在投资合同、协议中,任何一方都不应接受片面性义务的条款,显属不公、损害一方权益的投资合同或协议应属无效或不予批准,这已为各国外资法或相关法律所肯定。对于国家与外国投资者间关系来说,其投资协议也应以权利义务相互对等为基础,投资合同不得含有损害国家主权和利益的条款;在投资管理关系上,外国投资者必须尊重东道国主权,受东道国法律管辖,而东道国也应对外国投资者的合法权益予以法律保护。对于国际投资的国家关系来说,必须坚持国家主权平等、互利互惠,不能以损害他国的利益来满足本国的要求,更不能以牺牲他国、压榨他国为手段,谋取本国单方的利益。在订立双边投资条约有关条款时,不应仅限于形式上的平等,而且要考虑实质上的平等,应避免让强者一方利用形式上的平等来谋取自己的利益而损害他方利益。

公平互利原则是国际投资法律关系的基础。只有依据公平互利原则才能建立

起对投资各方均有利的新型的国际投资关系,促进国际经济合作,促进有关国家乃至整个世界的经济的增长。

第五节 国际投资法的作用

一、保护国际投资

由于国际投资对于有关国家的经济发展乃至世界经济的发展具有积极的促进作用,同时,也由于在国际投资中总会存在一定的政治风险,会危及投资者的安全与利益,因此,无论资本输入国还是资本输出国均力图借助于法律手段,对国际投资予以有力的法律保护,以维持有利的投资环境,保证国际投资的安全性与稳定性,促进国际经济的正常交往与合作。这些法律保护措施一般是由资本输入国、资本输出国单独地或共同地采取的,属于政府保证的性质。

国际投资法对国际投资的安全与权益的保护通常表现在下列几个方面:(1)保证给予外国投资以公正待遇。有的国家的外国投资法规定,对外国投资给予国民待遇;许多双边投资则明确地对有关待遇问题加以规定,承诺对缔约方投资者的投资给予公正和公平的待遇、最惠国待遇,甚至国民待遇。这一保证使外国投资者在东道国能享受平等的待遇,不受歧视。(2)关于政治风险的保证。这是国际投资法律保护的重心,在国内立法、双边条约和多边投资担保机构公约中均对此作了详细的规定。如有些资本输入国的外国投资法规定,一般不采取国有化和征收措施,在特殊情况下征收时,支付公正补偿;保证外国投资者的利润及原本能自由汇出等。资本输出国的海外投资保险制主要是为了保证投资者不受东道国政治风险的损害而施行的。资本输入国与资本输出国缔结的双边投资条约更是以此为核心,规定承保范围及代位求偿权等问题。还有《多边投资担保机构公约》建立的多边担保机构,承保政治风险,意图给国际投资提供更有力的保证。关于政治风险保证的国际法制度和国内法制度相互配合、相互补充,有力地保护了国际投资的安全和利益。(3)企业自主权的保障。这主要是非市场经济国家外资立法所规定的内容,以使外国投资企业不受国家行政部门的不当干涉,使其能自主地按国际通行办法管理企业,取得合法的利益。(4)为解决投资争端提供便利。各国的国内立法大多对私人投资争议的解决规定了各种处理方法,以便迅即公正地解决争议;双边投资条约则对国家间因条约的适用、解释与效力发生的争议规定了解决的法定程序;至于国家与外国投资者的争议,许多双边投资条约均有规定,《解决国家与他国国民间投资争议公约》也为此提供了便利。这些也对外国投资者合法权益提供了有力的保证。

二、鼓励国际投资

从广义上说,法律对国际投资的保护,同时也具有鼓励和促进国际投资的作用。但在国际投资法中,有些法律制度是专为鼓励外国投资而采用的,以使外国投资者可以取得较大利益或便利。

直接鼓励国际投资的法律措施主要表现为国家给投资提供各种优惠,如税收优惠、财政优惠、行政优惠等。这些优惠措施主要规定在资本输入国和资本输出国的国内立法中。许多资本输入国,特别是发展中国家,都通过其外资立法给予程度不同的优惠待遇,包括对外国投资企业给予减免所得税优惠,对外国投资企业生产所需进口的机器、设备和原材料减免关税,允许外国投资企业加速折旧、允许合营企业中的外国投资者一方先行回收投资,对投资者给予投资补助金或低息贷款,简化外国人出入境和货物进出口手续,以及简化投资审批程序,等等。一般说来,税收优惠是各种优惠措施中的重心。除资本输入国外,一些资本输出国也采取措施鼓励海外投资,如为私人投资者提供投资情报服务,对海外私人投资者提供资金和技术方面的帮助,由公营金融机构对海外投资者提供信贷,以及在国内税法中单方面采取税收抵免或税收饶让措施避免海外投资者的国际双重征税,等等。此外,有关国家间缔结的避免双重征税的条约,对于鼓励国际投资也具有重要的鼓励作用。

三、管理国际投资

已如前述,国际投资既有积极的一面,也具有消极的一面,如果对其采取放任的态度,或疏于管理,就可能会对资本输入国的经济发展乃至国际经济的发展带来不利影响,如经济畸形发展、民族工业受损、经济命脉受到控制、环境受到污染、资源遭到破坏,等等。因此,国际投资法的任务或作用之一,就是管制外国投资。

各国外国投资法是管制外国投资的主要法律手段,其对外国投资的管制主要表现在下列几个方面:(1)对外国投资实行审批制,以便禁止或限制外资进入某些产业部门,引导外资投入本国的优先发展项目,避免重复引进及可能造成的经济畸形发展;(2)限制外国投资的比例,以保护东道国投资者对合营企业的有效控制;(3)规定外国投资企业的董事会的多数成员或企业重要职务应由本国国民担任;(4)要求外国投资企业优先雇用当地管理人员、技术人员和职工,以培训当地国民并解决就业问题;(5)对外资原本和利润的汇出规定限额,以防止国际收支失衡;(6)要求外国投资企业优先采购当地物资,以带动当地工业的发展;(7)外国投资企业必须接受国家有关机关,如财政税务机关、工商行政管理机关的监督等。

国家管理外国投资的权利已于20世纪70年代为联合国大会通过的一系列重要决议所肯定,这一权利是国家经济主权的内容之一。

第二章　国际投资法主体

第一节　自　然　人

自然人是国际投资关系的参加者，能依有关国家的国内法享有权利和承担义务，是国际投资法的主体之一。

一、作为国际投资法主体的自然人的法律能力

自然人作为国际投资法的主体，除应具有一般的法律能力外，还应具有从事国际投资活动的法律能力。例如，作为投资者，他们应拥有一定的资本或技术，能以自己拥有的资本进行投资经营活动并承担由此产生的风险和责任。

一般说来，在资本主义私有制经济国家里，自然人可以拥有生产资料等资产，并可以用其资产投资，因此，自然人也可以从事国际投资经营活动，具备国际投资法主体的资格。

但是，在一些社会主义国家里，自然人没有生产资料的所有权，因而，也没有对内对外投资的法律能力。这些国家的法律一般规定，本国的投资者或合营者只能是公司、企业或其他经济组织。例如，苏联与东欧社会主义国家的合营企业法，均规定本国合营者只能是本国的经济组织，而不包括自然人。[1] 依我国的中外合资经营企业法、中外合作企业法的规定，中外合资企业与中外合作企业的中方当事人不包括中国自然人。中国政府与罗马尼亚政府1983年签订的关于相互促进和保护投资的协定第2条规定，“投资者”系指缔约各方具有法人资格的、按照该方法律有权同外国进行经济合作的经济组织。这就明确排除了两国自然人作为投资者的资格。

不过，现在情况已发生了变化。苏联解体，独联体国家与东欧各国在20世纪80年代末90年代初均向市场经济转轨，并实行私有化，自然人可以成为投资者

---

〔1〕 参见保加利亚1980年的《关于保加利亚法人和外国法人与自然人间经济合作的第535号法令》、捷克斯洛伐克1986年的《合营企业法》、波兰1986年的《合营企业法》、罗马尼亚1972年的《合营企业法》以及前苏联1987年《合营企业法》。

了。例如,波兰1990年的外资法就规定合营公司的波方当事人包括自然人。我国现在实行社会主义市场经济,允许多种经济成分并存,可以预见,随着中国经济体制改革的深化和对外开放的发展,中国自然人也将可以从事投资经营活动,成为中外合资或合作企业的中方当事人。

二、外国自然人能力的确认

由于各国法律关于自然人权利能力和行为能力的规定不同,在国际投资活动中,就会产生外国自然人权利能力和行为能力的确认问题。

一般说来,各国法律主要是以属人法作为确认自然人一般权利能力和行为能力的准据法的,因为权利能力是自然人的基本属性,行为能力与人的身份地位有着直接的关系。不过,大陆法系各国一般均以当事人本国法作为属人法,而英、美普通法各国则以住所地作为属人法。

然而,在国际经济交往活动中,依自然人的属人法来确定其行为能力,虽有利于保护该自然人依属人法取得的权益,但对内国交易的安全有时不利,因为在一国境内与外国自然人进行交易时,很难了解对方依其属人法是否有行为能力,从而决定其行为是否有效。因此,为了保护内国交易的安全,不少国家对属人法的适用有一定的限制,即在某种情况下,依商业行为地法来确认外国自然人的行为能力。[2]

至于外国自然人在内国的特别权利能力,即能在内国享有何种民事权利,处于何种地位,则应完全依内国的法律及有关的条约来决定。在国际投资领域,有的国家根据其本国吸引外资的目标,明确排除任何外国自然人作为外国投资者的资格。例如,苏联的合营企业法规定,在苏联设立的合营企业是指由苏联的组织与资本主义国家和发展中国家的公司参与的合营企业。这样,外国自然人在苏联就不具有合营者的资格。苏联的这种做法是一个特殊的例子,绝大多数国家均允许外国自然人作为投资者,只是其法律地位依各东道国法律及有关条约的规定而有所不同。

三、外国自然人身份的确定

一般来说,外国人是指根据东道国的国籍法,没有取得东道国国籍,并且在投资时以及整个投资期间,没有自愿取得东道国国籍的人。

根据国际法的一般规则,各国有权决定谁具有其国籍,一国赋予国籍的方式原则上是国内法事项。国际常设法院早在摩洛哥案的咨询意见中就重申了这一原则,[3]以后许多学者也对此予以肯定。当然,只有当这些法律与国际公约、国际习惯及普遍承认的关于国籍的法律原则不相冲突时,其他国家才会予以承认。[4]

---

〔2〕 参见韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第113~116页。

〔3〕 See Advisory Opinion in the Nationality Decrees in Tunis and Morocco Case, P. C. I. J. Series B, No. 4, 1923, p. 24.

〔4〕 参见劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷第2分册),中译本,第142~144页。

因此,在双边投资条约中对于"国民"的定义亦采取了这一规则。例如,苏丹与瑞士1974年订立的关于鼓励和相互保护投资的协定第1条对"国民"一词定义为:依缔约各方各自的立法,被认为是该国公民的自然人。中国与前德意志联邦共和国1983年签订的关于促进和相互保护投资的协定和议定书中关于自然人的定义规定,"投资者"一词,在中华人民共和国方面,系指具有中华人民共和国国籍的自然人;在德意志联邦共和国方面,系指在本协定有效范围内有住所的德国人。

由于各国法律决定国籍的方式不同,例如有的是以血缘主义为主,有的是以出生地或住所为主,再加上归化或入籍等其他方式,一个人就可能具有双重或多重国籍。各国正在采取立法措施避免这一现象。在国际法上,1930年的《关于国籍法冲突的若干问题的公约》,对这一问题的解决方法是:一是平等原则,规定对于具有两个以上国籍的人,各该国家都可以视为其本国国民;一国对于其国民的外交保护不得对抗该国民的另一个国籍所属的国家。二是有效国籍原则,公约规定,有一个以上国籍的人在第三国时,应视为只有一个国籍,第三国应仅承认他经常和主要居住的国家的国籍,或与他事实上关系最密切的国家的国籍。后来国际法院在1951年的诺特波姆案中,也适用了有效国籍原则。依1965年的《解决国家与他国国民间投资争端公约》,对于具有双重国籍的自然人,如果他也具有投资争端一方的缔约国国籍,就不得利用公约设立的"中心"的管辖权。

第二节 法 人

法人是按法定程序设立,有一定的组织机构和独立的财产,并能以自己的名义享有权利和承担义务的社会组织。法人是国际投资法的主体之一。

一、作为国际投资法主体的法人的法律能力

法人能否作为国际投资法的主体,取决于其权利能力的范围。而法人的权利能力范围是由有关法律及法人的章程决定的。有的国家法律对从事对外经济合作的法人资格予以限制,如罗马尼亚1972年的合营企业法规定,只有根据法律具有对外经济合作职能的经济组织才能作为罗方合营者,与外国投资者举办合营企业。我国在1983年前签订的双边投资协定也规定中国投资者要有对外经济合作权。如中国与联邦德国1983年签订的双边投资协定中规定,"投资者"一词,在中国方面,系指"经中国政府核准、注册并有权同外国进行经济合作的公司、企业或其他经济组织"。中国与罗马尼亚1983年的双边投资协定也有类似的规定。

关于法人的一般权利能力,国际上历来认为应依法人的属人法确定。法人的属人法一般解决:(1)法人成立所必备的要件,即法人是否成立、是否存在的问题;(2)法人的权利能力和行为能力问题,包括法人能从事何种活动,能取得和享有何

种权利等;(3)法人的内部体制和对外关系,包括法人的组织、其代表权的范围、法人与其成员间的关系、成员的权利与义务等。但是,法人在其他国家进行活动时,其权利能力和行为能力的范围,除受其属人法支配外,还须受其所在国法律支配。

二、法人国籍的确定

法人的属人法指法人国籍所属国的法律。当具有外国法人资格的公司、企业到东道国投资时,为了确定其一般法律能力,就必须确定其国籍。

确定公司的国籍在投资法律关系中具有重要意义。首先,通过确定某一公司是否为外国公司,可以确定该公司可否享受东道国给予外国投资者的待遇和保护,包括国内法给予的各项优惠和投资条约提供的保护。其次,当公司在国外遭到非法侵害而又未能在当地得到应有的救济时,公司的国籍国可以对其行使外交保护。根据国际实践,对公司的外交保护权属于其国籍国,只有当公司的国籍国没有行使外交保护的能力等例外情况下,股东国籍国才可行使外交保护权。第三,当发生投资争议诉讼时,若是涉及公司的权利能力和行为能力问题,或涉及公司内部事务等问题时,应依公司的属人法解决,适用公司国籍国法律。

在国际实践中,对于如何确定公司的国籍,主要有成立地说、住所地说、法人设立人国籍说、实际控制说和复合标准说等多种,其中依成立地和住所地是两种最普遍的标准。

成立地说主张以法人成立地为确认该法人的国籍之依据,因为,法人是一定法律制度所创造的"人格",所以,它应具有创设国(批准地国或登记地国)的国籍。目前英美法系国家均采取此标准来决定法人的国籍。例如,美国第二个《冲突法重述》规定,商业法人的有效成立,必须符合其成立所在州法律规定的条件,而不管其活动地,或者董事、经理及股东住所地的法律作何规定(第296节)。依印度法律规定,外国公司是指在印度境外成立的并在印度设有营业地的公司。在国际上,国际法院在1955年的英伊石油公司案中也曾适用了成立地标准。[5] 在该案中,法院明确地注意到该公司是根据英国法律成立的,并马上指其为"这个英国公司"。20世纪70年代国际法院在巴塞罗那公司案中也适用了相同的标准。

住所地说认为,法人的住所在哪一个国家,就具有哪国国籍,因为"法人是一种与其机关的所在地有领土联系的社会机体,而不是拟制物"。[6] 大陆法系的国家大都采用住所地标准来决定公司的国籍。至于何处为法人的住所,有的国家依管理中心地,有的则依营业中心地。但无论决定住所的标准是什么,住所地作为决定国籍的标准已为国际实践所接受。常设国际法院在威布莱顿(Wimbledon)

---

〔5〕《国际法院报告》(I. C. J. Report),1952年,第102页。

〔6〕参见拉德任斯基:"论法人的国籍",载于隆茨编:《国际私法论文集》,世界知识出版社1959年版,第95、98页。

案中就承认了这一标准。[7] 在该案中,该公司的唯一特点是其管理地位于巴黎,依法国法律确定该公司的国籍为法国。许多采用这一标准的国家在其国内法和双边条约中也均作了规定。例如,阿根廷把外国投资者定义为居住在国外并在某一新的或现存企业中参与资本的个人或公司。这样,住所位于国外的公司就是外国公司。[8] 前联邦德国在其与外国签订的双边投资协定中都规定了这一标准。

除上述两种标准外,控制说也为实践所采用。"有效控制"是在两次世界大战期间采用的,以决定一公司是否为敌国公司。英美将德国控制的公司(尽管它是依内国法律成立的)看做敌国公司。在实践上,拥有多数股权往往被看做是取得控制的一个重要标准。当然,"控制"还包括其他手段或因素。美国在第二次世界大战中的做法是,一个公司如想得到美国的保护,其50%以上的股权须为美国国民所有。直到现在还有些国家在其国内法或其缔结的双边条约中采用这一标准。例如,加纳1970年商法规定,除非公司的全部资本或其他金融利益由加纳公民所有并且该企业由加纳公民控制,则该公司被认为是一个外国企业。瑞士在其缔结的双边投资协定中均采用这一标准。其标准协定草案将瑞士公司定义为由瑞士国民直接或间接拥有多数股权的法人或不具有法律人格的公司。[9] 为了衡量控制权,须考虑瑞士国民持有的资本股份以及对该公司行使决定性影响的其他因素。苏丹与瑞士投资保护协定给"公司"一词的定义,包括有法律人格的公司、组织或基金会,以及无法律人格的合伙、厂商或有限合伙和其他联合,其中,缔约各方的国民直接或间接地拥有多数股权。[10] 1972年的安第斯条约国外资法也是依资本股权和其他手段的控制来确定内国企业和外国企业的。

必须注意到,在国际实践上,以控制说为根据来主张对其国民控制的公司行使外交保护权会遇到障碍。例如,在著名的巴塞罗那公司案中,国际法院就以法人成立地和住所地作为确定法人国籍的标准,拒绝了比利时根据股东控制权提出的求偿要求。[11] 同时,以这种标准为据确定国籍,势必会与公司的成立地和住所地标准相矛盾或相冲突,造成公司的双重或多重国籍,导致公司国籍的冲突,不利于国际经济秩序的稳定。当然这并不是说"控制"标准在任何情况下都不得使用,在国际实践上,它在某些情况下得到了承认。例如,1965年的关于《解决国家与他国国

---

〔7〕《常设国际法院报告》(第1集)(P. C. I. J. Reports, Series A, No. 1)。

〔8〕 See UN, CTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations(1978).

〔9〕 See UN, CTC, Bilateral Investment Treaties, ST CTC/65, U. N. Publication Sales No. E. 88 Ⅱ A, 23-24(1988).

〔10〕 See Fath EL Rahman Abdalla EL Sheikh, The Legal Regime of Foreign Private Investment in the Sudam and Saudi Arabia, 17(1984).

〔11〕 See The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I. C. J. Report 4(1970).

民间投资争端公约》规定，法人具有争端对方国国籍者（指东道国国籍），如该法人为外国人所控制者，只要双方同意，从公约的目的出发，仍可看做是另一缔约国国民，其争议属“中心”管辖。

此外，还有的国家采用复合标准，要求法人须同时具备两个或三个标准，才能确定为具有某国国籍。例如，根据沙特阿拉伯1965年公司法和1979年的外国投资法的规定，只有当公司的主要办事机构、成立地位于沙特，以及全部股东均是沙特人时，该公司才具有沙特国籍。

鉴于上述现实，有关国家往往依据几种标准来判定何为外国企业或外国投资者。例如，巴布亚新几内亚的法律规定，外国企业是指：公司在巴布亚新几内亚未设立中心管理或控制机构；公司的投票权由非巴布亚新几内亚人控制；公司依外国法成立；公司26%以上的投票权由非巴布亚新几内亚人控制，或其26%以上股份由非巴布亚新几内亚人拥有。[12] 又如，根据日本外汇及外贸管理法，“外国投资者”一词包括：非居住者的个人；按外国法设立的法人或其他团体，或者在外国设有主要办事机构的法人或其他团体；其50%以上股份由非居住者个人，或依外国法设立的公司，或在外国设有主要办事机构的公司直接或间接拥有的公司；或董事会成员的多数是非居住的个人或公司或其他组织。[13]

我国在实践中对于在外国已根据它的法律取得了某国国籍的法人，一般都承认其已取得该国国籍，而不管该外国适用何种标准。这一态度已反映在我国与外国签订的双边投资协定中。至于我国决定外商投资企业的标准，则是采用成立地标准的。我国《民法通则》第41条规定，在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，具备法人条件的，依法经工商行政管理机关核准登记，取得中国法人资格。这样，凡是在中国境内设立的、具备法人条件的企业，经核准登记后就成为中国法人。即使全部资本由外国投资者投资的外资企业，只要具备以上条件，便是中国法人，而不是外国企业。

三、对外国法人的承认及对其能力的限制

（一）对外国法人的承认

法人虽依其属人法具有独立的法律人格，但不是在所在国家以外的任何国家也当然具有这种独立的人格，外国法人必须经过内国的承认才能在内国作为一个法人而存在，才能以独立的法律人格进行活动。承认外国法人，只具有确认或宣示的性质，而没有创设的性质，即只意味着该外国法人在内国也被认为有法人资格，而不是把它转变为一个内国法人或由此创设一个新法人。

---

〔12〕 UN. CTC, National Legislation and Regulations Relating Transnational Corporations, Vol. 3, p. 109 (1983).

〔13〕 参见姚梅镇主编：《国际投资法教学参考资料选编》（上册），武汉大学出版社1987年版，第32页。

各国对外国法人承认的方式有以下几种:(1)一般认可制。外国法人依内国法规定,办理必要的登记或注册手续,即可取得在内国进行活动的权利,无须经内国政府特别批准。英、美等国均采取这种做法。(2)特别许可制。外国法人必须经内国政府主管机构依法定程序审核批准,才能予以承认。奥地利、比利时等国采取这种制度。有的国家根据法人的性质采取不同的承认方式。如前联邦德国对于商业性质的组织采取一般认可制,而对于非商业性质的法人组织则采取特别许可制。

依我国有关法规规定,外国企业确有需要在中国设立常驻代表机构的,必须经过申请、批准、办理登记手续等程序;否则,不得开展常驻业务活动。可见,我国是采取特别许可制的。

(二)对外国法人权利能力和行为能力的限制

一个外国法人在内国被承认为法人后,虽具有法人的一般权利能力,但它在内国的特别权利能力和行为能力的范围,还须受内国法支配。依据国际法,除条约另有规定外,每个国家都有权自由规定外国法人在内国享有权利和进行活动的范围,例如,一个国家可以限制或者禁止外国法人在该国经营公用事业、金融、保险等行业;在某些领域中外国法人不能享有与内国法人同等的待遇;在投资经营活动中,在人、财、物、产、供、销等方面都应遵守东道国的有关法律规定。

第三节 跨国公司

跨国公司在国际投资中有着举足轻重的作用和影响,是国际投资法的重要主体。跨国公司作为一种经济组织,在法律性质上与具有法人资格的一般商业公司没有什么不同,但由于其本身的特点,它也产生了一些特殊的法律问题。因此,本节专门对跨国公司的法律地位和法律关系作一阐述。

一、跨国公司的概念与特征

对于什么叫跨国公司,人们长期以来从各个方面,例如从跨国程度、股权拥有、决策和控制、部门与活动、规模、动机等方面,下了种种定义,但均存在着争议。后来,联合国跨国公司委员会拟定的《跨国公司行动守则》草案在这方面取得某些一致。该守则关于跨国公司的案文是:"本守则所用'跨国公司'一词是指一个企业,组成这个企业的实体设在两个或两个以上的国家,而不论这些实体的法律形式和活动范围如何;这种企业的业务是通过一个或多个决策中心,根据一定的决策体制经营的,因而具有一贯的政策和共同的战略;企业的各个实体由于所有权或别的因素有联系关系,其中一个或一个以上的实体能对其他实体的活动施加重要影响,尤

其是可以同其他实体分享知识、资源以及分担责任。"[14]

根据上述定义，我们可以看到跨国公司具有如下基本特征：

一是跨国性。跨国公司的实体虽分布于多国，在多国从事投资经营活动，但一般仍以一国为基地，受一国大企业的控制、管理和指挥。跨国公司在国外经营可采取子公司、参与公司、分公司等多种形式，但母公司或总公司通过所有权或其他手段对这些实体行使决定性的控制。因此，我们所说的某国的跨国公司是指其母公司或总公司位于某国，而在其他国家设有各种实体从事跨国经营活动的公司集团。

二是战略的全球性和管理的集中性。跨国公司制定战略时，不再是从某个分公司、某个地区着眼，而是从整个公司的利益出发，以全世界市场为角逐目标，从全球范围考虑公司的生产、销售、扩张的政策和策略，以攫取最大限度和长远的高额利润。跨国公司的全球战略，是由母公司制定的。母公司的决策中心对整个公司集团各实体拥有高度集中的管理权。

三是公司内部的相互联系性。跨国公司是由它分布在各国的诸实体所组成的企业，其内部各实体之间，特别是母公司和子公司之间存在着密切的联系，从而使母公司或公司内的某些实体，能对其他实体分享知识、资源和分担责任。因此，有人认为，跨国公司的主要法律形式，是根据各种法律制度成立的多个公司的聚集，但受母公司的集中控制，因而构成一个单一经济体，也就是说，跨国公司内部各实体间在法律上往往是相互独立的实体，而在经济上又是在母公司控制下所形成的一个整体。从跨国公司具有共同的商业目的、中央控制和内部一体化的活动等方面看，可以说，跨国公司具有企业的特征，是一个经济实体。但它一般不是一个单一的法律实体。[15]

二、跨国公司在国内法上的地位

在国内法上，跨国公司诸实体没有特殊地位。它们与所在国的商业组织具有相同的地位。跨国公司的母公司或总公司在其母国，与其他商业公司一样，是根据母国的法律成立的，其法律能力也是由母国的法律决定的。跨国公司在东道国的实体，或是根据东道国法律成立而由母公司控制的子公司，与东道国其他公司处于相同地位；或是作为分公司在东道国登记注册，其地位仍属外国公司。无论跨国公司的这些实体是内国还是外国公司，它们与其他商业公司在法律地位上没有差别。例如，根据马来西亚 1965 年的公司法，"公司"一词包括在马来西亚境内或境外成立的任何公司实体，也包括外国公司。外国公司在马来西亚营业就必须成立子公

---

[14] UN, CTC, The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporations, UN. Publication Sales No. E. 86.11, A.15.

[15] 参见余劲松：《跨国公司法律问题研究》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 4 ~ 14 页。

司或登记注册若干分公司,[16]这是国际上通行的做法。同样,外国公司在中国进行投资经营活动时,也须根据中国法律成立合营企业、合作企业或外资企业,或者核准注册其分公司。但是,在法律上,子公司与分公司具有不同的法律地位。

(一)子公司

子公司通常是指由母公司持有全部或多数股份的企业。但是,由于跨国公司行使控制的手段已经不限于所有权,还有各种各样的合同与安排,因而子公司的概念也发生了某些变化。根据某些欧洲国家,如德国、意大利、丹麦、瑞典的法律,由于持股或协议而处于另一公司决定性影响下的公司,是该另一公司的子公司。[17]因此,许多位于发展中国家的与外国投资者举办的合营企业、外控公司均可纳入子公司的范围。

国外的子公司是依东道国法律设立的。它们可以根据东道国法律的规定,采取股份有限公司、有限责任公司等形式。无论采取哪种形式,都必须遵守东道国规定的程序和条件。

这些子公司具有独立的法律人格,相对于其母公司,它们是独立的法律实体。子公司根据东道国法律的规定,能独立以自己的名义享有权利能力和行为能力,行使权利和承担义务,能独立进行诉讼,并能独立承担民事责任。它们同其他法人组织一样,是国内法上民事法律关系的主体。

由于子公司一般是东道国的法人,因此东道国对其既具有属地管辖权,又具有属人管辖权。子公司必须遵守东道国的法律并受其法律的保护。

(二)分公司

跨国公司还可以通过在东道国设立分公司的方式进行投资经营活动。国外分公司是总公司在国外设立的办事机构、营业机构。这种机构没有独立的法律地位,不具有独立的法律人格,只不过是总公司的增设部分,具有总公司的国籍。总公司对分公司的行为直接负责任。

许多国家的法律规定,外国公司在东道国设立分公司必须经过核准注册登记,才能进行经营活动。注册的目的是核准外国公司的法人资格。经核准注册后,分公司可以其总公司的名义进行活动,也就是承认外国法人在东道国的权利能力和行为能力;同时,通过注册,也便于东道国对其活动进行管理和监督。

外国公司的分公司具有外国国籍,因而不受东道国的属人管辖,但它们在东道国进行投资经营活动时,仍须服从东道国的属地管辖权。

(三)母公司或总公司

与子公司的概念相对应,凡是在子公司中持有全部或多数股权,或通过合同等

---

[16] See Leonardo A. Quisumbing, ed, *Business Organizations, Foreign Corporations and Transnational Corporation*(1982), p. 25.

[17] See P. Meinhardt, *Company Law in Europe*(1981).

其他手段控制子公司的公司就是母公司。与分公司的概念相对应，凡设立该分公司的公司称为总公司。

外国母公司或总公司在东道国的地位，因其采取的投资方式不同而不同。在设立子公司的情况下，外国母公司往往控制多数或全部股权，在法律上，它只是子公司的股东（在多数控股时为有控制权的股东，在独资企业情况下是唯一的股东）。因此，子公司与外国母公司的关系是公司与股东的关系，它们之间的关系是由东道国公司法或有关合营企业法调整的。

若外国公司在东道国没有设立具有法律人格的公司，而是采取合伙等投资形式进行投资经营活动时，由于这类投资通常是通过合同进行的，因而其权利和义务主要取决于合同的约定。例如，外国公司在我国那些不具有法律人格的中外合作经营企业中，是作为外国合作者，作为合作合同的外方当事人享有权利和承担义务的。在中外合作开采海洋石油资源时，外国公司是作为开发石油合同的外国合同者一方承担权利和义务的，其活动除受石油法及其他有关法律调整外，主要受合同双方订立的开发石油合同调整。在上述情况下，这些外国合作者、外国合同者仍具有外国公司的身份，其母国对它具有属人管辖权，但其在东道国的活动以及与东道国方订立的合同仍须受东道国法律支配。

三、跨国公司产生的法律关系

尽管跨国公司各实体在所在国中与其他商业公司的地位没有什么差别，但是，由于跨国公司内部间的密切联系、经济上的一体化，在法律上也会产生一些不同于一般商业公司的复杂关系，由这些复杂的关系产生的法律问题也比一般商业公司产生的问题更广泛、更复杂。[18]

（一）跨国公司内部间的各种关系

由于跨国公司内部存在着各种实体，各实体间必然会存在着各种复杂的关系，例如：总公司与分公司的关系、母公司与子公司间的关系、子公司与子公司间的关系、子公司内部间的关系等。其中最引人注意和最重要的是母公司与子公司间的关系。

母公司与子公司在法律上虽是相互独立的实体，但通过股权、合同或别的手段又存在着控制与被控制的关系。就子公司而言，这种受控关系对其内部关系及内部事务的处理均产生了很大的变化。

首先，从公司与股东的关系看，在子公司中，母公司成为唯一的或有控制权的股东，子公司的股东一般不再是自然人，也不再像一般的股份公司那样包括有数量众多的股东。因此，母公司作为子公司的唯一的或有控制权的股东，对子公司有决定性的影响。同时，当母公司在子公司中占有多数股权时，还会产生母公司与占少

---

〔18〕 参见姚梅镇主编、余劲松副主编：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年版，第 227～281 页。

数股权的股东间的关系问题。由于占少数股权的股东在子公司里居于从属地位,其利益可能会受到母公司根据其整个公司集团的利益作出的决策或决定的损害,因而也就产生了对子公司中占少数股权的股东的保护问题。

其次,从子公司的管理关系看,母公司不同于一般股份有限公司的股东,不是与公司的管理相分离,而是参与公司的管理。母公司几乎总是为子公司确定政策,决定预算、广泛地参与子公司的决策。一般来说,关于跨国公司整体活动问题,综合规划、开发、调整问题,主要的人事活动问题,超过一定数额以上的资金计划,工厂的扩展与新设备的购买,红利的决定等,都由母公司决定。而当地的问题,日常业务、销售、采购、劳务、生产等短期的技术事项则可由子公司自主决定。从子公司的管理者来看,子公司的董事往往是由母公司任命或指派的,他们与母公司有着各种联系,往往要为两个主人服务,不仅要服从所在国的法律及公司章程,而且要服从其外国母公司的商业规则和指示。这样,他们在管理子公司时,可能不单是考虑子公司的利益,而且要考虑整个公司集团的利益。

再次,与一般商业公司不同,母公司的业务在经济上往往是与子公司的业务结合在一起的。而且,在一般公司中,股东主要兴趣在于公司利润,股东的利益与公司的利益没有冲突;而在母公司和子公司的关系上,母公司作为子公司唯一的或主要的股东,除了子公司的利益外,还有其自己的主要利益,有时,母公司或公司集团的利益会与子公司的利益相冲突,因而母公司可能会利用其对子公司的控制为自己谋利而不顾子公司的利益。

鉴于母公司与子公司间的这种复杂的关系,东道国所面临的任务也更艰巨,既要注意保护子公司的利益,又要注意使该子公司的经营政策及活动与东道国的发展计划和目标保持一致;既要注意发挥母公司在资金和技术上的优势,又要注意防止母公司过度控制子公司并用以损害东道国的利益。

(二)跨国公司实体与其他企业、公司间的关系

跨国公司位于东道国的实体与其他企业、公司、其他经济组织或者个人会发生各种关系,在法律上,这些关系主要是通过合同和侵权行为产生。

在合同关系中,当事人双方的地位是平等的,因而跨国公司实体与其他企业、组织的合同关系是平等主体间的关系。但是,在合同关系上,跨国公司往往会利用其优势迫使对方接受不公平的合同,因而合同法应注意防止这种现象,同时,其他经济组织在与跨国公司实体订立合同时要加强自己讨价还价的能力。

侵权行为是跨国公司与其他经济组织和个人发生法律关系的又一根据。例如,当因产品质量不合格、从事高度危险作业以及严重污染而造成财产、人身损害时,就产生了侵权行为责任。一般来说,由于跨国公司经营范围广,其业务有很多是高技术、高度危险的,因而潜在的债权人数量比一般单个商业公司多得多,而且,一旦损害事实发生,其性质也严重得多。有时,跨国公司某一实体在东道国所造成

的损害如此之大，以致该实体根本无力进行赔偿。例如印度著名的博帕尔案就是如此。[19] 特别值得注意的是，在很多情况下，这些损害是由于母公司的原因造成的，如母公司制造的产品有缺陷、母公司自己的疏忽或管理不善等。然而由于母公司与子公司在法律上是相互独立的法律实体，其法律责任也是分离的，因而难以追究母公司的责任。因此，东道国在接受跨国公司前来投资时，也必须注意到对当地债权人的保护。

（三）跨国公司与东道国间的关系

跨国公司到东道国进行投资经营活动时，当然也会与东道国产生某些法律关系。这些法律关系主要有两类：一是合同关系，二是经济行政管理法律关系。

跨国公司与东道国的合同关系主要表现在特许协议上。以前，一些不发达国家或发展中国家为了开发其自然资源，常常与外国公司（主要是跨国公司）订立协议，合作开发。战后，许多发展中国家都成立了具有法人资格的国家公司，由这些国家公司负责与外国公司签订有关的自然资源开发合同，这样，跨国公司与东道国政府间的资源开发合同关系现在已多为跨国公司与东道国国家公司间的合同关系所取代。不过，自 20 世纪 90 年代以后，许多国家通过 BOT 等方式，允许外国私人投资者与政府合作建设基础设施，特许协议成为跨国公司与东道国在基础设施建设领域合作的主要形式。

在对跨国公司进行管理方面，我们知道，跨国公司对东道国的经济发展既有积极作用，又有消极影响，如何发挥其积极作用，抑制其消极影响，关键在于东道国的引导，既要对跨国公司提供有力的法律保护和鼓励，又要对其活动进行监督、管理和控制。对跨国公司的管制主要是针对其可能产生消极影响的活动和政策。例如，跨国公司的“全球战略”可能与东道国的发展方向不一致；它们可能采取转移定价的手段逃避东道国的税收，逃避东道国的外汇管制措施，还可能采取各种限制性商业惯例，限制竞争、垄断市场，牟取暴利；它们在国际间大量的资金流动可能会给东道国的国际收支带来重大影响；它们还可能利用东道国环境法不健全的空子，开设有严重污染和公害的工厂，给东道国的环境和人民生命财产带来重大损害，等等。因此，东道国必须通过各种法律手段，对跨国公司的活动进行管制。由这种法律管制产生的关系属于经济行政管理法律关系。一般来说，由于跨国公司具有不同于一般单个商业公司的特殊性，东道国对跨国公司活动进行法律管制的任务也更加艰巨、复杂。

---

[19] 关于印度博帕尔毒气泄漏案，参见姚梅镇、余劲松主编：《国际经济法成案研究》，武汉大学出版社 1995 年版，第 1 ~ 39 页。

(四)跨国公司与母国间的关系

跨国公司不仅与东道国存在着矛盾与冲突,而且与其母国也存在着矛盾与冲突。例如,跨国公司资本的大量输出,可能会减少母国国内的就业机会,减少母国商品的出口,导致技术外流,国内投资减少,影响母国的国际收支。跨国公司还可能利用避税港,通过转移定价的方式逃避母国的税收,等等。因此,母国对跨国公司的这些活动也会采取法律措施予以管制。这样,在跨国公司与其母国之间也存在着经济行政管理的法律关系。

可见,与一般商业公司相比,跨国公司所产生的法律关系要复杂得多。在上述几种关系中,跨国公司与东道国间的关系最具重要性,因为只有当东道国能较好地管制跨国公司的活动,并对其合法权利予以法律保护时,才能较好地解决现存各种关系中所存在的各种法律问题。[20]

四、跨国公司的国际法律地位

跨国公司既然在国内法中没有特殊地位,那么,它们在国际法上是否具有特殊地位呢?是不是国际法主体?国际法学者们对此众说纷纭。有些认为跨国公司不具有国际法律地位,但也有的以国家契约、国际仲裁等为理由认为其具有国际法主体资格。

根据一般法学理论,法律关系的主体是法律关系中权利和义务的承担者,而要成为法律关系的主体,就必须具有权利能力和行为能力。权利能力是依法享受权利和承担义务的资格,行为能力是按自己意志的行为能产生法律效果的能力。国际法主要是调整国家之间关系的,因此,是一个特殊的法律体系。作为国际法的主体也具有特殊性,即须具有独立参加国际关系并直接承受国际法上的权利和义务的能力。这种能力可以是原生的,也可是派生的。国家作为国际法主体,是因为它具有主权,不受任何外来权力的管辖,也就当然地具有国际法上的能力。某些国际组织之所以作为国际法主体,是由于国家通过公约等形式赋予它这一资格的,这些国际组织除了它的基本法外,不受其他法律管辖,在其基本法的范围内具有一定的国际法律能力,例如缔约,取得和处理动产和不动产,进行法律诉讼等。跨国公司是否可以作为国际法主体,取决于它们是否具有这种能力。

众所周知,在国际上并不存在国际公司法之类的法律,因此,跨国公司是国内法,而不是国际法的产物。无论是跨国公司的母公司还是其子公司都必须根据本国或东道国的公司法之类的法律设立,作为本国或东道国的营利法人。这就决定了跨国公司不是政府,不是国际组织,也不是国际法人,只是国内法人。美国著名学者弗农说,任何在外国领土上经营的企业,一般要根据东道国政府决定的条件,在那个领土里设立分支单位,这类由东道国政府给予法人权利的实体,一般被该政

---

[20] 参见姚梅镇主编、余劲松副主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第277~281页。

府看做是该国的国民，与其他国民没有区别。[21]

既然它们是国内法人，那么它们的权利能力和行为能力只能取决于国内法的规定，而不能超出国内法的规定之外。同时，也由于它们是国内法人，那么根据国际法的管辖权原则，主权国家具有属地优越权和属人优越权，跨国公司必须服从国家的管辖。基于这种管辖就产生了两个重要的后果：其一，跨国公司没有根据自己的意思独立参加国际关系的能力。它们的意志是以国家的意志为转移的。它们只能在国家的政策和法律允许的范围内参加国际和国内活动。其二，它们也没有直接承担国际权利和义务的能力。它们只有当国际法成为国内法时才能享有该国际法上规定的某种权利，承担某种义务。这样，既然跨国公司缺少作为国际法主体的法律能力，那也就不可能是国际法主体了。[22]

可见，跨国公司的地位不能与国家相提并论，不具有也不应该具有国家那样的国际法主体的资格和能力。不过，值得注意的是，随着国际法、特别是国际人权法的发展，国际上现在有不少学者认为，依据某些国际条约的规定，个人（包括自然人和法人）可以直接享受国际法上的权利和承担义务。有学者认为，随着经济全球化的发展，个人、跨国公司、非政府组织在国际社会的地位会进一步提升，从而"最终使之成为不同于国家的国际法主体的地位得到国际社会的完全承认"。[23]从客观上看，随着经济全球化的发展，国际关系的主体也必然趋向多元化，非国家行为主体，包括非政府组织、跨国公司等已在国际关系中发挥着重要作用，其国际地位也逐步趋向上升，因此，其在国际法上的地位将来也会随着国际关系的发展而发生变化。

第四节　国家与国际组织

除法人、自然人以外，国家与国际组织也是国际投资法的重要主体。

一、国家

国际投资关系既包括国内方面关系，又包括国际方面的关系，而国家是这两种关系的重要参加者。国家作为国际法主体，具有独立参加国际关系和直接承受国际法上权利和义务的能力，因此，国家有权同其他国家缔结有关国际投资的条约，如双边投资协定、多边投资公约等；若国家间就投资问题发生争端，还有在国际法院进行诉讼的权利。同时，国家还可以作为特殊的民事法律关系主体，直接参与国

---

〔21〕 Raymond Vernon, Storm over the Multinationals: The Real Issues(1977), p. 15.

〔22〕 余劲松："跨国公司法律地位浅析"，载《法学研究》1985 年第 2 期。

〔23〕 参见王贵国："理一分殊——刍论国际经济法"，载《比较法研究》1999 年第 3、4 期。

际投资活动,与外国私人投资者签订特许协议,进行自然资源的开发或公用事业建设,依据法律与合同的规定,取得权利,承担义务。国家直接参与国际投资活动的权利和能力,是由主权派生出来的。

国家参与国际投资活动时,其地位具有特殊性。国家若作为合同当事人一方从事投资经营活动,则应与另一方私人当事人处于平等的地位;另一方面,国家作为主权者,有管理领域内外国投资的权利,国家及其财产享有豁免权。下面对此特殊性进一步加以阐述。

(一)国家管理境内外国投资的权利

根据国家主权原则,国家对其领域内的一切人、事、物享有属地最高权,因此,国家有调整和管制其领域内一切经济活动的权利。联合国大会通过的《各国经济权利义务宪章》对国家的经济权利作了明确的规定。各国有关的国内立法也有相应的规定。

各国的外资法在规定外国投资者的权利和义务的同时,也规定了保留给政府的权利,这些权利是外国投资者不能通过契约予以排除的。根据世界银行解决投资争端国际中心的调查,政府保留的权利主要有:

1. 决定投资的优先顺序。这主要表现在东道国政府有权根据本国的经济发展目标,决定投资的优先顺序,决定禁止、限制和鼓励外国投资的部门、地区,决定对哪些投资者、哪些行业、哪些产品以优惠待遇等。

2. 投资审查权。东道国政府有权对外国投资进行审查和甄别,有权审查投资者的身份与地位,有权批准投资项目或撤回批准,等等。

3. 管制生产和销售活动的权利。东道国政府有权对外国投资企业的生产和销售活动进行监督和管制。例如,要求外资企业的生产达到规定的标准,限制进口,限制产品的国内销售比例,防止垄断和不正当竞争等。

4. 国有化或征用权,即东道国政府在某种情况下,为了公共利益,有权对外国投资企业实行国有化或征用,并给予适当补偿。

5. 外汇管制权。东道国政府有权决定其外汇管制制度,决定货币汇率,在国际收支困难时限制外国投资的利润和原本的汇出。

6. 征税权。东道国有权对外国投资者和外国投资企业征收各种税款,有权决定对哪些部门、行业中的投资予以减免税。

此外,国家有权限制外国投资者的权利,有权修改自己的法律,从而改变外国投资者的权利和义务(当然,在这种情况下,也要注意保护外国投资者的合法权益),有权对不遵守东道国法律的外国投资者予以制裁,等等。[24]

国家的这些主权权利既不能为与外国投资者所签订的契约予以排除,也不受

---

[24] 参见解决投资争议国际中心:《世界投资法》。

契约的限制。

（二）国家及其财产豁免

国家豁免一般指一个国家不受另一个国家管辖。从司法上说，指不得对一个国家起诉或对其财产加以扣押或执行。国家及其财产豁免的法律根据是主权原则，各主权国家都是平等的，平等者间无管辖权，因此，任何一个主权国家都不受他国司法管辖。[25]

西方国家从19世纪初起，通过司法实践和国内立法，逐渐形成相互给予管辖豁免的惯例。到19世纪下半叶便在欧美流行，得到各国的肯定。然而，后来由于国家参与通常属于私人经营范围的事业逐渐增多，欧洲有些国家开始实行限制，只对国家的公法上行为给予豁免，而对国家的私法上行为则拒绝给予豁免。因此，关于国家豁免就出现了绝对主义和限制主义的理论与实践。

绝对主义是指不问国家从事的是公法上行为还是私法上行为，除非该国放弃豁免，都给予豁免。英国国际法学权威奥本海、美国著名国际法学者海德等都持此一观点。在实践上，英国、美国在20世纪50年代以前一直是支持绝对豁免的。

限制主义是只对外国的公法上行为（或称主权行为、统治权行为）给予豁免，对其私法上的行为（或称事务行为）则不给予豁免，认为若对国家的私法行为给予豁免，就会使外国政府同与之发生经济、商业关系的个人处于不平等地位，不足以保护个人权益。欧洲大陆一些国家以及英美在20世纪50年代以后均采取这一立场。[26]

为了规范国家豁免问题，2004年12月2日第59届联合国大会通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，并从2005年1月17日至2007年1月17日向各国开放签署。该公约在第二部分一般原则中规定，国家及其财产在他国法院享有管辖豁免。管辖豁免包括司法管辖豁免和执行管辖豁免。同时，该公约在第三部分又专门规定了8种不得援引国家豁免的诉讼，即8种司法管辖豁免的例外，包括商业交易、雇佣合同、人身伤害和财产损害、财产的所有、占有和使用、知识产权和工业产权、参加公司或其他集体机构、国家拥有或经营的船舶、仲裁协定的效果。判断是否“商业交易”，公约规定应主要考虑合同或交易的性质，但在两种情况下（合同或交易当事方达成一致，或根据法院地国的实践，合同或交易的目的与确定其非

---

〔25〕 参见倪征噢：“关于国家豁免的理论和实践”，载《中国国际法年刊》1983年卷。

〔26〕 关于国家豁免问题，参见倪征噢：“关于国家豁免的理论和实践”，载《中国国际法年刊》1983年卷；陈体强：“国家主权豁免与国际法”，载《中国国际法年刊》1983年卷；李浩培：“论国家管辖豁免”，载《中国国际法年刊》1986年卷；李泽锐：“国家豁免问题的回顾与前瞻”，载《中国国际法年刊》1986年卷；黄进：“论限制国家豁免理论”，载《中国国际法年刊》1986年卷。

商业性质有关)也应考虑其目的。可见,该公约在肯定国家豁免作为一般原则的同时,也对不得援引管辖豁免的具体情况作出了规定,即对限制豁免的做法也予以肯定。公约体现了各种利益之间的妥协和平衡,代表了国家及其财产豁免国际立法的最新发展。

我国一直坚持国家及其财产豁免是国际法的一个原则,同时在实践上也注意把国家及其财产与国营公司、企业区别开来。国营企业是具有法人资格的经济组织,其财产与国库财产相独立,其进行的商业活动也不属国家的行为,因而不存在豁免权问题。这体现了原则性与灵活性的结合,可避免在国家豁免问题上发生理论上的混乱与争执,有利于促进国际投资与国际经济合作。2005 年 9 月 14 日我国政府签署了《联合国国家及其财产管辖豁免公约》,这表明我国政府对该公约持肯定和支持立场。

(三)国家行为原则

国家行为原则是指主权国家在其领域内所为的行为,外国法院无权审查其行为的合法性及效力。国家行为原则与国家豁免原则相辅相成,构成主权国家应有的权力与尊严。但两者意义与效用又有不同,国家豁免是一国是否服从外国法院管辖,而国家行为是在国家服从外国法院管辖问题上的一种积极抗辩,否认外国法院对该国政府在其境内行为合法性的审查权。[27]

美国关于国家行为原则的态度自 20 世纪 60 年代到 70 年代有了变化。在 60 年代初著名的古巴国家银行诉萨巴迪罗(Sabaatino)案中,美国最高法院在 1964 年判决中认为,对一个主权国家在其境内取得财产的行为和实行国有化的效力,即令违反国际法,美国法院也不能予以审查。但这一事件引起美国国会的强烈反对,并于同年提出《对外援助法》修正案,规定美国法院不能根据国家行为理论,对当事人因外国征收行为提出的权利要求的案件,拒绝裁决,除非美国总统基于美国对外政策的需要,决定并通知法院适用这一原则。在后来的邓希尔(Dunhill)案中,美国最高法院认为,外国在其领土内所为的行为,如属商业行为,则不适用国家行为原则。这样,国家行为原则与限制豁免两者协调起来了。适用国家行为原则,只限于外国政府的公法行为,而不是商业行为。美国法院认为,除非对国家行为原则实行与国家豁免同样的限制,否则美国的外国主权豁免法的效力就必然会受到减损。

必须注意到,由于《联合国国家及其财产管辖豁免公约》已将"商业交易"排除在管辖豁免之外,因此,国家从事公约规定的"商业交易"行为也就不能免除外国

---

[27] 参见姚梅镇:《国际经济法概论》,武汉大学出版社 1989 年版,第 36 ~ 38 页。

法院的审查了。[28]

二、国际经济组织

许多政府间国际经济组织，根据其设立的国际条约和文件，具有国际法律人格或法律人格，在其基本文件规定的范围内不受任何国家权力的管辖，具有独立参加国际关系和直接承受国际法上权利和义务的能力。它们可以与其他法律主体缔约，取得和处置财产，并通过诉讼或采取其他合法手段保护自己的权益。[29] 这些国际经济组织也可以是国际投资法的主体。

在国际投资领域，最为重要的国际经济组织包括解决国际投资争端中心、多边投资担保机构、世界贸易组织等。解决国际投资争议中心是根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》设立的，以为缔约国和其他缔约国国民间的投资争议，提供调停和仲裁的便利。该中心具有完全的国际法律人格，具有缔约、取得和处理动产和不动产及诉讼的法律能力，中心在完成其任务时，在各缔约国领土内享有公约所规定的豁免与特权，中心及其财产享有豁免一切法律诉讼的权利；中心的主席、理事会成员，担任调停人或仲裁人的人员以及秘书处的官员和雇员等，在执行任务中的行为，享有豁免法律诉讼的权利，但中心放弃这种豁免者除外。此外，中心的档案不受侵犯，中心的资产、财产和收入等，应免除一切税捐和关税。多边投资担保机构的法律地位与上述解决国际投资争端中心基本相同。根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》的规定，世界贸易组织具有法律人格，其每一成员均应给予WTO履行其职能所必需的特权和豁免。这些国际组织在国际投资关系中发挥着重要的作用。

---

[28] 关于"商业交易"的范围，该公约第2条作了界定，是指：(1)为销售货物或为提供服务而订立的任何商业合同和交易；(2)任何贷款或其他金融性质之交易的合同，包括涉及任何此类贷款或交易的任何担保义务或补偿义务；(3)商业、工业、贸易或专业性质的任何其他合同或交易，但不包括雇用人员的合同。此外，该公约附件对公约若干规定的理解中，又补充说明第17条中的"商业交易"一词包括投资事项。因此，这里的商事交易争议包括投资事项的争议，若协议将此争议提交仲裁，有关国家一方就不得援引管辖豁免。

[29] 关于国际组织的法律地位，参见梁西：《国际组织法》，武汉大学出版社1993年版，第5~6页。

第三章　国际投资的企业形式

第一节　合 营 企 业

一、合营企业的概念和特征

(一)合营企业的概念

合营企业(Joint Venture),是指两个或两个以上的当事人,为实现特定的商业目的,共同投资、共同经营、共担风险、共负盈亏的一种企业形式。国际合营企业是由不同国籍的投资者举办的合营企业。它通常是由一个或多个外国投资者(法人或自然人)同东道国的政府、法人或自然人按法定或约定的比例共同出资,共同经营特定业务,共同分享利润,共同承担亏损。[1] 国际合营企业是现代国际投资的一种最常见的企业形式。我国的中外合资经营企业即属此类。

(二)合营企业的特征

根据各国外资立法和国际通行实践,合营企业的基本特征可概括为如下几个方面:

第一,它是内外合营者共同举办的企业。国际合营企业是由外国投资者与东道国的投资者共同兴办的企业。这类企业区别于一般国内合营企业之处,在于合资各方至少来自两个或两个以上国家,并且至少投资一方的主要业务所在地不在东道国的领土上[2]。也就是说,凡称之为国际合营企业者,其当事方一般包括外方合营者和当地合营者。各国外资立法对外方合营者和当地合营者的资格一般都作了明确规定。

外方合营者,即合营企业的外国投资者,一般包括外国法人或外国自然人,但

---

〔1〕 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年版,第 176 ~ 177 页;霍尔(R. Duane Hall):《国际合营企业》(*International Joint Venture*),1984 年英文版,第 19 页。

〔2〕 关于合营企业的特征,参见王贵国:《发展中的国际投资法律规范》,法律出版社 1988 年版,第 51 页;W. 弗里德曼(Friedmann)和 G. 卡曼诺夫(Kalmanoff):《国际商业合资企业》(*Joint International Business Venture*),美国纽约哥伦比亚大学出版社 1961 年版,第 125 页。

各国立法对此规定不尽一致，有的国家的法律限定外方合营者必须是在外国依外国法律组建或成立的公司。我国法律出于扩大国际经济合作和技术交流之目的，允许“外国公司、企业和其他经济组织或个人”作为“外国合营者”前来投资。此外，根据我国目前的特殊情况，我国外资立法还将香港、澳门、台湾地区的公司、企业和其他经济组织或者个人以及在国外居住的中国公民来境内投资举办合营企业者，视同“外方合营者”，一并称为“外商”或“客商”。

当地方合营者，即合营企业的东道国一方投资者。在资本主义国家和许多发展中国家，当地合营者一般包括该国的公司、企业、其他经济组织或个人，此外，东道国政府有时也可以成为当地方合营者，在合营企业中拥有一定股份。但在一些社会主义国家，当地方合营者大都限于本国的公司、企业等法人组织[3]，如依据我国《中外合资经营企业法》(1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1990 年 4 月 4 日、2001 年 3 月 15 日修正)的规定，“中国的公司、企业或其他经济组织”可以作为“中国合营者”与外商共同举办中外合资经营企业[4]。

第二，它是合营双方共同投资的企业。合营企业是由外方合营者与当地方合营者共同投资举办的。共同投资是合营企业区别于外资(独资)企业的一项显著法律特征。合营各方所投资本，构成合营企业的共同财产或独立财产，成为合营企业进行经营活动和对外承担责任的基础。至于合营各方的出资方式和投资比例，在各国外资立法和双边投资条约中一般都有具体要求。

合营各方的出资方式是指合营各方投入合营企业的资本的具体表现形式。一般来说，合营各方可以用货币出资，也可以用实物、工业产权等作价出资。一些发展中国家的外资立法出于引进外国资金和先进技术与设备的考虑，大都要求外方合营者以现金、工业产权及其他先进技术和设备等出资，而当地方合营者则以土地、厂房、机器设备或其他物料等出资。

对于合营各方的投资比例，许多国家特别是发展中国家的外资立法均有限制性规定。有的是规定一个适用于国内一切行业的投资比例，设定外方合营者投资的上限或下限或上下限，其中以规定上限者居多，一般限定外方合营者的投资比例不得超过 49%；有的则是对不同的行业适用不同的投资比例，其中，与国计民生关系越大的行业，要求当地方合营者控股的比例就越高，对于外方合营者的投资所占比例限制得就越低，以体现东道国对外国投资的投资方向的控制。我国法律从引进外资的数量及规模等因素考虑，明确规定了外国合营者的投资下限，即要求“在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%”[5]。

---

[3] 参见姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年版，第 354 页。

[4] 见《中外合资经营企业法》第 1 条。

[5] 见《中外合资经营企业法》第 6 条第 2 款。

第三,它是合营双方共同经营管理的企业。合营企业既由合营双方共同投资,也由合营双方共同经营。尽管各国的实践在合营企业内部管理机构的设置、组织和运行等方面存在诸多差异,如有的设有股东大会—董事会—日常经营管理机构,有的则只设有董事会—日常经营管理机构,但合营各方依法都享有参加企业经营管理的权利,都有权按照法律规定或合同约定参与决定和处理合营企业的重大事务。

通常,董事会是合营企业的最高权力机构,决定合营企业的一切重大问题。董事会人数组成由合营各方按照投资比例确定或者参照投资比例协商确定,并由合营各方委派和撤换。董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。正副董事长一般是由合营各方分别担任[6]。合营企业设经营管理机构,负责企业的日常经营管理工作。

第四,它是合营双方共担风险、共负盈亏的企业。"合营企业"一词,英文为Joint Venture ,按其英文字面的含义就是"共同冒险"的意思。因此,合营双方共担风险、共负盈亏是合营企业最典型的法律特征。根据各国外资立法的规定和国际上通行的实践,合营各方一般按照投资比例对合营企业分享利润、分担亏损。至于合营各方对合营企业的债务责任,则依合营企业法律性质的不同而又有区别。一般说来,具有法人资格的合营企业,合营各方以各自认缴的出资额或股份为限对企业的债务承担有限责任。例如,依《中外合资经营企业法》及其《实施条例》[7]的规定,中外合营企业的合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损,合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限[8]。

二、合营企业的法律性质和组织形式

(一)合营企业的法律性质

关于合营企业的法律性质,各国的立法规定及司法实践均不一致,在学说上也有争论。

英美等国认为,合营企业在法律上是一种合伙(Partnership),是一种非法人性质的商业组织。英美普通法虽认为合营企业与合伙在性质上有所不同,但一般举办合营企业仍采取合伙形式。在英美法看来,合营者之间的关系实际上是一种人合关系。在某种意义上,每一合营者都是其他合营者的代表,每一合营者对其他合营者或其雇用人员的过失行为所致第三者的损害都应负责。因此,英美法上对合营企业及合营契约的解释,基于的是组合论(Aggregate Theory),而不是实体论

---

[6] 不过,也有一些发展中国家的外资立法明确要求在合营企业中本地董事须占一定数额,或董事长须由本地合营者担任,以保证本地合营者对企业享有经营管理控制权。我国《中外合资经营企业法》就曾作过类似的要求,后参照国际通行惯例对之进行了修改。

[7] 全称为《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》,1983年9月20日国务院发布,1986年1月15日、1987年12月21日、2001年7月22日和2014年3月1日修改。

[8] 见《中外合资经营企业法》第4条第3款、《中外合资经营企业法实施条例》第16条第2款。

(Entity Theory),一般否认合营企业的法人性质,主张合营企业不是法律实体,而是类似于合伙契约的一种法律行为或属于合伙关系的一种,其权利与义务关系应适用(或类推适用)关于合伙的规定[9]。例如,依照美国国内法的解释,合营企业乃一种"人的特殊结合",是指两个或两个以上的人将其财产、金钱、力量、技术和知识汇集于一体组成一个联合体,以共同从事某些营利性风险活动。因此,在美国,虽然适用于合伙组织的法律和原则并非完全适用于合营企业,但合营企业受关于合伙的法律的规范[10]。

与此相反,不少大陆法系国家把合营企业纳入公司法范畴,认为合营企业在法律上属于法人(Juridical Person),而不是合伙。例如,比利时法律允许外国合营者通过参与现存比利时公司或设立新公司方式创设合营企业,其企业形式一般为有限责任公司或股份有限公司。根据德国的法律,合营企业并不构成法律意义上的合伙经营,有外资参与的合营企业依法可以组成股份有限公司或有限责任公司。日本的有关立法及实践对合营企业的性质虽存在分歧,但一般认为,如果合营契约的目的是以设立公司的形式经营共同事业,那么在法律上则应属法人而不是合伙,学说上一般也倾向于把合营企业尽量纳入公司法体系,作为法人来对待[11]。

另有一些国家认为,合营企业是"经济利益的组合",具有合伙与法人双重特性。例如,根据法国关于合营企业条例的规定,合营企业是一种独立的法人实体,但合营企业所经营的业务必须是合营者自身业务的某些扩展;合营企业所得利润不属于企业,而直接属于合营者;合营者对企业的债务负无限连带责任[12]。在科威特,合营企业必须组成实体,但各个合营者是以自己的名义而不是以公司的名义经营业务[13]。东欧国家则不硬性限定合营企业的法律性质,而是允许合营企业根据实际需要采取法人、非法人等多种组织形式。例如,俄罗斯1991年《外商投资法》规定,合营企业可以包括股份公司、有限责任公司、无限公司、两合公司、生产合作社等方式。[14]

综合各国关于合营企业的立法和实践,参照联合国工业发展组织编写的《发

---

[9] 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年版,第181~182页;关于美国对合营企业的看法,见评论(Note):"合营企业法展望"(Reviewing Law on Joint Ventures with an Eye Toward the Future),载《南加利福尼亚法律评论》(Southern California Law Review)第63卷(1990),第513页。

[10] 参见美国《法律判例汇编大全》(Corpus Juris Secundum),第48卷(1947),第1节。

[11] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第360页;坪田润二郎:《国际交易实务讲座》(第1卷),1981年版,第41~42、84页。

[12] 参见沈达明、冯大同:《国际商法》,对外贸易出版社1982年版,第323页。

[13] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第360页。

[14] 参见王哲、李尚公:"俄罗斯外商投资法述评",载《中外法学》1998年第1期。

展中国家合营企业协议指南》,合营企业依其法律性质的不同可大致分为以下两种基本类型[15]:(1)股权式合营企业(Equity Joint Venture),是指由合营者相互协商为经营共同事业而组成的法律实体。此种类型的合营企业,具有独立的法律人格;合营者的出资分成股份,合营各方按照其出资比例对企业行使一定的权利,承担一定的义务;企业有一定的管理机构,作为法人的代表。我国的中外合资经营企业、比利时的合资公司均属此类。(2)契约式合营企业(Contractual Joint Venture),是指合营各方根据合营契约经营共同事业的经济组织。此种类型的合营企业往往不具有法人资格,合营各方不是以股份形式出资,也不按股份分担风险和盈亏,而是根据合营契约的约定对企业享有一定的权利和承担一定的义务,并对其所出资产保留合伙的权利。我国的中外合作经营企业、英美等国的合营企业大都属于此类。

(二)合营企业的组织形式

由于各国法律对合营企业的法律性质的认定各不相同,因而在国际投资的实践中,举办合营企业所采取的组织形式也各式各样,大体上可归纳为公司和合伙两类。[16]

1. 公司(Corporation)

根据公司法原理,公司是指依公司法设立的、以营利为目的的法人组织。因此,组成为公司的合营企业都是企业法人,并具有如下基本特征:第一,具有独立的财产;第二,具有独立的名称和住所,有自己的章程和组织机构;第三,具有独立的法律人格,能够以自己的名义参加民商事活动,享受权利和承担义务,并以自己的名义起诉和应诉;第四,能独立承担民事责任,即以企业的全部资产对外承担债务责任。从国际实践来看,组成为公司的合营企业主要采取有限责任公司和股份有限公司两种基本形式。

(1)有限责任公司(Limited Corporation)

有限责任公司是指由法律规定的一定人数的股东所组织、股东以其出资额为限对公司债务承担责任的公司。这类公司在美国、加拿大被称为"不上市公司"(Close Corporation),在英国、西欧国家被称为"私公司"(Private Company)。有限责任公司是合营企业的一种最常见的组织形式。它除了具有公司的上述基本特征以外,还具有以下特点或优点:第一,公司的股本不公开招募,而限于股东认股出资筹集。各个股东的出资比例通常由股东们在法定范围内相互协商确定。股东证书不得上市流通。股东按其出资比例对公司享受权利和承担义务,并以其出资额为限对公司承担责任。第二,股东的股权的转让有严格的限制。各国法律通常要求,任何股东转让其部分或全部股份,须经全体股东一致同意;在同等条件下,其他股

---

[15] 参见刘丰名:《中国外资法》,同济大学出版社1988年版,第43~44页。

[16] 关于合营企业的组织形式,参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社1994年版,第51~53页。

东有优先购买权;转让公司股份,须符合法定形式。因此,股东之间的关系比较稳定。第三,股东人数不仅有最低限额,而且有最高限额。各国法律一般将其限制在2人以上50人以下。第四,公司的设立程序较为简便,公司的管理机构也较为简单。由于股东人数较少,股东大会的召集和决议程序通常简便易行,且主要股东一般都是董事会成员,并直接参加公司的管理。因此,股东对公司的事务有较大的发言权和控制权。由此可见,有限责任公司是一种资合公司,但也具有人合公司的某种因素。正是由于这些特点,使得它在国际实践中被广泛采用,成为国际合营企业乃至其他国际直接投资企业的重要法律形式。

(2)股份有限公司(Joint Stock Company)

股份有限公司是指其全部资本划分为等额股份并通过发行股票筹集资本,股东以其所持股份为限对公司承担责任的公司。股份有限公司是许多国家合营企业采取的一种组织形式。这种形式的合营企业,企业法人的性质和特征表现得最为显著,是最典型的资合公司。与其他公司形式相比,它具有以下特点或优点:第一,公司资本的筹集具有公开性。股份有限公司的全部资本划分为等额股份,公司采取公开发行股票的方式来筹集资本。任何愿意出资的人都可以成为股东,没有资格限制。这使得公司拥有众多的股东,资金十分雄厚。第二,公司的股份可自由转让。各国法律允许股份有限公司的股票自由转让,包括在股票交易所买卖,或赠与他人。这使得股票持有者具有更多的投资选择权和积极性。第三,公司的财产具有独立性。股份有限公司筹集的资本,构成公司的独立财产。它不仅是公司赖以存在和发展的必要条件,也是公司承担债务责任的基础。公司股东的个人财产与公司的财产是相互独立的。第四,公司的所有权与经营权相分离。由于股份有限公司的股东人数众多,股权分散,大多数股东实际上都无法直接参与公司的经营管理,因而,公司的管理均是通过专门的管理机构对公司实行集中性管理。第五,公司的经营状况具有一定的透明度。由于股份有限公司的社会性很强,因而各国的公司法和证券法均要求公司将有关财务等资料以法定方式向股东和社会公开。正是由于股份有限公司具有上述特点,不少国家利用这种形式引进外国投资举办大型合营企业。

2. 合伙(Partnership)

合伙一般是指两个或两个以上的人作为共同所有人,为营利而从事商业活动的经济组织。合营企业采取合伙形式,强调的是"人的联合"。尽管各国法律对合伙的具体规定不尽一致,但许多原则是相同的。归纳起来,采用合伙形式的合营企业具有如下基本特征:第一,合伙合同是合伙企业成立的基石。这类合营企业都是基于合伙人之间的信任关系(Fiduciary Relation)通过合伙合同而建立起来的。合伙合同是合伙各方享受权利和承担义务的基本依据。合伙各方的出资额、出资方式、利润分享和风险分担的原则、合伙企业的管理方式以及合伙终止等重大事项,一般均经合伙人之间协商,由合伙合同加以规定。第二,合伙财产归合伙人共同所

有、共同使用。在合伙存续期间,各合伙人不得请求分割合伙财产。第三,合伙人依合伙合同的规定对合伙企业享有权利和承担义务。除合伙合同中另有规定者外,合伙人在合伙企业的管理中具有同等的发言权。在一般情况下,每个合伙人都是合伙的代理人,各合伙人在合伙业务范围内的行为对合伙具有约束力。第四,合伙人对合伙企业的债务负无限连带责任。合伙企业如果发生了资不抵债的情况,各合伙人都要对此承担无限责任,而且相互之间存在连带责任。但合伙人之间可以就履行合伙合同而确定各自应承担的责任比例。第五,合伙企业可以作为经济实体经营,但不具有法人资格。正是由于合伙企业具有成立手续简便、经营管理灵活等特征,许多外国投资者在海外举办非长期投资的中小型合营企业,都乐于采取合伙形式。

然而,对于合营企业而言,采取任何组织形式也都存在一定的弊端。例如,设立公司,尤其是设立股份有限公司,其手续较复杂,费用也较高,政府对其管理也严格一些,此外,还因存在"双重征税"的问题,投资者的税负会较重;合伙则与公司的优缺点相对,但由于合伙不被看做是与其成员相分离的实体,其最大的不利之处就在于合伙人必须承担无限责任,因而面临着较大的投资风险。所以,合伙企业一般不适宜于那些规模大、风险高的投资项目。相对而言,合营企业采取公司形式较好,特别是当合营企业是长期的、大规模的时候,更是如此,因为这些合营企业通常涉及大量的投资和生产设施、广大的客户、大量的筹资需要、重要的供需合同和国际业务,因而可能会有大量的债务风险,采取公司的形式能更有效地保护合营者不受这些债务风险的损害。当然,由于各国法律的规定不同,在不同的国家采取何种形式较为适合也不尽相同。例如,在德国,合营企业的理想形式是有限责任公司,因为与股份有限公司相比较,有限责任公司所要求的股东人数较少,最低资本额较低,管理结构较简单,法律要求也不那么严格。但在阿根廷,有限责任公司不大适用于合营企业,因为其股东仅限于自然人,公司不能成为有限责任公司的股东[17]。

三、中外合资经营企业

(一)中外合资经营企业的概念及法律性质

中外合资经营企业,是指外国的公司、企业和其他经济组织或个人同中国的公司、企业或其他经济组织依照中国法律在中国境内共同投资、共同经营、共担风险、共负盈亏的企业法人组织。

根据我国关于合营企业的立法和实践,结合国际投资法上关于合营企业法律性质的论述,可以对中外合资经营企业的法律性质作如下理解:

第一,中外合资经营企业是股权式合营企业。中外合资经营企业是中外合营

---

[17] 参见多布金和伯特(James A. Dobkin & J. A. Burt):《有国际合作者的合营企业》(*Joint Ventures with International Partners*),1989 年英文版,第 1 ~ 19 页。

者依照《中外合资经营企业法》的规定共同投资举办的外商投资企业，它具备股权式合营企业的基本特征。其主要表现在：中外合营者的出资依法划分为一定的比例；合营各方依其出资比例对合营企业享有权利和承担义务，分享利润和分担风险及亏损；合营企业是一个独立的经济实体，且具有独立的法律人格，并设置有相应的管理机构，作为法人的代表。

第二，中外合资经营企业是中国的法人。中外合资经营企业是依照中国法律规定的条件和程序、经中国政府批准、在中国境内登记成立的企业法人组织，它符合中国法律的关于法人条件的规定。其主要表现在：合营企业具有必要的财产，该财产不仅与合营者的财产相分离，且达到有关法律、法规的最低要求；合营企业具有经核定的名称和固定的经营场所，并设有相应的组织机构；合营企业能够以自己的名义从事民商事活动、设定权利和履行义务，并以自己的名义起诉或应诉，且以企业的资产独立承担债务责任。

正是因为中外合资经营企业是依照《中外合资经营企业法》批准在中国境内设立的外商投资企业，并具有中国法人的资格和地位，所以，它既受中国法律的管辖，同时又受中国法律的保护。一方面，由于中外合资经营企业设立在中国境内，又是中国的法人，因而，中国对之既具有属地管辖权，又具有属人管辖权。合营企业的一切活动都应遵守中国法律、法规的规定，其在中国境外设立的分支机构及其营业活动也须服从中国法律的管辖。另一方面，合营企业的一切合法权益受中国法律的保护。在中国法律、法规和合营企业合同、章程规定的范围内，合营企业有权自主地进行经营管理。此外，由于中外合资经营企业是中国的法人，故它与中国境内公司、企业及其他外商投资企业之间的关系，属于国内法律关系。对于它们之间争议的解决，应当适用国内仲裁或诉讼程序[18]。

（二）中外合资经营企业的组织形式

依《中外合资经营企业法》批准在中国境内设立的中外合资经营企业，其组织形式为有限责任公司，合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限[19]。

分析起来，中外合资经营企业采取有限责任公司形式，具有许多优点。

首先，有限责任公司具有企业法人的地位和有限责任的特点，较之合伙企业，更有利于吸引外资。中外合资经营企业采取有限责任公司形式，具有独立的企业法人资格。在内部关系上，合资各方按注册资本的比例分享利润和分担风险及亏损，合营各方对合营企业的责任，只以各自认缴的出资额为限；在外部关系上，合营企业以一个独立的法律实体从事经济活动，其对外承担债务的责任，仅以企业的全

---

[18] 参见姚梅镇主编、余劲松副主编：《外商投资企业法教程》，法律出版社1990年版，第42～43页。

[19] 见《中外合资经营企业法》第4条、《中外合资经营企业法实施条例》第16条。

部资产为限[20]。这些特点,有效地克服了合伙企业不具有法人资格、企业财产缺乏独立性、合伙人须对企业的债务承担无限责任等因素所致的投资规模不大而投资风险大的弊端,有利于更大量、更有效地吸引外国投资。

其次,有限责任公司以资合公司为基础,同时又吸收人合公司的特点,较之股份有限公司,有利于达到举办合营企业的目的。由于合营对象是经过双向选择的,因而合营者之间的共事合作关系相对紧密;又因为合营者的股权的转让要受到严格的限制,故合资经营的关系比较稳定。这种形式的中外合资经营企业,股东数额有限,股权相对集中,管理机构比较简单,且股东的所有权与企业经营权相结合,合营者既是企业的投资者、受益者,又是企业的经营管理者。这样,既合资,又合营,有效地克服了股份有限公司股份任意转让、股东流动不定、股东所有权与企业经营权相分离、股东对公司缺乏足够控制力和责任感等因素所致的弊端,有利于达到既利用外国资金,又引进外国投资者的先进生产技术和管理技术的目的[21]。

(三)外商投资股份有限公司的法律特征

外商投资股份有限公司也是我国实践上采用的一种外商投资企业形式。其设立依据最早见于对外贸易经济合作部(以下简称外经贸部,现为商务部)发布的《关于举办股份有限公司形式中外合资经营企业有关问题的通知》(1993 年 10 月)。该《通知》指出,通过发行人民币特种股票吸引外资,举办中外合资经营股份有限公司,是利用外商直接投资的一种方式。1993 年 12 月,第八届全国人大常委会第五次会议通过了《中华人民共和国公司法》,对股份有限公司的一般法律问题作了具体规定,成为举办中外合资经营股份有限公司的基本法律依据。根据《公司法》的有关规定,国务院先后发布了《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》(1994 年 7 月)和《关于股份有限公司境内上市外资股的规定》(1995 年 12 月),外经贸部发布了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》(1995 年 1 月),进一步明确了外商投资股份有限公司的设立方式和法律地位。在《中华人民共和国证券法》及其相关法规颁布实施之后,外经贸部根据实践发展的需要又相继发布了《关于外商投资股份有限公司有关问题的通知》(2001 年 5 月)、《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》(2001 年 11 月)、《关于外商投资股份有限公司非上市外资股转 B 股流通有关问题的补充通知》(2002 年 8 月)等文件,就外商投资有限责任公司申请转化为股份有限公司、外商投资股份有限公司申请上市发行股票、非上市外资股转 B 股流通等问题作了规定。目前,外商投资股份有限公司在我国正处于发展阶段。

---

[20] 参见李仁真:《应用国际经济法》,湖北人民出版社 1989 年版,第 231 页。

[21] 参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社 1994 年版,第 54 ~ 55 页;姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社 1993 年版,第 365 页。

依《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第2条的规定，所谓外商投资股份有限公司，是指依规定设立的，全部资本由等额股份构成，股东以其所购的股份对公司承担责任，公司以全部财产对公司债务承担责任，中外股东共同持有公司股份，外国股东购买并持有的股份占公司注册资本的25%以上的企业法人[22]。

从法律上讲，外商投资股份有限公司是一种典型的企业法人，但它不同于一般中外合资经营企业，不采取有限责任公司的组织形式，而具有股份有限公司的基本特征，其主要表现在：公司的全部资本划分为等额股份，并通过发行股票筹集资本；股东以其所认购的股份为限对公司承担责任；公司以其全部财产对公司债务承担责任。

然而，外商投资股份有限公司是由外国的公司、企业或其他经济组织或个人（以下简称外国股东）与中国的公司、企业或其他经济组织（以下简称中国股东）在中国境内共同举办的一种外商投资企业，因此它又具有不同于一般股份有限公司的某些特征，其主要表现在：

第一，公司由一定数额的中外股东依法定条件设立。外商投资股份有限公司可以采取发起方式设立，也可以采取募集方式设立，其发起人除应符合公司法规定的发起人的条件外，其中至少有一个发起人应为外国股东。

第二，外资股占公司注册资本的25%以上。外商投资股份有限公司的注册资本中，外国股东购买并持有的股份应不低于公司注册资本的25%。相应的，股东认购的股份的转让也应符合法定条件，比如，公司发起人股份的转让须在公司设立登记3年后进行，并经公司原批准机关批准，其中外资股的转让应限定在外国投资者之间进行，以始终保持外资股占公司注册资本的25%以上。

由此可见，外商投资股份有限公司实质上是一种特殊形式的中外合资经营企业，其特殊之处在于它的组织形式为股份有限公司，而非有限责任公司。由于其组织形式不同，因而其设立方式、股份形式、资本制度、组织结构等也相应有所不同。但就其法律性质和基本特征而论，外商投资股份有限公司与其他中外合营经营企业一样，是依中国法律在中国境内设立的外商投资企业，是由中外投资者共同投资、共同经营、共担风险的企业，是股权式合营企业。

四、合营企业的作用

合营企业作为国际投资的一种企业形式，是随着资本主义国家资本输出的扩展而逐渐发展起来的。第一次世界大战前后，一些老牌的资本主义国家在新兴的资本主义国家曾投资举办过少量的合资企业。但当时，资本输出仍以间接投资为主，直接投资则以外商独资企业为主。直到第二次世界大战前，合营企业并不占主

---

[22] 见1995年《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第2条。

要地位。战后,特别是60年代以后,世界经济政治形势发生了剧烈变化,合营企业逐渐成为国际投资的主要企业形式。这是因为:(1)科学技术的发展,使生产进一步社会化、国际化,世界范围内的生产和经济联系有了更大的发展。(2)由于资本主义发展不平衡的规律,美国经济力量相对下降,西欧、日本经济迅速发展,投资方式趋于多样化。(3)发展中国家取得政治独立后,采取措施逐步取消外资独占的企业,并在坚持独立自主、自力更生的前提下利用合营企业的形式吸收外资和引进外国先进技术,以发展本国经济。在这种背景下,合营企业得到了前所未有的发展。在亚、非、拉国家中,有的国家通过颁布外资法,兴办了不少合营企业,还有的国家通过修改外资法,实行"当地化"(Localization)政策,使许多原有的外国独资公司转变成为合资企业。东欧国家则一般只采用合营企业形式利用外资[23]。在我国利用外国直接投资的实践中,中外合资经营企业是发展最早且数量最多的一种企业形式。[24]

合营企业之所以发展迅速,成为国际投资的重要企业形式,是因为它具有特定的优点和作用,为海外投资者和资本输入国双方所欢迎。

对海外投资者来说,利用合营企业进行海外投资具有下列优点:第一,可以减少或避免政治风险。由于合营企业有东道国的资本参加,并共同经营,可以减少东道国政策变化或征用等风险。第二,有助于取得新市场。通过与当地合营者合营,可在当地推销一部分产品,从而取得一部分新市场。第三,可以取得多重优惠和各种方便。通过与当地投资者合营,海外投资者既可享受东道国给予外国投资的特别优惠,又可以获得东道国给予本国企业的优惠,有的还可以取得其母国给予的某些优惠。此外,海外投资者不仅可以通过当地合营者了解东道国的政治、社会、经济等情况,以增长当地商业及经营知识,而且还可以通过当地渠道,取得财政信贷、资金融通、物资采购、产品销售等方便,有利于增进企业经济效益。

对于资本输入国,特别是发展中国家来说,以合营企业形式吸收和利用外国投资具有以下好处:第一,可以在不增加国家债务负担的情况下利用外资,弥补国内建设资金的不足。外国投资者在合营企业中可以技术和设备作为投资,因而国家无须动用外汇购买这些技术和设备。外资能否回收、增值,取决于企业本身的经营效果,不致形成国家债务。第二,有利于引进先进生产技术和管理技术。由于合营企业经营的成败,直接关系到外国投资者的利益,所以,外国投资者出于其本身利益的考虑,可能不断地提供真正先进的技术和设备,并同当地合营者密切合作,促

---

[23] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第357~358页。

[24] 据统计,仅2002年,我国共批准外商直接投资项目34171件,其中中外合资经营的项目10349件,占批准外商直接投资项目总数的30.29%;全年实际利用外资527.43亿美元,其中中外合资经营项目的投资金额149.92亿美元,占全年外商直接投资总额的28.42%。

使引进的技术迅速有效地形成生产力。同时，由于合营企业是由合营者共同经营管理，外国合营者由于直接参加经营，可能会积极提供科学的管理方法和技术，改善企业的经营管理。就发展中国家而言，它们之所以鼓励国际合营企业，大多是为了使本地企业能够在最大范围内以最快的速度吸收外国的技术和经验，以便在本国经济发展中发挥重要作用。第三，有利于开拓国际市场。合营企业可以利用外国投资者的销售渠道营销产品，使企业产品能迅速进入或开拓国际市场，扩大企业的出口创汇能力。第四，有助于东道国对企业的管理控制。合营企业由于有当地法人或自然人甚至当地政府部门的参与，从而可以减少外资实力过大产生的副作用，同时东道国对其实行管理监督，较之外资企业，更为现实、有效。有些学者认为，发展中国家之所以鼓励国际合营企业的方式，其原因主要在于有效管理外国投资，使外国投资无法在东道国任何一个经济部门形成有效的统治地位[25]。

第二节　合作经营企业

一、合作经营与合作经营企业的概念

在利用外资的实践中，许多国家除了采取上述股权式合营企业以外，还采取了各种非股权式或契约式合营。这种合营是建立在合同基础之上的，合营各方依合同分享权益和分担风险及亏损。国际实践中出现的契约式合营，形式多种多样，大致可分为两类：一类是没有组成实体的合作经营；另一类是合作经营企业。

（一）没有组成实体的合作经营

没有组成实体的合作经营，通常是指两个或两个以上国家的企业基于合作合同进行合作，共同从事某项产品的研究、制造或销售，或者某个项目的经营，合作者之间依合同的约定投入资金、技术或设备以及劳务，并依合同的约定分享权益和分担风险。

没有组成实体的合作经营是世界各国普遍采用的引进外资和技术的一种契约式合营形式。这种契约式合营在前苏联、东欧国家与西欧国家间的东西方工业合作中尤为常见。其具体方式从共同生产零部件、共同制造产品、专业化协作到项目合作或联合投标等，种类繁多，但它们都具有下述基本特征：第一，合作以合同为基础；第二，合作并不组成经济实体，更不组成法律实体，而单纯基于合同而活动；第

---

[25] 关于合营企业的作用，参见 W. 弗里德曼和 G. 卡曼诺夫：《国际商业合资企业》，美国纽约哥伦比亚大学出版社 1961 年版，第 125 页；王贵国：《发展中的国际投资法律规范》，法律出版社 1988 年版，第 51 ~ 54 页；姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年版，第 358 ~ 359 页。

三,合作关系一般不受公司法或企业法支配,而受合同法支配[26]。

(二)合作经营企业

合作经营企业(Cooperative Enterprise),属于契约式合营的一种类型,通常是指两个或两个以上国家的当事人为实现特定的商业目的,根据合同的约定投资和经营,并依照合同的约定分享权益和分担风险及亏损的一种企业形式。

合作经营企业作为国际直接投资的一种企业形式,是由国际合作生产发展、演变而来的。这种合营也是建立在合同基础之上的,通常是由外国投资者提供资金、技术、设备等,而由当地合作者提供基础条件或设施以及劳务等,双方合作从事特定项目的经营,并依合同的约定对企业分享权益和分担责任。虽然,它们与前述没有组成实体的合作经营都属于契约性安排或非股权式合营,但事实上,它们像其他合营企业一样经营,有企业名称、企业财产,有经营管理机构,合作者有控制企业和分享收益的权利[27]。

我国在利用外资的实践中,也采取了契约式合营方式。我国的契约式合营也可以分为两类:一类是没有组成实体的合作经营,包括中外合作生产、中外合作销售、中外合作开发等合作方式。我国的此类实践与上述国际实践中的契约式合营在法律特征上基本相同。另一类是中外合作经营企业。

所谓中外合作经营企业,是指外国的企业或其他经济组织或个人(以下简称外国合作者)同中国的企业或其他经济组织(以下简称中国合作者),依照中国法律在中国境内共同投资举办的、以合同规定双方权利和义务关系的一种企业形式。

鉴于我国关于中外合作经营企业的法律实践具有自己的特色,下面将主要以我国的有关立法和实践为依据,论述合作经营企业的法律性质、组织形式以及法律特征。

二、合作经营企业的法律性质

从法律性质上讲,合作经营企业属于契约式合营的范畴。外方合作者和当地合作者举办合作企业的权利与义务,包括投资或合作条件、收益或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项,均由合作各方依法在合作企业合同中予以约定。

对于合作经营企业法律性质的认定,中外的法律实践不尽一致。国际上通行的实践是将合作企业作为一种无法人资格的合伙来对待,在法律上一般适用合伙法或有关合伙的规定。但我国的法律实践则颇具特色。依《中外合作经营企业法》(1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过,2000年10月31日修正)的规定,中外合作经营企业可以组成法人,也可以不组成法人;符合法人

---

[26] 参见多布金和伯特:《有国际合作者的合营企业》,1989年英文版,第二章,第9~10页。

[27] 参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社1994年版,第57~58页。

条件规定的，可以依法取得法人资格。因此，中外合作经营企业与国际上通常所说的契约式合营有所不同。国际上通常所说的契约式合营，一般不建立法人实体，有的甚至不是经济实体；而我国的中外合作经营企业不仅可以组建为一个经济实体，而且可以组建为一个法律实体。《中外合作经营企业法实施细则》[28]第4条明确规定：中外合作经营企业包括依法取得中国法人资格的合作企业和不具有法人资格的合作企业。在一些学术著作中，依法取得法人资格的合作企业被称为"法人式合作企业"，不具有法人资格的合作企业则被称为"非法人式合作企业"[29]。

（一）法人式合作企业

中外合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。这种性质的合作企业，应根据《民法通则》关于法人条件的规定，由合作各方投资或者提供合作条件，组成独立的、与合作各方的财产相分离的企业财产；应设立自己的组织机构如董事会，作为企业法人的代表，且具有订约、履约和诉讼的法律能力，并能独立地承担民事责任。

对于法人式合作企业的组织形式，《中外合作经营企业法实施细则》第14条有明确规定。据此，合作企业依法取得中国法人资格的，为有限责任公司。除合作企业合同另有约定外，合作各方以其投资或者提供的合作条件为限，对合作企业承担责任；合作企业以其全部资产对合作企业的债务承担责任。

（二）非法人式合作企业

不具有法人资格的中外合作企业为非法人式合作企业。这种性质的合作企业，仍是一种经济实体，因此，合作各方应依法按照合同的约定向合作企业投资或者提供合作条件，以形成企业财产，由合作企业统一管理和使用；企业应设立组织机构如联合管理委员会对企业进行经营管理，还应在其所在地设置统一的会计账簿，等等。但是，这种性质的合作企业并不是法律实体。合作各方的投资或者提供的合作条件并不构成独立的企业法人财产，而为合作各方分别所有（经合作各方约定，也可以共有，或者部分分别所有、部分共有）；联合管理委员会并非企业的法定代表，而是代表合作各方共同管理合作企业的机构。

至于非法人式合作企业的责任形式，《中外合作经营企业法实施细则》第50条仅作了原则性规定，即不具有法人资格的合作企业及其合作各方，依照中国民事法律的有关规定，承担民事责任。从法理上分析，非法人式合作企业应该属于合伙的范畴，合作各方的关系实际上是一种合伙关系，因此，合作企业的民事责任以及合作各方的权利和义务，包括对企业债务和责任承担，应依有关合伙的法律规定来

---

[28] 1995年8月7日国务院批准，1995年9月4日对外贸易经济合作部发布。2014年2月28日，国务院发布的关于废止和修改部分行政法规的决定对其作了修改。

[29] 参见刘丰名：《中国外资法》，同济大学出版社1988年版，第104～105页。

确定。[30]

三、中外合作经营企业的法律特征

从我国的法律规定和举办中外合作企业的实践可以看出,中外合作经营企业与中外合资经营企业具有许多相同之处,即二者都是依中国法律在中国境内设立的外商投资企业,都是由中外当事人双方共同投资、共同经营、共负盈亏的企业,但二者也存在着一定的区别。这些区别的根本点在于:中外合资经营企业是股权式合营企业,而中外合作经营企业是契约式合营企业。由于中外合作企业的契约性所致,中外合作企业具有如下法律特征[31]:

第一,依法以合同约定投资或者提供合作条件。依《中外合作经营企业法》及其《实施细则》的规定,合作各方应当依照有关法律、行政法规的规定,在合作企业合同中约定投资或者合作条件。合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币,也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利[32]。可见,在投资方式上,中外合作企业与中外合资经营企业基本相类似。不过,合作企业所使用的投资或者合作条件比一般合资企业要广泛和灵活得多。中外合作者可以根据合作项目的需要,以各自拥有的资本或条件进行合作。在实践中,一般是外国合作者提供资金、技术和设备,中方合作者提供基础条件,如场地使用权、现有厂房和设备、劳务等。

中外合作企业在投资方式上的特点,还表现在合作各方的投资或提供的合作条件,不像中外合资经营企业那样按股份计算。关于合作企业的中外合作者的投资比例,《中外合作经营企业法实施细则》第18条规定:在依法取得中国法人资格的合作企业中,外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的25%;在不具有法人资格的合作企业中,对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求,由对外贸易经济合作部规定。

第二,依企业性质采取不同的管理方式。由于中外合作企业可以组成法人,也可以不组成法人,《中外合作经营企业法》及其《实施细则》允许合作企业依其性质的不同分别采取不同的管理方式。

就组织机构而言,法人式合作企业设董事会,非法人式合作企业则设联合管理委员会,作为合作企业的权力机构,按照合作企业章程的规定决定合作企业的重大问题。董事会的董事或者联合管理委员会的委员不得少于3人,其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定,并由合作各方自行委派或

---

〔30〕 我国关于合伙的法律规定,见2006年8月修订、2007年6月1日起施行的《中华人民共和国合伙企业法》。

〔31〕 关于合作企业的法律特征,参见刘丰名:《中外合作经营企业法概论》,武汉大学出版社1992年版。

〔32〕 见《中外合作经营企业法》第2条、《中外合作经营企业法实施细则》第18条。

者撤换。至于董事长或联合管理委员会主任的产生办法、董事或委员的任期、董事会或联合管理委员会的议事方式和表决程序等，除《中外合作经营企业法实施细则》有明确规定者外，均由合作企业章程予以规定。

中外合作企业的董事会或者联合管理委员会可以任命或者聘请总经理，负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理委员会负责。依我国的法律实践，合作企业可以由合作双方共同管理，也可以委托合作一方管理，还可以委托合作各方以外的他人经营管理。[33]

第三，依合同约定分配收益与回收投资，承担风险和亏损。中外合作企业区别于中外合资经营企业的一个重要特征，在于中外合作者并非一律按注册资本的比例分享利润和分担风险及亏损，而是依照合作企业合同的约定分配收益或者产品，承担风险和亏损。相对而言，中外合作企业分配收益的方式要灵活些，中外合作者可以采用分配利润、分配产品或者合作各方共同商定的其他方式分配收益。至于合作企业风险及亏损的承担，则依合作企业性质的不同而异。法人式合作企业，除合作企业合同另有约定外，合作各方以其投资或提供的合作条件为限对合作企业承担责任；合作企业以其全部资产对合作企业的债务承担责任；非法人式合作企业，合作各方对合作企业的债务一般负无限连带责任，除非合作企业合同有相反的约定。

中外合作企业的特征，不仅体现为合作各方依合同的约定分配收益和承担亏损，而且还体现为外国合作者可以依合同的约定在一定条件下先行回收投资。依《中外合资经营企业法》及其《实施细则》的规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的，可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。具体说来，在合作企业合同约定合作期限届满时合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有的前提下，外国合作者在合作期限内可以申请按照下列方式先行回收其投资：(1)在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上，在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例；(2)经财政税务机关按照国家有关税收的规定审查批准，外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资；(3)经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式[34]。当外国合作者先行回收投资时，中外合作者对合作企业的债务责任便会产生特殊问题。对此，《中外合作经营企业法》第21条只作了原则性规定，即外国合作者在合作期限内先行回收投资的，中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对合作企业的债务承担责任。为了防止因外国合作者先行回收投资而致中外合作双方对合作企业负亏责任不

---

[33] 如合作企业成立后改为委托他人经营管理的，必须经董事会或者联合管理委员会一致同意，报审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

[34] 参见《中外合资经营企业法》第21条、《中外合资经营企业法实施细则》第44条。

公,《中外合作经营企业法实施细则》第45条第2款要求:"合作企业的亏损未弥补前,外国合作者不得先行回收投资。"

四、合作经营企业的作用

中外合作经营企业是我国外商投资企业的一种重要形式。1979年我国实行对外开放政策以后,中外合作经营企业首先在广东、福建出现,继而扩及全国。合作经营企业之所以发展如此迅速,是因为它与合资经营企业一样,是由外国投资者与当地方共同投资、共同经营、共担风险、共负盈亏的企业,具有中外合营企业所具有的一般优点。此外,从我国举办中外合作经营企业的实践来看,合作企业较之合资经营企业,还具有下述作用[35]:

其一,可不受国内配套投资资金的制约。合作企业的投资方式较为灵活,一般是由外国合作者提供资金、设备、技术,中国合作者提供场地使用权、现有厂房设施、劳务等合作条件作为出资,这样,可减轻我方在引进外资过程中国内配套投资的负担,有利于吸收更多的外资。

其二,外方能保本,我方也有利。合作企业是依合同约定分配收益与回收投资、承担风险及亏损的,外国合作者可以依法在一定条件下按照合作企业合同的约定在合作期内先行回收投资,从而使外商的投资原本和利润都有保证,可减少或避免投资的风险。同时,中国合作者除可得到合同约定的分成利润和产品以外,还可获得劳务工资、原材料及物资供应所得的外汇收入。在外商先行回收投资后,合作期满时企业的全部固定资产归中方所有。这样,既增强了外国投资者的安全感,又符合平等互利原则。

其三,灵活方便、适应性强。合作企业是一种契约式合营,合作各方的权利与义务均由合作企业合同加以约定。这种契约性安排增加了灵活性,使得合作企业在设立程序、投资方式、管理方式以及收益分配方式等许多方面都比合资经营企业简便、灵活,因而适应性强。合作企业既适于生产性项目,也适于非生产性项目;既适于城市,也适于农村;项目大小不拘,资金多少咸宜,可因事、因地制宜,易于发展。

第三节 外资企业

一、外资企业的概念和特征

在国际投资法中,外资企业是相对合资经营企业、合作经营企业而言的一种国际投资企业形式。目前,国际上对外资企业尚无统一的称谓和定义。一般认为,外资企业主要是指根据东道国法律在东道国境内设立的、全部或大部分资本由外国

---

[35] 关于合作企业的优点,参见姚梅镇:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第367~368页。

投资者投资的企业。不过,现时各国法律对一个企业中外资构成比例达到多少才视为外资企业有不同的规定。有些国家的法律规定,凡是外资占大部分的企业,均为外资企业;而有些国家的法律则严格限定,只有那些全部资本为外国投资者所有的企业,才为外资企业,俗称"外商独资企业",如我国《外资企业法》(1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过,2000 年 10 月 31 日修正)关于外资企业的定义。

《外资企业法》第 2 条规定:"本法所称的外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业,不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。"从这一定义中,我们可以看出,外资企业具有下述基本特征:

第一,外资企业是依中国法律在中国境内设立的企业。也就是说,外资企业是中国的企业。这一特征,使得它与在中国境内的外国企业相区别。外国企业,是指在国外依照外国法律设立的,后经东道国法律许可在东道国境内从事经营的企业。依我国有关法律规定,外国企业包括:在中国境内设有从事直接经营活动的分支机构或者从事非直接经营活动的代表机构的外国公司、企业和其他经济组织,在中国设有营业代理人的外国的公司、企业和其他经济组织,同中国企业合作生产、合作经营或合作开发的外国的公司、企业和其他经济组织,以及在中国承包建筑、安装、装配、勘探等工程的外国公司和企业等。从法律上讲,外国企业具有外国国籍,因而受其成立地国的属人管辖,中国作为东道国对其只有属地管辖权;而外资企业则是外国投资者来中国境内投资依照中国法律设立的企业,具有中国国籍,中国作为东道国对其具有属地和属人双重管辖权。

第二,外资企业是全部资本为外国投资者投资的企业。这一特征,使得它与中外合资经营企业、中外合作经营企业相区别。首先,从企业的资本构成来看,由于《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法实施细则》对合营企业、合作企业中外资所占的比例只规定下限而未规定上限,因而在我国,外国投资者占部分或大部分出资或股权的企业均被视为中外合资经营企业或中外合作经营企业,外资企业则依《外资企业法》的规定只限于那些全部资本为外国投资者投资的企业。对于外国母公司来说,外资企业实际上是其拥有全部股权的海外子公司(全资子公司)。其次,从资本所有权人的国籍来看,外资企业的资本所有权人均为外国投资者,包括外国法人或外国自然人。依我国法律的规定,外国的企业和其他经济组织或者个人可以单独来华投资,也可以联合来华投资,所设的企业只要其全部资本均为外国资本,就属于外资企业。此外,依据国家对港、澳、台同胞和海外华侨实行的特殊政策,香港、澳门、台湾地区的企业和其他经济组织或者个人以及在国外居住的中国公民来境内投资兴办企业,只要企业的全部资本是其从境外向境内投资的,也视为外资企业。

第三,外资企业是一个独立的实体。也就是说,外资企业一般是独立核算、自负盈亏、独立承担法律责任的经济实体和法人实体。这一特征使得它与外国企业和其他经济组织在中国境内的分支机构相区别。这些分支机构通常是指外国企业在东道国经许可后设立的一个附属机构。虽然它们与外资企业一样,是依中国法律在中国境内设立的,其全部资本也归其外国总公司所有,但它们在经济上和法律上都没有独立性,完全从属于总公司。在法律上,分支机构只能以总公司的名义从事活动,并由总公司承担法律责任;在经济上,分支机构不实行独立核算,盈亏均归总公司[36]。因此,《外资企业法》明确将"外国企业和其他经济组织在中国境内的分支机构"排除在"外资企业"的定义之外。

二、外资企业的法律性质和组织形式

根据各国外资法和公司法的规定,外资企业可以组成法人实体,采取有限责任公司和股份有限公司等形式,也可以不组成法人实体,采取合伙、无限公司、两合公司等形式。从国际投资的实践来看,外资企业大多具有独立法人资格,采用有限责任公司和股份有限公司的组织形式。

(一)我国外资企业的法律性质

外国投资者在中国境内投资举办外资企业,可以根据实际情况的需要和条件的不同,组建法人实体或非法人实体的企业。依我国《外资企业法》第8条的规定,外资企业符合中国法律关于法人条件的规定的,依法取得中国法人资格。从目前的实践来看,在我国境内设立的绝大多数外资企业都依法取得了中国法人资格,只有一些小规模的外资企业,或是外商合伙经营,或是由外商独资经营。

实际上,外资企业无论取得中国法人资格与否,都是依据中国法律规定、经中国政府批准、在中国境内成立的企业,都具有在中国境内从事相应民商事活动的法律地位。《外资企业法实施细则》[37]第2条明确规定:"外资企业受中国法律的管辖和保护"。这一规定至少意味着两个方面:其一,外资企业在中国境内从事的一切经营活动,均须遵守中国的法律、法规,不得损害中国的社会公共利益;其二,外资企业的一切合法权益均应受中国法律的保护,包括外资企业在批准的经营范围内自主经营管理,不受干涉。

还应指出两点:一是外资企业作为中国的企业、中国法人,它们与中国其他公司、企业或经济组织之间在经济交往中处于平等的民事法律地位,其所发生的经济关系是国内法律关系,完全受中国法律支配;二是外资企业是中国的企业、中国法人,中国对它们既有地域管辖权,也有国籍管辖权。尽管这些企业的全部资本为外

---

[36] 参见姚梅镇主编、余劲松副主编:《外商投资企业法教程》,法律出版社1990年版,第64~65页。

[37] 1990年10月28日国务院批准,1990年12月12日对外贸易经济合作部发布,2001年4月12日、2014年2月19日修正。

国投资者所有，并受他们控制，但投资者的本国不得依据资本控制对其行使管辖权，因为这些企业不具有投资者本国国籍。这有利于防止和避免由多重管辖所可能产生的矛盾和冲突[38]。

（二）我国外资企业的组织形式

《外资企业法实施细则》第18条规定："外资企业的组织形式为有限责任公司；经批准也可以为其他责任形式。"这就是说，在我国，有限责任公司是外资企业的主要形式。此外，外资企业也可以根据实际需要采取其他责任形式，但须经中国政府有关部门批准。[39]

对于组建法人实体的外资企业，虽然可以采取有限责任公司和股份有限公司两种形式，但由于外资企业在我国境内发行人民币股票筹资等方面还受到一定限制，因而，在我国引进外资的实践中，股份有限公司还不是外资企业的主要形式。目前，在我国境内设立的外资企业大都为有限责任公司。采取有限责任公司形式的外资企业，股东以其认缴的出资额为限对企业承担责任。外国自然人在中国设立一人有限公司的数量不受限制，但设立的一人公司对外投资时不得再采取一人公司的形式，其注册资本和出资期限等均应符合《公司法》的相关规定。[40]

对于不组成法人的外资企业，通常可以采取合伙和个人独资企业等形式。这里所说的合伙，是指两个或两个以上的外国自然人或外国法人基于合伙合同出资、依法在中国境内设立的企业。除合伙合同另有规定者外，合伙人之间对企业的债务负无限连带责任，其法律依据可以类推适用《民法通则》关于个人合伙和企业联营的规定。这里所说的个人独资企业，是指一个外国自然人依法在中国境内设立的独资经营、独享利润和独担风险的企业。个人独资企业是一个自然人企业，企业主对企业的债务须负无限责任，其法律依据可以类推适用我国有关个人独资企业法的规定。

三、外资企业的历史发展与作用

外资企业是国际直接投资的一种传统形式。早在19世纪末，一些主要资本主义国家的垄断资本就开始对外输出资本，在国外投资设厂，经营企业，或兼并购买当地企业的全部股权据为己有，成为早期的外资企业。应该说，外资企业逐步发展成为国际直接投资的一种常用的企业形式，则是与跨国公司这种独特的企业体系的发展紧密联系在一起的。战后，随着国际直接投资的迅猛增长，跨国公司得到了

---

〔38〕 参见余劲松主编：《国际投资法》，法律出版社1994年版，第66页。

〔39〕 国家工商行政管理总局、商务部、海关总署、国家外汇管理局于2006年4月联合发布了《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》。该执行意见第6条根据《公司法》和有关外商投资的法律对外商投资的公司类型做了进一步划分，通过对"有限责任公司"和"股份有限公司"加注的方式列举了23种类型。

〔40〕 参见国家工商行政管理总局、商务部、海关总署、国家外汇管理局：《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》第2、7、9、15条。

前所未有的发展。这些大垄断企业通过对外直接投资,在国外设立分支机构或子公司,形成了一个个从国内到国外、从生产到销售、按照自己的"全球战略"在世界范围内追逐高额利润的特殊企业体系。这使外资企业得到了很大的发展。以美国为基地和以欧洲为基地的跨国公司,长期以来特别偏好全部拥有其国外子公司的立场,通过海外投资,在世界各地建立了大量的全资子公司。据统计,美英海外子公司的绝大多数是由其母公司全部所有或是由母公司控制多数所有权。采取全部所有的立场无疑是为了使母公司能对其子公司实行全面控制。特别是在生产高新技术产品时,或当产品使用的是享有国际声誉的商标时,或者子公司参加跨国公司全球性生产分工安排而跨国公司需要集中决策时,外资企业形式就显得尤为重要。虽然在20世纪70年代后半期,许多国家采取股权"当地化"(Localization)政策,但对某些行业也有所例外。自90年代以来,不少发展中国家在外资股权上又逐渐放宽,在某些行业(如出口型企业)允许外资占100%。目前在各国的出口加工区或经济特区里,对外国投资企业的股权一般未加以限制,外资企业在这些地区一般占有较大的比重。我国实行对外开放政策后,自1980年开始试行批准设立外资企业,外资企业在我国逐步得到发展,并日益成为我国外商投资企业的重要形式[41]。

举办外资企业,对外国投资者和东道国来说,各有其有利之处。

对于外国投资者来说,设立外资企业的主要优点是:第一,有利于提高企业经营管理效率。外资企业与合营企业不同,它是由外国投资者独自经营管理的,因而可以避免合营企业经营决策中的矛盾冲突,提高办事效率。第二,有利于控制企业的先进技术,保证某些高精技术不致落入当地企业手中,以维护跨国公司在国际市场上的竞争地位。可以说,保守机密和商业秘密是外国投资者采取独资经营方式的重点考虑因素之一。第三,有助于实现母公司的战略目标。由于跨国公司母公司对外资企业全部拥有股权,因而完全受其控制的子公司在母公司内部一体化的体制下,可以凭借母公司在人员、技术和销售等方面的优势,击败竞争对手,占领当地市场,帮助母公司实现其战略目标。例如,据一项研究报告显示,日本最大的50家制造业企业海外子公司的产品设计和制造,均是为了协助母公司扩大出口,拓展海外市场。

对于东道国来说,允许设立外资企业主要有下列好处:第一,可以在当地不出资、不承担风险的情况下,通过外资企业引进外国资金、先进技术和设备,促进本国经济的发展;第二,可以通过向外资企业征收税款和费用,增加国家财政收入和外汇收入;第三,可以增加本国人员的就业机会,提高本国人员的管理水平和技术水

---

[41] 近年来,外资企业在我国迅速发展,已成为外商对中国直接投资的主要方式。据统计,2002年我国共批准外资企业项目22173件,占全年批准外商直接投资项目的64.89%;外资企业实际利用外资317.25亿美元,占全年实际利用外资额的60.15%。

平;第四,可以要求外资企业利用当地某些产品,带动本国其他行业部门的发展[42]。

第四节　合 伙 企 业

一、合伙企业的概念与特征

根据我国《合伙企业法》的规定,合伙企业,是指自然人、法人和其他组织依法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

合伙企业有两种类型:(1)普通合伙企业,由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,法律有特别规定的除外。(2)有限合伙企业,由普通合伙人和有限合伙人组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

外商投资合伙企业,根据国务院2009年8月发布的《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》(以下简称《管理办法》)以及国家工商行政管理总局的有关规定,是指2个以上外国企业或者个人在中国境内设立的合伙企业,以及外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立的合伙企业。[43] 同样,外商投资合伙企业类型包括外商投资普通合伙企业(含特殊的普通合伙企业)和外商投资有限合伙企业两种。

外商投资合伙企业具有以下特征:

1. 合伙企业的合伙人既可以是企业或其他组织,也可以是自然人。根据我国的规定,外商投资合伙企业包括两种情形:一是2个以上外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,合伙人全部为外国企业或者个人;二是外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立合伙企业。后者也可以说是中外合伙企业。

与《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》相比较,国务院的上述《管理办法》没有将中方合伙人严格限制为中国的公司、企业或者其他经济组织,而是允许中国自然人直接与外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,这是一个重要突破。

但也要注意到,我国合伙企业法对普通合伙人也有限制,即国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

---

[42] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第390页。

[43] 国务院2009年8月发布的《外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》第2条;国家工商行政总局2010年3月发布的《外商投资合伙企业登记管理规定》第2条。

2. 合伙人依据合伙协议共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险。这是合伙的共同特征,外商投资合伙企业也不例外。合伙人为了经营共同事业,就必然要共同出资。依据合伙企业法的规定,合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产,均为合伙企业的财产。在性质上,合伙企业的财产应为合伙人的共有财产。对于普通合伙企业来说,企业是由合伙人共同经营管理的,合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。有限合伙企业则至少有一名普通合伙人,其他合伙人可以作为有限合伙人,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。但是,有限合伙人被法律禁止行使合伙企业管理权,不执行合伙事务,不得对外代表有限合伙企业。

3. 合伙企业是依据中国法律在中国境内设立的。外商投资合伙企业是依据中国法律在中国境内设立的,这与我国三资企业相同,因此,合伙企业是中国企业,不是外国企业。

二、合伙企业的法律性质

从我国的有关法律规定看,合伙企业是合伙人以合伙协议为基础依法设立的商业组织,合伙企业不具有法人资格。

与"资合"性质的公司法人不同,合伙企业以"人合"性质为主。合伙通常是建立在合伙人相互信赖的基础上的,是合伙人为了经营共同事业的自愿联合,因此,合伙协议是合伙企业的法律基础,合伙人只有就合伙协议协商一致,合伙关系才能形成。

依据我国法律规定,合伙企业也是一个商业组织。合伙企业有自己的名称和生产经营场所,有其自己的财产,有执行合伙事务的组织管理结构。合伙企业依法登记而设立,合伙人在合伙企业登记并领取营业执照后才能以合伙企业的名义从事合伙业务。可见,合伙企业具备商业组织体的基本特征,与单纯的合同式合伙有着重要区别,后者是不用进行登记的就可以依据合同进行活动的。

但是,合伙企业不具有法人资格。这主要是因为,合伙企业的财产只是合伙人的共有财产,不是企业的独立财产;合伙企业不能独立承担责任,而是由普通合伙人对企业的债务承担无限连带责任。

外商投资合伙企业与中外合作经营企业是有区别的。中外合作经营企业可以根据合作者的意愿组成法人或者不组成法人,但由中外合伙人共同设立的外商投资合伙企业不存在这种选择,在性质上只能是非法人组织,与不具有法人资格的中外合作企业类似。

三、合伙企业的利弊

合伙企业是国际上常见的企业组织形式之一。相对于其他企业组织形式,合

伙企业具有以下优点，从而乐于为人们采用。

1. 设立简便

根据我国上述《管理办法》规定，外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业，由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向国务院工商行政管理部门授权的地方工商行政管理部门申请设立登记即可，不需要经商务主管部门归口审批。当然，申请人应当向企业登记机关提交符合外商投资产业政策的说明。对申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式，企业登记机关能够当场登记的，应予当场登记并发给营业执照；不能当场登记的，应当自受理申请之日起 20 日作出是否登记的决定。这就减少了行政审批环节、简化了办事程序，便于外国企业或者个人在中国设立合伙企业，进一步优化外商投资环境。

外商投资合伙企业的设立应当符合我国的外商投资产业政策。国家鼓励具有先进技术和管理经验的外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业，促进现代服务业等产业的发展。《外商投资产业指导目录》禁止类和标注“限于合资”、“限于合作”、“限于合资、合作”、“中方控股”、“中方相对控股”和有外资比例要求的项目，不得设立外商投资合伙企业。

2. 减轻税负

根据我国《企业所得税法》第 1 条的规定，合伙企业不适用该法，即合伙企业不用缴纳企业所得税。《合伙企业法》规定，合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照国家有关税收规定，由合伙人分别缴纳所得税。这一规定对外商投资合伙企业同样适用。外商投资合伙企业遵循“先分后税”的原则，其生产经营所得和其他所得，由合伙人按合伙协议约定的分配比例分别缴纳所得税。合伙企业合伙人是自然人的，缴纳个人所得税；合伙人是法人和其他组织的，缴纳企业所得税。因此，与“三资”企业相比，外商投资合伙企业避免了双重纳税，有效降低了企业经营成本，合伙人的税负也减轻了。

3. 管理灵活

在普通合伙企业中，合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。但是，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人（有限合伙人除外）对外代表合伙企业，执行合伙事务，因而，合伙企业的管理简单灵活，决策效率较高。大规模的合伙经营也可以选用经理人员，负责企业的日常事务。

当然，合伙企业这一组织形式也有其不足之处，与采取法人式的外商投资企业的股东有限责任不同，合伙企业的普通合伙人对合伙企业债务均需承担无限连带责任，其风险和责任大，因而合伙企业这一形式比较适合于经营规模较小，风险责任不大的企业或行业。

第五节 企业形成的方式

从国际实践来看,外国投资企业形成的主要方式有二:第一,外国投资者在东道国直接按照东道国的法律投资设立新企业,常见的是设立子公司、合营企业等,也称"绿地投资"(Greenfield investment);第二,外国投资者在东道国收购现存企业的全部或部分资产或股份,从而获得对现存企业的全部或部分控制权。下面,我们将分别讨论上述两种方式所涉及的主要法律问题。

一、设立新企业

外国投资者直接向东道国输出资本,在东道国设立新企业,并对该企业的经营管理拥有较大的控制权,是国际投资的一种基本方式。通过这种方式组建的新企业,可以是合资经营企业、合作经营企业,或者是外资企业。

设立新企业,无疑是一种民事法律行为。因此,它首先必须符合东道国法律规定的条件,并依法定程序进行。各国外资立法、民商法和公司法,对外资的进入及新企业的设立,都有明确的规定。例如,依据我国法律的规定,外商投资企业的设立,须经过审批、登记等法定程序,才能正式成立。

同时,设立新企业作为一种民事法律行为,还必须以当事人的意思表示为构成要件,尤其是投资组建合资经营企业或合作经营企业,是当事人建立在平等、自愿基础上的民事法律行为,必须以合营或合作各方当事人之间的合意为基础。根据各国的立法和实践,外国投资者与当地投资者共同组建合营企业,必须签订合营合同。投资合同和依法制定的企业章程,是企业设立和企业活动的重要依据,当然也是投资各方权利义务关系的基本依据。至于外国投资者在东道国设立企业,包括跨国公司在东道国设立全部控股的子公司,则必须依法向东道国政府提交设立企业申请书,依法制定企业章程,作为设立企业的必要条件和企业活动的基本依据。

鉴于本书其他章节对外国投资企业的设立条件和设立程序已有专门涉及,在这里,我们将重点讨论投资合同和章程的主要法律问题。

(一)投资合同

1. 投资合同的概念与种类

投资合同(Investment Contract),是指投资各方为实现特定投资的目的而缔结的、明确相互权利义务关系的书面协议。投资合同是国际合营企业以及国际合作开发的基本文件。

国际投资合同属于涉外经济合同的一种。这种合同的涉外性,主要体现在合同的主体具有涉外因素,即合同当事人一方必须是外国投资者,包括外国法人或外国自然人,另一方必须是东道国的投资者,包括东道国的法人或自然人,有时甚至

是东道国的政府机构。由于投资合同当事人双方具有不同国籍，其营业住所也在不同国家境内，分属于不同国家的法律管辖，加之投资合同期限较长、内容复杂，因而，它与一般国内合同和其他涉外经济合同相比，又具有其特殊性。目前，有些国家的外资立法对于投资合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决，有特殊的规定。

根据国际通行的实践和我国外资立法的规定，投资合同大体上可分为三种基本形式，即合资经营合同、合作经营合同和合作开发自然资源合同。

(1)合资经营合同，即外国投资者同东道国投资者双方为设立合资经营企业而订立的合同。基于这种合同而建立的企业和投资关系，属于股权式合营的范畴。合同通常要确定合资经营企业的宗旨、组织原则、经营管理方式等，并确定合营各方的权利与义务。它既是合资经营企业设立的基础，也是合营各方权利义务关系确立的依据，而且还是东道国政府主管机关对合资经营企业进行审批和监督的依据。我国的中外合营企业合同即属此类。

(2)合作经营合同，即外国投资者同东道国投资者为设立合作经营企业或经营合作项目而订立的合同。基于这种合同设立的企业或建立的投资关系，都属于契约式合营的范畴。合同通常要明确约定合作者双方的权利与义务，包括投资及合作方式、收益或产品的分配方式、风险和亏损的分担方式等。若是组建合作经营企业，合同还须约定合作经营企业的宗旨、组织原则、经营管理方式等。合作经营合同是合作经营企业设立和经营的法律基础，也是合作双方合作共事的依据。它比合资经营合同对当事人权利义务关系的影响和对企业的存亡更具有决定性和重要性，因为合作经营就其性质而论就是一种契约式安排。合作经营合同在我国《中外合作经营企业法实施细则》中被称为合作企业合同，在苏联、原东欧国家的企业同西方国家的企业所进行的合作生产中被称为合作生产合同或专业化协作合同，在英美、拉美、西欧各国则被视为合伙合同的一种。

(3)合作开发自然资源合同，即外国投资者同资源国政府或其国家专营公司签订的勘探、开发、生产自然资源的合同。对此，本书第四章将作专门介绍。

2. 中外合资经营企业合同

中外合资经营企业合同是指合营各方为设立中外合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的文件。设立中外合营企业，依法必须签订合营企业合同。合营企业合同是合营企业的主要文件，在合营各方订立的三个基本文件(即合营企业协议[44]、合营企业合同和合营企业章程)中处于中心地位。它既是合营

---

[44] 合营企业协议是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的文件。合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。经合营各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

企业协议的具体化、固定化,又是制定合营企业章程的依据。

中外合资经营企业合同应当包括下列主要内容:(1)合营各方的名称、注册国家、法定地址和法定代表人的姓名、职务、国籍;(2)合营企业名称、法定地址、宗旨、经营范围和规模;(3)合营企业的投资总额,注册资本,合营各方的出资额、出资比例、出资方式、出资的缴付期限以及出资额欠缴、股权转让的规定;(4)合营各方利润分配和亏损分担的比例;(5)合营企业董事会的组成、董事名额的分配以及总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责、权限和聘用办法;(6)采用的主要生产设备、生产技术及其来源;(7)原材料购买和产品销售方式;(8)财务、会计、审计的处理原则;(9)有关劳动管理、工资、福利、劳动保险等事项的规定;(10)合营企业期限、解散及清算程序;(11)违反合同的责任;(12)解决合营各方之间争议的方式和程序;(13)合同文本采用的文字和合同生效的条件[45]。

以上是中外合资经营企业合同的基本内容,但不是全部内容。合营各方应根据实际需要,把投资合同的内容订得全面、明确、具体一些。此外,中外合营企业合同还带有各种附件,如技术转让协议、产品代销协议等,它们都是为补充及履行合营企业合同的条款所必需的法律文件,与合营企业合同具有同等效力。它们与合营企业合同在内容上相互衔接,在作用上相互配合,从而构成中外合营合同关系的整体。

3. 中外合作经营企业合同

中外合作企业合同是指合作各方为设立中外合作企业就相互之间的权利、义务关系达成一致意见而订立的文件。设立中外合作企业,依法必须签订合作企业合同。合作企业合同是合作企业的核心文件,是合作企业赖以存在的法律基础,是合作各方的权利与义务以及企业经营管理活动的主要依据。

中外合作经营企业合同应当载明下列事项:(1)合作各方的名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务、国籍(外国合作者是自然人的,其姓名、国籍和住所);(2)合作企业的名称、住所、经营范围;(3)合作企业的投资总额,注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;(4)合作各方投资或者提供的合作条件的转让;(5)合作各方收益或者产品的分配,风险或者亏损的分担;(6)合作企业董事会或者联合管理委员会的组成以及董事或者联合管理委员会委员名额的分配,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;(7)采用的主要生产设备、生产技术及其来源;(8)合作企业的期限、解散和清算;(9)合作各方其他义务以及违反合同的责任;(10)财务、会计、审计的处理原则;(11)合作各方之间争议的处理;(12)合作企业合同的修改程序[46]。

---

[45] 见《中外合资经营企业法实施条例》第11条。

[46] 参见《中外合作经营企业法实施细则》第12条,略有删改。

4. 投资合同的效力

根据各国合同法的一般原则，投资合同一经依法成立，即发生法律效力，在合同当事人之间就产生有关投资的权利和义务关系，并受法律保护。合同当事人各方必须按照合同的约定，全面履行合同规定的义务，否则，必须承担法律责任。

与其他民事合同一样，投资合同的法律效力以合同依法成立为前提。无效合同不发生法律效力。因此，从实质上讲，投资合同的效力问题，主要是合同的合法性(Legality)问题。可以说，只有符合法律规定要件的投资合同，才是有效合同，才能发生法律效力。不过，由于投资合同是具有涉外因素的合同，它的法律效力的依据，较之一般的合同还有其特殊性。一般认为，投资合同的法律效力是依合同签订地所在国法律所赋予的。由于各国的经济状况和法律传统等不同，其法律对投资合同的有效条件的规定也不尽一致。下面主要根据我国有关法律的规定论述一项有效的投资合同所应当具备的条件。

第一，合同的主体必须具有法定资格。这就是要求投资者的合格性(Eligibility)。投资合同的当事人，无论是法人或是自然人，首先，必须具有法定的权利能力和行为能力，即依法具有享受权利与承担义务的资格和实际为法律行为如签订合同的能力，否则其签订的合同无效；其次，在国际投资合同关系中，当事人除具有一般的权利能力和行为能力外，还须具有所在国的外资法及相关法律所特别要求的法律能力，即须具备东道国法律规定的投资者资格。各国外资法中大多对“投资者”下有定义，明确规定了外国投资者及当地投资者的法定资格。凡不具备特定“投资者”资格的，即无签订特定投资合同的能力。依我国外资立法的规定，外国合营者或合作者为外国公司、企业、其他经济组织和个人，中方合营者或合作者为中国的公司、企业或其他经济组织。凡不具备中外合营者或合作者资格的，均无签订中外合营企业合同或中外合作企业合同的能力，其签订的中外合营企业合同或中外合作企业合同均属无效。

第二，合同的订立必须符合平等互利、协商一致的原则。这就是要求：(1)合营或合作双方，不论经济实力强弱，应在平等、自愿的基础上签订投资合同。合同的任何一方不得将自己的意志强加于对方。一方以欺诈、胁迫手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立合同，受损害方可以请求撤销或变更合同。(2)合同双方的权利义务对等，使相互都能从合资经营或合作经营中得到经济上的利益。合营或合作一方不得只享有权利而不承担义务，或要求某些特权，使享有的权利与承担的义务不对等，从而损害另一方的权益。具体地说，在合营企业合同中，合营各方应按投资比例享受权利、承担义务，包括分担风险和亏损；在合作企业合同中，合作各方应以各方的投资或者提供的合作条件为依据，分享权益和分担风

险责任[47]。依照《中外合资经营企业法实施条例》第4条的规定,如签订的合营企业合同显属不公平,损害合营一方权益的,政府将不予批准。

第三,合同的内容必须符合法律规定。这就是要求,当事人双方只能在法律允许的范围内约定投资合同的内容,合同中不得包括违反法律规定的条款。我国《合同法》规定,当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会秩序,不得损害社会公共利益。以合法形式掩盖非法目的,损害社会公共利益及违反法律、行政法规强制性规定的合同无效[48]。如果当事人在投资合同中,约定在属于法律禁止外国投资的领域或行业中经营,或约定逃避税收,或约定非法转让土地,或约定为技术引进合同管理法规所禁止的搭卖或片面回授条款,或者包含有损于东道国的主权和社会公共利益的条款,均属违法,合同应归于无效。

第四,合同的成立必须符合法定程序。这就是要求合同的订立、修改以及批准,必须依法律规定的程序进行。投资合同是一种特殊性质的经济合同,往往涉及东道国的重大经济利益,因此,在许多发展中国家,投资合同一般不是自当事人双方签署之后就自动生效,通常须依法经政府主管机关批准才能生效。例如,依我国《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合营企业的协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改亦同。审批机构的批准是合营企业合同生效的必经程序。只有经过批准,合同才算有效成立,未经批准的,不发生法律效力。

无效的投资合同,自订立时起,即不具有法律拘束力,但确认投资合同部分无效的,不影响其余部分的效力。同时,投资合同中的个别条款与法律有抵触的,经当事人协商同意取消或者修改后,不影响整个合同自始的效力。对于无效投资合同的法律后果,各国法律都有相应的规定。依我国《合同法》的规定,合同被确认无效后,对导致合同无效负有责任的当事人一方,应赔偿对方由此所受的损失。如双方都有过错,各自承担相应的责任。

(二)投资企业的章程

1. 章程的概念与制定

章程是规定企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的法律文件,是企业的组织及活动规章。建立法人实体的合资经营企业、合作经营企业和外资企业都必须制定企业章程。

依各国公司法的规定,公司章程的制定者为公司的全体发起人。从我国《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》以及《外资企业法》的有关规定来看,合营企业与合作企业的章程均是由中外合营者或合作者双方共同制定的,外资企业章程则是由设立企业的外国投资者制定的。

---

[47] 参见姚梅镇主编、余劲松副主编:《外商投资企业法教程》,法律出版社1990年版,第70~71页。

[48] 见《中华人民共和国合同法》第7条、第52条。

制定章程是一种要式行为。各国公司法和外资法一般都对外商投资企业章程的制定规定了下列条件:第一,须经合营或合作各方或全体制定者的一致同意;第二,须采用书面形式,且有制定者的签名或盖章;第三,须经东道国政府审批机构批准后生效。其修改亦同。

2. 章程的基本内容

根据公司法原理,公司章程的记载事项有三类,即绝对必要事项、相对必要事项和任意记载事项。绝对必要事项是指依所在国公司法有义务记载于章程的事项,如果或缺,该章程便归于无效。相对必要事项是指法律列举的,当事人可自由决定是否将其记载于章程的事项。任意记载事项是指那些如经记载,则为具有章程效力的记载事项。但如该记载事项为当地法律明文禁止或限制者,应视为无效记载。各国公司法或外资法对各类外商投资企业章程的绝对必要事项都作了明确规定,对相对必要事项也予以列举,以供当事人选择。

依《中外合资经营企业法实施条例》[49]的规定,合营企业章程是指按照合营企业合同规定的原则,经合营各方一致同意,规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。合营企业章程应当包括下列主要内容:(1)合营企业的名称及法定地址;(2)合营企业的宗旨、经营范围和合营期限;(3)合营各方的名称、注册国家、法定地址、法定代表的姓名、职务、国籍;(4)合营企业的投资总额、注册资本,合营各方的出资额、出资比例、股权转让的规定,利润分配和亏损分担的比例;(5)董事会的组成、职权和议事规则,董事的任期,董事长、副董事长的职责;(6)管理机构的设置、办事规则,总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责和任免方法;(7)财务、会计、审计制度的原则;(8)解散和清算;(9)章程修改的程序[50]。

依《中外合作经营企业法实施细则》的规定,合作企业章程是指按照合作企业合同的约定,经合作各方一致同意,约定合作企业的组织原则、经营管理方法等事项的书面文件[51]。合作企业章程应当载明下列事项:(1)合作企业名称及住所;(2)合作企业的经营范围和合作期限;(3)合作各方的名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务和国籍(外国合作者是自然人的,其姓名、国籍和住所);(4)合作企业的投资总额、注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;(5)合作各方收益或者产品的分配、风险或者亏损的分担;(6)合作企业董事会或者联合管理委员会的组成、职权和议事规则,董事会董事或者联合管理委员会委员的任期,董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的职责;(7)经营管理机构

---

[49] 见《中外合资经营企业法实施条例》第10条。

[50] 见《中外合资经营企业法实施条例》第13条。

[51] 见《中外合资经营企业法实施条例》第10条。

的设置、职权、办事规则,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;(8)有关职工招聘、培训、劳动合同、工资、社会保险、福利、职业安全卫生等劳动管理事项的规定;(9)合作企业财务、会计和审计制度;(10)合作企业解散和清算办法;(11)合作企业章程的修改程序[52]。

依《外资企业法实施细则》第15条的规定,外资企业的章程应当包括下列内容:(1)名称及住所;(2)宗旨、经营范围;(3)投资总额、注册资本、出资期限;(4)组织形式;(5)内部组织机构及其职权和议事规则,法定代表人以及总经理、总工程师、总会计师等人员的职责、权限;(6)财务、会计及审计的原则和制度;(7)劳动管理;(8)经营期限、终止及清算;(9)章程的修改程序。

3. 章程与投资合同的关系

在组建法人实体的合资经营企业、合作经营企业的场合,乃至外商联合投资组建法人实体的外资企业的情况下,都涉及投资企业章程与投资合同的关系问题。一般来说,投资企业章程与投资合同之间,是既相互联系,又相互区别的。

首先,从基本内容来看,投资企业章程与投资合同,都是投资企业的基本法律文件。由于章程是依据投资合同规定的原则、经投资各方一致同意制定的,因而投资合同与章程的内容必定存在某些重合。但是,章程主要在于明确企业的组织及其活动的基本规则,而非规定投资各方的权利与义务,因而章程与投资合同的内容无疑又有某些不同,这就形成下述情形:第一,合同中的许多事项,如合营者或合作者之间投资争议的解决等,不包括在章程之中。第二,某些事项,如组织机构的建立、高级管理人员的职责、委派和任免程序等,在合同和章程中都有规定。但合同中只做原则性规定,章程中则将这些原则性规定具体化。第三,具体事项如董事会的会期、法定人数、议事规则以及总经理、副总经理的职务、与董事会的关系、出缺时的代理等,都不在合同中而在章程中加以规定。

其次,从效力范围来看,投资合同是规定合同当事人各方的权利与义务的文件,因而只对投资合同当事人具有拘束力;章程则是规定企业本身的组织及其活动的规则的文件,因而它不仅对投资合同的当事人即合营者或合作者有拘束力,而且对以后参加企业的人以及从事企业经营活动的人员,均有法律拘束力。虽然合营企业和合作企业都是以投资合同为依据设立的,企业章程也是依投资合同而制定的,但投资企业一经批准成立,并作为独立的企业法人而活动,其经营管理活动的准则是章程,而不是投资合同。

最后,从性质来看,投资合同是当事人双方制定的内部文件,属于商业秘密,一般不对外公开;而章程则是以企业的名义、经过企业组织有决定权的机构,如股东会、董事会等制定通过的规章,对公众负责,应对外公开。

---

[52] 见《中外合作经营企业法实施细则》第13条。

二、并购现存企业

国际投资除采取跨境设立新企业的方式外，还可以通过兼并或收购东道国现存企业的方式进行。自20世纪70年代中期开始，跨国并购海外企业逐渐形成一种潮流，其中以美国、西欧最为活跃。根据一项对391家制造企业的调查显示，美、欧跨国企业的海外子公司及其他分支机构大多采取跨国并购的方式建立；那些具有长期海外经营经验的公司以及为取代本国生产的公司也大多采取跨国并购东道国现存企业的形式进行海外投资[53]。进入90年代以后，伴随着经济全球化的趋势，越来越多的公司将跨国并购作为开拓海外市场、提高国际竞争力的一项中心战略，跨国并购活动在全球范围内高潮迭起，其中以能源、电信和金融服务等领域的并购事件最为引人瞩目，相应的，跨国并购投资额在全球跨国直接投资额中的比重不断攀升。据统计，1995年全球跨国并购以1866亿美元之巨首次超过新建企业投资，占当年全球跨国直接投资总额的56.2%；2000年全球跨国并购总额突破1.143万亿美元，占当年全球跨国投资总额的90%，而且这些跨国并购主要发生在发展中国家；2005年全球跨国并购交易额就达7160亿美元（全球跨国直接投资总额为9160亿美元），2006年上半年又攀升至7050亿美元。可以说，在经济全球化背景下，跨国并购正日益成为带有主流色彩的国际投资方式，而且交易规模越来越大，所涉领域和地区范围也越来越广。如何在有效利用外资的同时维护产业安全，现已成为世界各国政府普遍需要面对的研究课题。

外资并购现存企业主要受东道国法律支配。由于外国投资者以并购现存企业方式进行投资与新设外商投资企业一样，涉及东道国的外资政策问题，因而其并购活动除了应遵守东道国的公司法、证券法、反垄断法及相关法律法规以外，还须符合外资法的规定。

随着我国经济体制改革的不断深入和对外开放领域的不断扩大，我国法律除了允许外商在境内投资组建新企业之外，也允许外国投资者通过并购境内企业的方式进行直接投资。跨国并购也逐渐成为我国吸收外国投资的一种重要形式。

（一）并购的一般定义及形式

根据各国法律的规定和国际通行的实践，并购的形式大体上有三种，即新设合并（Consolidation）、吸收合并（Merger）和收购（Acquisition）。

1. 新设合并

新设合并又称联合，是指两个以上的公司合并设立一个新的公司。新设合并的最显著的特征在于：新设公司的成立同时意味着参与合并各方的解散或消失。故参与合并公司称为消失公司。在新设合并中，新设公司自动地获得消失公司的

---

[53] 参见R. 弗农（Vernon）：《跨国公司风暴》，1977年，第70～72页；王贵国：《发展中的国际投资法律规范》，第48～49页。

全部资产,并承担其全部债务及其他责任;每个消失公司的股份,都转化成新设公司的股份、债券或其他证券,或全部或部分地转换成现金或其他财产;如消灭公司的股东对合并提出异议,则新设公司有义务以现金支付持异议的股东的股份;合并章程将成为新设公司的设立章程。

实施新设合并时,通常要求满足一定的条件,如参与合并各公司的董事会必须制订合并计划,交股东会批准;合并各方须签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单;合并各方须在作出合并决议之日起一定期限内通知债权人;合并协议及其有关文件须呈报政府主管部门批准,并依法办理消失公司的注销登记和新设公司的设立登记;等等。

2. 吸收合并

吸收合并又称兼并,即一个公司吸收其他公司。与新设合并不同,吸收合并的特点在于:合并并不意味着参与合并各方全部解散,而是一方作为存续公司继续存在,被吸收的公司解散或消失,故吸收合并又称存续合并。在吸收合并中,存续公司自动获得消失公司的全部资产,同时承担各个消失公司的全部债务及责任;消失公司的股份得转化成存续公司的股份、债券或其他有价证券,或全部或部分地转换成现金或其他财产;如少数股东反对合并的话,则存续公司有义务以现金支付持异议的股东的股份。

吸收合并的条件与上述新设合并大体相同。实施合并公司的董事会应制订有效的合并计划,根据原先的规定经股东会批准;合并各方应签订合并协议,并编制资产负债表及财产清单;合并各方应在作出合并协议之日起一定期限内通知债权人;合并协议及其有关文件由存续公司呈报政府主管部门批准,并依法办理消失公司的注销登记和存续公司的变更登记。

3. 收购

收购是指由收购公司发出收购要约,购买某个目标公司的部分或全部股权或资产,以便控制该公司的行为。因此,通过收购可以形成合营企业或独资经营企业。

依收购方式的不同,收购可分为要约收购和协议收购。要约收购是指收购方通过向目标公司的股东发出收购要约的方式进行的收购;协议收购则是收购方通过同被收购公司的股东达成收购协议的方式进行的收购。要约收购通常涉及上市公司收购,协议收购则既涉及上市公司收购,也涉及非上市公司收购。

在我国,外国投资者并购境内企业可以采取两种方式,即股权并购与资产并购。

股权并购,是指外国投资者协议购买境内非外商投资企业(以下简称境内公

司)的股东的股权或认购境内公司增资,使该境内公司变更设立为外商投资企业。[54]

资产并购,是指外国投资者设立外商投资企业,并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产,或者外国投资者协议购买境内企业资产,并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

为了促进外国投资者来华投资,规范外资并购境内企业活动,引进国外的先进技术和管理经验,提高利用外资的水平,实现资源的合理配置,保证就业、维护公平竞争和国家经济安全,政府有关部门于2003年1月联合制定并发布了《外国投资者并购境内企业暂行规定》[55](以下简称《暂行规定》)。该《暂行规定》以我国现行关于外商投资企业的法律、行政法规和其他相关法律、行政法规的规定为依据,就外资并购境内企业的方式、并购应遵循的原则和产业政策、并购协议、被并购企业的债权债务处置、并购交易价格的确定、对价支付和出资缴付、外国投资者的出资比例、并购所设企业的投资上限、并购的审批和登记以及反垄断规则等作了明确规定,是目前我国促进和规范外国投资者并购境内企业活动的重要依据。2006年有关部门对该《暂行规定》作出重大修订[56],条款比原规定多出一倍,分为总则、基本制度、审批与登记、外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司、反垄断审查、附则六部分。这次修订的主要变化在于两个方面:一是对外资企业境内并购的范围进行了更为严格的约束,强化了审批环节和反垄断审查;二是对外资并购的操作环节,特别是对特殊目的公司的设立、跨境换股等技术细节进行了更为细致的规定。

2009年商务部对《关于外国投资者并购境内企业的规定》又作了修改,以保证其与《反垄断法》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定》相一致。[57]

(二)外资并购协议

外国投资者并购境内企业,必须通过签订并购协议进行。并购协议的名称及内容依并购方式的不同而不尽相同。外国投资者对境内企业实行股权并购所签订

---

[54] 商务部条法司负责人指出,2006年修订的《关于外国投资者并购境内企业的规定》允许外国投资者通过股权交换并购境内公司,这一规定为外资并购国内企业拓宽了渠道和手段,见"商务部:外资并购新规亮点之一是允许股权交换",at http://news3.xinhuanet.com/fortune/2006-08/11/content_4951074.htm.

[55] 该暂行规定由中华人民共和国对外贸易经济合作部、国家税务总局、国家工商行政管理总局、国家外汇管理局于2003年3月7日联合发布,自2003年4月12日起施行。

[56] 修订后的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)由中华人民共和国商务部、国务院资产监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局于2006年8月8日联合公布,自2006年9月8日起施行。

[57] 见中华人民共和国商务部令2009年第6号。

的协议,分为股权购买协议和境内公司增资协议两种。前者是指外国投资者购买境内公司股东的股权的协议,后者是指外国投资者认购境内公司增资的协议。外国投资者对境内企业实行资产并购的协议,为资产购买协议,其中又分为两种:一是拟设立的外商投资企业与境内企业签订的资产购买协议;二是外国投资者与境内企业签订的资产购买协议。无论是股权购买协议还是资产购买协议,它们都是外国投资者与境内企业之间为实现股权并购或资产并购而明确相互权力与义务关系的协议。这些协议,从法律性质上讲,均属于投资合同的范畴,其协议的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均应适用中国的法律。

外国投资者在股权并购或资产并购中所签订的协议,通常应包括以下主要内容:(1)协议各方的状况,包括名称(姓名)、住所,法定代表人姓名、职务、国籍等;(2)购买股权或认购增资的份额或价款;或拟购买资产的清单、价格;(3)协议的履行期限、履行方式;(4)协议各方的权利、义务;(5)违约责任、争端解决;(6)协议签署的时间、地点。

从总体上讲,外国投资者并购境内企业应遵守中国的法律、行政法规和规章,遵循公平合理、等价有偿、诚实信用的原则,不得造成过度集中、排除或限制竞争,不得扰乱社会经济秩序和损害社会公共利益,不得导致国有资产流失。外国投资者并购境内企业,不仅应符合我国法律关于投资者资格的要求,而且应符合我国法律、行政法规和规章有关产业、土地、环保等政策的要求。依照《外商投资产业指导目录》,凡不允许外国投资者独资经营的产业,并购不得导致外国投资者持有企业的全部股权;凡属需由中方控股或相对控股的产业,该产业的企业被并购后,仍应由中方在企业中占控股或相对控股地位;凡属禁止外国投资者经营的产业,外国投资者不得并购从事该产业的企业。

并购协议的内容通常较为复杂,根据国际上的通行实践以及我国商务部2009年的《关于外国投资者并购境内企业的规定》,签订并购协议时需要特别注意以下具体问题。

1. 并购交易价格的确定

并购当事人应以资产评估机构对拟转让的股权价值或拟出售资产的评估结果作为确定交易价格的依据。并购当事人可以约定在中国境内依法设立的资产评估机构。资产评估应采用国际通行的评估方法。禁止以明显低于评估结果的价格转让股权或出售资产,变相向境外转移资本。外国投资者并购境内企业,导致以国有资产投资形成的股权变更或国有资产产权转移时,应当符合国有资产管理的有关规定。

2. 企业的注册资本与投资总额的比例

外国投资者股权并购的,除国家另有规定外,对并购后所设外商投资企业应按照以下比例确定投资总额的上限:(1)注册资本在210万美元以下的,投资总额

不得超过注册资本的10/7;(2) 注册资本在210万美元以上至500万美元的,投资总额不得超过注册资本的2倍;(3) 注册资本在500万美元以上至1200万美元的,投资总额不得超过注册资本的2.5倍;(4) 注册资本在1200万美元以上的,投资总额不得超过注册资本的3倍。

外国投资者资产并购的,应根据购买资产的交易价格和实际生产经营规模确定拟设立的外商投资企业的投资总额。拟设立的外商投资企业的注册资本与投资总额的比例应符合有关规定。

3. 以股权并购的条件

外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司,系指境外公司的股东以其持有的境外公司股权,或者境外公司以其增发的股份,作为支付手段,购买境内公司股东的股权或者境内公司增发股份的行为。

境外公司应合法设立并且其注册地具有完善的公司法律制度,且公司及其管理层最近3年未受到监管机构的处罚;除特殊目的公司外,境外公司应为上市公司,其上市所在地应具有完善的证券交易制度。

外国投资者以股权并购境内公司所涉及的境内外公司的股权,应符合以下条件:(1)股东合法持有并依法可以转让;(2)无所有权争议且没有设定质押及任何其他权利限制;(3)境外公司的股权应在境外公开合法证券交易市场(柜台交易市场除外)挂牌交易;(4)境外公司的股权最近1年交易价格稳定。前述第(3)、(4)项不适用于特殊目的公司。外国投资者以股权并购境内公司,境内公司或其股东应当聘请在中国注册登记的中介机构担任顾问(以下称"并购顾问")。并购顾问应就并购申请文件的真实性、境外公司的财务状况以及并购是否符合商务部规定的要求作尽职调查,并出具并购顾问报告,就前述内容逐项发表明确的专业意见。

4. 对价的支付与出资缴付

外国投资者并购境内企业设立外商投资企业,外国投资者应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内向转让股权的股东,或出售资产的境内企业支付全部对价。对特殊情况需要延长者,经审批机关批准后,应自外商投资企业营业执照颁发之日起6个月内支付全部对价的60%以上,1年内付清全部对价,并按实际缴付的出资比例分配收益。

外国投资者认购境内公司增资,有限责任公司和以发起方式设立的境内股份有限公司的股东应当在公司申请外商投资企业营业执照时缴付不低于20%的新增注册资本,其余部分的出资时间应符合《公司法》、有关外商投资的法律和《公司登记管理条例》的规定。

外国投资者资产并购的,投资者应在拟设立的外商投资企业合同、章程中规定出资期限。设立外商投资企业,并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产的,对与资产对价等额部分的出资,投资者应自外商投资企业营业执照颁发之日

起3个月内缴付;其余部分的出资应符合设立外商投资企业出资的相关规定。

外国投资者并购境内企业设立外商投资企业,如果外国投资者出资比例低于企业注册资本25%的,投资者以现金出资的,应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内缴清;投资者以实物、工业产权等出资的,应自外商投资企业营业执照颁发之日起6个月内缴清。

作为并购对价的支付手段,应符合国家有关法律和行政法规的规定。外国投资者以其合法拥有的人民币资产作为支付手段的,应经外汇管理机关核准。外国投资者以其拥有处置权的股权作为支付手段的,按照商务部上述规定的第四章办理。

5. 价值调整条款

价值调整条款(Valuation Adjustment Mechnism, VAM),是并购当事人(并购方与被并购方、投资者与融资者)基于对被并购企业未来情况的不确定性事先所作的一种约定,如果约定的条件(通常是业绩指标)出现,被并购方或融资方可以行使约定的权利,例如,获得全部并购余款,或获得约定的股权或增资;如果未达到约定的条件,则并购方或投资方行使与其相对应的一种权利。这种条款通常在股权并购、融资并购中采用。由于当事人双方对未来情况所设定的条件能否达到都无法确定或预知,因而实践上又将此条款称为"对赌协议"。

价值调整条款主要是投资者或并购方为保护自身利益而采用的,投资者或并购方通常处于主动地位,在未来条件的设置上,通常会尽可能的维护其利益,即使约定的条件成就,实现了预期的业绩指标,投资者也仍能获得相应的回报。相对而言,被并购方或融资方一般处于被动地位,若未来的条件设置不当,则会处于十分不利的地位,导致利益受损,因此,被并购方或融资方对此机制应保持警惕,不能掉以轻心。在外资并购我国企业实践中,被并购的境内企业由于对价值调整条款缺乏了解和警惕而导致利益受损的事时有发生。[58] 当然双方如果对未来的条件设置合理、得当,就可以达到双赢的局面。[59]

关于价值调整条款或"对赌协议"的效力,法律无明确规定,但最高人民法院于2012年11月关于苏州海富投资公司与甘肃世恒公司的增资协议案的再审判决书具有重要的指导意义。该判决否认了股东与公司之间损害公司及公司债权人利益的对赌条款的法律效力,但认可了股东与股东之间对赌条款的合法有效性。在该案中,苏州海富投资公司与甘肃世恒公司、香港迪亚公司(持有世恒公司100%

---

[58] 例如,上海新华集团在一起外资并购案中,就由于并购合同的价值调整条款,导致27.3%的并购款无法收回。见"上海新华集团遭美国通用公司天价索赔",载《法制日报》2008年3月30日第5版。

[59] 人们认为,摩根斯坦利等机构投资蒙牛,是对赌协议在创业型企业中成功运用的典型案例。

股份)以及陆波(甘肃世恒法定代表人兼总经理,同时也是香港迪亚的总经理)于2007年签订了《增资协议书》,约定了对赌条款,即"海富投资公司现金出资2000万元投资甘肃世恒,占甘肃世恒增资后注册资本的3.85%";如果2008年甘肃世恒净利润低于3000万元人民币,海富投资有权要求甘肃世恒予以补偿,如果甘肃世恒未履行补偿,海富投资有权要求香港迪亚公司履行补偿义务。根据甘肃世恒2008年的工商年检报告显示,该公司2008年净利润仅为26858.13元。根据"对赌协议条款"的约定,经计算世恒公司需补偿海富投资1998万元。双方协商无果,海富投资将甘肃世恒告上了法庭。兰州市中级人民法院和甘肃省高级人民法院分别在2010年12月和2011年9月对此案作出了一审判决和二审判决,两次判决均认定对赌协议条款无效。2012年11月最高法院的再审判决认为,该案《增资协议书》中关于若世恒公司2008年实际净利润低于3000万元则海富投资有权从世恒公司处获得补偿的约定,使得海富投资公司的投资可以获取相对固定的收益,该收益脱离了世恒公司的经营业绩,损害了世恒公司利益和公司债权人利益,一审法院、二审法院根据《公司法》第20条和《中外企业合资经营企业法》第8条的规定认定《增资协议书》中的这部分条款无效是正确的。但是,在《增资协议书》中,香港迪亚公司对于海富投资的补偿承诺并不损害甘肃世恒及公司债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,是有效的。[60]

6. 被并购企业的债权债务处置

外资并购境内企业的方式不同,对于被并购企业的债权和债务的承担也相应不同。外国投资者股权并购的,并购后所设外商投资企业承继被并购境内公司的债权和债务。外国投资者资产并购的,出售资产的境内企业承担其原有的债权和债务。

外国投资者、被并购境内企业、债权人及其他当事人可以对被并购境内企业的债权债务的处置另行达成协议,但是该协议不得损害第三人利益和社会公共利益。债权债务的处置协议应报送审批机关。

(三)特殊目的公司的特别规定

特殊目的公司(Special Purpose Company,SPC)系指中国境内公司或自然人为实现以其实际拥有的境内公司权益在境外上市而直接或间接控制的境外公司。

国内企业境外上市惯用的"红筹模式",就是通过境外设立的特殊目的公司运作的。"红筹模式",是指内资企业在境外成立特殊目的公司,再由其收购境内企业,最终到境外上市。通过"红筹模式",中国的一些经营状况良好的公司摇身一变成为市值逾百亿的外资上市企业。比如新浪、盛大网络等已经成为外资企业。

---

[60] 见海富投资与甘肃世恒最高人民法院再审判决书,最高人民法院民事判决书2012民提字第11号。

其中有些股东原本是中国公民,但由于公司在海外上市,其投资、股市运作及股东收益都置身于中国政府监管之外。因此,对特殊目的公司的设立到上市融资及其融资调回的整个过程,有必要予以规范和加强监管。

根据我国商务部2009年的《关于外国投资者并购境内企业的规定》,境内公司在境外设立特殊目的公司,应向商务部申请办理核准手续。境内公司获得核准后,向商务部申领批准证书。商务部向其颁发加注"境外特殊目的公司持股,自营业执照颁发之日起1年内有效"字样的批准证书。

境内公司应自特殊目的公司或与特殊目的公司有关联关系的境外公司完成境外上市之日起30日内,向商务部报告境外上市情况和融资收入调回计划,并申请换发无加注的外商投资企业批准证书。同时,境内公司应自完成境外上市之日起30日内,向国务院证券监督管理机构报告境外上市情况并提供相关的备案文件。境内公司还应向外汇管理机关报送融资收入调回计划,由外汇管理机关监督实施。境内公司取得无加注的批准证书后,应在30日内向登记管理机关、外汇管理机关申请换发无加注的外商投资企业营业执照、外汇登记证。如果境内公司在前述期限内未向商务部报告,境内公司加注的批准证书自动失效,境内公司股权结构恢复到股权并购之前的状态。

特殊目的公司境外上市交易,应经国务院证券监督管理机构批准。权益在境外上市的境内公司应符合下列条件:(1)产权明晰,不存在产权争议或潜在产权争议;(2)有完整的业务体系和良好的持续经营能力;(3)有健全的公司治理结构和内部管理制度;(4)公司及其主要股东近3年无重大违法违规记录。

第四章　国际合作开发与建设

第一节　石油资源国际合作开发概述

一、国际合作开发的产生与发展

国际合作开发是国家利用外国投资共同开发自然资源的一种国际合作形式。通常由资源国政府或国家公司同外国投资者签订协议、合同，在资源国指定的开发区，在一定的年限内，允许外国投资者同资源国合作，进行勘探、开采自然资源，并进行共同生产，按约定比例承担风险、分享利润。

合作开发的方式可以适用于各种自然资源的大型开发及生产，但通常主要用于石油或其他矿产资源的开发。其中，石油资源的合作开发在国际上具有较长的历史，并经历了曲折的发展过程，各国石油立法也渐趋完善。因此，本章将着重评析石油资源国际合作开发的有关法律问题。

石油资源对于加快一国的经济发展具有重要作用，资源国要想发展本国经济，就必须注重开发利用石油资源。但石油资源埋藏在地层或海底深处，其真实的储量和可开采性往往是人们所无法预料的，必须投入大量的资金和技术，经过较长时间的勘探，才能查明。而且，一个油田从勘探到建成并收回投资一般至少需 10 年至 20 年的时间。可见，石油资源的开发，风险大、投资多、技术要求高、建设投产周期长，单靠资源国本国的资金、技术，往往难于形成规模。因此，许多发展中国家，甚至一些发达国家，都采取国际合作的方式来开发石油资源。

对于外国投资者来说，与资源国合作开发自然资源，虽然风险大，但利润也大，若能发现和开发商业性的油气田，就能较快地从其分得的石油中收回投资，取得利润。同时，外国投资者还可以采取各种措施避险，如联合多个石油公司组成投资开发集团，或同时在不同的国家和地区进行开发活动，以分散风险；要求资源国通过立法或协议对其投资开发活动提供政府保证，保证在开发期间其投资的安全，避免政治风险；甚至在协议中订立稳定条款，使其权益不受以后法律不利变化的影响；等等。因此，与资源国合作开发自然资源，外国投资者也有利可图。

早在 19 世纪末，主要资本主义国家的石油公司就开始在国外，例如在中东，开

采石油资源。近百年来,石油资源国际合作开发的方式以及资源国与外国石油公司在合作开发与生产中享有的权利和承担的义务也经历了巨大的变化,这些变化与民族解放、国家的独立密切相关。

"二战"前,石油资源国际合作开发主要采取特许协议的形式,这种特许协议主要有利于外国石油公司。外国公司享有广泛的权利和巨大的利益,通常完全控制或垄断了石油的生产、运输和销售,仅向资源国缴纳数额很低的特许权费或租金。资源国对石油开发实际上失去了管理权和控制权,所获收益与外国石油公司相比也少得可怜。[1]

"二战"后,许多国家取得了政治独立,为了自主地发展经济,它们主张维护其对自然资源的永久主权,并开始对本国石油资源进行控制,其主要措施和手段有:(1)颁布石油立法,调整合作开采石油产生的各种关系,维护国家的主权和利益;(2)建立国家石油公司,具体实施国家的石油政策并负责合作开发事宜;(3)对以前订立的特许协议进行重新谈判,变更原有合同的条款和内容;(4)采取多种合同形式,加强政府参与和对合作开发的管理。通过这些措施,资源国收回了其对石油生产和销售的控制权,改善了其财政状况,资源国在石油开发中的收入比例也不断提高。此外,各国参与石油开发的公司越来越多,以前由少数石油寡头垄断石油开发的现象已不复存在。合作的方式趋于多样化,合作条件趋于相互性,注意照顾到双方的利益。

二、合作开发的法律特征

(一)国家对其自然资源享有永久主权

根据国家对其自然资源享有永久主权的原则,自然资源的所有权、管辖权和统治权永久属于资源国国家和人民。开发自然资源是国家专属的权利。资源国有权决定同什么人、在什么区域合作勘探、开采自然资源。不管外国人通过什么方式取得一定区域的自然资源的勘探、开采和生产权,都不意味着取得所有权。

因此,利用外资合作开发自然资源,与一般利用外资的合作方式不同,外国投资者必须取得资源开采权。开采权的取得通常是经资源国批准,给予特许权;或者是通过招标投标的方式,从享有资源开发专营权的国家公司取得。外国投资者只有获得开采许可证,才能在指定的区域进行勘探和开采活动。取得开采权后,如事先未经国家职能部门同意,一般不许全部或部分地转让给其他公司。特许权的转让,须严格按照法定程序办理。如果具有开采权的承包商或合作者没有履行合同义务,资源国有权取消其开采权。在正常情况下,合同期满后,资源国收回开采权。

---

[1] 参见联合国跨国公司中心:《再论世界发展中的跨国公司》(中译本),商务印书馆1982年版,第139~140页。

（二）合作主体具有特殊性

与其他国际合作方式不同，合作开发的主体也较为特殊，一方为资源国政府或法定的国家公司，另一方为外国公司。

合作开发的东道国一方通常为政府或国家公司。在传统的特许协议中，协议一方为资源国政府，他方为外国公司。资源国政府既是主权者，又是协议的当事人。因而，在学说上对此种协议的性质和效力多有分歧，在实践上也常因此种协议产生争议。后来，随着国际经济合作的发展，合作方式也多样化，许多国家，特别是石油输出国组织国家，设立了国家石油企业，以通过管理和监督在石油部门经营的企业来维护国家在石油开发方面的广泛利益。国家石油公司独立行使，或同外国公司联合行使石油业的特许权，如勘探、开发、生产、销售石油的权利，并通过获得必要技术和速度培训良好的本国人员骨干队伍来发展国家在石油工业方面的能力。只有这些法定的国家公司才能成为合作开采的当地当事人，其他任何公司、企业均不能与外国企业进行合作开发自然资源。

合作开采的外方，是指与资源国或资源国国家石油公司签订石油合同的外国企业。外国企业可以是公司，也可以是公司集团。一般来说，由于自然资源，特别是海洋石油资源的开采风险大、投资多、技术复杂，是个人及小型企业无法承担的，因此，只有大的专业公司或公司集团才有开采的能力，才能成为合作开采的参加者。

（三）合作方式大多为特殊的契约式合营

国际合作开采，除少数采取合营企业（股份式）外，大多采取契约式合营。合作双方并不组成共同的独立法律实体，仍是分别独立的法人。合作双方在平等互利的基础上签订合同，依合同确定双方的权利和义务，按照合同所规定的权利、义务进行合作。

合作开发也不同于一般的契约式合营，除上述国家对其自然资源享有永久主权及当事者资格特殊外，在合同形式及合作方式上也有很大的差别。如合作开采海洋石油资源，其合同形式一般是国家公司制作的标准合同，格式比较固定，条款较为具体，当事人自行议定合同条款和内容的自由受到限制。在合作方式上，往往有几种合同形式结合在一起，因而在勘探、开发、生产各个阶段，合作双方的权利和义务往往也不同。

三、合作开发作业的基本做法与规定

石油资源的开发作业通常分为三个阶段，即勘测、勘探与开采（有的把开采又分为开发与生产两个阶段）。合作开发则主要是在勘探与开采阶段。

（一）勘测

勘测是勘探的先行阶段，一般仅限于地表的测探。地表的测探一般包括磁力、重力、地震等地球物理勘测以及地表取样、地质研究等。

许多国家不允许私人公司,包括外国公司进行勘测,勘测工作是由政府进行的。另有些国家允许私人公司进行地表勘测,少数国家则在一定条件下允许钻井勘测。但作业者在勘测矿区没有独占权,只有少数国家通过签订地震合同,赋予公司在一定探测矿区的独占勘测权。勘测期限较短,一般为1~3年。勘测作业者须向资源国提供全部地球物理和地质研究报告的复本及必要解释资料和图表。作业者享受的权益是,获得资源国有关油矿的地质资料。

(二)勘探

勘探是为了探明油气资源所进行的必要的工作,包括地震详查、开钻探井、试油、油气评价等工作。

许多国家均允许外国私人公司进行勘探。与勘测不同,勘探权一般具有独占性,只有获得勘探区特许权的公司,才拥有作业的权利,不允许其他公司在该区同时进行勘探。若勘探具有商业性发现,只要作业者满足资源国所要求的技术经济条件,就可以得到优先开采权,由该作业公司负责开采和生产工作。

各国对勘探矿区一般均规定有明确的范围,矿区的面积有的用经、纬度计算,有的以平方英里或平方公里计算,有的在区内还划分"分区"。

矿区退回(relinguishment)是现代石油勘探中一个重要制度,即作业者须在一定时间后将勘探矿区的一部分退回归还给资源国。这一原则的形成是由国家对石油资源的永久主权和石油勘探的复杂性决定的,对资源国和作业者双方都有利。资源国把大块矿区的勘探权赋予作业者,若期限过长,对资源国不利。所以,经过一定时间,就要收回部分地区的勘探权;此外石油勘探是复杂的,若一个作业者在某地区未获发现,资源国及时收回,还可以由其他公司再行勘探。另一方面,作业者通过这个制度可以逐步放弃他们认为不存在油气资源或不具有商业开采价值的地区,逐步把力量集中在最有前途的地区,不必支付过多的勘探费用。

勘探作业者须提出工作计划和预算,送交资源国主管当局批准。作业者有义务向资源国政府提供勘探所得的资料和数据。作业者只能在资源国保持数据,而不得将其出卖或作其他处理,不得向他人泄露。岩心和取样只能由资源国国家石油公司保存,经许可才可交作业者保存。当然,为了工作的需要,作业者也有权使用这些资料,不应受到不合理的限制。

(三)开采

石油开发、生产是石油开采的中心问题。经勘探发现商业性油田,就可由勘探转入开采。至于商业性油田的标准,则由有关资源国的法律或合同规定,有的以油田生产能力达到一定水平为准,有的以油田在一定时期内产油量达到一定数量为准,有的把油层深度与产量联系起来,作为判断商业价值的标准,还有的以经济收益率为准。

石油开采期限一般较长,通常为20~30年。作业者在开采之前应提出开采计

划，由资源国认可。作业者每年一般须以年终报告方式向资源国报告油田生产状况，如开采情况、总产量、生产设备的性能和位置、当年生产成本、雇用人员的人数、国籍及工资总额等，接受资源国的监督与管理。

（四）作业者应缴纳的税费

依各国法律规定，进行石油的勘测、勘探、开采，都要向资源国缴纳规定的税费，这些税费主要有如下几种：（1）地表税（surface tax payment），即进行勘测活动缴纳的税。有的国家按面积征收，有的规定缴纳一定数额的税金，也有的规定勘测不需缴税。（2）特许权费（royalty）。特许权费的征收，有的国家采用固定比率，如所产原油价值的12.5%；有的国家采用滑动比率，可以用现金或原油缴纳。（3）签约费（signature bonus）。这是在签订勘探开发合同时缴纳的税金。大多数国家征收签约费，金额大小不等。如尼日利亚法律规定，签约费为每1000平方英里为140万美元。（4）见油费（discovery bonus）和高产费（production bonus）。见油费是指作业者在发现石油时向资源国缴纳的税费；高产费则是当石油产量达到一定的较高水平时缴纳的税金。也有的国家没有见油费和高产费的规定。（5）所得税（income tax）。这是对企业的收入所得征收的税金。此外，有的国家还征收地租及石油税（petroleum revenue tax）等。

总的来说，在合作开发的整个过程中，作业者必须遵守资源国的一切有关法律，如石油法、矿业法、劳动法、环境保护法及其他有关工商业管理法规，如果违法，就要受到法律制裁。作业者还有接受资源国监督的义务。资源国职能机构人员，有权接近工作场地，对作业者进行检查，检查人员有权要求作业者进行必要的操作，以便了解安全和防污措施的状况。作业者有义务向检查人员提供有关资料。[2]

第二节　国际石油合作开发的基本模式

近百年来，国际政治经济局势发生了巨大变化，在石油资源的国际合作开发方面也随之发生了巨大变化，出现了多种多样的方式。

一、特许协议（Concession Agreement）

特许协议，又称经济开发协议，是指一个国家同外国私人投资者，约定在一定期间，在指定地区内，允许其在一定条件下享有专属于国家的某种权利，投资从事于公用事业建设或自然资源开发等特殊经济活动，基于一定程序，予以特别许可的

---

〔2〕 关于石油开发各阶段的基本做法和规定，详见刘丁编著：《国际经济法》，中国人民大学出版社1984年版，第383～398页。

法律协议。[3] 石油特许协议就是石油资源国在一定时期内,把一定地区内的石油勘探与开采权,特许给予外国石油公司。其特点是:(1)协议一方为主权国家的政府,他方为外国私人投资者;(2)基于东道国政府的许可,外国私人投资者享有并行使专属于国家的某种权利,如石油的勘探开采权,由外国公司负责投资并承担全部风险进行勘探与开采,石油产品原则上全部属于石油公司所有,资源国获取地租和开采税以及其他税收;(3)协议一般须事先经立法授权的行政机关批准,甚至须提交立法机关审批。

特许协议是外国公司在资源国进行石油开发最早使用的一种形式。例如,荷兰皇家公司在19世纪末就在荷属东印度(印度尼西亚)作业,英伊石油公司于1901年首先在伊朗取得特许,美国的一些公司则在20世纪初开始在墨西哥取得石油财产。到20年代后期,美国、英国、荷兰的7大石油公司(称为七姊妹)控制了拉美、中东和远东生产的大部分石油。[4] 通常,石油资源是由政府所有的,因而,外国公司的特许权是资源国政府给予的。倘若政府对地下矿藏不拥有权利或政府不是土地的所有者,外国公司就得从私人土地所有者那里租让或购得油田。

传统的石油特许协议是外国石油公司剥削和掠夺资源国的有力工具,西方石油公司据此榨取了极为优厚的超额利润。依据传统的石油特许协议,西方跨国石油公司被赋予独有的和广泛的权利去开发石油资源,实际上全部控制了东道国石油业务的各个方面,如勘探、开发、生产、销售、管理、定价,并保证了其对所开采的原油的所有权。这些特许权在东道国的广大地区行使着(通常是数千平方英里,有时占整个国家的大部分区域),也未附有可以收回外国公司弃置不用的矿区的规定。协议中往往缺乏环境保护以及前向和后向经济联系的规定,缺少有关培训和雇用当地人员以及技术转让的措施。协议期限也往往过长,一般持续50~100年。赋予外国跨国公司巨大权利的回酬,往往仅限于一点微薄的矿区使用费和一笔微不足道的特许权费或租金。对收入征税,是20世纪50年代以后才普遍为各国所采用的。因此,东道国实际上等于对划定开发区域放弃主权。

从概念上说,特许协议被列为合同的一种形式,被跨国公司当作一种静态合同来对待,只许严格地按照它的条款和条件在特许期内贯彻始终,不容许更改与重订。有些特许协议规定有稳定性条款,试图把有关特许的财务和法律事宜冻结在合同订立时的状态。有的协议规定适用国际法或一般法律原则,使合同体制实际

---

[3] 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第356~357页。

[4] Raymond F. Mikesell, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries* (1984), p. 20.

上完全不受所在国法律管辖。[5]

“二战”后，随着非殖民化运动的发展，许多资源国在政治上获得独立。为了维护和行使其对自然资源的永久主权，使其自然资源摆脱外国控制，这些资源国采取了措施重新协商或者调整这些特许协议，或者参与管理，或者成立政府石油企业来实施国家的石油政策，甚或实行国有化或收购外国公司的全部事业，以加强政府对石油开发的控制。另外，西方发达国家经济的大幅度增长导致石油需求量的增加，石油公司的数量大增，各国石油公司为了取得足够的石油而不得不进行竞争，并不得不在石油开发协议中向资源国作出让步。因此，传统的特许协议有了很大的变化。

现代石油特许协议仍保持了传统石油特许协议的某些内容，如政府给予石油公司在固定的区域和期间享有勘探、生产和销售石油的权利，石油公司则向东道国政府缴纳特许费、所得税等。但是，现代石油特许协议已经消除或减少了传统的特许协议中的不公平的规定，强调东道国在勘探、开发、销售石油资源的各个阶段的国家主权。现代石油特许协议涉及的地域面积较小，通常附有每年钻井进度或投入一定数额资金的要求，并要求在规定的时间表内将一定百分比的特许区域退回。协议期限也大大缩短，一般为 20 ~ 30 年，期限届满时若需要可再延长。协议有些条款规定定期地重新考虑契约，并规定，如果发生了影响契约的重大变化，就对原契约条款重新谈判。协议注重加强东道国政府对外国石油公司的勘探、开发、生产和销售活动的管理和控制，并扩大东道国的收入，如协议中订有关于保护采矿工作周围的环境，雇用、培训当地人员，每年向政府提交开发工作规划及详细开发报告，在当地加工以及运输和装船等要求，东道国政府对石油开发征收较高的特许费及所得税，还收取签约费、见油费、高产费等。在协议适用法律上，选择适用国际法和一般法律原则的，已经越来越少了。

在石油开发实践上，仍然存在着特许，但其形式和内容已经现代化。根据联合国 1983 年发布的关于石油协议的调查，有 121 个国家，包括阿根廷、尼日利亚、挪威、卡塔尔、泰国、英国、美国，仍在采用特许制。当然，特许制绝非这些国家采用的唯一形式。非洲在石油部门广泛采取特许制或类似办法。[6]

不过，从整体来看，多数发展中国家，为了实现其目标，大多采取与跨国石油公司磋商新合同安排的策略来取代传统的特许制，而不仅仅是使传统的特许制现代化。这些新的形式包括合营企业、产品分成合同以及服务合同等。

---

〔5〕 参见联合国跨国公司中心：《再论世界发展中的跨国公司》（中译本），商务印书馆 1982 年版，第 139 ~ 140 页。

〔6〕 参见联合国跨国公司中心：《跨国公司在世界发展事业中的作用（第三次调查）》，中文本，第 268 ~ 281 页。

二、合营制

从20世纪50年代开始,有些国家就采用合营的方式进行国际合作开采海洋石油资源。合营分为两种:一是设立合营企业的股权式合营;二是契约式合营或合伙。这两种合营有其共同的特点,即合营各方共享特许权,共同投资,分担石油开发成本,分享净收益等,但二者之间也有显著区别,各自具有其特征。

(一)合营企业

合营企业是由东道国(一般是东道国国家石油公司)与外国石油公司组成的以勘探、开发石油资源为经营目标的企业。其基本特征与其他部门的合营企业大体相同,即共同投资、共同管理、共负盈亏和共担风险。在法律上,合营企业是独立的法人。

据考察,最早的石油合营企业协议是1956年和1957年意大利国家石油公司和埃及、伊朗政府石油企业签署的合资开发石油协议。[7] 之后,法国埃尔夫公司、德国石油公司和美国一些石油公司也相继采用这种形式。合营企业可在取得开采权时成立,也可以根据东道国政府的要求,由已设立的外国公司转让某些股权给东道国政府或政府企业而成立。后一种情况有人称为"部分国有化"。

合营企业一般设立董事会作为其权力机关,决定企业的重大问题,如批准工作计划和预算等,并监督企业的经营活动。通过合营企业的形式,东道国国家石油公司可直接参与企业经营管理。通常,东道国国家石油公司在勘探阶段就承担勘探和开发阶段的费用和风险,也有合同规定国家石油公司的摊销用未来的石油收入或产品来补偿,不需要预先提供资金。例如,埃及采用的合营协议就规定,若发现商业性油气田,埃及政府石油公司就与外国合同者在埃及成立作业公司,该公司须经石油部长批准才能设立,并属于私营公司。该公司须遵守埃及现行法律与法规。依据作业公司的章程,公司的目的是作为一个代理机构,使埃及石油公司和外国合同者能通过此机构从事或进行开发作业。公司的资本由双方当事人各自投资和持有一半。公司设立董事会,董事会由8人组成,其中埃及石油公司指派4名董事,另4名由合同他方指派,董事长由埃及石油公司任命,总经理则由合同他方指派,董事长和总经理都是企业的常务董事。但该作业公司又是个不规则的合营企业。公司作为合营双方的代理人虽被赋予独立的法律人格,但依其章程的规定又不得拥有协议下的任何权利、利益及不动产等,它所作出的决定也被认为是合营各方决定的结果。据认为,成立这样的公司是为了便于东道国参与石油生产,参与石油开发各阶段作业的有效管理和控制。

---

[7] Kamal Hossain, *Law and Policy in Petroleum Development* (New York, Nichols Publishing, 1979), p. 21.

（二）联合作业协议

这是合营的另一种形式。这种形式也具有东道国或其国家石油公司与外国石油公司共同投资、共同经营、共负盈亏的特点。但合作者间仅仅达成一个联营协议，而没有组成联合的企业组织，未组成新的独立法人。合作各方在财务、法律上均各自保持其独立性，各自分别计算开支与收入，分别纳税，各自承担法律责任。依据这种合作协议，一般是由外国合同者承担勘探费用风险，即直到商业性发现之前，资源国的国家石油公司不分摊成本，外国石油公司承担勘探的全部费用和风险。国家石油公司对商业发现以前阶段发生的任何勘探风险不给予补偿。在发现商业性油气田后，再由资源国石油公司与外国公司联营开发。合作双方为进行联合作业，建立一种技术性的、业务性的联系性机构。外国公司通常总是被指定为作业者，政府石油公司则通过联合管理委员会参与管理，联合管理委员会审批作业者提交的预算和工作计划及处理其他问题。外国石油公司有权分享石油产品，并就此缴纳所得税。

1958 年，伊朗国家石油公司与美国一家石油公司就签订了这样一种联合协议，其主要内容包括：(1) 双方共同建立一个联合机构，该机构负责计算双方应负担的费用，机构主席、副主席由双方指派；(2) 双方按各自投资比例，分别负担税费，如资金不足，可共同借贷或用其他方式筹集资本；(3) 按双方共同同意的方案进行石油勘探工作；(4) 如发现商业性油田，开采费用由双方分摊，勘探期间的费用由伊方补还一半；(5) 双方各分得石油产量的一半，每一方可以购买对方所不需要的产品。[8]

又如，哥伦比亚从 1970 年后开始采用联营合同（contract of as sociation）。合同规定，所有投资于开发作业的费用由哥伦比亚政府石油企业与联合作业的私人公司按 50% 对 50% 的比例分担；如有商业性发现，政府石油企业则对外国合同者所发现的油井的勘探费给予 50% 的补偿；石油产品按 50% 对 50% 的比例分配，在支付特许费后（通常为 20%），外国合同者可得到 40% 的产品。此外，私人公司还必须支付净所得的 40% 的公司税。从 1976 年开始，新的合同规定，按世界石油价格支付外国合同者分享的石油。[9]

三、产品分成合同

产品分成合同（Production-Sharing Contract）是国际合作开发的一种新的合同形式。印度尼西亚国家石油公司在 20 世纪 60 年代就与外国石油公司签订了几个产品分成合同。因此，它也称为印度尼西亚式合同。

---

〔8〕 参见刘丁编著：《国际经济法》，中国人民大学出版社 1984 年版，第 400 ~ 401 页。

〔9〕 See Raymond F. Mikesell, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries*(1984), pp. 109 – 113.

这种合同的基本特征是:(1)资源国拥有对作业区的土地和资源的所有权,外国公司为开发石油资源购置的设备最后要成为资源国的财产。(2)资源国国家石油公司负责石油开发作业的经营管理,外国合同者则依合同的规定负责实施石油作业。外国合同者必须将每年的工作计划和预算提交给国家石油公司审批。(3)外国合同者负责提供石油勘探、开发和生产所需的所有费用和技术,并承担生产费用风险。(4)在整个合同期间,全部石油产品在弥补开发费用后由国家石油公司与外国合同者依合同规定分成。原油的分配规则一般是:以每年所产原油的一定百分比(20% ~40%)偿还外国合同者的费用(包括勘探、开发和生产费用),当费用超过规定的百分比时,其未能补偿的超过部分在以后的年份偿还。余下的石油,由资源国国家石油公司和外国合同者按一定的比例分配。[10]

这种合同形式把管理责任授予国家石油公司,资源国对资源和产品的控制权大,财务程序也比较简单,可使国家石油公司避免有关确定外国合同者的费用或产品的价格,以及与征收所得税相关的复杂事宜。自从1966年印度尼西亚与一家美国石油公司签署了世界上第一个石油国际合作开发产品分成合同后,许多发展中国家也相继采用此种合同,如智利、危地马拉、象牙海岸、埃及、印度、秘鲁、利比亚、马来西亚、叙利亚、特里林达、阿曼和苏丹等。[11]

进入20世纪70年代以后,世界石油价格上涨,各国政府希望这类合同能使它们增加纯利润份额,因而要求对旧的产品分成合同进行重新协商。另外,美国财政部1977年规定,美国公司若要使其在国外所纳的税收在国内得到抵免,该外国税必须是按其纯收入直接向外国政府缴纳的,这就必须把所得税与其他的税费分开。因此,产品分成合同的规定后来又发生了一些变化,这些变化主要涉及产品分成的比率,计算产品费用的方法以及纳税等。例如,印度尼西亚后来的产品分成合同提高了政府分成比例,外国合同者要向国家石油公司缴签约费和高产费等,并要求外国合同者将其一部分分成油提供给东道国国内市场。原来合同规定由国家石油公司从其分成石油中缴纳所得税,后来则改为由外国合同者自己支付所得税和股息税,而国家石油公司承担外国合同者的其他税负。

四、服务合同

服务合同(The Service Contract)形式在拉美和中东国家中普遍采用。由于对传统的石油特许协议持反对态度,一些发展中国家将石油开采作业的专有权给予其国家石油公司。但由于国家石油公司的技术能力和资金的限制,它们就经常雇

---

[10] See Raymond F. Mikesell, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing* Countries(1984),pp. 28,59 - 68.

[11] See Raymond F. Mikesell, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing* Countries(1984),pp. 28,59 - 68.

用有合适的先进技术和设备的私人公司提供服务，因而服务合同就应运而生。

典型的服务合同是，私人石油公司同意给政府或政府石油公司提供某种特定的服务，以取得规定的报酬。在服务合同形式中，东道国政府或国家石油公司具有石油勘探和开采权，独立投资和经营，自负盈亏。同时，通过与外国石油公司签订服务合同，把石油勘探开发的某些工作交由外国合同者，由其完成这些任务。服务项目可以是油田的全部勘探、开采和生产工作，也可以是勘探、钻井、铺设管道、建设平台以及设计开发方案中的任何一项或几项工作。石油产品全部由东道国或其国家石油公司取得，外国合同者只是取得相应的报酬，通常是取得一部分石油产品。

外国石油公司与东道国或其国家石油公司签订服务合同之后，经东道国同意，可以将其所承担的工作分出一部分由第三人承担，后者称为分包人。东道国的同意有两种方式：一是由外国合同者推荐分包人，经东道国批准；二是由东道国提出分包人名单，由外国合同者与分包人签订分包合同。

石油合作开发服务合同可分为风险服务合同和无风险服务合同（或纯服务合同）两种。风险服务合同的特点是，外国石油公司提供技术和服务，负责勘探与开采作业，从资源国取得报酬。一般是由资源国以低于市场价格的价格向它出售原油。勘探费由资源国用原油无息偿还。这种合同要求风险由外国公司负担，即勘探如未能取得商业性发现，亏损和费用全部由外国石油公司负担，只有取得商业性发现并开采出原油后，勘探费用才能从产品中得到补偿。[12] 无风险服务合同一般则是在开发以后各阶段采用的，外国合同者履行某些服务，东道国或其国家石油公司向外国合同者支付一定数额的服务费，没有投资风险。因此，风险服务合同是用于那些石油储量未经勘探证实的矿区的勘探与开发，而无风险服务合同则在那些石油储量已经勘探证实，外国石油公司所投入的资本已经从生产的石油中提取的一定百分比而得到补偿的情况下采用。

法国石油钻探开发公司 1966 年与伊朗国营石油公司，1968 年与伊拉克国营石油公司分别订立的协议，就是两个最早的服务合同的例子。其主要规定如下：(1)法国石油钻探开发公司保证为石油开采提供全部风险资本，如果石油井被发现有商业开采价值，也要为生产提供资本。石油勘探开发公司的附属公司要提供所有必需的技术服务，并且作为一个总承包商。(2)发现可供商业开采的石油后，资源国开采所需的全部费用，都由国家石油公司作为一笔无息借款记账，并且从投产日起在 15 年内以原油偿还。石油钻探开发公司为石油开发所花费的款项，则作为无息贷款在短期内偿还。(3)石油钻探开发公司被委以经营企业的责任。

---

[12] See Raymond F. Mikesell, *Petroleum Company Operations and Agreements in the Developing Countries*(1984), pp. 28 – 29.

(4)以对石油钻探开发公司作为酬报安排为条件,所生产的石油和石油气所有权属于国家石油公司,石油钻探开发公司有权以低于市场价格的价格购买所生产的石油的保证份额。(5)对于生产阶段,合同规定的期限在伊朗为25年,在伊拉克为20年。协议含有撤销条款。

又如,1971年在秘鲁由秘鲁石油公司和美国西方石油公司订立的协议中,西方石油公司保证提供投资资本、所有必需的开采与开发费用以及全部必需的技术服务。这家公司作为总承包商,被委以全部经营业务的专责。发现的碳氢化合物和生产的权利,依宪法保留给秘鲁国家;作为服务的酬劳,西方石油公司得到44%到50%开采的碳氢化合物,秘鲁政府免予征税。这种模式为其他拉美国家所仿效。

这种合同的主要优点是,国家在经营中不承担风险或投入资本,并对所产石油与储藏始终保有所有权。

在合同的分类中,有的还采用"参与协议"(participation agreement)一词。参与协议包括合营和产品分成两种形式。政府参与石油开发是石油协议的重要发展之一。这种参与在近来的石油协议(除纯服务合同外)中,包括三个不同方面:参与石油作业的管理,参与企业的股权,以及参与石油的生产。因此,"参与协议"一词含义较广。

总的来说,从传统的特许到其他合同安排的转变仍在继续当中,以充分维护东道国的主权和利益,并尽可能使东道国与跨国公司之间的安排更为公平和均衡。从当今的趋势看,东道国和跨国公司在选择合同形式方面的战略,不是简单地从一种形式到另一种形式,而是更为灵活和复杂得多。事实上,近年来的许多矿物协议中结合着好几种合同形式的特点。同时,东道国常常采用两种或更多的合同形式来开发资源。

第三节 特许协议的法律问题

已如前述,特许协议是由东道国与外国公司间签订的通常以开发自然资源或公用事业的建设为目的的一种协议,这种协议在近百年来历经变化已逐步现代化,并仍为许多国家采用。但是由于发展中国家在其经济改革与发展中,基于情势变化,需中止、改废协议,而协议的改废又会影响外国公司的权益。因此,对于国家能否单方改废协议,特许协议的性质、效力、适用的法律等问题,在理论和实践上存在着不少争论。

一、特许协议的法律性质

由于特许协议具有与一般合同不同的特点,关于其法律性质,在理论上仍存在

着分歧。有的认为特许协议是国际性协议;有的认为该协议应属国内法契约;有的认为特许协议既非国内法上的契约,又非国际法全体之间的条约,而属于"准国际协议"(Quasi-international agreements);[13] 另有的认为特许协议是一种既含"公法"因素,又含"私法"因素,具有双重性格的混合协议或"跨国契约"。[14]

关于特许协议的法律性质虽有多种学说,但争论的焦点在于:特许协议是国内法契约还是国际协议。

主张特许协议属国际法范畴的主要论点是:(1)协议的一方为主权国家,而协议的内容,又是国家特许外国私人投资者享有专属于国家的某种权利,这就表明,基于协议的签订,国家已默示地承认另一方外国公司为国际法主体,从而使协议具有国际协议的性质。这一观点把跨国公司上升到主权国家的地位,从而把特许协议等同于条约。(2)特许协议中通常定有选择国际法或一般法律原则为准据法的条款,或附有国际仲裁条款,事实上是把协议"国际化"了。显然,把外国投资者上升到与国家平等的地位,把特许协议"国际化",是为了把外国投资者的权益置于国际法的保护之下。

但是,把特许协议看作国际协议的观点是站不住脚的。首先,从法律关系的主体资格看,法律主体是由法律确定的,而不是由缔约一方赋予的。任何一种法律关系的主体都具有其本身的法定要素(权利能力和行为能力),而不能由任何一方赋予或默认。从国际判例实践看,早在 1929 年,国际常设法院在塞尔维亚贷款案中就已把国家契约作为国内契约。1952 年国际法院在英伊石油公司案中则更明确的指出,伊朗政府与英伊石油公司间签订的特许协议,"只不过是一个政府同一个外国公司之间的协议","其唯一目的是规定伊朗政府同公司之间有关特许协议的关系,绝不调整两国政府间的关系,"不产生国际法上的权利和义务关系。[15] 因此,外国投资者作为契约一方,只是国内法契约的当事人,而非国际法主体。更何况,至今为止,在国际法的理论与实践上,尚未承认个人和法人为国际法主体。其次,从协议的适用法律看,协议选择适用国际法,只是说明作这种选择是对国内法的补充,并不能说明协议已国际化了。传统的特许协议选择适用国际法或一般法律原则,并不是一个正常现象,在很大程度上是由于东道国没有较完善的可适用的法律,适用一般法律原则或国际法是为了弥补国内法的不足;在某些情况下则是外国公司为逃避所在国法律管辖、享受治外法权、利用其经济势力强加给弱小国家的。实际上,国际法中并没有调整国家契约的规则,所谓一般法律原则应予适用的

---

[13] A. Verdross, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions* (1964), 18 YBWA230.

[14] A. A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (1962).

[15] International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, 1952, p. 112.

观点也没有说服力,因为对于哪些是一般法律原则本身就是有争议的。随着第三世界国家经济独立和社会发展及法律的不断完善,在特许协议中已愈来愈少选择适用国际法及一般法律原则了。现在许多发展中国家的外资立法规定,特许协议应服从各该国国内法的管辖,排他地适用国内法的规定。如果说在协议中选择适用国际法就使协议国际化了的话,那么,同类协议就会仅因是否作这种选择而各具不同性质,这在逻辑上是讲不通的。更何况,随着选择适用国际法的特许协议的减少,它们也越来越不能成为"国际协议"了。

事实上,特许协议不是国际协议,而属于国内法契约。[16] 特许协议都是根据东道国的立法(如石油法、矿业法等)确定其权利义务关系及其他具体内容,并经东道国政府依法定程序审查批准而成立的。协议的一方虽为东道国政府,他方为外国私人投资者,但凡不是国际法主体间订立的协议均不属国际协议或条约,不受国际法支配,而受国内法支配。

至于特许协议是公法性质的还是私法合同性质的问题,在学说上仍然存在着不同的见解,在实践上也有分歧。例如,法国法中有一种合同,称为行政契约,其特点是,契约当事人一方是公共权力机关,有基于公共利益单方控制及改变契约执行的权力;协议适用法国行政法,由行政法院管辖。这种行政合同是公法契约。[17] 而在英美普通法系国家,政府与私人间所订的政府合同(government contract),原则上适用普通契约法的规定。除非政府基于社会公益,或契约妨碍政府正常执行职务的理由、行使国会权力、警察权或公用征收权,否则,不能废弃普通法原则。[18] 特许协议类似于这两种合同。因而依法国法和英美法,属于国内法上的公法或私法契约。

另有些学者认为,特许协议兼有"公法"和"私法"两种因素,因而具有双重性。特许协议中的许多条款是法定条款,受一国的国内公法(如石油法、矿业法)支配;另有些条款则是可由当事人协商确定,受私法支配。

总的来说,不论特许协议是"公法"、"私法"或"混合协议"的性质,它们均属国内法契约,这一点是毋庸置疑的。

二、特许协议的效力

特许协议法律性质之争的关键,在于国家的国际责任问题。即作为协议一方的当事国基于公共利益的需要,中止或改废特许协议时,其不履行或违反契约的行为,是否应负国际责任?也就是说,特许协议能否像国际条约一样对当事国改废协

---

〔16〕 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版,第 360 ~ 363 页。

〔17〕 A. A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (1962), pp. 197 – 204; Z. A. Kronfol, *Protection of Foreign Investment.*

〔18〕 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版,第 361 ~ 362 页。

议的权力有拘束力。

西方某些学者认为,国家不履行或违反特许协议,应负国际责任。因为特许协议与一般私人契约不同,协议中往往订有适用国际法或一般法律原则条款或国际仲裁条款,这就是基于当事人双方合意,使协议"国际化",其契约义务就具有"国际义务"的性质,国家若单方面改变契约条款,不管出于什么目的,都是违反国际义务,构成国际法上的违法行为,国家应负国际责任。用来支持这一观点的,有一些仲裁法庭的裁决,这些裁决大多是在殖民时代作出的。用来主张国家应负国际责任的理论根据,不外是传统的国际法原则"约定必须信守"和西方国家的所谓"一般法律原则"或私法理论。

约定必须信守原则的意思是指,当事人对于约定的条款,必须认真遵守和履行。它后来成为国际法上的一项原则,通常又称为"条约必须遵守"原则。西方学者认为,约定必须信守原则要求国家履行它们所承担的义务,是一个根本的原则,不仅适用于国家间的条约,而且也适用于一国和他国国民间的契约。1958 年国际律师协会的一项决议认为:"国际法所公认的'约定必须信守'的原则,同样适用国家间及国家与他国国民间的任何特别协议。因而,国家剥夺外国私人财产,就是违反协议,属于违反国际法的行为。"[19]

一些西方学者主张,特许协议受一般法律原则支配,而文明国家承认的一般法律原则,已成为国际法的一部分。这些一般法律原则通常包括尊重既得权(vested rights)、不当得利(unjust enrichment)、禁止悔言(estoppel)、权利滥用(abuse ofrights)等西方国家的私法原则。

但是,把特许协议看作是国际协议,受国际法支配,具有国际条约一样的效力的观点,一直受到第三世界国家和许多学者的批评和抵制。反对意见认为,国家固应受其同外国投资者所订特许协议的拘束,但只依国内法负责,不负国际责任,其主要理由有:

第一,特许协议是国内法契约,不是国家间协定,因而不具有国际条约的效力。已如前述,由于现代国际法不承认个人为国际法主体,国家与外国私人投资者订立的协议就不是国际条约,即使协议中含有适用国际法或一般法律原则的法律选择条款,也不能因此改变契约的国内法性质。因此,国家不履行或改废协议,并不当然也不直接构成国际法上的违法行为,不产生国际责任,仅依国内法定其责任之有无及其程度。

第二,西方学者关于违反特许协议应负国际责任的理论根据站不住脚。首先,

---

[19] George W. Ray, *Law Governing Contracts Between States and Foreign Nationals*, *in Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*, The Southwestern Legal Foundation (1964), p. 500.

从"约定必须信守"的原则看,适用这一原则,使外国私人投资者上升到主权国家的地位,是违背国际法的结构的。即使这一原则可以适用于特许协议,它也须受"情势变迁"(rebus sies-tantibus)等原则的制约。即若协议订立时存在的情况发生基本变更,从而根本改变依协议尚待履行的义务时,可以终止或改废协议。对于许多第三世界国家来说,由于取得了政治独立并改变了原殖民时代时的发展目标,情势已发生了重大变更,原殖民时期订立的协议及有关权利和义务关系也可以终止或变更。[20] 其次,用以论证国家负国际责任的一些所谓"一般法律原则",均是西方国家传统的私法原则,这些原则对国家基于公权力及从公共利益出发的行为和措施,是难于适用的。[21] 例如,对既得权的尊重不能绝对化,为确保国家安全、公共利益的必要的国家行为,即使改变或废止原来的协议的全部或一部分,也不能认为属于违法行为。对个人既得权的尊重,不能优于国家公共利益之上,这已为西方国家实践所肯定。美国最高法院在1914年大西洋沿岸航运公司诉哥兹波罗案(Atlantic Coast Line RR v. Goldsboro)中判决说,"任何契约条款或正当程序都不能否定国家基于健康、安全、公共秩序、生活安适、社会福利的理由制定法律的权利……所有契约都必须服从该权利的正当行使"。[22] 因此,既得权和契约神圣已成为过时的概念。而且在欧洲法中,行政契约或公共契约法已得到发展,政府是这种契约的一方当事人,政府为了公共利益可以修改合同。如一英国法院在"安菲特莱特诉国王案"中认为,"契约不能妨碍国王在有关国家公益事项上的行动自由"。[23] 在法国法制下,特许协议作为行政契约,政府一方为了公共利益的需要,在行政法院的监督之下,有单独控制或变更契约执行的权力,除了支付适当的补偿之外,并不承担其他额外的责任。

显然,国家为了公共利益,有权自由地或有效地直接变更或废除特许协议的全部或一部分,这既不是侵害既得权,更谈不上权利滥用、禁止悔言,不能依据传统的私法规则让国家承担国家责任。更何况,这些规则是否构成"一般法律原则"一直是有争议的。

第三,国家对其自然资源永久主权原则。国家对其自然资源享有永久主权,这是现代国际法的基本原则之一,是强行法。国家的这一权利不可转让、不可剥夺,当然也不受国家与私人间契约的限制。国家为了公共利益,变更或废止特许协议,是其主权权利的正当行使,根本不存在违法的问题,更谈不上国际责任。在实践

---

〔20〕 参见索纳拉雅:"国际契约法的神话",载《法学译丛》1982年第4期;See also M. Sornarajah, *The Pursuit of Nationalized Property*(1986), Martinus Nijhoff Publishers, pp. 133 - 135。

〔21〕 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第366页。

〔22〕 United States Supreme Court Report 232(1914), p. 558.

〔23〕 参见索纳拉雅:"国际契约法的神话",载《法学译丛》1982年第4期。

上，许多发展中国家为了取得对其自然资源的控制，重新谈判或废弃在殖民时期与外国投资者订立的契约，这种做法已为国际社会所承认和认可，因为这一行为是符合国际法的。

总之，认为特许协议具有国际协议效力的观点，是想使这种契约固定化和神圣化，以置东道国利益于不顾，片面强调对外国投资者权利和利益的保护，这是不符合现代国际法的原则和国际社会发展的趋势的。

从实践上看，在自然资源开发领域，不仅发展中国家单方变更特许协议或国家契约，就是一些发达国家也采取了相同的做法。例如，英国 1975 年单方修改了已给予外国投资者的所有石油生产特许。挪威在 1972 年决定改变关于 Ekofisk 油田开发的特许费支付的条款，后在菲律浦石油公司的要求下，挪威最高法院判决 1972 年的特许费支付条例不适用于该油田的许可；1985 年挪威又颁布了一个新的石油法，类似于 1972 年的措施。加拿大也采取了单方修改特许协议的做法。

此外，还有一些西方学者提出一种折中意见，即国家可以有限制地改废国家契约，但这一权利不是绝对的。国家改废国家契约的限制条件是：为了公共利益；对外国投资者给予补偿并尊重合同的财务平衡；无歧视；以及符合善意原则等。有的还认为，某些契约法规定，如仲裁条款、稳定条款，也可以排除或限制国家修改国家契约的权利。这一观点仍然是以契约国际化及国家责任为前提的。

三、稳定条款及其效力

稳定条款是指一国通过合同（或立法条款），向外国私人投资者作出承诺，保证外国合同当事人的合法权益不致因该国法律或政策的改变而受到不利影响。例如，在一采矿合同中的稳定条款规定：（国家）保证在协议订立后，任何可适用的法律或制定法的规定将不构成对本协议给予公司的保证、利益或权利的任何限制。[24]

实现“稳定”的方法有两种：一种是冻结合同订立时东道国的法律，有时称为“冻结条款”，另一种是合同订立后东道国的有关法律可以修改，但规定这种立法变化不适用于该合同。被冻结或被隔离的法律可以是东道国的全部法律或只是某一特别法。例如，1959 年 12 月希腊与艾索·赫莱尼克公司（Esso Helle nic Inc.）订立的协议第 24 条规定：（1）除经公司特别同意，希腊政府向公司保证不以任何一般法或特别法或任何行政措施终止或以任何方式修改本协议。（2）本公司及其在希腊的行为和财产受希腊全部法律和规章管辖，其效力在于不与本协议的条款和规定发生冲突。一旦发生冲突，无论是现行的或将来的，本协议的条款和条件优先

---

〔24〕 See Norbert Horn, *Adaptation and Renegotiation Contracts in International Trade and Finance* (1985), pp. 128, 379；王传丽：《涉外经济合同的法律效力》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 192～196 页。

并且凡与本协议条款和规定相抵触的上述法律和规章的规定对本公司及其在希腊的有关行为和财产不发生效力。[25]

稳定条款的适用范围较广,主要包括:(1)稳定财产权,即东道国在此条款中保证对外国投资者的投资及财产、利益与所得不予征收或国有化;若因情况必需而不得不采取此种措施时,则应对外国投资者给予公正补偿。(2)稳定税收,即东道国保证法律中规定的或合同中约定的税收待遇在一定期限内不变。例如协议规定:以前的纳税待遇,包括税率、纳税所得额标准和其他有关规定,从商业性生产日起30年内(或合同期内)保持不变。(3)稳定外汇管理制度。在实施外汇管制的国家,为了保证外国投资者的合法所得能自由兑换并汇出国外,有时也定有稳定条款,使其合法所得能自由兑换和自由转移。例如,合同中规定外国投资者可在国外以外币支付,或规定,为了某一特定目的,可以在国外开立账户,或规定在合同存续期间,合同不受东道国外汇立法的影响。(4)稳定进出口制度,即在合同中保证,对于外国投资者为履行合同必需进出口的机器、设备、原材料、办公用品所给予的减税或免税待遇,在合同期内不作变更或不作重大变更。(5)稳定与合同有关的一般法律结构,即规定,凡在合同订立时存在的与合同有关的法律对合同都有持续的约束力,这些法律以后发生的任何变化,都不得适用于该合同。这一规定的目的在于排除合同订立后已经修改变更的法律的适用。另有的条款则规定合同的优先效力,即协议优于现存的及将来的一般或特别性质的立法。除上述五种以外,实践中还有更具体的稳定条款,规定对某一特定法,对某一法律中的某些规定不予变更。[26]

对于特许协议中订立的稳定条款的效力如何,它是否比协议或协议中的其他条款更有拘束力的问题,在理论和实践上尚有争议。有的学者认为,违反稳定条款,应负国际责任。有的学者把稳定条款的效力与协议所适用的法律联系起来,若协议完全受东道国国内法支配,那么稳定条款也须服从这一法律及其未来的立法变更;若协议选择适用国际法或一般法律原则,则稳定条款就是一种保护手段,以使外国投资者免受单方改变合同规定的损害。[27]

还有许多学者对稳定条款提出批评,其主要论点与上述反对特许协议具有国际协议效力的论点差不多。首先,根据国家对其自然资源永久主权原则,国家为了公共利益可以变更法律及与私人订立的契约,不受稳定条款的限制。以稳定条款

---

[25] See Martin Bartels, *Contractual Adaptation and Conflict Resolution* (1985), p. 1522.

[26] 王传丽:《涉外经济合同的法律效力》,中国政法大学出版社1989年版,第196~201页;Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (1986), pp. 136 – 141.

[27] See Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (1986), pp. 14 – 15.

来限制国家的主权是不合法的。其次,根据情势变迁原则,任何契约都可根据变化了的情势而加以变更,契约神圣不可变更的概念已经过时。例如,现在已普遍承认,殖民主义的特许权或协议,应予重新协商和调整。况且,特许协议是一种长期合同,发展中国家在订立协议之时,无法预见今后几十年中矿产价格、税额、特许费及财务负担等因素的变化,随着后来情势的变化,发展中国家愈来愈处于不利地位,因而要求依据公平互利原则对原有的合同进行修改或变更立法,这是合理合法的。再次,特许协议应受东道国国内法支配,其稳定条款的效力当然也取决于东道国国内法的规定。最后,虽然在国际实践上有的仲裁庭认为稳定条款具有拘束力,违反协议要求充分赔偿,但其观点几乎没有什么理论上的支持。认为稳定条款比协议的其他条款更具约束力是没有什么理由的。

四、重新协商或调整条款及其效力

特许协议这样的长期合同,会遇到情势发生重大变化的情况,而情势的重大变化又会导致合同利益的失衡,为了给合同当事人在此种情况下提供法律救济,法律允许当事人在合同中订立"艰难条款"(hardship clause)、调整条款(adaptation clause)和重新协商条款(re-negotiation clause)。

"艰难条款",是指当情势变化根本改变了合同当事人义务的平衡时,允许重新审查合同。这种重大艰难是指在协议存续期间内的任何时间或不时发生非因当事人过失引起的、超过一个有理智的谨慎的人所能控制的干预事件或情势变化,其后果或影响根本不同于当事人在签订合同时的预想。处于这种地位的当事人一方可以通知另一方要求召开会议以决定所述事件是否发生,如确实发生,则应考虑对该协议或其他条款及条件进行调整,以减轻该事件的后果或影响,使当事人双方处于公平地位。[28]

调整条款是指当规定的事件发生,要求修改合同的条款和内容以重新确立合同的经济平衡时,允许合同当事人对合同进行自动调整。石油协议中关于高产费的支付就是一个典型的例子,即当事人同意当产量达到一定水准时,须自动地向政府方支付高产费。在产品分成合同中,东道国与外国公司对产品的分配依生产的水准而不同,产量愈高,政府分成的百分比也愈高。调整条款虽与艰难条款有相同的特点,即都是由破坏合同的经济平衡的某些事件引起的,但艰难条款意在使当事人免受未定的意外事件的损害,而调整条款则涉及规定的事件;调整条款是自动或半自动地进行调整,不需第三方干预或重新谈判,以重建合同的经济平衡,而艰难条款由于未事先确定需修改合同的事件,需要第三方干预以修改合同或重新谈判。因此,艰难条款在石油协议中用得不多,而调整条款在石油协议中经常得到运用。

---

[28] 参见王传丽:《涉外经济合同的法律效力》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 175 ~ 180 页;C. M. Schmitthoff, *Hardship and Intervener Clauses*, J. Bus. L. (1980), p. 82.

重新协商谈判条款,是指合同当事人基于各种不同原因,经过共同努力,同意在通常订立合同时所确定的范围内对合同作重大变更。它与调整条款不同,因为它不是依据自动的或事先确定的方式来变更合同的。重新协商谈判条款的范围比艰难条款的范围也宽得多。

关于重新协商谈判的引发事件,规定各有不同。(1)有的条款仅仅规定重新协商的可能性,如规定,"当事人可以不时通过书面协议补充、替代、撤销或改变本协议的任何规定"。(2)有许多条款含有重新协商的未定引发事件,如规定"当情势发生深刻变化时,应一方之请求,当事人双方应在一起协商"。(3)另有许多条款规定,情势的变化须是根本性的、不可预见和不可避免的,这些引发事件是不在任何当事人的控制之内的。这种条款规定的这些条件采取了艰难条款的法律形式,因此,有人认为艰难条款是重新协商条款的一种特殊形式。(4)越来越多的条款规定了确定的重新协商的引发事件。例如,规定经过了一定时间(如4年、5年或7年)后,须定期对合同进行重新审查或修改;或者规定某些其他事件(如投资收回)发生时开始重新协商。这种条款与艰难条款有很大不同,因为条款中明确规定了需进行重新协商的事件,从而使重新协商谈判成为确定的和不可避免的。

至于合同变更的程度和范围,重新协商条款通常也作出规定。例如,关于合同变更的标准,有些条款规定:在协议期间的任何时间,政府和公司可以相互协商,以根据所有有关的情况,决定协议的财务或其他规定是否公平地履行以及未对合同任何一方的利益造成较大损害。对于合同变更的范围,也可以在条款中作某些适当限制。例如,重新协商可以仅仅涉及特定的事项,如财务制度、公司税和特许权费等。有些条款则明确地将合同变更的范围限于某种客观标准,如维持财务平衡,或采用主观标准,如公平和公正等。

在程序和制裁方面,重新协商条款与艰难条款具有相同的特点。首先,协议条款中规定的引起重新协商的事件必须已经发生。其次,当事人有义务实际进行重新协商谈判。若一方当事人拒绝进行重新协商,就是违反合同,应依合同该条款中规定的程序或通过诉讼或仲裁予以制裁。若当事人经过重新协商未能达成协议,那么,在艰难条款的情况下,合同一方可以中止或终止合同。在一般的情况下,可以由法院或第三方(仲裁人)进行干预。[29]

对于特许协议来说,当事人常会遇到因情势变迁而使双方经济利益失衡的情况。在此情况下,无论是严格地坚持"约定必须信守"原则,还是"情势变更"原则,可能都不能妥善地解决问题。最明智的方法就是重新协商和调整合同,在平等互利的基础上,对不公平的条款予以修改变更。对于东道国来说,对以前订立的不公

---

[29] Wolfgang Peter, *Arbtration and Renegotiation of International Investement Agreements* (1986), pp. 153 – 166.

平的特许协议进行重新协商谈判以修改合同，是为了维护其对自然资源的永久主权，若外国公司不接受，东道国就可能会采取更为强硬的措施，如征收或国有化。因此，订立重新协商谈判条款有助于减少争议的发生，减少政府单方采取行动的风险，公平地维护合同双方的利益。

五、特许协议适用的法律

特许协议适用的法律是一个复杂的问题，特别是当协议没有规定其适用的法律时，此协议究竟应受何种法律支配，在理论上和实践上仍存在着不少争论。归纳起来，可分为两类：一是国内法的适用；二是非国内法的适用。[30]

（一）非国内法的适用

1. 契约条款法（lex contractus）

认为契约本身创设了一个独立的法律秩序，构成当事人契约关系的根本法，无须在契约之外另找准据法。菲德罗斯（Verdross）、卡尔斯顿（Carlston）等人提出了这一观点。[31] 在实践上，中东石油国的许多石油特许协议都是在产油国立法机关的承认下，成为当事人间的法律，特别是在没有石油法的国家，石油特许协议成为各该国法律的一部分。

这种观点把特许协议看做超脱于国内法和国际法之外的一种独立的法律体系，把当事人的意志神圣化，在理论上和实践上都是不能接受的。从法理上看，首先，任何契约关系都必须受现实法制的支配，契约创设的权利和义务不能存在于真实状态，必须依据一定的法律秩序取得效力，契约的解释和适用也必须以一定的法律制度为基础，没有法律的契约是不存在的。其次，如果契约本身可优越于国内法和国际法而创造自身独立的法律体系，则当事人有可能订立违反公共秩序或基本人权要求的内容，这在实际上是危险的，也是不可能实现的。再次，任何契约都不可能把当事人间可能发生的一切问题和争议，都包罗无遗，因而对将来出现的争议也无法提供解决方法。最后，虽然中东石油国的一些石油特许协议成为法律，但这是经过立法机关认可的，意图作为一种国家保证措施，并不是仅凭当事人意志而自动成为法律的。况且，这些特许协议不是当事人间独一无二的法律，它们还须受其他法律支配。

2. 双方当事人共同的法律原则（The Principle of Law Common to the Parties）

这是以当事人双方所属国国内法共同的原则作为协议的准据法。有的特许协议规定有这种选择，如 1954 年伊朗同国际财团协议第 46 条规定，由于协议他方当事人包括多个国籍的人，故协议的解释与适用，应根据不同法制，包括伊斯兰法、罗

---

〔30〕 姚梅镇："关于经济特许协议适用法律问题的研究"，载《中国国际法年刊》1985 年卷。

〔31〕 See A von Verdross, *Quasi - International Agreements*, YBWA, Vol. 22(1964), p. 230; Kenneth S. Carlston, *International Role of Concession Agreements*, Northwestern University Law Review, Vol. LⅡ(1957), p. 20.

马法等所共同的法律原则。其他如1957年伊朗石油公司同意大利石油总公司的协议,1958年科威特与阿拉伯石油公司的协议,1961年科威特与壳牌公司的协议,1963年及1964年阿联酋与泛美的协议,都采取这一选择。[32] 表面看来,这一选择旨在调和当事人所属不同法制的矛盾,借以避免因不同法制原则可能引起的对契约解释和效力以及当事人权利和义务范围的误解和争执,但实际上是在一定程度上排除了东道国法律的适用,对发展中国家不利。[33]

3. 国际法

指将国际法作为特许协议的准据法。如1933年英伊石油公司协议第22条规定,关于协议的仲裁裁定,适用常设国际法院规约第38条规定的法律原则。1958年伊朗国营石油公司同泛美石油公司协议等规定适用国际法。另外,某些国际仲裁裁决和某些学者也主张特许协议应适用国际法。

主张适用国际法的理由主要有二:一是把外国私人实体看做国际法主体,把特许协议看做国际协议;二是着眼于对外国私人投资者权益的法律保护。因为国家一方可自由运用主权权力,不受国内法制约,以回避自己承担的义务,只有适用国际法,才足以拘束国家,这才"有可能在私人实体和主权实体之间,提供在平等地位的基础上进行交易的程式",以维护当事人法律关系的稳定性及外国私人投资者在契约条款下的安全保障。

但是,特许协议受国际法支配是不恰当的。这首先是因为特许协议属于国内法契约,排除国内法的适用是不合逻辑,也是不现实的。即使当事人可以选择适用国际法,但当事人意思自治本身不能改变契约的性质。其次,国际法还没有发展到具有一套完整的法律规范,以圆满地解决国家和私人间契约的一切私法问题和争议。此外,由于当事人地位不平等(国家是国际法主体,而个人不是),若特许协议受国际法支配,那就仅仅是要求国家一方依据国际法履行其契约义务,而不能约束外国私人当事人。因为国际法并不直接适用于个人,个人的义务应按国内法履行,显然这是不公平的。[34]

4. 文明国家公认的一般法律原则

作这一选择的最典型案例,是1951年的阿布扎比仲裁案(英国石油开发公司诉阿布扎比政府)。仲裁人阿士奎斯爵士在裁决中指出:契约是在阿布扎比订立的,并全部在该国履行,如果要适用某一国内法的话,显然初步看来,似应是阿布扎比的国内法。但在阿布扎比是没有这种法律存在的,因为其行政长官是完全依据古兰经来进行裁决的。要设想在这样极为原始的地区有一套可用来解释现代商业

---

〔32〕 See Zouhair A. Kronfol, *Protection of Foreign Investment*(1972), pp. 74 – 75.

〔33〕 姚梅镇:"关于经济特许协议适用法律问题的研究",载《中国国际法年刊》1985年卷。

〔34〕 同上注。

文件的法律原则，确属荒诞。而另一方面，又找不到可以适用英国法的任何根据，依协议第17条的规定，已排除适用任何国内法的意图，而要求适用基于善意及文明国家共同实践的一般原则——即现代自然法。[35] 此后，在1953年的卡塔尔政府诉国际海洋石油公司案以及阿拉姆科案（Aramco）、萨费尔案（Sapphire）中也适用这一选择。在学说上，支持这一选择的论点是：特许协议既非国际契约，不能适用严格意义的国际公法，但因其当事人一方为主权国家，又不属国内法范畴，而是一种具有公法和私法双重性格的契约，应适用国际法院规约第38条规定的文明国家公认的一般法律原则[36]。

但是，一般法律原则首先既不是一种法律体系，也不是具体法律规定，概念抽象、理解不一，作为准据法，无一定标准可循。其次，关于一般法律原则的内容，西方学者通常引用的不外乎约定必须信守、尊重既得权、禁止悔言等，这些原则都是西方各国国内法中的私法原则，把这些法律原则作为所谓"一般法律原则"来排斥国内法的适用，是站不住脚的。再加之，所谓"文明国家"的提法，是从西方基督教文明出发的，不能反映现代国际社会发展的现实，实际上是借口发展中国家法制不健全，达到排斥其国内法的适用，片面地保护外国投资者的利益的目的。[37] 还必须注意的是，上述阿布扎比等案的裁决中所述的观点，都不是意在适用于契约当事国有该契约可据以适用的适当的法律制度的情况。因此，适用一般法律原则，只是弥补国内法的不足，而不是取而代之。

此外，还有的西方学者提出用"跨国法"作为契约准据法，因为特许协议既不是国内法契约，也不是国际法契约，而是一种跨国契约——第三协议，应适用一种超越于国际法与国内法之外的第三法律秩序——跨国法，作为准据法。[38] 但这些学者没有提出跨国法的具体规范的内容，所引用的主要是一般法律原则。实际上，这种论点也是为了排除国内法的适用。

非国内法适用的这几种选择，实质是用国际法和一般法律原则来支配特许协议，因为双方当事人共同的法律原则，最后往往仍归结到一般法律原则；而"契约条款法"的支持者们，如菲德罗斯，为了解决契约的法律基础和效力问题，最后也不得不把契约条款法置于支配合同的"一般法律原则"之下。

（二）国内法的适用

现在大多数学说、立法，特别是发展中国家的立法与学说，主张特许协议适用

---

〔35〕 International and Comparative Law Quarterly, Vol. Ⅰ (April, 1952), p. 250.

〔36〕 Lord McNair, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nation*, BYIL, Vol. 23 (1957), pp. 34 - 57.

〔37〕 姚梅镇："关于经济特许协议适用法律问题的研究"，载《中国国际法年刊》1985年卷。

〔38〕 A. A. Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (1962), pp. 294 - 296.

的法律,主要是东道国的国内法。许多发展中国家的立法,如委内瑞拉、利比亚、埃及、土耳其、叙利亚、黎巴嫩等国的石油法、矿业法等都规定特许协议适用本国法。许多特许协议现在都规定适用东道国的国内法。

适用东道国国内法的主要理由,首先,仍是因为特许协议在性质上属于国内法契约。而且,无论从契约订立地、契约履行地或物之所在地等标准来看,特许协议同东道国都具有客观上最确定、最集中、最密切的实质联系。其次,依据主权原则,主权国家有权对其境内的一切人、物和法律关系,适用本国法进行管辖。此外,还有不少学者认为,外国投资者在东道国进行投资的行为本身就意味着投资者已同意有关契约事项,包括投资争议的处理在内,接受东道国法律的管辖和适用。

特许协议适用国内法本来是没有争议的。在1950年以前,特许协议一般是受国内法支配的。早在1932年常设国际法院关于塞尔维亚国债案的判决就指出:"凡不是以国际法主体资格所签订的契约都是以国内法为根据的契约,应适用国内法(包括国际私法)。"战后,随着非殖民化运动的发展,不少新兴的发展中国家为维护主权和民族经济的自主发展,对前殖民主义时期在不平等基础上或在不利于本国经济发展的情况下签订的各种开发自然资源的协议,重新谈判或改废,甚至对外资实行国有化。而资本输出国及其学者,为了片面保护本国私人海外投资者的利益,提出种种理论,把特许协议国际化,纳入国际法秩序之内,企图依靠国际法来保证契约的神圣性及私有权的绝对不可侵犯性,维护旧的国际经济秩序。但是,这些主张在理论上难以自圆其说,在实践上也已逐渐受到排斥,是不符合国际社会发展的潮流和趋势的。自20世纪60年代以后,广大发展中国家努力争取建立国际经济新秩序,坚持国家对其自然资源永久主权原则,强调国家同外国私人间的契约不受国际法约束,应以本国法为准据法。这一主张在理论和实践上已渐占优势。许多国家立法对此作了明确规定,许多传统的特许协议已重新协商或改废,明确选择适用国际法的协议已经越来越少,特别是,联大通过的一系列决议与宣言,如《各国经济权利义务宪章》等,均规定国家对其自然资源享有永久主权,其境内的外国投资和跨国公司,均应服从东道国国内法管辖。因此,特许协议适用国内法,不仅符合法理,而且反映了广大发展中国家的利益,反映了新的国际经济法律秩序的发展趋势。[39]

第四节 中外合作开采石油资源

我国需要开发石油资源,但我国现阶段难以拿出大量的资金用于石油勘探与

---

[39] 姚梅镇:"关于经济特许协议适用法律问题的研究",载《中国国际法年刊》1985年卷。

开采，技术水平和管理水平也难于适应海上开采，因此，采取与外国投资者合作开采的方式，可利用外方的资金、先进技术和设备，加快开发石油资源，带动我国其他行业的发展；同时，在合作过程中，我方还可以学到一些石油、地质、勘探开发等方面的新技术。1982 年 1 月 12 日国务院颁布了《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》（以下简称《条例》），设立了中国海洋石油总公司，在维护我国国家主权和经济利益的前提下，允许外国企业参与合作开发我国海洋石油资源。1993 年 10 月 7 日，国务院又颁布了《中华人民共和国对外合作开采陆上石油资源条例》，为中外合作开采陆上石油资源规定了基本的法律框架。中国加入 WTO 后，为使上述两个条例与 WTO 的有关协议及中国的“入世”承诺保持一致，国务院又对其做修改，并于 2001 年 9 月 23 日将修订后的条例予以公布。下面仅依据《对外合作开采海洋石油资源条例》来阐述中外合作开采石油资源的有关法律问题。

一、基本原则

国家对其自然资源的永久主权，是现代国际法的基本原则，我国与外国企业合作开采海洋石油，当然也应坚持这一原则。我国《条例》明确规定：“中华人民共和国的内海、领海、大陆架以及其他属于中华人民共和国海洋资源管辖领域的石油资源，都属于中华人民共和国国家所有。”在前款海域内，“为开采石油而设置的建筑物、构筑物、作业船舶，以及相应的陆岸油（气）集输终端和基地，都受中华人民共和国管辖。”这一规定申明了我国对属于我国的海洋石油资源的所有权和有关石油开采的设施、装置及船舶等的管辖权。

依《条例》规定，国务院指定的部门依据国家确定的合作海区、面积，决定合作方式，划分合作区块；依据国家长期经济计划制定同外国企业合作开采海洋石油资源的业务政策和审批海上油（气）田的总体开发方案。对外贸易经济合作部（现为商务部）则是石油合同的审批机关，关于海洋石油合作开采合同，须经对外贸易经济合作部（现为商务部）批准方为有效。

中国政府依法保护参与合作开采海洋石油资源的外国企业的投资、应得利润和其他合法权益，依法保护外国企业的合作开采活动。同时，合作开采海洋石油资源的一切活动，都应当遵守中华人民共和国法律、法规和国家的有关规定；参与实施石油作业的企业和个人，都应当受中国法律的约束，接受政府有关主管部门的检查、监督。

二、合作开采方式

我国对外合作开采海洋石油资源的方式参考了国际上的通行做法，采取契约合作方式进行。

中国负责对外合作开采海洋石油资源业务的是中国海洋石油总公司。该公司是具有法人资格的国家公司，享有在对外合作海区内进行石油勘探、开发、生产和销售的专营权。它就对外合作开采石油的海区、面积、区块，通过组织招标，签订石

油合同,同外国企业合作开采石油资源。中国海洋石油总公司根据工作需要,可以设立地区公司、专业公司、驻外代表机构,执行总公司交付的任务。除中国海洋石油总公司外,中国的任何公司、企业或其他经济组织均无权与外国企业合作开采海洋石油资源。而外国合作者则可以是来自任何国家和地区的石油公司或公司集团。

根据《条例》规定,除法律、行政法规另有规定或者石油合同另有约定外,中外合作开发海洋石油资源的方式是:由石油合同中的外国企业一方投资进行勘探,负责勘探作业,并承担全部勘探风险;发现商业性油(气)田后,由外国合同者同中国海洋石油总公司双方投资合作开发,外国合同者并应负责开发作业和生产作业,直到中国海洋石油总公司按照石油合同规定在条件具备的情况下接替生产作业,外国合同者可以按照石油合同规定,从生产的石油中回收其投资和费用,并取得报酬。

可见,我国对外合作开采的方式,兼而具有风险合同、产品分成合同和合作经营的特点。在勘探阶段,是由外国合同者承担费用和风险,因而具有风险合同的特点。在发现商业性油(气)田后的开采与生产阶段,由双方投资合作开发,并以原油偿还投资与费用,取得报酬,因而具有合作经营、产品分成合同的特点。

采用这种合作开采方式,可使我国在不担风险或少担风险的情况下,取得加速海洋石油资源开发的最大效益。因为由外方承担勘探风险,如无发现,我方无须偿付勘探费用,而外方既承担勘探风险,必然尽力寻找油田,有利于加快我国海上石油开发;有了商业性油(气)田发现后,再合作开发,这就可以在我国资金缺乏、技术力量不足的情况下,利用外资和先进技术,加速海洋石油的开发和利用,并有利于我国学习国外先进技术和管理经验,培养本国力量,促进我国石油工业和其他工业的发展。

三、中外合作开采海洋石油合同

(一)我国石油合同的性质

中外合作开采海洋石油合同是由中国海洋石油总公司与外国石油公司订立的合同,不是特许协议,在性质上更不属于所谓"国际化"契约或所谓的"国家契约",而是我国国内的契约,因为:

其一,石油合同中方当事人是中国海洋石油总公司,该公司是具有法人资格的国家公司。它虽享有在对外合作海区内进行石油勘探、开发、生产和销售的专营权,但作为专业公司,仍是一个经济实体,不是政府机关,更不是以主权者的资格签订协议,不能认为是国家或政府机构同外国企业签订的契约。

必须指出,西方某些学者出于其"理论"与本国的实际需要,把国营企业视同国家或政府机关,以将国营企业与外国人订立的协议纳入"国家契约"的范畴,并把它国际化,这显然是把国际法主体概念作了不适当的扩大,既与法律相悖,也不

符合实际，当然不为我国所接受。

其二，石油合同是依中国法律在中国境内签订，并经中国审批机构批准生效的。我国政府审批机构对石油合同的审批，是国家经济行政权的行使，并不因此审批行为而成为合同的参与人或当事人。

其三，石油合同适用中国法律。我国原《涉外经济合同法》第5条第2款、《合同法》第126条均明确规定，在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中国法律。因此，依此法规定，中外合作开采海洋石油资源合同适用中国法律，当事人不得选择适用其他法律。

石油合同之所以适用中国法律，这首先是因为这类合同涉及国家主权和利益。依据国家对其自然资源永久主权原则，我国《条例》规定，合作开发海洋石油资源的一切活动，应当遵守中国的法律。这样，履行石油合同的一切活动和行为，都必须受中国法律约束。

适用中国法律的理由还在于：石油合同与中国法律具有最主要、最密切的联系。因为，合同是依中国法律订立，并经我国审批机构批准后生效的；合同的订立地在中国境内；合同的标的物在中国境内，并为中国所有；合同的履行地也在中国境内。可见，合同的订立地、履行地、标的物所在地等主要联系因素都在中国，与中国有最密切联系，应适用中国法律。

此外，适用中国法律也有利于保护外国投资者的合法权益。

（二）石油合同的基本内容

中外合作开采海洋石油合同与一般合同不同，它是按照中国海洋石油总公司统一制定的标准合同订立的，格式比较固定，条款较为具体，当事人自行议定合同条款和内容的自由受到限制。我国《条例》中规定的有关合同者、作业者的权利和义务都在合同中固定了下来。根据该《条例》及我国标准合同的规定，石油合同各方主要有以下权利和义务。

1. 外国合同者的主要权利和义务

（1）外国合同者须独自承担勘探的费用和风险。依据石油开采条例规定，除能源部或石油合同另有规定外，应当由石油合同中的外国企业一方投资进行勘探作业，并承担全部勘探风险。

依据石油《标准合同》规定，外国合同者必须完成最低限度勘探工作计划，包括完成最低限度的地震测线公里数、钻完初探井数，钻井总进尺米数和最低勘探费用数额、勘探期根据合同区的面积而有所不同，或5年，或7年。

外国合同者还须承担退回矿区的义务。勘探期的每一阶段届满时，必须退回合同区的某些部分。例如，在大于2000平方公里的合同区，外国合同者在第三年底须退回全部合同区的25%，第五年底必须在扣除发现油（气）田并准备开发的区

域之后,退回其余合同区的25%,到第七年底,除准备开发的区域之外,其余合同区必须归还。若勘探期届满,在合同区仍未发现商业性油(气)田,则合同自动终止。这种退回矿区的义务,在各国石油合同中均有规定,这既体现了资源国的主权,也有助于加快石油勘探。

(2)应负责开发作业和生产作业,直至中方接替为止。在发现商业性油(气)田后,由外国合同者同中国海洋石油总公司双方投资合作开发,外国合同者并应负责开发作业和生产作业,直至中国海洋石油总公司按照石油合同规定在条件具备的情况下接替生产作业。这里的开发作业是指从石油工业部批准油(气)田的总体开发方案之日起,为实现石油生产所进行的设计、建造、安装、钻井工程等及其相应的研究工作,并包括商业性生产开始之前的生产活动。生产作业是指一个油(气)田从开始商业性生产之日起,为生产石油所进行的全部作业以及与其有关的活动,诸如采出、注入、增产、处理、储运和提取等作业。

(3)应依法纳税,缴纳矿区使用费,企业的雇员,应依法缴纳个人所得税。外国企业应缴纳的税种主要有所得税、增值税、关税等。为执行石油合同所进口的设备和材料,按照国家规定减税、免税或者给予税收方面的其他优惠。

(4)石油合同可以约定石油作业所需的人员,作业者可以优先录用中国公民。中国以前要求外国合同者在执行石油合同中使用适用而先进的技术和经营管理经验,并有义务向中国一方执行合同的有关人员转让技术,传授经验;在石油作业中必须优先雇用中方人员,逐步扩大中方人员的比例,并应对中方人员有计划地进行培训。中国"入世"后,已对《条例》作了修改,取消了优先雇用中方人员等要求。

(5)应及时、准确地向中方提供资料。外国合同者在执行石油合同中,必须及时地、准确地向中国海洋石油总公司报告石油作业情况;完整地、准确地取得各项石油作业的数据、记录、样品、凭证和其他原始资料,并定期向中国海洋石油总公司提交必要的资料和样品以及技术、经济、财会、行政方面的各种报告。上述各项石油作业的数据、记录、样品、凭证和其他原始资料,其所有权属于中国海洋石油总公司,其使用和转让、赠与、交换、出售、公开发表以及运出、传送出中华人民共和国,都必须按照国家有关规定执行。由于国家对其资源具有永久主权,有关资源情况的资料当然也应及时向资源国提供并归资源国所有,这一规定是国家主权原则的体现。

(6)其他义务。例如,应当按照《中华人民共和国外汇管理条例》的规定,开设银行账户;应在中国境内设立分支机构或代表机构,并依法履行登记手续。外国企业及其雇员均应遵守中国法律、行政法规和国家有关规定,接受中国有关主管部门的检查、监督。这些规定是为了保证国家能对外国合同者的一切活动进行有效的管理和监督。

必须注意的是,1982年的《条例》对外国合同者规定了在石油作业中应优先使

用中国的设备、材料、服务等方面的义务，由于此规定是与 WTO 的《与贸易有关的投资措施协议》不一致，修改后的《条例》已经取消了这方面的规定。

(7)外国合同者的主要权利，是从生产的石油中回收其投资和费用，并取得报酬。我国石油合同一般规定，年度原油总产量的 17.5% 支付增值税等和矿区使用费，50% 的原油作为“费用回收油”。费用回收油在补偿合同双方当年为生产作业所实际花费的费用后，剩下的油叫投资回收油。投资回收油用于支付外国合同者在合同区内已发生、尚未回收的勘探费用，以及支付合同双方开发作业的投资及其利息。年度原油总产量按上述规定分配后的剩余部分称为余额油(32.5%)。它又分为两部分：一部分为中方的留成油；另一部分为分成油。分成油按中国合同者 51%、外国合同者 49% 的比例进行分配。如果中方在合同区未投资，则外国合同者获得 100% 的分成油，如果中国合同者少投资，则按双方实际投资比例进行分配。

外国合同者可以将其应得的石油和购买的石油运往国外，也可依法将其回收的投资、利润和其他正当收益汇往国外。

2. 中国合同者的主要权利和义务

中国海洋石油总公司按合同规定，在条件具备的情况下，有权接替生产作业，有权派人参加外国作业者为执行石油合同而进行的总体设计和工程设计。外国合同者为执行石油合同，除租用第三方的设备外，按计划和预算购置和建造的全部资产，当外国合同者的投资按照规定得到补偿后，其所有权属于中国海洋石油总公司。但在合同期内，外国合同者仍然可以依据合同的规定使用这些资产。参加合作开发的中国企业，应依法纳税及缴纳矿区使用费。

除了上述主要内容以外，石油合同还要包括有关管理机构及其职责、工作计划和预算、油田商业价值的确定、会计与审计、税收、保险、保密、转让、环境保护和安全、不可抗力、争议的解决与适用法律、合同的生效和终止，合同文字和工作语言等方面的内容。

第五节　外商投资成片开发土地

我国为了加快土地成片开发，以加强开发区的公用设施建设，改善投资环境，吸引外商在开发区投资举办先进技术企业和产品出口企业，发展外向型经济，允许外商投资从事开发经营成片土地。因此，外商成片开发成为我国土地合作开发的一种新形式。海南经济特区已建有多个成片开发区，其中规模最大的是洋浦开发区，面积达 30 平方公里。广东、福建也批准设立了多个土地成片开发项目，上海浦东新区也已批准有外商投资成片开发项目。1990 年 5 月 19 日国务院颁布了《外

商投资开发经营成片土地暂行管理办法》,用以调整外商成片开发土地的有关问题。

一、外商投资成片开发土地的概念与特征

外商投资成片开发土地是指在取得国有土地使用权后,依照规划对土地进行综合性的开发建设,平整场地、建设供排水、供电、供热、道路交通、通信等公用设施,形成工业用地和其他建设用地条件,然后进行转让土地使用权、经营公用事业;或者进而建设通用工业厂房以及相配套的生产和生活服务设施等地面建筑物,并对这些地面建筑物从事转让或出租的经营活动。成片开发应有明确的开发目标,有明确意向的利用开发后土地的建设项目。外商成片开发土地具有如下法律特征。

(一)设立开发企业

依国务院《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》的规定,外商投资成片开发,应分别依照《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》的规定,成立从事开发经营的中外合资经营企业、中外合作经营企业或者外资企业。从事开发的这三类企业,简称开发企业。

开发企业可以由中方投资者和外商投资者共同组成或由外商投资者单独设立。国家鼓励国营企业以国有土地使用权作为投资或合作条件,与外商组成开发企业,以合作成片开发土地。

开发企业是依中国的法律成立的,若符合法人条件,则取得中国法人资格。开发企业受中国法律的管辖和保护,其一切活动应遵守中国的法律、法规。开发企业依法自主经营管理,负责实施成片开发规划,还可以自行招商,或经营公用设施等。但开发企业在其开发区域内没有行政管理权,开发企业与其他企业的关系只是商务关系,而不是行政领导管理关系。

(二)开发企业必须取得土地使用权

开发企业应依法取得开发区域的国有土地使用权。这是土地成片开发的前提条件。

开发企业取得土地使用权的方式主要有两种:一是通过土地使用权的出让取得;二是通过中方以土地使用权作为投资或合作条件而取得。

依据我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定,中国境内外的公司、企业、其他组织和个人,除法律另有规定外,均可依照本条例的规定取得土地使用权,进行土地开发、利用、经营。该条例规定的取得土地使用权的方式有多种,如出让、转让、出租、抵押、划拨等。但由于开发企业所应取得的只是待开发土地的使用权,而不是已经完成基础设施建设的土地使用权,因此,开发企业应通过土地使用权出让的方式来取得待开发的土地使用权。

土地使用权的出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内

让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权出让应签订出让合同。出让可采取协议、招标、拍卖等方式。受让方可以是中国的公司、企业（包括开发企业），也可以是境外的公司、企业。外国受让方在取得土地使用权后，还须依法成立开发企业进行成片开发。

中方投资者以其所获得的国有土地使用权作为投资或合作条件与外方投资者共同进行成片开发，其由双方组成的开发企业也就取得了开发区的土地使用权。

开发企业取得的国有土地使用权，不包括土地的地下资源和埋藏物，其地下资源和埋藏物仍属于国家所有。如需开发利用，应遵守国家有关法律和行政法规的管理。

（三）开发企业应依法对土地进行开发建设、利用与经营

开发企业取得土地使用权后必须对土地进行开发建设。为此，开发企业必须首先编制开发规划或可行性研究报告，明确规定开发建设的总目标和分期目标，实施开发的具体内容和要求，以及开发后土地利用方案。成片开发规划或可行性研究报告还须经省级人民政府审批。然后，开发企业才可以依照经批准的规划和土地使用权出让合同的规定对土地进行综合性的开发建设，包括平整场地、建设供排水、供电、供热、道路交通、通信等公用设施，形成工业用地和其他建设用地条件。若开发区域在城市规划区范围内的，各项开发建设必须符合城市规划要求，服从规划管理。开发区域的各项建设，必须符合国家环境保护的法律、行政法规的要求和标准。开发企业必须在实施成片开发规划，并达到土地出让合同规定的条件后，才可转让国有土地使用权。

开发企业还可以利用和经营开发后的土地。开发企业投资建设区域内自备电站、热力站、水厂等生产性公用设施的，可以经营开发区域内的供电、供水、供热等业务，也可以交地方公用事业企业经营。开发企业还可以建设通用工业厂房以及相配套的生产和生活服务设施等地面建筑物，并对这些地面建筑物从事转让或出租的经营活动。开发企业还可以吸引投资者到开发区投资，受让国有土地使用权，举办企业。所举办的企业，应符合国家有关投资产业政策的要求。开发区内不得从事国家法律和行政法规禁止的经营活动和社会活动。

（四）成片开发必须在特定地区进行

根据国务院的规定，外商投资成片开发土地，在经济特区、沿海开放城市和沿海经济开放区范围内进行。在这些地区一般都划有特定的区域作为开发区，外商投资成片开发，限在开发区内进行。

成片开发区通常采取更为优惠的政策。例如海南洋浦开发区是海南经济特区中的“特区”，实行一系列更为特殊灵活的政策。但开发区不是由外商高度“自治”的，或实行“一国两制”的区域，而仍是我国主权管辖下的开放区的一部分。开发区内的事务，如税务、工商、海关、商检、治安、司法、环保、土地等，均由中国政府有关机构负责管理。开发区的一切活动都必须遵守我国法律和法规。作为土地成片

开发中的投资人、开发人或招商人,外商依法享有高度的经营自主权,但外商不是开发区的管理者,没有行政管理权,外商开发人与其他投资者的关系是商务关系,是由合同调整的。

二、国有土地使用权出让合同

我国按照所有权与使用权分离的原则,实行城镇国有土地使用权出让、转让制度。国家作为土地的所有者,对土地享有所有权和管理权。因此,在成片开发的情况下,外商开发人通过出让合同所取得的只是有期限的土地使用权。

(一)土地使用权出让合同的性质

依我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定,土地使用权出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则,由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。

这种合同不同于一般经济合同,出让方是国家的土地管理机关,受让方包括中国境内外的公司、企业、其他组织和个人。对于土地的成片开发来说,受让人一般为公司和企业。因此,土地使用权出让合同是以政府为一方,他方为私人的合同。在这种合同中,政府土地管理部门作为合同一方当事人,与合同另一方当事人地位平等,依合同的规定承担权利和义务。另外,政府土地管理部门作为政府的机关,还行使管理职能。按照国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定,土地使用者若未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的,市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正,并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。可见,土地管理部门具有双重身份:一方面是合同当事人,另一方面又是管理者。因此,有些国家把这种由政府与私人间签订的基于公用事业建设或资源开发的合同称之为政府合同或行政合同,具有"公"的因素。

土地使用权出让合同还涉及这种合同是否特许协议或国家契约的问题。若合同的受让方是中国的企业和其他经济组织,如国营企业、土地成片开发区的开发企业等,这种合同显然属于国内法上的契约。但若受让方是外商,那么这种一方为政府,另一方为外国私人投资者,投资从事土地开发或公用事业建设的土地使用权出让合同,在性质上不是一般的涉外经济合同,可以认为,它是特许协议的一种形式。但是,这种具有特许协议性质的土地使用权出让合同绝不是国际协议或"国际化"的合同,而仍属于我国国内法合同的一种,其理由与"特许协议的法律问题"一节中关于特许协议属国内法契约所述相同。土地使用权出让合同是根据中国法律订立的,依中国法律确定其权利和义务,并经中国政府批准才能成立;合同的标的物在中国境内,履行地也在中国境内。因此,合同受中国法律支配。

(二)土地使用权出让合同的主要内容

在我国土地使用权出让实践中,出让合同一般采用标准合同的形式,即合同的

主要条款、格式都由出让方事先拟定。出让合同一般包括下列主要内容：

一是出让地块的基本情况，包括地块的位置、面积、界线等。

二是出让金及其支付。出让金是受让方为获得土地使用权而同意向出让方支付的一定金额，通常称为出让地价。出让金是双方协议订立的关键条款，因为合同其他许多条款都是由出让方在标准合同中固定的，只有出让金是通过协议，或者通过投标、拍卖应价等方式确定的。出让金的确定，是个比较复杂的问题，必须考虑多种因素，如地块的自然状况、用途、发展密度、使用年限以及该地区经济发展状况、产业政策等，综合分析、合理评估。一般来说，采用招标、拍卖的方式确定出让金对出让方较为有利。

受让方应在签订合同后的一定期限内付清全部出让金，在此期间内可以一次性支付或分期付款。国务院颁布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》要求在合同订立后60日内支付全部土地使用权出让金。

三是土地使用权出让年限。土地使用权出让的最高年限一般由法规确定，出让合同中约定的期限不得超过法定的期限。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定，土地使用权出让最高年限按下列用途确定：居住用地70年；工业用地50年；教育、科技、文化、卫生、体育用地50年；商业、旅游、娱乐用地40年；综合或者其他用地50年。

四是建设规划设计条件，或称使用条件。土地使用权出让前，出让方通常制定有所出让的土地的建设规划条件和方案，作为出让土地使用权的一个条件，并作为出让合同的一部分。受让方若需改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。

五是定金及违约责任。出让合同一般规定受让方必须在双方签字时交付定金，若受让方不履行合同，定金不予退还；若出让方不履行合同，则双倍返还定金。

合同当事人任何一方若不履行合同规定的义务，就应承担法律责任。按照国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定，若出让方未按合同规定提供土地使用权的，受让方有权解除合同，并可请求违约赔偿；若受让方逾期未全部支付出让金，则出让方有权解除合同，并可请求违约赔偿。受让者未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，土地管理部门可根据情节给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。

此外，合同中还规定有其他一些一般性条款。

第六节 BOT的法律问题

BOT是20世纪80年代以后在国际上兴起的一种新的投资合作方式。由于基础设施服务的不足会阻碍经济发展,而一些国家和地区亟待发展其基础设施但又面临资金短缺的问题,于是就采取BOT方式促进政府和国际私营企业合作,以加快基础设施和公用事业的建设。例如英法海底隧道、我国香港东区港九海底隧道等一批耗资巨大的项目,都是以BOT方式集资建设并投入运营的。在我国1995年和1996年国家计委批准广西来宾电厂二期工程、湖南长沙电厂一期工程作为中国第一、第二个BOT试点项目。1995年1日对外经贸部发布了《关于以BOT方式吸收外商投资有关问题通知》,1995年8月21日原国家计委、电力工业部及交通部发布了《关于试办外商投资特许权项目审批管理有关问题的通知》,国家计委和国家外汇管理局又于1997年4月16日发布了《境外进行项目融资管理暂行办法》,对BOT项目的审批与项目融资的有关问题作出了规定。在国际上,联合国国际贸易法委员会近年来一直在致力于草拟关于私人融资基础设施项目立法指南,2000年6月至7月,《私人融资基础设施项目立法指南》在贸易法委员会第33届会议上获得通过。在此基础上,贸易法委员会工作组又拟定了关于私人融资基础设施项目示范立法条文草案,该草案将由委员会第36届会议(2003年6月30日至7月18日)审查并通过。该立法指南及示范条文给各国立法提供了指南,有力地促进了国际上关于私人融资基础设施项目立法的协调和发展。

一、BOT的概念与特征

BOT(英文Build-Operate-Transfer的缩写)即建设—经营—转让,是指政府(通过契约)授予私营企业(包括外国企业)以一定期限的特许专营权,许可其融资建设和经营特定的公用基础设施,并准许其通过向用户收取费用或出售产品以清偿贷款、回收投资并赚取利润;特许权期限届满时,该基础设施无偿移交给政府。[40]从这个概念中可以看到BOT有以下几个特征:

第一,私营企业基于许可取得通常由政府部门承担的建设和经营特定基础设施的专营权。所谓基础设施通常包括港口、机场、铁路、公路、桥梁、隧道、电力等社会公用设施。社会基础设施直接关系到国家的经济发展和人民的生活。这些关系到国计民生的公用设施理应由国家所有和经营。传统的方法一般是由政府通过税收或国家财政筹资建设并由政府经营。然而,基础设施建设的特点之一是,其建设

---

[40] See S. W. Stein, "Build-Operate-Transfer(BOT)—A Re-evaluation", The International Construction Law Review, Pt. 2, 1994, p. 103.

周期长，耗资大。20 世纪 80 年代以后各国经济的迅速发展导致对基础设施的需求不断增长，而长期的经济不景气又使政府不能提供足够的建设资金，一些国家的政府也不愿再增添债务负担，于是就采取 BOT 方式，促使公共部门与私营企业合作，作为原由政府筹资建设的一种替代方式。这一特点把 BOT 方式与一般合资、合营方式区别开来。

第二，在特许权期限内，该私营企业负责融资建设和经营管理该基础设施项目，以及偿还贷款，回收投资和取得利润。根据 BOT 方式，取得特许权的私营企业对特定项目有独立的建设权和经营权，它们一般自己负责项目的设计，自己通过股权投资和项目融资建设该项目。项目竣工后，在规定的期限内进行经营，以项目经营期内取得的收益（如向用户收取费用或出售产品）来偿还贷款、回收投资并赚取利润。这一特点把它与一般国际工程承包区别开来，后者一般只提供承包服务，不进行股权投资或融资，也不负责项目的经营。

第三，特许权期限届满时，项目公司须无偿将该基础设施移交给政府。由于在特许权期限内项目公司已偿还贷款、回收投资并赚得利润，因此在特许权限期届满后，该项目应无偿移交给政府。这是 BOT 与合营等方式又一不同之处，因为后者在期满后须通过清算进行分配。而在 BOT 方式中，该项目应移交给政府。

BOT 还有其他几种演化形式，[41] 包括：

（1）BOO（Build-Own-Operate）即建设—拥有—经营。这一方式与 BOT 的不同之处在于：项目公司拥有项目的所有权，其所有权也不转让给政府，政府只是项目服务的购买者。采用此方式，一般首先要订立购买保证合同（take or pay contract），以保障其产品有稳定的销售渠道，克服需求变动的风险。

（2）BOOT（Build-Own-Operate-Transfer）即建设—拥有—经营—转让。这种方式的特点是项目公司对所建项目设施拥有所有权并负责经营，经过一定期限后再将该项目转交给政府。

（3）BLT（Build-Lease-Transfer）即建设—租赁—转让。它指项目完工后在一定期限内出租给第三者，以租赁分期付款方式收回工程投资和运营收益，此后再行将所有权转让给政府。

（4）BTO（Build-Transfer-Operate）即建设—转让—经营。由于某些项目的公共性很强（如发电厂、机场、铁路等），不宜让私营企业在运营期间享有所有权，因而须采用 BTO 方式，项目完工后转让所有权，其后再由项目公司进行维护运营。

此外，还有 ROT（Rehabilitate-Operate-Transfer）、DBFO（Design-Build-Finance-Operate）等方式。

---

[41] Geoft Haley, "Developing BOT Variants", Project Finance, International Survey, Issue 48 May 12, 1994.

二、BOT 项目的当事人

(一)政府

在 BOT 项目中,政府不单是管理者,也是特许协议的一方当事人。政府批准采用 BOT 方式的项目,进行国际公开招标和评标,授予私营公司以特许权。在招标中,政府应依法通过透明、有效的竞争程序选择特许权人。在特许协议中,政府须承担相应的义务,如将有关场地长期租赁或出售给项目公司,有时须取得该设施提供的部分或全部产品或服务,以及采取必要的支持措施(如直接投资或贷款支持、外汇及收入方面的支持等)。

但须注意的是,由于政府各部门职权不同,作为 BOT 项目的管理者和特许协议当事人的政府部门可能不相同。例如,根据我国实践,作为特许协议当事人一方的,通常是省、市等地方政府部门,而项目立项则由国家计委审批,[42]外商投资项目的特许协议由外经贸部审批。因此在订立特许协议时,须注意究竟是哪个政府部门有权与项目公司订立协议。

(二)项目公司(Project Company)

项目公司是项目发起人为建设、经营某特定基础设施项目而设立的公司或合营企业。在法律上,项目公司是一个独立的法律实体,具有独立的法律人格。项目公司成立的方式在很大程度上取决于东道国的法律与管理结构。规模较大的项目通常是通过与东道国政府或与负责开发的国有企业间的合营安排进行的。项目公司可采取合营企业的形式,由外国投资者与东道国或其政府开发公司根据东道国的法律,按照一定的出资比例设立法人式公司或企业。在我国,还可采取合作企业的形式,由外国合同者提供资金,进行基础设施建设,由双方共同经营。合同可以规定由外方先行回收投资,即提取向用户收费的一定百分比用于回收外方投资,经过一定期限后将该基础设施转让给中方合作者。

项目公司由项目发起人组建。项目发起人通常是国际公开招标的中标人,中标后即在东道国成立项目公司,并将同意参加该项目的有关当事人(如承建商、经营商等)组织在一起。项目发起人一般是项目公司的股权投资者之一。项目公司的股东通常还包括项目的承建商、经营商、供应商、用户等。股东间的股东协议可规定是创设还是购买一个公司。

项目公司一般是特许协议的一方当事人,根据协议取得特许权,并在特许期内全权负责项目的投资、设计、建设、采购、运营和维护。我国实践上也采取国际公开招标方式选择项目发起人,政府与中标人草签特许协议,然后中标人持草签的特许

---

[42] 上述《暂行办法》规定,项目(包括外商投资项目)的建议书和可行性研究报告须由所在地方和部门的计划部门提出,经行业主管部门初审后,报国家计委审批,重大项目由国家计委审查后,报国务院审批。

权协议，依中国法律申请注册成立项目公司。草签的特许协议经国家计委批准后，有关政府部门再与中标人在中国申请成立的项目公司正式签订特许协议。[43]

成立项目公司的目的在很大程度上是为了尽可能地将风险与项目发起人及其他合营者分离开来。项目公司通常也是一个融资工具并承担有关风险。

（三）其他参与人

1. 建设公司

建设公司通常也是项目公司的股东之一，以便保证其能成为项目的主承建商。若建设公司不是项目公司的股东之一，则由项目公司招标确定承建商。承建商应负责设计并保质保量按时完成该建设项目。

2. 营运商

在 BOT 方式中，有时项目公司自己也是营运商，但有时它也可以通过合同委托其他经营商经营。独立的经营商依约定接管竣工项目，负责经营和维护，并对项目的使用收取费用。营运商有时也可能是项目公司的股东之一。

3. 贷款人

由于 BOT 项目工程大、投资多，项目贷款通常采取辛迪加贷款方式，由一家主要银行牵头，多家银行参加。贷款人除商业银行外，世界银行和国际金融公司、地区性和有关国家的金融机构也可能会参与融资。

此外，BOT 项目的参与人还包括供应商（燃料供应商、设备供应商）、保险公司、独立专家与顾问、用户等。

三、BOT 的合同安排

BOT 项目通常会涉及一系列的复杂的合同安排，如特许协议、贷款协议、建设合同、经营管理合同、回购协议、股东协议等。其中最为重要的是政府与项目公司间的特许协议，以其为主体构成伞状合同体系。[44]

（一）BOT 特许合同

已如前述，采用 BOT 方式，项目公司必须与政府签订特许协议。这种协议不同于政府对建设和经营该项目给予必要的批准和同意，而是政府与私营企业间的

---

〔43〕 参见采用 BOT 投资方式建设湖南长沙电厂一期工程项目资格预审通告，1996 年 10 月 23 日《国际商报》。

〔44〕 Fritz Nicklish, "The BOT Model-The Contractor's Role As Buider-Contract Structure, Risk Allocation and Risk Management", The International Construction Law Review, Pt. 4, 1992, p. 425.

一项协议。[45]

若特许协议是由政府与外国投资者间订立的,那么有关国际特许协议或国家契约所引起的一些法律问题在 BOT 方式中也会出现。例如这种特许协议是国内法性质还是国际法性质,协议应适用什么法律,政府改废协议的效力与责任如何等。

不过,特许协议也不一定涉及外国投资者。在某些情况下,政府是将特许协议给予一家国营或国家开发公司,或是一家在该国成立的国际合营企业,由该公司享有该项基础设施建设和经营的专营权,然后由该公司负责寻找外国企业作为合作伙伴从事建设和经营。显然在这种情况下,特许协议不属于国际特许合同,由国际特许协议所产生的有关特殊法律问题在这里也不会发生。例如,我国目前的做法是,由政府与依我国法律在我国成立的项目公司签订特许协议。这样的特许协议不属于国际特许协议或国家契约。

特许协议是 BOT 项目合同安排中的基本合同或基石。目前国际上尚无统一的标准特许协议。特许协议的内容通常视项目之不同而异。特许协议作为 BOT 方式中的基本合同,其内容应涵盖协议当事人的基本权利、义务和责任。[46] 一般说来,特许协议的内容可以包括以下几个方面:(1)关于特许的一般条款,如特许的目的、特许的范围、特许的期限、特许的给予、项目的所有权、特许的转让、特许的调整等;(2)关于项目建设、运营、移交各阶段的权利、义务和责任,包括设施竣工时应达到的技术标准及项目提供的商品或服务的质量标准、与现有设施的配套、工期及延误工期的责任、项目设施的运营及质量保证等;(3)项目的财务等事宜,包括项目的融资、项目的收益分配、支付方式及税务、外汇等;(4)其他必备条款,如保险、终止、不可抗力、争议解决和法律适用等。

值得注意的是,联合国贸易法委员会工作组草拟的《私人融资基础设施项目示范条文草案》就特许权协议的内容作了一些规定,此条文给当事人签订特许权协议提供了十分有益的参考。

依据该示范条文的规定,特许权协议通常包括以下一般条款:(1)特许公司拟实施的工程和拟提供的服务的性质和范围;(2)提供这些服务的条件和特许公司

---

〔45〕 联合国贸易法委员会工作组关于《私人融资基础设施项目示范条文草案》对特许权协议所下的定义是:特许权协议是指订约当局与特许公司之间签订的规定实施某一基础设施项目的范围和条件的有法律约束力的合同。之所以要加上"有法律约束力"一词,是因为有人指出,在有此法域中,订立特许权协议的公共实体享有单方面改变协议规定和条件的权力,加此限制词,是为了强调协议对双方当事人具有同样的约束力。该示范条文草案见 www. uncitral. org。

〔46〕 有人建议特许协议应包括两大部分:特许条款和项目的特定条件。See A. Merna, H. Payne and N. J. Smith, "Benefits of A Structured Concession Agreement For Build-Own-Operate-Transfer (BOOT) Projects", The International Construction Law Review, Pt. 1, 1993, p. 32.

的专属权利范围;(3)政府订约当局为特许公司获得实施基础设施项目所需要的执照和许可证而可能向其提供的援助;(4)组建法律实体和最低限度资本方面的要求;(5)与项目有关的资产的所有权和当事人酌情取得项目场地和任何地役权的义务;(6)特许公司的报酬,包括利用设施或提供服务的服务费或使用费;任何此种服务费或使用费的制定或调整方法和公式;以及订约当局或其他公共当局可能支付的任何款项;(7)订约当局对工程设计、施工计划和技术规格的审查和批准程序,以及基础设施的测试和最后检查、批准和验收程序;(8)特许公司确保调整服务使之适应实际服务要求、服务的连续性和以基本相同条件为所有用户提供服务的义务的范围;(9)订约当局或其他公共当局对特许公司拟实施的工程和拟提供的服务进行监督的权利,以及订约当局或管理机构可以下令对工程和服务条件加以更改或采取其可能认为适当的其他合理行动确保依照法律要求和合同要求妥善运营基础设施和提供服务的条件和范围;(10)特许公司向订约当局或管理机构提供其运作情况报告和其他资料的义务的范围;(11)订约当局或另一公共当局下达任何与上文第(8)项和第(9)项有关的命令而可能造成的额外费用及其他后果的处理机制,包括特许公司可能有权得到的任何补偿;(12)订约当局对特许公司订立重大合同的任何审批权,特别是与本公司股东或其他附属人员订立的重大合同;(13)特许公司为实施基础设施项目而应提供的履约保证和应保持的保险单;(14)任何一方当事人违约时可采用的补救方法;(15)因超出其合理控制范围的情形未能遵守或推迟遵守特许权合同规定的任何义务时,任何一方当事人的免责范围;(16)特许权合同的期限以及特许权合同期满或终止时当事人的权利和义务;(17)计算补偿的方式;(18)解决订约当局与特许公司之间可能出现的纠纷的管辖法律和机制;等等。

具体就基础设施项目的建设和运营来说,上述示范条文草案认为特许权协议应包括下列内容。

1. 资产的所有权和地役权

特许权合同应当指明哪些资产是或应当是公共财产,哪些资产是或应当是特许公司的私有财产。合同应当特别指明哪些资产属于下列类别:(1)特许公司需返还或移交给订约当局或其指定的另一实体的任何可能的资产;(2)订约当局可选择向特许公司购买的任何可能的资产;以及(3)在特许权合同期满或终止时特许公司可保留或处分的任何可能的资产。

政府当局应当依法向特许公司提供或酌情协助特许公司获得实施项目所需场地的相关权利,包括项目场地的所有权;并依法给予特许公司为执行项目的需要而进入或穿过第三方的地产或在第三方的地产上施工或安设装置的权利。

2. 财务安排与担保权益

特许公司应当有权对利用它所提供的设施或服务收取服务费和使用费。特许

权合同应当就这些服务费或使用费的确定和调整方法及公式作出规定。

在不违反特许权合同可能载列的任何限制规定的情况下,特许公司有权根据项目的融资需要,以公司的任何资产、权利或权益设立担保权益,包括以那些与基础设施项目有关的资产、权利或权益设立担保权益,其中特别包括:(1)以特许公司拥有的动产或不动产或以其在项目资产中的权益设立担保;(2)以特许公司应从利用其提供的设施或服务中得到的收益和应收款设立质押。本国法律不允许的,不得以公共财产或以提供公共服务所需要的其他财产、资产或权利设立上述担保。

特许公司的股东应当有权以其在特许公司中的股份设立质押或设立任何其他担保权益。

3. 特许权合同转让及特许公司控股权的转让

除另有规定外,未经订约当局的同意,特许权合同规定的特许公司的权利和义务不得转让给第三方。合同应当载明订约当局同意转让特许权合同规定的特许公司的权利和义务的条件,其中包括新的特许公司接受特许权合同规定的所有义务和证明新的特许权公司具备提供服务所需要的技术能力和财力。

同样,除特许权合同另有规定外,未经订约当局的同意,特许公司的控股权不得转让给第三方。特许权合同应当载明订约当局应当表示同意的条件。

4. 基础设施的运营

特许权合同应当酌情载明特许公司履行下述义务的限度:(1)确保调整服务使之满足服务要求的义务;(2)确保服务连续性的义务;(3)确保以基本相同的条件为所有用户提供服务的义务;(4)一视同仁地为其他服务提供者利用特许公司运营的任何公共基础设施网络提供机会。

特许公司经订约当局或管理机构批准后应有权颁布和执行设施的使用规则。

5. 对法规具体变化的补偿

对于因具体适用于基础设施或其提供的服务的法规或条例发生变化致使特许公司履行特许权合同的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形,或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款比原先设想的履约价值显著下降的情形,特许权合同中应当载明特许公司有权为此获得补偿的限度。

6. 特许权合同的修订

特许权合同可进一步载明特许公司有权请求修订特许权合同的限度,以期对于因下列情形致使特许公司履行特许权合同的费用比原先设想的履约费用显著增加的情形,或者对于因此而致使特许公司为此种履约收到的价款价值比原先设想的履约价值显著下降的情形予以补偿:(1)经济或金融状况变化;或(2)并不具体适用于基础设施或其提供的服务的法规或条例变化。

但经济、金融、法规或条例的变化须是在下述情形下发生的:(1)变化发生在合同成立之后;(2)变化超出特许公司的控制范围;以及(3)变化的性质决定了按

情理不可能在特许权合同谈判时预计特许公司已将这些变化考虑在内或者已避免或克服其后果。

特许权合同应当确定发生任何此种变化后修订特许权合同的规定的程序。

7. 订约当局接管基础设施项目及特许公司的替换

在特许权合同载明的情形下，如果特许公司严重失职，未能履行其义务，并且在订约当局通知其纠正违约情形后未能在一段合理的期限内加以纠正，订约当局有权暂时接管设施的运营，以便确保有效和不间断地提供服务。

订约当局可以同基础设施项目的出资实体约定，在特许公司严重违约、发生其他事件因而本来有正当理由可以终止特许权合同，或出现其他类似情形时，替换该特许公司并指定新的实体或个人根据现有特许权合同履约。

8. 特许权合同的期限、展期和终止

(1)特许权合同的期限和展期

除因下列情形展期外，特许权合同的期限不得展延：①因超出双方当事人合理控制范围的情形造成完工延误或运营中断；或②因订约当局或其他公共当局的行为造成项目中止。

特许公司不能在特许权合同原定期限内收回因特许权合同中原先未预见到的订约当局提出的要求而产生的额外费用的，特许权合同的期限可以进一步展延，以便让特许公司能够收回这些费用。

(2)特许权合同的终止

在下列情形下，订约当局可以终止特许权合同：①出现破产、严重违约或其他情形，因而按情理不可能再预期特许公司仍将能够或愿意履行其义务；②出于公共利益的考虑，但需按特许权合同约定的补偿条件向特许公司支付补偿。

对于特许公司来说，除下列情形外，不得终止特许权合同：①订约当局或其他公共当局严重违反特许权合同对其规定的义务；②规定的修订特许权合同的条件业已满足，但各方当事人未就特许权合同的修订达成一致意见；或③由于订约当局或其他公共当局的作为或不作为，特许公司履行特许权合同的费用显著增加，或特许公司为此种履约收到的价款价值显著下降，而各方当事人又未能就特许权合同的修订达成一致意见。

任何一方当事人均应有权在超出其合理控制范围的情形使其无法履行义务时终止特许权合同。各方当事人还应有权以相互同意的方式终止特许权合同。

(3)特许权合同期满或终止时的安排

特许权合同应当就特许权合同终止时如何计算对任何一方当事人的补偿作出规定，根据特许权合同已完成的工程的公平价值、任何一方当事人承担的费用或遭受的损失，作出适当的补偿安排。

特许权合同应当酌情载明各方当事人在下列方面的权利和义务：①设立向订

约当局移交资产的机制和程序;②转让设施运营所需要的技术;③对订约当局的人员或接任特许公司进行设施运营和维护培训;继续提供支持服务和资源,包括在需要时提供备用零件。[47]

(二)BOT 其他合同

除特许协议外,BOT 项目还会涉及其他合同,这主要包括以下几种。

1. 建设合同

这是由项目公司与建设公司签订的,通常采用交钥匙合同的形式。这种合同与一般的国际工程承包合同相似,但项目公司希望承建者遵守特许协议中政府保留的对设计或建设的控制权。项目公司也要求承建商承担义务,以使竣工设施符合其设计目的。此外,若承建商同时又是项目公司的投资者或股东时,合同中还要注意排除或限制其作为承建商和作为股东间的利益冲突问题。

2. 回购协议

这种合同通常是政府或公共部门与项目公司间签订的。例如,若 BOT 项目是天然气或发电项目,其产品要并入有关的国家电、气网络系统,不能通过零售市场销售,这就得订立长期合同,使其产品能稳定地销售。这会涉及价格是否受到管制,能否将项目成本转移给产品需求单位或用户身上以及投资回报率、外汇等问题。

3. 经营管理合同

这是项目公司与经营者间订立的。但若项目公司自己能经营和维护该设施的,就不必订立此种经营管理合同。该种合同中应规定经营者接受所建设施,接受者可就设施的缺陷提出异议的有关问题。经营者可能会要求承建商和设计商保证该项目的建设和设计是完善的。经营合同的主要条款是关于特定设施的经营和管理的问题。这当然也要与政府的管理权限一致。同时,合同还要处理项目设施经营所取得的收入,如用来还债、回收投资、用于再经营等。

4. 贷款合同

这是项目公司与国际商业银行等贷款者间签订的。这种项目融资合同涉及融资担保、贷款偿还方式、风险与责任等,内容较为复杂。

此外,BOT 项目可能涉及项目公司与设备供应商间的设备供应合同、项目公司与燃料供应商间的燃料供应合同、项目发起人与项目公司股东的协议,等等。

四、BOT 的融资问题

(一)融资方式

从事基础设施建设,首先需要资金。在 BOT 模式中,资金的来源主要有两种:

---

[47] 上述内容见联合国贸易法委员会工作组:《私人融资基础设施项目示范条文草案》。See http://www.uncitral.org.

股权和贷款。

1. 股权投资

股权投资是 BOT 项目筹资的重要部分，它主要是由项目公司的合营者或股东所投入的股本组成的。项目公司的合营者或股东通常包括与项目有关的一些主要当事人，如承建商、营运商、供应商、用户、东道国政府等，有时银行也可能成为合营者之一。除合营者认股外，项目公司还可以通过在股票市场发行股票来筹得资金，特别是当工程耗资大而需要较多股本时，更需如此。例如连接英法的海底隧道工程，项目公司就是通过发起人认购、私募和公募发行股票的办法筹得十多亿英镑的股本资金的。

为确保 BOT 项目能顺利进行，我国《境外进行项目融资管理暂行办法》规定，项目的主要投资者应具有足够的经济能力和履约能力，外方投资者还应有较强的国际融资能力和进行项目融资的业绩。

2. 项目贷款

除股本以外，项目公司通常还须通过贷款取得足够的资金。例如上述英法海底隧道工程的总投资额中，股本占 20%，而贷款占 80%，即股本与贷款的比例为 1:4。这比我国关于股本与借款的最高比例 1:3 略高。一般来说，这个比率须视具体工程项目而定，但不能太高。

项目融资或贷款，是指项目公司仅以项目自身预期收入和资产对外承担债务偿还责任的融资方式。与其他贷款方式不同，BOT 项目贷款的追索权是有限的。这种有限追索权的含义为：以项目公司为借款人，以项目收益为偿债来源，以项目财产为偿债担保的抵押物。即 BOT 项目贷款的偿还仅以项目公司的资产及收益为限，项目发起人及公司股东不承担贷款的偿还责任，债权人对于建设项目以外的资产和收益没有追索权。当然，项目公司也不应以项目以外的资产、权益和收入进行抵押、质押或偿债。

为加强我国借用国际商业贷款宏观管理，规范境外进行项目融资的行为，我国《境外进行项目融资管理暂行办法》规定，经国家计委批准的项目融资，其对外项目融资规模纳入国家借用国际商业贷款指导性计划，项目融资条件须经国家外汇管理局审批或审核。

（二）预期收益

在 BOT 项目筹资中，最为重要的问题之一是项目的预期收益问题。对于投资者来说，他们通常希望有预期的投资回报，如每年用预期收益的一定比例作为投资回收金。对于贷款者来说，他们一般要求以项目的预期收益作担保并以项目的全部财产作抵押。

预期收益所涉及的一个重要问题是，项目经营者能否自行决定其商业政策，包括依市场需求确定价格。由于公用事业部门涉及国计民生，政府通常会对价格予以管

制。在确定BOT项目产品或服务的价格时,政府可以允许经营者依市场定价,让社会公众承担项目的成本费用;也可以限价,并对经营者或用户予以补贴。若政府对该公用事业予以补贴,伴随而来的问题之一是:外国合同者是否有权要求将政府补助金作为项目投资或贷款的回收金?从我国目前的情况看,对BOT项目的产品或服务予以补贴不一定妥当,政府之所以采取BOT方式,就是希望避免由政府补贴。因此应考虑允许经营者自行确定价格,但政府又必须有管制措施,如规定最高限价等。如确属应予补贴的,应只对用户发放补贴,而不是向经营者发放补贴。我国《境外进行项目融资管理暂行办法》第7条规定,项目产品或服务价格的确定应符合我国有关价格管理规定,有助于形成稳定的预期收入,合理反映物价上涨和汇率变动的影响,充分考虑项目所在地的承受能力,并得到有关价格管理部门的批准。

为了确保预期收益,外国投资者或贷款者有时还要与政府有关部门或用户订立回购合同或销售合同,以通过这种长期合同保证用户使用该基础设施并按约定的标准付费,保证投资与贷款的回收。合同还应对定价规定相应的调节机制。这种合同可以作为项目筹资的担保或抵押。在我国以前有关电力方面的BOT项目的谈判中,外国投资者往往坚持要求我国政府保证给予其20%左右的投资回报率,而我国政府认为这一投资回报率太高,应限制在15%左右。投资回报率究竟多少才合适,要考虑多种因素。一般来说,若是由项目公司直接向用户收费的,政府不必提供保证。若项目产品是由政府收购的,则应结合项目类型、投资大小、建设周期长短、风险大小及特许期限来综合考虑。

五、BOT的风险及风险分担

在BOT项目的建设和经营中,可能会发生多种风险,这些风险既有商业性风险,也有政治性风险。BOT项目的有关当事人通常因其在项目中的地位与作用不同而分担一定的风险。一般来说,风险应由那些最能承担、控制和管理该风险的当事方承担,或由最易采取规避措施的当事方或最有能力改变分化风险或能以最低支出减轻风险的当事方承担。

(一)商业风险

1.完工风险

这一风险发生在工程建设阶段,其风险包括总投资超出、工期延误、工程停建以及工程质量问题等。因此完工风险控制包括对工程总投资、工期、质量的控制。完工风险产生的原因不同,风险及责任的承担者也不同。若项目公司违约,完工风险就是贷款者的风险,这一风险可通过让项目公司承担额外筹资等义务来减轻。若承建商违约,则承建商应承担责任,应依有关合同约定支付规定的违约赔偿金(liquidated damages)。若工程实际建设成本超出预算,而且这种超出不属于承建

商的责任,那么,风险应由项目公司承担。[48] 建设合同应对预防和减轻完工风险及有关责任作出规定。

2. 经营风险

这一风险发生在经营阶段,即未能依约经营或维护有关的基础设施,如未能维持项目设施的完整性、完好性,使其始终处于可正常使用或运行状态;有关的能源和原材料消耗、产品的质量和数量未能达到规定的标准等。[49] 这一风险通常是由项目公司承担的,若该设施由专门的营运商经营和维护,则风险由实际经营者承担。项目贷款者通常会要求经营者维护收益账户和投保责任险。

3. 外汇风险

外汇风险在 BOT 各阶段都会发生。广义来说,外汇风险包括当地货币兑换成外币的风险、汇率波动的风险、利率增长的风险以及外汇汇出时的管制风险。其中,货币兑换和汇出风险属政治风险,其他的属于商业风险。汇率波动风险可通过将所贷货币与收益的货币相吻合的方式以及采取其他措施来预防。利率风险则受国际资本市场的各种因素影响,应由投资者或贷款者自行承担。

4. 市场与收益风险

政府或其公共部门有时是某些 BOT 项目的产品或服务(如电力)的唯一购买者,这时就可能存在政府能否购买或能否按适当的价格购买的风险。如果 BOT 项目产品或服务是直接出售给公众的(如收费公路、隧道等),则可能存在需求不足的风险。这种风险的承担者是投资者、贷款者。但他们通常会在合同中要求政府提供保证或采取适当的措施来减轻风险。

此外,在 BOT 项目的建设和运营中,还存在着一些非当事人所能控制的风险,如战争、内乱、自然灾害等不可抗力事件造成的风险。合同的当事人应就此类风险的解决方法作出安排,同时,项目公司应购买商业保险加以补充。

可见,BOT 项目商业风险的防范有多种方法,但其中最为重要的有两条:一是项目参与人应有良好的信誉和履约能力;二是应通过合同作出合理的约定,由各方分担有关风险。为此,我国《境外进行项目融资管理暂行办法》规定,项目的融资、建设、经营等有关合同中,参与方应具备相应的资格和履约能力,依靠自身经济和技术能力依法履行合同,并根据项目风险性质和各方控制能力,合理分担项目的商业风险及其他风险。

(二)政府行为和政治风险

政府行为也可能对 BOT 项目构成风险。例如,政府没有及时提供所要求的开

---

[48] Robert Drake, "Allocating Risks in BOT Projects", Project Finance (International Survey), Issue 48, May 12, 1994.

[49] Fritz Nicklisch, "The BOT Model", ibid.

发与经营许可或同意,政府行为造成工期延误或实际建设费用增加,政府撤销正在建设中的项目,货币不能自由兑换并汇出,政府通过立法变更投资者或项目公司的权益(如增加税收、限制价格等),甚至实行国有化或征用。对于由于政府行为产生的风险的承担问题,须视情况而定。若政府没有依约及时提供所要求的开发与经营许可,以及由于政府违约造成工期延误或费用增加的,风险一般应由政府承担,政府对此应提供保证或补偿。政府增加税收属于商业风险,应由项目公司承担。至于货币不能自由兑换及汇出、国有化或征用等则属于政治风险,可通过政府保证或政治风险保险解决。

就拿外汇风险来说,若当地货币不能自由兑换,为了有足够的外汇支付贷款利息、投资回收金等,外国投资者和贷款者会要求购买者(或用户)以贷款货币而不是当地货币支付全部或部分产品或服务。若以当地货币支付,导致项目公司外汇收支不平衡时,外国投资者和贷款者就会要求提供货币转换保证。[50]

为使 BOT 项目成功,政府的支持是必不可少的,对于发展中国家来说更是如此。政府的支持有多种形式,主要包括以下几种。

1. 资金方面的支持

政府对于 BOT 项目给予资金方面的支持有多种形式,包括:(1)资金参与,即政府对 BOT 项目予以直接或间接的资金参与。(2)公共贷款和贷款担保,即政府在某种情况下向项目公司提供无息或低息贷款以降低项目融资成本;或为项目公司所借贷款的偿付提供担保。但是,贷款担保代表一种实质上的附条件义务,政府的责任会很重大,因此,对政府的贷款担保应有所限制,如规定担保数额的上限、担保的风险类别、担保生效的条件等。(3)补贴。有的国家允许政府向项目公司提供补贴,使之有可能以较低价格提供服务。但是需要注意的是,补贴可能与有关国家依据国际协议承担的国际义务不一致。

2. 履行保证

这种保证可以以东道国政府或一公共融资机构的名义做出,也可以采取由政府反向担保的形式。这类保证通常包括:(1)统购保证,即政府保证项目公司能向公共实体交付货物和提供服务。当项目公司主要或唯一的客户由政府垄断时,这种保证就显得特别重要。(2)供应保证。此保证用来保护项目公司免受向设施运营提供所需货物和补贴(如燃料、电力、水)的公共部门实体违约造成的损害。(3)一般保证,即保护项目公司免受订约当局任何形式的违约所造成的损害,而不限于特定义务的违反。这种保证一般并不常见。

---

〔50〕 See S. W. Stein, "Build-Operate-Transfer(BOT)—A Re-evaluation", The International Construction Law Review, Pt. 2, 1994, p. 103.

3. 税收优惠

为支持 BOT 项目，政府可能给予某种形式的税收和关税优惠，如减免项目公司的所得税或免除项目贷款的利息税，免除向项目提供贷款的外国贷款人的预提税，以及对项目建设和运营所需机器、设备、零配件和原材料等货物的进口减免关税等。

4. 免予竞争的保护

这种支持形式是，政府承诺在一定时期内不会发展与该基础设施项目相竞争的项目。然而，必须注意的是，此类保证可能与东道国承担的国际义务不一致，同时，也限制了东道国出于公共利益的需要增加服务需求的能力或保证各类用户获得服务的能力。因此，采取这一措施时需要仔细考虑所涉各方的利益。

第五章　资本输入国外国投资法

第一节　外国投资法概述

一、外资法的概念与体系

(一)外资法的产生与发展

一国要利用外资,发展本国经济,就必须创造一个良好的投资环境,对外资采取鼓励与保护措施,以保证外国投资者的利益与安全。另外,为了消除外资可能产生的消极影响,发挥其积极作用,维护国家主权和利益,促进民族经济的自主发展,对外资又必须有目的地予以引导,进行管理,实行一定的限制。为实现这些目的,就必须借助法律手段,通过外资立法来调整关于外国投资方面的关系,因此,外资法就应运而生。

从国际经济发展的实况看,外国投资法的发展经历了不同的历史阶段。在第二次世界大战前,国际投资以间接投资为主,国际资本一般是在一些主要的资本主义国家之间流动。在这一时期,除了一般的国内立法,如民法、商法、公司法、证券法等有关法律外,基本上没有专门调整外国投资的法律。

20 世纪 50 年代至 60 年代,国际直接投资逐步取代间接投资而成为国际投资的主要形式,但资本仍然主要是在发达国家之间流动,许多发展中国家尚未取得独立,因而只有少数国家颁布了关于外资的立法。例如,"二战"后,日本作为战败国,经济受到严重破坏,需要引进外资发展国内经济,率先于 1950 年颁布了《关于外资的法律》,用以调整外国直接投资关系。后来又有一些国家颁布了外资法,如叙利亚 1952 年的《外国投资法》、伊朗 1955 年的《伊朗鼓励与保护外国投资法》等,但有外资法的国家为数不多。

20 世纪 60 年代末至 70 年代,在非殖民化运动的推动下,广大发展中国家纷纷摆脱了殖民主义的枷锁,在政治上获得独立。但由于民族经济薄弱,经济落后,需要利用外资发展本国经济。当时国际资本开始大量流入这些国家,各国为了调整及管理外国投资,相继制定了关于外国投资的法律。某些发达国家也先后在 70 年代制定了关于外国投资的法律,如澳大利亚、加拿大、西班牙等。原东欧社会主义

国家也开始实行对外开放，允许同西方国家的公司、企业举办合营企业，并颁布了有关的合营企业法。外国投资法的发展也因而进入了一个新的阶段。

（二）外资法的概念与体系

外资法是指资本输入国制定的关于调整外国私人直接投资关系的法律规范的总称。其内容各国规定不尽一致，但主要包括关于外国投资的范围、形式、条件，投资者的权利和义务，对外资的保护、鼓励和管制等方面的法律内容。

各国外资立法体制不一，外资法的名称也不尽相同，大致可分为三种立法体制和形式。

第一，制定比较系统的、统一的外国投资法或投资法典，作为调整外国投资的基本法律，并辅之以其他有关的可适用于外国投资的法律。如阿根廷 1976 年制定，后经修订的《外国投资法》即属此类，该法对外国投资的有关问题，作了系统的规定，成为调整外国投资的基本规范。此外，还有其他有关法律也适用于外国投资关系，如公司法、民法、矿业法、石油法、商法、技术转让法等。采取这一类型外资法的国家和地区有印度尼西亚、智利、沙特阿拉伯、埃及、叙利亚、加拿大以及许多非洲国家。

第二，没有统一的外资法，而是制定一个或几个关于外国投资的专门法律或特别法规、法令，由此构成关于外国投资的基本法或法群，辅之适用其他相关法律。例如，前东欧一些国家只是制定了《合营企业法》等专门法律，辅之适用其他相关法规。有的国家专门制定外国投资鼓励法，如新加坡 1967 年《经济发展鼓励（所得税豁免）法》等。有些国家制定有几个专门法规，如毛里求斯关于外国投资的专门法规有：1970 年《出口加工区法》、1974 年《发展鼓励法》、1981 年《出口劳务区法》、1982 年《旅馆管理（鼓励）法》等。牙买加有 9 个专门法规。也有的国家开始时分别颁布若干关于外资的专门法规，后来再把这些法规融为一体而成为一部投资法典，如菲律宾就是如此。

第三，未制定关于外国投资的基本法或专门法规，而是通过一般国内法律、法规来调整外国投资关系及其活动。这主要是一些发达国家采取的做法。例如，美国迄今没有一部正式的外国投资法，外国投资者与美国国民享受同等待遇，外国投资活动也是通过一般国内法来调整的。在联合国跨国公司中心 1978 年选择调查的 12 个主要发达国家中（澳大利亚、奥地利、比利时——卢森堡经济联盟、加拿大、法国、联邦德国、意大利、日本、荷兰、瑞士、英国和美国），除日本、澳大利亚、加拿大有专门调整外国投资的法律外，其余大部分发达国家都是通过一般国内法来调整外国投资活动的。[1]

此外，还有某些国家集团制定有统一外资法，如安第斯条约国 1973 年制定、

---

[1] See UN, CTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations, p. 275. UN Publication, Sales No. E. 78. Ⅱ. A. 3.

1987年修订的共同外资法规则,称为《关于外国资本待遇和商标、专利许可证及特许权费用的安第斯法典》,是作为成员国调整外国投资关系的基本的共同规范,对各成员国有拘束力,但也允许各成员国基于本国情况作出灵活规定。

由于世界各国政治、社会情况不同,经济基础、经济结构、经济和技术发展水平的差异,因而发达国家、发展中国家和社会主义国家的外资立法也不尽相同,各有其自己的特点。下面简述这几种类型的国家外资法的特点。

二、发达国家的外资立法

发达国家不仅大量对外投资,而且也积极利用外资,从国际投资的发展趋势看,自20世纪80年代以来,外国直接投资在发达国家增长的速度,比发展中国家高得多。这主要是因为发达国家具备了良好的基础设施,较高的技术水平和稳定的法律政策等有利条件或良好的投资环境。

发达国家由于其经济技术水平发展较高,相互渗透利用,因而对外国投资一般倾向于采取自由开放的政策,对外资参与或创办的企业与内国企业,均依法给予同等对待,实行无差别待遇。但由于国情与传统不同,经济发展程度的不同,对外资的政策态度和立法也不尽相同,大致可分为三种类型。

(一)始终自由开放

有些发达国家始终对外资采取自由开放政策,外资进出比较自由,没有多少限制,无专门的外资法。这以美国最为典型,其关于外国投资的法律与政策具有如下特点。

其一,对外资进入未实行一般投资审查制。美国是当代最大的资本输出国,也是世界上最大的投资市场。它不仅在其发展初期就曾大量利用外资,直至今日,在美国的外国直接投资仍在大幅度地增长。对外国投资,没有建立投资审查制度。20世纪70年代初,虽然由于外资大量涌入美国,接管了一些大公司企业,引起社会舆论的震惊,但依据美国1974年《外国投资研究法》进行调查后认为,外国投资"绝没有控制美国的任何行业",对美国未构成威胁,美国经济反而因此受益。1975年美国国会又提出了《外国投资法案》,旨在修订1934年的《证券交易法》,要求外国投资者要在美国公司取得股份、证券,必须进行申报,并授权总统基于国家安全的考虑,或为促进对外政策,或为保护美国国内经济等理由,可禁止这种取得。但该法案受到美国政府有关部门和大多数议员的反对,认为法案对外资进行甄别,违反了美国传统的开放政策,不符合当前需要,不利于外资进入美国,特别是授权总统可根据上述理由不批准外国投资,这不仅会破坏美国同许多国家间友好通商航海条约,而且还存在一种潜在危险,有可能在美国创造一种高度政治化的投资环境。因而,该法案未获通过。以后美国国会于1976年制定了《国际投资调查法》、1978年又制定了《关于农业外国投资申报法》等。但至今为止,外国投资者只有一

般性的申报义务，美国尚无关于审查和甄别外国投资的法律规定。[2]

其二，外国投资者及其投资在美国享有国民待遇，即外国投资者在美国进行投资时，在有关权利和义务上，与美国国民享有同等待遇，既无优惠，也不受歧视，美国法律对外国投资一般也不按国别实行差别对待或予以特别限制。

其三，基于国家安全及经济利益的需要，对某些关键部门中的外国投资给予一定的限制。根据美国联邦及各州的特别法令，有的部门禁止外国投资，有的部门则限制外国投资。例如，美国的原子能、水力发电事业及通信业等，只能由美国公民、美国社团或在美国国内注册的公司经营，在银行、保险业等行业中，外国投资受到限制。在美国看来，对这些少数关键经济部门中的外国投资的限制，属于国民待遇的例外。

特别是美国1988年《综合贸易及竞争法》第5021节，授权总统如果有确切证据认为外国人对美国企业进行合并、取得或接管所形成的控制显然有害于美国安全者，有权直接禁止该交易，并授权商务部外国投资委员会具体实施。1990年2月美国总统布什就是根据该委员会的调查结果，以对美国国家安全造成威胁为由，裁决中国航空技术进出口公司在3个月内放弃对美国曼可公司的所有权。[3] 2007年美国国会通过了《外国投资与国家安全法》，进一步加强和完善了美国外资并购的国家安全审查制度，该立法后来为其他一些国家所仿效。

除美国外，还有些国家，如德国、英国、荷兰等对外资也基本采取自由开放政策。值得注意的是，这些国家虽未实行一般投资审查制，但其他某些法律上仍可实行某些限制。例如，在英国，根据其《公平交易法》、《工业法》，政府有权审查甚至阻止外国人对某些重要企业的接管。

（二）从开放到实行某些限制

有的发达国家曾一直实行开放政策，但到20世纪70年代以后，对外国投资开始实行程度不同的限制，有的还制定了关于外国投资的法律，专门调整外国投资关系。这类国家以加拿大、澳大利亚最为典型。

加拿大是后起的发达工业国家，也是引进外资最多的国家之一。其经济的发展既受益于外国投资，也受制于外国投资。其外资政策也曾经历了一个开放—限制—再开放的过程。以前加拿大对外国投资一直采取开放政策，外资进出不受限

---

〔2〕 参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第43～51页。

〔3〕 20世纪80年代时，日本等外国公司收购美国公司形成了新的浪潮，美国人担心其国家经济主权的丧失，要求制定立法以限制这些收购的呼声日高，1988年的《综合贸易及竞争法（Omnibus Trade and Competitiveness Act）》修正案（又称为Exon-Florio Amendment）应运而生。该法原主要是针对日本的，但第一个受害者却是中国国营外贸公司。有关此案的情况，参见James v. Feinerman, "Enter the Dragon: Chinese Investment in the United States", Law and Policy in International Business, Vol. 22(1991), p. 547。

制。但“二战”后由于外国投资,特别是美资,大幅度地涌入加拿大,并长期控制着加拿大许多重要经济部门,造成加拿大产业结构失调及整个经济发展的不平衡,给加拿大经济带来不少消极作用。因此,加拿大反对外资的控制,维护加拿大经济自主发展的呼声日益高涨,政府也开始重视运用国家权力干预经济的民族主义政策,外资政策开始有了转变。1973 年加拿大制定了《外国投资审查法》,设立了“外国投资审查局”,正式建立了对外国投资的审批制度,从传统的开放政策转为实行限制。但进入 80 年代以后,由于国际经济形势的变化以及国内失业问题日趋严重,经济陷入困境,政府于 1984 年又宣布采取对外经济自由化的政策,1985 年制定实施《加拿大投资法》,取代原《外国投资审查法》,放宽了政策,减少了对外资的限制,加快了利用外资的步伐。该法后来又历经修改,其最新的修改是 2013 年 6 月。

加拿大 1985 年投资法的特点是:(1)对外国投资根据情况,分别采取申报与审查两种程序。旧法实行强制性审批制度,所有外国投资,都须进行审批,非经审批,不能生效。新法则放宽了审批制度,缩小审批范围,除规定了许多排除该法适用的情况外,还将外资区别对待,规定非加拿大人直接收买加拿大企业,其总资产超过 500 万加元,或间接收买加拿大企业,其总资产超过 5000 万加元,且外国人的控制权超过总资产的 50% 以上,才进行审查,其他情况的一般只需申报即可。WTO 成立后,加拿大对来自 WTO 成员方的投资采取了较为宽松的审核标准,且该标准每年进行调整,以 2005 年为例,WTO 成员国直接并购加拿大公司所涉金额在 2.5 亿加元以上、非 WTO 成员国投资以及敏感领域的投资在 500 万加元以上的,须经政府审批。(2)维护本国利益,保护关键行业。对此,新、旧法原则上无区别。关于关键企业的保护,一般未规定在外资法中,而是散见于联邦及各省特别法律中。这些关键企业包括金融、能源、交通及文化与通讯四大类。对关键企业的外国投资,均有严格限制,须经有关部门批准,外资股权亦限制在一定比例之内。[4]

澳大利亚 1972 年以前对外国投资采取传统的开放政策,此后转向于实行某些限制。1972 年制定了《公司(外国接管)法》,授权政府干预外国投资,以防止被认为会造成违反国家利益后果的外国接管。1975 年又通过了《外国收购与兼并法》,取代了 1972 年的法律,设立了外国投资审查委员会,从而正式建立了对外国投资的审查机构和审批制度。《外国收购与兼并法》后来几经修订,又逐步放松了对外资的限制。

(三)从保守到逐步开放

有的发达国家原来利用外资态度保守,后来随着其经济实力和技术力量的增长,逐步放宽限制,进一步开放。这以日本最为典型。

---

[4] 关于加拿大的外资政策与外资立法,参见姚梅镇著:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版,第 57 ~ 69 页。

日本在战前虽注意引进外资，但持保守态度。“二战”后，由于亟须引进外资和技术发展本国经济，在美援和美军统治的影响下，于1949年制定了《外汇及外贸管理法》、1950年制定了《关于外国资本的法律》，并设立外资审查机构，有限制地引进外资和技术。自1964年加入“经济合作与发展组织”及《资本移动自由化公约》后，为履行其义务，日本内阁先后于1967年、1975年通过了《对内直接投资自由化决议》及《关于技术引进自由化决议》，逐步向外资开放市场。1980年日本又修订了《外汇与外贸管理法》，改名为《外汇及外国贸易法》，取代原外资法，进一步放宽了外资政策。其外资立法发展的主要特点是：(1)坚持有目标、有重点、有步骤地逐步开放。日本引进外资，坚持战略观点，注意有选择地利用，以增强本国经济技术力量为目标。引进外资的态度较为谨慎。以前外资参与企业的股份一般不得超过49%，20世纪60年代以后开始按照产业的划分、外资股权比例，先从对国民经济影响较少的产业开始，分期分批逐步推行自由化。到70年代后期，日本经济得到了稳定发展，实力大增，有条件进一步开放，于是，新外资法进一步放宽对外资的限制，从旧法的“原则禁止，例外自由”到新法的“原则自由，例外限制。”这种有步骤地逐步开放，是与日本经济实力的增长程度相一致的。(2)注意通过审批程序，对外资实行有效管理。日本对外资的审批制度，适应其对外开放政策实施的程度，从严到宽，循序渐进，分期实施。1950年的外资法实行严格审批制度，到60年代实行自由化方案后，对自由化产业实行自动许可制逐步放宽审批制度。1980年新法虽不实行一般审批制，而实行申报与劝告制度，但仍坚持对外国投资的必要的审查，外资不得有害国家安全、公共秩序和严重影响日本企业和经济的发展。[5]

发达国家中这三种类型国家的外资政策与立法各有其特点，但从20世纪80年代以来的发展趋势看，继续或进一步实行开放、放宽政策，减少限制，是许多发达国家关于外资政策与立法的共同特点。这既是由于这些国家对外资的重要性有了更深刻的认识，也往往与其经济实力增长分不开。但进入21世纪后，不少发达国家强化了国家安全审查制度。

三、发展中国家的外资政策与立法

发展中国家和地区人口占世界人口总数的3/4，幅员辽阔，资源丰富，劳动力充沛，是世界上最大的投资市场。这些国家虽然经济体制(其中少数属于社会主义国家)和经济发展水平不同，但同属于第三世界，有着相同的经历、历史背景和发展目标。它们在摆脱了长期的殖民主义的统治，取得政治独立之后，为改变其经济落后面貌，都积极利用外国资金和技术，发展本国经济，因而在外资政策和外资

---

[5] 关于日本的外资政策和外资立法，参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第69～88页。

立法上,也存在某些共同的特点。例如:(1)大多数发展中国家对外国投资都有审批规定,以借此引导外资投入其本国亟待发展的重点行业,并限制外资可能造成的消极影响。(2)与发达国家相比,其对外国投资鼓励较多,但限制也较多。为了吸引外资,大多数发展中国家都对外国投资规定了各种鼓励和优惠措施,如减免所得税和关税、信贷优惠、建立经济特区等。但鉴于过去长期受国际垄断资本势力剥削、掠夺和控制的惨痛教训,对外国资本势力又保持高度警惕,防止其对国民经济的再度渗透和控制,所以,对外国投资又规定了程度不同的限制措施。当然,由于各国国情不同,这些鼓励与限制措施侧重点不同,并且随着情况的发展变化而改变。

另外,由于发展中国家经济体制、历史条件、自然资源条件、经济发展水平和速度均不相同,因此,利用外资的态度也不同,成效有大有小,在外资政策和外资立法上,也各有差别和自己的特点。下面简要概述各地区国家外资政策与外资立法的特点。

(一)非洲国家

大部分非洲国家在取得政治独立后,积极吸引外资来发展本国经济。在20世纪60年代末和70年代初纷纷颁布"投资法",并对外国投资采取宽厚的政策,即给予较多的鼓励,限制较少。例如,对外资股权比例,很少规定上限,对外资不开放的部门也较少,对原本利润的汇出、资本再投资基本上也没有什么限制,税收优惠较多。其正式的投资立法无差别地适用于任何国籍的投资者。

但是,由于市场太小或自然资源条件有限,尽管它们对外国投资保持着开放和宽厚的政策,却未能吸引到大量的投资。[6] 不过,近些年来,中国、印度等新兴国家均重视对非洲投资,非洲吸收外资的数额有了较快的增长,非洲已成为前景光明的投资地点。

三十多年来,这些国家没有改变其基本上宽厚的政策,其投资法律和政策仍主要是为了管制外国投资的进入和对外国投资者提供大量奖励。但随着20世纪80年代以来国际投资格局所发生的新的变化及各国实际情况的需要,各国又相继修订或新订了外资法,进一步调整外资政策,以鼓励外资作出所要求的实际贡献。例如,规定最低投资总额和就业人数标准,根据就业人数增加免税期或给予特殊优惠,奖励出口等。特别是当计划投资项目从金额和性质上看具有"特殊意义"时,国家与投资者就可签订企业协议,除允许享受税收优惠外,还可以获得其他财政上的补助及外资法以外的其他特别法令规定的免税待遇,并力求稳定企业的税收制度。协议中还订有不歧视条款或最优惠企业条款,以及限制国家参与资本或不实行国有化、获得进出口许可证、保证能源供应等内容。这些国家还注意保障投资者

---

〔6〕 根据联合国的报告,1985~1995年间,非洲的外国直接投资存量增加了一倍,但流入非洲的投资并没有像流入其他地区的投资那样迅速增加,参见联合国贸发会议:《1996年世界投资报告》。

的合法利益，如保证不实行歧视待遇、保证其收入汇出以及国有化赔偿等。

此外，所有的法语系非洲国家都批准了解决一国与他国国民投资争议公约，有的国家的投资法明确规定国家同意将国际投资争议提交“解决投资争议国际中心”仲裁解决。

（二）亚洲中东及北非国家

这一地区是世界石油国家的集中地带，20 世纪 50 年代国际资本纷纷涌向该地区进行石油开发投资。各石油国为了维护本国对自然资源的永久主权，先后制定了石油法，以调整外资关系。与此同时，这些国家也陆续制定了外国投资法，作为管理外国投资的一般法律体制。如伊朗、叙利亚早在 20 世纪 50 年代就颁布了外资法，其余国家则大多是在 60 年代和 70 年代初颁布了投资法或外资法。例如，埃及从 1956 年推翻法鲁克王朝获得独立后，先是实行外国资本民族化，60 年代开始利用苏联援助投资，70 年代以后摆脱对苏联的单方依赖，实行开放政策和多元化利用外资的政策，以改变其经济发展缓慢的局面。1974 年埃及颁布了《关于阿拉伯与外国资本投资及自由贸易区法》，在吸引和利用外资方面，效益也日益显著。

与上述非洲国家比较起来，这一地区的国家的外资法在某些方面有相似之处，如审查投资标准时强调对国家的实际贡献，对外国投资者收入汇出的限制较少，投资争议可提交国际仲裁等。但与上述非洲国家外资法不同的显著特点是，对外资的限制较严。例如，在管制投资中，对外国企业存在某些差别待遇。如埃及对外资的审批程序较为严格和复杂；在股权比例上，有些国家如伊拉克、科威特、利比亚等，要求当地投资者占多数股权。埃及原外资法规定，在外国投资领域中，须有埃及公、私资本参加，至于双方投资比例，虽未明确规定，但一般仍是以国内资本占多数；在投资鼓励方面，免税期较短，一般为 5 年，而非洲有些国家对某些特殊项目，免税期为 10 ~ 20 年。

20 世纪 80 年代以来，这一地区的某些国家也放宽了政策。例如埃及 1982 年修订了外资法，对外国投资给予更多优惠，给予外国投资者以本国投资者相类似的权利，允许外国投资者占多数股权，延长免税期、简化审批程序等，以进一步吸引外资。埃及 1997 年颁布的投资法则进一步完善了投资管理方面的规章，其中最重要规定是，给予外国投资以国民待遇。

（三）亚洲国家

亚洲许多国家都是在 20 世纪 60 年代末和 70 年代初开始制定外资法的，如马来西亚 1968 年的《投资奖励法》、印度尼西亚 1967 年的《外国投资法》、新加坡 1970 年的《经济发展鼓励法》等。印度未颁布专门的外资法，但于 1973 年颁布了《外汇管制法》来调整外国投资关系。在亚洲国家（除上述中东地区国家外）中，少数国家以前对外资限制较严，利用态度较为谨慎，如印度等国，但大多数国家较为宽厚，如东南亚联盟国家、韩国等。

印度外资法的特点是:(1)重点在于引进外国技术。1991 年前,印度把吸引外国资金作为引进先进技术的媒介,一般只有当外资能带进所需的技术时,该项外国投资才能获准。在投资方式上,外国投资者可以采取单纯的技术合作方式,也可以采用技术加资金的方式。(2)对外资的限制逐步放宽。1991 年以前,投资领域一般限于需引进技术的领域,外资股份一般不超过 40%,税率高,税收优惠范围较少,涉及面窄。[7] 20 世纪 90 年代以后,印度放松了对外资的限制,例如,1991 年以后,外资的比例可达到 51% 以上。2000 年以后,除禁止和限制外资投资的产业外,几乎所有产业允许 100% 外商投资,对外开放的产业更多。外资进入程序也大为简化,只要外资股权不超过印度政府对不同行业外资股权最高限额的限制,外资项目均可享受"自动生效制度"获准。只有当外资股权超过印度政府对不同行业外资最高限额限制的,或另有规定予以排除的外资项目才须经审批。

东南亚联盟国家(包括泰国、菲律宾、印度尼西亚、马来西亚、新加坡、文莱等)在吸引和利用外资方面,积极而有成效,促进了其经济的发展,人均国民生产总值一般已达到中等收入国家水平,都不同程度地进入"半工业化国家"行列,新加坡则已发展为新兴的工业化国家。东盟国家外资政策与外资立法的特点主要有:(1)优厚的鼓励与适当的限制相结合。东盟国家为了积极利用外资,提供奖励多,优惠宽,为了有目的地引导外资为本国经济发展目标服务,对于在本国拟重点发展的行业里的外国投资,如先驱工业、优先发展项目、新兴产业等,实行特惠制。税收减免期较长,有的达 8 ~ 15 年。在实行较多的鼓励和优惠的同时,为了防止外资的消极作用和对本国经济的控制,又规定了某些限制措施,如对投资部门、投资比例、使用技术、材料国产化比例,规定了一定的限制。(2)积极利用合营企业形式和发展出口加工区。[8] 在东盟国家中,合营企业是利用外资的重要形式,并受到鼓励。如印度尼西亚以前规定,新投资必须采用合营企业形式,不许独资经营。[9] 据统计,合营企业在这些国家中最低占 60%,最高达 90%。同时,东盟国家还建立了一些出口加工区,作为利用外资、发展出口工业、扩大国际贸易、打开国际市场、改善国际收支的重要途径。

亚洲金融危机后,这一地区的许多国家又为吸引外资作出了巨大的努力,进一步采取了一些吸引外资的措施。

---

[7] See UN, CTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporation (1983), Sales No. E. 83. Ⅱ. A. 7, p. 56 - 81.

[8] See UN, CTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporation (1983), Sales No. E. 83. Ⅱ. A. 7, p. 1 - 54、82 - 121.

[9] 印度尼西亚 1974 年的政府政策声明中,要求印尼人在合营企业中占多数股权。1986 年放宽了这一限制,1992 年第一次允许外资占有 100% 的股权。

（四）拉丁美洲国家

拉美国家历史上长期是西班牙、葡萄牙等拉丁语系国家的殖民地。19世纪上半叶，大多数拉美国家取得了独立，为发展本国经济，都积极发展国际贸易并吸引外资。在20世纪30年代以前，对外国投资基本上放任自流，未实行管制。20世纪30年代曾发生了第一次国有化浪潮。此后经过一段时间的反复，又注意吸引外国投资，并先后于60年代和70年代颁布了外资法。如巴西1964年的《外国投资法》、阿根廷1973年的《外国投资法》、智利1974年的《外国投资法》、墨西哥1973年的《鼓励向墨西哥投资和管理外国投资法》、1970年的安第斯共同外资法规则等。

与其他发展中国家相比，拉美国家，特别是南美国家的外资政策和外资立法，对外资的限制较多（少数国家例外，如巴西、中美洲和加勒比海诸国）。这是有其历史背景的。拉美国家虽取得政治独立，但在经济上仍受制于外国经济实力，这一地区仍然是经济大国逐鹿的场所，特别是“二战”后，美国趁机扩张，称霸拉美，把它作为自己的后院，在拉美国家实行“自由贸易”、“自由企业”、“自由投资”之原则，为美资大量涌入拉美铺平了道路。由于美资对拉美国家的掠夺和控制，甚至干预他国内政，激起了拉美国家和人民的强烈反抗。为了对抗外国资本的渗透和控制，拉美各国通过各自的外资立法，或采取共同行动制定地区统一外资法，对跨国公司活动及外国投资实行监督和控制，利用和限制双管齐下，引导外资为本国或本地区经济发展服务。其中安第斯条约国共同外资法即表现了这一特色，并具有代表性。

拉美安第斯条约组织，由秘鲁、哥伦比亚、委内瑞拉、厄瓜多尔、玻利维亚、智利（后于1976年退出）组成，1965年通过波哥大宣言建立安第斯共同市场，1969年又通过了24号决议，制定《安第斯共同市场外资规则》，于1971年生效。该决议对成员国有拘束力，1980年条约国通过卡塔赫纳协定，设立法院加以强制执行。该共同外资法规则独立于成员国国内外资法，但又予以补充。该规则对外国投资限制较严，如规定对外国投资实行逐项审查，成员国不应给予外国投资者以优惠于本国投资者的待遇，限制和逐步减少企业中的外资控制权，限制外资原本和利润的汇出，坚持投资争议的当地解决等。

不过，到20世纪80年代后期和90年代初，安第斯条约国放宽了限制，甚至基本放弃了共同外资法规则。1987年5月安第斯条约国通过了第220号决议，称为《关于外国资本待遇和商标、专利许可证及特许权使用费的安第斯法典》，对24号决议作了大幅度修改，大大放宽了对外资的限制，例如，对外资实行审批与登记相结合，放松强制外资逐步减少股权的要求，放宽利润汇出限额等。[10] 1991年3月

---

[10] English Version of Decision 220 is in 27 ILM 974(1988).

21 日,安第斯条约国又通过了第 291 号决议,[11] 取代了第 220 号决议。第 291 号决议基本上放弃了关于外国投资的共同政策。该决议规定,除成员国立法另有规定外,外国投资者享有与国内投资者相同的权利和义务,对资本和利润的汇出,该决议未加限制。关于争议的解决,则由成员国适用其国内立法的有关规定。第 291 号决议中真正可被看做义务性规范的,仅仅是关于所有外国投资和技术许可证须予登记、所发行的公司股票须是记名股、技术许可证不应禁止以此技术生产的产品出口到该地区或禁止类似产品出口到第三国等规定。

综观发展中国家外资政策与立法的进程,我们可以看出大多数国家在近十几年来外资政策与立法有了一些重大的新的发展,对外国投资的管理都不同程度从限制到逐步放宽。例如,上述许多拉美和亚洲国家的政策,在过去几十年内经历了两个不同的阶段。20 世纪 70 年代初,它们对外资与技术的输入采取了较严的管制办法,其基本目的并非抑制外资或减少外国资金的流入量,而是要对其进行管理。但自 70 年代中期以后,它们的政策就开始发生了变化,逐步放松了限制,反映了旨在推动和加速外国投资流动的更加灵活而务实的态度。此后二十多年来,发展中国家的外资政策以单边自由化趋势为特征,为吸引外资创造更有利的条件。其主要表现:一是放宽外资进入的限制,逐步开放外资进入的部门,放宽准入的条件;二是加强了对外资的保护。

这种变化是由各种内外因素促成的。20 世纪 80 年代以后,国际私人投资的 85% 流向发达国家,而流向发展中国家的投资显著减少,发达国家间资金"对流"的增长,使发展中国家吸引外资受到很大影响。更重要的是许多发展中国家在 20 世纪 80 年代受到严重国际收支困难和经济增长缓慢的困扰,外债负债惊人。因此,建立有吸引力的投资环境,采取少限制、多奖励,来鼓励外资流入,对于这些国家而言就成了十分紧迫的问题。同时,这些国家为使其经济与工业按计划发展,也需要积极吸引外资。此外,许多发展中国家在对付跨国公司方面的管理经验及专门技术水平已不断提高,加强了其对外资与技术进行估价以及争取与外国企业达成有利的经营安排的能力,这也是一个重要因素。

这些变化和实现必然要通过其政策与立法反映出来,如阿根廷,曾使管制外资的办法得到加强的 1973 年外国投资法,其作用由于 1976 年后实施新的政策而大大弱化了,1980 年修改后的外资法又取消了原来对利润汇出的限制。上述曾一度严格限制外资的安第斯条约国共同外资法规则在 20 年后又基本放弃。墨西哥 1993 年新的《外国投资法》放宽了外资进入或参与的限制,排除了对外国投资者施加的"履行要求",以吸引和鼓励外国投资。亚洲的韩国、菲律宾都分别放宽了政策,巴基斯坦对外国投资的担保与奖励在 1977 年后已有所扩大了。其他以灵活或

---

[11] English Version of Decision 291 is in 30 ILM 1283(1991).

宽厚的外国投资制度取代基于民族主义实施控制的国家，还有孟加拉、玻利维亚、牙买加、坦桑尼亚、埃塞俄比亚、斯里兰卡和乌拉圭等国。据联合国贸发会议统计，20 世纪 90 年代以后各国规章的改变，主要是向有利于外资的方向发展。例如，2001 年，71 个国家的外国直接投资的立法进行了 208 项修改，90% 以上是为外资创造更为有利的条件的。[12]

四、俄罗斯及中东欧国家外资政策与立法

自 20 世纪 60 年代后期一些东欧国家已开始利用外资，相继制定了外资法或合营企业法，通过与西方公司、企业举办合营企业，引进外资和技术，加速本国经济建设。前南斯拉夫是东欧第一个允许外国私人直接投资者在国内举办合营企业的国家。罗马尼亚于 1972 年颁布了《关于建立和组织合资公司法》，匈牙利于 1979 年颁布了《关于建立外资参与的合营企业法》，1988 年颁布《外国人投资法》及《经济组织法》（均于 1989 年生效）。前捷克斯洛伐克于 1985 年制定第一部外资法，1989 年颁布《外国资产参股企业法》。保加利亚于 1980 年制定《合营企业法》，1989 年制定新法《境内外国公司与混合公司经济活动法》（关于经济活动第 56 号法令第 5 章《关于保加利亚法人同外国法人与自然人间经济合作的规定》）。前苏联也于 1987 年制定了合营企业法。

然而，自 1989 年后，苏联及东欧国家发生了巨变，苏联解体而形成以俄罗斯为首的独联体，东德与西德实现了统一。这些国家在政治上实行改革，经济上转而采用市场经济体制。随着政治和经济的剧变，俄罗斯及中、东欧国家的外资政策和外资立法也相应地发生了很大的变化。为吸引外资，它们纷纷制定了新的外资法。例如，俄罗斯于 1991 年 7 月 4 日颁布了《俄罗斯联邦外国投资法》，该法于 1999 年 7 月又被新的外国投资法所取代；保加利亚 1992 年制定了《关于外国人经济活动和外资保护的法律》，1998 年经修改后更名为《外国投资法》；捷克于 1991 年制定了新的《商法典》；罗马尼亚于 1991 年制定了《关于外国投资的法律》。[13] 这些国家新的外资政策和外资立法有以下几个主要特点：

第一，放宽了外资进入的限制。俄罗斯和中、东欧国家现在均允许设立由外国公司拥有全部股权的子公司，而不再要求仅采取合营企业的形式，虽然有些部门仍然禁止外国投资（如国防、能源、国内电信和银行），但在其他部门的投资已经放

---

[12] UNCTAD, World Investment Report 2002.

[13] See Darid E. Birenbaum, Business Ventures in Eastern Europe and Russia (1992); "So You Want to Invest in Russia? A Legislative Analyses of the Foreign Investment Climate in Russia," 5 Minnesota Journal of Global Trade 123 (1996); Cheryl W. Gray & William W. Jarosz, "Law and the Regulation of Foreign Direct Investment: the Experience from Central and Eastern Europe," 33 Columbia J. of Trans. L. 1 (1995). See also Russia: Federal Law on Foreign Investment in the Russia Federation, 39 I. L. M. 894 (2000).

宽。此外俄罗斯等国允许外国企业参与其国有企业私有化,允许外国企业收购某些国有企业。[14] 俄罗斯1999年的新外资法对外国投资企业的设立采取登记制。

第二,加强对外国投资的保护。为减少外国投资的风险,这些国家的外资法均对外资提供保护。例如保护外资不受国有化的影响,若在特殊情况下为了社会公共利益实行征收或国有化,则保证给予补偿;保证外国投资者所取得的收益汇出国外,等等。俄罗斯的外资法还保证给予外国投资者以与俄国人相同的财产权和投资权,排除差别待遇,也即实行国民待遇。俄罗斯1999年的外资法还保证外国投资者和外国投资公司不受联邦立法不利变化的影响。

第三,给予外国投资以特殊鼓励。为吸引外资,这些国家都采用了税收优惠或鼓励措施。例如,俄罗斯对外资给予关税及货物、服务进出口优惠,对"自由经济区"的外国企业还给予特殊优惠。中、东欧的一些国家则对外国投资者采取了各种减免税措施。

近年来,流向中、东欧的外国直接投资增长迅速,该区域2001年占世界外国直接投资流入比例的3.7%。[15] 俄罗斯联邦是这个地区最大的资本输入国。

五、我国的外资政策与立法

新中国成立后至"文革"前,由于以美国为首的西方国家对中国实行孤立,堵塞了我国通向世界的道路,当时只能向社会主义的苏联、东欧国家开放,进行经济交往。而到1960年7月,苏联又单方面决定撤走全部在华专家,撕毁几百个协议、合同,采取孤立中国的立场,使我国同苏东国家的合作途径也为之阻塞。继则十年"文革",这种国内形势造成了闭关自守的局面,使自己孤立于世界。直到1979年中共十一届三中全会,决定实行对外开放政策,采取多种形式利用外资和国外先进技术和管理经验,以加速社会主义现代化建设。我国自1980年以来,相继建立了深圳、珠海、汕头、厦门和海南省5个经济特区,开放了沿海14个港口城市,建立了沿海经济开放区,1990年又宣布在上海建立浦东经济开发区,形成沿海开放地带。对外开放的范围,正由南向北逐步推进,对外开放的深度,正由东向西纵深发展,已形成了全国规模的外引内联、东西相贯、南北并进的多层次、全方位的对外开放的新格局。随着改革开放的深化,我国不断改善和优化软硬投资环境,并逐步完善涉外经济立法和外资立法,自1979年以来相继制定颁布了中外合资经营企业法、中外合作经营企业法、外资企业法、外商投资企业所得税法等一批外资法规,运用法律手段来调整和管理外国投资。在我国对外开放环境下,外国投资在中国不仅大

---

〔14〕 俄罗斯1994年私有化规划将国家产业分成五种:禁止私有化的产业,须经联邦政府批准或经国家财产委员会批准才可实行私有化的产业,由当地政府控制的产业,以及须强制实行私有化的产业。

〔15〕 联合国贸发会议:《2002年世界投资报告》。

有拓展前景，而且其合法权益受到中国法律的保护。三十多年来，我国利用外资已取得了长足的发展和举世瞩目的成就，并有效地保证了我国对外经济发展战略和社会主义现代化建设目标与外资政策的实现。

（一）我国外资法体系

我国外资法不是采取统一立法形式，而是由各种专项立法及相关的单行法律、法规相互联系综合而形成的一个外国投资法体系，即包括纵向层次和横向联系的各项专门法律和相关法规、规章而形成一个有机的和系统的外资法体系。从法律结构来看，可分为三个层次，即最高规范——宪法性规范、国家专项单行立法与地方性法规。从法律的内容来看，既包括私法性规范，也包括公法性规范；既包括实体法规范，也包括程序法规范。这一法律体系的层次结构是属于国内立法范畴，也是我国外资法的主体结构。但我国对外签订的投资保护协定中的有关规定，对国内外资立法也有一定的补充和保证作用。我国外国投资法体系的层次结构，简述于下。

1. 宪法性规范

这是第一层次立法。我国宪法序言宣示："中国坚持独立自主的对外政策，坚持相互尊重主权和领土完整、互不侵犯、互不干涉内政、平等互利、和平共处的五项原则，发展同各国外交关系和经济、文化的交流"，从而肯定了我国发展国际经济交往和合作，以及利用外资的基本方针和原则。我国宪法第18条进一步规定了利用外资举办企业的形式，并规定外国投资和外国投资者的合法权益受中国法律的保护。这是从根本法上肯定对外商投资企业的法律保护，是我国外资法体系的最高层次，是我国外资立法的最高法律依据。

2. 国家专项单行立法

这是第二层次立法，是中央一级立法，指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，以及经全国人民代表大会授权国务院及其所属部根据宪法和法律制定的行政法规、国务院部门规章。根据第六届全国人民代表大会第三次会议决定，授权国务院对有关经济体制改革和对外开放方面的问题，必要时可以根据宪法，在同有关法律和全国人民代表大会及其常务委员会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下，制定暂行的规定或者条例，颁布实施。关于外商投资的专项法律及相关法律、法规，已有一百多件，其内容包括外商投资方式及其企业形式（如中外合资经营、中外合作经营、外资独资经营及开发自然资源的中外合作生产）、经济特区立法等专项立法以及关于涉外税收、工商行政管理、劳动管理、外汇管理、海关、进出口管理、信贷、专利、商标等技术引进相关法律、法规。这些法律、法规属于外商投资企业法的基本层次。此外，民法、经济法、民事诉讼法、公司法、土地法、资源法、商品检验、劳动保护、工会等有关立法涉及外商投资的规定，也属这一层次的立法。三十多年来，随着经济改革的深化和对外开放的扩大，我国关于外资的法律、法规

和规章也在不断地修改和完善,特别是在我国入世前后,我国的外商投资企业基本立法都做了必要的修改,与 WTO 有关协议的规定保持了一致。

3. 地方性法规

这是第三层次立法。我国宪法规定,省、直辖市、自治区人民代表大会及其常务委员会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案或批准生效。经批准计划单列的城市,也可根据当地需要制定地方性法规,报省、自治区人民代表大会常务委员会批准生效。现各省、直辖市、自治区制定的地方法规中已有不少关于外商投资的法规。

以上三个层次的法律、法规,上下结合,形成了我国外商投资企业法的完整的体系。

(二)我国外资政策与立法的特点

我国外资立法是我国外资政策的体现。我国是社会主义市场经济国家,又是发展中国家,因而,在外资政策和外资立法上,兼有社会主义国家和发展中国家外资法的共同特点,并具有中国的特色。

1. 坚持平等互利,确保中外双方权益

在国际经济交往中坚持平等互利,是现代国际法的基本原则,也是我国宪法及外资立法的基本方针。平等原则首先表明在外国投资关系上,坚持资本输出国与资本输入国国家主权平等,并在这一基础上相互保障投资者受到所在国的公平对待。没有国家主权平等这一前提,内外投资者就不可能实现真正的平等。其次是当事人法律地位的平等。中外双方在法律上权利与义务相应对等,是一切民、商事关系的基础,从而,在我国法律上外国投资者及中方投资者均受到同等法律保护,合营、合作双方都有依出资比例平等参加经营管理的权利,企业重大事务与争议的处理,由中外双方平等协商解决。我国法律还规定,投资合同、协议、章程显属不公平,损害合营一方权益者,不予批准。任何一方不得强迫另一方接受片面性义务条款。

互利与平等是相辅相成的,没有平等,就谈不上互利。资本增值,是国际资本运行的基本规律,因此,互利原则既要保护外国投资者的利益,要使外国投资者有利可图,有钱可赚,同时也要保护中方投资者的利益。只有保护双方的权益,才能达到利用外资的目的。我国法律规定中除了原则性地规定中国政府依法保护外国合营者、合作者、外资企业的外国投资者的投资、利润和其他合法权益外,其他关于税收优惠、利润分配、资本回收、征用补偿,内外销比例等方面的规定,都反映了平等互利的原则。

2. 鼓励与限制相结合,重在鼓励与保护

与其他国家一样,我国外资法对外资也是鼓励与限制相结合,但重在保护。我国法律关于保护外国投资者及其企业财产的安全、保障外国投资者原本及利润等

的汇出、保障外商投资企业的经营自主权、合理解决投资争议等方面，都有较为详尽的明确规定。同时，对外国投资者和外商投资还规定许多较为优厚的鼓励和优惠措施，如税收优惠、关税减免等，对产品出口企业和先进技术企业和经济特区及经济技术开发区还给予特别鼓励，不但在税收、土地使用费和其他费用上，而且在资金融通、物资供应、产品进出口、市场开放等各方面均给予优惠。通过这些优惠措施，有力地保护了外国投资者的合法利益，增加了对外国投资的吸引力。

3. 参照通行的国际惯例，履行我国承担的条约义务

我国外资立法在维护国家主权和利益的基础上，适当参照合理的国际惯例，使我国外资法在一些规定上和国际通行做法、国际商业惯例趋于一致。这既有利于国际经济交往的顺利发展，又易于为外国投资者所接受，发挥其投资活动的积极性，而且参照国际惯例，还可弥补我国外资立法的不足。譬如我国外商投资企业法中规定的支持外商投资企业按照国际上先进的科学方法管理企业，自主经营，不受外来干涉；外商可以在国际金融市场筹措资金，借入外汇贷款；外商可以从国外购进原料、设备；在发生争议时，中外双方可以协商选择在中国仲裁，也可在外国仲裁机构仲裁；在法律适用上，当中国法律没有规定时，则适用国际惯例等，都充分反映了这一原则。同时，中国在加入 WTO 后，又对外资法作了修改，取消了一些与 WTO 协议不一致的规定，使中国的外资法与 WTO 协议的规定保持一致。

第二节　外资进入的条件

外国投资者向一国投资时，首先遇到的问题是，该国允许接受什么样的投资，可以向哪些部门投资，这些投资应符合什么条件，各国外资法一般对此作了明确规定。

一、外资的定义和资本构成

一般来说，外国资本是指从境外输入的任何形式的资本。但不同的国家对什么是外资有不同的规定。大多数国家外资立法中所规定的外资，是指具有外国国籍的自然人、法人或非法人实体所进行的投资，也有的国家将本国内其他法域或地区的自然人或法人所进行的投资也看做外国投资，如我国港澳台同胞在大陆的投资就看做外资。还有的国家把由外国资本控制的内国投资者所进行的投资看做外国投资。例如，墨西哥 1993 年的外资法对外资的定义，既包括外国投资者投入墨西哥公司中的资本，也包括由外资占多数股权的墨西哥公司所作的投资。[16]

外国投资的资本构成，又称出资方式，一般包括外币现金，机器、设备、原材料等实物，专利权、商标权等工业产权和其他权利等，既包括有形资产，也包括无形资

---

[16] See Mexico: Foreign Investment Act of 1993, 33 I. L. M. 207(1994).

产。例如,智利1974年外资法规定投资资本的形式包括:(1)可自由兑换的有价证券或本国通货;(2)固定资产;(3)动物、矿物、植物等物品;(4)各种形式的易于资本化的技术;(5)各种形式的劳务。下面对资本构成的各种形式的主要法律问题作一简要分析。[17]

(一)现金

现金是外国投资最常见的资本形式之一,是外国投资不可缺少的重要部分。外国投资者要在东道国投资设厂,必然需要一定数额的现金,用以支付建厂的开支和生产的费用。同时,许多发展中国家本身资金贫乏,利用外资,当然希望有一定数额的现金投入。至于现金在整个投资中所占比例,则须视具体情况确定。一般来说,外国投资者往往希望少以现金出资,多以其他形式出资,而东道国则可能希望外国投资者扩大现金出资额。

外资现金可以是投资者从国外转移投入的可自由兑换的外汇或外币,也可以是可自由兑换的有价证券,还可以是投资者可以汇出国外的投资利润。

外资现金出资通常涉及不同货币间兑换率的确定问题,有的国家外资法对此作了规定,例如我国法律规定,外国投资者用以投资的外币,按其交款之日的我国牌价折算成人民币或约定的外币。

此外,在合营企业的情况下,合营各方必须以其自己所有的现金出资,任何一方不得用合营企业名义取得的贷款作为出资,也不得以合营企业或合营他方的财产和权益为其出资担保。

(二)有形资产

各国外资法一般都允许以有形资产投资。有形资产包括的范围很广,如机器设备、原材料、零部件、建筑物、厂房等。有形资产作为出资通常涉及作为出资的条件、所有权、作价等问题。

1.有形资产作为出资的条件

有些国家外资法对以有形资产出资的条件加以限定,以防止外国投资者借此向东道国抛售旧商品,搭卖投资项目所不必要的商品或东道国能够生产的商品,或作价过高,损害东道国的利益。例如埃及1974年外资法规定,作为投资的实物必须是出于实际需要、是新的具有现代技术发展水平的。苏丹1980年《投资鼓励法》也有类似的规定。

我国现行《中外合资经营企业法实施条例》规定,外国合营者作为出资的机器设备的物料,应当是合营企业生产所必需的,同时,作价不得高于同类机器设备或其他物料当时国际市场价格。外国投资者用于投资的设备必须是确实适合我国需要的先进设备,如果有意以落后设备进行欺骗,造成损失的,应赔偿损失。外国合

---

[17] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第325~335页。

营者作为出资的机器设备或者其他物料，应当报审批机构批准。

2. 有形资产作为出资的权利担保

出资的权利担保是指投资者对其用以出资的有形资产须享有合法的权利，没有侵犯任何第三者的权利，任何第三者都不会就作为投资者出资的有形资产向合营企业主张任何权利。投资者作为出资的权利担保主要包括三个方面的内容：第一，投资者保证对其作为出资的有形资产享有所有权；第二，投资者保证其作为出资的有形资产不存在任何担保物权，如抵押权、留置权等；第三，投资者保证作为出资的有形资产没有侵犯他人的权利，如商标权、专利权等。我国法律对此也有特别规定，例如，《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第2条规定，[18]凡是以实物作价的出资，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。这一规定旨在避免作为投资者出资的有形资产（实物）权利担保上的瑕疵。

3. 有形资产作为出资的作价

外国投资者以有形资产作为出资时，作价问题十分重要，因为其作价不但涉及有关有形资产的价格，而且还要作为股权，计算在注册资本的比例之中，在整个合营期限之内，按这一比例分配管理和控制企业的权利，分享利润和分担亏损。正因为如此，有些国家外资立法对此都作出了明确规定，其中，主要是关于由谁来确定有形资产的价格，以及怎样确定有形资产的价格的规定。

各国外资法主要规定了三方面内容：第一，在估价的主体方面，有政府机关（如菲律宾投资局、智利的外国投资委员会）、有专家（如波兰原外资法的规定）或由合营双方确定（如中国、古巴的规定）；第二，在计价货币方面，大致有三种：东道国货币、可自由兑换货币或商定的货币；第三，在计价标准上，大致有：国际市场价格（如韩国）、双方同意的估价基础的价格（如古巴）等。我国规定作价由合营各方按照公平合理原则协商确定或由合营各方同意的第三者评定，但外国合营者作为出资的机器设备或者其他物料的作价，不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格。

（三）工业产权和专有技术

工业产权是专利权（包括发明专利、实用新型专利、外观设计专利等）与商标权（包括商品商标、服务商标等）的统称。专有技术（know-how），又称技术诀窍或技术秘密，是一种可以转让和传授的、公众所不知道并且不取得专利权的技术知识，其内容主要包括制造工艺、材料配方，以及经营管理秘诀等。资本输入国之所以要吸引外国私人投资，允许其在东道国投资设厂，其中的重要原因之一就在于吸

---

[18] 根据国务院2014年3月1日发布的关于废止和修改部分行政法规的决定，《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》已于2014年3月1日废止。为防止有形资产出资的所有权瑕疵，合营当事人可在合营合同中加以规定。

收伴随资金而来的工业产权和专有技术。工业产权和专有技术作为出资的一种方式时,主要涉及以下法律问题。

1. 工业产权和专有技术作为出资的条件

各发展中国家为了更好地吸收包含在外国投资中的工业产权和专有技术,往往在其外资法中规定了一些条件,而且,这些条件往往和东道国设立外商投资企业的目的相一致。例如,我国的《中外合资经营企业法》第5条规定,外国合营者作为投资的技术必须确实是适合我国需要的先进技术,修订后的《实施条例》第25条规定,工业产权和专有技术作为出资的,必须符合下列条件之一:(1)能显著改进现有产品的性能、质量,提高生产效率者;(2)能显著节约原材料、燃料和动力者。这些规定与申请设立合营企业的要求也相一致。

此外,考虑到技术资本化可能产生的副作用,有的国家对技术出资的比例也作了限制。我国外资企业法实施细则曾规定,技术出资的比例不得超过企业注册资本的20%。[19]

2. 工业产权和专有技术作为出资的权利担保

外国投资者对其作为出资的工业产权和专有技术必须享有所有权。前述《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》第2条特别规定:凡是以工业产权和专有技术作价出资的,出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。因此,仅仅对工业产权和专有技术拥有使用权是不能作为出资用来入股的。

《中外合资经营企业法实施条例》规定,外国投资者以工业产权和专有技术作为出资的,应提交该工业产权和专有技术的有关资料,包括专利证书或商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特性、实用价值、作价的计算根据、与中国合营者签订的作价协议等有关文件,作为合营合同的附件。

3. 工业产权和专有技术作为出资的作价

多数国家的外资立法将有形资产和工业产权和专有技术的作价放在一起规定,主要涉及作价的主体、作价的货币和作价的标准,而且二者是一致的。我国《中外合资经营企业法实施条例》规定,合营各方以建筑物、厂房、机器设备或其他物料、工业产权、专有技术作为出资的,其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定,或者聘请合营各方同意的第三者评定。外国合营者作为出资的机器设备或者其他物料、工业产权或者专有技术,应报审批机构批准。

以上是对于外国投资者常采用的三种出资方式所涉及的主要问题所做的分析。其实出资方式远不止上述三种。各国之间所签订的双边投资促进和保护协定以及各国的外资立法还规定了其他的出资方式。常见于双边投资保护条约中的出资方式还有:动产和不动产的所有权以及其他物权,如抵押权、留置权、质权、用益权等;

---

[19] 2014年2月28日国务院关于废止和修改部分行政法规的决定已删除了这条规定。

用于创造经济价值的金钱请求权或是有经济价值的行为请求权;版权、工艺流程、商标和商誉;特许权,包括勘探、开采和提炼的特许权。此外,根据有关国家的外资立法,债券、证券(阿根廷外资法)和劳务(智利外资法)也可以作为出资形式。

必须注意的是,无论以何种形式出资,都必须按期缴资。出资额的缴付十分重要,这有别于贸易。在贸易中,交货时间延迟只影响到一次买卖,而作为出资,其交付时间延迟,会使合营企业难以如期实现投资项目,延长企业投资前的建设期,会降低企业的经济效率并使他方投资者的利益蒙受损失。因此,外商投资企业的合同中,应明确规定出资额的缴付期限以及在规定的期限内不缴清或不缴付的责任。

二、投资范围与投资比例

各国外资法一般都明确规定外国投资范围,并以出资比例的规定来明确外国投资的参与程度。外国投资者必须在这些限定的条件和范围内进行投资。

(一)外国投资范围

外国投资的范围是指允许外国投资的行业部门。资本输入国为了确保外国投资有利于东道国的经济发展,必须对外国投资的范围加以规定。一方面,将关系到国家安全和重大利益的、关系到国计民生的行业和部门,保留在政府和本国国民手中;另一方面,将外资引导到本国亟待发展的行业和部门,使外国投资与本国的经济发展目标保持一致。因此,世界各国法律都有关于投资范围的规定,即规定禁止、限制、允许或鼓励外国投资的部门。

由于各国的国情不同,各国外资法中关于投资范围的规定也不尽相同。有的国家明确规定了不对外国投资者开放的行业,有的国家则规定允许和鼓励外国投资的行业,有的国家仅作原则性规定,有的则具体列举有关行业。而且发达国家与发展中国家的规定也有很大差别,发达国家一般禁止或限制的行业少,发展中国家不开放的部门较多。

我国对于外商投资方向的规定,以前散见于有关的外商投资企业法中,缺乏明确性和系统性。这种做法已不能适应我国利用外资的实际需要。为了指导外商投资方向,使外商投资方向与我国国民经济和社会发展规划相适应,并有利于保护投资者的合法权益,根据国家有关外商投资的法律的规定和产业政策的要求,国家计委、国家经贸委、对外贸易经济合作部于1996年6月20日发布了《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》。中国加入WTO后,国务院于2002年2月发布了《指导外商投资方向规定》,国家计委、国家经贸委和对外经贸部于2002年3月发布了新的《外商投资产业目录》,取代了以前发布的《指导外商投资方向暂行规定》和外商投资产业目录。依《指导外商投资方向规定》,外商投资项目分为鼓励类、允许类、限制类和禁止类四类。鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目,列入《外商投资产业指导目录》,不属于上述三类的,为允许类外商投资项目,允许类外商投资项目不列入《外商投资产业指导目录》。此外,《外商投资产业

指导目录》可以列明不允许外商独资经营以及应当由国有资产占控股地位或者主导地位的外商投资项目。《外商投资产业指导目录》分别于2007年、2011年修订。

1. 禁止外资进入的行业

无论是发达国家还是发展中国家,都有些部门不对外开放。这些部门通常是关系到国家安全,或影响人民日常生活,从而涉及公共利益的关键部门。

从发展中国家来看,一般来说,战略性或极其重要的,支配国家经济命脉的公用事业、认为国内能力或国内生产已经充足的部门,以及可通过中小企业或可在"极小或家庭部门"进行的行业,是保留给本国投资的。[20] 这一般包括下列部门:公用事业、航空、内陆运输、电讯、国际与武器弹药、批发、小宗贸易和零售、印刷、无线电、电视、商业银行、原子能、石油、保险和投资银行、进出口等。当然,这并不是说每个发展中国家都禁止在这些部门中的外国投资,一般只是根据本国情况决定某几种或某些部门不对外开放。如印度尼西亚外资法规定,对于国防有重要意义的领域,特别是武器、弹药、炸药以及军用器材的生产,完全禁止外国资本进入。泰国禁止向政府专营的武器、烟草、铁道、港口、国内民航等部门投资,巴西禁止外资在航空、沿海航运、新闻、电力渔业等部门投资。

相对而言,发达国家禁止外国投资的范围较小,主要包括公用事业、交通、矿业、银行、国防、原子能等。但各国的规定也不尽相同。有的国家规定,除非基于国际协定或国家间互惠待遇,外国人或外控企业不得进入某些行业,如法国对出版业、铁路运输业、汽车出租业等,挪威、瑞典和瑞士对国际空运,加拿大对银行等,就是这种情况。

我国《指导外商投资方向规定》第7条规定,属于下列情形之一的,列为禁止类外商投资项目:(1)危害国家安全或者损害社会公共利益的;(2)对环境造成污染损害,破坏自然资源或者损害人体健康的;(3)占用大量耕地,不利于保护、开发土地资源的;(4)危害军事设施安全和使用效能的;(5)运用我国特有工艺或者技术生产产品的;(6)法律、行政法规规定的其他情形。《外商投资产业目录》则进一步列举了禁止外商投资的产业。

2. 限制外国投资的部门

限制外国投资的部门,主要是指限制外资在某些部门中的股权比例(占少数股权),有时还涉及对董事会成员的国籍和住所地的限制。有些国家还有针对不同部门的、特别适用于或针对外国投资者的标准、机构设立或管制性审批方面的要求。

发达国家在某些部门,特别是在服务部门,对外国投资存在着不同形式的限

---

[20] 联合国跨国公司中心:《跨国公司在世界发展事业中的作用(第三次调查)》(1983),中文版,第67~68页。

制。这些部门包括银行、保险、通讯、国家运输、农业、自然资源开发等。据统计，所有的经合组织成员国对在特定领域中的新投资，以及对空运和海运的投资都有限制。[21] 有9个国家（澳大利亚、加拿大、芬兰、希腊、日本、葡萄牙、西班牙、瑞典和美国）对采矿或自然资源开发予以限制；有18个国家（包括澳大利亚、奥地利、加拿大、芬兰、法国、德国、希腊、意大利、荷兰、新西兰、挪威、西班牙、瑞典、瑞士、土耳其、英国和美国等）限制外控企业从事银行或金融服务；另有8个国家对无线电和电视广播或出版部门予以限制；还有7个国家对在农业或渔业的投资加以限制；有11个国家限制对与国防有关的工业部门的投资。

发展中国家一般对那些十分重要的行业部门，或在本国已有一定发展基础，需要重点保护的行业的外国投资予以限制。例如，印度尼西亚外资法规定，凡对国家至关重要的事业、企业并关系到多数国民的生命者，如港湾、公用发配电、通讯、海空运输、公用铁路等，不允许外资全面控制。泰国对农业、畜牧业、林业的加工行业的投资也有限制。凡属限制外国投资的部门，外资一般只占少数股权，而且须经严格审查。不过，近些年来发展中国家已逐步放宽了某些行业对外资的限制。

我国《指导外商投资方向规定》第6条规定，属于下列情形之一的，列为限制类外商投资项目：(1)技术水平落后的；(2)不利于节约资源和改善生态环境的；(3)从事国家规定实行保护性开采的特定矿种勘探、开采的；(4)属于国家逐步开放的产业的；(5)法律、行政法规规定的其他情形。《外商投资产业指导目录》可以对外商投资项目规定“限于合资、合作”，“中方控股”或者“中方相对控股”。中方控股是指中方投资者在外商投资项目中的投资比例之和为51%及以上；中方相对控股则是指中方投资者在外商投资项目中的投资比例之和大于任何一方外国投资者的投资比例。

3. 允许或鼓励外国投资的部门

许多国家外资法明确规定了允许和鼓励外国投资的部门，即确定外国投资的重点领域，引导外资流向有利于本国经济发展的行业。

从发展中国家的实践看，其做法主要有两种：一是确定重点或目标，划定一个大致的范围，而不具体列举行业，凡符合法定重点或目标的，均属允许或鼓励的行业。发展中国家引进外资的主要目标有：为超出国内能力的大规模复杂项目吸引资金，引进先进技术、替代进口、增加出口创汇，增加就业机会和培训国民，等等，符合这些目标的，均可投资。二是根据本国经济发展目标，明确规定允许和鼓励外国投资的部门。这些部门主要是新兴产业部门、面向出口和进口替代的工业等。如

---

[21] 联合国跨国公司中心：《跨国公司在世界发展事业中的作用（第三次调查）》（1983），联合国出版物出售品编号：C.83. Ⅱ. A.14（中文版），第88页。

泰国允许在冶炼、食品、机械、石油化工、皮革、汽车等行业投资。新加坡则鼓励外资向炼油、钻油设备、电子电器、飞机工业、造船工业等新兴工业或先驱工业投资。有些国家根据其经济发展,逐年公布一份优先投资项目的清单。

在发达国家中,有些国家政府几乎根本不指明重点投资领域,或在把投资引向特定领域方面不进行任何干预,而允许市场力量有较大的自由来决定投资的性质与程度,如美国、英国、荷兰、瑞典、德国等。另外,有些国家政府在指导和管制外国投资方面起着积极作用。例如,日本政府就对工业增长作长远规划,注意有系统地削减被认定是"衰落"的工业部门的生产能力,而把长远规划和支持集中在新兴的或在将来会具有较高增长和竞争潜力的领域。法国的工业政策重视把工业发展引到高级技术部门,支持发展诸如微电子产品、生物部门和宇航等尖端技术领域。其他如奥地利、葡萄牙、希腊、新西兰、西班牙等都列有优先发展的行业。

我国的《指导外商投资方向规定》,将属于下列情形之一的,列为鼓励类外商投资项目:(1)属于农业新技术、农业综合开发和能源、交通、重要原材料工业的;(2)属于高新技术、先进适用技术,能够改进产品性能,提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的;(3)适应市场需求,能够提高产品档次,开拓新兴市场或者增加产品国际竞争能力的;(4)属于新技术、新设备,能够节约能源和原材料、综合利用资源和再生资源以及防治环境污染的;(5)能够发挥中西部地区的人力和资源优势,并符合国家产业政策的;(6)法律、行政法规规定的其他情形。鼓励类外商投资项目,除依法享受优惠待遇外,从事投资额大、回收期长的能源、交通、城市基础设施建设并经营的,经批准可以扩大与其相关的经营项目。此外,产品全部直接出口的允许类外商投资项目,视为鼓励类外商投资项目;产品出口销售额占其产品销售总额70%以上的限制类外商投资项目,经批准可以视为允许类外商投资项目。

必须指出,对外资投向的部门予以限制,对外资是一种差别待遇,但这种差别待遇是合理合法的,因为根据国家主权原则,国家有权决定外资进入及从事经营活动的条件。不过,从发展趋势看,各国对外资准入的限制会越来越放宽。特别是,世界贸易组织体制下服务贸易总协定的达成,通过要求服务业市场准入逐步自由化,加速了放宽外国投资范围及外资准入限制的进程。

(二)外国投资比例

从微观上说,外国投资者与东道国当地合资者之间的投资比例只涉及合营企业利益的分享及管理权的分配。合营各方选择什么样的比例进行合作,均有各自的考虑。外国投资者选择多数股权者地位有种种原因,如取得企业控制权、协调跨国经营的需要、协调跨国销售的需要、保护技术的需要、转移定价的需要、筹资的需要等,而选择少数股权者地位的原因也很多;如减少投资风险、节省资金人员、取得当地企业的"认同"等。这种比例应该由合营企业各方协商之后自由地在合营合

同之中加以规定。但是,这种自由只能在法定的范围之内行使,法定的范围就是由东道国有关外资立法所规定的投资比例。

从宏观上讲,东道国在其外国投资立法中对于外国投资的比例加以规定,实质上体现了东道国对其境内的外国投资的投资方向的控制。这种控制并不是在某一行业完全排除外国人,而是在外商投资企业中增加当地资本的参加。这被广泛使用于资本输入国,因为这有助于促使外商投资企业融于东道国的经济体制,并且有助于开发当地的资本技术。这一方法也为许多发达国家所采用,它们对某些重要行业要求将外国资本控股限制在一定的比例之内。一般来说,对于东道国越重要的行业,要求本国国民和公司控股比例越高。

1. 关于投资比例的几种规定

对于投资比例,各国立法规定不一,大体有两类:

(1)在外资法中规定一个适用于国内一般行业的比例。例如,我国外资法规定外国投资者控股比例的下限为25%,这一比例适用于我国境内外国投资可以进入的一切行业。这类规定还可以作如下几种细分:第一,有上限而无下限。以前许多发展中国家乐于采取合营企业的形式,而且规定外资比例一般不得超过49%,如前东欧社会主义国家外资法多采用49%比51%的比例。有的国家甚至规定得更低,如印度1973年的《外汇管制法》规定,在允许外国资本投资的领域,外资股份一般不超过40%。也有的国家规定的比例高于49%。第二,有下限而无上限。如我国法律规定,外国投资者在企业中的投资比例一般不低于25%,法律未规定外资的上限,那些采用先进技术的企业和产品出口企业,外资可占100%,我国的这一灵活规定,有利于有效地利用外资,若外资所占比例太少,不足以达到利用外资的目的。第三,有上下限,可以在此幅度内自由选择。如土耳其外资立法规定,外国投资的比例可以在10%~49%之间选择。采取这种固定比例限制的做法的,主要是发展中国家,所适用的是一般允许外国投资的行业和部门。

(2)对不同的行业适用不同的比例。一般来说,对于东道国越重要的行业,对于外资控股的比例限制得越低,凡属东道国限制外国投资的行业,外资比例一般只占少数;凡属东道国鼓励的行业,外资比例就高,甚至可占100%。例如,在澳大利亚,外国人单独或联合持有澳银行股份不得超过10%;外资在无线电和电视转播业中不得超过20%,在农牧渔林业则不能超过50%。美国、日本、加拿大等均对不同限制投资的行业有不同的外资比例限制。发展中国家中也有许多国家采取此种做法。例如,墨西哥1993年的外资法规定,在国内航空运输中,外资不得超过25%;在控制金融集团的公司中,外资不得超过30%;在保险机构、财务公司等公司或行业中,外资比例不得超过49%。

若外资在指定为"重点"、"先驱"或"要促进的"行业中投资,外资比例可占多数,或高达100%,许多发展中国家均有此规定。例如,菲律宾允许外资在开创性

行业拥有100%的股权;许多国家允许外资在面向出口的企业中占有全部股权。我国允许外商独资设立先进技术型和产品出口型企业。

2. 当地化

20世纪70年代时一些拉丁美洲国家的国内外资立法和安第斯共同外资法按本国投资者控股比例不同将企业分为三种:本国企业,是指本国投资者控股80%以上的企业;混合企业,是指本国投资者控股在51%~80%之间的企业;外国企业是指本国投资者控股在51%以下的企业。当地化,是指外国企业中的外国投资者必须按投资时与东道国达成的协定,按协议一致的期限和条件,逐步将其股份售给东道国(国营企业或私营企业),直到外国投资者的资本比例减少而转变为本国企业或混合企业。当地化起源于拉丁美洲。在拉丁美洲国家中,玻利维亚、秘鲁和委内瑞拉三国有关当地化的国内立法很有特色,现以玻利维亚为例作一说明。[22]

根据玻利维亚外资立法,只有国内企业、混合企业和正在转化为国内企业和混合企业的外国企业所制造的产品才能享有卡塔赫纳(cartagena)协议之下的项目优惠。根据这一免税方案,在1971年6月30日以前所建立的外国企业应邀与指定的政府机关签订合同,承担逐步转让股份的义务,在此之后建立的外国企业则应在开业时与玻利维亚中央银行签订这类合同。

这类转让股份的合同主要规定两项事项:第一,股份的估价方法;第二,转让股份的安排。转让股份的期限一般不得超过20年,其中生产开始3年之后至少转让股份的5%,协议期限1/3之后,应至少转让股份的10%,协议期限2/3之后,应至少转让股份的35%。在协议期限之内,外国投资者不能购买国内企业国内投资者所拥有的股份,除非该国内企业是一家正在倒闭的企业。

当地化源于拉丁美洲,影响却扩及拉丁美洲之外。一些非洲国家,如埃塞俄比亚、加纳、肯尼亚、坦桑尼亚、乌干达、扎伊尔、赞比亚等国的外国投资立法,也都作出了类似的规定,实行"非洲化"。东南亚各国也深受当地化的影响,要求当地化的规定也出现在东南亚各国有关外资立法之中,例如菲律宾。[23]

根据菲律宾有关外国投资的立法,优先领域中的初创项目之中,外国投资的比例可以高达100%,但是,必须在30年内逐步减少,使菲律宾国民的投资比例达到60%。如果其产品有70%以上可供出口,那么,这一逐步转让期可以延长到40年,情况特殊者,可以延长到50年。属于初创项目的行业有粗钢、石棉、铸造用焦炭、聚丙烯、重型车辆轴承、车床传动带的生产。适用当地化规则的还有一些非初创项目,例如胶合板、椰油、铜矿石、汽车发动机、水表生产和旅游业。

---

〔22〕 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年修订版,第343页;UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations, Vol. 4, p. 124.

〔23〕 参见托马斯·艾伦:《东南亚国家联盟》,新华出版社1981年版,第198页以下。

值得注意的是,20 世纪 80 年代以来,大多数发展中国家在执行其国内股权政策时表现了越来越大的灵活性,逐步放松限制。许多国家已经取消了外资只能占 49% 股份的限制。在采取当地化措施中,也准许有一个合理的时期、合理的步骤,并在股权削减过程结束时,外国股权有一个合理的最低水平,足以让外国投资者在企业管理方面继续发挥有效的作用。有的国家还通过扩大企业资本基础等方法实现外资股权削减,而不单纯通过让投资者撤出投资来实现股权削减。

还须看到,外资对当地子公司的有效控制,不单依靠股权,更重要的是,靠对技术、商标、销售、基本投入物的供应等的控制。因此,发展中国家日益重视既采取措施加强本国经营、管理与技术能力的措施,又着重对这些企业通过法律和规章进行全面的管理,而不是仅仅强调通过股权要求取得企业一级的控制权。

三、外国投资的审查与批准

(一)审批的目的与作用

外国投资的审查与批准,是指资本输入国政府依据一定的程序、标准,对进入本国的外国投资进行鉴定、甄别、评价,并决定是否给予许可的一种制度。审批制度是资本输入国管制外国投资进入的重要手段,为发展中国家和部分发达国家所普遍采用。

实行审批制度,总的来说,其目的是使国家能有计划、有选择、有重点地利用外资,充分发挥外资的经济效益,并使其与国家的经济发展的总体目标保持一致,促进本国经济健康地发展。具体说来,对外资实行审批的作用,主要有如下几点:(1)保证外国投资符合法律规定的要求,适合国民经济发展的需要,与本国的经济计划、优先发展目标相一致。(2)禁止或限制外资进入某些工业部门,将涉及国家安全、国计民生或国民经济关键部门保留给本国政府或本国国民,避免由外资控制这些关键行业和部门。(3)使外国投资有利于东道国的国际收支平衡。外资的进入,其产品的出口、收益的汇出,会影响东道国的国际收支。为使外资有利于国际收支,就必须让外国投资能带进先进技术,增加出口创汇,这就必须对外资能否符合标准予以审查。(4)避免外国投资过分集中于少数经济部门,造成经济畸形发展。外资为了逐利,会竞相投资于有利可图的领域,从而造成国家产业结构失调及整个经济发展不平衡。实行审批制可预先防止和避免这种现象的发生。

可见,审批制是为了规范、控制与管理外国投资,具有积极的作用。当然,审查制对外国投资入境必然会有所限制。因此有人把审查制看做外国投资的障碍之一,认为由于审批机构重叠、手续烦琐、行政效率低以及在审批过程中出现的主观武断甚至严重的官僚主义,不利于吸引外国投资。有的甚至横加指责说,实行审批往往是出于极端民族主义的态度、单纯为了保护国内经济效益不高的企业。这些看法都是片面的。在审批过程中难免会出现这样或那样的缺点和不足,这是可以避免和逐步加以完善的,不能因为执行中有些缺点就否认审批制的必要性。后一

种观点则纯粹是从外国投资者的立场和利益出发的,没有考虑到资本输入国的利益。诚然,实行审批制是对外资入境予以某些限制,但这种限制是正常的、合理的,是一国主权的行使,其合法性是无可非议的,况且,投资审查制本身一般并不会影响该国的投资环境。当然,简化审批手续,提高办事效率,防止官僚主义,健全审批制度,无疑是十分必要的。因为审批程序过于烦琐,尺度过于苛严,则可能带来消极不利的后果,影响外国投资。近二十年来,各国外资法中关于外资审批制都呈现出一种逐步放宽的趋势。

(二)审批机构

负责受理外国投资的审查与批准的政府机构称为审批机构。综观各国外资法,关于审批机构的设置一般有如下几种情况。

1. 设立专门的中央机构

许多国家设有审查和管理外资的专门机构,如澳大利亚的"外国投资审查委员会"、加拿大的"外资局"等。这种中央审批机构,有的是由专职人员负责的,有的是由政府各有关部门的部长组成的(如外国投资委员会),在审查和管理外国投资上有着广泛的权限。

中央审批机构一般负责接受外国直接投资的申请,但审查程序可能涉及其他政府部门和机构,特别的投资项目再提交给由各部和各机构的代表组成的委员会。在某些国家中,审查机构有相当的自主权,它配有各种专业班子,以便审查各项投资的各个方面,并作出是否批准的决定。如菲律宾的投资局就既负责各项审查工作,又决定是否予以批准。在另一些国家,中央审批机构主要起协调作用或最终决定作用,主要的评审工作是由政府的有关专门部门或机构进行的。智利、印度、墨西哥等国属于这种情况。[24] 智利外资法规定,外国投资委员会是代表智利国家决定本国已建企业或拟建企业接受外资的唯一审批机关,其成员由有关部的部长组成,下设有常务秘书处,附属于经济开发复兴部,该秘书处的职责之一是,接收、审查有关外国投资的申请及其他提交委员会的审核事项,并提出报告,然后经委员会决定批准。[25]

2. 由现存的有关政府部门行使审批职能

有些国家不设立独立的审查机构,审查和评估外国投资申请的工作是由有关政府部门负责的。通常可能归口主管外资审批的部门有:经济部、财政部、外贸部、对外经济关系部、经济计划委员会、中央银行或储备银行等。

---

[24] UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations (1983), Sales No. E. 83. Ⅱ. A. 7. p. 10.

[25] 参见1974年智利外国投资法,载姚梅镇主编:《国际投资法教学参考资料选编》(上册),武汉大学出版社1987年版,第89页。

3. 中央与地方的复合或分级审批机构

有些国家实行复合审批制。如联邦制国家在联邦政府和各州或省政府之间有一定权力划分,有些单一制国家中央和地方有适当的权限划分,在联邦和州或在中央和地方都设有审批机构,按各自的权限和程序审批。例如依据巴西外资法,只有要求取得投资奖励的投资才须经审批。申请取得工业奖励的,须经巴西工业发展委员会批准;申请取得地区鼓励的,则须经相应的地方机构批准。根据我国法律规定,外资审批机构是国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的机关,实行分级审批制,凡投资总额在国务院规定的限度内,建设和生产经营条件以及外汇收支不需要国家综合平衡的,由国务院授权省、自治区、直辖市人民政府审批,其余的则由中央审批机构审批。

无论各国对审批机构怎样设置,都要注意使审批机构具有权威性和高效率,既便于外国投资者确切了解和执行,又能协调各有关部门之间的各种关系和意见,从全局出发,有计划、有选择、有重点地审批外国投资。审批机构应由精干的班子组成,防止机构重叠,尽量减少审批环节,提高办事效率,否则,外国投资者见而生畏,不利于吸引外资。自 20 世纪 80 年代以来,各国新的外资法都更加注重外资审批制度的规范化和效率,审批机构的建制、权限和工作方法也有若干改革,实行一次性审批,进入一个审批中心,就能全部解决有关审批问题。

(三)审批范围

审批程序的建立,并不一定意味着所有外国投资都需要审批。从发展中国家看,有些国家规定,所有的外国投资都需要逐一进行强制性审批和登记。但也有一些国家规定,只有申请取得优惠待遇的外国投资项目才需要经过政府批准,例如巴西、新加坡等国采取此种做法。另一些国家规定,外国投资超过一定数额或一定出资比例的项目才需要审批。如菲律宾规定,需经投资局审批的投资项目为:(1)所有外资比例占 30% 以上的新投资;(2)在已有的外资比例占 30% 以上的企业所作的扩大和增加投资。阿根廷外资法则规定限额以下无须批准,限额以上则需经审批。[26]

发达国家中,有些国家规定所有新的外国投资都要经过事先审批,如奥地利、希腊、葡萄牙等,有的甚至规定对原有的外国控制的企业的直接投资,也须经事先审批。有的国家以外国投资者的身份或资金来源地来决定是否审批,如法国和加拿大。法国 1980 年修改了审批程序,大致上区别对待来自欧洲共同体国家的投资和来自非欧共体国家的投资,前者一般只需预先申报,后者则要求事先批准,但两者都有例外。还有的国家以一定的投资额度、投资的行业等作为是否须经审批的条件。如加拿大 1985 年外资法规定,凡非加拿大人直接取得资产在 500 万加元以

---

[26] UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations(1983), Vol. II.

下的加拿大控制权的,或间接取得其资产在5000万加元以下的加拿大企业控制权的,这种外国投资只需申报,无须批准,超过此数额以上的,则非经审批不能生效。在澳大利亚,凡在特别限制的行业中新的投资,在新企业中500万澳元以上的投资等,均须经外资审查局审查。

我国对外国投资采取逐项审查的做法,无论是新设企业还是收购与兼并,不论投资额大小,不论投向哪个行业,均须经政府审批机构审查批准,并根据投资总额的多少,限额以下的由地方或其他授权机关审批,限额以上的由商务部审批。

值得注意的是,2013年我国建立了上海自由贸易试验区,并在试验区里探索建立负面清单管理模式。所谓负面清单管理模式,是在投资范围和领域方面,只列明禁止或限制外资进入的产业目录清单,凡清单未列入的领域均对外资开放。与之相适应,我国现行的外资逐项审批制也需要改革,实行审批与备案相结合,凡列入负面清单的领域仍实行审批制,而未列入负面清单的,则实行备案制。这一做法可为我国外资管理体制改革积累经验。2014年5月17日,国家发展改革委发布了《外商投资项目核准和备案管理办法》(国家发展与改革委员会令第12号),自2014年6月17日施行。根据该管理办法,外商投资项目由全面核准改变为有限核准和普遍备案相结合的管理方式。同时,对外商投资准入管理上探索试行国民待遇,除部分项目外,外商投资项目管理与内资项目一致。

(四)审批标准

根据各国外资法的规定,审批标准大体可分为两种:积极标准和消极标准。

积极标准是指审批机构鉴定外资积极作用的标准。外国投资若满足积极标准之一项或几项,就可能获得批准。一般来说,衡量外国投资是否具有积极作用,要看它是否符合本国经济发展目标。各国的社会经济发展目标不同,其评价外资项目的标准也不尽相同,一般要考虑以下几种情况:(1)对国际收支的影响;(2)所产生的就业机会;(3)先进技术的引进;(4)对当地市场的影响;(5)对经济不发达地区发展的贡献;(6)出口多样化、促进出口和进口替代;(7)对当地雇员培训计划的影响;(8)本地物资和零部件的利用;(9)产品价格水平和质量的影响;(10)所投入的经济部门的资本构成状况,等等。

许多国家外资法规定了可予批准的标准,如墨西哥1973年的外资法就规定了一个很长的积极标准清单,达17条之多。加拿大外资法是以外国投资对加拿大是否具有"净利益"(net benefit)作为审批标准的,而评价是否具有"净利益"则要考虑以下6个因素:(1)投资对加拿大经济活动水平和性质的影响,包括对就业、资源开发、加拿大生产的零部件及提供的服务的利用、出口的影响;(2)加拿大人参与被并购产业中商业的程度与重要性:(3)投资对加拿大的生产率、产业效率、技术开发、产品更新与产品多样化的影响;(4)投资对加拿大产业内竞争的影响:(5)

投资与国家的产业、经济与文化政策的相容性;(6)投资对加拿大国际竞争力的贡献。[27] 我国原《中外合资经营企业法实施条例》规定,合营企业应符合下列一项或数项要求:(1)采用先进技术设备和科学管理方法,能增加产品品种,提高产品质量和产量,节约能源;(2)促进技术改造;(3)扩大产品出口,增加外汇收入;(4)能培养训练技术人员和管理人员。中国加入 WTO 后,对此条作了修改,仅原则性地规定,设立合营企业,应当能够促进中国经济的发展和科学技术水平的提高,有利于社会主义现代化建设。

消极标准是指不予批准外国投资的条件。例如,我国法律规定,合营企业有下列情形之一的,不予批准:(1)有损中国主权的;(2)违反中国法律的;(3)不符合中国国民经济发展要求的;(4)造成环境污染的;(5)签订的合营协议、合同、章程显失公平,损害合营一方权益的。

有些国家外资法把积极标准和消极标准结合起来,综合考察外国投资的各种因素,积极的和消极的,以决定是否予以批准。

(五)审批程序

1. 初步申请或立项

立项是指将外商投资项目向东道国政府机关呈报并予以说明的程序。立项或初步申请所需要的文件一般包括意向书或申请书、项目说明或经营计划书、可行性研究报告等。依我国有关规定,外商投资项目立项,按项目性质分别由发展计划部门和经贸部的审批、备案。其中,限制类限额以下的项目由省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府的相应主管部门审批,同时报上级主管部门和行业主管部门备案,此类项目的审批权不得下放。

初步申请或立项的效力视不同国家而异,有的只是意向性的,没有法律意义。有的则被法律规定为正式申请的先决条件。我国法律规定,设立合营企业时,项目建议书与初步可行性研究报告经企业主管部门审查同意后,合营各方才能进行以可行性研究为中心的各项工作,在此基础上商签合营企业协议、合同、章程。但对于外国投资者并购境内企业而设立外商投资企业的,则没有立项审查的程序。

关于初步申请或立项的要求,是为了使拟投资的项目符合国家的经济发展计划,具有较好的经济效益和技术优势。如果项目可行,就可继续进行其他准备工作,如果不具可行性,就不予批准,避免在此项目上花费人力和物力。因此,这一程序具有初步审查的性质。

初步申请或立项的程序只是在审批程序较为严格的国家里实行,许多实行有条件的审批的国家,外资项目的申请审批是一次性的,而无须审批的外资只要申报或备

---

[27] See Investment Canada Act, R. S. C, 1985, C. 28 (1st Supp), Act current to 2013 - 09 - 16 and last amended on 2013 - 06 - 26.

案就可以了。申报是投资者向主管外资的机构依法呈送各种文件、数据、信息,以备其研究、监督和管理的一种程序,一经申报,无须批准,经一定期限后自动有效,但申报一般仍是法定的必要程序。

2. 正式申请

依各国审查程序,外国投资项目须正式向审批机关提出申请。申请时须提交相当详细的有关投资的资料,以便审批机构作出正确评价。这些资料的主要内容一般包括:(1)拟建立的企业以及拟生产的产品性质;(2)财务计划,说明外国资本和当地资本的数额;(3)生产计划,说明年产量和产值;(4)劳务计划,说明劳务的组织和准备提供的劳务量和价值;(5)企业所有人、管理机构、当地控制和外国控制的比例及股东;(6)所需的机械与设备,其来源和费用;(7)进出口计划,预期的进出口数额;(8)使用当地物资、雇用和培训当地人的规划;(9)拟生产的产品的国内市场和出口市场的前景;(10)产品价格、预期利润和利润率,等等。[28]

至于各国要求在申请时提交哪些资料,规定不尽一致。我国《中外合资经营企业法实施条例》规定,申请设立合营企业,须报送下列正式文件:(1)设立合营企业的申请书;(2)合营各方共同编制的可行性研究报告;(3)由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程;(4)合营企业董事长、副董事长、董事人选名单;(5)审批机构规定的其他文件。对于外国投资者并购境内企业设立外商投资企业的,投资者应向审批机关报送的文件包括:被并购境内公司同意外资并购的股东决议,或境内企业产权持有人或权力机构同意出售资产的决议;设立外商投资企业的申请书;拟设企业的合同、章程;股权购买或资产购买协议;被并购企业的最近财务年度的财务审计报告;在资产并购情况下,被并购境内企业通知、公告债权人的证明;投资者的身份证明文件或开业证明、资信证明文件;被并购境内企业职工安置计划等。

实践表明,审批机构审查外资项目的效率,在很大程度上也要取决于投资者是否提供了充分、全面的资料。只有充分提供了审查所需的全部资料,才有利于对外国投资进行实质审查。

3. 审查与批准

对外国投资的审查,可分为程序上的审查和实质性的审查两种。

程序上的审查是指审批机关接受投资申请后,对投资计划与项目、投资者的资信与身份、投资协议、合同和章程,可行性研究报告、工业产权证明文件及其他必要文件,进行审查,以查明送审文件是否齐备,内容是否符合法律要求,申请是否符合法定程序。

实质性的审查则是指审查投资的经济效益对东道国经济发展目标和国家利益

---

[28] UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations(1983), p. 11.

的关系。实质审查时,以法定的积极标准或消极标准为准绳,对外国投资进行甄别、评估,以决定是否批准。

审批机构在对外国投资申请进行程序上审查和实质性审查之后,应在法定期限内决定批准或不批准。至于法定期限多长,各国规定不尽一致,如加拿大为收到申请书之日后45天,而新加坡一个项目审批全过程只需10~20天。审批期限应根据各国情况合理确定,期限过长不利于提高办事效率,不利于吸引外资,期限过短可能会造成草率行事,达不到审查的目的。一般来说,在45天至3个月内较为合适。我国法律规定,设立合营企业与外资企业的法定审批期限为90天,设立合作企业的审批期限则为45天。外国投资者并购境内企业设立外商投资企业的,审批期限一般为30天。

此外,有些国家外资法规定,外国投资经审批后需要予以登记。例如拉美国家大多有此要求。我国法律规定,设立外商投资企业的申请批准后,应当自接到批准证书之日起30天内向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。

必须注意到,简化审批程序是改善投资环境的重要环节之一。若审批环节过多、程序烦琐,虽可避免审批过程中的草率,稳妥地引进外资,但会使外资审批项目久拖不决,使投资者失去耐心和信心,从而影响投资环境。因此,各国新订外资法一般对此予以改进。

(六)审批的法律效果

对外资的批准,给外国投资者和东道国双方都会带来一定的法律后果。在东道国方面,批准的直接后果一般包括:(1)承认该项外国投资合法有效,可依法获得保护;(2)给予外商及外资项目以法定的优惠待遇,如享受国民待遇、享有税收减免等优惠待遇;(3)给予必要的保证和支持。例如,在计划经济体制国家和实行外汇管制的国家,外资项目的批准还涉及资源配给、物资供应、提供国内市场、外汇配给、土地使用等一系列后续工作,政府必须调整或制定有关经济计划以保证该外资项目能顺利进行。[29]

对于外国投资者来说,投资项目的批准,首先意味着外国投资者及其投资因此在东道国获得合法地位及享受投资保护与优惠待遇的权利,同时意味着承诺按申请的条件履行其义务,接受东道国法律的管辖,受东道国政府管理和监督。

但必须明确的是,除极个别国家有明确规定外,批准并不构成东道国与外国投资者之间的契约关系,东道国政府并不因批准而成为投资契约的当事人。在埃及与南太平洋财团仲裁案中,南太平洋公司就曾以埃及旅游部部长在协议上签有"批准、同意和认可"为由,声称埃及政府已成为合同的当事人,要求埃及政府对合同的终止予以赔偿。国际商会仲裁庭作出了对南太平洋公司有利的裁决。埃及政

---

[29] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第551~553页。

府向巴黎上诉法院和法国最高法院上诉,法国法院认为,埃及政府批准合同并不表明政府成为合同当事人,从而作出对埃及有利的判决。[30]

四、外资并购的国家安全审查制度

与"绿地投资"不同,外国投资者对现存企业进行收购和兼并,可以十分迅速地进入东道国的某一行业、增加其市场份额甚至居于支配或垄断地位。这样,外资购并活动不仅可能导致垄断,而且可能影响国家安全。因此,近些年来,不少国家针对外资并购对国家安全与利益的影响,建立了国家安全审查制度。相对而言,这一制度通常只针对外资并购,并以国家安全利益为审查标准,因此可以说是有别于一般投资审批制的一种特别审查制度。

建立国家安全审查制度的,既有发达国家,也有发展中国家。例如,美国国会1988年通过了埃克森—弗罗里奥修正案(Exon - Florio Amendment),对1950年的《国防生产法》第721节作了修改,作为1988年《综合贸易及竞争法》的一部分(第5021节)。[31] 该修正案规定,如果有确切证据认为外国人对美国进行并购或接管所形成的控制显然有害于美国安全的,总统有权直接禁止该交易,并授权商务部外国投资委员会具体实施。2007年美国国会通过了《外国投资与国家安全法》,再次对《国防生产法》第721节作了 修改,美国财政部又据此于2008年发布了《关于外国人收购、兼并和接管条例》,进一步加强和完善了美国关于外资并购的国家安全审查制度。[32] 德国于2008年通过了《对外经济法》与《对外经济条例》第13次修正案,新增了限制外资并购的内容,规定对于欧盟和欧洲自由贸易联盟以外的投资者收购德国企业25%以上股权的投资项目,德国联邦经济与技术部拥有审查权。如果经济技术部认为该收购项目危害德国公共安全和秩序,则在取得联邦政府同意后可实施两种限制措施:一是禁止或限制投资者在收购后行使股东表决权,即限制外来投资者对德国企业重大事项施加影响;二是取消此次收购,委托财产管理公司将项目恢复到收购前状态。[33] 加拿大投资法、澳大利亚的外资法等也均有关于国家安全审查的规定规定。俄罗斯2008年制定了《俄罗斯联邦关于对保护国防和国家安全具有战略意义的经济实体进行外国投资的程序》,该法于2008年5月生

---

[30] See International Legal Materials, Vol. 22 (1983), p. 752; Vol. 23 (1984), p. 1048; and Vol. 26 (1987), p. 1004. 参见姚梅镇、余劲松主编:《国际经济法成案研究》,武汉大学出版社1995年版,第291~361页。

[31] Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, §5021, Public Law 100 - 418, 5021, 102 Stat. 1425 (1988) (Codified at 50 U. S. C. app. §2170).

[32] See Foreign Investment and National Security Act of 2007, The U. S. Public Law 110 - 49 - July 26, 2007.

[33] 参见德国经商处:"德国针对外资并购修改对外经济法主要内容",商务部网站 http://de.mofcom.gov.cn/article/ddfg/waimao/200810/20081005846295.shtml。

效，正式建立了对外资进入战略性产业的国家安全审查制度。印度、泰国、菲律宾等一些发展中国家外资法也对涉及国家安全的外国投资审查作出了规定。我国为适应利用外资实际需要也对外资并购建立了国家安全审查制度。2007 年全国人大通过的《反垄断法》以及商务部 2009 年发布的《外国投资者并购境内企业规定》，对外资并购的国家安全审查作了原则规定；2011 年 2 月 3 日，国务院办公厅发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查通知》，进一步对国家安全审查制度作出了具体的规定。

（一）国家安全审查的范围

对于何谓“国家安全”，其内涵与外延如何，尚无明确界定。传统上，国家安全通常限定为与国家的国防、军事安全相关利益的。然而，从国际实践发展角度看，这样解释显然已经不能适应实际需要了。联合国贸发会议组织的出版物指出，《牛津英语词典》将国家安全定义为：“国家及其人民、机构等的安全，特别保护其不受军事威胁或间谍、恐怖主义等的影响”，这样，既然国家及其人民的安全是其这一规定的核心，那么，可以合理的主张说，对人民健康和环境的威胁也包括在内，还包括对该国一般政治、经济、金融制度以及国内基础设施和文化传统的威胁。因此，影响国家安全的不仅包括传统的军事威胁、间谍和恐怖主义，而且包括疾病传播、自然灾害、内乱、严重的经济危机以及重要产业受外国控制等。[34] 对于外国投资而言，东道国的国防产业、基础设施、能源、公益事业等重要产业是否会受到外国控制，无疑直接关系到其国家安全。

目前各国法律均未对“国家安全”予以定义或做出具体规定，是否影响国家安全由审查机关根据实际情况自由裁量。至于国家安全审查应该具体考虑哪些因素，有的国家作出了综合性的规定，另有的国家则从战略性产业或敏感产业方面予以考虑。

例如，美国 2007 年的《外国投资与国家安全法》对“国家安全”没有予以定义，但其阐明，国家安全须解释为包括与“国土安全”相关的问题，包括其对关键基础设施的适用。该法明确规定了国家安全审查时应当考虑的因素，除埃克森—弗罗里奥修正案中规定的 5 个考虑因素外，2007 年的新法又增加了 6 个要考虑的因素，包括关键的基础设施、关键技术、外国政府控制、能源和重要资源的长远需求等。关键基础设施，是指那些对美国至关重要的有形或无形的系统（systems）与资产（assets），包括能源资产，这些系统与资产若无力运行或毁损就会削弱美国的国家安全。关键技术是指对国防至关重要的关键技术、关键零部件或者关键技术项目等。外国政府控制的交易，则是指可能导致美国从事洲际商业的人受到外国政府、或受外国政府控制或代表外国政府行事的实体所控制的并购交易。外国投资委员

---

[34] UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, p. 7, UN 2009.

会和总统在考虑这些因素后,对外资并购交易是否影响“国家安全”有自由裁量权。

俄罗斯2008年《关于对保护国防和国家安全具有战略意义的经济实体进行外国投资的程序》法,将7大领域中的42个行业确定为具有战略意义的行业。这些行业主要包括:国防军工、核原料生产、核反应堆项目的建设运营、用于武器和军事技术生产必须的特种金属和合金的研制生产销售、宇航设施与航空器研究、密码加密设备研究、自然垄断部门的固定线路电信公司、联邦级的地下资源区块开发、水下资源、覆盖俄领土一半区域的广播媒体、发行量较大的报纸和出版公司等。外国投资者如果并购俄罗斯战略意义企业50%以上的股权,必须取得俄罗斯总理为领导的外国投资委员会的批准;外国国有企业若收购这些企业25%以上股权的,也要取得该委员会的批准。

根据我国国务院办公厅的上述规定,我国对外资并购安全审查的范围为:外国投资者并购境内军工及军工配套企业,重点、敏感军事设施周边企业,以及关系国防安全的其他单位;外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业,且实际控制权可能被外国投资者取得。并购安全审查的内容包括:(1)并购交易对国防安全,包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响。(2)并购交易对国家经济稳定运行的影响。(3)并购交易对社会基本生活秩序的影响。(4)并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。

(二) 国家安全审查的机构与程序

1. 审查机构

美国进行国家安全审查的执行机构是外国投资委员会。该委员会负责评估外资并购对美国国家安全的影响,并向总统提出建议。根据2007年《外国投资与国家安全法》的规定,外国投资委员会是由多个部门的负责人组成的,包括财政部部长、国土部部长、商务部部长、国防部部长、国务卿、司法部部长、能源部部长、劳工部部长、国家情报局局长以及总统认为合适的的任何其他部委、行政机构或办公室的负责人。财政部部长担任外国投资委员会的主席,负责沟通、协调和服务性工作。其中劳工部部长和国家情报局局长参与委员会的审查,但没有投票权。财政部部长须指定一个或几个成员部门作为牵头部门,代表外国投资委员会审查每一项并购交易,就减轻所涉交易对国家安全的威胁的协议或为保护国家安全所必要的任何其他条件进行谈判;监督已经完成的交易,确保所达成的减轻协议或其他条件得以履行。由多个部门组成的委员会来负责对外资并购进行国家安全审查,可保证审查的科学性和合理性。

俄罗斯负责外资并购安全审查的有两个机构:一是政府的代表机构,牵头机构为联邦反垄断局;二是外国投资委员会。代表机构的主要职能是,申请的登记,核

实申请的信息，确定申请人的交易是否会取得战略意义公司的控制，确定该交易是否会威胁俄国的国家安全，并向外国投资委员会提出建议。外国投资委员会根据代表机构的建议作出最终决定。

我国对外资并购的国家安全审查，没有设立由多个部委组成的委员会，而是建立部际联席会议制度，具体承担并购安全审查工作。部际联席会议在国务院领导下，由发展改革委、商务部牵头，根据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展并购安全审查。联席会议的主要职责是：分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响；研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题；对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并作出决定。

2. 审查程序

美国2007年的《外国投资与国家安全法》对审查程序和时限作出了规定，使审查具有较高的透明度。(1)启动程序。依据该法规定，国家安全审查程序可以通过两种方式启动，一是并购当事人主动、自愿地向外国投资委员会主席提交书面通知，二是外国投资委员会单方提起。(2)外国投资委员会的审查和调查程序。在启动安全审查后，外国投资委员会应在30天内完成审查。若委员会一致认为所涉并购交易对国家安全没有产生威胁，则该交易就会放行，审查程序终结。如果通过审查，确定具有以下情形的，则必须立即启动调查程序，对所涉并购交易对国家安全的影响进行调查：(i)该交易会威胁到美国的国家安全，而且在上述审查之前或30天的审查期限内，该威胁没有减轻；(ii)该交易属于受外国政府控制的交易；(iii)该交易会导致美国的关键基础设施被外国人控制，或代表外国人控制，如果外国投资委员会认为该交易可能损害国家安全，并且在审查期间也未能通过经委员会同意的当事方提供的保证措施减轻对国家安全的损害。对于第(ii)和(iii)来说，只有当财政部长和特定交易的牵头机构共同认定不存在国家安全威胁时才可以不用进行调查。此外，若牵头机构建议并且外资委员会同意，也可以开展调查。自开始调查之日起，调查必须在45天内完成。(3)总统审查程序。外国投资委员会的调查完成后，美国总统有15天的时间对此交易进行审查。总统可以根据外国投资委员会的建议作出决定，也可以独立作出决定，批准该交易，或者中止或禁止对美国国家安全构成威胁的并购交易。总统所作的决定不受司法审查。

俄罗斯对审查程序也作了相应规定。根据俄罗斯2008年的前述法律，负责审查的代表机构的审查期限为14天，如果认为申请人的交易没有取得俄罗斯战略意义企业的控制，则将申请退回并通知外国投资委员会；若经过审查认为该交易涉及控制并会威胁俄罗斯国家安全，则将材料送交给外国投资委员会并提出建议。外国投资委员会若认为该交易威胁国家安全则可以禁止此项交易。整个申请与审查程序期限一般为3个月，特殊情况下可以延长3个月。但俄罗斯与美国做法的一个重要不同点是，如果俄罗斯代表机构没有审查投资者的申请，或者外国投资委员

会否决所涉交易,投资者可以向法院上诉。[35]

我国关于外资并购安全审查的程序,也参考借鉴了外国的经验。根据国务院办公厅的上述通知,我国关于国家安全审查的启动,也有两种方式:对于外国投资者并购境内企业,投资者可向商务部提出申请进行安全审查,商务部应在5个工作日内提请联席会议进行审查;同时,国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业认为需要进行并购安全审查的,可以通过商务部提出进行并购安全审查的建议,联席会议认为确有必要进行并购安全审查的,可以决定进行审查。联席会议对商务部提请安全审查的并购交易,首先进行一般性审查,对未能通过一般性审查的,进行特别审查。并购交易当事人应配合联席会议的安全审查工作,提供安全审查需要的材料、信息,接受有关询问。一般性审查采取书面征求意见的方式进行。联席会议收到商务部提请安全审查的并购交易申请后,在5个工作日内,书面征求有关部门的意见。有关部门在收到书面征求意见函后,应在20个工作日内提出书面意见。如有关部门均认为并购交易不影响国家安全,则不再进行特别审查,由联席会议在收到全部书面意见后5个工作日内提出审查意见,并书面通知商务部。如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影响,联席会议应在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。启动特别审查程序后,联席会议组织对并购交易的安全评估,并结合评估意见对并购交易进行审查,意见基本一致的,由联席会议提出审查意见;存在重大分歧的,由联席会议报请国务院决定。联席会议自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查,或报请国务院决定。审查意见由联席会议书面通知商务部。在并购安全审查过程中,申请人可向商务部申请修改交易方案或撤销并购交易。并购安全审查意见由商务部书面通知申请人。外国投资者并购境内企业行为对国家安全已经造成或可能造成重大影响的,联席会议应要求商务部会同有关部门终止当事人的交易,或采取转让相关股权、资产或其他有效措施,消除该并购行为对国家安全的影响。[36]

近些年来,根据有关国家的安全审查实践,启动国家安全审查的交易案数量呈上升势头,已经有多起并购交易由于国家安全原因而被阻止。例如,2005年中国海洋石油总公司竞购美国尤尼科(Unocal)石油公司(美国第九大石油公司),美国国会认为该项收购交易可能威胁国家安全利益,要求外国投资委员会进行审查,中海油后来迫于压力放弃了此项收购交易。2007年华为技术公司携手美国贝恩资本公司(Bain Capital)计划收购美国因特网设备商美国数据通讯公司(3COM)也由于美国外国投资委员会建议总统阻止此交易而撤回申请。2012年9月,三一重

---

[35] See Jesse Heath, *Strategic Profectionism? National Security and Foreign Investment in the Russian Federation*, 41 Geo. Wash. Int1 L. Rev. (2009) 465,487.

[36] 《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查通知》,第4条,国办发(2011)6号。

工通过其美国的关联企业罗尔斯公司(Ralls)计划收购美国四个风电场项目,美国奥巴马总统基于国家安全理由,阻止了这项并购交易。目前国际实践上涉及安全审查的并购交易大多集中在具有战略重要性的行业,如能源等产业。

对外资并购进行国家安全审查是必要的,但是,也需要注意的是,国家安全审查制度也应该尽可能的做到高效、透明、合理,应尽量避免使其成为保护主义的工具,成为外国投资的障碍。例如,对于"国家安全"、"战略性行业"这些术语,如果不能定义,则应明确其范围,或者确定其评估的标准。审查程序应该透明,并有明确的时限规定,避免久拖不决。对投资的限制也不应该超出保护国家安全的需要。

此外,对于外资并购,除根据投资东道国的法律接受一般投资审查和国家安全审查外,还会涉及反垄断法的审查。例如,在我国,依据《反垄断法》的规定,外国投资者并购境内企业达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准的,应当事先向商务部申报,未申报不得实施交易。

第三节　企业经营活动条件与管理

外国投资者在东道国的投资经营活动,涉及人、财、物、供、产、销等各个方面。由于各国的经济体制和经济发展水平不同,对外国投资企业的经营活动条件的管制也不尽相同。一般来说,大多数发达的市场经济国家,倾向于采取国民待遇,即给予外国投资企业与当地企业同样的待遇,使其在同等的条件下进行各种经营活动。发展中国家对此一般有着某些限制,如要求利用当地物资、产品出口,雇用当地人员等。计划经济国家则必须使外国投资企业与计划经济相协调,保证外国投资企业的正常的经营条件,使其享有足够的经营自主权。

一、企业的管理机构

外国投资企业在东道国从事投资经营活动,首先必须依当地法律设立经营管理机构。从法律规定和实践情况看,外国投资企业管理机构的设置因企业采取的形式不同而有所差别。若采取公司的形式,则一般依所在国公司法的规定设立。例如,根据某些大陆法国家的公司法,公司应设立股东大会作为企业的最高权力机构,由股东大会选举产生的董事会作为企业的业务执行与经营决策机构,由股东大会选举产生的监事会作为企业的监察机构,由董事会选举、任命或者聘用的总经理、副总经理等作为企业的日常经营管理机构。也有些国家规定设立股东大会、董事会、日常经营管理机构这三级机构,或只设董事会、日常经营管理机构这二级管理机构。依我国法律规定,中外合营企业采取董事会领导下的总经理负责制,董事会是企业的最高权力机构。从实质上看,董事会兼有传统公司法理论上的股东大会和董事会的双重职能。其他有些采用合营企业制的国家也采取这种管理结构形

式。企业的管理机构的设置通常是由所在国公司法等调整的,这里仅从外资法(包括合资经营企业法等)的角度介绍董事会和日常经营管理机构的有关规定。

(一)董事会

1. 董事会的地位和职权

在一些采取合营企业制的国家,董事会通常是企业的最高权力机关,有权讨论决定企业的一切重大问题,包括企业的发展规划,高级管理人员的任命,企业资本的变更,章程的修改,企业的中止、合并、解散等。例如我国合营企业和具有法人资格的中外合作企业均以董事会作为最高权力机构。这时,董事会还兼有业务执行机构的职能。

将董事会作为企业的最高权力机构,主要是由于合营企业各方人数有限,各方均能在董事会中通过其代表参与企业决策,能使企业财产的所有权和经营权有机地统一起来,从而有助于实现由合营各方共同经营管理的目标。[37]

若外国投资企业依所在国公司法采取有限责任公司或股份有限公司形式时,董事会通常是作为业务执行和经营决策机构,除负责执行股东大会的决议外,有权处理股东大会权限以外的一切重大事项,即董事会对公司经营范围内和股东大会授权范围以内的事项享有独立的决策权和决定权。此外,董事会还有代表公司的权利、就股东大会专属决议的事项提出议案的权利、召集股东大会的权利,等等。董事会由股东大会选举产生,这适用于公司规模较大、股东人数较多且分居国内外的情况。因为在这种情况下,让股东大会来领导和管理公司业务,在实践中难以实现,因而采取了股东所有权与企业经营管理权相分离的形式。

2. 董事会的组成

董事会通常由合营各方委派的董事组成,或由股东大会选举产生的董事组成。

关于董事会的人数,法律规定不一,一般只规定最低或最高人数。有的国家规定为1名或数名,有的规定为2名或3名以上,有的规定最低数额为3人,最高数额为12人等。我国法律规定,合营企业董事会成员不得少于3人。我国法律限定董事会的最低人数,主要在于确保董事会领导具备集体性质,以便集思广益,作出正确决策。如果董事会人数过少,则容易造成个人独断,不利于全面保护投资各方的权益,同时也不符合合营企业本身的特点。当然,董事会人数也不宜过多,否则意见不易集中,影响决策效率。我国法律还规定,董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定,这既考虑到了国际通行做法,又有利于合营企业各方共同管理企业。

对于董事的任职资格,各国公司法中常有某些限制,如有的国家要求董事必须

---

[37] 参见姚梅镇主编、余劲松副主编:《外商投资企业法教程》(修订本),法律出版社1993年版,第119页。

是股东;董事必须是自然人;具有特殊身份的人,如政府官员、公证人、公务员、律师、审计员等不得担任董事等。在外资法上,常见的限制是董事的国籍。为了保证当地合营者享有经营管理控制权,有些国家法律规定,本地董事必须占一定数额。例如,伊朗法律规定,公司董事会成员必须全部是本国的永久居民,但不一定是本国公民。利比亚法律规定,除了不适用股权比例限制规定者外,外国投资企业董事会多数成员和董事长必须是本国国民。菲律宾规定,对于绝大多数公司,菲律宾公民须拥有至少60%的股份及表决权,不少于60%的董事会成员是菲律宾公民。

董事会设董事长1人,副董事长1~2人。关于董事长的国籍,多数国家没有限制,少数国家要求董事长必须由本国公民担任,如苏联和原东欧一些国家合营企业法的规定。我国法律规定,合营企业董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生,合营一方担任董事长的,他方担任副董事长。这一规定符合国际上的通行做法。

董事长的职责,对内主要包括负责主持股东大会、召集并主持董事会会议,监督执行股东大会、董事会的决议,在董事会闭会期间行使董事会职权;对外主要是企业的法定代表人,代表企业参与各种法律关系。董事长因故不能履行职责时,应由副董事长或其他经授权的董事代行董事长的职权。在西方国家,若董事会出现僵局,董事长还有权行使最终裁决权,我国无此规定。

3. 董事会会议

董事会会议有例会和临时会议两种。例会是每年、每季度或每月固定召开的会议;临时会议则是由董事长遇有重要事项临时召集的会议。经一定数额董事的要求,董事长也可召集临时会议。

参加会议的董事人数必须符合法律或章程规定的最低人数要求,董事会会议才属合法,会议作出的决议才具有效力。董事会的决议方式通常有三种:(1)一致通过,即对某些重大问题只有董事会一致通过才能作出决定。需要一致通过的事项一般是涉及企业生存与发展的根本性问题,以便充分保护投资各方的利益,特别是保护少数股权者的合法利益。但由于董事所代表的投资者的利益存在着差异,采取一致通过的议事规则容易在会议上出现僵局,使很多问题议而不决,从而影响企业的工作效率,因此只应对一些特别重大问题采用一致通过的议决方式。(2)特别多数通过,即由出席董事会董事的2/3或3/4的多数通过,决议方为有效。采用这一规则,其目的既是为了保障和照顾少数股权者的利益,但同时也是希望通过特别多数来反映和体现大多数股东或成员的意志,保障企业能按照大多数董事的意志行事。至于特别多数是多少,一般由法律或企业章程确定。(3)简单多数,即指由出席会议的过半数的董事同意即为有效的规则。一般问题采取简单多数议

决,有助于防止产生僵局,提高管理工作效率。[38]

(二)日常经营管理机构

企业的经营管理一般是由经营管理机构负责进行的。经营管理机构通常是根据精简、高效的原则和实际需要设置生产、技术、供销、财务、人事等部门。总经理及副总经理是企业经营管理机构的总负责人,负责执行董事会决议,组织领导企业的日常经营管理工作。

依各国法律与实践,总经理人选的资格一般没有什么特殊限制,既可由本国公民担任,也可由外国人担任。但也有少数国家规定总经理必须由当地居民或本国公民担任,如前苏联和东欧国家的合营企业法均有此规定。实际上,由于总经理只是负责执行董事会决议,对企业无最终决策权和控制权,因此无须限于有本国国籍者或合营者担任。凡是具有负责企业日常经营管理才能的人员,经合法聘请或雇用,均可担任。因此,我国《合资经营企业法》规定,总经理、副总经理由合营企业董事会聘请,可以由中国公民担任,也可以由外国公民担任。经董事会聘请,董事长、副董事长、董事可以兼任合营企业的总经理、副总经理或其他高级管理职务。

总经理、副总经理有权行使日常经营管理权及董事会授予的其他职权,同时也有义务遵守法律和企业章程,为整个企业的最大利益服务。不得越权管理,一般也不得兼任其他经济组织的经理人,更不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争或利用职务之便为自己或他人牟取非法利益。否则,可随时解聘,并依法追究责任。

二、计划管理

外国投资企业在东道国从事投资经营活动,一方面需要独立自主地进行;另一方面又需要与东道国的经济发展规划或国民经济计划相协调,使其能为东道国的经济和社会发展作出贡献。

对于市场经济国家来说,虽不存在强制性的国家计划,但许多国家也制定有经济发展目标或规划。为保证外国投资企业与国家的经济发展规划保持一致,许多发展中国家借助于审批制度,把外国投资是否符合国家经济发展目标作为是否予以批准的重要标准。有的国家在决定对外国投资企业适用特惠制时要求审查企业的投资经营计划。有的国家为促进国民经济的发展,制定有一系列全国性指导计划,企业则按国家计划所指出的方向编制和实施自己的计划。通过这些办法,可使外国投资企业与国家经济发展规划保持一致,促进国民经济协调发展。

对于计划经济国家来说,外国投资企业的经营计划就必须与国家计划体制相衔接和协调,以取得国家计划的支持,保证其投资经营活动的顺利进行。同时,国家又要充分保障外国投资企业的经营自主权,不能对外国投资企业下达指令性计

---

[38] 参见曾华群:《中外合资企业法律的理论与实务》,厦门大学出版社1991年版,第115~120页。

划，否则，外国投资企业就失去了应有的活力，从而失去了其举办的价值。因此，前苏联东欧国家的合营企业法都注意将合营企业的计划与国家计划相协调。自20世纪90年代这些国家向市场经济转轨后，计划管理也就自然废止了。

我国自改革开放后，逐步向社会主义市场经济转轨。在此过渡时期，计划经济与市场经济并存，因此，我国外资法一方面给予外商投资企业在企业的人、财、物、供、产、销各个方面的经营自主权，以让其独立自主地从事各项生产经营活动；另一方面又将外商投资企业计划与国民经济计划相衔接，以便于国家对外商投资企业的经营活动实行管理与监督。中国入世后，对外资法又作了相应的修改，删去了关于企业生产经营报计划的要求的规定。这是因为在社会主义市场经济体制下，企业享有经营自主权，政府不应干预企业的生产经营活动。这一修改适应了社会主义市场经济发展的要求。

三、购销业务管理

外国投资企业的物资采购和产品销售，是企业生产和经营过程中的两个非常重要的环节，直接关系到企业的生产和利润的实现，因此，许多国家外资法对企业的购销活动大都进行必要的调控。

（一）物资采购

外国投资企业所需物资，包括机器设备、原材料、燃料、元器件、配套件、运输工具和办公用品等。物资的采购是企业经营自主权的一部分，企业有权从国内或者国外市场购买。

1. 国内采购

许多国家，包括某些发达国家，为了充分利用本国资源，带动本国经济的发展和解决劳动就业等问题，以前均注重以政策和法律手段促使外国投资企业尽可能地在当地购买所需物资，如优先利用和加工国内原料与自然资源、增加制造业计划中的当地成分、依靠本地供应等。[39] 有些国家，如泰国、菲律宾、韩国、澳大利亚、墨西哥、哥伦比亚、秘鲁、阿根廷、智利等，都要求汽车工业达到一定的国产化比率。有些国家对外国投资企业给予的投资鼓励，往往是以在生产中逐步增加采用当地材料、部件或者产品为条件，如马来西亚。巴基斯坦在审批投资申请时要求投资者承诺在生产中逐步增加使用当地零部件或者原材料，政府可以允许外国投资企业在约2年的期间内从国外取得当地不能取得的原材料，但该企业此后60%的原材料应当从当地取得。刚果投资法规定，在授予企业特惠制度时必须考虑的因素之一，就是优先利用当地原料和一般利用当地产品。我国外资法以前也规定，外国投资企业采购物资时，在同等条件下，应尽先在中国购买。这种当地成分要求已为乌

---

〔39〕 参见联合国跨国公司中心：《跨国公司在世界发展事业中的作用（第三次调查）》（1983），ST/CTC/46，中文本，第17～18、72～73页。

拉圭回合所达成的《与贸易有关的投资措施协议》看做是对贸易有不利影响的限制性措施而予以禁止。因此,中国入世后对外资法进行修改时,就删除了关于尽先在中国购买的要求。

当地购买物资使用的货币与价格,各国规定也不一致。有的国家没有明确规定,由合同双方自由选择,协商确定;有的国家则要求用外汇按外贸价格支付;也有的国家规定既可用外汇,也可用本国货币支付。我国以前区别具体情况分别用外汇或人民币支付。1996 年 1 月 29 日国务院颁布了《外汇管理条例》,其第 6 条规定,在中华人民共和国境内,禁止外币流通,并不得以外币计价结算。这样,外商投资企业在中国境内购买物资必须用人民币计价和支付。中国入世前后修订的外资法还规定,外商投资企业在国内购买物资的价格,享受与国内其他企业同等的待遇。

2. 国外采购

如果国内市场无所需物资,或国内物资在品种、规格、质量等方面不符合要求或作价远高于国际市场价格,外国投资企业则可以在国外购买,这是各国的通行规定,我国也不例外。

从国外购买物资,通常要注意以下几个问题:(1)申领进口许可证。许多国家对从国外进口物资实行进口管理制度,有些国家对根据投资鼓励措施免税进口的货物也同样要求领取进口许可证。外国投资企业在进口生产经营所需物资时,除经特别豁免外,应当严格遵守所在国关于进口管理的各项规定。(2)外汇平衡。外国投资企业进口物资所需外汇,一般由企业自行解决,政府原则上不承担义务。例如,埃及 1974 的外资法就明确规定,政府无义务提供进口所需的外汇。因此,企业在国外购买物资,应充分考虑自身的外汇平衡问题。(3)按国际市场价格购买。企业应通过各种渠道,了解国际市场行情,用询价和比价的办法从不同的供货来源中择优采购。当外国投资者从其关联企业采购物资时,应特别注意防止外国投资者滥用转移定价,人为地抬高进口货物的价格转移利润。我国法律对外商投资企业进口物资也作了相应的规定。

(二)产品销售

外国投资企业的产品,无外乎通过国际和国内两个市场进行销售。但产品内外销的比例问题则涉及多方面因素,它不仅取决于国内外市场对某项产品的需求程度,而且涉及一国市场对外开放的程度和对该国国际收支平衡的影响。目前各国奉行的共同原则是,鼓励外国投资企业产品外销,但在一定条件下也允许内销或者以内销为主。

1. 产品外销

鼓励外国投资企业出口创汇,是各国外资法的共同特点之一。许多国家外资法都把外国投资对本国的出口创汇能力及对本国国际收支的积极作用作为审批外

国投资的标准之一。我国外资法也鼓励举办产品出口型外商投资企业，鼓励企业多向国际市场销售产品，这不仅是为了增加出口创汇，也是为了促使企业采用先进的技术和管理经验，提高企业产品在国际市场上的竞争能力。

关于外国投资企业外销产品的渠道，根据各国的通行做法和规定，主要有三种：(1)自销，即由企业在国外设立自己的经销机构销售产品。对于合营企业来说，这一做法是防止产品外销权被外方合营者独揽的重要手段，还可以保证在合营期满后企业产品能继续在国际市场上销售。(2)由投资一方代销或经销，通常是委托外国合营者销售。在合营初期，由于企业缺乏销售经验和销售渠道，为了开辟产品外销市场，可利用外国合营者的销售机构经销或代销企业产品。但在此种情况下，应当防止外国合营者垄断企业产品的外销权，通过定价和关联企业内部转移定价赚取非法利益，并进而形成对合营企业事实上的控制。[40] 为了维护企业自身利益，企业可采取相应的措施，如在委托外方销售时，保留企业自销的权利；确定委托代销或经销的一定期限；采取多渠道销售以及行使监督检查权等。(3)由投资者以外的第三方代销或经销。如在我国，可通过中国的外贸公司销售，因为这些公司在国际市场上都有自己的销售网络。

产品外销价格，一般由外国投资企业自行决定。外国投资企业不得过于压低出口产品价格以达到转移利润或其他逃避法定义务的目的。

此外，企业外销产品，还必须遵守所在国关于出口管理的法律规定，如申领出口许可证等。

2. 产品内销

许多国家外资法虽都鼓励外国投资企业的产品外销，但并非要求这些企业的产品必须全部外销。有的国家规定合营企业产品首先应满足国内市场的需要，如前苏联、古巴的法律有此规定。有些国家规定，在一定条件下，外国投资企业也可以在国内市场销售其产品。这些条件包括：替代进口型产品，国内市场上急需的产品等。我国法律以前也规定，外商投资企业的产品，属于中国急需的或中国需要进口的，可以在中国国内市场销售为主。这一规定现在也已取消了。

四、资金与财会管理

(一)资本及其运行

外国投资企业的投资总额包括两部分，即注册资本和借入资金。

1. 注册资本

注册资本一般是指为设立企业在登记管理机构登记的资本总额。对于合营企业来说，注册资本应为合营各方认缴出资额之和。

注册资本是企业赖以经营的基础和承担责任的保障，其数额应与企业经营范

---

[40] 参见曾华群：《中外合营企业法律的理论与实务》，厦门大学出版社1991年版，第138～140页。

围、经营规模相适应,应能承担它对外业务的经济责任。为保证企业具备基本的经营能力和责任能力,许多国家公司法规定了公司的最低资本额,若资本未达法定最低限额以上,公司就不能成立。同时,投资各方应按期缴付其出资额,若未依法缴足资本,公司也不能成立。我国对外商投资企业采用认缴资本制,企业的注册资本为投资者认缴的出资额之和。投资者和合营者在认缴后的一段时间内,再根据实际需要实缴资本。

根据各国法律规定,注册资本非依法定程序不得变动。增资或减资都必须依据法定条件和程序办理。

对合营企业,各国法律一般对合营者出资额的转让附有某些限制。这种限制主要有两种:一是要得到合营他方的同意,合营他方有优先购买权。这主要是为了保护合营他方的利益,保证合营企业能正常经营。合营一方转让股权时,若合营他方不愿由新的受让人取代原投资者的地位,或不愿企业的控制权落入第三者手中,便可行使优先购买权。只有在合营他方逾期不购买时,才可向第三者转让。向第三者转让出资额的条件,不得比向合营他方转让的条件优惠。这种优先购买权的规定,各国法律均普遍采用,例如沙特阿拉伯、东欧国家的外资法均有此规定,我国也有相应的规定。二是要取得审批机关的批准,有些国家为了控制外资的比例,以及对外资进行管理和监督,对合营一方出资额的转让,要求经审批机关批准方为有效。我国合营企业法对合营者转让出资额同时附有这两条限制。

2. 借入资金

在企业经营中,除注册资本外,往往还需要借入一部分资金,以此来购买一部分固定资产或充作流动资金之用。

使用借入资金,一方面,对于投资者来说具有很多好处,如可以增加资本,满足生产经营的需要;可以减少风险;可以提高企业利润率;有时还可以减少税金等。但另一方面,从企业与股权人的关系来看,借款与股本相差过大,势必影响债权人的利益。若企业以较大的投资总额进行高风险经营活动,而以微薄的注册资本对外承担责任,不利于维护正常的经济秩序。

根据各国法律与实践,对企业借款与股本的比例,一般有所限制。至于具体比例多少,视各国惯例、企业的条件而异,不能一概而论。目前,西欧、美国的借款与股本的比例一般为3:1,即资本为1,借款为3。我国1987年3月发布的《国家工商行政管理局关于中外合资经营企业注册资本与投资总额的暂行规定》,按照企业投资总额的大小规定了比例,从7:10至1:3。

至于外国投资的借款渠道,各国一般均允许向国内银行或国外银行借款。但有些国家外资法限制外国投资企业在国内取得贷款,这主要是促使外国投资企业更多地利用外资,而不是利用当地资金。例如安第斯条约国1970年的共同外资法规则就规定,除短期贷款外,成员国不得向外资企业批准任何其他形式的当地贷

款。这一限制现已放宽。我国法律允许外商投资企业向境内或境外银行借款，贷款手续按中国人民银行的有关规定办理。

（二）利润分配

对企业取得的利润如何分配？是否要提取某些基金后才能分配，许多国家对此没有明确规定，由企业自行决定。少数发展中国家外资法，特别是社会主义计划经济国家的合营企业法则作了某些规定，这些规定主要涉及以下问题：

第一，可供分配的利润须是税后利润。如波兰1979年合营企业法规定，合营企业的核算中，应将利润区分为毛利润、纯利润和可供分配的利润。毛利润是企业的总收入减去成本、费用后的余额，纯利润为毛利润扣除必须建立的储备和风险基金，供分配的利润则为纯利润减去税金。[41] 我国合资经营企业法则规定，企业按毛利润纳税，税后利润提取三项基金后的净利润才是可分配利润。

第二，基金的提取。有些国家法律规定，企业利润须提取某种基金后才能分配。至于要提取什么基金，各国规定不一致，一般包括储备和风险基金、福利基金等。如前东欧社会主义国家的合营企业法均规定要提取储备基金、风险基金；墨西哥法律规定，企业在纳税前要按工资总额的一定比率向政府或保险机构缴纳住房基金、社会保险和医疗费、教育费等。我国法律规定，外国投资企业税后利润，应提取储备基金、职工奖励及福利基金、发展基金这三项基金，提取比例由董事会确定。其中储备基金主要用于垫补企业亏损，经批准也可用于企业增加资本，扩大生产；职工奖励及福利基金则用于解决职工的集体福利事业开支与奖金；发展基金则用于发展企业生产。新《公司法》第167条规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的10%列入公司法定公积金；经股东会决议，还可提取任意公积金。外资企业储备基金提取的比例不得低于税后利润的10%。公司法定公积金累计提取额达到注册资本的50%时，可以不再提取。

第三，净利润的分配和再投资。税后利润提取一定的基金后，通常由企业董事会确定是否分配。若确定分配则通常是按投资各方出资比例进行，在契约式合营时则按合同的约定分配。董事会也可以决定将利润部分或全部用于再投资。合营者也可将自己分得的利润再投资。利润再投资可以投向本企业，也可以投向其他企业。许多国家为了吸引外资，采取各种措施鼓励再投资。我国法律采用退税的方式鼓励外国合营者将分得的利润在中国境内再投资。

第四，亏损的弥补。有些国家外资法规定，外国投资企业发生年度亏损的，可以从下一年度的收入中提取相应数额加以弥补，但此弥补期不能过长。我国法律也有相应的规定。

---

〔41〕 姚梅镇主编：《国际投资法教学参考资料选编》（上册），武汉大学出版社1987年版，第177页。

(三)财会管理

建立完备的财务会计管理制度,是外国投资企业经营管理的一个重要组成部分,不但有助于企业了解自身经营的盈亏状况,而且也便于国家和投资者了解企业的经营效果,并对企业的经营活动进行管理和监督。

关于对外国投资企业财会制度的管理,从世界各国立法和实践来看,大多是由公司法、证券交易法等调整的,外资法对此少有规定。中国的外资法对此问题则有原则规定,中国还制定有关于合营企业会计制度的专门法规。

我国外商投资企业会计制度有以下主要内容:(1)合营企业应设立专门的会计机构,配备必要的会计人员,办理企业的财会工作。(2)会计年度采取日历年制。(3)记账方法采用国际通用的"权责发生制"和"借贷记账法"。(4)记账文字必须使用中文,也可同时用合营各方商定的一种外文书写。(5)记账本位币原则上应采用人民币,其外币资金和外币往来要按实际发生之日中国国家外汇总局公布的外汇牌价折算成人民币统一记账。但经合营各方同意,也可采用某一种外国货币为本位币,但此时还应另编折合为人民币的财务报表。(6)合营企业应向合营各方、当地税务机关和财政部门报送季度和年度会计报表。年度报表须经中国注册的会计师验证和出具证明,方为有效。(7)合营企业应设审计师,负责审查、稽核企业的财务收支和会计账目,向董事会和总经理报告。(8)外资企业和合作企业须在中国境内设置会计账簿,依法报送会计报表,并接受财政税务机关的监督。

五、劳动雇用与管理

关于外国投资企业的劳动雇用与管理,有些国家通过制定单一的劳动法典或单行法规来调整,如一些发达国家制定有劳动法、就业保障法,工会法等。有些国家通过外资法对劳动雇用问题作出规定。这里主要从外资法的角度介绍关于劳动雇用涉及的有关问题。

外国投资企业要在当地开展经营活动,必须雇用一定数额的职工。劳动雇用一般有两种情况:一是技术和管理人员的雇用;二是非技术人员的一般职工的雇用。基于社会、经济、劳动政策和劳动就业等方面的考虑,各国外资立法和劳动立法大都对在国内外雇用职工作出了不同的规定和限制。

(一)雇用外国人员的限制

许多发展中国家限制外国投资企业雇用外国人,特别是限制对外国非技术人员的雇用。

关于专业技术人员和管理人员的雇用,要考虑到企业本身的经营需要和所在国利用外资的目的这两方面的情况。外国投资者为保证企业经营的效率、企业产品的质量控制等,通常希望从国外聘用有经验的称职的技术人员和管理人员;而东道国,特别是发展中国家,则希望通过利用外资,引进国外先进技术和管理经验,培

育国内的技术和管理人员，提高企业的经营管理水平，因而强调当地技术人员和管理人员的雇用和培训，限制外国人的雇用。因此，许多国家外资法对雇用外国技术和管理人员予以限制，但这种限制又有某些弹性。这种限制大致有三种情况：

第一，规定只有当地国民胜任不了的管理职务和专业职务，才能聘请或雇用外国人，如当地人员能胜任这些职务，则须聘请或雇用当地国民。印度尼西亚外资法有此明确规定，此外，贝林、肯尼亚、尼日利亚、伊拉克等国也有此限制。

第二，对内外国技术和管理人员的雇用规定一定的比例。如缅甸规定，技术人员中必须有25%为缅甸人；埃及要求当地专业和管理人员占75%；科威特要求占51%，阿根廷外资法曾规定要招雇一定比例的阿根廷管理人员、科技人员和行政人员。智利、墨西哥、乌拉圭、斯里兰卡、印度的劳动立法规定，在企业中雇用有特别技术能力的外国人，即使其工作非本国国民所能胜任者，也必须给本国国民保留一定比例。菲律宾规定，享有优惠的公司，除头5年外，不得雇用任何身份的外国雇员。在头5年中，从事监督、技术和咨询工作的外国雇员数额，不得超过公司中雇员总数的50%。

第三，雇用职员逐步当地化，即要求外国投资企业在一定期间内逐步让当地国民担任各种管理和专业技术职务。如印度尼西亚、马来西亚等国均有此规定。

对于非专业技术人员，许多国家外资法和劳动法都要求雇用当地职工。有些国家规定了必须雇用当地职工的比例，如埃及为90%，哥伦比亚为90%，加蓬为90%、智利为85%。巴西规定当地职工在合营企业中应占职工总数的2/3以上，工资也应占工资总数的2/3以上。巴基斯坦规定，现存工业企业中所有月工资额低于1000卢比的雇员必须是巴基斯坦人；工资额在1000～2500卢比的，巴基斯坦人须占75%。这种限制主要是为了解决所在国的劳动就业问题，充分利用国内的人力资源。

我国法律未明确对外国投资企业雇用外国人的比例加以限制，外商投资企业的劳动雇佣与管理依据《中华人民共和国劳动法》和《劳动合同法》执行。

东道国基于国家的经济状况和劳动政策的考虑，在劳动雇佣方面实行某些限制，是国家主权的行使，在法理上是无可厚非的。

（二）当地职工的雇用

依据各国法律与实践，企业雇用职工，一般是采取签订劳动合同的方式进行。这种合同可以由企业与劳动者个人订立，也可以由工会组织代表职工集体签订。劳动合同是确定双方权利与义务的法律文件，合同中应订明雇用、辞退、报酬、福利、劳动保护和劳动保险等事项。

对于雇用的当地职工，许多国家外资法还规定，外国投资企业还须对他们进行培训。如阿根廷、马来西亚等国有此规定。有的国家规定了强制性培训的要求，如沙特阿拉伯规定，凡拥有1000名职工以上的合营企业，必须按该国劳动社会部制

定的培训计划,对该企业50%以上的沙特职工进行技术培训。

一般来说,企业根据生产经营的需要和职工自身的表现,有权辞退职工。但辞退职工必须符合法定或合同规定的条件,并应依法提前通知及支付补偿金。我国也有类似的规定。

至于被雇用职工的工资,一般是由劳动合同规定。有些国家规定有最低工资标准,企业支付给职工的工资不得低于法定最低工资标准。我国有关法规也规定,企业应实行同工同酬的原则,职工工资应在企业经济发展的基础上逐步提高。企业职工水平由企业根据当地人民政府或劳动行政部门发布的工资指导线,通过集体谈判确定。职工法定工作时间内的最低工资,不得低于当地最低工资标准。

此外,为了保护职工的利益,许多国家还建立有社会保险制度,企业必须按照法律规定参加国家保险计划,有关企业也可以自行安排保险计划。这些保险通常包括健康保险、事故保险、失业保险、养老保险等。我国也规定,外商投资企业必须按照国家有关规定参加养老、失业、医疗、工伤、生育等社会保险,按照地方人民政府规定的标准,向社会保险机构按时、足额缴纳社会保险费。保险费按国家规定列支。

外国投资企业还必须遵守所在国的劳动保护法规,加强对职工的劳动保护,采取有效措施,改善劳动条件,保证安全生产。违反劳动保护法规的,依法追究责任。

六、技术引进及管理

世界各国利用外资的主要目的之一,是引进外国的先进技术。因此,许多国家的外资立法对技术引进也作了明确规定,有些国家还制定有专门的技术转让立法或技术输入管制立法。我国的《中外合资经营企业法实施条例》也就合营企业引进技术,设立专章,作了原则性规定。

(一)技术引进的方式和对象

技术引进的方式主要有两种:一是投资者以技术作为资本入股,从而使企业获得所需的先进技术;二是采取技术贸易的方式,通过签订技术转让协议,从第三者或从企业的外国投资者获得所需技术。在利用外资的实践中,这两种方式往往交替使用。这里所述的技术引进是指后一种方式的技术引进。

技术引进的对象主要有两类:一是工业产权,如专利权、商标权等;二是非工业产权的技术,如专有技术、图纸、设计方案、技术指导、技术示范等。一般来说,所引进的技术应是先进而适用的。

(二)技术引进合同管理

发展中国家对技术引进的管理措施主要有两种:一是实行审批制;二是法律规定合同的必备条款和禁止性条款。

1. 合同的审批

许多发展中国家对技术引进采取事先审查制。审查的标准也包括积极标准和

消极标准两种，若引进的技术是先进的，有利于促进引进国的经济发展，改善国际收支，提高其科学技术的，则可予批准，若不符合法定的积极标准就不予批准。我国也规定，技术引进合同须经批准才能生效。

2. 合同条款

有些国家法律对技术引进合同的内容加以规定，这种法定条款有两种：一是必备条款；二是禁止性条款。合同条款必须符合这些法律规定。

必备条款是指合同中必须订明的条款。例如，合同应订明引进技术的内容、范围和必要的说明；预计达到的技术目标以及实现该目标的期限和措施；报酬、报酬的构成和支付方式；供方对技术的所有权及提供的技术的完整的、有效性的保证，等等。

禁止性条款是合同中不得含有的条款。至于禁止性条款有哪些，各国法律规定不尽一致。例如，拉丁美洲一些国家以前禁止外国子公司向其国外的母公司支付专利提成费和商标许可使用费。安第斯条约国共同外资法禁止合同中含有要求接受方从特定来源取得技术、原材料、资本货物或中间产品、或永久保留转让方指定的人员作为技术转让的交换条件的条款，也禁止含有转让方指定销售或转卖利用该技术的产品的价格，限制生产结构和规模，为转卖方设定全部或部分先买权，要求接受方向转让方转让利用该技术所取得的任何改进或发明，或禁止使用与转让方相竞争的技术等条款。还有些国家法律禁止在技术引进合同中订有妨碍竞争的条款。

我国《中外合资经营企业法实施条例》规定，技术转让协议必须符合以下规定：(1)技术使用费应公平合理；(2)除双方另有协议外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格；(3)协议期限一般不超过10年；(4)协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术；(5)双方相互交换改进技术的条件应对等；(6)技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需求的机器、设备、零部件和原材料；(7)不得含有为中国法律、法规所禁止的不合理的限制性条款。这些规定是强行性规定，是订立合同时必须遵守的。

七、场地使用管理

外国投资者在东道国投资该厂从事生产经营活动，必须依法取得土地所有权或者使用权，并按规定缴纳有关费用。对土地所有权或使用权的取得、土地的使用以及土地费用的缴纳等，各国均作了不同的规定。

在实行土地私有制的国家中，土地可以由私人和企业所有，因此，这些国家的外国投资企业可以依法从国家、企业或者个人手中取得土地所有权。有些国家实行土地所有权与使用权相分离的原则，外国投资企业不能取得土地所有权，而只能通过租赁、转让等方式取得土地使用权。如印度尼西亚外资法规定，根据外资企业的要求，可以依法向其提供土地及其营业权、建筑权和使用权。还有其他一些国家也有类似规定。

我国实行土地的社会主义公有制,土地属于国家和集体所有。外商投资企业在我国不能取得土地所有权,但按照所有权与使用权分离的原则,外商投资企业可以取得土地使用权。为了维护国家的合法权益,同时也是为了满足外商投资企业建设用地的需要,我国已通过了一系列法律、法规对有关问题作出了明确规定。

1. 场地使用权的取得

外商投资企业可通过下列方式取得场地使用权:(1)中国合营者或合作者将其自身拥有的场地使用权作为投资或者合作条件。(2)通过土地使用权的出让、转让、出租等方式取得。

2. 场地使用费

外商投资企业使用场地应按我国法律、法规和有关合同的规定,缴纳场地使用费。场地使用费由土地使用费和土地开发费两部分组成。场地使用费的标准,一般应根据场地的用途、地理环境条件、征地拆迁安置费用和企业对基础设施的要求等因素,综合考虑,区别对待。其具体标准可由外商投资企业所在地的省、市、自治区、直辖市人民政府根据法律、法规的规定,结合本地的实际情况确定。在企业开始用地5年后,场地使用费可以根据经济的发展、供需情况的变化和地理环境条件的变化需要调整,调整的间隔期应当不少于3年。场地使用费作为中国合营者投资的,在合同期限内不得调整。

3. 场地使用权的使用期限

场地使用权的使用期限,一般应与企业的经营期限相同。但通过出让或转让方式取得场地使用权的,应遵守我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定。

总的来说,各国关于外国投资企业经营活动条件及经营活动的管制的规定,其目的一是给外国投资企业的正常经营提供必要的条件和支持,保障其经营自主权,使其能自主经营和发展;二是维护国家的正常经济秩序和利益,保护当地企业不受外国投资企业不正当竞争活动的损害,保护本国劳动者的权益,利用外资带动本国经济的发展。

根据国际法,每个国家均有权决定其境内自然人和法人(包括外国投资者)从事经济活动的条件,这是国际主权的体现。《各国经济权利义务宪章》规定,每个国家有权按照其法律和规章,并且依其国家目标的优先秩序,对其国家管辖范围内的外国投资加以管理和行使权力。因此,有关国家根据本国的情况和需要,对外国投资企业经营活动的条件予以某些限制,只要不违反其承担的国际义务,则是合理又合法的。

第四节　对外资的保护与鼓励

为了吸引和利用外资，发展本国经济，各国外资法均对外国投资的安全与利益给予保护，甚至给予各种鼓励和优惠。这些保护与鼓励措施主要有：关于国有化与补偿方面的保证，关于外资利润及原本汇出的保证，以及税收优惠与其他优惠。

一、关于征收与国有化问题的保证

对外国投资的征收或国有化问题，既关系到资本输入国的主权问题，又关系到外国投资者的投资安全与利益，向来是国际投资争议中最突出的问题，也是外国投资保护的核心问题。许多国家为了保护外国投资的安全和利益，改善本国投资环境，采取种种措施，给外国投资者提供关于国有化与补偿方面的法律保证。具体做法各国不尽相同，有的国家只通过双边投资条约来提供保证，而在国内法上未予规定；也有许多国家通过国内立法和政策声明来提供保证，特别是在宪法和投资法中作出明确规定。

有些国家的宪法，如阿根廷、伊拉克、马来西亚、菲律宾、苏丹等，规定征收财产必须是为了公共利益，通过法律手段和法定程序，并予以“公平”、“公正”或“充分”补偿。印度宪法规定：“除非根据规定对取得资产给予赔偿外，对任何财产不得进行强制取得或征用。”埃塞俄比亚宪法规定，除非基于政府根据特别征用法所定条件发布的命令，并通过司法程序协商，确定支付公正补偿，对任何人的财产不得进行剥夺。加纳宪法规定，只有为了公共利益，并基于财产现行价格及时支付充分赔偿，才可征收财产。墨西哥的宪法也规定，除非为了公用并支付赔偿，不得征收私人财产。[42] 我国《宪法》第18条明确规定，中国允许外国企业或其他经济组织或者个人依中国法律规定在中国投资及从事其他经济活动，它们的合法利益和权利受中华人民共和国法律保护。

除了宪法的保证外，许多国家在其外资立法中对外国投资者提供保证。在某些国家，例如阿根廷、印度尼西亚、肯尼亚和苏丹，外国投资法中含有关于外国投资的保证，投资法中保证的范围通常更为广泛。印度尼西亚1970年修订的《外国投资法》规定：“除非国家利益确实需要并且合乎法律规定，政府不得全面地取消外资企业的所有权，不得采取国有化和限制该企业经营管理权的措施。”在采取上述措施时，“政府有义务进行赔偿。赔偿金额、种类以及支付的方法，按国际法原则，在当事者之间协商解决。”埃及关于《外国资本投资及自由贸易区法》规定：“除通

---

[42] UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations (1983), ST/CTC/26/Corr. 1, p. 48.

过合法程序,项目不得被收归国有或征用,投资也不得被没收、扣押和查封。"加纳的《资本投资法》规定,若就支付补偿的数额发生争议,得将争议提交给当事各方指定的仲裁人仲裁,若没有指定仲裁人,则提交给解决国际投资争议中心仲裁。阿尔及利亚的《投资法典》特别规定了支付补偿,即至多在9个月的期限内,投资者须得到等于投资净值数额的补偿,包括产生的费用和补偿数额的利息。补偿的数额由专家们在听取各方意见后决定。如果投资者是外国人,以及若投资是在输入阿尔及利亚资金的帮助下实现的,补偿即可转移到国外。苏丹1980年的《鼓励投资法》规定:除非为了公共利益,依据法律并对投资者支付公正补偿,不得实行国有化,补偿的价值是在国有化时对投资者的财产估价后的时价。财产估价须在发布国有化命令之日起至多6个月的期限内完成。补偿的支付和转移须以相同的资本货币或所同意的其他货币在不超过5年期限内每年分期付款。泰国1970年的《投资促进法》则保证不对所鼓励投资的企业的活动实行国有化。[43]

发达国家很少有专门的外资法,但有少数国家的外资法也含有关于征用的规定,如日本原外资法规定,收用或收购外国投资合法财产的全部或一部时,应按等价报酬付给适当金额(第17条)。

我国外资立法对国有化和征用也有规定。我国1982年颁布的《对外合作开采海洋石油资源条例》第26条规定:"在战争、战争危险或其他紧急状态下,中国政府有权征购、征用外国合同者所得的和所购买的石油的一部或全部。"这表明中国一般不会采取征用措施,但在特殊情况下可以实行征购或征用。1986年通过的《外资企业法》第5条则明确规定:"国家对外资企业不实行国有化和征收,在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。"中外合资经营企业法和中外合作经营企业法现在都作了相同的规定。

由上可见,为了保护外国投资者的合法权益,许多国家通过宪法或外资立法对国有化风险提供保证,规定只在法律限定的条件下才实行征收或国有化,并给予补偿,以此来维护投资安全,吸引外资、发展本国经济。

一般说来,资本输入国国内法的保证,较为明确、具体、稳定,在短期内较少变化,即令修改,也须经严格的立法程序,因而是一种有效而可靠的保证,较为外国投资者所信赖。但是,国内法的这种保证是一种单方面的承诺。从国际法的角度看,这种国内法保证属于一种国内法契约关系,而不是一种国际条约关系。当一国为了公共利益必须实行国有化和征用,从而不能履行自己的保证时,仅仅产生国内法

---

[43] UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations (1983), ST/CTC/26/Corr. 1; ST/CTC/35(1983); ST/CTC/53(1985).

上的补救义务，并不产生国际义务。[44] 因此，更为有效的保证通常还得借助于国际条约。

二、关于外国投资利润及原本汇出的保证

外国投资者在东道国投资，在于取得利润，但投资者因投资所得合法利润、其他合法收益以及回收的本金，能否兑换成国际通用货币或其本国货币，自由汇回本国，关系到投资者的根本利益。若不能自由汇出，则投资者虽有收益，但其实际利益不能实现。对于发展中国家来说，由于其外汇资金短缺，往往都建立了较严格的外汇管理制度，限制外资的自由出入和自由兑换。这种外汇管制措施会给外国投资带来风险。为了兼顾和保护外国投资者的利益，吸引外资，东道国就必须在实施外汇管制的同时，对外国投资者取得的合法收益及原本的汇出提供保证。

（一）外汇管制

外汇管制是指一个国家通过法律、法规对本国的外汇买卖、国际结算、资本移动等进行管理和控制。外汇管制的基本目的是维护本国的国际收支平衡。

目前世界上一些主要的发达国家，如美国、英国、德国、法国、瑞士以及一些国际收支顺差的国家，如沙特阿拉伯、科威特、新加坡等已完全取消了外汇管制。有些经济比较发达的国家，则实行部分外汇管制，即对非居民的贸易和非贸易收支原则上不加限制，但对资本项目的收付仍加限制。其他大多数发展中国家和社会主义国家都实行严格的外汇管制。

实行外汇管制，是国家的主权。一国根据本国的政治经济发展的需要，可以自由实施外汇管制，只要未违反所承担的条约义务，他国无权干预。国际货币基金协定虽肯定了国际资金自由移动的原则，但也授权成员国在外汇储备不足及财政困难的必要情况下，可对资本的国际流动给予必要的限制，其第 14 条允许会员国采取过渡办法，继续实施外汇管制。国际货币基金还要求成员国在实施符合协定的外汇管制条例方面进行合作，使各成员国的外汇管制条例得以有效实施，违反成员国外汇管制条例的汇兑合同，在任何成员国境内均属无效。

中国以前是严格实行外汇管制的国家，作为国际货币基金组织的成员国，按照基金协定的规定，中国保留外汇管制，其目的是为了保持国家外汇收支平衡，通过有计划地合理使用外汇资金，促进国家的经济发展。随着经济体制改革的深化和市场经济的发展，我国已逐步放宽了外汇管制。1996 年 1 月 29 日发布、并分别于 1997 年 1 月 14 日与 2008 年 8 月 1 日修正的《中华人民共和国外汇管理条例》第 5 条明确规定：国家对经常性国际支付和转移不予限制。这就表明，我国现在仅实行部分外汇管制，即对资本项目的收付予以限制，而对贸易收支、劳务收支等经常发生的交易项目不予限制。对于外商投资企业来说，依我国法律规定，其外汇可不结

---

[44] See A. A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors(1962).

汇,在外汇指定银行开立外汇账户。一切外汇支出,首先使用其外汇账户余额,外汇账户余额不足的,可依国务院关于结汇、售汇及付汇管理的规定购汇。

(二)外国投资利润和原本的汇出保证

在实行外汇管制的国家里,外国投资就会有外汇风险,这种外汇风险表现为在东道国的投资利润和本金不能转移出境。这种风险的存在,不利于东道国吸引和利用外资。为了保护外国投资的安全与利益,许多资本输入国在实行外汇管制的同时,又通过国际条约和国内立法对外国投资者提供保证,外资法的规定就是重要的国内立法保证。

1. 投资利润的汇出

各国对外国投资利润汇出的规定,大体可分两种情况:一是原则上不作限制,允许税后利润自由汇出;二是在允许自由汇出的原则下,附有某种限制或条件。

有些国家外资法允许投资利润自由汇出,没有限制性规定。例如菲律宾规定,外国人投资所得的收益和利润全部,在纳税后,可用原来投资的货币、按当时的汇价汇出国外。刚果投资法规定,国家保证正当所得利润转移自由。新加坡、印度尼西亚、泰国、智利、印度等国,原则上均对利润汇出不加限制。

另有许多国家外资法则在允许自由汇出的原则下,规定有某些限制,这些限制主要有:

(1)批准。如土耳其规定,外资本金自然增值的净利润,经财政部批准,可按官方汇率,用外资本金来源国的货币汇往国外。有的国家规定汇出额达到一定限度要经批准,如马来西亚外汇管制法规定,向非居民支付达200万马元或与之等值的外汇要经商业银行批准,超过200万马元要经外汇管制员特别许可。

(2)时间或金额限制。如韩国法律曾规定,在韩国设立的分公司,经营头3年的利润不得汇出,后5年经批准可按经营资本的20%汇出。安第斯条约国共同外资法规则规定,利润按投资原本数额的一定比例汇出,第220号决议规定汇出最高额可达20%,并允许成员国自行决定汇出最高限额。尼日利亚则规定,红利汇出最多不超过公司税后利润的60%,并且只能从当年利润中汇出。

(3)对不同的资本形式规定不同的汇出比例。如希腊规定,股份资本的利润及其他收益的汇出,不得超过股份资本总额的12%,贷款资本的利润汇出,不得超过该贷款投资总额的10%。阿根廷1973年外资法规定,用外国或本国贷款所产生的利润不得转移。

(4)按投资的行业部门规定汇出比例。如巴西法律规定,奢侈品部门的外国投资,其收益和利润的汇出额,每年只能相当于注册资本的8%;非奢侈品部门的外国投资,其利润和收益的汇出则无限制,但如3年中每年平均利润汇出额超过注册资本的12%者,须补交所得税。意大利外资法分生产部门和非生产部门,生产部门的外国投资可自由汇出其实际所得的股息和红利,非生产部门的利润和收益

的汇出，每年最高不超过资本总额的8%。索马里外资法也按生产型和非生产型企业规定利润汇出的不同比例，以鼓励外资投向生产型企业。伊拉克则视商业、工业、服务业而定。投资于商业的公司，可转移相当于每年实收股本10%的利润；投资于工业的公司，可转移相当于实收股本20%的利润；投资于服务业的公司，可转移全部所得利润的50%。

(5)出口创汇。有的国家把利润的汇出与出口创汇联系起来。例如埃及1974年外资法规定，外汇实现自给的项目，允许在出口限度内将每年的纯利转移到国外；对国民经济有重大意义而又无法实现出口的基础工程，允许将投资的纯利全部转移国外。波兰原合营企业法要求企业外汇平衡。因此，只有当合营企业有用于此目的的可兑换的货币时才能汇出利润。[45]

我国法律规定，外国投资者依法纳税后的纯利润和其他正当收益，可以向开户银行申请，汇出境外，从其外汇存款账户中支付。法律未规定汇出限额。

2. 投资原本的汇出

投资本金是企业经营与发展的基础，且数额一般较大，其自由汇出会影响东道国国际收支平衡。在无外汇管制的国家，资本汇出一般无限制，而在实行外汇管制的国家，外资法关于投资本金的汇出的保证是有条件的，但各国立法也不尽相同。

有的国家规定，外资原本可以自由汇出。如刚果外资法规定，国家保证资本转移自由，保证企业关闭或业务终止而获得的资本转移自由。土耳其规定，凡外资本金因企业实行部分或全部停止清算而以合理价格出售资产所得收入中占有的份额，以合理价格出售企业部分或全部外资本金所得收入，以及外国贷款按贷款协议条件到期应予偿还的本息，均可自由汇出，不加限制。

有些国家外资法规定，外资原本必须经过一定期限后才能汇出。如埃及1974年第43号法令规定，外资原本必须在投资登记后5年才能汇出，特别情况例外。印度1977年12月的一项政策声明规定，一些非政府鼓励的投资在10年内不得汇出原有资本。印度尼西亚规定，投资者在享有税收优惠期间，其资本不准汇出。缅甸规定，外国投资者经过一定合理期限后，可提汇投资本金。马达加斯加法律规定，只有在公司停止或解散时，才允许资本汇出。

但更多的国家外资法对外资原本汇出兼有期限、限额的限制。如阿富汗《鼓励私人和外国投资法》规定，原本可在批准投资5年后汇出，但每年汇出额不得超过投入资本的25%。葡萄牙规定，外国直接投资因出卖和清算所得的收入，应在全部付清税款，并从资金进入之日起已满5年后，才准许汇出；如果这种汇转足以

---

[45] 参见姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年版，第725～728页；《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第149～151页。

使国际收支趋于恶化者,应分批汇出,但每年汇出数额不得少于可汇出总额的20%。希腊规定,从投资之日起未满1年且在企业投产前,不得抽回资本,对偿还的资本本金部分的汇出额,每年不得超过投资总额的10%。阿根廷1973年的外资法规定,抽回资本必须:(1)保证公司能继续经营,并按规定条件提供服务;(2)每年抽回的数额不得超过可抽回资本的20%;(3)从投资合同批准之日起头5年内,不得抽回任何资本。

还有些国家把原本的汇出与创汇相联系。如菲律宾规定,为出口服务的公司,外资每年收回的资本不得超过该公司的纯外汇收入。埃及、智利有类似的规定。

有的国家则以批准为条件。如马来西亚规定,除非这种资本转移事先获得批准,否则管制员并不事先给予资本回收的保证。有些国家把资本汇回的保证与该项投资是否批准相联系,获批准的投资资本汇回有保证。如巴西法律规定,在中央银行登记了的外国资本可在任何时候汇回本国,就注册资本而言,其汇出无须中央银行事先批准。[46]

我国法律规定,外国投资者若要将外汇资本转移到中国境外,须向国家外汇管理局或其分局申请,从企业外汇存款账户中支付汇出。《外汇管理条例》第22条还规定,依法终止的外商投资企业,按照国家有关规定进行清算、纳税后,属于外方投资者所有的人民币,可以向经营结汇、售汇的金融机构购汇汇出。这就给外资原本的汇出提供了保证。

3. 外籍职工工资的汇出

外籍职工的工资,许多国家法律均允许在纳税后可汇出国外,但有些国家也附有某些条件,如须经批准或限额汇出。

有的国家原则上允许自由汇出,但须经批准。如土耳其法律规定,经财政部批准,外籍雇员在缴纳所得税、社会保险费及扣除生活费后,其报酬可按官方汇率,用各自国家的货币自由汇出国外。巴西规定,外国雇员离开巴西,经中央银行批准,可按当时汇率将其所得兑成外币汇出国外,但要有所得税申报表以证明其收入来源。

有的国家则在法律上明确规定限额。如尼日利亚法律规定,外籍雇员可将月收入的25%汇往国外;埃及允许工资的50%汇出;阿富汗允许工资的70%汇往国外。

我国《外汇管理条例》对外籍职工的合法收入的汇出未加限制。这样,外商投资企业外籍职工和港澳职工的工资和其他正当收益,均可在依法纳税后汇出。

---

〔46〕 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第730~732页;《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第151~153页。

（三）企业外汇自行平衡

在某些实行外汇管制的国家，特别是本国货币不能自由兑换的国家，外国投资者原本及利润的汇出，还取决于企业是否有可供汇出的外汇。这就是说，企业外汇收支平衡是原本及利润汇出的重要前提。若企业所创外汇不敷支出，就影响外资原本及利润的汇回。前述埃及对利润汇出的规定以及菲律宾对原本汇出的规定就是如此。苏联及前东欧社会主义国家也大都采取这种做法，如匈牙利规定，只有当合资企业在其账目中有可供此目的使用的可兑换货币时，才能将利润汇出。

1. 实现外汇平衡的途径

首先，出口创汇是实现外汇自行平衡的根本途径。企业生产的产品应部分或大部出口，争取多创汇。若产品大部内销，不能取得外汇，则必会导致外汇收支的不平衡。各国为鼓励企业产品的出口，通常采取了各种鼓励措施，如在价格、税收、信贷、财政、物资供应和行政服务等方面给予优惠。其次，尽可能地减少外汇支出。这主要是应尽可能利用当地原料和零部件等物资，提高产品国产化程度，减少进口物资的外汇支出；在劳动雇佣上，应优先雇用当地职工，减少工资的外汇支出，等等。

2. 外汇不能自行平衡时的补救措施

外国投资企业若以内销为主，或出口创汇少，发生外汇不平衡时，为了保证外国投资者利润等收益的汇出及企业的正常经营，就须采取一些适当的补救措施。在这方面，我国以前采取了多种解决外商投资企业外汇平衡的办法，如在一定条件下纳入国家用汇计划、企业间相互调剂、综合补偿、扩大外汇结算范围、人民币利润再投资等。这些措施对解决企业外汇平衡起了积极的作用，但不能从根本上解决问题。《外汇管理条例》规定，国家对经常性国际支付和转移不予限制；境内机构的经常项目用汇，按国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定，持有效单证以自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。这就实现了人民币有条件的兑换，从而有效地解决了多年来未能解决的外商投资企业外汇自行平衡的问题，进一步改善了我国的投资环境。

综上所述，外汇管制的实施导致外汇风险的存在，资本输入国为了减少或避免外国投资者的外汇风险，吸引外资，就须对外资利润和原本的汇出给予保证，而在外汇管制的前提下提供的保证大多是有条件的。允许外资利润和原本有条件的汇出虽可说是对外资的一种限制，但在外汇管制合法性的前提下无疑又是一种保证。通过有条件的汇出保证，东道国不仅可以达到保护外资的目的，而且有助于维护本国国际收支平衡，引导外资举办出口型、先进技术型企业，促进本国经济健康发展。

三、对外国投资的鼓励与优惠

各国外资法在注重保护外国投资的安全和利益的同时，还对外国投资采取各种鼓励措施，如对重点吸引外资的产业给予税收优惠和其他优惠，建立经济特

区等。

(一)税收优惠

税收优惠是一国依法给予外国投资的税收减免和从低税率征税。世界各国均把税收优惠作为吸引外资,以及实现特定的发展目标的重要工具。

1. 发展中国家的税收优惠

从发展中国家来看,各国为了实现本国经济社会目标,通常按照产业政策、技术政策、地区发展政策等,有重点、有选择地给予不同的税收优惠,以引导外资的流向。

(1)对优先发展行业和先驱企业给予优惠。有些国家根据本国经济发展的优先次序,对优先发展行业中的外国投资给予特别的优惠。如印度尼西亚外资法规定,如投资于政府认为特别优先的领域,可延长免税期。投资局还公布了外国投资领域的《优先顺序表》,每年公布一次,并定期调整。马来西亚投资鼓励法规定,具有先驱地位的企业可享受特别优惠。先驱企业就是国家经济发展亟须的企业,所给予的优惠以免税期为主,兼以其他补助。菲律宾将投资的优先行业还分为三类:先驱行业、非先驱行业以及先驱/非先驱行业,先驱行业不仅享有所有给予非先驱行业的优惠,而且还享有所得税以外的其他税收的减免和关税保护。

(2)按产业政策给予优惠。国家的各个产业部门在国民经济发展中的地位、作用和发展程度是不一样的,因此,许多国家依据各个产业部门在其国民经济中的地位和作用,在税收上区别对待。一般鼓励生产性投资,而对非生产性投资的税收鼓励少。至于具体给哪些产业部门以税收优惠,视各国具体情况而异。有些国家对采矿业给予优惠,如智利、印度尼西亚、墨西哥等。智利规定,矿业公司可以减低2% ~4%的比率缴纳所得税。许多国家对投资于农业的外资企业给予优惠,如沙特阿拉伯对农业企业给予10年免税期。巴西、加纳、印度、肯尼亚、马来西亚、尼日利亚、伊朗等国均对农业给予优惠。另有许多国家,如巴西、摩洛哥、墨西哥、马来西亚、象牙海岸等,对旅游业给予优惠,此外,还有些国家对其他行业给予优惠,如墨西哥、智利、肯尼亚和加纳对石油和化工业,巴西和智利对林业,巴西和加纳对渔业,智利对海运业,象牙海岸、加纳和墨西哥对建筑和不动产业等,分别给予税收优惠。

(3)按地区发展政策给予优惠。许多国家为了加速某些地区、特别是落后地区的经济发展,对在这些地区的投资给予更多的优惠。例如,巴西规定,在亚马逊地区和东北地区投资的企业分别免纳联邦所得税20年和15年。墨西哥按经济发展的不同程度,将全国划为3个地区,各个地区的税收优惠幅度不同,而且,每一个地区又划分为两类,两类的税收优惠也不同。

(4)对出口型企业给予优惠。为了改善国际收支状况,扩大出口收汇,发展中国家一般对出口型企业提供特别优惠。如新加坡规定,对产品出口的新兴工业,自生产之日起免税8年,如果产品不出口,免税只有5年;非新兴工业一般无免税优

待,但如该企业产品出口,则可享受5年免税期。埃及1974年第43号法律规定,企业若将产品出口,免税期可以从原来的5年延至8年。

(5)对利润再投资给予优惠。利润再投资可用于本企业的扩大再生产或投入新建企业,形成利用外资的良性循环,还可因延迟利润汇出而减轻对本国国际收支的不利影响,因此,许多国家对利润再投资给予税收优惠。如菲律宾规定,首创企业、优先企业以及生产出口商品企业将未分配的利润扩大再投资,可以减税25%~100%。巴西规定,外国公司利润再投资于扩充工场设备的,可以减税5年。

(6)按就业政策给予优惠。有些国家对能够为本国国民提供较多就业机会的外国投资企业给予优惠。如马来西亚1966年投资鼓励法规定,按照雇佣职工人数确定免税的年限,雇佣职工50~100人的,免税期为2年;101~200人的为3年;201~350人的为4年,351人以上的为5年。塞内加尔规定,如投资总额在2亿非洲金融共同体法郎和为塞内加尔人提供50个工作岗位,或者仅仅提供100个工作岗位,就可以享受投资法典所规定的优惠。

此外,有些国家依据其经济政策和经济发展目标对其他特定的外国投资给予特定的税收优惠。例如,新加坡、乍得、摩洛哥、马来西亚等国对大额外国投资给予更多优惠。新加坡规定,投资10亿美元以上的出口企业,出口免税可长达15年。有些国家对外国投资者提供的技术给予优惠,对因提供技术而取得的技术劳务费给予减免税。许多国家在一定条件下对外国投资企业进口的机器、设备、原材料等减免进口税。还有的国家外资法为避免税负不稳,对被批准的外国投资的所得税率,在一定期间内予以冻结,等等。[47]

2. 我国对外国投资的税收优惠

我国同许多发展中国家一样,依据我国的经济政策和发展目标,对外国投资给予了各种形式的税收优惠。

(1)企业所得税方面的优惠。我国1991年颁布的《外商投资企业和外国企业所得税法》,依据投资产业、地区等规定了不同的优惠待遇。

对生产性外商投资企业,经营期在10年以上的,从开始获利的年度起,头2年免征企业所得税,后3年减半征收。对能源、交通、港口、码头以及其他重要生产性项目,国务院以前的规定给予更长期限减免税优惠待遇的,继续按以前的规定执行。如中外合资建设港口码头,经营期在15年以上的,可以从获利的年度起,头5年免税,后5年减半征收;产品出口企业在法定免减税期满后,凡当年出口产值达到当年企业产品产值70%以上的,可以按现行税率减半征收;先进技术企业在国家规定减免企业所得税期满后仍为先进技术企业的,可按税法规定的税率延长3

---

[47] See UNCTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations (1983) ST/CTC/26/Corr. 1, pp. 29 - 34.

年减半征收。从事农业、林业、牧业和设在经济不发达的边远地区的外商投资企业,在减免税期满后,经企业申请,国务院税务主管部门批准,在以后10年内可继续按应纳税额减征15%~30%的企业所得税。此外,对经济特区还有特别优惠。

(2)预提税方面的优惠。税法规定,外国企业若有来源于中国境内的利润、利息、租金、特许权使用费和其他所得,原则上应缴纳20%的预提所得税。但外国投资者从外商投资企业取得的利润免税;为科学研究、开发能源、交通事业、农林牧业生产以及开发重要技术提供专有技术所取得的特许权使用费,经国务院主管部门批准,可以减按10%的税率征税,其中技术先进或条件优惠的,可以免征所得税。此外,国务院还可根据实际需要,规定减免预提税。

(3)利润再投资优惠。外商投资企业的外国投资者将从企业取得的利润再投资于该企业,增加注册资本,或作为资本投资开办其他外商投资企业,经营不少于5年的,经投资者申请,税务机关批准,退还其再投资部分已纳所得税的40%。

(4)关税方面的优惠。我国法律规定,外商投资企业作为投资进口的本企业生产用设备、营用设备、零部件和其他物料,以及为生产出口产品而进口的原料、元器件、包装物料等,依照中国税法的有关规定减税、免税。

(5)对投资于中西部地区的税收优惠。为实施西部大开发战略,加快中西部地区发展,国务院规定了税收优惠政策。凡设在西部地区国家鼓励类产业的内资企业和外商投资企业,在一定期限内,减按15%的税率征收企业所得税。对在西部地区新办交通、电力、水利、邮政、广播电视等企业,企业所得税实行两年免征、3年减半征收。对为保护生态环境、退耕还生态林、草产出的农业特产品收入,在10年内免征农业特产税。

实践证明,我国关于外商投资企业的税收优惠政策对改革开放、吸引外资、促进发展发挥了重要作用。但是,我们也要看到,我国经济社会发生了很大变化,社会主义市场经济体制初步建立。特别是加入世贸组织后,国内市场对外资进一步开放,内资企业也逐渐融入世界经济体系之中,继续采取内资、外资企业不同税收政策,必将影响统一、规范、公平竞争的市场环境的建立。为公平对待内、外资企业,就必须将内、外资企业所得税法并轨,统一税负和税收待遇,使内、外资企业在公平的基础上竞争。

2007年3月16日,为各界广泛关注的内、外资企业所得税法并轨的《中华人民共和国企业所得税法》由第十届全国人民代表大会第五次会议通过,并于2008年1月1日起施行。企业所得税改革的指导思想是:根据科学发展观和完善社会主义市场经济体制的总体要求,按照"简税制、宽税基、低税率、严征管"的税制改革原则,借鉴国际经验,建立各类企业统一适用的科学、规范的企业所得税制度,为各类企业创造公平的市场竞争环境。

参照国际通行做法,该法体现了"四个统一":即内、外资企业适用统一的企业

所得税法，统一并适当降低企业所得税税率，统一和规范税前扣除办法和标准，统一税收优惠政策，实行“产业优惠为主、区域优惠为辅”的新税收优惠体系。

该法将内、外资企业的所得税率统一为25%。[48] 采取这一税率的主要考虑是：对内资企业要减轻税负，对外资企业也尽可能少增加税负，同时要将财政减收控制在可以承受的范围内，还要考虑国际上尤其是周边国家（地区）的税率水平。采取25%的税率，在国际上是适中偏低的水平，有利于提高企业竞争力和吸引外商投资。为扶持小企业发展，促进就业，参照国际通行做法，该法对符合规定条件的小型微利企业实行20%的照顾性税率。

该法借鉴国际上的成功经验，对现行税收优惠政策进行适当调整，将现行企业所得税以区域优惠为主的格局，转为以产业优惠为主、区域优惠为辅、兼顾社会进步的新的税收优惠格局。具体来说，该法采取四种方式对现行的各种税收优惠进行了整合。一是“扩大”。对国家需要重点扶持的高新技术企业实行15%的优惠税率，将这一低税率优惠扩大到全国范围；将环保、节水设备投资抵免企业所得税政策扩大到环保、节能节水、安全生产等专用设备；新增了对创业投资机构、非营利公益组织等机构的优惠政策。二是“保留”。保留对港口、码头、机场、铁路、公路、电力、水利等基础设施投资的税收优惠政策；保留对农、林、牧、渔业的税收优惠政策。三是“替代”。用特定的就业人员工资加计扣除政策替代现行劳服企业直接减免税政策；用残疾职工工资加计扣除政策替代现行福利企业直接减免税政策；用减计综合利用资源经营收入替代现行资源综合利用企业直接减免税政策。四是“取消”。取消生产性外资企业定期减免税优惠政策，以及产品主要出口的外资企业减半征税优惠政策。通过以上整合，该法确定的税收优惠的主要内容包括：促进技术创新和科技进步、鼓励基础设施建设、鼓励农业发展及环境保护与节能、支持安全生产、促进公益事业和照顾弱势群体，以及自然灾害专项减免税优惠政策等。

为使新旧税法平稳接轨和过渡，缓解新税法出台对部分老企业增加税负的影响，该法采取了过渡期的做法。即对新税法公布前已经批准设立，依照当时的税收法律、行政法规规定，享受低税率和定期减免税优惠的老企业，给予过渡性照顾。具体内容包括，按原税法规定享受15%和24%等低税率优惠的老企业，在新税法实施后5年内可享受低税率过渡期照顾。按原税法规定享受定期减免税优惠的老企业，新税法实施后可以继续享受尚未享受完的优惠。

3. 税收优惠的作用

必须肯定，税收优惠具有鼓励外国投资、引导外资流向的重要作用。对于外国

---

[48] 在此之前内资企业和外资企业所得税税率均为33%。同时，对一些特殊区域的外资企业实行24%、15%的优惠税率，对内资微利企业分别实行27%、18%的二档照顾税率等，税率档次多，使不同类型企业名义税率和实际税负差距较大。

投资者来说,税收直接关系或影响到其利益,税轻利厚、税重利薄。因此,税收优惠是吸引或刺激外国投资的重要因素之一,许多发展中国家均采取税赋从轻、优惠从宽的优惠政策,并构成外资法的重要内容。实践上,不少国家通过税收优惠取得了吸引外资的实效。同时,通过各种形式的税收优惠,资本输入国可以引导外资投入本国拟优先发展的行业部门或地区,促使本国经济的健康发展。

但是,对税收优惠的作用,要作适当的估量,如认为税收优惠对吸引外资具有决定性的或主要的作用,是不符合实际的。实际上,构成投资环境的因素很多,税收只是其中一个重要因素而已。外国投资者在东道国能否取得预期利润,取决于多种因素,如政治环境、经济环境等,这些因素通常关系到投资者有利无利,甚至投资安全的根本问题,而税收只涉及利多利少的问题。因此,若投资环境的其他重要条件解决得不好,税收优惠再多,也不能起到吸引外资的作用。此外,税收优惠的作用,还要受到资本输出国税收饶让制度的制约。若投资者本国不对投资者所得因东道国给予的税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款给予抵免,则外国投资者就不能从东道国的税收优惠中得到实惠,实际上只是资本输入国把自己的应征收的税款拱手让给资本输出国去征收,形成国家间国库收入的转移,从而也不能真正收到鼓励外国投资的实际效果。所以,资本输入国外资法中给予的税收优惠,还需要通过国家间安排才能实现其目的。[49]

还须注意的是,美国对税收优惠持否定态度,认为税收优惠会在外国投资者间造成差别待遇,扭曲国际贸易,而且,税收优惠的后面隐藏着对外资施加的"履行要求",这种履行要求会造成对国际贸易的扭曲。

(二)其他鼓励与优惠

许多国家对外国投资除给予税收优惠外,还给予其他不同形式的优惠,如财政补贴、资金援助,融资信贷优惠以及管理上的方便等。

1. 财政补贴、资金援助

有些国家对特定的外国投资给予财政补助。例如,加拿大规定,凡在特定地区从事投资,有利于促进该地区经济健康发展者,可按不同地区及事业的优先顺序,对补助对象的调查费给予从30% ~37.5%的补助,对其设立资金可给予17.5% ~30%的补助。新加坡规定,对新产品、新制造方法的开发和既存产品、既存制造方法的改良、改进实行补助,经认可的项目的直接费用,由政府补助50%,但受此次补助的企业,其股东半数以上须为新加坡公民或永久居住者。荷兰对特定开发地区的投资给予特别奖励金,经营事业的企业,还可申请开发补助金。其他发达国家如英国、日本、德国、法国等针对某些开发地区及先进型企业投资,均有不同形式的

---

〔49〕 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第158~159页;高尔森:"关于吸引外资中的税收优惠问题",载《南开学报》1985年第1期。

资金援助。

此外，降低外国投资企业的费用，实际上也是财政补贴的另一种形式。外国投资企业从事生产经营必然要支付经营费用，如场地使用费、水、电、交通、公共设施等费用，对这些费用予以优惠，合理收费，可以降低成本，提高利润，起到鼓励投资的作用。因此，有些国家也给予外国投资企业以各种费用的优惠。[50]

2. 信贷融资优惠

信贷融资优惠，一般是对外国投资企业提供长期低息贷款、无担保贷款、发放利息津贴等。例如，新加坡政府对有利于促进产业发展作出贡献的投资项目，给予长期低息贷款；凡经政府认定为基础工业的企业贷款，可申请从政府得到4.5%的利息补贴。比利时对从民间机构、政府机构或国际信用协会所取得的贷款的利息，予以补贴，其补贴依投资项目的性质、种类及相关法规而不同，可举三种情况：(1)对设立在区域Ⅰ的公司，未超过固定资产投资额75%的融资金额可补贴利率的5%的利息，补贴期间最高为5年；(2)对经济不发达的开发地区，可追加补贴利率的2%的利息，补贴期间可再延长2年；(3)对重要的新技术或尖端技术的投资项目可再补贴1%的利息。加拿大对经批准的特定项目，可视情况提供贷款和贷款担保。荷兰、日本、英国等发达国家均提供此种优惠。[51]

3. 其他优惠鼓励措施

除上述优惠措施外，许多国家还有其他形式的鼓励措施。例如：(1)简化审批程序，为外资入境提供方便。许多国家注意在管理程序上精简审批机构，减少中间环节，简化审批手续，缩短审批期限。有的国家采取“一条龙机构”，一步到位的审批程序。(2)在土地使用上提供优惠。如在泰国的外国投资如属于优先行业投资或外国拥有51%股份投资的企业，可以拥有土地，其他外国投资企业不能拥有土地，但可以长期租赁土地，为期可达30年。有的国家对在不发达地区的投资，提供低价或低租金土地，并改善基础设施，等等。[52]

这三种优惠措施中，前两种措施主要是发达国家采用的。发达国家一般较少对外资给予税收优惠，主要是通过财政、信贷方面给予优惠以鼓励外资。但有些发展中国家在对外资给予税收优惠的同时，还兼采其他优惠措施。

(三)经济特区的投资鼓励与优惠

1. 经济特区的概念与特征

经济特区是一个国家或地区所划出的一定范围的区域，对该区域的对外经济活动采取更为开放的特殊政策，提供更为优惠的措施，实行特殊的管理办法，以吸

---

〔50〕 姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社1993年版，第887～891页。

〔51〕 同上注，第891～892页。

〔52〕 同上注，第892～893页。

引外资和技术,扩大外贸,促进本地区和本国的经济发展。其名称繁多、类型各异,如自由贸易区、自由关税区、出口加工区、科学工业园、自由边境区等。

经济特区是随着商品经济、国际贸易、投资的发展而发展起来的。其最初的形式是自由港或自由贸易区。传统的自由港或自由贸易区主要是以国际贸易为中心的,即在关境之外划出一块地方,允许外国商品免税自由进出该区,以方便外国商品进出,发展转口和对外贸易。"二战"后,特别是20世纪60年代后,新型的经济特区,如出口加工区等,迅速发展起来。出口加工区是自由贸易区和工业区的结合体,兼具工业生产和出口贸易两种功能,且以工业生产为主。其主要目的,在于吸引外资和先进技术,利用本国劳动力,发展面向出口的加工工业,扩大出口,增加就业和外汇收入,促进本地区和本国经济的发展。到80年代,世界经济特区的发展又出现了新的趋势,综合型和高科技型经济特区崛起,标志着经济特区进入了新的发展阶段。

世界各国各类经济特区,一般都有如下特征:(1)特殊的地位。经济特区是在该区内实行特殊的经济政策的区域,是以获取一定的经济利益为目的的。因此,经济特区不是特殊的行政区域,不是政治特区,它仍是在设立国主权统治之下,受设立国管辖。(2)特殊的优惠。给予经济特区以特殊优惠,是设立经济特区的核心内容。这种优惠范围广泛,通常包括行政管理方面的优惠、经济方面的优惠,法律方面的优惠等。(3)特殊的管理。为确保能在经济特区内实行特殊政策和特殊优惠,通常要把特区与其他区域隔离开来,特区内外的人员物资不能自由流动。同时,特区还实行不同于其他区域的管理体制,通常具有较大的自主权。

我国自改革开放以来,已设立了深圳、珠海、汕头、厦门和海南省5个经济特区,还设立了一些经济开发区。这些经济特区是我国的"窗口",以引进先进技术、管理和知识,体现和传播我国的对外开放政策,增加出口创汇,带动全国经济的发展。我国的经济特区具有多功能综合性的特点,如深圳已发展成为一个集工业、农业、贸易、科技、金融、房地产、旅游为一体的综合型经济特区。在经济特区内,我国对其实行特殊的经济政策和特殊的经济管理体制,主要表现在:其经济发展主要靠吸引和利用外资,特区经济是在社会主义国家领导和管理下,以三资企业为主,多种经济并存的综合体;特区的经济活动以市场调节为主;特区政府在管理上有较大的自主权;对外国投资予以特殊的优惠和方便。

2. 经济特区对外资的鼓励与优惠措施

各国出口加工区或经济特区对外国投资的鼓励和优惠措施,主要有如下几种:

(1)税收优惠。主要包括减免所得税、进出口关税及其他税收。有些国家减免特区内企业的所得税。如加纳规定,在出口加工区经营的企业在头10年免缴所得税。马来西亚规定,在出口加工区,凡投资规模大,能大量提供就业机会,使用当地原材料的企业,可获得较长时间的免税期。我国以前也规定,设在经济特区的外商投资企业,在经济特区设立机构、场所从事生产经营的外国企业和设在经济技术

开发区的生产性外商投资企业，减按15%的税率征收企业所得税。设在沿海经济开放区和经济特区、经济技术开发区所在城市的老市区的生产性外商投资企业，减按24%的税率征收企业所得税。但根据2008年1月1日施行的《企业所得税法》，该税收优惠已经取消了。

有些国家对特区内企业减免进出口税。埃及、马来西亚、墨西哥、菲律宾、沙特阿拉伯等国对出口加工区内企业不征进口税。另外有些国家，如加纳、墨西哥、菲律宾、韩国等，对出口加工区的出口产品不征出口税，有的国家是大幅度减少出口税。

(2)财政优惠。这主要是对出口加工区的投资项目提供特别的补助或补贴。如菲律宾就对出口加工区企业给予投资补助。加纳对出口加工区的建筑和设备投资给予资本津贴。在沙特阿拉伯，政府对工业港口的企业提供沙特工业发展基金会的无息贷款，最高可达投资总额的50%。印度允许金融机构向出口加工区投资企业提供特别贷款。

(3)简化行政手续。各国通常注意改善出口加工区的管理程序，提高工作效率，给外国投资者提供各种便利。例如，简化投资审批程序，简化外国人出入境手续和货物进出口手续。我国在这方面也采取了类似的措施。

(4)特殊的政府保证。有些国家对出口加工区的外国投资企业给予更为有力的法律保证，如在特区内实行外汇自由，或不实行外汇管制；不对特区内的企业实行征收或国有化等。

需要注意的是，以前不少发展中国家将经济增长作为其主要目标，采取各种优惠措施(特别是税收优惠)或放松管制来吸引外资，导致经济发展失衡或背离可持续发展目标。为应对国际经济社会形势的新的发展变化，发展中国家与经济转型国家的外资政策与法制也需要改革。新一代的外资政策与法制应与国家的整体发展战略相衔接，使外资能最大限度地为提升东道国的生产能力建设和国际竞争力作出贡献；应注重投资的质量而不是投资的数量，鼓励“绿色投资”；应确保投资政策与贸易、税收、知识产权、竞争、就业、土地、环境保护、公司治理等政策协调一致，促进国家的全面可持续发展。

第六章　资本输出国海外投资法制

第一节　海外投资的鼓励与管理

对于资本输出国来说，本国私人海外直接投资，不单关系到投资者的私人利益，而且也关系到本国国家利益与本国的经济发展，因此，资本输出国也有一些法律或规定来调整海外私人直接投资。但与资本输入国外资法相比，资本输出国关于海外投资的规定较为分散，是由有关专门法规和有关法律中的某些规定组成的，没有一部统一的法律。资本输出国通过这些法律制度来保护、鼓励和管理海外私人投资。

一、海外投资的鼓励措施

对于投资者来说，在国外投资的主要目的在于取得外国市场，保证国外原材料或资源的供应，利用国外廉价劳动力，保持其国际竞争实力，获取高额利润。而私人海外投资对其本国也具有积极作用：巨额海外利润汇回有助于增加国家的财政收入，有利于国家的国际收支平衡；开拓国外市场，利用国外的原材料和资源有助于带动和促进本国经济的发展；海外投资还有助于发挥本国的经济和技术优势，维护和加强其国际竞争地位。因此，各主要资本输出国现在都采取措施来鼓励海外投资，这些措施主要是税法方面的规定，以及其他一些经济和行政措施。[1]

（一）税收鼓励和保护措施

投资者在国外进行投资，在税收上通常要服从双重管辖权。资本输入国根据属地原则，有权对投资者在本国境内的收入征税，而资本输出国基于属人原则，也有权对本国投资者在海外的收入征税。这样，海外投资者就负担了双重纳税的义务，即使他在东道国享受了低税率及减免税收的优惠，也仍须向本国纳税。对于资本输出国来说，不解决双重征税的问题，就不足以鼓励海外投资。

为了解决这个问题，资本输出国一般采取两种方式：一是税收抵免，即海外投资者在东道国已纳税款，可以在本国应纳税额中相抵或扣减。许多国家均单方面

---

〔1〕 参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 1987 年修订版，第 231 ~ 237 页。

地用国内立法规定了外国税收的抵免方法。例如,美国《国内收入法》允许纳税人从其在美国应纳税款中扣除外国对该海外企业收入已征收的税额。英国税法也对外国已征收的所得税给予单方面抵免。日本从1962年后,开始对海外投资收入,实行税收抵免,并逐步扩大作为税收抵免对象的收入的种类。此外,许多国家还通过签订避免双重征税的双边协定实行税收抵免。二是免税法,即承认资本输入国的独占征税权,本国放弃征税权,海外投资者的所得在东道国已纳税款者,在本国免予征税。这主要是欧洲大陆法系国家采用的方法,如法国就实行有条件的免税。

在国际上,大多数国家采用抵免的方法,欧洲有些国家,如法国、比利时、德国、荷兰、奥地利、瑞典等国,都在有关避免双重征税的条约中采用免税法。

(二)政府资助与服务

1. 投资情报服务

一些资本输出国政府通过国家行政机关、国内特别机构或驻外使领馆所设的经济情报中心,向本国私人投资者提供东道国经济情况和投资机会的情报,以便他们作出投资抉择。大多数开发援助委员会成员国先后设立了提供服务的机关,为投资者提供在发展中国家的投资机会。例如,美国的海外私人投资公司就为促进私人投资流入发展中国家,提供一系列投资前服务,如出版有投资者信息服务,介绍一百多个国家和地区的基本商业、经济和政治情况、投资环境和投资机会;建立了投资机会数据库;设立投资交流项目,协助并组织美国投资者代表团到发展中国家调查,同当地人士进行接触,研究投资项目等。日本关于提供投资情报和促进投资活动的机构,是根据特别法设立的通商产业省所属的亚洲经济研究所经济调查部、日本输出入银行的海外投资研究所等。政府的这种投资情报服务,可鼓励私人投资者在海外投资。

2. 资金与技术援助和支持

资本输出国政府对海外私人投资的资助主要体现在下列几个方面:

(1)投资前调查的资助。有些国家在给投资者提供在发展中国家投资机会情报的同时,还对与投资计划有关的可行性研究或投资前调查所需资金,予以全部或一部资助。政府所资助的调查资金,通常为调查费用的50%。投资者在投资项目实现后,应偿还政府资助的费用。澳大利亚、荷兰、新西兰、挪威、英国、美国等,都将这项开支列入国家预算,予以国家财政的保证。

(2)技术援助。开发援助委员会成员国为给海外投资企业培训技术人员,可接受从发展中国家派来的政府后备练习生,其居留期间的费用及旅费,由技术供应国负担,并对训练发展中国家技术人员的培训机构,也提供政府津贴。有些国家政府还协助成立本国民间非营利团体,为发展中国家培训经营技术人员,如美国企业团体在国际开发署援助下,成立了"国际经营服务队",加拿大设立了"加拿大海外经营者服务机构"等。

(3)资金支持。一些资本输出国设立了特别的金融机构,对本国私人投资者的海外投资,以出资或贷款的方式,或建立特别制度或特别基金,予以资助。这些政府设立的公营金融机构有:英联邦开发公司、德意志开发公司、丹麦工业化基金、美国海外私人投资公司、比利时国际投资公司、日本海外经济合作基金等。这些机构主要对本国私人投资者的海外投资项目提供贷款,这种贷款既不需要当地政府的保证,也不需要对贷款提供担保,只要求该资助的投资项目经东道国承认。例如,美国海外私人投资公司(OPIC)目前的主要业务之一,就是给合格的海外投资者提供融资,包括直接贷款和贷款担保;对发展中国家和新兴市场经济国家的私人投资基金通过直接股权投资予以支持;特别是对中小型企业的海外投资提供更为优惠的融资和投资保险服务。[2]

此外,海外投资保险制也是鼓励海外投资的重要制度,这将在下节详述。

二、海外投资的管理措施

为了确保本国私人海外投资对本国的国际收支和经济发展有利,资本输出国对海外投资也有一些管制性措施。

(一)要求海外投资企业披露信息

为了使政府、社会了解公司的财务状况和经营状况,对其经营情况进行监督,各国公司法、证券法均要求股票上市公司披露情报,向政府和社会公布资产负债表及其他重要商业情报。而在海外投资的公司大多是本国的股票上市公司,它们也必须服从本国的证券法、公司法的规定。例如,根据美国联邦证券法,公司发行上市证券,必须分别向证券交易委员会和证券交易所注册,发行公司承担连续披露义务,即除在注册申报书中披露有关信息资料外,还须按年度或季度提交财务报告。这一措施有助于政府了解和监督本国海外投资企业的经营状况。

(二)防止海外投资企业逃避税

私人投资者在海外投资时,若不将海外所获利润及时汇回本国,不仅会影响到投资者本国的国际收支,而且还会减少本国的财税收入,因此,如何防止海外投资企业逃避税,是资本输出国管制海外投资的一个重要内容。

对于海外投资者来说,他们除了可以采取一般的逃避税措施外,由于其在海外经营的特点,还可以采取一些特殊的措施。例如,利用海外关联企业通过转移定价进行避税;利用在国际避税港设立"基地公司",并将在避税港境外的财产和所得汇集在基地公司的账户下等方式避税。海外投资者的这些做法显然损害了其本国的财税利益。因此,各国均对此种逃避税行为采取了特别的管制措施。这种措施主要有二:(1)采用"正常交易"原则来确定关联企业间交易的价格。为了防止关联企业滥用转移定价逃避税,许多国家采取正常交易原则,即关联企业间的营业往

---

[2] 关于美国海外私人投资公司的信息,见其网站:http://www.opic.gov/。

来，都按照公平的市场交易价格计算，若关联企业人为地抬价或压价，税务机关则可依据公平市场价格，予以重新调整并征税。(2)防止利用避税港逃避税收。一些主要的发达国家针对海外投资者利用在避税港设立基地公司逃避税的做法都采取了不同的措施，如英国通过法律制裁阻止基地公司的设立，比利时用禁止非正常的利润转移来制止基地公司的设立，美国则取消延期纳税。其中美国的做法已为许多国家所仿效。美国针对海外投资者在国际避税港设立基地公司，集聚利润延迟纳税的做法，其《国内收入法》"F 分部"规定，美国股东在受控制的外国公司中的利润，尽管并未按股息形式分配，也应计入股东(美国母公司)有关纳税年度的应税所得中征税，不准享受延期纳税待遇。受控制的外国公司，是指美国主要股东所掌握的有表决权股票总和超过 50% 的外国公司。取消延迟纳税，主要是针对那些在受控的外国公司中持有 10% 以上投票权的美国主要股东的，使他们无法通过在避税港设立基地公司避税获利。

(三)其他法律措施

除证券法、公司法、税法的有关规定外，资本输出国其他一些法律对于海外投资的管理也具有重要作用。

有些国家的反托拉斯法或反垄断法对海外投资有重要影响，例如美国反托拉斯法不仅在域内适用，而且对在美国域外的行为也适用，只要该行为对美国商业产生不利效果。这样，若两个或两个以上的美国公司同时在某外国进行投资建立新的公司，而该公司的生产与销售排除或限制了其他美国公司在美国市场的竞争，就可能会受到反托拉斯法的追究。海外投资企业间的各种协议和安排，若限制了美国国内或对外贸易，也会因违反反托拉斯法而受到追究。

进出口管制法对海外投资企业也具有管制作用。有些国家基于国家安全理由，限制本国企业向其些特定国家出口某些高科技的产品或技术，这样，本国投资者在这些国家投资时就不得用这种关键技术作为出资，也不得向所投资的企业转让特定的技术。有的国家关于出口的限制不仅适用于本国公司，同时也适用于该公司在第三国建立的子公司。美国的出口管制法就有上述限制。此外，各国的进口管理制度对海外投资企业将产品返销本国市场可能也具有限制作用。

外汇管理或政府的金融政策对海外投资也具有重要作用。若国家遇到国际收支平衡严重困难时，就会对海外直接投资以及海外投资贷款予以限制，如英国在战后一段时间内就曾采取这种限制措施。现在一些主要的发达国家虽均相继取消了外汇管制，允许资本自由移动，但也不能排除当有关国家出现国际收支困境时再度实施此种限制的可能性。此外，投资者本国提供的财政优惠措施对于引导海外投资也具有重要意义，这种措施可以鼓励私人投资者在海外从事有利于本国经济的投资活动，而对那些不利于本国经济的投资项目则不予鼓励，例如，若海外投资企业的产品会挤占本国市场，则政府可拒绝向进行此类投资的企业提供政府优惠贷

款或风险基金等。

甚至刑法对海外投资也有相当的影响。例如,1977 年美国通过的国外贿赂行为法规定,任何人直接或间接贿赂外国政府官员均为违法。该法禁止美国公司将任何财产不计入其账簿或伪造账目,借以掩盖其从事贿赂活动的开支。若投资者通过贿赂东道国政府官员而取得投资项目,则不仅可能受到东道国法律的制裁,而且会受到美国法律的制裁。这对于促使投资者在公平的环境下竞争具有积极意义。[3]

第二节 中国对境外投资的管理与鼓励

一、我国境外投资概况

境外投资是指我国公司、企业乃至个人将资本投向境外地区,包括香港、澳门、台湾地区。其具体形式包括设立子公司、分公司、建立合营企业,收购外国企业等。

我国从 20 世纪 80 年代初就开始对外直接投资。改革开放以来,我国虽以引进外资和技术为主,但同时也有条件地允许国内企业进行对外投资。进入 21 世纪,我国对外投资增长迅速。据商务部统计,2013 年,我国境内投资者共对全球 156 个国家和地区的 5090 家境外企业进行了直接投资,累计实现非金融类直接投资 901.7 亿美元。截至 2013 年年底,我国累计非金融类对外直接投资 5257 亿美元。[4]

我国境外投资的主要特点是:(1)投资涉及的行业从初期的贸易发展到商业服务业、资源开发、生产加工、交通运输、工程承包等领域;(2)投资地区主要集中在港澳地区、东盟、欧盟及美国、澳大利亚、加拿大、俄罗斯等国,近年来向中东和非洲国家的投资也在增长;(3)投资规模较小,海外企业的投资额达到上亿美元的项目为数不多。

我国企业到境外投资是我国对外开放政策的一个有机组成部分,对于我国经济发展也具有重要意义。因为境外投资有利于开发国外资源,弥补我国资源不足;可以扩大我国产品的出口,扩大国外市场份额;可以带动国内设备、技术、劳务的出口;还可以学习外国的先进技术和管理经验,掌握信息情报。

为了对境外投资活动进行管理,我国已颁布了一些法规与规章。现行有效的法规与规章包括:国务院 1996 年 1 月发布、2008 年 8 月修订的《外汇管理条例》,1996 年财政部发布的《境外投资财务管理暂行办法》,1999 年财政部等部门联合

---

[3] 参见王贵国:《发展中的国际投资规范》,法律出版社 1988 年版,第 25 ~ 30 页。

[4] 数据来源见中国对外经济合作指南网站。

发布的《境外投资国有资产管理暂行办法》,2008 年国务院国资委发布的《关于加强中央企业境外投资管理有关事项的通知》,2009 年商务部发布的《境外投资管理办法》,2011 年国资委发布的《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》和《中央企业境外国有产权管理暂行办法》,2014 年 4 月国家发改委发布的《境外投资项目核准与备案管理办法》等。这些法规与规章对于我国境外投资的管理发挥了重要作用。

二、境外投资的核准制度

(一)核准的条件

商务部 2009 年的《境外投资管理办法》和国家发改委 2014 年的《境外投资项目核准与备案管理办法》对境外投资核准条件作出了规定。

我国政府支持和鼓励有比较优势的各种所有制企业赴境外投资开办企业。这样,凡具有一定国际竞争力(即具有资金、技术和经营能力、管理经验和人才等比较优势)的国内企业,都可以赴境外投资。

但是,对国内企业境外投资也不是放任不管的,国家有关机构对境外投资实行核准制。国家发改委以前对资源开发类和大额用汇类项目实行核准管理,现已放宽为只对中方投资额 10 亿美元及以上的境外投资项目以及涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目实行核准。商务部对境外投资开办企业(金融业除外)进行核准。凡须经核准的,则只有经核准后国内企业才能办理关于境外投资的外汇、银行、海关、外事等相关事宜。

对于境外投资项目,国家发改委核准项目的条件为:(1)符合国家法律法规和产业政策、境外投资政策;(2)符合互利共赢、共同发展的原则,不危害国家主权、安全和公共利益,不违反我国缔结或参加的国际条约;(3)符合国家资本项目管理相关规定;(4)投资主体具备相应的投资实力。

对于境外开办企业,商务部主要是从消极标准把握的,即国内企业境外投资涉及下列情形的,不予核准:危害国家主权、安全和社会公共利益,或违反我国法律法规;损害我与有关国家(地区)关系;可能违反我国对外缔结的国际条约;涉及我国禁止出口的技术和货物。至于境外投资在经济、技术上是否可行,则由企业自行负责。

(二)核准范围与程序

对于境外投资项目和开办企业,我国采取分级核准和备案制。

1. 境外投资项目

2004 年 10 月 9 日国家发展改革委发布了《境外投资项目核准暂行管理办法》,对境外投资资源开发类和大额用汇项目实行核准管理。[5] 该暂行管理办法适用于我国境内各类法人及其通过在境外控股的企业或机构,在境外进行的投资

---

[5] 该暂行管理办法在 2014 年 4 月国务院发改委发布《境外投资项目核准与备案管理办法》后废止。

(含新建、并购、参股、增资、再投资)项目的核准。核准权限的划分是,中方投资额用汇限额以上或前往台湾和未建交国家投资的项目由国家发改委核准,用汇限额以下的由省级发展改革部门核准。2011 年后国家发改委又放宽了省级发改委核准的限额。

2013 年 12 月国务院办公厅发布了《政府核准的投资项目目录(2013 年本)》,对于境外投资,采取核准与备案相结合的管理方式。根据此规定,中方投资 10 亿美元及以上项目,涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目,由国务院投资主管部门核准;前款规定之外的中央管理企业投资项目和地方企业投资 3 亿美元及以上项目报国务院投资主管部门备案。国内企业在境外投资开办企业(金融企业除外)事项,涉及敏感国家和地区、敏感行业的,由商务部核准;其他情形的,中央管理企业报商务部备案,地方企业报省级政府备案。

2014 年 4 月国务院发改委发布了《境外投资项目核准和备案管理办法》,规定中方投资额 10 亿美元及以上项目,由国家发改委核准;涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目,不分限额,由国家发改委核准。该办法所称敏感国家和地区包括:未建交和受国际制裁的国家,发生战争、内乱的国家和地区。敏感行业包括:基础电信运营,跨境水资源开发利用,大规模土地开发,输电干线、电网,新闻传媒等行业。除此之外的境外投资项目实行备案管理。其中,中央管理企业实施的境外投资项目、地方企业实施的中方投资额 3 亿美元及以上境外投资项目,由国家发改委备案;地方企业实施的中方投资额 3 亿美元及以下的境外投资项目,由省级政府投资主管部门备案。

2. 境外投资开办企业

根据 2009 年商务部发布的《境外投资管理办法》,企业开展以下情形境外投资的,报商务部批准:(1)在与我国未建交国家的境外投资;(2)特定国家或地区的境外投资(具体名单由商务部会同外交部等有关部门确定);(3)中方投资额 1 亿美元及以上的境外投资;(4)涉及多国(地区)利益的境外投资;(5)设立境外特殊目的公司。地方企业开展境外投资,用汇在限额以下的或符合规定情形的,报省级商务主管部门核准。

根据 2013 年 12 月国务院办公厅发布的《政府核准的投资项目目录(2013 年本)》的规定,商务部也将对其 2009 年的《境外投资管理办法》予以修改,即对于国内企业在境外投资开办企业(金融企业除外)事项,商务部只对涉及敏感国家和地区、敏感行业的实行核准,其他情形的,实行备案制。

由上可见,在境外投资的核准事项上,商务部和国家发改委通过职能的分工,共同对境外投资的管理发挥着作用。不过,从目前两个部门发布的有关规定看,尽管二者在职能上有所区别,但在核准事项和权限分工上仍然难免还存在着重叠现象。因此,对于境外投资的核准,还有必要进一步统一和协调,尽可能地对境外投

资实行统一管理，缩小核准范围，减少核准环节，将核准制与登记备案制相结合，并逐步完善其他的市场经济配套制度，为过渡到登记备案制创造条件。[6]

三、境外投资企业的外汇管理

我国对于境外投资的外汇管理一直较严，进入21世纪后逐步放松。

1. 外汇来源管理的放宽

为了确保投资者有可靠的外汇资金来源，有经营境外企业的资金能力，我国以前规定外汇管理部门在海外投资项目审批前对投资者的外汇资金来源进行审查。随着我国外汇储备的增加，国家外汇管理部门逐步放宽了外汇来源审查。根据2008年8月修订后的《外汇管理条例》的规定，境内企业到境外投资所需外汇，可使用自有外汇或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。国家外汇管理局2009年发布的《境内机构境外直接投资外汇管理规定》第4条规定：境内机构可以使用自有外汇资金、符合规定的国内外汇贷款、人民币购汇或实物、无形资产及经外汇局核准的其他外汇资产来源进行境外直接投资。

2. 境外直接投资前期费用的汇出

境内投资者进行境外投资前，通常会要及时汇出一定数额的前期资本，用于支付收购境外企业股权或境外资产权益所要求缴纳的保证金，支付境外项目招投标过程中需支付的投标保证金，以及支付市场调查、租用办公场地和设备、聘用人员以及聘请境外中介机构提供服务所需的费用，或其他与境外投资有关的前期费用。如果等到项目核准后才这些前期费用，则很可能会错失投资机会。这在实践上也曾时有发生。因此，允许前期费用及时汇出，是支持和促进企业海外投资的重要措施。依据2009年的《境内机构境外直接投资外汇管理规定》，境内机构可持规定的材料向所在地外汇局申请向境外汇出前期费用，但一般不得超过境内机构已向境外直接投资主管部门申请的境外直接投资总额（以下简称境外直接投资总额）的15%（含）。对于汇出的境外直接投资前期费用确需超过境外直接投资总额15%的，境内机构应当持规定的材料向所在地国家外汇管理局分局（含外汇管理部）提出申请。

3. 利润汇回制度的调整与改革

以前我国外汇储备短缺或不很充足，为维护国家的国际收支平衡，对境外投资利润采取了强制汇回制度，包括利润汇回保证金以及利润限期调回等要求。随着我国外汇储备的增加，外汇管理局逐步对此进行了调整和改革。2008年的《外汇管理条例》第9条规定：境内机构、境内个人的外汇收入可以调回境内或者存放境外；调回境内或者存放境外的条件、期限等，由国务院外汇管理部门根据国际收支状况和外汇管理的需要作出规定。2009年的《境内机构境外直接投资外汇管理规

---

[6] 参见余劲松、陈正健："中国境外投资核准制度改革刍议"，载《法学家》2013年第2期。

定》则明确规定,境内机构境外直接投资所得利润也可留存境外用于其境外直接投资。国家外汇管理局可以根据我国国际收支形势和境外直接投资情况,对境内机构境外直接投资外汇资金来源范围、管理方式及其境外直接投资所得利润留存境外的相关政策进行调整。

4. 境外投资外汇登记与备案制

根据 2009 年国家外汇管理局发布的《境内机构境外直接投资外汇管理规定》,外汇局对境外直接投资实行外汇登记与备案制度。

境内机构境外直接投资获得境外直接投资主管部门核准后,应持规定的材料到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记。外汇局审核无误后,在相关业务系统中登记有关情况,并向境内机构颁发境外直接投资外汇登记证。境内机构应凭其办理境外直接投资项下的外汇收支业务。境内机构凭境外直接投资主管部门的核准文件和境外直接投资外汇登记证,在外汇指定银行办理境外直接投资资金汇出手续。

此外,若发生规定的情况,境内机构应在规定的期限内持境外直接投资外汇登记证、境外直接投资主管部门的核准或者备案文件及相关真实性证明材料到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记、变更或备案手续,或者办理注销境外直接投资外汇登记手续。

四、境外投资国有资产的管理

在我国境外投资主体中,国有企业占据主导地位,境外投资中国有资产自然占有较大的比重。因此,如何保障国家行使境外投资国有资产产权,维护国家对境外国有资产的合法权益,防止境外投资中国有资产流失,是我国关于海外投资法制建设的一个重要内容。为加强对境外国有资产的管理、监督,我国相继颁布了关于境外国有资产产权登记、境外投资财务管理、境外国有资产管理等方面的一系列法规。

(一)境外国有资产产权登记制度

境外国有资产产权登记,是指国有资产管理部门依法代表国家对境外国有资产进行登记,取得国家对境外国有资产的所有权的法律凭证,确认境外机构占有、使用境外国有资产的法律行为。实行产权登记有利于明晰产权关系,维护国家对境外国有资产的合法权益;在东道国法律要求将投资资产以信托的方式登记在个人名义下时,可以防止国有资产辗转流失;还可以使国有资产管理部门准确及时地掌握境外国有资产的增减变化,考评境外企业的经营效益,对其实行有效监督。

依据我国有关规定,境外国有资产产权登记的主管机关是国家国有资产管理局和地方各级国有资产管理部门。国有资产管理部门可以委托其他机关和单位办理境外国有资产产权登记手续。产权登记按照统一政策、分级管理的原则组织实施。

境外国有资产产权登记的范围主要是:国内企业、公司及其他经济组织到境外

投资(合资、合作、独资等)设厂形成的国有资产;在境外注册的各类贸易公司中的国有资产;对外承包工程的企业在境外的国有资产;境外行政、事业单位及其分支机构中的国有资产;其他应属国有的境外资产。境外国有资产产权登记主要包括以下内容。

1. 开办产权登记

适用于新开办的境外企业,登记的内容包括:境外机构名称、地址,法定代表人姓名或中方代表人和负责人姓名,主营范围或业务范围,机构注册形式,投资或派出单位,企业(或单位)资产总额,注册资本总额,国有资本金总额,国有资产总额等。

办理境外国有资产开办产权登记,需提交如下文件:《境外国有资产产权(立案)登记表》;在驻在国(地区)进行项目投资和机构注册的法律文件,境外为当地法律承认的所有权证书和公司物业登记证;本机构开办初期,经境外会计师事务所验证并经主管单位审核的有关文件;对确需以个人名义办理注册登记的,必须持有在当地具有所有权法律凭证效力"股份声明书"、"委托代理声明书"、"股权转让书"和在国内办理委托协议书公证的文件等;国有资产管理部门要求提供的其他文件。

2. 变动产权登记

变动产权登记主要有以下情况:境外机构经办理产权登记后,机构的名称、法定代表人、股权、国有资产负责人、投资或派出单位等发生变化,或国有资产总额发生超过一定比例的变化。上述情况发生后,应在60天内按规定程序向原负责办理产权登记手续的国有资产管理部门申办变动产权登记手续。

境外机构在办理变动产权登记时,应提交下列文件:变更事项的上级有关部门的批件和当地的有关法律文件;最近一次的产权登记表;变更当年或上一年按规定所要求的资产负债表、损益表和利润分配的有关文件;以个人名义持股或拥有物业产权的有关法律文件;国有资产管理部门要求提交的其他文件。

3. 注销产权登记

境外机构发生兼并、合并和撤销等情况而撤销时,应办理注销产权登记。境外机构在办理注销产权登记时,应提交下列文件:注销产权的审批单位的批准文件;当地的有关法律文件和资产评估报告;境外机构财产清理报告书;产权注销当期经当地会计师事务所确认的并经主管单位审核的资产负债表及编制说明;最近一次产权登记表及《境外国有资产授权占用证书》及其副本:国有资产管理部门要求提交的其他文件。

4. 产权登记年度检查

年度检查主要检查境外企业是否依法办理了有关的登记手续、国有资产的增减变动情况以及国有资产的合法权益是否受到侵害等。境外机构在每年4月30日以前到国有资产管理部门申办产权登记年度检查。申办产权登记年度检查应提

交下列文件:上一年度的产权登记表和《境外国有资产授权占用证书》;上一年度按规定要求的资产负债表、损益表和利润分配文件;以个人名义持股或拥有物业产权的有关法律文件;国有资产的增减变化情况和原因说明;国有资产管理部门要求提交的其他有关文件。

(二)境外投资财务管理制度

1996年财政部印发的《境外投资财务管理暂行办法》。该办法适用于进行境外投资的机构、部门、国有企业、事业单位以及国家控股的有限责任公司和股份有限公司。其目的是为了规范境外投资的财务管理,提高境外投资的经济效益,维护国家利益和投资单位的合法权益。该暂行办法规定的主要措施包括以下几种。

1. 明确投资单位对境外国有资产管理的相应职责

该暂行办法规定:投资单位对境外投资的财务管理必须履行下列职责:按规定向主管财政机关报送《境外国有资产产权登记表》,并据此建立境外投资财务关系;了解所在国的有关法律规定,贯彻执行我国境外投资的财务管理制度;对其所属境外企业的国有资产,必须明确法定代表人及其对国有资产的安全、完整、保值、增值应承担的责任;需采取措施加强对所属境外企业资产的管理和监督,并应将境外企业国有资产出售、转让等重要财务事项报告主管财政机关;督促境外企业及时报送年度财务报告;要求境外企业对一切财务往来和现金开支建立必要的"联签"制度;对境外企业的负责人建立离任审计制度等。

2. 严格控制将国有资产以个人名义进行产权注册

有些国家公司法对公司股东身份予以限定,例如欧洲有些国家规定,申请注册私人有限公司或一人公司的,只能是自然人。在这种情况下,我国企业在这些国家设立境外投资企业只能以个人名义申报注册。为避免将国有资产以个人名义注册后可能发生的财产性质的混淆,《境外投资财务管理暂行办法》第8条规定,投资单位经国务院授权部门批准进行境外投资,如确需将国有资产以个人名义进行产权注册的,必须经省、自治区、直辖市人民政府或中央主管部门批准后,由投资单位(委托人)与境外国有资产产权的注册人(受托人)签订《境外国有资产以个人名义持股委托协议书》或《境外国有资产以个人名义拥有物业产权委托协议书》,并经委托人所在地公证机关公证。否则,一律不得将国有资产以个人名义在境外进行产权注册。以个人名义持有境外国有股份的,应于境外注册产权前,在国内办理委托协议书公证;以个人名义拥有在境外购置的国有物业产权的,应于境外办妥产权注册之后一个月内,在国内办理委托协议书公证。公证文件副本须报主管财政机关和国有资产管理部门备案。

3. 处罚

投资单位违反该暂行办法,有下列情形之一的主管财政部门除责令其限期纠正外,还可视情节轻重予以处罚:不向主管财政机关报送《境外国有资产产权登记

表》的;未按规定报送财务报告的;对境外投资发生严重损失等重要财务问题,不向主管财政机关报告的;未按规定上交投资收益的以及其他违法行为。

投资单位有关责任人员、境外企业中方法定代表以及其他外派人员因失职或违法行为而导致国有资产重大损失的,主管财政机关可建议其所在单位给予行政处罚,情节严重的报送司法机关处理。

(三)境外投资国有资产管理制度

为了规范境外国有资产管理,维护境外国有资产的合法权益,保障境外国有资产的安全和保值增值,我国制订了一系列的法律法规与规章。例如,财政部等部门于1999年9月发布了《境外国有资产管理暂行办法》,2008年全国人大通过了《企业国有资产法》,国务院国资委随后针对中央企业境外投资管理,发布了《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》、《中央企业境外国有产权管理暂行办法》、《中央企业境外投资监督管理暂行办法》等规章。

1. 监管主体及职责

2008年全国人大常委会通过的《企业国有财产法》对国家出资企业与监管部门的职责作了明确规定。根据该法的规定,国家出资企业是企业的经营人,而国有资产监管机构则依据授权履行出资人职责,以出资人的身份对企业国有资产实施监督管理。2011年国资委《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》,则进一步明确将履行出资人职责的国资委与作为经营人的企业对境外国有资产的监管职责予以划分。企业应该建立境外国有资产经营责任制,而国资委的职责则是督促、指导企业建立健全境外国有资产经营责任体系;境外企业重大事项应该由作为经营人的中央企业审核决定,而国资委则对企业境外投资、境外国有资产经营管理重大事项,依法行使监督管理权。

2. 产权管理

国资委发布的《中央企业境外国有产权管理暂行办法》对央企境外国有资产的产权管理进一步予以规范。这主要表现在:(1)规范了央企的境外国有产权登记。对于以下事项:央企及其子企业新设境外企业或以并购等方式取得境外企业产权,境外企业名称、注册地、注册资本、主营业务范围等企业基本信息发生改变,境外企业解散、破产或者因产权转让、减资等原因不再保留国有产权的等,由中央企业统一向国资委申办产权登记。(2)评估管理。央企以其境内国有产权向境外企业注资或者转让,或者以其拥有的境外国有产权向境内企业注资或者转让,均应聘请具有相应资质的境内评估机构对标的物进行评估,并办理评估备案或者核准。央企的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时,应当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值,评估项目或者估值情况应当由中央企业备案。对国有资产变动进行评估管理,可以有效的防止在资

产转让或变动环节的资产流失。(3)对境外企业产权转让等国有产权变动事项的审核权限、基本程序、转让价格、转让方式、对价支付等作出了具体规定。要求央企重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位时,报国资委审核同意;转让产权时要多方比选意向受让方;转让款原则上应一次付清,确需采取分期付款的,受让方须提供合法的担保。对境外国有产权的转让予以规范,无疑也是防止转让环节资产流失的重要措施。此外,该《暂行办法》还明确了红筹上市公司国有股权管理的基本原则,规范了个人代持境外国有产权、设立离岸公司等事项。

3. 监督管理

国有资产监督管理机构对国家出资企业履行出资人的监管职责,就是行使股东的权利,对企业的经营管理行使监督管理权。这种监管主要表现在对企业高层管理人的选派与监督、对企业重大事项决策的监督、对资产的运营与变动的监督等方面。(1)对企业负责人的监督。依据《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》,中央企业应按照《中央企业资产损失责任追究暂行办法》规定,负责或者配合国资委开展所属境外企业重大资产损失责任追究工作。国资委则应督促、指导中央企业建立健全境外国有资产经营责任体系,并按照《中央企业资产损失责任追究暂行办法》组织开展境外企业重大资产损失责任追究工作。(2)对企业重大决策事项的监督。根据《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》,中央企业是所属境外企业监督管理的责任主体。境外企业有下列重大事项之一的,应当按照法定程序报中央企业核准:增加或者减少注册资本,合并、分立、解散、清算、申请破产或者变更企业组织形式;年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案;发行公司债券或者股票等融资活动;收购、股权投资、理财业务以及开展金融衍生业务;对外担保、对外捐赠事项;重要资产处置、产权转让;开立、变更、撤并银行账户;以及企业章程规定的其他事项。[7] 但中央企业及其重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出资行为应当依照法定程序报国资委备案或者核准;如果境外企业转让国有资产,导致中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位的,应当按照有关规定报国资委审核同意。[8] (3)绩效管理。对于境外国有资产,《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》规定,国资委应当将境外企业纳入中央企业业绩考核和绩效评价范围,定期组织开展境外企业抽查审计,综合评判中央企业经营成果。[9] 绩效评价实际上是国资委对国有企业负责人进行考核的重要指标之一,因此,这项制度很有必

---

[7] 国务院国资委:《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》,第29条。

[8] 同上注,第30条。

[9] 同上注,第32条。

要，并应该进一步科学化和合理化。

五、鼓励境外投资的措施

我国对海外投资进行鼓励，是在制定海外投资总体战略的基础上，有选择、有重点的支持我国某些行业和部门的企业走出去。国家发改委等部门在2006年发布了《境外投资产业指导政策》，鼓励和支持有比较优势的各类企业对外投资。国家鼓励的境外投资项目包括：(1)能够获得国内短缺以及国民经济发展所急需的资源或原材料；(2) 能够带动国内具有比较优势的产品、设备和技术等出口和劳务输出；(3) 能够明显提高我国技术研究开发能力，以及能够利用国际领先技术、先进管理经验和专业人才。同期发布的《境外投资产业指导目录》，将资源开发，以及纺织、家电制造等我国已经有比较优势的产业，列入鼓励境外投资产业。2011年9月，商务部与国家发改委等十个部委联合发布了《关于促进战略性新兴产业国际化发展的指导意见》，提出要促进对外投资发展，鼓励建立海外生产体系。鼓励新能源、航空航天、新能源汽车、高端装备制造等行业符合条件的企业在国外投资建厂；鼓励生物育种业在海外设立生产示范园区，加强海外推广；支持符合条件的环保企业加强国际合作等等。这些表明我国已经重视对境外投资的产业政策导向。

为促进和鼓励我国企业境外投资，我国有关部门和机构在金融方面还采取了一些支持和鼓励措施，包括专项资金支持措施、信贷支持、对境外带料加工装配的支持等。

(一)对企业开展境外带料加工装配业务的金融支持措施

境外带料加工装配是指我国企业以现有技术、设备投资为主，在境外以加工装配的形式，带动和扩大国内设备、技术、零配件、原材料出口的国际经贸合作方式。早在1999年国务院办公厅就转发了外经贸部、国家经贸委、财政部关于鼓励企业开展境外带料加工装配业务意见的通知，[10]规定了有关的鼓励措施。

依据此通知，经国家批准从事境外带料加工装配业务的企业，凭商务部(原外经贸部)颁发的《境外带料加工装配企业批准证书》，可享受到资金鼓励、简化外汇管理手续、享受出口退税政策、金融服务和政策性保险鼓励、和其他鼓励政策等5方面的鼓励措施，其中，有关金融鼓励措施的有几个方面：

1. 资金鼓励政策

凡符合规定贷款条件的企业，有关银行对其到境外建厂提供人民币中长期贷款；从中央外贸发展基金中安排专项资金用于扶持境外带料加工装配项目，项目由进出口银行评估、放款和回收；到境外开展带料加工装配业务的企业可从援外优惠

---

[10] 《国务院办公厅转发外经贸部、国家经贸委、财政部〈关于鼓励企业开展境外带料加工装配业务的意见〉的通知》，国办发[1999]17号。

贷款、合资合作项目基金中得到资金支持;为鼓励扩大生产规模,允许境外带料加工装配企业将获利后5年内所获利润充实资本金;银行对境外带料加工装配出口的设备、技术、零配件、原材料所需资金优先提供出口信贷;从事带料加工装配项目企业申请批准的周转外汇贷款,银行按正常的贷款利率执行,由中央外贸发展基金对出口企业贴息2个百分点。

2. 金融服务和政策性保险鼓励政策

要求国有商业银行制订具体规划,加快海外营业网点的建设,为境外企业在当地提供流动资金贷款、清算、结算等金融服务;发挥出口信用保险的作用,为境外带料加工装配等国家鼓励出口的项目、产品提供政治风险(包括战争、动乱、政府征用)及非商业性风险保障。

(二)境外投资专项资金支持措施

2005年12月财政部、商务部发布了《对外经济技术合作专项资金管理办法》,对境外投资、境外农、林和渔业合作、对外承包工程、对外劳务合作、境外高新技术研发平台、对外设计咨询等对外经济技术合作提供专项资金,该专项资金对企业从事上述对外经济技术合作业务采取直接补助或贴息等方式给予支持。

专项资金直接补助内容包括境内企业在项目所在国注册(登记)境外企业之前,或与项目所在国单位签订境外经济技术合作协议(合同)之前,为获得项目而发生的相关费用,包括聘请第三方的法律、技术及商务咨询费、项目可行性研究报告编制费、规范性文件和标书的翻译费用;购买规范性文件和标书等资料费;对外劳务合作,境外高新技术研发平台,对外设计咨询项目运营费用等。专项资金贴息内容包括境外投资、合作和对外工程承包等项目所发生的境内银行中长期贷款。[11]

考虑到每年重点支持的领域和范围有可能会根据国家的战略和宏观决策发生变化,该管理办法规定,财政部、商务部以"通知"的方式,另行确定当年专项资金重点支持的领域和范围。例如,根据《财政部、商务部关于做好2012年对外经济技术合作专项资金申报工作的通知》,2012年重点支持的对外经济技术合作业务是:(1)我国企业以直接投资实施的境外研发中心项目、装备制造业项目;进入境外经济贸易合作区实施的项目;境外农、林、渔、矿业合作项目。(2)我国企业实施的特许经营类对外承包工程项目、使用中国工程技术标准的对外承包工程项目和以人民币计价的对外承包工程项目。[12]

该管理办法还对申请企业和申请项目的基本条件做了规定。境外投资项目及

---

[11] 财政部、商务部:《对外经济技术合作专项资金管理办法》(2005),第5条。

[12] 《财政部、商务部关于做好2012年对外经济技术合作专项资金申报工作的通知》,财企[2012]141号,第2条。

农、林、渔业合作项目的中方投资额原则上不低于100万美元(或等值货币)。对于申请中长期贷款贴息的项目,还应具备的条件为:申请贴息贷款为一年以上(含一年)中长期境内银行贷款;贷款用于对外经济技术合作项目的建设及运营;单笔贷款金额不低于300万元人民币(或等值外币);每一项目申请贴息的贷款额累计不超过中方投资总额或合同总额。一个项目可获得累计不超过5年的贴息支持。

关于直接补助的限额,该管理办法规定,直接补助费用比例原则上不超过申请企业实际支付费用的50%,一个项目只能享受一次支持。《财政部、商务部关于做好2012年对外经济技术合作专项资金申报工作的通知》对直接补助的范围和限额进一步作出了规定。直接补助除前述前期费用外,还包括资源回运运保费、"走出去"人员人身意外伤害保险、境外突发事件处置费用、外派劳务人员的适应性培训费用、企业投保海外投资保险的保费等。直接补助费用比例原则上不超过申请企业实际支付费用的50%。[13]

关于贴息标准,该管理办法规定:人民币贷款贴息率不超过中国人民银行公布执行的基准利率,实际利率低于基准利率的,不超过实际利率;外币贷款年贴息率不超过3%,实际利率低于3%的,不超过实际利率。

(三)境外投资重点项目的信贷与金融保险支持措施

国家发展和改革委员会和中国进出口银行2004年共同建立了境外投资信贷支持机制,由中国进出口银行根据国家境外投资发展规划,在每年的出口信贷计划中,专门安排一定规模的信贷资金(以下称"境外投资专项贷款")用于支持国家鼓励的境外投资重点项目。境外投资专项贷款享受中国进出口银行出口信贷优惠利率。[14]

境外投资专项贷款主要用于支持下列四种境外投资重点项目:(1)能弥补国内资源相对不足的境外资源开发类项目;(2)能带动国内技术、产品、设备等出口和劳务输出的境外生产型项目和基础设施项目;(3)能利用国际先进技术、管理经验和专业人才的境外研发中心项目;(4)能提高企业国际竞争力、加快开拓国际市场的境外企业收购和兼并项目。

在中华人民共和国境内注册的企业法人都可以按规定向国家发展和改革委员会或省级发展改革部门上报项目申请报告,申请使用境外投资专项贷款。由境内投资主体向中国进出口银行提出贷款申请;中国进出口银行就项目使用境外投资专项贷款问题出具意见函;国家发展和改革委员会或省级发展改革部门对项目进

---

[13] 《财政部、商务部关于做好2012年对外经济技术合作专项资金申报工作的通知》,财企[2011]141号,第3条。

[14] 国家发展和改革委员会、中国进出口银行:《关于对国家鼓励的境外投资重点项目给予信贷支持政策的通知》,发改外资[2004]2345号。

行审核。项目获得核准后,由中国进出口银行对项目的贷款条件进行最终确定。

中国进出口银行对境外投资专项贷款依照有关规定予以审查批准,并视具体情况提供以下支持措施:(1)根据贷款企业信用等级和境外投资项目的经济效益情况授予一定的信用放款额度;(2)对风险小、投资收益稳定且效益较好的项目,可考虑直接对境外项目公司提供贷款,由项目的境内投资主体提供担保和/或以项目形成的资产或其他权益作为抵押;(3)对一些投资期较长的战略性项目,可视情况适当延长贷款期限。

中国进出口银行还可以对拟使用境外投资专项贷款的项目,提供与项目相关的投标保函、履约保函、预付款保函、质量保函以及国际结算等方面的金融服务,并根据境内投资主体和项目情况在反担保和保证金方面给予一定优惠。

同时,国家发展改革委和国家开发银行在2005年进一步采取措施,对境外投资重点项目融资予以支持。即由国家开发银行在每年的股本贷款规模中,专门安排一定的贷款资金(以下称"境外投资股本贷款")用于支持国家鼓励的境外投资重点项目扩大资本金。境外投资股本贷款也主要用于支持上述四种境外投资重点项目。[15]

此外,国家开发银行也于2006年下发了《加大对境外投资重点项目金融保险支持力度有关问题的通知》,[16]由国家开发银行和中国出口信用保险公司共同建立境外油气、工程承包和矿产资源等项目金融保险支持保障机制,为国家鼓励的重点境外投资项目提供多方位的金融保险服务。其提供的服务包括:为项目提供股本和债务融资支持,以及与项目相关的汇率、利率风险管理等金融衍生工具服务;为项目提供海外投资保险风险保障机制及其他风险规避措施;向企业提供境外经营环境、政策环境、项目合作机会、合作伙伴资质等信息咨询服务;负责项目融资安排和提出风险控制方案,包括组织国际银团贷款、项目融资和结构安排等方式,提供稳定、高效的金融保险支持;为项目提供投资所在国国别风险评估意见。国家开发银行和中国出口信用保险公司重点支持的项目和企业包括:(1)油气、重要矿产资源、原材料、林业等能弥补国内短缺资源的资源开发项目;(2)以资源做还款担保的基础设施项目和境外生产性项目;(3)能加快开拓和有效利用国际市场、增强国际竞争力的境外资源收购、兼并和工程承包项目;(4)关系到政府间双边或多边经济合作的项目;(5)国资委监管的中央直属企业集团、地方大型企业集团和其在境外设立的项目公司等具有资金、技术、管理、品牌优势的实力企业。对于符合要

---

[15] 见国家发展改革委、国家开发银行关于进一步加强对境外投资重点项目融资支持的有关问题的通知,发改外资[2005]1838号。

[16] 国家开发银行、中国出口信用保险公司关于进一步加大对境外重点项目金融保险支持力度有关问题的通知,开行发[2006]11号。

求的项目，国家开发银行将优先考虑提供贷款支持，中国出口信用保险公司将根据项目所在国的具体情况提供年保险费相对优惠的海外投资保险支持。[17]

（四）对民营企业境外投资的引导与鼓励

2012年6月29日国家发改委等12个政府部门联合印发了《关于鼓励和引导民营企业积极开展境外投资的实施意见》，从大力加强宏观指导、切实完善政策支持、简化和规范境外投资管理、全面做好服务保障和加强风险防范、保障人员资产安全等五个方面提出了鼓励和引导民营企业开展境外投资的18条措施。这些措施具体包括：对民营企业境外投资要加强规划指导和统筹协调，做好境外投资投向引导，促进企业提高自主决策水平，指导和规范境外经营行为；落实和完善财税支持政策，加大金融保险支持力度，深化海关通关制度改革；健全境外投资法规制度，简化和改善境外投资管理，改进和完善外汇管理政策；提升经济外交服务水平，健全多双边投资保障机制，提高境外投资通关服务水平，全面提升信息和中介等服务，引导民营企业实施商标国际化战略；健全境外企业管理机制，完善重大风险防范机制，强化境外人员和财产安全保障。[18] 该《实施意见》是我国首次制定和发布的鼓励引导民营企业开展境外投资的综合性政策文件，对于我国民营企业深入实施“走出去”战略，更好地利用“两个市场、两种资源”，加快提升国际化经营水平，具有重要的指导和推动作用。

除了中央国家机关制定的鼓励我国企业海外投资的金融支持措施外，近年来我国一些地方政府也积极制定本地区内鼓励对外投资的地方法规和地方政府规章。

六、我国境外投资立法的完善

改革开放以来，我国在引进、利用外资方面取得了很大的成就，立法也较为健全。与之相比，海外投资活动则发展得相对较慢，有关的立法工作也显得较为滞后。例如，目前国家对境外投资的管理主要以国务院各部门颁布的规章为依据，而各部门颁布的规章又较零散，不配套，且缺乏透明度；这些规章往往主要是针对国有企业的，对于民营、私营企业关注不够；对海外投资的管理重在审批，鼓励与支持措施不够，事后监管也有待于加强和改善。我国入世后，对外投资也将不断扩大和发展。因此，完善我国境外投资的立法、加强对境外投资的法律保护是一项十分迫切的任务。

---

[17] 国家开发银行：《加大对境外投资重点项目金融保险支持力度有关问题的通知》，开行发[2006]11号。

[18] 见国家发展改革委会、外交部、工业和信息化部、财政部、商务部、人民银行、海关总署、工商总局、质检总局、银监会、证监会、保监会和外汇局等十二家国务院有关部门联合发布的《关于鼓励和引导民营企业积极开展境外投资的实施意见》，发改外资[2012]1905号。

(一)改革和完善境外投资管理制度

首先,应改革现行境外投资管理体制。目前我国的境外投资管理体制基本上是20世纪90年代初建立起来的,有些方面已不适应我国市场经济的发展和对外开放需要。因此,为适应实际发展的需要,我国须进一步深化体制改革,转变政府职能。政府应将国有资产所有者的职能和公共管理职能区别开来,强化作为公共管理者的职能。

其次,应改革核准制度。在国际市场风云变化的情况下,有时商机稍纵即逝,烦琐的核准批手续不能适应境外投资的实际需要。因此,要建立统一高效的管理机构,简化核准手续,包括减少核准事项,简化核准程序,缩短核准时间等。对于大型优势企业和民营企业,应赋予其更大的境外投资自主权。

再次,政府应改进监管方式。对境外国有资产的监管,要从以监管境外投资项目为对象,转为以监管境内投资主体为对象。应加快建立现代企业制度的步伐,完善企业法人治理制度,在国有大中型企业所有者和经营者之间建立必要的约束机制和激励机制,使境内投资主体和其境外企业的负责人能对境外企业的经营和管理承担相应的权利、义务和责任,以保证企业所有者和利益相关者的根本利益。

(二)建立和健全境外投资企业的服务制度

政府应运用其政治优势和信息优势,对企业的境外投资提供服务和指导,建立和完善面向境外投资企业的服务制度。目前特别需要提供下列服务。

1. 提供投资情报服务

对于海外投资者来说,了解东道国的经济发展需要、政策法律规定以及投资环境和投资机会等信息,无疑是克服投资盲目性的重要前提。特别是我国的海外投资企业对国际市场情况不大熟悉,也缺乏海外经营的经验,因而,加强政府对海外投资的情报服务更是必要。我国可以通过国家行政机关设立的海外市场信息服务中心及驻外使领馆所设立的经济、商业情报中心,向投资者提供海外投资信息。

2. 提供技术援助

主要是为海外投资企业培训跨国经营所需要的高素质人才,同时,对本国培训海外投资项目所接受的发展中国家的技术人员的机构提供政府补贴,以支持其较好地完成培训计划。

(三)完善鼓励海外投资的制度

已如前述,我国对企业境外投资已经出台了一些支持和鼓励措施,对促进企业"走出去"发挥了重要作用。但这些鼓励措施也需要进一步改进和完善。例如目前的金融支持和鼓励措施,存在着政出多门、多头管理的现象,这既会增加政府管理部门之间协调的困难,也会导致金融机构之间对境外投资企业的重叠支持,因此,应参考和借鉴外国的经验,对海外投资的金融支持实行统一和归口管理,应明确企业获得金融支持的实质条件,简化获得金融支持的审批程序。在税收方面,对

鼓励性的项目应给予税收优惠，同时，政府应建立税收抵免制度和税收饶让制度，避免对境外企业双重征税。

第三节　海外投资保险制度

海外投资保险制度，是资本输出国保护与鼓励本国私人海外投资的重要的国内法制度。自“二战”后至20世纪70年代，一些主要的资本输出国都先后相继实施了投资保险制，我国也于2001年后开始实施海外投资保险制度。本节拟对各国投资保险制的基本内容作一综述。

一、海外投资保险制的概念、特征与历史发展

（一）海外投资保险制的概念与特征

海外投资保险制是资本输出国政府对本国海外投资者在国外可能遇到的政治风险，提供保证或保险，投资者向本国投资保险机构申请保险后，若承保的政治风险发生，致投资者遭受损失，则由国内保险机构补偿其损失的制度。

从形式上看，海外投资保险制与一般民间保险相类似，即投保者与保险机构订立保险合同，并支付保险费，承保机构则在约定的保险事故发生后向投保者赔偿所受损失。但从实质上看，海外投资保险制是一种政府保证，具有与一般民间保险显然不同的特征：（1）海外投资保险是由政府机构或公营公司承保的，政府承保机构与私营保险公司不同，不是以营利为目的，而是以保护投资为目的。（2）海外投资保险的对象，只限于海外私人直接投资，而且私人直接投资只有符合一定条件才可作为保险的对象。一般来说，作为保险对象的海外投资不仅须经东道国批准，而且还必须对资本输出国经济有利。（3）海外投资保险的范围，只限于政治风险，如征用险、外汇险、战争险等，不包括一般商业风险。（4）海外投资保险的任务，不单是像民间保险那样在于进行事后补偿，而更重要的是防患于未然。这一任务通常是结合两国间投资保证协定来完成的。[19]

（二）海外投资保险制的历史发展

私人向国外投资会遇到种种风险，如有地震、台风等自然灾害，也有决策失误、经营不善、货币贬值等商业风险，但最令投资者忧虑的是政治风险，亦称非商业风险。

政治风险是指与东道国政治、社会、法律有关的、人为的、非投资者所能控制的风险。所谓“人为的”，主要是指由东道国政府所为行为产生的风险。这些风险主要包括：征收险，即东道国基于国家和社会公共利益的需要，对外资企业实行征用、

---

[19]　参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第239页。

没收或国有化;转移险,又称外汇险,指东道国基于国际收支困难,实行外汇管制,禁止或限制外国投资者将原投资资本(又称"原本")、利润和其他合法收入从东道国转移出境;战争和内乱险,指东道国发生革命、战争和内乱,使外国投资企业或财产遭受重大损失,以致不能继续经营。此外,还有迟延支付险,指投资者因投资所产生的到期债权,因东道国停止支付或延迟支付而完全不能得到保证或完全不能受益者;违约险,指因东道国政府违约而使投资者无法或无法及时获得司法救济。

政治风险的存在,会严重影响投资者的安全与利益,同时也会影响到资本输出国的利益。针对这种风险发生的可能性,为解决海外投资者的顾虑,鼓励其对外投资,并保证其安全与利益,一些主要的资本输出国在战后先后实行投资保证制度。

美国是世界上最早最广泛实行投资保证制度的国家。1948 年美国根据《对外援助法》实施马歇尔援欧计划,开始创设投资保险制度,当时适用地区只限于欧洲发达国家,保证范围也只限于当地货币不能自由兑换为外汇的风险,几十年来,在担保主体、承保范围、保险对象等方面都有了很大的变化和发展。其投资保证机构原是政府的行政机构,如经济合作署、共同安全署、国际开发署等,后于 1969 年改为"海外私人投资公司";其承保范围已逐步扩大到多种风险;适用地区逐步扩展到欧洲以外的地区,后来仅限于在发展中国家的投资。

自 20 世纪 60 年代以后,由于国际投资大量涌入发展中国家,为使本国私人投资免受东道国政治风险的影响,一些主要发达国家先后效仿美国实行投资保险制。如日本在 1956 年实行"海外投资原本保险",1957 年又增加"海外投资利润保险",1970 年时把两种制度融为一体,建立了统一的海外投资保险机构,投资保险制有了很大的发展。此后,联邦德国于 1959 年,法国于 1960 年,丹麦、澳大利亚于 1966 年,荷兰、加拿大于 1969 年,瑞士于 1970 年,比利时于 1971 年,英国于 1972 年分别建立了投资保险制。海外投资保险制已发展成为一项重要的投资保证制度。

我国于 2001 年 5 月经国务院批准组建了中国出口信用保险公司,该公司主要任务之一是支持中国企业向海外投资,为企业开拓海外市场提供收汇风险保障。其承保的业务是国家风险和买方风险,包括海外投资的政治风险。自此,中国也建立起了海外投资保险制度。2013 年,中国信保海外投资保险业务全年共承保 259 个,承保金额 304 亿美元,主要分布在能源、矿产、电力等行业。

二、保险人

依据各国立法与实践,负责实施海外投资保险业务的有政府机构、政府公司或公营公司等。

(一)政府公司作为保险人

美国是采取这种做法的典型。美国自 1948 年创设投资保险制,并设立"经济合作署"管理援外事务及海外投资,后来历经变迁,1952 年为"共同安全署",1953 年为海外事务管理署,1955 年为国际合作署,1961 年为国际开发署接管投资保证

业务。尽管主要机构名称屡经变化，但每次调整改组，后一机构就是前一机构的继承者，承接前一机构就投资保证保险业务所承担的义务和所享受的权利，使投资保证关系稳定化，而且，投资保证承保机构始终是美国政府的一个行政部门。

1969 年，由于国际投资市场新的变化，美国再次修订《对外援助法》，设立“海外私人投资公司”，承担美国私人海外投资保证和保险业务。该公司具有公、私两方面的性质，一方面，法律明文规定该公司仍然是“在美国国务院政策指导下的一个机构”，其法定资本由国库拨款；另一方面，该公司作为法人，完全按照公司的体制和章程经营管理，为了实现其宗旨，它可以利用私人信贷和投资，以扩大私人的参股，其董事会也有私人企业界的代表参加。[20]

美国之所以由这种兼具公、私性质的海外私人投资公司主管海外投资保险业务，是因为这可以避免政府与政府之间的直接对抗，公司可以“充当外国政府与美国商行之间的桥梁，使政治性问题，取得商业性解决”。[21] 另外，由于政治风险保险风险过大，私人保险公司不愿意承保这种业务，因此，海外私人投资公司又必须由政府经营。

海外私人投资公司设董事会作为其最高权力机关，现由 15 名董事组成，其中 8 名是私方董事，当中至少两人由在小企业经营及劳动与合作方面具有丰富经验的企业代表担任，这 8 位董事均由总统取得参议院同意后任命，定期担任。其余的 7 名董事由美国政府的主要官员担任，包括公司的总经理、国际开发署署长、美国贸易代表和美国总统指派的劳工部官员等。公司的董事长和副董事长由美国总统任命。

公司的业务经营范围，主要包括以下几项：(1) 投资保险，即对合格的海外私人投资专门承保各种政治性风险；(2) 投资担保，即对合格的海外私人投资者的贷款和其他投资提供担保；(3) 直接投资，即按公司所定条件向私人企业发放贷款，协助它们向发展中国家投资；(4) 投资鼓励，即按公司所定条件，对私人投资者提供资助，以便其对海外投资机会进行调查、评估和落实；(5) 特别活动，即举办各种特别项目，包括提供有关个人技能、职业或管理方面的经费资助和咨询服务，以促进人力资源的开发，提高技术水平和资本使用效能等；(6) 其他保险业务，如同其他保险公司订立保险或再保险合同、让渡或承受再保险业务等。[22]

除美国外，澳大利亚等国也都设政府公司来承保海外投资保险业务。

---

〔20〕 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社 1987 年修订版，第 250 ~ 252 页。

〔21〕 参见陈安：《美国对海外投资的法律保护及典型案例分析》，鹭江出版社 1985 年版，第 19 页。

〔22〕 See Sec. 234, Foreign Assistance Act of 1961 (P. L. 87 – 195); 22 U. S. C. 2194. 目前美国海外私投资公司的业务除投资保险和项目融资这两项主要业务外，还设有投资基金，对新兴市场经济国家设立私人所有和管理的投资基金予以支持；公司还建立企业发展网络，汇集必要的信息和资源，为中小型企业在发展中国家寻找商机提供帮助。

(二)政府机构作为保险人

有的国家由政府机构承保海外投资政治风险,如美国在1969年以前是由政府机构作为承保者,现在日本等国仍采用此种做法。

日本是由通商产业省贸易局承办投资保险业务的,该局是一个政府机构,但在财政上具有独立性,其宗旨是担保国际贸易和其他对外交易中其他普通保险者所不能承保的风险,以促进国际经济交往的发展。所承担的保险业务,除海外投资保险外,还有其他多种风险,如普通出口保险、出口收入险、出口票据风险、出口证券保险、外汇风险保险等。[23]

此外,还有些国家也是由政府机构承保的。如新西兰负责担保出口和投资的政府机关是国家保险署,瑞典则由出口信贷担保委员会负责。

(三)政府与国营或私营公司共同实施保险业务

有的国家由政府与国营公司共同负责承保海外投资政治风险,联邦德国就是如此。

联邦德国于1959年正式建立海外投资保险制度,由两家国营公司经营海外投资保险业务,这两家公司受联邦政府的委托和授权代表联邦政府发表和接受一切有关投资担保的声明,进行为达成这一目标的一切活动。主管审查与批准保险的机关,为经济部、财政部及外交部代表所组成的有决议权的委员会及会计审核院和联邦银行代表的咨询委员会,主要审查该投资项目是否值得鼓励,以及对加强联邦德国同发展中国家经济关系有无积极贡献。实际上只有财政部批准,才能承担保险责任。因此,联邦政府是法定保险人,执行则由两个国营公司负责。[24] 德国现行的做法是,政府委托普华永道公司(PWC)和裕利安怡信用保险公司(Euler Hermes)负责处理投资保险的具体事务,普华永道负责咨询和监管,裕利安怡是负责保险的公司,投保是否接受则由政府的部际委员会审批决定。[25]

法国的做法类似于前联邦德国,其对外投资保险业务也是由两个机构经营的:法兰西对外贸易保险公司和法兰西对外贸易银行;而关于投保申请的审查与批准则由经济和金融部长根据特别的部际委员会的意见决定。

(四)中国的实践

中国出口信用保险公司是从事政策性出口信用保险业务的国有独资保险公司,该公司注册资本为40亿人民币,资本来源为出口信用保险风险基金,由国家财

---

[23] 关于日本海外投资保险制度,参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第260~270页。

[24] 关于德国的海外投资保险制度,参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第270~277页。

[25] See kathryn Gordon, Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development, OECE 2008.

政预算安排。公司按商业化方式运作，独立核算，保本经营。公司设立监事会，不设董事会，实行总经理负责制。海外投资保险是该公司开办的一项政策性保险，不以赢利为目的。这种以国有政策性保险公司作为保险人的做法与上述美国的做法相类似。

三、保险范围

（一）外汇险

外汇险包括货币不能兑换险和转移险，有的国家只承保禁兑险，有的则全部承保。

根据美国的规定，货币不能兑换险是指，作为被批准投资项目的利润或其他收益，或因投资回收或处分投资财产而获得的当地货币或其他货币，在东道国禁止兑换成美元。该风险发生的原因有多种，如东道国实行外汇管制，停止或限制外汇，或由于政府的行为或不行为，妨碍投资收益的兑换或转移。海外私人投资公司在批准这种政治风险保证前，必须从东道国获得关于原本与利润等自由汇出的保证，投保者则须确切证明东道国政府原已同意并允许自由汇出的事实。至于投资因汇价变动所受的影响，或在订立保险合同时，东道国已实行或可能实行外汇管制者，则不在禁兑险之列。

按照美国保险合同的规定，投资者必须在换取美元的申请已经提出 30 天或 60 天期满而当地政府仍不批准的条件下，方可向海外私人投资公司要求用美元予以兑换。如投资者事先未尽力向当地政府申请兑换，或者这笔当地货币在投资者手中迟迟不换已超过 18 个月，则无权再向该公司要求兑换。此外，货币不能兑换险不包括货币贬值险。

日本承保的外汇险的内容既包括不能自由兑换，又包括不能自由转移。日本法律规定，若有下列情况之一，致使日本海外投资者的原本和利润两个月以上不能兑换为外币汇回日本者，均属外汇险：(1) 东道国政府实行外汇管制或禁止外汇交易；(2) 因东道国发生战争、革命和内乱，无法实行外汇交易；(3) 东道国政府对日本投资者各项应得金额实行管制；(4) 东道国政府取消对各项应得金额汇回日本的许可；(5) 东道国政府对各项所得金额予以没收等。

我国出口信用保险公司也承保汇兑限制险。汇兑限制指投资所在国政府实施的阻碍、限制投资者把当地货币兑换为可自由兑换货币并/或汇出投资所在国的措施，或者使投资者必须以远高于市场汇率的价格才能将当地货币兑换为可自由兑换货币并/或汇出投资所在国的措施。可见，我国承保的汇兑限制险既包括货币不能自由兑换，也包括不能自由汇出。

（二）征收险

征收险一般是指由于东道国政府实行征收或国有化措施，致使投保者的投资财产受到部分或全部损失，则由承保人负责赔偿。

至于何谓征收行为，各国规定不尽相同，其中以美国的规定最为广泛。美国对

外援助法规定,征收包括,但不限于,外国政府废弃、拒绝履行及损害其与投资者订立的合同,使该投资项目实际上难以继续经营。但东道国政府的上述行为必须是由不可归责于投资者本人的过错或不当行为所引起的。美国海外私人投资公司的保证合同则对征收行为作了更为详细的补充规定:"征收行为"一词,指的是投资项目所在国的政府所采取、授权、认可或纵容的、给予赔偿或不给予赔偿的任何行动,该行动开始于保险期内,并且直接造成以下一种后果长达一年之久:(1)阻碍投资者获得海外美资企业依据有价证券以指定货币支付给投资者的到期款项;(2)阻碍投资者作为股东或债权人有效地行使由于投资而取得的对于海外美资企业的基本权利;(3)阻碍投资者转让有价证券或有价证券所派生的任何权利;(4)阻碍海外投资企业对本企业重要财产的使用和处置实行切实有效的控制,阻碍建设或经营该投资项目;(5)阻碍投资者有效控制在证券方面作为投资收益和资本收益所获得的金额。

从美国的上述规定以及其他国家的有关规定来看,征收行为包括以下内容:(1)征收是东道国政府采取的行为,包括政府采取、授权、批准或纵容的行为,且不论是否给予补偿。(2)征收包括直接征收和间接征收。直接征收一般指直接剥夺财产所有权,而间接征收则一般指对财产所有人使用、占有和处置财产进行无理干涉,从而使所有权人在合理期限内不能使用、占有和处置该财产。上述美国的征收定义就将间接征收包括在内,联邦德国关于征收险包括限制行使所有权造成的其效果等同于征收的损失。英国的投资担保合同中也规定了间接征收。(3)征收的对象,一般包括投资者的投资和贷款,以及投资的利润和贷款的利息,不仅包括财产权以及由此产权产生的其他债权,而且包括契约权,如美国关于征收的定义就明确包括违约。(4)构成征收险的征收行为一般应持续一年以上。

此外,有的国家规定,在某些情况下,虽具备征收的条件,亦不视为征收行为。例如,美国就规定了八种情况:(1)东道国政府正当合理地依据本国宪法所认可的政府方针,颁行某种法律、法令、条例或行政措施,且并非有意实行国有化、没收或征收,并非专横无理,而且按照企业的合理分类加以适用,并未违反公认的国际法原则。(2)投资者或海外投资企业未能在其可控制的范围内采取一切正当合理的措施,包括在东道国依当时可以采用的行政程序和司法程序提起诉讼,以制止或抗议上述行动。(3)根据投资者或海外投资企业自愿达成的协议而采取的行为。(4)征收行为是由于投资者或海外投资企业进行挑衅或煽动而采取的。但投资者下述行为不应认定是挑衅或煽动:①根据美国政府的特殊要求而采取的行动;②在涉及东道国的诉讼的司法、行政或仲裁程序中善意采取的任何合理的措施。(5)(略)。(6)东道国政府善意的外汇管制行为。(7)东道国政府作为海外投资企业的股东、董事或经理在其职责范围之内行使其权力的任何行为。(8)东道国政府废弃或违反其作为产权投资者向海外投资企业出资的义务。澳大利亚有与美国

类似的规定。

我国保险机构承保的征收险是指投资所在国政府采取、批准、授权或同意的对投资实行的强行征用、没收、国有化、扣押等行为。这些行为需持续一段时间，且使投资者无法建立或经营项目企业，或者剥夺、妨碍投资者的权益。可见，这里的征收不仅包括直接征收，也包括间接征收，因为妨碍投资者权益的也构成征收。与美国的做法不同的是，我国承保的征收险中不包括政府违约。政府违约是作为一个单独的险别来加以承保的。

（三）战争与内乱险

战乱险是指由于战争、革命、暴动、内乱、恐怖主义和破坏的结果，致使投资者在东道国的投保财产受到损害，而由承保人负责赔偿。

美国把战乱险“限于个人或集团主要是为了实现某种政治目的而采取的破坏活动所造成的损失”。这就把一般的劳资纠纷、经济矛盾所引起的骚乱冲突风险排除在外。一般恐怖活动或国内轻微骚乱所致的损失，也不属战乱险，除非是出于国内或国际有组织的武装力量的敌对行动对该财产的蓄意破坏。美国现将此险改为“政治暴力”险，恐怖主义也被纳入此险范围。但投保人也可单独投保恐怖主义险。

战乱所造成的损害，指的是由于战争、革命、暴动或内乱，使投保财产被毁坏、被丢失、被夺走并扣留，或者战乱中一方为了对付紧急的或预期的敌对行动所采取阻止、抗击或防御行动的直接结果，所造成的投保财产的毁坏、丧失、被夺走或扣留。由此造成的损害，均在赔偿之列，但在战争、内乱与损害之间必须存在直接的、必然的因果联系。

我国承保的战争险中的战争指投资所在国发生的战争、内乱、恐怖行为以及其他类似的行为，这就将恐怖行为也纳入战争险内。战争项下的保障包括战争造成的项目企业有形财产的损失和因战争行为导致项目企业不能正常经营所造成的损失。

除上述三种主要的险别外，有的国家还承保其他政治风险。如联邦德国承保延期支付险，英国承保其他非商业风险。我国还承保政府违约险。政府违约指投资所在国政府非法地或者不合理地取消、违反、不履行或者拒绝承认其出具、签订的与投资相关的特定担保、保证或特许权协议等。根据各国的实践，这些非商业风险，一般要同时一并付保，但美国规定也可分险别单独投保。

四、保险对象

这里指的是可作为保险对象的合格的投资。合格的投资不仅投资的形式以及投资的东道国须合格，而且投资本身也须符合一定的标准。

（一）合格投资的标准

投保资本合格是指投资要符合法律或保险合同规定的条件或标准，这些条件和标准在各国不尽相同，但概括起来，合格的投资应符合投资者本国和东道国的利

益。

1. 海外投资必须符合投资者本国的利益

例如,美国规定,海外私人投资在承保一项投资时,必须考虑该项投资项目最终是否有利于美国经济,包括对美国工人就业、国际收支平衡及美国经济发展目标的有利影响。因此,凡对美国的就业、出口有较大积极影响的投资,就会获得承保。美国通常采取的标准是,若投资项目在第一次订货之后导致嗣后的连续订货,而且订货的金额超过第一次订货,这就可以表明该项投资对美国经济有利。反之,若海外投资项目不能维持美国商品的市场利益,不能保持美国国内就业水平的,就不会予以承保。美国海外私人投资公司拒绝承保下列海外投资:(1)投资者拟以海外投资所出的产品,取代原在美国生产的同类产品,并且销往原属美国同类产品的同一市场,从而大量削减该投资者在美国雇佣职工的人数;(2)这笔投资看来会大量削减美国其他企业单位雇佣职工的人数;(3)这笔投资用于海外制造业或加工业的项目之后,看来会削减美国的贸易利益,不利于美国的国际收支平衡;(4)这项投资采购商品或劳务的重点不在美国,而在别的国家,等等。其不予承保的具体行业包括:投向纺织及农业,以向美国出口为目标的投资;1981 年 1 月 1 日以前的铜矿开采的投资,以后将有害于美国铜矿工业者;投资企业非美国所能控制,或其目的在于代替美国国内从事同类企业活动的,等等。由上可见,海外投资即使对东道国经济发展有很大好处,但只要对美国经济不利,美国是不会对这种投资予以承保的。

其他国家也有类似的要求。如日本规定,所承保的对外投资必须有助于日本对外交易的全面展开,对日本经济发展有积极作用。英国也要求投资须符合英国的国家利益和政府政策,其标准是,投资项目的建成要能带动英国的货物和劳务的出口,或不影响英国在其他方面的收益。前联邦德国则要求投资项目“值得鼓励”,并对加强同发展中国家经济关系有积极贡献。

我国要求投保项目必须符合中国国家政策和经济、战略利益。

2. 海外投资要有利于东道国的经济发展

这一要求是为了保证投资在东道国的安全,因为只有对东道国经济有利的投资才会为东道国欢迎并受到其保护,减少或避免风险的发生。

美国规定,海外投资必须经过东道国事先批准同意,投保才视为合格。投资者有义务取得外国主管机关的批准,海外私人投资公司也可协助其取得东道国的批准。美国的这一要求,一方面是为了显示海外投资项目是为东道国所同意或鼓励的,另一方面是为了加强对对方政府的约束力,提高当地美资的安全系数。同时,美国要求所投保的投资有利于东道国的经济与社会发展,并在环境影响和劳工权利保护方面提出了要求。

澳大利亚也要求海外投资对东道国的经济发展有利。澳大利亚在判断投资项

目对东道国是否有利时，通常要考虑多种因素，如创造就业机会、当地职员的培训、进口替代、出口创汇、提供的技术，以及投资是否已为东道国政府批准等。[26]

3. 一般只限于新的海外投资

各国关于投资保险的法律与实践均一般只承保新的投资。所谓新的投资，一般指新建企业的投资。早先已在海外开业经营的企业，一般不合格。但对旧企业的扩大、现代化及发展的新投资，各国一般也将其视同投入新项目的投资，准予投保。这一规定的目的，主要在于便于承保者判断海外投资的合格性，并加以引导，以免导致以后过多的国际纠纷。

（二）投资的东道国合格

有的国家对所保险的投资的所在东道国有特殊的要求，其中以美国最为典型。

美国规定，只有在符合以下条件的国家里的投资才可予承保：（1）必须是事先已与美国政府订有双边投资保证协定的国家。这一要求的目的是，一旦保险事故发生，美国政府可依条约进行代位索赔。（2）投资所在的东道国必须是发展中国家，而且其国民收入较低。海外私人投资公司对于国民收入较高的发展中国家的投资担保一般予以限制，而对在最不发达国家的投资予以优先担保。

美国的上述两个条件中，以第一个条件最为重要。依据美国的做法，国内的投资保险是结合两国间协定来完成的。双边投资保证协定是国内法上实行投资保证的法定前提。联邦德国、丹麦也要求在一定条件下，须有两国间投资保证协定才实行国内保证，实际上与美国制度相同。日本、澳大利亚、挪威等国实行单边投资保险制，不要求以本国政府同东道国政府订立双边投资保证协定为前提，但实践上也积极利用投资保证协定，作为调整投资环境的重要手段，以确保国内投资保证的效力。

（三）合格投资的形式

一般说来，投资的形式有多种，既包括有形资产，也包括无形资产。各国对所承保的投资的形式一般没有什么限制，主要包括以下几种：（1）股权投资。通常既包括投资者用现金、实物、工业产权与专有技术等进行的投资，也包括基于契约安排的权益投资，如企业的利润收益权、技术及能源开发中产品分配安排应得的权益等。（2）贷款。如对已批准的投资项目的贷款，或与股权投资有关的贷款。有的国家，如英国、澳大利亚等还包括这类贷款的担保。（3）债券。日本规定，合格的投资形式还包括取得外国政府、外国法人为经营海外企业所发行的公债、公司债券或类似债券。（4）向分支机构投资。如日本和前联邦德国均规定，本国企业向海

---

[26] 根据 OECD 的一项调查，只有少数国家要求其承保的海外投资有利于东道国的经济发展。See Kathryn Gordon, Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institntions, Incentives and Development, OECD 2008.

外分支机构、营业所、工厂所进行的投资,可申请投保。

五、投保人

根据各国法律规定与实践,申请投资保险的投资者必须符合一定的条件,才能作为合格的投保者。合格的投保者包括以下几种情况之一:

一是本国国民,指根据本国法律取得本国国籍的自然人。有的国家还附加对国民的住所或居住的要求,例如联邦德国规定,自然人投保者必须同时具备两个条件,一是具有德国国籍,二是在联邦德国有住所。英国规定,自然人投保者是指根据英国有效法律,获得英国国民身份,且在英国有居住权或在英国政府负责其国际关系的领土有居住权的人。

二是本国公司、合伙或其他社团。大多数国家都允许依本国法律设立的、具有或不具有法人资格的、营利或非营利的公司、企业、合伙或其他社团作为投保人,如美国、英国、德国等。但也有的国家,如日本,只限于日本法人可以投保。

本国公司、合伙或其他社团作为投保人,还必须符合其他条件。例如,有的国家还有资本控制要求。依美国法律规定,依美国联邦、州或属地法律所设立的公司、合伙或其他社团,其资产主要属于美国公民、公司、合伙或社团所有者,均是合格投保者。这就不仅要求这些公司、合伙或社团必须依美国法律设立,而且还须主要由美国人所有。所谓"主要",指拥有51%以上的股权或资产,还有的国家有住所要求,如联邦德国规定,在联邦德国有住所并依联邦德国法律设立的、具有或不具有法人资格的公司和社团均可作为投保者。

依据我国出口信用保险公司的政策在中华人民共和国境内(香港、澳门、台湾除外)注册成立的金融机构和企业,可以投保海外投资保险,但由在香港、澳门、台湾的企业、机构、公民或外国的企业、机构、公民控股的除外。

三是外国公司、合伙、社团。外国公司、合伙或社团作为投保人,一般有严格的限制。依美国法律规定,依外国法设立的外国公司、合伙、社团,其资产的全部或至少95%为美国公民、公司、合伙或社团所有者,才可作为合格投保者。[27] 有些国家则不允许外国公司、合伙、社团投保。

我国的做法是,在香港、澳门、台湾和中华人民共和国境外注册成立的企业、金融机构,如果其95%以上的股份在中华人民共和国境内的企业、机构控制之下,可由该境内的企业、机构投保。

此外,有的国家对合格的投保者,标准放得较宽,如澳大利亚、加拿大规定,凡在本国经营企业,并计划去海外投资者,均可作为合格投保者。但对于外国公司、合伙、社团能否作为合格投保者则未作规定。

值得注意的是,美国允许由美国人全部控股的外国公司、合伙与社团向美国政

---

[27] Sec. 238. Foreign Assistance Act of 1961(P. L. 87 - 195);22 U. S. C. 2198.

府主办的承保机构投保，就便于美国避开国际索赔中当事人不合格的障碍，利用美国与外国公司间的投资保险契约关系以及美国事先与东道国订立的投资保证协议，向东道国代位求偿，甚至通过国际法院诉讼索赔。

六、投保程序、保险费和保险期限

（一）投保程序

根据各国规定，合格投保者要取得政府的投资保险，必须按法定程序，向承保机构申请，经审查合格后，才订立保险合同。

1. 申请

投资者申请投资保险或保证时，首先应按规定提交投资保险申请书及必要资料。如美国要求投资者按海外私人投资公司规定的格式，提交政治风险投资保险申请书及必要资料。日本则要求提交投资保险申请书、外币证券取得许可书、东道国外资引进许可证、海外投资计划详细说明书等必要书证。

有的国家规定，投资者在申请过程中须承担某些义务，例如，美国规定的义务有：(1)必须在作出投资的最终决定之前，向海外私人投资公司提出申请；(2)弄清东道国关于审批外国投资程序的法令；(3)向东道国提供关于投资的详细情况和资料；(4)须符合东道国政府关于审批的必要条件；(5)请求东道国政府将该作为保险标的的投资项目的批准，通知给美国有关驻外机构或传递给海外私人投资公司。

2. 审查

承保机构在收到投保申请后，要对投资者及其投资是否合格进行审查，如审查所投保的投资是否有利于本国的经济发展、是否已经东道国批准或对东道国经济发展有利，投资的形式及投资所在东道国是否合格，等等。经审查确认申请合格，可签订投资保险合同。

（二）保险费

投资者有义务缴纳一定的保险费。有的国家规定，保险费支付之日起保险契约才生效。另有的国家规定，保险费逾期不付则导致解除合同，如联邦德国规定，保险费必须在每年规定支付期限前缴纳。逾期后三周内尚未缴付者，保险人有权解除保险契约。

至于保险费的数额，各国规定不一致。一般来说，保险费的数额依承保行业、险别及范围而不同，有的国家还依投资的东道国类别以及投保投资的规模而异。以综合保险为例，美国为承保额的1.5%，日本为0.55%，联邦德国为0.5%，英国为1%，加拿大为0.3%，法国为0.8%，澳大利亚、比利时为0.75%，挪威、丹麦为0.5%。保险费率一般也会根据情况调整。

（三）保险期间

保险期间，各国大多规定最长期限为15年，有的可延长到20年。例如，美国

规定,保险期限根据投资种类、性质及承保险别的不同而具体确定,一般说来,股份投资保险法定最高期限,自承保之日起,不得超过20年。日本规定,保险契约的期间,从5年到10年,一般最长不超过15年。

七、索赔

若约定的保险事故发生,在索赔上就出现两种情况:一种是承保人依国内保险合同的规定向投保人支付保险金,另一种是承保人取得代位求偿权向投资所在东道国索赔。

(一)保险金的支付

保险金指保险事故发生时,保险人应向投保人实际支付的赔偿金额。一旦发生保险事故,投保者应立即向承保人申请赔偿并提出有关证据,承保人在收到申请后,若依据法律和保险合同确定应予赔偿,则支付约定的保险金。

保险金的数额一般是依据损失额与赔偿率确定的。美国规定,海外私人投资保险公司承保的保险金额,不得超过投资当时公司批准项目中被保险美元票面价值加保险契约限度内该投资实际上应得的利息、利润或其他收益,即可赔偿投资者所受的全部损失额。但实际上,保险契约中通常约定保险人只赔偿损失的90%,投保者自负损失10%,分担风险责任。其他国家也有类似的规定,被保险投资者自己承担的损失部分,在挪威、荷兰、英国、联邦德国、日本为10%,瑞士为30%,加拿大、丹麦为15%。

至于损失额,一般是根据险别来计算的,各国规定也不尽相同。例如,日本关于损失额的计算方法是:

(1)由征收或战争所引起的损失

损失额 = A - (B + C + D)

其中 A = 原本;B = 保险事故发生后的残余价额;C = 由于保险事故发生已取得或可取得的金额(如当地政府的补偿金等);D = 由于采取减轻损失的必要措施所回收的金额。

(2)由外汇险所引起的损失

损失额 = A - (B + C + D)

其中 A = 原本;B = 由于保险事故发生毋须支出的金额(如外汇手续费、汇兑税等);C = 从该不能汇出的金额中所支出的金额;D = 由于采取减轻损失的必要措施所回收的金额。

其实际支付的保险金 = 损失额 $\times \frac{90}{100} \leqslant$ 契约保险金额,即实际支付的保险金总是低于、至多等于契约的保险金额。

(二)投保人的义务

投保人(或被保险人)在保险事故发生时有权要求承保人根据保险合同支付

保险金，但同时基于保险合同也须承担一定的义务。从各国的有关规定看，投保人应负的主要义务有以下几项：(1)预防和减少损失。投保人应采取切实可行的措施，竭尽一切可能，预防和减少损失；应在东道国境内采取一切行政和司法救济措施，要求制止风险或取得赔偿。(2)尽快通知风险与损失的发生。投保人一旦知道保险事故的发生，应立即将其详情通知承保人，以便承保人及时查证落实，确定政府保险责任的时限。(3)保管好有关的一切资产和资料。如日本规定，在停止外汇时，投保人应负妥善保管不能汇出的金额的义务。联邦德国规定，投保者应精心保存有关投资的一切资料，以便政府检查和审计。(4)向承保人转交有关承保投资的资产和权益。投保人获得赔偿后应按承保人的要求把投保的有关资产、现金、债权、所有权、索赔权等全部转移给承保人。(5)与承保人通力合作，帮助代位索赔。美国、澳大利亚等国规定，投保人获得所支付的保险金后，仍有义务与承保人进行充分合作，除妥善保管已转给承保人的一切财产外，还应协助承保人行使代位求偿权，例如提供技术和其他信息，提供求偿所必要的人证和物证等。

(三)承保人取得代位求偿权

承保人在向投保人支付保险金之后，代位取得投保人有关投资的一切权利，包括有关资产的所有权、债权、索赔权等，向东道国索赔。已如前述，有的国家实行双边投资保险制，以同东道国订立双边投资保证协定为国内法上投资保证制度适用的法定前提。这样，承保人在取得代位求偿权后，依据该国与东道国订立的双边投资保证条约向东道国索赔。这就把私人海外投资关系，提高到两国政府间的高度，使承保人向东道国索赔有了国际法的依据，并受国际法保护。

另有些国家，实行单边投资保险制，其国内投资保险制度并不与双边投资协定挂钩。在这种情况下，投保人或代位人有义务在东道国用尽国内救济手段。

八、评价

资本输出国海外投资保险和保证制度在保护和促进私人海外投资中起到了一定的积极作用，但对其效用，理论界及企业界，对其评价不一。

在资本输出国从事国内经营的企业界看来，对海外投资者实行投资保证，就意味着把按合同本应由资本输入国承担的义务转嫁于资本输出国，这不仅无助于抑制东道国对投资者的不公正待遇，反而将助长东道国对投资者的不友好行为；其次，实行保证制度的结果，海外投资的风险不是由投资者承担，而是由国内广大纳税人承担。

资本输出国海外投资者则认为，由于投资保险制，海外投资的项目及计划须经本国政府主管部门甄别、审查和批准，其海外投资活动受到国家权力的过多干预；海外投资保证制度无法保证不同国籍公司参与的联合投资项目，这类投资不能依靠各自独立的各国投资保险制而得到统一的保险；此外，海外投资保险制仅适用于新的投资，这就在海外的新旧投资之间，人为地造成不公正的待遇。

在作为资本输入国的某些发展中国家看来,资本输出国把国内投资保险制与两国间投资保证条约联系起来的做法,往往回避了“国内救济”原则,有损东道国主权;而代位求偿权的行使又将资本输入国与外国私人投资者间的争端上升成为资本输入国与资本输出国政府之间的争端,这在政治上是相当危险的,不仅不利于投资争端的解决,而且往往还会造成两国间关系的紧张。

不过,尽管对海外投资保险或保证制度有种种疑虑和评论,但随着资本输出的需要,以及国际形势的变化,海外投资的保护仍需加强,因此,作为资本输出国的大多数发达国家都积极利用和发展海外投资保险制,使其成为保护海外投资的重要法律手段,从而起到了鼓励私人海外投资的积极作用。并且,有些海外投资保险制现在注意把投资对东道国经济发展是否有利作为判断是否予以承保的条件之一,这有助于促进国际经济交往和合作的发展。当然,资本输出国的海外投资保险制的作用和效能也有其局限性,它往往需要借助于国际法制度才能更好地完成其作用。实际上,在国际投资保护上,只有真正置于尊重主权、平等互利的基础上,才能减少或避免争端,实现真诚的合作,投资保证制度才能充分发挥其作用,使有关各方均能收到实益。[28]

---

[28] 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第277~281页。

第七章　国际投资的国际法制

第一节　双边与区域性协定

促进与保护国际投资,仅靠各个国家的国内法还远远不够。因为国际投资具有跨国性,不仅涉及私人投资者与他国之间的关系,而且还涉及投资者本国与投资所在东道国之间的关系。一个国家鼓励与保护投资的法律规定,如果没有国家间的合作与配合,是难以达到其目的的。资本输入国要想创造良好的投资环境,就必须保证外国投资者投资的安全与利益,这就必须借助于国家间的条约来加强其国内法的效力。而一些资本输出国实行海外投资保证或保险制,也以双边投资协定为法定前提,以保证和加强其国内法的效力与作用。因此,双边投资条约在战后有了很大的发展。特别是自20世纪90年代后,双边投资条约更是发展迅速。据联合国贸发会议统计,双边投资条约的数量从80年代末的385个到90年代末的1857个;双边投资条约所涉的国家达到173个。截至2012年,全球双边投资条约总数已达2857个。

近年来,双边或区域性自由贸易协定(FTA)发展迅速。这种自由贸易协定的内容已不单是贸易自由化方面的安排,而是包括贸易、投资、服务、环境、竞争等诸多事项在内的综合性制度安排,投资规则是其中的重要内容之一。

我国从1979年实行开放政策以来,对签订双边投资保护协定一直持积极态度,在坚持主权原则和平等互利原则的基础上,积极与有关国家谈判磋商,缔结双边投资协定。自1982年与瑞典签订了第一个投资保护协定后,截至2000年1月1日,已签订了94个双边投资条约,其中与发达国家签订的条约为20个,与发展中国家签订的条约达74个,是发展中国家中签订双边投资条约数目最多的国家。中国入世后,又与一些国家签订或重新修订了某些先前签订的双边投资协定,加强了对外国投资的保护。这些协定对于健全和完善我国关于国际投资保护的法制,改善投资环境,起了重要的作用。

一、双边与区域性协定的形式与作用

(一)双边投资条约

1. 双边投资条约的形式

在国际实践上,保护国际投资的双边条约可分为两大类型:一是美国型的“友

好通商航海条约";二是双边投资协定。而双边投资协定又可分为美国式的"投资保证协议"和联邦德国式的"促进与保护投资协定"。[1]

(1)友好通商航海条约

"二战"前,资本输出国与他国之间,通常是签订通商航海条约,以解决两国间商务问题。美国最早采用友好通商航海条约。1778 年美国与法国签订了第一个友好通商航海条约,而最近的一个友好通商航海条约是 1966 年与泰国签订的。[2]

近二百年来,美国式友好通商航海条约的内容有了很大的变化和发展。以第二次世界大战为界,可分为前后两个阶段。"二战"前,友好通商航海条约主要是调整两国间友好通商关系,其中虽有关于外国商人及其资产和有关投资保护的条款,但其重点是保护商人,而不是保护工业投资者。早先在列举有权享受条约所规定的优惠待遇的具体对象时,一般只是使用公民、国民等词,而未提及公司。1911 年以后美国开始在条约中列出专门条款,把海外私人投资经营的企业、公司等社团规定为受条约独立保护的对象。条约的内容主要涉及通商贸易事宜,而有关投资的条款则无足轻重,虽然后来随着政府间贸易协定的签订,有关贸总的条款从友好通商航海条约中分离出来,但保护投资仍不是条约的主要内容。这是当时国际经济交往是以贸易而不是以投资为主要形式的国际经济关系在法律上的反映。

"二战"后,美国成为世界上主要的资本输出国之一,海外直接投资也逐步成为国际经济交往的主要形式,再加之有关贸总协定调整国际间关税及贸易事宜,保护私人海外投资就逐步成为友好通商航海条约的主要内容。其主要条款包括投资者的待遇,关于征收、国有化及其补偿,关于税收、外汇管制的问题,以及关于争端的处理等。

但是,友好通商航海条约毕竟不是专门性的保护国际投资条约,因而对于保护投资来说有其固有的局限性,例如,其涉及范围过于广泛,没有保护国际投资的程序性规定,等等。加之自 20 世纪 60 年代以来,许多发展中国家对外资实行征收和国有化,这就需要对海外私人投资提供更强有力的法律保护。因此,美国政府后来开始转变态度,基本上不再缔结友好通商航海条约,而是订立双边投资保护协定,从而结束了友好通商航海条约的时代。[3]

(2)投资保证协定

美国在战后实行国内投资保证制,并与资本输入国签订双边投资保证协定,以国家间订有双边投资保证协定为实施国内投资保证制的法定前提。因此,在 20 世纪 70 年代以前,美国除了签订综合性的友好通商航海条约外,又签订专门的投资

---

[1] 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版,第 282 ~ 285 页。

[2] See K. J. Vandervelde, United States Investment Treaties: Police and Practice (1992).

[3] See UNCTC, Bilateral Investment Treaties (1988, UN Doc St CTC 65), p. 4.

保证协定，后来发展到以双边投资保证条约为主。

美国式的投资保证协定的特点是，重在政治风险的保证，特别是着重于关于求偿代位权及处理投资争议程序的规定。其保护的对象只是单方的投资，而不是相互的投资。因此这种协定可以与美国订立的友好通商航海条约相互补充、相互配合。美国现已同100多个国家签订了双边投资保证协定。我国也已于1980年10月同美国签订了关于投资保险和投资保证的鼓励投资协议和换文。

(3)促进与保护投资协定

联邦德国、瑞士等国认识到依靠友好通商航海条约难以有效地保护其海外投资，于是从20世纪50年代末开始，与资本输入国签订促进与保护投资的专门性双边协定。[4] 这种类型的双边投资协定的特点是，协定中既含有关于促进与保护投资的实体性规定，如关于待遇标准、政治风险的保证等，又包含有关于代位求偿、解决投资争端等程序性规定。协定的内容较为具体详尽。这种投资保护协定可以说是兼采了美国式友好通商航海条约与投资保证协定之长的一种协定。

联邦德国率先采用促进与保护投资协定是有其经济和历史原因的。联邦德国战后经济恢复很快，其大量资本要向海外寻找出路，因而向发展中国家私人直接投资迅速增长，这就需要对在发展中国家的投资提供特别的保护；而德国又没有像英、法等殖民大国那样拥有殖民地，不能靠历史联系来保护海外投资，因此，就通过与资本输入国订立投资保护协定的方法，来保护本国私人海外直接投资。

现在世界上签订这种协定的国家逐渐增多，西欧的英国、法国、荷兰、比利时、卢森堡等国均在20世纪70年代仿效联邦德国缔结双边投资保护协定。同时发展中国家之间也开始签订促进与保护投资协定。我国与外国签订的双边投资条约也是以这种协定为主。

值得注意的是，美国自1977年以后也开始采用促进与保护投资条约来保护投资。从1977年到1981年，美国花了4年时间准备用于谈判的样板条文。1982年美国与巴拿马签订了第一个促进与保护投资双边条约。美国采取美式样版的投资条约有多重目的，其最重要的目的之一是为了维护其一贯主张的“赫尔规则”，即征收必须伴随及时、充分、有效的补偿。20世纪70年代中期，许多发展中国家主张，习惯国际法并不要求征收须支付及时、充分和有效的补偿。美国对此十分不满，因而希望建立一个含有及时、充分、有效补偿标准的双边条约网络来反击这一主张。此外，采用这种条约也是为了更好地保护现存的美国投资，以及使投资争端非政治化地得以解决。[5]

---

[4] Ibid, p. 7.

[5] See Kenneth J. Vandevelde, United States Investment Treaties: Policy and Practice (1992), pp. 21-25; U. S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave, 14 Mich. J. Int'l L. (1993) 621.

与联邦德国式促进与保护投资协定相比较,美国式投资条约对外资的保护要求更高,条件也较为苛刻。这主要表现在:(1)规定了相对待遇标准,即要求东道国在国民待遇和最惠国待遇的基础上允许所涉投资在其境内开业。一旦开业,还须给予此种投资以国民待遇和最惠国待遇。(2)规定了绝对待遇标准,即要求东道国对所涉投资提供最持久的保护和安全,并提供不低于国际法所要求的待遇;禁止以专断的和歧视性措施损害投资活动;同时还要求东道国遵守其缔结的关于投资的任何契约性义务。(3)禁止履行要求,即禁止东道国将履行要求,如使用当地来源的物品或出口产品等要求,作为投资的条件。(4)征收,即禁止对所涉投资采取征收措施,除非征收是非歧视性的,为了公共目的,依据正常法律程序,伴随及时、充分、有效的补偿,以及不违背契约义务。此外,对于货币转移、投资争议提交解决投资争端国际中心(ICSID)仲裁等内容也有相应的规定。

从1982年以来,经过多年的实践,美国的样板条文历经改进,一方面,继续强化对投资的保护,如对征收补偿的转移提供保证,为投资争议的解决提供多种选择等;另一方面也强化了美国的保护主义色彩,这突出地表现在扩大最惠国待遇例外的范围,如将关税同盟和依GATT各诸边协议所给予的优惠作为最惠国待遇的例外,其目的是不让其他缔约方享受美国依北美自由贸易协定所给予的优惠以及美国在GATT乌拉圭回合多边协议谈判中所作的让步。美国已与40多个国家缔结了双边投资保护协定。2004年初美国又颁布了新的双边投资条约范本,此范本既适用于双边投资条约的谈判,也适用于《自由贸易协定》有关投资规则的谈判,即将美式双边投资条约与自由贸易协定中的投资规则协调一致起来。[6] 中国和美国已于2008年6月同意正式启动中美双边投资协定谈判,从2013年开始双方进入实质性谈判阶段。

2. 双边投资条约的作用

双边投资条约是调整两国间私人投资关系最有效的手段,对于促进国际投资和国际经济技术合作的发展,具有不可替代的作用。

(1)双边条约在国际法上对双方当事人具有法律拘束力,若当事国一方不遵守条约,就会产生国家责任。这与国内法保护比较起来就强有力得多,因为主权国家可以修改和变更国内立法,只要不违反其承担的条约义务,就不承担国家责任。因此,条约有利于落实及加强双方关于投资保护的措施,从而为双方当事国乐于接受。

(2)双边投资条约可以顾及当事双方国家的特殊利益,因而易于在互利的基础上谋求协调一致。比之多边投资协定谋求多国间的利益平衡,较少困难,较为灵活。事实上,国际上虽提出过一些国际投资法典的设想和建议,但由于各国间利益

---

[6] See U. S. Department of State, Update of U. S. Bilateral Investment Treaty (Feb. 5, 2004), http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm.

冲突过大，无法达成协议，至今在国际投资领域尚无一部调整国际投资的实体法规范的多边公约。在此情况下，双边投资条约的作用更为突出。

(3)双边投资条约可以加强或保证国内法的效力。许多发达的资本输出国都实行投资保险或保证制度，不论是否像美国、德国那样以投资保证协定为国内保险制度的法定前提，这些国家都将投资保护协定作为加强国内投资保证制度的重要手段。对于资本输入国来说，签订双边投资协定，可增进外国投资者的安全感，有利于吸引外资。[7]

(4)双边投资条约，特别是促进与保护投资协定，既含有关于缔约方权利和义务的实体性规定，又有关于解决投资争端的程序规定，为缔约国双方的国民和企业预先规定了建立投资关系所应遵循的法律规范结构和框架，可以避免或减少法律障碍，保证投资关系的稳定性促进私人投资活动的发展。

当然，双边投资条约的效果与作用也有其局限性。首先，由于发达国家与发展中国家利害对立，双边投资条约的订立、解释及实施上都存在不少困难。例如，发达国家为了确保本国私人海外投资的利益与安全，力图在条约中主要规定投资者的权利和资本输入国的义务，力图依传统的国际法来解释条约，另外，发展中国家主张确立资本输入国对外国投资实行管制的权利，要求平等互惠，有些国家不愿将有关投资事项置于国际法的管辖之下，以维护国家主权和利益。因此，双边投资条约往往难于订立，订立后在解释、实施上也存在颇多争执。[8]

其次，双边投资条约只是两个国家间的特殊的国际法，仅对双方缔约国有拘束力，而不是一般国际法。可以对国际社会有普遍拘束力。有人认为双边投资条约，可以构成一般国际习惯法，从而可以约束非缔约国，但这一观点为许多学者所反对，其理由是，各国所订条约中不仅数量有限，而且内容也不尽相同；有的国家虽在双边投资条约中接受某些规则，但并不愿意将其作为一般国际法加以接受。

此外，在某种情况下，双边投资条约对缔约国双方不一定能取得预期的效果。对资本输出国来说，双边投资条约规定的某些措施，如征收或国有化等，能收到一定的保证效果，但对其他事件，如战争、革命、内乱，或因资本输入国经济陷入困境，外汇短缺，而限制或停止外汇交易等情况，则未必能收到协定所预期的效果。任何条约既不可能完全确定未来可能发生的一切具体条件和情况，也不可能有约束一个国家未来立法的绝对效力。[9]

总的来说，双边投资条约仍是目前保护国际投资的最有力的国际法措施，只要各国相互尊重主权，贯彻平等互利的原则，就能使双边投资条约发挥出自己应有的

---

〔7〕 参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第304～305页。

〔8〕 同上注，第305～307页。

〔9〕 参见姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第305～307页。

作用。

(二)区域性协定

近年来,区域性合作日趋加强,各种区域优惠贸易与投资协定的数量一直在稳步攀升。以前绝大多数优惠贸易与投资协定只是由同一个地区的国家签署,自1990年后,位于不同地区的国家和集团开始相互采纳优惠贸易与投资协定,因此在截至2005年6月的215个优惠贸易与投资协定中,地区间协定几乎达到了44%。同时,自20世纪90年代以来,发展中国家之间的优惠贸易与投资协定也迅猛增长。到2013年至少有110个国家参与到22个区域协定的谈判。

区域性合作发展的另一最新特点,是区域经济一体化程度的不断提高。以前的区域合作主要在贸易领域,促进区域内贸易自由化,建立关税同盟等,现在区域性协定越来越倾向于涵盖众多经济事务,包括货物、服务贸易、资本与投资等,其目的不仅要促进贸易自由化,更重要的是促进投资和服务的自由化,从而实现更高程度的经济一体化。为了实现这个目标,此类协定的投资规则部分主要关注投资的自由化,但有时也关注投资保护和促进。它们通常还包括与投资相关的问题,如知识产权保护和竞争等。因此,与双边投资协定相比,优惠贸易与投资协定涉及的范围、采用的方法和包含的内容都有很大不同。

下面根据区域性合作的最新发展,介绍几种典型的区域性协定的投资规则。

1. 欧盟

欧盟是世界上经济一体化程度最高的区域性合作组织,近年来不断扩展,成员不断增加,地域范围日益扩大。欧盟成员已达27国,地域已扩至中东欧,2009年欧盟《里斯本条约》通过并生效后,进一步推动了欧洲一体化的进程。

根据《欧共体条约》,欧共体采取共同政策,要求各成员国消除妨碍人员、资本、服务自由流动的障碍,实现货物、资本、人员和服务的自由流动。[10] 随着后来欧盟的建立和欧元的采用,欧盟内投资已经高度自由化了。《里斯本条约》不仅对欧盟的机构与决策程序进行了改革,而且加强了欧盟对外关系的协调与一致性。该条约将对外投资政策划入欧盟的职权范围,在欧盟层面上实行统一的对外投资政策,并将由欧盟代表所有成员国与第三方缔结投资方面的条约。

2. 自由贸易区协定

美国、加拿大等国近年来加强区域性或跨区域合作的主要法律形式是签订自由贸易协定(FTA)。其中以北美自由贸易区协定与美国式自由贸易协定中的投资规则最为典型。

---

[10] See Title Ⅲ, Free Movement of Persons, Services and Capital, Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community.

(1)北美自由贸易区投资规则

根据《北美自由贸易协定》(NAFTA),加拿大、墨西哥和美国三国建立了北美自由贸易区。该协定于1994年1月1日开始实施,以求达到促进区域内贸易自由化,创立公平竞争的环境,增加投资机会,充分有效地保护知识产权等目标。因此,该协定内容广泛,涉及贸易、投资、服务、竞争、知识产权保护以及争端解决等事项。其中第11章是专门规定投资的。

NAFTA第11章分为两个部分,第一部分是投资的实体性规则,第二部分是关于缔约国间以及缔约国与投资者的争端解决规则的。NAFTA第11章关于投资的规定有两个目的:一是给外国投资和外国投资者提供一套强制性的待遇标准,包括国民待遇、最惠国待遇、公平和公正待遇及全面的保护和安全、履行要求的限制、高级管理人员和董事会任命的自由、资金转移的自由、保护不受直接和间接征收等。二是对投资者与东道国间的争端规定了具有约束力的仲裁机制。裁庭可以要求政府对外国投资者支付补偿。

(2)美国式自由贸易协定

美国从20世纪80年代中期起便开始了其自由贸易协定(FTA)的实践。1985年美国与以色列签订了第一个自由贸易协定,[11]不过,该自由贸易协定中没有包含投资规定。1987年美国与加拿大签订的第二个自由贸易协定中含有有限的投资规定。[12] 1992年美国与加拿大、墨西哥三国签订了上述《北美自由贸易协定》,对投资作了专章规定。后来美国又与智利、中美洲的国家(危地马拉、萨尔瓦多、洪都拉斯、尼加拉瓜、哥斯达黎加)、多米尼加、澳大利亚、新加坡等达成了FTA协议。目前美国正在与亚洲有关国家商谈跨太平洋伙伴协定(CTPP)、与欧盟商谈跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定(CTTIP)。

近年来,美国与其他国家协商和签订的自由贸易协定(FTA)均包括了投资问题。例如,美国与智利签订的自由贸易协定第十章就是规定投资问题的,其内容和结构类似于NAFTA,包括三个部分,第一部分(Section A)投资问题,包括协议所涉的范围、国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准、履行要求、国民待遇等待遇的例外措施、资金转移、征收和补偿、特定手续和信息要求、拒绝给予利益、投资与环境以及实施问题。第二部分(Section B)关于投资者与国家间的争议解决,主要是就投资者自己或代表其企业对违反第一分部规定所造成的损失或损害提起仲裁的有关问题予以规定。第三部分(Section C)是定义部分。

2004年2月,美国国务院颁布了2004年更新的《美国双边投资条约范本》(2004 BIT Modal草案),以替代1994年的条约范本,并在美国《自由贸易协定》

---

[11] Agreement on the Establishment of a Free Trade Area, April 22, 1985, U. S. - Israel, 24 I. L. M. 653.

[12] Free Trade Agreement, December 22 - 23, 1987 and January 2, 1988, U. S. - Can., 27 I. L. M. 281.

(FTA)的投资章节与未来的双边投资条约间采取一致的做法。[13] 2012 年美国又公布了其在 2004 年范本基础上修改过的新的双边投资条约范本,即 2012 年 BIT 范本。2004 年以后的范本包含三部分内容:投资待遇与投资保护、投资者与国家间争端的解决、国家间争端的解决,其结构和内容与美国 FTA 中的投资章节也协调一致。可见,美国在实践上采取两条腿走路的方式,即通过双边投资条约和自由贸易协定的方式,以达到促进投资自由化和强化投资保护的目的,而且这两种协定关于投资问题的规定也协调一致起来了。

3. 东南亚联盟有关投资的协定

东南亚联盟是一个发展中国家的区域性合作组织,其区域性合作内容也包括投资。1987 年 12 月东盟成员国签订了促进和保护投资协定,该协定的内容与双边促进和保护投资协定基本相同,包括投资待遇制度、征收补偿制度、资本与收益的汇出、争端解决等,其重心在于促进和保护投资。

20 世纪 90 年代后,随着经济全球化的发展,东盟也加速了其区域经济一体化发展的进程。1998 年东盟成员国又签订了《关于东南亚联盟投资区的框架协定》,旨在建立一个有着更自由和透明的投资环境、具有竞争力的东盟投资区,并逐步实行投资自由化。协定内容包括所涉及的范围、目标、特点、一般义务、行动计划、产业开放和国民待遇、最惠国待遇及其豁免、透明度、一般例外、紧急保障措施、国际收支保障措施、争端解决等。根据该协定,对于直接投资,到 2010 年给予所有东盟投资者国民待遇,所有的产业对东盟的投资者开放;到 2020 年时给予所有投资者国民待遇,产业向所有投资者开放。[14] 进入 21 世纪后,东盟内部一体化以及对外合作进程的步伐加快了。2007 年,东盟 10 国领导人签署了《东盟宪章》,该宪章于 2008 年 12 月正式生效。宪章规定,东盟共同体将由东盟经济共同体、东盟政治安全共同体和东盟社会文化共同体组成。我国与东盟 2004 年签署了《全面经济合作框架协议贸易协议》,2009 年又与东盟签署了中国—东盟自贸区《投资协议》,2010 年中国—东盟自贸区全面建成。2009 年东盟与澳大利亚、新西兰签署了自贸区协议,2012 年 1 月正式生效。2011 年 11 月东盟提出"区域全面经济合作伙伴关系"(CRCEP)倡议,旨在构建以东盟为核心的地区自贸安排,并于 2012 年 11 月与澳大利亚、中国、印度、日本、新西兰、韩国正式启动 RCEP 谈判。

下面着重介绍双边与区域协定中的主要条款与内容。

二、协定适用的对象——投资与投资者

投资协定通常首先要确定其适用的对象,即哪些投资者和投资应受条约保护。

---

[13] See U. S. Department of State, Update of U. S. Bilateral Investment Treaty (Feb. 5. 2004), http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm (last visited october 1, 2004).

[14] See ASEAN, Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (1998).

（一）投资

在双边投资协定和区域性协定中，对投资的定义一般有两种方法：基于资产的定义方法和基于企业的定义方法。

1. 基于资产的定义

采用以资产为基础来定义的，一般规定投资是指各种资产，并且还予以列举，不仅包括有形资产、股份、可通过诉讼取得的财产权，而且还包括知识产权和特许权。其目的是保证具有足够的灵活性以将股权投资和非股权投资都包括在内，并允许产生新的投资形式。[15] 如中英1986年签订的关于促进和相互保护投资协定第1条对"投资"的定义是：投资系指缔约一方依照其法律和法规在其领土内接受作为投资的所有资产，特别是，但不限于：（1）动产、不动产和任何其他财产权利，如抵押权、留置权或质权；（2）公司的股份、股票和债券或该公司财产中的权益；（3）对金钱的请求权或通过合同具有财政价值的行为请求权；（4）著作权、工业产权、专有技术和商誉；（5）法律或法律允许通过合同赋予的经营特许权，包括勘探、耕作、提炼或开发自然资源的特许权。所投资产形式的变化，不影响其作为投资的性质。

美国的样板条约对投资列举得更多一些，除上述几项外，还包括依法颁发的许可及类似的权利，以及由法律或合同赋予的任何权利，即依东道国取得的公法权利（Public Law Rights）。在条约中对此作出规定，其效果是使这些公法权利一旦给予就不得撤回。这种做法有利于保护投资，但却限制了东道国的主权。[16]

我国与其他国家签订的双边投资协定关于投资的定义与上述定义大同小异。如关于动产、不动产及其他财产权利中，有的列举得多些，包括抵押权、留置权、质权、用益权及类似的权利，有的列举得少些，如只包括抵押权、质权；对于无形资产，有的协定还包括工艺流程、商标和商名等，有的协定里面未规定商誉可以作为投资；对于特许权，大部分协定只包括勘探、提炼或开发自然资源的特许权，另有些协作还包括"耕作"等特许权。此外，有一些协定明确列出了再投资产生的权益。

受保护的投资必须是接受国所批准或允许的投资，这是对资本输入国国家主权的尊重，也是该项投资能受到保护的基本前提。因此，各国缔结的双边投资协定都规定投资须是根据缔约各方各自有效的法律所许可的，或是依据其法律法规"接受"的或进行的投资。但美国的样板条约将东道国政府给予的投资进入和开

---

〔15〕 See peter Muchlinski, Multinational Enterprises and the Law, Blackwell (1995), p. 620. 关于无形财产，以前有人认为是不受国际法保护的，因为无形财产的产生依赖于有关国家的国内法，这一观念现已改变。See M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Grotius Publications (1994), pp. 240 - 241.

〔16〕 M. Sornarajah, ib, pp. 242 - 243.

业权看作投资权利,以使其受条约保护,受最惠国待遇和国民待遇原则制约。

值得注意的是,部分新一代双边投资协定及双边投资协定范本已经摆脱了传统的以资产为基础的开放式投资定义,它们寻求平衡,一方面它们要保持投资定义的全面性,另一方面又要确保投资定义的严谨。例如,在加拿大新签订的双边投资协定范本中,以资产为基础的开放式投资定义已经为一种既涵盖广泛内容又有所限定的投资定义所取代。美国与乌拉圭前不久签订的双边投资协定采取可以涵盖投资者拥有并控制的所有资产的原则,但同时又为之添加了资产选择标准,即这种资产必须具有"投资的特点",如"资本承诺、或相当于资本或其他资源的承诺、获得收益或利润的预期,或者对风险的假定"。在明确排除某些类别的资产(如某些债务工具)的同时,投资的定义得以更加严谨。

2. 基于企业的定义

基于企业的定义法是将投资定义为企业。也就是说,投资是与企业的所有权和控制权相关的,如建立一个新企业,或是购买某一业已存在的企业的多数股权。显然这种定义是将投资定义为直接投资。例如,加拿大与美国间签订的自由贸易协定就是基于企业大方法以定义的,其对投资的定义是:(1)建立一个商业性企业;(2)收购一家商业性企业;(3)上述新建企业或收购的企业由进行投资的人来控制;(4)如果企业继续受控于原投资者,那么该企业的股票或其他投资利润归该投资者所有。

东南亚联盟1998年的关于投资区的框架协定就将其适用对象限定于直接投资而不包括间接投资。其第2条规定,除(1)证券投资,(2)与其他东盟协定所涉投资有关的事项(如东盟关于服务的框架协议)外,该协定涵括所有的直接投资。

这两种方法通常在不同的情况下采用。对于纯粹为促进和保护投资的目的而言,一般采取宽泛的定义法,如基于资产的定义法。这种定义法可尽量扩大受保护的投资的范围,使各种类型的投资都能得到保护。我国与其他国家签订的鼓励与促进投资的双边协定均是采取这种定义法。

对于那些以投资自由化为目的的协定而言,一般采取狭义的定义法,即主要采用基于企业的定义。例如,东盟1998年的投资框架协议就是将投资的范围限于直接投资的,上述美加自由贸易协定也是如此。

不过,最近发达国家的实践还有一种动向,就是将资产定义法既适用于保护投资的协定,也适用于为实现投资自由化为目的的协定。例如,OECD草拟的《多边投资协议》(MAI)、美国2004年新的双边投资条约范本、美国与智利间的自由贸易协定、日韩投资协定等都是采取这种定义方式。显然,这种做法是进一步为了扩大投资自由化的范围。

(二)受保护的投资者

双边投资条约通常规定,投资者包括缔约国双方的自然人、法人或不具有法人

资格的企业和其他社团。至于法人的国籍,通常是依缔约国国内法确定的,许多国家采取双重标准,既要依本国法律设立,又要在本国有住所。[17] 如中国与意大利的协定规定,公司一词系指依照缔约一方的法律和法规在其领土内设立、并有住所的法律实体。另有些国家,如美国、英国,以成立地作为法人国籍的标准。

此外,有些国家依据资本控制标准,把由本国公民或法人控制的外国公司看作是本国投资者,并在双边投资条约中加以规定,例如,美国的双边投资条约范本规定,由缔约一方控制的、在缔约另一方组建并营业的公司,是该缔约一方的投资者。中国与瑞典的协定中规定,投资者在瑞典方面,包括由瑞典公民或瑞典企业控制的任何法人。[18]

我国签订的双边投资协定对投资者的规定有两种方式,一种是对缔约双方的投资者分别作出定义。1983 年前的协定关于中国公司的定义范围规定得较窄,一般是"经中国政府核准、注册并有权同外国进行经济合作的公司、企业或其他经济组织"。这是为适应我国的经济体制所作出的规定。随着我国经济体制改革的发展,我国在后来签订的条约中对公司的定义已有所放宽,如中英协定规定,公司在中国方面系指中华人民共和国领土内任何地方依照有效法律设立或组建的公司、商号或社团。没有关于对外经济合作权的限制。另一种方式是不对各缔约国的投资者分别定义,而是采用一个共同定义。例如,中国与荷兰的协定规定,投资者一词,对缔约任何一方系指:(1)根据缔约方的法律具有其国籍的自然人;(2)根据缔约一方法律和法规组成的,并在其领土内有住所的法人或不具有法人资格的合伙。这样关于中国公司的定义与缔约他方相同,定义范围较宽,并能体现对等原则。

我国订立的双边投资协定中,有些也采用于资本控制原则,不仅承认由缔约他方的国民所控制的公司为缔约他方的投资者,而且也把由中国自然或经济组织控制的企业视为中国的投资者。例如,中国与芬兰的协定规定,投资者在中国方面包括中国的自然人或与经济组织有重要利益的企业;中国与奥地利的协定规定,中国方面的投资者包括由中国自然人、法人或其他组织与社团有主要利益的、住所在第三国的法人以及具有或不具有法人资格的组织或社团。但有的协定对由缔约一方控制的在第三国设立的法人的适用附有条件,如中国与科威特的协定规定,只有在该第三国无权或放弃对上述法人的保护时方能适用。采用资本控制原则,既有利于保护外国投资者在中国企业中的投资,加强外国投资者的安全感,也有利于保护

---

[17] See UNCTC, Bilateral Investment Treaties(1988) Paras, pp. 83 - 93.

[18] 为了保护在东道国设立的子公司的利益,实践上有多种做法。例如,将所保护的投资定义为包括由外国所有或控制的当地公司所作的投资;以资本控制作为公司的国籍标准之一;根据子公司与东道国的协议推定该子公司具有其母国的国籍;将条约的保护扩及由另一缔约方国民或公司有效控制的子公司,等等。See Peter Muchlinski, Multinational Enterprises and the Law(1995), pp. 623 - 624.

中国投资者在缔约他方国家中的投资利益。

对于以投资自由化为目的的国际协定来说,缔约各方必须防止非缔约方的投资者通过对缔约方企业实体的控制享受条约所给予的自由化方面的待遇。因此,在条约实践上通常有关于"拒绝利益"的条款,以将在缔约一方设立的但由第三国投资者控制且未在成立地从事实际商务活动的实体排除在外。

例如,美国与智利的自由贸易协定关于"拒绝利益"的条款就规定,缔约一方可以拒绝将该协定投资一章中规定的利益给予缔约他方的投资者及其投资,如果非缔约方的投资者拥有和控制着该企业,并且拒绝方(1)与该非缔约方没有维持外交关系;(2)对非缔约方或非缔约方的投资者采取或维持着禁止与该企业交易的措施,或若给予该企业以本章规定的利益就会违反或规避该协定。同时,如果非缔约方投资者拥有和控制缔约他方企业并且该企业在缔约他方没有实质上的商业活动,如果拒绝给予利益的缔约方的投资者拥有或控制缔约他方的企业且该企业在缔约他方没有实质上的商业活动,那么,经协商,缔约一方可以拒绝给予作为缔约他方企业的投资者及其投资以利益。

三、公平公正待遇

(一)21 世纪前投资条约关于公平公正待遇的不同规定

在国际投资条约中,一般规定有对外国投资者及其投资给予公平和公正待遇的条款。人们认为,与国民待遇和最惠国待遇等"相对"标准不同,公平公正待遇是一个"绝对的"、"无条件的"待遇标准。

例如,美国 20 世纪 90 年代关于双边投资条约范本采取下列表述:"投资在任何时候须给予公平和公正待遇,须享有充分的保护和安全,决不得给予低于国际法要求的待遇。"英国的投资协定范本也有类似的表述。

与美国的做法不同,瑞士以前的条约范本第 3 条把公平和公正待遇条款与国民待遇和最惠国待遇条款结合在一起,公平和公正待遇必须不低于后面的任何一种待遇,不论哪种更优惠些。

另有一些双边条约,如法国同斯里兰卡、巴基斯坦、尼泊尔和以色列等国缔结的双边投资条约,则试图参考国际法的一般原则来确定公平和公正待遇的概念。比利时、卢森堡同马来西亚订立的协定也规定,公平和公正待遇"决不得低于国际法所要求的待遇"。

NAFTA 第 1105 条规定了公平与公正待遇,即每一缔约方得依据国际法给与缔约他方投资者以待遇,包括公平和公正待遇、以及全面的保护和安全。这一表述与美国以前的双边投资条约范本的规定稍有差别。

我国与外国签订的双边投资协定一般也含有公平和公正待遇条款。例如,我国与法国政府于 1984 年签订的关于相互鼓励和保护投资的协定第 3 条规定:"缔约各方承诺在其领土和海域内给予缔约另一方的投资者的投资以公正和公平的待

遇。”在与荷兰、奥地利、新加坡等国家签订的双边投资条约中，也都有关于公平和公正待遇的规定。

但是，也有一些国家在其双边投资条约没有订入公平和公正待遇条款。例如，罗马尼亚同我国缔结的双边条约一般均未提到这一待遇；某些亚非国家，如卢旺达、巴基斯坦、沙特阿拉伯和新加坡，在双边投资协定谈判中也未予采用。以前大多数拉美国家由于认为所谓的国际法标准与卡尔沃原则不符而拒绝这一条款，只有少数协定，例如厄瓜多尔与瑞士、联邦德国，巴拿马与法国，哥斯达黎加与英国间的条约，含有公平与公正待遇条款。

一般认为，将公平公正待遇订入条约中可以有几个目的：它作为一个基本的标准可以确定条约的基调；它也可以作为解释条约中特定规定的辅助因素，或者为了填补条约以及有关的国内立法或国家契约的漏洞。也就是说，正是由于这一标准的模糊性，使其可以灵活解释，达到保护外国投资者及其投资的目的。

尽管不同的双边投资条约对公平公正待遇条款有着不同的规定，但直到20世纪90年代后期，由于投资条约数量不多，而且条约对投资者与东道国间投资争端仲裁机制大多存在各种限制，甚至也没有赋予投资者直接援引该条款来维护其权益的权利，因而该条款一直处于沉睡状态，在实践上没有产生什么争议。

然而，自20世纪90年代NAFTA生效后，投资者开始根据投资条约中的公平公正待遇条款来主张权利。加之以后越来越多的双边投资条约都规定了投资条约仲裁机制，允许投资者援引条约规定通过国际仲裁维护其权益，这就使公平公正待遇条款成为投资者向东道国索赔的重要法律依据，并引起国际社会的广泛关注。

目前，在国际上，有关学说和实践对公正和公平待遇的概念与范围存有较大分歧。[19] 有关政府、仲裁员和学者对公平公正待遇作出了不同的解释，概括起来主要有三种意见。一种意见认为公平公正待遇是习惯国际法最低待遇标准的一部分。这主要得到美国、加拿大等NAFTA缔约国的支持。第二种意见则认为公平公正待遇是包括所有渊源在内的国际法的一部分，即公平公正待遇的含义不限于习惯国际法，还应考虑一般法律原则、现代条约以及其他公约的义务。近些年来ICSID有些案件的裁决意见持此意见。第三种意见认为公平公正待遇是一个独立的条约标准，某些案件的仲裁庭持此意见，也有学者认为该待遇是独立的。[20]

概括起来，在国际投资条约与仲裁实践上，对于公平公正待遇的解释和适用上

---

[19] See UNCTC, *Bilateral Investment Treaties* (1988), p. 31; OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, *OECD Working Paper on International Investment*, 2004/3。参见余劲松：外资的公平与公正待遇问题研究，载《法商研究》2005年第6期；余劲松、梁丹妮：“公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策”，载《法学家》2007年第6期。

[20] See F. A. Mann, British Treaties for the Formation and Protection of Investment, British Yearbook of International Law 24, 244 (1981); OECD, 同上。

的分歧主要在于:是限制性解释还是扩大性解释。关于公平和公正待遇应依习惯国际法外国人待遇标准来解释的观点,属于限制性解释;而认为公平公正待遇应依包括所有渊源在内的国际法来解释或者将其看做一个独立自治的标准的,则倾向于扩大性解释。

(二)限制性解释—习惯国际法最低待遇标准

目前,美国、加拿大、墨西哥这三个 NAFTA 缔约国以及其他一些国家持此观点。美国等国持这种观点也是有一个实践发展过程的。前面谈到,美国以前的双边投资条约和北美自由贸易协定中关于公平公正待遇的规定均与国际法相联系,即"不低于国际法的要求",或"依据国际法"给与待遇,并没有明确公平公正待遇与习惯国际法最低待遇标准相联系。但是,20 世纪 90 年代后期关于 NAFTA 中投资的公平公正待遇的一些仲裁案件,使得该协定的缔约国开始明确自己的态度。

1. NAFTA 早期有关投资仲裁案例

在 NAFTA 早期的案例中,有关投资者基于各种理由指控有关缔约国政府违反公平与公正待遇的规定,而仲裁庭也倾向于对公平和公正待遇作宽泛的解释。有的认为公平公正待遇超出国际法的要求,不受国际法的限制;有的则将公平公正待遇与征收、国民待遇、透明度等问题相联系,违反有关后者义务的,也就违反了公平公正待遇的义务,从而使公平公正待遇成为投资者向 NAFTA 东道国政府索赔的重要依据之一。其中,以下案例最为典型:

(1)波普与塔波特公司(Pope & Talbot, Inc.)诉加拿大政府[21]。该美国木材公司于 1999 年 3 月对加拿大政府提出求偿,指控加拿大的软木出口配额的分配违反了 NAFTA 第 1102 条(国民待遇)、1105 条(最低待遇标准)、1106 条(履行要求)以及 1110 条(征收)。

仲裁庭认为,NAFTA"公平和公正待遇"的权利是"依据国际法享有的待遇"一语之外的权利,不受"依据国际法享有的待遇"一语的限制;国际法的限制会使外国投资者获得低于国内投资者的待遇,这种待遇与国民待遇原则不一致。显然,依据该案仲裁庭的解释,NAFTA 规定的公平公正待遇是在"依据国际法享有的待遇"的基础上再加上公平公正待遇的,该公平公正待遇是"添加的",是不受"国际法"的限制的。这种解释使公平公正待遇更为宽泛了。

(2) 梅耶公司(S. D. Myers)案[22]。美国的梅耶公司于 1998 年 10 月对加拿大提起了 20000 万美元的求偿要求。该美国公司在加拿大设立了一个子公司,将印刷电路板出口到美国处理,但加拿大随后制定了出口禁令。梅耶公司声称,该禁

---

[21] See Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada, www. naftaclaims. com.

[22] S. D. Myers, Inc. v. Canada, 40 I. L. M. 1408, 1437 (NAFTA Arb. Trib. (Nov. 13, 2000); See also www. naftaclaims. com.

令违反了 NAFTA 第 1102 条(国民待遇)、1105 条(最低待遇标准)、1106 条(履行要求)以及 1110 条(征收)。仲裁庭 2000 年 11 月的最后裁决支持了基于第 1102 与 1105 条的请求,但拒绝了基于第 1106 与 1110 条的请求。梅耶公司被裁定获得 387 万美元赔偿,加上利息。

仲裁庭裁定,加拿大违反了第 1102 条国民待遇的要求,理由是在加拿大的废物处理设施与梅耶公司间存在着明显的歧视。至于最低待遇标准,仲裁庭认为,只有当以不公正或专横的方式对待投资者,而这种待遇从国际观点看达到不能接受的水平时,才违反第 1105 条。在此案中,仲裁庭裁定违反第 1105 条在很大程度上是以违反第 1102 条(国民待遇)为基础的,并主张"最低标准"的范围比国民待遇的范围更宽。

(3)麦塔克勒德(Matalclad)公司案[23]。美国的麦塔克勒德公司于 1997 年 1 月对墨西哥提起诉讼,指控其对该公司在墨西哥的危险废物处理设施开发采取的措施违反了 NAFTA 第 1105 条(最低待遇标准)和第 1110 条(征收)。在该案中,墨西哥联邦政府于 1993 向该公司发放了该项目的许可,但墨西哥的市政当局后来不发建设许可,阻止公司经营。在该公司根据 ICSID 的附属简易规则对墨西哥提起了仲裁之后,墨西哥的州政府宣布,该垃圾掩埋地是为保护稀少的仙人掌而设的"生态地域"。仲裁庭支持该公司提出的最低待遇标准的要求,认为该公司有权依赖墨西哥联邦政府的保证及发放的许可,因为联邦政府的地位高于市政当局。仲裁庭裁定,由于在要求投资者尽力遵守墨西哥关于危险废物处理设施场地的法律的过程中未能给投资者提供透明和可预见的构架,墨西哥政府违反了 NAFTA 第 1105 条(最低待遇标准)的规定。

这一裁决的问题是,根据 NAFTA 第 11 章 A 节的规定,缔约国不存在向投资者提供透明度的明确义务。NAFTA 中仅有的关于透明度的义务是在第 18 章,且该义务是一般性的。加拿大不列颠哥伦比亚最高法院后来在该案的申诉中判决道,根据第 1105 条,透明度不是违反第 11 章的可诉事项,因为透明度既不是第 11 章的明示要求,也不是习惯国际法的要求。

从上述案例可见,NAFTA 的实践在这方面提出了新的值得思考的问题。有人认为,若对公平与公正待遇作出过宽的解释,就会危及政府对环境的合法规制。NAFTA 仲裁庭的这些意见也使三个缔约国政府感到不安,它们认为仲裁庭关于最低待遇标准的解释与 NAFTA 的规定不一致,并超出习惯国际法的范围来看待公平和公正待遇标准的内容。

2. NAFTA 的《解释》及美国嗣后的实践

于是,NAFTA 的缔约国于 2001 年发布了其第一次、到目前为止也是唯一的关于

---

[23] See Metalclad corp. v. United Mexican States, 40 I. L. M. 36 (2001).

第11章的解释。[24] 即第1105(1)条依据国际法的最低待遇标准的解释规定:其一,第1105(1)规定,习惯国际法的外国人最低待遇标准,就是提供给缔约他方投资者的投资的最低待遇标准。也就是说,缔约方认为第1105条中的"国际法"是指"习惯国际法"。其二,"公平和公正待遇"及"全面保护和安全"的概念不要求给予习惯国际法关于外国人最低待遇标准之外的待遇。其三,关于违反了NAFTA的另一规定或独立的国际协定的裁定不能确定那也就违反了第1105(1)条的规定。

《解释》的第1段确认,第1105条中的"国际法"意指"习惯国际法"。第2段则是意图否定"波普与塔波特公司案"的观点,明确仅在习惯国际法所要求的范围提供"公平和公正待遇"和"全面保护和安全"。第3段针对梅耶公司案,要求请求人必须独立地确定违反了第1105条,而不是依赖于违反第1102条(国民待遇)或其他条款的规定,排除NAFTA仲裁庭对违反不同协定予以管辖的可能性。

美国于2004年对其原来的双边投资条约范本做了较大的修改,新的范本对公平公正待遇采取了与NAFTA缔约国的上述《解释》一致的规定,并进一步具体化。该范本第5条关于最低待遇标准规定:每一缔约方对(条约)所涵盖的投资得根据习惯国际法给予待遇,包括公平公正待遇以及全面的保护和安全。该条第2款进一步补充规定,国际习惯法外国人最低待遇标准即为给予投资的最低待遇标准。"公平与公正待遇"以及"全面保护与安全"的概念不要求多于或超出该标准所要求的待遇,也不创设额外的实质性权利。"公平与公正待遇"包括在刑事,民事与行政审判程序中,依据体现在世界主要法律体系中的正当程序原则,不得拒绝司法的义务。美国2012年新修订的双边投资条约范本对此未作改动。[25]

美国与智利、新加坡、秘鲁、韩国等缔结的《自由贸易协定》(FTA)中,也采用了与其双边投资条约范本基本相同的措辞。[26]

---

[24] See NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions 2 (2001) (clarifying that Article 1105 embodies the customary international law standard for determining possible violations of "fair and equitable treatment" and "full protection and security"), available at http://www.naftaclaims.com/Papers/July%2031%202001%20NAFTA%20FTC%20Statement.pdf

[25] See Article 5, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

[26] 美国与智利的自由贸易协定第10.4条规定:(1)每一缔约方得根据习惯国际法给予所涉投资以待遇,包括公平与公正待遇、全面的保护和安全。(2)为更具确定性,第1段规定外国人的习惯国际法最低待遇标准为给予所涉投资的最低待遇标准。"公平与公正待遇"和"全面保护与安全"的概念不要求除该标准所要求外的或超出该要求的待遇,不创设额外的实体权利。(3)违反了本协定其他规定或不同的国际协定的裁定,不表明(establish)违反了本条规定。显然,根据第10.4条的规定,对投资的待遇,适用习惯国际法;"公平与公正待遇"及"全面保护与安全"概念是习惯国际法的一部份。同时,该条还可以排除S.D. Myers案中将违反第1102条作为违反第1105条公平与公正待遇的主要根据的做法。

3. 习惯国际法最低待遇标准的发展演进问题

国际最低标准是在19世纪出现的，但国际司法标准这一概念则是由美国国务卿鲁特在20世纪初提出的。在他之前，有的学者，如帕默斯顿曾对外国人待遇作过逐案的研究，而鲁特则把它概念化。他说："存在着一个司法标准，非常简单而又非常重要，为所有文明国家所普遍接受，构成世界国际法的一部分。一国有权根据它给予本国公民的公平待遇衡量它给予外侨的公平待遇，条件是，它的法律制度和行政制度须符合该一般标准。如果某国的法律和行政制度不符合该标准，那么，尽管该国人民愿意或被迫在其下生活，但不能迫使其他国家把它作为对其公民提供了一个令人满意的待遇措施来接受它。"[27]

习惯国际法最低待遇标准的内容是什么，是一个颇有争论的问题。在近些年的投资仲裁实践中，美国与其他NAFTA缔约国通常主张，习惯国际法最低待遇标准应依据1926年的尼尔(Neer)案所适用的标准予以解释。在尼尔案中，受雇于墨西哥境内一家矿厂的美国公民尼尔在回家的路上被杀害，其遗孀和女儿向墨西哥政府索赔，认为墨西哥政府未尽责追惩凶手。受理此案的美国与墨西哥总求偿委员会认为，墨西哥不应承担责任，因为没有证据显示墨西哥当局在追惩凶手过程中不尽责或不够勤勉。该委员会还指出，政府行为是否适当应根据国际标准衡量，"对外国人的待遇，若要构成国际不法行为，则应达到暴行、恶意、故意漠视义务的程度，或政府的行为与国际标准相差甚远以至于任何理性公正的人都会轻易地认为该行为是不当的"。[28]

在2009年的格拉米斯(Glamis)金矿公司诉美国案中，针对原告的主张以及某些投资仲裁庭的裁决意见所支持的关于习惯国际法是动态的、并没有冻结在1926年的尼尔案的观点，美国主张，习惯国际法最低待遇标准是一个绝对的、无条件的标准，习惯国际法规则的形成需要许多国家普遍和一致的实践，并对其具有法律确信。国际仲裁庭的裁决意见并不构成国家实践，因而不能创立和证明习惯国际法。虽然美国并不否认习惯国际法的发展，但认为要证明习惯国际法规则的发展演进很难。在格拉米斯案中，仲裁庭支持了美国的意见。仲裁庭认为："尽管现在的形势比1920年代更为多变和复杂，但是审查的水准是相同的。尼尔标准的基本法则今天依然适用：要违反NAFTA第1105条的习惯国际法最低待遇标准，其行为必须异乎寻常和令人震惊，如显见的拒绝司法、明显专断、极明显的不公平、完全缺乏正当程序、明显的歧视、或明显缺乏理由，以至于低于可以接受的国际标准并构成对第1105(1)条的违反……判定违反习惯国际法最低待遇标准的标准与尼尔案所

---

[27] E. Root, "The Basis of Protection on Citizens Residing Abroad", A. J. I. L(1910).

[28] See L. F. H. Neer & Pauline E. Neer (United States) v. United Mexico States, Report of International Arbitral Awards, IV, United Nations, 1926, pp. 60 - 66.

适用的标准一样的严格。"[29]该案仲裁庭认为,该案应由请求方格拉米斯公司承担举证责任,证明尼尔案所适用的标准已经发展演进了。仲裁庭最终裁定,请求人未能证明其主张的习惯规则已经发展演进,未能证明美国的行为违反了公平公正待遇的义务,从而驳回了其请求。

可见,美国与NAFTA缔约国政府明确把公平公正待遇与习惯国际法联系起来,其目的是为了提高公平公正待遇适用的门槛,防止因对公平公正待遇作宽泛解释而导致投资者滥诉及政府的诉累。

(三)扩大性解释

近些年来,ICSID仲裁中也有不少案例涉及违反公平公正待遇问题。[30] 有些仲裁庭基于国际法上的善意(good faith)原则,对公平公正待遇采取比习惯国际法最低待遇标准更为宽泛的解释,并提出了分析公平公正待遇的几个要素,以此来衡量公平公正待遇是否被违反。其要点包括:公平公正待遇要求提供稳定和可预见的法律与商业环境;不影响投资者的基本预期;不需要有传统国际法标准所要求的专断和恶意;违反公平公正待遇条款必须给予赔偿。

(1)基本要素——给外国投资提供稳定的、可预见的法律与商业环境。ICSID的有关仲裁庭认为,公平公正待遇要求提供稳定和可预见的法律与商业环境,这是基于投资条约序言中的宗旨和目的推论而来的。双边投资条约通常是缔约国双方为了相互促进和保护投资而签订的,其序言中关于宗旨和目的当然主要是促进和保护投资。而要促进和保护投资,就必然要求给投资提供一个稳定、可预见的法律与商业环境。因此,有些仲裁庭就得出结论说,法律与商业构架的稳定是公平公正待遇的基本要素,并认为这种解释成为国际法中公平公正待遇正在形成的标准。[31]

这样,基于条约中公平公正待遇,东道国有义务对外资提供稳定的法律和商业环境,如果东道国没有采取必要的措施或者其措施有违这一义务,就违反了对外资的公平公正待遇。

---

[29] Glamis Gold Ltd v. United States of America, ICSID/UNCITRAL, award(2009), para. 616. 在该案中, Glamis是一家加拿大矿业公司,对美国提起仲裁程序,指控美国违反了NAFTA第11章项下对其负有的义务。特别是,Glamis公司声称,美国征收了其拥有的在加州东南部开采金矿的权利,并且在其试图运用这一权利时,美国拒绝给予其公平公正待遇。

[30] 主要包括:Tecmed v Mexico (2003); MTD v Chile(2004); CMS v Argentine (2005); Azurix v Argentine (2006); LG &E v Argentine (2006); PSEG Global v Turkey (2007)等。

[31] See LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 122 - 126, Decision Liability, October 3, 2006; CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 274 - 278, Award (May 12, 2005); MTD Equity Sdn. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (May 25, 2004).

(2)投资者的基本预期(expectations)。在国际投资争端仲裁案件中,投资者的基本预期最初只是作为与透明度相关的考虑因素,但是近来已发展为公平公正待遇标准的重要内容。例如,Tecmed 案仲裁庭认为,根据国际法确立的善意原则,公平公正待遇的规定要求缔约国提供不影响投资者投资时所考虑的基本预期的投资待遇。外国投资者预期东道国以始终如一的方式行动,在其与投资者的关系中毫不含糊并完全透明,使投资者可以事先知道支配其投资的所有规则与规章以及相关政策和政府行为和指令的目标,以便能规划其投资并遵守这些规章。[32] 这就意味着,如果东道国的措施前后不一致,以及不具有透明度,就可能违反公平公正待遇标准。

有仲裁庭继续指出,投资者的公平预期有如下特点:以投资时东道国提供的条件为基础;不是由当事人一方单方面确立的;必须依据法律而存在并可执行的;受到东道国侵害时,对投资者的损害产生补偿义务,国家紧急情况时造成的损害除外;然而,投资者的公平预期也不能不考虑诸如商业风险或产业的合格类型等因素。[33]

还有仲裁庭认为,根据定义,合法预期要求有政府的承诺,求偿人据此有权要求该承诺得到遵守。[34]

(3)不以"恶意"(bad faith)为条件。在近年来的国际投资仲裁案例中,作为被告的东道国大多引用尼尔案的裁决来说明只有在具有恶意或极端恶劣情况下才违反最低待遇标准,以此提高公平公正待遇的适用门槛。

但是,近年来有关案例的仲裁庭基本上都持这样一种观点和态度,即违反公平公正待遇不要求以恶意为条件。有些仲裁庭认为,自从"蒙德弗(Mondev)案"后,习惯国际法的待遇制度已经发展到了一个较高的待遇标准。"蒙德弗案"仲裁庭认为,20 世纪 20 年代的"尼尔案"及类似裁决所涉及的是外侨的人身安全问题,而不是投资的国际保护问题,因此,将投资条约中的待遇限于尼尔案所说的专横残暴待遇,理由是不充分的。从现代眼光看,不公平或不公正并不需要等同于专横的或极端恶劣的,也不需要达到令人愤怒或震惊的程度,一个国家可能不公平或不公正的对待外国投资,但并非必定是恶意采取行动。因此,恶意不是裁定违反公平公正

---

[32] Tecnicas Medioambientables Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/02, Award, para. 154, May 29, 2003.

[33] See LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 130, Decision Liability, October 3, 2006.

[34] PSEG Global Inc. & etc. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, para. 221, Award, January 19, 2007.

待遇的必要条件。[35] 而且,尽管没有恶意,但政府在处理与投资有关的事物存在明显疏忽、或滥用职权等,也构成对公平公正待遇的违反。按照这样的解释,东道国是否恶意作为或不作为并非判断其是否违反公平公正待遇标准的关键因素,习惯国际法的适用门槛就降低了。

(4)违反公平公正待遇要承担赔偿责任。传统上,投资条约一般只是规定缔约国在实行征收或类似措施时要予以补偿,除此之外并没有补偿或赔偿的义务。但近年来的国际投资仲裁实践中的一个重要变化和动向是,一些仲裁庭认为,违反公平公正待遇也产生赔偿义务。[36] 这样,当国际法传统上规定的其他标准或规则在有关案例情况中可能不完全适合时,公平公正待遇在投资仲裁中就取得了突出地位。[37] 特别是,当争议的事实不足以支持其以征收提出求偿要求时,投资者就可以违反公平公正待遇为由索赔,仲裁庭也可以此为由裁决赔偿。

不仅如此,有的仲裁庭对违反公平公正待遇所裁决的赔偿与违反征收的赔偿相同。例如在2005年的CMS诉阿根廷案中,仲裁庭就裁定阿根廷违反了公平公正待遇,并采用现金流折现法来评估所应赔偿的投资的市场价值。[38]

(四)我国的实践与对策

由上可见,与基于习惯国际法最低待遇标准的限制性解释相比较,近年来某些仲裁庭基于国际法上的善意原则来解释公平公正待遇,可以说是从宽解释或扩大性解释。这两种解释的法律后果有很大不同,前者是抬高投资者向东道国索赔的门槛,以达到限制投资者依据公平公正待遇条款向东道国索赔的目的,而后者则在很大程度上强化了对政府行为的审查,并降低了投资者索赔的门槛,使得公平公正待遇成为BIT中投资者最容易获得索赔的条款。传统上BIT中保护投资者安全与利益的最重要的条款是征收条款,条约上一般对征收附加了几个条件,违反这些条件的征收就是违反条约义务。但依据公平公正待遇条款索赔则没有条件限制,只要东道国没有提供稳定的法律与商业环境、影响了投资者的基本预期就够了。这实际上是给予外国投资者以特权地位,忽视东道国的权益,从而导致投资者与东道国权益保护间的失衡。

---

[35] See Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, para. 369, 372, Award, July 14, 2006; LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 129, Decision Liability, October 3, 2006; CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 280, Award (May 12, 2005).

[36] 见前述CMS案、Azurix案、LG&E案、PSEG案等。

[37] See PSEG Global Inc. & etc. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, para. 238 - 239, Award, January 19, 2007.

[38] 见余劲松、梁丹妮:"公平公正待遇的最新发展动向及我国的对策",载《法学家》2007年第6期。

我国以前的BIT没有将公平公正待遇与国际法或习惯国际法相连，条约仅规定给与“公平公正待遇”。但近几年的条约则有变化，如中国与新西兰2008年的自由贸易协定投资规则中第143条规定，“按照普遍接受的国际法规则”给予公平公正待遇；中国与秘鲁2009年自由贸易协定第132条规定，“应根据习惯国际法”给予公平公正待遇。这样，我国投资条约中公平公正待遇应如何解释，显然是一个不可忽视的问题。

我国目前仍然是发展中国家中最大的资本输入国，同时我国也在发展对外投资，鼓励有竞争优势的企业“走出去”，因此我国在投资条约条款的设计上，就必须注意既要为维护我国作为投资东道国的权益留有政策空间，也要有助于保护我国海外投资者的利益。具体就公平公正待遇条款而言，鉴于目前对其解释与适用方面存在的争议，较为可取的方法是，在条约中明确公平公正待遇的内容和范围。从实践上看，公平公正待遇的核心内容是反对歧视和专断，因此可以考虑将国际实践上已普遍接受或认可的某些规则或具体要素，如无差别待遇、正当法律程序（不得采取专断措施）以及拒绝司法等，作为公平公正待遇的要求予以明确限定。[39] 例如，中国与东盟2009年投资协定第7条就强调：“公平公正待遇是指各方在任何法律与行政程序中不得拒绝司法”。这样就可以赋予其明确的内容，使公平公正待遇在解释和适用时有确定的标准可循。[40]

四、国民待遇

国民待遇要求一国以对待本国国民之同样方式对待外国人，也即外国人与本国人享有同等的待遇。由于它有确切的标准可循，因此成为国际上关于外国人待遇的最重要的制度之一。

在条约的表述上，国民待遇涉及是在“相同”还是“类似”情况下本、外国人的比较，同时还涉及是给外国人提供与本国人“相同”的还是“不低于”本国人的待遇。现在有许多条约采取在“类似”情况下给予外国人以不低于本国人待遇的表述法。

（一）国民待遇的效力与适用范围

国民待遇在理论和实践上都存在分歧，其分歧主要存在于两个方面：一是国民待遇的效力问题；二是国民待遇的适用范围问题。

1. 国民待遇的效力问题

长期以来，在西方发达国家看来，一国给予外国人以国民待遇还不够，国民待

---

〔39〕 有论者认为，出现以下三种情况，可能构成违反公平公正待遇：（1）歧视行为；（2）缺乏正当程序；（3）拒绝司法。See Anne van Aaken and Jurgen Kurtz, Prudence or Discrimination? Emergency Measures, The Global Financial Crisis and International Economic Law, 12 J. Int'l Econ. L. 859 (2009).

〔40〕 参见余劲松：“国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究”，载《中国法学》2011年第2期。

遇还必须符合所谓的“国际标准”,否则,仍要负国家责任。也就是说,国民待遇还要取决于它是否符合“国际标准”。其主要理由是:其一,尽管国家所采取的是一般性措施,但事实上是专对或者主要对外国人的措施,而不是对本国国民的措施者,就不能说这一行为是符合国民待遇标准的所谓“一般”行为;其二,适用于本国国民的规则,未必能满意地适用于外国人,如东道国政治不善、行政效率低、现行法制不健全等,均不能对外国人提供足够的保护或只能提供很少保护。[41]

这一观点并不为发展中国家所接受的。根据国际法,一国给予外国人何种待遇是一国自己的事,只要不存在歧视,就不存在国家责任问题。国民待遇是一种平等待遇,它既反对对外国人的歧视,又反对外国人在东道国享有优于本国国民的特权地位。让外国人与本国人享有同等的权利,受到所在国法律的同等保护,具有鲜明的平等性,不存在歧视问题,因而完全符合国际法原则,其效力是不可否认的。国民待遇不能绝对化,不能要求在任何情况下内外国民的待遇绝对平等。如出于国家利益和经济发展的需要,对外国投资者予以某种限制,是完全正当的,不构成歧视待遇。即使国家的某种一般措施仅仅及于外国人,但在没有反证的情况下,完全有理由推定在同样情况下,基于同一目的,也会对本国国民及其财产采取同样待遇、同样措施的。至于适用于东道国国民的规则不能满意地适用于外国人的观点,显然是为维护外国人特权提供借口的。[42]

2. 国民待遇的适用范围问题

对外国投资者的投资能否给予国民待遇,是另一个很有分歧的问题。国民待遇使外国人享有与本国人同等的权利,如果这一待遇适用于投资领域,就能使外国投资者与本国投资者在同等的经济条件下竞争和取得利益,因此往往比最惠国待遇更胜一筹。由于国民待遇的这一特点和作用,它往往成为跨国公司前来东道国投资时极力想取得的主要目标,资本输出国也总是极力想为其投资者取得这一待遇,而东道国出于各种考虑,特别是为了保护本国民族工业则可能只在有限的范围里给予国民待遇。

对大多数资本输出国或发达国家来说,国民待遇是一个重要原则,因此,除某些与社会主义国家订立的条约外,大多数双边投资条约都订有国民待遇条款。例如,联邦德国把国民待遇看作是双边投资条约中的一个重要原则问题,它宁愿放弃条约谈判而不愿放弃国民待遇条款。联邦德国与罗马尼亚签订的投资条约中就包含有这一条款。法国则并不总是认为国民待遇条款是必不可少的,不过其签订的大部分条约仍包含有这一条款。

---

〔41〕 See Z. A. Kronfol, Protection of Foreign Lnvestment (1972), p. 59; A. A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investors(1952), p. 214.

〔42〕 参见姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版,第 333 ~ 334 页。

另外，由于某些发展中国家和社会主义国家对国民待遇采取保留态度，在与这些国家订立的双边投资条约中，对国民待遇条款往往有某些限制。除传统的为维护公共秩序或保护国家安全所必需的限制外，某些条约明确地表达了东道国对国内投资给予特别鼓励的可能性，或仅在外国投资者和国内投资者处于相似情势下，才适用国民待遇。例如，巴布亚新几内亚与联邦德国1980年投资条约的议定书规定，巴布亚新几内亚为促进当地工业的创立而仅仅给予其国民的特殊鼓励，应认为与第3条（国民待遇和最惠国待遇）是一致的，只要它们对联邦德国国民和公司的投资及与投资有关的活动没有实质上的损害。又如，瑞士和印度尼西亚1974年投资协定第2号议定书规定，鉴于印尼目前国民经济的发展阶段，允许偏离国民待遇，但是，根据协定条款，印尼得给予瑞士国民和投资在类似的经济活动中相同的或替代的便利。联邦德国与扎伊尔1969年投资条约中规定，为了纠正在联邦德国和刚果投资者间存在的事实上的不平等，可以给予后者特殊税收优惠和信贷方便，只要这些措施不损害竞争。联邦德国与马里1977年投资条约的议定书则明确排除将公营企业作为适用国民待遇比较的基础。[43]

对外国投资是否给予国民待遇，在很大程度上取决于一国所采取的经济制度及其经济发展水平。发达国家的经济发展水平较高，因而主张国民待遇，以便自由竞争、相互渗透；而在经济实力悬殊很大的国家间在投资领域适用国民待遇，即使是互惠的，对于弱国一方也是不利的，会造成一方享有优势、居于支配地位，而另一方则处于劣势或从属地位。就发达国家和发展中国家而言，情况正是如此。

值得注意的是，随着经济全球化和投资自由化的发展，国民待遇在投资领域的适用已是一种客观趋势。现在的分歧在于：国民待遇是否应适用于外资准入阶段。这涉及投资自由化问题，下面对此进一步阐述。

（二）国民待遇与投资自由化

1. 国民待遇的类型

根据联合国贸发会议的研究，国民待遇主要可分为准入后（post-establishment）国民待遇和准入前（pre-establishment）国民待遇两大类。[44]

准入后国民待遇有两种类型：（1）有限的准入后国民待遇。即在准入后阶段给予外国投资者以国民待遇的同时，东道国保留着较大的自由裁量权。例如，中日1988年签订的双边投资协定可以说是属于有限的准入后国民待遇，它将准入阶段排除在外，并在其议定书中规定，若因“公共秩序、国家安全或国民经济的健康发

---

[43] UNCTC, Bilateral Investment Treaties (1988).

[44] See UNCTAD, International Investment Agreements: Flexibility for Development, pp. 94 – 103, UNCTAD/ITE/IIT/18, UN, New York & Geneva, 2000. Establishment 是设立商业机构或场所的意思，是否允许设立就是外资准入问题，为便于理解，这里简单称为准入前或准入后国民待遇。

展"所必需,可以采取差别待遇。(2)全面的准入后国民待遇。这种做法包括以下某些特点:仅适用于准入后待遇;对国家经济至为重要的特定产业或幼稚产业予以例外保护;实体标准采用"类似情况"和"不低于"这样的表述;设有地方政府措施的例外;适用法律上和事实上的国民待遇;国民待遇条款与其他待遇条款并存。近些年由德国、英国、法国、瑞士等国签订的双边投资条约大都采取这种类型。

准入前国民待遇是在全面的准入后国民待遇的基础上再加上准入前的国民待遇。它也有两种形式:

(1)有限的准入前国民待遇。即将国民待遇扩及到准入后和准入前阶段,从而在一定程度上限制了东道国关于外资准入的自由裁量权。但是东道国对于自由化的程度和步伐以及准入的条件仍保留着某种程度的控制权。在联合国贸发会议的研究看来,这种方式对那些希望以渐进的方式对外资准入实行自由化的国家比较适合。其具体做法是:①使用 WTO《服务贸易总协定》第 16 条采用的"选择准入"(opt-in)、"由下至上"(bottom up)、"肯定式清单"(positive list)方法。除非经东道国特别同意,其产业和活动在准入前阶段不适用国民待遇。②使用"尽最大努力"(best endeavours)这样的表述,就像 APEC 无拘束力的《投资原则》所使用的一样。[45] 这样,发展中国家在法律上就不受准入阶段给予国民待遇的约束。这种方法可以为发展中国家在向实行准入前国民待遇的过渡阶段使用。

(2)全面的准入前国民待遇。即除通过"否定式清单"(negative list)方式来保护某些产业及活动外,在准入阶段给予国民待遇的承诺原则上扩及所有的外国投资者。这种方法缩小了东道国的自由裁量权,在相当程度上限制了东道国控制外资准入的传统的权利。

例如,2002 年日本与韩国签订的双边投资协定第 2 条第 1 款规定:在投资的设立、获得、扩大、经营、管理、维持、使用、享有、出售及其他处分等方面,每一缔约方在其境内须给予缔约另一方投资者及其投资以不低于其本国投资者及其投资在类似情况下所享有的待遇。

同时,日韩协定既列出不适用于国民待遇的行业以及相关措施的清单(否定式清单),又对不同的例外产业规定了"停止"(Stand-Still)和"回转"(Roll-Back)机制,以将产业高度自由化与国家发展政策相结合。[46]

①例外产业或措施。根据日韩协定的规定,例外清单有两类,附录一列举的

---

[45] 该《投资原则》关于国民待遇的规定是:除国内法律、规章和政策规定的例外以外,成员国在关于投资的设立、扩大、经营以及保护方面,将给予外国投资者不低于国内投资者在类似情况下所获得的待遇。转引自 UNCTAD, International Investment Agreements: Flexibility for Development, p. 101, UNCTAD/ITE/IIT/18, UN, New York & gENEVA. 2000。

[46] See Agreement between the Government of Japan and the Goverment of the Republic of Korea for the Liberalisation, Promotion and protection of Investment, Article 2, 4, 5, Annex Ⅰ, and Annex Ⅱ.

产业例外清单主要涉及国防、国家安全、公用事业、政府垄断、国有企业等关系重要产业。附录二列举的产业例外清单主要是应受保护的一些产业，包括农、林、牧、渔业、资源产业（石油、采矿业）以及某些服务业（如运输业、电讯业、金融服务业等）。

②“停止”（Stand-Still）和“回转”（Roll-Back）机制。日韩协定对附录一和附录二的产业采取不同的措施。对于附录一清单中所列的产业，缔约国可以采取或维持与国民待遇原则不一致的措施，没有必须“停止”（或维持现状）或“回转”方面的要求。对于附录二清单所列产业，缔约国可以维持协定生效之日已存在的例外措施，同时还附有“停止”和“回转”方面的限制。“停止”机制是指将现有的缔约各方的不符合投资协定的措施锁定，禁止制定新的或者限制性更强的不符合双边投资协定规定的国民待遇的义务的措施。“回转”机制是以前述锁定的不符合投资协定的措施为起点，逐步减少或消除该限制措施的自由化过程。缔约方只能努力逐步减少或取消这些措施，而不得采取新的例外措施。

美国是最早采取全面的准入前国民待遇的国家。从20世纪80年代起，美国开始与发展中国家谈判和缔结促进与保护投资的双边条约，要求在投资准入阶段实行国民待遇，这在当时是唯一的要求缔约国在准入和开业阶段将外国投资与国内投资同等对待的双边投资条约。[47] 从此以后，投资准入前的国民待遇就成为美国式双边投资条约的重要内容之一。[48] 此外，自1992年的《北美自由贸易协定》第11章专门对投资作了规定后，美国在此后签订的自由贸易协定中也对投资问题采取了类似的规定。2004年2月，美国国务院颁布了2004年更新了的双边投资条约范本，以替代1994年的条约范本，并使其结构和内容与美国FTA中的投资章节相协调一致。[49] 这样，美国通过双边投资条约和自由贸易协定两种协定方式，达到促进投资自由化和强化投资保护的目的，而且这两种协定关于投资问题的规定也协调一致起来了。

除美国外，日本近年来也紧跟在美国之后，在条约实践上采取准入阶段的国民待遇。日本与韩国（2002年）以及与越南（2003年）签订的双边投资条约均将国民待遇适用于投资准入阶段。

---

〔47〕 See Patricia Mckinsty Robin. The BIT Won't Bite, The American Bilateral Investment Treaty program, 33 Am. U. L. Rev. 931, 949 (1984).

〔48〕 不过，考虑到不同国情，美国与某些国家（如波兰、俄罗斯等前苏联东欧国家）的条约在此问题上后来也作出了一定的妥协。See Kenneth J. Vandevelde, U. S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave, 14 Mich. J. Int'l L. 621.

〔49〕 See U. S. Department of State, Update of U. S. Bilateral Investment Treaty (Feb. 5, 2004), http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm (last visited october 1, 2004).

2. 关于外资准入阶段国民待遇的政策考虑

从国际法历史发展的角度看,传统上,外资准入问题属于国内管辖事项,国家有权决定外资准入的程度和条件。近年来随着投资自由化的发展,在发达国家的推动下,有的条约已将国民待遇扩及到投资准入阶段。但是,从东道国的角度看,能否在投资准入阶段采取国民待遇取决于其本国国情及其政策考虑。这通常涉及以下因素:

(1)外资的引进与保护问题。对外资采取全面的准入前国民待遇,可以起到改善投资环境的作用,更有利于吸引和保护外国投资者。因为,此种待遇具有如下特点:①市场准入。将国民待遇适用于外资准入阶段,就是在准予投资的领域、投资准入的条件以及投资审批方面给予外国投资者与内国投资者同等的待遇。其核心或实质意义,是使外国投资者能在市场准入环节与内国投资者居于平等的地位,从一开始就能与内国投资者平等竞争。②透明度。将国民待遇作为一个原则,而将例外产业以清单的方式列举出来,可以增强透明度,使投资者在进入东道国之前就能清楚地知悉自己能在哪些领域投资,有何限制性条件,增强投资决策的稳定性和可预见性。这无疑对外资的进入具有很大的吸引力。

(2)维护国家主权和利益。对外资给予准入前国民待遇也涉及国家的管理权问题。根据国家对其自然资源永久主权原则,每个国家都有权决定人们从事经济活动的条件,有权管理外国投资和跨国公司,管理领域内的一切经济活动。[50] 若给予外资全面的准入前国民待遇,就可能限制甚至排除东道国对外国投资进入领域和进入条件的全面审查权,东道国只能对经双方同意的少数产业领域限制外资进入。这会对发展中东道国主权的行使构成限制,并会损害其利益。

(3)国家的经济发展水平及企业的国际竞争力。一般来说,对外资能否给予国民待遇,在很大程度上取决于一国的经济发展水平及企业的竞争力。在经济发展水平相当的国家间实行国民待遇,可以通过平等竞争,相互获益。但在经济实力相差悬殊的国家间在投资领域实行国民待遇,即使是互惠的,对弱国一方也是不利的,因为在实力不对等的基础上的竞争,必然导致弱者一方处于劣势或从属地位,造成实质上的不平等。[51]

目前发达国家间在投资领域相互给予国民待遇已基本没有异议,经济合作发展组织在其草拟的《多边投资协议》中关于国民待遇的规定就包括投资准入后和准入前阶段。但是,对于发达国家与发展中国家间关系来说,投资准入阶段的国民待遇仍是一个敏感问题。由于经济和技术发展水平的限制,发展中国家的内资企业大多处于弱势地位,不具有国际竞争力或竞争力不强,而发达国家的企业具有资

---

〔50〕 参见联合国大会 1974 年 12 月通过的《各国经济权利和义务宪章》第 2 条的规定。

〔51〕 参见余劲松主编:《国际投资法》,法律出版社 2003 年第 2 版,第 227 页。

金、技术和管理等方面的优势，具有很强的竞争力，若允许外资在准入阶段就享有国民待遇，则在竞争力悬殊的情况下，会使外资从一开始就处于优势，本国民族工业难以得到有效的保护。因此发展中国家必须权衡外资竞争力对本国经济和企业发展的影响，确保本国经济和民族工业能得以健康发展。

不过，在实践上，也有些经济发展水平较低的发展中国家实行准入阶段国民待遇，这通常是基于其国情和有关政策考虑所采取的。例如，有些发展中国家与美国间的双边投资条约就采取了准入阶段的国民待遇，越南最近与日本间的投资条约也对此做了规定。这些发展中国家之所以接受准入阶段国民待遇，有的是希望借此形成良好的投资气候，吸引外资来发展经济；有的国家国内产业薄弱或本身不发达，需要予以保护的本国产业较少；还有的国家政府认为，采取准入阶段国民待遇，可以使其国内产业从逐步开放中受益、从更具竞争性的市场环境中受益。

（三）中国关于国民待遇的实践

中国入世后签订的双边投资条约开始明确规定国民待遇。例如，2004 年 11 月中国与芬兰的新投资协定就明确规定了国民待遇："对已作出投资的运营、管理、维持、使用、享有、扩张、出售或处分方面，缔约一方给予缔约另一方投资者的投资的待遇应不低于其给予本国投资者的投资的待遇。"当然，这里所规定的仅是外资进入后的国民待遇，而不包括在准入阶段的国民待遇。对于国民待遇和最惠国待遇，可由投资者选择，适用更优惠的待遇。即投资者认为哪种待遇更优惠就适用哪种待遇。

中国签订的双边投资条约迄今为止尚无投资自由化方面的内容。但随着经济全球化的发展，投资自由化将也是一个不容回避的问题。从中国的国情来看，目前实行全面的投资自由化的时机尚不成熟，因此，中国目前不应接受发达国家所主张的"自上而下"、"负向列表法"（或"否定式清单"）的做法，而应采取逐步自由化的做法。具体做法可以采取"正向列表法"（或"肯定式清单"），即除非经东道国特别同意，其产业和活动在准入前阶段不适用国民待遇。为此，中国必须根据产业发展水平制定相应的产业政策，对不同的产业采取不同的措施，或开放、或禁入、或给予适当的过渡期。[52]

实际上，任何国家在引进外资的同时，都必须考虑本国关键性经济部门的保护和发展问题，必须权衡外资竞争力对本国经济和企业发展的影响，没有也不可能无条件地实行国民待遇，无论是发展中国家或发达国家，均莫能例外。因此，在外资准入阶段不适用国民待遇是完全合理的。

根据国际法，一国给予外国人以何种待遇，是一国主权内的事，每个主权国家

---

〔52〕 有关投资自由化问题，参见余劲松："中国发展过程中的外资准入阶段国民待遇问题"，载《法学家》2004 年第 6 期。

都有权决定人们从事经济活动的条件,有权管制外国企业和本国企业在本国领域内的一切经营活动,只要不违背本国承担的国际条约义务,别国就无权干涉。外国不得强迫一国给予外国投资者及其投资以优惠待遇,包括国民待遇在内,这已为《各国经济权利义务宪章》所肯定。

各国在决定对外国投资者的待遇标准时,要考虑到多种因素,例如国家的经济发展水平、经济发展目标、国家的安全与利益、社会制度等,分别采取优惠待遇、最惠国待遇和国民待遇。我国属于发展中国家,经济还不发达,在对外资的待遇制度方面,以前一般采取最惠国待遇,但自20世纪80年代后期以后随着我国经济发展水平的提高,随着我国经济体制改革的深化与市场经济体制的确立,我国已逐步放宽了对外资的限制,进入21世纪后,新一代的双边投资协定已明确规定了准入后的国民待遇。以后随着我国经济发展水平的提高和国际竞争力的增强,我国还将逐步放宽对外资准入的限制。我国政府已于2013年7月同意以准入前国民待遇和负面清单为基础与美国进行双边投资协定的实质性谈判。

五、最惠国待遇

(一)最惠国待遇的一般规定

最惠国待遇是指根据条约,缔约国一方有义务使缔约国另一方国民享受该国给予第三国国民的同等权利。也就是说,无论何时,缔约国一方给予第三国更优惠的条件,则缔约他方有权享有这种新的更优惠的条件。其特点是创造同第三国国民间平等待遇。与国民待遇不同,它是专属于条约法上的制度。

大部分双边投资条约含有最惠国待遇条款,规定缔约国一方的投资至少须得到东道国已给予另一国国民与公司的投资同等优惠的待遇,这同样也适用于与投资有关的活动。

在双边投资条约中,国民待遇条款往往是与最惠国条款结合使用的。资本输出国一般很注重两种标准的结合,以便无论哪种待遇更优惠时,投资者都可以利用该种较优惠的待遇。例如,联邦德国的样板投资协定规定:缔约国一方对在其领土内由缔约国另一方的国民或公司拥有或控制的投资的待遇,不得低于给予其本国国民或公司的投资和第三国国民或公司的投资所享有的待遇。同时,对于与投资有关的活动,也须给予相同的待遇。依其议定书的规定,与投资有关的活动,是指对于投资的管理、运用、使用和利用;对与投资有关的活动"待遇低于",主要是指限制获得原材料、辅料、能源和燃料、生产设备与操作工具及其他具有类似效果的措施。

美国关于相互鼓励和保护投资的样板条约也是把国民待遇和最惠国待遇结合在一起的。英国采用的样板协定范本与联邦德国相类似,但保护的对象是"投资或收益",并以投资的管理、使用、利用和处置代替"活动"这个一般性词语。法国近年来签订的投资条约也将国民待遇和最惠国待遇结合在一段里,所保护的对象

也是投资和与投资有关的活动。亚非法协拟定的样板条约第4条规定了最惠国待遇,其表述与英国的很类似,第5条规定了国民待遇,但在脚注中说明该地区某些国家反对关于外国投资的国民待遇条款。

当然,这一条款也有某些公认的例外。第一个例外是"国家联盟"条款。据此,条约中所规定的待遇标准,不得适用于缔约国各方由于其属于关税同盟、经济同盟、共同市场或自由贸易区的成员或与此相连而给予第三国国民或公司的特权。例如,中国与联邦德国签订的投资协定第3条第3款就规定,上述待遇不适用于"缔约一方根据现存的关税同盟、自由贸易区或由于某一经济共同体而给予第三国投资者的优惠"。

有些条约对此作了更多的保留。例如,丹麦和马达加斯加1965年的商务协定(包括投资保护)第2条就包括下列保留:邻国间为方便边境贸易的合作;为促进发展中国家间合作而作出的地区和次地区的安排;丹麦同意给予芬兰、冰岛、挪威和瑞典的优惠。我国与联邦德国的投资协定的规定,最惠国待遇不适用于缔约一方为方便边境贸易而给予第三国投资者的优惠。

另一个例外是关于缔约一方根据免征双重税收协定及其他有关税收问题的协议而给予第三国投资者的优惠。中国与联邦德国签订的投资协定有此保留,这也是一个相当普遍的保留。

此外,习惯上保留的还包括因公共安全和秩序、国民健康或道德而采取的措施。联邦德国型的投资协定均有此规定,还有的条约把"根据互惠"所给予的优惠作为例外予以保留。

除了前述有的条约将特殊优惠保留给当地投资外,许多条约在关于外资入境程序方面允许偏离国民待遇和最惠国待遇。例如,联邦德国与乌干达间的条约规定:为了国民经济利润,在批准缔约他方国民和公司的投资时,缔约一方可以作出特殊规定,偏离第2条规定的待遇。若已作出了那种性质的特殊规定,则第2条的规定在那一范围内不适用。这种特殊规定的效力应在批准文件中详细规定。

有些条约对给予国民待遇和最惠国待遇的条件予以限定。例如,东道国对"任何类似的企业"(如挪威与印度尼西亚间的条约),或"在相同情况"(英国与巴西间的条约),或"在其领土内任何类似的投资"(联邦德国与肯尼亚间的条约)给予国民待遇和最惠国待遇。当然,对这些术语的意义可能存在不同意见,因而对其适用范围的确定也会产生分歧。

关于最惠国条款的效力,联合国国际法委员会在1978年就肯定,最惠国待遇条款使受益国有权享有在所缔结的条约生效以前或生效后同意给予第三国的更优惠的待遇。但缔约国也可以规定该条款只适用于以后给予的优惠待遇。例如,瑞典与中国、马来西亚、埃及、巴基斯坦、塞内加尔、南斯拉夫等国缔结的条约规定,缔约一方也有按在本协定签字前同其他国家缔结的双边协议之规定,给予其他国家

投资者的投资以更优惠待遇的自由。联邦德国与土耳其、韩国签订的条约规定,最惠国条款不得适用于在该条约生效前已给予的权利和优惠。

(二)最惠国待遇条款能否适用于争端解决事项

近些年来,国际投资条约仲裁实践关于最惠国待遇的一个新的动向是,最惠国待遇条款能否适用于争端解决事项。这一问题同样也直接关系到投资者权利保护的范围与东道国的权益问题,目前的投资仲裁实践对此存在着较大分歧。

从投资条约的实践看,最惠国待遇条款适用于实体性权利不存在什么争议,但对于能否适用于程序性权利,由于条约大多没有规定或缺乏明确规定,在解释和适用上就产生了争议。根据联合国贸易与发展会议组织的考察,1995~2006年的间的双边投资条约对最惠国待遇能否适用于争端解决事项的规定,有三种类型:一是将最惠国待遇扩及争端解决事项;二是明确地避开这种结果;三是没有直接涉及这一问题,大多数双边投资条约均属此类。[53]

在投资条约仲裁实践上,马菲基尼诉西班牙(Maffezini v. Spain)案[54](以下简称马菲基尼案)是第一个涉及BIT最惠国待遇条款能否适用于争端解决程序事项的案件,也是ICSID裁决中第一个允许外国投资者基于最惠国条款将第三方条约中的争议解决条款引入基础条约的案例。在该案中,阿根廷投资者马菲基尼先生在西班牙投资建立了一家从事化工产品生产和配送的企业,与当地政府发生投资争议后,马菲基尼先生根据阿根廷与西班牙间1991年签订的双边投资条约,直接向ICSID提起仲裁。西班牙则对ICSID仲裁庭的管辖提出异议,认为马菲基尼没有遵守该双边投资条约的规定。根据阿根廷与西班牙双边投资条约第10条的规定,投资者在诉诸ICSID仲裁前必须先向当地法院寻求救济,如果经过18个月争端未能得到解决,才能向ICSID提起仲裁。马菲基尼先生争辩说,根据阿根廷与西班牙投资条约中的最惠国待遇条款,他可以援引智利与西班牙双边投资条约中关于争端解决的规定,该规定允许投资者不用先向法院寻求救济而将争端提交ICSID解决。该案仲裁庭认为,当今国际投资领域的争议解决安排与外国投资者的保护存在密不可分的关联,国际投资仲裁和其他争议解决方式对于维护相关投资条约所赋予的权利具有根本性作用并且与投资条约所给予的实体方面的待遇存在紧密的联系。由此,仲裁庭裁定:当第三方条约中的争议解决条款对于外国投资者的权益保护更为有利时,此类条款可为基础条约最惠国条款的受惠国所援引,这完全符合"同类原则"。自该案裁决作出后,又有其他几起案件的裁决支持将最惠

---

[53] See UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006, Treads in Investment Rulemaking, 2007.

[54] Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 5 ICSID (W. Bank) 396 (2000), available at http:// www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf.

国条款扩大适用于投资争端解决程序事项。[55]

但国际仲裁中也有些案例对最惠国条款作从严解释的。例如塞利尼诉约旦案、[56]普拉马诉保加利亚案(Plama v. Bulgaria)等。[57] 普拉马案仲裁庭认为:马菲基尼案仲裁庭所做的"争议解决安排与外国投资者的保护存在密不可分的关联"这一论断,在法律上并不能充分地表明双边投资条约双方意图使最惠国条款的适用范围扩及争议解决事项;仲裁的基本前提是双方当事人提请仲裁的合意,该合意必须明确无误(clear and unambiguous),这是一项公认的原则;通过最惠国条款援引第三方条约中的争议解决条款来提请 ICSID 仲裁,很容易使人们对仲裁合意的明确性和无误性产生质疑,当事国将争议解决事项并入最惠国待遇适用范围的意图必须明确和无误地表达出来。此后,2006 年 ICSID 裁决的特里钠诉匈牙利(Telenor v. Hungary)案[58]中,仲裁庭表示完全赞同普拉马案仲裁庭所作的分析和陈述,采纳了限制解释最惠国条款的适用范围这一做法。2013 年的 Kilic v. Turkmenistan 案也裁定最惠国待遇条款不适用于争端解决事项。

国际投资仲裁庭之所以对最惠国待遇的适用范围存在分歧,关键在于是否从缔约国的意图来解释。相对而言,普拉马案和特里钠案的裁决意见更具有说服力。对最惠国待遇条款的适用范围,应根据条约上下文、缔约前后的行为与实践来判断缔约国的真实意图,并从严解释。一般来说,缔约国与不同国家签订的 BIT 通常是考虑到各自的特殊情况来作出特殊规定的,如果条约文本表述不一致,或者条约中

---

[55] 如 Siemens A. G. v. Argentina 案、"Gas Natural v. Argentina"案、"Tecmed v. Mexico"案、"Interaguas v. Argentina"案、"Vivendi v. Argentina"案等。在 Siemens 案中,仲裁庭认为,投资条约中"与投资者或投资活动相关的待遇"这一措辞本身的范围就已经广泛到可以包含争议解决事项的程度。See Siemens A. G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004), http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf。2013 年的 Garanti Koza v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20)案,仲裁庭的多数也同意最惠国待遇条款适用于争端解决程序。

[56] See Salini Construction SpA and Italstrade SpA. V. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction (2004).

[57] See Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, Feb. 8, 2005. 该案申请人是塞浦路斯 Plama 公司,依据保加利亚与塞浦路斯 1987 年签订的双边投资条约向 ICSID 提起仲裁,指控保加利亚的行为构成征收,并向保加利亚索赔。但保加利亚与塞浦路斯双边投资条约规定,有关征收补偿额的争端只能通过东道国的法律程序或国际"特设"仲裁庭解决。申请人则依据保加利亚与塞浦路斯条约中的最惠国待遇条款,援引保加利亚与芬兰双边投资条约中关于争端解决程序的规定(对提交 ICSID 仲裁的征收争端未限定范围)提起仲裁。

[58] See Telenor Mobile Communications v. Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Decision on Jurisdiction, Sept. 13, 2006, http:// www.worldbank.org/icsid/cases/pdf/ARB0415_telenor-v-hungary-award.pdf.

根本就没有相应规定,这就表明该条约与其他条约是有区别的。如果仅从投资者权利保护的角度考虑问题,任意推定缔约国的意图,将最惠国条款适用于争议程序性事项,那么其结果必然是背离缔约国的意愿、偏袒投资者一方,甚至损害投资东道国的利益。[59] 正如普拉马案和特里纳案裁决所指出的,扩大性解释会产生一些负面后果,导致投资者"挑选"条约,还会导致基础条约中的争端解决处于不稳定状态。

近年来,为了防范仲裁庭对最惠国待遇条款作扩大性解释,有些投资条约已经明确将争端解决事项排除在最惠国待遇的适用范围之外,例如,中国与东盟投资协议的规定、以及中国与新西兰自由贸易协定投资规则均采取了此种做法。这既可以消除此后仲裁庭扩大解释最惠国待遇的隐患,也可以作为判断缔约国此前缔结的投资条约最惠国待遇条款意图的证据。

六、关于政治风险的保证

双边投资协定对政治风险的保证,其重点是关于征收与外汇转移问题。至于战争与内乱,通常并非出于东道国直接对外国投资的有意措施,东道国政府对因战争内乱造成的财产损失也没有补偿的义务。因而双边投资协定对此一般规定较为简单,大多是规定因战争内乱而遭受损失时,缔约国保证给予外国投资者及其投资以非歧视待遇。

(一)征收与国有化

1. 关于征收国有化的条件

几乎所有的双边投资条约都规定征收或国有化措施须遵守某些条件,如公共利益或公共目的、非歧视性、正当法律程序与补偿。[60]

许多双边投资协定中均有关于公共利益的规定,尽管有时使用不同的术语,如"国家利益"、"社会利益"等。有的国家规定"为法律认可的任何目的"。也有少数条约没有关于公共利益的提法。

非歧视性一般也是国有化的条件之一。大部分条约规定,征收或国有化必须不是歧视性的,或者给予最惠国待遇。

正当法律程序和司法审查往往也是国有化或征收的条件。美国、荷兰、日本签订的双边投资条约均规定征收或国有化须符合正当法律程序。有的国家签订的双边条约还把正当法律程序与司法审查结合起来。例如,联邦德国的条约范本规定,任何征收、国有化或类似的措施的合法性和赔偿的数额须经正当法律程序审查,联邦德国签订的所有条约均含有这一规定。罗马尼亚缔结的双边投资条约规定,如

---

[59] See Gabriel Egli, Don't Get BIT, Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most - Favored - Nation Clauses to Dispute Settlement Provisions, 34 Pepp. L. Rev. 1045.

[60] UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995 - 2006: Trends In Investment Rulemaking, 2007.

果对补偿数额不能友好协商一致，下一步则是在东道国进行司法审查，如果仍不能达成一致，则可提交给解决投资争端国际中心仲裁。[61]

国有化最重要的条件是支付补偿。发达国家签订的双边投资协定要求给予及时、充分和有效的补偿，或公正补偿，并对补偿的数额、支付补偿的时间和方式作出规定。

我国与外国签订的双边投资条约也有类似的规定，如中国与瑞典1982年签订的协定规定："缔约任何一方对缔约另一方投资者在其境内的投资，只是为了公共利益，按照适当的法律程序，并给予补偿，方可实行征收或国有化，或采取任何类似的其他措施"，"征收或国有化不应是歧视性的"。

2. 关于征收、国有化的方式

双边投资协定关于征收与国有化的方式，通常既包括直接征收，也包括间接征收。

联邦德国型投资条约通常规定，财产保护也扩及"其效果相当于征收或国有化的任何其他措施"。如中国与联邦德国1983年双边投资协定议定书中就规定，"本协定……所指的征收，也包括国有化及与征收或国有化有相同效果的其他措施"。

美国1984年的样本条约仅仅提到"相当于征收或国有化的措施"，但在此以前的条约，如美国与海地间的条约，则含有更详细的规定，即间接征收"包括征收税款，强制出售部分或全部投资，或损害或剥夺其管理、控制或经济价值。"[62]

大多数双边投资协定只是作一般性的表述，如"直接或间接征收、国有化或剥夺措施"，"征收或国有化措施，或具有直接或间接剥夺效果的其他措施"等。这种一般性的表述具有简单、灵活的特点，并把细节问题留待以后问题产生时再确定。

近些年来，投资条约关于征收条款的新的发展是，有的条约已对间接征收加以限定，明确规定国家为了公共福利而采取的非歧视的管理措施，不构成间接征收，例如美国2004年及以后的BIT范本及所签订条约就作了如此规定，本章第五节将对此予以进一步介绍。

3. 关于征收与国有化的补偿

发达国家一般要求实行征收的国家要给予"迅速、充分、有效"的补偿，并在双边投资条约中加以规定。例如，美国样本条约对"充分"的解释是，必须相当于采取征收行为前一刻或该征收措施为人知晓前一刻被征收的投资的公平市场价值，还包括从征收之日起的利息。英国、联邦德国也是以市场价值为准。因此，在双边条约中，市场价值被普遍用作评估被征收财产的方法。但有的协定也有某些不同的规定，如使用"全部价值"的概念，或参照"正常经济情势"计算，或指"实际损

---

[61] UNCTC, Bilateral Investment Treaties(1988), pp. 50 - 59.

[62] Ibid, pp. 59 - 60.

失"等。荷兰与苏丹的协定规定,补偿须相当于"所影响的投资的折旧值",这是把折旧作为决定补偿数额的唯一的一个已知的协定。[63]

关于支付的方式,美国的样本条约规定,必须无拖延地支付补偿,补偿须是可全部变成现金并可自由转移的。在投资协定中也几乎都有这一规定。

我国为了充分保护外国投资者投资的安全与利益,对补偿问题也在投资协定中作了灵活的规定。例如,有的协定规定给予"适当的补偿",或"合理的补偿"。关于补偿数额,中国与联邦德国、丹麦、芬兰、挪威、奥地利、英国、澳大利亚和新西兰等国签订的协定规定,补偿数额应相当于被征收投资在公众知晓前一刻的价值,另有些协定规定为"未被征收时相同的财政状况"(如中日协定),或"相当于在宣布征收时被征收投资的价值"(如中荷协定),或"实际价值"(如中法协定)。关于补偿的方式,所有的协定都规定,补偿应是可有效兑现和自由转移的,不应不适当地迟延。但迄今为止,中国未接受传统的"及时、充分、有效"补偿的公式。

双边投资条约中规定的关于国有化和征收的保证,在很大程度上反映的是资本输出国的观点。某些西方发达国家也是意图通过签订双边投资条约防止对习惯国际法的传统规则的损害。但是,必须注意到,由国家自愿缔结的双边条约,反映的是有关缔约国的意愿和妥协,许多发展中国家愿意在双边投资条约中接受这些规定也有其自己的目的和理由,主要是为了对外国投资者的合法权益提供有力的法律保证,以更好地吸引外资,发展经济。这并不等于说双边投资条约的这些规定反映的是普遍接受的一般国际法规则。双边条约反映的是纯双边关系中的权利和义务。许多国家在国际场所声明说,它们根据双边协定承担的义务并不代表它们关于一般国际法的观点,而且在多边谈判中对相同的问题采取了不同的态度。在国际法上关于国有化问题的规则正在经历着一个重要的发展更新的过程。

(二)汇兑与转移

双边投资条约一般均规定,投资者的原本、利润和其他合法收益等可以自由兑换为外币,自由转移或汇回本国。例如,中英1986年的投资协定规定,"缔约各方保证缔约另一方的国民或公司有权将其投资和收益以及按照与投资有关的贷款协议的任何支付款项自由转移至其居住国"。

自由汇兑和转移的范围,各种协定规定简繁不一,美国、荷兰的协定规定得较为详细。如中荷1985年的投资协定规定的范围包括:(1)利润、利息、股息及其他所得;(2)为购置原料、辅料、半成品或成品所需的资金,以及为保证某项投资的持续性,用于更新资本资产的资金;(3)为发展某项投资所必要的追加资金;(4)投资者的雇员或投资者投资企业中的雇员的收入;(5)资本清算款;(6)贷款的偿还金;

---

[63] UNCTC, Bilateral Investment Treaties(1988), pp. 56 - 57.

(7)管理费;(8)提成费。

转移必须依照有关缔约方的法律和法规进行。按照中国有关法律的规定,投资者应当通过其在中国境内银行开立的账户进行。转移可按转移之日适用的汇率。至于适用何种汇率、则有不同的规定,美国条约样本采用市场汇率,联邦德国的协定则以国际货币基金组织使用的现行汇率为准。

我国订立的协定中,有的还对外国投资者的外汇存款账户中没有足够的外汇供转移时,提供特殊保证。如中英1986年的协定规定,在此情况下,对下列款项中国应允许把当地货币兑换成可兑换货币进行转移:(1)全部或部分投资清算所得款项;(2)投资者从著作权、工业产权、专有技术和商誉中所得的使用费;(3)依照由中国银行担保的投资有关的贷款协议所进行的偿付款项;(4)由中国主管机构专门准许该国民或公司主要在中国领土内进行经济活动所得的利润、利息、资本利息、股息、酬金和其他形式的收益。

但是,关于自由汇兑与转移的保证也不是绝对的,在特殊情况下,有关国家也可以对转移进行限制。例如,中英协定规定,投资者将其投资和收益自由转移的权利,应受制约于缔约各方有权在其国际收入困难的例外情况下,并在有限的时期内公平诚信地行使其法律所赋予的权力。但此种权力不得用于阻止利润、利息、股息、使用费或酬金的转移,并应保证每年至少转移20%的投资及其他任何形式的收益。

七、"保护伞条款"

投资条约中的"保护伞条款"(umbrella clause),通常被表述为:缔约方须遵守其对缔约他方投资者(及其投资)所承担的(任何)义务或承诺。据估计,截至2006年的2500多个双边投资条约中,约有40%包含"保护伞条款"。尽管"保护伞条款"在条约用语上有一些差异,有的比较宽泛,有的则有所限制,但条约中的这个条款,可能会被解释为将东道国与投资者间的纯粹合同义务转化为一项国际法上的义务。因此,无论在学术上还是实践上,对保护伞条款的解释和适用均存在较大的争议和分歧。

1. 限制性解释

在实践上,有的仲裁庭对保护伞条款作限制性解释。例如,在SGS诉巴基斯坦案中,涉及瑞士与巴基斯坦间双边投资条约(BIT)中的保护伞条款,仲裁庭驳回了SGS关于保护伞条款能够将违反合同上升到违反条约的主张。在该案中,瑞士SGS公司与巴基斯坦政府签订了一项装船前海关验关服务的协议,后来双方当事人就协议的履行发生分歧,巴方终止了该协议。SGS公司指控巴基斯坦不当地终止合同以及没有支付该协议项下的费用,并依据瑞士与巴基斯坦双边投资条约向ICSID提起仲裁。瑞士与巴基斯坦双边投资条约第11条规定:缔约任何一方必须持续地保证遵守就缔约另一方投资者的投资所作的承诺。SGS公司主张,巴基斯

坦政府违反了与该公司签订的装船前验关服务协议,从而也就违反了两国间投资条约规定的"保护伞条款"。但仲裁庭指出:瑞—巴双边投资协定中第 11 条(保护伞条款)的原文本身并没有旨在规定,投资者诉称的对其与东道国所订合同有关的违反行为可以自动地"提升"到违反国际条约法的层面[64]。仲裁庭认为,东道国政府违反合同但没有违反双边投资条约中其他实体条款(如国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、征收以及外汇自由汇兑等),仅属于"纯合同请求",不构成对"保护伞条款"的违反;只有当东道国政府违反合同的同时也违反了投资条约中的其他实体条款,才属于"条约请求",有权诉请条约规定的国际仲裁救济。仲裁庭还分析了接受 SGS 诉求所可能产生的后果,认为这种广义的解释会使该条款将无数的投资者与国家之间的合同以及国家在其他国内法律机制中对缔约另一方投资者所设定的承诺都囊括入内,而任何对上述义务的简单违反都被视为是违反 BIT 条款,那么 BIT 中的其他实体待遇条款就可能会成为"多余"[65]。再者,申请方的主张也可能导致东道国与投资者订立的合同中自由磋商的争议解决条款成为摆设,其有无效力任由投资者决定[66]。可见,该案仲裁庭对保护伞条款的解释持谨慎态度,作限制性的理解。随后,ICSID 仲裁庭 2004 年裁决的 Joy Machinery 诉埃及案和 2006 年的 Salini 诉约旦案等,也采取相同的立场。

2. 扩大性解释

然而,在投资仲裁实践上,也有的仲裁庭对保护伞条款作扩大性解释。例如,在 SGS 诉菲律宾案中,仲裁庭作出了与上述 SGS 诉巴基斯坦案相反的裁决。该案的案情与上述巴基斯坦案相似,也涉及瑞士与菲律宾双边投资条约中的保护伞条款。瑞士与菲律宾投资条约第 10 条规定:缔约任何一方必须遵守对缔约另一方投资者在其境内特定投资所承担的任何义务。该案仲裁庭认为,菲律宾未能遵守其有约束力的承诺,包括其所承担的与特定投资有关的合同承诺,就是对双边投资协定的违反。[67] 在该案仲裁庭看来,对瑞士与菲律宾双边投资条约第 10 条中规定的任何义务,作宽泛解释符合其通常意义;同时,由于双边投资条约旨在保护和促进外国投资,对保护伞条款作有利于投资者的解释,符合条约的宗旨和目的。有一些学者也赞成对保护伞条款采用扩大性解释方法,即认为保护伞条款中的"义务"或"承诺"也涉及合同,一旦东道国违反了合同义务也就可以上升到违反了其缔结

---

[64] SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (August 6 2003)[EB/OL]. Para. 166.

[65] Ibid., Para. 177.

[66] Ibid., Para. 154.

[67] SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction (January 29 2004)[EB/OL].

的双边投资协定中的义务，从而可以采取国际投资条约仲裁的方式来解决争端。[68] 在此后的 ICSID 仲裁中，Noble Ventures 诉罗马尼亚案等多个案件也赞成 SGS 诉菲律宾案的裁决。在 2013 年的 Micula v. Romania 案中，仲裁庭也认为保护伞条款涵括各种性质的义务，不论是契约性的还是非契约性的义务。

3. 折中性解释

在 ICSID 仲裁中，另有仲裁庭采取折中的方式来解释保护伞条款。2006 年的 El Paso 诉阿根廷案是一个典型的案例。阿根廷在 20 世纪 80 年代后期开始放松对外资的管制，制订了《能源管理框架》，为吸引外国投资者向该领域投资提供了保证。设立在美国特拉华州的 El Paso 公司在 20 世纪 90 年代取得了从事石油勘探和开发生产以及电力的几个阿根廷公司的股权，但在 90 年代末阿根廷就出现了严重的金融危机，为应对危机，阿根廷采取了一系列措施，El Paso 声称这些措施给其造成严重损失，并向 ICSID 提起仲裁，指控阿根廷违反了美国与阿根廷 1991 年签订的双边投资协定，包括该条约中的保护伞条款。与前述两个仲裁案不同，该案仲裁庭对保护伞条款采取了折中的解释。仲裁庭认为，违反合同与违反条约不是一回事，有必要将国家作为“商人”与作为“主权者”区别开来。保护伞条款不能将任何“合同请求”转变为“条约请求”。该条款并不将条约保护扩及违反国家或国有实体订立的普通商事合同的行为，但它会涵括国家作为“主权者”所约定的其他的投资保护，譬如投资协议中的稳定条款。如果国家采取单方行为干预合同权利，而国家的此种行为可以被看作违反投资条约规定的保护标准，则仲裁庭对违反合同权利所产生的请求就具有管辖权。该案仲裁庭赞同 SGS 诉巴基斯坦案仲裁庭关于保护伞条款的解释，即仲裁庭对条约请求有管辖权，不能受理未违反双边投资条约保护标准的纯粹合同请求。但在该案中，仲裁庭认为，应将美国与阿根廷双边投资条约中的第 2 条（保护伞条款）与第 7 条结合起来解释，违反国家作为主权者与美国国民或公司订立的投资协议，被视为也违反条约，因而产生条约请求。[69] 此案所持观点此后为 ICSID 其他案件仲裁庭所采纳，如 2006 年裁决的 BP & Others 诉阿根廷案、Pan & BP 诉阿根廷案等。

可见，上述关于保护伞条款的三种解释方法中，限制性解释有利于维护东道国的权益，扩大性解释则旨在保护投资者的利益，而折中解释的方法，则希望平衡东道国与投资者权益。

实际上，对保护伞条款的解释，在很大程度上还是得依缔约国的意图来定。从

---

[68] Christoph Schreuer, Traveling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clause and Forks in the Road, The Journal of World Investment and Trade, Vol. 5, (2004), p231 – 256.

[69] See El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15.

目前的实践看,除瑞士在 SGS 诉巴基斯坦案中明确表示了将该条款纳入条约时的意图在于对合同承诺施加条约上的约束外,有关国家对此条款均未作出明确的解释。从该条款的历史发展看,它主要是资本输出国为强化投资者保护而设置的,在很大程度上反映的是资本输出国的意图。发展中国家东道国对这个条款的效力和后果当初可能是认识不清的,因而将保护伞条款作广义解释可能并不符合这些国家的缔约意图。

正如 SGS 诉巴基斯坦案仲裁庭所说,如对该条款采取扩大性解释,会使得东道国与投资者订立的合同中争端解决条款形同虚设,对于东道国本身是极其不公平的,其后果也是极其严重的,不仅仅会造成对东道国国内法秩序的破坏,同时也会使得国际投资秩序混乱,激化南北矛盾。[70] 因此,对保护伞条款,采取限制性解释或折中性解释较为合理。也就是说,应将纯粹合同请求与条约请求区别开来,东道国违反合同或承诺并不能就自动上升为违反条约,只有当东道国的国家行为在违反合同义务的同时也构成了对双边投资协定实体义务条款的违反时,才可以依据双边投资协定进行条约之诉。这样来解释既维护了保护伞条款的效力,又考虑到了东道国和外国投资者双方的利益和保护的平衡。

值得注意的是,现在美国对保护伞条款条款的态度也发生了变化,例如,美国以前的双边投资条约范本含有保护伞条款,但其 2004 年的范本没有出现该条款,只是在其第 24 条中允许将由投资协议引起的争端提交仲裁,同时,根据范本第 26 条规定,投资者若提交仲裁则要求其书面放弃向东道国的行政法庭或法院提起或继续其请求的权利。美国 2004 年双边投资条约范本的上述规定在 2012 年的范本中未做改动。美国从其条约范本中删除了保护伞条款,这可以说是其对保护伞条款产生的投资争端的一种反应,表明其对保护伞条款对其作为东道国时可能产生的影响持谨慎态度。

在我国对外签订的一些双边投资条约中,也包括有"保护伞条款"。例如,2003 年中国与德国间双边投资条约第 10 条第 2 款规定:"缔约任何一方应恪守其就缔约另一方投资者在其境内的投资所承担的任何其他义务";2004 年中国与芬兰间条约第 11 条第 2 款规定:"缔约任何一方应恪守其与缔约另一方投资者就投资所作出的任何特别承诺"。如果今后就此保护伞条款发生投资争端,那么对于条约中的"任何其他义务"或"任何特别承诺"的解释,也会产生是合同请求还是条约请求的问题。从中国作为投资东道国的角度看,我国有必要警惕国际仲裁庭对保护伞条款作扩大性解释的可能,因此,在今后缔结双边投资条约时应尽可能对保

---

[70] See ICSID Case No. ARB/01/03, SGS v. Islamic Republic of Pakistan, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListConcluded.

护伞条款加以限定,[71]或者采取美国的做法,干脆删除保护伞条款。

八、例外条款

投资条约中的例外条款(或不得妨碍条款)是缔约国设置的"安全阀"。根据此种条款,当缔约国面临严重的经济、社会甚至政治危机或为了其经济的可持续发展和人民福祉时,国家可以采取必要的管理措施,以维护其根本安全利益或公共利益,不承担违反条约义务的法律责任。因此,例外条款的设置,可以平衡投资保护与东道国的利益,使缔约国在保护投资者及其投资的同时也为维护国家安全和公共利益预留一定的空间。自20世纪90年代以后,这一条款已受到许多国家的重视,包含有例外条款的双边投资条约的数量日益增加。

在条约实践上,例外条款涉及以下几个问题:(1)例外条款所设置的目标和范围,或者设置哪些例外。(2)缔约国的措施与所允许的目标的连接,即缔约国采取例外措施对于目标来说应是"必要的"、"所要求的"或"不得不采取的"。(3)适用范围,即例外条款是适用于整个条约还是条约中的某些特定规定。

关于例外条款的目标与范围,国际条约规定不一致,通常包括以下几种:国家根本安全与公共秩序,保护公共健康和自然资源,公共道德,文化保护,税收,金融服务审慎措施等。其中,国家安全、公共秩序、公共健康与福利、金融审慎措施这几种例外情形尤应予以重视。

(一)国家安全例外

国家安全例外现在已经被许多条约所接受。例如,1994年的关贸总协定(GATT)第21条、WTO的《服务贸易总协定》(GATS)第14条均规定有"安全例外"。在双边投资条约实践中,美国等国缔结的BIT采用"根本安全利益"的表述,德国BIT则采用"公共安全",还有的采用"国际和平与安全"等措词。中国与秘鲁2009年自由贸易协定中的投资规则采用"根本安全利益",中国与东盟的2009年投资协定中的安全例外则采用GATS第14条的表述。

1. 国家安全例外应包括国家经济安全利益因素

国际经济贸易条约中的"安全例外"传统上限定为国家的国防安全和国际和平与安全,其目的与经济并不直接相关。然而,这种严格解释显得已经不能适应实际需要了,在某些情势下,国家安全与经济也会直接相关,或者说包括国家的经济安全利益。从近些年国际局势和实践来看,严重的经济危机以及重要产业受外国控制是影响国家安全的两种重要情势。

在经济全球化的背景下,世界经济发展很不平衡,金融危机和经济危机频发,并具有很强的相互传导作用,从而可能使某个国家甚至一个区域的国家乃至全球

---

[71] 参见徐崇利:"'保护伞条款'的适用范围之争与我国的对策",载《华东政法大学学报》2008年第4期。

经济限于危机困境之中,影响到国家的根本安全利益。在21世纪初阿根廷经济危机引起的投资争端的几起裁决中,ICSID的仲裁庭都同意这一观点,即阿根廷与美国间BIT第11条(根本安全利益例外)包括经济紧急情况。至于经济危机达到何种程度才可免责,有关裁决意见不一致。有的裁决认为,阿根廷的危机是严重的,但还没有导致经济与社会的崩溃,还没有危及国家的存在,因而不能援引该条约第11条的例外;[72]另有的裁决认为,从2001年12月1日至2003年4月26日,阿根廷处于危机之中,根据第11条可采取必要措施以维护公共秩序和保护其根本安全利益,不构成违反条约义务。[73]

可见,在全球化时代,国家安全不仅会受到来自经济方面的原因的影响,而且经济利益因素也成为国家安全概念的组成部份。因此,国际投资条约中设置的国家安全例外不能只限于传统的国防安全和国际和平与安全,还应包括国家的经济利益因素的考量。

2. 自行判断与非自行判断条款

根据BIT国家安全例外条款,当面临经济危机或其他影响国家安全利益情形时,东道国可否根据情势自行判断并采取应对措施?在近些年的仲裁实践中,仲裁庭将BIT中的国家安全例外条款分为两类:自行判断条款和非自行判断条款。有些国际仲裁庭认为,只要BIT中的例外条款没有"其认为必要的"(it consider necessary)文字表述,就属于非自行判断条款,从而应由仲裁庭来审查判断缔约国的措施是否必要。

然而,仲裁庭的这种分类标准在很大程度上是主观推断的,没有考虑缔约国的真实意图。BIT国家安全例外条款在本质上应属于自行判断条款,因为:(1)国家安全直接关系一个国家的主权和利益,从缔约国的真实意图看,很难认定缔约国会将其有关国家主权和安全这样的重大事项交由第三者来审查。(2)是否危及国家安全也只有当事国自己才最清楚,因而当事国应最有权根据自己的判断来采取其认为必要的措施,这不应属于第三方判断的事项。置身事外的第三方的事后所作的任何判断都无法取代当事国在紧急状况时的判断和决策。(3)以美国为代表的一些国家最近新签订的BIT均在国家安全例外条款中明确加上"其认为必要的"措词,表明缔约国的意图是:该条款属于自行判断条款。缔约国的嗣后的协定和实

---

[72] CMS Gas Transmission Co. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/8 (2005); Enron Corp. Ponderosa Assets v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/3 (2007); Sempra Energy International v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/02/16. 28 September 2007.

[73] LG&E Energy Corp. et al. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/02/1 (2006); Continental Casualty Company v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/03/9A, award of 5 September 2008.

践可以作为缔约国真实意图的判断依据。[74]

当然，这并不是说，国家可以根据“自行判断”为所欲为，根据国际法，国家必须善意履行条约义务。这样，尽管缔约国可以根据其自己的判断采取必要措施以维护国家安全，但这些措施也必须是善意的，而不应是专断的或歧视性的。判断是否善意，通常要考虑两个因素：(1)国家是否以诚实和公平对待的方式行事；(2)援引安全例外条款是否有合理的根据。[75]

3. 国家安全例外条款与习惯国际法规则的关系与适用顺序

从国际法角度看，BIT 是“特别法”，与普遍适用的国际公约或习惯国际法的效力是不同的。因此，国家安全条款与基于习惯国际法的抗辩是有区别的，其实体内容、理论根据、法律权威的渊源(前者属于条约，后者属于习惯国际法)、适用的范围都不同，因此，不能将二者混为一谈。[76]

然而，在投资仲裁实践上，有的裁决将国家安全例外条款与习惯国际法关于国家责任的相关条款相等同，从而导致以适用习惯国际法国家责任条款(联合国国际法委员会编撰的国家责任条款第25条)来取代 BIT 中的国家根本安全利益的例外条款，使 BIT 的这一例外条款的适用落空。

这种做法不仅受到学界的广泛批评，而且在实践上也受到异议。例如，CMS 案的撤销委员会认为，CMS 案裁决犯了两个错误，一是将实施阿根廷与美国间 BIT 第 11 条(安全例外条款)所必要的条件与习惯国际法中危急情况所必要的条件相等同，没有看到二者的要求是不同的；二是没有弄清二者的关系和适用顺序，即应先适用 BIT 第 11 条的规定。[77] 尽管撤销委员会由于认定该裁决没有明显越权而没能最终撤销该裁决，但其报告对该案裁决作出的严厉批评颇有意义。更为值得注意的是，2010 年 6 月 29 日 ICSID 的 Sempra 案撤销委员会对 Sempra 公司诉阿根廷案作出了撤销裁决的裁定，理由是该案仲裁庭没有适用阿根廷与美国双边投资协定中关于排除协定适用的情况的第 11 条，从而构成明显越权。[78] 7 月 30

---

[74] See Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104 Am. J. Int'l. L. 179 (2010).

[75] See William W. Burke - White & Andreas von Stadan, Investment Protection in Extraordinary Time: The Interpretation and Application of Non - Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, 48 Va. J. Int'l L. (2008) 307, 376 - 81.

[76] Id., 320 - 324.

[77] CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/01/08, 12) (annulment proceeding). Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 128 - 136.

[78] Sempra Energy International v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/02/16 (Annulment Proceeding), Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award, 29 June 2010.

日,ICSID 的撤销委员会又对 Enron 诉阿根廷案的裁决作出撤销的决定,其理由之一也是因为没有正确适用法律构成明显越权。这三个委员会的决定在关于 BIT 例外条款与习惯国际法的国家责任条款的关系的分析中,纠正了仲裁庭适用法律的错误,对此后的仲裁将会产生重要影响。

(二)公共道德、公共秩序和公共健康例外(或一般例外)

在国际投资领域,有少数投资条约将公共秩序或公共道德、公共健康作为一般例外条款加以规定。例如,加拿大 2004 年的投资条约范本第 10 条就将"为保护人类、动物或植物的生命或健康的措施"列为一般例外。

在仲裁未被接受为投资者与东道国间的投资争端解决方式时,此种例外规定似无必要。然而,当投资者可以通过条约仲裁来解决其与东道国间的争端时,如何处理投资者保护与公共秩序、公共道德或公共健康间的关系问题就突出起来了。为了合理协调二者间的关系,缔约国在 BIT 中将国家为公共道德或公共秩序、公共健康而采取的措施作为一般例外条款加以规定就显得十分重要。

首先,多边贸易体制已经将公共道德、公共秩序、公共健康作为一般例外。在 WTO 体制中,1994 年 GATT 第 20 条、GATS 第 14 条均规定:在此类措施的实施不在情形类似的国家之间构成任意或不合理歧视的手段或构成变相限制的前提下,本协定的任何规定不得解释为阻止任何成员采取或实施以下措施:(1)为保护公共道德或维护公共秩序所必须的措施;(2)为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施;(3)为使与本协定的规定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的措施……这表明该种例外在 WTO 体制中已经得到确认和重视。

其次,无论何种经济活动,不管是贸易还是投资,都必须以不影响公共秩序或公共道德、公共健康为前提,这应该成为协调国际经济活动的一个准则。与贸易相比较,投资活动对公共秩序或公共道德、公共健康的影响更大。当东道国为了公共秩序、公共道德或公共健康原因采取必要的管理措施时,即使对私人投资者的利益有影响,也不应对投资者予以赔偿。

再次,将公共秩序或公共道德、公共健康作为 BIT 的一般例外,可以对条约中的各个条款适用,从而可以防止投资者置东道国的公共利益于不顾而通过选择适用 BIT 条款、钻法律空子索赔。例如,美国 2004 年 BIT 范本附件 B 关于征收问题中明确规定:除了在极少情况下,缔约一方旨在保护合法的公共福利目标如公共健康、安全与环境等的非歧视管理行为,不构成间接征收。这一条可以说是关于征收的特别例外,而不是适用于整个条约的例外。但是,将此条款仅作为征收的例外还是很有局限性的,因为现在投资者 BIT 索赔的最重要依据已经不是征收条款而是公平公正待遇条款了,如果这一例外不对公平公正待遇也适用的话,东道国为公共健康、安全与环境而采取的措施仍然会受到索赔。因此,将公共秩序或公共健康、公共道德作为一般例外更为合适。而且,相对而言,以公共健康、公共道德、公共秩

序为例外时，缔约国采取必要的措施时就有较大的自由空间。

有鉴如此，现在有些国家已经逐步认识到该一般例外条款的重要性，有的 BIT 已经开始采用此种例外规定。例如，中国与东盟 2009 年的投资协定中就采用了与 GATT 第 20 条基本相同的一般例外的规定。以后会有越来越多的 BIT 采纳此种规定。

一般例外与前述国家安全例外相比，在范围、程度和适用条件上有所不同。前者范围较为宽泛一些，后者则是专为特定的国家安全原因设置的；前者主要关系到公共利益，后者则直接关系到国家的主权与安全；前者适用时有条件限制，后者通常没有条件限制，或者援用条件更为宽松。

BIT 的一般例外条款，从性质上看，可以作为一种兼具自行判断与非自行判断的条款。对于公共秩序或公共道德而言，由于各国的政治、经济、社会制度不同以及文化传统和价值观的差异，不同的国家对其有不同的理解，国际上不存在一个统一的可以普遍适用的标准，因而应允许东道国根据本国的国情自行判断并采取其认为必要的措施。对于公共健康来说，东道国的措施是否必要及得当，既须从其自己的国情出发，也应考虑国际上有关公共健康和环境保护的条约、WTO 体制的相关协议和规则。缔约国在商谈 BIT 的这一例外条款时，有必要对其予以明确规定，以便使仲裁庭可以根据缔约国的意图来解释和适用这一条款。

（三）金融审慎措施例外

近些年来，国际金融危机频发，给有关国家、地区甚至全球都带来严重影响。因此，各国为防范金融危机而采取的金融审慎措施也应该作为 BIT 的例外之一。GATS 金融服务附件第 2 条就规定："尽管有本协定的任何其他规定，但是不得阻止一成员为审慎原因而采取措施，包括为保护投资人、存款人、保单持有人或金融服务提供者对其负有责任的人而采取的措施，或为保证金融体系完整和稳定而采取的措施。如此类措施不符合本协定的规定，则不得用作逃避该成员在本协定项下的承诺或义务的手段。"

在国际投资领域，现在也有些 BIT 也对此作了类似的规定。例如，美国 2004 年的 BIT 范本第 20 条就对此作了详细的规定，包括涉及有关争端解决方面的问题。中国与东盟的投资协议在第 16 条中，将 GATS 金融服务附件第 2 条纳入"一般例外"的条款中。

这一例外实际上与国家安全例外与一般例外均有着密切的联系。国家的金融安全也关系到国家安全，国家的金融秩序也涉及公共秩序。为了维护国家的金融安全和秩序，防范金融危机的发生，国家为审慎原因有必要采取相应的措施来维护金融体系的完整和稳定，保护公众利益，而不应等到金融危机发生后才采取措施。即使东道国采取的金融审慎措施与协定的规定不符，但只要不是恶意地将其作为逃避协定义务的手段，则不承担法律责任。

美国2004年BIT范本对于涉及金融服务审慎措施的争端解决方面,还采取了特殊的处理措施。即当投资者将争端提交仲裁而被诉方以金融审慎措施作为辩护理由时,首先要将问题提交给争端各方的主管金融机关协商并决定是否作出联合辩护;如在规定的期限内未作出决定,则可根据缔约国间的争端解决程序仲裁;只有当经过了上述程序仍未解决问题时,才可以提交ICSID或其他商事仲裁机构仲裁。这样做,可以更好地反映缔约国的真实意图,避免由投资仲裁庭自行任意解释条约而影响到缔约国金融安全的情形发生,可以为其他国家的BIT参考和借鉴。

投资条约中若规定了上述例外条款,就为缔约国设置了一种免责机制,缔约国就可以在例外情况发生时采取必要措施来维护国家安全和公共利益,而不承担违反条约义务的责任,从而可以合理平衡投资者与东道国间的权益保护关系。

九、投资者与东道国间投资争端解决

国际投资争端有三种类型:私人投资者间的争端,投资者与东道国间的争端,以及缔约国间的争端,双边投资条约一般对后两种类型的争端解决作出规定。关于缔约国间的争端解决,条约规定较为简单,一般首先是谈判解决,若谈判不能解决则提交专设仲裁庭解决。相对而言,投资者与东道国间的争端解决更为复杂、重要,实践上产生的问题也较多,因此,这里着重对其予以介绍和讨论。

大部分双边投资条约都包含有投资者和东道国的争议解决的一般性规定。其内容通常限于投资者可利用的仲裁地点、指定仲裁员的程序、缔约国将仲裁裁决视为终局的和有拘束力的、并在其境内强制执行的义务等。至于仲裁程序方面事项,投资条约本身并不作详细规定,通常是参照现行的仲裁规则——ICSID和/或UNCITRAL——来阐明这些问题。但自20世纪90年代以后,有些投资条约开始对仲裁程序事项也做出较详细的规定,例如,NAFTA第11章的规定,以及美国和加拿大双边投资条约范本的规定。[79]

投资条约关于投资者与国家间的争端解决的仲裁机制的规定具有非常独特的性质和意义。从性质上看,这种条约规定实际上是一种第三方受益安排。条约赋予私人投资者将其与东道国的争端提交国际仲裁的权利,除事先通知外,投资者不承担任何义务。其意义是通过此种机制来使条约中规定的实体义务得到执行。有人认为,根据这种机制,私人投资者既是求偿者又是条约义务的执行者,[80]投资条约中的实体义务就是通过私人投资者的求偿来加以监督和保证实施的。

下面着重讨论国际投资仲裁所涉及的几个主要问题。

---

〔79〕 美国2004年的双边投资协定范本包括三个部分:一是实体部分;二是投资者与国家间争端解决;三是缔约国间争端解决。

〔80〕 See Carlos G. Garcia, All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investors - State Arbitration, 16 Fla. J. Int'l L. 301, 311 - 314.

（一）关于可提交国际仲裁的投资争端范围

有关协定对哪些投资争端可提交仲裁应首先作出规定。在实践上，不同的国家对此所作的规定也不同。大致有以下几种类型：

1. 允许提交国际仲裁的投资争端范围受到严格限制。例如，有些条约只允许将征收补偿数额方面的争议提交仲裁。中国入世以前与外国签订的许多双边投资协定就属此种类型。例如，中日1988年投资协定第11条第2款规定："缔约任何一方或根据其法律和法规其他承担补偿义务者和缔约另一方国民或公司关于第五条第三款所述的补偿价款的争端，如果当事任何一方提出为解决争端进行协商的六个月内未能解决，则根据该国民或公司的要求，可提交参考1965年3月18日在华盛顿签订的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（以下称'华盛顿公约'）而组成的调解委员会或仲裁委员会。缔约任何一方和缔约另一方国民或公司关于其他事项的争端，可根据当事双方的同意，提交如上所述的调解委员会或仲裁委员会。"中韩1992年的投资协定有类似的规定，同时还补充规定：在中华人民共和国成为华盛顿公约的成员国时，应投资者或政府的要求，可将除中华人民共和国声明保留不提交根据华盛顿公约设立的"解决投资争端国际中心"（ICSID）的争端以外的任何争端，提交中心。可见，根据上述规定，可提交国际仲裁的争端有三类：（1）就征收补偿的数额发生的争端；（2）双方同意提交仲裁的其他事项的争端；（3）除中国声明保留不提交ICSID的争端以外的争端。

2. 允许提交国际仲裁的投资争端较为宽泛。例如，日本与韩国2002年的投资协定第15条规定，如果投资争端不能在投资者书面要求协商解决的3个月内得到解决，而投资者也没有按照本条第2款a项的规定将争议提交双方事先同意的争端解决程序或司法或行政机构解决，投资者可以申请仲裁的方式将争议提交给：（a）如果协定双方都是ICSID的成员国，提交给解决投资争端国际中心，（b）按照UNCITRAL仲裁规则，或（c）其他双方同意的仲裁机构或规则解决。根据该条第1款规定，投资争端是缔约一方与缔约他方的投资者间由侵犯本协定所赋予的权利所造成的损失或损害而产生的争议。至于侵犯该协定中所赋予的哪些权利才可提交仲裁，该协定未作限定，解释起来可能就会比较宽泛。当然，由于其所指的投资争端是权利受到侵犯所产生的，因此，这些争端也可以说属于法律争端。可见，依日韩协定规定，所有的投资争端（法律争端）都可以提交国际仲裁。

3. 对可提交仲裁的投资争端的条件和范围均加以明确规定。例如，美国2004年以后的双边投资条约关于可提交仲裁的投资争端有两个条件，一是违反了有关义务，二是投资者由此而产生损失或损害。与日韩协定不同的是，美国对违反了哪些义务作了列举。譬如，根据美国与智利的自由贸易协定第10.15条规定，违反下列义务的可提交仲裁：（1）A节（Section A）或附录10－F项下的义务。A节的内容包括国民待遇、最惠国待遇、最低待遇标准、履行要求、高管人员和董事会、例外

措施、资金转移、征收及补偿等方面的实体性规定。(2)投资许可(investment authorization)。根据协定中的定义,投资许可是缔约国外资当局对缔约他方的投资或投资者所给予的许可。(3)投资协议。根据规定,这里的投资协议,是指缔约国国内当局与缔约他方投资者的投资间在本协定生效之日后至少两年有效的书面协议,且该协议(a)给予国家当局控制的关于自然资源或其他资产方面的权利;(b)有关投资或投资者据此设立或取得所涉投资。[81]

有关违反"投资许可"和"投资协议"的内容,在 NAFTA 第 11 章中没有规定,但在美国式自由贸易协定中有此规定。显然,与 NAFTA 相比,美国近来的自由贸易协定关于可提交仲裁的范围扩大了。

加拿大的双边投资条约范本第 22 条对可提交仲裁的事项也作了规定。根据该条的规定,若缔约方违反了协定列举的有关条款项下的义务并对缔约他方投资者造成损失或损害的,则该缔约他方的投资者可将有关请求提交仲裁。与美国的投资条约相比,加拿大条约没有关于违反"投资许可"和"投资协议"义务方面的规定,而且加拿大明确地将透明度义务排除在可提交仲裁的事项之外。

需要注意的是,中国新一代双边投资协定大大突破了原来的限制。例如,2004 年中国与芬兰新的投资协定第 9 条的规定,缔约国一方与投资者"因投资发生的任何争议",若在 3 个月内未能通过友好协商解决,就可以提交当地法院或国际仲裁解决,除非争议当事双方另有其他一致同意。这里的国际仲裁,包括依据 1965 年 3 月 18 日在华盛顿签署的《解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立的 ICSID 仲裁,或者根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭。这样的规定有利于投资者保护,但对东道国而言则可能带来诉累风险。

(二)仲裁管辖权问题

若将投资者与国家间的投资争端提交国际仲裁,则会进一步涉及由谁来仲裁、依据什么规则来仲裁以及当事人的同意等问题。

从国际层面上来看,在早期的大多数双边投资协定中,均将 ICSID 作为解决投资争端的唯一选择方式。但是,在 1985 年以后把中心作为唯一解决争端机制的双边投资协定大约只有 1/4 左右。

客观地说,ICSID 公约是经过发达国家和发展中国家长期协商所形成的,其中反映了双方的意见,从而为国际投资提供了一个相对公平的争端解决机制,也被发达国家和发展中国家所接受。然而,中心成立以后,工作效率不高,在裁决案件中显现出偏袒发达国家投资者的倾向,在中心受理的案件中,绝大部分被告是发展中国家,大部分裁决是发展中国家败诉,承担赔偿责任。因此,近年来,国际双边投资协定实践上的发展趋势是,给争议当事方提供多种可供选择的仲裁方式。这样,投

---

[81] 见美国与智利间的自由贸易协定第 10.15 条以及第 10.27 条的定义。

资者有了更大的选择余地，可以更好的保护投资安全，维护投资者的利益，促进两国间投资的发展。

依据近些年来的条约实践，投资争端除可提交给 ICSID 外，还可以选择依据 ICSID 的附属简易规则、联合国国际贸易法委员会的仲裁规则或双方同意的其他仲裁机构或规则解决。

若将投资争端提交给国际仲裁庭解决，则仲裁庭在什么情况下具有管辖权是个核心问题。一般来说，若提交给 ICSID 外的其他仲裁机构，当事人间必然会就此达成一致。但在 ICSID 仲裁的情况下，当事国的同意就是一个值得十分注意的问题。现时许多投资协定规定缔约国基于缔约他国国民要求有义务将投资争端提交中心解决，这就构成缔约国有约束力的事先单方同意，只要有关的投资者书面接受或提出要求时，即产生相互同意的效力。

例如，日韩 2002 年的投资协定第 15 条第 3 款中明确规定，缔约各方在此对于将投资争端提交给该款(a)和(b)项规定的国际仲裁(即提交给中心，以及根据联合国国际贸易法委员会的仲裁规则)给予同意。该协定的这一规定，可以说已经构成对中心管辖的书面同意，只要投资者提出请求，中心就可以受理。不过，日韩协定第 15 条第 4 款规定，投资者若要将争端提交给上述国际仲裁，须在提交请求至少 90 天前给予争端中的缔约国一方书面通知。

美国和加拿大的协定均明确表示，缔约方同意根据本协定将投资者的请求提交仲裁。但同时也规定，这里所说的“同意”以及提交仲裁须符合 ICSID 公约第 2 章(中心的管辖)和 ICSID 附属简易规则关于争端当事人书面同意的要求。

在关于同意 ICSID 管辖的问题上，从中国以前的实践看，绝大多数双边投资协定主张只对征收补偿采取事先单方同意，对其他事项需要经过双方同意，并非将所有投资争端都事先单方同意交给国际仲裁。因为中国作为一个发展中国家，正处于经济转轨阶段，国家对于国内投资市场应保持有足够的管理和调整能力，尽可能地促使投资争端在当地解决，可以避免国际讼累，节省或减少成本。对于可以提交国际仲裁解决的事项范围，应当逐步的放开，而不能完全受到作为资本输出国的发达国家的影响，将所有投资争端都事先单方同意交给国际仲裁。不过，中国新一代的投资协定则对投资者与缔约国的任何投资争议都事先同意提交仲裁解决，即只要发生投资争议，投资者只要选择提交国际仲裁，有关国际仲裁庭就可根据缔约国在此协定中表示的事先同意而享有管辖权。

(三)关于“当地救济”问题

当地救济是指将争议提交东道国的行政或司法机关解决。例如，中韩投资协定规定，投资者可以使用根据东道国可适用的法律法规所提供的法律救济。这显然包括当地的行政和司法救济措施在内。

不过，在当地救济与国际仲裁间，许多投资条约要求在二者间只能选其一。若

寻求当地司法救济,则不能再提请国际仲裁,既是为了防止出现东道国法院判决和国际仲裁的冲突,也是为了使争议能尽快得到解决。例如,中日1988年的投资协定以及中韩1992年的投资协定都规定,如果投资者在东道国内求助于行政或司法解决时,该争端不得提交仲裁委员会。日韩协定第15条第3款规定,除非争端双方另有其他约定,一旦投资者将投资争端提交该条第2、3款规定的方法解决,那么,该投资者就不得将投资争端提交该条第2、3款规定的其他替代方法解决。但这一规定只是要求投资者采取其选择的解决方式之一,并未排除当地行政与司法救济。

那么,可否要求投资者在用尽当地救济以后再提交国际仲裁呢?在实践上,有的投资协定要求投资者在将争议提交国际仲裁前先用尽当地救济。例如,中国与塞浦路斯2001年签订的投资协定就规定东道国政府可以要求外国投资者用尽当地的行政复议程序。然而,在当今的国际双边投资协定中,大多数双边投资协定没有规定用尽当地救济条款。据统计,在20世纪90年代的409个双边投资协定中,只有5个规定了用尽当地救济的要求。[82]

日韩协定第15条第8款规定,本条不得被解释为阻止投资者在争端缔约方领域内寻求司法或行政解决。从该条文的文义来看,该条没有要求用尽当地救济,但也没有排除用尽当地救济。也就是说,即使该条规定了提交国际仲裁,但这并不妨碍投资者在东道国寻求司法或行政救济。这样,投资者自己可以选择是利用当地救济还是提交国际仲裁,或者是在用尽当地救济以后再提交国际仲裁。

值得注意的是,NAFTA第11章及美国、加拿大的投资协定范本都有关于"放弃"利用其他救济程序的规定。即投资者要利用协定中的仲裁,作为先决条件,就必须就同一争端放弃求助于国内法院、行政法庭或其他争端解决程序,不涉及金钱赔偿的禁令救济除外。这被称为"不得回转"(no - U - turn)的规定,一旦投资者放弃现行的国内法院诉讼并提交仲裁,他就不能再回过头来寻求当地法院的救济。[83] 但美国与智利自由贸易协定的附录10 - E规定,若美国投资者选择将争端提交给智利法院、行政法庭,该投资者就不得将其提交B节项下的仲裁。

中国以前签订的某些双边投资协定规定,如果投资者在东道国内求助于行政或司法解决时,该争端就不得提交国际仲裁。新一代投资协定则规定,当地司法解决与国际仲裁二者选择其一。这样,若提交国际仲裁,就不能再提交国内司法解决。但若已将争议提交国内法院的投资者仍可诉诸该条提及的任一仲裁庭仲裁,条件是该投资者在提交的争议判决作出前已经从国内法院撤回案件。在这种情况

---

〔82〕 石静遐:"用尽当地救济规则与国际投资争端的解决",载《国际经济法论丛》第2卷,法律出版社1999年版。

〔83〕 见美国与智利自由贸易协定第10.17条。

下，作为争议一方的缔约方应同意将其与缔约另一方投资者之间的争议根据本条款提交国际仲裁。

关于提交国际仲裁前可否要求投资者用尽当地救济问题，中国的投资协定未要求用尽当地司法救济，但规定可以要求用尽当地的行政复议程序。例如，中芬投资协定议定书也规定：当中华人民共和国作为争议缔约一方时，可以要求有关的投资者将争议提交本条第二款（二）或第二款（三）所规定的国际仲裁程序之前用尽中华人民共和国的法律法规规定的当地行政复议程序。该复议程序不得超过3个月。从中国当前的实际情况出发，应该说，这一规定对我国来说有其有利之处，也是必要的，因为中国目前是发展中国家中最大的资本输入国，因而当然也会是投资争端发生最多的东道国，要求用尽当地行政复议程序，有助于促使争议在当地能得到尽快的解决，避免使大量的争议被提交国际仲裁，增加政府有关部门的应诉负担。但是，如果要求所有的投资争端都必须用尽当地的行政复议程序，无疑又过分限制了投资者选择争议解决方式的自由。因此，可以考虑缩小要求用尽行政复议程序的争端范围。例如，对于行政行为引起的争议，包括中国对外国投资者及其收益所采取的具体行政行为，如税收，工商管理等一般行政行为，投资及其收益的转移等特殊行政行为，可以要求先通过行政救济。对于由征收或国有化的补偿数额引起的争议，国际上均倾向于提交国际仲裁直接解决，中国也应当规定无须经过行政或司法救济。对于中国政府和外国投资者之间的协议引起的纠纷，则应该依据协议中的争端解决条款加以解决，不必将用尽当地救济规则强加于外国投资者。

（四）投资者与东道国间仲裁机制的改革

国际经济形势的发展变化与国际投资条约仲裁实践上出现的一些新的问题，使得一些国家开始对投资条约中的投资者与东道国争端解决机制做出某些改革或改进，以便增加可预见性，加强缔约国对仲裁程序的控制。新的改进措施主要体现在以下几个方面：

1. 加强缔约国对投资者与缔约东道国间仲裁程序的参与和控制。例如，对于金融服务、税收、不符措施的解释等事项，2004年美国和加拿大的双边投资条约范本及其条约实践均采取了一些新的措施来加强缔约国对仲裁的控制。这些措施包括，当有关争端涉及上述事项时，首先应由缔约国的专门机构来解释投资协定中的有关事项或规定，其解释对仲裁庭具有拘束力。只有当缔约国间不能就此特定事项达成共识时，才允许仲裁庭进行解释。

2. 增加透明度。在投资条约仲裁的情况下，透明度和公众参与是十分重要的问题。与一般私人间的商事仲裁不同，投资条约仲裁的一方是投资东道国，争端事项通常涉及东道国为了国家安全或公共利益采取的管理措施。对国家一方来说，如果裁决不公，受影响的不单是政府，还可能涉及公共利益或者社会其他部分人群。从民主治理的角度看，有人认为，投资条约仲裁如果没有透明度和公众参与，

实际上是违反民主原则的,因为东道国的公共利益问题应该通过民主程序决定。[84] 因此,增强投资条约仲裁程序的透明度并允许公众和非争端缔约方参与,既可以让仲裁庭对所涉案件的信息有较全面的了解,而且对仲裁庭正确解释和适用法律也有帮助。当然这种参与应以不干涉争端当事方的正当程序权利和尽量减少对仲裁程序正常进行的妨碍为原则。[85] 美国与加拿大2004年后的投资条约对仲裁透明度均作出了相应的规定,包括让公众了解有关仲裁的信息、庭审向公众公开以及允许第三方(法庭之友)向仲裁庭提交简要意见等。

3. 注重采用选择性争端解决方法(ADR)。投资争端的解决除仲裁外,还应尽力发展其他灵活多样的选择性争端解决方式,即ADR。例如,磋商通常是解决争端的一种简捷、有效的方式,对此方法应该予以足够的重视。有的条约将磋商作为解决争端的必经手段,中国的BIT就是这么规定的。又如,调解比仲裁更为经济、省时;成功的调解可以维护投资者与东道国的关系而不致于完全破裂,可以避免由于关系破裂而给当事人双方带来的消极影响;调解还可以使程序和结果保持机密。因此,投资条约也应采用调解来解决投资争端,美国2004年的范本就有相应的规定。磋商与调解可以单独使用,也可以与仲裁结合起来使用。

4. 考虑新的仲裁矫正机制的可能性。国际仲裁通常是"一裁终裁",裁决具有终局效力。然而,由于各种原因,仲裁裁决也可能发生错误,包括事实审理错误、法律适用错误等,从而会对有关当事人产生不公正的结果。这就需要有相应的矫正机制来纠正错误,维护正义,这对于投资条约来说更是如此,因为这种仲裁通常涉及一个主权国家的权益,若没有有效的矫正措施,显然也是一个严峻的问题。此外,近年来国际投资条约仲裁出现的另一个问题是,裁决不一致,甚至互相矛盾,不同的仲裁庭对同一条约中同一规定得出不同的结论,不同的仲裁庭对涉及相同事实、相关当事人以及相似的投资权利的争端得出不同的结论。这些相互不一致或者相互矛盾的裁决对投资者和东道国的预期产生不利的影响,增加了不确定性和不可预见性。为解决这一问题,美国2004年的双边投资条约范本以及后来其签订的有的条约里面就订有一条:缔约国要商量、研究,建立条约仲裁的上诉机构的可能性。投资条约仲裁的上诉机制是一个需要进一步研究的问题。

---

[84] See Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? 41 Vand. J. Transnat'l L. 775 (2008).

[85] 参见梁丹妮:国际投资争端仲裁程序透明度研究,载《国际经济法学刊》第17卷第1期(2010)。

第二节　多边投资担保机构公约

20 世纪 60 年代以来，随着国际投资的发展和国际经济合作的加强，国际社会越来越感到有必要制定多边投资公约，确立关于国际投资保护的国际法规范，以调整国际的投资环境。关于建立国际投资保护的统一制度的种种努力，概括起来不外乎三种方案：(1)建立一部关于投资者公正待遇的统一的国际投资法典；(2)建立多国间投资保证体制；(3)建立关于解决国际投资争议的国际公约及机构。几十年来，国际上曾提出过多种关于国际投资法典的设想和方案，但由于资本输出国与资本输入国间的利害冲突较大，加之大多数方案都是片面地强调保护外国投资者的利益，而不注重保护资本输入国的利益，国际投资法典的设想终未能实现。但令人欣慰的是，后两种方案均已付诸实现了。1965 年在世界银行的倡导下通过了《解决国家与他国国民间投资争议公约》，1985 年又通过了《多边投资担保机构公约》，由于《解决国家与他国国民间投资争议公约》将在下一章中加以论述，本节着重介绍《多边投资担保机构公约》(以下简称公约)。

该公约是于 1985 年世界银行年会通过并于同年 10 月在首尔开放签字。公约规定其生效应经 5 个发达国家和 15 个发展中国家批准，并且批准的国家的总认股数额不少于该机构法定资本的 1/3。至 1988 年 4 月 12 日，批准国达 29 个，认缴资本总额达 53.38%，世界银行行长宣布，公约生效。我国于 1988 年 4 月 30 日批准了该公约，是公约的创始会员国。截至 2013 年 12 月 17 日，公约的成员国已达 180 个，其中发达国家 25 个，发展中国家 155 个。

一、多边投资担保机构建立的背景

世界银行早在 1948 年就曾提出多边投资担保机构的设想，后在 20 世纪 50 年代至 70 年代多次在国际会议上被议及，但当时都被搁置起来，直到 1985 年才被通过，这是有其政治和经济背景的。

战后西方国家正忙于其经济复兴，那时，西方国家间的经济合作，尚不需要一个多边机构的保证。20 世纪 50 年代至 60 年代，许多原殖民地国家纷纷取得政治独立，为取得经济独立，又对外国投资实行征收或国有化，此时，谋求妥善解决资本输入国与外国投资者间的投资争端，成了当务之急，于是 1965 年在世界银行的倡导下通过了《解决国家与他国国民间的投资争议公约》，设立国际仲裁中心，为解决国家与他国投资者间投资争议提供便利。在当时资本输入国与资本输出国对保护投资的实体法问题争议和分歧较大的情况下，多边投资担保机构的提议也是难以实现的。

进入 20 世纪 70 年代以后，国际经济形势发生了新的变化。各国经济交往与合作不断增加，国际经济合作的方式亦趋多样化。但对于发展中国家来说，到 70

年代末80年代初,其经济形势却陷入困境。由于在70年代大量利用国际商业贷款,加重了发展中国家的债务负担,而国际初级产品价格下跌使得这些国家的出口创汇能力下降,加剧了其债务危机。与此同时,外国私人直接投资在发展中国家日趋下降,60年代末70年代初,发展中国家接受的外国投资约占世界直接投资总额的27%,但到了80年代初则下降到12%。80年代初,一些发展中国家债务危机的爆发进一步恶化了发展中国家的外国投资的形势。导致外国私人直接投资在发展中国家下降的主要原因是投资风险较大,特别是非商业风险较大。在此情况下,注意采取投资保护措施,改善投资环境,吸引外国直接投资解决债务和经济发展问题,成为发展中国家的最佳选择。

另外,世界经济是相互依赖的,发展中国家经济的增长也影响着世界经济以及发达国家的经济增长。为促使发展中国家经济好转,就必须动员更多的资本投入发展中国家。但投资者对发展中国家非商业风险的忧虑,成为外国资本流入发展中国家的主要障碍。虽然一些主要的资本输出国建立有海外投资保险或保证制度,但其投资担保机构只是各国执行其对外经济政策的工具,有其固有的缺陷。因此,有必要建立多边的国际性投资保证机构,向国际投资者提供非商业投资风险的担保,以促进国际投资。

1981年,新任的世界银行行长克劳森(Clausen)在国际货币基金组织和世界银行联合年会上就呼吁改善投资环境。他提议建立国际投资保险机构,"作为资本输出国和资本输入国之间协同合作的工具"。经过几年的努力,《多边投资担保机构公约》终于诞生了。

二、多边投资担保机构的宗旨与投资担保业务

根据公约的规定,多边投资担保机构(以下简称机构)的目标是鼓励在会员国之间,特别是向发展中国家会员国进行生产性投资,以补充国际复兴开发银行、国际金融公司和其他国际开发金融机构的活动。为达到其目标,机构应:(1)对会员国来自其他会员国的投资的非商业性风险予以担保,包括共保和分保;(2)开展合适的辅助性活动,以促进投资向发展中国家会员国和发展中会员国间的投资流动;(3)为推进其目标,行使其他必要的或适宜的附带权力。可见,机构为实现其宗旨而进行的业务,包括投资担保和与投资相关的咨询,以投资担保为主。[86]

(一)承保范围

1. 货币汇兑险

公约所指的货币汇兑险是:东道国政府采取任何措施,限制投保人将其货币兑

---

[86] 有关多边投资担保机构公约等文件,参见姚梅镇主编:《国际经济法教学参考资料选编》(中册),武汉大学出版社1992年版,第233—453页。英文资料参见Ibrahim F. I. Shihata, MIGA and Foreign Investment(1988),以及机构的网站:www. miga. org。

换成可自由使用的货币或投保人可接受的另一种货币，转移出东道国境外，包括东道国政府未能在合理的时间内对投保人提出的此类转移申请作出行动。

据解释，东道国政府的限制措施是指限制转移的一切新措施，无论是直接的还是间接的，法律上规定的或是事实上存在的限制措施。同时，东道国的这些措施既包括积极行为，如明确以法律、法令或行政命令等手段禁止货币的兑换和转移，也包括消极的不作为，如在合理时间内未能对外国投资者要求汇兑或转移的申请作出行动。

此外，机构对于投资者在将东道国货币兑换成其他货币时可能受到的汇率歧视也予以担保。机构的业务细则规定，担保合同应指明确定用来计算一项索赔的一种或多种兑换率的依据及日期。通常该比率应是东道国拒绝或被认为是已拒绝按该项担保发布时适用于该项投资的兑换率进行兑换之日东道国通行的比率。若东道国批准按低于担保合同中确定的最低兑换率进行兑换和转移，也构成货币汇兑险，机构予以担保。

2. 征收或类似措施

机构所承保的征收险是：东道国政府所采取的立法行为，或者行政的作为或不作为，实际上剥夺了投资者对其投资和收益的所有权或控制权。但政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的非歧视性措施不在此列。

根据公约解说，征收险包括可归咎于东道国政府的措施，例如国有化、没收、查封、夺取、扣押和冻结资产。条款中的“任何立法行为，或者行政的作为”，包括其行政措施，但不包括司法机关在行使其职能时所采取的措施。立法行为只限于积极行为，是指其执行不需要进一步立法、法规或行政行为的立法作为。行政的不作为是指，行政机关在下列情况下的不作为：(1)违反其对投保人或项目企业作为的法律义务；(2)自作为义务第一次产生之日的90天内没能补救。

机构所担保的征收险，不仅包括直接征收，而且包括间接征收。机构的业务细则规定，机构不仅可对剥夺投资者对其投资的所有权或控制权的措施提供担保，而且还可对阻碍投资者对这些权利的行使的措施提供担保。机构的股权投资通则规定，如果一项措施具有下列效果，就应是征收性的：(1)剥夺投保人受担保的权利。(2)剥夺项目企业的有形资产。(3)阻止投保人处分担保份额或行使依附于担保份额的表决权利。(4)阻止项目企业：①实际执行担保申请中所说明的投资项目或其重要部分；②行使其有关投资项目的重要权利，包括处分资产和执行求偿的权利；③履行其对于投保人基于担保投资的金钱义务。(5)对于项目企业施加财政或其他金融义务，致使该项目企业只有亏损，才有可能继续有效经营。而且，这类剥夺、阻止或施加义务的措施实际持续积累至少达365天，在后两种情况下，由于阻止或施加义务，在征收措施开始之后任何三个财政年度之内，项目企业明显不能在无亏损的情况下经营，或停止业务经营累积达365天。这一规定既包括了直接

征收,又包括了间接征收。但确定间接征收的条件是,投资者必须证明东道国所采取的措施使企业严重亏损或使得经营成为不可能。公约的这一规定比以前的文件更为明确、具体。

公约明文将政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的措施排除在征收措施之外。例如,税收、环境和劳动立法,以及保护公共安全的正常措施,除非是歧视投保人的,均不属于征收措施。这一规定体现了对国家管理其境内经济活动的主权权利的尊重,并可防止将上述正当的措施看作是征收,特别是间接征收,具有积极的意义。

3. 违约险

机构承保的违约险是指:东道国政府不履行或违反与投保人签订的合同,并且(1)被保险人无法求助于司法或仲裁机关对其提出的有关诉讼作出裁决,或(2)该司法或仲裁机关未能在担保合同根据机构的细则所规定的合理期限内作出裁决,或(3)虽有这样的裁决但未能执行。

机构将违约作为一个独立的险别加以承保,在国际投资保险业务上是一个创新。有的国家,如美国,将违约列入征收险之内。机构的业务细则规定,在某种情况下,东道国政府违约也可能符合货币汇兑风险和征收风险的标准,在这些情况下,投保人可以依任何一种险别担保为依据提出索赔。

机构承保的违约险主要是针对程序方面的,即东道国政府不但违反其与投资者间的合同,而且拒绝司法。这种拒绝司法主要表现为三种情况:(1)无法求助于司法或仲裁机关对毁约或违约的索赔作出决定。这里的司法和仲裁机关,应是独立于东道国行政部门之外从事司法行为的并且被授权制作终局和具有约束力决定的法院或仲裁庭。而"无法求助于"司法或仲裁机关则包括由于东道国政府设立不合理的程序障碍而拒绝投保人进入这些机构。(2)该司法或仲裁机构未能在合理期限内作出决定,这个期限从投保人提取诉讼到该司法或仲裁机关作出最后决定之间不应少于2年。(3)裁决不能执行。在投保人业已采取所有可行的(除多边机构不同意采取的外)措施以执行这类裁决之日的90天内,不能执行最终和有拘束力的裁决。

4. 战争与内乱险

机构对东道国领土内的任何军事行动或内乱提供担保。这里的军事行动既包括不同国家的政府武装力量之间的战争行为,也包括同一国家内相互竞争的政府的武装力量之间的战争行动,包括经宣战或未经宣战的战争。

内乱通常指直接针对政府的、以推翻政府或将其驱逐出某个特定的地区为目的的有组织的暴力行动,包括革命、暴乱、叛乱和军事政变。对于骚乱和民众骚乱等形式的内乱也可承保,前者指多人纠集在一起采取蔑视合法政府的暴力行动;后者指具有骚乱的所有特征,但范围更广、持续时间更长又尚未达到革命、叛乱或暴

动程度的事件。在所有情况下，内乱必须主要由追求广泛的政治或思想目标的集团所引起或进行。为促进工人、学生或其他特别利益所采取的行为以及针对被保险人的恐怖主义行为、绑架或类似行为，不能作为内乱险承保。

战争和内乱造成的直接结果须达到一定的程度。这种程度主要包括：(1)项目企业所特有的有形资产(贵金属、玉石、艺术品、金钱和文件以外)被摧毁、消失或严重损坏；(2)项目企业的经营存在严重阻碍，实际上不可能执行全面财务生存所必需的业务至少持续达365天，并且，在这种情况开始后的任何三个财政年度之内，项目企业基于这一原因明显不能在无亏损的情况下经营。担保合同可以限定战争与内乱风险的担保范围。但是，军事行动或内乱所导致的纯粹的商业机会的减少或业务经营状况的恶化不应予以承保。

机构承保的战争与内乱险还有一个特点，即在某种情况下，对于发生在东道国境外的军事行动或内乱，若对境内投资财产或业务有损害或妨害，也可视为发生在境内而予以承保。机构的业务细则规定：主要发生于东道国境外的军事行动或内乱，如果毁灭、破坏或损害位于东道国境内的投资项目的有形资产或妨害该投资项目的业务，则可以认为这项军事行动或内乱发生在东道国境内从而具有被予以担保的资格。例如，对于发生在与东道国相邻的国家境内的而影响位于该两国边境附近的某个投资项目的军事行动或内乱，或发生在东道国境外，在担保合同规定的期间致使无法利用对投资项目的业务经营至关重要的运输线路的军事行动或内乱，可以提供担保。这是目前国际上关于战争与内乱险保险的一个突破。

由于战争险是非东道国政府所能控制的，东道国政府对此一般不负责任。所以承保人在支付保险金后，一般不能向东道国求偿。

5. 不履行金融支付义务险

2009年机构理事会批准了对机构业务规则的重要修改，增加了一项新的承保业务，即不履行金融支付义务险。若主权国家或其下属机构、国有企业根据无条件的金融支付义务或与合格投资有关的担保，到期未能支付，给投保人造成损失，则机构可对投保人予以赔偿。该险种不要求投资者取得仲裁裁决。

6. 其他非商业风险

公约规定，经投资者与东道国的联合申请，董事会特别多数票通过，可将担保范围扩大到上述五种风险以外的其他特定的非商业性风险。这些其他风险可以包括诸如显然是针对投保人进行的恐怖主义行为或绑架等。但在任何情况下都不包括货币的贬值或降值的风险。

机构对上述五种风险均可予以承保。但公约同时也明确将下列两种原因造成的损失排除在担保之外：(1)由于投资者对东道国政府的任何作为或不作为的同意或负有责任而造成的损失。这一规定有利于促使外国投资者严格遵守东道国政府的法律。若投资者为东道国法律所禁止的行为，则责任自负。(2)由于发生在

担保合同订立之前的东道国政府的作为、不作为或其他任何事件所造成的损失。

(二)合格的投资

依据多边投资担保机构公约的规定,投资要具有承保的资格,必须在投资类型、投资资产、投资时间以及投资的东道国几方面符合一定的要求并符合规定的标准。

1. 投资类型

机构承保的合格投资既包括股权投资,也包括非股权直接投资,股权持有人在有关企业中所发放或担保的中长期贷款。同时,机构董事会经特别多数票通过,可将合格的投资扩大到其他任何中长期形式的投资。但除上述贷款外,其他贷款只有当它们同机构业已担保或拟担保的特定投资有关时,才算合格。

股权投资包括拥有具有法人资格的公司或其他实体的股份;参与分享东道国境内合营企业的利润及清算所得收益的权利;投资者在东道国境内的非法人分支机构或其他企业中的资产的所有权;有价证券以及直接股权投资,包括合营企业中的少数参与额,债券转换成的优先股,以及被给予同外国直接投资相结合的有价证券的优先权;企业股权所有人对该企业投放的贷款;或提供的贷款担保,但这种贷款的平均偿还期限不得少于3年或董事会在特别情况下批准的更短的期限。

非股权直接投资主要是指通过各种合同安排所进行的投资。董事会确定非股权直接投资的标准是:(1)具有3年以上期限,并且(2)其酬报主要取决于该投资项目的生产、收益或利润。机构将只对这样的非股权直接投资提供担保。董事会认为,服务和管理合同等新形式的投资和投资者的收入依赖于企业运行的特许协议、许可证协议、租赁协议、和产品分成协议为直接投资。机构的业务细则进一步列举了几种非股权直接投资,包括:(1)产品分成合同;(2)利润分享合同;(3)管理合同;(4)商标、专有技术特许协议;(5)技术许可协议;(6)交钥匙合同;(7)具有3年以上期限的租赁合同;(8)平均偿还期不少于3年的附属债券;(9)其他形式的非股权直接投资;(10)为贷款提供的担保,贷款的平均偿还期不少于3年,并且由非股权直接投资者所提供。

2. 投资资产

合格的投资可以是公约规定的可自由使用货币或在作出承保决定时可自由兑换的任何其他货币,也可以是向投资项目提供的任何具有货币价值的有形或无形资产,如提供机器、专利、工艺流程、技术、技术服务、管理技巧、商标以及销售渠道等。

3. 投资时间

机构承保的投资限于新的投资。新的投资是指投保人提出的申请注册之后才开始执行的投资。包括用来更新、扩展、增强现存项目的财政活力或开发一个现存投资项目的投资,以及现存投资产生的、本可汇出东道国的收益。

4. 合格投资的标准

机构在承保投资之前,首先应查明该项投资是否具有积极性与合法性等要件,

其标准有四个：

(1)该投资的经济合理性。判断一个投资项目在经济上是否合理，要考虑投资项目在拟投保期间内技术上的可行性，财政上及经济上的生存能力。要考虑所有有关的经济及财务因素，包括项目本身的合理经济收益率(不包括贸易减让与津贴等外部因素)等。

(2)该投资对东道国发展的贡献。判断一个投资项目是否有助于东道国的发展，应考虑如下因素：该投资为东道国创造收益的潜力；该投资对最大限度地发挥东道国的生产潜力，尤其是对生产出口产品或进口替代产品以及对减少东道国承受外在的经济变化的脆弱性所能作出的贡献；该投资项目拓宽经济活动范围、增加就业机会以及改善收入分配的程度；该投资项目向东道国转让知识和技能的程度以及该投资项目对东道国社会基础设施和环境的影响等。

对于东道国经济发展没有贡献的投资，机构不予担保。例如，军事性质的或具有极大投机性质的投资，或在法律所禁止的领域内的投资，如对麻醉毒品生产的投资，不应予以担保。

(3)该投资符合东道国的法律与规章，即投资应是东道国法律所允许或接受的。

(4)该投资与东道国宣布的发展目标和重点相一致。

公约规定的这些条件，突出强调了对东道国经济发展的积极贡献，固然是为了减少所承保的投资的潜在风险与损失，但同时也反映了资本输入国的要求与利益，对于发展中国家利用外资促进本国经济具有积极的作用。

5. 合格投资的东道国

根据公约的规定，机构只对发展中国家会员国境内所作的投资予以担保。而且，东道国须同意机构承保，在东道国政府同意机构就指定的承保风险予以担保之前，机构不得缔结任何担保合同。任何东道国都可以拒绝其同意，这会促使东道国在同意之前评估拟建议的投资。但若东道国在合理的期限内未提出反对意见，也可视为同意。

(三)合格的投资者

公约第13条规定，凡符合下列条件的自然人和法人都有资格取得机构的担保：(1)该自然人是东道国以外一会员国国民；(2)该法人在一会员国注册并在该会员国设有主要业务点，或其多数资本为一会员国或几个会员国或其国民所有，在上述情况下，该会员国必须不是东道国；(3)该法人不论是否私人所有，均在商业基础上经营。

依据公约的上述规定，有资格取得担保的投资者包括自然人和法人。凡不具有法人资格的合伙、非法人社团和分支机构不具有这种资格，在这些情况下，合格性仅限于单个合伙人、社团的成员或分支机构的所有人；如果其中一部分投资者具

有合格性,而另一部分投资者不具有合格性,那么对该投资项目内与合格投资者的股份相应的投资部分可予承保。

关于投资者的国籍,公约的规定也颇有特色。对于自然人来说,合格的投资者必须是东道国以外的会员国国民。对于法人来说,则须在东道国以外的成员国境内组成并且其主要营业地位于该国境内,即兼采了成立地和主要营业地的复合标准,若不符合这一标准,则采取资本控制标准,即多数资本为东道国以外的会员国国民所拥有,该法人才能成为合格投资者。此外,基于投资者和东道国的联合申请,董事会经特别多数票通过,可将合格投资者扩大到作为东道国国民的自然人,或在东道国境内组成或其多数资本由东道国国民所拥有的法人,条件是所要投入的资产应是从东道国境外转入的。这一规定可促进发展中国家的海外投资企业将海外资本投入本国项目,促进海外资本回流。

在采用资本控制标准时,就产生了确定投资者所有权的问题。机构的业务细则规定,在确定投资者所有权时,承保人应注意受益所有权而非登记所有权。就股份公司而言,如果一个人的股份自然对其产生利益并且他具有回收其股份的权利,这个人应被认为是该股份公司的受益所有权人。例如,在经纪人或银行为其客户持有股票的情况下,该客户不是中间人而应被认为是受益所有权人。但是,若须不适当地耗资费时才能确定投保人的受益所有权人,机构可推定受益所有权人具有与登记所有权人相同的国籍。若受益所有权与登记所有权都须不适当地耗资费时才能确定,则可推定投保人首先是非东道国的成员国的国民,只要这些国民拥有在该投保人(公司)最近一次的股东大会上的多数投票权。

机构关于合格的投资者的规定的另一个独特之处是,有资格取得担保的法人不必限于归私人所有,只要其在商业基础上经营就行了。各国海外投资保险制度大多不向非私人性质企业提供保证或保险,而多边投资担保机构的法人投保人则无此限制,他们可以是:(1)由一成员国和私人共有;(2)完全归一个成员国所有;(3)归几个成员国共有;(4)归几个成员国和私人共有。这里的成员国一词包括归成员国所有或控制的任何机构或实体。可见,机构的法人投保人的范围比各国国内投资保险制要广泛一些。但是,无论法人由谁所有,都必须在商业基础上经营。如果投资者的股权大部分为私有,该投资者可被认为是在商业的基础上营业。如果投资者的股权大部分为公有,承保人必须确定投保人是否在商业基础上营业。如果投资者的一部分业务是在商业基础上经营,而其他业务是在非商业基础上经营,则该投资者只有资格取得对构成商业性营业的那部分投资的担保。

(四)担保合同与代位

1. 担保合同

担保合同是由多边投资担保机构与投保人之间订立的规定双方权利和义务的文件。担保合同应详细规定承保的范围和将予以赔偿的损失类型,包括对于投资

的全部损失承保的任何限制或延伸及于业务中断代价的任何承保。合同中还应包含关于担保期限、合同的终止和调整、担保数额及货币、备用担保、投保人的保证与责任、争议与可适用的法律以及担保费和索赔的规定。

担保期限不应少于3年，也不应多于15年。在特别情况下经承保人与投保人商定可以为20年，或与投资所批准的较短期限相适应。合同应订明双方中任何一方可以终止、修改合同或对合同进行重新谈判的各种情况。

担保数额由承保人与投保人约定，但无论如何不得超过最高担保额。最高担保额依投资类型的不同而异。对于股权投资来说，担保额不得超过投保人对投资项目的出资额加上投资的收益减去未予担保的数额；对于非股权直接投资，则不得超过投保人对投资项目所投入的资产的价值减去其未予担保的数额；对于贷款及贷款担保，则不得超过该贷款的存续期间所累积的利息减去其未予担保的数额。投保人还以使用其取得的备用担保来增加担保数额，也可依合同的规定减少担保额。

目前机构对每个国家、每个项目的承保额规定有限制。每个国家的承保额限制为4.2亿美元，每个项目的承保额可达2亿美元，此外还可通过机构的共保与分保予以补充。作这种限制的目的是为了合理地分配机构的担保容量。

机构承保非商业风险要收取保险费，以抵消机构的行政开支，并建立足够的储备金以支付赔偿。保险费根据担保数额的一定百分比率计算。保险费率则依承保的政治风险的类型而定，单一风险的保险费率在担保额的0.3%～1.5%之间，综合保险可以给予高至各个保险费率总额的50%的折扣。

关于投保程序，同样也涉及申请与批准等步骤。依据业务细则的规定，申请分为初步申请和正式申请。投保人可在提交决定性的正式申请之前，向机构提交一份初步申请，若机构初步认为该投资具有被予承保的合格性，则对初步申请予以登记。投保人的决定性申请应在收到登记通知后3个月内提交。机构在接受申请后，应对投资项目、将承保的风险以及该所申请的担保对机构的担保容量和风险多样化的影响进行评价，并应取得东道国对机构就预定的风险进行担保的批准，然后尽可能在收到正式申请后的120天内作出决定。担保合同在董事会指导下由机构总裁批准。

1990～2013年，机构已经对发展中国家的737个项目予以支持，签发担保合同数量为1143个，截至2013财年末，机构的总承保金额达108亿美元。[87]

2. 机构的代位权

一旦机构承保的各种非商业风险发生，就会出现两个方面的问题。一方面，投资者根据他与机构订立的担保合同向机构索赔；另一方面，根据公约机构支付或同意支付保险金后，有权代位向有关东道国索赔。

---

[87] See MIGA Annual Report 2013.

(1)投资者向机构索赔。投资者在向机构索赔之前要履行一些义务:寻求救济,遵守东道国的法律与法令,对其投资项目加以控制,以避免或减少可能的损失,妥善地保存索赔的文档记录,以备机构之需,并保留投资项目在投保期的账目。而机构支付赔偿的最终决定由总裁根据赔偿委员会的建议作出,赔偿委员会由总裁任命组成,由机构首席法律官员主持。赔偿额不得超过投保总额和投资者的实际损失。投保人自己至少应承担投资额10%的风险。

(2)机构的代位权。公约第18条规定,在机构支付或同意支付赔偿时,投资者对东道国和其他债务人所拥有的有关担保投资的权利或索赔权,应由机构代位行使。担保合同应规定此类代位权的条件。这类担保合同应要求投资者向机构转让:第一,风险发生之后所接受的项目企业、东道国或任何人存入担保者账户的,与承保投资者有关的基金和财产;第二,证券、权利、合同和其他文件。

按照一般法律原则,受让者的权利不得大于转让者的权利。因此,机构作为代位者所获得的东道国货币的数额,在其使用和兑换方面所享有的待遇,应与投保者取得这种资金时所享有的待遇相同。机构作为代位权者所取得的财产仅仅在原投资者享有待遇的范围之内,免于适用有关东道国领土内实施的外汇限制、管制和控制,但不能享有作为机构财产和资产所享有的豁免权。

机构迄今仅处理了几项索赔要求,已支付4起战乱险索赔,2起征收险索赔。但机构通过调解等方式解决了许多提出索赔前的一些争议。例如,2004年机构对新加坡达阔公司在浙江德清的一个水处理项目的投资签发了担保,但在水处理厂即将完工时投资者与当地政府发生了争端,项目延期,在MIGA的协调下,当事方达成了和解,该项目也已建成和运营。达阔公司2006年又在浙江德清兴建了第二个饮用水项目。[88]

(五)共保与分保

机构可就单个投资项目或在更大范围内缔结协定,以便促进同成员国国家投资保证制度、区域投资担保机构以及私人保险人之间的合作,增强官方和私人政治风险担保者的效率和有效性。合作可以是多方面的,如并行承保、共同承保、分保等。机构同其他保险人的合作安排的主要目标在于:增强合作机构在鼓励向发展中国家进行生产性外国投资方面的能力及效果;协调或调整同一投资的多种保险人所实行的不同条件及行政惯例;实现行政上的节约措施;对两个或两个以上机构申请担保的投保人提供更大的方便。

机构应通过与其他官方及私人保险人进行并行承保和共同承保分担风险,以实现其目标。机构应寻求参与担保,对一些为了发展的目的而进行的投资,提供其他可靠保险人不能提供的数量和类型的风险承保,以通过自己的参与增强投资项

---

[88] See MIGA Brief, Dispute Resolution and Claims, 25 years.

目的其他当事人及其他担保人对他们的安全的信心。在不损害公约及其细则要求的条件下,机构应在担保的主要条件及程序、索赔支付以及向东道国索赔方面努力与一项投资的共保人取得协调。

机构可以通过分保及类似的合伙经营风险的安排与成员国的投资担保机构、或大部分资金由成员国所拥有的区域性机构以及私人实体进行合作。机构对于其担保或部分担保,可以在个别的或混合的基础上从适当的实体那里取得分保。适用于机构担保、决定风险、投资、投资者和东道国合格的条件将适用于分保投资,但分保投资不必在提出分保申请之后才进行。除非在特别情况下,机构对一项担保所作的分保不应超过该项担保数额的50%。

关于分保的代位问题,公约规定,机构应尽可能确保其自身或分保实体取得与作为原始担保人所可能拥有的相等的代位权和仲裁申请权。在分保的条件下,在机构支付求偿之前,应要求投保人先按东道国法律寻求行政救济。只有在有关东道国同意机构分保之后,代位权才能对该国有效。

(六)投资促进业务

机构不仅给向发展中国家的投资提供担保,而且还负有促进投资的义务。公约第23条规定,机构应进行研究,开展活动,以促进投资流动,并传播有关发展中国家会员国投资机会的信息,以改善外国投资流向这些国家的环境。应会员国请求,机构可提供技术咨询和援助,以改善该会员国领土内的投资条件。具体说来,机构的投资促进业务有如下几项:

第一,研究。机构要开展其投资担保和投资促进业务,就必须对东道国的投资环境各有关因素进行研究,对外国投资和技术的使用和效果进行研究和评估,对发展中国家有关发展的重大问题进行研究。只有通过研究和分析,机构才能掌握足够的和可靠的资料,作出正确的投资担保决策。

第二,传播信息。机构既可以向投资者发布有关东道国的投资条件和投资机会的信息,也可以向东道国提供有关外国投资来源的信息。传播信息的方法包括发行资料,出版刊物,建立世界投资者网络,或组织投资促进会议等。机构于1995年和1998年建立的两个网络IPA net和Privatization Link已得到高度评价。

第三,技术咨询和援助。咨询与技术援助优先提供给可能对外国投资的环境产生重大影响的活动,例如,帮助请求国鉴别并纠正其政策和制度中存在的吸引外国投资方面的缺陷。近年来,机构向发展中国家会员国提供的技术援助,主要是就促进和调整外国直接投资的法律、政策和项目提出咨询。

第四,政策磋商。投资政策的磋商主要考察会员国的有关特定的刺激措施或抑制措施的代价和利益的经验以及对资源分配的效能的影响。机构优先考察那些经证明能有效促进国际投资流向发展中国家并已对这些国家带来社会及经济利益的国内措施。机构的政策磋商尤其要注意发达国家与发展中国家针对国际投资流

动的规模及发展具有重要的积极或消极影响的政策。在磋商的基础上为有关国家提供政策咨询。

第五,谈判。机构与成员国之间就机构作为投资者的代位人进行索赔的权利或就被担保的投资的待遇的协议进行谈判。

机构应鼓励友好解决投资者与东道国之间的争端,并可提供有关可供利用的争端解决和调停的机构的信息。机构应努力与其会员国缔结双边或多边协定,以确保机构在担保投资方面,所享受的待遇至少不低于有关会员国向最优惠的投资担保机构或国家提供的待遇。

机构进行的有关研究、磋商等活动,应优先考虑到担保业务经营的需要,因为投资担保是机构为实现其宗旨所进行的主要业务,而投资促进业务是辅助性的。但这并不是说机构投资咨询的作用不大。基于机构所处的地位,其关于投资的情报与资料,可为各会员国制定投资政策和法律提供依据;其关于东道国投资环境和投资机会的意见,能对投资者的决策起到举足轻重的影响,因此,机构关于投资促进的作用不可低估。

三、多边投资担保机构的地位与组织形式

(一)机构的法律地位

多边投资担保机构是一个国际组织。机构要实现其目标与宗旨,经营投资担保和投资咨询业务,就必须具备应有的法律人格和法律能力,以便能与私人投保者、有关国家或国际组织签订合同,有效地履行其职能,并维护自己的权利。

公约第1条明确规定了机构的法律地位:机构具有完全的法律人格,特别是有能力:(1)签订合同;(2)取得和处分动产和不动产;(3)提起诉讼。由于机构具有完全的法律人格,它就可以作为法律关系主体,独立享有权利和承担义务,实现其宗旨与目的。

为使机构能完成其职能,公约还给予机构相应的特权与豁免。公约有关机构的特权与豁免的条款几乎完全模仿国际金融公司的有关特权与豁免的条款,并根据机构业务的特征作了某些调整。这些特权与豁免主要包括:(1)在诉讼程序上,除公约另有规定外,针对机构的诉讼只能向与机构有某种特定联系的会员国境内的有权管辖的法院提起。但会员国或从会员国取得索赔权的个人不得对机构提起诉讼,有关职员事项,也不得提起诉讼。对机构的财产和资产,在对机构作最后判决或裁决之前,均不得采取任何形式的扣押、查封或执行。(2)在资产方面,机构的财产和资产,应免受搜查、征用、没收、征收或通过行政或立法行为的其他任何形式的扣押;机构的一切财产和资产应不受任何性质的限制、管制、控制以及延期偿付。(3)在档案与通讯方面,机构的档案无论在何地都不受侵犯,会员国对机构的公务通讯应与对国际复兴开发银行的公务通讯同等对等。(4)在税收方面,对机构及其资产、财产、收入和公约授权经营的业务和交易,应免予一切税收和关税,机

构还免予征收或缴纳任何税收或关税的责任。对机构支付给理事和副理事的费用津贴或支付给董事会主席、董事、副董事、总裁或职员的薪金、费用津贴和其他报酬,不得课税,除非他们是当地国国民。(5)机构的官员在执行公务中所履行的行为,应免予诉讼程序,等等。

(二)会员国资格

1. 会员国资格的取得

公约规定,机构的会员国资格应向国际复兴开发银行所有会员国和瑞士开放,因此,会员国资格以世界银行成员国资格为先决条件。公约将会员国分为发达国家和发展中国家两类,第一类发达国家的会员国共21个,第二类会员国即发展中国家共128个,这是公约通过时(1985年10月)世界银行的会员国总数。随着世界银行会员国的增加,可以加入多边投资担保机构公约的会员国也将增多。但银行会员国没有加入机构的义务。

机构的创始会员国有两个条件,一是公约附表一所列的会员国,二是在1987年8月30日或在此之前成为公约缔约方的国家。原来预期公约在开放签署两年之内生效,但后来情况发生了变化,又决定在1988年4月30日之前成为公约缔约方的国家均为公约的创始会员国。

一国要成为公约的缔约方,必须在签署公约后,按照该国的宪法程序,批准、接受或同意公约,并将批准书交存世界银行总部。

2. 会员国的退出、资格的暂停

任何会员国在公约生效之日起3年期满后,可随时以书面形式通知机构总部退出机构。机构收到该项通知之日后90天,退出就开始生效。只要退出尚未生效,会员国仍可撤销该项通知。

如果会员国不履行其在公约下的任何义务,理事会经行使多数总投票权的多数理事表决,可暂停其会员国资格。在暂停会员国资格期间,会员国除有退出的权利和公约规定的解决争端方面的权利外,不再享有公约规定的任何权利,但将继续承担其全部义务。为了确定根据公约所作的担保或分保的合格性的目的,一个已暂停会员国资格的会员国不应作为机构的会员国对待。暂停会员国资格的会员国自其暂停之日起1年后即自动终止为会员国,除非理事会决定延长暂停期限或恢复其会员国地位。

当一国停止为会员国后,该国对其会员国资格停止之前依公约有效的所有债务,包括其或有债务,继续承担责任。

(三)机构的资本和会员国的认股

1. 机构的资本

世界银行早期的建议案将机构设计成没有股份资本,而代表赞助机构所担保的投资的会员国展开其业务。依现公约的规定,机构拥有股份资本,并能以自己的

能力作出担保,这种能力以担保会员国所赞助的投资为补充。认缴资本能被扩大,并允许担保数倍于其规模。而对于赞助的投资,机构仅仅作为管理者。

机构的法定资本为10亿特别提款权,分为10万股,每股票面价值为1万特别提款权,供会员国认购。会员国认购股本的缴付义务按1981年1月1日至1985年6月30日期间以美元标价的特别提款权的平均价值结算,即每一特别提款权等于1.082美元。在接受一新会员国时,如当时的法定股份不够供会员国认购,则应增加股本。而且,理事会经特别多数票通过,可随时增加机构的股本。1999年3月理事会就通过了一项决议,增资8.5亿美元。机构还从世界银行获得1.5亿美元的营运资本。

2. 会员国的认股

每一会员国应认缴机构的股本。会员国认股数不得少于50股,创始会员国须按公约附表A中该会员国名下的股份数额以票面价格认购。其他会员国应按理事会确定的资本股份数额和条件认购,但在任何情况下均不得低于票面的发行价格。理事会可以制定规则,使会员国得以认购法定股本的增加股份。

每一会员国首期认缴股份,应将其所认缴股份的10%以现金缴付,另有10%采用不可转让的无息本票或类似证券的形式,根据董事会的决定予以兑现,以清偿机构的债务。余下的80%在需清偿其债务时催缴。由于机构根据健全的业务开展活动,以便在所有情况下都保持其履行债务的能力,因而实际动用不可转让的证券和催缴资本一般不会发生。但在会员国延迟支付催缴时,机构可对未支付的认缴股份连续催缴。

认缴股份的实收部分和催缴部分的支付必须用公约所指的自由使用货币进行。为了减少发展中国家会员国的负担,公约允许发展中国家用当地货币支付其认缴股份的实收现金部分的25%。

为了减少会员国的财政负担,公约规定,在某些情况下,把催缴股份的已缴数额退还给会员国。这些退款应按会员国根据催缴缴纳在这些退款之前的比例,以可自由使用的货币支付。

中国在MIGA中认购的股份为3138股,位居第六大股东。

(四)机构的组织管理机构

机构的组织结构也是模仿世界银行和国际金融公司的。机构有三级结构,由理事会、董事会和总裁及工作人员组成。

理事会为机构的最高权力机构。理事会可委托董事会行使其任何权力,但关于接受新会员、暂停会员资格、决定资本的增减、提高有关债务的比例、划分发展中国家会员国、划分会员国的类别、确定董事的报酬、停止业务和机构清算、清算后把财产分配给会员国、修改公约及其附件和附表等权力除外。理事会由每一会员国的一位理事及其副理事组成,理事副理事由会员国按其自行确定的方式指派。副

理事只有在理事缺席时才可以行使投票权。理事会推选一名理事为主席。理事会至少每年举行一次会议,也可由理事会或董事会在任何其他时间召集。

董事会事实上是机构的执行机构,负责机构的一般业务,负责机构一切有关政策和法规的事项,但不是由总裁和工作人员负责的机构日常管理事项。董事会可采取公约所要求或许可的任何行动。董事会应由不少于12名董事组成,其人数由理事会决定。董事由理事会选举。每位董事可指定一名副董事在董事缺席或不能行使权力的情况下,全权代行其职权。世界银行行长为董事会的当然主席,除在双方票数相等时得投一决定票外,无投票权。

机构的总裁在董事会总的监督下,负责处理机构的日常事务以及工作人员的任命、组织和辞退。总裁由董事会主席提名,由董事会任命,由理事会决定其薪金和服务合同中的条款。总裁和职员在履行其职责时应完全对机构负责,而不对任何其他机构负责,每一会员国都应尊重这一职责的国际性。

(五)机构的投票与表决制度

机构的投票制度是世界银行所采用的加权投票制。一方面,机构公约特别承认了两类会员国在机构中的平等利益,强调两类国家之间的合作至关重要,当所有合格国家都成为会员国时,两类国家应有平等的表决权(50:50)。另一方面又认为,会员国的表决权应反映其相应的资本认缴股份。因此,为了使投票权的安排能反映附表A中所列两类国家在机构中的平等利益,以及各会员国的财务参与的重要性,公约规定,每一会员国享有177张会员资格票,再按该会员国持有的股份,每一股,增加一张股份票。这样,一个国家认股越多,投票权越大。会员资格票是经过计算的,以便确保在世界银行所有会员国加入时,发展中国家作为一个集团与发达国家作为一个集团将拥有相等的表决权。为了在取得这类平等之前保护少数集团,在公约生效后的3年内,该集团将接受补充票,使之能作为一个集团拥有总表决权的40%。这些补充票按其相应的认缴股份票的比例在有关集团的会员国之间分配。并根据情况自动增加或减少,以便保持该集团的40%的表决权,若达到了总表决权的40%,补充票就被取消,而且,无论如何,在3年期限结束时,补充票就被取消。在公约生效后3年内,理事会和董事会的所有决定均应经特别多数票通过,公约规定的需更多的多数票通过的决定除外。

理事会和董事会的表决程序与世界银行的表决程序是相一致的。每一理事有权为其所代表的会员国投票。召开理事会任何会议的法定人数,必须由行使总投票权2/3以上的多数理事组成。每一董事有权行使其当选的会员国在机构中的投票权,每一董事拥有的全部投票权应作为一个单位投票。董事会会议的法定人数必须由行使总投票权半数以上的多数董事组成。理事会与董事会的表决制有以下几种:(1)简单多数制。除公约另有规定外,理事会与董事会的决定均应由实投票数的多数票作出。(2)特定简单多数制。如机构理事会在暂停会员国资格时,须

经行使多数总投票权的多数理事表决决定。这种特定简单多数,要求总投票权过半,理事过半。(3)特别多数制。特别多数票依公约规定是指代表机构认缴股份55%以上,不少于总投票权2/3的赞成票。例如,机构在公约生效后的3年期限中采取此种表决制度。有关担保范围的扩大、合格的投资扩大、合格的投资者范围的扩大等事项,也都由特别多数制议决。有的事项甚至还要经过更多的多数票才能通过。例如,对公约及其附件的修改,须经行使总投票权4/5的3/5的理事通过。(4)一致通过。例如,对公约第51条所规定的退出机构的权利或对第8条(d)款所规定的责任限度做任何修改,须经全体理事投赞成票通过。[89]

(六)与其他国际组织的合作

机构在公约规定的范围内,与联合国和有关领域内负有专门责任的其他政府间组织合作,尤其是包括国际复兴开发银行和国际金融公司。

世界银行和国际金融公司是与机构联系较为密切的两个组织。世界银行行长是机构董事会的当然主席。世界银行和国际金融公司致力于执行的发展计划和政策应得到机构的支持,世界银行或国际金融公司与机构之间,可以通过缔结合作协定,相互利用其技术、行政服务和便利。

机构与解决投资争端国际中心也有密切的联系,二者都是为了调整有关国际投资关系的,职能不同,但又相互补充。在解决争端程序上,二者也有密切联系。依据机构公约规定,机构与会员国之间的争端以及机构作为投资者代位人有关求偿权的争端,双方如果通过谈判无法达成协议,可将争端提交调解或仲裁,调解和仲裁应分别适用解决国家和他国国民间投资争端公约所采用的调解规则和仲裁规则。

四、多边投资担保机构的作用

作为一个全球性的国际组织,它在促进外国私人资本自由流动方面的主要作用表现在:

第一,为没有国内投资担保机构的资本输出国提供了一个投资担保机构。发达国家几乎都有国内投资担保机构。但目前,一些发展中国家的资本输出国尚无这类机构。例如,对石油输出国组织成员国和新兴工业化国家,多边投资方案将填补这一空白。担保这些国家投资者在其他发展中国家的投资,为消除这些国家的投资者对非商业风险的忧虑,促进发展中国家之间的资本流动,避免资本倒流,都起到了十分重要的作用。

第二,便于承保不同国籍的投资者投资于同一项目的投资。多边投资担保方案的最大优点就在于它对合格的投保者的国籍要求较为宽松,只要具有成员国国籍就行了。这一优点十分重要。某些行业,例如能源开发,矿藏采掘,特别容易受

---

[89] See Ibrahim F. I. Shihata, MIGA and Foreign Investment(1988).

到非商业风险的影响。而恰恰是这些行业的投资项目没有投资担保机构可供利用。因为这些行业的投资项目,工程庞大、投资巨大,需要联合其他投资者,包括国籍不同的投资者一起,才能完成。而各国国内投资担保机构因国籍复杂不予担保,私人投资担保机构却因财力有限,力难从心。多边投资担保方案解决了这一难题。相对"单独投保"制来说,一则由于其所用术语相同,保护范围相同,一旦出现风险,可以避免赔偿数量不一的情况,另则由于一个多边的担保者代替了几个甚至十几个国内担保者与东道国交涉,简化了行政程序减轻了负担。现在机构作为世界上最大的政治风险保险人之一在担保方面居于独一无二的和中心的地位。

第三,担保的投资更具发展性质。多边投资担保方案关于合格投资的规定,不像国内投资担保机构那样有促进本国经济的因素需要考虑,因而更加注意其所担保的投资对发展中国家的发展作用。而且,由于强调了所担保的投资对东道国发展的贡献,该投资在该东道国受非商业风险影响的可能性就小,机构受损失的可能性也就越小。这既符合东道国利益,又符合机构本身的利益。

第四,"机构"作为一个政府间的国际组织,比作为实现一国对外经济政策的工具的国内投资担保机构,更加有利于消除外国投资者与东道国之间的猜疑,促进两者的合作。同时,也为资本输出国与资本输入国提供了一个交换意见的场所。

第三节　世界贸易组织有关投资的协议

世界贸易组织的《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs 协议)、《服务贸易总协定》(GATS)、《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)以及《补贴与反补贴措施协议》,是这个全球性贸易组织首次对与贸易有关的投资问题作出规定的几个重要的多边协议,成为国际投资的国际法制的重要组成部分。

世界贸易组织之所以对投资问题作出规定,其客观原因在于贸易与投资具有非常密切的关系。首先,国际直接投资和贸易都是为经济增长和发展服务的。而且,两者的相互关系日益密切。外国直接投资作为向国外市场提供货物和服务的主要方法以及组织国际生产方面的一项主要因素,正在日益影响着世界贸易的规模、方向和构成。而贸易和贸易政策又可以对外国直接投资流动的规模、方向和构成产生各种影响。其次,国家制定的外国直接投资和贸易政策通常是各自独立的,其结果是,这两套政策在政策目标和有效执行方面并不一定总是相互协调或相互支持的。[90] 已如前述,目前国际上尚无调整国际投资的普遍性实体法律规范,在

---

[90] 参见联合国贸易和发展会议:《1996 年世界投资报告——投资、贸易和国际政策安排概述》,UNCTAD/DTCI/32(Overview)。

此情况下,由世界贸易组织规范与贸易有关的投资措施,适应了实际需要。作为全球最重要的国际经济组织,WTO 通过对"与贸易有关的"经济措施予以规范,越来越多地涉足到其他经济领域,包括投资领域。因此,WTO 在调整贸易与投资关系中也发挥重要的作用。

一、与贸易有关的投资措施协议

TRIMs 是乌拉圭回合的三大新议题之一,TRIMs 协议是关税与贸易总协定第一次就投资问题达成的协议。该协议仅适用与货物有关的特定投资措施。

为促进世界贸易的扩展和自由化以及促进各成员方的经济增长,就必须尽力避免采取或消除某些会对贸易产生限制和不利影响的投资措施。一些国家制定的关于管制和鼓励外国投资的法律措施会对贸易产生不利影响。这种影响包括两个方面:一方面,对贸易的限制和对贸易的扭曲。对贸易的限制是指阻碍贸易活动的进行,而对贸易的扭曲则指改变贸易的正常流向。例如,对外资采取某些减免税收的鼓励措施,就可使享受此优惠的企业降低成本,提高产品竞争力,这实际上是对产品予以补贴;另一方面,对外资规定某些履行要求,[91]则会被认为是对其施加额外负担,不利于外国投资。乌拉圭回合所达成的协议采取不同的方法来处理这两类措施,即将有关税收减免等投资鼓励措施,放在《补贴与反补贴措施协议》中处理,而 TRIMs 协议则专门处理那些对贸易有不利影响的限制性措施。

TRIMs 协议根据关贸总协定的基本精神,将关于国民待遇和数量限制问题作为其核心内容。其第 2 条规定,任何成员都不得实施与《1994 年关贸总协定》第 3 条(国民待遇)或第 11 条(数量限制的一般取消)不相符的与贸易有关的投资措施。协议附录的解释性清单进一步列举了这些投资措施,具体包括:

第一,与 1994 年关贸总协定第 3 条第 4 款规定的国民待遇义务不相符的 TRIMs,包括那些国内法或行政裁定属强制性或可予执行的措施,或为获得利益所必需的措施,且该措施:(1)要求企业购买或使用原产于国内或来源于国内渠道的产品,不论这种具体要求是规定特定产品、产品的数量或价值,或规定购买与使用当地产品的数量或价值的比例;(2)要求企业购买或使用的进口产品限制在与其出口当地产品的数量或价值相关的水平。

---

[91] 履行要求(performance requirements)是对外国投资者施加的某些义务,在发达国家看来,履行要求的范围较为广泛,它包括:限制外国投资所有权的当地股权要求;要求外国公司转让技术的技术许可要求和技术转让规则;限制对外金融转移的汇出和外汇限制;限定生产水平的生产制造方面的限制;为替代进口而施加的国内销售、当地成分和当地制造要求;旨在增加东道国出口实绩的出口要求等。See I. K. Minta, Intellectual Property Rights and Investment Issue in the Uruguay Round, The CTC Reporter No. 29(Spring 1990);T. Moran, The Impact of Trade-related Investment Measure(TRIMs) on Trade and Development; Theory, Evidence and Policy Implications (UNCTC, 1991).

第二,与1994年关贸总协定第11条第1款规定的普遍取消数量限制义务不相符的TRIMs,包括那些国内法或行政裁定属强制性或可予执行的措施或为获得利益所必需的措施,且该措施:(1)普遍限制企业对用于当地生产或与当地生产相关产品的进口,或将进口限制在与其出口的当地产品的数量或价值相关的水平。(2)通过将企业可使用的外汇限制在与可归因于该企业外汇流入相关的水平,从而限制该企业对用于当地生产或与当地生产相关产品的进口。(3)限制企业产品出口或供出口产品的销售,无论是按照特定产品、产品数量或价值规定,还是按照当地产品在数量或价值上所占比例规定。

理解和把握好协议第2条的规定,有必要考虑以下几个因素:(1)TRIMs所指的是投资措施,而不是贸易措施。因此,国家采取的纯属贸易管理性措施,如配额、许可证管理等措施,均不属于《TRIMs协议》管辖的范围。(2)协议所指的投资措施与贸易有关。"与贸易有关"的投资措施,即从内容或效果来看,这些措施关系到贸易发展的规模和流向等,对贸易有直接作用和影响。直接影响,是指这些投资措施直接关系或影响到货物的进出口。(3)这些措施违反GATT的国民待遇原则和数量限制原则。与贸易有关的投资措施只有当其违反GATT规定的国民待遇原则和取消数量限制的原则时,才是非法的。这是实质性要件。

GATT第3条国民待遇的规定是关于国内税收与国内规章方面的,主要指缔约方在征收国内税,在有关国内销售、购买、运输、分配所适用的法律法规方面,给予进口产品的待遇不得低于国内产品所享受的待遇。同时,该条第5款还规定缔约方不得建立或维持当地成分要求。可见,TRIMs协议规定的国民待遇要求,并非适用于所有投资措施,而仅限于GATT第3条规定的范围。这样,只有当与贸易有关的投资措施使得进口产品在国内税和国内规章方面享受的待遇低于国民待遇时,该措施才是为TRIMs协议所禁止的。因此,该协议明确将当地成分要求和贸易平衡要求列为应予禁止的措施。

GATT第11条是关于取消数量限制的,即除关税和其他税费外,任何缔约方都不得设立或维持配额、进出口许可证或采取其他措施以限制或禁止其他缔约方境内产品的进口,或向其他缔约方境内出口或外销产品。违反该条的与贸易有关的投资措施也是为TRIMs协议所禁止的,这特别包括通过贸易平衡限制进口、通过限制获得外汇来限制进口和出口限制等措施。

与贸易有关的投资措施不得违反GATT第3条或第11条,这是一条原则性的规定。协议附录的解释性清单对违反这两条规定的措施又作了列举。由于解释性清单采取的并非"排除式"列举,因此解释起来会很富有弹性。然而,若对该协议的禁止性规定作扩大解释或适用,是违背广大发展中国家的意志和利益的,也是与其缔约的初衷不相符的。发展中国家是主张将所禁止的与贸易有关的投资措施的范围予以严格限定的,TRIMs协议在附录的解释性清单中对所禁止的措施加以列

举,也可以解释为一种限定,具有排除其他措施的作用。因此,我们认为,对 TRIMs 协议第 2 条及其附录的规定在解释和适用上应从严把握,防止不适当的扩大化。凡未被协议明文禁止的措施,应看做协议允许的。除协议附录中明确列举的五种措施外,原则上不应将协议的禁止性规定扩及其他与贸易有关的投资措施。[92]

为确保 TRIMs 协议得以实施,该协议还作出了其他的相应规定。例如,关于通知与过渡安排,协议视经济发展水平不同,规定各成员方在不同期限内取消所有的 TRIMs:发达国家为 WTO 协定生效后 2 年,发展中国家为 5 年,最不发达国家为 7 年。协议进一步规定了透明度原则,要求成员方承担 1994 年关贸总协定第 10 条项下的透明度和通知义务。协议还决定设立与贸易有关的投资措施委员会,以监督协议义务的执行。有关磋商与争端解决事宜则依世界贸易组织争端解决机制处理。货物贸易委员会负责审查协议的运行情况,并在适当的时候向部长会议提交文本的修改建议。

TRIMs 协议是第一个专门规范贸易与投资关系的国际性协议,因而具有重要的地位。它将关贸总协定中的国民待遇等原则适用于某些与贸易有关的投资措施,这对于国际投资法的发展无疑具有十分重要的影响。取消限制贸易或对贸易有不利影响的 TRIMs,也将会有力地促进国际贸易和投资的自由化和国际化,促进世界经济的发展。[93] 不过,对于发展中国家来说,由于其经济发展水平的限制,TRIMs 协议的实施可能在某种程度上不利于保护其民族工业的发展,甚至对其经济发展有负面影响。但该协议给了发展中国家较长的过渡期,并允许其按照 1994 年关贸总协定第 18 条、收支协议以及 1979 年 11 月 28 日采纳的"为收支实施的贸易措施的 1979 年宣言"的规定,暂时背离该协议第 2 条的规定,这在一定程度上考虑到了发展中国家的利益。然而,值得注意的是,自 TRIMs 协议通过后,WTO 争端解决机构已处理了多起关于该协议的争端,其中有些争端是关于发展中国家汽车工业政策的,例如,印度尼西亚汽车工业措施案、印度机动车贸易与投资措施案等,采取汽车国产化措施的发展中国家均败诉。根据 WTO 争端解决机构的报告,汽车国产化政策必然要求逐步提高国产货的使用比例,从而直接违反了 TRIMs 协议关于禁止施加当地成分要求的规定。这对于发展中国家希望采取国产化措施来发展本国特定产业来说,显然是不利的。

为适应中国加入 WTO 的需要,我国已对外资法作了修改,取消了外资法中原

---

〔92〕 参见余劲松:"《TRIMs 协议》研究",载《法学评论》2001 年第 2 期。

〔93〕 但对于应否严格控制 TRIMs,人们仍有不同的看法。有人认为资本输出国高估了控制 TRIMs 的必要性,因为 TRIMs 的使用有时也是有好处的。例如,进口替代的 TRIMs,如仅用来保护那些效率低的生产商不受竞争损害,则可能对东道国经济有不利影响;但是,出口实绩的 TRIMs 实际上可使东道国受益,可确保其从出口获取较高收益,加强经济的前向和后向联系。See T. Moran, ib; Peter Muchlnski, Multinational Enterprises and the Laws (1995), Blackwell, pp. 257 - 260.

有的与 TRIMs 协议不一致的措施，包括当地成分要求、外汇收支平衡要求等。因此，我国外资法已不存在与 TRIMs 协议不一致的规定。但其他的部门规章也可能存在与该协议不相符的情况。例如 2006 年欧盟和美国、加拿大就向 WTO 争端解决机构就我国汽车零部件进口措施提出指控，认为我国的有关措施违反了 GATT 第 2 条、第 3 条以及 TRIMs 协议第 2 条等有关条款的规定。WTO 的专家组和上诉机构均认定中国的措施违反了 GATT1994 第 3 条的有关规定。

二、服务贸易总协定

服务贸易也是乌拉圭回合的新议题之一。《服务贸易总协定》(GATS)是关贸总协定就服务贸易达成的第一个协议。这一协定对于国际投资也具有重要意义，因为服务贸易与投资有着十分密切的关系，要提供服务就往往需要在当地设立机构或商业场所。随着国际上对服务需求的增长，外国直接投资在过去 20 年里也转向了服务业，并促进了国际服务贸易的发展。

服务贸易总协定对服务贸易的定义是采取列举方式予以规定的。依其第 1 条第 2 款的规定，服务贸易是指以其规定的四种方式提供的服务。其中第三种方式为，一成员方的服务提供者通过在任何其他成员方境内的商业场所[94]提供的服务。这种商业场所当然包括通过外国直接投资而设立、收购或维持的各种商业机构，如公司、合伙、分支机构及代表处等。这一定义揭示了服务贸易与投资的关系。

GATS 中与国际直接投资关系最为密切的，是其第三部分承担特定义务中关于市场准入(第 16 条)和国民待遇(第 17 条)的规定。

关于市场准入，GATS 没有予以定义。一般说来，它是指是否允许外国的服务或服务提供者进入本国市场的问题，就投资而言，是指一国的服务业或服务市场是否对外开放的问题。GATS 第 16 条规定，在市场准入方面，每一成员方给予其他成员方的服务和服务提供者的待遇，应不低于根据其承担义务计划表中所同意和规定的期限、限制和条件。同时，在对市场准入承担义务的服务部门里，成员方除了在其承担义务计划表中已作其他规定外，不得采取所列举的六种限制性的市场准入措施。这六种措施中，前四种是关于数量限制措施的，例如采用数量配额或要求测定经济需求等方式，限制服务提供者的数量，限制服务交易或资产的总金额，限制业务的总量或用数量单位表示的服务提供的总产出量，或限制某一特定服务部门或服务提供者为提供特定服务而需要雇佣自然人的总数。后两种则与投资密切相关，即(1)限制或要求服务提供者通过特定的法人实体或合营企业才可提供

---

[94] GATS 第 28 条将"commercial presence"定义为：为提供服务在一成员国境内设立的任何形式的商业或专业性场所(any type of business or professional establishment)，包括组建、收购或维持一个法人，或建立或维持一个分支机构或代表处。Establishment 是指设立营业场所的意思，这种营业场所包括开设商店或设立商业机构等。

服务;(2)对参加的外国资本限定其最高持股比例或对个人的或累计的外国资本投资额予以限制。这就是说,在市场准入方面,成员方承担的义务有两点,一是通过承担义务计划表来承担特定的市场准入义务;二是在承诺市场准入的部门里,除承诺表另有规定外,不得采取所列举的六种限制性措施,凡采取这六种限制性措施,包括对外国投资法律形式与外资股权比例予以限制的,均属于限制市场准入的措施,应予禁止。

市场准入的实质是使服务市场逐步自由化。这当然是符合发达国家的要求的。发展中国家则从一开始就反对服务贸易自由化的方案,因为服务业在这些国家不发达,而且服务业中的银行、保险、电信、航运等部门直接关系到国民经济的整体利益,实行自由化不利于其民族经济的发展。GATS 协定的达成是各方妥协的结果。但市场准入仍会产生一系列冲突,例如,强制性的服务贸易自由化可能会影响有关国家关于宏观经济和发展政策的自主权;若外资对本国服务市场无积极作用,东道国政府可能不愿让其进入服务市场。GATS 对此采取灵活的解决办法。其第 16 条清楚地表明,成员方可自由决定其承担的市场准入义务的程度,并可明确地保留限制某些服务进入的权力。对于服务提供者进入或设立营业场所,成员方没有排除所有障碍的一般性义务。每个成员方的义务,是依照第 20 条的规定通过承诺表承担特定的市场准入义务。承诺单可列举不对外完全开放的部门并维持某些限制。此后成员方得就旨在使服务贸易自由化逐步达到较高水平进行谈判。从目前的情况看,要成员方完全放弃其对服务的国家管制是不可能的,灵活的方法是逐步自由化。服务贸易自由化的进程,取决于各成员的国家政策目标和经济发展水平。

关于国民待遇,GATS 第 17 条第 1 款的规定是:每一成员在其承担义务计划表所列部门中,依照表内所述的各种条件和资格,在影响服务提供的所有措施方面,须给予其他成员方的服务和服务提供者以不低于给予其本国相同的服务和服务提供者的待遇。其第 2、3 款进一步补充规定,为达到上述国民待遇的要求,成员方可予以他方与本国的服务或服务提供者形式上相同或不同的待遇,但若修订的竞争条件仅对己方有利,则此种形式上相同或不同的待遇得被视为低于国民待遇。由此可见,GATS 规定的国民待遇是一种有限制的国民待遇,即只是依其承担义务表所列的部门、条件和资格给予国民待遇,而不是普遍适用于所有服务或服务提供者的。还须注意的是,GATS 关于国民待遇与市场准入的规定是既有联系又有区别的,二者都是就承担特定义务而言的,但市场准入是讲外国服务的进入问题,而国民待遇则是指外国服务进入后所享受的待遇问题。也就是说,当一成员方允许外国服务或服务提供者进入本国服务市场后,关于其服务经营方面须实行国民待遇。一旦成员方作出特定承诺,某些义务就会自动地随之产生。例如,凡承担特定义务的部门,成员方须合理、客观、公正地实施其国内规章;应制定切实可行的司

法、仲裁、行政手段和程序，以便对影响服务贸易的行政决定迅速作出审查并给予公正的决定和适当的救济；[95]此外，成员方对承担特定义务项下的日常交易，在国际支付和转让方面不得予以限制，除非发生严重的国际收支失衡和对外财政困难或因此受到威胁，[96]等等。

除关于特定义务的规定外，GATS 还规定了一般性义务，其中最重要的是第 2 条关于服务贸易的最惠国待遇问题。该条规定：有关本协议的任何措施，每一成员方给予任何成员方的服务或服务提供者的待遇，应立即无条件地以不低于前述待遇给予其他任何成员方相同的服务或服务提供者。这一最惠国待遇是普遍适用于成员方的所有服务和服务提供者的，但政府当局为实施职能所需的服务除外。由于服务贸易在国际上是近二十年才发展起来的一种新型的贸易形式，服务业在许多发展中国家还是一个不发达的行业，因此，对于一般的服务或服务提供者采用最惠国待遇，可照顾到各成员方的利益，这与各国在投资领域普遍采用最惠国待遇的做法也是一致的。除最惠国待遇外，GATS 还有其他的一些规定，如关于透明度问题，关于逐步承认个别国家服务领域中的资格问题，保证垄断服务提供者的行为与最惠国待遇和各国承担的特定义务保持一致的问题等。当然，GATS 也规定了一般性义务的例外，如为公共秩序、公共健康和国家安全的需要而采取的措施。[97]成员方依据第 2 条及其附录的规定，还可免除给予其他成员最惠国待遇的义务。

GATS 对发展中国家也作了专门规定。其序言中承认发展中国家可根据其特殊需要实施该项权利，以符合其政策目标。其第 4 条要求通过不同成员方对特定义务的协商，促使发展中国家在世界贸易中更多地参与，以加强发展中国家国内服务业力量，提高其效率和竞争力，改善其进入销售渠道和信息网络，促使各部门市场准入自由化。同时，通过建立联系点，促使发展中国家获得有关的商业和技术情报。GATS 并未要求发展中国家迅速实现自由化，而是通过有关措施使发展中国家的服务提供者可在国际市场竞争。这也在一定程度上考虑到了发展中国家的利益。

值得注意的是，中国入世后在 WTO 的第一起服务贸易争端案——中美出版物案中，就涉及中国在出版物进口与经销方面的有关外资政策与措施是否违反 GATS 规定及中国入世承诺问题。2007 年 4 月，美国对中国有关影响出版物的贸易权和经销权的措施，向世界贸易组织提起了申诉，其中，美国指控中国在批发服务和视听服务方面采取的禁止外商投资企业经销进口出版物以及从事录音的电子经销的有关措施以及对外商投资企业经销读物及音像娱乐制品方面实施的限制，

---

[95] GATS 第 6 条。

[96] GATS 第 11、12 条。

[97] GATS 第 14 条。

违反了中国根据 GATS 第 16 条和第 17 条作出的承诺。2009 年 8 月 WTO 专家组报告认定,中国禁止或限制外商投资企业从事进口出版物的进口和经销,违反了服务贸易总协定项下的市场准入和国民待遇义务承诺。该案给我们的启示是,我国今后在服务贸易和外资管理方面,应注重使所采取的措施与 GATS 的规则以及中国的入世承诺保持一致。[98]

三、与贸易有关的知识产权协议

TRIPS 协议是乌拉圭回合达成的又一新的协议。这一协议也与国际投资密切相关。因为国际投资与知识产权有密切联系,知识产权作为一种财产权是可以用于投资的,若未作为投资,则可通过技术转让的方式获得。无论海外投资企业是通过何种方式获得有关的知识产权的,知识产权的保护都是一个非常重要的问题。知识产权保护不力也可被看做一种贸易壁垒和投资障碍。有些公司投入了大量资金开发新技术和新产品,若对知识产权缺乏有力的保护,其技术就有被竞争者自由和无偿取得的风险,它们当然也就不愿前往投资了。对于外国投资者、特别是高新技术生产者来说,加强对知识产权的国际保护,无疑有助于其进入他国市场并防止他国低成本复制出口。所以,保护知识产权也有助于保护国际投资,促进国际投资的发展。

TRIPS 协议的宗旨是使知识产权能得到充分有效的保护,确保知识产权的措施和程序的实施对合理贸易不造成任何障碍。它同样强调了国民待遇和最惠国待遇原则,并对国民待遇和最惠国待遇的例外也作出了明确的规定。

对于知识产权的保护来说,TRIPS 协议规定的保护标准比现行其他国际公约更高。例如:(1)版权的保护扩及到计算机程序等方面,保护期限为 50 年;邻接权得到承认;租让权也已确立,并有利于计算机程序的作者和广播组织。(2)商标权得以定义,商标的实际使用与否不得作为申请注册的条件,其作为原产地标记的作用必须予以保护,并将《保护工业产权的巴黎公约》对驰名商标的保护扩展适用到服务和那些与注册商标不相似的商品和劳务中。(3)关于专利的保护,最重要的是对专利性作出了规定;而且,所有的产品发明和程序发明,包括药物和微生物领域的发明,都可被授予发明专利,专利期限为 20 年;集成电路外观设计的保护期为 10 年;强制许可的给予及效力也受到限制。(4)采取民事程序和行政程序、临时性措施和刑事制裁等措施,制止知识产权的侵权行为,加强了知识产权国际保护的力度;等等。这些措施显然对知识产权给予了更为有力的保护,对国际投资也会产生

---

[98] See China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Service for Certain Publications and Audiovisual Eutertainment Products, WT/DS363/R, 12 August 2009; WT/DS363/AB/R, 22 December 2009;韩立余:"从中美出版物案看中国入世对中国外商投资法律制度的影响",载《国际经济法学刊》(第 17 卷第 2 期),2010 年。

积极的影响。

四、补贴与反补贴协议

世贸组织的《补贴与反补贴措施协议》也是与投资密切相关的一个重要协议。前面谈到，许多国家采取措施以鼓励和管制外国投资，TRIMs 协议专门处理与贸易有关的投资措施，禁止某些履行要求措施；而《补贴与反补贴措施协议》则涉及某些投资鼓励措施。

1. 补贴的定义

依《补贴与反补贴措施协议》第 1 条第 1 款的规定，如果在成员方领土内存在政府或任何公共机构提供的财政资助，或存在 GATT1994 第 16 条意义上的任何形式的收入或价格支持，以及因此而授予一项利益，则被认为存在该协议项下的补贴。政府或公共机构提供的财政资助包括：(1)涉及资金的直接转移(如赠款、贷款和投股)、潜在的资金或债务的直接转移(如贷款担保)的政府做法；(2)放弃或未征收在其他情况下应征收的政府税收(如税收抵免之类的财政鼓励)；(3)政府提供除一般基础设施外的货物或服务，或购买货物；(4)政府向筹资机构付款，或委托或指示私营机构履行上述(1)至(3)项所列举的应属于政府的职能。因此，如果有关国家采取的投资鼓励措施符合上述条件，就会被认为构成该协议项下的补贴。

2. 专向性

依据《补贴与反补贴措施协议》的规定，某项补贴是否合法，取决于它是否具有专向性。协议第 2 条对专向性规定如下：(1)如授予机关或其运作所依据的立法将补贴的获得明确限于某些企业，则此种补贴应属专向性补贴；然而，若授予机关或其运作所依据的立法制定适用于获得补贴资格和补贴数量的客观标准或条件，则不存在专向性，只要该资格为自动的，且此类标准和条件得到严格遵守。不过，尽管适用上述原则看起来为非专向性补贴，但若有理由认为可能事实上属专向性补贴，则要考虑其他因素。(2)限于授予机关管辖范围内指定地理区域的某些企业的补贴属专向性补贴。(3)任何属于第 3 条规定范围内的禁止性补贴应被视为专向性补贴。

3. 禁止性补贴和可诉补贴

禁止性补贴是指出口补贴。依协议第 3 条的规定，除《农业协议》的规定外，下列属于第 1 条范围内的补贴应予禁止：(1)法律上或事实上视出口实绩为唯一条件或多种其他条件之一而给予的补贴，包括附件 1 列举的补贴；(2)视使用国产货物而非进口货物为唯一条件或多种其他条件而给予的补贴。这样，若成员方采取的投资鼓励措施是以出口实绩为条件的，如视出口情况给予减免税，或以使用国产货物为条件给予的补贴，都会被看做禁止性补贴而应予取消。

可诉补贴是指除出口补贴外的那些具有专向性、并对其他成员方的利益造成

不利影响的补贴。这里所说的不利影响是指:(1)损害另一成员的国内产业;(2)使其他成员在GATT1994项下直接或间接获得的利益丧失或减损,特别是在GATT1994第2条下约束减让的利益;(3)严重侵害另一成员的利益。可见,构成可诉补贴须具备两个重要条件,一是专向性,即限于特定企业的补贴,如果是普遍性适用的,明确规定获得补贴资格和数量的客观标准或条件的,则不具有专向性;二是对其他成员方的利益造成损害。如果一项补贴只具有专向性而未对任何成员方造成利益损害,则此补贴不属于可诉补贴。

4. 发展中国家成员方的特殊和差别待遇

协议第27条对发展中国家规定的特殊和差别待遇主要表现在:(1)对第3条禁止性补贴的适用,规定了过渡期。其中对以出口实绩为条件的补贴,不适用于最不发达国家,而一般发展中国家的过渡期为8年,如需延长则应在期满前一年与委员会进行磋商;对于以使用国产货物为条件给予的补贴,一般发展中国家的过渡期为5年,最不发达国家为8年;如一发展中国家的任何特定产品已达到出口竞争力,则应在2年内取消给予此项或此类产品的出口补贴。(2)补救的方法和程序上的差别。这主要表现在:对于出口补贴而言,在上述过渡期内,第4条关于禁止性补贴的补救措施不适用于发展中国家,而应适用第7条关于可诉补贴的补救措施;对于因国内补贴造成的利益损害的确定,不得按照第6条第1款推定一发展中国家成员给予的补贴造成协议规定的严重损害;若补贴是不同于第6条第1款所指的可诉补贴,除非被认定由于该补贴而使GATT1994项下的关税减让或其他义务的利益丧失或减损,或除非发生对进口成员市场中国内产业的损害,否则不得根据第7条授权或采取措施;如果确定对所涉产品给予补贴的总体水平不超过按单位计算的价值的2%,或补贴进口产品的数量占进口成员同类产品总进口量的不足4%,应立即终止任何反补贴税调查。

WTO争端解决机构处理的印度尼西亚汽车工业措施案就是关于发展中国家国内补贴的一起典型案件。印度尼西亚自1993年以来一直力图通过采取"国产汽车计划"来发展其汽车工业。为实施该计划,由独家具有"优先地位"的(TPN)印度尼西亚公司与一家韩国公司共同出资建立一家合营企业,先在韩国生产Timor汽车,然后逐渐转移到印度尼西亚生产。该计划为新型Timor汽车提供大幅减税和关税优惠政策,包括对含有一定价值比例国内部件的汽车成品或国产汽车提供税收优惠,对进口用于组装含有一定价值比例国内部件的国产汽车的零配件提供关税优惠,并根据国产化率给予税收减免。美国和欧共体指控印尼违反了WTO的有关协议,包括违反了《补贴和反补贴措施协议》。专家组首先分析该项补贴是否具有专向性,然后分析它是否属于可诉补贴,是否对美国和欧共体的利益造成严重损害。专家组通过分析认为:(1)此项补贴属于专向性补贴;(2)此种国内补贴,不属于禁止性的出口补贴,而属于可诉补贴;(3)对发展中国家的可诉补贴的处理

依据是该协议的第27.9条;(4)本案由于印尼的补贴超过了产品价值的5%,适用协议第27.8条(依据第6条第3~8款的规定以肯定性证据加以证明);(5)美国在印尼市场上没有销售Timor的相同产品,而欧共体则证明了其利益受到严重损害。因此专家组建议印尼修改其措施。此案表明,发展中国家采取的税收鼓励措施,若属于可诉补贴,对其他成员的利益造成损害,则会受《补贴与反补贴措施协议》的制约。

五、WTO和"与投资有关的贸易措施"问题

贸易与投资有着密切的关系,投资措施会影响贸易的发展,反之,贸易和贸易措施也会对外国直接投资流动的规模、方向和构成产生各种影响。国际社会近年来已认识到投资与贸易关系的重要性,并关注着"与贸易有关的投资措施"(TRIMs)的影响,乌拉圭回合达成的《与贸易有关的投资措施协议》对那些可能扭曲国际贸易的投资措施已予以规制。但是,人们目前仍主要集中于讨论"与贸易有关的投资措施"的单向影响,忽视了"与投资有关的贸易措施"影响外国直接投资决定和结果的反向效果。因此,对于"与投资有关的贸易措施"也应给予足够的重视。[99]

"与投资有关的贸易措施"(Investment-Related Trade Measures, IRTMs),是指那些影响外国直接投资的数量、部门构成以及地理分布的、较为一般性的贸易政策措施。与"与贸易有关的投资措施"相比较,它们通常不涉及具体的贸易或外国直接投资交易。根据联合国贸发会议的有关研究,与投资有关的贸易措施大致可分为四大类:市场准入限制;市场准入发展优惠;出口鼓励措施;出口限制措施。[100]市场准入限制是范围最广、数量最多的"与投资有关的贸易措施"。当这些措施不利于货物进口时,它们可以用来吸引外国企业投资于本国内部市场,在某些情况下,这些贸易措施也可以用来留住外国直接投资。还有些贸易措施通过鼓励或支持出口、或相反为国家安全等理由限制出口来影响外国直接投资流动。

从近几年的发展来看,在有关的贸易措施中,区域性自由贸易协定的增长,扩大了其对外国直接投资的影响,原产地规则以及国家技术标准等措施对投资的影响也增强了。这里仅介绍区域性一体化及其原产地规则这两种最为重要的措施。

1. 区域性的自由贸易协定

区域性的自由贸易协定或区域经济一体化是战后世界经济发展的一个重要特色。目前世界上比较成功、比较紧密因而比较典型的区域性集团主要有:欧洲联盟、北美自由贸易区(美国、加拿大、墨西哥)、南锥体共同市场(阿根廷、巴西、巴拉圭与乌拉圭)、东南亚联盟(新加坡、马来西亚、泰国、菲律宾、越南等)。此外,近来

---

[99] 参见余劲松:"论'与投资有关的贸易措施'",载《中国法学》2001年第6期。

[100] See UNCTAD, Investment-Related Trade Measures, pp. 3-4, United Nations, 1999.

发展的较松散的区域性集团还有“亚洲和太平洋经济合作区”(APEC)。其中以欧盟和北美自由贸易区影响最大。

自由贸易区或区域经济一体化促进了区域内的贸易自由化,这种区域自由化对于推动更大区域乃至全球经济一体化有着积极的作用。因此,GATT 规定,关税联盟或自由贸易区所实行的特惠制,属多边贸易体制中最惠国原则的例外。根据 GATT 第 24 条规定,总协定不妨碍关税联盟或自由贸易区或为成立关税联盟或自由贸易区而订立的临时协议的安排,只是要求这类联盟或临时协定对非缔约国所实施的关税和其他贸易规章,大体上不得高于或严于未建立联盟或达成临时协议时各组成领土所实施的关税和贸易规章的一般限制水平。这样,区域一体化措施可以与 GATT/WTO 多边贸易体制长期并行共存。

但是,这类协定可能构成最重要的“与投资有关的贸易措施”。从投资的角度看,这种区域化措施可能会对投资的规模与流向产生重要影响。这些区域贸易协定允许成员国规定和实施非最惠国待遇的,仅对区域内营业的企业有利的贸易措施。这种措施有着封闭性、排他性的特点,这种封闭性和排他性造成了区域内外的差别待遇。由于区域内实行贸易与投资优惠,形成了较好的投资环境,因而有利于吸引外国投资或将投资留于区域内。例如欧盟的形成与发展就促进了其成员国在欧盟内的投资,欧盟外的企业也增加了其在该区域内的投资。北美自由贸易协定(NAFTA)建立的贸易墙也产生了类似的情势。但在世界投资总量不变的情况下,它们吸引的投资越多,那么流向别的国家的投资就会相应地减少。因此发达国家所采取的关税联盟或自由贸易区措施越成功,流向其区域的外资就越多,流向发展中国家的外资就会减少,从而可能对发展中国家的经济发展带来消极影响。

因此,对于发展中国家来说,也应注意采取区域性合作的方式,建立互惠的区域性合作体制,创造良好的投资环境,吸引外资,促进本区域经济的发展。对于国际社会来说,今后应努力的目标是,使关税联盟或自由贸易区逐步降低和取消对非成员国的关税和非关税壁垒,缩小区域内外在商品、服务、资本流动方面的差别待遇,注意与不同区域间、区域内外的合作,使区域一体化不至于成为一种实施贸易保护主义的造成不公平投资机会的工具或区域壁垒,而是向着有利于促进全球一体化的方向发展。

2. 特殊优惠区原产地规则

产品原产地标准直接关系到产品的“国籍”及所享受的待遇。因此,原产地规则不仅可作为限制进口,保护国内产业和市场以及促进出口的重要手段,而且也可作为吸引和利用外资的重要工具,“是一个背后隐藏着巨大经济利益的政策性问题”。[101]

---

[101] 张玉卿、徐进亮:“转向主动管理——我国现行货物原产地规则缺陷及完善”,载《国际贸易》2000 年第 5 期。

原产地规则有两类，一是依最惠国待遇普遍适用的一般原产地规则；二是仅适用于特殊优惠区（关税联盟或自由贸易区）的原产地规则（以下简称为特惠原产地规则）。在区域性贸易协定中，特惠原产地规则通常比一般原产地规则要严格的多，并通常是借助于辅助标准来形成其严格的规则的。其主要原因在于区域协议的缔约国希望借助严格的原产地规则使贸易优惠的利益不至于扩及区域外的国家。[102] 这以欧共体和北美自由贸易区的做法最为典型。

特殊优惠区原产地规则可能或多或少具有保护主义色彩，并随之影响外国直接投资的流动。例如，欧共体1989年的决定要求，半导体产品若要避免14%的关税，则其晶片制作阶段就必须在欧共体进行。这一措施是欧洲半导体制造业中外国直接投资增长的一个重要因素，尽管其生产成本相对美国或亚洲而言还要高些。英特尔公司扩大其在欧洲的投资决定就是受此措施的影响，为适应符合这一新标准的需要而作出的。北美自由贸易区在高技术产品中的原产地规则对外国直接投资具有相同的影响。美国电话电报公司（ATT）将其电信设备的生产从亚洲转移到墨西哥，就是为了获得北美自由贸易区的贸易利益而不得不满足协定规定的至少9/10的印刷电路板应在该区域内装配的要求。佳能公司在美国的一个新复印机厂投资1亿美元，而不是在成本较低的中国或马来西亚建厂，其原因就在于北美自由贸易区关于复印机的特殊的原产地规则要求有约80%的当地附加值。[103]

特惠原产地规则虽对特惠区吸引外资有利，但从整体来看，它会影响国际投资的流向，对其他国家的贸易和投资可能会产生不利影响。因此原产地规则也需要多边贸易体制予以规制。目前WTO《原产地规则协议》所规定的仅是一般原产地规则，没有将特惠制原产地规则包括在内。作为关税同盟或自由贸易区中的一项重要制度，特惠原产地规则也与关税同盟或自由贸易区一道，成为GATT的例外而不受GATT规制。今后WTO应考虑采取有力措施简化、协调、统一特惠原产地规则，并使之合理化，从而促进形成公正的、无差别待遇的国际贸易与投资环境和秩序。

由上可见，贸易措施如果不考虑对投资的影响，对有关国家乃至整个世界的投资及经济发展就可能会产生某些负面影响，导致国家间投资与发展机会的不平等。例如，发达国家采取的某些贸易措施可能在有利于其贸易发展的同时，也有利于吸引投资，从而造成流入富国的外国直接投资越来越多，而流入穷国的外国直接投资却越来越少，导致整个世界经济发展的不平衡。虽然某些贸易措施已受到WTO有关协议的制约，但这些制约措施可能并未从投资的角度加以考虑。因此，对“与

---

[102] See J. Jackson, etc., Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations, third edition, p. 481, (1995).

[103] See, UNCTAD, ib.

投资有关的贸易措施”,国际社会应予以协调、规范和调整,使贸易措施有利于促进投资的国际自由流动,促进资源的合理配置,特别是能促进发展中国家外贸增长和吸引更多的外国投资,从而促进世界经济的整体发展。这应该是对贸易措施进行国际调整时所追求的重要宗旨和目标之一。

第四节 国际社会关于跨国公司和国际投资立法的努力

自20世纪70年代以来,国际社会一直在致力于制定关于外国投资与跨国公司的国际规范,包括联合国跨国公司行为守则,世界银行关于外国投资的指南,经合组织草拟的《多边投资协议》以及联合国的《全球契约》与《工商企业与人权:实施联合国“保护、尊重和救济”框架的指导原则》等。虽然有的后来被搁置起来了,有的不具有法律拘束力,但这些文件对于未来关于投资的国际法制的发展具有重要意义,因此,在这里对其作一介绍。

一、联合国的跨国公司行为守则

(一)制定行为守则的背景

跨国公司是国际投资的重要主体,它们在资金、技术和管理上均具有较大的优势,对发展中国家和发达国家的经济发展具有重要的影响和作用,因而日益受到国际社会的广泛关注。

对于发展中国家来说,跨国公司前来投资,无疑有助于促进其经济发展。但另外,跨国公司也可能具有某些消极影响,例如,跨国公司可能滥用转移定价逃税,从事各种限制性商业行为,甚至干涉东道国的内政,等等。对于跨国公司的各种不当行为,单个国家的法律还不能有效地对其予以管制,而且,由于各国有关的法律规定很不一致,为跨国公司规避有关国家的法律管制提供了可钻的空隙。鉴于在管理跨国公司的行为方面的困难,广大发展中国家都希望制定跨国公司行为的国际守则,加强国际协调与合作,以对跨国公司的活动予以有效管制,使跨国公司遵守所在国的法律、条例和政策,充分公开情报,保护环境、保护消费者的利益等。

对于发达国家来说,作为跨国公司的母国,最为关注的并非是如何管制跨国公司的问题,而是建立关于跨国公司的公平和公正的待遇标准,以保证跨国公司的投资安全与利益。因此,发达国家也希望制订一套行之有效的国际规范,以建立一个世界性的有利于外国直接投资的国际环境。

在国际上,尽管以前曾对制定国际投资法典提出了各种方案,但这些方案主要是反映发达国家的观点和利益的,无法为国际社会接受,因而,在国际投资领域没

有普遍接受的国际实体法规范性文件。许多国家为了保护国际投资，只好借助于双边投资保护协定或区域性条约。但双边投资条约通常不规定跨国公司的行为准则，并限于两个国家的特殊情势，无法形成较为平衡的具有普遍性、综合性的关于直接投资的国际制度。这一状况与国际社会关于促进国际投资、加强国际经济合作的要求是很不相适应的。为了适应国际社会的需要，也必须制定关于跨国公司的行为守则，以便为促进跨国公司和国际投资在经济发展中发挥应有的作用提供一个稳定的、可预见的、明确的国际制度。而且这种制度应能反映国际社会绝大多数成员的意志和利益，以国际社会的共同利益为基础并以促进这种共同利益为目的。

在此情况下，建立关于跨国公司行为的国际规范被提上了国际社会的议事日程。1972 年经过联合国经社理事会的一致同意，决定研究跨国公司对世界发展和国际关系的影响，1974 年 12 月经社理事会通过决议，成立跨国公司专门委员会，并设立“跨国公司中心”作为其业务执行机构，提出把拟订跨国公司行为守则列为优先项目。1975 年该委员会建立了行为守则政府间工作组，负责守则的拟订工作。具体拟订工作从 1977 年开始，到 1982 年，政府间工作组向委员会第 8 次会议提交了一份关于守则草案的报告。工作组对守则的大部分规定都达成了一致，但有许多关键的未决问题。自 1983 年以后，跨国公司委员会每年召开会议，谈判守则草案的案文，并在许多方面取得很大进展。1990 年 5 月 21 日委员会主席提交的一份建议案文是守则草案的最后版本。[104] 此后虽继续努力修改守则草案，但多年来谈判实际上处于僵局，因为资本输出国和 77 国集团对于守则的内容、法律地位，与一般国际法的关系等问题的态度很不一致。1992 年 7 月守则的谈判停顿了下来，从 1993 年起，关于跨国公司的事项移交给联合国贸发会议。此后，守则一事就搁置了下来。

（二）跨国公司行为守则的主要内容

《行为守则》草案包括 6 个主要部分：（1）序言；（2）定义和适用范围；（3）跨国公司的活动与行为；（4）跨国公司的待遇；（5）政府间合作；（6）守则的实施。守则草案的序言规定，守则的目标是尽量促使跨国公司对经济发展和增长作出贡献，尽量减少跨国公司活动的消极影响。关于跨国公司的定义，旨在包括通过附属公司或实体在两个或两个以上国家的任何领域里从事跨国经营的所有企业。至于这些企业是私营的、国营的还是公私合营的则都不重要。该定义也强调了构成整个企业的各种附属公司与实体间联系的重要性，其核心是存在一个决策网，从而能使一个实体对其他实体的活动产生重要影响。

守则草案关于跨国公司活动方面的规定基本上是成功的。这一部分包括三个方面：一般性和政治性问题，经济、财务和社会问题，信息披露。大部分规定已达成

---

[104] 1990 年的建议案文见 UN Doc, E/1990/94 of 12 June 1990。

一致。

然而,守则草案关于跨国公司待遇这一部分的规定则存在着严重分歧。这一章分为四个部分,分别论及所在国对跨国公司的一般待遇,国有化和补偿,管辖权和争议解决。本章的中心是确立判断东道国对跨国公司待遇的适当和合法的标准。因为这些问题在国际经济关系中是最有争议的问题,同时也因为第一次在普遍性多边机构中试图对共同标准作出规定,因此,许多问题仍是悬而未决的,其中,最关键的仍是涉及国际法或国际义务的问题。

1. 东道国对跨国公司的一般待遇

国家有权对跨国公司进入本国开业进行管制,成员国之间对此已达成一致。这是符合国家主权原则的。这一权利包括确定跨国公司在其经济与社会发展中可以发挥的作用,以及禁止或限制跨国公司在特定部门活动的权利。

发达的市场经济国家坚持在守则中规定跨国公司的待遇标准。守则规定,"跨国公司在所在国应获得公平和公正待遇"。对此已达成协议。"公平和公正待遇"可理解为排除不公平的歧视。

与这一问题有关的是国民待遇标准问题。在这方面,大家都同意,该待遇标准应受维护公共秩序和保护国家安全的制约,应与一国的宪法相一致,对发展中国家为保证实现其所宣布的发展目标而确定的法定措施不应造成损害。但是发达的市场经济国家争论说,这一规定应是十分灵活的,以便让跨国公司得到优惠待遇。发展中国家争论说:对跨国公司给予优惠待遇问题是每个国家当局自由裁量权内的事,不应把它作为一般国际标准。这一问题仍未得到解决。

此外,这一部分还规定,尽力确保国家政策、法律和条例的清楚明晰和稳定,在变更这些法律、条例时,要适当考虑到有关各方,包括跨国公司在内的合法权利;东道国应对跨国公司提交的资料,保护其机密性;为达到上述培训东道国管理和技术人员及聘用其国民的目的,应为跨国公司在各个实体间调动所雇东道国国民提供方便;以及关于跨国公司自由转移与其投资有关的款项问题。对最后一条的规定尚未达成协议。一方面,能自由地无限制地转移由其投资产生的收益以及与投资有关的其他款项,是外国投资者的主要目的;另一方面,许多东道国政府不愿放弃其管制其外汇资源使用的权力。为此,发展中国家反对把这一规定包括在内,或者它们要求使这种转移受国内法的制约。发达国家则愿意接受上述基于国际收支规定的一般限制,或者,以这种转移应受东道国政府在特殊的国际收支困难时在合理的期间里实施限制的制约为条件。

2. 国有化和补偿

如何处理国有化和补偿问题,是发展中国家和发达国家关系中的最困难的问题,因为,长期以来各国对这一问题有着重大分歧。在守则的协商过程中,对这一问题已取得显著的进展,在两个主要方面已经达成一致:第一,承认国家对其领域

内的跨国公司的财产有实行国有化或征用的权利;第二,实行国有化或征用的国家,对其举措承担补偿义务。但是,对于是否应在守则中规定补偿标准,特别是对于是否根据国际法支付这种补偿,则存在着分歧。

发达的市场经济国家坚持实行国有化的权利和支付补偿都要受国际法的要求的制约。发展中国家和社会主义国家则对这一领域中是否存在普遍接受的国际法原则提出质疑,它们特别拒绝发达国家关于国际法要求"及时、充分、有效"补偿的观点,为了解决这一问题,有的国家提出其他建议,如使用"可适用的法律规则"、"适当补偿"等。但是,如果关于国际法或国际义务的规定能达成协议,那么,国有化和补偿的争议也可以得到解决。

3. 国际法与国际义务

在行动守则中提及国际法问题是协商中讨论的主要问题。对于国际法的内容是否由于国际社会构成的变化而已经发生改变,以及如果发生改变,在具体问题上新的国际法规则是什么等,在国际法学家和政府间长期存在着争议。

经济合作与发展组织主张,作为判断调整跨国公司活动的国家行为和措施的合法性标准的国际法,不仅包括条约和协定,而且包括习惯国际法。该集团要求在守则论及对自然资源的永久主权、管辖权、合同的重新谈判、公平和公正待遇、国民待遇、国有化及补偿和解决政府与跨国公司间争议的程序的规定中,提及国际法。或者在守则中单独规定,在所有有关事项中都要适用和遵守国际法。

发展中国家及社会主义国家对关于跨国公司待遇的习惯国际法的具体准则的普遍认可或普遍效力表示怀疑,主要论点是,这些准则没有充分顾及到已扩大的国际社会的需要,这些原则是在大多数发展中国家处于殖民统治下时出现的,因而没有反映构成现在国际社会的多数国家的观点。因此,它们赞成一项折中的建议,即,要求遵守国际义务,而不是国际法。理由是,只有由条约、协定和根据国家明示同意的其他文件产生的义务才是这一领域中的恰当的国际标准。

但是,国际法和国际义务的术语都没有表明它们的明确内容,跨国公司中心的研究指出,国际法和国际义务是通用的,因为后者必然由主要渊源,例如条约、协定、国际协议以及国家实践派生出来。这样,考虑到国际规范、标准、规则或义务的逐渐发展的具有足够灵活性的表述,会对这一争议的解决提供比提及国际法或国际义务更好的前景。[105]

---

[105] See UNCTC, Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations (1985); Patrick Robinson, The Question of Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, UN Publication Sales No. E. 86 Ⅱ. A. 5; D. Vagts, The Question of a Reference to International Obligatinos in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: a Different View(1986), UN Doc. ST/CTC/SER. A/2.

4. 管辖权与争议解决

守则的这一部分包括国家对跨国公司活动的管辖权,管辖冲突,法律选择和争议解决的方法。每个题目都产生十分复杂的法律问题。此外,公司法中的有限责任概念也产生了复杂的问题,据此,股东(涉及跨国公司时通常是母公司)的责任仅以附属公司的财产为限。这常常排除将附属公司行为或不行为的责任扩及母公司实体,并限制母国或东道国就附属公司的行为对母公司实体行使管辖权。

守则规定,跨国公司的实体受所在国管辖,这是主权原则的符合逻辑的延伸。但对管辖权的术语还有争论,有的认为仅指法院的权力,有的依国家主权原则广义地解释,使在其域内经营的实体和发生的事件受其法律规则以及其法院的管辖。

关于国家与跨国公司实体间争议的解决,守则规定,除双方当事人间友好解决外,这种争议应提交主管国家法院或当局解决。但守则也规定,这种争议也可提交双方可接受的其他争端解决程序。

如合同当事人一方是跨国公司的一个实体,守则允许合同当事人选择合同可适用的法律和解决争议的方式,但以这种选择的效力可受有关国家的法律限制为条件。

当有关国家对跨国公司的管辖产生冲突时,守则促请有关国家以双边或多边的方式采用彼此可接受的原则和程序,在主权平等和尊重相互利益的基础上,解决这种冲突。

(三)守则的意义

已如前述,守则的谈判在1992年就停顿了下来,1993年自将跨国公司事项移交给联合国贸发会议以后,守则的谈判就再也没有被提起,国际社会经过十多年的努力拟定的守则草案最终没有成果,能否再将其提上议程已很难预期。

守则被搁置的原因,首先是某些重要问题无法达成共识,陷入僵局。由于在投资领域资本输入国和资本输出国利益冲突较大,双方对国际投资的一些重要法律问题的分歧也较大,所以战后虽对制定国际投资法典提出过多种方案,但最终都没有成功。此次守则的谈判最后未能取得进展,也是谈判各方对草案的几个主要的未决问题,如国际法标准、国有化补偿的标准、管辖权问题等,未能达成共识。这表明,要消除各方的对立和分歧,还尚待时日。

其次,20世纪90年代以后国际经济形势也发生了变化。80年代后期,发展中国家受债务危机的影响,经济发展不景气,为了吸引外资发展本国经济,不得不放宽对外资的管制,加强对外资的保护。另外,跨国公司在90年代后得到了更为迅速的发展,其对世界经济发展的影响也日趋增强。在跨国公司的推动下,经济全球化的步伐也加快了,而经济全球化必然要求贸易、投资更趋自由化。显然,在此情势下,要求保护投资的跨国公司及其母国的力量占了上风。世界银行1992年出台的外国直接投资指南就是发达国家强化投资保护的一个标志。此外,乌拉圭回合

的谈判也转移了国际社会的注意力。特别是发达国家借助于乌拉圭回合新议题的谈判,达到了守则谈判不能达到的效果。在此情况下,本来就对守则的制定持消极态度的发达国家,对守则的重开谈判似乎更没有兴趣。

然而,必须看到,守则虽然被搁置了起来,但国际社会为制定守则所作的十多年的努力并非是没有意义的。

首先,守则草案涉及的关于跨国公司活动的管制仍是国际社会亟待解决的问题之一。跨国公司在全球从事跨国经营活动时,对东道国的经济发展既有积极作用,也有消极影响,因而需要对其活动进行管制。由于单个国家无法对跨国公司予以有效管制,这就必然要求国际社会对跨国公司的行为予以规范。因此从国际层面上对跨国公司的行为予以规范,仍是国际社会面临的一项重要的、不可回避的任务。

其次,守则草案中已达成共识的部分,对于国际社会成员立法具有重要参考价值。对于跨国公司的一些具有消极影响的活动,许多发展中国家还缺乏经验和必要的措施来对其进行管理。守则在谈判的过程中,在关于跨国公司活动的管制方面,如管制限制性商业惯例、防止滥用转移定价,反对违禁支付,保护消费者利益和环境保护等,均做了规定,且许多规定已达成一致。这些规定对于发展中国家关于跨国公司的立法还是很有指导意义和参考价值的。

最后,守则草案为未来多边投资协议的谈判奠定了基础。已如前述,在国际投资领域,直到目前为止,还没有一部在实体上全面调整投资关系的普遍性的国际公约。随着经济全球化的发展,制定一部能反映国际社会绝大多数成员的意志的多边投资协议将一定会再次提上议程。守则对于未来多边投资协议的谈判也具有重要影响。例如,若要使未来的多边投资协议能为国际社会普遍接受,就必须协调和平衡各方的权利义务,不能仅强调某一方的权利而不谈义务,守则草案对跨国公司与东道国两方面的义务均予以规范的做法具有借鉴意义。此外,守则草案毕竟是国际社会经过十多年谈判的产物,许多问题已达成共识,只有几个关键的问题还需要进一步磋商和协调,因而它为未来多边投资协议谈判提供了一定的基础。

二、世界银行关于外国直接投资待遇指南

1991 年春,世界银行和国际货币基金组织联合设立的发展委员会就认识到,需要制定一个整体法律框架,以促进外国直接投资。这一任务由世界银行集团总裁指派的一个工作小组承担,1992 年该小组向发展委员会提出了报告和《指南》。[106]

---

[106] See Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment Issued by the Development Committee, ICSID Review, 7 Foreign Investment Law Journal, No. 2(1992), p. 297.

(一)《指南》的性质与作用

根据工作组的报告,该《指南》至少在两个方面与联合国跨国公司中心的任务不同。其一,它只涉及用来指导针对外国投资者的政府行为的一般原则,而不包括外国投资者的良好行为规则问题,其目的是避免与跨国公司委员会的工作相重复。其二,它的目的不是编纂须达成一致的、具有约束力的国际法规则,而是提出力图反映在促进外国直接投资方面普遍接受的国际标准。

该《指南》是没有法律拘束力的,但它仍然具有十分重要的意义和作用。工作组认为这样的《指南》可以有力地影响这一领域中国际法的发展。其报告说,《指南》中的某些标准,反映了现代国际法中正在出现的而不是既定的标准。至于哪些标准是正在出现的国际法标准,哪些是既定的规则,报告未予说明。该报告认为,若国家的实践与所推荐的《指南》保持一致并确信其具有约束力,那么该《指南》肯定能影响习惯国际法的发展。[107] 《指南》的序言明确指出,该《指南》不是最终标准,而是普遍接受的国际标准发展进程中的重要的一步,它可以补充双边投资条约。例如,若双边条约等对于《指南》规定的事项未予规定或未予表明态度,那么,该《指南》在此情况下就可以发挥作用。而且有利于推进在双边条约的谈判过程中,将《指南》的标准融进条约中去。该《指南》今后若为世界银行集团等重要的国际经济组织所采用,以及被发达国家用来作为双边投资条约谈判的基础,就会对国际社会产生重要影响。

(二)适用范围

该《指南》可被世界银行集团成员国和其他国家用来吸引外资。它既可用来补充双边或多边条约,也可作为关于外国投资的国内立法的一个渊源。

该《指南》是拟适用于外国私人投资的,但它同样也可适用于由外国公共实体(如外国国家企业或政府间组织)所作的投资。同时,《指南》对所涉投资的性质也未予限制,因此它既可适用于直接投资,也可适用于间接投资。不过,必须明确的是,该《指南》仅适用于善意(bona fide)投资,即完全遵奉东道国的法律和规章所进行的投资。这一规定使指南易于为东道国所接受,因为这意味着东道国可以调整关于外资进入的要求或附加某些条件以清除外国投资的不利影响。

(三)外资准入

《指南》第二部分关于外资准入方面的规定主要包括三个方面。

首先,该《指南》力图排除关于外资进入的烦琐的规章。为了鼓励外国投资,各国应给外资的进入和开业提供便利,避免对外资的进入规定烦琐或复杂的程序或附加不必要的条件。这种做法已为许多国家所普遍接受。

---

[107] Report to the Development Committee on the Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, 7 ICSID Rev. ,No. 2,p. 315.

其次,《指南》将开放外资准入作为外资立法的目标。《指南》肯定各国有权制定关于外资进入的规章,但同时认为,用来作为外资准入条件的某些履行要求经常是起反作用的,而开放外资准入是更有效的方法。该《指南》进一步解释说,对外资准入附加某些履行要求会阻碍投资或鼓励滥用,而对外资准入采取限制性列举(即列举禁止、限制、允许外国投资的部门)方法更为可取。这一规定在很大程度上反映了以美国为首的资本输出国的立场和态度。

最后,《指南》也规定了关于外资自由准入的例外,可拒绝外资进入的第一个例外是对国家安全的威胁,但国家安全要求必须予以"明确地限定",以防解释过宽。第二个例外是由于国家的经济发展目标或国家利益的需要而保留给东道国国民的部门。此外,由于公共政策、公共健康和环境保护等原因而适用于国内投资的某些限制也同等地适用于外国投资。

(四)外国投资的待遇

《指南》对外国投资首先采取了"公平和公正"的待遇,这一待遇标准在一些多边协议和双边条约中均已采用。同时《指南》也规定了国民待遇和平等待遇。关于外国投资者的人身保护和安全、财产权益、许可证的给予等事项,应实行国民待遇;至于其他事项,则不应根据国籍之不同在外国投资者间实行差别待遇。

《指南》对资金的自由汇出给予了特别关注。对于外国投资的利润、外国职员的工资和存款、所支付的与投资相关的债务额、作为战争损失或类似损害对外国投资者支付的补偿金额以及外资资产清算后的净收益及其增值部分,《指南》规定应允许自由地转移至境外。仅仅对于资产清算后的收益的汇出或转移,允许在国家面临外汇短缺的例外情况下,在一定期限内分期转移,而且分期转移的期限最长不得超过五年。这种无限制的转移或汇出的标准比许多双边投资条约中规定的标准要求更高。

此外,该《指南》还规定了贿赂问题。它要求东道国在与外国投资者打交道时,采取适当的措施预防和控制贪污腐败的商业行为,提高责任感和透明度。它还要求东道国与其他国家合作以发展处理这一问题的国际机制。

《指南》对于税收豁免及税收鼓励问题也提出了"最佳实践"的建议。该《指南》对国家间竞争性地给外国投资者提供税收豁免之类鼓励的做法持不赞同的态度,认为实行合理的和稳定的税率较之免税及不稳定的或高税率可提供更好的鼓励。

(五)征收和单方面改变或终止合同

关于征收的条件,《指南》基本上是采取发达国家传统的观点。它规定,除非依据可适用的法律程序、为了公共目的、不根据国籍实行歧视以及支付适当补偿,否则国家不得征收外国投资。有学者认为,这种否定的表述方式没有突出国家征收外国财产的权利,若采用肯定国有化权利的表述方式可能更易于为有关国家所

接受。[108]

关于征收补偿,《指南》是采用发展中国家主张的"适当"补偿,而不是发达国家主张的"及时、充分、有效的补偿"的赫尔(Hull)公式。然而,工作组的报告认为这两种方式并不是相互排斥的,例如,及时、充分、有效的补偿可能是最适当的补偿。于是该《指南》规定,如果对被征收的特定投资的补偿是及时、充分、有效的话,那么就可认为该补偿是适当的。这实际上是将"适当"补偿重新定义为"及时、充分、有效的"补偿。而充分补偿又被规定为公平的市场价值,《指南》并接着对各种不同的评价方法进行了解释。有效的补偿则指以可兑换的货币支付补偿。"及时"则指在正常情况下无延迟地支付;不过,在国际收支困难时可以延迟分期支付,但利息照付。

《指南》认为,在为进行经济和社会改革而实行大规模的国有化的情况下仅需支付部分补偿,但它将这种改革限于由革命、战争和类似的紧急例外情况下产生的情势,这种例外似乎不适用于正常的政治进程中发生的社会改革。在此例外情况下,补偿可通过东道国与投资者母国间协商确定。

对于东道国改废其与外国私人投资者间合同的问题,《指南》依所基于的理由之不同而加以区别。若东道国出于非商业原因(如国家作为主权者而不是作为订约方)单方面改废合同时,则依《指南》予以补偿;若国家出于商业原因(仅作为订约方)毁约,则应依可适用的合同法确定其责任。这种两分法使国家契约的问题更加复杂化了。

(六)争议的解决

《指南》规定,投资争议可通过多种途径解决。解决争议的首要方法是协商。若协商不成,可通过国内法院和独立的仲裁来解决。《指南》鼓励各国采用解决投资争端国际中心(ICSID)仲裁的方式。但是《指南》对于提交仲裁前是否要用尽当地救济的问题未予规定。

由上可见,与联合国跨国公司行为守则不同,世界银行的这一《指南》侧重于对外国投资的保护,并主要反映了经济发达国家关于外资保护的理论与实践。该《指南》对于外资保护的国际法律规范的发展具有重要的影响。不过,为防止将《指南》作为干涉有关国家国内政策的手段,世界银行的报告强调,该《指南》不构成世界银行贷款的条件限制或起立法作用。因此,背离该《指南》中规定的标准,对国家从世界银行取得贷款没有任何财务金融方面的影响。

三、经合组织的《多边投资协议》

经合组织(OECD)于1995年9月开始制定《多边投资协议》(MAI),经过三年多的谈判,最终因内部意见分歧而流产。尽管MAI的制定未能取得成功,但它对

---

[108] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (1994), p. 220.

未来关于投资的国际立法将具有重要影响。

经合组织当初拟定 MAI 时，就旨在制定一部关于投资制度的自由化和投资保护方面高标准的、范围广泛的国际投资多边框架协议，并从一开始就将它设计为一个开放性的协议，即它的成员不限于经合组织成员，还向发展中国家开放，其目的是借助于发展中国家的加入而扩大其影响，使之逐步成为一个具有普遍性的条约。协议的谈判虽然失败了，但一些发达国家支持将投资协议的谈判移交给世贸组织。一旦多边投资协议谈判纳入 WTO 的议程，发达国家必然会坚持将经合组织的协议草案作为谈判的基础，以便使未来的国际投资协议（IIAs）能在最大程度上反映其意志和利益。

MAI 反映了以美国为首的发达国家关于投资问题的一贯性的主张，在投资自由化和投资保护方面采取了高标准。这主要从以下几个方面看：(1)适用范围。MAI 所适用的投资，既包括直接投资，也包括间接投资。其关于投资的定义中，明确将债券、贷款和其他债务形式以及由此产生的权利包括在内。(2)外资待遇标准。在最惠国待遇和国民待遇方面，MAI 扩大了其适用范围，这表现在它不仅适用于本国投资者，而且也适用于外国投资者；不仅适用于投资的经营阶段，如投资的管理、运营、使用、维持等，而且也适用于投资的准入阶段，包括设立、并购等；不仅包括法律上的待遇，而且也包括事实上的待遇。同时，与美国式双边投资协定相似，MAI 也规定了绝对待遇标准。(3)投资的自由化。这主要表现在 MAI 要求取消：①与贸易有关的要求，包括出口与销售的比率、国内成分、当地购买、内销与出口的比率等要求；②技术转让要求；③公司总部的设立地点要求（要求将公司总部设在当地）；④研究与开发要求（如要求在当地的研发达到一定的比值）；⑤国民的雇佣；⑥股权参与的最小和最大的比例等。其中①项所列的与贸易有关的履行要求是禁止采用的，无论其是强制性的还是与投资激励措施相联系的，其他的履行要求，如果是自愿性的并与获得利益相联系，则是允许的。除履行要求外，MAI 还涉及投资激励、私有化、劳工标准和环境保护等问题。(4)投资保护。MAI 对投资提供了强有力的保护。例如，关于征收和补偿，MAI 规定，除非出于公共利益的目的、在非歧视的基础上、根据正当的法律程序以及给予及时、充分和有效的补偿，否则不得对投资者的投资直接或间接地实行征收或国有化，或采取具有相同效果的任何措施。这典型地体现了发达国家关于征收和补偿方面的传统国际法观点。此外关于战争和内乱、支付转移方面的保护也都是从发达国家的利益出发，实行高标准的保护的。(5)投资争端的解决。MAI 规定以协商、调解、仲裁等方式解决国家与国家之间、投资者与国家间的投资争端，但对于投资者与国家的争端，允许提交给第三方仲裁。

但是，对 MAI 的条文也仍存在许多争议，其异议不仅来自于经合组织成员内

部,而且也来自于非政府组织。[109] 这里仅选择介绍其中几个主要问题。(1)MAI规定国民待遇和最惠国待遇适用于外资准入阶段,同时允许各国提交保留的除外清单。但由于各国提交的例外清单的数量和性质会有很大的不同,这就会提出各国的义务如何平衡的问题。(2)MAI规定的履行要求较为广泛,这在大多数经合组织成员内没有多少争议,但有些成员考虑到MAI所施加的是一种绝对义务,因而采取谨慎态度。此外,非政府组织认为,这一规定具有侵蚀东道国管制能力的效果,从而引起社会争论。(3)关于间接征收的规定,也受到来自非政府组织的强烈反对。这种异议是在美国和加拿大间就《北美自由贸易协定》产生的几个案例后所引发的。例如,在Ethyl案中,当加拿大议会基于环境和健康原因禁止在加拿大各省间进口和交易Ethyl公司生产的燃油添加剂时,这个基地在美国的公司对加拿大提起了诉讼,要求损害赔偿。该公司声称,加拿大违反了其在《北美自由贸易协定》项下关于征收和补偿、履行要求和国民待遇的义务。[110] 这使非政府组织认为,MAI关于间接征收的规定可能会导致将个人的财产权置于社会为环境目的而进行管制的权利之上。非政府组织还认为,这一规定可被解释为,凡具有限制投资营利能力效果的管制措施都可能被视为间接征收行为;这样的解释会有效地废弃政府的许多管制行为。(4)关于投资者与国家间的争议允许通过第三方仲裁的规定,也受到质疑。有的国家原则上对其持反对态度,认为它会给予外国投资者在有关国家的管辖权外对东道国依据MAI采取的决策提出异议的特权,而这种特权是内国投资者不能得到的。这一观点后来被一些非政府组织采纳,并用来作为反对MAI的主要理由之一。

MAI的流产给今后国际社会关于国际投资协议的谈判提供了一些经验和教训:[111] 第一,由于外国直接投资问题与国内政策交织在一起,因而进行国际投资协议的谈判需要进行详尽的研究和调查。第二,在谈判方式上,所涉的国家越多,越应采取有节制的、渐进的方式;所涉议题不宜太广,否则成功的可能性就不大。从双边、区域性到多边谈判不仅仅是个数量上的变化,而且是质的变化,因为它具有国际立法的特点,因此,不能认为有了双边投资条约网络就表明国家已作好了进入区域性或国际性投资立法的准备。同时,只有经过当事方广泛的磋商和交流,才有可能形成各方均能接受的国际规则。第三,在内容上,国际投资协议应适当地考虑国家的政策,要反映权利和责任的平衡,否则就不会被普遍接受。由于多边协议所包含的义务在一定程度上限制了缔约方的自主权,因此,应采取灵活性的规定,使国家能根据其特殊需要和特殊条件实现其发展目标。同时,协议越是超出促进和

---

[109] See UNCTAD, Lessons From the MAI, United Nations 1999.

[110] Ibid.

[111] Ibid.

保护投资的范围，特别是试图将投资自由化的义务包括在内，谈判就会越复杂，渐进的自由化可能更易于被接受。第四，谈判的程序应该透明，透明度在获得必要的支持和更具合法性方面起着关键性的作用。因此，应通过合理的机制让有关利益各方，包括民间社会成员，从一开始就能参与讨论和协商。总的来说，从 MAI 的谈判可见，今后若要制定国际投资协议，就必须注意全面考虑上述因素，特别是要考虑和照顾到发展中国家的意志和利益，要注意权利和义务的平衡，使协议能为国际社会普遍接受。

四、联合国关于企业与人权方面的指导原则

企业在发展和追求利润的过程中，可能会对人权、环境、劳工权益造成不利的影响。虽然联合国制定跨国公司的行为守则的努力失败了，但自 20 世纪 90 年代以来，企业，特别是跨国企业在全球迅速扩张，引起了人权、环境领域对于企业与人权问题的广泛关注。在联合国层面上，专门针对企业和人权的有两项措施具有重要意义。

（一）《全球契约》

联合国秘书长安南在 1999 年 1 月世界经济论坛年会上，要求世界企业领导人成为好全球公民，并提出了走向新世纪的“全球契约”（Global Compact）。全球契约行动于 2000 年 7 月 26 日在联合国总部正式启动，其目的是通过集体行动的力量，推动企业负责任的公民意识，从而使企业界参与应对全球化的各项挑战。“全球契约”要求企业在各自的实践中接受和执行许多世界上普遍接受的价值观和原则，并明确提出了关于人权、环境、劳工和反腐方面的 10 项原则：[112]（1）企业应在其影响力范围内对保护国际人权给予支持和尊重；（2）企业应保证不与践踏人权者同流合污；（3）企业界应支持结社自由及切实承认集体谈判权；（4）消除一切形式的强迫和强制劳动；（5）切实废除童工现象；（6）消除就业和职业方面的歧视；（7）企业应支持采用预防性方法来应付环境挑战；（8）采取主动行动，促进在环境方面采取更负责任的做法；（9）鼓励开发和推广不损害环境的技术；（10）反对各种形式的腐败，包括索贿和贿赂。

全球契约是个自愿性的关于公司公民资格的倡议（initiative），其目标有两个：一是使 10 项原则在世界商业活动中成为主流；二是促进支持联合国目标的行为。全球契约旨在推动形成“共同的价值和原则，这些价值和原则将赋予全球市场一张人类的面孔”，[113] 推动建立稳定的全球社会和全球经济的基础。

安南秘书长要求企业领导人加入“全球契约”，与联合国机构、劳工与民间社

---

[112] 全球契约的原则原为 9 项，2004 年又增加了一项反腐败的原则，现为 10 项。

[113] Annan, Kofi, A Compact for the New Century, United Nation, 1999. http://www.un.org/paatners/business/davos.htm.

会一道,支持人权、劳工与环境领域的10项原则。凡愿参加"全球契约"的公司,必须向秘书长寄送一封信件,表示支持全球契约及其原则;自愿对其商业经营作出改变,以便使全球契约及其原则成为其战略、文化及日常经营的一部分;通过报纸、讲话等通信媒体公开支持全球契约及其原则;在其年度报告或类似的公司报告中,说明其支持全球契约及其10项原则的方式。现在,全球契约的参加者(包括公司、政府、国家劳工组织和民间组织等)已有一万多,包括来自145个国家的7000多家企业。

到目前为至,联合国的全球契约是国际社会在强化跨国公司社会责任方面采取的最为重要的一个措施,虽然它也是自愿性的,但它的确在建立国际社会共同的价值观和原则方面,迈出了重要的一步。

(二)《工商企业与人权:实施联合国"保护、尊重和救济"框架的指导原则》

2003年8月13日联合国促进和保护人权分委员会起草了《跨国公司和其他工商业企业关于人权责任的准则(草案)》(以下简称准则草案)。[114] 该准则草案主要是试图直接根据国际法,要求企业承担人权义务,义务范围与各国根据其所批准条约而接受的义务范围相同:"增进、保证实现、尊重、确保尊重和保护人权",广泛涉及人权、劳动、人道主义、环境、消费者保护和反腐败法律原则,也包括公司社会责任的最佳实践。但各利益相关方对此准则草案反响不一,争论的实质是,应否让工商企业直接承担人权保护的国际法义务。反对方认为,根据国际人权法,只有国家才负有保护人权的义务,让企业承担保护和促进人权的义务没有任何根据,草案所列的企业法律责任甚至超出了对国家适用的标准。

由于分歧较大,联合国人权委员会后来放弃了这一努力,转而寻求新的路径,让联合国秘书长指派一名特别代表,赋予其主要任务是确认和澄清现行标准和做法,此后人权理事会又请他提交建议。2008年6月,特别代表提出了他经三年的研究与协商后制定的"保护、尊重和补救"框架。

2011年6月16日,联合国人权理事会一致通过了《工商企业与人权:实施联合国"保护、尊重和救济"框架的指导原则》,[115] 为预防和应对工商企业侵犯人权问题提供了全球标准。这一"保护、尊重和救济"框架建立在三大支柱基础上:一是国家保护人权不受工商业企业在内的第三方侵犯的义务;二是企业尊重人权的责任;三是受害者获得有效的救济。

---

[114] Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, Sub - Comm´n Res. 2003/16, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/2003/L. 11, at 52 (2003), *available at* http://www. unhchr. ch/html/menu2/2/55sub/55sub. htm.

[115] UN Human Rights Council: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect, and Remedy" Framework, (R). A/HRC/17/31, 21 March 2011, New York.

根据国际人权法，国家有义务尊重、保护和实现在其领土或管辖范围内个人的人权，包括有义务保护人权不受第三方（包括工商业企业）侵犯。这就要求采取适当步骤，通过有效政策、法律、条例和裁定，防止、调查、惩治和补救此类侵犯行为。国家应明确规定对在其管辖范围内的所有工商企业在其全部业务中尊重人权的预期。

同时，工商企业也应尊重人权。这意味着企业应避免侵犯其他人的人权，并应在自身卷入时，消除负面人权影响。工商企业尊重人权的责任指的是国际公认的人权，在最低限度上，可理解为《国际人权宪章》以及关于国际劳工组织《工作中基本原则和权利宣言》中所载明各项基本权利的原则阐明的那些权利。尊重人权的责任要求工商企业：(1) 避免通过其本身活动造成或加剧负面人权影响，并消除已经产生的影响；(2) 努力预防或缓解经由其商业关系与其业务、产品或服务直接关联的负面人权影响，即使并非它们造成了此类影响。工商企业应制定与其规模和环境相适应的政策和程序，包括：(1)履行尊重人权的责任的政策承诺；(2)人权尽责程序，以确定、防止和缓解人权影响，并对如何处理人权影响负责；(3)补救其所造成或加剧的任何负面人权影响的程序。

若人权受到侵犯则应通过合法程序提供救济。作为其针对与企业相关的侵犯人权行为实施保护的义务的一部分，国家必须采取适当步骤，确保在此类侵权行为发生在其领土和/或管辖范围内时，通过司法、行政、立法或其他适当手段，使受害者获得有效补救。补救措施包括基于国家的司法机制、基于国家的非司法申诉机制以及非国家申诉机制的补救。

该指导原则得到了工商企业的欢迎，但也有人权组织批评其法律效果太弱。虽然说该指导原则没有强制的约束力，但它建立了一个国际社会可接受的商业与人权方面的框架，阐释了国家、企业各自的义务和责任，有助于进一步推进商业与人权问题的国际规范的发展。

五、构建可持续发展的国际投资法制

战后至90年代，国际投资的基本格局是，发达国家主要作为资本输出国而发展中国家则主要作为资本输入国，两大集团利益分歧与冲突比较突出。发达国家总是力图强化投资者保护制度，以便保护本国及其投资者的海外利益，因此，发达国家主导下的传统的国际投资规则片面强调投资保护，忽视投资东道国的发展需要和维护其主权和利益的政策空间。

进入21世纪后，国际经济局势发生了重要变化，发展中国家和经济转轨国家在更多的吸引外资的同时也在发展对外投资，而发达国家在国际投资合作中，也兼具资本输出国与投资东道国的双重身份，因此，无论是发达国家还是发展中国家，鉴于其国际投资的地位与作用的变化，对传统的投资规则的态度都发生了一些改变，即既要促进和保护投资，也要考虑东道国的主权和利益。同时，近些年来国际

社会面临的持续性的经济危机与紧迫的社会与环境方面的挑战,使得可持续的增长和包容性发展更为重要。因此,引导投资并确保其有助于实现可持续发展目标,对于世界各国尤其是发展中国家来说,尤为重要。

联合国贸发组织2012年提出了"可持续发展的投资政策框架",以便为决策者在制定国内投资政策和国际投资协定谈判时参考。[116] 今后国际社会面临的重要任务,就是为建设新一代的可持续发展的国际投资法制作出努力,从而建立新型的互利共赢的国际投资法律秩序。

新一代国际投资法制应以促进国际社会可持续发展为目标,应对传统的国际投资规则予以改革,兼顾资本输出国与资本输入国的利益、合理平衡投资者保护与东道国主权与利益。特别是以下重要事项上,新的投资条约应采取必要的改革和改进措施:

(1)在投资准入和投资自由化方面,应兼顾发达国家和发展中国家的利益,既要逐步减少投资准入方面的障碍和限制,同时,基于发展中国家的国际竞争力较弱的客观实际情况,也要考虑到发展中国家的发展战略,允许其采取逐步自由化的政策(包括实行有选择的自由化、允许有较多的例外和保留等),使其市场开放与其发展战略保持一致,并且在开放的同时也建立起适当的管理和制度框架,在开放和管理间实现平衡。对于较不发达国家,在准入前国民待遇以及产业例外方面,应允许采取特殊的差别待遇。

(2)在投资保护规则方面,新一代投资条约应强调缔约国的可持续发展,在投资者保护和东道国的管理权之间实现合理平衡。投资条约不能仅以投资保护为其宗旨和目的,而应将促进东道国可持续发展也包括在内;在保护投资者的权利的同时也应考虑规定投资者的义务,包括要求投资者遵守东道国法律,保护环境,尊重人权,遵守普遍适用的国际社会责任准则,并确保投资条约的规定与其他公共政策的互动和一致;投资条约在规定保护投资的义务的同时,也应通过设置国家安全例外、一般例外等例外条款,给缔约国预留政策管理空间;缔约国应通力合作,通过审查条约的功能或发布条约有关条款的解释等方式,解决在条约的解释和适用方面存在的问题,以及解决为数众多的投资条约间所存在的空白、重叠、不一致问题。

(3)在投资者与东道国的争端解决机制方面,也应采取改革或改进措施。实践表明,现行的投资者与东道国间的投资争端解决机制存在着某些缺陷,例如,仲裁庭对条约有关条款解释的不一致或作出出乎缔约国意外的解释,投资者非正当地利用这一机制、对东道国为公共利益采取的政策措施提出挑战,仲裁程序代价高昂且旷日持久,缺乏透明度等,导致一些仲裁庭在解释和适用投资条约规则时造成投资者与东道国权益保护的失衡。因此,新一代的投资规则应改进投资条约仲裁

---

[116] UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2012.

机制，其措施包括：限制同意提交国际仲裁的争端范围，鼓励采用选择性争端解决方法（ADR），增强透明度，鼓励仲裁庭考虑投资者的行为准则，限制利用投资者与国家间的仲裁机制并发挥国内司法制度的作用，规定国家进行反诉的可能，改革仲裁的矫正机制等等，以便促使投资者与东道国间的投资争端得到公正、有效地解决。

第五节　征收、国有化及补偿的理论与实践

国家出于公共利益的需要可以对其境内私人投资或财产实行征收或国有化，这一权利已为国际社会所承认。20 世纪 50 ~ 70 年代，不少新独立的国家为了彻底摆脱殖民统治，摆脱外国跨国公司的剥削、控制和干涉，纷纷采取了征收或国有化措施。自 80 年代以后，由于国际上新自由主义思潮占了主导地位，各国在经济上普遍放松了管制，投资也在逐步向自由化方向发展，在此背景下，对外资实行大规模的国有化和直接征收已经较少发生。不过，外国投资者对东道国的有关管理措施（regulatory measures）经常提出挑战，认为这些措施构成了间接征收。因此间接征收以及补偿问题成为近年来引人注目的问题。

一、国家实行国有化的权利

国有化，是国家对原属私人或外国政府所有的财产，采取的收归国有的强制性措施。国际法学会（Institut de Droit International）在 1952 年的会议上曾采取了如下定义："国有化是通过立法行为和为了公共利益，将某种财产或私有权利转移给国家，目的在于由国家利用或控制它们，或由国家将它们用于新的目的"。[117] 大多数学者并没有给国有化定义，因为他们认为国有化与征收是一致的，并不独立构成一类。沃特雷曾说，国有化是在其范围和程度上，而不是在法律性质上，与其他类型的征收不同。[118] 这一论点还是可取的。尽管征收和国有化有着区别，例如，征收是国家将所征收的财产作为它用，而国有化的目的是使其财产继续原来的用途；[119] 征收仅影响个别人的权利和财产，而国有化则是大规模地，并反映国家的社会经济结构的变化；[120] 但是，它们都是由国家采取的强制措施，都是将私人财产收归国有。因此，其法律性质是相同的。

---

[117] 转引自 Martin Domke, *Foreign Nationalization: Some Aspects of Contemporary International Law*, 55 *American Journal of International Law*, No. 3, 1961.

[118] B. A. Wortley, *Expropriation in Public International Law* 36 (1959).

[119] See S. Toriquian, *Legal Aspects of Oil Concession in the Middle East*, 171 (1972).

[120] See F. O. Vicuna, *Some International Law Problems Posed by the Nationalization of the Copper Industry by Chile*, *American Journal of International Law*, 720 (1973).

国家实行国有化的权利与保护私人财产权的理论和实践,是密切相关的。在西方,早在希腊和罗马时期,私人财产权就是一个重要的制度,并受到法律的保护。依罗马法的规定,私有财产所有权具有排他的、绝对的和永续的性质。但是罗马法对所有权的行使也给与了必要的限制。[121] 如为了公共利益,国家可以通过特别立法,取得私人财产,但财产所有人会就其损失得到充分赔偿。在学说上,法学家们以自然法学说来为私人财产所有权辩护。

罗马时期关于私有财产权的法律制度和学说对近现代西方各国的法律理论与实践均有重大影响。到了资本主义社会时期,资产阶级思想家从各种不同角度来论证私人财产权神圣不可侵犯。其中最有影响的是英国自然法学派的杰出代表洛克(Lock)。他声称资产阶级的私有财产是个人劳动的产物,任何东西只要掺进了个人的劳动,也就成为他所有的财产,并排斥了其他人的共同权利,夺走这种东西,就会对他的财产权造成损害。但他又认为,人们在自然状态中享有的权利是很不安全、不稳定的,因为缺少法律和公共权利。这就促使人们互相协议,自愿放弃某些权力,并把这一部分权力交给社会,其目的是为了保护其生命和财产以及为自己谋福利。社会或立法机关可以为"公众福利"而行使权力,但不能超出"公共福利"的需求。洛克的天赋人权思想在资产阶级革命时有很大的影响,并反映在1789年法国的"人权宣言"中。该宣言第17条宣布,"财产权是不可侵犯的、神圣的权利,因此,除非由于合法证明的公共需要明显要求的时候,并且在公正的、预付赔偿的条件下,任何人的财产权都不受剥夺"。美国宪法修正案第5条也规定,非经正常法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产;凡私有财产,非有公平赔偿,不得收为公用。

随着资本主义走向垄断阶段,又进而发展到国家垄断资本主义,资本主义国家的经济职能不断加强,并对经济生活开始进行广泛的干预,包括对私营企业实行国有化等。在这种情况下,私有财产神圣不可侵犯的原则已不符合需要了。一些资产阶级法学家也从所谓的社会利益等观点出发,论证个人必须服从社会规范,要保护社会利益。资产阶级国家在立法实践上也对"无限制私有制"加以限制,例如英国对其所需的土地和其他动产或不动产实行强迫转让制度。德国魏玛共和国初期就制定了一系列"社会化"法律,确认私人和企业可以通过国家征收、国家参与等方式实行社会共有。[122] "世界范围的比较研究表明,一方面,每个国家承认拥有财

---

[121] 参见周枏等:《罗马法》,群众出版社1983年版第153~171页。

[122] 陈盛清主编:《外国法制史》,1982年,第334~335页。

产的权利，另一方面，每个国家又承认个人的权利可以受到社会利益的限制。”[123]

现在，一国对其领域内的私人财产和外国财产实行国有化的权利，在国际社会里得到了普遍的承认。例如，美国政府在1948年9月7日给罗马尼亚政府的照会中，承认一国对外国财产实行国有化的权利。英国政府于1951年6月29日向伊朗政府递交的照会时宣称，“陛下的政府代表自己和该公司承认伊朗石油工业国有化的原则”。1956年8月2～24日在伦敦举行的苏伊士运河会议上，法国、英国和美国政府发布的联合声明，也并不对埃及对隶属其政权的资产实行国有化的权利表示怀疑。智利国有化时，智利和美国政府都承认国家对外国人财产国有化的权利。联大1962年通过的《关于天然资源之永久主权宣言》以及1974年通过的《各国经济权利义务宪章》等都对国家的国有化权予以充分肯定。[124]

问题是，国家实行国有化的权利是否应附加条件限制，西方国家在承认国家有实行国有化的权利的同时，又对这一权利提出种种条件或限制。违反了这些限制，国有化行为就是非法的。通常需具备的条件或限制有如下几点。

1. 公共目的和法律程序

西方国家及学者认为，动机和目的的是征收的必要组成因素，征收须是为了公共目的或公共利益，这是征收权力的法律根据，否则，就会涉及国家责任。常设仲裁院1922年在挪威求偿案（Norwegian Claim case）中解释征收权时，明确地限定，行使这一权力须为“公共目的”或“普遍福利”。在史密斯案（Walter Fletcher Smith case）中，仲裁人也强调了这一点。[125]许多条约中也把“公共目的”或“公共利益”作为征收合法性的要求。例如1954年10月美国和西德的条约中的规定；1962年联大通过的《关于天然资源之永久主权宣言》也规定要以“公用事业、安全或国家利益等理由为根据”。在许多国家的宪法里也有类似的规定。

此外，国有化和征收必须遵守正当的法律程序，否则该行为就是“专横的”，也要涉及国家责任。有人认为，征收在程序上可能产生拒绝司法，例如那种在本国国民和外国人间无理的歧视并损害后者的程序，以及严重的程序上的缺陷等。[126]

---

[123] Seidl－Hohenveldern, The Social Function of Property and Property Protection in Present－day International Law, in Kalshoven Frits, ed., Essays on the Development of the International Legal Order, 79 (1980).

[124] 联大的有关文件，见王铁崖、田如萱编：《国际法资料选编》，法律出版社1982年版，第20～22、797页；莫里斯·弗洛里：“外国私人投资”，载《外国法学译刊》，1982年第4期。关于苏伊士运河的声明，转引自Z. A. Kronful, *The Protection of Foreign Investment*, 22－23 (1972).

[125] See The Hague Court Reports (1932), p. 66; United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, pp. 917－918; See also F. A. Garcia－Amador, Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, 50, Dobby Ferry (1974).

[126] See F. A. Garcia－Amador, id., at 51.

2. 尊重国际条约和国家契约

西方国家认为,国有化应受国际条约和国家承担的契约义务的限制,协定必须遵守是国际法的一个原则,违反条约的征收是非法的。国际常设法院在乔佐工厂案(Chorzow Factory case)中就持这种观点。西方国家还认为,协定必须遵守还应适用于国家和外国人间的契约,因为,"由国家自由承担的契约义务,其约束力与条约义务是一样的。"[127] 在洛森格案(Losinger & Co.)中,1929 年的一个契约规定,由一家瑞士公司在南斯拉夫建造一条铁路,南斯拉夫后来制定了一个与该协议规定相反的立法,瑞士宣称:"协定必须遵守原则,不仅适用于由国家间直接缔结的协定,而且也适用于国家和外国人间订立的协议"。[128] 他们还援引捷克斯洛伐克诉美国无线电公司案、舒费尔多案、鲁道夫案等案例来为这一观点辩解。1958 年国际律师协会的一项决议也说,"国际法承认,协定必须遵守原则适用于国家间及国家和他国国民间的任何特别协议。因此,国家违反特定的国家契约征收私人财产,就是违反国际法。"[129]

3. 支付公正补偿

西方国家及其学者还把是否支付"公正"补偿作为判定国有化是否合法的一个标准。例如,国际法协会美国分会在回答国际委员会的问题时说:"没有违反由条约或契约产生的权利因而并非不法的征收,除非伴随及时、充分、有效的补偿,否则,仍是非法的"。[130] 1938 年当墨西哥政府对美资石油公司实行国有化时,美国 1940 年给墨西哥政府照会中宣称,国家征收的权利"必须与支付充分、有效和及时的补偿相结合,并以此为条件,征收的合法性事实上由遵守这一条件决定的。"[131] 英国在此案及英伊石油公司案中也持相同的立场。

4. 无歧视

西方国家及学者还认为,国有化必须无不正当歧视。他们主张,为了防止歧视性的国有化,至少必须提供与国民同等的待遇。[132] 而且,根据国际标准,外国人与征收国的国民同等待遇是不够的,因为有的国有化是专门针对某国的。例如美国

---

[127] See Report of the Committee on Nationalization of Property, Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the American Law Association, 1957 - 58.

[128] P. C. I. J., Ser. C, No. 78,32 (1936).

[129] 转引自 Z. A. Kronful, *The Protection of Foreign Investment*, 90 (1972).

[130] Report of the Committee on Nationalization of Property, Proceedings and Committee Reports of the American Branch of the American Law Association, 1957 - 58.

[131] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, 662, Vol. 5 (1942)..

[132] See J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 473 (1972); M. Domke, Foreign Nationalization: *Some Aspects of Contemporary International Law*, 55 American Journal of International Law, No. 3 (1961).

抗议说，古巴1960年7月6日的851号法令就是专门针对美国的，该法明显地违反了国际法原则。美国法院在“萨巴蒂洛案”中，把古巴国有化行为看做违反了国际法标准。[133]

上述种种限制，有的是不必要的，有的并非合理。例如国有化的公共目的和法律程序问题，国际上普遍承认国有化是为了公共利益，实行国有化时也总是根据有关法律、法令进行的。如果不是为公共利益，就不能称为国有化，也就谈不上它是否为合法的条件问题。因此为了公共目的根据一定的法律实行国有化，是国有化本身应有的涵义。还需注意的是，国际法并没有自己的“公共目的”的定义，而是把这一问题留给有关国家去判断，国家对于什么是公共目的或公共利益问题具有自由裁量权，并总是可以依赖于国民经济和社会福利的需要来作为国有化的理由。即使一国征收外国人财产时没有提出任何理由，国际法也无任何以其他方式来处理这一情况的规则。[134]此外，程序上是否产生拒绝司法与国有化本身是否合法无关，即使产生拒绝司法，一国也只是对拒绝司法承担责任，而不是对国有化承担责任。

把支付公正补偿和尊重契约义务作为限制国有化的条件也不尽合理。补偿是一种事后补救，它不是国有化本身合法与否的构成要件，一个非法的行为不能因事后补偿就成为合法，同样，一个合法的行为也不能因未给补偿成为非法。[135]而把尊重契约义务作为合法的条件也缺乏国际法依据。西方也有学者和案例认为，对这个问题不存在确定性的国际判决。在由违约发生争议的实例中，例如英伊石油公司案和苏伊士运河案，国际实践都没有形成一致的模式。美墨总求偿委员会在伊利诺斯中央铁路公司求偿案中也认为，不能确定是否存在一个关于违反契约的责任的国际法规则。杰塞普说，“单纯违反契约……仅构成违反当地法，而不是违反国际法。”[136]

国家实行国有化的权利，是不受国家与外国人间的契约约束的。这是由这种契约的法律性质以及国家实行国有化的主权权利决定的。一国政府与外国私人签订的契约不是国家间的协定，是属于国内法上的契约，有人认为它既有私法的性格，又有公法的性格。[137]由于它有公法的特点，因而当公共利益需要时，政府有权

---

[133] Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, U. S. District Court, S. D. New York, 60 Civ. 3929, March 31, 1961.

[134] See S. Toriquian, *Legal Aspects of Oil Concession in the Middle East* (1972).

[135] 姚梅镇：“国际投资的法律保护”，载《中国国际法年刊》，1982年。

[136] P. Jessup, A Modern Law of Nations (1948), p. 109；转引自 S. Toriquian, Legal Aspects of Oil Concession in the Middle East, 196 (1972)。

[137] See A. A. Fatouros, Government Guarantees to Foreign Investor, Columbia University Press, 205 (1962).

单方面变更其所承担的契约义务。一般说来,对契约的尊重,不能优于国家利益,这实际上是国内法上的一个强行法规则。美国最高法院在1914年大西洋海岸航运公司诉哥兹波罗案中的判决说,任何契约条款和正当程序都不能否定国家基于健康、安全、公共秩序、社会公共福利的理由制定法律的权利……所有契约都必须服从于该权利的正当行使。[138] 又如,英国法院在安菲特莱特诉国王案中说,契约不能妨碍国王在有关国家公益事项上的行动自由。[139] 学者德尔森(R. Delson)也说,国家为公用征收财产的权利十分重要,它不能根据契约而放弃。[140]

国家出于公益而实行国有化,是行使国家主权所固有的权限。联合国1974年的《各国经济权利义务宪章》规定,每个国家对其全部财富,自然资源和经济活动享有充分的永久主权,包括拥有权、使用权如处置权在内,并得自由行使此项主权。既然一国实行国有化是其主权权利的行使,当然也不受契约的限制,也当然有变更和解除与外国人所订契约的权利,其合法性是勿庸置疑的。弗里德曼说,除在条约或实体国际法的其他规则有相反规定外,国家有以它认为最好的方式和方法征收的权力。[141]

至于无歧视是否可作为国有化的限制条件,也不能一概而论。因为大多数发展中国家以前都处于殖民统治之下,随着非殖民化运动的发展,它们在政治上取得了独立,但在经济上往往仍处在外国跨国公司的控制之下。为了摆脱对外国公司的依赖,许多国家采取了国有化措施,这时,西方学者们所说的"歧视"则是不可避免的了。但是,对前殖民主义者采取的这种反措施,是完全符合国家对自然资源之永久主权原则和民族自决原则的。这种国有化措施也不是什么"歧视"措施,而是平等原则的体现,因为平等概念意味着对不平等予以不同的对待,前殖民地人民对前殖民统治者的态度当然与对其他外国人的态度不同。因此,只要国有化措施没有违反国际法上的反对种族歧视原则,就没有违反国际法,不能构成国有化的限制条件。[142]

当然,一国在实行国有化时,必须遵守条约义务和国际法。因为一国的主权须受国际法的制约,当出现违反条约,实行种族歧视等违反国际法的行为时,国家须

---

[138] Atlantic Coast Line RR v. Goldsbora, United States Supreme Court Report 232 (1914) p. 558; 转引自 Z. A. Kronful, The Protection of Foreign Investment, 82 (1972)。

[139] 见索纳拉雅:"国家契约法的神话",载《法学译丛》1982年第4期。

[140] 转引自 F. A. Garcia - Amador, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, 49, Dobby Ferry (1974)。

[141] See S. Friedmann, *Expropriation in International Law* (1953), p. 134; S. Toriquian, Legal Aspects of Oil Concession in the Middle East, 181 (1972).

[142] See M. Sornarajah, The *Pursuit of Nationalized Property*, Martinus Nijhoff Publishers, 183 - 187 (1986).

对此行为承担责任。但这也不是绝对的。就拿条约来说,协定必须遵守虽是一个国际法原则,但国际法上也存在着单方面废约的合法根据,例如废除不平等条约及情势变迁原则等。对于歧视来说,也存在着如何判断是否存在歧视的问题。西方国家在主张不歧视时,总是企图就本国国民在东道国享有特殊地位,主张所谓的国际标准。这是发展中国家所不能接受的。

二、国有化补偿的根据

(一)理论根据

关于国有化后应否给予补偿,给予何种补偿,补偿的根据是什么,在国际上曾存在着严重的对立和尖锐的分歧,主要存在着三种不同的观点:予以充分补偿、不予补偿和给予适当补偿,并各有其理论根据。

1. 全部赔偿

西方国家及某些学者长期以来一直主张,根据国际法,实行国有化或征收的国家有义务以"充分、即时、有效"的方式对财产被国有化或征收的外国人支付全部赔偿。[143]"充分"是指赔偿的数量须与被征收财产的全部价值相等,包括直到支付时的利息。"全部价值"指的是公平的市场价值,如果"公平的市价"不能确定,则指根据国际司法标准合理确定的公平价值。所谓"即时"是指赔偿必须在征收前或征收后不久支付,如果确定了适当的利息,可以延迟支付。"有效"则指以接受者可以立即运用的方式支付,通常是支付可兑换的硬通货。[144]这三个因素互为补充,不可分割,并以"充分"为中心,赔偿时必须全面考虑这三个因素。

这一观点以私有财产不可侵犯为基础,以保护既得权和反对不当得利为法律根据的。

西方某些国家及学者把尊重既得权作为国际法的基本原则之一。[145]据此原则,当某人根据一国的国内法取得某种地位或权利时,这种地位或权利必须作为一种国际义务得到尊重。在美国早期的一个著名案例——美国诉伯奇曼案(U. S. v. Perchman)中,首席法官马歇尔说:"……如果普遍地没收私人财产,废除私有权利的话,那么,整个文明世界承认和感知的正义和权利的意义就会受到损害。人们所效忠的国家改变了,他们与其原来的统治者的关系终结了,但是他们相互之间的关系,以及他们的财产权仍不受干扰。"[146]后来,某些国际法庭的判决和学者著作

---

[143] 充分、即时、有效,是美国国务卿赫尔在1938年提出的,后人称之为"赫尔规则"。

[144] 参见《美国对外关系法》第二次重述,第188款;A. A. *Fatouros*, *Government Guarantees to Foreign Investor*, Columbia University Press, 331 - 332 (1962).

[145] 参见阿·菲德罗斯:《国际法》,商务印书馆1981年中文版,第436页注2;Z. A. Kronful, *The Protection of Foreign Investment*, 18 - 20 (1972).

[146] 转引自F. Francioni, Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the Borderland between Law and Equity, 24 International and Comparative Law Quarterly, 259, No. 2 (1975)。

也以此为根据去分析国家与外国人财产间的关系。有的把既得权理论作为外国人财产不受征收立法影响的根据,损害外国人财产权的征收措施,相当于对外国人的侵权行为。因此,该外国人有权要求恢复原状或给予全部损害赔偿。当墨西哥颁布1917年宪法,宣布土地和资源是国家的公共财产,剥夺了美国公民根据特许取得的这些权利时,美国政府就要求严格地恢复原状,拒绝墨西哥对任何可以证明的损害提供补偿。[147]这种观点实际上是否认国家的征收权,并企图把外国私人财产永久化。这无疑会在国际实践中遇到障碍,因为任何国家都不会放弃自己的征收权。后来,有人对此原则作另一种理解,即既得权意指对被征收的所有人予以赔偿的义务。奥康内尔认为,这个原则不是指既得权完全不能受到干涉,它只是保护权利所有者的利益不受完全的和任意的破坏。[148]持这一观点的人认为,对外国人财产实行国有化或征收,如果没有伴随着全部赔偿或给予等价的新的权利,在国际上就不是合法的。

与既得权原则密切相连的是所谓不当得利原则。有的学者认为它是文明国家承认的一般法律原则之一。[149]根据这一原则,损害别人的利益而不当得利的人,要向别人作出赔偿。这一原则有两个基本条件:其一,一方已经得利,另一方受到损失;其二,该得利是不正当的。持这一观点的人认为,东道国政府征收了外国人财产,即便它尚未从该财产未来可能产生的利润中受益,至少已从该财产本身的价值中得利,因此,国家有对被征收了财产的所有人予以赔偿的义务。[150]

西方大多数支持这一原则的学者们都企图维护或恢复即时、充分、有效赔偿的理论,主张对利息和未来利润也要赔偿。沃特利和麦克奈尔等人甚至认为,不当得利原则可以作为既得权原则的补充,它具有如下法律效力:既可以使实现国有化的国家向被征收了财产的所有人支付充分的损害赔偿,也可以就该国履行恢复原状(restitution in kind)义务。[151]在列那金矿案里,仲裁庭在作出对剥夺了财产的外国所有人予以赔偿的决定时,就曾把不当得利原则看做与全部赔偿可互换的概念。

依据上述理论,西方国家主张,实行国有化或征收的国家有国际义务对外国财

---

[147] Id., at 259 - 260.

[148] O'Connell, The Law of State Succession, p. 263.

[149] See Lord McNair, Opinion on the Seizure of Property and Enterprises in Indonesia (1959) 6 Netherlands I. L. R. 218.

[150] See B. Cheng, The Rationale for Compensation for Expropriation, 44 Grotius Transactions 267 (1948).

[151] See F. Francioni, Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the Borderland between Law and Equity, 24 International and Comparative Law Quarterly, 277, No. 2 (1975).

产所有人支付全部赔偿，而且，支付全部赔偿构成国际最低标准的重要内容之一，[152]不予赔偿就违反了国际最低标准。例如，1938 年，美国对墨西哥政府没有就石油工业的国有化支付及时和充分的赔偿指责说，墨西哥政府没有尊重国际最低标准。[153]同时，根据西方传统的国际法，一国如果达不到国际最低标准，就要承担国际责任。[154]

但是，全部赔偿的主张是站不住脚的。从理论上看，尊重既得权原则和不当得利原则是适用于侵权行为或无法律根据的行为的，把它们作为补偿的根据，就等于把国有化这一合法行为看作侵权行为或不合法的行为了，这显然是毫无道理的。已如前述，根据国际法，国有化是完全合法的行为，根本不是非法行为或无法律根据的行为，因此，当然不能适用既得权原则和不当得利原则，何况这两个原则并非国际法原则而只是传统的国内法原则。

2. 不予补偿

有些国家和学者认为，国有化国不存在对被征收了财产的外国人予以补偿的国际法律义务，因而不必予以补偿。其理由如下：

在实践上，历史上存在着不予补偿的先例。1789 年法国资产阶级革命后，国民议会曾决定无偿地废除封建财产权，其中包括亚尔萨斯的许多德意志皇室亲王的小领地，后终未赔偿损失。1911 年意大利国会通过了一项建立人寿保险的国营制度法案，规定将所有经营人寿保险的公司转由国家经营，不予补偿，只是给原业主 10 年期限以清理业务。苏联在十月革命后采取了一系列的国有化措施，并完全拒绝补偿，后来有关国家在与苏联签订的双边条约中，明示成默示地放弃了他们对苏联给予补偿的要求。[155]东欧国家在“二战”后实行国有化时也拒绝补偿。

在理论上，不予补偿通常有如下根据：

(1)国家主权原则。即是否给予补偿，是一国主权范围的事，是由国内法决定的。国际法上不存在将外国人财产收归国有时必须给予补偿的规则。苏联法学家维尔科夫(Vilkov)写道：“国际法不考虑财产权的性质，也不调整一国内的财产关系，根据国际法，国家是主权者。因此，只有国内法而不是国际法才能调整与所有权的取得、转让、丧失等有关的所有问题，包括在国有化下所有权的丧失，这不能成

---

[152] See H. Steiner & D. Vagts, *Transnational Legal Problems*, Foundation Press, 517 (1976); E. I Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester University Press, 124 (1965). [英]阿库斯特：《现代国际法概论》，中国社会科学出版社 1981 年中文版，第 107 页。

[153] See the statement made by Secretary of State Hull on August 25, 1938, in Department of State Press Release, A. J. I. L., Supp. Vol. XXXII.

[154] 劳特派特修订：《奥本海国际法》，商务印书馆 1971 年中文版，上卷第 1 分册，第 261 页。

[155] 见姚壮、任继圣：《国际私法基础》，中国社会科学出版社 1981 年版，第 72 页。

为另一个国家讨论的课题。决定据以征收私人财产的条件,特别是法律效力所及的范围,包括应否支付补偿等等,是实行国有化的国家的法律,而不是国际法。这一基本前提同样适用于外国人的财产。"[156]

一些发展中国家从自然资源的永久主权原则出发,主张收回以前被外国公司占有的自然资源等,认为这是维护自己的主权权利,不应予以补偿。例如秘鲁在La Breay Parinas争端、玻利维亚在海湾石油征收中都主张重新维护自己的权利,不给予任何补偿。在这两个事件中,两国政府均要求外国公司将以前根据特许协议取得的土地归还给政府,但允许外国公司对其机械或其他资产的价值主张权利。[157]

(2)国民待遇原则。即主张外国人须与本国人享受同等待遇。1938年墨西哥在国有化时就认为,外国人与本国国民都置于国家立法和当局的同样保护之下,外国人不能要求与本国国民不同的或比国民更广泛的权利。危地马拉在1953年的国有化,智利在1971年铜矿国有化时,都持相同立场。[158]也就是说,如果一国实行国有化时对其本国国民不予补偿,那么,根据国民待遇原则,对外国人也不给予补偿。该说认为,外国投资者来东道国投资设厂,也就把自己的经济命运与该国国民的经济结合在一起了,既然他们在东道国可能得到比本国更高的利润和经济上的成功,那么他们相应地也必须对在东道国可能遇到的社会、经济或政治性质的变化承担较大的风险。[159]

(3)若征收是惩罚性的,无须补偿。即如果外国公司的行为对当地经济有害,一国对其予以征收是一种制裁,当然也不应补偿。[160]

由上可见,不予补偿的主要根据是国家主权原则和国民待遇原则。应该说,既然国有化是一国主权权利的行使,那么,国家主权原则对补偿当然也是适用的。看来,这些根据是具有一定的说服力的。但问题在于,对主权原则应如何理解,即一国行使主权是否不受任何限制?当一国自由承担国有化补偿的条约义务时,是不

---

[156] Vilkov, Nationalization and International Law, 1960 Soviet Yearbook of International Law, 58, 78, quoted from L. Henkin, International Law, 693 - 694, West Publishing Co. (1980).

[157] See M. Sornarajah, *Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards*, 13 Journal of World Trade Law, 126 - 127, No. 2 (1979).

[158] See F. Francioni, Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the Borderland between Law and Equity, 24 International and Comparative Law Quarterly, 269 - 270, No. 2 (1975); F. O. Vicuna, Some International Law Problems Posed by the Nationalisation of the Copper Industry by the Chile, American Journal of International Law, 722 (1973).

[159] See F. Francioni, id., 271; H. Steiner & D. Vagts, Transnational Legal Problems, Foundation Press, 418 - 422 (1976).

[160] See M. Sornarajah, Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards, 13 Journal of World Trade Law, 127, No. 2 (1979).

是应受条约约束？诚然，根据国际法，国际法不应干涉一国主权范围内的事，但是，国家在行使主权时，应该受该国自由承担的有效条约义务的限制。[161] 如果一国以条约的形式保证国有化后给予补偿，那它就应该善意履行其条约义务，受该条约的限制。这种限制与主权原则是并行不悖的，并不违背主权原则；如果把二者对立起来并加以绝对化，那在理论上和实践上都是行不通的。此外，在实践上，一些主张不予补偿的国家后来也给予了补偿。[162] 这表明不予补偿并非国际上的普遍实践。

3. 适当补偿

关于国有化补偿的第三种观点是部分补偿或适当补偿，这一观点得到了第三世界国家及许多学者的支持。

但是，适当补偿是否出于国际义务？为什么只给予适当补偿？其根据是什么？国际上对这些问题还存在着分歧。第三世界国家认为，根据《各国经济权利义务宪章》的规定，国有化及补偿是一国经济主权内的事。因此，它们否认存在补偿的国际义务，认为这是与国家对自然资源的永久主权相违反的，[163] 国有化时支付补偿不是出于法律义务，只是出于本国政策考虑的结果。而西方一些发达国家仍从传统的观点出发，否认《各国经济权利义务宪章》的效力，认为对财产被国有化的外国人给予全部赔偿是一种国际义务，在实践上有些国家虽接受部分补偿，也只是由于某种特定的原因所作出的让步，并非否认全部赔偿的国际义务。除上述两种观点以外，有些学者还提出了第三种观点，这种观点可以说是上述两种观点的折中，即认为国有化国仍有支付补偿的义务，但并非“及时、充分、有效”的补偿。他们提出的补偿根据主要有如下两种：

(1)不当得利。持这种观点的人也以不当得利作为补偿的依据。他们认为，适用这个原则来解决补偿问题的主要优点是，该原则可合法地表示补偿的义务，而不求助于“损害赔偿”的概念，这就可以把国有化行为的固有的合法性与支付补偿的必然后果协调起来。他们反对把不当得利原则作为全部赔偿的根据，认为这是对不当得利原则错误的解释，是企图“以新瓶装旧酒”，是对不当得利与损害赔偿概念上的混淆。他们认为，不当得利的原则不仅适用于国有化国，而且也适用于被征收财产的外国人，在补偿时，不仅要考虑国家得利的情况，也要把求偿人在国有化前已享有的利益加以平衡。例如对那些早在殖民时代利用殖民统治和政治影响取得特权地位和享有巨大利益的外国公司实行国有化而不予全部补偿是公正的，因为它们以前一直不当得利。他们认为，根据不当得利原则，对预期利益不应补偿，因为征收国没有对此取得相应的利益，同时，对诸如由终止被征收财产影响的

---

[161] 参见周鲠生：《国际法》，商务印书馆 1976 年版，上册，第 184 页。

[162] H. Steiner & D. Vagts, *Transnational Legal Problems*, Foundation Press, pp. 433 – 436 (1976).

[163] 参见彼得斯曼：“新的国际经济新秩序：原则、政治和国际法”，载《法学译丛》1980 年第 6 期。

附属合同造成的间接损失也不应补偿。总之,根据不当得利的公平性质,必须考虑到各种有关因素,以决定补偿数量。[164]

(2)善意。有人提出,善意是一个基本的国际法律原则,在国际关系中具有重要的地位。它不仅适用于国家间,而且也适用于国家与外国人间的关系。如果外国投资者合法地输入其财产,又被无补偿地征收的活,那就违反了善意原则,投资者对东道国的"合理的信赖"就会落空。因此,东道国对被征收财产的外国人有补偿的义务,但在补偿时需考虑各种因素来决定补偿的数量。[165]

但是,这些根据也不是很有说服力的。不当得利,已如上述,是用于无法律上根据的行为的,不能适用于国有化这种合法的行为。而且,这一原则也是十分含糊的,外国人和东道国都可以此作为要求补偿或不予补偿的根据。而善意原则实际上是企图使国家受其与外国人间契约的约束,导致把国有化看作是不合法的行为,因此也是难以接受的。

要寻找适当补偿的合理根据,首先就必须解决补偿是否出于国际法义务的问题,然后再进一步探讨其根据是什么。

我们认为,除了一国自由承担的条约义务以外,国家没有对财产被国有化的外国人支付补偿的国际法律责任。

首先,国际实践并没有构成国有化时必须予以补偿的国际习惯法。有人曾说,给予部分补偿的实践,特别是战后总括解决的实践,有力地支持了国家支付补偿的传统上承认的国际义务,[166]因为这种实践实际上含有承认补偿义务的意思,[167]是法律原则的接受或适用,[168]即把国家给予补偿的实践视为国际习惯法。但是,国际习惯是各国重复类似的行为而具有法律拘束力的结果,它不仅要求有各国的重复的类似行为,而且这种行为须被各国认为有法律拘束力,如果只有前一个因素,而没有后一个因素,则不能构成国际习惯,只能成为国际上的通例。对于国有化补

---

[164] F. Francioni, Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the Borderland between Law and Equity, 24 International and Comparative Law Quarterly, 272 - 281, No. 2 (1975); M. Sornarajah, Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards, 13 Journal of World Trade Law, 119 - 124, No. 2 (1979); W. Friedmann, The Changing Structure of International Law, 206 - 210, 358 - 361 (1964).

[165] Rudolf Dolzer, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 American Journal of International Law, 572 - 584, No. 3 (1981).

[166] R. Lillich, *International Claim: Their Settlement by Lump - sum Agreements*, University Press of Virginia, 247(1975).

[167] M. Domke, Foreign Nationalization: Some Aspects of Contemporary International Law, 55 American Journal of International Law, No 3 (1961).

[168] A. A. Fatourous, *Government Garantees to Foreign Investor*, Columbia University Press, 305 - 333 (1962).

偿来说，仅依据有关国家给予部分补偿的实践，并不足以判断其已构成国际习惯，还要考查有关国家是否认为补偿具有法律拘束力。实际上，有些国家在国有化时虽给予了补偿，但明确认为这种补偿不是一种法定义务。例如，墨西哥对土地和石油国有化后，虽然给予了补偿，但墨西哥政府在1938年致美国的照会中明确提出，"国有化与以前的征收不同，对国有化这种非个别人的征收，不管是要求及时补偿，还是延期补偿，如认为其支付是一种法律义务，这种理论在国际法上既非公认的原理，也非实践的原则。"[169] 至于总括解决方式，苏联及前东欧国家历来认为，它们采用这种方式支付部分补偿并非出于国际义务，而是出于本国的经济政治等方面的考虑，例如，为使位于求偿国并由该国冻结的征收国的财产解冻，或者为了免除由征收早期欠下的债务，以及为了取得商业和其他经济利益等。[170] 而且总括解决是由当事国间直接协商，不是采取通常的司法诉讼方式，因此，它可以说是一种政治解决，并不构成司法惯例。国际法院对巴塞罗那牵引公司案（Barcelona Traction Case）的意见认为，有关总括解决协定周围的各种情况，不允许把它们看做构成习惯法的普遍实践的一部分。[171] 另外，有些坚持全部赔偿的西方国家及学者认为，给予部分补偿和政治解决不是损害要求支付全部赔偿规则的法律先例。[172] 这从反面说明，他们也没有把部分补偿看做国际习惯。斯特拉普（Strupp）认为，不存在禁止国家有偿或无偿地征收他国国民财产的习惯国际法规则，只要征收国在本国国民与外国人间没有采取差别待遇或不平等待遇。[173]

其次，从国际多边条约来看，也没有关于国有化国必须给予补偿的规定。关于适当补偿的问题，主要是规定在自60年代以来联合国大会通过的某些国际文件中，这些国际文件虽规定应给予适当补偿，但并不一定指的是具有补偿的强制性的国际义务。1962年《关于天然资源之永久主权宣言》虽规定要"依国际法"给予适当补偿，但这反映的是西方国家的传统观点。而到1974年的《各国经济权利和义务宪章》则删除了"依据国际法"这几个字，这一删除有着重要意义。它表明适当补偿不适用西方传统的国际法规则。而且，该宪章把国有化及补偿问题看作是国家主权范围内的事，补偿问题属于国内管辖之事项，而非国际法管辖之事项，因为

---

[169] 转引自姚梅镇："国际投资的法律保护"，载《中国国际法年刊》1982年。

[170] A. A. Fatourous, *Government Garantees to Foreign Investor*, Columbia University Press, 305 - 307 (1962).

[171] Rudolf Dolzer, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 American Journal of International Law, 559, No. 3 (1981).

[172] See Report of the Committee on Nationalization of Property, in Selected Reading on Protection by Law of Private Foreign Investment, 28 (1964).

[173] Cited from F. A. Garcia - Amador, Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, 52 - 53, Dobby Ferry (1974).

它不仅规定国有化是一国主权权利的行使,而且规定由补偿引起的任何争议由该国法院依其国内法解决。这就表明,该宪章关于"应给予适当补偿"的规定,是为各国解决国有化补偿问题所提供的一个指南,而不是国际法上的一种强制性义务。否则,由补偿引起的争议就不能局限于国内解决了。

再次,在国际上也不存在要求补偿的"一般法律原则"。前述用以支持补偿是国际义务的所谓既得权原则,不当得利原则等并非国际法原则,不能认为各国在国内法上采取了这些原则,它们就当然地成了国际法上的原则,就可以用来拘束国家了。国际法与国内法是两种不同的法律体系,未经国家协议,二者不能自动转化。国内法上的一股法律原则如果没有各国通过条约或国际习惯明示或默示地承认,是不能成为国际法的。既然现在国际上承认国有化是国家主权权利的行使,那么,把既得权与不当得利等"一般法律原则"适用于国有化补偿就没有得到国际社会的承认,它们没有被转化为国际法。[174]这样,依据这些原则所主张的补偿的国际义务也是不能成立的。

最后,一国通过国内法或特许合同对外国人承担的保证,并不是一种国际义务。在各国实践上,许多国家在其外资法及其他法规中规定,不征收外国投资者的财产,或因特殊情况采取征收措施时,也要给予公正补偿。有的国家在其与外国投资者间的特许合同中也订有类似的保证条款。[175]对此,有的国家及学者主张把国际法上的"条约必须遵守"原则也适用于国家与外国人间的这种保证关系上,要求国家履行它们所承担的义务,[176]因为"由国家自由承担的契约义务,其约束力与条约义务是一样的。"这一论点是不能接受的,因为,从国际法角度看,国家通过国内法或特许合同给予的保证,只是一种国内契约关系,[177]而不是一种条约关系,因此,不能适用"条约必须遵守"这一国际法原则。同时,根据国家主权原则,一国不受契约义务的限制和约束,当一国为了公共利益必须实行国有化和征收,从而不能

---

[174] 有的西方学者也持这一观点。如德国学者多尔泽认为,对于既得权和不当得利的原则来说,它们从国内法转化为国际法是很成问题的。弗里德曼认为,不能把得权原则提高到国际原则的地位。See Rudolf Dolzer, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 A. J. I. L., 569 - 570, No. 3 (1981); S. Friedmann, Expropriation in the International Law, 126 (1953).

[175] 例如在1952年印度政府同美国石油公司的特许合同中,印度政府承认至少52年内不征收,以后征收,必须即时有效地给予合理的赔偿。See E. I Nwogugu, *The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester University Press, 170 (1965).

[176] 参见索纳拉维:《国际契约法的神话》,第30页。

[177] 特许合同无疑是一种国内法上的契约关系,而一国通过投资法等对外国投资者提供的保证,也是国家与外国人间的一种国内法上的契约关系,因此,这种保证没有国际条约那样的拘束力,违反这种保证,并不是违反国际法。See A. A. Fatouros, *Government Garantees to Foreign Investor*, Columbia University Press, 339, 359 - 360.

履行自己的保证时，仅仅是产生国内法上的补救义务，并不产生国际义务。[178]

那么，在什么情况下才存在补偿义务呢？我们认为，补偿义务的存在，在国际法上只取决于一国自愿承担的予以补偿的条约义务。[179]在这种情况下，国家必须真诚地履行条约，而不能以主权原则和国民待遇原则作为自己免责的理由。除此之外，补偿义务是否存在只能根据各有关国家的国内法来决定。一般说来，在国家没有对外国人予以国内法保证时，也不存在对外国人的特定的补偿义务，在这种情况下，国有化国可以根据自己的实际情况对被征收的财产所有人予以补偿，这一措施也平等地适用于外国人，这时，主权原则与国民待遇原则无疑是该国国有化补偿的有力根据。但当一国对外国人提供了国内法保证时，不能履行这种保证，就会产生国内法上的特定的补偿义务。

既然在上述情况下存在着补偿义务，那么，为什么只应给予适当补偿？其根据又是什么呢？从法理上说，适当补偿是由国有化的性质决定的。根据国际法，一国为实行社会或经济改革，或当某种不可预见的事件（如战争或其他紧急状态）发生时，基于公共利益的需要实行国有化或征收，是完全合法的行为。对由此造成的损失，当然不存在全部赔偿的问题，只应适当补偿。至于适当补偿的根据，下面几个原则可以为据。

（1）公平互利原则。这一原则是在建立新国际经济秩序时提出的，是我国历来主张的平等互利原则的发展。《各国经济权利义务宪章》把它作为国际经济关系中的基本原则之一。在这一原则中，互利是核心，没有互利就谈不上公平，公平必然要求互利，二者密不可分。否则，就会造成对这一原则的曲解。[180]根据这一原则，在补偿时要考虑双方的情况，照顾到双方的利益。

一方面，在补偿时要考虑到国有化国实行社会和经济改革的需要，要考虑到其经济发展水平和财政支付能力。如果无视国有化国家的经济状况和利益，强行要求支付超出国家负担能力的大笔补偿则是不公平的，自然也谈不上互利。英国著名法学家劳特派特也说，在国家的政治制度和经济结构发生根本变化或深远的社会改革，引起对私人财产的大规模干涉时，“不论绝对尊重外国人的私有财产原则，还是外国人与被剥夺财产的本国人的严格平等，都不能对这个困难提供令人满意的解决方法。要符合法律原则，大概要从给予部分补偿的方面寻找满意的解决

---

[178] See A. A. Fatouros, id., 265－271（1962）；索纳拉维：《国际契约法的神话》。

[179] 外国有些学者，如弗里德曼、斯特拉普等人也曾持这种观点，笔者认为，这种观点仍是有说服力的。See S. Friedmann, *Expropriation in the International Law*, 3,204（1953）.

[180] 对于公平的概念，不同集团的国家有不同的理解，例如，有的国家把及时、充分、有效的补偿看作是公平的；有的把不予补偿看作是公平的。离开了互利这一基础，公平就成了一个无法衡量的混乱的概念了。

方法”。[181]因为,在这种情况下,如要求全部补偿,就会否定或阻挠国有化国的社会和经济变革,使国有化成为不可能,或者使该国因此而陷入困境,达不到经济改革的目的。[182]在国际实践上,早在1938年,墨西哥政府就以实行经济改革为由,反对美国的全部赔偿的要求。实际上,如果不从国有化国当时的经济和财力的实际情况出发,不仅会损害国有化国的利益,而且也失去了补偿的客观物质基础。

另一方面,在补偿时也要考虑外国财产所有人的合法利益所受损失的各种情况,并予以适当补偿。因为,国有化虽是国家主权的正当行使,但也会对外国人的合法权益造成损失。[183]根据国家的实际情况对其损失予以适当补偿,是符合公平互利原则的。这既有利于保护外国人的合法利益,也有利于国家的利益。如果外国投资者的合法权益得不到保护,他们就不会前来投资,这就不利于东道国经济的发展,也不利于国际经济合作。而且,受损失的外国人国家也可能会采取某种反报措施,从而也会使国有化国家的利益受到某种损害。但在考虑外国人的损失时,也有必要考虑到他们在历史上得利的情况,对其过去取得的不当得利,从其补偿数额中予以扣除。智利在1971年征收铜矿企业时,就谴责那些外国大企业集团以其所在国人民的落后为代价来追求自己的高额利润,并决定扣除其取得的超额利润。这对于那些明显具有剥削性的外国投资来说无疑是合理的。[184]总之,依据公平互利原则,在补偿时要统筹兼顾,考虑到双方的利益以及一切有关的情况,适当补偿。弗里德曼等人也认为补偿时应考虑各种情况,以便在不同情势里达到公平。[185]

(2)国家对其自然资源永久主权原则。国家对其自然资源拥有永久主权,包括拥有权、使用权和处置权。这一永久主权是绝对的、无条件的。据此,一国对自然资源实行国有化时,参与开发该自然资源的外国投资者不应对由该国的自然资源所产生的利益主张权利,只能就其资产考虑补偿。[186]如果强求国有化国对其预期利益及其他间接损失作出补偿,则是对自然资源永久主权的否定,有损于该国的利益。

---

[181] 劳特派特修订:《奥本海国际法》,商务印书馆1971年中文版,上卷第1分册,第261~262页。

[182] See Daman, Post - war Nationalization of Foreign Property in Europe, 48 Columbia Law Review, 1128 (1948); A. A. Fatourous, Government Garantees to Foreign Investor, Columbia University Press, 327 - 328 (1962).

[183] 必须相出,这只是造成损失,而不是侵害外国人权益的“损害”。因此,只是对损失予以补偿,而不是损害赔偿。所补偿的损失当然也只限于直接损失而不包括间接损失,否则,就不是补偿,而成了损害赔偿(damage)。

[184] M. Sornarajah, Compensation for Expropriation: The Emergence of New Standards, 13 Journal of World Trade Law, 119 - 126, No. 2 (1979); H. Steiner & D. Vagts, Transnational Legal Problems, Foundation Press, 444 - 458 (1976).

[185] W. Friedmann, The Changing Structure of International Law, 206 - 210, 358 - 361 (1964).

[186] 这一观点为某些拉美国家所主张,见本节前述秘鲁等国的做法。

同时，根据这一原则，自然资源受到外国或殖民统治的掠夺的国家，有向掠夺者要求损害赔偿的正当权利。联大于1974年5月1日通过的《建立国际经济新秩序宣言》第4条第6款就规定："所有遭受外国占领、外国和殖民统治或种族隔离的国家领地和民族，对于其自然资源和所有其他资源受到的剥削、消耗和损害有权要求偿还和充分的赔偿"。当这些国家将某些外资企业收归国有时，就可以把征收国的反求偿来抵补对外国资本所作的补偿，从而减轻或抵消支付补偿的沉重负担。秘鲁在1968年接收国际石油公司（IPC）时，政府力图"恢复"其被该公司非法占为已用的矿产资源的权利，政府对被征收的资产提出予以7100万美元的补偿，但要求该公司偿还自1924年以来一直非法开采石油所得69000万美元。这一争议后来是通过总括解决协定解决的，从总括解决中，国际石油公司得到了2200万美元的补偿。[187]无疑，以反求偿抵补国有化补偿的做法是符合国家对自然资源的永久主权的，这种补偿也是适当的。当然，反求偿必须是向外国或殖民统治时的掠夺者提出的。

总之，国有化国在补偿时，应考虑本国的有关法律和规章以及本国认为有关的一切情况。例如要考虑国家的公共利益、支付补偿的物质能力、被国有化财产的性质以及财产取得的方式，还要考虑双方政治经济关系的历史情况，根据当时的具体情况来决定补偿的时间、数额和方式。补偿时应统筹兼顾，做到公平互利，这样才能既使外国投资者的合法利益得到保护，又有利于维护东道国的主权和权益，有利于该国的社会改革和经济繁荣。

需要进一步说明的是，除以上三种主要观点以外，还有一种建议，即把个别的征收与大规模的国有化的补偿加以区别。原则上对特定的投资实行征收要给予充分、有效和及时的补偿，但在革命、战争或类似的紧急事件的例外情况下，东道国为了进行大规模社会改革而采取的综合性的、非歧视性的国有化措施，可由东道国与投资者母国间协商决定补偿，若协商不成，则通过国际仲裁解决。这种观点反映了一定的灵活性，但其关于征收补偿的意见，反映的仍是西方传统的观点。

（二）国际实践

1. 国家补偿实践

从实践上看，战后的国有化补偿绝大多数都是部分补偿，特别是通过"一揽子协议"给予部分补偿。例如，根据1948年美国与南斯拉夫的补偿协定，南斯拉夫承诺的1700万美元补偿，约相当于美方求偿额的42.5%。60年代以后，亚、非、拉国家在实行国有化时都是给予部分补偿，而且补偿的支付也不是及时的，往往要拖延

---

[187] International Legal Materials, 1257, Vol. 6; 297 Vol. 7; 36, Vol. 14.

数年。[188] 又据联合国秘书长1974年9月20日向联大提出的报告,从1960年到1974年中期止,在62个国家实行了875件国有化或接管,均未实行"及时、充分、有效"的补偿,补偿支付均未按照"市场价格",而是按照"账面价值",支付期间也远非"及时",而是15~30年的长期。[189]

我国在实践上也采取适当补偿的做法。如1979年中美政府达成的解决资产要求的协议中,我国同意支付8050万美元作为对解决被国有化的美国资产的补偿,这只相当于被新中国收归国有的美国总资产的41%。[190]

战后对国有化补偿问题的解决,通常采用"一揽子协议"或叫做"总括解决"的方式。即国有化国不以单个的外国投资者为对手,一件件地解决补偿问题,而是同外国投资者的本国政府协商、谈判,确定补偿数额,然后再由外国投资者本国根据比例向其公民支付。据美国学者李利奇(Lillich)的统计,战后国有化补偿问题的解决,有95%采取了总括解决方式。

这种"一揽子协议"或"总括解决"方式,含有对全部赔偿要求的否定,同时它也排除了国内法庭计算补偿的排他的权利。学者间对这种总括解决方式的法律效力,即能否构成法律规则仍有争议,但是,总括解决方式反映了部分补偿的国家实践,这是个事实。

2. 判例比较

在国际判例中,早期的某些判决或裁决均是支持西方国家关于全部赔偿的观点的,但后面的一些裁决也逐渐发生了某些改变。

国际常设法院在1926年判决的"波兰上西里西亚的德国利益案"通常被用来支持既得权理论,要求支付全部赔偿。但由于该案的先前裁决涉及侵犯受条约保护的财产权,因而用作既得权理论的根据并不适当。

在乔佐工厂案中,国际常设法院就宣称,支付公平赔偿,为征用合法所必要。根据既得权原则,在决定赔偿数量时,要考虑被征收的外国人财产的所有可能的损失因素,特别要考虑:a. 全部资产价值,以市场价值为准;b. 延迟支付的利息;c. 间接损失;d. 商誉和未来利润等。[191] 但是,该案同样也是涉及违反条约的问题。

在仲裁裁决中,列那金矿仲裁案(Iena Goldfields, Arbitration)已如前述,是以不当得利原则为依据支持全部赔偿的。该案涉及一个于1925年受邀去苏联开发金矿的外国公司,其财产后来在国有化过程中被剥夺。苏联拒绝参加仲裁程序,仲

---

[188] See R. Lillich, International Claim: The Settlement by Lump - Sum Agreements, 35 (1975); Z. A. Kronfol, Protection of Foreign Investment, 112 (1972).

[189] 转引自汪暄:"国家对自然资源的永久主权",载《中国国际法年刊》1982年。

[190] See 18 I. L. M., 551 (1979).

[191] F. Francioni, Compensation for Nationalisation of Foreign Property: the Borderland between Law and Equity, 24 International and Comparative Law Quarterly, 261 - 262, No. 2 (1975).

裁庭在苏联缺席的情况下作出裁决。裁决根据外国投资协议国际化的理论，认为国有化的行为是非法的，因为它违反了协议，并裁决支付全部赔偿。这一裁决在现代法中已没有什么效力，因为它把国有化看做非法的，同时其以不当得利原则为据支付全部赔偿也一直受到批评。

70 年代后的一些关于全部赔偿的裁决也是没有说服力的。在德士古仲裁案（Texaco Arbitration）中，[192] 仲裁人准许给予恢复原状的救济，根据是，终止外国投资是非法的，从而间接地支持付给全部赔偿。但是该裁决的根据不足，因此经常受到批评。

然而，也有一些国际上著名的仲裁案否定了全部赔偿原则。

在利比亚美国石油公司仲裁案（Liamco Award）中，裁决认为，尽管有违反外国投资协议的事实，但国有化行为在法律上是有效的。然而，仲裁人认为在国际法中有支付补偿的义务。补偿的范围至少应包括被国有化的有形财产，如资产、设施和各种费用的价值。但对于作为无形财产的特许权和预期利润，仲裁员认为利比亚国内法和国际法之间，无论在理论上还是实践上均存在着严重的分歧，他还考察了支持将预期利润包括在内的各种根据，并对它们现在的效力表示怀疑，理由是这些先例多发生在国有化权利发生演变之前（即把国有化看做非法时）。仲裁员还提到第二次世界大战后通过一揽子协议解决补偿争议的一些例子，并得出结论说，“及时、充分和有效”补偿的传统学说不再被接受，它已被支付“便利和公平”（convenient and equitable）的补偿的要求取而代之，并认为后一标准是与关于主权的概念的国际理论和实践的一般趋势、国家财富和自然资源的目标、第三世界国家的态度和行为中的民族主义意识、国有化的合法性和联大通过的决议等是一致的。因此，利美公司对预期利润的损失的求偿未能获准。仲裁员后来是以“公平”原则来确定补偿数额的。[193] 该案中采用的补偿标准以及拒绝在估算补偿中应考虑预期利润，与以前的仲裁裁决中使用的补偿标准大相径庭，在态度上有了很大的变化。

在科威特石油国有化案（Aminoil Arbitration）中，[194] 仲裁庭也是采用“适当补偿”的标准，认为这是适用合法国有化最通用的法律规则。在估算补偿数额的方法上，科威特政府主张应依“账面净值”法，而美国独立石油公司则主张“正常经营的企业”价值。仲裁庭认为，“账面净值”的方法只能适用于一些投资建立不久的企业，因为“账面净值”即购进原价不会与这些企业固定资产的重置成本相差过大。“账面净值”的方法在阿拉伯湾地区虽已被广泛接受为确定补偿额的基础，但

---

[192] 17, I. L. M (1978).

[193] 参见姚梅镇主编：《国际投资法成案研究》，武汉大学出版社 1989 年版，第 47 ~ 88 页。

[194] 同上注，第 117 ~ 148 页。

就本案而言,“折旧重置成本”的方法是“适当的”措施。仲裁庭还使用“合法期望”(legitimate expectation)来代替“预期利润”的概念,并提出,双方当事人在谈判过程中确认了这么一个精神,即“公司应有适当机会,对其在科威特的全部投资,获得合理的利润率”。据此,仲裁庭考虑了美国石油公司作为“正常经营的企业”的价值,裁定了补偿金额。仲裁庭在最后的补额数中又减去了美国公司所欠科威特的债务。这样,这场仲裁标的达30亿美元巨额的国际仲裁,终以东道国政府给付美国石油公司8300万美元适当补偿结案。显然,这一仲裁案也较大地偏离了全部赔偿的传统标准。仲裁庭提出的“合理期望”等概念作为决定补偿问题的因素也是独特的。

然而,后来在解决投资争议国际中心主持下的两个仲裁案例中,仲裁庭根据传统的标准裁决补偿。在AGIP公司诉刚果人民共和国仲裁案(AGIP Company v. The Republic of Congo)中,[195]仲裁庭认为刚果的国有化违反了契约义务。仲裁庭根据刚果与意大利AGIP公司间协议第15条的法律适用条款作出决定,即“应适用刚果法律,如有必要,任何国际法原则作为补充得以适用”。仲裁庭认为,在本案中,只需集中审查国有化与关于稳定条款的国际法两者之间的一致性就足够了。法庭明确地把刚果的国有化看做非法行为,因为该行为违反了协议中的稳定条款。因此,刚果政府有义务满足AGIP公司提出的损害赔偿的请求。按刚果适用的《法国民法典》的规定,物质损害赔偿,应包括实际所受损失和预期可得利益之损失。法庭裁决对AGIP公司实际所受损失予以全部补偿,并认为AGIP公司提出给予每项预期可得利益象征性地补偿1法郎的要求是有根据的。利率按照市场有关时期现行最低利率计算。在另一个案例中(Benvenuti et Benfant v. The Republic of the Congo),仲裁庭也允许对被国有化的资产的价值以及利润的损失支付补偿。[196]

由上可见,国际上关于征收补偿的判例并不一致。上述“利比亚美国石油公司仲裁案”和“科威特石油国有化仲裁案”均偏离了全部补偿的标准。在前一案例中提出的“公平补偿”的观点以及后一案例中提出的“合法期望”的概念在估算补偿中都具有重要意义。

综上所述,关于国有化补偿,“适当补偿”原则是国际社会普遍接受的标准。从理论上看,无论是全部赔偿还是不予补偿的观点都有其不足之处,难以接受。在条约实践上,虽然一些发展中国家在与发达国家签订的双边投资条约中含有“及时、充分和有效”补偿或“公正”补偿的规定,但是所有的发展中国家都投票支持联大通过的有关拒绝“及时、充分、有效”的补偿标准的决议,因此不能把含有全部赔

---

[195] See 21 I. L. M., 726 (1982); 又见姚梅镇:《国际投资法成案研究》,武汉大学出版社1989年版,第149~178页。

[196] 21 I. L. M., 740 (1982).

偿规定的双边条约的存在视为必须对被国有化的外国财产支付全部赔偿的习惯法原则的证据。在判例实践上也反映了背离全部赔偿标准的一些重要变化。通过"一揽子协议"给予部分补偿反映了关于国有化补偿问题的国家实践。正如德国学者多尔泽指出的,过去几十年的实践已证明,赫尔规则只是部分得到确认,即对国有化造成的损失应给予补偿;至于"赫尔规则确定的补偿的时间,数量和方式,则从未得到支持"。[197]

三、20 世纪 90 年代后关于征收与补偿的新变化

自 20 世纪 80 年代末以后,国际投资局势发生了许多重要变化。许多发展中国家为了吸引外资、发展本国经济,逐步放松了对外资的管制,强化对外资的法律保护。在国际上大规模的国有化和直接征收已经十分少见了,相反,在新自由主义思潮的影响下,私有化成为潮流。在此背景下,有关征收及其补偿问题在实践上也发生了新的变化,这种变化主要表现在两个方面,一是间接征收与国家的管理性措施间的关系,二是国际投资仲裁案例更倾向于支持对征收予以全部赔偿的观点。

(一)间接征收措施

1. 间接征收的概念

已如前述,征收或国有化是国家对原属私人或外国政府的财产采取的收归国有的强制性措施。然而,西方国家及学者还将征收分成直接征收和间接征收,认为征收不仅包括直接剥夺财产所有权,还包括对外国人"使用、占有和处置财产的不合理的干涉",从而使所有权人在干涉开始后的合理时期内不能使用、占有和处置该财产。[198] 他们把这种以间接的方式影响私人财产权的国家措施称为"间接征收"或"逐步征收"、"变相征收"。

这里涉及的一个问题是,国家的"不合理的干涉",除使所有权人在一定期间内不能使用、占有和处置其财产外,是否还包括使投资者对其财产的使用、占有和处置不能行使有效控制的权利。有的学者认为,根据美国的实践,"不合理的干涉"应包括对所有权控制的不合理干涉和对外国企业管理控制的不合理干涉。[199] 美国海外私人投资公司在其《标准保险契约》中对"征收行为"的定义就包括:阻碍投资人……有效地行使由于投资而取得的对于海外美资企业的基本权利……阻碍海外美资企业对其重要财产的使用或处置实行切实有效的控制;阻碍建设或经营该投资项目等。英国的保险政策也有类似的规定。

至于哪些措施构成对外国人财产权的"不合理干涉",在国际上也没有一致的

---

[197] R. Dolzer, New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property, 75 AJIL 572 (1981).

[198] See Sohn & Baxter, Responsibilities of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens, 55 AJIL 553 (1961).

[199] C. D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise*, 260 – 263 (1982).

看法。美国哈佛大学的索恩和巴克斯特认为,这些干涉措施包括:对外国人使用或控制其财产加以限制;以保留公共秩序为理由阻止外国投资者兴办某些工厂;工资法规和劳工法院把外国企业的雇员工资提高到无法接受的水准;对迫切需要的外国技术人员拒绝给予入境签证;减少或完全停止外资企业所需的外汇配给;对外资企业派驻监督人员、管理人员或检查人员以便阻碍外国投资者的经营自由;以及通过大幅度削减财产价格的方法禁止财产销售等等。[200] 此外,有人认为干涉措施还包括不合理的税收、歧视性立法和行政法令、不合理的价格限制、征收与该财产密切相关的其他财产从而使该财产变得没有用途、不合理的合同重新谈判、歧视性的合同终止以及其他措施等等。[201]

在实践上,对于哪些措施构成间接征收也不确定。

在国际判例上,20 世纪 90 年代以前只有少数几个判例涉及间接征收问题。1922 年的挪威船主案是关于间接征收的第一个案例,其主要案情是,在参加第一次世界大战前,美国建立了一个公司(Fleet Corporation),接收了各种船舶以及船舶的材料、机器和设备。这些措施也适用于一家美国私人公司基于契约为挪威船主们建造的船只。美国争辩说,在此情况下不能认为征收了契约权利。美国与挪威间设立的仲裁庭作出了有利于挪威船主的裁决,认为船主们事实上已被征收。[202]

国际常设法院 1926 年判决的乔佐工厂案[203] 也含有关于间接征收的范围的考虑。德国与波兰于 1922 年缔结了一项协定,旨在保护位于上西里西亚的德国少数民族,波兰也承担了不征收德国国民的某些财产的义务。该案不仅涉及一块建有工厂的土地的所有权人的求偿问题,而且还涉及一个根据契约有权管理、使用该工厂并从中受益的公司(Bayerische)的求偿问题。该公司在这一关系中能够利用其持有的许可证和专利。法院认为,波兰已征收了该工厂,因而也面临着该公司的求偿的判决问题。法院作出了有利于该公司的判决,认为该公司开发该工厂的权利,以及根据合同确定的为管理该开发活动,使用其专利、特许、实验等取得报酬的权利,由于波兰征收了工厂而直接地受到损害。

在国际法院判决的案例中,只有巴塞罗那公司案[204] 涉及间接征收问题。在该案中,比利时争辩说,西班牙通过将巴塞罗那公司非法地置于接收人手中并通过其他措施,事实上已征收了该公司中比利时股东的权利。然而,国际法院否认比利时

---

[200] Sohn & Baxter, Responsibilities of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens, 55 AJIL 559 (1961).

[201] C. D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise*, 276 – 279 (1982).

[202] Norwegian Shipowners Claims (Nor. v. U. S) I R. Int'l Arb. Awards 307 (1922).

[203] Chorzow Factary (Ger. v. Pol.) 1927 P. C. I. J. Ser. A, NO. 7.

[204] Barcelona Traction Light and Power Company, Limited (Belg. v. Spain), 1970 I. C. J. 3.

有权提起该案诉讼,实际性的问题也留而未决。

伊朗和美国间求偿法庭1983年12月判决的斯塔里特案(Starrett)[205]也涉及间接征收问题。斯塔里特及其子公司于1974年同意参与一个项目,在德黑兰的西北部建设一个住宅区。根据合同,斯塔里特的责任是,购买部分土地,建造约6000套公寓房间并将这些公寓房间卖给伊朗购买者。到1978年止,该工程已完成了一半多。后来,由于伊朗发生了革命,妨碍了工程的最后竣工,大部分美国职员被迫离开伊朗,罢工和停工又阻碍了原告的努力。伊朗银行体系的崩溃、账户的冻结,导致其他许多问题。1980年1月,伊朗当局通过了一个法案,要求伊朗政府机关制订一项计划,使未完工的住房工程在伊朗当局的监管下完成。1980年10月,住房部对原告的一个主要的子公司任命了一个临时经理,负责该工程以后的管理工作。这一措施是根据1979年的一个法案采取的,该法案规定,临时经理是原经理的合法替代者,他具有管理该公司日常业务所必需的职权,同时他也不需要取得原经理或所有人的特别许可。伊朗认为这不是事实上的征收,原告出现的财务和技术问题是其放弃该工程的真实原因。但是,法庭认为已发生了征收,根据国际法,一国采取的措施可能干涉财产权,即使该国并没有意图征收它们,该财产的法律权利形式上仍保留在原所有人的手中,但是国家的措施可能会使这些权利没有用处,以致必须认为它们已被征收。至于发生征收的确切时间,法庭以任命临时经理的正式行为为依据,认为只是在正式任命临时经理后才发生剥夺对财产权的有效使用、控制和受益的事实上的征收行为。

2. 间接征收与国家的规制措施的区别

近年来外国私人投资者经常以东道国的管理措施影响到其财产权为理由向东道国索赔。如果把某些影响私人财产权的国家管理措施(或规制措施)归类于间接征收,那么采取这些措施的国家就必须对受影响的外国人给予补偿。显然,这一问题直接关系到投资者保护和国家管理权力的范围,成为国际投资领域最为引人注目的新问题之一。

近年来关于间接征收的案例主要出现在涉及双边投资协定以及北美自由贸易协定(NAFTA)的投资争端中。一些私人投资者动辄以东道国的管理措施构成间接征收为由提起国际仲裁索赔。[206] 这些索赔要求有的被仲裁庭驳回,有的则得到支持。而且,近年来的国际仲裁案有一种倾向,即对投资条约作有利于投资者保护

---

[205] Starrett Housing v. Islamic Republic of Iran, 23 ILM 1090(1984).

[206] See Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada (2000); S. D. Myers, Inc. v. Canada (2000); Metalclad corp. v. United Mexican States (2000); Compania del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica (2000); CME (Netherlands) v. Czech Republic (2001); Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States (2002); etc.

的解释,而不像以前那样也要考虑国家主权。有的仲裁庭甚至将政府措施对外国投资者财产的影响作为判断间接征收唯一的因素,完全不考虑政府措施的意图和目的。例如,在 NAFTA 的"麦塔克勒德公司诉墨西哥案"(Metalclad corp. v. United Mexican States)中,仲裁庭认为,征收包括隐蔽的或附带的干涉财产的使用,这种干涉具有使所有者丧失对全部或大部财产的使用或丧失财产的合理预期利益的效果。仲裁庭认为本案墨西哥市政府拒绝给予原告公司建设许可的行为超出了市政当局的职权,有效地和非法地阻碍了请求人的垃圾掩埋的业务,相当于间接征收,并裁决给予原告 1700 万美元的损害赔偿。此案对征收所作的宽泛的定义,而且仅以对投资者财产的影响作为间接征收的标准,引起了人们的警觉和关注。ICSID 的一个案例中,仲裁庭认为东道国为保护环境采取的措施并不改变征收的法律性质,对此征收必须予以充分补偿。[207]

显然,对间接征收作不合理的扩大解释,会扩大对外国投资者的保护,同时也会限制国家管制其境内经济活动的权力。因此,正确的态度应该是在东道国的利益和外国投资者的保护间加以平衡。原则上,凡属于国家管制其经济活动所必需的干涉行为一般不应被看做间接征收行为,也是不应予以补偿的。

(1)学者意见

有些学者也认为,根据国际法,并不是所有干涉财产权的政府措施都属于征收。例如,布朗利认为,某些合法行使政府权力的措施可能相当大地影响外国利益,但并非等同于征收。因此外国财产及其使用可以受制于税收、有关许可证和配额的贸易限制或贬值措施。这些措施不是不合法的,不构成征收。[208] 索拉纳雅认为,有关反托拉斯、消费者保护、证券管理、环境保护、土地规划等非歧视性措施,是不予补偿的征收,因为它们被看做有效行使国家职能所必要的。国家因行使管理职能而对外国人的财产权进行的干涉,在国际法上是无权要求补偿或外交保护的。[209]

(2)历史实践

从历史上看,在20 世纪90 年代以前,不少国家(包括发达国家和发展中国家)采取了某些立法措施,并影响到外国私人财产权,这些立法措施都没有被看做应予补偿的间接征收。例如,联邦德国 1976 年通过了一项法律,该法适用于有 2000 雇员以上的公司。它规定成立一个公司决策机构——监事会,股东代表和雇员代表数额相等,但监事会主席由股东代表担任并在投票成为僵局时有决定票权。该法

---

[207] See Compania del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, (February 17, 2000).

[208] See Ian Brownlie, *Public International Law*, Oxford University Press, 6th edition, 509 (2003).

[209] See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 293 - 300 (1994).

不论对德国公司或外国公司均适用，因此，某些外国公司对该法的征收效果表示关注，有的认为该措施已构成间接征收。1979 年德国宪法法院判决认为，该立法措施没有违反根据德国宪法对私人财产权的保证。德国对外国公司未支付补偿。

英国 1975 年颁布的石油和海底管道法（Petroleum and Submarine Pipe - lines Act）修改了依 1966 年给予的特许，从而允许政府当局行使更有力的管制，原始合同作了很大变更，有利于公共部门而对被许可人不利。英国争辩说，其关于对大陆架自然资源立法的主权权利不受以前与外国被许可人订立的契约的阻碍。1975 年通过的立法的效力是，政府取得了控制生产比率的权力，改变了特许权使用费安排，政府撤消许可的权力加强了，契约安排以溯及既往的方式改变为有利于英国政府一方。在石油领域中政府多数参与的目标是通过协商实现的。当外国公司就该立法对其契约权利的溯及既往的效力提出补偿问题时，英国政府指出，依宪法原则，与政府订立的所有合同，必须受政府以后采取的措施的制约。结果，对此契约权的变更未支付补偿。

1980 年的《加拿大国家能源规则》（Canadian National Energy Program）及其实施条例意图将石油和天然气工业置于某种程度的国家公共管制。1981 年加拿大政府颁布的《石油和天然气法令》则以到 1990 年加拿大占 50% 所有权为目标。这种加拿大化的法规在很大程度上修改了以前颁布的关于特许的规则，1981 年的法令适用于现存的和以后的特许。这样，某些特许的所有人不得不谈判订立新的开发协议或同意临时性的特许，新的开发权的持有人须至少有 50% 的加拿大的所有权。若没有相应的变动，该权利就被收归政府。该法同时规定对受影响的当事人不予补偿。[210]

某些发展中国家采取了“当地化”的措施，通过立法逐步增加当地人在外国企业中的股份，减少外资参与的股份，其中最为典型的，是《安第斯条约》国 1970 年的共同外资法规定的外资控制权逐步减少的措施，即外资须在一定年限内逐步减少到 49% 以下。由于这些“当地化”措施影响了外国投资者的权益，西方学者也将其称为间接征收或逐步征收。然而，采取这种措施的国家也均未对外国投资者予以补偿。

（3）国际仲裁案例

OECD 在对近些年的仲裁案例进行研究后认为，近年来的国际仲裁案例对间接征收概念与非补偿的政府管理措施之间的界限也没有提出明确的划分界限。但有关的案例的仲裁庭采用了某些判断标准来对二者加以区别。这些标准包括：

第一，干涉财产权的程度。判断干涉程度通常要考虑以下因素：a. 严重的经济影响，即看政府的措施是否实质性的损害了投资者的经济权利；b. 政府管理措施的

---

[210] See R. Dolzer, Indirect Expropriation of ALien Property, ICSID Rev. 41 (1986).

持续期间,是临时的还是长期的;c. 既要考虑对投资者的影响,也要考虑政府措施的目的和前因后果。例如,在 NAFTA 的波普与塔波特公司诉加拿大政府案(Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada)中,仲裁庭认为,征收,无论是渐进式还是以其他方式,要求在实质上剥夺财产权的享有,原告公司利润的减少并不构成这样的实质性的剥夺。在梅耶公司案(S. D. Myers, Inc. v. Canada)中,仲裁庭将剥夺所有权与较轻的管理(regulatory)干涉加以区别。虽然在某些情况下也可以把部分或临时性剥夺视为征收,但征收通常是持续的排除所有者利用其经济权利的能力。仲裁庭最终裁定,加拿大对梅耶公司业务的干涉是临时的,没有违反 NAFTA 第 1110 条关于征收的规定。

第二,政府措施的特性(character),例如政府措施的目的和前因后果(context)。这就是要考虑政府的措施是否是为了促进普遍承认的"社会目的"或"普遍福利",如果存在公共健康、安全、道德和福利等普遍接受的考虑因素,则一般会得出结论说这不是征收。在判例上,有的仲裁庭认为,在确定是否征收时,要考虑政府为保护公共利益所采取的措施与给予投资者的法律保护间的相称性(proportionality),这就要考虑到政府措施要实现的目的。[211] 此外,国家如果是行使其治安权(police power),只要不是歧视性的,也不承担补偿责任。

第三,对合理的投资预期的妨碍。投资者必须证明其投资是以不包括所指控的管理制度的那种情势为基础的,其索赔要求在客观上是合理的,并非完全基于投资者的主观期待。[212] 尽管如此,某项政府管理措施是否构成间接征收仍然必须个案考察,具体情况具体对待。

(4)新一代条约

值得注意的是,美国在总结 NAFTA 的实践经验的基础上,在其近年来签订的自由贸易协定和 2004 年的双边投资协定范本中,对构成间接征收的判断标准作出了规定,从而在一定程度上为区分可予补偿的的征收与正当的政府管理提供了指南。

例如,依美国与智利的《自由贸易协定》附录 10 - D 规定,征收包括直接征收和间接征收两种,前者是正式转移或完全剥夺财产权,后者只是不正式转移权利或直接剥夺。确定政府的行为是否构成间接征收,要求基于事实逐案查究,并考虑以下因素:一是政府行为的经济影响,尽管缔约一方的行为或一系列行为对投资的经济价值具有不利影响,但仅此事实不能确立间接征收已经发生;二是政府行为干预

---

[211] See Tecnica Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID Award Case No. ARB(AF)/00/2.

[212] See OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Paper on International Investment 2004/4.

明显的、合理的投资预期的程度;三是政府行为的特性等。

特别是,附录 10 - D 第 4 段明确规定,除罕见情况外,缔约一方旨在和用于保护合法的公共福利目的,如公共健康、安全和环境等,而采取的非歧视性管理行为,不构成间接征收。[213] 加拿大 2004 年的新的双边投资协定范本附录 B 也有类似的规定。

美国和加拿大新一代投资条约关于间接征收的上述规定,反映了国际实践的最新发展趋势。若政府措施是出于公共福利的需要,则不构成间接征收。政府的管理措施是否构成间接征收必须个案考量,要综合考虑多种因素,而不能仅从投资者利益保护的角度出发,把对投资者的影响作为唯一的考虑因素。

总的来说,不能把以间接的方式影响私人财产权的国家措施都看做"间接征收"。根据国家实践,国家采取的让劳工参加企业管理、变更契约权以及对外国投资实行"当地化"的措施等,不能称为间接征收。在某种情况下,国家采取的限制或禁止某种财产权的使用和处置也不能都认为是征用。政府的某些管理行为,例如外汇管理、增加税收、劳工保护、公共健康、环境保护、出口管制等均是国际法所允许的,更不能看做间接征收。主权国家为了公共利益在情势需要时,对外国人的财产权利加以必要的限制,对其域内的外国投资进行管理和监督,是国家主权的行使,也是世界各国所奉行的常规惯例。把国家这些管理性措施都看成对私人财产权的无理干涉,并要求予以补偿,在法理上没有根据,在实践上也行不通。《多边投资担保机构公约》明文规定,政府管理其境内的经济活动而通常采取的非歧视性的措施,不属于征收之列,这反映了现代国际法的观点。近年来的某些国际投资仲裁庭把间接征收的范围不合理地扩大,实际上是为了限制东道国的权利,片面强调保护外国私人投资者的利益,这种观点是不会为国际社会所接受的。

(二)征收补偿

20 世纪 90 年代后关于征收问题的另一新变化,是征收必须给予充分补偿。90 年代以后,双边投资条约和区域性自由贸易协定等数量激增,这些条约在征收补偿问题上大都采取或接近发达国家坚持的观点,规定给予"充分"(adequate)、"全部"(full)、"公正"(just)、"公平"(fair)补偿。某些国际多边文件,如世界银行 1992 年的《外国直接投资待遇指南》、1994 年的《能源宪章条约》、OECD 的《多边投资协议草案》等都有类似的规定。世界银行的上述外资待遇指南规定,如果补偿是"充分、及时和有效的",则可视为"适当"的,这就把"适当补偿"解释为"充分、及时和有效的"补偿,以发达国家的观点来取代发展中国家提出的适当补偿概念的内容。因此,有人认为,对征收予以全部赔偿已成为国际社会的主流。对此,

---

[213] See David A. Gantz, The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States - Chile Free Trade Agreement, 19 Am. U. Int'l L. Rev. 679, 743 - 746(2004).

发展中国家必须予以密切关注。

在国际投资仲裁实践上,90 年代以来的案例对征收补偿几乎都是裁定"全部赔偿"(full compensation)的。在某些仲裁庭看来,依据条约的规定,"充分"或"公正"的补偿标准就是该补偿相当于投资在征收前一刻的公平市场价值。

那么,这种公平市场价值如何确定呢?这在实践上又是一个颇为重要的问题。

世界银行的《外国直接投资待遇指南》在其第四部分第 6 款又提供了指南:对于有被证实的盈利能力记录的"持续经营企业"(a going concern),以现金流折现价值为基础来确定;对于缺乏盈利能力、不能证明为可持续经营的企业,则以清算价值为基础确定;对于其他财产,则以重置价值或账面价值为基础确定。[214]

现金流折现(Discounted Cash Flow)价值,是指计算出一个盈利企业在预期存续期间产生的现金流量之后,在考虑资金时值、预计的通货膨胀以及与该现金流量有关的风险因素,进行折现。这种方法具体运用的步骤是:首先,将企业在合理预测能够存续的未来每个年度可实际预期产生的现金收入,减去每一年预期的现金支出,得出企业的年度净现金流量;其次,依据反映货币现值、预期通货膨胀以及现实情势下与此种现金流相联系的风险等因素,对每年度的净现金流折现。其折现率可以通过审查相同市场上可比风险的替代性投资的现值基础上的收益率进行测算。折现后得到的是该企业当年的"现值",然后再把该盈利企业预期存续期间的每一年度的"现值"累积起来,就得出被征收企业的价值。

清算价值(Liquidation Value)是指已无法继续盈利的企业或其具体资产拍卖所得,扣除应偿还的债务和清算费用等之后的余额。

重置价值(Replacement Value)是指用于购买新资产以替代被征收投资财产的价款扣除相应的折旧费之后的价值。

账面价值(Book Value)则指反映在企业资产负债表上的财产价值,实际是企业的资产扣除负债后的资产净值。[215]

这四种方法中,以现金流折现价值来确定被征收投资的公平市场价值是发达国家及其学者为保护投资者而特别偏好的一种估价方法,并被认为是普遍接受的方法。采用这种方法确定的补偿价值不仅包括投资者的直接损失,而且包括间接损失,也即预期利润,从而可以为投资者提供充分的或全部赔偿,使其恢复到企业被征收前一刻的状态,还包括预期收益。在投资仲裁实践中,一些仲裁庭都偏好采取此种方法。

---

[214] See World bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (1992).

[215] 参见徐崇利:"外资征收中的补偿额估算",载《国际经济法学刊》第 13 卷第 1 期(2006);See also Manuel A. Abdala and Pablo T. Spiller, Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases, 14 Am. Rev. Int'l Arb. 447.

但是，在实践上，采取现金流折现法有两个主要的问题值得注意，一是它易于混淆行为的性质，把合法行为和非法行为混为一谈；二是由于其不确定性适用起来易于偏袒投资者。

首先，只有当政府行为构成非法行为并应予以全部赔偿时采用现金流折现法来确定赔偿数额才较为合适。一般来说，征收是合法行为而不是非法行为，不应该予以全部赔偿，除非违反条约中的明确规定。以现金流折现法来确定补偿额实际上就是把征收行为看做非法行为。

2006 年 10 月 ICSID 仲裁庭就 ADC 公司案作出的裁决就是认定征收是非法的并采用现金流折现法来估算赔偿额的。在该案中，仲裁庭认为匈牙利违反了匈牙利与塞浦路斯 1989 年生效的双边投资条约中关于征收的规定。由于该征收(1)不是为了公共目的；(2)不符合正当程序，特别是没有给予求偿人以“公平公正待遇”，没有对求偿人的投资提供“全面的安全与保护”；(3)是歧视性的；以及(4)没有伴随公正补偿，因此其征收构成剥夺措施并且是非法的。仲裁庭援引国际常设法院在乔佐工厂案判决中确定的对非法行为的损害估算的习惯国际法标准，认为匈牙利应该对求偿人的投资恢复原状或予以全部赔偿，即按被征收投资的市场价值赔偿。仲裁庭在该案中采用现金流折现法来确定投资的公平市场价值和赔偿的数额。[216] 在 Occidental 石油公司诉厄瓜多尔案中，ICSID 仲裁庭 2012 年的裁决认定，厄瓜多尔的措施构成征收，并依据现金流折现法，裁定厄瓜多尔支付 17 亿美元的赔偿加上利息，是 ICSID 历史上裁定赔偿数额最高的。[217]

由于近年来双边投资协定数量倍增，这些条约一般都有关于征收条件的规定，因此，东道国的征收行为如果与其签订的条约中的征收条件不符，则在国际投资仲裁实践上，很容易被看做违反条约的不法行为，从而要支付全部赔偿。更有甚者，有些仲裁庭不论征收是合法还是非法，甚至未发生征收，但只要影响到投资者的权利和利益，都采取现金流折现法来估算，让投资者无条件的实现其投资的公平市场价值。[218] 这种做法显然是有失偏颇的，在理论上难以令人信服。而且，这种方法完全不考虑东道国政府措施的目的和特性以及财政能力等因素，仅仅只考虑企业的盈利能力及其预期，显然是有失公平的。

其次，现金流折现法在适用中也会产生不确定性。这种方法适用于有被证实

---

[216] See ADC Affiliated Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, Award, October 2, 2006, ICSID Case No. ARB/03/16.

[217] Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/06/11), Award, 5 October 2012.

[218] 例如，ICSID 仲裁庭 2005 年 5 月裁决的 CMS 天然气输送公司诉阿根廷案，在认定没有发生征收的情况下，裁定阿根廷对违反公平公正待遇承担责任，并以现金流折现法来估算赔偿数额。See CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8.

的盈利能力的“持续经营企业”,但实践中对何谓“持续经营企业”也会有不同的解释。例如,一般来说,对于尚未完工或尚未开业的企业来说,因无法产生可稳定计算预期利润的数据,不构成持续经营企业;企业虽运营了一定期间,但没有稳定的盈利记录,也不能认定其为“持续经营企业”。但有的仲裁庭就认为,对于一个长期发展的企业来说,营运初期的亏损不影响判定其为“持续经营企业”。这种解释显然就扩大了“持续经营企业”的范围。另一方面,从企业的发展角度看,企业的盈利能力往往取决于多种因素,其中许多因素是不确定的,很难说一个目前具有盈利能力的企业在其今后的若干年后还能保持相应的盈利能力不变,因此以企业目前的盈利水平来推定其今后若干年都具有相同的能力显然是过于僵化了。此外,在具体适用此方法过程中,在确定企业的合理存续期间、确定折现率时考虑的各种有关因素等问题时,都会产生不确定性。投资者从本身利益出发采用此方法也很容易过高估算其企业价值。

鉴于现金流折现法的上述种种问题,有学者建议,若我国征收外国投资者的投资时,要尽量避免让国际仲裁庭将之界定为“持续经营企业”,反对适用现金流折现法,力主采用账面价值等估算方法,因为对于合法征收,不应对投资者的预期利润损失予以补偿,否则会损害公共利益;如果国际仲裁庭执意要采取此估算方法,也要防止使用该方法对自己不利之情形的出现。[219]

---

[219] 参见徐崇利:“外资征收中的补偿额估算”,载《国际经济法学刊》第13卷第1期(2006)。

第八章　国际投资争议的解决

第一节　概　　述

一、国际投资争议的含义、种类及特殊问题

国际投资争议或称外国投资争议、投资争议，是指外国私人直接投资关系中的争议，具体说就是外国私人投资者（个人或公司）同东道国政府（或其机构）或企业、个人因外国私人直接投资问题而发生的争议。

投资争议可从主体和起因两个角度分类。

从主体上看，投资争议可分为内外国私人投资者之间的争议和外国私人投资者同东道国政府之间的争议。前者主要是指外国私人投资者同东道国的企业在举办合营企业或进行合作开发自然资源方面发生的争议，其特点是：双方法律地位平等，都是国内法上的主体；争议所涉及的一般都是投资契约的问题。后者的特点是：双方法律地位不平等，一方是私人，一方是主权国家；争议涉及的可能是投资契约问题，也可能是非契约问题。

至于资本输出国与资本输入国之间因保护外国私人投资（主要是基于双边投资条约）所发生的争议，严格讲，不属于投资争议，因为它们之间关系不是私人直接投资关系，而是因外国投资争议所引起的一种国家之间争议即国际公法争议。当然，东道国与外国私人投资者之间的争议也可以通过两国之间加以解决。

从起因上看，投资争议可分为基于契约所引起的争议和非直接基于契约所引起的争议。前者指投资契约双方当事人因对契约的解释、执行、修改或废除而产生的争议。其主要特点是，争议直接涉及的是当事人的契约权利义务问题。它可以是内外国私人投资者之间的争议，也可是外国投资者同东道国政府之间的争议，即国家契约或特许协议争议。后者是指东道国政府在同外国私人投资者无投资契约关系的情况下，或在投资契约关系之外所发生的争议，实践中主要是关于对外国投资是否依照法律或条约规定的标准提供待遇或保护问题引起的争议，具体包括：（1）国有化或征收引起的争议；（2）东道国行政管理行为引起的争议，如外汇管制、增加税收、干预企业经营活动等引起的争议；（3）东道国国内政治动乱、革命、战争

等事件引起的争议。这类争议的特点在于它涉及的不是契约权利义务问题,而主要是东道国法律和有关国际条约中的权利义务问题。

实践中,投资争议中较为复杂和难于处理的是东道国政府与外国私人投资者之间的争议,国际上通常所指或关注的投资争议即是这类争议,因为这类争议更具有特殊性,具体表现如下:

第一,争议的主体特殊。国家是国际法的主体,私人投资者则是国际法上的客体。如何处理这种具有不同法律地位的主体之间的争议,有许多独特而复杂的问题。如应采用何种方法、适用何种法律、外国私人投资者在国际法庭中有无出诉权,以及如何执行国际法庭裁判国家败诉的决定,等等。

第二,争议涉及的问题特殊。投资争议通常一方面涉及投资者位于东道国境内的财产权利或契约权利、对企业的控制权、汇出外汇权等既得权利;另一方面又涉及东道国对本国境内的外国投资的管理权和征收权,有时还涉及对自然资源的控制权等主权权力和国民经济利益,同时又涉及东道国保护外国投资者的国际义务。概而言之,既有国内法问题,也有国际法问题。

第三,争议引起的后果特殊。投资争议虽然发生在东道国国家同外国私人投资者之间,但却常常把资本输出国政府卷入进来。历史上,资本输出的发达国家经常借口行使外交保护权而介入东道国与外国私人之间的投资争议,对东道国或进行外交干预,或提出国际请求,或利用本国国内法制度实行单方面经济制裁,甚或动用武力,每每导致私人同国家之间的投资争议上升为国与国之间的争议,引起国家间的矛盾和冲突,使投资争议政治化、复杂化。

二、解决国际投资争议的方法

(一)确立解决投资争议方法规定的重要性和形式

由于国际投资在当今世界经济发展中的作用不断提高,而投资争议又难于消除,妥善解决投资争议对于维护和推动世界经济的发展便具有了更加重要的意义。为此,需要通过一定的法律形式确定解决投资争议的方法。实际上,这在国际上已成为一个十分重要的课题,日益引起多方面的关心并为之努力。

具体地说,确立解决投资争议方法的规定具有下述几方面重要意义:

第一,它是国际投资法律制度中的重要内容,是构成一国完善的投资法律环境不可缺少的有机组成部分。如同其他法律部门一样,国际投资法也是由实体法规则和程序法规则两部分组成。投资争议解决方法的规定属于程序法规则,它从程序上保证实体法规则的实施。如果缺少有效的争议解决机制,保护外国投资者权益的各种实体法规定就难以保证实现,这些规定的重要作用就会受到影响。所以,一国影响外国投资的法律环境或法律因素的好坏,取决于这两组规则的组合情况。

从国际上看，投资争议解决方法的规定越来越受到许多国家和国际组织的重视。[1]

第二，它是投资争议获得顺利而迅速解决的重要保证。有了事先规定的解决方法，一旦发生争议，双方便可依规定的方法及程序及时加以解决，以避免为投资争议的特殊问题所困扰。

第三，它是投资争议非政治化的重要保障。有了适当而有效的方法解决投资争议，就可以避免资本输出国的介入，使争议按照正常的法律程序和法律标准加以妥善解决。

第四，它还是预防和促进友好解决争议的重要因素。

从国际上看，关于解决投资争议方法的规定，主要有以下四种形式：一是契约规定。即由投资者双方在它们的投资契约中规定解决争议的方法。二是国内法规定。具体又分为东道国国内法上的规定和资本输出国国内法上的规定，前者规定解决本国政府或法人、自然人同外国投资者之间的争议的方法，后者规定解决本国海外投资者同东道国之间争议的方法。但主要的是前一种规定，目前已为许多发展中国家所采用。三是双边条约规定。目前，大多数由两国间订立的双边投资保护或保证协定都规定有解决投资争议的方法。四是多边条约规定。这主要是指1965年的《解决国家与他国国民之间投资争议公约》。此外，1994年生效的《北美自由贸易协定》设专章对投资者与国家之间投资争议的解决作了规定，在国际上也产生了较大影响。

（二）解决国际投资争议的方法

从实践中看，解决国际投资争议的方法主要有以下几种：（1）协商或谈判解决。（2）东道国当地救济。指外国投资者在东道国依其国内法设立的司法机构（即法院）、行政机构或仲裁机构中，依照东道国的程序法和实体法寻求救济，解决争议。简称为当地救济。（3）外国法院诉讼。主要是指由外国投资者单方面的东道国以外国家的法院对东道国提起诉讼，以求获得对己有利的解决。（4）外交保护。由投资者本国政府代表投资者通过外交途径向东道国提起国际请求，两国政府之间或是通过外交谈判或是通过仲裁甚或通过国际司法诉讼（即通过国际法院）解决。（5）国际仲裁。包括利用一般的国际商事仲裁和专门的投资仲裁机构仲裁。

---

[1] 如美国早期签订的双边投资条约，有关争议解决的规定只有2页，而在美国加入的《北美自由贸易协定》中，有关争议解决的规定增加到了7页，到了2004年美国与乌拉圭签订的双边投资条约，有关争议解决的规定增至13页。See ICSID Review—Foreign Investment Law Journal (FILJ), Fall, 2004, p. 344; UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State (2003), pp. 1, 5; UNCTAD, Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review (2005), p. 4.

可见,解决国际投资争议的方法,既有政治的手段又有法律的手段,既有国内解决又有国际解决,不完全同于一般国际经济贸易争议的解决方法。通常,由争议双方通过协商或谈判解决,称为友好解决;除此之外的其他解决方法,是通过第三人介入的解决方法。第三人解决方法又分为国内(主要指东道国国内)第三人解决方法和国际化第三人解决方法。用何种方法解决投资争议,历来在发展中国家同发达国家及其投资者之间存在着严重分歧。发展中国家一般倾向于通过本国当地救济或由发展中国家创设的仲裁机构解决投资争议,反对外交保护和外国法院诉讼,对西方仲裁机构仲裁亦不表信任;而发达国家及其投资者却不信任东道国当地救济的公正性,主张通过其他方法解决投资争议。在实践中,双方究竟同意接受何种方法,在相当程度上取决于各自讨价还价的力量和实际需要。正是为了解决这方面的问题,国际上缔结了解决投资争议的专门公约,用以调和双方的主张。关于投资争议以及其他商事争议的解决方法,目前国际上还流行一种分类,即分为法院诉讼方法和诉讼的替代方法,后者英文简称为 ADR(Alternative Disputes Resolution),指法院诉讼之外的各种形式的争议解决方法,包括仲裁、调解等,在国际上受到大力提倡。[2]

第二节 协商与调解

协商与调解被视为两种友好解决争议的方法,都是在争议双方当事人相互谅解的基础上,基于双方相互的同意达成解决的协议。通过这两种方法友好解决双方之间的争议,有助于维护双方的合作关系。因此,各国都鼓励当事人首先并尽量采用协商或调解解决投资争议,特别是对采用协商方法更是予以鼓励甚至作为必经程序加以要求。现在,已有越来越多的投资国、东道国外资法和双边投资促进与保护条约,规定在正式启动仲裁或诉讼程序前留有一个"冷却期"(Cooling-off period),以便使争议双方尽量争取通过协商或调解友好解决争议。[3] 这种解决方法是 ADR 中的重要方法,也称作非正式的解决方法(informal methods)。[4]

一、协商

(一)协商解决的概念和特点

协商(广义上包括谈判)解决是指争议发生后,由争议双方当事人直接接触,

---

[2] See UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State(2003), pp. 2, 11 - 13.

[3] New From ICSID, Volume 22, No. 2, 2005, p. 12.

[4] See UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State(2003), pp. 11, 24.

进行磋商，在分清是非、消除误会、明确责任的基础上，以自愿为原则，相互作出一定程度的让步。在双方当事人都认为可以接受的情况下，达成和解协议，使争议的事项得到解决，也叫和解解决。

这种解决方法的特点是手续简单方便、灵活、节省时间，更重要的是因为协商解决是在当事人双方互谅互让的友好气氛中进行，不伤害双方感情，有利于合作关系的进一步发展。

（二）协商解决的原则

采取协商方法解决争议，应贯彻以下原则：（1）自愿的原则。协商必须是基于双方的自愿而进行的，任何一方都有权拒绝协商或终止协商，而根据法律或合同规定采用其他方法解决争议。（2）平等互利、协商一致的原则。在协商过程中，应坚持各方地位平等，在充分协商、平衡利益、意思表示一致的基础上达成协议，任何一方不得采用胁迫、欺诈、诱骗的手段，使对方勉强或被迫接受自己的片面要求。（3）合法的原则。双方协商达成的协议必须符合法律规定，否则无效。法律规定必须执行的事项或不允许以合同条款更改的事项，当事人就不能通过协商方法来变更这种规定。

（三）协商的方式

协商除了可由当事人就解决争议举行专门的会谈进行磋商外，还可以利用当事人共同组成的现有机构进行。就合营企业各方面的争议而言，实践中可以在合营企业的董事会（或类似的领导机构）内进行，因董事会通常是由合营各方的代表组成的。一个成功的范例是一家美国公司与一家韩国公司在韩国开办的合营企业的做法。该企业董事会有5名成员，双方各指派2名，再由双方协议指派一名外来成员。该董事会每月召开一次会议处理所有重大经营决策问题。其主要职能之一是处理任何有关经营决策的争议。该企业的这种做法为实践证明是行之有效的。[5]

争议当事人通过协商取得一致意见后，应制作书面协议，这种书面协议依照有关法律确定其法律效力。

二、调解

（一）调解的含义和特点

调解（conciliation）作为解决争议的一种方法，具有古老的历史。在解决跨国争议方面，它最早是用以解决国家间的争议。它被定义为这样一种方法，即“将争议提交一个为争议各方当事国信赖的事先组成的委员会，委员会的职责是审查争议的各个方面，并基于公平和相互的让步向各方当事国提出解决方案，而各方当事

---

[5] 参见联合国跨国公司中心：《在发展中国家的合营企业的合伙人之间的安排》（Arrangements Between Joint Venture Partners in Developing Countries）（1987年），第38页。

国可自由决定接受或拒绝该方案。"这种方法以后也逐渐发展成为解决国际商事争议包括投资争议的方法之一。[6] 不过,调解的形式有了新的发展,可以在一个仲裁机构或国内法院进行,2002 年 11 月联合国大会第五十七届会议通过的《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》第 1 条第 3 款,对"调解"作出定义如下:"对本法而言,'调解'系指当事人请求一名或多名第三人('调解人')协助他们设法友好解决他们由于合同引起的或与合同的或其他的法律关系有关的争议的过程,而不论其称之为调解、调停或以类似含义的措辞相称。调解人无权将解决争议的办法强加于当事人。"[7] 我国 2010 年制定的《中华人民共和国人民调解法》对该法所称的人民调解,定义为是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协调基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。简言之,调解是指争议双方在第三者主持下,互谅互让,消除误解,通过达成协议使争议得到友好解决。调解与协商的相同之处在于当事人都是在自愿基础上进行,都需要通过双方的协商同意达到协议。不同之处在于调解是在第三者主持下进行,而协商则无须第三者介入。

国际投资是很复杂的过程,许多事情的发生往往事与愿违,有些投资争议虽经友好协商仍无法解决,此外,协商解决往往取决于双方各自的讨价还价的力量,这使得一些力量较弱的当事人不愿通过协商解决争议。在这类情况下,调解就是处理争议的更好办法。

从国际上看,调解一般具有以下特点:第一,调解自始至终基于争议双方当事人的同意。只有双方同意调解,才能设立调解程序,并且,在调解的任何阶段,只要有一方不再同意调解,调解程序即应停止。第二,调解人的任务是听取和评审各方当事人的主张,并提出解决争议的建议。他可以召集各方当事人共同讨论案件,也可分别会晤各方当事人,对当事人进行疏通引导,促使双方互谅互让,最后为当事人提出解决的方案。第三,调解人的建议不必依照法律规则判断争议的是非,即不必阐释建议的法律理由,而只凭其确信的公平合理原则提出解决方案。当然,所提出的建议也应以不违反法律为基本要求。第四,对调解人建议的方案,双方当事人可以接受,也可以不接受,调解人无权将解决争议的方案强加于当事人。争议双方就解决争议订立和解协议的,该协议通常对争议双方具有约束力。[8]

---

〔6〕 参见斯奈德(Earl Snyder):"外国投资的保护:争议处理方面"(Foreign Investment Protection: The Disputes Solving Aspect),载《哥伦比亚跨国法杂志》第 3 卷第 2 期(1965)。

〔7〕 《联合国国际贸易法委员会国际商事调解示范法》条文及相关文件的中文本,See: http://www.uncitral.org/pdf/chinese/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-c.pdf。

〔8〕 如《联合国贸易法委员会国际商事示范法》第 14 条规定:"当事人订立争议和解协议的,该和解协议具有约束力和可行性……"一个例外情况是,《解决国家与他国国民间投资公约》规定,ICSID 调解结果无约束力(第 35 条)。

（二）调解的原则

在采用调解方法解决争议时，应遵守以下原则：(1)自愿的原则。无论是哪种形式的调解，都必须以双方当事人自愿为基础，只要一方不愿意，就不能进行调解。调解达成的协议也必须以双方当事人的意愿为依据，调解人有责任对双方进行说服劝导，但无权强迫当事人接受自己的建议或强迫一方接受另一方的建议。(2)查明事实、分清是非的原则。调解不是无原则的调和、折中、和稀泥，而是旨在求得争议的公正合理解决。这就需要调解人深入调查，弄清事实真相，分清各方是非责任，只有这样，才可能依照法律规定解决问题，调解人的说服劝导才能有力，达成的协议才能真正公平合理。(3)合法的原则。与协商一样，调解协议的内容应当符合有关法律和政策的精神和要求，否则，调解协议就得不到有关法律的承认和保证执行。

（三）调解的方式

1. 国际上的做法

从国际上看，处理投资争议的调解方式可以分为常设机构进行的调解和临时机构进行的调解。常设机构进行的调解是指在一个负有处理投资或各种经济贸易争议的常设性的机构中进行的调解，这种机构一般都备有供争议当事人选任的调解人名单并有自己的调解规则，可以为调解提供各种服务和便利。如根据《解决国家与他国国民间投资争议公约》设立的“解决投资争议国际中心”（见本章第七节）。临时机构进行的调解是指在常设机构外进行的调解，调解规则和各项工作都由争议当事人和调解人安排。关于调解程序规则，国际上并无统一的硬性规定。为了指导国际商事争议的调解，联合国国际贸易法委员会于1980年制定了一份调解规则，供争议当事人和有关机构采用。2002年11月联合国大会第五十七届会议通过了联合国贸易法委员会起草的《国际商事调解示范法》，为各国制定有关调解的法律提供示范指引。

2. 我国的做法

我国历来重视利用调解解决民事争议，对处理涉外投资争议也不例外。实践中，我国处理涉外投资争议的调解主要有以下方式：

(1)涉外调解机构调解。我国近年来从事涉外商贸争议的调解机构有了新的发展，主要出现有两种情况：一是由国际商会组织设立的专门从事涉外商事、海事争议调解的机构，如中国国际贸易促进委员会（又名中国国际商会）设立的调解中心。该调解中心成立于1987年，当时称“北京调解中心”，自2000年1月1日起正式更名为中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心（以下简称中国商会调解中心），是以调解方式，独立、公正地帮助中外当事人解决商事、海事等争议的常设调解机构。该调解中心成立以来不断发展壮大，现已在全国各省、市、自治区及一些重要城市设立分会调解中心共42家，形成了庞大的调解网络。各调解中心使用统一的调解规则，在业务上受总会调解中心的指导。二是由涉外仲裁机构设

立的专门从事商事争议调解的机构,如华南国际经济贸易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)调解中心[9]。此外,还有一些地方仲裁委员会设立的调解中心也提供涉外商事争议的调解,如2011年成立的北京仲裁委员会调解中心、深圳民商事调解中心等。[10]

上述调解机构调解的共同特点是,都是由专门设立的调解机构提供,适用专门的调解规则,由调解员主持,调解程序独立于诉讼程序和仲裁程序之外。调解调解成功的,双方当事人达成和解协议解决争议;调解不成功的,当事人可依法提起诉讼或依仲裁协议提起仲裁解决争议。根据我国涉外中机构的仲裁规则,当事人也可以达成仲裁协议将和解协议提交仲裁机构据此制作裁决书(详见下述"调解与仲裁/诉讼相结合")。

调解中心十分重视与相关国际机构的交流与合作,先后与汉堡调解中心、纽约调解中心、阿根廷调解中心、英国伦敦国际仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁与调解院、大韩商工会所/中国韩国商会、香港调解中心等签署了合作协议或联合调解协议,制定了联合调解规则。联合调解可以在中国进行,也可以在对方国家进行。2004年年初调解中心又与美国公共资源中心共同组建了中美联合商事调解中心,2006年4月6日,调解中心与欧洲著名的国际商事争议解决机构——英国有效争议解决中心(The Center for Effecive Dispute Resolution)签订了合作协议。

(2)仲裁机构调解。根据我国《仲裁法》第49条和第51条的规定,争议当事人在仲裁过程中可以自行和解或者同意由仲裁庭主持调解。当事人自行和解达成和解协议的,可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。由仲裁庭主持调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据和解协议内容制作裁决书。仲裁庭主持调解不成的,应当及时作出裁决。仲裁庭制作的调解书与裁决书具有同等法律效力。[11] 我国各仲裁机构的仲裁规则均体现有上述调解规定的内容。对提交仲裁的案件在仲裁程序过程中进行调解,将仲裁与调解相结合,是我国仲裁的一个重要特点。一些涉外仲裁机构仲裁规则还规定有更加灵活方式的"仲裁与调解相结合",如在仲裁过程中,当事人有调解愿望但不愿在仲裁庭主持下进行调解,还可以申请仲裁机构协助以适当的方式和程序进行调解,或者申请由专门的调解机构进行调解,调解达成协议的再提交仲裁庭制作调解书或者裁决书。当事人也可以在提起仲裁程序之前通过协商或调解达成和解协议,再依仲裁协议

---

〔9〕 该调解中心原名中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会调解中心,2012年10月更名为华南国际经济贸易仲裁委员会,又名深圳国际仲裁院调解中心。http://www.sccietac.org。

〔10〕 深圳民商事调解中心由深圳仲裁委员会主导,由深圳律师协会、深圳市商业联合会、深圳市个体劳动者协会、深圳市私营企业协会共同发起设立。http://www.szac.org。

〔11〕 调解书经双方当事人签收后即发生法律效力,裁决书自作出之日起发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决。见《中华人民共和国仲裁法》第52条、第57条。

及和解协议，请求仲裁机构组成仲裁庭，按照和解协议内容作出仲裁裁决。[12]

（3）人民法院调解。《中华人民共和国民事诉讼法》在第一编总则中规定："人民法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。"根据该法第八章规定，调解是在法院受理案件后由法庭主持进行。第八章关于调解的规定同样适用于涉外民事诉讼，自然也适用于投资争议案件。在诉讼过程中进行调解，是中国诉讼的一大特点，称做"诉讼与调解相结合"。法院调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持。通过调解，当事人如能达成和解并签订和解协议，法院即根据和解协议的内容作出调解书。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。2012 年我国第二次修订的《民事诉讼法》，新增加了一条先行调解的规定（第 122 条），即"当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的除外。"该项新规定，有利于进一步发挥人民法院调解解决民事争议的作用。

（4）民间机构调解。我国许多地区都成立了民间性质的各种外商投资服务机构，如投资促进中心、外商投资企业协会等。这些机构直接为外商投资企业提供各种服务，其中包括接受外商投资企业投诉及来信、来访，依法协助调解有关纠纷。由于这些机构同外商投资企业关系密切，对企业及投资各方情况较熟悉，因而在处理某些投资争议中往往能较好地发挥调解人的作用。

（5）行政机构调解。也称行政调解，是指我国各级人民政府对外经济贸易部门以及外商投资企业主管部门的调解。协调处理外商投资企业发生的各类争议是这些部门的职责之一。由于这些部门属于政府部门，具有较大的权威性，所以其主持的调解，成功率也是较高的。需要指出的是，行政机构调和上述民间机构调解达成的和解协议，性质上属于当事人之间的合同，具有合同的约束力，主要依靠当事人自觉履行，但不当然具有强制执行的效力。

（6）调解与仲裁/诉讼相结合。分别指调解与仲裁相结合（Mediation - Arbitration）和调解与诉讼相结合（Mediation - Litigation），通常包括"仲裁/诉讼中的调解"和"先调解后仲裁/诉讼"两种情况。"仲裁/诉讼中的调解"，是在仲裁程序或者诉讼程序之中进行的调解。如前所述，可以由仲裁庭或者法庭主持调解，也可以由仲裁庭或者法庭之外的第三方主持调解。对由仲裁庭或者法庭之外的第三方主持调解达成协议的，仲裁当事人可请求仲裁机构依据和解协议的内容制作裁决书，诉讼当事人则可请求法院制作调解书。调解不成功的，则恢复仲裁程序或者诉讼程序。诉讼中由法院之外的第三方进行调解的一个例子，是中国贸促会/中国国际商会调

---

〔12〕 见《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（2012 版）》第 45 条（八），《华南国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则（自 2012 年 12 月 1 日起施行）》第 48 条、第 49 条上，海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）仲裁规则（自 2013 年 5 月 1 日起施行）第 41 条。

解中心接受法院的委托,在法院开庭审理争议之前主持调解的合作模式。

"先调解后仲裁/诉讼",是当事人在申请仲裁或者诉讼之前,先将争议提交有关机构进行调解,调解成功的,当事人之间有仲裁协议的,可以依据仲裁协议申请仲裁机构按照和解协议的内容制作裁决书,没有仲裁协议的,可以依法向法院申请司法确认调解协议,[13]从而使和解协议具有强制执行的效力。中国国际经济贸易仲裁委员会、华南国际经济贸易仲裁委员会、上海国际经济贸易仲裁委员会等仲裁机构的仲裁规则有先调解后仲裁的规定。先调解后仲裁/诉讼的作法,更有利于当事人友好和有效地解决争议。

第三节 东道国当地救济

一、东道国当地救济的含义、适用范围及适用原则

(一)东道国当地救济的含义

东道国当地救济是指在东道国的司法机构或行政机构中依照东道国的程序法和实体法解决投资争议,简称当地救济(local remedy)。东道国当地救济具体包括司法救济和行政救济。

(二)东道国当地救济的适用范围

东道国当地救济既适用于东道国政府同外国私人投资者之间的争议解决,也适用于东道国企业同外国私人投资者之间的争议解决。但在国际法上,东道国当地救济专指适用于解决外国人与东道国国家之间争议的一种救济方式。就我国来说,司法救济包括两种情况,一是法院的涉外民事诉讼程序,中国企业同外国私人投资者之间的投资争议可通过这种程序解决;二是法院的行政诉讼程序,外国私人投资者同中国政府及其主管部门之间发生争议,可通过这种程序解决。我国的行政救济主要是行政复议,可适用于外国私人投资者对中国政府主管部门行政决定不服引起的争议。

(三)东道国当地救济适用的基本原则

东道国对在本国境内发生的投资争议享有当然的管辖权,有权要求争议当事人通过当地救济寻求解决。这是东道国当地救济适用的一条基本原则。除非东道国法律另有规定或其政府明确表示同意,外国私人投资者是不可以将其同东道国

---

[13] 我国2012年新修订的《民事诉讼法》第194条规定:"申请司法确认调解协议,由双方当事人依照人民调解法等法律,自调解协议生效之日起三十日内,共同向调解组织所在地基层人民法院提出。"第195条规定:"人民法院受理申请后,经审查,符合法律规定的,裁定调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行。"。

政府之间的争议直接提交国际或国外解决的，如外交保护、外国法院诉讼以及国际仲裁等。从国际上看，各国原则上都不否认当地救济的可适用性，都不承认投资争议当然隶属于国际管辖。[14] 不过，在实践中，各国都比较灵活地适用当地救济，特别是把当地救济同国际仲裁有机地结合在一起适用。

二、东道国当地救济的国际法律依据

东道国对在本国境内发生的投资争议享有当然的管辖权，在国际法上主要有以下四个原则为依据：

（一）国家属地管辖权原则

属地管辖权原则是国家主权原则的一个重要内容，也是东道国对国际投资争议享有管辖权的最基本的法律依据，其他一些依据可以说都是由此派生而出的。国际投资的一个显著特点就是外国资本、技术或劳务流入东道国境内，此时，外国投资者其人、其物、其活动都位于东道国境内。根据属地管辖权原则，外国投资者必须首先服从于东道国的管辖。而管辖不仅包括立法管辖、行政管辖，还包括司法管辖，即一国对在本国境内的刑民事案件享有审判管辖权。因此，外国投资者同东道国政府或国民发生的争议，理应接受东道国的司法管辖，依照东道国法律处理。

（二）用尽当地救济规则

用尽当地救济规则是一项古老的习惯国际法规则，是传统的国家责任法律的一部分。其主要内容是，受到东道国侵害的外国人在未用尽东道国法律对其仍然适用的所有救济手段之前，其本国政府不得行使外交保护权追究东道国的国际责任。在处理东道国政府影响了外国人利益的案件上，这一规则强调了东道国属地管辖权的优先地位，从相对于外交保护方法的适用角度肯定了当地救济的优先适用性。

关于用尽当地救济规则所依据的具体理由，E. 博查德早在 1915 年就作了较好的说明，主要是：(1)在国外的公民被认为是已了解并应了解当地法律所规定的救济方法；(2)一国既然享有主权与独立权，在其法庭能够公平裁判的前提下，当然有理由可以要求他国不予干涉；(3)侵害国政府必须获有机会按照其自己通常的方法对受害人予以公正救济，从而避免任何产生国际争执的可能；(4)如果侵害是由个人或下级官员所作，为确定侵权行为或拒绝司法是该国家的故意行为，用尽当地救济是必要的；(5)即令是国家的故意行为，也有必要确认该国家不愿意纠正错误的事实。[15]

用尽当地救济规则除了得到广大国际法学家们的普遍赞同外，长期以来还得到国家实践、国际判例、国际组织以及私人学术团体的肯定和支持。从 18 世纪开始这一规则就为各国外交实践所主张，在 19 世纪和 20 世纪，西方发达国家和拉美若干国家都曾要求在行使外交保护权前须首先用尽当地救济。1959 年欧洲理事

---

[14] See UNCTAD, Dispute Settlement(2003), p. 27.

[15] E. 博查德：《对外国公民的外交保护》，1915 年英文版，第 817 ~ 818 页。

会成员国缔结的《保障人权及基本自由公约》第26条规定,"委员会对于此种案件,仅在依普遍承认的国际法原则,用尽国内救济手段之后,并在国内终审判决之日起六个月之内,始得受理。"1959年国际法院在国际工商业投资案(Interhandel Case)中明确宣示:"在可以提起国际程序之前必须首先用尽当地救济的规则,是一项公认的习惯国际法原则。"[16]

这一规则当然也适用于国际投资争议的解决。依照这一规则,外国投资者的利益受到东道国侵害而发生争议时,外国投资者在寻求本国外交保护前,首先求助并用尽当地救济,这既是它的权利,也是它的义务。在另一方面,东道国则有权主张外国投资者应当根据本国法律用尽对它仍然适用的各种法律救济。[17]

(三)卡尔沃主义

卡尔沃主义(Calvo Doctrine)是南美著名国际法学家卡尔沃(曾任阿根廷外长)在19世纪60年代提出的一种学说。当时,欧洲列强介入拉美国家同欧洲的公司或个人间有关契约等方面的争端,借口护侨,滥用外交保护权,甚至动用武力向拉美国家索债,激起拉美各国的愤慨。卡尔沃主义就是为了反对欧洲列强的粗暴干涉,反对所谓的国际标准,维护属地主权的完整性而发展起来的。卡尔沃主义的基本原则有三个:(1)各主权国家是自由的和独立的,在平等的基础上享有不受其他国家通过武力或外交干涉的自由;(2)外国人对于投资或其他商事争端,只能在当地法院寻求救济;(3)外国人无权要求比国民更优惠的待遇。[18]

可以看出,卡尔沃主义的直接目的是,既反对外交保护也反对国际仲裁及其他国外法庭对投资争议的管辖。其所依据的基本思想是各国主权平等、内外国人待遇平等。各国主权平等,一国就不得干涉他国内政;内外国人待遇平等,外国人的请求就不得成为国际请求,外国人的待遇只能是国民待遇而不能是国际标准待遇。其最终目的是维护属地主权的完整性,从而维持各主权国家的平等地位。卡尔沃主义得到1889~1890年召开的第一届拉美国家国际会议的支持,并被会议接受为美洲国际法原则之一。此后,卡尔沃主义一直为拉美广大国家所坚持,并得到其他发展中国家的赞同,成为拉美国家及其他一些发展中国家制定卡尔沃条款,坚持对国际投资争议属地管辖权的重要法律依据。[19]

卡尔沃主义的现实效果是通过卡尔沃条款(Calvo Clause)体现出来的。卡尔沃条款,就是在法律、条约或契约中订入含有卡尔沃主义精神的条款,从而使卡尔

---

〔16〕 参见《国际法院报告》(ICJ Reports)(1959年),第27页。

〔17〕 S. C. 杰因:《外国人财产的国有化》,1983年英文版,第193页。

〔18〕 同上注,第214页。

〔19〕 See Gonzalo Biggs, The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U. S. Free Trade Agreement, ICSID Review FILJ, Spring, 2004, pp. 66 - 67.

沃主义具有法律效力。其中尤以国家同外国私人投资者的契约中的卡尔沃条款最为重要、最有影响,也最有争议,一般所说卡尔沃条款即指这一类条款。卡尔沃条款包含有两个基本内容:第一,规定因契约条款所引起的一切争议,均由所在国法院判定,以所在国国内法为准据法,反对国际仲裁或国际司法解决;第二,规定外国人因契约或其他原因所引起的要求,不能成为国际求偿,外国人须放弃诉求本国政府的外交保护,反对外国政府的求偿代位权,反对投资争议的外交干预。[20]

卡尔沃条款直接触及了两种管辖权,即东道国的属地管辖权和外国投资者本国的属人管辖权,由于该条款明确规定外国投资者放弃本国的外交保护,从而引起了关于卡尔沃条款的法律效力的争论。不过,这些争论是集中在卡尔沃条款是否具有排除投资者本国外交保护权的效力问题上,至于该条款具有约束外国投资者有义务求助当地救济的效力问题,则是少有争议的。如1923年美国与墨西哥之间的北美疏浚工程公司仲裁案(North American Dreding Case),[21]仲裁委员会尽管否认卡尔沃条款可以剥夺投资者本国的外交保护权,但对卡尔沃条款具有约束投资者有义务求助当地救济的效力则予以明确的肯定。它认为根据卡尔沃条款,公司有义务按照墨西哥法律在当地寻求救济,即使是两国间仲裁条约规定放弃当地救济规则的适用,也不能免除投资者承担卡尔沃条款所规定的求助当地救济的义务。"当地法院拥有唯一管辖权的契约规定是有效的,对国际仲裁庭有约束力。"最后,仲裁委员会以公司未求助当地救济为由驳回美国代表公司的索赔请求。

卡尔沃主义和用尽当地救济规则两者基本精神有一致之处,即都坚持对投资争议属地管辖权的优先,都有防止滥用外交保护权的作用。但两者之间仍然存在一些差别,主要有两点:第一,用尽当地救济规则主要是解决国家侵害外国人的责任问题,实际是对国家责任和外交保护权的一种限制,而卡尔沃主义则主要是解决外国投资者服从当地管辖的问题,从根本上反对投资关系上的外交干预和国家责任。第二,用尽当地救济规则的理论基础是尊重属地管辖优先原则,而卡尔沃主义所依据的理论不仅是属地管辖优先原则,更重要的还有内外国人待遇平等原则,即国民待遇原则。正因为上述差别,两个相似的规则,其中用尽当地救济规则能为各国普遍接受,而卡尔沃主义则遭到西方发达国家的非难。随着全球经济一体化的发展,自20世纪70年代后期,拉美国家坚持卡尔沃主义的立场逐步松动,开始在一些条约和协定中引进国际仲裁和外国投资保护的条款。[22]

---

[20] 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社1987年修订版,第344~345页。

[21] H. J. 斯坦纳、D. F. 瓦茨:《跨国法律问题》,1976年英文版,第522~526页;L. 亨金等:《国际法案例与资料》,1980年英文版,第707~709页;Gonzalo Biggs,同前注,p. 67。

[22] Gonzalo Biggs, The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U. S. Free Trade Agreement, ICSID Review FILJ, Spring, 2004, p. 72; UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-state (2003), p. 29.

(四)对自然资源永久主权原则

对自然资源的永久主权原则是现代国际法为东道国对国际投资争议行使管辖权提供的一个有力法律依据。该原则主要体现在《各国经济权利义务宪章》等联合国大会通过的一系列决议中。根据这些决议,对自然资源的永久主权,概括起来就是:每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权,包括拥有权、使用权和处置权在内,并得自由行使此项主权,以及由这一基本权利派生的国家管理外国投资的权利管理和监管跨国公司的权利、对外国人财产实行国有化的权利和按照本国法律在本国法院处理投资争议的权利。《宪章》第2条第2款(c)中规定:关于国有化,"因补偿问题引起的任何争议,均应由实行国有化国家的法院依照其国内法加以解决,除非有关各国自由和相互同意根据各国主权平等并依照自由选择方法的原则寻求其他和平解决方法"。

永久主权原则同用尽当地救济规则和卡尔沃主义在强调东道国属地管辖权优先方面是一致的,但也有不同之处:与用尽当地救济规则相比,后者只是对国家责任和外交保护的一种限制,运用这一规则实际上就是承认外国投资者本国有行使外交保护的权利。而永久主权所确认的当地救济主旨是在于强调和维护国家尤其是发展中国家对自然资源永久主权的充分自由的行使,更具有时代进步的特征。同卡尔沃主义相比,永久主权原则基本上是体现了卡尔沃主义的精神,但卡尔沃主义完全排除国际仲裁或其他超国家的解决程序,而永久主权原则则承认东道国有权根据"自由选择方法原则"利用国际仲裁等国际解决程序解决投资争端。所以,还不能说《宪章》第2条第2款(c)的规定是全盘接受了卡尔沃主义,不能理解为禁止使用国际化解决程序。[23]

综合上述,东道国当地救济的法律依据,既有传统国际法上的原则(属地管辖原则、用尽当地救济规则),也有现代国际法上的原则(永久主权原则);既有从发达国家间发展起来的(用尽当地救济规则),也有发展中国家所倡导的(卡尔沃主义、永久主权)。总之,在确定解决投资争议方法时,东道国有充分的理由主张通过当地救济解决。

三、关于用尽当地救济规则适用的问题

如前所述,用尽当地救济规则是一项习惯国际法规则,用于处理外国人同东道国政府之间的争议。这一规则在具体适用中主要有以下两个问题。

(一)用尽当地救济规则适用的要求

当决定用尽当地救济规则应予适用时,外国投资者就有义务不仅首先要利用当地救济,而且要把当地救济"用尽"(exhaustion),然后在必要时才可以求助国际解决。除非另有约定,按一般规则,外国投资者在求助本国政府外交保护前,对东

---

[23] See UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State (2003), p. 28.

道国当地救济的“用尽”一般包括以下两个要求：

第一，必须使用完当地所有可适用的司法的和行政的救济程序，包括上诉程序，直至最高法院或最高主管机关作出最终决定。正如常设国际法院在索非亚和保加利亚电气公司等（Electricity company of Sofia and Bulgaria Case）所主张：“当地救济规则……意味着用尽所有的上诉，包括上诉到具有终审效力的最高上诉法院。”[24]

第二，必须充分和正确地使用国内法中所有可适用的诉讼程序上的手段。凡不符合所在国诉讼法程序所要求的必要条件者（包括传讯证人、提供必要文件、证件等），即属未用尽当地救济。正如安巴蒂洛斯案仲裁委员会所主张，用尽当地救济规则不仅意味着用尽一切向上级法院上诉的可能性，还意味着当事人在每一审理阶段中必须充分利用一切程序上的可能运用的有利条件。它认为，如果未使用对请求有决定性意义的某种程序手段，即构成用尽当地救济的一种缺陷。在该案中，它判定，原告国希腊的国民安巴蒂洛斯在被告国英国法院中由于未能传唤一个对案件至关重要的证人而败诉，属于未用尽当地救济，并据此驳回希腊的请求。[25]

（二）关于用尽当地救济规则的例外问题

有无特殊情况，使用尽当地救济规则可以例外不被适用，外国投资者可以直接求助外交保护或国际法庭？这个问题可以分两种情况来处理。

1. 当地救济被视为已经用尽

这主要是西方国家学者的主张，例如，美国法学会重述（American Law Institute Restatement）规定，下列情况被视为已用尽当地救济，外国人本国可直接行使外交保护：（1）当地救济显然达不到程序公正要求；（2）鉴于在相同案件中已有不利的决定，因而求助当地救济将是徒劳的；（3）同一侵害行为主要构成了对外国人国籍国的直接侵害，该国主张自己的独立请求时。[26]

这些例外均难以成立。首先，诉讼制度及其程序，各国不尽相同，不能以本国特有的制度作为衡量他国诉讼程序完善与否的标准，国内救济概应依所在国国内法的法定程序为准。故第一种例外不过是发展中国家所反对的“国际标准”的翻版而已。其次，每一案情各有特点，不可能完全一样，且一国的政策或法律亦可因时因事而变，岂能借口昔日他人求助当地救济无效的陈例来否定今日自己遵守当地救济规则的必要？对此，就连西方法学界著名人士加查·阿马多也表示了不同意见，认为这是意图限制用尽当地救济的原则。[27] 至于第三种例外，过去亦有学

---

〔24〕《常设国际法院判例集》，A/B，no. 77，第 64 页。

〔25〕I. 布朗利：《国际公法原理》，1979 年英文版，第 502 页；H. 斯坦纳、D. 瓦茨：《跨国法律问题》，1976 年英文版，第 247 ~ 248 页；陈治中选编：《国际法案例选》，1986 年，第 284 ~ 287 页。

〔26〕S. C. 杰恩：《外国人财产的国有化》，1983 年英文版，第 200 页。

〔27〕F. V. 加查·阿马多等：《侵害外国人的国家责任法的新近编纂》，1974 年英文版，第 73 页；S. C. 杰恩：《外国人财产的国有化》，1983 年英文版，第 200 页。

者提到,按照这些学者的论述,同一行为之所以直接侵害了外国人国籍国,是因为该国在受侵害的本国公司中拥有直接的重大利益(如股份等),并举1952年英伊石油公司争端案为例,认为根据平等者之间无管辖权原则,不能期待在公司中有重大利益的公司国籍国英国求助伊朗国内法院解决。[28] 这种观点显然是错误的,因为,虽然国家在本国公司中拥有直接的主要利益,但公司毕竟不是国家,国家只不过是公司的一个股东,并不能改变公司的法人实体和私人投资者的性质,故国家只能通过公司得到保护,不存在独立的请求权。总之,我们认为,当地救济已被用尽的事实能够客观地加以证实,只有当有权的主管机关和官员作出其最终的决定而又不存在上诉机会时,或出现拒绝司法时,才可被视为当地救济已被用尽。简言之,当地救济不能由投资者或其本国借口某种原因主观判定已经用尽,而根本不加利用。

2. 当地救济规则被放弃

当地救济规则如被确定已为东道国所放弃,当地救济规则可以不适用。问题在于,除明示放弃外,是否还包括默示放弃。关于明示放弃,一般认为是有效的,不存在什么问题的。这种放弃可以是通过国家间协定事先或事后明确规定。也可以通过外国投资者同东道国政府间的契约明确规定。但是,关于是否存在默示放弃即是否允许推定放弃,则存有争议。主要有两种情况:

(1)如果两国间约定将现有争端提交仲裁,是否仅此可以推定东道国已放弃了首先用尽当地救济规则?这方面的意见分歧较大,有人认为只有明示放弃方为有效,有的认为如存在强有力的假定时可以推定放弃,有的认为协定本身就含有放弃的意图。我们持否定态度。因为在外交保护场合,放弃当地救济规则构成对东道国主权的放弃,是一件严肃行为,除非东道国自己明确表示或接受,不应进行推定。例如,现行双边投资保护条约都有关于将两国间因解释和适用条约所生争端,提交仲裁或国际法院解决的规定,当东道国违反条约义务侵害缔约他国投资者权利时,缔约他国就不能仅凭此规定直接代投资者提出国际请求,故这种约定不能免除投资者有首先用尽当地救济的义务。此外,用尽当地救济是一项公认的习惯国际法原则,而习惯国际法原则是不可能在没有明示的情况下被放弃的。在国际法院审理的美国诉意大利的 *Elettronica Sicula S. p. A.* (*ELSI*)案中,两国友好、贸易和通商条约(FCN)规定了两个缔约国之间的国际仲裁,但对投资者用尽当地救济的要求未作任何明确规定。国际法院在该案的决定中认为这不能意味着当地救济规则是不适用的:"本法庭确信,条约各方可以在条约中约定当地救济不适用违反本条约的行为;或者确认应当适用。而本法庭不能够接受这样的观点,即一项重要的习惯国际法原则,在缺少任何文字表明放弃的情况下,该项原则可以被主张默示放

---

[28] E. I. 乌古古:《在发展中国家的外国投资的法律问题》,1965年英文版,第107页。

弃。"[29]不过，有的学者主张，如果请求国不提出损害赔偿的请求，而仅要求对条约的解释和适用作出决定，则不适用当地救济规则。[30] 由于这种请求不涉及外交保护，可另当别论。

(2)如果东道国同外国投资者订有国际仲裁条款或协议，而未提及用尽当地救济规则，是否可认为东道国已默示放弃首先用尽当地救济的要求？许多学者予以肯定回答，[31]较少争议。1965 年《ICSID 公约》第 26 条规定，"除非另有规定，双方同意根据本公约交付仲裁，应视为排除任何其他补救办法而交付上述仲裁……"任何其他补救办法当然包括东道国当地救济在内。不过人们都承认国家在约定仲裁时，有权要求把首先用尽当地救济作为交付仲裁的前提条件，如前述公约条款就同时作有此种明确规定。实践中，有些规定对用尽当地救济的期限加以限制，如果投资争议在东道国的法院或其他法庭内不能在限定的期限内处理完毕，投资者可以放弃当地救济，而将投资争议提交国际仲裁。关于期限，在一些双边投资条约中从 3 个月到 18 个月不等。从各国立法和司法实践看，3 个月时间一般是难以完成国内程序的，因而规定 3 个月以上期限较为合适。[32]

第四节　国际商事仲裁

一、国际商事仲裁的含义和特点

(一)国际商事仲裁的含义及范围

仲裁(Arbitration)也称公断，是双方当事人通过协议将争议提交第三者，由该第三者对争议的是非曲直进行评断并作出裁决的一种解决争议的方法。仲裁有国内仲裁和国际仲裁之分，国际仲裁又分为国家间仲裁(严格意义上的国际仲裁)和国际商事仲裁。国际商事仲裁，是指专用于解决国际商事交易中争议的仲裁，包括对外经济贸易仲裁和海事仲裁。

关于国际商事仲裁的确切概念和范围，国际上尚无普遍接受的统一定义，各国规定有所不同。1985 年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》对"国际"和"商事"二词均作了广义的解释：

---

[29] See, UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State (2003), p. 32.

[30] I. 布朗利:《国际公法原理》,1979 年英文版,第 500 页。

[31] S. C. 杰恩:《外国人财产的国有化》,1983 年英文版,第 201 ~ 202 页;W. S. 萨里、D. 小华莱士:《国际商事交易律师指南》,1981 年英文版,第 42 页。

[32] See UNCTAD, Dispute Settelement: Investor-State (2003), p. 7.

一项仲裁是国际性的,如果:

(a)仲裁协议双方当事人在签订该协议的时候,它们的营业地位于不同的国家;或者

(b)下列地点之一位于双方当事人营业地共同所在的国家之外:

(ⅰ)仲裁协议中或根据仲裁协议确定的仲裁地;

(ⅱ)商事关系义务的主要部分将要履行的任何地点或与争议的客体具有最密切联系的地点;或者

(c)双方当事人已明示约定仲裁协议的客体与一个以上国家有联系。

关于"商事"一词的含义,该规则指出"应给予广义的解释以便覆盖产生于所有具有商事性质关系的事项,而不论这种关系是否为契约关系。具有商事性质的关系包括(但不限于)下列交易:任何提供或交换商品或劳务的贸易交易;销售协议;商事代表或代理;保付代理;租赁;工程建造;咨询;设计;许可;投资;融资;银行业;保险;开采协议或特许权;合营企业或其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海洋、铁路或公路运输。"[33]

可见,国际投资争议仲裁一般是属于国际商事仲裁范围之内的。实际上,自"二战"以来,国际商事仲裁解决投资争议的方法逐步得到推广,在解决投资争议诸方法中已占据重要地位。国际商事仲裁既可以用来解决私人投资者之间的投资争议,也可以用来解决私人投资者与东道国之间的投资争议。鉴于投资者与国家之间的投资争议具有一定的特殊性,一些国家在世界银行的倡导下于1965年缔结了《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(又称1965年《华盛顿公约》),并据此设立了"解决投资争端国际中心"(以下简称ICSID),专门用于解决私人投资者与东道国之间的投资争议,解决的方法包括仲裁和调解。ICSID仲裁就其仲裁的事项而言,仍属于国际商事仲裁,但由于该仲裁程序和裁决的执行,自成体系,本节主要论述ICSID以外的国际商事仲裁,对ICSID仲裁将在第五节专作论述。

(二)国际商事仲裁的特点

国际商事仲裁作为仲裁的一种,首先具有仲裁的一般特点,即仲裁具有司法裁判性质,仲裁人的裁决出自争议双方当事人的授予,仲裁具有排他性和终局性。[34]国际商事仲裁除了具备仲裁的这些一般特点外,与国内仲裁和国际(国家间)仲裁相比,它还有以下自身的特点:

第一,与国内仲裁相比。国内仲裁是一种只适用于内国当事人之间的仲裁制度,涉及的是国内经济纠纷,仲裁裁决都是在本国境内执行。而国际商事仲裁是一

---

[33] 参见姚梅镇主编:《国际经济法概论》,武汉大学出版社1989年版,第665页。

[34] 参见姚梅镇主编:《比较外资法》,武汉大学出版社1993年版,第978~979页;韩健:《现代国际商事仲裁法的理论与实践》,法律出版社2000年修订版,第20页。

种具有国际因素的仲裁制度，从仲裁庭的组成到仲裁庭适用的程序法和实体法，乃至仲裁裁决的承认与执行，都可能涉及不同国家，因而较之以国内仲裁更为复杂。

第二，与国际（国家间）仲裁相比。国际仲裁属于国际公法管辖的仲裁，处理的是主权国家之间的争议，仲裁依据的是国际法或公平原则，仲裁裁决完全依赖于各当事国的自愿执行。而国际商事仲裁处理的是具有跨国因素的私人之间或私人与国家之间的商事争议，仲裁依据的主要是有关的国内法，仲裁程序也受有关国内法管辖，仲裁裁决除了依靠当事人自愿执行外，须通过国内法院予以承认和执行。

二、利用仲裁解决投资争议的法律依据和实际考虑

就东道国而言，选择国际商事仲裁方法解决同外国投资者之间的争议，在国际法上的依据是“自由选择方法原则”。这一原则是永久主权原则的一个具体内容。按照永久主权原则，东道国既可以属地管辖原则为基础要求投资争议服从当地法庭管辖，也可以“自由选择方法原则”为基础自愿选择国际商事仲裁等国际方法解决投资争议，这两种做法都是东道国行使主权的表现。从实践观点看，东道国政府或企业和外国投资者选择利用国际商事仲裁，主要有以下几方面实际考虑。

1. 从仲裁本身特点看

国际商事仲裁用来解决投资争议同其他第三者解决方法相比具有许多优越性。

（1）与司法诉讼相比，仲裁优越性主要表现在：其一，司法程序一般都较复杂和拖延时间，而仲裁程序则相对简便迅速，除少数例外，一般都能较快作出决定。其二，司法诉讼一般公开进行，而仲裁程序则一般是非公开的。除非双方同意，仲裁裁决一般不得公开，因此仲裁具有保密性，这有助于提高败诉方遵守裁决的自愿性。其三，国内司法程序受国内法律控制，一般比较正规、严格。而仲裁则具有较大灵活性和自治性。仲裁程序基于双方合意产生并由双方控制，双方当事人可以自由任命仲裁人、约定仲裁地点、选择仲裁程序法和实体法以及自由规定其他事项。其四，投资争议往往不仅涉及法律问题，而且还涉及专业技术问题，利用仲裁，当事人除可以选择法律专家外，还可以选择精通有关专业知识和具有丰富经验的专家，他们比起法官更胜任处理这些争议。其五，利用仲裁程序既可以回避国际法院诉讼管辖权及私人出诉权等困难，又可避免国内法院中主权豁免原则及国家行为学说等障碍，能使仲裁程序顺利得以进行。其六，仲裁裁决可能比外国法院判决更易执行，因为仲裁裁决有可能根据有关承认与执行外国仲裁裁决的国际公约请求有关国家予以承认与执行。

（2）与外交保护相比，仲裁优越性主要表现在：外交保护是一种政治解决方法，资本输出国政府是否同意以及如何行使外交保护权，往往是政治因素的考虑多于法律因素的考虑，这既对投资者可能不利，因为投资者因而丧失了对争议的解决权，也对东道国尤其是发展中国家东道国不利，因为外交保护常常成为资本输出国

干涉东道国内政的借口。而仲裁则是一种法律解决方法,其程序由双方当事人控制,由中立的第三者主持,按照法律裁判争议的是非曲直,不受政治因素的影响,这既有利于争议的公正解决,又有利于维持东道国与投资者及其本国政府的正常关系。

(3)与调解相比,仲裁的优越性在于:调解方案需要争议双方同意才能达成,如果调解不成再求助仲裁既浪费时间又浪费精力。而仲裁裁决由仲裁庭作出,并具有终局性,能使争议通过一次程序有效解决。当然,如果把调解纳入仲裁程序中由同一仲裁庭进行,则调解应得到鼓励,因为这有利于使双方达成友好解决。如我国国际经济贸易仲裁委员会创造的力争调解、调解不成再行仲裁的做法证明是有效的,并得到国际好评。不过应指出,这种调解仍然是属于仲裁的程序范围,而不是独立于仲裁程序之外。

2. 从政策观点看

选择仲裁方法能够在一定程度上满足于当事人双方各自利益需要。

首先,从外国投资者方面看。外国投资者通常都不愿在东道国法庭解决投资争议,投资者往往担心国内司法机构不能够对争议作出公正的解决,或者他可能不愿意将一项争议提交他所认为的不发达的司法制度解决。而提交国际商事仲裁,投资者"除了感到国际仲裁庭能够作出公正的决定和投资能受到不可变更规则的保护外,还有一种可能性,就是国际仲裁庭提供的救济能够通过国内法院加以执行。当国际仲裁庭宣布对契约的取消为非法行为时,通过国内法院追索国有化的财产将是十分便利的"。[35] 所以,投资者愿意选择利用国际商事仲裁,主要是从保护本身利益出发加以考虑的。

其次,从东道国方面看。东道国尤其是发展中国家东道国,在原则上一般都坚持在本国法庭解决投资争议。但是,吸收外国投资不是一厢情愿的事情,鉴于投资者一般不愿在东道国法庭解决争议,为了能获得外资,发展中国家有时不得不在这个问题上做些让步。而同意利用国际商事仲裁,从实践中看,如果一项投资契约坚持规定在东道国法庭解决争议,外国投资者便认为这会增加契约风险,因而要求提高契约价格作为保险费用,以对缺少中立的解决争议方法加以补偿。相反,如果契约规定利用国际商事仲裁,便可能降低契约价格,有人估计至少可以降低10%,东道国因而也可以得到实惠。因此,对东道国而言,同意利用国际商事仲裁有可能改善本国投资环境,增强外国投资者对东道国的信任感和对投资的安全感,以利吸引外资促进本国经济发展。当然,在实践中并不一定在任何时候都是东道国对投资者妥协让步,一概接受国际商事仲裁,就一项具体投资协议而言,究竟是谁让步,这在一定程度上取决于双方讨价还价的力量。

---

[35] M. 索纳拉雅:《国有化财产的追索》,1986年英文版,第136页。

3. 从法律条件上看

现代法律的发展大大改善了仲裁程序的有效性，使仲裁解决投资争议更加可行，从而为双方当事人求助仲裁提供了新的刺激。

首先，出现了许多有关国际商事仲裁的公约，如1958年《承认与执行外国仲裁裁决公约》（纽约公约）、1961年《欧洲国际商事仲裁公约》（欧洲公约）、1975年《美洲国家国际商事仲裁公约》（美洲国家公约）。除此，还有专门解决投资争议的《华盛顿公约》。

其次，在这些条约的发展同时，有限豁免理论在近年来得到更大发展，这种发展体现在以下几方面：其一，出现了订有有限制豁免的双边条约和《欧洲国家豁免公约》；其二，一些国家颁布了有关限制豁免的国内法规；其三，一些国家法院在司法决定中主张有限豁免论。有限豁免论的发展使对以国家为败诉方的裁决的执行得以可能。

但需要指出，这些新发展并不意味着对仲裁的所有根本问题都提供了统一和明了的答案，相反，在整个仲裁过程中都存在大量问题需要进一步解决。[36]

三、仲裁机构与仲裁规则

国际商事仲裁机构从组织形式上看，分临时仲裁庭和常设仲裁机构两种。提交临时仲裁庭进行的仲裁称临时仲裁（ad hoc arbitration），提交常设仲裁机构进行的仲裁称常设机构仲裁（institutional arbitration）。仲裁程序规则主要可分三种：一是常设仲裁机构本身制定的规则；二是某些非仲裁机构的国际组织制定的示范规则；三是当事人或临时仲裁庭设计的临时规则。此外还有一些有关国际商事仲裁的国际条约及国内法含有仲裁程序的规定。

（一）临时仲裁庭与仲裁规则

临时仲裁庭是根据双方当事人的仲裁协议，在争议发生后，由双方临时推举仲裁人自行组成的法庭。临时仲裁庭的仲裁程序规则由双方当事人自己制定或选择，也可委托仲裁人制定或选择。临时仲裁庭的主要特点是它无固定的组织、地点和规则，案件处理后，即自行解散。

临时仲裁的优点在于仲裁的各个方面都可由仲裁当事人安排，当事人可以对仲裁的程序及行政方面以及仲裁的费用加以控制。实践中，在投资争议仲裁方面，临时仲裁多为处理国家与外国私人投资者之间争议所采用。现时国际上仍有不少规定处理国家与外国私人投资者之间争议的仲裁协议采用临时仲裁。

（二）常设仲裁机构与仲裁规则

常设仲裁机构是具有固定的组织、固定的地点和固定的仲裁程序规则的永久

---

〔36〕 参见韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社2000年修订版，第10章。

性机构,一般都备有仲裁人员名册,供当事人选择以组成仲裁庭。常设仲裁机构,确切地讲,是由在常设机构中组成的仲裁庭进行的仲裁,而非由机构本身进行。常设仲裁机构都有较健全的行政管理制度和较齐全的设施,能为当事人提供方便。在常设仲裁机构仲裁,原则上适用本机构的仲裁规则,但也有一些例外。有些学者认为,常设仲裁机构的最大优越性在于它们拥有一套能保证仲裁条款的效力并确保其执行的高度发达的规则。现时,国际投资争议仲裁大多都提交常设仲裁机构进行。

国际商事仲裁机构依其成立的依据不同可分为国内的、区域性的及国际性的三种。

1. 国内常设仲裁机构

国内常设仲裁机构是根据本国法律设立的,或称仲裁法院,或称仲裁委员会等,既可受理本国人之间的,也可受理本国人与外国人之间或外国人之间的经济贸易争议,包括投资争议。首先介绍几个在国际上影响较大的外国仲裁机构,然后介绍我国的常设仲裁机构。

(1)瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)

该院成立于1917年。由于瑞典在政治上的中立地位,仲裁制度较为完善,仲裁规则较为灵活,仲裁具有国际特点,所以该院已逐渐发展成为东西方贸易仲裁中心。我国同西方发达国家的经济贸易技术合同及有关投资保护协定,也有相当部分指定在瑞典仲裁。

该院仲裁规则受瑞典仲裁法支配,主要特点是:①该院无统一的仲裁人名单,当事人可以指定任何国家的公民为仲裁人,但须同当事人无利害关系;②首席仲裁人或独任仲裁人须由仲裁院任命;③在当事人缺少法律选择时,仲裁庭按瑞典冲突法的规定,适用对争议的实质和合同有最密切联系的法律。

(2)美国仲裁协会(AAA)

成立于1926年,总部设在纽约,在美国其他城市设有分会。仲裁协会每年处理大量的民商案件,其受案范围很广,从国际经贸争议,到劳动争议、消费者争议、证券争议,无所不包。与此相应,美国仲裁协会有许多仲裁规则,分别运用于不同类型的争议。为解决国际商事争议,美国仲裁协会制定了《国际仲裁规则》(2001年10月1日修订并生效)。

(3)伦敦国际仲裁院(LCIA)

成立于1892年,是世界上最早的常设仲裁机构之一,在国际商界卓有声望。仲裁院受理争议双方自愿提交的仲裁案,也受理法院转交的商事仲裁案件。仲裁院备有仲裁员名册,除非当事人另有约定,仲裁工作一般由1名仲裁员进行。仲裁院的仲裁受英国法律和法院的干预较大;自1979年英国修订仲裁法后,这种状况有所改变。1996年英国又颁布新的仲裁法,进一步强化了自由仲裁的政

策。根据该法，伦敦国际仲裁院制定了新的仲裁规则，自 1998 年 1 月 1 日起开始实施。

此外，在国际上享有一定声誉的外国仲裁机构，还有瑞士苏黎世商会仲裁院、日本商事仲裁协会、新加坡国际仲裁中心等。[37]

(4)中国的常设仲裁机构

中国可以受理国际投资争议的常设仲裁机构主要是中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)(又名中国国际商会仲裁院)，此外，我国各地设立的仲裁委员会也可以受理国际投资争议。中国国际经济贸易仲裁委员会最早根据中央人民政府政务院的决定成立于 1956 年 3 月 31 日，名为中国国际贸易促进委员会对外贸易仲裁委员会；1980 年 2 月 26 日根据国务院的决定，改名为中国国际贸易促进委员会对外经济贸易仲裁委员会；1988 年 6 月 21 日经国务院批准改名为中国国际经济贸易仲裁委员会，自 2000 年 10 月 1 日起同时启用中国国际商会仲裁院名称。该仲裁委员会仲裁规则经过多次修改，现行的仲裁规则是 2012 年 2 月修订，同年 5 月 1 日起施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》。

中国国际经济贸易仲裁委员会设在北京，并于 20 世纪九十年代先后设立了深圳分会(2004 年起更名为华南分会)、上海分会，于 2008 年和 2009 年先后设立了天津分会、西南分会(位于重庆)，于 2012 年在香港特别行政区设立了香港仲裁中心。中国国际经济贸易仲裁委员会及其分会是统一的仲裁委员会，适用同一部《仲裁规则》和同一个《仲裁员名册》。根据仲裁业务发展的需要，以及就近为当事人提供仲裁咨询和程序便利的需要，该仲裁委委员会还先后在全国设立了 26 个地方和行业办事处。中国国际经济贸易仲裁委员会根据当事人的约定受理以下契约性或非契约性的经济贸易等争议案件：①国际或涉外争议案件；②涉及香港特别行政区、澳门特别行政区及台湾地区的争议案件；③国内争议案件。

经过五十多年的不懈努力，中国国际经济贸易仲裁委员会以其独立、公正、快速、高效的仲裁工作在国内外享有广泛的声誉，现已成为世界上重要的商事仲裁机构之一。中国国际经济贸易仲裁委员会的受案量自 1990 年以来居于世界其他仲裁机构的前列，案件当事人涉及近五十个国家和地区，仲裁裁决的公正性得到了国内外的一致确认，仲裁裁决可以在世界上一百四十多个国家得到承认和执行，是我国处理外商投资争议最重要的仲裁机构。

需要注意的是，2012 年以来，中国国际经济贸易仲裁委员会的一些分会发生了以下变化：华南分会于 2012 年 12 月 6 日发布更名通知，自 2012 年 10 月 22 日起更名为“华南国际经济贸易仲裁委员会”，同时使用“深圳国际仲裁院”的名称，并自 2012 年 12 月 1 日起启用新版《仲裁规则》和《仲裁员名册》。华南国际经济贸

---

[37] 参见黄进、宋连斌、徐前权：《仲裁法学》，中国政法大学出版社 2002 年修订版，第 45 ~ 55 页。

易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)受理当事人约定由华南国际经济贸易仲裁委员会或深圳国际仲裁院仲裁的案件,并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会或中国国际经济贸易仲裁委员会深圳分会仲裁的案件。[38] 上海分会于2013年4月17日发布更名公告,现更名为"上海国际经济贸易仲裁委员会",同时启用"上海国际仲裁中心"的名称,并自2013年5月1日起启用新版《仲裁规则》及《仲裁员名册》。上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)依法受理当事人约定由上海国际经济贸易仲裁委员会或上海国际仲裁中心仲裁的案件,并继续受理按照当事人的约定应当由中国国际经济贸易仲裁委员会上海分会仲裁的案件。[39]

(5)香港国际仲裁中心(HKIAC)

该中心成立于1985年,机构设在香港。虽成立较晚,但借助于香港地理优势很快发展为亚洲领先的国际中心。该中心的规则以联合国国际贸易发展委员会仲裁规则为基础,当事人有很大自由自行约定和设计仲裁程序。

2. 区域性仲裁机构及其仲裁规则

区域性仲裁机构是依据区域性的国际公约或国际组织的决议而设立的常设仲裁机构,目前主要有以下几个:

(1)亚洲及远东经济委员会商事仲裁中心。位于泰国的曼谷,由联合国亚洲及远东经济委员会设置;其仲裁规则也由该委员会制定,用以处理本地区的国际经济贸易争议案件。

(2)亚非法律咨询委员会地区仲裁中心。指由亚非法律咨询委员会在亚非地区设立的若干常设仲裁机构,主要由发展中国家所管理。自该委员会1974年作出决定发展亚非地区的仲裁机构的决议后,已在马来西亚的吉隆坡和埃及的开罗设立了仲裁中心。这些仲裁中心的目标是:①促进亚非地区的国际商事仲裁;②与现有仲裁机构合作并为其提供帮助;③帮助实施临时仲裁尤其是根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行的临时仲裁(见后文);④促进仲裁裁决的执行;⑤提供本中心掌握下的仲裁。

(3)美洲国家商事仲裁委员会。根据1933年美洲国家第7次国际会议第41号决议于1939年成立,负责处理北美和中、南美洲国家间的商事仲裁案件,订有自己的仲裁规则。

3. 国际性仲裁机构及其仲裁规则

国际性仲裁机构是指由多边公约或国际性组织所设立的常设仲裁机构,影响较大的有:

---

[38] 见《法制日报》,2012年12月6日第12版。

[39] 见《法制日报》,2013年4月17日第1版。

(1)解决投资争端国际中心(ICSID)。根据1965年《解决国家与他国国民间投资争议公约》设立,总部位于华盛顿。具体介绍详见本章第五节。

(2)国际商会仲裁院(ICC)。成立于1932年,由国际商会设立,位于巴黎,是一个处理国际商事争议的常设仲裁机构。国际商会的仲裁员来自世界各个国家,其仲裁的一个主要特点是可以在世界的任何一个地方进行仲裁程序。

(三)联合国国际贸易法委员会仲裁规则

联合国国际贸易法委员会于1976年制定了一套供世界各国采用的商事仲裁规则,同年联合国第三十一届大会正式通过。该仲裁规则已在国际上产生较大影响,许多仲裁机构都参照该规则修订了自己的仲裁规则,并表示愿意为当事人按照该规则进行临时仲裁提供帮助。规则的主要特点在于,它无相应的常设仲裁机构予以实施,对各国也无法律拘束力,只是一种示范性规则,供当事人自愿选择适用,尤其是供临时仲裁适用。但为了便于按该规则进行仲裁,双方当事人也可以在仲裁协议中指定一个常设仲裁机构,委托其负责仲裁的行政管理工作。

四、仲裁协议

(一)仲裁协议的含义、种类及形式

仲裁协议是双方当事人愿意把他们之间将来可能发生或者业已发生的争议交付仲裁解决的一种书面协议。它是仲裁机构受理争议的依据。

仲裁协议有两种类型:(1)仲裁条款即在争议发生前双方当事人在合同中或作为合同一部分订立的,同意把将来可能发生的合同争议提交仲裁的条款。这是最常见的一种仲裁协议。(2)提交仲裁协议书,即在争议发生后双方单独订立的,同意把已发生的争议提交仲裁的专门性协议书。这两种类型的仲裁协议,其效力和作用是完全相同的,任何一方当事人都可援引协议的规定,提出仲裁。

仲裁协议无论是哪一种类型,各国一般都要求以书面形式订立。关于仲裁协议的书面形式,1958年联合国《承认和执行外国仲裁裁决公约》(简称1958年《纽约公约》)第2条第2款规定:"'书面协议'包括当事人所签署的或者来往书信、电报中所包含的合同中的仲裁条款和仲裁协议。"我国《仲裁法》第16条规定:"仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。"随着现代通信手段和电子商务的发展,仲裁协议的书面形式也在不断地增加,如2005年新修订后施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第5条第3款规定:"仲裁协议应当采取书面形式。书面形式包括合同书、信件、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等可以有形地表现所载内容的形式……"

(二)仲裁协议的作用和效力

1. 仲裁协议的作用

根据一些国际公约、国内法和仲裁规则的规定,仲裁协议主要有以下四个作用:(1)双方当事人均受仲裁协议的约束,当发生争议时,只能以仲裁方式解决,任

何一方不得单方面向法院起诉。(2)仲裁协议是仲裁机构受理争议案件的法律依据,使仲裁员取得对有关争议案件的管辖权。(3)排除了法院对有关争议案件的管辖权,即使一方当事人向法院起诉,法院也无权受理。(4)仲裁协议是法院强制执行仲裁裁决的根据之一。法院在强制执行仲裁裁决时,一般都需要申请强制执行的人提交仲裁协议,否则,不会予以执行。

2. 仲裁协议的效力

仲裁协议的作用取决于仲裁协议的有效性,如果仲裁协议本身无效,则仲裁协议也就不能存在。仲裁协议的效力就是仲裁协议在法律上的有效性,它主要取决于其形式、内容(提交仲裁的事项、仲裁地点、适用的法律等)以及当事人的权利能力和行为能力是否符合有关法律规定。只有符合有关法律规定的仲裁协议,才具有法律效力。至于要符合哪些有关法律,则要依情况而定,有关的法律可能是仲裁地法、合同准据法、仲裁裁决执行地法等。

与仲裁协议效力相关的还有一个仲裁协议与主合同的可分性问题。即当主合同无效时,作为主合同一个组成部分的仲裁协议是否仍然有效。现时各国立法及仲裁规则一般都主张,仲裁协议的效力独立于主合同之外,即尽管主合同无效,仲裁协议仍然有效,仲裁庭仍可据此受理案件。如我国《仲裁法》第19条规定:"仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。"但是,当国家依主权权力废除了其同外国人之间的合同后,合同中的仲裁条款是否仍然有效,在这个问题上存在着严重分歧。一些学者及许多发展中国家政府主张,在这种情况下,仲裁条款应随同主合同废除而无效。[40]

3. 仲裁协议的主要内容

仲裁协议是仲裁的依据,如何规定仲裁协议的内容对于能否发挥仲裁的有效和积极作用,有着直接的影响。因此,对双方来讲都应以认真仔细的态度加以制定。仲裁协议应尽量订得具体明确,切忌草率从事。兹就仲裁协议的几项主要内容及应注意的问题分述如下。

(1)仲裁事项

仲裁协议首先要规定哪些争议可提交仲裁,是有关于合同的所有争议,还是一定范围的争议,如有关合同的解释和履行的争议、有关补偿数额的争议或某一种特定的争议等,必须加以明确地规定。

在确定提交仲裁的争议时,需要特别注意的是,为使仲裁协议有效和仲裁裁决能得到承认与执行,须保证约定提交的争议按照有关国家法律属于商事争议或可仲裁的争议。1958年联合国《承认与执行外国仲裁裁决公约》有一个保留条款(第1条),其中规定:任何国家在签署、批准或加入本公约时,也可以申明:"本国只对

---

〔40〕 M. 索纳拉雅:《国有化财产的追索》,1986年英文版,第98~100页。

根据本国法律属于商事的法律关系，不论其是否为契约关系，所引起的争执，适用本公约。”美国等53个国家（1998年统计数）均作了该项保留。[41] 因此，如果一项争议不属于这些国家国内法认为是商事关系的争议，则关于该项争议的仲裁条款或对该争议所作裁决，就得不到这些国家的承认与执行。例如，拉美国家就有可能对“商事关系”作狭义解释，把公共实体所签订的有关技术转让、投资或矿藏开发合同排除在“商事关系”之外。[42] 又如，根据该公约第5条第2款第1项规定，如争议事项依被请求承认与执行裁决的国家系不能以仲裁解决者，则被请求国得拒绝予以承认与执行。根据一些国家的法律，有关以下事项可能是不可仲裁的：侵权（torts）、竞争法（Competition Law）、专利与商标、破产、债券法、贸易抵制等。[43] 我国《仲裁法》规定：平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁（第2条）；下列纠纷不能仲裁：婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷和依法应当由行政机关处理的行政争议（第3条）。

（2）仲裁机构与仲裁规则

仲裁协议要确定是采用临时仲裁，还是常设机构仲裁。如采用常设机构仲裁，要订明常设仲裁机构的名称。我国现行《仲裁法》只规定了机构仲裁，没有规定临时仲裁。因此，在我国仲裁，只能提交机构仲裁。

仲裁规则主要是规定进行仲裁的程序和做法，包括仲裁的申请、答辩和反诉、仲裁庭的组成、案件的审理、仲裁裁决的制作及其效力，以及仲裁费用的支付等事项，它是当事人和仲裁员在仲裁过程中所应遵循的行为准则。仲裁规则是否完备和合理，直接关系到仲裁能否顺利进行，甚至会对仲裁结果的公正性产生影响。

国际上各常设仲裁机构均有自己的仲裁规则，各仲裁规则之间存在着大小不同的差别。在机构仲裁中，仲裁协议规定在何仲裁机构仲裁，一般也就是适用该机构的仲裁规则。但有些常设机构允许当事人另外选择仲裁规则。所以，仲裁协议除指定仲裁机构外，还要指明适用何种仲裁程序规则。在临时仲裁中，适用何种仲裁规则可由双方当事人约定，主要包括以下几种情况：①选择适用某一常设仲裁机构的仲裁规则；②约定适用某一非仲裁机构的国际组织制定的示范性仲裁规则，如联合国国际贸易法委员会仲裁规则；③双方当事人在仲裁协议中自己设计仲裁规则；④双方授权仲裁员确定适用何种仲裁规则。到底采用何种仲裁规则，应该在仲裁协议中明确规定，以免将来发生争执。

（3）仲裁地点

确定仲裁地点，是指确定在何国以及何国的何地进行仲裁。当事人即使约定

---

〔41〕 韩健：《现代国际商事仲裁法的理论与实践》，法律出版社2000年修订版，第537页。

〔42〕 大卫：《国际贸易中的仲裁》，1985年英文版，第150页。

〔43〕 彼得：《国际投资协议的仲裁与重开谈判》，1986年英文版，第187页。

在常设仲裁机构仲裁,也要进一步约定在何国的何地举行仲裁(包括开庭审理和制作裁决)。这是因为,机构仲裁虽然一般是在机构所在地举行,但也有一些常设仲裁机构仲裁规则允许当事人自己另行约定仲裁地点,如国际商会仲裁规则、斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁规则就有这种规定。

确定在何地进行仲裁,具有重要意义:首先,在何国仲裁,一般就适用何国的仲裁法决定仲裁程序方面的问题;其次,在当事人缺少法律选择时,仲裁庭一般也是依仲裁所在地的冲突法规则选择实体法以决定争议的实质问题;再次,仲裁地还可能对裁决的承认与执行发生影响。按照1958年《关于承认与执行外国仲裁裁决的公约》第2条规定,缔约国可以申明只对在另一缔约国领土内作成的裁决适用本公约。因此,如果在一非缔约国仲裁并制作裁决,则该裁决在该声明国内要求予以承认和执行,就享受不到该公约中的待遇。

需要注意的是,仲裁地点是一个法律概念。法律意义上的仲裁地点又称仲裁本座地或法定地(the seat or legal place),它不同于仲裁开庭地点、仲裁庭合议地点。仲裁地点决定仲裁裁决的国籍,仲裁地点即为裁决作出地点。仲裁地点的确定由此关系到何国和何地法院有权对仲裁进行司法监督,如决定仲裁协议的效力、决定撤销裁决等。[44] 一般地,仲裁地点可以由当事人约定,当事人无此约定时,由仲裁所适用的仲裁规则确定仲裁地点。如2005年新修订后施行的《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第31条规定:"仲裁地点:(一)双方当事人书面约定仲裁地的,从其约定。(二)如果当事人对仲裁地未作约定,仲裁委员会或其分会所在地为仲裁地。(三)仲裁裁决应视为在仲裁地作出。"实践中,仲裁地点与开庭地点、合议地点可以是同一个地点,也可能不是同一地点。为此,在订立仲裁协议时对仲裁地点应当予以特别关注。

(4)仲裁准据法

仲裁准据法是指仲裁庭可适用来处理争议的实体法。这是仲裁协议中一项至关重要的内容,因为规定适用何种法律,直接关系到案件的处理结果。目前国际上各仲裁机构的仲裁规则一般都要求仲裁庭有义务适用当事人选择的法律,只有在当事人缺少选择时,仲裁庭才可按有关规则选择适用法律。因此,当事人应争取主动选择准据法,如果双方在选择准据法上达不成一致意见时,也可不作选择而留给仲裁庭选择。

准据法有时直接规定在仲裁协议中,有时则是作为投资协议的准据法规定在投资协议中,在后种情况下,投资协议准据法也就是仲裁准据法。

关于适用何种法律支配投资关系和处理投资争议,在国际上存在着严重分歧,

---

〔44〕 参见赵秀文:"仲裁地点与司法监督",载韩健主编:《涉外仲裁司法审查》,法律出版社2006年版,第33页。

大体上可分为两种对立的主张。一种主张认为应适用东道国法律，一种主张认为应适用非东道国的法律，包括国际法、一般法律原则或跨国法、契约条款法等。作为资本输入国的广大发展中国家一般都坚持前一种主张，作为资本输出国的西方工业发达国家一般都坚持后一种主张。

应当注意，规定国际商事仲裁与规定准据法是不同性质的两个问题。前者是为解决投资争议提供一个中立的程序，后者则是为解决投资争议实质性问题提供判断是非曲直的标准或依据。因此，许多国家虽然同意利用国际商事仲裁，即同意将投资争议的处理程序排除在本国法院管辖之外，但却不同意适用非本国的法律，即不同意将处理投资争议的实质问题排除在本国法律的管辖之外。不少国家的法律对此作了强行规定。因此，当事人在选择仲裁准据法时，首先要考虑东道国法律对仲裁准据法有无强行规定，如果有强行规定，则必须适用强行规定确定的法律，不得另作选择。我国法律就有类似规定，因此，在我国境内履行的外商投资协议当事人，只能约定我国法律硬性确定的法律作为仲裁准据法。

从国际实践看，关于投资协议包括仲裁协议的准据法，总的趋势是选择适用东道国法律。从一些国家订立的投资协议看，关于东道国法律的适用，各国规定却不尽相同，有的规定唯一适用东道国法而不加任何限制，有的规定适用签订协议时有效的东道国法，有的规定适用东道国法与其他法律包括投资者国法或国际法等相同的原则。从东道国角度来看，第一种规定最为合适，它意味着允许适用变化了的东道国法律。应该认为，适用东道国法应包括适用东道国所签订或参加的有关的国际条约。目前，仍有少数协议规定完全适用东道国以外的法律，包括适用“公平善良原则”(ex aequo et Bono)。

五、仲裁适用的法律

仲裁适用的法律也即仲裁准据法。国际商事仲裁在长期实践中形成了一套有关仲裁庭适用法律的规则。现今有关国际商事仲裁的公约和各种国际商事仲裁规则都订有关于仲裁庭适用法律的规则。投资争议提交国际商事仲裁时，仲裁庭也一样依照这些规则适用法律。国际商事仲裁庭适用法律的规则可概括如下：

第一，实行当事人意思自治原则，即仲裁庭应适用当事人约定的法律。几乎所有有关国际商事仲裁的公约和规则对此都予以确认。[45]

第二，在缺少当事人约定时，由仲裁庭根据某种规则确定仲裁准据法。具体有四种不同做法：一是依照仲裁人自认为合适的法律冲突规则确定准据法。这种做法的根据是，国际仲裁庭不同于国内法院或仲裁庭，不受所在地冲突规则的约束，尽管它可以适用这一冲突规则。1961 年《欧洲国际商事仲裁公约》(第 7 条第 1 款)、1975 年《国际商会仲裁规则》(第 13 条第 3 款)、1976 年《联合国国际贸易法

---

[45] See UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State (2003), p. 18.

委员会仲裁规则》(第33条第1款)、1978年《美洲国家商事仲裁委员会仲裁规则》(第33条第1款),均有此种规定。二是依照仲裁庭所在地冲突规则确定准据法。这主要是一些国内仲裁机构规则规定的做法,如1976年《瑞士联邦苏黎世商会调解与仲裁规则》有此规定。三是适用仲裁地法律。美国仲裁协会实际上采用这种做法。又如瑞典《斯德哥尔摩商会仲裁规则》虽无实体法适用的规定,但实践中在当事人无约定时适用瑞典实体法,不过,如经当事人要求,可依瑞典的法律冲突规则来决定可适用的实体法。四是适用仲裁人自认为适合于本案的实体法规则,即不根据任何冲突规则而直接确定准据法。这种做法比较特殊,1981年法国民事诉讼法订有此种规定(有些国家将仲裁法规定在民事诉讼法中)。

上述前两种做法是依照某种冲突规则确定准据法,一般认为,按照冲突规则只能导向适用某个特定的国内法。第三种做法也是限于适用国内法,唯第四种做法可直接适用非国内法。

第三,不论仲裁庭适用何种仲裁法,均应考虑到契约条款和商业惯例。

第四,如果双方当事人授权,仲裁庭得依公平善良原则裁决,又称"友谊仲裁",即不根据任何法律而依仲裁人自认为符合公平合理的要求作出有拘束力的裁决。

我国《民法通则》和《合同法》采用国际上通行的做法,对涉外合同争议所适用的法律作了原则性规定,即涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。2011年4月1日起施行的《涉外民事关系法律适用法》,对涉外民事法律关系适用的法律作了具体规定。其中,涉外合同当事人可以选择合同适用的法律,当事人没有选择的,适用履行义务最能体制该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。但是,根据该法总则的规定以及我国《民法通则》和《合同法》和规定,在中国境内履行的中外合资经营合同、中外合作经营合同以及合作勘探开发自然资源合同应当争议适用中国法律,当事人不得选择适用其他法律。

六、裁决的承认与执行

仲裁机构本身并无强制执行的权力,其作出的仲裁裁决由当事人自己履行,如当事人不履行裁决,对方当事人需向法院请求执行。

国际商事仲裁裁决的承认和执行可分为本国仲裁裁决在国内的承认与执行和外国仲裁裁决的承认与执行(包括本国仲裁裁决在外国执行,外国仲裁裁决在本国执行),并依照不同情况适用不同程序和条件。

(一)本国仲裁裁决在国内的承认和执行

目前各国的立法均规定,本国法院应同执行本国法院的判决一样,承认并执行本国仲裁裁决。但是,仲裁裁决与法院判决毕竟有所不同,各国在规定法院执行本国仲裁裁决的同时,也规定了对裁决的审查程序,有的国家对审查规定较宽,有的

国家规定较严。

我国涉外仲裁机构作出的裁决在我国执行时，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第25条规定，一方当事人不履行仲裁裁决时，对方当事人可以向该不履行方当事人即被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。该法第260条还规定，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成的合议庭审查核实，裁定不予执行：当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；仲裁庭的组成或者仲裁程序与仲裁规则不符的，裁决事项不属于仲裁协议的范围或仲裁机构无权仲裁的。该法还规定，人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。我国仲裁法还规定了申请撤销裁决的程序。根据该法第58条规定，任何一方当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：没有仲裁协议的；裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；裁决所根据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。该法还规定，人民法院认定该裁决违背社会公共利益的，应当撤销裁决。从这些规定看出，我国法院对我国涉外仲裁机构作出的裁决的审查大多是形式上的审查。

（二）外国仲裁裁决的承认与执行

这包括下列两种情况，一种是本国仲裁机构作出的裁决，因败诉一方在外国或其财产在外国而需要向外国法院申请强制执行；另一种是外国仲裁机构作出裁决，因败诉一方在本国或其财产在本国而向本国法院申请强制执行。为了解决有关承认与执行外国仲裁裁决的问题，在国家间缔结了一系列双边或多边国际条约，各国也通过本国立法作出明确规定。

1. 承认与执行仲裁裁决的国际公约

国际上，目前被普遍接受的国际公约为1958年《纽约公约》，即联合国《承认与执行外国仲裁裁决公约》，主要内容是规定各缔约国必须承认和执行外国仲裁裁决以及承认和执行的条件，目的是统一和简化各国执行外国仲裁裁决的法律程序，以利于国际经济正常交往。公约的主要内容有：

（1）各缔约国应该相互承认仲裁裁决有拘束力，并按裁决所在地的程序规定，执行对方国家作出的仲裁裁决。在承认与执行对方国家的仲裁裁决时，不应在实质上请求比本国裁决的承认与执行更为麻烦的条件或征收更多的费用。

（2）详细规定了拒绝承认与执行外国仲裁裁决的条件。依公约第5条第1款规定，凡有下列情形之一者，被提请执行的机关可依被诉人的请求和证明，拒绝承认与执行：仲裁协议无效；被诉人未得到选择或指定仲裁员，以及参与仲裁

程序的适当通知;裁决事项不属于仲裁协议所指明提交仲裁的事项,或超过仲裁协议所规定的范围;仲裁庭的组成或仲裁程序违反仲裁协议,或在双方当事人无协议时,违反仲裁地国家的法律;裁决对当事人尚未发生约束力,或已在仲裁国内失效。

(3)依公约第5条第2款规定,如果被请求承认与执行仲裁裁决的国家主管机关依其所属国法律规定认为,裁决中的争议事项不能用仲裁方法解决,或者承认与执行外国裁决,将违背该国的公共秩序,也可以拒绝承认与执行。

2. 我国承认与执行外国仲裁裁决的法律规定

(1)我国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决在外国的承认与执行。根据《民事诉讼法》第280条和《仲裁法》第72条规定,我国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决,当事人请求执行的,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

(2)外国仲裁裁决在我国的承认与执行。根据《民事诉讼法》第283条,国外仲裁机构的裁决,需要中华人民共和国人民法院承认和执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照我国缔结或参加的国际条约,或按互惠原则办理。

(3)我国已于1986年12月2日正式参加了1958年《纽约公约》,我国仲裁机构作出的裁决,可按照该公约的规定在任何缔约国境内获得执行,在其他缔约国作出的仲裁裁决,也可按照该公约在我国得到承认和执行。

我国在加入《纽约公约》时作了两项声明:第一,中国只在互惠的基础上对另一缔约国领域内作出的仲裁裁决的承认与执行适用该公约;第二,中国只对根据中国法律认为属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。按照最高人民法院1987年4月10日"关于执行我国加入的《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知"规定,关于我国加入公约时所作的商事保留声明,"契约性和非契约性商事法律关系",具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争议。该通知还规定,根据公约第4条的规定,申请我国法院承认和执行在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决,是由仲裁裁决的一方当事人提出的。对于当事人的申请应由我国下列地点的中级人民法院受理:①被执行人为自然人的,为其户籍所在地或者居所地;②被执行人为法人的,为其主要办事机构所在地;③被执行人在我国无住所、居所或者主要办事机构,但有财产在我国境内的,为其财产所在地。我国有管辖权的人民法院接到一方当事人的申请后,应对申请承认及执行的仲裁裁决进行审查,如果认为不具有公约第5

条第1、2两项所列的情况，应当裁定承认其效力，并依照民事诉讼法规定的程序执行；否则，应当裁定驳回申请，拒绝承认及执行。

（三）中国内地与香港相互执行仲裁裁决的安排

1997年7月1日香港回归之前，香港裁决在中国内地被视为外国裁决，其承认与执行按照中国涉外民事纠纷程序的特别规定办理。由于英国是1958年《纽约公约》缔约国，1977年1月该公约被延伸适用于香港，中国1987年加入该公约后，两地裁决适用该公约的规定相互承认与执行。但香港回归后，香港裁决显然已不是外国裁决，又由于1958年《纽约公约》是主权国家之间缔结的国际公约，因而两地之间不能再适用该公约相互承认与执行对方裁决。另一方面，香港裁决显然也不是内地本土裁决，不同于中国内地仲裁机构作出的裁决，中国内地裁决同样也不是香港本土裁决。因而中国内地裁决与香港裁决的相互承认与执行成为一个特殊的问题，也称区际仲裁裁决的承认与执行问题。为解决这一特殊问题，最高人民法院根据《香港基本法》第95条的规定，与香港特别行政区政府协商，于1996年6月达成《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》。最高人民法院于2000年1月24日将该安排以司法解释形式予以公布，自2000年2月1日起施行。

七、国际商事仲裁与投资者—国家争议的处理

关于外国私人投资者与东道国政府之间的投资争议（investor-State disputes，以下简称“投资者—国家争议”），国际上多年来一直致力于由争议的双方通过一定的程序解决，排除投资者本国政府的介入，以使投资争议的解决非政治化。1965年华盛顿公约对解决这种投资争议作了专门规定，并设立专门机构“解决投资争端国际中心”（ICSID）提供仲裁和调解。已有越来越多的国际投资协定（international investment agreements，IIAs）规定采用国际仲裁解决“投资者—国家争议”，成为近几十年来国际经济交往发展的一个重要特征。截至2005年11月，国际投资协定包括有2400多件双边投资条约（BITs）、2600多件双重税收条约（DTTs）、大量的特惠自由贸易与投资协定（PTIAs）、区域性经济一体化协定和涉及外国投资的其他多边协定。在IIAs中，绝大多数双边投资条约以及一些区域性的协定和其他协定，包含有“投资者—国家争议”解决条款。IIAs中通常规定的解决方法是：争议双方必须首先寻求友好协商解决争议，如果协商解决不成，通常规定的下一步方法是国际仲裁，包括临时仲裁和常设机构仲裁（含ICSID仲裁和其他常设国际商事仲裁机构仲裁）。

以下简要介绍双边投资条约（BITs）和北美自由贸易协议（NAFTA）中有关仲裁的规定。

（一）双边投资条约中的规定

双边投资条约的一个重要特点是，既规定了私人投资待遇的实体规则，又规定了解决“投资者—国家争议”的程序规则。在双边投资条约中规定投资者可就指

控东道国违反条约规定的争议提交国际仲裁,成为鼓励和保护外国投资的一个重要特征和内容,这也是签订双边投资条约的基本考虑之一。双边投资条约规定"投资者—国家仲裁"的情况及特点可归纳以下几点:[46]

第一,双边投资条约关于仲裁规定的一个特点是,投资者提交仲裁不需要与争议对方国家之间签订专门的书面仲裁协议,被称为无合同约定的仲裁(arbitration without privity)。双边投资条约是两个国家之间缔结的,通常的情况是,签约国在条约中约定将"投资者—国家争议"提交仲裁,构成了签约国对仲裁的书面同意,只要另一签约国投资者根据条约的规定书面提起仲裁请求,即构成双方的仲裁协议,仲裁机构据此即可受理该仲裁案件。也就是说,在双边投资条约规定了"投资者—国家争议"仲裁的情况下,是否提起仲裁,投资者有权决定;如果投资者不同意,签约国无权对投资者提起仲裁程序。这使得在投资者和东道国之间缺少合同约定的情况下,投资者可以得到双边条约的保护。

第二,双边投资条约中规定的"投资者—国家仲裁",包括各种形式的国际仲裁。早期的双边投资条约中规定的"投资者—国家争议"解决条款,大多只是规定ICSID仲裁。而近来的趋势是给予投资者选择仲裁形式的权利,一些条约规定投资者可以选择ICSID以外的机构仲裁,主要包括国际商会仲裁院、斯德哥尔摩商会仲裁院等机构仲裁,有些条约还规定可以提交临时仲裁。在双边投资条约中规定采用ICSID以外的仲裁,主要有以下考虑:首先,根据1965年《华盛顿公约》,对ICSID裁决作出后有可能被取消,一些国家对此存在疑虑。其次,一些国际仲裁庭对联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范规则(UNCITRAL Rules)的成功运用,似乎表明这些规则对于"投资者—国家争议"的解决是特别适合的。联合国国际商事仲裁示范法(UNCITRAL Mode Law)已为越来越多的国家采用,国际商事仲裁在世界范围普遍得到了支持。国际上普遍认为,"投资者—国家"之间的投资争议,属于商事争议,可以通过国际商事仲裁解决。据国际商会(ICC)2001年度报告,2001年根据该会仲裁规则进行仲裁的案件,其中约有10%的案件一方当事人为国家或国家实体。根据联合国国际商事仲裁示范法和1958年纽约公约,"商事"的含义较为广泛,而ICSID对管辖争议范围限制较为严格。这些都是ICSID以外的国际商事仲裁被选作为"投资者—国家争议"解决方法的重要原因。

第三,双边投资条约直接或间接提到的有关国际商事仲裁的国际性法律文件包括:1958年《纽约公约》、1964年《欧洲国际商事仲裁公约》、1976年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》、1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》。

---

[46] See Giorgio Sacerdoti, Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules, ICSLD Review FILJ, Spring, 2004, pp. 11 - 12; Antonio R. Parra, ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from ICSID, Volume 17, No. 1, 2000, pp. 7 - 15.

第四，一些双边投资条约对适用的仲裁规则作了补充和修改，以便扩大或限制仲裁的采用。某些双边投资条约规定在实际启动仲裁程序前必须为争取友好解决进行预先谈判，或者留有一定的期限，期限自投资者或东道国发出争议通知起算，如6个月等，期满后才可以将争议提交仲裁。另一个修改情况是对仲裁准据法的修改。这类修改影响到仲裁的程序规则和实体规则。它们规定了在争议双方缺少法律选择时，应当适用哪些法律，而不是根据仲裁规则的法律适用条款决定仲裁的法律适用。

第五，关于"投资者—国家仲裁"的性质，有学者认为，"投资者—国家仲裁"具有"准公法"（quasi-public）特性，或者至少不可避免地具有公法因素（public element）。在这种仲裁中，仲裁庭的管辖权不是来自于争议双方当事人的私人性质的协议，而是来自于两个国家的事先决定。双边条约将提起仲裁的权利直接授给了投资者，一旦发生了争议，投资者就可以使用这种权利，由此取代了国内法院的管辖权，如果没有条约的约定，国内法院对这些争议有资格管辖。不过我们认为，虽然投资者可以根据条约对国家提起仲裁，即使具有某些公法特性，但这种仲裁在本质上讲仍是私法性质的国家商事仲裁。[47]

（二）北美自由贸易协议（NAFTA）的规定

1992年8月12日，美国、加拿大及墨西哥三国签署了《北美自由贸易协定》（NAFTA），该协定自1994年1月1日正式生效。NAFTA第11章是专门关于投资的规定，具体规定了一缔约国对另一缔约国投资者的各种待遇及投资者与东道国争议的解决程序。其中的B节是"投资者—国家争议"解决的规定，共23条（第1115～1138条），该部分规定被一些学者视为NAFTA的最有创新之处。

（1）缔约一主投资者可以将另一缔约国违反本协定下义务造成其损失或损害的求偿争议提交仲裁（第1116条、第1117条）。本协定各缔约国关于将缔约一国投资者对缔约他国的请求提交仲裁的同意，加上投资者提请仲裁的行为，构成有关国际商事公约或规则所要求的书面仲裁协议（第112条）。因此，该协定下"投资者—国家仲裁"，无须投资者与国家另行签订仲裁协议。同时，只有投资者才可以对缔约国家的求偿提起仲裁，而缔约国家不可以对投资者提起仲裁。

（2）争议各方当事人应当首先争取通过协商或谈判解决求偿。协定为此规定自争议发生至可以提交仲裁时之间留有的期限：投资者至少提前90天将其打算提交仲裁的意向书面通知争议对方国家，并且自导致投资者请求的事件发生之日起已满6个月（第1118～1120条）。

（3）有三种仲裁可供投资者选择，即1965年华盛顿公约管辖的ICSID仲裁、

---

[47] See Giorgio Sacerdoti, Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules, JCSLD Review FILJ, Spring, 2004, p. 47.

ICSID 管理但不属于 1965 年华盛顿公约管辖的《增设便利程序规则》(Additional Facility)下的仲裁、根据 1976 年《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁。仲裁应当根据所适用的规则进行,除非这些规则为本协定所修改(第 1120 条)。

(4)投资者提请仲裁须以同意根据本协定规定的程序进行仲裁为先决条件(第 1121 条)。

(5)除非争议双方另有约定,仲裁庭由 3 名仲裁员所组成,投资者和被投诉的缔约国各任命 1 名仲裁员,第 3 名仲裁员为首席仲裁员,由争议双方协议选定。如果缔约国不任命仲裁员或争议双方对首席仲裁员人选达不成协议,则由 NAFTA 的秘书长指定(第 1123 ~ 1124 条)。

(6)经书面通知争议双方,其他缔约国可以向仲裁法庭就协定条文的解释提交书面意见。该规定开创了第三方参与仲裁的做法(第 1128 条)。

(7)如果仲裁是根据 ICSID 增设便利规则或 UNCITRAL 仲裁规则进行,除非争议双方另有约定,仲裁庭应当在 1958 年纽约公约缔约国领土内进行仲裁(第 1130 条)。该条规定主要是考虑非 ICSID 裁决便于根据 1958 年纽约公约予以承认和执行。

(8)仲裁庭可以对事实和法律问题合并审理。仲裁庭应当根据本协定和可适用的国际法对争议事项作出决定(第 1131 条)。

(9)仲裁请求权的时效为 3 年,自投资者知道或应当知道缔约国行为违反协定并造成投资者损失或损害时起算(第 1116 条)。

第五节 《解决国家与他国国民之间投资争议公约》

一、公约的由来与目的

历史上,由于欠缺能为发达国家及其海外投资者和发展中国家共同接受的解决国际投资争议的方法,从而在一定程度上给国际投资环境带来了不利的影响。为了解决这一难题,一些国家包括发达国家和发展中国家在世界银行的倡导下,于 1965 年缔结了《解决国家与他国国民之间投资争议公约》(又称《华盛顿公约》,以下简称公约)。公约于次年 10 月 14 日生效,同时依照公约设立了"解决投资争议国际中心"(ICSID,以下简称中心),作为实施公约的常设性机构。中心设有行政理事会和秘书处,行政理事会主席由世界银行总裁担任,成员由各缔约国代表组成。订立公约和创设中心的目的,是要为解决一缔约国与他缔约国国民的投资争议提供调解和仲裁的便利,以此增进相互信任的气氛,促进私人投资的国际流动。尤其是要排除投资者本国政府的介入,使投资争议的解决非政治化。

1978 年,中心行政理事会还制定了一套增设便利(亦称附属便利)规则(Additional Facility Rules),授权中心秘书处处理某些不属于公约管辖范围的争议。[48]

截至 2013 年 11 月,共有 158 个国家签署了公约,其中 150 个国家正式批准加入公约。中国于 1990 年 2 月 9 日签署公约,1992 年 7 月 1 日批准加入公约,1993 年 1 月 7 日向中心交存批准加入书,1993 年 2 月 6 日公约对我国生效。

截至 2014 年 3 月,中心共受理仲裁和调解案件 468 件,其中已审结 281 件,正在审理 187 件。中心受理的案件,绝大多数为仲裁案件,案件被申请人大多数为发展中国家,少数为发达国家,也有个别的为公司。[49]

二、公约提供的解决方法及其程序

1. 争议解决方法

公约提供的解决国际投资争议的方法包括调解和仲裁两种,均在中心的管理下,依照中心制定的调解规则或仲裁规则进行。(1)调解。中心的调解独立于其仲裁程序之外,当事人可以只要求调解,也可以要求先行调解,调解不成再进行仲裁,但须另组成仲裁庭。调解由双方当事人依照公约规定任命的调解委员会进行。中心调解的特点是它达成的协议无拘束力。(2)仲裁。仲裁由双方当事人依照"公约"规定任命的仲裁庭进行,仲裁裁决具有拘束力。它是公约提供的最重要的也是实践中最常被采用的解决方法,所有缔约国均有义务承认与执行中心的裁决。

2. 争议解决程序

中心调解或仲裁的具体程序基本上与一般国际商事仲裁机构的做法相同。这里只介绍有关中心解决程序的几个特殊问题。

(1)适用的程序法。根据 A. 布鲁彻斯的观点,"公约,因其是条约,构成了仲裁程序法。因而除了公约本身所提到的外,公约排除了任何国家的法庭地法的可适用性。"[50]换言之,中心仲裁程序完全受公约支配,公约关于仲裁的规定构成了一个"自立的体制"(Self-sustained system)[51]。调解程序当然也完全受公约支配。

(2)提起请求。任何一种程序首先从当事人一方或双方提出请求开始。请求

---

[48] 1978 年中心行政理事会第 12 次年会通过一项决议,决定创设增设便利(Additional Facility),授权中心秘书处管理公约范围以外的国家和其他国家国民之间的某种程序,即(1)关于解决当事人双方其中一方为非缔约国或非缔约国国民之间投资争议的调解或仲裁程序;(2)关于解决非直接由投资产生的法律争议的调解或仲裁程序,但其当事人中至少一方是缔约国或缔约国国民;(3)调查事实的程序。这些程序统称为增设便利。这些程序仅以当事人协议为依据并经中心秘书长批准,任何情况下均不受公约规定支配。参见中心:《关于管理调解、仲裁和调查事实的附加程序》,ICSID/11;http://www.worldbank.org/icsid/。

[49] http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

[50] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》,第 136 卷(1972),英文版,第 385 页。

[51] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16.2,1982 年英文版,第 41 ~43 页。

向中心秘书长书面提出,经审查认为符合中心管辖范围后,予以登记。提出和登记请求的程序及有关事项受行政理事会依公约第6条通过的《设立规则》(Institution Rules)进行。该规则为强行规则,当事人不得改变,它适用于向秘书长递交请求到秘书长登记请求之间这一段时间。请求经登记后,调解或仲裁程序便告成立,开始适用调解程序规则或仲裁程序规则。秘书长应立即将登记事项通知另一方当事人。

(3)组成调解委员会或仲裁庭。根据公约,除了某些限制外,双方当事人得自由约定设立委员会或仲裁庭。这些限制主要是:①调解人数或仲裁人数必须为奇数;②仲裁庭的大多数人不得为当事人任何一方所属国国民。

(4)调解规则和仲裁规则。调解或仲裁进行的程序和有关事项(包括组成调解委员会或仲裁庭),分别受行政理事会通过的《调解程序规则》和《仲裁程序规则》支配。现行适用的是2002年9月修订、自2003年1月开始生效的《调解程序规则》和《仲裁程序规则》。

(5)调解地或仲裁地。公约对此作有三种规定:①若双方无特别规定,为中心所在地即美国的华盛顿。②双方可以自由约定为常设仲裁法院所在地即荷兰的海牙,或任何其他已与中心订有协议的公私机构所在地。目前中心已与亚非法律咨询委员会订有合作协议,因此当事人可以约定在吉隆坡地区中心或开罗地区中心进行调解或仲裁。③调解委员会或法庭在同秘书长磋商后所批准的任何其他地点。

三、中心管辖权

管辖权是受理案件的基本依据和前提条件。它对中心的潜在作用来说,是第一位重要的。[52] 中心管辖权,实际是一个借用术语,用以指公约各项规定的适用范围以及为调解和仲裁程序提供便利的范围。[53]

中心管辖权主要体现在中心管辖的条件和中心管辖的排他性两方面,规定在公约第25条至第27条之中。从中心受理案件的实践看,大多数案件为仲裁案件,而大多数仲裁案件都在中心管辖权的问题上发生了争执。事实表明,有关中心管辖权的问题是相当重要且又相当复杂的问题,值得认真研究和对待。

(一)中心管辖的条件

公约第25条第1款规定:"中心的管辖适用缔约国(或缔约国指派到中心的该国任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间因投资而产生的任何法律争议,而该项争议经双方书面同意提交给中心。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。"

---

〔52〕 A. 布鲁彻斯:"解决投资争端国际中心的经验",载S. 鲁宾、R. 尼尔森主编:《国际投资争端:避免与解决》,1985年英文版,第83页。

〔53〕 《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第8页。

根据该条款，投资争议必须同时具备主体要件、客体要件和主观要件，才能提交中心管辖（包括调解或仲裁），根据公约其他有关规定，当事人可在一定程度上相互约定这三个要件的有关方面。三要件是否符合公约规定，要受两道程序的审查：一是中心秘书长在登记当事人请求时得进行审查，如发现所请求登记的争议显然在中心管辖之外，可以拒绝登记；二是中心调解委员会或仲裁庭可对三要件进行审查，以决定自己是否对争议享有管辖权，在这一程序中，任何一方当事人亦得对管辖权提出异议，而由调解委员会或仲裁庭判定。

1. 主体要件——当事人资格

主体要件是双方当事人参加中心调解或仲裁必备的资格。公约规定，必须一方是缔约国（或其指派到中心的该国任何组成部分或机构），另一方是其他缔约国国民。

（1）关于缔约国一方的资格

国家一方当事人必须是缔约国，是为了要确保该国在同意中心管辖后受公约规定的约束和保护。

缔约国必须是在其与投资者约定提交中心管辖时，或在程序被提起时已正式加入公约。不过，如果可以预料有关国家不久将会加入公约，而另一方是一缔约国国民，则双方可以有条件地约定提交中心管辖，即一旦该国正式加入公约，则该提交条款（亦称中心条款）便自动生效。[54]

作为争议一方当事人的缔约国，包括该国政府和该国的“组成部分或机构”（Constituent subdivision or agency，合称公共实体）。对政府作为当事人资格的认定一般不存在多大困难，但是，如果是“组成部分或机构”作为缔约国一方当事人，问题就复杂了。关于这两个概念，在不同的国家所指对象可能有所不同，公约对此未下定义，主要是考虑到，要下精确定义不仅非常困难，还可能由于一些国家中的“组成部分或机构”不符合公约中的定义导致不能利用公约，这将有碍公约的适用。公约起草者及一些学者认为，在这种情况下，明智的做法是由各缔约国自由决定。因此，根据第25条第1项，每一缔约国得自由把特定的自认为合格的公共实体指派到中心作为中心程序当事人。这种指派可构成这些实体具有“组成部分或机构”地位的证据和这些实体能够有效作出接受中心管辖同意的一个前提条件。[55] 另有人对这两个术语作了列举解释，认为，“组成部分”可以包括联邦国家的州，不完全自治的从属国、自治城市（municipalities）；“机构”可以包括最大范围

---

〔54〕 参见“《ICSID示范条款》第3条”，载姚梅镇：《国际投资法教学参考资料选编》（下册），武汉大学出版社1987年版，第62页。

〔55〕 G. R. 德劳姆：“ICSID仲裁实践方面的考虑”，载《国际仲裁杂志》1984年第1期，英文版，第109页；A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第136卷）（1972），英文版，第354页。

内的各种公共实体。[56]

总之,对于"组成部分或机构"作为中心程序当事人,公约要求符合两个条件:第一,要由缔约国指派到(即通知给)中心;第二,被指派的公共实体所作的接受中心管辖的同意,还"须经该缔约国批准,除非该缔约国通知中心不需要这种批准。"

到2002年,共有英国、尼日利亚、马达加斯加、苏丹、几内亚、肯尼亚、澳大利亚、葡萄牙、秘鲁、厄瓜多尔等10多个国家将本国的"组成部分或机构"指派到中心。英国将一系列海外英属辖地、澳大利亚将一系列的州作为"组成部分"指派到中心,其他一些国家将一些国家公司作为"机构"指派到中心。英国、澳大利亚、葡萄牙、秘鲁还通知中心,被指派的实体同意中心管辖无须另经国家批准。[57]

公约上述规定及其实践表明,缔约国与中心程序当事人并不当然是同一主体,后者可由缔约国根据需要自由确定,甚至可以是政府所控制的国营企业。将本国国营企业指派到中心,可以使国营企业利用中心设施解决其同外国投资者之间的争端,但需要认识到这种指派的法律后果,主要是指派国要对被指派的国营企业所作的同意中心管辖承担公约规定的义务,确保国营企业遵守公约的有关规定,尤其是对仲裁裁决要依公约承担承认与执行的义务。然而,国家一般是不愿对国营企业的仲裁条款承担国际责任的,目前只有极少数缔约国作了这种指派,看来与这一考虑不无关系。

(2)关于投资者的资格

根据公约规定,有资格接受中心管辖的投资者必须是另一缔约国国民。将投资者限定为另一缔约国国民的必要性有二:一是要确保投资者本国受第27条约束,不得对该投资者同东道国已约定提交中心仲裁的争端进行外交保护或提出国际要求;二是要使投资者本国受第54条第1项的约束,对承认与执行不利于本国投资者的中心仲裁决担负公约规定的义务。据说,这两方面都是为了确保缔约的东道国一方的利益。[58]

"另一缔约国国民"包括自然人和法人两种,公约第25条第2款分别对它们作了限定。① 关于自然人资格。第25条第2款第1项规定,自然人作为另一缔约国国民,必须是在双方同意将争端交付调解或仲裁之日和请求予以登记之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍。可见,判断自然人为另一缔约国国民的唯一标准是国籍,公约要求须连续具有另一缔约国国籍。② 关于法人资格。法人资格的认定较为复杂,实践中颇多争执,值得细加研究。公约对此只作了原则性规定。依第25条第2款第2项规定,法人作为另一缔约国国民,必须是"在争议双

---

〔56〕 P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版,第333页。

〔57〕 http://www.worldbank.org/icsid/. See: ICSID Publication/Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention/Part c.

〔58〕 A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版,第356页。

方同意将争议交付调解或仲裁之日，具有作为争议一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人，以及在上述日期具有作为争议一方的缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看做是另一缔约国国民”。可以看出，对法人资格的认定，是分别两种情况采用两种标准：对具有争议一方缔约国以外国籍的法人，依其具有的国籍；对具有争议一方缔约国国籍的，但由外国人控制的法人，依双方特别约定。至于确定国籍的时间因素，与自然人不同，公约只要求根据双方同意接受中心管辖之日进行判断，即不需要连续具有某国国籍。

判断法人国籍有多种标准，但公约并未进一步对判断法人国籍的标准作出规定。公约之所以未作统一规定，一则是因为在制定公约过程中对采用何种标准，意见分歧，难于定论；二则是因为起草者们认识到，既然公约的适用依赖于双方的同意，也就不必作强行规定，这样可以留给双方最大可能的余地以根据具体情况约定一个公司的国籍。[59] 但尽管如此，一些权威人士和学者仍然认为，公约的规定可能意味着确定公司国籍的一般标准是成立地说。[60]

不过，这些人士和学者继续指出，为了实现公约的目的，有必要对这个一般规则加以限制或允许例外。首先，是对具有东道国国籍的法人，公约已明确规定不适用国籍标准，而是根据双方特别约定判定投资者的资格。因为，现今许多东道国都要求外国投资者通过在本国境内设立公司进行，如果一概适用依成立地确定国籍标准，则这些公司虽受外国人控制，也不符合“另一缔约国国民的”资格。[61] 其次，对非东道国国籍的法人，判断其是否具有另一缔约国国籍，也不完全限于成立地说，还可以适用控制说，即只要该法人同另一缔约国之间存在着某种联系，双方即可约定其为另一缔约国国民。[62] 具体说，对成立于非缔约国但由缔约国国民控制的公司，双方也可以约定具有该缔约国国籍。[63] 这样，在公约范围内，关于公司国籍的确定，是不受国际法院在巴塞罗那案中唯一适用的成立地这一严格标准的限制。因为巴塞罗那案涉及的是外交保护问题，而在公约范围内只涉及公司是否可接受中心管辖的问题。[64]

---

〔59〕 A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第 136 卷）（1972），英文版。

〔60〕 A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第 136 卷）（1972），英文版；G. R. 德劳姆：“ICSID 仲裁实践方面的考虑”，载《国际仲裁杂志》1984 年第 1 期，英文版；P. F. 萨瑟兰：“世界银行公约”，载《国际法与比较法季刊》（第 28 卷）（1979），英文版。

〔61〕 A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第 136 卷）（1972），英文版。

〔62〕 P. F. 萨瑟兰：“世界银行公约”，载《国际法与比较法季刊》（第 28 卷）（1979），英文版。

〔63〕 G. R. 德劳姆：《跨国契约》，Booklet 16. 2，1982 年英文版，第 23 页。

〔64〕 A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第 136 卷）（1972），英文版；P. F. 萨瑟兰：“世界银行公约”，载《国际法与比较法季刊》（第 28 卷）（1979），英文版。

2. 客体要件——争议的性质

客体要件是指可以提交中心管辖的争议的性质必须符合的条件。根据公约第25条第1款,提交中心管辖的争议必须符合两个条件,即争议必须是直接产生于投资,争议必须是法律争议。

(1)投资的含义

公约未对投资下定义或限定其范围。这主要是因为各国在实践中对投资概念的理解不一,规定不同。在这种情况下强行统一投资概念,不仅困难而且有害。因为这可能使当事人不能够把某些虽然不属公约定义范围之内而他们却认为是"投资"的争议提交中心,从而缩小公约的适用范围。此外,既然公约规定中心管辖以当事人的相互同意为基础,那么最好的办法是由当事人根据实际情况加以确定。这样也就没有必要在公约中统一概念[65]。因此,公约起草者放弃了在公约中意图设计一个普遍接受的关于"投资"定义的努力,而规定由当事人同意这样一个根本要求。[66]

为了帮助确定投资的范围,《ICSID示范条款》作了示范性的列举:明显属于投资范畴的交易有贷款、股权出资和工业产权;明显不属于投资范畴的是普通的商业交易,如货物销售;有许多情况介于两者之间,它们可以包括融资便利的设备销售、建筑契约、工业或其他合作形式的契约。同时,它告诫当事人:"为了消除含糊不清的解释,当事人最好在双方一致同意的文件中明确声明,为了公约的目的,他们之间的特定交易构成投资。"[67]但可以看出,普通的商业交易,如货物销售,即使双方约定,也不能构成投资。

综上所述,把中心管辖的争议限于投资领域,是中心管辖的基本特点之一。而公约规定的投资,领域较广,其含义富有伸缩性,既有传统类型的也有现代类型的,既包括直接投资也包括间接投资,这就使中心管辖能适应投资关系的发展和变化,不断扩大其受理的范围。

在中心受理的一件仲裁案件中,被告当事国主张修建高速公路的合同依其国内法属于履行服务的附属合同,不属于投资,因而有关的争议不属于中心管辖的"投资"争议。仲裁庭认为,判断是否属于投资,应根据是否存在钱财的支出、一定的履行期间、风险因素以及对东道国经济的贡献等因素综合考虑,据此判定修建高速公路的合同属于投资的范畴。[68]

---

[65] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版;G. R. 德劳姆:同前注书。

[66] 参见《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第9页。

[67] 参见姚梅镇:《国际投资法教学参考资料选编》,武汉大学出版社1987年版,第63页。

[68] E. Obadia, ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues.《ICSID消息》(第18卷第2号)(2001)。

(2)法律争议的含义

与“投资”一词一样,由于各国意见分歧,理解不同,公约最后也未对“法律争议”一词下定义。公约允许当事人约定所提交的争议是法律争议。

为了帮助当事人和中心在实践中确定何为法律争议,《执行董事会报告》作了相应解释。指出:“法律争议”一词是用来表明,权利的冲突属于中心管辖范围,而单纯的利益冲突则不属于中心管辖范围。争议必须是关于法律权利或义务的存在与否及其范围,或者是因违反法律义务而引起的赔偿的性质和范围。[69]

对于法律争议的含义和可能包括的范围,德劳姆进一步指出如下:法律争议是有关于当事人各自权利和义务,包括订立在投资协议之中和规定在该协议必须适用的有关法律和法规之中的权利和义务的争议。例如:①有关不履行(Non-Performance)的争议,包括基于不可抗力或类似事件原因引起的不履行争议;②有关违反稳定条款的争议;③有关解释协议或相关立法的争议;④有关取消协议的争议,包括征收或国有化以及相关的补偿问题的争议。[70]

关于非法律争议的利益冲突的含义和可能包括的范围,J. T. 施米特认为,董事会的报告“无保留地排除在中心管辖之外的,是集中于东道国和投资者各自的与法律权利问题毫无关系的商业利益的冲突”。G. R. 德劳姆列举两类争议通常不属于法律争议:①当事人之间的利益冲突,如有关于对整个协议或其中某些条款重开谈判的愿望的分歧;②事实争议,如关于财务账目或事实调查的争议。但他同时指出,须对最后一种作某些限制:例如,当协议规定可以基于某些“艰难”条款或“最优惠投资者或东道国”条款对关系进行重新调整时,显然,有关实施这种条款的事实是否已存在的争议,具有法律意义,因为它最终将影响到履行或不履行的问题。[71] 按照 G. R. 德劳姆的意思,有关这类事实是否存在的争议可属法律争议范畴。

综上所述,把中心管辖的争议限定在其性质为法律争议范围内,是中心与其他国际商事仲裁机构在管辖权制度上又一个不同之处。

3. 主观要件——当事人同意

主观要件是指,中心对上述适格当事人之间的投资争议管辖,须以双方同意为前提。公约规定这种同意须以书面为之;双方一经表示同意,任何一方不得单方面撤销。

这一要件表明,中心管辖是自愿管辖而非强制管辖,即一国批准公约并不等于同意所有具体争议都接受中心管辖,而只是同意接受中心管辖的一个前提条件,缔

---

[69] 《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第 9 页。

[70] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16. 2,1982 年英文版,第 34 页;“ICSID 仲裁实践方面的考虑”,载《国际仲裁杂志》1984 年第 1 期,英文版。

[71] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16. 2,1982 年英文版,第 34 ~ 35 页。

约国是否同意中心管辖,纯属每一缔约国政策考虑的事情,每一缔约国有绝对的自由决定权。[72] 因此,"当事人各方同意,是中心管辖的基石。"[73] 在中心管辖三个要件中起决定性作用,它体现了公约的根本特性。[74]

(1)同意的形式

公约仅要求双方应以书面形式作出同意,如果争议一方是"组成部分或机构",公约还要求其所作同意须经其本国批准,或证明其本国已通知中心无须批准。除此之外,关于同意的形式,公约未规定其他特别要求。因此,一般认为,双方可以根据具体情况采取任何他们认为合适的书面方式表示同意。

实践中,各缔约国既有在投资协议中,也有在本国国内法规或双边投资保护条约中订入同意中心调解或仲裁的条款(通称中心条款)。不过,这些不同形式的中心条款各自适用的情况不同。

①投资协议中的中心条款。即东道国政府或其机构同外国投资者所订的投资协议中规定,同意把有关协议的争议提交中心调解或仲裁。这种形式的特点是,它是双方当事人直接相互约定的,仅有这一个文件即可构成公约所要求的当事人的一致同意。

②国内立法中的中心条款。某些缔约国在本国的外国投资法典或类似的法规中规定,同意将本国政府或其机构与具有另一缔约国国民资格的私人投资者之间的某些争议,在一定条件下提交中心仲裁。到1999年时,约有20个国家的投资法订有这种条款。[75] 这些规定可分为两类:

第一类,这类规定构成国家单方面明示的同意。同意将投资争议提交中心解决。如多哥法律规定,如果争议不能友好解决,得提交中心仲裁。由于这类规定只是国家单方的许诺,尚需投资者接受才能构成公约要求的双方同意,投资者可通过多种方法加以接受,如在投资协议中表示接受,在投资申请书中声明接受,利用简单的声明书表示同意,或在争议发生后在提交中心仲裁的请求书中表示接受。

第二类,这类规定是表示国家有可能同意中心管辖,并且是把中心调解或仲裁作为解决投资争议若干方法之一。如马来西亚法规定有三种可选择的方法解决马来西亚与外国投资者之间的争议:A. 根据马来西亚法本身的规定解决;B. 根据ICSID公约解决;C. 通过中心管辖的增设便利解决。这类规定最终尚需双方协议选定,并且只有这种双方协议才能构成公约要求的同意。简言之,这类规定不构成

---

〔72〕 沙赫特:"更加非政治化",载《ICSID评论——外国投资法杂志》1986年第1期,英文版;G. R. 德劳姆:"ICSID仲裁实践方面的考虑",载《国际仲裁杂志》1984年第1期,英文版。

〔73〕 《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第8页。

〔74〕 P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版。

〔75〕 参见《ICSID评论——外国投资法杂志》1999年第2期,英文版。

国家单方面许诺。[76]

③双边条约中的中心条款。现在已有越来越多的双边投资保护条约提到利用中心解决缔约一方同他方国民之间的投资争议。截至1999年，约有1000件双边投资条约订有这种条款。[77] 这些条约规定可分为以下四类。[78]

第一类，规定各缔约方基于对方缔约国国民要求有义务将投资争议提交中心调解或仲裁，这类规定的特点在于它构成各缔约国有约束力的单方同意，只要有关的投资者书面接受或提出请求时，即产生相互同意的效力，故这类条约规定实际是一种第三人受益安排（third party beneficiary arrangement）。

第二类，规定缔约一方与他方的国民在签订投资协议时应订入中心调解或仲裁，或在争议发生后应达成协议将争议提交中心解决。这类条约的规定本身不构成缔约国的同意，必须要有当事人另外的相互协议，条约只是规定缔约国有作出同意的义务，但如何制定中心条款则可由缔约国与投资者相互约定。

第三类，仅要求缔约一方对另一方国民提出的将争议提交中心解决的要求予以认真的考虑。因此，在这类条约中，缔约国并无接受的义务，缔约国有充分自由根据具体情况决定是求助中心调解或仲裁，还是采取某些其他解决方法。德劳姆称这类条款为“非约束性”（open－ended）条款。

第四类，在规定各缔约方同意中心调解或仲裁的同时，规定尽量采用其他友好解决方法，包括利用中心增设便利的可能。这种关于利用中心的规定，实际上类似于上述第三类规定。

在中心的一个仲裁案件中，原告一外国公司与被告当事国的一家国营公司签订了一份修建高速公路的合同，合同约定有关争议提交该国的行政法院管辖。但发生争议后，该外国公司以该国为被告向中心提起仲裁。其理由是，该合同属该国签订的双边投资条约管辖的投资事项，该条约中订有接受中心管辖的同意条款，而条约条款的效力高于合同条款。该争议另一方当事国则辩称，该外国公司应当遵守合同的约定，中心对该争议无管辖权。仲裁庭认为，双边投资条约的条款构成了该国接受中心管辖的有效同意，该外国公司在仲裁申请书中也作出了接受中心管辖的有效同意，这种同意的效力高于合同中的约定。因而该国接受中心对本案有管辖权。[79]

最后需要指出，在缔约国实践中有一个与同意形式相似但却有区别的问题，这个

---

〔76〕《ICSID消息》（第3卷第2号）（1986），第8页。

〔77〕参见《ICSID评论——外国投资法杂志》1999年第2期，英文版，第303页。

〔78〕G. R. 德劳姆：《跨国契约》，Booklet 15.2，1982年英文版，第12～17页；《ICSID消息》（第2卷第1号）（1985），英文版，第13～16页。

〔79〕E. Obadia，ICSID，Investment Treaties and Arbitration：Current and Emerging Issues.《ICSID消息》（第18卷第2号）（2001）。

问题由第25条第4款作了解决:"任何缔约国可以在批准、接受或认可本公约时,或在此后任何时候,把它将考虑或不考虑提交给中心的一类或几类争议通知接受中心,秘书长应立即将此项通知转送给所有缔约国,此项通知不构成第1款所要求的同意。"共有7个国家作出这种通知。[80] 中国在加入公约时也作出了此项通知。

(2)同意的范围

同意是中心管辖的依据,但依据同意,并非意味着中心对当事人之间的所有争议都当然可以享有管辖权,而是仅限于当事人同意的范围之内的争议。从各缔约国的实践看,其所同意或考虑提交的争议范围有大有小,大致有以下几种情况:①只限于某一特定事项的争议,如加纳投资法,罗马尼亚所签订的双边投资保护条件中规定,仅将有关补偿数额的争议提交中心仲裁。中国在加入公约时通知中心,仅考虑将产生于征用和国有化有关补偿的争议提交中心管辖。②限于某一特定范围内或某几类特定的争议,如苏丹政府签订的投资协议规定将有关协议的解释、适用或执行的争议提交中心仲裁。美国签订的一些双边投资保护条约规定,同意将涉及下列事项的争议提交中心解决:a. 投资协议的解释或适用;b. 投资批准书的解释或适用;c. 被认为侵犯本条约为投资所授予或创设的任何权利的行为。以色列宣布:"它只考虑将与根据《以色列鼓励资本投资法》批准的投资有关的争端提交中心"。③笼统规定把所有有关投资的法律争议都提交中心调解或仲裁。

有些国家还明确表示或规定不把某种争议提交中心解决,主要包括:①涉及自然资源或国家主权的争议。如沙特阿拉伯通知中心,涉及"石油和有关主权行为的争议",不提交中心;牙买加和圭亚那通知中心,涉及"矿产或其他自然资源的争议"不提交中心[81]。②涉及一国立法本身的争议。如苏丹政府与伯马石油开发有限公司的协议第24条第2款规定:"尽管有本协议上述第24条第1款规定,或本协议中任何其他相互的规定,但是,任何有关苏丹的法律、法规、命令、或根据这些法律设立的程序的适用或解释所产生的争议,在任何情况下不得提交仲裁,这种争议或分歧只应根据苏丹法律规定的司法和行政程序加以解决。"又如《马拉加斯加石油法》规定,有关本法本身的争议属当地绝对管辖,而有关契约的争端可以提交中心解决。[82] ③税收争议。如孟加拉国与比利时——卢森堡经济联盟条约规定,所有投资争议可以提交中心调解或仲裁,但有关税收争议除外。④上述美国所签条约规定,条约中的中心条款不适用下列争议:一是有关美国进出口银行出口信

---

[80] 这7个国家是:牙买加、圭亚那、巴布新几内亚、沙特阿拉伯、土耳其、以色列和中国。其中,圭亚那和以色列分别于1987年和1991年撤回了通知。http://www.worldbank.org/icsid/. See ICSID Publication/Contracting States and Measures Taken by THem for the purpose of the Convention/Part D.

[81] 圭亚那于1987年撤回了自己的通知。见《ICSID消息》(第5卷第2号)(1988),英文版,第10页。

[82] G. R. 德劳姆:"ICSID实践方面的考虑",载《国际仲裁杂志》1984年第1期,英文版。

贷、担保或保险方案所产生的争议;二是任何其他官方信贷、担保或保险安排所产生的争议,只要当事人对这些争端已约定有其他解决争议的方法。⑤有关财产和不动产物权的争议。如土耳其通知中心,与财产和不动产物权有关的争议完全由土耳其法院管辖,将不会提交中心管辖。

(3)同意的拘束力

根据第25条第1款,同意对双方具有拘束力,不论以何种形式,只要双方作出书面同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。换言之,即使一方单方面撤销,他方仍有权利把所同意的争议提交中心解决,如为仲裁案件,仲裁庭有权作缺席裁决。这种不可单方面撤销表现在以下几方面:第一,任何一方不得以任何方式单方面撤销同意条款或限制、修改已同意的范围。第二,即使当事人一方取消整个投资协议,也不能使其中的中心仲裁条款失效。第三,甚至是在缔约国退出公约后,该国或其国民对于以前所作同意也不得撤销(公约第72条)。

这种对同意不可单方面撤销的效力,表明当事人对其所作出的同意是在国际层面上承担义务,受公约的保护。正因为如此,同意构成了对缔约国主权的限制,因此,缔约国在表示同意时须持十分慎重的态度。

(二)中心管辖的排他性

中心管辖的排他性主要是指中心仲裁条款的排他性。根据公约第26条和第27条,中心仲裁独立于其他任何程序之外,对其他任何程序都具有排他性。排他性表现为对东道国的当地救济、外国法院诉讼或其他仲裁,以及投资者本国的外交保护的排斥。不过,依中心仲裁与上述各种程序的关系有所不同,其排他性程度也有所区别。

1. 中心仲裁对东道国当地救济的排斥关系

从国际法上看,国际投资争议在本质上是属于东道国国内法中的争议,受东道国国内法支配。这种观点最明显地体现在联大一系列有关永久主权的决议案中,得到了最广泛的支持。就公约而言,其序言本身就表明,国际投资争议通常应服从国内法律程序,只是"在某些情况下国际解决方法可能是适当的。"中心《执行董事会报告》也承认,"一般说来,投资争议应通过有关的投资所在国现行法律规定的行政、司法或仲裁程序解决。"[83]因此,中心仲裁是作为一种补充手段才是合适的,而不能当然或无条件排斥或取代东道国的当地救济。对此,公约第25条规定:"除非另有约定,双方同意根据本公约应视为同意排除任何其他补救方法而交付上述仲裁。缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法,作为其同意根据本公约交付仲裁的一个条件。"

该条第2句明确承认东道国有要求首先用尽当地救济的权利,如果东道国在

---

[83] 《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第4页。

相互同意中提有这种要求,投资者必须在用尽当地救济之后才能提请中心仲裁;只有不存在这种要求或东道国放弃这种要求时,投资者才能直接请求中心仲裁。可见,中心仲裁条款并不当然排除首先利用当地救济的可能。不过,公约中关于用尽当地救济的规定有别于外交保护场合中的用尽当地救济规则,因为公约规定的用尽当地救济,不是提请中心仲裁的必要条件,不是投资者的当然义务,而是东道国有权要求的一种条件,只有这种要求订入同意条款中,才能产生投资者的这种义务。

2. 中心仲裁对各国法院的排斥关系

根据公约第26条第1款第一句,除非另有规定,当事人同意中心仲裁,就意味着不得再求助于其他任何程序。G. R. 德劳姆认为,这种规定体现了中心仲裁的自治性质,使中心仲裁完全独立于各国法律制度之外。对当事人而言,一旦同意中心仲裁,双方应保证他们将充分利用中心的便利,不把该争议提交各缔约国国内法院管辖;对于国内法院来说,则不得采取任何可能妨碍中心仲裁的自治性与排他性的行为,即:当缔约国国内法院知道某项诉讼存在中心管辖的可能性时,法院应停止该诉讼,并指引当事人到中心寻求解决办法,直到中心作出相反决定后,有管辖权的法院才能重新审理该项诉讼。他指出,这一"回避规则"是履行公约必不可少的。国内法院的唯一作用,只包括对中心裁决的承认与执行,它属于保证这些裁决得以发挥效力的一种司法协助。[84] 可见,公约使中心仲裁条款消除了一般国际商事仲裁条款无力完全排除国内法院干预的不足,能确保中心仲裁程序真正做到中立和自治。[85]

中心仲裁对国内法院的排他性,包括对东道国法院和外国法院的排斥,但两种情况是有区别的。公约明确规定东道国有权要求首先用尽当地救济,但却未规定其他缔约国有权要求东道国同投资者之间争议首先服从本国法院管辖。实践中,也很少有双方当事人作这种约定的情况。

3. 中心仲裁对外交保护的排斥关系

制定公约的一个目的就是,"不要或不经过投资者国的介入而使投资争议的解决非政治化。"[86] 在公约范围内,外国私人投资者与东道国之间关于仲裁的协议受公约保护,投资者有能力直接进入国际机构而对东道国提起申诉,使争议在国际层面上加以解决。在这种情况下,再给予外交保护或提起国际要求不仅不必要而

---

[84] G. R. 德劳姆:"ICSID 仲裁与各国法院",载《美国国际法杂志》(第77卷)(1983),英文版。

[85] 《ICSID 消息》(第2卷第2号),英文版。

[86] A. 布鲁彻斯:"解决投资争端国际中心的经验",载 S. 鲁宾、R. 尼尔森主编:《国际投资争端:避免与解决》,1985年英文版,第77页。

且也不正当。[87] 对此，公约第 27 条第 1 款规定："缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付的争议，不得给予外交保护或提出国际请求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争议所作出的裁决。"[88]

因此，除非东道国不遵守和履行中心仲裁裁决，中心管辖对外交保护的排他性是绝对的，无条件的，这一规定在以下两点中十分明确：(1)相互同意提交或已提交中心仲裁，既构成投资者本人请求外交保护权利的放弃，也构成其本国政府对行使外交保护或提出国际要求权利的放弃。因此，那种认为投资者本人不能通过与外国国家缔结契约而放弃其本国固有的外交保护权的主张，在公约范围内是不适用的，公约消除了有关这方面的争议。(2)在相互同意作出后，除了争议一方缔约国未能遵守和履行裁决，投资者本国在任何时候以及任何情况下，都不得行使外交保护或提出国际请求。因此，那种认为国家一方不遵守仲裁协议而拒绝参加仲裁可以构成外交保护的理由的主张，[89] 在公约范围内也不适用。

公约排斥外交保护的规定，对于确保投资争议解决非政治化，具有重要的进步意义，得到学者们的高度评价。

四、中心仲裁的法律适用

在国际投资仲裁中，法律(实体法)适用问题至关重要，同时也是最多争执、最为混乱的一个问题。公约为中心仲裁庭适用法律作了统一明确的规定，为解决这方面问题作出了重要的努力。第 42 条规定如下："一、法庭应依照双方可能同意的法律规则判定一项争议，如无此种协议，法庭应适用争议一方缔约国的法律(包括其关于冲突法的规则)以及可能适用的国际法规则。二、法庭不得借口法律无明文规定或含义不清而暂不作出裁决。三、第一款和第二款的规定不得损害法庭在双方同意时对争议作出公平和善意的决定的权力。"

这一规定具有几个基本特点：第一，明确规定了在当事人未进行法律选择时，仲裁庭应直接适用的法律，这与一般国际商事仲裁机构适用法律的规则，具有明显的区别。第二，既规定了东道国法的可适用性，又规定了国际法的可适用性，体现了对发展中国家和发达国家不同主张和利益的调和。第三，整个条款构成一种硬性规定，仲裁庭必须严格按照上述规则适用法律。诚如柯劳克勒公司诉喀麦隆案特别委员会所宣称："第 42 条规定不能解释为仅仅是对仲裁人的一种劝告或建议，或是对仲裁人规定的一项缺少制裁措施的义务。"它认为，违反第 42 条规定适用法

---

[87] A. 布鲁彻斯："公约"，载《海牙国际法学院讲演集》(第 136 卷)(1972)，英文版，第 374 页。

[88] 该条第 2 款规定："在第一款中，外交保护不应包括纯粹为了促进争端的解决而进行的非正式的外交上的交往。"

[89] 奥康内尔：《国际法》，1979 年英文版，第 990 页。

律可以构成越权行为,成为取消裁决的一个理由。[90]

但是,第42条规定毕竟是原则性的,在具体的解释和运用上还有大量的问题有待解决,这些问题尤其集中在第1款上。

(一)关于适用当事人同意的法律

第42条第1款第一句的规定,明确承认了当事人选择法律的意思自治原则。[91] 依照该句适用法律,有以下具体问题需加以解决。

1. 关于"法律规则"的含义和范围问题

这个问题涉及哪些法律可供当事人选择或当事人选择法律的自由是否受限制的问题。产生这一问题的原因是公约未对"法律规则"(rules of law)下定义。

J. 捷利安和P. F. 萨瑟兰认为,"法律规则"不应包括契约条款法,即当事人不能要求仲裁庭仅适用契约条款来处理争议。[92] 依这一观点,可以进一步推论,如果当事人只约定适用契约条款法,则仲裁庭可以认为当事人未选择法律,而自动地按第二句规定适用法律。简言之,契约条款法不属于"法律规则"。P. F. 萨瑟兰指出:"第42条中的'法律规则'应当解释为当事人应使投资服从于一个确切的法律制度或结合在一起的若干特定的法律制度的支配。"[93] 这一看法为多数人持有。下一步的问题是,可供选择的"确切的"或"特定的"法律制度的范围问题。

许多学者认为:当事人有选择法律的绝对自由,可以选择国内法,也可以选择国际法,或两者兼而有之;选择的国内法可以是东道国法,或投资者的本国法,或第三国法;选择的国际法,可以支配整个投资关系,也可以支配部分关系。无论当事人选择何种法律,中心仲裁庭都有义务尊重当事人的选择。[94] 关于这方面的实践情况,据G. R. 德劳姆所述,根据中心仲裁条款进行法律选择与根据其他经济开发协议选择法律没有什么差别,但总的看来,大多数订有中心条款的投资协议选择适用东道国法。[95]

2. 关于当事人选择法律意思表示的方式问题

公约未明确规定,除了根据当事人的明示约定外,是否还可推定确定当事人已

---

〔90〕 参见《ICSID评论——外国投资法杂志》,1986年第1期,英文版。

〔91〕 J. 捷利安:《投资契约与仲裁》,1975年英文版,第75页;M. 索纳拉雅:《国有化财产的追索》,1986年英文版,第61页。

〔92〕 J. 捷利安:同前注,第75页;P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版。

〔93〕 P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版。

〔94〕 J. 捷利安:《投资契约与仲裁》,1975年英文版,第73—74页;G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 8,1983年英文版,第28页,以及Booklet 16,第68页;A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版,第380页。

〔95〕 《ICSID消息》(第1卷第2号)(1984),英文版,第2页。

同意的法律？依国际商事仲裁的一般理论和实践，在当事人缺少明示选择时，仲裁庭可以根据合同本身及其他事实，推定当事人实际上所期望适用的法律。[96] 在国际投资仲裁中，某些学者和仲裁庭根据契约中订有“公平、善意”等词句或提交国际仲裁的事实，亦主张可推定适用介于国际法和国内法之间的第三法律秩序或国际公法。在这个问题上存在争议。有些学者指出，在公约范围内法律选择条款应当在协议中加以表示。[97] 我们认为，在公约范围内，不应适用默示推定。从第42条第1款整体上看，第一句受第二句的补充。第二句明确规定了当事人缺少选择时所适用的法律。因此，第一句应仅限于当事人明示选择，在缺少这种选择时就应自动地适用根据第二句所确定的法律；即使允许默示推定，也只能推定当事人打算适用根据第二句所确定的法律。如果仅凭当事人协议中订有公平、善意等词句，或提交中心仲裁的条款，就推定当事人打算排除适用东道国法，显然不符合公约规定的原意。

3. 关于国内法的时际冲突问题

公约未规定，如果双方当事人约定适用某一国国内法，但没有约定适用什么时间的法律，并且如果被约定的国内法以后发生了变化，那么仲裁庭是应适用缔约时的法律，还是应适用仲裁时已变化了的法律。对此，A. 布鲁彻斯认为，应适用仲裁时的法律（包括其中的时效规则），但公约也允许当事人约定适用缔约时的法律，如果有这种约定，则应适用这种约定的法律。[98] 我们认为，在公约范围内，当事人的这种约定（即稳定条款）是有效的，因为，当事人的协议受公约的保护，东道国对这种约定已承担了国际义务。

（二）关于适用补充规则所确定的法律

在国际投资争议当事人没有约定仲裁所适用的法律时，如何确定仲裁准据法，是一个长期争论不休的问题，公约第42条第1款第二句对此作了补充规定。它规定，当事人如果未能根据该款第一句约定可适用的法律，仲裁庭应适用东道国国内法（包括其冲突规则）和可能适用的国际法规则。这是公约对中心仲裁适用法律的一个独具特色并最引人注目的规则。某些学者对这一规则给予高度评价，总结出它具有两个优越之处：第一，在当事人缺少法律选择的情况下，它避免了一般国际商事仲裁机构适用法律的不确定性，有助于使当事人预先知道他们的争端将适用特定的法律制度来处理，因而能起到鼓励当事人利用中心的作用；第二，它一方面提供了适用东道国法的可能性，反映了发展中国家的观点，另一方面又提供了适用国际法的可能性，对私人投资者又是一种刺激，这样，两种关于仲裁适用法律的

---

[96] 朱利安·P. M. 卢：《国际商事仲裁所适用的法律》，1978年英文版，第181—184页。

[97] P. F. 萨瑟兰：“世界银行公约”，载《国际法与比较法季刊》（第28卷）（1979），英文版，第392页。

[98] A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》（第136卷）（1972），英文版，第389页。

观点在中心仲裁体制中获得了平衡。[99]

然而第二句规定毕竟是一种折中条款,规定的相当原则、笼统,有许多地方含糊不清,尤其是可适用的国际法规则的范围及其同适用东道国法的相互关系,更有待于澄清。在这里,如何解释成为至关重要的问题。

1. 关于适用东道国法的问题

公约规定在当事人无法律选择约定时,仲裁庭应适用东道国法是十分正常的事情。在讨论制订公约过程中,对这一规定,很少有人提出反对意见。正如捷利安所指出的:"在有关跨国经济开发契约仲裁的过程中,无论何时发生法律选择问题,对中心仲裁庭依照第42条第1款适用争议一方缔约国法律的适当性,都是无可怀疑的。"[100]

根据一些学者论述和中心判例,依第二句规定适用东道国法,主要存在以下具体问题:

(1)关于规定适用东道国法包括适用其中冲突规则的问题。在这个问题上,学者之间亦似有分歧。在某些学者看来,一些发展中国家国内法常常缺少有关实体法规定,而通过适用其冲突规则便可以确定其他某些可适用的法律制度,从而不致影响仲裁庭依照法律作出决定。[101] 另有些学者除了不赞成当事人约定的法律包括冲突规则外,对这一规定亦持批评态度。如朱利安·P. M. 卢认为:"要求仲裁人适用东道国法'包括其冲突法规则',从而把反致引入公约的做法,是令人费解的。普遍为人们所接受的规则是,转致不适用契约领域。"[102] G. R. 德劳姆也认为,这一方案是极少见的,与当前流行的观点相悖。例如,欧洲共同体1980年《关于契约之债适用法律公约》第15条和瑞士联邦法草案第13条就明确排除了转致和反致。不过,当事人可以通过协议明确规定适用东道国实体法而排除冲突规则的适用。[103]

(2)关于东道国法的变化问题。在当事人协议未选择任何法律的情况下,如果东道国法在仲裁时已发生了变化,此时依第二句规定适用东道国法,也会遇到适用缔结协议时的法律,还是适用仲裁时的法律问题。G. R. 德劳姆主张,在协议中缺少稳定条款的情况下,仲裁庭所适用的法律应为裁判时的法律,这是通行的观点,中心仲裁无理由偏离这种观点。[104]

---

[99] J. 捷利安:《投资契约与仲裁》,1975年英文版,第109~110页、第115~116页。

[100] 同上注,第76页。

[101] 同上注,第77页。

[102] 朱利安·P. M. 卢:《国际商事仲裁中可适用的法律》,1975年英文版,第350页。

[103] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16.2,1982年英文版,第68页。联合国1985年《国际货物销售合同适用法律公约》第15条也明确排除了冲突规则的适用。

[104] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16.2,1982年英文版,第68~69页。

(3)仲裁庭适用东道国法律是否可以仅仅适用一个基本原则而不参照任何更具体精确的法律规范。这个问题是在柯劳克勒诉喀麦隆案中提出来的。在该案中,仲裁庭依第42条第1款第二句适用东道国喀麦隆法时,认为基于相互信任而参加契约关系的当事人应以真实、忠诚和公正的态度对待其伙伴,是东道国法中的一项基本原则,也是仲裁庭所了解的其他国家法律的一项基本原则。仲裁庭仅适用这一基本原则而未参照具体的法律规范作出不利于原告的裁决。原告认为裁决无效,理由之一是仲裁庭适用法律不符合公约规定。为此而依公约成立的特别委员会发现,仲裁庭在适用这一基本原则时,既未参照任何法律条文,又未参照任何判决或学者观点,裁决的理由似乎如同友谊仲裁所援用的公平、正义和忠诚的原则。结论是:仲裁庭未适用东道国法,特别委员会因而判定仲裁庭在适用法律问题上违反了第42条规定,同意把这一违反行为作为取消裁决的一个理由。[105]

(4)关于东道国法的范围问题。东道国法应作广义解释,不仅包括立法机关判定的法律法规,还应包括司法机关的司法解释。[106]

2. 关于适用国际法的问题

(1)为什么规定适用国际法。关于规定适用国际法的问题,从一开始制定公约便被认作是一个头等重要的事项,并在整个讨论制定过程中的各种会议上引起了争论。[107] 许多发展中国家代表反对规定适用国际法,其意见可概括为以下几点:①投资关系及争议受东道国国内法管辖,从来不受国际法管辖。国际法缺少解决投资争议可适用的规范,使纯属国内性质的投资争议服从于一套不明确的原则管辖,有损于国家主权原则;②国际法也没有反映新独立国家的利益,而主要是用来保护工业大国或殖民主义者的利益,适用国际法有损于发展中国家的利益;③中心法庭无权审查主权国家的国内立法行为,公约不应规定其有权适用国际法,甚至当事人也不能授权法庭这样做;④有些发展中国家认为,即便是可以适用国际法,也必须加以限制,如,只有在当事人有特别约定,或在东道国存在歧视待遇,或东道国国内法规定可适用国际法,或当东道国国内法不明确或存在空缺等情况下,才可适用国际法。与发展中国家的主张相反,许多发达国家代表则赞成规定适用国际法,主要理由包括:①国内法通常总是被适用的,但最重要的还要包括适用国际法的可能性,因为国际法为外国私人投资者提供有另外的一些保护,并且已出现对这些投资契约适用国际法的发展趋势;②尤其是公约要求投资者本国放弃外交保护权,就更有理由适用国际法;③许多国家的国内法院不仅必须适用国内法,也应适

---

[105] 参见《ICSID评论——外国投资法杂志》,1986年第1期。

[106] W. Michael Reisman, The Regime for Lacumae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold, ICSID Review FILJ, Fall 2000, p. 371.

[107] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版。

用国际法,如果一个属于国际性的中心法庭反而不允许适用国际法,岂非怪事。[108]

公约是由发展中国家与发达国家共同参与制定的,因此必然要求反映和调和两类国家各自的观点和利益。公约规定可适用国际法,是发展中国家在策略上对发达国家妥协让步的结果,但绝非两类国家在原则上具有共同意志的体现。所以,尽管公约已规定可适用国际法,但并未消除两类国家在这一问题上的分歧,更由于国际法本身的不确定性,这就使得在实际适用国际法时仍可能出现严重问题。

(2)可以适用哪些国际法。虽然公约规定可适用国际法,但并未对国际法一词下定义,[109]这就留下了一个解释问题。对此,《执行董事会报告》解释道,第42条第1款中"国际法"一词应理解为《国际法院条约》第38条第1款所包含的意义。[110] 这样,该款所指的国际法规则就包括国际条约、国际惯例、一般法律原则、司法判例和权威学说。A. 布鲁彻斯以及哥德曼和M. 卢则进一步主张,《公约》中的国际法规则特别是指约定必须遵守、征收或国有化必须伴有公正和充分补偿的两个习惯国际法原则。[111]

我们认为,对国际法规则的范围不应作广义解释,更不能按照西方发达国家的观点任意解释。传统国际法是西方文明的产物,更多的是保护发达国家的利益,笼统地适用这种国际法,不能有效地保护发展中国家的利益。再者,现行国际法也缺少用来解决国家与外国私人投资者之间争议有效的和精确的规则,一些所谓的国际法原则能否适用这种场合,上述学者的所谓两个原则是否是习惯国际法原则,在两类国家之间都存在着重大分歧。因此,用这种不确定的国际法来处理投资争议,往往因人而异,其结果难以预料。

可见,对国际法规则不加限制地适用难以使争议得到合理的处理。第42条第1款第二句在国际法规则前加以"可能适用的"定义,应该表明,并非所有适用国家间争端的国际法原则和规则都适用于国际投资争议。我们认为,"可能适用的国际法规则"应理解为:①东道国国内法规定可适用的国际法原则和规则;②东道国国家与争议一方投资者本国所订立的双边条约,或东道国所参加的有关该国对投资者承担义务的多边公约;③为世界各国所公认的专门用来规定国家对外国人待遇的某些国际法原则和规则,如禁止歧视待遇、不得拒绝司法等。特别是广大发展中国家为争取建立国际经济新秩序而确立的一些新的国际法原则和规则,包括联

---

[108] 各国代表争论情况,具体参见J. 捷利安:《投资契约与仲裁》,1975年英文版,第78~84页;J. 库西:《东道国与跨国公司》,1981年英文版,第126~128页。

[109] 在公约草案中曾将国际法一词定义为国际法院规约第38条所包含的意义,但公约正式文本未予采纳,参见J. 捷利安:《投资契约与仲裁》,1975年英文版,第78~84页。

[110] 《执行董事会报告》,ICSID/2,英文版,第13页。

[111] A. 布鲁彻斯:"有关发展中国家的投资争端的解决",载《国际商业律师》(第11卷)(1983),英文版;朱利安·P. M. 卢:《国际商事仲裁中可适用的法律》,1978年英文版,第349、350页。

大通过的有关决议，应该承认这些决议具有习惯国际法的效力。除此以外的所谓国际法应视为是不可适用的，特别是那些尚有争议，而又明确为争议一方缔约国所加以拒绝的所谓国际法原则，更不能强加于人。因此，“可能适用的国际法规则”的范围应当加以严格限制。

(3)适用东道国法与适用国际法的关系。这包括两个问题：两者的适用顺序问题和两者相互效力关系问题。

关于第一个问题，公约现行规定已基本加以解决。关于可适用国际法的规定，在最初的预备草案中的行文是：“……可根据国内法或国际法的规定进行裁决。”用“或”一字联结，表示两者是一种任意选择关系。后经修改，将“或”字易为“和”字(英文为 and，中文又可译成“以及”一词)，虽一字之差，却使两者关系发生根本变化，表明仲裁庭必须首先适用东道国法，然后才可考虑适用国际法，而无权直接选择适用国际法。[112] 公约规定的这一精神已为前述为取消柯劳克勒案裁决设立的特别委员会决定所肯定，[113] 在学者之间也未出现什么分歧。

问题存在第二种关系上。具体说来就是，国际法是仅仅起补充东道国法空缺的作用，还是起审查和纠正或取代的作用呢？公约未规定清楚。有人认为，这一规定的含糊不清是造成一些发展中国家不愿参加公约的原因之一，因为这些国家担心该规定可能会对其主权造成不当的限制。[114] 另外有人指出，能否消除第 42 条第 1 款规定的疑问，将事关中心能否取得成功。[115] 因此，正确解释两者之间的关系，具有重要意义。

一些西方学者片面地站在发达国家立场上进行解释，有代表性的可以说是 A. 布鲁彻斯的解释。他指出，关于第二句的适用：“仲裁庭将首先参照东道国的法律，并且在判断争议是非问题中首先适用该国法律。然后，再用国际法来审查这样做的结果。这个过程不是用来确定或否定东道国法律的效力，但如果该国法律或根据该国法律所采取的行动违反国际法，却可以导致不适用该国法律。在这个意义上……国际法绝对优越于国内法”。[116]

A. 布鲁彻斯的这种主张并没有得到广泛支持。在最近的柯劳克勒案中，特别委员会认为，第 42 条第 1 款第二句规定适用于国际法，具有双重作用：当东道国法存在空缺时，起补充作用；当东道国法违反国际法时，起纠正作用。[117] 有学者认为，当东道国法存在空缺时(必须记住，对特定事项没有提供救济并不必然就是空

---

[112] J. 捷利安：《投资契约与仲裁》，1975 年英文版，第 80 页。

[113] 参见《ICSID 评论——外国投资法杂志》，1986 年第 1 期。

[114] R. 大卫：《国际贸易中的仲裁》，1985 年英文版，第 347 页。

[115] M. 索纳拉雅：《国有化财产的追索》，1986 年英文版，第 62 页。

[116] A. 布鲁彻斯：“公约”，载《海牙国际法学院讲演集》(第 136 卷)(1972)，英文版。

[117] 参见《ICSID 评论——外国投资法杂志》，1986 年第 1 期，英文版。

缺),第42条第1款并不因而立即或自动授权仲裁庭求助国际法。因为东道国本身可能具有处理空缺的方法。因此,仲裁庭仍有义务要考察东道国法,看看它有什么程序处理空缺的问题,而不是简单地转而适用国际法。有4种场合,中心仲裁庭有机会适用国际法:①双方当事人有此约定时;②争议当事国法律要求适用国际法包括习惯国际法时;③争议标的或事项直接受国际法如争议当事人各方国家之间条约的支配时;④争议当事国法律或根据该法律采取的行为违反国际法时。在最后一种情况下,国际法起到对国内法的纠正作用。[118]

我们主张,对第42条第1款第二句的规定应该站在公正的立场,并依照公约规定的基本精神加以解释。第42条第1款第二句的规定,应理解为以适用东道国国内法为主,以可能适用的国际法规则为辅,而这种可能适用的国际法规则应该限于为东道国所接受的、与该项争端有关的国际法规则。具体关系是:①如果东道国未承担或未违背所承担的国际义务,则应无条件地全部地适用东道国国内法。②如果在同一问题上,东道国国内法与东道国依主权平等原则缔结或加入的条约有相应的规定,可优先适用条约规定。因为,一国的国内法应该服从于本国所承担的国际义务。但是,这绝不等于西方学者所主张的国际法优先,两者不能混为一谈。③如果东道国国内法在所要处理的问题上缺少规定,而国际法中有相应的规则,并且该规则与东道国立法基本精神相一致或已为大多数国家所接受,也可加以适用,以补充东道国国内法不足。除此以外,其他所谓的国际法原则和规则包括争论不休的或为东道国所反对的原则和规则,都不应予以适用。这样解释,是可以顾及发达国家利益的。发达国家作为资本输出国可以与发展中国家在平等互利的基础上,根据双方的实际情况,协商将某些国际法原则或习惯规则订入双边条约,并规定适用这些原则或规则调整东道国与缔约他方投资者之间的关系,从而使条约中的规定得以优先适用。应该认为,这也是解决现阶段在处理国际投资关系及争议中如何适用国际法问题的较为可行的一种方法。

(三)关于适用禁止拒绝裁判规则所确立的法律

第42条第2款的规定被称之为禁止拒绝裁判规则。根据这个规则,仲裁庭对于提交给它的争议,即使在可适用的法律欠缺对本案可适用的规范,或有关规定含糊不清的情况下,也必须作出裁决。另外,由于第48条第3款规定:"裁决应处理提交法庭的每一个问题,并说明依据的理由。"同时由于,只有依第42条第3款规定才可依非法律标准作出裁决,这样,第42条第2款就被解释为,允许仲裁庭适用一般法律原则或跨国法,即从其他各国国内法体系和国际法体系中抽出适当的一

---

[118] W. Michael Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold, ICSID Review FILJ, Fall 2000, pp. 374, 380.

般原则和规则加以适用。[119] 这一规定特别受到某些现代派学者的赞赏。如捷利安指出，这一规定使得中心仲裁庭有机会在国际法的广大范围内发展特别适宜调整国际投资关系的法律原则，这种新型的一般法律原则，可以称为“跨国经济发展原则”，它不仅能为中心仲裁庭，而且还能为其他仲裁庭运用来处理类似的国际投资争议。[120] 但我们认为，对第42条第2款规定是不能持过于乐观的态度。因为，第一，第42条第2款明文规定，只有在规定应适用的法律欠缺或含意不明时，才能根据一般法律原则或跨国法进行裁决。但目前各国包括发展中国家的外资立法日臻完善精确，因而真正需要靠一般法律原则或跨国法来填补或解释可适用的法律的可能性将会越来越小。第二，即使中心仲裁庭有机会适用并发展了新的一般法律原则，它们也不能取代东道国国内法或其规定可适用的其他法律；如果它们得不到各缔约国的广泛支持，更是毫无价值。

（四）关于适用当事人特别同意的公允善良原则

依据第42条第3款的规定，当事人不管是否有法可依，或法律规定不明，均可授权仲裁庭根据公允善良原则进行裁决。所谓公允善良原则，是指仲裁人经双方当事人同意，可以不依照法律规定，而根据其他公平合理的标准作出具有拘束力的裁决。因此，有人称之为非法律标准。在实践中，所谓的友谊仲裁与公允善良原则往往通用。

公允善良原则由来已久，影响较广，在许多国际公约、国内仲裁立法以及国际常设仲裁机构规则中都可以见到。不少的投资协议中也有这种规定。赞成公允善良原则的人认为，它不仅可以解决无法可依或法律规定不明的问题，而且还具有其他更重要的作用。比如，在某些情况下，如果严格按照法律规定处理，就会显失公正，或影响到双方当事人今后的长期合作关系，这特别表现在决定有关支付赔偿的数额或长期投资协议等争议方面。在这些情况下，适用公允善良原则处理争议，就具有积极意义。但按公平善良原则处理争议，也受到一些人的批评，认为公允善良的概念抽象、含混，其适用往往依仲裁人主观标准而定。[121] 对此，有人主张，即使按照公允善良原则进行裁决，也不能完全依赖于自己的主观标准，仍有义务尊重基本的商法规则以及其他可适用的强行法规和公共政策；否则，将导致完全混乱。[122]

必须强调，在双方当事人未明确授权适用这一原则时，中心仲裁庭就只能严格适用法律规则进行裁决；否则，就会构成越权行为，使裁决无效。前述柯劳克勒诉

---

[119] J. 捷利安：《投资契约与仲裁》，1975年英文版，第90页。

[120] 同上注，第92、111页。

[121] 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社1987年修订版，第422页；卢绳祖：“国际商事仲裁所适用的法律”，载《法学评论》1984年第1期，第9页。

[122] 西蒙特：“友谊仲裁的理由”，载施米特夫主编：《国际商事仲裁报告》，第130卷，英文版；朱利安·P. M. 卢：《国际商事仲裁中可适用的法律》，1978年英文版，第508页。

喀麦隆案仲裁裁决无效案可为一鉴。

五、中心裁决的承认与执行

裁决的承认与执行是仲裁程序的必然延伸,关系争议当事人权益的最后实现。因此,它对于案件的最终解决具有决定意义。公约关于中心裁决履行的规定具有两个特色:第一,企图在投资者和东道国各自利益间取得对等的平衡(这一点也体现在公约的其他部分),以便使有利于任何一方的裁决都能得到同样的执行;第二,考虑到争议当事人隶属于不同的司法领域(juridical spheres),为保证公约的效力,通过适用国际法和国内法以导致建立一种混合司法结构(mixed juridical structure)。[123] 这些规定主要体现在第53~55条中。

(一)当事人对裁决的遵守和履行

第53条第1款规定:"裁决对双方有约束力。不得进行任何上诉或采取任何其他除本公约规定外的补救办法。除依照本公约有关规定予以停止执行的情况外,每一方应遵守和履行裁决的规定。"这一规定是针对争议双方当事人遵守和履行裁决的义务而言的,实际上是对习惯国际法中的"约定必须遵守"原则和"定案"(res judicata)原则的重申。根据这些原则,约定仲裁就意味着承认裁决是终审性的,应善意遵守。[124]

然而,尽管存在上述这些原则,在国家间仲裁中的败诉一方仍常常基于各种理由宣布裁决无效而拒绝遵守和履行。这些理由如:仲裁庭缺乏管辖权、有欺诈行为、裁决违反了自然正义(naturaljustice)、缺少理由、本质上或明显的错误等。由于大部分国家之间的仲裁都是在缺少对这些不当裁决给予补救措施情况下进行的,败诉一方实际上就常常成为最后的裁决者。[125]

公约针对这种情况确立的规则,力图既要防止败诉方借口裁决不当拒绝执行裁决,又要避免确有明显错误的裁决得不到补救而强制执行。一方面,公约允许对中心裁决采取某些补救措施,包括对裁决的解释(第50条)、修正(第51条)和撤消(第52条)三种补救措施。但所有这些补救措施仅限于在中心依公约规定进行,而不允许在任何国家法院进行。在这三种补救措施中,最重要的是撤消措施。依第52条规定,任何一方当事人可基于下述一个或几个理由向秘书长提出书面申请,要求撤消裁决:(1)法庭的组成不适当;(2)法庭显然超越其权力;(3)法庭的成员有受贿行为;(4)有严重的背离基本的程序规则的情况;(5)裁决未陈述其所依据的理由。中心理事会主席在接到要求后立即从仲裁人小组中任命三人组成特别委员会,负责审查此项申请,并作出是否撤消裁决的决定。裁决被撤消后,经任何

---

[123] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版。

[124] 同上注。

[125] 同上注,第396页。

一方的请求，应将争议提交依公约新组织的仲裁庭重审。从公约生效到1999年时，共有6个案件申请撤消裁决，其中3个裁决被中心决定全部或部分撤消，1个申请被中心驳回，1个裁决被予以修正，另1个申请由于当事人达成和解而停止审理。3个被撤消的裁决，第1个是柯劳克勒诉喀麦隆案裁决，裁决被撤消的主要理由是：①仲裁庭由于缺少管辖权而显然超越职权；②仲裁庭由于违反公约第42条第1款适用法律的规定，没有适用应当适用的法律而显然超越职权；③严重背离基本的程序规则；④裁决未陈述理由。[126] 第2个是阿姆科亚洲公司等诉印度尼西亚案裁决，原告申请撤消的理由是上述第52条规定中的(4)和(5)两个理由。[127] 特别委员会于1986年5月16日作出了部分撤销裁决的决定。第3个案例是国际海运提名公司诉几内亚案。特别委员会根据几内亚的请求于1989年12月作出决定撤销了裁决中的损失赔偿部分。[128] 近些年来，提交撤销的案子数量日益增加。据统计，从1972年至2012年6月1日，在所处理的148起案件中，有49起提起了撤销程序，占33%，其中11起案件的裁决被撤销。

另一方面，如果当事人放弃使用或用尽了这些补救措施，裁决就具有绝对约束力，当事人须无条件地遵守和执行。这样，公约体现的“约定必须遵守”和“定案”原则就具有不可动摇的效力。

(二)各缔约国对裁决的承认与执行

当事人一方如果不自动履行裁决，他方就可能到有关缔约国请求承认与执行裁决。对此，公约除了规定当事人必须遵守和履行裁决外，又规定各缔约国也有义务承认与执行中心裁决，其第54条规定如下：

(1)每一缔约国应承认依照本公约作出的裁决具有约束力，并在其领土内履行该裁决施加的财政义务，正如该裁决是该国法院的最终判决一样。具有联邦宪法的缔约国可以在联邦法院或通过该法院执行裁决，并可规定联邦法院应把该裁决视为州法院作出的最终判决。

(2)要求在一缔约国领土内予以承认或执行的一方，应向该缔约国为此目的而指定的主管法院或其他机构提供经秘书长核证无误的该裁决副本一份。

(3)裁决的执行应受要求在其领土内执行的国家关于执行判决的现行法律的管辖。

这一条规定可以概括为以下几点：

第一，每一缔约国都负有承认与执行的义务。由于每一缔约国应承认裁决具有约束力，裁决可以在任何一个缔约国，包括当事人国和任何其他第三国境内要求

---

[126] 该案特别委员会取消裁决的决定，见《ICSID评论——外国投资法杂志》1986年第1期，英文版。

[127] 该案特别委员会取消裁决的决定，见《国际仲裁报告》，1986年。

[128] ICSID Review FILJ, Fall 1998, pp. 524 - 529; ICSID Review FILJ, Fall 1999, pp. 338 - 341.

给予承认与执行,而该缔约国负有给予承认与执行的义务,否则要承担国际责任。这表明,中心裁决取得了国际化或超国家的性质。[129]

第二,每一缔约国都应把裁决视为本国法院最终判决一样加以承认与执行,不得对裁决进行审查和拒绝承认与执行。由于裁决被视为缔约国法院的最终判决,这就使得中心裁决在获得国际化的同时,又具有了国内化的特性,从而同"外国裁决"这一概念区别开来。根据习惯国际法,对于外国判决和裁决,任何国家都无义务承认或执行。国家有自由决定是否给予以及在何种条件下给予承认与执行。[130]虽然自20世纪初以来,国际上出现了一些有关承认与执行外国仲裁裁决的国际公约,如1958的《纽约公约》和1961年《欧洲公约》等,但由于都是把裁决视为外国仲裁裁决,因而它们都允许缔约国对裁决进行程序性和实质性审查,并且可以基于这两方面的某种理由拒绝给予承认与执行。但是,公约却没有这种规定。在公约范围内,根据定案原则,中心裁决被视为缔约国法院最终判决,因而也就不需要也不允许缔约国法院再对中心裁决如同对待外国裁决一样进行审查。[131] 根据第54条第2款,只需向缔约国的有关法院或其他机构提供一份经秘书长核证无误的裁决副本,该缔约国就应给予承认与执行。对此沙赫特评论道:"这个简单的程序消除了存在国内法中以及其他国际公约中的承认与执行外国仲裁裁决的问题。根据ICSID公约,对于中心裁决具有约束力的性质没有任何例外,各缔约国法院的任务纯粹是帮助执行中心裁决。"[132]这样,以投资者财产为执行对象的裁决,在各缔约国法院便能很容易得到执行。但如果是以缔约国财产为执行对象的裁决,情况则会有所不同,因为对这种裁决的执行,如同后文所述还要受第55条有关执行豁免规则的制约。这里还有一个问题,就是缔约国可否基于公共政策或公共秩序的理由拒绝承认与执行中心裁决。公约没有明文规定,但布鲁彻斯和德劳姆等认为,从公约起草过程和全部条文规定精神看,公约排除了公共秩序保留,对于承认与执行裁决,不允许有任何例外,并进一步认为这种规定是有关仲裁裁决的承认与执行制度中的一大进步,有利于保证中心裁决的拘束力和强制性。[133] 如果这种解释成立,各缔约国的主权权力势必受到进一步的限制。这是值得注意的一个问题。

第三,各缔约国执行裁决的范围限于在其领土履行该裁决所加的财政义务。财政义务,是指支付预定违约金、罚款或其他等。因此,各缔约国(当事人除外)执

---

[129] P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版。

[130] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版。

[131] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版;P. F. 萨瑟兰:"世界银行公约",载《国际法与比较法季刊》(第28卷)(1979),英文版,第403页。

[132] 沙赫特:"更加非政治化",载《ICSID评论——外国投资法杂志》1986年第1期,英文版。

[133] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版;G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16.2,1983年英文版,第73页。

行裁决并不延伸到对否定的或肯定的禁令(ne gaie or positive injunction)的执行或特别履行。[134]

第四,各缔约国在其领土内对裁决的执行,受该国关于执行判决的现行法律的管辖。这是因为当今在单一制和联邦制或其他非单一制国家之间,在普通法系和大陆法系之间存在着不同的司法制度,公约不可能规定各缔约国执行裁决的固定的和统一的方式。因而第54条第3款只要求各缔约国根据自己的法律制度来满足公约对裁决的执行要求,这既尊重了执行国的法律,又有利于执行的灵活性和其实际效果。

中心裁决在缔约国法院被请求予以承认与执行的一个案例是B&B公司诉刚果案。在该案中,仲裁庭作出了有利于公司的裁决,刚果起初没有自动履行对己不利的裁决,B&B公司转而到法国指定负责承认与执行中心裁决的巴黎第一审法院(Tribunal da Graude Intance)申请在法国给予承认与执行。该法院院长在决定中作出给予承认的决定,但同时又规定,"没有我们事先授权,不得根据该仲裁裁决对位于法国的(刚果)财产采取执行措施,即便是临时措施。"B&B公司认为,根据公约,该法院不应在承认与执行的决定中涉及执行豁免问题。因而根据法国有关这方面的程序法规定提起上诉。法国上诉法院认为,公约第54条规定旨在"给予承认与执行以简单程序,并限定各缔约国为了公约目的而指定的法院的职能仅在于确认中心秘书长核定无误的裁决的真实性"。虽然第55条规定了执行豁免,但"有关裁决的承认与执行的决定并不构成执行措施,而只是先于可能执行措施的一个决定。"这是两个不同的步骤,只有在第二个步骤才能涉及主权执行豁免问题,而该法院院长在制作承认与执行的决定中,"涉及对外国国家执行豁免的第二个步骤问题,不能不说是超越了自己的职权。"因此,上诉法院删除了第一审法院中有关执行的决定部分,决定该裁决给予承认与执行。这个决定作出后,刚果自动履行了裁决。[135] 该案表明,缔约国法院只要核证中心裁决本身无误,就应作出给予承认与执行的决定,至于是否采取强制执行措施则是另一回事。

(三)执行与主权豁免

在公约范围内,缔约国由于同意接受中心管辖,因而就放弃了管辖豁免,所以不存在主权管辖豁免的问题。但是另一方面,公约并不要求各缔约国同时放弃执行豁免。必须把管辖豁免同执行豁免区别开来。虽然有些国家主张实行有限管辖豁免,但至今绝大多数国家仍然主张实行绝对执行豁免。因此,若企图在公约中规

---

[134] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版。

[135] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet F. 1983年英文版,第85~88页;A. 布鲁彻斯:"解决投资争端国际中心经验",载S. 鲁宾与R. 尼尔森主编:《国际投资争端:避免与解决》,1984年英文版,第84~85页。

定放弃主权执行豁免,必然会遭到发展中国家的一致反对。在公约中作出这样规定的条件是不具备的。[136]

因此,第55条规定:"第54条的规定不得解释为背离任何缔约国现行的关于免除该国或任何外国予以执行的法律。"这一规定有两层意义;第一,争议缔约国是否放弃自己的执行豁免权,依本国现行有关法律;第二,在其他任何缔约国内要求承认与执行不利于一缔约国的裁决,是否给予该争议缔约国以执行豁免,也依该执行国现行有关法律。[137] 总之,第54条要求每一缔约国都有义务承认和执行裁决,但并不要求每一缔约国都有强制执行的义务,如果该缔约国现行法律允许执行豁免,则可免其执行的义务。这样,由于各国规定不一,还有少数国家力图限制执行豁免,这就可能使执行不利于争议缔约国的裁决在不同的缔约国会受到不同的待遇。即当在某些国家可以执行的时候,在其他缔约国则可能得不到执行。[138]

关于缔约国在他国法院请求执行豁免并获批准的一个案例,是利比亚东部伐木公司诉利比亚案。该公司是由法国国民控制的一个公司。在该案中,由于利比亚未自动执行不利于自己的裁决,公司到美国纽约南部地区法院请求以利比亚在美某些特定财产为对象执行裁决。利比亚提出执行豁免请求,地区法院根据1976年美国外国主权豁免法[第1610(a)条]主张,被要求执行的利比亚财产属于用于利比亚主权职能的税收收入,而不是用于商业职能的财产,因此不可执行。结果,该法院同意利比亚请求,取消了执行申请。不过,该法院同时又指出,如果被执行的财产是用于商业的财产,则裁决是可以执行的。此后,公司又获得一份查封令冻结利比亚大使馆在华盛顿特区的银行账户。但美国哥伦比亚地区法院取消了这份查封令,理由是大使馆的银行账户是免予查封的,因为根据美国1972年批准加入的维也纳外交关系公约,它们享有外交豁免权;同时,由于这些账户中的资金具有公共性质,根据美国外国主权豁免法,这些账户也享有主权豁免权。[139]

可以看出,公约允许执行豁免,实际上是默许有限豁免论的发展。西方某些国家在接受有限管辖豁免论后,正在逐步接受有限执行豁免论,如上述的美国法院实际上主张的就是有限执行豁免论。

(四)不遵守或不执行裁决的法律后果

根据公约的规定,当事人或其他缔约国不按照公约规定履行或执行裁决,将可能分别引起下列法律后果:

---

[136] A. 布鲁彻斯:"公约",载《海牙国际法学院讲演集》(第136卷)(1972),英文版,第403~404页。

[137] W. 彼得:《国际投资协议仲裁与重开谈判》,1986年英文版,第211页。

[138] G. R. 德劳姆:《跨国契约》,Booklet 16.2,1982年英文版,第74页;沙赫特:"更加非政治化,"载《ICSID评论——外国投资法杂志》1987年第1期。

[139] 参见《国际法律资料》(第26卷)(1987),第695页;《ICSID评论——外国投资法杂志》1999年第2期。

其一，争议一方缔约国不遵守和履行的后果。争议一方缔约国如果不能自动履行裁决，或在本国法院或其他缔约国法院提起执行豁免，企图使裁决不能执行，就违反了其遵守裁决的义务，产生国际责任，可能导致两种后果：一是作为争议一方的投资者本国政府就可以根据第27条第1款恢复外交保护权或提出国际请求。二是投资者本国政府还可以援引公约第64条规定到国际法院对争议一方缔约国提起诉讼。公约第64条规定："缔约国之间发生的不能通过谈判解决的有关本公约解释或适用的任何争议，经争议一方申请，可提交国际法院，除非有关国家同意采取另一种解决办法。"这一条规定意味着，各缔约国就公约的解释与适用方面的争议，都接受了国际法院的强制管辖，而争议一方投资者的本国可以把争议一方缔约国不遵守和履行裁决视作违反公约的行为，作为对公约的解释或适用方面的争议，而有资格到国际法院提起诉讼。可见，争议一方缔约国是在国际法水平上承担遵守和履行裁决的义务，如果不能自动履行这种义务，则要承担国际责任。

其二，争议一方投资者不遵守和不履行裁决的后果。这里的问题是，投资者不是公约的成员。在现代国际法中，一般地还缺少对个人的直接制裁措施。那么，如何使投资者承担遵守和履行裁决的义务呢？公约采取的办法是，通过由缔约国承认和执行裁决而使投资者在各缔约国国内法水平上承担履行的义务。因此，如果投资者不自动遵守和履行对己不利的裁决，争议缔约国可以在本国法院对其实行强制执行，如果需要在其他缔约国履行，则可以要求该第三国给予承认与执行。由于各缔约国对裁决不得基于任何理由拒绝承认与执行，对投资者也不存在执行豁免的问题，所以，该第三国负有无条件承认与执行的义务；否则，就要承担公约规定的相应责任。

其三，其他缔约国拒绝承认与执行裁决的后果。如果处于争议之外的其他缔约国拒绝承认与执行裁决（根据本国法律免除对主权国家的强制执行除外），争议一方缔约国或其他缔约国则可以根据第64条规定到国际法院对拒绝国提起诉讼，要求其承担不遵守公约的国际责任。

综合上述，争议缔约国或其他任何缔约国不按公约规定遵守或执行中心裁决，而违反条约义务，产生国际责任，但公约并未规定直接的和具体的制裁措施，只是提供了追究其国际责任的手段（外交保护或国际法院诉讼，这些都不能算作制裁），而是否援用这种手段，最终有赖于有关缔约国的决定。至于投资者不按公约规定遵守裁决，由于其不是公约成员国，不算是违反条约义务，在性质上只能算是违反仲裁协议（契约性）义务，当然不涉及国际责任问题，故对这种行为的处理，公约未作任何直接规定，仅是规定各缔约国有对其强制执行裁决的义务。

第六节 历史上解决投资者与国家间争议的其他方法

历史上,主要为发达国家及其投资者寻求使用来解决投资者与东道国之间投资争议的方法,还有外交保护和外国法院诉讼。发达国家及其投资者对这两种方法的滥用,遭到发展中国家的普遍反对。随着时代的发展,这两种方法已被逐步淘汰。为便于了解投资争议解决方法的历史发展,并继续限制这两种方法的使用,有必要对这两种方法做简要介绍和评述。

一、外交保护

(一)外交保护的含义与特点

外交保护是指本国国民在国外遭受损害,依该外国国内法程序得不到救济时,本国可以通过外交手段向该外国要求适当救济。外交保护是解决外国私人投资者同东道国之间投资争议的传统方法之一。当外国投资者未能通过当地救济解决争议,又无其他方法可利用时,投资者就可能寻求本国的帮助,希望本国政府接受他对东道国的请求(Claim,又译权利要求或求偿),并通过外交途径解决。外交保护方法的主要特点是,将投资者同东道国之间的争议上升为国家之间(即投资者本国同东道国之间)的争议,在国际法水平上加以解决。由于这种方法更多的是取决于投资者本国的对外政策考虑,而不是法律因素,故又被称为政治解决方法。

但是,外交保护制度本身不尽合理,一直遭到人们的抨击。尤其是发达国家常常出于某种政治目的,借口护侨,滥用外交保护权,干涉东道国内政,引起广大发展中国家的不满和反对。例如,拉美国家长期以来坚持卡尔沃主义原则与外交保护相对抗。就对私人投资者而言,外交保护也存在许多局限性,难以满足私人投资者的要求。现今,一般说来,通过外交保护解决投资争议的方法,已经过时。特别是随着现代国际法的发展,个人和公司有越来越多的机会直接利用国际程序如国际仲裁解决国际求偿争议,外交保护作为解决经济纠纷的手段越来越少地被加以使用。[140] 但外交保护这一制度尚未彻底废除,现实的做法是,一方面要采用其他合理有效的法律解决方法取而代之,另一方面则要借助外交保护的规则对外交保护的行使加以严格限制。

---

[140] F. O. Vicuña, Changing Approaches to the Nationality of claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement, ICSID Review FILJ, Fall 2000, pp. 343 - 345; UNCTAD, Dispute Settlement: Investor-State (2003), p. 60.

（二）外交保护的性质与效果

1. 外交保护的性质

根据传统理论，国家对于在国外的本国国民行使外交保护，是国家基于属人管辖权产生的一种权力，是国家的主权权力，因此，外交保护也就是国家的主权行为。这种行为不同于一般的代理行为，因为国家一经接受本国国民的案件行使外交保护，就不是作为私人的代理人行使私人对东道国的请求权，而是国家作为国际法主体，行使国家本身的国际法上的权利。于是原来私人的请求就转化为公的请求，原来私人同东道国之间的争议也就上升为私人本国同东道国之间的争议，进入国际法领域，私人脱离案件，而其本国则成为案件中的唯一请求人。

外交保护的这种主权行为性质，在1924年常设国际法院关于马弗洛马梯斯案（Mavromatis Case）判决中得到阐述，该法院宣称：国家对其受到他国违反国际法行为的侵害而又未能通过一般途径获得后一国家的充分赔偿的国民，有权加以保护，这是国际法的一项基本原则。国家接受其国民的案件并且付诸外交行动或代表该国民提起国际司法诉讼，实际上就是在主张其自己本身的权利，即它所享有的使国际法在其国民的人身上得到尊重的权利……国家一旦代表其国民在国际法庭面前提起诉讼，在后者看来，该国家便成为独立的请求人。[141]

2. 外交保护的效果

由于外交保护具有主权行为的性质，从而国家一旦行使外交保护，便会产生下列效果：（1）国家得随时停止保护权的行使而放弃索赔；（2）国家得自由决定索赔的方式和时间；（3）国家得就该案件作适当的妥协；（4）国家得到赔偿时，得自由处分其赔偿。

（三）外交保护的限制条件

在习惯国际法中，国家代表其国民向他国提出国际请求，行使外交保护权，要受一定条件的限制，如果不符合这些条件，他国便可以通过“预先异议”方式拒绝承认该国有权行使外交保护。当该项请求已提交国际法庭时，则可要求法庭在对实质问题审理之前即驳回该请求。[142] 这种预先异议规则是对外交保护的一个重要的限制。至于具体的限制条件，公认的有两个规则，即国籍继续规则和用尽当地救济规则。还有一个有争议的限制条件，即卡尔沃条款能否构成对外交保护的限制。关于限制条件，有关国家还可通过双方协定具体约定。

---

〔141〕《常设国际法院判例集》，A卷第2号，第12页；H. J. 斯坦与D. F. 瓦茨：《跨国法律问题》，1976年英文版，第206页。

〔142〕I. 布朗利：《国际公法原理》，1979年英文版，第478页；M. 阿库斯特：《现代国际法概论》，1981年中译版，第113～114页。

1. 国籍继续规则

国籍继续规则是指请求外交保护的投资者必须连续不断地具有保护国国籍,它是国家行使外交保护权时首先遵守的一个规则。其具体包括两方面要求:第一,投资者必须具有保护国国籍。一个人(包括自然人或法人)的国籍是连结一个国家有权对该人进行外交保护的纽带。因为,按照传统理论,当一个人受到他国侵害时,通常是根据其国籍确定哪一个国家因而间接受到了侵害,唯有利害关系国才能提出国际请求。这一要求的目的是防止国家对非本国国民进行外交保护。第二,投资者必须自受侵害时起至作出裁决或至少正式提出外交请求时止,连续不断地具有保护国国籍;在此期间任何一刻不具有保护国国籍,不得享受外交保护。这一要求的主要目的是防止投资者受到侵害后通过变更国籍选择强国予以保护,导致强国滥用外交保护权。在实践中,以国籍继续原则为基本依据,确定对自然人、合伙、公司及股东的保护。

(1)对自然人的保护

投资者可以是一个自然人。对自然人进行外交保护,国际实践确立的一般规则是:由自然人的国籍国行使外交保护权;对无国籍者,任何国家均不得行使外交保护权;具有双重国籍者,一国籍国不得对另一国籍国行使外交保护权,即适用平等国籍原则;代表双重国籍者对第三国提出请求时,由该自然人与之有真实联系(genuinelink)的国籍国行使外交保护权,即适用有效国籍优先原则。

(2)对合伙的保护

投资者也可以是一个合伙组织。所谓合伙是指几个人合资开办、共享利益、共担责任的企业、商行等组织。其主要特征之一是,合伙不是法人(少数国家有例外)。

根据传统国际法,当所有合伙人都是请求国国民时,实践中的一般做法是,该国可以代表个别的合伙人根据其合伙出资比例提出请求;通过双边协定约定,有时也可以把合伙类比为公司并适用有关确定公司国籍的标准,代表整个合伙对他国提出要求。前者如奥地利的求偿实践,后者如瑞士的求偿实践。[143]

(3)对公司的保护

对公司的外交保护同样适用国籍继续规则,唯有公司国籍国有权支持公司的请求。但是,为了外交保护的目的而确定公司的国籍,是一个极为复杂和困难的问题,也是国际法上最多争执的主题之一。国家实践和司法判例都没有提供一个可供概括的适当基础。学说上更是众说纷纭,莫衷一是。这主要是由于公司本身不同于自然人的性质,尤其是当代跨国公司结构具有多国因素的特点、各国国内法上

---

[143] R. 李利奇、B. 韦斯顿:《当代欧洲国家求偿实践》,1982 年英文版,第 3 页。关于合伙求偿问题还可参见 I. 布朗利:《国际公法原理》,1979 年英文版,第 484 ~ 485 页。

存在各种不同的确定公司国籍的标准，而在国际法上采用不同的标准又会对有关国家的政治经济利益产生不同的影响等多重复杂原因所致。以下概述外交保护实践适用的几种标准，并简要分析其利弊。

①成立地标准（incoporation test）

依该标准，公司在何国依该国法律成立，便具有何国国籍，从而可以且只能享受该国外交保护。成立地标准的优点在于它具有精确性和稳定性，便于在实践中运用；缺点是它未能考虑公司同保护国之间应具有真实有效的联系，因为成立地国未必也是公司股东所属国，当公司受到他国侵害时，成立地国可能因在公司中无实际利益而不热心行使保护权，而与公司有利害关系的国家却又无资格保护公司，如巴塞罗那案便如此。

②主要利益标准或有效控制标准

依主要利益标准，公司中商业利益主要部分（一般以50%以上为准）归何国国民拥有，公司便与何国国民具有同一国籍；依有效控制标准，公司为何国国民有效控制，便与何国国民具有同一国籍。由于握有多数股份（商业利益通常体现在股份上）一般也就享有对公司的控制权，故两种标准往往可以通用。但也有两者不一致的时候。有些学者主张，依主要利益标准，即使公司成立于它国甚至被告国即东道国，主要利益国也可对该公司进行外交保护。但在实践中，只有极少数国家签订的双边求偿协定唯一采用这种标准确定公司国籍国。

主要利益标准或控制标准的优点是有利于资本输出国保护本国海外投资。缺点是它缺乏准确性和稳定性，因为一个公司的股份常常是为许多国家的股东拥有，且股份又是随时可转让的，故依该标准难以确定公司的国籍。再者，若公司为合营企业，则拥有少部分利益的他国股东就只能隶属拥有主要利益的股东国的保护，亦不合理。此外，如将其作为一般规则，也势必会遭到公司成立地和所在地的东道国的反对。

③成立地加主要利益标准

依该标准，一公司只有成立于或注册登记于一国，同时其主要利益又为该国国民拥有，才能请求该国予以外交保护。这一标准主要为“二战”后有关国家间为解决对外国人财产大规模国有化引起的求偿所签订的“一揽子”协定所采用。某些学者将之概括为“国籍加真实联系标准”。这一标准反映了主要资本输出国在对待给公司以外交保护方面的基本态度，即如果一公司同本国无实质性联系，尽管成立于本国，通常也不愿意对其予以外交保护。如加拿大和瑞典明确表示，它们将只对那些对它们的经济有实质性贡献的公司授予外交保护。美国的态度是，如果一公司成立于美国，同时50%以上股份归美国国民拥有，美国政府才考虑代表其提出国际请求。

这一标准的优点是把外交保护权授予了既是公司国籍国又同公司有实质联系的国家，对以往混乱的规则作了较合理的改进。但是，它在实践中仍不能从根本上

完全澄清公司同保护国之间固有的含糊不清的关系,且由于跨国公司股份的多国性,其中的主要利益标准仍很难有效地予以适用。

统观上述可见,确定公司国籍的各种标准都不能令人满意地用来解决对当代公司的外交保护问题,表明外交保护方法的确已经过时。

(4)对股东的保护

一国不得对具有他国国籍的公司实行外交保护,那么,是否可以对在该公司中具有本国国籍的股东(自然人或法人)实行外交保护?这是一个重要的现实问题,因为当代外国投资常常采用在他国公司中参股尤其是同东道国或其当地企业举办合营企业的形式进行。

对这一问题需分两种情况处理,即要区分侵害国直接侵害的是股东的权利还是公司的权利。

关于第一种情况。公认的观点是,当股东的法律权利受到他国侵害时,股东国籍国可以代表股东利益对他国提出国际请求。国际法院在巴塞罗那案中肯定了这一观点。其根据是国内法上公司法的一般原理。在国内法上,公司具有独立于其股东之外的法律人格,而股东也具有独立于公司之外的权利(如表决权、获取红利权)。因此,如果直接侵害了股东权利,则不论公司具有何国国籍,股东都可以请求本国的保护,这时,其本国行使外交保护权具有独立的根据。这一规则有助于解决对具有东道国国籍的合营企业中的外国投资者权利实行外交保护的问题,因为在合营企业中更经常地可能是作为股东的外国投资者权利而不是整个企业的权利受到东道国侵害。比如,东道国可能限制外方参与企业管理、禁止外方将其所得利润或投资原本汇出国外、强制外方将其股份转让东道国合营方等,在这些情况下,外国投资者可请求本国保护。

关于第二种情况。一般认为,当公司受到侵害从而使其股东利益也遭到损失时,外交保护权应归公司国籍国享有,股东须依靠该国对公司的外交保护来保护自己的利益。国际法院在巴塞罗那公司案中同样赞成这一观点,它认为,这是因为在这种情况下,股东仅仅是其公司中的利益而不是其独立的权利受到侵犯,故其应通过公司国籍国对公司的保护维护自己的利益。如果不是这样,允许各股东国籍国都有权行使外交保护,则将产生竞争的外交求偿,引起国际经济关系的混乱和动荡。但是,对于这个一般规则,有些学者提出应允许三种例外,在这三种例外情况中,由于公司及其国籍国都不能够保护公司的财产,应允许股东寻求本国保护。这三种例外情况是:第一,公司已不复存在或已破产,因而无法期待公司的保护;第二,公司为公司国籍国所侵害;第三,具有 A 国国籍的公司受到 B 国的侵害,A 国拒绝为公司提供外交保护,如 C 国国民拥有该公司股份,其利益仍然需要保护。

在这后两种情况中，股东得不到公司国籍国保护，须依赖于其本国的保护。[144]

2. 用尽当地救济规则

受到所在国侵害的外国人（个人或公司），在请求其本国外交保护前，必须首先用尽当地法律对其可适用的所有救济。这是对外交保护权的又一限制条件，也是一项得到公认的国际法原则。

关于这一规则的依据及其适用问题，我们已在本章第三节中论述，这里不再重复。

3. 关于卡尔沃条款对外交保护的限制问题

“卡尔沃条款是设计来作为抵制强大的发达国家经济帝国主义的一种手段”。[145] 这里所说的卡尔沃条款，是指拉美国家基于卡尔沃主义在同外国投资者的合同中订入一个条款，约定外国投资者同意放弃其政府的保护，将有关契约的争端唯一提交当地法院解决。关于卡尔沃条款的内容我们已在上一节中作了介绍，这里需要讨论的问题是，卡尔沃条款是否具有排除投资者本国外交保护权的效力。

在这个问题上一直有争执，一种观点认为，外交保护权出自国际法，不能为契约中卡尔沃条款所更改，私人订契约不能放弃不属于他自己而是属于他的政府的权力，故这种条款根本无效。此可谓根本无效论。另一种观点认为，原则上契约中卡尔沃条款不能剥夺一个国家的外交保护权或国际法庭的管辖权，但它可以使投资者有义务首先用尽当地救济，并且在缺少拒绝司法情况下可以有效地阻止将契约争端成为外交保护或国家间诉讼的客体。此可谓限制有效论。此外，似乎还有这样一种观点，认为“拒绝司法”一词有各种含意，因此这种限制并未解决问题，而根据卡尔沃条款，外国投资者不能求助其本国外交保护，必须满足于当地法律提供的救济。此可谓完全有效论。

对于卡尔沃条款的效力，不应该仅从国家权力能否为私人所订契约放弃的角度来判断和回答，鉴于外交保护权是一种特殊的国家权利，还应当从这种权利能否受私人所订契约所制约的角度来判断和回答。卡尔沃条款不是具有放弃外交保护权的效力，而是具有使外交保护权失去行使根据的效力，因此，它可以制约外交保护权。理由如下：

第一，国家代表国民提出的国际请求是一种从私人请求中派生出来的请求，实际上等于私人请求人的请求，故若无私人的请求也就不应有国家的请求。而私人的请求可以为私人所放弃或解决。正如塔特勒求偿案（Tattler claim）[146] 所主张，如果外国人同意了解决并放弃了进一步的请求，则其国籍国嗣后便不能代表其进

---

[144] E. T. 乌古古：《在发展中国家的外国投资的法律问题》，1965 年英文版，第 113 页。

[145] S. C. 杰恩：《外国人财产的国有化》，1983 年英文版，第 218 ~ 219 页。

[146] L. 亨金等编：《国际法案例与资料》，1980 年英文版，第 709 页。

行干预。就连一些西方学者也责问为什么卡尔沃条款不能具有这种效力。如 L. 亨金等指出:由于国家的请求在本质上是派生的,而个人能够在遭到外国国家侵害后并在其本国代为请求之前,放弃或解决这种侵害引起的请求,并且这种放弃和解决能够废弃国家的请求,那么,为什么他不能够在通过执行含有卡尔沃条款的契约的事实面前,有效地废弃其本国进行干预的权利。

第二,外交保护是以国家因其国民受到侵害而间接受到侵害的理论为依据,因此,如果私人投资者未受到侵害,其本国也就没有行使外交保护权的理由。海外投资是一种风险事业,既有商业性风险又有政治风险,如果投资者自愿订立契约同意自己承担各种风险,则虽遭到损失也不能认为是受到侵害。卡尔沃条款即是这样一种契约条款。对此,M. 索纳拉雅针对那种认为外国人接受卡尔沃条款不能够约束其本国国家的观点,反驳道:按照严格的逻辑,这可能难于证明合理,因为如果该外国人已放弃他要求外交保护的权利并且同意满足于由当地法律提供的救济,他就无受到侵害可言,而这样间接侵害原则也就失去了赖于存在的基础。[147]

第三,外交保护是以东道国存在国家责任为前提,如果东道国无国家责任,投资者本国当然也不得行使外交保护。而卡尔沃条款可以限制国家责任的范围。流行的观点认为,侵害外国人的国家责任是产生于国家的"拒绝司法"(denial of juste)行为。至于"拒绝司法"一词的含义,有不同理解,大致有三种:依其最广泛的含义,拒绝司法包括国家责任的整个领域并被适用于国家对外国人所作的各种类型的错误行为;依其最狭窄含义,只限于一国拒绝让外国人进入自己的法院或法院不宣布判决;最后还有介于上述两种含义的中间含义,即拒绝司法是指对外国人的民事或刑事审判的不当管理,包括拒绝让其进入法院,不充分的程序和不公正的裁决。[148] 第一种含义的拒绝司法把东道国对外国人待遇的实体规范包括在内。问题在于依哪种标准判定东道国对外国人的行为构成违反国际法的错误行为。卡尔沃条款的一个重要内容就是明确规定外国人享受国民待遇标准。国际法不能否认外国人自愿接受这种待遇标准的效力,这样,只要执行了卡尔沃条款使外国人享受到了国民待遇,即使这种待遇低于所谓的国际标准,也不构成东道国拒绝司法。第二种含义的拒绝司法只限于司法程序不公正。卡尔沃条款要求唯一在东道国法院解决投资争端,当然不是否认给外国人以司法程度上公正待遇。实际上卡尔沃条款并不把这种拒绝司法列入不得请求外交保护的事项范围。

综上所述,卡尔沃条款可以构成对外交保护权的一个限制条件,即只要存在着卡尔沃条款并且完全执行了这种条款,对于该条款所规定的事项,其本国就无理由行使外交保护权。

---

[147] M. 索纳拉雅:《国有化财产的追索》,1986 年英文版,第 12 页。还可参看该书第 136 页。

[148] H. 斯坦纳、B. 瓦茨:《跨国法律问题》,1976 年英文版,第 374 页。

4. 双边协定规定的限制条件

为了防止国际投资领域内外交保护权的滥用并解决外交保护权行使中的一些不确定问题，现今许多国家都通过签订双边投资条约限定外交保护权行使的条件。总的趋势是，鼓励私人投资者利用东道国当地救济或国际仲裁解决其同东道国之间的投资争议，对外交保护加以较严格的限制。如我国签订的许多双边投资保护协定规定，对已提交东道国法院诉讼或国际仲裁的投资者与东道国政府之间的投资争议，在诉讼或仲裁程序终止之前和缔约一方政府不遵守可不履行法院判决或仲裁庭裁决前，缔约国任何一方不得通过外交途径解决这种投资争议。这里对外交保护限制的条件是：对正在东道国司法诉讼或国际仲裁程序进行中的投资争议案件，不得提供外交保护；对东道国已遵守或履行法院判决或仲裁决的投资争议案件，亦不得提供外交保护（见本章第七节二）。

二、外国法院诉讼

（一）外国法院诉讼的含义与适用特点

外国法院诉讼是指，在东道国以外国家包括外国私人投资者本国或任何其他第三国法院的诉讼。这种方法适用的特点在于它可以为争议当事人一方所提起，实践中主要是由外国私人投资者单方面在外国法院对东道国政府或企业提起诉讼。

在实践中，当认为自己受到侵害的投资者用尽当地救济后未获得满意的解决或认为寻求当地救济将徒劳无益时，除了求助本国外交保护外，还有其他可能供其本人使用的非当地救济方法，一是仲裁，再就是外国法院诉讼。但仲裁须有双方相互同意，故相比之下，外国法院诉讼是更容易利用的方法。通过外国法院诉讼解决投资争议基本上都是在发达国家法院进行的，主要是在“二战”以后兴盛起来的。

通过外国法院诉讼解决发生在东道国境内的投资争议，从根本上讲是违反属地管辖原则的，必然遭到东道国的反对。对此，发达国家法院通常也不得不持谨慎态度，并对受理这种案件规定了某些限制条件。这使得人们在从根本上反对这种诉讼解决投资争议的同时，又有可能从现实出发利用这些限制条件进行必要的抗辩。

（二）外国法院诉讼的种类

投资者可以在外国法院提起的诉讼，其形式主要有两种：追索诉讼和反托拉斯诉讼。

1. 追索诉讼

追索诉讼（pursuit litigation）又称使所有权无效诉讼，就是投资者以东道国国有化违反国际法或违反法院所在国公共秩序因而无效为由，对被国有化的财产或该财产的销售收入的所有权或国有化的其他财产主张权利，而进行的一种诉讼。其基本特点是，无论被国有化的财产或其销售收入进入何地、归入谁手，可一直进行追索，以实际持有人为被告（对物诉讼）；但若以国有化国其他财产为诉讼客体，则仍以实施国有化措施国为被告（对人诉讼）。追索诉讼的基本前提是，被追索的

财产须实际进入或位于法院的管辖领域。

由于国内法院不同于国际法庭,不仅可能宣判国有化非法,而且可以执行判决,因此,它们在为受损害的外国投资者提供救济中,具有重要作用。发达国家法院在提供这种救济过程中,影响作用是重大的,因为如果它们提供这种救济,它们将能充当对发展中国家国有化政策制止人的角色。

追索诉讼依据的所谓理由是:第一,不符合国际法标准的国有化是无效的;第二,国内法院应当受理对所有权的请求,从而维护国际法标准。发达国家倾向支持这种追索诉讼,而发展中国家则坚决予以反对,它们认为,使用国内法院决定它国国有化法律的效力并决定被国有化财产的所有权,是对主权的冒犯,等于威逼。[149]

追索诉讼案件时有发生。如1951年伊朗对英伊石油公司国有化后,公司就曾分别在亚丁、意大利和日本法院追索从伊朗境内被国有化的油田运往这些国家的石油所有权。1970年智利对美国的肯尼科特(Kennecott)铜业公司实行国有化后,公司在欧洲一些国家法院对智利运到这些国家的铜主张权利。

由于下述两种因素,使通过国内法院追索被国有化的财产的方法变得更加重要起来:第一,过去,这种方法并未获得政府的明确支持,而现在却相反,例如,美国政府在利比亚对美国石油公司国有化后,就公开声明支持公司在全球范围内追索被国有化的石油财产。又如,1996年美国总统克林顿签署了《赫尔姆斯—伯顿法》,该法第3条规定:任何同古巴政府在1959年1月1日以后没收财产有牵连的外国人,都负有向原告拥有这些财产的美国国民支付相应赔偿和利息的法律义务,美国国民有权根据该法在美国法院起诉并要求执行判决。第二,过去,各国坚持绝对主权豁免和国家行为学说,构成外国法院管辖的障碍,而近些年来,一些西方国家则推行有限豁免原则,并对国家行为学说加以限制适用,这有可能使通过国内法院追索国有化财产比过去更加容易。这是现今追索诉讼发展值得注意的动向。不过,实践表明,这种诉讼直接成功的例子仍是有限的。

2. 反托拉斯诉讼

反托拉斯诉讼是原告指控与其有竞争性的公司为摧毁其经营,与东道国共谋并使东道国对其财产国有化或对其采取其他不利措施,从而构成违反其本国反托拉斯法的行为,并在其本国法院进行的诉讼。目的是要从被指控的公司那里得到对损失的补偿,以达到间接解决投资者与东道国之间的争议。反托拉斯诉讼有时也以有关国家或国际组织为被告,如国际机械工人协会在美国法院诉石油输出国组织,指控后者共谋提高石油价格,即为一例。

反托拉斯诉讼的主要根据是效果管辖说。这一学说是从美国的反托拉斯诉讼实践中发展起来的。反托拉斯法的目的是要防止垄断和共谋。根据美国1890年

---

[149] M.索纳拉雅:《国有化财产的追索》,1986年英文版,第240~241页。

《谢尔曼法》,由于限制竞争而遭损害的原告可从垄断人处得到3倍于其损失的补偿。早先,美国的反托拉斯法只适用于本国领域内的共谋行为,美国法院坚持严格的属地原则,主张外国共谋行为不在美国反托拉斯法管辖范围之内。但到了1945年审理阿尔科公司案(Alcoa Case)时,美国法院放弃了这一古典立场,遂提出效果管辖学说。即一项行为尽管发生在一国境外,但若在境内产生有害后果,则不论行为人是否为该国人,该国法院都可对其行使管辖权。自该案后,效果管辖学说便成为美国法院将反托拉斯法域外适用的根据,但同时也遭到各国的普遍反对。

(三)对外国法院诉讼的抗辩

对外国法院诉讼的抗辩就是利用某种法律原则,对外国法院有权受理某件案件或审判某项行为提出异议,请求法院不得对该案件或该行为行使管辖权或审判权。主要有三个法律原则可作抗辩:即主权豁免、国家行为学说和外国主权强制。尽管某些西方国家近年来推行有限豁免论,但实践表明,无论追索诉讼还是反托拉斯诉讼,仍有可能为这三个抗辩或其中某一个抗辩所挫败。

1. 主权豁免

当国家或国家机构为被告时,主权豁免对原告的诉讼是一个程序性障碍。这一原则主张,一个国家不受另一个国家执行自己的法律行使管辖权的影响,因为,任何不使外国国家免予司法程序的行动,都将有损于该外国主权的尊严。

关于主权豁免,主要有两种理论,即绝对豁免论和有限豁免论。有限豁免论为一国对他国法院提出主权豁免抗辩设置了困难。当一国在实行有限豁免论的国家法院中被起诉时,可以采用两种方案来否认该国法院的管辖权。一是利用该国有限豁免的立法和判例进行抗辩,一是从根本上否认有限豁免论在国际法上的合法性,坚持用绝对豁免论进行抗辩,或通过外交途径进行抗议,或利用国内法手段予以报复。第一种方案是借有限豁免论进行抗辩,如果发现本国在本案中的行为可能不属于法院国法律限制豁免的范围,不妨采用之,因为这样无须动用复杂的外交手段,较易解决问题。但是,如果发现属于限制豁免的范围,或者基于捍卫原则的考虑,就需要采用第二种方案。

2. 国家行为学说

即使投资者未遭到或者已克服任何主权豁免抗辩,还可能会遇到东道国主权特权的另一种抗辩理由,即"国家行为"。国家行为学说认为,一国的法院不应审查外国政府以主权资格在其领土内实施的行为的效力。这一学说已以各种形式为许多国家法院所接受。因此,即使一国法院已决定对案件享有管辖权,但有可能碍于这一抗辩而不得进行判决。

国家行为学说同主权豁免有两点区别:(1)主权豁免是一种对管辖权的抗辩,而国家行为学说则是一项"可审判性原则",是对法院就一项国家行为的是非曲直进行实质性宣判所提出的一种抗辩。(2)主权豁免只能由一个国家或国家实体作

为抗辩理由提出,而国家行为学说既可由国家也可由私人被告作为抗辩理由提出。如私人取得的一项财产或其所作的一项行为与一国的国家行为有关,当该财产或私人行为的合法性在他国法院受到指控时,私人被告即可提出国家行为进行抗辩。可见,国家行为学说在追索诉讼和反托拉斯诉讼中都是可以适用的。

3. 外国主权强制

外国主权强制(foreign sovereign compulsion)是由国家行为学说变更而来的一种抗辩,一般说来就是,私人被告可以自己被指控的行为不是依自己自由意志而是迫于外国主权强制而为由,要求法院拒绝原告请求。这一抗辩主要是在反托拉斯诉讼中遇到,主要是从美国判例法中产生出来的。

以这一抗辩为依据明确驳回控告的一个实际例子是1970年泛美精炼公司诉德克萨科马拉开波公司(Inter-American Refining Co. v. Texaco Maracaibo, Inc.)案。[150] 在该案中,原告为加工委内瑞拉原油预先购买了一套设备,然而,委内瑞拉政府下令禁止直接地或间接地向原告出售任何石油,强迫被告拒绝供应。被告们申辩道,它们在委内瑞拉的特许协议是服从于委内瑞拉政府的管理,因此,它们没有违反政府的禁令。美国法院认为,既然被告并无任何劝诱委内瑞拉政府的行为而是主观上原意向原告出售原油,则它们就无任何责任。法院主张,当一个国家强制实施一项贸易措施,使那里的公司只有遵守的义务而无法另作选择时,可以免除公司行为的责任,尽管这种行为在其他情况中是非法的,因为"商业行为实际变成了主权行为"。

第七节 我国关于解决外国投资争议的法律规定

在我国,外国投资争议分为两大类:一类是外国投资者与我国政府(包括各级政府及其部门,下同)之间的争议,主要是基于行政管理关系产生的行政争议;另一类是外国投资者与我国合作者之间的投资契约争议。目前,我国政府虽也签订一些合同,如土地使用权出让合同、BOT合同等,但合同的另一方通常是在我国设立的企业法人,因而合同即使涉及外商投资,但该种合同争议本身不属于外国投资合同争议。对上述两类外国投资争议(以下统称投资争议)。我国现行立法基本上是分别通过双边投资条约和国内立法规定了具体的解决方法。无论是哪一类争议解决方法的规定,我国无统一的单行立法,而是散见于各双边投资协定和有关的

---

[150] W. S. 萨里、D. 小华莱士:《国际商事交易律师指南——美国海外投资的国际法律保护》,1981年英文版,第62页。

外资法律法规之中;但每一类争议的解决方法,虽然规定在不同法律文件之中,则基本上是一致的。

一、立法宗旨和原则

综合双边投资条约和国内立法中的规定,可以看出中国关于解决投资争议方法的现行立法所体现的宗旨和遵循的基本原则。现行立法的宗旨可以概括为:力争顺利、迅速和公正地解决争议,保护外国投资者和我国的合法权益,维护双方正常的合作关系,维持中国良好的投资环境,从而确保中国对外经济合作与技术交流的健康发展。从这一宗旨出发,现行立法主要遵循以下几项基本原则:

第一,坚持国家主权原则。解决外资争议,保护外国投资者利益,当然必须以不损害中国主权利益为前提,这可以说是最基本的一项原则。主要体现在:外资争议若提交法院解决,只能提交中国法院解决,即排斥外国法院管辖;解决争议适用中国法律为主,不得适用外国法律,尤其是在第二类争议中,当事人更无选择法律的自由;在第一类争议中,有关国有化或征收措施合法性的争议,只能提交中国有管辖权的法院处理,外国投资者不得提交国际仲裁,等等。

第二,保证投资者享有诉讼权利原则。诉讼权利是实现和维护实体法权利的重要保障。为保护投资者合法权益,我国立法确保投资者在解决其与中国政府或中国合作者之间争端中享有应有的诉讼权利。对此,我国同一些国家签订的促进和相互保护投资协定(以下简称双边投资协定)规定,有关投资者有权要求同中国政府协商,协商不成,有权提起国内司法、行政或国际仲裁程序[151];我国各有关外资法规规定,投资者亦有权要求同中国合作者进行协商或进行调解,或根据仲裁条款提起仲裁程序,如无仲裁条款,可直接向中国人民法院起诉。

第三,鼓励友好协商或调解解决。协商或调解不必严格按照法律规定解决争端,有利于双方互商互谅,友好解决。所以我国各有关法规都鼓励双方在发生争议后,应首先力争友好协商或调解解决。在中外双边投资协定中,首先协商,是一项必经程序,只有协商解决不成,方可采用其他方法。

第四,自由选择方法原则。除上述首先应采取的友好协商或调解解决外,当事人可自由选择其他各种方法包括仲裁、司法或行政等方法解决争议,中国法律并不强求采用某一种。这一原则有利于当事人根据具体案情和实际需要选择适当的方法,来解决双方的争议。

第五,国内解决方法与国际解决方法相结合。中国利用外资的一个基本方针是结合中国国情采取通行的国际做法。贯彻这一方针,中国法律并不坚持绝对的当地救济即绝对的属地管辖,而是同时规定有我国国内解决方法和国际解决方法,前者包括有在我国进行的司法、行政和仲裁程序,后者包括有国际仲裁等。把国内

---

[151] 我国起初签订的几个双边投资协定无此程序。

方法和国际方法相结合,除少数争端(如国有化合法性争端)外,当事人可依上述自由选择方法原则,根据需要约定选择国内方法或选择国际方法,自由灵活,不拘一格。

二、关于外国投资者与中国政府之间争议的解决

对这类争议,目前我国在与有关国家签订的双边投资协定中作了专门规定,我国有关国内法律也提供了可以适用的解决方法。与我国签订有双边投资协定的国家的投资者,可以采用协定和我国国内法规定的方法解决其与我国政府之间的有关投资争议,其他国家的投资者可以采用我国国内法规定的方法解决其与我国政府之间的有关投资争议。

(一)双边投资协定规定的解决方法

我国在1982~1998年间签订了一批双边投资协定(以下统称早期签订的协定),此后在中国加入世界贸易组织前后,双方投资协定的谈判停止了下来。自2002年起,我国又开始谈判签订双边投资协定,包括某些先前签订的协定到期后重新签订。关于投资者—国家争议解决条款的规定,2002年以后签订的双边投资协定(以下统称近期签订的协定)较以前的协定出现不少变化,已引起我国学界关注。[152] 所有协定规定的解决方式包括协商、东道国当地司法或行政救济、国际仲裁三种,但具体规定不尽相同。

1. 协商

我国签订的双边投资协定均规定,投资者与东道国政府发生争议后,应首先进行协商,力争友好解决。关于协商期限,自协商之日起算,多数协定规定为6个月,少数协定规定为3个月或1年,期满协商不成方可采用其他解决方式。故协商为必经程序。

2. 东道国当地司法或行政救济

如争议不能通过协商解决,协定一般规定有两种解决方式可以选择:东道国法院诉讼或者国际仲裁。近期签订的协定规定,投资者将争议提交国际仲裁,须首先用尽该东道国法律和法规所规定的国内行政复议程序。因此,东道国当地解决实际包括当地法院诉讼和行政复议两种方式。

(1)关于法院诉讼。在我国,投资者—国家争议在法院的诉讼,通常是指行政诉讼。该类诉讼的原告只能是投资者,我国各级政府及其部门只能作为被告。行政诉讼按照我国《行政诉讼法》规定的程序进行。特殊情况下,如果我国政府或其部门与外国投资者签订合同,也不排除一些投资者—国家争议通过民事诉讼解决

---

[152] 参见余劲松、詹晓宁:"论投资者与东道国间争端解决机制及其影响",载《中国法学》2005年第5期,第175页;余劲松、詹晓宁:"国际投资协定的近期发展及对中国的影响,载《法学家》2006年第3期,第154页。

双方合同的可能。对这类诉讼,外国投资者和我国政府均可作为原告。所以,早期一些协定规定任何一方均有权将争议提交东道国法院诉讼,这种规定对东道国政府而言,其提交法院诉讼的争议应当只能是民事争议。

(2)关于行政复议。行政复议解决的是投资者对东道国各级政府及其部门具体行政行为不满提起的争议[有关论述可见本节下述(二)有关部分]。

(3)关于争议方式的选择权。由何方选择东道国法院诉讼或国际仲裁,我国协定的规定不尽一致。早期签订的协定通常规定投资者和东道国均可以选择,近期签订的协定通常规定由投资者选择法院诉讼或者国际仲裁,但其中又有一些协定规定国际仲裁可由任何一方提起,如中国和科特迪瓦共和国政府协定规定,投资者可以将争议提交东道国有管辖权的法院或应任何一方的请求,将争议提交的国际仲裁。还有一些近期协定,如中国与波斯尼亚和黑塞哥维纳协定、与波斯尼亚和黑塞哥维纳协定等,未明确限定只能由投资者选择。

3. 国际仲裁

(1)仲裁事项。我国早期的双边投资协定,对可提交国际仲裁的事项限制的较严,范围较小,主要限于国有化补偿数额方面的争议,有些协定还规定双方约定的其他争议也可提交国际仲裁。但近期的双边投资协定大大放宽了可提交国际仲裁的事项范围,其中大多数协定规定为缔约一方与缔约他方投资者"就投资产生的任何争议",个别协定如中国和圭亚那共和国政府协定规定为"缔约一方与缔约另一方投资者因履行本协定下与投资有关的义务所产生的争议"。中国在加入ICSID公约时曾通知ICSID,中国政府仅考虑将产生于征用或国有化有关补偿的争议提交ICSID管辖。但根据华盛顿公约第25条第4款规定,此项通知不构成本条第1款所要求的同意。因此,我国双边投资协定规定的可提交国际仲裁的事项,通常构成了我国的仲裁同意,只要协定他方国家的投资者提请仲裁,国际仲裁机构就可以受理所有的投资争议。[153] 对我国近期协定的这种规定是否合理以及可能产生什么样的后果,尚需根据实践情况进行分析评估。

(2)仲裁机构。我国双边投资协定规定的国际仲裁机构包括常设仲裁机构和临时仲裁庭两种,其中的常设仲裁机构是指根据1965年华盛顿公约设立的"解决投资争端国际中心"(ICSID)。提交ICSID仲裁,依照华盛顿公约和ICSID仲裁规则的规定进行。关于临时仲裁庭,在协定中称专设仲裁庭仲裁,对此各协定规定的不尽相同。有的协定具体规定了专设仲裁庭的组成办法,并对首席仲裁员有一定的条件限制,近期的中国和科特迪瓦共和国政府协定、中国和圭亚那共和国政府协定规定,争议双方应各任命一名仲裁员,该两名仲裁员应共同提名一位与缔约双方

---

[153] 有些协定规定采用专设仲裁庭仲裁还须由争议双方达成特别约定,在这种情况下,协定中的规定不能当然构成我国有关仲裁的正式同意。

均有外交关系的第三国国民作为首席仲裁员。这些协定同时规定,专设仲裁庭应自行制定其程序,但仲裁庭在制定程序时,可以参照 ICSID 的仲裁规则。有些协定则未规定专设仲裁庭的组成办法,而是规定按照某种仲裁规则设立仲裁庭,其中多数协定规定依照《联合国贸易法委员会仲裁规则》设立专设仲裁庭。这类协定规定的仲裁庭仲裁程序应当依照其设立所依据的仲裁规则进行。

从我国近期签订的协定看,多数协定同时规定了机构仲裁和专设仲裁庭仲裁,一般由投资者选择其一。但其中有些协定,如前述的中圭协定等规定,如果选择专设仲裁庭仲裁,须与争议的东道国达成特别约定。这种规定表明,协定关于 ICSID 仲裁的规定构成了东道国的正式同意,只要投资者提出仲裁申请,即构成华盛顿公约要求的争议双方关于将争议提交 ICSID 仲裁的书面同意;而专设仲裁庭仲裁的规定则是东道国的一种非正式的同意,投资者须与东道国另行达成仲裁约定后方可提起仲裁程序。少数近期签订的协定只规定了 ICSID 仲裁,而未规定临时仲裁。

(3)可适用的法律。关于仲裁可适用的实体法,我国早期签订的协定,少数未作规定,多数规定应适用东道国法(包括其冲突法规则)、本协定的规定以及普遍承认的且为缔约双方均接受的国际法原则(如中国与秘鲁、葡萄牙等国协定)或公认的国际法原则(如中国与白俄罗斯、乌克兰等国协定)。因此,早期签订的协定对可适用的国际法有较严格的限定,限于"缔约双方接受的"或"公认的"国际法原则。这种限定有助于避免仲裁庭适用一些不为东道国所接受的所谓的国际法原则。近期签订的一些协定也有类似的规定,其中中国与贝宁共和国政府协定的规定比较全面。其规定仲裁可适用的法律为:"(一)本协定之规定;(二)投资所在国法律,包括其冲突法规则;(三)缔约双方接受的国际法原则;(四)缔约双方间有关投资的双边特别协定;(五)其他缔约双方间同为缔约方或可能共同成为缔约方的有关国际投资的条约。"但也有少数协定对仲裁可适用的国际法限定得较为模糊,仅规定为"可适用的国际法原则",如中国与科特迪瓦共和国政府、圭亚那共和国政府协定。此外,也有一些协定对仲裁法律的适用未作规定,如近期的中国与德国协定。

(4)裁决的效力与执行。我国双边投资协定通常规定:裁决是终局的,对争议双方具有拘束力;缔约双方应承担执行裁决的义务。有的协定还规定,裁决应根据国内法执行。关于仲裁裁决的承认与执行,协定的这些规定都比较原则,具体应视仲裁裁决是由何仲裁机构作出而定。如果为 ICSID 仲裁裁决,其承认与执行应适用 1965 年《华盛顿公约》的规定;如果为专设仲裁庭作出的裁决,其承认与执行通常应适用 1958 年《纽约规定》。

4. 关于东道国当地司法或行政救济与国际仲裁的关系

早期和近期签订的协定一般都有规定,东道国法院诉讼与国际仲裁只能选择其一,对上述两种程序之一的选择应是终局的。即,如果投资者选择东道国法院诉

讼，就不能再将争议提交国际仲裁（除非投资者撤回诉讼），反之亦然。这种规定表明，国际仲裁不需要用尽当地司法救济。但是，近期协定一般都规定，投资者将争议提交国际仲裁，须首先用尽该东道国法律和法规所规定的国内行政复议程序，即行政复议为国际仲裁的必经程序。“用尽行政复议程序”的含义，一般应当理解为指行政复议机关作出行政复议决定，以出现“作出行政复议决定”这一行为为标志。根据我国《行政复议法》第31条规定，行政复议机关应当自受理行政复议申请之日起60日内作出行政复议决定，案情复杂的，最多可以延长30日。即行政机关最长必须在90日内作出行政复议决定。但是，2003年的中国与德国关于促进和相互保护投资的协定的议定书协定规定，如果投资者把争议提交复议程序3个月后，争议仍然存在，投资者就可以针对争议提交国际仲裁。这一规定可以包括两种情况：一是3个月满后行政机关仍未作出行政复议决定；二是3个月内行政机关虽作出行政复议决定，但投资者不接受该决定。因此，根据这一规定的表述，“用尽行政复议程序”的含义是指行政复议机关受理投资者行政复议申请后未能依法在3个月内作出行政复议决定，以3个月期限届满为标志。上述两种“用尽”的规定，应当没有本质区别，只是侧重点不同而已。

我国协定对司法救济和行政复议的使用采用上述不同的处理方法，这种处理方法具有一定的道理。司法救济和行政复议救济均属于当地救济，但两者的性质和效力有所不同。在我国，行政复议属于行政机关内部救济，行政复议机关与被申请复议人同属于行政机关系统，行政复议决定在性质上讲仍为行政决定，与被申请复议的行政行为没有性质区别。行政复议决定不具有最终的法律效力，因为相对人对行政复议决定不服仍可提起行政诉讼。但法院审判行使的是国家司法审判权，可以对包括行政复议决定在内的各种具体行政行为进行审判，其地位和效力高于行政复议，对行政争议拥有最终决定权。因此，通过法院作出终审判决后，有关争议在我国的法律框架内就已得到最终解决，不应存在再提交国际仲裁解决的问题。此外，如果在国内法院终审判决后仍可将争议提交国际仲裁，就意味着国内法院判决需要接受国际仲裁庭的审查，从政治上讲，这也不利于维护国家主权的尊严。所以，不将司法诉讼作为国际仲裁的必经程序是明智的。但，如果争议发生在政府部门或各级地方政府与外国投资者之间，在我国政府尚未在我国法律框架内作出最终决定前就提交国际仲裁，而国际仲裁裁决的决定又需要我国政府接受，这对我国政府而言则是不利的。将用尽行政复议程序作为国际仲裁的前提条件，可以使我国政府有机会在争议提交国际仲裁前纠正政府部门或下级政府的不当行政行为，尽量在我国国内化解争议，减少不必要的国际仲裁程序。

从以上分析可以看出，我国签订的双边投资协定关于投资者—国家争议解决的规定，在不同时间、与不同国家签订的协定，其内容不尽一致，有的差别还比较大。我国可以借鉴美国等国的实践经验，由政府主管部门研究制定出我国的双边

投资协定范本,并争取以我国的范本作为对外谈判签约的基础,从而尽量使我国签订的双边投资协定在内容上保持一致。

(二)我国国内法规定的解决方法

我国国内法对解决自然人、法人和其他组织与行政机关之间的行政争议,规定了多种解决途径,主要是行政复议和行政诉讼。外国投资者,如果认为我国的行政机关的具体行政行为侵害了其合法权益,可以在我国国内通过这两种途径寻求救济。

1. 行政复议

在我国,行政复议是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益,向法定行政机关申请重新处理,法定行政机关依法对原具体行政行为进行审查并作出裁决的一种活动。它是公民、法人或者其他组织受到具体行政行为侵害而在行政机关内部寻求救济的一种手段,属于行政救济。为了保证公民、法人或者其他组织得到这种救济,国务院于1990年12月24日发布了《行政复议条例》(1994年10月9日重新修订)。1999年4月29日,第九届全国人大常委会第九次会议通过《中华人民共和国行政复议法》,该法于同年10月1日起施行,《行政复议条例》同时废止。在我国的外国投资者(包括外国人、无国籍人、外国组织)及外商投资企业如果认为我国政府行政机关的具体行政行为侵犯了其合法权益,可以依照《行政复议法》向一定的行政机关(行政复议机关)申请复议,请求行政复议机关撤销或变更原具体行政行为。此外,根据1996年10月1日起实施的《中华人民共和国国家赔偿法》,如果行政复议申请人认为行政机关违法或不当的具体行政行为给其造成损失时,还可向行政复议机关请求赔偿。

在我国,多数情况下,行政复议作为一种可选择的救济手段,除法律法规另有规定外,外国投资者及外商投资企业可以先申请行政复议,对行政复议决定不服的还可向法院提起行政诉讼,也可以不经复议直接向法院提起行政诉讼。

2. 行政诉讼

在我国,行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向我国有管辖权的人民法院提起诉讼,由人民法院依法审理并作出判决的一种活动。它是由人民法院向受到具体行政行为不法侵害的公民、法人或者其他组织提供的一种救济手段,属司法救济。1989年4月4日七届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国行政诉讼法》正式在我国确立了行政诉讼司法制度。在我国投资的外国投资者(包括外国人、无国籍人、外国组织)及外商投资企业,如果认为中国政府行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯了其合法权益时,也可以依照该法向人民法院提起行政诉讼,请求人民法院撤销或变更原具体行政行为,并可同时根据《国家赔偿法》请求人民法院判决有责任的行政机关赔偿其经济损失。

依《行政诉讼法》,我国行政诉讼实行二审终审制,当事人不服一审判决的可以提起上诉,上诉后二审作出的判决为终审判决。

外国投资者及其在我国设立的企业与我国行政机关之间如果存在有关投资或其他交易的合同(如 BOT 合同等),双方之间因合同产生的争议,不属于行政争议,而属于民事契约争议(与下述外国投资者与中国合作者之间的投资争议相同),可通过我国法院民事诉讼程序或双方约定的仲裁程序解决。

三、关于外国投资者与中国合作者之间争议的解决

外国投资者在中国投资,大都是通过与中国法人合作,采取合资经营,合作经营或合作开采的形式进行的。在这种投资关系中,双方往往容易就投资合同的执行或解释引起争议。这类争议的特点是:主体上,双方都具有国内法上平等的法律地位,即都是国内民法中的平等主体;内容上,涉及的只是双方国内法上的契约权利和义务问题,故从性质上看,这类争议一般较易解决。目前,在中国发生的投资争议主要是这一类,对于此类争议的解决,主要规定在我国外商投资法律法规和合同法等法律法规之中,其内容可概括为以下几方面:

(一)关于解决的方法

1. 协商或调解

中国法律鼓励双方应首先力争通过协商或调解解决争议。但各法规定有些细微差别。《中外合资经营企业法》(以下简称《合资企业法》)实施条例第 97 条规定:"合营各方在解释或履行合营企业协议、合同、章程时发生争议,应当尽量通过友好协商或调解解决。经过协商或者调解无效的,提请仲裁或司法解决。"《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》(以下简称《合作开采条例》)第 27 条规定:"在合作开采海洋石油资源活动中,外国企业和中国企业间发生的争执,应当通过友好协商解决",解决不成可提交仲裁解决。从这两个法规看,协商或调解似乎是必须首先使用的方法。不过两法皆未规定经过这一程序的期限,且前法中的协商或调解是可选择的,故只要进行了协商,则任何一方任何时候都可以宣布协商无效,而转用其他方法。《中外合作经营企业法》(以下简称《合作企业法》)规定得较为灵活,它规定,中外合作者发生争议,应当通过协商或者调解解决,但如果中外合作者不愿通过协商、调解解决的,或者协商、调解不成的,可依仲裁协议提交仲裁,没有仲裁协议的,可以向中国法院起诉(第 25 条)。因此,在该法中,协商或调解不是必经程序。我国合同法第 128 条中也有类似规定。

2. 仲裁

根据上述法律法规,争议当事人若需要求助仲裁解决争议,可依双方事前或事后达成的书面仲裁条款或仲裁协议提请仲裁。双方既可约定在中国仲裁机构仲裁,也可以约定在其他仲裁机构仲裁。中国仲裁机构是指中国国际经济贸易仲裁委员会、华南国际经济贸易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)、上海国际经济贸易仲

裁委员会(上海国际仲裁中心)和国内其他仲裁机构。关于其他仲裁机构,双方可以约定为被诉一方所属国的仲裁机构,因此,视被告为何方,既可以是中国仲裁机构,也可以是投资者本国仲裁机构;双方也可约定为第三国的仲裁机构,在实践中,中外双方多约定为中立国瑞典的斯德哥尔摩商会仲裁院。

3. 司法诉讼

如果争议双方事先合同无仲裁条款,事后又达不成书面仲裁协议,则任何一方都可依法向中国法院起诉。但是,根据《合资企业法实施条例》第 99 条、《合作企业法》第 25 条第 2 款、《民事诉讼法》第 266 条等规定,提交司法解决有两个限制:(1)由于投资合同是在中国签订并履行,其争议又发生在中国,故有关合资企业合同、合作企业合同及合作勘探开发自然资源合同等投资合同争议,如通过司法解决,只有中国法院有管辖权,双方不得提交外国法院处理。这是符合国际私法上争议的司法管辖原则的,也是各国的通行做法;(2)如果双方订有仲裁协议或条款,则任何一方都不得单方面向中国法院起诉,中国法院亦不得受理。

(二)关于解决争议所适用的法律

我国《合同法》第 126 条第 2 款、《民法通则》第 124 条作了明确规定。其特点是这些规定都属于强行法,当事人不得选择其他法律。包括以下三种情况:(1)在中国境内履行的中外合资经营合同、合作经营合同以及合作勘探开发自然资源合同争议的解决,适用中国法律。这是一项一般性原则。适用中国法律解决外资争议,不仅有充分的理论依据,在实践中也切实可行,足以保护外国投资者的合法利益。我国宪法及各外商投资法律法规均明确宣布,外国投资者的合法权益受中国法律保护。从实践中看,双方既依中国法律签订和执行投资合同,并取得权利承担义务,因此也只有适用中国法律才便于分清双方权责关系,确认和保护外国投资者的合法权益。(2)中国缔结或参加的与合同有关的国际条约同中国法律有不同规定时,适用该条约的规定;但中国声明保留的条款除外。这是对适用中国法律的一种补充规定,其重要意义不仅在于在一定条件下可以直接援用有关的国际条约处理争议,更重要的在于它能保证中国国内法不会违反条约义务而发生有损外国投资者利益的变化。(3)中国法律未作规定的,可以适用国际惯例。这是一项例外规定,旨在弥补中国法律可能存在的空缺,不至于使争议的解决无法可依。

主要参考书目和网站

1. 姚梅镇:《国际投资法》,武汉大学出版社 1987 年修订版。

2. 姚梅镇主编:《国际投资法成案研究》,武汉大学出版社 1989 年版。

3. 姚梅镇主编、余劲松副主编:《比较外资法》,武汉大学出版社 1993 年版。

4. 余劲松:《跨国公司法律问题专论》,法律出版社 2008 年版。

5. 周成新:《国际投资争议的解决方法》,中国政法大学出版社 1989 年版。

6. ICSID, Foreign Investment Law Journal.

7. Kronfol, Z. A., Protection of Foreign Investors, 1972.

8. Lowenfeld, A. F., International Private Investment, 1976.

9. MIGA, World Investment and Political Risk, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013.

10. OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law (2004).

11. OECD, "Indirect Expropriation" and "the Right to Regulate" in International Investment Law (2004).

12. OECD, Most - Favoured - Nation Treatment in International Investment Law (2004).

13. Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment.

14. UN, CTC, National Legislation and Regulations Relating to Transnational Corporations, (1978, 1980, 1983, 1986).

15. UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, 2001.

16. UNCTAD, Bilateral Investemnt Treaties 1995 - 2006: Trends in Investment Rulemaking (2007).

17. UNCTAD, Recent Developments in Investor - State Dispute Sttlement, 2012, 2013.

18. UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2012.

19. UNCTAD, World Investment Report, 1993 - 2013.

20. Yannaca - Small, K., Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD 2006.

21. http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp

22. www.oecd.org

23. www.miga.org

24. www.uncitral.org

25. www.unctad.org

26. www.wto.org

Document generated by Anna’s Archive around 2023-2024 as part of the DuXiu collection
(https://annas-blog.org/duxiu-exclusive.html).

Images have been losslessly embedded. Information about the original file can be found in PDF attachments. Some stats (more in the PDF attachments):
{
  "filename": "MTM2NzU5Nzcuemlw",
  "filename_decoded": "13675977.zip",
  "filesize": 101398118,
  "md5": "5f9fc0c736f79593f8384326b26a0995",
  "header_md5": "df9acf4f732f257325f95008970d8735",
  "sha1": "e730fb3fc039adfae387b13a90dd429148a4de06",
  "sha256": "b08cf368740f93ba31e4d24b1daff548b7395869044854d6a8d0fa7cd8288dcb",
  "crc32": 1521104206,
  "zip_password": "",
  "uncompressed_size": 119449324,
  "pdg_dir_name": "",
  "pdg_main_pages_found": 426,
  "pdg_main_pages_max": 426,
  "total_pages": 435,
  "total_pixels": 2435135456,
  "pdf_generation_missing_pages": false
}