

《国际投资法》思考题参考答案

国际经济法系

1. 为什么要对国际投资进行法律保护？一般来说，有哪几种保护形态？

国际投资与国内投资不同。因各国政治、经济、社会、文化等诸方面的差异，国际投资将面临不同程度的风险。在发展中国家固然存在着吸收外国投资的巨大潜力，但也会因将来国内形势的变化或法律政策的变更而影响投资者的利益。另一方面，从资本输出国来看，为保证其海外利益，寻求更有利可图的市场，则既要鼓励私人对外投资，又必须考虑确保本国投资者的利益和安全。所以，无论从资本输入国，或资本输出国，乃至从国际范围的角度来看，寻求国际投资的法律保护，力图避免或正确处理投资争议，借以维持有利的投资环境，保证国际投资的安全性、稳定性，从而促进国际经济的正常交往和合作。

目前，关于国际投资的法律保护的形态，大致可以分为四种。

(1) 资本输入国(东道国)国内法所提供的保护 这是最直接和最广泛的法律保护措施，主要是采取国内立法形式，如外国投资法、合资企业法等等。

(2) 资本输出国国内法所提供的保护 这主要是资本输出国针对本国海外投资者在国外可能受到的政治风险，提供保证或保险，如美、日、联邦德国等国国内所实行的海外投资保险(保证)制度。

(3) 两国间双边投资保证协定 即资本输出国同资本输入国之间，缔结关于鼓励与保护投资的协定，如《中法双边关于鼓励与保护投资的协定》。这是把投资保护上升到政府间的共同保证，是现时大多数国家所采取的通行的保护制度。

(4) 多国间签订的关于保护国际投资的公约 即包括资本输出国和资本输入国在内，在国际范围内，为保护国际投资所确立的统一的法律制度。自六十年代以来，在国际间曾先后提出关于国际投资保护法典及建立国际投资保险机构等种种设想和方案，但大多均未实现。

2. 双边投资保护协定有哪些基本内容？迄今为止，中国已与世界上哪几个国家签订了该项协定？

双边投资保护协定一般可分为两大类型：一是美国型的“友好、通商、航海条约”(Friendship, Commerce and Navigation Treaties)；二是双边投资协定(Bilateral Investment Agreement)，其中又可分为美国式的“投资保证协定(Investment Guarantee Agreement)和联邦德国式的“促进与保护投资协定”(Agreement For Promotion and Protection of Investment)。

双边投资协定的具体规定，固因国别而异，但其基本内容，可概括为下列几个方面：

(1) 关于外国投资者的待遇标准，

(2) 关于投资项目和内容；

(3) 关于政治风险的保证;

(4) 关于代位权的规定;

(5) 关于投资争议的解决;

1979年以来,我国在国内建立和健全对外国投资实行鼓励和保护的同时,已先后分别与瑞典、罗马尼亚、联邦德国、法国、比利时—卢森堡经济联盟、芬兰、挪威、奥地利、泰国、意大利、丹麦、荷兰和科威特签订了双边鼓励和保护投资的协定,并正与日本、美国、瑞士、英国、马来西亚和新加坡政府举行该项协定的谈判。

3. “卡尔沃主义”(Calvo Doctrine)的理论根据是什么?

卡尔沃是南美著名法学家,曾任阿根廷外长。他对在国际投资的保护中滥用外交保护权曾率先提出反对。早在1868年,他在《国际法的理论和实践》一书中,就强调内外国民平等待遇的原则。他认为一个主权国家基于平等的原则,可以自由地独立地享有不受任何外国干涉的权利;同样,外国人一经被允许进入所在国,也应被视作该国国民对待,不能享受不同于该国国民的权利和特权,只能享受无差别待遇的权利,如受损失,只能依靠当地国内权力的救济。卡尔沃的上述主张,通常称为卡尔沃主义。

卡尔沃主义的理论根据是基于国际法的属地优越权原则,主要精神是坚持内外国民平等待遇原则。近百年来,卡尔沃主义的精神已为广大发展中国家所支持。它所代表的倾向是符合广大发展中国家维护主权及发展经济的根本要求,符合现代国际法原则的。

4. 外国投资的定义和资本构成

外国投资即外国资本,一般是指从国外输入的任何形式的资本,如外币现金、机器及其他物资、工业产权、技术秘诀等。另外,关于利用外国资本所产生的未处分的利益,有的法律作了详细的规定,原则上视同外国资本。所以,外资法上的资本构成,一般除包括现金、机器、土地、厂房、交通运输工具等有形资产外,还包括知识产权、技术秘诀、技术资料、劳务等无形资产。

5. 何为“三资企业”?它们在本质上各有怎样的特点?

“三资企业”是指中外合资经营企业、中外合作经营企业和外方独资经营企业。

合资经营企业是当前国际私人直接投资中最常用的一种利用外资的形式。它指两个或两个以上的法人、自然人共同投资、共同经营、共担风险、共负盈亏的一种企业形式。我国中外合资经营企业是股份式的合营企业,取有限责任公司形式,合营各方对合资企业的责任以各自认缴的出资额为限,并根据各自的出资比例分享利润。现在我国已有合资经营企业2,400余家。

合作经营又称合作生产(Co-Production Venture)。这种合作形式的特点是,由外国投资者提供资金、技术、设备,而东道国合作者一方提供基础设施,如场地、现有厂房以及劳务等,双方进行合作从事特定项目的经营,在平等互利的原则下,双方按约定的分成比例,分配收益,分担亏损。较之举办合资经营企业,灵活简便,投资少,周期短,见效快,故深为双方合作者所欢迎。到目前为止,我国已有3,700家合作经营企业。从法律上讲,中外合作经营的性质,属于契约式合营项目,合作双方的权利和义务,包括投资的构成,利益

的分配等，由合作双方签订的合同规定，但并不排除其组成法律实体。

独资经营企业是由外方自己投资、自己经营、自担风险、自负盈亏的企业。到目前为止，在我国已有120余家独资企业。

6. 我国《外资企业法》对国有化问题是如何规定的？国际上对此有几种主张？

1986年4月12日，我国全国人大六届四次会议通过了《外资企业法》。其中对国有化问题作出了如下的规定：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。

国有化的合法性及与此相关联的国家责任问题，在发达国家与发展中国家之间，一直存在着尖锐的对立。发展中国家一贯认为，国有化是完全合法的，是国家主权的正当行使。而一些发达国家，却把国有化分为合法和非法两种。他们认为如不遵循对国有化企业实行“充分、有效、即时”(adequate, effective, prompt)的赔偿原则，国有化即为非法。这一观点遭到大多数发展中国家的反对。我们认为，否定国有化行为的合法性，无论是否以“公正补偿”为条件，其所持的法律依据是不法行为还是不当得利，这种主张的实质，完全是基于资产阶级私有神圣不可侵犯的法律原则，在理论上是不能接受的。我们同样认为，适当、相应的补偿方式是比较合理可行的。

7. 美国“海外私人投资公司”(Overseas Private Investment Corporation—OPIC)是民间组织吗？它承保何种风险？

根据1964年美国《对外援助法》修订案——公法97~175号(Public Law 97—175)的有关规定，美国成立了海外私人投资公司。它不是一个民间组织，而是直属国务院领导下的独立的政府公司。公司的管理机构为董事会，由13名董事组成，其中7名为私方董事，是具有国际事务经验，包括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；6名为政府代表，其中3名由商务部、国务院及财政部选派。董事均由总统取得参议院同意后任命，定期担任。

凡经海外私人投资公司认可的投资项目，就下列风险之一或其全部，根据公司的章程规定，对合格的投资者承担保险或保证责任。保险的范围限于下列三种政治风险。

(1) 外汇不能自由汇兑的风险(Inconvertibility) 这是指作为被批准投资项目的利润或其他收益，作为偿付、回收、出卖或处分投资本金全部或部分的代价，投资所取得的当地货币或其它外币或该货币的存款等，不能在东道国兑换成美元汇回美国而言。

(2) 征用险(Expropriation) 征用险指该被批准投资项目，由于东道国政府实行征用，没收或国有化致其投资财产的全部或一部归于丧失者而言。

(3) 战争险(War risks) 战争险包括革命、战争、内乱及暴动所致投资财产的损失。

8. 为什么要成立“解决投资争议国际中心”(International Center for Settlement of Investment Disputes)？我国有无必要加入该中心，为什么？

六十年代以来，由于国际私人投资的迅速发展，特别是发展中国家经济特许协议的特点，以往各种国内的、地区性的及国际的解决商事争议的仲裁机构及其仲裁规则，往往不能适应国际投资的需要，不能达到合理地满意地解决投资争议的目的，因而建立一个专门处理

投资争议的国际机构和仲裁规则，就成为必要。1966年，在世界银行倡导下通过了《解决国家和他国国民间投资争议公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States)，并基于该公约设立了“解决投资争议国际中心”(International Center for Settlement of Investment Disputes)。这是现代专门处理国际投资争议的国际仲裁机构，并制定了一套较为完善的仲裁规则。到目前为止，已有91个国家参加了公约，表明该公约的原则是得到广泛承认的。

作为一个进一步对外开放，吸收外资和技术来加强本国经济实力的国家，我们认为，我国加入公约的时机已经成熟。首先，加入该公约，可以进一步改善我国的投资环境，加强外商对我们的信任感；第二，可以在具体业务谈判中取得更大的灵活性，减少不必要的僵持状态；第三，可以更好地维护我国投资者的合法权益。

9. 我国外资立法关于处理投资争议有哪些原则？

我国外资立法关于投资争议的处理，主要采取协商、调解、仲裁或司法解决的原则。

《中外合资经营企业法》第14条规定：“合营各方发生纠纷，董事会不能协商解决时，由中国仲裁机构进行调解或仲裁，也可由合营各方协议在其他仲裁机构仲裁。据此，合营各方在解释或履行合营企业协议、合同、章程发生争议时，应当尽量通过合营各方组成的董事会协商解决。

如果协商不能解决时，根据当事者之间的仲裁协议，将争议交付调解或仲裁，可以向中国国际贸易促进委员会下设的对外经济贸易仲裁委员会按该会的仲裁程序提请调解或仲裁；如果各方当事人同意，根据仲裁协议，也可将争议提交被诉方所在国或双方同意的第三国的仲裁机构按各该机构的仲裁程序规则仲裁。（《实施细则》第110条）

如果当事人各方不存在将争议交付仲裁的协议，任何一方可以向有管辖权的中国法院起诉。我国《民事诉讼法（试行）》第192条第1款明确规定，“对外经济、贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人有书面协议提交中华人民共和国的涉外仲裁机构仲裁的，不得向人民法院起诉；没有书面协议的，可以向人民法院起诉”。

10. “经济特许协议”(Economic Concession)有哪些法律特征？

“经济特许协议”一般又称为“国家契约”(State Contract)，是指一国政府同外国投资者个人或法人，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(Special authorization or approval)的法律协议(legal instrument)。这种协议具有下列四个基本特征：

(1) 契约的一方为主权国家的政府，他方为外国国民或民间公司或企业。外国投资者基于东道国政府的许可，享有并行使专属于国家的特种权利。

(2) 契约规定为实现投资的目的，允许在一定期间内，外国资本输入东道国。

(3) 契约规定投资的目的及项目，限于在特定地区进行自然资源的开发和公用事业的建审(如石油、煤矿、铁道、港口等)。

(4) 特许协议不同于一般契约，须事先经立法授权的行政机关批准，或须提交立法机关审判。