

论国际投资自由化进程中我国外资法的完善

武汉大学法学院 上海立信会计学院 黄星繁

[摘要]在经济全球化的作用下,国际投资必然走向自由化。为尽快融入国际投资自由化这一时代潮流,发展本国经济,就必须完善我国现行的外资法,本文在介绍了国际投资自由化的内容和其在投资法上的体现后,分析了在这一自由化进程中完善我国外资法的作用及其着手点。

[关键词]国际投资自由化 我国外资法 完善

一、对国际投资自由化的认识

(一)什么是投资自由化

国际投资自由化是经济全球化在国际投资领域的反映。按照联合国贸发会议的解釋,投资自由化主要包括以下内容:(1)减轻或消除所谓的市场扭曲(Market Distortions)的影响,造成市场扭曲的原因可能是外贸法中专门针对外国投资者的限制措施(如外资进入及经营方面的障碍),也可能是外资法中有关给予或不给予外国投资者某种优惠措施及补贴的规定。(2)提高给予外国投资者的待遇标准,如给予外国投资者以国民待遇、最惠国待遇以及公平公正待遇。(3)加强对市场的监督以保障市场机制的正常运转,如制定竞争规则、信息披露规则等。^①

(二)、国际投资自由化进程及其法律体现

80年代以来,世界范围内经济、贸易、投资、技术迅猛发展,绝大多数国家已基本实行市场经济,从而国家之间拥有了更多的经济相似度和利益一致性,这就为各国步入国际投资自由化进程奠定了客观基础。经济全球化运动浪潮的高涨,又使投资自由化成为了必然趋势,为了适应这种趋势,抓住机遇,实现本国利益,许多国家纷纷调整对外资的立场。反映在国际投资法上,主要体现在以下几个方面:

(1)在国内立法层面,随着经济全球化进程的发展,越来越多国家特别是发展中国家认识到了外资的重要性,尤其是跨国公司对于国民经济发展的作用,如外资可带来发展中国家急需的资金、市场、技术和管理经验,因此他们竞相修改原来以管制为主要内容的外资法,大力推行外资自由化政策,同时制定了竞争规则,建立市场监督机制,保障市场机制正常运行。

(2)在双边条约层面,双边投资条约对国际投资自由化做出的反应最多。最初的双边投资条约主要在发达国家与发展中国家之间签订。但现在,发达国家之间、发展中国家之间签订的双边投资条约也越来越多。大多数双边投资条约都体现了国际投资自由化的内容。如大都规定了给外资经营阶段国民待遇、最惠国待遇及公平公正待遇。以新型美式双边投资条约为例,其不仅规定了要在外资经营阶段实施国民待遇,还率先提出了国民待遇扩大于投资准入阶段的概念,从而改变传统双边投资条约企图避免就准入问题规定成具体条约义务的局面。美式双边投资条约草案第2条第5款还规定:“一缔约国不得对对方缔约国的投资施加诸如出口配额、当地成分要求、技术转让等履行要求”,从而又进一步约束了东道国对外资的管辖权。

(3)多边投资立法层面,在区域性多边立法上,1992年出台的《北美自由贸易协定》被视为自由化多边投资条约的典型。协定的市场准入自由、禁止履行要求、相互给予缔约国投资者在投资各阶段的国民待遇和最惠国待遇以及绝对待遇,提高投资者

在争议解决中的主动性和加强投资争议的非东道国解决机制等方面规定,表明20世纪80年代以来美国推行的旨在进一步削弱东道国外资管辖权的双边投资条约实践已经在多边立法层面得到了全面肯定。在全球多边立法上,WTO法律框架中有许多直接或间接地涉及投资的规则,它在抑制东道国外资政策和立法对国际贸易和投资自由化的妨碍方面发挥着重大影响,它是对多边投资实体立法的补缺。例如:《与贸易有关的投资措施协议》(即TRIMS协议),各国引导和管辖外资的权力开始受到多边规则的约束,主要集中在GATT1994第3条(国民待遇)与第11条(一般取消数量限制),并明确规定五种禁止性对贸易有扭曲作用的投资措施;此外,GATS协议、TRIPS协议等也促进了投资自由化的发展。

二、在国际投资自由化进程中,完善我国外资立法的作用分析

(一)重要性:完善外资立法,是我国在国际投资自由化进程中维护国家利益,促进我国经济发展的客观要求。一方面,各国直接投资对一国经济增长甚至对全球经济发展的重要性已被各国所承认,各国都在竞相吸引外资。在目前外资还是供不应求的情况下,各国要更好地吸引和利用外资,就得接受国际投资自由化的要求,放松管制,扩大准入。而且,国际投资自由化是经济全球化在国际投资领域的反映,而经济全球化的内在动因又使其成为必然趋势,从这个意义上而言,我们必须积极加入到国际投资自由化这一进程中去。但另一方面,我们也要注意,国际投资自由化是在发达国家的鼓吹和主导下进行的,呈现出对发展中国家不平衡的结构,基于我国国家利益,我们又不能完全按照发达国家的标准实施投资自由化。因此,我们面对国际投资自由化这一趋势,应该充分重视外资立法的作用,在立足本国国情、保证我国利益不受侵害的前提之下,完善外资立法,创造良好的国际国内法律环境,以便使我国能有步骤、有计划地加紧融入到国际投资自由化潮流中去。只有这样,才能趋利避害,真正促进我国经济的发展。

(二)局限性:尽管完善外资立法,融入国际投资自由化的浪潮对于吸引外资、发展经济能起到重要作用,但这一作用具有局限性。事实上,发展中国家对本国外资法的修改和完善,其中94%是为了给外国投资者提供更为有利的投资法律环境,但是现实情况说明修改和完善外资法,实施投资自由化政策并不一定都能实现吸引外资的初衷,例如非洲许多发展中国家尽管修改了国内投资法,采取了投资自由化政策,外资流入水平仍然非常低,其引进的投资仅占全球的1.2%。^②可见,良好的投资法律环境是外商投资所重点考虑的因素之一,其他经济因素也是外商投资所要考虑的,如市场容量、劳动力素质,国内经济增长速

度,经济运行机制等。所以片面夸大立法的作用,而忽视其他因素的配套改进,只会徒劳无功,甚至会给我国经济发展带来负面影响。

三、在国际投资自由化进程中我国外资立法的完善

(一)、在法律体系上:我国要逐步健全外资立法体制,重构我国的外资法律体系。目前,三资企业法之间多有重复,三资企业法与《公司法》之间也有不少相互冲突的地方,地方立法竞相提供优惠措施,恶性竞争,中央和地方立法不尽一致,行政机关内部文件大量存在,整个立法体系仍有许多立法漏洞和空白。这些状况形成了我们利用外资的重大法律障碍。为了适应我国经济改革和对外开放的需要,我们不妨将现行的三资企业法合并为统一的外资法典,要积极进行海外投资法、反垄断法、跨国并购审查法等法律的立法准备,修订和完善公司法、破产法、社会保障法的有关内容,要禁止地方政府在中央立法未明确授权时对外资提供优惠措施或超国民待遇,要杜绝以政府内部文件取代外资法律,增加法律 and 政策的透明度,使投资者能比较容易了解我国的所有与外资有关的法律政策和惯例,全面健全外资立法体制,重构我国的外资法律体系。

(二)、在国民待遇方面:要根据我国国情,在外资立法领域逐步实行国民待遇。外资的国民待遇可分为准入阶段的国民待遇和准入后的国民待遇即投资经营管理阶段的国民待遇。(1)对投资经营管理阶段的外资,应全面实施国民待遇,因为对外资经营管理阶段的国民待遇是投资法律环境的重要环节,只有这样,才能吸引更多外资。目前,我国已在民事权益的保护,行政司法救济方面给外资以国民待遇,但在宏观管理方面我国还没有做到这一点。应修改我国的外资立法,将国民待遇扩展到收购、企业的扩张、管理、经营、营运、销售及对其他投资的处置方面。(2)而对准入阶段的国民待遇,其还不是国际义务,且其直接关系到引进外资的质量,更重要的是关系到我国具体产业部门的竞争耐受能力问题,因此,我国现阶段在准入阶段不宜全面实行国民待遇,但应逐步开放市场,提高市场准入的程度。历史反复证明,单纯的保护并不能提高某一产业的竞争力,所以,我们应根据实际情况,对行业进行分类,对不同的产业部门,实行不同程度的外资进入管制:对有关国计民生的战略部门,一定要严格禁止外资的进入;对国内传统产业特别是竞争力仍显脆弱的产业要限制外资进入,否则,他们因不具备与跨国资本相竞争的实力,很可能会被淘汰。但与此同时,要培育这些产业的成长,可通过促进国内企业间的购并联合,提高产业整合度,在形成民族工业的中间力量后,参与国际竞争;对国内能够与跨国公司竞争的产业,通过实行国民待遇维护公平的竞争环境。对这些不同行业的划分,我们最好根据产业发展状况不断进行调整。

(三)、投资鼓励方面:投资鼓励的初衷是为了影响外国直接投资进入的行业、区位和规模,吸引其扩大进口,帮助东道国进行结构调整,引进先进技术等来促成国家经济发展目标的实现。历史上不管发达国家还是发展中国家都曾利用各种各样的鼓励措施。我国同样如此。投资鼓励现阶段仍然是我国吸收外国资本、技术的一种主要的法律手段,我们不可否认投资鼓励的作用,因为资本密集型和技术密集型的部门要吸引外资或广大中西部地区要吸引外资,给外商投资予一定的优惠待遇将发挥重要作用。

但与此同时,我们也应客观认识到,对外资企业进行投资鼓励尽管在一定程度上有其积极的一面,但从性质上看,它构成了对本国企业的歧视,使本国企业既承担了义务又没有享有平等优惠,这是对市场机制的扭曲,造成了内外资企业不公平竞争,已经不适应市场经济发展的需要。而且,实施投资鼓励究竟会不会达到国家预期目的还是不确定的。一般认为,东道国在鼓励方面彼此展开激烈竞争,增加成本,结果是鼓励措施的作用彼此抵消,没有增加有关国家投资项目的社会效益,仅仅提高了投资者利益。同时,鼓励的提供要伴随批准手续,这可能要掺入限制性的要求,对外资具有间接的限制作用,而且,鼓励措施的实行易滋生官僚主义。现在,大多数国家对鼓励政策已经采取谨慎的态度,我国也应逐步从依赖通过投资鼓励来吸引外国资本和技术转变为通过稳定、公平、平等的竞争环境来吸引外国资本与技术,逐步缩小投资鼓励的范围,减弱投资鼓励的程度。

(四)、完善投资立法,应尽量开阔的视野,全面考虑:(1)不应仅局限于国内立法的完善,同时要积极参与国际投资的各种双边、多边协议和规则的讨论和制定。当前,我国市场发展不健全,国内产业发育不成熟,技术水平和管理水平等都比较落后,国内企业在竞争能力上还有一定差距,在这种情况下,内外资地位完全平等只会造成优胜劣汰。因此,我国一方面要适应国际投资自由化的潮流,立足本国利益,完善我国国内立法;另一方面,因为发达国家对于国际投资政策问题,主要是通过国际协议的方式与发展中国家沟通,所以,我们还要积极参加国际协定的谈判,争取让国际协定最大限度的考虑我们发展中国家的发展问题,为我国产业发展壮大,养精蓄锐赢得宝贵时间和机遇。历史经验证明,任何国际协定的制定都是缔约方讨价还价的结果,只有积极参与规则的制订,才能保障规则对我方利益的照顾。(2)完善外资立法不应仅局限于考虑引导外资进入,同时要鼓励对外投资;随着我国经济的发展,我国对外直接投资已经逐步形成了一定的规模。据新近统计,2006年1-9月底,我国已累计对外直接投资近425.89亿美元。^③但这远不能与我国吸引外资入境的速度和规模相比。为改善我国国际投资结构严重失衡的状况,以实现国内经济的平衡和健康发展,我们应该大力拓展对外投资的领域和范围,制定一系列配套的法律制度,如海外投资保险制度等。

注释

①②韩亮 单边外贸自由化——90年代发展中国家外贸法发展趋势[J] 国际贸易, 2000, (01).

③商务部统计资料 <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/200610/20061003504771.html> 2006-11-17

参考文献

[1]余劲松 论国际投资法的晚近发展[DB/OL] <http://www.chinaxuexi.com/lunwen/jingjifa/2005/03/2518385131.html>

[2]徐泉 国际投资自由化进程中的排斥与吸引博弈关系法辨——以韩国为例 河北法学 2007, (3).

[3]叶兴平, 杨靖宜 国际直接投资自由化的法律政策分析[J] 武汉大学学报(社会科学版). 2002, (07)

[4]刘筭 投资自由化在晚近投资条约中的反映及地位评析[J] 华东政法学院报, 2002(01)