

第一章 中国外商投资企业法律制度

第一节 中外合资经营企业的法律制度

一、中外合资经营企业的概念、法律特征及作用

(一) 中外合资经营企业的概念与特点

中外合资经营企业,简称合资企业或合营企业,是指外国公司、企业和其他经济组织或个人,依据中国法律,经中国政府批准,按照平等互利的原则,在中国境内同中国的公司、企业或其他经济组织共同投资、共同经营、共负盈亏、共担风险的有限责任公司。

一般来说,中外合资经营企业的法律特征主要包括

1. 中外合资经营企业是股份式合营企业

股份式合营企业 (equity joint venture)是由合营者相互协商,为经营共同的事业所组成的法律实体,有法律上的独立人格。股份式合营企业的特点在于:合营者的出资计成股份,各方按自己的出资比例,对企业行使一定的权利,承担一定的义务;企业成立一定的管理机构作为企业法人的代表;企业的经营期限较长。股份式合营企业依股份比例的划分,可分为:①对等型,是指在资本出资、经营参与、责任分担等方面,各方合营者均处于对等的地位,因而拥有平等的经营参与权与控制权。②参与型,指合营一方对企业有积极的经营支配权,另一方虽然也参与经营,但居于从属地位。有积极经营支配权的一方,对企业负主要责任,并通常占有多数股份。但是,股份并不是决定经营支配权的绝对标准,例如由于股份分散、股份种类(如将股份划分为不同种类,附

之以任命董事会多数成员的权利)和表决程序(如一方对某些重大事项有否决权)不同,即使一方所有的股份达不到 51%,也能享有经营支配权。

2. 中外合资经营企业是中国法人

依《中外合资经营企业法》及其《实施条例》的规定,经批准在中国境内设立的中外合资经营企业是中国的法人,当然受中国法律的保护和管辖。由于中外合资经营企业具有中国国籍,又设在中国境内,因此中国对中外合资经营企业既有属地管辖权,又有属人管辖权,合资企业的所有活动都要遵守中国的法律,其在境外设立的分支机构也要服从中国法律管辖。同样,中国法律对中外合资经营企业的合法权益也给以保护。

3. 合营各方共同投资、共同经营、共负盈亏、共担风险

合营各方可以现金、实物、工业产权、场地使用权等作价出资入股,各方的基本权利和义务与各自的股份相对应;合营各方共同组成董事会,企业实行董事长领导下的总经理负责制,由共同组成的经营管理机构来组织领导企业日常经营管理活动;合营各方按自己所占股权比例分享利润,分担风险,并以各自认缴的出资额对企业的债务承担责任。

4. 中外合资经营企业是有限责任公司

中外合资经营企业的法律形式是有限责任公司,即企业的债务责任以其资产总额为限,股东的债务责任则以其出资为限,股东所有的而不属于本企业所有的财产,不对企业的债务负连带责任。

(二)中外合资经营企业的作用

中外合资经营企业之所以成为国际投资的重要形式,是因为它本身所具有的一些优点对外国投资者和资本输出国具有极大的吸引力。

1. 对外国投资者

对外国投资者来说,利用合资企业作为对外投资的形式具有

以下优点：①可以减少或避免政治风险。由于合资企业有东道国的资本参加，并共同经营，可望减少东道国政策的变化或征用等风险。②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，从而取得一部分新的市场。③可以取得多重优惠和各种方便。通过合营，外国投资者既可享受东道国给予外国投资者的特别优惠，又可获得东道国给予本国投资者的优惠，有时还可以得到本国给予的优惠。此外，外国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，还可以通过当地渠道取得财政信贷、资金融通、物资供应、产品销售等方便。上述优点对于来我国的投资者同样适用。

2. 对东道国

对于东道国，特别是发展中国家，采用合资企业这一形式好处更多。在我国现有条件下，通过中外合资经营企业吸引外资的好处和作用在于：

(1) 利用外资发展我国经济，既弥补国内资金不足，又不增加国家外债。外国投资者在合营企业中可以技术和设备作为投资，国家不必动用外汇购买这些技术和设备，外资能否收回并增值，取决于企业本身的经营效益，不致形成国家的外债。

(2) 可以扩大产品出口，增加外汇收入。出口创汇往往直接关系到合资企业的外汇平衡和外国合营者外汇收益的外汇支付能力，因而外国投资合营者可能愿意提供原有的国际销售渠道推销产品，使合营企业易于进入国际市场，增加外汇收入。

(3) 有助于国家的监督管理。由于有本国合营者参与，国家对合营企业的管理和监督比较切实有效。

(4) 有利于引进外国的先进技术。由于合资企业是中外双方共同投资、共同经营、共负盈亏的，其经营的成败，直接关系到外国投资者的利益。所以，外国投资者出于本身利益的考虑，可能不断提供真正先进而适用的技术和设备，并同当地合营者密切

合作，促使引进的技术迅速有效地形成生产力。

(5) 有利于吸收外国先进管理技术和经验。外国合营者在合资企业的共同经营管理中，也带来了科学的经营管理方法，能改善企业的经营管理。中国的管理人员在同外方的共同经营过程中，可以直接学习和吸收外国的管理方法，提高自己的管理水平。许多合资企业规定了外国合营者一方对本公司的管理人员、技术人员和劳动人员进行技术培训的义务，这更有助于改善和提高本国人员的技术素质和管理水平。

二、中外合资经营企业的协议、合同及章程

(一)合营企业的协议

《中外合资经营企业法实施条例》第十三条规定：“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。”据此，合营企业协议是合营各方通过谈判，为设立企业而签订的初步协议，它不包括合营企业的所有问题，而只包含与设立合营企业有关的基本问题。因此，协议是各方进一步磋商签订合同的基础。如果合营企业协议与后来签订的合同有抵触，应以合营企业合同为准。同时，经合营各方同意，也可以不订立协议，而只订立合同与章程。

(二)合营企业的合同

《中外合资经营企业法实施条例》第十三条规定：“合营企业合同是指合营各方为设立合营企业就权利、义务关系达成一致意见而订立的文件。”合营合同在企业的三个主文件中居于中心地位，它既是协议的具体化和固定化，又是制定章程的依据。依法制定的合同对各方当事人具有法律拘束力。在实践中，中外双方签订合营合同应注意以下几个法律问题：

1. 签订合营企业合同双方当事人的资格

投资者无论是法人或自然人，均应具有法定的权利能力和行为能力。当事人除具有一般民事法律能力外，在投资合同关系中，还必须具备中国法律规定的投资者的资格。依我国《中外合资经

营企业法》规定，签订合营企业合同的外方当事人为外国公司、企业、其他经济组织和个人，我方当事人为中国的公司、企业或其他经济组织。此外，依 1987 年《对外经济贸易部、国家工商行政管理局关于严格审核举办中外合资经营企业中方当事人资格的通知》的有关规定，中方合营者必须是根据我国《民法通则》第三十六条第四十九款规定依法成立的“企业法人”，或是取得法人资格的其他经济组织。

各级党政机关及行政管理部门，包括党、政、军、工、青、妇以及跨行业、跨地区或全国性具有行政管理职能的各种行政性机构，各种协会、民间团体、群众组织、学术机构、研究机关、院校、公安劳改系统的单位等，不符合我国《民法通则》的有关规定，不具有法人资格的，不应作为中方合营者对外洽谈、签订设立中外合营企业的合同、章程等法律文件。

城乡个体工商户、承包工商企业经营的公民以及个人合伙等，未经特许批准，不得擅自对外洽谈、签订设立中外合营企业的合同、章程等法律文件。

军队后勤系统、研究机关、院校的工厂、农场以及跨行业、跨地区的联营企业，具备法人资格的，经工商行政管理机关核准登记、审批机构核准登记后，可对外洽谈、签订合同、章程等法律文件。

2. 合营合同的合法性

合营合同的合法性包含以下内容：

(1) 签订合同时双方的意思表示真实。合营合同的签订须遵循平等互利、协商一致的原则，合同任何一方不得以自己的意志强加于对方，也不许采取欺诈或威胁手段，迫使对方签订合同。否则，其签订的合同应属无效。

(2) 合同内容必须合法。合营合同的内容必须符合法律规定，当事人只能在法律允许的范围内约定合同的内容，合同内容及其条款不得违反法律，否则将导致合同无效。例如违反我国税法规

定，在合同内擅自约定税率及减免税收或订有包税条款、冻结税率条款等；违反土地管理法，约定非法转让土地，或以非法受让的土地作为出资；违反外汇管理法规的规定，约定外方收益可以算帐兑换汇出；以其他合同条款代替法律规定的违法行为，如违反我国《涉外经济合同法》第五条第二款关于法律适用的规定，在合同中约定合同争议适用第三国法律；或在合同中约定冻结法律条款，即虽同意合同适用中国法律，但提出只适用合同签订时已颁布的中国法律，有的还要求列出中国现有法律的清单作为合同附件，并以之要求合同签订后国家的新法对外方没有约束力等等条款，均属违法，应归于无效。

(3) 合营合同条款显属不公平，损害合营一方利益的，也属无效。如合营合同关于技术引进条款中有约定技术改进回授条款、搭售条款；或含有为中国法律、法规所禁止的不合理的限制条款，如限定技术输入方产品出口的地区、数量、价格，或限定只能向技术输出方指定的来源购买原材料或其他器件等，均属无效。

(4) 合同内容违反我国政策，不符合中国国民经济发展要求。如合同所约定的经营项目或行业属于我国禁止或限制的领域，既违反我国外资法规定，也违反我国政策及国民经济发展要求。

(5) 合同成立程序不合法。我国法律规定，外商投资企业的协议、合同和章程经审批机构批准后生效，其修改亦如此。所以，合营合同的订立、修改、补充和批准都应符合法定程序，否则不具法律效力。

无效的合营合同自订立时起即不具法律拘束力。但如经确认合营合同部分无效，而不影响合同其余部分效力的，其余部分仍然有效，如合同中的仲裁条款并不因合同的无效而无效。如果合同中的条款有违反中国法律或社会公共利益的，经当事人同意予以取消或改正后，也不影响合同的效力。

关于无效合同的后果及当事人的责任，我国《民法通则》、《涉外经济合同法》等法律规定：当事人一方对合同无效负有责任

的，应当对另一方因合同无效而遭受的损失负赔偿责任；合营合同经确认无效后，当事人依据合同所取得的财产应返还给对方，有过错的一方应赔偿对方因此而受到的损失；如果双方都有过错，各自承担相应的责任；至于有责任的一方，如有非法行为（如胁迫、欺诈、盗用他人名义、越权行为等）造成合同无效者，还应负民事侵权责任。

3. 合同条款须明确具体

合营合同中有关投资总额、注册资本最低数额、出资比例、出资方式、出资时间、利润分成与贷款回收、合营各方提供的合作条件、收益分配和亏损分担办法、外方先行回收投资方式、企业财产的转让与抵押、违约责任等都必须明确、具体地加以规定，避免因文字表达不确切而产生双重解释，引致合同纠纷。如某合营合同这样规定：外方以现金与设备出资，合营双方的出资均须在合同签订后一次缴付，任何一方延期缴付，缴纳罚金 5%。其中，“现金”是指人民币还是某个国家的外币；进口设备性能、型号、生产年代、折旧期核算、价格认定等无明确规定；“合营合同签订后”是指多长期限，“延期”是指延长多长时间，“罚金 5%”是指罚投资总额的 5%，还是违约方投资额的 5%或延期缴付款部分的 5%都不明确，为合同的履行带来困难，也留下了发生合同纠纷的隐患。

4. 合同附件主体及法律适用问题

签订合营企业合同时，合营双方通常都把技术转让、产品销售、物资供应、设备采购等条款写成专项协议，明确各方对此应承担的义务。专项协议作为合同附件，与合同有同等的法律效力。这种做法虽然方便、省时，但在合同主体及法律适用上都会产生混乱。首先，专项协议是合营双方签订的，其内容都是合营企业与合营一方或双方之间的权利义务关系，因此，专项协议的真正主体应当是合营企业与合营一方或双方。然而，专项协议是与合营合同同时签订的，协议与合同批准生效时，合营企业尚未正式

成立，所以专项协议的主体名义上只能是合营双方。由于合同与协议的主体不一致，当合营一方未履行协议时，如未履行外销协议、技术转让协议或物资供应协议等，实际上是给合营企业带来损失，应向合营企业负赔偿责任。违反协议的一方究竟应向谁负赔偿责任，关系到合营企业的切身利益。所以，在签订合营企业合同的同时订立专项协议的做法，不仅容易导致合同纠纷，也使仲裁机构处理这类纠纷时产生困难。因此，上述专项协议以在合营企业正式成立后，再以合营企业名义与合营一方或双方正式签订为宜；其次，根据我国涉外经济合同法的规定，合营合同必须适用中国法律。而上述属于买卖合同或技术合同性质的专项协议因含有涉外因素（当事人一方是外国公民或法人），当事人有权选择合同所适用的法律。专项协议作为合同附件，就会将合营合同只适用中国法律的条款强加于合营企业与买方或卖方的关系之上，从而剥夺了合营一方或双方作为买卖合同主体对合同适用准据法的选择权。

（三）合营企业的章程

合营企业的章程是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。合营企业的章程和合同一般都有某些重合之处，也有某些不同的地方。例如，合同中的许多事项，如中外合营者之间争议的解决等，不包括在章程中；另外一些事项，如组织机构的建立、职责、人员委派和任免程序等，在合同和章程中都有规定；但某些具体事项，如董事会的会期、法定人数、议事规则以及总经理、副总经理的职责、其与董事会的关系、其缺席时的代理等，都不在合同中而在章程中加以规定。

合营合同规定了合同当事人的权利义务，只对合同当事人有约束力，而章程不直接规定合同当事人的权利义务，它是规定合资企业本身的组织及其管理活动的规则，因而它不仅对合同当事人有约束力，而且对以后参加企业的人及从事企业活动的人员均

有法律效力和拘束力。合营企业作为独立法人，本身不是依合同，而是依章程行动的。如果合营合同的内容没有完全记入章程中，或是章程规定与合同规定有抵触的地方，那么就会出现公司机关依章程所为的行为（如股东会或董事会的决议）尽管违反合营合同，但其行为仍属有效，合营合同当事人不能主张其行为无效或申请撤销，而只能依合同法的原则请求救济。但由于一般在合同中对违反合同行为的损害赔偿数额未作特别规定，对具体违反合同行为所造成的实际损害容易产生举证上的困难，所以这种救济也难有实效。因此，在订立合营合同和章程时，应尽量避免出现这种相互抵触的情况。

此外，章程与协议和合同的另一重要区别在于：协议与合同是合营双方之间的内部文件，是商业秘密，一般不对外公开，而章程则是以企业名义制订的，对公众负责，应该对外公开。

三、中外合资经营企业的注册资本与投资总额

（一）注册资本

合资企业的注册资本即自有资本，是指为设立合资企业在工商行政管理机构登记的资本，它是合资企业认缴的出资额总和，是合资企业分配利润的基础和承担风险责任的依据。

1. 注册资本的性质

我国的中外合资经营企业实行的是折衷资本制，有别于纯粹内资企业实行的法定资本制。折衷资本制，即发起人在公司章程中规定资本总额和首期发行的数额，股东大会授权董事会根据公司业务的实际需要发行其余的股份，但对发行的数量和时间有明确的法律规定。公司资本总额，非经法定程序变更章程的相关规定，不得改变；公司在存续期间应当维持与公司资本总额相应的财产。

1988年1月1日经国务院批准，对外经济贸易部、国家工商行政管理局发布的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》中规定，合营各方应在合同中订明出资期限，并且应当在合

同规定的期限内缴清各自的出资。合营合同中规定一次缴清出资的，合营各方应当从营业执照签发之日起 6 个月内缴清；合营合同中规定分期缴纳出资的，合资各方第一期出资，不得低于其认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清；未按此规定的期限缴付出资的，视同合营企业自动解散，合营企业批准书自动失效；合营各方缴付第一期出资后，超过合营合同规定的其它任何一期出资期限 3 个月，仍未出资或者出资不足时，工商行政管理机关应当会同原审批机关发出通知，要求合营各方在 1 个月内缴足出资，未按通知期限缴清出资的，原审批机关有权撤销对该合营企业的批准证书；合营一方未按合营合同的规定如期缴付或者缴清出资的，即构成违约，守约方可以依法要求违约方赔偿未缴付或者缴清出资造成的经济损失；守约方未按规定向原审批机关申请批准解散合营企业或者申请批准另找合营者的，审批机关有权撤销对该合营企业的批准证书。

2. 注册资本的减少

公司注册资本非经法定程序变更章程的相关规定，不得减少。其目的一是为了防止资本减少而损害债权人的利益；二是防止资本过剩而使股东承担过多的风险。《中外合资经营企业法实施条例》第二十二条规定，合营企业在合营期间不得减少其注册资本。

公司应当维持与公司注册资本相应的财产，其目的在于维持公司的清偿债务的能力，保护债权人的利益。如我国的公司法规定，有限责任公司的初始股东对现款之外的出资价值负保证责任；累计转投资额不得超过净资产的 50%。

3. 注册资本的增加

合营企业的注册资本只能增加，不能减少。增加注册资本，可以扩大企业的生产规模，也可以提高企业的社会信誉。但企业的注册资本在增加时，必须明确是否会变动合营各方的出资比例，因为这涉及企业兴旺发达时合营者之间的利润分配问题，也涉及企业衰落时合营者的责任承担问题。因此，企业增加多少注册资本，

合营各方按照何种比例出资，都必须经董事会会议通过，并报原审批机构批准，向原登记管理机构办理变更登记手续后执行。

4. 出资额的转让

合营企业中出资额的转让一般都受到限制。《中外合资经营企业法》及其实施条例规定，合营一方如向第三方转让其全部或部分出资时，须经合营企业他方同意，并经审批机构批准。合营企业一方转让其全部或部分出资时，合营他方有优先购买权，合营一方向第三方转让其出资额的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。违反上述规定的，其转让无效。这种限制性规定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，如果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方的手中，便可行使优先购买权。在实践中，一些外商投资者往往以转让出资额为由，逃避有关义务与责任，让中方合营者单独承担合营企业的全部亏损。因此，出资额转让条款内容应该规定得具体、明确，易于执行而没有分歧之处。首先，必须约定发生或允许出资额转让的前提条件，只有在转让方已经按规定缴纳了全部出资的，才允许其转让出资额，否则未完全履行出资义务的一方无权要求转让出资额；其次，如果转让方投入合营企业的出资并非现汇投入，而是以设备折价投入的，合营双方应当在合同中限定其转让出资额的期限，否则出资额转让方式演化成购销关系，有逃避海关关税制约之嫌；再次，应明确转让出资额并不等于原封不动地抽回原出资，同时应当规定，出资额转让时，应以合营企业的亏损率或合理的兴旺值为基础，合理核定该出资的实际价值，从而商定出资额的转让价值。

5. 财产的抵押

任何一方合营者都无权擅自将自己的股权作贷款抵押，因为合营各方缴付的出资额是企业的共同财产，只有企业才有权支配，合营者个人无权支配。

(二)投资总额

合营企业的投资总额是指合营企业各方按照合营企业合同和章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。因此,合营企业的投资总额包括注册资本和借贷资本。

在合营企业中,外国投资者总希望多用借贷资本,少投入注册资本,其目的在于:

(1) 可以增加资本,满足生产建设的需要。

(2) 可以减少风险。如果东道国发生政治或经济上的变化,使企业资本受到损失时,投资者只损失其投入的股本,其他损失则由贷款人负担。

(3) 可以提高投资的利润。举个例子来说明这个问题:某项目需投资 1000 万元,每年可以获利 200 万元。如果全部投资均为企业自有资本,投资利润率为 20% ($200 \div 1000 = 20\%$)。如果企业以 10% 的年息获得 800 万元的借款,仅投入 200 万元的自有资本,扣除银行利息 80 万元 ($800 \times 10\% = 80$),企业获得利润 120 万元 ($200 - 80 = 120$),投资利润率为 60% ($120 \div 200 = 60\%$)。

(4) 可以减少税金。贷款利息可以作为费用列入成本,税前扣除,从而增加企业的利润量。而且贷款及利息汇出时,也一般不受限制或不再纳税。

但是,另一方面,从企业的内部和外部关系看,借款比例过大又会产生某些不良的影响和作用:①从合营企业内部看,借款如和股本比例相差悬殊,可能导致合营企业风险由合营一方单方面承担。在合营一方负责担保以取得贷款时,该担保方就承担了企业的主要风险。②从企业债权人的关系看,借款与股本相差太大,必然会影响债权人的利益。因为债务人的实际义务限度,就是债权人的实际权利限度。特别是当企业从事高风险经营活动时,情况更是如此。企业以较大的投资总额进行高风险的经营活动,而以微薄的资本对外承担责任,对于稳定债权债务关系,维护正常的经济秩序是不利的。③从企业与国家的关系看,使用借贷资本

虽可减少企业纳税金额，但也减少了国家财税收入。

基于以上考虑，大多数国家（包括中国）法律，对借款与注册资本的比例都有所限制。中国工商行政管理局 1987 年 3 月 1 日公布的《关于中外合资经营企业注册资本与投资资本比例的暂行规定》明确了中外合资经营企业注册资本与投资总额的比例，实际上也确立了合营企业借款额与注册资本的比例。这个规定的主要内容如下：

(1) 合营企业的投资总额在 300 万美元（含 300 万美元）以下的，其注册资本至少应占投资总额的 $7/10$ ，即股与债之比为 $7:3$ 。

(2) 合营企业的投资总额在 300 万美元以上到 1000 万美元（含 1000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 $1/2$ ，即股与债之比为 $1:1$ 。但投资总额在 420 万美元以下的，注册资本不得少于 210 万美元。

(3) 合营企业的投资总额在 1000 万美元以上至 3000 万美元（含 3000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 $2/5$ ，即股与债之比为 $2:3$ 。但投资总额在 1250 万美元以下的，注册资本不得低于 500 万美元。

(4) 合营企业的投资总额在 3000 万美元以上的，其注册资本至少应占投资总额的 $1/3$ ，即股与债的比例是 $1:2$ ，债可为股的 2 倍。但投资总额在 3600 万美元以下的，注册资本不得低于 1200 万美元。

合营企业如遇特殊情况不能执行此规定时，由对外经济贸易部会同国家工商行政管理局批准。

合营企业增加投资的，其追加的注册资本与投资总额的比例，参照上述规定执行。国家工商行政管理局企业登记司关于《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比例的暂行规定》第五条解释的复函规定，中外合资经营企业批准、登记后，增加投资的，计算追加的注册资本应与增加的投资额相比，

其比例按《暂行规定》第三条执行。例如：某项目已批准登记投资总额 500 万美元，注册资本 250 万美元，后又批准增加投资 200 万美元，该企业追加的注册资本应是 200 万美元的 $\frac{7}{10}$ 即 140 万美元，该企业变更登记后的注册资本总额应是 390 万美元（即 140 万美元加 250 万美元）。

四、关于出资方式的法律问题

（一）货币出资

（1）合营企业各方作为出资的货币，必须是合营者自己所有的现金（包括以自己的名义取得的银行贷款），任何一方不得以合营企业名义取得的贷款作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或合营他方的财产和权益为其出资担保。实行有限责任的公司，股东和公司的责任是分开的，股东的出资额是其承担财产责任的限额。如果允许合营者用以合营企业名义取得的贷款出资，就使得本应由股东承担的投资风险转移给了合营企业，混淆了股东与企业的责任。在合营一方以合营企业的财产和权益或合营他方的财产和权益作为其贷款的担保时，同样使其应承担的投资风险转移给合营企业或合营企业他方，造成该方只享受投资收益，而不承担投资风险的后果，严重损害了合营企业及合营他方的利益。

（2）合营企业各方出资的货币需折成人民币或外币时，必须按缴款当日我国外汇管理局公布的牌价折算，不得自定比价。如某合营企业合同规定，中方的现金出资是 480 万人民币，相当于 48 万美元，其折算比例为 1 美元 = 10 元人民币；而当时国家外汇管理局公布的外汇牌价约为 1 美元 = 8 元人民币，其实际出资为 60 万美元，从而使中方的出资少算了 12 万美元，严重损害了中方的利益。

（3）外方出资的货币必须是可兑换外币；以人民币出资仅限于外商从设在中国境内的外商投资企业中获得人民币利润，同时要出具当地外汇管理机关的证明。违反以上规定的，以套汇罪

论处。有些外商将在我国从事劳务或其他的人民币收入作为出资，与我国企业举办合营企业，骗取对外商投资企业的税收优惠，这是违反有关规定的。因此，对外商投资者的人民币出资必须按我国法律规定严格执行。

（二）实物作价出资

实物投资一般是以机器设备、原材料、零部件、建筑物、厂房等作为出资。在实践中，外国投资者一般是以机器设备和其他物料，中方一般以现有厂房、建筑物、辅助设备 etc 作为投资。以实物作为出资应注意以下几个问题：

第一，合营企业各方必须是以自己所有并且未设立任何担保物权的实物作为出资，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明。

第二，以建筑物、厂房、机械设备或其他物料作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或聘请合营各方同意的第三方评定。

第三，外国合营者出资的机器设备或其他物料，必须符合下列条件：为合营企业所必不可少的；是中国不能生产的，或虽能生产，但价格过高或在技术性能和供应时间上不能保证需要的；作价不得高于同类机器设备或其他物料当时的国际市场价格。

在实践中，合营企业吸引外方投资以建筑物、厂房、机器设备或其他物料作为出资时，应注意以下几个问题：

——外方抬高设备价格，加大其投资比例。外方往往利用我方对国际市场不了解，出入境不便，夺取进口设备的垄断权。在这种情况下，由外方购入的设备价格一般高于市场价格，有的甚至高出几倍，无形中加大了外方投资的比例，为增加分红设下了伏笔。

——转移旧设备，创造新利润。有的外商利用自己企业停产的旧设备来与我方合资，与其说是合资，不如说是出卖旧设备，借机牟取利益，用闲置的旧设备再创造新的利润。

——以主设备的低廉价格为主诱饵，然后用配套设备和原材料的高价来补偿，实现其以物抵资的战略，一旦外方控制了设备进口以后，配套设备和原材料的进口也由他们高价投入，从补偿中获利。

——外国合营者先以高价向合营企业提供设备、技术、原材料或零部件，然后以低价收购合资产品，获取合资企业的利润。

为了防止外国投资者的以上行为，我们可以采取以下对策：①如果外方以设备投资入股，中方应当请有关外贸进出口公司对外询价，使设备价格符合实际，以防止外方抬高价格。②一般不要由外方单独采购设备，要共同拟定引进方案，按照“货比三家，择优选购”的原则，确定有竞争力的、符合企业发展、价格合理的设备，并报商检机构按合同进行检验、核价，作为下一步验资的依据。③签订合同时，对国内不能提供或数量不足的原材料、零部件，最好不要规定由外方负责采购供应，中方可以通过外贸公司进口，在熟悉进口渠道后，由合营企业自行进口。④如果不得不由外方负责采购原材料、零部件时，也应该对进料价格及费用作出相应规定，使进料价格不超过国际市场同类产品价格。⑤利用海关的价格信息网络，严格审定进口设备价格，避免外方抬高生产设备价格，使中方蒙受损失。

第四，以原材料作价出资时要明确以下几点：①质量、规格要事先经过检验。②作价要合理，价格构成内容明确，如是否包括运输费、保险费、关税等。③一般只能作为流动资金使用。然而，对合营企业而言，以贷款方式解决流动资金不足更为有利（贷款利息可以打入成本，税前列支），因此，合营各方最好不以原材料作价出资，而是把原材料作价后以贷款方式提供给合营企业。

（三）场地使用权

以场地使用权作为出资的，其作价金额应与取得该同类场地使用权所应缴纳的使用费相同。场地使用费的标准应根据该场地

的用途、地理环境条件、征地拆迁安置费用和合营企业对基础设施的要求等因素，由所在地的省、自治区、直辖市人民政府规定，并向对外经济贸易部和国家土地主管部门备案。在经济不发达地区从事开发性的项目，以及先进技术企业和产品出口的企业，场地使用费可给予优惠。作为本国合营者投资的场地使用费，在该合同期间内不得调整，因为这时场地使用费已经作为出资成为合营企业的资本。

如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。场地使用费在开始用地 5 年后，随着经济的发展、供需情况的变化和地理环境条件的变化，可以调整，调整的间隔不得少于 3 年。

此外，在以土地使用权作价出资时，还应注意以下几个问题：

1. 合营企业对作价入股的土地使用权能否转让、出租、抵押的问题

根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定，土地使用权转让是指土地使用者将土地使用权再转移的行为，包括出售、交换和赠与。转让的客体是经过开发、利用的土地。但该条例对外商投资企业的土地使用权能否转让的问题未作明确规定。《中外合资经营企业法》第五十三条规定，“合营企业对于准予使用的场地只有使用权，没有所有权，其使用权不得转让。”企业因迁址、期满终止或其它原因致使场地使用权终止时，企业使用的土地亦不得自行转让，而应交回给土地管理部门。因为外商投资企业场地是经批准供特定的企业建厂和生产经营所用的，若允许企业转让其土地使用权，不仅有违场地使用的目的，而且容易导致房地产投机活动的泛滥。

对于合营企业土地的出租应视具体情况而定。既然该土地使用权已成为外商投资企业注册资本的一部分，若原中方企业是以出让方式获得土地使用权的，在土地使用权有效期内，只要不违背举办该外商投资企业的宗旨，应准许其出租。若原中方企业是