

第一章 外国直接投资的法律形式

第一节 外国资本在中国直接投资的法律形式

国际投资可分为国际直接投资和间接投资。间接投资是指投资者不参加所投资的企业的经营管理，也不享有所投资企业的控制权或支配权，而仅以能产生收入的股票、债券、贷款等进行的投资。直接投资是指伴有所投资的企业经营管理权和控制权的投资，投资者直接经营所投资的企业，并对所投资的企业的经营管理有较大的控制权。直接投资和间接投资的最大区别在于投资者对所投资的企业有无控制权。本书所述均为外国直接投资。外国资本在中国直接投资主要有三种方式^①：

一、在中国成立外商投资企业

外商投资企业是指外国投资者在东道国境内投资举办的企业，属于国

^① 参见余劲松主编：《国际投资法》，北京：法律出版社，1997年10月第1版，第1-2页；蔡曙涛著：《国际投资法》，北京：北京大学出版社，1995年5月第1版，第20页；徐崇利、林忠主编：《中国外资法》，北京：法律出版社，1998年1月第1版，第1至2页。

际投资范畴 是利用国际私人直接投资的一种重要形式。^① 中国法律对外商投资企业没有明确的定义 外商投资企业的提法散见于各种法律、法规、文件。顾名思义 外商投资企业就是指有外商投资的企业。但是 外商投资企业作为一个法律概念，则远为复杂得多。

目前 按照中国法律的分类方法 外商投资企业分为中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资经营企业(又称为外资企业) 和外商投资股份有限公司四种类型。中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业，通常被合称为“三资企业”^② 是中国实行改革开放政策以来外商投资企业最初的三种主要形式。^③ 外商投资企业的另外一种形式是外商投资股份有限公司 这是在九十年代之后才开始出现的新现象。中国专门规范外商投资股份有限公司的第一部正式法律于 1995 年颁布。随着作为外商投资第四种方式的外商投资股份有限公司的出现 外商投资企业的外延扩大了。目前 外商投资企业的审批机关对外贸易经济合作部(实践中简称为外经贸部) 颁发的文件明确规定 外商投资企业的法律形式包括四种：中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业和外商投资股份有限公司。^④ 外商投资企业的登记机关国家工商行政管理局(实践中简称为工商局) 1998 年颁发的文件也规定 在企业登记分类中 外商投资企业包括四类 中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业和外商投资股份有限公司。^⑤ 由此可见 作为中国外商投资最高审批机关的外经贸部和作为中国外商投资最高登记管理机关的国家工商局对外商投资企业的分类是一致的。

1. 中外合资经营企业

^① 姚梅镇、于劲松主编：《外商投资企业法教程》，北京：法律出版社，1994 年 2 月第 2 版，第 1 页。

^② 中国的官方文件和学术著作中均有三资企业的提法。参见《国务院批转国家统计局关于建立国家普查制度改革统计调查体系请示的通知》，国务院 1994 年 7 月 20 日发布；徐崇利、林忠主编：《中国外资法》，北京：法律出版社，1998 年 1 月第 1 版，第 69 页。

^③ 见《国务院关于鼓励外商投资的规定》，1986 年 10 月 11 日国务院发布。

^④ 例如《对外贸易经济合作部关于中华人民共和国进出口企业代码管理办法外商投资企业实施细则》，外经贸部 1997 年 8 月 25 日颁布，第二条。

^⑤ 参见《关于划分企业登记注册类型的规定》，国家工商局 1998 年 8 月 28 日发布 第二条。

是指外国公司、企业、其他经济组织或个人，按照平等互利原则，经中国政府批准，在中华人民共和国境内，依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》及相关法律的规定，同中国的公司、企业或其他经济组织签订合资合同按合资合同规定的比例出资共同举办的股权式合营企业。中外合资经营企业的投资各方按出资比例分享利润和分担风险^①，其中外国投资者所缴纳的出资占合资企业注册资本的比例一般不低于百分之二十五(25%)。^②

2. 中外合作经营企业

中外合作经营企业是由外国的公司、企业、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或提供合作条件举办的，并通过合作合同约定双方权利和义务关系的企业形式。^③合作企业与合资企业最大不同之处在于合作企业享有更大的灵活性，可以依照合作合同的约定较自由地规定出资方式、风险分担方式、利润分享方式、经营管理方式及其他事项。在依法取得法人资格的合作企业中外国投资者所缴纳的出资和提供的合作条件占合作企业注册资本的比例一般不低于百分之二十五(25%)。^④

3. 外商独资企业

《中华人民共和国外资企业法》规定外商独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。外商独资企业不包括外国企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。^⑤《外资企业

徐崇利、林忠主编：《中国外资法》，北京：法律出版社，1998年1月第1版，第69页；李岚清主编：《中国利用外资基础知识》，北京：中共中央党校出版社/中国对外经济贸易出版社，1995年4月第1版，第88页。

《中华人民共和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，根据1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法〉的决定》修正，1990年4月4日国家主席令重新公布实施，第四条。

周洁普编著：《中国涉外投资法制》，上海：华东理工大学出版社，1997年8月第1版，第41页；李岚清主编：《中国利用外资基础知识》，北京：中共中央党校出版社/中国对外经济贸易出版社，1995年4月第1版，第89页。

《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》，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，第十八条。

^⑤ 《中华人民共和国外资企业法》，1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过，第二条。

法》对“分支机构”无明确的定义。笔者认为，此处的“分支机构”既包括分公司等从事生产经营活动的分支机构，也包括一般不从事直接业务活动的代表机构。也就是说，外商独资设立的分支机构和代表机构都不属于外商独资企业。

4. 外商投资股份有限公司

外商投资股份有限公司指依照《对外贸易经济合作部关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》设立的全部资本由等额股份构成，股东以其所认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百分之二十五（25%）以上的企业法人。

上述四种外商投资企业的分类标准并不统一。外商独资企业区别于其他企业的标准是投资来源地，即出资者全部是外国企业、其他经济组织或个人^②。其他三种类型的外商投资企业的投资者至少包括一家中国投资者和一家外国投资者。中外合作经营企业和中外合资经营企业的区别在于中外合作企业投资各方的权利义务可以在合作合同中较自由地约定。这些权利和义务包括利润或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作合同终止时财产的归属等事项。^③而合资企业的上述各项事宜均按照合资各方的出资比例确定。^④外商投资股份有限公司与中外合作经营企业和中外合资经营企业的区别在于企业的组织形式。《中华人民共和国公司法》将公司分为二种基本形式：有限责任公司和股份有限公司。所有中外合资经营企业和具有独立法人资格的中外合作经营企业均为有限责任公司，而不是股份有限公司。其他中外合作经营企业不具有独立法人地位，因而

《对外贸易经济合作部关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，对外贸易经济合作部 1995 年 1 月 10 日发布，第二条。

《中华人民共和国外资企业法》，1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过，第一条。

^③ 李岚清主编：《中国利用外资基础知识》，北京：中共中央党校出版社 / 中国对外经济贸易出版社，1995 年 4 月第 1 版，第 89 页。

《中华人民共和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，根据 1990 年 4 月 4 日第七届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国中外合资经营企业法〉的决定》修正，1990 年 4 月 4 日国家主席令重新公布实施，第一条。

也不可能是股份有限公司。

由于中国投资领域的最高法律《公司法》(既适用于外商投资企业也适用于内资企业^①)将公司分为有限责任公司和股份有限公司因此笔者建议外商投资企业的分类可按照企业形式划分。具体而言外商投资企业应当包括以下三种形式:(1) 有限责任公司的外商投资企业;(2) 外商投资股份有限公司和 (3) 非公司形式的外商投资企业。

1. 有限责任公司的外商投资企业

有限责任公司的外商投资企业包括以下三类:

(1) 中外合资经营企业

依据中国法律规定所有中外合资经营企业的组织形式均为有限责任公司。^② 中外合资经营企业不得采取其他公司形式。

(2) 中外合作经营企业

中外合作经营企业既可以取得中国法人资格也可以不具有中国法人资格。^③ 其形式也可相应分为两种合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的可以取得中国法人资格。^④ 依法取得中国法人资格的合作企业是有限责任公司;未取得中国法人资格的,可以采取其他形式。^⑤

(3) 外商独资企业

中国法律规定外商独资企业的组织形式为有限责任公司经批准也可以为其他形式。^⑥ 中国法律未对“其他形式”作出明确定义。

2. 外商投资股份有限公司

外商投资股份有限公司是外商投资企业的一种形式。^⑦ 它由中外股东

《公司法》,1993年11月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过,同日国家主席令公布,第十八条。

《中外合资经营企业法》第四条;《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日国务院修订,第十九条。

《中外合作经营企业法实施细则》第四条。

《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,同日国家主席令第4号公布实施,第二条。

^⑤ 《中外合作经营企业法实施细则》第十四条。

^⑥ 《中华人民共和国外资企业法实施细则》,1990年10月28日国务院批准,1990年12月12日对外经济贸易部发布,第十九条。

^⑦ 《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第三条。

共同设立。但是 由于中外合作企业和中外合资企业均不采用股份有限公司的形式 因此外商投资股份有限公司与中外合资企业和中外合作企业有本质的区别 不适用《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》。外商投资股份有限公司是一种独立的外商投资企业形式 与之相对应的是有限责任公司形式的外商投资企业。

3. 非公司形式的外商投资企业

非公司形式的外商投资企业包括部分中外合作经营企业和部分外商独资企业。

如上所述 未取得中国法人资格的中外合作企业可以采取有限责任公司以外的其他形式。但是 中国法律并未对“其他形式”作出具体规定。由于“其他形式”的合作企业必然无独立法人资格 因此无法独立承担民事责任。企业形式和投资者的权利义务均依照合作企业合同的具体规定。尽管这种形式的合作企业无法独立承担民事责任 但其投资者并不一定对合作企业承担无限责任。投资者可以在合作企业合同中规定 合作各方以其投资或提供的合作条件为限对合作企业的债务承担责任。同时 中国法律强制性规定 任何类型的合作企业均以其全部资产对合作企业的债务承担责任。^① 《中华人民共和国民事诉讼法》规定公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。^② 不具有法人资格的中外合作经营企业和外资企业只要依法领取营业执照 就可以以其他经济组织的身份作为当事人参加民事诉讼。^③ 因此 如果发生诉讼 合作企业可以作为原告、被告或第三人参加诉讼 而其投资者则不必参加诉讼。这实际上赋予了所有合作企业有限责任 即股东以其投资或合作条件为限对合作公司承担责任 合作公司以其资产为限对债权人承担责任 债权人仅对合作公司享有追索权 债权人对合作公司股东无追索权。

中国法律对外资企业是否可以采用除有限责任公司形式之外的何种其

《中外合作经营企业法实施细则》第十四条。

《中华人民共和国民事诉讼法》，1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过，同日公布，第四十九条。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，最高人民法院1992年7月14日发布，第四十条。

他形式无明确规定。外经贸部规定，外资企业采用其他形式的，无论投资额大小 均应当报外经贸部批准。^①

二、外国企业在中国设立分支机构

外国企业的分支机构是指外国企业依照中国法律在中国境内设立的从事生产经营活动的分支机构。这里所说的外国企业与外商在中国境内成立的外商投资企业不同。外商投资企业是依据中国法律设立的 属于中国法人 外国企业指在外国成立并登记注册的企业。外国企业在中国境内设立分支机构需要经过中国主管机关的批准。^② 分支机构与办事机构的主要区别在于 外国企业的分支机构均以营利为目的 并在中国境内开展营业活动。^③

从法律性质上讲 所有外国企业的分支机构均是一种外国企业的分公司。^④ 但是在中国法律体制下 尽管《公司法》允许外国企业在中国境内设立分支机构 但是 在实践中 除特殊性质的外国公司外 其他外国公司从未在中国被允许设立分公司。外国公司在中国境内设立分支机构 只能采取以下四种形式之一：

1. 陆上、海洋的石油及其他矿产资源勘探开发；
2. 房屋、土木工程的建造、装饰或线路、管道、设备的安装等工程承包；
3. 承包或接受委托经营管理外商投资企业；
4. 外国银行在中国设立分行。^⑤

工商局颁发的营业执照中有专门为上述四种分支机构设定的编号。对

《关于中华人民共和国外资企业法实施细则若干条款的解释》，外经贸部 1991 年 12 月 6 日发布。

《公司法》第二百条规定，外国公司在中国境内设立分支机构，必须向中国主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件，经批准后，向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。

江平主编：《新编公司法教程》，北京：法律出版社，1994 年 9 月第 1 版，第 232 页。

江平主编：《新编公司法教程》，北京：法律出版社，1994 年 9 月第 1 版，第 231 页。

^⑤ 《外国（地区）企业在中国境内从事生产经营活动登记管理办法》，国家工商行政管理局 1992 年 8 月 15 日发布。

于陆上、海洋的石油及其他矿产资源勘探开发的外国企业 其营业执照的编号为“企外+注册地区简称+勘字第_____号”对于房屋、土木工程的建造、装饰或线路、管道、设备的安装等工程承包 其营业执照的编号为“企外+注册地区简称+承字第_____号”对于承包或接受委托经营管理外商投资企业 其营业执照的编号为“企外+注册地区简称+管字第_____号”对于外国银行在中国设立的分行 其营业执照的编号为“企外+注册地区简称+银字第_____号”。^①

对于除上述四种以外的外国公司在中国境内的分支机构 在实践中根本得不到批准。例如 中国法律允许外国公司参与打捞沉船 但在实际操作中已停止执行。尽管《外国(地区)企业在中国境内从事生产经营活动登记管理办法》规定外国企业可以在中国境内设立其他分支机构 从事国家允许从事的生产经营活动 但是 除上述四种分支机构外 国家工商局根本没有备好的营业执照种类可以颁发。

三、外国企业在中国设立常驻代表机构

常驻代表机构是指外国公司、企业和其他经济组织在中国境内设立的从事非直接经营活动 代表该企业进行业务联络、产品介绍、市场调研、技术交流等活动的代表机构。

中国法律规定 外国企业常驻代表机构不得从事直接经营活动。^② 为了执行这一法律规定 外国企业常驻代表机构的营业执照的经营范围一栏中往往注明 不得从事直接经营活动。因此 从严格的意义上讲 常驻代表机构不是外商投资的一种形式。但是 在实践中 许多代表机构往往通过合法或被默许的途径直接从事经营活动, 成为外商直接投资的一种方式。

被默许的途径一般适用于那些其经营活动无需特殊物质条件的行业。例如 在咨询业中 从事咨询业务无需生产设备、原材料等 只需办公室、

^① 《关于启用 中华人民共和国企业法人营业执照)等六种新式证照及核定登记事项有关问题的通知》，国家工商行政管理局 1995 年 2 月 17 日发布，第二条第三项。

^② 《国家工商行政管理局关于外国企业常驻代表机构的登记管理办法》，1983 年 3 月 5 日国务院公布，第三条。

人员、办公用具等 这些物质条件也是其他常驻代表机构所具备的。实践中 许多外国咨询公司在中国的常驻代表机构直接从事咨询业务 从而进行与正式设立的咨询公司相同的业务 而政府主管部门也采取默许的态度。中国税务部门向这些代表机构征收营业税 而根据国家法律 代表机构不得从事直接经营活动，所以根本不可能合法取得营业收入，何谈营业税。

外商代表机构的合法经营活动主要指中国缔结或参加的国际条约明确规定某些外商代表机构可以从事直接经营活动。如果中国缔结的国际条约规定某些代表机构可以从事直接经营活动 则这些国际条约应当适用。例如 根据中国和美国签订的《民用航空运输协定》^① 美国的民用航空公司在中国的代表机构可以出售该公司的航空运输 还可进行该公司的管理、通讯和业务活动。^② 在实践操作中 中国政府的确允许美国民用航空公司在中国从事票务等直接业务活动。同时 中国政府还依据其他国家与中国签订的双边民航条约 允许其他国家的民用航空公司在中国的代表机构从事直接业务活动。需要指出的是 在双边条约中允许企业的代表机构从事直接业务活动的情况非常少见 目前只有外国民航公司驻中国的代表机构可依据双边条约从事直接业务活动 其他类型的代表机构均不得从事直接业务活动。

第二节 外商投资法律规范的渊源

中国的外商投资法律规范，包括中国国内法规范和国际法规范。二者共同组成了中国的外商投资法律体系。

^① 1980 年 9 月 17 日签署并生效。

中美《民用航空运输协定》第十一条。

一、国内法规范

国内法规范是指在中国立法机关制定的法律、行政法规、地方性法规和规章中关于外商投资的法律规范，包括以下几种：（1）专门适用于外商投资的法律、法规和规章 例如《中华人民共和国中外合资经营企业法》；（2）某些法律、法规和规章既适用于外商投资企业 又适用于内资企业 但其中某些条款专门适用于外商投资企业 例如《中华人民共和国外汇管理条例》是中国外汇管理的根本大法 既适用于内资企业也适用于外资企业，但其中某些规范只适用于外商投资企业；（3）统一适用于内外资法律实体的法律规定 例如《中华人民共和国土地管理法》。

根据 2000 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国立法法》按照立法层次来分 国内法规范可分为 6 层：（1）全国人民代表大会制定的宪法；（2）全国人民代表大会制定的基本法律和全国人大常委会制定的法律，（3）国务院制定的行政法规，（4）省、自治区、直辖市人民代表大会制定的省级地方性法规（5）省、自治区、直辖市人民政府制定的地方性规章和省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和国务院批准的较大的市 合称为较大的市 的人民代表大会制定的地方性法规（6）较大的市的人民政府制定的地方性规章。上述 6 层立法的法律效力是逐渐递减的。另外 通过特别授权 三省 广东省、福建省和海南省 和四市 深圳、珠海、厦门和汕头 的人民代表大会、人民政府有权制定地方性法规和地方政府规章 在经济特区实施。^② 经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的 在本经济特区适用经济特区法规的规定。^③ 民族自治地方的人民代表大会有权

新《中华人民共和国土地管理法》于 1998 年 8 月 29 日经第九届全国人大常委会通过，第八十五条规定，中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业使用土地的，适用本法。原《土地管理法》只适用于内资企业，其第五十五条规定，中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业使用土地的办法由国务院另行制定。

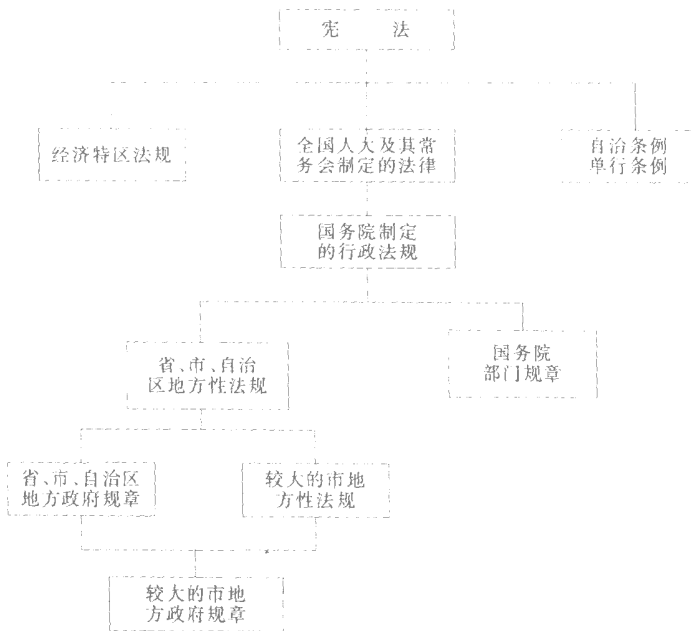
《立法法》第六十五条。

③ 《立法法》第八十一条。

依照当地民族的政治、经济和文化特点制定自治条例和单行条例。在民族自治地方，民族自治条例和单行条例优先适用。此外国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和国务院具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定部门规章。部门规章的效力小于宪法、行政法规与地方性法规和地方政府规章效力相同。中国法律明确授权上述机构行使立法权其他机构无权制定法律、法规和规章。

中国具体的立法层次见下图：

中国立法层次图



《立法法》第六十六条。

《立法法》第八十一条。

《立法法》第七十一条。

《立法法》第八十二条和第八十六条。

（一）中华人民共和国宪法

《中华人民共和国宪法》第 18 条明确规定：“中华人民共和国允许外国的企业、其他经济组织或者个人，依照中华人民共和国法律的规定在中国投资 同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。”在中国境内的外国企业和其他经济组织以及中外合资经营企业都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法权利和利益受中华人民共和国法律的保护 ” 上述规定从宪法的角度肯定了外商在华投资的法律地位。《宪法》作为中国的根本大法，具有最高法律效力。因此，《宪法》的规定优于其他任何法律规范

（二）全国人民代表大会制定的基本法律和全国人大常委会制定的法律

全国人大的立法权是中华人民共和国宪法赋予的。全国人民代表大会每年只举行一次会议，在全国人民代表大会闭会期间，全国人民代表大会常务委员会是全国人大的常驻机构。全国人大是中国的最高立法机关，有权修改宪法，监督宪法的实施，制定并修改有关刑事、民事、国家机关和其他事项的基本法律。

全国人大常委会作为中华人民共和国的最高权力机构的执行机构，有权制订法律。中国理论界把全国人大制定的法律称为基本法律，而把全国

《中华人民共和国宪法》、1982 年 12 月 4 日中华人民共和国第五届全国人民代表大会第五次会议通过，1988 年 4 月 12 日第七届全国人民代表大会第一次会议、1993 年 3 月 29 日第八届全国人民代表大会第一次会议、1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议修正，序言最后一段；《立法法》第七十八条

《宪法》第五十八条规定，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。

《宪法》，第五十条。

《宪法》第六十二条规定，全国人民代表大会行使下列职权：（1）修改宪法；（2）监督宪法的实施；（3）制订和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。

《宪法》第六十七条规定，全国人民代表大会常务委员会行使下列职权：（1）解释宪法，监督宪法的实施；（2）制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；（3）在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但不得同该法律的基本原则相抵触。

人大常务委员会制定的法律称为非基本法律。^①《宪法》未对全国人大和全国人大常务委员会制定的法律的效力作出明确规定。然而，全国人大常务委员会对全国人大负责并报告工作^②，全国人大常委会只有权制定除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律^③。在全国人大闭会期间，全国人大常委会有权补充、修订全国人大制定的法律。但是，所做的修改和补充不得同该法律的基本原则相抵触^④。因此，从立法权力上看，全国人大的立法权力高于全国人大常务委员会，所以从理论上讲，全国人大制定的基本法律的效力优于全国人大常务委员会制定的法律。但是，与《宪法》类似，新颁布的《立法法》也未对全国人大制定的基本法律和全国人大常委会制定的其他法律的效力加以区分，因此，认为前者的效力优于后者的看法缺乏成文法依据。

（三）国务院制定的行政法规

国务院的立法权源自《宪法》的规定。《宪法》第 89 条规定，国务院有权根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令。宪法赋予国务院的立法权只是行政立法权，属职权立法^⑤。即国务院作为国家最高权力机关的执行机关和全国的最高行政管理机关，其职权包括宪法

① 蔡定剑：《中国人民代表大会制度》，北京：法律出版社，1998 年 8 月第 1 版，第 217 页。

② 《宪法》第六十九条。

③ 《宪法》第六十七条第二款。

④ 《宪法》第六十七条第（三）款。

⑤ 见应松年、朱维究主编：《行政法与行政诉讼法教程》，第 131 页。

第 89 条授予的 18 项职权。^① 国务院的立法权应限于这十八项职权的范围内 在其行政管理职权范围内 国务院可就具体事项制定行政法规。

1985 年 4 月 六届人大第三次会议作出决定 授权国务院根据宪法 在同有关法律和全国人大及其常委会的有关决定的基本原则不抵触的前提下 对有关经济体制改革和对外开放的问题 制订暂行的规定或者条例 颁布实施。待成熟后 再由全国人大作为法律发布实施。这次特别授权实际上赋予了国务院制定职权立法范围以外的行政法规的权力。

2000 年新颁布的《立法法》对于国务院的立法进行了明确。首先 国务院有《宪法》所规定的职权立法。^② 其次 除职权立法外 如果为执行法律的规定需要制定行政法规 国务院有权制定。^③ 第三,《立法法》还明确规定 国务院有权根据全国人大及其常委会的授权进行立法。^④ 只要是国务院制订的立法 无论是职权立法、授权立法还是为执行法律而制订的立法, 均属行政法规。^⑤ 国务院的授权立法不因是基于全国人大及其常委会的授权而上升为法律。

① 国务院行使下列职权：（1）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；（2）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；（3）规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；（4）统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；（5）编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；（6）领导和管理经济工作和城乡建设；（7）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；（8）领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；（9）管理对外事务，同外国缔结条约和协定；（10）领导和管理国防建设事业；（11）领导和管理民族事务，保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利；（12）保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益；（13）改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章；（14）改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令；（15）批准省、自治区、直辖市的区域划分，批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分；（16）决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严；（17）审定行政机构的编制，依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员；（18）全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

马怀德主编：《中国立法体制、程序与监督》，北京：中国法制出版社，1999 年 1 月第 1 版，第 67 页。

② 《立法法》第五十六条。

③ 《立法法》第五十六条。

④ 《立法法》第九条。

⑤ 《立法法》第五十六条

(四) 省、自治区、直辖市人民代表大会制定的省级地方性法规

《中华人民共和国宪法》第一百条规定，省、自治区、人大及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制订地方性法规。这些地方性法规只在立法机关的地域管辖范围内有效。^①

(五) 省、自治区、直辖市人民政府制定的地方政府规章和较大的市的人民代表大会制定的地方性法规

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第六十条规定，省、自治区、直辖市人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章，报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案。中国法律将这些规章称为“地方性规章”^②或“地方政府规章”^③。依照《立法法》，地方政府规章可以就下列事项作出规定：

- (1) 为执行法律、行政法规和地方性法规的规定需要制定规章的事项；
- (2) 属于本行政区域的具体行政管理事项。

较大的市的人民代表大会，根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后实施，并由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。^⑤

姚梅镇、于劲松主编：《外商投资企业法教程》，北京：法律出版社，1994年2月第2版，第30页。

《立法法》第七十三条。

《立法法》第七十三条。

《立法法》第七十三条。

^⑤ 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第七条第二款，1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，根据1982年12月10日第五届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉的若干规定的决议》第一次修正，根据1986年12月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉的决定》第二次修正，根据1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉的决定》第三次修正；《立法法》第六十三条和第八十九条。

中国法律未对省、市、自治区地方政府规章和较大的市地方性法规之间的效力加以区分

（六）较大的市人民政府制定的地方政府规章

1995 年修订的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第六十条规定，省、自治区、直辖市人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，制定规章，报国务院和省、自治区的人民代表大会常委会、人民政府以及本级人民代表大会常委会备案。这些规章应属地方性规章。上述规章只需报国务院和省、自治区的人民代表大会常委会、人民政府以及本级人民代表大会常委会备案，而无需经过批准。但同级人民代表大会及其常委会制定的地方性法规却需要省、自治区的人民代表大会常委会的批准。由此可以看出中国的立法倾向是：行政立法的权力很大，地方权力机关的立法权限过小。但是，2000 年新颁布的《立法法》纠正了这一倾向。《立法法》明确规定，地方性规章的效力应低于同级人民代表大会及其常委会制定的地方性法规。

除上述 6 层法律外，中国在改革开放和吸引外资的过程中相继批准了一些经济特区。目前，经济特区有五个，即：深圳、珠海、汕头、厦门和海南。与此相关，全国人大特别授予了一些地方立法权，以适应经济特区发展的需要。这些特别授权包括三省四区，即：广东省、福建省和海南省，深圳、珠海、汕头、厦门四个经济特区。^① 1981 年 11 月第五届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过决议，决定授权广东省、福建省人民代表大会及其常务委员会，根据有关的法律、法令、政策规定的原则，按照各该省经济特区的具体情况和实际需要，制定经济特区的各项单

^① 马怀德主编：《中国立法体制、程序与监督》，北京：中国法制出版社，1999 年 1 月第 1 版，第 39 页；张根大等著：《立法学总论》，第 135 至 136 页。

^② 马怀德主编：《中国立法体制、程序与监督》，北京：中国法制出版社，1999 年 1 月第 1 版，第 34 页。

行经济法规并报全国人民代表大会常务委员会备案。^①1988年4月,第七届全国人民代表大会第一次会议通过决议,决定授权海南省人民代表大会及其常务委员会,根据海南经济特区的具体情况和实际需要,遵循国家有关法律,全国人民代表大会及其常务委员会的决定和国务院有关行政法规的原则,制定法规,在海南经济特区实施,并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。^②1992年7月,第七届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议通过决定,授权深圳市人民代表大会及其常务委员会根据具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规,在深圳经济特区实施,并报全国人民代表大会常务委员会、国务院和广东省人民代表大会常务委员会备案;授权深圳市人民政府制定规章并在深圳经济特区组织实施。^③1994年3月,第八届全国人民代表大会第二次会议通过决定,授权厦门市人民代表大会及其常务委员会根据厦门经济特区的具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规,在厦门经济特区实施,并报全国人民代表大会常务委员会、国务院和福建省人民代表大会常务委员会备案,授权厦门市人民政府制定规章并在厦门经济特区组织实施。^④对另外二个经济特区珠海和汕头也有过类似的授权。^⑤对于上述授权立法,新颁布的《立法法》规定:如果经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在该经济特区内适用经济特区的规定。^⑥

《中华人民共和国宪法》第一百一十六条规定:民族自治地方的人民代

① 《全国人民代表大会常务委员会关于授权广东省、福建省人民代表大会及其常务委员会制定所属经济特区的各项单行经济法规的决议》,全国人大常委会1981年11月26日发布。

② 《全国人民代表大会关于建立海南经济特区的决议》,1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过。

③ 《全国人民代表大会常务委员会关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》,1992年7月1日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十六次会议通过。

④ 《关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》,第八届全国人民代表大会第二次会议,1994年3月22日通过。

⑤ 《关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常务委员会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》,1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过。

⑥ 《立法法》第八十一条。