

第一编 总论

第一章 外商投资和外商

投资企业概述

第一节 国际投资的起源和发展

国际投资 (International Investment) 泛指国际间资本的流动, 是国际间进行经济合作和技术交流的重要形式。它包括资本输出和资本输入两个方面。从资本输出角度看 国际投资是海外投资或对外投资 从资本输入角度看 国际投资则是外国投资或外商投资。在国际投资中 资本输入国称为东道国 资本输出国称为基地国。

一、国际投资的起源

早在 19 世纪前半叶, 以英国为主的规模较小的资本输出已经出现, 但投资不具有典型性而有依附于海外贸易的性质。到了 19 世纪末 20 世纪初, 资本主义进入了垄断阶段, 相对过剩的资本积累推动了国际投资的正式形成 出现了以追逐超额利润为目标、解决资本相对过剩矛盾的资本输出型国际投资。也就是说 在起源时期, 国际投资具有典型的资本输出性。据资料记载 截至 1914 年, 各资本主义国家输出的资本总额达 480 亿美元 由于受第一次世界大战和世界性经济危机的影响, 到 1938 年资本输出规模仅增长 10% 为 528 亿美元。英国以其附属国和殖民地为输出对象, 美国以拉丁美洲国家为“后院” 德国和法国以非洲和拉丁美洲为重点, 日本则集中在亚洲特别是东南亚地区。

二、国际投资的发展

第二次世界大战以来，特别是进入 80 年代以来，随着生产的国际化和经营的国际化，国际投资进入了迅猛发展时期。

从投资额来看，国际投资的规模越来越大。据统计，1945 年二战结束时，国际资本输出总额为 510 亿美元，1958 年已超过 1000 亿美元，1970 年达到 3000 亿美元，1979 年底，仅美国输往海外的资本就达 4943 亿美元，80 年代末，国际直接投资总额已接近 2 万亿美元，较二战结束时增加了 38 倍以上。进入 90 年代，全球国际直接投资仍呈增长趋势，1990 年，全球直接投资外流量为 2250 亿美元，累计外流量为 17 万亿美元。

从投资方向来看，自 70 年代开始到 80 年代以后，国际投资的重心，已逐步从发展中国家转向发达国家，发达国家之间国际投资相互渗透、相互“对流”，形成当前国际投资的主流和基本趋势。发展中国家吸收资本主义世界的直接投资则在世界投资总额中的比重日趋下降，其中，发达国家向发达国家投资额约占总投资额的 $\frac{2}{3}$ ，而向发展中国家的投资仅占 $\frac{1}{3}$ 。就投向的区域而言，亚太地区已成为国际投资的热点。亚洲、太平洋沿岸诸国由于经济高速增长、社会购买力强和生产成本低等原因，为当代国际投资者所看重。从 1986 年起，东亚、南亚、东南亚及太平洋地区超过了拉美和加勒比海地区，一跃而成为发展中国家吸收国际投资最多的地区。1986 年到 1990 年间，亚太地区的国际直接投资输入量年平均增长率为 24%，1990 年吸收的国际直接投资高达 180 亿美元，占发展中国家外商直接投资总量的 61%。

从投资来源来看，主要集中在美国、日本和欧洲共同体国家，形成了国际投资的“三足鼎立”格局。美国是大多数拉美国家和少数亚洲国家的主要投资国，日本是亚洲国家的主要投资国，而欧洲共同体则是中东欧及一些与欧洲有历史渊源的非洲国家的有控制力的投资者。另一方面，一些发展中国家也积极对外投资，形成了国际投资的“逆向性”特征。当前，一些发展中国家，特别是新兴工

业化国家和地区 如新加坡、韩国、泰国、中国的香港和台湾地区以及其他一些工业化程度较高的国家，如拉美的巴西、阿根廷、亚洲的印度等，已纷纷跻身于海外投资者行列，投资数额也在不断地迅速增长。国际投资的互补作用得到了这些国家和地区的重视，国际投资已由过去少数发达国家向发展中国家的“单向”投资，逐步转变为发达国家之间的“双向”投资和发展中国家向发达国家投资的“逆向”投资 形成了所谓‘倒流’的投资趋势。

三、国际投资的意义

当今的世界是一个开放的世界 任何一国的经济发展 是不能与国际经济相分割的。利用国际投资，互通有无、取长补短是国际经济发展的必然趋势，完全符合国际经济发展规律的要求和各国的利益。国际投资不仅促进了资本接受国经济和技术的发展，为资本输出国获取了大量的海外利润，而且也促进了生产和资本的国际化，对整个世界生产力水平的提高以及国际分工、合作都起着十分重大的推动作用。

国际经济发展的历史证明 无论是西方发达国家 还是发展中国家 无论是资本主义国家 还是社会主义国家 都在不同层次、不同程度地利用国际投资这种方式，以促进本国国民经济的迅猛发展。闭关自守 无异于作茧自缚、自甘落后。同时 我们也要看到，国际投资对经济发展既有积极作用，也有消极影响。因此，一个主权国家对待国际投资的正确态度应该是：既要利用，又要自主；既要鼓励 又要调控 既要协调 也要争斗。

第二节 外商投资的概念和方式

一、外商投资的概念

在国外立法中，一般不称“外商投资”而称“外国投资”。俄罗斯《外国投资法》第 2 条规定，外国投资者为企业项目提供的各种形式的财产和知识财富以及其他形式的活动并以谋取利润（收入）

为目的的均为外国投资。智利《外国投资法》第 1 条规定 外国投资是指用来自外国的投资去设立或扩大一个外国自然人或外国公司所有的企业。印度尼西亚《外国投资法》第 1 条规定 外国投资是指外国所有者，以在印度尼西亚进行企业经营为目的，根据本法直接投资并对其承担风险。可见，在国外立法中，外国投资的含义并不一致。

根据我国外商投资立法的实际情况，并结合国外立法的有关规定，所谓外商投资是指外国的公司、企业、其他经济组织和公民个人依照中国法律规定的方式向中国境内进行资本投入并以营利为目的的法律行为。其要点是：(1) 投资主体只能是外商。即具有外国国籍的公司、企业、其他经济组织和公民个人。具有中国国籍的法人、其他经济组织和公民个人自然不能算是外商。但由于历史的原因，台湾同胞、港澳同胞和华侨（侨居国外但未取得外国国籍的中国人）来中国大陆投资，也按外商对待，适用外商投资的有关法律、法规，并享受外商投资的优惠待遇。因此这里的外商可作广义理解 即是指中国大陆以外投资者 或称境外投资者。(2) 资本必须来源于中国境外。尽管外商投资者也可以用其从中国境内投资的其他外商投资企业获得的人民币利润进行再投资，但其原始资本仍必须来源于境外 否则 就不成其为外商投资。(3) 投资标的既可以是外国的货币资金，也可以是实物、工业产权或非专利技术，甚至还可以用我国法律不禁止的其他财产权利进行投资。(4) 投资方式既可以是直接投资，也可以是间接投资。(5) 投资目的是为了营利。外商之所以在我国投资，就是为了谋取投资收益，即为了实现其资本的增值，获得比在本国投资更高的利率或利润率。如果我们忽略了这一点，不为外商创造良好的投资环境，不切实维护其投资及其投资所获得的利益，外商便不会前来中国投资。

外商在华投资，无论对外商投资者，还是对中国都有一定的积极作用。两方面的作用在客观上是互补的，即相互弥补了各自的不足，获得了共同的发展。外商在华投资可以弥补我国建设资金之不

足，可以为我国引进国外先进的技术和设备，可以改善我国企业的经营管理水平，可以扩大我国的劳动就业机会和出口创汇能力。同时也可以使外商获得较高的投资收益，因为我国的资源丰富、市场广阔、劳动力低廉 再加之 政府制定的许多优惠政策 这比在发达国家投资获利要多得多。

二、外商投资的方式

(一) 外商投资的法定方式

在东道国的外国投资立法中，大多对外国投资可以采用的投资方式作了明确规定。外国投资者只能以法定方式进行投资。

俄罗斯《外国投资法》第 3 条规定，外国投资者有权通过下列方式在俄罗斯境内进行投资：(1) 以参股的形式同俄罗斯的法人和公民共同建立企业；(2) 建立完全属于外国投资者的企业以及建立外国法人的分支企业；(3) 购买企业、财产设备、大楼、建筑物、企业股份、股票、债券和其他有价证券以及根据俄罗斯境内现行法律外国投资者能够拥有的其他财产；(4) 购买土地和其他自然资源的使用权；(5) 购买其他财产权；(6) 从事俄罗斯境内现行法律不禁止的其他投资活动 包括提供信贷、财产和财产权。

罗马尼亚《外国投资法》第 1 条规定，外国投资者在罗马尼亚的投资项目包括以下范围：(1) 依法建立外商独资的或者同罗马尼亚自然人或法人合营的企业；(2) 参与增加某个现存公司的注册资本，或者获得这类公司的股份、股票、债券或其他有价证券；(3) 在符合法律规定的条件下，获得自主经营企业经营管理活动、公共劳务和生产单位的特许权、租赁权或承包权；(4) 获得动产或不动产所有权、其它物权 但土地所有权除外；(5) 获得工业产权和其他知识产权；(6) 获得与投资有关的债权或提供劳务所得的其它权益；(7) 购置生产场所或其他建筑物 但住宅除外；其它投资项目的辅助设施及其营造工程；(8) 签订合同进行自然资源方面的勘探、开发和生产分配。

根据我国现行立法，外商投资者在我国境内可以采取下列方

式进行投资：(1)举办中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业；(2)购买公司的股票、债券等有价值证券；(3)向中国提供信贷资金；(4)购置房产；(5)购买、承包或租赁企业；(6)开展补偿贸易、来料加工装配、合作生产；(7)合作开发海洋石油资源；(8)合作开发陆上石油资源；(9)依法取得土地使用权，从事开发经营；(10)法律、法规允许的其他投资方式。

国内外立法所规定的多种多样的投资方式，在理论上，可划分为直接投资和间接投资两大类。其中，纳入国际投资法和外国投资法的调范围的，一般只限于外国的直接投资。至于间接投资关系，则不在外国投资法的调整对象之列而属于民法、商法、公司法、证券法等法律、法规的调整范围。^{①①}至于补偿贸易、来料加工装配、出口信贷、国际租赁等，虽属利用外资的不同形式，也有人称之为外商投资的灵活方式，其实，这些形式严格说来，只是以产品支付价款、加工与贸易、信贷与贸易、租赁与贸易相结合的贸易方式均属灵活贸易方式。论其社会关系的性质，或隶属于贸易关系，或属于涉外债权债务关系，证之国际上的习惯做法及常用概念，均应列入对外贸易的范畴，而不宜当作投资方式。^{②②}

三、外商的直接投资

直接投资在国际经济合作和技术交流中占有十分重要的地位，是国际贸易的延伸和发展。一般认为，直接投资是 19 世纪末 20 世纪初所产生的一种极为重要的投资方式。关于直接投资各国大多在其立法中做了明确界定 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，或者是直接或间接地拥有或控制一家以公司形式组成的工商企业的任何等值的投资额”。

葡萄牙《外国投资法典》第 2 条规定：“本法所指外国直接投资应包括所有由外国提供的投资，不论其形式如何，并不问其非居民

^① 姚梅镇：《比较外资法》 武汉大学出版社 1993 年版 第 7 页。
^② 姚梅镇：《外商投资企业法教程》 法律出版社 1990 年版 第 22—23 页。

的个人或公司是为了他们的活动，还是为了和现有公司或由他参加投资在葡萄牙组成的公司，建立适当的经济联系”。

拉丁美洲安第斯条约国共同制定的《安第斯共同外资法典》第 1 条则规定：“外国直接投资系指来自境外由自然人或法人用可自由兑换的货币或其他实物向企业所进行的投资，并有权向国外汇出其资金或利润”。

根据我国的实践并借鉴国外立法的规定我们认为所谓外商直接投资是指外商投资者在我国境内将资本直接投向企业，并对其所投资企业的经营管理活动拥有一定控制权的投资方式。简言之，外商直接投资就是外商投资者在我国境内直接经营企业的投资方式，或者说，外商直接投资即指伴有企业经营管理权和较大实际控制权的外商投资。外商直接投资的主要优点就在于为我国一揽子提供了资金、技术设备和经营管理经验，这对建设资金严重不足和技术水平相对落后的中国来讲，无疑具有积极的影响和重大的作用。外商直接投资的另一个显著特征就是它与企业的财产权、经营管理权和实际控制权有实质性联系。至于究竟拥有多少股份或股权，才可认为有实际控制权，而成为直接投资，各国立法和解释不一。但一般认为要达到一定数额的股权，如美国法律规定，以拥有一个企业有表决权股份的 10% 为直接投资的基线。严格来讲，仅以政府所规定的一定股权比例为标准来认定投资者是否控制了企业的这种做法，本身并不十分科学，事实上，如果一个股份有限公司的股权比较分散，而股本很大，则只要掌握该企业少量的股份比例，就足以控制该企业经营管理的决策大权。

从我国目前来看，外商在我国的直接投资方式主要是指外商投资者在我国境内同中方投资者共同举办中外合资经营企业、中外合作经营企业或者单独投资举办的全部资本由其拥有的外资企业。

四、外商的间接投资

外商的间接投资是指外商投资者在我国境内不直接掌握所投

资企业的财产所有权，对所投资企业既不参与经营管理，也不享有实际控制权的投资方式。换言之，间接投资就是不直接影响投资对象财产的根本归属，同投资对象的控制权无实际性联系的投资方式。外商间接投资与直接投资的区别在于：（1）间接投资的手段具有单一性，即只能用货币进行投资，而直接投资的手段则具有多样性，即既可以用货币投资，也可以用实物投资，甚至还可以用无形资产进行投资。（2）间接投资无论是将资金贷放给企业，还是购买企业的债券，都无权参加所投资企业的经营管理活动。即便是购买公司的股票，因其投资数量有限，也无法实际参与公司的经营管理活动，如果购买股票超过一定数量，实际享有了公司的生产经营管理权，那投资的性质就发生了质的变化，就不是间接投资，而成了直接投资。直接投资无论是举办合营企业、合作企业，还是外资企业，外商投资者依法都有对所投资企业行使经营管理的权利。（3）间接投资对所投资的企业没有实际控制权，而直接投资则对所投资企业拥有实际控制权。至于达到什么程序，就算是对所投资的企业拥有实际控制权，一般来讲，只要当投资者掌握了所投资企业相应比例的股权，致使其能对该企业施加决定性影响时，就可认为这样的投资是直接控制了所投资的企业，并且可以认为这类投资就应属于直接投资 否则 只能是间接投资方式。（4）间接投资者除了在所投资的企业破产时要承担风险外，所投资企业的经营风险都由间接投资接受者承担，而直接投资者对所投资的企业的经营风险则要承担责任。（5）间接投资是通过收取利息使其资本增值 而直接投资则是通过获取经营利润使其资本增值。

根据我国的法律规定和实际情况，外商在我国的间接投资方式主要是两大类，即信贷投资和证券投资。

信贷投资是指外商将其借贷资本投入我国境内并获取利息的一种间接投资方式。随着生产国际化的发展，商品交换市场的不断扩大，同时也必然出现相应的国际货币资金市场。国际货币资金市场的产生，是外商信贷投资进一步发展的基础。外商的信贷投资是

指外商投资者（即贷款方）将约定数额的外汇资金贷放给中国企业，期满后由投资者向借款方收回本金和利息的投资方式。

需要说明的是 外商向中国国有企业进行信贷投资 必须经我国国家外汇管理局批准，除国家核准有资格对外借款企业外，一般要由中国银行出面同外商投资者签订贷款合同。但是外商投资者向中国的外商投资企业提供信贷资金，则由他们双方直接签订借款合同，中国政府不加干涉。

证券投资是指外商投资者以购买中国发行的有价证券的形式而进行的投资方式。证券投资主要分为债券投资和股票投资两大类。从一般意义上讲 债券就是政府、金融机构、国际组织、公司、企业等组织为了筹集社会资金，依照法定程序发行的、证明持券人在约定期限内能够得到偿还本金和支付利息承诺的债权凭证，而股票则是股份有限公司依照法定条件和程序签发的证明股东所持股份的凭证。但外商从事债券投资依法只能购买中国在国际债券市场上发行的外国债券和欧洲债券，而不能购买中国在国内发行的国内债券。所谓外国债券就是我国在外国发行的以发行地所在国的货币为面值的债券，如中国国际信托投资公司首次于 1982 年在日本东京证券市场发行的 100 亿日元债券，欧洲债券则是我国在欧洲债券市场上发行的以第三国货币为面值的债券，其最大特点是债券发行者、债券发行地和债券面额货币分属三个不同国家，如我国在德、法债券市场上发行的美元债券。同样 外商从事股票投资依法只能购买中国的股份有限公司在境外发行及上市的外资股票，而不能购买股份有限公司在境内发行的内资股票，所谓外资股票即 B 种股票，是我国股份有限公司经国务院证券委员会批准，依照《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》向境外特定的、非特定的外商投资者发行并在境外公开的证券交易所所流通转让的股票。该种股票属于记各式，以人民币标明面值 以外币认购和进行交易 专供外国和我国香港、台湾、澳门地区的投资者买卖投资。

第三节 外商投资企业的界定

一、外商投资企业的概念

外商投资企业的概念，是在我国对外开放和吸收外商直接投资的实践活动中逐步确立的。人们起初常常使用“三资企业”这一概念，但此称谓并不科学，因为它并没有反映出此类企业特有的本质特征，反而容易使人误解为由三方投资者共同投资的企业或是由三种不同所有制资本联合设立的企业。为了消除人们对“三资企业”这一概念的误解，我国政府便在公函中用“外商投资企业”代替了“三资企业”的称谓。1986年10月11日国务院《关于鼓励外商投资的规定》首次以法规的形式将“外商投资企业”这一概念固定下来，使之成为一个法律概念。

所谓外商投资企业就是中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业的统称或总称。它是指依照中国有关法律，在中国境内设立的资本由中外投资者双方共同投资或由外商投资者单独投资的企业。由中外投资者双方共同投资兴建的企业是中外合资经营企业或中外合作经营企业，而由外商投资者单独投资兴建的企业则是外资企业。

根据《台湾同胞投资保护法》和国务院《关于鼓励台湾同胞投资的规定》以及《关于鼓励华侨和香港澳门同胞投资的规定》，台胞、华侨和港澳同胞可以在中国大陆投资举办拥有全部资本的企业、合资经营企业和合作经营企业。这些台胞投资企业、华侨投资企业和港澳同胞投资企业，除适用国务院有关规定外，也要参照执行国家有关外商投资的法律法规的规定，并享受相应的外商投资企业待遇。因而，把台胞投资企业、华侨投资企业和港澳同胞投资企业视为外商投资企业的范畴。

外商投资企业同我们日常生活中讲的“三来企业”和“三贷企业”也有质的区别。“三来企业”即由外商提供原材料、元器件、零配件、图纸、样品，我方对其加工、装配的企业。“三贷企业”则是指

“货物还物”的补偿贸易企业和“货物还钱”的租赁贸易企业以及“贷钱还钱”的境内借款企业。“货物还物”的补偿贸易企业是指企业以补偿贸易的方式通过获得的设备、技术等进行生产并以相应的产品进行补偿的企业，“货物还物”的租赁贸易企业是指企业以租赁方式获得设备、技术以支付租金的形式经营的企业而“贷钱还钱”的境内借款企业，则是指境内企业通过向境外的机构借款以投资后的利润偿还贷款本息的企业。从本质上讲，外商投资企业是外商在我国直接投资方式而“三来企业”和“三贷企业”则是我国企业同国外进行经济合作和技术交流的一种方式，它们都没有吸收外商的直接投资，外商对该企业也没有相应的支配权或控制权。

从外商投资企业的投资主体来看，没有外商投资者就没有外商投资企业的存在。即是说，外商投资者是外商投资企业的必备主体。

从外商投资企业的设立地来看，外商投资企业必须是在我国境内设立的企业。如果一个企业虽是由中外投资者双方所构成或由外商投资者单方组建，但若企业的设立地不在中国境内而是在国外，那么，该企业就不受中国法律的管辖，也不是我们这儿讲的外商投资企业。

从外商投资企业的投资方式来看，外商投资企业是外商在我国采取的私人直接投资方式。所谓私人投资是相对于政府投资而言的，政府投资是指外国政府或由外国政府共同设立的国际经济组织向中国政府所进行的投资活动，而私人直接投资则是外国的公司、企业、其它经济组织或公民个人向我国所进行的直接经营企业的投资活动。

从外商投资企业的设立依据来看，外商投资企业是依据我国有关外商投资企业的法律而设立的企业，而不是依据外国法律所设立的企业。具体来说，中外合资经营企业是依照《中外合资经营企业法》设立的，中外合作经营企业是依照《中外合作经营企业法》

设立的而外资企业则是依照《外资企业法》而设立的。

从外商投资企业的设立程序来看，在我国设立外商投资企业必须经我国法律所规定的政府机关审查批准，并应向我国的工商行政管理部门办理登记注册手续，并由其发给《企业法人营业执照》或《企业营业执照》，才算正式成立，才能受到我国法律的承认和保护。

从外商投资企业的国籍来看，外商投资企业，是具有中国国籍的企业，而不是具有外国国籍的企业，因为它的设立依据是中国的法律，设立地在中国境内，并且是经我国政府审批注册的企业。

从外商投资企业的法律管辖来看，外商投资企业只能受中国法律管辖，而不能受外国法律管辖，这是从属人和属地的角度得出的必然结论。因此，外商投资企业的一切活动都必须遵守中国的法律、法规和规章，外商投资企业如果触犯了中国的法律，必须承担相应的法律责任，这同享有治外法权的旧中国的外商投资企业有着本质的区别。

从外商投资企业的待遇来看，它同国内投资企业相比，享有较多的优惠条件和政策，这主要体现在税收的减免、经营管理的自主权和有关鼓励措施上。

二、外商投资企业的性质

外商投资企业的性质，一般取决于企业投资主体的经济成份。外商投资者和我国投资者的经济成份都有公有制和私有制之分，所以，外商投资企业的性质就有两种类型，一是属于社会主义性质，如我国国有企业、集体企业同其他社会主义国家的公有制企业共同举办的外商投资企业。二是属于国家资本主义性质，如我国投资者与资本主义国家的私人投资者共同举办的外商投资企业。从我国吸收外商直接投资的实际情况来看，我国的外商投资企业绝大多数属于国家资本主义性质的企业。

国家资本主义是国家能够限制和规定其活动范围的资本主义。^① 它有两种方式，一是资本主义条件下的国家资本主义，即由资本主义国家政权所掌握和控制或受资本主义国家政权监督的资本主义企业；二是社会主义条件的国家资本主义，即由社会主义国家政权限制和规定其活动范围的资本主义企业。在我国举办的外商投资企业，就是属于社会主义条件下的国家资本主义，我国政府通过立法的规定，能够对外商投资企业实行宏观调控和有效的监督管理，从而使设立的外商投资企业符合中国国民经济的发展要求和中国社会公共利益的实际需要。

第四节 外商投资企业的种类

一、以经营方式为标准的分类

外商投资企业依据经营方式的不同，可划分为中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业三种，这也是我国外商投资企业立法的最基本分类方法。

（一）中外合资经营企业。

中外合资经营企业在我国法律上简称为合营企业，这同国际习惯用语并不一致。在国际上合营企业是合资企业和合作企业的统称，而在我国，合营企业则专指合资企业，而不包括合作企业。

合营企业的英文专用词为 *Joint venture*。英中 *Joint* 是共同或联合之意，*venture* 的原意是冒险或冒险事业。*Joint venture* 按词义原是“共同冒险”或“共同承担风险”的意思。这个专用词是由美国创造的，流行于第二次世界大战以后，因为投资者在国外同当地投资者联合经营企业，可能盈利，也可能亏损，所以把合营企业这种共同参与冒险的行为称之为 *Joint venture* 也是比较恰当的。联合国工业发展组织于 1968 年编写的《发展中国家工业合营企业

《列宁全集》第 3 卷 第 244 页。

协议手册》把合营企业分为契约式合营企业和股权式合营企业两种类型。

中外合资经营企业，属国际上所称的股权式合营企业(Equity Joint venture)，也就是说，我国的合营企业属于股权式经营模式，即中外投资者对企业的股权大小完全取决于合营各方的出资比例 出资比例多的一方 股权就大 出资比例少的一方 股权就小。合营各方可以用货币出资，也可以用非货币出资，但非货币形式的出资必须换算成货币，并用同一货币来计算各自的投资额及其在注册资本中的比例。总之，通过出资份额所体现的股权是投资各方权利和义务的基本依据。

因此 我们认为 所谓中外合资经营企业 即合营企业 是指中外合营各方按照平等互利的原则，依照中国法律，经中国政府批准登记 在中国境内共同投资和经营的“ 股权式合营企业 ”。中外合资经营企业虽是股权式经营方式，但又不采用公开募集股份和发行股票的方法，而是将合营各方的出资额写明于合营企业合同、章程上，并由企业出具出资证明书的方式体现其股权性质的。

合营企业的投资主体由外国合营者和中国合营者两方构成。外国合营者既可以是外国的公司、企业和其他经济组织，也可以是外国的公民个人，而中国合营者依法只能是中国的公司、企业和其他经济组织。中国的公民个人不能以中国合营者的身份与外国合营者共同举办合营企业。

合营企业的资本由中外合营者双方共同投资，合营各方既可以用货币出资 也可以用实物、工业产权、专有技术投资 中国合营者还可以用土地使用权进行投资。企业的注册资本就是合营各方认缴的出资额的总和。

合营企业的经营管理权由中外合营者双方共同行使。由合营各方委派自己的代表组成企业的最高权力机构——董事会 讨论决定合营企业的一切重大问题。由董事会聘请的中外合营者分别担任的总经理、副总经理组成企业的经营管理机构，负责企业的生

产和经营管理工作。

合营企业通过合法经营获得利润后 应依照法定原则和顺序，由合营各方按出资比例共享盈余分配。合营企业如果发生了亏损，则由合营各方按照各自的出资比例共同负担，而不能一方负担，另一方不负担。

合营企业从事经营活动 也可能遇到一定的投资风险 造成一定的经济损失，这些风险。主要来源于市场价格的波动、经营决策的失误、银行存贷款利率的调整和通货膨胀的影响，合营各方必须共同承担这些投资风险。

（二）中外合作经营企业

中外合作经营企业在我国法律上简称为合作企业，属于契约式合营企业。它较少受公司企业立法的限制，虽然也有调整这种企业的法律，但这种法律的任意性、授权性规范却比较多，这就为当事人用契约或合同决定企业的一切重大问题奠定了切实可行的基础。因此，契约式合营企业的基础在于各方投资者之间签订的契约，契约对于合营各方及企业本身都起着决定性作用。

根据中外合作经营企业的法律性质和我国法律的有关规定，我们认为，中外合作经营企业是指中外合作各方按照平等互利的原则 依照中国法律 经中国政府批准 在中国境内设立的 以合同约定各自的投资或合作条件、收益或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式以及企业终止时财产归属等事项的“契约式合营企业”。

在合作企业中 合作企业合同占据主导地位 合营各方的投资或合作条件、收益或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式以及企业终止时财产的归属等事项均须由合同约定。合同是合作双方权利和义务的基本依据，也是合作企业正常运转的行为准则，因此，合作企业合同在合作企业中有着十分重要的意义。

合作企业的合作各方不仅可以用现金、实物、工业产权、专有技术和土地使用权投资，也可以用“其他财产权利”进行投资或作

为其提供的合作条件，“其他财产权利”的内容除依双边投资条约关于投资含义加以确定外，还可以依据我国《民法通则》加以确定，主要是指经营权、开采权、承包权、抵押权、商号权、劳务、商誉和技术咨询等，这同合营企业的出资方式相比具有明显的广泛性，因为合营企业只能用现金、实物、工业产权、专用技术和土地使用权出资，而不能用其他财产权利出资。

合作企业与合营企业一样，都有权依照经批准的合同和章程进行经营管理活动，但合营企业依法只能采取董事会制，而合作企业既可采取董事会制，也可采取联合管理制，还可在企业成立后委托中外合作者以外的他人经营管理。

在合作企业中，中外合作者如果在合作企业合同中约定合作期满后合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，也可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期满前先行回收投资的办法，这与合营企业的注册资本在合营期内不得减少和合营者不得先行回收投资的规定有着明显的区别。

国外所称的“契约式合营企业”没有独立的法人资格，常常被看作是一种合伙或合伙企业，如保加利亚。而我国合作企业的法律地位则取决于中外合作者的意愿，中外合作者双方既可把合作企业办成不具有法人资格的经济组织，也可把合作企业办成具有法人资格的公司。因此，合作企业的法律地位是不确定的。

（三）外资企业。外资企业的英文是 *Wolly foreign-owned enterprise*，其字面含义为完全归外国人拥有的企业。国外关于外资企业的概念并不统一，一般认为，外资企业主要指根据东道国法律设立的全部或大部分资本由外国投资者投资的企业。例如，菲律宾 1968 年颁发的《外资企业管理法》就适用于全部或部分资本由外国投资者投资的企业。阿根廷 1973 年颁发的《外国投资法》所规范的外国资本公司是指阿根廷参股本及其决定权在 51% 以下的公司。

根据我国《外资企业法》第 2 条的规定，所谓外资企业是指依

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，不包括外国企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。”

外资企业的投资主体只有外商投资者一方 即外国的企业、其他经济组织和外国的公民个人，而不能包括中方投资者，否则，就不成其为外资企业。需要说明的是，外资企业的单方投资主体，是同合营合作企业的中外双方主体相比较而言的，因此，至于一个外资企业有几个外国投资者，那对外资企业的性质并无什么影响。在现实生活中，有的外资企业的投资主体只有一个外商投资者，如上海的 3M 公司就是由美国 3M 公司独家开设的，有的外资企业的投资主体却有几个外商投资者，如深圳正大康地公司就是由美国正大公司和泰国康地公司双方共同设立的。

外资企业的全部资本只是来源于外国投资者的投资，中方不参与投资，这是外资企业的本质特征，正是这一特征，决定了外资企业的经营管理权只能由外商投资者自主地独立享有，这同合营合作企业的共同经营管理也有明显的差异。

外资企业是外商投资者依照中国的《外资企业法》及有关配套立法，经中国政府批准在中国境内登记成立的企业，因此，外资企业毫无疑问是具有中国国籍的企业。外资企业同我国的国有企业、集体企业、私营企业和其他外商投资企业签订经济合同时，只能适用《经济合同法》而不能适用《涉外经济合同法》因为它是中国的法人企业或非法人企业。这就把外资企业同外国企业区别开来，外国企业是依照外国法律在中国境外登记成立的企业，只能具有外国的国籍。

外资企业是由外商投资者在中国境内设立的一个独立企业，因而，不同于外国企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构 如分厂、分公司、支店、营业处、事务所、办事处、代理处等。因为这些分支机构，从法律上讲，只是由外国企业和其他经济组织经我国政府许可后在中国设立的附属机构，没有独立的决策机构、财产和核算制度，不具有独立企业的资格，只能以外国企业的名义从事