

外商投资企业法概论

焦志勇 编著

首都经济贸易大学出版社
·北京·

图书在版编目(CIP)数据

外商投资企业法概论/焦志勇编著. - 北京:首都经济贸易大学出版社, 2000.6

ISBN 7-5638-0865-5

I. 外… II. 焦… III. ①中外合资经营-合资企业-企业法-概论-中国 ②外资公司-公司法-概况-中国
IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 08079 号

首都经济贸易大学出版社出版发行

(北京市朝阳区红庙)

河北三河腾飞印刷厂印刷

全国新华书店经销

850×1168 毫米 32 开本 9.125 印张 233 千字

2000 年 6 月第 1 版 2000 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1~5 000

ISBN 7-5638-0865-5/D·48

定价: 15.00 元

前 言

我国实行对外开放,引进外资的政策已经二十余年了。在这二十多年里,我们从过去“既无外债,又无内债”的自力更生时代,大步跨越到了“自力更生”与“对外开放”相结合的新时代。从1978年改革开放初期的北京航空食品有限公司、建国饭店等零星项目的合资建设,到松下、西门子等世界著名跨国公司的大规模系列化投资项目;从TCL、康佳等企业初始阶段的来料加工、装配,到上海贝尔、摩托罗拉等世界级先进企业的大规模生产;从北京吉普、广州宝洁等工业企业嫁接改造,到正大等农牧企业的外资合作;从新世界、香格里拉等地产、饭店项目的开发经营,到花旗、三菱等外资银行在中国开展业务;从沿海开放的特区工业化,到中西部边远地区的资源开发,所有的这些外商投资和随之而来的先进生产方式、管理机制、市场意识等,与中国人的创造性、积极性和中国的发展潜力相结合,创造出了令世界瞩目的辉煌成就。

与此同时,我国在建立具有中国特色的外商投资企业法律制度方面也取得了很大的进展。外商投资企业法律制度不仅成为我国涉外经济法的重要组成部分,同时也为我国吸引外资、开创利用外资工作的新局面,营造了一个良好的法律氛围。

笔者多年从事教学和科研工作,本书基本框架和内容体系的形成,正是一系列教学与研究成果的反映。

由于作者参加实践的局限性,本书难免存在不足之处,敬请读者批评与指正。

作 者

2000年3月

目 录

第一编 外商投资与中国利用外资

第一章 外商投资	(1)
第一节 外商投资的概念和国际投资分类	(1)
第二节 国际投资的原因和特点	(5)
第三节 国际投资环境和外商投资保护	(8)
第二章 跨国公司在外商投资中的作用	(13)
第一节 跨国公司的概念及其特征	(13)
第二节 跨国公司的发展原因和它对东道国经济 的作用	(17)
第三章 中国的对外开放和利用外资	(25)
第一节 中国的对外开放	(25)
第二节 中国利用外资的概况	(27)

第二编 中国外商投资企业法概论

第四章 外商投资企业法	(35)
第一节 外商投资企业	(35)
第二节 外商投资企业法的概念及立法概况	(38)
第三节 外商投资企业的待遇问题	(46)
第四节 对外商投资企业的优惠措施	(51)
第五节 对外商投资企业的税收优惠	(58)
第六节 对外国投资者的法律保护	(64)
第七节 《关贸总协定》与外商投资企业法	(78)

第五章 中外合资经营企业法	(85)
第一节 中外合资经营企业的概念及其立法概况	(85)
第二节 中外合资经营企业的设立和登记	(87)
第三节 中外合资经营企业的组织形式、注册资本以及 合营各方的出资方式	(99)
第四节 中外合资经营企业的组织机构和经营管理	(105)
第五节 中外合资经营企业的期限、解散和清算	(119)
第六章 中外合作经营企业法	(123)
第一节 中外合作经营企业的概念及其立法概况	(123)
第二节 中外合作经营企业的设立和登记	(124)
第三节 中外合作经营企业的期限和解散	(126)
第四节 中外合作经营企业的组织形式和出资方式	(128)
第五节 中外合作经营企业的权力机构和经营管理 机构	(129)
第六节 中外合作经营企业的收益与投资回收	(132)
第七节 中外合作开采海洋石油资源的法律规定	(136)
第七章 外资企业法	(145)
第一节 外资企业的概念及其法律特征	(145)
第二节 外资企业的设立和登记	(146)
第三节 外资企业的组织形式和出资方式	(150)
第四节 外资企业的注册资本和出资期限	(151)
第五节 外资企业的经营管理	(152)
第六节 外资企业的权利和义务	(155)
第七节 外资企业的期限、终止和清算	(156)
第八章 外商投资股份有限公司法	(159)
第一节 外商投资股份有限公司概述	(159)
第二节 外商投资股份有限公司的设立	(162)
第三节 外商投资股份有限公司的设立程序	(166)
第四节 外商投资股份有限公司的注册资本及	

股份转让·····	(168)
第九章 BOT 投资方式 ·····	(169)
第一节 BOT 投资方式的概念和我国的立法概况 ·····	(169)
第二节 BOT 投资方式的法律关系 ·····	(174)
第三节 特许权协议的性质、特征和内容 ·····	(176)
第四节 BOT 投资方式的协议种类 ·····	(181)
第五节 BOT 投资方式的投资风险及其承担方式 ·····	(183)

第三编 外商投资企业争议的解决

第十章 国内经济仲裁 ·····	(193)
第一节 经济仲裁概述·····	(194)
第二节 仲裁协议·····	(197)
第三节 经济仲裁的程序·····	(200)
第四节 经济仲裁裁决的效力和执行·····	(204)
第十一章 国内经济审判 ·····	(209)
第一节 经济审判概述·····	(209)
第二节 涉外经济诉讼的原则和管辖权·····	(214)
第三节 涉外经济诉讼程序的特别规定·····	(218)
第四节 涉外诉讼财产保全·····	(220)
第五节 司法协助·····	(221)
第十二章 国际投资争议的解决 ·····	(225)
第一节 国际投资争议的政治解决·····	(225)
第二节 国际投资争议的仲裁解决·····	(226)
第三节 国际投资争议的诉讼解决·····	(230)

第四编 外国吸收外资的法律规定 及其海外投资保护制度简介

第十三章 一些国家吸收外资的法律规定及其海外投资 保护制度 ·····	(232)
--	-------

第一节	一些国家吸收外资的法律规定·····	(232)
第二节	美国、德国及日本的海外投资保护制度·····	(245)
参考书目	·····	(252)
附录一	指导外商投资方向暂行规定·····	(253)
附录二	外商投资产业指导目录(1997年12月修订)·····	(257)
附录三	中华人民共和国台湾同胞投资保护法·····	(274)
附录四	中华人民共和国台湾同胞投资保护法实施 细则·····	(277)

第一编

外商投资与中国利用外资

第一章 外商投资

本书的主要目的在于阐述中国外商投资企业的法律制度,但在阐述之前,有必要在本编中对与外商投资有关的国际投资、外商直接投资以及我国利用外资的状况等问题加以论述。只有这样,我们才能真正地理解党的“对外开放”政策的正确性,才能更好地学习中国外商投资企业的法律制度。

第一节 外商投资的概念和国际投资分类

一、外商投资的概念

外商投资是指外国投资者将资本(包括资金、机器设备、专有技术、专利、商标、有价证券、能兑现的权益等)从一国或地区投放到其他国家或地区,以营利为目的进行的生产或金融等方面的资本流动。

从国际资本的流动来看,投资者在本国的利润率较低或利润率下降时为使资本获取更大利润,往往会将其资本投向海外市场,以获取海外投资利润;而东道国为了发展本国的经济,除了可以筹集本国的资金外,还可以通过吸引国际资本予以补充,这就形成了外商投资的客观环境。第二次世界大战后,国际间资本流动的迅

速发展,已成为促进世界经济的重要因素,它推动着生产要素的国际移动和经济全球化。

国际投资有广义和狭义之分。狭义的国际投资包括国际直接投资和国际证券投资;广义的国际投资还包括国际贷款、国际援助等。对资本输入国来讲,国际投资是利用外资或吸引外资,对资本输出国来讲则是对外投资。

外商投资属于国际投资中私人直接投资的范畴。

二、国际投资分类

国际投资可以按照不同的标准进行分类:

1.以投资时间的长短为标准,国际投资可分为长期投资和短期投资。一般讲,期限在五年以上的投资被称为长期投资,期限在五年以下的投资被称为短期投资。

2.以投资的来源以及用途为标准,国际投资可分为公共投资和私人投资。公共投资一般是指由政府或者国际组织出于公共利益的目的而做出的投资,如政府拨款兴建公共设施,国际货币基金组织投资开发某国的水力设施、农业等;私人投资即外商投资,是指投资的资本由私人或法人筹集,并完全是为了谋求私人投资者利益的投资。

3.以资本的特性和作用为标准,国际投资可分为国际间接投资和国际直接投资。国际间接投资是指不直接由投资者掌握的国外投资对象的动产或者不动产的所有权,或者在国外的投资对象中没有管理控制权的投资。间接投资可分为证券投资和借贷投资;证券投资是指投资者在国际证券市场上购买外国企业或政府的中长期债券,或在股票市场上购买上市的外国企业股票的一种投资活动;借贷投资则是以贷款或出口信贷的方式把资本供给外国政府或企业,这种投资方式一般包括政府援助贷款、国际金融机构贷款、国际金融市场贷款、出口信贷等。国际直接投资是指投资者在国外对其所投资的企业拥有足够的所有权或者具有足够程度的控制的投资。从目前来看,国际直接投资已成为经济全球化不

断发展的动力。根据联合国贸发会议公布的《1998 世界投资报告》,自 1985 年以来(除 1991 年外),国际直接投资流动额稳步增长。1997 年的流入额比 1996 年增长了 19%,达到了 4 000 亿美元,创造了新的纪录,比 1990 年增加了 1 倍,比 1980 年增加了 6 倍。1997 年的流出额为 4 240 亿美元,增长了 27%。1997 年全球对外直接投资流入存量达 34 560 亿美元,流出存量达 35 410 亿美元。流入流出的存量相加占全球所有国家国内生产总值的 21%。从而我们可以看出:国际直接投资已成为推进经济全球化的主要动力,同时它也是经济全球化和经济自由化的直接结果。

国际直接投资可以依据投资者是否拥有投资企业的股权分为股权参与式投资和非股权参与式投资。

(1)股权参与式直接投资。按照股权参与式直接投资方式所设立的子公司,以母公司拥有子公司股权的多少为标准,又可分为全部股权子公司(又称独资子公司,在我国则称为外商独资企业)与部分股权子公司(又称合营企业,在我国则称为中外合营企业)。

全部股权子公司,即母公司提供全部资本,独立经营,获取全部利润,承担全部风险。这种公司的优点在于:可以避免合营企业中各合营者在经营管理方法、市场目标、经营策略等方面的冲突和不一致;并避免可能给投资者带来的潜在竞争压力。

部分股权子公司又可分为多数股权子公司、半数股权子公司、少数股权子公司。多数股权子公司即母公司拥有子公司 50% 以上股权的子公司;半数股权子公司即母公司拥有子公司 50% 的股权;少数股权子公司即母公司拥有低于 50% 子公司股权的子公司。

部分股权子公司以投资者的风险和利润分担方法为标准又可分为股权式合营企业和契约式合营企业。股权式合营企业是指不同国家或地区两个或两个以上的法人、自然人共同投资设立的,并由投资各方共同经营、共同承担风险、共负盈亏的企业;契约式合营企业是指两个或两个以上的国家或地区的投资者,按企业合同

的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。

(2)非股权参与式直接投资。它是指投资者并没有在投资东道国企业中参与股份,而是通过与东道国的企业签订有关技术、管理、销售、工程承包等方面的协议,取得对该东道国企业的某种控制权。其主要形式有许可协议、管理协议、销售协议、技术咨询协议、承包协议等。

国际投资中直接投资与间接投资的主要区别在于:

(1)国际直接投资的投资者对所投资的企业具有有效控制权,而间接投资则没有这种控制权。依据国际货币基金组织的解释,这种有效控制权是指投资者拥有所投资企业一定数量的股份,因而能在企业的经营决策和管理中享有表决权。如果没有这种股权参与,即使能通过其他途径或方法对企业产生影响,也并不构成直接投资。间接投资则是取得股权证券进行投资,但并不构成对企业经营管理的有效控制。国际货币基金组织出版的《国际收支手册》中认为,在所投资的企业中拥有 25% 或更多的投票权,可以作为控制所投资企业的合理标准。

(2)国际直接投资的过程与间接投资的过程相比较要复杂得多。投资者的直接投资,必须经东道国政府依照一定的法律程序审查批准,投资的企业在生产经营过程中必须依照东道国法律接受监督和检查。间接投资则通过证券的买卖或收回贷款及利息,以获取自己的投资利润。

(3)一般来说,间接投资的收益是相当固定的,而直接投资的收益是不确定的。这种不确定性从宏观角度讲,取决于东道国的投资环境及其变化是否有利于投资者的投资活动;从微观讲,取决于投资企业的生产经营状况。因此也可以说,直接投资较之间接投资的风险更大一些。

第二节 国际投资的原因和特点

一、国际投资迅速发展原因

第二次世界大战后,国际投资特别是外商直接投资迅速发展的主要原因有:

1. 国际经济相互依存度提高,生产和资本市场的国际化迅速发展。这是战后国际资本流动,特别是国际间直接投资迅速增长的客观基础。由于生产的国际化,各国在生产过程中实现专业化协作,使得国与国之间的投资成为可能。而资本市场国际化的发展,又为各国的投资提供了更为良好的环境。

2. 科技的迅速发展和新技术革命的兴起加速了国际资本的流动。这是因为科技进步引起世界各国产业结构的变动和调整,这突出表现在发达国家把劳动密集型的传统产业向发展中国家转移,与此同时带动了对这些劳动密集型产业部门的资本输出和输入。另外,发达国家科学技术发展的不平衡也导致了相互之间资本的渗透。

3. 国际市场竞争加剧、贸易保护主义盛行是国际直接投资迅速增长的助推器。实际上,在二次世界大战后就已出现了争夺市场的贸易摩擦。20世纪70年代中期以来,以非关税壁垒为特征的新贸易保护主义泛滥,各国纷纷采取贸易保护的政策,贸易摩擦进一步加剧。因而,为占领对方市场、避开及回避贸易对手设置的贸易壁垒,投资者通过国际直接投资的方式,提高在当地生产的比重,便可占据对方市场,同时可以减缓贸易摩擦。在世界经济中,区域经济一体化和贸易集团化趋势的加强,使集团成员间在贸易上呈现出排他性和不可避免的对非成员国的歧视性;同时,经济贸易集团建立内部市场的预期,也迫使各国为维护自身经济利益而竞相在对方扩大其投资,争夺有利的投资领域,这在一定程度上,客观地造成了国际投资规模的进一步扩大。

4. 跨国银行和区域性金融投资机构的兴起与发展,促使国际资本市场进一步扩大,为资本移动提供了良好的环境。第二次世界大战以后,跨国银行通过其海外的分支机构、参股银行、国际联合银行等形式来经营国际性的金融投资业务。国际联合银行的建立分散了独家从事大规模国际借贷活动的风险,它使由一国以上的银行组成的银团对某一国或某一项目提供贷款成为可能,这也扩大了国际投资的规模和活动范围。

5. 货币的升值、贬值影响国际资本移动。第二次世界大战以后,日本贸易顺差持续增长,20 世纪 80 年代中期其经常项目的顺差不断扩大,并成为世界上最大的债权国。日元升值加速了其对外直接投资的增长。与此同时,发展中国家诸如韩国、新加坡等国的货币升值也增强了其对外投资的增长势头。

6. 西方发达国家经济发展的不平衡。二战后初期,美国处于国际经济贸易的霸主地位。但经历了战后恢复时期的西欧国家和日本经济迅速发展,经济实力大大增强,与美国的差距逐渐缩小,恢复了在国际资本移动中的地位,使得这些国家也开始在激烈的竞争中寻找有利的投资场所。

7. 发展中国家和地区经济实力的增强促进了这些国家和地区资本输出能力的增强。20 世纪 70 年代以来,新兴工业化国家和地区的经济实力得以增强,产业结构也趋于高级化。这些国家和地区在一定程度上具备了参加国际投资活动的资本和技术能力,它们努力寻求国际分工中的比较优势,加强对其他一些相对落后的发展中国家和地区的直接投资,促进了资本移动。

8. 发达国家政府鼓励对外投资、发展中国家积极引进外资的政策,促进了国际资本移动。在经济生活日益国际化、全球化的过程中,发达国家为了维护和增强本国的经济竞争力,保护自己的经济贸易利益,采取了许多鼓励对外投资、扶植本国跨国公司发展的政策措施。而广大的发展中国家,由于普遍遇到资金缺乏、生产技术水平落后、人员素质不高、管理经验缺乏等困难,大都设法积极

改善本国或本地区的投资环境,这些因素也加快了国际资本移动的步伐。

二、国际投资的特点

第二次世界大战后,尤其是 20 世纪 80 年代以来,国际投资,特别是外商投资,与二战前相比发生了很大的变化,主要的特点表现为:

1. 国际投资的投资目的多元化。国际投资和国内投资通常的目的是为实现资本的增值,获取更大的经济利益。但近来国际投资活动除以获利为目的外,还存在其他不以牟利为目的的投资,如政府为建立和改善国家间的双边关系或其他明显带有政治意图的投资。

2. 国际投资的投资风险较大。投资的过程往往并不是能在很短的时间内就能完成的,投资需要对所投资本进行适当地和有效地经营,才有获利的可能。而相比国内投资,国际投资存在更大的投资风险,如外汇汇率的涨落、国家政局的动荡、贸易政策的改变等都可能使得投资收益大大改变,有时甚至会导致整个国际投资行为的失败。

3. 国际投资的投资环境各异。国际投资不仅受到不同国家的自然地理条件和城市基础设施等因素的影响,而且涉及不同国家的不同的政治制度和经济制度、不同的经济发展水平、不同的法律环境和文化背景以及不同的国家利益和民族利益等等。这些因素的差异在很大程度上影响着国际投资的投资风险和预期收益,决定着投资环境的优劣。

4. 国际投资涉及的法律体系繁杂。国际投资关系是国际投资法的调整对象,国际投资法在国内法中包含资本输入国的外国投资法律、资本输出国的对外投资法律,在国际法中包含双边投资条约、区域性多边条约、世界性多边公约、联合国有关文件以及国际惯例等等,是由有关国际投资的国内法和国际法综合形成的一个独立的法律体系。

第三节 国际投资环境和外商投资保护

一、国际投资环境

国际投资者在投资过程中会十分关注东道国投资环境的好坏,这是因为东道国投资环境的好坏直接关系到投资者的投资利益。

国际投资环境是指东道国足以影响国际资本流动及其基本职能的一切外部条件。从法律含义上讲,是指特定国家对外国投资的一般态度,特别是指对外国投资者期待的利益可能给予的影响。国际投资环境主要包括:

1. 政治因素。这主要表现为:东道国政治上是否安定、有没有战争或者发生战争可能的风险、国内政治形势是否稳定、有没有国家政权和社会制度变革的风险等。从资本输出国来看,为保证其海外利益,扩大其经济势力,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;从投资者来看,更不能不考虑其投资是否会因资本输入国将来国内政治形势的变化而受影响,能否确保其投资安全与投资利益。因此,东道国的政治因素是影响国际投资的一个重要条件。

2. 经济因素。这主要表现为:东道国的市场、资源条件,市场是否对外开放,劳动力、原材料资源是否丰富,并且能以较低的价格被投资者加以利用等。

3. 法律因素。这主要表现为:东道国的法律制度是否健全,外国投资者来此投资,其权益能否受到法律保护,东道国所制定的税法、海关法、外汇管理法、外商投资企业法等,能否保证投资者获得较高的利润,并且其投资和利润能否汇回国内等。就投资环境而言,起决定性作用的因素是法律因素,因为影响外国投资的各种因素,主要是通过一定的法律规范对外国投资者直接予以影响。例如税收的高低,有无优惠,外汇的管理和限制,特定营业活动的限

制及其范围,经营管理权与雇用人员的限制乃至外商投资企业的征用、国有化措施等都是通过一定的法律形式来表现。而且,要使一国的投资环境在一定的期间内得到改善,就必须通过法律手段加以实施。

一个好的投资环境,应当是一个包括自然、经济、政治、法律、社会、文化等各种因素形成的最佳结构整体,只有这样才能对外国投资者具有较大吸引力。

二、外商投资保护

外商投资保护一般是由资本输出国与资本输入国单独或共同采取的保护性法律措施。外商投资法律保护的法律形式主要分为四种:

1. 资本输入国国内法所提供的法律保护,即以特别立法的形式,明确规定对外国投资者予以保护;

2. 资本输出国国内法所提供的法律保护,即对本国国民或企业的海外投资可能遇到的政治风险实行投资保险或保证制度;

3. 资本输出国与资本输入国之间缔结的关于投资保护的双边协定;

4. 国际间签订的条约或公约,规定缔约国之间对投资者给予公正待遇的保证,以及共同设立关于国际投资保证机构和对国际投资者进行保险及解决投资争议的程序等。

三、外国投资者的待遇

东道国给予外国投资者何种待遇,是外国投资者及其所属国最为关心的问题,也是保护国际投资的关键所在。因此,外国投资者的待遇标准是国际投资法的基本问题,其实质是为解决东道国与投资者本国之间在投资管辖权方面的冲突提供法律基础。外国投资者的待遇标准,可以由东道国以其国内法确定,也可以由东道国与投资者本国通过缔结双边投资条约的方式来确定。对外国投资者的待遇标准主要有:

1. 国民待遇。国民待遇是指一国依据本国法律对他国国民

在享有权利和承担义务方面,给他国国民以与本国国民享有待遇同等的待遇。只要他国国民遵守适用于本国国民有关待遇的规定,就可以享有与本国国民同样的权利保障,而当他们的权利遭受任何损害时,也可以得到同样的法律救济。从国际投资的角度来说,国民待遇即东道国给予外国投资者的权利不低于东道国本国投资者所享有的权利。

国民待遇可以使东道国境内的外国投资者在享有权利和承担义务方面与东道国本国投资者处于同等的地位。国民待遇既可以防止对外国投资者的不公正的歧视性待遇,又可以避免外国投资者获取不合理的特权地位。一方面,外国投资者可以按照经济效益的要求组织生产和经营,而不必担心东道国投资者因拥有特殊地位而导致竞争秩序的不公;另一方面,外国投资者也不得享有超过东道国法律之外的特权而破坏东道国公平有序的生产经营环境。国民待遇标准立足于东道国的国内法律,具体标准有法可依,具有规范性,便于运用,有利于维护正常的国际投资关系。

对于国际投资中国民待遇的适用,或者说国民待遇的给予,一般以互惠原则为基础,即甲国给予乙国投资者以国民待遇,通常是以乙国给予甲国投资者以国民待遇为前提的。国民待遇的给予一般有其特定范围和适用限制,如在涉及一国为保障国家安全、维护社会稳定或者其他对本国有重大利害关系且有可能产生不利效果的投资领域,则排除外国投资者国民待遇标准的适用。

2. 最惠国待遇。最惠国待遇是指一国依据本国法律对他国国民在享有权利和承担义务方面,给他国国民以与任何第三国国民已经取得或者将来取得之待遇的同等待遇。只要他国国民遵守适用于任何第三国国民的有关待遇的条件和手续,就可以享有与任何第三国国民同样的权利保障,而当他们的权利遭受任何损害时,也可以得到同样的法律救济。最惠国待遇涉及三方:施惠国、最惠国和受惠国,其中最惠国即已经或者将来取得施惠国给予的优惠待遇的任何第三国,受惠国即根据与施惠国之间的最惠国待