

法学文库

ZHONGGUO WAIZI TOUZI QIYE FALU ZHIDU CHONGJIAN YANJIU

中国外资投资企业 法律制度重建研究

成先平 著

郑州大学出版社

D922.295

15

法学文库

中国外资投资企业 法律制度重建研究

ZHONGGUO WAIZI TOUZI QIYE

FALü ZHIDU CHONGJIAN YANJIU

成先平 著

郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国外资投资企业法律制度重建研究/成先平著. —郑州:郑州大学出版社,2002. 10

ISBN 7-81048-654-3

I. 中… II. 成… III. 外国投资—涉外经济法—研究—中国 IV. D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 061573 号

郑州大学出版社出版发行

(郑州市大学路 40 号)

出版人:谷振清

全国新华书店经销

郑州文华印刷厂印制

开本:787 mm × 1 092 mm

印张:12.125

字数:252 千字

版次:2002 年 10 月第 1 版

邮政编码:450052)

发行部电话:0371-6966070

1/18

印次:2002 年 10 月第 1 次印刷

书号:ISBN 7-81048-654-3/D·19

定价:20.00 元

本书如有质量问题,由承印厂负责调换

法学文库编委会名单

主任委员 张绍谦

委	田士诚	张绍谦	石茂生
员	刘向文	肖国兴	苗连营
	宋四辈	赵建文	沈开举
	王长水	刘德法	张秀全
	程宝山	鲁嵩岳	

内容提要

本书针对目前我国外国投资企业法律制度方面存在的诸多问题,提出了重建中国外资投资企业法律制度的设想。本书详细论述了外国投资行为理论及外资投资企业法基本理论,提出了在规制外国投资行为时,应坚持尊重国家经济主权原则、外国投资行为待遇原则等十项基本原则。在制订中国外资投资企业法时,应在中国外资投资企业法中体现出法典性原则、先导性原则等八项原则。本书对外资投资企业法律制度进行了研究,分析了重建我国外资投资企业法律制度的意义及重建价值,从体系、结构、内容及协调四个方面论述了外资投资企业法律制度的重建问题。本书最后草拟了《中华人民共和国外国投资法(示范法)》及《中华人民共和国区域投资法(示范法)》。

总 序

当代中国正处于社会大变革时期,风起云涌、波澜壮阔的改革开放的伟大实践,正创造着新的社会经济关系结构、新的社会共同体视野、新的价值理念与行为模式。在这一历史性的时代进程中,法治发挥着独特的、难以替代的重要作用。它直接关系到社会转型能否实现以及转型成果能否得到巩固。其重要使命就在于用新的法治理想、法律规范去宣布社会转型的意义和必要性,并藉此凝聚社会多数成员的共识,形塑整个社会在特定时期的政治认同感,从而推动社会向更为民主文明的方向发展。积极回应社会现实中的重大法律课题,为国家的法治建设提供强大的理论支撑,是时代赋予每一个法律学人的历史使命。正是在这样的时代背景之下,《法学文库》终于付梓问世了。她浓缩着中原儿女对法治理想的追求与体认,饱含着郑大学人对学术的执着与思考。

郑州大学法学院于20世纪80年代初,伴随着我国法制建设的起步而诞生。她的成长与发展也在一个非常微观和局部的层面上折射了20世纪末以来中国的法治进程从启动到高歌猛进的历史轨迹。郑大法学院一届又一届薪火相继,筚路蓝缕,艰苦创业,开拓进取,目前已有刑法学、民商法学、经济法学、宪法学与行政法学、法律硕士5个硕士学位点;在校本科生规模达1000余人,各种类别的成教生达2110人;师资队伍学历层次较高,职称比例平衡,年龄结构合理,学术研究成果斐然。可以说,郑大法学院已成为河南省法学教育和研究的重要基地。但是,我们也清醒地认识到,与兄弟院校相比,我们还有很大的不足,到目前为止,在博士学位授予点上尚未实现零的突破,有分量的、高层次的科研成果尚显得单薄。这与她已有了20余年的院史相比是不相称的,或许这就像沉重的历史包袱之于古老的河南一样让人不可思议。我们承认现实,但我们并不甘心落后。郑大法律学人有信心也有能力提升自己的学术品味,展示自己的学术实力,打造自己的学术平台。编辑出版《法学文库》这样一套书系便是我们酝酿已久的学术工程的一部分。

当然,《法学文库》还只是法学研究百花园中一棵稚嫩的幼苗,她需要精心的栽培和呵护。因此,我们一定秉承“求实、创新、规范、严谨”的学风,辛勤耕

耘,努力为中国的法学研究事业奉献出富有理论价值和实践意义的学术成果;同时,我们热切地期望学界前辈和同仁一如既往地关心和支持郑大法学院以及她的这套丛书的建设,以使其绽放出更加璀璨绚丽的学术之花;我们同样期望广大读者朋友能够不吝赐教,您的每一份批评和建议都将成为鞭策我们前进的动力。

《法学文库》丛书的出版,得到了郑州大学出版社领导和同志们的鼎力相助和积极配合,在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。

张绍谦

2002 年 9 月

前 言

在研究国际投资法的过程中,我曾特别关注和研究了中国有关外资投资企业的法律规范、规章,对在此基础上形成的法律制度进行了细致分析。我认为中国现行的外资投资企业法律制度是缺乏充分理论基础的,其法律规范的科学性也比较差,而且就其整体而言,“以下犯上”者众多。

中国是一个发展中国家。邓小平同志讲过发展才是硬道理,而发展的支撑点就是法律规范。立法与执法是这个支撑点的两根支柱。科学的立法是基础,严肃的执法显效果。国家法治因此而形成。

中华民族复兴的根本就在于发展,发展的最直接目的就是富国强兵,民安而御外。富国的基础是经济得到巨大发展,而发展经济的最好手段就是广开财路,“自力更生为主,争取外援为辅”是颠扑不破的真理。中国改革开放的战略就是这一真理的延续和具体实践。外援,在此主要就是指采取各种形式、利用各种手段引进外国资金,以发展本国经济。中国实施对外开放战略措施已 20 余年,引进外国资本取得了举世瞩目的成就,中国现行的外资投资企业法律制度起到了巨大的作用,但并不能因此就认为中国现行的外资投资企业法律制度已经是尽善尽美了。事实上,它的瑕疵还很多,甚至有基础性的瑕疵。为了更好地实施对外开放的战略,最大限度引进外国资金,最大限度使外国资金健康融入中国的经济建设中,我们不得不对现行的中国外资投资企业法律制度进行审慎的探讨。

中国现行外资投资企业法律制度国内法的核心由三大法及配套的三个行政法规所构成。三大法是《中华人民共和国中外合资经营企业法》(1979 年 7 月 1 日颁布,7 月 8 日施行,后经两次修订,是中国实施对外开放战略措施后的第一部涉外法律)、《中华人民共和国中外合作经营企业法》(1988 年 4 月 13 日颁布施行)以及《中华人民共和国外资企业法》(1986 年 4 月 12 日颁布施行);与三大法相配套的三个行政法规是《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》、《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》以及《中华人民共和国外

资企业法实施细则》。此外,还有一部法律必须提到,那就是《外商投资企业和外国企业所得税法》。外资投资企业法律制度的国内法部分,除其核心外,还有众多未提及的行政法规、地方法规以及一些司法解释和大量的行政规章作为其外壳。事实上,中国现行外资投资企业法律制度还包括国际法部分,也就是中国缔结或参加的与引进外国资金密切相关的所有国际投资条约以及国际投资惯例、联合国组织有关国际投资的一些重要决议。国际投资条约具体包括双边投资保护条约与避免重复征税和偷漏税双边条约以及国际投资公约;国际投资惯例,是指国际私人直接投资者在长期的国际投资实践中逐渐形成的一种不成文的、然而具有普遍约束力的国际直接投资行为规则,例如企业经营自主权等;联合国组织所作出的与国际投资相关的一些重要决议,也被视为国际法的部分,诸如《各国经济权利和义务宪章》等有关国际投资的规定。

中国现行的外资投资企业法律制度,就是由上述言及的国内法和国际法共同组成的。国际法优越于国内法。在这一法律制度中,国际法部分比较合理、科学,在此不赘述;而国内法部分,则须深思和研究。

国内法部分的实质,也就是上述谈到的核心和外壳。“核心”的核心是三大法。三大法中的基本问题是缺乏充分的理论基础,《中外合资经营企业法》与《中外合作经营企业法》显得尤其突出。法律草案主要起草者对国际私人直接投资法的理论缺乏必要功底,致使三大法没有深厚根基,而有头重脚轻、摇摇欲坠之感。这种感觉在《中外合作经营企业法》中就更为突出,它是一部对既定事实进行归纳后由表决器予以通过的法律,是一部糊涂的法律,几近于没有理论基础的。这对于一个具有 5000 年文明史的泱泱大国而言,真是不可思议。三大法的体系、逻辑以及概念,只要稍加思索和分析,就会得出科学性较差的结论。仅就概念而言,《中外合资经营企业法》几乎所有条文,都将“中外合资经营企业”简称为“合营企业”,难道《中外合作经营企业法》中的“中外合作经营企业”就不能简称为“合营企业”吗?事实上,在国际投资法的理论中,中外合资经营企业和中外合作经营企业同属“国际合营企业”,前者是国际股权式合营企业,后者是国际契约式合营企业,“国际合营企业”包括前者和后者。正是法律中的这种简称,造成了一些不求甚解者在认识与理解上的混乱,导致为数不少的人在合营企业法律名词堂而皇之的诱导下,将两类企业在实质上加以混淆。在实践中,“以下犯上”的问题很严重,在具体执法实践中,规章、地方性法规以及行政法规细化性的规定,似乎是“档次”越低就越有实用价值,因为较高“档次”的东西缺乏具体操作性规定,“外壳”比“核心”更厉害,儿子比老子更有权威,“补充的”比“基本的”更具有实用价值。如此以来,逻辑跑到哪里去了?法理还讲不

讲了?况且,如此的国内法,也与相关的国际法在许多方面存在冲突,例如对“投资”一词的具体解释就有很大差异。没有法律制度上的国内、国际协调机制,经济的国内、国际接轨是难以想像的。

在中国外资投资企业法律制度中,这样的国内法没有理由存续下去。必须重建中国外资投资企业法律制度,重建的重点是国内法。重建后的国内法,应当与有关的国际法和谐一致、浑然一体,以形成具有充分扎实理论基础、体系科学、逻辑严谨、条文细化、用语准确的,包括国内法和国际法有机一体的,新型的中国外资投资企业法律制度。

国内法的重建并非易事。必须抛弃先入为主的成见,必须从头再来!

中国 960 万平方公里的大地以及广阔的海域,巨大的市场,为中国经济的腾飞、民族的复兴提供了深厚的沃土,同时也为外国投资者提供了无限的机遇。随着全球经济一体化趋势的发展、国家及地区贸易保护主义的形成以及技术革命的迅猛发展,我们不得不考虑资本与技术对经济发展的影响力。在当今世界,资本和技术是无国界的,关键看如何营运与配置,这是竞争的战略问题,值得深入研究。本国的资本和技术应当充分使用,“它山之石可以攻玉”,外国的资本和技术同样也可为我合理使用,“科学技术是第一生产力”,同样资本也是生产力。无论是本国资本和技术的充分使用,还是合理使用外国的资本和技术,都必须有规矩;否则,就形不成“方圆”。这个规矩就是法律。中国规制本国资本和技术使用的法律制度,不属于本书研究的范畴。本书专门研究国家规制外国资本和技术使用的法律制度。外国资本和技术的合理使用,是中国外资投资企业法律制度的核心内容,也是该法律制度国内法部分的核心内容。本书研究的主要内容就是以外国资本和技术在中国合理使用为核心的中国外资投资企业法律制度的国内法。

重建中国外资投资企业国内法制度必须首先解决基本问题,这就是国内法立法的理论基础。理论基础部分主要研究的问题,包括两个方面:一是外国投资行为基本理论原则,二是外资投资企业法理论原则。另外,须研究中国外资投资企业法律制度国内法重建的问题。重建的基点,是统一外国投资法,并使其法典化。为了实现这一目标,则必须在对法律制度基本问题进行深入研究的基础上,再对重建制度框架的实质性内容加以研究和构造。最后,拟订中国统一外国投资法的示范法。示范法应当充分体现基础理论与重建的理念、精神和价值。示范法具体包括两个:一是《中华人民共和国外国投资法(示范法)》,二是《中华人民共和国区域投资法(示范法)》。



作者简介

成先平,字西坡,1964年4月生,河南辉县人。1986年毕业于武汉大学法律系,现任郑州大学法学院副教授,兼任郑州仲裁委员会仲裁员。主编、副主编《国际经济法学》、《涉外经济法新论》等著作数部;发表《论外商投资企业行为能力的完整性和真实性》、《外商投资房地产的法律思考》、《论外商投资收购中的国民待遇问题》、《论预期违约的立法完善》等论文数十篇。专业方向为国际经济法,侧重于外商投资法。

目录

Contents

第一章	理论基础	1
	一、外国投资行为基本理论原则	1
	(一) 尊重国家经济主权原则	1
	(二) 外国投资行为待遇原则	13
	(三) 外国投资行为与中国经济发展目标相一致原则	23
	(四) 外国投资行为与中国环境保护行为相和谐原则	32
	(五) 外国投资行为保护原则	40
	(六) 外国投资行为鼓励原则	50
	(七) 外国投资行为限制原则	58
	(八) 外国投资行为禁止原则	67
	(九) 外国投资行为监管原则	75
	(十) 本国民众利益为重原则	83
	二、外资投资企业法理论	90
	(一) 法典性原则	90
	(二) 先导性原则	93
	(三) 系统性原则	96
	(四) 稳定性原则	100
	(五) 规范性原则	104
	(六) 授权性原则	106
	(七) 实践性原则	111
	(八) 阶段性原则	115

第二章	法律制度	121
	一、外资投资企业法律制度的基本问题	121
	(一)概念	121
	(二)意义	124
	(三)重建价值	130
	(四)国际经济法律意识	134
	二、外资投资企业法律制度的重建	142
	(一)体系	142
	(二)结构	149
	(三)内容	155
	(四)协调	167
第三章	示范法	173
	一、《中华人民共和国外国投资法(示范法)》	173
	(一)示范法	173
	(二)说明	178
	二、《中华人民共和国区域投资法(示范法)》	186
	(一)示范法	186
	(二)说明	192
参考文献		203

第一章

理论基础

一、外国投资行为基本理论原则

(一) 尊重国家经济主权原则

国家经济主权是国家主权衍生的一项国家权力,也是现代国家主权所包括的一项重要国家权力。

国家主权是指国家与生俱来所享有的对内最高权力和对外独立权力。国家主权是国家固有的权力,而国家主权在具体的行使过程中,则表现为国家权。主要包括三个方面:一是对内最高权力,具体是指国家对其领域内、领域外部延伸范围内的一切人、事、物以及领域外的本国人所享有的排他性管辖权力,也就是属人管辖权和属地管辖权;二是对外独立权力,具体是指国家在存续期

间享有不受任何外来干涉的权力;三是自卫权力,具体是指国家为了维护其固有的所有权力(包括领土完整、政治独立、经济自主等)而享有的可以采取任何措施(包括使用武力等)进行防卫的权力。

显然,国家主权的本质特征是至高性、绝对性以及独立性。

虽然国家主权是伴随着国家的产生而产生的,但是,其概念却产生于16世纪。1577年法国的博丹在其中央国家集权学说中,首次提出了“国家主权”一词,并对君主制国家下的国家主权概念进行了解释。他认为:主权是国家的特殊属性,是国家所具有的一种绝对和永久的权力,君主是主权者,他享有对其臣民的最高权力,而且这种“权力”是不可转移的。随后,在17世纪,荷兰的格老秀斯阐述了近代国家主权学说。他认为:主权是国家的最高统治权,不受其他任何权力的限制,不从属于任何自然人的意志。18世纪,法国的卢梭又进一步提出了“人民主权”的学说。他认为:国家主权是公共意志的运用,属于人民,并且是不可转让、分割的,是至高无上和神圣不可侵犯的。自此之后,在国家主权问题上,国际社会出现了一股倒退的怪潮,那就是否定或贬低国家所享有的绝对主权,提出和坚持这些观点的人,其险恶用心和不可告人的目的就是为殖民主义和帝国主义粗暴践踏他国主权而摇唇鼓舌,制造出师之名。中华民族百余年可歌可泣、不屈不挠、抗御外侮的悲壮历史,20世纪二次世界大战中,德、意、日军国主义惨绝人寰、肆意妄为践踏他国主权的残暴行径,就是维护或践踏国家主权学说的正反实践。

基于否定或贬低国家主权的惨痛教训,一些主权国家于1945年自愿组成了联合国组织,并且于同年6月26日在美国旧金山签订了《联合国宪章》,1945年10月24日正式生效。中国是联合国创始会员国,也是该宪章的创始缔约国,而且是联合国安全理事会五个常任理事国之一。在宪章序文的第二句就明确提出“重申基本人权,人格尊严与价值,以及男女与大小各国平等权利之信念。”又在其第2条确立了联合国组织及其会员国应当遵守的基本原则:

一、本组织系基于各会员国主权平等之原则。

二、各会员国应一秉善意,履行其依本宪章所担负之义务,以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。

三、各会员国应以和平方法解决其国际争端,避免危及国际和平、安全及正义。

四、各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

五、各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动,应尽力予以协助,联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时,各会员国对该国不得给予协助。

六、本组织在维持国际和平及安全之必要范围内,应保证非联合国会员国遵行上述原则。

七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件,且并不要求会员国将该项依本宪章提请解决;但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。(注:此处所言第七章的内容是“对于和平之威胁和平之破坏及侵略行为之应付办法”。)

《联合国宪章》特别强调了会员国主权平等的原则。国家主权平等的国际法原则由此而奠定。该原则的实质,是指国家不分大小、强弱,在国际政治生活中都处于平等地位、享受平等权利。1955年4月24日亚非会议公报《关于促进世界和平和合作的宣言》所确立的“作为和睦的邻邦彼此实行宽容,和平相处,并发展友好合作”基本原则的第2项至第4项,则进一步规定:尊重一切国家的主权和领土完整;承认一切种族的平等,承认一切大小国家的平等;不干预或干涉他国内政。使国家主权平等原则在世界范围内得到了发展。随着弱小国家政治斗争的胜利、殖民地半殖民地国家的纷纷独立及第三世界国家的形成和壮大,促使1970年联合国的《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》诞生,该宣言对各国主权平等的原则,从国际法的角度作了充分说明。

各国一律享有主权平等。各国不问经济、社会、政治或其他性质有何不同,均有平等权利和责任,并为国际社会之平等会员国。

主权平等尤其包括下列要素:

- a、各国法律地位平等;
- b、每一国均享有充分主权之固有权利;
- c、每一国均有义务尊重其他国家之人格;
- d、国家之领土完整及政治独立不得侵犯;
- e、每国均有权利自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度;
- f、每一国均有责任充分并一秉诚意履行其国际义务,并与其他国家和平相处。

从此,国家主权平等原则作为国际法的基本原则被正式予以确立。而且,在此还提到了国家主权包括政治、社会、经济及文化制度。显然,该国际法原则之

宣言将各国对其经济制度自由选择和发展的权力,已作为国家主权一项不可或缺的权力予以肯定。

国家经济主权是国家主权在经济领域的延伸,具体是指国家在国家主权基础上对其经济领域所享有的一种最高权力。它除了具有国家主权的基本特征外,经济上的最高权力就是其显著特征。

国家经济主权,在实质上也是与国家同时产生的,当然,同样也随着国家的消亡而灭失。一个国家的强大是以其综合实力为基础的,根本就在于国富兵强、政权稳定。政权稳定的基础是兵强,足以御外和安内;兵强的基础是国家具有雄厚经济实力,军费充足而不骚扰百姓。当然,国富也必须注意节俭,不可奢侈以误国。世界主要国家发展史,包括中国发展史,从正反两方面给予了印证。16世纪,意大利的马基雅维利也以具体的史实对此作出了阐述:“教皇尤利乌斯二世登上教皇宝座时是够慷慨的;可是,为了发动战争,他就不考虑如何保持慷慨的名声了。当今的法王路易十二进行了许多场战争,而没有向属民征收特别的赋税,就是因为他一向精打细算,厉行节约,国库充实,所有积蓄能够应付额外的军需开支。”^①如果一国没有经济主权或者不能够充分行使经济主权,其国富有什么保障?兵强又从何谈起?近现代殖民地、半殖民地的盛行和存在,造成了多少积贫积弱的国家。这些被奴役的国家在当时又有多少经济主权可言?直至当代,仍有许多发展中国家还在咀嚼着这颗“苦果”。

国家经济主权是国家主权其他权力真正、全面、彻底实现的基础。近现代,殖民地国家是没有国家主权可言的,他们在政治上是宗主国的附庸,其所有的自然资源和其他财富,都是殖民者掠夺的对象及其冒险者探险取得成果的源泉,殖民地的人民更是殖民者赖以奴役的“会说话的工具”,殖民地国家哪里还有丝毫的国家经济主权?半殖民地国家虽说国家主权还是存在的,但是,却被项挂十字架的殖民者传教士和手握洋枪大炮的军队撕得四分五裂!国家主权遭受到严重的践踏,在这种弱肉强食的情形下,这些国家的所有自然资源和其他财富,实质上也都成了殖民者及其探险者巧取豪夺的对象,半殖民地国家能够充分行使国家经济主权吗?绝对不可能。20世纪40年代到70年代,殖民地、半殖民地国家纷纷独立,世界显示出朝气蓬勃的新气象,形成了第三世界国家。然而,众多的第三世界国家,在脱离殖民地、半殖民地统治宣告独立之初,政治上是独立了,享有国家主权了,但是,国家主权却不能得到充分行使,还要仰人鼻息。为什么?因为这些国家的经济命脉依然操纵在原宗主国的手中,原宗主国的投资者仍然控制着这些国家重要的经济领域,垄断着关系国计民生的行业。

① [意]马基雅维利:《君王论》,修订版,徐继业译,105页,北京,光明日报出版社,2001。