

内部参考

# 联合国跨国公司中心 专家讲学记录汇编 (三)

对外经济联络部六局

一九八〇年二月

# 目 录

|                      |    |
|----------------------|----|
| 五、合同条款的草拟            | 1  |
| (一) 合同的种类            | 1  |
| (二) 合股经营企业协议         | 3  |
| (三) 契约式合资企业协议        | 13 |
| (四) 许可证协议            | 13 |
| (五) 销售协议             | 16 |
| (六) 管理合同             | 22 |
| (七) 技术援助和技术咨询协议      | 25 |
| (八) 施工合同             | 27 |
| (九) 设备租赁合同           | 36 |
| 六、谈判过程               | 37 |
| (一) 情报的重要性           | 37 |
| (二) 谈判过程             | 41 |
| (三) 谈判技巧             | 46 |
| 七、政府对外国投资的管理、审选和监督   | 50 |
| (一) 控制外国投资流入的含义      | 51 |
| (二) 控制外资流入的立法结构和政策结构 | 53 |
| (三) 政府的管理职能          | 66 |
| (四) 政府主管外国投资的机构      | 76 |
| 八、国际合作               | 86 |
| (一) 国际合作的重要性         | 86 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| (二) 跨国公司委员会成立的背景与经过..... | 88  |
| (三) 跨国公司委员会的目标.....      | 90  |
| 附录.....                  | 98  |
| (一) 跨国公司中心简介.....        | 98  |
| (二) 跨国公司问题讲习班专家名单.....   | 98  |
| (三) 跨国公司问题讲习班资料目录 .....  | 100 |

# 合 同 条 款 的 草 拟

讲课人：塞缪尔·戈克江

(1980年1月22日至23日)

内 容： I、合同的种类

Ⅰ、合股经营企业协议

Ⅱ、契约式合资企业协议

Ⅲ、许可证协议

Ⅳ、销售协议

Ⅴ、管理合同

Ⅵ、技术援助和技术咨询协议

Ⅶ、施工合同

Ⅷ、设备租赁合同

## I、合同的种类

关于合同的种类，多种多样，但大体上可归纳为八种：

(一) 合股经营企业 (EQUITY JOINT VENTURE) 是一个法人团体，按公司法的原则建立，具有一定数量的由股东所提供的资本，其经营管理的方式，按股东间所达成的协议执行。

(二) 契约式的合资企业 (CONTRACTUAL

JOINT VENTURE)与上者之不同在于它不是一个独立的实体,不具有股份有限公司之性质;不是一个法人,而只是由双方达成协议做生意,因此不受公司法限制。双方的权利义务都必须在合同中明确具体地规定,这种合同形式一般适用于矿业、农业而不适用于工业,但也有例外,如果有多种流水线的企业,其中只有一条流水线是属于合营性质。如果把整个企业组成合股经营企业存在困难,乃采用契约式合营企业形式。在中国由于没有公司法,所以我认为中国的合营企业几乎都是契约式的合营企业。

### (三) 许可证协议

通过这种协议可将技术与有关的情报资料转让给对方使用,对方藉以生产产品。这种协议可由合营企业合资者以外的第三方取得。许可证协议基本上有两大类:产品许可证和工艺许可证。

### (四) 销售协议

其条款一般要包括哪一方负责销售;销售量;销售条件以及补偿等。

### (五) 管理合同

是联合企业结构中的一个组成部分。有时,管理合同也能成为一项单独存在的合同。管理合同也是一种技术转让,但它不是科学技术的转让,而是管理技术的转让。尽管有了本国管理人员的设置,依然有吸取先进管理技术的必要。例如在沙特阿拉伯,有的生产部门不允许外人投资,而本国又缺乏管理经验,于是与外国公司订立管理合同,由外国公司经营一段时间,当本国人员获得管理技术

后，再交回企业管理权。

#### （六）技术援助或咨询协议

它与管理合同有别。管理合同有权作出决定，或在一定范围内作出有限的决定。但是技术援助或咨询协定只能提供询咨或提出建议，而无权做出决定。一般来说，这种技术援助或咨询，在工程项目议定和施工之前后均可进行。

#### （七）施工合同

包括设计、设备购置、施工直至工程项目交付使用，在阿尔及利亚甚至还包括有产品到手（PRODUCT IN HAND）的内容。

#### （八）设备租赁合同

它与施工合同大同小异，不同的是向对方出租设备，取得租金。它主要用于出租船只、飞机，近年来还有出租钻探设备，这种安排还未被广泛使用。

### Ⅰ、合股经营企业协议

现在让我们进一步讨论合股经营企业的合同中一些关键性条款如何规定。

合股经营企业合同的关键条款：

（一）目标：在合同一开始，就要开宗明义地规定双方建立该合营企业的意图和目的，并详加说明。

#### （二）资本结构

条款应规定合营企业所有权之形态，即双方所有的股权各占多少比重；资本缴纳的形式（现金、有形或无形资产作价入股）以及股份的转让等。

#### （三）资金筹措计划

包括对工程项目所有费用之估算；确定所需资金的来源。

#### （四）管理

包括政策的决定和日常事项的管理这两个方面。

#### （五）物资及劳务的提供

规定合资者各方所提供的物资与劳务的具体内容，如由外国投资者提供资本商品（工厂设备）；当地投资者提供原材料；又如外国投资者在合营初期提供零件和部件，由当地投资者就地装配，待当地生产技术提高后，再逐步提高当地生产零部件供应的比例，直至全部由当地供应。需要规定的是大体的轮廓，而不是细节。

#### （六）政府帮助

政府帮助对于工程项目的成功与否，意义重大。它主要体现在以下三方面：1、政府对新兴工业制定的鼓励性政策，如对进口设备关税的减免和确定合营企业的免税期等。2、提供厂址和各种基本设施（水、电、道路等）。3、提供外汇保证，其中包括两方面，一是提供企业生产必需进口的零部件、原料所用外汇；二是要保证外国投资者汇回利润和在合营企业终止时撤回其资本。

#### （七）销售

大体规定产品销售的安排，这种安排有时比较简单，有时需另订销售合同。

#### （八）合营企业合同期限及其终止

一般说来，合营企业有具体期限，但有自动或非自动转移股权的规定，如合同规定签约十至十五年后，外国投资者有义务将其全部股份一次售与当地投资者或规定外国

投资者在一定时间内按一定比例逐步将其股份转让给当地投资者。

### （九）争议的解决

合营企业各方可能有争议。对此，应在合营企业创立伊始就做出解决争端安排，而不能指望在争议发生后再行设法解决，要具体指出解决争端的途径。

现就以上各点，再予详细阐述。

（一）目标：此问题可从两方面来探讨：1、我以为在合同中一开始应追述该合营企业建立的源由及背景，缔约各方的意图与目的，有人认为如此做是浪费时间，但我认为这样可提出一个轮廓，从中可以看出各方原来结合的愿望和历史背景，从而有助于今后发生问题的解决。2、要详尽地具体规定双方如何达到其既定目标的步骤，要分成阶段并规定各阶段要达到的指标以及各方应尽的义务，仅有合作性的协议而无具体的合同是无用的。如土耳其与跨国公司仅签订了人造纤维合作协议而未签订具体合同，导致了后者能够借此来控制土耳其多年不能从其它国家引进技术并向土耳其市场出口了大量人造纤维。

### （二）资本结构

即股权的分配，有三种形式：外国投资者占有多数股权；对等股权和外国投资者占有少数股权。在起草合同中，这三种形式均有其独特的要求。1、多数股权：跨国公司比较喜欢这种形式，因为便于他们进行管理和控制，他们并不追求更多的股权，因为更多的股权意味着需要更多的投资，问题的实质在于获得对企业的管理权和控制权。至于占有百分之百的股权，则另当别论了。在磋商股

权问题时，对东道国来说至关重要的是如何在一段时间内将外国拥有多数股权逐步转移到当地投资者手中，其方法有两种：规定签约若干年后，外国投资者应将其所持有全部股份售与当地投资者或规定外国投资者在一定时间内给予当地投资者购买股份之权利，使当地投资者逐步占有企业股权的大多数。在此过程中如何规定股票价格是个关键。此点，以后再谈到。2、对等股权：表面上很动听，双方对等，实际上它是造成困难和僵局的源泉，在董事会、股东大会和管理上，都会出现僵局。所以具体规定如何解决僵局的措施十分必要。如在董事会一级中规定：外国和本地投资者，在对等的年限中，轮流占有董事会中董事席位的多数；通过把股份分成不同的级别来解决（如外国投资者的股份为甲级，本国投资者的股份为乙级，在公司法中规定，在前几年中甲级股持有者可选出多数董事，而在相等的后几年中乙级股持有者又可选出多数董事）；另一方法是在董事会人数相等的情况下，经双方协议，在对等的年限中，由双方轮流分别担任董事长及总经理职务；在股东大会上出现的僵局如对收入之分配、再投资、借贷等问题，最不易解决，在此情况下，如当地投资者是政府，则规定用“买下来”的办法，即要求当地投资者购买外国投资者的股份；如当地投资者是私人企业，则规定用出售法（PUT AND CALL），即要求一方把股票拿出来要求售给另一方，而另一方则要求对方按议定价格售给股票。还有其它的办法，如把双方出现的争议诉诸于第三方去解决，但它不意味着是仲裁，这个第三者，可以是董事会中非双方之中任何一方所任命的第

七名董事。他德高望重，富有经验，所以他对于争议所做出的决定，易为双方所接受。另外，在实行民法（即以拿破伦为基础的）的国家公司法还可规定，把僵局诉诸于法庭，由法庭来打破僵局。但问题在于打破第一个僵局后，很快地又会出现第二个僵局。如涉及公司或企业的政策性问题的，法庭可通过清算来解决。

3、少数股权：一般在合同中规定有保护少数股持有者权益的条款，其方法与对等股权中的方法相似，如在一定时期内，采取少数股加权的办法，使之在董事会的选举中，占有多数席位，这种方法，只适用于多数股持有者在技术、财务、销售等方面还不能进行有效的管理从而存在一定困难时使用，但是一定要规定使用这种办法的具体期限。另一种办法是在企业建立的头三五年内，由少数股的持有者委派总经理或直接自行出任。待当地人员经训练后足以胜任时再将此职务移交。股东大会也要保护少数股持有者的权益，方法之一是给少数股持有者以否决权，但否决权的权力过大，一般不宜采用，而可以采取给少数股持有者以其它保护措施，如规定：对重大问题的表决，需要 $\frac{2}{3}$ 或 $\frac{3}{4}$ 的多数通过，方能生效。当然，最激烈的解决办法还是前面所提到的出售法。

拿什么来入股，这问题很重要。最简单的办法是拿现金来入股。但是，用这种方法，我们会发现有这种情况，即：由一方（外国投资者）支付资本。当地合伙者（往往是政府）因没有资金，需要由外国合伙者借钱给它，而后以企业盈利偿还。也有用实物入股的，也就是以有形资产入股；也有以无形资产入股的，如外国投资者以设备、劳

务、技术、专门技术入股，当地投资者以土地、以提供的基础设施提供的好处或政府(即Government Benefit)来入股，这里的问题是如何对政府提供的好处作价。关于专门技术，也有一个作价的问题。这都要在合同中明确规定。我在这方面曾有过经验。有一个国家组成了一个旅游方面的合营企业，由于政府为此曾花费400万美元兴建基础设施，政府就因此享有这个企业的60%股权。由于政府占有的比例高，这就限制了私人投资者的利益。我曾帮助别人起草过很多合同。合同注意平衡各方面的利益。我认为订合同时不应不注意保护对方的利益。在谈判当中，你必须注意这样一个问题，即：当一个合同条款的规定对你过份有利时，它肯定潜伏着破裂的危险，特别当政府作为一方时，它可以用非常微妙的手段来破坏这一项目的进行。

作价问题。这是一个困难的问题。对实物进行作价，还不算太难，但也会发生很多问题。对技术、专业知识的作价就更为困难，在谈判中往往会发生争执。因此，在起草合同条款时，必须注意规定有形资产和无形资产作价的方法。再有土地，未经开发的土地可能不值多少钱，但是经过开发，这种土地的价格就可能很高。如沙特阿拉伯就曾为建立工业区，在不毛之地上投了成十亿的美元。在那里建立合营企业，土地很可能是一笔很大的费用。另外，有些国家的公司法规定，禁止用技术知识作股本，这样合营企业只能采取许可证交易的形式把专业技术买下来。

股份的转移：合营企业条款一般都有限制股份转移的规定。这主要是因为他们都不愿有新的参加者，不愿随便

让原来的一方自由退出而招来新的伙伴，所以就规定有首先拒绝的权利（Right of first refusal），即在原来的另一方拒绝购买后，一方可转让给第三者。也有的规定，根本不允许把股份转移给任何人，如要转移必须转移给当地合伙人，这就是“Right to put”。至于所转移股份的价格，这是需要谈判的。给所转移股份作价有四种办法。第一种办法是按票面价值作价，这不现实。因为，企业可能盈利，也可能赔本。甚至还有这样的情况发生：外国投资者认为企业是盈利的，而当地投资者认为是赔本的。有盈利，股份作价可能要高于票面价值，如赔本就要低于票面价值。第二种办法是按账面价值作价。也就是按照企业的资产负债表来计算。由于需要扣除许多开支，账面价值一般低于票面价值，除非企业有较多的未分配利润。第三种办法是重新估价。如把设备扣除折旧，再计算它现在还能值多少，再算上其它资产和损益，然后得出每股应值多少。第四种办法是按其累计收入来作价。这种办法就是把企业在一定期内的年收入加以平均作为作价的依据（因为，只计算某一年的收入不可靠）。在美国一般的算法是，股票价值等于其平均年收入的五倍。另外如股票是上市的，也可以用市场价格计算。以上各种办法都需要通过谈判来确定。至于用市场价格计算，但必须明确规定按什么市场的价格。

最后，还有一个缴付的问题。股份转移，想全部用现金来缴付是不现实的。加之，这种股份的转移，一般并非出于自动，多少带有强迫性，因此，比较普遍的做法是，规定在多少年内偿清并附有利息。

### （三）财务计划。

首先要确定贷款股本的比例。一般说来，从企业看，这种比例越大越好，从贷款者看，这个比例越小风险也越少。但这个比例并不取决于合营企业的各方，而决定于贷款给合营企业的那一方。

第二，要明确规定资金的来源。一般的情况是，外国投资者负责外汇资金，本国投资者负责当地资金。我希望中国能设立专门机构来提供系统的金融资源。

### （四）管理。

合同应在以下三方面作出规定：

（1）决策的制订。这与所有权直接联系，一般按所有权比例来组成董事会。

（2）业务管理，主要管理人员由谁委派，由双方协商委派，还是轮流委派，还是签订管理协议，由协议中指派的单位或个人负责管理，以及管理人员的职责范围都要在合同中写清楚。

（3）要明确规定在什么情况下，在什么时间转移管理权。因为，管理和所有权并不完全一致，所以必须写明。

### （五）货物与劳务的提供。

（1）在这个条款中，首先必须说明是什么货物，什么劳务。其规格、价格，由谁提供，如何补偿都要具体规定。如果某种货物与劳务来自订约者以外的第三方，其范围、责任、价格、规格和补偿等也都要写清楚。

（2）原料、中间产品和零部件的提供。外国投资者和本国投资者各提供什么，要写清楚。作价标准要原则提

出（如石油可规定按石油出口国的价格来定等），但不必搞得过细。

（六）政府帮助。

（1）首先必须明确政府帮助的性质，对它如何估价（它对合营企业的影响和作用），以及合营企业可能从政府获得在法律中没有明文规定的各种保证或特许。

（2）政府提供的各种基本设施，如道路、水电供应等等。

（3）在鼓励措施的立法中规定的对某些设备和零部件进口减免税的情况，也要写清楚。

（4）对红利的汇回和企业期满终止时撤回资本的外汇保证。

（七）销售。这条必须单独列出。除非在合营企业合同中已有规定，如补偿贸易中规定外国合作者提供技术而所有产品全部由其购回，就不必要有单独的条款。如果产品出口须经过代理商或经销商，条款必须写清由谁代理或经销，它们在销售方面负有什么责任，一定时期内的最低销售额、期限和价格。另外，对代理商或经销商进行补偿的形式，例如采取佣金还是回扣的办法都要明确规定。总之，在销售条款中必须把合营企业各方在销售方面的各自承担的义务写清楚。另外，如外国投资者负有培训当地销售业务人员的责任，在此条款中必须写明，并且还要写清培训将达到什么程度。

（八）期限与终止。合营企业一般随着它的期限的终止而终止。如合同规定一方在一定时期内须逐步将其股权转移给对方，当一方的股权转移完毕，这个合营企业也就

在此时宣告终止。还有这种情况，合营企业经营不善宣告破产，当它宣告破产清理的同时，这个合营企业合同也就宣告终止。又如在合营企业合同签订六个月后，这个合营企业在事实上并未成立，合同即应视为已经终止。再如双方在签订合同后虽然已投入一部分资金但最终发现所建项目存在有各种各样的问题中止进行，也可以宣告合同终止，但双方应经过协商分担因此所蒙受的损失。

（九）争端的解决。在这方面中国规定由中国贸易促进会或双方同意的其它机构来解决。我现在向你们介绍两种仲裁机构。一种是国际机构，另一种是国家机构。国际机构有国际商会（ICC）和国际解决投资争端中心（ICSID）。国家机构，在美国有美国仲裁协会（A、A、A），在瑞典有斯德哥尔摩商会（S、C、C）。

至于仲裁的方式，可以一个一个地经过整理成案，基本制度是联合国大会决定设立的“国际贸易法专门委员会”的规定（UNCITRAL RULE）。但也可以拒绝按联合国的规定进行仲裁。但无论如何条款中必须通过协商明确规定：（1）选择什么机构进行仲裁，（2）要不要成立一个三人的仲裁庭，（3）要确定谁是最有权威的仲裁者，（4）依据什么样的法律来仲裁，（5）仲裁在什么地方进行。

仲裁中的一些问题。一般说，国际仲裁费用太高，国际商会仲裁是费用最高的一个。另外，确定一个三人仲裁庭其坏处比好处更多一些。因为，它要有三个人的费用，还有一个程序问题，花的时间也长。一般还认为，国际仲裁对发展中国家不利。但我的经验是在国际仲裁中有75%

是有利于发展中国家的。如果第三世界国家在仲裁中受到压抑并不是由于国际仲裁的法则而在于发展中国家往往不能为国际仲裁提供充足的旁证。另外，发展中国家提供的仲裁人往往是政府官员，缺乏仲裁的经验；而发达国家提供的仲裁人往往是律师、是专家，他们会为仲裁提出各种论据。

### **Ⅲ、契约式合资企业协议**

契约式合资企业协议的主要条款是：一、目标，二、投资或基金，三、利润分配，四、财务计划，五、管理，六、货物与劳务的提供，七、政府的帮助，八、销售，九、期限和终止，十、争端的解决。这十条同合股经营企业的差不多。然而，第一条，目标，可能随着发展的过程起变化，因为没有股东大会，必须通过谈判达到目标一致。重要的是第二、三条。怎样提供资金，是永久性的资金还是贷款。外国投资者所提供的资金又怎样回到他的手中。这里还涉及到利润分配的问题。由于没有股份就谈不上分红，要规定如何分配，按什么比例要通过谈判。没有一个固定原则，可以根据风险、利率、贴现率等方面来计算，并在合同中规定之。至于第五条管理，由于资金主要来自外国投资者，很明显要由外人管理，而且它没有合股经营企业中那些复杂的管理问题。第七条比较重要，有的政府给外国投资者过多的优惠。如过多了，可以通过改变政府参与的比重来解决。

### **Ⅳ、许可证协议**

它是一种契约性的协议。它与发售货物不一样，发售货物是技术连同所有权一起转移的；许可证协议，只是允

许可证获得者可以利用某种技术。

许可证协议的主要条款是：

（一）技术的性质。登记专利或没有登记专利的都要写清楚。

（二）许可证的授予。要写明许可证使用的范围和限制，写明许可技术的补偿。

（三）商标和牌号的使用。在商谈许可证协议时，商标是一项重要内容。如许可证获得者的产品质量与许可证出售者一致时应该允许使用其商标。由于对质量的检查相当严格，有时也可妥协在许可证获得者自己的商标之下加上“本产品由某公司监制”的字样。

（四）技术的改进与改善。技术的改进与改善在谈判中是困难的问题。在许可证有效期内，技术提供者有义务向许可证获得者提供改进与改善技术的情报。另外，许可证获得者也有义务向技术提供者作技术反馈。这里的问题是如何补偿。如技术提供者免费向许可证获得者提供改进与改善技术的情报，许可证获得者的技术反馈也应是免费的；如果是索取补偿的，那么反馈也必须获得补偿。这两种办法没有一定之规，由双方谈判决定。另外，对改进和改善的含义必须写清楚。

（五）培训。没有有效的培训，就没有有效的技术转让。培训的规划必须具体，培训多少人，培训的内容是什么，多少时间，达到什么要求，培训后能担任何种工作，需要多少费用，都要明确规定。必要时，还需要在一定时间内进行现场培训。

（六）保证。这一条款包括有两方面的内容：一是要