

中國國際經濟貿易仲裁

案例分析

第二卷：投資爭議

1

中國國際經濟貿易仲裁 案例分析

第二卷：投資爭議

1

責任編輯 關秀琮
裝幀設計 陸智昌

書 名 中國國際經濟貿易仲裁案例分析

——第二卷：投資爭議 ①

主 編 郭曉文

副主編 韓 健

顧問 董有淦 梁定邦大律師 黃金鴻大律師

撰稿人 郭曉文 韓 健 黃雁明 徐三橋 曾銀燕

謝衛民 蕭志明 王素麗 梁仁潔 魯 昆

出版發行 三聯書店（香港）有限公司

香港域多利皇后街九號

Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.

9 Queen Victoria Street, Hong Kong

印 刷 陽光印刷製本廠

香港柴灣安業街三號七樓

版 次 1997年1月香港第一版第一次印刷

規 格 16開（180 x 255mm）492面

國際書號 ISBN 962·04·1380·6

© 1997 Joint Publishing (H.K.) Co., Ltd.

Published & Printed in Hong Kong

代編者序

中外合資、合作經營企業內中外投資者 之間的法律爭議

郭曉文

據中國政府公佈的資料，自1970年代末中國實行對外開放政策以來，截止1995年年底，經政府批准的外商直接投資項目已達259,000個（大約數），協議投資金額3,939.88億美元，實際投資金額達1,350.8億美元，在外商投資企業中就業的人員近一千萬人，外商投資企業的工業產值約佔全國工業產值的13%。這說明，經過十多年的發展，中國在吸收外商投資方面取得了重大成績，外商投資企業在中國的經濟結構中已經佔據了舉足輕重的地位。與此同時，外商投資企業所發生的法律爭議也逐年增多。從中國國際經濟貿易仲裁委員會歷年受理涉外仲裁案件的數量類別統計中看到，外商投資企業的爭議仲裁案件，1989年佔當年總受案數的17%，為49件；1992年上升為24%，為62件；1994年則上升為48.3%，達到410件。這些仲裁爭議，基本上是在中外合資經營企業和中外合作經營企業內中方和外商投資者之間發生的。由於中外合資經營企業和中外合作經營企業佔據了外商投資企業總數的75%左右，構成了外商投資企業的主體，這一現象引起了中外法律界的關注。無疑，法律爭議數量迅速上升，與同時期外商投資企業大幅度增多有直接的關係。統計資料表明，至1991年底，中國累計批准的外商投資企業為41,953個，其中中外合資經營企業24,684個，中外合作經營企業11,089個，外資企業為6,180個，而到1994年底已經累計批准外商投資企業221,662個，中外合資經營企業140,931個，中外合作經營企業33,879個，外資企業46,852個。^①上述仲裁爭議的上升與外商投資企業的增多，呈同步關係。但簡單的

數量對比關係並不能完全解釋法律爭議產生的實質性的原因。為甚麼爭議大都發生在中外合資、合作經營企業（下簡稱合資、合作企業）的中方和外方投資者之間？這些爭議的內容和原因都是甚麼？它們所提出的並需要解決的問題有哪些？這些問題促使我們通過對一些典型爭議案例的分析和綜合，去探求其帶有規律性的答案。

從具體案例所反映的情況看，中外投資者之間爭議的內容集中於雙方對企業的投資和對企業的經營管理這兩方面。實際上，對任何企業的生存發展來說這兩方面都是最重要的，因而也是投資者主要利益所在。作為規範合資、合作企業的基本法律的《中外合資經營企業法》和《中外合作經營企業法》，其主要內容是有關中外雙方投資者的投資和企業經營管理原則的規定。按照上述兩個法律，中外投資者之間須訂立合資或合作合同，合同將各方投資和經營管理的權利義務具體化，並成為合資、合作企業的大綱。^②

投資義務

對於中外各方投資者而言，按照合同向合資或合作企業投資，既是權利又是義務；而合資或合作合同經政府批准生效後，權利已有法律保障，義務的履行就成為關鍵。有關的調查結果顯示，投資義務實際履行的情況並不令人樂觀，在已批准成立的合資、合作企業中，投資者不按合同規定的金額和期限投資或投資不實的情況普遍存在。投資不足或不實，使企業處於「貧血」狀態，是造成許多合資、合作企業經營失敗的基本原因之一。

按照《中外合資經營企業法》及其《實施條例》的規定，合營各方的出資額構成了企業的註冊資本，即資本總額，合營各方應按合同規定的期限繳清各自認繳的出資額；《中外合作經營企業法》亦有相類似的規定。允許投資者分期投資，並在合同或章程中約定出資期限，這是中國法律給予外商投資企業的特殊待遇。對於一般的有限責任公司，法律要求股東在公司登記設立時即一次繳足全部註冊資本。^③相比之下，外商投資企業的註冊資本屬於投資者的認繳資本，而一般有限責任公司的註冊資本為公司設立時的實收資本。規定認繳出資額制度，本意是為了方便投資者根據企業建設和生產進度需要逐步投入資金，避免因閑置而浪費。但在實踐中，一些投資者濫用了這

一法律的「優待」。有的在合同中僅規定了投資者前期（部分投資）的期限，而對其餘的投資不作具體規定，或規定：「根據生產實際需要投資」，而實際上首期投資後，後續投資則遙遙無期，生產經營完全依靠企業借貸。有的雖規定了分批投資的期限，但不切實履行。在投資不足而發生經營困難的情況下，自然會引起投資者之間的糾紛，往往是遵守投資義務的一方向投資不足的一方提出法律訴求。

如果把中外合資或合作比喻為投資者之間的「經濟婚姻」，雙方約定的投資額就構成了維持「家庭生活」的經濟基礎，基礎不牢，婚姻難保不破裂。經驗表明，各方投資者的投資目的能否協調，投資者的經濟實力與投資計劃是否符合，是決定其能否切實履行投資義務的兩個基本因素。投資者建立合資、合作企業的目的與其自身條件是分不開的，但就總體而論，外方投資者的投資目的不外乎：（1）通過建立合資、合作企業進入或擴大在中國的市場；（2）利用中國的優惠政策和廉價的土地、廠房、租金及勞動力，降低生產成本，提高利潤，增強國際市場競爭力；（3）利用合資、合作的機會調整生產結構，將更新下來的舊設備轉移於合資、合作企業的投資；（4）設備製造商或經銷商通過建立合資、合作企業銷售設備，獲取銷售利潤；（5）利用合資、合作企業高價進口其經銷的原料或元、配件，低價出口產品，獲取雙重價差利潤。中方投資者設立合資、合作企業的目的一般為：（1）吸收外方的資金，改善生產條件以擴大生產能力；（2）利用外方的國際市場銷售渠道出口產品，增加外匯收入；（3）吸收外方的生產技術和管理經驗，促進產品和技術設備更新，提高效益；（4）利用合資、合作使閑置的土地廠房獲取租金收入；（5）解決工人就業問題；等等。

由於中外投資者經濟條件和所處社會環境的差異，其各自的投資目的不同，甚至存在矛盾是正常的現象，法律允許合資合作的投資方式，就是為了使中外雙方投資者通過對自身資源條件的發揮和對方資源條件的利用，以實現各自的商業利益。但假如一方的投資目的須通過損害對方的利益才能實現，則衝突必然發生。蓄意損害對方利益的投資目的乃屬「動機不良」，不良的「婚姻」動機，可稱之為「騙婚」：騙局一旦出現，或一旦被對方發現，「離婚」在所難免。在眾多的中外投資者糾紛中，屬有意欺騙對方的畢

HWHL291/01

竟為少數，多數情況是雙方投資目的不一致而發生利益衝突，或一方因目的不能實現而放棄履行投資義務。例如，中方希望通過合資、合作引進較先進的設備，但外方卻意圖以原有的舊設備充作投資；外方力圖使合資、合作企業產品在當地市場銷售，但中方因自身競爭性利益並不願意給予合作，外方因而停止後續投資。

投資目的不一致而發生利益衝突的問題，本應在中外雙方進行合同談判期間加以解決，解決的方法無非是通過可行性研究和談判協商，對雙方的不一致之處進行調和並訂立明確的合同條款等等。但十分遺憾，多數發生爭議的投資者在合同談判或簽訂階段都行事草率，其合同權利義務條款往往籠統而抽象，制訂的「可行性研究報告」往往是形容詞加數字而虛構的「美好前途」的描述，甚少以認真的調查和專業的分析為據。合資、合作企業中外雙方投資者之間投資目的不一致的情況頗為常見，因為企業的盈利並非雙方的唯一目標。在很多情況下，通過認真的合同談判可以相互了解對方的真實目的和權利要求，經過妥協，達成雙方利益允許的合同權利義務條款。出現草率簽訂合同的原因有多方面，就中方投資者而言，往往存在迫切引進外商投資的需求，從而對合資、合作只求其利而不見其弊，對合資、合作夥伴不作認真資信調查。而各地的政府官員為了促進地方經濟發展或取得對外開放的政績，也常把批准合資、合作項目的數量及投資金額作為重要的工作指標。在這種動力的支配下，容易產生為追求投資數量而盲目簽訂和批准合同的情況。就外方投資者而言，合同簽訂草率的情況多發生在中、小企業，特別是海外華人投資者（泛指港、澳、台華人、國外華僑和外籍華人）中間。中、小企業由於其實力所限，在合同談判時很少聘請律師、會計師等專業人士協助。而海外華人投資者，多通過親友同鄉等渠道來確定合資合作夥伴。華人的文化傳統是羞於朋友之間斤斤計較的，在友情和「面子」的作用下，雙方利益衝突之處在合同中有意無意地被漏掉或做模糊規定。企業成立後，一旦「蜜月」期結束，利害矛盾出現，投資義務的履行就會發生問題。

投資不實是違反投資義務的另一種情況。投資不實的問題大都出在以實物出資的方式上。其表現可分為：（1）投資者對其投入合資、合作企業的實物並不具有所有權或所有權受到限制。例如，有些外方投資者投入合資、合

作企業的機器設備，是來自於融資租賃或其實已向銀行或其他債權人作了抵押擔保；也有些中方投資者把租來的廠房作為其投資或合作條件。(2) 虛報實物投資的價值，導致投資實際價值低於合同價值：這種情形在外方投資者以進口機器設備為投資資本的合作方式中最為多見。據中國國家商檢局的統計，自1991年商檢部門開展外商投資財產鑒定工作以來，至1995年共進行了1.65萬批外商機器設備等實物投資價值鑒定，總報價金額為71.12億美元，經鑒定的實際價值只有60.62億美元，竟有10.5億美元的虛報額，平均降值率為14.8%，^④實際上，由於商檢部門的價值鑒定是非強制性的，其所鑒定的實物僅僅是同時期外商全部投資實物中的一小部分，但這足以說明，投資「摻水」現象非常嚴重。投資不實的一方以實際上較少的投資佔據了較多的「股份」，甚至侵吞了對方的投資，破壞了合資、合作的基礎。

投資不足或投資不實的情況，也多發生在經濟實力較弱的投資者身上。在中國引進外資的早期，許多前來合資、合作的外方投資者信用能力較差，普遍出現了向其投資貸款的銀行要求中方投資者提供擔保或要求以合資、合作企業財產抵押擔保的情況。有的投資者採用降低合同認繳投資額（即減少企業資本金），加大企業負債的辦法以解決資金不足，使一些合資、合作企業在沉重的債務負擔下經營，很容易遭致經營失敗。一些合資、合作企業合同規定的經營期未滿，甚至剛開始營業就無力支撐而處於停業狀態。隨着中國引進外資的發展，前來投資的較有實力的外商逐漸增多，投資項目平均協議金額由1990年代初的不足100萬美元上升到1995年的245萬美元。同時中國政府也加強了對投資項目的審查和管理。在總結經驗和教訓的基礎上，中國政府陸續制訂了一系列規範投資者投資行為的法規。例如，1987年12月頒佈的《中外合資經營企業合營各方出資的若干規定》、1988年7月3日頒佈的《中外合資企業註冊資本與投資總額比例的暫行規定》、1994年3月18日頒佈的《外商投資財產鑒定管理辦法》^⑤等等，對投資者的投資方式、出資期限、投資檢驗、企業的資本金與負債投資的比例都有了明確具體的規定，這些法律措施對規範投資行為發揮了積極的作用。

經營管理權

投資到位後，能否實現投資利益，保證投資安全，則取決於企業的經營管理。所以經營管理權的行使是合資、合作企業中外雙方投資者都十分重視的。從法律規定來看，無論是合資還是合作方式，都實行由中外雙方投資者共享經營管理權的原則。所謂共享原則，即指從企業經營管理的決策到決策的實施，都須由中外雙方共同參與。例如法律規定董事會作為合資、合作企業的權力機構，其正、副董事長應由中外雙方分別委派擔任，即一方擔任董事長的，應由另一方擔任副董事長。^⑥在合資企業中，法律還要求作為負責企業日常經營管理的總經理和副總經理也應由中外合營各方分別擔任。^⑦這種共享經營管理權的法律安排，體現了在合資、合作企業內中外雙方投資者應共同參加經營管理的意圖：因為只有共同參加經營管理，才能保證各方共同投資利益的實現，同時使中方人員學習和掌握外方引進的較先進的管理經驗和生產技術以及進入國際市場的渠道，以符合中國政府引進外資的宗旨。

不少學者將中外合資經營企業歸類於國際股權式合營企業，將中外合作經營企業歸為國際契約式合營企業^⑧。這種分類方法從投資者在企業中的投資份額與利益分配和虧損分擔，以及企業解散時財產分配的比例關係着眼，是有一定道理的。但如從企業的經營管理權的角度看，合資企業的經營管理權並不能與「股權」完全一致，同樣具有「契約」的因素，這一點明顯地表現於合資企業董事會的董事名額分配和表決制度上。例如，依照法律，合資企業「董事名額的分配由合營各方參照出資比例協商確定」。^⑨「參照」就不一定與投資者投資比例完全一致，而「協商」則加入了「契約」的成份。更重要的是，法律規定，無論是合資企業或是合作企業，董事會就企業章程修改、資本的變更或轉讓、企業中止或解散及其他各方約定的重大問題表決時，都須由出席董事會會議的全體董事一致通過方可作出決議。^⑩有人將這種董事會表決制度戲稱為聯合國安理會常任理事國的「一票否決制」。在這種董事會制度中，即使一方投資者在企業中的投資份額佔有優勢，且佔據了多數董事名額，亦不能壟斷企業的經營決策權。這也是中外合資、合作企業與公司法所規定的普通有限責任公司的重要不同之處，雖然合資企業和絕大

多數合作企業都採取有限責任公司形式。^⑪合資、合作企業經營管理權共享原則的好處在於，它可以使投資者不論投資大小都有參與經營管理的機會，可以防止大股東壟斷經營管理權，侵害少數股東的利益。但它同時也產生另一方面的結果，即：（1）在大多數企業中，除了董事之外，從總經理、副總經理到財務主管、生產銷售主管等中層管理人員，都由中外雙方投資者對等委派或輪流出任。這些管理人員雖然形式上都由企業聘用，應向企業負責，但實際上只效忠或聽命於一方投資者，在雙方投資者發生衝突時，這些管理人員就自動分成了敵對的兩派；（2）董事會對雙方意見不能達成一致的重大問題無法形成決議。顯然，這樣的結果必然破壞企業的經營效率，嚴重者可導致經營癱瘓。許多法律爭議的個案都是在中外雙方投資者因經營管理上的矛盾不能調和，導致企業經營癱瘓情況下發生的。避免上述結果的唯一途徑，是中外雙方投資者通過協商和相互妥協，以尋求符合雙方利益所允許的經營決策。但要做到這一點，必須有以下條件為基礎：（1）雙方的投資和經營目標有一致性或者是可以調和的；（2）雙方在企業經營上各據優勢，並具有互補性，須相互依賴對方的資源；（3）雙方派出的董事和管理人員具有較好的素質，除長於經營外還須善於協調投資者之間的利益矛盾。實際上，不論是合資企業還是合作企業，都是以各方投資者通過談判所訂立的合同（契約）為合作基礎；而企業成立後的董事會，不過是投資者繼續談判的場所而已。董事會裏的每一項決議，都是在原合同基礎上經談判而達成的進一步協議，或是合同的補充。當董事會內的談判失敗時，合同的繼續履行就出現了危機。

在實踐中，投資者在法律上所享有的經營管理權和對企業經營管理的實際控制，可以成為兩個相背離的狀況。人們可能發現，某一投資者在企業中的投資比例和委派董事及經理人員的數量都佔有優勢，但企業的生產和銷售實際上卻都控制在另一方投資者手中，此種情況最多見於一方投資者具有生產技術或銷售優勢的企業中。例如，不少合資、合作合同中都規定有要求外方投資者承擔全部或較大比例產品海外銷售的義務，這說明該企業的產品依賴於外銷，而外方投資者具有銷售優勢。合同中規定的銷售義務同時又是一種權利。外方投資者憑藉銷售優勢可以控制企業的生產成本和經營盈虧。某

一案例中的外方投資者在中國建立了數個合資、合作企業，都生產同樣的產品，該投資者根據其在各個企業的不同利益情況以及與中方投資者的合作關係來決定提供銷售「訂單」的不同數量，結果有的企業須加班生產，有的企業處於半開半停狀態。在另一案例中，某合資企業產品售價低於成本，長年虧損，中方投資者認為已沒有經營前途，要求終止合資，但外方投資者仍勁頭十足，堅持繼續生產，只因真實的產品售價和銷售利潤由外方單方控制和獨佔。

為了擺脫由於一方投資者佔據生產和銷售優勢而實際控制經營管理，令其他投資者利益沒有保障的被動局面，一些企業採取「承包」的辦法。所謂「承包」是指由一方投資者單獨經營管理企業，其他投資者有條件地放棄對經營管理權的「共享」，其條件往往是要求承包者保證給予「固定利潤」或「承包金」，而企業的實際盈虧由「承包」者單獨承擔。「承包」一詞本創自1970年代末中國農村生產制度的改革，後來推廣到城市經濟關係乃至各種社會關係中，成為最為流行的概念。雖然「承包」一詞後來被應用於法律，但作為法律詞匯它在內涵和外延兩方面都缺少嚴格的定義。依前所述，「承包」現象出現於中外合資、合作企業，多數是由投資者之間對於企業經營管理的優勢差別而決定的。從實際情況看，外方投資者為「承包人」的據大多數。由一方「承包」經營管理可以擺脫因雙方管理人員意見不合所帶來的麻煩，有助提高效率。另一方面，一些以土地廠房投資的中方投資者實際上成為變相的收租人，合資、合作關係成為實際上的土地廠房租賃關係。這種情況與舉辦合資、合作企業的立法宗旨相悖。「承包」的最大弊端是，在無可靠的監督和保證措施的情況下，由一方投資者單獨經營管理各方投資者的共同財產，加大了財產的風險。不少企業「承包」後負債迅速上升，在「承包」期內欠下了巨額債務，而「承包人」在「榨乾」企業後則棄之不顧。雖然「承包」合同大都約定由「承包人」承擔債務，但根據法律，作為「發包人」的合資、合作企業，須以全部財產向債權人承擔責任，企業投資者之間或企業與「承包人」之間的「承包」協議對企業的債權人無任何約束力，在合資、合作爭議案件中「承包」糾紛佔據了相當的比例，此種情況說明，以放棄經營管理權來換取「固定利潤」或「承包金」，並非保險之途。為了防

止合資、合作企業「承包」中出現的諸多弊病，中國政府有關部門對合資、合作企業的「承包」經營規定了嚴格的條件，^⑫但實踐中很少有符合規定條件的「承包」。

行為短期化

「行為短期化」一般是指人們的行為沒有長遠的目標和計劃，只有眼前的利益打算。從許多案例反映的情況看，投資者的行為短期化現象較為普遍。投資者的短期利益目標往往與合同或章程紙面上規定的企業經營規劃相矛盾，投資者之間極易發生利益衝突。行為短期化現象表現於投資和經營管理兩個方面。例如有些外方投資者針對國家實行的外商投資企業所得稅優惠政策，^⑬在企業有免徵或減徵所得稅待遇的幾年內，為企業提供了充足的訂單，生產飽滿。但優惠期一過，企業就往往訂單不足，處於停產與半停產狀況。對有些外方投資者來說，其合資、合作的目的並不在於從企業生產經營中獲於利潤，而在於通過合資或合作的方式銷售機器設備或原材料，以獲取銷售利潤，其獲得的銷售利潤愈多，合資或合作企業的生產成本就愈高，虧損的可能性就愈大。但對出售設備或材料的投資方來說，企業是否虧損對他已無關重要。

在中方投資者方面，行為短期化的情況更多見於其所派出的經營管理人員（包括董事和經理）身上。中方投資者基本上都是國有企業，由於體制上的原因，國有企業的廠長或經理人員大都實行任期制，幾年任期屆滿後，新舊接替，原來委派到合資、合作企業的管理人員也往往同新舊「老闆」共同進退。這樣一來，容易造成合資、合作企業人事上的不穩定，而使中方投資者委派的人員沒有長期打算，相對於企業的經營目標，更多地關心個人職權上的利益。對外方投資者來說，他與對方已建立的人際關係又要重新構造。如果新任的中方管理人員對前任的工作持否定態度，雙方的矛盾就會因此而起。中方委派管理人員變化頻繁，是一些合資、合作企業爭議產生的原因之一；許多外商亦對此提出了意見，針對此情況，中國政府有關部門曾作出規定，要求在合資、合作企業內擔任董事長、董事的中方人員，如需調換時，應徵求合同審批機構和外方投資者的意見；對企業聘用的中方高級管理人

員，未經董事會同意不得調換他的工作。^⑭但這些規定並沒有法律的強制效力，只能依靠中方企業主管人員自覺執行。

行為短期化現象的產生原因還在於整體的經濟環境。從整體環境看，中國正處於一個經濟高速發展，各種經濟關係和社會制度轉型的時期，市場的不穩定，政策多變是不可避免的。這種情況必然影響到中外雙方投資者的利益預期和行為方式。行為短期化使投資者難以形成共同的利益目標，在投資和經營管理上各打算盤，各自為政，糾紛就容易發生。

政府與企業的關係

中國在長時間內一直實行社會主義計劃經濟制度，在計劃經濟體制下，企業相當於各級政府部門下屬的一級行政單位，從企業主管人員的任免到企業的投資和生產經營決策均須聽命於政府。實行改革開放政策之後，特別是在近年來確立了市場經濟體制改革目標之後，企業在經營管理上的自主性已大大增強，並具有了獨立的經濟利益。但由於從計劃經濟向市場經濟的轉變尚處於起步階段，舊體制的影響仍然根深蒂固。表現於合資合作企業制度方面，「主管部門」的存在就是典型的例子。「主管部門」的概念，始見於《中外合資經營企業法》。該法第九條規定：「合營企業的生產經營計劃，應報主管部門備案，並通過經濟合同方式執行。」1983年公佈的《中外合資經營企業法實施條例》第六條對「主管部門」作出了定義：「除另有規定外，中國合營者的政府主管部門就是合營企業的主管部門」，「主管部門對合營企業負指導、幫助和監督的責任。」這裏應該注意兩個問題，首先是上述法律規定所說的「主管部門」不是指行使合資、合作合同審批權或負責企業登記註冊、年審管理的政府職能部門，而是指中方合營者所隸屬的上級行政機關，一般是某一行業的主管機關。其次，「主管部門」與合資企業的關係，不同於其與中方合營者的關係，前者為「指導、幫助和監督」，後者則為領導和被領導。

「主管部門」實際上是政府具體管理合資、合作企業的代表。其負責的範圍，從合資、合作項目的審查批准到企業開始經營後的財務、僱工、生產銷售等各方面的監督及協助。在合資、合作企業之上安排一個「主管部

門」，並非完全出於中國政府對合資、合作企業嚴格監督管理的意圖。實際上，在中國現有的經濟體制中，由於各級政府完全或有限度地控制着諸如稀缺生產資料、交通運輸、土地、能源、勞動力、國內銷售市場和進出口等各種資源，並承擔着廣泛的社會管理職能，如果沒有「主管部門」的支持，合資、合作企業從設立到生產經營都將十分困難。可以說，在市場經濟的發展尚未達到一定水平的情況下，「主管部門」的存在是必要的。但這種管理模式產生了另一個問題，即合資、合作企業的「主管部門」同時是中方投資者的上級機關，當中、外雙方投資者之間出現利益矛盾時，它將處於何種立場？一種可能是，它將站在客觀公正的立場上來協調雙方的矛盾；另一種可能是，由於它與中方投資者在人事和利益關係上的一體化，即使中方投資者有過錯，它仍會站在中方投資者的一邊或背後與外方投資者對抗。前一種可能情況的出現依賴於「主管部門」負責人員本身的良好素質，而後一種可能情況的出現則具有體制上的驅動力。在一些合資、合作爭議的案例中我們看到，有些地方政府「主管部門」對合資、合作企業經營管理上特別是人事上的不當干預，導致了雙方發生矛盾；而有些「主管部門」在中外雙方發生矛盾時所持的不公正立場，使外方投資者對政府部門的協調失去信心，促使其通過仲裁或法律訴訟方式解決爭議。

本地企業與政府部門利益一體化而一致對外的不公正現象，不僅僅發生在中外合資、合作關係中，更多地發生於本地企業與中國其他外地企業的生計交往中，此種現象被命名為「地方保護主義」。實踐證明，這種「地方保護主義」乃是發展市場經濟，實行公平競爭的大礙，亦是破壞投資環境的罪魁。要去除這一弊病，關鍵在於從經濟體制上割斷本地企業與政府部門行政上和經濟利益上的聯繫，使其喪失「地方保護」的動力。作為市場經濟改革的試驗，廣東深圳等經濟特區在若干年前已經將傳統政府行業主管部門撤除，合資、合作企業沒有特定的「主管部門」，近年來又進行國有企業「無主管部門」的改革。這些改革措施對促進市場經濟發展，改善投資環境有着十分積極的作用。當然，真正做到不論是合資、合作企業還是國有企業都不依附於「主管部門」，也不需要「主管部門」，則須以市場資源一定程度的「自由化」為前提。

政策和法律制度

前面的段落中分析了合資、合作企業中外投資者之間發生爭議的一些具體現象和原因，人們也許會問，這種類似於「中外婚姻」的投資方式是否存在着法律制度和政府政策層面上的問題，因而容易出現法律爭議？的確，「中外婚姻」式的投資結合與其他的投資方式相比存在着更多的困難。中外投資者在投資目標、經營方式、技術標準乃至管理人員的思想觀念和行為模式上都存在很大差異，要調和這些差異是不容易的。目前的法律制度和政策本身也存在一些「僵硬」的內容。例如，按照法律規定，合資、合作企業的註冊資本在合營期內不得減少。^⑮這就意味着，一方投資者在投資後即使出現經營困難或與其他投資者發生矛盾無法繼續合作的情況，亦不能抽回投資即「退股」，他只能將「股份」轉讓給願意接替他的人，但這又必須得到其他投資者的一致同意。這就是所謂的「結婚」容易「離婚」難。

儘管有上述的困難和問題，建立中外合資、合作企業仍然是中國目前吸收外來投資的主要的法律方式。這是由中國現階段經濟制度和投資政策所決定的。在1970年代末期，中國開始實行對外開放政策時，最早制定的吸收外國投資的法律即為《中外合資經營企業法》。這個法律主要吸收了當時與中國經濟制度較接近的羅馬尼亞、波蘭和前南斯拉夫等國以及其他發展中國家的經驗，其經驗的要旨是以建立合資企業的方式，吸收外國投資；而通過國有企業參股和控制經營管理權，可使合資企業不至於為外國資本所壟斷，同時可學習外國的管理經驗和技術。直到1986年，中國在進一步改革開放政策的推動下，又制定了《外資企業法》，允許在中國境內設立全部資本由外國投資者控制的企業。《外資企業法》的制定說明中國對吸收外國投資的經驗和認識有了進一步的發展。在《外資企業法》實施的前幾年，由於市場開放程度的限制和審批程序較嚴等原因，外資企業建立的數量並不多。但最近幾年，隨着中國國內市場的進一步開放和外國投資者對中國經濟環境熟悉程度的增強，外資企業增長較為迅速。如前文所述，至1991年底外資企業只有6,180個，而合資、合作企業分別為24,684個和11,089個，但到1994年底外資企業已達46,845個，合資、合作企業分別為140,931個和33,879個。經過幾年

的發展，外資企業在數量上已經超過合作經營企業，而在增長速度上亦超過了合資經營企業。這說明，只要法律和政策條件允許，外國投資者選擇「獨資」方式的傾向更甚於合資或合作方式。在「獨資」方式中，許多存在於合資、合作企業投資者之間的矛盾和麻煩都不會出現。但並不能由此推斷外資企業在不久的將來會取代合資和合作企業。隨着中國市場經濟體制改革的深入和國內市場不斷向世界開放，必將進一步改革法律制度和調整政策，向外國投資者提供更多的可選擇的投資方式。但中國畢竟是一個經濟相對落後的發展中國家，如何在向世界開放的同時保護和發展本國的工業仍是嚴重的課題。合資、合作企業作為吸收外資的方式雖然存在着制度上的弊端，但在提高本國企業技術和管理水平等方面仍有外資企業所沒有的作用。因此，國家的政策對外資企業的限制仍多於合資、合作企業。在1995年6月中國國務院批准發佈的《外商投資產業指導目錄》中，劃分了「鼓勵類外商投資產業目錄」、「限制類外商投資產業目錄」和「禁止類外商投資產業目錄」，其中「鼓勵類外商投資產業目錄」共18個行業172項，有13項是不允許外商獨資經營或須由國有資本控股；「限制類外商投資產業目錄」共27個行業102項，有30項不允許外商獨資經營或須由國有資本控股。即使在中國完成市場經濟體制轉變，具備了較強的經濟實力後，在若干關鍵性的行業中仍須由國有資本控制或壟斷。這在目前一些發達國家中亦有相同的情況。從另一方面看，在許多行業中本地企業都掌握着各種重要資源。採用合資、合作方式投資，是外國投資者利用這些資源的有效途徑。這也是合資、合作投資方式仍將為法律和政策所肯定的必要性之一。

可見預見，隨着經濟制度的進一步改革，中國目前的外商投資法律制度亦將得到改進和完善。如前所述，按照目前的法律，合資、合作企業的設立均以投資者之間的合同為基礎。由於合同具有隨意性而法律規定又過於籠統和原則，許多法律關係，如投資者的股東地位、股東之間的權利義務、股東與公司之間的權利義務，以及管理人員的行為準則等等，都缺少明確的規範。同時，法律本身亦存在一些過時的和難以操作的規定。中國於1994年7月1日開始施行的《公司法》，是推行企業制度改革中一項十分重要的法律。根據《公司法》的規定，外商投資的有限責任公司適用該法，但有關合

資、合作企業和外資企業法律另有規定的，則適用其原有的規定。^⑥此舉一方面使外商投資企業的運作比過去有了較完整的法律依據，可是另一方面卻使原有的法律連同其存在的問題仍然被保留。^⑦從長遠來看，中國為建立統一的市場經濟體制，將逐步形成統一的公司法制度，目前獨立的外商投資企業法律制度最終會被納入公司法體系。在外資政策上，為創造公平競爭的市場環境，中國政府已開始探討對外商投資企業實行「國民待遇」的可行性，並準備在少數沿海開放城市和經濟特區中試驗。雖然相對於中國目前的經濟體制，「國民待遇」政策的實行將是十分複雜的事情（目前中國的各種不同的國有企業之間，國有企業與集體企業、私營企業之間，也沒有一致的「國民待遇」），但這表明了一種趨勢，即中國的企業法律制度將隨經濟的發展逐步走向現代化。

① 上述資料來源於《中國對外經濟貿易年鑒》、新華社北京1996年1月24日電文：中國對外貿易經濟合作部部長吳儀在「全國外經貿工作會議」上的講話、《中國涉外仲裁年刊》和《仲裁與法律通訊》。

② 按照《中外合資經營企業法》和《中外合作經營企業法》，投資者之間應就設立合資、合作企業事項簽定協議、合同和企業章程等文件，其中合同和章程為必須的文件，如協議與合同不一致的，以合同為準。

③ 見《中華人民共和國公司法》第二十三條、二十五條。

④ 見新華社北京1996年2月4日電文。

⑤ 上述規定參照適用於中外合作企業。

⑥ 見《中外合資經營企業法》第六條、《中外合作經營企業法》第十二條。

⑦ 見《中外合資經營企業法》第六條。

⑧ 關於國際股權式合營企業和國際契約式合營企業的概念請參閱聯合國工業發展組織所編《發展中國家工業合營企業協議手冊》（1986年）。關於中外合資經營企業和中外合作經營企業的特徵區別，請參閱《國際投資法》（曾華羣、陳安著，鷺江出版社1987年出版）。《論中外合作經營企業的特點和立法中的若干問題》（鍾惠華著，廣東省法學會1986年論文集），《常見涉外經濟合同的簽訂與履行》中第三章「中外合作