

涉外建筑法律实务

主 编◆陈浩文

副主编◆杨 燕 李小荣

涉外建筑法律实务

D922.295.4

4

主 编◆陈浩文

副主编◆杨 燕 李小荣

编写组成员：陈岚君 侯京华 洪 运 李 欢
刘雪梅 薛 山 叶 敏 严雪梅

北方工业大学图书馆



00566942

SAX 90/08



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

涉外建筑法律实务/陈浩文主编. —北京:法律出版社,
2004. 12

ISBN 7-5036-5193-8

I. 涉… II. 陈… III. 建筑业—涉外经济法—研究—中国
IV. ①D922.295.4②D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 111080 号

法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊 蔡 静	装帧设计/唐源羚
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/13.5 字数/361 千
版本/2004 年 12 月第 1 版	印次/2004 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939687	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
中法图西安分公司/029-85388843	
书号:ISBN 7-5036-5193-8/D·4911	定价:26.00 元

序

“中国的大门打开了,就不会再关上。”新加坡前总理李光耀曾这样评价中国的改革开放政策。在短短 20 年左右的时间内,中国通过改革开放已经成为世界上经济最具有活力的国家之一。改革开放政策深刻影响着这个国家的过去二十年和整个未来。世界各国投资者都将目光凝聚在这一个古老而又逐渐现代化的东方国家,关注着这个国家的每一个领域的每一次变化。

建立和完善社会主义市场经济体制,是中国政府的目标之一。而这种努力表现在经历了 13 年的不懈努力后,中国终于成为了 WTO 的一员,成为这个世界最大的经济组织的一员。这应该说是中国政府继续扩大改革开放的决心和勇气的体现,也是中国向世界吹响加入全球经济竞争的号角之声。

中国的建设市场由于特殊原因基本上处于类封闭状态,而中国政府加入 WTO 时则承诺在 2005 年后,向世界全面开放建设市场。敏锐的外商投资者决不会错过此次机会,而他们极为迫切地希望了解中国建设领域的法律、法规和规章制度。因为规则是市场经济的基本特征,任何外商投资者都不愿意以自己的财产来冒险,失去在这个国度继续淘金的机会。而另一方面,中国的建筑企业在国外已经具有了非常丰富的承包工程的经验,而且有些建筑企业已经具备了投资国外,设立子、分公司的能力和条件。对立志于将企业做大做强,以建设具有全球竞争力的跨国企业为目标的建筑企业来说,了解

西方国家建筑市场的法律法规,同样是必要和迫切的。

同样敏锐的是本书的编者,他们深刻理解中国改革开放的政策及背景,并准确把握住了中国经济发展的脉搏,同时也了解到了国内外投资者的对国内外建筑法律知识的渴求;加之,他们具有广阔的视野和深厚的专业知识,以及长期从事外商投资领域、建筑领域的实务背景,这些都使得本书具有专业性、适时性的特征。同时,据我了解,这也是我国建筑领域的第一本关于涉外建筑法律实务的专业书籍,它将涉外投资、建筑和法律实务三者有机地联系起来,并突出了实务性的特点,填补了我国这部分领域的空白。应该说本书的出版无论对于建筑领域还是法律实务领域都是一件非常值得期待和令人兴奋的事情。作为一名建筑人,我非常欣赏编者的工作,同时也期望他们将更为积极地投入到中国建筑领域法律法规的建设和完善中来,为建设领域的全面开放和发展贡献自己的力量!

陈东辉
2004年11月

目 录

国内篇

绪 论	3
第一章 外资和合资建筑企业的设立	7
第二章 外资和合资建筑企业的招投标	43
第三章 外资和合资建筑企业的工程管理	82
第四章 外资和合资建筑企业的工程索赔	123
第五章 外资和合资建筑企业的变更	161
第六章 外资和合资建筑企业的上市	206

国外篇

绪 论	245
第一章 美国建筑法律	249
第二章 英国建筑法律	279
第三章 德国建筑法律	320
第四章 日本建筑法律	351
附件:相关法律文件	389

国内篇

绪 论

随着我国加入 WTO 后国内建筑市场的逐渐开放和与国际建筑业交流的不断加深,建筑业涉外发展对法律的需求程度也在不断扩大:外商通过合资、独资等投资方式进入中国建筑市场时急需了解中国建筑业法律法规和针对外资建筑企业的专门规定;国内建筑企业在走出国门,进入外国建筑市场的时候也需要对各国建筑法律现状和投资环境有一个清晰的认识。为满足当前外资建筑企业发展中国境内建筑业务和中国企业向国外市场拓展的需要,本书编者在全面考察国内与部分国外建筑法律法规的基础上,针对涉外建筑法律实践中出现的问题,总结长期法律实务中积累的经验,编写出一套操作性强、较为完整详细的涉外建筑法律理论成果汇集与实用手册,以期为中国建筑业加快与国际建筑市场接轨提供法律支持,为中国建筑业抓住机遇大力发展与国际建筑业的交流与合做贡献力量!

本书上篇主要从外商投资中国建筑市场角度对中国现有建筑法律法规进行考察,为外资和合资建筑企业在中国的业务发展提供相关法律支持。开放的中国建筑市场的商机与发展潜力是巨大的,据《经济参考报》2002 年 11 月 19 日报道:中国 2001 年的 GDP 超过 1 万亿美元,在工程和建筑材料领域投入的资金超过 1900 亿美元,超过了 GDP 总值的 18%,显示了建筑业在中国良好的成长性。随着中华人民共和国建设部和对外贸易经济合作部联合发布的《外商投资建筑业企业管理规定》的施行,中国建筑市场的开放程度不断加

大,外资进入正当其时。

当然,外资进入国内建筑市场首要的就是对国内外资法制情况的整体了解,明确可以选择的投资方式(包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业)与设立程序(第一章第一节和第二节)。另外,由于建筑业要求企业资质评定,设立外商投资建筑企业还要面对的问题包括:工程承包范围、从事建筑活动的申请程序和相关法律责任等(第三节)。在此基础上可以对现行立法提出一些完善建议,如对中小股东的合法权益保护,对外资企业融资行为的进一步规范,发展工程保险和风险管理事业,兼并与收购的投资方式的管理等(第四节)。

目前外资建筑企业和合资建筑企业在中国承揽工程尚有特定的范围限制,因此外资和合资建筑企业在参与招投标时应当先对国内招投标概况(第二章第一节)有一个准确的了解,在其资质等级许可的招投标范围内,依照法律规定的招投标程序进行招投标工作,经开标、评标和定标后签订合同(第二节、第三节)。由于我国推行建筑市场招投标制度时间还不长,实践中存在着招标形式主义、政府监督不力、低于成本价竞标、“阴阳合同”等不规范行为,建筑企业只有严格遵守《招标投标法》、《工程建设项目建设招标投标办法》等法律法规,才能最有力地保护自身的合法权利(第四节)。

合同签订后,建筑工程施工合同管理是工程管理的核心,针对在签约、履约不同阶段的需要,需要对各方面可能出现的问题进行分析,并提出行之有效的风险管理和防范措施。签约管理(第三章第一节)包括签约资格、签约前准备工作、合同谈判阶段工作、合同签订等几个方面;履约过程中尤其是进程管理、工程款支付结算管理应当是工程管理的重点(第二节);另外,工程质量管理体系、材料设备和工艺质量、施工质量、工程质量检验管理等专业性问题也需要建立完整有效的管理体系(第三节);最后在工程涉及分包时,参照 FIDIC 合同关于分包工程的管理规定,指出针对一般分包和指定分包进行专业全面的管理是保证分包工程质量的有效途径(第四节)。

如前所述,合同管理是工程管理的核心,而工程索赔及其处理则

是工程合同管理最重要的组成部分。外资和合资建筑企业拥有工程经营管理的先进经验,如果再加上对国内关于工程索赔的法律规定的深刻理解与正确运用,将在工程管理中占领先机,有效地确定、控制工程造价,保证工程顺利进行。在工程合同实施进程中,出现设计、进度计划或施工条件等变更时,应当依法按工程变更程序进行,避免承担不利的法律后果(第四章第一节)。工程签证是对工程中各种变更和调整的确认,对有效签证应具备的条件、签证的法律特征、范围、期限和基本程序的掌握都是必要的(第二节)。由于我国示范合同文本并不和国外的合同文本完全一致,因此外商投资建筑企业应对我国建设市场中工程索赔的条件和程序有所了解(第三节)。实际操作中,从索赔意向的通知、证据的准备、索赔报告的编写、提交和评审,到索赔谈判和争端的解决,都应依法定程序进行,并注意一些特别事项(第四节)。

外商投资建筑企业后可能会由于投资意向、企业发展的需要或客观情况的变化等原因需要变更企业形式,全面理解和把握相关的法律规定和司法解释将对企业更灵活地在市场中生存有所裨益。目前外商投资建筑企业形式各有其优势,适用于不同的投资需要(第五章第一节)。根据《关于外商投资企业合并与分立的规定》,外资和合资建筑企业在需要时可以按法定程序进行吸收合并和新设合并,与中国内资企业合并时要受一定限制(第二节)。前述《规定》也比较详细地对公司分立的内容进行了规定,其中有与内资企业不同的专门规定(第三节)。为充分发挥资产效用和达到资源配置优化,外资建筑企业可以进行包括股权投资和债权投资在内的转投资,应注意遵守法律中对转投资的地域、条件、程序、比例限制等规定(第四节)。《外资企业法》及相关法规、条例规定了外资和合资企业的经营期限、解散事由和清算问题(第五节)。

目前我国对外商投资企业规定的组织形式主要是有限责任公司这一类型,随着我国加入 WTO 后市场开放程度的扩大和利用外资经验的积累,采用股份有限公司这一形式进一步吸引利用外资,成为了发展我国经济的必由之路,也具备了理论和实践上的基础。外商

建筑企业可以通过改制或并购途径在中国上市,发展前景较大的 A 股和 B 股上市条件也有各自的特殊规定(第六章第一节)。股票上市程序涉及方面很多,如上市申请、上市协议、上市公告、挂牌交易与交易的暂停和中止、以及中国特有的上市辅导制度等(第二节)。从 2001 年 5 月份的《对外贸易经济合作部关于外商投资股份有限公司有关问题的通知》到 11 月份《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》,外企上市条件更加宽松,并且外企存在了受让境内上市公司非流通国有股的可能性。同时以下三个问题得到了明晰化:外经贸部审批外资和合资企业申请上市的标准,外资企业可以境外上市,B 股外企申请非上市外资股流通的标准。因此,目前外资企业可以通过 IPO 进入 A、B 股市场,合资企业作为发起人参与国内企业的改制与上市,收购国内上市公司股份成为大股东三种方式进入国内证券市场(第三节)。

本书所依据的各项法律法规截止时间为 2004 年 5 月,按中国入世承诺,除城市总体规划不对外开放外,加入 WTO 后五年内开始允许外商成立建筑业、勘察设计咨询业、标准定额及其工程服务、房地产业等领域的独资企业。因此目前如对独资企业承揽工程范围的限制等将会随着一系列新法律法规的出台逐渐消失,请读者在参考本书时注意结合当时法律法规实际情况进行考虑。

第一章 外资和合资建筑企业的设立

第一节 国内对建筑企业的市场准入条件

法律法规是一个国家市场准入的门槛,也是政府进行行业管理的重要手段。在 WTO 的法律体系中,建设与工程服务贸易大部分隶属于服务贸易总协定(GATS)的范畴。下面从宏观和微观两个角度,在法律制度的层面上分析我国外商投资建筑企业市场准入方面的现状。

一、现行的外资市场准入法制

(一)国内关于外资企业市场准入的规定及其特点

我国现行的外资法制是一个多层次、多部门的法律、法规、规章体系,其效力由上而下分为:(1)全国人大及其常委会制定的外资法律,如《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等,它们是我国外资法制的核心内容;(2)国务院制定的外资行政法规,如《指导外商投资方向暂行规定》及其附件《外商投资产业指导目录》、《外汇管理条例》等;(3)各省、自治区、直辖市、省和自治区政府所在地的市、经国务院批准的较大的市的人大及其常委会制定的地方外资法规,以及地方政府和国务院各部委制定的外资规章。

我国现行外资法制关于市场准入的主要特点:

1. 立项审批严格。在我国外资投向须符合国家政策法规,投资项目一律须履行审批手续。

(1)1995年制定的《指导外商投资方向的暂行规定》将外商投资项目划分为四类,即:鼓励类、允许类、限制类和禁止类,无论哪一类,外商投资项目均须经有关主管部门审查。其中3000万美元以上的生产性投资项目及一切规模的金融投资公司项目均须经国务院对外经济贸易主管部门审查,其他项目可由国务院授权的机构审查,特殊行业的项目还须经有关归口管理部门审查。未经审查批准,不得设立外商投资企业。

(2)《中外合资经营企业法实施条例》第6条规定:“在中国境内设立合营企业,必须经中华人民共和国对外贸易经济合作部审查批准。批准后,由对外贸易经济合作部发给批准证书。凡具备下列条件的,国务院授权省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关部门审批:(一)投资总额在国务院规定的投资审批权限以内,中国合营者的资金来源已经落实的;(二)不需要国家增拨原材料,不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等方面的全国平衡的。依照前款批准设立的合营企业,应当报对外贸易经济合作部备案。”

(3)《外资企业法》第6条规定:“设立外资企业的申请,由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的机关审查批准”,审批期限90天。

(4)《中外合作经营企业法实施细则》第6条规定:“申请设立合作企业,由国务院对外经济贸易主管部门或国务院授权的部门和地方政府审查批准”,以及法定的几种^[1]可以由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准的类型。

2. 规定投资设备的本土适应性、先进性,以及向中国境内的保

[1] 主要是指:(1)投资总额在国务院规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审批的投资限额以内的;(2)自筹资金,并且不需要国家平衡建设、生产条件的;(3)产品出口不需要领取国家有关主管部门发放的出口配额、许可证,或者虽需要领取,但在报送项目建议书前已征得国家有关主管部门同意的;(4)有法律、行政法规规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准的其他情形的。

险公司投保等履行要求,同时主张外商投资企业经营自由。

(1)《中外合资经营企业法》第5条:“外国经营者作为投资的技术和设备,必须确实是适合我国需要的先进技术和设备,如果有意以落后的技术和设备进行欺骗,造成损失的,应赔偿损失”;第9条规定:“合营企业的各项保险应向中国境内的保险公司投保”。同时从公平性和合理性原则考虑,取消了原来采用先进技术、尽先在中国购买设备和向中国境外销售产品的规定。

(2)《外资企业法》第3条规定:“设立外资企业,必须有利于中国的国民经济的发展”,并且采用先进的技术和设备,或者产品全部出口或大部分出口;第16条规定:“外资企业的各项保险应当向中国境内的保险公司投保”。同样,取消了原来规定的“外资企业在批准的经营范围內需要的原材料、燃料等物资,在同等条件下,应当尽量先在中国购买”。

(3)《中外合作经营企业法》第4条规定:“国家鼓励举办产品出口的或技术先进的生产型合作企业”;第18条规定:“合作企业的各项保险应当向中国境内的保险机构投保”。第19条规定了合作企业物资购买自由,与以上两个法律的规定如出一辙。

3. 给予税收优惠待遇,以吸引外资。

(1)《中外合资经营企业法》第8条规定:“合营企业依照国家有关税收的法律和行政法规的规定,可以享受减税、免税的优惠待遇”;“外国合营者将分得的净利润用于在中国境内再投资时,可申请退还已缴纳的部分所得税”。

(2)《外资企业法》第17条规定:“外资企业依照国家有关税收的规定纳税,并可以享受减税、免税的优惠待遇”;“外资企业将缴纳所得税后的利润在中国境内再投资的,可以依照国家规定申请退还再投资部分已缴纳的部分所得税税款”。

(3)《中外合作经营企业法》第20条规定:“合作企业依照国家有关税收的规定缴纳税款,并可享受减税、免税的优惠待遇”。

(4)《外商投资企业和外国企业所得税法》第7条规定:对设在经济特区、经济技术开发区的外商投资企业和外国企业,“减按15%的

税率征收企业所得税”；第8条规定：对经营期在十年以上的生产性外商投资企业，“从开始获利的年度起，第一年和第二年免征企业所得税，第三年至第五年减半征收企业所得税”；第10条规定：“外商投资企业的外国投资者，将从企业取得的利润直接再投资于该企业，增加注册资本，或作为资本投资开办其他外商投资企业，经营期不少于五年的，经投资者申请，税务机关批准，退还其再投资部分已缴纳所得税的40%的税款。”

（二）国际上有关投资协议对市场准入条件的要求

众所周知，世贸组织之宗旨是促进世界贸易的扩展与自由化，而一些国家所制定的某些鼓励和管制外国投资的法律措施，以及在知识产权等方面缺乏对外国投资的有力保护措施，却对世界贸易产生了扭曲作用。因此，世贸组织制定有关协议对其分别予以规制。^{〔1〕}

1. 《与贸易有关的投资措施协议》要求成员国不得采取（如已采取应限期取消）该协议所附解释性清单规定的五种扭曲世界贸易的投资措施。具体而言，该协议规定：成员国不得采取与《1994年关贸总协定》第3条关于国民待遇和第11条关于普遍取消数量限制的规定相抵触的投资措施。与《1994年关贸总协定》第3条关于国民待遇的规定相抵触的投资措施包括：（1）要求企业购买、使用原产于国内或源于国内渠道的产品，包括要求购买、使用特定产品、产品数量和价值或其比例；（2）限制企业购买、使用进口产品的数量，并将这一数量同该企业出口当地产品的数量或价值相联系。

与《1994年关贸总协定》第11条关于普遍取消数量限制的规定相抵触的投资措施包括：（1）一般性地，或依企业出口当地产品的数量、价值，限制其进口用于当地生产或与之有关的产品；（2）依企业创汇数量，限制其获得外汇的要求，从而限制其进口用于当地生产或与之有关的产品；（3）限制企业出口或为出口销售产品，包括限制特定产品出口，限制出口产品的数量、价值或其比例。除以上五种扭曲世界贸易的投资措施外，其他与《1994年关贸总协定》第3条和第11

〔1〕 郑若山：“WTO与我国外资法制的完善”，《江西社会科学》2002年第3期。

条的内容相抵触的国内强行法和旨在取得优势地位的投资措施,亦在《与贸易有关的投资措施协议》第2条规定禁止之列。

2.《补贴与反补贴措施协议》所规定的“补贴”,是指成员国政府或其他任何公共机构向企业提供的财政资助、任何形式的收入支持、价格支持或某种优惠。在国际贸易中,补贴属不正当竞争手段,它会扭曲公平贸易,故应予限制和禁止。成员国对外国投资企业的出口退税和所得税减免、所得利润再投资退税,分别属于直接的和间接的政府补贴措施,自然要受到《补贴与反补贴措施协议》的规制。

3.《服务贸易总协定》与国际直接投资有关的内容,主要是第16条关于市场准入和第17条关于国民待遇的规定。

市场准入:每一成员国给予其他成员国的服务和服务提供者的待遇,不得低于根据其承担义务计划表中所同意和规定的期限与条件;在其承担义务的服务部门中,成员国除其在承担义务计划表中已作出其他规定的以外,不得限制服务提供者数量、服务贸易金额、服务贸易数量、特定服务行业雇工人数、服务提供者的法律实体类型和服务贸易提供者中的外资份额。

国民待遇:每一成员国在其承担义务计划表所列部门中,依计划表所列的各种条件与资格,在影响服务提供的所有措施方面,须给予其他成员国的服务和服务者以不低于给予本国服务和服务者的待遇;为达此国民待遇之要求,成员国可给予他国与本国服务和服务者以形式上相同或不同的待遇,惟所订竞争条件仅对己方有利者不在此列。市场准入与国民待遇的关系:前者为外国服务进入问题,后者为外国服务待遇问题;它们是一个问题的两个方面,共同构成一国对与投资有关的国际服务贸易的政策措施。

4.《与贸易有关的知识产权(包括冒牌货贸易)协议》要求成员国采取有效措施保护外国投资者的知识产权,它是促进国际高科技投资和国际贸易的有力杠杆。它所规定的对知识产权的保护标准,严于其他国际公约,这显然有利于加大成员国对知识产权的保护力度,从而有利于整个国际贸易与投资的拓展与自由化。