

外商新型投资 律师实务

律

师

业

务

必

备

中华全国律师协会/审定
李圣敬 赵运刚 樊晓娟/著

中国加入世贸组织之后，引进外资出现一轮新的高潮，其形式也呈多样化。为了解决诸如外商风险投资、BOT投资等新型外资实务操作问题，本书作者站在实务操作的角度，采用理论探讨旨在指导实践的思路，分十二章对风险投资和BOT投融资方式的性质、特点、法律问题和法律环境、运作程序、操作文本、律师实务等进行全面的介绍和深入的论述。

法律出版社

外商新型投资 律师实务

法律出版社

律

师

业

务

必

备

中华全国律师协会/审定
李圣敬 赵运刚 樊晓娟/著

图书在版编目(CIP)数据

外商新型投资律师实务/李圣敬,赵运刚,樊晓娟著.
—北京:法律出版社,2003.1
(律师业务必备)
ISBN 7-5036-4131-2

I. 外… II. ①李…②赵…③樊… III. 外国投资—
经济法—基本知识—中国 IV. D922.295

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 004970 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/9.125 字数/238 千
版本/2003 年 3 月第 1 版	印次/2003 年 3 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
法律应用出版中心/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/010-63939640 63939643	传真/010-63939650
中国法律图书公司/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	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4131-2/D·3849	定价:21.00 元

李圣敬,男,1963年12月生,浙江人。

1992年9月考取华东政法学院国际法硕士研究生,师从曹建明教授,1995年7月获国际法硕士学位。毕业后一直从事法律实务工作,现为星韵律师事务所北京所主任律师,目前正在攻读国际法博士学位。

近年来,在国家和省级刊物上发表学术论文40余篇,并多次获得诸如“宝钢”等全国性荣誉奖。个人独著(或合作)有《反倾销法律与诉讼代理》(法律出版社2000年版)、《WTO与国际货物贸易法律实务》(吉林人民出版社2001年2月版)、《WTO争端解决机制与反不公平贸易法律实务》,并任《WTO法律与实务》丛书(共6本)执行主编和《WTO法律知识读本》(浙江省干部适用)(工商出版社2001年3月版)副主编以及主编《国际经贸仲裁法律与实践》(吉林人民出版社2003年1月版)。

在律师实务方面,除了成功办理大量一般的贸易、投资、融资担保、房地产、公司法等诉讼和非涉讼法律事务外,还对国际反倾销、BOT国际投资等富有挑战性的新兴业务有专研和实践,并为国家和地方有关部门政府领导班子、工商业商(协)会、高等院校等做了有关WTO、反倾销、BOT投资、公司上市相关领域的法律专题讲座达100多次。曾获“浙江省杰出法学青年”、“浙江省有突出贡献律师”、“杭州市有突出贡献律师”等荣誉称号。

序 言

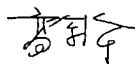
由于加入世界贸易组织,改革开放的深入,我国引进外资已经达到了空前的规模,利用外资的数量大大增加,利用外资的形式也在逐步创新。我国已经开始利用 BOT 投融资方式引进外资进行基础设施建设;而最近国内又在探索引进外商风险资本投资以扶植新兴产业,尤其是高科技产业。这些独特的投资方式和资本运作方式能否在中国大量地、顺利地进行运用,还有赖于健全的法制保障和成功的实践操作经验。实践中的操作实务问题更需要进行总结和研究并形成可供借鉴的研究成果,以便指导投资实践。然而,我国法学界有关这些热点问题的系统著述尚不多见。李圣敬律师等组织撰写本书出版是非常及时的。

《外商新型投资律师实务》从律师实务的角度入手,对外商风险投资和 BOT 投资中的法律问题进行了系统探讨。全书分为上下两篇,上篇探讨外商风险投资法律和律师实务;下篇探讨、分析和总结外商 BOT 投融资方面的法律和律师实务问题。较强的理论性和丰富的实务性

进行有机的结合是本书的重要特点。它对广大的律师、外商投资及相关企业、有关专业的学生、研究人员、政府等具有重要的参考价值。本书作者能在繁忙的律师实务中抽出时间,将他们的研究成果和实务经验撰写成书,在此表示祝贺,希望再接再厉。

是为序。

中华全国律师协会会长



二〇〇三年一月八日

前 言

积极利用外资是实施改革开放政策后的中国的一项基本国策,也是中国国际经济交往的最重要的形式之一。近年来,随着中国经济形势持续向好,以及入世后投资软硬环境的逐步改善,外商在华投资所表现出来的特点也发生巨大的变化,其中投资方式或形式的多样化和新颖化最能体现这一新特点。在国外,已实施几十年并被认为是高新技术产业发展的助推器的风险投资(创业投资)和解决基础设施建设资金短缺与大量私有资金投融资出路矛盾的 BOT 方式,已经在中国大地上出现,并将继续以较快的速度发展。在这样的新形势下,比较系统地探讨风险投资和 BOT 方式的法律理论和实务操作问题,可谓是迫在眉睫了。由此,本书选择了它们作为尝试的主要对象。

本书站在实务操作的角度,采用理论探讨旨在指导实践的思路,分十二章对风险投资和 BOT 投融资方式的概念、性质、特点、作用、法律问题 and 法律环境、运作程序、操作文本、律师实务等进行全面的介绍和深入的论述。具有实

践和理论相结合,实务性强的特点。本书可作为投资者、企业和政府管理者、科研人员、律师、学生和其他相关人员的参考用书。

由于本论题的新颖性,加上笔者的水平有限和时间的压力,书中所持的观点未必成熟,错漏之处在所难免,敬请读者和同行指正。

作 者

2002 年 8 月

目 录

上篇 外商风险投资

第一章 风险投资及其法律制度	(1)
第一节 风险投资概述	(1)
一、风险投资的概念	(1)
二、风险投资的特征	(2)
三、风险投资的作用	(4)
四、我国风险投资的发展历史	(6)
第二节 我国外商风险投资机构现状	(8)
一、IDG 技术风险投资基金(中国)	(8)
二、高诚资产管理有限公司	(10)
三、富国基金管理公司	(11)
四、新加坡商汇亚资金管理有限公司	(11)
五、亚洲战略投资管理公司	(12)
六、软件银行中国风险投资基金	(13)
七、亚太基金有限公司	(14)
第三节 风险投资法律体系	(15)
一、风险投资流程	(15)
二、风险投资的法律体系	(17)
三、外商风险投资法律问题	(29)

第二章 外商风险资本市场准入法律问题	(31)
第一节 我国风险投资市场分析	
——以电信网络产业为例	(31)
一、我国外资市场准入法制概览	(31)
二、上海的“准营证”模式	(33)
三、从禁止走向“许可证”制度	(34)
四、电信业外资准入的实证研究	(35)
五、非股权参与方式	(39)
第二节 “入世”对中国外资市场准入法制的影响	(40)
一、TRIMs 协议的主要内容	(40)
二、GATS 的基本规则及相关内容	(41)
三、我国在电信领域的入世承诺	(44)
第三节 我国外资准入立法趋向	(46)
一、外资市场准入自由化国际趋势	(46)
二、三部外商投资企业法的修改	(47)
三、再次修订《外商投资产业指导目录》	(50)
四、外商投资电信领域的新立法	(53)
第三章 外商风险资本进入中国的法律途径	(55)
第一节 风险投资机构的法律形态	(55)
一、风险投资机构常见组织形式	(55)
二、有限合伙是最佳组织形式	(57)
三、我国的风险投资机构现状	(59)
四、我国风险投资机构法制现状	(60)
第二节 外商风险资本进入我国的方式	(66)
一、典型模式：离岸 / 在岸模式	(66)
二、境外特殊目的公司	(67)
三、外商投资之投资性公司	(68)
四、外商投资企业转投资	(70)
五、组建中外合作基金	(71)

六、设立外商投资风险投资企业	(74)
第四章 外商风险企业法律制度及其外部环境	(80)
第一节 风险企业的法人治理结构	(80)
一、风险企业的资本构成特点	(81)
二、风险企业的股权结构	(84)
三、风险企业的董事会安排	(86)
四、外商设立风险企业存在的法律障碍及完善途径	(87)
五、我国完善外商风险企业法律制度的立法趋势	(90)
第二节 商业计划书	(94)
一、怎样写好商业计划书	(96)
二、商业计划书的内容	(98)
第三节 北京、上海和深圳科技发展政策之比较研究	(103)
一、北京的科技政策	(104)
二、上海“十八条”	(107)
三、深圳“二十二条”	(112)
第五章 外商风险资本退出的法律机制	(118)
第一节 境外直接上市	(119)
一、香港创业板的市場特点	(120)
二、境内企业申请到香港创业板上市的条件	(121)
三、境内企业申请到香港创业板上市须向证监会提交 的文件	(124)
四、境内企业申请到香港创业板上市的审批程序	(125)
五、保证成功上创业板需注意的问题	(126)
第二节 境外间接上市	(127)
一、境外间接上市的形式	(127)
二、境外间接上市实证研究	(128)
三、对境外间接上市的监管	(131)
第三节 其他退出方式	(135)
一、境内 A 股上市	(135)

二、股份出售	(138)
三、破产清算	(140)
第六章 外商风险投资中的律师服务	(144)
第一节 外商风险投资中律师服务的内容	(144)
一、外商风险投资机构组建阶段	(144)
二、外商风险资本的投资与运营阶段	(147)
三、外商风险资本退出阶段	(148)
第二节 外商风险投资机构有限合伙协议	(148)
一、组织形式	(149)
二、期限和解散	(150)
三、出资	(152)
四、利润和损失的分担	(153)
五、利润分配	(155)
六、合伙人的权利和义务	(157)
七、管理费和费用支出 (Management Fee and Expenses)	(159)
八、财务、报告、合伙资产的评估、合伙利益的评估和 评估委员会	(163)
九、入伙、退伙与合伙份额转让	(164)
十、合伙组织的解散和合伙人利益的清算	(169)
第三节 外商风险投资机构的投资协议安排	(170)
一、风险投资中的代理问题	(170)
二、风险企业融资法律文件的种类	(172)
三、投资工具的选择	(173)
四、投资人权利协议	(177)
五、对风险企业核心人员的股票期权奖励	(179)
六、股份出售	(180)
七、B 系列优先股股权认购协议	(181)

下篇 外商 BOT 投资

第七章 BOT 投资方式及其法律制度概述	(185)
第一节 BOT 投资方式的概念和特点	(185)
一、BOT 投资方式的概念	(185)
二、BOT 投资方式的特点	(186)
第二节 BOT 投资方式的运作及过程	(190)
一、签署特许权协议	(190)
二、组建项目公司	(191)
三、项目资金的筹集和融通	(192)
四、项目的建设及运营	(192)
五、项目的移交	(193)
第三节 BOT 投资方式的作用和适用概况	(194)
一、BOT 投资方式的作用	(194)
二、BOT 投资方式的运用概况	(196)
第四节 国际 BOT 投资法律概述	(197)
一、一般的国内投资法及相关法律	(197)
二、专门的 BOT 法律法规	(198)
三、单项成文立法	(198)
四、制定法规与管理办法结合	(199)
第八章 BOT 投资方式主体及风险分担	(200)
第一节 项目投资人	(201)
一、私有资本拥有者	(201)
二、境外投资人	(202)
三、项目投资人的筛选	(202)
四、大陆 BOT 的投资人	(207)
第二节 项目融资人	(208)
第三节 特许权政府	(210)

一、政府在 BOT 中的作用	(210)
二、一般政府保证的主要内容	(211)
第四节 BOT 项目风险及分担	(217)
一、BOT 项目风险	(217)
二、BOT 风险的规避和分担	(220)
第九章 BOT 投资协议	(222)
第一节 政府特许权协议	(222)
一、BOT 特许权协议的含义	(223)
二、BOT 特许权协议的性质	(223)
三、BOT 特许权协议的法律适用	(228)
四、BOT 特许权协议权利义务	(229)
五、签订特许权协议的程序及注意环节	(232)
第二节 BOT 项目融资协议	(234)
一、银团贷款协议的概念及内容	(235)
二、国际银团组织形式	(236)
三、融资协议选择的责任类型	(237)
四、融资协议所涉及的合同结构	(238)
五、融资协议的共同条款	(239)
六、项目融资的担保体系	(241)
七、违反融资协议的救济方法	(244)
第十章 中国 BOT 投资法律障碍及解决	(246)
第一节 现有 BOT 投资法律	(246)
一、各国 BOT 立法现状	(246)
二、中国的 BOT 立法现状	(247)
第二节 中国 BOT 投资法律障碍	(249)
一、政府担保的规定	(250)
二、政府缔约及性质	(252)
三、缺乏对 BOT 投资特性的考虑	(253)
四、法律规范的规定之间有矛盾	(254)

五、BOT 投资方向的限制过多	(255)
六、缺乏 BOT 项目法律适用的明确规定	(257)
第三节 法律障碍的解决	(259)
一、确立正确的立法思路	(259)
二、关于立法的模式	(260)
三、确立正确的立法原则	(263)
四、完整的立法框架	(265)
五、相关法律问题的明确	(267)
第十一章 BOT 投资律师实务	(269)
第一节 律师在 BOT 投资中的作用	(269)
一、承诺函	(270)
二、支持函	(271)
第二节 BOT 律师业务的前景及其范围	(271)
第三节 BOT 实务的难点及其解决	(274)
主要参考文献	(277)

上篇 外商风险投资

第一章 风险投资及其法律制度

第一节 风险投资概述

与美国相比,我们并不缺少高科技,我们缺少的是风险投资。

——英国前首相 撒切尔夫人

一、风险投资的概念

风险投资(Venture Capital)最初起源于美国,一般认为,以1946年美国研究与发展公司(American Research and Development Corporation, ARD)的成立为标志。如今,它已成为一种风靡全球的投资方式,然而,关于风险投资的确切含义,却历来众说纷纭。传统意义上的风险投资是指由职业化的风险投资家从原始投资者手中募集到资金,然后经过精心筛选,选出有成长潜力的企业,给予其包括资金和管理方面的支持,等到企业成长起来,可以通过一般的渠道融通资金时,风险资本就从风险企业中撤出来,变现自己投资的一种投资方式。它通常投资于企业成长的早期阶段。进入20世纪80年代以后,由于竞争的加剧,使得风险投资出现了新的变化,衍生出了风险租赁(Venture Leasing)、半层楼投资(Mezzanine Financing)、风险杠杆购并(Venture-backed Leverage buyout, LBO)和风险兼并(Ven-

ture-backed Mergers and Acquisitions, M&A)等投资方式,^① 风险投资的含义也发生了相应的变化。有的学者将风险投资分为传统风险投资(Classic Venture Capital)和商业风险投资(Merchant Venture Capital or Business Development Capital),前者主要投资于企业发展的早期阶段,包括种子期(Seed Period)、初始期(Start-up Period)和早期成长阶段(Early Growth Stages),其投资期限较长,并且在为企业提供融资的同时还伴随着投资人对风险企业的经营管理;而后者则主要投资于企业成长的后期和管理收购(Management Buyouts and Management Buyins, MBOs & MBIs),其投资期限较短。^② 随着风险投资的不断发展,目前它已形成了一项独立的产业,风险投资也不再简单地指一项投资活动,而具有了多方面的含义,它代表了一套制度安排,一个职业群体,一种投资理念。因而有人指出,“Venture Capital”这个词在不同的场合有不同的含义,它可以被理解为一个投资过程(Process),也可以被理解为一个形容词,指受风险基金资助的(Venture-backed),而当它被用来描绘原始投资人提供资金由专职的管理者来管理时,它又变成一个名词,指风险投资家(Venture Capitalists)。^③

二、风险投资的特征

风险投资活动是跟风险企业,通常是高科技企业的成长过程相联系的。一般认为,一项高新技术的产业化要经历四个阶段:种子期(Seed Stage)、初始期(Start-up Stage)、扩展期(Expansion Stage)和成熟期(Mature Stage)。由于高科技企业在成长的过程中,面临着巨大的技术风险和市场风险,而且企业本身也没有自己的财产,其失败率

① 参见刘曼红主编:《风险投资:创新与金融》,中国人民大学出版社1998年版,第12—14页。

② William Bygrave, Jeffrey Timmons: *Venture Capital at the Crossroads*, Harvard Business School Press, 1992.

③ See Darryl J Cooke, “Venture Capital: Law & Practice”, *FT Law & Tax*, 1996, p.3—4.