

【法学】

TRM协议视角下中国外资立法改革

翁杰¹, 高炜²

(1. 西北政法学院 国际法系, 陕西 西安 710063 2 长安大学 杂志社, 陕西 西安 710064)

摘要:作为“乌拉圭回合”多边贸易谈判一揽子成果中的重要协议之一,以及迄今为止国际社会制定和实施的第一个具有全球性的关于国际直接投资措施方面的协议,TRMs协议首次将与贸易有关的投资措施纳入WTO体制下的多边贸易体制框架下来调整。随着中国加入WTO,TRMs协议必将对我国日渐繁荣的国际投资和贸易活动产生重大影响。因此,加强对TRMs协议的深入研究,有利于我国有关投资法及政策与国际接轨,有利于进一步完善我国利用外资的法律环境。

关键词: TRMs协议; 外资立法; 国民待遇; 数量限制; 透明度

中图分类号: D920.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-6248(2005)01-0063-05

Research on Chinese foreign investment legislation reform under the WTO regime

WENG Jie, GAO Wei

(1. Department of International Law Northwest University of Political Science and Law Xi'an 710063 China

2 Magazine Office Chang'an University Xi'an 710064 China)

Abstract As an important result of Uruguay Round multilateral trade negotiation and a global agreement related to direct investment measures, the TRMs agreement first brings the trade related investment measures into the regulation of WTO multilateral trade regime. With Chinese entering into WTO, the TRMs certainly will influence Chinese international investment and trade. So in order to keep with the international practices, China should reform the foreign investment legal legislation.

Key words: TRMs agreement; foreign investment legislation; national treatment; quantity restriction; transparency

《投资措施协议》(Trade Related Investment Measures,以下简称《TRM协议》)是“乌拉圭回合”多边贸易谈判三个新议题之一,是世界贸易组织体制下专门调整国际投资与国际贸易关系的多边协定。其宗旨是通过制定投资措施规定,将国民待遇、数量限制、透明度原则引入在国际投资领域,拓宽世界贸易组织多边贸易体制的调整范围,促进世界贸易的扩展和逐步自由化,并便利跨国投资在确保自由竞争的同时,促进所有贸易伙伴,尤其是发展中国家的经济增长^[1]。随着中国加入世界贸易组织,有必要重新审视中国现行有关外资立法与《TRM协

议》之间存在的差距,借鉴国际通行做法,完善中国外商投资立法。

一、中国外资立法方面的现状分析

中国自改革开放以来,一直高度重视吸引外资,并采取一系列措施,使外商投资符合中国经济发展的需要。中国的外资立法经历了从无到有,从不全面到逐步完善,现在已形成一个初具规模、层次分明,具有中国特色的外资法体系。

首先,中国宪法规定允许外国投资者依照中国法律规定在中国投资,外国投资者的合法权益受中

国法律的保护。这是中国外资法的核心层次。

其次,全国人大及其常务委员会制定的法律,以及国务院行政法规和各部、各委员会公布的规章构成了中国外资法的基本层次。其中《中外合资企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》是中国利用外资领域最基本的法律,国务院及其所属各部委,根据这几个法以及其它法的规定,制定了有关的实施条例、施行细则、暂行办法等配套性法规。这些法律、法规的内容涉及外商投资企业的项目谈判、审批程序、贷款、土地使用、外汇管理、税收、财务、劳动管理等各个方面。

再次,中国地方人民代表大会和地方政府在与宪法、法律和行政法规不相抵触的前提下,根据本地区的实际情况制定的地方性法律规范。这类法律规范通常只在一定的地域范围内适用,是国家制定的外资法在当地的具体化,是中国外资法的依附层次。

最后,为了互相鼓励和保护投资者的利益,中国从1982年开始,陆续与外国政府签订投资保护协定、避免双重征税协定和防止偷税漏税协定以及一系列贸易协定、经济合作协定、技术转让协定等。这些协定的部分条款直接或间接地涉及外国投资问题。除了双边协定外,中国还先后加入了《承认及执行外国仲裁裁决条约》《多边投资担保机构公约》《关于解决国家和他国国民之间投资条约》等有关投资内容的国际公约。

总体而言,中国在20世纪90年代以来的外资立法采取了更为灵活和务实的态度,在外资立法上取得了长足的进步:

(1)在规范市场主体及其行为的法律上,已逐步使内、外企业在待遇上趋向一体化。

(2)在对外企的管制方面,1995年,中国发布的《指导外商投资方向暂行规定》《外商投资产业指导目录》以专项立法的形式对外商投资方向和产业予以调整,拓宽了外资准入的领域。1995年以来,中国针对各行业外企的设立,制定了一批相应的专项法规,具体限定了各行业外企设立的形式和条件,包括外国投资者的经营规模、经营业绩、外企的注册资本等。1994年,外经贸部发布的《关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》有效地防止外国投资者的“空壳”出资。值得注意的是,1997年外经贸部、国家工商局发布的《〈中外合资经营企业各方出资的若干规定〉的补充规定》规定了“中外合资经营企业的投资者均须按合同规定的比例和期限同步缴付认缴的出资额。”

(3)税收优惠待遇方面,《外商投资企业和外国企业所得税法》及其实施细则按照平等纳税、一视同仁的原则统一了三资企业的企业所得税税率;按照产业政策统一了三资企业的税收优惠待遇;按照总机构所在地标准统一了对三资企业的税收管辖权。

从上述三方面可以看出,20世纪90年代以来中国的外资立法逐步与国际经济立法接轨,放宽了外资准入的领域,在出资等方面加强对外资经营的管制,在税收优惠上走出了更为务实的一步。

二、中国外资立法对《TRIM协议》的背离

纵观中国利用外资的政策法规,在当时背景下,是与中国经济发展水平相适应的。然而,当把中国的外资立法与《TRIM协议》的有关规定仔细加以对比,中国外资法中仍存在许多与《TRIM协议》不符之处:

(1)立法权过于分散,法律、法规缺乏足够的透明度。根据《TRIM协定》有关立法的透明度、通知义务、冻结和过渡期安排,中国外资立法权过于分散,而且法律、法规名称繁多庞杂,令外商目不暇接。

(2)由于外商投资企业的特殊性,中国外资政策及外商投资企业法同其他发展中国家一样,对外资采取鼓励与限制措施相结合的办法。鼓励措施主要包括税收减免、进出口权、注册资本的认缴、不设股东大会、监事会等,这就在一定程度上给予了外资企业超国民待遇。这种“超国民待遇”集中体现在:

1)税收优惠:首先,表现在所得税的优惠上。按照中国现行税法的规定,内外资企业的所得税率均为33%。但实际上外商投资企业可享受更为优惠的待遇——低税率与减税。其次,表现在流转税的优惠上。自1994年起中国实行新的税制改革,外商投资企业和外国企业自1994年1月1日起适用国务院发布的增值税暂行条例、消费税暂行条例和营业税暂行条例。但1993年12月31日前已批准设立的外商投资企业由于改征增值税、消费税、营业税而增加税负的,经企业申请,税务机关批准,在已批准的经营期限内,最长不超过5年,退还其因税负增加而多缴的税款。再次,表现在进口关税的优惠上。外商投资企业生产外销产品所需进口的零部件、原材料等免征进口环节关税。外商投资企业在投资额内进口机器设备、原材料,免征进口环节关税。2)生产经营方面的优惠:首先,外商投资企业享有进出口

经营权。按照中国外商投资企业法律规定,外商投资企业均享有进出口经营权,企业有权直接进口生产所需的机器设备、原材料等,有权直接出口本企业所生产的产品。此外,其享受免征进口关税待遇的进口产品还可获免领进口许可证的优惠。而中国的许多内资企业并不享有直接的进出口经营权,有的进口产品还需申领进口许可证。其次,外商投资企业享有充分的生产经营权。外商投资企业自成立之时,即在人、财、物、产、供、销等方面,享有充分的自主权;而内资企业因种种原因,其生产经营权难以真正落实。3)金融管理方面的优惠:外商投资企业均可从国际市场上自行筹措资金,开立外汇账户,而内资企业无此优惠。对外资或外国投资者的投资鼓励措施,特别是出口导向型的投资鼓励,往往以税收优惠或各种形式的财政补贴形式出现,获取资助的外资企业因而有能力以较低的价格在国际市场上销售其产品,而这种销售行为,或可能遭受外国反倾销法的制裁,或可能遭受外国反补贴法的打击,引起资本输出国与其他国家的贸易纠纷^[4]。例如,税收优惠、外汇管制、出口实绩、贸易平衡等。

(3)法律、政策对外商投资企业限制过多。限制措施主要包括当地成分要求、贸易平衡要求、出口实绩要求、企业设立时的严格审批制度等。这又在某些方面给予外资企业以低国民待遇。这些做法不仅在一定程度上影响了国内经济的正常发展,而且也违反了《TRM 协议》中“国民待遇”原则。表现在:1)当地成分要求:中国外商投资企业法中,当地成分要求的规定较多。如《中外合资经营企业法》第 9 条规定“合营企业所需原材料、燃料、配套件等应尽快先在中国购买。”中国现行外资法规中虽然没有对“当地成分要求”作出明确规定,但有些文字表述却容易被人误解。例如《外资企业法》第 15 条规定:“外资企业在批准的经营范围内的需要的原材料、燃料等物资,可以在中国购买也可以在国际市场购买。在同等条件下,应当尽先在中国购买。”其他法规也有类似的表述,具有“当地成分要求”之嫌。2)贸易平衡要求:《中外合资经营企业法实施条例》第 75 条规定“合营企业的外汇收支一般应保持平衡。”中国外资企业法明确规定设立外资企业的前提之一就是“产品全部出口或大部分出口”。该法的实施细则进一步明确:“年出口产品的产值达到当年全部产品产值 50%以上,实现外汇收支平衡或结余。”中外合资经营企业法和中外合资企业法,也有鼓励产品出口的规定。虽然这种规定没有贸易平

衡要求,但具有进口平衡的诱惑性。3)国内销售要求:严格意义上来说,中国外资法中并没有国内销售要求的强制性规定,但表述不太恰当,易产生误解。例如,《中外合资经营企业法实施条例》第 14 条规定:“合营双方应在合同中订明产品在中国境内和境外销售的比例。”这条规定不是强制性内销,强调的是合资企业应扩大出口。如果外商投资企业生产的产品为中国急需或能够替代出口,可以以国内销售为主。

三、重构中国外资立法体系方面的基本思路

中国在加入世界贸易组织后,作为一项必须履行的国际义务,就是按照世界贸易组织法的规定对有关或影响国际多边贸易投资的立法进行修改和补充^[3]。为进一步完善中国外资立法,笔者认为有必要作好以下几点:

(一)在外资立法中确立实行国民待遇原则

国民待遇原则是新近国际投资领域的一项通行原则与惯例。中共中央在十四届五中全会《关于制定国民经济和社会发展“九五”计划和 2010 年远景目标的建议》中适时提出“积极合理有效的利用外资,对外资企业逐步实行国民待遇”,从而确定了在今后时期关于外资待遇制度的政策取向,可以作为今后外资立法和改革的依据或参考。中国加入 WTO 后,为使有关投资法及政策与国际接轨,从而进一步完善利用外资的法律环境,有必要按照《TRM 协议》规定的标准,逐步修改违反国民待遇原则的投资措施。

1. 解除法律对外商投资服务业的某些限制

尽管近年来外商投资中国服务业的领域越来越宽,但与工业国和新型发展中国家相比,禁止或限制外商投资的领域还是偏多,因此,有必要加强与 WTO 其他成员方的谈判,进一步开放金融、保险、商业、航空、运输、外贸、电信等服务贸易领域。

2. 取消大部分当地成分要求

鉴于当地成分要求属于《TRM 协议》附件中规定的禁止实施的投资措施,因此,有必要取消含有当地成分要求的法律或政策措施,以适应《TRM 协议》的要求。为保护国内某些行业,在中国加入 WTO 后,可以援引幼稚工业保护条款,取得美国等国的普惠制待遇,对其进行特殊保护。

3. 公平税负,淡化优惠

优惠条件是吸引外资的必要条件,但对此应做

恰当估价。1986年10月国务院发布的《关于鼓励外商投资的规定》所形成的有差别的优惠政策,对改善外资投向发挥了积极的作用。但各地随之竞相公布的优惠条件却一降再降税收及各项费用,有的海外学者将之戏称为“大出血式的优惠风”,这种违反商品经济等价交换原则的做法,反而达不到预期的效果。对于外国投资者来说,只要能赚取利润,依法纳税和支付合理费用并不会构成投资障碍。因此,与其竞相放宽优惠条件,不如在建立公正、完善的法律体系、高效运转的政府系统及完善的社会服务系统上下功夫。以此进一步完善中国的投资环境,吸引更多、著名的跨国公司来中国投资。

(二) 取消外资立法中有关数量限制的规定

1. 取消进口替代的数量要求

如前所述,中国外资法中有关该项投资措施的规定主要是对外商投资企业的产品规定了“以产顶进”的要求,至少有两个方面的不利之处:一方面,对外商投资企业产品实行以产顶进有被认定为当地成分要求的可能;另一方面,如果该措施限制了外商企业的产品出口,又有被认定为国内销售要求的可能。而这两者均为《TRIM协议》附件所禁止的投资措施。由此应取消进口替代的数量要求。

2. 取消产品出口要求

中国外资法中规定的有关国内销售要求,以及有些主管部门甚至要求外商投资企业以低于国际市场价格向国内销售产品的做法均会扭曲国际贸易,因而应取消上述规定。但由于中国是发展中国家,可以利用世界贸易协定的例外条款及保障条款,对有些规定延缓修改。如可以保留一定的配额许可证管理的商品,但应逐渐减少。

(三) 制定统一的《外国投资法》

外资立法的重点应着眼于资本,而不是外商投资企业,把对外国资本的法律管制仅仅看作是对外商投资企业的法律管制是片面的。因此,应制定一部统一的《外国投资法》作为外资基本法来取代现行的以《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》三部为主的外资法。可考虑将《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外商投资企业法》并入《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》^[4]只有这样,才能真正改变根据企业形式分别立法的模式,彻底消除现行外资立法中重复、繁杂以及相互矛盾的现象。同时,使不同的外商投资企业均能得到同等的待遇,此外,还有利于拓展外商投资的形式,更好地引进和利用外资。^[5]

目前中国统一外商投资立法的条件基本具备:

1) 三大外商投资企业法的内容和立法结构基本相似,例如企业设立程序、组织形式、出资方式、税务、用地及费用、财务与会计、外汇管理、终止清算等内容基本相似,有的完全重复,这些内容都可以统一。

2) 中国在统一外商投资企业所得税法上已有成功经验可借鉴,原来中国对三大涉外投资企业和外国企业所得税适用不同税率和不同税法,1991年7月1日起实行的《外商投资企业和外国企业所得税法》将外商投资企业和外国企业所得税统一规定为30%,地方所得税率为3%,同时废止了《中外合资经营企业所得税法》和《外国企业所得税法》。3) 国务院1986年颁布《关于鼓励外商投资的规定》之后,注意到外商投资企业立法的统一,已从国务院及有关部委颁布调整中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业分开立法,改为调整外商投资企业(包括三大涉外企业在内)的立法,为外商投资企业统一立法打下了良好基础。

将来的统一外国投资法典所规定的内容应该是政府管理外商投资的特殊性问题,主要包括关于外资准入、外资的审批、外资的待遇、对外资的保护、对外资的鼓励、对外资的管理以及投资争议的解决等。至于外资企业的组织形式、有关外资企业经营活动中的一般管理问题,可以纳入国内相关法律法规中,如《公司法》、《劳动法》、《土地法》等。^[6]

(四) 规范立法权限,统一实施WTO有关协定

规范地方的外资立法权限,由国家对外商投资的方向、产业进行宏观调控,并要求各地取消与中央立法规定不符的政策,以保证全国外资法规的统一性。统一实施,是中国申请入关以来一直讨论的问题之一。1994年在中国加入关贸总协定工作组第17次会议上,一些重要的贸易大国缔约方提出的尚待解决的问题之一,就是中国各地的开放差异很大,缺乏统一性会对履行关贸总协定义务带来困难。统一实施问题,在很大程度上是中央政府与地方政府在执行对外贸易权限的关系问题。根据中国宪法,中央和地方国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。中国地方政府的职权是在中央统一领导下的权限,只具有主动和积极的性质。在立法方面,根据2000年颁布的《立法法》基本经济制度和财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度是中国全国人民代表大会及其常委会的专有立法权;在行政管理方面,中国的行政制度是高度统一的。因此,世界贸易组织协

定在中国的统一实施在法律上是有保障的,中央政府完全可以统一负起责任来。至于区域发展带来的问题,可以通过政策调整和加强行政监督来解决。

(五) 增强贸易透明度,及时公布有关外资的法规、政策

1986年中国申请加入关贸总协定以来,透明度问题一直是谈判的议题之一。1987年中国提交了《中国对外贸易制度备忘录》,后来又提交了有关外贸制度的补充文件,主要介绍中国经济改革和法规,以增强中国对外贸易的透明度。1991年开始,对外经贸部对外出版发行《新闻公报》,主要介绍中国经济改革和法规,以增加中国对外贸易的透明度。中国实行透明度的范围,根据世界贸易组织三个多边贸易总协定、各专门协定和中国议定书(草案)的规定,是有关或者影响货物贸易、服务贸易、知识产权保护、外汇管制的一切政府措施,其中包括所有的法律、法规、规章、法令、指令、行政指导、政策和其他措施。这个范围已经远远超过了中国宪法规定的法律、行政法规和规章等规范形式和直接涉及对外经济贸易的内容。因此,从中国现行制度出发,执行透明度有三个方面的问题。第一是宪法规定的法的规范形式即法律、行政法规、规章的公布问题。在于2000年7月1日实施的《中华人民共和国立法法》将上述规范的公布,作为立法程序的一个组成部分和生效条件,并且规定了公布的载体形式和标准文本形式。它们的公开性和易于获得性是有法律保障的。第二是普通行政规范性文件的公布,这个问题比较复杂。根据中国宪法和行政组织法,行政机关的管理方式除了发布行政法规和行政规章以外,就是发布决定、命令或者指示。因为法律和规章的形式不能完全反映行政管理对制定发布普遍性规则的需求,1989年的《行政诉讼法》从行政决定、命令中概括出所谓“有普遍约束力的决定、命令”这一延伸性的管理形式,作为行政法规、规章后的第二类规范形式。2000年颁布的《立法法》没有把这一形式纳入该法的适用范围,因此有普遍约束力的行政决定、命令的制定和发布只是根据普通行政管理程序进行。由行政首长决策制定,根据实际需要确定是否向社会公开,法律有特殊要求的除外。对此,在制定统一的行政程序法之前,可以在全国人大常委会批

准中国加入世界贸易组织的决定中重申中国在议定书中的承诺。第三是其他行政措施及其执行程序的公开问题。在世界贸易组织的议定中经常被提到的还有一个问题,就是所谓“行政实际作法”或者“行政惯例”,在贸易政策审查机制中也提到纳入审查机制的包括“惯例”。它在中国的宪法和行政组织法中没有正式的地位,但是却很难说在实践中不存在,也很难脱离于所谓“其他措施”的范畴。这就要求对有惯例作用的行政决定或者司法判例也应当公布。对于司法判例国内已经有了公布的规定和媒体形式,例如最高人民法院公报公布有关案例。但是行政机关公布行政处理决定还没有成型的作法,这是迫切需要改进的问题。

最后,还应注意增强中国外资政策、法规的透明度。所有与外商在华投资直接有关的内部法规、规章除损害中国公共利益或损害商业利益以外,都应公开出版或易于了解。而且要在全国范围内保持外资政策、法规的统一性、规范性,避免政出多门。同时,现行的外商投资企业法应与其它法律相衔接、配套,逐步实行内外法律并轨,为中国的经济发展创造一个良好的法制环境。^[7]有关部门应定期在国家主要新闻媒介上公布中国的外资法规及有关外商投资的内部文件,使外国投资者能够及时、全面地了解中国的有关情况。

参考文献:

- [1] 徐兆宏.世界贸易组织机制运行论[M].上海:上海财经大学出版社,1999
- [2] 刘 笋.如何正确认识 TRM^s协议[J].现代法学,1999(6):92—95
- [3] 于 安.WTO协定的国内实施问题[J].中国法学,2000(3):4—6
- [4] 乔新生.WTO对中国法律体系的挑战[J].经济与法律,2000(2):47—49
- [5] 陆泽峰.论中国外资立法的改革和重构[J].法学评论,1996(5):72—75
- [6] 曹建明,贺小勇.加入 WTO与我国对外经贸立法[J].中国法学,2000(1):12—15
- [7] 高 双,高 慧.外商投资企业在中国的国民待遇问题[J].当代法学,2000(1):41—44

[责任编辑 陈志和]