

论世界贸易协定体制下我国外资法面临的严峻挑战

丁伟

在乌拉圭回合多边贸易谈判中,第一次将与贸易有关的投资措施列为国际多边谈判的议题,并且达成了《与贸易有关的投资措施协定》(TRADE RELATED INVESTMENT MEASURES 以下简称 TRIMs 协定),使之成为世界贸易协定的重要组成部分。TRIMs 协定对于传统的国际投资法的内容作了深刻的变革,赋予其崭新的内容,被视为全世界范围内具有最广泛影响的国际投资法典。TRIMs 协定的达成在国际投资法的发展史上具有里程碑的意义,对于国际投资法的发展起着重要的促进和导向作用。TRIMs 协定的生效将给我国对外贸易和扩大对外投资带来前所未有的机遇,同时也使我国进出口贸易、引进外资工作面临更为严峻的挑战,使得我国现行的外资立法和政策受到很大的冲击。如何加强对世界贸易协定所涉及的“对贸易有限制和扭曲作用”的投资措施的研究,探讨由此而衍生的中国外资法的种种不协调之处以及我国对此应采取的法律对策,对于进一步改善我国的投资环境,加快我国投资法和有关政策与国际接轨,具有重要的现实意义。

一、我国现行外资立法与世界贸易协定体制不相协调之处

自 1979 年我国颁布《中外合资经营企业法》以来,已陆续制定和颁布了二百多个涉外经济法规(不包括地方性法规和地方性行政规章),外商投资活动已走上了法制的轨道。然而,应该看到,现行的外资立法是在改革开放的进程中逐步形成的,有些地方还遗留着计划经济的痕迹,与世界贸易协定体制的需求差距甚大,一些弊端在实践中日渐显现。世界贸易体制的核心是克服贸易保护主义,充分实现贸易自由化,在投资领域消除一切对贸易有限制或扭曲作用的投资措施。世界贸易协定对于投资领域的要求集中体现在 TRIMs 协定的各项规定中。按照 TRIMs 协定的有关规定审视我国现行外资立法,不难发现我国现行外资立法和政策与世界贸易协定的下列基本原则存在明显的不协调之处。

(一) 国民待遇原则

国民待遇原则是世界贸易协定奉行的基本原则。TRIMs 协定将国民待遇原则引入投资领域,并在附件中列举了违反国民待遇的投资措施。按照国民待遇原则,缔约一国对于来自缔约另一国的直接投资的待遇与其给予本国的同类投资的待遇相同。具体地说,东道国对于外国投资者与国内企业在税收、销售、运输、购买、分配、经营等方面一视同仁。在与贸易有关的投资领域实行

国民待遇原则能够保证国内资本和外国资本在同等的条件下公平竞争。但是,我国自实行对外开放政策以来,对外资基本上采取鼓励和限制相结合的政策。因此,尽管我国外资立法及我国签定的一些双边协定中规定或承诺了在投资领域给予外国投资者享受国民待遇,但由于法律与政策的导向,形成了事实上的“超国民待遇”与“低于国民待遇”的倾向。

1. 超国民待遇问题

我国作为经济相对落后的发展中国家,资金匮乏,急需借助外资加速经济发展。为此,通过立法措施对外国投资者的经营活动提供各种便利与优惠,使得外国投资者在下列几方面享有比我国国内企业优厚的待遇。

其一,所得税优惠。长期以来,我国一直贯彻“税负从轻、优惠从宽、手续从简”的原则,对外商投资企业先后制定了30多项减免税收的措施,这种优惠待遇是国内企业望尘莫及的。根据《外商投资企业所得税法》的规定,外商投资企业按地域或投资项目的不同享受不同的优惠,最低税率可达到15%;对于新办的外商投资企业给予优惠,退还再投资部分已缴纳所得税的40%税额;外商投资企业亏损允许用下一纳税年度所得税弥补。而国内企业不论设立在何处,其所得税加地方税均为33%。

其二,关税优惠。根据《中外合资经营企业法实施条例》(以下简称《合资法实施条例》)第71条,国务院《关于鼓励外商投资的规定》第13条以及海关有关规定,外商投资企业可以依法免税进口生产设备、零部件及为生产出口产品而进口的原材料、辅料、元器件、包装物料等;外国投资者还可免税进口合理数量的供自用的生活用品。这些优惠是国内企业享受不到的。

其三,进出口权。根据我国法律规定,外商投资企业普遍享有进出口权,可以进口生产所需要的原材料,机器设备,可以直接出口自己生产的产品。在现行外贸体制下,除少数国有大中型企业被依法授权拥有自营进出口权外,绝大多数国内企业如想进出口商品必须委托有进出口经营权的单位代理。

超国民待遇使国内企业在市场竞争中处于不利的地位。外商藉此而获得的超国际市场利润水平的各种优惠实际上是建立在牺牲国家部分税收利益的基础之上的。在实践中这种超国民待遇是屡禁不止的假投资的主要诱因。

2. 低于国民待遇问题

在积极吸收外资的同时,为了维护我国经济主权、促使外国投资符合我国经济发展的客观要求,我国依照法律对外国投资者的投资活动予以一定的限制,使之享有的权利实际上低于国民待遇。

其一,投资领域的限制。我国外资立法及有关政策将外商投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止四类。根据《外资企业法实施细则》第4条和第5条的规定,新闻、出版、电视、电影、国内商业、对外贸易、保险、邮电通信等行业禁止设立外资企业;公用事业、交通运输、房地产、信托投资、租赁等行业限制设立外资企业。1995年6月,我国有关部门发布了《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》,逐步扩大了外商投资领域,开放了一些原来禁止外商投资的领域,如航空运输、通用航空、商业、物资供销、对外贸易、金融、保险、证券、会计、审计、法律咨询服务、贵金属矿开采、冶炼、加工等行业,但将这些行业列入《指导目录》限制类(乙),只允许在一定范围内有步骤地进行吸收外商投资的试点。

其二,当地成份要求。所谓当地成份要求是指东道国要求外资企业购买或使用当地生产的产品或原料。TRIMs协定的附件将其列为违反国民待遇原则的投资措施。在我国现行投资法

中,具有当地成份要求的规定比比皆是。《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,应尽先在中国购买;也可由合营企业自筹外汇,直接在国际市场上购买。”《合资企业法实施条例》第57条进一步规定:“合营企业所需求的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等,有权自行决定在中国购买或向国外购买;但同等条件下,应尽先在中国购买。”《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《对外合作开采海洋石油资源条例》中都能找到类似的条文。

其三,出口实绩要求。我国外资法采用限制性和优惠引导相结合的方法对外商投资企业提出出口实绩要求。我国外商投资企业的审批机关通常把外商投资企业的产品是否具有一定比例的外销作为审批条件。而国务院颁布的《关于鼓励外商投资的规定》则将外商投资企业的产品出口与税收优惠挂钩,规定产品出口的外商投资企业可以享受更为优厚的减免税收的待遇。

其四,贸易平衡要求。TRIMs 协定的附件将贸易平衡要求,即要求外商投资企业购买的进口产品与其出口产品的价值或数量必须成比例,作为违反国民待遇的投资措施。而我国外资法则明文规定外商投资企业必须实现进出口平衡。《合资法实施条例》第75条规定:“合营企业的外汇收支一般应保持平衡。”《外资企业法》第18条规定:“外资企业应当自行解决外汇收支平衡。”我国各级审批机关也将外汇收支能否保持平衡作为审批外商投资项目的必要条件。

(二) 废除数量限制原则

废除数量限制是建立正常的市场运行机制、实现贸易自由化的一种基本措施。在世界贸易协定体制下废除数量限制与关税减让几乎占据同等重要的地位。由于关税水准随着几轮多边贸易谈判的结束已大大下降,作为非关税壁垒的数量限制已成为新的世界多边贸易格局下阻碍贸易自由化的主要樊篱。在投资领域,这种对贸易有扭曲作用的数量限制主要表现为投资东道国采用替代进口、限制进口用汇、限制产品出口等措施。我国现行外资立法中也存在这种数量限制的规定。

1. 替代进口的数量要求

根据 TRIMs 协定的规定,凡东道国“限制企业进口产品用于当地生产或与当地生产有关,或者根据其出口产品的数量或价值进口产品”均构成替代进口的数量要求。我国在利用外资工作中一直实行以产顶进的进口替代战略,不断提高彩电、汽车等投资领域的国产化程度。国家经委和计委颁布了有关合营企业产品以产顶进的办法,凡列入以产顶进、替代进口清单的产品,在国内售出之前,任何企业不得从国外进口。国家还在财政税收、价格和信贷等方面给予实行进口替代的外商投资企业特殊的优惠政策。

严格地讲,前文述及的当地成份要求、贸易平衡要求也属于数量限制。其实际效果也是替代进口,但只是一种间接的限制进口的措施,而替代进口的数量要求则是一种直接的限制进口的措施,对贸易的影响作用更大。

2. 通过限制进口用汇实施替代进口

此项措施与前项不同,法律并不直接规定外商投资企业必须遵守替代进口的数量限制,而是根据该企业创收有关外汇的数量,通过限制外汇的取得而迫使企业实施替代进口。由于我国人民币不能自由兑换成自由外汇,有关部门通常根据内部规定对外商投资企业实行外汇管制。这种做法显然与 TRIMs 协议的要求不符。

3. 限制产品出口

根据 TRIMs 协定的规定,被视为数量限制的限制产品出口的措施是指东道国“限制企业出口或为出口销售产品,不论该限制是否规定了特定产品、产品的数量或价值、或本地生产的数量或价值比例。”我国外资立法从总体上讲积极鼓励外商投资企业产品出口,赋予外商投资企业外贸经营权,但法律对于这种外贸经营权作出了一些限制性规定。《外商投资企业申领进出口许可证的实施办法》规定,外商投资企业出口本企业生产的产品,其中属于实行出口许可证管理的商品,凭企业年度出口计划半年申领一次出口许可证。这种配额许可证管理属于数量限制。此外,有的主管部门要求外商投资企业以低于国际市场的价格向国内销售企业拟出口的产品,这是一种变相的限制出口的做法。

(三) 政策法律透明度原则

透明度原则是关贸总协定在其存在的近半个世纪中所追求的三大终极目标(贸易自由化、透明度与稳定性)之一。TRIMs 协定第 6 条要求缔约国重申其对透明度原则所作的承诺。按照透明度原则,各国应保证其外资法的透明度,公开与投资有关的各种政策、法规、指导性文件和一系列管理措施。法律的公布是法律生效的前提,也是立法最后一道程序。法律的公开化是实行法制的一条重要原则。然而,我国利用外资领域的很多重要事项长期以来都是靠一些非公开的内部文件、行政指示、内部通知、批文来决定的。其内容涉及财务、税收、工商、信贷、物资、进出口、劳务等各个方面,甚至连外商投资企业的审批原则也不公开。这些内部法规和文件都是通过行政途径下达的。不少受内部决定困惑的外商甚至将不公开的内部法规视为“秘密法”。此外,有些已经公开的法律内容过于简单,且缺乏必要的操作性,有关立法机关长期不作修改、补充,而是依赖司法机关作司法解释。而这种司法解释不同于法律、法规,通常是不对外商公开的。可见在法律透明度方面,我国的现状与世界贸易协定的要求相距甚远。

(四) 政策法律统一性原则

根据世界贸易协定所确立的全国政策法律统一性原则,中央与地方的立法和政策应保持统一,不同地方之间的立法和政策也应保持统一。在这方面我国存在的问题比较严重。

其一,从中央到地方,多层次、多方面地制定优惠政策,在税收减免、审批权限、资金和利润的汇出等方面形成了地区差别

以企业所得税为例,外商投资企业的税率是 33%,设在沿海经济开发区、经济技术开发区所在城市老市区、沿海开放城市、沿边开放城市等地区的生产性外商投资企业可减按 24% 的税率征收;设在经济特区的外商投资企业、设在经济技术开发区和上海浦东新区的生产性企业则可按 15% 的税率征收。这种地区差别将导致歧视性待遇。须知对一个地区的优惠政策意味着对另一地区的歧视。

其二,法出多门造成了法与法之间的横向失调

《涉外经济合同法》与《技术引进合同管理条例》关于个人能否作为合营企业中方主体的规定就不尽一致:前者未提及个人,而后者则明确地将个人划入中方主体之列。同样现象还表现在立法与执法的矛盾冲突中。例如,《私营企业暂行条例》规定独资企业、合伙企业和有限责任公司这三种私营企业都可以向外商投资企业投资。但我国审批机关在执法时仅仅允许私营企业中的有限责任公司与外商合资或合作办企业,私营的独资企业与合伙企业则无缘涉足中外合资经营企业和中外合作经营企业。

其三,分散立法以及有关部门的越权立法导致了法律之间的纵向失调

由于立法权分散,中央和地方立法的调整对象缺乏明确界限,其结果是调整同一法律关系的法律条文分散规定在一系列不同的法律、法规中,其中既有全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、法规,国务院及其有关部委制定的行政法规,还有地方性的立法和行政法规。其内容既有重复、交叉的,又有分散、混杂的。

政策法律不统一,不但会影响我国外资法的整体效能,损害我国的投资环境,同时还将导致各地方在给予外商优惠待遇方面竞相攀比,使国家财产蒙受损失,其负面效应是明显的。

二、对于我国外资法中的不完备之处应作实事求是的分析

前文述及,我国现行外资立法中存在一些与市场经济的运行机制不相适应,与世界贸易协定体制不相协调,甚至是不相容的限制性投资措施。对此,我们应本着实事求是的态度,对这些投资措施的产生原因以及所起的作用作具体的分析,充分肯定其在我国外资立法的进程中曾起过的积极作用。

第一,任何一个国家外资法的发展都有一个循序渐进的过程

我国外资立法起步较晚,但在短短的十六年中走完了其他不少国家走了几十年的路,已建立起一整套体系较为完备、门类较为齐全的调整投资关系的法律制度。外商投资活动无法可依的局面已不复存在。但由于实践经验的限制,在外资立法的发展过程中暂时还存在透明度低、法律、法规缺乏统一性的问题是正常的。

第二,评价法律条文的成败得失不能离开立法时的特定历史条件,更不能脱离我国的国情

前文所涉及的我国现行立法中那些与世界贸易协定的原则不相协调的规定绝大多数是计划经济的产物,产生于我国争取复关之前。这一时期的外资立法不可避免地存在诸如低于国民待遇、数量限制等带有计划经济烙印的规定。

第三,在积极引进外资的同时,依照法律对我国投资者的投资活动予以适当的、合理的限制,是我国维护主权的完整性,保证外国投资符合我国经济发展要求的必要手段。

从法律上讲也是符合国家属地主权优越原则的合法行为。包括发达国家在内的世界各国都在不同程度上对外国投资领域、股权比例、资金汇出、经营活动依法加以限制。同样,在特定时期和特定领域,为吸收外资而对外国投资者的经营活动提供各种便利和优惠,也是当前各国改善投资环境、鼓励外国投资的普遍做法。因此,在特定条件下,依法对外资进行鼓励和限制是无可非议的。

第四,我国在实现从计划经济向市场经济过渡的过程中,已经按照市场经济的规律对外资立法进行修改和调整,自觉与国际惯例接轨。

近年来,我国逐步拓宽了投资领域,实现了汇率并轨,取消了200多项进口许可和配额制度,改变了改革开放初期要求外商投资企业产品出口的强硬态度,清理了一大批内部文件和内容陈旧的法律、法规,公布了《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》,建立了定期对外公布法律、法规的制度,并致力于政策的法律化和法律、法规的统一化,外资立法与世界贸易协定的原则不相协调的状况已逐步改观。

第五,我国1986年7月提出复关申请,自始至终参加了乌拉圭回合的谈判,并签署了包括TRIMS协定在内的世界贸易协定

在复关问题上我国一贯坚持权利与义务平衡的原则,在我国成为世界贸易组织成员国之前,我国既然不能享受应有权利,也就不可能履行在复关谈判及世界贸易协议中所承诺的一切义务。有鉴于此,我国外资立法现阶段仍保留一些与世界贸易协定的原则不尽一致的规定,这种现象是无可指责的。

三、按照世界贸易协定体系构造我国外资法势在必行

1994年底,在日内瓦举行的GATT中国工作组第19次会议未能就我国复关谈判达成一致。日内瓦会议的最后钟声宣布了我们八年来为复关所作的不懈努力付之东流。除了深深的遗憾,人们感到困惑的是:既然我国被世界贸易组织拒之门外,有无必要按照世界贸易协定的体系重塑我国的外资立法?答案是肯定的。

第一,我国要求复关并成为世界贸易组织的创始成员国,是我国实行对外开放的需要

我国改革开放的进程已不可逆转,复关受阻并不意味着需要放弃多年来我国为复关所作的努力。实践证明,要想参与国际市场竞争,必须融入国际经济体系,自觉与国际经贸行为规范全面接轨,而世界贸易协定正是全世界范围内具有最广泛影响的规范国际经贸行为的法典。因此,按照世界贸易协定的体制构造外资立法完全是自觉自愿地与国际规则协调、接轨,这一目标不会因复关中止而改变。

第二,世界贸易协定是建立在市场经济基础之上的多边贸易协定,是市场经济的典范

我国正在建立和完善社会主义市场经济体系,应该自觉地向世界贸易协定体系靠拢,建立全国统一的平等竞争的市场经济的运行机制,推动我国按照市场经济的规律更广泛、更深入地参与国际竞争。

第三,由于少数缔约国的刁难,我国加入世贸组织暂时受阻,在涉及国家根本利益的问题上我国不会屈服于任何外来压力为加入世贸组织付出额外的代价

在这前提下,我们应按照既定方针,稳步推进外资立法与世界贸易协定体系的接轨,这样做可以在今后的谈判中取得更大的主动权。日内瓦谈判破裂后,在各个缔约国的多次要求下,我国代表团于1995年5月7日参加了两轮非正式磋商,虽然进展有限,但各缔约方普遍希望谈判能继续进行。世界舆论一致认为,我国不加入世贸组织世界贸易体制就不完整。将一个拥有12亿人口的大国排斥在世界贸易组织之外,也必然影响该组织的代表性。1995年7月11日,世界贸易组织已接纳中国为该组织的观察员。因此,我们对我国成为世界贸易组织成员国应充满信心。

第四,按照世界贸易协定体系构造我国外资立法,并不意味着我国外资法必须根据世界贸易协定的原则放弃对外国投资的一切限制性措施,也不妨碍我国根据我国经济发展的目标对外资实行必要的监督和管理

即使我国成为世界贸易组织正式成员国后,作为一个发展中国家,我国也只能承担与其经济水平相适应的义务。在这方面我们可以充分利用世界贸易协定中的“例外条款”,依法保护我国利益。这些“例外条款”为缔约国规定了一个缓冲期,即发达国家应在协定生效后2年内、发展中国家在5年内、最不发达国家在7年内取消一切与“国民待遇原则”、“废除数量限制原则”不一致的投资措施;在紧急情况下可以实施有违于“国民待遇原则”、“废除数量限制原则”的投

(下转第32页)

缩小我航运企业与国外先进的船公司之间的差距,必须提到我航运业的议事日程。参加世贸组织则更要求我航运企业尽快地提高竞争力和运输服务质量。为此,必须在最大限度内使我修改后的提单条款具有国际竞争性。

3. 高瞻远瞩,做好预测,使修改后的提单具有超前性和稳定性

修改我海运提单,必须认真、细致地做好预测工作。首先,要对我现行海运提单的现状进行分析,找出不适应现实需求以及和法律、法规相悖等不协调问题;其次,要对国际、国内的提单运输的发展规律和发展趋势作一番研究,选择最佳的修改方案,避免头痛医头,脚痛医脚,以保证新条款的超前性和稳定性。

4. 集思广益,重视专家、行家的作用,使提单的修改更为完满

专家是从事提单运输研究的专门人才,行家则是运用提单,在提单运输上有丰富经验的有识之士。重视专家、行家的作用,在修改提单时可以少走弯路,取得事半功倍的效果。

~~~~~

(上接第 23 页)

资措施。可见,援用“例外条款”我国可以在相当长的过渡期内,根据我国对外开放的总体方针和国民经济发展的实际状况,从容不迫地完成我国外资立法与世界贸易协定体制的全面接轨。

总之,我国外资立法面临的严峻挑战丝毫没有减弱。我们应因势利导,加强对世界贸易协定及其一系列附件的研究,充分认识按 TRIMs 协定的原则重新构造我国外资立法和政策的重要意义,并采取切实有效的措施,积极而稳步地推动我国外资立法与 TRIMs 协定协调一致地发展,从而建立起与世界贸易协定体制接轨的社会主义市场经济的运行机制。