

国际经济法律思考题(之二) 参考答案

倪 建 林

一、什么是外商投资性公司？成立外商投资性公司应具备什么条件？

外商投资性公司是指外国投资者在中国以独资或与中国投资者合资的形式设立的从事直接投资的公司。外商投资性公司有时也被称作外资控股公司。与一般的外资企业相比，外商投资性公司有如下特点：(1)一般的外资企业一般直接从事生产或服务活动，而外商投资性公司进行的是直接投资活动，不直接从事生产或服务活动，业务活动主要是股权投资或股权收购（限于对外资企业的股权收购）；(2)外商投资性公司的设立条件比一般的外资企业的设立条件要求严格和特殊；(3)设立外商投资性公司的审批权只集中在一个部门，即对外贸易经济合作部，而一般性的外资企业的设立的审批权已按其投资规模层层下放到地方各级外国投资主管部门。

按对外贸易经济合作部于1995年4月颁布的《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》（以下简称《暂行规定》）的规定，设立外商投资性公司，需具备如下条件：(1)外国投资者申请前一年的资产总额不低于4亿美元，在中国境内已设立外商投资企业，其实际缴付的注册资本的出资额超过1000万美元，并有3个以上拟投资项目的建议书已获得批准；或者：(2)外国投资者在中国境内已设立了10个以上从事生产或基础设施建设的外商投资企业，其实际缴付的注册资本的出资额超过3000万美元；(3)如以合资方式设立，中方投资者的资产总额应不低于1亿元人民币。另外，外商投资性公司的注册资本最低额也有限制，为3000万美元。

外商投资性公司是一种新型的外商投资企业形式。由于投资的企业（外汇投资不得少于注册资本的25%）仍享受外资企业待遇，可以大大拓展在中国的业务活动，所以很受一些世界著名跨国公司的欢迎。目前，我国已吸引了近100家的跨国公司在中国设立投资性公司，并成为其在中国的投资决策总部。

二、外商投资性公司可进行哪些业务活动？

外商投资性公司的业务活动主要是直接投资和股权收购，另外，也包括为其所投资企业提供服务。

外商投资性公司的直接投资，一般可以视同境外的外国投资者在中国境内的投资。在《暂行规定》中，作了如下规定：“在国家鼓励和允许外商投资的工业、农业、基础设施、能源等领域进行投资。”对具体限制和禁止投资的行业领域，可参照《外商投资产业指导目录》。实际上，作为外资企业的一种特殊形式，所有调整外商投资的相关法律是适用外商投资性公司的。

对外商投资性公司的股权收购，《暂行规定》未作出明确规定，但从其条文的阐述中可以看

出,外商投资性公司可以对外资企业实行股权收购。《暂行规定》也未对其股权收购是“要约收购”还是“协议收购”作出规定。按目前的法律理解,这种收购应是协议收购。因为按目前的证券法规,并不允许外商投资性公司大举收购中外合资股份有限公司的上市股票。另外,需要强调的是,外商投资性公司的股权收购对象只限于外资企业,法律并不允许其可以收购国有企业的股权。这可以防止造成一些占主导地位的国有企业被外资控股的局面。

按《暂行规定》,外商投资性公司还可以为其所投资企业提供下列服务:(1)协助或代理其所投资的企业从国内外采购该企业自用的机器设备、办公设备和生产所需的原材料、元器件、零部件和在国内外销售其所投资企业生产的产品,并提供售后服务;(2)在外汇管理部门的同意和监督下,在其所投资企业之间平衡外汇;(3)协助其所投资企业招聘人员并提供技术培训、市场开发及咨询;(4)协助其所投资企业寻求贷款及提供担保;(5)为其投资者提供咨询服务。

需要指出的是,外商投资性公司的业务活动仅限于如上所述,任何超出其业务范围的活动都是非法的。

三、什么是外商投资股份有限公司? 设立外商投资股份有限公司应具备什么条件?

根据对外贸易经济合作部 1995 年 1 月发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》(以下简称《暂行规定》),外商投资股份有限公司是指依法设立的、全部资本由等额股份构成、股东以其所认购的股份对公司承担责任,公司以全部资产对公司债务承担责任,中外股东共同持有公司股份,外国股东购买并持有的股份占公司注册资本 25% 以上的企业法人。

外商投资股份有限公司是外商投资企业的一种新的组织形式。按我国以前的《合资经营企业法》、《外资企业法》及《合作企业法》,外商投资企业只能以有限责任公司的形式设立。随着我国《公司法》的颁布和外商投资形式的新变化,确立外商投资可以股份有限公司的形式设立是很有必要的。外商投资股份有限公司除受《暂行规定》规范外,还适用《公司法》、《关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》(以下简称《特别规定》)、《国务院关于股份有限公司发行境内上市外资股的规定》(以下简称《外资股规定》),以及其他有关外商投资的法律法规。

设立外商投资股份有限公司,可以采取发起方式或募集方式设立。其具体条件如下:(1)以发起方式设立的公司,除应符合《公司法》规定的发起人的条件外,其中至少有一个发起人应为外国股东;(2)以募集方式设立的,除符合上述条件外,其中至少有一个发起人还应有募集股份前 3 年连续盈利的记录;(3)注册资本的最低限额为 3000 万元,其中外国股东购买并持有的股份应不低于公司注册资本的 25%。

另外,已设立的外商投资企业(包括合资、合作、外资企业)、国有企业、集体企业及股份有限公司可以经申请并报对外贸易经济合作部批准,转变为外商投资股份有限公司。股份有限公司往往可以通过外国股东购买股份、发行 B 股、增资扩股和转股及境外发行境外上市外资股的方式,申请转变为外商投资股份有限公司。其条件还须符合《特别规定》和《外资股规定》等。

四、已成立的外商投资企业如何转变为外商投资股份有限公司?

已成立的外商投资企业申请转变为外商投资股份有限公司的,应有最近连续 3 年的盈利