

# 投资优惠措施与我国外资立法

王中美

(厦门大学 福建厦门 361005)

**摘要:** 投资优惠措施具有一定的扭曲贸易与投资的负面效应,近年来已成为国际上共同关注的问题并加以限制。中国的外资立法上仍存在相当数目的投资优惠措施,在加入WTO后,一些措施应当取消,另外一些应做适当调整。

**关键词:** 投资优惠措施;吸引外资;扭曲;外资立法

中图分类号: D912.29 文献标识码: A 文章编号: 1007-2101(2000)06-0079-04

## Preferential Measures on Investment and the Legislation on Foreign Capital in China

WANG Zhong-mei

**Abstract:** Investment incentive measures may distort trade and investment to some extent, so these years it has called down international attention and limit. There are certain amounts of investment incentive measures in China foreign investment legislation. After we enter WTO, some should be canceled, and others should be adapted.

**Key words:** investment incentive measures; absorb investment; distortion; foreign investment legislation in China

1999年,国际资本流动再创历史新高,其中国际直接投资达8270亿美元,比1998年6600亿美元上升了20%。另一方面,随着与欧盟间双边协议的签订,我国加入WTO的日程加快。而WTO涉及领域已不限于贸易,也拓展到投资领域。以《与贸易有关的投资措施协定》(简称TRIMS协定)为首的WTO投资约束机制是中国将要面临的重要挑战,依照TRIMS协议与其他国际协定中的精神和具体规定,我国目前外资立法中的许多优惠措施的规定是不符合现存要求和发展趋势的。而修改或废除这些传统已久的优惠措施,对我国外资立法是一个重大的冲击。

### 一、投资优惠措施

投资优惠措施(Investment Incentives)又称为鼓励投资措施,它是目前世界各国为吸引外资而广泛采用的手段。

投资优惠措施的普遍采用,说明各国都意识到外资带来的促进经济增长的好处,包括创造就业机会、引进先进技术和管理经验、扩大经济规模和刺激竞争等等;也说明,吸引外资的国际竞争更加激烈。

但是在投资优惠措施上的竞标使东道国陷入了“囚徒困境”,一方面他们希望因为引进外资而受益,另一方面他们又在不断对外资作出给予利益的承诺。在投资优惠措施上的不当竞争将严重地扭曲外国直接投资(FDI, Foreign Direct Investment)的国际分配,而并不能有效地提高它的全球供给;它也给东道国政府造成沉重的财政支出。

投资优惠措施分为三类:一是财政优惠(包括税收优惠和财政补贴);二是非财政优惠(包括信贷融资、出口许可、外汇使用等);三是地区优惠(包括经济特区、开发区、投资区等),这项优惠针对投入特定地区的外资,它比前两类优惠包括的范围更广,优惠幅度更大。有的学者把投资优惠措施分为公开的(public)和隐藏的(implicit),前者主要是指公开的补贴和税收上的减让,后者则包括了低息贷款、贷款保证、有条件贷款(即一种是否偿还依特定条件而定的政府贷款)、政府参股、出口信用贷款等等。他认为隐藏的优惠由于透明度底,测量更为困难,因此对贸易与投资的扭曲影响更大<sup>①</sup>。

70年代以来,国际投资的流向逐渐从欧洲市场

收稿日期: 2000-08-25

作者简介: 王中美, 1977年生, 女, 福建漳州人, 厦门大学法学院研究生。

移向发展中国家,虽然发达国家之间直接投资在国际投资总额中仍占绝对优势,但不可否认,发展中国家吸引外资的比重在逐年增加,这在很大程度上与发展中国家采取的投资优惠措施有关。发达国家认为发展中国家的一些作法严重扭曲了资本的有效配置,形成了不当竞争,危及他们的国际贸易和国内经济。因此,长期以来发达国家一直试图将投资领域纳入国际多边协议谈判的轨道中,不论是 OECD 的《多边投资协定》(Multilateral Agreement on Investment, 简称 MAI),还是 WTO 的 TRIMS 协定,都反映了这种努力,而发展中国家在经济上仍然依赖外资,其他投资环境与发达国家相比较多显逊色,因此很难也不愿放弃投资优惠措施。斗争结果依旧是双方妥协,尽管发达国家占了上风,但双方对于应限制的规范投资优惠措施的使用这一点已基本达成一致。

## 二、国际协定中的有关规定

TRIMS 协定是乌拉圭回合谈判的重要成果之一,它将投资措施纳入到世界贸易组织的法律框架中,在国际投资领域中引入关贸总协定的国民待遇和禁止数量限制原则,它所具有的广泛影响和强制力使它在国际投资法中的地位十分突出。协定明确指出,某些与贸易有关的投资措施会扭曲和限制贸易,因此缔约国不得采用与国民待遇和禁止数量限制规定不相符的任何与贸易有关的投资措施。值得注意的是,这里的“国民待遇”是指贸易上的国民待遇,它与投资上的国民待遇在具体含义和功用上是不相同的。<sup>②</sup>如果东道国对外资实行优惠待遇的结果是造成这些产品成本降低,从而在国际市场上的竞争力增强,直接影响其他国家同类产品出口,就被认为是违反了 TRIMS 的这项规定。而至于国家在外资进入后是否采取国民待遇则不在 TRIMS 管辖范围内。由此可见,TRIMS 协定的效力是有限的,它仍以调整贸易为主,而非一个多边投资法典。但是 TRIMS 采用的“效果评价标准”,强调自由贸易与公平竞争,仍是对发展中国家投资优惠措施的重大挑战。如果这些优惠待遇造成了对贸易的扭曲影响,它就在 TRIMS 协定的禁止之列。

1994 年关贸总协定(简称“GATT1994”)的第一条是各缔约国对最惠国待遇(MFN)作出的主要承诺。它要求任何与进出口商品有关的关税和费用都应无条件平等地适用于所有向成员国进出口的相同产品。因此 MFN 义务也包括了任何减免这些关税

和费用的优惠措施。同时, MFN 也适用于与进口商品有关的国内税和费用,以及影响产品贸易、运输、分销、使用的国内法律法规<sup>③</sup>。第 3 条规定的是国民待遇(NT)原则。它要求缔约国在境内对来自其他缔约国的产品应给予与本国生产的同类产品在国内税收和国内规章方面的同等待遇。值得注意的是第 5 条 NT 的概念是以产品来源而不是投资者国籍为基础的非歧视原则。MFN 和 NT 都适用第 3 条第 8 款(b)项的单独给予国内生产者的补贴的例外。第 16 条要求实施直接或间接增加出口或降低进口的补贴措施时的通知义务。第 16 条也包括了限制出口补贴的规定。这些规定都在一定程度上限制了一国投资优惠措施的采用,包括给予外资企业的原料进口优惠关税、产品进出口便利、批准手续简便、免领许可证以及国内规章上的特殊待遇,因为在 MFN 和 NT 下,这些特殊措施实施的成本都被加大了。GATT1994 强调透明度原则,以往隐藏性优惠措施的灰色区域也被限制。

WTO 的《补贴与反补贴协定》(简称 ASCM)也是在乌拉圭回合达成的一项重要文件。这一协定针对不同的补贴形式规定了不同程度的限制。以出口实绩和当地成份要求为基础的补贴被认为是绝对禁止的优惠措施。而针对特定公司企业、行业或地区的扶助性措施则被认为是可诉讼性的,在他们对另一个 WTO 成员国在生产和贸易上的利益造成负面影响(adverse effect)时可诉诸争端解决机制。在协定第五章规定,负面影响包括对另一国国内工业的损害、GATT1994 下的利益的落空或减损以及对另一国利益的严重歧视(serious prejudice)。允许的补贴形式是那些没有“专向性”特征的补贴(specific subsidies),它对各成员国一视同仁;如果它们具有“专向性”的,只要它是针对科学研究或竞争前产品开发(pre-competitive product development)的,或者是专门适用于落后地区的,或者是为了调整现有设施以适应新的环保要求而给予的资助也是允许的补贴。但是一国仍可以基于这样的确信对这种允许的补贴方式提出异议:这一措施已经对它的国内工业造成了严重的负面影响并且可能引起难以补救的损害。协定同样也强调透明度原则和通知义务。协定对因此引起的纠纷,规定由补贴国和受影响国进行协商,协商不成的,诉诸 WTO 的争端解决机制(DSB)。对外资的各种补贴,实际上可能造成这些外资企业产品的成本降低,影响国际市场上同类产

品的竞争,影响另一国的贸易利益,因此在投资中的补贴可以直接或间接地纳入到 ASCM 的范畴中。ASCM 协定规定的反倾销税、反补贴税则有可能成为受影响的国家的报复手段,而必然影响到东道国引进外资带动出口目的的实现以及东道国国内其他企业的出口。

在 WTO 的法律框架中,除了上述几个协定以外,《服务贸易总协定》(GATS)、《农业协定》、《政府采购协定》等也分别从各自角度作了类似规定。它们都以“对贸易的扭曲影响”为据限制一国在贸易中优惠措施的采用,而投资优惠往往与贸易中的优惠措施密不可分或融为一体,因此这些规定对东道国的投资优惠措施的限制作用也是明显的。

MAI 早在 TRIMS 协定之前就已经酝酿并起草,到 1998 年 12 月 3 日 OECD 巴黎非正式会议决定不再进行 MAI 谈判而将其无限期搁置,整个计划历时数年,引起各方瞩目。MAI 虽由 OECD 制定,但却计划向非成员国开放,旨在成为一个真正意义上的国际投资法典。但终究涉及利益过广,标准过高,无法平衡,最后失败。但 MAI 被认为“管辖范围最广泛、纪律最严格、在投资自由化推动力最强、最具超前精神”<sup>④</sup>,在一定程度上反映了国际投资规则发展的最新动向,仍值得我们研究。MAI 明确规定不仅应在 MFN、NT 基础上规定限制性的投资鼓励措施,还应禁止一切带有投资扭曲效应的鼓励措施,并建议成员国间就此建立磋商机制,还有些成员建议引入透明度、维持现状和逐步回退义务<sup>⑤</sup>。MAI 是国际协定中第一个明确地将投资优惠措施纳入限制对象的,虽然仍然无法解决判断扭曲性优惠措施问题,但它提出的“对投资的扭曲”是与 WTO 框架中“对贸易的扭曲”完全不同的,它要求的投资上的 MFN、NT 与 GATT 1994 规定的 MFN、NT 也是迥异的,它限制了东道国政府采用专向性优惠措施,而在采用一般优惠措施时也造成了更沉重的财政负担。

还值得一提的是世界银行集团制定的《外国直接投资待遇指南》。这份指南最大的特征就是规定了范围极广的国民待遇原则,未对该原则规定任何实质性的限制条件。而且在补贴标准上,《指南》规定的是“充分、有效、及时”原则,这与发展中国家的主张不符。因此《指南》更多地体现了发达国家的利益。但《指南》关于税收优惠等的见解对我们仍有借鉴意义。《指南》不鼓励国家向外资提供税收减免或其他财政优惠。它力图最大限度地消除官僚随意

性,保证制度的稳定性与可预见性。它不提倡国家间在投资优惠措施上的竞争,认为合理、稳定的税率比不确定或过低税率下的优惠能提供更好的激励。《指南》是在对全世界各国有关外资立法、双边条约、多边条约以及各种学说、判例进行了一定考察后制定的,因此也在一些方面反映了国际实践趋向。

从这些国际协定我们可以看出,国际上对投资优惠措施并不持支持态度,更不提倡国家间在吸引外资上的恶性竞争;MFN 和 NT 是目前各协定都广为采用的限制投资优惠措施的基础;有扭曲影响的优惠措施不论是对贸易还是对投资的扭曲都在绝对禁止之列。引用 1993 年 8 月 OECD 在联合国贸发会议“投资与资金流向”特设会议上的观点,东道国应把公正、平等地对待外资作为一项重要原则;东道国吸引外资最有效的方法在于创造一个拥有自由竞争规则的开放环境,而不是鼓励措施与优惠条件,因为这些做法往往改变了市场的真实性,并在客观上妨碍了依据商业标准投资的决定。

### 三、我国相关外资立法

我国外资立法包括外商投资企业和相关法律,可以说,凡是涉及外资的问题我们都区别于一般法另行规定,造成外商投资企业与国内其他企业在各方面的待遇都有很大不同,尤其是在投资优惠措施上。根据《外商投资企业和外国企业所得税法》第 7、8、9、10 条的规定,按设立地区的不同(如经济特区、经济技术开发区、高新技术产业开发区等),外商投资企业和外国企业可以按 30%、24% 和 15% 的所得税税率纳税;对经营期在 10 年以上的外商投资企业规定了二减三免的税收优惠等等。根据《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外商独资企业法》的有关规定,外商投资企业在水、电、运输条件和通讯设施的提供上,土地使用费的计算上,借贷上都从优,外商投资企业可自行组织其产品出口,制定生产经营计划、采购生产资料、销售产品、确定机构设置和人员编制等。对于产品出口型企业和先进技术型企业,法律还规定除按国家规定支付或提取中方职工劳动保险、福利费用和住房补助基金外,免缴国家对职工的各种补贴。对于投资原本和利润的汇出问题,我国在对外签订的投资保护协定中都有关于保证自由汇出的规定。在进出口经营权上,外商投资企业可以直接进口生产所需的原材料、机器设备,可以直接出口本企业生产的产品,而且凡属

免征出口税的可以免领出口许可证等等。

在加入WTO后,我国将遵守WTO法律框架下的有关协定,包括GATT1994、TRIMS、ASCM、GATS等。我们有必要重新审视我们的外资立法中采取的有关措施。依照TRIMS的规定,当地成份要求、贸易平衡要求等限制性措施属于一律禁止之列,而对投资优惠措施并未作明确规定。与MAI《指南》相比,TRIMS更体现为多方妥协的产物,它对投资优惠措施的规定也更为温和,这也为我国提供了一个缓冲的机会,在国际投资法典出台之前,我们应适时调整目前的有关措施,使之符合国际的发展趋向。另一方面,限制投资优惠措施的使用也将减少目前国内经济因此存在的扭曲现象。

外资立法上的变化应包括以下几个方面:

1. 逐步取消税收优惠,实现外商投资企业与国内一般企业的税负一致。税收优惠是最直接公开的投资优惠措施,它明显降低了外资企业产品的成本,造成与国内其他产品的不公平竞争以及在国际市场上与外国同类产品的不公平竞争,违背了WTO法律体系中的MFN、NT原则。另一方面,税收优惠使国家财政损失较大,促成了很多投机行为,如国内企业虚挂外商投资企业牌子的“假洋鬼子”现象、外商投资企业恶意作账连年“亏损”的现象等。因此,应逐步取消税收优惠,给予外资与内资在税负上的平等待遇。

2. 按照公司法的要求,改革现行外商投资企业先登记后缴资的设立程序,实行先出资后登记。原来外商投资企业法的规定意在给予外商融资用资的充分便利,但却造成实际中外方出资不按期到位、企业资本金不足的问题。这种差别待遇的负面效果很大,也不符合国际惯例。外资的这种特权并不利于我国经济的健康发展,应当予以取消。而且,鉴于对外资监督的困难,政府有关部门应严把登记关。按照法定程序对外商资信能力、出资及验资证明等进行严格审查。

3. 非税收减免的投资优惠措施仍可保留,但应逐步限制和回退。对外资在信贷、生产、购销、进出口等方面给予的特殊便利属于隐藏性的投资优惠措施,目前国际上对此的约束不多。但这些投资优惠措施对内资的压力却很大,国内企业尤其是国营企业在这些方面的羁绊都很多。加入WTO后,外资将更加大量涌入,挤占国内市场,这对我国尚不壮大的民族企业的发展将是严峻的考验,而这些投资优惠措施无疑雪上加霜,有帮助垄断、排挤弱小之嫌,因此国家也应逐步限制和回退。另一方面,随着国家改革力度的加大,这些优惠措施可能转化成为外资共有的一般外部条件。

4. 提高外资立法的透明度,协调法律之间的冲突,保证政策的依法制定和实施。目前我国三部外资企业法之间存在一些不协调的地方,而整体看来却大体一致。因此将三部外资企业法统一起来,制定一部《外商投资法》,从立法层面来看并无大碍。其中的投资优惠措施应平等地给予三种类型的企业,但中外合作企业中关于外商可先行回收的规定不宜普及,应仅限于合作企业,并须严格按照法定申请审批程序进行。我国行政规章政策的制定、修改仍存在不公开的问题。外商在这方面的疑虑最重。我们应当提高立法的透明度,加强法律的稳定性和规范性,树立法律的权威,行政政策应依法制定并公布。在加入WTO后,我国将承担协定所要求的透明度和通知义务。在吸引长期投资、稳定投资来源方面,良好的法律环境是比投资优惠措施更为有效的重要条件。

总之,发达的市场经济、健全的金融税收体制、稳定的汇率、完善的法律救济途径、良好的社会文化环境(包括医疗服务、教育水平、人的素质、生活质量、犯罪率等)是公认的最为理想的投资环境。而一味地强调投资优惠措施不仅与现存国际规定和发展趋势不符,而且会扭曲本国经济,并不值得提倡。我们在投资优惠措施上应加强把握一个“度”的问题,适时修改外资法上的有关规定。

注释:

① Michael Daly, Investment Incentives and the Multilateral Agreement on Investment[J]. Journal of World Trade, Vol. 32 NO. 2, April 1998.

② 徐崇利. 试论我国对外资实行国民待遇标准的问题[J].

国际经济法论丛, 第一卷[Q]. 法律出版社.

③ 曾令良. 世界贸易组织法[M]. 武汉大学出版社, 1996. P143.

④ 赵宏. 略论多边投资协议[A]. 国际经济法论丛, 第二卷.

⑤ 见 MAI 本文第 3 条第 10 款及附注.

责任编辑: 杜莹