

外商投资企业 清算实务

张有礼 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

外商投资企业清算实务/张有礼编著. —上海:上海三联书店, 2001

ISBN 7-5426-1502-5

I. 外... II. 张... III. 外资公司-货币结算-基本知识 IV. F276.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 06261 号

外商投资企业清算实务

著 者/张有礼

责任编辑/倪为国 邱 红

装帧设计/鲁继德

责任制作/钱震华

责任校对/李京林

出版发行/上海三联书店

(200235)中国上海市钦州南路 81 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail/sanlian@online.sh.cn

印 刷/江苏常熟市第四印刷厂

版 次/2001 年 6 月第 1 版

印 次/2001 年 6 月第 1 次印刷

开 本/890×1240 1/32

字 数/253 千字

印 张/12.125

印 数/1—3100

ISBN7-5426-1502-5

F·327 定价:24.00 元

前 言

20 多年前,中国改革开放的重要政策之一,就是吸引国外直接投资,欢迎外商投资者来中国设立外商投资企业,包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。在这以后的 20 余年中,先后已有 36 万多家外商投资企业在大陆设立。

然而,根据中国现行外商投资企业法律,外商投资企业有创办设立也必然有终止清算。有一些早期设立的外商投资企业根据合同或章程中期限规定的要求已经或者正准备进行期满清算;也有一些外商投资企业因为没有达到及预计将来也不可能达到设立企业时的目标,或者外国投资者遭受诸如东南亚金融危机的影响和打击,或者外国投资者因母公司被合并、收购、重组等等原因而决定要提前终止合同、章程,进行清算;还有一些外商投资企业向原审批机构提出申请,要求提前终止合同、章程,进行清算,完全是由于中外双方或多方投资者的严重分歧导致该外商投资企业无法继

续经营下去,或者一些外资企业碰到了一些无法逾越的障碍而不得不走到不能善始善终的地步。我们把这一类的清算归结为非正常提前清算。非正常提前清算的原因是各种各样、五花八门的,试略举一二。

原因之一是合资或合作双方的“婚姻基础”不好,甚至在合营前投资双方互有欺骗,这样的“婚姻”在一片碰杯声和叫好声中开始,但提前终止却有其必然性了。

例如有一个外方投资者将一套价值只有 50 万美元的旧设备,改头换面后以 100 万美元的新设备作为实物投资,待企业经营后,中方才发现该设备的功能和价值背离。但这时,原先代表中方参与项目谈判、赴海外考察进口设备的关键人物都一一调离该合营企业。这样,中方和外方之间的争议逐步发展成剪不断、理还乱的无头案,企业最终走上提前清算的不归路。

又如,某合资企业的中方投资者以土地使用权和厂房建筑物等无形资产和实物出资。外方投资者委托一位台商作中间商,全权处理合营前的谈判和各项准备工作。待该合营企业开办几年后无法继续经营而不得不提前清算时,清算委员会才发现中方投资的土地使用权和厂房建筑物的所有权在法律上都存在严重的问题,会计师事务所的验资报告也存在问题,一场无休止的争议便拉开了序幕。

原因之二是合资或合作双方的“婚后关系”出现裂痕,产生矛盾,又没有正确、合理地处理好,终于使裂痕变成裂口而走到尽头。

如有一个中日合资经营企业,双方投资者在合营合同中言明产品的 90% 以上将由外方包销,并商量好最低销售价。但企业经营不到一年,由于市场变化,外销比例降到 20% 以下,销售价也保证不了原定的最低价,最终使企业提前清算。

又如,有一家中外合营企业,中方投资者即原母体厂和合营企业生产同类产品,后来发现母体厂和合营公司在债权债务上混乱不清,后来发展到合营公司成为母体厂的资金来源地和债务的承担者,这样的问题终于使中外投资者的矛盾变得不可调和。

上述一些案例的简单描述并不能说明只有非正常的提前清算才令人头痛,才需要经过长期艰难的谈判或争论,有的最终只能通过仲裁或法院来解决问题。实际情况是,即使是一项外商投资企业期满清算或一项正常的提前清算工作,也同样是非常复杂非常令人头痛的。原因是一方面清算工作涉及法律、财务、会计、审计、资产评估、税务、外汇、海关、劳动人事和工商行政管理等诸多方面的知识和实务操作,另一方面也可能和我们的文化背景有关,在中外合资、合作企业创办、设立过程中,人们一般的心态是“谈婚论嫁”时亲热友好,似乎只有“同”没有“异”,一旦决定“离异”,似乎缺乏“好聚好散”的感觉。一夜之间,什么“丑事”都要抖出来解决。所以清算工作在某种情况下又增加了人为的复杂因素。

《外商投资企业清算办法》第一条开宗明义,“为了保障外商投资企业清算的顺利进行,保护债权人和投资者的合法权益,维护社会经济秩序,根据有关法律的规定制定本办法”;在原《上海市外商投资企业清算条例》第一条中,除上述《办法》阐述的目的外,也提及为了“促进利用外资工作的发展”。但是,在我们参与的大量清算工作中,我们发现政府各个行政管理部门某些工作人员、形形色色的中国投资者及与各种清算项目有关的人员,他们很少将外商投资企业清算同促进我们利用外资的工作、改善我国的投资环境联系起来。他们没有从更高更深的角度来认识外商投资企业的清算工作,而是为眼前或局部利益偏袒一方,或对某些具体工作拖延搪塞,使原来就复杂的清算工作变得更困难重重。这些情况也就

是引发我们编写这本小册子的最初动机。我们把在实务操作中的一些经验和直接参与的一些案例提供给大家,是希望帮助外商投资企业的清算工作顺利进行,从更高的角度上来说,也是为改善投资环境,为我国在新世纪更进一步改革开放尽一点绵薄之力。

正如我们参与每一项清算工作需要一支团队合作才能成功完成一样,本书的编写同样集合了许多同事的辛勤工作,他们有的协助作者参与了一些清算项目,有的投入了本书部分章节的编写或审核、校对工作。他们是程国明、周翊、刘晶芳、魏玮、曹蕾、王亮等,在此表示衷心的感谢。特别要提及的是在本书整个编写过程中,得到了德勤会计师行中国税务合伙人谢英峰先生的大力支持,在此也一并表示谢意。

由于编写时间仓促,加上作者对清算工作在某些理论方面的研究还有待深入,对如何借鉴国外及香港、台湾地区在清算工作方面的理论和实务,并应用到我们的实务上来的探索还刚刚开始,故遗漏和错误之处在所难免,恳请读者批评指教。

作 者

2001年2月

第 1 章

外商投资企业清算的法律程序和操作实务

企业由于种种原因可能停止继续经营,宣告解散,这些原因包括企业经营期限届满;企业发生严重亏损,或因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失,无法继续经营;企业违反中国法律、法规,危害社会公共利益被依法撤销;或者出现企业章程规定的其他解散事由等。企业一旦宣告终止,就必须依法进行清算。所谓清算指的就是企业因为经营期满,或者提前终止合同、章程等原因,经原合同、章程审批机关批准解散,或者被有关行政机关依法撤销,而对其资产、债权和债务等进行的清理结算活动。

一般而言,清算可以分为破产清算和非破产清算两种,分别适用不同的法律法规,采用不同的程序进行清算。其中破产清算所适用的法规主要是《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定以及《中华人民共和国破产法

(试行)》(1986年12月2日第六届全国人民代表大会常务委员会议第十八次会议通过,1988年11月1日起试行)等。由于《中华人民共和国破产法》只适用于全民所有制企业,因此全民所有制企业以外的其他企业,包括外商投资企业,在依法宣告破产时主要是根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》和《中华人民共和国民事诉讼法》进行破产清算的。

对于破产清算之外的其他清算,除了依据《中华人民共和国民事诉讼法通则》和《中华人民共和国民事诉讼法》所规定的有关清算的基本原则外,主要是适用有关的行政法规、部门规章以及一些地方性法规。就外商投资企业而言,其清算所适用的主要是1996年6月15日国务院批准,1996年7月9日对外贸易经济合作部发布的《外商投资企业清算办法》以及各个地区所颁布的地方性法规,如《上海市外商投资企业清算条例》、《深圳特区企业清算条例》等。但《上海市外商投资企业清算条例》已于2000年4月11日经上海市第十一届人民代表大会常务委员会第十七次会议审议后废止。本章将以上海地区为例,介绍有关外商投资企业进行非破产清算所适用的法律程序以及具体操作。^①

1.1 外商投资企业清算概述

一、外商投资企业清算的基本原则

外商投资企业的清算应当依照国家有关法律、行政法规的

① 本书中提到的外商投资企业清算如无特别说明,所指的都是非破产清算。

规定,以经批准的企业合同、章程为基础,按照公平、合理和保护企业、投资者、债权人合法权益的原则进行。

根据《外商投资企业清算办法》的规定,在中华人民共和国境内依法设立的外商投资企业,包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业都必须依照该办法进行清算。对于在上海地区的外商投资企业而言,在《上海市外商投资企业清算条例》废止之前,还同时适用《上海市外商投资企业清算条例》。

二、外商投资企业清算的种类

外商投资企业的清算分为普通清算和特别清算两类。普通清算指的是由外商投资企业自行组织清算委员会进行的清算;特别清算指的是外商投资企业不能自行组织清算委员会进行清算,或者依照普通清算的规定进行清算出现严重障碍时,企业董事会或者联合管理委员会等企业权力机构、企业投资者或者债权人向企业审批机关申请,经批准后,由企业审批机关或其委托的部门组织中外投资者、有关机关的代表和有关专业人员成立清算委员会所进行的清算。企业被依法责令关闭而解散进行清算的,也依照有关特别清算的规定办理。

上述特别清算的第二种情形,即外商投资企业依照普通清算的规定进行清算出现严重障碍这一标准,其内涵及其外延都较为模糊,而现行法律法规均未对此作出明确的说明和界定,因此在实践中较难把握和依此进行操作。对这个问题,就目前外商投资企业清算的实践而言,一般认为,所谓出现严重障碍,就是指原清算委员会在按照普通清算程序进行清算的过程中,由于遇到某些难以克服的障碍,无法再按照法定的、正常的普通清

算程序进行清算工作,而不得不申请转入特别清算的情形。

需要注意的是,外商投资企业在采取普通清算的方式进行清算的过程中,如果发现企业财产不足以清偿其债务的,则并不是适用特别清算程序进行清算,而是应当由清算委员会向人民法院申请宣告企业破产,被依法宣告破产的,应当依照有关破产清算的法律、行政法规办理,即按照破产清算程序进行清算。但是,如果由于企业的债权人自愿放弃债权,或者企业投资者同意代为清偿企业债务,从而使得企业不再达到破产界限的,清算委员会可以继续依照原普通清算程序进行清算。

特别清算区别于普通清算的主要特点在于:特别清算适用于企业无法组成清算委员会或者所组成的清算委员会无法正常运作的情况。正因为如此,法律并不是规定一个完全独立和不同于普通清算程序的特别清算程序,而是在普通清算程序的基础上,针对清算委员会的组成、职权以及协助清算委员会进行清算的债权人会议的召集、职权等特殊事项作出专门规定。其他一些具体事项,如清算公告、债权债务的处理、清算财产的评估作价等事项,法律不再做重复规定,而是直接规定在采取特别清算的方式进行清算时,对特别清算的法律规定未说明的事项均适用有关普通清算的规定。

三、清算期限

外商投资企业清算必须遵守一定的时间限制,企业清算必须在法律规定的期限内进行,而且在这一清算期间内,企业不得开展新的经营活动,否则就要承担相应的法律责任。

(一) 企业清算开始之日

企业清算开始之日根据企业终止的情况不同而有所不同,具体说有如下情形:

1. 企业因经营期限届满而终止的,企业经营期限届满之日为企业清算开始之日;
2. 企业因提前终止合同、章程等原因,经原合同、章程审批机关批准解散的,企业审批机关批准企业解散之日为企业清算开始之日;
3. 企业依照人民法院判决或者仲裁机构裁决终止的,人民法院判决或仲裁机构裁决终止企业合同之日为企业清算开始之日;
4. 企业申请进行特别清算的,企业审批机关批准特别清算之日为企业特别清算开始之日;
5. 企业被有关国家行政机关依法责令关闭而解散的,被依法责令关闭之日为企业特别清算开始之日。

(二) 清算期限

企业清算期限自清算开始之日起至向企业审批机关提交清算报告之日止,不得超过 180 日。因特殊情况需要延长清算期限的,由清算委员会在距清算期限届满的 15 日前,向企业审批机关提出延长期限的申请。延长的期限不得超过 90 日。从实践情况来看,由于企业清算需要履行一系列复杂的手续,进行许多繁琐费时的债权申报、评估作价和债务清偿等清算工作,因此法律所规定的 180 日的期限并不宽裕,外商投资企业往往很难在此期限内完成全部清算工作。所以,在实际清算时,企业必须充分、合理地安排和利用 180 日的清算期限,如果在法定的 180

日期限内无法完成清算工作,企业必须在距清算期限届满的 15 日之前,向企业审批机关提出延长期限的申请,而不能待 180 日期限届满之后才提出申请。

在实践中,很多企业在董事会决定要清算起到清算正式开始之日中一段可长可短的时期里,可预先做好一些准备工作,特别是合资或合作双方对企业清算中的重大问题取得一致意见。

四、清算组织

(一) 清算委员会的组成

外商投资企业进行清算应当依法成立专门的清算组织,即清算委员会。清算委员会的组成依照企业所采取的清算方式是普通清算或者是特殊清算的不同而有所区别。

1. 普通清算

企业进行普通清算的,应当由企业权力机构组织在清算开始之日起 15 日内成立清算委员会。清算委员会至少应由 3 人组成,其成员由企业权力机构在企业权力机构成员中选任或者聘请有关专业人员担任。所谓专业人员一般指的是中国的执业律师和执业注册会计师。清算委员会设主任一人,由企业权力机构任命。

2. 特别清算

企业进行特别清算的,由企业审批机关或其委托的部门组织中外投资者、有关机关的代表和有关专业人员成立清算委员会。清算委员会设主任一人,由企业审批机关和其委托的部门指定。

(二) 清算委员会成员的更换

在清算期间如有下列情形之一,应当更换清算委员会成员:

1. 清算委员会成员有违法行为;
2. 债权人请求并确有正当理由;
3. 清算委员会成员死亡或者丧失行为能力。

清算委员会成员的更换必须由企业权力机构决定,并报原审批机构审核。

(三) 清算委员会的职责

清算委员会在清算期间主要行使下列职权:

1. 清理企业财产,编制资产负债表和财产清单,制定清算方案;
2. 公告未知债权人并书面通知已知债权人;
3. 处理与清算有关的企业未了结的业务;
4. 提出财产评估作价和计算依据;
5. 清缴所欠税款;
6. 清理债权、债务;
7. 处理企业清偿债务后的剩余财产;
8. 代表企业参与民事诉讼活动;
9. 办理企业注销登记事项。

此外,经企业权力机构同意,清算委员会可以聘请工作人员办理清算的具体事务。就上海市外商投资企业而言,清算委员会经企业权力机构同意,可以设立清算工作组,处理各项具体清算事务。清算工作组成员由清算委员会聘请企业在职职工或中国的注册会计师、律师担任。清算工作组对清算委员会负责,清算委员会有权解聘或者补派清算工作组成员。

对于特别清算而言,清算委员会在特别清算期间除行使上述职权以外,还同时行使企业权力机构的职权,而清算委员会主任则行使企业法定代表人的职权。此外,特别清算委员会还可以召集企业权力机构会议和债权人会议,商讨有关清算的具体事项。

清算委员会应当依法履行清算义务,并按照协商原则处理有关清算的事务。企业进行普通清算的,清算委员会在清算期间对企业权力机构负责,并报告清算工作。清算委员会编制的资产负债表和财产清单,提出的财产评估作价和处置依据以及制定的清算方案,须经企业权力机构确认,而后报企业审批机关备案。企业进行特别清算的,清算委员会应当向企业审批机关报告工作,清算委员会制定的清算方案和制作的清算报告须经企业审批机关确认。

清算委员会成员应当忠于职守,不得利用职权收受贿赂或者谋取非法收入,不得侵占企业财产。

五、清算的监督机构

外商投资企业清算委员会应当依法进行清算,企业的权力机构、企业债权人会议、企业审批机关以及其他有关主管机关均可对企业的清算工作进行监督。

(一) 企业权力机构

企业权力机构指的是外商投资企业的董事会或者联合管理委员会等机构。外商投资企业权力机构在普通清算过程中的主要职责体现在以下几个方面:

1. 组织清算委员会,任命清算委员会主任;

2. 验证和确认清算委员会编制或提出的资产负债表和财产清单、财产评估作价和处置依据、清算方案等；

3. 验证和确认清算委员会完成清算后制作的清算报告。

与普通清算程序不同的是,在特别清算程序中,企业权力机构并不具有监督或者主管企业清算委员会的职能。相反,企业权力机构的职能还应由企业审批机关组织成立的清算委员会接替。

(二) 企业审批机关和其他主管部门

企业审批机关是指批准设立外商投资企业的审批机关。在企业清算期间,企业审批机关和其他有关主管机关可以派人参加企业有关清算的会议,监督企业清算工作。除此之外,企业审批机关还通过如下一些方式对外商投资企业清算进行主管和监督:

1. 审批外商投资企业提前终止的申请。

2. 审批外商投资企业延长清算期限的申请。

3. 审核外商投资企业权力机构制定的清算委员会成员名单。

4. 在普通清算程序中,对外商投资企业清算委员会编制的资产负债表和财产清单、提出的财产评估作价和处置依据、制定的清算方案进行复核备案;对经企业权力机构确认的,由清算委员会在完成清算后制作的清算报告进行复核备案。

5. 在外商投资企业特别清算程序中,对企业的清算工作进行主管和监督。包括组织中外投资者、有关机关的代表和有关专业人员成立清算委员会;指定清算委员会主任;对清算委员会在完成清算后制作的清算报告进行审批等。特别清算委员会制

定的清算方案和制作的清算报告都必须经企业审批机关的确认。

（三）债权人会议

外商投资企业进行特别清算的,清算委员会可以召集债权人会议,商讨有关清算的具体事项。债权人会议由全体债权人组成,债权人会议成员享有表决权,但是有财产担保的债权人未放弃优先受偿权的除外。债权人会议主席由企业审批机关或其委托的部门从有表决权的债权人中指定。债权人会议由清算委员会负责召集,清算委员会应当在债权人会议召开的 15 日前书面通知债权人。债权人不能出席债权人会议时,应当书面委托代理人出席会议。债权人会议行使下列职权:

1. 审查债权人提供的有关债权的证明材料以及债权数额和担保情况;
2. 了解债务清偿情况,就清算方案和债务清偿情况向清算委员会提出债权人意见。

1.2 普通清算程序

普通清算程序是外商投资企业进行清算的基本程序,也是最重要的程序。如前所述,企业的特别清算只是在清算组织的组成、职权以及债权人会议等方面与普通清算程序有所区别,其余部分均参照普通清算程序进行。本文在前一节中已经对有关特别清算中清算委员会的组成、职权以及债权人会议等特殊内容做了说明,故在此仅就外商投资企业的普通清算程序作一较为详尽的说明,而对于企业特别清算则不再赘述。一般说来,企

业进行普通清算大致要经历如下程序：

一、申请企业终止与清算

外商投资企业如果因为提前终止企业进行普通清算，应向原审批机关提出提前终止企业和进行清算的申请，并提交下列资料：

1. 外商投资企业提前终止的申请书(详见附件一)；
2. 董事会决议(详见附件二)；
3. 外商投资企业批准证书(原件)；
4. 营业执照复印件；
5. 清算工作计划书(详见附件三)。

二、书面通知各政府机关清算事宜

外商投资企业应当自清算开始之日起 7 日内，将企业名称、地址、清算原因和清算开始日期等以书面通知企业主管部门、海关、外汇管理机关、企业登记机关、税务机关和企业开户银行等有关单位；企业有国有资产的，还应当通知国有资产管理行政主管部门。

三、成立清算委员会

外商投资企业权力机构应当在清算开始之日起 15 日内成立清算委员会。清算委员会至少由 3 人组成，其成员由企业权力机构在企业权力机构成员中选任或者聘请有关专业人员担任。

上海市外商投资企业进行清算，其权力机构应当在开始清