

企业家
法律书柜
丛书

丛书主编 / 钱卫清

企业对外 投资中



法律风险防范、危机应对技巧
深入剖析与企业有关的法律规定和案例

的法律风险 及防范

本册主编 / 冯杨勇

企业管理者、法务工作者不可或缺
的实用法律策略丛书

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业家
法律书柜
丛书

丛书主编 / 钱卫清

D920.5/73

:6

2007

企业对外投资 投资中 的法律风险 及防范

本册主编 / 冯杨勇

撰稿人 / 冯杨勇 杜承彪 陶娟
周洁 刘红斌 李四红
折军 汪洋

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:张 岩

图书在版编目(CIP)数据

企业对外投资中的法律风险及防范/冯杨勇主编. —北京:
中国法制出版社, 2007. 7

(企业家法律书柜/钱卫清主编)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0003 - 9

I. 企… II. 冯… III. 企业 - 对外投资 - 投资风险 - 经
济法 - 研究 - 中国 IV. D922. 291. 914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 081515 号

企业对外投资中的法律风险及防范

QIYE DUIWAI TOUZI ZHONGDE FALU FENGXIAN JI FANGFAN

主编/冯杨勇

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2007 年 7 月第 1 版

印张/ 21.5 字数/ 253 千

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0003 - 9

定价:40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66010406

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

钱卫清，现为大成律师事务所律师、高级合伙人。1988年考取律师资格，先后毕业于华东政法大学法律专业、厦门大学在职研究生国际经济法专业和国家法官学院经济法专业。

1977年至1992年先后任江西省婺源县人民法院法官，上饶市中级人民法院审判员、庭长、副院长；1992年至1998年曾任江西省高级人民法院民庭及经济庭正处级审判员、副庭长、高级法官，其中1995年至1998年期间在最高人民法院经济庭工作交流。1999年1月从事专职律师，曾任德恒律师事务所全球合伙人、诉讼部主任、国企改革部主任。现为中华全国律师协会民事业务委员会委员、中国社科院法学所硕士生导师、中央财经大学法学院兼职教授、中国人民大学企业改制研究所所长。2005年被授予“北京市优秀律师”荣誉称号。2006年被提名为“2006年度中国法制新闻人物”。

先后发表学术论文90余篇，并著有《反败为胜》、《败诉论》、《国有企业改制法律方法》、《成功改制》、《公司诉讼》、《法官决策与律师策略》等法学专著13部。

电子邮箱：qianweiqing@126.com

手机：13801215669 电话：010—58137696

网站：<http://www.gzygs.com/>



本册主编简介

冯杨勇，男，1979年11月出生，汉族，武汉大学法学院民商法硕士毕业，现为湖北省宜昌市夷陵区人民法院法官。其主要成果有：《论我国别除权制度之完善》、《论附随义务》、《企业破产清算制度》、《最新婚姻法律解读与操作指南》、《最新土地管理法律解读与操作指南》等。

目 录

◆ 企业对外投资概述	1
一、企业的法律界定	1
二、企业法的概念	2
三、企业对外投资的法律界定	2
◆ 第一章 设立公司	5
一、公司设立的概念	6
二、公司设立的条件	7
三、公司设立登记	16
四、公司设立的效力	20
五、公司设立时的民事责任	23
◆ 第二章 联 营	37
一、联营的概念	39
二、我国关于联营的法律规定	39
三、联营的主体	40

四、联营的类型	44
五、企业联营中应该注意的问题	48
◆ 第三章 兼 并	65
一、企业兼并的概念	66
二、企业兼并的特点	68
三、企业兼并的积极作用	69
四、我国的企业兼并的立法	70
五、企业兼并的原则	72
六、企业兼并中应注意的法律问题	73
◆ 第四章 中外合资或合作经营	96
一、我国中外合资或者合作经营立法	97
二、中外合资或者合作经营企业的设立条件	98
三、中外合资、合作经营企业的设立程序	99
四、中外合资、合作经营企业的组织形式	102
五、合资、合作经营合同	104
六、中外合资、合作经营企业的出资转让	108
七、中外合资、合营企业纠纷的解决方式	113
◆ 第五章 商业特许经营	122
一、商业特许经营的概念及特征	124
二、特许经营目前存在的法律问题	125
三、开展特许经营的法律条件	126
四、特许经营合同	127
五、信息披露	135
六、特许经营中的法律责任	136
◆ 第六章 股权转让或者股权受让	141

一、股权转让的概念及性质	142
二、股权转让的条件	143
三、有限责任公司股东转让股权的程序	156
四、股权转让的法律效力	159
五、股权转让合同的履行	163
六、股权转让应注意的问题	165
◆ 第七章 委托理财	172
一、委托理财的概念	174
二、委托理财中的法律关系	176
三、委托理财中的特殊问题	177
◆ 第八章 出资者的出资标的	197
一、货币出资中的法律问题	198
二、实物出资中的法律问题	201
三、知识产权出资中的法律问题	205
四、土地使用权出资中的法律问题	210
五、债权出资中的法律问题	216
六、禁止用于出资的标的	219
◆ 第九章 企业对外投资的出资责任	224
一、投资者出资义务的概念及特征	225
二、投资者违反出资义务的主要表现形式	227
三、企业对外投资的出资责任	230
◆ 第十章 企业对外投资的清算责任	243
一、清算制度概述	244
二、企业法人的清算义务人	250
三、企业法人解散后的诉讼主体及其民事责任承担	253

..... 企业对外投资中的法律风险及防范	
-----------------------------	--

四、注销登记时的承诺清偿责任	260
----------------------	-----

◆ 第十一章 企业海外投资	266
---------------------	-----

一、企业海外投资的概念	267
-------------------	-----

二、企业海外投资的作用	267
-------------------	-----

三、我国海外投资的法律规定以及现行规定的不足	268
------------------------------	-----

四、企业海外直接投资中应该注意的法律问题	272
----------------------------	-----

◆ 附 录	287
-------------	-----

中华人民共和国公司法	287
------------------	-----

(2005 年 10 月 27 日)

中华人民共和国对外贸易法	319
--------------------	-----

(2004 年 4 月 6 日)

中华人民共和国中外合资经营企业法	329
------------------------	-----

(2001 年 3 月 15 日)

中华人民共和国中外合作经营企业法	332
------------------------	-----

(2000 年 10 月 31 日)



企业对外投资概述

一、企业的法律界定

企业是社会的经济细胞，是人类社会经济活动的基本组织形式，在现代市场经济中充当着微观主体的角色。企业一词，源于英语中的“enterprise”一词，原意为企图冒险从事某项事业，用以指经营组织或经营体。在中国企业法律制度中，“企业”一词频繁地、广泛地使用甚至作为法律的名称，如《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《中华人民共和国外资企业法》等，但是如何定义企业，仍是一个存在争议的问题。美国《布莱克法律词典》解释为：“企业是一种冒险活动或组织，尤指投入财产的冒险事业”；日本学者认为，“企业通常是指从事一定财物生产和提供劳务的经济组织”；我国学者认为，“企业是在社会分工的条件下从事生产、贸易、运输等经济活动的独立单位”；或“企业是指依法成立并具备一定组织形式，以营利为目的独立从事商品生产经营活动和商业服务的经济组

织”；或“企业是经营性的从事生产、流通或服务的组织”等。

从法律的角度来看，企业实质上具有双重属性。也就是说，企业既是法律关系的主体，又是法律关系的客体。这是因为企业是一种经济组织，它把生产要素（如资本、劳动、生产资料等）集合在一起并由此生产出产品和劳务，是追求利润最大化的经济组织系统，所以相对于企业自身的行为及其拥有的权利和义务，企业是法律关系的主体；相对于企业的投资者或企业的所有者，企业又是所有者的客体或交易关系的对象。企业作为法律关系的主体，是其法律含义的主要方面，而作为法律关系的客体却是商品经济发达后的标志。

二、企业法的概念

所谓企业法是指国家用以调整组织管理企业以及企业在设立、组织活动和解散中发生的经济关系的法律规范的总称。我国现行的企业法，包括《公司法》和诸多的非公司企业法，如《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外商独资企业法》等。之所以我国的非公司企业法采取单行法的形式是与我国的经济建设和社会发展的实际紧密联系的，是因为新的形势的发展使得立法者无法在短时间内制定出一部全面的企业法，于是大量的适应企业改革和经济发展要求的单行法就应运而生，单行法规在改革中显示了其特有的迅速和灵活性，对新的形势作出了相应的、及时的反映，促进了社会经济的发展 and 改革的进步。

三、企业对外投资的法律界定

企业是一定财产的集合，作为法律关系的主体，通过经济活动以获得利润，这一目的根植于投资者的投资欲望和动机中。营利，从投资人角度看，是投资人设立企业的目的，从企业自身的角度看，则是企业活动的宗旨。企业获得营利的途径除了通过其自身的经营以外，通过对外投资也是

其一个极其重要的途径。所以，在市场经济条件下，实行现代资本制度的企业不断地追求最大限度的利润和更多的市场占有份额，这是企业不断进行对外投资的重要原因。企业对外投资是企业加速资本扩张的重要手段，是企业在激烈的市场竞争中得以生存和发展的重要方式。随着股东法人化的发展，那种单纯以自然人作为公司股东、持有公司股份、拥有并控制着公司的时代已一去不复返，取而代之的是已作为现代市场经济主体的企业通过对外持有其他公司的股份，成为其他公司中最为强大的股东，进而形成母子公司、组成企业集团。这对于资本合理运营、完善市场机制、实现公司目的有着明显的益处。

(1) 企业对外投资是企业行为能力的体现，有利于发挥企业的投资能力。企业作为具有独立人格的市场主体，在法律和企业章程的范围之内，按照自己意志从事经营活动，以获取利润的最大化。而企业作为投资主体，在人才的专业性、把握市场的能力、获取信息的丰富迅速性以及承担责任的能力等方面明显强于单一的自然人。企业在自身的经营业务之外，通过对外投资行为成为其他公司股东，更有利于其发挥自身资本优势。

(2) 企业对外投资有利于企业资本运营和资源合理转移。现代企业作为资本企业的一个重要特征便是资本流通原则。而企业资本的自由流通范围越大，企业就拥有越多的追求利润的空间。企业对外投资是资本流通的主渠道，企业通过对外投资使资本在市场中流动，发挥资本的活性，使技术、资金等各种生产要素不断优化组合，促进市场资源的优化配置。

从广义上来说，企业对外投资包括两个方面：一个是企业在国内的投资；一个是企业的海外投资。企业在国内的投资包括直接投资和间接投资两个方面的内容，直接投资包括与其他投资者联营、合伙、设立新的企业等等；间接投资包括受让其他公司的股权、兼并、委托理财等等。而企业的海外投资同样包括海外直接投资和海外间接投资两个方面的内容，直接

投资包括在海外直接投资设厂等；间接投资包括购买国外公司的股权或者债券等等。投资是一种高度复杂和充满风险的经济活动，因为它既可以给投资者带来丰厚的利润，也可能导致投资者倾家荡产。风险在各种经济活动中是普遍存在的，风险本身并不是实际的损失，而是损失出现的可能性。投资者应该正视风险，在勇于承担风险的同时，做到识别风险、预测风险、控制风险，以使投资的风险减少到最低限度。企业对外投资的风险具有如下特征：

1. 客观性。即投资风险是客观存在的，不以人的主观意志为转移，任何投资者在投资活动的全部过程中始终有风险相伴随。因为在投资活动中，存在很多的风险因素，世界上不存在没有风险的投资活动。但是人们可以通过一定的法律、经济手段予以控制。

2. 偶然性。企业对外投资风险虽然是客观存在的，但是它的发生是偶然的，是一种偶发事件。事故究竟发生与否，什么时候发生，以什么样的形式发生，其损失将是多大等等都是不确定的。

3. 多样性。企业对外投资活动中所遇到的风险是各种各样的，例如政治风险、法律风险、经济风险、自然风险等等。

4. 可预测性。投资风险虽然是客观存在和不可避免的，但是投资者可以在投资活动中，通过对引发投资风险的各种因素加以认识与研究，预测可能出现的风险，出现风险的概率以及风险的大小程度。

5. 可转嫁性或者可减少性。由于投资风险是可以预测的，说明投资风险是可以预知的，那么投资者就可以运用各种投资策略与技巧来转嫁或者减少投资风险。

第一章

设立公司

风险提示：

企业在对外投资的过程中与其他投资者一起共同成立公司，是企业对外投资的重要方式。但是公司在社会经济生活中作用的发挥，以公司有效存在作为前提，公司的设立是公司有效成立的条件。我国公司法规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式，对这两种公司的设立都规定了相应的条件，企业与其他投资者设立公司的过程中应当严格按照公司法规定的条件设立，不符合公司法规定设立的就会导致设立瑕疵或设立无效，这样企业与其他投资者一起作为公司的发起人对外承担相应的民事责任。同时，公司设立并不必然导致公司成立，公司的发起人还必须按

照法定的程序向公司登记机关申请，经过公司登记机关审核并记录在案以后公司才能成立，如果发起人在向公司登记机关申请登记的过程中提供的材料不齐全、程序不当就会导致公司不能成立，这样企业与其他投资者作为公司的发起人同样要承担相应的民事责任。

正文

企业在对外投资的过程中与其他投资者一起共同成立公司，是企业对外投资的重要方式。因为公司，作为当代社会生活中最常见的一种企业组织形式，是商品经济条件下社会大生产的产物。特别是公司形式中的有限责任公司和股份有限公司，因具备财产独立性、责任独立性和有限责任性，而在社会生活中越来越受到重视，发挥着日益重要的作用。但是，公司在社会经济生活中作用的发挥，以公司有效存在作为前提。公司的设立以公司的发起作为开端，没有公司的发起也就没有公司的设立，也就没有公司组织的有效运行，也就没有商业的发展和繁荣。在当今社会，随着高科技的发展和社会的进步，人们投资设立公司的积极性并没有减弱，人们仍然希望通过设立公司以追求利益最大化。我国公司法规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形式，对这两种公司都确立了设立制度。

一、公司设立的概念

公司设立是指公司设立人为取得公司法人资格而依法完成法律规定的各种要件的行为。在现代公司法中，公司设立制度占有重要的地位，

各个国家的公司法都对公司的设立制度表示关注。任何公司的设立，都必须有法律上的根据，无合法的根据即不得设立公司。这一点与合伙组织形成鲜明的对比。在现代社会，虽然许多国家也制定了合伙法，但是合伙法的地位并不高，它也仅仅被看作当事人意思的一种补充。当事人关于某些问题无明确的规定时，合伙法的规定才对当事人加以适用；如果当事人的规定与合伙法的规定不一致，则当事人的规定具有优先于合伙法的规定效力。而公司则不同。现代各国法律均认为，公司必须严格依照公司制定法来设立，不允许当事人根据契约来设立公司。公司设立以后，其在社会经济生活中的运行并不仅仅受公司制定法的调整，而且还受其它众多制定法的调整，包括但不限于证券法、劳动法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、破产法以及环境保护法等。公司设立严格受公司制定法的限制，其原因在于公司具有有限责任的特征。在现代社会，公司股东对公司债务所承担的法律責任以不超过他们明确承诺承担的出资额为限，是为了刺激投资人的投资积极性，并因此而促进商事经济的发展和繁荣。公司之所以能够起到这样的作用是因为公司实际上是其股东转移经营风险的手段，而不是消化经营风险的手段。公司设立方面所实行的强制性公司制定法的调整规则实际上是此种公司债权人法律保护的反映。

二、公司设立的条件

（一）有限责任公司设立的条件

依照新修订的《公司法》规定，有限责任公司设立，应当具备下列条件：

1. 股东符合法定人数。法律对有限责任公司设立有最高股东人数限制，没有最低股东人数限制，即有限责任公司由五十个以下股东出资设立。修订以前的《公司法》第二十条规定，“有限责任公司由二个以上五

十个以下股东共同出资设立”，即对有限责任公司的股东既有最低人数限制，又有最高人数的限制。新修订的《公司法》取消了最低股东人数的限制，从而使得一人公司的设立成为了可能，其本意在于出资形式的自由确立，代表着一人出资成立的合法性。

2. 股东出资达到法定资本最低限额。依照《公司法》第二十六条规定，有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。原公司法对于不同行业规定了不同的最低注册资本要求，分别为十万元、三十万元和五十万元，新公司法将最低注册资本要求统一降低到三万元。同时，新公司法引入了授权资本制度。所谓授权资本制度是与法定资本制（或称为确定资本制）相对的公司资本制度的一种类型，起源于英美法系，是指设立公司时，公司章程确定公司的资本总额（注册资本），股东只需认缴公司股份总数中的一部分，公司即可成立，未认足的那部分股份，授权董事会根据公司资金需要情况和市场状况随时发行募足。由此，授权资本制的特征得以显现：（1）丰富的资本表现形态。公司注册资本分次发行，在允许分期付款的情况下，授权资本制下的资本以授权资本（或称为注册资本、名义资本）、发行资本、实收资本、催缴资本的形态存在着；而在实行全额缴纳主义的情况下，只存在着授权资本、发行资本的资本形态。（2）合理的股东责任界限。公司设立时，授权资本制下的股东只需就设立发行资本中认购的部分承担缴纳出资义务，而对注册资本中未发行的股份无须作出认缴的承诺，因此，股东可以根据自身的经济实力适当地确定自己认购股份的数额，并承担相应的责任。（3）灵活的增资程序。授权资本制下，公司设立时只发行注册资本的一部分，公司成立后，董事会可以根据公司发展的需要，在未发行资本范围内发行股份，增加资本。若章程所定之授权股份数全数发行完毕后，再欲发行新股，必须依照变更章程之程序增加授权股份数而增加资本。综上所述，授权资本制赋予了股东更多的权利自由、