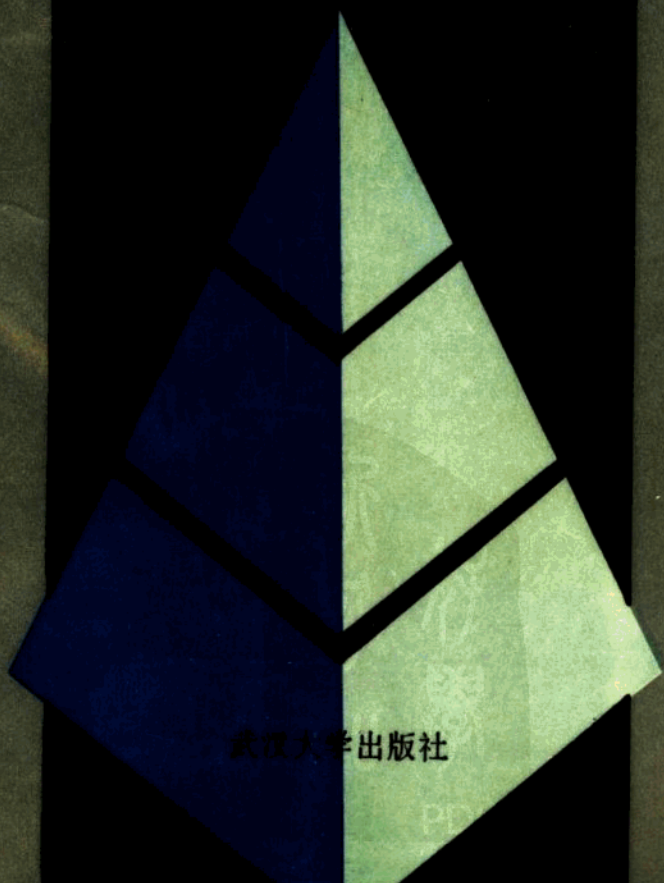


JING YING QI YE FA

中外合作经营 企业法概论

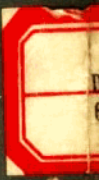
刘丰名 周成新 易礼贤 姚文萍



武汉大学出版社



责任编辑 张 仁
封面设计 胡议方



ISBN 7-307-01233-2/D · 185

定价：2.60元

前 言

本书为国家教委第二批文科博士点专项科研基金资助项目课题“中外合作经营法律问题研究”的成果之一,可供作高等院校进行《中外合作经营企业法》教学的基本教材,海内外投资者在我国境内举办中外合作经营企业以及有关部门和人士研究、处理中外合作经营企业法律问题的参考读物。

全书分9章;第1章和第9章刘丰名执笔,第2章、第4章和第6章易礼贤执笔,第3章、第5章和第7—8章周成新执笔,姚文萍参加第8章撰写,由刘丰名统稿。

自党的十一届三中全会以来,我国利用外资的一条最基本的经验即:坚持社会主义现代化建设、坚持四项基本原则和改革开放,以开发促开放、以开放增强自力更生的能力,不断改善投资环境,特别是法制环境,积极引导外资投向,将之纳入保持国民经济持续稳定、协调、发展的轨道,真诚与外商合作,全心全意依靠工人阶级管好和办好外商投资企业。我们已尽力于本书中反映这一基本经验,运用历史唯物主义与比较研究的方法,通过调查进行科学论证。但是,由于我们学识与主观视野的局限,书中出现的疏漏与谬误,希望有关部门、人士和海内外读者不吝批评赐教!

1991年7月1日

目 录

第一章 绪论	1
第一节 《中外合作经营企业法》的概念	1
一 《合作企业法》调整的法律关系内容	2
二 《合作企业法》调整的法律关系主体	3
三 《合作企业法》调整的法律关系客体	5
第二节 《合作企业法》的基本原则	5
一 以法律为依据、合同为基础的原则	5
二 维护各方合法权益的原则	6
第三节 《合作企业法》的制定和作用	7
一 《合作企业法》的制定	7
二 《合作企业法》的作用	9
第二章 合作企业的概念和法律特征	11
第一节 合作企业的概念	11
一 合作企业是外商投资企业的一种	11
二 合作企业与合作开采	13
三 合作企业与合作项目	13
第二节 合作企业的法律特征	14
一 有关合作企业法律特征的不同观点	14
二 合作企业法律特征分析	17
第三章 合作企业的设立与登记	26
第一节 合作企业设立的条件	26
一 允许设立合作企业的行业	26
二 合作企业设立的条件要求	27

三 国家指导设立合作企业的规定	28
第二节 合作企业的审批制度	30
一 审批制度的意义	30
二 审批机构及其权限	31
三 审批程序	33
第三节 合作企业的登记	36
一 企业登记的意义	36
二 企业登记的办法	37
第四章 合作企业的组织形式	40
第一节 法人式与非法人式合作企业	40
一 法人式合作企业	41
二 非法人式合作企业	42
第二节 法人式合作企业的组织形式	43
一 无限公司	44
二 两合公司及股份两合公司	45
三 股份有限公司	46
四 有限责任公司——法人式合作企业的普遍组织形式	48
第三节 法人式合作企业的内部关系	50
一 合作者间及合作者与企业的关系	51
二 机构与经营	53
第四节 法人式合作企业的外部关系	59
一 法人式合作企业在对外活动中的法律地位	59
二 法人式合作企业的法定代表人	60
第五节 非法人式合作企业的组织形式	60
一 《民法通则》第 52 条中联营的法律性质	61
二 非法人式合作企业的外部关系	62
三 非法人式合作企业的内部关系	64
第六节 合作企业的委托经营	65
一 委托一方合作者经营	66

二 委托第三者经营管理	67
第五章 合作企业的经营管理	72
第一节 合作企业的经营管理自主权	73
一 赋予合作企业经营管理自主权的意义	73
二 合作企业经营管理自主权的内容	73
三 切实保障合作企业经营管理自主权	74
第二节 合作企业的经营管理方式	76
一 合作企业经营管理方式的种类	76
二 关于合作企业的承包经营管理问题	78
三 工会组织与民主管理问题	81
第三节 合作企业的产、供、销活动管理	84
一 生产经营管理	84
二 物资供应管理	85
三 产品销售管理	90
第四节 合作企业的劳动人事管理	94
一 企业职工招聘、辞退和辞职	96
二 劳动合同	99
三 职工奖惩	100
四 劳务费用管理	100
五 劳动保护	102
六 劳动争议及其处理	102
第五节 合作企业财务会计管理	104
一 一般原则	104
二 财务会计制度	104
第六节 合作企业的外汇管理	107
一 外汇使用活动管理	107
二 外资原本及利润的汇出	110
三 外汇收支平衡	111
第七节 合作企业的场地使用管理	115

一 场地使用权的取得及场地使用原则	116
二 场地使用费	117
第六章 合作企业的资本与收益分配	120
第一节 合作企业的注册资本	120
一 合作者的出资	121
二 合作者出资的缴付	126
三 合作企业注册资本的变更	128
第二节 合作企业的借入资金	129
一 借入资金与注册资本的适当比例	129
二 合作企业借入资金的贷款办法	131
第三节 外方资本先行回收的法律问题	134
一 外资先行回收的法律性质	135
二 外资先行回收的方式	139
三 外资先行回收后的法律关系问题	141
第四节 合作企业的收益分配	142
一 合作企业收益分配的比例	143
二 合作企业收益分配的方式	144
第七章 合作企业的税收	145
第一节 合作企业的基本税制	145
一 合作企业的税种及税率	145
二 合作企业的征税管理	152
第二节 合作企业的税收优惠	157
一 合作企业所得税优惠	157
二 关税和工商统一税优惠	159
三 个人所得税优惠	160
第三节 合作企业税收问题探讨	160
一 落实法律规定的税收优惠待遇问题	161
二 关于合作企业的避税及其预防问题	162

第八章 合作企业争议的解决	165
第一节 概述	165
一 合作企业争议产生的原因	165
二 解决合作企业争议的立法宗旨与原则	165
三 解决合作企业争议的方法与适用的法律	167
第二节 协商与调解	169
一 协商	169
二 调解	171
第三节 仲裁	181
一 仲裁的概念、性质、特点	181
二 仲裁协议	183
三 仲裁适用的法律	190
四 中国和瑞典仲裁机构的仲裁	196
五 裁决的承认与执行	199
第四节 司法诉讼	202
一 司法诉讼案件的管辖权	202
二 法律适用	204
三 外国投资者的民事诉讼地位	205
四 司法协助和判决的承认与执行	206
第五节 外国投资者与我国政府间争议的解决	207
一 行政主管机关的解决	207
二 涉外行政诉讼	215
三 对我国当地救济方法的评价	219
第九章 《合作企业法》有待通过《实施细则》规定的问题	221
一 总则部分	221
二 设立与登记部分	222
三 责任形式、资本与出资方式部分	224

附录

中华人民共和国中外合作经营企业法.....	235
关于中外合作经营企业进出口货物的监管和 征免税的规定.....	240
中华人民共和国外商投资企业和外国企业 所得税法.....	243
中外合资、合作经营企业中方职工思想政治工作 暂行规定.....	250

第一章 绪 论

第一节 《中外合作经营企业法》的概念

《中外合作经营企业法》(简称《合作企业法》)是我国调整投资者在国内举办“中外合作经营企业”(简称合作企业)所产生的法律关系的法律。它所调整的这一类法律关系具有特殊性,从而有别于其他法律。其特殊性表现在:

1. 在这类法律关系的主体中,必须有一方是中国合作者,另一方是外国合作者,带有涉外性。

2. 这类法律关系的客体(主体权利义务所指向的事物),其法定范围不仅同一般民事法律关系有别,即使同投资者举办“中外合资经营企业”(简称合资企业)与外资企业所产生的法律关系的客体也不尽相同。一般民事法律关系的客体不带涉外性。

举办合资企业与外资企业的合营者与外国投资者均系投资举办,而举办合作企业的合作者既可以投资,也可以按《合作企业法》规定的范围,提供“合作条件”。

3. 在这类法律关系的内容上,既存在横向的法律关系,也存在纵向的法律关系,而且这两种关系相互交织、融为一体。一方面,举办合作企业要由中外合作者订立合作企业合同具体进行;另一方面,举办合作企业是利用国外私人直接投资的一种形式,东道国要基于主权对这类合同的订立和履行进行管理。从而,在发生横向法律关系的同时也产生了纵向法律关系,构成一种特定的综合法律关系。这不仅同一般单纯横向法律关系的民事法律关系和单纯纵向法律关系的行政法律关系有别,即使同举办合资企业与外资企

业所产生的法律关系也不尽相同。举办合资企业的主体，一方是中国合营者，另一方是外国合营者，我国法律对合作者与合营者的权利义务要求是不尽相同的。举办外资企业，并无中国合作者，《外资企业法》所调整的法律关系主要是纵向关系，主要是调整国家在管理外资企业中同外国投资者与外资企业所形成的权利义务关系。

一、《合作企业法》调整的法律关系内容

《合作企业法》调整的横向法律关系是在中外合作者间、合作企业与其他企业或经济组织之间、合作企业与个人之间依法形成的权利义务关系。它是一种在平等主体之间所发生的具有等价有偿性质的法律关系。这种横向法律关系主体各自的权利与义务的具体内容由有关法律和当事人之间订立的合同加以规定。如在遵守《合作企业法》的前提下，由中外合作者之间订立的合作企业合同、合作企业与其他企业或经济组织以及个人之间订立的经济合同、合作企业与职工之间订立的劳动合同等分别确定各自权利与义务的具体内容。这种横向法律关系均为对等的权利义务关系，即各自相互享有平等的权利和承担平等的义务，不允许任何一方对另一方只享有权利而不承担义务，或享有的权利大而承担的义务小，亦即按照等价有偿原则，任何一方不得无偿地获取或占用另一方的财产或劳动服务。

《合作企业法》调整的纵向法律关系是中外合作者与合作企业同国家有关机关之间的关系，包括涉外经济合同管理、工商行政管理、进出口管理、海关管理、土地管理、劳动管理、金融外汇管理、外资管理、涉外税收管理、环境管理等等法律关系。国家管理合作企业是行使主权。因此，国家在不违反其所承担的国际义务的情况下，有权独立自主地决定如何对在国内举办的合作企业实施管理，无需以对被管理者承担对等义务为条件。各方权利与义务的内容也不由订立合同确定，而由国家的法律规定。因此，即使在经我国政府批准的合同中含有保证外国合作者利润的兑换和转移、给予

出口许可等内容,也不能视为中国政府所承担的义务。《合作企业法》第3条规定:“合作企业必须遵守中国的法律、法规,不得损害中国的社会公共利益。”即表明这种在管理者与被管理者之间所存在的法律关系的行政强制性性质和非等价有偿性质,合作企业是处于必须守法的义务主体方的地位。同条也规定:“国家依法保护合作企业和中外合作者的合法权益”;“国家有关机关依法对合作企业实行监督”。即表明在这种不对等的权利义务关系中的义务主体方仍享有一定的权利,即有权要求国家机关保护其合法权益、有权要求国家有关机关依法正当行使其管理权。

二、《合作企业法》调整的法律关系主体

《合作企业法》调整的法律关系主体,即举办合作企业产生的法律关系的当事者。虽然其主体包括国家机关、企业或其他经济组织、个人,但非任何国家机关、企业或其他经济组织、个人都当然符合《合作企业法》所规定的条件。下面逐一分析各种主体的适格性:

1. 国家机关

作为纵向法律关系主体的国家机关限指我国国家机关,不包括任何外国政府及其有关机关。国家机关作为《合作企业法》主体,必须是依法拥有管理合作企业职权的有关机关。而且,一个国家机关只能是在其法定职权范围之内实施管理。如:工商行政管理机关不能取代财政税务机关具有涉外税收管理法律关系的主体地位,它只能成为工商行政管理法律关系的主体。

2. 企业和其他经济组织、个人

合作企业为《合作企业法》主体是不言而喻的。下面分析作为主体的其他企业和经济组织、个人的适格性:

《合作企业法》规定,外国的企业和其他经济组织或个人,可以同中国的企业或其他经济组织,在中国境内共同举办合作企业。这个规定没有指明中国的企业或其他经济组织的所有制性质,因此可以理解为包括国营、集体和私营的企业或其他经济组织。我国实

践表明,中国的企业或其他经济组织充当合作企业的合作者的,应当是企业法人,而且应当是具有从事涉外经济业务的权利能力的企业法人。对于一个中国企业法人是否具有从事涉外经济业务的权利能力的认定,取决于法定和国家的授权或批准。中国的个人不能成为中方合作者,只能通过开办私营企业,以私营企业名义依法与外商共同举办合作企业。国务院颁布于1988年7月1日起施行的《私营企业暂行条例》第22条规定:“私营企业按照国家法律、法规的规定,可以同外国公司、企业和其他经济组织或者个人举办中外合资经营企业、中外合作经营企业,可以承揽来料加工、来样加工、来件装配,从事补偿贸易。”中国的个人虽不能成为合作企业的中方合作者,但他与合作企业发生横向的法律关系则为我国法律所允许,如个人可以与合作企业订立劳动合同或经济合同等。个人作为法律关系主体必须具有民事行为能力与民事权利能力。

《合作企业法》对外国合作者的资格要求则较宽,非限定为企业法人,合伙企业和个人均可以具有主体地位。但外国企业法人只是在其国籍国具有法人资格,能否以其法人身份来我国举办合作企业,其法人资格尚须经我国的认可。外国的合伙企业和个人来我国举办合作企业,其资格同样也须经我国的认可。合伙的参加者或个人应是所在国或地区的合法居民,并具有民事行为能力与民事权利能力。按照《合作企业法》规定,中外合作者签订的合作企业合同等文件须报国务院对外经贸主管部门或国务院授权的部门和地方政府审查批准。表明我国对外国的企业法人、合伙企业或个人作为外方主体资格的确认均采特别认可方式。

港澳台的企业和个人虽非外国的,但按照我国外资立法,港澳台的企业和个人在中国大陆投资办企业,视同外商投资,有关事项参照有关外商投资企业的法律执行。如1986年《国务院关于鼓励外商投资的规定》第20条规定:“香港、澳门、台湾的公司、企业和其他经济组织或者个人投资举办的企业,参照本规定执行。”因此,港澳台的企业和个人应同外国的企业和个人一样,须经国家审批

机关认可其资格才能成为《合作企业法》的外方主体。

三、《合作企业法》调整的法律关系客体

《合作企业法》调整的法律关系客体,其范围不仅包括一般涉外经济法律关系客体所包括的财物、行为和财产权利(包括知识产权)三类,还有其特定的带综合性的“合作条件”一类。如实践中出现的:合作捕捞,外方以渔船、网具、现金投资,中方以水域和劳动力供作“合作条件”;合作经营出租汽车,外方以汽车投资,中方出停车场、司机和管理人员供作“合作条件”,等等。

第二节 《合作企业法》的基本原则

《合作企业法》除贯穿了中国外资法中的维护国家主权原则、平等互利原则与参照国际惯例原则等共同的基本原则之外,还贯穿着其特定的一些基本原则。

一、以法律为依据、合同为基础的原则

举办合作企业必须以《合作企业法》为依据,中外合作者不得通过合同约定改变法定的权利义务。中外合作者的投资或合作条件、收益或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项,又是通过合作企业合同加以约定,而非法定。这一原则的贯彻,不仅使合作企业有别于合资企业,而且也有别于流行于国外的合伙企业。合资企业是法定为中国法人,合作企业的中国法人资格则有可选择性,即投资者可以举办法人式合作企业,也可举办非法人式合作企业;合资企业的外国合营者在合营期限内不得回收其投资,而合作企业的外国合作者依法可以通过合同约定在合作期限内先行回收投资的办法。按照我国立法,中外合作者是以其投资或各自所有的财产或经营管理的财产对合作企业的债务承担有限责任,法定或约定负连带责任的承

担连带责任。我国的法人式合作企业是参照合资企业的有限责任公司组建；非法人式合作企业是参照《民法通则》第52条所规定的不具备法人条件的联营企业组建^①。这就同流行于国外的合伙人对债务承担连带无限责任的合伙企业划清了界线。

二、维护各方合法权益的原则

贯穿于《合作企业法》中的维护国家、合作企业、中外合作者与第三者各方合法权益的原则，其特殊性具体体现于以下种种规定：

合作企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益。国家有关机关依法对合作企业实行监督。

国家依法保护合作企业和中外合作者的合法权益。法律要求合作各方如期履约缴资；中外合作者一方转让其在合作企业合同中的全部或部分权利、义务的，须经他方同意，并报审批机关批准。合作企业的经营管理自主权不受干涉。中外合作者用作投资或合作条件的借款及其担保，由各方自行解决。合作企业不能自行解决外汇收支平衡的，可依国家规定申请有关机关给予协助。合作企业依法享受减免税的优惠待遇。外国合作者分得的利润、其他合法收入和企业终止时分得的资金，可依法汇往国外。中外方履行合作企业合同发生的争议，不提交仲裁解决的可向中国法院起诉。

合作企业职工合法权益受法律、劳动合同和依法建立的工会的维护，合作企业应为本企业工会提供必要的活动条件；外籍职工的工资收入和其他合法收入，依法纳税后可以汇往国外。《合作企业法》对中外合作者以外的第三者合法权益的维护，还体现在规定有中外合作者应依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对

^① 《民法通则》第52条规定：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。依照法律的规定或者协议的约定负连带责任的，承担连带责任。”

合作企业的债务承担责任,以保护公众债权人。

贯穿于《合作企业法》中的以上一些特定基本原则,不仅是中外合作经营企业的中国特色的具体体现,而且也是我国外资立法上的一个突破。《合作企业法》与先其制定的1979年《合资企业法》相比,在中外任一方均可担任董事长、企业可以委托给中外合作者以外的他人经营管理等方面,都是立法上的一个突破,为1990年修订《合资企业法》积累了经验。《合作企业法》与先其制定的1986年《外资企业法》相比,在允许合作企业在可以蓄汇的银行或其他金融机构开立外汇帐户、对合作企业不能自行解决外汇收支平衡的可依国家规定申请有关机关给予协助等方面,也是立法上的一个突破^①,表明国家对外商投资企业的管理在措施上更具灵活性和我国利用外资的法律环境的进一步改善。《合作企业法》的制定是我国外资立法更趋于成熟的一个标志。

第三节 《合作企业法》的制定和作用

一、《合作企业法》的制定

1979年中国实行改革开放,利用国外私人直接投资,允许广东、福建两省采取一定的特殊政策与灵活措施,允许两省在利用外资方面拥有比其他省市较大的自主权,允许两省在国家法律原则的范围内制定一些有灵活性的地方性法规。在这一特定环境下,1979年5月广东华侨企业公司与香港永利公司在宝安县(现属深圳市)合作办起光明畜牧场畔湖养鸭场,成为我国第一家中外合作经营企业。^② 1984年11月1日广东省人民政府公布的《深圳经济

^① 《外资企业法》规定:外资企业在中国银行或国家外汇管理机关指定的银行开户,外资企业应当自行解决外汇收支平衡。

^② 陈治东,《国际经济法概论》(1990),上海社会科学院出版社,第230页。

特区涉外经济合同规定》第16条：“合作经营合同是由特区方提供土地使用权、资源开发权、厂房、劳动力和劳动服务，客商提供资金、设备、材料、技术等，合作从事生产、经营或兴办企业、事业，确定各方利润或产品分配比例和各自承担风险等权利、义务的书面协议。”这是在我国地方性法规中最早出现的有关中外合作经营的规定。

合作企业在广东开始举办后，全国各地依照广东实例普遍开办。到1988年初，全国办起合作企业5190家，占外商投资企业总数9973家的52%。^①合作企业在我国之所以能得到迅速发展，在于其“嫁接”外资的魅力对中外合作者都是显而易见的。这是就经济原因而言。如从法律环境上考察，一个重要原因，即自1979年5月在广东出现第一家合作企业到1988年4月国家颁布《合作企业法》，在这9年的期间里合作企业本身没有一个基本法律，是依照合同的约定和参照1979年《合资企业法》与其他有关法律规定从事活动。到1988年10月《国务院关于鼓励外商投资的规定》发布施行以前，投资者举办的合作企业以宾馆、公寓、住宅的项目居多，其次是合作捕捞和养殖水产品（鱼、虾、贝、蟹等），汽车租赁、彩色扩印等服务行业占的比重也较大。对合作企业的投资方向缺乏政策导向和法定要求的这种状况，与当时我国利用外资的基本法律还不完备和社会主义法制还不够健全有关。六届全国人大4次会议于1986年4月12日同时通过了《外资企业法》与《民法通则》。特别是《民法通则》的施行，为《合作企业法》的制定创设了积极条件，即制定《合作企业法》除可以参照《合资企业法》中的不少规定^②，还可参照《民法通则》。在实践中，根据投资者的利益和要求，

① 《中外产品报》，1988年3月3日。

② 李岚青在全国人大对合作经营企业法草案的说明：“合作企业与合资企业在许多方面有共同之处，本草案对此也作了相应的规定，使之保持协调一致。”转引自《长江日报》1988.1.12.第3版。