

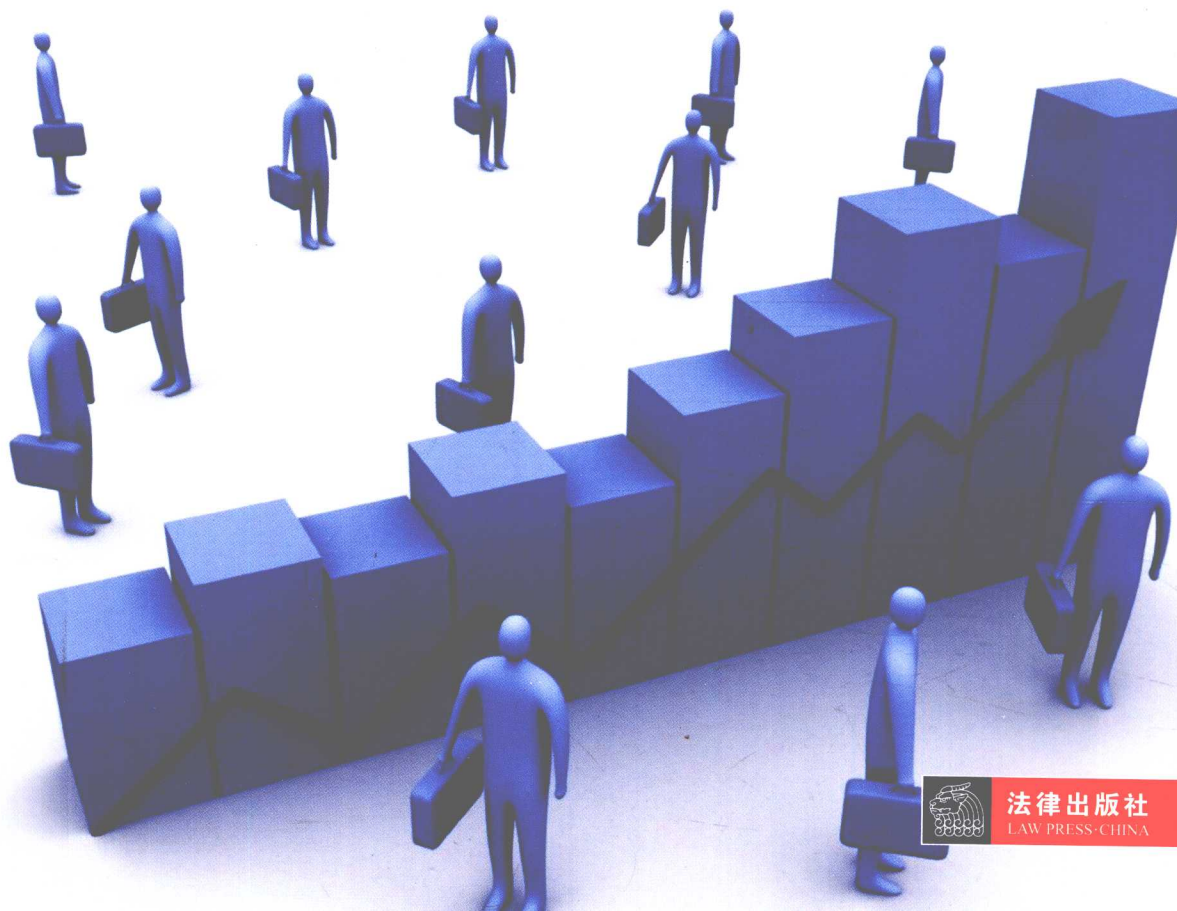
工作经验作为一种知识，是可以传授的。
在恰当的时候，请那些工作经验的人向大学生传授实务工作经验。

⑪ 法律专业学生实践能力培养系列教材

外资公司法律实务

WAZIGONGSI FALÜSHIWU

隋平 / 编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



法律专业学生实践能力培养系列教材

外资公司法律实务

WAIZIGONGSI FALÜSHIWU

隋 平 / 编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外资公司法律实务 / 隋平编著. —北京: 法律出版社, 2010. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0313 - 9

I. ①外… II. ①隋… III. ①外资公司—公司法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 006223 号

外资公司法律实务

隋平 编著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 20.5 字数 381 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0313 - 9

定价: 46.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

图书在版编目(CIP)数据

外资公司法律实务 / 隋平编著. —北京:法律出版社, 2010. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0313 - 9

I. ①外… II. ①隋… III. ①外资公司—公司法—研究—中国 IV. ①D922. 291. 91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 006223 号

外资公司法律实务

隋平 编著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 20.5 字数 381 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0313 - 9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

愿大学生重新被称为“社会的骄子”(代序)

在20世纪90年代初的时候,大学生还被称为“社会的骄子”。然而,从去年开始,大学生就业被和农民工求职放在一起,成为令人关注的社会问题。

即使没有全球性的经济危机的影响,大学生的就业在近些年来,业已成为问题。这主要是因为,大学的教育和职业学校的培训不一样,其注重理论的传授与研究。并不像某些过于功利的人所批评的那样,这些理论没有用途。大学所传授的理论,像武侠小说中的“内功”一样,使得受过很好的大学培养的人在武功修为方面有巨大的潜力。^①

然而,潜力毕竟不是现实的。理论功底只有在大学生毕业后的一段时间里才能够发挥其巨大的能量。而在大学毕业求职阶段,用人单位更多的是用一种短视的标准,希望其所聘用的人员能够立刻为其创造价值。只有一些在人力资源开发方面真正有远见的企业才会更看重求职者的潜力。因此,目前我国大学生毕业求职时,因为用人单位总是要求应聘者具有“工作经验”所导致的大学毕业生求职难,以至于和农民工就业一起成了社会问题,并不是大学的错误,而是因为用人单位过于急功近利。当然,这也是可以理解的,因为市场竞争迫使它们为了生存和发展不得不如此。解决的办法在于,除了给大学在读的学生以理论研究素养的栽培之外,在特定的时期,比如说,毕业求职阶段开始之前的三四个月,给他们以实务的培训。形象点说,在给大学生们喝了数年的芒果汁后,是该给他们看看芒果是什么样子的的时候了。如果不能给他们看真实的芒果,至少给一些模型吧。一句话:在恰当的时候,请那些有工作经验的人向大学生传授实务工作经验。

我听过有人反驳说:“工作经验怎么能够传授!?”为什么不能呢?工作经验作为一种知识,为什么不能传授呢?特别是对于有着深厚“内功”的大学生来说,在喝了数年的芒果汁后,再吃哪怕仅仅一颗芒果,果与汁之间的关系即明白

^① 关于理论对实践的指导作用,请参阅本杰明·卡多佐的《法律的生长》一文。

了。举例来说,那些教如何修汽车的培训学校,就是在讲过汽车的基本原理和构造后,将本来是没有问题的汽车故意地制造出问题,来教授学员修理技术。

幸运的是,对于将来主要是从事白领工作的大学生来说,他们所将要从事的工作主要是文案工作,因此,在进行模拟实际业务培训时,对于汽车这些大型和昂贵的业务处理对象并不多。在很多情况下,就是纸来纸往的文案工作而已,很容易模仿出相应的工作环境。

一定会有人说,让企业多接受大学生实习。我相信,很多企业都会对这种主张的提出者恨得咬牙。因为,这对于企业来说,是一个相当重的负担!其一,企业很难有这么多岗位去接受实习生,否则,就直接招聘了;其二,实习生和企业之间没有紧密的关系,很难管理和约束他们的行为;其三,实习生的业务能力对于企业的经济利益来说,经常是一个威胁;其四,对于那些符合经济发展方向的企业来说,实习生不一定会愿意去;其五,企业的工作人员嫌这些学生太麻烦。

就我国目前处于经济结构转型的特定时期来说,在企业的帮助下,进行实际业务的模拟实习,从中传授工作经验,培养学生的实践能力就显得更实际一些。通过模拟的实习,实际实习中的一些缺陷就会被克服。首先,由于模拟实习是模拟的,因此,实际见习中的等待时间可以被挤掉。学生的模拟实习没有那些坐等的空闲时间,因而,一项业务的持续时间就可以大大地缩短。这一优势使得学生在短期内就可以经历在实际中往往要持续很久的一项业务的全程。以教学生诉讼业务为例子,在实践中,根据法律的规定,即使是简易程序也会经历数月的审理,这其中很多都是无所事事的等待。在模拟实习中,这些“等待”就可以被挤掉。其次,模拟实习不会造成经济损失。这是很明显的,在模拟实习中,根本不用担心实习生因为没有工作经验把事情搞砸了。因此,实习生们大可放手大干,淋漓尽致地将他们的理论功底发挥出来。第三,模拟实习可以突破单一企业在业务范围方面的限制,可以为实习生们提供各种行业、各种职业、各种业务的模拟培训,大大拓宽学生们实践的视野,因而增强他们的实践能力。最后,模拟实习可以专门设计那些刚刚起步的,但是符合社会 and 经济发展需要的业务培训,从而储备一些符合发展需要的人才。需要强调的是,模拟实习需要聘请那些真正有实际业务经验的人员来做教员,尽可能地模拟实际,否则又会成为务虚的空谈!

从北大法学院毕业后,我和我的同学们都遇到了现在的大学生所面临的实践能力缺乏问题。在香港读博士期间,对于如何解决这个问题,我思考了很多,总结大学生(特别是文科学生)所将要从事的那些白领工作的特点,我决定为我的师弟师妹们设计一套法律实务的培训课程。

在同学和同事(他们有律师、政府公务员、银行职员、企业职员)的帮助下,

我们为北大法学院和人民大学法学院的法律硕士学生免费提供了一系列的实务课程,其中包括企业改制、企业并购、公司海内外上市、专利和商标申请、房地产业务、银团贷款与项目融资、金融机构合规管理、商事仲裁、民事与刑事诉讼、反垄断、风险投资与私募股权投资基金投资等实务课程。我们的讲授方式除了给学生们讲授业务流程、问题解决技巧之外,还用图片化的原始文件(经过特殊处理,以免侵犯他人权利)直接地指导他们如何处理这些文件(如何阅读、如何管理、如何发现问题和起草)。这种培训方法使得学生们几乎是身临业务其境,直观地感受不同的法律业务。

从那些法律硕士们的眼神中,我们知道,我们的培训是成功的!

目前,我和我的同学仍然在这个方向上努力,希望通过我们的免费培训,帮助更多的学生在接受理论研究素养的培养的同时,不出校园,就能够了解现实的社会和业务,在校园中就培养出业务实践能力。为此,我们不但继续在各个大学开展实务培训讲座和课程,也努力编写配套的系列教材,录制模拟实习的光盘,以期能够通过互联网传播到那些较为遥远、我们无法直接接触到的学子那里。在这里,我要感谢和我一起在这个方向上努力的朋友,他们包括:平云旺(北京大学)、刘蕾(北京大学)、赵云波(北京大学)、雷春辉(北京大学)、李寿双(北京大学)、廖亚忠(香港城市大学)、赵方方(北京大学)、张晓煜(北京大学)、刘庆芳(北京大学)、刘斌(北京大学)、张润潮(北京大学)、万永青(北京大学)、刘敏(人民大学)、柯伟才(北京大学)。^①

愿大学生能够重新被人们称为“社会的骄子”!

隋 平

2009年4月6日于北大畅春园

^① 学校是指他们毕业的学校。

目录 / CATALOGUE

第一章 导论	1
第一节 外商投资企业类型	1
第二节 我国外商投资企业法律体系	11
第二章 外商投资企业的设立条件	15
第一节 外商投资企业投资方向指引	15
第二节 外商投资企业的设立条件	18
第三章 外商投资企业投资立项程序	58
第一节 项目建议书	58
第二节 可行性研究报告	61
第三节 项目审批	66
第四章 外商投资企业名称的预先核准	80
第一节 企业名称的法律要求	80
第二节 审查与批准程序	83
第五章 外商投资企业申请设立程序	90
第一节 申请的提出	90
第二节 政府的审批核准	93
第六章 出资与文件制备	122
第一节 出资方式	122
第二节 外商投资企业协议	131
第三节 外商投资企业合作合同	132
第四节 外商投资企业章程	140
第七章 登记注册与后续手续办理程序	178
第一节 工商登记与税务登记	178

第二节	后续手续	184
第三节	外资企业中外籍人员办理签证、证件手续	194
第八章	外资股份有限公司与分支机构设立	199
第一节	外商投资股份有限公司的设立	199
第二节	外商投资企业分支机构设立	206
第九章	外商投资企业集团的设立与变更程序	226
第一节	外商投资企业集团设立登记程序	226
第二节	外商投资企业集团的变更、注销	228
第十章	外商投资企业的联合年检	235
第一节	工商行政管理部门与商务部门年检	235
第二节	海关与财政部门年检	238
第三节	税务部门与外汇管理部门年检	239
第十一章	外资企业的资本运作	241
第一节	外资企业之间的合并、分立	241
第二节	外国投资者并购境内企业	244
第三节	上市公司国有股和法人股向外商的转让	255
第四节	外国投资者对上市公司进行战略投资	257
第十二章	外资公司资本运作中的尽职调查	263
第一节	资本运作中的法律尽职调查	263
第二节	资本运作中的财务审计	285
第十三章	外资公司资本运作中的企业价值评估	297
第一节	非上市企业的评估定价	297
第二节	上市公司估值的现金流折现法	310
第三节	上市公司估值的红利折现方法	314
第四节	上市公司估值的市盈率法	317
第五节	上市公司估值的其他方法	319

第一章 导 论

第一节 外商投资企业类型

一、外资企业概述

外商投资可分为直接投资和间接投资。直接投资是指投资者直接经营所投资的企业,并拥有对所投资企业之经营管理权和控制权的投资方式。间接投资是指投资者不参与所投资企业的经营管理,也不享有所投资企业的控制或支配权的投资方式,如以购买股票、债券或以贷款等方式对特定企业进行的投资。根据我国现行法律,外商投资企业一般是指外商直接投资设立的企业,是指外国的公司、企业、其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定,在中华人民共和国境内以私人直接投资方式参与或者独立设立的具有中国企业法人资格的经济实体。根据投资方式、分配方式、风险方式、回收投资方式、承担责任方式、清算方式等方面的不同,外商投资企业分为中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业。这三类企业一般被简称为“三资企业”,是中国外商投资企业最初的也是目前最主要的企业形态。

外商投资企业是依照中国法律程序设立的,具有中国企业法人的法律地位。外商投资企业的这一特征表明,外商投资企业是中国企业,具有中国国籍,受中国法律的管辖和保护。这类企业不同于我国的公司、企业或者其他经济组织在中华人民共和国境外设立的企业,即我国作为资本输出国时的海外投资企业或海外私人直接投资企业或对外投资企业,也不同于依照外国法律设立,隶属于国外某些跨国公司或总公司的,在我国境内从事非直接经营活动的无独立法人人格的外国企业的常驻代表机构或者从事一定的生产经营活动的外国企业的分公司或分支机构。外商投资企业是外国投资者在东道国境内经批准投资举办的企业,是利用国际私人投资的一种重要形式,属于国际投资的范围。只有外国人作为企业的设立人参与或独立设立的企业,即外国人以举办企业这种直接投资方式设立的企业,才属于外商投资企业范畴。至于外国投资者用于投资的资本性

质并不影响投资的私人性质。参与或独立设立外商投资企业的外国人是指外国的公司、企业、其他经济组织或者个人,即具有外国国籍的法人和自然人。根据我国法律的规定,外国人与中国人共同设立的合营企业,包括中外合资经营企业和中外合作经营企业,另有外国人独立投资设立的外商独资企业。在我国,对该外国人的投入资本的来源不作特别规定。我国港、澳、台地区的公司、企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间设立的合资经营企业、合作经营企业或其独立设立的企业属于外商投资的范畴,适用有关外商投资企业的法律、法规。

外商投资企业是一个比较大的概念,根据不同的标准,可划分为不同的类型。

1. 法人型企业和非法人型企业

根据外商投资企业是否具有法人资格,可以分为法人型企业 and 非法人型企业。其中,中外合资经营企业是法人型企业,其组织形式仅限于有限责任公司这一种形式。合资各方以其投资额为限对合资企业债务承担有限责任,合资企业以其全部财产为限承担无限责任。

中外合作经营企业可以是法人型企业,也可以是准合伙型联营企业。合营各方根据契约共同经营,各方出资不采取股份形式,各方根据合营协议的约定享受权利、义务,不按股份分享权利和义务。

外资企业的法律地位基本和中外合作经营企业相同,可以是法人型企业,也可以是非法人型企业。如果外资企业符合中国法律关于法人条件的规定的,依法取得中国法人资格。

2. 中外合营企业和外资企业

根据外商投资企业是外国人和中国共同举办,还是独立设立,可以将外商投资企业分为中外合营企业和外资企业。凡是外国人与中国合营者共同举办的企业,属于外国人参与设立的企业,称为中外合营企业,根据我国目前的立法,此类企业包括中外合资经营企业和中外合作经营企业。

一般来说,外资企业是由外国个人、企业、公司或其他经济组织单独或共同提供企业的全部投资,属于外国主体独立设立、单独经营、单独承担风险的企业。

3. 产品出口企业、先进技术企业和一般外商投资企业

根据外商投资企业的技术状况及产品出口状况,可以分为产品出口企业、先进技术企业和一般外商投资企业。根据 1986 年 10 月 11 日国务院《关于鼓励外商投资的规定》,国家对产品出口型外商投资企业和先进技术型外商投资企业给予特别优惠。

根据对外经济贸易部 1996 年重新修订的《关于确认和考核外商投资的产品出口企业和先进技术企业的实施办法》,产品出口型企业是指年出口额达到当

年企业全部产品销售额的 50% 以上并在当年实现盈利且营业外汇收支平衡有余的生产出口产品的“三资企业”。先进技术型企业是指采用国际先进的工艺、技术和设备,其产品质量、技术性能处于国内领先地位的属于国家鼓励外商投资的生产性项目的“三资企业”。

二、中外合资经营企业简介

(一)概述

中外合资经营企业也称做股权式合营企业,是由外国公司、企业和其他经济组织或者个人与中国的公司、企业或其他经济组织在中国境内共同投资举办的企业。合资经营企业是依据我国法律,在我国境内登记注册而设立的,因此具有中国国籍,受中国法律管辖和保护。同时,中外合资经营企业明确规定,中外合资经营企业的组织形式为有限责任公司,具有法人资格,属于中国法人。合营各方共同投资、共同经营、共负盈亏是合资经营企业最重要的特征。

第一,共同投资。作为中外合资经营企业的标志之一,外方的投入一般不得低于注册资本的 25%。外国投资者人数可以为一个也可以为多个。中外合资经营企业的资本由注册资本和借入资本构成,在投资比例、出资方式、出资期限及资本的变更与出资转让等方面都有其独特的规定。

第二,共同经营。中外合资经营企业实行董事会领导下的总经理运营管理体制,董事会是合资经营企业的最高权力机构,决定合资经营企业的一切重大问题。董事会成员不得少于 3 人。董事名额的分配由合资经营各方参照出资比例协商确定。合资经营企业在董事会领导下设立管理机构,负责企业的日常经营管理工作。合资经营者各方组成经营管理机构,直接参与企业的经营管理活动,并在经营管理中享有平等的权利。

第三,共负盈亏。合资经营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。合资经营企业获得的利润,在按《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》缴纳合资经营企业所得税后,扣除合资经营企业章程规定的储备基金、职工奖励及福利基金、企业发展基金,净利润根据合资经营各方注册资本的比例进行分配,如有亏损也按照合资经营各方注册资本的比例分摊。

(二)组织机构的特点

按照我国中外合资经营企业法的规定,合资经营企业的管理体制为董事会领导下的总经理负责制。合资经营企业的组织机构包括最高权力机构、经营管理机构、监察机构。

1. 最高权力机构

(1)董事会的地位

企业一般都设立最高权力机构,由全体投资者共同组成,以决定和处理企业

的一切重大事务。我国中外合资经营企业法及其实施细则规定,我国中外合资经营企业的最高权力机构是企业的董事会,由合资经营各方共同组成,合资经营企业中的重大事项必须经董事会讨论决定,这些重大事项包括:企业发展规划,生产经营活动方案,收支预算、利润分配,劳动工资计划,停业,总经理、副总经理、总会计师、总工程师、设计师的任命、聘请及其职权、待遇等。

(2) 董事会的组成

合资经营企业董事会由投资者各方派代表组成。根据中外合资经营企业的规定,合资经营企业设董事会,其人数组成由合资经营各方协商,在合同、章程中确定,并由合资经营各方委派和撤换。实践中,董事会的人数一般为 5~11 人,具体人数根据企业的大小和规模确定。董事的任期为 4 年;经合资经营各方继续委派可以连任。各投资方可以推选的董事人数由合资经营各方协商确定,一般参照投资比例协商确定。《中外合资经营企业法实施条例》中规定,董事会成员不得少于 3 人,董事名额的分配由合资经营各方参照出资比例协商确定。但是,参照出资比例并不是完全按照出资比例分配名额,以免出现因各方出资比例大小不同使董事名额相差悬殊的情况。由各方协商确定的原则不但体现了出资多而选派董事多的现代企业法的精神,又可以避免出现董事名额相差过分悬殊的情况,有利于合资经营各方共同管理合资经营企业。法律对于董事会人数最低限额的规定,确保了董事会的领导具有集体性,可以集思广益,有利于对企业的民主管理。

合资经营企业董事会设董事长 1 名,副董事长 1~2 名,董事长和副董事长由合资经营各方协商确定或由董事会选举产生。董事长是合资经营企业的法定代表人。中外合资经营者的一方担任董事长的,由他方担任副董事长。董事长的职责主要是:对内负责召集和主持董事会会议,监督执行董事会决议;对外董事长是合资经营企业的法定代表人,代表合资经营企业参与各种法律关系。董事长不能履行其职责时,应当授权副董事长或其他董事代表合资经营企业履职。董事会应当根据平等互利的原则,决定和处理合资经营企业的重大问题。

(3) 董事会会议的召集

董事会行使权力的方式主要是召开董事会会议并作出决议。董事会会议每年至少召开 1 次,由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时,由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经 1/3 以上董事提议,可以由董事长召开董事会临时会议。董事会会议应当有 2/3 以上董事出席方能举行。董事不能出席的,可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。

(4) 董事会的议事规则

董事会讨论决定合资经营企业的重大事项时,应本着平等互利的议事原则,

由各方协商确定,充分考虑合资经营各方的利益,原则上讲,合资经营各方在董事会中享有的权利应当是平等的,任何一方都不能将自己的意志强加于另一方,大股东不能凭借自己出资多而要求小股东服从自己。董事会在讨论企业的重大问题时,应当充分听取各方董事的意见,从合资经营企业的整体利益出发,用平等协商的方法,协调合资经营各方的利益。董事会决议的议事规则,因为所议事项的重要程度不同而有所不同。根据《中外合资经营企业法实施条例》的规定,下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议:合资经营企业章程的修改;合资经营企业的中止、解散;合资经营企业注册资本的增加、减少;合资经营企业的合并、分立。因为,这些事项都是关系到合资经营企业的根本利益和前途的问题,对合资经营各方都有重大影响,因此,必须由出席董事会的董事一致通过。其他的事项,可以根据合资经营企业章程中载明的议事规则作出决议。实践中,一般对较大的问题采用出席董事会的董事 2/3 多数通过的规则,对于较小的问题,采用多数董事通过的规则,即出席董事会的董事 1/2 多数通过。

(5) 企业股东不委派董事的处理方法

对外贸易经济合作部《关于解决外商投资企业董事不出席企业董事会会议问题的指导意见》规定,如果企业股东在合资、合作企业合同及章程规定期限内不委派董事出席企业董事会会议致使企业董事会会议不能作出有效决议的,其他股东可依据合资、合作企业合同有关解决争议方式和程序的规定,提请仲裁或诉讼解决。

2. 经营管理机构

(1) 总经理、副总经理的人选

在合资经营企业中,总经理、副总经理是日常生产经营的负责人,服从于董事会领导,受董事会监督,对董事会负责,执行董事会的决议。合资经营企业总经理、副总经理的人选并不受国籍的限制。《中外合资经营企业法实施条例》规定:总经理、副总经理由合资经营企业董事会聘请,可以由中国公民担任,也可以由外国公民担任。经董事会聘请,董事长、副董事长、董事可以兼任合资经营企业的总经理、副总经理或者其他高级管理职务。由于总经理、副总经理并不掌握合资经营企业的最终决策权和控制权,不能代表任何一方的合资经营者的利益,因此,总经理、副总经理的人选与董事的人选不同。董事作为各方合资经营者的代表,受各方合资经营者的委派,参与合资经营企业的共同决策。董事会的成员必须包括合资经营各方的代表,合资经营各方通过董事会这个最高权力机构来实现对合资经营企业的共同管理和控制。总经理、副总经理只是受聘,对合资经营企业的日常经营事务进行管理,因此,无须由合资经营各方分别担任,也不必限于出资的合资经营者担任。只要具有经营管理才能、能够担当合资经营企业

日常经营管理责任的人,经合资经营企业董事会聘任,就可担任总经理、副总经理。

(2) 总经理的职权

《中外合资经营企业法实施条例》规定,总经理的职权主要包括以下几项:执行董事会会议的各项决议,组织领导合资经营企业的日常经营管理工作;在董事会授权范围内,对外代表企业;对内任免下属人员;行使董事会授予的其他职权。

(3) 总经理负责制

在合资经营企业中,经营管理体制为总经理负责制。总经理作为企业日常生产经营管理的总负责人,对董事会负责。在董事会的领导和监督下,对合资经营企业中的生产经营进行指挥、安排。合资经营企业中的各机构在总经理的直接指挥下工作。董事会的各项决议也由总经理负责贯彻执行。根据我国法律的规定,原则上,合资经营企业实行总经理一人负责制。但是,总经理在处理重要问题时,应当和副总经理协商。作为总经理的助手,副总经理协助企业的经营管理工作。一般情况下,副总经理负责主管某一方面的工作或者某几方面的工作,但是,副总经理不是合资经营企业经营管理的共同负责人,不具有与总经理同等的领导地位。由于总经理、副总经理负责合资经营企业日常生产经营,处理企业中的日常事务,有可能进行损害合资经营企业利益的行为。为了保护合资经营企业以及合资经营各方的正当权益,法律规定,总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理,不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争。总经理、副总经理及其他高级管理人员有营私舞弊或者严重失职行为的,经董事会决议可以随时解聘。

3. 监事会

《公司法》规定,有限责任公司和股份有限公司应当设立监事会,股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以设1~2名监事,不设监事会。可以看出,监事制度是《公司法》强制要求设立的。在有关外商投资的法律中,对是否在企业中设立监事会并没有规定,因此,可以理解为所有类型的外商投资的公司都应当设立监事制度,而对于监事制度的组织形式(监事会还是监事)、产生方式(选举还是委派)、任期、职权等具体事宜可以由公司章程根据各自公司的情况进行规定。

三、中外合作经营企业简介

(一) 概述

中外合作经营企业(简称合作企业),是由外国的企业、其他经济组织或者自然人同中国的企业或其他经济组织,经中国政府批准依照中华人民共和国的

法律,按照平等互利的原则,在中华人民共和国境内共同投资创办的,以合作合同规定双方权利和义务关系的一种特别的企业组织形式。

《中外合作经营企业法》对中外合作经营企业的法律性质和组织形式并没有作唯一的规定,中外合作经营企业可以具有法人资格,也可以不具有法人资格。中外合作经营企业符合中国法律关于法人条件的规定,经过批准,即可成为企业法人。实践中,法人合作企业的组织形式一般为有限责任公司。合作经营企业是依据我国法律,在我国境内登记注册而设立的,因此,具有中国国籍,受中国法律的管辖和保护。

合作经营合同是中外合作企业成立的基本依据。中外合作者设立合作企业,应当依照《中外合作经营企业法》的规定,在合资企业合同中约定投资或者合作条件、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。

对于契约式经营的中外合作企业,合作各方的出资可以不折算出资比例,企业利益的分配也不完全依出资比例来确定。此外,对于出资的期限,可以分期缴付,也可以一次性缴付,由合作各方在合同中约定。《中外合作经营企业法》并未规定中外各方的出资比例限制。但根据相关法律、法规的规定,依法取得中国法人资格的合作企业中,外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的25%;不具有法人资格的,外方投资不得低于中国和外方合作者投资额之和的25%。

对于中外合作经营企业的经营期限,由中外合作者协商确定,在合作企业合同中订明。《中外合作经营企业法》规定,中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时,合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的,可以在合同中约定外国合作者在合同期满前先行收回投资的办法。为保证合作企业正常的生产经营活动得以维持,当企业年度亏损时,中外双方不能分配利润,外方也应停止收回投资。

对于非法人形式的中外合作经营企业,《中外合作经营企业法实施细则》规定,应当向当地工商行政管理机关登记合作各方的投资或者提供的合作条件,合作各方的投资或者提供的合作条件为合作各方分别所有。经合作各方约定,也可以共有或者部分分别所有、部分共有、合作企业经营积累的财产归合作各方共有,未经合作他方同意,任何一方不得擅自处理。

(二) 组织机构的特点

中外合作经营企业是由中外合作各方共同出资、共同经营的合资经营企业。在组织机构的设立方面,与合资经营企业有所不同。在组织形式方面,中外合作经营企业的管理既可以是董事会制,也可以是联合管理委员会制。如果中外合

作者的一方担任董事会的董事长、联合管理委员会的主任的,那么,副董事长、副主任就得由他方担任。董事会或联合管理委员会可以决定任命或者聘用总经理负责合作企业的日常经营管理工作,总经理对董事会或联合管理委员会负责。合作企业的日常经营管理可以委托合作的一方或中外合作者以外的第三方负责。

1. 最高权力机构

(1) 董事会的地位和组成

合作企业应当设置最高权力机构。《中外合作经营企业法》规定,合作企业应当设立董事会或者联合管理机构,依照合作企业合同或者章程的规定,决定合作企业的重大问题。

董事会或者联合管理委员会成员不得少于3人,其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的,由他方担任副董事长、副主任。董事长或者主任是合作企业的法定代表人。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时,应当授权副董事长、副主任或者其他董事、委员对外代表合作企业。董事或者委员的任期由合作企业章程规定;但是,每届任期不得超过3年。董事或者委员任期届满,委派方继续委派的,可以连任。

董事会或者联合管理机构可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理机构负责。合作企业的最高权力机构由合作各方选派代表组成,对于各方所派代表的人数,法律未规定按照各方的出资比例分配名额。一般情况下,代表名额的分配是由合作各方本着有利于合作经营企业管理的精神,通过协商,在合作企业的合同或章程中予以规定。

董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开1次,由董事长或者主任召集并主持。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时,由董事长或者主任指定副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3以上董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。董事会会议或者联合管理委员会会议应当有2/3以上董事或者委员出席方能举行,不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员应当书面委托他人代表其出席和表决。

(2) 董事会的议事规则

董事会或者联合管理委员会的议事方式和表决程序,除《中外合作经营企业法实施细则》规定的外,由合作企业章程规定。根据规定,董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议,须经全体董事或者委员的过半数通过。董事或者委员无正当理由不参加又不委托他人代表其参加董事会会议或者联合管理委员