

---

在国内设立公司

---

CHARLTONS  
易周律師行  
Solicitors

香港

上海

北京

仰光

[www.charltonslaw.com](http://www.charltonslaw.com)

七十年代末，中国开始发展其法律制度，因而对引进外资起鼓励作用，在最初阶段，其中一个主要步骤是1979年颁布中国中外合资企业法（简称「中国合营企业法」）以便管理外资。首家中外合营企业在1980年设立，此后中国用上很多年试图更新法律结构，并积累有利条件以便加入世界贸易组织。

就背景资料而言，中国乃继美国成为全球地区接受海外直接投资的第二大地区：至目前为止，超过145,000间外资公司已经在国内投资，所雇用人数约达1千7百50万人。1997至1998年间，外资投资金额已超过800亿美元。过去约五年期间，地理上因素有显著的变化：投资地区逐渐移向中国内陆，由沿海地区及长江两岸移向中国的内陆及西部地区。就工业品种而言，倚重入口材料亦转为集中科技的制造业、基建、金融业及顾问行业。投资者亦跟风投入资源与正进行合并的具规模控股公司。此外，一个联系外贸的系统正在中国展开。此系统受中国外贸法律规范，准予大部份货物及科技自由出入。

中央政府亦在税务和进出口贸易方面行使优惠政策，并在深圳、珠海、汕头、厦门和海南省设立经济特区。上述经济特区成立为进行中国经济改革，为外资设置特别渠道，输入先进科技，并为进军国际市场铺路。在特区亦施行吸引和鼓励投资的经济政策，为加强特区政策使其达至全国性层面，对外事务之立法亦予以修订，而规范海外直接投资的基本法制亦告生效。

投资工具一般而言，大部份投资是通过直接投资形式，其途径为：

- 中外合资经营企业；
- 中外协议合作经营企业；或
- 外资企业

很多外国投资者亦设立代表办事处或分公司。”外资企业指引”乃申办外资项目的批准指引，列出的四个类别分为：鼓励、准予、限制及禁止等。

申请设立中外合资经营企业或协议合作经营企业须采取多个步骤，通常由中方负责。批准权力亦已下放至各地方性政府机构。然而，在不同的层面：地方性、区域性及全国性等，政策上亦有差异。通常主要项目由中央负责审批，企业的设立过程如下：

- 向对外贸易经济合作部（「外经贸部」）或其下级审批部门呈交企业申请表，须符合外经贸部所规定的规则及政策；
- 获初步批准后，向有关主管当局呈交可行性研究报告。进行可行性研究时，须将报告呈交予有关的地方性部门，述明将会采取的必须步骤使项目得以成功，而有关方须在可行性研究报告获批准后方可签署合同，成立章程和其它法律文件；及

- 就成立企业所订定的合同和成立章程须呈交与外经贸部或其他方性部门审阅、审理及批准。经审理并获批准者，审理部门将发出批准证书予外资企业。

## 1. 合资经营企业

合资经营企业（「合营企业」）乃设于中国的有限责任公司，由中方及外方共同投资设立，合营企业的外方须至少投入注册资本的 25%，不论最终的投资比率如何，其基本理念为共同参与，而风险与业务亏蚀乃依据注册资本的比例摊分，而取得所有其它合作方的同意下方可转让任何股票。在法律上而言，合营企业有独立的法人资格，以有限责任形式营运，并由董事会负责监管。中、外方任何一方均可担任董事会主席，而若干重大决定须取得董事会一致批准方可落实，而股份转让在未获政府当局批准前不得进行。合营企业经注册后，该企业则视为中国法律实体，须遵守所有中国法律。成为中国法律实体后，该企业可自由聘用中国公民，亦同时须遵守中国劳动法。而代表办事处所不能进行的是合营企业均可以自己名义取得土地使用权。

### (a) 法律架构

合营企业受中国合营企业法及有关实施细则所规范。为税务、商业登记、劳工、会计、外汇、股份规定及注册资本而设的特殊法律（很多特殊法律均同时适用于合营企业和外资企业）亦予以颁布。上述法律之制定目的为提高中方和外方的国际性经济合作和科技交流。通过立法，政府可保障外方的投资，其应摊分利润、合法权利和权益，均受政府核准的协议、合同和公司章程所规范。合营企业所有活动受中国法律、法令、规则和规例所管辖，包括一般法律，例如：不当竞争法、产品责任法、广告法和多项环境保护法。

### (b) 谅解备忘录

合营企业的设立步骤载于合资经营企业法、其执行细则及其它有关规则。首先是找寻合适的合营企业合伙人，签署非约束性的意向书，称为谅解备忘录（「备忘录」）。备忘录载述拟进行的项目、估计所需投资金额、中方和外方各占股份比率，以及为双方共同发展机会的一般承诺。虽然技术上视为非约束性协议，然而草拟备忘录亦不容忽视。备忘录载述合营企业的业务范围，若须予以修改，则须再次进行所有批核程序。重要的是，备忘录须反映各方的初步意见，并述明双方的最终协议须以合营企业可行研究之完成，以及合营企业合同和公司章程经签订为前提条件，合营企业合同和公司章程经签署后，中方须取得其领导层和有关政府当局对成立合营企业的初步批准。

### (c) 可行性研究报告

双方采取的第二步是共同拟订可行性研究报告。该报告亦是一份非约束性文件，各方仍可自由选择继续或终止进行有关项目。双方进行制定所需法律文件前，该份报告须载述有关项目的基本技术及商业上资料。可行性研究报告须详述下列事项：

- 合营企业股东；
- 合营企业的经营目的、结构及形式，包括投资金额及融资上安排；
- 合营企业产品，包括技术详情及用途纲要；
- 合营企业所须的生产科技设备，包括设备成本及科技转让费用；
- 产品在国内和国外的营销分析、销售计划、发行方法及竞争分析；
- 场地细节，包括生产计划、产品技术指针、运输及库存，产品测试及质量控制、副产品及废料等；
- 供称、公用设施和运输条件；
- 涉及外汇情况；
- 员工要求及培训计划；及
- 融资计划和经济效益分析。

中方须向外经贸部及国家对外关系及贸易主管当局（「**审批部门**」）呈交可行性研究报告。该报告须由主管合营企的部门审阅，通过地方性计划委员会转付予其它所有与之有关或受该项目影响的政府机构，包括涉及劳工计划、原材料供应、金融及公用事业。可行性研究报告的内容极为重要，根据内容，政府部门须为合营企业的营运履行其职能，例如，倘若工厂所需电力被低估而引致工厂操作停顿，而投资者这时方知道是由于缺乏电力。同样地，若出口配额估计过高，于不能达至指定的指针时，对进军市场会构成障碍。

#### (d) 合营企业合同及公司章程

此乃两种最基本的项目法律文件。合营企业合同拟定合营各方的法律权利和义务，而公司章程则对合营公司的内部组织及运作予以规定。以上两种文件须以中文写成，第二种语文版本经同意后亦具同等效力。中方随后将该两份文件，连同任何补充性文件，呈交予中央政府的主管当局作审核以便取得批准，一般于申请后三后个月内会完成审核。如获批准，合营企业须向国家工商行政管理局的有关部门办理企业注册，并获发营业执照，批准在国内以中国法人身份经营业务。营运一经开始，合营

企业随后会开立外汇帐户接受外资银行融资，并向中国保险公司购买保险。

合营企业合同受中国法律管辖，并很多时有其它附属文件予以补充，包括：科技转让合同、技术支持合同、商标许可使用合同及各类供应及经销合同。公司章程内亦使用合营企业合同很多条文，然而两份文件有冲突或不一致时，一般以合营企业合同为准。

#### (e) 资本出资

根据中国法律，投资于合营企业的外方须占总投资金额至少 25%，而中方的投资金额则没有最低限制。最初的股本投资可以现金、建筑物、机器、设备、知识产权、土地使用权及科技等形式作为出资，劳动者除外。合营企业设立的目的通常为利用中方的市场优势和出产力，而外方则提供科技、专有技术和市场经验，因而中方通常从其现行业务调拨建筑物、土地及其它资产作为出资，而外方则以机器、设备、工业科技及专有技术出资。所有出资，连同有关金额须加载合营企业协议或公司章程。此外，根据合营企业的规模并由法律所规范的债项与股本比率亦有严格规定，债项总额和股本比率的详情如下：

- 债项少于 3 百万美元的，股本额须占总投资额的 70%；
- 债项为 3 百万美元以上，少于 1 千万美元的，股本额须占总投资额至少 50%；
- 债项为 1 千万美元，少于 3 千万美元的，股本额须占总投资额的 40%；及
- 债项为 3 千万美元以上的，股本额须占投资额的 33%。

不论以现金或其它形式出资，资本出资的时限亦重要。未能依时出资可导致罚息等财务上处分，最终可导致撤销合营企业的营业登记证。出资的时限规定为：倘若各方以一次性出资注册股本，该出资须于营业登记证发出后的六个月内完成；若为分期出资，不少于注册资本的 15% 的首期出资额须于营业登记证发出后的三个月内完成。此后，余下的资本出资额的出资详情为：

金额	为营业登记证发出后的
50 万美元或以下	一年
50 万至 1 百万美元	一年半
1 百万至 3 百万美元	二年
3 百万至 1 千万美元	三年
1 千万美元及以上	以特别批准为准

合营企业的合作经营期因业务及情况之不同而各异；经营某类业务的合营公司会在合同上注明经营期，而从事其它类别的可不作此规定，注明经营期的，若各合作方决定延长经营期限，须于经营期届满前6个月向审批当局申请，该审批当局会在收妥申请表后一个月内决定是否批准延长经营期。

根据外汇规则以及与合营企业有关的合同所载的外汇种类，外方所取得的盈利可汇出海外。然而，国家鼓励外商将外汇存入中国银行。

合营各方可终止合营企业，惟须取得有关的审批当局批准，并向国家工商行政管理局办理注销手续。

## 2. 合作经营企业

一般而言，合作经营企业（「合作经营企业」）设立的目的乃提高国内和国外经济合作以及科技交流，包括鼓励设立以出口为主或以先进科技为主的合作经营企业。

### (a) 法律架构

合作经营企业受中国中外合作经营企业及其实施细则所规范，合作经营企业须遵守中国法律和法规，不得进行违背公众利益的活动。

### (b) 地位

根据法律，合作经营企业可以有限责任形式，并以中国法人资格运作；或以无限责任、非法人资格形式运作，类似合伙营业形式。

以有限责任形式经营合作经营企业，在很多方面类似合资经营企业，即合营企业的公司章程须拟定合作各方的关系以及合营公司的内部组织结构。合作经营企业和合资经营企业主要不同：合资经营企业的利润分配须按照各合作方的注册资本出资率；而合作经营企业的利润分配，须根据协议安排，与各合作方的出资比率无关。外国投资者会利用所分配的利润以扣除其应出资额，逐渐抽离资本以减少出资的风险，或以借贷作为出资额，其后以所分配利润偿还借款。参与合营企业的合作各方权利和义务，包括投资规定和合作条件、利润分配、风险及损失之摊分、经营及管理模式等皆载于各方所签署的合同内。

合作经营企业的另一种运作形式类似合伙营业，各方共同对企业的债项有无限责任。各方由分配利润中扣除其应付的营运开支，余下利润可用于支付税项。此类合作经营企业并无独立的法人资格。各方的责任和利润分配皆列在合营企业合同，其它如管理，技术细节和营销职能均载述

于合营企业合同。由合营各方所委派的代表组成一个联合管理委员会，而此类合作经营企业并不设有公司章程。

合作经营企业各方的投资形式或合作条件可以现金出资，或以等值的其它形式，或通过其它产权，例如工业产权、专有技术及土地使用权等，倘若中方的投资或合作项目属国有资产，则须进行资产评估。若合营企业持有中国法人地位，外方的投资额须至少达到合营企业注册资本的25%；倘若合作经营企业不持有中国法人地位，则投资的特殊条件须符合外经贸部的规定。合作各方须根据生产及营运条件在合营企业合同内列明出资期限以及合作条件。任何权利的转让须得到合营企业他方的同意和取得审批当局的批准。

### (c) 批准

协调、协助并审批合作经营企业的主管当局乃专责处理合营企业中方的主管当局。

合作经营企业的成立须得到外经贸部的批准，或国务院授权部门及人民政府

批准，并须符合以下条件：

- 总投资金额须在国务院批准的范围内；
- 该资本经由申请人本身筹集；
- 合营企业产品出口无需出口配额及许可证；倘若需要，须于呈交申请设立合作合营企业前取得有关主管当局的批准；及
- 其它特别情况。

为设立合营企业，中方须呈交下列以中文写成的文件与国务院辖下的对外经济及贸易部门或国务院授权的部门或地方政府部门：

- 申请设立合作合营公司的文件，连同经有关主管当局审批的文件；
- 由合作方共同编制的可行性研究报告，连同经有关主管当局审批的文件；
- 经法定代表（或合作方授权代表）签署的合营企业协议、合同和公司章程；
- 营业登记证或注册证明书，融资证明文件和合营企业各方的法定代表的有效证明文件；
- 董事会董事成员名单；及

- 审批当局要求的其它文件。

上述文件须以中文写成，亦可连同经各方同意的外语文本一并呈交。审批部门须在收妥文件后 45 天内为批准成立合作合营企业与否作出决定。获批准后，外经贸部将发出批准证明书；若审批程序经由地方政府负责，该部门将发出批准书并向外经贸部呈上有关批准的文件（于批准决定作出后 30 天内呈上）。合作合营企业随即向国家工商行政管理局申请注册，领取营业登记证，倘若合营企业有以下情况，将不获批准设立：

- 有损国家主权或大众利益；
- 危害国家安全；
- 污染或破坏环境；或
- 违反其它法律、行政法规或国家工业政策。

合营企业取得批准证明书后，其它协议，合同和公司章程均有法律效力。对上述文件内容要求各有不同：合营企业协议乃最重要文件，该文件须详载合作各方的权利和义务，内容包括投资详情、合作条件、利润或产品分配、风险和损失摊分、管理结构、产权及合作终止情况。对上述作任何进一步修订须另获批准，合作合营企业一经设立，以有限责任公司的形式经营，各方以其原本的投资额为限而负上责任，注册股本可以人民币或其它能自由转换的货币出资。

#### (d) 管理和营运

合作合营企业设立后，持营业登记证可开立外汇帐户，向金融机构借款和购买保险等在授权范围内，可输入所需材料，将制成品出口，原材料可从国内及世界市场购入。国家鼓励合营企业将其产品向国际市场销售。各方可分配利润，并从利润抽拨支付税项，合营企业合作期届满时，所有固定资产以无偿形式归中方，外方可通过以下方式提早收回投资成本，惟须已支付任何损失：

- 提高其所占的利润分配比例；及/或
- 经取得有关当局批准，于合作合营企业支付所得税前，收回其投资成本；
- 修订公司章程；
- 增加/减少注册资本；
- 合作合营公司的解散；

- 资产抵押；
- 进行合并或改变企业形式；
- 合作方先前经同意的其它事项。

假如该合作合营企业不持有法人资格，该企业须设立共同管理委员会发挥与董事会相同的功能，例如处理会员问题，召开会议及投票表决事项，取得企业的管理层一致同意以及审批当局的批准，合作合营业企可委托第三者管理及营运该企业。这些安排很普遍，例如酒店业通常可在外委托酒店管理層履行职能。

#### (e) 出资

正如合资合营企业，合作合营企业的投资可以用现金或其它形式出资，通常外国投资者提供大部份资金，中方则提供土地、设备、工业产权、非专利技术和其它设施。使外方持少数股东权益的出资并不设最低限额，企业的利润分配按合同规定而不是按双方出资比例，使投资回报富弹性，尤其是一方以现金出资，另一方以其它形式出资。合作合营企业不设有合作期的限制，外户可随时撤回其所占的注册资本。外方经履方其责任后，其所摊分的利润，其它合法收入以及所占股份等，在合营企业终结时皆可转往海外。

#### (f) 税项

倘若合作合营企业不持有法人资格，合营企业各方可根据有关税务的法律和法规自行计算和交付所得税，或经地方性税务当部批准，合作各方可共同计算和支付税项。

若合作合营企业属有限责任形式并持有法人资格，该企业须邀付 30% 的全国性所得税和 3% 的地方性所得税，视乎企业的位置和业务活动，企业可享有税项扣减或税项完全宽免等若干优惠。此外，合作合营企业亦须接受增值税、营业税、消费税、资本增值税、关税和入口税的规范。

合资合营企业和合作合营企业的终止

所有合营企业和经营期须在合营企业合同内述明，对大部份合作项目而言，经批准的年期一般为十年至三十年不等，一些情况下，涉及的投资额巨大或须很长的建筑期时，则经营期可达可五十年（惟须得到国务院事前批准），企业成立后须延长经营期的，须在经营期届满前 180 日向审批当局正式申请。若合营企业合同规定外方可先行收回投资成本，而该笔投资额业已收回，则不可延长合作经营期。

遇不列情况，可予以解散合营企业：

- 合作经营期届满；
- 有财务上损失或发生不可抗力事件而蒙受巨大损失使不能继续经营；
- 合作一方未能履行其合约上责任而导致不能继续经营；
- 发生其它在合同和公司章程均有条文规定的事件；
- 因企业违反法律和行政法规，当局下令撤销企业。

### 优点

在很多情况下，设立合作合营企业与结构成立一间合营公司更为明智。在设立合作合营企业的起始阶段，外方无须在国内设立一间全新的企业，合作合营企业的外方和中方共同采用中国营业登记证以协议形式经营合作事项。因有税务上的优惠，协议合作项目多用于土地及酒店项目。若以简单的合营形式合作，当中方向合营公司转该土地后，须缴交转让税，而设立合作合营企业，有关土地的使用权仍属中方，土地转让税并不成立。此外，中方只有土地的使用权，不持有该土地的法定所有权，而经营合营企业并拟转让土地所有权的，须向中国的土地管理当局购入该土地。经营合作合营企业，只要中方仍被视为适合使用该土地，则无须办理土地转让手续。

富弹性是另一个主要因素 - 合作合营企业各方的股份比例在整个经营期皆可改变，目的使外国投资者可较快回投资成本，同时亦不影响中方须维持长期控制合营企业的原则。由于外户须注入资本，所以在合营企业的最初阶段对该企业有控制权。合营企业开始有盈利时，企业的控制权会转移到中方。一般而言，外方在最初阶段均希望取得较多控制权，其中一个原因是使能改变中方的管理作风。中方明白到最初阶段的任何改变对其不构成影响，从长远的发点看，中方将保持控制权，且能从外方所采用的现代管理技巧和策略汲取知识和经验。

## 3. 外资企业

### (a) 法律地位

外资企业（「外资企业」）由规范纯外资企业的中国法律及其它有关的实施规则所管辖。这些企业的所有投资均由外商负责，以有限责任公司的形式及独立的法人地位经营。若外资企业以其它形式经营，须取得外经贸部的同意。外资企业以有限责任公司的法律地位营运，由公司章程条文予以规范。

外商对外资企业的责任以其出资额度为限。然而，外资企业的有限责任应独立于董事和经理本身潜在性的无限责任，公司的顾问及供货商（受产品责任规范）和劳工安全/环保条例等。外资企业虽然没有中方参与，这些企业在国内均设有管理部门管理公司所经营的业务。

#### (b) 外资企业的参与方

合资合营企业和外资企业最大不同处是外资企业没有中方的参与，这方面有利亦有弊，好处是简化企业的设立程序，可免除与中方进行长期磋商的步骤，只要外商遵守有关规定，可自行决定经营范围，员工数目和产品出口量等。

另一优点是能更有效地监管科技及商贸秘密的保密性，于取得经营合营企业的科技及专有技术，中方或其主管部门可能会试图在未获授权下向其它在其控制下的中国公司提供科技及进行构成竞争的业务活动。

另一方面，了解中国政府运作以及中方处事技巧之优点，使与有关的地方性部门交涉和保持良好关系等均有帮助。外资企业通常聘用中国公民以协助与不同部门沟通，解决/改善因没有中方参与所带来的不便之处。虽然大部份外资企业由一位外商独资经营，中国法律对外商的数目未有任何规定。

#### (c) 受鼓励与受限制的业务

法律的基本原则是外资企业须有助发展中国经济，并带来显著的经济效益，因而外资企业须至少符合下列任何一项条件：

- 采用国际性先进科技（其应用须有利于中国），发展新产品、能节省能源和原材料，能改良和取替目前的产品使能取代进口货品；或
- 须至少输出所有产品的 50%并使外汇对人民币保持顺差状况。

外资企业的业务种类亦有限制，下列各种业务均绝对禁止：

- 新闻业、出版、无线广播及电影制作；
- 国内或对外贸易，或保险业的任何分支业务；
- 邮政及电讯业；及
- 有关当局不时所禁止的其它业务。

外资企业从事下列业务亦须符合有关的限制：

- 公共事业；

- 运输；
- 房地产；
- 信托及投资行业；及
- 出货业务。

一般而言，受上述规定的外资企业取得外经贸部的批准。

#### (d) 批准

为外资企业进行审批一般比合营企业较为谨慎，主要原因是外资企业对其业务拥有绝对管理权。外资企业的管理自主，很少受政府干预，然而，因缺乏中方参与为审批程序予以协助并提供法律意见，其经营活动很多时需较大成本及较长时间。倘若外资企业取得中国法人资格，则须遵守一切中国法律，有权与处理中国公司的政府当局签订文件以取得土地使用权，租赁建筑物和享有公用设施服务。劳工的雇用须依循有关的劳工法律，并鼓励其设立工会组织等。

设立外资企业所需文件与合营企业所需的大同小异，包括项目建议书、可行性研究报告、公司章程、法定代表委任函，外商的法律地位证明和信誉证明书等。此外，亦须取得外资企业所在地县级或以上人民政府所发出的书面批准书。

#### 4. 代表办事处

外国企业拟在中国长期进行经营活动的，可选择设立代表办事处。这些办事处可在国内进行非直接的商业活动，其活动范围限于其业务范围内代表外国企业与商业团体或有关行业联系、产品推介、市场调查及研究与及科技交流。为进一步了解国内市场的规模及潜力提供宝贵经验和知识的好途径。代表办事处一般为达到长远目标而设，监督在国内进行的商业活动，进行发展计划，例如，为设立合作合营公司铺路，逐步增强与国内市场的联系。

外国企业拟设立地方性代表办事处，须符合下列规定：

- 在其本身国家合法注册；
- 良好商誉；
- 须提供真实无误的文件以符合有关的实施细则；
- 根据有关实施细则，办妥所有申请手续。

代表办事处须遵守若干限定：只可进行某些活动，不得为提供服务收取费用，不得赚取收入或签订合同以取得收入，然而，代表办事处可为合同条文进行磋商，以便稍后时间以国外的总公司名义签署合同。

根据国家工商行政管理局的规定，代表办事处须在国内设立办事处后六个月内注册，违例者须交付罚款（约 1,150 美元）。情节严重者，当局可禁止有关方在国内进一步从事商业活动，国家工商行政管理局以抽样调查及委派有关的国内公司的资料搜集员执行上述规定。

代表办事处须注册，否则在中国不得雇用中国公民、开立银行帐户、以免关税优惠输入个人财物和动产、未具备进口许可证输入办公室设备、取得电话线、出示公司标志，或以公司名片显示公司已在国内存在。公司的代表于代表办事处注册后，方能取得可多次入境的签证以及合法租赁办公室进行活动。

外国企业在中国设立代表办事处有重大意义，藉以向中国当局表明其在中国进行商业活动的诚意，有决心进行长期投资，设立代表办事处为日后拟成立合营企业，在条件谈判上起极大作用，因这显示外方在中国经营业务的诚意。

## 5. 分公司

分公司不拥有中国法律地位，惟准予进行制造及销售活动。管辖该等分公司营运活动的中国法律为中国公司法（1993 年 12 月 29 日立法，1994 年 7 月 1 日生效）。其立法目的为准予分公司在中国从事销售及制造业务而无须如外资企业投入大量金钱。虽然分公司不持有中国法律人资格，然而皆以外国母公司的法人地位为活动基础，外方须为其分公司在国内任何出错负上责任。

虽然代表办事处可磋商销售计划，然而签署文件则须开设分公司的公司负责。至于销售货物，须从海外开出发票及用船装运，一般意指分公司的公司在香港设立以便负责上述活动。代表办事处不持有输入或出售样本资格，而根据公司法，分公司可从事该等活动。

有关设立分公司的条件，与在国内设立外资企业的条件相类似，好处是无须用上大笔投资金额。

## 2000 年 6 月

本备忘录仅为提供资料之目的，并不构成法律建议。具体建议应就特定情形而定。本备忘录依据截至本备忘录之日生效的法律及法规而编制，其后可被修订、修改、重新制定、重述或替代。