



▶ 在华外国企业涉及的法律问题  
第二部分 ..... 2

▶ 劳动合同法对外商投资企业的影响  
..... 3

▶ 敬海快讯：敬海深圳分所和关于海事资产保全的文章  
..... 2

▶ 税务规定的最新情况：外商投资 . . . 4

# 中国 法讯

## 摘要

### 在华外国企业涉及之法律问题 第二部分

在2007-3期的《中国法讯》中发表的本文章的第一部分，Maarten Roos讨论了在商事交易中缺乏应有的谨慎成为了商事纠纷的主要原因。在第二部分，他集中讨论了与公司行为和知识产权保护有关的常见困难。

作者：Maarten Roos

### 劳动合同法对外商投资企业的影响

#### ——兼谈对《劳动合同法》第48条、第85条的理解

最近出台的《劳动法》列出了关于修订现有劳动法各种不足之处的特别规定，并对现有的法定政体进行了显著的调整（见《中国法讯》最新一期的大概介绍）。该法规还特别重新设立了无固定期限劳动合同、经济补偿、非法终止劳动合同的补偿和对拖欠支付薪酬津贴的额外补偿制度。这些新的制度将会对雇主和雇员之间的权利义务关系带来根本性的影响，必须予以详尽的考虑以保证从旧到新的法律框架的平稳过渡。

作者：卢运广

## 新发展

在广东敬海律师事务所，我们经常性地更新我们网站www.wjnco.com上关于法律问题和中国的文章和内容。我们的律师花时间选出他们喜爱的主题，然后提交他们的作品，时时紧记什么对我们的客户是最有用的。其中一个例子就是孙宏刚先生最近所写的一篇文章关于隐名投资的文章以及如何最好地保护贵方在中国的利益。我们已经在下面引用了摘要，如需要更多信息，请立即与我们联系。

关于中国隐名投资的司法实践和对策的分析

作者：孙宏刚

[http://www.wjnco.com/articles\\_show.asp?Articles\\_id=64](http://www.wjnco.com/articles_show.asp?Articles_id=64)

一间公司的隐名投资涉及到复杂的法律关系和许多法律问题。本文通过介绍最新的典型法院裁决，分析了在中国进行隐名投资的司法解释和司法实践。另外，由于对外国投资的税收优惠政策已取消，我们可以合理地预见在外国投资领域中的隐名投资将会增加。因此，因隐名投资而发生的争议也会相应地增加。本文集中讨论了关于外商投资的隐名投资现状和问题，然后提供了一些如何解决这些问题的建议。

执行编辑：  
王敬

高级编辑：  
MAARTEN ROOS

编辑及设计：  
ZACHARY WORTHAM

# 在华外国企业所涉及的 法律问题 第一部分



## 企业结构 现实展望

近年来，越来越多的公司，包括许多中小型企业在中国设立分支机构和办事处以更充分的利用中国生产成本低的优势，避免了不必要的税款或代理费，或者为中国这块巨大且不断增长的市场提供产品和服务。尤其对于小型企业来说，在中国投资是个关键的决定，可能对公司的未来发展起着决定性的作用。

毋庸置疑，这种企业的成功很大程度上有赖于其国内和国外商业方面的因素。然而，法律事务方面的因素能产生相当大的影响。进行任何投资前应先去了解中国控制外资的权力部门，这样就可以尽早的解决潜在的迟延或瓶颈问题。另外一个主要问题与合资的概念有关。

中国已经颁布了大量法律以指导外资进入中国市场，而不论是以办事处，独资分支机构还是合资企业的形式进入的。设立公司时涉及到的行政审批机构可能多达15个，而且它们的要求也不尽相同。面对如此之多的官僚机构，太多的公司选择独自解决了，有的或者会依赖没有经验的顾问公司，细心或善意的个人，或政府的招商引资部门。其实，通过正确的联系，一些事情完全可以快速解决。但是，公司应该一直采取谨慎的态度。太动听的承诺通常无法兑现，在中国走捷径带不来长期的效益。

租赁协议的签署并确认该物业是否或在什么情况下可以被注册为分支机构或公司的营业所前支付定金，在中国的分支机构的章程中无法正确的定义营业范围以及因不合理的投资条款和注册资本引起的财政问题，在这几个方面经常发生的问题，解决起来耗时且费用不菲。一般来说，如果能够在投资的早期进一步了解或利用有关投资的中国法律架构，那么在设立公司的过程中或是设立公司后就不会产生的复杂问题了。

## 合资企业

投资者面临着一个特殊的问题，要么选择国内的合作伙伴，要么靠自己设立企业。在过去，许多领域的投资仅能通过所谓的中外合资企业进行，新公司的设立中投资必须来自于至少一家中国公司和一家外国公司或个人。数据显示，建立合资企业的趋势近年来不断减弱。而另一方面，可以从积极的角度来审视这种合作关系。例如，中国公司通常对本地市场有较深的认识，能够以土地和工厂出资，且可以提供管理、所在地的关系网以及一般支持。

对合资企业存在这样的误解，就是把合资企业看成是一种传统的婚姻关系，两家或几家公司一起成长、一起致富。实际上，中国的合资企业仅仅是合作各方短暂的联合，他们都保留着各自的特质、各自的理念和长期奋斗目标。合资后的力量可能使双方都受益，可是合资企业在大多数情况在都不会长期存续。在某个时候，合资各方会逐渐出现意见分歧，紧接着展开对合资企业运营的控制权和未来的控制权的争夺，并最终导致分道扬镳。

设立合资企业可能有许多好的理由，对在中国经验尚浅外国企业或者那些存在于关系网极为重要的行业的外国企业而言，中方企业可以向他们提供更有利的支持。然而，理想必须向事实看齐。如果你想设立外资企业，应当注意到在某些问题上，你可能会对企业的方向，投资额多少或是受何种管理惯例支配等持有不同意见。中方企业通常都很善于利用合资企业取得他们想要的结果—主要是透过合资更好的了解外国企业的商业惯例。当他们觉得学够了的时候，他们就会全力发展自己的独资企业。外国企业有权走同样的路子。

## 敬海快讯

### 敬海深圳分所 和 关于海事资产保全的 文章

为进一步提升本所在华南地区的竞争力，本所将在广东省深圳市设立分所并将于近期开始对外提供服务。深圳分所坐落于深圳商务中心区国际商务中心大厦，位于益田路和福华路的交界处，毗邻会展中心及购物中心地铁站。深圳分所将常驻多名律师，为深圳地区及周边地区的客户提供海事、海商、保险、公司、商务、知识产权等方面的法律服务。

深圳分所地址：

深圳市福田区福华三路  
深圳国际商会中心2708

在中国解决纠纷的其中一个关键性问题是，当对方可以轻易地隐藏财产时，有利的判决通常很难付诸执行。为了避免这种情况，申诉人可以申请财产保全。在海事纠纷中，扣押船舶恰恰就是为了这个目的，正如《在中国扣船》一文中所阐述的内容。

[http://www.wjnco.com/eng/articles\\_show.asp?Articles\\_id=65](http://www.wjnco.com/eng/articles_show.asp?Articles_id=65)

该文作者徐剑峰是敬海律师事务所上海分所的高级律师，主要在海事和保险纠纷中代表外方客户。去年，徐律师在美国著名律师事务所之一的Holland & Knight LLP接受了为期5个月的培训。

# 在华外国企业所涉及的 法律问题 第二部分



## 知识产权保护—充分准备

对于在中国开展业务的外国企业来说，他们会遇到的第三个方面的法律问题是知识产权保护方面的问题。中国的盗版事业世界闻名，什么东西都可以盗版，而不幸的是中国的知识产权法制体系仍然不够成熟，没能够提供充足的资源抵抗目前盛行的侵权行为。但是，外国企业尽早采取措施保护自己却是可以的。

首先，在中国注册的商标和专利应当受到中国法律的保护。因为中国主张的是“申请在先”的原则，也就是说第一个成功注册商标或专利的人将拥有该商标或专利的权利，而不论该商标或专利是否由其他人事先使用与否。尽早提交知识产权注册的申请可以使你将来免受侵权之扰，这一点很关键。

许多国外知识产权的拥有者在申请注册方面拖延得太久了。尤其是商标权，公司常常是等到他们在中国开始实际销售或是投资的时候才去注册。在这个时候，中国的竞争者，业务伙伴或是独立的第三人可能早就获得了这个商标在中国的所有权。取回商标很困难，代价也高，可能还要花很多年的时间。这段时间内你无法反

抗已经在利用“你的”品牌的第三方。拥有知识产权，例如商标权、专利权或者版权也并不能够保证没有第三方侵犯你的权利，但是至少你可以向侵权者提起诉讼来保护自己的权利。

和人们普遍的想法相反，其实中国对知识产权的执行方面的体制事实上是相当全面的。可是执行起来代价很高，要提供证据，侵权的人又不断的增多。而好消息就是抵抗侵权行为的措施越来越有效了。许多外国企业一开始就犯了错误，放弃抵抗了。对于那些不能够一直走在侵权者前面的知识产权的所有人来说，去了解各种在不同具体情况下有效的对抗侵权的措施以及准备好可以有效实施的知识产权保护机制很重要。这些保护机制包括注册知识产权、准备好你的知识产权的资料、向海关主管部门登记某知识产权权利，在商业和劳务合同中加上合理的条款，教育员工知识产权的价值和侵犯知识产权的代价，还有利用员工和合作伙伴从市场中收集侵权的证据。

就大多数在中国运营的企业而言，向每一个侵权人采取措施实际上是办不到的。然而，什么都不做也就等于是接受了。尽早采取措施，了解好有什么选择、

条件和在中国法律下不同救济的利益，以及按照每一个案件的特点，谨慎平衡一下费用、风险和结果将能够帮助您的企业以有限的行使知识产权的预算获得最大化的利益。

## 结论

在中国的每一家外国公司都面临着挑战，而且它们必须去寻求克服这些挑战的有效方法。如何解决这些日常的困难有赖于企业的文化和其面临的是什么挑战。无论如何，上文所阐述的问题可以作为指南，帮助外国公司解决在进入中国遇到的最为普遍的问题。

外国公司应该花时间充分弄清楚自己的目标以及怎么样做才可以达到这个目标。中国不是一个容易做生意的地方，而且公司面临的困难也不会和你在其他国家遇到的困难相似或者一样独特。但是，这些困难是可以克服的。

作者：Maarten Roos

## 劳动合同法对外商投资企业的影响 ——兼谈对其第48条、第85条的理解

### 一、外商投资企业用人单位违法解除劳动合同时，应如何赔偿？

《劳动法》对用人单位违法解除劳动合同应如何赔偿没有明确的规定。劳动部颁布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》仅规定在用人单位协商一致等符合劳动法规定的情况下，用人单位应支付经济补偿金的情形。劳动部颁布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》虽然规定用人单位违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同对劳动者造成损害的，应赔偿劳动者损失，

但是如果用人单位被最后认定为违法解除劳动合同、双方又不再继续履行合同时，用人单位应作出何种赔偿、赔偿多少的问题却没有任何相应规定。这一点，作为律师，向外商投资企业当事人提供法律意见时在法庭进行适用法律辩论时，是十分困难的事情。对该类案件法院的判决也很不确定，使得用人单位和劳动者的权利义务关系处于不确定状态。

《劳动合同法》第48条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合

同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当支付赔偿金。赔偿金的标准为，按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付二个月工资的赔偿金。六个月以上不满一年的，按二年计算；不满六个月的，向劳动者支付一个月工资的赔偿金。根据笔者的经验，在外商投资企业用人单位发出单方解除劳动合同关系的通知后，如劳动者不服提起仲裁和诉讼后，用人单位和劳动者一般不选择继续履行合同而是希

# 劳动合同法对外商投资企业的影响

## ——兼谈对其第48条、第85条的理解



望作出赔偿后，解除劳动合同。因此，《劳动合同法》的上述规定，几乎为外商投资企业用人单位和劳动者之间八成以上的劳动争议提供了明确的法律依据。作为律师，是十分愿意看到法律对某一具体的问题有相应的法律规范的。

### 二、被仲裁委员会或法院认定用人单位解除劳动合同无效后，用人单位是否应加付赔偿金？

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十条规定，用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。法院在认定外商投资企业用人单位违法解除劳动合同时，通常会在确定用人单位的应承担的经济补偿金中，包括上述百分之五十支付额外经济补偿金。通常会是一笔比较大的金额。因此，《劳动合同法》实施后，外商投资企业用人单位是否仍然必须支付上述金额是值得关注的法律问题。

《劳动合同法》第85条规定，用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

(一) 未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；

(二) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；

(三) 安排加班不支付加班费的；

(四) 解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

根据以上规定，只有在用人单位没有依法支付补偿金、并在劳动行政部门责令限期支付而逾期不支付的情况下，用人单位才需要加付应付金额百分之五十以上百分之一百以下的赔偿金。因用人单位是否依法解除劳动合同的认定机构为劳动仲裁委员会和法院，劳动行政部门无权认定用人单位是否依法解除劳动合同。因此，劳动行政部门也无权责令用人单位必须根据《劳动合同法》第48条的规定支付赔偿金（经济补偿金）。据此，笔者认为若劳动仲裁委员会和法院最终认定外商投资企业违反《劳动合同法》解除劳动合同，而劳动合同不再继续履行的，外商投资企业用人单位只需根据《劳动合同法》第48条的规定支付赔偿金，而无需另加付赔偿金。

### 其它相关信息

《劳动合同法》第14条第2款规定，连续订立二次固定期限劳动合同后劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。否则用人单位必须自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。《劳动合同法》第46条规定，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，固定期限劳动合同期限届满终止的，按法律规定支付经济补偿金。这些都是外商投资企业应重点加以关注的规定。

作者：卢运广

广州  
电话：(+8620) 87600082  
传真：(+8620) 87784482  
INFO@WJNCO.COM

上海  
电话：(+8621) 58878000  
传真：(+8621) 58822460  
SHANGHAI@WJNCO.COM

福州  
电话：(+86591) 87812260  
传真：(+86591) 8781210  
FUZHOU@WJNCO.COM

青岛  
电话：(+86532) 86665858  
传真：(+86532) 86665868  
QINGDAO@WJNCO.COM

天津  
电话：(+8622) 25323818  
传真：(+8622) 25323820  
TIANJIN@WJNCO.COM

厦门  
电话：(+86592) 2681376-9  
传真：(+86592) 2681380  
XIAMEN@WJNCO.COM

海口  
电话：(+86898) 66722583  
传真：(+86898) 66720770  
HAINAN@WJNCO.COM

本法律资讯由致力于协助中国及跨国公司  
在中国及国外业务的敬海律师事务所公司法组出版。

## 税务规定的 最新情况 外商投资

近来中国税收环境的发展体现在国税函[2007]第236号（通知236）的签署，其要求税务官员对仅有生产职能的亏损外商投资企业和外资企业进行调查，是否清晰反映国家税务局对中国的合同生产商和税务处理人持较低的容忍度，其中有可能发生亏损。许多外商投资企业/外资企业虽然单纯地根据其外国母公司的生产计划进行生产活动，但其仍然有亏损或仅创造边际利润。大部分的亏损是因为公司正处于起步阶段，可能有初始的一次性费用或生产能力较低。由相关的当地税务局以个案处理原则为基础对这些外商投资企业/外资企业进行税务审计。第236号通知表明国家税务总局正在这些仅有生产职能的外商投资企业/外资企业中对其调拨定价安排事宜组织一次全国性的税务调查活动。

基于该新通知，仅有生产职能的亏损外商投资企业/外资企业将成为将来调拨定价调查的主要目标，并且直接的后果将会是税务调整或加速对免税期的控制。我们建议在中国的外商投资企业/外资企业根据该新通知进行自我调拨定价评估并在确认持续亏损或取得边际利润的时候寻求建议。