

刍议内、外资企业组织法的统一问题

刘志云 原 凯

一、统一内、外资企业组织法的问题提出和原因分析

我国内、外资立法一直遵循双轨制立法模式,如果说这种立法模式在 80 年代尚有排除国内不利因素而促进外资企业快速发展之效的话,但在 90 年代向市场经济体制转轨的背景下其弊端与不足愈发明显。

首先,尽管《公司法》第 18 条规定“外商投资的有限责任公司适用本法”,但同时也规定“有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的,适用其规定”。这种“妥协性”的结果必然会给理论界和实务界带来诸多模糊不清的问题,如“另有规定”是否仅指与《公司法》不一致的规定;外商投资企业法未作规定的,是否必须适用《公司法》;“另有规定”部分是否都必须适用外商投资企业法等等。也正因为上述问题的存在,导致外商投资的实务部门,几乎忽视《公司法》可以在不与外商投资企业法相抵触的条件下适用于外商投资企业的有限责任公司的法律效力的存在。迄今为止地方外经贸管理机构在审查合资企业和合作企业合同时,唯一的法律依据仍是外商投资企业法规,从而运用比较规范的公司制度来调整不够规范的外商投资有限责任公司的良好愿望不免落空。^①所以,《公司法》的颁布,并没有能够使内、外资企业在组织形式上达到完全、实质的统一。其次,依据《中外合作经营企业法》第 2 条有关“合作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”之规定,可类推不符合中国法律关于法人条件的规定而未能取得中国法人资格的合作企业可适用涉内、涉外统一适用的《合伙企业法》。但“类推”毕竟只是“类推”,在两法都未能做出明确规定及其合作企业与合伙企业从概念到实质(诸如权利、义务等)皆与没得以澄清的情况下,必然会产生诸多模

糊不清的问题,从而使《合伙企业法》的涉内、涉外统一性大打折扣。最后,虽然《外资企业法》第 19 条规定外资企业为其他责任形式的,外国投资者对企业的责任适用于中国法律、法规的规定。但实际上当外国投资者为单个且其投资的外资企业不采用有限责任公司形式时,依此条款只能处于无法可依状态,因为 1999 年颁布的《个人独资企业法》并不适用于外国投资者。

总之,打破传统的以所有制为基础的带有计划经济调整影响的立法模式,建立以市场经济为基础的以资本运行和管理为主的立法模式,是我国立法改革的要求。这种要求反映在外资立法上,就是应该重新划分现行外资法体系,将原有外商投资企业法的内容分解,^②废除“双轨制”,实行科学的单轨制立法模式。^③具体而言,应将主要调整外商投资企业组织形式的法律划归于《公司法》、《合作企业法》、《独资企业法》调整,并制定统一适用的《外商投资法》,对外资概念、具体形式、投向原则和范围、外资审批制度、征收和补偿等问题做出明确规定。毋庸置疑,分解原有外商投资企业法的内容,统一内、外企业组织法决不是偶然选择,而是以深刻的经济根源作为内在促发和国际经济环境的外在驱动所引致的必然结果。市场经济的平等性要求是统一内、外资企业法的经济根源。

向国际规则靠拢,满足世贸协定的要求统一内、外资企业组织法的国际背景。随着我国加入 WTO 的步伐已日见加快,而一旦我国加入 WTO,就必须遵守 WTO 制定的“游戏规则”。所以,根据 WTO 的“游戏规则”,即按世界贸易协定重构我国外资法体系,其焦点是“国民待遇”问题。即我国入世后必须履行入世承诺,按照规定的期限满足世贸协定“国民待遇”原则的要求。而内、外资企业适用不同的企业组织法至少在形式上造

成对外企非国民待遇的表象。当国内还存在全民、集体、私营和外企等不同的待遇标准时,履行世贸协定中“国民待遇”原则之承诺实质上就难以兑现,因为这时对外资的“国民待遇”之标准无从参照。

要使外资企业之组织形式与内资企业一样统一适用《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》,并不是轻而易举之事。拿《公司法》来讲,就涉及到许多现行《公司法》与外商投资企业法之规定差异颇大或相抵触的问题。由于篇幅所限,本文拟单对统一《公司法》与外商投资企业的若干问题做出探讨。

二、统一内、外资企业组织法的若干探讨

对现行《公司法》如何开展取舍和完善工作呢?笔者认为应依赖于经济效益原则,即哪种规定或制度符合客观经济规律、促进企业经营效率,使之在不背离社会效益的前提下实现经济效益最大化,则保留;反之则舍弃;而若现有规定或制度皆缺乏科学性,不利经济效益的实现则应做出更改、完善。本文正立足于此,对统一现行外商投资企业法与公司法有关注册资本制度、股份转让规定、公司治理结构形式及其一人公司制度等方面做出探讨。

(一) 统一注册资本制度

现行《公司法》实行与确定资本制,该法第 23 条规定:“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额”;而现行外商投资企业法实行之迥异的授权资本制,《中外合资企业法实施条例》第 20 条与《外资企业法实施细则》第 21 条规定,中外合资企业或外商投资企业的注册资本为合资各方或外国投资者认缴的全部出资额,所以有必要讨论两者统一的问题。

外商投资企业法之所以采用授权资本制,是为了与国际上多数国家所采用的公司资本制度相一致,以便更多地吸引外资。但从长期实践看,虽然授权资本制具备筹资灵活方便,资金利用率高等优点,但虚假出资或注册资本不实等问题却分外严重。尤其是在外资并购活动中,由于现行外资法允许合营企业各方主体分期缴付出资,第一期出资只须达到各自认缴出资的 15% 即可,作为并购方的外国投资者只要在合营企业注册资本中有

首期实际出资 7.65% (=51%×15%) 即可取得绝对控股权。而根据现行外资法规定合营企业各方按注册资本比例分享利润。外资并购方即可在未实际缴清出资前参与分配利润。其未出资部分提前分享企业利润实际是对被并购的国内企业所创造利润的无偿占有。显然,以上两种情况皆违背公平交易法则,不利市场经济健康发展。再看《公司法》实行的确定资本制,尽管其较好的维护交易安全和保护债权人利益,但却难免因增资成本过高及资金闲置而造成浪费,不符合现代法律所要求的效率原则。而且,公司的偿债权力并非完全取决于帐面资产,而是取决于可以即时变现的帐面资产所占比例,而公司资产与即时变现资产不能等同。所以,绝对坚持资本确定原则并不一定能够维护交易安全。^④鉴于两种资本制度优劣参半,许多发达资本主义国家已纷纷改用折衷资本制,如德国、法国、日本等。^⑤这一制度取确定资本制与授权资本制之长,摒弃两者之短,它既放松了对公司设立时的资本要求,又保证公司成立时拥有必要的资本,如此做法值得借鉴。笔者认为,修改后的《公司法》实行授权资本制,统一适用内、外资公司,即允许公司设立时只需募集或实缴章程规定的股份总额的一部分,余下部分授权董事会在公司成立后根据实际需要而作募集或缴付。

(二) 统一“股份转让”的规定

现行外资法对股份转让规定了较为严格的条件。根据《中外合资经营企业法实施条例》第 23 条和《中外合作经营企业法》第 10 条等规定:合营企业与合作企业中的合营一方向第三方转让其全部或部分股份(或总资金额),须经合营他方同意,并经审批机构批准。另外《外商投资企业法实施细则》第 23 条也规定外资企业注册资本的转让须经审批机构批准。而现行《公司法》有关股份转让的规定远比外资法灵活,根据《公司法》第 35 条、第 36 条,向股东以外的人转让出资只需由全体股东过半数通过,而不需要全体股东同意,不同意转让的股东应购买该转让的出资,如果不购买该转让的出资,视为同意。外商投资企业法中要求合营企业中转让股份须经所有其他股东同意,初衷似乎是为使人合因素较强的合营企业保持稳定,但事实上这种规定没有多少意义。因为假若合营一方要求出让其股份,不管是由于对投资事业

信心不足,还是因为不愿与合营他方继续合作,或是其他原因,目的都是退出或部分退出合营企业,这种情况下即使合营他方不同意其转让股份而将其强留于企业中,结果可想而知。^⑥

外资并购在 20 世纪 90 年代以来已成为外商对华投资的主要形式,而我国法律有关股份转让之规定对其影响重大,尤其是表现在国际金融资本对国内企业的并购活动方面。国际金融资本的并购基本为投机性并购,在目前我国不允许外资进入中国股市炒作 A 股的情况下,国际金融资本多为通过并购国内企业,取得控股权后或伺机向第三者转让其拥有的股份,或包装后在海外上市,目的都为牟取短期巨额收益。典型的是“中策现象”。这种金融投机并购若根据目前外资企业法有关股权转让之规定显然难以操作,而根据《公司法》规定却行之无阻。所以中策公司与泉州国企合资组建的中侨公司是依据《公司法》注册,而不是依据《中外合资经营企业法》注册的,因而逃避了后一法规对合资企业的一些约束措施,特别是关于股份转让的规定。^⑦而国际金融资本数量庞大,影响宽广,是各国获取外资的重要来源,我国对其关紧大门显然不切实际,国际金融资本进入中国有四种途径,即创建、并购、借贷以及赠与。金融资本的性质决定第一种、第四种途径进入微乎其微,而在我国已是世界第三大债务国的情况下,再向外大举借贷是政府不愿意的,尤其对于高利息的金融商业借贷。由此,金融资本并购便顺理成章地成为国际金融资本今后进入中国市场的主要模式。

总之,《公司法》中关于股份转让的规定更趋合理,也符合国际上通行做法,应是统一现有《公司法》与外商企业法有关股份转让规定的资本。当然,外资企业中的股份转让与一般有限责任公司的股份转让不同,有可能会引起公司的性质变化。比如合资、合作公司中的中方股东将股份全部转让给该公司的外方股东或其他外商,该公司就变成了外商独资企业;反之,如果外方股东将其股份全部转让(或转让部分股份后外资所占股份不足 25%)给公司的中方股东或其他中国投资者,该公司就转变为中资公司,就不能再享受外资企业的优惠政策。因此,《公司法》应规定此类股东的变更除了需要经有关部门批准、变更登记外,变更后

的公司所享受的各种优惠待遇也应相应调整。

(三) 统一公司治理结构方面的规定

公司治理结构本质上并非一般的企业管理,而是指在公司法人资产的委托代理制下规范不同权利主体之间权、责、利关系的制度安排。这在现代公司法中反映为注重权力制衡,实行三权分立,设立股东会、董事会和监事会,分享公司的所有权、经营权和监督权。此种安排实质上是现代经济发展的内在需求和公司法理论更新之选择结果,其目的在于减少“道德风险”,降低代理成本和确保公司有效率运行,以求达到效益最大化之目标。我国《公司法》显然吸收了现代公司治理结构的优秀理论和立法例,在第二章与第三章分别对有限责任公司和股份有限公司的治理结构做出详细规定,表现为设立股东会并在其下设董事会(或执行董事)和监事会两个互不隶属的平等机构,同时对三者的权力和义务做出规范,以求达到合理分工、各司其职和分权制衡的效果。与此相反,《中外合资经营企业法》第 6 条和《中外合作经营企业法》第 12 条将公司的所有权、经营权与监察权集于董事会一身,不单设股东会和监事会;而《外商投资企业法》未对外资企业的治理结构做出规定。客观而言,基于这些规定所设立的外商投资企业有限责任公司并非是一种规范的现代意义上的有限公司,而其治理结构的缺陷带来的弊端显而易见,决策效率低、缺乏对董事会的制约、对股东权益保护不利等等。

另外,《公司法》与外商投资企业法在公司治理结构的运行机制方面差异规定,也是判别两者有关公司治理结构制度优劣之重大因素。《公司法》第 41 条规定股东会会议由股东按照出资比例行使表决权,而《中外合资经营企业法实施条例》第 35 条和《中外合作经营企业法实施细则》第 25 条规定各投资方向公司最高权力机构即董事会委派董事的人数并不完全基于其出资比例,投资方之间可以协商方式确定各自委派董事的人数,而每一董事的投票权是平等的。尽管在实践中有大股东滥用权力侵害小股东利益的现象,但从法理方面分析,现代公司制度的本质在于公司是资本融合,股东权利的大小应直接与资本多少成正比。^⑧所以,由股东会而非董事会作为公司的最高权力机构和以出资比例分配表决权是顺理成章之

事,而外商投资企业法在此问题上的有关规定与现代公司的基本制度相悖,其立法的科学性之欠缺自不言而喻。

(四) 统一“一人公司”制度

我国《公司法》与外商投资企业法对一人公司的态度是不一致的。《公司法》只允许设立国有独资公司,而禁止国内其他组织和个人设立一人公司。而根据《外商独资企业法》及其实施细则,单个外国企业、其他经济组织或个人是可以设立有限责任公司形式的外商独资企业的。现行法对独资企业责任形式的分歧不仅仅产生立法的科学性疑问,并且引发阻碍社会主义市场经济健康发展的几大难题:1、所有制歧视。全民、集体独资企业具有法人资格,国家授权投资机构或国家授权部门可以单独设立有限责任公司,单个外国投资者可以设立一人公司,这些出资者对企业债务只须承担有限责任;而国内私人投资者(包括私有法人和自然人)所设立的独资企业只能采取非法人的组织形式,出资者对其债务应承担无限责任,这显然与建立社会主义市场经济目标及《宪法 1999 年修正案》提高私营经济之法律地位的精神相悖。2、国内市场上内外独资企业权利与义务不均衡。外资独资企业的投资者为一个自然人或法人时可选择有限责任公司形式,而国内单一出资者(这里指私有法人或自然人)却被剥夺此权利,这就产生内、外国籍法人或自然人所享受权利和承担义务的严重失衡,交易之公平性难于保证。3、国际市场上内外独资企业地位不平等。近几十年来欧美主要发达国家修改公司法,允许设立一人公司后,国外一人公司如雨后春笋般激增,与中国企业交往中其投资者对债务只负有限责任,而中国独资企业(有法人资格的除外)之投资者却被迫吞咽无限责任之苦果。

上述问题的存在皆严重侵害市场经济平等性之根本特征,违反民商法律之主体地位平等的基本原则;况且若不同主体的物权不得以平等保护,市场经济发挥活力之源泉即契约自由也难有用武之地,这些都将导致完善的竞争机制和开放的市场体系最终难以建立。诚然,一人公司的存在为法人人格的滥用创造可能,但公司法人人格的滥用也并非只有在股东为一人的情况下才会发生,况

且我国完全可以借鉴其他国家一些较为成功的经验,如美国的“揭开公司面纱”制度、德国的“责任贯彻理论”和日本的“透视理论”等,建立法律上的相应防范机制。倒是现行法在规定国有独资公司、外商独资公司合法性的同时,却未同时建立相应的防范机制,从而使现实经济生活中公司法人人格滥用的现象日趋势严重。

总之,修改公司法,构建涉内、涉外统一适用的一人公司制度已是势在必行。鉴于一人公司之特殊性及其我国商事法律制度不健全和法律文化缺乏诸原因,笔者认为我国公司法应对一人公司做出专章规定,具体措施包括:(1)确立一人公司之股东资格,剔除法律禁止从事营利活动者、禁止产权人、巨额负债无力偿还者假借一人公司外壳进入市场的可能;(2)规定一人公司只能采用有限责任公司组织形式;(3)贯彻公示原则,实行严格的登记和必要书面记载制度,以达公开、公示保护债权人之目的;(4)实行授权资本制度,公司设立时必须具备注册资本的法定比例资金,以使公司有必要资金开展经营活动,并对债务具备基本担保责任能力;(5)健全一人公司财务会计制度,遵循相关会计法律、法规;(6)规定一人公司股东负无限责任的例外,当股东违法或不道德行为致债权人损失时须负无限清偿责任。

注释:

①④⑥王玉梅·我国外国直接投资法律与公司法律制度之关系论[A].徐杰·经济法论丛第一卷[C].北京:法律出版社,2000,669页、672—673页、676—677页。

②⑧陈治东·我国外商投资企业公司制度若干法律问题之剖析[A].陈安·国际经济法论丛第1卷[C].北京:法律出版社,1998,174页、169页。

③卢炯星·论完善外商投资法律制度[J]中国法学,1996,(3),72。

⑤王保树·现代股份公司发展中的几个趋势性问题[J]中国法学,1992,(3),63。

⑦刘李胜·外资并购国有企业——实证分析与对策研究[M]北京:中国经济出版社,1997,332—333。

作者 厦门大学法学院研究生

邮编 361005