

中外合作经营企业(以下简称合作企业)和中外合资经营企业(以下简称合资企业)同称合营企业(joint Venture)。前者属契约式企业(contractual joint venture);后者属股权式企业(equity joint venture 或 company joint venture)。联合国欧洲经济委员会于1979年出版的《东西方工业合作》一书为合营企业所下的定义是:股权式合营企业是“建立一个单独的法人团体(一个混合公司)”;契约式合营企业“不需要建立另外的企业(法人团体),而是通过合同建立关系”。根据上述定义衡量我国的合作企业,作为契约式企业,是不具备法人条件的。

各国对合营企业的法律性质有不同的规定:美国认为属于“人的组合”,不是一个法人,基本上适用合伙法的有关规定;法国则认为合营企业是“经济利益的组合”,享有法人资格,并受《合资经营企业条例》的约束。

我国《合资法》明确规定:“合营企业的形式为有限责任公司”(《合资法》第四条),“在中国境内设立的中外合资经营企业是中国法人”(《合资法实施条例》第二条)。至于合作企业,《合作法》第二条规定:“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”。但是,取得中国法人资格的公司应属何种形式,《合作法》未作规定。

一般认为,取得法人资格的公司只有两类:有限责任公司和股份有限公司。由于《合作法》第十条关于合作企业转让权利义务必须经他方同意的规定,排除了适用股份制的可能,因为股份公司转让股份是以自由转让为原则的。因此,合作企业只能通过有限责任公司的形式取得法人资格。但是,由此引出的一系列法律问题尚须就有限责任公司与合伙企业以及股份有限公司的对比以论证其法律属性;就合资企业与合作企业的对比以论证合作企业法人资格的完整性;最后就合作企业法人资格的缺陷探讨其补救办法。因为,有限责任公司的成立是以享有法人资格为前提的。

## 一、有限责任公司的法律属性

有限责任公司于1892年首创于德国,推广至全世界,英国的效益较为显著。这类公司晚于股份有限公司近三百年;晚于合伙企业二百年,因此,有限责任公司得以兼收股份有限公司、合伙企业之所长,而弥补其所短,并在若干方面优于合伙企业和股份有限公司。为此,有必要逐一加以比较研究,从而了解其法律属性。

### (一) 有限责任公司同合伙企业的比较研究

1. 有限责任公司享有法人资格,企业法人是永恒连续性的经济组织,一般说来只有歇业才能使其终止存在,许多经营百年以上的公

司仍有旺盛的经营活力；自然人组合的合伙企业则因一名合伙人死亡或破产即应解散。

2. 有限责任公司的企业财产和股东个人财产完全区别开来。企业亏损、债务和股东本人无关，从而减少了投资人的风险；股东的股份可以转让，股东转换不影响公司结构的变化。但是，合伙企业的财产则为全体合伙人所共有，合伙人的退伙可能导致合伙企业的严重混乱。

3. 有限责任公司可以用自己的名义起诉或应诉，因此可以对本企业任何一名欠债的股东起诉；合伙企业本身无诉权，只能由一名合伙人诉另一名欠债的合伙人。如果合伙企业被判破产，所有合伙人应对企业债务负共同责任。

4. 有限责任公司可以用自己的名义订立合同，承担合同责任；合伙企业则应以所有合伙人名义对外订立合同，并由全体合伙人对合同义务负共同责任。

5. 有限责任公司股东的责任限于持有股份的面额；合伙人对合伙企业的债务负无限责任；

6. 有限责任公司股东转让股份应得到其他股东的同意；合伙企业合伙人退伙需得全体合伙人的同意（这一项两者是近似的，可见有限责任公司保存着合伙企业的痕迹。但是，主要合伙人退伙一般是不容易的）。

7. 有限责任公司的股东名额有上限的规定，有二十人、三十人至五十人不等；合伙企业一般限于二人至二十人。

8. 有限责任公司可聘请专家管理其企业，股东仍能保持其股份所有权和收益权；合伙企业的合伙人必须躬亲处理事务，并得以劳务作为入资。

9. 有限责任公司的雇员出资入股可以变成股东；合伙企业雇员成为合伙人较难实现。

10. 有限责任公司经营良好享有商誉，可以按公司的意志出售商誉，如转让商标权等；合伙企业的商誉是各个合伙人个人的名望、技能和信誉，无法转让。

## （二）有限责任公司同股份有限公司的比较研究

英国公司法把股份公司分为两类：一类叫Public Company，另一类叫Private company。前者的译名为上市公司（或公开招股公司），相当于本文所称的股份有限公司；后者的译名为不上市公司（或非公开招股公司），相当于本文所称的有限责任公司。

英国公司法规定，不上市公司享有十项特权和豁免：

1. 不上市公司股东最少2人；上市公司是7人（第一条）；
2. 除非已经收齐最低认购额，不上市公司不适用禁止股份的分配（第四十七条）；
3. 除非代替招股章程的说明书已送呈存档，不上市公司不适用禁止股份的分配（第四十八条）；
4. 不上市公司在组成法人后即可开业，不适用各项开业的限制（第一〇九条）；
5. 不适用有关法定会议、法定报告（第一〇三条十款）；
6. 受委托的代表可以在不上市公司全体会议上发表讲话（第一三六条）；
7. 不上市公司只需一名董事，但不得兼任秘书（第一七六条）；
8. 不适用任命董事名单进行公告的各项限制（第一八一条五十六款）；
9. 可以由一项单独的决议作出两人或更多人为董事的提议（第一八三条一款）；
10. 不适用董事年龄的限制，附属公司不在此例（第一八五条）。

我国《合资法》规定合资企业采用有限责任公司形式，是基于有限责任公司的种种优越条件予以考虑的：多方筹资相近于股份有限公司，却回避了股份有限公司繁琐的程序规定；由出资股东出任权力机构和管理部门负责人，以及单一的、精干有力的管理部门相近于合伙企业，却回避了

合伙企业组织不稳定和风险过大的缺陷。我国的合资企业的有限责任公司，其法律属性与国外有限责任公司的法律属性是一致的，是具有完整的法人资格的有限责任公司。《合资法》颁布十年，全国几千家合资企业取得预期的成功，是和合资企业采用有限责任公司形式密切相关的。

## 二、合作企业法人资格的缺陷

通过下列合资、合作企业的对比，可以看出：合作企业是典型的契约式企业，其法人资格的条件是不完整的，纳入有限责任公司规范是有缺陷的。

### （一）合资企业与合作企业的比较研究

1. 公司形式：合资企业的形式为有限责任公司（《合资法》第四条）；《合作法》对合作企业的形式未作规定。

2. 法人资格：合资企业是中国法人（《合资法实施条例》第一条）；《合作法》第二条规定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（《合作法》第二条下款）。

3. 机构设置：合资企业以董事会作为最高权力机构，中方担任董事长，正副总经理由合营各方分别担任（《合资法》第六条）；合作企业得有两种选择：董事会或联合管理机构，负责人不限于中方（《合作法》第12条）。

4. 经营管理：合资企业实行总经理直接向董事会负责制（《合资法》第六条）；合作企业得以委托合作者以外的他人进行管理（《合作法》第12条下款）。

5. 注册资本：（1）合资企业各方按注册资本比例进行投资，外方投资比例不得少于25%（《合资法》第四条）；合作企业无注册资本之规定，外方投资数额亦无规定；（2）合资企业注册资本在合营期间不得减少（《合资法》第四条）；合作企业对固定资产有所规定：外方依合同约定在合营期间可以回收投资（《合作法》第二十二條）；（3）合资企业注册资本的转让须经合营各方的同意（《合资法》第四条）；合作企业合同中权利义务的转让必须经他方同意（《合作法》第十条）。

6. 利益分配：合资企业以净利润按投资比例分享利润（《合资法》第四条）；合作企业按合同约定分配收益或产品（《合作法》第二十二條上款）。

7. 风险、亏损、责任：合资企业按注册资本比例分担风险及亏损（《合资法》第四条）；合作企业依合同约定承担风险及亏损（《合作法》第二十二條上款）。合资企业的责任以合营各方各自认缴的出资额为限（《合资法实施条例》第十九條下款）；《合作法》规定外方依合同约定在合作期间先行回收投资的，双方应依有关法律規定和合同约定对企业的债务承担责任（《合作法》第二十二條下款）。

8. 企业所得税：合资企业按《合资企业所得税法》征税；合作企业的外方按外国企业所得税法征税，中方按国营企业税率征税（《外国企业所得税法》第一条，《实施细则》第三条）。

9. 合营期限：合资企业一般为十年至三十年，对投资大、建设周期长、利润低的企业可以延长至五十年（《合资法实施条例》第一〇〇条）；《合作法》对合作期限未作规定）允许依合同约定日期终止（《合作法》第二条）。

10. 清算：合资法对合资企业的清算有明細规定（《合资法实施条例》第一〇四條至一〇八條）；《合作法》对清算未作规定，但规定得由双方约定，合作期满时企业全部固定资产归中方所有的，外方得在合作期间回收投资（《合作法》第二十二條）。

以上对比表明，合作企业具有契约式企业的一切特点。

## （二）合作企业法人资格的缺陷

我国《民法通则》明确规定，法人应具备四个条件：（1）依法成立；（2）有必要的财产或经费；（3）有自己的名称、组织机构和财产；（4）能够独立承担民事责任。

合资企业依《合资法》成立；有必要的投资总额和注册资本；有自己的名称、组织机构和财产；合营各方以各自认缴的出资额承担民事责任，因其具备法人资格的四个条件而成为有限责任公司。

但是，通过合作企业与合资企业的对比可以看出，合作企业因无注册资本的规定，而外方得以在合营期间回收投资，把固定资产转让于中方，由此产生了以下两个难以解释的问题：

### 1. 合作企业有没有“必要的财产和经费”？有没有“自己的财产”？

合作合营合同约定，合作期满后企业固定资产归中方所有的，外方得在合作期间提前回收投资，实质上是中方在合作期间将应得的利润贷于外方，使外方得以在合同期间回收投资；企业固定资产含有双方的投资，在合同期满后归中方所有，实质上是外方偿还中方的贷款。这种做法完全是根据平等互利原则而以一种简易的结算方式实现的。但是这种结算方式不应影响合作企业经营期间应拥有一个类似注册资本的稳定的财产和经费，而这些财产又必须是合作各方不得作为利润分配的企业自有财产。合作企业正是在这方面存在缺陷。

### 2. 外方提前回收投资，外方对企业的债务负的是有限责任还是无限责任？

《民法通则》第四十八条明确规定，合作企业法人“以企业所有财产承担民事责任”，依公司法原理，企业法人负的是有限责任。

《合作法》第二十二条款规定，外方提前回收投资的，双方应依有关法律和合同约定对企业的债务承担责任。当前，“有关法律”尚未颁布，而一般的合作合同约定尚不能理顺双方对企业债务的法律关系。

在《合作法》颁布前，笔者曾看过四百多份合作合营合同，这些合同一般都订有亏损责任、风险责任条款，如“客商负责生产经营，中方不负任何亏损责任”；“企业一切风险由外方承担”。这类条款虽不尽合理，但依《合作法》第二十二条上款，合营双方确可自行约定如何承担风险或亏损。由此，根据合同的一般约定，企业的债务责任就责无旁贷地落到外方一边。日本一家法律杂志对此评论说，外方对企业承担的责任不是有限责任而是无限责任，理由是提前回收的投资是外方依法所得，已和企业不存在任何关系，再以这款项承担企业债务，只能是无限责任。这一问题有必要加以解决。

另外，还有两个实际问题：（1）外方提前回收投资后，企业资金空虚，中方将单独担负后期风险；（2）损害对企业享有债权的第三人的利益。

## 三、合作企业法人资格缺陷的补救

鉴于已经成立的合作企业都以有限责任公司名义登记，一般都承认其法人资格。为了维持企业法人资格的完整性，使合作企业的财产制度符合有限责任公司的通例，建议《合作法》在制定《实施条例》时设立合作企业的自有资产，其作用相当于合资企业的注册资本。此项资产根据经营规模确立，由主受机关核准。自有资产的来源可以从纯利润中提取，也可由固定资产抵押所得。此项资产专为抵偿企业债务之用，不得作为利润分配；在企业解散时依约定比例进行分配。做到这点，合作企业的有限责任公司的法人地位就大致稳定了。