

随着我国改革开放的深入,外商对华投资、创办的企业截至1991年7月已达34800家,其中大多是中外合作经营企业(以下简称合作企业)与中外合资经营企业(以下简称合资企业),另外少数是外商独资企业。

鉴于合作企业问世以来,实际部门和法学界偏重于法人企业的研究,对于非法人企业则因其涉及众多复杂问题而很少研究。本文拟就这类企业的类型、作用及其法律内涵等问题进行探讨。

一、“非法人企业”的定义

非法人企业是一种低级的商业组织形式,如个人企业、个人合伙企业等,出资者就是企业的所有人,应以个人的全部财产对企业的债务负无限责任。由于不具备法律上的独立人格,此因叫非法人企业。

法人企业(有限责任公司、股份有限公司等)区别于非法人企业的主要标志是:股东就其出资对公司债务负有限责任。

二、两类主要非法人企业的组织形式

合作企业中的非法人企业主要指合伙企业与有限合伙企业(以下简称两类合伙企业),对于这两类企业,英美法系不赋予法人资格,而有些大陆法系国家则承认其法人资格,允许称为公司。笔者认为,我国对这两类企业以不赋予法人资格为宜。一是由于我国公司法尚未颁布,对于设立公司的条件、管理等方面缺少法律依据;二是由于公司制度过于繁杂,难以管理;三是参考国际上大多数国家有关合伙的规定,使我国规定与国际惯例相接轨。

对于合伙企业和有限合伙企业,各国法律规定有所不同:英美法系国家允许援用有关合伙的判例,还另行制定单行法规。美国有《统一合伙法》和《有限合伙法》;英国有《合伙法》和《有限合伙法》。大陆法系的国家,如法国、德国和意大利等国,都在各自的民法典或商法典中加以规定。我国《民法通则》则将个人合伙列入

公民(自然人)一章。各国对两类企业的规定尽管存在巨大差异,但是两类企业的法律内涵,原则上还是一致的。

合伙企业:各合伙人以自己的全部财产承担企业债务的无限责任;每一合伙人都有权作为企业的代理人;合伙权益必须经全体合伙人的同意方得转让;合伙人中有一人退出或死亡,企业即告解散。

有限合伙企业:至少由一名负无限责任的普通合伙人和至少由一名负有限责任合伙人所组成;有限责任方无权代理其他合伙人,不参与企业经营管理;对企业的债务仅以参加合伙的资本额为限;负无限责任的普通合伙人的权利、义务与合伙企业中的合伙人相同。

三、两类合伙企业的作用

资本主义世界对两类合伙企业的经营范围不加限制,可以经营工业、商业以及其他服务性行业。笔者认为,鉴于工商业竞争激烈,工商合伙企业负无限责任风险过大,我国不应设立。在我国,设立两类企业一般应以第三产业为主。第三产业在现代国家中的作用非常重要,在改革开放进程中,对我国发展外向型经济尤为重要。在上海浦东的保税区、出口加工区、金融贸易区以及各个经济特区、经济技术开发区等外商聚集地

试论中外合作经营企业中的非法人企业

陈雍 蔡纓

内,亟需各类行业的咨询行、律师行(我国尚未准许开业)、会计师行、股票经纪人行、专利代理行、医师合伙等。这类行业是发展和繁荣社会主义商品经济必不可少的。

结合我国国情,这两类合伙企业应适用于上述脑力密集型的咨询业和其他服务行业。这种企业开办费用不大,正常经营几乎不可能欠债,但需以最佳服务取得效益;以精确决断、勇担风险和绝对负责而取得信誉。但是,出了责任事故,通常需要付出巨额赔偿金,这就会激励企业更加认真地服务社会。

四、非法人企业的其他组织形式

由于合作企业具有灵活多样的特点,在非法人企业中形态各异的合作企业更为多见。

1. 外国合作方作为中国企业法人的参与者 例如,香港世博有限公司在锦江饭店设立的锦江北楼酒吧咖啡室等,刚设立时,就属于这一类型。

2. 合营企业(包括合资、合作)成立前,超前组建的引进车间 例如,上海某油漆企业在洽谈合营过程中,先期组建一个引进车间,由外方提供技术资料,负责技术指导,培训中方人员,加深了相互的了解,促进合营谈判的成功。在合营企业成立前,这一引进车间是中国企业利用外资的一个部门,当然不可能具备法人条件。

3. 合营企业成立前,超前设立的中外合作销售和技术服务站 例如,吴淞化工厂和英国 BOC 公司洽谈合营过程中,在合营企业设立前,先期设立一个特种气体寄售及技术服务站,由英方派遣技术人员进行技术指导、培训人员,促使服务站为即将设立的合营企业开拓了市场并为合营企业的建立起了桥梁作用。在合营企业成立前,这类服务站应是中方企业利用外资的分支机构,不具备法人条件。

4. 外商承包经营中国企业 外商根据承包合同承包的中国企业,企业所有权及其原有法人资格不变,外商取得有年限的占有、使用和收益权,以合同规定的条件与中国企业分享

利润。例如,广东顺德迅发电线厂向银行借贷困难,资金无法周转,外商承包后,以自己的名义拆借 200 万元作为企业流动资金,又增加投资 9 万元,并从香港增派技术人员到厂传授技术,抓质量,根据国内外市场的需要,增加了适销对路的新产品,从而增强企业的竞争力。

5. 中方或外方对合作企业的承包经营 例如,佛港芸瑜食品公司,开办 9 个月,亏损 30 多万元,外商承包一年后基本扭亏,嗣后外方承包者按承包协议每月按销售额的 5% 向中方缴纳利润。又如,日本北商贸易株式会在福建与中方合作经营香菇,由于日方对当地香菇技术不了解,一度亏损,后由中方承包后,转亏为盈。

以上 4、5 两项关于承包的做法,承包中国企业符合现行政策;承包合作企业符合《合作法》第二条关于合作企业合同约定经营管理方式的规定以及第十二条关于委托中外合作者以外的他人经营管理的规定。

当前沿海各地不少合资企业也搞承包制,公然违反《合资法》关于共同投资、共同经营管理、共担风险、共负盈亏四项法律原则,架空董事会,架空经理部,使《合资法》法律条文全部落空,造成企业法律关系全部乱套。笔者意见,除非合资企业经批准改变性质为合作企业,不准实施承包。

6. 不组成法人企业的合作生产 客商来我国合作开发和承包工程的项目都属于这个范围。这类项目的合作各方各以自己的名义履行合同义务,实现合同目的。由中国法人、外国法人分别享受权利,承担义务。项目的合作各方不实行连带的债务清偿责任。如营口市洗衣机厂与日本松下公司签订年产 20 万台双桶洗衣机的合同规定,中方向日方购买成套设备,日方负责培训人员,介绍管理经验。生产的产品标明双方企业的名称,达到松下标准,销往国际市场后,由中方支付日方一定比例的技术费。这是全国著名的案例,经营极为成功。如果双方认为必要,可以进一步组建合资企业或法人型合作企业。

在上述六种形式中,有的具备明显的合伙企业或有限合伙企业的特征,有的则不十分显著,有的还不具备企业的雏形,因此,笔者称之为两类合伙企业以外的其它组织形式。

合作企业是我国对外开放后广东农民与香港商人自发创造的企业模式,具有简便易行,灵活多样的特点。《合作法》既然允许其内外关系由合作各方自由商定,当然允许多种形式的合作企业存在。所谓“五百个罗汉,五百个样子”,不是坏事,但是必须使所有企业纳入《合作法》的规范。

五、非法人企业中的合作各方的法律关系

1. 非法人企业中的中方合伙人 按照我国涉外经济合同法的规定,我国涉外经济合同的主体是中国企业或其他经济组织。一般认为,应是国营企业、集体企业、私营企业和其他注册登记的独立核算的经营实体。

中方合伙人担任无限责任股东是一项比较棘手的问题。

国营企业由国家经营,其财产所有权属于国家,国家财产当然是没有极限的。但是,如果中方国营企业入资10万美元,出了责任事故,需赔偿超过10万乃至上百万美元时,主管机关通常不予批准,因为企业责任超过企业出资,而国有财产不便处理,势必由此产生国家责任的严重问题。

集体企业是劳动群众集体占有生产资料,共同劳动并实行按劳分配的经济组织。集体企业一般很难估算其自有财产,巨额赔偿通常难以实现。

私营企业及其他经营实体由于其本身经济实力的限制,经营规模比较小,资本也不多,对国际上的巨额赔偿缺乏承受能力。

综上所述,中方不宜担任无限责任的合伙方。但如果中方坚持担任无限责任方,需由挂靠单位出具书面保证并视业务类别及经营范围,提供外币担保金。提供担保的目的是为了限制无经营资格的合伙人入伙,即使在可以提供担保的情况下,也要严格限制中方合伙人担任无

限责任方。

如果中方合伙人担任无限责任方,则首先不会出现上述问题,因为无限责任方的责任范围为其出资额。同时,可以激励经营人提供最佳服务,勇担风险。

按照有限合伙的一般规定,无限责任合伙人不参与企业的经营管理,其行为对企业没有约束力。如果我方担任无限责任方,势必丧失对企业经营管理的最终决定权,也就是丧失了对企业的控制权。当然,在某些情况下,这不会十分影响我方的利益。但是,如果我方不控制企业,将导致严重影响我方的利益时,则应下决心担负无限责任。

2. 非法人企业中的外方合伙人 无限责任方需以企业财产以外的所有财产清偿企业的全部债务为前提。在国外,设定无限责任的合伙人应具有固定居所,这是他担负无限责任的基本条件。我国并未赋予外国人以永久居留权的法律制度,按理为外国人设立无限责任也是不可行的。因为外方合伙人在我国不享有定居权,除企业财产以外,其他财产均无从核查。但是,我国也可以采取变通办法,如责令外方合伙人提供银行担保等。

外方合伙人承担无限责任是不存在问题的。但是,如果外方担任无限责任方,则我方必将担任无限责任方,企业风险很大一部份就要由我方承担,这样有悖于我国引进外资、设立合作企业的初衷。因此,在一般情况下,应让外方合伙人担任无限责任方为宜,只有在特殊情况下,如我方不希望外方参与合作企业的经营管理,或外方不愿意担负无限责任,而我方又急需合作的项目,可以允许外方承担无限责任。

六、非法人企业的经营管理

1. 经营范围和出资方式 非法人企业的经营范围应限制在脑力密集型的咨询业和其它服务行业。

出资方式可以是资金、劳务或其他合伙条件。应将劳务和提供的合伙条件折算成资金,共同构成企业的资产总额,并以此分享利润,分

担风险。

2. 债务责任、利润分配和税负 无限责任方对合伙企业的债务负无限责任,各合伙人对合伙企业的债务承担连带责任。无限责任方根据其认缴的出资,提供的合伙条件或劳务,可在合伙合同中约定承担债务责任的比例,并在登记机关登记,但不得影响合伙中无限责任方承担连带责任。

有限合伙中的有限合伙人对合伙企业的债务责任以其参加合伙的资本额为限。

合伙各方的利润分配按各方出资的比例或按合同约定。

企业的税收按新颁布的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》执行。

3. 无限责任方为业务代理人,对企业经营负全责 无限责任方在业务范围内均有权作为合伙企业的代理人,对企业的债务负无限清偿责任,对企业的经营管理负全责;有限责任方对企业帐目、业务及财产状况无权自行处理。

有限责任合伙人参与管理企业所形成的债务,对于善意第三人应负无限清偿责任,但经无限责任方书面委托参与管理的除外。

4. 企业的内部组织形式 企业应设立联合管理委员会,以及联合管理委员会下的经营管理机构。联合管理委员会及其经营机构的职能根据合同的约定,但不得违反相关法律。

规模较小的企业,也可不设立上述机构,但合伙各方的义务须以合同约定。

5. 企业的会计制度 企业应在营业所在地设置完备的会计帐簿,合伙各方也应设置各自的帐簿。以上两种帐簿构成企业的一整套完整的帐簿。

6. 企业的解散与清算 自然人作为无限责任方的,如有一人死亡或退出,合伙企业即告解散。但在其他合伙人全体同意继续经营而修订章程,报经批准继续营业的除外。

合伙企业中方挂靠单位撤销,或外方合伙人的无限公司、合伙企业倒闭,合伙企业即告解散,但经改组、修订章程,经批准继续营业的不在此例。

有限责任方退出合伙、破产或死亡不影响企业的继续经营。

合伙企业的清算,以全体合伙人为清算人,有限合伙企业的清算,以全体无限责任合伙人为清算人,但按合同约定,或经多数无限责任方同意,可另行选定清算人。

另外,有关合伙的一般规定也应适用于合伙企业和有限合伙企业。

在《中外合作经营企业法实施细则》中,对非法人企业的法律关系加以规定,是完善立法的一个重要步骤。这些法律关系理顺后,势必提高我国利用外资的经济效益和社会效益。



(上接第9页)

力,并有必要出口技术,但不是说我们的技术已经到了饱和过剩的地步,可以排斥进口先进技术了。我们认为,任何一个国家都有可能输出自己的技术,但同时也要引进自己所需要的技术,包括美国、日本、西欧、苏联等技术经济发达

国家也是如此。所以,一方面要输出我们可能输出的技术及技术产品,另一方面要通过出口技术及产品赚取较多的外汇,再引进我们所需要的技术及技术产品,更好地武装我们的技术产业,增强技术经济后劲,以崭新姿态竞争国际技术经济市场。这是一条成功之路。