

前言

目前,我国尚无统一、完整的公司法,公司的组织和活动也还处于实践的探索之中。随着我国改革开放的深入,我国的公司组织取得了迅猛的发展,不仅在数量上取得前所未有的突破,而且在公司形式上也起了变化。中外合资企业、中外合作企业、外商自营企业等外商投资企业纷纷设立。

为了指导和管理公司的设立和活动,保护公司组织、公司成员和债权人的利益,维护社会正常的经济秩序,国家从七十年代末八十年代初开始了公司立法,先后制定并颁布了《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》、《企业法人登记管理条例》、《私营企业暂行条例》,以及《中外合资经营企业法实施细则》、《外资企业法实施细则》等法规。然而,直到现在,除上述单行的公司法规外,不仅尚未制定出统一完整的公司法,而且关于股份有限公司、有限公司、无限公司和联合公司的单行法规基本上也还处于空白状态。因此,研究世界各国公司、企业法规的有关规定,无疑对于制定符合我国国情的公司立法具有借鉴意义。

由于各国政治、经济制度不同,各国对外国公司进入的设立依据、先决条件、法人资格、法人国籍、组织形式、解散清算、改组、合并、经营限制以及法律适用等规定无一相同;更由于各国公司制度绵延一、二百年,法律意识非常强烈,相沿成习,多不愿以投资巨万的营利实体受

外国法律支配,因此,公司立法应当特别重视立法技巧。

公司法并不存在任何国际公约,是由各国自行其是。各国公司都是严格按照本国法组建

经营的,在进入外国时,都是以“入国问禁、入境问俗”的心态谨慎地实施跨国经营。

外国公司的跨国经营,并不属于国际法的范畴,因为国际法是以国际条约、国际惯例为其渊源,是调整国家与国家之间在国际交往活动中形成的国际关系的规范。涉外公司法甚至不存在任何国际法的现象,归根究底,公司法是具有跨国因素的国内法。这项法规还涉及相对国的法律、法规,在一定程度上使本国法的效力渗透、跨越国境至相对国。当然,这种相互间的法律跨国效力以不损害他国的政治、经济主权为原则。

基于上述原因,我国在制定公司法时,适当承认外国国民商法、公司法关于公司、企业的跨国因素;尽量使我国外资企业法在最大程度上与投资国法规相接轨,以便

引进更多外资企业。为此,本文提出下列四点设想:

一、借鉴大陆法系外国公司进入的程序法,由外国公司组建进入,实行经营跨国化;

二、从我国具体国情出发,选择借鉴两大法系引进外国公司的成熟经验,实现外国公司、企业组织形式的多样化;

三、尊重投资国或地区的公司立法,贯彻

各国公司、企业法规的比较研究 及其对我国的借鉴意义

陈雍 傅志耕

外国公司、企业章程的意思自治原则,自行决定公司企业的内部管理制度以及解决争端的准据法,实行其经营体制的本国化;

四、对长期经营的外国公司促使资金渐退(fade out),实行企业资本逐步本地化(东道

国化)。

现将各国公司法关于公司的设立程序、组织形式、内部结构等问题简要列表加以比较对照、以实证的方法提出我国的最优选择,并就教于专家学者。

一、外国公司进入的程序法问题

现将主要大陆法、英美法国家关于外国公司进入的程序规定简要列表如下:

表1 各国设立外资企业对照表

国别	程序	设立依据	先决条件	正式成立	法律管辖
中国		依中国《外资企业法》成立	向经贸部或国务院授权机关申请审批	批准后申请工商登记,核发营业执照	中国法律、法规
中国台湾省		依外国公司母国法成立	母国既存的母公司设立子公司、分公司向当局申请认许	经认许、核发营业执照	境内公司法
德国		依外国公司母国法成立	母国既存的母公司设立子公司、分公司的文件、章程应经母国公证,向德国工商管理局申请备案	创办人协议、章程存放工商管理局备案,即宣告成立	德国公司法规
法国		依外国公司母国法成立	母国既存的母公司设立子公司、分公司的章程副本应经母国公证,向法国工商管理处申请成立注册办事处	公司一经注册即告成立	法国公司法规
日本		依日本《商法典、公司编》成立	一、选定一位在日本设立公司的代理人 二、设立营业所	根据日本公司法进行公司注册并进行公告	除法律另有规定外适用日本同类公司法规的规定
美国		依美国各州公司法成立	向州务卿申请核发营业许可证,填写法定表格,报送法定文件	一、设立注册办事处 二、设定注册代理人 三、核发公司设立证书	美国各州公司法
英国	海外公司	依英国公司法成立	报送法定文件,向注册登记局申请设立固定营业所	向注册登记局申请登记	英国公司法
	一般外国公司	依英国公司法成立	其他主权国家设立公司的分支机构或经营实体,在英国无固定营业所	不需注册登记	遵守英国法律,但不受英国法律管辖;公司若为“居民”,仍受英国法律管辖

综观上表,可以看出大陆法系和英美法系在设立外国公司的程序上存在着明显的区别。

德法等大陆法系国家规定:在境内设立外国公司必须在公司母国具有一个既存的母公司,由母公司在东道国设立的子公司、分公司,其章程需经母国公证机关公证,并经东道国批准登记后,方可开业。公司的内部管理机制概受母国公司法规范。

我国台湾地区采用大陆法系,做法大致相同,并采行“认许”制。其《公司法》规定:“外国公司非在其本国登记者,不得申请认许。非经认许给予认许证者不得营业或设立分公司。”

英美法系国家规定:设立外国公司应符合英美国家公司法法规所规定的必要条件,并完成必需的申请手续和批准设立注册办事处后,方可营业。

日本在二战前采行大陆法制度,1948年、1950年两次修改公司法,基本上改行美国法制,因此,程序法与美国法相似。

上述两大法系的区别,大致的情形是:大陆法系的外国公司是先组建后进入,跨国经营;英美法系的外国公司是进入后组建,跨国经营。

我国《外资企业法实施细则》中规定外商进

入后设立外资企业。我国的公司法可以规定外国公司组建后进入,也可以规定为进入后组建。

然而,英美法关于公司的创立人、代表人住所的规定非常严格,非属永久居民不可。设立“注册办事处”、“注册代理”、“营业所”、“固定营业所”都是以永久居民为条件的。

大陆法系法学家认为外国公司、企业在国内设立,犹如外国人在内国定居一样,受定居法(Law of Establishment)规范。外国公民、跨国公司在内国设立的营业所或事务所的地位相当于居民。英美法没有使用“定居法”这个词,但同样承认这一原则。英国公司法有时直接把外国公司称为“居民”。我国对外国自然人并无赋予定居权的规定,至多给予三年有效多次往返的居留签证,无法责成公司创立人成立“固定营业所”一类的组织,因此,英美法责成公司在内国组建的程序在我国碍不可行。

鉴于在中国设立的外国公司都属跨国公司的子公司(如3M中国公司等),其组建程序以借鉴大陆法系的成熟经验为宜。这一原则已为中国人民银行对上海外资银行的管理办法(1990年9月8日发布)所采用。

二、我国可以接受的外国公司、企业的模式问题

现将各国有关公司 and 公司以外企业的组织形式分别列表对照如下。

在国外,公司、企业的组织形式大致如上。基于我国国情和当前经济体制的承受能力,本文认为上述公司、企业的组织形式有的可行,有的颇不可行,有的需在设定条件后方许设立。现从三个方面予以研究。

(一) 为外国公司、企业设定无限责任问题

无限公司与两合公司:无限公司股东应以个人全部财产承担公司债务的无限责任;两合公司应有至少一名的无限责任股东。由于我国并未赋予外国人定居权,其公司以外的财产无从核查,设定无限责任势必落空;而且此类公司

的内外关系非常复杂,经营范围又极难控制,管理上非常困难,因此不宜接受。

个人企业:个人企业以个人全部财产承担企业债务的无限责任,性质上类似无限公司,因此不宜接受。

合伙企业与有限合伙企业:合伙企业各合伙人以自己全部的财产承担企业的无限责任;有限合伙企业应由至少一名担负无限责任的合伙人和至少一名担负有限责任的合伙人所组成。为外商设立无限责任,由于外商在我国不享有定居权,其合伙人除企业财产以外的财产无所核查,设立无限责任原不可行,但是采取变通办法,责成提供一定数额保证金的银行担保,也可考虑批准。因为合伙企业、有限合伙企业在国

表 2

各国主要的公司组织形式对照表

组织形式 国别	无 限 公 司	有 限 公 司	两 合 公 司	股份有限公司
中 国	无规定	中外合资企业采用有限责任形式	无规定	试行股份制尚无法律规定
中国台湾省	《公司法》规定, 股东 2 人以上, 半数应有住所	《公司法》规定, 股东 2 人至 21 人, 半数应有住所	《公司法》有规定	发起人 7 人以上
联邦德国	称“合伙公司”, 允许只有一个股东	称“有限责任公司”, 人数不限, 允许“一人公司”	不详	发起人至少 5 人
法 国	《商法典》、《公司法》有规定	《股份有限公司法》规定 股东 2 至 50 人, 不准超过	《商法典》、《公司法》有规定	发起人至少 7 人
日 本	《商法典》有规定	《有限公司法》规定, 不允许“一人公司”, 股东不准超过 50 人	《商法典》有规定	发起人 7 人以上
美 国	《公司法》规定“一人公司, 赋予股份有限公司地位	称“封闭式有限公司”, 多数州不准超过 30 人	各州自行规定	多数州规定: 发起人 3 人以上
英 国	1949 年《公司法》有规定	称“非公开招股公司”, “不上市公司”, 股东 1 人至 50 人	无规定	发起人 5 人以上

表 3

各国公司以外的企业组织形式对照表

组织形式 国别	个 人 企 业	合 伙 企 业	有限合伙企业
中 国	《民法总则》有规定	国务院《关于城乡劳动者合作经营的若干规定》有规定	无规定
中国台湾省	《商业登记法》称“独资组织”	《民法、债编》有规定, 合伙人 2 人以上, 人数不限	无规定
法 国	《民法典》有规定	《民法典》有规定: 以全部财产承担无限责任的“无限合伙”, 2 人以上, 人数不限	《民法典》关于“私人合伙”、“特别合伙”有规定
美 国	各州自行规定	《统一合伙法》有规定, 人数不限	《有限合伙法》有规定
英 国	称“商号”	《合伙法》有规定, 合伙人不得超过 20 人	《有限合伙法》有规定

外一般是脑力、智力密集型的咨询行业、服务行业(如各种行业的咨询行、律师行、会计师行、股票经纪人行、专利代理行、医师合伙等), 这些行业是发展现代经济必不可少的服务部门, 只要正常经营, 几乎不可能欠债。但是, 企业需以最佳服务取得效益, 以精确决断、勇担风险和绝对负责取得信誉,

在发生责任事故时应承担赔偿责任。由于我国引进的企业应是对繁荣我国社会主义商品经济有利的、世界闻名、信誉卓著的、人才汇集的经营实体,似应设定担保责任后,允许设立。

(二) 有限责任公司应因势利导大力提倡

在国外,有限责任公司被誉为“取无限公司与股份有限公司之所长而避其所短”,是一种既便于出资人紧密合作又便于集资的公司组织形式。在联邦德国,这类公司占公司总数的95%。我国改革开放后,建立的二万多家合资企业、合作企业都属这类公司,经济效益卓著,管理上已

取得丰富经验,因此,应予大力提倡。我国《外资企业法实施细则》第十九条规定:“外资企业的组织形式为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。”

(三) 股份有限公司应慎重立法,择优引进

股份有限公司是国外最重要的大公司组织形式,利于集中巨额资金。在立法方面,对这类公司,应规定由我国一定数额资金参股并参与管理,投入国际资金大循环,进一步发展外向型经济。在引进时,应选择对我国友好的、在国际上信誉卓著的外国股份有限公司。

三、公司内部关系的准据法和意思自治问题

现将各国关于两类公司内部关系的法律规定简要列表如下。

表 4 各国有限责任公司内部机构的职能对照表

机构 职能 国别	股东人数	股东全会	董事会或董事	董事权限	监 察 人
中 国	《中外合资法》未作规定	不作规定	《中外合资法》规定董事会为最高权力机关,董事不得少于3人	对董事个人权限未作规定,一般认为是投票权	不作规定
中国台湾省	5 人至 21 人	不作规定	不设董事会的,董事会至少 1 人执行业务,并代表公司	由章程规定	不执行业务的股东均有监察权
美 国	有的州规定不超过 30 人	有规定,决定公司重大事务	一切权力由董事会或董事授权行使	董事是公司的代理人和受托人	由股东全会规定
英 国	2 人至 50 人	最高权力机关	董事至少 1 人	董事是具有实际权力和权威的人	任命“查帐员”若干人
联邦德国	1 人或数人	最高权力机关	不设董事会,规定“管理董事”在法院内外代表公司	1 人为董事,权力很大;数人为董事的,一般认为由投票决定	任意机构
法 国	2 人至 50 人	最高权力机关	不设董事会,规定“管理董事”代表公司	不详	超过30万法郎的公司 1 至数人

表 5 各国股份有限公司内部结构的职能对照表

机构 职能 国别	股 东 会	董 事 会	董事资格	董事会机构	董事会权力	董事责任	监 察 人
中 国	无 法 律 规 定						
中国台湾省	股东大会选举董事监 察人；股东大会应过 半数，应以过半数通 过决议	董事会不少于 3 人；股东大会对董事 会工作进行查核	具有行为能力	设正副董事 长；常务董事执 行业务	根据股东会决 议执行业务	董事会与公司的 关系是民法上的委 托关系	监察人有核查 注册权、召集股 东会权，各监察 人单独行使权力
美 国	股东大会选举董事 会，实行“累积投票 制”，出席人数应在 50%以上	指派一名董事主 持业务，董事会由 3~5人组成	非股东可担任 董事；受居住年 限、国籍限制	董 事 会 设 秘 书、财务各一人	公司权力由董 事会行使	董事是公司的代 理人和信托人	高级职员担任 监察
英 国	股东大会决定董事 与审计人员的任免	董事至少 2 人	非股东可担任 董事；破产人、有 刑事责任不准担 任	董 事 会 设 秘 书 一人	董事会权力由 章程规定	董事是公司的代 理人和信托人	审计人担任监 察
联邦德国	股东大会下设董事 会与监察委员会（双 重董事会制度）	董事至少 3 人； 股东：20万马克者 9 人；超过 800 万马 克者不超过 21 人	非股东可担任 董事	董事会成员一 律不得兼任总经 理	董事会以自己 的名义领导公司	由法律规定	部份股东，职 工代表组成监察 委员会
法 国	股东大会有权决定 以下两种体制：董事 会制或监察会与执行 会制；出席人数应在 25%以上	董事会制：董事 长兼任总经理；超 过 25 万法郎，董 事会必须 3 人以上	必须由股东担 任董事	董事长当然兼 任总经理	公司的主要决 策权是监察委员 会，董事委员会 监察委员会决议	董事违法、违背 公司章程，应对公 司和第三产，董事 应承担公司债务的 全部或一部	监察会与执行 会制；监察会任 会制；监察会中三分 之一应是雇员

综观上列两表,各国对两类公司内部关系的规定,几乎无一相似。可以断言,我国不可能为外国公司设定一种固定模式。换言之,任何一种固定模式都不可能适应各国公司在我国的建立。因此,本文以为,只要公司的内部关系不违反我国法律,不抵触我国的公序良俗,应准许外国公司依其本国法组成。下文就外国公司内部组织机构的有关问题加以研究。

(一) 公司机构和职能的准据法问题

外国公司在内国组建是法律事实。法律事实分为两种:一是行为;二是事件。组建外国公司的本身就是法律行为;外国公司组建后发生的债务、侵权问题是法律事件。由此就发生对外国公司本国法的承认问题,以及关于发生内国民商法、公司法和外国国民商法、公司法的法律冲突时的法律适用问题。简而言之,即发生中、外公司法规冲突规范中的准据法问题应如何解决。

本文以为,外国公司既依其本国法规组建,原则上应承认其本国法;但是各国公司法规的规定悬殊不一,碍难全面承认,因为公司成立后发生的债务和侵权行为原则上应依东道国法律处理。然而,承认外国公司内部组织的职能却是应该肯定的,因为引进的外国公司原是依其内国法成立的。据此,外国公司组织机构内部的争议解决似应依其本国法。为了明确外国公司组织的法律关系,本文认为我国有关的公司立法应当允许外国公司将其本国公司法关于机构组织条款扼要记载在章程之内,作为以后解决公司内部发生争议的准据法。但是应作以下限制:第一,不得有损中国主权和社会公共利益;第二,不得违反中国的法律、法令和善良风俗。

(二) 公司章程的意思自治问题

公司章程决定公司的组织原则。制定公司章程是公司的第一个法律行为,经政府审查批准的公司章程是合法有效的法律文件,表明东道国政府承认了公司的成立、法人资格、经营范围和发展方向;章程也是公司以外的投资人、债

权人、贸易关系人得以了解公司经营范围的文件。英美法系的公司章程还是制定公司章程、内部细则的准据和基础。

但是,公司章程的制定是在不抵触东道国法律的前提下,在具体事项上予以任择自由,这在国际上已成通例。因此,本文认为,外国公司的章程应该充分体现意思自治原则。但是,所订章程也以不违反我国法律、法令,不抵触我国公序良俗为原则。

由此,又发生对两大法系关于公司章程法律规范的借鉴及其最优选择问题。

英美法系关于公司章程的规定十分繁琐,缺乏一定的格式;

美国标准公司法关于章程的规定共十条,约一万字。另规定由董事会制定公司内部细则;

美国公司法规定,首先必须制定公司组织大纲以表示公司的对外关系(规定公司名称、营业所在地、公司资本、目的、权限等);再制定一份公司组织章程以处理其内部事务。

大陆法系国家如德、法、意大利、瑞士等国规定,章程应由单一文件组成并具有一定的结构和要求,所列事项简单明瞭。我国台湾省公司法是典型的大陆法系法规。该法规定:无限公司章程主要内容为十项;有限公司为十项;两合公司除写明有限责任、无限责任外,雷同无限公司;股份有限公司的规定为十二项。关于章程内容,台湾公司法又将其分成三部份:①绝对应载事项即法定应载事项;②相对应载事项主要指法律列举之事项,由公司任择记载;③任意记载事项是指公司各方当事人认为在上述两项规定事项以外必须记载的事项。均以不抵触法律为限。

综上所述,我国公司立法关于外国公司章程的规定以采取大陆法系单一文件为宜,在应载事项方面以分列绝对、相对、任意三种情形比较科学;英美法系的规定复杂而不便检查管理,不适应我国国情,但在具体事项的规定中,仍有借鉴价值。

(三) 中国公民担任外国公司董事问题

中国人民银行关于上海市外资金金融机构管理办法第三十五条规定：“外资金金融机构、中外合资金融机构应当至少聘用一名中国公民为高

层管理人员”；美国 3M 公司章程规定，“主管部门应指派一名职员由公司聘为董事”。这些规定有利于使公司发展业务时便于取得中国国内法律、政策和业务资料，使外国公司在中国法律范围内顺利开展业务。

四、对长期存在的外国公司、企业逐步实行本地化的问题

我国《外资企业法》对外国公司、企业的经营期限未作限定。但是，在实际上对已经建立的外资企业都是规定限期的，而且规定的期限都比较短，最多只有十多年。

“公司作为法人永久存在”是现代世界各国的不争之论。只要公司不违法、不亏空倒闭，没有理由令其歇业。任何行政措施为公司、企业设定期限都有悖于国际通例。改革开放在我国是长期的政策，应当允许外国公司、企业长期经营。我国《外资企业法实施细则》已对此作出明确规定。

然而，发展中国家从国家经济发展战略的长久考虑，对外资企业逐步实行“本地化”(Localization)的做法却是值得借鉴的：

印尼于 1984 年公布总统指导方针规定：外

国企业申请登记时，必须由印尼资本持股 20% 以上，并要求在投资后 10 年内把印尼资本持股比例提高到 51% 以上；

菲律宾规定：拥有新兴工业地位的外商独资企业有效期为 30 年，其后必须把出资比例降为 40%，但出口比例在 70% 以上的，仍可保持外商投资 100% 的状况。

上述规定，是发展中国家外资渐退政策(Fade-out Policy)的体现。

我国参酌引进这项政策，目标在于长久的发展战略。为了维护经济主权的独立，应在实施条例中明确规定中国资金应在一定期限内参股并逐年增加。但是，我国资金所占比重以最终达到 20~30% 为宜。

结 束 语

限于篇幅，本文未能就各国公司、企业的可比因素予以详尽列举；所列可比因素未加具体分析；英法等国尚有多种特殊形态的公司因无普遍意义而未予录入；少数企业形式(如股份有限公司)因已淘汰未予引用。

鉴于现代外国公司绝大多数均属跨国公

司，公司法以其局限性未能规范跨国公司的诸多复杂问题，因此尚需制订《跨国公司经营规则》与本法结合使用。此项规则应对公司的法人资格、国籍、国籍管辖与地域管辖、管辖权的冲突规范以及违反规则的处罚作出规定。