

外资控股公司的几个法律问题

倪 建 林

自 1979 年我国第一部外资企业法——《中外合资经营企业法》颁布以来，我国吸引外资的工作纳入正常法制轨道，得以迅猛发展。随《中外合资经营企业法》颁布后，《中外合作经营企业法》、《外资企业法》相继出台。由这些法律所确定的“三资企业”一般是由外国投资者直接投资组成的，它们本身不从事投资活动。但随着这些企业在中国境内业务的扩大，它们普遍要求继续扩大投资规模，而

最好的方式是允许它们进行直接投资。为此，外贸部于去年 4 月份颁布了《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》（以下简称《暂行规定》）。从该《暂行规定》来看，投资性公司其实即是控股公司，而控股公司的存在在我国还是新问题。本文将试就外资控股公司，结合《暂行规定》、《公司法》和其它有关法律，对其一些基本法律问题作一初探。

一、外资控股公司的性质界定

外资控股公司，顾名思义，就是指由外商投资的对其他企业进行股权控制的公司。《公司法》第十二条规定了控股公司可以进行累计投资额超过本公司净资产的百分之五十的投资，但未对外资控股公司作规定。按《暂行规定》，控股公司被称作投资性公司，它是指外国投资者在中国以独资或与中国投资者合资的形式设立的从事直接投资的公司。与一般的外资企业相比，外资控股公司有如下特点：

第一，一般的外资企业一般直接从事生产或服务活动。而外资控股公司进行的是直接投资活动，不直接从事生产或服务活动，业务活动主要是股权投资或股权收购（限于对外资企业的股权收购）。可以说，外资控股公司是一种实现资产优化配置的资本管理公司。

第二，外资控股公司的设立条件比一般的外资企业的设立条件要求严格和特殊。设

立外资控股公司，按《暂行规定》，需具备如下条件：（1）外国投资者申请前一年的资产总额不低于 4 亿美元，在中国境内已设立外商投资企业，其实际缴付的注册资本的出资额超过 1000 万美元，并三个以上拟投资项目的建议书已获得批准；或者：（2）外国投资者在中国境内已设立了 10 个以上从事生产或基础设施建设的外商投资企业，其实际缴付的注册资本的出资额超过 3000 万美元；（3）如以合资方式设立，中方投资者的资产总额应不低于 1 亿元人民币。另外，外资控股公司的注册资本最低额也有限制，为 3000 万美元。

第三，设立外资控股公司的审批权比较集中。一般性的外资企业的设立按其投资规模层层下放审批权，而外资控股公司的审批权只集中在一个部门，即对外贸易经济合作部。

对外资控股公司概念的理解，是鉴于“外

资”和“控股”两个因素,所以外资控股公司有别于国内控股公司(主要是国有控股公司)。其实,国内也尚未有一部专门的法律规范国有控股公司,也未对国有控股公司作出明晰的阐述,只是已开始大量试点运作。对此,笔者认为,外资控股公司和国有控股公司的法

律并不能完全参照,国有控股公司的出发点在于如何进行有效的国有资产的管理并保持国有资产的增殖;而外资控股公司的出发点在于如何有效管理外资(或合资)资产并促进投资规模的扩大。

二、外资控股公司的投资和股权收购

《暂行规定》规定,外资控股公司的主要业务是直接投资。其虽未对股权收购直接作出规定,但从其条文的阐述中可以看出,外资控股公司可以对外资企业实行股权收购。这两项业务构成了外资控股公司的主要业务。《暂行规定》的规定是较为概括和笼统的,不足之处在于不是十分的明晰和可具操作性。另外,《公司法》及其他如《证券法》的相关法律,更没有直接的规定。这种状况反应了我国立法的滞后性和不完善性,从而在一定程度上影响了外资控股公司在中国业务的顺利开展。

外资控股公司的直接投资,一般可以视同境外的外国投资者在中国境内的投资。在《暂行规定》中,只是作如下规定:“在国家鼓励和允许外商投资的工业、农业、基础设施、能源等领域进行投资。”对具体限制和禁止的行业领域,未作出明确的规定。这时,应参照国家对外商投资导向调整的有关法规,但《暂行规定》也没有明确指出。实际上,作为外资企业的一种特殊形式,所有调整外商投资的相关法律是适用外资控股公司的。

如果说对直接投资的规定还不是一个十分突出的问题,股权收购问题则尚有较大的争议。在《暂行规定》第六条阐述投资公司所投资企业时指出:投资公司将其投资者或其关联公司及其他外国投资者在中国境内已投资设立的企业的股权部分或全部收购,而使投资公司以及其他外国投资者的出资额占该已设立企业注册资本 25% 以上的企业。从中可以看出,外资控股公司对外资企业是可

以进行股权收购的。由此而带来的问题是,这种股权收购是证券市场中的“要约收购”还是“协议收购”?《暂行规定》未作出规定。如是“要约收购”,外资控股公司可以在证券市场大举收买中外合资股份有限公司的上市股票,而按现行的证券法规,这种做法是受到限制的。外资控股公司能否买卖境内上市外资股(即 B 股),《暂行规定》也未作明确规定。一般应禁止外资控股公司买卖 B 股的行为,否则会造成外资控股公司收购国内(国有)公司的股权,与只许外资控股公司收购外资企业的股权的规定相悖。笔者认为,就目前的证券市场的状况和现行证券法规的不完善性,以采取“协议收购”的方式为妥。但是,要成为真正国际性证券市场,通过跨国性的“要约收购”而进行企业的购并是必然的。当然,这并不排除《反垄断法》的限制的可能。所以通过证券市场的股权收购,必将成为外资控股公司进行股权收购的重要方式。

把股权收购的对象限制在外资企业这一范围内,应该说是与我国的国情相符的。如果允许外资控股公司收购国有企业的股权,很可能造成一些占主导地位的国有企业被外资控股的局面,这对我国国有经济的发展是不利的。随着国有经济的发展和国有资产管理进一步完善,允许外资控股公司收购国有企业股权也是必然的,但可以制定相应的法规来规定限制外资进入的行业。所以对外资控股公司的股权收购进行限制只是一种过渡性的制度,类似《暂行规定》的法律规范本身应在不断调整之中。

完善的股权收购制度,应建立在公平、公开、公正的基础之上。也就是说,我国的外资控股公司的股权收购应逐步开放,并置于公

平竞争的市场法则之下,才能真正实现资产的优化配置的目标。

三、母公司和子公司的关系

外资控股公司及其投资企业之间是母公司和子公司的关系,也即控股与被控股的关系。在控股公司与被控股公司之间,诸如组织机构的设置、利润的转移、外汇的平衡、纳税等问题,必须有相应的法律规范作出明确的规定。这些问题,有些在《暂行规定》中作出较概括的规定,有些未作规定,尚需探讨。

如何组建子公司的组织机构,是处理母公司和子公司间关系的首要问题。一般说来,联系母公司和子公司之间的纽带是股权,所以子公司的股权代表机构,如股东大会和董事会必然受母公司的控制。股东大会作为按股份分配表决权的表决机构,其受制于股权占多数的控股公司是不容置疑的。值得一提的是,子公司的董事会应该如何组建及权限如何设定。母公司一般按其投资所占份额派出代表其股权的董事参与组成子公司的董事会;如子公司的股权全部被母公司所控制,子公司的董事会必然被母公司的权力机构完全控制。但必须明确的是,子公司的管理机构被母公司控制,并不表明子公司的管理机构的决策权、管理权和经营权等完全被母公司控制。母公司和子公司之间的权力控制关系,应留有相当的“空间”,子公司应有其相应的经营权,以便其开展正常的业务。至于母公司和子公司间的权限如何划分,应视不同的控股情况而定,但总的法律原则是,重大决策权属母公司,子公司留有相应的日常经营管理权。对此,《暂行规定》只是作了一个概括性的规定:“投资公司与其投资设立的企业是彼此独立的法人或实体,其业务往来应按独立企业之间往来关系处理”。显然,这样的规定并不明确。

按《暂行规定》,控股公司可以向其所控

公司提供财务支持,但对两者之间的利润转移问题未作规定。母公司把其所获利润转移给子公司,是被视作财务支持还是再投资?同样,子公司向母公司进行的利润转移如何操作,法律也应作出相应的规定,以免母公司和子公司间进行不正当的利润转移损害国家利益。母公司和子公司间的利润转移是允许的,但不得为规避国家法律义务而进行转移。

母公司和子公司间的外汇平衡、汇出问题,显得比单一的外资企业的规定复杂一些。是由独立的子公司各自承担外汇平衡,还是由母公司控股的整个子公司体系承担外汇平衡,即总的平衡?《暂行规定》对此未作出规定。一般认为,外资控股公司所投资的外资企业,仍应以独立的外资企业看待,享受外资企业的一切待遇,外汇平衡问题也应由子公司各自承担。至于母公司和子公司的外汇平衡、汇出问题,应遵循母公司总的经营计划,由母公司作出统一决策,母公司本身也应达到外汇平衡。

税收问题一直是外资企业法中一个比较敏感的问题。对外商投资企业的优惠待遇,也主要体现在税收上。《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》对各种类型的税收优惠作了规定。毫无疑问,外资控股公司和所投资的企业适用这些法律规定。但值得注意的是,作为相互独立的母公司和子公司,是两个纳税主体,在子公司纳完税后把利润转移给母公司,母公司就其所得利润还须纳税,这就产生了“双重征税”问题。这对母公司来说,是不愿看到的。如何解决这一问题,《暂行规定》也未有明确规定。其

(下转第35页)

方擅自将产品提价出售,造成我方经济损失十多万美元。开始,这家企业在双方谈判中作出了很大的让步,理应感动对方,然而事与愿违,事后日方类似情况再次发生。于是,在后来的谈判中,这家企业改变方针,运用国际货币基金组织和双方既定协议条款,据理力争,终于使日方赔偿了损失,并保证不再发生类似事件,密切了双方贸易合作关系。

我国是礼仪之邦,不少道德观念和行为在对外贸易中赢得了国外厂商的赞扬和尊敬。但是,在对外贸易中切不可用我国的传统道德标准去看待外国人,不可凭感情去处理有关问题。外国人有外国人的道德观和行为准则,自然也有自己的理性准则。例如,美国人热情冲动、理性强是其一大特点。他们对仁义道德之类的大道理不感兴趣,而相信自己的原则,那就是自己认为自己有“利”的事,会毫不迟疑地去做。他们对各种法律规定有深刻的理解,一般不轻易违背它,“理”建立在“法”的基础上,在这种“理”面前,有时会天真地勇于认错。

有鉴于此,我们在与外商交往中,应该力求了解对方的“情”和“理”的特征,掌握对方“唯利是图”本质,尽可能地去用好双方已有的各种协定、条例以及国际法规中对我有利的东西,做到坚持原则,据理力争,迫使对方放弃“利”而向“法”低头,以求得良好的洽谈和协作效果。

八、依法保守和公开技术秘密

对于技术秘密,在涉外经营中,各国均有诸如我国《专利法》、《商标法》等知识产权法规保护。企业为了挖掘知识产权效益,有必要依法保守和公开技术秘密。这既是经营策略,又是灵活运用法律的问题。

世界第一台个人电脑是美国 IBM 公司制造的,它的问世使美国不少小公司得到了飞速发展。1982 年,英特尔公司研制出 286 芯片,为拓展庞大的市场,英特尔公司故意放松技术专利保护,任意让人仿制产品,并有意地公开 286 技术秘密,与“侵权”人合作。由此,很快使电脑被人们所认识,市场扩大形成。之后,英特尔又研制出 486 芯片,依法设计出防伪商标,又推出了“奔腾”芯片及其独家商标,严格知识产权法律保护,多次走向法庭制止侵权行为,垄断了市场,1994 年销售量高达 4000 万片,销售额突破 100 亿美元。

对高新技术知识产权的法律保护强弱,有个战略问题。当一种产品技术问世,需要扩大信息和宣传市场,就要采取依法公开技术秘密战略,“欲东示西”,让更高的技术产品占据市场。施乐复印机刚问世时,采用免费提供复印技术服务,使之迅速扩散,进而让复印机走进了办公室等场所。而我们更应深刻认识到,技术和产品的先进性是企业发展的根本,运用法律保护知识产权,“隐蔽秘密”是永恒的主题。当需要谋划占领市场或有更新技术取代时,宜公开技术秘密,除此之外,则应严守秘密。因此,我们要认真熟悉各类知识产权法规,在依法管理技术及其成果上,走出惊人之妙着,收到惊人之效果。

(上接第 31 页)

实,在国务院《关于鼓励外商投资的规定》中,已明确指出:“外国投资者将其企业分得的利润,在中国境内再投资举办、扩建产品出口企业或者先进技术企业,经营期不少于 5 年的,经申请税务机关核准,全部退还其再投资部分已缴纳的企业所得税款。”解决外资控股公司及其投资公司之间的“双重征税”问题,可

以参照这样的做法。也就是说,对子公司汇给母公司的税后利润可以不再征税,从而避免两次征税,进一步鼓励外资控股公司的发展。

外资控股公司作为崭新的外资企业形式,在我国的发展尚处探索阶段,众多的问题尚需进一步明确。相信,随着我国公司法律制度的不断完善和外资企业法的重整,外资控股公司必将得以蓬勃发展。