

对外资投资性公司的法律思考

熊立新 刘培基

1995年4月4日,对外贸易经济合作部公布实施《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》),从而使已

存在或即将设立的外资投资性公司(以下简称投资公司)有法可依、有章可循。

一、投资公司的法律性质

《暂行规定》第1条规定:“本规定中投资公司系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。公司形式为有限责任公司。”结合《暂行规定》其他条文,不难发现投资公司的法律性质。

1. 投资公司仍属于中外合资经营企业或外资企业 投资公司虽与一般的合营企业、外资企业在业务范围上有较大差别,但从其出资方式、投资比例、责任形式等方面来看,投资公司仍属于合营企业或外资企业。如投资公司系外国投资者与我国投资者合资设立,性质上即为合营企业;如系外国投资者独资设立,则为外资企业。

2. 投资公司是一种控股公司 所谓控股公司是指以从事投资持股、收购和兼并其他公司等产权经营和管理为主要业务的公司。根据《暂行规定》,可以发现投资公司实质上为一种控股公司,但和一般控股公司相比,投资公司有其特色:如其资本由中外合资或由外资独资构成,投资领域受有关外商投资产业政策的限制;股权收购及进行管理的企业仅限于外商投资企业等。

3. 投资公司可以采取独资公司的形式 《公司法》规定,除国有独资公司外,其他有限公司的股东必须是二个以上、五十个以下。但同时《公司法》第18条规定:“外商投资的有限责任公司适用于本法,有关中外合资

赔偿,生产者及销售者则从繁琐事务中解脱出来,更加致力于自身的发展。投保所需费用,表面上是由生产者、销售者支付,实际上这些费用皆可转化为产品成本而由消费者承担。对于一般消费大众,支出很小的费用就可获得安全补偿,也是很有益处。这样,生产者、销售者与消费者的利益得到平衡,最终有利于社会的进步。

处理产品责任赔偿的产品责任保险作为一个独立险种,在国际上有六十多年的历史,中国人保也在八十年代初推出这项服务,但是投保者并不是很多,这一方面是生产者、销售者尚无意识,另一方面也是产品责任保险体制不健全的缘故。要使产品责任制度这把“双刃剑”发挥积极作用,又消除负面影响,建立健全产品责任保险体制是目前的最佳选择。

除上述六点外,还须明确免责条款的法律地位,详细罗列抗辩事由并将精神赔偿纳入产品损害赔偿范畴,注意各项制度之间的相互协调统一,以使我国的产品责任法律体系日臻完善。

经营企业、中外合作经营企业和外资企业的法律另有规定的,适用其规定。”《暂行规定》属于外商投资企业法的范畴,其第1条明确规定投资公司采用有限责任公司形式;第11条规定:“符合本规定第2条第1款第1项所规定条件的外国投资者可以其全资拥有的子

公司的名义出资设立投资公司。”由此可见,外资独资有限责任公司在我国已有其法律依据,与国有独资公司一并成为我国的“一人公司”,突破了《公司法》对有限责任公司股东人数的限制。

二、投资公司的直接投资与股权收购

投资公司是在我国境内依我国法律设立的有限责任公司,是我国的法人组织,从法理上讲,其投资活动应不能以外资名义进行。因此,在《暂行规定》出台之前便遇到两个棘手的问题:(1)投资公司直接投资设立的企业是否享有外商投资企业的待遇;(2)作为我国法人的投资公司能否进入某些国家禁止和限制外资进入的投资领域。《暂行规定》则较好的解决了这些问题。《暂行规定》第5条第1款规定投资公司的业务时指出:“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。”从中可以看出,投资公司虽然具有我国法人资格,但其直接投资活动应视为境外的外国投资者在我国境内的投资活动。投资公司只能在国家鼓励和允许外商投资的领域进行投资。在这些领域所设立的企业,如投资公司的股份是25%以上者,应为外商投资企业,发给外商投资企业批准证书和外商投资企业营业执照,享受外商投资企业的待遇,遵守《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》等法规。

总之,《暂行规定》虽然就投资公司的直接投资的规定较为概括,但只要坚持“将投资公司视为境外投资者”这一原则,在《暂行规定》无明确规定时,援用有关外商投资的法律法规,可以说,在有关投资公司的直接投资活动上,产生争议的可能性不大。

根据《暂行规定》,投资公司的业务范围除了进行直接投资外,还可进行股权收购。但由于《暂行规定》在这方面未作详细的规定,

因此,在投资公司进行股权收购方面尚存在一些待改进的地方。

1. 股权收购的对象 显而易见,《暂行规定》已将投资公司股权收购的对象限制在外商投资企业这一范围内。但是,既然《暂行规定》将投资公司视为境外的外国投资者,那么,严格来讲,其股权收购与前阶段盛行的外资并购是同一个概念。然而,国家对外资公司的投资并购的对象并未加以限定,却对投资公司的股权收购对象作出限制,显然这对投资公司不公平。这种规定的不协调性可从《暂行规定》的立法背景中得到解释。《暂行规定》出台之时正是国内对外资并购颇有争议并逐步形成统一认识的时候。鉴于外资并购的复杂性,国务院办公厅日前转发了国务院证券委关于暂停将上市公司国家股和法人股转让给外商的请示,要求在国家有关管理办法颁布前,任何单位一律不准向外商转让上市公司的国家股和法人股。可见,国家对外资并购持谨慎态度。在这种背景下,将投资公司股权收购的对象定在外商投资企业范围内切合我国实际,否则势必造成一些占主导地位的国有企业被外资控股的局面,并对外资产生依赖倾向,这显然不符合国家的政策。

但是,由于法规的不完善,投资公司可以越过法律的障碍,对非外商投资企业实行所谓的“曲线收购”。例如,由境外投资者(或者就是设立投资公司的投资者)通过购买境内上市外资股(B股)或境外上市外资股(N股、H股等)达到全部股本的25%以上,使国内

股份有限公司转变为外商投资股份有限公司,然后再由投资公司进行股权收购;或者,由境外投资者先与国有企业组成合营企业、中外合作经营企业,然后再由投资公司进行股权收购。这明显带有规避现行法律的倾向,在法律对此无明确规定时,《暂行规定》对投资公司股权收购对象的限制失去了意义。而且,出于以下两个原因,对投资公司股权收购对象进行限制只能是一种过渡性的“权宜之计”:第一,外资并购是搞活存量资产、优化资源配置、调整经济结构的有效途径,有利于解决困扰我国经济的微观基础薄弱问题;第二,企业并购是市场行为,与市场经济相伴相生,随着我国市场经济的发展以及外国投资者将逐步享受国民待遇的发展趋向,对外资并购作出限制,不符合我国经济日益市场化、国际化的要求。所以,一旦国家有了成熟的管理方法,必将放宽对投资公司股权收购对象的限制。

2. 股权收购的比例 投资公司可以对外商投资企业的股权“部分”或“全部”收购,如占25%以上,该外商投资企业即成为投资公司的子公司。但《暂行规定》对“部分收购”,哪些可以“全部收购”,尤其对“全部收购”的对象是否有特殊条件等,均未作出明确规定,这势必带来一些冲突。我国虽然对大多数外商投资企业中外资所占比例未作上限规定,但最近出台的一些法规注意到了这个问题。例如,1994年5月6日,中国民航总局、外经贸部颁布的《关于外商投资民用航空业有关政策的通知》规定,外商投资建设机场,中方出资应占51%以上;外商投资航空运输企业,其股权比例不得超过35%。因此,当这一领域的外商投资企业按照以上投资比例建成以后,却被一投资公司以超过这个比例或全部收购,该比例上限就形同虚设,外商可轻

易越过这个比例上限的限制。《外商投资产业指导目录》中也有十多种行业的外商投资企业要求国有资产占控股或主导地位,势必也会遇到此类矛盾。因此,笔者认为,《暂行规定》忽视了与现行法律法规的协调,应紧密结合其他外商投资企业法关于外资比例的规定,随机对投资公司股份收购的比例作出相应的规定,如不妨加上:“投资公司进行股权收购时,应遵守其他法律法规关于外资股权比例的规定。”

以上论述的前提是将投资公司视为境外外国投资者的同时,也将投资公司的所有资本均视为国外资本。当投资公司为中外合资经营企业时,又出现新的问题。《暂行规定》虽未对中外合资设立的投资公司,外资应占的比例下限作出明确规定,但如前所述,中外合资设立的投资公司仍属于合营企业,因此,外资应占25%以上。假设一外资占25%的投资公司,其购买或新设立一企业,投资公司的股份一旦占该企业的25%时,该企业就享受外商投资企业待遇。实际上,细算一下,真正的外国资本仅占6.25%(25%×25%)。这又突破了合营企业外资应占25%以上的规定。这意味着,外国投资者可以通过与中国投资者合资设立投资公司,用低于25%的出资比例设立合营企业,从而用较少的投资换来外商投资企业的优惠。因此,能否加上一补充规定:“投资公司购买或设立的企业,投资公司的资本占该企业注册资本的25%以上,且折合的最终属于外国投资者的资本也应占25%以上时,该企业方可享受外商投资企业待遇,否则视为一般企业。”但这样一来,与“将投资公司视为境外外国投资者”的立法本意又相悖,影响外商设立中外合资投资公司的积极性,如何协调,有待于进一步探索。

三、投资公司与其投资企业的关系

根据《暂行规定》第16条“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业务往来关系处理。”可以发现,投资公司与其投资企业实际上是母公司与子公司的关系。但由于《暂行规定》和《公司法》都未对这种母公司与子公司之间的法律关系进行详细的规定说明,因此,在现实生活中,处理投资公司与其投资企业之间的关系应注意以下几个问题。

1. 防止投资公司与其投资企业相互持股

《公司法》对公司间的相互持股未作限制。那么,都是独立企业法人的投资公司与其投资企业能否相互持股?笔者认为应当禁止。因为它们之间是母公司与子公司的关系,有其特殊性。如果子公司拥有和取得母公司的股份,必然导致公司资本的无限重复计算和相互增加,导致资本信用的虚假扩张,损害债权人的利益,也导致利用外资数量的虚假增加,降低外资的利用率,损害我国社会公共利益。

2. 同一投资企业不能成为两个以上投资公司或其他公司的子公司

对一个公司而言,控制权只有一个,如果投资公司取得投资企业一定比例的股份而对该企业实行控制,成为母公司后,那么,这家投资企业就不能再成为另一家投资公司或其他公司的子公司。如果这家投资企业原来即为一公司的子公司,当投资公司通过股权收购而成为它的母公司时,该投资企业与其原来的母公司即结束它们的“母子关系”。因此,一家投资公司可以拥有很多子公司,但一投资企业只能有一个母公司。

3. 明确投资公司与其投资企业之间的权利、义务

作为子公司的投资企业应向作为母公司的投资公司履行下列义务:(1)定期向投资公司呈报公司董事会会议备忘录;(2)定期向投资公司提交本公司财务及管理报告;(3)定期向投资公司呈报有关投资和融

资计划;(4)重大决策必须征得投资公司同意;(5)投资企业董事会的多数成员由投资公司任命,监事会也必须有投资公司的代表;(6)接受投资公司的审计监督。作为母公司的投资公司应履行如下义务:(1)由于投资公司错误决策而导致的投资企业利益受损,投资公司应予以弥补;(2)投资企业因受投资公司控制而侵害他人利益,投资公司应承担连带责任;(3)投资公司不得泄露投资企业的商业秘密,干涉投资企业的法定权利。

4. 投资公司与其投资企业之间的税收协调应适用以下法律法规

(1)《外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》。该细则第18条规定:“外商投资企业在中国境内投资于其他企业,从接受投资的企业取得的利润(股息),可以不计入本企业应纳税所得额,但其上述投资所发生的费用和损失,不得冲减本企业应纳税所得额。”(2)财政部国家税务总局《关于外商投资企业从事投资业务若干税收问题的通知》。该《通知》第1条第2款规定:“由外国投资者持有100%股份的投资公司,将从外商投资企业分得的利润(股息),在中国境内直接再投资,可视同为外国投资者,并依据税法 and 实施细则及其他有关规定享受再投资退税优惠。”根据《暂行规定》将外商独资、中外合资的投资公司均视为外国投资者的精神,中外合资的投资公司也可参照适用上述条款。《通知》第3条第3款规定:“从事投资业务的外商投资企业所取得的除境内投资利润(股息)以外的其他各类所得,应依照税法规定计算纳税。”(3)国务院《关于鼓励外商投资的规定》。该规定第10条指出:“外国投资者将其从企业分得的利润,在中国境内再投资举办、扩建产品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,全部退还其投资部分已经缴纳的企业所得税款,经营期不足5年撤出该项投资的,应当缴回已退的企业所得税款。”