

张剑

我国内外资企业适用的是不同的法律制度，内资企业主要适用公司法等法律，而外资企业适用中外合资企业法、中外合作企业法和外资企业法。尽管后者是前者的特别法，但是它们之间存在着较大的差异，特别是在企业组织法上。我国内外资企业法律制度的不统一主要是历史原因造成的。在国际投资中，外国投资者在东道国设立的外资企业除受东道国企业法调控外，还受该国外资法的调控。中国的外商投资企业法制定的时间较早，因此事实上具有外资法和企业法的双重职能。随着我国公司法、合伙企业法和独资企业法的先后制定，我国的企业法律制度初见体系，使得外商投资企业不得不向其靠拢。但是，不同立法之间的差异使得这两套企业法律制度不尽统一。

内外资企业法主要的差异有：(1)资本制度不同。公司法实行实收资本制，所有出资须在公司成立时缴足，而外商投资企业法则实行折中的实收资本制，股东出资可于一定条件下在公司成立后分期缴付。(2)公司组织机构不同。公司法实行股东会、董事会、监事会制度，而外商投资企业法未设立股东会。(3)设立协议与公司章程不同。中外合作企业法规定合作合同优先于公司章程适用。合作合同性质上属于设立协议，公司的成立即意味着设立协议的终止，此时发起人(中外合作者)之间的关系即成为股东之间的关系，股东享有什么权利、承担什么义务以及违反义务时应承担什么责任等，都不再是股东可以自由约定的，而必须服从公司法和公司章程的规定。但是，中外合作有限责任公司成立后关于股东的权利义务的规定，合作协议具有优先于公司

章程的效力，这显然与公司法是相悖的。

如果说上述种种差异的产生是由于外商投资企业法立法在先而公司法立法在后的历史原因造成的，那么两者的差异随着政府部门使外商投资企业法逐步“完备”的进程而进一步加深则完全是法律体系不当安排的必然结果。如果检索一下原对外贸易经济合作部关于外商投资企业的规章，我们会发现其中很大一部分是属于组织法规范。而公司法第十八条原文是三部外商投资企业“法律”才能优先公司法适用。因此，外经贸部所制定的关于外商投资企业的组织法规范的效力，尤其是超出公司法规定的那些规范的效力是值得怀疑的。

随着外资并购的增多，内外资企业法不一致所带来的问题将更加突出。在外资并购下，内外资企业法律不一致所产生的后果是，对于那些并购前适用公司法，而并购后优先适用外商投资企业法的企业来说，有可能会带来法律适用上的混乱。假设ABC有限责任公司因外资参股30%而成为“外商投资有限责任公司”，因此应适用中外合作经营企业法。根据该法第6条，该类企业不设股东会，这是否意味着ABC公司应该修改章程，将股东会取消？再比如，中外合作经营企业法中规定中国自然人不能成为合营方，这是否意味着ABC公司中的自然人股东将不得不退出公司？尽管原外经贸部《关于加强外商投资企业审批、登记、外汇及税收管理有关问题的通知》第5条规定“原境内公司中国自然人股东在原公司享有股东地位一年以上的，经批准，可继续作为变更后所设外商投资企业的中方投资者”。但是不得不承认，这一规定与法律是不符的。另外，有关政府部门(主要是商务部)关于外商投资企业组织法规范的规定是否亦优先于公司法适用于ABC公司？如果回答是肯定的，那么这种大量的组织法规范转换对其来说可能会是一笔不菲的成本。

在允许外资并购前，由于内外资企业组织形态之间很少发生变更，因此内外资企业法律制度之间的差异并未产生严重的后果。而在允许外资并购(以及内资并购外资企业)后，这种差异的缺陷已经开始慢慢暴露。解决这一问题再不能通过行政部门的修修补补，而是必须对我国外商投资企业法进行重构。其核心问题是，将其中的企业法规范剥离，使外商投资企业向以公司法为核心的企业法体系回归；同时，在三部法律的外资管理规范和其他相关立法的基础上，制定统一的外资法。应当取消外资企业、合资企业和合作企业的分类，外资进入中国设立的商业组织应当依照公司法、合伙企业法或独资企业法进行登记，取得与内资企业相同的营业执照；如果其符合外资法下外商投资企业的定义，另取得外商投资企业证书，表明其受外资法调整。总之，“外商投资企业”只是政府为监管需要而进行的分类，而不是一种独立的企业法律形态，不能游离于公司法、合伙企业法等之外。

市场经济下的企业法律制度应当是统一的，对外资企业与内资企业实行差别待遇与对国有企业与民营企业实行差别待遇的性质相同，这不是国际法下的国民待遇问题，而是一国对其不同国民给予不同待遇的问题。一方面，给予外商投资企

业的优惠待遇或者说是投资激励措施，应当采取税收优惠、财政补贴和行政帮助等形式，而不应是通过企业制度的差异形成的事实上的优惠。另一方面，市场经济下资本应具有较高程度的可流动性，而统一的企业法律制度，乃至统一的民商事法律制度正是这种流动性的前提之一。因此，外商投资企业向公司法、合伙企业法回归、外资法单立不会影响投资者的实际待遇，而明晰的法律制度反而能有利于其投资活动。对于内外资企业法现存的差异，则应当通过修改法律予以调整。

——摘自《中国审计报》

中国内部审计协会. 版权所有 LT科技制作
协会地址：北京市海淀区中关村南大街4号
联系电话：010-82199846/47 电子邮件：xinxibu@263.net
Copyright (C) 2003 . All rights reserved