

理念 · 实践 · 创新 丛书

外商投资股份公司 法律问题研究

汤树梅 著

 中 国 人 民 大 学 出 版 社

理论 · 实践 · 借鉴

外商投资股份有限公司 法律问题研究

陈学刚 著

清华大学出版社

理念 · 实践 · 创新 丛书

外商投资股份有限公司 法律问题研究

汤树梅 著

 中国 人 民 大 学 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

外商投资股份公司法律问题研究/汤树梅著.

北京: 中国人民大学出版社, 2004

(理念·实践·创新丛书)

ISBN 7-300-05491-9/D·1011

I. 外...

II. 汤...

III. 外资公司: 股份公司-公司法-基本知识-中国

IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 034858 号

理念·实践·创新丛书

教育部人文社会科学研究“九五”规划项目成果

外商投资股份公司法律问题研究

汤树梅 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室) 010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部) 010-62514148 (门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

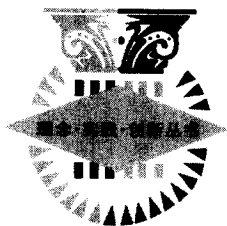
印 刷 北京东方圣雅印刷有限公司

开 本 890×1240 毫米 1/32 版 次 2004 年 5 月第 1 版

印 张 10.375 插页 2 印 次 2004 年 5 月第 1 次印刷

字 数 296 000 定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



外商投资股份公司法律问题研究

前 言

一

对于股份有限公司，在不同的国家有不同的表述，如英国称之为“Company Limited By Shares”，“Stock Corporation”，日本和韩国则称之为“株式会社”。而且在不同的学科领域，对股份有限公司的理解也有不同。股份有限公司作为一个法律术语力求表达的是股份有限公司的本质特征、法律地位以及与其他公司形态的区别，但各国法律强调的侧重点又有不同。如法国《商事公司法》第73条规定：“公司资本分成股份，由以其出资额为限承担损失的股东设立的公司为股份有限公司”。我国台湾地区“公司法”第2条规定：“股份有限公司谓以七人以上之股东所组成，全部资本分为股份，股东就其所认股份对公司负其责任的公司”。《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第3条第1款、第3款在总结经验

的基础上，将股份有限公司的定义表述为：“全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任”的“企业法人”。从上述定义中，我们可以看出，股份有限公司具有组织资合性、资本股份性、股东和公司承担责任的有限性等特征。

股份有限公司自 17 世纪初叶在一些商品经济较为发达的资本主义国家产生以来，迄今已发展成为一种最为典型和重要的公司形式，成为现代企业制度的核心。几个世纪以来，股份有限公司制度推动了资本主义国家乃至全球经济的迅猛发展。股份有限公司之所以能够发挥如此巨大的作用，是由这种公司制度本身所具有的优点所决定的。一方面，股份有限公司具有低成本、快捷筹集资本的功能，这一功能本身不仅可以使公司自己克服资金短缺与业务规模扩大发展的矛盾，同时也带动了证券市场的产生和发展，两者相互作用，使全社会的资金使用、资源配置、产业结构更为合理；另一方面，股份有限公司还具有分散投资风险的功能，这一功能作用的发挥是由股份有限公司的有限责任特征所决定的。从股份有限公司的股东来看，股份有限公司的一个极为重要的特点就是股东分散，各股东对于股份有限公司所承担的责任，仅以其出资额为限，决定了投资本身的风险限度，同时，由于在证券市场上转让股份的简便性与灵活性，使得股东还可以通过适时转让股份来分散其投资的风险。尤其是对于希望通过传统的有限责任理论来分散风险的大股东来讲，投资股份有限公司，承担有限责任无疑是最好的选择。

中国拥有长达两千多年的封建历史，商品经济的极不发达必然使公司及公司法律制度与此无缘。晚于西方近两个世纪，中国才开始出现股份有限公司及公司法律制度的萌芽，而且由于历史、政治、经济及法律等多方面的原因，没有能够得以充分发展。新中国成立后，股份有限公司有过短暂的存续和发展时期，但由于我们曾错误地认为股份有限公司（包括其他公司形式）是私有制的特有产物，是与资本主义生产关系密切相关的，因此，随着 1956 年社会主义改造任务的完成，股份有限公司在中国内地就彻底地销声匿迹了。直到 1984 年 11 月上海飞乐音响股份有限公司成立时，股份有

限公司制度的发展在中国居然有着近三十年的空白历史时期，以致大部分的中国人对已经有着几百年发展历史的股份有限公司于20世纪80年代在中国的出现还称之为是一件新生事物。当然，站在中国历史的角度可以这么认为，但从世界历史的角度我们还能这么看吗？答案是不言自明的。但无论如何，股份有限公司制度的出现毕竟是中国经济生活中的一件大事，是中国经济体制改革向纵深发展的一种表现，更是改革开放的一项成果。为了进一步巩固这一重要成果，我国于1993年12月29日颁布了《中华人民共和国公司法》，该法已于1994年7月1日正式开始实施，它为股份有限公司的健康发展提供了重要的法律依据。此后，我国股份有限公司的发展极为迅速，其释放出来的能量已使我国的经济生活发生了前所未有的变化。

二

从历史上看，外商投资股份公司在中国的出现要早于国内的股份有限公司。鸦片战争以后，西方资本主义国家的企业家在利益的驱动下纷纷来中国投资办企业。“到1914年第一次世界大战前夕，外国商人在中国投资总额达10多亿美元，资本在10万美元以上的企业达136家，其中30%的企业为股份有限公司。”^①此时外商投资股份公司所具有的重要特征是全部资本为外国投资者所有，这与我将在本书中研究的中外股东共同组建的外商投资股份公司有不同的特点。新中国成立后，随着肃清帝国主义在华势力任务的完成，这些股份有限公司也退出了历史舞台。直到1979年我国实行改革开放政策时止，我国的经济生活中根本没有外资的成分，这段时间里，人们在自力更生理念的支撑下，蔑视外资，同时将意识形态领域中关于资本主义与社会主义界限的划分应用到资本领域里而拒绝外资。改革开放以后，利用外资发展我国经济才逐渐成为人们普遍

^① 雷兴虎：《股份有限公司法律问题研究》，9页，北京，中国检察出版社，1998。

接受的概念。

一直以来，我国在坚持所有制和投资主体差异的标准下确定企业法的立法体系，在具体的方法上对全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业以及外商投资企业进行分别立法。仅就其中的外商投资企业的立法情况看，中国政府已经采取了许多步骤建立鼓励外国企业来华投资的法律制度和经济政策，自第一部利用外资的法律《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称《中外合资经营企业法》）问世以来，迄今已陆续制定颁布了二百多个调整外商投资企业的法律和法规。原有外商投资企业法将外商投资企业的形式设定为中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业三种，并分别明确规定了三种企业的具体特征。在企业的组织形式上对三种企业规定了有限责任公司和其他责任形式，后者主要是指不具备有限责任公司形式的企业。单一的有限责任公司对于中小型外商投资企业较为适合，但严重阻碍了外商投资企业的进一步发展。由于没有明确的法律规定，外商投资企业仍不可能采取股份有限公司的形式。《公司法》的颁布和实施给外商投资企业采取股份有限公司的形式提供了法律依据，同时也给外商投资股份公司的发展带来了转机。但由于《公司法》没有否定相反却肯定了计划经济体制下形成的企业立法模式，对于涉及外商投资企业的问题作了开口性规定，这无疑是回避矛盾的做法，必然导致实践中存在着《公司法》与外商投资企业法对公司同时调整的局面，对很多关系都难以理顺。为了协调两者的关系，1995年1月10日，对外贸易经济合作部发布的《关于设立外商投资股份公司若干问题的暂行规定》（以下简称《设立暂行规定》），可以被理解为是对《公司法》留下的缺口所作的弥补性或解释性规定。

依我之见，将股份有限公司人为地区分为国内股份有限公司和外商投资股份公司虽不尽合理，但在现有的法律框架中，对于鼓励外商扩大在中国的投资规模仍不失为一种权宜之计。目前，外商投资股份公司的数量和规模在整个国民经济中尚属微不足道，但对其在更新国人观念，促使国有企业深化改革，面向世界，走出困境方面所释放出来的能量却不可低估。

三

我长期以来一直从事外国民商法和国际经济法的教学和研究工作，对商法中的公司制度和国际经济法中的国际直接投资制度尤为关注。国内投资、国际投资、国内公司、跨国公司、有限责任公司、股份有限公司等概念常在脑海中转换，思维也在这其间不停地来回穿梭，于是便发现了其间的许多共性和紧密联系之处。但公司法和国际投资法分属于不同的学科领域，其间的差异又是极为明显的。找到一个切入点，对两个学科共同涉及的问题进行探讨，或者说从一个全新的角度审视一个并不太新的命题的想法一直困扰着我。我终于欣喜地发现，对外商投资股份公司的法律问题进行研究恰好可以达到这一目的。

《公司法》及《设立暂行规定》的颁布与实施向人们昭示：我国企业制度的发展已进入了一个崭新的阶段，利用外资发展我国经济又多了一条新的途径。同时也表明，公司制度与外商投资企业制度分庭抗礼的局面还要经过一段时间的协调才能逐渐趋于统一，立法内容需要进一步完善，才能更加具体和具有可操作性。这无异于宣布，有关外商投资股份公司的理论研究还只是刚刚开始，具有非常广阔的探索空间。本书的写作不敢企望能够弥补我国全面研究外商投资股份公司的空白，只是旨在能够引起学术界对此命题的重视，并渴望我国外商投资股份公司的立法能够由此获得更为充分可靠的理论依据。

由于我国正处于经济发展的转型时期，股份有限公司尤其是外商投资股份公司的实践经验严重不足，这种局面严重影响了外商投资股份公司顺利设立和进一步运行及其作用的发挥。如何在总结实践经验的基础上，从理论与实践的结合上去寻求一种能使外商投资股份公司有效发挥作用的法律机制，是本书写作的目的，也是本书研究的意义所在。

四

在我国，外商投资股份公司作为一种独立的公司形式，是伴随着我国经济体制改革的不断深入、利用外资规模的不断扩大以及社会主义商品经济的形成而发展和完善起来的。因此，对于股份有限公司进行研究是经济学和法学共同的课题。经济学研究的重点在于强调股份有限公司制度与社会经济效率之间的关系，而法学研究则侧重于股份有限公司各项制度所能协调发挥作用的程度。本书在研究方法上试图以法学研究的方法为基础，尽量借鉴经济学的方法，同时还采用了任何学科都可使用的比较的方法、逻辑分析的方法等，并重在运用理论联系实际的方法。

本书研究的问题几乎涵盖了外商投资股份公司所有重要的法律问题，对其中的许多问题我都阐明了自己的观点，反映出对这些问题的价值取向。围绕外商投资股份公司，本书分为八章，各章之间相互联系，逻辑结构清晰，但同时又可独立成篇。

第一章，概述。为本书的导论部分，旨在探讨外商投资股份公司的基本问题，从而揭示研究本命题的理论和实践意义。本章分为三节：第一节主要从我国外商投资企业的发展状况，包括其立法特点、企业的形态及变化、组织形式的特点等方面入手，分析外商投资股份公司产生的背景和法律环境，指出其产生是我国社会经济发展到一定阶段的产物，同时还分析了现阶段外商投资股份公司发展并不顺利的原因所在。第二节针对我国现阶段中《公司法》与外商投资企业法并存的局面，阐述了外商投资股份公司法律适用的基本原则，分析了外商投资股份公司适用统一的《公司法》的必要性和可能性，指出外商投资股份公司只是过渡性的公司形态，适用统一的《公司法》将是最终的目标。第三节通过对外商投资股份公司与原有其他外商投资企业及国内其他股份有限公司的异同比较，总结了外商投资股份公司所具有的法律特征，同时进一步探讨了与外商投资股份公司密切相关而又极具实践意义的关于外国投资者在外商

投资股份公司中所占的股权比例问题、外商投资股份公司是否作为一种独立的外商投资企业的形态问题、中外股东的平等性问题以及外商投资股份公司享受优惠待遇问题。

第二章，外商投资股份公司的设立——新建方式研究。按照《公司法》的规定，股份有限公司的设立方式有两种：发起设立和募集设立，这是任何股份有限公司的设立都可能选择采用的，外商投资股份公司也不例外。外商投资股份公司的设立，为组建外商投资股份公司、取得法人资格，循序、连续完成的各种准备行为。这被认为是研究外商投资股份公司法律问题的关键，以下各章实际上是围绕此章所涉问题的进一步展开。因为没有设立的过程，外商投资股份公司无从产生和存在，不仅如此，设立过程中还必须对外商投资股份公司的所有问题，如资本、业务、人员组织机构、内外各种关系的处理等加以明确，从而决定了外商投资股份公司今后相当时期内的规模、管理模式和经营特点。设立过程的完成意味着公司的成立。本章的目的在于对外商投资股份公司设立阶段所涉及的法律问题作详细的分析，以期对其他各章问题的理解提供帮助。

第三章，外商投资股份公司的设立——并购方式研究。与新建方式相比，以并购方式设立外商投资股份公司的发展势头极为迅速，外资并购从本质上说是公司产权的交易行为，其以东道国为目标，其结果是产生跨越国界的公司企业的兼并和控制。本章在阐述外资并购的基本概念和种类以及外资并购设立股份公司意义的基础上，对外资并购设立股份公司的条件和审批进行了介绍。本章重点在于结合我国相关立法从收购标的物差异的角度对外资并购中资产并购和股权并购涉及的问题进行了深入的分析，特别是对其中所涉及的反垄断问题进行了探讨。本章在宏观上对我国外资并购法律问题进行了思考，指出我国外资并购立法存在的问题，并对相关立法的完善提出了有益的建议。

第四章，外商投资股份公司设立的特殊方式——其他企业、公司转变为外商投资股份公司的法律问题。之所以将其他企业、公司转变为外商投资股份公司称之为一种特殊的方式，是因为不论是哪种企业、公司进行转化都意味着外商投资股份公司的设立，应当适

用股份有限公司设立的有关规定，其中也会涉及外商投资股份公司设立阶段中的许多相类似的问题。根据《设立暂行规定》的规定，可以申请转变为外商投资股份公司的其他企业、公司主要包括外商投资企业、国有企业、集体企业、股份有限公司等。我认为，外商投资企业、国有企业和集体企业属于企业或公司转变（如中外合资企业采取有限责任公司形式的），又称企业类型的变更，指企业或公司在不丧失法人资格的前提下转变为另一法定形态的企业或公司，这是企业、公司根据市场变化和自身利益的需要而进行自我调整、自我完善的一种方式。其中外商投资企业中有有限责任公司的转变应适用《公司法》的有关规定，而中外合作经营企业和外资企业不采取有限公司形式的转变则不能适用《公司法》的规定。转变后的外商投资股份公司应承继原外商投资企业的一切权利和义务。国有和集体企业的转变类似于外资并购，但又有差异。因此，转变中应特别注意国有资产流失和外资控股的问题。我认为股份有限公司与外商投资股份公司之间实际上只有投资主体和资本性质的差异，其间的转变并不属于公司类型变更的范畴，而是属于采取特殊的转变方式使外国股东能够购买并持有股份有限公司 25% 以上的股份而实现的转变。无论如何，股份有限公司通过在境内外上市外资股实际上是通过资本市场吸引国外资本的一种做法，是对传统的国际直接投资必须由投资者直接参与公司管理这一观念的突破。但境内发行外资股毕竟只是一种过渡形式，随着我国国内股票市场的逐步完善，外汇管制环境的改变以及逐渐融入国际证券市场，境内上市外资股将最终会被取消，而股份有限公司的境外上市将更加活跃，这是证券市场国际化的必然结果。

第五章，设立或转为外商投资股份公司过程中的企业重组问题。鉴于企业重组具有非常广泛的含义，本章将企业重组限定为仅指国有企业作为中方发起人在设立或转为外商投资股份公司并上市的过程中所必须进行的重组问题，这种重组的直接目的是使拟将设立的外商投资股份公司符合国际惯例，以顺利地发行股票并上市。严格地说，企业重组应该是在本书第二章外商投资股份公司的设立——新建方式研究中探讨的问题，但由于企业重组所涉问题的特

殊性和广泛性，为强调其重要性，此处单列一章，对企业重组所涉问题进行了深入探讨。指出企业重组的根本原因在于我国的国有企业制度是在计划经济体制下建立起来的，经过几十年的发展，国有企业的主要特征是大而全、小而全，企业如同一个小社会，产权关系不明，国家、政府、企业融为一体，企业的管理体制是厂长经理负责制，显然已不能适应社会主义市场经济条件下建立股份有限公司的要求，有必要对企业的业务、资产、负债及人员等进行全方位的重组。本章结合具体实例对企业业务、资产、负债等剥离方案确定的原则及做法进行了分析。虽然同业竞争和关联交易应该是外商投资股份公司成立后与其他关联企业之间才会发生的问题，但在企业重组过程中则必须时时考虑坚持避免同业竞争、减少关联交易的原则。本章指出，合理地进行企业的业务重组并适当地选择控股股东，是避免同业竞争和减少关联交易的有效解决办法，我国法律在保护外商投资股份公司及其中小股东和债权人的合法权益免受不正当的同业竞争和关联交易的侵害方面还很薄弱，在保护和救济措施方面都有必要借鉴国外的立法制度，如一些重大关联交易必须由没有利害关系的股东独立投票通过、股东派生诉讼制度及揭开公司面纱原则的适用等。

第六章，外商投资股份公司的资本问题研究。本章根据《公司法》规定的内容，结合外商投资企业法规定的精神，主要从注册资本和出资方式两方面探讨外商投资股份公司与国内股份有限公司及其他外商投资企业之间在资本制度上的异同。实际上是从法律角度对企业重组中的资产重组内容的进一步探讨，从中可以看出资产或财产通过投资者的投资转化为资本，投资者的个人财产所有权通过投资转化为公司财产所有权而演变成股权这样一个由静态到动态的转化过程。本章在充分论证的基础上，提出外商投资股份公司的注册资本制度可以借鉴合营企业注册资本制度所具有的“认可资本制”的特点，改现行的法定资本制为认可资本制，解决的办法是：近期以部颁规章的形式作出专门规定，远期目标是修改《公司法》。本章侧重从学理的角度对法律规定的出资方式，特别是对其中的实物、土地使用权、工业产权和非专利技术出资的性质、范围、评估

要求、权属保证、所有权转移的时间等问题，以及相关的诸如外商投资股份公司以租赁方式获得土地使用权之后，是否可以有关土地之上的房屋及附属物的所有权，并以租赁土地使用权及其房屋和附属物进行交易之类的问题都进行了详细的论述。同时本章还对法律没有规定，却极富实践意义并对立法提出了严重挑战的出资方式，包括服务、股权等其他财产权利的出资等问题，进行了探索性的分析。

第七章，外商投资股份公司的治理结构研究。无论从理论还是从实践看，外商投资股份公司并不因其具有外资的性质而与普通股份公司有所区别。本章主要根据我国《公司法》及其他法律的规定对公司治理结构的内涵、模式等基本理论问题进行了介绍，同时分别对公司治理结构的重要组成部分股东大会、董事会以及监事会的概念、法律性质、职权、程序等各项制度的实质进行了分析，肯定了该制度对维护股份公司正常运转的不可或缺的作用。本章指出了公司治理结构存在的问题，特别是制度设计上的缺陷，并对如何完善提出了建设性的意见。

第八章，外商投资股份公司上市法律问题研究。我国《公司法》上所称的上市公司是狭义概念，即指其发行的股票仅在证券交易所的集中交易市场挂牌买卖的股份公司。本章对外商投资股份公司上市，特别是在境内上市 A 股所涉及的法律问题，如上市的政策演变，上市的条件和程序等进行了探讨。

最后是结束语，指出理顺关系，完善立法是外商投资股份公司顺利设立并发挥作用的根本保证。

五

外商投资股份公司作为一个法律拟制的“有生命力”的实体，涉及的法律问题必然很多，它既涉及一些本质上的特征问题，也涉及设立过程中一系列复杂问题，同时还涉及内外部关系的调整问题，如组织机构的体系及运作方式、经营管理方面的内容、与政府

及其他债权人之间关系等。本书没有触及外商投资股份公司的上述所有问题，只是对其中的一部分法律问题，从其间相互联系的角度进行了探讨，它表达了我对相关法律理论的理解，也记载了多年来参与实践所积累的点滴体会。

凭着浓厚的兴趣确定本书的选题后，在收集资料的过程中才发现相关的文章很少，相关的论著根本没有，这无疑给本书的写作带来了资料借鉴及价值评判的困难。利用外资发展股份有限公司，在我国毕竟尚属刚刚开始，对此不仅没有固定的模式可以照搬，且其发展本身也具有探索性，理论界对相关问题的探讨还没有全面展开，使本书对主题进行深入探索遇到重重困难。

本书既是国家社科基金项目，同时部分内容也是我博士论文的内容。在本书的写作过程中，蒙恩师赵中孚教授细心指导和帮助，才有今天的结果。同时，中国人民大学出版社的责任编辑也为本书的出版付出了辛劳与热情，仅借此机会表示最诚挚的谢意。同时本书在写作过程中参考并吸收了一些学者的研究成果和翻译资料，使我受益匪浅，在此一并表示感谢。

由于作者水平有限，书中错误在所难免，恳请各位批评指正。



外商投资股份公司法律问题研究

目 录

第一章	概述	(1)
第一节	我国外商投资股份公司发展状况	(1)
一、	我国外商投资企业的发展现状	(1)
二、	我国外商投资企业的立法特点	(2)
三、	外商投资企业的形式及变化	(3)
四、	外商投资企业组织形式的特点	(4)
五、	外商投资股份公司是我国经济发展到 一定阶段的必然产物	(6)
第二节	外商投资股份公司的法律适用	(8)
一、	外商投资股份公司法律适用的 基本原则	(8)
二、	外商投资股份公司适用统一的 《公司法》是最终目标	(9)
第三节	外商投资股份公司的特点分析	(13)
一、	外商投资股份公司的法律性质与组织	

	形式	(14)
	二、外商投资股份公司的法律特点	(16)
	三、外商投资股份公司与原有其他外商 投资企业的异同	(17)
	四、外商投资股份公司与国内其他股份 有限公司的异同	(19)
	五、需要进一步探讨的与外商投资股份 公司特点有关的几个问题	(20)
第 二 章	外商投资股份公司的设立——新建方式研究	(33)
	第一节 外商投资股份公司的设立条件	(34)
	一、设立外商投资股份公司必须符合国家 有关外商投资企业产业政策	(34)
	二、发起人符合法定人数	(35)
	三、发起人认缴和社会公开募集的股本 达到法定资本最低限额	(42)
	四、股份发行、筹办事项符合法律规定	(43)
	五、发起人制订公司章程，并经创立大会 通过	(43)
	六、有公司名称，建立符合股份有限公司 要求的组织机构	(43)
	七、有固定的生产经营场所和必要的生产 经营条件	(44)
	第二节 外商投资股份公司的设立方式	(44)
	一、发起设立外商投资股份公司方式	(45)
	二、募集设立外商投资股份公司方式	(47)
第 三 章	外商投资股份公司的设立——并购方式研究	(50)
	第一节 外资并购概述	(50)
	一、外资并购的概念	(50)
	二、外资并购设立股份有限公司的意义	(55)
	三、并购的分类	(60)
	第二节 外资并购设立外商投资股份公司的	