

了广泛的应用。从理论上讲, FIDIC 合同对承包商、业主、咨询工程师都是平等的, 谁也不能凌驾于他人之上。因此, 作为承包商应尽量选用 FIDIC 合同, 这样才能更好的保护自己的经济利益和合法权利。但是, FIDIC 合同又坚持要形成买方市场, 主张在“买”(业主)“卖”(承包商)双方的交往中, 利用经济制约手段, 维系对买方的有利条件, 具体表现在一些条款只对承包商单方面有约束作用。由于业主是最终签发支票偿付工程计价款的人, 永远处于主导地位。因此, 从这个意义上说承包商的平等地位毫无意义。

通过实际工作, 承包商都有一个共同的感受:“上帝”是业主, 其次是咨询工程师(也可以说是业主的“大管家”), 第三才是承包商(没办法才打工当承包商)。项目赚钱确实很艰难, 一定要树立很强的市场观念, 充分意识到市场这个无形杠杆时刻都在起着重要的调节作用。如果承包商干了活, 业主却不及时付款, 拖欠上几个月, 利息因素就足以把创造的效益又全吃回去。作为承包商, 应该注意掌握“量入为出”的谨慎理财原则。同时尽量尊重业主, 并以积极的方式施加影响, 力争获得其理解、接受乃至支持。融洽关系并增进友谊是明智之举, 也是一个项目成功创利的关键所在。否则只会麻烦无穷。

IEC

重新认识中外合营企业

聂卫东 (厦门大学法学院)

中国引进外资到了今天, 能否在数量上再上一个台阶, 并在质量上取得实质性的飞跃? 随着近期我国利用外资增长势头趋缓甚至有所倒退, 这个问题已引起有识之士的关注, 人们也开始对我国利用外资的形式进行反思: 以合营企业为主体而构建的外商投资企业制度, 在跨国兼并烽烟四起、企业并购渐成国际投资主流的当今世界, 是否需要予以变革或调整? 利用外资的形式是否应该更多样化一些? 解答这些问题的起点就在于对中外合营企业这种组织形式的重新认识。

合营企业: 不规范的企业形态

“合营”(Joint Venture)并非规范的法律概念, 这表现在各国法律及学说上并无明确的界定, 甚至对其基本特征亦无统一的认识。英文“Joint Venture”多指表现为企业形态的“合营企业”, 但也包括不在合营者之外另建立企业的纯粹的合同关系。

众所周知, 市场经济国家规范的企业组织形式有三类: 独资企业、合伙企业和公司。合营企业并非这三类企业之外自成一类的企业形式, 而是对传统企业形式的变通, 它可以采取多种法律形式。在英国, 合营企业可以是公司、合伙或非合伙的未注册联合体。美国的合营企业主要采取公司和合伙形式, 但是有些适用于合伙人组织的法律和原则亦不一定同样适用于合营企业。日本的合营

企业可以采取合伙和公司形态, 其中, 特定的暂时的战略联合关系多利用合伙的形态, 而为了长期并稳定地保持战略联合关系的合营一般选择股份有限公司形态。

国内关于合营企业根本特征的认识

既然合营企业主要采取公司和合伙形式, 则合营企业的根本特征只能体现在其与一般公司和合伙企业的区别上。然而, 依国内通说, 共同投资、共同管理和共负盈亏是合营企业的三个基本要素, 也是合营企业区别于其他直接投资形式或经济合作形式的主要特征。这种观点是值得商讨的, 因为上述三个特征并非合营企业所独有。

关于共同投资

在我国, 除国有独资公司外, 公司必须由两个以上的股东共同投资设立, 出资方式可以是货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权等, 均与中外合营企业无异。我国合伙企业必须由合伙人共同出资设立。可见, 共同投资是所有公司和合伙企业的共有特征。

关于共负盈亏

对公司而言, 这是任何股东所必须承担的投资风险, 任何股东均不能只分享利润而不承担亏损。对合伙企业而言, 合伙人共享收益和共担风险乃合伙

企业应有之义。故而,共负盈亏也是所有公司和合伙企业的共有特征。

关于共同管理

股东依其投资份额享有在股东会上的表决权,通过股东会→董事会→经营管理机构的链接,将经营管理权层层传递,股东拥有最终控制权。从这个意义上讲,股东确实参与了公司的共同管理。合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利,故合伙企业中共同管理更是明显。

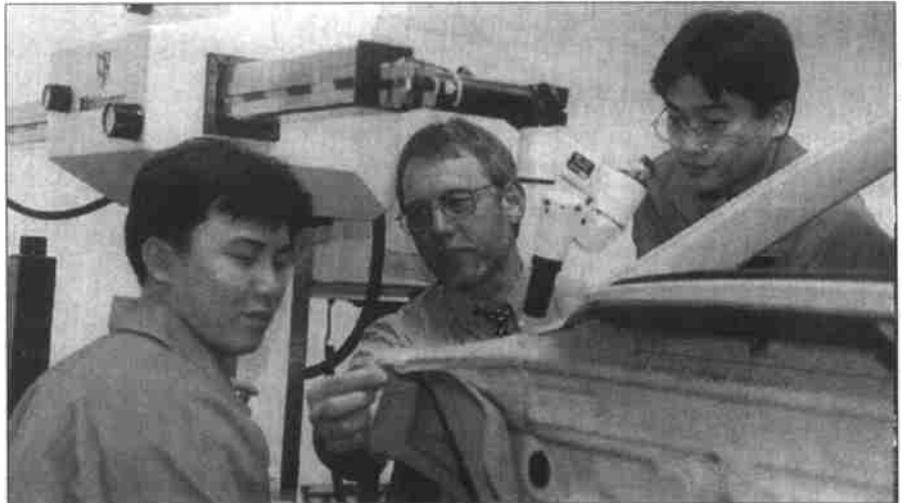
但是,合营企业若无自身特征,又何以能成其为独立的概念?国内的现有观点无法对此作出解释。

国外的观点:共同控制是根本特征

事实上,上述问题的答案就在于对“共同管理”的理解上。虽然非独资企业不同程度上均存在投资者对企业的共同管理和控制,但合营企业中,共同管理直接指向企业的经营活动,且程度更深。

共同管理,指合营各方对合营企业经营活动的相互控制或管理的权利。美国法院一致认为,一定程度的相互控制是合营企业的重要特征。美国的合营公司几乎均采取“封闭式公司”(close corporation,或译股份不上市公司)形式,而此类公司的股东为限制一般公司法上资本多数决原则的应用,可以通过股东协议,“取消”董事会的权力,可以适用合伙规则来安排股东之间或股东与公司之间的关系。这说明,上述“一定程度”可理解为较一般公司更深的程度。

英国有学者认为合营方对企业的共同控制(shared control)是合营
国际经济合作 1999 年第 12 期



○上海大众汽车公司的中德双方技术人员共同商讨工作。本刊资料
企业的主要特征之一。有学者进一步指出:所有涉及合营的合同安排,其

要旨莫不在于建立一个制衡和平衡的体制,以使少数者对合营事务取得超过法律所赋予的影响。一般公司法所确认的多数方与少数方的概念及相应的股东权乃是以出资多寡为依据。但是合营公司中“资本多数决”受到了限制,出资意义上的少数者可以凭借其对企业的非资本贡献能力(如销售渠道、技术开发力量)取得一定的谈判优势,进而通过合营合同安排,对企业的经营和管理取得超过其依一般公司法所能享有的控制权。

日本一学者将合营企业定义为“企业作为合伙人为追求共同目的,共同出资而设立的共同运营的事业形态”,并认为合营公司运作的最大难点在于它不能够完全依据公司法所确定的资本多数决制来进行,母公司对合营公司的“共同支配”具有使母公司任何一方都不得拥有优先于另一方的地位这种相互牵制、约束的作用。日本学者将合营公司称为合营者的“共同子公司”,以区别于一般意义上的母子公司关系中,单一母公司对子公司具有排它控制权的“子公

司”。这种提法本身就体现出合营各方对合营公司的共同控制的特点。

欧共体为解释《罗马条约》第 85 条,将合营企业界定为“受制于共同控制(joint control),由两个或两个以上经济上彼此独立的企业用以从事各类活动的企业,这些活动包括共同研究开发项目、共同购买、生产和销售等。”

由上可见,合营企业较一般的非独资企业更强调合营方对企业的共同控制。这种共同控制表现为在组织管理结构上对传统公司法原则的偏离,如:合营公司组织机构的意见决定方式采用单纯多数决制(人数多数决制),“所谓共同运营乃是以合营当事人全员一致的同意为当然前提的运作方式”,合营公司不论其出资多少而采取每个公司各持一票的单纯多数决制,其结果必然形成准全员一致制。在英美合营公司股东协议和章程中,亦有类似安排。

投资者采用“共同控制”机制的目的

为什么合营企业在组织管理结

构上会背离一般公司法的“资本多数决”原则,而采取类似于合伙的近乎协商一致的方式进行决策?合营一方为什么不采取设立子公司的形式而使另一方成为少数股东,从而可以对子公司实行单独控制?这往往是由于各方均掌握着对方所必须依赖的优势(如资金、技术、营销网络),为了实现优势互补,不得不互相妥协,形成任何一方都可以控制但又无法完全控制合营企业的格局。

在日本,合营企业大多用于诸如高技术、大规模、高风险等事业,即所谓风险事业。截止到昭和40年代(公元1965年),日本的国际合营企业大多是为了引进外国的先进技术,且合营企业大多以大规模公司为其合伙人;而现在则以共同研究、共同开发为目的的国内合资居多。总之,合营企业的合伙人大多为大规模(股份公开)公司,这一点也似乎意味着合营的目的主要在于大企业间利害关系的调整。国际上一般认为合营企业是战略联合的一种形式,正因为如此,其历来是发达国家反垄断法规制的对象之一。

共同控制机制使得合营企业作为一种不规范的企业形式具有适用上的局限性。国际合营企业终究只是跨国公司进行战略扩张的一种中间工具,它具有内生的结构不稳定性。统计资料表明,大约50%的合营企业在7年内终结(解散、被合营一方或第三方购买)。合营企业对共同控制的强调几乎不可避免地会降低决策效率,因而合营对投资者并不一定是最佳选择。即使投资者人数少的企业,也可能更愿意采取规范的公司或合伙形式。

中外合营企业的根本特征: 法定形态及实际形态

尽管合营企业的法律形式在各国有所差别,但一般认为,合营企业可以分为股权式合营企业(Equity Joint Venture)和契约式合营企业(Contractual Joint Venture)两类。前者指公司形态的合营企业,即合营公司。后者一般指未组成一个独立于合营各方的经济实体,而是由各方基于契约关系,为共同完成特定项目(区别于持续经营)而形成的合营关系。

中外合营企业,包括中外合资经营企业 and 中外合作经营企业。一般把前者归入股权式合营企业,后者归入契约式合营企业。对于不具有法人资格的合作企业,一些学者认为属于合伙企业。

那么,中外合营企业是否也具有各国合营企业所共有的“共同控制”特征呢?

从中外合营经营企业来看,共同控制表现得十分明显。具体而言:①合资企业设董事会为最高权力机构,董事会实际上兼行使股东会职权;②董事由合营各方委派,其名额分配由各方参照出资比例协商确定;③合营者一方担任董事长的,由他方担任副董事长;④尽管无明确规定,但实践中董事会表决多采取一人一票制而非一股一票;⑤正副总经理(或正副厂长)由合营各方分别担任;⑥某些事项须经出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议;⑦合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。由此可见,这些规定及做法较之《公司法》,对资本多数决作了较大限制,在人员安排、表决规则等方面,处处体现了合营者之间互相制衡、互为

犄角之势。

中外合作经营企业亦然:①董事会或联合管理委员会是合作企业的权力机构;②董事或委员由合作各方自行委派或者撤换,其名额的份额由合作者参照其投资或者提供的条件协商确定;③中外合作者一方担任董事长、主任的,副董事长、副主任由他方担任;④董事会或联合管理委员会表决,采用一人一票制;⑤特定事项须由出席会议的董事或委员一致通过方可作出决议。

由此可见,在法定的组织管理体制上,中外合营企业确有国际合营企业的“共同控制”的特征。然而,实践中早已有企业对这种法定的共同控制模式提出挑战。相当多的企业合资不合营,以一方管理为主。另一种形式的突破是自1987年下半年始于福建、广东等地进而风行全国的合营企业承包经营。

承包经营实际上是一方或双方放弃其对企业的管理权和对经营活动的控制权,并采取由另一方或第三方单独经营管理的效率更高的运作方式,即变“共同控制”为“单方控制”。可见,中外合营企业的根本特征,就其法定形态而言,确实是共同控制,但就其实际形态而言,却与共同控制机制发生巨大的偏离。现实中的中外合营企业已不是纯粹的“合营企业”。

面对这种偏离,继续以合营企业作为外商在中国与中国的投资者共同设立企业的唯一选择,是否已经不合时宜?既然“共同控制”机制对投资者有利有弊,是否应允许合营企业采用规范的公司管理体制?这些都是值得进一步思考的问题。 [IEC]