

转投资概念与立法模式的反思

顾文斌

(东华理工大学 文法学院,江西 南昌 330013)

[摘要] 作为公司扩大经营的方式,转投资行为在目前公司运营中极为普遍,而学界往往忽视转投资概念背后的立法模式选择,就站在各自角度对之进行概念界定。实际上我国公司转投资立法模式经历了一个从国家强制到公司自治的发展历程,新公司法中的公司转投资立法模式适应了我国经济发展的需要,实现了公司本质的回归,促进了公司的发展,但是依旧存在适用转投资信息披露制度的公司范围过窄、公司高层转投资法律责任空缺、越权转投资行为效力不明等制度上的缺陷,从学理上而言,其对社会经济和公司自身发展产生负面影响,因此我们必须改变完全放弃管理的做法,在公司转投资问题上采用公司自治与有限规制相结合的立法模式。

[关键词] 转投资;转投资概念;立法模式

[中图分类号] DF411.91

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-117X(2012)04-0072-06

Reflection on Investment Transfer and Legislation Model Conception

GU Wenbin

(School of Literature and Law, East China University of Technology, Nanchang, 330013, China)

Abstract: As the way of the company to expand operations, the transit investment behavior is very common in the company operation. However, the academic circle ignores the legislative model choice behind the concept of the investment's transfer and gives their own definition standing in their respective angle. Actually, our investment transfer legislative model has experienced from compulsory national company autonomy. The investment mode in the company law legislation has met the need of economical development, and realized the return of the company's nature, and promoted the development of the company, however; there are still defects in system, such as: the scope of the company using information disclosure system is narrow, the legal responsibility was vacant and the efficacy of the excessive investment was unknown; therefore, we should change the management completely and we have to carry out the legislative combining model of company autonomy and limited regulation.

Key words: investment transfer; investment's transfer concept; legislation mode

纯粹依照无形之手自我调节的西方资本主义经济随着持续发酵的全球经济危机备受质疑,美国奥巴马政府也不得不出手干预经济运行,公司自我监管的失控摧毁了西方公司治理模式的全球主导

地位,公司的过度投机导致美国华尔街公司信用崩溃的教训,促使我们必须重新审视我国公司法的转投资制度,探求理性的公司转投资立法模式,以实现公司的稳健运行和国民经济的可持续发展。

收稿日期: 2012-03-15

基金项目: 江西省社科规划课题“新公司法转投资问题研究”(06FX35)

作者简介: 顾文斌(1968-),男,江苏海安人,东华理工大学副教授,中国人民大学博士研究生,主要从事比较民商法研究。

一 转投资概念之争与分析

转投资的概念作为转投资法律制度的首要问题,始终是学人探讨公司转投资法律制度无法回避的问题,学者们站在各自的立场,从不同的角度对转投资进行了定义,形成诸多表述。

李飞从目的解释方法论的角度入手,认为转投资就是公司以依法取得其他商事主体的股份或财产份额的方式成为其成员的法律行为。^[1]采用该方式定义转投资概念的其它学者还不少,如陈贝认为转投资就是企业为谋求经营上的利益以依法取得其他商事主体的股份或财产份额的方式成为其成员的法律行为。^[2]俞宏雷认为公司转投资是指公司作为投资主体,以公司法人财产作为对另一企业的出资,从而使公司成为另一企业成员的行为。^[3]陈忠主张公司转投资是指公司在存续期间通过合法程序向公司以外的其他企业投资从而成为其他企业股东的行为。^[4]王英明将转投资定义为以公司作为投资主体,以公司法人财产作为对另一企业的长期投资,从而使本公司成为另一企业成员的行为。^[5]

罗敏从词源学角度入手,依据牛津法律大辞典》对投资定义为获得能够保值或增值或产生收益的物品或权益而作出的货币支出的解释,认为转投资是一种特定的投资行为,其资金的运用具有间接性的特点。^[6]

宋志强从行为学的角度入手,认为公司转投资是指一公司对其他公司、企业或经济组织进行真实有效出资的民事法律行为,即公司以现金、实物、无形资产或者购买股票、债券等有价证券的方式向其他单位的投资。^[7]采用该方法定义的学者如刘佳星亦主张公司转投资是指公司在存续期间通过合法程序向公司以外的其他企业投资从而成为其他企业投资人的行为。^[8]

台湾学者武忆舟从管理学角度入手,认为转投资,应以章程有明文规定,以长期经营为目的,并经认股手续缴纳股款。其一时收买股票等理财目的之投资不包括在内。^[9]

通过分析,我们可以发现,无论从何角度入手,下列几点是诸位学者的共识:首先,转投资是一种

企业为追求利润的民事行为;其次,转投资的主体限于法人性质的公司而不涉及个人等其他的非法人民事主体;再次,公司转投资的手段是通过购买其他公司的股票等有价证券而享有股东资格并进而享有股东权以参与利润分配。

与此同时,他们的定义也存在明显的缺陷,从目的解释方法论入手的定义方式,在注重公司转投资目的的同时忽视了行为的投资对象的选择性,没有将《公司法》明确禁止作为转投资对象的普通合伙企业排除在外;从词源学角度入手的定义方式,在注重公司转投资本质的同时忽视了投资行为的路径选择,因为投资方式包括短期购买投资对象的股票、可转换债券,也包括长期持有投资对象的股票、可转换债券,此外公司转投资还必须经过特定的程序;而从行为学入手定义的方式,强调投资程序的同时忽视了目的的营利性,而营利性是商事主体转投资的内在动力,也是资本的本质;从管理学入手定义的方式,在强调转投资的合法性的同时,不自觉地瑕疵投资行为排除在外,实际上现实中存在大量的具有瑕疵的转投资的行为,对于其如何处理学界至今没有达成共识,法律实务界对此也判决各一。鉴于上述各种界定方式的优劣,结合公司法的修改,笔者认为公司法上的转投资应定义为:公司依照法律或章程规定、通过法律程序将自己的部分资本投入其他商事主体并对此承担有限责任的营利性行为。

二 公司转投资概念之争背后的立法模式探索

公司转投资概念之争的背后实际上蕴含着立法模式的选择。从表面上看,公司转投资制度立法模式是公司治理方式的自我选择,传统的公司法理论一般也是将其作为公司权利能力范畴加以研究的。从深层次上来看,是由各个国家经济发展需求所决定。而究其制度本身来说,鉴于对转投资概念的认识深入,国外与国内立法都经历了一个从严格选择到逐步放松的历史过程。

在早期的英美法系国家,曾基于保护投资者所进行的投资原则的考虑,固守“越权原则”,规定公司活动不能超越其章程中目的条款所规定的范围,

否则即使该行为是合法的,也因为其超越了目的条款而无效,不具有法律强制力,^[10]以此确保公司将资金投资到投资者所期望的事业,而不被随意浪费或冒风险。^[11]随着资本主义经济的扩张,对公司转投资行为立法的价值取向由单纯保护股东利益慢慢转向保护交易安全,即立法模式由单项规制转向综合规制,借助制定成文法取代判例习惯的方式,实现了公司转投资行为信息披露制度与表决权限制制度取代越权原则的历史转变。而大陆法系国家的公司转投资立法模式的发展路径也大同小异,即由原来的单项限制投资本身行为的立法模式转变为对公司转投资后形成的相互关系进行综合规制,借助持股变动的通告及其他信息的强制披露制度来规范公司的转投资行为。

作为大陆法系的中国也不例外。建国后,由于实行计划经济,企业的设立及其经营活动必须依照国家计划进行,企业尤其是国有企业的资本在得到主管部门批准的前提下只能用于内部技术改造,不允许对外转投资。1992年明确确立我国实行市场经济体制之后,公司形态的现代企业应运而生,但由于法学界思想尚未完全转变,1993年制定的《公司法》中计划经济的痕迹依旧浓厚,其第12条规定“公司可以向其他有限责任公司、股份有限公司投资,并以该出资额为限对所投资公司承担责任。公司向其他有限责任公司、股份有限公司投资的,除国务院规定的投资公司和控股公司外,所累计投资额不得超过本公司净资产的百分之五十,在投资后,接受被投资公司以利润转增的资本,其增加额不包括在内。”由于这一规则对转投资行为进行了较高金额的直接限制,从而限制了公司的盈利能力,不利于公司资源的合理转移,也脱离了我国公司运行的实践,受到学术界的批评。因缺乏配套监控措施及业内的反对,该款从出台之日基本上就成为具文。

随着计划经济模式的痕迹逐步消退、国内经济市场化程度的加深,国内公司在扩大经营规模的过程中收购、兼并行为日益频繁,放松公司管制的呼声日益高涨,转投资制度的松绑成为当时经济界的共识。基于“容许高度的企业自治与市场自律”是当今公司法的一个共同认知和趋势的认识,^[12]

2005年十届人大常委会适应社会需要,借鉴我国台湾地区“公司法”第13条的立法模式,将转投资规则修改为:“公司可以向其他企业投资;但是,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。”“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额。”由此不仅扩大了公司转投资对象的范围,而且取消了转投资金额的限制,将转投资的权利归还了公司,由股东借助公司章程和新《公司法》规定第38条股东会的职权进行自我管理。为了保证公司能够理性地决定转投资行为,《公司法》第125条规定了关联关系董事回避要求;同时在《证券法》第63条要求上市公司的发行人、上市公司依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。《证券法》第67条规定公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定必须临时报告。通过这些制度试图建构一个自由而有限的公司转投资制度。这种由原来的单项限制投资本身行为的立法模式转变为对公司转投资后形成的相互关系进行综合规制、借助持股变动的通告及其他信息的强制披露制度的规范公司转投资行为立法模式,与大陆法系的调控手段颇为相似。从经济管理手段上说,这种变化是国家从微观经济管理模式转向宏观经济管理模式转变的体现,而从理论上讲,这种转变是公司自治理论取代国家强制理论的公司控制模式的转变。

三 现行公司转投资制度利弊分析

站在公司法发展的角度和经济发展的角度分析,我们可以发现现行公司转投资立法颇具优点。

首先,其回归了公司的本质。围绕公司的本质,历来有14世纪后期注释法学派巴特鲁斯建立并被18世纪末萨维尼发展的法律拟制说、包含目的财产说和收益人主体说及管理人主体说的法人否认说、当代占据主流地位的法人实在说等三类主张。按照法人实在说的观点,公司不是由法律拟制产生的虚构的主体,而是社会中的客观存在,^[13]其

站在法人客观存在的现实基础上,反对国家对法人的过度干预。新公司法将公司的内部事务——转投资的自主权交还给公司,由公司通过公司章程和股东会、董事会决定公司转投资行为,实际上是确认了公司是具有独立法律人格的民事主体,具有独立的权利能力和行为能力,由此将公司定位为实现股东目标的工具,并确认了公司法的边界局限于公共利益之外。

其次,其适应了市场经济的需要。公司要适应市场经济的需要,满足资本利益的最大化,必须合理配置资源,将资本配置到利润最大的行业是实现其设立目标的最佳途径,而这正是市场经济对市场主体的基本要求,也是实现市场配置资源基础性功能的重要方式。新公司法将转投资权利回归公司,使得公司能够通过自己的方式,把握瞬息万变的市场信息,作出合乎理性的判断。尤其是对专业的投资公司来说,这一规定不仅避免了公司资本的闲置和浪费,而且使得公司能够借助公司章程的特别规定,赋予董事会灵活的投资决策权,使得董事会能够根据市场的变化,及时把握投资机会,实现资本收益的最大化,

再次,其满足了公司生存发展的需要。新公司法的规定使公司能够通过相互融资、扩大再生产成为可能,而且使公司能够通过转投资制度,借助投资多元化方式,分散了公司生存风险;尤为重要的是,以相互投资为媒介,加速了公司构建企业集团、跨国公司的步伐,增强了公司的社会资源掌控力,并为公司破除世界贸易壁垒提供了便捷的通道。

但是新公司法转投资的规定也存在许多弊端,我们可以从其制度本身及可能对社会造成的影响角度进行分析。

究其制度本身而言,其缺陷主要体现在制度的不完善及不配套方面。

首先由于转投资制度规定于公司法的总则之中,体现了资本维持原则的要求,意味着其适用于所有的公司形态,但是我国《公司法》与《公司登记管理条例》对公司转投资持股信息变动披露制度均没有任何规定,只是在相关证券法中进行了规定。由于该规定的适用对象仅是上市公司,并不包括非上市股份公司和有限责任公司,^[14]如此将占绝大

多数的非上市的公司排除在规范之外;且其对非上市公司相互转投资披露问题也没有做出规定,这样可能导致大量股东对于公司转投资行为失去监控。

其次,由于奉行公司人格独立原则,公司责任与公司组成人员责任分离。依照公司法目前的规定,公司转投资行为的有效性及合理性与公司决策人员尤其是高层管理人员的薪酬没有直接的法律关系,由此董事等高层管理人员超越公司章程而盲目转投资以及上市公司违背信息披露制度的规定的行为后果,应当由公司承担责任并最终由公司股东承担。虽然公司可以通过内部的公司章程予以制约,但无法追究渎职的高层管理人员的法律责任。

其三,公司法中缺乏明确界定超越公司章程规定的公司转投资行为效力规则。目前学术界存在无效说和有效说之争。其中无效说认为违反公司法关于转投资行为规范应属无效,缘由是公司行为能力的范围由公司章程规定,超越章程规定的该行为属于公司没有能力实施的行为,当属于无效;与此同时,公司的转投资行为事关公共利益,影响国民经济的宏观调控,违反限制性投资政策当属违反禁止性规则的行为,当然无效。而有效说主张应当由公司负责人承受处罚而不应波及公司。因为公司章程限制的是公司行为能力而非权力能力,超越章程规定的转投资行为如得到公司认可即为有效。新公司法对此问题没有做出明确规定,增添了法律实施的不确定性。

最后,公司设立时,股东们通过股东大会,以公司章程的方式确定了公司所募资金的投资方向,而公司设立后的转投资可能改变了资本的用途,从而变更了股东投资项目,使股东面临难于预见的投资风险。中小股东诉权的繁琐更加重了中小投资者的担心,而这也是我国股市一蹶不振的原因之一。

站在社会角度来看公司法转投资规定,可以发现这些规则可能产生诸多弊端:

首先,根据会计准则的规定,对于社会资本的统计是根据公司的注册资本进行,而对于转投资的支出部分没有进行冲减,由此导致社会资本虚增,^[15]宏观经济信息失真;对于公司资本的转投资部分没有冲减的做法也导致公司实有资本被人为

地增加,公司信用被不当放大,增加了经济调控的难度。

其次,资本的逐利性要求公司将资本投资到利益最大化的领域,而过度的转投资可能导致公司在自己的主营项目上投入不足,从而废弛自己的主营项目,从而失去公司设立的目的,且不利于国家经济布局 and 实现产业平衡。目前国内上市公司主营业务盈利能力持续下降的原因之一就在于大部分公司涉足房地产领域从而导致主营业务投入不足所致。^[16]

再次,公司将资本转投资于其他公司企业,必然减少了公司直接支配的有形财产。在公司面临债务危机时,由于转投资而享有的股权变现能力较弱,必然会削弱公司偿债能力,影响公司债权人利益,而目前堪忧的市场信用状况更加重了债权人的疑虑。

四 公司转投资制度立法模式的转变及其完善

公司转投资制度立法模式的选择既受制于社会经济的发展和国家政策的选择,也受制于公司立法理论的影响。从目前来看,公司立法理论经历了一个从国家强制理论到公司自治理论的转变。

依照国家强制理论,公司法中的国家强制是指国家基于公共目的在公司法领域所施加的强制,它是一个动态的、体系性的概念,涉及公司法立法、行政、司法等环节。^[17]其通过法律的手段介入公司内部事务,以实现公共利益的保护;而公司自治理论则主张应当秉承进化论理性主义的逻辑,把公司及其当事方视为推动制度变迁的主体而不仅仅是制度的被动接受者,公司当事各方有制定或修改规定公司内部关系的公司章程的权利。即公司自治意味着公司制度生成的基本路径是自发进化,公司制度的主体是内在制度。^[18]这两种理论各有其合理性,但也存在根本性的缺陷。其中国家强制理论在没有合理界定“公共目的”内涵的情况下容易导致国家的过度干预^[19],而公司自治理论在强调公司主体性地位的同时忽视了公司与社会、国家利益之间的必然联系,将公司当作一个自在的存在,可能陷入建构论唯理主义的立法模式。

笔者以为,市场经济并不是没有计划、没有干预的经济,作为市场经济的主体之一的公司既不能是国家强制政策的产物,也不应该是完全自治的结果。问题的关键是必须合理界定公司的自治领域与需要国家强制的公共利益的界限,并由此在我们的公司法中体现。作为公司法制度之一的转投资制度立法路径同样如此,既不能采取限制公司转投资的规则,也不能完全的放任自流,而应当采取中性的公司转投资立法模式。

首先,必须针对不同的公司类型采取不同的转投资信息披露制度。目前我们的公司转投资规则没有针对不同类型的公司采取不同的制度模式,而是一味的放权。实际上,由于有限责任公司的股东人数限制在50人以下,公司内部股东相互之间比较熟悉,是典型的具有人合意味的资合公司,其股东对公司转投资行为容易监控,我们完全可以对该类公司的转投资行为采取完全的公司自治立法模式,由其公司章程自主决定转投资的权限分配及决策程序。而非上市的股份有限公司股东人数可达200人,股东之间缺乏有效的沟通,彼此之间完全是基于盈利性目的而建构,从其性质上来说典型的资合公司。由于股份有限公司规模较有限责任公司大得多,股东对于公司转投资的监控难度较大;与此同时,由于股份公司对于社会经济影响作用较大,从维护社会经济平稳发展和保护股东利益角度考虑,必须改变公司法中信息披露制度仅仅适用于上市公司的做法,将适用于上市公司中的信息披露规则适用于所有股份有限公司。

其次,必须针对不同行业的公司采取不同的转投资金额规则。从公司业务角度划分,可以将公司划分为投资型公司和非投资型公司。由于投资型公司以投资为主业,其对外转投资金额可以由自己通过章程予以决定。而对于非投资型公司,由于其成立之初的第一次股东大会通过的公司章程就已经明确规定了公司的主要业务范围,公司必须遵循公司设立的宗旨开展经营活动,公司对外转投资规模过大势必影响公司主要业务的发展,而且也有悖于原始股东的设立目的;站在国家宏观经济管理角度来说,非投资型公司转投资规模过大,容易导致经济数据失真、宏观经济布局失衡,不利于国家宏

观经济调控。因此,必须改变一味放松、自由放任的做法,应借鉴台湾地区公司法的做法,对于非投资型公司规定一定的转投资比例限制,以实现公司合理投资。而对于公司根据业务发展确实需要超比例转投资的,可以责令办理公司依照公司章程修改程序办理主营业务变更登记手续,以保障公司股东的知情权并确保国家经济数据的准确性。

最后,必须构建完善的公司转投资监控体系。虽然我们规定了董事、控股股东的诚信义务,规定了关联股东回避机制,但是由于目前商业信用堪忧,国家必须在诚信经济的建设过程中发挥主导作用,通过建构完整的公司转投资监控体系,为股东提供可以直接查询公司转投资相关情况的平台,为股东监控公司经营活动提供条件;同时,建立公司信用档案,不仅将公司外部信用予以公布,而且将公司内部信用予以公布,为投资人用脚理性投资创造条件,用接纳外部投资的机会促使公司理性自治。

当然,我们不能要求公司法解决公司转投资中所面临的全部问题,对于国家来说只能站在社会公共利益的角度管理公司转投资行为中牵涉公共利益的部分,而对于公司内部的制约则需要由股东通过章程以及公司内部机制的完善来加以解决。即公司转投资的立法应采取公司自治与有限规制的立法模式。

参考文献:

- [1] 李 飞. 法解释论下公司转投资行为[J]. 法学, 2007(11): 80-91.
- [2] 陈 贝. 公司转投资法律问题探究[J]. 法制与经济, 2010(6): 7-8.
- [3] 俞宏雷. 公司转投资的效力及其处理[J]. 人民司法, 2003(11): 29-31.
- [4] 陈忠志. 论我国公司转投资规制的发展趋势[J]. 现代商贸工业, 2009(8): 146-147.
- [5] 王英明. 公司转投资法律制度研究[J]. 法学论坛, 2008(5): 117-119.
- [6] 罗 敏. 浅议公司转投资的适用[J]. 金卡工程, 2011(1): 202-202.
- [7] 宋志强. 关于公司转投资法律制度完善的思考[J]. 科学之友, 2010(3): 101-103.
- [8] 刘佳星. 公司转投资若干问题再析[J]. 辽宁经济, 2009(11): 68-69.
- [9] 武忆舟. 公司法论[M]. 台北: 三民书局有限公司, 1995: 46.
- [10] 范 健, 蒋大兴. 公司法论[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 243-244.
- [11] 冯 果. 现代公司资本制度比较研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2000: 153.
- [12] 刘绍梁. 我国公司法制的迷思与挑战——以公司法与金融法规修正为中心[J]. 月旦法学, 2002(5): 15-17.
- [13] 王利明, 郭明瑞, 方流芳. 民法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1988: 222-226.
- [14] 朱 晔. 公司转投资从严格限制到合理限制[J]. 当代财经, 2009(5): 58-65.
- [15] 彭礼明, 张 伟. 公司转投资的若干问题及完善建议[J]. 武汉公安干部学院学报, 2010(3): 32-35.
- [16] 王瑞玲, 碧 源. 高校助学贷款偿还法律困境原因述评[J]. 湖南工业大学学报: 社会科学版, 2011(3): 33-36.
- [17] 邓 辉. 论公司法中的国家强制[D]. 北京: 中国政法大学民商经济法学院, 2003.
- [18] 蔡立东. 公司自治论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 131.
- [19] 冷必元. 论近亲属、监护人在组织乞讨罪中的犯罪主体地位[J]. 湖南工业大学学报: 社会科学版, 2010(3): 18-20.

责任编辑: 黄声波