

完善我国风险投资环境的法律思考

蔡祖国¹ 郭胜伟²

(华中科技大学法学院¹,湖北 武汉 430074 武汉大学²,湖北 武汉 430072)

摘要 风险投资是涵盖筹资、投资、管理、退出的动态全过程,它对投资环境有着很高的要求,尤其是法律环境。但我国在这方面的相关立法存有诸多缺陷,如《公司法》、《合伙企业法》、《税法》、《知识产权法》等一些条款已不适应当前风险投资业的发展,亟需修改和完善。

关键词 风险投资 法律

中图分类号 F832.48

文献标识码 A

文章编号 1001-7348(2003)04-154-03

风险投资是涵盖筹资、投资、管理、退出的动态全过程。对投资环境有着很高的要求,尤其是法律环境。目前,我国尚未制定规范风险投资行为的专门立法,可适用的规范性文件主要有3类:一是立法机关制定的《公司法》、《促进科技成果转化法》、《科学技术进步法》、《证券法》、《合伙企业法》以及《民法通则》等法律;二是行政机关制定的《关于加速科技进步的决定》、《关于“九五”期间科技体制改革的决定》、《关于以高新技术成果入股若干问题的决定》等行政法规、规章;三是地方政府制定的如《深圳市关于进一步扶持高新技术产业发展的若干规定》等规章、政策。这些规范性文件虽然在一定程度上促进了我国高科技风险投资产业的发展,但是它们的缺陷也是明显的,或是内容滞后,或是级别太低,而且缺乏专门的立法。这也是我国高新技术产业迟迟得不到快速发展的一个重要原因。

1 我国风险投资业面临的法律困境

1.1 《公司法》中的若干限制

(1) 公司设立条件的限制。对风险投资而言,《公司法》对公司设立条件的限制主要在两个方面:一是组织形式上的限制。《公司法》第二条规定:“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份

有限公司”。这一条规定了公司仅有两种形式,即有限责任公司和股份有限公司,而目前在国际上已被证明为最有效的风险投资形式是有限合伙公司。二是对股东人数及认购股份数量的限制。《公司法》第二十条第一款规定:“有限责任公司有两个以上、五十个以下股东共同出资设立”。这里对股东人数规定了上限,而“五十个”股东的上限显然不足以作为风险投资筹集大量的资金。《公司法》第八十三条规定:“以募集方式设立股份有限公司的,发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五,其余股份应当向社会公开募集。”在国外,发起成立风险投资公司的人大多为专业人才,他们主要是为风险投资公司提供专业化管理,而不是也不可能成为风险投资资金的主要提供者。《公司法》对风险投资公司发起人应认购公司股份的规定未免过高。

另据《公司法》第二十四条第二款、第八十条第二款的规定,以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过公司注册资本的20%。这一比例对于投资于高科技产业的风险投资公司而言显然太低。为此,中国科技部等六部委联合发布的《关于促进科技成果转化的若干规定》中规定,以高新技术成果出资、作价的,最高可以达到公司和企业注册资本的35%。

(2) 法定资本制的局限。《公司法》第二十五条规定:“股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。”这一规定与风险投资的基本特征明显不符。风险投资根据投资对象所处发展阶段及对资金需求量来分期投入,因而注册资本金也必须分期到位,不能让资本金长期闲置。

《公司法》对于专门投资于高新技术产业的创业投资类公司,没有规定注册资本的最低限额,因此各地规定各异,深圳市要求为1000万元人民币,外经贸部对合资或外商独资投资公司的要求则是3000万美元。对于目前这种状况,《公司法》应规定一个最低限额。

(3) 股权转让的限制。《公司法》第三十五条第二款规定:“(有限责任公司)股东向股东以外的人转让其出资时,必须经全体股东过半数同意;不同意转让的股东应当购买该转让的出资,如果不购买该转让的出资,视为同意转让。”这一规定也不适于风险投资。风险投资要求随时撤出投资变现,限制股权转让势必导致风险投资家错过转让变现及获得较高资本收益的机会,此乃风险投资资本家之大忌。

《公司法》第一百四十七条规定:“发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起三年内不得转让。”这一规定对风险投资公司

作者简介:蔡祖国,华中科技大学法学院,讲师;郭胜伟,武汉大学博士研究生。

收稿日期:2002-10-17

限制太死。如果禁止风险投资公司发起人三年内转让股份,风险投资者就会畏缩不前,不敢投资高新技术项目。

(4) 对外投资限额的规制。《公司法》第十二条第二款规定:“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。”对于风险投资业而言,这一规定过于僵硬。风险投资机构的全部净资产都将投资于具有高成长潜力的高新技术企业,并在适度范围内运用财务杠杆放大资金规模,增强对科技企业的投资能力,然后从投资成功的企业变现中撤回投资,实现资本增值。按照这一规定,风险投资公司只能用一半净资产用于投资,其余的则闲置起来。

(5) 退出机制的限制。《公司法》(第一百五十二条规定)对于公司的公开上市提出了较高的上市标准,而大多数风险企业通常无法达到这一标准,因而其股份无法上市流通。而我国创业板市场的设立却仍在酝酿之中。

《公司法》第一百四十九条还规定:“公司不得收购本公司的股票,但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外。”根据发达国家的习惯做法,撤出风险投资的一个重要方式是按协议由被投资企业对股份进行回购。这不仅有利于创业投资机构保持对科技项目投资的良好循环,而且对于科技企业增强对企业的控制力也是有益的。

1.2 《合伙企业法》之限制

制定于1997年的《合伙企业法》有一个很大的缺陷,即它对有限合伙采取了否定的态度。其第五条明确规定:“合伙企业在其名称中不得使用‘有限’或者‘有限责任’字样。”另依“合伙人应当为具有民事行为能力人,合伙人都是依法承担无限责任者”的规定(第九条、第二条),我国实际上只限于与自然人合伙,而法人不能成为合伙人,因而合伙难以成为我国风险投资企业可资利用的一种企业形态。这也决定了目前我国在风险投资中唯一可以选用的企业形态只有公司。美国等发达国家多年的实践运作证明,最有效率的风险投资公司形式是有限合伙制。在采用有限合伙制的公司中,风险投资家作为普通合伙人对内管理公司,对外承

担无限责任,在承担高风险的同时也享受高回报;而提供风险投资资金的投资者作为有限合伙人,对内参与管理,对外承担有限责任,亦可以获得相对稳定的回报。可见,有限合伙制是组建风险投资公司最行之有效的组织形式。

1.3 《税法》之限制

我国现行税法对企业所得的纳税人的判断标准是采用“独立核算”原则。根据《企业所得税暂行条例》第二条规定,在我国境内除外商投资企业和外国企业以外的、实行独立核算的企业或组织,都是企业所得税的纳税人。另外,依《个人所得税法》的规定,合伙人从合伙企业中分得的利润也应缴纳个人所得税。这样,合伙人不仅要对企业承担无限责任,而且要负担双重征税,这使得我国的合伙组织对投资者毫无吸引力。

此外,现行的增值税制也不利于我国风险投资业的发展。根据《增值税暂行条例》的规定,我国增值税是以商品生产流通和服务各个环节中的增值额作为征税对象的,基本上实行的是“生产型”增值税制。而高科技企业的资本有机构成及产品的附加值都比较高,消耗的原材料较少,因此,允许抵扣的进项税也相应较少,再加上技术转让费等不能列入抵扣项目,其实际税负比传统工业部门高,这在一定程度上不利于风险投资业的发展。

1.4 《知识产权法》之限制

在风险投资的运作中,知识产权保护是一个重要的内容。目前,我国已建立了包括《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《计算机软件保护法》、《反不正当竞争法》等一系列法律法规在内的比较健全的知识产权保护体系,并参加了若干国际知识产权保护公约,在相关制度上逐步与国际接轨。然而,对于风险投资业而言,现行的知识产权保护体系仍有较大的缺陷:一是执法机制不健全,有法不依、执法不严的现象仍大量存在,尤其在风险投资的重要领域之一的软件业内,盗版猖獗。二是关于商业秘密保护的配套法规尚显不足。目前规范商业秘密的法律主要是《反不正当竞争法》,但《反不正当竞争法》对于侵犯商业秘密的责任追究明显过轻,不仅刑事责任偏轻,还尤其缺乏民事责任条款,这不利于保护知识产权人的合法权益。

1.5 缺乏政府参与风险投资的法律规制

在我国,政府对风险投资的促进作用是不言而喻的,但较之发达国家的做法,我国政府的干预更多的是行政上的直接介入,而这往往又会损害市场机制,影响风险投资的创新与发展。虽然我国目前也制定了一些法律法规,如《中小企业促进法》、《促进科技成果转化法》等等,然而我国政府参与风险投资的法律机制仍是很不健全的,表现在:一是现行的《中小企业促进法》、《促进科技成果转化法》等已落后于高科技产业的发展,迫切需要修改;二是缺乏《政府采购法》等政府支持风险投资业的法律法规。

2 完善我国风险投资法律环境的若干建议

2.1 加快修改我国现行《公司法》

我国《公司法》是1993年12月29日制定的,曾于1999年12月25日进行修订。在这部法律的制定和修改中,由于较少考虑到风险投资在我国的发展需求,其在公司设立条件、法定资本制、股权转让、对外投资限额、退出机制等诸多方面的规定,给我国风险投资业的发展带来了很大的障碍。在我国加入WTO后,面对日趋激烈的国际竞争压力,为了促进我国高科技产业的快速发展,应在上述几个方面对《公司法》进行修改,充分地考虑到风险投资的进入、运作特点及其退出,特别是要加快创建二板市场及其细则。

2.2 重新修订《合伙企业法》

正如前文所述,风险投资的最好组织形式是有限合伙制公司,而我国的《合伙企业法》却对有限合伙采取了否定的态度,这极不利于风险投资的发展,因而必须重新修订《合伙企业法》。在美国,为了推动风险投资业的发展,美国国会专门制定了《统一有限合伙法》,这部法律对有限合伙的组成、出资、利益与风险分担等进行了明确合理的规定,这对推动美国风险投资业的发展起到了十分积极的作用。因此,笔者建议对我国《合伙企业法》进行全面修订,并尽可能吸收美国的立法经验,对有限合伙采取肯定的态度,以及有限合伙的出资人构成、出资比例、出资方式、利益分享与责任承担等予以全面的规定。

2.3 完善税制

在美国,法律规定合伙关系的投资收益无需缴纳公司所得税,而属个人纳税范畴。

有限合伙人和一般合伙人在接受证券作为个人收入时,不必立刻缴纳所得税,而视该证券最后交易出售时的盈亏情况而定。鉴于我国税制所具有的缺陷,完善税制至少应从两方面着手:一是对税法作出相应的调整,将判断纳税人的标准由“独立核算”原则改为“独立法人”原则,以解决合伙人的权重税赋问题,引导民间资金流入风险资本市场。二是对现行增值税进行改革,由“生产型”增值税改为“消费型”增值税,允许纳税人纳税期限内购置的固定资产所含税金全部进行扣除,允许将技术转让费,研究开发费、新产品试制费等列入扣除项目等,以鼓励高科技产业的发展。

2.4 完善知识产权保护机制

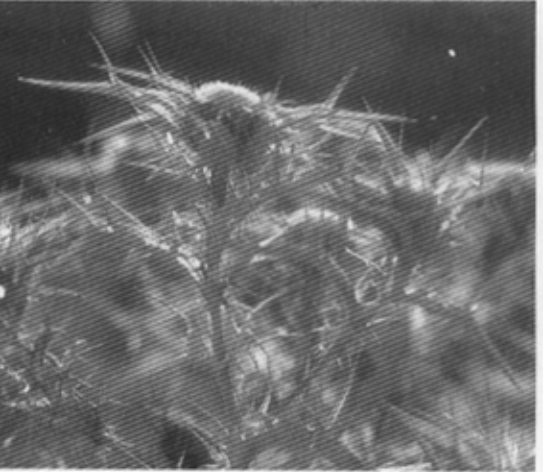
一方面,完善商业秘密的相关立法。这主要体现在我国对《反不正当竞争法》的修改上,它的修改重在加强对侵犯商业秘密行为的责任追究,特别是民事责任机制的完善,这在现行法律中是个很大的缺陷。另一方面,要不断健全我国知识产权保护中的执法机制,不仅要有法可依,更要有法必依、执法必严、违法必究,使知识产权的立法落到实处,切实保护知识产权人的合法权益。

2.5 规范政府对风险投资的支持

这里重点谈谈美国的经验。对高新企业和风险投资业的发展而言,知识产权的作用之重是不言而喻的。但在我国,大量的科技成果出自于国家科研机构,如国家实验室、大专院校研究所等。由于受到国家的严格控制,大量的专利、营业秘密,或其他知识产权都属于政府所有,企业未经繁杂的核准程序,不得加以利用,因而很难商业化、产业化。

在美国,为了解决这个问题,美国国会根据研究主体的不同,先后于1980年10月

及12月通过了规范政府实验室专利权归属与技术转移的史蒂文生—魏德技术创新转移法案和范·非营利研究机构接受联邦经费补助与研究成果归属的贝杜尔法案,两部法案的共同点就是促进国有知识产权的产业化。史蒂文生—魏德技术创新转移法案最大的成就,就是对联邦的行政政策做出明文的规定,即所有受联邦经费资助的研究取得的技术都应该被充分利用。因此,各联邦实验室都必须设立“研究暨技术应用室”,将各实



实验室的研究成果予以商品化,并进行技术扩散。但该法缺少贝杜尔法案赋予各大学各专属权利的类似规定,因而成效不佳。为此,1986年美国又通过了联邦技术转移法案,新法案最大的特色就是授权联邦实验室的董事会具有与企业界签订“合作与研究发展契约”的权力,联邦实验室可以就专利授权、转移,并对联邦雇员的发明,加以自主的约定,从而有效地解除了法律对联邦实验室的过分管制。另一方面,该法也建立了技术转移权利金的分配制度。原则上,联邦实验室可以采取现金奖励,也可以采取技术授权权利分配奖励。贝杜尔法案最重要的一个成就,就是建立了一套所有联邦机构都共同遵循的研究成果权利归属制度,对受到联邦经费资助所产生的专利权与相关权利的归属作了明确的规定。它准许学术研究机构在接受联邦经费资助的发明公开后,于一定的期间内,有权决定是否取得该发明所产生的专利权益(第202条)。一旦学术研究机构决定保

留该发明之权利,联邦政府就只能保有介入权,即联邦政府有需要时,可以无偿的方式自由实施该发明。这两部法案的通过与施行对美国高科技产业和风险投资业的发展产生了极其深远的影响。

我们应学习和借鉴美国的作法,在我国高科技产业的风险投资中,政府应通过法律来规范国有高科技的产权转换,以不断促进国家主导的科技成果民营化、产业化。

参考文献

- 1 江平,新编公司法教程[M],北京:中国政法大学出版社,1999
- 2 王保树,崔勤之,中国公司法原理[M],北京:社会科学文献出版社,2000
- 3 冯家宇,硅谷奇迹的推手之一:法律规范[J],人大复印资料《台、港、澳及海外法学》,1998(11)
- 4 蒋泰维,刘海宁,美国风险投资概述及其启示[J],浙江社会科学,2001(4)

(责任编辑 胡俊健)

Consideration on Perfecting Our Venturous Investing Inveronment

Abstract: Venture investment contains the whole course of trends that raises funds, makes the investment, managing, with drawing from, Having very hgh requests to the investment environmet, the especially legal environment plyas a very important role in the course of development of the venture investment. But the law environmental defect of risk investment of our country is obvious, "company law", "Enterprise Law in partnership", "law law". A great deal of regulations in law, such as "law of intellectual property right", etc. have been already serious to hamper risk investment industry's progress, Need revising and perfecting badly.

Key words: venture investment; law