

商务部办公厅关于转发国务院法制办公室 对于外商投资企业投资者出资及清算 具体应用问题的复函的通知

商法字〔2005〕32号

各省、自治区、直辖市、计划单列市及新疆生产建设兵团商务主管部门：

《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》(1987年12月30日国务院批准，以下简称《出资规定》)、《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》(1997年9月2日国务院批准，对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局令〔1997〕第2号)和《外商投资企业清算办法》(1996年6月15日国务院批准，对外贸易经济合作部令〔1996〕第2号)三部行政法规在规范我国利用外资工作、促进外商在华投资企业健康发展方面起到了极其重要的作用，但在我部及地方各级商务主管部门的实践工作中，尚存在一些与执行上述法条相关的棘手问题。例如，当外商投资企业合营各方就缴付或缴清出资问题存在争议的情况下，审批机关应如何适用《出资规定》第七条的相关规定；如何适用《外商投资企业清算办法》第七条，避免清算中的企业因停顿原有日常经营活动而减损财产。我部对这些问题进行了归纳，并致函国务院法制办公室，请其予以解释。日前，国务院法制办公室函复我部，对上述问题作了进一步明确。

复函对于地方各级商务主管部门正确执行相关行政法规、严格依法行政具有非常重要的指导意义。为便于地方各级商务主管部门准确了解和掌握复函的精神，现将《商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文应用问题予以解释的函》(商法函〔2004〕27号，见附件2)和《对〈商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文应用问题予以解释的函〉的复函》(国法函〔2005〕10号，见附件1)一并转发给你们。地方商务主管部门应对上述文件进行认真学习，不断提高依法行政水平。在执行中有何问题，请及时向我部反映。

中华人民共和国商务部办公厅

二〇〇五年三月十八日

**国务院法制办公室对《商务部关于请对
中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关
行政法规条文具具体应用问题予以解释的函》的复函**

国法函〔2005〕10 号

商务部：

《商务部关于请对中外合资经营企业合营各方出资及外商投资企业清算相关行政法规条文具具体应用问题予以解释的函》(商法函〔2004〕27 号)收悉。经研究,我们对你部有关《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》(以下简称出资规定)、《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》(以下简称补充规定)、《外商投资企业清算办法》(以下简称清算办法)的请示问题,答复如下:

一、关于合营者以自己名义通过贷款等方式筹措的资金是否属于出资规定第二条所称“合营者自己所有的现金”的问题。我们认为,合营者以自己的名义通过贷款筹措的资金,应当理解为合营者自己所有的现金。

二、关于原审批机关如何认定合营一方违反出资规定第七条规定,构成违约行为的问题。我们认为,当合营一方根据出资规定第七条规定,要求原审批机关批准解散合营企业或者申请批准另找合营者时,原审批机关应当根据法院或者相关仲裁机构的生效裁决,认定合营的另一方构成出资规定第七条所称的违约行为,批准解散合营企业或者批准守约方另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。

三、关于补充规定中所称“企业决策权”具体应当包括哪些权利的问题。我们认为,补充规定中所称的“企业决策权”是指作为企业出资人的所有决策权。

四、关于违反清算办法第六条规定,逾期提交清算报告的问题。我们认为,外商投资企业自行组织的清算委员会应当严格依照清算办法第六条和第三十二条规定,如期向原审批机关提交清算报告。如果清算委员会未能如期提交清算报告,原审批机关应当依照清算办法第四十七条第一款规定予以处理。

五、关于企业是否可以在清算期间,以减少企业财产为原则,继续开展日常经营活动的问题。我们认为,对此问题清算办法第七条的规定是清楚的,即企业在清算期间,不得开展任何新的经营活动。

国务院法制办公室
二〇〇五年一月二十日

商务部关于请对中外合资经营企业合营各方 出资及外商投资企业清算相关行政法规 条文具体应用问题予以解释的函

商法函[2004]27号

国务院法制办：

我部及地方各级商务主管部门在执行《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》(1987年12月30日国务院批准,以下简称《出资规定》)、《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》(1997年9月2日国务院批准,对外经济贸易合作部、国家工商行政管理局令[1997]第2号,以下简称《出资补充规定》)和《外商投资企业清算办法》(1996年6月15日国务院批准,以下简称《清算办法》)过程中,发现上述行政法规的一些条文本身需要进一步明确,主要包括:

一、关于《出资规定》第二条“合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资,必须是合营者自己所有的现金……。”

在实践中,一些合营者为履行出资义务,往往以自己名义通过贷款等方式筹措相应资金投入企业。对此,有关部门认为该类资金不属于“合营者自己所有的现金”。我们认为,现金属于种类物,作为动产中的特别动产,其所有权是以实际占用为表现特征的,占有即视为所有。因此,对于合营者能够占有和支配的现金,无论其系盈利、贷款或以其他方式所得,均属于自有资金的范畴,为“合营者自己所有的现金”。为避免由于法律条文理解上的偏差导致行政执法不统一,对该规定中“自己所有的现金”如何理解,请予明确解释。

二、关于《出资规定》第七条“合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清出资的,即视为违约。守约方应当催告违约方在一个月内缴付或者缴清出资。……。守约方应当在逾期后一个月内,向原审批机关申请解散合营企业或者申请批准另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。”

在实践中,经常有合营一方单方向原审批机关主张另一方未如期缴付或缴清出资,故其作为“守约方”向原审批机关申请解散合营企业或者申请批准其另找合营者承担“违约方”(另一方)在合营合同中的权利和义务。对此,我们认为,审批机关无权仅凭合营一方的单方主张,径行判断另一方未“如期缴付或者缴清出资”,也无权判断谁为“守约方”或“违约方”。在对“合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清出资”的认定上,我们认为,当合营各方就缴付或缴清出资问题上存在争议的情况下,审批机关必须凭籍相关仲裁机构或法院的生效裁决认定,方能批准解散合营企业或者批准守约方另找合营者承担违约方在合营合同中的权利和义务。

三、关于《出资补充规定》第一条“对通过收购国内企业资产或股份设立外商投资企业的外国投资者,应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内支付全部购买金。……。控股投资者在付清全部购买金额之前,不能取得企业决策权……”和第二条“……中外合资经营企业控股(包括相对控股)的投资者,在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额前,不能取得企业决策权……。”

上述条款中的“企业决策权”具体包括哪些权利,应予以明确。在该情形下,既然控股投资者无“企业决策权”,则产生了谁应有实际的决策权的问题。如对前述问题不予以明确,容易产生企业出现管理真空、投

资各方发生争议等问题。

四、关于《清算办法》第六条“企业清算期限自清算开始之日起至向企业审批机关提交清算报告之日止，不得超过 180 天。因特殊情况需要延长清算期限的，由清算委员会在距清算期限届满的 15 日前，向企业审批机关提出延长清算期限的申请。延长的期限不得超过 90 日。”

在实践中，时常有企业的清算委员会在 180 日后，有的甚至远远超过 270 日，方向审批机关提交清算报告，且此前未提出延期申请。对于此类清算报告，其法律效力如何？我们认为，在不侵犯企业债权人和投资者权益的前提下，对企业清算报告的法律效力应予以认可。

五、关于《清算办法》第七条“企业的清算期间，不得开展新的经营活动。”

在实践中，由于一些企业（如宾馆、冶炼厂、冷冻厂、化工厂等）的经营活动具有持续性，一旦停止运作将引发巨大损失，进而可能损害企业、投资者及债权人的利益。我们认为，在清算期间，以不减少企业财产为原则，允许企业继续开展日常经营活动有其合理性，并不违反“不得开展新的经营活动”的规定。

以上是在实践中具体执行《出资规定》、《出资补充规定》及《清算办法》这三个行政法规时经常遇到的问题。为维护行政法规的权威性，指导企业遵守法律、各级审批机关正确执行法律，根据《行政法规制定程序条例》（国务院令 321 号）第三十一条、第三十二条、第三十三条以及《国务院办公厅关于行政法规解释权限和程序问题的通知》（1999 年 5 月 10 日）的规定，我部提出有关规定的五个具体适用问题，请你办研究并函复我部。

特此函达

商 务 部

二〇〇四年四月二十九日