

外商投资企业注册资本缴资规定这探讨

厦门大学 项剑

提要 本文通过对外资法与公司法注册资本不同缴资规定的分析,评估了外资法认缴资本制在新建式和并购式外商投资中的利弊,指出外商投资应当按公司法实行实缴资本制,外资法与公司法的规定按从新兼有条件从旧原则解决,最终应取消外资法缴资的特殊规定。

我国现有的一系列外商投资企业法律、法规多数是在计划经济体制向社会主义市场经济体制转变过程中制定,不少优惠规定有助于吸引外资。随着我国市场经济体制的逐步确立,投资环境已有极大改善,国民待遇与市场准入已成为外商最为关注的问题,市场份额成为其根本利益所在,外资法中若干吸引外资的优惠规定所起作用日益下降。因而本文拟就外商投资企业注册资本有关缴资规定进行探讨与研究。

一、注册资本缴资规定的两种立法例

“注册资本是公司全部资产的基础,是公司据以设立的基石……是公司承担亏损风险的基本保证……股东在公司中所占的股东权益比例就是根据其在中国注册资本的比例而予以确定”^①。关于注册资本的缴纳出资方式世界各国大致有两种规定,一种是“英美”法系国家,在其创立主义之下,则采用授权资本制。^②只要股东对缴纳注册资本作

出承诺,公司即可成立,也称认缴资本制。而大陆法系国家则奉行资本确定原则,“公司资本总额应记载于公司章程,并在公司成立时认足、募足。”^③这一原则确立了实缴资本制,要求股东将公司章程所规定的注册资本完全缴清,否则公司不能成立。这两种缴资方式相比较,认缴资本制便于公司迅速成立,并使投资者可以根据公司经营情况决定投资的多少和时间。而实缴资本制具有保证公司资本真实可靠,防止公司设立中的欺诈、投机、损害其他股东利益等优点。因此各个国家均根据其本国的具体国情和民族传统,采纳不同的缴资规定以适应市场经济的健康运行。

二、我国公司法和外资法注册资本缴资的不同规定

我国《公司法》作为规范社会主义市场经济条件下市场主体的基础性法律,明确规定实缴资本制,其第二十三条规定:“有限责任公司的注册资本为登记机关登记的全体股东实缴的出资额。”第二十六条:

“股东全部缴纳出资后,必须经法定的验资机构验资并出具证明。”第二十七条:“申请设立登记,提交公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件……对不符合本法规定条件的,不予登记。”这些条款明确地体现了实缴资本制的基本要求,也是符合我国的客观现实要求。

而我国现行的外资法对注册资本则采取不同规定,《合资企业法实施条件》第二十一条与《合作企业法实施细则》第十六条规定,注册资本是各方认缴的出资额之和。《合作企业法实施细则》第十四条规定:“合作企业依法取得中国法人资格,为有限责任公司”,《外资企业法实施细则》第二十一条规定,注册资本是外国投资者认缴的全部出资额。这三种有限责任公司都设有验资和在设立时呈送验资证明的规定。因此外资法显然奉行认缴资本制,在无须送交验资证明情况下便可准许企业设立登记,并发给营业执照。尽管1987年颁布《中外合资经营企业合各方出资的若干规定》,以及1994年11月3日国家工商管理

局、外经贸部发布《关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》等一系列举措,但并没有彻底改变拖延出资、部分出资、抽逃出资、虚假出资甚至干脆不出资的现象。

而且,在《公司法》生效后,对外经济贸易合作部于1995年4月4日发布《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》第四条:“出资应在营业执照签发之日起2年内全部缴清。”该部在1996年9月30日发布的《关于设立中外合资对外贸易公司试点暂行办法》第七条规定:“合资各方应自营业执照签发之日起一个月内缴清其认缴的出资额。”因此,外资的投资性公司和中外合资的对外贸易公司的注册资本都是各方认缴,而非实缴的出资额之和,并可先发给营业执照,再缴清出资。而原有的外资法调整范围均不包括这两种公司,即这两领域不向外资开放,所以,这两种公司的出资方式应当适用《公司法》而非外资法,应将注册资本由认缴资本之和改为实缴资本之和。

三、现行外资法注册资本缴资规定的评估

我国现行有关外商投资企业法规关于注册资本缴资规定出台有其特定的历史原因。它是立足于当时我国投资环境较差,试图通过缴资上的优惠、灵活规定调动外商投资积极性,促使外资尽快进入中国,并使其能够在公司成立后继续筹资。应当承认在改革开放的初期,这种优惠的认缴资本制确实起到了积极引导作用,一定程度上弥补了我国

投资环境的不足。

然而其弊端也是显而易见的。根据外商不同的投资方式可分为新建式投资和并购式投资。认缴资本制在这两种投资方式上产生的弊病也有不同,新建式投资指通过新设企业,扩大目标行业生产能力而进入该行业的一种增量投资方式,这种情况下认缴出资容易引起4种情况的法律纠纷。一是合营各方在领取营业执照后,因种种原因均未出资;二是合营各方有的按期缴足出资,有的出资不足;三是合营各方均未缴足出资;四是外资独资企业投资者投资不到位。在这4种情况下,企业已获营业执照而设立,并可进行经营。从一些外国投资者的角度来看,资金不到位或没有全部到位已不是当务之急。尽管有关法规规定,合营各方未能在规定的期限内缴付出资的,视合营企业自动解散,合营企业批准证书自动失效,合营企业应当向工商管理机关办理注销手续和缴销营业执照。由工商管理机关吊销其营业执照。实践中却并非如此简单。不少合营企业由于种种原因,并未按规定主动向工商管理机关办理注销登记手续并缴销营业执照,工商管理机关也未吊销其营业执照。这些企业包括外商独资企业仍然执有营业执照进行经营,这种情况不仅妨碍交易安全,影响债权人的权益,也有损于法律尊严和国家利益。

对于并购式外商投资方式问题就显得更为严重。并购是通过取得既有企业控制权,获得目标行业内现有生产能力而进入该行业的一种存量投资方式。在并购过程中,中方企业通过产权界定,资产评估,明

晰产权归属并确定企业净资产的价值后,就将其净资产折为股份式资本进入合营企业。当并购交易完成,并购协议签订并生效时,中方企业就将其作为出资的全部资产注入合营企业中,从而一次缴清自己所认缴的全部出资额,完成出资行为。因而对于中方企业来说,分期出资的“权利”并无任何实际意义。而作为并购方的外国投资者却仍可按我国现行外资法的规定享有分期出资的优待,这显然是不平等的,况且,根据民法的公平、等价有偿原则外方在合营企业中享有的权利和利益应当与其实际出资额相对应,即外方应按实际出资额分享企业经营决策权及盈利。但由于我国合营企业法律和实践都是按合营各方在注册资本中所占的比例(即按认缴资本比例而非实缴出资比例)来决定其享有的企业经营决策权,外资并购享受这种认缴资本制的结果。作为并购方的外国投资者只要在合营企业注册资本中认缴的出资比例达到控股地位(包括绝对控股和相对控股),即使其实际出资额只为很小比例,也可轻而易举地在并购合同生效时取得对合营企业的控股权,并能立即接管被并购的中方企业。那么,根据现行外资法的缴资规定,外国投资者首期最低出资比例为15%,作为并购方的外国投资者首期只需实际出资7.65%($51\% \times 15\%$),即可取得被并购企业的绝对控股地位。在股权较为分散的被并购企业,假设并购者对某企业只需持股30%即可取得相对控股地位的情况下,那么在该并购者是外国投资者时,则其首期只需实际出资4.5%($30\% \times 15\%$)就可取得该企

业的实际控制权，以如此微小的代价即可取得一家企业的控制权。这无疑是一笔极不公平的交易。

不仅如此，由于我国现行外资法规定合营企业、合营各方按注册资本比例分享利润，外资并购式投资实施按这一规定的结果，作为并购方的外国投资者在未缴清出资额前，不仅取得企业控股权，而且还可按其在本国注册资本中所认缴的出资比例参与分配企业利润，实际上就是对被并购的中方企业所创造的利润的无偿占有。这样，外国投资者仅以少量资本投入即可完成大规模并购行为，而且以少量的实际出资额享有合营合同上名义出资额相对应的大量权益。中方不仅被无偿侵占大量的利润，而且实际承担了并购所带来的大部分风险，其中包括外方对其未出资部分本应承担的风险。

四、外资法与公司法缴资规定法律适用矛盾解决原则及外资法的修定

在公司法与外资法的关系上，按法理属于一般法与特别法的关系，特别法应优于一般法，即优先适用外资法。但全部适用外资法显然与社会主义市场经济发展的要求不相适应，产生同一市场活动全体享有不同待遇，表现在注册资本的缴资规定上，公司法规定实缴资本制，而外资法则采用认缴资本制。上述分析表明外资法的认缴资本制所产生的大量弊端在现有的外资法范围内无法得到根本克服，严重扰乱了市场经济秩序，损害了中方合营者的合法权益，所以《公司法》（草案）

第10条曾规定：“外商对有限责任公司缴纳出资，其他法律、行政法规有特别规定的，依照特殊规定执行。”^④但在《公司法》正式公布时，这一条款被删除。这在相当程度上说明立法机关并不赞成外商投资企业缴纳出资规定上适用特别法优于一般法的原理，这应当是基于对认缴资本制在中国实践中产生的大量弊端的考虑。

针对目前缴资规定的“双轨制”现象，处理公司法与外资法不同规定的矛盾应按“从新兼有条件从旧原则”解决。以《公司法》生效之日为界，《公司法》颁布之前已成立外商投资企业，根据“有条件从旧原则”按原外资法规定可以分期缴纳出资；《公司法》颁布后成立的外商投资企业，根据“从新原则”应适用《公司法》的规定，在注册登记前缴足全部出资，不能分期缴纳。这样“从新原则”维护了法律的统一性，“有条件从旧原则”维护了法律的相对稳定性，符合基本法理“法不溯及既往原则”，易于为外国投资者理解和接受。

然而这种“两轨制”的解决法律适用矛盾方式并非是彻底的解决办法。应当看到，经过近20年的改革开放实践，我国的投资环境已有根本性改观，我国市场的日益开放已使外商投资的动力支点由优惠措施转向我国的庞大市场，市场准入和市场份额成为外商投资最为关心的问题，很多方面的优惠规定实际上已不能起到改革开放初期所发挥的重大作用，却使本国的经济利益和经济秩序受到损害。因此，完全可在以市场吸引外资的同时，取消一些不适应市场经济要求的优惠规

定。有关外资法注册资本缴资规定即是一例，这种缴资上的特殊规定，必然造成对国内公司在商业竞争中，人为的劣势地位，违背市场经济最起码的公平竞争的要求，而且极易造成少量外资却控制大量中资的危险。

因而外商投资法律的修改是十分必要的。在调整外商投资企业组织的法律规定：外商投资企业设定、终止及经营管理活动应纳入《公司法》、《合伙企业法》和正在制定的《独资企业法》调整的范围，因为组织法是赋予企业的市场全体资格的法，外商投资者和本国投资者不应当有差别待遇，应由同一法律统一规范。而修定后的“外商投资法”应当调整外商投资方向，不同行业部门给予的不同优惠待遇，外商的国民待遇，对外商投资的指导、管理和监督以及法律责任，使外商投资能够符合我国产业政策和国民经济的健康发展。这样，在注册资本规定上，外商投资企业应当遵循《公司法》的规定，实行实缴资本制，而在修定后的“外商投资法”中不予特殊规定。

——

注释

①沈四宝：《外商投资企业适用公司法的若干问题》，载于《中国法学》，1995年第1期第49页。

②张国键著：《商事法论》，台湾三民书局，民国八十四年版，第223页。

③江平主编：《新编公司法教程》，法律出版社，1995年版，第73页。

④参见1993年6月22日第八届全国人大第二次会议全国人大常委会副主任卞耀武“关于对《中华人民共和国公司法（草案）》的意见汇报。”

（责任编辑 萧治清）