



通力律师事务所

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 和 16 楼
邮编：200120
电话：+86 21 3135 8666
传真：+86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编：100005
电话：+86 10 8519 2266
传真：+86 10 8519 2929

香港

香港中环花园道 3 号
中国工商银行大厦 15 楼
电话：+852 2969 5300
传真：+852 2997 3385

www.llinkslaw.com

Shanghai

19F&16F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
Tel: +86 21 3135 8666
Fax: +86 21 3135 8600

Beijing

4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
Tel: +86 10 8519 2266
Fax: +86 10 8519 2929

Hong Kong

15F, ICBC Tower
3 Garden Road, Central
Hong Kong
Tel: +852 2969 5300
Fax: +852 2997 3385

master@llinkslaw.com

公司及并购法律评述

2017 年 8 月



简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

作者：余铭 | 史成 | 张格

2017 年 7 月 30 日，中华人民共和国商务部（以下简称“商务部”）公布了《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》（商务部令 2017 年第 2 号，以下简称“《决定》”）。《决定》对此前正在施行的，由商务部于 2016 年 10 月 8 日公布的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》进行了修订，该等《决定》自公布之日起施行。本文以下将商务部于 2016 年 10 月 8 日公布的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》简称“原《暂行办法》”，将经《决定》修订后的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》简称“修订版《暂行办法》”。

同日，商务部还公布了《关于外商投资企业设立及变更备案管理有关事项的公告》（商务部公告 2017 年第 37 号，以下简称“《公告》”），对本次修订作了进一步说明。

我们通过下文对本次修订的要点进行简要分析，以供读者参考。

一、修订版《暂行办法》的适用范围

如您需要了解我们的出版物，
请与下列人员联系：

郭建良：(86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

原《暂行办法》第二条规定，原《暂行办法》适用于不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业的设立及变更。《决定》并未对该第二条进行修订，但是《公告》对于第二条中“国家规定实施准入特别管理措施”的范围予以了明确，即：在自由贸易试验区内，国家规定实施准入特别管理措施的范围依照《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2017年版）》^[1]的规定执行；在自由贸易试验区外，国家规定实施准入特别管理措施的范围依照《外商投资产业指导目录（2017年修订）》^[2]中《外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）》的规定执行。

二、将不涉及准入特别管理措施的外国投资者并购境内非外商投资企业纳入备案制范围

1、法条解读

《决定》对原《暂行办法》的第五条增加一款，规定非外商投资企业通过被并购、吸收合并等方式转变为外商投资企业，属于修订版《暂行办法》的备案范围的，应当按照修订版《暂行办法》进行备案。

此前，原《暂行办法》并未对外国投资者以并购方式投资于境内非外商投资企业（以下简称“外资并购”）是否适用备案制作出明确规定。但是，2016年10月8日，由国家发展改革委和商务部公布的《国家发展改革委、商务部公告2016年第22号》明确了涉及外资并购设立企业及变更的，应按当时的相关规定执行^[3]。同日，商务部条约法律司负责人对原《暂行办法》进行的官方解读（以下简称“《解读》”）中明确提到，对于外资并购，应当按照《关于外国投资者并购境内企业的规定》^[4]（以下简称“6号令”）中的规定进行审批。

根据《公告》的说明，修订版《暂行办法》里所提的“并购”是指6号令中所规定的外国投资者并购境内企业。6号令中所规定的外国投资者并购境内企业包括股权并购和资产并购两种情形。其中，股权并购是指外国投资者购买境内非外商投资企业股东的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内非外商投资企业变更设立为外商投资企业。这一解释实际已经涵盖了外国投资者并购境内企业的各种情况。资产并购是指外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或，外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。在过去的实践中，据我们所知，鲜少有企业就资产并购进行审批的案例。因此，我们预测外资并购被纳入备案范围后，对于资产并购应无需履行特别的手续。

另外，对于本节第一段所提到的“属于修订版《暂行办法》的备案范围的”，我们的理解是，针对

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

新增第五条第二款而言，属于修订版《暂行办法》第二条中所述的不涉及国家规定实施准入特别管理措施范围的外资并购的情况。

2、需注意的问题

就这一新增条款的实践操作，我们特别提请读者注意，在进行外资并购情形下的设立 / 变更备案时，除需要按照其他情形下外商投资企业设立 / 变更备案的要求提供相关材料和信息外，还需符合其他特别要求。例如，需要披露有关交易是否涉及拥有中华老字号的境内企业；是否涉及国有资产转让；并提供被并购股权 / 资产价值评估情况（包括股权 / 资产评估值、财务审计报告编号及核准 / 备案机构（涉及国有资产）信息）等信息。我们理解，这些额外要求在一定程度上体现了 6 号令项下相关规定在备案制中的沿用。

三、将不涉及准入特别管理措施的外国投资者对上市公司实施战略投资纳入备案制范围

1、法条解读

《决定》在原《暂行办法》中增加第七条，将不涉及准入特别管理措施的外国投资者对上市公司的战略投资（以下简称“战略投资”）纳入备案制范围；而涉及准入特别管理措施的，仍适用审批制。

此前，原《暂行办法》对于战略投资是否适用备案制并未作出规定。但是根据《解读》，战略投资仍需按照《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》^[5] 的规定进行审批。而此次修订版《暂行办法》已经明确将不涉及准入特别管理措施的战略投资纳入备案制的范畴。

2、需注意的问题

与非上市公司的外商投资企业办理变更备案的时限为发生变更事项后的 30 日内不同，如果战略投资备案信息发生变更的，应当在《中华人民共和国证券法》及相关规定要求的信息披露义务人履行信息披露义务之日起 5 日内办理变更备案。由于对于不同的变更事项，根据上市公司相关法律法规以及内部规则，信息披露义务人履行信息披露义务的时限可能不同，提请读者注意根据具体情况查明相关时限。

四、对外国投资者以境外公司股权作为支付手段并购境内公司情形的规定

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

1、法条解读

《决定》在原《暂行办法》第七条（即修订版《暂行办法》第八条）第一款增加一项，规定涉及外国投资者以境外公司股权作为支付手段的（以下简称“跨境换股”），在办理备案手续时需提供因跨境换股而获得境外公司股权的境内企业所取得的《企业境外投资证书》。

在外商投资企业设立和变更事项备案制施行之前，根据 6 号令，跨境换股中，外国投资者应当先就其以股权并购境内企业这一事项报送商务部审批，在取得商务部批准并完成境内被并购企业的工商变更登记后，境内被并购企业或其股东再就其因跨境换股而持有境外公司股权事项，向商务部、外汇管理机关申请办理境外投资开办企业核准、登记手续（即境外投资相关手续）。而根据修订版《暂行办法》，在跨境换股中，因跨境换股获得境外公司股权的一方应当先完成境外投资相关手续，并取得《企业境外投资证书》后，方可凭借此《企业境外投资证书》，就跨境换股完成外商投资企业的设立 / 变更备案。因此，我们理解修订版《暂行办法》实际对跨境换股的操作程序做出了调整。

修订版《暂行办法》虽然允许用境外公司股权作为支付手段，但是根据 6 号令，在外资并购中，可以用作支付手段的境外公司股权仅包括两类：境外上市公司股份或 6 号令项下定义的特殊目的公司（以下简称“特殊目的公司”）[6] 股权，并没有开放对于使用境外非上市且非特殊目的公司的股权作为支付方式的路径。我们对于修订版《暂行办法》中允许用境外公司股权作为支付手段这一规定的理解采取比较保守的态度，认为修订版《暂行办法》中提及的境外公司股权应在 6 号令所限定的可以用作支付手段的境外公司股权类别的范围内。这一理解在《公告》所附的《外商投资企业设立备案申报表》中亦可得到印证，该表中外资并购的“并购支付方式”可选项 [7] 中，仅将境外上市公司股权列为可选的支付方式之一，并未包括其他类型的境外公司股权。

2、需注意的问题

根据 6 号令，除了境外上市公司外，特殊目的公司的股权也是可以用作支付方式的。但是我们注意到《公告》所附的《外商投资企业设立备案申报表》中并没有把特殊目的公司股权列为支付方式的可选项之一。因此，实践中特殊目的公司股权是否可以作为外资并购的支付方式之一，还有待与有关部门进一步确认。

另一方面，6 号令项下的规定仅适用于外资并购的情形，对于外国投资者购买已经成为外商投资企业的企业股权，或者对其进行增资是否可以使用境外企业股权作为支付手段，这一点在原《暂行办法》和《公告》中均没有明确，未来有待与有关部门进一步确认。

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

五、备案时需披露内容的增补要求

《决定》在原《暂行办法》第七条（即修订版《暂行办法》第八条）第一款增加一项，要求在变更事项涉及外商投资企业最终实际控制人变更时，提供外商投资企业最终实际控制人股权架构图。在此之前，根据原《暂行办法》的规定及实践操作，企业在办理备案手续时，仅需根据企业自身判断，披露最终实际控制人信息以及控制方式即可。

对于“外商投资企业最终实际控制人股权架构图”，目前存在两种理解：第一种理解认为其是指自外商投资企业至其最终实际控制人之间的完整的股权架构图；第二种理解认为其是指外商投资企业的最终实际控制人自身的股权架构图。我们更倾向于第一种理解，在未来的实际操作中我们也会进一步与有关部门沟通确认这一理解。

六、其他待进一步明确的问题

我们注意到，原《暂行办法》项下一些未明确的问题，在本次修订中仍然没有得到解决。例如，根据现行有效的外商投资企业相关法律法规，外商投资企业的合资合同、章程等文件需经审批机关批准后生效。而自原《暂行办法》开始施行后，属于原《暂行办法》备案制适用范围内的外商投资企业的设立和变更已经通过备案代替了审批，在这一情形下，对于该等外商投资企业的合资合同、章程等文件何时生效就存在不同的理解。在原《暂行办法》施行至今的这段时间内，就我们所知，外商投资企业对相关文件生效的安排常见的有两种处理方法：一种是按照签署各方约定的时间生效，例如签约生效；另一种是以备案代替审批，即备案完成后，相关文件即生效。目前我们暂未听闻有通过上述安排确定生效时间的文件被有关部门认定为无效的案例。但是，这一问题究竟如何解决，还需有关部门未来予以明确。

总体而言，此次《决定》对于原《暂行办法》的修订，最大的突破是外国投资者并购境内非外商投资企业及外国投资者战略投资境内上市公司这两种情形由原来的事先审批制改为纳入备案制的范围。我们理解这一变化进一步深化了外商投资企业的国民待遇，具有积极意义。

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》



【注释】

[1] 国务院办公厅 2017 年 6 月 5 日公布的《国务院办公厅关于印发〈自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2017 年版）〉的通知》（国办发〔2017〕51 号）。

[2] 国家发展和改革委员会、商务部 2017 年 6 月 28 日公布的《外商投资产业指导目录（2017 修订）》（国家发展和改革委员会、商务部令 2017 年第 4 号）。

[3] 我们理解，该公告提及的现行有关规定即为商务部 2009 年 6 月 22 日公布的《关于外国投资者并购境内企业的规定（2009 修订）》（商务部令 2009 年第 6 号）。

[4] 商务部 2009 年 6 月 22 日公布的《关于外国投资者并购境内企业的规定（2009 修订）》（商务部令 2009 年第 6 号）。

[5] 商务部、中国证券监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局及国家外汇管理局于 2005 年 12 月 31 日联合公布的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（商务部、证监会、税务总局、工商总局、外汇局令 2005 年第 28 号），并由商务部 2015 年 10 月 28 日通过《商务部关于修改部分规章和规范性文件的规定》（中华人民共和国商务部令 2015 年第 2 号）修正。

[6] 根据 6 号令，特殊目的公司系指中国境内公司或自然人为实现以其实际拥有的境内公司权益在境外上市而直接或间接控制的境外公司。

[7] 根据《公告》所附的《外商投资企业设立备案申报表》，外国投资者并购设立外商投资企业时，“并购支付对价”一栏中可选项包括“现金”、“实物”、“无形资产”、“土地使用权”、“股权”（包括“境外上市公司股权”和“境内公司股权”）以及“其他”（需进一步说明）。

简析《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》

如需进一步信息，请联系：

作者	
余 铭 电话：(86 21) 3135 8770 selenashe@linkslaw.com	史 成 电话：(86 21) 3135 8738 colin.shi@linkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话：(86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	刘赞春 电话：(86 21) 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com
余 铭 电话：(86 21) 3135 8770 selenashe@linkslaw.com	娄斐弘 电话：(86 21) 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com
钱大立 电话：(86 21) 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com	孔焕志 电话：(86 21) 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com
吴 炜 电话：(86 21) 6043 3711 david.wu@linkslaw.com	潘永建 电话：(86 21) 3135 8701 david.pan@linkslaw.com
姜 琳 电话：(86 21) 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话：(86 10) 8519 2266 david.yu@linkslaw.com	刘赞春 电话：(86 10) 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com
杨玉华 电话：(86 10) 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com	
香港（与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营）	
俞卫锋 电话：(86 21) 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	吕 红 电话：(86 21) 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com

© Llinks Law Offices 2017