



公司及并购法律评述
2017 年 12 月

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

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

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

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

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

www.llinkslaw.com

master@llinkslaw.com

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

作者：余铭 | 杨玉华 | 张格

2017 年 12 月 26 日，国家发展和改革委员会(以下简称“国家发改委”，与其地方各级分支机构以下统称“发改部门”)发布了《企业境外投资管理办法》(国家发展和改革委员会令第 11 号，以下简称“新管理办法”)。该等新管理办法将于 2018 年 3 月 1 日起开始施行。今年 11 月发改部门就公告了《企业境外投资管理办法》的征求意见稿，在该征求意见稿结束公开征集意见后，新管理办法于本月底正式落地出台。

在新管理办法正式实施之前，发改部门对境内主体开展境外投资进行监管主要是依据国家发改委在 2014 年 4 月 8 日发布，并于同年 12 月修改的《境外投资项目核准和备案管理办法》(国家发展和改革委员会令第 9 号，以下简称“现行管理办法”)。

有必要回顾和指出的是，自本世纪初我国境外投资领域适用的规章、政策、监管规定逐步形成至今，尚没有一部国家层面关于境外投资领域的基础法律，亦没有一个统领各主管/监管部门的行政法规。2004 年国务院发布的《国务院关于投资体制改革的决定》(国发[2004]20 号)，以及国务院于 2004 年首次发布并于其后反复修订的《政府核准的投资项目目录》(最新版本为国务院 2016 年 12 月 12 日发布的版本)，在国务院层面设定了商务主管部门按国家有关

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。

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

规定对国内企业在境外投资开办企业(金融企业除外)进行审核/备案管理;国务院投资主管部门(即发改部门)对境外投资项目进行核准/备案管理。基于国务院上述职权划分和界定,自2004年起,发改部门针对境外投资项目的核准/备案和管理陆续制定了部门规章。与此同时,商务部也针对境内非金融企业进行境外投资的核准/备案和管理陆续制定了部门规章(现行有效的是商务部2014年9月6日发布的《境外投资管理办法》(商务部令2014年第3号))。此外,国家外汇管理局也制定了一系列境外直接投资的外汇政策及操作指引。

考虑到落地后的新管理办法对现行管理办法进行了若干重要修订,且一定程度上反映了监管部门对境外投资领域的监管思路和趋势,我们在此将新管理办法相比现行管理办法的具体修改作一简单介绍:

一、扩大适用的投资主体范围

现行管理办法适用的投资主体包括中国境内各类法人;其他非法人组织在境外实施的投资项目,不适用现行管理办法。

新管理办法规定,其所适用的投资主体为中国境内的企业(包括金融企业和非金融企业);事业单位、社会团体等非企业组织对境外开展投资亦参照本办法执行。

从上述变化来看,新管理办法显然扩大了其适用的投资主体范围,例如合伙企业不具备法人资格,理论上不适用现行管理办法;但现行实践中其开展境外投资一般参照现行管理办法完成相关核准/备案手续。现在,合伙企业作为投资主体适用新管理办法应不再有疑义。此外,金融机构的境外投资也已明确被纳入核准/备案的范围。根据历来实践,金融机构的境外投资基于分业监管的原则是由各自的金融监管部门(银监会、证监会和保监会)审核批复。按照新管理办法的规定,我们理解金融机构未来开展境外投资应同时受到金融监管部门和发改部门的监管,而这一双重监管模式的具体实施还有待观察。

二、明确投资活动的种类

现行管理办法中对于境外投资活动的种类描述比较概括简略,主要是指境内投资主体通过投入特定资产和权益或提供担保,获得境外所有权、经营权及其他权益的活动。

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

新管理办法第二条通过枚举的形式，明确了境外投资活动所涵盖的种类，将境内投资主体直接或通过其控制的境外企业获得境外土地所有权、使用权等权益；获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；获得境外基础设施所有权、经营管理权；新建或改扩建境外固定资产；新建境外企业或向既有境外企业增加投资；以及新设或参股境外股权投资基金列为新管理办法监管的境外投资活动。此外，即使没有直接资金跨境或权益变更，但境内投资主体通过协议、信托等方式控制境外企业或资产的行为也被列入新管理办法监管的境外投资活动种类之中。

新管理办法同时明确了“控制”的概念，即直接或间接拥有企业半数以上表决权，或虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。因此，即使境内投资主体并未实际取得境外企业的股票等权益，但通过协议等方式实现对境外企业的控制，亦属于新管理办法项下受到监管的投资活动。

三、取消“小路条”制度，简化事前管理环节

根据现行管理办法，中方投资额 3 亿美元及以上的境外收购或竞标项目，境内投资主体在对外开展实质性工作之前，应向发改部门报送项目信息报告；发改部门收到项目信息报告后，对符合国家境外投资政策的项目出具确认函，也就是我们通常所说的“小路条”。

新管理办法终于让“小路条”寿终正寝，这一点修改我们预期会受到境内投资主体的欢迎。“小路条”年代，拿不到确认函，中方通常无法向境外卖方提交有约束力的报价或与之签订有约束力的合约，尤其是涉及竞标程序时，取得小路条可能的确会成为部分境内投资主体的痛点。新管理办法下，所有境外投资项目，不论规模，都统一适用核准/备案申请程序，不再需要事先向发改部门报送项目信息，这将在相当程度上降低境内投资主体开展境外投资的时间成本。

四、细化了需要核准的境外投资敏感项目类别

现行管理办法和新管理办法均规定，涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目，由国家发改委核准；对其他不涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目，施行备案管理。但是，现行管理办法与新管理办法对于“敏感国家和地区”以及“敏感行业”的范围划分有所不同。

在现行管理办法中，“敏感国家和地区”包括未建交和受国际制裁的国家，发生战争、内乱等国家和地区；而“敏感行业”包括基础电信运营，跨境水资源开发利用，大规模土地开发，输电干线、电网，

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

新闻传媒等行业。

新管理办法第十三条所规定的“敏感国家和地区”的范围，保留了与我国未建交的国家和地区，及发生战争、内乱的国家和地区；将现行管理办法中“受国际制裁的国家”改为“根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制境内投资主体对其投资的国家和地区”；另外新增了“其他敏感国家和地区”作为兜底条款。

新管理办法的第十三条同时修改了现行管理办法规定的“敏感行业”的范围，保留了现行管理办法中的跨境水资源开发利用和新闻传媒行业；另外新增了武器装备的研制生产维修，以及根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。且进一步明确了发改部门将发布敏感行业目录。

新管理办法给予发改部门在后续实践中根据国家经济状况及发展阶段，适时调整具体“敏感行业”的范围的空间。因此，我们建议境内投资主体在开展境外投资前，及时确认相关行业是否属于届时发改部门颁布的敏感行业目录中受到限制的敏感行业。

五、放宽核准/备案时间底线

根据现行管理办法，境内投资主体实施需发改部门核准/备案的境外投资项目，在对外签署具有最终法律约束效力的文件前，应当在发改部门就其境外投资项目完成核准/备案手续；或者，境内投资主体也可选择在签署的文件中明确将完成核准/备案手续作为文件生效的前提条件。

新管理办法第三十二条规定，境内投资主体应当在境外投资项目实施前取得项目核准文件或备案通知书。这里所称的“项目实施前”，是指境内投资主体或其控制的境外企业为项目投入资产、权益(经过核准/备案的前期费用除外)或提供融资、担保之前。

对于这一变化，从字面上理解，似乎发改部门只要求境内投资主体在以现金或非现金资产或权益出资或提供融资、担保之前完成发改部门的核准/备案手续即可；即境内投资主体理论上在出资或提供融资、担保之前，可以先行在境外持股或持有资产。但需要提示的是，如果境内投资主体最终未能完成发改部门的备案/核准手续，将无法出资或提供融资、担保，以真正完成交易。因此新管理办法的这一修改只是为境内投资主体在办理相关手续的时间上给予了一定的灵活度；但并未对目前的监管制度做出实质上的修改。我们建议境内投资主体在开展境外投资的过程中采取谨慎的态度，掌控好

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

办理相关手续的时间节点，避免因办理手续的延迟影响交易。

六、调整了需要变更核准/备案申请的情形

根据现行管理办法，对于已经核准/备案的境外投资项目，如出现以下情况之一的，境内投资主体需要向发改部门申请变更：(1) 项目规模和主要内容发生变化；(2) 投资主体或股权结构发生变化；(3) 中方投资额超过原核准/备案的 20%及以上。

新管理办法第三十四条对于已核准/备案的项目需要提出变更申请的情形进行了一些调整，即当境外投资项目发生以下情况之一时，境内投资主体需要向发改部门申请变更：(1) 境内投资主体增加或减少；(2) 投资地点发生重大变化；(3) 主要内容和规模发生重大变化；(4) 中方投资额变化幅度达到或超过原核准/备案金额的 20%，或中方投资额变化 1 亿美元及以上；(5) 需要对项目核准文件或备案通知书有关内容进行重大调整的其他情形。

比较而言，主要变化体现在新管理办法的第(4)项中新增要求已经完成核准/备案手续的境外投资项目，在其中方投资额变化 1 亿美元及以上时(即使该变化幅度并未达到或超过原核准/备案金额的 20%)，需要提出变更申请；以及第(5)项中新增要求已经完成核准/备案手续的境外投资项目，在其发生需要对项目核准文件或备案通知书中的有关内容进行重大调整的其他情形时，亦需要提出变更申请。同我们前文提到的几处新管理办法中的修改方式类似，该第(5)项的修改也属于兜底性质的条款，给予了发改部门一定的自由裁量空间。

七、核准/备案文件的有效期限

根据现行管理办法，核准文件和备案通知书应规定有效期，其中建设类项目核准文件和备案通知书有效期 2 年，其他项目核准文件和备案通知书有效期 1 年。在有效期内投资主体未能完成办理外汇、海关、出入境管理和税收等相关手续的，应在有效期届满前 30 个工作日内申请延长有效期。

新管理办法第三十五条将核准文件和备案通知书有效期统一为 2 年。同时，对于境内投资主体申请延长有效期的程序也进行了细化。

八、境外投资再投资

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

在现行管理办法和新管理办法中，均规定若境内投资主体以提供融资或担保等方式，通过其境外企业开展境外投资活动，应当履行相关的核准/备案手续，但是现行管理办法中并未对境内投资主体所控制的境外企业以其自有资金(境内投资主体并不提供融资或担保)开展境外投资的行为明确进行监管。商务部 2014 年 9 月 6 日发布的《境外投资管理办法》(商务部令 2014 年第 3 号)中规定，境内投资主体投资的境外企业开展境外再投资，在完成境外法律手续后，境内投资主体应当向商务部门报告。但是发改部门一直未对该等情形下境内投资主体需要履行的手续作出明确规定。

新管理办法第四十二条提出了明确要求，即境内投资主体通过其控制的境外企业开展敏感类项目投资的，需要向发改部门提出核准申请。而对于非敏感类项目，如果是非大额项目，即中方投资额 3 亿美元以下，则无需备案也无需告知发改部门；而如果是大额项目，即中方投资额 3 亿美元或以上，境内投资主体应当在项目实施前通过网络系统提交大额非敏感类项目情况报告表，将有关信息告知发改部门。

九、境外投资项目的事后报告

在现行管理办法中，并没有明确规定境内投资主体在境外投资项目完成后，需要就项目完成情况向发改部门进行后续报备。

新管理办法第四十四条规定，在核准/备案完成后，境内投资主体还需要就核准/备案的项目进行相关事后报告，即在项目完成之日起 20 个工作日内通过网络系统提交项目完成情况报告表。此处所称的“项目完成”，是指项目所属的建设工程竣工、投资标的股权或资产交割、中方投资额支出完毕等情形。

新管理办法对于已经完成核准/备案的境外投资项目的后续监管还新增了其他机制。例如，境外投资过程中发生外派人员重大伤亡、境外资产重大损失、损害我国与有关国家外交关系等重大不利情况的，境内投资主体应当在有关情况发生之日起 5 个工作日内通过发改部门的相关网络系统提交重大不利情况报告表；再如，发改部门可以就境外投资过程中的重大事项向境内投资主体发出重大事项问询函，境内投资主体应当按照重大事项问询函载明的问询事项和时限要求提交书面报告等。

由此可以看出，发改部门对于境内投资主体的境外投资项目的监控程度有所提高，也更为全面。

十、自然人境外投资

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

现行管理办法规定，自然人在境外实施的投资项目，参照现行管理办法的规定另行制定具体管理办法。也就是境内自然人开展境外直接投资并不适用现行管理办法所规定的核准/备案程序，但发改部门并未就自然人境外投资发布过任何其他管理办法。

新管理办法第六十三条虽然明确境内自然人直接对境外开展投资不适用新管理办法，但是却将境内自然人通过其控制的境外企业对境外开展投资的行为纳入新管理办法的监管范围，当然就这一修改，还有一系列问题需要进一步明确，例如，境内自然人如何认定；是否包括长期在中国居住工作的外国人；自然人应当向其户籍所在地还是经常居住地的发改部门提出申请；如果采用经常居住地的发改部门受理申请的模式，经常居住地如何认定等。

我们理解，目前境内自然人通过完成国家外汇管理局 2014 年 7 月 4 日发布的《国家外汇管理局关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》项下的登记程序(以下简称“37 号文登记”)在境外设立持股公司，并通过该公司在境外进行投资活动的(例如搭建红筹架构)，将也需要根据新管理办法履行发改部门的核准/备案手续。但是，对于境内自然人在 37 号文登记时并未在境外专门设立持股公司来持有境外目标公司的股份，而是直接持有境外目标公司股份的情况似乎可以看作其并未通过其控制的境外企业在境外开展再投资活动，从而不需要按照新管理办法的规定履行发改部门的相关手续。这一理解是否符合发改部门的立法意图，还有待有关部门进一步明确。

国家发改委有关负责人于新管理办法发布之日就新管理办法答记者问中介绍说，新管理办法在简政放权、放管结合、优化服务等方面均做了有益的尝试。我们看到新管理办法确实对现行管理办法中部分不明确的事项进行了细化，也对境内投资主体在现阶段开展境外投资过程中产生的实践问题给予了指引；是有利于对外投资的发展的。但是，整体而言，新管理办法并没有从实质性上放松监管，而将监管更加全面化。考虑到目前发改部门的实践操作，虽说是对非敏感项目实施备案管理，但在备案过程中对项目情况并未局限于形式审查，更接近于实质性审查，而新管理办法中发改部门进一步预留了在某些情况下进行自由裁量的空间，这些对于将来的境内投资主体的境外投资活动会产生何种影响还有待观察。不过，目前离新管理办法的实施还有一段时间，各方可以对新管理办法在未来实操中可能遇到的过渡和衔接问题充分讨论，并积极与发改部门进一步沟通明确。我们也将持续关注这一系列问题并及时向大家反馈。

简析国家发改委《企业境外投资管理办法》

如需进一步信息，请联系：

作 者	
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: (86 21) 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: (86 21) 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: (86 21) 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: (86 10) 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.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@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com

© 通力律师事务所 2017

¹ 国家发改委在 2014 年 4 月 8 日发布了《境外投资项目核准和备案管理办法》(国家发展和改革委员会令第 9 号)，并与同年 12 月 27 日通过《国家发展改革委关于修改〈境外投资项目核准和备案管理办法〉和〈外商投资项目核准和备案管理办法〉有关条款的决定》(国家发展和改革委员会令第 20 号)对《境外投资项目核准和备案管理办法》中的个别条款进行了修改。