



外商投资企业设立、变更备案、投资准入负面清单及产业 指导目录之最新发展及解读

主讲人：刘展



目录

一、《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

二、《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）》（“17年版负面清单”）之解读

三、《外商投资产业指导目录（2017年修订）》（“17年版产业指导目录”）的新变化

01

《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

我国外商投资审批制度之回顾：

- 项目、项目、还是项目。
- 因为是“项目”，所以有项目核准、投注差等问题。
- 审批制项下并购（包括PE VC）律师面临的诸多问题，如文件版本、条款设计（例如那些不招审批部门喜欢的条款，如回购、优先清算、反稀释、put/call-options，drag/tag-along）、补充协议等问题

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

外资企业设立及变更备案制度的发展历程：

- 全国人大常委会于2016年9月3日审议通过的《关于修改〈中华人民共和国 外资企业法〉等四部法律的决定》（“人大常委会决定”），将不涉及国家 规定实施准入特别管理措施的外商投资企业设立及变更，由审批改为备案 管理。
- 商务部于2016年10月8日正式发布的《外商投资企业设立及变更备案管理 暂行办法》（“暂行办法”）第二条亦指出：外商投资企业的设立及变更，不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，适用本办法。
- 国家发改委和商务部在2016年10月8日发布的2016年第22号公告（“22号公告”）明确指出：涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行。

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

外资企业设立及变更备案制度的发展历程：

- 商务部条约法律司负责人在2016年10月8日就《外商投资企业设立及变更 备案管理暂行办法》进行解读中指出：

“对于外国投资者并购境内非外商投资企业，适用《关于外国投资者并购 境内企业的规定》（商务部令2009年第6号），其中涉及上市公司的，适用《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）”。“外国投资者并购境内非 外商投资企业完成后，外商投资企业发生的变更事项，如不涉及国家规定 实施准入特别管理措施的，也将实行备案管理。”

- 当时规定将“外资并购”与其他外商投资方式区别对待，所以该备案制是“有限范围内的备案制” / “跛脚”的备案制。

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

外资企业设立及变更备案制度的发展历程：

有限范围内的备案制下“并购”适用的两点思考：

1. FIE合并分立的问题：

《关于外商投资企业合并与分立的规定》（外经贸部、工商总局令2001年第8号）。该规定在2001年经过修订后，不但允许FIE之间进行合并，也**允许FIE与内资企业进行合并**；所以在实际操作中成为外资并购中资企业的重要法律依据，特别是《外国投资者并购境内企业**暂行规定**》在2003年颁布前。

十号文附则部分（52条）规定：外国投资者通过其在中国设立的外商投资企业合并.....境内企业的，适用关于外商投资企业合并与分立的相关规定.....，其中没有规定的，参照本规定办理。

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

外资企业设立及变更备案制度的发展历程：

有限范围内的备案制下“并购”适用的两点思考：

2. FIE股权出资的问题：

《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》（商务部令2012第8号）。根据被投资企业的内外资性质及是否新设，也可分为几种情形进行讨论：

（1）若被投资企业在股权出资前本身已为FIE，则可按照被投资FIE企业股权变更进行变更备案可（现有案例）；

（2）若一个或多个股权出资人以其股权企业的股权，或连同其他非股权出资投资者，新设一家FIE，则应按照新设备案；

（3）若股权出资人将出资股权增资现有的内资公司，是否也应该以变更设立的方式进行备案即可？

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

“备案管理办法征求意见稿”

商务部网站，2017年5月17日。其主要变化包括：

- 外资并购纳入备案管理
- 备案“申报”表述变成“报告”
- 关于上市公司/挂牌公司的变更备案
- 某些备案材料的变化（例举）

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

➤ “外资并购纳入备案管理

备案管理办法征求意见稿第五条第二款规定：“由于并购、战略投资、吸收合并等方式，非外商投资企业转变为外商投资企业，属于本办法规定的 备案范围的，参照本条第一款办理设立备案手续.....”

- 明确“并购、战略投资、吸收合并”等纳入备案管理；
- “等”字的理解：无论何种方式，只要是将非外商投资企业转变成外商投资企业。

第六条第三款相应增加并购备案信息：“并购设立外商投资企业交易基本 信息变更，包括并购支付对价、并购支付方式、被并购股权/资产评估值变更；”

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

➤ 备案“申报”表述变成“报告”

- 《暂行办法》多处表述为：《设立**申报表**》、《变更**申报表**》、《**申报**承诺书》等；
- 备案管理办法征求意见稿，将相应表述调整为：《设立**报告表**》、《变更**报告表**》、《**报告**承诺书》等；
- 申报：declaration? Application? Application submission? 报告：reporting...，不具有“申请”的含义。
- 与《外国投资法（草案征求意见稿）》中的“有限许可加全面报告”的管理制度精神保持一致。

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

➤ 关于上市公司/挂牌公司的变更备案

- 第五条第二款规定：“……外国投资者战略投资非外商投资的上市公司的，应于证券登记结算机构证券登记前或登记后30日内办理备案手续。”
- 第七条第二款规定：“外商投资的上市公司及在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司，外国投资者持有该公司股份的比例每累计变化5%以上，或者控股、相对控股地位发生变化时，应就投资者基本信息或股份变更事项办理备案手续。单个外国投资者出售其所持上市公司全部股份，上市公司应办理变更备案。”

（一）《外商投资企业设立及变更备案管理办法》征求意见稿（“备案管理办法征求意见稿”）背景及解读

➤ 某些备案材料的变化（例举）

- 第八条第（二）款项下的《备案报告承诺书》由企业全体投资者（或全体发起人）、**企业法定代表人**或其授权代表签署。
- 第八条第（二）款增加要求：外商投资企业及其外国投资者最终实际 控制人股权架构图（变更事项不涉及外商投资企业及其外国投资者最 终实际控制人变更的，无需提供）。

02 17年版负面清单之解读

▶ (二) 17年版负面清单之解读

《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）

- ▶ 发布机关：国务院办公厅
- ▶ 生效时间：2017年7月10日
- ▶ 替代之前的版本为2015年4月8号印发的版本

（二）17年版负面清单之解读

- 2017年7月10日已经生效，适用于所有自贸区。13、14年版本 仅适用于上海自贸区；15年版本覆盖到四个自贸区（上海、广东、天津、福建）。
- 15个门类、40个条目、95项特别管理措施；相比于2015年版 本减少10个条目、27项管理措施；
- 负面清单的意义在于列明了在自贸区内对外商投资项目与国民 待遇原则不符的准入措施。《清单》之内的非禁止投资领域， 须进行外资准入许可；《清单》之外的领域，内外资一致管理；
- 港澳台投资者参照执行，有更优惠特殊规定的，从其规定（CEPA, ECFA）；

（二）17年版负面清单之解读

被删减的管理措施涉及：

- 采矿业：贵金属勘察、开采；锂矿开采、选矿；
- 制造业：航空、船舶、汽车、轨道交通、通信、医药等
- 交通运输业：道路运输与水上运输；
- 技术信息服务业：互联网上网服务营业场所；
- 金融业：银行和保险；
- 租赁和商务服务：会计审计、统计调查等；
- 教育：建立军、警、政党类院校（内外资一致管理）；
- 文化、体育和娱乐业：新闻出版、广播影视、金融信息、文化娱乐。



(二) 17年版负面清单之解读

制造业：

- 航空制造、船舶制造与轨交设备部分制造业务取消了中方控股或合资合作的要求；
- 汽车制造对纯电动汽车的准入门槛进一步降低；
- 民用卫星领域取消中方控股要求；
- 取消钼、锡（锡化合物除外）、锑（含氧化锑和硫化锑）等稀有金属冶炼属于限制类的要求；
- 取消禁止投资列入《野生药材资源保护管理条例》和《中国稀有濒危保护植物名录》的中药材加工。

▶ (二) 17年版负面清单之解读

金融业：

银行业务

- 允许外国银行分行代理发行、代理兑付、承销政府债券
- 取消从事人民币业务最低开业时间要求
- 取消境外投资者投资资管公司总资产要求

保险业务

- 取消外资保险公司与其关联企业从事再保险的分出或者分入业务需经过保监部门批准的要求。

▶ (二) 17年版负面清单之解读

租赁和商务服务：

会计审计

- 取消首席合伙人需具有中国国籍的要求

统计调查

- 取消实行涉外调查机构资格认定制度和涉外社会调查项目审批制度
- 评级服务不再属于限制类

其他业务

- 取消因私出入境中介机构法定代表人须为具有境内常住户口、具有完全民事行为能力的中国公民的要求

（二）17年版负面清单之解读

上海自贸区特殊之处：

水上运输：水上运输公司（上海自贸试验区内设立的国际船舶运输企业除外）须由中方控股，且不得经营或以租用中国籍船舶或者仓位等方式变相经营国内水路运输业务及其辅助业务（包括国内船舶管理国内船舶代理、国内水路旅客运输代理和国内水路货物运输代理业务等）。

电信：限于从事中国入世承诺开放的电信业务，其中：增值电信业务（电子商务除外）外资比例不超过50%，基础电信业务经营者需为依法设立的专门从事基础电信业务的公司，且公司中国有股权或股份不少于51%，

上海自贸试验区原有区域【28.8平方公里区域】按既有政策执行。（工信部《关于中国（上海）自由贸易试验区进一步对外开放增值电信业务的意见》等政策文件）。

03 17年版产业指导目录的新变化

▶ (三) 17年版产业指导目录的新变化

《外商投资产业指导目录（2017年修订）》

- 发布机关：发改委，商务部
- 发布日期：2017年6月28日
- 生效日期：2017年7月28日
- 替代《外商投资产业指导目录（2015年修订）》

鼓励外商投资产业目录（348条）

外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）

第一部分：限制外商投资产业目录（35条）

第二部分：禁止外商投资产业目录（28条）

（三）17年版产业指导目录的新变化

鼓励外商投资产业目录

新版《目录》共保留了63条外资限制性措施（包括限制类35条、禁止类28条），比2015版《目录》的93条限制性措施（包括鼓励类中有股比要求的19条、限制类38条、禁止类36条）减少了30条。

与此同时，鼓励类条目数量基本不变，继续鼓励外资投向先进制造、高新技术、节能环保、现代服务业等领域。与2015版《目录》相比，新增6条，删除7条。新增的鼓励类条目包括智能化紧急医学救援设备制造，水文监测传感器制造，虚拟现实（VR）、增强现实（AR）设备研发与制造，3D打印设备关键零部件研发与制造，加氢站建设、经营，城市停车设施建设、经营等。

（三）17年版产业指导目录的新变化

鼓励外商投资产业目录

- ✓ **服务业**取消了公路旅客运输，外轮理货，资信调查与评级服务，会计审计，大型农产品批发市场建设、经营，综合水利枢纽的建设、经营等领域外资准入限制。
- ✓ **制造业**取消了轨道交通运输设备制造，汽车电子总线网络技术、电动助力转向系统电子控制器的研发与制造，新能源汽车能量型动力电池制造，摩托车制造，海洋工程装备（含模块）制造与修理，船舶低、中速柴油机及曲轴的制造，民用卫星设计与制造、民用卫星有效载荷制造，食用油脂加工，大米、面粉、原糖加工，玉米深加工，生物液体燃料（燃料乙醇、生物柴油）生产等领域外资准入限制，并取消了中方合资伙伴联合兼并国内其他汽车生产企业及同一家外商在国内建立纯电动汽车生产合资企业不超过两家的限制。
- ✓ **采矿业**取消了油页岩、油砂、页岩气等非常规油气勘探、开发，贵金属（金、银、铂族）勘查、开采，锂矿开采、选矿，钼、锡（锡化合物除外）、锑（含氧化锑和硫化锑）等稀有金属冶炼等领域外资准入限制。

（三）17年版产业指导目录的新变化

限制与禁止外商投资产业目录

统一采用外商投资准入负面清单

新版《目录》在结构上进行了调整，将2015版《目录》中部分有股比要求的鼓励类条目，与限制类和禁止类条目进行了整合，形成了统一的在全国范围内实施的外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单），包括“限制外商投资产业目录”（列出了股权要求、高管要求等）和“禁止外商投资产业目录”两部分。

以“民用机场的建设经营”为例，其既属于鼓励类（307，移除“中方相对控股”表述），又属于“准入特别管理措施（负面清单）”（18）。也就是说，在鼓励类范围内见不到“中方相对控股”、“限于合资、合作”等表述。

（三）17年版产业指导目录的新变化

限制与禁止外商投资产业目录

与外商投资备案制的衔接和关系

22号公告：经国务院批准，外商投资准入特别管理措施范围按《外商投资产业指导目录（2015年修订）》中限制类和禁止类，以及鼓励类中有股权要求、高管要求的有关规定执行。

备案管理办法征求意见稿第二条就规定：“外商投资企业的设立及变更，不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，使用本办法。”

对于既属于鼓励类、但又进入负面清单的产业，享受鼓励类政策，但同时需要遵循准入规定。

(三) 17年版产业指导目录的新变化

限制与禁止外商投资产业目录

1. 境外投资者不得从事外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）中的禁止类项目；从事限制类有外资比例要求的项目，**不得设立外商投资合伙企业。**
2. 境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司并购与其**有关联 关系的境内公司**，涉及外商投资项目和企业设立及变更事项的，按现行规定 办理。----应**按照十号文报商务部审批？**

THANK YOU !

