

外商投资法律热点问题

大变革中的一小步：如何理解外资准入“备案制”

2016年9月3日全国人大常委会就外商投资相关的四部法律发布修改决定，商务部同时公布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》征求意见稿（下称“《备案办法》”），拟从2016年10月1日起对“负面清单”之外的外商投资企业设立变更实施备案管理。从公布的设立和变更备案申报材料来看，自1979年7月1日《中外合资经营企业法》颁布以来即开始实施的合同、章程逐案审查制在此次备案管理的范围内被废止，甚至外商投资项目核准、备案批复以及特定行业的市场准入审批也不再要求提供。商务部新闻发言人孙继文表态，“备案不是企业进行工商登记的前提条件”，为此次诚意十足的变革做出了生动的注脚。然而，回归到专业人士的视角详加推敲，对于《备案办法》的诸多细节各家机构又众说纷纭。笔者试图从以下几个角度，帮助读者把握此次外资准入“备案制”改革的精髓。

一、自贸试验区经验的推广，是把握此次“备案制”适用范围的一把钥匙

业内疑问最多者是关于《备案办法》适用范围的第二条。孙继文在2016年9月3日发表的谈话中，开篇讲的就是自贸试验区，其最核心的表述是“自贸试验区内外商投资管理体制改革试

点……已经具备在全国复制推广的条件”。因此，2013年10月以来陆续在四大自贸试验区开展的“准入前国民待遇加负面清单的管理模式”试点，应该构成我们理解《备案办法》的一个基本背景。

在此基础上可以提出的大胆假设是，此次“备案制”改革，是自贸试验区经验的推广和延伸。换一种说法，未经自贸试验区经验验证的东西，不应也无法列入此次经验推广的范畴。如果这种前提假设正确，那么在2015年国务院发布的自贸试验区负面清单中被明确排除在外的“外国投资者并购境内企业”、“外国投资者对上市公司的战略投资”、“境外投资者以其持有的中国境内企业股权出资”，都不会纳入此次“备案制”改革的适用范围。

“备案制”如果要从今年10月1日开始实施，一份适用于全国的外资准入“负面清单”是必不可少的。基于上述推广自贸试验区经验的相同假设，2015年国务院已经公布了适用于四大自贸试验区的负面清单，那么在其经验总结基础上，结合最近中美双边投资协定谈判所取得的进展，在一个月内在全国与“备案制”配

套的新版负面清单，似乎也并不是不可能完成的任务。

二、外国投资法草案的基本理念已经被最高立法机关原则上接受

理解此次“备案制”改革的另一个背景，毫无疑问应该是 2015 年初公开征求意见的《外国投资法》草案。在笔者看来，《外国投资法》草案最重要的两大突破，其一为“有限审批、普遍备案”的外资准入事前管理体制变革，其二为从“外商投资企业管理”到“外国投资及其实际控制人管理”的理念转变。

第一点已经通过本次“备案制”改革部分实现，尽管如上所述其适用范围可能还非常有限。

第二点在全国人大常委会的修法决定和《备案办法》的宏观层面似乎还难觅踪迹，因为目前的“备案制”毫无疑问仍然是基于三资法“管企业”模式的小修小补。但是，细究《备案办法》及其附件提出的备案要求，对外商投资企业的实际控制人、外商投资企业中外投资者的实际控制人的信息披露要求均已赫然在列。非常明显，商务部有意借道第一步变革，为日后彻底实现“管投资”和“管实际控制人”积累经验、摸索办法、搜集信息。

《外国投资法》草案提供了颠覆式的管理理念和管理措施，如果一步到位贸然实施，有可能造成外资准入管理上的混乱。此次范围有限的“备案制”改革以及《备案办法》具体执行措施中的点点滴滴，处处闪耀着中国渐进式改革“小步快走”、“且行且试”的智慧火花。

三、各个政府部门之间如何协调配合仍然是有待观察的重大课题

近 40 年来的外商投资管理，是与外资准入管理相关的各个政府部门之间分工合作的有机体系。而《备案办法》此次由商务部一家在距正式实施不足一个月之前推出，难免让人担心工商管理部门（下称“工商部门”）、外汇管理部门（下称“外管部门”）及其辖下的各家外汇银行都做好准备了么？

自贸试验区的备案制，仍然是企业设立登记之前的事前备案，对工商部门传统上看商务部门批文的工作习惯冲击有限。而《备案办法》更进一步，在外商投资企业设立阶段提供了工商登记事后备案的选项。一方面，地方工商局真的会接受外国投资者“空着手”来设企业吗？事后备案会否因为工商部门的不适应而名存实亡？另一方面，对于未经商务部门审查的外商投资企业设立要求，工商部门要根据负面清单做出审查和判断吗？他们有权认定投资内容落入负面清单范围进而要求外国投资者必须先去商务部门完成审批吗？如果工商管理部门和商务部门对负面清单的理解不一致如何处理？

对于外管部门与外商直接投资相关的监管而言，商务部门批文的重要性一向远胜于项目核准和企业设立登记。一旦实施事后备案，面对外商投资企业及其投资人外汇资金进出和兑付的要求，外管部门毫无疑问将门户洞开。同样，对于外国投资者以备案方式设立企业是否合法合规，他们恐怕也无从判断。更何况，与此相关的外汇管理权限已经大部分下放至银行，在外管局的严

格监管之下，银行在实践中往往谨小慎微。面对此次“备案制”改革，外国投资者可能要做好心理准备，在资金进出方面与银行经历一番痛苦的磨合。

具体执行机构的高度地域分散化是工商部门和外管部门/银行的共同特点。商务部门可以将备案权力上收至省一级，商务部也可以与国家工商总局及国家外管局进行多方协调沟通，但千千万万的地方工商局、外管分支局和银行实现思想统一调一致，恐怕会是一个相当漫长的过程。

四、中外投资者可能面临新的合规考验

备案也许也并不如想象中那么容易。外商投资企业的实际控制人如何认定，在某些情况下会是非常棘手的问题。缺乏类似《外国投资法》草案中的定义，缺少执法解释和案例指导，外国投资者恐怕必须寻求专业人士的帮助。

目前《备案办法》的附件，要求外国投资企业的所有投资者均需披露最终实际控制人信息。如果披露义务人是股东，那么对于股权结构分散的外商投资企业小股东而言，这意味着自身控制结构的任何变化都会引向中国商务部的备案义务，显然会对他们构成不合理重大的负担并增加其合规风险。如果披露义务人是外商投资企业，其可能根本没有渠道掌握自己小股东的控制权变化信息，会形成法律义务承担者与实际信息占有者之间的背离。当然，据我们了解到的信息，这种普遍的实际控制人信息披露义务也许并不是商务部的初衷，且看最终的生效版本作何表述。

《备案办法》第四章仿效《外国投资法》草案规定了相关法律责任，在《行政处罚法》授权

的限度内为商务部门的执法设置了处罚权并规定了监督检查措施。长期来看，加强事中事后监管是外资准入管理的必然趋势，《外国投资法》在未来的颁行实施也必然大幅提高罚款金额的上限和其它处罚的力度。尽管中央和地方商务部门作为外资主管部门未来如何执法仍有待观察，但由积极执法催生新的外资准入合规调查热点却并非全无可能。外国投资者在进入中国或在中国扩张业务之前，需要仔细研究负面清单，确保不踩禁止投资的红线，力争规避限制投资的模糊地带，必要时及时启动准入审批程序或国家安全审查程序。

五、“有限审批、普遍备案”依然任重道远

如果笔者在第一部分的猜想正确，“备案制”的有限适用将以新设和收购为界形成事实上的双轨制。而任何“双轨制”都必然带来认定和适用上的困难。比如，即使要求外国投资者做资产收购必须进行审批，如果外国投资者通过备案新设企业，再行收购境内企业资产，在目前的意愿结汇制度下，似乎也不会产生实质性障碍。再如，目前《备案办法》将外商投资企业合并分立视为外商投资企业设立的一种方式可以适用备案制，那么外国投资者是否可以备案新设一家外商投资企业，之后再通过备案与一家境内企业合并，从而达到外资收购境内企业股权而无需审批的目的？双轨之间必有缝隙，给人以制度套利的腾挪空间。

2015年10月2日，国务院颁布《关于实行市场准入负面清单制度的意见》，规定“负面清单主要包括市场准入负面清单和外商投资负面清

单”，要求“从2018年起正式实行全国统一的市场准入负面清单制度”。届时，外商投资负面清单将如何与市场准入负面清单切割协调？

从《备案办法》及其附件的行文来看，外商投资产业指导目录和中西部优势产业目录仍会继续存在，相应的，外商投资企业作为股东在中外合资企业中被归类为境内投资者，外商投资企业再投资仍将按照现行规定、遵循外商投资产业指导目录，实施限制类审批、准许和鼓励类直接登记的“准备案制”管理。这些目录与即将颁布的外商投资负面清单会否在某些情况下产生交集？我们也需要在实践中持续观察。

就整个法律体系而言，全国人大常委会决定

只修改了外商投资相关的四部法律，但是配套的国务院行政法规并未修改。就外资管理而言，商务部自身单独或联合发布的部门规章和规范性文件也汗牛充栋，其中多有与备案制矛盾冲突之处。这些仍然生效的法规、规章和文件亟需做系统的整理，否则在未来的法律适用上会造成极大的混乱。

综上所述，不到一个月之后有限“备案制”的实施，只是在向“有限审批、普遍备案”制度迈进的一个起点。在外国投资管理制度实现彻底转型之前，是江河湍流汇入大海之前的一段惊险的漩涡。投资者固然需要耐心与定力，更要与作为向导的法律专业人士同舟共济、小心求索，共同驶向大海大洋的广阔天地。

封 锐 合伙人 电话：86 10 8519 1389 邮箱地址：fengr@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

