

## 外商投资法律热点问题

### 中国外商投资管理进入备案制新纪元

**引言：**2016年9月3日，中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》（以下简称“《决定》”），据此，自2016年10月1日起在全国范围内对外商投资实施准入前国民待遇加负面清单管理的新模式。商务部于同日发布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法（征求意见稿）》，向社会公开征求意见。本文将分析我国外商投资管理模式的发展历程、新管理模式的变革亮点、以及新管理模式下需关注的法律问题。

#### 一、外商投资管理模式的发展历程

中国多年来对于外商投资一直采取逐案审批管理模式，即依据《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》等法律法规，逐案审批外商投资企业和台湾同胞投资企业（以下统称“**外商投资企业**”）。

世界其他国家对于外商投资则普遍采取准入前国民待遇加负面清单管理模式。国民待遇是指给

予外国投资者及其投资不低于其在同等条件下给予其本国投资者及其投资的待遇。国民待遇可分为准入前国民待遇与准入后国民待遇。准入前国民待遇是指将国民待遇延伸至投资发生和企业建立前阶段，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。准入后国民待遇是指外国投资者在东道国设立企业后，在从事经营活动中，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。负面清单管理模式以清单方式列明外商投资与本国投资在市场准入方面的不同，对于未列入清单的则一视同仁，属于准入前国民待遇，体现了“法无明文禁止即自由”的法治理念。

为了探索准入前国民待遇加负面清单管理模式的可行性，2013年起，全国人民代表大会常务委员会先后授权国务院在上海、广东、天津、福建四个自贸区内暂时停止实施《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》规定的外商投资企业和台湾同胞投资企业的设立、变更等事项的行政审批，改为备案管理。四个自贸区内实施外商投资准入特别管理措施（负面清单），即以负面清单列明不符合国民待遇等原则的外商投资准入特别管

理措施。外国投资者在自贸区投资外商投资准入特别管理措施（负面清单）以外领域，按照适用于自贸区内的外商投资备案规定进行备案。

近三年来，准入前国民待遇加负面清单管理模式提高了上海、广东、天津、福建四个自贸区的投资便利化水平。国务院发展研究中心等第三方机构评估认为，自贸区内外商投资管理体制改革试点受惠面广、成效显著、风险可控，已具备在全国复制推广的条件<sup>1</sup>。

2016年9月3日，第十二届人大常委会第二十二次会议通过《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的设立、变更等事项由审批改为备案管理。《决定》自2016年10月1日起施行。国家规定的准入特别管理措施将由国务院发布或者批准发布。

## 二、建立准入前国民待遇加负面清单管理模式

从逐案审批管理模式发展为准入前国民待遇加负面清单管理模式，首先需要将《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》有关外商投资企业的审批事项修改为备案管理事项。

《决定》吸收了授权国务院在四个自贸区暂停实施行政审批的规定，在《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》各增加了一条，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的下述事项由审批改为备案管理：

- 1、 外资企业的设立、分立、合并或者其他重要事项变更、延长经营期限；
- 2、 中外合资经营企业的设立、延长合营期限、解散；
- 3、 中外合作经营企业的设立、合同重大变更、转让合作企业合同权利义务、委托他人经营管理、延长合作期限；
- 4、 台湾同胞投资企业的设立。

我们认为，外商投资企业及其投资者适用备案管理应同时满足两个条件：一是不涉及国家规定实施准入特别管理措施；二是属于《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》规定的设立及变更事项。无法同时满足这两个条件的，外商投资企业及其投资者应当继续适用逐案审批管理模式。

对于外国投资者以股权收购或资产收购方式收购内资企业的，如果该目标企业不涉及国家规定实施准入特别管理措施，外国投资者在进行股权并购时能否适用备案管理，《决定》中并未涉及。我们倾向于认为，该股权并购不符合适用备案管理的第二个条件，故仍然需要按照《关于外国投资者并购境内企业的规定》的要求提交商务部或省级商务主管部门审批。

《决定》规定，国家规定的准入特别管理措施将由国务院发布或者批准发布。截止本文发出之日，国务院尚未发布或者批准发布准入特别管理措施，但考虑到《决定》自2016年10月1日起施行，预计该等准入特别管理措施（亦即负面清单）指日可待。

<sup>1</sup> <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201609/20160901384829.shtml>

### 三、外商投资企业设立及变更备案管理

为了执行《决定》做好外商投资企业的备案管理工作，商务部在四个自贸区内适用的《自由贸易试验区外商投资备案管理办法（试行）》的基础上制定了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法（征求意见稿）》（以下简称“《暂行办法》”），并于 2016 年 9 月 3 日向社会公开征求意见。《暂行办法》对备案机构、备案程序、申请文件、监督管理、法律责任等作出了详细的规定。香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区投资者投资不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，参照《暂行办法》办理备案。

《暂行办法》对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备案要求如下：

#### 1、 备案机构

商务部、各级商务主管部门以及自贸区、国家级经济技术开发区的相关机构是外商投资企业设立及变更的备案机构。

#### 2、 备案程序

##### (1) 设立备案

取得名称预先核准后，全体投资者可以在营业执照签发之前，或者外商投资企业在领取营业执照之日起 30 日内，通过备案系统在线填报和提交《外商投资企业设立备案申报表》及相关文件，办理设立备案手续。

##### (2) 变更备案

外商投资企业发生以下变更事项的，应在变更事项发生后 30 日内通过备案系统在线填报和提交

《外商投资企业变更备案申报表》及相关文件，办理变更备案手续。

- A. 外商投资企业基本信息变更，包括名称、注册地址、企业类型、经营期限、投资行业、业务类型、经营范围、项目性质、注册资本、投资总额、组织机构构成、法定代表人、外商投资企业最终实际控制人信息、联系人及联系方式变更；
- B. 外商投资企业投资者基本信息变更，包括姓名（名称）、国籍或地址（注册地或注册地址）、证照类型及号码、认缴出资额、出资方式、出资期限、资金来源地、投资者类型变更；
- C. 股权（股份）、合作权益变更，包括股权质押；
- D. 合并、分立、终止；
- E. 外资企业财产权益对外抵押转让；
- F. 中外合作企业外国合作者先行回收投资；
- G. 中外合作企业委托经营管理。

外商投资企业最高权力机构作出变更决议或决定的时间为外商投资企业变更事项的发生时间；法律法规对外商投资企业变更事项的生效条件另有要求的，从其规定。

##### (3) 在线提交文件

办理设立备案或者变更备案应当通过备案系统提交以下申请文件：

- A. 外商投资企业名称预先核准材料或外商投资企业营业执照；
- B. 《外商投资企业设立备案申报承诺书》、《外商投资企业变更备案申报承诺书》；

- C. 全体投资者（或全体发起人）或外商投资企业指定代表或者共同委托代理人的证明；
- D. 外商投资企业投资者或法定代表人委托他人签署相关文件的证明；
- E. 投资者主体资格证明或自然人身份证明（变更事项不涉及投资者基本信息变更的，无需提供）；
- F. 法定代表人自然人身份证明（变更事项不涉及法定代表人变更的，无需提供）。

### 3、 备案期限

属于备案范围的，备案机构应在 3 个工作日内完成备案并通知外商投资企业或其投资者。

### 4、 备案回执

收到备案完成通知后，外商投资企业或其投资者可凭外商投资企业名称预核准材料（复印件）或外商投资企业营业执照（复印件）向备案机构领取《外商投资企业设立备案回执》或《外商投资企业变更备案回执》（以下简称“《**备案回执**》”）。

### 5、 信息共享

备案机构与公安、国有资产、海关、税务、工商、证券、外汇等有关行政管理部门应密切协同配合，加强信息共享。备案机构发现外商投资企业或其投资者有不属于该部门管理职责的违法违规行为，应及时通报有关部门。

### 6、 法律责任

外商投资企业或其投资者违反备案义务的，备案机构应责令限期改正，情节严重的，处违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款，但最高不超过 3 万元。

外商投资企业或其投资者未经审批在外商投资准入特别管理措施所列的限制投资领域开展投资经营活动的，备案机构应责令其限期改正，停止开展相关投资经营活动，并处违法所得 3 倍的罚款，但最高不得超过 3 万元。

外商投资企业或其投资者在外商投资准入特别管理措施所列的禁止投资领域开展投资经营活动的，备案机构应责令停止开展相关投资经营活动、限期处分股权或其他资产，并处违法所得 3 倍的罚款，但最高不得超过 3 万元。

## 四、 备案管理与审批管理的对比

与审批管理规定相比，《暂行办法》规定的外商投资企业的设立及变更备案管理主要有以下特点：

- 1、 备案机构在备案管理的审查义务轻于审批机构在审批管理的审查义务

在备案管理模式下，以设立外商投资企业为例，外商投资企业或其投资者在办理备案时只需要在线提交《外商投资企业设立备案申报表》、外商投资企业名称预先核准材料或外商投资企业营业执照、申报承诺书、授权委托书、投资者主体资格证明等文件。备案机构对填报信息形式上的完整性和准确性进行核对，并对申报事项是否属于备案范围进行甄别。备案机构出具的《备案回执》应载明外商投资企业或其投资者已提交设立备案申报材料，且符合形式要求。

在审批管理模式下，以设立外商投资企业为例，投资者应当向审批机关提交申请书、可行性研究报告、章程、协议、合同、董事会名单、投资者主体资格证明、资信证明等申请文件。审批机关就

申请人申请报批的内容是否符合外商投资管理性规范进行审查，审批机关如果发现申请文件有不当之处的，有权要求修改，否则将不予批准。

## 2、 备案管理引入了穿透管理的要求

《暂行办法》要求办理设立备案时需填报外商投资企业及外商投资企业投资者各自的最终实际控制人的信息，包括国籍/注册地、证件号码、类型及实际控制方式。外商投资企业的最终实际控制人信息发生变更的，需要办理变更备案手续。

需要注意的是，由于备案机构与税务部门实行信息共享，非居民企业间接转让外商投资企业股权导致外商投资企业的最终实际控制人发生变更的，税务部门会判断该间接转让外商投资企业股权是否具有合理商业目的。如果不具有合理商业目的，税务部门有权重新定性该间接股权转让，确认为直接转让外商投资企业股权，并就股权转让所得征收企业所得税。

## 3、 备案管理模式下须备案的变更事项远多于审批管理模式下须经审批的变更事项

在备案管理模式下，《暂行办法》要求外商投资企业发生七大类共三十项变更事项后需要办理变更备案手续。《暂行办法》的变更事项多于《自由贸易试验区外商投资备案管理办法（试行）》规定的变更事项，后者仅规定了十二项变更事项。

在审批管理模式下，《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》并未列举外商投资企业哪些重大事项发生变更需要履行变更审批手续，具体规定散见于法律、行政法规、部门规章等规范性文件中。综合现有规定，外商投资

企业需变更以下八项事项的应当事先经审批机关批准：注册资本，公司类型，经营范围，营业期限，股东或发起人认缴的出资额及出资方式，公司合并、分立，跨审批机关管辖的地址变更，有限责任公司股权转让或股份有限公司股份转让（不涉及营业执照和批准证书载明事项的除外）。

## 4、 备案期限短于审批期限

以设立不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业为例，《暂行办法》要求备案机关应当在3个工作日内完成备案。

在审批管理模式下，根据相关规定，设立外资企业审批机关应当在90天内决定是否批准，设立中外合资经营企业审批机关应当在3个月内决定是否批准，设立中外合作经营企业审批机关应当在45天内决定是否批准。

总体来说，实行备案管理为外国投资者在中国设立外商投资企业、以及对其所投资的企业进行变更提供了便利。同时我们也注意到，由于《暂行办法》要求备案的变更事项过于庞杂，变更事项范围甚至超出了实行审批管理的变更事项范围（例如外商投资企业最终实际控制人信息），尽管备案程序比较短，需要频繁办理变更备案也会给外商投资企业的经营造成实际操作上的不便。有鉴于此，我们建议商务部考虑对《暂行办法》的部分变更事项进行删减。

## 五、 新管理模式下需要关注的法律问题

### 1、 如何认定外商投资企业设立及变更的备案管理的性质

《决定》和《暂行办法》并未对外商投资企业

设立及变更的备案管理的性质作出规定。

我国目前未对备案管理制定统一立法，具体规定散见于法律、法规、规章等规范性文件中。现行法律规范中，备案管理主要可细分为如下四类：具有行政许可意义的备案、具有行政确认意义的备案、具有告知意义的备案、具有监督意义的备案<sup>2</sup>。

分析《暂行办法》的规定，我们倾向于认为外商投资企业设立及变更的备案管理的法律性质应该属于监督意义及行政确认意义的备案。

具有监督意义的备案是指为了实现对特定事项的管理，行政相对人向行政机关进行备案，行政机关对备案材料进行审查，符合要求的予以备案。备案不影响当事人的权利义务，行政机关通过备案对特定事项进行监督管理。行政相对人未办理备案的，行政机关责令要求限期办理。例如为了监督管理商品房屋租赁，《商品房屋租赁管理办法》要求当事人在订立房屋租赁合同后三十日内向房地产主管部门办理房屋租赁登记备案；对于符合备案要求的，房地产主管部门开具房屋租赁登记备案证明；但是未履行备案手续并不会导致房屋租赁合同无效。

具有行政确认意义的备案是指行政机关通过备案对于特定法律行为的确认。尽管备案不影响当事人的权利义务，但是会影响交易安全。例如《商标法》规定，许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告；商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。尽管《暂行办法》并未规定未经备案不得对抗善意第三人，但鉴于备案的信息也将通过信息共享供公

安、国有资产、海关、税务、工商、证券、外汇等有关行政管理部门参考及使用，我们认为外商投资企业设立及变更的备案管理也类似于具有行政确认意义的备案。

考虑到备案的性质将影响交易的安全、合同效力的判断，我们建议商务部明确外商投资企业设立及变更的备案管理的法律性质。同时，从保护交易安全的角度，我们建议商务部考虑明确规定未经备案不得对抗善意第三人。

2、外商投资企业或其投资者未办理设立或变更备案的，如何认定外商投资企业在设立、变更过程中订立的合同的效力

《合同法》第四十四条规定，“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第一条第一款进一步规定，“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。”该条款明确了对于当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，审批是合同生效的特别生效条件，未经审批的合同为未生效合同。

由于《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的部分事项由审批改为备案管理，按照字面解释的方式，我们倾向于认为，对于不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外

<sup>2</sup> 《行政备案的法理界说》，朱最新 曹延亮，2010年《法学杂志》第4期

商投资企业在设立、变更过程中订立的合同，如果未办理设立或变更备案的，不影响合同效力，但是备案机构有权要求限期改正，并可能处以罚款。

3、 外商投资企业在设立、变更过程中订立的合同已办理设立或变更备案的，但备案内容与实际履行的合同内容存在差异，如何认定该等实际履行的合同的效力

我们认为对此应分为以下三种情况进行分析：

首先，如果外商投资企业实际履行的合同不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，如前所述，外商投资企业或其投资者未办理设立或变更备案的，不影响合同效力，但是备案机构有权要求限期改正，并可能处以罚款。

其次，如果外商投资企业实际履行的合同涉及外商投资准入特别管理措施所列的限制投资领域的投资经营活动的，按照《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第一条第一款，该等实际履行的合同系未生效合同，只有经审批机关批准后方才生效。外商投资企业或其投资者应向审批机关提交申请。此外，备案机构有权要求外商投资企业限期改正，停止开展相关投资经营活动，并处违法所得3倍的罚款，但最高不得超过3万元。

最后，如果外商投资企业实际履行的合同涉及外商投资准入特别管理措施所列的禁止投资领域的投资经营活动的，由于《合同法》规定损害社会公共利益合同无效，禁止类项目具有危害国家安全或者损害社会公共利益等情形，因此实际履行的合同无效。但是我们注意到，《暂行办法》规定在该种情况下，备案机构应责令外商投资企业或其投

资者限期处分股权或其他资产，商务部似乎认为在该种情况下实际履行的合同有效，否则外商投资企业或其投资者无权处分股权或其他资产。

4、 不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业是否需要办理外商投资项目核准和备案手续

我国对于外商投资管理的分工系各级发展改革部门负责投资项目管理，商务部门则是负责外商投资企业合同和章程管理。

《决定》规定举办外资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、台湾同胞投资企业不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，将《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》规定的审批事项改为备案管理。前三部法律规定的审批机关均为商务部门，后一部法律虽然没有明确具体的审批机关，由于台湾同胞投资企业也参照适用前三部法律，因此其审批机关也是商务部门。由于《决定》仅涉及将部分商务部门的审批事项变更为备案事项，而不涉及发展改革部门投资管理项目的修改，我们理解即使不涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业和台胞投资企业也仍然需要按照现行规定向发展改革委员会办理外商投资项目核准和备案手续。

## 六、 结语

我国将自2016年10月1日起在全国范围内实施准入前国民待遇加负面清单管理的新模式。为了执行新模式，我们预计国务院将马上发布或者批准发布准入特别管理措施、商务部也将在征求意见结

束后尽快发布正式的《暂行办法》，特别管理措施与《暂行办法》将一并于10月1日起施行。由于我国在四大自贸区的试验取得成功，因此我们预计国务院会在四大自贸区统一适用的外商投资准入特别管理措施（负面清单）的基础上制定全国通用版本。

虽然我们在外商投资管理上向前迈出了一大步，但是仍与外商投资管理统一立法的目标存在一定的距离，我们期待新模式能推动《外国投资法》尽快出台及实施。

缪晴辉 合伙人 电话：86 20 2805 9066 邮箱地址：miaoqh@junhe.com  
潘一鸣 律师 电话：86 20 2805 9092 邮箱地址：panym@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](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

