



中国出台外商投资管理体制改革的配套规定

2016年9月3日，全国人大通过了《修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》，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和变更，由审批改为备案管理。2016年10月8日，商务部和国家发展改革委联合发布第22号公告（“22号公告”），进一步明确规定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¹。同日，商务部正式公布《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（“《暂行办法》”），将相关的备案程序、要求、监管和法律责任具体化。此外，国家工商总局也于2016年9月30日发布了《工商总局关于做好外商投资企业实行备案管理后有关登记注册工作的通知》（“189号文”），以指导外商投资企业登记注册与外商投资企业审批改备案管理的衔接工作。至此，本次法律修订的配套规定基本到位，原先在自贸区实验的外商投资负面清单管理模式现在正式推向全国适用。以下是对这些新配套规定的要点概述。

一、备案管理的适用范围

22 号公告指出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，也就是说前述这些产业属于外商投资管理的负面清单（以下简称《负面清单》）。《负面清单》内的外商投资项目仍需要相应商务管理部门（以下简称“商务局”）的审批²，《负面清单》外的外商投资项目按照《暂行办法》进行备案管理，无需商务局的审批。但是，需要澄清一点的是，本次外商投资管理改革只针对商务局的审批权限，并不影响针对项目本身的立项、环评、规划、建设等方面所需要的其他政府审批要求。

另外 22 号公告同时指出：涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行。这就是说，外国投资者并购境内企业的，无论是通过资产并购新设外商投资企业，还是通过股权并购将已有的境内企业变更为外商投资企业，仍然需要按照《关于外国投资者并购境内企业的规定》、《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》等现行规定获得商务局及其他政府机关的审批，而不管被并购的企业或资产是否属于《负面清单》的范围。对于并购完成后设立的外商投资企业，若其业务本身不属于《负面清单》的产业范围，该外商投资企业若之后再发生经营变更，则理论上只需按照《暂行办法》进行变更备案即可，而无需再行取得商务局审批³。

最后，按照中国立法惯例，本次改革所述的外商投资包括港澳台

对大陆的投资，以及投资类外商投资企业（例如，投资性公司及创投企业）在境内的投资。

二、备案的要求和程序

《暂行办法》所述的备案属于告知性备案，确实和原先的外商投资审批制有本质性区别。即外商投资企业向商务局办理备案并非办理其他登记手续的前提条件。而在原先的审批体制下，未获得商务部门的审批，则无法登记设立外商投资企业（即使是非常简单的小型型企业）或对其主要事项进行变更。

根据《暂行办法》的新规定，对于《负面清单》之外的外商投资企业，无论是其新设立，或进行实质性变更（例如，发生注册资本、股权比例、经营范围、合并、分立、清算、终止等变更），均可以通过在线申请的方式完成备案。新设外商投资企业的备案可以在取得营业执照之前（但需先完成名称预先核准）完成，也可以在取得营业执照之后的30天内完成。企业变更的备案只需在变更生效后的30天内完成即可。备案需要提交的材料也更为简化，只要求提供备案表格、身份证明性文件及信息真实承诺书等。相比以前的审批程序，备案不再需要向商务局提交合资合同、章程、股权转让协议等商业性文件，这可以极大地增加商业交易的自主性，并实质性消除商务局对相关商业条款的影响（值得注意的是外资并购仍属于要商务局审批的项目）。对于提交的备案文件，商务局也只会进行形式审查，主要看企业所在产业是否属于《负面清单》的范围。对于形式

审查合格的，商务局会签发备案回执。原先的《外商投资企业批准证书》将不再对备案企业适用。

三、备案的监督 and 处罚

商务局将外商投资企业的备案情况实行抽查、按举报检查和主动检查，对于不按时完成备案、进行虚假备案或以备案规避审批的，商务局将记入不诚信档案系统并予以公示，并可处以三万人民币以下的罚款。

四、工商局的登记衔接

各级工商行政管理局（以下简称“工商局”）一直以来就是各种企业（包括外商投资企业）的登记主管机关，但以前工商局针对外商投资企业的登记工作更多地是从属于商务局的审批工作。本次外商投资管理改革实际上将外商投资的管理重心在一定程度上由商务局转移到了工商局。189号文就是对此趋势的反映。

189号文首先明确了新形势下的各级工商登记管辖权限；同时指出，境外投资者在《负面清单》以外产业投资的，可以直接向工商局申请外商投资企业设立、变更（备案）和注销登记，无需提交商务局出具的备案证明；境外投资者在《负面清单》内投资的，在进行工商登记时，仍然需要依法提交商务局出具的批复和批准证书。另外值得注意的是，189号文并没有像《暂行办法》那样简化工商登记要求和材料，这就意味着工商局仍然可能会要求外商投资企业提交公

公司章程和股权转让协议等商业交易文件以进行工商登记，并有可能提出具体修改要求⁴。

总之，本次中国外商投资管理体系改革对于外国投资者来说是个重大利好，尤其是对不属于《负面清单》范围内的外商投资更是如此。本次改革后的备案要求实质性削减或消除了商务局对商业交易条款的审查，使得外国投资者可能有更多的商业自由判断空间，这将大大有利于中国吸引和留住外资，也是中国对继续推进改革开放发出的一个信号。

欲了解更多信息

如果您就本篇文章有任何问题，请联系[蔡军祥律师](#)、任何在[德茂欣律师事务所驻上海代表处](#)的[律师](#)或您经常联系的我所律师。

注释

¹ 但涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行，即仍需要商务局审批

² 禁止类产业则外商不得投资

³ 这在理论上可以为并购交易的设计提供一定弹性空间，双方可以考虑将可能导致审批困难的条款留待商务局审批完成后解决。因为在并购审批完成后，对目标企业的变更应只适用备案程序（前提是目标企业不属于负面清单范围），这将会使交易各方更便于安排商业交易条款，因为备案是不需要商务局审批的。但这个解读还有待于并购实践检验。

⁴ 但一般来说，工商局一般不会对商业交易文件提出实质性的修改要求。