

## “准入前国民待遇+负面清单”时代的到来

### ——简析《外商投资企业设立及变更 备案管理暂行办法》

2017 年 07 月 30 日，商务部公布了《关于修改〈外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法〉的决定》（商务部令 2017 年第 2 号，以下简称“新《备案办法》”），对 2016 年 10 月 08 日公布的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（以下简称“原《备案办法》”）进行了修订。同日，商务部还公布了《关于外商投资企业设立及变更备案管理有关事项的公告》（商务部公告 2017 年第 37 号，以下简称“《公告》”），对此次修订作了进一步说明。此次修订扩大了外资准入备案制的适用范围，对于推动中国外商投资步入“准入前国民待遇+负面清单”时代具有重要的意义。下文将对备案管理制度的最新变化进行逐一解读，并作简要分析。

#### 一、将不涉及准入特别管理措施的外国投资者并购境内非外商投资企业纳入备案制

2016 年 10 月 01 日原《备案办法》实施后，国家发展改革委员会和商务部共同公布了 2016 年第 22 号公告，其中明确规定“涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行”，即外国投资者并购境内企业仍需获得商务部门事前审批。新《备案办法》对此进行了修改：“由于并购、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，按照本条第一款办理设立备案手续，填报《设立申报表》”，将不涉及准入特别管理措施的外国投资者并购境内非外商投资企业纳入备案制范围。

需要提醒的是：

1. 一旦外资并购涉及“关联并购”的情况下，仍需要由商务部门进行审批。而所谓“关联并购”，是指《商务部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，以下简称“《并购规定》”）第十一条中所规定的情形，即“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名义并购与其有关联关系的境内的公司”的情况。
2. 根据新公布的《外商投资企业设立备案申报表》的内容可知，在进行外资并购情形下的设立/变更备案时，除需要按照通常外

## 「参入前内国民待遇+ネガティブリスト」の時代を迎えた

### ——「外商投資企業設立及び変更届出 管理暫定弁法」を簡潔に分析する

2017 年 7 月 30 日、商務部は「『外商投資企業設立及び変更届出管理暫定弁法』の改正に関する決定」（商務部令 2017 年第 2 号，以下「新『届出弁法』」という）を公布し、2016 年 10 月 8 日に公布された「外商投資企業設立及び変更届出管理暫定弁法」（以下「旧『届出弁法』」という）について修正を行った。同日、商務部は「外商投資企業設立及び変更届出管理の関連事項に関する公告」（商務部公告 2017 年第 37 号、以下「『公告』」という）を公布し、今回の改正についてさらに説明を行った。今回の改正は、外資参入届出制の適用範囲を拡大するものであり、中国での外商投資が「参入前内国民待遇+ネガティブリスト」の時代に踏み入るよう促すうえで重要な意味を持つ。本稿では、届出管理制度的最新の変更点を逐一読み解き、簡潔に分析する。

#### 一、参入特別管理措置が適用されない外国投資家による国内非外商投資企業の合併買収を届出制に組み入れた

2016 年 10 月 1 日、旧「届出弁法」が実施された後、国家发展改革委员会と商務部は 2016 年第 22 号公告を共同で公布し、「外資による合併買収に基づく企業の設立及び変更の場合、現行の関連規定に従い実施する」とし、それはつまり、外国投資家による国内企業の合併買収事項は、依然として商務部門の事前審査許可を経なければならないことが明確に規定されていた。新「届出弁法」ではこの点について、「合併買収、吸収合併などにより、非外商投資企業から外商投資企業に切り換わる場合で、本弁法に定める届出制の範囲に該当するときは、本条第一項に従い設立届出手続きを行い、『設立申告表』に記入する」と改め、参入特別管理措置適用外の外国投資家による国内非外商投資企業の合併買収事項を届出制の範囲に組み入れた。

注意すべき点は以下の通りである。

1. 外資による合併買収が「関連関係のある合併買収」である場合には、引き続き商務部門での審査許可が必要である。また、「関連関係のある合併買収」とは、「外国投資家による国内企業の合併買収に関する商務部の規定」（商務部令 2009 年第 6 号、以下「『合併買収規定』」という）第十一条で規定される「国内会社、企業又は自然人が国外で法に依拠して設立し又は支配する会社の名義をもって、自らと関連関係のある国内の会社を合併買収する」ケースをいう。
2. 新たに公布された「外商投資企業設立届出申告表」によれば、外資による合併買収のもとで設立又は変更の届出を行う際には、外商投資企

商投资企业设立/变更备案的要求提供相关材料和信息外，还需对一些特别事项加以说明。例如，是否涉及拥有中华老字号的境内企业，是否涉及国有资产转让。

3. 在填写《外商投资企业设立备案申报表》时，还需要对并购的对价、支付方式（现金、实物、无形资产或股权等）、出资股权价值进行说明，并明确记载被并购股权/资产价值评估情况、股权/资产评估值、财务审计报告编号和涉及国有资产时的核准/备案机构等信息。

## 二、 将不涉及准入特别管理措施的外国投资者对上市公司实施战略投资纳入备案制

新《备案办法》增设第七条，其中规定：“外国投资者战略投资非外商投资的上市公司，属于本办法规定的备案范围的，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，填报《设立申报表》。外商投资的上市公司引入新的外国投资者战略投资，属于备案范围的，应于证券登记结算机构证券登记前或登记后 30 日内办理变更备案手续，填报《变更申报表》。备案完成后，如战略投资备案信息发生变更的，应于《证券法》及相关规定要求的信息披露义务人履行信息披露义务之日起 5 日内办理变更备案。”

所谓外国投资者对上市公司进行战略投资，是指《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）中规定的外国投资者对已完成股权分置改革的上市公司和股权分置改革后新上市公司通过具有一定规模的中长期战略性并购投资，取得该公司 A 股股份的行为。

需要提醒的是：

1. 根据《证券法》等相关法律法规以及上市公司内部规则，对于不同的变更事项，信息披露义务人履行信息披露义务的时限可能不同，因而在实务中需要查明相关时限。
2. 初始备案的，备案时间为证券登记前或登记后 30 日内；备案完成后发生变更的，备案时间是信息披露义务之日后的 5 日内。

## 三、 备案时需披露外商投资企业最终实际控制人的股权架构

新《备案办法》在第八条第一款“办理备案手续需提交的文件清单”中增加了第（七）项：“外商

業設立又は変更の届出に関する通常の要求に従って係る資料や情報を提供しなければならないほか、一部の特別事項（例えば、中国老舗ブランドの称号をもつ国内企業に係るのかどうか、国有資産の譲渡が生じるのかどうか）についても説明しなければならないことがわかる。

3. 「外商投資企業設立届出申告表」に記入する際には、合併買収の対価、決済手段（現金、現物、無形資産又は持分など）、出資持分の価額について説明し、且つ合併買収される持分又は資産の価値評価状況、持分又は資産評価額、財務監査報告書番号及び国有資産に係わる場合の認可又は届出機構などに関する情報も明記する必要がある。

## 二、 参入特別管理措置適用外の外国投資家による上場会社への戦略投資を届出制に組み入れた

新「届出弁法」では第七条が追加され、次のように規定されている。「外国投資家が非外商投資の上場会社に対して戦略投資を実施し、それが本弁法に定める届出制の範囲に該当する場合、証券登記決済機構での証券登記を行う前、又は登記後 30 日以内に届出手続きを行い、『設立申告表』に記入しなければならない。外商投資による上場会社が新たな外国投資家の戦略投資を誘致し、それが届出制の範囲に該当する場合、証券登記決済機構での登記を行う前、又は登記後 30 日以内に変更届出手続きを行い、『変更申告表』に記入しなければならない。届出完了後に、戦略投資に係る届出情報に変更があった場合、『証券法』及び関連規定にて定められた情報開示義務者が情報開示義務の履行日から 5 日以内に変更の届出を行わなければならない。」

外国投資家による上場会社への戦略投資とは、「外国投資家による上場会社への戦略投資管理弁法」（商务部、证监会、税务总局、工商总局、外貨局令 2005 年第 28 号）に定める、外国投資家が非流通株改革を完了させた上場会社及び非流通株改革後の新上場会社に対し、一定規模の中長期戦略的合併買収投資を通じて当該会社の A 株を取得する行為をいうものである。

注意すべき点は以下の通りである。

1. 「証券法」などの関係する法律法規及び上場会社の内部規則によると、それぞれの変更点ごとに、情報開示義務者が情報開示義務を履行する期限が異なる可能性があるため、実務において係る期限を調べておく必要がある。
2. 初めて行う届け出の場合、届出期間は、証券登記を行う前、又は登記後 30 日以内とされる。届出完了後に変更が生じた場合、届出期間は、情報開示義務の履行日から 5 日以内である。

## 三、 届出の際に外商投資企業での最終的な実質的支配者の株式保有構成を開示する必要がある

新「届出弁法」は、第八条第一項「届出手続きを行う際に提出が必要な書類リスト」の第（七）号に、「外商

投资企业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最终实际控制人变更的，无需提供）。所谓“外商投资企业最终实际控制人股权架构图”，根据业内普遍的理解，是指外商投资企业至其最终实际控制人的完整的股权架构图。

而此前，企业在办理备案手续时，仅需根据企业自身判断，披露最终实际控制人信息以及控制方式即可。这一转变，体现了政府对红筹模式下的实际股权结构的监管力度正在进一步加大。

#### 四、对外国投资者以境外公司股权作为支付手段并购境内公司情形的特殊规定

新《备案办法》在第八条第一款“办理备案手续需提交的文件清单”中增加了第（八）项：“涉及外国投资者以符合规定的境外公司股权作为支付手段的，需提供获得境外公司股权的境内企业《企业境外投资证书》”。即在跨境换股中，因跨境换股获得境外公司股权的一方应当先到商务部、外汇管理机关完成境外投资相关手续，取得《企业境外投资证书》后，凭《企业境外投资证书》完成外商投资企业的设立/变更备案。

值得注意的是，《并购规定》第二十八条对“境外公司”的范围加以限定：“除本章第三节所规定的特殊目的公司外，境外公司应为上市公司，其上市所在地应具有完善的证券交易制度”。而在《设立申报表》中外资并购的“并购支付方式”的可选项也仅有“境外上市公司股权”和“境内公司股权”两种，可见其他类型的境外公司股权并不能作为外资换股并购的支付手段。

#### 五、对于准入特别管理措施适用范围的明确区分

除上述变更外，《公告》中对于准入特别管理措施实施的范围进行了明确区分。自由贸易试验区内，国家规定实施准入特别管理措施的范围，自2017年07月10日起，依照《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）》的规定执行；自由贸易试验区外，国家规定实施准入特别管理措施的范围，自2017年07月28日起，依照《外商投资产业指导目录（2017年修订）》中《外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）》的规定执行。

（里兆律师事务所 2017年10月13日编写）

投資企業での最終的な実質的支配者の株式保有構成図（変更点が外商投資企業での最終的な実質的支配者の変更に関係しない場合は提供不要）を追加した。業界での一般的な認識によれば、「外商投資企業での最終的な実質的支配者の株式保有構成図」とは、外商投資企業からその最終的な実質的支配者に至るまでの完全な株式保有構成図をいう。

これより前は、企業が届出手続きを行う際には、企業自らの判断により、最終的な実質的支配者の情報及び支配方式を開示するだけでよいとされていた。この変更は、政府がレッドチップスキームにおける実際の株式保有構造に対する監督管理をさらに強化していくことを表すものである。

#### 四、外国投資家が国外会社の持分を決済手段として国内会社を合併買収する場合における特別規定

新「届出弁法」では、第八条第一項を追加し、「届出手続きを行う際に提出する必要がある書類リスト」に第（八）号：「外国投資家は、規定を満たす国外会社の持分を決済手段とする場合、国外会社の持分を取得した国内企業の『企業国外投資証書』を提供する必要がある」とした。つまり、クロスボーダー株式交換スキームにおいては、クロスボーダー株式交換を通じて国外会社の持分を取得する当事者は、まず商务部、外貨管理機関で国外投資に係る手続きを完了させ、「企業国外投資証書」を取得しなければならず、その後、「企業国外投資証書」をもって外商投資企業設立又は変更の届出手続きを完了させることになる。

留意点として、「合併買収規定」第二十八条では「国外会社」の範囲を限定しており、「本章第三節で規定している特定目的会社を除き、国外会社は上場会社であり、その上場所在地は完全な証券取引制度を整備している場所でない限りならない」としている。また「設立申报表」において、外資が合併買収する場合の「合併買収の決済手段」には、「国外上場会社の持分」と「国内会社の持分」の2つの選択肢しかなく、他の形態の国外会社持分を外資の株式交換による買収時の決済手段にはできないことがわかる。

#### 五、参入特別管理措置の適用範囲が画定された

以上の変更点のほか、「公告」では、参入特別管理措置の実施範囲も画定されている。自由贸易試験区内において、国が参入特別管理措置の適用を規定する範囲は、2017年7月10日から、「自由貿易試験区外商投資参入特別管理措置（ネガティブリスト）（2017年版）」の規定に従い実施するとされており、また、自由贸易試験区外においては、国が参入特別管理措置の適用を規定する範囲は、2017年7月28日から、「外商投資産業指導目録（2017年改正）」の中の「外商投資参入特別管理措置（外商投資参入ネガティブリスト）」の規定に従い実施するとしている。

（里兆法律事務所が2017年10月13日付で作成）