



漢坤律師事務所

汉坤法律评述



融贯中西·务实创新

2018年1月29日

“七头并进”共管境外投资

——简评七部委《对外投资备案（核准）报告暂行办法》

周成曜 | 王鑫 | 王钰

近两个月，境内企业境外投资领域新规连连。继国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部以及全国工商联于2017年12月6日联合发布《民营企业境外投资经营行为规范》（以下简称“《行为规范》”）、国家发改委于2017年12月26日发布《企业境外投资管理办法》（2017年第11号令，以下简称“11号令”）之后，2018年1月25日，商务部联合人民银行、国资委、银监会、证监会、保监会、外汇局等七部委共同发布了《对外投资备案（核准）报告暂行办法》（商合发[2018]24号，以下简称“《暂行办法》”）。《暂行办法》于发布之日起实施。

《暂行办法》是在我国境内企业境外投资迅速增长、境外投资领域简政放权的大背景下，针对境外投资监管“重事前、轻事中事后的管理模式尚未有显著改观”、“监管合力尚未有效形成”¹等问题而制定和颁布的，在监管思路上也基本与《行为规范》以及11号令一脉相承（有关《行为规范》和11号令的评述请见我们分别于2017年12月25日和26日发布的文章《如何优雅的“走出去”——简评<民营企业境外投资经营行为规范>》和《11号令“新”在哪里——解读<企业境外投资管理办法>》）。

针对境外投资监管领域存在的问题，《暂行办法》在现有规则的框架范围内，主要从三个方面提出了相应的解决对策，即：

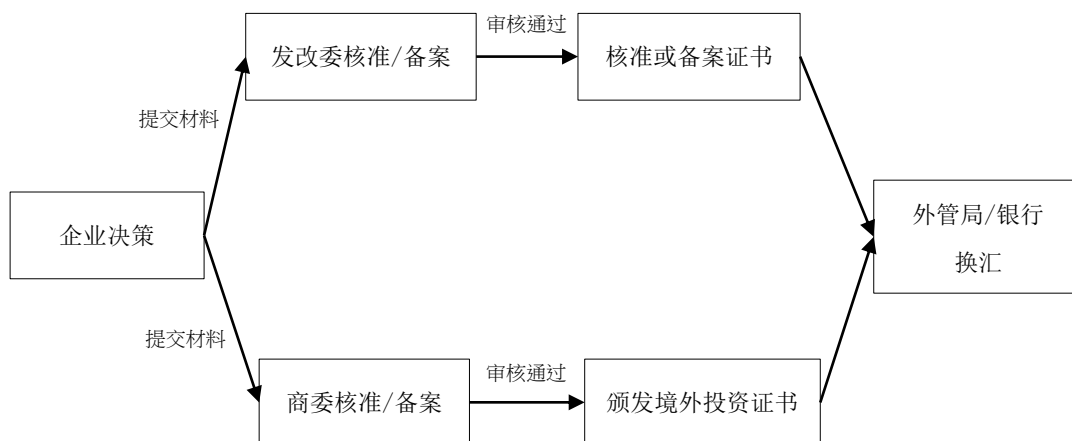
1. 加强部门之间的监管协同，建立“管理分级分类、信息统一归口、违规联合惩戒”的境外投资监管模式；
2. 监管上施行“鼓励发展+负面清单”的监管模式，并强调实施最终目的地管理原则；
3. 加强事中事后监管。

下面我们将从上述三个方面对《暂行办法》进行简要评述。

一、 加强部门协同

¹ 具体内容可以参见商务部负责人答记者问时对暂行办法出台背景所做的相应解读 <http://www.yidianzixun.com/0IEDX51D>。

目前我国境外投资监管主要采取核准/备案的事前监管框架，即，通过发改委与商务部门各自核准/备案的两条线路同时并进，并最终通过外管部门/商业银行换汇出境的方式实施事前监管。以下是目前境外投资核准/备案的一般流程图：



除上述一般流程以外，如果涉及中央企业境外投资的，还要遵照国资委于 2017 年 1 月 7 日颁布的《中央企业境外投资监督管理办法》（国资委令第 35 号）的要求，对于属于中央企业境外投资项目负面清单中特别监管类的项目，中央企业在做出内部决策之后、向发改委和商务部门首次报送文件前，应当报国资委履行出资人审核把关程序，并且在投资过程中以及投资后需要定期向国资委汇报投资完成情况。

由于在现有事前监管体系下，除商委通过自身核准/备案程序了解到的信息以外，商委或其他相关监管部门可能无法及时获取国资委监管、外汇监管以及金融主管部门对金融机构境外投资过程中形成的信息，这也就导致各主管部门在境内企业境外投资过程中存在信息沟通不畅的问题，也无法形成对境外投资进行监管的合力。

针对上述情况，《暂行办法》提出了“管理分级分类、信息统一归口、违规联合惩戒”的管理模式。在该模式下，各境外投资主管部门仍依据原有规定履行各自境外投资管理职权，但增加了境内主体办理完毕相应核准/备案手续之后对境外投资关键环节信息报告的义务。《暂行办法》所列举的境外投资主体需要报送的信息与《行为规范》中的境外投资主体注意事项类似，包括境外投资并购前期事项、境外投资在建项目进展情况、境外投资存在主要问题、遵守当地法律法规、保护资源环境、保障员工合法权益、履行社会责任、安全保护制度落实情况等。同时，人民银行、国资委、银监会、证监会、保监会对负责的境外投资主体报送的境外投资信息，每半年通报商务部统一汇总；商务部建立“境外企业和境外投资联络服务平台”，实现与其他相关主管部门的信息数据共享。此外，对于境外投资出现的重大不利事件或突发安全事件时，境外投资主体应该及时向相关主管部门报送，相关主管部门应将情况通报商务部。

对于境外投资主体未履行信息报告或核准/备案手续或发生其他违法行为（例如偷逃外汇、骗取外汇等行为）的情况，《暂行办法》规定商务部可以与其他境外投资主管部门共同视情况采取提醒、约谈、通报等措施，可将企业违规信息录入全国信用信息共享平台，并且可将违规有关线索转交给

相关税务、公安、工商等部门进行处理。

上述规定进一步完善和加强了商务部对于整个境外投资过程的监管职能，有利于实现各境外投资监管部门之间的信息共享和改善过往“各自为政、多点处罚”的情况。

二、明确监管方式和内容

与 11 号令对事前监管程序作出调整不同，《暂行办法》并未对商务部于 2014 年 9 月 6 日发布的《境外投资管理办法》（商务部令 2014 年第 3 号，以下简称“3 号令”）的相关规定作出调整和修改，而是在原有规则的基础上，明确了监管方式和内容。

商务部 3 号令与发改委的 11 号令均采用核准+备案的方式进行管理，但核准和备案的范围略有差异：

监管措施	商务部 3 号令	发改委 11 号令
核准	<ul style="list-style-type: none">敏感国家和地区：未建交的国家、受联合国制裁的国家敏感行业：涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国(地区)以上利益的行业	<ul style="list-style-type: none">敏感国家和地区：与我国未建交，发生战争、内乱，根据我国缔结或参加的国际条约、协定等需要限制投资的国家和地区，其他敏感国家和地区敏感行业：武器装备、跨境水资源利用、新闻传媒、根据我国法律法规和调控政策需要限制投资的行业
备案	其他境外投资情形	<ul style="list-style-type: none">中央管理企业直接开展的非敏感性项目地方企业直接开展的非敏感性项目

在上述核准+备案的框架之下，《暂行办法》秉承了发改委、商务部、人民银行和外交部于 2017 年 8 月联合发布的《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》的精神，引入了“鼓励发展+负面清单”的监管模式。负面清单将明确限制类、禁止类境外投资行业领域和方向。但《暂行办法》未明确负面清单的出台时间、基本原则和审查标准或流程，这些还有待相关主管部门后续进一步明确。

此外，《暂行办法》明确了在进行境外投资备案/核准时，所备案/核准的境外企业应当为最终目的地企业。根据 3 号令的规定，《企业境外投资证书》应按照最终目的地颁发，但并未明确何为“最终目的地”。《暂行办法》对“最终目的地”进行了明确解释，即指境外投资主体投资最终用于项目建设或持续生产经营的所在地。同时，根据商务部相关负责人答记者问时对《暂行办法》的解读，对于境外投资主体为投资最终目的地企业而在投资路径上设立的所有特殊目的公司，监管部门将不予备案或核准（为避免歧义，监管部门并非不允许此类特殊目的公司的存在，而是不会针对这类特殊目的公司予以备案或核准）。

三、加强事中事后监管

为解决目前“重事前、轻事中事后”的管理模式所带来的问题，《暂行办法》强调了应加强事中事后的管理。

与 11 号令类似,《暂行办法》要求境外投资主体向相关监管部门主动报告信息。以下是《暂行办法》与 11 号令中报送信息范围的对比:

	《暂行办法》	11 号令
报送信息范围	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 根据《对外直接投资统计制度》规定应填报的月度、年度信息;对外投资并购前期事项;对外投资在建项目进展情况;对外投资存在主要问题以及遵守当地法律法规、保护资源环境、保障员工合法权益、履行社会责任、安全保护制度落实情况等 ➢ 对外投资出现重大不利事件或突发安全事件 	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 投资主体通过其控制的境外企业开展大额(指中方投资额 3 亿美元及以上)非敏感类项目 ➢ 属于核准、备案管理范围的项目,在项目完成之日起 20 个工作日内提交项目完成情况报告表 ➢ 境外投资过程中发生外派人员重大伤亡、境外资产重大损失、损害我国与有关国家外交关系等重大不利情况

《暂行办法》还要求商务部牵头开展“双随机、一公开”的抽查工作,定期对境外投资核准/备案的报告真实性、完整性、及时性进行事中事后监管。根据商务部办公厅于 2017 年 10 月 26 日颁布的《对外投资合作“双随机一公开”监管工作细则(试行)》,“双随机、一公开”是指商务部和省级商务主管部门开展境外投资合作监督检查工作时,采取随机抽取检查对象、随机选派执法检查人员,及时公开抽查情况和查处结果。

此外,值得注意的是,《暂行办法》规定了相关主管部门应对其所负责的以下重点项目进行督查:中方投资额等值 3 亿美元(含 3 亿美元)以上的投资、敏感国别(地区)、敏感行业的境外投资、出现重大经营亏损的项目、出现重大安全事故及群体性事件的境外投资、存在严重违规行为的境外投资、其他情形。因此,上述对境投资项目在获得核准/备案后,仍将受到严密的跟踪和监管。但具体的督查形式有待相关主管部门进一步明确。

四、 小结

综上,我们相信《暂行办法》能够有效促进各境外投资监管部门之间的信息共享和协同监管,并解决境外投资监管中的“头重脚轻”的问题。此外,“鼓励发展+负面清单”的监管模式预计将为中国企业境外投资提供更加明确的投资方向指引。

同时,鉴于《暂行办法》更多的还是原则性的规定,我们期待商务部及其他相关部门能够对《暂行办法》中的原则性规定提供更细致的规则和办事指南。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所**周成曜**律师（+8610-85164156; aaron.zhou@hankunlaw.com）联系。