



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2011年第5期 (总第51期)

■ 专论

- 1、商务部发布外商投资企业股权出资管理办法征求意见稿

■ 新法评述

- 1、上海市颁布《关于本市股权投资企业工商登记等事项通知（修订）》
- 2、2011年《外商投资产业指导目录》征求意见稿与2007年《外商投资产业指导目录》比较总结
- 3、广电总局发布《电影数字母版技术审查管理办法（暂行）》
- 4、证监会发布《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定（征求意见稿）》

商务部发布外商投资企业股权出资管理办法征求意见稿（作者：王欢、骆琦）

为适应外商直接投资发展的需要，提高投资便利化水平，2011年5月4日，商务部通过其官方网站发布了《涉及外商投资企业股权出资的管理办法（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”），公开征求修改意见和建议，征求意见稿截止日期为2011年5月20日。

该征求意见稿的主要内容如下：

（1）明确适用范围

征求意见稿明确指出，境内外投资者以其持有的中国境内企业（以下统称“股权企业”）的股权作为出资，设立外商投资企业（以下统称“被投资企业”）的行为适用本征求意见稿。适用的设立形式包括以新设公司法人方式设立外商投资企业、增资使内资企业变更为外商投资企业以及增资使外商投资企业股权发生变更这三种形式。

（2）股权出资限制

为保证拟出资股权的完整性，避免拟出资股权的瑕疵，征求意见稿规定了以下情况股权不得用于出资：①股权企业的注册资本未缴足；②股权已被设立质权；③股权已被依法冻结；④股权企业章程（合同）约定不得转让的股权；⑤未参加或未通过上一年度企业年检的外商投资企业的股权；⑥外商投资性公司、外商投资创业（股权）投资企业的股权；⑦法律、行政法规或者国务院决定规定股权转让应当报经批准而未经批准；以及⑧法律、行政法规或者国务院决定规定不得转让的其他情形。

（3）股权出资评估作价要求

征求意见稿规定，用作出资的股权应当经依法设立的境内评估机构评估。在股权评估的基础上，由股权出资人与被投资企业的股东或其他投资者协商确定股权作价金额（在股权评估值基础上由股权出资人与被投资企业的股东或其他投资者共同认定的用于出资股权的交易作价）、股权出资金额（股权作价金额中计入被投资企业注册资本的部分）。

征求意见稿进一步规定，股权作价金额不得高于股权评估值，同时股权出资金额也不得高于股权作价金额，股权作价金额与股权出资金额的差额可计入被投资公司的资本公积金。

（4）市场准入限制和公司组织形式的转换

征求意见稿规定，在股权出资后，股权企业和被投资企业及其直接或间接持股企业的经营范围应符合《指导外商投资方向规定》、《外商投资产业指导目录》以及其他外商投资相关规定；不符合有关规定的，应在申报股权出资之前剥离相关资产或股权。

同时，在股权出资后，股权企业股东中无外国投资者（含外商投资性公司、外商投资创业（股权）投资企业或外商投资合伙企业）的，应按照《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》和《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》办理有关审批或备案手续，向审批机关缴销或变更《外商投资企业批准证书》。

（5）审批和登记程序

涉及外商投资企业的股权出资的审批机关为被投资企业所在地省级商务部门或商务部，审批登记程序共分以下几个步骤：

① 由投资者或被投资企业向审批机关提交股权出资文件。审批机关决定批准的，被投资企业为新设立或在股权出资前为非外商投资企业的，由审批机关颁发《外商投资企业批准证书》（在备注栏加注“股权出资未缴付，自营业执照颁发之日起1年内有效”字样）；被投资企业在股权出资前为已设立外商投资企业且无名称、法定地址变更的，由审批机关出具原则批复函。

② 凭被投资企业加注的《外商投资企业批准证书》或原则批复函，股权企业按照相关规定办理备案或审批手续（股权企业为非外商投资企业的，按照《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》及其他有关规定办理备案或审批手续；股权企业为外商投资企业的，按照《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》向具有相应权限的审批机关申请），申请将用于出资股权的持有人变更为被投资企业。

③ 被投资企业或投资者凭股权企业股权变更后的《企业法人营业执照》及复印件和验资证明（股权企业在股权变更后仍为外商投资企业的，还应提交变更后的《外商投资企业批准证书》复印件；股权企业为非外商投资企业但其经营范围涉及《外商投资产业指导目录》限制类领域的，还应提交外商投资企业境内再投资的批复文件），向审批机关申请换发《外商投资企业批准证书》（在备注栏加注“股权出资已缴付”字样）。

值得关注的是，根据征求意见稿的规定，对于被投资企业原为外商投资企业，在股权出资后，被投资企业控股权未发生由中方向外方转移的，其审批部门是被投资企业所在地省级商务主管部门。但对于被投资企业控股权由中方向外方发生转移的，征求意见稿没有明确指出是否须由商务部审批。征求意见稿同时规定，除法律法规明确规定由商务部审批外，服务业的股权出资由被投资企业所在地省级商务主管部门负责批准。因此，对于服务业的股权出资，如果有涉及被投资企业控股权由中方向外方发生转移的情况，其审批机关是否仍为被投资企业所在地省级商务主管部门，还是应由商务部审批，本征求意见稿没有给出明确的答案。

（6）税收管理规定

征求意见稿规定，股权出资行为应当符合国家有关税收管理的规定，但没有明确指出股权出资应适用哪些相关的税收管理规定。在出资部分的股权的评估作价金额高于投资者取得该出资股权的原始价格的情况下，对于溢价部分投资者是否需要支付相应的企业或个人所得税是我

们关注的重点。目前税务部门对于此类评估增值的非货币性资产投资取得股份（权）的，有加强税源管理的趋势，但还没有出台明确的针对涉及外商投资企业股权出资的税源管理的相关规定。如果商务部在征求意见稿的基础上，对这方面的问题有修改或完善，我们将会关注相关进展并及时更新。

（7）总结

征求意见稿明确了涉及外商投资企业股权出资的相关要求和审批登记程序。在征求意见稿出台之前，对于涉及外商投资企业的股权出资并无相关的操作细则，各地出台的地方性股权出资管理办法的适用范围也大多排除境外投资者作为投资者、排除外商投资企业作为股权企业或被投资企业的情况。在实践操作层面上，至今为止，也没有涉及外商投资企业的股权出资的公开案例。征求意见稿的发布，意味着涉及外商投资企业的股权出资有望正式纳入商务部门审批规范体系，有利于外商投资企业与内资企业的融合和转化，规范各种经济主体之间的正常资本流动组合。

1、上海市颁布《关于本市股权投资企业工商登记等事项通知（修订）》（作者：王勇、王陶然）

作为中国私募股权基金前沿城市之一的上海市，其金融服务办公室、工商行政管理局、财政局及地方税务局于 2011 年 5 月 3 日联合发布了《关于本市股权投资企业工商登记等事项通知（修订）》（“新通知”）。新通知自 2011 年 6 月 3 日起实施，有效期至 2016 年 6 月 2 日。该通知对上海市金融服务办公室、工商行政管理局、国家税务局及地方税务局于 2008 年发布的《关于本市股权投资企业工商登记等事项通知》（“原通知”）进行了如下修改：

（1）信托公司作为出资方的股权投资企业和股权投资管理企业

新通知增加了对以信托公司作为出资方设立的股权投资企业和股权投资管理企业（“股权投资企业 / 管理企业”）进行工商登记的相关要求，规定以信托公司名义出资的企业应当在登记时明确该股权的性质，以保障信托财产的风险隔离功能，提高信托财产的独立性和透明性。另外，新通知还明确将信托作为出资方、主要投资于证券市场的股权投资企业 / 管理企业纳入通知的范畴。

（2）放宽企业登记条件

第一，新通知突破了原通知对于股权投资企业 / 管理企业名称和经营范围的表述，除了“股权投资”和“股权投资管理”外，还增加了“股权投资基金”和“股权投资基金管理”表述。在中国，名称里带有“基金”的字眼有着重要的意义，因为被称为“基金”的公司往往带有受特殊监管的意味。近年来，中国证券监督管理委员会、国家发展和改革委员会等多个国家部委以及地方一级相关机关均在争取对私募基金的管辖权。

第二，新通知规定，根据实际需要，允许符合一定条件的企业名称中的字号后缀以“一期”、“二期”、“三期”等字样，从而保护作为企业无形资产的企业字号的品牌效应。

（3）增加关于外商股权投资企业工商登记的规定

新通知明确了外商股权投资企业工商登记事项的実施依据，规定外商股权投资企业工商登记事项参照《关于本市外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》执行（详见《汉坤私募基金法律评述：上海外商投资股权投资试点工作政策解读会纪要》（2011 年 4 月 28 日））。

（4）调整有关合伙的税收政策

原通知对自然人合伙人作普通合伙人和有限合伙人的区分，规定对自然人普通合伙人和自然人有限合伙人分别依照《个人所得税法》“个体工商户的经营所得”（5%-35%的超额累进税率）和“利息、股息、红利”（20%的税率）征税，而后者有背离财政部与国家税务总局的[2008]159 号文之嫌，因为 159 号文并未对自然人有限合伙人及自然人普通合伙人的税率作区分。新通知删除了该等规定，取而代之地规定以合伙企业形式设立的企业生产经营所得及其他所得，按照国

家有关税收规定，由合伙人作为纳税人，按照“先分后税”原则，分别缴纳所得税，从而与 159 号文一致。

2、2011 年《外商投资产业指导目录》征求意见稿与 2007 年《外商投资产业指导目录》比较总结 (作者：陈漾、骆琦)

2011 年 4 月 1 号，国家发展改革委会同商务部等部门对《外商投资产业指导目录（2007 年修订）》（以下简称《目录》）进行了修订，形成《目录》修订征求意见稿（以下简称“征求意见稿”），并向社会公开征求意见。通过对该征求意见稿与原《目录》的比较，现列出如下重点内容供参考。

(1) 鼓励投资环保产业

该征求意见稿增加了较多对外商投资环保产业的鼓励政策，如在鼓励类投资目录的制造业类中新增了风力发电、大气污染防治、水污染防治、固体废物处理处置、废旧工业产品回收处理、海洋生态环境保护等相关环保设备，同时为了鼓励新能源的开发利用，该征求意见稿将新能源汽车关键零部件制造以及节能技术开发与服务也列入鼓励类投资目录里。

(2) 限制三高企业投资

在该征求意见稿的限制类中，对外商投资涉及高污染、高耗能、高耗水的三高企业增加了相应的限制，包括将“采用落后工艺、含有有害物质、规模以下颜料和涂料生产”、“资源占用大、环境污染严重、采用落后工艺的无机盐生产”以及“纯碱、烧碱以及规模以下或采用落后工艺的硫酸、硝酸、钾碱生产”列入限制类投资目录。

(3) 涉及国家安全产业的监管

对于部分涉及国家安全的产业，该征求意见稿也有针对性的条款限制，如在限制类投资中增加了对高铝耐火粘土、硅灰石、石墨等重要非金属矿的勘察、开采的限制，同时也对锂矿和硫铁矿的开采、选矿，以及盐湖卤水资源的提炼增加了相应的限制。对于粮食安全，该征求意见稿将粮食的收购、储存、批发、零售、配送均列入了限制类投资目录内。

(4) 其他热点问题

针对目前国内一些比较热点的相关问题，如房地产开发、医疗卫生、创业投资、教育、等，征求意见稿也有相应的体现。

① 征求意见稿将别墅的建设、经营从限制类投资目录移到禁止类投资目录，这是针对国内房地产开发过热，需要限制外资热钱涌入国内房地产市场的政策体现。

② 征求意见稿将限制类中的“医疗机构（限于合资、合作）”的规定从限制类中移除，意味着允许设立外商独资的医疗机构，与 2010 年 11 月 26 日国务院办公厅转发的国家发展改革委、卫生部、财政部、商务部和人力资源社会保障部《关于进一步鼓励和引导社会资本举办医疗机构的意见》中的相关规定相契合。

③ 征求意见稿在鼓励类的“租赁和商业服务业”中增加了创业投资企业、知识产权服务和物流信息咨询服务；在鼓励类的“教育”类别中增加了“职业技能培训”的内容。

④ 征求意见稿仍将“直销、邮购、网上销售”列入限制外商投资产业目录类别中，不过将“特许经营、委托经营、商业管理等商业公司”、“商品拍卖”“金融租赁公司”从限制类中移除。另外，音像制品（除电影外）的分销不再要求中方控股。“普通高中教育机构”由“限于合资、合作”改为“限于合作”，即不再允许合资设立普通高中教育机构。

⑤ 根据征求意见稿，“新闻网站、网络视听节目服务、互联网上网服务营业场所、互联网文化经营（音乐除外）”仍为禁止外商投资项目。

⑥ 征求意见稿禁止外商投资目录中增加了“信件的国内快递业务”。

⑦ 征求意见稿将原《目录》中针对汽车行业的批发、零售、配送（设立超过 30 家分店、销售来自多个供应商的不同种类和品牌商品的连锁店由中方控股）的限制从限制类投资目录中移除了，这也符合中国就 WTO 所做出的相关承诺。

3、广电总局发布《电影数字母版技术审查管理办法（暂行）》（作者：杨莹、张光磊）

2011 年 5 月 13 日，广电总局发布《电影数字母版技术审查管理办法（暂行）》（“本办法”）。本办法自发布之日起执行，原《关于印发〈数字电影母版技术质量管理办法（暂行）〉的通知》（〔2008〕影字 404 号）、《广电总局电影局关于数字电影母版实行有偿收集的通知》（〔2008〕影字 863 号）和《广电总局电影局关于电影片数字母版收缴工作的通知》（〔2010〕影字 424 号）同时废止。

本办法综合了上述三个废止通知的规定，对数字电影母版的技术审查作了系统的规定，主要表现在以下几点：

（1）许可证照方面，沿用了原有的规定，即凡以数字形式公映的电影片，须通过电影行政主管部门组织的数字母版技术审查，并取得《电影片公映许可证》和《电影片（数字）技术合格证》。

（2）审级方面，修改了《数字电影母版技术质量管理办法（暂行）》中统一由广电总局审查的规定，以如下规定代替：实行电影属地审查管理的电影行政主管部门负责本辖区内电影数字母版的技术审查，其他地区的电影数字母版技术审查由广电总局电影局负责，并在此基础上增加了审查依据，即“技术审查按照《电影送审数字母版声画技术质量主观评价办法》（GD/J033-2010）执行”。

（3）收缴方面，继续保留原有规定，即广电总局电影局负责收缴通过技术审查的电影数字母版。实行属地审查管理的电影行政主管部门将通过技术审查的电影数字母版密封后，随同《电影片（数字）技术合格证》书面证书复印件及签署审查意见的《数字电影片制作送审报告单》复印件，一并委托送审单位送缴广电总局电影局。广电总局电影局委托相关单位在收缴的电影数字母版片尾接录《电影片（数字）技术合格证》数字影像画面。

(4) 《广电总局电影局关于电影片数字母版收缴工作的通知》和《数字电影母版有偿收集暂行规定》都规定中国电影资料馆负责收集数字母版并向送缴单位发放补贴费用。本办法未对有偿收集作出相关规定。

4、证监会发布《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定（征求意见稿）》（作者：吴楷莹）

2011年5月13日，证监会发布了《关于修改上市公司重大资产重组与配套融资相关规定的决定（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”），该征求意见稿是为贯彻落实《国务院关于促进企业兼并重组的意见》（国发[2010]27号）有关发挥资本市场促进企业重组作用的要求，规范引导资本市场并购重组活动，支持并购融资，进一步完善上市公司发行股份购买资产和借壳上市的制度而起草的。

该征求意见稿主要涉及规范、引导借壳上市、完善发行股份购买资产的制度规定和支持并购重组配套融资三项内容：

（1）规范、引导借壳上市

对借壳上市在产权清晰、治理规范、业务独立、诚信良好、经营稳定和持续经营纪录等方面执行首次公开发行趋同标准，要求拟借壳资产（业务）持续两年盈利的总体要求，从借壳上市的监管范围、监管条件以及监管方式三方面进行了明确规范：

① 在监管范围方面，《征求意见稿》将借壳上市界定为：自控制权发生变更之日起，上市公司向收购人购买的资产总额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上的交易行为。

② 在监管条件方面，从三个方面对借壳上市提出了要求：（1）拟借壳对应的经营实体持续经营时间应当在3年以上，最近2个会计年度净利润均为正数且累计超过2000万元；（2）借壳上市完成后，上市公司应当符合证监会有关治理与规范运作的相关规定，在业务、资产、财务、人员、机构等方面独立于控股股东、实际控制人及其控制的其他企业，与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业间不存在同业竞争或者显失公平的关联交易。（3）借壳上市应当符合国家产业政策要求，属于金融、创业投资等特定行业的借壳上市，由中国证监会另行规定。

③ 在监管方式方面，相比IPO关注主体自身的规范上市而言，借壳上市主要关注上市公司与标的资产之间的整合效果、产权完善以及控制权变更后公司治理的规范，因此监管重点更突出在持续督导的效果，《征求意见稿》强化了财务顾问对实施借壳上市公司的持续督导，要求财务顾问对借壳上市完成后的上市公司的持续督导期限自核准之日起不少于三个会计年度，并在各年年报披露之日起15日内出具持续督导意见，向派出机构报告并公告。

（2）完善发行股份购买资产的制度规定

① 允许发行股份购买资产：《征求意见稿》在《重组办法》第五章关于发行股份购买资产的特别规定中，进一步明确：上市公司为促进行业或者产业整合，增强与现有主营业务的协同效应，在其控制权不发生变化的情况下，可以向控股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产。

② 对发行股份购买资产的交易金额提出要求：为提高市场配置资源的效率，《征求意见稿》同时明确规定，向控股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产的，发行股份数量不低于发行后上市公司总股本的 5%；发行股份数量低于发行后上市公司总股本的 5% 的，主板、中小板上市公司拟购买资产的交易金额不低于 1 亿元人民币，创业板上市公司拟购买资产的交易金额不低于 5000 万元人民币。

（3）支持上市公司重大资产重组与配套融资同步操作

《征求意见稿》明确规定，上市公司发行股份购买资产的，可以同时募集部分配套资金，其定价方式按照现行相关规定办理。

该规定将适用于为提高重大资产重组项目整合绩效而支付部分对价和补充流动资金等用途，不属于重大资产重组项目配套资金的上市公司再融资仍按现行规定办理。同时，《征求意见稿》修改了上市公司重大资产重组与配套融资须分开操作的相关限制性规定。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》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的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com