



## 11号令“新”在哪里？

### ——解读《企业境外投资管理办法》

周成曜 | 葛兆强 | 毛安艺

2017年12月26日，国家发展改革委正式公布了《企业境外投资管理办法》（“11号令”）。11号令将于2018年3月1日起正式施行，并基本保留了2017年11月3日颁布的其征求意见稿的内容。相较于2014年5月8日起施行的《境外投资项目核准和备案管理办法》（“9号令”），11号令除了顺应进一步简政放权、优化境外投资监管程序、减少企业境外投资监管负担的趋势以外，还增加了指导和服务企业境外投资的职能和加强对企业境外投资事中事后监管的相关规定。

本文的第一部分将以与9号令进行对比的方式简单介绍11号令的主要“新”意，并在第二部分以表格的形式对11号令和9号令的相关规定进行直观的比较。

#### 一、 11号令的重要变化

与9号令相比，11号令主要有以下方面重要变化：

##### 1. 扩大和明确监管范围

从监管对象来看，9号令监管对象范围仅限于境内各类法人，并不适用于自然人和其他组织，而11号令的监管对象明确为企业（即包括法人以及非法人的企业，例如合伙企业等）。同时，鉴于以往实践过程中对于金融企业在取得保监会、证监会或银监会审批之后是否需要履行发改委核准或备案手续存在不同理解，11号令特别明确“企业”包括各种类型的金融和非金融企业。除此以外，11号令还通过第六十一条参照适用的规定，将事业单位、社会团体等非企业组织也纳入11号令监管的“投资主体”范围。对于境内自然人的境外投资，11号令明确表明，境内自然人直接对境外和港澳台投资不适用11号令，但是自然人如果通过其控制的境外企业或港澳台企业对境外开展投资的，则应参照适用。

从监管的投资行为来看，与9号令相比，11号令将境内企业通过其控制的境外企业从事的境外投资活动列为受监管的投资行为，并明确了“控制”的定义，即“直接或间接拥有企业半数以上表决权，或虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项”。此外，11号令也在9号令概括描述的基础上以举例的方式列出了8类典型的境外投资项目。

##### 2. 实行核准管理的境外投资活动

在 9 号令的基础上，11 号令调整了“敏感国家和地区”及“敏感行业”的范围，并明确将涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目统称为“敏感类项目”。对于敏感行业，11 号令除了简单列举以外，还授权国家发改委发布敏感行业目录。虽然投资主体可通过向发改委咨询的方式了解“根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家和地区”，但仍建议发改委同时考虑发布敏感国家和地区的目录，为投资主体的境外投资提供更多的便利。

另外，2017 年 8 月 4 日发布的《国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》将“房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资”和“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”作为限制类境外投资，并要求提交境外投资主管部门核准。对此，我们的解读是，上述两类境外投资项目亦需要经过国家发改委的核准。

我们对 11 号令中各种需核准和备案的情形做了以下总结表格：

监管措施	监管层级	项目类型
核准	国家发改委	<p>投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目，及境内自然人通过其控制的境外企业开展的敏感类项目：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 涉及敏感国家或地区：与我国未建交，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，其他；</li> <li>2. 涉及敏感行业：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；</li> <li>3. 房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资；</li> <li>4. 在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台</li> </ol>
备案	国家发改委	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 中央管理企业的直接开展<sup>1</sup>的非敏感性项目</li> <li>2. 地方企业直接开展的非敏感性项目，且中方投资额 3 亿美元及以上</li> </ol>
	省级发改委	地方企业直接开展的非敏感性项目，且中方投资额 3 亿美元以下
报告	国家发改委	投资主体（包括境内自然人）间接通过其控制的境外企业开展大额（中方投资额 3 亿美元以上）非敏感类项目的，应当在项目实施前通过境外投资管理和服务网络系统（“网络系统”）提交大额非敏感类项目情况报告表
无需核准、备案或报告	/	投资主体（包括境内自然人）间接通过其控制的境外企业开展中方投资额在 3 亿美元以下的非敏感类项目

### 3. 优化核准和备案流程

与 9 号令相比，11 号令很受投资主体欢迎的变化便是取消“中方投资额 3 亿美元及以上的境外收购或竞标项目，投资主体应事先向发改委报送项目信息报告，并由国家发改委出具确认函”（即所谓“小路条”）的要求、以及对于由国家发改委核准和备案的项目需要由省级发改委预审并转报的要求。在过往项目实践中，由于在未取得小路条之前，中国投资方往往无法签署具有约束力的书面文件或出具具有约束力的报价，并且由地方发改委逐级预审再最终转报至国家发改委通常会耗费

<sup>1</sup> “直接开展”包括直接投入资产或权益或提供融资或担保

较长的时间，因此经常导致中国投资方在项目中与其他竞争方相比处于劣势，或者使得境外卖方由于对交易不确定性或完成交易所需时间过长的顾虑而提高给中国投资方的价格，即要求中国投资方支付所谓的“中国溢价（China Premium）”。

同时，为了进一步符合国际交易惯例，11号令将取得发改委的核准或备案将作为项目的实施条件，即交易实践中的“交割条件”，而不再如9号令那样要求投资主体在签署具有约束力的文件之前取得发改委的核准或备案。该修改也消除了法律规定和实践操作脱节的情形。

此外，与9号令相比，11号令还明确取消了需要由国务院进行核准的项目（即中方投资额20亿美元及以上的项目），并增加了需要申请核准或备案变更的情况。

需要提示的是，在9号令施行时期，实践中有人认为获得商务部门的对外投资审批或备案后即可办理资金出境，而是否取得发改委的项目核准或备案不影响外汇管理部门/商业银行的资金结汇出境。但是，11号令在其第三十三条中明确，“属于核准、备案管理范围的项目，投资主体在取得有效核准文件或备案通知书之前，外汇管理、海关等有关部门依法不予办理相关手续，金融企业依法不予办理相关资金结算和融资业务”。这就意味着商委和发改委的核准/备案均为资金出境的前置条件。

#### **4. 加强事中事后监管**

与9号令相比，11号令另一个亮点在于增加了境外投资监管章节，即改变了原来“批而不管”或“备而不管”的情况，对已经取得核准或备案的投资项目采取“在线监测、约谈函询、抽查核实”的方式进行监督检查，更明确了对于中方投资额3亿美元及以上的非敏感类项目，投资主体应当在项目实施前通过网络系统提交项目情况报告表，且对于所有须核准或备案的项目，投资主体应当在项目完成之日起20个工作日内通过网络系统提交项目完成项目情况报告表。对于境外投资过程中产生的重大人员伤亡、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的，要求投资主体在5个工作日内通过网络系统提交重大不利情况报告表。对于在境外投资过程中的违法违规行为，11号令还明确国家发改委将建立境外投资违法违规行为记录，定期公布违反11号令规定的行为以及相应处罚措施，并将有关信息纳入全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统、“信用中国”网站等进行公示，会同有关部门和单位实施联合惩戒。

除上述内容以外，11号令在其第四十一条中也原则性地提及了倡导诚信经营原则、避免不正当竞争、保障员工合法权益、尊重当地公序良俗、履行必要社会责任、注重生态环境保护等内容，这些内容与国家发改委、商务部、人民银行、外交部和全国工商联于2017年12月6日联合发布的《民营企业境外投资经营行为规范》的规定一脉相承。如希望进一步了解《民营企业境外投资经营行为规范》，敬请关注我们在2017年12月25日发表的评论文章“如何优雅的“走出去”——简评《民营企业境外投资经营行为规范》”。

#### **5. 增加“指导和服务职能”**

与9号令相比，11号令新增了发改委“境外投资指导和服务”的职能，包括为投资主体开展境外投资提供咨询意见、宏观指导和信息服务等。这一新增规定既授予了发改委在境外投资领域进行数据统计、行业分析、提供宏观指导的职权，同时也进一步便利投资主体获取有关信息。拟进行境外投资的企业在进行项目前期规划和可行性研究时，即可与发改委建立联系，以便确定项目时间表，防范境外投资风险，提高境外投资的成功率。

## 二、 11 号令与 9 号令的对比表格

内容	9 号令	11 号令
监管范围	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ <u>投资主体</u>: 境内各类法人 (第 2 条) 不适用于自然人和其他组织 (第 31 条)</li> <li>➢ <u>投资行为</u>: 直接投资或以提供融资或担保等方式通过境外企业或机构实施投资项目 (第 2 条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ <u>投资主体</u>: 境内企业, 包括各类非金融企业和金融企业 (第 2 条); 事业单位、社会团体等非企业组织 (第 61 条); 自然人通过其控制的境外企业以及港澳台企业投资 (第 63 条); 但不适用于自然人直接投资 (第 63 条)</li> <li>➢ <u>投资行为</u>: 直接投资 (包括直接投入资产或权益或提供融资或担保的方式进行的投资); 通过控制的境外企业或港澳台企业投资 (第 2 条、第 62 条和第 63 条)</li> </ul>
核准范围	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 10 亿美元及以上 (2014 年发改委 20 号令已经删除该项); (第 7 条)</li> <li>➢ 涉及敏感国家和地区: 未建交和受国际制裁, 战争、内乱; (第 7 条)</li> <li>➢ 涉及敏感行业: 基础电信运营, 跨境水资源利用, 大规模土地开发, 输电干线、电网, 新闻传媒等 (第 7 条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 敏感类项目 (第 13 条): <ul style="list-style-type: none"> <li>• 敏感国家: 未建交, 战争、内乱, 国际条约、协定的限制, 其他敏感国家和地区</li> <li>• 敏感行业: 武器装备, 跨境水资源开发利用, 新闻传媒, 我国法律法规和调控政策规定的限制行业</li> </ul> </li> </ul>
核准和备案层级	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 核准: 国家发改委, 其中 20 亿美元以上的由国务院核准; (第 7 条) (2014 年发改委 20 号令已删除“涉及敏感国家和地区、敏感行业”)</li> <li>➢ 备案: (第 8 条) <ul style="list-style-type: none"> <li>• 国家发改委: 中央管理企业投资; 地方管理企业中方投资额 3 亿美元及以上</li> <li>• 省级发改委: 地方管理企业中方投资额 3 亿美元以下</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 核准: 国家发改委, 不再有国务院核准项目 (第 13 条)</li> <li>➢ 备案: (第 14 条) <ul style="list-style-type: none"> <li>• 国家发改委: 中央管理企业直接开展的非敏感类项目; 地方管理企业直接开展的非敏感类项目且中方投资额 3 亿美元及以上</li> <li>• 省级发改委: 地方管理企业直接开展的非敏感类项目且中方投资额 3 亿美元以下</li> </ul> </li> </ul>
“小路条”	中方投资额 3 亿美元及以上的境外收购或竞标项目, 投资主体在对外开展实质性工作之前, 应向国家发展改革委报送项目信息报告。国家发展改革委收到项目信息报告后, 对符合国家境外投资政策的项目, 在 7 个工作日内出具确认函 (第 10 条)	删除
省级发改	属于国家发展改革委备案的项目, 地方企业应填报境外投	无需转报, 直接通过网络系统向相关核准机关或备案机关提交有关文件

内容	9 号令	11 号令
委转报	投资项目备案申请表并附有关附件，直接提交所在地的省级政府发展改革部门，由省级政府发展改革部门报送国家发展改革委（第 11 条和第 19 条）	（第 18 条和第 29 条）
合同生效条件与项目实施条件	对外签署具有最终法律约束效力的文件前，应当取得国家发改委出具的核准文件或备案通知书（第 25 条）	项目实施前投资主体应当取得核准文件或备案通知书（第 32 条）
核准或备案文件有效期	建设类项目核准文件和备案通知书有效期为 2 年，其他项目为 1 年；未能完成的，在届满前 30 个工作日内申请延长（第 26 条）	核准文件、备案通知书有效期均为 2 年，确需延长的，在有效期届满前 30 个工作日前提出延长有效期申请（第 35 条）
境外投资指导和服务	<u>原则性规定</u> ：发改委加强宏观指导、投资引导和提供综合服务，为境外投资创造有利外部环境（第 6 条）	<ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 投资主体可以向发改委咨询和提出建议（第 8 条）</li> <li>➢ 发改委制定专项规划及产业政策、提供宏观指导（第 9 条）；提供国际形势分析、发布有关境外投资状况（第 10 条）；加强与有关国家和地区交流，推动建设公平投资环境（第 11 条）；提示重大风险（第 12 条）</li> </ul>
核准或备案变更	出现以下情况之一的，应向发改委申请变更：（第 23 条） <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 项目规模和主要内容发生变化；</li> <li>➢ 投资主体或股权结构发生变化；</li> <li>➢ 中方投资额超过原核准或备案金额的 20%或以上</li> </ul>	发生下列情形之一的，应在发生相关情形之前向出具核准文件或备案通知书的机关提出变更申请：（第 34 条） <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ 投资主体增加或减少；</li> <li>➢ 投资地点发生重大变化；</li> <li>➢ 主要内容和投资规模发生重大变化；</li> <li>➢ 中方投资额变化幅度达到或超过原核准、备案金额的 20%，或中方投资额变化 1 亿美元及以上；</li> <li>➢ 需要对项目核准文件或备案通知书有关内容进行重大调整的其他情形</li> </ul>
再投资报告	/	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）非敏感类项目的，投资主体应当在项目实施前通过网络系统提交大额非敏感类项目情况报告表，将有关信息告知国家发展改革委

内容	9 号令	11 号令
事后管理	/	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ 采取在线监测、约谈函询、抽查核实等方式对境外投资进行监督检查，对违法违规行为予以处理（第 40 条）</li> <li>➤ 倡导投资主体创新境外投资方式、坚持诚信经营原则、避免不正当竞争行为、保障员工合法权益、尊重当地公序良俗、履行必要社会责任、注重生态环境保护、树立中国投资者良好形象（第 41 条）</li> <li>➤ 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的，投资主体应当在有关情况发生之日起 5 个工作日内通过网络系统提交重大不利情况报告表（第 42 条）</li> <li>➤ 项目完成之日起 20 个工作日内通过网络系统提交项目完成情况报告（第 44 条）</li> <li>➤ 发改委可以就境外投资过程中的重大事项向投资主体发出重大事项问询函。投资主体应当按照重大事项问询函载明的问询事项和时限要求提交书面报告（第 45 条）</li> <li>➤ 发改委可以根据其掌握的国际国内经济社会运行情况和风险状况，向投资主体或利益相关方发出风险提示（第 47 条）</li> <li>➤ 国家发展改革委建立境外投资违法违规行为记录，公布并更新企业违反本办法规定的行为及相应的处罚措施，将有关信息纳入全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统、“信用中国”网站等进行公示，会同有关部门和单位实施联合惩戒（第 49 条）</li> </ul>
网络系统	无	投资主体可以通过境外投资管理和网络系统履行核准和备案手续、报告有关信息（第 7 条）

### 三、 小结

11 号令延续了之前在境外投资领域降低企业监管负担、协助企业“走出去”的监管趋势，取消和优化了在过往实践过程中不符合国际惯例或交易实践需求的流程，增加了为境外投资提供便利的规定。在放松事前监管的同时，发改委也加强了对境外投资事中和事后的监管，虽然 11 号令对于事中和事后监管的规定还趋于原则性，但是我们相信后续的监管措施将会逐渐完善，并且能够更好地助力境内企业境外投资，实现全球化发展。

## 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](mailto:aaron.zhou@hankunlaw.com)）联系。