

汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（三） — 出海有关的几个热门中国法律问题（下）

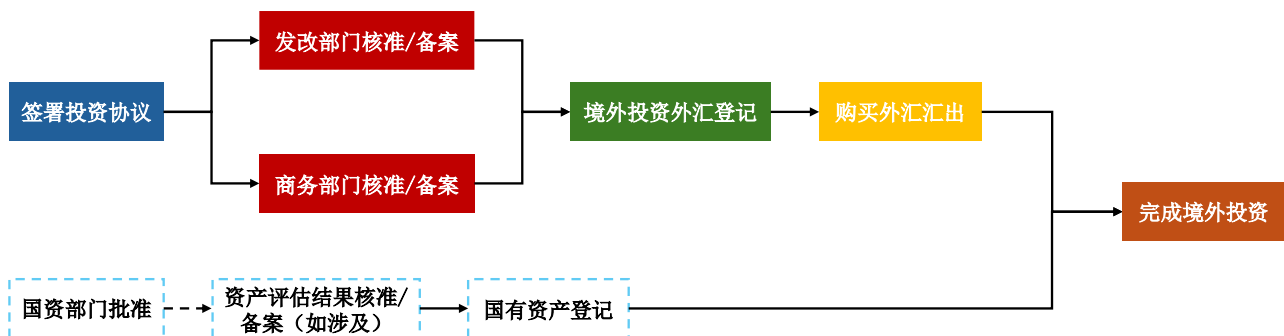
作者：李朝应 | 肖园艳

本文为本系列文章的第三篇，就出海的国内监管进行介绍，侧重点选取中国企业境外直接投资（ODI）、中国技术出口限制以及创始人 37 号文登记三个角度进行分析。

一、出海企业境外直接投资

在出海企业非红筹结构的情况下，无论出海企业系为民营企业或国有企业，均需履行我国境外投资监管审批手续。目前我国境外投资监管主要采取核准/备案的监管框架，即通过国家或地方发展和改革委员会（国家发展和改革委员会简称为“**发改委**”，与地方发展和改革委员会合称“**发改部门**”）与中央或地方商务部门（中央商务部门简称为“**商务部**”，与地方商务部门合称“**商务部门**”）各自核准/备案的两条线路同时并进，最终通过国家外汇管理局地方分局（“**外管部门**”）或其授权的商业银行换汇出境。

此外，涉及国有企业境外投资的，还可能需履行国务院国有资产监督管理委员会（“**国资委**”）或地方国资部门（与国资委统称为“**国资部门**”）的审批程序。



注：上述为实业境外直接投资所涉及监管手续，如有涉及金融行业等特殊行业的，可能还需要行业主管部门的特殊监管（比如国家金融监督管理总局、中国证券监督管理委员会等）。

（一）发改部门监管措施及权限

根据发改委颁布的《企业境外投资管理办法》（下称“**发改委第 11 号令**”）规定，发改部门根据境外投资项目类型、投资主体、投资方式、中方投资额的不同，分别采用核准、备案、报告等监管方式，具体监管措施及权限如下：

项目类别		境内企业直接投入资产、权益或提供融资、担保	境内企业不直接投入资产、权益且不提供融资、担保
敏感类项目		核准（发改委）	
非敏感项目	中方投资额 3 亿美元及以上	备案（发改委）	报告（发改委）
	中方投资额 3 亿美元以下	中央企业	无需核准、备案或报告
		非中央企业	

根据发改委第 11 号令，敏感类项目是指涉及敏感国家和地区或涉及敏感行业的项目。敏感国家和地区包括：（1）与我国未建交的国家地区；（2）发生战争、内乱的国家地区；（3）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地区；（4）其他敏感国家和地区。敏感行业包括：（1）武器装备的研制生产维修；（2）跨境水资源开发利用；（3）新闻传媒；（4）根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。

（二）商委部门监管措施及权限

根据商务部颁布的《境外投资管理办法》（下称“**商务部第 3 号令**”）规定，商务部门根据境外投资项目类型、投资主体、投资方式的不同，分别采用核准、备案等监管方式，具体措施及权限如下：

项目类别	中央企业	非中央企业
敏感类项目	核准（商务部）	核准（通过省级商务部门向商务部申请）
非敏感类项目	备案（商务部）	备案（通过省级商务部门向商务部申请）

根据商务部第 3 号令及《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》，敏感类项目是指涉及敏感国家和地区或涉及敏感行业的项目。敏感国家和地区包括：与中国未建交、受联合国制裁的国家。敏感行业包括：涉及出口中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；房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资；在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

（三）外管部门/银行手续

在完成发改部门和商务部门的事前核准/备案程序之后，出海企业可凭完成该等核准/备案程序的书面凭证向外管部门授权的商业银行办理外汇登记并换汇出境。若出海企业为境外企业提供融资或担保，则需要根据外汇管理规定履行境外放款、跨境担保外汇登记。同时，因国家的外汇储备在不同阶段存在差异，实践中曾出现外管部门对一定金额以上的对外投资项目实施事前约谈机制。因此，建议出海企业也事先与外管部门和银行进行沟通，以避免后续购付汇程序存在实操的障碍。

二、中国技术出口限制

如果出海企业出海过程中涉及将中国技术向境外出口，出海企业应持续关注中国关于禁止或限制出口技术的相关监管要求，即：基于《中华人民共和国对外贸易法》对于技术出口监管的框架性监管要求以及国务院发布的《中华人民共和国技术进出口管理条例》就技术出口所做出的进一步规定，商务部、科学技术部发布的《禁止出口限制出口技术管理办法》、《中国禁止出口限制出口技术目录》、《技术进出口合同登记管理办法》阐明的禁止出口、限制出口技术的范围以及各类技术出口的管理方式，其中，对于属于限制出口的技术实施许可证管理，未经许可不得出口。根据中国商务部、科技部于 2023 年 12 月 21 日公布的《中国禁止出口限制出口技术目录》¹，禁止出口的技术中涉及非晶无机非金属材料生产技术、集成电路制造技术、机器人制造技术、计算机网络技术（主要为政府、金融、产业、科学研究等部门使用的涉及国家秘密的信息安全保密技术等）等，限制出口的技术中包括电子器件制造技术、无线通信技术、计算机应用技术（主要系并行图归约智能工作站等）、通信传输技术、计算机网络技术（主要系巨型计算机（运算次数大于等于 97 万亿次）网络系统、并行处理技术）、信息防御技术、信息对抗技术、信息处理技术（主要针对的是关于中文、汉字的技术）。

根据国务院发布的《中华人民共和国技术进出口管理条例》第四十三条，进口或者出口属于禁止进出口的技术的，或者未经许可擅自进口或者出口属于限制进出口的技术的，依照刑法关于走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，区别不同情况，依照海关法的有关规定处罚，或者由国务院外经贸主管部门给予警告，没收违法所得，处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；国务院外经贸主管部门并可以撤销其对外贸易经营许可。因此，如果出海企业涉及出口其自身技术至境外，需要持续关注中国的关于限制技术出口相关规定。

三、创始人 37 号文登记

在中国现行外汇监管体系及实践中，办理 37 号文登记是中国籍自然人持股境外非上市公司的主要甚至唯一合规渠道。因此，如中国籍创始人拟通过直接注册境外公司从事境外业务，亦需关注 37 号文登记相关事宜。

37 号文系为《国家外汇管理局关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题》简称。根据 37 号文要求，境内居民以投融资为目的，以境内外合法资产或权益，在境外直接或间接通过特殊目的公司，通过新设、并购等方式在境内设立外商投资企业或项目，并取得所有权、控制权、经营管理权的，应向外汇局或其授权机构申请办理境外投资外汇登记手续（“**37 号文登记**”）。根据《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发[2015]13 号），37 号文登记的审核办理权限已由外汇局下放至银行，外汇局改为通过银行实施间接监管。

根据上述要求以及我们实践经验，创始人办理 37 号文登记往往需要具备以下内容：中国籍创始人持有境内公司股权、已有与投融资机构签署的投资意向书并且在后续 37 号文登记办理完毕后注册外商返程投资企业。如中国籍创始人注册境外公司出海不具备前述要素的，办理 37 号文登记可能会存在挑战。

根据 37 号文第十五条约定，违反 37 号文约定会存在如下法律后果：

¹ 商务部 科技部公告 2023 年第 57 号 关于公布《中国禁止出口限制出口技术目录》的公告
http://www.mofcom.gov.cn/article/zw/gk/gkzcfb/202312/20231203462079.shtml?fromModule=lemma_middle-info

不合规情形		适用依据	具体罚则
<ul style="list-style-type: none"> ■ 未办理 37 号文登记/FDI 外汇登记 ■ 未如实披露返程投资企业实际控制人信息或虚假承诺 	一般情形	《外汇管理条例》第四十八条第（五）项	责令改正，给予警告，对机构可以处 30 万元以下的罚款，对个人可以处 5 万元以下的罚款
	若发生资金流出	《外汇管理条例》第三十九条	责令限期调回外汇，处逃汇金额 30% 以下的罚款；情节严重的，处逃汇金额 30% 以上等值以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任
	若发生资金流入	《外汇管理条例》第四十一条第一款	责令改正，处违法金额 30% 以下的罚款；情节严重的，处违法金额 30% 以上等值以下的罚款
	若发生结汇	《外汇管理条例》第四十一条第二款	责令对非法结汇资金予以回兑，处违法金额 30% 以下的罚款

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或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

李朝应

电话： +86 10 8525 5518

Email: charles.li@hankunlaw.com

肖园艳

电话： +86 10 8525 4611

Email: yuanyan.xiao@hankunlaw.com