

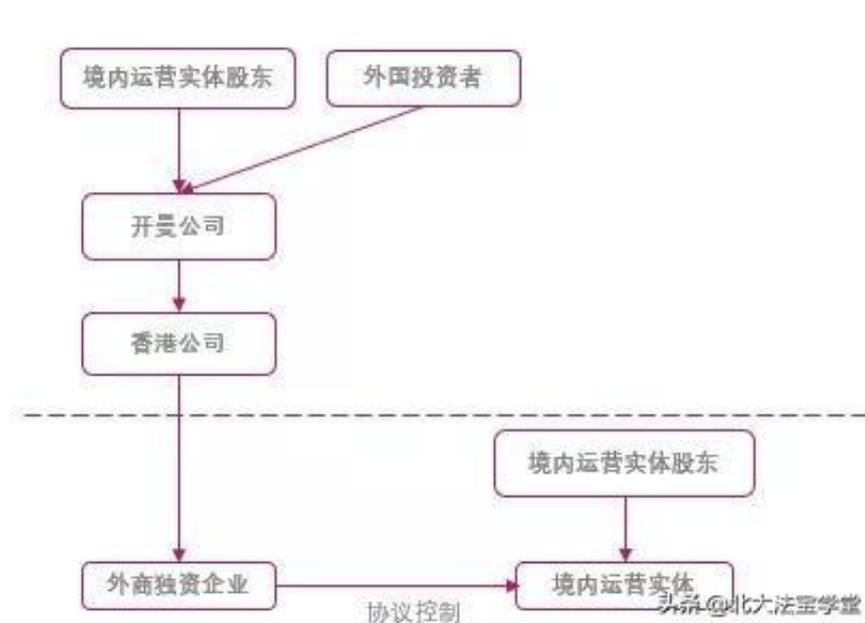
## 2、中方自然人可作为中外合资企业股东

目前适用的《中华人民共和国中外合资经营企业法》规定，合营企业是指“外国投资者在中华人民共和国境内同中国的公司、企业或其它经济组织共同举办的企业”，多年来很多地方并不认可中方自然人作为中外合资企业股东，导致实践中一些中方自然人需要设立专门公司以作为中外合资企业股东，增加了时间和成本，《实施条例》规定，外国投资者依法可以单独或者与包括中国的自然人在内的其他投资者共同在中国境内投资，为中方自然人与外资共同在境内成立中外合资企业扫清了障碍。



### (1) 返程投资的特别规定

《实施条例》为境内实体通过在境外设立的全资企业返程投资行为做出了特别规定，即中国的自然人、法人或者其他组织在中国境外设立的全资企业在中国境内投资的，经国务院有关主管部门审核并报国务院批准，可以不受外商投资准入负面清单规定的有关准入特别管理措施的限制，换句话说，如果获得此类批准，则返程投资负面清单领域的外商投资企业无需经过外资准入审批手续。



## 二、国民待遇+负面清单制度

《外商投资法》规定，外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度，对于外商投资准入负面清单以外的领域，按照“内外资一致”的原则实施管理。在此基础上，《实施条例》进一步明确，外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的股比、高管人员等方面的限制性要求。我们认为，如下主要亮点值得引起各方关注：

### 1、外资合伙企业

根据《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2019年版）》（以下简称“负面清单”），投资有股权要求的领域，不得设立外商投资合伙企业，而《实施条例》开创性地对外资合伙企业如何适用负面清单提供了依据，规定外资合伙企业需要适用负面清单制度，外国投资者的表决权比例应当符合负面清单关于持股比例的限制性规定。



## 2、资本金结汇用于境内股权投资

根据国家外汇管理局原于2008年8月29日出台的《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》（以下简称“142号文”），外商投资企业资本金结汇所得人民币资金，除另有规定外，结汇所得人民币资金不得用于境内股权投资。虽然142号文已根据国家外汇管理局于2015年4月8日发布的《国家外汇管理局关于改革外商投资企业外汇资本金结汇管理方式的通知》（汇发[2015]19号文）废止，但根据国家外汇管理局于2016年6月9日发布的《关于改革和规范资本项目结汇管理政策的通知》（汇发[2016]16号文），外资企业资本金结汇不得直接或间接用于企业经营范围之外或国家法律法规禁止的支出，实践中很多经办银行表示只有对于经营范围中含有“投资”字样的外商投资企业，方可允许其资本金结汇用于境内股权投资。这在一定程度上影响了外资企业以母子公司或企业集团方式在中国扩张经营。

2019年10月23日，国家外汇管理局出台《国家外汇管理局关于进一步促进跨境贸易投资便利化的通知》，允许非投资性外商投资企业在不违反现行外商投资准入特别管理措施（负面清单）且境内所投项目真实、合规的前提下，依法以资本金进行境内股权投资，可以预期，外资企业在境内以资本金结汇进行股权投资的情况可能越来越常见。

事项	三资企业法	《外商投资法》施行后
最高权力机构	董事会	股东会
董事任期	四年	三年
董事产生	投资方直接委派	股东会选举和更换
法定出席人数	董事会最低出席人数比例为三分之二	无要求，公司章程中自行约定
重大事项表决	经出席会议的董事一致通过	三分之二以上表决权的股东通过
法定代表人	仅董事长担任	董事长、执行董事或经理担任
监事	无规定	应设监事或监事会
股权转让限制	其他全体股东同意	其他股东过半数同意
利润分配	按出资比例分配	可以按约定比例和方式分配
投资总额	要求明确约定	暂不明确

## 2、过渡期

根据《实施条例》规定，现有外商投资企业在组织形式、组织机构等与《公司法》、《合伙企业法》等法律的强制性规定不一致的，国家鼓励其在《外商投资法》施

行后5年内依法办理变更手续。如在《外商投资法》施行后5年的过渡期内未变更的，给予6个月宽限期，逾期仍未依法办理变更的，企业登记机关不予办理该企业的其他登记事项，并可以将相关情形在企业信息公示系统中公示。

因此，现有外商投资企业在《外商投资法》施行后还有最长5.5年的时间对原有组织形式、组织机构进行调整，否则可能影响后续其他登记事项的办理。

### 3、可保留条款

根据《实施条例》规定，现有中外合资经营企业和中外合作经营企业各方投资者在合同中约定的收益分配方法、剩余财产分配方法等，在合营、合作期限内可以继续按照约定办理。

#### (1) 合营、合作期限的认定

虽然《实施条例》规定在合营、合作期限内可以继续保留相关条款，但此处合营、合作期限并未规定是否包括未来到期后继续延长的期限，有待相关部门在正式稿或后续出台的其他规定中进一步明确。

#### (2) 可保留条款的具体范围

该规定明确列举可以保留的条款为收益分配方法、剩余财产分配方法，但“等”字如何解读，实践中可能会导致外资企业对于其他哪些条款需要变更、哪些条款可以继续按照原约定处理存在疑惑，比如，亏损分担条款、清算委员会组成、清算程序条款等条款能否继续沿用，还是只要股东合意的内容均可以保留，可能还需要进一步细化。

## 六、现有外资制度厘清和衔接

《外商投资法》与《实施条例》打破了以前的工商、商委、发改的多头监管体系，

相关配套制度的设计及现有的商委、发改、工商等部门之间的规章制度的调整和衔接可能是后续较长一段时间内的立法工作重点。如：

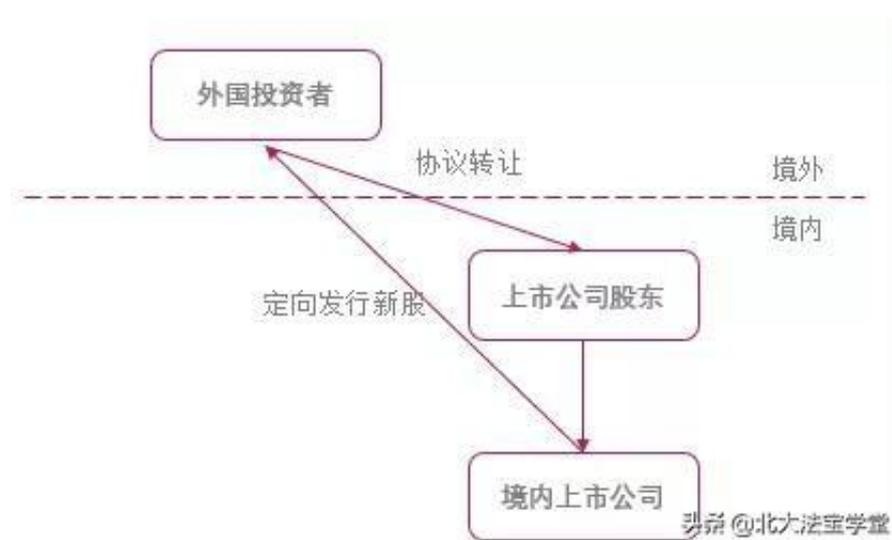
## 1、外资并购及对上市公司战略投资规定

《外商投资法》与《实施条例》施行前，原三资企业法规范外资的绿地投资行为，而10号令、《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（2015年修订，以下简称“《战投办法》”）则对外资投资、并购境内企业的行为进行规范。其中：

### （1）外资并购

10号令对外资并购的条件及程序做出了规定，如，外资并购需经商务主管部门审批、交易价格应评估作价、特定情形下交易价款应在一定期限内付清、投资总额比例要求等，且关联并购还需经商务部批准。

根据商务部于2017年7月30日出台的《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》规定，外资并购“不涉及特别管理措施和关联并购的，适用备案管理”，但对于涉及特别管理措施和关联并购的，仍需履行商务主管部门审批程序。

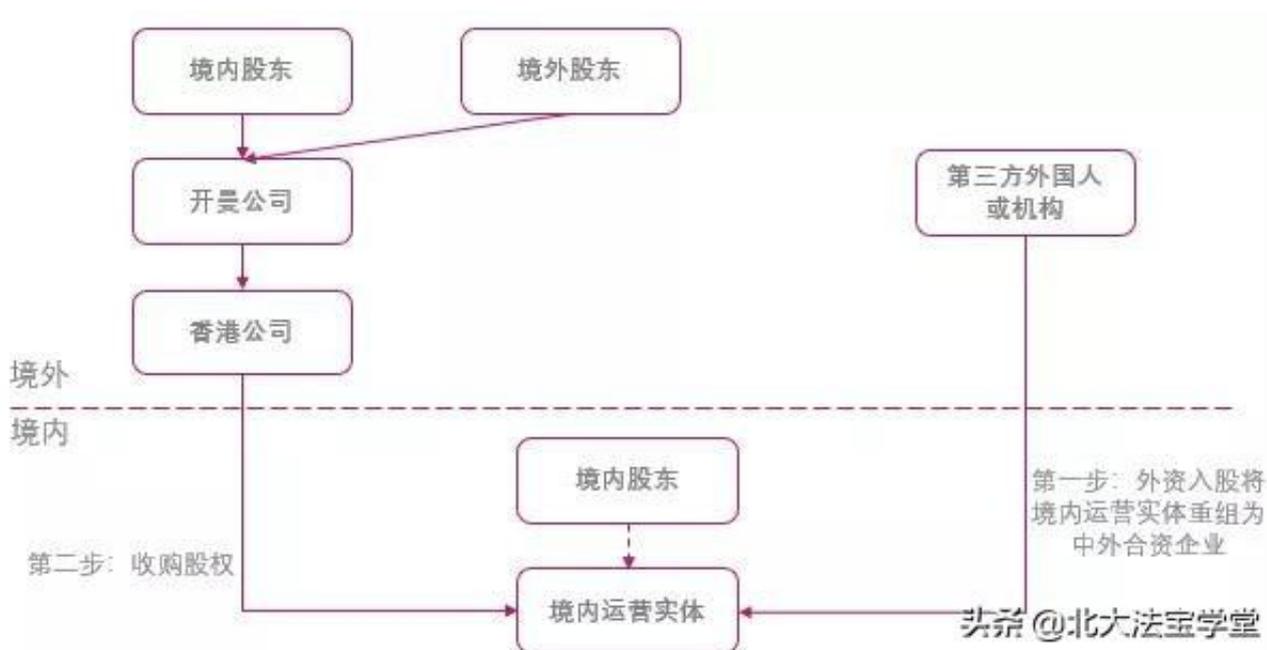


《外商投资法》与《实施条例》未明确废止10号令及《战投办法》，但可以预见的

是，为避免与内外资一致原则和新监管体系的冲突，10号令及《战投办法》后续将可能面临一次全面的修订。

## 2、外商投资企业再投资

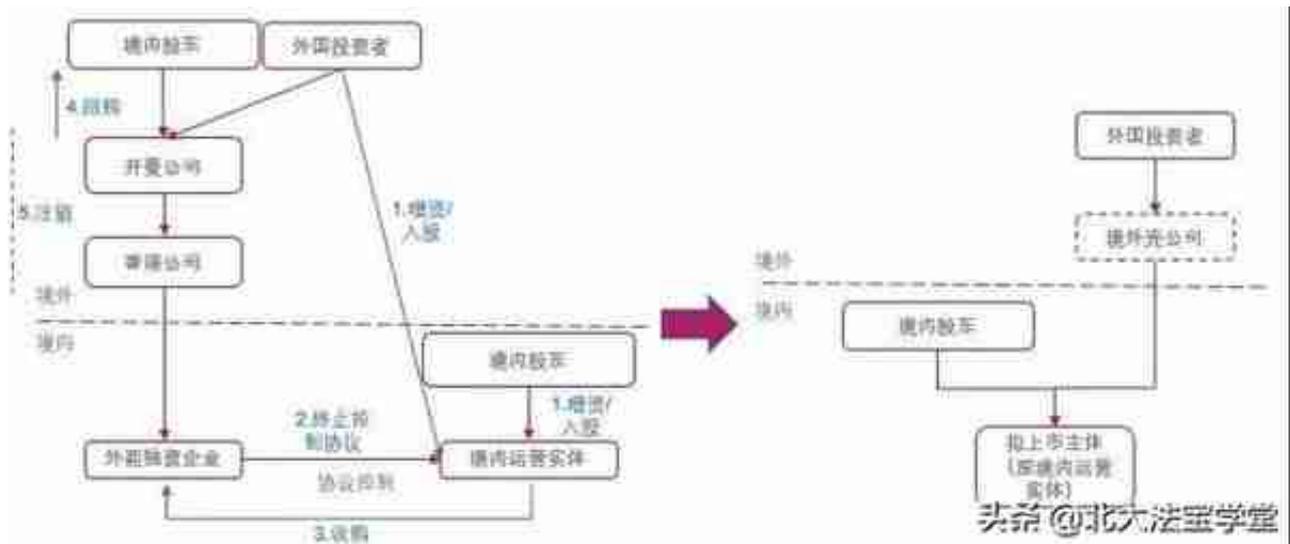
我国目前对于外商投资再投资的规定主要适用《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》，根据《外商投资法》及《实施条例》关于外商投资的定义，外商投资包括间接投资行为，因此仅从文义理解，再投资应属于外商投资的形式之一，而《实施条例》除规定“外国投资者以其在中国境内的投资收益在中国境内扩大投资的，依法享受相应的优惠待遇”外，并未提及再投资行为。在目前外商投资企业以资本金结汇用于股权投资限制的放开背景下，我们有理由相信，外商投资再投资制度的修改完善也将很快提上日程。



## 2、红筹结构拆除

### (1) 忠旺模式下的红筹结构拆除

忠旺模式下，通常由原股东收购香港公司所持境内运营实体股权的方式实现红筹结构拆除，具体如下：



当然，实践中，根据公司实际情况，VIE结构拆除方式多种多样，包括以外商投资企业作为未来拟上市主体、以新设公司作为未来拟上市主体等，且拆除方案还需考虑境外投资者是否继续在公司架构内持股等因素。因并非本文主要讨论内容，本文不予展开详述。

《外商投资法》及《实施条例》正式施行后，鉴于其对原适用的外商投资认定标准、外资准入政策、外商投资企业的设立变更程序、外资并购等制度的调整，可以预见，将对未来红筹架构搭建及拆除方案及程序造成不小的影响，值得业界持续关注。

除前文所提及内容外，《外商投资法》及《实施条例》还对外资的征收征用制度、知识产权及商业秘密保护制度、知识产权侵权惩罚性赔偿制度、外商投资信息报告制度、安全审查制度与经营者集中审查制度、投诉工作机制做出了规定，并对内外资一致原则在实践中的要求进行了具体细化，整体而言，《外商投资法》及《实施条例》为进一步扩大改革开放、促进外商投资和保护外资权益提供了进一步保障，当然，基于外商投资领域具有复杂性和涉及领域的广泛性，一些具体细节还待后续各部门出台进一步文件予以明确，我们也希望尽早看到相关文件的出台，为《外商投资法》及《实施条例》的落实和实施保驾护航。

来源：北大法宝律所实务

作者：戴志文

，安杰律师事务所合伙人、律师。其主要执业领域是私募股权与风险投资、证券与

资本市场、收购与兼并、  
外商投资、房地产与建设工程。陈威，安杰律师事务所律师。

本文章仅代表作者个人观点，不代表本账号的观点与看法。

转载请注明出处，须联系作者并取得授权！

免责声明：文字仅供学习、交流使用，不具有任何商业用途，版权归原作者所有，如有问题请及时联系我们以作处理。本声明未涉及的问题参见国家有关法律法规，当本声明与国家法律法规冲突时，以国家法律法规为准。

更多法律资讯和优质课程的获取，欢迎关注法宝学堂公众号（ID：PKUFBXT）！