

拟挂牌公司设立境外子公司的核查要点

作者：卓纬律师事务所·陆宽

近年来，随着《境外投资管理办法》、《境外投资项目核准和备案管理办法》等法律法规的大幅修改，进一步放宽了企业境外投资的限制。政策红利掀起了境外投资热潮，拟挂牌公司境外设立子公司作为海外发展战略平台的情况屡见不鲜。本文详细介绍拟挂牌公司境外设立子公司的方式、法律规范及核查重点，以便企业自查及参考。

一、境内法人境外设立子公司

通常来说，境内法人境外设立子公司，主要需要取得三个主管部门的核准、备案或登记，包括国家发展和改革委员会或地方发展和改革委员会(下称“发改部门”)的核准或备案、商务部或地方商务部门(下称“商务部门”)的核准或备案、以及国家外汇管理局地方分局(下称“外管部门”)的外汇登记程序。以下分别介绍各个主管部门的核准、备案或登记程序。

(1) 发改部门的核准及备案程序

该程序主要依据 2014 年 5 月 8 日正式施行的《境外投资项目核准和备案管理办法》(以下简称“9 号令”)，2014 年 5 月 14 日正式施行的《境外投资项目核准和备案管理办法》有关事项的通知(以下简称“947 号文”)，2014 年 10 月 31 日生效的《政府核准的投资项目目录(2014 年本)》(以下简称“《核准目录》”)及 2014 年 12 月 27 日生效的国家发展改革委关于修改《境外投资项目核准和备案管理办法》和

《外商投资项目核准和备案管理办法》有关条款的决定（以下简称“20 号令”）中的相关规定。

其中，9 号令根据中方投资额的大小及是否涉及敏感国家和地区将项目分为核准和备案两种形式；947 号文在 9 号令的基础上，进一步充实了项目核准及备案的具体程序；《核准目录》对发改委的核准备案权限进一步下放，规定除涉及敏感国家、敏感地区、敏感行业的境外投资外，发改委立项一律简化为备案制；为配合《核准目录》的实施 20 号令对发改委 9 号令第七条进行了修改。综上，可将境内法人境外设立子公司投资项目的核准及备案程序总结为下表：

核准/备案机关	权限	条件	具体程序
国家发改委	核准	涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目不分限额；其中，中方投资额 20 亿美元及以上，由国家发展改革委提出审核意见报国务院核准。	地方企业直接向省级政府发展改革部门提交项目申请报告，由省级政府发展改革部门提出审核意见后报送国家发展改革委；中央管理企业由集团公司或总公司向国家发展改革委报送项目申请报告。
	备案	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，应向国家发改委报送项目信息报告。
	备案	地方企业投资额为 3 亿美元以上；或中央企业投资项目。	地方企业应填报境外投资项目备案申请表并附有有关附件，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；中央管理企业由集团公司或总公司向国家发展改革委报送备案申请。
省级发改委	备案	地方企业投资额为3亿美元以下	由省级发改委参照9号令相关规定决定

值得注意的是，2016年4月14日，国家发展改革委发布了关于修订《境外投资项目核准和备案管理办法》的决定（公开征求意见稿），此次征求意见稿在9号令的基础上做出了7处修改，进一步提高境外投资便利化水平，加大简政放权力度。由于该决定尚在征求意见阶段，此处不再赘述。

(2) 商务部门的核准和备案程序

该程序主要依据2014年9月6日颁布的《境外投资管理办法》，其中企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理，其他投资情形适用备案管理。

商务部和省级商务主管部门通过“境外投资管理系统”对企业境外投资进行管理，并向获得备案或核准的企业颁发《企业境外投资证书》，具体的核准和备案权限如下表所示：

核准/备案机关	权限	适用范围	具体程序
---------	----	------	------

<p>商务部/省级商务部</p>	<p>核准</p>	<p>涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目；其中中央企业向商务部申请核准，地方企业经省级商务部初步审查后报商务部核准。</p>	<p>提交核准材料，如申请书、《境外投资申请表》、境外投资相关合同等。</p> <p>征求我国驻外使（领）馆（经商处室）意见。驻外使（领）馆（经商处室）应当自接到征求意见要求之日起7个工作日内回复。</p> <p>商务部应当在受理中央企业核准申请后20个工作日内（包含征求驻外使（领）馆（经商处室）意见的时间）作出是否予以核准的决定。</p> <p>省级商务主管部门应当在受理地方企业核准申请后对申请是否涉及本办法第四条所列情形进行初步审查，并在15个工作日内（包含征求驻外使（领）馆（经商处室）意见的时间）将初步审查意见和全部申请材料报送商务部。</p>
<p>商务部/省级商务部</p>	<p>备案</p>	<p>其他</p>	<p>中央企业和地方企业通过“管理系统”按要求填写并打印《境外投资备案表》，加盖公章后，连同企业营业执照复印件分别报商务部或省级商务主管部门备案。</p> <p>商务部或省级商务主管部门应当自收到《备案表》之日起3个工作日内予以备案并颁发《证书》。</p>

(3) 外汇部门的核准和备案程序

该程序主要依据 2009 年 8 月 1 日生效的《境内机构境外直接投资外汇管理规定》及 2015 年 6 月 1 日生效的《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》（以下简称“13 号文”）中的相关规定。

其中 13 号文取消境内直接投资项下外汇登记核准的行政审批事项，改由银行按照《直接投资外汇业务操作指引》直接审核办理境内直接投资项下外汇登记。国家外汇管理局及其分支机构通过银行对直接投资外汇登记实施间接监管。

二、境内居民个人境外设立子公司

我国在境内居民个人进行境外直接投资的法律规范方面相对空白，可供参考的仅有上述针对境内机构境外投资的相关法律法规。虽然《境外投资项目核准和备案管理办法》第三十一条规定：“自然人和其他组织在境外进行的投资项目的核准，参照本办法执行”，但由于该规定缺少配套的实务操作规范而无法适用。

2014 年 7 月 4 日，国家外汇管理局发布了《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的通知》（“37 号文”）。根据 37 号文，《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（“75 号文”）同时废止。而在此之前，75 号文一直作为判断境内自然人对外投资是否履行了外管局审批手续的依据。但由于各地外管局对 75 号文规定的“特殊目的公司”理解不一致，在实践中往往存在不同的判断。例如，已上市公司“仟源医药”所属外汇管理局认为，75 号文仅适用于“特殊目的公司”返程投资的情形，其股东

翁占国等境内居民没有在境外进行股权融资的计划和安排，故不属于“特殊目的公司”，无须补办境外投资外汇登记；而在“展唐科技”新三板挂牌过程中，曹刚设立的仅以搭建投资平台为目的的“CGmobile Holdings”公司却被国家外汇管理局上海市分局认定为“特殊目的公司”。

针对上述情况，37号文对“特殊目的公司”的定义做了较大调整。37号文中“特殊目的公司”是指境内居民（含境内机构和境内居民个人）以投融资为目的，以其合法持有的境内企业资产或权益，或者以其合法持有的境外资产或权益，在境外直接设立或间接控制的境外企业。这一调整，丰富了特殊目的公司的内涵，确立了境内居民，尤其是境内居民个人通过特殊目的公司进行境外投资的，也应根据37号文补办境外投资外汇登记。而根据13号文，上述外汇登记的审批权限已下放至银行，具体程序参见《直接投资外汇业务操作指引》中境内居民个人特殊目的公司外汇（补）登记的内容。

综上，虽然37号文从外汇角度认可了境内居民个人境外设立公司的行为，但鉴于发改部门及商务部门均未认可上述行为，我们建议拟挂牌公司在实施境外设立公司计划时，应尽量避免指派企业员工或股东个人境外设立公司。

三、拟挂牌公司境外设立子公司的实践案例

在已挂牌企业合全药业的案例中，合全香港为合全药业在香港设立的境外全资子公司，法律意见书对其设立及存续的合法性表述为：合全药业已取得商务部于2011

年 5 月 5 日核发的《企业境外投资证书》（商境外投资证第 3100201100089 号）。合全药业持有合全香港 100% 的股权。根据欧华律师事务所（DLA Piper Hong Kong）于 2014 年 10 月 30 日出具的法律意见，合全香港依当地法律合法设立并有效存续。在类似案例天松医疗与欧迅体育的法律意见书当中，律师在审查境外子公司的合规性时，也均采用了取得《企业境外投资证书》并且子公司境外设立符合当地法律的模式。

在已挂牌企业展唐科技的案例中，实际控制人曹刚以从 GHR Development 受让展唐通讯股权为目的搭建外资投资平台 CGmobile Holdings。曹刚在搭建该平台时，未办理境内居民境外直接投资外汇登记手续，但鉴于国家外汇管理局上海市分局理解 CGmobile Holdings 应属于 75 号文规范的特殊目的公司，曹刚应按照 75 号文的规定办理境内居民个人特殊目的公司外汇补登记手续，并已为曹刚补办了境外直接投资外汇登记，该不规范行为已经得到纠正，符合现行有效的规范性文件的规定，因此，不构成公司本次申请挂牌的实质性法律障碍。

综上，在实践过程中，拟挂牌公司境外设立子公司通常会采用企业本身境外投资设立子公司或企业指派员工或股东个人境外设立子公司的方式。前者在审核过程中应重点核查公司是否履行了发改部门，商务部门及外汇部门的程序，而后者在审核过程中应重点核查投资者个人是否履行了境内居民个人境外直接投资外汇登记（补办）手续。值得注意的是，虽然 37 号文认可了境内居民境外直接投资的行为，但拟挂牌企业指派员工或股东个人设立公司的行为有规避企业境外投资程序与代企业持股的嫌疑，若要实现境外公司的收入进入挂牌公司，挂牌公司需并购境外公司，构成挂牌公

司境外投资，但由于商务部门在实践过程中禁止境内机构境外收购境内居民设立公司的行为，挂牌公司难以取得《企业境外投资证书》，为挂牌构成障碍。

作者简介

陆宽律师的执业领域主要集中在民商与资本市场领域。期间为多家企业上市、新三板挂牌以及大型外企融资等多个项目提供专业法律服务。在并购领域也曾为国内大型企业的并购等项目提供法律服务。同时，陆宽律师也协助为多家大中型企业提供常年法律顾问服务。

如需讨论本文相关内容请联系：

陆宽 (Kuan LU)

律师 资本市场

邮箱: kuan.lu@chancebridge.com

电话: +86 10 85870068