

关于外商投资企业变更为外商投资股份有限公司之法规疑点解析

解冰

一、外商投资企业整体变更为外商投资股份有限公司适用的法律依据有哪些？

目前，我国关于外商投资企业整体变更为外商投资股份有限公司的法律依据为商务部发布并于 2015 年 10 月 28 日开始实施的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》（商务部令 2015 年第 2 号）、《商务部办公厅关于中外合资经营等类型企业转变为外商投资股份有限公司有关问题的函》（商办资函[2014]516 号）以及《商务部关于下放外商投资审批权限有关问题的通知》（商资发[2010]209 号）。

二、外商投资企业整体变更为外商投资股份有限公司，需要最近连续 3 年的盈利记录吗？

《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》（以下简称“《暂行规定》”）中第十四条规定“已设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业（以下简称外商投资企业），如申请转变为公司的，**应有最近连续 3 年的盈利记录**。由原外商投资企业的投资者作为公司的发起人（或与其他发起人）签定设立公司的协议、章程，报原外商投资企业所在地的审批机关初审同意后转报对外贸易经济合作部审批”。

但是，根据《商务部办公厅关于中外合资经营等类型企业转变为外商投资股份有限公司有关问题的函》（以下简称“《有关问题的函》”）的规定，“中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业申请转变为外商投资股份有限公司，审批机关可依《公司法》执行，**无需再要求‘应有最近连续 3 年的盈利记录’**”。

显然，上述《暂行规定》及《有关问题的函》中对于外商投资企业转变为外商投资股份有限公司是否需要最近连续 3 年的盈利记录的要求是相互矛盾的。从法理上分析，《暂行规定》属于商务部发布的部门规章，《有关问题的函》属于同部门发布的法律规范性文件，根据上位法优于下位法的原则，同部门的部门规章的效力大于其规范性文件的效力。但是，根据《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）第二百一十七条规定，外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法。因此外商投资企业也属于《公司法》的调整范围。而 2013 年《公司法》中无相关类似规定，且 2016 年 6 月 30 日，商务部发布《商务部现行有效规范性文件》，其中载明，上述《有关问题的函》仍然属于现行有效规范性文件，即中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业申请转变为外商投资股份有限公司，审批机关可依《公司法》执行，无需再要求“应有最近连续 3 年的盈利记录”。因此，外商投资有限责任公司转变为股份有限公司无需要求连续三年盈利记录。

为便于比较相关法律性文件规定，本文提供如下列表以供参考：

序号	法律文件名称	发文机关	发布时间	具体条款
1	《对外贸易经济合作部关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》	对外经济贸易合作部	1995.01.10	第十五条：“已设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业（以下简称“外商投资企业”），如申请转变为公司的，应有最近连续 3 年的盈利记录。”
2	《商务部办公厅关于中外合资经营等类型企业转变为外商投资股份有限公司有关问题的函》	商务部办公厅	2014.06.24	“中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业申请转变为外商投资股份有限公司，审批机关可依《公司法》执行，无需再要求‘应有最近连续 3 年的盈利记

				录’ ”。
3	《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》	商务部	2015.10.28	第十四条：“已设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业（以下简称“外商投资企业”），如申请转变为公司的，应有最近连续3年的盈利记录。”

三、外商投资企业整体变更为外商投资股份有限公司，需要商务部的审批吗？

《暂行规定》第十四条规定“已设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业，如申请转变为公司的，应有最近连续3年的盈利记录。由原外商投资企业的投资者作为公司的发起人（或与其他发起人）签定设立公司的协议、章程，**报原外商投资企业所在地的审批机关初审同意后转报对外贸易经济合作部审批。**”

而《商务部关于下放外商投资审批权限有关问题的通知》（商资发[2010]209号）（以下简称“《下放审批权限的通知》”）中第一条规定“《外商投资产业指导目录》**鼓励类、允许类总投资3亿美元和限制类总投资5000万美元（以下简称限额）以下的外商投资企业的设立及其变更事项，由省、自治区、直辖市、计划单列市、新疆生产建设兵团、副省级城市（包括哈尔滨、长春、沈阳、济南、南京、杭州、广州、武汉、成都、西安）商务主管部门及国家级经济技术开发区（以下简称地方审批机关）负责审批和管理。**其中，外商投资股份有限公司的限额按注册资本计，改制为外商投资股份有限公司的限额按评估后的净资产值计，外国投资者并购境内企业的限额按并购交易额计。”（2017年《外商投资产业指导目录》已由长期以来按照“鼓励类、限制类、禁止类”三种分类的结构变为分为“鼓励外商投资产业目录”和“外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）”两部分内容）。

根据对《下放审批权限的通知》的理解，公司满足上述两个条件，改制为外商投

资股份有限公司，应由地方审批机关负责审批和管理；反之，若不满足前述两个条件，应由商务部审批。然而，《暂行规定》中并未按《下放审批权限的通知》中限额的规定，区分地方商务部门和商务部的权限，而仅统一规定为需地方审批机关初审同意后转报商务部审批。这在实质上是与《下放审批权限的通知》的规定相矛盾的，因为若按统一标准，先地方初审后转报商务部审批，则按限额规定商务部部分审批权限下放就变得无意义。而经查询《商务部现行有效规范性文件》目录，该《下放审批权限的通知》仍属于商务部发布的有效规范性文件。经过我们咨询商务部相关部门，得到回复称若公司在外商投资准入负面清单范围内，该变更仍须商务部审批；若公司不在外商投资准入负面清单范围内，现实行商务部备案制。

为便于比较相关法律性文件规定，本文提供如下列表以供参考：

序号	法律文件名称	发文机关	发布时间	具体条款
1	《商务部关于下放外商投资审批权限有关问题的通知》	商务部	2010.06.10	第一条：“《外商投资产业指导目录》鼓励类、允许类总投资3亿美元和限制类总投资5000万美元（以下简称限额）（改制为外商投资股份有限公司的限额按评估后的净资产值计）以下的外商投资企业的设立及其变更事项，由省、自治区、直辖市、计划单列市、新疆生产建设兵团、副省级城市商务主管部门及国家经济技术开发区（以下简称地方审批机关）负责审批和管理。”
2	《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂	商务部	2015.10.28	第十四条：“外商投资企业如申请转变为公司的……报原外商投资企业所在地的审批机关初

序号	法律文件名称	发文机关	发布时间	具体条款
	行规定》			审后转报对外贸易经济合作部审批。”