



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2012年第7期 (总第65期)

## ■ 专论

- 1、 外商投资企业 A 股 IPO 法律规定执行过程中的突破

## ■ 新法评述

- 1、 外商直接投资人民币结算业务操作进一步细化
- 2、 《中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）》简评
- 3、 上市公司员工持股计划管理暂行办法（征求意见稿）简析

## 外商投资企业 A 股 IPO 法律规定执行过程中的突破（作者：李佳佳、吕卓、罗敏）

我国入世以来，对外商投资企业境内 A 股 IPO 的限制呈一步步放宽的趋势，政策导向也在循着充分尊重 WTO 精神的方，对外商投资企业逐步实现国民待遇，并进一步加快国内资本市场的开放。

从法律框架来看，1995 年 1 月施行的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》首先对外商投资企业改制为股份有限公司进行了规定，为外商投资企业上市奠定了规则基础；2001 年施行的对外贸易经济合作部办公厅《关于外商投资股份公司有关问题的通知》和 2001 年施行的对外贸易经济合作部和中国证券监督管理委员会《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》对外商投资股份有限公司在境内外上市作出了相关规定，且后者修订了前者的部分规则（如不再要求外商投资股份有限公司 A 股 IPO 获得外经贸部书面同意），搭建了我国现有的外商投资企业境内上市的法律框架，设定了一些针对外商投资企业 A 股 IPO 的特殊要求。

2001 年以来，国家也出台了其他一些相关的法规，对上述规定的执行起到了一定的辅助和革新作用，比如 2002 年的《外商投资股份有限公司招股说明书内容与格式特别规定》、2005 年的《关于上市公司股权分置改革涉及外资管理有关问题的通知》和《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》等。

过去十年间，市场发展迅速，最早设立的外商投资企业上市的一些规则可能由于已不再适应市场的发展，尽管在法律上未被废止，但在实践中很多已呈现出不再严格执行的趋势。本文拟从案例分析的角度，对前述现有规则在实务中的执行和被突破的情况进行简要说明，以供参考。

### 1、联合年检记录

《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》（2001）第二条第二款第一项规定，外商投资股份有限公司申请上市前三年均已通过外商投资企业联合年检。

在多数外商投资企业的法律意见书或招股说明书中，一般都会就该公司符合三年联合年检的规定发表明确的肯定意见，但仍存在少数突破此规则的案例：

**骆驼股份（601311，2011 年 6 月 2 日上交所上市）**，该公司在 2010 年 1 月才引入外资变更为外商投资企业，其作为外商投资企业的存续期不到三年就成功上市。由于“联合年检”是专门针对外商投资企业的年检方式，因此该公司在上市前自然不符合“通过三年联合年检”的要求，其招股书、保荐书、法律意见书、律师工作报告均未对此事项进行说明；

**凯美特气（002549，2011 年 1 月 24 日深交所上市）**，该公司于 2007 年由中外合资有限责任公司改制为股份有限公司，其律师工作报告中仅提及其通过了 2007 年和 2008 年的企业联合年检，并未直接说明其是否符合“三年联合年检”的情况。

我们就此问题对深圳证监局相关人员进行了电话咨询，其口头答复，如果公司整体变更为股份

有限公司，则联合年检的三年期可以连续计算；当被问及若拟上市公司作为外商投资企业存续的年份不足三年，则引入外资之前作为内资企业的普通工商年检是否可计入该三年期时，其未作正面答复，但其提到，目前实践中对三年联合年检的要求并不严格，根据公司本身的情况存在灵活适用的余地，各地主管部门以及各保荐机构对此的把握尺度也并不一致。我们进一步询问了若干保荐机构相关人员的看法，后者均表示，对三年联合年检的核查过程中多半遵从实质重于形式的原则，即上述规则的立法原意是要求企业上市前的一段足够长的时间内处于合法稳定的经营状态，并非刻意要求其外商投资企业的身份延续三年，更非刻意要求其外商投资股份有限公司的身份延续三年，因此，改制前后的年检连续计算以及引入外资前后的年检连续计算都是有可能被接受的。

## 2、市场准入

《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》（2001）第二条第二款第二项规定，外商投资企业的经营范围须符合《指导外商投资方向暂行规定》<sup>1</sup>与《外商投资产业指导目录》的要求。

就外资市场准入而言，国家发改委和商务部会不定期修订《外商投资产业指导目录》（“《目录》”），两部委还制定了《中西部地区外商投资优势产业目录（2008年修订）》以鼓励外商到西部投资。同时，商务部外资司为方便外商投资，发布了指导性规定《外商投资准入管理指引手册》，用来引导外商投资。另外，商务部针对不同行业也出台了不同的特殊规定，如房地产、商业企业、广告行业、图书、报纸、期刊分销企业等行业。外商投资企业从其设立开始就必须符合市场准入条件，而是否符合该等条件更是外商投资股份有限公司 IPO 前的重要审查内容。

但实践中，仍存在已经上市或拟上市外商投资企业对此的一些突破性案例，例如：

**厦门钨业（600549，2002年12月7日上交所上市）：**厦门钨业经营的业务中包括对钨的开采及冶炼，上市募集资金的主要用途也是对钨矿的开采。2002年厦门钨业上市的时候，当时的《目录》对钨业还只是限制外商进入，而这一业务在2007年修订后的《目录》以及目前所适用的2011年修订后的《目录》中均属于明确禁止外商进入的行业。根据我们了解到的信息，厦门钨业至今仍在继续经营该等业务。

关于因《目录》的更新而导致外商投资企业已经从事的业务成为外商禁止类领域的情况应如何定性和处理的问题（例如厦门钨业所存在的问题），法律并无明确规定。国家发改委有关负责人就2011年新《目录》答记者问中作出过如下解释（“发改委解读”）<sup>2</sup>：“新《目录》施行后核准的外商投资项目依照新《目录》执行，在此之前核准的外商投资项目依照2007年版《目录》执行。对此次新《目录》中增设限制条件（含禁止）的项目，如1月30日以前已经存在并运营的外商投资企业，执行项目核准时的政策，但原有老企业的增资、股权转让或境内企业境外上市等，须按照新《目录》的规定执行”。

<sup>1</sup> 《指导外商投资方向暂行规定》在2002年被《指导外商投资方向规定》废止。

<sup>2</sup> 优化利用外资结构 促进经济发展方式转变——国家发展改革委有关负责人就《外商投资产业指导目录（2011年修订）》答记者问 [http://www.sdpc.gov.cn/xwfb/t20111231\\_454087.htm](http://www.sdpc.gov.cn/xwfb/t20111231_454087.htm)

如果仅按照发改委解读，则厦门钨业并没有突破外商投资产业政策。我们注意到，厦门钨业 2002 年上市，在此之后，厦门钨业并没有进行与增资、股权转让或境外上市有关的任何举措。虽然很难考证厦门钨业不进行该等举措与发改委解读中所体现的新旧《目录》适用原则是否存在因果关系，但从时间点上观察，我们至少不能排除这样一种可能性：发改委解读中所确立的新旧《目录》适用原则在发改委进行前述答记者问之前即已被各外资主管部门实际执行，在该等情况下，由于厦门钨业所从事的部分业务在 2007 年《目录》出台后成为外资禁止类行业，其增资、股权转让或境外上市等事项在该时间点后可能无法获得批准。

然而，虽然发改委解读对实践具有重要指导意义，但考虑到其所体现的新旧《目录》适用原则毕竟尚未以具有法律效力的文件所确立，因此仅就法律框架内的规则而言，业界对厦门钨业的情况是属于典型的例外还是不破不立的前兆，仍在进行各种探讨，对其在 2002 年后未进行任何前述变更事项之原因也仍在进行各种分析和猜想。

**栾川钼业（03993，2007 年 4 月 26 号香港联交所上市；2012 年 5 月 11 日 A 股 IPO 审核通过，尚未上市）：**公司经营的业务主要是钨钼矿的开采冶炼。栾川钼业发行 H 股并上市后，于 2007 年经商务部批准变更为外商投资股份有限公司，国家相关主管部门也已依法核准其变更为有权从事钨钼矿开采业务的外商投资股份有限公司。但是，2007 年《目录》以及 2011 年《目录》均将钨钼的开采列为禁止外商投资产业。栾川钼业之所以仍然成功获准发行 A 股，是得益于地方的变通。河南省商务厅《关于洛阳栾川钼业集团股份有限公司适用有关外商投资产业政策的函》（豫商资管函〔2011〕1 号）认为，发行人系由于香港上市变更为中外合资股份有限公司，以便发行后执行工商变更登记、外汇以及税收等方面的政策规定，与外商直接投资企业应有所区别。根据《河南省人民政府办公厅关于转发省国土资源厅发展改革委环境保护局〈河南省钼矿资源整合实施意见〉的通知》（豫政办〔2008〕11 号）以及河南省矿产资源整合领导小组办公室《关于洛阳三门峡南阳信阳四市钼矿资源整合实施方案的审核意见》（豫资源整合办〔2008〕5 号），发行人被确定为钼矿资源整合优势企业，给予重点支持。尽管如此，上述情形在栾川钼业申请 A 股上市的招股说明书中也被列为了产业政策风险，可能由于国家产业政策的变更而受到影响。栾川钼业的例子较为特殊，其国资成分较大，按照河南省商务厅函件的解读，《目录》对外商直接投资企业和境内企业境外上市转制的外商投资企业应当区别适用，但是该等解读方式在《目录》以及其他法律法规中并未有任何明确规定。栾川钼业可以算是以地方批复的方法突破外资 A 股 IPO 规则的案例之一。

H 股回归 A 股上市是比较特殊的情形。现在涉及到的大部分企业都是之前的纯境内企业到 H 股上市，之后再回归 A 股。近年来，很多企业都采取了 A+H 股上市的模式，如**建设银行（00939，2005 年 10 月 27 日香港联交所上市；601939，2007 年 9 月 25 日上交所上市）**，**交通银行（03328，2005 年 6 月 23 日香港联交所上市；601328，2007 年 5 月 15 日上交所上市）**，**北辰实业（00588，1997 年 5 月 14 日香港联交所上市；601588，2006 年 10 月 16 日上交所上市）**等。这种在香港上市的企业回归 A 股是否被视为外商投资企业对待，依然存疑。按照《关于设立外商投资股份有限公司若干问题

的暂行规定》的规定，外国股东购买并持有的股份占公司注册资本的 25%以上，该企业便是外商投资股份有限公司（这一规则在实践中也被突破，详见下文）。因此我们理解，在 H 股上市的境内企业，如果 H 股份额超过了 25%，回归 A 股时只要 H 股仍然挂牌就应当被视为外商投资股份有限公司来对待，在 A 股上市时就应当遵循《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》中关于外商投资产业政策的规定。然而，在实践中，很难看到 H 股回归 A 股的企业上市的律师工作报告或招股说明书中会提及《目录》及其适用（如同等情况的东江环保（00895，2003 年 1 月 29 日香港联交所上市；002672，2012 年 4 月 26 日深交所上市），紫金矿业（02899，2003 年 12 月 23 日香港联交所上市；601899，2008 年 4 月 25 日上交所上市），北辰实业（00588，1997 年 5 月 14 日香港联交所上市；601588，2006 年 10 月 16 日上交所上市）等均未提及），目前证监会也未就此问题出具过相关的批复文件，多数 H 股回归 A 股的企业上市审批仍然是比照一般境内企业的上市规则进行。这个问题的不明朗同时涉及到《目录》是否应当区别适用，企业联合年检是否需要审核等问题，使实务操作中的颇多问题处于不确定的状态。

### 3、主体限定

《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》（1995）第二条规定，本规定所称的外商投资股份有限公司是指依本规定设立的，全部资本由等额股份构成，股东以其所认购的股份对公司承担责任，公司以全部财产对公司债务承担责任，中外股东共同持有公司股份，外国股东购买并持有的股份占公司注册资本 25%以上的企业法人。

根据《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》的规定，外商投资企业上市主体必须是外商投资股份有限公司。而根据《公司法》第七十九条的规定及《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第二条和第六条的规定，目前外商投资股份有限公司必须由中外股东共同持有公司股份。如果是发起设立，应当有二人以上二百人以下发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所，且至少一个发起人是外国股东。

截至目前，所有发起人均均为境外投资者的外商投资股份有限公司上市成功的，历史上仅有早在 1993 年 6 月 30 日即上市的**闽灿坤 B（200512，1993 年 6 月 30 日深交所上市）**一例，而在本节前文所提及的各项法规颁布后，还未发现对外商投资股份有限公司不得为外商独资这一规则突破的案例。但是有一点较为值得注意，随着外商投资企业在国内 A 股上市成为普遍现象，血统纯正的外商独资企业通过引进少量中方股份改制为中外合资股份有限公司上市的情况也不少，**环旭电子（601231，2012 年 2 月 20 日上交所上市）**就是其中一例。环旭电子是绝对的外资控股，大股东环诚科技（外资）占了环旭电子 99%的股份（之前是 100%控股，后来分别转让了 0.5%的股份给内资股份有限公司环胜深圳和日月光半导体，之后环胜深圳将其股份全部转让给日月光半导体；日月光半导体虽然是在上海注册的中资公司，但其实是日月光股份的全资子公司，而日月光股份又是张氏（台湾籍，新加坡籍）兄弟实际控制的外资企业。因此，上市前环旭电子的股权结构即是环诚科技 99%与日月光半导体 1%，从实质意义上而言，环旭电子就是一个纯正的外企）。尽管现在外商独资企业

直接上市仍然受到政策限制，但是环旭电子仍是一个可参考的擦边球范本。

早年外商投资企业 A 股上市审批中外资成分若占据比例过大，审批通过的几率很小。但是近年来 A 股上市前外商绝对控股的企业呈增多趋势，例如：**金利科技（002464，2010 年 8 月 31 日深交所上市）**，IPO 前外资比例为 98.5%，**东风股份（601515，2012 年 2 月 16 日上交所上市）**，IPO 前外资比例为 75.1%，**威创股份（002308，2009 年 11 月 27 日深交所上市）**，IPO 前外资比例为 93%，**斯莱克（2012 年 5 月 3 日 A 股 IPO 审核通过，尚未上市）**，IPO 前外资比例为 90.37%，**艾迪西（002468，2010 年 9 月 8 日深交所上市）**，IPO 前外资比例为 97.21%，**浩宁达（002356，2010 年 2 月 9 日深交所上市）**，IPO 前外资比例为 85%，等等。

#### 4、资本构成

- 1) 《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》（2001）第五条规定，外商投资股份有限公司境内上市发行股票后外资比例低于总股本 25%的,应缴回外商投资企业批准证书,并按规定办理有关变更手续。

上述规定符合《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》所确立的外商投资股份有限公司的外资比例必须达到 25%以上的原则，但该原则的适用在实践中已被频繁突破。与前文所述情况不同，该等突破系以法规本身层面上的突破为基础。对外贸易经济合作部、国家税务总局、国家工商行政管理总局、国家外汇管理局于 2002 年 12 月 30 日联合颁布的《关于加强外商投资企业审批、登记、外汇及税收管理有关问题的通知》以及于 2003 年 3 月 7 日联合颁布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》，国家工商行政管理总局、商务部、海关总署、国家外汇管理局于 2006 年 4 月 24 日联合颁布的《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》均确认了对外资比例低于 25%的企业的处理方式是在外商投资批准证书和营业执照上加注“外资比例低于 25%字样”，而非否定其外商投资企业身份。该等处理方式在实践中被广泛适用于拟上市外商投资企业，相关案例包括但不限于：

**光迅科技（002281，2009 年 8 月 21 日深交所上市）**：商务部于 2004 年 8 月 20 日以《关于同意武汉光迅科技有限责任公司变更为外资比例低于 25%的外商投资股份有限公司的批复》（商资批[2004]1231 号文）批准光迅科技整体变更设立为外资比例低于 25%的外商投资股份有限公司。

**陕天然气（002267，2008 年 8 月 13 日深交所上市）**：2005 年 9 月 16 日，商务部下发《商务部关于同意陕西省天然气有限责任公司改制的批复》（商资批[2005]2066 号），批准陕西省天然气有限公司改制为外资比例低于 25%的外商投资股份有限公司。

其他在上市前改制时外资比例就低于 25%的案例还包括**中捷股份（002021，2004 年 7 月 15 日深交所上市）**（外资股仅占 1%）、**厦门钨业（600549，2002 年 12 月 7 日上交所上市）**（外资股占 16.17%）、**三花股份（002050，2005 年 6 月 7 日深交所上市）**（外资股占 9%）、**启明星辰（002439，2010 年 6 月 23 日深交所上市）**（外资股合计占 22.55%）、**骆驼股份（601311，2011 年 6 月 2 日上交所上市）**（外资股占 14.18%）、**景兴纸业（002067，2006 年 9 月 15 日深交所上市）**（外资股占 11%）、**广东威华**

(002240, 2008年5月23日深交所上市)(外资股占20.83%)、金陵饭店(601007, 2007年4月6日上交所上市)(外资股占10%), 等等。

另外, 根据商务部和证监会于2005年10月26日联合颁布的《关于上市公司股权分置改革涉及外资管理有关问题的通知》第二条第(三)项以及商务部、证监会、国家税务总局、国家工商总局、国家外汇管理局于2005年12月31日联合颁布的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》第二十一条规定, 对于外商投资企业上市后外资减持的情形, 也未执行外资比例低于总股本25%即应缴回外商投资企业批准证书的规定, 而实际遵从的原则是: 外商投资上市公司外资比例低于25%但不低于10%的, 无须缴回外商投资企业批准证书, 只有在外资比例低于10%的情况下, 方应注销外商投资企业批准证书。实践中主要存在两种做法, 一是外资股股东抛售股票导致外资股比例低于10%时, 地方审批部门可能会出具一份名为《关于\*\*\*股份有限公司股权变更并收回外商投资企业批准证书的批复》的文件, 相关企业则发出一份名为《\*\*\*股份有限公司——关于公司不再持有外商投资企业批准证书的公告》的文件, 从而转为内资企业, 例如威华股份(002240, 2008年5月23日深交所上市)、国光电器(002045, 2005年5月23日深交所上市)、金陵饭店(601007, 2007年4月6日上交所上市)、景兴纸业(002067, 2006年9月15日深交所上市)、三花股份(002050, 2005年6月7日深交所上市)等, 都是在自身外资股低于10%后缴回了外商投资企业批准证书; 二是待所有外资股票全部抛售后才转为内资身份, 例如中捷股份(002021, 2004年7月15日深交所上市), 其上市后, 2006年其股东佐藤秀一在深圳中小企业板售出其全部股份, 中捷股份自此不再含有外资成分, 才转为内资公司; 另外, \*ST大地(002200, 2007年12月21日深交所上市)、四川圣达(000835, 1999年6月25日深交所上市)、威尔泰(002058, 2006年8月2日深交所上市)等都是在2010年外资股股东减持抛售完所有外资股票后, 变更了身份。

- 2) 《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》(2001) 第二条第二款第三项规定, 外商投资股份有限公司在境内发行 A 股上市, 上市发行股票后, 其外资股占总股本的比例不低于 10%。

此条与前述《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》第五条侧重点的区别在于, 第五条是对外商投资企业上市后外资比例的监管, 而此条所规定的是外商投资企业 A 股上市的准入条件。即, 若某外商投资企业上市发行股票后外资股占总股本比例将低于 10%, 则原则上应不允许其上市。但, 目前实践中的做法很多已经突破了这一条规则的限制, 且在众多公司上市的律师工作报告中即便提及了《关于上市公司涉及外商投资有关问题的若干意见》, 对此条要求也很少再提及。

**中捷股份(002021, 2004年7月15日深交所上市):** 2004年7月15日以外商投资股份有限公司的身份上市, 公司的外资股东佐藤秀一的股份仅占公司全部股份的1%, 股权分置改革后其股份比例被稀释到0.56%。

**光迅科技(002281, 2009年8月21日深交所上市):** 2009年上市前 GONG-EN GU (台湾) 所占比例为4.8%, 目前其所占比例为2.01%。

**景兴纸业（002067，2006年9月15日深交所上市）：**2001年6月，景兴纸业集团有限公司由内资企业转变为中外合资企业，两家日本公司通过受让存量股份的形式受让公司11%的股份。2001年9月，景兴纸业集团整体变更为股份有限公司。2006年9月，景兴纸业上市后，外资持股比例为7.17%。

## 结语

通过研读已成功上市的外商投资企业的招股说明书、法律意见书、律师工作报告、保荐书与保荐工作报告等文件，我们发现，针对外商投资企业A股IPO的形式层面上的要求被突破的情况相对较多，比如关于公司上市后外资股份比例大于10%的规定，现在IPO文件中已很少提及；而对产业政策、联合年检等情况，也主要采取的是简单披露的方式。在如今外资上市限制逐步放宽的大背景下，监管部门更加关注的是是否存在关联交易、公司经营是否独立、完整，是否存在同业竞争、股权结构是否合理等可能会对资本市场造成实质性影响的内容。



## 1、外商直接投资人民币结算业务操作进一步细化（作者：高超、陈晓兰、胡蓓颖）

2011年10月13日，中国人民银行颁布了《外商直接投资人民币结算业务管理办法》（中国人民银行公告[2011]第23号）（“《管理办法》”），以规范境内银行办理外商直接投资人民币结算业务。2012年6月14日，中国人民银行发布了《中国人民银行关于明确外商直接投资人民币结算业务操作细则的通知》（银发[2012]第165号）（“《操作细则》”），以进一步细化《管理办法》中的相关规定。本文将主要介绍并简要汇总该等细化规定。

首先，《操作细则》细化了下列几类常见外商直接投资业务中涉及的人民币资金账户的开立、存放及使用：

#	资金用途	《管理办法》	《操作细则》
1.	前期费用	与投资项目有关的人民币前期费用资金应当按照专户专用原则、开立人民币前期费用专用存款账户，且该等账户不得办理现金收付业务。	<p>一个境外投资者在境内只能开立一个人民币前期费用专用存款账户，账户名称为存款人名称加“前期费用”字样，且该等账户为活期账户。</p> <p>境外投资人如为境外自然人的，则其可以申请开立个人人民币银行结算账户，专门用于存放前期费用。</p> <p>境外投资者人民币前期费用专用存款账户内的资金不得用于土地招拍挂或购买房产。</p>
2.	注册资本金	<ul style="list-style-type: none"> <li>境外投资者汇入的人民币注册资本或缴付人民币出资应当按照专户专用原则，开立人民币资本金专用存款账户，且该账户不得办理现金收付业务；</li> <li>境外投资者同时使用人民币资金和外汇资金的，则人民币和外币的折算汇率为注册验资日当日中国人民银行公布的人民币汇率中间价；</li> <li>外商投资性公司、外商投资创业投资企业、外商股权投资企业和以投资为主要业务的外商投资合伙企业在境内依法以人民币开展投资业务的，其所投资企业应当申请开立人</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>新设立的外商投资企业应凭商务主管部门颁发的企业设立批准文件在其注册地的银行开立人民币资本金专用存款账户。同一批准文件只能开立一个人民币资本金专用存款账户，账户名称为存款人名称加“资本金”字样；</li> <li>已设立的外商投资企业增加注册资本金，外商投资企业凭商务主管部门颁发的注册资本变更批准文件在其注册地的银行开立人民币资本金专用存款账户，同一批准文件只能开立一个人民币资本金专用存款账户，账户名称为存款人名称加“资本金”字样；</li> <li>前述外商投资企业人民币资本金专用存款账户均为活期账户（但账户内的资金可转存为一年期以内(含一年)的存款；</li> <li>外商投资企业人民币资本金专用存款账户的累计贷方发生额不得超过国家有关部门批准或备案文件标注的金额；</li> </ul>

#	资金用途	《管理办法》	《操作细则》
		人民币资本金专用存款账户,专门用于存放人民币注册资本或出资资金并办理相关资金结算业务,该账户不得办理现金收付业务	<ul style="list-style-type: none"> <li>外商投资合伙企业凭工商行政管理部门出具的加盖公章登记机构查询章的记载有合伙企业合伙人认缴或者实际缴付出资额等登记事项在内的企业基本信息单或网络查询结果打印单,参照外商投资企业的规定开立人民币资本金专用存款账户。</li> </ul>
3.	并购资金	境外投资者以人民币并购境内企业设立外商投资企业的,被并购境内企业的中方股东应当申请开立人民币并购专用存款账户,专门用于存放境外投资者汇入的人民币并购资金,且该账户不得办理现金收付业务。	<ul style="list-style-type: none"> <li>境外投资者以人民币并购境内企业设立外商投资企业的,被并购境内企业的中方股东凭商务主管部门颁发的外商投资企业设立批准文件开立人民币并购专用存款账户。每一中方股东凭同一批准文件只能开立一个人民币并购专用存款账户,账户名称为存款人名称加“并购”字样;</li> <li>若中方股东为境内自然人的,中方股东可以申请开立个人人民币银行结算账户,专门用于存放境外投资者汇入的人民币并购款;</li> <li>并购完成后,上述人民币并购专用存款账户存放的资金可以依法使用,且境内使用信息无需报备。</li> </ul>
4.	外商投资企业股权转让款	境外投资者以人民币向境内外商投资企业的中方股东支付股权转让对价款的,中方股东应当申请开立人民币股权转让专用存款账户,专门用于存放境外投资者汇入的人民币股权转让对价款,该账户不得办理现金收付业务。	<ul style="list-style-type: none"> <li>境外投资者以人民币向境内外商投资企业的中方股东支付股权转让对价款的,各中方股东凭商务主管部门颁发的股权变更批准文件开立人民币股权转让专用存款账户。每一中方股东凭同一批准文件只能开立一个人民币股权转让专用存款账户,账户名称为存款人名称加“股权转让”字样,且该等账户为活期账户;</li> <li>若中方股东为境内自然人的,中方股东可以申请开立个人人民币银行结算账户,专门用于存放境外投资者汇入的人民币股权转让款;</li> <li>股权转让完成后,上述人民币并购专用存款账户存放的资金可以依法使用,且境内使用信息无需报备。</li> </ul>
5.	境外借款	<ul style="list-style-type: none"> <li>外商投资企业应当凭人民币借款合同,申请开立人民币一般存款账户,专门用于存放从境外借入的人民币资金</li> <li>外商投资企业用人民币偿还境外人民币借款本息的,可以凭借款合同和支付命令函、纳税证明等材料直接到银行办</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>外商投资企业注册资本金按期足额到位后,方可自境外借用人民币资金;借款利率由借贷双方按照商业原则在合理范围内自主确定,但外商投资房地产企业不得自境外借用人民币资金;</li> <li>外商投资企业一笔境外人民币借款只能开立一个人民币一般存款账户办理资金收付,且人民币境外借款一般存款账户为活期存款账户;</li> </ul>

#	资金用途	《管理办法》	《操作细则》
		理 <ul style="list-style-type: none"> <li>外商投资企业向其境外股东、集团内关联企业和境外金融机构的人民币借款和外汇借款应当合并计算总规模</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>除外商投资性公司和外商投资融资租赁公司等特殊类型外商投资企业外，外商投资企业本外币借款总规模不得超过国家有关部门批准的投资总额与注册资本的差额；</li> <li>外商投资企业境外人民币借款按照发生额计算总规模。外商投资企业境外人民币借款如有展期的，首次展期不计入外商投资企业境外借款总规模，此后的展期计入境外借款总规模。对于以外商投资企业为受益人的境外机构和个人对境内银行提供担保，已实际履约的人民币金额计入境外借款总规模。外商投资企业境外人民币借款转增资本的，相应的借款不再计入外商投资企业境外借款总规模；</li> <li>在合并计算人民币借款和外汇借款时，人民币与外币的折算汇率为借款合同生效时当日中国人民银行授权公布的人民币汇率中间价。</li> </ul>
6.	再投资资金	境外投资者将因人民币利润分配、先行回收投资、清算、减资、股权转让等所得人民币资金用于境内再投资或增加注册资本的，境外投资者可以将人民币资金存入人民币再投资专用存款账户。	境外投资者开立人民币再投资专用存款账户，账户名称为存款人名称加“再投资”字样。

其次，《操作细则》还明确指出了外商投资企业的人民币资本金专用存款账户和人民币境外借款一般存款账户存放的人民币资金的使用应当符合经批准的经营范围，并且不得用于投资有价证券和金融衍生品，不得用于委托贷款，不得购买理财产品、非自用房产；对于非投资类外商投资企业，不得用于境内再投资。但外商投资企业人民币资本金专用存款账户和人民币境外借款一般存款账户的人民币资金可以用于偿还国内外贷款。

另外，除支付工资以及企业用作差旅费、零星采购及开支等用途的备用金以外，外商投资企业的人民币资本金专用存款账户和人民币境外借款一般存款账户资金不可划转至境内同名人民币存款账户。

最后，《操作细则》进一步落实了银行在外商直接投资人民币结算业务中的监督职责。《操作细则》明确规定了银行应当在办理各类外商直接投资人民币结算业务后 5 个工作日内及时、及时、准确、完整地向人民币跨境收付信息管理系统报送有关人民币资金收付信息。同时，《操作细则》还要求中国人民银行与国家外汇管理局应建立外商直接投资相关业务信息共享机制。

## 2、《中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）》简评（作者：高华苓、罗莉）

自 2008 年 1 月 1 日《中华人民共和国劳动合同法》施行以来，劳务派遣作为劳动合同法规范的一项重要内容，也成为劳动合同法实施中遇到的一个重大问题。出现了劳务派遣单位数量大幅增加、劳务派遣单位经营不规范、劳务派遣过多过滥等情况，这不仅损害了被派遣劳动者的合法权益，也对常规的用工方式和劳动合同制度造成较大冲击。

针对劳务派遣中存在的这些问题，十一届全国人大常委会第二十七次会议审议了《中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）》（下称“《草案》”），对劳务派遣制度进行了进一步规范。2012 年 7 月 6 日《草案》在中国人大网公布，向社会公开征集意见。

与《劳动合同法》相比，《草案》的修改主要包括：

### 1) 提高了劳务派遣单位的设立门槛

将劳务派遣单位的最低注册资本提高了一倍，由原来的最低人民币 50 万元提高到不得少于 100 万；同时，明确要求劳务派遣单位应建立合法的劳务派遣管理制度；此外，将设立劳务派遣单位由原来的备案制改为审批制，即设立劳务派遣单位需要到劳动行政部门办理行政许可。

### 2) 切实维护被派遣劳动者同工同酬权利

草案增加规定，劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同以及与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合同工同酬的规定，进一步明确，劳务派遣单位与用工单位均须遵守“同工同酬”的法定义务。

### 3) 严格限制劳务派遣用工岗位的范围

草案规定，劳务派遣的用工岗位只能是临时性、辅助性或者替代性的“三性”岗位，并对“三性”岗位的具体含义作了进一步界定：临时性是指用工单位的工作岗位存续时间不超过六个月；辅助性是指用工单位的工作岗位为主营业务岗位提供服务；替代性是指用工单位的职工因脱产学习、休假等原因在该工作岗位上无法工作的一定期间内，可以由被派遣劳动者替代工作。

### 4) 增加了对相关违法行为的处罚规定

增加了对未经许可擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门依法予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下或 5 万元以下罚款的规定，没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。进一步明确规定，劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法规定的处以罚款，并适当提高了罚款额度，由原来的每人一千元以上五千元以下条调高到五千元以上一万元以下；对劳务派遣单位并可吊销其经营劳务派遣业务的行政许可。

### 5) 妥善处理法律实施的衔接

为实现修法前后劳务派遣用工制度的平稳过渡，草案规定，本修正案开始施行时用工单位正在使用被派遣劳动者的，用工单位、劳务派遣单位应当根据本修正案进行调整；本修正案施行前经营劳务派遣业务的单位，依法办理行政许可和公司变更登记后，方可继续经营劳务派遣业务。具体办

法由国务院另行规定。

综上，不难发现，此次《草案》的最大改动在于进一步规范了劳务派遣制度，加强了对劳务派遣单位的管理，强化了劳动行政部门监督职责。但是，《草案》也有不完善的地方，比如对“辅助性”岗位的解释仍过于原则，主营业务岗位、辅助性岗位仍不好界定等等。

目前《草案》征集公众意见的截止日已满。正式生效的《劳动合同法》修订案如何规定，答案尚待揭晓。

### 3、上市公司员工持股计划管理暂行办法（征求意见稿）简析（作者：李佳佳、李岚）

2012年8月4日，中国证券监督管理委员会发布了《上市公司员工持股计划管理暂行办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”），对上市公司员工持股计划的规范内容、实施程序、管理模式、信息披露等方面进行了规定。该征求意见稿是继中国证券监督管理委员会在2005年底发布《上市公司股权激励管理办法（试行）》（证监公司字[2005]151号）（“《管理办法》”）之后，再一次对上市公司激励机制的探索和规范。本文谨对征求意见稿内容以及其与《管理办法》的对比进行简要介绍。

征求意见稿所称“员工持股计划”是指上市公司根据员工意愿，将应付员工工资、奖金等现金薪酬的一部分委托资产管理机构管理，通过二级市场购入本公司股票并长期持有，股份权益按约定分配给员工的制度安排。

#### 1) 规范内容

##### (1) 员工持股计划的资金来源

征求意见稿规定每年度用于实施员工持股计划的资金来源于最近12个月公司应付员工的工资、奖金等现金薪酬。有鉴于此，征求意见稿遵循自愿、自治原则，公司自主决定是否实施员工持股计划以及员工持股计划的具体内容，而员工有权自主决定是否参加员工持股计划，公司不能强制摊派。

##### (2) 数量限制

因员工持股计划的资金来源是员工应得的现金薪酬，为保证风险合理分散，征求意见稿规定，用于实施员工持股计划的资金数额不得高于该员工现金薪酬总额的30%，同时不得高于其家庭金融资产的1/3。为符合上述限额，征求意见稿对拟参加员工持股计划的员工和公司均规定了说明义务——员工参加员工持股计划，应当如实向公司说明其家庭金融资产情况，公司应当向员工充分揭示风险，员工应获股份权益的具体数额上限由公司根据员工披露的资产情况进行核定。

##### (3) 持续期间

为保证员工持股计划长期持续有效，征求意见稿规定，每次实施员工持股计划，员工所购股票的持股期限不得低于36个月，自上市公司公告本次股票购买完成时起算。在员工持股计划存续期间，公司可以约定按照年、季、月的时间间隔定期实施，也可以不定期实施。

##### (4) 约定事项

征求意见稿对员工持股计划应当明确的事项进行了列举规定，包括参加员工的范围和确定标准、员工持股计划实施的程序和具体管理模式、员工持股计划期满后员工所持股份权益的处置办法、员工持股计划持有人代表或机构的选任等等。另外，征求意见稿明确规定员工享有对其通过持股计划获得的股份权益的占有、使用、收益和处分的权利，具体应当按照员工持股计划的约定行使。如果员工在持股计划存续期间希望提前退出员工持股计划的，员工的股份权益应当按照员工持股计划的约定予以处置。

## 2) 管理模式

员工持股计划采用选任独立第三方机构的管理方式，上市公司应当将员工持股计划委托给信托公司、保险资产管理公司、证券公司、基金管理公司和其他符合条件的资产管理公司进行管理。

征求意见稿明确规定了资产管理机构的独立性和员工持股计划财产的独立性。有关资产管理机构的独立性体现在，规定资产管理公司不得管理本公司及本公司控股的上市公司的员工持股计划，也不得管理其控股股东、实际控制人及与其受同一控制下的公司的员工持股计划。强调资产管理机构的独立性是为了防止员工持股计划被利用从事内幕交易、操纵证券市场等证券欺诈行为。

而员工持股计划财产的独立性体现在，员工持股计划持有的股票和资金作为委托财产应当由资产管理机构存入单独开立的证券交易账户，不仅独立于资产管理机构的固有财产，也独立于其管理的其他财产。并且当资产管理机构因故进行清算时，委托财产不被列入清算财产中。前述规定旨在确保员工持股计划的财产安全。

## 3) 实施程序和信息披露

征求意见稿规定，员工持股计划由上市公司董事会提出草案并提交股东大会表决，上市公司应当在董事会审议通过草案后的 2 个交易日内，公告董事会决议、草案摘要、独立董事意见、资产管理协议及法律意见书。股东大会作出决议，应当经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会审议通过员工持股计划后 2 个交易日内，上市公司应当到证券交易所办理信息披露事宜。

征求意见稿不仅在上述员工持股计划的形成阶段规定了上市公司的信息披露义务，在员工期权计划的股票购买期间、存续阶段均明确了上市公司的信息披露义务。例如上市公司在股票购买期间应当每月公告一次资产管理机构购买股票的时间、数量、价格、方式等具体情况，上市公司变更员工持股计划中由股东大会审议表决的关键事项时应当进行披露，以及上市公司在定期报告中的披露义务。

## 4) 与《管理办法》的比较

征求意见稿与《管理办法》同为中国证券监督管理委员会制定并发布的规范上市公司激励机制的文件，在股票总数占总股本的比例限制方面保持一致，均为上市公司全部员工持股计划的股票总数（或全部股权激励计划的股票总数）不得超过总股本的 10%，单个人员获得的权益不得超过上市公司总股本的 1%。但征求意见稿规定，员工持股计划的股票总数应当单独计算，不包括员工在公司首发上市前获得的股份、通过二级市场自行购买的股份及通过股权激励获得的股份。这意味着，一

家上市公司可以同时实施员工持股计划和股权激励计划，分别符合上述比例限制后，全部两份计划的股票总数不超过总股本的 20%，单个人员就以上两种机制获得的权益累计不得超过上市公司总股本的 2%即可。两种计划并不矛盾，可以同时进行。

征求意见稿所规范的员工持股计划与《管理办法》所规范的股权激励计划主要在以下方面存在不同：

	股权激励计划	员工持股计划	差异
<b>股票来源</b>	向激励对象发行股份； 回购本公司股份； 法律、行政法规允许的其他方式。	通过二级市场购入本公司股票。	员工持股计划不能向员工新发股份。
<b>激励对象</b>	上市公司的董事、监事、高级管理人员、核心技术（业务）人员，以及公司认为应当激励的其他员工，不包括独立董事。	公司员工，包括管理层人员。	员工持股计划可以覆盖全体员工，范围更广。
<b>监管方式</b>	除信息披露外还需备案，中国证监会 20 个工作日的异议期，在此期间提出异议的，股权激励计划将无法实施。	仅有信息披露的监管方式。	员工持股计划不需要备案，较股权激励计划更为便利。

征求意见稿的员工持股计划如能顺利实施，一来增加了上市公司员工股权激励的途径和手段，可能对上市公司起到积极的正面作用，二来因为征求意见稿规定员工持股计划的股份来源仅为从二级市场购买，而不能增发，也为二级市场带来了一定利好消息。另外，员工持股计划通过上市公司员工参与甄别上市公司的内在价值，有利于上市公司股票实际价值的体现。而员工持股在一定程度上使上市公司的产权结构更为多元化，有助于提高上市公司的法人治理结构。

## ■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》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的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)