



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2015年第1期 (总第94期)

■ ■ ■ ■ 新法评述

- 1、 外资法草案对 VIE 架构可能产生的影响
- 2、 深圳 QDIE 试点政策简述
- 3、 境内公司境外上市的外汇监管环境日益宽松
- 4、 税收优惠新政策助推企业并购重组



1、 外资法草案对 VIE 架构可能产生的影响（作者：许莹、晏僖）

国家 2015 年 1 月 19 日，中国商务部在其官方网站公布《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（“征求意见稿”）及其说明。征求意见稿共计共 170 条，分为 11 章，分别是总则、外国投资者和外国投资、准入管理、国家安全审查、信息报告、投资促进、投资保护、投诉协调处理、监督检查、法律责任和附则。

纵观征求意见稿，其在条款的数量上远远超过了现有的外商投资相关法律，即《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》这三部法律条款数量之和。除了数量制胜以外，征求意见稿中也有很多值得关注的亮点，诸如对于外国投资者，征求意见稿在依据注册地标准对外国投资者予以定义的同时，引入了“实际控制”的标准；废除了外资三法确立的逐案审批制度，进一步推行了类似上海自由贸易区的负面清单模式的外资准入管理制度；进一步明确和整合了外国投资国家安全审查制度；规定了外国投资信息报告制度；整合了外商直接投资、股权投资、债权投资及资产投资等方面的法律适用等等。

除上述所列之外，征求意见稿也进一步规定了有关协议控制架构的法律适用及涉及的问题。本文主要就征求意见稿与协议控制架构相关的内容以及其产生的影响进行简要分析。

1) VIE 架构

VIE(“Variable Interest Entities”)架构，也称为“协议控制”，即不通过股权控制实际运营公司而是通过签订各种协议的方式实现对实际运营公司的控制及财务的合并。

VIE 架构现在主要被运用于中国企业海外上市、融资以及外国投资者规避对外资产业准入的限制的情况下。VIE 架构存在已久，但是其一直处于一个“灰色”地带，虽然在一些部门规章中已经有一些关于 VIE 架构相关内容的规定，但是现行有效的中国法律并未对 VIE 架构做出定性。

2) 征求意见稿中对 VIE 架构（“协议控制”）的规定

征求意见稿中专门有五条与协议控制规定的相关的条款，分别为第十五条“外国投资”；第十八条“控制”；第四十五条“实际控制情形下视为内资”；第一百四十九条“规避行为的法律责任”；第一百五十八条“协议控制的处理”。

(1) “外国投资”及“外国投资者”的认定

征求意见稿第十五条，特别明确指出了外国投资者通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益属于其所定义的“外国投资”，并适用外国投资法关于外国投资的准入管理、安全审

查、信息报告等方面的规定。

对于外国投资者的定义，征求意见稿除了沿用一般的注册地原则外，也引入了实际控制的标准。征求意见稿的第十一条规定，受非中国籍个人、境外注册实体及其他组织“控制的”境内企业，同样被视同为外国投资者。同时，征求意见稿进一步明确了构成“控制”的三种情形，即 a) 取得被控制企业 50% 以上的股权、表决权或类似权利；b) 虽未取得被控制企业 50% 以上的股权，但 (i) 有权决定被控制企业过半数的董事会和席位；(ii) 对于被控制公司的股东会或董事会产生重大影响；或 c) 通过合同、信托等方式能够对该企业的经营、财务、人事或技术等施加决定性影响。

基于上述引入“控制”概念的原则，征求意见稿对于由中国投资者控制的企业的返程投资，做了不同规定。征求意见稿第四十五条规定，受中国投资者（包括中国籍自然人或中国企业）控制的外国投资者，其在境内进行限制实施目录下的投资时，可申请被视同中国投资者的投资，从而不适用有关“外国投资”的要求。

(2) 征求意见稿对于 VIE 架构的影响

在一般的 VIE 架构下，境外特殊目的公司（SPV）通过中间层公司间接持有境内返程投资企业（WFOE）的股权，WFOE 通过和境内运营实体（VIE）公司签署一系列的控制性协议实现对于 VIE 业务、财务、管理、人员等方面的控制。由于过往法律法规层面对于 VIE 架构性质认定及法律适用一直没有明确的法律适用，因此，无论是《外商产业指导目录》还是《关于外国投资者并购境内企业的规定》，对于 VIE 架构的适用一直处于不明确阶段。征求意见稿首次明确将通过协议方式实现的“控制”定义为需要进行准入管理的投资性行为，其对于 VIE 架构的影响主要体现在如下几个方面：

a) 关于实际控制人的认定

如上所述，征求意见稿规定，由中国投资者控制的境外企业在境外设立的实体，其在进行境内投资时，可豁免适用有关“外国投资”的规定。有鉴于此，若 SPV 被认定为由中国投资者控制，则其设立 WFOE 并进而由 WFOE 和 VIE 签署控制性协议的行为将被视为“中国投资者”的境内投资，从而不受有关外国投资者的准入限制。而若 SPV 的实际控制人被认定为外国投资者，则其上述投资行为将构成征求意见稿下的“外国投资”并受限于相关的准入管理。

一般意义的 VIE 架构，在架构搭建的初始，基于创始人的国籍，对 SPV 实际控制人的认定相对确定；但随着投资人，特别是具有优先权利的投资人的进入，对于 SPV 实际控制人的认定将会相对复杂。鉴于征求意见稿中并未进一步对“重大影响”或“决定性影响”作出进一步的说明，亦未明确在公司同时具有符合上述“控制”情形的中国投资人和外国投资人时如何最终确定公司的“实际控制人”，因此对于一般 VIE 架构下的“实际控制人”的认定及准入管理要求，

尚存在很多不确定性。

另一方面，对于由外籍个人或境外公司、实体为了规避有关投资监管而设立的 VIE 架构，征求意见稿则明确规定了上述架构的“外国投资”性质。对于拟通过搭建 VIE 架构绕过准入及产业监管的外国个人及公司来说，征求意见稿无疑进一步明确了上述架构所面临的法律风险。

b) 中国投资者控制的外国投资者在境内投资的限制

尽管征求意见稿规定被中国投资者控制的外国投资者在境内的投资（“返程境内投资”）可被视为中国投资者的境内投资，但是，其仍有如下限制：(i) 征求意见稿第四十五条规定，上述返程境内投资仅在当其属于“限制实施目录”范围时，方可申请被认定为中国投资者境内投资；若此处之含义为，即便外国投资者为中国投资者所控制，其在境内的投资仍不能突破对于外资所投资产业的限制（即不能从事禁止实施目录下的投资），则即使返程境内投资被认定为不适用外国投资的有关规定，其仍无法突破对于外资在产业准入方面的限制；(ii) 准入管理部门对于返程境内投资申请被认定为中国投资者境内投资的要求仍具有自由裁量权。

(3) 对于已存在的协议控制公司的处理

在与征求意见稿同时发布的《关于〈中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)〉的说明》（“征求意见稿说明”）中商务部对如何处理协议控制的问题提供了三种处理方案：

- a) 方案一，申报制。实施协议控制的外国投资企业，向国务院外国投资主管部门申报其受中国投资者实际控制的，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动。若按此方案施行，则在《外国投资法》颁布前存在的 VIE 架构，仅需向外国投资主管部门进行申报，即可保留原有架构。其对于目前现有的 VIE 架构可说影响相对较小。
- b) 方案二，申报及认定制。实施协议控制的外国投资企业，应当向国务院外国投资主管部门申请认定其受中国投资者实际控制；在国务院外国投资主管部门认定其受中国投资者实际控制后，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动。若按此方案施行，对于现有 VIE 架构企业进行的申报，外国投资主管部门会对于其实际控制人进行认定，若认定该实际控制人为中国投资者，则原有 VIE 架构将可继续沿用。
- c) 方案三，许可制。实施协议控制的外国投资企业，应当向国务院外国投资主管部门申请准入许可，国务院外国投资主管部门会同有关部门综合考虑外国投资企业的实际控制人等因素作出决定。相对于方案二，在方案三下外国投资主管部门对于现有 VIE 架构是否能够沿用将具有更大的自有裁量权，其审核内容也不仅限于对于实际控制人的认定，因此也将具有更大的不确定性。

3) 征求意见还需履行的立法程序

根据我国相关立法程序的要求，法律的表决和颁布首先需要提案机关形成法律案，即在“征求意见稿”或“讨论稿”形成后，通过广泛征求有关方面的意见，经讨论修改后，形成送审稿，由提案机关讨论决定，形成正式的法律案。之后才由全国人大常委会审议完成修改后，交付表决，并最终予以颁布。因此征求意见稿的颁布和实施还尚待时日。

2、深圳 QDIE 试点政策简述（作者：王勇、杨李）

2014 年 12 月 8 日，深圳市人民政府办公厅向深圳市各区人民政府、市政府直属各单位下发了《深圳市人民政府办公厅转发市金融办关于开展合格境内投资者境外投资试点工作的暂行办法》（深府办函[2014]161 号），表明深圳市金融办《关于开展合格境内投资者境外投资试点工作的暂行办法》（“《深圳 QDIE 试点办法》”）已经经深圳市政府同意，并指示认真贯彻落实。深府办函[2014]161 号文的下发标志着深圳 QDIE 试点政策的正式落地，而据新闻媒体报道，南方基金的子公司南方资本管理有限公司成为了首家获批深圳 QDIE 试点资格的金融机构¹。在本文中，我们对深圳的 QDIE 试点政策进行了简要的整理概括，以供各方参考。

1) QDIE 制度概述

QDIE 是 Qualified Domestic Investment Enterprise（合格境内投资企业）的英文首字母缩写。虽然在中国市场和新闻报道中经常被提及，但实际上中国并无任何法律文件对此术语的内涵进行明确定义。根据市场上的一般理解，所谓 QDIE 制度可理解为指在人民币资本项目下尚未实现自由兑换的情况下，符合条件的投资管理机构经中国境内有关部门批准，面向中国境内投资者募集资金对中国境外的投资标的进行投资的一项制度安排。

QDIE 制度与中国已经实施的允许特定境内机构在限制的条件下在境内募集资金进行境外证券投资的制度安排，即 Qualified Domestic Institutional Investors（合格境内机构投资者，“QDII”）²，在制度设计上有一些相似点。但 QDII 制度主要是面对商业银行、信托公司、证券公司、基金管理公司、保险机构和全国社会保障基金等特定机构，且投资范围一般被限定为境外证券投资，具有一定的局限性。随境内投资者境外投资和全球资产配置需求的日渐增加，市场迫切需要一项能突破 QDII 制度在主体资格和投资范围等方面的限制的制度安排，从而使更多类型的投资管理机构可以通过这项制

¹ 深圳 QDIE 政策正式落地（2015-01-16），参见 <http://news.hexun.com/2015-01-16/172432666.html>。

² 中国证券监督管理委员会于 2007 年 6 月 18 日发布了《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办法》（“《QDII 试行办法》”），根据《QDII 试行办法》，“合格境内机构投资者”是指符合本办法规定的条件，经中国证券监督管理委员会批准在中华人民共和国境内募集资金，运用所募集的部分或者全部资金以资产组合方式进行境外证券投资管理的境内基金管理公司和证券公司等证券经营机构。

度安排在中国境内募集资金对更广范围内的境外投资标的进行投资，QDIE制度因此被提上议程。

截至目前，中国尚未就 QDIE 制度出台任何全国性的法规政策。值得注意的是，上海于 2012 年 4 月启动了 Qualified Domestic Limited Partnership（合格境内有限合伙人，“QDLP”）试点项目，允许获得试点资格的海外投资基金管理企业，在中国境内面向合格的境内有限合伙人募集资金，设立有限合伙制的海外投资基金企业，进行境外二级市场投资。上海的 QDLP 试点政策与此处所述的 QDIE 制度在制度核心内容上有所重合但不完全相同，如从广义理解 QDIE，亦可以将 QDLP 制度理解为广义的 QDIE 制度的一个子集。从这个角度，可以认为上海的 QDLP 试点政策是 QDIE 制度在中国境内的首次落地实施，只是其主要是面向海外对冲基金管理机构、放开的范围相对有限。相对而言，此次深圳 QDIE 试点政策则从制度设计上在主体资格和投资范围等方面都有了进一步突破。

2) 深圳 QDIE 试点政策简述

根据《深圳 QDIE 试点办法》，境内外机构在深圳市发起设立的投资管理机构可向深圳市合格境内投资者境外投资试点工作联席会议（“联席会议”）申请“境外投资基金管理企业”试点资格，继而在获批外汇额度内向符合条件的中国境内“合格境内投资者”募集资金，在深圳市发起设立并受托管理“境外投资主体”，运用所募集的资金直接投资于境外投资标的。相关政策具体要点如下：

(1) 主体资格：境外投资基金管理企业

根据规定，符合条件的内资或外资机构均可参与境外投资基金管理企业试点资格的申请，申请试点资格的外资和内资机构所应满足的条件不尽相同，简要概括如下：

条件	外资	内资
注册资本/认缴出资	不低于 200 万元美元或等值货币，出资方式限于货币；应在营业执照签发之日起三个月内到位百分之二十或以上，余额在二年内全部交清	不低于 1000 万元人民币，出资方式限于货币；应当在营业执照签发之日起三个月内到位百分之二十或以上，余额在二年内全部交清
控股投资者（普通合伙人）或其关联实体应具备条件	<p>(1) 经营管理境外投资基金，持续运营 3 年以上，有良好的投资业绩；有健全的治理机构和完善的内控制度，经营行为规范，最近两年未受所在国家或地区监管机构的重大处罚，无重大事项正在接受司法部门、监管机构的立案调查。</p> <p>(2) 须经所在国家或地区监管机构批准从事投资管理业务，具备当地监管机构颁发的许可证件。</p> <p>(3) 至少 1 名具有 5 年以上、2 名具有</p>	<p>除具备外资境外投资基金管理企业控股投资者（普通合伙人）或其关联实体应具备条件中第（1）、（3）和（4）项之外，还应属于以下两类企业之一：</p> <p>(1) 具备中国金融监管部门颁发的金融许可证的境内金融企业；或</p> <p>(2) 持续经营 3 年以上，且管理资金规模不低于 10 亿元人民币的股权投资基金管理企业。</p>

条件	外资	内资
	3 年以上境外资产管理经验和相关专业资质的主要投资管理人员。 (4) 按照审慎原则要求的其他条件。	

此外，值得注意的是，根据《深圳 QDIE 试点办法》，已经获得深圳外商投资股权投资管理企业（即 QFLP 管理企业）试点资格，并且（1）其控股投资者持有香港证监会颁发的资产管理牌照，或（2）已经成功发行基金并运行良好的，可直接申请试点资格开展深圳 QDIE 投资试点。

(2) 募资对象：合格境内投资者

境外投资基金管理企业获得试点资格后，可以在获批准的额度范围内，向符合条件的合格境内投资者募集资金。根据规定，合格境内投资者应当具备相应的风险识别能力和风险承担能力，符合以下标准：（1）净资产不低于 1000 万元人民币的机构投资者，及（2）金融资产不低于 300 万元的境内自然人等。同时，单个合格境内投资者认缴的出资应当不低于人民币 200 万元（或等值外币）。

(3) QDIE 基金：境外投资主体

根据规定，试点境外投资基金管理企业发起设立境外投资主体（QDIE 基金）可以采用公司制、合伙制、契约型基金、专户等形式。无论采取何种形式，境外投资主体（QDIE 基金）的规模应不低于人民币 3000 万元（或等值外币），境外投资主体的投资者人数应该符合相关组织形式的有关规定。

(4) 外汇管理

根据深圳市金融办网站公开信息显示³，深圳 QDIE 方案已获国家外管局同意并获批了首批 10 亿美元额度。相关规定中对于单个申请企业可以获得的外汇额度并未作限制，因此我们理解申请试点资格的境外投资基金管理企业可根据产品特性和市场需求申请，并由联席会议最终审议确认。在具体的境外投资业务开展过程中，境外投资基金管理企业需在市金融办备案成立的境外投资主体规模范围内，在资金保管人办理资金汇出手续，并须遵循按需购汇、额度管理和风险提示原则。在任一时点，境外投资主体的专用账户跨境净汇出资金的规模不得超过市金融办备案的境外投资主体规模。

(5) 投资范围

《深圳 QDIE 试点办法》中规定了取得试点资格的境外投资基金管理企业可以运用所募集的资金直接投资于境外，对可以投资的境外投资标的的具体范围并无任何明确规定。由于无任何禁止性或限制性规定，根据市场上的一般理解，除《境外投资管理办法》等相关法律法规中明令禁止或限制的

³ 《2014 年深圳第三季度金融业基本情况》（2014-11-13），参见 http://www.jr.sz.gov.cn/zwgk/tjsj/zxtjxx/201411/t20141113_2677039.htm。

投资标的的，境外投资主体除可以对 QDII 现有的投资标的进行投资外，还可对境外非上市股权、境外基金（包括私募股权基金和对冲基金）以及实物资产等其他标的资产进行投资。

(6) 资金保管和行政管理

根据规定，境外投资基金管理企业应委托境内符合条件的境内商业银行作为资金保管人，并开立专用账户专项保管境外投资资金。此外，境外投资基金管理企业还应委托符合条件的行政管理人负责境外投资主体产品估值、会计记账、投资监督和过户代理等后台行政管理。根据中国证券投资基金业协会（“基金业协会”）以中基协发〔2014〕25 号文发布并将于 2015 年 2 月 1 日实施的《基金业务外包服务指引（试行）》，行政管理人作为基金业务外包机构应到基金业协会备案并加入基金业协会成为会员。

(7) 申请程序

而从整个 QDIE 的申请程序上，申请人应当首先向市金融办提交材料申请境外投资基金管理企业的试点资格，由金融办负责召集联席会议进行审批，然后在获得试点资格和获批额度后面向合格境内投资者进行资金募集，并在完成募集之后就市金融办申请进行境外投资主体的备案。

3) 深圳 QDIE 试点政策实施展望

从制度内容的设计上来看，深圳的 QDIE 试点政策在现有的相关制度框架之上，在境外投资基金管理机构的主体资格、境外投资主体的投资范围等方面有了较大的突破，可以预期将会吸引大量境内外资产管理机构持续关注此试点政策的实施及参与试点资格的申请。不过，由于政策方才实施不久，而据报道获得了试点资格的机构主要集中于基金管理公司的专户子公司，对于市场广泛关注的境外机构和境内股权投资基金管理企业申请 QDIE 试点资格的情况，仍有待进一步观察。

3、境内公司境外上市的外汇监管环境日益宽松(作者：薛冰、钟佳霖)

在 2014 年的全球资本市场盛宴中，中国企业的强劲表现相当引人注目。为了便利境内企业境外融资，支持企业“走出去”，中国监管机构在 2014 年相继发布了多项规范文件及政策指引，进一步落实了国务院简政放权和监管转型的要求。

2014 年 12 月 26 日，国家外汇管理局（下称“外汇局”）发布了《关于境外上市外汇管理有关问题的通知》（汇发[2014]54 号，下称“54 号文”），对规范和完善境外上市外汇管理提出了对中国企业更为便利的监管指引。54 号文自 2014 年 12 月 26 日起正式实施，外汇局于 2013 年发布的《关于境外上市外汇管理有关问题的通知》（汇发[2013]5 号，下称“5 号文”）亦同时废止。结合 54 号文的规定，我们将与大家分享对境内公司境外上市日益宽松的外汇监管环境的观察。

1) 外汇监管政策下的中国企业境外上市

中国企业境外上市，归纳起来主要为两种方式：直接上市与间接上市。

境外直接上市即直接以境内实体企业的名义，在境内监管机构审批核准的前提下向境外证券主管部门申请发行股票的登记注册，并发行股票（或其他衍生金融工具），向当地证券交易所申请挂牌上市交易⁴。通常情况下，境外直接上市都是采用IPO（首次公开募集）方式进行。1993年7月15日，青岛啤酒股份有限公司（HKEx: 0168）在香港联合交易所主板上市，拉开了中国企业直接赴境外上市的序幕。

境外间接上市是指境内实体企业的股东企业或者个人在境外设立拟境外上市的主体企业（下称“境外企业”）⁵，并将其在境内持有的资产和权益通过一系列方式合并报表到该境外企业并在境外发行股票及在境外交易所上市。

54号文所规范的境外上市，是指在境内注册的股份有限公司（下称“境内公司”）经中国证券监督管理委员会（下称“中国证监会”）许可，在境外发行股票（含优先股及股票派生形式证券）、可转换为股票的公司债券等法律、法规允许的证券（下称“境外股份”），并在境外证券交易所公开上市流通的行为。根据中国证监会发布的官方统计信息⁶，截至2014年10月底，已有199家境内公司赴境外（包括香港、新加坡、纽约和伦敦）上市。

2) 外汇局对境内公司境外直接融资的监管

1994年1月13日，中国证监会和外汇局就曾联合发布《关于境外上市企业外汇管理有关问题的通知》（证监发字[1994]8号，下称“8号文”），对境外发行股票并上市的企业的外汇资金管理问题作出了规定。外汇局通过8号文，搭建了对境内公司境外上市进行外汇管理的基础架构。

历经二十年的监管政策演变，境外上市的境内公司的外汇监管环境日益宽松。根据54号文的规定，外汇局及其分支局、外汇管理部对境内公司境外上市涉及的业务登记、账户开立与使用、跨境收支、资金汇兑等行为实施监督、管理与检查。

3) 一般性的外汇合规登记程序

在境外上市流程中，外汇局通过54号文主要设置了以下几项外汇合规登记程序：

⁴即市场上惯称的H股（境内注册企业在香港上市）、S股（境内注册企业在新加坡上市）和N股（境内注册企业在纽约上市）等。

⁵境内企业设立境外上市主体进行境外间接上市一般被称为“大红筹模式”，典型案例有中国移动、中国联通、中国网通、中海油以及中银香港等）。由于境内企业设立境外企业需要经过相当复杂的审批，实践中民营企业一般不采用这种方式；相对大红筹模式，“小红筹模式”是指由境内个人设立境外上市主体进行境外间接上市，例如中国目前活跃的互联网企业较多都是采取这类模式。

⁶请参阅中国证监会网站 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/gjb/jwss/jwssgsml/201412/t20141205_264763.html 及 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/gjb/jwss/jwssgsml/201412/t20141205_264762.html

监管类型	54号文的规定	备注
境外上市登记	<p>境内公司应在境外上市发行结束之日起15个工作日内，持下列材料到其注册所在地外汇局办理境外上市登记：</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 书面申请以及54号文附件1所列《境外上市登记表》 ➤ 中国证监会许可境内公司境外上市的证明文件 ➤ 境外发行结束的公告文件 ➤ 外汇局要求的其他补充资料 	<p>外汇局将在资本项目信息系统（下称“系统”）为境内公司办理登记，并通过系统打印业务登记凭证，加盖业务印章后交境内公司，境内公司凭此登记凭证办理境外上市开户及相关业务</p>
境外持股登记	<p>境内公司境外上市后，其境内股东根据有关规定拟增持或减持境外上市公司股份的，应在拟增持或减持前20个工作日内，持下列材料到境内股东所在地外汇局办理境外持股登记：</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 书面申请以及54号文附件2所列《境外持股登记表》 ➤ 关于增持或减持事项的董事会或股东大会决议（如有） ➤ 需经财政部门、国有资产管理部门等相关部门批准的，应提供相关部门的批准文件 ➤ 外汇局要求的其他补充资料 	<p>外汇局将在系统为境内股东办理登记，并通过系统打印业务登记凭证，加盖业务印章后交境内股东，境内股东凭此登记凭证到银行办理增持或减持境外上市公司股份开户及相关业务</p>
境内公司境外上市专户监管	<p>境内公司（银行类金融机构除外）应当凭境外上市业务登记凭证，针对其首发（或增发）、回购业务，在境内银行开立“境内公司境外上市专用外汇账户”办理相关业务的资金汇兑与划转</p>	<p>账户类型、收支范围及注意事项请参见54号文附件3</p>
待支付账户监管	<p>境内公司（银行类金融机构除外）应在其境外上市专户开户银行开立一一对应的结汇待支付账户，用于存放境外上市专户资金结汇所得的人民币资金、以人民币形式调回的境外上市募集资金，以及以人民币形式汇出的用于回购境外股份的资金和调回回购剩余资金</p>	<p>账户收支范围请参见54号文附件3</p>
境内股东境外持股专用账户监管	<p>境外上市公司的境内股东应当凭境外持股业务登记凭证，针对其增持、减持或转让境外上市公司股份等业务，在境内银行开立“境内股东境外持股专用账户”，办理相关业务的资金汇兑与划转</p>	<p>账户类型、收支范围及注意事项请参见54号文附件3</p>
境外专户监管	<p>境内公司及其境内股东因办理境外上市相关业务需要，可在境外开立相应的专用账户</p>	<p>境外专户的收支范围请参见54号文附件3</p>

监管类型	54 号文的规定	备注
变更登记	<p>境内公司若发生如下变更情形，应在变更之日起 15 个工作日内持书面申请、最新填写的《境外上市登记表》及相关交易真实性证明材料，到所在地外汇局办理境外上市登记变更：</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ 境外上市公司名称、注册地址、主要股东信息等发生变更 ➤ 增发（含超额配售）股份或资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本等资本变动 ➤ 回购境外股份 ➤ 将可转换债券转为股票（需提供外债登记变更或注销凭证） ➤ 境内股东增持、减持、转让、受让境外股份计划实施完毕使得境外上市公司股权结构发生变化 ➤ 原登记的境外募集资金使用计划和用途发生变更 ➤ 其他登记有关内容的变更 	<p>需经主管部门审批或备案的变更事项，另需提供主管部门关于变更事项的批复或备案文件</p>

4) 境外上市募集资金的存放及划转支付安排

根据 54 号文的规定，境内公司境外上市募集资金可调回境内或存放境外，资金用途应与招股说明文件或公司债券募集说明文件、股东通函、董事会或股东大会决议等公开披露的文件（下称“公开披露文件”）所列相关内容一致。

境内公司发行可转换为股票的公司债券所募集资金拟调回境内的，应汇入其境内外债专户并按外债管理有关规定办理相关手续；发行其他形式证券所募集资金拟调回境内的，应汇入其境外上市专户（外汇）或待支付账户（人民币）。

境内公司根据需要，可持境外上市业务登记凭证向开户银行申请将境外上市专户资金境内划转或支付，或结汇划往待支付账户。境内公司申请将待支付账户资金境内划转或支付的，应确保资金用途与境外上市时的公开披露文件所列用途的一致性。

5) 境内公司回购境外股份时的外汇监管

根据 54 号文的规定，境内公司回购其境外股份，可以使用符合有关规定的境外资金和境内资金。境内公司需使用并汇出境内资金的，需要办理外汇登记。

6) 境内股东可自主安排将减持、转股等所得留在境外

54 号文规定，持有境内公司境外股份的境内股东，因减持、转让境内公司境外股份或境内公司从境外证券市场退市等原因所得的资本项下收入，可留存境外或调回汇入境内股东境外持股专户。调回境内的，境内股东可凭境外持股业务登记凭证到银行办理相关资金境内划转或结汇手续。而 2013 年的 5 号文曾规定，境内股东因减持、转让境内公司境外股份或境内公司从境外证券市场退市等原因所得的资本项下收入，应当自该收入获得之日起 2 年内调回其减持境内专用账户。

汉坤观察：54 号文的发布，标志着外汇局正逐步为境内企业境外上市打造更为宽松的外汇监管环境。在 54 号文出台的同一天，中国证监会在其例行新闻发布会⁷指出，中国证监会对境外上市申请材料目录进行了相应精简调整，包括取消境外上市财务审核、删除原目录中环保证明文件的要求等政策。在外汇局、中国证监会进一步简政放权、简化核准程序和提高监管效率的积极鼓励下，境内企业境外直接融资的政策环境将变得更为宽松。我们也期待，针对众多民营企业采取的间接上市模式，监管机构也能不断提供更明晰、更便利的政策支持。

4、 税收优惠新政策助推企业并购重组（作者：薛冰、邱必竑）

自 2008 年新《企业所得税法》施行以来，国家税务总局（下称“**税务总局**”）自行或联合财政部先后发布了多项税收征管文件，企业重组的所得税政策体系和管理制度已经初步建立。

⁷ 详情请参阅中国证监会网站（2014 年 12 月 26 日新闻发布会）：
http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwfbh/201412/t20141226_265703.html

2015年1月8日，税务总局官方网站正式发布了《财政部、国家税务总局关于促进企业重组有关企业所得税处理问题的通知》（财税[2014]109号，下称“109号通知”）和《财政部、国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税[2014]116号，下称“116号通知”）。109号通知和116号通知对于企业并购重组交易无疑是重大利好，这两份征管文件都将追溯至2014年1月1日起执行。结合109号通知和116号通知的规定，我们将在本文中对中国现行税制下的并购重组税收环境进行概要剖析，谨供参考。

1) 并购重组政策大环境日益优化

在近年资本交易多元化、市场创新日趋活跃的背景下，企业并购重组配套财税政策的更新仍未完全达到市场参与主体的期望。在刚刚过去的2014年，国务院及各部委在简政放权和监管转型的力度上有目共睹，企业并购重组的整体监管环境处于日益优化的积极发展节奏中。

国务院于2014年3月7日发布的《关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发[2014]14号）就曾提出要充分发挥企业在兼并重组中的主体作用，并明确要修订完善兼并重组企业所得税特殊性税务处理的政策，降低收购股权（资产）占被收购企业全部股权（资产）的比例限制，扩大特殊性税务处理政策的适用范围；抓紧研究完善非货币性资产投资交易的企业所得税、企业改制重组涉及的土地增值税等相关政策。

2) 企业并购重组税收征管既有政策体系

在新《企业所得税法》构建的居民企业和非居民企业课税征管模式下，下列征管文件所构建的境内及跨境并购重组税收征管体制已经较为完善：

征管政策	发布时间	执行时间	核心要点
《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号，下称“59号通知”）	2009年4月30日	2008年1月1日	首次明确了一般性税务处理与特殊性税务处理的适用原则
《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》（国税函[2009]698号）	2009年12月10日	2008年1月1日	通过滥用组织形式等安排的境外间接转让纳入中国税收征管体系
《企业重组业务企业所得税管理办法》（国家税务总局公告2010年第4号）	2010年7月26日	2010年1月1日	进一步明确了特殊性税务处理的征管问题
《国家税务总局关于非居民企业股权转让适用特殊性税务处理有关问题的公告》（国家税务总局公告2013年第72号）	2013年12月12日	2013年12月12日	明确了非居民企业股权转让适用特殊性税务处理的征管问题

3) 109号通知的优惠政策剖析

(1) 股权收购交易特殊性税务处理适用门槛降低

根据109号通知的规定，59号通知第六条第（二）项中有关“股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的75%”规定调整为“股权收购，收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%”。

(2) 资产收购交易特殊性税务处理适用门槛降低

109号通知同时规定，59号通知第六条第（三）项中有关“资产收购，受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的75%”规定调整为“资产收购，受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%”。

汉坤解析：

企业重组的企业所得税政策分为一般性税务处理和特殊性税务处理两类，一般性税务处理应在重组交易发生时纳税，特殊性税务处理可以递延纳税。

根据常见的并购交易分类标准，并购交易一般被划分为股权并购与资产并购两大基本类型；109号通知将适用特殊性税务处理的股权收购和资产收购中，被收购股权或资产比例由不低于75%调整为不低于50%，降幅高达1/3；这一比例的调整，实质上降低了企业并购重组享受税收递延优惠待遇的门槛，对并购交易参与主体而言，新政策提供了更为灵活的税收规划空间。

(3) 股权、资产划转安排中的特殊性税务处理安排

新《企业所得税法》提出的独立交易原则，对于企业集团内部重组的税收规划安排带来了不小的挑战。59号通知执行以来，企业集团内部重组的交易价格厘定是否一定要符合独立交易原则，在交易架构设计及税收征管实践中存在着较大的不确定性。

109号通知此次明确，对100%直接控制的居民企业之间，以及受同一或相同多家居民企业100%直接控制的居民企业之间按账面净值划转股权或资产，凡具有合理商业目的、不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的，股权或资产划转后连续12个月内不改变被划转股权或资产原来实质性经营活动，且划出方企业和划入方企业均未在会计上确认损益的，可以选择按以下规定进行特殊性税务处理：1) 划出方企业和划入方企业均不确认所得；2) 划入方企业取得被划转股权或资产的计税基础，以被划转股权或资产的原账面净值确定；3) 划入方企业取得的被划转资产，应按其原账面净值计算折旧扣除。

汉坤解析：

在新《企业所得税法》施行前的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》(已于2008

年1月1日废止)体制下,国家税务总局曾于1997年4月17日发布《关于外商投资企业和外国企业转让股权所得税处理问题的通知》(国税函[1997]207号,下称“207号通知”),明确“在以合理经营为目的进行的公司集团重组中,外国企业将其持有的中国境内企业股权,或者外商投资企业将其持有的中国境内、境外企业的股权,转让给与其有直接拥有或者间接拥有或被同一人拥有100%股权关系的公司,包括转让给具有上述股权关系的境内投资公司的,可按股权成本价转让,由于不产生股权转让收益或损失,不计征企业所得税”。

在2007年新《企业所得税法》发布至施行期间,207号通知曾在跨国企业中掀起一场集中进行股权成本价转让的浪潮。在新《企业所得税法》施行后,股权成本价转让已经失去了税收法规政策支持。

109号通知本次明确了对集团内100%直接控制的居民企业之间按照账面净值划转股权或资产的行为,给予特殊性税务处理待遇,交易双方均不确认所得。这一政策更新对同一集团内企业内部交易的税收成本控制具有非常重要的积极意义,势必将促进企业的资源整合和业务重组的良性发展。

4) 116号通知的优惠政策剖析

116号通知将目前上海自贸区适用的非货币性资产投资递延纳税政策推广到全国适用。

(1) 非货币性资产的类别及非货币性资产投资类型

116号通知中的非货币性资产包括现金、银行存款、应收账款、应收票据以及准备持有至到期的债券投资等货币性资产以外的资产。

非货币性资产投资,限于以非货币性资产出资设立新的居民企业,或将非货币性资产注入现存的居民企业。

(2) 非货币性资产对外投资的课税原则

116号通知明确居民企业以非货币性资产对外投资实现的非货币性资产转让所得,可在5年内分期均匀计入相应年度的应纳税所得额,递延缴纳企业所得税。

应税所得的确认

企业以非货币性资产对外投资,应对非货币性资产进行评估并按评估后的公允价值扣除计税基础后的余额,计算确认非货币性资产转让所得。

收入确认时点

企业以非货币性资产对外投资,应于投资协议生效并办理股权登记手续时,确认非货币性资产转让收入的实现。

(3) 非货币性资产对外投资的计税基础问题

116号通知明确企业以非货币性资产对外投资而取得被投资企业的股权，应以非货币性资产的原计税成本为计税基础，加上每年确认的非货币性资产转让所得，逐年进行调整。被投资企业取得非货币性资产的计税基础，应按非货币性资产的公允价值确定。

(4) 5年期限内发生交易变化的税务调整处理

116号通知明确的最长不超过5年期限的递延纳税安排为居民企业创造了优惠的税收政策环境。但如果企业在对外投资5年内转让上述股权或投资收回的，应停止执行递延纳税政策，并就递延期内尚未确认的非货币性资产转让所得，在转让股权或投资收回当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税；企业在计算股权转让所得时，可以非货币性资产的原计税成本为计税基础一次调整到位。

企业在对外投资5年内注销的，应停止执行递延纳税政策，并就递延期内尚未确认的非货币性资产转让所得，在注销当年的企业所得税年度汇算清缴时，一次性计算缴纳企业所得税。

汉坤观察：109号通知和116号通知对企业并购重组交易将带来重大利好。税收优惠政策在支持中国企业产业结构升级、提高企业核心竞争力的发展道路上将提供更加积极的政策指引和扶持。考虑到两个税收征管文件均追溯至2014年1月1日起执行，已经启动但尚未完成交割的交易安排有必要综合分析现有交易架构，以便争取获得更有利的税收规划成果。

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

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

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

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏慤道10号和记大厦20楼2001-02室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com