

秋来应有客先知：初评《企业中长期外债审核登记管理办法（征求意见稿）》

作者：朱俊 | 杨铁成 | 孟原 | 鄢蒙

经过数年准备，国家发展和改革委员会（简称“发改委”）2022年8月26日在其网站上发布了《企业中长期外债审核登记管理办法》征求意见稿（简称“《外债管理办法（征）》”）及其起草说明。意见反馈的截止时间为2022年9月26日。预计意见征求及相应调整完成后，《外债管理办法（征）》将在年内公布实施。

《外债管理办法（征）》将取代发改委2015年颁布的《关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知》（发改外资[2015]2044号）（简称“2044号文”）。2044号文、以及发改委在2044号文生效后就其施行所做的“常见问题解答”（简称“发改委问答”）是当前中国境内企业及其控制的境外企业或分支机构借取中长期外债完成发改委备案的主要依据。

2022年1月10日发布的《国务院办公厅关于全面实行行政许可事项清单管理的通知》（国办发[2022]2号）已明确将“企业借用中长期外债审批”作为国家级行政许可事项并纳入清单管理。在法律层级上，《外债管理办法（征）》属于部门规章，其法律层级高于2044号文。

本文将总结《外债管理办法（征）》的核心内容以及与2044号文相比的主要变化之处，并分析其潜在影响。

一、受发改委管理的外债借用

（一）直接借用外债

根据《外债管理办法（征）》的规定，受发改委管理的外债借用将包括“直接借用外债”以及“间接借用外债”两种形式。

境内企业、或者境内企业控制的境外企业或分支机构作为借用主体举借外债，构成直接借用外债。相比2044号文，《外债管理办法（征）》进一步阐明了如何界定“控制”。符合以下标准之一即构成控制：

1. 直接或间接拥有企业半数以上表决权；
2. 虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。

（二）间接借用外债

根据《外债管理办法（征）》，满足以下三项标准的，则构成间接借用外债：

1. 企业的主要经营活动在境内；
2. 注册在境外的企业为直接的外债借用人；并且
3. 借用外债基于中国境内企业的股权、资产、收益或其他类似权益。

发改委问答明确了境内企业通过 VIE 架构控制的境外企业以及红筹架构企业借取中长期外债均需完成发改委备案。《外债管理办法（征）》中的上述要求从部门规章的层面进一步明确，红筹架构的企业通过境外主体借用外债将需要向发改委申请办理外债登记。

《外债管理办法（征）》未明确如何界定“主要经营活动”以及“基于中国境内企业的股权、资产、收益或其他类似权益”。实践中通常理解，如果来自中国境内的资产和收入占比超过 50%，将可能被认定为主要经营活动在中国境内。另外，资金用途是否用于境内以及还款资金是否主要源于境内收入也是发改委判断该企业是否为需要办理外债登记的“红筹企业”的考虑因素。此外，非由境内控制的纯外资企业一般不被认为是需要进行外债备案登记的“红筹企业”，需要在个案中结合企业的具体情况进一步判断。

（三）受管理的外债期限

与 2044 号文相同，《外债管理办法（征）》只适用于期限超过 1 年的中长期外债（本文中的“外债”也特指符合该要求的中长期外债）。因此，之前市场上较为流行的 360 天期限外债仍不需要向发改委申请办理外债登记。但需要注意的是，根据发改委问答，如借取的是循环贷款，即使单笔贷款期限不超过 1 年，授信期限超过 1 年，仍需要办理外债备案。

（四）借债主体

与 2044 号文相同，非金融企业和金融企业的中长期外债均受发改委管理。

（五）外债币种

与 2044 号文相同，人民币及外币计价的外债均受发改委管理。

（六）构成外债的债务工具范围

《外债管理办法（征）》第二条第四款提到，本办法所称债务工具，包括但不限于高级债、永续债、资本债、中期票据、可转换债券、可交换债券、优先股、融资租赁及商业贷款等。

与 2044 号文及发改委问答相比，在不改变外债基本定义的前提下，《外债管理办法（征）》在列举条目中增加了中期票据（MTN）、可交换债券、以及融资租赁三类债务性融资工具。

对于《外债管理办法（征）》第二条第四款列举范围之外的其他创新型融资工具，市场主体仍然应当回归《外债管理办法（征）》第二条第一款，判断其是否落入中长期外债的范畴。

结合此前发布的发改委问答，需要办理外债登记的范围不仅限于公开发行，私募发行同样需要办理。

二、借用外债需满足的资质条件

《外债管理办法（征）》要求借用外债的企业需要满足以下基本条件：

1. **主体条件：**依法设立并合法存续、合规经营，具备健全且运行良好的组织机构。相比 2044 号文，本条大部分内容为新增的借用外债条件。关于公司的治理结构，2044 号文要求“具有更好的公司治理”，《外债管理办法（征）》的表述略有不同，要求“具备健全且运行良好的组织机构”。
2. **资信条件：**资信情况良好，具备偿债能力，已发行债券或其他债务未处于违约或者延迟支付本息的状态。就借债企业的资信条件，相比 2044 号文，《外债管理办法（征）》删除了对偿债能力的程度性要求。由于近期频繁出现境内人民币债券以及境外美元债券逾期的情况，《外债管理办法（征）》特别增加了已发行债券或其他债务未处于“延迟支付本息”的状态。该等表述是否会涵盖延期支付本息已发生、但发行人与投资人协商重组展期和二次展期的情形，尚待进一步观察。
3. **资金需求及外债风控：**有合理的外债资金需求，用途符合规定，并具有健全的外债风险防控机制。就该项条件，《外债管理办法（征）》基本沿用了 2044 号文的要求。
4. **不得具有的负面情形：**发行外债的企业及其控股股东、实际控制人不得存在任何以下情形：
 - (1) 最近三年存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；
 - (2) 因涉嫌犯罪正在被司法机关立案侦查；或者
 - (3) 涉嫌重大违法违规正在被立案调查。

本项条件为新增的外债借用条件。该项条件将限制部分存在严重违法行为或有重大违法违规风险的主体借用外债。

三、外债资金用途要求

2044 号文与《外债管理办法（征）》均要求企业外债募集资金实际用途应与《企业发行外债备案登记证明》（简称“《**备案登记证明**》”）或《企业借用外债审核登记证明》（简称“《**审核登记证明**》”）内容相一致，不得挪作他用。但二者在鼓励的外债用途以及限制的外债用途方面，也有区别，二者关于外债用途的规定比较如下：

	2044 号文	《外债管理办法（征）》
正面鼓励清单	<ul style="list-style-type: none"> ■ “一带一路”、 ■ 京津冀协同发展、 ■ 长江经济带与国际产能和装备制造合作等重大工程建设和重点领域投资。 	<ul style="list-style-type: none"> ■ 聚焦主业 ■ 有利于配合落实国家重大战略和支持实体经济发展

	2044 号文	《外债管理办法（征）》
负面禁止清单	无	<ul style="list-style-type: none"> ■ 不违反中国法律法规； ■ 不威胁、不损害中国国家利益和经济、信息数据等安全； ■ 不违背中国宏观经济调控目标； ■ 不违反中国有关发展规划和产业政策，不新增地方政府隐性债务； ■ 不得用于弥补亏损或投机、炒作等行为； ■ 除银行类金融企业外，不得转借他人。

上述负面清单中限制转借用途可能会限制以母公司集中借款、募集资金实际用于向子公司转借的借贷结构。

对于《外债管理办法（征）》中提及的“投机、炒作”行为，我们注意到此前发改委问答中相关表述为“非生产性支出”。我们理解，“投机、炒作”行为通常涵盖房地产买卖、股票买卖以及期货等高风险投资，因此，这一提法相较于“非生产性支出”而言，范围已有明显限缩。对于这一限制的具体涵义，有待在实践中持续观察。

四、外债的规模限制

1. **整体外债规模限制：**2044 号文规定发改委对借用外债规模进行管理。当外债总规模超出限额时，发改委将向社会公告，同时不再受理外债登记申请。但自 2044 号文施行以来，发改委尚未公告过因总规模超限而暂停外债备案的情况。相比 2044 号文，《外债管理办法（征）》弱化了外债总规模限额的概念，仅在第六条提及，将会根据国民经济和社会发展的需要，以及国际收支状况和外债承受能力，合理调控企业外债总量与结构。
2. **借债企业的外债规模限制：**同 2044 号文，《外债管理办法（征）》没有对单体借债企业登记的外债规模进行限制。因此，单体借债企业能够获批的外债规模将主要受限于发改委基于个案情况的判断和决定。
3. **外债切块管理：**2044 号文实施后，为了便利外债备案工作，发改委从外债总规模中切分一部分额度给部分省市试点，试点地区的企业和金融机构，可以在切分额度内向试点省市发改委提出外债登记申请。根据发改委关于《外债管理办法（征）》的说明，该等外债规模切块试点安排已取消。

五、外债登记操作程序

（一）外债登记管理方式

《外债管理办法（征）》延续了 2044 号文以“事前登记+事后信息报送”的方式管理外债借用。

（二）登记时点要求

同 2044 号文相同，《外债管理办法（征）》要求企业在“借用外债前”完成发改委的外债登记并取得《审核登记证明》。

“借用外债前”是指企业在行使外债资金提取权利之前（对于债券发行，是指境外债券完成交割；

对于境外商业贷款，是指商业贷款首次提款）。

（三）申请方式

对于借用外债前的外债登记，《外债管理办法（征）》基本维持了当前已比较成熟的“网上政务服务大厅在线申报+线下递交（当前为邮寄）”的申请方式。对于借用外债后的提款信息申报以及定期外债使用情况报告，仅需通过网络系统完成。

（四）申请主体

当前实践中，央企以及金融机构以集团总部或总行向发改委申请外债备案；而地方企业或民营企业通过境内主体借用外债则通常以实际借用外债的境内主体申报外债备案。红筹架构的企业，由于控股企业一般在境外，其也主要以境内的主要关联公司作为申报主体申报外债备案。而《外债管理办法（征）》规定企业应当由境内控股企业总部（总公司、总行等）通过网络系统向发改委提交申请报告并附具有关文件。该等一揽子要求总部申报的方式对于地方企业、民营企业以及红筹架构的公司的上述申报方式将产生一定程度的影响。

（五）申请报告内容要求

《外债管理办法（征）》第十二条明确了申请报告的主要内容，后续发改委将发布通用文本及附件清单。

与发改委 2020 年 10 月发布的《关于线上申请企业外债备案登记有关事项的指引》及《企业借用外债备案登记办事指南》相比，《外债管理办法（征）》对外债登记申请报告的主要内容变化有：

1. 主体部分新增“合规情况”说明要求（该等合规说明的范围待进一步确定，当前发改委外债备案申请书格式中要求的合规说明范围限于“在发改委的备案登记和信息报送等合规情况”）；
2. 除借债必要性和可行性之外，增加对借用外债的“经济性和财务可持续性分析”要求。

（六）发改委完成登记的时限要求

按照《外债管理办法（征）》，发改委应在收到外债登记申请报告及附件之后的 5 个工作日告知企业决定是否受理登记申请。逾期不告知的，视为发改委自动受理。发改委应在受理之日起 3 个月内，对符合规定的登记申请，出具《审核登记证明》。

上述时限大大延长了当前发改委在《企业借用外债备案登记办事指南》中所承诺的受理后 7 个工作日的备案时限。另外，按照《外债管理办法（征）》，受理登记后，发改委要求企业补充披露、解释说明、中介机构进一步核查问题的，自补齐补正通知发出之日起至收到齐备合规的回复文件的时间，不计算在 3 个月的审核登记办理时限内。尽管如此，目前的 7 个工作日的备案时限并不包括“补齐补正用时”。根据我们的项目经验，不乏需要花费 3 个月以上的时间才完成外债备案的企业。因此《外债管理办法（征）》正式生效后，是否会实际上进一步延长发改委的审核时间，有待检验。此外，如果申请人或所在集团在国内遭到重大违法违规调查，发改委在审核过程中也会给予审慎考虑，甚至影响外债备案登记的进度。

（七）登记完成的证明

发改委在完成外债登记后会出具《审核登记证明》。该证明的名称与当前 2044 号文项下完成备案登记后发放的《备案登记证明》名称略有不同。

（八）《审核登记证明》的有效期

按照《外债管理办法（征）》，《审核登记证明》的有效期为 1 年，过期自动失效。参考当前发改委问答的口径，企业需要在有效期内完成提款。企业需要在《审核登记证明》有效期届满后 10 个工作日内，报送证明项下登记外债的借用情况。

（九）发改委外债登记对其他外债手续及业务本身的影响

与 2044 号文不同，《外债管理办法（征）》明确将《审核登记证明》作为企业办理外汇登记、账户开立、资金收付和汇兑、资金使用等相关手续的前置条件，并且要求，如未按规定取得《审核登记证明》，金融机构不得办理有关业务。

上述要求并未局限于与本次借用外债直接相关的外汇登记、账户开立及汇兑收付，因此不排除该等限制可能会同样适用于其他境外主体借用外债资金回流过程中，办理的相关外汇登记、开立账户及使用资金（如以直接投资回流时，与直接投资相关的外汇登记、账户开立以及资金收付和汇兑的办理）。

（十）变更登记要求

《外债管理办法（征）》要求，在取得《审核登记证明》后，如有以下情况的，需申请办理变更登记：

1. 拟借用外债币种或债务工具类型改变；
2. 募集资金用途发生重大变化；
3. 需要对《审核登记证明》有关内容进行重大调整的其他情形。

参考发改委问答的口径，如需变更《审核登记证明》载明的发行主体、币种、金额（仅限金额减少）、债务工具类型、增信方式、募集资金用途等要素的，应申请外债变更。

发改委办理变更登记的时限为受理变更申请后的 20 个工作日。

如果在申请外债登记的过程中需要变更融资计划或调整方案的，企业可以申请撤回审核登记申请。

六、外债管理原则新增“防范风险”以及相关要求

2044 号文确立的外债管理的基本原则为“控制总量、优化结构、服务实体”。《外债管理办法（征）》在基本顺应这一原则的基础上，增加了“防范风险”的提法。我们理解该提法可能源于 2044 号文实施之后所发生的一系列外债偿付风险事件，包括始于 2018 年的较大范围房企美元债违约。

《外债管理办法（征）》中与防范风险相关的内容包括：

1. **第九条：**企业借用外债条件中要求企业有“具有健全的外债风险防控机制”；
2. **第十二条：**进行外债登记时提交的申请报告需要企业说明“风险防范措施”；
3. **第二十三条：**要求企业制定风险防控预案，合理选择金融市场工具有效规避和对冲可能存在的汇率风险和利率风险；
4. **第二十六条：**要求借取外债的企业出现境内外债务偿付风险或重大资产重组等可能影响债务正常履约的重大情况，要及时给发改委报送有关信息并采取风险隔离措施，防范境内债券违约风险外溢

和交叉违约风险。

为防范外债风险，发改委和财政部在 2044 号文后还发布了一系列与外债风险相关的通知，具体包括：

1. 《关于完善市场约束机制严格防范外债风险和地方债务风险的通知》（发改外资[2018]706 号）；
2. 《关于对地方国有企业发行外债申请备案登记有关要求的通知》（发改办外资[2019]666 号）；
3. 《关于对房地产企业发行外债申请备案登记有关要求的通知》（发改办外资[2019]778 号）。

上述通知内容均援引 2044 号文作为相关要求的依据。但《外债管理办法（征）》未明确这些通知是否会因 2044 号文废除而终止适用。

七、事中事后监管

企业在取得《审核登记证明》后还需要按照发改委要求持续报送相关信息，包括：

1. **单笔外债提款的事后报告：**借用每笔外债（境外发债完成交割或商业贷款每笔提款）后 10 个工作日内，通过网络系统向发改委报送借用外债信息，包括企业主要经营指标和外债借用情况等；
2. **外债登记到期后的汇总报告：**在《审核登记证明》有效期届满后 10 个工作日内，报送相应的外债借用情况；
3. **定期报告：**每年 1 月末和 7 月末前 5 个工作日内，通过网络系统向发改委报送外债资金使用情况、本息兑付情况和计划安排、主要经营指标等；
4. **重大事项报告：**如出现境内外债务偿付风险或重大资产重组等可能影响债务正常履约的重大情况，应及时报送有关信息并采取风险隔离措施，防范境内债券违约风险外溢和交叉违约风险；
5. **境外调查报告：**企业或相关中介机构因借用外债，需配合境外监管机构检查或调查的，应事先向境内有关主管部门报告。

八、外债与数据安全

关于信息安全，《外债管理办法（征）》第八条特别要求，外债资金用途不威胁、不损害我国国家利益和经济、信息数据等安全；第三十四条规定，企业借用外债涉及对外报告和披露事项的，应当严格遵守国家法律法规和有关规定，建立健全保密制度，采取必要措施落实保密责任，不得泄露国家秘密，不得损害国家安全和公共利益。

发改委将来在审核特定主体提交的境外发债申请时，是否会基于上述规定参考网信部门基于《数据出境安全评估办法》提供的数据出境安全评估结论待进一步观察。

九、发行主体及中介机构的法律责任

2044 号文并未专门规定未按发改委要求进行外债备案的法律责任。实践中，发改委主要通过将相关主体纳入相关领域黑名单和全国信用信息共享平台归集共享、实施跨部门联合惩戒、公开通报、并限制相关主体新申请或参与外债备案登记工作等方式惩戒相关违规行为。

为加强发改委外债登记的强制效力，《外债管理办法（征）》专章规定了违反《外债管理办法（征）》的

法律责任。

（一）相关企业的法律责任

违规情形	法律责任
违反本办法规定借用外债的	■ 对相关企业及其主要责任人予以约谈、公开警告或暂停其开展或参与企业外债业务等惩戒措施
申请材料和披露信息存在隐瞒、虚假记载、误导性陈述或重大遗漏的	■ 对相关企业及其主要责任人予以警告
通过隐瞒、欺骗、贿赂等不正当手段取得《审核登记证明》	■ 撤销《审核登记证明》
未按照规定报送信息	■ 审核登记机关责令企业限期改正；情节严重或逾期不改正的，对相关企业及其主要责任人予以警告

（二）中介机构的法律责任

《外债管理办法（征）》在第二十二條中特別規定了承銷機構、律師事務所、會計師事務所等中介機構（“**中介機構**”）和人員應當對出具文件的真實性、準確性、完整性承擔責任。

對於違反信息披露義務的中介機構以及主要責任人員，發改委將針對違規情形通過“信用中國”網站、國家企業信用信息公示系統等進行公示，進而可能影響未來相關中介機構以及主要責任人員參與外債申請登記工作。

除此之外，《外債管理辦法（征）》在第二十九條規定，如果中介機構有以下行為的，發改委將予以通報，並商請有關部門依法依規處罰相關機構及有關責任人。

1. 為違反辦法規定的借用外債活動提供相關中介服務的；
2. 出具的書面核實報告和意見及相關披露信息存在隱瞞、虛假記載、誤導性陳述或重大遺漏的。

上述 1 項要求或將導致中介機構在判斷相關外債是否需要到發改委進行登記時持更為謹慎的態度。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

朱俊

电话： +86 10 8525 4690

Email: jun.zhu@hankunlaw.com

杨铁成

电话： +86 10 8516 4286

Email: tiecheng.yang@hankunlaw.com