

## 聚焦中国外商投资准入制度的最新变革 ——中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入创新制度解读

作者: 陈巍 / 张征轶

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“自贸试验区”)于2013年9月29日正式挂牌成立,其中外商投资项目准入的创新尤为引人注目,负面清单的管理模式更是开创了我国行政管理制度的先河。本文结合现行自贸试验区规章制度,试从程序、实体及监管层面解读外商投资项目准入的制度创新。

### 自贸试验区外商投资准入程序创新介绍

完整的外商投资流程,一般涉及外资公司设立与投资项目的立项两步,采双线监管,分别由商务主管部门和立项主管部门负责;涉及行业特殊监管的外商投资,还需取得相关监管部门的相应审批。

总体而言,近年外商投资的准入监管呈现逐步开放态势。在全国范围内,依据《国家发展改革委关于做好外商投资项目下放核准权限工作的通知》(发改外资[2010]914号),国务院大幅下放了对外商投资项目的监管权限,原由其核准的《外商投资产业指导目录》中总投资(包括增资)3亿美元以下的鼓励类、允许类项目,除《政府核准的投资项目目录》规定需由国务院有关部门核准之外,下放至省级发展改革委核准;同时,地方外商投资准入监管亦呈同样情况,例如,依据《广东省企业投资体制改革方案》相关规定,广东省除进一步下放审批权限外,还将除需报国家核准的项目外其余鼓励类、允许类的总投资3亿美元以下的外商投资项目由核准制改为备案制;依据《广东省企业投资项目并联办理实施意见》相关规定,同一审批阶段内一个部门办理多个审批事项的,审批部门应设立内部牵头办理处室,优化内部审批程序,整合内部业务分工和 workflow,强化部门内设机构联动效应,实现一个窗口对外,合并办理。

而相比较国家及地方越来越开放的外商投资准入监管,自贸试验区的制度设置在开放性方面更显示为一种跳跃,甚至可称为一种变革:除依据《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》、《中国(上海)

If you would like an English version of this publication, please contact:

**Roy Guo:** (86 21) 3135 8756  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

如您需要了解我们的出版物,请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756  
[Publication@llinkslaw.com](mailto:Publication@llinkslaw.com)

通力律师事务所  
[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)

## 聚焦中国外商投资准入制度的最新变革 ——中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入创新制度解读

《自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》、《中国(上海)自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》的相关规定大幅度简化政府流程管理手续外,自贸试验区将负面清单制度引入区内外商投资准入管理。负面清单的意义在于清单未规定的领域,除国务院规定对国内投资项目保留核准的外,投资项目、公司章程审批均由核准制改为备案制。至此,商务主管部门及立项主管部门的管理流程中,自贸试验区区内的外商投资直接备案成为最主要形式,外商投资的时间成本、手续较之前规定大幅降低、简化。为进一步实现审批流程的便利,自贸试验区还在外商投资准入流程上采取了“一口受理机制”。依《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第二十八条规定:“自贸试验区工商部门会同税务、质监等部门和管委会建立外商投资项目核准(备案)以及企业设立(变更)‘一表申报、一口受理’工作机制,工商部门统一接收申请人提交的申请材料,统一向申请人送达有关文书。”在审批时限上,自贸试验区也做出了明确的规定,若外商投资仅涉及企业设立变更,外商投资企业在线完成申报后,备案机构应在 1 个工作日内予以备案,并将备案证明在线发送至外商投资企业和相关部门;若涉及项目立项,项目备案机构应在收到申请材料之日起 10 个工作日内,向备案申请人出具自贸试验区外商投资项目备案意见。

### 负面清单管理模式下外商投资项目的核准与备案

自由贸易试验区外商投资准入的核心创新之一,是负面清单管理制度的出台。《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2013 年)》(以下简称“负面清单”)在说明中明确了所谓的负面清单管理模式,即政府规定哪些行业、领域受负面清单规范,而其他行业、领域均可备案许可。负面清单制度的确立,不仅简化了外商投资审批流程、取消了原先对于投资项目四级分类、扩大了外商投资的范围,更彰显了政府转变职能定位和监管思维的决心。

#### ➤ 负面清单内容调整

通过对比《外商投资产业指导目录(2011 年修订)》(以下简称“指导目录”)与负面清单之间的差异,外国投资者需关注内容包括:第一,在禁止类项目的特别管理措施上,负面清单增加了指导目录原未包括的部分内容。这一方面表明了自贸试验区设立初期的谨慎性,另一方面对拟投资自贸试验区的外国投资者进行了提示:不可想当然地认为区内禁止外商投资准入的领域等于或小于指导目录禁止类内容;第二,负面清单删除了部分原属于指导目录中限制类的内容,即在中国大陆其他地区仍属于限制类的项目在自贸试验区可简单通过备案获取准入资格;第三,负面清单在限制项特别管理措施上通过对原有指导目录相应项目的具体化解释,扩大或缩小了指导目录限制类内容的适用范围,例如对公司注册资本的要求、对营业规模的要求以及对外方参股比例的要求等等。

#### ➤ 负面清单模式下需重点关注的问题

##### - 对负面清单的解释问题

## 聚焦中国外商投资准入制度的最新变革 ——中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入创新制度解读

负面清单的适用意义在于“清单未列举即备案”，但是如果项目出现于清单之中且有特别限制，那么是否意味着该项目在特别限制之外就可以直接履行备案程序？例如，清单中在特别管理措施中出现这样的表述：“限制投资出版物印刷(中方控股)，注册资本不得低于 1000 万元人民币”。如此，是否可以理解投资出版物印刷且注册资本少于 1000 万元人民币的外商投资项目就不属于负面清单的内容，仅通过备案程序即可？亦或是需要理解为凡是投资出版物印刷的外商投资项目均属于负面清单内容且此类项目注册资本不得少于 1000 万人民币？一般观点可能倾向第二种解释，但根据《中国(上海)自由贸易试验区外商投资项目备案管理办法》第二条，自贸试验区项目备案管理范围包括自贸试验区外商投资准入特别管理措施之外的外商投资项目，因此第一种解释似乎也有道理，毕竟特别管理措施中列举的是注册资本不得低于 1000 万元人民币，那么低于此数额的是否也应不在负面清单之列？因此，负面清单在未来的适用过程中的解释问题需格外关注。

### - 负面清单类别划分与指导目录类别的差异问题

该问题的产生源于负面清单的类别划分与指导目录不完全相同。例如负面清单在采矿业 B09 项中列举“限制贵金属(金、银、铂族)开采”，而指导目录中采矿业类中限制“贵金属(金、银、铂族)勘查、开采”，若仅看采矿业的类别划分，则会轻易得出贵金属(金、银、铂族)勘查不属于负面清单范畴的结论。但是，在负面清单中 M747 地质勘查类别中，限制贵金属(金、银、铂族)勘查的规定赫然在列；再比如负面清单 F511 和 F521 区分了批发和零售，因此针对棉花的配送问题限制条件也不一致：F521 零售类别要求“设立超过 30 家分店、销售来自多个供应商的不同种类和品牌商品的连锁店由中方控股”，而 F511 批发类别则无此需要；指导目录中本身将批发和零售放在一起并做了上述限制的统一要求。从这个角度看，外国投资者不能沿用之前对指导目录类别划分的惯性理解，而应在可行性论证时全面了解负面清单的分类以及该分类与指导目录的区别，否则容易造成片面解读负面清单进而造成应当履行相关核准程序但未履行的情形。

## 自贸试验区外商投资监管与风险防范

无论是外商投资审批程序的简化，亦或是负面清单制度对外商投资范围的扩容，均意味着外商投资自由度地大幅提高。但是，自贸试验区的“自由”并不意味着管理的弱化，而是对政府职能转变提出了更高的要求。探索自贸试验区建立的目的，不仅仅是更大程度的开放，更体现了对行政审批制度改革的积极探索。然而，在降低外商投资准入门槛、扩大外商投资范围的同时，如何确保监管有效、风险可控也是监管者不得不考量的问题。

自贸试验区的风险控制从宏观和微观两个层面着手：宏观层面，自贸试验区坚持“一线放开、二线管住”的政策方针，将改革试点严格限缩在 28.78 平方公里的自贸试验区内，任何新政策的适用，都只在自贸试验区有效。这在空间领域使政策风险可控；而在微观层面，自贸试验区也做了以下尝试：

## 聚焦中国外商投资准入制度的最新变革 ——中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入创新制度解读

### ➤ 营造公开、透明的投资环境

投资环境的透明、公开是自贸试验区监管和风险控制的基础，自贸试验区着力营造管理者与管理者、管理者与企业以及企业与公众间的信息畅通。自贸试验区要求各项政策制度、法律法规能够公开、透明地被公众查阅，涉及企业的监管信息能够及时、真实地予以发布，工商、海关、税务、金融等部门的信息资源能够高效、全面地共享，以此为管理流程地优化、便捷服务地提供、事中事后监管地加强提供有力支撑。除一般信息的常规披露外，依《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第二十九条的规定：“自贸试验区执法检查情况，应当依法及时公开；涉及食品药品安全、公共卫生、环境保护、安全生产的，还应当公开处理进展情况，并发布必要的警示、预防建议等信息。”对于企业，自贸区赋予其极大的自由度，在信息披露上，只要符合备案条件，外商投资企业仅需确保备案信息与注册登记机关提供的信息一致，及时公开公司备案变更、年度报告即可。

### ➤ 政府由审批者向监管者转变

自贸试验区在监管思路上的转变，是自贸试验区监管和风险控制的保障。无论是负面清单制度的确立、备案制替代核准制这样的制度突破，亦或是自贸试验区内企业取消年检制度，以年度报告公示制度替代这样的细节变更，均体现了行政部门监管思维的调整，行政部门与企业之间的关系逐步由审批者与被审批者向监管者与被监管者转变。角色定位的转变，提高了企业自我管理的积极性，也对行政部门的监管提出了更高的要求，进而言之，自贸试验区外商投资准入制度改变是以点带面的有益尝试。

### ➤ 守信激励和失信惩戒联动机制

合理的激励与惩戒机制是自贸试验区监管和风险控制的动力，依《中国(上海)自由贸易试验区外商投资企业备案管理办法》第十三条的规定：“备案机构应定期对投资者(或外商投资企业)的承诺事项进行检查。发现投资者(或外商投资企业)实际情况与承诺内容不符的，备案机构应以书面通知形式令其改正，并限期整改；情节严重的，应取消备案，将该信息记入外国投资者诚信档案，将该企业列入虚假陈述企业名录，并告知相关部门，公示处理结果。”目前，关于激励和惩戒的规定仍过于宽泛，具体如何认定、操作尚不清晰，仍有待对条文的进一步细化规定。

相较于传统的外放型监管，守信激励和失信惩戒联动机制属于内源型监管，其非通过设立严格的准入门槛，将不达标的企业剔除，依靠强力的行政监管限制企业的行为，而是通过提高违规成本和合理的激励措施，引导企业自发地遵守自贸试验区相关制度规范。期待该项监管方式能为自贸试验区进一步创新制度的落实保驾护航。

**聚焦中国外商投资准入制度的最新变革**  
——中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入创新制度解读

如需进一步信息, 请联系:

| 上海  | 北京   |
|---|--|
| <b>韩 炯</b><br>电话: (86 21) 3135 8778<br>Christophe.Han@llinkslaw.com | <b>翁晓健</b><br>电话: (86 10) 6655 5050 - 1028<br>James.Weng@llinkslaw.com |
| <b>陈 臻</b><br>电话: (86 21) 3135 8699<br>Grant.Chen@llinkslaw.com     | <b>李 文</b><br>电话: (86 10) 6655 5050 - 1027<br>Wen.Li@llinkslaw.com     |
| <b>陈 巍</b><br>电话: (86 21) 3135 8766<br>Way.Chen@llinkslaw.com       |  |
| <b>黄 艳</b><br>电话: (86 21) 3135 8788<br>Calista.Huang@llinkslaw.com  |  |
| <b>王利民</b><br>电话: (86 21) 3135 8716<br>Leo.Wang@llinkslaw.com       |  |

本篇文章发表于《中国法律透视》电子版第 41 期(总第 76 期)。