

外商投资法律热点问题

外商投资管理的新动向——浅析《外商投资产业指导目录（2014年修订）》征求意见稿

引言：中国多年来对于外商投资一直采取审批管理模式，即依据《外商投资产业指导目录》（以下简称“《目录》”）审批外商投资项目和外商投资企业。外商投资项目分为鼓励类、允许类、限制类和禁止类四类，允许类项目不列入《目录》。此外，还有《中西部地区外商投资优势产业指导目录》作为补充。《目录》自1995年公布以来已进行了五次修订，现行有效的《外商投资产业指导目录》是2011年修订版本。国家发展改革委会近期对《目录》进行了第六次修订，并于2014年11月4日公开征求意见¹。

本文将从分析2014年《目录》征求意见稿（以下简称“2014年《目录》”）入手，并与2014年修订的中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）负面清单相比较，探讨外商投资管理的新动向并展望新的发展趋势。

一、2014年《目录》修订概况

2014年11月4日，国家发展和改革委员会在《关于〈外商投资产业指导目录〉修订稿公开征求意见的公告》中说明，本次《目录》修订，以积极

主动扩大开放、转变外资管理方式、调整和优化经济结构、进一步增加透明度为原则，大幅缩减限制类项目，放开外资股比限制，重点推进制造业和服务业对外开放，有利于促进国际国内要素有序自由流动，以开放促改革，加快培育参与和引领国际经济合作竞争新优势。

我们认为2014年《目录》确实体现了上述原则。与2011年《目录》相比，2014年《目录》中鼓励类、限制类和禁止类项目都有不同程度地增减，特别是限制类项目，条目数由79条减少至35条。同时，也大量放开了外商投资的形式和持股比例的限制，要求采用“合资、合作”形式的条目数由43条减少至11条；要求“中方控股”的条目数也由44条减少至32条²。但我们也注意到，在积极主动扩大开放的同时，对于有些外商投资项目的审批却严格了，例如“高等教育机构（限于合资、合作）”由2011年《目录》的鼓励类调整为2014年《目录》的限制类（条目的形式限制修改为限于合作、中方主导）；“法律咨询”由2011年《目录》的限制类调整为2014年《目录》的禁止类（条目内容修改为“中国法律事务咨询”）。总体而言，2014

¹ http://www.ndrc.gov.cn/yjzx/yjzx_add.jsp?SiteId=85

² <http://money.163.com/14/1104/21/AA852Q0800253B0H.html>

年《目录》放开了制造业、服务业等领域的外资准入限制。以下将详细分析 2014 年《目录》中鼓励类、限制类和禁止类项目的修订内容。

（一） 鼓励类项目

鼓励类项目整体上修订内容不多，2014 年《目录》列举的条目数共有 349 条。

首先，2014 年《目录》新增了“物联网技术开发与应用”；“工业设计、建筑设计、服装设计等创意产业”；“养老机构”等鼓励类项目。

其次，“电网的建设、经营（中方控股）”由 2011 年《目录》的限制类被调整为 2014 年《目录》的鼓励类。

最后，大量放开了外商投资的形式和持股比例的限制，例如“中药材种植、养殖”，“民用航空机载设备设计与制造”，“游艇的设计与制造”，“空中交通管制系统设备制造”等条目删除了合资、合作的限制；对于“会计、审计”则删除了合作、合伙的限制；“高速铁路、铁路客运专线、城际铁路基础设施综合维修”，“定期、不定期国际海上运输业务”，“演出场所经营”等条目删除了中方控股的限制。

另外值得一提的是，2014 年《目录》首次将养老机构列入鼓励类项目。我们注意到，在 2014 年《目录》尚未正式发布前，商务部、民政部已于 2014 年 11 月 24 日公布了《商务部、民政部关于外商投资设立营利性养老机构有关事项的公告》，鼓励外国投资者在中国独立或与中国公司、企业和其他经济组织合资、合作举办营利性养老机构。商务部、民政部鼓励外国投资者参与专门面向社会提供经营性服务的公办养老机构的企业化改制。外商投资营利性养老机构可以从事与养老服务有关的境内投资，鼓励外国投资者发展养老机构规模化、连锁化经营，开发优质养老机构品牌。在税收优惠和行政事业性收费方面，外商投资营利性养老机构与国

内资本投资举办的营利性养老机构享有同等的税收等优惠政策和行政事业性收费减免政策。同时需注意，商务部、民政部要求各地政府不得批准通过改变养老设施建设用地用途、容积率等使用条件设立的外商投资房地产企业。外商投资营利性养老机构不得经营住宅贴现养老等业务。

（二） 限制类项目

限制类项目整体上修订内容最多。

首先，条目大幅度减少，条目数由 79 条减少至 35 条。甚至对于上海自贸区目前仍然列入负面清单进行限制的某些产业，在 2014 年《目录》中也进行了删除。例如，上海自贸区将以下产业列入负面清单予以限制：“黄酒，名优白酒生产（中方控股）”；“出版物印刷（中方控股），注册资本不得低于 1000 万人民币”；“农药、农膜的批发、零售、配送（设立超过 30 家分店，销售来自多个供应商不同种类和品牌商品的连锁店由中方控股）”；“限以项目公司形式投资高档宾馆、高档写字楼、国际会展中心”；“限以项目公司形式投资房地产二级市场交易”。但是，2014 年《目录》的限制类项目已删除了上述条目。

同时值得注意的是涉及制造业、批发和零售业、房地产业以及文化、体育和娱乐业的限制类条目大幅度减少甚至整体删除。其中，对于零售业，2002 年、2004 年、2007 年、2011 年修订的《目录》均将“网上销售”列入限制类项目。但是近年来，中国的电子商务快速发展，网络交易量可观，为了进一步促进电子商务健康快速发展，2013 年 4 月 15 日，国家发展和改革委员会等 13 个部门联合发布《关于进一步促进电子商务健康快速发展有关工作的通知》，从统筹推进电子商务环境建设、推动电子商务企业会计档案电子化试点工作、推进商贸流通领域电子商务创新发展、完善跨境贸易电子商务通关服务、加快网络（电子）发票推广与应用等

十四个方面继续加快完善支持电子商务创新发展的法规政策环境。随后，各地政府也纷纷制定了促进当地电子商务发展的规范性文件。考虑到在当前市场和法规政策环境下，继续限制外商投资电子商务领域显得不合时宜，2014年《目录》将“网上销售”从限制类项目中删除，也不再限制电子商务项目的外资比例。

对于房地产业，2004年、2007年、2011年修订的《目录》均将从事“土地成片开发（限于合资、合作）”；“高档宾馆、高档写字楼和国际会展中心的建设、经营”列入限制类项目；但2014年《目录》将上述条目全部删除，即允许外资从事上述条目所述的项目。

从2006年起，为了规范房地产市场外资准入和管理，建设部、商务部、国家发展和改革委员会、中国人民银行、国家工商行政管理总局、国家外汇管理局于2006年7月11日联合公布了《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》。随后，商务部、外汇管理局、建设部等部门也制定了配套的规范性文件，如商务部于2006年8月14日公布了《商务部办公厅关于贯彻落实〈关于规范房地产市场外资准入和管理的意见〉有关问题的通知》，国家外汇管理局、建设部于2006年9月1日公布了《国家外汇管理局、建设部关于规范房地产市场外汇管理有关问题的通知》，商务部、国家外汇管理局于2007年5月23日公布了《商务部、国家外汇管理局关于进一步加强、规范外商直接投资房地产业审批和监管的通知》等。根据上述规定，境外机构和个人在境内投资购买非自用房地产，应当遵循商业存在的原则，申请设立外商投资房地产企业；外商投资从事房地产开发、经营，应遵循项目公司原则；外商投资房地产企业的设立、变更等事项必须完成商务部备案手续；对未完成商务部备案手续的外商投资房地产企业，外汇管理部门、外汇指定银行不予

办理资本项目结售汇手续等。这些规定对于外商投资房地产造成了巨大的影响。2014年《目录》正式实施后，是否仍需延续目前严格的房地产市场外资准入和管理规定，上述有关房地产市场外资准入和管理的规范性文件是否需要修改或者废止，我们将拭目以待。

其次，原鼓励类、限制类与禁止类项目之间有微调。“音像制品和电子出版物的制作业务”由2011年《目录》的禁止类调整为2014年《目录》的限制类，同时增加了“中方控股”的限制；“高等教育机构（限于合资、合作）”却由2011年《目录》的鼓励类调整为2014年《目录》的限制类（条目的形式修改为限于合作、中方主导）。

最后，增加中方主导的限制。“高等教育机构”、“普通高中教育机构”、“幼儿教育”除了限制必须采用合作的形式外，还要求中方主导。我们注意到，除了1995年制定的及1997年修订的《目录》采用了中方“主导地位”的限制外，2002年、2004年、2007年及2011年修订的《目录》均未再采用中方“主导地位”的限制。对于“中方主导”及中方“主导地位”是否存在差别，在高等教育机构、普通高中教育机构、幼儿教育中如何实现“中方主导”目前还没有明确的指导意见。

（三） 禁止类项目

禁止类项目整体上修订内容也不多，2014年《目录》列举的条目数有36条。

首先，删除了部分制造业的条目，甚至对于上海自贸区目前仍然列入负面清单进行禁止的某些产业，在2014年《目录》中也进行了删除。例如，上海自贸区负面清单禁止投资“中国传统工艺的特种茶生产加工”；“开口式（即酸雾直接外排式）铅酸电池、含汞扣式氧化银电池，含汞扣式碱性锌锰电池、糊式锌锰电池、镉镍电池制造”；“脱胎漆器生产”；“珐琅制品生产”。而以上产业并不属于2014

年《目录》中的禁止类项目。

其次，原限制类与禁止类项目之间有微调。“烟草的批发、零售”由 2011 年《目录》的限制类调整为 2014 年《目录》的禁止类，条目内容修改为“烟叶、卷烟、复烤烟叶及其他烟草制品的批发、零售”。“法律咨询”由 2011 年《目录》的限制类调整为 2014 年《目录》的禁止类，条目内容修改为“中国法律事务咨询”。

二、 未来外资立法展望——采用准入前国民待遇和负面清单的管理模式

目前世界其他国家对于外商投资普遍采取准入前国民待遇和负面清单管理模式。国民待遇是指给予外国投资者及其投资，不低于其在同等条件下给予其本国投资者及其投资的待遇。国民待遇可分为准入前国民待遇（pre-establishment）与准入后国民待遇（post-establishment）。准入前国民待遇是指将国民待遇延伸至投资发生和建立前阶段，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。准入后国民待遇是指外国投资者在东道国设立企业后，在从事经营活动中，给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。负面清单以清单方式列明对于外商投资与国民待遇等不符的准入措施，属于准入前国民待遇，体现了“法无明文禁止即自由”的法治理念。

2013 年 7 月，在华盛顿举行的第五轮中美战略与经济对话期间，双方宣布中美投资保护协定将引入准入前国民待遇和负面清单的管理模式。为了探索该模式的可行性，上海自贸区于 2013 年率先尝试准入前国民待遇和负面清单的管理模式，即通过负面清单列明该区内对外商投资项目和设立外商投资企业采取的与国民待遇等不符的准入措施。对负面清单之外的领域，将外商投资项目由核准制改为备案制。为此，上海自贸区于 2013 年 9 月制定了《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）》，并于 2014 年 6 月对此进行了修订。上海自贸区的实践证明，准入前国民待遇和负面清单管理模式是可行的。

2014 年 11 月 12 日，中美两国元首一致同意加快双边投资协定谈判进度，力争在年底前就核心问题和主要条款达成一致，在 2015 年启动负面清单谈判。我们认为，2014 年《目录》无疑将成为日后制定负面清单的重要基础；同时，采用准入前国民待遇和负面清单的管理模式应该会更有利于中国进一步吸引外商投资，促进经济的发展。

另外值得一提的是，《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》的修改已经被第十二届全国人大常委会列入五年立法规划的第二类立法项目，即需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的立法项目，但目前尚未公布修改征求意见稿。我国目前采用的是“身份主义”的立法模式，即针对外商投资专门制定法律，形成了以《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》及其实施条例、细则为框架，国务院、商务部、国家工商行政管理局、国家发展和改革委员会、国家外汇管理局等部门及各地政府制定的规范性文件为支撑的立法体系。该立法体系涵盖了外资准入、外国投资者并购境内企业、外商投资企业的设立、变更、股权转让、股权出资、国家安全审查等各方面内容。随着经济及法治进程的发展，内外资企业适用不同法律的“双轨制”立法体制已经阻碍外商投资的进一步发展，而且这种立法体制也不符合世界贸易组织的国民待遇的要求。我们倾向于认为，尽管目前还不可能实现内外资法律的统一，但随着改革的进一步深化，如果日后准入前国民待遇和负面清单管理模式能够最终实现，未来中国亦有可能最终实现内外资公司法律的统一。

三、 结语

2014年《目录》的修订体现了我国政府进一步鼓励外商投资、增加透明度、降低市场准入门槛的决心。我们预计未来外商投资领域的立法将体现我

国外资管理方式的巨大变革，而该等变更极有可能推动新一轮的外商投资热潮，对中国未来经济建设产生积极的促进作用。我们对此充满了期待！

缪晴辉 合伙人 电话：86 20 2805 9066 邮箱地址：miaoqh@junhe.com

潘一鸣 律师 电话：86 20 2805 9092 邮箱地址：panym@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

