



漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西·务实创新

2016年12月8日

外商投资法

负面清单制度下的《外商投资产业指导目录》

李珺 | 孙冠绯

2016年12月7日，国家发展改革委员会和商务部联合发布公告，就2015年版《外商投资产业指导目录》修订稿公开征求意见（以下简称“**修订稿**”）。较以往间隔三四年才修订一次的惯例，本次修订步伐明显加快，显示出政策制定者对贯彻落实外商投资负面清单监管模式的积极态度。

作为“外资准入前国民待遇+负面清单监管模式”的关键配套文件，准入特别管理措施（即负面清单）并未单独出台，而以《外商投资产业指导目录（2015年修订）》（以下简称“**2015年版《目录》**”）替代执行¹。2015年版《目录》沿用以往的体系设置，各项准入限制散见于鼓励类、限制类和禁止类中，未形成统一的准入特别管理措施。本次修订的主要目的就是顺应新监管模式的需求，统一列明限制性措施，提高准入制度透明度。

一、 修订概述

较2015年版《目录》，修订稿对目录的结构设置进行了调整。延续多年的鼓励类、限制类和禁止类改为鼓励类和外商投资准入特别管理措施两大类。外商投资准入特别管理措施（以下简称“**负面清单**”）则整合了鼓励类项下有股比要求的条目以及限制类和禁止类，进一步分为限制类和禁止类两类。调整后的修订稿包含344个鼓励类条目和62个负面清单条目（35个限制类条目和27个禁止类条目）。

就具体条目，修订稿有如下4个方面的主要调整：

1. 为达到统一列明的目的，修订稿将适用负面清单的鼓励类条目整合进入负面清单中的限制类，鼓励类和负面清单（限制类）将有11个条目重合（具体见下表）。

¹ 2016年10月8日，国家发展改革委和商务部联合公告，明确外商投资准入特别管理措施按《外商投资产业指导目录（2015年修订）》中限制类和禁止类，以及鼓励类中有股权要求、高管要求的有关规定执行。涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行。

鼓励类与限制类重合			
#	原条目	2015年版《目录》	修订稿
1	11.石油、天然气（含油页岩、油砂、页岩气、煤层气等非常规油气）的勘探、开发（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类，仅针对石油、天然气（含煤层气，油页岩、油砂、页岩气等除外）的勘探、开发 股权比例限制不变
2	210.民用飞机设计、制造与维修：干线、支线飞机（中方控股），通用飞机（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
3	212.民用直升机设计与制造（3吨级及以上需中方控股）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
4	214.地面、水面效应飞机制造及无人机、浮空器设计与制造（中方控股）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
5	293.核电站的建设、经营（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
6	295.电网的建设、经营（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
7	301.铁路干线路网的建设、经营（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
8	307.民用机场的建设、经营（中方相对控股）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变
9	308.航空运输公司（中方控股，且一家外商及其关联企业投资比例不得超过25%）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变 增加法定代表人的中国国籍要求
10	309.农、林、渔业通用航空公司（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例限制	鼓励类/限制类 股权比例限制不变 增加法定代表人的中国国籍要求
11	310.定期、不定期国际海上运输业务（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例要求	鼓励类/限制类 股权比例限制不变

2. 按照内外资一致原则管理，修订稿移除了可适用内外资一致的限制性措施的 11 个条目，不再将其视为外资准入措施（具体见下表）。

内外资一致原则管理			
#	原条目	2015年版《目录》	修订稿
1	14.小电网范围内，单机容量30万千瓦及以下燃煤凝汽火电站、单机容量10万千瓦及以下燃煤凝汽抽汽两用机组热电联产电站的建设、经营	限制类	删除
2	37.大型主题公园的建设、经营	限制类	删除
3	7.列入《野生药材资源保护管理条例》和《中国稀有濒危保护植物名录》的中药材加工	禁止类	删除
4	11.象牙雕刻	禁止类	删除
5	12.虎骨加工	禁止类	删除

6	14.大电网范围内，单机容量30万千瓦及以下燃煤凝汽火电站、单机容量20万千瓦及以下燃煤凝汽抽汽两用热电联产电站的建设、经营	禁止类	删除
7	24. 军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构	禁止类	删除
8	33.高尔夫球场、别墅的建设	禁止类	删除
9	34.危害军事设施安全和使用效能的项目	禁止类	删除
10	35.博彩业（含赌博类跑马场）	禁止类	删除
11	36.色情业	禁止类	删除

3. 为进一步扩大开放、调整产业结构，修订稿删除了2015年版《目录》7个限制类条目，将其调整为允许类；修订稿还取消了2015年版《目录》鼓励类中7个条目的股比和国籍要求，并将部分调整为允许类（具体见下表）。

扩大开放、调整产业结构			
#	原条目	2015年版《目录》	修订稿
1	11. 矿井瓦斯利用（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 仍为鼓励类
2	209. 轨道交通运输设备（限于合资、合作）	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 调整为允许类
3	221. 海洋工程装备(含模块)的制造与修理(中方控股)	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 调整为允许类
4	223. 船舶低、中速柴油机及曲轴的制造（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 调整为允许类
5	261. 民用卫星设计与制造、民用卫星有效载荷制造（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 仍为鼓励类
6	318.会计和审计	鼓励类，首席合伙人有国籍要求	取消国籍要求 调整为允许类
7	341.综合水利枢纽的建设、经营（中方控股）	鼓励类，存在股权比例要求	取消股权比例限制 调整为允许类
8	3.贵金属（金、银、铂族）勘查、开采	限制类	删除，调整为允许类
9	5.锂矿开采、选矿	限制类	删除，调整为允许类
10	6.豆油、菜籽油、花生油、棉籽油、茶籽油、葵花籽油、棕榈油等食用油脂加工（中方控股），大米、面粉、原糖加工，玉米深加工	限制类	删除，调整为允许类
11	7.生物液体燃料（燃料乙醇、生物柴油）生产（中方控股）	限制类	删除，调整为允许类
12	17.公路旅客运输公司	限制类	删除，调整为允许类
13	22.外轮理货（限于合资、合作）	限制类	删除，调整为允许类
14	29.资信调查与评级服务公司	限制类	删除，调整为允许类

4. 修订稿删除了 2015 年版《目录》中的兜底条目，通过负面清单中的“说明”，明确其适用原则，即 CEPA 相关协议、我国缔结或者参加的国际协定或条约以及我国法律法规另有规定的，从其规定。

取消兜底条款			
#	原条目	2015 年版《目录》	修订稿
1.	十四、国家法律法规和我国缔结或者参加的国际条约规定限制的其他产业	限制类	删除
2.	十三、国家法律法规和我国缔结或者参加的国际条约规定禁止的其他产业	禁止类	删除

二、 简评

本次《目录》修订，对于构建更加开放、透明的投资环境，更好地促进优化投资结构具有积极意义。但或许由于时间仓促，本次修订未跳出产业指导目录的框架，更多地是就分类和编排进行了调整，以符合负面清单的形式要求。目前的负面清单制度仍处于过渡性阶段。作为特别管理措施，其表达方式过于概括，限制性措施的内容不够具体和透明，期待后续能对目录进行更全面、更彻底地调整或者单独出台新的负面清单。

基于目前的结构设置，限制类也包括了鼓励类中的部分条目。其中，石油及天然气勘探、核电站的建设和经营、电网的建设和经营、铁路干线路网的建设、民用机场的建设和经营、通用航空、公共航空运输、海上运输、飞机设计、制造和维修等产业同时属于鼓励类和负面清单。根据修订稿中关于负面清单的说明，鼓励类和负面清单重合的条目，享受鼓励类政策，同时需遵循准入规定，这表明针对鼓励类产业的优惠措施，特别是进口设备减免关税等优惠政策仍将继续。

根据修订稿中关于负面清单的说明，负面清单针对的是外商投资准入方面的限制性措施。内外资统一适用的限制性措施不列入负面清单。这一管理方式的转变，体现了外资国民待遇原则，也与正在进行的市场准入负面清单制度改革相契合。外资应首先满足外资准入负面清单，准入后，再根据其所属行业、领域、业务与其他各类市场主体（包括国企、民企）适用同样的管理措施。修订稿中删除的限制和禁止类条目，如大型主题公园、军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构、高尔夫球场、别墅、危害军事设施的行为、色情和博彩业都已作为限制类或禁止类项目体现在国家发展改革委和商务部于2016年3月2日发布的《市场准入负面清单草案（试点版）》中。

另外，修订稿中关于负面清单的说明特别提出，“境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司并购与其有关联关系的境内公司，涉及外商投资项目和企业设立及变更事项的，按现行规定办理”。这一条与《关于外国投资者并购境内企业的规定》（商务部令2009年第6号）第11条（关联并购）的适用情形基本类似。根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》，关联并购应报商务部审批。修订稿此项说明的目的，可以理解为强调不论是否涉及负面清单行业，关联并购均应获得商务部审批。但根据2016年10月8日商务部和国家发展改革委的联合公告，“涉及外资并购设立企业及变更的，按现行有关规定执行”，即外国投资者以并购方式进行直接投资的，不论是否受制于负面清单，将继续实行审批管理制度。本次修订稿仅强调关联并购应按现行规定办理，而不述及其它并购类型，是否又可以理解为在负面清单外，且不属于关联并购的，外国投资者并购境内企业也将实行备案管理制度？这一“激进”理解是否成立，有待政策制定者就此项说明的用意予以进一步澄清和说明。

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 **李珺** 律师（+86-21-6080 0981; jun.li@hankunlaw.com）联系。