



漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西·务实创新

2013年9月6日



外商投资法律

中国（上海）自由贸易试验区新政初探（更新版）

高超 | 王舒 | 滕晓琳 律师

2013年8月22日，国务院正式批准在中国上海市设立中国（上海）自由贸易试验区（“自贸区”）。¹同时，为配合自贸区内各项改革措施的顺利推进，全国人民代表大会常务委员会于2013年8月30日颁布了《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》（“《决定》”），正式授权国务院暂停实施《中华人民共和国外资企业法》（“《外资企业法》”）、《中华人民共和国中外合资经营企业法》（“《合资企业法》”）以及《中华人民共和国中外合作经营企业法》（“《合作企业法》”）中相关外商投资企业的审批事项。

尽管《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》尚未正式出台（上述《决定》除外），但根据一些公开渠道的新闻报道，现将自贸区内可能实施的新政作一简要小结，供参考。敬请注意，本文之内容仅是我们根据现有公开可获信息对自贸区可能出台的相关政策的归纳，自贸区的政策最终应以正式颁布的法律法规为准。

从目前获得的信息来看，自贸区内的新政将主要在以下几个方面实现创新：

一、 大力深化金融体制改革和创新

自贸区新政最核心的创新内容系金融领域的改革。通过对相关新闻报道的梳理和总结，自贸区内的金融改革主要有以下九点：

- 1) 金融市场利率市场化，对存贷款利率不再设置限制，完全由市场决定；
- 2) 在风险可控的前提下，实现人民币资本项目可兑换和人民币跨境方面先行先试，并探索面向国际的外汇管理改革试点，建立与自贸区相适应的外汇管理体制；
- 3) 允许外资银行在自贸区内设立子公司和分支机构以及与境内银行合办中外合资银行，其设立可能不再需要履行现行的设立要求与程序。可从事各类零售及批发银行业务，包括接受存款、企业融资、贸易融资、财务活动、贵金属买卖及证券交易等；

¹ 中国（上海）自由贸易试验区包含上海外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山港保税区以及空港综合保税区4个海关特殊监管区域。

- 4) 在条件具备的情况下，允许设立有限牌照银行。²初步估计可能是持有特定人民币业务牌照的银行机构；
- 5) 允许设立外商投资支付机构，外国投资者可参照《非金融机构支付管理办法》，向人民银行申请并取得《支付业务许可证》；
- 6) 允许部分中资银行从事离岸业务；³
- 7) 鼓励融资租赁业务，并给予税收支持；
- 8) 逐步允许境外企业参与商品期货交易，允许境外期货交易所指定或设立商品期货的交割仓库；以及
- 9) 对自贸区内符合条件的企业给予税收优惠。

我们在附件一中详细地列出了上述自贸区内金融领域可能实施的新政内容与现行政策的简要对比，供参考。

二、 简化部分外商投资的审批流程

与目前对外国投资者境内投资实施的审批制度不同，自贸区内将实行“负面清单管理”的操作模式。所谓的“负面清单管理”，简单而言，即“法无明文禁止即可为”。具体而言，在自贸区内，除明确保留的、外国投资者对某些重点领域投资的准入限制外，外国投资者境内投资将不再设置审批，而改为备案，从而在自贸区内实行“审批+备案”的外资准入管理模式。我们在下表中列明了自贸区内可能会被取消的现有审批事项：

#	取消事项	主要内容	现行政策
1.	外商投资项目发改委立项审核	自贸区内的外商投资项目将按照内外资一致的原则，仅对涉及固定资产投资的内资和外商投资项目进行备案管理，并停止实施部分行政审批事项	各类外商投资项目（包括外商投资企业的设立及变更、外资并购等）应由各级发展改革委进行项目立项核准 ⁴
2.	外商投资企业设立及变更审批	根据《决定》，对外商投资企业（包括外资企业、中外合资企业和中外合作企业）的以下事项取消了审批，而改为备案： ⁵ <ul style="list-style-type: none"> ● 外资企业的设立、分立、合并、变更以及经营期限确定和延长； ● 中外合资企业的设立、合营期限延长、以及解散； ● 中外合作企业的设立、中外合作企业协议、合同、章程的重大变更、转让合作企业合同权利、义务、委托经营以及合作期限延长 	外商投资企业的设立、变更和终止等应事先取得主管商务部门的批准

² 有限牌照银行，是为了使一些基础稳固但规模不及银行的公司（例如，小额贷款公司）有资格申请成为有限牌照银行（这些银行可接受特定金额的存款，存款期不限）或接受存款公司，以便能接受本地人士存款，或经营批发及投资性质的银行业务。

³ 离岸业务是指银行吸收非居民的资金，服务于非居民的金融活动。

⁴ 实践中，一些外商投资项目存在毋需向主管发改委办理外商投资项目立项核准的情况。

⁵ 《决定》将于 2013 年 10 月 1 日期施行。与此同时，我们理解，国务院将会根据《决定》所确立的原则，对涉及外商投资企业设立、变更、终止等方面的法规一并进行调整并予以公布。

#	取消事项	主要内容	现行政策
3.	境外投资核准	对境内企业境外投资项目实行备案	境内企业境外投资应获得主管发改委的项目核准、主管商务部门的批准，并取得主管外汇管理部门颁发的境外直接投资外汇登记证，然后凭前述境外直接投资主管政府部门的核准文件和境外直接投资外汇登记证，在外汇指定银行办理境外直接投资资金汇出手续

三、 扩大外资投资领域，降低市场准入门槛

如前所述，在“负面清单”出台之后，清单之外的外商投资项目在自贸区内可不再受现行外资准入政策的相关限制。

根据已公布的信息，我们注意到，下列领域将可能降低或者取消对外国投资者在资质要求、持股比例、经营范围等方面的准入限制，具体而言：

#	行业	现行政策	自贸区拟推行政策
1.	船舶运输业	根据《外商投资国际海运业管理规定》的相关规定，经交通部和商务部批准，允许外国投资者采用以下形式投资经营国际海运业： <ul style="list-style-type: none"> • 设立中外合资、中外合作企业经营国际船舶运输、国际船舶代理、国际船舶管理、国际海运货物装卸、国际海运集装箱站和堆场业务； • 设立中外合资、中外合作、外商独资企业经营国际海运货物仓储业务； • 设立中外合资、中外合作、外商独资企业为投资者拥有或者经营的船舶提供日常业务服务 	外国投资者可自由投资该等领域，且毋庸履行相关审批程序，除非“负面清单”另有要求
2.	资信调查公司	根据《外商投资产业指导目录》，资信调查与评级服务公司属于外商投资限制类项目	
3.	演出经纪	根据《外商投资产业指导目录》，演出经纪机构属于外商投资限制类项目，且须由中方控股	
4.	娱乐场所	根据《外商投资产业指导目录》，娱乐场所经营属于外商投资限制类项目，且应限于合资、合作	
5.	教育培训机构	根据《外商投资产业指导目录》，高等教育机构虽然属于外商投资鼓励类项目，但设立形式限于合资、合作；普通高中教育机构为外商投资限制类项目，且限于合作；义务教育机构，军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构则为外商投资禁止类项目 实践中，大部分外商投资者均通过设立中外合作教育机构、举办中外合作办学项目、中外合作职业技能培训项目或者采用协议控制进行境内投资	
6.	文物交易和拍卖	根据现行《文物保护法》的相关规定，禁止设立中外合资、中外合作和外商独资的文物商店或者经营文物拍卖的拍卖企业	允许符合条件的外商独资或中外合资、中外合作拍卖企业在试验区内从事文物拍卖业务，其文物拍卖资质申请及拍卖标的审核工作纳入现行管理体制
7.	增值电信服务	根据《外商投资电信企业管理规定》等相关规定，经营增值电信业务（包括基础电信业务中的	在保障网络信息安全的前提下，允许外商独资或者控股企业经营特

#	行业	现行政策	自贸区拟推行政策
		无线寻呼业务)的外商投资电信企业的外国投资者的出资比例最终不得超过 50%，且不允许外资投资互联网信息服务	定形式的部分电信增值业务
8.	人才中介	根据现行《中外合资人才中介机构管理暂行规定》的相关规定，中外合资人才中介机构的注册资本金不少于 30 万美元，其中外方合资者的出资比例不得低于 25%，且不得多于 49%，中方合资者的出资比例不得低于 51%	允许自贸区内设立中外合资人才中介机构，外方可持有总计不超过 70% 的股权；中外合资人才中介机构的最低注册资本为 12.5 万美元（此前只有香港服务提供者和澳门服务提供者在内地设立合资人才中介机构才可享受该等政策）
9.	出境旅游	根据《中外合资经营旅行社试点经营出境旅游业务监管暂行办法》的规定，国家严格控制试点经营出境旅游业务的中外合资经营旅行社的数量	自贸区内凡符合条件的中外合资旅行社均可从事除台湾地区以外的出境旅游业务
10.	建筑工程	根据《外商投资建设工程设计企业管理规定》，外商投资建设工程设计企业的外方投资者及外国服务提供者应当是在其本国从事建设工程设计的企业或者注册建筑师、注册工程师 根据《外商投资建筑业企业管理规定》，外资建筑业企业只允许在其资质等级许可的范围内承包外资等于或者超过 50% 的中外联合建设项目；及外资少于 50%，但因技术困难而不能由中国建筑企业独立实施，经省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门批准的中外联合建设项目	可能取消对外资工程设计（不包括工程勘察）企业首次申请资质时对投资者的工程要求 外商投资建筑企业承揽中外联合建设项目时不受建筑项目的中外投资比例限制（此前仅有港澳投资建筑企业享受此等待遇） 以上政策仅对自贸区内成立的企业适用，且其只能在向上海市范围内的建筑工程提供服务时适用本项政策

附件一 自贸区金融领域改革措施与现行政策之简要对比

#	自贸区拟推行政策	现行政策	汉坤备注
1.	区域内实现金融市场利率市场化，金融机构资产方价格实行市场化定价	根据《中国人民银行关于进一步推进利率市场化改革的通知》，自 2013 年 7 月 20 日起，全面放开金融机构贷款利率管制，金融机构以市场供求为基础合理确定贷款利率	按照现有规定，尚未取消“存款利率上限”，而这可能会在在自贸区中实现突破
2.	允许外资银行设立子公司和分支机构以及与境内银行合办中外合资银行	根据《中华人民共和国外资银行管理条例》及其实施细则，允许设立外资银行及中外合资银行，但前提是须满足《中华人民共和国外资银行管理条例》中规定的前提条件和审批要求，包括，对外资银行及中外合资银行注册资本最低限额的要求（人民币 10 亿元或者等值的自由兑换货币）及对投资主体的经营资质、财务状况、在华投资经验等一系列的要求	我们理解，若外资银行及合资银行设立被明确排除在“负面清单”之外，则其设立及变更或可毋需再符合《中华人民共和国外资银行管理条例》及其实施细则以及相关法律法规中规定的前提条件及审批要求
3.	人民币资本项目可兑换和人民币跨境方面进行先行先试	目前中国大陆只是有条件地实现了人民币经常项目可兑换，人民币资本项目可兑换尚未实现。类似地，国务院常务会议于 2009 年 4 月 8 日正式决定，在上海和广州、深圳、珠海、东莞等城市开展跨境贸易人民币结算试点 因此，至今贸易项下的人民币跨境结算已经较为普遍，并且部分资本项下的人民币结算也有所尝试，但总体而言，资本项下的人民币跨境结算尚未实现	一旦人民币资本项目实现可兑换，这将方便外国投资者的资金进出，以进一步吸引外国投资者在境内进行投资
4.	允许设立有限牌照银行	中国目前尚未制定关于有限牌照银行的任何规则，也未有任何有限牌照银行设立	借鉴香港的相关规定，所谓的有限牌照银行，系为了使一些基础稳固但规模不及银行的公司（例如，小额贷款公司）有资格申请成为有限牌照银行（该等银行可接受 50 万港币或以上的存款，存款期不限）或接受存款公司，以便能接受本地人士存款，或经营批发及投资性质的银行业务。中国国内已有这方面的探讨，但尚未进入实质改革阶段
5.	允许设立外商投资支付企业	虽然《非金融机构支付服务管理办法》中并未明确限制或禁止外商投资支付业务，但该《办法》颁发三年多以来，仅艾登瑞德（中国）有限公司和上海索迪斯万通服务有限公司两家外商独资公司于 2013 年 7 月 6 日首次获准从事“预付卡发行与受理”业务，而网络支付和银行卡收单这两项主要的支付业务内容仍未获批准。目前外资所被允许从事的支付业务十分有限	由于被明确排除出“负面清单”，因此相关的审批程序一概豁免，满足相关要求的可直接办理备案程序

#	自贸区拟推行政策	现行政策	汉坤备注
6.	允许部分中资银行从事离岸业务	作为离岸业务试点的招商银行、深圳发展银行、浦东发展银行和交通银行已经在离岸业务范围内有所实践，主要的业务范围包括外汇存贷款、国际结算、发行大额可转让存款证、外汇担保等	由于离岸业务本身处于探索发展过程中，自贸区在这一领域内更多的是总结现有的实践经验并明确政策要求，从而推动中资银行从事离岸业务
7.	鼓励融资租赁业务，给予税收支持；融资租赁公司在自贸区内设立的单机、单船子公司不设最低注册资本限制；允许融资租赁公司兼营与主营业务有关的商业保理业务	<p>目前对于内资非金融机构的融资租赁公司仍缺乏系统的法律监管，导致内资非金融机构的融资租赁公司很难享受到国家的税收政策。另外，国内融资租赁业务正处于起步阶段，相关的税收及财政支持亦尚未到位，这也是阻碍融资租赁业务发展的重要原因之一</p> <p>根据《中国银监会关于金融租赁公司在境内保税地区设立项目公司开展融资租赁业务有关问题的通知》，银监会管辖的金融租赁公司可以设立单船单机的项目子公司，但只能设立在保税区内；而商务部管理的融资租赁公司虽然没有明确文件的支持，但在实践中有设立单船单机公司的先例。实践中，虽然法律没有明文规定，但是各保税区对单机单船子公司都设有一定的最低注册资本限制，一般是人民币 10 万到 30 万元</p> <p>根据《商务部关于商业保理试点有关工作的通知》的规定，开展商业保理原则上应设立独立的公司，不混业经营，不得从事吸收存款、发放贷款等金融活动，禁止专门从事或受托开展催收业务，禁止从事讨债业务。因此，目前法律上并不允许融资租赁公司兼营商业保理业务</p>	根据相关报道，国家税务局对于鼓励融资租赁业务并给予税收支持提出了保留意见；因此，这一政策最终能否实施仍然存疑
8.	逐步允许境外企业参与商品期货交易，在上海自贸区内允许境外期货交易所指定或设立商品期货的交割仓库	<p>根据现行《期货交易管理条例》的规定，符合条件条件的境外机构，方能在期货交易所从事特定品种的期货交易。而截至目前，合格境外机构投资者可参与投资的品种仅限于原油和股指期货等极为有限的领域</p> <p>根据证监会 2008 年发布的《关于进一步加强商品期货实物交割监管工作的通知》的规定，在我国期货市场对外开放相关政策、法律法规出台前，禁止境外期货交易所及境外其他机构在境内指定或者设立商品期货交割仓库以及从事其他与商品期货交割业务相关的活动。目前，尚未有境外期货交易所在中国境内设立交割仓库</p>	根据相关报道，证监会对这一政策提出了保留意见，因此，这一政策最终能否实施仍然存疑
9.	从事境外股权投资的项目公司以及公司获得的离岸业务收入，减按 15% 的税率征收企业所得税	根据现行《企业所得税法》规定，除部分企业可获得优惠税率以外（小型微利企业为 20%；高新技术企业为 15%），企业收入按 25% 的税率征收企业所得税	

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**高超律师**（+86-21-6080-0920; kelvin.gao@hankunlaw.com）或**王舒律师**（+8610-8525-5526; shu.wang@hankunlaw.com）联系。