

最高人民法院发布为自由贸易试验区（以下简称“**自贸试验区**”）建设提供司法保障的意见，对人民法院涉自贸试验区案件的审判工作提出了指导性意见，其中在探索审判程序的改革与创新部分，本着支持多元化纠纷解决机制，尽量认定仲裁协议有效的原则，相当程度扩大争议案件选择仲裁的空间，最值得关注。

中国人民银行颁布全口径跨境融资宏观审慎管理新规，进一步拓宽境内企业及金融机构融资渠道，提高跨境融资资金利用率。国家外汇管理局制定多项外汇管理改革新措施促进贸易投资便利，同时完善真实合规性审核，维护外汇市场健康有序发展。

国务院公布《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施》，提出进一步积极利用外资的多项措施。

## 一、最高人民法院发布为自贸试验区建设提供司法保障的意见，放宽涉自贸试验区企业约定境外仲裁及临时仲裁的限制

2016年12月30日，最高人民法院发布《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》（法发〔2016〕34号，以下简称“**《意见》**”），《意见》第9条的规定，在一定范围内扩大了“涉外因素”的认定标准，确认了符合特定要求的自贸试验区企业之间就合同约定境外仲裁，以及自贸试验区内企业约定境内临时仲裁的效力。

### （一）背景

2013年9月，上海自贸试验区正式成立；2015年4月，国务院批准广东、天津、福建等地设立自贸试验区；2016年，国务院决定自贸试验区进一步扩容，批准在辽宁省、浙江省、河南省、湖北省、重庆市、四川省、陕西省新设7个自贸试验区。最高人民法院在上海进行了为时三年的调研及多次实地考察后，总结审判经验，对涉自贸试验区司法实践中迫切需要解决的、带有普遍性的问题，制定了本《意见》。

根据我国目前的司法实践，如果当事人将完全没有涉外因素的国内争议约定提交境外仲裁，人民法院很可能会以仲裁条款约定无效或承认与执行仲裁裁决将构成对我国公共政策的违反为由，拒绝承认或执行境外仲裁机构所做出的裁决。但是，关于如何认定涉外因素，在司法实践中却始终没有形成统一的观点。

此外，如当事人欲将争议提交临时组建的仲裁庭进行审理（“临时仲裁”），而不在仲裁协议或补充协议中明确约定仲裁委员会并将争议交由该常设的仲裁机构进行仲裁（“机构仲裁”），我国法院在对仲裁协议效力进行司法审查时，根据《仲裁法》第16条和第18条的规定及相关司法实践，基本均认定此类未明确选定仲裁机构的临时仲裁协议无效，这与大多数国家都承认临时仲裁协议的法律效力有别。

### （二）法律点评

《意见》第9条第1款明确规定：“在自贸试

验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。”据此，如果当事人双方皆为在自贸试验区内注册的外商独资企业，就可以被法院认为是具有涉外因素，从而相当程度上突破了此前的司法实践中，将外商投资企业认定为中国法人，其所涉案件除非有其他涉外因素，否则并非我国《民事诉讼法》和《仲裁法》意义上的涉外案件，不能将其争议提交境外仲裁的限制。

《意见》第9条第2款规定：“一方或者双方均为在自贸试验区内注册的外商投资企业，约定将商事争议提交域外仲裁，发生纠纷后，当事人将争议提交域外仲裁，相关裁决做出后，其又以仲裁协议无效为由主张拒绝承认、认可或执行的，人民法院不予支持；另一方当事人在仲裁程序中未对仲裁协议效力提出异议，相关裁决作出后，又以有关争议不具有涉外因素为由主张仲裁协议无效，并以此主张拒绝承认、认可或执行的，人民法院不予支持。”此款规定是贯彻“禁止反言”的法律原则，只要争议一方是自贸试验区企业，提交境外仲裁审理时未就仲裁协议的效力有所争议，后续在境内人民法院承认、认可或执行仲裁裁决的审查阶段，即不可再以无涉外因素为由，否定仲裁协议的效力。

《意见》第9条第3款进一步规定：“在自贸试验区内注册的企业相互之间约定在内地特定地点、按照特定仲裁规则、由特定人员对有关争议进行仲裁的，可以认定该仲裁协议有效。”此款规定突破了《仲裁法》对选定仲裁委员会的要求，对于争议双方均为自贸试验区企业，在满足“境内特定地点”、“特定仲裁规则”及“特定人员”等“三个特定”的条件下，可以约定在境内进行临时仲裁。

### (三) 关注要点

最高人民法院在《意见》第9条前二款有关放

宽涉外因素认定的规定中，相当程度总结并确认了上海市第一中级人民法院于2015年11月在西门子子公司申请承认与执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁决一案中的案件事实及法院判断。在该案中，上海市第一中级人民法院突破了长期以来司法实践对涉外因素认定的限制，将注册于上海自贸试验区内的两家外商独资企业间纠纷确立为具有涉外因素，进而支持了申请人要求承认与执行由新加坡国际仲裁中心作出的仲裁裁决的申请。

尽管《意见》对境外仲裁涉外因素的认定及对境内临时仲裁的仲裁协议有效性约定有所放宽，但还是存在相当程度的限制（比如要争议双方皆为在自贸试验区注册的外商“独资”企业，而非外商“投资”企业，才具有涉外因素），以及人民法院在具体案件认定上的裁量空间（比如即便满足“三个特定”条件下的临时仲裁协议，人民法院是“可以”，而非“应该”认定仲裁协议有效）。这些对仲裁协议采取尽量有效认定的突破，待经过自贸试验区先行先试的实践后，能否进一步扩大并上升为可复制推广的做法，推动相关法律的修订，值得观察。

## 二、中国人民银行颁布全口径跨境融资新规，国家外汇管理局发布外汇管理改革新措施

2017年1月11日，中国人民银行发布《关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知》（银发[2017]9号，以下简称“**人民银行9号文**”），旨在进一步扩大企业和金融机构跨境融资空间，便利境内机构充分利用境外低成本资金，降低实体经济融资成本。

2017年1月26日，国家外汇管理局发布《关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》（汇发[2017]3号，以下简称“**外管局3号文**”），推出多项措施，在继续推进外汇管理改革以促进贸易投资便利化的同时，强调对企业交易活

动的真实性、合规性审核，防范跨境资金流动风险。

### (一) 背景

2016年5月3日，中国人民银行发布《关于在全国范围内实施全口径跨境融资宏观审慎管理的通知》（银发[2016]132号，以下简称“132号文”），将此前在部分地区试点的全口径跨境融资宏观审慎管理（以下简称“全口径管理”）推向全国范围实施。在全口径管理的政策框架下，除政府融资平台和房地产企业以外，境内机构从境外融入资金的渠道被全面放开。而在对132号文实施情况进行全面评估的基础上，中国人民银行对全口径管理的政策框架进行了进一步完善，并颁布了人民银行9号文。

外管局3号文的出台，一方面顺应了中央经济工作会议精神关于深入推进外汇管理改革、简政放权的要求，另一方面则反映了在国家外汇储备规模持续下行的背景下，监管层面为防范跨境资金流动风险而做出的积极回应。

### (二) 法律点评

人民银行9号文沿用了132号文中关于全口径管理的框架性规定，例如，仍以企业净资产或金融机构资本为基数计算跨境融资风险加权余额上限，而跨境融资风险加权余额上限的计算公式、跨境融资情况签约备案、信息报送方式等均保持不变。同时，人民银行9号文仍然排除对房地产企业和政府融资平台的适用。与132号文相比较，人民银行9号文做出的调整主要包括：

(1) **主体扩容**，明确将全口径管理的适用主体扩大到外国银行境内分行；

(2) **融资额度提升**，计算非金融企业的跨境融资额度的跨境融资杠杆率由1提高到2，意味着境内非金融企业最高的跨境融资可达原先的2倍；

(3) **拓宽银行资金来源**，本外币被动负债、境外同业拆借等更多的业务类型被明确排除占用跨境融资风险加权余额，境内银行类机构可以考虑向境外企业吸收更多本外币存款，也可通过向境外拆借拓宽资金渠道；

(4) **结汇更灵活**，企业融入外汇的结汇方式从“按需结汇”调整为“意愿结汇”。

外管局3号文则对此前诸多外汇管制措施做出较大突破：首先，就企业外汇结汇上，外管局3号文一来扩大境内外汇贷款结汇范围，允许具有货物贸易出口背景的境内外汇贷款办理结汇，对此前只允许个别出口贸易融资产品项下外汇结汇的限制性规定做出调整；二来允许自贸试验区内境外机构境内外汇账户结汇，突破了此前未经国家外汇管理局批准，境外机构境内外汇账户内资金不得结汇的限制，同时，对于结汇后汇入境内使用的，境内银行应当按照跨境交易相关规定，审核境内机构和境内个人有效商业单据和凭证后办理。其次，关于内保外贷项下资金的用途，此前《跨境担保外汇管理规定》（汇发[2014]29号）规定“未经外汇局批准，债务人不得通过向境内进行借贷、股权投资或证券投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用”，而外管局3号文则允许债务人通过向境内进行放贷、股权投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用。此调整为更多跨境融资和交易架构提供了可能。再次，外管局3号文重申并强调对企业交易活动的真实性、合规性审核。其中，规定完善直接投资外汇利润汇出管理政策，要求境内机构利润汇出前应先依法弥补以前年度亏损，该规定将有效阻断外商投资企业在总体亏损情况下单凭某年度盈利而向其境外母公司汇出利润。

### (三) 关注要点

人民银行9号文规定，中国人民银行、国家外

汇管理局实行的本外币境外融资等区域性跨境融资创新试点，自 2017 年 5 月 4 日起将作统一化处理。然而，对于原有创新试点政策下现存融资与人民银行 9 号文项下全口径管理如何衔接则未做详细规定。

另外，与 132 号文一样，人民银行 9 号文对于外商投资企业、外资金金融机构仍设置一年过渡期，过渡期内外商投资企业、外资金金融机构可在现行跨境融资管理模式和人民银行 9 号文模式下任选一种模式适用，外商投资性公司、外商投资租赁公司仍可在过渡期选择原有模式而获得较大的外债额度。过渡期结束后，外资金金融机构自动适用人民银行 9 号文模式，外商投资企业跨境融资管理模式由中国人民银行、国家外汇管理局根据人民银行 9 号文总体实施情况评估后确定。因此，外商投资企业跨境融资管理模式未来仍有进一步变化可能。

### 三、国务院提出进一步积极利用外资的多项措施

为了进一步积极利用外资，2017 年 1 月 12 日国务院公布了《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施》（以下简称“《若干措施》”），提出了进一步扩大对外开放、进一步创造公平竞争环境、进一步加强吸引外资工作三方面共二十项措施。

#### （一）背景

2016 年全年，我国实际使用外资金额 8132.2 亿元人民币（未含银行、证券、保险领域数据），同比增长 4.1%<sup>1</sup>。虽然我国去年利用外资的整体规模和前年持平，但是我国利用外资领域依然面临一些挑战，比如我国国内生产要素成本优势在减弱，周边国家纷纷出台一些吸引外资的优惠政策，与我国的竞争加剧；一些传统上以对外投资为主的发达

国家鼓励制造业回流，对外投资规模在减少<sup>2</sup>。为了加大吸引外资的力度，提高利用外资的水平，商务部会同国家发展和改革委员会、国务院其他有关部门提出了《若干措施》。2016 年 12 月 28 日，国务院第 159 次常务会议审议通过了《若干措施》。

#### （二）法律点评

《若干措施》有的措施只是对过去利用外资政策的重申，例如允许地方政府在法定权限范围内制定出台招商引资优惠政策；推进对外商投资全面实施准入前国民待遇加负面清单管理模式，简化外商投资项目管理和外商投资企业设立、变更管理程序；有的措施已经在《外商投资产业指导目录（2016 年征求意见稿）》得到体现，例如放宽服务业、制造业、采矿业等领域外资准入限制。

《若干措施》提出了一些新措施，这些措施需依靠国务院各部委及各地方政府予以落实：

首先，国务院要求服务业重点放宽银行类金融机构、证券公司、证券投资基金管理公司、期货公司、保险机构外资准入限制，推进电信、互联网等领域有序开放。

一直以来，金融及电信业属于限制类外商投资产业。现行的 2015 年版《外商投资产业指导目录》及《外商投资产业指导目录（2016 年征求意见稿）》均对银行、证券公司、证券投资基金管理公司、期货公司、保险机构、电信公司设置了外资比例限制：银行的单个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者向单个中资商业银行投资入股比例不得超过 20%，多个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者投资入股比例合计不得超过 25%；寿险公司、从事增值电信业务的电信公司（电子商务

<sup>1</sup> [http://www.gov.cn/xinwen/2017-01/14/content\\_5159665.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-01/14/content_5159665.htm)

<sup>2</sup> <http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1538849/1538849.htm>

除外)的外资比例不超过 50%;证券公司、证券投资基金管理公司、期货公司、从事基础电信业务的电信公司均要求中方控股。

《若干措施》并未明确如何放宽银行类金融机构、证券公司、证券投资基金管理公司、期货公司、保险机构外资准入限制,推进电信、互联网等领域有序开放,只是指定由国家发展改革委、商务部牵头,工业和信息化部、银监会、证监会、保监会等按职责分工负责。将来是否会减少甚至取消金融及电信业外资比例的限制,或者降低资格要求需待具体规定公布后方可知晓。

其次,为了优化投资环境,国务院要求各地区各部门要严格贯彻执行国家政策法规,确保政策法规执行的一致性,不得擅自增加对外商投资企业的限制。执法的一致性及可预见性一直是外国投资者及外商投资企业关注的问题。之前由于执法机关对于法律的理解不一以及地方保护主义等因素,导致地方部门在执法时出现不一致性。《若干措施》并

未明确如何确保政策法规执行的一致性,只是指定各省、自治区、直辖市人民政府和国务院部门按职责分工负责。各地方执法的一致性、可预见性及透明度是否得以提高需待实践检验。

### (三) 关注要点

为了执行《若干措施》,国务院指定了各项措施的具体负责单位,但国务院未制定具体的时刻表。由于《若干措施》只确定了一个方向,但缺乏具体操作性规定,外国投资者及外商投资企业在实践中不能直接适用,国务院各部委何时制定新规定或者修订现有规定,以执行《若干措施》要求的各项措施值得关注。

与此同时,《外商投资产业指导目录(2016年征求意见稿)》于2017年1月6日结束意见征集后,国家发展改革委、商务部是否会根据《若干措施》的要求对《外商投资产业指导目录》作出进一步修订亦值得关注。

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  
李宇明 律师 电话: 86 20 2805 9078 邮箱地址: liyuming@junhe.com  
翁立冈 律师 电话: 86 20 2805 9038 邮箱地址: wenglg@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”。

