

外商投资法律热点问题

中国（上海）自由贸易试验区对投资环境的影响初探¹

一、上海自贸区的概况

1. 上海自贸区的地域范围及设立时间表

2013年2月，上海市政府就试点建立自由贸易园区向国务院提交申请。2013年7月3日，国务院原则通过中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“**上海自贸区**”）方案的表述。2013年8月22日，商务部宣布，国务院近日正式批准设立上海自贸区。2013年8月30日，全国人民代表大会常务委员会通过《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》（下称“**人大常委会授权决定**”）。上海自贸区的细则还在进一步的酝酿，预计将于2013年年底前后挂牌。

上海自贸区的地域范围涵盖了上海市外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区4个海关特殊监管区域，总面积约为28.78平方公里。

2. 上海自由贸易区的核心理念及国内国际发展趋势

1973年国际海关理事会签订的《京都公约》将自由贸易区定义为：“指一国的部分领土，在这部分领土内运入的任何货物就进口关税及其他各税而言，被认为在关境以外，并免于实施惯常的海关监管制度。”该定义项下的自由贸易区可理解为根据本国（地区）法律法规

在本国（地区）境内设立的“一国之内”的自由贸易园区。上海自贸区应属于此种意义上中国的首个自由贸易区。

广义上，自由贸易区还包括自由贸易协定模式，即：两个或两个以上的国家或地区，通过签订自由贸易协定，在WTO最惠国待遇基础上进一步开放市场，相互取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，在服务业领域改善市场准入条件，开放投资，促进商品、服务和资本、技术、人员等生产要素的自由流动，从而形成涵盖所有成员全部关税领土的“大区”。公开信息显示，中国正与五大洲的29个国家和地区建设16个自贸区，且目前中国已与其他国家和地区签署了10个左右的自由贸易协定，例如：中国-东盟贸易协定、亚太贸易协定等（详情可见中国自由贸易区服务网：<http://fta.mofcom.gov.cn/>）。

即将挂牌的上海自贸区与以往的保税区、出口加工区等海关特殊监管区域相比，在功能和开放程度上将有着质的飞跃。上海上报国务院的文件，提出自贸区改革的总体目标是：要建设成为服务业开放度高、企业投融资便利、税收政策优惠、监管高效便捷、各类贸易通行、服务体系健全、具有中国特色的国际水准的自由贸易园区，从贸易为主向投资、贸易并重转变，从监管保税货物为主向集聚国际国内两种资源转变。下文将着重探索上海自贸区对投资环境格局的影响。

¹ 由于上海自贸区的相关细则暂未出台，本文中提及的上海自贸区可能推出的政策主要基于相关新闻报道及公开信息，但该等政策的最终内容应以出台后的相关细则中的规定为准。

二、上海自贸区对投资环境格局的影响

1. 外资内投自由化

上海自贸区对外商投资自由化的促进着重体现在两个方面。其一，通过引入“准入前国民待遇”及相配套的“负面清单”管理模式，进一步从实质上开放外商投资的行业领域。

外商投资“准入前国民待遇”可理解为外商投资在发生和建立前即享受“国民待遇”，即在该阶段给予外国投资者及投资的待遇不低于在相似情形下给予本国投资者及投资的待遇。而传统的“国民待遇”通常仅适用于投资建立之后的阶段。因此“准入前国民待遇”在上海自贸区内的实施将有利于外资涉足于《外商投资产业指导目录》及其他相关法律法规中禁止/限制外资准入但在上海自贸区内特别放开的相关行业。根据公开信息显示，这些特别放开的行业将以服务业为主，涉及金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务和社会服务等多个领域。值得注意的是，当前所谓的“准入前国民待遇”并非将所有的行业对外商开放，仍然存在例外，而该等例外将以“负面清单”中的规定为准。总体而言，“准入前国民待遇”和“负面清单”的有机结合将促使外商在投资领域的选择上获得更大的自由度。

其二，根据全国人大常委会的决定，将在上海自贸区内暂停实施《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批，简化为备案管理，从程序上促进外商投资的自由化。

该等被简化为备案的行政审批归纳如下：（1）外资企业设立、分立、合并或者其他重要事项变更及经营期限审批；（2）中外合资经营企业设立、延长合营期限、解散审批；以及（3）中外合作经营企业设立、协议/合同/章程重大变更审批、转让合作企业合同权利/义务审批、委托他人经营管理审批、延长合作期限审批。

上述审批改备案的调整措施将试行三年，人大常委会届时会根据实践结果进一步决定完善或恢复施行相关法律。该等行政手续的调整对于外商而言，可降低原审批制带来的时间成本和不确定性，对外商具有很大的吸引力，同时也更大程度实现了内外资一致的“准入前国民待遇”原则。

2. 内资海外投资便利化

据公开信息显示，上海自贸区可能拟将进一步开放内资海外投资的环境。当前，我国境内企业的境外投资通常需经商务部（或其地方分支机构）、国家发改委（或其地方分支机构）以及地方外汇管理局的相关核准和审查手续，就某些特殊行业而言，还需经过国务院或行业主管部门的审查。据网上公开信息，在内资海外投资层面，一方面，上海自贸区内可能会探索简化相关的行政审批手续，例如实行备案制；另一方面，对境外投资收益可能会采用分期缴纳所得税等优惠政策。以上两项政策将在一定程度上提高内资海外投资的效率并降低相关的税收成本。

3. 金融自由化对投资自由化的促进（FDI 角度）

上海自贸区的创新举措也体现在金融领域的系列改革方案上，金融自由化将为外商直接投资创造更为宽松的资本环境。首先，“人民币资本项目可兑换先行先试”如果得以在上海自贸区实施，将进一步减少外资进出的外汇管制，促进资本的自由流动，很大程度上消除外商投资企业因外汇管制而对投资收益的获取、股权转让、撤回投资等方面的隐忧。此外，人民币利率的市场化、外资银行的准入、鼓励融资租赁、离案金融业务等相关金融创新政策如若最终在上海自贸区实施，也将在投资资金的融资、管理、风险控制等方面为外商创造一个更具多样性和灵活性的环境。

三、评述

1. 政策动因

建设上海自贸区的政策动因可从两方面来看。

（1）国家层面上，建设上海自贸区可以此为切入点尝试通过贸易、投资和金融等领域的制度改革逐步实现经济结构调整和转型升级²，同时也为我国日后谈判加入跨太平洋伙伴关系协议（Trans-Pacific Partnership Agreement, “TPP”）增加筹码。（2）地方层面上，建设上海自贸区将有利于上海实现国际金融中心和国际贸易中心³的功能定位，对于上海经济的发展也无疑会是一剂强心剂。

² 有关经济结构调整和转型升级，可参阅《国务院办公厅关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见（国办发〔2013〕67号）》。

³ 上海市第十三届人民代表大会常务委员会第三十七次会议于2012年11月21日通过《上海市推进国际贸易中心建设条例》，自2013年1月1日起施行。该条例提出了“探索建立符合国际惯例的自由贸易园区”的概念。

2. 上海自贸区的制度红利——虹吸效应和辐射效应

上海自贸区特有的制度红利很可能会迅速吸引来自境内外的各方投资，在较短的时间内集聚资本、人员、货物、技术等要素。这将有利于实现上海自贸区作为投资、贸易和金融自由化“试验田”的初衷：一方面，能够收集足够的样本供国家和地方政府进一步研究、制定上海自贸区制度日后进一步发展和调整的方向；另一方面，也能将日后较为完善的模式进一步引入其他筹备中的自由贸易区、周边地区乃至在全国范围内推广实施，或具抛砖引玉的辐射效应。

3. 上海自贸区面临的挑战——革新阻力和双轨制风险

上海自贸区作为国内自由贸易园区模式的首次尝试，也面临着诸多挑战。一方面，相关的制度改革牵扯到诸多政府部门的利益和既定的运作模式，因此上海自贸区细则在最终出台前势必需经过一番细致的酝酿。另一方面，上海自贸区独具一格的政策红利将形成与区外模式双轨制的格局，资本的逐利性引发了对此种格局能够长期平稳运行的担忧。当然，制度改革的风险总是不可避免的，而上海自贸区的建设体现了政府探索新模式的勇气和决心。对于将要出台的上海自贸区细则，我们将拭目以待。

何侃 合伙人 电话：86-21 2208 6288 邮箱地址：hek@junhe.com

蔡婧 律师 电话：86-21 2208 6353 邮箱地址：caij@junhe.com