

制定外资准入核准标准的几个法律问题

王 存

摘 要：核准标准是外资准入核准制度的核心内容之一。本文对核准标准制定中的有关法律问题进行研究，提出核准标准的制定应当注重科学性、统一性和适应性，增加透明度，以充分反映外资政策导向，实现外资管制目的。

关键词：外资；准入；核准；标准

中图分类号：F830.591 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2005)01-0039-05

一、外资准入核准标准的基本内容

外资核准标准的基本内容是指构成核准标准的几个衡量要素，包括产业、规模、组织形式、控股权、地域分布、环保控制、综合平衡以及市场竞争秩序等几个方面。一般而言，特定外商投资项目在面临准入审查时，总是需要从多方面进行衡量，在各方面均符合准入要求的外商投资项目才有可能通过审查，获得批准。

1. 产业标准 产业标准主要依据几个产业指导目录的具体内容，根据外商投资项目的经营范围等要素，来确定特定外商投资项目的类别，从而确定是鼓励、允许、限制或禁止该项目的准入。例外的是，按照国务院《指导外商投资方向规定》，全部产品出口的允许类项目可以归为鼓励类项目，产品出口占全部产品70%以上的限制类项目经省级人民政府批准可以归为允许类项目，这是国家为鼓励和扩大出口而在外资准入条件方面的放宽。产业标准不仅事关外商投资项目的准入，对鼓励类外商投资项目来说，更关系到经营阶段的优惠待遇，所以产业标准在外资准入核准标准诸多要素中处于非常重要的地位。

2. 规模标准 现行外资法律法规对于一般性外商投资项目的规模没有明确的限制，一般参照《公司法》对有限责任公司注册资本的最低要求掌握，只要与其实际需要的生产能力相符合。但是对于特定领域特定行业的外商投资项目，主要是第三产业项目，一般对项目规模均有一定的要求，如外商投资广告企业注册资本不能低于30万美元，如设立分公司，则企业年营业额不低于2 000万元人民币；外商投资印刷类企业注册资本不低于1 000万元人民币；中外合资、合作医疗机构投资总额不低于2 000万元人民币等。

3. 组织形式标准 《外商投资产业指导目录》中的一些鼓励类或者限制类特定行业只能采取中外合资或中外合作的投资方式，而不允许采取外商独资的方式。这些领域往往都事关国计民生和国家安全，或者是利润丰厚的领域。如外商投资中药材种植、养殖，重要矿产勘探、开采及冶炼，汽车、摩托车整车制造，电力设备，卫星导航设备，空中交通

管制系统,纸浆生产等均限于合资或合作方式。但事实上关于组织形式标准的实施,政府应当着重于对中方合作者在参与合作的意愿和决策上实施必要的影响,否则一旦合资合作企业成立,中方如果对企业失去控制权,则很难实现立法本意。另外中西部地区与东部地区在一些项目的组织形式要求方面存在差别,在东部地区不允许外商独资的项目在中西部地区则可以放宽条件,允许独资。

4. 控制权标准 在组织形式标准的背后,一般都对控制权提出要求。《外商投资产业指导目录》中对一些特定行业也规定了必须中方控股或相对控股,中方控股指中方投资者在外商投资项目中的投资比例之和为51%及以上,中方相对控股指中方投资者在外商投资项目中的投资比例之和大于任何一方外国投资者的投资比例。要求中方控股的项目如汽车摩托车整车制造,民用航空航天设备制造,核电站、铁路建设经营及航空运输等;要求中方相对控股的项目如60万吨以上规模乙烯生产,特种船舶及船舶设备设计、修理及制造,水利枢纽及民用机场的建设经营等。原外经贸部颁布的《外商投资企业境内再投资暂行规定》在一定程度上排除了外资在组织形式及控制权标准上可能采取的规避行为,但是,规避的可能性依然存在,在具体设计组织形式及控制权标准时,应当对合作中方,特别是事关国计民生和国家安全的外商投资项目的合作中方的实际控制权作严格要求,否则其制约作用就会形同虚设。当然这种控制权应当是对实际控制权的衡量,而不是形式上的简单要求。

5. 综合平衡标准 中小型外商投资项目,并没有国家综合平衡的要求,而对于大型外商投资项目,根据国务院《关于投资体制改革的决定》,主要是指投资总额1亿美元以上的鼓励类和允许类项目以及投资总额5000万美元以上的限制类项目,国家计划管理部门往往对其进行综合平衡的核准,对于不需要综合平衡,或者经过综合平衡评估后,认为可以允许进入的外商投资项目,国家计划管理部门给予项目准入许可。

6. 地域布局 地域布局体现在两个方面,一是东部沿海地区与中西部欠发达地区存在差别,如列入《中西部地区外商投资优势产业目录》的行业在中西部鼓励发展,在东部沿海地区则可能是限制发展;二是一些领域外商投资项目本身只能在一定地域范围内设立和经营,如优质浮法玻璃生产、新型干法水泥生产。

7. 环保控制 目前对固定资产投资项目的环境保护核准管理主要是依靠通过环境影响评价核准及实行“三同时”制度。虽然有关行政性法规如《指导外商投资方向规定》中提出,禁止对环境造成污染损害的外商投资项目进入,但是在《外商投资产业指导目录》禁止类中并没有专项任何一项产业或行业因为属于环保方面的问题而被列入,而事实上没有一个生产性项目不将环保问题纳入考虑。因此,应当将环保控制理解为针对具体外商投资项目的不同环保要求,实行环境影响评价核准,超出一个地区环境影响承受能力的外商投资项目自然不能获得批准,对于通过环境影响评价核准的外商投资项目,则实行“三同时”制度以跟踪落实环境保护要求,实行可持续发展。

8. 公平竞争秩序 目前有关外商投资准入目录中缺少关于公平竞争的明确内容。有关竞争的标准主要体现在两个方面,一是特许权经营领域,一般都会提供一定时期、一定地域内排他的经营权;二是在外资并购领域,已经出现关于反垄断性并购的有关规定,但是这种规定只是初步的尝试,根据笔者的了解,目前全国还没有一例外资并购中的反垄断案例。但是在绿地投资方式中,外商投资项目在中国具有垄断地位并采取垄断行为的企业相当多,如根据国家工商局公平交易局在历时一年的调查研究后指出,包括微软和伊士曼

柯达在内的多家跨国公司目前已经在中国市场相关领域占据了统治地位,这些企业往往会利用自己的优势地位来阻碍或限制市场竞争。跨国企业经常会采取收购和合并等手段来巩固自己的垄断地位,相对而言,中国在这方面的管理和限制还有待增强。当前的外资政策鼓励尽可能大规模的外商投资项目进入,在准入审查中往往缺乏对投资者的进入后垄断行为的否定性承诺要求,在准入后也缺乏对外商投资项目实际垄断地位的跟踪调查,更谈不上采取什么措施。通过准入核准中对外商投资项目经营规模的控制,可以在一定程度上防止垄断行为的发生。

9. 其他 对于特定行业有可能存在特定的标准,这些标准的设定基于不同的考虑,且并不是对所有的外商投资项目均适用。例如对于从事光盘生产领域的外商投资项目,要求生产的光盘只能是裸盘且必须全部出口,否则不能进入此领域,这项政策的着眼点在于考虑到出版和宣传的安全,而不是为了鼓励出口。

二、外资准入核准标准制定中存在的法律问题

1. 制定主体分散 核准标准的制定主体除了中央立法机关外,也包括国务院和国务院的有关政府组成部门,各政府组成部门均可以在其职权范围内出台相关的具体准入政策。《指导外商投资方向规定》明确,《外商投资产业指导目录》是指导核准外商投资项目和外商投资企业适用有关政策的依据,由国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会和对外贸易经济合作部会同国家有关部门制定,经国务院批准后公布。从这项规定看,外资准入核准标准的制定权集中在中央政府,在一定程度上保证了外资审判标准在从中央政府到地方政府这一纵向层次上的统一性。但从外资准入核准标准的法律形式看,外资准入核准标准的实际制定权力又是分散的,一方面,中央政府的各个组成部门都有可能制定或参与制定有关外资准入核准标准,另一方面,一些重要的影响《外商投资产业指导目录》执行效果或对其有实质性修改的政策措施的出台,往往出现一些必须参与政策制定的部门的缺位现象。2004年国家为抑制投资过热现象,对固定资产投资进行清理整顿,国办发[2004]38号等系列文件从内容上对《外商投资产业指导目录》的相关内容进行了调整,但是这项文件的出台没有经过作为全国外资主管部门的商务部的参与,也没有反映商务部的意见,这并不符合国务院《指导外商投资方向暂行规定》的要求。

2. 制定过程缺乏科学性与公正性 外资准入政策的制定必须顺应国家产业政策的方向性要求,充分考虑国民经济发展和安全的需要,综合国家安全、社会公共道德等多方面因素,因此,政策制定过程的科学性非常重要。每个产业、每个行业乃至每一种产品领域是否允许外资准入,应当经过充分的论证和利益平衡。目前,外资准入政策的制定不乏部门立法的痕迹,在政策制定中的部门立法,其危害性重点不是表现在部门利益上,而是主要表现在行业利益上。有史以来,行业管理部门的主要管理对象大多是大型国有企业,行业管理部门的管理人员特别是高级管理人员有很多来自于大型国有企业,这些大型国有企业在行业管理部门的影响力非常巨大,在外资准入政策的制定甚至是产业政策的制定过程中,总是或多或少地影响制定过程和制定的内容,以有利于其自身利益,特别是对于一些目前处于垄断地位的行业或产品领域,表现尤为明显。另一方面,外国投资者特别是一些大型跨国公司在外资准入政策的制定过程中也通过游说等手段对有关政策制定机构施加了

一定的影响力,使得目录本身不能完全反映国家在产业发展方面的倾向性。行业利益及投资者利益的院外影响在相当程度上损害了外资准入政策的科学性和公正性。

3. 法律形式的统一性与权威性有待提高 外资核准标准法律形式是一个非常庞杂的体系,不同位次法律形式交织,内容不尽相同,实践中往往是低位阶形式的实际效用大于高位阶形式,外资核准标准的统一性受到质疑,其权威性也受到挑战。特别是在2004年固定资产投资项目清理整顿工作中,以何种法律形式来确立清理整顿的标准,以何种法律形式修正《外商投资产业指导目录》受到广泛关注。

4. 法律内容的透明度、稳定性和适应性有待增强 加强外资核准标准的公开性与透明度一直是外商和基层核准部门的良好期盼。核准标准法定形式的多样性及核准标准制定部门的分散导致信息不全,外商、外商投资企业、各种中介机构及基层各级核准管理部门都面临同样的困扰,这既是一个必须解决的核准标准形式上透明的问题,也关系到如何进一步做到实质上透明。前述9项标准内容中,有显性标准,标准内容清晰,适用结论明确,投资者完全可以根据此标准对特定外商投资项目是否能够获得准入许可有一个准确的预期和判断;有隐性标准,标准内容模糊,适用结果不确定,且不同时期适用结论也不尽相同,投资者对于特定外资项目能否获得准入许可无法做出准确判断。隐性标准主要是指综合平衡,这项标准的适用完全掌握在外资准入核准管理部门,也最为投资者特别是大型项目投资投资者所关切。投资者总是基于对东道国法律法规的充分了解而做出相应的投资决策,但是由于隐性标准的存在,投资者事实上不可能获得完全的肯定的信息。

总体而言,外资准入核准标准在一定时期内必须保持稳定。但是法律总是滞后于实践需要,外资准入核准标准也存在不能适应不断发展变化的经济形势的问题,最近出现的局部经济过热以及对部分行业固定资产投资项目的清理整顿,说明现行外资核准标准特别是产业标准需要尽快进行必要的修订。

5. 法律概念的抽象性与准确性矛盾突出 《外商投资产业指导目录》按照类别、产业、行业、产品4个层次比较详细划分了产业标准,有关产业(产品)分类,采用了国民经济统计中的现行分类方法,但是这种划分相对来说还是比较抽象概括的,而对特定的外商投资项目来说,其经营范围的表述往往是具体的和详细的,不可能在产业标准的内容里找到完全一致的表述,依照其经营范围适用产业标准自然存在很多困难,特别对于发展迅速的行业如电子行业,这种标准适用尤为困难。实践中外资准入核准部门经常要求行业管理部门就外商投资项目经营范围的产品归类明确意见,并以此意见作为适用产业标准的主要依据之一,这其实是一种解释行为,行业部门的意见成为解释的依据。

6. 法律溯及力不明 外资准入核准标准的修改及适用也会面临法律溯及力问题。同一外商投资项目由于核准标准的调整可能会发生归类的不同,从而影响到外商投资项目的待遇。一些老项目在实施新目录后,是按从旧还是从新原则重新确立类别,这对于投资规模和经营范围这些关键内容发生变更的老项目显得尤为重要。另外,新目录的修订和适用从以前的经验看是决策过程秘密,决策实施迅速,许多投资者无从把握目录修改中可能的变化,也没有时间去酝酿调整新的投资计划。

7. 行政性手段对核准标准的冲击 目前正在进行的清理固定资产投资项目工作主要是采用行政性手段,对现行有效的外资核准标准造成了很大冲击,损害了外资核准标准的权威性和可信赖性。投资者信赖政府的保护,经过合法准入核准的外商投资项目不应当

为政府自身出现的失误而代人受过。应当减少甚至摒弃行政性手段在外资准入标准制定过程中的不当影响,提高外资准入政策的制定水平。

三、几点建议

1. 统一外资准入核准标准的制定主体和法律形式 外资准入核准是一种行政许可,外资准入核准标准关系到企业设立的基本条件,应当按照《行政许可法》和外资三大法的要求,事凡涉及到外资准入核准标准的内容均应当由国务院统一以行政性法规的形式颁布实施,以保证外资准入核准标准的协调统一,增强外资核准标准的权威性,减少以简单行政手段对外资核准标准进行修正的可能性。在此基础上,以《国务院公报》作为外资准入核准标准相关行政性法规的唯一指定出版物,保证外资准入核准标准的透明度,便于各方面及时得到准确全面的核准标准信息。

2. 增强政策制定过程的科学性,排除院外利益的干扰 对于我国吸收外资的政策倾向而言,保留一定的灵活的政府调控余地非常重要。在确实涉及国计民生和国家安全的一些领域,应当态度鲜明,坚决禁止或限制外资进入;在其他领域,应当充分遵守市场规则,发挥市场规律的作用,坚决排除行业利益等院外利益的干扰,充分发挥听证制度的作用,减少隐性标准所造成的不确定性,兼顾效率与公平的原则。

3. 建立定期修订制度 法律的稳定性与适应性的矛盾是永恒的,保证外资准入核准标准的适应性应当要依赖制度性的、定期的修订制度。外资准入的领域和要求必将随着经济国际化程度及对外开放程度的不断加深而发生变化,这种变化呈现出渐进性和局部化的特点,因而外资准入标准的内容也不会一成不变,也应当顺应要求及时做出相应调整以适应发展的需要。《外商投资产业指导目录》自制定以来,已经发生3次修订,目前正在酝酿第4次修订。每一次修订尽管都在内容上作比较大的调整,但从整体上看,还是保持着相当的稳定性。保持内容的稳定性,既是制定部门的主观需要,也是实践的客观需要,它反映了外资准入政策的一贯性,也给投资者以充分的预期;对内容的适时调整既是适应发展的需要,也是准入政策保持科学性和适应性的要求,以充分发挥准入政策的导向作用。

4. 概念表述实行标准化 应当对产业标准及经营范围的表述实行标准化,对产业、行业直至产品实行标准编码制度,每一种行业、产业及产品均具有特定的编码,产业标准以编码分类,经营范围也以编码表述,这样就会最大限度地化解抽象性表述与具体化要求之间的矛盾。

5. 明确溯及力 每次目录的调整都应当明确老项目的处理办法,即明确新目录适用是否具有溯及力,以避免不必要的误会和理解上的差异,这既关系到准入核准中的依据是否明确,也关系到对不同时期实施的外资项目公平待遇的问题。另外,新目录的适用应当给予一定的过渡期,以给予投资者一定阶段的决策缓冲时间。

(作者单位:南京大学)

参考文献:

- [1] 《关于设立外商投资广告企业的若干规定》
- [2] 《设立外商投资印刷企业暂行规定》
- [3] 《外资并购境内企业暂行规定》
- [4] 《国家计委就对外商投资实行新的导向政策释疑》