doi:10.3969/j.issn.1003-5559.2021.05.009

准入前国民待遇加负面清单管理制度下外资企业外汇管理分析

■ 刘冬梅 中国人民银行沧州市中心支行

摘 要:《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)的颁布实施,标志着我国对外商投资领域的"放管服"改革又迈出实质性的一大步,对全面构建开放型经济新体制、进一步推动高质量对外开放将产生深远的影响。特别是对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度以法律形式固定下来,贸易投资更加自由化与便利化。外国投资者来华投资准入门槛大大降低的同时,对政府部门如何处理好便利化与预防风险的关系也提出了更高的要求。从管理框架、配套措施、事后监管等方面对准入前国民待遇加负面清单管理制度下外资企业外汇管理进行探讨与分析,以促进投资便利化和实现有效监管。

关键词:国民待遇;负面清单;外资企业;外汇管理

准入前国民待遇加负面清单管理制度(以下简称"国民待遇加负面清单制度")的实质,在于通过持续、大幅缩减外资准入限制,营商环境市场化、法治化,使中国在更大范围、更多领域成为全球最有吸引力的投资佳地。从已发布的2020年版的外商投资准入负面清单看,全国负面清单只剩33条,自贸区负面清单仅余30条,分别比2019年缩减17.5%、18.9%。此制度在大大增强外国投资者的投资信心的同时,也对包括外汇管理在内的政府各职能部门服务和监管能力形成倒逼机制,管理理念和模式的转变势在必行。

一、国民待遇加负面清单制度

(一)国民待遇加负面清单制度的涵义

准入前国民待遇,指外资企业在最初设立、取得等准入阶段享受与国内投资者同等的待遇,所要面对的职能监管和税收标准,无论从法律上还是实质上都与境内中资企业一视同仁,待遇同等。负面清单是从国家层面对外资准入规定的特别管理措施,包括禁止外资进入和限制外资比例的行业清单,这是目前国际上通行的外资准入管理措施,也是国际双向投资市场上被普遍认可的投资标准之一。

(二)实施负面清单管理制度的意义

1.减少外商投资企业贸易和投资交易的不确定性。负面清单制度,从法律层面将内外资企业置于同一个水平线上,提供相同标准的管理与服务措施,所有市场主体对照一份清单就能明白什么不能做、什么可以做,哪些需要事前审批、哪些只要备案即可,公正透明,并保持相对稳定性和可预期性。

2.更好发挥市场行为对经济的调节作用。准入前施以国民待遇,很大程度上会缩减政府职能部门行政审批的管理空间,避免一些不合理的管理,甚至一些以监管名义实施的隐性限制措施,使政府部门回归社会管理、公共服务、市场监督、经济调节本源。对市场主体管理通过宏观调控手段,积极创造相对公平的良性竞争市场环境,让政府"看得见的手"和市场"看不见的手",真正手拉手,更有效地激发市场活力和创造力,推动市场经济健康、快速发展。

二、国民待遇加负面清单制度对外汇管理的挑战

对外国投资者在准入前给予国

[作者简介]刘冬梅(1972—),女,中国人民银行沧州市中心支行经济师;研究方向:对外贸易发展、国际金融与投资、外汇管理政策及业务操作、跨境资金流动监管等。

民待遇，并不意味着对外商投资行为的放任不管，而是监管更加规范化、科学化、法治化。外汇局作为外资企业管理的下游部门，外汇登记权限已经下放到银行办理，企业主体信息主要来源于前置职能管理部门，在准入环节其实并没太多的前置监管权。业务实践中，基于我国多年来积极鼓励招商引资的大环境，前置部门管理大多相对宽松，不可避免地将管理压力和风险积聚到下游的外汇管理部门。新的管理模式下，外汇管理同时面对便利化与防风险双重挑战的任务更加艰巨。

（一）配套制度亟待完善

各职能管理部门对跨境直接投资关注的重点各有侧重，各自管理制度和操作规程必然配合新的管理模式进行新一轮的调整。现行外汇管理法规、操作规程与《外商投资法》规定中一些衔接不明确的地方、与其他部门管理需要相协调的地方，都需要尽快进行法规补充以平缓冲突。

1.外汇登记主体信息采集亟需明确。一直以来，外资企业外汇登记都是以营业执照和商务部门出具的《外商投资企业批准证书》或《备案回执》文件为前置要件。《外商投资法》实施后，商务部门已经退出外商投资前置审批或备案管理，内外资企业一样，均通过企业登记系统向市场监管局提交真实信息申请登记。外商直接投资外汇登记权限虽然已经下放到银行，但银行办理登记业务主要依据的还是外汇局制定的操作指引。目前，一般外资企业登记只需要提供营业执照、填写《境内直接投资基本信息登记业务申请表》，而一些与外资企业投资行为直接相关的外方股东、投资项目、出资方式等信息无法直接获取。《国家企业信用信息公示系统》采集的企业主体信息也只是营业执照上现有的基本信息。上述关键信息的缺失，可能会直接影响到对企业后续投资交易行为真实性的判断与监管。

2.“投注差”外债管理模式过渡期亟待商榷。《公司法》已取消企业注册资本最低限额，对外商投资企业也取消了最低额度和股权比例限制，并且不再有投资总额比例要求。《外商投资法》及《中华人民共和国外商投资法实施条例》都没有提及外商投资企业“投资总额”的概念，商务部一些与投资总额相关的规范性文件部分已被废止。因此，“投注差”概念是否仍然适用本身成了值得商榷的问题。全口径跨境融资宏观审慎管理模式2016年在全国推行，2017年进一步完善政策框架，对外商投资企业借入外债模式设置了一年过渡期。过渡期结束后，由中国人民银行、国家外汇管理局根据新政实施情况进行综合评估的基础上，进一步确定外资企业跨境融资模式。但目前两部门并没有明确的法规出台废止“投注差”模式，实践中外资企业跨境融资依然可以在两种模式下择其一。从另一个角度看，国民待遇加负面清单管理模式，强调的是内外资企业同等待遇，“投注差”模式的存在，事实上外资企业仍然享受优于内资企业的优惠待遇，也不利于国内市场公平良性竞争。

3.个人境外投资返程投资需要进一步商榷。个人境外投资返程投资业务体现为两种情形，一种是个人特殊目的公司返程投资。基于SPV模式，以直接持股形式返程投资，由于此类情况从特殊目的公司登记时就有原则上必须返程投资的要求，因此，返程投资登记可顺利完成；另一种表现是中国籍自然人在境外通过参与经营、直接办厂等各种方式取得的资金返回境内进行投资。一般情况下，境外国家注册私人企业比较宽松，大部分个人前期也并没有投资资金汇出境外，但目前我国对个人境外直接投资是没有法规支持的。因此，此类“返程投资”外汇局一般也不会支持办理返程投资外汇登记。在SPV模式下，基于VIE架构（协议控股）的返程投资，是否可以不受负面清单的约束，境内现行有效的法律法规并没有明确的定性规定。一直以来，基于境外融资原则上调回使用的管理方向，对于通过SPV境外上市成功融资返程投资的，对其是否已经触及国家禁止或者限制投资领域并没有过重的考量。因此，需要进一步与相关部门沟通商榷，争取能够以正式法律法规的形式明确VIE架构的管理定性问题，避免跨境关联协议违规投资和外汇操作风险。

4.跨境资产转让需要进一步明确。《外商投资法》定义了外商投资的多种情形，其中一项为在不新设外商投资企业的情况下，外国投资者既可以单独、也能够与其他投资者合作在境内投资新建项目。此种情形下，外国投资者在境内并不设立企业主体，可以直接以境外离岸公司为主体投资国内允许的矿产开采权、高速公路建设收费权等项目，通过资产权利的转让，境外离岸公司成为资产权利主体，整个过程并不涉及原境内资产权利人股权的转让，外国投资者也不取得境内企业股份、股权、经营利益分配等权益，实质上是以项目资产收购、或者资产转让形式实现FDI投资。此种形

式以其便利性也受到了许多国外投资者的青睐。然而，按照目前我国跨境资产转让政策，除了不良资产通过资产管理公司转让有明确规定外，其他形式的跨境资产转让，主要是基于货物贸易项下的贸易融资产品权利的转让。因此，需要尽快出台配套外汇监管法规与之衔接，防范国有资产流失风险。

（二）外汇监管风险加大

1. 不确定性风险监控难度加大。在全球经济衰退和新冠疫情深度蔓延的形势下，我国率先控制住疫情、经济保持稳定增速、人民币兑美元升值加速、国民待遇加负面清单制度的全面实施等等，多重利好因素，大趋势上必然吸引国际资本流向国内。一方面，多元化的投资主体、多领域的投资行为更加自由、开放；一方面，负面清单不可能穷尽所有可能给国家安全造成危害的领域。在“法无禁止即可为”的前提下，一些提前不可预判、难以有效把控的潜在、不确定的外汇管理风险随之加剧。

2. 外汇经营风险监控难度加大。传统意义上的外汇管理，从外资企业设立，一直到经营终止或到期注销，获取的是企业主体整个生命周期全部外汇经营信息。近几年，外汇局深入落实政府“放管服”改革要求，加快资本项目开放进程，将跨境直接投资登记、开户、资金汇兑、企业注销全部下放给外汇指定银行办理，FDI 存量权益登记改为“多报合一”。通过内部各业务监测系统能直接采集的主要是企业的基本信息和跨境资金流动信息，企业经营外汇业务管理及整体财报信息，均无法通过常规方式直接采集到，只能通过现场调研、核查等方式个别获取。对企业外汇经营信息掌握的滞后性，不仅会影响外汇局对区域外商投资形势及行为的分析和预判，也使得基层外汇局及时排查、有效处置企业外汇经营风险的难度加大。

3. 跨境资金流动风险监控难度加大。国民待遇加负面清单模式，本身从政策效应上就会扩大外资进入和流出的空间，加上地方政府各项优惠政策，对外资跨境资金流动自由化进一步形成叠加效应。任何领域自由化的无限扩大，都会给投机者以可乘之机。如果外资跨境任意自由流动，投机者可借投资境内实体经济之名，行套利套汇之实，也使本身处于管理下游的外汇部门，不仅所承受的监管压力加大，对外商投资跨境资金流动监测和风险防控难度也进一步递增。跨境资本大额无序流动，可能导致外汇储备资金非正常波动、冲击国际收支平衡风险。

三、国民待遇加负面清单制度下外汇管理思考

（一）建立外汇领域负面清单管理体系

建立与国民待遇加负面清单管理制度相适应的外汇领域负面清单管理体系，此管理体系包括负面清单管理系统和风险预警管理系统。

1. 从主体准入和主体监管两个层面完善负面清单管理系统。一是以风险管理为导向明确市场准入。准入层面参照 IMF 标准，结合我国外汇改革开放实际，在理清政府监管与市场调节的关系的基础上，综合评估准入事项的风险容忍度和底线，根据事后监管难度和市场调节的有效性确定清单范围，明确完全开放、限制性开放和禁止开放领域，并及时梳理、公布，使外方投资者明晰哪些可为哪些不可为。二是以分类监管为基础加强主体监管。充分发挥外汇管理多年来积累的跨境交易主体信息优势，利用内部完善的业务监管系统，从行为规范性、业务真实性、交易合规性出发，综合负面行为质与量发生的频率和范围，对外资企业分为 A+、A、B、C、C- 五类管理，A+ 类企业作为外汇政策改革的先行先试者，优先享受外汇便利化政策；A 类企业适用按照市场规则便利化管理措施；B 类、C 类企业适用全面监测、重点监管的管理措施；对 C- 类企业整个生命周期实施严格监管，对负面信息按照主体影响程度确定公布范围，定期公布负面清单名录，警示其他跨境交易主体以此为鉴，合法、守规经营外汇业务。

2. 以跨境资金流动重大风险预警为标的，从宏观和微观两个层面构建风险预警系统。一是在以市场化为导向的基础上，建立健全跨境资本流动风险预警和响应机制。通过存量规模指标和流量变动指标、跨境资金流动趋势变化指标等，监测跨境资金流动方向性变化及压力累积情况，主要通过调节逆周期因子、风险准备金率、风险转换因子、宏观审慎调节参数、跨境融资杠杆率等政策工具实施宏观审慎管理，引导外汇市场主体交易预期，强化宏观外汇管理政策传导效率，防止大规模资本集中跨境不稳定流动引发的系统性金融风险。二是在维护外汇市场秩序的基础上，建立和完善微观主体经营风险监测体系。以主体行为合理性、交易行为真实性、操作行为合规性作为微观风险监测

三角支架，传导“越合规、越便利”的监管理念。在保障投资贸易活动正常情况下，对投资资本金使用、利润分配及汇出、股权转让资金流动、跨境信贷及担保等指标从收支申报、结购汇、跨境汇兑等实施多维、定频监测，进行穿透性和长臂监管。

（二）尽快建立和完善相关配套制度

负面清单管理体系的良性运行，需要与之相配套的规章制度和操作规范来支撑。

1.做好外汇登记管理与《外商投资法》的衔接。外汇局应以信息完整、应简则简、便利企业的原则，尽快调整和完善外资企业外汇登记管理规定，与商务、市场监督管理部门建立信息共享制度，能共享的、从社会公共公示系统中查询到的、内部业务系统已采集的，不再要求企业另行提交，某些基于真实性审核需求信息企业确实无法提交的，可以接受企业承诺后予以受理。在申请主体承诺依法合规的前提下，最大程度地减少企业重复提交相关证明资料，节省企业办事成本，提高管理和服务效率。

2.明确VIE架构在法律上的适应性和合规性。从VIE架构创始股东最终控制人国别、已存和新建VIE架构两个层面区别管理。对于新建VIE架构，创始股东为外国投资者，或者外国投资者协议或者实际控股比例大于等25%以上，按照外商投资企业管理；对存量VIE架构，满足上述创始股东条件的，在向国务院主管部门履行必要报备手续后，视同外商投资企业管理；不管是新建还是存量VIE架构，外国投资者协议或者实际控股低于25%的，视同境内企业管理。中国居民和自然人境外SPV返程投资的，按照现行境境外投资及返程投资外汇管理规定管理。

3.取消外商投资企业“投注差”管理过渡期安排。取缔“投注差”外债管理模式，既统一了中外资企业外债管理政策，也适应境内主体资产跨境配置与经营的市场化需求。实践中已经允许外资企业由“投注差”模式调整为宏观审慎模式，但建议以“投注差”模式外债余额为零的情况予以调整，防止外资企业操作性扩大外债规模。

4.建立负面清单管理体系定期评估制度。定期梳理与负面清单不相协调的内容、条件和程序，充分评估市场主体良信度和风险防控的有效性，合理把控负面清单管理体系的建设速率和节奏；科学制定政策储备和调整机制，为新业态发展和创新预留空间，并做好新旧管理体系的协调与衔接，保持管理体系稳定性、连续性，使“负面清单”管理模式下的外汇管理，更有效、更充分地实现支持开放型经济高质量发展的目的。

（三）强化微观主体事中事后监管

1.发挥大数据资源的作用。一是充分利用现有完善的外汇业务管理和监测系统，加强对外商投资企业整个生命周期内跨境资金流出入的监测分析和风险预警；二是充分借助境内银行国内和国际间支付结算系统、跨国公司集团资金收付管理系统，以及国际经济协定交易资金信息互换等渠道，加强长臂监管和穿透式监管。

2. 注重存量信息的监测管理。一是调整和完善业务系统功能。进一步完善资本项目信息的主体信息管理模块，采集企业实际控制人境内全部投资信息；通过“多报合一”年报系统增加采集外商投资企业生产经营和财务指标、以及其他关联信息，强化外商直接投资主体监管；二是建立与市场监督管理部门登记系统数据接口系统，从部门信息共享平台直接获取同一实际控制人境内投资其他企业状态信息，关注关联企业间的资金流动，防范操控性风险。

（四）建立数据信息公示和共享平台

创建外资企业信息数据共享平台，操作上可采取在法律规范框架下，由国家认可的第三方中介服务机构运维，工商、商务、外汇、税务、海关、公安等外资管理部门，根据各自的职能权限范围，将企业非涉密信息定期发送至平台上，形成以企业主体为核心的数据中心。相关职能管理部门，以及具体办理汇兑业务的银行可以在授权范围内，通过平台查询相关信息。既有利于监管部门在第一时间全面了解企业主体活动信息，也有利于企业的业务办理和信息报送，真正实现便利企业和高效监管的双赢。▲

参考文献：

[1]潘功胜.我国外汇管理改革事业70年 [J]. 中国金融,2019(19):14-16.

[2]侯丹.构建新外商投资法下的外汇管理框架 [J]. 中国外汇,2019(15):69-70.

[3]王文卓.负面清单对现有外汇管理方式的挑战与应对[J].改革与开放,2015(15):41-43.