

穿过前世看今生-简评《外商投资法》

2019年3月15日，第十三届全国人民代表大会第二次会议审议通过了《中华人民共和国外商投资法》（“《外商投资法》”），自2020年1月1日起施行。从2015年1月19日商务部公布《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（“《外国投资法草案（2015年）》”）至《外商投资法》落地，立法进程历时四年有余，《外商投资法》的架构与内容也经历了重大的变化。本文试图通过对外商投资领域立法沿革的梳理评析《外商投资法》的出台与意义，并在此基础上解读《外商投资法》。

一、《外商投资法》的“前世”

1978年12月召开的中共十一届三中全会拉开了中国经济对内改革与对外开放的帷幕。与此相呼应，1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国中外合资经营企业法》，1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通过了《中华人民共和国外资企业法》以及1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国中外合作经营企业法》（统称“三资企业法”）。三资企业法的陆续出台标志着中国对外开放进入有法可依、依法开放的进程，确立了外商投资领域以逐案审批为代表的管理制度。

2001年前后，为推动中国加入WTO，三资企业法进行了一轮修订以适应WTO规则的要求。此次修订及后续行政领域的立法与改革虽未改变外商投资领域逐案审批的管理制度，但是逐步将外商投资领域的审批制度与流程予以规范，删除了要求外商投资企业在境内优先采购、经营及建设计划需报主管部门等计划经济色彩浓厚的条款，满足了中国入世后与WTO规则接轨的需求，进一步加快了中国对外开放的步伐。

随着改革开放由市场驱动向创新驱动转型，以上外商投资领域的重监管轻服务的思路已经无法满足中国各行业蓬勃发展和外国投资者对创新管理模式的需求。2015年1月，商务部公布了《外国投资法草案（2015年）》向公众征求意见，该草案展现了一个统一系统监管外商投资领域的基础性法律的框架，提出了准入前国民待遇加负面清单的外商投资领域新型管理制度，力图为外国投资者来华投资创造稳定、透明和可预期的法律环境。但是由于《外国投资法草案（2015年）》的规定过于繁杂，涉及协议控制、国家安全审查制度细则等诸多热点问题，公布之后即引发了各界的热烈讨论，却始终未能落地。

2015年4月，国务院批准设立自贸区，探索外商投资负面清单管理制度。自2016年开始，三资企业法进行了进一步修订，结合商务部出台与修订的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》，落实了对外商投资企业管理制度的改革，逐步确立了以普遍备案制与负面清单下的审批制相结合的外商投资领域管理制度，以向准入前国民待遇加负面清单的外商投资领域新型管理制度逐步靠拢。

在前述探索的基础上，2018年12月26日，全国人大在其官网公布了《外商投资法（草案）》（“《外商投资法（草案）》”），向社会征求意见。再次亮相后的《外商投资法（草案）》相比于《外国投资法草案（2015年）》进行了极速“瘦身”，条文从170条缩减至39条，表述偏向原则化，删除了协议控制、国家安全审查制度细则等诸多争议议题，明确对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理制度，注重对外商投资的促进与保护，并对信息报告制度、经营者集中审查制度、国家安全审查制度等外商投资管理制度进行了原则性的规定。自2018年12月至2019年3月中旬，《外商投资法（草案）》短时间内数次提交全国人大常委会及全国人大审议，最终落地的《外商投资法》基本采用了《外商投资法（草案）》的框架，并在此基础上予以修订完善。

二、《外商投资法》的“今生”

在了解《外商投资法》的“前世”基础上，我们下面将从外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理制度、外商投资的促进与保护以及《外商投资法》与现行法律及制度衔接这三个角度来一窥《外商投资法》

的“今生”。

1、外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理制度

《外商投资法》第四条第一款和第二款规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。

前述规定结合2018年6月开始推行的外商投资企业商务备案与工商登记“单一窗口、单一表格”改革来看可能更能体现出特殊意义。该项改革旨在加强商务、工商部门间信息互联互通、数据共享，优化外商投资企业申请设立程序，减少办理时间，降低企业成本。在这一背景下，2018年6月30日出台的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法（2018修订）》明确了新设及并购设立外商投资企业，相关主体在向工商和市场监督管理部门办理登记时，应一并在线报送外商投资企业设立备案信息；备案机构自取得工商和市场监督管理部门推送的备案信息时，开始办理备案手续，并应同时告知投资者。但是前述外商投资企业在办理后续变更事项时仍需通过商务部门的综合管理系统在线办理变更手续，究其原因可能是《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法（2018修订）》规定的变更事项的范围广于工商和市场监督管理部门变更事项范围。在《外商投资法》准入前国民待遇加负面清单管理制度下，负面清单之外的外商投资企业是否仍需在向工商和市场监督管理部门办理设立登记及变更登记时向商务部门在线报送备案信息或单独报送备案信息，亦或是改为报告制度并参考外商投资信息报告制度，通过部门信息共享能够获得的信息不得再行要求报送尚有待进一步观察。

就负面清单之内的外商投资领域，准入特别管理措施的落实方式尚待观察。举例而言，对于有明确股权、组织形式或者高级管理人员任职要求的行业，在满足前述要求的基础上是否可以给予内外资一致的国民待遇，亦或是延续逐案审批管理制度，亦需要通过配套细则以及监管实践来观察。

2、外商投资的促进与保护

外商投资的促进与保护是《外商投资法》相较于三资企业法而言的重大特色。本部分将通过外资领域立法、标准制定与政府采购参与权，技术合作原则，地方政策、征收、征用与地方政府承诺以及外商投资企业投诉工作机制这四个侧面观察《外商投资法》对外商投资的促进与保护的落实情况。

· 外资领域立法、标准制定与政府采购参与权

《外商投资法》第十条第一款规定，制定与外商投资有关的法律、法规、规章，应当采取适当方式征求外商投资企业的意见和建议。

第十五条第一款规定，国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作，强化标准制定的信息公开和社会监督。

第十六条规定，国家保障外商投资企业依法通过公平竞争参与政府采购活动。政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品、提供的服务平等对待。

立法参与、标准制定与政府采购过程中，外商投资企业相较于境内企业、民营企业相较于国有企业而言通常都是处于弱势地位。此次将外商投资领域立法征求意见、依法平等参与标准化工作、平等对待外商投资企业在中国境内生产的产品和提供的服务以及依法通过公平竞争参与政府采购活动明文写入《外商投资法》，体现了中国政府增加外资领域立法的透明度、加大对外商投资的促进与保护、给予外商投资企业国民待遇的信心与决心。

· 技术合作原则

《外商投资法》第二十二条规定，国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利

人和相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

此次《外商投资法》的亮点之一是将“行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术”明文写入。中国对外开放的目标之一就是引进境外先进技术，而外国投资者的重要筹码之一也是先进的技术，围绕着技术转让、许可与限制的谈判通常是外商投资过程中的重中之重。此次“行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术”是针对这一各方关注的重点问题做出的底线承诺，也是对一些国家指责中国强制性技术转让的有力回应。

· 地方政策、征收、征用与地方政府承诺

《外商投资法》第十八条规定，县级以上地方人民政府可以根据法律、行政法规、地方性法规的规定，在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施。

第二十条规定，国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿。

第二十五条规定，地方各级人民政府及其有关部门应当履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同。因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺、合同约定的，应当依照法定权限和程序进行，并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失予以补偿。

中国各地经济发展水平不一，对外商投资的需求及服务能力亦不同。明确“在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施”既给予了地方政府在招商引资方面的政策灵活性，亦通过“法定权限”限制了地方政府超出权限的招商引资行为。未来各地政府应需要转变招商引资一味靠土地、税收优惠、地方补贴的思路，着重通过提供因地制宜的地方政策和提升服务水平来吸引外资。

主动或者被动与各级政府及有关部门交易与合作是外商投资过程中经常遇到的情况。相比于三资企业法，《外商投资法》强调征收、征用应给予“公平、合理”的补偿以及因“国家利益、社会公共利益”需要改变政策承诺、合同约定的应依法进行并对损失予以补偿，限定了各级政府及有关部门改变政策承诺与合同约定事由，明文保障了外国投资者在前述情况下获得补偿的权利。需要注意的是，《外商投资法》强调各级政府及有关部门应当履行的政策承诺及合同需要是依法作出的。未来在与各级政府及有关部门交易与合作过程中，外国投资者及外商投资企业需对各级政府及有关部门法定权限与范围进行基本判断，以免出现各级政府或有关部门违法越权作出承诺或订立合同无法落实的情况。

· 外商投资企业投诉工作机制

《外商投资法》第二十六条规定，国家建立外商投资企业投诉工作机制，及时处理外商投资企业或者其投资者反映的问题，协调完善相关政策措施。外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，可以通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决。外商投资企业或者其投资者认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的，除依照前款规定通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决外，还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。

这一机制是对外商投资的促进与保护的保障。虽然现行行政与司法程序并没有排除外国投资者和外商投资企业的参与，但是考虑到现行行政与司法程序的承载量，专门的外商投资企业投诉工作机制将有助于落实外商投资的促进与保护。相较于《外商投资法（草案）》，最终落地的《外商投资法》将外商投资企业投诉工作机制定位为协调解决，亦与行政复议以及行政诉讼进行了衔接，明确了外商投资企业投诉工作机制并非行政复议或行政诉讼的前置程序。

3、《外商投资法》与现行法律及制度衔接

· 与国际条约、协定的衔接

《外商投资法》第四条第四款规定，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的，可以按照相关规定执行。

这一规定协调了《外商投资法》给予外国投资者的国民待遇和国际条约、协定中可能给予特定国家或地区的外国投资者的超国民待遇，解决了国内立法和国际条约、协定的潜在冲突，亦给我国对外开放与外交政策保留了足够的灵活性。

与《公司法》、《合伙企业法》等法律的衔接

《外商投资法》第三十一条规定，外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则，适用《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。

第四十二条第二款规定，本法施行前依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》设立的外商投资企业，在本法施行后五年内可以继续保留原企业组织形式等。具体实施办法由国务院规定。

不同于三资企业法通过组织形式区分监管的思路，《外商投资法》将“组织形式、组织机构”统一交由《中华人民共和国公司法》（“《公司法》”）和《中华人民共和国合伙企业法》（“《合伙企业法》”）等法律进行规定，一方面落实了外国投资者的国民待遇，一方面也避免了与《公司法》和《合伙企业法》等法律及其后续修订的冲突。

《外商投资法》给了五年的过渡期以供三资企业法下设立的外商投资企业调整组织形式等，成立时间较早的外商投资企业应注意按照《公司法》或《合伙企业法》的规定依照其自身的情形及时调整自身的组织形式，例如以董事会为最高权力机构的中外合资企业应按照《公司法》的规定设置股东会、董事会和监事会。我们注意到最终出台的《外商投资法》相比于《外商投资法（草案）》增加了五年过渡期“具体实施办法由国务院规定”这一内容。我们期待在国务院制定的实施办法中将进一步明确以下内容：（1）三资企业法下设立的外商投资企业的组织形式、组织机构及活动准则按照《公司法》、《合伙企业法》等法律进行调整的具体方式，例如三资企业法对外商投资企业有特别规定的三会设置、股权转让、利润分配方式、三项基金的提取等如何处理，以及（2）五年过渡期满后未及时调整的处理方式。

· 与《反垄断法》的衔接

《外商投资法》第三十三条规定，外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的，应当依照《中华人民共和国反垄断法》的规定接受经营者集中审查。

上述规定明确了外商投资领域亦要进行经营者集中审查，但将审查范围与流程等交由更为专业的《中华人民共和国反垄断法》予以规定。

· 与现行信息报告制度的衔接

《外商投资法》第三十四条规定，国家建立外商投资信息报告制度。外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定；通过部门信息共享能够获得的投资信息，不得再行要求报送。

上述规定明确了信息报送途径与范围，“通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统”报送的途径应是外商投资企业商务备案与工商登记“单一窗口、单一表格”的延续，“有必要”的原则以及“共享信息除外”的原则则切实减轻了外国投资者以及外商投资企业信息报送的负担。

· 与国家安全审查的衔接

《外商投资法》第三十五条规定，国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。

不同于《外国投资法草案（2015年）》试图通过一个章节27条内容建立外商投资领域国家安全审查制度，最终落地的《外商投资法》仅对“外商投资安全审查制度”进行原则性地规定，具体审查范围与流程等在细则出台前应主要适用国务院办公厅发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》以及《关于印发〈自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法〉的通知》构建起的外商投资安全审查制度。结合《外商投资法》第二条规定的外商投资的各类情形及前述法条的行文结构，可以合理推断未来外商投资领域国家安全审查制度可能参考自贸区模式适用于外商投资的各类情形而不仅限于外资并购，这样的审查模式也更加符合新形势下保护国家安全的需要。

需要注意的是，“依法作出的安全审查决定为最终决定”是否即是《外国投资法草案（2015年）》提出的“对于依据本章作出的国家安全审查决定，不得提起行政复议和行政诉讼”有待进一步观察。国家安全审查虽然属于较为特殊的政府行政职能，而且可能涉及较多关乎国家战略的保密信息，但是如果按照《外国投资法草案（2015年）》的思路完全豁免于行政复议和行政诉讼，则可能使得国家安全审查成为外商投资领域的“黑洞”。如何将国家安全审查与行政复议和行政诉讼有条件地衔接将是未来构建外商投资领域国家安全审查制度的一个重要议题。

三、结语

最终落地的《外商投资法》相比于立法过程中的草案更为全面也更具原则性，从法律角度明确了外商投资领域的准入前国民待遇加负面清单管理制度，亦明确了外商投资的促进与保护的理论与制度，并顺利与现行法律及制度衔接。但是，《外商投资法》相对原则性的规定也使得具体制度与流程等细节有待细则落地以及后续实践执行中观察。

2019-03-18