

《外商投资法（草案）》核心条款解读

2018年12月23日，第十三届全国人大常委会第七次会议对《中华人民共和国外商投资法（草案）》（“《外商投资法（草案）》”）进行了审议。2018年12月26日，全国人大在其官网公布了《外商投资法（草案）》，向社会征求意见，征求意见截止时间为2019年2月24日。

《外商投资法（草案）》定位于外资领域基础性法律，未来将取代《外资企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》（“外资三法”），成为外国投资者在中国境内投资统一适用的法律。与商务部2015年1月发布《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）》”）相比，《外商投资法（草案）》的章节和内容进行了大幅调整、压缩，条文从170条缩减至39条，表述偏向原则化，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，对信息报告制度、安全审查制度等外商投资管理制度进行了原则性的规定。《外商投资法》正式出台后，可能会对现有外商投资体系的规则和制度进行系统梳理和修订，形成新的外商投资法律制度体系，进一步提升外商投资自由化、便利化水平。

对比外资三法以及《外国投资法草案（2015年）》的相关规定，以下为我们对《外商投资法（草案）》核心条款的解读：

内容	外资三法和/或《外国投资法草案（2015年）》的相关规定	《外商投资法（草案）》的相关规定	解读分析
第一章 总则	《外国投资法草案（2015年）》第十五条 本法所称的外国投资，是指外国投资者直接或者间接从事的如下投资活动： （一）设立境内企业； （二）取得境内企业的股份、股权、财产份额、表决权或者其他类似权益； （三）向其持有前项所称权益的境内企业提供一年期以上融资； （四）取得境内或其他属于中国资源管辖领域自然资源勘探、开发的特许权，或者取得基础设施建设、运营的特许权； （五）取得境内土地使用权、房屋所有权等不动产权利； （六）通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益。境外交易导致境内企业的实际控制权向外国投资者转移的，视同外国投资者在中国境内投资。	第二条 在中华人民共和国境内（以下简称中国境内）的外商投资，适用本法。 本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业和其他组织（以下称外国投资者）直接或者间接在中国境内进行的投资活动，包括下列情形： （一）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目、设立外商投资企业或者增加投资； （二）外国投资者通过并购方式取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益； （三）外国投资者通过法律、行政法规或者国务院规定的其他方式在中国境内投资。 本法所称外商投资企业，是指全部或者部分由外国投资者投资，依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业。	本条规定了外商投资的定义及情形。与《外国投资法草案（2015年）》相比，外商投资的列举情形减少（未列举《外国投资法草案（2015年）》中外国投资情形的第三至六项），增加了“通过法律、行政法规或者国务院规定的其他方式在中国境内投资”的兜底情形。 尤其值得关注的是，《外国投资法草案（2015年）》明确将协议控制纳入监管，并在关于草案的说明中针对协议控制提出了三种可能的处理方式（申报制、申报加认定制、许可制）。而本次发布的《外商投资法（草案）》没有将协议控制作为外商投资明确列举的情形，且全文均未出现“控制”的概念，对于协议控制的监管尚待进一步观察。
	《外国投资法草案（2015年）》第六条 外国投资者在中国境内投资享有国民待遇，但根据本法第二十三条（目录制定程序）所制定的外国投资特别管理措施目录（以下简称特别管理措施目录）另有规定的除外。	第四条 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；中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者待遇另有规定的，从其规定。 前款所称负面清单，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。负面清单由国务院发布或者批准发布。	党的十八届三中全会提出“探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式”，本条从法律层面对外资管理制度进行明确。
第二章 投资促进	/	第十五条 外商投资企业平等参与标准化工作，标准制定应当强化信息公开和社会监督。 国家制定的强制性标准平等适用于外商投资企业。	2017年1月国务院发布《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》，将进一步创造公平竞争环境作为政策重点，提出促进内外资企业公平参与我国标准化工作、促进内外资企业公平参与政府采购招投标、支持外商投资企业拓宽融资渠道等要求。本条上升至法律高度，对促进外商投资企业平等参与标准化工作、公平参与政府采购活动、通过各种方式进行融资进行了明确。
	/	第十六条 国家保障外商投资企业公平参与政府采购活动。政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品平等对待。	
	/	第十七条 外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券以及其他方式进行融资。	
第三章 投资保护	《外资企业法》第五条/《中外合资经营企业法》第二条 国家对外资企业/合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对外资企业/合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。 《外国投资法草案（2015年）》第一百一十一条 除特殊情况外，国家对外国投资不实行征收。国家根据社会公共利益需要对外国投资实行征收的，应依照法定程序进行，并依法给予补偿。	第二十条 国家对外商投资不实行征收；在特殊情况下，根据社会公共利益需要对外商投资实行征收的，应当依照法定程序进行，并给予公平、合理的补偿。	与外资三法的规定相比有少许文字调整，删除了国有化的表述；同时强调如因特殊情况对外商投资实行征收，给予“公平、合理”的补偿。
第三章 投资保护	《外资企业法》第十九条 外国投资者从外资企业获得的合法利润、其他合法收入和清算后的资金，可以汇往国外。外资企业的外籍职工的工资收入和其他正当收入，依法缴纳个人所得税。	第二十一条 外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、知识产权使用费、依法获得的补偿或者赔偿等，可以依法以人民币或者外汇自由转出。	本条基本沿袭了《外国投资法草案（2015年）》的表述方式，增加知识产权使用费作为明确列举可以依法自由转出的情形之一；与外资三法的规定相比，强调“自由转出”。

	后，可以汇往国外。 《中外合资经营企业法》 第十一条 外国合营者在履行法律和协议、合同规定的义务后分得的净利润，在合营企业期满或者中止时所分得的资金以及其它资金，可按合营企业合同规定的货币，按外汇管理条例汇往国外。 鼓励外国合营者将可汇出的外汇存入中国银行。 《中外合作经营企业法》 第二十二条 外国合作者在履行法律规定和合作企业合同约定的义务后分得的利润、其他合法收入和合作企业终止时分得的资金，可以依法汇往国外。 合作企业的外籍职工的工资收入和其他合法收入，依法缴纳个人所得税后，可以汇往国外。 《外国投资法草案（2015年）》 第一百一十四条 除法律、行政法规另有规定外，国家允许外国投资者的出资、利润、资产处置所得、依法获得的补偿或赔偿等合法财产自由转入或转出。		
第三章 投资保护	《外国投资法草案（2015年）》 第一百一十六条 国家依法保护外国投资者、外国投资企业的知识产权。	第二十二条 国家依法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，鼓励基于自愿原则和商业规则开展技术合作。 外商投资过程中技术合作的条件由投资各方协商确定，<u>行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。</u>	2017年1月国务院发布《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》也提出依法依规严格保护外商投资企业知识产权。本条对外国投资者普遍关注的知识产权保护与技术合作问题进行了回应，进一步强调外商投资知识产权保护，鼓励基于自愿原则和商业规则开展技术合作，同时明确行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。
	/	第二十四条 地方各级人民政府及其有关部门应当严格履行向外国投资者、外商投资企业<u>依法作出</u>的政策承诺以及<u>依法订立的各类合同</u>。 因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺或者合同约定的，应当严格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。	根据全国人大官网公示的起草说明，本条体现了促进地方政府守约践诺的立法倾向，明确地方政府应当严格履行对外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺及依法订立的各类合同；如需要改变政策承诺及合同约定，应当严格按照法定程序进行，并对外国投资者、外商投资企业的损失予以补偿。 本条规定强调了外国投资者可得到补偿的损失应基于“依法作出”的政策承诺和“依法订立”的合同，对于实践中地方政府超越权限作出政策承诺或签订合同的情形未作进一步规定。
第四章 投资管理	/	第二十七条 外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。 外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。 外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。	明确负面清单管理制度，并明确外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。
	/	第二十九条 外国投资者投资依法需要取得许可的行业、领域的，应当依法办理相关许可手续。 除法律、行政法规另有规定外，有关主管部门应当<u>按照与内资一致的条件和程</u>	2018年6月，国务院发布《关于积极有效利用外资推动经济高质量发展若干措施的通知》，提出“负面清单之外的领域，各地区各部门不得专门针对外商投资准入进

	自即日起实施负面清单管理，按照清单进行管理，审核外国投资者的许可申请。	行限制”；2018年10月，国务院常务会议明确进一步减少社会资本市场准入限制，2019年3月底前全面清理取消外商投资准入负面清单外对外资设置的准入限制，实现内外资准入标准一致。 本条从法律层面规定许可手续的办理原则，除另有规定外，按照与内资一致的“条件和程序”进行审核。实践中，目前某些行业对外国投资者设置了特别的准入条件，能否逐渐做到外资准入条件与程序均与内资一致，有待进一步观察。
《外国投资法草案（2015年）》第五章信息报告，共25条，对信息报告的一般原则、外国投资事项首次报告、变更报告、定期报告等进行了细致的规定。	第三十一条 国家建立<u>外商投资信息报告制度</u>，信息报告的内容和范围按照<u>确有必要、严格控制</u>的原则确定。外国投资者或者外商投资企业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；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。	2015年5月，中共中央、国务院发布《关于构建开放型经济新体制的若干意见》，提出加强事中事后监管，建立外商投资信息报告制度和外商投资信息公示平台。2017年6月，商务部发布《关于进一步加强外商投资信息报告制度和信息公示平台建设有关工作的通知》，强调全面实施外商投资企业设立及变更备案报告制度、协同推进外商投资企业年度投资经营信息联合报告制度。目前，现有的外商投资信息报告主要涉及外商投资企业或其投资者向商务主管部门报送外商投资企业设立及变更信息；外商投资企业报送年度投资经营信息。 《外国投资法草案（2015年）》对于外商投资信息报告制度进行了较为系统、完整的规定，本次发布的《外商投资法（草案）》对外商投资信息报告制度的表述偏原则化，相较于《外国投资法草案（2015年）》，明确了信息报告的内容和范围按照确有必要、严格控制的原则确定。未来对于外商投资信息报告制度是否会提出更多的要求，有待观察。
《外国投资法草案（2015年）》第九章监督检查，共18条，规定外国投资主管部门应当加强对外国投资者、外国投资企业的监督检查，并对检查内容、检查方式等进行了规定。	第三十二条 除法律另有规定外，有关主管部门应当按照内外资一致的原则对外商投资企业实施监督检查。	未针对外商投资企业规定单独的监督检查程序，明确除另有规定外，按照内外资一致原则实施。
《外国投资法草案（2015年）》第四章国家安全审查，共27条，规定国家建立统一的外国投资国家安全审查制度，并对安全审查程序进行了具体规定。	第三十三条 国家建立<u>外商投资安全审查制度</u>，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。	我国现行外商投资安全审查制度主要涉及两个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》，适用于外资并购境内企业的情形，商务部相应制定了配套规定；二是2015年发布的《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》，适用于外国投资者在自贸试验区内投资，既包括外资并购，也包括新建项目或设立企业，以及协议控制等投资方式。 本条对建立外商投资安全审查制度进行了原则性规定，明确对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查，未来安全审查制度可能涵盖《外商投资法

			(草案)》第二条列举的外商投资各类情形。
第五章 法律责 任	《外国投资法草案(2015年)》 第一百四十四条 外国投资者在禁止实施目录列明的领域投资的,投资所在地省、自治区、直辖市人民政府外国投资主管部门应责令停止实施投资、限期处分股权或其他资产,没收非法所得,并处10万元以上、100万元以下或非法投资额10%以下的罚款。 第一百四十五条 外国投资者未经许可在限制实施目录列明的领域投资的,投资所在地省、自治区、直辖市人民政府外国投资主管部门应责令停止投资、限期处分股权或其他资产,没收非法所得,并处10万元以上、100万元以下或非法投资额10%以下的罚款。 外国投资者违反外国投资准入许可附加条件的,作出许可决定的外国投资主管部门应责令限期改正,并处5万元以上、50万元以下或投资额5%以下的罚款;逾期不改正的,或情节严重的,外国投资主管部门可撤销准入许可。	第三十五条 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域的,由有关主管部门责令停止投资活动,限期处分股份、资产或者采取其他必要措施,恢复到实施投资前的状态;有违法所得的,没收违法所得。 外国投资者的投资活动违反外商投资准入负面清单规定的限制性准入特别管理措施的,由有关主管部门责令改正,采取必要措施满足准入特别管理措施的要求;拒不改正的,依照前款规定处理。	商务部于2018年6月修订发布的《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》规定,外商投资企业或外国投资者在国家规定实施准入特别管理措施所列的禁止投资领域开展投资经营活动,或者未经审批在限制投资领域开展投资经营活动,商务主管部门应责令限期改正,并处3万元以下罚款。违反其他法律法规的,由有关部门追究相应法律责任。 本条与《外国投资法草案(2015年)》的结构类似,明确违反外商投资负面清单制度的法律后果,但取消了“罚款”的行政处罚措施;与现行《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》相比,《外商投资法(草案)》作为效力层级更高的法律,为各主管部门追究法律责任提供了基础,不局限于仅列明商务主管部门可采取的措施。
	/	第三十六条 对外国投资者、外商投资企业违反法律、法规的行为,由有关部门依法查处,并按照国家有关规定纳入有关信用信息系统,实施联合惩戒。	2014年6月国务院印发《社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)》,强调在生产、流通、金融、税务等各领域深入推进商务诚信建设。近年来,各行业均在不断推进信用体系建设工作。本条也体现了前述趋势,规定外国投资者、外商投资企业的违法行为将被纳入信用信息系统,实施联合惩戒。

第六章 附则	/	第三十七条 任何国家或者地区在投资方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。	规定外商投资对等原则。
	《外国投资法草案（2015年）》 第一百六十六条 外国投资者投资银行、证券、保险等金融领域的，由相关金融主管部门依据有关法律、行政法规实施准入许可和监督检查。	第三十八条 对外国投资者在中国境内投资 <u>银行、证券、保险等行业或者投资证券市场、外汇市场等金融市场</u> 的管理，国家另有规定的，依照其规定。	明确金融行业和金融市场的外资管理，另有规定的，从其规定，也与目前的市场通行理解和实践做法基本保持一致。
	《外国投资法草案（2015年）》 第一百五十七条 本法生效前依法存续的外国投资企业，在本法生效后三年内应按照《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等法律法规变更企业组织形式和组织机构，但企业既有经营期限在本法生效后三年内届满且拟延长经营期限的，应在企业既有经营期限内进行变更。 依前款规定完成变更之前，继续适用《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》中关于企业组织形式和组织机构的规定。 第一百七十条 本法自20 年 月 日起施行。《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》同时废止。	第三十九条 本法自年月日起施行。 《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》同时废止。 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。	《外商投资法》正式出台后，将取代外资三法成为外资领域的基础性法律。《外商投资法》不再规范企业的组织形式、经营活动等内容，未来外商投资企业的组织形式等将直接适用《公司法》等规范各类市场主体组织形式的法律法规。 本条规定了五年的过渡期，我们理解，过渡期内现存外商投资企业应对组织形式、组织机构等按照《公司法》等法律法规进行调整。

2019-01-08