

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.03.001

《中华人民共和国外商投资法》与相关法律法规的衔接与协调

孔庆江

(中国政法大学国际法学院, 北京 102249)

摘要: 《中华人民共和国外商投资法》于2019年3月15日由全国人大表决通过, 并将于2020年1月1日起施行。该法作为专门的外资法典, 将重构我国的外资基础性法律。为了保障外国投资者和外商投资企业的合法权益, 确保外商投资的有序发展和有效管理, 《外商投资法》与其他法律法规之间良好衔接显得相当重要。具言之, 《外商投资法》需要衔接的主要包括: 外商投资特别管理措施目录、原审批和备案制度相关的法律法规、合同法、反垄断法、企业法、政府采购法和其他相关部门规章等多种法律法规。其中, 《外商投资法》与部分法律法规的衔接可以通过法律解释完成, 而部分衔接需要通过后续立法完成。

关键词: 《外商投资法》; 国家安全审查; 负面清单; 三资企业法

中图分类号: DF964/DF415 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2019)03—0005—09

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)》进行了审议。2018年12月26日, 该草案在中国人大网公布并征求社会公众意见。2019年1月29日, 十三届全国人大常委会第八次会议第二次审议, 2019年3月15日全国人大表决通过《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)。这部法律将自2020年1月1日起施行。该法作为专门的外资法典, 将重构我国的外资基础性法律。《外商投资法》将专注于政府对外商投资的促进和保护, 对外商投资、外国投资者和外商投资企业的管理, 而其他领域的外商投资管理将由其他法律法规承担。为保障外国投资者和外商投资企业的合法权益, 确保外商投资的有序发展和有效管理, 《外商投资法》能否与其他法律法规之间良好地衔接显得格外重要。

一、《外商投资法》与外商投资特别管理措施目录的衔接

外商投资特别管理措施包括不符合国民待遇原则的外商投资准入特别管理措施和其他针对外商投资的特别管理措施, 后者包括不符合国民待遇原则的与国家安全、公共秩序、文化、金融审慎、政府采购、补贴、特殊手续、非营利组织和税收相关的特别管理措施。外商投资准入特别管理措施目录一般称“负面清单”, 负面清单之内的禁止投资领域, 境外投资者不得实施投资, 负面清单之内的限制投资领域, 境外投资者须进行外资准入许可申请。

外商投资准入特别管理措施目录一定程度上反映了外商投资产业政策的内容，实际上起到了执行外商投资产业政策的作用。外商投资准入特别管理措施与《外商投资法》共同构成了与外商投资准入管理有关的规则和措施。《外商投资法》相对稳定，而外商投资准入特别管理措施目录需随形势和政策调整。因此，外商投资准入特别管理措施不宜直接规定在《外商投资法》中，《外商投资法》第四条授权负面清单由国务院发布或者批准发布。需要注意的是，《外商投资法》此处规定与目前实践存在差别，更加严格地限定了负面清单的制定。自2013年以来我国的负面清单一直由国家发改委和商务部起草并联合发布（上海自贸试验区的负面清单最初是授权上海市人民政府颁布的）。^①在《外商投资法》通过并生效后，应当注意特别管理措施目录的更新和修订程序。具体而言，负面清单由国家发改委和商务部起草后，一定要经过国务院批准，并由国务院发布；严格意义上，负责起草的国家发改委和商务部甚至不能将负面清单交由国务院批准后由其自己联合发布。

二、《外商投资法》与国家安全审查相关法律法规和规章的衔接

国家安全审查是东道国在国家经济主权上的体现，主要对外商投资行为进行审查以评估对本国安全的影响。在更加开放的负面清单模式下，安全审查制度成为更加重要的制度，应当在立法层面加以构建。我国现行的安全审查制度主要建立在国务院于2011年2月发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》以及同年8月由商务部公布的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》的基础上，依据的规范性法律文件效力层级低、调整范围小，审查内容集中在并购的投资形式上，这与安全审查制度的重要性极其不相称。考虑到国家安全审查制度是涉及外商投资领域的敏感问题，而我国现有的安全审查制度无论在审查范围还是在审查程序上，尚未能结合负面清单模式较好运行，无疑不能再满足《外商投资法》下的审查需求。

《外商投资法》无法对安全审查的程序规则做详细的规定，故此，《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。”更为具体的内容仍需要做专项的立法安排予以重构，但是现行的外资并购国家安全审查制度有待以单行的《外商投资国家安全审查条例》的方式逐步进行扩充。《外商投资法》通过并生效后，现有的国家安全审查相关的法律法规和规章，在纳入尚未处于正式立法进程中的《外商投资安全审查条例》时，涉及以下几个方面内容的规定应予以调整。

（一）安全概念的调整

一方面，在现有的关于外国投资者并购境内企业安全审查制度的构建中，尚未对

^① 我国目前现行的是2018年7月28日实施的由发改委、商务部发布的《外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2018年版）》。

国家安全概念有全面的认识,在并购安全审查内容的规定中,采取列举的方式列明包括国防安全、国家经济稳定运行、社会基本生活秩序、国家安全关键技术研发能力四个考量因素。《外商投资法》直接援引了“国家安全”这一概念,依据《国家安全法》,外商投资国家安全审查的内容必然会涵盖国家安全、国家公共政策、环境保护等,这超出了原有并购安全审查下的考量因素。另一方面,以往在外资产业准入安全审查的配合下,并购的安全审查制度尚能满足对国家安全的保护需求,但随着负面清单管理模式的实施,原先的外资产业准入安全审查发生根本改变,部分产业准入中的安全审查职能将归入到统一的安全审查制度中。因此《外商投资国家安全审查条例》有必要在现有国家安全概念的基础上扩充丰富安全审查的考虑因素,宜对《国家安全法》第二条的国家安全定义进行适当扩大解释。

(二) 审查范围的调整

《外商投资安全审查条例》系统的安全审查制度,有必要对适用范围予以扩大,对任何危害或可能危害国家安全的外商投资项目都进行国家安全审查。该条例应当沿用《国家安全法》的规定,不宜对外商投资安全审查的适用条件做过多的限制,突破原先并购国家安全审查制度中对外商投资项目投资形式的限制。

(三) 国家安全审查与司法审查

外资国家安全审查决定一般不受司法审查,即投资者如不服东道国政府的安全审查决定,不得提起诉讼。考虑到《外商投资国家安全审查条例》将由国务院颁布,而国家安全审查决定也将由国务院最终做出,因此不宜在《外商投资国家安全审查条例》中规定外资国家安全审查决定不受司法审查。相关规定应该在作为外资基本法的《外商投资法》或作为调整国家安全事务的高位阶的《国家安全法》中做出。因此,《外商投资法》第三十五条第二款规定“依法作出的安全审查决定为最终决定。”

三、《外商投资法》与原审批和备案制度 相关法律法规和规章的衔接

过去外商投资的审批事项包括:设立、变更、终止、分立、合并、延长经营期限和委托他人经营等事项。在《外商投资法》颁布后,除负面清单以外,全部改为备案制,由“全面审批制”变为“普遍备案制”与“负面清单下的审批制”,原有的关于审批和备案制度的法律法规和规章也应作相应调整。

关于外资企业设立及变更管理,商务部经自贸区试验后,2018年以《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》进行了《外商投资法》生效前的准备与过渡,但对于过去涉及外商投资企业设立等重大事项审批分别制定的专门规定(例如下文提到的《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》),仍存在大量的法规清理工作,新法生效后原有的规章需要予以集中梳理、修订或废除。

关于外资项目核准及备案管理，国家发改委根据《指导外商投资方向规定》《国务院关于投资体制改革的决定》《国务院关于发布政府核准的投资项目目录》，对外商投资“项目”实行核准和备案管理，并相应地颁布了《外商投资项目核准和备案管理办法》。该管理办法对《外商投资产业指导目录》中有中方控股要求的鼓励类项目、限制外商投资类项目和外商投资《国务院关于发布政府核准的投资项目目录》中规定需要政府投资的项目规定了核准程序；对于其它外商投资项目则规定了备案程序。前述国家发改委下的项目核准和备案管理程序属于事前备案，且国家发改委有权不予备案，本质上属于外资准入的实质性门槛，这与《外商投资法》以及《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》所确立的“普遍备案制”、“负面清单下的审批制”存在一定重合，但更多的是矛盾。《外商投资法》通过并生效后，国家发改委的项目核准和备案制度是否继续实施，或者予以整合，有待进一步修订。

关于外国投资者并购境内企业的一系列法规和部门规章，特别是《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》，其法律基础就在于外商投资企业设立的审批制度，该规章第十一条明确规定“境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内的公司，应报商务部审批。当事人不得以外商投资企业境内投资或其他方式规避前述要求”。《外商投资法》取消了负面清单以外的审批制度，而外资并购境内企业不宜纳入负面清单范畴，故针对外国投资者并购境内企业的一系列部门规章，不应继续有效，而需要做相应调整。

关于外商投资企业境内再投资的核准备案问题，在《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》中规定，外商投资企业购买被投资公司投资者的股权，被投资公司经营范围属于鼓励类或允许类领域的，被投资公司应向原公司登记机关备案。被投资公司经营范围涉及限制类领域的，应向省级审批机关申请同意批复才可以申请变更登记。这与《外商投资法》和《特别管理措施目录》可能存在不符，应进行修订予以统一。

四、《外商投资法》与《公司法》等企业法的衔接

（一）现行企业法之间的冲突

各国企业法通常存在商业组织法（law on business organization）性质的企业法和产业政策与经济管理法性质的企业法之分。我国现行的外商投资企业法是融商业组织法与产业政策、经济管理法于一体的混合性立法。立法性质的错位，必然导致我国现行的外商投资企业法与包括《公司法》在内的企业法之间存在明显的冲突。

1979年7月，当全国人大为吸引外资通过《中外合资经营企业法》（以下简称《合资企业法》）时中国还没有其他形式的企业立法，甚至连最基本的企业法——公司法也没有。这使《合资企业法》不但承担了外资管理的功能，而且承担了中国第一个正式的企业法的组织功能。在《合资企业法》以后陆续颁布的《中外合作经营企业法》（以下简称《合作企业法》）和《中华人民共和国外资企业法》（《外资企业

法》)也部分承担了企业组织法的功能。三资企业法及其各自的实施条例与细则,以及大量涉及外商投资企业设立、变更、股权转让和其他相关事项的配套法规规章,在相当长时期内,自成体系。制定《公司法》时,出现了将三资企业纳入企业法统一体系并予以适当协调的努力,体现在《公司法》第二百一十七条:“外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法;有关外商投资的法律另有规定的,适用其规定。”^①但这一规定并没有实质性地解决外商投资企业法与《公司法》的冲突。如果对于《公司法》有规定而三资企业法未予涉及的内容也同样理解为“另有特别规定”?所谓的“外商投资的公司适用公司法”的原则性规定成了空话,《公司法》中哪里还有可以适用于外商投资企业的内容。反之,如果不把对同样法律事项作出不同法律规定的情况看作外商投资企业法的“特别规定”而适用《公司法》,那么这是否意味着外商投资企业也要设股东会、监事会,也要实行最低资本额制度,也要给合营者签发“出资证明书”,这显然又走到了另一个荒唐的地步。

此外,全国人民代表大会常务委员会于1997年2月23日通过、2006年8月27日修订的《中华人民共和国合伙企业法》也尝试协调外商投资企业相关法律文件与合伙企业法的关系,《合伙企业法》在第一百零八条中规定,“外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法由国务院规定。”但迄今为止,国务院并无规定外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法。

新的《外商投资法》明确外商投资法改革的宏观目标和法律途径,给它以重新定位,其基本思路是:在舍除其商业组织法内容的基础上,恢复其产业政策与经济管理法的单一性质;删除原有外商投资企业法内容,将企业组织设立、活动、组织机构的变更以及解散等内容交由《公司法》等调整。这样,《外商投资法》与《公司法》的职能分工便十分明了,前者只规定管理外商投资的法律制度和规则,后者适用于包括外商投资企业在内的所有公司,两个法之间的关系被彻底理顺,相互之间将不存在对同一事项作不同规定的法律冲突。

(二)《外商投资法》与企业法的衔接

在《外商投资法》生效之后,外商投资企业与公司法的关系将得以明晰。中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业所依赖的原外资三法将不复存在,按照《外商投资法》第四十二条,现有的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业将在五年内,重新改制并重新变更注册为《公司法》规定的有限责任公司、股份有限公司或一人有限公司,或《合伙企业法》规定的合伙企业。当然在五年过渡期内,现有的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业,只要尚在其各自的期限内,^②依然可以保留原来的形式,但在期限届满之后或五年过渡期后(以其中较短者

① 1993年首次制定的《公司法》的相关条文为第十八条:“外商投资的有限责任公司适用本法,有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的,适用其规定。”

② 原《中外合资经营企业法》第十三条规定可以约定合营期限,《中外合作经营企业法》第二十四条规定合作合同应规定合作期限,《外资企业法》第九条规定了审批机关应核准外资企业的期限。

为准），必须改制。其中具有法人地位的即属于公司中的有限责任公司和股份有限公司，统一适用《公司法》；非法人的外商投资企业也将根据其性质适用《合伙企业法》。

五、《外商投资法》与《合同法》的关系

中外合资经营企业^①和中外合作经营企业^②设立时，中外投资者会订立合营企业合同和合作企业合同；在合营企业或合作企业转让时，也会订立转让合同。原《合资经营企业法》和《合作经营企业法》规定，这些合同需要审批。由于立法不完善，它们并未对未经审批的合同效力进行说明，亦未对外商投资企业股权转让合同未经审批的效力进行说明。故这一领域存在大量的行政法规和部门规章，其中1997年工商总局出台的《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》在司法实践中起到了很重要的影响作用，该文件规定外商投资企业股权变更审批的效力以及协议、章程生效的时间，同时，要求股权转让应符合国家产业政策、外资投资比限制，规定注册资本以及企业性质转变需要审批。

1999年《合同法》出台，作为一般法，规范平等主体之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，前述几类特殊的企业设立合同或股权转让协议，尤其是涉及中外投资者转让合同权利或义务的协议，应当属于《合同法》第四十四条第二款，需要依其他法律法规特别规定，办理批准、登记等手续才生效的要式合同。《合同法司法解释一》《合同法司法解释二》又做了进一步说明，即未经审批合同效力为不生效。但随着《合同法》《公司法》等法律的出台，部分主管部门及地方制定的法规及规章与现行高位阶法存在不一致的现象，给司法实践造成了法律适用的难题。故2010年《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（以下简称《规定一》）更进一步对外商投资企业在设立、变更等过程中的部分审理难题进行明晰，明确了一套关于外商投资企业设立和股权转让合同的规则，包括：（1）设立外商投资企业的合同和外商投资企业股权转让协议必须经过审批程序才能生效；（2）股权转让没有经过其他股东同意、优先购买的无效；（3）股权转让导致企业性质变更的需要额外审批；（4）股权转让违反法律相关规定和产业政策的无效。

《外商投资法》通过并生效后，作为产业政策与经济管理法，不宜对《合同法》调整的具体问题进行规范，事实上《外商投资法》也确实没类似的规定。依照《合同法》第一百二十六条：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企

① 中外合资经营企业是指中国合营者与外国合营者依照《中外合资经营企业法》等有关法律的规定，在中国境内设立的共同投资、共同经营、按出资比例分享利润、承担风险与亏损的企业。

② 中外合作经营企业是指中国合营者和外国合营者依照《中外合作经营企业法》等有关规定，在中国境内设立的、由合同确立双方权利和义务、并根据合同从事生产经营的企业。

业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律。”《外商投资法》生效后，三资企业法及衍生的实施细则和部门规章均依法废止，那么届时与外商投资相关的合同适用中国法就只能是《合同法》本身。

当然，由于《合同法》的立法模式将需要审批的具体项目交由特别法规定，《外商投资法》生效后，股权转让没有经过其他股东同意、优先购买的效力问题，不再属于《外商投资法》的范畴，而须适用《公司法》规定。对于在负面清单（外商投资特别管理措施目录）内的外商投资项目涉及的前述合同依然适用审批，在负面清单之外的外商投资项目涉及的其他投资合同、股权转让合同、股权置换合同和股权变更合同，以及其他合同，均适用现《合同法》的规定。这里需要提及的是，2001年制定、2011年修订的《中华人民共和国技术及出口管理条例》第二章“技术进口管理”中涉及技术进口合同部分可以视为《合同法》的特别法，但有关外商投资企业的外方与中方之间的技术转让合同，如涉及《外商投资法》第二十二條规定禁止的强制许可，就不再适用该条例中的相应规定如第二十七条。

六、《外商投资法》与反垄断法的关系

反垄断法是政府管理市场、维持良好市场秩序最重要的监管工具之一，我国的反垄断审查制度正在逐步走向内外资统一。

从《反垄断法》的适用范围角度，我国反垄断审查制度的发展，伴随着是否只针对外资限制的质疑，在2007年《反垄断法》出台后，终于在适用范围上对境内企业和境外企业达成了统一。以现有的框架来看，《反垄断法》足以涵盖各种形式的外商投资项目，并突破原先停留在并购阶段的审查模式，对于外商投资在各个阶段可能产生的垄断行为，都能依据《反垄断法》加以规制。

从反垄断执法机构角度，随着《深化党和国家机构改革方案》的公布，国务院原先关于反垄断执法工作的部门职责分工发生了很大的改变，原在国务院反垄断委员会的组织、协调、指导下，由商务部（反垄断局）、国家发改委（价格监督检查与反垄断局）与工商总局（反垄断与反不正当竞争执法局）组成的反垄断执法机构，相应的职责被整合，组建国家市场监督管理总局，作为国务院直属机构，承担反垄断统一执法。这种整合在一定程度上反映了反垄断审查程序一体化的趋势。

从申报标准角度，2009年商务部对《关于外国投资者并购境内企业的规定》进行了修改，删除原第五章“反垄断审查”，在“附则”中新增一条，表述为：“依据《反垄断法》的规定，外国投资者并购境内企业达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定的申报标准的，应当事先向商务部申报，未申报不得实施交易。”意在删掉关于外资并购需要申报的特殊标准，虽然外资企业与内资企业在程序上还有些差异，但是在标准上达成了统一。

在现有框架下，不论是从范围还是标准上看，反垄断审查都没有刻意对外资企业和内资企业做明显区分。即便在外资并购审查中提及的反垄断审查，也只是以原则

性的规定与《反垄断法》下的审查机制进行对接，在审查程序和审查标准上并没有体现出特异性。这也是我国内外资企业所适用法律体系逐步统一的一种体现，特别是在“准入前国民待遇”实施后，市场主体地位差异愈加减小，差别化外资政策已经没有操作空间。《外商投资法》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《反垄断法》的规定接受经营者集中审查。”这表明，该法生效后，外资通过并购方式或经营者集中的方式设立外商投资企业相关的活动，依然受《反垄断法》的调整。目前针对外资并购的反垄断审查，可以维持其效力。

值得注意的是，目前《外商投资法》对反垄断调查与准入许可的衔接没有作出规定，在后续相关法规中应当进一步明确。

七、《外商投资法》与政府采购法的关系

《外商投资法》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平等对待。这里的产品宜作广义解释，包括服务和工程等政府采购对象在内。

现有的政府采购制度下，政府采购主要由两部分组成，一是对本国货物、工程和服务采购的规定，二是对进口产品政府采购的规定。

虽然目前我国法律对“本国货物”并没有一个清楚的定义，但根据财政部于2007年12月27日制定并发布的《政府采购进口产品管理办法》第三条，进口产品是指通过中国海关报关验放进入中国境内且产自关境外的产品。反过来说，对于判断货物是本国货物还是进口产品，仅有“进关”一个标准，不符合进关标准的均为本国货物。外资企业作为根据中华人民共和国法律在中国设立的中国法人，企业在中国境内生产的产品，应当认定为本国货物。故此，外商投资企业的产品在现有的政府采购法中就能得到平等对待，在《外商投资法》立法后，我国与外商投资企业相关的政府采购管理，依然可以适用《政府采购法》和其他政府采购法规。同时必须注意到，外国投资者在中国境外生产的商品和提供的服务属于进口的产品，《外商投资法》关于政府采购的规定，并不适用于此。

八、《外商投资法》与原外商投资有关的部门规章的关系

《外商投资法》的生效，系新法替代旧法，将导致原有的三资企业法废止，这也是《外商投资法》第四十二条视立法技术需要明确规定的。从法理上讲，国务院依据原三资企业法制定的各自的实施条例或细则及国家工商行政管理局、商务部、国家发改委等部门以及各地方人大和政府针对外商投资中的具体问题出台的许多具体的规定（“部门规章”、“地方人大条例”和“地方政府规章”）也将因失去依据而失效。鉴于《外商投资法》作为外资基础性法律比较简洁，从操作性出发，国务院有必要制定该法的实施条例。

【作者简介】孔庆江：中国政法大学国际法学院钱端升讲座教授，博士生导师。研究方向：国际经济法。

The Relationship and Connection between the Foreign Investment Law of the People's Republic of China and Other Laws and Regulations

KONG Qing-jiang

(China University of Political Science and Law, Beijing 102249, China)

Abstract: The Foreign Investment Law of the People's Republic of China was passed by the National People's Congress on March 15, 2019, and will be implemented on January 1, 2020. As a special foreign investment code, the law will reconstruct China's basic laws of foreign investment. In order to protect the legitimate rights and interests of foreign investors and foreign-invested enterprises. To ensure the orderly development and effective management of foreign investment, the good connection between the Foreign Investment Law and other laws and regulations is very important. In other words, the connected other laws and regulations included the catalogue of special management measures for foreign investment, the laws and regulations related to the original approval and filing system, the contract law, the anti-monopoly law, the enterprise law, and government procurement law. The connection between the Foreign Investment Law and some of the above mentioned laws and regulations can be completed through legal interpretation, while some need to be completed through follow-up legislation.

Keywords: Foreign Investment Law; national security review; negative list; three types of foreigning-funded enterprise law

(责任编辑：黄志瑾)