

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.03.002

《中华人民共和国外商投资法》初探

崔凡¹ 蔡开明²

(1. 对外经济贸易大学, 北京 100029; 2. 北京大成律师事务所, 北京 100007)

摘要: 《外商投资法》是我国外商投资管理体制改革的一个里程碑, 是我国外商投资领域的基础性法律。该法将准入前国民待遇加负面清单管理制度作为外资准入的基本制度, 并且从多方面规定了对外商投资企业的公平与平等待遇。《外商投资法》规定了促进、保护和管理外商投资的原则和基本制度, 在此基础上, 一些具体的制度包括外商投资安全审查制度、外商投资信息报告制度以及外商投资企业投诉工作机制等仍需补充完善, 相关法律、法规、规章等的全面梳理和修改是下一步工作的重点。

关键词: 外商投资法; 负面清单; 准入前国民待遇

中图分类号: F74/D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2019)03—0014—11

2019年3月15日, 第十三届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)。《外商投资法》将于2020年1月1日开始实施。这一法律将取代原有的三部外商投资企业法(即原有的“外资三法”, 包括《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》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》), 成为我国促进、保护、管理外商投资的基础性法律。相比于2015年1月发布的《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿), 《外商投资法》显得更加简明扼要, 贯彻准入前国民待遇加负面清单管理制度更加明确彻底, 体现了高水平投资自由化便利化的要求。该法颁布实施之后, 相关的实施条例等配套法规与规章预计将陆续制定颁布, 包括原有“外资三法”在内的一些法律、行政法规、部门规章以及其他规范性文件将被废止或者修改。由于《外商投资法》的规定原则, 一些操作层面的具体规范仍有待进一步明确。

一、历史背景

中国外商投资管理体制在上个世纪七八十年代基本形成以后, 一直以准入审批加优惠措施的方式实施管理。^①2008年开始, 传统外商投资管理体制开始转型, 当年生效的《企业所得税法》开始了“两税并轨”(即外商投资企业与内资企业所得税体制并轨)的进程, 并在5年内过渡完成并轨;^②同样在当年生效的《反垄断法》使得我国

① 关于新旧外商投资管理体制的特点对比, 可参见: 崔凡. 利用横向外资 提高外资质量[J]. 国际贸易, 2007(1): 45-47.

② 在2008年以前, 中国内资企业的企业所得税是33%, 包括归属中央财政的30%与地方财政的3%。外资股份在25%以上的外商投资企业可以从盈利年度开始免征两年所得税, 此后三年可以减半征收。一般情况下, 地方政府对归属地方财政的3%所得税予以免除, 对归属中央财政的30%减半征收, 使得在此期间外商投资企业的实际所得税率为15%。“两税并轨”之后, 在一般情况下, 内外资企业所得税率均为25%。

公平竞争法体系终于初步建成。此后的5年内，以经济合作与发展组织（OECD）外资限制指数衡量，我国对外资的开放程度基本没有变化。^①但在此期间，外商投资管理体制实际上已经在发生重要变化。另一件对外商投资体制影响较大的事情是中美双边投资协定的谈判，期间虽然由于美国因为修订谈判模板暂停了一段时间，但谈判本身启动了中国国内对外商投资体制改革的广泛讨论。其中讨论的一个重要问题是，中国应该用正面清单渐进方式实行投资自由化，还是使用负面清单即高水平方式实行投资自由化。

2013年，新一届政府上任不久即做出了高水平开放的战略决策。当年7月10日，第五轮中美战略与经济对话在美国华盛顿举行，汪洋副总理代表中国表示同意以准入前国民待遇加负面清单方式与美国进行双边投资协定实质性谈判，这标志着中国宣布将采用负面清单模式即高水平开放模式（这也被称为“自上而下”的开放模式）进行投资开放。当年9月29日，中国宣布中国（上海）自由贸易试验区挂牌运行，投资开放压力测试是上海自贸区试验的重要内容之一。从2013年10月1日起，相关外资管理法律中涉及审批的规定在自贸区范围内暂停实施3年，第一个自贸区外资准入负面清单同时公布实施。

在此期间，社会各界预测3年届满之后，中美双边投资协定将完成，新的外商投资法将形成。中美双边投资协定虽然完成了大部分谈判，但最终没有能够如期达成。虽然2015年1月商务部公布了《外国投资法》（草案征求意见稿），但在自贸区3年试验届满之际，将原有“外资三法”合并订立新法的条件仍不成熟。

到2016年9月30日，相关外资管理法律的规定在自贸区范围内暂停实施届满3年。在现有自贸试验区改革试验经验的基础上，2016年9月3日，全国人大常委会决定修改相关外资管理法律，删除原有“外资三法”以及《台湾同胞投资保护法》中涉及投资审批的条款，将负面清单管理模式正式推广到全国。为此商务部颁布了《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》），于2016年10月8日公布实施。该《暂行办法》规定外资准入负面清单之外的领域，外商投资企业设立及变更实行备案管理，不再要求进行审批。《暂行办法》实施后，准入前国民待遇加负面清单管理模式初步在全国实施。

《暂行办法》在2017年和2018年分别进行了两次修改，在第二次修改之后，从2018年6月30日开始，全国推行了外商投资企业设立商务备案与工商登记“一套表格、一口办理”，商务备案基本融入了工商登记程序。可以说，对于负面清单以外的外商投资，已经基本实现了准入前国民待遇，其准入程序与内资基本没有差别。

本次《外商投资法》没有再提及外商投资企业设立与变更的审批与备案程序，据

^① 2003年，经济合作与发展组织（OECD）开始编制外资限制指数来衡量各国的投资自由化程度。数据回溯到了1997年。1表示限制程度最高，0表示完全没有限制。数据中最开始一共只包括45个经济体，后来陆续增加了一些经济体，到最新公布的2017年数据，已经包含了68个主要经济体。2008年和2009年，该指数没有公布数据。2010年，中国的外资限制指数为0.427，2014年，该指数仅仅微降到0.422。最新的2017年数据显示中国的指数降为0.316，在68个主要经济体中居于第三位。

该项制度可能终止,被外商投资信息报告制度所替代。由此,可以说,中国的外商投资管理体制将全面实现准入前国民待遇加负面清单管理模式,并在准入后全面落实国民待遇,实行内外资一致平等管理。在不久的将来,中国的外资管理模式和开放水平将与国际上开放程度较高的国家全面接轨,实现高水平投资自由化与便利化。

二、法律名称和主要内容

《外商投资法》的法律名称不同于原有的“外资三法”,不再有“企业”字样。外资三法制定于上世纪七八十年代,当时中国的《公司法》、《合伙企业法》等企业组织法律还处于空白,因此“外资三法”在名称中都带有“企业法”的字样,侧重解决外资准入以及外商投资企业组织的一些法律问题。从原则上讲,外商投资企业进入中国以后,其企业组织行为都应该按照内外资一致的公司法等企业组织法律加以规定。在目前我国企业组织法律体系已经比较健全的情况下,对外商投资企业组织的绝大部分问题没有必要再另行立法规定了。可以预见,此次《外商投资法》的制定将基本解决现有“外资三法”与《公司法》等企业组织法的重复与冲突的问题。

在立法过程中,还存在法律名称是用《外商投资法》还是《外国投资法》的不同意见。2015年1月公布的《外国投资法》(草案征求意见稿)使用了《外国投资法》的名称。目前使用《外商投资法》的名称沿用了我国外商投资管理领域传统的称呼。

《外商投资法》第二条对外商投资做了定义,该定义有三点值得注意。一是与《外国投资法》(草案征求意见稿)中“外国投资”的定义不同,《外商投资法》的“外商投资”定义没有包括“向其持有前项所称权益的境内企业提供一年期以上融资”等内容,由于定义中有“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”,一年期以上融资是否包括在内有待进一步研究和观察。在现行外债管理制度中内资企业与外商投资企业是存在一定差别的。^①从长期看,两者的管理应该趋同。二是《外商投资法》定义中没有出现“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。”的表述,没有提及《外国投资法》(草案征求意见稿)中多次出现的“实际控制”的概念。^②三是《外商投资法》(草案)的定义中没有沿用多年存在的外商独资企业(外资企业)、中外合资经营企业、中外合作经营企业的区分。特别是中外合作经营企业,作为一种法律定义的企业组织形式,将可能消失。对于教育、自然资源等中外合作经营模式比较普遍的领域来说,这将对其管理体制产生重要影响。

^① 根据2017年6月商务部制定、国家统计局批准的《外商投资统计制度》,外方股东贷款(来自境外)计入外方直接投资统计。外方股东贷款(来自境外)系指投资总额内境外借款中由外方股东以自有资金提供的期限1年以上的中长期贷款。长期以来,外商投资企业的投资总额与注册资本之间可以存在一定的差异,即业界通称的“投注差”。我国《外债管理暂行办法》第十八条规定:“外商投资企业举借的中长期外债累计发生额和短期外债余额之和应当控制在审批部门批准的项目总投资和注册资本之间的差额以内。在差额范围内,外商投资企业可自行举借外债。超出差额的,须经原审批部门重新核定项目总投资。”

^② 我国《公司法》中出现了“实际控制人”的概念并且进行了界定。但是,《公司法》并不涉及外资准入问题。

《外商投资法》第四条明确“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”。在一审草案中，该条没有包括准入前国民待遇与负面清单的定义，正式通过的文本中包括了相关定义。一审和二审草案中规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者待遇另有规定的，从其规定。”在正式通过的文本中，该款被修正为“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。”考虑到我国签订的双边投资协定大多不涉及准入待遇，这一修改可能为今后我国签订基于准入前国民待遇加负面清单原则的双边投资协定留下灵活空间。^①

整个《外商投资法》共有42条，远远少于2015年版《外国投资法》（草案征求意见稿）的170条。该法共分6章，除了总则、法律责任和附则3章，投资促进、投资保护与投资管理分列3章，充分体现了政府职能转变“放管服”的要求。

三、投资促进

投资促进一章既规定了准入前促进措施，也规定了准入后外商投资企业所享有的公平待遇。对于该章涉及的招商引资中的优惠待遇问题，本文在后面专门论述。下面主要讨论一下公平与平等待遇问题。

该章多次出现“公平”、“平等”等表述。例如第九条规定“外商投资企业依法平等适用国家支持企业发展的各项政策”。^②第十五条规定“国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作”。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。”。另外，第十七条规定“外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券和其他方式进行融资”。平等享受政府支持政策、平等参与标准化工作、公平参与政府采购活动、与内资企业一样享有融资便利，这些诉求都是外商投资企业反映问题较多的领域。通过立法保护其准入后可以享有公平待遇，本身将增强中国市场对外资的吸引力，促使外商投资企业深度本地化，在当前的背景下，非常具有针对性。

值得注意的是，继易纲、张茅等部委领导公开表态之后，2018年12月24日国务院常务会议明确表示将按照竞争中性原则，对各类所有制企业和大中小企业一视同仁，此后竞争中性的概念也被2019年《政府工作报告》所肯定。竞争中性原则在标准化、政府采购、融资、用地、招投标、监管等各方面都可能有所体现。可以说，本章的规定具体体现了竞争中性原则。这不仅仅将促进外资的引进，也将对结构性改革起到推动作用。

^① 在我国与东盟、韩国、澳大利亚等签订的自贸协定的投资章节中，我国对相关缔约对方在投资准入方面有最惠国待遇义务。但这种投资最惠国待遇义务在服务贸易领域以外我国仅仅给予了少数经济体。除了对我国港澳地区，我国尚未与其他经济体签订包含负面清单的双边投资协定或者自贸协定投资章节。今后这种带有负面清单的协定一旦出现，作为国际条约与协定一部分的负面清单可能与本法中规定的负面清单出现差异，由此相关国际条约与协定可能形成更为优惠的准入条件。

^② 我们理解的“支持企业发展的各项政策”包含补贴政策。

四、投资保护

（一）征收与转出

征收与资金转出问题涉及传统的双边投资保护协定中规定的一些问题。这在投资保护章节有所涉及。

对于征收问题,《外商投资法》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。”在国际投资法涉及征收补偿的问题上存在全部补偿、适当补偿和不予补偿三种理论。全部补偿的主要代表是赫尔三原则,强调补偿需要“充分、及时、有效”。虽然我国法学界不少专家对赫尔三原则持有保留态度,但在我国签订的双边投资协定和自贸协定的投资章节中,有不少规定实际上非常接近“充分、及时、有效”。^①与此同时,我国《物权法》中也有关于征收的规定,并且原则性地规定了进行“相应补偿”。对于征收与补偿问题,既要考虑到我国目前和今后签订的双边投资协定中的承诺义务,也应考虑尽量保持与《物权法》的一致。

《外商投资法》第二十一条规定,“外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等,可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出”。利润、资本收益、知识产权使用费等均属于经常项目,我国已经实现经常项目可自由兑换。出资属于资本项目。近年来,我国涉及直接投资的外汇管理规定不断简化。境内直接投资项下外汇登记核准以及直接投资外汇年检均已取消,投资便利化程度不断提高。

（二）禁止强制转让技术

《外商投资法》第二十二条规定,“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”。

强制技术转让是近年来一些国家对我国指责较多的一个问题。中国曾经在入世议定书第七条中表示,中国不以技术转让要求为前提批准外资准入。与此同时,中国在签订的相关国际协定,例如2007年中韩投资协定、2012年中日韩投资协定、2015年中韩自贸协定中也做出了类似承诺。中国切实履行了这一承诺,在有关外资准入法律法规中没有任何要求转让技术的规定。

这次,中国在《外商投资法》中进一步明令禁止行政机关及其工作人员以行政手段强制转让技术的行为,有利于减少相关的国际争议。

^① 例如中韩自贸协定的投资章节中规定,“…补偿应与被征收投资在公开宣布征收和实施征收中较早时间的公平市场价值相当。公平市场价值不应反映因公众事先知道征收所带来的市场价值的变化。”“…补偿支付不得延误,且应根据实施征收到支付补偿的期间按照合理商业利率计算利息。补偿应可有效实现、自由转移,并可按照征收时的市场汇率自由兑换为相关投资者所属缔约方的货币以及可自由使用货币。”

实际上，外方对中国强制技术转让的指责内容超出了中国入世议定书的承诺范围。对于中国原有的外资审批制度，外方认为由于其缺乏足够的透明性，审批本身可能给外国投资者带来转让技术的压力。为此中国通过从2013年开始的自贸区试点，于2016年10月开始在全国基本取消了外资企业设立与变更的审批制度，仅在负面清单下的领域实施审批。本次《外商投资法》实际上取消了外商投资企业设立与变更的审批与备案程序，对减少外方关于强制技术转让的争议也会起到积极作用。

外方对强制技术转让的另一项指责内容是股权限制。由于存在对外资的股权限制，外资进入中国需要寻求中方合资合作者，外国投资者可能在商务谈判中面临对方要求转让技术的诉求。外方认为中国外资法规中的股权限制和合资要求提高了中国合资合作方在技术引进谈判中的地位，增加了外国投资者转让技术的压力。尽管股权限制规定是许多国家外资政策与法规中都存在的，但我国原有的股权限制规定偏多。随着外资准入负面清单制度的完善和负面清单的不断压缩，股权限制日益减少，这同样有利于缓和我国与其他国家在强制技术转让问题上的矛盾。

但是，由于强制技术转让这一概念可能涵盖面较广，在今后制定的实施条例中，应该对这一概念做出更为明确的界定。

（三）外商投资企业投诉工作机制

《外商投资法》第二十六条规定了外商投资企业投诉工作机制。该机制目前已有商务部《外商投资企业投诉工作暂行办法》。这一机制在法律层面上做出规定尚为首次。在此基础上，建议在实施条例中对此制度做出进一步规定。在法律与行政法规层次做出规定相对于部门规章而言，其效力更高，有利于该项制度的运转。

相对于草案，最后通过的文本提出除投诉工作机制外，外商投资企业或者其投资者还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。

行政复议和行政诉讼适用于外资对具体行政行为产生了意见的情况，比如觉得相关部门应该给许可证或准入，然而相关部门并没有颁发，那就可以对这个审批行为提出复议以及诉讼。而投诉工作机制不仅仅涉及具体的行政行为，它涵盖的范围可以很广，比如包括在审批的过程中工作人员是否给企业施加了压力干预了企业经营，或者对政府出台的可能对企业经营有不利影响的措施都可以进行投诉。这个投诉机制有助于监督中国政府工作人员更好地履行职能。

五、投资管理

（一）外资准入负面清单及相关准入制度

《外商投资法》第二十八条具体规定了外资准入负面清单制度，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。该条是第四条所规定原则的具体体现。第二十九条规定了目前由发改委执行的外资项目核准与备案制度。第三十条规定了行业许可制度。第三十一条规定了对《公司法》和《合伙企业法》的适

用问题。第三十二条规定了企业登记以及税收、会计、外汇等事宜。另外第三十三条到第三十五条分别规定了经营者集中审查制度、外商投资信息报告制度和外商投资安全审查制度。该法对以往外商投资管理体制中起关键作用的外商投资企业审批与备案制度没有明确规定, 该项制度将可能被取消。

全国版外资准入负面清单在2016年10月8日外商投资企业设立与变更备案制开始实施后即已经形成, 最初包括《外商投资产业指导目录(2015年修订)》中限制类和禁止类以及鼓励类中有股权要求、高管要求的有关规定, 有93条特别管理措施。2017年6月28日公布的负面清单减少到63条, 2018年6月28日公布的负面清单进一步减少到48条。目前, 2019年版外资准入负面清单正在制定中, 估计将会进一步压缩。预计到2019年, 我国对外资的开放程度将接近OECD成员的平均水平。

展望未来的外资准入制度, 除了上市公司需要涉及证券监管部门、投资国资企业可能需要涉及国有资产监管部门以外, 一般外资准入可能涉及三项手续、两个审查和一个信息报告。三项手续包括发改委管理的外商投资企业项目核准或备案手续、行业许可手续以及市场监督管理部门的企业登记手续。两个审查包括经营者集中审查和外商投资安全审查。另外还有一个外商投资信息报告制度。

外商投资项目的核准或备案按照《企业投资项目核准和备案管理条例》进行, 目前除了规模特别大的外商投资项目, 基本上实行内外资一致, 这一制度在《外商投资法》实施后也可能需要有所调整。企业投资项目核准与备案近年来也在不断放权, 需要核准的范围越来越小, 下放的权力越来越多。

行业许可手续是外国投资者关注的重点, 一些外商投资企业抱怨在申领许可的时候未能获得与纯内资企业同等的待遇。这被称为“大门开了小门没开”的现象。这次《外商投资法》第三十条强调了除法律、行政法规另有规定外, 有关主管部门应当按照与内资一致的条件和程序, 审核外国投资者的许可申请。

现有企业登记制度也是内外资一致管理的, 经过多年的改革, 目前全国已经基本实现“多证合一”、“一照一码”, 多项企业代码合并, 一个企业登记手续可以同时实现税务、外汇等多个登记事项。

经营者集中审查, 一般是大型外资并购项目实务中非常重要的环节。由于《反垄断法》以及相关法规规章里已经有了明确规定, 《外商投资法》做原则性规定即可, 在实施条例中也不必多做具体规定, 这意味着将外资并购和内资并购平等对待, 比较彻底地贯彻了国民待遇原则。对于外资安全审查制度和外资信息报告制度, 在下面进一步讨论。

(二) 外资信息报告制度

《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。在2015年《外国投资法》草案征求意见稿中, 该项制度用了整整一章共25条进行规定。《外商投资法》实施前, 在实施条例中外资信息报告制度预计将有更详细的规定。

信息报告制度涵盖内容较广，预计将包括首次报告、变更报告和定期报告。首次报告和变更报告可能将部分替代目前外商投资企业设立与变更备案制度的功能，定期报告类似于目前的外商投资企业联合年报制度。报告事项可能比目前的备案信息更加简化。《外商投资法》规定报告内容与范围按照确有必要、严格控制的原则确定。

（三）安全审查制度

我国现行的外商投资安全审查制度主要包括两个国办发文：2011年国办发6号文仅针对并购事项，没有涉及新设投资；2015年国办发24号文包括新设投资与外资并购投资，但仅仅适用于自由贸易试验区。而且现有的这两个文件，企业和投资者在国家安全审查制度中的申报和信息披露责任不够明晰。2015年《外国投资法》（草案征求意见稿）对国家安全审查有大量规定。《外商投资法》仅在第三十五条做了原则性规定，预计今后将有具体的配套规定出台。

对外商投资进行安全审查是各国的通行做法，2012年美欧曾经就国际投资规则发表联合声明，提出涉及国家安全审查的应该对国家安全做狭窄定义。但是，近两年以来，美欧对外资的安全审查制度都大大强化了。这对中国的外资安全审查制度的具体内容可能产生一定的影响。

从第三十五条的内容看，我国新的外资安全审查制度将不仅涵盖并购投资，还涵盖绿地投资。在目前其他一些国家加强技术出口限制以及我国自有知识产权日益增多的情况下，我国安全审查制度中对外转让知识产权安全审查机制的建立与完善将成为重点。根据2018年国办发19号文转发的《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》，外国投资者并购境内企业安全审查中要涉及知识产权对外转让审查。也就是说，在外资并购中引起的知识产权权利人变更或实际控制人变更可能被界定为知识产权对外转让，从而需要接受审查。

第三十五条规定依法作出的安全审查决定为最终决定，这有利于维护安全审查决定的确定性，避免因不确定性影响投资者的利益。

六、优惠措施与政府承诺

在招商引资过程中，一方面存在某些地方政府超过法定权限做出优惠措施承诺的现象，另一方面也存在地方政府承诺不兑现的现象。

2014年12月，国务院发布《关于清理规范税收等优惠政策的通知》（国发62号文），但清理工作随后遇到困难。2015年5月《国务院关于税收等优惠政策相关事项的通知》（25号文）规定，各地与企业已签订合同中的优惠政策，继续有效；对已兑现的部分，不溯及既往，此前规定的税收等优惠政策清理工作，待今后另行部署后再进行。2016年6月14日，国务院发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，要求建立公平竞争审查制度，特别提到“不得违法给予特定经营者优惠政策”。2016年11月27日《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意

见》提出,大力推进法治政府和政务诚信建设,地方各级政府及有关部门要严格兑现向社会及行政相对人依法作出的政策承诺,认真履行在招商引资、政府与社会资本合作等活动中与投资主体依法签订的各类合同,不得以政府换届、领导人员更替等理由违约毁约,因违约毁约侵犯合法权益的,要承担法律和经济责任。2017年1月国发5号文《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》规定,允许地方政府在法定权限范围内制定出台招商引资优惠政策,对就业、经济发展、技术创新贡献大的项目予以支持。近年来,有关法律法规和政策一直在摸索,逐渐划定两条红线,一是不得超出法定权限给予优惠措施,另一方面政府要守诺守约。

在《外商投资法》第十三条规定了试验性政策措施和特殊经济区域措施。第十四条规定,“国家根据国民经济和社会发展的需要,鼓励和引导外国投资者在特定行业、领域、地区投资。外国投资者、外商投资企业可以依照法律、行政法规或者国务院的规定享受优惠待遇。”第十八条规定,地方各级人民政府可以在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施。

地方政府在招商引资阶段,有承诺优惠措施的积极性,但投资发生后,也可能出现违反承诺和约定的现象。出现这类问题的原因可能有两种,一种是由于当时的承诺是超出法定权限做出的,另一种原因可能是由于地方政府官员对企业的利益侵害。为了防止这类现象发生,第二十五条规定,地方政府要严格履行依法做出的政策承诺和依法订立的各类合同,如因国家和社会利益需要改变,应该依法补偿。同时,如前所述,第二十六条规定了专门的外商投资企业投诉工作机制。

四川新光诉乐山高新区管委会案(2016年川11行终56号)和佟玲嫚诉黑山县国土局与黑山县政府案(2014年最高院民一终字7号)均显示,在以往的实践中,通过地方政府红头文件以及领导讲话做出的承诺,如果没有写入招商引资合同等行政合同,往往得不到法院支持。第二十五条不仅仅要求地方政府守合同,而且要求守承诺,这可能改变今后相关案件的裁判。

一个比较难以解决的问题是,如果政府超出法定权限向投资者做出承诺、提供担保或者签订合同,会出现何种情况。在这种情况下,相关的承诺、担保以及合同很难得到法院支持(例如中银香港诉辽宁政府与葫芦岛锌厂案)。但是,企业又是本着对政府的信任进行的决策。在这种情况下,本文认为,尽管相关承诺、担保或者合同应该被宣布为无效,但由此对投资者造成的损失,政府部门应该承担一定的责任。

第二十六条规定的外商投资企业投诉工作机制确实可能有利于保护外商投资企业和外国投资者的利益,有利于吸引外资。但是,似乎这一机制没有涵盖内资企业和国内投资者。在权利救济方面,外资救济手段优于内资,这不一定符合公平竞争的原则。《外商投资法》规定的投诉机制是针对外商投资企业的,这可以理解。但本文认为这个外资投诉机制实施起来后可以建立一个更广泛的投诉机制,让内资也有投诉渠道,更有利于营商环境的改善。

七、协议控制问题

对于社会上较为关注的协议控制问题，即VIE结构问题，^①《外商投资法》没有做出明确规定。

2015年《外国投资法》（草案征求意见稿）中多次出现“实际控制”和“实际控制人”的概念，并且将“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”作为“外国投资”的一种形式。按照这种“实质大于形式”的思路，在新法下通过VIE结构绕过准入壁垒可能被明确禁止。对于原来已经存在的VIE结构，在新法实施后如何处理，2015年《外国投资法》（草案征求意见稿）的说明中提出了三种可能的处理办法：1.实施协议控制的外国投资企业，向国务院外国投资主管部门申报其受中国投资者实际控制的，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动；2.实施协议控制的外国投资企业，应当向国务院外国投资主管部门申请认定其受中国投资者实际控制；在国务院外国投资主管部门认定其受中国投资者实际控制后，可继续保留协议控制结构，相关主体可继续开展经营活动；3.实施协议控制的外国投资企业，应当向国务院外国投资主管部门申请准入许可，国务院外国投资主管部门会同有关部门综合考虑外国投资企业的实际控制人等因素作出决定。

但是，这次《外商投资法》完全没有提及“实际控制”问题，今后实施条例中是否做出规定，目前有待观察。

市场人士应该看到，政府部门在处理VIE问题时，一直抱有非常谨慎的态度，对于已有的利用VIE结构进入中国市场的外资，有关部门在绝大多数情况下是尽量维护其利益，维持市场稳定。在其他电信业务尚未放开允许控股的情况下，2015年6月工信部在全国范围内放开了“在线数据处理与交易处理（经营类电子商务）”增值电信业务，允许外资独资，其中部分原因可能也是由于该领域VIE结构较为普遍。近年来以及在未来一段时间内，许多行业的外资准入限制将被取消，这些行业将从外资准入负面清单上消失，通过VIE结构绕开准入壁垒的需求将大大下降，这使得大部分VIE问题将得到自然解决。使用VIE结构的企业在准入限制取消而且其身份合法性明确之前的时间段内，虽然仍然可能由于其主体身份资格存在其他一些法律问题，但准入监管者在准入事项上应该是会采取既往不咎的态度。

对于将来仍在外资准入负面清单上的行业和领域，如果今后有关细则仍然使用实际控制概念，有关部门可能考虑使用类似于上述三种办法的思路对原有的VIE结构加以解决。但也可能不界定实际控制概念，维持现状。总的来说，高水平投资自由化有利于VIE结构问题的解决。

八、其他问题

《外商投资法》第二十七条对商会、协会等事务做出了规定。

《外商投资法》第四十条规定，任何国家或者地区在投资方面对中华人民共和国

^① 有专家认为VIE与协议控制是两个有区别的问题，本文按照国内通行说法不做区分。

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。这一规定符合国际经贸关系中的对等原则。这一规定也符合中国目前在投资领域的现有国际义务，同时有利于推动非歧视原则成为国际投资领域的基本原则。

第四十一条针对金融领域规定，国家另有规定的，依照其规定。在现存的外商投资管理体制与统计制度中，金融领域与非金融领域基本形成了两个不同的体制。在新的《外商投资法》实施后，希望在考虑到金融业特殊性的同时，尽量融合两套管理体制与统计制度。

外商投资体制改革是一项系统工程，高水平投资自由化便利化的实现需要进行许多细致的工作。《外商投资法》颁布实施后，许多涉及外商投资的相关法规将会作出相应改变，这一过程需要时间。在这个过程中，外商投资企业可能面临一定的转型成本和法规调整中出现的一些不确定因素，但是更高的开放水平带来的利益是长期的。目前的当务之急是在2019年底出台《外商投资法实施条例》，对涉及外商投资的一些基本制度作出具体规定，并在2020年1月1日与《外商投资法》同步实施。我们相信，随着《外商投资法》的颁布实施，崭新的外商投资管理体制将形成并且逐步完善，这将推动中国向更高水平的投资自由化与便利化迈进。

【作者简介】崔 凡：经济学博士，对外经济贸易大学国际经济贸易学院教授、博士生导师；北京大成律师事务所高级顾问。研究方向：国际贸易。

蔡开明：北京大成律师事务所高级合伙人。研究方向：外商投资。

An Initial Discussion on China's Foreign Investment Law

CUI Fan¹ & CAI Kai-ming²

(1. University of International Business and Economics, Beijing 100029, China; 2. Beijing Office of Dentons Law Firm, Beijing 100007, China)

Abstract: The Foreign Investment Law is a milestone in the reform of China's foreign investment management system and a basic law in the field of foreign investment. The law regards the pre-entry national treatment plus negative listing as the basic principle of foreign investment admission, and stipulates fair and equal treatment for foreign investment enterprises from various aspects. The Foreign Investment Law stipulates the principles and basic systems for promoting, protecting and managing foreign investment. Some specific rules, including the foreign investment security review mechanism, the foreign investment information reporting system and the complaint mechanism of foreign investment enterprises still need to be designed, supplemented and improved. A comprehensive review and revision of relevant laws, regulations and rules is necessary.

Keywords: Foreign Investment Law; negative listing; pre-entry national treatment

(责任编辑：黄志瑾)