

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.04.001

中国外商投资制度改革：从外资“三法”到《外商投资法》

宋晓燕

(上海财经大学法学院, 上海 200433)

摘要：《中华人民共和国外商投资法》取代原有外资“三法”成为现今我国外商投资管理的基础性法律。本文从国民待遇原则、外资促进和保护、竞争中性、国家安全审查及配套措施五个重要问题出发，探讨了《外商投资法》的实施对我国经济发展的影响。

关键词：《外商投资法》；三资企业法；国民待遇原则；竞争中性；国家安全审查

中图分类号：DF964/F415 **文献标识码：**A **文章编号：**2095-8072(2019)04-0005-09

《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资法》）于2019年3月15日第十三届全国人民代表大会第二次会议通过，并将自2020年1月1日起施行。届时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”，分别是《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》），成为我国促进、保护和管理外商投资的基础性法律。这部法律的出台被认为是顺应了高水平投资自由化与便利化的要求，体现了对外国投资国际规则的充分接受。不过也有观点指出，该法是否能真正带来公众所期望的效果，取决于实施细节的各类配套措施。笔者认为，《外商投资法》的出台能否达到预期效果，关键在该法的五个核心问题，即国民待遇原则、外资促进和保护、竞争中性、国家安全审查及配套措施。

一、管理体制改革：国民待遇原则适用于外资准入各阶段

《外商投资法》广为关注的一个问题是外商投资管理体制的改革，即众所周知的“准入前国民待遇加负面清单管理制度”，其实质是将我国一直采用的准入后国民待遇原则拓展至准入各阶段。^①

我国的外商投资管理体制在上个世纪七八十年代基本形成后，一直以准入审批加优惠措施的方式实施管理。在加入世贸组织后，不管是从履行世贸组织承诺义务出发，还是从我国发展本国经济、融入世界经济体系考虑，我国对很多外商投资项目都

^①《外商投资法》第四条规定：“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。”第二十八条规定：“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。”

降低了准入门槛。但总体而言，在“三资法”体系下我国在外资准入阶段基本上实行的是限制性国民待遇。所谓“限制性”是相对于“完全”而言，即在有些行业领域的准入阶段实行国民待遇，而在另一些领域实行非国民待遇，并随着经济的发展和国内金融自由化可承受能力的变化逐步扩大国民待遇的适用范围。之所以当时还不能在准入阶段适用国民待遇原则，其根本原因还是在于对东道国利益问题的考虑，即对经济利益、文化利益、发展利益等问题的综合考量。

然而学界和实务界一直存在关于何时在外资准入阶段适用国民待遇的讨论。国民待遇原则在准入阶段的适用，有助于增强资本输入国的外资政策透明度，使外资法律不会因为东道国政府官员的更迭、外资政策的随意调整而造成外商投资营商环境的不安全，从而对外资的进入更有吸引力。相较而言，适用国民待遇的部分发达国家的政策透明度普遍优于不适用国民待遇的发展中国家，而在国际投资领域，透明度原则已经成为国际社会普遍认可和要求的原则。同时，这对于一国投资环境的优化、国际地位的提升都具有重要的意义。

随着国际投资自由化趋势以及我国经济的快速发展，2008年传统外商投资管理体制开始转型，当年生效的《中华人民共和国企业所得税法》开启了外商投资企业与内资企业所得税两税并轨的进程，并在5年内完成并轨。同年生效的《中华人民共和国反垄断法》使得我国公平竞争法体系初步建成。以OECD投资限制性指数衡量，此后的5年内我国对外资的开放程度虽基本没有变化，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。

中美双边投资协定的谈判显著影响着外商投资体制，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。^①2013年9月29日，中国宣布中国（上海）自由贸易试验区（以下简称自贸区）挂牌运行，投资开放压力测试正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。截至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。

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。随后分别在2017年和2018年进行了两次修改，在第二次修改之后，从2018年6月30日起全国

^① 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，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（也被称为自上而下模式）进行投资开放。

推行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”制度，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，从而为《外商投资法》的顺利通过奠定了基础。

二、立法目标转变：外资促进和保护成为立法目标

受立法之时经济水平和体制发展所限，“三资法”具有显著的管理法、组织法特征，而《外商投资法》则明确地反映了外资促进和保护立法目标。第二章投资促进部分共 11 个条款，包括同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等公平平等待遇问题，以及试验区、特殊经济区和优惠措施等内容。第三章投资保护部分共 8 个条款，涉及到征收、外汇转移、知识产权保护、政府承诺、投诉机制等与投资者保护相关的重要问题。投资促进与投资保护都是外商投资企业有较多诉求的领域，通过立法对其保护和促进，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。

这种立法目标的变化有着深刻的国际和国内原因。晚近的国际投资条约出现了公益化革新的趋向，其核心是平衡投资者和东道国利益，从片面强调投资者保护转向合理兼顾东道国主权。二战以后兴起的双边投资协定主要是由发达经济体（OECD 成员国）发起并与发展中国家、转型经济体谈判缔结的，这些双边投资协定在形式和内容上主要契合这些发达国家投资协定范本的规定，因而主要偏重强调母国及其海外投资者利益，条款中体现了强烈的投资促进和保护的要求，却没有充分考虑东道国主权及其公共利益。21 世纪以来，国际投资法领域的新自由主义规范性共识受到越来越多的反思，出现了平衡外国投资者利益与东道国社会公共利益的发展趋势，不同国家和地区也逐步调整了立场定位。与此同时，中国也从资本输入大国发展成为资本输入和输出双重大国。国家利益决定国家行为，构成国际制度的基础。一个国家在国际投资法上的立场取决于一国的资本输入和输出水平。中国谈判缔结投资协定的国际投资法实践可以表明，中国在国际投资法上的立场定位已经从过于强调东道国主权的保守模式，走向了审慎平衡外国投资者及其母国和东道国主权及其公共利益的立场定位，尤其是在可以预见的较长阶段，外资输入对于中国经济发展仍将起到巨大的带动作用。因此，在《外商投资法》中充分体现投资促进和保护也是对内在需求的反映。

投资促进和保护的内容中还对优惠措施和政府承诺做出了规定，^①其背景在于我国在引进外资过程中，存在着某些地方政府超过法定权限做出优惠措施承诺以及承诺不兑现的现象。因此近年来，有关法律法规和政策一直在这两个方面进行推进，一是

^①《外商投资法》第十四条：“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”。第二十五条：“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。”

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。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〔2014〕62号文），旨在改善这一问题，但当时的清理工作并不顺利。2015年5月国务院《关于税收等优惠政策相关事项的通知》（国发〔2015〕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”。2017年1月国务院《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》（国发〔2017〕5号文）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。在政府承诺方面，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做出的政策承诺，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。

三、竞争政策改革：竞争中性原则得以确立

“竞争中性”一词源于“竞争中立”，在《外商投资法》中竞争中性原则在标准化、政府采购、融资、用地、招投标、监管等各方面都有所体现，这不仅将促进外资的引进，也将对结构性改革起到推动作用。

最早明确提出并执行竞争中立政策的国家是澳大利亚。1993年的“希尔墨报告”（Hilmer Report）提出了6个国家竞争政策改革的优先领域，其中之一就是竞争中立原则。1995年起，澳大利亚进行了全国性的竞争政策改革，一份具有法律约束力的文件是1995年联邦和各州、地区间达成的《竞争原则协定》（Competition Principles Agreement），其中明确提出，保持政府和私人商业活动间的竞争中立，是其竞争政策改革的一个重要目标。在1996年的《联邦竞争中立政策声明》（Commonwealth Competitive Neutrality Policy Statement）中，明确了竞争中立的概念：“竞争中立是指政府的商业活动不得因其公共部门所有权地位而享受私营部门竞争者所不能享有的竞争优势。”该概念在所有关于竞争中立的研究中被引用得最为广泛。澳大利亚提出竞争中立概念的初衷，是为了提高市场经济的配置效率，当某些经济体由于其所有权地位获得了过度的优势，那么商品和服务就不是由生产最具效率的厂商生产，这会降低真实收入，并且降低稀缺资源的使用效率。

从2009年起，OECD启动了竞争中立的研究，并且进展迅速。在其2012年报告中，OECD认为“竞争中立”的定义应该更为一般化以涵盖市场中形式多样的竞争实体：“当经济市场中没有经营实体享有过度的竞争优势或竞争劣势时，就达到了竞争中立状态。”关于这个定义，该报告做出了进一步的解释，归纳起来主要有以下

三点：第一，如何定义“经济市场”？第二，如何定义“经营实体”？第三，如何定义“过度的”？关于竞争中立的政策目标，该报告针对政府商业活动可能在市场上获得的竞争优势，并综合多国在处理竞争中立问题时的不同侧重点和已有做法，总结了“竞争中立”8个方面的政策目标：(1)合理化政府商业活动的经营模式，(2)识别直接成本，(3)商业回报率，(4)合理考量公共服务义务，(5)税收中立，(6)管制中立，(7)债务中立和直接补贴，(8)政府采购。竞争中立的这8个政策目标相互关联，需要统一考虑。国有企业的竞争优势问题经常来源于政府对国有企业所承担的社会责任的过度补偿，往往通过减免债务和税收、放松管制、政府采购优先权等形式。竞争中立所考量的问题是，这些补偿形式可能并非最优选择。例如，通过补偿社会责任活动，而不是补偿履行该责任的国有企业，通常更容易达到竞争中立。

2011年以来，美国在经济合作与发展组织、联合国贸易和发展会议(UNCTAD)等国际组织中积极推进有关“竞争中立”框架的制定和推广，并试图在双边、多边贸易投资协定中加入有关限制国有企业竞争优势的条款，使得竞争中立规则获得了国际市场的广泛关注。

我国自贸试验区的一个重要任务就在于探索如何对接国际经贸高标准，其中“竞争中立”也成为研究和探索的重要问题。2016年6月，国务院印发了《关于在市场经济体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（国发〔2016〕34号，以下简称《意见》）。《意见》明确了审查对象、审查方式、审查标准、实施步骤、保障措施等内容，对建立公平竞争审查制度作出了顶层设计，是一项从源头上规范政府相关行为、防止出台排除限制市场竞争的措施、保障市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用的举措。2017年1月24日，国务院办公厅发布《关于同意建立公平竞争审查工作部际联席会议制度的函》，规定了联席会议的主要职责、成员单位、工作规则和工作要求等四个方面。2017年5月5日，公平竞争审查工作部际联席会议第一次全体会议审议通过《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》（以下简称《实施细则》）、《2017-2018年清理现行排除限制竞争政策的工作方案》和《推进落实公平竞争审查制度2017年工作重点》三个文件。2017年10月23日，经国务院同意，国家发展改革委、财政部、商务部、工商总局、国务院法制办联合印发《实施细则》，分别从审查机制和程序、审查标准、例外规定、社会监督、责任追究等方面予以细化。程序约束主要体现在四个方面：一是明确内部审查机制，二是要求形成书面审查结论，三是细化征求意见规则和程序，四是建立定期报告制度。另外，《实施细则》还制定了“一图一表”，即流程图和审查表。流程图体现了公平竞争审查的基本步骤，可以概括为“三步走”：第一步判断是否需要进行公平竞争审查，第二步核对是否存在违反18条标准的情形，第三步在违反相关标准的情况下确定是否适用例外规定。2017年12月5日，由国家发改委、财政部和商务部联合印发的《2017-2018年清理现行排除限制竞争政策措施的工作方案》对外公布。根据该方案，2018年5月之前，国务院各部门和地方各级人民政府及所属部门，对清理出的排除限制竞争的政策措施形成处理

结论，并按程序予以废除或者调整。2018年7月之前，地方各级人民政府及所属部门对清理工作进行全面总结，形成书面报告。

无论是用“竞争中性”、“公平竞争”，还是“竞争中立”概念，其本质都在于强调经济市场中没有经营实体享有过度的竞争优势或竞争劣势，这当然也应包括外商投资企业。《外商投资法》明确保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作、通过公平竞争参与政府采购活动、依法通过公开发行业股票、公司债券等证券和其他方式进行融资，通过立法使竞争中性原则在标准化、政府采购、融资、监管等方面得以具体体现。

四、国家安全审查制度亟待完善

随着准入前国民待遇加负面清单管理模式逐渐成为全球范围内吸引外资的主要方式，跨国投资中越来越多地以直接或并购为主要手段。如何防止其对本国国民经济正常运行的干扰破坏，日益成为各国关注的重点，外资国家安全审查制度成为外资准入管理体制中的重要“防线”。与反垄断法的确定性、前置性、单一性规则相比，外资国家安全审查更为灵活，其具有的较大模糊性、自由裁量权等特点，决定了更适合作为“准入前国民待遇加负面清单”管理模式的“风控机制”。

外资安全审查制度始于美国，可以追溯到第一次世界大战期间的《与敌国贸易法》（Trading with the Enemy Act）。美国1950年通过的《国防生产法》就有“对可能危及国家安全的兼并、收购或接管进行审查”的要求，但之后很长时间并未被广泛使用。真正让美国开始关注外资国家安全始于上世纪七八十年代，美国在1975年组建了外国投资委员会（CFIUS），专门从事外资安全审查。1988年通过《综合贸易与竞争法》第721条修正案，即“埃克森—弗洛里奥”条款，^①成为第一个外资国家安全审查的专门法和基本法，授权美国总统和CFIUS对外资进行国家安全审查。之后，美国对外资国家安全审查法和《实施细则》进行多次修订，包括1992年的《伯德修正案》、2007年的《外国投资与国家安全法》（FISIA）^②、2018年的《外国投资风险审查现代化法案》。^③这样，美国外资国家安全审查已经涵盖了包括高端制造、信息技术、科研等21个领域，涉及关键技术、关键元器件、关键材料的各个方面。^④

外资国家安全审查的内涵就是授权相关机构就外国投资是否危害国家安全做出判断，是东道国为了维护本国经济安全，对本国直接或并购投资的相关外国企业进行

① 进入1980年代，外资并购替代新建投资成为外国直接投资的主要形式，日本成为美国针对外资的关注重点。1986年日本富士通（Fujitsu）收购美国仙童公司（Fairchild）以及英国戈德史密斯公司（Sir James Goldsmith）收购固特异公司（Goodyear）这两案一般被认为是催生一系列限制外资并购的立法提案的直接导火索。政府也最终接受了国会以埃克森与弗洛里奥两议案为基础进行修改后的修正案，同意将其作为《综合贸易与竞争力法案》的一部分，这就是著名的《埃克森—弗洛里奥修正案》，在其中规定了审查程序、审查范围、审查标准等重要问题。

② 中海油收购案重新点燃了美国国会中的保护主义情绪，不少国会议员据此提出议案，要求对外资并购审查制度进行修改。最终以《2007年外国投资与国家安全法》（FISIA）为名通过了对《埃克森—弗洛里奥修正案》的修改。FISIA是在《埃克森—弗洛里奥修正案》、《伯德修正案》、《1991条例》等的基础上对美国外资并购安全审查法进行了修改与完善。与最早的法律文本相比，总条数只是由8条增加至14条，但是文本内容已经作了大幅的扩充。FISIA仍然作为美国《1950年国防生产法》的721节，但是通过程序及实体方面的调整，美国外资并购安全审查法律制度的独立性进一步增强。

③ 项松林：《外资国家安全审查制度为何是最后一道“防线”》，《学习时报》，2019-01-04（A2）。

④ 受美国影响，英、德、法、加、澳、日、俄、印等国相继对外资国家安全审查采取立法措施，南非、韩国、巴西也准备加大外资审查力度。

国家安全审查,以便做出是否批准的决定,目的就是维护国家主权和经济安全。外延上则要求受管制的行业不仅包括涉及国防机密和军火等传统国防工业,也涉及到包括交通和拦截装置、信息安全系统、密码学部门等。随着实践的发展,审查领域不断扩大,重点行业、重点基础设施、关键技术逐渐成为关注重点,^①比如《欧盟统一外资安全审查框架建议》特别强调了核心基础设施和核心技术,前者包括能源、交通、通讯、数据存储、航空和金融基础设施以及敏感设施,后者包括人工智能、机器人、半导体、网络安全、航空、核电以及可用于军民两用的技术。

我国在对接国际经贸规则高标准的同时,也进行了外资国家安全审查的探索。2011年2月之前,我国与外资并购相关的国家安全审查具体制度的相关规定仅有为数不多的几个条款,如《反垄断法》第三十一条和商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)第十二条。^②而当时的法律法规均未对国家安全审查的具体审查机构、标准、程序、期限等做出规定。国务院办公厅于2011年2月3日发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称《通知》),并于3月3日正式开始实施,标志着我国正式建立起外资并购的国家安全审查机制。该机制以《反垄断法》第三十一条规定为依据,其中规定了并购安全审查范围、内容、程序以及工作机制这些问题。2015年4月8日,国务院办公厅印发《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》,决定在上海、广东、天津、福建4个自由贸易试验区实施。《通知》指出,总原则是对影响或可能影响国家安全、国家安全保障能力,涉及敏感投资主体、敏感并购对象、敏感行业、敏感技术、敏感地域的外商投资进行安全审查。安全审查范围为:外国投资者在自贸试验区内投资军工、军工配套和其他关系国防安全的领域,以及重点、敏感军事设施周边地域;外国投资者在自贸试验区内投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、重要文化、重要信息技术产品和服务、关键技术、重大装备制造等领域,并取得所投资企业的实际控制权。2019年《外商投资法》第35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。”至此我国基本建立起外商投资安全审查制度。

外资安全审查的主旨在于确定外国人通过新建或收购而对本国人的控制是否影响本国的国家安全,因此哪些外资项目应该进行安全审查,自然会涉及到对于“外国人”、“本国”、“并购”、“国家安全”等一系列重要概念的界定,我国完整的外资安全审查制度的确立还需要对这些做出更为明确和具有可操作性的规定。

① 目前,不少国家均计划收紧科技和电信等敏感行业的外国投资,比如美国要求:只要涉及到飞机、发动机及零部件、滚动轴承、计算机存储设备、光学设备和镜头、石油化工、纳米科技、存储电池、水轮发电机等27个新敏感行业先进技术的设计、测试或开发,相关交易必须向美国外国投资委员会报告,接受国家安全审查。其他国家也是如此。英国2017年提案规定:如果外商投资涉及的英国企业属于关键技术领域,且“具有至关重要功能”则实行强制申报制度;德国要求涉及能源、IT和电信、交通运输、健康、水力、食品、金融、保险等行业并购交易,都有义务向政府申报。

② 《反垄断法》第三十一条规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当根据国家有关规定进行国家安全审查。”《并购规定》第十二条赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。

五、配套措施是影响《外商投资法》实施效果的关键

作为外商投资领域的基本大法，《外商投资法》更多的是做出原则性规定，而立法目的的实现需要更多具体的配套措施予以支撑。

《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。”因此目前该条款的落地就需要完善外商投资企业投诉工作机制的配套措施。我国新型外国投资投诉协调处理机制首先要改变多个平台多头受理、层叠处理的现行做法，由各地的“外商投诉中心”统一受理、处理外国投资者和外国投资企业（包括台港澳投资者及其投资企业）对我国行政机关的投诉，外商投资企业协会和台办不再承担受理、处理外商投诉的职能，这样可以让外商投资企业协会的业务范围集中在会员间交流、合作、互助及自律，撤销台商投诉协调处（中心）后的台办也更能高效处理我国繁杂的台湾事务。其次，我国新型外国投资投诉协调处理机制还应明确其法律地位、具体受理范围、协调处理具体程序及时限、处理结果的法律效力等。

《外商投资法》的实施同样涉及到大量相关外汇管理配套法规的修改。外商投资企业涉及非常繁复的外汇管理法规，覆盖在很多方面，仅以投注差就可以反映外汇管理法规的复杂性。投注差（borrowing/financing gap）是指外商投资企业（包括外商独资企业和外国投资者出资比例不低于25%的合资企业）的总投资规模与其注册资本之间的差额。中国法规规定外商投资企业在任一时点的全部对境外负债之和都不得超过这一差额，这直接导致外商投资企业从境外借款或向境内银行申请境外担保项下的授信时，境外借款额度或境内授信规模受制于其可用的投注差。这是一个中国外汇管理法规中特别规定的、只适用于外商投资企业的专门法律概念。中国外汇管理法规关于投注差具体如何计算的规定散落在数量众多的单个规范性文件中，即使是经验丰富的大型跨国企业的财务人员也不易全面掌握。2009年以来，跨境人民币结算业务持续蓬勃发展，相应地中国人民银行对于投注差又增加了新的繁复规定。这些由于国际业务发展而不断更新和愈发复杂的法规要求，使得不少外商投资企业和银行对于投注差的理解产生了困惑甚至误解，给各自的业务经营带来了不同程度的法律风险。因此新《外商投资法》通过后，需要修改这个领域的大量散见的法规。

《外商投资法》于2020年1月1日起生效的同时，“三资法”将同时废止，《外商投资法》第四十二条规定，对于已设立的外商投资企业，在5年内可以就保留原企业组织形式。这意味着众多三资企业需要在5年过渡期内完成组织机构调整的工作。

“三资法”中对于企业的最高权力机构设定、分配形式等，都有着与现行《公司法》不同的规定，其调整将带来大量的工作同时，也可能带来各方的新一轮博弈。对于采用境外投资者直接投资而设立的中外合资企业，将不可避免地涉及与境外投资者就组

织机构权利分配、董事会议事方式、股权转让原则等问题重新讨论。对之前的外商投资指导目录必须采用中外合作企业的也会面临比较复杂的问题。以教育培训行业为例,首先比较特殊的是基于《中外合作办学条例》而设立的企业。这类企业一方面需要满足合作办学相关要求条件,一方面往往采用中外合作企业或合资企业的形式,对于管理组织机构及资产投入、退出均有特殊要求。那么在过渡期内,如何由合作各方修改并协调与《公司法》要求不一致的约定,将成为复杂的问题。

综上,新《外商投资法》已经确立了外商投资法律制度的基本框架和规则。从具体内容看,有不同情况。有的规定可以直接执行,如不得利用行政手段强制转让技术等;有的规定属于指引性、衔接性规定,可以按照内外资一致的原则,依据相关法律法规规定执行;有的制度已经制定了配套的、具体的规定,如外商投资准入负面清单等;也有一些制度,如外商投资企业投诉工作机制、外商投资信息报告制度等,需要制定相关配套规定予以细化。同时外商投资涉及清算结算、税收、外汇、劳工等方面,牵涉面广,也要加强外商投资法与公司法、证券法、破产法等现有法律的衔接,否则外商投资法的实施也会有障碍。

【作者简介】 宋晓燕: 上海财经大学法学院院长,教授,博士生导师。研究方向: 国际经济法,外商投资法。

China's Foreign Investment Reform: From Three Foreign Investment Corporate Laws to Foreign Investment Law of the People's Republic of China

SONG Xiao-yan

(School of Law, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)

Abstract: Foreign Investment Law of the People's Republic of China has replaced the original "three foreign investment corporate laws" as the basic law of foreign investment management. This article will proceed from five important issues, including national treatment principles, foreign investment promotion and protection, competitive neutrality, national security review and supporting measures, and explore the impact of the implementation of the Foreign Investment Law on China's economic development.

Keywords: China's Foreign Investment Law; three corporate laws of foreign investment; national treatment principles; foreign investment promotion and protection; competitive neutrality; national security review

(责任编辑: 马莹)