

商务部公布《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)

作者: 俞卫锋 / 黄凯

2015年1月19日下午,中国商务部条约法律司在其网站首页刊登了《商务部就<中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)>公开征求意见》一文,并同时公布了《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》(以下简称“《外国投资法》(草案)”)和《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)说明》(以下简称“立法说明”),向社会公开征集意见。该两份文件的内容可从以下链接获得:
<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201501/20150100871010.shtml>

《外国投资法》(草案)分为11章,共170条,分别就外国投资者和外国投资定义、准入管理制度、国家安全审查制度、信息报告制度、投资促进制度等方面做出了规定。经初步阅读该《外国投资法》(草案),我们认为此次征求意见稿至少在如下四方面值得关注:

统一外商投资法律

我国现有的外商投资法律、法规是在我国改革开放过程中逐步制定的,具有明显的渐进式改革的特点。例如,关于“绿地投资”¹的法律、法规主要是《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》(以下简称“三资企业法”)及其实施条例/细则,均颁布于改革开放初期,并几经修改。三资企业法规定了多种企业组织形式,与2006年生效的《公司法》诸多不同,实践中主要通过商务部、工商局的部门规章加以调整。而此后外商投资的股份有限公司、外商投资的合伙企业等新的企业组织形式,又超越了三资企业法的范畴。在“绿地投资”以外,有关外资并购的立法更是散见于国务院各部委颁布的行政性规章和规范性文件中。

此次公布之《外国投资法》(草案)的一个明显变化是,不再根据不同的企业类型适用不同的规则。外商投资者无论设立有限责任公司还是合伙企业,将统一视为投资活动,适用《外国投资法》。而外国投资者在投资过程中设立的公司或者合伙企业,将按照内外资一致的原则,同等适用《公司法》或《合伙企业法》等相关法律、法规。

如您需要了解我们的出版物,请与下列人员联系:

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

商务部公布《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)

简化外资管理模式

现有的三资企业法体制下,外商投资采用“逐案审批”的模式,每一项新的外商投资(无论是绿地投资还是外资并购)都需要获得商务部门的批准。《外国投资法》(草案)不再对外资投资进行逐案审批,而采用了已在中国(上海)自由贸易试验区(以下简称“上海自贸区”)试点的“负面清单”管理模式。

根据上海自贸区的试点经验,所谓“负面清单”,是对外商投资普遍采取国民待遇的前提下,对特定行业、领域特别采取的准入措施。根据《外国投资法》(草案)的规定,针对部分特定领域将制定“特别管理措施目录”,分为禁止实施目录和限制实施目录。外国投资者不得投资禁止实施目录列明的领域,如果投资涉及限制实施目录领域的,需另取得准入许可。除了列入“特别管理措施目录”的领域外,外国投资者在中国境内的大多数投资将享有国民待遇,不需要再专门取得外资审批。

目前尚不清楚《外国投资法》(草案)中所述《限制实施目录》的详细内容,我们理解应为《外商投资产业指导目录》及相关规定,此外,此前上海自贸区的实践经验也具有重要的借鉴意义。

国家安全审查制度

尽管《外国投资法》(草案)对外国投资实施“国民待遇”制度,但为了防止外国投资对国家安全造成或者可能造成危害,《外国投资法》(草案)借鉴美国等国家的经验,设专章规定了外国投资国家安全审查制度。

外国投资国家安全审查制度并非此次《外国投资法》(草案)的创新。2011年,商务部即已颁布了关于外国投资者并购境内企业安全审查制度的相关规定,对外资并购行为进行国家安全审查。²但是,商务部的该等规定主要针对外资并购交易,且其具体行业细分和内容也一直并不明确。而此次《外国投资法》(草案)明确将所有外国投资行为纳入国家安全审查的范围,并规定了较为详细的程序。

除安全审查程序外,《外国投资法》(草案)在关于准入许可的申请材料中还要求提供关于是否涉及反垄断审查的说明材料。尽管我国反垄断审查并非仅针对外国投资行为,但在外国投资过程中,尤其是设立合资企业和外资并购过程中,必然将面临反垄断法审查的问题。

由此可见,在“国民待遇”的大前提下,国家安全审查制度和反垄断法将对维护国家安全和市场秩序起到重要作用,必将受到社会各界的进一步重视。

处理协议控制问题

关于协议控制(例如 VIE 结构)的规定是此次《外国投资法》(草案)中备受关注的问题。《外国投资法》(草案)规定,“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”的投资活动,属于“外国投资”。第八条还特别对“控制”一词做出了定义,其中提到,“通过合同、信托等方式能够对该企业的经营、财务、人事或技术等施加决定性影响的”,属于《外国投资法》(草案)项下的一种“控制”情形。

商务部公布《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)

我们理解,这符合商务部一贯的监管思路。在《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2009年第6号)第十五条中,商务部就曾经规定“当事人不得以信托、代持或其他方式规避前述要求。”在2011年8月25日颁布的关于安全制度审查的规定中,商务部又规定“外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查,包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。”由此可见,对于协议控制问题,商务部一直采取“实质判断”原则。

但在对“协议控制”如何处理的问题上,《外国投资法》(草案)第一百五十八条目前采取了开天窗的方式。商务部在立法说明中列举了三种观点,并表示将广泛征求意见。尽管商务部并未明确其态度,但《外国投资法》(草案)第四十五条提到,“外国投资者,受中国投资者控制的,其在中国境内从事限制实施目录范围内的投资,在申请准入许可时,可提交书面证明材料,申请将其投资视作中国投资者的投资。”这对于解决目前诸多VIE结构公司的尴尬境地,或可提供一些线索。

总体而言,根据2014年2月国务院发布的《2014年立法工作计划》,三资企业法的修订是国务院2014年立法工作计划中的研究项目,由商务部负责起草。而商务部此次所公布的《外国投资法》(草案),不仅是对三资企业法的修订,还是对我国现有外资管理体制的重构,展现了其深化经济体制改革、促进对外开放的决心和视野。本所将继续对此项立法工作的进展保持关注。

商务部公布《中华人民共和国外国投资法》(草案征求意见稿)

如需进一步信息, 请联系:

上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 David.Yu@llinkslaw.com	张明 电话: (86 21) 3135 8777 Ming.Zhang@llinkslaw.com
刘赞春 电话: (86 21) 3135 8678 Bernie.Liu@llinkslaw.com	余铭 电话: (86 21) 3135 8770 Selena.She@llinkslaw.com
娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 Nicholas.Lou@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 David.Yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: (86 10) 8519 2266 Bernie.Liu@llinkslaw.com
翁晓健 电话: (86 10) 8519 2266 James.Weng@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2015

1. “Greenfield Investment”, 又称新建投资或新设投资, 不包括收购兼并。
2. 详见通力律师事务所 2011 年 9 月法律评述《商务部发布外国投资者并购境内企业安全审查制度正式操作规定》。原文链接: <http://www.llinkslaw.com/shangchuan/201199130523.pdf>。

免责声明: 本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。