



公司及并购法律评述
2019年3月

上海
上海市银城中路68号
时代金融中心16楼和19楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街8号
华润大厦4楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中5号
衡怡大厦27楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

master@llinkslaw.com

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

作者: 潘永建 | 朱晓阳 | 洪馨

2019年3月15日,十三届全国人民代表大会第二次会议表决通过了《中华人民共和国外商投资法》(下称“**外商投资法**”),该法将于2020年1月1日起正式生效。自2015年《外国投资法》草案发布至今,这部可能是中国外商投资监管史上最大“动作”的法律吸引了各方的高度关注。最终,“外国投资法”以“外商投资法”的面貌正式落地。笔者结合自身在外商投资领域的多年执业经验,就外商投资法相关问题提出一些浅见。

一、 中国外商投资法律体系的沿革

新近执业的律师们可能已经习惯了在网上填写表格即可完成外商投资企业的设立、变更备案,可能不会想到就在此前长达三十年的历史中,外商投资企业的设立、变更、注销等环节中事无巨细都需要商务部门进行审批。时至今日,笔者仍然记得十多年前设立一个简单的外商独资企业时为了取得相关批准而一次次跑去商务部门,并与窗口人员在申请文件的各处

For more Llinks publications, please contact:

Roy Guo: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

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

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点,不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

“细枝末节”上进行拉锯战的经历。借外商投资法正式通过之机，笔者在此总结一下我国外商投资法律体系从无到有、逐渐完善的“青葱岁月”。

1. “审批制”时代

1.1. 三资法

改革开放伊始，我国第一部外商投资领域的专门法律《中外合资经营企业法》于1979年7月1日通过。此后，我国又于1986年及1988年分别通过了《外资企业法》及《中外合作经营企业法》。这三部法律也被称为中国的“三资法”，标志着中国外商投资法律体系建设的开端，确立了外商独资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业三大外商投资形态。随着中国外商投资环境及政策的变化，三资法经历了数次修改，并将在外商投资法生效后正式退出历史舞台。

1.2. 外商投资产业指导目录

1995年6月20日，原国家计委、经贸委及外经贸部联合发布了《指导外商投资方向暂行规定》，并发布了初版《外商投资产业指导目录》（“**指导目录**”）。《指导外商投资方向暂行规定》规定外商投资项目的审批必须符合指导目录的分类监管要求。自1995年起，中国政府¹不定期地修订并发布新版指导目录，截至目前已经进行了7次修订，2017年颁布的版本为最新版。指导目录将外商投资项目分为允许类、鼓励类、限制类及禁止类四大类²，指导目录中分别列出鼓励类、限制类及禁止类的行业，而目录中未列出的行业为允许类。特定外商项目所处行业是否属于鼓励类、限制类或禁止类行业不仅影响到监管部门对该项目的审批与否及审批程序，还可能影响到外国投资者能否享受到有关税费优惠或其他奖励措施。

2. “备案制”时代

2.1. 外国投资法草案

2015年公布的外国投资法草案(征求意见稿)在外商投资领域掀起了巨大的波澜。外国投资法草案完全废除了三资法的监管体系，历史性地提出了外国投资者境内投资的“国民待遇”以及列入“外国投资特别管理措施目录”情形的例外规定。外国投资法草案的另一大要点是对“外国投资者”采用“国别+实际控制”的标准进行了明确定义。“实际

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

控制”这一标准如果被采纳，此前几乎不受监管的 VIE 投资者将被纳入“外国投资者”的范畴，从而导致其应遵守指导目录或“特别管理措施目录”的限制，这对 VIE 模式造成巨大冲击。因此，外国投资法草案公布后，中国政府对于 VIE 模式的态度也引起了外国投资者的高度关注。虽然外国投资法草案最终并没有成为法律，但其中提出的很多原则和监管要点却对此后外商投资法律体系的改革提供了指引。

2.2. 备案管理暂行办法

2016 年 10 月 8 日，《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》（“暂行办法”）生效。暂行办法废除了执行了四十余年的外商投资“审批制”，规定除涉及“国家规定实施准入特别管理措施”的，外商投资企业的设立及变更仅需向商务部门申请备案，而无须进行审批。相应的，2017 年版的指导目录也将原指导目录中的“限制类”及“禁止类”进行修订、合并成为“外商投资准入特别管理措施（外商投资准入负面清单）”。同时，三资法及其实施细则也据此进行了修订。外商投资领域自此进入了“备案制”+“负面清单”的监管模式，简化了外商投资企业的设立及变更程序。

3. 其他重要法律

除上述列出的主要法律法规外，2005 年颁布的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》，2006 年颁布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》，2010 年颁布的《外商投资合伙企业登记管理规定》，2011 年颁布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，2014 年颁布的《外商投资项目核准和备案管理办法》，以及自 2013 年起中国在自由贸易区内对外商投资管理模式做出的试点措施，关于外商投资企业外汇、税务、财务、外债、日常运营等方面及特殊行业外商投资企业监管的法律法规等，也都在中国外商投资法律体系中扮演了重要的角色。

通过上述历史沿革可以看到，我国外商投资法律体系自建立以来便一直在不断发展完善，近几年来更是对此前的法律体系做出了大刀阔斧的简化和革新，已逐渐形成了外商投资法的雏形，为外商投资法的出台奠定了坚实的基础。外商投资法是中国外商投资法律体系发展的自然结果。

二、 外商投资法要点解读

外商投资法作为一部外商投资领域的基础性、综合性法律，对众多现行外商投资法律进行了废除（主要是三

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

资法)、修改或补充,笔者以下便结合外商投资法的要点内容,以及与现行其他法律的对比,对外商投资法进行初步的解读。

1. 总则

1.1. 外商投资的定义和情形

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|---|---|
| <p>(1) 《外资企业法》</p> <p>第一条 为了扩大对外经济合作和技术交流,促进中国国民经济的发展,中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人(以下简称外国投资者)在中国境内举办外资企业,保护外资企业的合法权益。</p> <p>第二条 本法所称的外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业,不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。</p> | <p>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。</p> <p>本法所称外商投资,是指外国的自然人、企业或者其他组织(以下简称外国投资者)直接或者间接在中国境内进行的投资活动,包括下列情形:</p> <p>(一)外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业;</p> |
| <p>(2) 《中外合资经营企业法》</p> <p>第一条 中华人民共和国为了扩大国际经济合作和技术交流,允许外国公司、企业和其它经济组织或个人(以下简称外国合营者),按照平等互利的原则,经中国政府批准,在中华人民共和国境内,同中国的公司、企业或其它经济组织(以下简称中国合营者)共同举办合营企业。</p> | <p>(二)外国投资者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;</p> <p>(三)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;</p> <p>(四)法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。</p> |
| <p>(3) 《中外合作经营企业法》</p> <p>第一条 为了扩大对外经济合作和技术交流,促进外国的企业和其他经济组织或者个人(以下简称外国合作者)按照平等互利的原则,同中华人民共和国的企业或者其他经济组织(以下简称中国合作者)在中国</p> | <p>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。</p> |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

| | |
|--|--|
| 境内 共同举办中外合作经营企业 (以下简称 合作企业), 特制定本法。 | |
|--|--|

外商投资法明确了外商投资、外国投资者及外商投资企业的定义并列举了外商投资的具体情形。外商投资法摒弃了沿用数十年的外商独资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业的区分, 统一称为“外商投资企业”。今后外商投资公司的营业执照上的“企业类型”一栏应不再会出现“外国法人独资”、“中外合资”、“中外合作”等字样, 同时外商投资企业目前异于公司法等法律规定的内部治理结构和模式需要根据公司法等要求进行调整。

值得一提的是, 《外商投资法》对于外商投资的列举情形补充了“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”这一兜底情形。这意味着虽然外商投资法并未将 VIE 模式等其他外商投资形式明确列举, 但是未来该等“另类”外商投资仍有可能通过兜底条款被纳入到“外商投资”的监管范畴, 当然具体的影响还需结合届时有效的外商投资负面清单进行分析。

2. 投资促进

2.1. 公平竞争

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--|---|
| <p>2017年1月12日, 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》(国发〔2017〕5号), 提及要进一步创造公平竞争环境, 包括:</p> <p>(十)促进内外资企业公平参与我国标准化工作。进一步深化标准化工作改革, 提高标准制修订的透明度和开放度。推进标准制修订全过程信息公开, 强化标准制修订过程中的信息共享和社会监督。(国家标准委牵头)</p> <p>(十一)深化政府采购改革, 坚持公开透明、公平竞争原则, 依法依规对外商投资企业在我国境内生产的产品一视同仁、平等对待, 促进内外资企业公平参与政府采购招标投标。(财政部牵头)</p> | <p>第十五条 国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作, 强化标准制定的信息公开和社会监督。</p> <p>国家制定的强制性标准平等适用于外商投资企业。</p> <p>第十六条 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我国境内生产的产</p> |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

| | |
|---|--|
| <p>(十三)支持外商投资企业拓宽融资渠道。外商投资企业可以依法依规在主板、中小企业板、创业板上市,在新三板挂牌,以及发行企业债券、公司债券、可转换债券和运用非金融企业债务融资工具进行融资。(国家发展改革委、商务部、人民银行、证监会等按职责分工负责)</p> | <p>品、提供的服务平等对待。</p> <p>第十七条 外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券和其他方式进行融资。</p> |
|---|--|

与此前的规范性文件不同,外商投资法以法律的形式,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、拓宽融资渠道进行了明确规定,这无疑将更好地保护外国投资者及外商投资企业的合法权益,促进外商投资的发展。

3. 投资保护

3.1. 国有化/征收

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--|---|
| <p>(1) 《外资企业法》</p> <p>第五条国家对外资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,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。</p> <p>(2) 《中外合资经营企业法》</p> <p>第二条 国家对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,对合营企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。</p> | <p>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。</p> |

外商投资法强调了对外商投资不实行征收的既定原则。同时外商投资法强调了,即使因为特殊情况需要对外商投资进行征收,该等征收必须满足“公共利益需要”、“依照法定程序进行”的原则。就补偿标准而言,外商投资法规定对于征收应当给予“公平、合理”的补偿,相比现行法律规定的“相应补偿”加大了对于外商投资的保护程度。

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

3.2. 商业秘密保护

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--------|--|
| / | 第二十三条 行政机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密，应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。 |

行政机关及其工作人员应当就履行职责过程中获取的商业秘密等为当事人保密虽然是依法行政的应有之义，现行法律中也不乏针对各个行政领域的类似规定，但是以法律的形式专门对外国投资者、外商投资企业的商业秘密保护做出规定尚属首次。这一规定，足见中国政府对于外国投资者及外商投资企业商业秘密保护的重视，与 3.4 中提到的知识产权保护相结合，必可为我国的外商投资领域营造更加完善的智力成果保护环境。

3.3. 外汇转出

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--|---|
| <p>(1) 《外资企业法》</p> <p>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。</p> <p>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后，可以汇往国外。</p> <p>(2) 《中外合资经营企业法》</p> <p>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。</p> <p>鼓励外国合营者将可汇出的外汇存入中国银行。</p> | <p>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、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由转出。</p> |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

| | |
|--|--|
| <p>(3) 《中外合作经营企业法》</p> <p>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。</p> <p>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。</p> | |
|--|--|

外商投资法明确规定了外国投资者可以向境外转出的财产类型，增加了“出资”、资本收益”、“依法获得的补充或赔偿”等项目，并明确列举了“知识产权使用费”，并特别强调了外汇项目的“自由转出”。随着我国外商投资领域的外汇管制的不断放松，以上外汇项目的合法、自由转出也逐渐成为外商投资的应有之理，我国相关的外汇管理法律法规也已经对此做出了明确的规定。外商投资法对此进一步明确，有助于提升外国投资者信心、促进外商投资。

3.4. 知识产权保护

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|---|---|
| <p>(1) 《合同法》规定“非法垄断技术、妨碍技术进步”的技术合同无效(第三百二十九条); 技术转让合同“不得限制技术竞争和技术发展”(第三百四十三条)，“专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同”(第三百四十四条)。</p> | <p>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; 对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。</p> |
| <p>(2) 《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十条规定了“非法垄断技术、妨碍技术进步”而导致合同无效的 6 种情形。</p> | <p>国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。</p> |
| <p>(3) 《技术进出口管理条例》要求技术让与人赔偿被受让人的侵权责任(第二十四条); 规定在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方(第二十七条); 要求让与人不得限制受让人改进其提供的技术，或使用所改进的技术(第二十九条)。</p> | |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

| | |
|---|--|
| <p>(4) 《中外合资经营企业法实施条例》规定，合营企业订立的技术转让协议，应当报审批机构批准；并且，允许技术输入方(一般为合资企业)在技术转让协议期满后有权继续使用该项技术(第四十三条)。</p> <p>(5) 《对外贸易法》第三十条规定，在知识产权权利人“有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为”时，国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。</p> | |
|---|--|

知识产权保护一直是外国投资者非常关注的领域。美国政府 2018 年发布的对华 301 调查报告曾指责中国有关技术转让与知识产权的法律和政策(《合同法》《技术进出口管理条例》《中外合资经营企业法》《中外合资经营企业法实施条例》《对外贸易法》等)存在歧视性规定，包括使用合资、股比限制、行政审批程序等要求或迫使外国企业进行技术转让；并且中国对美国企业的投资和活动施加了实质性的限制和干预，包括对技术许可条件的限制，使得美国公司不得不依照偏向中国被许可人的不公平条件来进行技术许可。

外商投资法强调了对外国投资者及外商投资企业的知识产权保护，对于知识产权侵权行为追究法律责任，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”。外商投资法的该等规定预计会引起相关法律的修改，除了负面清单所列投资比例限制外，其他所有涉及外商的外方出资比例今后可能不再受限。这些新的规定将有助于我国驳斥其他国家关于强制技术转让的指责，缓解甚至消除争议。

3.5. 优惠措施与政府承诺

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--------|--|
| / | <p>第十三条 国家根据需要，设立特殊经济区域，或者在部分地区实行外商投资试验性政策措施，促进外商投资，扩大对外开放。</p> <p>第十四条 国家根据国民经济和社会发展需要，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。</p> |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

| | |
|--|---|
| | <p>第十八条 县级以上地方人民政府可以根据法律、行政法规、地方性法规的规定，在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施。</p> <p>第二十五条 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、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同。</p> <p>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。</p> <p>第二十六条 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。</p> <p>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。</p> <p>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，除依照前款规定通过外商投资企业投诉工作机制申请协调解决外，还可以依法申请行政复议、提起行政诉讼。</p> |
|--|---|

外商投资法多处提及国家及地方政府可以在法定权限内采取优惠措施，制定外商投资促进政策。并且，针对现实中屡有发生的地方政府违反承诺或约定的情况，为了保护外商的合法权益，外商投资法要求地方政府严格履行“依法作出的政策承诺”和“依法订立的各类合同”。如果因国家和社会利益需要改变承诺或者变更合同，应该依法补偿。同时，外商投资法还规定设立专门的外商投资企业投诉工作机制、明确外商投资企业的行政诉讼权，让外国投资者及外商投资企业“申诉、诉讼有门”。

4. 投资管理

外商投资法从法律层面原则性地规定了以下三大投资管理制度，这些制度的实施将有赖于相关配套法规的同步制定和实施。

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

4.1. 准入管理：准入前国民待遇+负面清单

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|---|---|
| <p>(1) 2013年11月12日，中共中央发布《关于全面深化改革若干重大问题的决定》，提出要“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”。</p> <p>(2) 2014年6月4日，国务院发布《关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》(国发〔2014〕20号)，提出改革市场准入制度，包括制定市场准入负面清单，国务院以清单方式明确列出禁止和限制投资经营的行业、领域、业务等，清单以外的，各类市场主体皆可依法平等进入(发展改革委、商务部牵头负责)；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(发展改革委、商务部牵头负责)。</p> <p>(3) 2016年10月8日，商务部发布《外商投资企业设立及备案管理暂行办法》。</p> <p>(4) 2018年6月10日，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》，明确指出，“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行限制”。</p> <p>(5) 2018年10月29日，国务院办公厅发布《关于聚焦企业关切进一步推动优化营商环境政策落实的通知》，要求发展改革委、商务部在2019年3月底前，“全面清理取消在外商投资准入负面清单以外领域针对外资设置的准入限制，实现市场准入内外资标准一致”。</p> <p>(6) 2018年6月28日，发改委、商务部发布《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》。</p> <p>(7) 2018年12月21日，发改委、商务部发布《市场准入负面清单(2018年版)》。</p> | <p>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。</p> <p>前款所称准入前国民待遇，是指在企业设立、取得、扩大等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。</p> <p>负面清单由国务院发布或者批准发布。</p> <p>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。</p> <p>第二十八条 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。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> |

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

外商投资法从法律层面对外资准入管理制度进行明确，规定了外资准入负面清单管理制度，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。现行的全国版外资准入负面清单《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》包括48条内容，相比2017年版的负面清单缩减了15条，预计负面清单内容随着未来市场开放程度的提高将会进一步减少。

而对于外商投资准入特别管理措施(负面清单)未涉及的内容，将适用内外资一致的原则，这也正是外商投资法所强调的外商投资“国民待遇”。

4.2. 国家安全审查

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|--|--|
| (1) 2011年2月3日，国务院办公厅发布《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(国办发(2011)6号)，仅适用于外国投资者并购境内企业的情形，并不涉及新设投资。2011年8月25日，商务部相应制定了《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》。 | 第三十五条 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。 依法作出的安全审查决定为最终决定。 |
| (2) 2015年4月8日，国务院办公厅发布《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》(国办发(2015)24号)，仅适用于外国投资者在自贸试验区内投资，既包括外资并购投资，也包括新设投资以及协议控制等投资方式。 | |
| (3) 2015年7月1日，《国家安全法》公布生效。该法第五十九条规定，国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资等进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。 | |

外商投资法以法律的形式再次明确了对外商投资的国家安全审查机制，对建立外商投资安全审查制度进行了原则性规定，明确将对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查，不仅涵盖外商并购投资，也涵盖外商新设投资。但外商投资法并未对国家安全审查制度的具体内容，如审查范围、审查机构、考虑因素、启动方式、申请文件要求、程序及审查时限等做出具体规定，也并未明确规定违反履行国家安全审查

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

申报义务的法律后果。这些都有待未来国家安全审查配套的具体规定出台。

值得注意的是，外商投资法规定依据外商投资安全审查制度作出的安全审查决定为“最终决定”，这意味着针对安全审查决定将不可提起行政复议或行政诉讼。

4.3. 信息报告

| 现行法律法规 | 《外商投资法》 |
|---|---|
| (1) 2014年8月7日，国务院颁布《企业信息公示暂行条例》，建立企业信息公示制度，规定企业信息应当通过企业信用信息公示系统向社会公示。 | 第三十四条 国家建立 外商投资信息报告制度 ，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。外国投资者或者外商投资企业应当通过 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。 |
| (2) 2015年5月5日，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》(中发〔2015〕13号)，提出加强对外商投资的事中事后监管，建立外商投资信息报告制度和外商投资信息公示平台，充分发挥企业信用信息公示系统的平台作用，形成各政府部门信息共享、协同监管、社会公众参与监督的外商投资全程监管体系。 | |
| (3) 2017年6月20日，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》(商资函〔2017〕318号)，强调全面实施外商投资企业设立及变更备案报告制度，不断完善外商投资企业年度投资经营信息联合报告制度。 | |

我国现行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，以及外商投资企业报送年度投资经营信息。外商投资法以法律的形式对于外商投资信息报告制度进行了原则性的规定，强调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，这在确保对外商投资进行必要监督的前提下有助于减轻外商投资企业的负担。当然，外商投资信息报告制度未来还有待于具体的实施细则予以具化和细化。

上文总结了外商投资法的要点及与现行外商投资法律的主要不同。值得注意的是，三资法废止后，外商投资企业将适用公司法等其他一般性法律的不同规定。外商投资企业宜尽早关注适用法律的不同，及时做出相应调整。以三资法下的中外合资经营企业

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

及中外合作经营企业为例，笔者简要总结适用公司法后该等企业在法人治理方面的主要不同：

| 事项 | 中外合资经营企业法 | 中外合作经营企业法 | 公司法 |
|----------|--------------|----------------------|------------------------|
| 最高权力机构 | 董事会 | 董事会或联合管理委员会 | 股东会 |
| 最低组成人数 | 至少 3 名董事 | 至少 3 名董事或联合管理委员会成员 | 1 名执行董事 |
| 法定最低出席人数 | 全体董事的 2/3 | 全体董事或联合管理委员会的 2/3 | 无限制 |
| 董事任期 | 4 年 | 不超过 3 年 | 不超过 3 年 |
| 重大事项表决机制 | 经出席会议的董事一致通过 | 经出席会议的董事或联合管理委员会一致通过 | 经代表 2/3 以上表决权的股东通过 |
| 利润分配 | 按注册资本比例 | 依照合作企业合同的约定 | 按实缴出资比例分配，但全体股东另有约定的除外 |
| 股权转让 | 其他股东一致同意 | 其他合作方一致同意 | 其他股东过半数同意，但股东间另有约定的除外 |

三、 展望及建议

外商投资法生效后，将取代三资法成为外商投资领域的基础性法律。未来，除确有必要特别监管的外商投资事项外，外商投资企业的设立、变更、经营、注销等活动将与内资公司一样，统一适用《公司法》《合同法》《民法总则》等一般性法律法规，使得相关法律法规的适用更具有普遍性及公平性。“准入前国民待遇”+“负面清单”的管理模式在大大简化了外商投资企业从设立到注销全过程的行政负担的同时，也极大地扩展了外商可投资或附条件投资的领域范围。外商投资法关于外汇自由转出及知识产权、商业秘密的保护也为解决外国投资者投资中国所迫切关系的问题定下了基调。总体而言，外商投资法对于促进我国外商投资

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

将具有划时代的意义，必将开启我国外商投资的崭新纪元。

在肯定外商投资法的重要意义的同时，笔者认为外商投资法的某些规定还有待后续修订或另行立法进一步完善。以下试举几例与大家探讨。

1. “外商投资”及“外国投资者”的定义

外商投资法第2条规定，“本法所称外商投资，是指外国的自然人、企业或其他组织(以下简称外国投资者)直接或间接在中国境内进行的投资活动，包括以下情形……”。

可能是由于外国投资法(草案)中对外国投资者的认定标准引起争议，外商投资法对外商投资者并没有采取这样的定义方式，而是简单地定义成“外国的自然人、企业或其他组织”。这一定义虽然简洁，但却带来了一定的不明确性。例如，“外国的”到底是指“具有外国国籍”，“依据外国法律设立”，“位于外国的公司”，还是应作其他的解释，外商投资法并没有明确。如果采此种定义，那么一家中国公司控制的境外公司是否属于“外国投资者”？

此外，就“外商投资”的定义而言，外商投资法将外商投资者“直接”或“间接”的投资均定义在内，那么是否意味着对于“间接”的外商投资，要向上追溯到其实际控制人？如果确实如此，那么如何对“控制”进行认定？这些问题，外商投资法尚未明确解答。

笔者建议通过制定其他外商投资相关单行法律法规时，对上述问题进行明确，从而保证适用外商投资法的确定性和指引性。

2. 地方政府的外商投资政策制定权

外商投资法第18条规定，“县级以上地方政府可以根据法律、行政法规、地方性法规的规定，在法定权限内制定外商投资促进和便利化政策措施”。本条中的“外商投资促进和便利化政策措施”用语十分模糊，“政策措施”的用语意味着这些不是地方性法规或地方性政府规章，而更可能是地方政府的“红头文件”。先不论这些“红头文件”的法律效力本来就存在争论，这些“红头文件”可以规定哪些方面的“促进和便利化政策措施”也存在着很大的不确定性。尽管外商投资法加上了“根据法律、行政法规、地方性法规的规定”的限制，“红头文件”的性质也可能给予地方政府不当的“造法”权力。如果该等政策涉及的是外资准入条件的规定，那么毫无疑问应该由国家层面的法律、行政法规来规定，地方政府无权规定。如果涉及的是外商投资的优惠政策，那么无疑又会导致地方政府为吸引外资而出台各种土地、税收甚至员工社会福利方面的“优惠”政策，影响市场公平竞争的同时，也可能引起劳动、环

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

境、土地、税收等多方面的问题。

鉴此，笔者建议外商投资法修订时删去第 18 条的规定。即使不删除第 18 条的规定，也应该对各级地方能制定的“外商投资促进政策”的内容和范围做出明确的限制。

3. 五年过渡期安排

外商投资法第 41 条规定，外商投资法施行前依照三资法设立的外商投资企业可在该法施行后 5 年内继续保留原企业组织形式。本条的立法原意自然是给既存的外商投资企业在外商投资法生效后提供一个过渡期，但是“5 年内继续保留原企业组织形式”的表述却令人不解。首先，目前外商投资企业的组织形式也无外乎是股份有限公司、有限责任公司或合伙企业等，这一点在外商投资法生效前后并无不同，为何需要“5 年内继续保留原企业组织形式”？其次，如果“组织形式”指的是目前“外资企业”、“中外合资经营企业”或“中外合作经营企业”这样的名称，那么是否继续保留又有何影响？如果是指外商投资企业的“内部治理结构”，那为何不予以明确？再次，外商投资法也没有对 5 年内后仍然“保留原企业组织形式”的外商投资企业该如何处理作出规定。

笔者建议通过法律或行政法规另行对该条相关内容进行明确和细化，从而能够对外商投资企业应该如何根据本条进行操作提供明确而具体的指引。

外商投资法是一部外商投资监管的基础性、框架性的法律，旨在最大程度上对“内资”及“外资”的监管实现并轨，将民法、公司法、合同法等法律统一地适用于外资及内资企业。同时该法也将需要对外商投资进行专门监管的事项保留了由其他必要的外资法律或行政法规进行规制的空间。相信通过全面适用现有法律法规，并结合后续出台的外商投资专项法律，我国的外商投资环境一定会更加开放、包容和公平，我国也能够更好地借助外资，实现经济的发展、转型与腾飞。

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

如需进一步信息，请联系：

| | |
|--|---|
| 作者 | |
| 潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com | |
| 上海 | |
| 俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com | 刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com |
| 余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@linkslaw.com | 娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com |
| 钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com | 孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com |
| 吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@linkslaw.com | 潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com |
| 姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com | |
| 北 京 | |
| 俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@linkslaw.com | 刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com |
| 杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com | |
| 香 港(与方緯谷律师事务所联营) | |
| 俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com | 吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com |
| 伦 敦 | |
| 杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@linkslaw.com | |

© 本篇文章独家授权威科先行法律信息库发布，未经许可，不得转载。

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

外商投资法律的新纪元——简析《外商投资法》

¹ 最初的《外商投资产业指导目录》由原国家计委、经贸委及外经贸部发布，后续改由国家发改委及商务部修订并发布。

² 由于指导目录的限制，一些希望投资于境内限制类或禁止类业务(尤其是电信业务)的外国投资者(或返程投资的中国投资者)逐渐采用了一种异于“三资企业”的投资方式——“可变利益实体”(VIE)。VIE的实质是外国投资者通过境内设立的一般性外商投资企业，通过协议的方式控制(对外国投资者而言)属于限制类或禁止类行业的境内公司，从而实现对境内公司的控制并转移利润，达到能够与境外实体并表，从而能够实现境外融资或上市的目的。尽管VIE严格而言也属于一种外商投资行为，同时也在一定程度上规避了外商投资法律，但是中国政府却一直没有制定法律对VIE进行规制，既没有明确规定VIE模式违法，也没有对VIE模式的法律地位作出肯定，而VIE这一外商投资模式也一直延续至今。出于种种考量，外商投资法中也并没有对VIE模式做出明确规定，因此在可见的未来这种外商投资的模式或许仍将持续存在。