

新《外商投资法》：内容概要和实操思考

在中美贸易战以及外商对中国经商环境提出质疑的大背景下，2019年3月15日，全国人大表决通过了《中华人民共和国外商投资法》。这部法律自2020年1月1日起施行，将取代《中外合资经营企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》（下称“外资三法”）成为中国外资领域的基础性法律。《外商投资法》的通过是中国政府对世界发出的一个明确信号，即：中国对外开放的大门只会越打越开，中国对外资只会越来越友好和欢迎，中国对外资实行国民待遇的决心非常坚定，外商对中国的投资环境可以有充分信心。

从《外商投资法》的条款可以明显地看出，中国政府对外资的基本态度是：大力促进外资、充分保障权益、内外平等对待、行政积极服务、信息公开透明、最低必要管理、国际对等原则。

我们下面对新《外商投资法》的主要内容进行简明扼要的介绍和分析。

一、《外商投资法》的主要内容

《外商投资法》分为6章，包括总则、投资促进、投资保护、投资管理、法律责任、附则，共42条。下面就对该法的主要内容进行解读。

（一）外商投资的界定

《外商投资法》第二条对“外商投资”和“外商投资企业”进行了界定：

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：

- （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；
- （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；
- （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；
- （四）法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。

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。

相比于以往“外资三法”分别定义“外资企业”、“中外合资经营企业”和“中外合作经营企业”的立法模式，《外商投资法》对外商投资企业做了统一的界定，进行了统一的管理，不再区分这三种形式的企业。

但是，这里也留下了以下问题留待后续立法澄清：

1. 中国公民在境外设立的企业再回到境内的投资是否算外资？VIE结构是否合法？
2. 外商投资企业在中国境内的再投资穿透到什么层面，在多大程度上仍然

属于外商投资企业或者受外商投资负面清单的限制？

3. 境内企业或个人控制的境外企业回到国内进行返程关联并购是否还受限于商务部审批？（《关于外国投资者并购境内企业的规定》第 11 条）。

（二）外商投资的促进

《外商投资法》总则第三条规定：“国家坚持对外开放的基本国策，鼓励外国投资者依法在中国境内投资。国家实行高水平投资自由化便利化政策，建立和完善外商投资促进机制，**营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。**”该规定突出了《外商投资法》积极扩大对外开放和促进外商投资的主基调，表明这是一部外商投资的促进法、保护法，而不是给外商投资装上条条框框、充满限制性或禁止性规定的法律。

与此相呼应的是，《外商投资法》设有“投资促进”专章，用十一个条文具体明确了“投资促进”的内容，主要概括为以下四个方面：

一是保障外商投资企业平等参与市场竞争。包括“平等适用国家支持企业发展的各项政策”、“平等参与标准制定工作”、“国家制定的强制性标准平等适用”、“通过公平竞争参与政府采购活动”、“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”等条文内容，均体现了外商投资企业平等参与市场竞争、内外资规则一致的立法精神。

二是提升政策透明度。该法第十条规定，“制定与外商投资有关的法律、法规、规章，应当采取适当方式征求外商投资企业的意见和建议。与外商投资有关的规范性文件、裁判文书等，应当依法及时公布。”这是“外资三法”中从未规定过的内容，也是本法进步的表现之一。

三是建立健全政府对外商投资的服务体系，提高政府对外商投资的服务水平。本章明确“国家建立健全外商投资服务体系，为外国投资者和外商投资企业提供法律法规、政策措施、投资项目信息等方面的咨询和服务”；“各级人民政府及其有关部门应当按照便利、高效、透明的原则，简化办事程序，提高办事效率，优化政务服务，进一步提高外商投资服务水平。”《外商投资法》从立法层面直接提出了政府的“服务”功能，这与曾经的“外资三法”中“审查批准”等表述所体现的政府的“监管”定位，具有明显不同。

四是依法依规鼓励和引导外商投资。包括：（1）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；（2）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规定享受优惠待遇；（3）县级以上地方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。

（三）外商投资的保护

《外商投资法》在总则中规定，国家依法保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益。与此相呼应的是，《外商投资法》设有“投资保护”专章，

共八个条文，从以下四个方面对外国投资者的投资进行保护：

一是加强对外商投资企业的产权保护

(1) 投资：不征收为原则，征收征用为例外。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。

(2) 资金：人民币或外汇自由汇入、汇出。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。

(3) 知识产权：合法权益受保护，侵权依法可追究；技术合作凭自愿，强制转让被禁止；行政人员须保密，违法泄露要追责。本章规定：“国家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。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。”

与提交审议稿相比，最终通过的《外商投资法》增加了第二十三条有关商业秘密保护的条款，具体为“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。”第五章法律责任第三十九条还明确了违反该义务的相应的法律责任。

《外商投资法》的上述规定也是对当前跨境投资非常关注的知识产权、技术强制转让、商业秘密保护等问题的正面回应，是从法律层面让外国投资者吃下定心丸，打消外国投资的顾虑，旨在让外国投资者对中国市场树立信心。

二是强化对制定涉及外商投资规范性文件的约束。各级人民政府及其有关部门制定涉及外商投资的规范性文件，应当符合法律法规的规定；没有法律、行政法规依据的，不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得设置市场准入和退出条件，不得干预外商投资企业的正常生产经营活动。

三是促使地方政府守约践诺。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。

四是建立外商投资企业投诉工作机制。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。”

本条规定的意义在于创设了一种新的纠纷解决机制，在现有的纠纷解决机制

之下，增加了投诉工作机制，可以申请协调解决。该规定也进一步体现了这是一部外商投资的保护法律。

（四）外商投资的管理

《外商投资法》在总则第四条明确，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**。这是我国第一次在法律中明确使用“**准入前国民待遇加负面清单管理制度**”的表述，也是《外商投资法》的最大亮点之一，奠定了该法是中国开放程序最高，最与时俱进、与国际接轨的一部外商投资领域的基础性法律。具体而言：

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。

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。负面清单由国务院发布或者批准发布。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。对于外商投资而言：

- 1) 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；
- 2) 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；
- 3) 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。

此外，该法还对外商投资管理作出了一些指引性、衔接性规定：

一是监督管理“内外资一致”。包括办理投资项目核准、备案，取得行业、领域的相关许可，企业组织形式、组织机构，劳动保护、社会保险，税收、会计、外汇，并购涉及经营者集中审查等事宜，均按照内外资一致的原则依照法律法规的规定处理。

二是外商投资信息报告制度。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；外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定，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。

三是外商投资安全审查制度。国家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。

二、《外商投资法》的施行展望

本次审议通过的《外商投资法》与2015年1月19日商务部公布的草案征求意见稿相比，内容大大缩减。目前来看，此次通过的这部《外商投资法》，是更

具有宏观意义、更彰显国家态度、更注重时效价值的一部法律。因此，预计中国政府在未来一两年内还将会密集出台相关的配套条例、规定和实施细则。

《外商投资法》没有按照以往惯例明确提及港澳台参照适用该法律，对于这个问题，2019年3月15日李克强总理在回答香港凤凰网记者提问时明确“港澳台投资是可以参照、或者比照适用刚刚通过的外商投资法，而且我们长期以来行之有效的一些制度安排和实际做法还要继续沿用，不仅不会影响，而且会有利于吸引港澳台的投资。国务院在制定有关法规或者有关政策性文件的过程中，会认真听取港澳台同胞的意见，切实保护好他们的合法权益，也欢迎有更多的港澳台投资。”¹

现在距离《外商投资法》正式施行，尚有九个月的时间，并且该法也给予了现有外商投资企业五年的过渡期以保留企业的原有组织形式。在这期间内，会有不少问题需要配套规定和澄清，比如：

1. 在《外商投资法》实施前（2020年1月1日），如果外国投资者需要新设外商投资企业，其公司治理结构是应该采取《公司法》规定的结构，还是采取老的外资三法规定的结构？
2. 在五年过渡期内，老的外资三法已经废除，但是发生公司治理纠纷的时候是否仍然可以参照适用？还是也可参照适用《外商投资法》的规定？
3. 《外商投资法》没有提及外商投资企业的注册资本和投资总额概念，将后外商投资企业借外债如何管理，是否还有投注差的限制？
4. 既然《外商投资法》规定外国投资者可以依法以人民币或者外汇自由汇出利润及其他合法所得，是否就意味着以前实际存在的大额外汇出境约谈、特别审查或限制措施就不会再出现或涉嫌违法了？

参考资料：

1. 关于《中华人民共和国外商投资法（草案）》的说明
2. 财新：外商投资法表决通过 负面清单管理明年推向全国
<http://china.caixin.com/2019-03-15/101392644.html>

作者介绍

蔡军祥 副主任/高级合伙人，昌言（上海）律师事务所
justincai@changyanfirm.com

蔡军祥律师获得复旦大学和美国杜克大学法学硕士学位，具有超过 16 年的律师

¹ http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/15/c_1124239569.htm

工作经验，曾长期供职于金杜、中伦、美国威嘉（Weil），元达（MWE）等国内外一流的律师事务所，为大量世界 500 强企业提供法律服务。蔡律师业务领域包括网络安全和数据合规、反商业贿赂（含 FCPA）、知识产权保护、跨境投资、成长性企业投融资、房地产并购等

黄晴 律师（见习期），昌言（上海）律师事务所

黄晴律师毕业于香港中文大学和西南政法大学，分别获得法学硕士和法学学士学位，且在比利时根特大学有近半年交换学习经历。黄晴律师主要从事跨境并购、外商投资、涉外合规等方面业务。她曾在招商银行担任两年法务，具有丰富的合同起草审阅和合规审查经验。

荣焜 律师（见习期），昌言（上海）律师事务所

荣焜律师获得中山大学法学硕士学位和南开大学法学学士学位，具有五年以上法律工作经验，曾在网易集团、合景泰富集团从事法务工作，主要专业领域在于互联网、电商物流、房地产行业法律服务及争议解决业务。