



《外商投资法》解读（上）：概析篇

作者：李珺 | 过君栋 | 徐浩文

2019年3月15日第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》，该法将自2020年1月1日起施行。

一、前《外商投资法》时代

凡是过往，皆为序章，《外商投资法》的出台建立在我国四十余年对外开放的基础之上。耳熟能详的“三资企业法”以及构筑于三资企业法之上的一整套外资管理体制伴随着中国对外开放应运而生，并一直为适应时代新要求而不断更新和调整。但近年来，通过打“补丁式”法规调整和局部制度创新显得越来越力不从心。2015年《外国投资法（草案）》征求意见稿的发布引起热议，虽然各界就具体条文有不同观点，但都对出台一部统一的外商投资基础性法律充满期待。

自2018年12月26日第十三届全国人大常委会第七次会议对《外商投资法》草案进行了初次审议至2019年3月15日全国人大正式通过《外商投资法》，历时不到三月，此雷霆速度体现了国家顺应各方呼声，对尽快出台一部外商投资基本法的迫切决心。

二、《外商投资法》来了

《外商投资法》分为六章，共四十二条，作为新外商投资法律体系的基础性法律，确立了外商投资促进、保护、准入等方面的基本规则。本文就《外商投资法》的主要内容予以概括讨论。

与《外商投资法》有关热点话题的更详细分析，可参考我们同日发布的《<外商投资法>解读：留白篇》。

（一） 内外资一致

《外商投资法》最大亮点在于明确了“内外资一致”这一原则，其不仅体现在外资准入阶段，也延续适用于外资准入后的运营阶段。

在外资准入阶段，法律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。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇，按照内外资一致的原则实施管理。负面清单管理制度并非是一个全新事物。自2013年上海自贸区开始试行负面清单和备案管理制度开始，通过修订三资企业法和颁布相关的部门规章，负面清单制度已在全国范围内普及实施。《外商投资法》作为效力层次更高的法律，将这一制度确立为我国对外开放的一项基本制度。

更深入而言，《外商投资法》明确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。一般而言，投资准入阶段包括外国投资者设立、收购、扩大等绿地投资和并购投资行为。这一阶段的国民待遇表明，外国投资者的各类投资行为应不再受针对外资的特殊限制，其享有与境内投资者同样的权利和自主权，投资过程也将更加便利和灵活。另一方面，国民待遇又总是与负面清单相伴而生。负面清单是指在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施，负面清单实行动态管理模式。在此，负面清单的最大意义不在于具体开放领域和程度，而是表明我国政府将彻底转变以往的正面清单管理模式，明确树立“法无禁止皆可为”这一更符合市场经济运行的监管理念，极大提高了外资准入的透明度和可预期性。

与准入阶段的国民待遇相契合，《外商投资法》也确立了准入后针对外商投资企业的“内外资一致”原则。根据《外商投资法》，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。同时，除有法律、行政法规依据外，不得减损外商投资企业权益或者增加义务，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。这表明在外商企业运营阶段，将最大程度地实施一致性管理原则。将例外情形的依据限定为“法律和行政法规”，也能最大程度地保证这一原则的实施不受个别部门或地区的干扰。

（二） 三法统一

与内外资一致相对应的，自2020年1月1日《外商投资法》实施之日起，伴随着中国改革开放数十年的三资企业法也将正式废止。外商投资企业将不再区分外商独资企业、中外合资经营企业或中外合作经营企业，而与内资企业同等适用《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定。内外资企业将根据统一的规则设立和运营，其内部治理架构、议事方式和表决程序、股权转让和利润分配等安排都将与内资企业完全衔接，不再因为资本属地性差异而割裂为不同的运作体系，参与外商投资企业的各方可更加灵活地设计和实施各项制度安排。

有关三资企业如何在过渡期调整法人治理结构的更详细分析，可参考我们同日发布的《<外商投资法>解读：留白篇》。

同时，以往外资企业法律适用过程中由于一般法和特别法、新法和旧法之间条文差异所带来的困惑也终将解除，外资企业各项制度规则将更加清晰和明确。

（三） 投资促进和保护

作为新形势下的对外开放基本法，《外商投资法》分别用专章的形式规定并强调了投资促进和投资保护。其中，关于保护知识产权、不得强制技术转让以及外商投资企业平等参与政府采购、平等参与标准制定工作等内容以积极的方式回应了近期社会各界的诉求。

三、 《外商投资法》时代的展望

《外商投资法》确立了新形势下对外开放基本制度框架和规则，是新体系建设的开始。《外商投资法》中很多的原则性规定和要求需要由后续的实施条例以及更详细的规章制度和地方性法规来最终细化实施。特别地，为彻底贯彻“内外资一致”原则，需要各级立法机关尽快梳理现有法律法规以及各类规范性文件，在准入阶段，在负面清单以外，进一步放开各类针对外商投资（包括新设和并购）的实质性限制和要求，给予外国投资者更大自主权，使其能够与境内投资者一样灵活设计投资和交易安排；在准入后的运营阶段，除确有必要由法律和行政法规规定的特殊要求外，删除所有针对外商投资企业的额外要求和限制，同时也要注意特殊要求的范围和内容，避免形成新的外资准入限制，造成“放而不开”的现象。

可以想见,《外商投资法》的实施以及三资企业法的废止,将导致对在过往数十年间基于旧监管思路制定的各类法规的大规模调整和清理。相较之前因注册资本制改革以及实行负面清单制度引起的法规“大扫除”,《外商投资法》所带来的法规体系重塑将是一项更为浩大的工程。对此,我们法律从业者既兴奋又紧张:一方面,更加宽松的制度环境为各类创新投资和交易安排提供了空间,架构和条款设计可以更加符合市场规律;另一方面,也需要法律从业者尽快熟悉新形态的外资管理制度,思考如何合理地运用新的游戏规则,切实地让广大投资者以及外商投资企业享受到改革开放的制度红利。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系。

李琚

电话： +86-21-6080 0981

Email: jun.li@hankunlaw.com