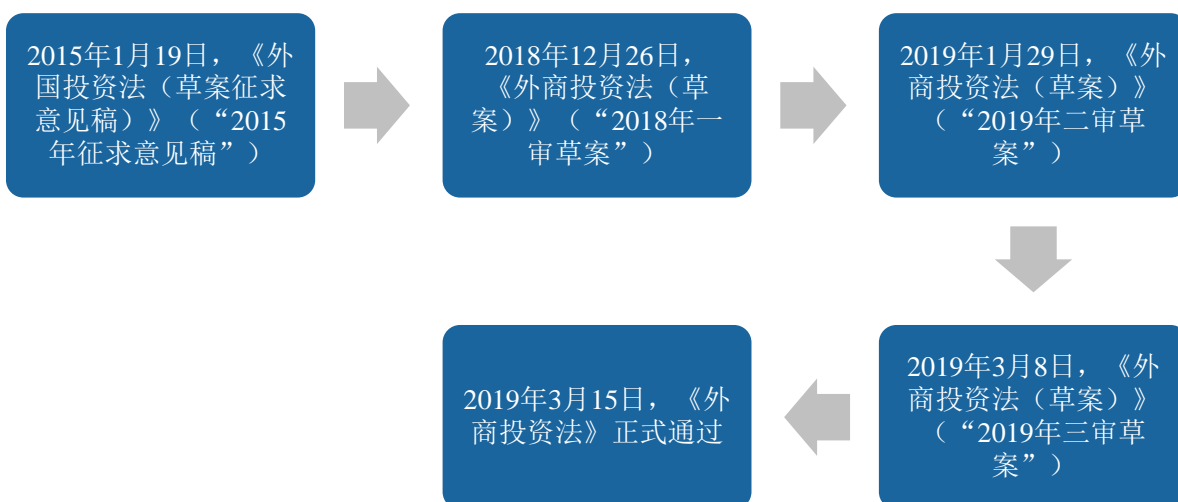




## 《外商投资法》解读（下）：留白篇

作者：吕卓 | 贺环豪

2019年3月15日，十三届全国人大二次会议表决通过了《中华人民共和国外商投资法》<sup>1</sup>，自2020年1月1日起施行。该法自2018年12月23日第一次递交全国人大常委会审议至今不到3个月，立法速度不可谓不惊人，这正体现了立法机关取代“外资三法”<sup>2</sup>、建立新时代我国利用外资的基础性法律的决心。



针对外商投资企业及其投资者普遍关心的外商投资准入前国民待遇+负面清单管理制度、内外资企业平等适用各项政策、非特殊情形不对外资实行征收、资金汇入汇出依法自由化、外商投资经营者集中审查及安全审查制度等问题，《外商投资法》都作出了明确规定。更多分析，可参考我们同日发布的《<外商投资法>解读：概析篇》。

与此同时，《外商投资法》也留下来不少空白，其中不乏若干备受关注的话题。本文着重对这些留白进行分析。

### 一、暂时搁置 VIE 架构问题

VIE（Variable Interest Entities）架构，也称为“协议控制”/“合约安排”，即不通过股权方式控制境内

<sup>1</sup> [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-03/15/content\\_2083532.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2019-03/15/content_2083532.htm)

<sup>2</sup> 指现行有效的《中外合资经营企业法》、《外资企业法》、《中外合作经营企业法》。

运营实体，而是通过签订各种协议的方式实现对境内运营实体的实际控制和合并财务报表。

自 2000 年新浪网采用 VIE 架构于美国纳斯达克上市至今，VIE 架构已经被大量运用于涉及外商投资限制或禁止类业务领域（例如 TMT、民办教育等行业）的中国境内企业搭建境外红筹架构融资或海外上市。但是，现行有效的中国法律法规尚未对 VIE 架构作出明确性。

《2015 年征求意见稿》第 15 条首次将 VIE 架构明确界定为外国投资的一种形式，但《2018 年一审草案》删除了所有提到“协议控制”或“实际控制人”的条款，同时在“外商投资”的定义中新增了“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。上述兜底条款在最终通过的《外商投资法》得以实质保留<sup>3</sup>。

我们倾向于认为，在改革开放 40 周年、中美经贸摩擦与磋商持续进行等大背景下，外商投资法现阶段的立法重点更多地关注进一步对外开放、明确对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度、营造内外资公平竞争制度环境等基础性且相对紧迫的问题，而关于 VIE 架构合法性、外资认定看血统而非注册地（即《2015 年征求意见稿》提出的“实际控制”思路）等仍存在分歧且相对不紧迫的问题则选择了暂时搁置，并通过立法授权的方式留待后续再解决。根据《外商投资法》第二条第二款的上述兜底条款，VIE 架构未来仍有可能通过其他单行法律、国务院制定的行政法规乃至规范性文件的方式纳入“外商投资”的监管范畴。

更多关于 VIE 架构的分析，可参考我们此前发布的《外商投资法草案的 VIE 视角解读》。

## 二、港澳台投资者“参照或者比照”适用新法，后续或出台配套规定

香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区都是中国的一部分，同时港澳台又属于单独的关税区，来自港澳台的投资既不同于外资，也不完全等同于内资，具有一定的特殊性。因此，长期以来，我国对港澳台投资一直“参照”外商投资进行管理。

事实上，《2015 年征求意见稿》第 162 条、第 163 条曾规定，港澳台同胞投资者和华侨在内地投资的，参照适用本法，但法律、行政法规另有规定的除外。但是，《2018 年一审草案》删除了相关表述，直至最终通过的新法也没有恢复上述参照条款。

对此，2019 年 3 月 4 日举行的十三届全国人大二次会议新闻发布会上，大会发言人张业遂先生如此答复记者提问：“实践中，对港澳台投资一直参照外商投资进行管理。制定《外商投资法》不会改变国家对港澳台投资的法律适用安排，相关制度还将根据实践需要不断修改完善，进一步为港澳台投资提供更加开放、便利的营商和发展环境<sup>4</sup>。”

3 月 15 日上午十三届全国人大二次会议闭幕后，国务院总理李克强会见中外记者并答记者问时指出：“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<sup>5</sup>。”我们预期，今后全国人大及其常委会或国务院可能会出台进一步的配套规定，明确港澳台投资者及其在大陆投资设立企业的法律适用，以吸引港澳台投资。

<sup>3</sup> 具体表述调整为“法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资”。

<sup>4</sup> [http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzyb44/node\\_381.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzyb44/node_381.htm)

<sup>5</sup> [http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/15/c\\_1124239569.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2019lh/2019-03/15/c_1124239569.htm)

### 三、三资企业需在过渡期内调整法人治理结构

为了建立内外资企业的统一规则,《外商投资法》第 31 条明确规定:“外商投资企业的组织形式、组织机构,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。”另一方面,根据《外商投资法》第 42 条的规定,外资三法自 2020 年 1 月 1 日起同时废止,而该法施行前已依照外资三法设立的外商投资企业,在该法施行后 5 年内可以继续保留原企业组织形式。

因此,广大三资企业不得不面临的问题是,其必须在上述 5 年的过渡期内完成必要的内部调整,以符合届时统一适用于内外资企业的《公司法》,而这一工作也许并不简单。

《公司法》与现行《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》的差异包括但不限于如下重大方面:

事项	公司法	中外合资经营企业法	中外合作经营企业法
最高权力机构	股东会	董事会	董事会或联合管理委员会
最低组成人数	允许 1 名执行董事	董事会不少于 3 人	董事会或者联合管理委员会成员不得少于 3 人
法定最低出席人数	无	2/3 以上董事	2/3 以上董事或联合管理委员
董事任期	不超过 3 年	4 年	不超过 3 年
重大事项表决机制	经代表三分之二以上表决权的股东通过	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一致通过
初始股东性质	允许中国自然人参与设立	不允许中国自然人参与设立	不允许中国自然人参与设立
利润分配	按实缴出资比例分配,但全体股东另有约定的除外	按注册资本比例分享	依照合作企业合同的约定
股权转让限制	其他股东过半数同意,章程另有约定的除外	其他股东一致同意	其他方一致同意

实践中,合资企业能否突破《中外合资经营企业法》的上述迥异于《公司法》的规定,存在一定争议。例如,合资经营合同、章程能否约定重大事项仅须代表三分之二以上表决权的董事通过?能否约定股权转让仅须其他股东过半数同意,甚至约定特定或全部股东有权自由转股?上述问题并无一概而论的答案,并且视具体的差异事项而定,但足以表明为什么说“外资三法已难以适应新时代改革开放实践的需要。”

以最高权力机构为例,在过渡期内,合资企业将需要建立新的股东会制度,将《公司法》赋予股东会的职权由原合资企业的董事会归还给新的股东会,并明确新的表决权机制。对于部分合资企业而言,未尝不会是合营各方之间一场新的博弈。

相比之下,更为迫切的问题或许是:虽然《外商投资法》允许存量三资企业在过渡期内继续保留原企业

组织形式，但届时在三资企业法业已废止的情形下，究竟是“参照”适用新的《外商投资法》（如是，如何参照？），还是允许仍然适用已废止的三资企业法（即对于尚未变更原企业组织形式的存量三资企业，原三资企业法在过渡期内“视同”继续有效）？我们理解，上述问题有必要在 2020 年 1 月 1 日新法生效之前予以明确。

#### 四、地方性外商投资促进政策谨慎放开，值得期待

《2018 年一审草案》、《2019 年二审草案》均在第 18 条提出：“地方各级人民政府可以在法定权限内制定外商投资促进政策。”鉴于较长一段时间内，部分地方政府曾为了招商引资，在税收、非税等收入和财政支付等方面出台了一些优惠政策，后被《国务院关于清理规范税收等优惠政策的通知》（国发〔2014〕62 号）叫停，上述条款同样引起了对地方政府可能滥用职权，以及依据上述规定推出的地方政策后续被依法清理的不确定性的担忧。

《2019 年三审草案》修订了上述条款，进一步明确县级以上政府只能“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。新出台的《外商投资法》沿用了上述修订。

根据《立法法》，地方性法规的立法主体、适用范围和前提条件如下表所示：

地方立法机关	适用范围	立法前提
省、自治区、直辖市的人民代表大会及常务委员会	本省、自治区、直辖市	在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下
自治州、设区的市的人民代表大会及其常务委员会	本自治州、市，且仅限城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项（法律另有规定的除外）	在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，且须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行

可见，上述修订的亮点在于“地方性法规”一词。既然是地方的外商投资促进政策，除了“粤港澳大湾区”等上升到国家战略层面的地区，大部分地方很难指望其特殊的地方政策能够从国家层面的法规找到依据。“地方性法规”作为依据则可能恰到好处，不至于要求过高从而第 18 条被架空，也不至于要求过低从而第 18 条被滥用。

各地后续如何利用“地方性法规”的空间制定外商投资促进和便利化政策措施，能否百花齐放，不妨拭目以待。

## 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。

### 吕卓

电话： +86-755-3680 6584

Email: [adrian.lv@hankunlaw.com](mailto:adrian.lv@hankunlaw.com)