

An Interpretation of the Foreign Investment Law
of the People's Republic of China

《中华人民共和国 外商投资法》

解读

孔庆江 等/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

An Interpretation of the Foreign Investment Law
of the People's Republic of China

《中华人民共和国 外商投资法》

—— 解 读 ——

孔庆江 等/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《中华人民共和国外商投资法》解读 / 孔庆江等著

—北京：法律出版社，2019

ISBN 978-7-5197-3413-8

I. ①中… II. ①孔… III. ①外商投资—涉外经济法—法律解释—中国 IV. ①D922.295.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第071851号

《中华人民共和国外商投资法》解读

《ZHONGHUARENMINGONGHEGUO WAISHANG TOUZIFA》
JIEDU

孔庆江 等著

策划编辑 沈小英

责任编辑 沈小英 毛镜澄

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 12.25

字数 159千

版本 2019年5月第1版

印次 2019年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-3413-8

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书说明

《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)已经由第十三届全国人民代表大会正式通过,并将于2020年1月1日正式生效。作为外商投资基础性的法律,该法是有关外商投资的基本法。无论是对外国投资者在华进行投资活动,还是在华的外商投资企业的经营活动,抑或是外商投资管理部门和其他管理部门对外商投资的管理行为,《外商投资法》均是最高的准绳。鉴于《外商投资法》极大地改变了现行的外商投资制度,对其进行解读,对于更准确地理解和实施该法殊有必要。本书是对此所做的一次尝试。

本书的解读由中国政法大学孔庆江教授和他的博士研究生共同完成,他们是陈开元、郭帅、黄鸿江、李旭、梅冰和郑大好(按姓氏拼音顺序排列)。

为了使读者了解《外商投资法》的立法进程并

对该法有整体把握,了解《外商投资法》与其他法律法规的衔接与协调,孔庆江教授还撰写了《〈外商投资法〉立法进程和总体解读》和《〈外商投资法〉与其他法律法规的衔接与协调》。这里要感谢《国际贸易问题》和《上海对外经济贸易大学学报》同意本书使用相关文章。为便于外国投资者和外商投资企业理解该法,孔庆江教授还将《外商投资法》翻译为英文。

希望本书能有助于增进读者对《外商投资法》的理解。本书的出版得到了法律出版社,尤其是法治与经济分社沈小英分社长、毛镜澄编辑的大力支持,在此表示诚挚的感谢。

2019年4月8日

目 录

第一部分 《外商投资法》立法过程及总体解读	1
一、外资基础性法律的起草历史回顾	2
二、《外商投资法》名称的由来	7
三、《外商投资法》的基本内容	9
四、《外商投资法》体现了我国外资管理和市场经济法治化的要求	16
五、《外商投资法》与负面清单的关系	18
六、《外商投资法》与企业法的衔接	19
七、《外商投资法》与国际投资协定的关系	21
八、小结	22
第二部分 《外商投资法》逐条解读	23
第一章 总则	23
第一条	23

第二条	26
第三条	30
第四条	32
第五条	37
第六条	38
第七条	39
第八条	40
第二章 投资促进	42
第九条	42
第十条	44
第十一条	50
第十二条	55
第十三条	62
第十四条	65
第十五条	68
第十六条	70
第十七条	75
第十八条	78
第十九条	82
第三章 投资保护	85
第二十条	85
第二十一条	89
第二十二条	94
第二十三条	98

第二十四条	100
第二十五条	103
第二十六条	106
第二十七条	108
第四章 投资管理	111
第二十八条	111
第二十九条	121
第三十条	123
第三十一条	124
第三十二条	130
第三十三条	136
第三十四条	138
第三十五条	139
第五章 法律责任	142
第三十六条	142
第三十七条	144
第三十八条	146
第三十九条	148
第六章 附则	149
第四十条	149
第四十一条	151
第四十二条	153

第三部分 《外商投资法》与其他法律法规的衔接与协调	157
一、《外商投资法》与外商投资准入特别管理措施目录的衔接	157
二、《外商投资法》与国家安全审查相关法律法规和规章的衔接	158
三、《外商投资法》与原审批、核准和备案制度相关法律法规和规章 的衔接	161
四、《外商投资法》与《公司法》等企业法的衔接	162
五、《外商投资法》与《合同法》的关系	165
六、《外商投资法》与《反垄断法》的关系	167
七、《外商投资法》与《政府采购法》的关系	168
八、《外商投资法》与原外商投资有关的部门规章的关系	169
第四部分 《外商投资法》英译本	170
附录：外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)	183

第一部分 《外商投资法》立法过程及总体解读

第十三届全国人民代表大会二次会议于2019年3月15日表决通过《外商投资法》，于2020年1月1日起施行。作为专门的外资法典，《外商投资法》重构了我国的外资基础性法律，该法将专注于政府对外商投资的促进和保护，以及对外商投资、外国投资者和外商投资企业的管理，而其他领域的外商投资管理规范将由其他法律法规承担。

本部分将简要介绍《外商投资法》的立法进程，并对该法涉及的重大问题进行总体解读，希望有助于读者更好地理解该法，也希望能为对该法立法进程及内容抱有关切的外国商会、^①外国投资者等给予解

^① 譬如，中国欧盟商会主席表达观点认为，中国政府压缩了《外商投资法》的正常立法进程，部分原因是为了解决贸易摩擦。立法匆忙但该法影响重大，难免存在质疑。

答,消除质疑。^①

一、外资基础性法律的起草历史回顾

自改革开放以来,我国的外商投资管理体制历经多次修改,基本上形成了以《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》3部法律为主线,《外商投资产业指导目录》为配套,其他国务院行政法规和部门规章为补充的体系。

2008年开始,传统外商投资管理体制开始转型,当年生效的《企业所得税法》开始了外商投资企业与内资企业所得税体制并轨的进程,并在5年内过渡完成并轨。同样,在2008年生效的《反垄断法》使我国外商投资企业与内资企业公平竞争法体系终于初步建成。

2013年以习近平总书记为核心的新一届政府上任不久,即作出了高水平开放的战略决策。在2013年7月第五次中美战略与经济对话中,中国同意在两国间的双边投资协定谈判中采用“准入前国民待遇和负面清单”原则,尽管谈判后来被中止,但这一原则后来直接在中国国内立法实践中体现出来。2013年9月29日中国设立上海自由贸易试验区,对开放外资进行压力测试。从2013年10月1日起,相关外资管理法律的规定在上海自由贸易区范围内暂停实施3年,上海自由贸易区外资准入负面清单同时公布实施。2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,提出实行统一的市场准入制度,在制定负面清单的基础上,各类市场

^① 中国欧盟商会表示,从根本不同意外国和本地公司之间保持法律区别,除非出于特定国家安全问题等合法理由提供例外。此外,《外商投资法(草案)》中使用的广义术语和模糊语言需要澄清,因为其中许多条款更像是政策承诺而不是具有约束力的法律条款,这为法律的随意施行留下了空间。See European Chamber's Stance on the (draft) Foreign Investment Law, 25 February 2019, <http://www.eurochamber.com.cn/en/press-releases/2902>.

主体可依法平等地进入清单之外的领域,探索对外商投资实行“准入前国民待遇+负面清单”管理制度。自此之后,我国进入试行“准入前国民待遇+负面清单”管理制度的阶段。此后,全国人大常委会又授权国务院在广东自由贸易试验区、天津自由贸易试验区、福建自由贸易试验区施行同样的模式,可谓如火如荼,“中国试验改审批制为备案制”的新闻铺天盖地。

在此背景下,当时社会各界预测3年届满之后,中国将完成与美国的双边投资协定谈判,并制定一部取代现行《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》(以下简称三资企业法)的新的统一外资法典。故此,2015年1月商务部公布的《外国投资法》(征求意见稿)可谓是符合前述期待的产物。2016年9月相关外资管理法律的规定在上海自由贸易区范围内暂停实施即将届满3年,全国人大常委会颁布了《关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》(以下简称《决定》)。《决定》将三资企业法以及我国《台湾同胞投资保护法》中不涉及特别管理措施(负面清单)的相关行政审批要求修改为适用备案管理。但遗憾的是,在上海自由贸易试验区3年试验期届满之际,虽然中美双边投资协定经历了艰辛的谈判,但最终没能如期达成,且将原有三资企业法合并订立新法的条件仍不成熟,统一的外资法典也并没有如期而至。这里补充说明一个背景,在商务部《外国投资法》(征求意见稿)公布不久,国家发展改革委员会(以下简称国家发改委)也开始起草外资基础性法律,亦冠名为外商投资法。与商务部公布的《外国投资法》(征求意见稿)相比,国家发改委起草的《外商投资法(草案)》没有对外公布。但在前述立法时机不成熟的情况下,无论是商务部起草的《外国投资法》(征求意见稿)还是国家发改委起草的《外商投资法(草案)》,均不可能被正式列入立法

规划。

2017年7月17日中共中央总书记、国家主席、中央军委主席、中央财经领导小组组长习近平主持召开中央财经领导小组第十六次会议,研究改善投资和市场环境、扩大对外开放问题。会上,习近平强调,要加快统一内外资法律法规,制定新的外资基础性法律。要清理涉及外资的法律、法规、规章和政策文件,凡是同国家对外开放大方向和大原则不符的法律法规或条款,要限期废止或修订。外资企业准入后按照公司法依法经营,要做到法律上平等、政策上一致,实行国民待遇。在这一会议精神指导下,2018年外资基础性法律立法正式进入全国人大常委会和国务院的议事日程,2018年3月第十三届全国人大一次会议全国人大常委会立法项目欲将原来的三资企业法整合,制定外商投资国家安全审查条例也已被列入《国务院2018年立法工作计划》,以上表明国务院认为制定外资基础性法律的时机已经成熟,国务院立法工作计划中规定外国投资法的起草单位为商务部和国家发改委。2018年9月7日外国投资法被列入第十三届全国人大常委会立法规划的第一类项目(条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案),上面规定的“提请审议机关或牵头起草单位”为国务院。起草外商投资法的实际工作是由原国务院法制办公室和原司法部合并的基础上新组建的司法部正式专司负责的。2018年旨在统一现有外资法律的外资基础性法律被列入立法规划,2018年12月国务院将《外商投资法(草案)》提请全国人大常委会审议。

2018年12月23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)》进行了首次审议。仅仅1个月后,全国人大常委会于2019年1月29日加开第八次常委会会议,再次审议《外商投资法(草案)》。2019年3月8日全国人大第三次审议了《外商投资法(草案)》,短短3个

月进行了3次审议并“过审”，由此可见，《外商投资法》的出台过程十分紧凑。最终，第十三届全国人大二次会议于2019年3月15日对该草案进行了表决并予以通过。

这里需要声明的是，有观点提出，《外商投资法》的立法过程很紧，甚至有压缩正常立法进程之嫌，这个说法其实是不符合事实的。如前所述，从2013年开始，中国就开始了有关外商投资立法制度的修改。到了2015年商务部公布《外国投资法》（征求意见稿），出台新法的呼声到了一个小高潮。此后，国家发改委也加入这个起草的行列，制定了《外商投资法（草案）》。从这两个草案并列，到国务院和全国人大常委会先后将外资基础性法律列入其立法工作计划和立法规划，这是对《外商投资法》从酝酿走向达成共识的过程。在国务院于2018年向全国人大常委会提交草案后，就进入了立法机构最后的立法进程。这个过程直到2019年3月15日通过该法时终止，历时并不短。2018年12月26日全国人大常委会第一次审议后，全国人大宪法和法律委员会、常委会法制工作委员会通过多种方式广泛征求地方、部门、研究机构的意见，召开座谈会听取外国商会协会、外商投资企业的意见，通过中国人大网公布草案征求社会公众的意见。2019年1月29日全国人大常委会第二次审议后，全国人大常委会办公厅及时将《外商投资法（草案）》印发全国人大代表，部署组织全国人大代表研读讨论草案工作，并征求代表意见。2019年2月25日全国宪法和法律委员会召开会议，根据全国人大常委会第八次会议的审议意见、代表研读讨论中提出的意见及其他各方面意见，对草案作了进一步修改完善。全国人大常委会两次审议和广泛征求意见，草案充分吸收各方的意见和建议，已经比较成熟，形成了提请第十三届全国人大的《外商投资法（草案）》二次审议稿。在第十三届全国人大二次审议期间，全国人大宪法和

法律委员会再次根据各代表团审议意见和有关方面的意见,对《外商投资法(草案)》二次审议稿进行8处修改和完善。2019年3月12日草案修改稿经人大主席团会议审议通过后,再次印发各代表团审议,然后按照各代表团的意见修改并形成《外商投资法》的表决稿,才最终于2019年3月15日交全体代表表决。从这点上来看,有关《外商投资法》匆忙制定的说法并不成立。

其次,《外商投资法(草案)》提交到全国人大常委会后,立法进程相对加速,表明参与立法工作的人大代表和有关人士对主要问题已达成或基本达成共识,更体现了领导和决策层对目前草案大致肯定性的认知。当然,这一切与对外开放的大环境不可分割,一部高水平的《外商投资法》既能体现我国对进一步推进体制改革和市场开放的承诺,又标志着我国高水平的体制改革和市场开放的落实,对谈判的积极作用不言而喻。但需要说明的是,对于立法进程来说,中国内在的对外开放和投资自由化的要求是决定《外商投资法》立法进程的主要原因和内在动力。

在《外商投资法》的立法进程中,还有一个立法机构层级的选择问题,即为何最终通过该法的机构是全国人大,而不是全国人大常委会?在中国的立法体制中,一部法律既可以是全国人大制定的,也可以是全国人大常委会制定的。考虑到全国人大一年只召开一次会议,大部分时间处于休会中,从实践来看,绝大部分法律均是由全国人大常委会在全国人大休会期间制定的。《外商投资法》制定时,也存在立法机构层级的选择问题。《外商投资法》由全国人大常委会审议二次,然后交由全国人大审议和表决通过。理由如下:首先,《外商投资法》在中央文件中被定位为一部“外资基础性法律”,立法定位属于基本法律的范畴。我国《立法法》

(2015年修订)规定,基本法的立法权在全国人大,该法第七条第二款、第三款明确规定:“全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律……”^①其次,原三资企业法的第一部法律《中外合资经营企业法》是由全国人大制定的,从严格的意义上来说,由全国人大常委会废止全国人大制定的法律是不太合适的。既然三资企业法是作为一个整体来处理的,全部由全国人大处理这个立法和废法的任务就更符合立法程序。最后,全国人大作为最高权力机关,由其制定《外商投资法》在一定程度上更加体现作为我国全面对外开放承诺的外资立法的严肃性。《外商投资法》也是第十三届全国人大第二次会议表决的唯一法律,全国人大对该法的高度重视,由此可见一斑。

二、《外商投资法》名称的由来

在立法起草过程中,还发生了有关外资基础性法律名称的争议,究竟用“外商投资法”还是“外国投资法”,存在不同意见。2015年1月公布的《外国投资法》(征求意见稿)使用了“外国投资法”的名称。即便在被列入《国务院2018年立法工作计划》和《十三届全国人大常委会立法规划》时,似乎仍倾向于“外国投资法”。

但事实上,从“外国投资”和“外商投资”的词源来看,均是英文“foreign investment”中文翻译“外来的投资”的衍生,“foreign investment”(外来的投资)本来既可涵盖来自外商的投资,也可指外国国家或者政府

^① 参见我国《立法法》(2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过根据2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》修正)第七条。

的投资。但纯粹从中文的词义上来看,“外国投资”指代的是“外国国家的投资”,“外商投资”指代的是外国商人的投资。而在客观上,该基础性法律调整的对象即所有的投资均是外商的投资,而几乎没有外国国家的投资,因此,从中文本来的词义来说,“外商投资法”这个名称比“外国投资法”更符合外资基础性法律调整对象的原意。

退一步讲,即便存在实际上的外国国家或政府的投资,使用“外商投资法”的名称表明,我们在法律上将一切外来的(foreign)投资视为私人的投资,应受中国法律管辖。相反,如果使用“外国投资法”,就容易被解释为法律承认外国国家或政府的投资,那么我国法律和政府在对这部分投资进行管辖时,就会有一定的法律障碍,基于国际法上的国家主权平等原则,我国对外国国家或政府不行使管辖权。

长期以来,无论是在法规还是法理上,我们都习惯于使用“外商投资”,特别是考虑到我国一直沿用《外商投资产业指导目录》作为投资者在市场准入方面的指导性文件,“外商投资法”更加具有中国特色,且符合惯例。

此外,在大众眼里,外国是相对于中国的,如使用“外国投资法”这一名称,容易给普通人一种印象——这部法律不包括来自我国港澳台地区的投资。虽然就全国人大及其常委会制定的涉外法律而言,并未有法律层面的立法明确规定“涉港涉澳事务参照涉外法律”,但实际司法实践均系以参照处理。考虑到我国吸收的外来投资70%~80%来自我国港澳台地区,以“外国投资法”冠名会造成一种两难选择:如果我国将港澳台地区的投资纳入“外国投资法”调整范围,会给大众留下外资基础性法律将我国港澳台地区当作外国的印象,这存在政治上的错误;如果因此不将我国港澳台地区投资纳入,制定《外商投资法》的意义就会大大降低。