

《外商投资法(草案)》:承载制度型开放厚望

■ 本报记者 陈璐

3月10日,备受国内外关注的《中华人民共和国外商投资法(草案)》(下称草案)进入人大代表团全体会议审议阶段。目前,《外商投资法》的脉络已基本清晰,草案总共6章,41条。从3月10日的草案到3月12日的草案修改稿,再到3月14日的草案建议表决稿,草案仍有修改完善的窗口。3月15日,第十三届全国人民代表大会第四次全体会议将对该草案进行表决。

三法合一 新旧法衔接仍待明确

自改革开放以来,我国逐步形成以“外资三法”(中外合资经营企业法、中外合作经营企业法和外资企业法)为主体的外商投资法律制度体系,为我国外商投资企业提供了有力的法治保障。

然而,在新的形势下,“外资三法”已难以适应新时代改革开放实践的需要。

3月8日,十三届全国人大二次会议在人民大会堂举行第二次全体会议,受全国人大常委会委托,全国人大常委会副委员长王晨作关于外商投资法草案的说明时指出,随着社会主义市场经济体制和中国特色社会主义法律体系的建立和不断完善,“外资三法”的相关规范已逐步为公司法、合伙企业法、民法总则、物权法、合同法等市场主体和市场交易方面的法律所涵盖。同时,新形势下全面加强对外商投资的促进和保护、进一步规范外商投资管理的要求,也大大超出了“外资三法”的调整范围。适应新时代改革开放的需要,推动外商投资法律制度与时俱进,需要在总结我国吸引外商投资实践经验的基础上,制定一部新的外商投资基础性法律取代“外资三法”。

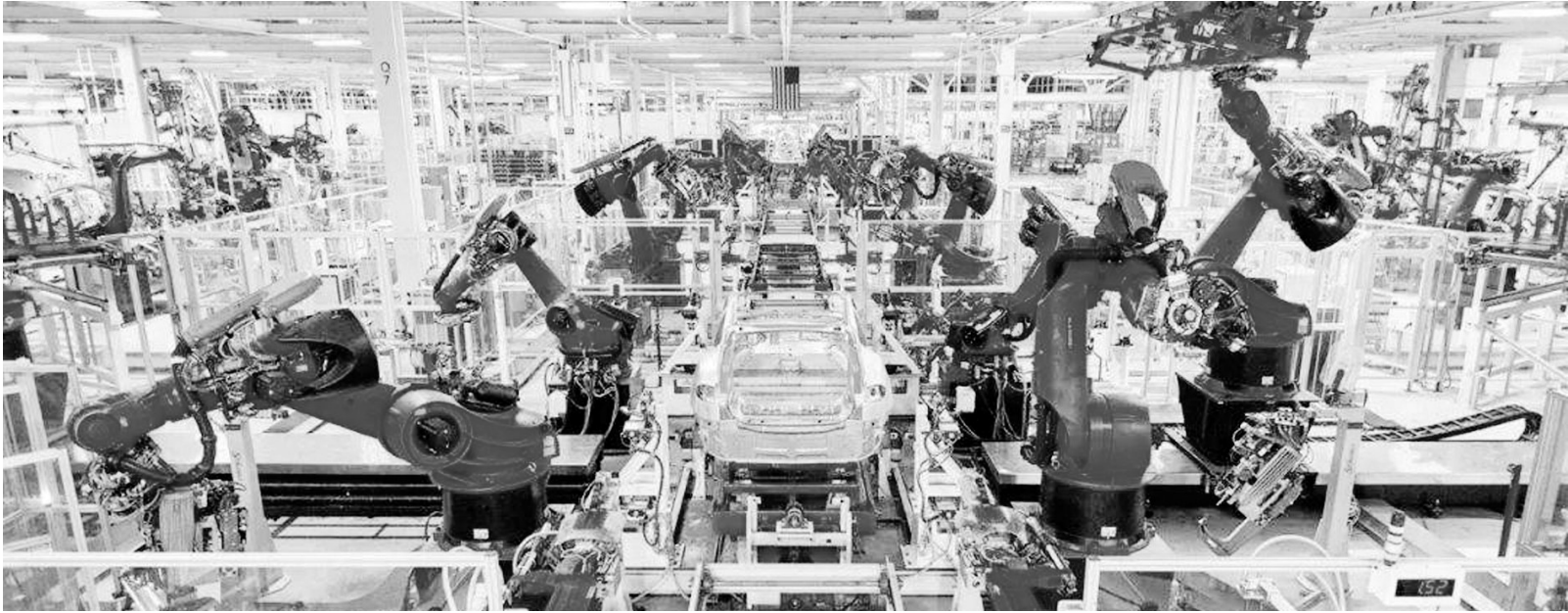
“以前,‘外资三法’主要是强调外商投资企业的管理,而《外商投资法》则将更多强调外商投资的保护和服务管理。”香港上市公司联合能源集团副总经理兼总法律顾问张伟华告诉《中国贸易报》记者,此次“三法合一”为《外商投资法》,最主要是以法律方式明确

我国基本的制度,扩大对外开放、吸引外资,同时一视同仁、平等对待外商投资企业,这是国家对外开放的精神在外商投资领域的体现,也表明中国政府对外商投资的态度。

据悉,该草案最后一条规定,“外资三法”在新法施行后同时废止。新法施行前依照三部法律设立的外商投资企业,在施行后5年内可以继续保留原企业组织形式。

“该草案对现有已设立的外商投资企业设置了过渡期,在过渡期内,仍可以保留原企业组织形式。但在新法实施后,所有的新设外商投资企业均按统一的《外商投资法》进行规范。”新融孚律师事务所高级合伙人倪建林告诉记者,目前,我国现有的外资法律法规体系非常庞杂,除3部主要的外商投资企业法律及其实施条例外,还有大量的涉及外商投资的行政法规、地方性法规、部门规章和地方性规定以及司法解释。3部主要的外商投资企业法律进行调整后,其他与之相冲突的法规和规则也将作相应调整,特别是在行业内影响巨大的《关于外国投资者并购境内企业的规定》,如何调整将引来极大关注,“外资关联并购”规定何去何从还有待探讨。

倪建林认为,“新法实施后,已设立的外商投资企业仍有5年过渡期可适用,现有的外资法律法规体系也有逐步调整适应的过程。很多外资单行法规和规定仍有调整期,甚至可能仍然适用。”



图为特斯拉工厂

3 对标国际投资准则 准入前国民待遇+负面清单

《外商投资法(草案)》在总则一章,即草案第四条中明确表述,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,并进一步规定:所称准入前国民待遇,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;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。

本次草案可谓是外商投资企业设立与变更的审批与备案程序的“终结者”。由此,中国的外商投资管理体制将全面实现准入前国民待

遇加负面清单管理模式,并在准入后全面落实国民待遇,实行内外资一致平等管理。

自2013年9月上海自贸区开展负面清单试点探索以来,我国逐步形成和完善了自贸试验区的外商投资准入负面清单,并于2017年首次提出在全国范围内实施外商投资准入负面清单。面对日益复杂的国际环境以及国内对外开放步伐的提速,2018年6月,我国出台全国版的外商投资准入负面清单,限制性措施大幅减少到48条。同时,我国出台了针对11个自贸区的负面清单,

限制项目从2013年的190项减少至45项。

“《外商投资法》的出台则体现了我国近年来在探索外资管理模式与扩大准入开放等方面改革的阶段性成果。”倪建林称。

负面清单管理制度,是国际通行的对外资进行准入管理的制度,大多数区域性贸易和投资协定及双边投资协定均采用负面清单形式进行外资准入管理。

而国民待遇是关税与贸易总协定(GATT)和世界贸易组织(WTO)确定的基本原则,适用于贸易领域,包括部分服务贸易领域的开放准入。在投资领域,并没有统一的国际投资协定(IIA)来明确国民待遇原则的适用。在现有的区域性贸易和投资协定中,大都采用准入后(post-establishment)的国民待

遇,即外国投资者进入东道国投资设立企业后,享有与东道国企业相同的国内法待遇。

“准入前(pre-establishment)待遇并不是一项普遍适用的义务,即投资东道国有权决定是否对尚未进入本国投资的外国投资者赋予本国企业相同的待遇。在美国与其他国家签署的双边投资协定(BIT)中,含有准入前国民待遇的条款,所以其会要求签署成员方履行准入前国民待遇的义务。”倪建林称,此次草案首次明确对外资实施准入前国民待遇,是我国外资立法的一项重大突破,表明我国的外资立法是对标最高标准的国际投资准则。按照草案中规定,对负面清单以外的领域投资,实施内外资一致的备案管理制度,将极大地便利外国投资者在中国设立和并购企业。”

2 草案瘦身 可变利益实体受关注

2015年1月19日,商务部公布《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”),向社会公开征求意见。该意见稿总共11章,170条,包括总则、外国投资者和外国投资、准入管理、国家安全审查、信息报告、投资促进、投资保护、投诉协调处理、监督检查、法律责任、附则,共41条,对新的外商投资法律制度作出了基本的、明确的規定。

草案名称从“外国投资法”到“外商投资法”的微妙变化,虽更准确,从侧面也显示我国对待外资企业的开放态度。

倪建林称,“比较而言,本草案在内容和体例安排方面均有较大的变化。在体例安排上,草案立足于统一现有的3部外商投资企业法律,确立统一的外商投资法律制度框架。在内容上,由原先征求意见稿的170条精简至41条,整体侧重于外商投资管理的便利化、投资保护及促进。”

“就该草案对‘外商投资’的定义与2015年征求意见稿中的‘外国投资’定义相比,有了较大变化。”倪建林指出,草案没有采纳2015版征求意见稿中“一年期以上融资”和“通过合同、信托等方式控制境内企业或者持有境内企业权益”的形式纳入外商投资,

并在列举中删除了“取得境内或其他属于中国资源管辖领域自然资源勘探、开发的特许权,或者取得基础设施建设、运营的特许权”和“取得境内土地使用权、房屋所有权等不动产权利”。值得注意的是,2015版征求意见稿中拟用实际控制人概念来界定外国投资者的相关内容被彻底移除,这使颇受争议的“可变利益实体”(VIE)架构中境外主体实际被中国企业或自然人控制是否仍被视为外国企业的问题仍然悬而未决。

对于如何定义外国投资,在现有的国际投资法律和规则中各有表述。倪建林强调,未能生效的跨太平洋伙伴协议(TPP)及随后生效的全面进步的跨太平洋伙伴协议(CPTPP)是一份涵盖贸易和投资规则体系的标志性区域协定,其对“投资”的定义相当宽泛,其中就包括企业债券和贷款、工程建设、特许权等,甚至包括知识产权等无形资产。北美自由贸易协定(NAFTA)及刚取代NAFAT的新版美墨加协定(USMCA),对投资的定义也相当宽泛,均包含有企业债券、贷款、知识产权等无形资产。

“中国不是CPTTP的成员,我们是否应该对标高标准的国际规则来确立‘外商投资’的范围仍值得探讨。当然,在中国签订的双边投资协定中明确界定‘外商投资’的范围亦是务实的路径。”倪建林称。

4 保护外资 具体落实还需细化

强化对外国投资者的保护,是区域性贸易和投资协定及双边投资协定近年来主要趋势。

“加强对外商投资合法权益的保护,既有利于吸引外资,也可保障本国国内经济安全。”张伟华指出,比如,国家对外国投资者的投资不实行征收,禁止强制技术转让和加强外国投资者的知识产权保护,以及保障外国投资者在中国境内的出资、利润及资本收益可自由转出等规定。一方面这是对外商投资企业的承诺,也是通过法律保障给外企

吃定心丸;另一方面对国内企业自主研发是一种激励。

“从草案的整体安排来看,投资保护占据了相当大的部分,凸显在新的国际环境下,保护投资者的利益来进一步提升我国的外商投资环境是外商投资管理的重中之重。”倪建林指出,比如,征收问题是投资者与国家之间发生争议的最主要问题,如在这方面有明确的操作流程可以给予外国投资者稳定的预期,进一步改善投资环境。

对于美国301调查的指控称,

▼他山之石

外商投资法可借鉴国际经验

■ 本报记者 钱颖

目前,《外商投资法(草案)》正在审议中。该草案正式通过后,将有助于中国吸引更多外商投资,保护外国投资者的合法权益。在此过程中,参考借鉴其他国家的外商投资政策有利于改善我国营商环境。

东海律师事务所合伙人朱洪以俄罗斯为例,向记者介绍了该国的外商投资政策。

“俄罗斯允许国家和地方政府与外资企业签订各种形式的合同,允许外资企业进入俄罗斯垄断行业、公共服务,并参与政府采购。外资企业按照法律规定购买的进口设备、零配件,属于生产性固定资产物资的,免征进口关税和增值税。外商投资俄政府鼓励的优先发展领域项目,且外国投资占项目总投资的30%以上,投资额不低于1000万美元,前两年免交利润税,第三年交40%的利润税,第四年交纳50%的利润税。”朱洪称。

根据《俄罗斯联邦经济特区法》规定,入驻企业交纳企业所得税为

20%,比其他非特区企业少缴纳4个百分点。特区企业注册后5—10年内,免交企业财产税、交通税;签订入驻协议后,将免受俄税收立法后发生对企业不利变化的影响。俄联邦主体和地方自治机关在各自管辖范围内可给予外国投资者优惠和保障,并根据地区的不同情况,对外商企业实行不同优惠政策。

在世界银行去年发布的营商环境报告中,新加坡营商环境排名全球第二。朱洪指出,“当地成立了新加坡经济发展局,制定和实施各种鼓励外商投资的优惠政策,并提供高效率的行政服务。在制定政策时广泛征求意见,定期走访外国企业,了解他们的需求和未来发展策略,以便及时调整政策,适应投资者的发展需要。”

新加坡国立大学法学院副教授王江雨称,一直以来外资企业都能在新加坡享受准入前国民待遇和负面清单。新加坡政府也依法出台了多项计划以吸引和扶持外资企业发展。

据了解,在新加坡,外资企业与内资企业享有同样的国民待遇及税收政策,新成立的公司可享受3年免征所得税的遇。在政府奖励产业领域内投资的内、外资企业都享受优惠政策,均可获得5年到10年的免税期。政府与投资者合作,共同资助具有良好发展潜质的起步公司,并提供管理上的指导和协助。

同时也要注意,欧盟、美国等发达经济体为保护本国经济的安全、维护公共秩序及出于战略性利益,也出台了部分收紧政策。

3月5日,欧盟委员会通过了欧盟外商直接投资审查框架条例(欧盟FDI条例或条例),并将于4月正式生效。条例对欧盟境内的外国投资者将产生较大影响。

提出相关意见,当具体投资可能有损欧盟整体的利益时,如,对欧盟科研与创新框架计划“HORIZON 2020”有潜在影响,欧委会也有权提出意见。

此外,德国也于去年底调整了政策,规定欧盟以外地区的公司购买德企股权规模超过10%的,将面临政府审查。

而美国实施的《2018年外商投资风险评估现代化法案》(FIRRMA)彻底改变了CFIUS对外商收购高科技领域美国企业以及外商对此类企业进行投资开展国家安全审查的权限。

“一方面,扩大了CFIUS审查权限,有利维护了国家安全。另一方面,也倒逼一些企业主动作为,规范自身行为,为赴美投资做好前期功课,把握先机和主动权。”朱洪表示,长远来看,也能令美国外资安全审查体系更加完善。中国的外商投资政策也应随着经济形势变化及时作出有利自身的调整。

