

各方热议《外商投资法》

编者按:3月15日,十三届全国人大二次会议表决通过《中华人民共和国外商投资法》,这部法律将于2020年1月1日起施行,并将取代《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》和《中华人民共和国外资企业法》(“外资三法”),成为我国外商投资领域的基础性法律。《外商投资法》共六章四十二条,覆盖了关于外商投资的定义和情形、投资促进、投资保护和投资管理等方面的内容。

本报就有关议题对5位经贸人士进行了访谈。他们认为,《外商投资法》的出台将有助于优化外商在中国的营商环境,吸引外资持续投资中国市场,扩大外商投资主体多元化、投资领域多样化和投资产业结构合理化。他们并就如何更好实

施《外商投资法》提出了建议。

主持人:《中国贸易报》记者 范丽敏 钱颜

访谈嘉宾:

联合国贸发组织经济事务官员 梁国勇

经济学家、清晖智库创始人 宋清辉

金诚同达律师事务所高级合伙人 张国栋

上海兰迪律师事务所高级合伙人 余本军

环球律师事务所合伙人 傅志耕

为外商投资打开新大门

张国栋:《外商投资法》具有基础性、鼓励性和前瞻性的特点。基础性体现在这部法律是外商投资领域的基本法,今后有关外商投资的详细立法及具体管理都要以这部基本法为根本依据。鼓励性体现在这部法律突出强调了外商的权利,对一些外商关注的问题进行了回应,体现了我国将对外开放作为基本国策的大国气度,也体现了对外商投资继续鼓励的政策导向。前瞻性体现在这部法律对一些涉及外商投资的问题作出了一些前瞻性的安排,既有与现有政策的衔接,也给今后的管理预留了空间。

余本军:《外商投资法》中规定了准入前国民待遇原则,这意味着,外国人设立外商投资企业不需要经过专门的审批。只要不在负面清单之内,登记注册企业、办理核准备案、取得行业许可等手续,将给予外国投资者不低于本国投资者的待遇。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,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。

《外商投资法》的另一大特色是强调对外商投资合法权益的保护,包括征收及补偿、知识产权保护和出资、利润、资本收益等的自由转出等规则,这些都是国际投资协定的重要内容。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。

傅志耕:《外商投资法》的出台,在全国人大立法的层面确立了外商投资的负面清单管理制度。对于禁止投资、限制投资的领域,按照外商投资的负面清单的相关规定进行管理,对于负面清单以外的投资领域按照内外资一致的原则实施管理。

《外商投资法》正式施行后,不仅将进一步放宽市场准入,促进外国投资者的长期经营,吸引更多的外国投资者来华投资,也将为外国投资者提供与时俱进的法律保护,缓解和消除外国投资者对于中国法律监管的担忧。诸多的优惠措施、保护措施以及强有力的法律保障相结合,能够促进未来外商来华投资的多元化,加大改革开放的脚步。

主持人:《外商投资法》的出台有利于保护外商投资、改善我国营商环境等。各位重点关注《外商投资法》中哪部分内容?为什么?

梁国勇:《外商投资法》三审稿中特别增加了“对知识产权侵权行为,严格依法追究法律责任”的规定,并最终版本中还专门增加了一条规定——“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”。相信这些规定

对正在进行的中美经贸谈判是具有积极意义的。

张国栋:《外商投资法》的落实和下一步细则的推出值得关注,特别是投资保护和投资管理这两大部分。其中,外商投资信息报告制度和外商投资安全审查制度的进一步明确是重点。

余本军:现行有效的法律法规尚未对VIE(Variable Interest Entities)架构作出明确确定性,而之前的《外商投资法》(2015年征求意见稿)试图将其作为外商投资的一种形式纳入监管。《外商投资法》的颁布对明确VIE架构的合法问题尤为重要。

VIE也被称为“协议控制”,即外商不通过股权方式控制境内运营实体,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。由于我国在互联网、新闻传媒、教育等特定领域对外资进入存在限制或禁止,加之美国证监会和香港证券交易所承认VIE架构,VIE架构成为我国企业海外上市的重要途径。

新颁布的《外商投资法》删除了此前草案中对于VIE架构有不利影响的条款,但也未以其他相关条款进行替代,只是在第二条列举“外商投资”形式时,加入了一个兜底条款,即“法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资”,这为以后监管VIE架构留了空间。目前,VIE架构的合法性仍处于模糊状态。未来有可能通过单行法律、国务院制定的行政法规乃至规范性文件的方式

式,将VIE架构纳入“外商投资”的监管范畴。

傅志耕:合法保护知识产权和商业秘密一直以来都是外国投资者来华投资的重要考量因素。《外商投资法》针对知识产权和商业秘密的保护,规定了基本原则,即技术合作基于自愿原则和商业规则,政府不得强制转让技术,对知识产权的侵权行为应当依法严格追究法律责任。政府及工作人员对履行职责过程中知悉的外国投资者或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。《外商投资法》加上配套的法律法规令众多外国投资者在享受到诸多优惠政策的同时,不用担心其技术和商业秘密被侵权的问题。

此外,《外商投资法》的实施对目前中国已经设立的外商投资企业会带来哪些影响是公众关注的重点。根据《外商投资法》的规定,在《外商投资法》施行之前依照“外资三法”设立的外商投资企业,在《外商投资法》实施之后五年内可以继续保留原企业组织形式,即现有的外商投资企业将拥有五年的过渡期,修改其现有的组织形式和组织结构,以符合和遵守《公司法》的相关规定。目前,由于“外资三法”和《公司法》存在许多不一致的规定,已经设立的外商投资企业应当调整相关的中外合资/合作合同以及公司章程,这对于已设立的外商投资企业和相关政府审批/备案机关而言,都是不小的工作量。

主持人:有人认为,这部法律特别加速通过,且部分法律条款的模糊性也给了中国政府灵活掌握的空间,降低了投资者对实际效力的期望。对此,各位有何看法?

梁国勇:我不认可这种观点。从《外商投资法》最后阶段的审议和修改看,以前述第二十三条为例,针对该条新增内容,第三十九条还特别强调“行政机关工作人员在外商投资促进、保护和管理工作中……泄露、非法向他人提供履行职责过程中知悉的商业秘密的,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任”。这意味看很强的实际效力。

宋清辉:这部法律特别加速通过符合新时代外商投资形势的需要,并没有降低投资者对实际效力的期望,反而进一步提升境内资本市场对外商投资企业的吸引力。

外商投资法加速落地,彰显信心决心

张国栋:《外商投资法》是一部有关外商投资的基本法律,而不是有关外商投资的法规汇编。希望这部法律对所有外商投资的具体问题加以回应是完全不现实的。目前最为重要的是看到该法律规定的原则体现了怎样的立法目的和政策选择。目前,我国外资开放已经达到较高水平,很多地方政府更是非常欢迎对外资企业。因此,我们要在《外商投资法》的基础上,下大力气推进整体营商环境的改善,将基本法律中的原则逐步贯彻到具体的规定和执法中去。

余本军:《外商投资法》确立了我国利用外资的基本制度框架,其中有很多原则性规定和要求需要后续一系列法规和文件进行细化,提高法律的可操作性,从而更好地保护外商投资,吸引外商投资。同时,我国各级政府管理部门也要带头遵守和执行,真正使一部好的法律起到应有的作用。《外商投资法》的制定有利于巩固我国改革开放40年成功经验,进一步宣示我国全面对外开放再出发的信心和决心,为进一步推进全面开放局面奠定了良好的法律基础。外商投资企业也需按照《外商投资法》以及与之配套的行政法规和部门规章及时完成相应调整,在新的规则体系下积极把握机遇。

傅志耕:虽然《外商投资法》篇幅不长,但是针对已有的原则规定得十分明确和清晰,如平等原则、负面清单管理原则、对外资企业的相关保护和优惠措施等。对此,在今后的具体实施中,会有不同行业的相关政府部门予以澄清和进一步解释。各行各业的政府部门在指定相关实施细则的同时,不得与《外商投资法》的相关原则相冲突,比如对外商投资企业和内资企业在行业准入中不得实行歧视性对待,不得增加外商投资企业的准入门槛等。随着相关配套措施的出台,外国投资者对《外商投资法》实际效力的期望也会持续提高,同时也能够看到中国政府对于加大开放力度和吸引外资的努力和决心。

新法需有新规护航

张国栋:一方面,我们应梳理准入政策,明确负面清单制度,增加其可操作性。另一方面,地方政府部门、相关机构组织应在进一步提升整体营商环境上做更多工作。

余本军:《外商投资法》在废除“外资三法”的同时,确立了新时代我国利用外资的基本制度框架,并规定了包括负面清单管理制度、信息报告制度和安全审查制度在内的多项制度。然而,这些制度大部分只是在《外商投资法》中作出了原则性的规定,或原有规定因“外资三法”的废止而失去了法律效力。国务院和商务部门需要出台新的管理办法和具体规定,使这些制度能真正意义上落地实施,造福外商投资者。

此外,根据现行有效的法律法规,港澳投资者不属于外国投资者,但可以参照适用“外资三法”的相关规定。“外资三法”废止后,《外商投资法》没有对港澳投资者作出相关规定。对此,国务院和商务部应予以明确。

傅志耕:现有的大量外商投资企业如何在过渡期内调整相关中外合资企业/合作企业的合同和章程以及组织结构,以符合和遵守《公司

法》的相关规定是亟待解决的问题之一。比如现有的中外合资企业的最高权力机构为董事会,新法施行后,中外合资企业的最高权力机构将变更为股东会或股东大会。原先中外各方已经谈好的合资合同中相关的表决条款势必需要重新磋商,这将给大部分中外合资企业增加不小的谈判成本。建议未来出台《外商投资法》相关实施细则时对相关问题的给予明确指导。此外,企业也应尽早就该等合同条款衔接和调整问题开始初步磋商,聘请外部顾问,对需要修订和调整的合同条款进行磋商,以实现平缓过渡,避免对企业的业务经营和管理造成不利影响。

虽然《外商投资法》强调了对外国投资者以及外商投资企业的保护和平等对待,但如何切实有效地实现对企业的保护和与内资一致的待遇,还需要制定相关的法规政策。希望政府在拟定相关配套细则时,邀请相关外商投资企业参与法规的制定,切实提出企业在运营过程当中可能遇到的相关问题,以便国家积极采取应对措施。

主持人:在总理记者会上,李克强指出,《外商投资法》是用法律的

手段更好保护外商投资,吸引外商投资。这个法律是规范政府行为的,政府要依法行政,要根据这个法律的精神出台一系列法规、文件,保护外商权益,比如信息投诉机制如何公开、透明、有效。

对此,各位认为应该推出哪些有关法规和文件,让《外商投资法》顺利实施?

宋清辉:为确保《外商投资法》顺利实施,需要对《公司法》进行微调,彻底打通外商投资企业股改方面的困难。例如,《公司法》规定,设立股份有限公司,半数以上股东须在境内有住所。这就给一些外商带来不便。同时还期待进一步放宽外商独资企业在境内上市、发债,进行融资等,以进一步激发市场活力。

余本军:《外商投资法》确立了新时代我国利用外资的基本制度框架,成为我国外商投资的基本法,标志着新体系建设的开始,《外商投资法》的实施以及“外资三法”的废止意味着各级立法机关需要尽快梳理现有法律法规以及各类规范性文件。负面清单管理制度、信息报告制度和安全审查制度的管理办法有待制定,也需要对基于“外资三法”制定的行政法规、部门规章和规范

性文件进行清理和调整。

傅志耕:为了更好地推行《外商投资法》,建议推出信息报告制度。目前,外商投资企业通过全国外商投资企业年度投资经营信息联合报告平台进行信息报告。此次《外商投资法》仅对外商投资信息报告制度进行了原则性规定,但变更了报送信息的途径,即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。《外商投资法》实施后,外商投资企业是否仅需要通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统即可向商务主管部门报告信息,具体需要报告哪些信息,有待进一步的细则出台。

此外,建议加强反垄断审查和国家安全审查。《外商投资法》重申,外资并购必须依法根据《反垄断法》及相关法规进行经营者集中申报,并接受经营者集中审查。《外商投资法》对国家安全审查制度同样定下了基调。目前的反垄断审查和国家安全审查都是按照国务院、商务部等有关部门关于反垄断和国家安全审查的现行规定执行。我们预计有关国家安全审查的配套法规将适时出台,尤其是目前国家安全审查的范围一直不是十分清晰。

外企期待法律相关配套条款进一步完善

■ 本报记者 范丽敏 张伟伦

准入、促进、引导、保护、管理……自提请审议到最后经全国人大审议通过,《中华人民共和国外商投资法》始终受到海内外舆论的广泛关注,成为今年两会的一大看点。该法通过后,多数外资企业纷纷表示,《外商投资法》彰显了中国开放共赢的姿态和积极推动建设开放型世界经济的鲜明态度与坚定立场,对稳外资、吸引投资具有积极意义,期待

法律在真正实践中进一步完善,真正为外商在华投资兴业保驾护航。

“作为第一批进入中国市场的跨国零售企业,看到《外商投资法》通过,我们备受鼓舞。”沃尔玛(中国)投资有限公司相关负责人在接受《中国贸易报》记者采访时表示,这部法律的主基调是对外商投资的促进和保护,明确规定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。这对于身处激烈市场竞争环境中的跨国零售企业来说,可以提振信心,并能充分利用自身优势,在公平公正的环境中获得更多市场份额,以更好地通过全渠道平台为中国消费者提供优质产品和一流服务。

据悉,改革开放以来,随着中国在政策、法律法规、社会环境等投资软环境方面日臻规范和成熟,外商

投资迎来更多发展机遇。“沃尔玛在中国市场的发展得益于改革开放,目前,我们的业务拓展得到各地政府的大力支持。”该负责人说。

强生中国区主席宋为群表示,《外商投资法》回应了外商普遍关切的问题,尤其在投资政策透明度、平等参与市场竞争及产权保护等方面的规定,将进一步促进经济贸易自由化、便利化,增强中国市场对外资

的吸引力。

一直以来,外资就是中国经济的重要组成部分,并伴随中国改革开放40年的历史。最新数据显示,2018年,中国利用外资创下历史新高,全年实际使用外商直接投资(不含银行、证券、保险领域)1350亿美元。通过制定《外商投资法》,中国将扩大对外开放,积极利用外资提供法治保障。(下转第7版)