

中国外商投资法律修订完善迫在眉睫

文/金善明

外商投资在我国市场经济建设中发挥了不容忽视的作用，无论是在资金引进，还是先进技术与经验的导入等方面，都立下了汗马功劳。当初，为了吸引外资、保障外资安全，我国先后制定了《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》等俗称的“外资三法”。毫无疑问，“外资三法”为中国对外招商引资、维护外商投资秩序、促进外向型经济发展起到了保驾护航的作用。

但随着经济发展水平的提高和改革开放的深化，“外资三法”却逐渐成为我国经济改革与发展的掣肘之处，制约甚至束缚了我国开放型经济体制的推进与发展。因而，对现行外商投资法律体系予以改造和完善，营造统一、公平、有序、规范、透明的投资法治环境，便成为当下经济体制改革和法治建设的当务之急。

外商投资立法转型的必然与诉求

“外资三法”是我国改革开放后最早启动的经济立法，是回应外商投资法制需求的产物，为鼓励、保护和规范我国外商投资行为提供了制度依据和保障。但随着我国经济迅速发展、经济全球化趋势不断加剧，我国利用外资不断从追求数量向讲究质量转变，这亦相应地对我国外商投资立法提出了更高的要求，为我国保质高效利用外资提供更加有力的保障。

一方面，我国经济社会发展提出了新的制度诉求。改革开放之初，无论是资金实力还是技术水平，较西方工业化国家相



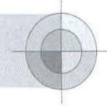
比，我国都不占优势，因而以市场换技术、引资资金等方式改变国民经济落后状况成为必由之路。但彼时法律制度整体缺位的情形下，招商引资谈何容易？因此，外商投资法律制度的构建便成了改革开放的首要任务。本着“摸着石头过河”的精神，我国相继出台了“外资三法”，对外资准入门槛、组织形式、监管方式等内容作了粗线条的规范，虽不够细致但也为我国利用外资提供了制度依据和保障。

当前，我国经济总量已跃居世界第二，对外资利用也提出了新的要求，从过去一味强调引进外资的数量转向注重外商投资的领域与技术含量等质的要求，更加偏好外商投资与国内既有资本运营形成互补，尤其青睐高新技术产业的资金导入和技术引进。显然，这对现行的外商投资法律制度也提出相应的更新要求，以应对经济转型升级之需。与此同时，我国市场经济建设进程中，利用外资的形式纷繁复杂，甚至不乏规避法律约束的模式或方式，但因对国民经济发展亦作出了不容否定的积极作用而成为经济发展不可或缺的一部分。这也要求国家从法律层面对其予以定性并给予合理的保障。可见，国民经济发展的现实，对现行外商投资法律制度不断提出新的挑战，以满足经济生活

中积极的制度诉求抑或应对消极的行为状态。

另一方面，构建开放型经济体制需要妥善的法治举措。对内改革、对外开放，是社会主义的基本方针，是实现国家现代化的必由之路。党的十八届三中全会适时提出“构建开放型经济新体制”，从制度机制层面要“统一内外资法律法规，保持外资政策稳定、透明、可预期”，“改革涉外投资审批体制”，“探索对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单的管理模式”。随后，党的十八届四中全会更是从法治层面上要求“适应对外开放不断深化，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制”。这是对外开放、利用外资的顶层设计，但其具体的实施路径则有赖于具体的法治化措施，也就是如何从推进内外统一立法、优化外资准入机制、完善外资监管模式等内容法制化，从而为开放型经济体制的构建和完善提高法治保障。由于现行的外商投资法律体系庞杂甚至不乏冲突，内外资双轨立法、内外资差别待遇、外资企业“超国民待遇”与“次国民待遇”并存等现象屡见不鲜，与全面深化改革、构建新型开放经济格格不入。因此，外商投资法律的修订完善不仅必要，更显紧迫。

此外，党的十八大以来，我国先后多区域、多领域地推进和实施自由贸易区建设战略，先后批准设立了上海等11个自由贸易试验区，不断探索深化对外开放、建设开放型经济的新思路、新规律，力图把握我国对外开放的新要求和经济全球化的新趋势。为了解决因法律滞后而带



来的束缚问题，全国人大常委会相继在2013年8月和2014年12月通过决定，授权国务院在上述自贸区暂停实施“外资三法”规定的部分行政审批事项，改为备案管理。其中，有关上海自贸区授权决定规定，上述改革措施“在3年内试行，对实践证明可行的，应当修改完善有关法律”。如今大限将至，国家应依据上述授权决定对相关自贸区规定进行评估，总结经验、汲取教训，及时将相关制度和经验转化为国家法律，以便复制和推广。

外商投资立法的过渡与体系重塑

外商投资法律制度的修订与完善，既是我国开放型经济建设的现实需求，亦是国民经济建设进程中外资利用的经验总结与制度化体现。应该说，我国改革开放三十多年的经验与制度建设，能够为外商投资立法的优化提供丰富的知识储备和积淀。但在中国，由于诸多限制或条件约束，修法不是一件容易的事，这并不足为奇。“外资三法”的修订也非例外，早在2014年国家就启动了外商投资法的修订工作，但当全国人大常委会授权的自贸区“外资三法”部分暂停实施期限即将到来之际仍未完成外商投资法的修订工作。因此，为了消除潜在的法制尴尬，全国人大常委会方才智慧地将在中国自贸区内实践的试点措施上升为法律。即在“外资三法”（实际上，还包括《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》）中分别增加一条规定：对不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，将相关审批事项改为备案管理；国家规定的准入特别管理措施由国

务院发布或者批准发布。同时要求，重新公布的“外资三法”也将终止全国人大常委会的上述授权决定的法律效力。

毫无疑问，这一修法决定并非我国外商投资立法转型的终结，而只是权宜之计。因为这一修法设计并未有效满足十八届三中全会所提出的“构建开放型经济体制”的顶层设计和要求，亦未完全将十八届三中、四中全会所要求的外商投资统一立法、清单管理模式等内容规范化、法制化，因而只能说是为了应对即将到期的授权规定而作出的应对之举。因此，外商投资修法的工作仍需依旧，尤其是“三法合一”、外商投资统一立法的思路与模式并未改变，也不能改变。相应地，我国仍应以党的十八以来所确立的构建开放型经济体制为目标，结合国内自贸区实践和国际贸易投资条约等因素，加快推进外商投资法律的修订。

具体来说，我国外商投资法律的修订应积极贯彻“统一内外资法律法规”的指导方针，将统一规范、清单管理模式纳入法治范畴，将三法分立模式重新改造、统一立法并命名为《外国投资法》。在此名



我国外商投资法律的修订应积极贯彻“统一内外资法律法规”的指导方针，将统一规范、清单管理模式纳入法治范畴，将三法分立模式重新改造、统一立法并命名为《外国投资法》。



之下，重塑外国投资立法的体系并理顺其规制范畴，将立法重心聚焦在外国投资的界定标准、准入制度、监管机制、清单管理模式、纠纷解决等方面，而将有关企业注册登记、治理结构等内容回归公司法范畴。这实际要求我国外国投资立法应摒弃当下逐案审批制度而转向实际控制制度，通过清单管理模式加强对外国投资企业的事中事后监管，从而赋予外国投资的充分自由并激发其利用效率；与此同时，为了防止产业损害、维护国家安全，外国投资立法应设立相应的国家安全审查制度，以代替和完善当下仅在《反垄断法》第31条所规定的外资并购国家安全审查制度。

《外国投资法》的制定与颁布，将是我国外商投资立法的重要转型。但因外商投资在国民经济中具有举足轻重的作用，外商投资的治理与监管，亦远非一部法所能治。《外国投资法》的倡导与制定，仅仅是我国全面深化改革进程中构建开放型经济体制的一个重要法治举措。其制定得科学合理，将有助于我国提高外资利用效果、促进国民经济增长；其出台后得以有效的实施，方能实现十八大所提出的“开放型经济体制”目标、促进经济增长、提高社会福利。然而，这是一项系统工程，在推进外国投资立法的同时，更需要通过实施《反垄断法》等市场规制法来维护市场自由，加快转变政府职能、加强法治政府建设，以为外国投资提供更好的制度空间和秩序环境，从而真正实现外国投资为我所用、为我服务。□

（作者单位：中国社会科学院法学研究所）