

中国外商投资法的变革及其与国际协定的协调

陈咏梅¹ 何圳申²

(1. 西南政法大学国际法学院, 重庆 401120; 2. 其礼西联联营律师事务所, 重庆 400043)

摘要:《外商投资法》的出台是中国外商投资法律体系发展过程的一个里程碑。该法完善了既有的“外资三法”等法律法规,不但具有全新的调整对象和条款结构,还在投资准入、投资促进、投资保护和投资管理等制定了一系列新规则。与此同时,作为国内法的《外商投资法》与作为国际协定的中国新一代双边投资协定以及中国晚近自由贸易协定的“投资”章在很大程度上保持了一致,但仍需进一步协调。在两者均涉及和调整的方面,国内法与国际协定应尽可能保持一致,而在各自侧重调整和规制的领域,国内法与国际协定应避免矛盾或冲突。如是,来华投资的外商将在中国享有更加稳定和可预见的法律环境。

关键词:外商投资法;“外资三法”;双边投资协定;自由贸易协定“投资”章

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 06-0044-13

改革开放四十余年来,吸收外资,特别是外商直接投资,一直是中国经济发展的重要动力。尽管在最近几年,中国经济整体上面临着复杂而严峻的挑战,经济下行的风险和压力有所增加,但吸收外资的规模仍然持续稳定。根据中国商务部2019年1月发布的数据,中国2018年实际使用外资1,349.7亿美元,同比增长3%,创历史新高。^①在看到这些成绩的同时,我们也不能否认,中国有关外商投资的既有法律制度存在一些问题,例如外商投资法律制度体系化不足。不同层级立法机构在其各自职权范围内发布了不同种类涉及外商投资的法律规范,不同规则相互交织、错综复杂,缺乏上位法的统领,这在一定程度上不利于规则的有效实施。另外,部分法律法规的制定距今为时久远,相关内容难以有效成为促进当前外商投资和经济发展的法律保障。另一方面,在加快实施自由贸易区战略的指引下,中国与其他国家和/或地区签订的双边投资协定(BIT)和/或自由贸易协定(FTA)的数量稳步增加,这些协定的实施需要国内法的支撑。

在此背景下,近年来,中国不断推进外商投资法律体系的完善,修改了涉及外

作者简介: 陈咏梅,西南政法大学国际法学院教授,博士生导师,研究方向:国际经济法;何圳申,其礼西联联营律师事务所律师,研究方向:国际经济法。

基金项目: 国家社科基金项目“《跨太平洋伙伴关系协定》创新与中国应对研究”(项目编号:16XFX023)。

^① 商务部外资司. 2018年1~12月全国吸收外商直接投资快讯[EB/OL]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/v/201901/20190102832209.shtml>. [2019-01-15] [2019-07-06].

商投资领域的主要法律规定,^①发布了新的法律法规草案征求意见稿。^②而2019年全国人大通过的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称“《外商投资法》”)则是中国外商投资法律体系中的最新发展成果。^③鉴于《外商投资法》是一部统领中国外商投资领域发展的基础性法律,其中的相关规则以及这些规则应当与中国既有外商投资法律制度保持怎样的关系等问题已引发学界广泛关注。^④与此同时,基于中国与其他国家和/或地区签订的BIT和/或FTA的有效实施需要《外商投资法》等国内法的支撑,作为国内法的《外商投资法》如何与BIT和/或FTA等国际协定^⑤保持协调也是需要关注的法律问题。考虑到外资领域的国内法和国际法均应成为促进外商来华投资的体系性法律规范,故我们有必要将《外商投资法》与国内既有外商投资法律制度、中国新一代BIT^⑥和中国晚近缔结的FTA“投资”章^⑦进行系统的比较研究。在此基础上,在探讨中国外商投资法律体系最新发展和变革成果的同时,探寻如何更好地为外商来华投资提供必要的法律保障和法律服务。

一、《外商投资法》与中国既有的外商投资法律制度

毫无疑问,《外商投资法》的出台有利于进一步扩大对外开放,促进外商来华投资,保护外商投资合法权益,规范外商投资管理,推动形成全面开放新格局,促进社会主义市场经济健康发展。^⑧相较于中国既有的外商法律制度,《外商投资法》的变革彰显如下。

(一) 结构和调整对象的变革

首先,《外商投资法》明确了其调整对象为外商投资,即外国投资者直接或间接在中国境内进行的各类投资活动。^⑨在既有的外商投资法律制度中,调整对象为不同种类的外商投资企业。最为典型的例子如《外资企业法》、《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》(以下合称为“外资三法”)。也就是说,“外资三法”的调整对象分别为外商独资、中外合资、中外合作3种类型的企业,并不包括其他

① 例如,2016年9月,全国人大常委会修订《外资企业法》、《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》。

② 例如,2015年1月,商务部发布《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》。

③ 《中华人民共和国外商投资法》由第十三届全国人民代表大会第二次会议于2019年3月15日通过,自2020年1月1日起施行。

④ 如崔凡,蔡开明.《中华人民共和国外商投资法》初探[J].上海对外经贸大学学报,2019,(3);宋晓燕.中国外商投资制度改革:从外资“三法”到《外商投资法》[J].上海对外经贸大学学报,2019,(4);孔庆江.《中华人民共和国外商投资法》与相关法律的衔接与协调[J].上海对外经贸大学学报,2019,(3);崔凡,吴嵩博.《中华人民共和国外商投资法》与外商投资管理新体制的建设[J].国际贸易问题,2019,(4)。

⑤ 本文所称的“国际协定”指两个或两个以上的国际法主体为确立相互之间的权利与义务而缔结的书面协定。文中的国际条约与国际协定同义。

⑥ 本文所称的“中国新一代BIT”指中国与其他国家和/或地区在21世纪后缔结、以平衡投资者利益与东道国监管权为目的之双边投资协定。

⑦ 本文所称的“FTA‘投资’章”指自由贸易协定(FTA)中针对投资的专章规定。

⑧ 《外商投资法》第1条。

⑨ 《外商投资法》第2条。

企业类型的外商投资。此类立法模式因其调整对象自身的局限性而对全面保护、促进和管理外商投资存在不足。当然，这是因为既有外商投资法律制度始建于中国开始对外开放和吸收外资的20世纪八九十年代，当时中国的经济发展、社会发展相对落后，民商事法律制度尚不健全。在中国民商事法律制度体系逐渐健全的今天，《外商投资法》的出台将在很大程度上弥补对外商投资保护、促进和管理的不足。

其次，伴随着调整对象的变化，《外商投资法》创立了全新的条款结构，由6章组成，共计42条。除总则和附则外，其余4章分别为投资促进、投资保护、投资管理和法律责任，基本涵盖了外商投资所涉各个方面。由于以“外资三法”为代表的既有外商投资法律制度主要调整特定类型的外商投资企业的运作，因而相关立法的条款结构较为简单，条款数量较少。例如，“外资三法”中条款数量最多的《中外合作经营企业法》也仅28条。^①另外，《外商投资法》中的相关规则和条款结构参考了中国晚近缔结的新一代BIT和/或FTA“投资”章中的相关内容，^②国内立法借鉴中国参与的国际协定/条约这一立法模式将有助于提升外国投资者对在中国开展投资的可预见性。

（二）具体规则的变革

《外商投资法》除了变革条款结构和调整对象外，一系列全新的规则亦得以呈现。相关新规则将会成为保护、促进和管理外商来华投资活动的有效指引和重要法律支撑。

1. 外商投资和外国投资者等术语的界定

作为调整外商投资领域的基础性法律，《外商投资法》首先对外商投资和外国投资者进行了定义，明确了该法的适用对象。《外商投资法》第2条规定了“外商投资”指的是外国投资者直接或者间接在中国境内进行的投资活动，同时明确了3种具体的外商投资形式，分别为外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业；外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益；外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目。除规定了上述3种具体形式外，该法另有一项兜底规定，便于将其他外商投资形式纳入该法规范之中。此外，《外商投资法》第2条还将外国投资者明确为外国的自然人、企业或者其他组织。^③与此同时，为了更准确地理解和适用该法所涉外商投资和外国投资者的相关规则，减少法律条文的模糊性，该法还明确了外商投资企业等相关概念。^④

^① 《中外合资经营企业法》和《外资企业法》分别各有17条和25条。

^② 中国晚近缔结的新一代BIT和/或FTA“投资”章包括《中日韩投资协定》、《中加投资保护协定》、《中国-澳大利亚自由贸易协定》“投资”章等。本文将《中日韩投资协定》视同为中国对外签订的BIT。

^③ 《外商投资法》第2条。

^④ 外商投资企业是指全部或者部分由外国投资者投资，依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业。参见《外商投资法》第2条。

不过,根据《外商投资法》中有关外商投资及外国投资者的定义,仍存在一些有待进一步明确的问题。例如,外国政府或其相关所属机构是否属于适格的外国投资者?在判断一项投资活动(特别是以间接投资形式开展的投资活动)是否属于外商投资时,是否需要考虑该项投资活动的最终实际控制人?对这些问题的回答尚有待进一步厘清。

在现行“外资三法”中,如前所述,由于法律调整对象的局限性,有关外商投资或外国投资者的定义难以界定,仅有涉及对外商投资企业的定义。例如,《外资企业法》第2条对外资企业的概念进行了定义,^①而《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》甚至没有明确定义该法调整的中外合资经营企业和中外合作经营企业。

2. 投资准入

投资准入规则是影响外国投资者在中国境内开展投资活动的重要因素,获得外商投资管理部门的准入许可曾经是所有外国投资者在中国境内开展投资活动的合法前提,因而相关规则成为《外商投资法》的重要内容。

随着中国对外开放进程的不断深入,针对外商投资的投资准入管理模式逐步放宽。《外商投资法》首次在法律层面明确规定,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,^②即只要外商投资的领域不属于负面清单所列示,则在投资准入阶段,外商及其投资将享有不低于中国投资者及其投资的待遇。另外,对负面清单领域外的外商投资监管,也将按照内外资一致的原则实施。^③在此管理制度下,多数外商及其投资将与中国国内投资者及其投资一样,无需获得专门的准入许可。

事实上,在《外商投资法》出台前,准入前国民待遇加负面清单这一外商投资准入管理制度已经分阶段地在中国得到一定程度的试行。2013年,准入前国民待遇加负面清单这一制度率先在上海自由贸易试验区实施。2014年,这一制度分别在天津、广东和福建的自由贸易试验区实施。这些试验的目的主要是对当时既有外商投资管理制度进行改革,并对新的管理制度进行试验。^④伴随着自由贸易试验区范围的不断拓展,这一制度也在国内其他新设的自由贸易试验区中得到推行。与此同时,自2016年10月起,在自由贸易试验区之外的中国其他地区,准入前国民待遇加负面清单制度在外商投资企业的设立及变更事务上予以施行。^⑤简言之,在全国范围内,

① 《外资企业法》第2条规定,该法所称的外资企业是指依照中国有关法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业,不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。

② 《外商投资法》第4条。

③ 《外商投资法》第28条。

④ Yang, Songling. China's Administrative Mode for Foreign Investment: From Positive List to Negative List[J]. Singapore Law Review, 2015, 33:94~95. Wang, Zhongmei. Negative List in the SHPFTZ and Its Implications for China's Future FDI Legal System[J]. Journal of World Trade, 2016,50(1):125~127.

⑤ 具体内容参见《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》。

负面清单领域外的外商投资企业,除其他法律法规所要求的行政许可或准入要求外,企业的设立和变更事务不再需要获得特别的准入许可,而仅需履行备案手续。^①与此同时,作为外资准入制度重要组成部分的负面清单在实践中不断完善,《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》^②和《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》^③分别在中国自由贸易试验区内和试验区外的其他地区适用。负面清单成为规范外商投资活动的重要指引。

上述法律实践成果最终被《外商投资法》吸收。需要注意的是,在投资准入规则方面,除规定中国实行准入前国民待遇加负面清单管理制度、负面清单由国务院发布或者批准发布外,^④《外商投资法》还明确了如外商投资需要按照国家相关规定办理投资项目的核准、备案等手续,投资者仍然需要按照相关规定执行。^⑤外国投资者在依法需要取得许可的行业、领域进行投资的,应当依法办理相关许可手续。^⑥上述规定有助于在放宽外商投资准入时加强对外商投资的管理,并协调好内外资管理的一致。

3. 安全审查

吸收外资尤其是针对一些规模较大或涉及行业领域较为特殊或敏感的投资,难免可能会涉及到对国家安全影响的考量,因此,世界不少国家对外国投资进行了一些特殊的管理,中国也概不例外。在“外资三法”未对外资国家安全审查进行规定的情况下,国务院办公厅和商务部于2011年分别发布《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》和《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》,此两项规定共同构成了目前中国外商投资国家安全审查制度的基本框架。此外,国务院办公厅于2015年发布《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》,该办法在自由贸易试验区内试点实施,以便在试验区内以负面清单管理模式引导外商投资有序发展的同时维护国家安全。

《外商投资法》高度重视国家安全审查这一问题,该法第35条规定,国家建立外商投资安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。并且,依法作出的安全审查决定为最终决定。^⑦由此,中国外商投资国家安全审查制度首次在更高层级的法律层面得以确立。但是,《外商投资法》仅此一条规范外资安全审查,这显然难以保证外商投资国家安全审查制度的有效运作和实施,因此,

① 《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》第2条、第4条。

② 《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》。

③ 《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》。

④ 《外商投资法》第4条。

⑤ 《外商投资法》第29条。

⑥ 《外商投资法》第30条。

⑦ 《外商投资法》第35条。

外商投资国家安全审查制度中的一些较为具体的规定,如审查程序、审查范围、审查内容等在继续适用既有相关规定的同时,是否需要考虑另行制定专门的相关行政法规或部门规章,通过将既有分散的规则进行整合并修改完善,最终形成较为统一的外商投资国家安全审查制度,进而促使该制度有效运行和实施,这一问题仍有待进一步解决。

4. 信息报告

《外商投资法》第34条规定,国家建立外商投资信息报告制度。外国投资者或者外商投资企业应当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。外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定;通过部门信息共享能够获得的投资信息,不得再行要求报送。^①此信息报告制度并未在此前的“外资三法”中涉及,故我们可将其视为《外商投资法》的一个创新。信息报告制度有助于外商投资主管部门及时掌握在中国境内的外商投资情况,有利于对其进行有效管理。尤其是针对负面清单领域外的外商投资,外商投资主管部门能够借此制度,在放宽准入门槛的同时,强化事中事后监管。同时,《外商投资法》第34条的规定明确了信息报告的内容和范围应为“确有必要”,而且只要相关信息能够在政府部门共享,外国投资者或外商投资企业就无需重复报送有关信息,从而可以降低投资者及企业的办事成本和合规成本。但是,实践中外国投资者可能无法知晓被要求报告的信息是否可以在政府部门间共享,故“部门信息共享”的解释权看似完全取决于政府部门一方。

事实上,外商投资信息报告制度在2015年就被要求建立。^②商务部根据相关要求,于2017年建立了外商投资信息报告制度和外商投资信息公示平台,有效提升了外商投资管理和服务水平。该信息报告制度的主要内容为外商投资企业设立及变更备案报告以及外商投资企业年度投资经营信息联合报告。^③这些要求均已在实践中得到实施。然而,上述相关实践内容并未体现在《外商投资法》中,《外商投资法》有关信息报告制度的规定较为原则,其要求报告的事项应该不限于设立及变更备案报告,但其具体规范不够清晰和明确,应该需要结合其他规定才能有效实施。因此,外商投资信息报告制度中的一些具体要素,如报告的具体内容、报告频率、报告时间等,似乎仍需要另行制定相关行政法规或部门规章,才能使《外商投资法》中的信息报告相关要求真正得以落实。

① 《外商投资法》第34条。

② 《中共中央、国务院关于构建开放型经济新体制的若干意见》“(七)完善外商投资监管体系”规定:按照扩大开放与加强监管同步的要求,加强事中事后监管,建立外商投资信息报告制度和外商投资信息公示平台,充分发挥企业信用信息公示系统的平台作用,形成各政府部门信息共享、协同监管、社会公众参与监督的外商投资全程监管体系,提升外商投资监管的科学性、规范性和透明度,防止一放就乱。

③ 《商务部关于进一步加强外商投资信息报告制度和信息公示平台建设有关工作的通知》。

5. 其他新规则

除前述4个方面的规则外,有关投资促进、投资保护以及法律责任承担^①的规则也构成《外商投资法》的重要组成部分。尽管其中的部分条款或规则已在“外资三法”等既有外商投资法律制度中有所体现,但受限于既有法律法规的调整范围,相关条款或规则在适用过程中仍受到一定限制。^②因此,《外商投资法》中的新规则将有助于进一步促进和保护外商投资,推动外资在中国境内的持续健康发展。

二、《外商投资法》与中国新一代双边投资协定

随着21世纪全球贸易和投资形势的变化和发展,国际贸易和投资法律规则也经历着变革,重构投资规则的重要目标之一即为平衡投资者利益与东道国监管权。与此同时,在对国际贸易和投资法律规则进行变革与重构的同时,相关国内法律法规也需要随之变革和完善。如果一国缔结的国际协定/条约中设定的某些权利和/或义务未能在其国内法中得到适当体现,国际规则的法律效果自然会受到影响。

改革开放以来,中国已经与其他国家和/或地区缔结有100多项BIT或其他带有投资规则的协定(TIP),^③但这些投资协定中的多数缔结于21世纪之前。^④早期缔结的投资协定难以成为当前缔约方之间投资合作和发展的有效制度保障。因此,为了促进中国与其缔约方之间的投资流动,部分投资协定在晚近得以修订,^⑤另外,晚近缔结的新一代投资协定不断涌现。^⑥

鉴于以“外资三法”为代表的既有外商投资法律制度出台时间早,其中部分规则不仅与当前国内外商投资领域的发展状况不相适应,而且无法与中国新一代BIT中的相关规则相协调,进而不利于BIT发挥对中国外商投资和经济发展的推动作用。随着《外商投资法》的出台,这一情况将会得到改变。与此同时,中国外资领域的国内法如何与中国签订的国际协定/条约保持有效协调也成为一個值得关注的问题。

(一)《外商投资法》与中国新一代BIT的共性

我们知道,国内法律法规与国际协定/条约在规则表述和法律功能上难免存在差

① 《外商投资法》第二章、第三章和第五章。

② Li, Wanqiang. Chinese Foreign Investment Laws: A Review from the Perspective of Policy-oriented Jurisprudence[J]. Asia Pacific Law Review, 2011,19(1):41~42.

③ 根据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)的界定,其他带有投资规则的协定(treaties with investment provisions, TIP)指除BIT之外的包含投资保护、投资促进或投资合作规则的国际协定。TIP包括自由贸易协定、经济伙伴关系协定和贸易与投资框架协定等,且缔约方可为两个以上。See UNCTAD. World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges[R]. United Nations Publication, 2016:102.

④ 有关中国对外缔结BIT的具体情况,参见商务部条法司.我国对外签订双边投资协定一览表[EB/OL]. 2016,中华人民共和国商务部条约法律司. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>. [2016-12-12] (2019-07-06)。

⑤ 例如,旧版《中国—乌兹别克斯坦BIT》缔结于1992年3月。2011年4月,两国缔结新版《中国—乌兹别克斯坦BIT》,新版协定取代旧版协定。

⑥ 例如,《中国—加拿大投资保护协定》(2012年9月9日缔结,2014年10月1日生效,简称《中加投资保护协定》)和《中日韩投资协定》(2012年5月13日缔结,2014年5月17日生效)。

异,即便如此,《外商投资法》与中国新一代BIT在基本原则和主要内容等方面存在共性。这些共性将为外国投资者及其在中国境内的投资提供更为有效的法律保障。

首先,《外商投资法》和中国新一代BIT具有促进和保护外商投资的共同目标。《外商投资法》和新一代BIT都规定了促进外商投资,保护外国投资者及外商投资的合法权益,促进经济健康稳定和可持续发展等内容。^①同时,促进和保护外商投资并不意味着政府及其外商投资管理部门享有的监管权会受到不当干预或影响,投资所在地的相关政府部门仍有权依据国内法对外国投资者及其投资活动进行监督和管理。

其次,非歧视原则是《外商投资法》和中国新一代BIT的共有原则。^②即外国投资者及其投资活动在中国境内享有国民待遇和最惠国待遇。与此同时,作为国际贸易和国际投资领域的另一项基本原则,透明度原则同样在《外商投资法》和中国新一代BIT中共存。《外商投资法》明确规定,国家将营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。^③中国新一代BIT与《外商投资法》具有同样的透明度原则要求。例如,在具体落实透明度原则方面,东道国应当及时公布与外商投资有关的法律、法规、其他行政规范性文件、政策、裁判文书等文件或信息。^④当然,部分新一代BIT同时规定了一些例外情形。例如,若披露有关涉密信息会损害国家利益、公共利益或个人隐私的,缔约方有权选择不予披露,而无需严格遵照透明度原则要求。^⑤

最后,《外商投资法》和中国新一代BIT都规定了对外资的保护。为了保护外国投资者及其合法权益,东道国在通常情况下不对外国投资者的投资实行征收,或对投资采取相当于征收的行为。如果在特殊情况下,东道国需要基于公共利益而对外国投资者的投资实行征收,则该征收应当按照法定程序实施,且应当及时给予投资者公平、合理的补偿,以弥补外国投资者的损失。^⑥除此之外,《外商投资法》和中国新一代BIT均包含了有关资金转移的规定。外国投资者在中国境内依法所有或取得的各项合法资金或收益,如出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等,可以以人民币或者外汇自由汇入、汇出。^⑦外国投资者对合法资金进行正常和自由转移的行为得到了法律上的确认。

(二)《外商投资法》与中国新一代BIT的异质

由于国内法与国际法律规则本质上的差异,《外商投资法》与中国新一代BIT之间必然各具特色,有所不同,这些不同能够在一定程度上反映当前国际投资规则和国内投资法的不同侧重,这些不同侧重往往也能够为《外商投资法》与中国新一

① 《外商投资法》第1条和第3条,《中日韩投资协定》序言和第2条,《中国—德国BIT》序言和第2条等。

② 《外商投资法》第4条,《中日韩投资协定》第3条和第4条,《中加投资保护协定》第5条和第6条等。

③ 《外商投资法》第3条。

④ 《外商投资法》第10条,《中日韩投资协定》第10条,《中加投资保护协定》第17条等。

⑤ 《中日韩投资协定》第10条,《中加投资保护协定》第33条等。

⑥ 《外商投资法》第20条,《中日韩投资协定》第11条,《中加投资保护协定》第10条等。

⑦ 《外商投资法》第21条,《中日韩投资协定》第13条,《中加投资保护协定》第12条等。

代 BIT 等国际协定 / 条约的协调提供完善路径。

首先, 投资保护规则的侧重点和详略程度存在差异。例如, 有关投资征收的规则均为《外商投资法》和中国新一代 BIT 的内容之一, 但新一代 BIT 的相关条款更为具体, 具有更强的可操作性和可执行性。除规定东道国基于公共利益的需要, 可以依照法定程序对投资进行征收并给予公平合理的补偿外, 中国新一代 BIT 还规定了对被征收投资的补偿金额应当与该投资在相应时间段内所具有的公平市场价值相当, 且不应受因公众事先知晓征收将发生而带来的市场价值变化的影响。在支付征收补偿款本金的同时, 东道国应当按照合理的商业利率计算从实施征收到支付补偿期间的征收补偿款的利息, 并将利息与补偿款一同及时支付投资者。^①另外, 从资产的转移条款中也可以体现出《外商投资法》和中国新一代 BIT 的差异。在中国新一代 BIT 中, 明确规定了投资者有权在缔约方之间进行转移的具体情形,^②而且也明确规定了缔约方可以根据相关国内法延缓或者阻止相关转移的例外情形。^③《中日韩投资协定》甚至规定了资产转移可能涉及的缔约方国内法中有关外汇管理事项的相关程序。^④中国新一代 BIT 中有关投资保护的具体规则有利于加强各缔约方及各投资者对相关规则内容的准确理解和把握, 进而可以使 BIT 规则发挥更为有效的作用。相较而言, 《外商投资法》第 20 条仅原则性地规定了征收、征用应当依照法定程序进行, 并及时给予公平、合理的补偿。该条具体如何操作还有待依赖其他法律规定或通过增补法规予以明确。

其次, 有关投资的定义存在差异。如前所述, 在《外商投资法》中, 外商投资是指外国投资者直接或者间接在中国境内进行的投资活动, 具体形式包括设立外商投资企业、取得中国企业股份、在中国投资新建项目等。而在中国新一代 BIT 中, 投资被界定为投资者直接或间接拥有或控制的、具有投资性质的各种财产, 例如资本或其他资源投入、收益或利润预期或风险承担等。具体的投资形式更为多样, 甚至包含了知识产权、金钱请求权、特许权等各种投资形式。^⑤这一定义比《外商投资法》对外商投资的界定涵盖范围更广, 且突出了投资是一种财产, 从而能够为投资者及其投资提供更全面的保护。

再次, 对投资者与东道国之间争端的解决有不同的设置。为了有效地处理和解决投资争议, 有关投资者和国家之间的争端解决机制 (ISDS 机制) 必然成为中国新

① 《中日韩投资协定》第 11 条和《中加投资保护协定》第 10 条等。

② 以《中日韩投资协定》中的规则为例, 缔约方投资者有权自由转移的情形包括: 为保持和增加投资的初始资本及附加金额; 利润、资本利得、分红、特许权使用费、利息、收费及投资产生的其他经常账户收入; 全部或者部分出售或者清算投资所得款项; 与投资合同相关的支付, 包括投资相关的贷款偿付; 缔约另一方派出的、参加在缔约一方境内投资相关工作的人员所得的收入和报酬; 根据该协定第 11 条和第 12 条进行的支付; 根据第 15 条争议解决进行的支付。参见《中日韩投资协定》第 13 条, 也可参见《中加投资保护协定》第 12 条。

③ 这些例外情形包括涉及破产、证券发行和交易、刑事犯罪、司法判决的履行和货币转移申报等。参见《中日韩投资协定》第 13 条和《中加投资保护协定》第 12 条。

④ 《中日韩投资协定》第 13 条。

⑤ 《中日韩投资协定》第 1 条和《中加投资保护协定》第 1 条等。

一代 BIT 的重要组成部分。^①若一缔约方的投资者认为另一缔约方（东道国）违反了 BIT 项下的义务，其有权按照相关程序和规则将争端提交适格的投资仲裁机构裁决，或者诉诸另一缔约方的国内争端解决程序。相较而言，新出台的《外商投资法》没有涉及 ISDS 机制的相关规定，而是创设了一项关于外商投资企业的投诉工作机制。即，若外商投资企业或其投资者认为有关行政机关及其工作人员的行政行为侵犯了其合法权益，可以通过该投诉工作机制申请解决。^②此种通过投诉协调方式解决争议的做法体现了一种东方文化的传统。^③当然，结合其他现行中国法的规定，涉外商投资的相关行政行为争端，除可以通过该投诉工作机制申请协调解决外，外商投资企业或外国投资者还可以通过申请行政复议、提起行政诉讼等方式解决。^④显然，行政复议或行政诉讼仅针对具体行政行为，而投诉工作机制涵盖的范围应该不限于具体行政行为，其范围更为广泛，但其法律地位如何还有待进一步明确。

最后，《外商投资法》拥有中国新一代 BIT 暂未包含的规则，其中最为典型的的就是外商投资的准入管理制度。随着对外商投资进行逐案审批的准入管理旧模式逐渐退出历史舞台，准入前国民待遇加负面清单管理模式已正式立法。相较而言，在中国新一代 BIT 中，缔约方给予投资者的国民待遇仍未涉及准入阶段，本质上仍属于准入后国民待遇。^⑤随着《外商投资法》的出台和生效，我们相信，在中国未来参与的 BIT 谈判或制定、修改过程中，准入前国民待遇将成为一项十分重要的内容。这一规定将有利于建立更加平等和公平的投资环境，并为外国投资者及其投资提供更加全面和充分的保护。

三、《外商投资法》与中国晚近 FTA 的“投资”章

一方面，为了进一步吸引外资及对外投资，中国政府在与其他国家和 / 或地区谈判和缔结 BIT 的同时，也将谈判和缔结 FTA 作为一项重要的战略选择。^⑥尤其是在中国正式将自由贸易区建设作为国家战略之后，^⑦FTA 的谈判和缔结进程逐渐加速。另一方面，由于世界贸易组织（WTO）多哈回合谈判陷入僵局，多边贸易和投资规则发展受阻，在短时间内难以达成多边投资协定的情况下，通过缔结 FTA 实现投资便利化、投资促进和投资保护已成为 WTO 成员的次优选择。^⑧

① 《中日韩投资协定》第15条和《中加投资保护协定》第三部分等。

② 《外商投资法》第26条。

③ Wang, Guiguo. The Belt and Road Initiative in Quest for a Dispute Resolution Mechanism[J]. Asia Pacific Law Review, 2017, 25(1): 13.

④ 《外商投资法》第26条。

⑤ 《中加投资保护协定》第6条和《中国—乌兹别克斯坦BIT》第3条等。

⑥ 目前，虽然FTA的主要调整对象是贸易而非投资，但随着FTA的涵盖范围不断扩大，FTA的“投资”章已成为晚近各国和/或地区FTA中的必备内容，中国也不例外，例如《中国—澳大利亚FTA》第九章和《中国—韩国FTA》第十二章。

⑦ 这一战略在2007年中共十七大上被首次提出。参见胡锦涛. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗[M]. 北京: 人民出版社, 2007.

⑧ Cho, Sungjoon. The Demise of Development in the Doha Round Negotiations[J]. Texas International Law Journal, 2010, 45(3): 575.

FTA 作为国际协定,必然与国内法存在差异。具体到投资领域,FTA“投资”章的调整对象与《外商投资法》的调整对象不同。FTA“投资”章的调整对象是缔约各方的政府措施,而《外商投资法》除了规范政府管理外商投资的权利与义务之外,还为外国投资者及其投资提供保护和指引。因此,二者调整对象的差异导致了其间的不同规则。例如,《外商投资法》作为国内法,在实现投资促进和投资保护的同时,还需要对外商投资活动进行有效管理。因此,有关投资管理的规定,如准入管理、安全审查、信息报告等是《外商投资法》的重要内容,然而,这些规定几乎不会出现在 FTA“投资”章。另一方面,在中国晚近 FTA“投资”章中的一些重要规则,典型的即为前述 ISDS 规则,^①在《外商投资法》中却难觅踪迹。如前所述,在中国,有关外商投资的争端解决需要结合中国国内法规则和程序进行推进。

当然,中国晚近 FTA“投资”章与《外商投资法》之间同样存在共性。例如,非歧视原则和透明度原则作为国际贸易和国际投资领域的基本原则,同时规定于《外商投资法》与 FTA“投资”章中,并在其中发挥重要作用。^②二者就有关投资保护和投资促进的相关规则也趋同。^③ FTA“投资”章与《外商投资法》的共性可以为外国投资者及其投资活动以及国家对外商投资的有效管理提供更明确的法律指引,投资者和东道国政府外资主管部门对与外商投资相关的国内法与国际协定/条约的可预见性将得以提升,因遵守或执行不同类型法律规则而可能产生的潜在不确定性将得以降低。

四、结语

在《外商投资法》正式出台之前,中国现行外商投资法律制度已经难以适应进一步有效吸收外资、扩大对外开放以及实现经济高质量发展的客观需要。^④目前,吸收外资仍然是中国经济发展的重要动力。如果不能有效构建新一代外商投资法律制度,外国投资者对中国相关法治环境的预期将会降低,进而可能影响其商业决策,并最终影响中国吸引外资及经济发展。随着《外商投资法》的正式出台,一些外商投资领域的既存问题将得到解决,但中国外商投资法律体系仍需要进一步完善。

一方面,作为统领中国外商投资发展的基础性法律,《外商投资法》的法律条文相对精简。因此,仅仅适用《外商投资法》本身通常难以实现对外商投资的有效保护和监管。《外商投资法》在正式施行过程中需要与既有外商投资法律制度保持密切配合和有效衔接,以更好地发挥《外商投资法》的作用和价值。对于《外商投资法》

① 《中国—澳大利亚 FTA》第九章第二节、《中国—韩国 FTA》第 12.12 条和《中国—新西兰 FTA》第十一章第二节等。

② 《外商投资法》第 3 条和第 4 条,《中国—澳大利亚 FTA》第 9.3 条、第 9.4 条和第 9.17 条,《中国—韩国 FTA》第 12.3 条、第 12.4 条和第 12.8 条,《中国—新西兰 FTA》第 138 条、第 139 条和第 146 条等。

③ 《外商投资法》第二章和第三章,《中国—韩国 FTA》第 12.2 条,《中国—新西兰 FTA》第 136 条和第 151 条等。

④ 王晨.关于《中华人民共和国外商投资法(草案)》的说明[N].新华社,2019-03-09.

已进行基础性的或原则性的规定且在实践中已得到实施的有关制度,如安全审查制度和信息报告制度,建议国务院或相关外商投资主管部门对既有相对零散的具体实施规则进行梳理和整合,出台专门性的行政法规或部门规章,内容涵盖《外商投资法》相关规定在运作和实施过程中的各项具体内容,从而实现对《外商投资法》相关规定的有效实施。另外,对于《外商投资法》中出现的其他一些仍有待进一步明确或厘清的问题,例如,外国政府或其相关所属机构是否属于适格的外国投资者,以及在判断一项投资活动是否属于外商投资时,是否需要考虑投资活动的最终实际控制人等,建议国务院或相关外商投资主管部门借鉴既有“外资三法”相关规则的制定模式,即制定关于《外商投资法》的《实施条例》或《实施细则》。^①一些暂不适宜出现在《外商投资法》中但对外商投资的保护、促进和管理等有重要影响的规则可以通过《实施条例》或《实施细则》予以明确,一些在规则层面或实践层面尚存争议的问题也有望借此得以厘清。由此,外国投资者对中国外商投资法律制度的可预见性将进一步提升。

另一方面,作为国内法的《外商投资法》及相关配套法规如何与中国对外谈判和缔结的新一代BIT以及晚近FTA“投资”章等国际协定/条约保持协调也是值得关注的问题。首先,对于国内外商投资法律法规以及BIT和/或FTA“投资”章等国际协定/条约都有触及、调整的内容,国内法与国际法应尽可能保持一致,从而增加规则的可预见性并降低行为人遵守相关规则的合规成本。目前,有关投资促进以及非歧视原则和透明度原则等方面的国内法和国际法已保持一致。但在其他一些方面,例如有关投资征收的具体补偿方式、外国投资者享有的准入前国民待遇以及外商投资的涵盖范围等,国内法与国际法尚有一定差异。为此,在今后BIT和/或FTA“投资”章的缔结或修改过程中,有关准入前国民待遇的规则应被植入其中,从而促进国内法上的重要规则变革在国际协定/条约中得以体现。同样,国际协定/条约中有关征收的具体补偿方式以及外商投资的涵盖范围等更为具体的规则,可以通过制定新的外商投资法《实施条例》或《实施细则》等方式在国内法层面“落地”,从而促进国际协定/条约中的相关规则在国内法层面有效实施。在此方式下,国内法和国际法之间的一致性和协调性将明显提升。其次,对于国内外商投资法律法规以及BIT和/或FTA“投资”章等国际协定/条约各自侧重调整和规制的领域,如国内法层面的外商投资国家安全审查制度和国际法层面的ISDS机制,应确保相关领域的具体规则在各自层面得到有效实施,并尽可能减少相同或相似领域内国内法与国际法之间潜在的矛盾或冲突,以实现国内法与国际法之间的协调与融合。如是,《外商投资法》及其相关配套法规与BIT和/或FTA“投资”章之间的协调发展和良性互动将为来

^① 《实施条例》或《实施细则》需要涉及的内容参见:崔凡,吴嵩博.《中华人民共和国外商投资法》与外商投资管理新体制的建设[J].国际贸易问题,2019,(4):5~8。

华投资的外国投资者提供更加稳定和可预见的法律环境，并提供更为有效和全面的法律支撑与保障。

The Evolution of Foreign Investment Law of China and Its Coordination with International Agreements

CHEN Yongmei HE Zhenshen

Abstract: The promulgation of the Foreign Investment Law (FIL) is a milestone in the development of the legal framework concerning foreign investment in China, which can be regarded as a revolution of existing laws and regulations such as the “Three Foreign Invested Enterprise Laws”. Not only the new regulating object and clause structure are reflected in the FIL, but a number of new rules in investment access, investment promotion, investment protection, investment administration and other related fields are provided in the FIL as well. Meanwhile, the rules in the FIL (as a domestic law) are consistent with those in the China’s Bilateral Investment Treaties of new generation and “Investment” Chapters of Free Trade Agreements recently concluded by China (as international agreements) to a large degree. However, the coordination of the above two kinds of rules shall be further enhanced. In the aspects regulated by both two kinds of rules above, the concrete provisions in such rules should be stipulated in the same or similar way if possible. In the aspects mainly regulated by only the domestic law or international agreements, the concrete provisions should avoid being stipulated in a contradictory way. If so, a more stable and predictable legal environment will be provided for those foreign investors who will come to make investment in China.

Keywords: foreign investment law; three foreign invested enterprise laws; BITs; FTA investment chapters

(责任编辑：金孝柏)