

# 入世后外国在华直接投资 相关政策法律的发展

陈春来

## 一 导言

外国在华直接投资相关政策改革是近年来中国经济改革的重要组成部分。过去三十年间，中国在外国直接投资问题上的态度发生转变，从限制外资到被动吸引外资再到积极的有选择性地引进外资，这一切从相关政策、法规的演变中得到充分体现。倘若中国的全球定位是一个外国直接投资目标国，在过去三十年，大概有一万亿美元的巨额外资注入中国经济中，从这个意义上讲，这个改革进程是极其成功的。

加入世界贸易组织之后，中国进一步开放外国直接投资政策来适应世贸组织的要求和规则。在商品贸易方面，中国逐渐降低关税税率，并且阶段性推进零关税措施，平均关税税率从 1992 年的 42.9% 精简至 2002 年初的 15.3%，并进一步下降到 2010 年的 9.8%。在服务行业，中国也作出了实质性承诺，在国际贸易中开放了比任何世贸组织成员国更多的领域。除此之外，中国同意完全接受贸易相关的知识产权总协定来加强和保护知识产权，同时承诺入世后全面履行贸易相关投资措施条款，减少外国投资壁垒进一步开放外国直接投资。

入世给外国在华直接投资政策带来了挑战，尤其体现在外资企业要求享受国民待遇以及透明性方面。但同时也刺激中国进一步改进其竞争机制，行业政策，加强保护知识产权，逐渐形成系统规范的框架来促进和规范外国直

接投资。其中，最突出的两点是：首先是强调创新和发展一套更加持久的系统规范的框架。其次是更加致力于建立和修正相关法律来迎合国际标准。

本章是关于入世后外国在华直接投资相关政策法律的发展概述。以下首先讨论外国直接投资公司法人相关的三个法律的主要演变，分别是《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《契约式合资企业法》和《外商独资企业法》；继而谈到了跨国并购条款，反垄断法的主要特征；并讨论了产业政策的发展及调整；分析了国内公司和外资公司税收体系的统一；最后展望中国未来开放的前景和挑战。

## 二 对外国直接投资公司法人实体管理法规的修正

根据中国法律，外国投资者在中国投资主要有三种法人实体形式可以选择——中外合资企业、中外合作企业和外国独资企业。在 20 世纪 90 年代，外国直接投资的一些新形式如由外资组成的有限责任公司或外资控股公司逐渐得到承认。

《中华人民共和国中外合资经营企业法》于 1979 年公布，这是中国许可和管理其领土范围内外国经济实体的成立和运行的第一部法律。1986 年，为适应外国投资者的需求和吸引更多外资，中国政府发布了《中华人民共和国外资企业法》。1988 年，《中华人民共和国中外合作经营企业法》最终正式通过。

《中华人民共和国中外合资经营企业法》在 1990 年通过修正废除了中外合资经营企业董事长应由中国合营者担任的条款，增加了国家对合营企业不进行国有化的保护条款。

1994 年，中国公布了《中华人民共和国公司法》。《中华人民共和国公司法》并没有同时废除外国直接投资公司的三种法人实体方式。相反，《中华人民共和国公司法》试着将外国直接投资公司的法人实体方式重新各自归类为公司两大类型的一种：有限责任公司和股份有限公司。根据《中华人民共和国公司法》，中外合资企业和外国独资企业都是有限责任公司。

为满足加入世界贸易组织的要求，中国政府于 2000 年修正了《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》，

2001 年对《中华人民共和国中外合资经营企业法》进行了大幅修正。这些修正废除了此前在外汇平衡要求、原料和设备采购、强制出口要求和经营计划报告等方面的诸多限制。这些法律修正显示出中国政府一方在履行其根据待定世贸组织成员国作出的承诺方面迈出的第一个重大步骤。主要修正如下。

### （一）外汇平衡要求条款的废除

先前，中国要求外国直接投资公司保持其外汇收入与支出平衡。依照之前的要求，外国直接投资公司想要在中国境外使用外汇进行支付或汇款，这些外汇必须是该公司自己的外汇储备。现在，外汇平衡要求的条款已经从法律中删除。在新的法律制度下，外国直接投资公司可以从商业银行购买外汇，以满足外汇控制相关条例的要求。

### （二）国内与海外供应商的平等准入条款

按照先前法律的规定，外国直接投资公司在采购原材料和设备时应优先选择国内供应商。新的修正案准许了原料、燃料、元件等物资或从中国国内市场或从海外市场的自由采购，废除了有利于国内供应商的优先权。

### （三）强制出口要求条款的废除

之前，《中华人民共和国外资企业法》要求外国直接投资公司将其 70% 以上的产品出口，除非一些准许豁免的情况，如先进技术贡献。为了支持先前的外汇平衡要求，强制出口要求也同样适用于中外合资企业中。在新通过的修正案规定下，强制出口要求已经被废除。中国将鼓励先进技术的运用和产品出口，但是每个外国直接投资公司必须可以自由分配其产品销售到中国国内市场或者其出口市场。

### （四）提交商业计划条款的废除

以前，外国直接投资公司按要求必须向政府主管部门报告其生产经营计划备案。新通过的修正案废除了这项要求，因为政府控制的焦点在于宏观经济问题，而不是单个企业的具体操作运营。

2005 年，中国从根本上修正了《中华人民共和国公司法》。新的《公司

法》于2006年1月1日生效，这是对旧《公司法》的重大改革。旧的《公司法》由于存在各种各样的缺陷特别是公司管理条款上的缺陷而受到批评。新的《公司法》简化了公司成立要求，并依法扩大了在中国公司的控股权。

新的《公司法》条款运用到外国直接投资公司中，并不与管理投资媒介（中外合资企业、中外合作企业和外国独资企业）的法规冲突。这些外国直接投资方式中的每一种都在中国被编组为一种有限责任公司。法规和相关条例为外国在华直接投资的每种法人实体方式提供了具体而特殊的条款。当特殊条款不适用时，新的《公司法》条款适用。

### 三 跨国界并购问题与《反垄断法》

在过去的20年里，全球外国直接投资资本流动被跨国界兼并与收购所左右，尤其是在服务行业。然而，由于中国政府实行的严格限制，跨国界兼并与收购在中国是非常有限的。自从2003年，中国政府开始允许有限的通过跨国界兼并与收购进行的外国投资。为完成其对世贸组织的承诺、进一步促进外国直接投资机制自由化和吸引更多外国直接投资，中国于2003年通过了《外国投资者并购境内企业暂行规定》。这是中国关于跨国界并购的第一套全面规定。

经过《外国投资者并购境内企业暂行规定》三年试用期满后，在2006年8月8日，中国六个部委联合公布了《外国投资者并购境内企业规定》，该规定于2006年9月8日生效。该《规定》针对外国投资者在中国国内的公司并购确立了新规定。

该《规定》适用于任何与外国投资者并购的公司，包括外国公司，外国投资在中国注册的公司和国内注册的外资企业（共同指的是“外国投资者”），也包括有限责任公司、股份有限公司、国有企业，私营企业和外商投资企业（共同指的是“国内公司”）。

该《规定》把外国投资者并购境内企业界定为股权并购或者是资产并购两种方式。股权并购系指外国投资者购买境内非外商投资企业（以下称“境内公司”）股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业。资产并购系指外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或，外国投资者协议购买境内企业资

产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

该《规定》显示出中国对符合国际惯例的跨国界并购的进一步开放，它第一次允许由海外股东所持股本或海外公司发行的新股本来支付对中国国内公司股东的股权并购。该《规定》通过要求参与方进行跨国界并购来表明它们的隶属关系从而增加了公司透明度，而且，如果他们在同一股权的共同控制下，该公司按要求得额外提供有关收购目标和是否符合公平市场价值的鉴定结果等信息。该《规定》为中国的特殊目的公司以股权并购境内公司提供了特殊而具体的条款规定——从“返程投资”这一国际广泛存在但是不成文的惯例的观点来看，这是中国公司追求从向外国投资者提供的激励性措施中获益的重要附加条款。该《规定》也确立了反垄断审核暂行政程序来维护市场竞争和稳定直到《反垄断法》的颁布。

另一方面，该《规定》增加了跨国界并购转让的保护条款，它规定了外国投资者获得国内企业控制权时适用该条款的三种情形：如果收购行为①涉及主要工业，②将对或可能对国内民族经济安全造成冲击，③可能导致著名商标和传统中国品牌的转让。缺乏对包括“主要”工业、“民族经济安全”的“冲击”、“著名”商标和“传统”中国品牌等在内的定义条款，似乎使得该保护条款的含义不够完全清楚。除了建立在《外商投资产业指导目录》基础上的调查和批准程序外，新一层次的保护条款得以生成。它似乎与中国当局关于其提高外国直接投资批准程序效率的意图的反复表述并不一致。

尽管对于该《规定》是否事实上鼓励或限制外国投资意见不一，仍然有积极迹象表明，该《规定》已经使在中国境内进行跨国界并购的法律环境变得更加富有弹性（例如考虑到利用股份）和稳定性（例如引入更为具体的批准程序）。

经过十多年的争论和起草，中国于2007年第一次制定了《反垄断法》，并于2008年8月1日着手实施。《反垄断法》第一条规定：为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。该法对于控制或禁止达成垄断协议作出了各种规定，包括禁止达成固定转售价格、限制价格和分割销售市场或者原材料采购市场等协议。包括那些与改进技术、降低成本与保护资源有关的各种协议可以从禁止垄断协议中得到豁免。无疑，《反垄断法》将对外国直接投资尤其是外国通过跨国界并购在华进行投资产生重大意义。

《反垄断法》本身并不区分外国企业和国内企业。然而，到 2009 年 7 月，按照《外国投资者并购境内企业规定》，外国投资者必须提交兼并前申报书与对相关市场竞争状况影响的说明。为了确保《外国投资者并购境内企业规定》与《反垄断法》以及《国务院关于经营者集中申报标准的规定》相一致，中国政府对《外国投资者并购境内企业规定》作出了一些修正。修正后的《外国投资者并购境内企业规定》于 2009 年 7 月生效。新的《外国投资者并购境内企业规定》遵循了《反垄断法》中兼并前申报的规定，因此外国并购商仅仅根据《反垄断法》受制于一项对相关市场竞争状况影响进行说明报告的要求。

依据《反垄断法》的规定，经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报。跨国界并购被视为增加集中的一种方法，当然也要被控制。正如《反垄断法》必须保持不同法律和条例间的一致性那样，新的《外国投资者并购境内企业规定》增加了一个条款来确定经营者申报标准与条件的同一性。同时，为了避免矛盾与误解，它也作出了一些语言表述上的改变。新的《外国投资者并购境内企业规定》的修改，最终确保了在不同法律和条例中一般条款的准确使用。

#### 四 外国直接投资产业政策的调整

中国具有全面的产业政策，来引导外国直接投资到符合其经济和工业发展战略的目标产业。在 1995 年，中国发布了《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》（下文称《目录》）。这是中国第一次运用法律和条例来引导外国直接投资。《指导外商投资方向暂行规定》是为了指导外商投资方向，使外商投资方向与我国国民经济和社会发展规划相适应，并有利于保护投资者的合法权益，根据国家有关外商投资的法律的规定和产业政策的要求而制定的。作为一项总体工业政策，《目录》是中国政府长久以来反映其在中国经济发展的不同时期对外国在各类产业直接投资问题上的决策和处理相关问题的工具。外国投资者首先应当查询最新的目录，以确认其想要投资工业领域的投资媒介模式和准入可能性。

为顺应吸引外商直接投资的发展需求并履行中国入世时在贸易和投资自由化方面所作的承诺，中国于 2002 年发布了《指导外商投资方向规定》。

规定将外商投资项目分为“鼓励”、“允许”、“限制”和“禁止”四类。从事鼓励类投资项目的企业或投资人可以建立外资企业、中外合资企业或合作企业。对于没有出现在规定目录中的产业，只要不是在其他现行的法律或法规中受到禁止，外商直接投资都是允许的，且可以采取外资企业、合资企业或合作企业中的任何一种形式，在自己是最大股东的情况下无限制的吸纳其他中国和外国合作伙伴。在限制产业的外商直接投资受到政府严厉的审查和批准控制，具体视个案而定。合作形式可能只限于合资企业或是合作企业，且在某些案例中，中方合伙人必须持有绝大多数股份。在禁止产业领域，外商直接投资在任何情况下都是不允许的。

根据该规定，中国鼓励外商直接投资在中国有更广泛的地域分布，更多的外商投资资金进入指定的经济领域和产业，比如农业，资源勘探开发，基础设施建设，环境友好型、出口导向型和高科技产业。为协助该规定的执行，中国在2002年和2004年又修订了《外商投资产业指导目录》。

除国家层面的《外商投资产业指导目录》外，中国还发布并实施了一系列地区和经济产业领域的目录来指导外商投资。比如，作为西部大开发战略的一部分，中国在2000年公布了《中西部地区外商投资优势产业目录》。该目录之后在2004年和2008年分别又接受了修订。为鼓励外商在高科技领域的投资，加速从国外引进先进科技的步伐，强化吸收能力和自主创新能力，并进一步改善外商投资的质量和水平，中国在2003年11月发布了《鼓励外商投资高新技术产品目录》，并在2006年进行了进一步修订。

2007年，中国国家发展和改革委员会与商务部共同修改并公布了新的《外商投资产业指导目录》，取代2004年版本并于2007年12月1日生效。

与2004年版本相比，2007年的目录不仅增加了整体准入总数，还大幅提高了“鼓励”类项目的数目。该改变反映了中国将进一步根据经济、地区和产业发展战略来吸引外商投资。在2007年的目录中，传统制造业领域和出口导向型项目将不再是鼓励产业；相反，在高科技领域，新材料生产，高端设备，现代农业和高端服务，比如现代物流成为了新的鼓励产业。高污染和高能耗项目以及对重要的且不可再生的矿产资源的开采将受到禁止。一些环境友好型和节约能源型项目都受到欢迎。为了平衡地区发展，在中部、西部和东北部地区的外商投资受到鼓励。为维护国家经济和意识形态安全，一些具有战略地位和敏感的产业，比如互联网服务、外商投资受到禁止。

2010年4月，中国国务院公布了外商投资的新规定（State Council, 2010）。根据新规定，中国将进一步改善商业环境，欢迎高科技产业，服务领域，节约能源和环境保护的外商投资。但是污染严重以及能源密集型项目，以及产能过剩产业的外商投资受到严格禁止。中国将继续支持中国的上市公司进一步引进国内外的战略投资人，并规范外国公司在国内安全和跨国并购交易中的投资行为。符合要求的外商投资公司可以进入公共领域，在中国发行公司短期或中期债券。鼓励跨国公司在中国设立地区办事处、研发中心、采购中心、金融管理和其他功能性办公室。规定还鼓励外商投资公司进一步增加在中国中西部地区的投资，尤其是环境保护和劳动密集型的公司。这些新规定是2011年目录进一步修订的大纲。

为执行新规定，2011年4月，国务院立法部门发布了《外商投资产业指导目录（修订征求意见稿）》。国家发改委和商务部对该目录进行联合修订，在2011年6月至7月间取代2007年的目录。与2007年的目录相比，现行目录最大的变化在于鼓励在具有战略意义的新工业以及现代服务领域的外商投资。

为促进战略新工业的发展，新的目录将很多新的产业列为“鼓励”类，包括航空、空间业以及环保材料的研发、发展和相关制造业；新能源汽车关键零部件的生产；互联网系统设备，软件和芯片的研发和制造；机车电池充电站的建设和运行。相反，汽车整体制造业从鼓励门类中删除。

为促进服务领域的发展，2011年目录在“鼓励”类别中添加了租赁和商务服务、创业投资企业、知识产权服务以及职业培训，同时，不再对医疗和健康机构进行限制。但是，在别墅的建造和运营方面，外商投资仍然是禁止的。

这些变化反映了中国政府在通过利用外资提升产业结构问题上十分慎重，这是为保证经济的稳定和健康发展。新的目录不仅想要增加注入中国的外商直接投资数量，还希望借此改变中国的产业和经济结构，实现区域平衡，提高外商投资的质量。

## 五 内外资企业税收体系的一体化

从20世纪80年代初期至2007年，中国广泛但有选择的使用税收政策



来引导外商投资进入某些特定的区域、经济领域和产业（Wang, 1997）。中国针对外商投资企业的税收刺激政策有两个重要特征。首先，坐落于开放城市的经济特区和经济技术开发区的税收政策远比其他地区更为有利。其次，高新技术领域和出口导向型外商投资企业的税收政策更为有利。给予外资企业的大量税收优惠政策不仅扰乱了全球资本市场，引发全球外商直接投资资本潜在的转移，而且还破坏了国内资本市场，为外资的借贷套利提供机会，同时还导致了国内本土企业和外资企业的不公平竞争。

2007 年中国发布了新的《公司法》，统一了内外资企业的税率。国内和外资企业新的税率都是 25%。该法律于 2008 年 1 月 1 日生效。新的法律合并了两种所得税法——内资企业和外资企业所得税法，这标志着我国税收政策的根本性改变。旧有外资企业所得税法中许多给外资提供的税收刺激和税收优惠政策均被改变或消除。

新《公司法》对税率的合并定然且会大幅减少外商投资借贷套利的机会。但是，新税法对国内和外资企业会造成的实际影响还不清楚。

尽管现行企业额定的所得税税率是 33%，但是中国国内企业的实际平均所得税税率是 25%。因此总的来说，新税法并不会减少国内公司的实际税收负担。

现行外资企业的实际税率是 15%。平均而言，新税法的规定让外资企业的税率增加 10 个百分点。新的税法可能会对一些外商投资公司带来一些负面影响，尤其是来自发展中国家经济体的短期的、小规模、劳动密集型以及获利周期短的企业。

除了对外商投资企业带来潜在的负面影响之外，公司所得税法的合并对中国外商投资的影响可能并不大，尤其是对大型的跨国公司而言，原因如下。

第一，世界 159 个国家和地区的平均公司所得税税率大约是 28.6%，中国 18 个邻国和地区的平均公司所得税税率是 26.7%。中国提出的合并税率 25% 仍然具有非常强的竞争力，因此，这个改变应该不会对中国的外商投资带来重大的影响。

第二，很多国际投资者的调查显示税收政策并不是影响跨国公司选择投资地点的最重要影响因素。外国投资者定然会关注税率，但更为重要的因素是国外的投资环境，包括国内市场，劳动力成本和数量，基础设施以及经济

和政治稳定。

第三，中国整体的投资环境十分具有竞争力，相对高效的公共服务，良好的基础设施，广阔且快速增长的国内市场，丰富且接受良好教育的人力资源，低劳动力成本，宏观经济和政治稳定性，这些都让中国成为了最具吸引力的外商直接投资地点。根据 2005 年外商直接投资信心指数（A. T. Kearney, 2007），中国是全球最具新引力的外商直接投资地点。中国已经连续第 4 年蝉联这一指数的冠军。中国这回再一次成为了首次投资外商最为青睐的地点。在未来三年内，超过半数（55%）的投资者希望在中国进行第一次海外投资。外商直接投资金额的 20% 将流入中国市场。中国已经成功克服了首次市场进入会带来的潜在风险，这是典型的吸引新外商投资最大的障碍。

第四，新的所得税法仍然保有一些优惠条款。根据新的所得税法，中国将继续在某些领域和项目的投资提供税收优惠，这些项目包括与环境保护、农业发展、水资源保护、节约能源、生产安全、高新技术发展和公共福利事业相关领域。高新技术企业仍然能够享受 15% 的低税率，利润微薄的小型企业只需要支付 20% 的所得税。在经济特区和中国最不发达的西部地区投资的企业也会享受某些税收减免政策。

第五，新的所得税法还提供了 5 年的过渡期来抵消对外资公司的影响。所得税税率会在这 5 年内逐渐增加至 25%，旧的外资企业也能在一段规定时间内享受税收减免。

因此，新的《公司所得税法》让中国的税收法律更接近国际水平，符合中国对世贸组织的承诺，即平等对待国内和外国投资者。税收法律的改变不仅证明了中国政府为改善投资环境进一步推进改革开放的决心，同时还为外资公司在中国的运行创造更为有序的税收环境。

2010 年 10 月 18 日，国务院发布了《关于统一内外资企业和个人城市维护建设税和教育费附加制度的通知》。以前，外商投资企业和外国个人无须缴纳城市维护建设税和教育费附加；只有国内企业和中国公民需要支付这些税收。从 2010 年 12 月 1 日起，中国开始对外资企业和外国个人征收城市维护建设费和教育费附加，这标志着外资企业“超国民待遇”的终结，并开启新的合并内外资企业税收体系的时代。中国统一税收体系的举动与相关世贸组织的规定相一致，标志着中国正逐步融入国际规则体系。

## 六 结论

尽管中国在外商直接投资相关政策的改革在较短时间内取得了实质性进展，但对照世贸组织的相关要求，还有进一步改进的空间，尤其在提高透明度、外资企业的国民待遇以及知识产权保护等方面。

在透明度方面，中国对于外资投资批准的过程一直比较复杂，需要通过进一步政策改革来简化，从而变得更加透明。

在国民待遇方面，一方面，由于 20 世纪 80 年代用税收政策刺激外资企业，中国政府广泛但有选择性地用税收政策刺激作为经济杠杆引导外资企业进驻政策较好的经济特区、某些领域、行业。最近外资企业税收方面的政策改革开启了内外资企业统一的税收系统的新时代。这一步正带领着中国国内税收法律与国际标准相接轨，并为外资公司的运营提供了更为稳定的税收环境。

另一方面，为了保护国内某些产业和公司，中国政府通过颁布法律法规禁止或限制外资公司投资某些领域和工业，主要是涉及经济和意识形态安全的具有战略意义，比较敏感或具有威胁性的领域。因此，外商投资在中国某些领域的投资和商业活动仍然没有受到平等的对待。国民待遇的施行不仅将外国公司和本土公司的运行领域拉至同一水平线，而且也为不同类型的外资投资和外商投资者提供更为平等的机会。

知识产权保护一直是中国面临的重大问题。薄弱的法律框架，尤其是知识产权保护法律比较弱，这不仅阻碍了高科技领域外商投资的进入，还会给外商将技术引进中国的决策带来负面影响。这也是中国从发达国家引进外资层次比较低的主要原因。尽管中国已经作出了一些改善，但如果中国想从发达国家吸引高科技外商投资的话，仍然需要进一步完善法律制度，强化知识产权保护。

中国总体的投资环境是极具吸引力的，相对高效的公共服务，良好的基础设施，丰富的接受过良好教育的人力资源，低劳动力成本，快速的经济增长，庞大且不断增长的国内市场，以及宏观经济和政治稳定性。这些因素将让中国继续成为全球外资流动的最具吸引力的目标国。2010 年，中国的外资进入高达 1057.4 亿美元，历史最高水平。中国政府承诺将进一步根据世贸组织要求实现外资投资自由化，并不断改善上述弱点，这些积极因素使中国在未来的几十年都成为外资流动的最佳地点。

## 参考文献

Kearney, A. T. (2007), *2005 Foreign Direct Investment Confidence Index*, A. T. Kearney, Chicago, Ill., viewed 18 April 2011, < [http://www.atkearney.com/images/global/pdf/FDICI\\_2005.pdf](http://www.atkearney.com/images/global/pdf/FDICI_2005.pdf) >.

Kearney, A. T. (2010), *2010 Foreign Direct Investment Confidence Index*, A. T. Kearney, Chicago, Ill., viewed 18 April 2011, < <http://www.atkearney.com/index.php/Publications/foreign-direct-investment-confidence-index.html> >.

State Council (2010), *State Council's Regulations on Further Improvement on the Work of Utilising Foreign Direct Investment*, [in Chinese], 13 April 2010, State Council, Beijing, viewed 18 April 2011, < [http://www.gov.cn/zwgg/2010-04/13/content\\_1579732.htm](http://www.gov.cn/zwgg/2010-04/13/content_1579732.htm) >.

Wang, R. (ed.) (1997), *Report on Foreign Direct Investment in China: Industrial distribution of foreign direct investment*, Economic and Management Press, Beijing.

(王宇译)