

# 《外商投资法》中“政策承诺”之辨析

余海鸥\*

**内容摘要:**“政策承诺”是《外商投资法》创设的新法律术语,带来法律与政策关系的新变化,即将招商引资政策以具有法律拘束力的“承诺”具体化、特定化,转化成法律义务,实现了政策与法律的微观互动。“政策承诺”成为法律术语,是诚实信用原则、信赖利益原则的具体化,也是优化营商环境、增强外资吸引力,保障中国政府管理外资“政策空间”的需要。《外商投资法》要求“政策承诺”由各级政府及其有关部门在职权范围内向中国境内投资的外国投资者与外商投资企业依法作出,内容特定为支持政策、优惠待遇、便利条件等,且要求符合法律法规,要求的书面形式可以是规范性文件、单方承诺函、合同中的义务条款。借鉴公法与私法、行政行为与商业行为的划分标准,政策承诺属于公法承诺,是一种新型行政行为,构成行政允诺或行政奖励。《外商投资法》对外资政策承诺给予特别保护,强化了内外资企业公平竞争、依法平等适用国家支持企业发展的各项政策,要求涉及政策承诺的规范性文件如减损外资利益必须有法律、行政法规依据。外资政策承诺争议可通过外商投资企业投诉工作机制协调解决。

**关键词:**政策承诺 外商投资 行政允诺 行政奖励 优化营商环境

## 一、“政策承诺”术语之演变

### (一)从政治术语上升为法律术语

“政策承诺”(policy commitment)是《外商投资法》规定的新法律术语,《外商投资法实施条例》(以下称《条例》)与国务院2019年《优化营商环境条例》也使用了这一概念<sup>①</sup>。政策承诺最早出现在广东省国家税务局2006年2月27日实施的

\* 浙江万里学院讲师,法学博士。

本文系2018年浙江省社会科学界联合会研究课题“外商投资PPP项目模式下政府方的法律风险及其防范”(项目批准号:2018N04)阶段性研究成果之一。

① 参见《优化营商环境条例》第31条。

地方规范性文件<sup>①</sup>中,在国务院和地方政府颁布的行政规范性文件与党内法规中均有涉及,并非外商投资领域特有。

2014年6月14日实施的《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)的通知》(国发〔2014〕21号)中有关于“政策承诺”的规定,<sup>②</sup>2016年《中共中央、国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》(中发〔2016〕28号)第7条、2016年6月1日发布并实施的《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发〔2016〕34号)第5条等也规定了“政策承诺”。2017年以来,各地方性法规、地方政府规章与地方规范性文件中均出现了关于“政策承诺”的规定。<sup>③</sup>名称涉及社会信用条例、优化营商环境条例、人才发展促进条例、民营企业发展或民营经济促进条例、企业权益保护条例、优化营商环境或营商环境监督办法与政府效能建设管理等,内容上直接援引或细化上位法关于“政策承诺”的规定。

概括而言,“政策承诺”由政府规范性文件术语上升为法律术语,在具体语境中与“承诺”“行政允诺”“政府承诺”等并用;适用范围从政务诚信建设、法治政府构建,具体到物流行业、PPP基础设施建设、外商投资产权保护等方面,并在外商投资领域获得法律层级保护。

## (二)“政策承诺”成为法律术语的法理依据

### 1. 诚实信用原则要求政府守信践诺

“诚信原则是一项法律基本原则,一切权利的行使与义务的履行均应遵守此原则,此为现代立法例及学说所公认。”<sup>④</sup>诚信原则被称为帝王条款,不仅适用于民法,也适用于公法、诉讼法,即一切法律的发生、存续、终了以及一切权利的行使、

---

① 广东省国家税务局《关于印发广东国税“十一五”时期发展与改革的基本思路的通知》第6条规定:“促进经济社会快速协调发展……认真贯彻落实我国加入WTO的税收政策承诺和内地与香港、内地与澳门更紧密经贸关系安排的税收政策……”

② 参见《国务院关于印发社会信用体系建设规划纲要(2014—2020年)的通知》第2条第1款。

③ 例如,广西壮族自治区人民代表大会常务委员会《广西壮族自治区优化营商环境条例》第67条;上海市人民代表大会常务委员会《上海市优化营商环境条例》第20条;北京市人民代表大会常务委员会《北京市优化营商环境条例》第25条;山东省人民代表大会常务委员会《山东省人才发展促进条例》第56条;浙江省人民代表大会《浙江省民营企业发展促进条例》第31条;南京市人民代表大会常务委员会《南京市社会信用条例》第10条;辽宁省人民代表大会常务委员会《辽宁省企业权益保护条例》第21条等。

④ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第150页。

义务的履行均受其支配。<sup>①</sup>法律为社会生活的规范,非以诚实信用为最高法律原则,无以实现社会的妥当性与公平。<sup>②</sup>

政府守信践诺是诚实信用原则应有之义。<sup>③</sup>诚实、守诺和负责是诚实信用原则的基本要求。行政机关应当诚实、实事求是、言而有信,制定的法规、作出的决策、决定和各种具体承诺,必须恪守。如因法律或客观情势的变更等无法守诺,必须保护公民、法人或其他组织的信赖利益。因不能守诺而对其合法权益造成损害的,行政主体必须负责赔偿或补偿。

## 2. 信赖利益原则要求政府保护信赖利益

在行政法上,信赖利益原则要求非因法定事由并经法定程序,行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定。因国家利益、公共利益或者其他法定事由需要撤回或者变更行政决定的,应当依照法定权限和程序进行,并对行政管理相对人因此受到的财产损失依法予以补偿。<sup>④</sup>

在学理上,适用信赖利益原则采“三要件说”: (1) 信赖基础,即应当信任什么的问题; (2) 信赖表现(行为),相对人具有处分性的客观行为; (3) 信赖的正当性,即应当保护的信赖具有正当性或无可归责性。<sup>⑤</sup>政策承诺本身属于政府行为,是信赖基础;政策承诺的受诺者基于信赖政策允诺作出的生产或生活安排,构成信赖行为或表现。信赖利益既可以由信赖基础即政府行为生成,也可以由政府行为与相对人客观行为共同生成。此信赖利益的正当性,是民众因信赖国家机关而根据其指引作出行为,若争议发生无可归责于当事人的事由,即具有保护的正当性。

### (三) 政策承诺上升为法律术语的意义

#### 1. 政策承诺带来政策与法律的微观互动

“政策承诺”作为法律术语,是连接政策与法律的通道,带来法律与政策关系

<sup>①</sup> 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第150页。

<sup>②</sup> 参见蔡章麟:《论诚实信用的原则》,《台大社会学论丛》(第1辑)(该论丛第一辑未附页数)。转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),北京大学出版社2009年版,第151页。

<sup>③</sup> 《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》第3条将“诚实守信”列入依法行政的基本要求。

<sup>④</sup> 参见胡若溟:《行政诉讼中“信赖利益保护原则”适用——以最高人民法院公布的典型案例为例的讨论》,《行政法学研究》2017年第1期,第98页。

<sup>⑤</sup> 三要件适用体系下,“利益衡量”不作为构成要件,而是适用具体适用要件或适用方法,但三要件受到来自“利益衡量”的质疑。关于利益衡量是否属于适用要件产生的争议,参见胡若溟:《行政诉讼中“信赖利益保护原则”适用——以最高人民法院公布的典型案例为例的讨论》,《行政法学研究》2017年第1期,第99-101页。

的新变化即通过有法律拘束力的“承诺”方式将招商引资政策具体化、特定化,政策内容转化为政府法律义务,实现了政策与法律的微观互动。

(1)“政策承诺”以“政策”为内容

“政策”(policy)是一定时期内为实现某一任务而确定的基本准则。<sup>①</sup>英美法中政策指用以指导政府处理公共事务或者立法机关制定法律的一般原则;若其适用于某一制定法、法规、法律规则、诉因等,则是指与该国的社会或政治福利相联系而可能产生的结果、趋势或目标;某些行为因具有危害性趋势并可导致国家、社会利益受损,法律拒绝承认其效力或强制执行,而被认为“违反公共政策”(against public policy)。<sup>②</sup>

政策在我国发挥着重要作用。政策涉及国家治理和社会生活的方方面面,随着改革深入、依法治国的深入推进,法律在国家治理中的地位日益提升,政策与法律的互动方式演变成公共政策法律化<sup>③</sup>,将具有合法性、成熟性、必要性等条件的公共政策转化为法律。<sup>④</sup>

公共政策是政策的下位概念,是国家公权力的一种行为准则,具有诠释法的功能,许多不确定的法概念通过公共政策加以廓清,公共政策也是政治进入行政法进而影响行政走向的基本管道之一。<sup>⑤</sup>

政府通常在招商引资、政府采购、招标投标、债务融资以及开展和社会资本合作项目、人才发展等方面作出政策承诺,内容涉及财政支出或政府资金安排、土地供应、税费减免、资质许可、标准制定、项目申报、职称评定、人力资源政策等方面。招商引资政策性质上属于狭义公共政策,外商投资领域常见的政策承诺有政府为了招商引资而制定的优惠措施、产业扶持、奖励补贴政策,具体表现为设立专项资金、提供财政补贴、减免税收等。

(2)政策承诺以有法律拘束力的“承诺”为形式

“承诺”,有应承允诺之意,允诺即允许、同意,指对某项事务答应照办,或答

① 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第152页。

② 参见《元照英美法词典》,北京大学出版社2017年版,第1063页。

③ “公共政策法律化是由国家立法机关遵循法定程序将一系列成熟、稳定的公共政策转化为法律的过程。这一过程也可称为‘政策立法’,是我国立法工作的重要形式,也是我国法治社会建设的重要组成部分。”崔凤、赵缙:《论公共政策法律化》,《山东行政学院学报》2019年第1期,第57页。“政策的法律化就是有立法权的国家机关将有些成熟、稳定的政策上升为法律的过程,也称为政策立法。它实际上是一个立法过程,遵循的就是立法程序。”宁骚:《公共政策学》,高等教育出版社2011年版,第331页。

④ 参见崔凤、赵缙:《论公共政策法律化》,《山东行政学院学报》2019年第1期,第56、60页。

⑤ 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第152页。

应办事情。承诺与允诺经常混用,未在含义上作进一步区分。习惯表达为单方允诺、行政允诺或行政承诺等。

英文语词“promise”<sup>①</sup>“commitment”<sup>②</sup>都可译为承诺或允诺,都有保证做或不做某事,或以特定方式行事之义。Promise译为“允诺、保证、许诺”,指“以特定方式向他人表明自己将要为或不为某事的打算,且该表达的方式使对方可合理地理解为其作出了许诺:保证将为或不为某事……合同实质上即为有约束力的允诺。”<sup>③</sup>Commitment意为“做某事的一种承诺或以特定的方式行为”,考虑到promise的解释中强调其表达方式让人有正当理由相信作出了一项commitment(“conveyed in such a way that another is justified in understanding that a commitment has been made”),政策承诺中的“承诺”对应“commitment”更恰当,是政府以特定方式表明其将要为或不为某事,受诺者据此行动并产生信赖利益,条件成就后政府负有兑现承诺的法律义务。

承诺原本仅具有道德意义,其道德性取决于承诺不仅自由作出,而且自由维持这一事实。<sup>④</sup>作为一种日常人际交往、维持社会关系的方式,兑现承诺能加深人际信任,降低社会交往与组织运行成本,形成一种稳定的秩序;承诺既是承诺者内在的自律道德规范,又是约束承诺双方行为、规范社会交往的社会规范;农业社会中承诺表现为履行责任、义务时向神明宣誓,具有宗教色彩,主要负载道德责任,在承诺人与相对人之间建立内在道德约束关系。<sup>⑤</sup>承诺在维持道德正派的人际关系中起重要作用,而这种关系又构成人的自主性基础。承诺允许双方在关系中作出保证、确保信任、解决分歧并纠正权力的不平衡。

现代社会,承诺成为法律术语,成为创设法律关系与产生法律效力的方式,其

① “promise, n. (15c) 1. The manifestation of an intention to act or refrain from acting in a specified manner, conveyed in such a way that another is justified in understanding that a commitment has been made; a person’s assurance that the person will or will not do something. A binding promise—one that the law will enforce—is the essence of a contract. 2. The words in a promissory not expressing the maker’s intention to pay a debt. A mere written acknowledgment that a debt is due is insufficient to constitute a promise.” Black’s Law Dictionary 1406 (Thomson Reuters 2014).

② “commitment, n. (14c) 1. An agreement to do something in the future, esp. to assume a financial obligation...2. The act of entrusting or giving in charge; a consignment for safekeeping <commitment of money to the bank>...4. A promise to do something or to behave in a particular way.” Black’s Law Dictionary 329 (Thomson Reuters 2014).

③ 《元照英美法词典》,北京大学出版社2017年版,第1105页。

④ See Aditi Bagchi, *Separating Contract and Promise*, 38 Florida State University Law Review 709-710 (2011).

⑤ 参见谢新水:《论合作治理中的公共承诺机制》,《理论探讨》2010年第1期,第151页。

道德责任演变成法律责任。<sup>①</sup>承诺的拘束力,源于促进社会利益的社会实践期待承诺履行。承诺将会履行的预期(即相信承诺者未来将采取某些行动)一旦产生,承诺者则有义务按预期行事。承诺者因承诺引起的任何规范性责任是因为受诺者的利益在于确信承诺的行为将会发生,由此产生的义务不仅是赔偿损害义务,而且是履行义务,且非因承诺者意愿而存在。<sup>②</sup>

有拘束力的承诺产生协调(coordination),即承诺者意识到必须履行承诺,会更有效地安排时间和资源;受诺者也能基于信赖承诺的行为将会发生而制定计划。此外,承诺会改变承诺双方的规范关系,即承诺者通过自愿作出承诺而向受诺者承担一种义务,由此,承诺者控制自己的未来行动,给予受诺者要求其履行或者免除其履行承诺的权力。赋予承诺拘束力符合实践理性(practical rationality)要求,会产生现实和规范上的利益,市场也依赖有拘束力的承诺,但因承诺作出时包含人类决策的不理性因素,要求承诺者履行承诺并不总是符合认知理性(epistemic rationality)。<sup>③</sup>

在招商引资工作中,政府为吸引投资,向投资者作出政策承诺,投资者基于对政府将兑现承诺的信赖而进行投资或前期投入,投资者对承诺的履行产生预期,此种预期一旦产生,政府作为承诺者就负有按承诺行事的义务,且法律保护此种合理预期与信赖利益。政府一旦作出以招商引资政策为内容的承诺即改变了其与投资者之间的关系,此时,政府通过自愿作出承诺而向投资者承担一种义务,同时赋予投资者要求政府履行承诺的权力。法律对投资者的信赖利益予以保护,政策一旦成为承诺的内容,政府就承担必须履行的法律义务。招商引资政策以成为“承诺”内容的方式,获得了法律拘束力。

### (3)“承诺”赋予“政策”法律拘束力,将特定政策转变成法律义务

招商引资政策与法律在宏观上以公共政策法律化方式互动,即立法层面制定政府招商引资政策方面的法律法规,其受《立法法》调整,要经过严格的立法程序。招商引资政策在具体投资项目中上升为法律义务,这形成政策与法律的微观互动。“承诺”形式将招商引资政策具体化、特定化、法律化,赋予招商引资政策以法律拘束力,政府对其依法作出、内容合法的招商引资政策负有法定履行义务。由此,“政策承诺”可以从微观层面将政府给予特定投资者的招商引资政策转化为

<sup>①</sup> 参见谢新水:《论合作治理中的公共承诺机制》,《理论探讨》2010年第1期,第151页。

<sup>②</sup> See Emily Sherwin, *The Rationality of Promising*, 27 Cornell Journal of Law and Public Policy 533-534 (2018).

<sup>③</sup> See Emily Sherwin, *The Rationality of Promising*, 27 Cornell Journal of Law and Public Policy 533-534 (2018).

政府承担的法律义务,而无须经过时间与人力成本高昂、复杂费时的立法程序,就可以将灵活多变的政策以“承诺”方式具体化,并赋予招商引资政策以法律义务的稳定性、可预期性和可执行性。从这种意义上讲,政策承诺成为连接法律与政策的通道,通过具有法律效力的承诺赋予具体化、特定化的招商引资政策法律拘束力,但为了避免行政遁入私法,政策承诺仍应受公法调整。

## 2.有利于优化营商环境、规范政府招商引资政策

政策承诺上升为法律术语,获得法律拘束力,意味着政府应严格履行其向投资者依法作出的政策承诺,并限制其变更或撤销条件。这有助于增强投资者对政府的信赖,营造透明、稳定、可预期的优良营商环境,进而增加对投资的吸引力。《外商投资法》调整政府的政策承诺行为,要求行政机关及其授权组织在法定职权范围内履行依法作出的政策承诺。强调政策承诺的合法性,是控制公权力的需要,且有利于避免各级政府在吸引外商投资为目标的GDP绩效竞争中,作出以牺牲环境、安全、社会劳动保障等方面利益为代价的政策承诺来换取外商投资,有利于保证中国作为东道国的合理“政策空间”。

## 二、《外商投资法》中“政策承诺”之认定

### (一)“政策承诺”的含义

#### 1.作为法律术语的“政策承诺”之含义

《条例》发布之前,政府规范性文件对“政策承诺”的含义并无准确界定,《条例》第27条<sup>①</sup>将“政策承诺”定义为有权机关在法定权限内向外国投资者、外商投资企业作出的、以在投资地区适用的支持政策、享受的优惠待遇和便利条件等为内容的书面承诺。

<sup>①</sup> 《外商投资法实施条例》第27条规定:“外商投资法第二十五条所称政策承诺,是指地方各级人民政府及其有关部门在法定权限内,就外国投资者、外商投资企业在本地区投资所适用的支持政策、享受的优惠待遇和便利条件等作出的书面承诺。政策承诺的内容应当符合法律、法规规定。”另外,2019年11月1日司法部将司法部、商务部、发展改革委起草的《外商投资法实施条例(征求意见稿)》(以下称《条例(征求意见稿)》)及其说明全文公布,征求社会各界意见。其中《条例(征求意见稿)》第28条规定:“外商投资法第二十五条所称政策承诺,是指地方各级人民政府及其有关部门就外国投资者、外商投资企业在本地区投资可以享有的优惠措施、便利条件等作出的承诺。地方各级人民政府及其有关部门不得超出其法定权限向外国投资者、外商投资企业作出政策承诺。政策承诺应当采用书面形式,内容应当符合法律、法规规定和国家有关政策。”

## 2.“政策承诺”与近似概念的比较

### (1)政策承诺与公共承诺

公共承诺是合作主体向社会作出的以合作姿态承担公共责任的表示,旨在维护、促进公共利益与开展合作,是服务行政模式下合作治理的重要机制。公共管理者、非营利性组织、私人组织、志愿者与公民等参与合作治理的所有合作主体都能作出。公共承诺是各类治理主体主动服务于公共利益、承担社会责任,是提高公共服务效率、质量与灵活性的有效集体行为方式,是公共权力社会化的结果。<sup>①</sup>“政策承诺”代表一种柔性行政方式,以沟通—治理模式取代传统的命令—服从行政模式,也体现了公共权力社会化。二者最大的区别在于政策承诺具有法律拘束力,而公共承诺承载道德责任,一般不具有法律拘束力。

### (2)政策承诺与政府承诺、政治承诺

政府是国家权力的执行机关,即国家行政机关的统称。政府及其有关部门可以作出名称与内容各异、性质与效力不同的各种承诺。政府承诺强调作出承诺的主体是各级政府及其有关部门;而政治承诺、行政允诺、政策承诺等是从承诺的具体内容与性质上对政府承诺的具体分类。政策承诺属于政府承诺,二者是种属关系;政策承诺与政治承诺属于不同范畴,政策承诺是法律术语,具有法律拘束力;而政治承诺是政治术语,不具有法律拘束力。

在国际法层面,政府对外作出的政治承诺(或称政府承诺)是否有效、能否产生有拘束力的国际法义务等受国际法调整,根据国际法判断。国际层面的政治承诺形式多样,被冠以各种名称,有正式和非正式之分。非正式的,如联合公报、高级官员的声明、函件、有关进一步行动的口头谅解等;正式的有国家元首的声明、会议的“最后文件”、最高级别官员签署的书面协定。<sup>②</sup>国际法上,一项文件的形式或名称,并不能决定该文件的法律性质。有的书面协定构成有法律拘束力的国际条约,是国际法渊源之一;有的协定则是政治承诺,没有法律拘束力或者仅具有有限的法律拘束力。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见谢新水:《论合作治理中的公共承诺机制》,《理论探讨》2010年第1期,第152页。

<sup>②</sup> [美]巴里·E.卡特、艾伦·S.韦纳:《国际法》,冯洁菡译,商务印书馆2015年版,第118页。

<sup>③</sup> 在某些情形下,一国也可通过单边行为或声明设定具有拘束力的法律义务,此等单边行为或声明不能等同于一项条约,但能在某种程度上设定国家在国际法下的义务。一项单边声明不是协定,但可能具有法律后果,并且根据类似于禁止反言的原则,成为权利和义务的渊源。它也可能有助于习惯法。参见美国法律协会《美国第三次对外关系法重述》(1987年)[Restatement of the Foreign Relations of Law of the United States(Third)(1987).]第301条评论。转引自[美]巴里·E.卡特、艾伦·S.韦纳:《国际法》,冯洁菡译,商务印书馆2015年版,第116页。

在国内法层面,政府作出的承诺形式多样,名称众多,内容与性质各异,具体包括“政治承诺”“政策承诺”“行政允诺”“行政奖励”“政府担保”等。政府对内作出的政治承诺是否有效,受国内法调整。一般而言,政治承诺不具有法律效力,因为其内容涉及法律永远的边界——政治问题,具有笼统性和宣誓性,已经超越了法律可以追求其责任的领域,无法成为法律责任的来源。<sup>①</sup>

### (3)政策承诺与行政合同、行政允诺

行政合同(又称行政契约、行政协议),是指行政机关为实现行政目的,与行政相对人就有关事项经协商一致而成立的一种双方行政行为。<sup>②</sup>其与政策承诺的区别在于行政合同是双方法律行为,其成立需要行政机关与行政相对人的意思表示达成一致;而政策承诺是单方法律行为,仅凭行政机关的单方意思表示即可成立,但政策承诺可以成为行政合同的内容。

行政允诺(或称行政承诺)是政府基于行政管理职权在行政管理领域作出的将来为或不为一定行为的单方意思表示,是一种自我课以公法义务的非强制性、授益性单方行政行为。其与政策承诺的区别在于,政策承诺涉及的事务范围较行政允诺更狭窄,限于吸引和鼓励投资的优惠政策等,而行政允诺涵盖行政管理的方方面面,并不限于招商引资领域;且政策承诺受诺方限于国内外投资者,而行政允诺的对象更广泛,包括特定的主体或不特定的社会公众。政策承诺可构成行政允诺,但行政允诺不一定是政策承诺。

## (二)“政策承诺”的特点

根据《外商投资法》第25条与《条例》第27条的规定,地方各级政府及其有关部门仅对其在法定权限内依法作出的政策承诺承担履行义务,且政策承诺的内容应当符合法律、法规规定。《外商投资法》调整的“政策承诺”有以下特点:

### 1.作出政策承诺的主体适格

要求各级政府及其有关部门基于职权范围、在法定权限内作出。在中国,政府及其有关部门、授权组织如开发区管委会、经济园区管委会等是承担招商引资工作的招商主体。

《外商投资法》第14条规定,“外国投资者、外商投资企业可以依照法律、行政法规或者国务院的规定享受优惠待遇”。据此,国务院有权作出政策承诺。《国务院关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》第3条第15项规定:允许地方政府在法定权限范围内制定出台招商引资优惠政策,支持对就业、经济发展、技

<sup>①</sup> 参见杜仪方:《行政承诺不履行的法律责任》,《法学论坛》2011年第4期,第124页。

<sup>②</sup> 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第438页。

术创新贡献大的项目,降低企业投资和运营成本,依法保护外商投资企业及其投资者权益,营造良好的投资环境。《国务院办公厅关于促进开发区改革和创新发展的若干意见》第4条第14项规定:开发区可结合产业发展方向,在政策允许和权限范围内制定相应的招商引资优惠政策。据此,地方政府、开发区等主体有权作出本地区的招商引资政策承诺。

### 2.政策承诺的受诺方特定,仅限于外国投资者与外商投资企业

在中国境内直接或间接投资的外国投资者与外商投资企业,是受《外商投资法》保护的政策承诺受诺方。

外国投资者是指外国的自然人、企业或者其他组织。外国投资者直接或者间接在中国境内进行的投资活动(即外商投资)受《外商投资法》调整。《外商投资法》第2条规定外国投资者在中国境内的投资活动具体包括:①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;②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;③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;④法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。《条例》第3条进一步明确《外商投资法》第2条规定的“其他投资者”包括中国的自然人在内。据此,《外商投资法》第25条规定的外国投资者是指在中国境内直接或间接进行投资活动的外国投资者,其可以成为政策承诺受诺方。

《外商投资法》第2条第3款规定:“本法所称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。”外国投资者单独或者与其他投资者(包括中国自然人在内)共同设立的外商投资企业也可以成为政策承诺受诺方,即享有政策承诺权益的主体。

### 3.作出程序合法,且规范性文件形式的政策承诺应当进行公平竞争审查

当政策承诺以外资政策为内容时,在制定外资政策时应当进行公平竞争审查。《国务院关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》第2条第8项规定:各部门制定外资政策,要按照《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发〔2016〕34号)规定进行公平竞争审查,原则上应公开征求意见,重要事项报请国务院批准。各地区各部门要严格贯彻执行国家政策法规,确保政策法规执行的一致性,不得擅自增加对外商投资企业的限制。《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》第2条第1款规定:行政机关以及法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在制定市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施时,应当进行公平竞争审查,评估对市场竞争影响,防止排除、限制市场竞争。

#### 4.政策承诺内容特定且符合法律法规

##### (1)政策承诺内容特定

《条例》第27条将政策承诺的内容限定为外国投资者、外商投资企业在投资地区所适用的支持政策、享受的优惠待遇和便利条件等。“政策承诺”以招商引资政策为内容,但并非所有的招商引资政策都构成“政策承诺”。当投资者信赖政府制定的招商引资政策并据此作出生产或生活安排,始产生信赖利益,尤其是招商引资政策通过向投资者承诺的方式(如签合同、政府承诺函)特定化、具体化,招商引资政策规定的条件成就时,亦即投资者符合或具备招商引资政策规定的条件,才成为政策承诺受诺方,享有要求政府兑现政策承诺的利益。

我国招商引资活动始于20世纪70年代末,起步探索阶段以税收优惠、降低土地价格和廉价劳动力为主要招商引资手段,在中央批准率先开放的地区<sup>①</sup>等适用。20世纪90年代以开发区、高新区、保税区、出口加工区、物流产业园区、高等教育园区等实施各种特殊政策的经济园区<sup>②</sup>为载体,以工业化为导向,招商引资快速推进。21世纪初,为避免地方政府之间无序竞争,国家层面开始调整优化,清理整顿各类经济园区;同时,地方政府为弥补城市化过程中的资金缺口,在新城区建设、棚户区改造、矿区改造、市政建设、农村社区建设等方面招商引资,目前招商引资活动已突破工业化领域,涵盖三大产业,渗透到国民经济的绝大部分领域。<sup>③</sup>

基于政府掌握的重要资源而制定的优惠政策是招商引资工作的主要手段。招商优惠政策具体包括土地政策、税收政策、财政政策、行政事业性收费政策、融资政策、人才政策等。随着经济发展与转型升级,招商引资政策不断变化,出现了从针对工业项目、以公共财政直接降低企业综合运营成本,向针对科技研发与产业培育、以公共财政支持科技投入的政策转型。在政策内容上,经营成本补贴(即返税)弱化淡出,以争取国家法定优惠为主;要素价格补贴(优价供地/土地出让金

---

<sup>①</sup> 率先开放地区指5个经济特区、14个沿海开放城市与5个经济开放地区。1980年8月,中央批准在深圳、珠海、汕头、厦门开办“以市场调节为主的外向型”经济特区;1984年5月,决定开放大连、秦皇岛、天津等14个沿海港口城市,给予外资企业与经济特区类似的优惠待遇。1985年2月,把长江三角洲地区、珠江三角洲地区、厦漳泉地区以及胶东半岛、辽东半岛列为经济开放地区。1988年4月建立海南经济特区。

<sup>②</sup> 1984年9—12月,国务院先后建立大连、秦皇岛、烟台等10个经济技术开发区;1985年1月,福州经济区成立;1986年8月,上海闵行、虹桥经济技术开发区建立;1988年6月,漕河泾新兴技术开发区成立。

<sup>③</sup> 参见潘同人:《嵌入关系:中国招商引资中的政府与市场》,南开大学2014年博士学位论文,第55-66页。

返还或补差价、减租/免租)仍在延续。

招商引资政策呈现从项目落地的一次性资金奖励逐步转变为“落户奖励+年度贡献奖励+低价优惠(折扣或缓交)+厂房补贴+基金支持”等一揽子复合政策红利;从强调招商引资转变为注重项目质量的“招商选资”,对产业类别、年中贡献、投资额、企业排名等有要求,同时开展产业扶持,向打造区域产业集群、转型升级与科技创新企业扶持等多方面转移,从无类别的统一奖励到区别产业、区别企业、区别贡献的奖励形式。对重大项目采取“一事一议”“一项目一议”。<sup>①</sup>

政府通常采用覆盖面广但非均等化的差别化优惠,针对龙头项目和龙头企业的优惠程度最高,甚至有代建厂房、银团贷款、国资先期入股引导(后期 IPO 前主动退出)等个性化的实质性扶持政策。随着地方政府招商引资竞争更趋激烈,出现了基础设施专项补贴(双回路供电)、代为装修、代购设备、直接参股、贷款贴息等新形式;差别化扶持加剧,向重点项目倾斜集中,为龙头产业、龙头企业量身定做个性化差别优惠政策不断涌现。地方政府开始自觉配套(自办+引导)风险投资和创投资本,提供产业引导基金支持,成为招商引资优惠政策的重要组成部分。<sup>②</sup>

以广州开发区招商引资政策为例,2017年广州开发区管委会颁布了《广州开发区促进先进制造业发展办法》《广州开发区促进现代服务业发展办法》《广州开发区促进总部经济发展办法》《广州开发区促进高新技术产业发展办法》共四个“黄金 10 条”招商引资政策,确立的优惠政策或扶持类型包括落户奖励、经营贡献奖励、高管人才奖励、上市奖励、高新技术企业奖励、区内企业合作奖励、配套资金奖励、重大项目“一事一议”奖励。

## (2) 内容必须符合法律法规

《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》第 16 条第 1 款规定,不得违法给予特定经营者优惠政策。没有法律、法规依据或者国务院规定而“给予特定经营者财政奖励和补贴”“以优惠价格或者零地价向特定经营者出让土地,或者以划拨、作价出资方式向特定经营者供应土地”“在环保标准、排污权限等方面给予特定经营者特殊待遇”“对特定经营者减免、缓征或停征行政事业性收费、政府性基金、住房公积金等”以及“没有法律法规依据或者未经国务院批准,减免特定经营者应当缴纳的税款”,均属于违法给予经营者优惠政策。

<sup>①</sup> 参见杨银峰:《招商引资优惠政策变动趋向及优化建议》,《中国集体经济》2020 年第 30 期,第 94-95 页。

<sup>②</sup> 参见黎鸿飞:《地方政府招商引资优惠政策研究》,《中国企业家》2009 年第 24 期,第 14-17 页。

以税收优惠为例,根据税收法定原则,外商投资税收优惠原则上应由法律规定。《税收征收管理法》第3条规定,税收优惠须由法律或法律授权的行政法规作出规定,行政机关不得违反法律、行政法规规定,擅自给予税收优惠待遇。<sup>①</sup>地方政府无权制定税收优惠政策。涉及税收优惠的行政允诺或行政协议纠纷中,法院通常认定关于先征后返的约定属于变相减(退)税约定,违反了税收征收管理法的强制性规定而无效,也认定以先征后返的方式减免企业税收的政策承诺无效。<sup>②</sup>

#### 5.政策承诺形式合法,必须采用书面形式

内资政策承诺与外资政策承诺在形式上无实质差别。关于内资政策承诺司法审查确认的政策承诺形式,无疑也是外资政策承诺的合法形式。

##### (1)政府规范性文件

政府政策通常以规范性文件形式发布,规范性文件是政策承诺内容的权威表达。例如,2018年4月,昆山市编制了《昆山市招商引资工作相关政策汇编》,分别对产业扶持、转型升级、科技创新、人才创业、金融鼓励、两岸合作等多方面的46个政策进行汇总,并出台了《推进总部经济加快发展的若干政策意见》《昆山市扶持文化创意产业发展实施细则》。

##### (2)政府会议纪要

在商水某房地产开发有限公司诉商水县财政局行政征收纠纷案中,法院确认涉案“县四个班子联席会议纪要”给予的优惠政策,符合当时有关法律法规,是政府对所有投资人的一种承诺,是商水县政府作出的行政行为。<sup>③</sup>在王某等诉商水县自然资源局不履行法定职责案中,法院认定,商水县人民政府办公室2007年3月发布的《委局认领道路开发工程有关优惠政策会议纪要》中规定的政府提供给委局认领道路开发的优惠政策以及规定简化办证手续等,构成商水县人民政府对开发商的政策承诺。<sup>④</sup>

##### (3)政府单方书面承诺函

“政策承诺”可以是基于行政合同或民事合同而单独作出的书面承诺函。在

---

<sup>①</sup> 例如,《国务院关于促进外资增长若干措施的通知》第2条第3项规定:“鼓励境外投资者持续扩大在华投资。对境外投资者从中国境内居民企业分配的利润直接投资于鼓励类投资项目,凡符合规定条件的,实行递延纳税政策,暂不征收预提所得税。”

<sup>②</sup> 参见崔晓静、陈镜先:《〈外商投资法〉中的税收法律问题研究》,《中国法律评论》2020年第3期,第205-206页。另参见四川省乐山市中级人民法院[2016]川11行终56号行政判决书;安徽省高级人民法院[2018]皖行终674号行政判决书。

<sup>③</sup> 参见河南省周口市中级人民法院[2017]豫16行终39号二审行政判决书。

<sup>④</sup> 参见河南省周口市中级人民法院[2019]豫16行终277号行政判决书。

淮安市某物流市场有限公司诉江苏涟水经济开发区管理委员会、涟水县人民政府行政协议案中,法院认定涟水县政府签发《承诺书》,是基于该物流公司与涟水开发区管委会的行政协议关系,对投资企业物流公司在优惠政策方面作出相应承诺,该承诺与行政协议同属行政法律关系。<sup>①</sup>

#### (4)行政合同或民事合同中的义务条款

政策承诺可以表现为行政合同中政府承担的合同义务。例如,在瓜州县某房地产开发有限责任公司与高台县住房和城乡建设局行政协议纠纷案中,双方在签订的《矛盾纠纷调处补偿协议》中约定对因降层造成的损失,被告承诺按照国家政策给予原告棚户区改造等政策性补助1650000元。<sup>②</sup>

又如,在清流县人民政府、三明某实业有限公司合同纠纷案中,合同中约定项目土地用途为产权式酒店等旅游用地,由政府方协助报批,办理土地使用权证、房屋所有权证。一审法院判令政府将涉案宗地用途变更为“住宿餐饮用地(产权式酒店)类型”。二审法院援引《国务院关于税收等优惠政策相关事项的通知》第3条、《国务院关于加强政务诚信建设的指导意见》第5条第4款,维持原判。<sup>③</sup>

概言之,政策承诺形式上既可以是各级政府及其授权组织发布的规范性文件、单独的政府承诺函、内部会议纪要等,也表现为政府与投资者签订合同中的政府方义务条款。

### 三、“政策承诺”的性质

政策承诺的性质不会因享有政策承诺的主体身份不同而发生改变,内资政策承诺与外资政策承诺性质相同。

#### (一)“政策承诺”性质的判断标准

行政机关及其授权组织作出的承诺是否构成政策承诺,其作出承诺的行为是公法行为还是私法行为,是政府行为还是商业行为,要根据承诺的具体内容来判断。

##### 1.公法行为与私法行为的划分

公法与私法的划分是大陆法系的一种基本分类。公法是调整公权力之间关系以及公权力与私权利之间关系的法,规制公权力运行,以公权力为恒定调整对

<sup>①</sup> 参见江苏省高级人民法院[2017]苏行终1号二审行政判决书。

<sup>②</sup> 参见甘肃省张掖市中级人民法院[2019]甘07行终30号二审行政判决书。

<sup>③</sup> 参见福建省三明市中级人民法院[2019]闽04民终369号二审民事判决书。

象之一;而私法调整权利与权利之间的关系,以权利作为调整对象。<sup>①</sup>据此,政府机关在履行经济管理职能时,向投资者作出投资便利措施、政策优惠与补贴等承诺,涉及政府的公权力与投资者私权利之间的关系,属于公法调整对象;但政府机关或其授权组织与市场主体通过平等协商作出的不涉及公权力运行的商业性承诺,则不构成政策承诺,属于私法调整对象。例如,在PPP项目中政府给予社会资本方或项目公司的商业性承诺如价格调整承诺、最低购买量承诺、最低收益承诺等。

## 2. 行政行为与商业行为的划分

英美法关注地方政府权力的行政性与财产性(governmental/proprietary)之分,认为政府行为(municipalities act)有“governments”与“like businesses”不同的模式,强调权力和法律义务应根据行为模式的不同而区别对待。在学说层面涉及的具体领域包括市政当局的授权立法,政府合同,侵权责任(主权豁免、自由裁量豁免、公共职责学说),财产法(土地征用、逆权侵占、分区制),政府税收豁免等。

关于某一行为是行政性的(governmental)还是财产性的(proprietary),不同的法域之间、同一法域内部有着不同认定,存在大量相冲突的裁决。<sup>②</sup>美国密西西比州最高法院在一个1911年的案件中,分析城市固废处理活动属于“governmental”或“proprietary”时指出:“要界定什么是和什么不是一个城市政府的纯粹职责,是一件相当困难的事情。很大程度上,这些问题只能通过每一个具体案例的事实来解决。因此不同的是这个问题产生的条件。”<sup>③</sup>

鉴于行政性/财产性之分在律师和法官之中带来大量困惑,随着地方政府服

<sup>①</sup> 参见汪习根:《公法法治论——公私法定位的反思》,《中国法学》2002年第5期,第51页。

<sup>②</sup> 例如,对于公园是否具有行政职能(governmental function),不同州法院有不同认定。有的案件基于公园设施是为促进公共健康和福利,而不是为了利润、收入或其他原因运营,认定其为政府职能,有的案件却得出相反结论;关于运营市政固废设施是“governmental”还是“proprietary”,有的法院认为运营固废设施对城市的舒适、安全和福祉不可或缺,是政府职能,有的法院认定垃圾处理与政府职能无关,不包含政府目的;供应城市消防栓有时认定为“governmental”活动,有时认定为“proprietary”,有时认定二者兼具;一些法院认定修建和维护公共道路和交通控制设施是“governmental”,但是另一些法院将之视为“proprietary”或“private”。See Hugh D. Spitzer, *Realigning the Governmental/Proprietary Distinction in Municipal Law*, 40 Seattle University Law Review 173,174-177 (2016).

<sup>③</sup> See *City of Pass Christian v. Fernandez*, 56 So. 329, 329 (MISS 1911). Hugh D. Spitzer, *Realigning the Governmental/Proprietary Distinction in Municipal Law*, 40 Seattle University Law Review 173,177 (2016).

务增多, Hugh D. Spitzer 主张将行政性行为再具体分为“政府主权行为”(“governmental sovereign powers”)与“政府服务活动”(“governmental service activities”),即强制的和制定政策的行为纳入“政府主权行为”,如警察权力、法律执行、征税权力、土地征用权和编制预算、借款等;将经济学家称为公共产品(public goods)通过税收支付的一般服务如学校、公园、道路等从“政府主权行为”中分离出来,与市政公用设施、水、电等财产性服务(proprietary services)重组成为“政府服务活动”。<sup>①</sup>

美国联邦最高法院在 *Thacker v. TVA* 案<sup>②</sup>中指出,行政行为(governmental act)和商业行为(commercial act)的区别在于该行为是否所有私人公司均有权作出。“行政行为这类活动是私人当事人无法作出的”“商业性的这类事情是任何公司都可以实施的”。<sup>③</sup>

借鉴以上标准,判断政策承诺的性质,要看政策承诺的具体内容是否只有政府机关或其授权主体才有权作出,亦即其他商业公司是否也有权作出,来判断某一项具体的政策承诺是政府行为还是商业行为。承诺的内容或事项只有行政机关或其授权组织才有权作出而其他任何私人公司均无权作出,内容涉及公权力行使,则构成政策承诺,属于行政行为,受公法调整;若承诺的内容或事项,除行政机关或其授权组织有权作出外,任何其他商业主体或私人公司也有能力作出,内容涉及私权利而不涉及公权力行使,则该承诺不构成政策承诺,属于私法行为,受私法调整。

## (二)“政策承诺”是一种新型行政行为

### 1. “政策承诺”是公法承诺

现代社会,承诺从私人领域进入公共领域成为公共承诺,法律层面亦从私法领域进入公法领域成为行政承诺、政策承诺。法律上的承诺可分为私法性质的单方允诺与公法性质的行政允诺、政策承诺等。

私法承诺是作出意思表示、产生债的方式。作为法律术语,承诺(或称允诺)最早可追溯至罗马法中的 *policitation*,是指因单方意思表示而负义务的行为,尤指在接受荣誉时向市政当局作出的具有约束力的赠与许诺。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> See *City of Pass Christian v. Fernandez*, 56 So. 329,329 (MISS 1911). Hugh D. Spitzer, *Realigning the Governmental/Proprietary Distinction in Municipal Law*, 40 *Seattle University Law Review* 173, 180 (2016).

<sup>②</sup> See *Thacker et ux. v. Tennessee Valley Authority*, 587 U.S. 2019.

<sup>③</sup> See *Thacker et ux. v. Tennessee Valley Authority*, 587 U.S. 2019.

<sup>④</sup> 参见《元照英美法词典》,北京大学出版社2017年版,第1064页。

罗马法上涉及允诺的概念有赠与允诺<sup>①</sup>、嫁资声言<sup>②</sup>和誓言<sup>③</sup>,其中更接近政策承诺之“承诺”含义是“*promissio*”或“*promissum*”,指能对承诺人(*promissor*)创设义务的承诺(*promise*),是一个通用术语,适用于合同与单方面承担的义务,书面和口头的,正式和非正式的承诺,其具体应用于因要式口头契约引起的债务,无论是主债务人或者是保证人。在查士丁尼的立法中,“*promittere*”和“*promissio*”两词取代了先前法律中必须根据要式口头契约订立的义务。<sup>④</sup>

公法承诺不同于平等主体之间的私人承诺,存在于行政主体与行政相对人之间,受公法调整。行政承诺本身意味着政府单向度管理思维、管制干预行政向社会多元化治理思维、契约行政与服务行政的转变,是现代行政法中的一种新型行政行为,改变了传统管理行政的刚性“命令—服从”模式,体现了现代行政的协商治理与参与式民主等理念。

## 2.“政策承诺”涉及公权力行使,民商事主体无权作出

在现代行政法上,行政机关对外实施的行为可以统称为“行政行为”,即使是行政机关基于私法作出的行为也不例外。<sup>⑤</sup>关于行政行为之定义有最广义说、广

<sup>①</sup> 赠与允诺(或称债权赠与),是为受赠人设立一项债权。赠与允诺,在古典法中不仅不是可依简单的协议而成立的债,甚至人民可以通过“琴其亚法抗辩”使为此目的达成的要式口约无效(根据《琴其亚法》,超过一定范围的赠与受到一般禁止)。在《琴其亚法》被废弃之后,优士丁尼承认了简单的赠与允诺,并为它设立了诉讼,借以要求履行该允诺。参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2017年版,第324页。

<sup>②</sup> 嫁资声言(或称嫁资口约),属于口头契约,“是一种古典形式的、专用于嫁资的允诺,在优士丁尼法中,它变成了非要式行为”;“在古典法中,如果有关嫁资的债不是根据要式口约或嫁资声言的形式达成的,嫁资债的设立就不是有效的。简单地嫁资允诺首先由狄奥多西二世所承认(公元428年)。”[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2017年版,第290、324页。

<sup>③</sup> 誓言曾是一种神圣的形式,表现为负债人宣誓,它只适用于(至少在历史时代和优士丁尼法中)解放自由人向自己的庇主就劳作或一般赠品所作的允诺,属于口头契约。在誓言和嫁资口约中,债产生于一人讲话之时,因而这种债在形式上不具有协议的特点。参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2017年版,第290页。

<sup>④</sup> “*Promissio, promissum. (From promittere.) A promise which created an obligation on the part of the promissor. It is a general term applied to both contractual and unilaterally assumed obligations, to written and oral, formal and formless promises. But the specific application of the term is to obligations arising from a STIPULATIO, either by the principal debtor or by a surety. See REUS PROMITTENDI, ADPROMISSIO, CAUTIO. In Justinian’s legislative work the terms promittere and promissio were substituted for obligations which in earlier law had to be contracted through stipulatio.*” See Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* 657 (The American Philosophical Society 1953).

<sup>⑤</sup> 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第246页。

义说<sup>①</sup>、狭义说<sup>②</sup>与最狭义说<sup>③</sup>之分。其中最广义说认为,行政行为是国家行政机关实施行政管理活动的总称,实际上是行政管理活动的代称。<sup>④</sup>“行政管理活动”意味着行政行为限于公法上的行为。凡行政机关公法上的行为,无论是具体行政行为还是抽象行政行为,行政法律行为还是事实行为,行政实体法上的行政行为还是行政程序法上的行政行为,都属于行政行为。这一定义一直延续至今,成为我国行政法学理论上的主流观点。<sup>⑤</sup>

(1)政策承诺是行政机关对外作出的、能产生法律效果的行为。政策承诺一旦依法成立,作出承诺的行政主体负有履行政策承诺的法定义务,受诺者基于信赖政策承诺作出投资、生产安排而产生的信赖利益受法律保护。若因政府单方面撤销、变更或不履行政策承诺而遭受损失,政府应承担赔偿或补偿义务。政府对投资者作出的政策承诺属于政府履行经济管理职能和履行行政职权的行为。即使依照最狭义说,政策承诺也是能针对具体事项产生直接法律效果使具体事实规则化的行为。而且政策承诺以招商引资政策为内容,其他民商事主体无权制定涉及最重要公共资源再分配的招商引资政策。因此,政策承诺性质上属于行政行为。

#### (2)政策承诺在“行政行为”项下的具体类型

政策承诺作为新法律术语,尚未成为“行政行为”下的一种独立类型,也尚未

---

① 广义说认为,行政行为是国家机关,主要是国家行政机关依法实施行政管理,直接或间接产生行政法律效果的行为。参见应松年、朱维究:《行政法学总论》,工人出版社1985年版,第261页。广义说将行政行为与法律效果相结合,与之近似的观点将行政行为与行政职权因素相联系,将行政事实行为纳入行政行为,认为“行政行为是国家行政机关或者法律法规授权的组织和个人具有行政职权因素的行为,包括行政法律行为、准法律行为和行政事实行为”。杨海坤、章志远:《行政法学基本论》,中国政法大学出版社2004年版,第133页。

② 狭义说认为,行政行为是指行政主体运用行政权,实现行政目的的一切活动。参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第152页。狭义说将与行政机关职权相关的行政事实行为、行政机关制定和发布规范性文件的行也包包括在行政行为之内。参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第267页。

③ 最狭义说认为,行政行为是指行政主体依法行使国家行政权,针对具体事项或事实,对外部采取的能产生直接法律效果使具体事实规则化的行为。参见杨建顺:《关于行政行为理论与问题研究》,《行政法学研究》1995年第3期。最狭义说将内部行政行为、行政规范、行政事实行为等排除在行政行为之外。参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第267页。

④ 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第97页;章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第247页。

⑤ 参见杨海坤分主编:《行政行为》,载应松年主编:《当代中国行政法》(上卷),中国方正出版社2005年版,第501页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第150页。

成为行政诉讼案由,在现有行政行为理论分析框架下,政策承诺根据其具体内容不同,可以构成行政允诺或行政奖励。

### ①“政策承诺”可构成行政允诺

政策承诺的内容若涉及行政管理事项,可以构成行政允诺,但行政允诺不一定是政策承诺。近年来,各级政府为招商引资,以允诺引资奖励、允诺举报奖励、允诺国家工作人员辞职奖励等方式,纷纷作出承诺。因政府“诺而不践”争议频发,行政允诺在实践中已成为行政诉讼的案由之一。学界对行政允诺之内涵、允诺对象是否特定仍存在争议,有学者强调行政允诺必须出于行政管理目的,行政机关出于经济或民事目的而向社会作出的承诺不属于行政允诺。<sup>①</sup>司法实践也存在分歧,出现了两审法院对同一案件是否构成行政允诺作出不同认定。<sup>②</sup>

现代社会中行政权不断膨胀,行政管理范围不断扩大,行政管理事项几乎涵盖社会生活的方方面面。《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》规定,行政管理范围包括42类,其中工商行政管理、物价行政管理、经贸行政管理、金融行政管理、外资行政管理等均与社会经济密切相关。政府为了招商引资作出的优惠待遇或优惠政策承诺,应属于其经贸与外资行政管理职权范围,政策承诺可以构成行政允诺。

### ②“政策承诺”可构成行政奖励

政策承诺可以给予投资者行政奖励为内容。行政奖励属于行政指导的方式之一,是行政机关通过给行政相对人一定的物质和精神鼓励,引导行政相对人从事有助于行政机关达成行政目的的行为。<sup>③</sup>在程某某诉淄博市张店区人民政府行政奖励案<sup>④</sup>中,法院认为政府发布的《关于在全区深入开展“招商引资年”活动的意

① 参见王伦、耿志武:《行政承诺及其可诉性》,《人民司法》2002年第8期,第58页。

② 湖南省高级人民法院衡南县人民政府、宁夏某实业集团有限公司不履行行政协议案(湖南省高级人民法院[2018]湘行终1136号二审行政裁定书)中,法院认为:现行法律、法规均未对行政允诺的具体内涵作出界定。通常认为,行政允诺是指行政主体为了公共利益或实现行政管理目标,就特定事项对不特定的公民、法人或者其他组织作出的,在其完成相应行为时,保证给予相关利益回报的一种单方意思表示。该案中湖南省高级人民法院认定一审法院将案由定性为行政允诺不当,认为依法应当定性为不履行行政协议争议,认为原告方诉请变更名下土地用地性质手续并免缴土地出让金,兑现协议承诺的32亩出让土地,是依据其与衡南县政府签订的补充协议,即起诉政府的依据是双方之间所达成的协议,而非衡南县政府另行作出的单方意思表示,且基本事实不清、证据不足,将案件发回重审。

③ 参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2014年版,第431页。

④ 参见山东省淄博市中级人民法院:《程某某诉淄博市张店区人民政府行政奖励案——淄博法院公布行政机关败诉十大典型案例之一》, <https://law.wkinfo.com.cn/>, 2020年8月29日访问。

见》及《淄博市张店区招商引资优惠政策》，对招商引资的扶持政策、奖励措施、扶持政策的兑现办法及程序以及引进区外投资项目的引荐人的认定程序与奖励等事项作出了具体规定；认定程某某的引荐人身份，符合申请奖励的条件，判令撤销政府作出的否定程某某享有招商引资奖励的答复，责令其对程某某的行政奖励申请重新作出行政行为。据此，行政机关的招商引资奖励允诺构成行政主体应当履行的法定职责，法院可以根据相关奖励政策进行司法审查。

在济源市某节能科技有限公司诉济源市人民政府玉泉街道办事处兑付行政奖励案<sup>①</sup>中，济源市政府玉泉街道办事处下发玉政〔2012〕18号文件，决定给予京丰公司一次性人民币300万元奖励，用于新上项目建设费用，且京丰公司两年内新上或引入一个投资额不低于5000万元的项目，项目享受玉泉街道办事处重点工业企业相关优惠政策，不再按新项目享受招商引资优惠政策。该文件下发后，企业要求政府兑现行政奖励，政府认为企业未在两年内新上或引入一个投资额不低于5000万元的项目，不能享受文件规定的300万元奖励而拒绝兑付。法院从字面意思理解文件含义，认为300万元行政奖励允诺并未附加任何条件，且对奖励资金用于新上项目建设费用的建议，不具有行政强制力，也不是行政奖励所附的前提条件，认为“被告作为政府行政管理部门，应树立政府公信力，已经作出行政允诺，应守承诺，遵循诚实信用原则，给付原告已承诺的行政奖励300万元”，二审法院也维持原判。<sup>②</sup>该案中行政奖励允诺即为政策承诺的具体内容。

#### 四、《外商投资法》对“政策承诺”的特别保护

尽管国务院颁布的《优化营商环境条例》确立了内外资一致原则<sup>③</sup>，但《外商投资法》对外资“政策承诺”予以特别保护。

**（一）《外商投资法》与《条例》强化了内外资企业公平竞争、依法平等适用国家支持企业发展的各项政策**

《外商投资法》及《条例》规定了外国投资者、外资企业享有的各项实体权利。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（《外商投资法》第9

<sup>①</sup> 参见河南省孟州市中级人民法院〔2017〕豫0883行初52号行政判决书。

<sup>②</sup> 参见河南省焦作市中级人民法院〔2017〕豫08行终294号二审行政判决书。

<sup>③</sup> 例如《优化营商环境条例》第6条第2款规定，国家平等对待内资企业、外商投资企业等各类市场主体；第12条规定，国家保障各类市场主体依法平等使用各类生产要素和公共服务资源，平等适用国家支持发展的政策；第18条规定，国家推动建立全国统一的市场主体维权服务平台，提供高效、便捷的维权服务。《优化营商环境条例》第31条规定的政策承诺，在内容上与《外商投资法》规定一致，是《外商投资法》第25条与《条例》第28条的融合。

条);制定与外商投资有关的法律、法规、规章,应当征求外商投资企业的意见和建议(《外商投资法》第10条);可以依照法律、行政法规或者国务院的规定享受优惠待遇(《外商投资法》第14条),依法平等参与标准制定工作(《外商投资法》第15条);依法通过公平竞争参与政府采购活动(《外商投资法》第16条);可以依法通过公开发行人股票、公司债券等证券和其他方式进行融资(《外商投资法》第17条)。由此,在政府采购、强制性标准制定等原先内资占优势的领域进一步向外资开放,内外资公平竞争。

## (二)涉及政策承诺的规范性文件中减损外资利益必须有法律、行政法规依据

《优化营商环境条例》第64条第1款规定,若行政规范性文件减损市场主体合法权益或增加其义务、设置市场准入和退出条件、干预市场主体正常生产经营活动,必须有“法律、法规或者国务院决定和命令依据”;而《外商投资法》第24条规定,在外商投资的规范性文件中,减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务、设置市场准入和退出条件、干预外商投资企业的正常生产经营活动,必须有“法律、行政法规依据”。据此,只有按照国务院决定和命令,才能在涉及政策承诺的规范性文件中减损内资企业享有的包括政策承诺在内的合法权益或增加其义务等,但不能减损外商投资企业、外国投资者包括政策承诺在内的合法权益或者增加其义务等。换言之,对外资政策承诺提供更高水平的保护,依法减损外资政策承诺的要求也更加严格,必须有法律与行政法规依据。

## (三)外商投资政策承诺争议可通过外商投资企业投诉工作机制协调解决

为了推动解决外国投资者、外商投资企业与行政机关之间的有关争议,在既有的行政复议、行政诉讼等救济途径外,《外商投资法》专门设立了外商投资企业投诉制度,及时处理外商投资企业或其投资者反映的问题,协调完善相关政策措施。这是我国首次在基础性法律层面规定外商投资企业投诉方面的制度。《条例》对外商投资企业投诉事项范围、健全中央和地方的投诉工作机制、完善投诉工作规则等具体制度、投诉处理过程中的外资权益保护等作了进一步明确规定。<sup>①</sup>根据《外商投资法》第16条第1款规定,政策承诺引发的争议可通过外商投资企业投诉工作机制协调解决。

早在2006年商务部第2号令《外商投资企业投诉工作暂行办法》(以下称《暂行办法》),设立专门的投诉受理机构(包括全国外商投资企业投诉中心和地方投诉受理机构即地方各级政府具有受理职能的部门)受理并协调处理受到行政行为

<sup>①</sup> 《商务部召开〈外商投资企业投诉工作办法〉专题新闻发布会》, <http://www.fdi.gov.cn/questionDetail.html?id=41425>, 2020年12月26日访问。

侵害的外商投资企业投诉<sup>①</sup>。2020年《外商投资企业投诉工作办法》(以下称《工作办法》),《暂行办法》同时废止。与《暂行办法》相比,《工作办法》确立的投诉工作机制更健全、受理投诉事项范围更全面、投诉工作规则更清晰、具体,也更重视投诉处理过程中投诉人的权益保护问题。

#### 1.政策承诺争议属于投诉事项

《工作办法》进一步明确“反映投资环境方面存在的问题,建议完善有关政策措施的行为”属于外商投资企业投诉范围。《工作办法》将《暂行办法》中外商投资企业及其投资者“反映情况、提出建议、意见或请求”进一步明确为“向投诉工作机构反映投资环境方面存在的问题,建议完善有关政策措施的行为”(《工作办法》第2条第1款第2项)。

#### 2.因政策承诺提起投诉或政策建议,不影响依法提起行政复议和行政诉讼的权利

《工作办法》重视投诉处理过程中投诉人的权益保护问题。它规定投诉不影响投诉人依法提起行政复议和行政诉讼的权利,充分保障投诉人参与投诉处理程序的权利,投诉人可以自行投诉或委托他人投诉,可以向投诉工作机构提供材料、说明情况、陈述意见,投诉工作机构应当依法协调处理,推动投诉事项的妥善解决;要求投诉工作机构采取有效措施保护投诉处理过程中知悉的投诉人的商业秘密、保密商务信息和个人隐私;明确通过外商投资企业投诉机制反映或者申请协调解决问题的,任何单位和个人不得压制和打击报复。

#### 3.提出政策建议的主体扩大到外商投资企业商会或协会

反映问题提出政策建议的主体进一步扩大到外商投资企业依法成立和自愿参加的商会、协会。《工作办法》第9条规定,《外商投资法》第27条规定的商会、协会可以参照本办法,向投诉工作机构反映会员提出的投资环境方面存在的问题,并提交具体的政策措施建议。

#### 4.外商投资企业及其投资者可利用各级投诉工作机制与投诉工作规则

在投诉工作机制上,《工作办法》第5条规定,商务部会同国务院有关部门建立外商投资企业投诉工作部际联席会议制度,在商务部外国投资管理司设立联席会议办公室,承担联席会议的日常工作,指导和监督全国外商投资企业投诉中心的工作。第6条规定,商务部负责处理涉及国务院有关部门和省、自治区、直辖市

---

<sup>①</sup> 商务部《外商投资企业投诉工作暂行办法》第2条规定,外商投资企业投诉是指在我国境内的外商投资企业及其投资者,认为其合法权益受到行政机关行政行为的侵害,提请投诉受理机构进行协调解决,或反映情况、提出建议、意见或请求,由投诉受理机构依法进行协调处理的行为。

人民政府的投诉事项,以及在全国范围内或者国际上有重大影响的投诉事项,商务部设立全国外商投资企业投诉中心(暂设在商务部投资促进事务局),具体负责处理。

投诉工作规则方面,《工作办法》对投诉的提出、受理、处理方式、处理时限、处理结果异议等方面的工作规则作了具体清晰的规定。《工作办法》要求投诉工作机构应当与投诉人和被投诉人充分沟通,根据投诉事项的不同情况采取相关方式协调处理,积极推动投诉事项的稳妥解决。

## 五、结论

“政策承诺”是《外商投资法》创设的新法律术语,但“政策承诺”并非外商投资领域所特有,在国务院和地方政府颁布的行政规范性文件中均有涉及,适用于优化营商环境、促进人才发展、企业权益保护与产权保护、社会信用体系建设、政府效能建设与维护行业稳定、基础设施建设等多个领域。

“政策承诺”上升为法律术语,既是诚实信用原则、信赖利益原则的具体化,也是优化营商环境、增强外资吸引力与控制公权力、保障中国政府管理外资“政策空间”的现实需求。“政策承诺”作为连接政策与法律的通道,带来法律与政策关系的新变化,与宏观层面公共政策法律化所需的严格程序要求不同,其无须经过成本高昂、费时和严格的立法程序,就可以将灵活多变的政策以“承诺”方式具体化,赋予其稳定性、可预期性和可执行性,实现政策与法律的微观互动。作为法律术语的“政策承诺”,包括政策与承诺两个要素,以招商引资政策为内容,以“承诺”为形式,是政策通过承诺的方式予以具体化。实践中,政府通常在招商引资、政府采购、招标投标、债务融资以及开展和社会资本合作项目、人才发展等方面作出政策承诺,内容涉及财政支出或政府资金安排、土地供应、税费减免、资质许可、标准制定、项目申报、职称评定、人力资源政策等方面。

“政策承诺”是行政机关及其授权组织在职权范围内向特定或不特定对象依法作出的,待特定条件成就时,将来为或不为一定行为的单方面意思表示。政策承诺涉及行政机关公权力的行使,是公法承诺,构成一种新型行政行为,可以构成行政允诺或行政奖励。行政机关作出的承诺或制定的政策不一定都构成政策承诺。借鉴公私法划分、行政行为与商业行为(或财产行为)的划分标准,根据承诺的具体内容来判断,如果承诺的内容或事项只有行政机关或其授权组织才有权作出而其他任何私人公司均无权作出,内容涉及公权力行使,则构成政策承诺,属于行政行为,受公法调整;若承诺的内容或事项,除行政机关或其授权组织有权作出外,任何其他商业主体或私人公司也可以作出或履行,内容涉及私权利而不涉及

公权力行使则该承诺不构成政策承诺,属于私法行为,受私法调整。

《外商投资法》对外资政策承诺的特别保护表现在强化内外资企业公平竞争、依法平等适用国家支持企业发展的各项政策,要求涉及政策承诺的规范性文件中减损外资利益必须有法律、行政法规依据,以及外资政策承诺争议可通过专门的外商投资企业投诉工作机制协调解决。

### **Analysis on Policy Commitment in Foreign Investment Law of PRC**

**Abstract:** “policy commitment” is a new legal term created by the Foreign Investment Law of PRC, which brings about new changes in the relationship between law and policy. The policy of attracting investment concretized and become specific through “commitment” with legal binding force, which is transformed into legal obligation, realizing the interaction between policy and law at the micro level. As a legal term, “policy commitment” embodies the principle of good faith and reliance on interests. It is also the practical needs of the Chinese government to optimize the business environment, to enhance the attractiveness to foreign investment, and to ensure the “policy space” for foreign investment regulation. The Foreign Investment Law of PRC requires that “policy commitment” be made by governments at all levels and their relevant departments in accordance with the law, within the scope of their functions and powers. And the contents are specific to policies of support, preferential treatment, conveniences and facilities, etc., which can only be enjoyed by foreign investors and foreign-invested enterprises investing in China. The written forms required may be normative documents, unilateral letters of commitment, and contractual obligations. Based on the classification of public and private law, governmental act and commercial act, policy commitment constitutes a new type of administrative act. According to the present theoretical analysis of administrative act, “policy commitment” can constitute administrative promise and administrative reward. The Foreign Investment Law gives special protection to foreign investment policy commitments, which strengthens the fair competition and equal application of all state policies supporting the development

of domestic and foreign enterprises in accordance with the law, which required that the impairment of foreign investor's interests in normative documents involving policy commitments must be based on laws and administrative regulations, and disputes on foreign investment policy commitments can be settled through the working mechanism of foreign-invested enterprises complaint.

**Key words:** policy commitment; foreign investment; administrative promise; administrative reward; optimizing business environment

(责任编辑:肖军)