

# 论外商投资法司法解释下 投资合同的效力认定

李璐玮\*

**内容摘要:**2019年我国最高人民法院正式发布《关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》,对外商投资合同范围作了扩大性解释,采取了尽可能认定合同有效性原则,并对《外商投资法》施行之前的合同适用“从新兼有效”原则。但该司法解释并未完全替代旧的司法解释,在新法颁布后的一段时期内仍将面临同时适用可能产生的重叠等问题。外商投资安全审查制度的全面确立给外商投资合同的效力认定带来不确定性,尚有待司法实践检验。建议进一步明确投资合同违反负面清单制度的行政法效力,废止与该司法解释相互重叠或冲突的法律法规;结合以往司法实践明确外资安全审查管理制度下的外资合同效力认定规则,实现外资行政管理权与司法裁判权的有效平衡,更好地处理管理外资与法治保障外资之间的关系。

**关键词:**外商投资法 外商投资法司法解释 外商投资合同 合同效力  
安全审查

## 引言

在外商投资合同纠纷中,外商投资合同效力认定问题是其中的争议焦点。根据“中国裁判文书网”的统计,自2013年以来,以原“外资三法”<sup>①</sup>及其配套法规、2010年最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》(以下称“2010年《规定(一)》”)、2016年《外商投资企业设立及变更备案管理暂行办法》(以下称《备案暂行办法》)作为主要法律依据,涉及平等主体间产生的外商投资合同纠纷案件有131件。经笔者统计,其中90%左右的案件在解决主要争议

\* 武汉大学国际法研究所博士研究生,武汉大学海外投资法律研究中心研究员。

① 原“外资三法”分别指《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》,其主要针对于含外资成分的企业。《中华人民共和国外商投资法》自2020年1月1日起施行,原“外资三法”同时废止。

过程中都需要认定外商投资合同的效力问题,以推动案件走向。除《中华人民共和国民法典》(以下称《民法典》)“合同”编中认定一般合同有效、无效、未生效等基本效力认定标准外,由于外商投资本身属于国家特殊指导、管理和保障范畴,因此外商投资合同与一般合同效力认定的规则标准是不同的。外商投资合同效力认定是国家意志的体现,突出反映国家对私法的干预,<sup>①</sup>是成功认定外资交易以及确立当事人权利义务的关键法律要件。行政审批在我国外商投资领域一直扮演着极其重要的角色,也是外资企业不同于内资企业的主要方面。<sup>②</sup>2020年正式施行的《中华人民共和国外商投资法》(以下称《外商投资法》)对处理外商投资合同效力问题作出了重要指引。为贯彻落实《外商投资法》,2019年12月27日,最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》(以下称“新《司法解释》”),以简短的七个条款为我国法院在未来司法审判中如何判定平等主体间达成的外商投资合同效力问题作出明确规定。

相比分类细化的原“外资三法”及其相关规定,新《司法解释》尚有一些问题值得进一步推敲:例如,现存规则体系是否足以解决外商投资合同效力问题?是否可满足司法实践需求?新旧外资法解释及相关规则之间的重叠与冲突问题对认定外资合同效力有何影响?更具行政强制性的外资安全审查制度是否会对外资合同效力认定产生影响?如有,如何运用法治方式平衡国家行政权与司法裁判权之间的关系,是否需要进一步突出司法权?以上问题都须在新《司法解释》正式施行背景下深入探究。因此,本文拟从分析新《司法解释》的核心内容及其首个司法实践案例入手,以新《司法解释》所呈现出的三大基本导向为主线,就解决外商投资合同效力认定问题,分别阐释其与我国以往法律制度在理论与司法实践中存在的共性和个性问题,再基于上述事实和理论的分析就外商投资合同效力认定规则仍未解决的法律问题展开分析论证,最后提出具体完善建议。

## 一、新《司法解释》的主要内容及其司法实践

### (一)新《司法解释》发布的背景及主要内容

2020年我国《外商投资法》全面正式施行。该法规定我国对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,确立了新时代外资管理新体制。在此背景下,一方面,2010年《规定(一)》已无法全面解决新制度项下外商投资企业所产生的纠纷问题;另一方面,外商投资合同纠纷尤其是外商投资合同效力认定,始终是司法实践中较为突出的法律问题。因此,为贯彻落实《外商投资法》并回应司法实

<sup>①</sup> 参见王德山:《合同效力研究》,中国政法大学出版社2015年版,第1页。

<sup>②</sup> 参见刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社2012年版,第175页。

践关切,最高人民法院发布新《司法解释》着重对外商投资合同效力认定问题进行具体规定。

新《司法解释》共七条,其中第1条是对《外商投资法》第2条的衔接与补充,对新《司法解释》适用的投资合同范围进行界定与细化;新《司法解释》第2条至第5条针对投资合同效力这一具体问题展开,对外商投资合同效力认定的四种具体情形进行规定;第6条规定来自中国港澳台地区的居民和在国外定居的中国公民在境内的投资可参照适用本解释;第7条则规定了新《司法解释》的适用时间及适用上的“从新原则”。总之,新《司法解释》立足于全面贯彻落实准入前国民待遇加负面清单管理制度,明晰了投资合同范围,确立“从新兼有效”的合同效力认定原则,是我国在投资合同效力认定问题上行政权导向向司法权导向平衡的有益结果。

此处须指明,外商投资合同不仅包括平等主体间因投资达成的相关协议,还包括政府与外国投资者间因投资而签订的相关协议,此类合同也被称为“国家契约”,是行政性质的协议。为保障《外商投资法》顺利施行,最高人民法院于2019年11月12日正式发布了《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下称《规定》),《规定》就规范行政协议案件作出专门解释。其中《规定》第2条明确指明行政协议的范围,第12~14条明确界定了行政协议有效、无效、未生效及可撤销等几种效力状态,为司法机关处理此类争端提供明确的法律依据。限于篇幅,本文仅就新《司法解释》下平等主体间签订的外商投资合同的效力问题展开研究。

## (二)我国首个涉新《司法解释》案例

### 1.案件事实及争议焦点

2020年5月,上海市第一中级人民法院公开宣判一起涉外股东资格确认纠纷上诉案<sup>①</sup>,该案是《外商投资法》及新《司法解释》施行后全国首例境外自然人要求确认股东资格案。《外商投资法》颁布前,我国法律未承认中外合资经营企业中中方自然人的投资主体资格。本案原告程岸(外籍)通过签订《股份协议书》的形式,将其实际出资的51%的股份分于其弟程晓(中国籍)和被告张严(中国籍)名下以达到共同创办合资企业的目的。而后由于被告张锋否认其代持有原告26%的股份,而引发隐名股东资格确认纠纷。

本案争议焦点可归纳为三点:一是隐名股东资格确认问题;二是代持股协议下的股权变更问题;三是涉案企业变更为外商投资企业是否存在法律障碍的问题。

<sup>①</sup> 海纽鑫达进出口有限公司与Carson Junping Cheng 股东资格确认纠纷二审案件二民事判决书,中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS K4/index.html?docId=723bdb5f228749afaf8babd400ba89b0>,2020年9月1日访问。文中人名均为化名。

## 2. 案件法律依据

该案一审由上海市浦东新区人民法院根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下称《涉外民事关系法律适用法》)确认本案应适用中华人民共和国法律并依法定程序对本案展开审理。在实体规则层面,该案裁判规则是《外商投资法》、新《司法解释》、《外商投资法实施条例》及我国《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》(以下称“负面清单”)、《负面清单管理规定》。具体来讲,就本案焦点争议,法院的审判依据如下:

第一,隐名股东确认资格问题。本案法院根据原被告及第三人之间的账务往来证明、《验资报告》和《出资证明书》等证据认定原告实际参与了投资,认可其隐名股东身份。原告虽是外籍,但根据《外商投资法》第 4 条确立的负面清单管理制度,法院认定本案涉外商投资不属于负面清单范围,原告享有国民待遇且程序上其股东资格确认无须行政机关的审批。

第二,变更股权问题。首先,合同效力的认定原则上适用行为时法律,但根据新《司法解释》第 2 条第 2 款的规定,新法与旧法确定合同效力的规定不同,且本案符合人民法院在《外商投资法》施行时尚未作出生效裁判的情况。因此,应适用新法认定当事人之间《股权协议书》的效力。同时,根据《外商投资法》规定,涉案外商投资不属于外商投资准入特别管理措施内范围,《股权协议书》的效力无须经行政机关审批即生效。其次,在确认原告是境内公司隐名股东的基础上,法院认定原告有权依据合同约定取回股权。

第三,涉案企业变更为外商投资企业是否存在法律障碍的问题。我国《外商投资法》第 2 条取消了原先中外合资经营企业中对中方自然人合资的限制。《外商投资法实施条例》第 3 条则进一步明确了中外合资企业中中方自然人的合资资格。本案企业经营范围也不属于我国负面清单范围,双方投资主体亦符合外商投资主体的身份。因此,涉案公司变更为外商投资企业的备案手续不存在法律障碍。

## 3. 案件司法价值

本案是隐名投资纠纷中首个境外自然人确认股东资格的案件,是我国审判机关贯彻落实《外商投资法》及其相关配套法规的典型指导案例。本案最突出的价值有以下两点:

(1)有助于“隐名股东确认股东资格”(也即“确认委托履行协议效力”)<sup>①</sup>问题实现司法实践统一。具体来讲,在《外商投资法》及其相关配套法规施行前,我国先前的立法与司法实践一直未对隐名投资作出实质性的定义,即使 2010 年《规定

<sup>①</sup> 参见最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》第 15 条。

(一)》第14条至第20条在一定程度上填补了法律空白。然而,以往司法实践在处理股东资格确认纠纷问题上存在因法院对法律理解不统一,而造成司法处理结果乱象等问题。在中国裁判文书网检索到的2016年之前的隐名投资合同纠纷中,所有引用2010年《规定(一)》第14条败诉的案例中,败诉理由较多集中在不符合第14条第3款的规定上。以往主要存在三种司法处理结果:

一是以北京、江苏、浙江法院为代表,其做法较为统一。以上地区的法院将行政机关的审批和同意作为确认隐名投资者股东资格、认定委托履行协议效力的法律要件。例如,李某某与昆山理盈车材有限公司股东资格确认纠纷案,一审法院在征得昆山市商务局回复后才确认其隐名股东资格。二是以上海市法院为典型,法院在认定股东资格问题上,除依据当事人提交的证据外,还需审查投资企业是否为法律禁止外商涉足的产业,只要满足以上两点即可确认,未将行政审批视为必然要件。三是法院仅根据当事人提交证据予以确认,广州市中级人民法院就是此种做法,体现出较强的司法权导向与弱化行政权的趋势。

在2016年《备案暂行办法》出台后,行政审批不作为股东资格认定及协议生效的必然要件有了明确的法律依据,上述问题在一定程度上得以缓解。例如,在江苏瑞鹏投资有限公司、吴某某与中国地毯控股有限公司股东资格确认案中,由于案件时间跨度到2016年备案管理制度改革,对相关条文规定的设立外商投资和变更相关事项需要审批的,改为适用备案管理。因此,地毯公司虽未获得行政审批,但其主张是瑞鹏公司的股东依法得到法院支持。<sup>①</sup>对比以往立法与司法实践,《外商投资法》施行后的首个案例,则是在把关涉案证据(《股份协议书》和《出资证明书》)合法有效的基础上,严格遵照准入前国民待遇加负面清单管理制度,并致函上海市商务委员会,就确认程岸的股东资格以及将涉案公司变更为外商投资企业进行提前咨询。该案综合体现了司法权与行政权的有效衔接与平衡,更为外籍隐名股东无须特殊行政审批即可确认其境内公司股东身份、变更股权及确认委托履行协议有效扫清了法律障碍。

(2)该案是承认国内自然人与外国人签订外商投资合同有效性,认可其成立外资企业的司法实践先例。在因中方自然人投资主体不合格所引发的投资合同效力认定问题上,2020年《外商投资法》施行前,不承认中方自然人作为投资主体资格,中方自然人同外方投资者签订的相关投资协议,我国法院不予承认双方合作的法律性并判定该类投资合同归于无效。《外商投资法》颁布后,《外商投资法实

<sup>①</sup> 中江苏瑞鹏投资有限公司、吴某某与中国地毯控股有限公司股东资格确认纠纷二审民事判决书,中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=d69b4b0c067e4f259c81aa5c00d870a8>,2020年7月21日访问。

施条例》第 3 条则对中国自然人作为外商投资主体资格给予明确规定。在《外商投资法》实施之前所发生的如戴某某与镇江新景源高压气瓶制造有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷案<sup>①</sup>、董某与环球(天津)医疗设备有限公司公司增资纠纷案<sup>②</sup>, 刘某、窦某某等与鹤壁煤业(集团)有限责任公司股权转让纠纷案等都涉及此项争议, 法院均根据《中外合资经营企业法》或《中外合作经营企业法》第 1 条的规定并结合原《合同法》第 52 条认定合同无效的法定情形判定涉案投资合同为无效合同。该案作为适用 2020 年《外商投资法》的首个案例, 其审判结果则明确回应了关于国内自然人能否与外国人成立外商投资企业的问题, 是认可中方自然人与外商投资者签订成立外资企业合同有效性的先例, 有利于未来司法实践的统一。

## 二、新《司法解释》下外商投资合同效力认定规则的基本导向

据前文所述, 可总结出新《司法解释》中外商投资合同效力认定规则所突出的三大基本导向。

### (一)对“外商投资合同”作扩大性解释

新《司法解释》第 1 条重点指向外商投资实践中平等主体之间达成的投资合同范围及其适用法律的问题, 该条对“外商投资合同”作出的扩大性解释体现在以下三个方面:

首先, 从具体内容来看, 新《司法解释》第 1 条第 1 款规定的投资合同范围是外国的自然人、企业或者其他组织, 因直接或者间接在中国境内进行投资而形成的相关协议。也即该合同范围包括实践中可能为投资者所采用的任何一种合同, 这足以体现合同范围之广。新《司法解释》发布前, 还没有法律规定外商投资合同的定义及范围。以往法律是根据外国投资者参与的不同投资形式作的分别规定。例如, 原“外资三法”分别对不同类型的中外合资企业合同、中外合作企业合同是什么以及合同内容、效力等作出规定。此外, 涉及投资并购、股权转让等投资合同类型也是分规而定的。

其次, 从使用的措辞来看, 新《司法解释》使用“相关协议”一词则进一步扩大了该解释适用的范围。隐名投资纠纷是实践中最常见的法律纠纷, 对于隐名股东

---

<sup>①</sup> 戴某某与镇江新景源高压瓶制造有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷二审民事判决书, 中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=5e8cecc0488e4458daf72a75101134913>, 2020 年 7 月 2 日访问。

<sup>②</sup> 董某与环球(天津)医疗设备有限公司公司增资纠纷一审民事判决书, 中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=7acc564882764125a726aabd0164785c>, 2020 年 7 月 8 日访问。

与显名股东间签订的协议是否属于投资合同不可一概而论。比如,当事人之间如采取信托模式,其法律关系可能不完全属于投资合同,该类协议的性质可能存有较大争议。因此,为保证新《司法解释》的充分适用性,避免此类合同无据可依,采用“相关协议”一词能较好地规避法律适用难题。

最后,从立法模式来看,新《司法解释》第1条第2款还采用“列举式”对投资合同的内容进行了细化规定,即设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议,符合外商投资法所指向的“绿地投资”、外资并购和新建项目的情形。究其立法用意则是考虑到我国改革开放以来外商投资在我国形成和发展的现状,以及我国法律、行政法规已经认可了其他外商投资形式,这是对《外商投资法》中原则性规定的细化与补充,也体现了外商投资合同范围之扩大。

## (二)确立“尽可能认定合同有效”的价值趋向

新《司法解释》第2~5条是基于我国负面清单管理制度对外商投资合同效力认定作出的具体规定,更是贯彻落实《外商投资法》第28、36条的充分体现。合同的效力认定标准及规则体现一定的效力价值趋向。合同效力价值是指对合同诸如有效、无效、未生效、可撤销等效力的评判,其背后无不体现出法律对当事人所订立合同的价值考量,是对与合同有利害关系的各方当事人之间权益平衡的结果。<sup>①</sup>行政审批对民商事合同效力的影响一度成为影响审理该类合同纠纷的瓶颈。<sup>②</sup>我国契约无效制度的立法精神经历了一个由权力扩张型思路向权力限缩型思路演变的过程。新《司法解释》正是传达了契约立法“尽量使契约得以生效”的基本精神,把契约无效限制在较为狭窄的范围内,更彰显我国对契约行政干预的减轻和契约当事人自由权利的张扬。<sup>③</sup>

新《司法解释》仅在第3条、第4条第1款对无效投资合同认定标准进行规定。即对外商投资准入负面清单规定禁止或限制投资的领域,法院认定外商投资合同无效。该标准体现国家对私法领域合同效力认定的干预,是新《司法解释》对负面清单的严格贯彻落实,其背后体现了国家保障政治、经济等国家安全及社会公共利益的立法价值。除此之外,新《司法解释》第2条外,第4条第2款以及第5条是对有效投资合同认定标准的规定。在对有效合同的认定上,其体现出“尽可能认定合同有效”原则,是国家鼓励与保障外商投资交易、有效平衡行政管理与司法监督的价值体现。具体表现如下:

① 参见王德山:《合同效力研究》,中国政法大学出版社2015年版,第6-7页。

② 参见刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社2012年版,第175页。

③ 参见柴振国:《契约法律制度的经济学考察》,中国检察出版社2006年版,第114页。

(1)负面清单范围缩减。一方面,对比有效与无效条文的设置安排,我国在认定外商投资合同有效性问题上十分重视,对不属于负面清单管理范围的外商投资合同,有关行政主管部门的批准、登记不作为合同生效的要件;另一方面,从2020年版的负面清单来看,我国在针对外资准入问题上禁止投资和限制投资的范围越来越小,证明行政审批范围也在大幅度缩减,审判机关认定“尽可能认定合同生效”的价值趋向已十分明确。

(2)“必要补救措施”的规定。《外商投资法》第36条第2款赋予合同当事人在规定时限内采取必要措施补正合同效力瑕疵以满足准入特别管理措施要求的权利。由此,新《司法解释》第4条第2款规定了人民法院作出生效裁判前,当事人采取必要措施满足了准入特别管理措施要求的,投资合同可以认定为有效。这也体现了“尽可能认定合同有效”的基本司法态度。

(3)确立了基于动态调整的负面清单制度认定合同效力的规定。新《司法解释》第5条规定,即便在投资合同签订时未符合负面清单的要求,但在生效裁判作出前,负面清单调整放宽了限制性要求的,投资合同也可以认定为有效。新《司法解释》通过这些制度设计,在依法维护和保障外资管理秩序的前提下,尽可能促进投资合同有效,最大限度保障投资者的合法权益。

### (三)效力认定适用“从新兼有效”原则

新《司法解释》第2条第2款确立了外商投资合同效力认定的“从新兼有效”原则。该款不仅与我国《民法典》认定合同效力的原则保持一致,还注意到投资合同签订于《外商投资法》施行前,但人民法院在《外商投资法》施行时尚未作出生效裁判的情形,规定应按新《司法解释》认定合同效力。<sup>①</sup>该条款是对合同效力认定适用“行为时法律”原则的灵活变通。在前文分析论证的《外商投资法》颁布后的首个案例中,该案法院的审判依据即充分体现了对“从新兼有效”原则的运用。

与此同时,司法实践中应重点关注本条适用的前提条件。当事人依本条款为法律依据向法院主张投资合同无效时,其理由应仅是因协议未经审批而非其他。以李某某与顾某某合同纠纷案<sup>②</sup>为例,法院判定本案中被告主张应适用《外商投资法》和新《司法解释》认定涉案外商投资协议无效是不正确的。原因是本案投资协议虽符合签订于《外商投资法》生效之前且尚未裁决,但是本案原告是依据原《合

<sup>①</sup> 参见丁丁:《助力外商投资法实施 护航改革开放新征程》, [http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-01/05/content\\_164098.htm?div=-1](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2020-01/05/content_164098.htm?div=-1), 2020年7月4日访问。

<sup>②</sup> 李某某与顾某某合同纠纷一审民事判决书,中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=253768702239483099efabb301603a07>, 2020年9月14日访问。

同法》第52条(合同无效的情形)主张涉案投资协议无效的,而并非以该协议未经审批为由。由此,法院认定涉案委托投资及股权代持协议的效力不属新《司法解释》第2条规定的内容,适用本条款的实质性条件应特别注意。

### 三、外商投资合同效力认定规则之检视

尽管新《司法解释》在认定外商投资合同效力上体现一定的法治进步,但在立法、司法等多角度上仍存在不足之处,值得进一步商榷。

#### (一)对限制投资领域投资合同的效力认定不精准

新《司法解释》第4条对合同效力界定不够精准,应将第4条第1款规定的合同效力界定为未生效合同而不是无效合同。修订理由如下:首先,该条款与《外商投资法》第36条第2款体现的基本原则相互矛盾。《外商投资法》第36条第2款赋予违反负面清单中限制性准入特别管理措施的外商投资者限期补正合同效力瑕疵的权利,因此,当事人之间订立的投资合同效力应准确定性为“未生效合同”,不可全盘否定其效力。其次,从理论层面上讲,合同无效与合同未生效本质上存在区别。合同无效是因合同具有法律规定的无效事由而确定地自始不具有约束力,不具有可履行性、可补救性,即使已经履行的也要恢复到原来的状态。<sup>①</sup>但是,未生效合同则是处于效力不确定状态,可以通过补救而成为有效合同,在法律规定的时限内未满足要求的则再认定为无效合同。显然,基于《外商投资法》基本原则及具体法律措施的规定,新《司法解释》第4条第1款对合同效力的界定似应再做考量。

#### (二)新《司法解释》应予界定的其他事项

##### 1.未界定投资合同违反负面清单的行政法效力

新《司法解释》规定其适用于人民法院审理平等主体间达成的民商事投资合同所产生的纠纷案件,并就该类投资合同的民商事效力状态(有效、无效等)分别进行规定。由于我国实行外商投资准入特别管理措施,涉及国家主权权力的行使及行政管理权的介入,如对此类民商事性质的“投资合同”违反负面清单管理模式的法律效力、行政责任以及可能的刑事责任避而不谈,负面清单管理制度本身所包含的公权力价值在这些问题上将难以落实。进一步讲,明晰负面清单管理模式下民商事性质的“投资合同”的民事效力和行政责任之间的关系似乎更不可或缺,否则《外商投资法》中所规定的负面清单管理模式包括备案登记、限制性规定等有被架空之嫌。

<sup>①</sup> 参见刘贵祥:《合同效力研究》,人民法院出版社2012年版,第185页。

## 2. 未明确负面清单未尽事项的投资合同效力

外商投资合同的效力认定依负面清单管理为基本导向,新《司法解释》第 3 条界定了投资合同认定为无效的范畴。然而,根据 2020 年版负面清单中规定的,对于负面清单中未列出的文化、金融等领域与行政审批、资质条件、国家安全等相关措施,该类合同的效力应如何认定,新《司法解释》未予以明确。由于上述类型的合同涉及行政审批、认证以及国家安全问题界定等行政事由,如按照新《司法解释》第 3 条的认定规则,将此类合同简单界定为负面清单外范畴并认定其为有效合同,则会造成不合理弱化行政权的结果。因此,对于涉及上述措施的外商投资合同,实践中应采取相对灵活的方式视情况认定其合同效力。

## 3. 缺少必要的程序性规定

《外商投资法》第 36 条第 2 款赋予外商投资者限期改正并采取必要补救措施的权利。出于司法实践的考虑,外商投资者采取必要措施以满足投资准入条件的,需要协调处理当事人采取必要措施和法院作出生效裁判之间的时间问题。缺乏时限规定,一方面不利于维护投资当事人的合法权益;另一方面,由于缺乏具体的时限规定,若当事人故意拖延时间也会造成司法资源浪费。由于新《司法解释》对此尚未作出具体规定,因此,有必要结合具体情况明确规定当事人采取必要措施的时限。

### (三) 新旧法重叠与冲突下部分规则有待调整

随着新《司法解释》的正式施行,其所针对的外商投资合同效力认定问题,在 2010 年《规定(一)》中也早有涉及。由此,不同司法解释之间在认定外商投资合同效力中不可避免地存有重叠与冲突等问题,将对司法实践中法律适用造成一定影响。根据法律适用理论,具有同等法律效力的新旧法律重叠问题,存在两种不同的情况:一种是表述不同,但新规则并未改变旧规则的含义。对于此类重叠,需要立法者表示两者并无差异的“意思”,并对表述不同的规则作出统一的解释和适用,否则易造成适用不统一现象。另一种是表述不同,而且新规则已在不同程度上改变了旧规则的含义。此种情况下,模糊的“意思”就不足以解决实践中可能发生的冲突,同样需要立法者给出明确的指引,即确定当两者出现不一致时,“优先适用”哪一个规则。<sup>①</sup>基于该理论,对同一事项的规定,无论表述或含义是否一致,为避免实践中出现的法律适用错误或不统一问题,都需要在立法中另行明确。

<sup>①</sup> 参见刘宁元:《论我国法律适用法体系及其协调和冲突》,《东方法学》2011 年第 3 期,第 22 页。

## 1. 新旧司法解释的重叠

### (1) 表述不同且含义不同

新《司法解释》第7条规定,本解释施行前本院作出的有关司法解释与本解释不一致的以本解释为准。该条是对同一事项规则存有冲突的情况该如何适用法律的规定,为实践中认定外资合同效力明确了法律依据。因此,明确的法律适用规定可为实践中认定外商投资合同效力排除障碍。经梳理比较新《司法解释》与2010年《规定(一)》中就同一事项所规定的合同效力规则,表述不同且含义完全发生变化的规定有两项:

其一,合同生效要件。2010年《规定(一)》在确认外商投资合同效力问题上适用“审批制”。而新《司法解释》全面实行准入前国民待遇加负面清单管理制度,合同无须经审批即可生效。对此,应当优先适用新《司法解释》。其二,外商投资合同范围。外商投资合同范围直接影响认定各类投资合同效力是否有法可依的问题。新旧司法解释在界定投资合同范围上,形式差异体现在新《司法解释》采取统一式加列举式,而2010年《规定(一)》则采取分规式,对各类外商投资合同问题进行分别规定。含义上的差异体现在,新解释囊括了旧解释中所约束的外商投资合同范围。例如,2010年《规定(一)》未予明确隐名股东与显名股东间签订的协议涉及信托方式的合同效力问题,而新《司法解释》对投资合同范围作的扩大性理解,很好地解决了部分投资合同效力认定无据可依的难题。

### (2) 表述不同但含义相同

新旧解释表述不同但含义相同的例子有部分投资合同效力认定规定的重叠,即2010年《规定(一)》第13、15条、新《司法解释》第2条。2010年《规定(一)》第13、15条分别是对外商投资中股权质押合同及隐名投资纠纷中委托履行协议的效力认定规则。确定无疑,两类合同都属于外商投资合同范畴,同时合同生效都不以行政审批为必然要件。在《外商投资法》施行前,我国虽未全面确立负面清单管理制度,但是根据现行规定属于负面清单外订立的上述两类合同的生效规定与新《司法解释》第2条所规定的效力认定规则在意思表示上是一致的。新旧规则虽然表述不同,但同样都认可此类合同“成立即生效”的认定规则。那么,在2010年《规定(一)》有效的情况下,实践中无论适用新解释还是旧解释,虽不影响合同的效力认定,但出于法律适用的统一性,在立法中予以明确十分必要。

## 2. 新旧法的冲突

前文探究的新旧司法解释重叠问题是在同一法律效力位阶下,下文就认定外商投资合同效力时,不同法律位阶下对同一事项的不同规定进行阐释。其一,外商投资中涉及股权转让合同的效力认定问题。我国原“外资三法”、2010年《规定(一)》第11条规定必须遵守一致同意原则,即一方转让股权必须经各股东一致同

意,未经其他股东一致同意的股权转让合同属可撤销合同范畴。原“外资三法”废止后,现在统一适用《公司法》第 71 条规定,针对有限责任公司,原则上半数以上股东同意即可,无须各股东一致同意。实践中单就认定股权转让合同效力而言,不存在法律适用上的冲突,然而在 2010 年《规定(一)》现行有效的情形下,为维护法制统一性,适时修改或废止与 2010 年《规定(一)》中与《公司法》相互冲突的规定亦有必要。

其二,外商投资中的关联并购合同效力问题。《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下称“10 号文”)第 11 条就境内企业关联并购问题明确规定应报商务部审批,显然审批是该类合同生效的必然要件。然而,根据《外商投资法》规定的外商投资准入管理制度,只将属于负面清单的限制类和禁止类外商投资列入管理范畴。从严格逻辑来讲关联并购类投资并不属于外资准入管理范围。那么,该类合同的效力自然不由行政审批定夺。由此所产生的问题在于,原“外资三法”废止的情况下,继续将关联并购列入商务部审批范围之内,似乎不仅缺乏法律依据,<sup>①</sup>而且 10 号文与《外商投资法》就关联并购合同效力认定规则的冲突也成为不可忽视的问题。

#### (四)外商投资国家安全审查制度下合同效力认定缺乏依据

《外商投资法》确定我国建立外商投资信息报告制度<sup>②</sup>,商务部与国家市场监督管理总局共同发布《外商投资信息报告办法》(以下称《报告办法》)并废止 2016 年《备案暂行办法》。《报告办法》规定自 2020 年 1 月 1 日起,外国投资者或外商投资企业应通过企业登记系统及国家企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息(初始报告、变更报告、注销报告、年度报告等)<sup>③</sup>,各级商务主管部门不再受理外商投资企业设立及变更的审批和备案业务。那么,对于外商投资合同来讲,不涉及负面清单范围的投资合同一经成立即生效。外商投资者或外商投资企业设立或涉及重大实质变更的,只要不违反我国负面清单的规定,投资合同及其补充协议只须通过企业登记系统报送相关变更登记及备案投资信息即可,投资者或企业报告与否不影响投资合同效力。

随着我国全面确立外商投资国家安全审查制度(以下称“外资安审制度”)。根据我国 2021 年 1 月 18 日正式施行的《外商投资安全审查办法》第 2、3 条规定,对影响或者可能影响国家安全的外商投资实施安全审查,并建立外商投资安全审查

<sup>①</sup> See KaiDing Wang, *et al.*, Into a New Era: Changes and Challenges in the Foreign Investment Legal Regime of China, <https://www.kwm.com/en/knowledge/insights/new-foreign-investment-law-20190315>, visited on December 2020.

<sup>②</sup> 参见《外商投资法》第 34 条。

<sup>③</sup> 参见《报告办法》第 2、8 条。

工作机制,由国家发改委、商务部牵头承担外资安全审查日常工作。就本文探讨的外商投资合同效力认定问题而言,应注意到实践中对已经投资信息上报或未经投资信息上报的外商投资项目,根据发改委、商务部门在履行监督检查义务过程中,或是有关机关、企业、社会团体、社会公众<sup>①</sup>发现该项投资可能存在影响国家安全的因素或风险的,外商投资安全审查工作机制办公室应依职权通知该项目负责人进行外资安全审查申请。对于进入外资安全审查程序的外商投资一旦未通过我国外资安全审查,相应的涉案投资合同的效力会因外资安审这一行政行为而立即失效,还是须由司法程序认定该投资合同违反我国法律的强制性规定而被判定为无效合同呢?关乎国家安全的问题不容小觑,如何在立法中体现司法权与行政权之间的有效衔接亟须明确。

#### 四、完善外商投资合同效力认定问题的建议

推进科学立法,提高立法质量是关键。<sup>②</sup>就外商投资合同效力认定问题,应从加强立法、司法等多角度去完善。

##### (一) 进一步细化外商投资合同效力认定规则

为消除投资者疑虑并减少司法审判障碍,建议在《外商投资法》及新《司法解释》中进一步修订、增补以下内容:(1)将新《司法解释》第4条第1款规定的合同效力由无效合同修订为未生效合同,具体可通过进一步加强司法解释的途径。由于本次新《司法解释》具有覆盖范围小、针对事由单一的特性,最高人民法院针对《外商投资法》制定全面的司法解释步伐并无停歇,上述方式可行性较强。(2)通过加强立法或司法解释的方式增补新的条款以明确外商投资合同违反负面清单制度的法律效力。进一步而言,建议在《外商投资法》或新《司法解释》中明确民商类投资合同的民事效力与行政责任之间的关系。根据不同民事合同的效力状态进一步明确对应应在《外商投资法》及《报告办法》中规定的行政责任。(3)对于投资合同涉及负面清单中未列出的文化、金融等领域与行政审批、资质条件、国家安全等相关措施的,应在立法中以相对开放的态度规定此类合同的效力,不可一概而论,而是要分情况认定。建议在各级行政审批机关、资质许可机关以及外资安全审查主管机关审批、许可及审查范围内对不存在违规行为的,尽量认定此类合同为有效合同。如此过程中发现此类合同不符合相应法律规定的情形或需要其他有效措施消除违规行为所造成的影响的,则认定此类合同为未生效合同。

<sup>①</sup> 参见《外商投资安全审查办法》第15条。

<sup>②</sup> 参见肖永平:《全面依法治国的新阶段:统筹推进国内法治与国际法治建设》,《武大国际法评论》2018年第1期,第8页。

## （二）明确程序上“采取必要措施”的时限

根据前文建议,新《司法解释》应将外国投资者投资负面清单规定限制投资领域的合同确定性为未生效合同。新《司法解释》不仅在实体层面赋予该类合同的投资者采取必要措施满足投资合同生效的特殊权利,同时在程序上也设置了时限要求,即在人民法院作出生效裁判前。程序既是现代法治的规则,又是理论法治的规则保障。<sup>①</sup>出于保障投资者利益、节约司法资源的多重考量,建议在动态化的投资合同认定规则下,加强细化相关程序性规定,对“人民法院生效裁判前”的时间进一步予以明确。

从我国 2020 年版的负面清单规定来看,我国对限制投资领域一般会作出股权要求、高管要求等。一方面,上述事项都涉及外商投资核心利益,会产生各种利益博弈,同时投资者采取必要措施的方式多为召开多轮股东会进行决议,需要较长时间协调处理。如若依据我国《民事诉讼法》规定的普通程序六个月的审限要求,无疑不利于促成投资者交易;另一方面,从节约国家司法资源角度,投资者如因特殊事由申请延长审理期限,由此可能会因无法预期而造成案件的长期搁置,浪费司法资源。因此,建议协调处理当事人采取必要措施和法院作出生效裁判之间的时间问题,明确规定当事人必须在人民法院确定该违规事实后的六个月内,采取必要措施以满足投资准入要求。同时,赋予投资者一次延长审理时限的机会,增加程序适用的灵活性。建议规定六个月期满后合同当事人如满足我国《民事诉讼法》规定的特殊情况,须经本院院长批准审理期限再次延长六个月。至于确定投资者满足“特殊情况”的法定条件,须在长期司法实践的基础上逐步细化。

## （三）废止重叠与冲突的法律法规

我国《外商投资法》规定外商投资准入负面清单以外的投资领域,实行内外资一致的管理原则。这与我国依据原“外资三法”发布的各项规范性文件存在重叠或冲突。为贯彻落实《外商投资法》,我国商务部于 2019 年 12 月 26 日发布《关于废止部分规范性文件的公告》,决定自 2020 年 1 月 1 日起废止 56 项有关外商投资的规范性文件,涉及内容包括中外合资经营企业的期限、外商投资企业投资总额和注册资本等。就本文所探究的问题来讲,建议直接废止前文所述 2010 年《规定(一)》中与新《司法解释》相重叠的内容或者考虑直接废止 2010 年《规定(一)》,通过进一步充实细化新《司法解释》的方式达到规则层面的统一,为司法实践中适用法律扫清障碍。

对于 10 号文与《外商投资法》下负面清单管理制度的冲突问题,10 号文应随着“外资三法”的废止而尽快进行修订。如果规定关联并购合同继续需要由商务

<sup>①</sup> 参见胡利明:《论程序的法治价值》,《中州大学学报》2017 年第 4 期,第 61 页。

部审批,本文则建议至少需要行政法规层面的规定。例如,在负面清单中直接予以规定,而不是通过10号文进行授权性规定。<sup>①</sup>由此可增强认定关联并购合同效力的强制性与可操作性。

#### (四)确立外资安审制度下外商投资合同效力认定规则

我国对外经济合同法自改革开放以来就强调有效合同的约束力问题。<sup>②</sup>然而,在坚守契约精神作为法治精神核心原则的前提下,<sup>③</sup>对于外资安全审查这一关乎国家安全利益且极具政治色彩的制度而言,实践中行政权的介入难免会对司法权认定合同效力造成一定程度影响。以外资安审制度发展相对成熟的美国来讲,美国宪法传统赋予对于关系国家安全相关事务极大的自由裁量权。美国外商投资委员会(CFIUS)作为一个跨部门委员会,专门负责从国家安全视角审批交易。在外商投资准入领域也发挥了行政权导向的作用,CFIUS可直接建议禁止交易;进一步讲,美国总统本人在任何情况都有权下达命令阻止或取消对国家安全有不利影响的投资交易,<sup>④</sup>体现了较强的行政干涉性。

就我国立法来讲,一方面应尊重私法自治,另一方面对国家安全问题也应保持严谨的态度,遵守适度的行政干涉原则。外资安全审查通过与否将决定该项投资成功与否,进而成为影响外资合同效力认定的新的行政性因素。根据《外商投资安全审查办法》一项外商投资最终将面临“未通过”“通过”和“附条件通过”安全审查三种审查结果。因此,我们建议首先在未来立法上应明确的宗旨是在外资安全审查决定作出前,对于备案类投资合同,应当坚定合同成立即生效的合同法基本原则。其次,对于未通过我国外资安全审查的投资合同,也不可因这一行政决定直接影响该类合同效力的后果,未通过外资安审的投资合同不当然无效。结合正当程序所体现的法治精神要求,任何行政行为都应受到法律制约和监督。<sup>⑤</sup>就实践中的具体做法,建议外资安全审查工作机制办公室对未通过的投资保留审查证据,在外资安审“未通过”决定作出后,将审查资料移交司法审判部门

---

① See KaiDing Wang, *et al.*, Into a New Era: Changes and Challenges in the Foreign Investment Legal Regime of China, <https://www.kwm.com/en/knowledge/insights/new-foreign-investment-law-20190315>, visited on December 2020.

② See H. R. Zheng, *The Comparative Analysis of the Foreign Economic Contract Law of the People's Republic of China*, 3 China Law Report 250 (1986).

③ 参见郭德香、李璐玮:《“一带一路”倡议下我国对外投资保险法律制度的完善》,《中州学刊》2018年第10期,第64页。

④ See Daniel C. Schwartz & Jennifer K. Mammen, *The Role of Cfius in International Business Transactions*, 2 International Business Law Journal 116 (2017).

⑤ 参见漆彤:《论外商投资国家安全审查决定的司法审查》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期,第146页。

作为确认该类合同无效的法定证据。由此保障在必要适度行政权介入的基础上,确保司法权对行政权形成有效监督。

### 结语

随着我国外商投资准入政策的不断放开,外商投资合同效力认定规则也呈不断开放与发展趋势。我国外商投资合同效力认定历经改革开放初期严格的审批制到 2016 年进一步扩大开放阶段的备案制度,再到目前全面开放格局下所确立的负面清单管理制度下的不同认定标准,综合体现了我国法治在扩大外商投资准入、提高外商投资水平中的全面进步。通过对新《司法解释》主要内容及司法实践的具体分析,可得知具体条款在处理外商投资合同效力认定问题上促进投资交易等现实作用与价值。

同时,认定外商投资合同的法律规则也需要在实践中不断完善。《外商投资法》及相关配套法规不仅须重新检视现有认定规则的精准度、相关规则的重叠与冲突等问题,还须跟进思考外资安审制度下对投资合同效力认定带来的行政权与司法权有效平衡等新问题。对实现我国打造法治化、国际化、便利化的营商环境目标而言,我国立法与司法机关需要进一步细化外商投资合同认定规则及标准,精准界定外国投资者投资“负面清单”规定限制投资领域的合同准为未生效合同,并在程序上设置灵活的“采取必要措施”的时限。同时,对重叠或冲突的相关规定进行全面或部分废止,在涉及外资安审的情况下,对相关外资合同效力认定的标准应整体上坚持司法权导向的同时,允许必要适度行政的介入,达到尊重私法自治与维护国家安全的有益平衡。

### **The Validity Determination of Foreign Investment Contracts under the Judicial Interpretation of Foreign Investment Law**

**Abstract:** The Supreme People's Court of China officially issued the “Interpretation on Several Issues Concerning the Application of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China” in 2019. In the judicial interpretation, the scope of foreign investment contracts has been expanded to explain, adopted the principle of ascertaining the validity of the contract as much as possible and applied the principle of “renewal and effective” to the contract before the implementation of Foreign Investment Law of the People's Republic of China. However, the new judicial interpretation does not replace the old ju-

dicial interpretation completely. In the period after the promulgation of the new judicial interpretation, there will still be problems of overlap that may arise from simultaneous application. The establishment of the new system of foreign investment security review also brings many uncertain factors to the validity of foreign investment contracts, which need to be tested by judicial practice. Our country's legislature should further clarify the administrative law effectiveness of investment contracts that violate the "negative list" system and abolish laws and regulations that overlap or conflict with the judicial interpretation. The judiciary should combine the past judicial practice to stipulate flexible time limits for the parties to take necessary measures, clarify the rules for determining the validity of foreign investment contracts under the foreign investment security review management system, so as to achieve an effective balance between the administrative power of foreign investment and judicial power, and better handle the relationship between foreign capital management and legal protection of foreign capital.

**Key Words:** foreign investment law; Judicial Interpretation of Foreign Investment Law of the People's Republic of China; foreign investment contracts; validity of contracts; security review

(责任编辑:漆彤)