

负面清单制度下的外资合同效力

袁阳洋

上海政法学院，上海

摘要 | 在我国对外开放不断迈进的脚步中，原有的“外资三法”逐渐暴露出其局限性。《外商投资法》再原有外商投资法律制度的基础上作出了以下创新：一是确立了统一的外商投资的行为规范；二是引入了准入前国民待遇；三是扩大了对外商投资的保护和促进；四是扩展了外商投资行为的范围。《外商投资法司法解释》所针对的主要问题就在于外商投资合同的效力问题，这是十分贴近司法实践中各方最亟待结局的问题。“解释”对于其中一些问题作出了解答，这其中包括限制进入领域的外资合同效力问题、涉外股权代持协议效力、规避法律的行为与外商投资合同效力。

关键词 | 外商投资；合同效力；负面清单；强制性规定；外资并购

Copyright © 2024 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

2013年，我国进入全面深化改革的新时期，对外开放的大门不仅没有关闭，而是进一步对外来投资者敞开，中外政府、企业、投资者有着相较前一个时期更频繁的往来与交流，这样繁荣的场景不仅促进了中国的经济发展，同时还带

动了更多的外来投资者的目光，激发了他们来华投资的欲望，于是乎就形成了一个良性循环，以外商投资促进经济增长，以经济增长吸引外商投资。虽然扩大开放带来了更多的经济发展和良好国际形象，但是经济活动越多，则经济纠纷也越多。这种经济纠纷的增长并非只是单纯地在数字上增长，更是一种在新领域、新环节上的增长。为了保障外来投资者的在华合法权益，促进新一轮经济发展，我国在2019年制定了全新的《外商投资法》，该法废除了原先的外资三法，根据现有的外商投资领域产生的新问题，作出了新的规定。尤其是该法有两大亮点，一是准入前国民待遇，二是负面清单制度。^①这使得外来投资者在中国的投资更为快捷和自由，打破了原有模式，吸收采纳了国际经验和趋势，同时也为解决新的外商投资问题提供了有力的法治依据和保障。特别是负面清单制度，它改变原有的外来投资者进入中国市场的门槛和领域，对于原有的每个领域都需审批的方式作出了优化，只审批负面清单上的领域。对于没有列在负面清单上的领域，外资进入则采取备案制，这对于外资合同的效力就出现了比原本更多可能出现新情形。这些问题对于涉外营商环境有着至关重要的影响。

二、负面清单制度下的外商投资合同效力

2013年起，全国人民代表大会常务委员会先后授权国务院在上海、广东、天津、福建四个自贸区内暂时停止实施“三资企业法”等法律法规中规定的外商投资企业设立、变更等事项的行政审批，改为备案管理。2016年，全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国外资企业法〉等四部法律的决定》（下称“决定”），该决定与外来投资者在中国境内进行投资的准入特别管理措施紧密相关，而这项管理措施制度换句话说就是负面清单制度。“决定”中规定了，凡是不涉及外来投资者在中华人民共和国境内进行注资的准入特别管理措施的外资合同，将原有的审查批准制度改为备案登记制度，即对于在外路投资者在海内进行投资的准入特别管理措施这一清单外的外来投资者在中国境内设立企业的投资行为的设立和变更采取登记备案制度。这就使得原来作为合同生效要

^① 董陶然，外商投资准入负面清单适用法律问题研究 [D] . 山西财经大学，2017.

件的行政审批变成了仅仅具有行政管理意义的告知性备案，备案与否不影响合同效力。正是因为我国通过《外商投资法》确立了对外来企业和自然人投资者在进入我国市场前享受和本国企业一样的管理模式以及政策支持和负面清单制度，使得原有的经行政审批准入后才享受国民待遇的模式发生了变化。在这样一种新的管理模式下，外资合同的效力问题显得尤为重要，而《外商投资法解释》的重心就在于确认这些合同效力，对于本文的研究有至关重要的影响。

想要研究外资合同效力，首先要搞明白什么是外资合同。在《外商投资法》以及以往所制定的有关外来投资者投资的行政法规中并没有一个专门的外商投资合同的概念，但在《外商投资法解释》的第一条就明确规定了什么是外商投资合同，即外国投资者即外国的自然人、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，包括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。并且，对于一些非传统意义上的外商投资行为也可以适用，包括企业的合并分立、对于财产的分割等。同时，《外商投资法解释》的序言也明确了外商投资行为所使用的对象是在外商投资领域的平等主体之间的围绕外商投资行为所产生的纠纷。由此可见，所谓外商投资合同所适用的法律关系应当只是私主体之间的，即外来投资者和国内的司法主体的关系，而不包括外来投资者和国家政府之间的公法意义上的关系。^①通过对《外商投资法解释》序言和第一条的解读我们得知了外商投资行为的性质和外商投资合同的概念，这有利于广大当事人和专业人士在进行外商投资活动获得更好的指引，也为我们接下来的研究提供了基础概念。

《外商投资法解释》第二条规定了对《外商投资法》第四条所指的外商投资准入负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。从这条规定可以看出，对于不涉及负面清单的外商投资合同，行政审批机关的批准并

^① 伍燕，王权典．BOT特许协议的争议解决机制[J]．上海政法学院学报，2007（2）：122-127．

不再是外商投资合同的生效要件。但是,结合《外商投资法》的立法逻辑,这里的行政主管部门只能是管理外商投资领域的商务主管行政机关,且是仅仅对外商投资行为进行审批。之于非外商投资行为或是其他法律、行政法规规定应当以审批作为生效要件的,按照《民法典》第五百零二条第二款规定“依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。”。这就表明外商投资合同的生效不单单取决于是否在负面清单内,即是否需要商务部门审批,而且还要按照其他规范性法律文件的规定,由其他的行政主管部门进行审批。对于负面清单外的外商投资合同,虽然主管商务的行政部门无需对其进行审批,但是对于主管其他领域的行政部门是否需要审批,则有另外的规范性法律文件进行规定。这也是对法律的平等原则在外商投资领域的体现,如果仅仅按照《外商投资法解释》的字面意思去理解和适用,那么将不可避免地出现有利于外资的情形,也将使外资在一定程度上逃脱监管,获得“超国民待遇”,违背了内外资一致原则。^①除此之外,《外商投资法解释》第二条第二款就《外商投资法》的溯及力作出了明确,依旧是突破了法不溯及既往的基本原则,以生效判决出现时的法律作为裁判的准则,即对外资合同溯及采用从新兼有效原则进行确认。这么做的目的在于维护外商投资领域的活动的稳定性和可预测性以及规范性法律文件在外商投资领域的稳定性和指导性。具体来说,一个外商投资合同成立于《外商投资法》施行前,尚未履行审批义务,在《外商投资法》施行后,该合同无需以审批为有效要件,那么该合同在没有其他无效事由且符合其他规范性法律文件的要求的情况下,该合同不认为是无效的。这是尽最大可能肯定合同效力的原则在外商投资裁判领域的体现。

在外商投资领域中的负面清单中,对于外来投资者设置了禁止进入和限制进入的领域,针对这些领域的外商投资合同效力问题,《外商投资法解释》第三、四条作出了相应的规定:“外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域,当事人主张投资合同无效的,人民法院应予支持;外国投资者投资

^① 王淑梅,高晓力,邓江源.《关于适用外商投资法若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法,2020(4):19-21.

外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，当事人以违反限制性准入特别管理措施为由，主张投资合同无效的，人民法院应予支持。”这两项规定的目的是为了保障负面清单制度的真正落实^①。如果对负面清单上的领域的外资合同效力直接确认其有效的話，那么就将难以区分负面清单内外的行业，导致负面清单制度名存实亡。

禁止进入领域和限制进入领域的外商投资合同无效的原因是依据《外商投资法》第二十八条第一、二款和第三十六条第三款以及民法典第一百五十三条的规定。《外商投资法》第二十八条第一、二款规定了外来投资者不得进入负面清单中禁止进入的领域，对于限制进入的领域，应当符合外资进入的条件方可进入。第三十六条第三款规定了违反第二十八条第一、二款应当承担法律责任。民法典第一百五十三条规定了：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”由此可见，对于禁止进入领域的外商投资合同是绝对无效的，因为《外商投资法》第二十八条第一款属于效力性强制性规定，不存在补正的可能。而对于限制进入领域的外商投资合同，因为存在补正的可能，所以《解释》第四条第二款作出了如下规定：“人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，当事人主张前款规定的投资合同有效的，应予支持。”因此限制进入领域的外商投资合同属于相对无效，可以通过后续行为进行补正，使合同达到完全的效力，被认定为有效。这同样也是尽最大可能肯定合同效力的原则在外商投资裁判领域的体现。但是，对于限制进入领域的外商投资合同，《外商投资企业纠纷案件司法解释（一）》同《外商投资法解释》的规定有所不同。根据《外商投资企业纠纷案件司法解释（一）》第一条规定“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持”，

^① 郭冠男. 市场准入负面清单改革推进中的突出问题 [J]. 中国经贸导刊, 2017 (36): 11-14.

对于没有进行外商投资审批的外资合同并不是直接无效的，而是处于一种效力未定的未生效状态。如果通过审批则合同有效，反之则无效。这就相当于将合同效力悬置起来，^① 依旧没有解释清楚合同到底是有效还是无效的，这将会在下文进行详细论述。

由于世界是运动的、是发展的，因而各种新兴行业、新兴情况层出不穷。对于外商投资的负面清单也必须符合这样一种潮流，不能一成不变，做一个静态的死制度，而应当是动态的、随时可以调整。这就将导致原本是禁止进入或限制进入的领域一下变成可以进入的领域，或者原本是可以进入的领域一下变成禁止进入或限制进入的领域。这将对外商投资合同效力产生极大的影响。《外商投资法解释》第五条正是针对这样一种复杂多变的情况规定了“在生效裁判做出前，因外商投资准入负面清单调整，外国投资者投资不再属于禁止或者限制投资的领域，当事人主张投资合同有效的，人民法院应予支持。”这就表明了，当开放原本禁止进入或限制进入的领域时，原本的强制性规定和导致合同无效的瑕疵失效了，那么如果合同没有其他无效事由，则合同有效。

综上所述，外资合同效力与负面清单制度紧密相关。对于不在负面清单上的领域的外资合同，如果符合合同成立要件，且不存在其他无效事由，则合同有效。对于负面清单上的禁止进入领域的外资合同，合同是绝对无效的，没有任何行为可以补正使其有效。对于负面清单上的限制进入领域的外资合同，合同的效力处在未定的未生效状态，如果满足准入特别管理措施的要求，那么该合同可以被此行为补正，使其有效。对于负面清单的变动，外商投资合同由于强制性规定和导致合同无效的瑕疵失效了，且没有其他无效事由，则有效。

对于外资合同效力，在我国的司法实践中经历三个阶段。一是未经审批，合同无效。二是未经审批，合同未生效。三是对于负面清单外领域的外资合同，无需商务主管部门审批，即可生效；对于负面清单上的禁止进入领域的外资合同，合同是绝对无效的；负面清单上的限制进入领域的外资合同，最高法采取了回

^① 吴光荣. 行政审批对合同效力的影响：理论与实践[J]. 法学家, 2013(2): 98-114, 178-179.

避的态度，即使是司法解释之间也有冲突，这就有待下文进行深入地分析了。

三、外资合同效力的争议及处理建议

随着《外商投资法》的颁布实施，外来投资者在我国境内投资的便利性相较于原来“外资三法”的时代有着显著提升。虽然《外商投资法》解决了之前“外资三法”所产生的问题，但是伴随法律之间的更替，一些新的问题也逐渐浮出水面。《外商投资法解释》对于其中一些问题做出了解答，在其没有涉及的领域也出现了一些新的问题，这其中包括限制进入领域的外资合同效力问题、涉外股权代持协议效力、规避法律的行为与外商投资合同效力。

（一）限制进入领域的外资合同效力

如前文所述，对于限制进入领域的外资合同效力，《外商投资法解释》和《外商投资企业纠纷案件司法解释（一）》的认定有所冲突，一方认为违反准入特别管理措施的，合同无效，另一方则认为合同仅是未生效，有待后续行为进行补足。这个问题的核心点就在于认定外资准入特别管理措施的性质。根据原《合同法》的规定，违反法律行政法规的强制性规定的合同无效。《合同法司法解释（二）》中认为这种强制性规定必须是效力性强制性规定。在《民法典》中，第一百五十三条是对这些规定的延续。那么，对于外资准入特别管理措施是否属于效力性强制性规定将决定外资合同的效力。在学理上，法律规范被分为两种，强制性规定和任意性规定。对强制性规定又可分为效力性强制性规定和管理性强制性规定。管理性强制性规定是指虽然对违反规定者课以处罚，但是并不否认该行为在私法上的效力的法律规范。而效力性强制性规定是指违反该规定的行为归于无效的法律规范。^①对于如何识别效力性强制性规定，可以从正反两个方面进行考量。从正面来说，最简单的判断标准就是看该规定是否直接规定违反即导致合同无效。还有一个判断标准就是虽然没有规定违反就无效，但是如果继续认定合同有效将对国家和公共利益造成损害的，在这种情况下，该规定

^① 韩世远. 合同法总论（第3版）[M]. 北京：法律出版社，2011：38.

也是效力性强制性规定。从反面来看,第一个判断标准就是从该规定的立法目的上进行识别,如果该规定仅仅是为了管理上的需要而设置的,那么该规定就不属于效力性强制性规定。第二个判断标准就是从该规定的调整对象上进行识别,效力性强制性规定的调整对象一般是行为,而管理性强制性规定的调整对象一般是主体资格。^①

《外商投资法》第二十八条规定了在限制进入的领域进行投资需符合负面清单的规定,在三十六条中将其法律责任规定为接受主管机关的处罚,并未规定合同效力如何。同时,在负面清单中的外资准入特别管理措施大多都是对主体资格的限制和对股权比例的要求,例如在学前教育机构必须中外合作办学,必须由中方主导,即校长或者主要行政负责人应当具有中国国籍,理事会、董事会或者联合管理委员会的中方组成人员不得少于1/2。因此,根据上述的判断标准,笔者认为外资准入特别管理措施完全可以被认定为管理性强制性规定,违反该规定不导致合同无效。如果合同没有其他无效事由,则该合同有效。

由此可见,《外商投资法解释》认定违反准入特别管理措施的外资合同无效是具有不合理之处的。同时,就该规定本身而言,我国民事法律制度中的无效是自始无效、绝对无效,不存在任何事由可以使其有效,而解释则认为通过满足准入特别管理措施可以对合同效力进行补正,这就显得前后矛盾,逻辑不能自洽。《外商投资企业纠纷案件司法解释(一)》认为不满足准入特别管理措施的外资合同未生效,这在理论上是可以说得通的。《外商投资企业纠纷案件司法解释(一)》将准入特别管理措施作为合同生效的特别要件,合同成立后在生效要件具备前,该合同是未生效的。但是,未生效仅仅只是合同效力的一个中间状态,其最终还是要前进到有效或无效这两种终局状态。如果当事人一直不满足该措施,根据《合同法司法解释(一)》的规定,这个合同将一直处于未生效状态,这就将未生效变成了一种效力状态,有悖于民法理论。所以《外商投资企业纠纷案件司法解释(一)》对这一情况的规定在理论上也是具有不合理性的。

^① 王利明. 民法总则 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 148.

综上所述,在笔者看来,限制进入领域的外资合同效力应当是如无其他无效事由,则该合同已经成立即生效。至于外资准入特别管理措施属于一种行政上的管理,不对合同效力产生影响。对违反准入特别管理措施的行为,由主管部门进行处罚。根据《外商投资法》实施条例,对于违反准入特别管理措施的企业可以做出不予登记等行政制裁,使合同在现实中履行不能,让双方当事人解除合同。这将有利于市场的稳定和交易的安全。

(二) 涉外股权代持协议效力

如前文所述,外来投资者在进行外资并购时会基于各种理由让国内企业或是自然人充当名义股东,自己作为隐名股东在幕后进行管理。涉外股权代持协议作为显名股东和隐名股东之间的纽带,就显得尤为重要,它是保障隐名股东能够“浮出水面”的核心,也是学界研究确认隐名股东资格问题的核心。股权代持协议简单来说就是约定显名股东和隐名股东之间围绕股权的权利义务关系,而涉外股权代持协议无非就是一方当事人为外国人。在学界,对于股权代持协议的法律属性一共有三种看法:信托说、代理说、无名合同说。在笔者看来,无名合同说更符合股权代持协议的法律属性,原因如下。

股权代持协议是一种围绕股份的权利义务所展开的合同。^①由于隐名股东在公司的权利义务是通过股权代持协议与显名股东相连接才能得以享受的,因而结合《公司法司法解释(三)》的规定,股权代持协议是一种无名合同。对于股权代持协议,只要保证隐名股东进行出钱,显名股东以自己的名义使用这笔资金对隐名股东所制定的公司进行出资这一代持行为不变,其余关于公司股份的权利义务皆可通过股权代持协议进行协商。由此可见,隐名股东仅仅只是借了显名股东的一个身份进行投资,本质上显名股东只是隐名股东的一个“传话筒”,可以理解为代表行为,而股权代持协议是对代持行为的一种确认。因此,对于股权代持协议可以将其认定为一种无名合同。^②对于涉外股权代持协议,在“外资三法”时代,其隐名股东的资格要经过行政审批方可生效。在《外商投资法》

① 温梅红. 股权代持协议的性质及其法律效力[J]. 广西质量监督导报, 2019(6): 237-238.

② 李名素. 论外商隐名投资股东资格的确认与股权转让风险[D]. 山东大学, 2020.

实施后，虽然没有对这个问题做出直接回答，但是，通过对《外商投资企业纠纷案件司法解释（一）》第十五条的理解，对于涉外股权代持协议如无其他合同无效事由，无需审批，即可生效。

（三）规避法律的行为与外商投资合同效力

无论是在“外资三法”时代还是在《外商投资法》实施后，对于外来投资者总有不能够进入的领域。

于是，聪明的外来投资者通过上述的股权代持协议，成为隐名股东在幕后操纵显名股东作为其“白手套”。如果我们认定这种股权代持协议有效，那么就成为了外来投资者只要换一件“衣服”就可以大摇大摆走进负面清单上的领域，这将导致负面清单制度名存实亡。对于这样一种情况，笔者认为可以参照适用《外商投资法解释》第三、四条的规定。对于合同效力，在禁止进入领域认为其无效，在限制进入领域，只有满足了满足准入特别管理措施方可认为生效。这是因为在这种情况下外来投资者与国内合资人签订股权代持协议的行为属于一种“以合法形式掩盖非法目的”的情形。

四、结论

通过之前对外资合同效力的研究，不难发现外资合同效力与负面清单制度紧密相关。对于不在负面清单上的领域的外资合同，如果符合合同成立要件，且不存在其他无效事由，则合同有效。对于负面清单上的禁止进入领域的外资合同，合同是绝对无效的，没有任何行为可以补正使其有效。对于负面清单上的限制进入领域的外资合同，合同是相对无效的，如果满足准入特别管理措施的要求，那么该合同可以被此行为补正，使其有效。对于负面清单的变动，外商投资合同由于强制性规定和导致合同无效的瑕疵失效了，且没有其他无效事由，则有效。

除此以外，一些争议的解决也需要相应的立法措施来进行解答。笔者认为，对于限制进入领域的外商投资合同的效力，应当纠正之前司法解释中不合理的地方，确认限制进入领域合同的有效。涉外股权代持协议也是这些争议中的一个重

要问题，解决了对这一协议的效力问题的探究就可以对大部分外商投资领域的新问题产生解决方案。其中，最重要的是关于限制进入领域和禁止进入领域的股权代持协议的效力应当如何界定的问题。希望本文的探究能对后来人有所启发。

The Validity of Foreign Capital Contracts under the Negative List System

Yuan Yangyang

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Abstract: In the pace of China's opening up to the outside world, the original "three methods of foreign investment" gradually exposed its limitations. On the basis of the original foreign investment legal system, the Foreign Investment Law has made the following innovations: First, it establishes a unified code of conduct for foreign investment; Second, the introduction of pre-establishment national treatment; The third is to expand the protection and promotion of foreign investment; Fourth, the scope of foreign investment has been expanded. The main problem of the Judicial Interpretation of the Foreign Investment Law is the validity of foreign investment contracts, which is the most urgent problem for all parties in judicial practice. The "Interpretation" provides answers to some of these questions, including the effect of foreign capital contracts restricting access to the field, the effect of foreign equity holding agreements, the behavior of circumventing laws and the effect of foreign investment contracts.

Key words: Foreign investment; Contract effectiveness; Negative list; Mandatory regulation; Foreign capital merger and acquisition