

《外商投資法》——中國大陸對外商投資新的基礎性法律

徐雪舫 梁禹山

中國大陸第十三屆全國人大第二次會議的最後一天，即 2019 年 3 月 15 日通過《中華人民共和國外商投資法》(“《外商投資法》”)，並將於 2020 年 1 月 1 日起實施。《外商投資法》將取代《中華人民共和國中外合資經營企業法》(“《合資企業法》”)、《中華人民共和國中外合作經營企業法》和《中華人民共和國外資企業法》(一般合稱為“外資三法”)，影響著已經在中國大陸投資的近百萬外資企業，也是這個全球吸引外資第二大區域確立改革開放吸引外資進入新時代、利用外資的基本制度框架進入新思維。

在筆者進一步說明前，建議讀者可以先了解中國大陸全國人大常委會副委員長王晨於 2019 年 3 月 8 日受全國人大常委會委託，對《中華人民共和國外商投資法(草案)》進行的說明，可對《外商投資法》的重要原則有基礎的認識，即(一)突出積極擴大對外開放和促進外商投資的主基調；(二)堅持外商投資基礎性法律的定位；(三)堅持中國特色和國際規則相銜接；(四)堅持內外資一致。

這部法律的通過，對於已經在中國大陸投資的台商、有意持續在中國大陸繼續投資與從事商業活動的台商均有重大的影響，尤其台商是否適用該法是台商首要關注的議題。根據 2019 年 3 月 15 日中國大陸國務院總理李克強記者會回答香港鳳凰衛視記者的提問時表示：“.....我們歷來高度重視港澳台的投資，港澳到內地的投資占我們利用境外投資的 70%.....我這裡要明確，港澳台投資是可以參照、或者比照適用剛剛通過的外商投資法，而且我們長期以來行之有效的一些制度安排和實際做法還要繼續沿用，不僅不會影響而且會有利於吸引港澳台的投資。國務院在制定有關法規或者有關政策性文件的過程中，會認真聽取港澳台同胞的意見，切實保護好他們的合法權益，也歡迎有更多的港澳台投資。”也就是說，這部法律通過之後，除了解這部法律之外，台商仍須關注與這部法律有關的各項配套措施的出台，筆者也會隨時與持續追蹤相關配套措施以便與各位讀者分享。

根據中國大陸國務院總理李克強的說明，台商應可適用《外商投資法》，本文擬就該法內容進行簡析、對於台商可能的影響、台商可能要注意的事項等進行闡述與說明。

一、《外商投資法》內容簡析

《外商投資法》分為六章，除“總則”外，將外資管理的主要內容分類為“投資促進”、“投資保護”及“投資管理”，另有“法律責任”和“附則”等，共計四十二條。

《外商投資法》對於外商管理的新思維的主要內容表現在以下六個方面：

1. 調整吸引外資的邏輯

全國人大副委員長王晨在 3 月 8 日的說明中表明《外商投資法》的主基調反映在《外商投資法》第一條，其立法意旨之一是對於外資將形成全面開放新格局，並為了推動、促進社會主義市場經濟健康發展。參考近年中國大陸依法治國進程所開展的各項經濟規範、管理與調整活動，進一步擴大對外開放、積極促進外商投資、保護外商投資合法權益與規範外商投資管理的同時，似也表明在改革開放初期以引資為主的吸引外資思維、外商以成本為考量投資中國大陸的邏輯亦不復存在，故台商日後在中國大陸進行投資需要多理解中國大陸的法治環境，商業活動要具備合規性，如此不但能享受中國大陸的獎勵措施，還可以避免經營上的法律風險。

2. “外資三法”的管理思維走入歷史

一般認為，《外商投資法》的出台符合中國大陸內外對於“三法合一”的期待，從具體的內容分析，該法並不是對之前三法的直接整合或者補充。該法第三十一條規定，設立的外商投資企業的組織形式、組織機構及其活動準則，均適用《中華人民共和國公司法》《中華人民共和國合夥企業法》等法律的規定，並未沿用現有外資三法實施多年的組織模式，即外商獨資企業、中外合資經營企業、中外合作經營企業等對於外資區分的模式，也等同對於《合資企業法》關於重大事項必須由董事會一致通過的規定做了重大調整。

同時，《外商投資法》第四十二條規定，外資三法自《外商投資法》施行之日同時廢止，對於已經設立的外商投資企業，規定了一個五年的過渡期，在五年過渡期內，已經設立的外商投資企業可以繼續

保留原企業組織形式等。具體實施辦法由中國大陸國務院規定。廣大台商要如何在《外商投資法》於2020年實施以後的五年內進行組織型態的轉換，需要持續留意與關注後續相關配套措施、有關細則的出台。

此外，根據現行的外商投資體制，中國大陸商務部門係採用逐案審批或備案的方式，即每一外商投資企業須取得商務部門的審批或備案文件；即將實施的《外商投資法》對外商投資實行准入前國民待遇加負面清單管理制度（第四條和第二十八條），逐案審批或備案體制的法律依據和指引將缺位，新舊法的銜接有待明確。

3. 明文規範外資商業活動的直接與間接投資行為

外資三法出台時的思維認為外商是在中國大陸境內設立外商投資企業的一種直接投資形式，並未對間接投資作出規範，現階段外商在中國大陸境內進行間接投資主要是適用《關於外商投資企業境內投資的暫行規定》，該暫行規定規範外商投資企業作為投資主體在中國大陸的境內投資，對於所投資企業以及各級下屬企業的投資沒有進一步規範。《外商投資法》第二條明確規範本法所稱外商投資是指外國的自然人、企業或者其他組織直接或者間接在中國大陸境內進行的投資活動。即，明文將外商在中國大陸境內的投資活動分為直接投資和間接投資兩種情形，日後有關配套措施對“間接投資”將會有進一步的細化規定，值得在中國大陸境內投資的台商持續關注。

4. 外商投資模式更為多元化

外資三法出台時的思維是以外商在中國大陸境內投資以新設立企業為主。現階段外商在中國大陸進行新設企業以外的投資活動的主要依據是中國大陸商務部《關於外國投資者併購境內企業的規定》以及商務部等五部委發佈的《外國投資者對上市公司戰略投資管理辦法》。

本次《外商投資法》第二條將外商投資中國大陸的投資方式明確規範為在中國境內外商投資企業、在中國境內取得企業的股份、股權、財產份額或者其他類似權益、在中國境內投資新建項目和其他方式的四種情形。

5. 明確保護外國投資者和外商投資企業在中國境內的合法權益，其中新增加或明確的合法權益包括：

(1) 加強對外商投資企業的產權保護

《外商投資法》第二十二條明確規定保護外國投資者和外商投資企業的智慧財產權，且不得利用行政手段強制轉讓技術。強制技術轉讓乃中國大陸近年來受他國譴責較多的一個議題。《外商投資法》的該等規定回應了中國大陸在其加入的相關國際協定中關於不以技術轉讓要求作為批准外資准入前提的承諾。

(2) 內外資一致的競爭機制

2017年出台並引發關注的《國務院關於擴大對外開放積極利用外資若干措施的通知》即將從產業政策、科技政策、政府採購等方面促進內外資企業公平競爭作為重點，該等訴求亦為外商投資企業反映較多的領域。《外商投資法》將該等訴求上升至基礎性法律，無疑從法律層面上保障外商投資環境的開放性及公平性。

在本次《外商投資法》第九條、第十五條、第十六條分別規範了外資得平等適用中國大陸國家支援企業發展的各项政策、保障外商投資企業平等參與標準制定工作，國家制定的強制性標準平等適用於外商投資企業、外商投資企業依法參與政府採購，政府採購依法對外商投資企業在中國境內生產的產品、提供的服務平等對待。

(3) 對於外資權益的保護

《外商投資法》第二十三條規定，行政機關及其工作人員對於履行職責過程中知悉的外國投資者、外商投資企業的商業秘密，應當依法予以保密，不得洩露或者非法向他人提供。第二十四條規定，各級人民政府及其有關部門制定涉及外商投資的規範性文件，應當符合法律法規的規定；沒有法律、行政法規依據的，不得減損外商投資企業的合法權益或者增加其義務，不得設置市場准入和退出條件，不得干預外商投資企業的正常生產經營活動。

《外商投資法》第二十五條規定，地方政府及其有關部門應當履行向外國投資者和外商投資企業依法作出的政策承諾以及依法訂立的各類合同，因國家利益、社會公共利益需要改變的，應當依照法定許可權和程序進行，並依法對外國投資者、外商投資企業因此受到的損失予以補償。

在以往招商引資過程中，中國大陸存在地方政府超出法定許可權承諾外商投資企業優惠，然未依約履行承諾或合同的情形。國務院於 2014 年發佈之《關於清理規範稅收等優惠政策的通知》更在當時引發部分外資企業的恐慌。隨後出台之《國務院關於稅收等優惠政策相關事項的通知》及《中共中央國務院關於完善產權保護制度依法保護產權的意見》等規定申明各地與企業已簽訂合同中的優惠政策繼續有效，要求地方政府要嚴格兌現依法作出的政策承諾，認真履行在招商引資、政府與社會資本合作等活動中與投資主體依法簽訂的各類合同等。在延續地方政府不得超出法定許可權給予優惠措施，同時督促其履約的思維下，《外商投資法》規定，“地方各級人民政府及有關部門應當嚴格履行向外國投資者、外商投資企業依法作出的政策承諾以及依法訂立的各類合同。因國家利益、社會公共利益需要改變政策承諾、合同約定的，應當嚴格依照法定許可權和程序進行，並依法對外國投資者、外商投資企業因此受到的損失予以補償。”上述規定如成為現實，以往法院對於地方政府以紅頭文件及領導講話形式作出的承諾，多以該等承諾未以招商引資合同等行政合同的形式訂立為由而不予支持之裁判態度，亦可能有所轉變。

(4) 台商有機會參與所在行業有關標準的制定工作

《外商投資法》第十五條規定中國大陸政府保障外商投資企業依法平等參與標準制定工作，強化標準制定的信息公開和社會監督，所制定的強制性標準平等適用於外商投資企業。建議部分具有全球領先技術與影響力的台商，應追蹤與了解《外商投資法》第十九條關於中國大陸有關主管部門應當編制和公佈外商投資指引，為外國投資者和外商投資企業提供服務和便利之規定的有關配套措施與細則的出台，為日後參與有關工作著手準備。

(5) 建立外商投資企業投訴工作機制

《外商投資法》第二十六條提出建立外商投資企業投訴工作機制，及時處理外商投資企業反映的問題，協調完善相關政策。外商投資企業或者其投資者認為行政機關及其工作人員的行政行為侵犯其合法權益的，除可以通過外商投資企業投訴工作機制申請協調解決外，還可以依法申請行政覆議、提起行政訴訟。然，該投訴工作機制的工作部門及申請程序等具體操作仍有待相關細則確定。

(6) 明定不得徵收外資財產的規範

《外商投資法》第二十條規定，對外國投資者的投資不實行徵收。為了公共利益的需要，可以依照法律規定對外國投資者的投資實行徵收或者徵用。徵收、徵用應當依照法定程序進行，並及時給予公平、合理的補償。

(7) 自由匯入、匯出所投資的利益

《外商投資法》第二十一條規定，外國投資者在中國境內的出資、利潤、資本收益、資產處置所得、智慧財產權許可使用費、依法獲得的補償或者賠償、清算所得等，可以依法以人民幣或者外匯自由匯入、匯出。

6. 其他投資管理制度

茲就其他投資管理制度分述如下：

(1) 負面清單管理制度

根據《外商投資法》第四條規定，國家對外商投資實行准入前國民待遇加負面清單管理制度。負面清單將由國務院發佈或者批准發佈。《外商投資法》第二十八條規定，負面清單將區分禁止外商投資領域和限制外商投資領域，其中禁止投資的領域，外國投資者不得投資，限制投資的領域，外國投資者進行投資應當符合負面清單規定的條件。外商投資准入負面清單以外的領域，按照內外資一致的原則實施管理。

中國大陸國家發展和改革委員會及商務部於 2018 年 12 月 21 日發佈《市場准入負面清單（2018 年版）》，推行“全國一張清單”管理模式，確保市場准入負面清單制度的統一性，可謂是更為開放及透明的管理模式。根據清單，禁止准入類包含違反國家禁止性規定開展的投資、從事國家產業政策命令淘汰和限制的產品、技術、工藝、設備及行為、違規開展金融相關經營活動及違規開展互聯網相關經營活動等；許可准入類則羅列 147 項須取得准入許可後方可從事的事項。

(2) 信息報告制度

根據《外商投資法》第三十四條規定，國家建立外商投資信息報告制度，外國投資者或者外商投資企業將通過企業登記系統以及企業信用信息公示系統向商務主管部門報送投資信息。具體報告內容、報告程序等將有待相關細則出台。

一般而言，目前外商投資企業向商務主管部門的信息報送程序，如設立、變更相關登記以及外商投資企業的年度投資經營信息聯合報告等多採取網上申報的方式，鑒於中國大陸正在積極開展深化“放管服”改革轉變政府職能，似可預見日後《外商投資法》有關細則的規定應是朝向外商投資信息報告制度遵循簡便、高效的原則。

(3) 安全審查制度

根據《外商投資法》第三十五條規定，國家建立外商投資安全審查制度，對影響或者可能影響國家安全的外商投資進行安全審查。對外商投資進行安全審查乃國際慣常做法，是指以涉及國安為由對特定外商投資行為進行全面審查，以評估該投資行為對國安是否存在風險和不利影響，並決定是否進行干預的機制。《外商投資法》規定可謂與國際接軌，表明在促進、保護外商投資的同時，亦要保障中國大陸的國家安全及利益。

(4) 明確有關政府部門的管理措施

《外商投資法》也明確了政府其他部門對外商投資的管理內容，這些管理內容包括：對需要辦理項目核準備案的外商投資項目辦理核準備案手續（第二十九條）、對依法需要取得許可的行業領域進行投資，應依法向相關行業主管部門辦理許可手續（第三十條）、外商投資企業應依法向有關主管部門辦理稅收、會計、外匯等事宜（第三十二條）、外國投資者併購中國境內企業，應按照《反壟斷法》規定接受經營者集中審查（第三十三條）、外國投資者在銀行業、證券業、保險業等金融行業或者在證券市場、外匯市場等金融市場進行投資的，適用其他規定（如有）（第四十一條）。《外商投資法》的上述規定，為外商投資管理奠定了制度框架。

二、對於台商可能的影響與需要注意的事項之建議

《外商投資法》的內容與外資三法或者過去各地方政府所提供的獎勵措施的思維有顯著不同，明顯的已經從早期以獎勵政策模式來吸引外資，走向內外資一致的公平競爭思維，似可以明確嗅到中國大陸對於引進外資、利用外資已經朝向具有較高技術含量、著重中國大陸市場、具備高度合規性、重視環境保護等的外商，也願意提供這類外商一定的融資便利、智財權保護、優惠與獎勵措施與類國民待遇，已不著眼於早期以成本為考量、技術含量有限與出口為導向的外商。有鑑於此，建議已經在中國大陸經營的台商與有意在中國大陸持續從事商業活動的台商如下注意事項：

1. 筆者認為台商首要關注的是中國大陸在《外商投資法》特別強調的“內外資一致”的管理觀點

台商可以與中國大陸內資企業在某些以往沒有機會競爭的商業領域、以極類似的條件一同競爭，例如，將《外商投資法》第九條、第十四條、第十六條整理解釋，似在說明台商有機會在合規的情況下，適用中國大陸支援內資企業的各项政策，似說明內資企業可以有的獎勵政策或優惠政策，台商也有機會適用。此外，台商亦可以依法參與中國大陸的政府採購活動。建議台商對中國大陸投資的戰略思維也應一併調整，從成本為主角度轉為市場導向的角度。

2. 擦邊球的決策模式、商業活動與投資行為可能要付出相應的代價

(1) 投資禁止投資領域的——責令停止活動、限期處分股份、資產或者採取其他必要措施，恢復到實施投資前的狀態。有違法所得的，沒收違法所得（第三十六條）。

(2) 投資活動違反外商投資准入負面規定的——責令改正、採取必要措施滿足准入特別管理措施的要求（第三十六條）。

(3) 投資活動違反外商投資准入負面清單規定的——除依據上述(1)與(2)處理外，依法承擔法律責任（第三十六條）。

(4) 未按規定要求報送投資信息的——由商務主管部門責令限期改正，逾期不改正的處 10 萬元以上 50 萬元以下的罰款（第三十七條）。

(5) 違法違規行納入信用信息系統——對外國投資者、外商投資企業違反法律、法規的行為，由有關部門依法查處，並按照國家有關規定納入信用信息系統（第三十八條）。對此，需注意的是，根據《社會信用體系建設規劃綱要（2014-2020 年）》及《國務院關於建立完善守信聯合激勵和失

信聯合懲戒制度加快推進社會誠信建設的指導意見》等相關文件中貫徹的“一處失信、處處受限”機制，中國大陸將通過信用信息公開和共享，建立跨地域、部門及領域的聯合激勵與懲戒機制，形成環保、安全生產、金融、稅務、質檢、出入境檢驗檢疫以及海關等多個政府部門協同聯動、行業組織自律管理、信用服務機構參與以及社會輿論廣泛監督的共同治理格局。對於嚴重失信主體，將從行政性、市場性及行業性等方面加以約束。以行政性約束為例，包括從嚴審核行政許可審批項目，限制股票發行上市融資（含在全國股份轉讓系統掛牌）或發行債券，限制發起設立或參股特定行業，限制從事互聯網信息服務，嚴格限制申請財政性資金項目，限制參與有關公共資源交易活動，限制參與基礎設施和公用事業特許經營等。對於嚴重失信企業及其法定代表人、主要負責人等實施市場和行業禁入措施等。再以社會信用評價體系在環保領域的有關規範為例，企業的環境信用分為環保誠信企業、環保良好企業、環保警示企業、環保不良企業等四個等級，針對不同等級的企業，相關主管部門分別採取激勵性措施或約束性措施。對環保不良企業，相關主管部門應當採取如：**(a)** 責令其向社會公佈改善環境行為的計劃或者承諾，按季度向實施環境信用評價管理和直接對該企業實施日常環境監管的環保部門，書面報告企業環境信用評價中發現問題的整改情況；**(b)** 改善環境行為的計劃或者承諾的內容，應當包括加強內部環境管理，整改失信行為，增加自行監測頻次，加大環保投資，落實環保責任人等具體措施及完成時限；**(c)** 結合其環境失信行為的類別和具體情節，從嚴審查其危險廢物經營許可證、可用作原料的固體廢物進口許可證以及其他行政許可申請事項；**(d)** 加大執法監察頻次；**(e)** 暫停各類環保專項資金補助；**(f)** 建議財政等有關部門在確定和調整政府採購名錄時，取消其產品或者服務；**(g)** 環保部門在組織有關評優評獎活動中，不得授予其有關榮譽稱號；**(h)** 建議銀行業金融機構對其審慎授信，在其環境信用等級提升之前，不予新增貸款，並視情況逐步壓縮貸款，直至退出貸款；**(i)** 建議保險機構提高環境污染責任保險費率等懲戒性措施。值得注意的是，除上述規定外，部分地方環保主管部門在企業環境信用評價的基礎上，運用價格手段，增加高污染企業的經濟成本。如江蘇省環境保護廳聯合省物價局等部門對於年度環境信用評價不佳的高污染企業實行差別電價政策及分檔污水處理收費標準，在現行基礎上加價徵收電費及污水處理費，發揮價格杠杆對高污染行業的抑制作用。

3. 近年中國大陸對於各項合規議題的重視，具備合規思維的投資模式將是台商面對《外商投資法》通過後，最好的競爭優勢的選擇

例如，結合《外商投資法》第十條、第十一條、第十五條等規範，中國大陸在制定與外商投資有關的法律、與外商投資有關的規範性文件、裁判文書等，會依法及時公佈；法規、規章的制定會採取適當方式徵求外商投資企業的意見和建議；也會建立健全外商投資服務體系，為外國投資者和外商投資企業提供法律法規、政策措施、投資項目信息等方面的諮詢和服務；外商投資企業亦可平等參與標準制定工作，有助於具有全球競爭力的台商在中國大陸的商業活動。

4. 明文規範外資可以進行國內各項融資活動

《外商投資法》第十七條明確，外商投資企業可以依法通過公開發行股票、公司債券等證券和其他方式進行融資。有助於台商考量總融資成本。

三、結語

1. 決策模式應有調整，嘗試讓合規思維融入決策之中

早期進入中國大陸投資的外商與台商，多數是成本因素的考量，而且該等成本考量多數是著眼於成本的絕對數值，如人工與土地成本的低廉、地方政府獎勵措施的力度、相較於現在的寬鬆執法環境等，故以往在企業內部的決策，也傾向選擇成本絕對值最低的決策結果。對於決策過程中加入合規考量幾近闕如，造成現階段不少台商有諸多歷史遺留問題，且集中於環安領域。

2. 台商管理體系與中國大陸合規要求的整合

不可諱言地，商業活動符合所在地法律規範是台商海外投資、管理法律風險、企業永續經營與適用投資地獎勵政策的基本要求。惟仍有一定數量的台商仍著眼於絕對成本而窮忙於尋找法律灰色地帶或擦邊球的可能性，因此疏於認識法規的要求與了解全球對於合規趨緊，對合規加強監管執法，懲處越來越加嚴厲的情形，這類台商對於合規欠缺認真對待已成為影響市場競爭力的重要影響因素。建議台商與其受到行政處罰、民事責任與刑事責任的被動接受與認識合規的要求、不如積極對待與認識自身合規的短板與歷史遺留問題，逐漸把合規風險管理融入自身的社會責任與可持續發展策略中。

3. 商業活動具備合規性是未來在中國大陸投資的必要條件

近幾年中國大陸對於外資投資管理與環境有諸多的調整，在《外商投資法》出台之後，再結合本次十三中全會第二次會議關於減費降稅的政策，結合兩者內容觀察，等同於宣告追求絕對效益與成本的決策習性幾乎近於終結，不具備一定程度的合規性，不但受有行政處罰、刑事與民事責任的可能，還在各項獎勵與優惠措施與稅賦上要付出更高的代價。對於早已具備有企業社會責任意識的台商企業，或者具有企業社會責任意識且著眼於中國大陸內陸市場、出口到中國大陸有多邊、雙邊投資合作機制與國際交流與合作的區域或組織，或許是投資地區的選擇之一（《外商投資法》第十二條）。

4. 一方面關注配套措施與有關細則出台、一方面具備合規意識及嘗試理解與處理歷史遺留問題

筆者認為中國大陸在《外商投資法》即將實施之前，應當會參照《外商投資法》第十條的規定採取適當方式徵求外商投資企業的意見和建議，筆者也認為台商也會是徵詢的對象之一。有關配套措施與細則中會對於各項管理措施有更為細緻的解釋，便利台商對於日後執法與法律適用有更貼切的理解，故即時了解新規、及早做好準備、調整合規思維是應對中國大陸新的外資管理思維與《外商投資法》最好的準備工作。

《作者簡介》

徐雪舫：理律法律事務所資深顧問。梁禹山：上海律同衡律師事務所律師（中國大陸執業律師）。¹

（本文不代表事務所之意見）

¹ 特別感謝上海律同衡律師事務所鄧穎如律師的協助。