

圖／東方 IC



大陸台商如何因應 新頒 外商投資法

◆ 文／姜志俊

翰笙法律事務所主持律師
海基會台商財經法律顧問

Q1：外商投資法與三資企業法的關係為何？

中國大陸從 1978 年改革開放以來，為了吸引外商（包括港澳台商）投資，於 1979 年以後陸續公布「中外合資企業經營法」、「外資企業法」、「中外合作企業經營法」（以下合稱三資企業法或外資三法）；並於 1983 年以後陸續公布「中外合資企業經營法實施條例」、「外資企業法實施細則」、「中外合作企業經營法實施細則」。但是隨著改革開放不斷深入發展，依照外資三法對外資的審批、管理模式已經不符合時代環境的要求，故自 2013 年 10 月起，先後在上海、廣東、天津、福建 4 個自貿試驗區進行外商投資審批體制改革試

點，探索以「准入前國民待遇加負面清單管理模式」，取代傳統的「逐案審批模式」，因此中國大陸商務部於 2015 年 1 月發布「外國投資法草案徵求意見稿」，後將「外國投資法」改為「外商投資法」，並送請全國人民代表大會審議，而於 2019 年 3 月 15 日審議通過，自 2020 年 1 月 1 日起施行，三資企業法自新法施行之日起同時作廢。

因此，從 2020 年 1 月 1 日起，欲在中國大陸設立外資企業，必須依照「外商投資法」的規定來進行直接投資或間接投資；惟 2019 年 12 月 31 日以前已經按照三資企業法設立登記的外資企業（包含港澳台企業），則有 5 年

的落日條款緩衝時間，但原已設立的三資企業如何具體操作，則須待大陸國務院制定具體實施辦法作為依據，此觀該法第 42 條規定內容自明：「本法自 2020 年 1 月 1 日起施行。《中外合資經營企業法》、《外資企業法》、《中外合作經營企業法》同時廢止。本法施行前依照《中外合資經營企業法》、《外資企業法》、《中外合作經營企業法》設立的外商投資企業，在本法施行後五年內可以繼續保留原企業組織形式等。具體實施辦法由國務院規定。」

Q2：外商投資法的適用範圍，與三資企業法的規定，有何差別？

「外商投資法」是將三資企業法三法合一，擴大了外商投資企業的投資範圍。依照「外商投資法」第 2 條規定：在中國境內的外商投資，適用本法。本法所稱外商投資，是指外國的自然人、企業或者其他組織（以下稱外國投資者）直接或者間接在中國境內進行的投資活動，包括下列情形：1、外國投資者單獨或者與其他投資者共同在中國境內設立外商投資企業；2、外國投資者取得中國境內企業的股份、股權、財產份額或者其他類似權益；3、外國投資者單獨或者與其他投資者共同在中國境內投資新建專案；4、法律、行政法規或者國務院規定的其他方式的投資。本法所稱外商投資企業，是指全部或者部分由外國投資者投資，依照中國法律在中國境內經登記註冊設立的企業。

外資三法只適用於外國投資者的直接投資，外國投資者在中國投資的外資企業，中外合資企業，中外合作企業都是直接投資，這次「外商投資法」首次規定了外商投資包括直接投資和間接投資。「外商投資法」的通過擴大了外國投資者的適用範圍，亦即外國投資者以購買公司債券，金融債券或公司股票等有價證券實施的對中國的間接投資都可以被外商投資所規範。而且「外商投資法」第 2 條第 4 款規定了兜底條款，其調整範圍可以通過「法律、行政法規或者國務院規定的其他方式」進一步

擴大；依該款規定，中國大陸得以根據國際投資法的理論發展和國際最新實踐以及國家利益等因素，根據所面臨的國際形勢進一步調整「外商投資法」的適用範圍。

Q3：外商投資法有關准入前國民待遇和負面清單，其內容為何？

「外商投資法」第 4 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。前款所稱准入前國民待遇，是指在投資准入階段給予外國投資者及其投資不低於本國投資者及其投資的待遇；所稱負面清單，是指國家規定在特定領域對外商投資實施的准入特別管理措施。國家對負面清單之外的外商投資，給予國民待遇。負面清單由國務院發佈或者批准發佈。中國締結或者參加的國際條約、協定對外國投資者准入待遇有更優惠規定的，可以按照相關規定執行。此觀「外商投資法」第 28 條規定自明：「外商投資准入負面清單規定禁止投資的領域，外國投資者不得投資。外商投資准入負面清單規定限制投資的領域，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。」

外資三法的審批原則是「一事一批」、「層層審批」的投資規定和外商投資准入產業指導目錄「正面清單」，如此審批方式大大增加了外國投資者來中國大陸進行投資的難度。雖然在自由貿易試驗區內暫時調整外資三法關於外商投資企業審批的規定和試行准入前國民待遇加負面清單，但是仍有內外資差別待遇、外資企業「超國民待遇」等問題。現「外商投資法」確立的准入前國民待遇加負面清單的管理制度，與之前自貿區所實行的規定相接軌，這是中國大陸外商投資管理體制的根本性變革。中國大陸對外商投資者實行准入前國民待遇加負面清單的管理制度，取消了逐案審批制管理模式；對於禁止和限制外國投資者投資的領域，將以負面清單方式明確列出，負面清單之外充

分開放，中外投資將享有同等待遇。「外商投資法」從根本上摒棄了外資三法逐案審批制度而轉向通過清單管理模式對外商投資企業進行事中和事後監督，從而激發外商投資企業的效率，使內外資公平地進入市場競爭。

Q4：外商投資法有關外商投資企業提供資訊報告的內容為何？

「外商投資法」第 34 條：國家建立外商投資資訊報告制度。外國投資者或者外商投資企業應當通過企業登記系統以及企業信用資訊公示系統向商務主管部門報送投資資訊。外商投資資訊報告的內容和範圍按照確有必要的原則確定；通過部門資訊共用能夠獲得的投資資訊，不得再行要求報送。

外商資訊報告制度涵蓋內容較廣，報告事項可能比目前的備案資訊更加簡化，方便外國投資人對業務的處理，也能保障中國國內經濟安全，有效監督外國投資者的各項投資行為，將違法犯罪行為防範於未然。

Q5：外商投資法有關外商投資企業安全審查的內容為何？

「外商投資法」第 35 條：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。依法作出的安全審查決定為最終決定。

「外商投資法」建立了外商投資安全審查制度，保障中國大陸國內市場安全、國家安全等方面。因為外資三法制定的時代中國大陸對於外資的態度是單方面的鼓勵，盡可能的希望用國家優惠政策來引進先進技術和資金促進國家經濟發展，對於國家安全的考慮在多半在准入階段。而根據現今中國大陸的國際地位，在保障經濟發展的同時，也要保護中國大陸國內市場，「外商投資法」對於外資的准入和待遇大大放寬准入標準的同時，也建立了相應的安全審查制度來防止外資企業的進入會影響中國大陸的國家安全。

Q6：外商的智慧財產權可以用行政手段強制轉讓技術嗎？

「外商投資法」第 22 條規定：國家保護外國投資者和外商投資企業的智慧財產權，保護智慧財產權權利人和相關權利人的合法權益；對智慧財產權侵權行為，嚴格依法追究法律責任。國家鼓勵在外商投資過程中基於自願原則和商務邏輯開展技術合作。技術合作的條件由投資各方遵循公平原則平等協商確定。行政機關及其工作人員不得利用行政手段強制轉讓技術。

由於中國大陸處於經濟高速發展中，對於技術的需求極為迫切，並且國際上還沒有形成具有現實意義上的國際技術轉讓多邊規則。於是，借助外國資本進入的機會，提出技術轉讓要求，來獲得該技術，這種行為引起歐美等發達國家的極力反對，美中貿易大戰綿延不斷也是肇因於此；中國大陸為了回應外國投資者的強烈需求，以保障外國投資者的權益，規定了行政機關及其工作人員不得利用行政手段強制轉讓技術，解決了外商對中國大陸投資的擔憂，從而能吸引更多的外商對中國進行投資。不過，徒法不足以自行，如何禁止用行政手段強制轉讓技術，其具體操作標準與程序內容為何？則是外國投資者下一步關切的重要課題。

Q7：如何保障外商投資企業平等參與市場公平競爭？

「外商投資法」第 9 條規定：外商投資企業依法平等適用國家支援企業發展的各項政策。第 15 條規定：國家保障外商投資企業依法平等參與標準制定工作，強化標準制定的資訊公開和社會監督。國家制定的強制性標準平等適用於外商投資企業。第 16 條規定：國家保障外商投資企業依法通過公平競爭參與政府採購活動。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。第 17 條規定：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。

通過賦予外商投資的企業與國內其他企業一樣享受到國家支援發展的各項政策，參與企業標準的制定，公平參與政府採購活動的競爭，允許其與其他企業一樣公開發行股票、債券、證券進行融資的政策，保障了外商投資企業在市場競爭中與其他企業平等的地位，體現了外商投資企業平等參與、內外資規則一致的精神。這樣不僅能夠推動外商投資企業的發展，而且有利於帶動國內企業優化結構，促進企業轉型升級。

Q8：關於對外商投資企業徵收徵用與資金匯入匯出下的權益以及合同履行的保障，新法有何規定？

有關徵收、徵用部分，「外商投資法」第 20 條規定：國家對外國投資者的投資不實行徵收。在特殊情況下，國家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。

有關資金匯入、匯出部分，第 21 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。

有關政策承諾及合同保障部分，第 25 條規定：地方各級人民政府及其有關部門應當履行向外國投資者、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。

相比於外資三法，「外商投資法」進一步詳細規定了中國大陸對於外國投資者的投資徵收的前提條件及補償說明，並且還新增了當徵用外國投資者的投資時，也將依據法定程序，給與公平合理的適當補償，加強了對於外商投資在中國大陸投資的保障。同時對於外國投資者在中國大陸境內的出資、利潤、資本收益、

資產處置所得等所得資產匯入匯出的便捷性，增加其資產流動性，給予外國投資者資金流轉上更多的便利。「外商投資法」還規定了除了與國家利益，社會公共利益衝突的情況下，各級人民政府應依照合同規定向外國投資者履行合同，進一步保障了外國投資者在中國大陸投資的安全，規定了政府行為。

Q9：台港澳企業有無外商投資法的適用？

關於台港澳企業有無「外商投資法」的適用，在全國人民代表大會審議時，人大代表有不同的意見，甚至有人主張應將台港澳企業視為「特殊內資企業」，並另外以特別立法規範。不過，2019 年 3 月 15 日全國人民代表大會審議通過後，國務院總理李克強在回答記者詢問時，肯定表明台港澳企業可以比照「外商投資法」適用。惟從法的明確性與安定性而言，李克強總理的上述談話，只是政策性的宣示，並無法的依據，難以令人信服接受。

不過從「外商投資法」的立法過程來看，當初中國大陸商務部提出的草案名稱是「外國」投資法，後來送請全國人民代表大會審議時，已將法案名稱改為「外商」投資法，「外國」與「外商」，一字之差，為台港澳企業參照適用「外商投資法」留下了解釋的空間。此外，參照「中外合作經營企業法實施細則」第 57 條規定：「香港、澳門、台灣地區的公司、企業和其他經濟組織或者個人以及在國外居住的中國公民舉辦合作企業，參照本實施細則辦理。」及「外資企業法實施細則」第 80 條規定：「香港、澳門、台灣地區的公司、企業和其他經濟組織或者個人以及在國外居住的中國公民在大陸設立全部資本為其所有的企業，參照本實施細則辦理。」既然三資企業法實施細則中有台港澳企業「參照辦理」的規定，而且三資企業法又為「外商投資法」的前世，因此，不論從理論上或實務上，台港澳企業參照「外商投資法」辦理，殆無疑義。🌊