

## 二、中國大陸「外商投資法」評析

中華經濟研究院第一研究所所長劉孟俊、輔佐研究員謝念億主稿

- 人大於 3 月 15 日表決通過「外商投資法」草案，並確定於 2020 年 1 月 1 日正式實施。中國大陸選在美中貿易談判持續之際通過這項法令，藉此平息內外壓力並彰顯自主性。
- 相較於過去的中外合資經營企業法、外資企業法、中外合作經營企業法，「外商投資法」主要為架構性規範，在市場准入、投資促進、投資保護等面向有不少利於外商的新規定，但欠缺具體執行細節，將來可能導致爭論與分歧。
- 在臺港澳投資活動的法律適用問題方面，「外商投資法」並未對相關事項作出規定，顯示臺港澳資問題不在北京首要考量範圍，未來應會在實施細則中載入「參照外資辦理」。

### (一)「外商投資法」提出背景

自改革開放以來，中國大陸向來以「外資三法」（中外合資經營企業法、外資企業法、中外合作經營企業法）管理外商投資活動。人大於 3 月 15 日表決通過「外商投資法」成為中國大陸規範外商投資的新基礎性法律，確定於 2020 年 1 月 1 日正式實施。「外商投資法」實施後，將同步廢止當前外商投資企業基本法律「外資三法」並規定五年過渡期。

「外商投資法」是外商投資領域的基礎性法律，利用法律的手段，規範政府行為，達到保護外商投資並吸引外商投資。「外商投資法」承諾對在中國大陸境內註冊的所有企業一視同仁，一改目前區別對待國內企業與外資企業的做法。要求政府支持企業發展的政策應同等適用於外企，外企的經營許可申請也不會被區別對待，並將禁止強制技術轉讓。多年來，「外資三法」和中國大陸既有的公司法與其他法律存在重複或規定不一致等問題，已不能滿足在陸投資外商的發展需求。加上美中貿易衝突，美國指責中國大陸在外商直接投資法律和其他法律多要求外國投資方轉讓先進技術，或在行政許可中要求外方強制性轉讓技術。

中方加速「外商投資法」立法進程相對簡要，在 3 個月內三次進

行審議。2018年12月23日舉行的十三屆全國人大常委會第七次會議對「外商投資法」草案進行初次審議；同月26日，全國人大網站公布「外商投資法」草案說明，並向社會在未來兩個月徵求立法建議（截至2019年2月24日）。十三屆全國人大常委會第八次會議於2019年1月29日至30日二審「外商投資法」草案。會後決定將已經過人大常委會兩次審議的「外商投資法」草案，提請十三屆全國人大二次會議審議，全國人大憲法和法律委員會3月10日提出關於外商投資法草案（即三審稿）修改稿。

## （二）「外商投資法」亮點

於美中貿易爭端之際，本次「兩會」所通過的這項法令，其所代表的意義成為國際社會高度關注焦點。整體而言，「外商投資法」的重點在於對外商直接投資的市場准入、投資促進、投資保護等三大面向，相較於「外資三法」，「外商投資法」在這些面向有不少利於外商的新規定：

首先，在市場准入方面，「外商投資法」明確規定未來將對外商投資實行准入前國民待遇加負面清單的管理制度，取消逐案審批制管理模式；而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，清單之外的領域中外資皆享同等待遇。目前在上海、福建等四個自貿試驗區試行的投資負面清單、「先照後證」（先登記後批准）模式等，其實正是這個改革的先試先行，未來可期待「外商投資法」將進一步放寬外資投資領域。

其次，在投資促進方面，「外商投資法」保障外商公平參與政府採購；外商投資企業可公開發行股票、公司債等證券進行融資。此外，過去制定外商投資政策，一般認為是中央政府權責，不過這次「外商投資法」明訂，地方政府也可以制定相關政策，吸引外資投資。

其三，在投資保護方面，「外商投資法」設立專門的章節規範投資促進和投資保護，在外資關注的徵收和補償、智慧財產權保護、技術轉讓等問題做出明確保護規定，同時也是中國大陸應對美中貿易戰的重要籌碼。另針對舞弊情事，「外商投資法」也規定，對中國大陸政府有關部門工作人員在外商投資促進、保護和管理工作中濫權、舞弊及怠忽職守者給予處分，甚至追究刑責。

### (三) 外界反應和解讀

「外商投資法」對外資的智慧財產權保護較為明確，同時禁止以行政手段強迫技術轉讓。新法除讓外國企業與中國大陸國內企業享有同等待位，還訂下投資「負面清單」制度。然而，外商團體對新法卻多有疑慮與批評。

首先，「外商投資法」諸多條文比起具有法律約束力的條款，更像是方針政策，欠缺具體執行細節；而模糊性措辭給監管單位太多裁量空間，不足以消除外商對中國大陸投資環境的疑慮。如美中貿易全國委員會 (U.S.-China Business Council) 即表示，其內容基本與草案版本相同，意味著法案通過的過程極其匆忙。又，外國商業團體對於草案的意見並未得到充分回應。包括中國美國商會 (American Chamber of Commerce in China) 在內的商界代表指出，「外商投資法」在不少關鍵部分仍缺乏細節內容，包括企業審批、上訴程序、安全審查等重要問題的具體規範和執行方式，仍得由相關部門提出更具體明確的說明和法規 (華爾街日報，2019.03.12；BBC，2019.03.15)。

歐洲在華商會批評，新法中存在太多對外企不公的條款。根據該法，一旦外國貿易和投資夥伴違反了公平行事原則，中方保有單方面對之採取措施的權利，其含糊表述更增加了司法上的不安全性。

事實上，中國大陸於 2015 年就曾提出過制定「外商投資法」的構想。然相較於 2015 年的草案版本，本次通過的法案僅有 41 項條文，遠低於 2015 年版本的 171 條，且用辭更加籠統與含糊。法規措辭含糊的情況下，可讓中國大陸政府在法案實施後持續掌握更多的空間和時間制定實施條例。按照中國大陸目前的法律，商務部、財政部、發改委和其他相關部門均有制定相關法規或調整現有條文的權限和責任，可能導致「外商投資法」的內涵得花費數月甚至數年的時間才能完整落實。

此外，外商也擔心「外商投資法」第 34 條的申報系統，可能會要求外資揭露營運細節。該系統紀錄外商是否遵守中國大陸政府法規，包括污染、員工人數、勞資糾紛等。國外商業團體希望明定申報系統的資訊，不能為中國大陸業者共享，但是「外商投資法」並未納入此一條款 (理財網，2019.03.07)。

另，美國正對中國大陸資訊科技產品進行國安相關審查，「外商投資法」也強調將審查損害、影響「國家安全或公共利益」的外企，這是對美國展現強硬的一面。值得注意的是，雖然「外商投資法」第 35 條明文規定，若投資標的為會影響國家安全的產業，則必須經過安全審查，但卻未具體說明產業範圍或實際操作辦法。此意味著，中國大陸中央不但對於外資仍保有最終裁量權，且可能會被官員濫用自由裁量制度。

中國美國商會政策委員會亦表示，此類條文實質上給予中國大陸自由干涉投資活動的權利，不僅會讓外資產生不確定性，而且新法律產生的問題可能會導致美中需要解決的事項更加複雜。另一方面，雖然在減少外國投資障礙方面，陸方已展示出某種程度的誠意以及一些實質性的改變，但「外商投資法」的通過與實施，亦代表未來雙方在談判過程中，得考量更多國內法規的限制問題，同樣可能會提高談判的困難度（美國之音，2019.03.15）。

至於臺商關注「外商投資法」未納入臺港澳資一事，這不是北京目前考量的首要議題。惟人大於 3 月 4 日的新聞發布會上表示，港澳臺的投資為有別於外資及內資的特殊投資，且「外商投資法」並不會改變現行港澳臺投資的法律適用安排。張志軍 1 月在全國人大常委會審議「外商投資法草案」時，即要求「明確這是涉外的而不是涉內的法」；主張港澳臺應該界定為「特殊內資」，不列入草案（綜合新京報、第一財經、人民日報，2019.01.30）。李克強則是在 3 月 15 日的中外記者會上明確表示，港澳臺資可以參照、或者比照適用「外商投資法」的內容。中國大陸過去的「外資三法」同樣未提及臺港澳資，而是在實施細則中載明「臺港澳資參照適用」，預判這次的「外商投資法」應該也會比照辦理，在後續的施行細則中提出。

#### **（四）未來觀察重點**

綜上所述，本屆兩會通過的「外商投資法」，主要在於強調內外資平等、智慧財產權保護等，都是美中貿易戰的重點議題，但只針對有關議題提出了法律架構，具體的實施細則和措施，例如臺港澳資的適用程度、如何與過去的「外資三法」完美過渡、地方制定優惠措施的權限、甚至負面清單的縮減與否等等，均有待進一步研擬。美籍中國

經濟專家史宗瀚指出，新法無法保障外國企業與中國大陸企業在中國大陸公平競爭，「不管最後通過的法案細節為何，中國一向喜歡透過更改政策細項來保障國內企業。許多次要的規定並沒有納入法律中，而是以規則的形式存在。」(美國籍中國經濟專家史宗瀚向德國之聲表示<sup>1</sup>)

此外，受到美中貿易戰的影響，近期中國大陸的開放重點更多著墨在核心技術移轉與智慧財產權保護等面向。故此，儘管「外商投資法」已明列禁止強制技術轉讓、加強智財權保護等關鍵要點，但法規的具體落實程度，才是真正值得關注的焦點。

最後，「外商投資法」除讓中國大陸中央有權訂定外資投資優惠措施外，也放權讓地方也可以自訂優惠措施，惟現行規定多屬概括性質，未來在執行面如何落實，特別是如何克服地方保護主義、在地方層面又會如何實施，相關措施的具體內容及對外資企業的效益，仍有待各級政府部門發布的外商投資行政法規與司法解釋而定，且同樣為近期中國大陸經貿政策的觀察重點。

總之，在美中貿易戰的背景下，中國大陸擬以快速通過此法的方式，取得能遞交給美國的「橄欖枝」，緩解美中貿易衝突的企圖。更重要是，中國大陸通過「外商投資法」主要展現其自主改革的意願與決心，未必受制於美方的壓力與「指導」。

---

<sup>1</sup> 史宗瀚舉例，一間中國公司準備登記營業時大概只需等待1個月，但如果是一間外國公司，有時候得要等上6個月。他說：「像這樣的案例，他們(中國政府)嚴格來說只是遵照法律規定行事，但事實上，外國公司不可能與中國公司公平競爭。中國政府有很多做法是不需要被納入法律中的。」