



《外商投资法实施条例（征求意见稿）》评述

作者：李璐 | 孙冠绯 | 黄颖

2019年11月1日，司法部公布了其联合商务部、发展改革委起草的《外商投资法实施条例（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”），征求社会各界意见。《征求意见稿》作为《外商投资法》的实施条例，旨在进一步明确细化《外商投资法》原则性规定和要求，实现《外商投资法》的落地和实施。

一、主要内容

（一）促进投资、保护投资

《征求意见稿》延续促进和保护外资投资的原则，对《外商投资法》相关规定做了进一步细化明确，主要包括：

1. 明确外国投资者可以与中国自然人共同投资，以及外商投资包括非权益性投资，拓宽了外商投资在华投资的形式和种类（第三条、第四条）；
2. 要求政府在制定外商投资相关法律过程中听取并反馈外方（包括外国商会）意见，以及明确外商投资企业参与标准制定工作的方式（第十条、第十五条）；
3. 要求各级政府公示外资相关政策、指引，并采用通过统一、透明的管理体系进行外资管理（第十条、第十一条、第二十一条）；
4. 确立正面鼓励清单以及优惠政策的继续实行，明确政府依法做出的承诺不得随意违约毁约（第十三条、第二十八条和第二十九条）；
5. 在行政法规层面明确外国投资者以境内投资收益继续投资的，享有优惠待遇（第十四条）；
6. 进一步明确外国投资者关心的问题，包括（1）细化违法外汇管制的情形（第二十三条）；（2）明确建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度和快速协同保护机制（第二十四条）；（3）细化违法强制技术转让的情形（第二十五条）；以及（4）加强政府对企业商业秘密的保护（第二十六条）。

（二）内外资一致

《征求意见稿》对各级政府提出了更明确的要求，强调政策制定和执行过程中内外资一致：

1. 明确政府制定和实施包括资金安排、土地供应、税费减免、资质许可、项目申报、职称评定和人力资源等方面的政策措施，不得歧视外资并应公平公正地办理外资申请事项（第九条）；
2. 政府不得强制要求外资企业适用高于强制性标准的技术要求，并进一步明确不得强制外资适用推荐性标准和团体标准（第十六条）；
3. 明确政府在制定外商投资规范性文件时，应当进行合法性审核和公平竞争审查（第二十七条）；
4. 明确市场准入行政许可的条件和程序内外资一致，不得针对外资企业增加审核条件、环节、材料等额外要求（第三十七条）。

（三）明确三法统一的过渡安排

1. 在《外商投资法》五年过渡期基础上，增设了六个月的依法变更期间，延长企业变更期限，明确逾期未办理变更的法律后果（第四十二条）；
2. 明确现有合资或合作的利润分配安排不因组织架构调整而受影响，保障各方股东既有利益的稳定（第四十三条）。

二、观察

虽然有以上诸多亮点，但目前的征求意见稿仍有不少内容亟待进一步明确和调整，包括：

（一）非权益性投资的含义和监管方式不明确

如上所述，《征求意见稿》第四条明确了外商投资包括非权益性投资形式（即中国境内投资新建项目，是指外国投资者在中国境内对特定项目建设进行投资，但不设立外商投资企业，不取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益），拓宽了外商投资在华投资的形式和种类。但目前条文表述过于概括，不利于统一监管思路。建议适当参考《外国投资法》（草案征求意见稿）中关于投资活动的表述，明确是否包括以下几种情况：

1. 向境内项目提供一年期以上融资；
2. 取得境内或其他属于中国资源管辖领域自然资源勘探、开发的特许权，或者取得基础设施建设、运营的特许权；以及
3. 取得境内土地使用权、房屋所有权等不动产权利。

另一方面，就这种投资形式，《征求意见稿》缺少相关准入管理以及事中事后监督的规定，可能导致此类投资因为缺乏制度规则而不具有操作性。

（二）豁免外资准入限制的返程投资范围过窄

根据《征求意见稿》第三十五条，返程投资可以不受负面清单准入限制。但本条仅适用于中国投资人在境外设立的全资企业的返程投资，强调资金 100% 的中国属性，将实践中大量存在的中国投资人为境外融资目的而设立并控制的企业排除在外，不利于吸引外国资金入境。另外，根据该条，只有报国务

院批准后才可不受准入限制，审批层级设定过高，可能导致实践中无法获批。

（三）未明确对外商投资企业境内再投资的监管方向

在目前的监管实践中，外商投资企业（除三类外商投资性企业）境内投资的企业是属于“外商投资企业”，还是“境内/内资企业”并不清晰。根据《外商投资法》第二条，投资活动包括外国投资者“直接或者间接”的投资活动，因此外商投资也应包括外国投资者通过其控制的境内企业进行的境内再投资。另一方面，外商仅参股而不具有控制权的企业境内再投资则不应再视为是外商投资。但《征求意见稿》并未对外商投资企业的再投资活动予以区分和定性，缺少上位法的指导性规定，将不利于统一各部委对外资企业再投资的监管思路，造成实践的不一致。

（四）市场监管部门的审核可能导致新的外资准入障碍

根据《征求意见稿》第三十八条，外国投资者在准入负面清单领域进行投资的，由市场监督管理部门在办理外商投资企业登记注册时审核其是否符合股比、高管人员等方面的限制性要求。虽然《征求意见稿》也规定有关主管部门已经审核的，市场监督管理部门不再重复审核。但总体而言，这一安排不利于区分准入审批和注册登记的关系。根据目前有效的工商登记前置审批目录，对于实行负面清单准入管理的领域，获得批准是企业注册登记的前置要求，外国投资者凭许可文件向市场监督管理部门登记注册。在有关主管部门已对外国投资者及其投资活动是否符合外资准入要求进行审查，并做出许可决定的情况下，如果仍由市场监管部门在登记注册时审核其是否符合要求，可能导致市场监管部门进行实质性审查，变相构成额外的准入障碍。

（五）华侨的含义需进一步明确

根据《征求意见稿》第四十四条，华侨在中国境内投资，参照外商投资法和本条例执行。根据国务院侨务办公室发布的《关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定》，“华侨”是指定居在国外的中国公民，包括（1）已取得住在国长期或永久居留权，并已在住在国连续居留两年，两年内累计居留不少于18个月；或（2）虽未取得住在国长期或者永久居留权，但已取得住在国连续5年以上（含5年）合法居留资格，5年内在住在国累计居留不少于30个月的中国公民，但出国留学和公务出国在外期间不视为华侨。就实施条例之目的，需要从行政法规的层面，以“优先按照永久居留权、经济利益中心”的原则，确认华侨的认定标准，明确其外商投资语境下的口径。

还有不到两个月的时间，《外商投资法》即将生效实施，我们期待立法机关能在吸收各界意见和建议的基础上对《征求意见稿》进行调整和完善，为即将到来的《外商投资法》谱写开篇之局。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

李琚

电话： +86-21-6080 0981

Email: jun.li@hankunlaw.com