

## 外商投资法及实施条例十大问题解读

作者: 潘永建 | 朱晓阳

2019年3月15日《外商投资法》公布之时,笔者曾对该法进行全面解读(请参见拙文《外商投资法律的新纪元——简析〈外商投资法〉》)。2019年12月26日,《外商投资法实施条例》(以下简称“**实施条例**”)正式公布,并与《外商投资法》一并于2020年1月1日生效。结合生效的外商投资法及实施条例,笔者通过本文阐释外国投资者普遍关注的十大重点问题。

### 1. 中国自然人与外国投资者合资

外商投资法第二条规定:“本法所称外商投资,是指外国的自然人、企业或者其他组织(以下称外国投资者)直接或者间接在中国境内进行的投资活动,包括下列情形:(一)外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业;……(三)外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目”。实施条例进一步明确,前述“其他投资者”包括“中国的自然人”。

.....  
如果您需要了解我们的出版物,  
请联系:

Publication@llinkslaw.com

在外商投资法颁布之前,《中外合资经营企业法》及《中外合作经营企业法》中规定的中方合营方均仅包括“中国的公司、企业或其他经济组织”。尽管如此,《商务部关于外国投资者并购境内企业的规定》(商务部令 2009 年第 6 号)第五十四条规定,“被股权并购境内公司的中国自然人股东,经批准,可继续作为变更后所设外商投资企业的中方投资者”。此外,部分省市对中外合营企业取消了中方自然人投资者的限制,颁布相关规定允许自然人与外国投资者在中国境内共同投资,包括北京<sup>1</sup>、上海<sup>2</sup>、四川<sup>3</sup>、重庆<sup>4</sup>、安徽<sup>5</sup>等多个省市,但这些地政策多要求个案审批,或是仅涉及特殊的区域。

外商投资法及实施条例明确了一直以来悬而未决的“中国自然人能否作为外商投资企业发起设立的股东”这一问题:今后中国自然人可与外国投资者一起设立外商投资企业。

## 2. “特殊经济区域”

外商投资法第十三条规定:“国家根据需要,设立特殊经济区域,或者在部分地区实行外商投资试验性政策措施,促进外商投资,扩大对外开放。”对此,实施条例明确“特殊经济区域”是指“经国家批准设立、实行更大力度的对外开放政策措施的特定区域”。根据外商投资的实践,“特殊经济区域”通常包括以下几类区域:

### 1) 经济特区

经济特区由全国人大决定设立。1980 年 8 月 26 日,第五届全国人大常委会第 15 次会议决定,批准国务院提出的决定在广东省的深圳、珠海、汕头和福建省厦门建立经济特区。1988 年第七届全国人大第一次会议决定设立海南经济特区。2010 年 5 月,中央新疆工作会议上中央正式批准内陆地区的霍尔果斯、喀什设立经济特区。根据全国人大的授权,经济特区可以根据具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规。经济特区可以为吸引外资或国际跨国企业入驻而设立更为宽松或具有优惠条件的法规。

### 2) 经济技术开发区

国家级经济技术开发区由国务院批准,数量较多,目前共两百余个。经济技术开发区可以分为高新技术开发区、保税物流园区、出口加工区等。例如,上海市目前拥有外高桥保税区、张江高

<sup>1</sup> 《中关村国家自主创新示范区条例》(北京市人民代表大会常务委员会公告第 12 号)第十二条,中国公民以自然人身份在示范区出资兴办中外合资、合作企业,经审批机关批准后,工商行政管理部门予以登记注册。

<sup>2</sup> 《上海市工商行政管理局关于贯彻〈国家工商行政管理总局关于支持上海“十二五”时期创新驱动、转型发展的意见〉的实施意见》第十九条规定,积极有效利用外资。支持外国投资者以境外人民币出资设立外商投资企业。在总结浦东新区试点经验的基础上,将境内自然人出资设立中外合资、中外合作企业模式扩大到全市范围。

<sup>3</sup> 四川省人民政府办公厅转发《省工商局发挥工商行政管理职能促进外商投资企业发展意见的通知》(川办函[2009]228 号)第五条,经审批机关批准,允许自然人、个体工商户与外国(地区)公司、企业和其他经济组织或个人共同投资设立外商投资企业。

<sup>4</sup> 《重庆市工商行政管理局关于充分发挥工商职能进一步促进外商投资企业发展的意见》(渝工商发[2010]13 号)第五条,允许中国大陆自然人、个人独资企业、合伙企业、个体工商户与外国(地区)企业和其他经济组织或个人在渝共同投资设立合资、合作企业,积极支持外国(地区)投资者与我市企业和个人共同举办外商投资合伙企业。

<sup>5</sup> 安徽省工商行政管理局、安徽省商务厅关于印发《境内自然人在皖江示范区和合芜蚌试验区投资设立中外合资、中外合作经营企业试行办法》的通知第三条规定,境内自然人在皖江示范区和合芜蚌试验区与外国公司、企业、其他经济组织或个人共同投资建设中外合资、中外合作项目的核准及设立中外合资、中外合作经营企业的审批登记等,适用本试行办法。

科技园区、陆家嘴金融贸易区、金桥出口加工区在内的十个国家级经济技术开发区。经济技术开发区的重点是特定的工业、产业园区，注重高科技研究和发

展。经济技术开发区的投资政策强调与产业方向相结合。《国务院关于推进国家级经济技术开发区创新提升打造改革开放新高地的意见》(国发〔2019〕11号)第四条指出，“要优化外商投资导向。对在中西部和东北地区国家级经开区内从事鼓励类项目且在完善产业链等方面发挥重要作用的外商投资企业，可按规定予以支持”。地方政府也可结合产业的方向，制定本地区经济技术开发区的投资促进政策，《天津市〈关于促进我市开发区改革和创新发

展实施方案〉的通知》指出，“开发区可结合产业发展方向，在政策允许和权限范围内制定相应的招商引资优惠政策，对就业、经济发展、技术创新贡献大的项目，在投资补贴、贷款贴息、研发补助、设备补贴、人才补贴、培训资助、上市融资等方面给予支持，降低实体经济企业投资、运营和制度性交易成本”。

### 3) 自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)

2013年8月22日，国务院宣布设立上海自贸区。截至2019年8月2日，全国共设立上海、广东、天津、福建、辽宁、浙江、河南、湖北、重庆、四川、陕西、海南、山东、江苏、河北、云南、广西、黑龙江等18个自贸区。

自贸区强调投资自由化、贸易便利化、金融国际化、监管法制化。在外商投资方面，负面清单更为精简，减少外资准入限制。国家发展和改革委员会和商务部2019年发布的《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》中列出的特别管理措施共37项，相比全国负面清单减少4项，并将部分禁止性管理措施变更为限制性措施。例如，将“禁止投资文艺表演团体”规定为“文艺表演团体须由中方控股”。自贸区还可以结合本地区的实际情况通过颁布地方性法规、规章或规范性文件等实行投资促进或贸易便利。例如，《中国(福建)自由贸易试验区条例》专章规定了闽台交流与合作，《中国(广东)自由贸易试验区条例》专章规定了粤港澳合作和“一带一路”建设，《中国(辽宁)自由贸易试验区条例》则更注重老工业基地结构调整和东北亚区域开放与合作。

### 4) 自由贸易港

自由贸易港主要指海南自由贸易港。海南是我国最大的经济特区，地理位置独特，拥有全国最好的生态环境，同时又是相对独立的地理单元，具有成为全国改革开放试验田的独特优势。

### 3. 鼓励和引导外国投资者投资特定行业、领域、地区

外商投资法及实施条例规定“鼓励和引导外国投资者在特定行业、领域、地区投资”。

“特定行业、领域”的具体范围主要可参照《鼓励外商投资产业目录》(2019年版),即在全国范围内鼓励外资在现代农业、先进制造、高新技术、节能环保、现代服务业等领域投资,促进产业升级。具体而言,从目录新增或修改条目80%以上属于制造业范畴来看,制造业目前是鼓励外商投资的重点方向,国家支持外资更多投向高端制造、智能制造、绿色制造等领域。5G核心元器件、集成电路用刻蚀机、芯片封装设备、云计算设备等电子信息产业,工业机器人、新能源汽车、智能汽车关键零部件等装备制造业,细胞治疗药物关键原材料、大规模细胞培养产品等现代医药产业,航空航天新材料、单晶硅、大硅片等新材料产业,均是国家鼓励外资的核心行业和领域。此外,国家继续加大生产性服务业开放发展支持力度,主要体现在商务服务领域的工程咨询、会计、税务、检验检测认证服务,商贸流通领域的冷链物流、电子商务、铁路专用线等,技术服务领域的人工智能、清洁生产、碳捕集、循环经济等行业。

鼓励外商对“特定地区”的投资,主要是指中西部地区、东北地区承接外资产业转移,促进区域协调发展。目前特定地区共包括22个省(区、市),在这些地区原有产业的基础上因地制宜,发挥其优势的产业和领域。尤其鼓励外资在劳动密集型、先进适用技术产业和配套设施等领域的发展,如在云南、内蒙古、湖南等具有特色农业资源、劳动力优势省份发展农产品加工、纺织服装、家具制造等行业,在安徽、四川、陕西等电子产业集群加快发展省份发展一般集成电路、平板电脑、通讯终端等行业,在河南、湖南等交通物流网络密集省份发展物流仓储设施、汽车加气站等行业。

### 4. 外商投资企业参与相关标准的制定

外商投资法第十五条规定:“国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作”。实施条例规定:“外商投资企业依法和内资企业平等参与国家标准、行业标准、地方标准和团体标准的制定、修订工作。外商投资企业可以根据需要自行制定或者与其他企业联合制定企业标准”“外商投资企业可以向标准化行政主管部门和有关行政主管部门提出标准的立项建议,在标准立项、起草、技术审查以及标准实施信息反馈、评估等过程中提出意见和建议,并按照规定承担标准起草、技术审查的相关工作以及标准的外文翻译工作”。

外商投资企业参与我国国家标准、行业标准等的制定对于提高外资企业对我国经济活动的参与度,以及我国学习先进行业经验具有重要意义。

这并不是我国法律第一次提出外商投资企业对相关标准制定的参与权。2015年3月,国务院印发的《深化标准化工作改革方案》明确提出“进一步放宽外资企业参与中国标准的制定。2017年1月,国务院印发《关于扩大对外开放积极利用外资若干措施的通知》,要求促进内外资企业公平参与我国标准化工作,并明确由国家标准委牵头落实。国家标准委、国家发展改革委和商务部2017年11月13日联合印发了《外商投资企业参与我国标准化工作的指导意见》(以下简称《意见》),为外商投资

企业创造公平的标准化环境。《意见》内容包括外商投资企业参与我国标准化工作的原则、参与范围、参与方式、参与途径、知识产权保护及要求等。首次明确外商投资企业参与我国标准化工作的主体，规定在我国境内合法设立的中外合资、中外合作和外资等企业，与内资企业享有同等待遇参与我国标准化工作，明确了外商投资企业参与我国国家标准制修订工作的内容、方式和要求，如可以参与国家标准起草工作和国家标准外文版翻译工作，也可以在标准立项、征求意见、标准实施等过程中提出意见和建议。《意见》明确了外商投资企业可参与我国标准化技术组织和国际标准化活动，如可以作为委员或观察员参与全国专业标准化技术委员会，可按照有关规定要求参与国际标准化组织的各项活动，开展标准化合作交流等，鼓励其开展标准化服务等。

据了解，截至 2017 年 10 月，全国专业标准化技术委员会中，来自外商投资企业的委员代表已达 2652(人次)，占全部委员人数的 5.9%。在各个行业的标准化技术委员会中，也已经有相当数量的外资企业参与。例如，全国工业测量控制与自动化标准化技术委员会(TC124)中包含艾默生、罗克韦尔、霍尼韦尔、通用电气、埃施朗、施耐德、西门子、欧姆龙、菲尼克斯、ABB 等共计 59 名外资委员。

## 5. 外商投资企业境内再投资

实施条例第四十七条规定：“外商投资企业在中国境内投资，适用外商投资法和本条例的有关规定”。

外商投资企业境内再投资的性质及具体操作问题也一直为外国投资者所困惑。外商投资法及实施条例生效前的外商投资企业境内再投资相关规定可总结如下：

- 1) 外商投资企业再投资行业属于禁止类，不允许再投资；
- 2) 外商投资企业再投资行业属于鼓励类、允许类的，直接进行工商登记注册，性质属于内资企业；
- 3) 外商投资企业再投资属于限制类行业的，需外经贸主管部门审批后，再行工商登记注册，性质属于外商投资企业；
- 4) 外商投资企业向中西部地区投资，如果被投资公司注册资本中外资比例不低于 25%的，可申请享受外商投资企业待遇的，但应按有关外商投资企业设立程序的规定，向被投资公司所在地的省级审批机关提出审批申请，性质属于外商投资企业；
- 5) 外商投资创投企业，无论投资的是鼓励类、允许类或限制类行业的，均颁发外商投资企业法人营业执照，性质属于外商投资企业。但根据外国投资者的实际出资比例总和高于或低于该所投资企业注册资本的 25%，决定所投资企业将是否享受外商投资企业有关优惠待遇。

从上述总结可以看出，外商投资企业境内再投资的性质主要通过“实质重于形式”的方式来认定，即外国投资者无法通过先设立外商投资企业再利用该外商投资企业在境内进行再投资的方式来规避外资监管，外商投资企业的再投资企业在该外商投资企业受限或禁止投资的行业仍然受到同样的限制或禁止。

此外，区分外商投资企业再投资的企业属于内资还是外资企业的最大意义在于，被认定为外资企业可以享受面向外资企业的优惠政策和待遇(例如，2008 年之前，内资企业的所得税税率为 33%，而外资企业可享受 15%或 24%的优惠税率)，但随着外商投资法、实施条例以及配套法律法规的生效，外资企业将越来越多地享受与内资企业同样的“国民待遇”，区分内外资企业性质的意义可能不像过去那么重大。鉴于外商投资企业境内再投资具有特殊性和复杂性，在实践操作过程中，仍需根据不同行业、不同地区、不同特点进行具体分析，以满足政府部门的监管要求。

值得注意的是，过往除投资性外商投资企业以及部分自由贸易区内的外商投资企业可以其资本金在境内进行再投资外，一般的外商投资企业不得以其资本金进行境内股权投资。2019 年 10 月 25 日，国家外汇管理局发布《关于进一步促进跨境贸易投资便利化的通知》，允许非投资性外商投资企业在不违反现行外商投资准入特别管理措施(负面清单)且境内所投项目真实、合规的前提下，依法以资本金进行境内股权投资。

## 6. 对外商投资的征收

外商投资法第二十条规定：“国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿”。在此基础上，实施条例进一步明确了，如果因公共利益的需要对外国投资者的投资进行征收的，应按照“被征收投资的市场价值”给予补偿；“外国投资者对征收决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼”。实施条例的规定的最大亮点在于，将补偿的标准从“公平、合理”这一较为主观的标准转变为了“市场价值”这一相对客观的补偿标准；此外，明确了外国投资者可对征收的决定提起行政复议。以上规定都有利于对外国投资者的投资保护。

法律规定的征收、征用的主要情形概括如下：

征收	
法律规定的征收具体情形 <sup>6</sup>	征收对象
1) 国防和外交的需要； 2) 由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要； 3) 由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要； 4) 由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要； 5) 由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要； 6) 法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。	国有土地上的房屋

<sup>6</sup> 法律依据分别为：《国有土地上房屋征收与补偿条例》《森林法》《草原法》《军事设施保护法》。

生态保护、基础设施建设等公共利益的需要	林地、林木
军事禁区、军事管理区范围的划定或者扩大的需要	林地、水面、滩涂
矿藏开采和工程建设的需要	草原

征用	
法律规定的征用具体情形 <sup>7</sup>	征用对象
抢险、救灾等紧急需要	单位、个人的不动产或者动产
侦查犯罪的需要	机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物
执行戒严任务的需要	国家机关、企业事业组织、社会团体以及公民个人的房屋、场所、设施、运输工具、工程机械等
反间谍工作需要	机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物
传染病疫情控制的需要	房屋、交通工具以及相关设施、设备
国防需要	民用运载工具、交通设施、交通物资等民用交通资源
反恐怖主义的需要	单位和个人的财产

## 7. 外国投资者相关款项的汇出

外商投资法第二十一条规定：“外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等，可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出”。实施条例则新增了，“任何单位和个人不得违法对币种、数额以及汇入、汇出的频次等进行限制”的规定。

外资监管的实践中，监管部门和银行业金融机构往往都鼓励资金流入，关注资金流出，尤其在人民币贬值预期高涨、资金流出压力较大的时候，监管部门会给予银行一定的外汇额度，要求银行仅在该额度内提供本币换外币、外币汇出的服务，超出额度则需要额外报批。监管部分还会通过“窗口指导”等方式，要求银行放缓外国投资者投资收益或资产处置所得汇出的速度，特别是针对股息、红利、利润、股权转让所得款的汇回。

实施条例在外商投资法的基础上，明确禁止任何限制外国投资者投资项下资金汇出汇入的行为，旨在充分保护外国投资者的资金自由。

就我国的外汇汇出限制而言，对于利润、资本收益、知识产权使用费等经常项目，我国已实现自由兑换；而对于出资、资产处置所得、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等资本项目，自有兑换、汇出是有一定的障碍的。外商投资法及实施条例的规定无疑将有利于资本项下的外汇的自由兑换、汇出，但实际执行效果仍需后期出台配套法律文件将加以落实。

<sup>7</sup> 法律依据分别为：《物权法》《人民警察法》《戒严法》《反间谍法》《传染病防治法》《国防交通法》《反恐怖主义法》。

## 8. VIE(可变利益实体)

实施条例征求意见稿曾规定,“中国的自然人、法人(不包括外商投资企业)或者其他组织在中国境外设立的全资企业在中国境内投资的,经国务院有关主管部门审核并报国务院批准,可以不受外商投资负面清单规定的有关准入特别管理措施的限制。”实施条例的正式稿中将 VIE 相关内容全部删除。

VIE 模式以及对其监管模式的摸索尝试在我国已经走过了近二十个年头,发展脉络大致如下:

年度	事件
2000 年	新浪赴美上市:国内首单采用 VIE 构架的海外上市
2005 年	《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》:75 号文颁布,首次提及返程投资和协议控制
2010 年	上海贸仲对两起 VIE 案件做出仲裁裁决,属首次涉及 VIE 有效性的仲裁裁决。上海贸仲以“合法形式掩盖非法目的”为由裁定 VIE 协议无效
2014 年	《关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》:37 号文颁布,删除了“协议控制”字样,仅表述取得控制权
2015 年	《外国投资法(草案征求意见稿)》:将 VIE 认定为控制权的一种,同时对控制权实行穿透认定,从而可能导致外国投资者无法再通过 VIE 控制的方式规避中国外商投资法律
2016 年	长沙亚兴置业发展有限公司诉北京师大安博教育科技有限公司案:最高法院首次审理 VIE 案件,但回避认定 VIE 是否有效的问题
2019 年	《外商投资法实施条例(征求意见稿)》:中国投资者的来自境外全资投资经国务院审批后可豁免外资规定
2020 年	《外商投资法实施条例》:没有针对 VIE 进行任何规定。

从上表可以看到,直到实施条例的生效,我国在立法、司法、行政层面均未对 VIE 架构的合法性进行认可或否定,VIE 模式一直处于我国法律环境下的灰色地带。

本次实施条例在“纠结”后选择对 VIE 模式“留白”,不出各方意外。VIE 模式历经 20 年实践,早已是外资投资境内受限产业,以及众多互联网和高新技术企业海外上市的首选。再次留白体现了主管部门审慎的监管态度,是经济驱动、改革深化、扩大外资背景下的一次务实选择。

我们预期,实施条例本次对 VIE 模式的留白并不是监管的终点。一方面,VIE 模式下,明明是中国投资者控制的企业,仅仅因为采用了离岸架构进行融资而无法运营境内并不受限的领域和业务,于情理不通。另一方面,VIE 模式的出发点是让众多“假外资”的高新企业能够在境外融资、境外上市和境内合规运营中“安生立命”,但 VIE 特殊结构,本质上属于规避法律的监管,法律长期漠视这一问题不是正途。

一方面,随着外资准入的持续放开,受限制和禁止的外商投资领域在逐步减少;另一方面,境内资本市场的日臻完善,包括科创板和配套制度的加速推动,让更多互联网和高科技企业将境内证券市场

作为上市的首选，也从经济层面影响着 VIE 架构的选择和搭设。多重因素影响下，相信 VIE 模式的必要性和合规性将在不远的将来得到彻底的解决。

## 9. 外商投资企业的信息披露及报告

外商投资法创设了外商投资投资信息报告制度，外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。外商投资信息报告的内容和范围按照确有必要原则确定，通过部门信息共享能够获得的投资信息，不得再行要求报送。与外商投资法配套实施的《外商投资信息报告办法》同样自 2020 年 1 月 1 日起生效。

虽然《外商投资信息报告办法》规定外商投资企业的投资信息仍然向商务主管部门报送，但对于外国投资者或者外商投资企业而言，其面对的是市场监督管理部门建立和维护的企业登记系统及国家企业信用信息公示系统，商务主管部门获取投资信息的渠道由外国投资者或者外商投资企业直接报告转变为市场监管部门向商务主管部门推送，换言之，商务主管部门虽然主管投资信息报送工作，但其在信息报送环节并不直接面对外国投资者及外商投资企业，实质上减轻了外国投资者及外商投资企业在投资信息披露方面的负担，符合《外商投资法》简化程序、促进投资的初衷。

与信息披露、报送相关的是，近期有许多外国媒体以及 NGO 等广泛宣传中国将推出“企业社会信用体系”，将利用企业披露、申报的信息对企业进行打分、评级；甚至有宣传企业社会信用体系“专门针对外资企业”等。需要澄清的是，企业社会信用体系并不是一个新生事物，事实上，企业社会信用体系的建设早在 2012 年就开始了。2014 年国务院就正式发布了企业社会信用体系的纲领性文件——《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020 年)》。自此以来，我国出台了数量众多的企业社会信用体系建设相关法律法规及政策，不同行业的监管机构及不同级别的地方政府层面也出台了相应的配套制度。此外，企业自行披露、报送的信息确实是企业社会信用体系进行评级的重要数据来源之一，但是这样的披露、报送并不是仅针对外商投资企业，而是对中国境内所有企业一视同仁的要求。根据我们的经验，由于外商投资企业通常更注重企业合规制度的建设、实施，企业社会信用体系的实施反而会使得外商投资企业获得较高的评级，有利于外商投资企业更好地在中国开展业务。如需了解更多有关企业社会信用体系的信息，请参见本所《信不足焉，有不信焉——中国企业社会信用体系与企业合规》一文。

## 10. 港澳台及华侨投资者

实施条例第四十八条规定：“香港特别行政区、澳门特别行政区投资者在内地投资，参照外商投资法和本条例执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。台湾地区投资者在大陆投资，适用《中华人民共和国台湾同胞投资保护法》(以下简称台湾同胞投资保护法)及其实施细则的规定；台湾同胞投资保护法及其实施细则未规定的事项，参照外商投资法和本条例执行。定居在国外的中国公民在中国境内投资，参照外商投资法和本条例执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定”。

外商投资法对于其对港澳台投资者的适用问题并未做出规定。对此，实施条例进行了补充规定。

对于香港及澳门投资者在内地的投资，参照适用外商投资法及实施条例，但法律、行政法规或国务院另有规定的，从其规定。前述“另有规定”，目前主要是指《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》及《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》下的一系列协议。

对于台湾投资者在内地的投资，实施条例规定适用《台湾同胞投资保护法》(以下简称“台保法”)及其实施细则的规定；而对于上述法规未规定的事项，参照外商投资法及实施条例执行。台保法及其实施细则分别于1994年及1999年生效，期间台保法虽经历了数次修订，但目前来看仍然滞后于台湾同胞在内地的投资的现状，因此外商投资法及实施条例是对台保法及其实施细则的必要补充，有助于充分利用台湾投资、保护台湾投资者利益。例如，就台保法及其实施细则未规定的事项而言，台保法仅笼统规定国家通常不对台湾投资者的投资国有化和征收，但不排除在特殊情况下根据社会公共利益的需要和法律程序采取征收措施，并给予相应补偿。台保法实施细则虽然规定了补偿标准为“征收前一刻的价值”，但该价值以何标准进行计算仍未明确。因此，有关对于台湾投资者的投资的征收，未明确之处应适用外商投资法及实施条例的相关规定，按照“被征收投资的市场价值”进行补偿。

对于华侨的境内投资，实施条例的征求意见稿使用了“华侨”一词。根据国务院侨务办公室《关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定》(国侨发〔2009〕5号)第一条，对华侨的认定主要有两种方式：第一，中国公民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(即“定居”)。第二，或者中国公民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，视为华侨。但是中国公民出国留学(包括公派和自费)在外学习期间，或因公务出国(包括外派劳务人员)在外工作期间，均不视为华侨。实施条例的正式稿中将“华侨”的表述改为了“定居在国外的中国公民”，但“定居”的定义是否与《关于界定华侨外籍华人归侨侨眷身份的规定》中的界定相同，还有待于后续的配套法规明确。值得注意的是，虽然“定居国外的中国公民”仍然是中国公民，但其明显区别于“中国的自然人”这一概念。“定居国外的中国公民”的境内投资属于外商投资，参照外商投资法及实施条例执行，但“中国的自然人”的境内投资属于纯粹的境内投资，不适用外商投资相关法律。

## 结语

外商投资法及实施条例是对“外资三法”以及中国过去几十年外资监管的法规及实践的一次全面梳理及革新。外商投资法及实施条例解决了很多外资监管领域中亟待解决的问题，当然也提出了新的问题和挑战。随着立法进程的推进，相信会有更多的外商投资配套规定应运而生。我们会持续关注这一领域的立法和司法动态，为外国投资者及其他专业人士提供一贯专业的解读和支持。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



潘永建  
+86 21 3135 8701  
david.pan@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：[master@llinkslaw.com](mailto:master@llinkslaw.com)

上海

T: +86 21 3135 8666  
F: +86 21 3135 8600

北京

T: +86 10 8519 2266  
F: +86 10 8519 2929

香港

T: +852 2592 1978  
F: +852 2868 0883

伦敦

T: +44 (0)20 3283 4337  
D: +44 (0)20 3283 4323



[www.llinkslaw.com](http://www.llinkslaw.com)



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。