

勤業眾信聯合會計師事務所

稅務部—中國稅務暨商務諮詢

陳文孝資深副總經理、林佳苗經理

今年 3 月 15 日全國人民代表大會通過的《中華人民共和國外商投資法》(以下簡稱“外商投資法”)將於 2020 年 1 月 1 日起施行,而現有的《中華人民共和國中外合資經營企業法》(以下簡稱“中外合資法”)、《中華人民共和國外資企業法》(以下簡稱“外資企業法”)、《中華人民共和國中外合作經營企業法》(以下簡稱“中外合作法”)(以下合稱“三資企業法”)將同時廢止。為保障外商投資法的有效實施,大陸司法部於 11 月 1 日發布《中華人民共和國外商投資法實施條例(徵求意見稿)》(以下簡稱“徵求意見稿”),徵求意見稿的截止日期為 2019 年 12 月 1 日。本文將就外商投資法及徵求意見稿對現行三資企業法的主要影響進行解析。

## 1. 中國自然人可與外國投資者合資在中國境內

徵求意見稿規定,外國投資者可以依法單獨或者與包括中國的自然人在內的其他投資者共同在中國境內投資,明確開放了原本在中外合資法及中外合作法第一條規定下,中國自然人不能作為合資、合作方的限制,雖然有些地方性規定(包含北京、上海、深圳、廈門等地)已針對上述限制發布相關實施意見,但沒有發佈相應文件的其他省市,中國籍自然人參股外商投資企業仍面臨實務操作上的困難。外商投資法沒有明確定義,透過徵求意見稿相關規定已明確後續實務執行之可行性。

另外需注意的是，徵求意見稿規定，國務院商務主管部門、投資主管部門會同國務院其他有關部門編制綜合性的外商投資指引。根據現行《外商投資准入管理指引手冊》(2008年版)(五)一般情況下，外商投資股份有限公司的中方發起人不得為自然人，此限制仍待後續可能發布的外商投資指引明確訂定。

## 2. 台港澳投資者適用外商投資法

過去，台港澳投資者原則是參照外商投資規定進行管理的，原已公布的外商投資法未予以明確；徵求意見稿則明確規定，臺灣地區投資者在大陸投資，適用臺灣同胞保護法及其實施細則的規定，未規定的事項參照外商投資法和徵求意見稿執行；香港特別行政區、澳門特別行政區投資者在內地投資，參照外商投資法和徵求意見稿執行，法律、行政法規或者國務院另有規定的除外。

## 3. 統一內外資企業的組織形式、組織機構及治理活動準則

外商投資法規定，外商投資企業的組織形式、組織機構及其活動準則，適用《中華人民共和國公司法》(以下簡稱“公司法”)、《中華人民共和國合夥企業法》(以下簡稱“合夥企業法”)等法律規定。因此，針對三資企業法原規定的利潤分配、股權轉讓、最高權力機構、董事任期、重大事項決議等與公司法仍存在差異，企業需要在外商投資法施行後，與合營方或合作方進行協商討論相應進行調整，彙總差異變化如下：

影響內容	外商投資法 (適用公司法)	中外合資法	中外合作法

利潤分配	依實繳的出資比例分潤。  全體股東可以約定不按出資比例分潤。	依註冊資本比例分潤。	依合作企業合同中約定投資或者合作條件、收益或者產品的分配。
股權轉讓	有限責任公司—股東之間可以相互轉讓。股東向股東以外的人轉讓股權，應當經其他股東過半數同意。  股份有限公司—股東持有的股份可以依法轉讓。	合營一方向第三者轉讓股權的，需經合營他方同意，並報審批機構批准。  合營他方有優先購買權。  合營一方向第三者轉讓股權的條件，不得比向合營他方轉讓的條件優惠。	中外合作的一方轉讓其在合作企業合同中的權利、義務的，需經他方同意，並報審查批准機關批准。
最高權力機構	股東會	董事會	董事會或聯合管理委員會
董事會	人數:3-13 人。	人數:不得少於 3 人。  任期:四年。	人數:董事會或者聯合管理委員會成員不得少於 3 人。

	任期:由公司章程規定， 但每屆任期不得超過三 年。		任期:由合作企業章程規 定，但每屆任期不得超過 三年。
重大事項表 決	經代表三分之二以上表 決權的股東通過。	由出席董事會會議的 董事一致通過。	由出席董事會會議或者聯 合管理委員會會議的董事 或者委員一致通過。
外資出資比 率	除負面清單特別規定 外，外資出資比例無特 別規定。	外國合營者的投資比 例一般不低於 25%。	外國合作者的投資一般不 低於合作企業註冊資本的 25%。
投資總額	章程僅需載明註冊資本	章程需載明投資總額 及註冊資本	章程需載明投資總額及註 冊資本

#### 4. 五年過渡期安排

自 2025 年 1 月 1 日起，外商投資企業的組織形式、組織機構等應當符合公司法、合夥企業法等法律的強制性規定，以及股權轉讓、最高權力機構、董事任期、重大事項決議等與公司法規定相符。

徵求意見稿明確規定，在外商投資法施行後 5 年內未依法辦理變更手續的，應當自 2025 年 1 月 1 日起 6 個月內依法辦理變更手續，逾期未依法辦理變更手續的，企業登記機關不予辦理該企業的其他登記事項，並可以將相關情形在企業信息公示系統中公告。

#### 5. 利潤分配方式可維持現狀

徵求意見稿規定，外商投資法施行後，現有外商投資企業合營、合作各方在合同中約定的收益分配方法、剩餘財產分配方法等，在合營、合作期限內可以繼續按照約定辦理。

現行中外合資法下的利潤分配採依註冊資本比例分配，若該中外合資企業各方已繳足註冊資本金，則與公司法依實繳的出資比例分配尚無差異；惟中外合作企業分配利潤的方式，實務上較為複雜，故此規定便利了中外合作企業重新議定利潤分配的麻煩。

## **6. 返程投資可不受外商投資准入負面清單限制**

徵求意見稿規定，中國的自然人法人或者其他組織在中國境外設立的全資企業在中國境內投資的，經國務院有關主管部門審核並報國務院批准，可以不受外商投資准入負面清單規定的有關准入特別管理措施的限制。且前款所稱法人或者其他組織不包括外商投資企業。

此規定即為穿透到最終受益人為 100%中國投資人的返程投資，且需經國務院批准；中國在過去幾年嚴格控管個人及企業對外投資的活動，故此法令的實踐程度待觀察。

## **7. 資本項目可以依法自由匯入匯出**

外商投資法規定，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、知識產權許可使用費、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。徵求意見稿又進一步規定，任何單位和個人不得違法對幣種、數額以及匯入、匯出的頻次等進行限制。

現行實務中，針對經常項目(利潤、資本收益、知識產權許可使用費)已可依法自由兌換，而此次針對資本項目(出資、資產處置所得、依法獲得的補償或者賠償、清算所得)的匯出匯入也做了進一步的開放。惟在過去幾年中國外匯控流出的政策下，企業的利潤分配匯出常會面臨對外

付匯的難度，以及企業辦理減資作業的困難度，在外商投資法施行後，希望此法令能提高外資企業對外付匯的自由與彈性。

## 8. 外債額度之借用及方式

現行外商企業舉借外債額度有兩種計算方式，其一為在投資總額與註冊資本額的差額(以下簡稱“投注差”)內，其二為依《中國人民銀行關於全口徑跨境融資宏觀審慎管理有關事宜的通知》的規定在企業資本或淨資產 2 倍的範圍(以下簡稱“宏觀審慎管理”)內舉借外債。

在外商投資法沒有提及外債，以及公司法沒有投資總額的概念，且徵求意見稿僅規定外商投資企業可以按照國家有關規定借用外債，未對適用方式加以明確，故外商投資法正式施行後，投注差模式在五年過渡期間內是否仍可沿用尚待確認，惟企業目前可依企業實際情況比較投注差模式及宏觀審慎管理模式的舉債額度，若採投注差模式較有利，則企業可再決定是否提早安排。

## 9. VIE(Variable Interest Entity)協議控制的影響

2015 年 1 月商務部就《中華人民共和國外國投資法(草案徵求意見稿)》公開徵求意見，其中第 15 條(外國投資)規定通過合同、信託等方式控制境內企業或者持有境內企業權益。境外交易導致境內企業的實際控制權向外國投資者轉移的，視同外國投資者在中國境內投資，明確將 VIE 架構納入規範。隨著正式發佈的外商投資法規定，已將 2015 年針對 VIE 協議控制的規定刪除，但仍保留了相關彈性規定，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；法律、行政法規或者國務院規定的其他方式的投資。雖然目前 VIE 架構仍處於灰色地帶，但對於現有安排 VIE 架構的外國投資者仍需隨時關注外商投資法正式施行後是否有

新的監管政策出台、是否有緩衝時間、是否各自由貿易試驗區有開放限制類的外資股權比例等政策，以及時因應可能出台監管 VIE 架構的影響。

由於外商投資法生效在即，現階段台商企業應隨時關注外商投資法改革對自身的影響，確實了解未來正式實施後對相關已取得證書、公司章程、外債額度、重大決議表決等做好充分準備。