

美中贸易全国委员会对《中华人民共和国外商投资法（草案）》 的反馈意见

2019年2月24日

美中贸易全国委员会（USCBC）代表 210 余家在中国有大规模经营的美国企业。这些企业高度关注中国持续推进旨在让市场在经济中发挥决定性作用的经济改革。我们此次提交的反馈意见不仅代表了 USCBC 的会员公司，同时，也代表美国服务业联盟（Coalition of services Industries）、美国人寿保险人理事会（The American Council of life Insurers）、和作为全球保险协会联合会（Global Federation of Insurance Associations）成员之一的爱尔兰保险协会（Insurance Ireland）及其会员公司的意见。

我们高兴地看到，全国人大正在采取重要措施，改革中国外商投资体制。这些改革对中国未来的经济发展至关重要，可以在促进外商投资中发挥重要作用。《外商投资法》将取代原有的《外资企业法》、《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》，我们高兴有此机会就《外商投资法（草案）》提供反馈意见。

草案中的积极要素将通过加强投资保护，解决市场准入、知识产权保护和技术转让等 USCBC 会员企业的重要关切，帮助外资企业在华经营。我们也高兴地看到，草案似乎要对较大部分的外商投资审批流程进行简化，并采纳了准入前国民待遇和负面清单（“外商投资特别管理办法”）等重要原则。然而，草案在这些问题上的表述模糊，留下了过多的解释空间。提供更清晰、具体的指导，将有助于为外商投资建立更加稳定的环境保障。

该草案中的术语——“外商投资企业”会导致歧视，这一点 USCBC 以前也提到过。使用该名词将造成仅仅基于所有制性质而歧视对待不同类型的国内法律实体。我们希望中国的政策制定者推动取消外商投资企业的分类，用同样适用于国内企业的法律法规，如《公司法》，来管理中国所有依法设立的企业。

与此同时，我们建议草案采取以下总体原则：

- **删除所有歧视对待外国投资和国内投资的条款，即使这种歧视只是字面上的。**外商投资企业应与内资企业一样，遵守相同的法律和报告要求。取消只适用于外商投资企业的广泛报告要求和额外的监管要求，将确保外资企业不会受到有别于内资企业的待遇。中国复杂的准入前市场限制，如获得行政许可后方可开展经营，阻碍了外商投资，影响了许多产业，也破坏了公平待遇。应该对这些准入前要求进行修改，以反映草案平等对待外资和内资企业的目标。

- **提高所有审批程序和标准化设置流程的透明度。**提高许可审批程序和法律法规实施的透明度将帮助外资企业实现经营和流程合规。我们会员企业赞赏中国政府为外资企业建立投诉机制，让其在遇到问题时寻求解决办法，也希望就如何利用该机制有效保护自身权利获得更多指导。我们建议为外商投资企业的投诉和反馈机制提供更全面详细的内容，明确责任、职权、程序和方法。外资企业还应在国家标准化过程中有更大的发言权，确保其观点和经验得以考虑。我们建议在草案中增加明确的条款和其他相关措施，规定外商投资企业在这些过程中受到同等对待。
- **继续加强知识产权保护。**强有力的知识产权保护是保护投资者权利的基础。USCBC 对草案中禁止将强制技术转让作为外商投资的条件还有进一步的意见，除此之外，草案还应禁止知识产权侵权，并在该领域加强投资者权利保护。

除上述总体原则外，我们谨提交以下具体意见供参考。

第一条

以第一条为开始的总则明确提出，本法律旨在促进和保护在华外商投资。我们建议增加表述，认可外商投资企业同样是中国经济发展的重要参与者。

第二条

“外国投资者”和“外商投资”的定义不清晰，可能会在实施过程中造成混淆和不同的解读。首先，没有明确外国投资者是否包括外国或地区政府和国际组织。其次，外商投资的定义包括“直接”和“间接”投资，但是“间接外商投资”的描述模糊。

为避免在不同部门和省级、地方政府间出现混淆和不同的解读，我们建议以投资者的实体成立地点作为是否为“外国投资者”的考虑依据。这一变动也将避免以股东、董事和管理人员的国籍来判断企业的国别。

我们还建议澄清《外商投资法》何时适用于国内中资企业。第二条并未明确，如若适用于《外商投资法》，外国投资者须在中资企业中拥有的门槛股份或资产数额或比例。如果一家企业中的外商投资达到一定数额就可适用于外商投资法，该数额应予以明确。如果有外商投资的门槛数额，该门槛数额应予以明确。如果外国投资者必须在该企业拥有“控制”股份，也应解释“控制”的定义。

第二条还使用“并购”一词，但是《反垄断法》使用“经营者集中”表达相同的意思。建议使用“经营者集中”，以确保不同法律的术语一致。

第三条

第三条提出对待外商投资企业的总体原则，包括“营造稳定、透明、可预期的投资环境”。鉴于第十六和二十条都将“公平待遇”作为本法的一项目标，我们建议将“公平待遇”列入第三条总体原则之中。

第四条

第四条提出对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。该条还明确适用于外商投资的负面清单由国务院发布或者批准发布。事实上，一些自贸区已经或正在缩减各自区域内的负面清单，该做法的合法性受到了质疑。因此，本条应说明这些地方修改负面清单得到了中央政府的批准。对本条做出如上调整将提高可预见性和确定性，这对外商投资十分必要。

第六条

第六条要求外国投资者和外商投资企业遵守中国法律法规，不得危害中国国家安全或损害社会公共利益，但是并未定义何为危害社会公共利益。USCBC 建议解释“危害社会公共利益”的含义，并明确描述“危害社会公共利益”的活动。

第八条

第八条要求外商投资企业为职工建立工会组织创造必要条件，为工会活动提供便利。我们建议在本条最后增加一句“本条款取代其它所有法律规定。”

第九条

第九条提及国家“支持企业发展的各项政策”。这一表述模糊宽泛。应明确这里的各项政策是否包括地方政府政策。除此之外，为达到意思明确和与其它政策一致的目的，我们建议删除“除法律、行政法规另有规定外”，将其替换为更为具体的表述“除非本法另有规定”。

第十条

由于许多外国行业协会代表外国行业的利益，建议将草案第十条修改为“制定与外商投资有关的法律、法规、规章，应当依据法定程序，听取外商投资企业和外国行业协会的意见和建议。”

第十条还规定“与外商投资有关的规范性文件、司法判决，应当依法及时公布。”建议修改为“与外商投资有关的规范性文件、司法判决，应当依法及时公布，涉及国家秘密或当事方商业秘密的情形除外。”

第十一条

我们赞赏第十一条为外国投资者提供服务和信息的规定。我们建议应明确所涉及的有关部委或部门所提供的具体服务，并进一步明确外商投资服务体系的定义及如何实施该体系。如果能建立“一站式”平台为外国投资者提供这类服务，将更有助益。

第十五条

我们备受鼓舞地看到，本法规定外商投资企业平等参与标准化工作。建议明确标准制定过程中各个参与方的权利和责任，以及赋予外商投资企业的权利和责任，如投票权和起草权。

为此，我们建议草案建立专门的统一渠道，对政府或政府相关组织制定的所有标准（国家、行业或其它类型标准）和标准相关政策与规定，进行面向内资、外商投资和地处国外的企业、为期至少 60 天的意见征询。除此之外，增加条款内容，要求所有制定标准和标准相关政策与指南的非政府机构和组织将这类文件草案面向所有利益相

关方征求意见，无论国籍。此举将提高透明度，也大大增加外国投资者参与标准化工作的机会。

尽管国务院国发〔2017〕5号文等现行规定和做法允许外商投资企业平等参与标准制定，外商投资企业并不总能获准充分参与中国的标准化工作，包括作为标准化技术委员会拥有完全投票权的成员。允许外商投资企业与内资企业同等参与标准制定将增强标准化工作的活力。

最后，我们建议草案应规定所有标准以中英文形式发布。

第十六条

我们欢迎保障外商投资企业平等参与政府采购活动。第十六条应详细说明什么是“外商投资企业在中国境内生产的产品”。我们建议在政府采购中给予在华外商投资企业销售的产品平等待遇，而不仅仅是外商投资企业在中国境内生产的产品。我们还建议，在定义“外商投资企业在中国境内生产的产品”时参考中国海关关于“原产国”的规定。另外，符合政府采购条件的外商投资企业生产的产品应包括外商投资企业在境内外委托加工的产品。

还应该明确的招投标流程，向寻求参与政府采购活动的外商投资企业开放，另外还应该有关表述，规定在外国企业被拒绝参与政府采购活动时，为其提供救济。我们建议在第十六条中增加下述内容“针对政府采购活动中的任何歧视性、禁止性或限制性要求，相关方在注意到这类歧视时，应在60天内向上一级主管部门申请行政复议，或在90天内向同一级法院提起行政诉讼。”

第十八条

地方政府有权限或无权限制定何种外商投资促进政策并不明确。当地方政府为了鼓励和吸引外商投资而超出其权限制定外商投资促进政策或做出承诺，外国投资者因此而承受的实际损失应获得补偿。我们建议增加提供这种保护的表述。

第十九条

正如前面十一条所建议，我们赞赏各级政府进一步提高外商投资服务和信息水平的表述。建议明确哪个部委或部门负责提供何种服务。如果能建立“一站式”平台为外国投资者提供这类服务，将更有助益。

第二十条

关于允许国家对外商投资实行征收的情形，“特殊情况”、“社会公共利益”、“法定程序”和“公平、合理的补偿”等表述过于模糊。我们建议将第二十条修改为“国家不对外商投资实行国有化或征收；在特殊情况下，根据社会公共利益需要对外商投资实行征收的，应当依照相关条约或协议，按照非歧视性法律程序进行，并给予公平、合理的补偿。”

第二十一条

第二十一条对外国投资者依法转出在中国境内的利润提出有益保障，然而“出资、利润、资本收益、知识产权使用费”等定义范围过于狭窄，无法覆盖外国投资者在中

国获得的所有收入。我们建议将第二十一条修改为“外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、知识产权使用费、获得的补偿或者赔偿，和其它依法获得的经营性收入等，可以根据外国投资者的需要以人民币或者外汇自由转出。”

第二十二條

第二十二條对技术合作条件进行了定义，并对合作关系设置了有效标准，但是仍有技术转让的压力风险。为控制这一风险，我们建议将本条的第二段修改为“外商投资过程中技术合作的条件由各方平等协商确定。行政机关及其人员不得使用行政手段强制技术转让。”

目前，中国法律、法规和最高法院解释中的不同规定，对外国投资者知识产权保护造成了挑战，包括最高法院对《合同法》第 329 条的释义，以及现行监管要求在商务部登记所有涉外知识产权协议，以此作为中方向外方支付版税和工程服务费的前提条件。为确保第二十二條提供的各项保护得以有效落实，我们建议规定第二十二條取代任何与此冲突的规定。

第二十四條

第二十四條明确规定，外资企业承受的损失应得到补偿，但是对原因却未给予足够清晰的说明。我们建议将第二十四條第二段中“依法对外商投资企业因此受到的损失予以补偿”修改为“并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失依法予以赔偿”；为保证表述与第二十条一致，补偿应公平、合理。

第二十五條

第二十五條应增加关于外商投资企业投诉工作机制的更详细表述，包括机制的工作内容和机制如何运行等。而且，草案中的投诉工作机制与行政复议和诉讼等其它救济途径的运行关系也并不明确。我们建议增加表述，明确利用外商投资企业投诉工作机制并不是寻求行政复议或提起诉讼的前提。

第二十七條

各个自贸区的外商投资负面清单范围与国家外商投资负面清单范围不同。事实上，一些自贸区已经或正在缩减各自的负面清单，因此对该做法的合法性提出了质疑。与第四条一样，第二十七條应澄清这些地方修改负面清单得到了中央政府的批准。对本条做出如上调整将提高可预见性和确定性，对外商投资十分必要。

第二十八條

第二十八條规定“外商投资项目的核准、备案，按照国家有关规定执行。”然而，第二条的第一项规定“外商投资”包括投资新建项目。USCBC 建议在草案中包括核准、备案程序的具体细节，根据一站式的原则，确保一个流程涵盖所有的必要备案与核准。

第二十九條

为保证本法的效力高于未来的行政法规，我们建议将第二十九條第二段的表述从“除法律、行政法规另有规定外”修改为“除法律另有明确规定外”。

第三十一條

草案中多处规定，外商在中国投资享受国民待遇。然而，第三十一条要求所有外商投资遵守并不适用于国内企业投资的信息报告制度。这明显与草案其它地方的国民待遇原则相矛盾。我们建议删除第三十一条。如果确有必要加强在华注册企业的信息报告制度，相关要求应以《公司法》修正案的形式加以体现，而且为了不妨碍投资，应尽可能的简单。

第三十三条

第三十三条要求建立外商投资国家安全审查制度，但是并未明确国家安全审查制度的具体内容，如审查的范围、内容，申请文件的要求，审查程序和时间限制等。也并未明确指出在自贸区以外新设立的外商投资企业国家安全审查的法律基础，目前外商投资国家安全审查的法律基础仅在《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发【2011】6号）和《国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法的通知》（国办发【2015】24号）中有所体现。我们请求修改第三十三条，进一步明确国家安全审查的范围、后果和程序，并建议将范围限制在负面清单确定的限制行业内。

第三十三条还规定依法作出的安全审查决定为“最终决定”，但并未明确说明不得对这些决定提起行政复议或行政诉讼。一般而言，可以对行政决定进行重新审议或提起上诉。

缺乏有实际意义的上诉机制违背中国提高行政决策透明度的努力。我们建议修改本条内容，规定各方可以通过中国的法院体系对国家安全审查决定提起上诉，以本法或后续实施规定的形式明确具体机制和可以审理这类案件的法院层级。

第三十六条

第三十六条规定，如果外商投资企业违反法律、法规的行为，将对其实施联合惩戒。我们建议澄清“联合惩戒”的含义，包括惩戒的实施机构、范围和过程。

第三十七条

对等原则是长期确立的国际法规则，不需要专门针对外商投资予以重申。第三十七条赘述这类义务可能会导致在执法时产生不同释义。WTO委员会是处理国际贸易争端的适当场所。因此我们建议删除第三十七条的表述。

第三十八条

尽管我们了解中国政府可能会制定具体行业领域的外商投资管理规定，但是我们对这类规定所可能导致的外国投资者的不公平待遇以及不必要的歧视，表示担忧，这也会破坏中国成为主要国际金融中心的能力。而且没有必要进一步限制具体行业领域的外商投资，因为负面清单就是这类限制的详尽目录。另外，第三十八条第一部分所列举的应当是一份明确而非无限度的领域目录（包括银行、证券、保险和网络出版），在上述行业，针对外国投资者的特殊条款仍然适用。这样将避免出台新的规定，在负面清单以外的其它领域限制外商投资。

因此建议增加如下表述，“任何这类规定应当基于审慎考虑，且不得提出非审慎的要求，以致在证券和外汇市场歧视外商投资的金融机构或外商投资。”

第三十九条

第三十九条规定，外商投资法生效后，《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》同时废止。然而，有些问题本草案并未解决，包括限制性行业的审批制度与合资合同的管理法。我们建议明确适用的法律条款。

第三十九条第二段规定，本法施行前依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》设立的外商投资企业，在本法施行后五年内可以继续保留原企业组织形式。我们建议对此进行修改，规定新法实施前设立的实体采取祖父法则，或者明确说明已设立实体的投资者可保持现有公司形式不变。如果不对此给予明确允许，许多现有外商投资企业将被迫重新谈判合资协定和/或修改章程文件。允许现有外商投资企业保持目前的公司组织结构将消除因强制要求五年内遵守公司组织规定而产生的不确定性。

《公司法》第一百六十六条规定，公司税后利润的百分之十须列入公司法定公积金。这不符合普遍接受的公司法原则，也限制企业给股东分红的灵活度，破坏外国投资者的积极性。我们建议，继续《公司法》第一百六十六条（《中外合资经营企业法》第八条和《中外合资经营企业法》实施细则第七十六条）对外商投资企业的豁免，允许企业董事会和股东自主决定法定公积金的门槛额度。

美中贸易全国委员会、美国服务业联盟、美国人寿保险人理事会和感谢全国人大提供就《外商投资法》草案反馈意见的机会。我们希望以上反馈意见是建设性和有益的。如能有机会继续就反馈意见和相关问题沟通，我们将不胜感激。我们也愿意以适当的形式跟进。

— 结束 —

美中贸易全国委员会
联系人：北京办事处副代表 张莉沛
电话：010-6592-0727
传真：010-6512-5854
电子邮箱：lzhang@uschina.org.cn