

## 美中贸易全国委员会关于《中华人民共和国外商投资法实施条例（征求意见稿）》的反馈意见

美中贸易全国委员会谨代表 200 多家会员企业，感谢有此机会与司法部就《外商投资法实施条例（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）进行交流。美中贸易全国委员会会员企业在中国有重要经营活动，因此高度关注中国不断推进中的经济改革，让市场在经济运行中发挥决定性作用。我们高兴地看到中国正在采取重要立法行动，改革外商投资管理体制。这些改革对中国未来经济发展至关重要，也将在吸引更多外商投资方面发挥关键作用。

司法部的征求意见稿中包含诸多积极内容。我们高兴地看到，其中引入了多个旨在保护外商投资企业和外国投资者知识产权的机制。涉及强制技术转让的条款为建立保护商业秘密、保证不采取行政措施强制技术转让的制度奠定了基础，但起决定性作用的是如何落实这些措施。我们期待在上述领域取得积极进展。

尽管征求意见稿为建设吸引外资的商业环境采取了积极举措，但仍然有改进的空间。征求意见稿在我们会员企业关心的多个问题上表述含糊，主要关切尚未得到完全解决。为此，我们提出以下建议：

- **对国家安全审查机制予以澄清。**我们的会员企业十分希望就《外商投资法》第三十五条中的外商投资国家安全审查机制得到进一步澄清，但是本次征求意见稿并无深入解释。我们希望司法部在征求意见稿中进一步提供安全审查程序的细节信息，并制定范围较窄、清晰明确的国家安全审查标准，既满足建立开放的外商投资环境需求，又解决国家安全关切。我们也建议实施条例建立以规则为基础的国家安全审查决定申诉机制。
- **明确重要技术名词。**我们在对全国人大《外商投资法》征求意见稿的反馈中曾提出，实施条例应明确定义所有重要技术名词，包括“外国投资者”和“间接投资”。例如，《外商投资法》第二条中的“其他投资者”依然没有明确定义。因此，无法确定中国自然人能否与外国投资者合作成立新的外商投资企业。使用这类不精确的词汇留下了原本可以避免的误解和误读空间。
- **设置公示期。**我们希望实施条例增加外商参与新的外商投资法律法规公示的机会，公示期应不少于 30 天，理想时长应至少 60 天。
- **加快制定相关办法。**我们高兴地看到，国家市场监督管理总局将负责进一步解释信息报告制度和公司成立的五年过渡期。我们希望市场监督管理总局尽早发布相关办法，确保平稳过渡，并设置公示期。告知公众发布此类信息的时间表将有助于提高透明度。
- **整合信息报告制度。**我们高兴地看到，政府将努力确保多个信息报告制度不会给外商投资企业造成不必要的负担。然而，我们希望实施条例将现有的多部门信息报告制度整合为一个统一平台。

- **建设公平的政府采购环境。**为确保外商投资企业公平参与政府采购，需要进一步明确“境内产品”的含义。我们希望实施条例为遭到不公平拒绝、无法参与政府采购的外商投资企业设立法律机制和救济办法。
- **提高标准制定的开放度与透明度。**征求意见稿就外商投资企业参与标准起草的不同阶段做了进一步澄清，但是对于外企在标准制定中的权利和责任的诸多问题并未得到解决。为了提高标准制定的透明度，我们建议中国政府建立指定统一渠道，将所有标准、标准相关政策和法规的草案进行至少 60 天的公示，征求公众意见。

除了上述关键问题，以下是我们逐条提供的详细意见。我们愿意就上述问题向贵部门提供更详细的信息，或组织企业和贵部门当面探讨信中提到的关切。美中贸易全国委员会北京办事处联系人：闫羽女士，电话：6592-0727，手机：185-0127-1695。

顺致敬意！

美中贸易全国委员会  
2019 年 11 月 6 日

## 就《中华人民共和国外商投资法实施条例（征求意见稿）》的逐条反馈意见

注：以下意见依据为司法部于 2019 年 11 月 1 日公开发布的征求意见稿

### 第一章 总则

#### 第二条

意见：

原文强调改善外商投资环境，但是外国投资者需要的是改善中国整体营商环境，包括加强知识产权保护 and 执法机制，公平执行法律法规。

建议：

我们建议对第二条做如下修改：国家完善相关政策措施，持续加大对外开放力度，优化**营商环境**，鼓励和促进外国投资者依法在中国境内投资。

#### 第三条

意见：

1) 与“外商投资”相关的多个技术名词和概念都没有充分定义，包括《外商投资法》第二条提及的“外国投资者”、“其他组织”、“间接”、“其他类似权益”和“其他方式的投资”。通过可变利益实体结构（VIE）进行的外商投资是否适用于《外商投资法》也未明确。

2) 尽管本条明确中国的自然人可以视为“其他投资者”，但这有悖于中国宪法，因为宪法未曾规定中国的自然人可与外国企业成立合资公司。

具体来说，中国《宪法》第十八条规定，“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人按照中华人民共和国法律的规定在中国投资，同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。”

建议：

我们希望对以下技术名词和问题予以进一步澄清：“外国投资者”、“其他组织”、“间接”、“其他类似权益”、“法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资”；以及希望实施条例能够明确通过可变利益实体结构（VIE）进行的外商投资是否适用于《外商投资法》。

#### 第四条

意见：

我们赞赏实施条例进一步解释《外商投资法》第二条第二款第三项提及的“新建项目”。然而，“投资新建项目”的定义只包括新设外商投资企业或兼并、收购以外的外商投资。这一规定仍然较为宽泛，不明确哪些项目符合该类别。

间接投资可能涉及两个方面，一是境外交易使得境内企业的实际控制权在境外间接向外国投资者转移的，是否视同外国投资者在中国境内投资的问题；二是外国投资者享有控制权的境内企业（即外商投资企业）在境内再投资的问题。我们希望实施条例可以明确上述两种投资方式是否可被视为间接投资。

另外，意见稿也未明确仅靠合同关系而存续的外商投资如何利用外商投资管理制度（如信息报告和安全审查制度），因为目前“新项目投资”的定义并不包括股权投资。

建议：

我们建议实施条例进一步明示和澄清新建项目投资的具体含义。“特定项目”一词也需要进一步解释。

因此，我们建议对第四条做如下修改：

(一) 外商投资法第二条第二款所称“间接在中国境内进行的投资活动”系指外商投资企业在**中国境内的投资**，相关管理办法由国务院有关主管部门根据外商投资法和本条例的原则另行规定。

(二) 外商投资法第二条第二款第三项所称在中国境内投资新建项目，是指外国投资者在中国境内对**具备建设条件但尚未开工建设的项目进行投资**，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。

我们还建议实施条例明确仅以合同关系为基础的外商投资如何适用于外商投资管理制度。

## **第五条**

### **意见：**

1) 本条中关于登记注册的表述含糊不清。该文字表述可能导致外资和内资企业被区别对待。

2) 此外，国务院有关部门和地方政府管理部门的职责划分不清。例如，本条并未解释国务院市场监督管理部门和地方人民政府市场监督管理部门分别在什么情况下负责办理外商投资企业登记注册。

### **建议：**

1) 我们建议，实施条例明确登记注册适用的具体规范和规定，并重申内外资企业将受到同等对待。为此，我们建议将第五条修改为：

外商投资企业的登记注册，由国务院市场监督管理部门或者其授权的地方人民政府市场监督管理部门根据**企业登记管理规定**办理。

2) 另外，我们还建议详细划分国务院市场监督管理部门和地方市场监督管理部门的职责分工，这样外国投资者就不必事事咨询核实。

## **第七条**

### **意见：**

1) 本条只做了原则性规定，并未明确要优先满足哪些法律要求。这可能会出现援引国内法律法规，而置国际条约和协定于不顾的情况。

2) 中国缔结或者参加的国际条约、协定的范围过于宽泛。建立向企业开放的综合统一信息平台将有助于企业理解。

### **建议：**

1) 为与中国法律的普遍法律原则相一致，我们建议对第七条做如下修改：

国家依照法律法规以及所缔结或者参加的国际条约、协定，保护外国投资者在中国境内的投资、收益和其他合法权益。**当国内法律法规与相关国际条约和协定冲突时，应遵守国际条约和协定。**

2) 我们建议实施条例要求在综合统一平台上公布所有相关国际条约和协定，供企业查阅。

## **第八条**

### **意见：**

1) 外商投资企业的投诉处理工作十分重要，直接影响外国企业的稳定、发展和对中国的信心。

2) 特殊情况除外，大部分外国投资者通过注册外商投资企业或并购进行新的投资。根据现行规定，商务部负责管理外国企业，国家发改委负责管理外商投资项目。征求意见稿并未明确上述部门是否继续履行其职责。

### **建议：**

1) 我们建议对第八条做如下修改:

国务院商务主管部门、投资主管部门以及其他有关部门应当依照职责分工, 密切配合、相互协作, 共同做好外商投资促进、保护、**投诉处理**和管理工作。

县以上地方人民政府应当加强对外商投资促进、保护、**投诉处理**和管理工作的组织领导, 支持、督促有关部门依照法律法规和职责分工展开外商投资促进、保护、投诉处理和管理工作, 及时协调、解决外商投资促进、保护、投诉和管理工作中的重大问题。

2) 为保证外商投资管理的连贯性, 我们建议征求意见稿明确商务部继续负责管理外国投资者, 国家发改委继续负责管理外商投资项目。如果未来其他部门也参与管理外商投资, 我们建议明确其责任和管理权限。

## **第二章 投资促进**

### **第十条**

**意见:**

1) 本条关于征求意见渠道管理和意见采纳的规定模糊不清, 也未要求政府将这些渠道向所有外商投资企业开放。

2) 有关规范性文件公布的表述也含糊不清, 例如“及时”一词。另外, 也未明确文件用何种语言公布。

3) 我们之前曾建议建立一个统一的征求意见渠道, 进行至少 60 天的公示, 但是征求意见稿并未采纳这一建议。

4) 本条应引用国务院办公厅印发的《关于在制定行政法规规章行政规范性文件过程中充分听取企业和行业协会商会意见的通知》。《关于建立健全企业家参与涉企政策制定机制的实施意见》的精神也应在第十条中有所体现。

**建议:**

1) 我们建议进一步明确征求意见渠道管理的框架, 同时详细阐述如何采纳意见。实施条例还应要求这些渠道向所有外商投资企业公开。我们还建议解释什么是反馈意见采纳情况的“适当方式”。

2) 我们建议, 规范性文件应在制定后的具体期限内对外公布。不应通过订阅、会员或其他类似方式对公众获取这类文件进行任何限制。我们还建议, 与外商投资相关的所有法律、法规、规定、规范性文件和法院判决应以中英文两种语言公布。

3) 我们建议, 实施条例建立专门的统一渠道, 向内资、外资和境外企业公布政府或与政府相关的机构制定的(国家、行业、地方等)政策草案, 公示期应不少于 30 天, 理想情况下应至少 60 天。还应明确外商投资企业和外国商会如何参与座谈和提供反馈意见。

我们还建议增加表述, 要求所有参与制定政策和法规的非政府机构和组织, 免费公开这些文件的草案, 不分国籍, 征求所有利益相关方的意见。

4) 为确保提供统一的征求意见渠道, 保证第十条与国务院和国家发改委之前发布的文件一致, 我们建议对第十条做如下修改:

**根据国务院办公厅《关于在制定行政法规规章行政规范性文件过程中充分听取企业和行业协会、商会意见的通知》, 外国投资者、外商投资企业、外国商会、行业协会平等参与政府及其有关部门起草有关的涉企法律、法规、规章、规范性文件。政府及其有关政策起草部门应当深入调查研究, 遵守国际规范和原则, 在政策形成各个阶段, 采取各种有效的方式, 听取包括外商投资企业以及外国商会等方面的意见。涉企政策在制定过程当中, 应邀请政策涉及行业及企业, 通过采用书面征求意见、召开座谈会、论证会等方式, 广泛听取外商投资企业以及外国商会等方面的意见。对于相对集中或者涉及外商投资企业重大权利义务问题的意见, 政策起草部门要认真对待涉企外资的诉求并予以充分考虑, 不得拒绝接受外商投资企业的合理诉求和建议。当利益相关方**



有重大利益不一致时，政府有关部门应及时组织包括外资企业、外国商会在内的利益相关方进行更加深入的论证。确属难以采纳的，政策起草部门应立即向上级国家政府机关汇报，请求讨论并形成意见；此后应及时将不予采纳意见的原因、处理意见，处理依据等信息，以文字形式通过正式渠道予以反馈。

国家规范性文件应当通过政府公报、政府网站、[全国一体化在线服务平台](#)等依法及时予以公布。未经公布的不得作为实施外商投资管理的依据。

## **第十一条**

### **意见：**

1) 我们赞赏通过全国一体化在线平台提供“一站式”服务，公布所有文件，但这一平台似乎只用于发布信息，而不用来征求意见。

2) 另外，由于没有详细划分职责，存在不同部门分工重叠的风险。

3) 本条款也未明确向外国投资者提供何种“咨询、指导等服务”，以及如何提供这类服务。

### **建议：**

1) 我们建议，明确未在全国一体化在线平台上公布的文件或政策不应作为外商投资管理的依据。

第二十一条提及的行业和领域投资指引也应在该平台上公布。

2) 我们建议，应明确哪个部委或部门负责提供何种服务，进而细化外商投资服务体系和实施方式。

3) 我们希望实施条例进一步解释“咨询、指导等服务”的内容，以及外国投资者和外商投资企业通过何种渠道利用这类服务。

## **第十二条**

### **意见：**

1) 我们赞赏明确特殊经济区域的含义。但是由于中国经济特区种类繁多，实施条例还需做进一步解释。

2) 根据“实际情况”在其他地区或全国范围内推广试验性政策措施，这一表述含义不明。似乎政府拥有完全的自由裁量权决定是否应该在其他地区或全国范围内推广试验性政策措施。

### **建议：**

1) 我们建议，实施条例明确“特殊经济区域”的含义，尤其是与经济开发区、自由贸易区、自由贸易港的区别。

2) 我们建议删除第十二条第二项第二款中的“根据实际情况”。

## **第十三条**

### **意见：**

1) “国民经济和社会发展需要”的表述过于宽泛模糊。

2) 第二款提出，特定行业的外国投资者可享受优惠待遇，但未提及优惠待遇的细节和享受这类待遇的条件。更令人困惑的是，《外商投资法》虽然取代了之前的三法，但是本条款并未明确根据三法制定的行政法规、部门规定和规范性文件是否继续有效。

3) 鼓励外商投资产业目录的目的不明确。是否意味着目录涉及的所有外国投资者和外商投资企业将享受优惠待遇，而未纳入目录的行业的外国投资者和外商投资企业则不享受优惠待遇？

4) 实施上述措施的底线应当是投资为市场行为。因此，政府应明确与市场的边界，以及外国投资者和外商投资企业应当有权选择在相关行业、领域和地区投资。

## 建议：

- 1) 我们建议进一步解释“国民经济和社会发展需要”，否则应删除该表述。
- 2) 我们建议，进一步明确外商投资企业在哪些行业享受优惠待遇，有哪些要求，以及优惠待遇的具体内容。应优先清理商务、开发、工商、外汇、金融和财税领域的现有外商投资管理规定。
- 3) 鉴于限制或禁止外商投资的行业已在负面清单中予以明确，外国投资者应在所有其他行业自由投资，也应得到与内资企业相同的待遇。
- 4) 我们建议对第十三条做如下修改：  
国家根据国民经济和社会发展需要，制订鼓励外商投资产业目录、鼓励和引导外国投资者、外商投资企业在特定的行业、领域、地区投资。**外国投资者和外商投资企业有权自行选择相关行业、领域和地区的投资。**鼓励外商投资产业目录由国务院投资管理部门会同国务院商务主管部门等有关部门以及有关地方任命政府制定，报国务院批准后发布实施。

## 第十四条

### 意见：

我们不确定此处的“优惠待遇”是否与第十三条中的内容相同？

### 建议：

请明确此处的“优惠待遇”是否与第十三条中的内容相同。

## 第十五条

### 意见：

尽管征求意见稿明确外国投资企业平等参与标准制定，但外资企业在标准工作中依然面临诸多挑战：

- 1) 透明度：征求意见稿规定，外国企业可以参与标准化立项、在起草过程中提出意见，但是我们的会员企业认为在这些领域仍存在障碍。企业还提出，公示期过短，无法提供有意义的技术意见，而且很难找到相关标准。
- 2) 参与政府主导的标准化工作：尽管中国曾经承诺允许外商投资企业平等参与标准制定（如国发【2017】5号文和《外商投资法》），外商投资企业并不总能获准全面参与中国的标准制定，包括成为标准化技术委员会有完全投票权的成员。例如，虽然没有明文禁止，外商投资企业却无法加入某些 TC260 工作组。
- 3) 正当法律程序：在许多领域，外国企业的产品和技术所占市场份额虽然很小，却比国内竞争者更有创新性，质量也更高。因此，仅按人数决定技术委员会的代表分布，并没有给予最有能力起草标准的参与者应有的分量。
- 4) 社会团体标准：外商投资企业参与制定社会团体标准的条件依然不明确。例如，如果外商投资企业不是某一行业协会或其他社会团体的成员，还能否参与其标准制定？
- 5) 企业标准：企业标准的合法有效性有时并没有得到政府部门的正式认可。因此，在质量检查时，有些部门只是简单地采取国家标准，而企业因为其自身标准更高，而不采纳国家标准。这种做法可能会在产品质量上误导公众，给企业造成不必要的声誉损失。

### 建议：

我们认为，以下建议将有助于外商投资企业在更公平的条件下参与中国的标准制定，这不仅有利于所有市场参与者，也有助于制定更加平衡、质量更高的标准，从而推动产业发展。

- 1) 透明度：我们建议中国建立专门的统一渠道，向内资、外资和境外企业公开所有政府或政府相关机构制定的标准（国家、行业和其他类型标准）以及标准相关的政策和法规，公示期应至

少 60 天。企业很难在短时间内协调内部研发和工程团队提供高质量技术意见，如果还必须将标准草案和反馈意见译入和译出中文，企业面临的挑战则更严峻。

另外，还应要求所有制定标准和标准相关政策、指南的非政府机构和组织，不分国籍，向所有利益相关方免费公开上述文件草案，征求意见。此举不仅能提高透明度，还能增加外国投资者参与标准制定的机会。

2) 正当程序：我们建议，监管部门遵守世界贸易组织关于标准制定的原则，确保标准化过程公开、透明、公正、协商一致。与国际标准化进程一样，中国的国内程序也应有坚实的规则基础，根据技术优势，公平评估意见建议。

允许外商投资企业与内资企业一样平等参与标准化工作，这将推动建立更具活力的标准制定程序，制定更高质量的标准，推动产业发展。

3) 社会团体标准：希望明确外商投资企业在什么情况下可以参与制定“团体标准”。如果外商投资企业没有加入任何行业协会或团体，是否能参与制定相关团体标准？

4) 企业标准：我们建议，在涉及外商投资企业参与标准制定的条款中增加内容，明确“所有依法注册的外商投资企业所使用的企业标准的合法有效性应得到承认”这一表述。

最后，“单位”一词含义不清，而且在全文中多次出现。我们建议，明确这一技术词语包括所有党政机关、国有企业、事业单位和其他相关机构。

## **第十六条**

### **意见：**

我们欢迎和赞赏第十六条设置的条件。但是，该条没有明确如何评估标准严格与否的细节。某些情况下，需要专家判断哪一套标准最高。

### **建议：**

首先，我们建议至少可以对第十六条做如下修改：

除外商投资企业公开**并承诺遵守**的标准的技术要求高于强制性标准的相关技术要求外，政府有关部门不得对外商投资业务适用高于强制性标准的技术要求，不得强制或者变相强制外商投资企业适用推荐性标准或者团体标准。

除此之外，我们还建议明确如何判断标准的高低差异。我们建议，尤其在涉及环境、健康和安全的标准评估中，建立专家评判机制。

## **第十七、十八条**

### **意见：**

我们欢迎实施条例要求政府采购体系对外资和内资企业开放。但是，我们认为第十七条缺乏确保公平待遇的必要表述。

1) 实施条例没有明确说明外商投资企业可自由进入或退出本地区或本行业的政府采购市场。同样，第十七条中的“不合理的条件”没有包括产地、历史记录等重要内容。征求意见稿也未明确什么是“境内生产的产品”。

2) 征求意见稿未提及招标过程中的歧视性要求（如产品应“安全、可控”），也未提及企业被拒绝平等参与采购时，可诉诸何种补救措施。

### **建议：**

1) 我们建议，实施条例明确外国企业可自由进入和退出采购市场。同样，应考虑对“不合理的条件”进行调整，纳入产地和历史记录。

另外，实施条例应明确“外商投资企业在中国境内生产的产品”（《外商投资法》第十六条）的含义。我们建议，外商投资企业在中国销售的产品也应在政府采购中获得平等待遇，而不仅仅



是外国投资企业在中国境内生产的产品。这些产品在政府采购过程中应被视作“境内产品”。我们还建议，参照中国海关条例中定义“原产国”的概念来定义“外商投资企业在中国境内生产的产品”。除此之外，有资格参加政府采购的外商投资企业所生产的产品应包括由其在中国大陆或境外生产的产品。

因此，我们建议第十七条修改如下：

**外商投资企业在华投资所生产的产品是国内产品，可以平等参加招标投和政府采购项目。**任何单位和个人不得采用任何方式阻挠、限制外商投资企业自由进入或离开本地区和本行业的招标投标及政府采购市场。

政府采购监督管理部门、采购人或者采购代理机构应当依照政府采购有关法律、行政法规、行政规章的规定，保障外商投资企业通过公平竞争参与政府采购活动，不得在政府采购信息的公布、供应商条件的确定和资格审定、评审标准等方面，通过限定供应商的所有制形式、组织形式、股权结构、投资者国别、**产品生产地或者安全可控因素**等不合理的条件，对外商投资企业及其提供的产品和服务实行差别待遇或者歧视待遇。**中央政府部门及各级人民政府有关部门应当依法加强招标投标和政府采购监管，依法纠正和查处违法违规行为。**

2) 我们还建议，实施条例明确规定外国企业被拒绝平等参与政府采购时可采取何种救济措施。外商投资企业应能向政府采购监管部门报告差别或歧视待遇，申请复议。一经查实，采购活动应终止，中标结果或所签合同无效。采购方应进行新一轮招标。这一过程中应有申诉时限，确保问题得到及时纠正。

实施条例还应要求所有包含歧视性条款——如技术应“安全可控”——的现行文件在六个月内废除。

## **第十九条**

### **意见：**

我们欢迎第十九条中提到的金融领域的强有力改革。但是，该条未明确之前对投资总额或注册资本比例的要求是否依然有效。

### **建议：**

我们建议，实施条例应明确投资总额或注册资本比例要求是否已经完全废除。

## **第二十条**

### **意见：**

1) 本条未明确地方政府有权或无权制定哪些促进外商投资的政策。地方政府为了激励和吸引外商投资而制定超出其权限的投资促进政策或承诺，外商投资者因此蒙受的实际损失应得到赔偿。

2) “政策措施”表述含糊，可能指地方党委文件和政府指导，而非正式的地方法规。

### **建议：**

1) 我们建议实施条例明确地方政府在外商投资促进方面的权限范围，并增加激励措施取消后外商投资者可使用的救济渠道。

我们还建议，在促进政策制定过程中确保透明度，并制定地方激励措施全面清单。

2) 我们建议，实施条例明确“政策措施”的含义，确保采取的措施是正式的，且有法律约束力，而不是征求意见稿中忽略的其他指导性文件。

## **第二十一条**

### **意见：**

外商投资促进措施应在政府部门网站上公布，并及时更新。

**建议：**

我们建议，在第十一条提及的全国一体化政府服务在线平台上公布相关外资促进措施。

**第三章 投资保护**

**第二十二條**

**意见：**

- 1) 在国家可征收外商投资的情况表述中，“特殊情况”、“公共利益”、“依照法律规定”、“公平、合理”等表述过于模糊。
- 2) 由于未明确判定补偿是否公平合理的机制，因此可能被滥用。

**建议：**

1) 我们建议，实施条例明确“特殊情况”、“公共利益”等技术名词，并遵守非歧视法定程序原则。

2) 在征收的情况下，我们建议，将财产完全对等原则——即买卖双方达成的市场价格——作为价值评估的标准。如果不存在公允市场价值或无法计算价值，应使用独立专家组提供的数据作为公平补偿的依据。

如果在补偿支付前征收，公平的补偿应等同于征收时应支付的市场价值。

**第二十三條**

**意见：**

现行外汇管理和银行管控措施十分严格，具有不确定性，而且耗时长。尽管《外商投资法》强调可无限制兑换和汇出人民币，外汇汇入往往受限于银行窗口指导，甚至需要地方外汇管理局的批准。

因此建议征求意见稿澄清一下内容：

- 外籍职工是否包括香港、澳门和台湾籍职工。
- 外籍职工和其雇主在工资汇出中国前，是否需缴纳社保和公积金。

**建议：**

我们建议，实施条例中应对上述问题有明确表述，确保外国企业合法外汇汇出活动不受限制，而且不需要政府提前批准。

另外，无论之前以何币种出资，外国投资者应能自由选择汇出币种。

我们建议删除“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”中的“违法”一词。

**第二十四條**

**意见：**

第二十四条只提出了保护外国投资者和外商投资企业知识产权的总体原则。对侵犯知识产权的惩罚性赔偿应得到法律和法院支持，而且力度应足以震慑侵犯知识产权的行为。目前，只有《商标法》（2019年11月1日起生效）对惩罚性赔偿制度作出规定。

**建议：**

我们建议实施条例对以下内容作出进一步指导和解释：

- 哪个或哪些部门负责建立第二十四条中提及的惩罚性赔偿制度、快速协同保护机制、多元化解决机制和维权援助机制？

- 上述制度和机制如何与现行知识产权法律法规衔接？

我们还建议，外国投资者或外商投资企业参与制定或建立上述制度和机制。

我们也建议修订《版权法》和《专利法》，纳入惩罚性赔偿制度的内容。

## **第二十五条**

### **意见：**

我们希望进一步明确“行政机关”的定义。

另外，“转让”和“履行行政管理职责”的表述过于模糊，并未反映现实情况。

### **建议：**

我们建议，实施条例明确哪些部门属于“行政机关”，并将由政府部门间接控制的相关单位和政府部门自身也纳入其中。

我们还建议扩充“转让”的内容，包括公布、披露、许可、再许可和技术的非授权使用。

我们建议对第二十五条做如下修改：

行政机关及其工作人员不得利用办理登记注册、投资项目核准或者备案、行政许可以及实施监督检查、行政处罚、行政强制等履行行政管理职责的行为或其他方式，强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术。

## **第二十六条**

### **意见：**

认识到外国投资者技术信息包含商业秘密是关键的第一步。然而，本条并未规定行政机关在什么情况下与其他行政部门共享信息。另外，也未提及违反外商投资者信息保密义务的官员应受到严厉处罚。

### **建议：**

我们建议，实施条例应明确行政机关在什么情况下与其他行政部门共享信息。

我们还建议，实施条例应明确禁止披露信息的具体情况，如不允许向任何商业实体雇佣、附属或聘用为顾问的行业专家透露商业秘密。即使在监管部门或雇员认为透露信息有助于相关部门执法的情况下，或在透露信息是为了告知或给信息获得者带来好处的情况下，禁止透露商业秘密。另外，商业秘密的范围应提前确定，明确哪些信息是商业秘密。

为进一步完善，还应有足够严厉的惩罚措施，促进对商业秘密权利的认可和尊重。

为此，我们建议第二十六条第二款修改如下：

行政机关应当建立健全内部管理制度，采取有效措施保护履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密；依法需要公开履行职责信息的，**经与外国投资者、外商投资企业事先确认后**，不得含有商业秘密的内容；**按照法律、行政法规的规定**需要与其他行政机关共享信息的，除法律、行政法规另有规定外，应当对信息中含有的商业秘密进行相应处理，防止泄露。

## **第二十八条**

### **意见：**

我们欢迎实施条例禁止地方政府超出其法定权限向外国投资者做出政策承诺。尽管如此，这类行为会对外商投资企业造成严重不良影响。因此，应建立地方政府和相关部门问责机制。

### **建议：**

我们建议第二十八条修改如下：

地方各级人民政府及其有关部门不得超出其法定权限向外国投资者、外商投资企业作出政策承诺。政策承诺应当采用书面形式，内容应当符合法律法规规定和国家有关政策。如因超出法定权限而导致地方各级人民政府及其有关部门作出的政策承诺无法执行或无效的，地方各级人民政府及其有关部门应及时给予外国投资者、外商投资企业公平、合理的补偿。

## **第二十九条**

### **意见：**

虽然征求意见稿响应我委员会此前的建议，增加了更为准确的表述，但是“国家利益”、“社会公共利益”等表述依然模糊，而且并未规定地方政府违约且未提供适当补偿时应承担责任。

### **建议：**

实施条例应更加明确地方政府和相关部门因何“国家利益”、“社会公共利益”可以违反与外商投资企业签订的合同。

我们建议，实施条例明确在地方政府超出职权范围作出政策承诺或单方面改变合同时，应对外国投资者的实际损失做出赔偿。我们还建议，实施条例规定如果未做赔偿，地方政府应承担法律责任。

我们因此建议第二十九条修改如下：

各级人民政府及其有关部门应当履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同，非因国家利益、**重大**社会公共利益不得改变政策承诺、合同约定，不得以行政区划调整、政府换届、机构或者职能调整以及相关责任人变更等为由违约毁约。

## **第三十、三十二条**

### **意见：**

1) 我们赞赏实施条例进一步明确投诉工作机制，我们也期待实施条例对此做进一步解释。但是，该条并未说明投诉工作机制的决定是否具有法律约束力，以及机制如何运行、与行政复议和诉讼如何协调配合。另外还需要解释国家和地方层面的投诉工作机制。

2) 商务部已对外承诺将改进“外商投资企业投诉服务工作部际联席会议制度”。我们建议在各省建立和完善“外商投资企业投诉工作机制”，及时回应和解决外商投资企业的合理诉求。

### **建议：**

1) 我们建议实施条例进一步明确投诉工作机制的牵头部门、工作范围、流程和费用。工作机制应便利、透明、简化。

实施条例应明确各个投诉渠道如何协调联动，包括新的投诉工作机制和行政复议与诉讼。外商投资企业投诉工作机制不应是行政复议或诉讼的前置程序。

关于投诉工作机制其他详细规定还应明确受理投诉的中央和地方政府部门、投诉受理方法以及对各级部门的评价体系。

我们还建议授权投诉工作机制纠正非法或不当的行政行为，补偿外商投资企业的损失，或至少有责任发布调查报告作为行政复议或民事诉讼的依据。

2) 我们建议，第三十条解释上述承诺如何影响机制程序和评价。另外，还应鼓励外商投资企业利用各政府部门建立的网上反馈渠道。外商投资企业投诉工作机制的评价应与营商环境评价体系挂钩。

基于上述意见建议，我们建议第三十条修改如下：

**国家将继续完善“外商投资企业投诉服务工作部际联席会议制度”。** 国务院商务主管部门会同国务院有关部门建立外商投资企业投诉工作机制（以下简称投诉工作机制），**该机制的形成、完善、运作流程和评价体系的建立应广泛征求外商投资企业的意见和建议。投诉工作机制的主管**

政府部门应及时协调和处理外商投资企业或其投资者反映的在全国有重大影响的问题以及跨部门的、复杂的、政策性的问题，协调完善有关外商投资的政策措施，对全国的外商投资企业投诉工作进行指导和监督。除可利用各级投诉工作机制外，外商投资企业及其投资者也可通过国家设立的互联网意见反馈渠道反映问题。国家和地方设立外商投资企业对投诉机制的评价体系，该体系应直接与营商环境评价体系挂钩。

我们还建议，实施条例进一步明确第三十二条中的“典型性”和“普遍性”的含义。

### **第三十一条**

我们建议赋予投诉工作机制足够权力，使其能够协调相关部委和地方政府，确保外商投资企业的权利得到保护。

## **第4章 投资管理**

### **第三十五条**

意见：

1) 第三十五条提到了不受负面清单约束的返程投资例外情况。应该进一步明确中国投资者与外国投资者在中国境内进行返程投资是否享受这一待遇。还应说明是否可允许外企投资的公司进行这类返程投资。

2) 本条没有明确外商投资企业的全资子公司（投资控股公司除外）是否属于第一款中的法律实体。

3) 本条未明确可被视为不受负面清单限制的企业是否包括中国或外商投资企业。

建议：

1) 我们建议进一步解释中国投资者与外国投资者合作在中国进行返程投资的情形，以及是否允许外资企业投资的公司进行返程投资。

2) 我们建议明确外商投资企业的全资子公司（投资控股公司除外）是否被视为第三十五条第一款中描述的法律实体。

3) 对不受负面清单限制的企业，我们建议，如果依据是直接投资者所在地，则将其视为外商投资企业，如果依据是实际控制人，则视其为中国企业。

### **第三十七条**

意见：

我们欢迎实施条例关于取得许可过程公平性的表述。然而，“告知承诺”的含义不清。

建议：

我们建议，实施条例进一步解释“按照有关规定采取告知承诺的方式办理”的含义。

### **第三十八条**

意见：

1) 该条依然未明确哪个部门是主要监管部门以及监管的范围、内容和权限。另外也未明确该审核过程与负面清单以外领域实体的审核有何区别。

2) 根据现行法律制度，负面清单上的外商投资将逐案审批。清单外的外商投资只需要备案登记。《外商投资法》取代现行外商投资管理三法后，新的审批以及备案机制是什么？

同样，实施条例中没有提到企业与相关部门的沟通机制。

建议：



- 1) 我们希望实施条例在以下问题上做进一步指导和澄清：
  - 市场监督管理部门对限制性外商投资审核的形式与文件与鼓励或许可的外商投资有何区别？
  - 同一层级的市场监督管理部门除了管理企业注册，是否还负责审核？
  - 对新项目或并购以外的外商投资将如何审查？
  - 哪个层级的部门负责审查？
- 2) 实施条例应明确《外商投资法》取代现行外商投资管理三法后，将建立何种审批和备案新机制。

另外，征求主管部门意见应该有明确的程序和时限。外国投资者或外商投资企业应在征求意见过程中与相关部门沟通。

为此，我们建议第三十八条修改如下：

市场监督管理部门在依法办理登记注册时，审核其是否符合负面清单规定的股比、高管人员等方面的限制性要求；有关主管部门依法办理相关手续时已经审核的，市场监督管理部门不再重复审核。

外国投资者在外商投资准入负面清单以外的领域进行投资的，由市场监督管理部门在依法办理登记并报送同级商务主管部门。外国投资者无需再向商务主管部门备案。

### **第三十九条**

#### **意见：**

实施条例中关于根据《外商投资法》建立的信息报告制度的细节不多。信息报告规定和程序的表述依然不明确。

#### **建议：**

我们建议在信息报告的规定和程序上增加更准确的表述。

### **第四十条**

#### **意见：**

不同部门建立不同的信息收集机制可能会导致混乱，给企业带来不必要的负担。企业担心《外商投资法》中的报告机制可能与商务部、国家统计局、国家外汇管理局、财政部和国家税务总局年度联合检查制度重叠。

#### **建议：**

我们建议国务院商务主管部门和市场监督管理总局尽快发布外商投资信息报告的内容、范围和频率，以降低营商环境的不确定性。我们有以下建议：

- 考虑将现有所有信息报告制度整合为一个统一平台；
- 对外商投资企业的信息收集要求不应当多于内资企业；
- 如果外商投资信息已经提供给国务院商务主管部门，或该信息超出请求部门履行职责所需，那么应允许外国投资者和外商投资企业拒绝提供此类信息；
- 还需要解释“其他有关方面”和“确有必要”的具体含义。

### **第四十一条**

#### **意见：**

本条未明确如果外国投资者或外商投资企业未报送真实、准确或完整的信息会面临什么后果。

#### **建议：**

我们建议实施条例明确外国投资者或外商投资企业未提交真实、准确、完整的信息将面临什么后果。

## **第五章 附则**

### **第四十二条**

#### **意见:**

1) 根据《外商投资法》规定，按照现行外商投资管理三法成立的外商投资企业可在 5 年过渡期内依据《公司法》和《合伙企业法》变更其组织结构。但是，实施条例并未明确现有外商投资企业在变更前应遵守哪些法律。要求进行这类改变会给已经满足现行法律结构的企业造成不必要的负担，还可能会导致企业与商业伙伴陷入不必要的争端。

2) 第四十二条规定，如果未在时限内完成组织变更程序，企业登记机关不予办理该企业的其他登记事项，并可以将相关情形在企业信息公示系统中公示。这意味着，该企业将无法通过第二年的营业许可检查，但是实施条例没有明确因此产生的法律后果。

3) 似乎只有在 2025 年 6 月 30 日后，外商投资企业任何注册信息的变更（包括形式、股东、章程、地址等）才会要求中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业变更其原有组织形式和公司治理。然而，实施条例并未明确是在五年过渡期内，还是在 2025 年 1 月 1 日至 2025 年 6 月 30 日的时间内，中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业会因为注册信息的变化而变更其原有组织形式和公司治理。征求意见稿指出国务院将就现有中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业的组织形式、组织结构变更，制定详细的措施和指南。

4) 征求意见稿并未提及建立、变更或解散外商投资企业的详细程序。

#### **建议:**

我们高兴地看到，实施条例增加了 5 年过渡期的时间和工作安排，但是这些实施条例或未来的程序措施都有必要做进一步的解释。

1) 我们建议为外商投资企业提供选择，让它们无限期保留根据三法成立的法律结构。这将避免给这些企业造成不必要的负担，防止商业伙伴之间出现不必要的争端。如果不可行，我们则建议，如果企业需要更多变更时间，允许它们在现有 5 年过渡期的基础上申请 3 年延期。

2) 实施条例应进一步明确如果企业未遵守《外商投资法》将面临什么法律后果。另外，还应该给投资者提供救济手段。

3) 我们建议在下列问题提供更多指导和澄清：

- 在 5 年过渡期内或 2025 年 1 月 1 日到 6 月 30 日时间内，中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业是否需要因为注册信息的变化而变更其原有组织形式和公司治理。
- 明确中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业组织形式和结构变更的措施和指导。
- 明确外商投资企业成立、变更和解散的详细程序。

### **第四十二条**

#### **意见:**

实施条例并未提及中外合资企业的法定盈余公积金问题（如中外合资企业的“三金”如何转入《公司法》规定的法定盈余公积金。）

#### **建议:**

我们建议，实施条例对法定盈余公积金的问题提供进一步指导和澄清。

### **第四十四条**

#### **意见:**

香港、澳门的投资者与台湾投资者待遇不同，而且似乎比包括“华侨”在内的其他地区外国投资者面临更多不确定性。

**建议：**

我们建议删除第一款中的“或者国务院”。

我们还建议，为避免困惑，进一步明确和解释“华侨”一词的含义。

**第四十五条**

**意见：**

为了让外商投资企业遵守外商投资法，还需要废除或修改很多其他规定和法规，如兼并和收购管理条例。

**建议：**

我们建议制定立法机关或决策部门审议和修订相关法律法规的计划和时间表。