

2019年2月22日

全国人大常委会法制工作委员会  
西城区前门西大街1号  
北京，中国  
邮编：100805

尊敬的先生/女士：

## 对2018年《外商投资法（草案）》的建议

亚洲证券业与金融市场协会（“ASIFMA”）<sup>1</sup>代表其成员对全国人民代表大会（“全国人大”）2018年12月26日发布并经国务院同意的《外商投资法（草案）》（“草案”）表示衷心的感谢。ASIFMA高度赞扬草案在致力于投资促进及保护并同时制止强制转让知识产权的滥用行为方面做出的努力。ASIFMA坚信草案将在改善外国投资者在中国的投资环境方面取得重大进展。

以持续改善中国的商业环境、强化中国作为世界领先的跨境投资目的地的地位作为目标，ASIFMA谨在此就草案提出若干意见，以支持外商对中国的投资。ASIFMA认为，为实现其目的，草案应力争在国内与外国投资者之间创造公平的竞争环境并为现有投资者提供最大程度的确定性及稳定性。ASIFMA注意到，与长达170条的2015年草案相比，草案仅有39条，其细节内容不够充分，无法让投资者就遵守其规定作出适当的计划。需要提供实施细则的范围包括但不限于：外商投资实体公开发行股票（第十七条）、知识产权保护（第二十二條）、外国投资者及外商投资企业投诉工作机制（第二十五条）以及国家安全审查制度（第三十三条）。如果新草案不能在定稿前完成修订以加入必要的细节内容，我们建议在咨询业内人士后，另行公布该等实施细则的发布时间表。

以下是对草案具体条款的详细意见，供工作委员会参考：

- 1 （第二条）第二条中对“间接”投资的提述使得与中国境内实体没有直接关联的投资活动（例如，拥有中国子公司或向中国供应产品的境外两家跨国集团之间的合并）在外商投资

---

<sup>1</sup> 亚洲证券业与金融市场协会（ASIFMA）是一个独立的区域性行业协会，会员基础广泛，由银行、资产管理公司、律师事务所、咨询公司 & 市场基础设施服务供应商等 110 多家领先机构组成。协会的使命是发掘金融行业的共同利益来推动亚洲资本市场的深度和广度发展，为区内的经济发展及增长提供基本条件。ASIFMA 致力于通过清晰而有力的行业共同声音来推动业界就关键议题达成共识、提出解决方案和促进变革。我们所牵头的众多举措包括回应监管机构和交易所的咨询、树立统一的行业标准、通过政策论文倡导更优质的市场，以及为降低亚太区内的业务成本探索可行方案。通过全球金融市场协会（GFMA），ASIFMA 与位于美国的证券业与金融市场协会（SIFMA）以及欧洲的金融市场协会（AFME）形成联盟，共同提供全球最佳行业实践及标准，为区域发展作贡献。详情请参阅 [www.asifma.org](http://www.asifma.org)。

## DEVELOPING ASIAN CAPITAL MARKETS

制度下将如何被监管并不明确。我们建议，从第二条中删除对于“间接”投资活动的提述，或删除对于中国境内“直接或间接”投资活动的提述。

- 2 (第四条) 第四条应明确承诺在可能的最大限度内缩小负面清单的范围，包括至少每年定期审查负面清单。
- 3 (第五条) 建议第五条：
  - (i) 通过使用例如“全面保护”或“按国民待遇并考虑到外国投资者在中国的所需保护”这样的用语向外国投资者提供高级别的保护；及
  - (ii) 规定外国投资者在中国境内的投资、商业活动、回报及其他合法权益将享受至少与国内投资者同等程度的保护。
- 4 (第六条) 第六条中“危害中国国家安全”及“损害社会公共利益”用语需通过一个详细框架进行更为具体的定义，以防止违反世界贸易组织（WTO）规定或其他相互投资及贸易的国际原则。
- 5 (第九条) 除第九条下“支持企业发展的各项政策”外，影响外商投资的所有法律、法规及政策（包括《反垄断法》、政府补贴及其他优惠待遇）均应平等且在相同范围内适用于外国及国内投资者（国家根据国民经济和社会发展需要为鼓励和引导外商投资在第十四条下采用的特别优惠措施除外）。
- 6 (第十条) 我们建议扩充第十条内容，要求影响外商投资的外商投资管理机关及其他监管机构的所有决定依法及时公布。对外国投资者具有最大影响和参考价值的常常正是这些决定。
- 7 (第十条) 与第十条有关的其他建议包括将第十条所涉及的所有征求意见稿、文件及决定以中英文发布，且（鉴于中英文版本之间的差异）将每次意见征求的时间延长至三个月或以上。这将使外国投资者能够有效地了解立法变化的全面影响、作出回应并安排其运营。
- 8 (第十三条) 第十三条中对试验政策措施的提述应明确包括在自由贸易区和其他指定区域内进一步削减负面清单范围的可能性。
- 9 (第十四条) **草案**应明确说明属于第十四条范围内的优惠措施的类别。
- 10 (第十五条) 第十五条所提到的国家制定的强制性标准不应给外国投资者造成国内投资者无需承担的额外负担。**ASIFMA** 完全支持平等对待国内投资者和国际投资者，但平等不应被

解释为完全相同，外国投资者需被给予足够的灵活性以便遵守第十五条所述标准。一个可能相关的例子：办理申请或遵守标准所需的若干文件在国外不存在或其格式与中国的不同。

- 11 （第十六条与第二十二條）第十六条应扩展至国有企业的采购活动，条文内容应明确禁止将采购决定与自愿提供技术或知识产权或与提供本地产品及服务挂钩。该意见同样适用于第二十二條中的禁止强制转让技术。
- 12 （第十七條）ASIFMA 欢迎第十七條中提到的为外商投资企业从国内资本市场融资开放更多渠道的举措，但亦关心第十七條的内容不够具体，以致无法评估这些机制在实践中如何运作。建议另行公布相关实施细则的发布时间表，并就细则向国内及国外业内人士征求意见。
- 13 （第十八條）ASIFMA 希望第十八條可以进一步界定草案允许地方政府为促进外商投资可以采取的措施类别。
- 14 （第十九條）第十九條提及的将向外国投资者提供的服务和指引应当依据高效和便于完整理解的原则，同时以中、英文提供。
- 15 （第二十條）除要求符合法定程序外，第二十條还应当规定，征收或征用应按内外资一致的原则适用，且向外国投资者支付的补偿不得少于向国内投资者支付的补偿。应当公布关于在何种情况下可以征收及如何征收外商投资资产的具体指引。
- 16 （第二十一條）建立于第二十一條的目的之上，我们建议，取消对外国投资者和外商投资企业跨境资本账户交易的所有限制规定和额度要求（但金融市场规则提出并在已公布条例中包含的限制规定和额度要求除外），从而使中国的资本流动与发达经济体保持一致。应当允许资本汇出，且不得因为行政流程而有所延迟。
- 17 （第二十二條）应当在第二十二條中明确，对外国投资者知识产权的保护（包括权利范围以及执法强度）不会弱于国内投资者可以获得的同等保护。为进一步加强保护原则，我们建议删除“鼓励基于自愿原则和商业规则开展技术合作”。我们在以上第 11 项中提出的关于第十六条的意见载明了我们对第二十二條的其他意见。
- 18 （第二十四條）第二十四條第二款应当说明，如果地方政府和相关政府部门达成的政策承诺或合同必须被修改，所作的任何修改及因损失支付的补偿应以内外资一致的原则适用。

- 19 (第二十五条) 第二十五条第二款应当说明, 除外国投资者适用的投诉程序外, 在中国法律法规下, 权利受到政府机关或职能部门侵犯的任何外商投资企业应当有权享有与国内投资者以及内资企业相同的保护。
- 20 (第二十七条) 我们建议对第二十七条所述负面清单管理的概念作以下修改:
- (i) 说明哪些负面清单适用于在中国自由贸易区内的外商投资。为自由贸易区制定的现有负面清单的范围与国内负面清单的范围不同;
  - (ii) 公布取消负面清单设置的所有剩余市场准入壁垒的时间表。现有负面清单的禁止和限制类别仍对外国投资者在中国的活动设置了巨大的限制; 及
  - (iii) 禁止政府机关对外国投资者在中国开展跨境或其他活动设置进一步限制规定(比如2018年9月公布的《中国(上海)自由贸易试验区跨境服务贸易负面清单管理模式实施办法》)。
- 21 (第二十九条) **ASIFMA** 同意外国投资者依法办理相关许可手续应当按照与内资企业一致的条件和程序接受审查。为确保最大透明度并解决外国投资者在遵守相关监管要求方面遇到的困难, **ASIFMA** 建议:
- (i) 申请许可所适用的所有条件和程序需要载明在公开发布的规则和条例中;
  - (ii) 要求监管部门以最大化效率和速度的方式实施相关程序(例如, 接受电子签字以及文件以不同副本的方式签署);
  - (iii) 扩大第二十九条的范围, 以适用于所有执照、资质、备案和注册登记; 及
  - (iv) 确立一项一般性原则, 即对国内外投资者及其在中国的投资主体而言, 在中国取得许可和资质所要求的能力与投入水平应当保持一致。需强调的是, 同样的能力与投入水平并不必然意味着适用于国内外投资者的要求应完全相同。例如, 与中国经验可比的海外工作经验在某一特定领域应被视为满足相关的标准。
- 22 (第三十条) 对于中国政府机关执行企业登记、税务、会计、外汇和其他规则, 应在第三十条中加入一项新原则, 即国内外投资者及其在中国的投资主体违反该等规则的, 将受到同等的监督和惩戒。
- 23 (第三十一条) 应在第三十一条中加入一项一般性原则, 即较适用于国内投资者及内资企业的同等信息报告要求而言, 外国投资者和外商投资企业在外商投资信息报告制度下必须提交的信息的性质和范围(比如最终控制人的详细信息)不得更为繁重。

- 24 (第三十三条) 第三十三条第二款应当载明国家安全审查考虑的因素及其流程，并确认所有国家安全审查决定均将被公开。对于就有关国家安全审查流程的任何事项，外商投资者应享有上诉权，并有机会通过缓解措施解决审查过程中发现的任何国家安全问题。
- 25 (第三十五条) 应当扩大第三十五条的适用范围，以便在任何适用的投资限制规定被违反时，对内外资适用同等的法律和监管制裁（包括制裁的范围和程度）。同时还应对第三十五条下停止经营活动确定一个合理时间范围。
- 26 (第三十六条) 第三十六条中关于违反法律法规的行为予以查处以及纳入信用信息系统并受到联合惩戒的要求应当以同等程度适用于国内投资者和内资企业。
- 27 (第三十七条) 许多 ASIFMA 成员指出，第三十七条规定可能导致来自或被视为支持特定国家或地区的在中国的**商业**存在被采取单边行动。ASIFMA 希望中国政府以适当的方式提供保证，以解决这些顾虑，并希望第三十七条予以明确：
- (i) 采取相应措施前，国家必须调查确定，中国本地的相关行业已经受到歧视性措施的损害，且必须将该行业受到的损害量化；
  - (ii) 中国政府因其他国家或地区采取的歧视性措施而采取的任何措施必须与量化的损害相匹配；
  - (iii) 在征求受到影响的国家或地区的意见后，方可采取该等措施，且该等措施的采取应以完全透明的方式进行，广泛征求利益相关者的意见；
  - (iv) 在中国受新措施影响的现有外商投资获得中国法律法规下的全面保护，包括但不限于**草案**第三章下的保护；及
  - (v) 受第三十七条所述中国采取的任何措施影响的企业和投资者应当在该等措施被实施前获得通知，并享有上诉权。
- 28 (第三十八条) ASIFMA 同意某些限制可能仍需针对金融领域的外商投资者持续适用，但建议对第三十八条澄清修改如下：
- (i) 删除第三十八条第一部分（即关于“在中国境内投资银行、证券、保险等行业”的部分）。**草案**不应通过任何规则进一步限制特定行业领域的外商投资，因为负面清单的目的正是在于完整详尽地列明该等限制。或者，第三十八条第一部分应明确列出仍适用于外商投资者的特殊规定的行业清单，而非笼统包括银行、证券、保险等行业的开放式清单。这有助于避免发布进一步规则来对负面清单中未包括的其他行业领域的外商投资进行限制性规定。
  - (ii) 金融市场上（例如 A 股公司和境内债券）的外商投资对于中国经济的重要性与日俱增。因此，第三十八条第二部分（即关于“投资证券市场、外汇市场等金融市场”

的部分) 应就一般性原则作出规定, 即关于参与证券、外汇和其他金融市场的所有禁止性规定或条件应对国内外投资者及其各自的投资主体同等适用。如有必要仅对外国投资者或外商投资企业适用任何限制和限额, 则应当在相关金融市场或交易所公开发布的规则中清楚载明。

29 (第三十九条) 对立法者将不同的公司结构并入中国《公司法》下的统一框架的努力, ASIFMA 表示赞同, 并希望这会给外国公司在中国开展经营活动带来最小程度的干扰和最大程度的确定性。ASIFMA 也赞同将过渡期从原先的三年延长至五年。为更有效地实现立法目的, ASIFMA 建议对第三十九条进行如下修改:

- (i) 在《外商投资法》生效前设立的所有外商投资企业可以选择无限期保留此前的公司结构。这将能在最大程度上减少中方与外方合资方重新谈判现有中外合资经营安排所带来的干扰。如果转换确属必要, ASIFMA 成员希望转换程序可以进一步细化, 并且该等程序应最小化任何可能的干扰;
- (ii) 明确规定允许投资者选择以外国法律作为外商投资企业组织性文件的管辖法律; 及
- (iii) 三部外商投资相关法律废止后, 负面清单内的外商投资企业的股权转让、合并、分拆及其他公司变更应持续受适用于外商投资企业的规则管辖。

ASIFMA 万分感谢全国人大和国务院对本文中所提出的各点建议和问题给予考虑, 并将乐于对该等建议和问题适时进一步展开讨论。如果您有任何问题, 请不吝与我本人或我的助手 Laurence Van der Loo ([lvanderloo@asifma.org](mailto:lvanderloo@asifma.org)) 联系。本文系由国际律师事务所暨 ASIFMA 成员年利达律师事务所根据广大 ASIFMA 成员的反馈起草。

顺颂

时祺



Mark Austen

首席执行官

亚洲证券业与金融市场协会