

论外商投资法中的安全审查制度

文思洁

四川大学

DOI:10.32629/ej.v2i6.302

[摘要] 随着外商投资法对国家安全审查制度设定了原则性的规则,而由于“国家安全定义的不确定性,导致各国投资审查立法实践中存在许多差异。通过研究《外商投资法》的条文以及参考美国的安全审查经验,确定了如何来定义国家安全,从逻辑上来构建国家安全概念与制度构建之间的关系,基于此,提出如何建设中国的安全审查制度的相关建议。

[关键词] 安全审查制度; 国家安全; 外商投资法

1 研究背景及现状

1.1 背景

随着双边、多边投资的增多,外商投资者在某些领域中,会面临安全审查制度,使得部分投资受限,许多国对于国家安全审查已有系统性的规范,而我国在外商投资法颁布之前,主要依靠“外资三法”^[1]对外商投资进行规范以规范性文件或行政法规的形式进行小范围的安全审查,随着我国一带一路战略的提出,外商投资越加密切,“外资三法”已难以适应新时代改革开放要求和外商投资管理的需要。

2019年3月15日,十三届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国外商投资法》(以下称《外商投资法》),标志着外资三法开始退出历史舞台,安全审查制度在法律层面上被确认下来。外商投资国家安全审查是指东道国对危害或可能危害国家安全的外商投资进行审查,通过禁止、附条件批准等方式消除国家安全威胁的法律制度^[2]。

1.2 我国外商投资国家安全审查的相关规定

1.2.1 原则性规定

根据《外商投资法》第35条规定:国家建立外商投资安全审查制度,对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。即在本法中,关于安全审查制度的建立有了基础性、原则性的规定,但暂时不存在关于安全审查具体内容、条件、申请要求、审查要素、审查程序和时限等方面的实施相关细则的颁布,具体法律实施方面还有待细化。正因其原则性的规定,即产生安全审查的模糊性,究其原因“国家安全”这类概念的模糊化。

1.2.2 审查范围

根据《外商投资法》第2条规定,外商投资包括外国投资者的投资方式,既包括直接投资又包括间接投资等各种投资方式,同时投资者的主体资格也扩大到了自然人。但对于外商投资领域以负面清单形式进行了规定,领域进行了扩大。由此可知,对于安全审查的范围是已经进行了扩大,根据上述对《外商投资法》解读可知,国家安全审查投资范围广泛,投资形式多样,进一步扩充了安全审查的对象和领域,更加全面地防控影响国家安全的外资进入,有效减轻外资准入要求放宽后带来的不利影响。

1.2.3 不可诉性

根据《外商投资法》第35条,依法作出的国家安全审查决定为最终决定。这一条款中可以看出不具有可诉性,但本身的不可诉规定这意味着将引申出安全审查决定主体、安全审查标准、审查决定类别的定性、审查效力等一系列问题。条文中并未明确规定审查权力的归属及行使程序。正是因为“国家安全”概念的模糊性促使可诉性的不确定性,若建立起一般适用的安全审查标准,可诉性的不确定性便得到了解决,进而便能解决安全

审查决定的效力问题。

虽然《外商投资法》确定建立安全审查制度,但仅为原则性规定,而根源是如何认定“国家安全”这一定义,如何判定是否违反国家安全、安全审查制度的一般性标准这类实质性问题,而在此基础上确立安全审查制度主体、审查对象、审查方式、审查程序等程序性问题也应建立在我国对于国家安全概念的权衡。下文将立足于我国安全审查的现状通过对比研究别国的安全制度,探讨国家安全的概念,同时对我国的安全审查制度进行理论逻辑的构建。

2 国家安全

2.1 概念

2.1.1 中国对国家安全的界定

我国《反垄断法》首先提出了“国家安全”但是没有具体的概念界定。在《国家安全法》及《征求意见稿》中对于国家安全审查内容进行了列举式界定,包括国防安全、关键技术、关键基础设施、信息和网络安全、关键资源、是否受外国政府控制、经济稳定、公共利益和公共秩序等,同时以主管机构认为应当考虑的其他因素作为兜底^[3]。而在《外商投资法》中仅仅在第35条规定了对外商投资进行安全审查这一原则性,也未确定“国家安全”这一概念。

2.1.2 美国对国家安全的界定

美国对外国投资的安全审查制度是通过一系列立法确立起来的,在1950年的《国防生产法》第721节要求“对可能危及国家安全的兼并、收购或接管进行审查”^[4],首次提出对国家安全审查,1988年的《埃克森-佛罗里奥修正案》中,列举了五项可能威胁国家安全的因素,规定了审查外资机构、权限、救济等相关程序规定。2007年,《外国投资和国家安全法》(FINSIA)规定了关于外国投资安全审查整体程序以及对审查安全的影响因素扩充至11项,如交易涉及关键技术、关键基础设施、交易是否“受外国政府控制”等因素的相关综合考量。

CFIUS主要从影响因素上考察外资是否安全问题:一是侧重于行业因素,如果外商并购的是涉及与美国国防或关键基础设施、关键技术相关的企业,那么该交易行为很有可能被认定为危险行为;二是侧重于主体因素,如果外商代表外国政府利益或其所属国家在反恐和防扩散控制方面存在“不良记录”,那么其并购行为也可能因主体成分、记录等原因,对美国国家安全造成极大威胁。此外,CFIUS每年会对接受安全审查的投资行为做出报告,但明确规定此报告并非标准,只能作为参考之用,故美国对于“国家安全”也并未做出过明确定义。

2.2 对比分析

2.2.1 不同国家对国家安全概念理解的相似性

将国家安全这一定义以举例加兜底的方式做出,大多都侧重于国防安

全、关键技术、关键基础设施、信息和网络安全、关键资源、是否受外国政府控制、经济稳定、公共利益和公共秩序等,同时“应当考虑的其他因素”作为兜底。无论是社会主义国家、资本主义国家、宗教国家,即便是文化差异巨大,对于这些方面都是有共同认知的,属于国家安全的重要内容,相似性即为共同模式的选择提供了前提条件。

2.2.2 不同国家对国家安全概念理解的延展性

不同国家对于国家安全审查的标准的侧重不同,如美国重于政治、军事安全及科技优势的发挥,对军事基地附近的外国投资者的安全审查更为严格,蒙古则偏重于资源优势的发挥,对于外国投资者进入矿产领域的安全审查设置的条件也较为苛刻,主要依赖于不同国家政治博弈、经济需求、社会结构等基本情况影响。此外,纵向时期上也各有侧重,如随着科学技术进步,网络安全也在关键资源之后进入安全审查的范畴,这些充分说明了国家安全概念是具有延展性的。

2.2.3 国家安全概念模糊性

对于相似性和延展性的权衡,使得国家安全概念无法存在明确的定义,同时在已有国家对国家安全进行列举加兜底式确定时,其列举的内容,仍然是模糊的,如“是否受外国政府控制”如何界定控制及控制的程度。在美国“控制”的判断标准如果投资方为一个外国人且其拥有美国企业的多数股份或处于董事会席位或享有代理投票资格和采取行动的权力,能对企业的重要事项做出关键指示和决策,那么可认定该外国人实际控制了美国企业或有控制美国企业的可能性;当投资方为多个外国人时,想要判断美国企业是否被投资方控制,就必须考虑各类复杂性因素,如是否具有关联性等。此外,商业控制与政府控制之间界限,控制程度都没有固定标准,而是由CFIUS自由裁量,不存在一个定性的水平。又如“公共利益和公共秩序”这一概念本身在许多部门法中都出现过,但都没有明确性的定义。

2.3 如何定义国家安全

国家安全这一概念本身便是抽象的,定义不能完全包含其内涵,这是认识的无限性决定的。实际上无须作为一个固定的概念进行限制,国家安全的延展性决定了它的内涵是扩张的。所以无论是处于政策上的选择、概念上的抽象,还是对国家安全这一宽泛而又敏感的用语进行明文界定存在技术性问题,国家安全这一定义是不能被确定的。CFIUS也曾拒绝对“国家安全”的含义做出界定,主要是为了维护审查机关广泛的裁量空间和经济

政策的灵活性^[5]。一方面国家安全本身的不确定在理论上使得无法做出明确定义,在实践中也对于外资准入的自由裁量有一定的逻辑支撑,作为原则性条款的规定,也为实践中出现的各类问题的解决提供依据,防止文字的固定造成部分的狭义,有助于对国家利益的保护。

3 如何构建中国安全审查制度

审查模式的逻辑基础,国家安全的相似性,促使可借鉴别国的类似做法,实质性问题便在认识论上得到了解决,同时由于国家安全的延展性,不同国家可根据本国国情做出权衡与取舍,来确定审查模式所依据的核心价值。

审查模式的制度基础,可以参照美国在国家安全审查制度中,列举了相关的影响因素来选择模糊处理标准,同时设置可救济性程序,有助于外商投资者受到安全审查能够接受到程序正义的保障,避免外国投资者由于对国家安全审查规则涉及的基本内涵的不同理解而导致成本及心力的耗费。既使得外商投资能够有序进行,又不会因为安全审查使得正常的投资被拒之门外。所以我国在立法中对应当考虑列举审查因素加程序上的规定,从而增强了国家安全审查制度的可操作性^[6]。

全球经济一体化趋势日益加强、国际资本的跨国流动频繁,其虽利于东道国的经济发展和科技创新,但也可能对东道国的经济安全造成损害或波动。因此,安全审查制度的构建尤其重要,法理上应当遵照国家安全的模糊性处理,制度上可以通过借鉴美国的审查制度来确定影响因素,来保护安全审查的有序进行。

[参考文献]

- [1]温长庆.我国外商投资准入规则的重构[J].时代法学,2018(6):70-76.
- [2]安英.论我国外资国家安全审查立法的完善[D].河北经贸大学,2017(02):42.
- [3]黄翔.关于我国国家安全审查制度完善之思考[J].国际贸易,2016(06):59-62.
- [4]杨长湧.美国的外商投资安全审查制度及启示[J].中国经贸导刊,2013(34):20-21.
- [5]马红飞.论外国投资国家安全审查制度的完善——关于《外商投资法(草案征求意见稿)》的几点建议[D].上海:上海交通大学,2015(01):28.
- [6]方玉梅.外资并购中国国家安全审查因素的法律问题研究[J].人力资源管理,2017(08):28.