

美欧外资安全审查法律制度新发展与中国之应对

董静然¹ 顾泽平²

(1. 上海对外经贸大学贸易谈判学院, 上海 200336; 2. 上海交通大学凯原法学院, 上海 200030)

摘要: 伴随着近年来国际贸易、国际投资的不断走低, 保护主义势力抬头, 逆全球化现象正在全球蔓延。美欧出台了新的外商投资国家安全审查法律制度。中国在《外商投资法》中也确立了外商投资安全审查制度。目前, 美欧的外国投资国家安全审查体现出收紧的趋势, 美国通过了 FIRRMA, 欧盟通过了《外国直接投资审查条例》。中国应当抓住如今国际经贸体系转型的时机完善自身的外商投资安全审查制度, 反思现有制度的不足, 结合大趋势, 尽快出台外商投资安全审查制度专项立法; 明晰联席会议内部职责划分, 合理设置决策机制; 统一审查标准, 结合时代需求设置安全审查因素等。

关键词: FIRRMA; 《外国直接投资审查条例》; 外商投资安全审查制度

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2020) 05-0074-12

一、引言

在当前逆全球化的大背景下, 几个主要外国直接投资接收国或地区在近期纷纷通过了有关外商投资国家安全审查的法律法规, 如美国国会于 2018 年 8 月 1 日通过了《外国投资风险审查现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 以下简称 FIRRMA), 旨在强化对涉及美国国家安全的外国投资的审查; 欧洲议会于 2019 年 3 月 14 日通过了《外国直接投资审查条例》, 拟通过加强对外国直接投资的审查, 以保护欧盟国家在关键的科技和基础建设领域的利益; 无独有偶, 万众瞩目的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》) 经过几年的酝酿, 终于在 2019 年 3 月 15 日第十三届全国人民代表大会第二次会议通过, 正式确立了中国的外商投资安全审查制度。

美国和欧盟的外商投资安全审查法律制度各有特点, 但同时又都在逆全球化的

作者简介: 董静然, 上海对外经贸大学贸易谈判学院讲师, 研究方向: 国际投资法; 顾泽平, 上海交通大学凯原法学院硕士研究生, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 中国法学会 2018 年度部级法学研究课题“逆全球化视阈下国际投资准入规则与中国应对研究”(项目编号: CLS(2018) D163); 国家自然科学基金应急项目“以中国实践为基础的 WTO 投资改革研究”(项目编号: 71941003)。

大背景下出台或者完善,均在不同层面上反映了当前全球外商投资国家安全审查制度的趋势。为此,亟需探讨中国的外商投资安全审查制度应该如何应对美欧外资安全审查法律制度新进展。本文将深入剖析美欧等外国投资国家安全审查制度对逆全球化现象的回应,比较美欧外国投资安全审查制度新进展的异同,最后将结合美欧外国投资安全审查制度新进展,对中国的外商投资安全审查制度提出应对之策。

二、美欧外商投资国家安全审查新进展及比较

(一) 美国 FIRRMA

美国外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States,以下简称CFIUS)是一个跨政府部门委员会,其主要职责是针对外国对美国的直接或间接投资进行监管,审查投资是否对美国的国家安全造成威胁。自1975年成立以来,经历了几次重大职能改革,见证了美国外资审查制度的变迁和完善。^①2018年8月13日,经美国总统特朗普签署,FIRRMA正式生效,该法案对CFIUS的职能进行了又一次改革,全面加强外资监管。FIRRMA的主要内容为:

1. 扩大受CFIUS审查交易的范围

FIRRMA增加了涵盖交易(covered transaction)的类型,如外国人买卖或租赁或被特许获得个人或国家靠近美国军事设施或美国政府的其他设施或财产等涉及国家安全的不动产交易;^②外国人可能获得美国企业的关键基础设施、关键技术、保存或搜集美国公民个人敏感信息的交易;^③投资美国企业的外国人股东权利变动导致外国人控制美国企业的交易^④以及通过设置交易结构故意逃避或规避CFIUS审查的交易。^⑤

2. 赋予CFIUS更多的审查权限

首先,FIRRMA明确授权CFIUS在无须得到总统指令的情况下即可在审查期或调查期内暂停拟进行的或即将发生的涵盖交易,^⑥且CFIUS可在审查期或调查期内随时结束其工作,且可以随时将该交易提交总统以采取进一步行动。^⑦

① CFIUS由福特总统于1975年为了应对外国对美投资大幅增多的局面而设立,主要职能为分析外资在美发展趋势,为外国政府在美投资提供指导与咨询,审查外资对美国国家利益的影响,为与外资相关的新条例法规的出台提供建议;1988年《埃克森—弗洛里奥修正案》扩大了总统对外资审查的权力,总统将外资审查权授予CFIUS,CFIUS负责执行外资安全审查,并向总统提供建议;1992年《伯德修正案》授权CFIUS对具有外国政府背景的企业进行强制审查;2007年《外国投资与国家安全法》、2008年《关于外国人收购、兼并和接管的条例》的出台则对CFIUS的成员构成、审查权限和审查程序做了进一步规定。

② The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1703(a) (5) (B)(ii).

③ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1703(a) (5) (B)(iii).

④ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1703(a) (5) (B)(iv).

⑤ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1703(a) (5) (B)(v).

⑥ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1718(3)(1).

⑦ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1718(3)(2).

其次, FIRRMA 规定 CFIUS 将设立一个机制, 识别属于 CFIUS 管辖范围但没有提交书面通知或申报的交易。^①

最后, FIRRMA 对缓解协议 (mitigation agreement) 做了更细致的规定。缓解协议是指 CFIUS 与交易的参与方达成的协议或条件, 以消除或缓解该交易对美国国家安全造成的风险, 通常适用于国家安全风险较小但风险尚可被 CFIUS 接受的交易。FIRRMA 强调交易的参与方对缓解协议的遵守以及 CFIUS 在该协议履行期间内应实施有效监督。^②如果在缓解协议签署或实施后, CFIUS 认为协议一方并未遵守协议, 不仅可由 CFIUS 对其进行罚款或发起单方审查, 还可以采取与其进行协商以修正不合规之处等措施。^③甚至对于交易参与方已自行放弃的交易, CFIUS 也可与交易的参与方协商达成缓解协议以确保该放弃有效且缓解其对美国国家安全的风险。^④

3. CFIUS 审查程序更为严格

首先, FIRRMA 引入了申报 (Declaration) 程序。申报分为自愿申报和强制申报。FIRRMA 规定申报将代替正式书面通知, 不得超过 5 页。CFIUS 将在接到上述申报后的 30 天内采取行动, 包括通知交易方提交正式书面通知、通知交易方其无法根据申报完成审查、交易方可选择提交正式书面通知、启动单方审查、通知交易方其已完成审查。^⑤对于外国人直接或间接获得敏感美国企业“实质利益”^⑥的交易 (或外国政府直接或间接拥有“实质利益”), FIRRMA 则规定交易方必须向 CFIUS 提交申报。^⑦其次, FIRRMA 增加了 CFIUS 的法定期限, 初步审查期由 30 天增至 45 天, 调查期保持不变, 为 45 天 (在特殊情况下可延长 15 天)。

不难发现, FIRRMA 的出台是美国对外实行保护主义的体现, 其目的在于通过对国际上竞争对手外国投资的限制, 维护美国的核心利益。特别是中国近年来对美国投资快速增加以及《中国制造 2025》引起了美国的关注, FIRRMA 还特别规定了对来自中国投资的分析报告的要求。^⑧

(二) 欧盟《外国直接投资审查条例》

自 2009 年《里斯本条约》生效后, 外国直接投资被纳入共同商业政策的范围内, 也使得欧盟委员会 (以下简称“欧委会”) 合法地拥有了制定外国直接投资政策的职能。基于此, 欧委会在 2017 年 9 月 13 日提出建立外国直接投资审查框架以保护欧盟的

① The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1710.

② The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1718(4)(C)(iii).

③ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1718(7)(D).

④ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1718(4)(A)(iv).

⑤ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1706.

⑥ FIRRMA 没有对实质利益作出定义, 而是授予 CFIUS 在即将出台的实施条例中进行规定。但是, FIRRMA 将投资占美国企业投票权益 10% 和“其他投资”两种情形排除在实质利益之外。

⑦ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1706.

⑧ The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017, S. 2098 /H. R. 4311, Sec. 1719.

战略利益不受外国投资者（特别是外国国有企业）的侵害。^①经过一年多的酝酿，《外国直接投资审查条例》在2019年3月5日获得欧盟理事会的批准，将于2020年10月起正式生效。《外国直接投资审查条例》规定，在审查外国直接投资时应以该外国直接投资是否会影响国家安全和公共秩序为标准，并为欧委会和各成员国提供了审查外国直接投资时应考虑的因素、欧委会与各成员国和各成员国之间的合作机制等。

1. 欧委会和成员国在审查外国直接投资时可考虑的因素

（1）（实体或虚拟的）关键基础设施，包括能源、交通、水务、医疗、通讯、媒体、数据处理或传输、航空、国防、选举或金融基础设施及使用此类基础设施涉及的敏感设施、土地等；（2）关键技术和军民两用物项，包括人工智能、机器人、半导体、网络安全、航空、国防、能源存储、量子技术和核技术以及纳米技术和生物技术；（3）关键原材料供应，如能源或原材料，或粮食安全；（4）敏感信息的获取，包括个人数据或掌握信息的能力；（5）媒体的自由化和多元化。同时，还可以考虑：（1）外国投资是否直接或间接由第三方政府（包括国家机构或军队）通过所有权结构或重大基金等手段控制；（2）外国投资是否已经涉及影响成员国国家安全或公共秩序的活动；（3）外国投资是否具有涉及非法或犯罪活动的重大危险。^②

2. 建立欧委会和成员国之间、各成员国之间的合作机制

《外国直接投资审查条例》将外国直接投资分为正在接受审查的外国直接投资^③和未正在接受审查的外国直接投资。^④

（1）对于在一成员国境内正在接受审查的外国直接投资，该国应当尽快通知欧委会和其他可能受该外国直接投资影响的成员国，对于某一成员国认为在他国境内正在审查的外国直接投资可能影响其本国的国家安全或公共秩序的，该成员国可就此对他国进行评论，并同时发送给欧委会。如果欧委会认为正在接受审查的外国直接投资可能影响超过一个成员国的国家安全或公共秩序，其可以向实施审查的成员国发表意见。同时，实施审查的成员国也可以要求欧委会或其他成员国发表意见或评论。

（2）对于未正在接受审查的外国直接投资，若某一成员国认为位于他国境内的该外国直接投资可能会影响本国的国家安全或公共秩序，其可以对该外国直接投资所在国进行评论，同时发送给欧委会。如果欧委会认为位于某一国境内的该外国直接投资可能影响超过一个成员国的国家安全或公共秩序，则其可以向该外国直接投资所在国和其他受影响国发送意见。

① State of the Union 2017—Trade Package: European Commission Proposes Framework for Screening of Foreign Direct Investments. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3183_en.htm. (2019-03-31).

② Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union (Hereinafter referred to as EU Framework for FDI Screening, 2017/0224 (COD)), Article 4.

③ EU Framework for FDI Screening, 2017/0224 (COD), Article 6.

④ EU Framework for FDI Screening, 2017/0224 (COD), Article 7.

3. 注重欧盟整体利益

欧委会将有权审查其认为有可能“影响欧盟利益”的特定外商直接投资。^①“影响欧盟利益”的项目或计划包括涉及大额或重要份额的欧盟资金；或者被欧盟立法涵盖并与关键基础设施、关键技术或关键原材料有关，而且对于安全或公共秩序较为重要。但是，欧委会无权直接否决此类投资，而仍需向外商投资所在国提供意见。成员国需“最大程度地考虑”欧委会意见，如不遵守该意见则需提供解释。

不过，有学者质疑《外国直接投资审查条例》的立法基础，认为外国直接投资安全审查不应当落入《欧洲联盟运行条约》第207条第1款的有关共同商业政策清单中，而应以《欧洲联盟运行条约》第64条第3款为法律依据，构成欧盟法单方面承诺资本自由流动的“后退”措施，因此《外国直接投资审查条例》应采用需欧盟理事会一致通过的特别立法程序，而不是目前采取的普通立法程序。在立法基础充满争议的情况下急于立法，足以见得欧盟想要建立中心化的安全审查机制，面对海外投资急增的局面，保护欧盟利益的意图十分明显。

（三）美欧外商投资国家安全审查制度新进展之比较

根据上述分析可以看出，美国和欧盟在这一时期的外商投资国家安全审查制度最新进展各有侧重，也有共性。

1. 美欧外商投资国家安全审查新进展的共性

（1）将关键技术、基础设施、网络信息安全纳入国家安全的考量范围。在注重保护本国核心技术和网络信息安全的当下，FIRRMA和《外国直接投资审查条例》都增加了对基础设施、关键技术领域、个人信息的关注。FIRRMA将外国人可能获得美国企业的关键基础设施、关键技术、保存或搜集美国公民个人敏感信息的交易纳入涵盖交易。此外，FIRRMA不仅对2007年《外国投资与国家安全法》中的“关键技术”进一步扩大范围，把所有对国家安全重要或者美国认为重要的技术、要素和相关项目都纳入交易范围，包括正在出现的新兴技术，还新增了“关键基础设施”“恶意网络活动”的概念。欧盟的《外国直接投资审查条例》则将关键基础设施、关键技术和敏感信息的获取列为审查一项外国直接投资或有可能“影响欧盟利益”的特定外商直接投资时欧盟成员国或欧委会可考虑的因素。可见，美欧对外资安全审查行业的范围有了新的拓展，外资安全审查行业已经突破了传统国家安全行业，关键技术、基础设施和网络信息安全业已成为美欧外资安全审查的关键因素。

（2）重视外国政府控制的交易。美国在2007年《外国投资与国家安全法》中规定，交易可能导致外国政府、由外国政府控制或为外国政府行事的实体对美国企业有控制权是CFIUS和总统在决定涵盖交易是否存在国家安全风险时应当考虑的因素，

^① EU Framework for FDI Screening, 2017/0224 (COD), Article 8.

FIRRMA 在此基础上为外国政府控制的交易设置了强制申报义务,^①能够使 CFIUS 着重审查外国政府控制的交易,特别是涉及美国战略竞争对手的交易。欧盟的《外国直接投资审查条例》则将外国投资者是否被第三国政府所控制列入外资安全审查的考虑因素。美欧立法对外国政府控制的交易的歧视待遇愈来愈严重。

(3) 关注来自中国的投资。FIRRMA 和《外国直接投资审查条例》的出台都与来自中国的投资有密切联系。就 FIRRMA 的出台背景而言,随着中国在美国科技领域投资的日益增多,美国迫切需要保护自身的知识产权和尖端技术不被他国借助投资美国业务而轻易获取。在 2018 年 7 月 19 日美国众议院特别情报委员会召开的有关中国对美国科技威胁的听证会上,会议主席指出:“对中国发起的交易进行审查是 CFIUS 工作的重要组成部分,国会应使得 CFIUS 有能力确保中国不通过并购增加美国国家安全风险。”FIRRMA 指明需要特别关注来自中国的外商投资,并特别提到了《中国制造 2025》。而《外国直接投资审查条例》的出台则是为了回应近年来中国对欧盟剧增的企业并购和直接投资。首先,根据该法规,可能会受到审查的领域或部门是中国投资者在欧洲的优先选择,如技术、基础设施等领域。其次,该法规要求对直接或间接由外国政府控制的投资进行更严格的审查,而自 2000 年以来,欧盟约 60% 的中国直接投资来自中国国有企业。^②最后,该法规鼓励成员国审查构成“政府对外项目或计划”一部分的投资。鉴于中国产业政策的普遍存在以及国有银行在国家金融体系中的主导地位,这种模糊的表述可以打开成员国审查中国在欧盟大量投资的大门。^③

(4) 美欧外商投资国家安全审查制度趋于收紧。受到逆全球化大背景的影响,美欧外商投资国家安全审查制度都有收紧的趋势,加大了外国投资者受审查的风险。尽管 FIRRMA 提到国会认为出台该法的目的之一在于遵守美国对外开放投资的承诺,欢迎和鼓励外国投资,但是从该法案的内容来看,美国外国投资国家安全的监管正在趋于严格,对外资并购美国企业采取了更为审慎的态度,通过扩大单边审查范围、完善单边审查程序来维护美国在外商投资方面的优势。此外,FIRRMA 多处规定尚未明晰,仍需 CFIUS 通过实施细则的方式做出解释,这也就意味着 CFIUS 颁布的实施细则很可能进一步扩大其审批权限,从而对外国投资人带来更大的限制。

与此同时,《外国直接投资审查条例》也加大了外国直接投资的受审查风险。首先,《外国直接投资审查条例》的出台有利于欧盟内部关于外国直接投资项目信息的流动,各成员国之间的合作更加密切,外国直接投资审查机制更加联动,意味着外国直接投

① 若一项由外国政府控制的针对“关键性基础设施”公司、“关键性科学技术”公司和维护或收集美国公民敏感信息的公司的投资将导致外国政府在美国公司中取得“重大权益”,那么该投资将受制于 FIRRMA 项下的强制申报制度。

②③ Hanemann, Thilo, et al. Chinese FDI in Europe: 2018 Trends and Impact of New Screening Policies[EB/OL]. <https://rhg.com/wp-content/uploads/2019/03/RHG-MERICS-COFDI-Update-2019.pdf>. (2019-05-25).

资项目在进入欧盟时会受到多方（项目所在国、欧盟境内其他成员国、欧委会）审视，这些主体可以彼此提出意见，意见能产生“软法”的效力，提高了外国直接投资受到安全审查的概率。其次，《外国直接投资审查条例》提供的审查外国直接投资时可考虑的因素范围较广。目前欧盟内部只有 14 个成员国的国内法规定了外国直接投资安全审查制度，成员国之间现有的安全审查机制在审查范围及其制度设计方面存在很大差异，大部分国家在实施外国直接投资安全审查时考虑的因素都不如《外国直接投资审查条例》广，这将导致欧盟内部许多成员国会参照《外国直接投资审查条例》扩大外国投资审查制度的适用范围，在制度设计上与该法规靠拢，尚未建立外国直接投资审查制度的成员国也可能引进该制度。事实上，《外国直接投资审查条例》试图建立起来的外资安全审查制度与欧盟倡导的投资自由化核心价值正在逐步背离。

2. 美欧外商投资国家安全审查新进展的差异

（1）美国欲在 2007 年《外国投资与国家安全法》的基础上继续完善本国的外商投资国家安全审查法律体系。而与美国外商投资国家安全审查法律体系的统一性相比，欧盟《外国直接投资审查条例》仅仅是一个框架性协议，更多地在于构建欧盟与各成员国之间的合作机制、信息交换机制等，其允许欧盟内部各成员国在其本国内部保持、修订、采用外国投资审查机制，^①而非构建一个适用于欧盟所有成员国的统一的外国直接投资国家安全审查制度。因此，与欧盟《外国直接投资审查条例》相比，美国外资安全审查机制更具有法律强制力。

（2）美国外资安全审查法律制度对审查范围、审查因素、审查主体、审查程序等内容规定得更加细致，特别是对“关键技术”“控制”“基础设施”等的定义十分详尽。总体上来看，比欧盟《外国直接投资审查条例》更加严格。

三、美欧外商投资国家安全审查新进展之中国应对

（一）中国外商投资安全审查制度立法现状

中国外商投资安全审查制度起步较晚。在 2007 年以前，相关产业政策、竞争政策中零散地包含谨防外资损害国家安全的规定，如 2002 年国务院发布的《指导外商投资方向规定》，将危害国家安全或者损害社会公共利益、危害军事设施安全和使用效能等情形列为禁止类外商投资项目；2003 年出台的《外国投资者并购境内企业暂行规定》强调在促进外国投资者来华投资的同时，也要注重对国家经济安全的保护；2006 年发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》（以下简称《外资并购规定》）对国家经济安全造成或可能造成重大影响的外国投资者并购境内企业的情

^① EU Framework for FDI Screening, 2017/0224 (COD), Article 3.1.

形做了申报规定，外商投资安全审查制度初见雏形。^①国家安全审查制度的真正出现是在于2008年实施的《反垄断法》，该法明确规定，对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中涉及国家安全的，除依照该法规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。

2011年颁布的《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》（以下简称《建立外资并购安全审查制度的通知》）决定建立中国的外资并购安全审查制度；2011年8月25日颁布的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》对商务部负责的安全审查申报工作进行了细化规定；2015年颁布的《国务院办公厅关于印发〈自由贸易试验区外商投资安全审查试行办法〉的通知》（以下简称《自贸区外资安全审查试行办法》）确定在自贸试验区内将外资安全审查的可能范围扩大至所有新设投资；2015年颁布的《国家安全法》在第59条中规定建立国家安全审查和监管的制度和机制，国家安全审查和监管的范围包括但不限于影响或者可能影响国家安全的外商投资。^②2018年颁布的《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，标志着外商投资安全审查制度在中国正式建立。

（二）中国外商投资安全审查制度的完善

1. 尽快出台外商投资安全审查制度专项立法

与美国 FIRRMA 和欧盟《外国直接投资审查条例》相比，中国的外商投资安全法律制度内容碎片化，多为原则性规定，缺乏可操作性。在《外商投资法》出台以前，国家安全审查制度曾出现于《反垄断法》《国家安全法》这两部法律中，但是两部法律仅仅提及国家安全审查，并非着重强调。此外，国务院和商务部虽然出台了专门针对外商投资安全审查的规定，但是立法层级较低，审查对象多集中于外国投资者并购境内企业，并未涉及其他外商投资类型。值得一提的是，2015年《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（以下简称“《外国投资法》（草案）”）对外商投资安全审查制度做了详细规定，如统一了国家安全审查应考虑的因素等。但是，2018年12月23日公布的《中华人民共和国外商投资法》（草案）却又将上述详细规定统统删除，导致新出台的《外商投资法》虽然以法律的形式建立了外商投资安全审查制度，但是仍然是原则性规定，缺乏可操作性。

《外商投资法》已经确立了中国的外商投资安全审查制度，接下来必将是对该

① 《关于外国投资者并购境内企业的规定》第12条：外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或者可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事人应就此向商务部进行申报。当事人未予申报，但其并购行为对国家经济安全造成或可能造成重大影响的，商务部可以会同相关部门要求当事人终止交易或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，以消除并购行为对国家经济安全的影响。

② 国家安全审查和监管的范围还包括特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动。

制度的进一步细化。笔者认为,应当以法律的形式对外商投资安全审查制度进行构建。理由如下:第一,此前,中国以国务院发布决定的形式对安全审查制度进行规定,如国务院《建立外资并购安全审查制度的通知》等,然而根据《中华人民共和国行政许可法》,对于本质上属于行政许可的外商投资安全审查制度来说,仅以国务院决定抑或是部门规章的形式来规定在法律效力上存在瑕疵,应当以更高层级的法律形式来设定该类行政许可;^①第二,外商投资安全审查制度是外商投资法律制度中的关键一环,是保障国家安全免受外资侵害的最后一道防线,需要更高层级的立法来规制。综观他国关于外商投资安全审查的立法实践,也大多采用专项立法的形式,如美国、欧盟,可见外商投资安全审查制度在一国外商投资制度中的重要地位,以法律形式进行专项规定符合国际大趋势。《外国投资法》(草案)第48~74条对国家安全审查进行了专章规定,今后国家对外商投资安全审查制度的立法很可能基于《外国投资法》(草案)的体系,虽然该规则体系体现了专业性、综合性与全面性,但是并非完备,仍有可改进之处。

2. 明晰联席会议内部职责划分,合理设置决策机制

中国目前的外商投资安全审查制度存在审查主管部门职责划分不明晰、决策机制不透明的问题。《建立外资并购安全审查制度的通知》虽建立了部际联席会议(以下简称联席会议)制度,联席会议由国务院领导,发展改革委员会和商务部牵头,根据外资并购所涉及的行业和领域,会同相关部门开展并购安全审查,但是并未明确发展改革委员会、商务部与其他相关部门之间的职责划分如何、哪些部门可以成为“相关部门”等问题。《自贸区外资安全审查试行办法》《外国投资法》(草案)延续了《建立外资并购安全审查制度的通知》对联席会议制度的规定。法规层面的职责划分不明晰必将导致实践层面的更多困难。关于决策机制,《建立外资并购安全审查制度的通知》规定,在一般审查阶段,采取一票否决制度,此规则较为苛刻,而在特别审查阶段,则使用了“意见基本一致”和“存在重大分歧”这类模糊性表述,导致决策机制透明度较低。^②

联席会议制度设置了发展改革委员会和商务部作为牵头机构的双头模式,容易造成权责不清、相互推诿的局面。笔者建议在今后的外商投资安全审查制度中,仅将商务部作为牵头机构,商务部作为外商投资的主管部门,在管理外商投资方面具有丰富的经验,有足够的 ability 单独作为牵头机构,避免双头模式下的弊端。关于联席会议中的相关部门不清晰问题,不妨参考美国CFIUS的工作机制。CFIUS明确将9个政府部门列为具有投票权的成员,2个政府部门为依职权成员,无投票权,另外有5个观察员。此工作机制既能明确参与安全审查的相关部门,又能确保审查的完整性、

^① 《中华人民共和国行政许可法》第14条。

^② 意见基本一致的,由联席会议提出审查意见;存在重大分歧的,由联席会议报请国务院决定。

可靠性。在确定中国的“相关部门”时，可将发展改革委员会、市场监督管理总局、国家外汇管理局、国家安全部这类外商投资中必将涉及的政府部门作为联席会议常设成员，并视个案情况将其他政府部门列为联席会议成员。

此外，在对外商投资安全审查制度进行细化的过程中，应加强对外商投资安全审查决策机制的关注。在一般审查阶段不必采取一票否决如此苛刻的机制，容易导致大量外商投资案件进入安全审查阶段，导致人力、财力的过度浪费，也不符合中国目前扩大开放的理念，可以采取更为科学的决策方式，如只有当联席会议常设成员的2/3以上认为存在影响或可能影响国家安全的情形时才进入特殊审查阶段。同时，在特别审查阶段可以保留现有方式，但应当明确现行法规中特殊审查阶段的“意见基本一致”和“存在重大分歧”的含义。

3. 统一审查标准，结合时代需求设置安全审查因素

审查标准不统一，安全审查因素用语过于宽泛。《外资并购规定》使用“国家经济安全”的标准，而在《反垄断法》及之后的法律、法规中又回归“国家安全”的概念，两种概念叠加且都未做出相关定义。况且，《外资并购规定》《反垄断法》实际上将外资并购审查标准政策化，并非出于传统国家安全的考虑，而《建立外资并购安全审查制度的通知》的审查标准则更多地关注传统国家安全范畴，出现了一定程度的标准错位。另外，《外国投资法》（草案）虽然设置了较为全面的安全审查因素，但是其内容都比较概括、含义都比较模糊，如“社会公共利益和公共秩序”“国家经济稳定运行”等概念的不确定性也许会对吸引外资造成一定阻碍。

审查标准是外商投资安全审查制度的核心，因此对于目前较为混乱的审查标准体系，亟需统一。笔者建议外商投资安全审查标准应当延续《外商投资法》中的“影响或者可能影响国家安全”，对《外资并购规定》进行修正。那么何为外商投资安全审查制度应当关注的国家安全？是否有必要在外商投资安全审查制度中对国家安全做出定义？有学者通过厘清国家安全与相邻概念的界限，认为国家安全由国防安全和狭义的国家经济安全组成。也有学者认为国家安全是个弹性的概念，它可能包含国防安全、经济安全、政治安全、社会安全、网络安全、文化安全、生态安全等诸多方面。由此可见，学界没有对国家安全的含义达成统一的认识。笔者认为，国家安全本身具有广泛性、模糊性、时代性的特点，想要在法律文本中界定其内涵实属不易，需结合不同时期国家形势逐案分析。因此，在外商投资安全审查制度中并不一定要将国家安全做出明确定义，而由审查机关结合个案进行自由裁量。事实上，就算在立法技术十分成熟的美国，其国家安全审查法律体系中也从未出现国家安全的定义，而是给予审查机关较大的自由裁量权。

为了指导审查机关进行安全审查，各国关于国家安全审查的法律中通常会设置安全审查因素，如欧盟在《外国直接投资审查条例》中设置了8项安全审查因素供审查机关考虑。反观中国，《建立外资并购安全审查制度的通知》提出了4项安全

审查因素,即国防安全、国家经济稳定运行、社会基本生活秩序和涉及国家安全关键技术研发能力。《自贸区外资安全审查试行办法》在此基础上增加了国家文化安全、公共道德以及国家网络安全,但仅仅适用于自贸区。笔者认为,现行立法中的安全审查因素不能完全适应当今时代需求,仍有可以完善之处。可以借鉴《外国投资法》(草案)中规定的11项安全审查因素,除了《建立外资并购安全审查制度的通知》中的4项安全审查因素外,还包括:涉及国家安全领域的中国技术领先地位、受进出口管制的两用物项和技术扩散、中国关键基础设施和关键技术、中国信息和网络安全、中国在能源和粮食及其他关键资源方面长期需求、外国投资事项是否受外国政府控制以及联席会议认为应当考虑的其他因素。可以发现,这11项安全审查因素的设置兼具确定性与灵活性,已经跟上甚至超过了世界各国,可以作为今后立法的范本。在设置安全审查因素时,还应当考虑中国目前大力提倡的生态环境安全、国家文化安全等因素。与此同时,对于长期以来中国安全审查因素用语过于宽泛的问题,应注意尽量避免“公共利益”“公共秩序”“国家经济稳定运行”此类具有不确定性的概念,建议将安全审查因素更加具体化,如FIRRMA中采用列举的方式列出国家安全审查需要考虑的要素,将需考察的安全审查因素落实到具体事项,一方面增强主管部门的执法可操作性,另一方面增强法律的稳定性和可预测性,给予外商投资充足的心理预期。

四、结语

目前,世界仍处于经济增长乏力、保护主义抬头、贸易摩擦频发之中,可以预见,逆全球化现象还将持续一段较长的时间。但是,应当清醒地认识到,当今全球化趋势不可能逆转,逆全球化趋势实际上是对国际多边经贸体系规则提出的挑战,同时也是国际多边经贸体系的转型期。美欧的外国投资国家安全审查法律体系在这一时期不断完善,受到逆全球化潮流的影响,美欧外国投资安全审查制度趋于收紧,而中国却刚刚确立外商投资安全审查制度。因此,中国应当抓住本次国际经贸体系重构的大好时机,在借鉴美欧已有制度的基础上完善本国的外商投资安全审查制度。

同时,在国家扩大开放的大趋势下,更应当思考中国外商投资安全审查制度背后的逻辑。吸引外资和保护本国国家安全是外商投资安全审查制度永远需要面对的一道难题,这直接关系到该制度中审查主体、审查范围、审查因素、审查程序等要素的设置,中国应当顺应国际趋势,是设置严苛的外商投资安全审查制度,还是倡导一项公平、合理、透明的外商投资安全审查制度,尚无定论。尽管外资安全审查制度在美国已经发展近50年,国家安全审查的模糊轮廓仍使人怀疑审查是仅仅涉及国家安全,还是涉及经济利益。因此,国家安全的外延需要明确,外商投资安全审查制度中的国家利益与经济利益的关系亟待厘清。此外,除了完善中国的安全审查制度,国家在中国企业走出去的过程中应当扮演什么样的角色,一国的政府补贴是否会影

响他国的国家安全和公共利益，这些都是值得研究的问题。

参考文献:

- [1] 董静然. 美国外资并购安全审查制度的新发展及其启示——以《外国投资风险审查现代化法案》为中心 [J]. 国际经贸探索, 2019, (3).
- [2] 冯纯纯. 美国外资国家安全审查的新动向及其应对——以美国《外国投资风险评估现代化法案》为例 [J]. 河北法学, 2018, (9).
- [3] 江山. 论中国外商投资国家安全审查制度的法律建构 [J]. 现代法学, 2015, (5).
- [4] 李巍, 赵莉. 美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响 [J]. 国际展望, 2019, (1).
- [5] 卢进勇等. 欧美国国家外资安全审查: 趋势、内容与应对策略 [J]. 国际经济合作, 2018, (12).
- [6] 漆彤. 外资国家安全审查立法中的若干重要问题 [J]. 中国法律评论, 2015, (1).
- [7] 孙南申, 胡荻. 外国投资国家安全审查制度的立法改进与完善建议——以《外国投资法 (征求意见稿)》为视角 [J]. 上海财经大学学报, 2015, (4).
- [8] 佟家栋. 当前态势不是逆转, 是重构 [J]. 世界经济研究, 2018, (2).
- [9] 王淑敏. 国际投资中“外国政府控制的交易”之法律问题研究——由“三一集团诉奥巴马案”引发的思考 [J]. 法商研究, 2013, (5).
- [10] 叶斌. 欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性 [J]. 欧洲研究, 2018, (5).
- [11] 庄宗明. 经济全球化没有逆转, 也不可能逆转 [J]. 世界经济研究, 2018, (3).
- [12] Bickenbach, Frank, Liu, Wan-Hsin. Chinese Direct Investment in Europe—Challenges for EU FDI Policy [J]. CESifo Forum, 2018, (19).
- [13] Esplugues, Carlos. Towards a Common Screening System of Foreign Direct Investment on National Interests Grounds in the European Union [J]. Culture, Media and Entertainment Law, 2018, (11).
- [14] Li, Xingxing. National Security Review in Foreign Investments: A Comparative and Critical Assessment on China and US Laws and Practices [J]. Berkeley Business Law Journal, 2016, (13).
- [15] Liu, Meichen. The New Chinese Foreign Investment Law and Its Implication on Foreign Investors [J]. Northwestern Journal of International Law & Business, 2017, (38).

The New Development of Legal System of Foreign Investment Security Review in the US and the European Union and China's Response

DONG Jingran GU Zeping

Abstract: With the continuous decline in international trade and international investment, rising protectionism in the recent years, the phenomenon of anti-globalization is spreading globally. The United States and the European Union have introduced new legislation for national security review of foreign investment. China has also established a foreign investment security review system in the newly published PRC Foreign Investment Law. The current national security review of foreign investment in the United States and Europe have shown a tightening trend. For example, Foreign Investment Risk Review Modernization Act and the European Framework for Screening of Foreign Direct Investments were published in the United States and the European Union respectively. China should seize the opportunity of the transformation of the international economic and trade rule system to improve its foreign investment security review system. China should reflect on the shortcomings of the existing system and it is proposed to (i) introduce the special legislation on the foreign investment security review system as soon as possible; (ii) clarify the internal responsibilities of the joint meeting and establish reasonable decision-making mechanisms; (iii) unify review standards and set security review factors in line with the times.

Keywords: FIRRMA; EU Framework for FDI Screening; security review system of foreign investment

(责任编辑: 金孝柏)