

新发展格局下我国外商投资安全审查制度的进步、局限与完善

陈 喆¹ 钟艺玮²

(1. 西南政法大学国际法学院, 重庆 401120; 2. 西南政法大学中国—东盟法律研究中心, 重庆 401120)

摘 要: “双循环”新发展格局的构建要求我国进一步增强外商投资安全审查制度的规范性、精准性和透明度, 提高统筹发展和安全能力及风险防控能力。《外商投资安全审查办法》是目前我国外商投资安全审查制度发展的最新成果, 设置了常态化、固定化的安全审查机构, 扩大了安全审查范围, 细化了附条件通过审查的程序, 并增加了审查决定的监督执行和违规处理程序, 积极回应了新发展格局对其提出的制度供给要求。但《外商投资安全审查办法》在安全审查考量因素条款的设置、安全审查救济渠道及监督机制、防范化解风险的临时安全审查安排等方面仍存在局限或不足。将来我国外商投资安全审查机制应设置全面的安全审查考量因素条款, 构建审查机构权力监督制度, 并补充防范化解风险的安全审查临时措施, 为我国开展更高水平对外开放保驾护航。

关键词: 外商投资安全审查; 国家安全; 新发展格局; 《外商投资安全审查办法》

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 04-0087-11

新冠疫情全球蔓延激化了国际社会的既有矛盾, 给全球地缘政治经济局势带来了巨大变化, 逆全球化思潮泛起, 贸易紧张局势和贸易政策不确定性再度升级, 全球产业链、供应链体系存在断链风险。同时, 新冠疫情使全球安全形势出现更大的波折起伏, 国际安全合作空间收窄, 大国博弈持续升温。逆全球化、贸易战以及新冠肺炎疫情等内外部政治经济环境的变化考验着国家的应急治理体系和能力。2020年5月14日, 中共中央政治局常委会首次提出“构建国内国际双循环相互促进的新发展格局”。为了适应推动形成新发展格局的需要, 2020年12月19日, 国家发改委、商务部颁布了《外商投资安全审查办法》, 进一步健全了外商投资安全审查制度。

一、新发展格局对我国外商投资安全审查制度供给的需求

法治是最好的营商环境。作为外商投资法治的重要组成部分, 外商投资安全审

作者简介: 陈喆, 西南政法大学国际法学院讲师, 法学博士、博士后, 硕士生导师, 研究方向: 国际经济法; 钟艺玮, 西南政法大学中国—东盟法律研究中心研究人员, 法学硕士, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 2018年度司法部国家法治与法学理论研究项目中青年课题“总体国家安全观视角下贸易限制措施实施的法律问题研究”(项目编号: 18SFB3050)。

查制度应对新发展格局作出回应：首先，外商投资安全审查制度应提升规范性、精准性和透明度，以制度优势吸引优质外资来华投资；其次，外商投资安全审查制度需注重统筹发展与安全，维护国家核心利益；最后，外商投资安全审查制度应具备弹性与灵活性，从制度层面做好应对外部环境变化和风险情境的准备。

（一）增强外商投资法治的制度竞争力

推动形成国内国际双循环新发展格局，应将能够推动国内产业的优质外资作为连接国内国际双循环的关键纽带以及推动国内国际双循环相互促进的重要力量。促进国内国际双循环，需要以我国外资的高质量发展做支撑，打造市场化、法治化、国际化营商环境，以高水平对外开放助推国际经济大循环。

法治是保障投资者权益的重要机制，经济的持续发展需要良好的法治环境。世界各国吸引外资竞争的背后是外商投资法治的竞争，一国外商投资立法的法治化、自由化、便利化程度直接影响了吸引外资的竞争力，我国需要以高质量的制度供给吸引全球生产要素聚集。目前，新冠肺炎疫情依旧在全球范围内肆虐，国际贸易和投资陷入低迷的困局。疫情发生后，全球范围人员、物资流通不畅，大批外资企业停工停产，外国投资者投资活动受限。跨国直接投资的持续萎缩加剧了各国扩大外资引进的压力，导致国际引资竞争愈演愈烈。党的十九届四中全会部署建设更高水平开放型经济新体制。近年来，我国连续出台扩大开放的重大举措，积极落实准入前国民待遇与负面清单管理模式，切实保护外商投资合法权益，为《外商投资法》的顺利实施保驾护航，进一步改善了营商环境，增强了我国在国际引资竞争中的制度优势。

从长期的制度竞争优势来看，外商投资安全审查制度的规范性、精准性和透明度是增加外资法治吸引力的关键。中共中央在《关于坚持和完善中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中强调了外商投资安全审查制度对推动我国治理体系治理能力现代化的重要意义，明确健全外商投资安全审查制度是我国建设更高水平开放型经济新体制的重要内容之一。由此，我国必须最大限度地提升外商投资安全审查制度的透明度和可预期性，提高我国外商投资法治的吸引力，为进一步优化营商环境、扩大对外开放提供法治保障。

（二）回应统筹发展和安全的要求

推动形成国内国际双循环新发展格局，需注重统筹发展与安全。发展和安全互为条件、彼此支撑，安全是发展的前提，发展是安全的保障。党的十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》强调“坚持总体国家安全观，实施国家安全战略，维护和塑造国家安全，统筹传统安全和非传统安全，把安全发展贯穿国家发展各领域和全过程，防范和化解影响我国现代化进程的各种风险，筑牢国家安全屏障。”作为国家安全战略重要组成部分的外商投资安全审查制度应积极回应我国在外商投资领域对安全保障

的需求。当前我国面临的外部环境正在发生深刻变化,要求我国重新审视经济、军事、政治、金融、网络、生物、卫生等各领域对国家安全产生的集成影响,坚持扩大开放与维护安全齐头并进,坚守安全审查这一道重要防线。外商投资安全审查制度的设计应当符合我国面临的外部环境特点,主动防御潜在安全威胁因素,以坚定维护我国主权、安全和发展利益,将构建新发展格局的战略部署落到实处。

(三) 提高应急状态的风险防控能力

推动形成国内国际双循环新发展格局,需增强我国政府在法治框架下的应急管理能力和风险防控能力。习近平总书记在中央政治局第十九次集体学习时强调,应急管理是国家治理体系和治理能力的重要组成部分。习近平总书记在《正确认识和把握中长期经济社会发展重大问题》中指出,“以高水平对外开放打造国际合作和竞争新优势。越开放越要重视安全,越要统筹好发展和安全,着力增强自身竞争能力、开放监管能力、风险防控能力,炼就金刚不坏之身。”在实现新发展格局过程中,我们既要面对国内经济的不确定性,又要接受来自全球经济风险的挑战。面对逆全球化、新冠肺炎疫情等外部环境的不确定性,我们需要更加具有弹性和灵活度的国家治理体制,以应对风险情境的变化。世界已进入动荡变革期,我们将面临新的风险和挑战,外商投资安全审查制度同样应具备适应不断变化情境的能力,以实现更优的保障国家安全的治理效果。我国需要提升外商投资安全审查制度的弹性,建构与应急状态相符合的临时性安全审查安排,使外商投资安全审查制度在应急状态下仍然能够对外商投资带来的安全风险和其他负面影响进行有效调控,在非常态的特殊时期把握国家经济安全的主动权,确保我国经济的韧性、稳定性和安全性。

二、新发展格局下我国外商投资安全审查制度的进步

最新颁布的《外商投资安全审查办法》积极回应了新发展格局对其提出的时代要求,并将世界性与民族性充分融合。一方面,《外商投资安全审查办法》顺应了国际引资制度竞争的风向标,适时跟进了国际投资规则的发展变革,吸收了国外立法的有益经验,加强了我国外商投资安全审查制度的规范性、精准性和便利化程度。另一方面,《外商投资安全审查办法》契合了统筹发展与安全的要求,并立足于我国国情和实际,对审查范围及审查决定的监督执行作出了调整,为预防和化解国家安全风险构筑了更加坚实的屏障。

(一) 《外商投资安全审查办法》对增强制度竞争力的回应

在新冠疫情及逆全球化导致跨国投资低迷的特殊时期,我国需尽可能地增加外商投资安全审查制度适用的稳定性和透明度,以提升我国外商投资法治的制度竞争优势。《外商投资安全审查办法》设立了常态化、固定化的审查机构,进一步细化了附条件通过审查的程序,并加强与负面清单制度的衔接,提高了我国外商投资法

治的制度供给质量，为吸引优质外资提供了良好的法治保障。

1. 审查机构的调整

《外商投资安全审查办法》将安全审查机构由部际联席会议改为工作机制办公室，并将工作机制办公室常设在国家发改委，由国家发改委政务服务大厅负责接收有关外商投资安全审查的申报材料。这样的调整具有两个方面的价值：首先，审查机构的常态化、固定化有助于推进安全审查程序的平稳运行与信息公开，提升审查机构对外商投资的监管服务效能。原先制度中的部际联席会议属于非常设组织，采用个案审查方式，联席会议组成人员流动性大，安全审查工作的连续性较差。同时，由于各部门在审查中权责划分不清、职权掣肘龃龉，具有组织协调功能的机构缺位，严重影响了审查结果的内在一致性与可预测性。此外，部际联席会议的非常设性也给信息公开程序带来了障碍，导致制度的透明性不足。《外商投资安全审查办法》克服了部际联席会议的临时性与流动性，将工作机制办公室作为常态化、固定化的安全审查机构，为安全审查稳定提供人员与机构保障，有助于顺畅安全审查对接程序，提高安全审查效率，增加外国投资者对华投资的可预期性。其次，将审查机构常设在国家发改委有利于加强外商投资安全审查制度与负面清单制度的有效衔接。国家发改委下设外资司，其重要职能之一为组织起草外商投资准入负面清单。将工作机制办公室常设在国家发改委，能够增强制度间的协调性，共同服务于管控国家安全风险的目标。

2. 附条件通过安全审查程序的改进

《外商投资安全审查办法》细化了附条件通过安全审查的操作程序和执行监督程序，有利于防止安全审查泛化，避免因一味禁止涉及国家安全的交易而影响外国投资者投资的积极性，更好地实现外商投资安全审查承载的功能价值。在外商投资安全审查中始终贯穿着一个理念，即“维护外国投资开放和国家安全间的平衡”，虽然在某种情况下两者存在效果冲突，但对外国投资予以限制并不是安全审查制度的立法目的，发展和安全的平衡和共同实现才是最理想的状态，也是安全审查立法的最终价值追求。基于此，许多国家的外商投资安全审查程序中都规定了附条件批准投资的缓和机制。我国在《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》（简称《自贸区安全审查试行办法》）中规定了附条件的减缓措施，联席会议可作出附加条件通过的审查意见，但该办法的适用范围仅为在自贸试验区内的投资，且该办法并未对具体操作程序和执行监督程序加以明确，存在局限性。《外商投资安全审查办法》弥补了《自贸区安全审查试行办法》中附条件通过审查的程序空缺，完善了附加条件执行的监督与违反附加条件的法律责任的规定，以动态的视角系统规范附条件通过审查程序的全过程。工作机制办公室不仅承担着审查决定前的价值平衡工作，还具有事后监督处罚的权力。对于不遵守附加条件的外国投资者，工作机制办公室可以责令限期处分股权或资产或采取其他必要措施，这一规定为外国投资者严格履行

附加条件提供了保障。

（二）《外商投资安全审查办法》对统筹发展和安全要求的回应

安全审查制度是以国家安全作为守护对象的制度,《外商投资安全审查办法》践行总体国家安全观和新发展理念,根据国家安全战略态势的变化对安全审查范围作出了与时俱进的调整,并增加了审查决定的监督执行和违规处理程序,有利于统筹发展和安全,为我国的国家安全和利益维护构筑了坚实的“防火墙”。

1. 审查范围的充实

《外商投资安全审查办法》将重要金融服务、互联网产品与服务纳入安全审查范围,紧跟我国外商投资管理制度趋势,为推动更高水平对外开放提供了相匹配的监管保障。首先,《外商投资安全审查办法》将重要金融服务纳入审查范围,契合了金融业新一轮扩大开放背景下防范化解金融风险的要求。2019年7月20日,国务院金融稳定发展委员会办公室发布了《关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》,推出11条金融业对外开放措施。近年来,我国金融业开放取得突破性进展,银行业、证券期货业等领域取消了对外资入股股权比例的限制,在《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》中,特别管理措施已不再适用于金融业。随着我国金融改革开放的深化,金融业系统性风险将呈指数型增长,迫切需要提高金融抗风险能力,维护金融安全。维护金融安全的首要任务是防范和化解金融风险,金融风险的防控要做到内外兼顾,内部风险重在金融监管,外部风险重在外商投资安全审查。《外商投资安全审查办法》将金融服务纳入审查范围弥补了我国金融安全防控体系较为薄弱的缺陷,使金融服务领域的安全审查有法可依。此外,在新冠疫情与逆全球化的背景下,我国面临的国际安全环境愈发复杂,中美关系的未来依旧不明朗,我国的金融资本市场与美国等发达国家相比发展尚不成熟,自身抗风险能力不足,如果缺乏外商投资审查制度的保护,可能面临其他发达国家利用强大的金融工具与手段打击我国脆弱的金融体系从而引发系统金融安全风险的问题。因此,将重要金融服务纳入外商投资安全审查范围势在必行。其次,《外商投资安全审查办法》将互联网产品与服务纳入审查范围,是国家针对网络安全风险的主动防御,也是贯彻落实《国家安全法》《网络安全法》《网络安全审查办法》的具体举措。习近平总书记曾提出,“没有网络安全就没有国家安全,网络安全和信息化应当是一体之两翼、驱动之双轮。”互联网产品与服务安全的内涵范围广泛,包括互联网产品和服务自身安全、互联网产品及关键部件供应链安全、互联网用户相关信息安全、网络安全与用户利益安全等,将互联网产品与服务纳入审查范围,与信息技术产品和服务的审查相辅相成,共同强调信息技术与网络产品和服务的安全性、可靠性,这是我国在新形势下维护国家安全的必然要求,有利于在加强信息化建设的同时,加快构建关键信息基础设施安全保障体系,从而为国民经济和信息化建设打造一个安全、可信的网络环境。

2. 审查决定的执行及惩戒机制的完善

《外商投资安全审查办法》增加了审查决定的监督执行和违规处理规定,有利于督促外国投资者严格遵守国家安全审查决定,筑牢国家安全屏障。《国务院关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(简称《安全审查通知》)、《商务部实施外国投资者并购境内企业审查制度规定》(简称《实施审查规定》)和《自贸区安全审查试行办法》均未明确规定执行程序。《外商投资安全审查办法》规定,对于拒不申报、弄虚作假、不执行附加条件等违规行为,工作机制办公室可责令当事人限期处分股权或者资产,恢复实施投资前的状态,消除对国家安全的影响,亦有权将其不良信用记录纳入国家有关信用信息系统并按照国家有关规定实施联合惩戒。这一变化使我国外商投资安全审查的制度设计更加完整,实现了对国家安全审查前期协商、风险分层、风险评估、后期管理上的全过程风险监管,有助于推进安全审查有序、有效进行,确保外商投资符合国家安全要求。

三、新发展格局下我国外商投资安全审查制度的局限

《外商投资安全审查办法》虽然对外商投资安全审查制度作出了上述重大改进,回应了新发展格局对其提出的时代要求,但我们仍然可以窥见其在规则设计上存在一定的局限性,包括安全审查考量因素条款删减不合理、安全审查救济渠道及监督机制缺位、防范或化解风险的临时安全审查制度安排缺失等问题。

(一) 安全审查考量因素留白的做法不合理

与《安全审查通知》《自贸区试行办法》相比,《外商投资安全审查办法》完全删除了安全审查考量因素的规定。审查考量因素留白的做法固然可以使审查机构最大程度地灵活行使安全政策调整的自由裁量权,但妨碍了外国投资者形成确定的投资预期。安全审查标准是外商投资安全审查内容的实质,国家安全审查的具体标准是依据安全审查考量因素进行判断。我国外商投资安全审查制度没有明确对“国家安全”的涵义加以界定,概念的模糊性为立法技术上的特殊处理,能够使国家达到既可以引进外资又能维护国家安全的目的。但在安全审查考量因素的条款完全缺失的情况下,加之“国家安全”涵义本身的不确定性,外国投资者将无法判断审查机构在什么情况下会对外国投资者作出附条件通过或者不予通过的审查决定,这不仅影响法律的可操作性,直接减损了我国外商投资审查制度的透明度、可预期性,也可能使审查机构的决策失去公正性。

(二) 安全审查救济渠道及监督机制缺位

《外商投资安全审查办法》对外商投资安全审查的机构、程序及与其他制度的衔接作出了更加完善的设计,但并未对该制度的救济渠道和监督机构进行规定,这些漏洞在未来的机制运行过程中不可避免地成为制约该项制度升级完善的重要因素,

也会对外国投资者的投资积极性造成一定冲击。我国《外商投资法》第35条第2款明确“依法作出的安全审查决定为最终决定”，这意味着外国投资者对国家安全审查决定不得提起行政复议或行政诉讼。安全审查涉及国家根本利益，国家安全审查决定的不可诉性有利于维护我国安全审查机构的权威性，符合安全审查制度承载的功能价值。但外商投资审查的本质仍是一种行政行为，在缺乏救济制度的情况下，为了防止权力滥用，我国需要建立相应的权力监督机制，以更好地保护外国投资者的合法投资权益。救济渠道和监督机制的共同缺位不利于权力的规范透明运行，可能引发外国投资者对我国投资安全审查泛化或政治化的担忧。

（三）防范化解风险的临时安全审查制度安排缺失

外商投资安全审查制度应具备适应不断变化的情境的能力，以实现保障国家安全的治理效能得到提升。为了应对新冠疫情可能导致的经济安全风险，不少国家出台了临时的外资安全审查安排。例如，为防止疫情期间外国资本对欧盟战略性资产收购，欧盟紧急出台了《外商直接投资和资本自由流动、保护欧盟战略性资产收购指南》，指出在特定情形下欧盟有权介入具体的外资审查。西班牙则颁布实施了《关于处理 COVID-19 经济社会影响的紧急特别措施的第 8/2020 号皇家法令》，防止外国公司在受疫情影响价值减损的特殊时刻收购西班牙公司。此外，为应对疫情“黑天鹅”，不少国家降低了外资国家安全审查的股权或资金门槛。例如，德国已经许诺保护企业估值暴跌后的汽车、航空等重点产业，并将强制性股权审查门槛从 25% 降低为 10%，法国表示“战略公司”市值下降后，不排除将其直接国有化的可能，以防止落入其他国家手中，西班牙直接将外资安全审查的股权限制降低到 10%，而之前没有此项规定。我国《外商投资安全审查办法》主要以“实际控制”为审查门槛，将 50% 的股权比例作为触发安全审查的指标，并结合其他要素对“实际控制”进行判断，虽然这一标准抓住了避免外资过度介入和控制一国战略性资产的重点，但难以及时应对疫情带来的企业估值短期内大幅下降或暴跌的潜在风险。面对疫情给全球经济环境带来深刻变化的挑战，我国现有外商投资安全审查制度仅有常态化的制度安排，没有处理应急情况的预案，难以对突发的国家经济安全风险进行有效控制。虽然《外商投资法（草案）》曾在第 70 条中规定了安全审查的临时措施，赋予主管部门在紧急情况下可采取必要的临时措施以维护国家安全的权力，但在正式施行的《外商投资法》及《外商投资安全审查办法》中均没有此项规定，不适应积极应对危机全球化的要求。

四、新发展格局下我国外商投资安全审查制度的完善

完善外商投资管理制度是一项系统的立法任务，《外商投资安全审查办法》使我国的外商投资法律制度更加完整，但其对于安全审查的具体规定还有待进一步改

进。本文试图从安全审查考量因素的立法安排、审查机构权力监督机制的设置及安全审查应急机制的建构等3个方面,对我国外商投资安全审查制度的完善作相应展望。

(一) 设置全面的安全审查考量因素

第一,从制度的透明度和可预见性来看,外商投资安全审查规则中应列举安全审查考量因素的条款,不应删减。列举安全审查考量因素不仅能够给予审查者以确定性的指引,同时可以通过兜底条款的设置最大可能地保障审查者裁量权的宽泛范围。目前国内外安全审查制度通常不对“国家安全”进行定义,但为了便于国家安全审查中的具体操作,大多都设置了安全审查的考量因素。法律应在灵活性和确定性之间保持平衡,将相对模糊的“国家安全”概念和全面的安全审查考量因素组合在一起能够较好地发挥制度优势,一方面能够确保安全审查的灵活性,为审查机构行使自由裁量权留出较大的空间;另一方面能够使立法目标更加清晰,不违背促进投资自由化的初衷,在维护国家安全与保持对外开放间实现平衡。

第二,应在原有制度的基础上,完善安全审查的考量因素,将供应链安全、生物安全及“互惠、对等”等因素也纳入考量范围,切实保障我国的核心利益。具体而言,首先,应将外国投资对供应链安全的影响纳入安全审查的考量因素。《安全审查通知》《实施审查规定》和《自贸区安全审查试行办法》在确定外国投资对国家安全的影响时,均未突出对产业链供应链安全的考量,不利于我国应对供应链安全形势恶化的局面。在中美贸易摩擦和新冠肺炎疫情的共同作用下,国家之间的利益博弈更加激烈,现存的全球产业链生态体系受到破坏。如果不具备完整的产业链体系和安全的供应链体系优势,则可能在大国博弈和全球市场竞争中处于不利地位。因此,对于战略性、关键性、涉及国家安全的产业领域,我国在安全审查时应考虑外国直接投资对加强或导致垄断结构或价值链控制的影响,确保我国的关键零部件、设备和技术不被他国“卡脖子”,防范供应链中断产生的破坏性影响。其次,应将生物安全纳入安全审查的考量因素。近年来,我国多次发生基因技术违规事件,国外生物医药资本集团或研究机构也多次派人或通过我国科研人员在华开展违规试验、攫取遗传资源。生物安全已被纳入国家安全体系,防止外国投资所衍生的生物安全风险应成为国家生物安全治理的一部分。我国应对外国投资者在生物技术、医学研究等领域投资的风险进行引导与调控,在引进先进技术和资金的同时,对可能危害我国生物安全的外商投资进行严格的审查和监管。最后,应将“互惠”“对等”纳入安全审查考量因素。各国的外商投资审查在疫情的催化下更为严格,我国企业的海外投资活动受到严重阻碍。我国必须采取适当可行的反制措施,发挥安全审查制度作为国家安全防御措施的功能。外国投资者母国的市场是否开放、受限制或封闭,投资者母国针对我国投资在国家安全审查态度上发生的变化,应作为我国衡量外国投资对国家安全造成影响时考虑的因素,以在国内法层面对外形成潜在反制,在进一步扩大对外开放的同时守住底线,维护国家利益。

（二）构建外商投资审查机构权力监督机制

在外商投资安全审查缺乏救济渠道的情况下，我国必须完善监督权力的内外部监督机制，将权力运作的过程置于监督之下，公开有关工作情况，消除信息不对称带来的消极影响，以增强审查机构权力行使的透明度与规范性。第一，应完善权力的内部监督制度。内部监督是指国务院的监督，国家发改委和商务部均为国务院下属部门，因此国务院应当享有监督的权力和责任。应充分发挥国务院在外商投资安全审查工作机制中的重要作用，工作机制办公室对外商投资作出的安全审查决定应向国务院进行备案，以此加强国务院对个案的监督。第二，应增设权力的外部监督制度。外部监督分为立法机关的监督和社会监督。全国人大及其常委会是我国最高的监督机关，工作机制办公室应当受其监督。工作机制办公室应编制外商投资安全审查年度报告并提交全国人大及常委会。社会监督则要求将工作机制办公室针对个案作出的是否通过安全审查的决定向社会公布。信息公开体现了透明度原则，是保障外国投资者知情权的重要途径。之前由于我国缺乏常态化审查机构，组成人员不固定，导致的直接结果即为我国并没有对外资安全审查的运行情况进行任何信息公开，《外商投资安全审查办法》设立了常态化、固定化的工作机制办公室，解决了信息公开存在的机构障碍。工作机制办公室可通过发布年度审查报告的方式，保障公众的知情权，增加工作机制办公室决策的透明度。报告的内容包括每年审查案件的数量、案件分布的行业领域、外国投资者应注意的审查事项等问题。需要注意的是，在信息公开的同时需加强对外国投资者商业秘密与相关信息的保护。

（三）补充防范或化解风险的安全审查临时措施

面对日益复杂的国际经济与安全局势，机械执行常态化的外商投资管理难以适应情境的快速变化，可能会进一步扩大重大突发事件的负面影响。目前全球疫情形势不仅没有趋缓，反而愈演愈烈，资本市场超跌现象仍然可能出现。当前国际形势愈来愈呈现动态变化的特征，突发事件发生频率增加，我国必须高度重视防范化解重大风险，构建系统完备、运转高效的外商投资安全审查制度。为增加国家治理体制的弹性，在制度设计上，我国可以补充安全审查的临时措施，提高风险防控能力，使得外商投资安全审查制度能够在常态管理模式和应急管理模式中实现有效切换。一方面，应赋予外商投资安全审查主管机关在特殊时期的紧急权力。在面对重大风险时，外商投资安全审查机构可拥有更加灵活的处置权力和自由裁量权，对任何其认为可能存在威胁的外商投资进行审查。另一方面，应降低特殊时期安全审查的触发条件。针对突发风险的特异性，设置特殊的外资审查启动条件。在紧急状态下，外商投资安全审查可不以“控制权”作为审查门槛，取消常态的股权或资金限制，以有效调控特殊时期外国投资行为可能对本国经济安全带来的威胁，保护国内企业免遭外国机会性收购。

五、结语

2021年1月31日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《建设高标准市场体系行动方案》,要求“完善安全审查机制,重视运用国际通行规则维护国家安全”。从2011年的《安全审查通知》到2015年的《自贸区安全审查试行办法》再到2020年的《外商投资安全审查办法》,在新发展格局背景下,我国不断反思与总结外商投资审查制度的实践经验,统筹对外开放与保护国家安全,逐步建立了具有中国特色的外商投资安全审查制度。

在考察分析《外商投资安全审查办法》规则设计的基础上,我们注意到其仍存在以下3个不足:其一,《外商投资安全审查办法》对安全审查考量因素条款的删减一定程度上减损了制度的透明度和可预见性;其二,外商投资者救济渠道与审查机构监督机制的缺失可能引发外国投资者对审查权力滥用的担忧;其三,从风险防控能力来看,我国外商投资安全审查制度仅有常态化的制度安排,缺乏临时机制以适应风险情境。

为了适应推动形成新发展格局的需要,我国应继续完善《外商投资安全审查办法》的制度设计,具体而言,可以从3个方面作出调整:首先,应设置列举安全审查考量因素的条款,丰富我国外商投资安全审查的考量因素,避免因不确定性对外商投资活动产生不利影响。其次,增加对审查机构权力制约与监督的机制,以提高安全审查制度的透明度,防止审查权力滥用,更好地保护外商投资者的合法权益。最后,打造特殊时期的应急机制,赋予审查机构紧急权力,降低紧急情况的审查门槛,提升我国外商投资审查制度的风险防控能力。

参考文献:

- [1] 陈咏梅,何圳申.中国外商投资法的变革及其与国际协定的协调[J].国际商务研究,2019,(6).
- [2] 丁丽柏,陈喆.论WTO对安全例外条款扩张适用的规制[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2020,(2).
- [3] 董志勇,李成明.国内国际双循环新发展格局:历史溯源、逻辑阐释与政策导向[J].中共中央党校(国家行政学院)学报,2020,24(5).
- [4] 贺鉴,杨常雨.新时代中非海洋经贸合作及其法治保障[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2020,(4).
- [5] 蒋璇芳,张庆麟.欧盟外国直接投资审查立法研究——从产业政策的角度[J].上海对外经贸大学学报,2019,(2).
- [6] 李芳,陈雪.欧盟外商投资审查新规的主要内容和对我国的影响及应对措施[J].国际金融,2020,(3).
- [7] 廖凡.《外商投资法》:背景、创新与展望[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2020,(3).
- [8] 刘岳川.投资美国高新技术企业的国家安全审查风险及法律对策[J].政法论坛,2018,36(6).
- [9] 刘志云,温长庆.新一轮对外开放背景下外商投资立法的革新[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2020,(3).
- [10] 孙南申,胡获.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,2015,17(4).
- [11] 王云鹏,丁丁.论负面清单对安全审查范围的标定[J].经贸法律评论,2020,(4).
- [12] 武长海.我国国家金融安全的审查机构和范围[J].法学杂志,2020,41(3).

- [13] 吴效乾. 中美战略竞争背景下美国外资国家安全审查制度改革最新动向评析 [J]. 国际经济法学刊, 2019,(4).
- [14] 姚莹. “海洋命运共同体”的国际法意涵: 理念创新与制度构建 [J]. 当代法学, 2019,(5).
- [15] 尹响等. 人类命运共同体理念下应对新冠疫情全球经济冲击的中国方案 [J]. 经济学家, 2020,(5).
- [16] 张光. 国家安全审查的国际投资仲裁救济探析 [J]. 国际商务研究, 2019,(5).
- [17] 张辉. 论中国对外经济制裁法律制度的构建——不可靠实体清单引发的思考 [J]. 比较法研究, 2019,(5).
- [18] 张皎, 李传龙, 李彤. 美欧外资国家安全审查机制立法趋势: 从与安全有关的投资措施到与投资有关的安全措施 [J]. 国际法研究, 2020,(3).
- [19] 张晓君. 尊重国际法权威 维护国际秩序 [J]. 求是, 2018,(20).
- [20] 赵海乐, 郭峻维. “准入前国民待遇”背景下我国外资安全审查功能定位探析 [J]. 经贸法律评论, 2020,(4).
- [21] Allman, David R. Scalpel or Sledgehammer: Blocking Predatory Foreign Investment with CFIUS or IEEPA[J]. National Security Law Brief, 2020, 10(1).
- [22] Berin, Alec J. CFIUS or Sisyphus: Toward a European Framework for Foreign Direct Investment Review[J]. George Washington International Law Review, 2019, 51(4).
- [23] Jiang, Huiqin, Zhou, Weihuan.China's Investment in Australia: A Critical Analysis of Australia's Foreign Investment Review Mechanism[J]. Tsinghua China Law Review, 2018, 10(2).
- [24] Zimmerman, Evan J. The Foreign Risk Review Modernization Act: How CFIUS Became a Tech Office[J]. Berkeley Technology Law Journal, 2019, 34(4).

Evaluation of China's Foreign Investment Security Review System under the New Development Pattern: Progress, Limitations and Improvement

CHEN Zhe ZHONG Yiwei

Abstract: The new development pattern puts forward higher requirements for the standardization, precision and transparency of China's foreign investment review system, the ability to coordinate development and security, and the ability to prevent and control risk. Measures for the Security Review of Foreign Investment (the Measures) is the latest achievement of the foreign investment review system in China which effectively respond to the requirements above. First, a working mechanism for the security review of foreign investment is established to organize, coordinate and guide the security review. Second, foreign investment is allowed subject to additional conditions that can eliminate the impact of the proposed investment on national security. Third, there is potentially a broad scope in terms of sectors that are subject to the Measures. Last but not the least, parties may face disciplinary action when violating obligations under the Measures. However, there are still some limitations or deficiencies in the setting of safety review considerations, relief channels and supervision mechanism, and temporary arrangements to deal with emergencies. The next stage of China's foreign investment legislation reform needs to clear up some ambiguities involving safety review considerations, to establish review authority oversight mechanism and to build an effective temporary safety review measures to prevent and resolve risks, which will escort China to open up at a higher level to the outside world.

Keywords: security review of foreign investment; national security; the new development pattern; Measures for the Security Review of Foreign Investment

(责任编辑: 金孝柏)