

外资协议控制模式国家安全审查实践操作探析

师 华 王华倩

(同济大学, 上海 200092)

摘 要: 国家安全是安邦定国的重要基石。然而, 近年来外商投资存在诸多威胁国家安全的风险。《外商投资安全审查办法》虽以“兜底条款”的形式将外资的其他投资方式纳入国家安全审查范围, 但是在实际操作中应该如何针对外资协议控制模式实行国家安全审查仍有待明确。建议外资安全审查工作机制办公室制定具体行业表, 列出涉及关键敏感信息的协议控制企业, 以中国投资者非全资的返程协议控制企业作为重点审查范围, 以实际订立控制性协议作为当事人需要履行主动申报义务的投资行为界限。

关键词: 外资; 协议控制; 国家安全审查; 《外商投资安全审查办法》; 互联网企业

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2022) 02-0048-10

协议控制是国内运营实体利用与另一实体的系列控制性协议, 最终实现境外间接上市的方式。其中, 被协议控制的运营实体又称可变利益实体 (VIE), 此概念首次见于美国财务会计准则委员会发布的《可变利益实体的合并》。^①协议控制模式的运作过程大致分为 6 步: (1) 在中国境内设立内资企业作为境内运营实体; (2) 在英属维尔京群岛 (BVI) 设立 BVI 公司; (3) BVI 公司在开曼群岛设立开曼公司并上市, 由 BVI 公司以及其他外国投资者共同持股; (4) 为获得中国大陆对港资更优惠的待遇, 开曼公司一般另设香港公司; (5) 香港公司在境内成立外商独资企业 (WFOE); (6) WFOE 不实际开展主营业务, 而是与境内运营实体签订控制协议以达到实质操控效果。

境内长期的融资难题驱使境内教育、互联网信息技术、文化娱乐等领域的企业搭建协议控制架构, 实现境外融资。其中, 中国涉及互联网信息技术、信息传输的互联网企业集团广泛运用协议控制模式, 故本文选取互联网企业进行具体分析。首先, 兼具互联网技术与电信业务经营范围的企业需进行业务拆分。一方面, 将负责互联网

作者简介: 师华, 同济大学法学院教授, 研究方向: 国际法学; 王华倩, 同济大学法学院硕士研究生, 研究方向: 国际法学。

① 参见美国财务会计准则委员会第46号解释文件《可变利益实体的合并》, 来源于美国财务会计准则委员会网站: [https://www.fasb.org/jsp/FASB/Document_C/DocumentPage&cid=1175801856874.\(2021-03-04\)](https://www.fasb.org/jsp/FASB/Document_C/DocumentPage&cid=1175801856874.(2021-03-04))。此外, 香港证券交易所的《上市决策》(HKEX-LD43-3) 也规定了“合约安排”“结构性合约”及OPCO公司 (Operating Company) 的类似概念, 参见: 《香港交易所上市决策》HKEX-LD43-3, 2018年2月及4月更新版第1页, 来源于香港证券交易所网站: [https://hkexcn-att.thomsonreuters.com/tr_9611_11126.pdf.\(2021-03-04\)](https://hkexcn-att.thomsonreuters.com/tr_9611_11126.pdf.(2021-03-04))。

技术业务的公司在国外上市，吸收外资；另一方面，在境内设立子公司，实际运营其电信业务。然后，利用在中国境内设立的外商独资企业，与其在中国境内运营电信业务的子公司签订独家业务合作合同、独家购买权合同、股权质押合同等控制协议，最终达到实际控制的效果。

一、外资协议控制模式的安全问题

自 2000 年以来，中国许多企业为实现最大程度的融资以及规避境内对特定行业的外资比例限制，逐渐采用协议控制模式在国外上市。该模式在中国境内的最早尝试是 2000 年新浪公司在美国纳斯达克证券交易所成功上市，外资协议控制模式受到关注，最近该模式引起了进一步重视。^①

美中经济与安全审查委员会 2019 年 11 月向美国国会提交年度报告指出，因规避中国外资准入的限制和禁止性规定，此类控制协议在中国现有的法律框架下难以执行。加之此类公司内部状况披露和外部监督程度较低，易导致内部交易、会计欺诈及公司治理违法违规等行为。^②对此，学者们纷纷向美国证券交易委员会提出深入调查中国此类企业（Kaitlyn，2015）、提高此类企业在美上市披露程度要求的建议，如在招股说明书风险披露部分的首部，突出显示披露协议控制模式企业的风险（Serena，2014）。根据路透社报道，为了让美国投资者更清楚其持有协议控制模式企业股份的风险，2021 年 8 月 23 日，美国证券交易委员会发布了针对计划在美国上市的中国企业必须披露内容的新指引，规定其必须披露其使用可变利益实体的详细情况。^③可见，中国协议控制模式企业一直受到美国政府部门和学者的密切关注。

根据证监会 2011 年的内部文件，^④协议控制模式互联网企业主要涉及 3 个方面的安全问题。第一，威胁国内信息网络安全。外商在互联网领域的协议控制投资，将使中国在这一核心竞争领域受制于人，不利于实现科技强国的国家战略。以百度、腾讯和阿里巴巴为例，外商通过海外市场入股上述企业集团，期间可能获得大量数据与信息，这将直接威胁中国的信息网络安全，甚至不排除别有用心的国家或政府机构盗用、滥用信息的可能。第二，为非法转移财产提供捷径。控制协议常常因为违背市场交易的经济规律而显失公平，并隐藏向境外转移财产的真实目的，且此财

① 2021 年 7 月 25 日，中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》第 4 条规定，外资不得通过利用可变利益实体方式控股或参股学科类培训机构，禁止教育类企业以协议控制模式境外融资。

② 2019 Report to Congress of the U.S.-China Economic and Security Review Commission. Section 1: U.S.-China Commercial Relations, Chapter 3: U.S.-China Competition, Executive Summary. 2019, page 7.

③ <https://www.reuters.com/business/finance/exclusive-sec-gives-chinese-companies-new-requirements-us-ipo-disclosures-2021-08-23/>.

④ 2011 年 8 月，根据工业和信息化部提供的国内互联网企业境外上市情况统计，证监会制作了《关于土豆网等互联网企业境外上市的情况汇报》。该文件为证监会内部文件且未正式公布，但在业界广泛流传，业界还就该文件内容展开了激烈讨论。

产转移方式具有极强的可模仿性,可能导致国内巨额资产转移海外,不利于国内经济的健康发展。第三,规避外资准入负面清单的限制和禁止。在此模式下,外商将实际操控这些领域企业的运营事务,这不符合负面清单保护国内经济发展目的。因此,外资协议控制模式可能导致外国投资者最终掌握境内企业的实际控制权,境内资产非法外流,规避外资准入制度,威胁国家安全。

鉴于外资协议控制模式互联网企业涉及上述安全问题,对其实施更为明确的监管以及国家安全审查势在必行。只有这样,才能既保持开放的外资政策,又防范国家安全威胁,真正实现利用外资的良好效果。

二、外资协议控制模式国家安全审查的问题与分析

随着外资协议控制模式威胁国家安全的问题逐渐受到重视,中国政府也建立了国家安全审查制度。但在此过程中,对该问题的法律规制态度存在较多反复,且在目前实践操作中存在不确定性。

(一) 法律规制与实践操作的问题

1. 法律规制模糊

从2011年开始,中国在外资并购领域开始关注外国投资者利用协议、合同控制境内企业运营的问题,并出台了安全审查规范性文件。2011年3月实施的《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》第1条第3项仅包括其他导致实际控制权转移给外国投资者的情形,并未明确是否将外国投资者以协议形式、实质控制中国境内企业的情形认定为外资并购安全审查范围。2011年9月实施的《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》第9条首次明确规定了外国投资者不得以协议控制的方式实质规避并购的安全审查。

2015年1月商务部发布的《外商投资法(草案征求意见稿)》第4章专门规定了国家安全审查制度,并在第15条第6项明确规定,通过合同方式控制境内企业或持有境内企业权益的外国投资属于该法的适用范围。2015年5月,在自贸区实行的《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》第1条第2款第3项亦做了类似的明确规定,这意味着此时的立法更倾向明确地将外国投资者协议控制境内企业的交易行为纳入安全审查范围。

2020年正式生效的《外商投资法》以及2021年1月18日生效的《外商投资安全审查办法》(以下简称《安审办法》)却未见上述类似的明确规定。虽然《安审办法》第2条第2款第3项以“兜底条款”的形式规定了外资的“其他方式”境内投资需要经过国家安全审查,但其与《外商投资法(草案征求意见稿)》第15条具体明确的规定相比,存在较大变化,反映了立法者对外资协议控制模式国家安全审查规制犹豫不决。表1归纳整理了近10年外资协议控制模式国家安全审查的重要规定。

表 1 外资协议控制模式的国家安全审查规则变化

发布部门	名称及实施日期	效力等级	相关规定	是否明确规制协议控制模式
国务院办公厅	《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》（国办发〔2011〕6号），2011年3月3日	国务院规范性文件	第1条的主要内容： 其他导致境内企业的财务、经营决策、技术、人事等实际控制权转移给外国投资者的情形，使得外国投资者取得实际控制权的，属于并购安全审查的范围。	不明确
商务部	《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》，2011年9月1日	部门规范性文件	第9条的主要内容： 外国投资者不得以任何方式，包括协议控制方式，实质规避并购安全审查。	明确
商务部	《外国投资法（草案征求意见稿）》，2015年1月15日	/	第15条的主要内容： 通过合同方式控制境内企业或持有境内企业权益的情形，属于该法下的“外国投资”。	明确
国务院办公厅	《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》，2015年5月8日	国务院规范性文件	第1条的主要内容： 外国投资者协议控制的投资方式属于该办法的审查范围。	明确
全国人大	《外商投资法》，2020年1月1日	法律	第2条、第35条的主要内容： 法律、行政法规或国务院规定的其他方式的投资，属于外国投资者间接在中国境内进行的投资活动。外商投资安全审查制度将对影响或可能影响国家安全的投资活动，进行安全审查。	不明确
国务院	《外商投资法实施条例》，2020年1月1日	行政法规	第40条的主要内容： 未明确将协议控制模式纳入规制范围，仅规定外资安全审查制度。	不明确
发改委、商务部	《外商投资安全审查办法》，2021年1月18日	部门规章	第2条的主要内容： 外国投资者以其他方式在境内投资的，属于外商投资。	不明确

资料来源：北大法宝法律法规数据库，笔者整理。

2. 实践操作不明确

按照《安审办法》的规定，外商投资安全审查工作机制办公室（以下简称“安审工作机制办公室”）是具体的执行机构，设在国家发展改革委外资司二处。经笔者咨询，安审工作机制办公室答复暂不对《安审办法》的具体条文进行解释，也不对个人解答《安审办法》的相关问题，仅对拟投资项目的企业或律师事务所、会计师事务所等辅助投资机构作出解答。实践中，若此类主体对拟投资的外资协议控制项目存在疑问，均需以邮件方式并附带具体项目信息咨询该处。另外，安审工作机制办公室对外资进行国家安全审查的过程、决定等信息均不向社会公开。由此可见，《安审办法》虽然已生效实施，但其在实践操作中仍充满很大的不确定性。

安审工作机制办公室的咨询回答表明两个特点。第一，具体案件具体咨询、个案处理。例如，外资协议控制的拟投资项目是否属于《安审办法》的审查范围、是否涉及国家安全、是否属于“重要”的领域以及依据《安审办法》第6条第1款第3项“外商投资是否影响国家安全的说明”应该包含什么内容等问题，均需以邮件方式个案

咨询。这种具体案件具体咨询、个案处理的实践操作方法，不仅给安审工作机制办公室造成大量的邮件咨询回复工作，而且也给外国投资者带来极度不明朗的投资风险，并有可能在外资安全审查过程中造成类案不一致的结果，不符合中国创建良好、透明、公平投资环境的发展目标。第二，具体操作不公开。闭门处理外资安全审查案件将会导致公众监督缺位，使拟投资项目利益相关的公众无法知悉、查询安全审查的理由与结果。同时，在应对外国投资者的咨询过程中，辅助投资机构无法快速地进行类案查询，变相拖延了拟投资项目的推进。

（二）问题的分析

1. 法律规制模糊具有合理性

如前所述，若将外资协议控制模式企业明确规定在国家安全审查范围之外，显然会威胁国家安全，但若直接明确地将此类企业全部纳入国家安全审查范围，这将违背中国继续扩大开放的政策，引起境外投资者的极大顾虑。因此，中国目前对外资协议控制模式国家安全审查的规制以“其他方式的境内投资”模糊纳入的做法具有合理性。

（1）充分兼顾了市场准入负面清单考量因素的多重性

中国“入世”后通过国家发改委、商务部每年更新市场准入负面清单，逐步开放国内市场。问题在于，虽然负面清单字面强调的是市场准入范围，但细看其内容，实质上也包含了许多国家安全的考量因素。例如，为保护国家矿产资源安全而禁止外资勘察、开采稀土；为保护国家互联网信息安全，禁止外商投资互联网出版、新闻信息、网络视听节目、互联网公众发布信息服务；为保护国家舆论安全，禁止外商投资新闻机构、出版物的编辑、出版业务等。因此，外资在通过协议控制模式绕开负面清单的市场准入限制或禁止的同时，实际上也绕开了中国政府在负面清单中涉及的国家安全考量因素。

中国在现阶段加大开放力度、吸引外资的政策与背景下，对外资准入负面清单侧重从市场开放的角度，向境外投资者表明其制定并适用的合理性，并不适合对境外投资者明确强调其所实质涵盖的国家安全考虑因素。因此，若《安审办法》仅以外资协议控制企业绕开市场准入的限制或禁止为由，将其一概明确地纳入国家安全审查范围，将变相强调市场准入负面清单中的国家安全考量因素，这不仅将产生规则解释层面的矛盾，而且也将引起境外投资者对中国市场的担忧，并对中国市场的开放进程丧失信心，将较大程度挫伤境外投资者的投资积极性，对中国对外开放进程产生消极影响，不符合中国对外开放政策的连续性。

（2）有利于规则灵活适用于复杂多变的外资结构监管对象

从理论上讲，对外资协议控制模式企业实施国家安全审查，是一个主权国家的权利。行使该权利需要有据可循，而《安审办法》的“兜底条款”正好弥补了这一

法律依据的空缺。国家可以根据政治与经济形势适时灵活地行使该权利,《安审办法》对审查对象模糊的规定正好满足了灵活性要求。现阶段法律对该问题的含糊规定给予了该类企业过渡期,引导其逐步通过商业途径主动拆除或替换协议控制架构的机会。^①从长远来看,只有公平的竞争环境和更好的法治环境才能根本上解决协议控制模式存在的问题(Ma, 2013)。在此条件实现之前,即使国家出台了明确的协议控制模式禁令,市场投资者还是会想方设法采用其他规避投资限制或禁止的结构。因此,采用“兜底条款”的方式规定国家安全审查的对象范围,有助于《安审办法》的未来适用。

2. 实践操作亟待进一步明确

虽然《安审办法》是商务部和发改委专门针对《外商投资法》第35条、《外商投资法实施条例》第40条关于建立外商投资安全审查制度要求的细化规定,但由于《安审办法》的法律规制模糊具有合理性,因此,要想落实对外资协议控制模式企业的国家安全监管,需要进一步明确实践操作。

(1) 国家安全的重点审查范围有待明确

实践中,安审工作机制办公室将依据个案具体情况来判断。对于外商投资的互联网企业是否涉及国家安全问题需要判断:该投资项目所涉土地是否属于国家管制或敏感的地区;该项投资的终端用户是否涉及军事、保密单位或关键领域的国有企业;该项投资收集的数据和信息是否涉及跨境流动或对外披露要求等问题。而对于如何认定外商投资为“重要”的问题,则需要考虑该投资的具体细化领域、具体业务覆盖范围以及投资资金规模等因素。

互联网行业细分为多个领域。较为敏感的传统媒体言论领域与互联网结合后,仍然受到严格的市场准入禁止,如互联网新闻信息服务、网络出版服务、网络视听节目服务、互联网文化经营(音乐除外)、互联网公众发布信息服务等,均与国家安全有密切关系。相反,部分领域如电子商务、国内多方通信、存储转发类、呼叫中心领域等实际上是国家鼓励外资投资的领域,其在2020年版负面清单中也作为外资股权比例限制的例外。可见,并非所有经营范围涵盖互联网科技与电信业务的企业都属于重点安全审查的范围。但就目前安审工作机制办公室的实践操作来看,其并未确定协议控制模式互联网企业的重点审查范围。此类企业一般具有集团庞大、架构层次复杂、^②涉及境内外公司运营事项、业务专业技术性强等特点。若安审工作机制办公室对此缺乏更为具体的行业表,一味要求全部相关企业在拟投资前向安审

^① Zhang, David, et al. Draft Foreign Investment Law Proposes Fundamental Changes to the PRC Foreign Investment Regime[EB/OL]. https://www.kirkland.com/siteFiles/Publications/Alert_02092015.pdf. (2021-01-10).

^② 协议控制模式具有多层次性的特点,形成跨越多个法域多个层次的权益结构。例如,土豆网在美国纳斯达克证券交易所上市时均在英属维京群岛、开曼群岛以及香港特别行政区设立了特殊目的公司,且相互之间形成股权控制关系。

工作机制办公室进行个案邮件咨询,这将严重拖延安审工作机制办公室的审查进程,降低引入外资的效率。

(2) 中国投资者全资与非全资的返程协议控制模式有待区分

近年来以美国、欧盟为首的西方经济体贸易保护主义抬头,推行紧缩的经济政策。在贸易方面签订了针对经济崛起国家的抱团式《美墨加协定》,^①在投资方面实施更严格的国家安全审查制度,以此“安全阀”作为维护国家安全和利益的重要手段。例如,与盟国建立信息分享机制,以及时调整盟国间的外国投资审查标准(赵家章等,2020)。事实上,针对外资的紧缩性国家安全审查制度也可被视作实行非国民待遇的手段之一(沈伟,2019)。中国一贯反对贸易保护主义,引进外资依然是未来长时间的重要任务。其中,引导中国投资者进行全资返程协议控制境内企业,也是中国引入外资的重要途径。2019年11月司法部、商务部、发改委联合发布的《外商投资法实施条例》(征求意见稿)(以下简称“《实施条例》征求意见稿”)第35条曾尝试豁免此类企业的外资准入限制。其规定,符合3个条件的返程投资企业可不受外资准入负面清单的限制和禁止:第一,合格主体须为中国的自然人、法人或者其他组织,但不包括外商投资企业;第二,境外企业须为该合格主体的全资企业;第三,需经国务院批准。此规定可视为有条件地放松外资准入监管的初步尝试。然而,该规定在正式稿中被删除。《安审办法》也并未区分中国投资者全资和非全资的返程协议控制模式,这不符合中国目前吸引外资的经济发展需求。

(3) 外资协议控制模式中实施投资的行为有待界定

《安审办法》第4条要求外国投资者或相关境内当事人应当在实施投资前向安审工作机制办公室主动申报,但未具体明确何为“实施投资”。在外国投资者协议控制境内互联网企业的情况下,此认定将更加复杂。具体来说,外商投资企业为了控制境内电信业务运营实体,前期的准备工作是否应当被视为《安审办法》第4条下实施投资的行为?例如,该外商投资企业前期与其他实体签订的土地使用协议、前期投资专门用于提升电信设备信号转换效率的专利研发项目以供后期协议转让给境内电信运营实体等前期交易行为。这些不明确的问题将会影响实践中外国投资者及境内当事人履行国家安全审查申报义务的时间节点,并对外国投资者产生较大不确定的投资风险。

尽管上述疑问不必以确定、具体的表述写入规章中,但均需要安审工作机制办公室进一步释明,明确《安审办法》对协议控制模式互联网企业的重点审查范围以及后续操作中具体的审查工作细节规定。

^① 其中包含非市场经济条款,又称“毒丸条款”,其禁止与美国有自贸协定的贸易伙伴与非市场经济国家签订自由贸易协定。参见:沈伟,“修昔底德”逻辑和规则遏制与反遏制——中美贸易摩擦背后的深层次动因[J],人民论坛·学术前沿,2019,(1)。

三、外资协议控制模式国家安全审查的实施建议

互联网敏感、关键技术领域与经济、^①文化、生态等多元化安全^②一同构成了传统国家安全范围^③之外的新领域。为保护国家安全,防止国内关键互联网技术受外国操控或被利用而进行文化渗透,中国建立外资安全审查制度是行使国家主权、^④保护国家安全的重要体现。否则,由于获取的数据涉及面广、境外传输速度快,应用领域多样的互联网企业在运营过程中将产生未能及时预见的国家安全威胁。为此,安审工作机制办公室应该明确对外资协议控制模式的国家安全审查的实践操作。

(一) 细化协议控制模式互联网企业的分类并公布具体行业表

建议在外商投资的鼓励目录以及负面清单的限制、禁止范围基础上,对互联网行业内的企业进行更专业、更科学、更细致的分类,制定并公布具体的行业表。一方面,建议将数据收集、分析、定位可能涉及国家敏感、关键军事领域的互联网技术企业作为国家安全审查制度的重点对象,公布具体的行业表。集中人力、物力调查、核实和分析该类企业在境外的实际控制、资金流转储备以及境外重大合作项目等情况。另一方面,对仅涉及互联网娱乐、游戏、体育、旅游等大众文娱信息的企业,建议采取较为开放的态度,暂不必将该类协议控制模式企业作为重点的安全审查对象。同时,建议政府决策部门广泛听取互联网大数据专业技术人员的意见。在客观、科学分类、确定重点监管范围的基础上,对可能危及国家安全的互联网企业,集中力量有针对性地对其内外部情况进行全面、及时的审查,并对其实施定期、动态的后续监管。这样既能避免无限期、不科学的安全审查制度阻止协议控制模式互联网企业的发展,又能避免因外资协议控制规制过于宽松而危害国家安全,从而能够有效缓解维护国家安全与引入外资发展的矛盾。

(二) 将中国投资者非全资的返程协议控制投资作为安全审查重点

建议适度放松对中国投资者全资返程协议控制投资的国家安全审查,将非全资返程协议控制投资作为安全审查重点。外资协议控制中的最终实际控制人仍为中国投资者,其投资通常不涉及互联网敏感领域,受外国投资者资金控制的国家安全威胁相对较小,建议尽可能对该类企业做出无需安全审查或通过安全审查的决定。相反,若对非全资返程协议控制企业的国家安全审查过度放松,则可能威胁国家安全。例如,在外国投资者控制中国互联网新闻传媒企业的实际运营和资金收益流转等情况下,其中有所图谋的外国投资者或将威胁中国互联网言论安全,因此有必要对该类企业

① 例如,美国1988年颁布的《埃克森—佛洛里奥修正案》将外资安全审查的对象定义为:“……外国人的任何兼并、收购或接管将致使在美国从事的跨州商业的任何实体被外国人控制的情形。”这使得美国的国家安全范围从法律层面得到扩展,从政治、军事安全扩展到国家经济领域,丰富了美国国家安全的内涵,扩大了美国国家安全审查的范围。

② 肖君拥,张志朋.中国国家安全法治研究四十年:回眸与展望[J].国际安全研究,2019,(1).

③ 传统的“国家安全”仅涉及国际公法理论中“国家”的基本四要素,即领土、主权、人民以及政权安全。

④ 王献枢.国际法[M].北京:中国政法大学出版社,2018:40.

保持谨慎态度。建议重点审查互联网行业中较普遍的中国投资者非全资返程协议控制交易,这样既能够放宽对全资返程协议控制互联网企业的国家安全限制,促进引入外资;同时又能对非全资进入的外资保持谨慎态度,从而整体上达到折中开放的效果,有效解决现阶段中国继续引入外资与谨慎防范外资威胁国家安全的矛盾。

(三) 以实际订立控制协议作为实施投资的行为界限

建议以订立实际控制协议作为认定当事人需要履行主动申报义务的投资行为界限。外资的前期投资不应纳入《安审办法》的主动申报义务范围。协议控制作为投资的方式之一,投资者取得实际控制权的界限较为明确,即订立的控制协议生效之时。基于协议的相对性,该控制协议的约束对象仅为订立协议的各方当事人。同理,在《安审办法》下,被审查的协议控制当事人亦应限制在实际订立控制协议的当事人范围内。外商投资企业前期与其他主体所订立的土地和房产使用权转让协议、专利转让和许可使用协议等,因涉及控制协议之外其他主体的利益,不应纳入《安审办法》对协议控制模式外商投资审查的范畴。

诚然,实践中外国投资者倾向在实际投资前尽可能排除不确定的风险,在订立控制协议前的筹备、磋商阶段主动进行安全审查申报,这也为安审工作机制办公室留出相对确定且充裕的审查时间。但是,要求外国投资者过早地主动承担安全审查申报义务,一方面会不恰当地扩大《安审办法》的适用范围,增加安审工作机制办公室的审查工作量;另一方面会增加外国投资者对前期投资的顾虑,打击其投资的积极性。

《安审办法》设置的特别审查程序并未规定审查期间的限制,换言之,并不排除无限期处于特别审查的极端情况。对此,建议有意以协议控制模式实际控制境内电信业务运营实体的外国投资者在订立系列控制协议时,在合同中设定相对充裕的履约期限,以避免未按预期时间通过安全审查而承担违约责任的情况。或者建议在合同中增加附条件生效的条款,以投资项目最终取得无需安全审查、通过安全审查、附条件通过安全审查等决定,作为控制协议生效的具体要件。

综上,建议安审工作机制办公室在实际操作时明确协议控制模式互联网企业的重点安全审查范围。在听取互联网专业技术人员意见基础上,将互联网企业科学分类并制定具体的国家安全审查行业表。对中国投资者非全资返程协议控制的企业进行重点审查;放松对中国投资者全资返程协议控制企业的国家安全审查,尽可能减少对中国投资者返程投资的限制。同时,以实际订立控制协议作为实施投资的行为界限,不宜过度扩大外国投资者的主动申报义务范围。继续坚持对外开放基本国策,稳步扩大外商投资范围,促进国家经济安全发展。

以上实践操作建议将有利于中国更进一步安全有序地开放外资。只有监管部门在实践操作中不断明确协议控制模式的国家安全审查,才能落实监管,实现防范外资

协议控制模式威胁国家安全的目的。实践中仍有其他法律依据可以对协议控制模式企业进行监管,如国家网信办依据《网络安全法》对同样采用协议控制模式运营的“滴滴出行”开展了网络安全审查,以涉及危害国家数据安全为由,阻断“滴滴出行”海外上市的进程,但这属于外资利用协议控制模式进来之后的事后监管和审查。与此不同,《安审办法》中的国家安全审查对未来外资协议控制模式的企业侧重事前审查,由此中国对外资以协议控制模式的投资将会在时间上形成事前、事中、事后的审查;在审查理由方面将形成包含国家安全审查、网络安全审查、数据安全审查等多方面、多角度的审查制度,这将使中国的对外开放不仅仅停留在简单地打开国门、开放国内市场阶段,而是在坚守国家安全底线的同时使对外开放趋向制度化、法治化。

参考文献:

- [1] 寇寇,李莉文.德国的外资安全审查与中企在德并购面临的新挑战[J].国际论坛,2019,(6).
- [2] 沈伟.美国外资安全审查制度的变迁、修改及影响——以近期中美贸易摩擦为背景[J].武汉科技大学学报(社会科学版),2019,(6).
- [3] 唐应茂.私人企业为何去海外上市——中国法律对红筹模式海外上市的监管[J].政法论坛,2010,(4).
- [4] 赵家章,丁国宁.美国对华高技术企业投资并购的安全审查与中国策略选择[J].亚太经济,2020,(1).
- [5] Ian, Emerson Brown. China's Leaked CSRC Report Five Years Later: Baseline for VIE Trajectory[J]. Houston Journal of International Law, 2017,(1).
- [6] Kaitlyn, Johnson. Variable Interest Entities: Alibaba's Regulatory Work-around to China's Foreign Investment Restrictions[J]. Loyola University Chicago International Law Review, 2015,(2).
- [7] Ma, Mangwei. The Perils and Prospects of China's Variable Interest Entities: Unraveling the Murky Rules and the Institutional Challenges Posed[J]. Hong Kong Law Journal, 2013,(3).
- [8] Serena, Y. Shi. Dragon's House of Cards: Perils of Investing in Variable Interest Entities Domiciled in the People's Republic of China and Listed in the United States[J]. Fordham International Law Journal, 2014,(4).

Analysis of Practical Operability on the National Security Review System of Foreign Contractual Control

SHI Hua WANG Huaqian

Abstract: National security ensures an ordered society. However, foreign investment has posed a variety of possible threats to China's national security in recent years. Although the Measures for the Security Review of Foreign Investment has contained other foreign investment approaches which shall be subject to the national security review in a miscellaneous provision, the issue of how to operate the national security review towards foreign contractual control model in reality requires further discussions. In practice, the Office of Foreign Investment Working Mechanism is suggested to make a specific business list of contractual controlled companies that involve in key, sensitive data and information. Besides, the non-wholly-owned return contractual controlled companies of Chinese investors should be the key part under national security review. Also, actual conclusion of controlling contracts shall be deemed as the boundary of investment behaviour that indicates party's voluntary declaration obligations.

Keywords: foreign investment; contractual control; national security review; Measures for the Security Review of Foreign Investment; internet companies

(责任编辑:金孝柏)