

中国(上海)自由贸易试验区的外资安全审查机制

● 宋晓燕*

【内容摘要】 自贸试验区对外资准入的管理由审批制改为备案制,并不意味着政府放弃了对外资准入的安全审查,如何在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度是当下非常现实的一个问题。自贸试验区可以对外资安全审查制度从细节上进行缜密设定和完善,这不仅是针对自贸试验区,对于我国长期坚持的外资开放政策而言,无疑亦具有重大的战略意义。

【关键词】 自贸试验区 控制 国家安全 风险缓和

中国(上海)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区)的一个重要改革方向就是终结审批制,逐步建立“以准入后监督为主,准入前负面清单方式许可管理为辅”的投资准入管理体制。在此,有一个需要明确的问题就是:对外资准入的管理由审批制改为备案制是自贸试验区制度改革的重要一环,但这并不意味着政府放弃了对外资准入的安全审查。《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第 30 条授权管委会建立安全审查相关机制,^①如何在终结外资审批制的同时建立起良性的国家安全审查制度应是当下非常现实的一个问题。对此,我们至少要回应这么几个问题:(1)为什么要对外资进行安全审查?即安全审查的正当性、必要性和度的问题。(2)哪些外资项目应该要进行安全审查?即安全审查的范围问题。(3)什么是国家安全?即安全审查的标准问题。(4)谁来进行审查?即安全审查的机构和人员组成问题。(5)怎样进行审查?即安全审查的程序问题。

在 2011 年 2 月之前,我国关于外资并购国家安全审查的相关规定仅有为数不多的几个条款,即《中华人民共和国反垄断法》第 31 条和商务部《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)第 12 条,^②且均未对国家安全审查的具体审查机构、标准、程序和期限等做出规定。2011 年 3 月 3 日《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《通知》)的实施标志着我国正式建立起了外资并购的国家安全审查机制。该机制以《中华人民共和国反垄断法》第 31

* 作者单位:上海财经大学法学院、中国(上海)自由贸易试验区协同创新中心。本文系国家自然科学基金 2013 年第 5 期应急研究项目《促进中国(上海)自贸试验区发展的相关保障体制与政策体系》、2013 年度上海市政府咨询课题《自贸试验区首轮条例规定论证及立法研究》、2011 年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目《国际金融中心法制环境研究》(项目编号:11JZD009)及 2012 年教育部新世纪优秀人才项目(项目编号:NCET-12-0904)的阶段性成果。

① 《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第 30 条规定:“自贸试验区建立安全审查和反垄断审查的相关工作机制。投资项目或者企业属于安全审查、反垄断审查范围的,管委会应当及时提请开展安全审查、反垄断审查。”

② 《中华人民共和国反垄断法》第 31 条规定:“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,除依照本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。”《关于外国投资者并购境内企业的规定》第 12 条赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。

条为依据,规定了并购安全审查的范围、内容、程序以及工作机制等问题。但是《通知》中的内容是否可供自贸试验区参考适用,是否能回应前述所提出的问题,可能尚无法给出一个肯定的结论。因为《通知》本身仍存在不少尚需完善和改进之处。所以,如果自贸试验区能够对外资安全审查制度从细节上进行缜密的设定和完善,这对于我国长期坚持的外资开放政策而言,无疑具有重大的战略意义。

一、自贸试验区的外资安全审查应以寻求外资开放与国家安全的平衡为导向

各国对外资并购本国企业进行规范和监管的程度取决于该国在外资并购问题上的价值取向,此价值取向通常根据本国经济和社会情况的特殊性以及不同时期的侧重点不同而有所变化。尽管各国具体做法有所差异,但总的趋势都是承认与允许跨国并购,在鼓励和支持外资并购国内企业的同时,为维护本国经济主权的独立性,防止本国经济对外资的过度依赖,对外资并购采取了谨慎的态度,对外资进入的行业加以一定的限制。因此,在确定我国有关外资并购的立法价值取向时,既要借鉴国外的立法经验,又要考虑我国的实际经济状况以及外资并购的特殊影响。事实上,无论是发达国家还是发展中国家在对待外资的态度上大致都存在怀疑与肯定两种观点。^③ 美国虽然是世界上第一个对外资安全审查建立了完整和详细法律框架的国家,但在立法过程中,不同的观点和立场的冲突长期存在,这有助于其在外资并购安全审查法律及其实施中形成开放投资与国家安全之间的平衡。同样,自贸试验区作为试验区,允许和鼓励外资并购我国企业的基调不能改变和淡化,因此,应在此基础上以寻求外资准入和国家安全的平衡为导向,探索我国的外资准入安全审查制度。

外资安全审查本身是一个强硬的制度,在审查范围和标准问题上应该体现极强的国家安全保护立场;但正因如此,在程序设计上,就需要多一些柔性的安排,如预沟通制度、风险缓和制度等,以缓冲安全审查的强硬给外资进入带来的影响。

二、自贸试验区外资安全审查的范围和标准

当前,我们首先要进一步完善“负面清单”,如其内容覆盖过宽,则无法发挥这种模式的优势。其次是根据我国经济发展的需要对《外商投资产业指导目录》(以下简称《指导目录》)进行相应修改,为涉及国家安全的战略行业以及重点企业提供具体指引,避免行政裁量权的不当行使给外资开放政策造成冲击。考虑到确定《指导目录》中具体哪些行业属于涉及国家安全的战略行业,通常是从我国经济发展水平和国家发展战略出发,涉及政策、政治、经济、法律、科技等诸多方面,限于篇幅,本文仅从法律角度就外资国家安全审查中涉及的重要因素加以探讨。

外资安全审查的目的在于确定外国人通过新建或收购而对本国人的控制是否影响到本国的国家安全,因此哪些外资项目应该进行安全审查,自然会涉及到对于外国人、本国人、并购、国家安全等一系列重要概念的界定。

(一)对外资、外国人的界定

界定外资并购国家安全审查的对象,最关键的是对外资的界定。各国普遍以投资者国籍为标准来区分,包括设立地标准、资本来源地标准和实际控制主义标准。《并购规定》对外国投资者作了广义的界定,包括外国投资者和外商投资企业,对外国投资者的认定主要采取设立地标准,辅以实际控制原则。而在《通知》中则完全没有对外国投资者的界定。如此一来就产生了如下问题:若某一在外国注册并运营的企业,如果其最终为我国国民控制,则该企业是否要被视作外国人? 如果该企业的决策受到所在国

^③ 20世纪80年代,美国的怀疑论者主要担心的问题是,外资进入后会损害本国经济与政治主权。这些问题具体包括国家安全、劳工关系、微观经济与宏观经济后果、垄断后果,以及外国势力的政治控制等问题;肯定论者的观点主要是,美国一直以来对外资奉行开放的政策,古典经济学理论支持开放的投资政策,现行的法律已对可能出现的问题提供了应对措施等,在经济全球化之下,各国的经济相互依赖性显著增强,经济政策的制定也会相互影响。

的外国政府的干预,则该企业又是否应被视为外国人?若某一企业在我国注册和经营,如果其最终由外国国民控制,则是否应被视为外国人?

作为第一个对外资安全审查建立了完整和详细的法律框架的国家,美国的安全审查制度对很多国家都产生了重大的影响,其发展、变迁对我国自贸试验区外资安全审查制度的建立无疑具有重大的借鉴意义。在《埃克森—弗洛里奥修正案》^④1991年的实施细则——《关于外国人并购、收购、接管的条例》中对外国人、美国人、并购、控制等概念做出了界定。这四个概念是确定某项外资并购交易是否属于美国外资并购安全审查法管辖范围的基础,并体现于后面有关管辖交易类型的规定之中。其中外国人是外国国民以及由外国利益方控制的实体,而外国利益方是指包括外国政府在内的任何外国人。而《2007年外国投资与国家安全法》(FINSA)^⑤实施细则对外国人与控制一词也给出了详细的定义。外国人是指任何外国国民、外国政府或外国实体或者是任何受或可受外国国民、外国政府或外国实体控制的实体。这一概念实质上是将外国人界定为任何外国的自然人以及企业。对外国国民的判断方法较为简单,即国籍标准。而对外国企业的界定方法上,不是一般的注册地或经营地标准,而是采用控制人国籍为主要标准,并结合其他相关标准。也就是说,在美国外资并购安全审查法之下,即使是某一个在外国注册并运营的企业,如果其最终为美国国民控制,则该企业不被视为外国人。但是如果该企业的决策受到所在国的外国政府的干预,则该企业又会被视为外国人。另外,即使某一企业在美国注册与经营,如果其最终由外国国民控制,则仍然被视为外国人。因此,即便没有外国国籍,不是外国实体,与外国政府没有直接关联,但只要可以受到外国人、外国实体、外国政府的控制,就能被认定为外国人,这无疑是一种扩大化的定义。

但问题是,这种扩大化的解释是否是必须的。如果放在维护国家安全的角度应该不难理解:既然要进行的是国家安全审查,有些属于原则性的内容就需要在立法中予以坚持。前述谈到国家安全审查本质上是一个非常强硬的制度,因此如何既维护国家立场,又不伤害外资积极性,则需要从整体设计上把握好刚柔相济的原则。对外国人的界定直接关系到安全审查的范围,直接影响到国家安全是否得以保护,因此,为了更好地区分内外资,建议我国对投资者国籍的判断采取以设立地为主,同时兼顾实际控制及资本来源地的标准,在操作中将该标准细化,要考虑到前面分析的各种情况,以更准确、更全面地涵盖外国人,从而达到国家安全保护的目标。

需要特别指出的是,《通知》在最后有关“香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的投资者进行并购,参照本通知的规定执行”的规定是否妥当,值得研究,笔者建议可将此条删除。

(二)明确控制的含义

《并购规定》对外资并购进行安全审查的第一个标准就是并购企业实际取得被并购企业的控制权,但《并购规定》中并未对控制权的具体标准做出规定。实践中往往参照公司法的相关规定,采取51%以上的绝对控股与不及51%的相对控股加以判断。

控制不仅是一个重要的概念而且还是一个非常复杂的概念。对控制的理解之关键应在于是否通过某种安排(股权或者其他方式),取得了直接或间接决定公司重要事项的权力。对于多数股权下的控制

^④ 进入20世纪80年代,外资并购替代新建投资成为外国直接投资的主要形式,日本成为美国针对外资的关注重点。1986年日本富士通(Fujitsu)收购美国仙童公司(Fairchild)案以及英国戈德史密斯公司(Sir James Goldsmith)收购固特异公司(Goodyear)案,一般被认为是催生一系列限制外资并购立法提案的直接导火索。政府也最终接受了国会以埃克森与弗洛里奥两议案为基础进行修改后的修正案,同意将其作为《综合贸易与竞争力法案》的一部分,这就是著名的《埃克森—弗洛里奥修正案》,在其中规定了审查程序、审查范围、审查标准等重要问题。

^⑤ “中海油竞购案”重新点燃了美国国会中的保护主义情绪,不少国会议员据此提出议案,要求对外资并购审查制度进行修改。最终以《2007年外国投资与国家安全法》(FINSA)为名通过了对《埃克森—弗洛里奥修正案》的修改。FINSA是在《埃克森—弗洛里奥修正案》、《伯德修正案》、《关于外国人并购、收购、接管的条例》等基础上对美国外资并购安全审查法进行的修改与完善。与最早的法律文本相比,总条数只是由8条增加至14条,但文本的内容已作了大幅的扩充。FINSA仍然作为美国《1950年国防生产法》的第721节,但是通过程序及实体方面的调整,美国外资并购安全审查法律制度的独立性进一步增强。

较容易认定,而对于少数股权或其他对被并购方的经营存在一定影响的情形,能否认定为构成控制,则不是那么容易。如果是本国人绝对控股,是否就不存在外国人少数股东取得支配地位的情况?是否就不存在其通过代理投票、合同安排或其他方式获得直接或间接决定公司重要事项的权力?对控制的理解中应该能够看出,只要可能决定公司的重要事项,均应被视为“控制”,除了少数几项明确列出的“少数股东保护”,其余情况只要触及到目的公司的高管、敏感技术、公司章程、业务选择等都有可能被视为“控制”。所以,如果对“控制”的考虑和规定不细致、不周延,同样不能达到国家安全保护的目的。

FINSA 在定义部分列出“控制”这一术语,并明确授权美国外国投资委员会(CFIUS)在实施细则中予以界定。根据 FINSA 2008 年的实施细则,控制是指以各种方式获得的直接或间接决定有关公司的重要事项的权力。^⑥ 在界定控制的标准上倾向功能属性,即判断是否构成控制不以绝对客观的股权等为唯一标准,而以外资是否能够通过各种具体措施实现对美国人的影响为标准。

关于《并购规定》中的另外一个问题是,对于相对控股在什么情况下应被认定为“控制”是否有一个可以量化和易操作的比例呢?10%这一比例通常是国际投资法中划分直接投资与间接投资的分界线,在现实中很多在美国发生的外资并购交易都控制在10%以内,以避免形成美国外资并购安全审查法下的“控制”,从而规避 CFIUS 的安全审查。《关于外国人并购、收购、接管的条例》第302条首次规定10%及其以下比例的投资问题。该规定原则上必须是仅以投资为目的,FINSA 2008 年的实施细则则将其调整为“仅以消极投资为目的”。^⑦ 从相关规定可以看出,实际持股比例并不是最为重要的问题,是否间接投资也不是最为重要的问题,最为重要的还是对是否构成仅以消极投资为目的的认定上。而判断是否构成消极投资的关键就是看是否形成控制,如此一来,最终是否构成控制的自由裁量权仍然在安全审查机构——CFIUS 的手中。

《通知》对何谓“控制”的规定有了较大的进步,强调“实际控制权”,并列出了相应的情况,包括绝对控股和相对控股,但对相对控股并没有给出一个比例,也是在强调它的控制性。^⑧ 这说明《通知》已注意借鉴在界定控制标准上所倾向的功能属性,即判断是否构成控制不以绝对客观的股权等为唯一标准,而以外资是否能够通过各种具体措施实现对本国人的影响为标准。不过对于哪些属于“其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形”,哪些属于公司的重要事项,仍未做出细致的界定。这样一来,实践中就有可能仍然是以股权的标准来进行操作,而忽视了更多非股权控制的方式。因此在这方面可以考虑进一步的细化。

(三)关于国家安全

之前《并购规定》赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力。在《通知》中,国家安全的外延被限定为四项:(1)对国防安全,包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响。(2)对国家经济稳定运行的影响。(3)对社会基本生活秩序的影响。(4)对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。可以看出,对外资并购的国家安全审查主要是

^⑥ See 31 C. F. R. § 800.204(a)(2008). 根据规定,重要事项有:对企业主要资产的处分、对企业形式的变更、企业运作、重要人员任免等能影响到企业经营状况的事项。包括出卖、出租、抵押、质押或以其他方式转让企业主要有形或无形资产(无论是否通过正常的商业途径);企业的重组、并购或解散;企业的关闭、迁址、转产;主要开销或投资、发行股票和债券、支付红利、批准预算;选择新的行业或业务;订立、终止或不履行重要合同;有关处理非公共技术、金融或其他专有信息的政策或程序;高级管理人员的任用和解雇;接触敏感技术或美国政府机密信息雇员的任用和解雇;公司章程、成分协议或其他组织文件的修改。同时也排除了几种对少数股东保护的情况:

^⑦ See 31 C. F. R. § 800.302(b)(2008).

^⑧ 《通知》第一部分第3条规定,外国投资者取得实际控制权,是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股股东或实际控制人。包括下列情形:(1)外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后持有的股份总额在50%以上。(2)数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以上。(3)外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%,但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响。(4)其他导致境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

针对国防安全和经济安全两者的审查。^⑨

但问题在于这些规定过于原则,在如何理解“对国防安全的影响”、“对国家经济稳定运行的影响”、“对社会基本生活秩序的影响”、“对涉及国家安全关键技术研发能力的影响”上可能会存在很大的差异,其结果便是该标准不具可操作性。比如,要了解“国家经济稳定运行”、“社会基本生活秩序”这些经济安全的标准,首先就要界定清楚哪些属于一国的关键产业、重要资源、关键基础设施,否则就无法理解为何会影响经济安全;又如,依照目前“国防安全”的外延,如果涉及到将武器、技术卖到支持恐怖主义的国家,这是否会影响到我国的国家安全呢?对此,皆不得而知。可见,如果连“国家安全”这个标准都存在模糊,那么将直接导致整个安全审查制度的形同虚设。

《埃克森—弗洛里奥修正案》通过时美国仍处于冷战时期,故其对外政策的关注点仍是国家安全,国家安全观注重国防安全和国家因素,非国家行为体在国际关系中的地位无足轻重。但2001年发生的9·11恐怖事件彻底改变了美国的国家安全观,即全球化恰恰可以被用来破坏国际秩序本身。于是,CFIUS审查机制的重点也更多地转向非国家行为体,CFIUS的成员于2003年增列国土安全部(DHS)即体现了这一倾向。国土安全部由22个安全保卫职能部门整合而成,加入CFIUS后遂成为其活跃分子,主要负责关键基础设施和国防技术基础领域的审查工作。通过一系列指令,国土安全部已经将18个经济部门纳入关键产业或重要资源之内,^⑩表明国会及公众中大部分人士在国家安全的认识上已经发生了变化,即认为经济活动是国家安全中应当予以单独分析的因素,甚至应成为其重要的组成部分。美国国家安全的概念在实践中已经扩展至军事活动这一范围之外。《埃克森—弗洛里奥修正案》文本中未对国家安全做出界定,但给出了一份清单,列出了在确认时可考量的某些要素,包含交易对美国包括主要能源资产在内的关键基础设施的潜在影响,对美国关键技术的潜在影响以及交易是否是外国政府所控制的交易等。^⑪ FINSAs仍然未对国家安全做出界定,但进一步扩大了以上清单的范围,虽然最终没有接受纳入经济性审查标准的主张,但是为国家安全审查标准增加了一些经济性考虑因素,^⑫比如,“关键基础设施”则界定为,对美国至关重要的任何实体或虚拟的系统及资产,若其不能正常运转或遭到损害将影响国家安全。FINSAs 2008年的实施细则对“关键基础设施”又作了进一步澄清,指出认定外资对关键基础设施的控制应当基于交易涉及的具体系统或资产,而不是宽泛意义上某一类的资产。^⑬

这其中有很多值得我们借鉴之处,用列举的方式对国家安全的标准加以明确,从而提高国家安全审查制度的透明性,同时辅以弹性条款,以便对国家安全方面的问题予以更周延的保护。具体而言,我国外资并购国家安全审查标准可以设定国防安全和经济安全审查时相应的指标,在借鉴美国经验的基础上,结合我国的具体国情和经济状况,重点界定清楚哪些应是我国的关键基础设施,同时在国防安全的指标中要补充关于外国政府控制的交易,进而细化出我国外资并购国家安全审查具有操作性的具体标准。

^⑨ 参见《通知》第二部分。

^⑩ See CRS Report for Congress, Foreign Investment, CFIUS, and Homeland Security: An Overview, April 17, 2008, p. 5. 具体包括:农业与食品、国防工业基础、能源、公众健康与卫生保健、国家遗迹与象征、银行与金融机构、饮用水与水处理系统、化学工业、商业设施、水坝、急救服务、商业性核反应堆及其原料与废弃物、信息技术、通讯、邮政与运输、运输系统、政府设施、关系基础设施等。

^⑪ 如果交易涉及外国政府的控制,那么委员会还必须审查:(1)该外国政府是否加入了有关的防扩散的控制条约和组织。(2)该外国在反恐努力中的表现。(3)将有军事用途的技术转运或进一步转让的可能性。(4)美国对能源和其他关键资源和原料需求的长期预测。(5)总统和委员会认为合适的其他因素。

^⑫ 根据 FINSAs, 总统及其指派者在界定“国家安全”时需考虑以下因素:预期国防需要的国内生产;国内工业满足国防需要的能力,包括人力资源、产品、技术、物资以及其他供应和设备;外国公民对国内工业和商业行为的控制,能影响美国满足国家安全需求的产量和能力;关于买卖军事物品、器材或技术到支持恐怖主义的国家、导弹扩散的国家、生物化学武器扩散的国家、对美国利益有潜在的地区性军事威胁的国家或不扩散核武器专门国家列表或其接任者的交易所可能造成的影响;对美国国际技术领导地位有潜在影响从而影响美国国家安全的交易;潜在影响美国关键基础设施,包括主要能源设施的交易所;对美国关键技术有潜在在国家安全相应影响的交易所;外国政府控制的交易所。

^⑬ See 50 App. U. S. C. A. § 2170(a)(5)(6)(2007).

三、外资安全审查的机构和人员组成

《通知》的第三部分规定了外资并购安全审查工作机制,其内容包括:(1)建立外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议(以下简称联席会议)制度,具体承担并购安全审查工作。(2)联席会议在国务院领导下,由发改委、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。(3)联席会议的主要职责是:分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响;研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题;对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并做出决定。这其中规定了外资安全审查的机构——部际联席会议,牵头部门——发改委、商务部以及其具体的职责,包括进行安全审查并做出决定的实质性权力。

在《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》中,授权管委会及时提请、开展相关的安全审查。如果并购只涉及在一线区域中,问题就是管委会如何行使这个职责,因为即使是在一线区域内,这也是涉及国家安全的问题,必然需要相应各部委的意见,管委会该如何去协调各部委来讨论这个问题?相关的人员该如何组成?如果涉及到从一线区域进入二线区域,问题就会包括:联席会议是一个常设性的机构还是松散的形式?什么人可以参加这个部际联席会议,是必须各部负责人,还是可以指派代表?由谁来决定哪些“相关部门”会同参与安全审查?“相关部门”包括哪些?^⑭第一个问题关系到如何对安全审查进行问责:如果联席会议是一个松散的形式,不是一个常设性机构,在履行安全审查职责时如果没有尽责,该如何问责、向谁问责?如果没有问责机制,又如何保证联席会议制度能够认真履行相应的职责?第二个问题关系到如果都是指派人员参加,很显然这个联席会议制度又是一项虚设,因为层级低的人参加这个安全审查,只能起到一定的沟通和协调作用,这和各部负责人直接参加、直接沟通的效果完全不同;第三个问题关系到选择规则,商务部和发改委同时既承担鼓励外资的任务,又承担维护国家安全进行审查的职责,这本身就存在利益上的冲突,在这种状况下由其来选择“相关部门”,如何保证都能克服利益冲突,客观地选择“相关部门”?由此可见,此规则的设定存在一定的问题。

美国于1974年出台第一部针对外资进行调查的法律,即《1974年外国投资研究法》(Foreign Investment Study Act of 1974)。^⑮1975年欧佩克宣布对美国实施石油禁运后,时任总统福特即颁布11858号行政命令成立了CFIUS,^⑯以监测外国投资给美国带来的影响并协调外资政策的实施。《埃克森—弗洛里奥修正案》通过后不久,里根总统通过12661号行政命令正式将审查权委托给CFIUS,同时调整了其成员结构,将成员构成调整为相关机构的负责人,并增列总检察长及管理、与预算办公室主任。后来经历了1993年12860号行政命令修改,CFIUS成员又增列了科学技术政策办公室主任、总统国家安全事务助理和总统经济政策助理。2003年13286号行政命令增列了国土安全部。代表职务级别的提高显示了CFIUS地位的提高,而成员的屡次调整则一定程度上反映了总统对安全政策的态度。CFIUS不断调整的过程也反映了美国对其法定化、权力与责任的对等性、人员结构的科学性等问题的思考和完善。

由于外资并购国家安全审查是一个十分复杂的过程,涉及的范围广泛,不论是军用工业、国防设施、基础建设,还是民用事业、企业设施、科学技术等诸多产业,各种因素都可能对国家安全产生影响。有鉴于此,笔者认为,管委会需要和联席会议制度联系起来,依靠联席会议制度来履行国家安全审查的职责。在国家安全的审查过程中,联席会议的每个组成部门能否就该外资并购对其管辖行业或领域安全的影

^⑭ 《通知》对国家安全的审查机关规定为“联席会议”,并“会同相关部门”,但没有明确“相关部门”具体是指哪些单位,这使得国家安全的审查机关存在不确定性。

^⑮ See Sara L. Gordon & Francis A. Lees, *Foreign Multinational Investment in the United States*, Quorum Books, 1986, pp. 230-231.

^⑯ See Executive Order 11858, May 7, 1975, 40 F. R. 20263. 具体而言,CFIUS的职责包括:(1)分析在美外国投资的趋势与重大发展。(2)为与外国政府就其在美投资进行磋商提供指南。(3)审查对美国国家利益具有重大影响的外国投资。(4)根据需要拟定新的外国投资法案。该指令内容上较为简单,所设立的CFIUS虽然由若干部门组成,但成员的级别较低,只能起到部门之间的某种程度上的沟通与协调作用,并不具有较强的独立性。

响做出准确判断尤为重要。因此,可以由专门的牵头部门——发改委、商务部将各部委的评判结果汇总,通过调查、综合评估、听取多方(包括各部委、并购涉及行业的行业协会、并购当事方等)意见的方式,最终做出判断并向国务院提交评估报告。

此外,需要进一步完善的建议还包括:(1)联席会议制度应过渡为一个常设的国家安全审查委员会,承担具体的安全审查并可对其进行问责。(2)人员的构成上应是各部委的负责人。(3)牵头机构可以由多个组成,但是否固定可以再斟酌,笔者认为应结合具体个案所涉行业和风险再加以确定可能更为妥当。(4)“相关单位”建议通过完善《通知》,指定出有共性的重要国家部门,如国防部、国家安全部、财政部、商务部、科学技术部、国务院国有资产监督管理委员会、司法部等,并将其法定化,以增加透明度,便于监督。(5)同时规定补充所需部门的程序,比如可授权国务院另行增加相关成员,国务院既可以通过一揽子指定,也可以通过在个案中具体指定的方式进行。特别需要指出的是,相关部门的选定直接关系到利益冲突的解决是否有一个机制的保障,在“相关部门”的确定上,首先就要考虑到必须要让代表不同利益和立场的部门都能够参加进来,要让鼓励外资和维护国家安全的矛盾在利益的博弈与相互制约中达到动态的平衡。

四、外资安全审查的程序

《通知》第四部分规定了并购安全审查的相应程序,包括可以提起安全审查的主体——投资者或者机构;一般审查和特别审查的程序;联席会议的处置权力等内容。总体而言,目前算是有了一个尚可以操作的程序框架,这无疑是一个较大的进步,但仍存在两方面比较显著的问题。

第一,程序考虑的不够严谨细致。比如,《通知》第四部分第3条^①规定的“如有部门认为并购交易能对国家安全造成影响”,是指只要有一个部门提出这个意见,就必须发起特别审查制度,还是指必须至少几个部门?“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”,什么情况是基本一致?是简单多数还是绝对多数原则?一个部明确反对是否算是存在重大分歧?这些问题都不甚明了。又如,《通知》第四部分第4条规定的“在并购安全审查过程中,申请人可向商务部申请修改交易方案或撤销并购交易”,申请修改交易方案后又如何呢?是不再继续进行安全审查了,还是针对新的交易方案重新启动新的程序?什么样的情况下可以停止安全审查,什么样的情况下需要继续,仍然无从得知。作为程序设计,内容一定要严谨细致,具有可操作性,上述这些问题都是必须要考虑到的情况,否则在操作过程中就会流于随意。

第二,缺乏任何柔性设计。前文已强调过,国家安全审查本身是一个极为强硬的制度,如何在强硬的同时保护外资投资的积极性,这就需要在程序设计上多下功夫,增加一些柔性的内容。笔者认为有两个方面的内容可以补充进去。

1. 建议补充通知前非正式沟通机制。非正式的接触可以让联席会议工作人员在进入正式审查程序之前就能对相关国家安全问题予以识别。对于安全审查机构来说,非正式沟通为其审查提供了充分的时间,而无需受到正式审查时限的约束,通过非正式沟通,工作人员可以有更多的时间来与交易方进行协商,对交易内容进行调整或设置一些适当的条件以消除安全方面的担忧。而对于外资并购交易方来说,也通常乐在不为外界所知的情况下与安全审查相关成员进行事先非正式协商,如此,既可为正式审查创造良好基础,又可以避免并购进入调查程序甚至最终被阻止从而被贴上有损国家安全的标签。在有些情况下,若外资并购交易方受到安全机构的安全审查,就可能波及及其股价甚至其他业务。例

^① 《通知》第四部分第3条规定:“……如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影响,联席会议应在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。启动特别审查程序后,联席会议组织对并购交易的安全评估,并结合评估意见对并购交易进行审查,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。联席会议自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查,或报请国务院决定。审查意见由联席会议书面通知商务部。”

如,2000年日本NTT公司并购美国Verion公司一案,在CFIUS对该交易进行国家安全审查的消息传出之后,由于市场担忧审查的不确定性,Verion公司的股价随即遭遇下跌。^⑩

2. 建议补充国家安全风险缓和措施。美国外资并购安全审查法在实践中形成了各种缓和风险的措施,CFIUS及其相关安全机构采取各种措施防范外资并购可能导致的安全风险,而不是完全阻止外资并购,从而创造了一种对外资相对有利的环境,^⑪这个思路和做法颇值得借鉴。从历史来看,美国国防部执行国防工业计划对涉及外资股权的国防合同方颁布的安全许可证,实际上对CFIUS安全审查中的缓和措施起到了示范与借鉴作用。CFIUS实践中逐渐形成了各种缓和风险的措施,电信业外资并购安全审查中相关安全机构所采取的网络安全协议即为风险缓和制度的典型方法之一。^⑫因此,在国家安全审查中,CFIUS常常采取一定的措施做到既不否定其并购,同时又能通过缓和措施将国家安全风险纳入可承受或可控制范围内。风险缓和措施的灵活性就是体现在CFIUS可以针对可能出现的国家安全风险通过一些措施予以减轻,甚至消除,而不是动辄建议总统禁止交易。^⑬

这种做法对我国外资安全审查制度而言无疑带来一种重要的启示。建议应尽早补充国家安全审查风险缓和制度,其内容可以包括:(1)联席会议或牵头机构可以与交易当事方签订缓和协议或向交易方施加一定条件,以缓和相关法律措施没有充分解决的国家安全风险。(2)在联席会议或相关部门与机构实施风险缓和措施之前,该部门或机构得向联席会议提交一份书面报告。这份报告首先要指出交易所形成的包括威胁、脆弱性、潜在后果等在内的国家安全风险;在此基础上阐明其认为合理的风险缓和措施。如果联席会议认可并批准缓和措施,牵头机构得与交易当事方就这一措施进行具体协商。(3)除非在特别情况下,风险缓和措施一般不要强制要求交易当事方承认或表明必须履约。^⑭(4)牵头机构得确保具有充分的资源以负责监督风险缓和措施的实施。前文已分析,笔者认为不适合将牵头机构固定化,可以依具体个例情况来定。

五、结语

自贸试验区在外资安全审查制度方面探索的意义显然不会仅限于试验区,对我国而言,鼓励外资和维护国家安全必然且已经成为需要长期考量的战略安排。安全审查的度、标准、范围、机构和人员组成,以及安全审查的程序等都直接关系到我国外资安全审查的价值取向和战略目标是否能够得以实现。因此,如何构建出符合我国国情的制度还需要在实践中不断进行探索。

(责任编辑:谢青)

^⑩ See CRS Report for Congress, The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), Updated April 8, 2008, p. 6.

^⑪ See US Policy Towards Foreign Direct Investment Post-September 11: Exon - Florio in the Age of Transnational Security, p. 213.

^⑫ 事实上在反垄断审查方面,美国主管机构也常常采取类似措施来处理个案。在反垄断审查中,如果并购方采取一定的措施可以减少对竞争的损害,主管机构往往会附条件批准并购。

^⑬ See 50 App. U. S. C. A. § 2170(b)(4)(2007).

^⑭ 尽管本身是一种柔性的设计,但同样要考虑到不能勉强交易方接受。