

论亚太地区的外国资本进入审查机制

——基于中国、澳大利亚、新加坡的比较分析

曹子煌¹, 邓乐佳², 张 劲³

(1. 悉尼大学 法学院, 澳大利亚 悉尼 2006; 2. 北京德恒律师事务所, 北京 100037;

3. 兰州职业技术学院 马克思主义学院, 兰州 730070)

摘要:伴随经济全球化的演进,因外国资本辐散产生的系列问题愈发显著,合理的外资进入审查制度旨在维持外资引进与国家安全之平衡,消除伴随外资引进而产生的安全隐患。澳大利亚、新加坡两国之审查制度均基于逐案审批制;其中澳因基于其泛自由主义的国家立场与经济实务,制度具有政府主导、专家负责,高度政治化的特点;新加坡基于其城邦国家的现实国情需要,采用豁免清单与逐案审查并存的审查机制。就我国而言,自2020年起,我国的外商投资监管体系完成新旧换代,由逐案审批制转为负面清单制,通过投资者自我审查与政府审查两个步骤,提高了审查效率,体现了制度公平。从中外经济事务对比之中,发现中国式审查制度在信息传导与审查路径上具有高效性;从法理逻辑与经济实务两个角度对三国制度进行解构与比较,可以证明中国与澳新的外资审查制度相比,更能兼顾公平、效率与安全的主旨。

关键词:外国直接投资;外资进入审查制度;差异性分析;法理逻辑

中图分类号:F823.6 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-8039(2021)05-0078-08

跨国投资是经济全球化的重要标志,诚如诺奖得主乔治·斯蒂格勒(George Stigler)所言:“企业与其竞争对手进行跨国兼并,凭此成为大型企业,是当代经济史上一个突出现象。”^[1]而外国直接投资(Foreign direct investment,缩写为FDI)被认为对发展中国家经济增长有着重要且积极之影响。中国已经跨越经济发展的早期阶段,进入了中等收入国家的行列,放任资本自由发展对于我国的经济增长可能很难起到积极作用。王东光指出,虽然资本属自然中性,但其实际控制者本身具有政治惯性与利益导向,这赋予了资本一定的政治属性^[2]。在特定行业,外资企业的经济实力远超过本土企业,显然不利于本土企业的发展。外国企业攫取垄断地位而导致产品价格上涨,损害我国之行业福利与社会福利。外国政府利益相关的资本对于我国的国家政治安全与经济安全具有威胁,外资可能会导致个别行业经济独立性的丧失,在敏感产业尤甚,此类恶性竞争多数系出于非商业目的,而威胁到国家安全。

从经济法角度分析,各国之外资审查框架并

非由单一法条与个别部门构成,与之相反,该类审查模式常常有其滥觞、流变,换言之,外资审查制度的法理框架在结构上具有多维性,在执行上有其时序性,在主体上常常有多元性。基于德梅洛的研究^[3]可以推测经济法结构上的多维性体现在东道国的外国投资数量和准入模式受到内生性因素的影响,如司法环境之稳定性与独立性、行政法规之设置、金融法规健全程度、劳动法与人权发展程度、与贸易有关之国际协定、产业激励措施,此类影响因素并非严格外生,其形成动机与实务流变往往是交互的,而形成动态响应之机理。外资审核的预期值也与东道国的立法趋势密切相关,因而各国之审查标准常受过往案例之影响。周琳静、张国平指出,因为外国投资行为常被赋予高度政治化的特质,因而外资审查常区别于寻常商业行为的审查,行政机构在外资审核阶段会基于国家安全、经济保护多方原因进行综合评估^[4],即外资直接投资行为除去存在商业上的投资人-被投资人关系之外,亦存在资方-政府的缔约关系,这即为多元性之体现。

收稿日期:2021-02-27

作者简介:曹子煌(1997—),男,江西南昌人,悉尼大学法学院经济学硕士研究生;邓乐佳(1998—),女,四川成都人,法学硕士,北京德恒律师事务所律师;张劲(1997—),女,甘肃兰州人,法学硕士,兰州职业技术学院马克思主义学院教师。

本文比对澳大利亚、中国和新加坡的外资审核机制暨相关市场准入要求,以经济实务与法理两个角度解构这类制度、法规的构成逻辑实务动机。分而论之,第一部分将讨论需要澳大利亚政府批准的外国投资类型,本部分还将通过案例分析国家安全保障制度;第二部分将讨论外国对于投资市场准入要求的共识以及他国政府为确保国家利益而采取的必要之措施;第三部分分析我国有关外商投资的现行政策和立法趋势以及国家安全审查制度的发展;第四部分分析澳大利亚、中国和新加坡的对外投资政策差异;第五部分给出政策建议与结论。

一、澳大利亚外国直接投资监管框架

巴斯,薇薇安指出,澳大利亚以开放的投资环境著称,外国直接投资在澳大利亚的外国投资总额中占很大的比例。亚太经合组织数据表明,与其他成员国相比,澳大利亚拥有最开放的市场参与机制,且对经济行为的限制很少^[5]。

(一) 澳大利亚外资监管的立法与行政架构

澳大利亚的外资审核机制以 1975 年《外资收购法》(Foreign Acquisitions and Takeovers Act, FATA)为基础,该法主要侧重于通过收购获得市场准入制度,为外国直接投资的甄别制度建立了法律框架。2015 年,依据《外资收购法》制定的《外资收购法修正案》和《外资并购和收购条例》(FAT)对投资准入框架进行了实质性修订,进一步推进了监管外资行为的立法进程。此系列法律亦对进入澳大利亚市场的外籍投资者有导向作用,盖因这些法规列出需政府审查的具体投资类型、市场主体类型与投资估值,意味着这些法规未涵盖的外资可在未经行政审批之情形下自由进入澳大利亚。

自 20 世纪 70 年代以降,澳大利亚对于外资审查立法和政策制定是逐步趋严的。根据 FATA,联邦政府于 1975 年授权财政部(Department of the Treasury)与金融监管局(Australian Prudential Regulation Authority)审查外国投资提案。一方面,财政部有权根据外国投资提案是否有损国家利益和安全为由拒绝该提案。另一方面,金融监管局在实施外国投资提案时可附加条件以保护国家利益兼回应社会对外国投资风险之关切。除财政部与金融监管局外,投资审查委员会(Foreign Investment Review Board, FIRB)在获得拟议投资和回应公众关切方面亦发挥重要作

用。投资审查委员会作为外资审查体系中的一个非法定专家机构,其职责在于协助财政部和金融监管局就外国投资提案做出决定^①。

2020 年,澳大利亚国会审议并通过了《外国投资改革(保护澳大利亚国家安全)修正案》,该修正案着重于涉官方背景之外资进行甄别与限制。该修正案提出强制审查与“国家安全业务”相关的所有投资,主要举措包括:1. 授权投资审查委员会将审查与“国家安全业务”相关的所有投资;2. 缩小外国投资审查委员会(FIRB)对外国贷方的“单项贷款豁免”的限制;3. 缩窄了“外国政府投资者”的定义,涉官方背景的外国投资者在被甄别为“符合国家安全企业”之前都应归类于“不安全”类企业。

(二) 澳大利亚外资监管的审查标准与流程

澳大利亚的审查流程较为完善,在外国投资审查过程中,投资审查委员会评估外国投资提案对经济市场之影响,并向财政部建言。尽管委员会的建议于财政部无实际约束之效力,亦无法改变对外资的审查决定,但实务表明,委员会作为专家部门,其建议会受到财政部的高度重视,故投资审查委员会在外资评估过程中仍起重要作用。鲍曼等指出,财政部、金融监管局和投资审查委员会将共同评估下列因素:首先,国家战略安全利益;其次,该投资对特定产业之影响,特别是潜在投资对市场价格控制与供应端之影响;再次,投资动机与政府目标的一致性,包括税收,环境和社会影响;第四,对总体经济市场影响;第五,投资者的信用状况(尤其是债务违约情况)^[6]。

据澳大利亚的经济实务分析,投资前需要通知和获得批准的市场主体主要包括所有外国政府投资者、外籍个人及非自贸协定国的投资者,财政部评估这些投资者在澳大利亚获得的实质性利益是否超过了《澳大利亚投资法》规定的门槛政策。就商业收购而言,澳大利亚的标准为外籍非政府

^①根据澳大利亚议会 2021 年起新实施的《外国投资改革(保护澳大利亚国家安全)修正案》(Foreign Investment Reform(Protecting Australia's National Security) Act 2020(Reform Act)),所有涉及“敏感国家安全业务”的投资不论交易价值如何,都必须经过外国投资审查委员会(FIRB)批准,但财政部仍然保有复议权与一票否决权并主导外资准入审查,决议案对其权责进行了说明(A new “call-in” power for the Treasurer to review certain actions that may pose national security concerns, where FIRB approval was not compulsory and was not obtained; And a new “last resort” power for the Treasurer to review FIRB-approved actions in exceptional circumstances)。

投资者提议收购价值超 275 万美元的企业权益时,需事先获得审查批准;若外籍投资者在住宅房地产和采矿或生产物业中获得实质性权益,无论其价值如何,都需获得批准。

法规中提到了特定领域的各种投资价值门槛,特别包括农业企业、媒体和房地产业。例如,参与在澳媒体业务的外国投资者其份额超过 5% 即须被审查^①。此外,外国投资者在获得市值超 6000 万美元的农业企业的直接股权之前,应接受完整的审查批准和事后合规审查;准备投资农业用地的投资者,不论该笔交易的总价值如何,其累计投资总限额为 1500 万美元。据自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA),智利、新西兰和美国投资者适用 1 亿美元的门槛,泰国投资者适用 5000 万美元的门槛。航运、机场、电信、航空公司和银行业等特定部门被纳入特别立法,即澳国限制外国投资者参与此类特定行业。

(三) 澳大利亚外资监管的事后监管框架

澳大利亚亦建立起了完整的投资后监管体系。哈珀、伊恩指出,财政部之合规监督主要面向金融业、农业和地产业类的已完成外国投资。纵使交易已完成,财政部亦可重新做出禁止拟议交易之决定,并指示外国投资者终止业务并处置股份^[7]。金融监管局及投资审查委员会亦可以联合开展合规审查,其范围包括合规风险识别、合规保证监督、专员实地监控。由于关键基础设施与国家重要数据实体的安全已成为近年来澳大利亚政府关注的主要问题,澳大利亚认为对于进行资方审查是管控国家安全风险的积极方法;澳国其他行政部门亦会根据实际情况进行调整以保护国家利益,例如联邦廉政公署(Commonwealth Integrity Commission)于 2017 年 2 月开始参与对关键基础设施的外国投资进行审查,以防止外国资本通过对澳洲官员行贿以渗透其关键基础设施之投资项目。

(四) 澳大利亚外资监管体系的特征解构

基于经济学实务分析,此类法规实质上系基于国家利益审查(National interest test)之目的,因而投资门槛条件对于投资者而言是较为苛刻的。从数据趋势来看,澳大利亚对外国投资机构的全面监管正成为该国立法的重点。对外商投资而言,个案审查制度总体上并非完全消极的,在被审查的 11150 项投资提案中,只有两项在 2017—2018 年被否决。结合上一份年报,被财政部否决的投资提案数目微乎其微^[8]。

2020 年以来,澳大利亚的外资准入门槛已根据实际情况发生了变化。投资的货币价值门槛有所调整,无论投资总值或外资性质,审查阈值(Threshold)都已降至 0 美元;澳大利亚的自贸协定缔约国仍获准享受更高审查阈值的优惠待遇。这个门槛值亦适用于跨太平洋伙伴关系协定(TPP)成员国的投资者。然而,在敏感商业领域投资的协议国家投资者的门槛仍然是 275 万美元。此类敏感领域包括与国家安全利益相关的重要行业,如电信、运输和核设施。

澳大利亚的外资审查制度与其政府架构及国家职能显著有关,其经济思维层面,占主导地位的是经济自由主义的理念,主张政府减少对于经济的干预、市场的自由放任和商业自由竞争;在法理层面,澳大利亚属英美法系,基于判例法原理而设计外资审查架构,其法律思维为针对具体审查问题而做出的判例,因而推崇逐案判定法,通过积累而形成最终审查标准。因此较之直接禁止外资参与关键行业,采取逐案审查制度有其深厚之思潮源流。澳大利亚经济体量不大,逐案审批制并不会增加其审核工作的难度,因而纵使审查条件苛刻,但据过往判例,多数投资提案仍可获通过。此外,审查流程虽减少了政府和社会公众对外国投资对国家利益影响的担忧,但由于缺乏对国家利益的具体定义,财政部和金融监管局有相当大的自由裁量权与独立决策权来决定一项投资提案是否违背国家利益。澳大利亚政府由于缺乏其他机制来审查和监督财政部和金融监管局的评估决定,法理上评估过程和最终评估决定将不受其他机关的影响。虽然投资审查委员会可以向财政部提出建议,但这些建议并不具有法理约束力;财政部和金融监管局亦无义务向社会公布此类建议,故解决过程缺乏透明度,这一现状实际给投资者的预期带来更大的不确定性,在特定环境下为澳大利亚政府进行政治操弄提供了规则空间。

二、新加坡外国直接投资监管框架

较之多数国家,新加坡拥有相对宽松的市场

^①“ All direct (i. e., non-portfolio) proposals by foreign interests to invest in the media sector irrespective of size are subject to prior approval under the Government's foreign investment policy. Proposals involving portfolio share holdings of five per cent or more must also be approved” (澳大利亚议会《外国投资审查委员会 2001 年度报告附录 A》(Annual Report of the Foreign Investment Review Board 2001A)附录说明)。另参见《广播服务法》(Broadcasting Services Act 1992)第 57 款。

准入政策与高度开放的自由资本市场,盖其政府崇尚自由主义的经济思想。

(一)新加坡外资监管的立法与行政架构

新加坡经济发展局(Economic Development Board, EDB)是其最主要的外资管理机构。经济发展局成立于1961年,主要负责处理涉外事务。经济发展局下辖一个海外推广办事处网络和一个国际咨询委员会,负责制定和实施各项外国招商政策,为外商提供高效的管理服务。黄锦宁、唐泰昌指出,经济发展局主导推动《经济扩张激励法案》(Economic Expansion Incentives Act)的实施,该法案着力于向外资提供宽松准入措施^[9]。

所有与外商投资有关的业务都必须在会计和企业管理局(Accounting and Corporate Regulatory Authority, ACRA)注册。在外国投资者于会计和企业管理局注册之前,需满足准入条件。例如,外国投资者在新设立公司或分公司时,需要至少任命一名新加坡居民担任董事或授权代表。

(二)新加坡外资监管的审查标准与流程

新加坡将外国投资按其所属部门分为鼓励类、禁止类和限制类,这一制度框架与我国实施的准入清单制度较为相似,但仍属逐案审批制之范畴。新加坡政府将电子、石化、生命科学、工程和物流等九类产业部门作为鼓励投资领域。除了国防相关产业和特定产业外,新加坡的外商投资准入制度对外商投资的经营没有限制,给予外国投资者国民待遇。施特弗尔和王德顺认为,在目前的外商投资框架下,只有广播、平面媒体、法律服务和房地产等重要领域被立法禁止和限制外商投资,除此之外,外国资本进入新加坡无其他硬性限制。除银行、金融、保险、证券等特殊敏感领域外,大多数工业领域对外商投资的股权比例有无限的衡量标准^[10]。

新加坡政府也尝试通过立法和许可证制度来限制与国家利益不符的外资进入市场。与澳大利亚类似,新加坡也主要适用判例法,并颁布了一系列关于外国投资的成文法,以规范外资。例如,《广播法》(The Broadcasting Act)规定除非经部长批准,如若外方持有广播媒体公司49%以上股份,该公司将不可获得广播许可证。根据《土地权属法》(The Residential Property Act),任何外国投资者购买、收购或保留任何不动产或限制性住宅物业(如空置土地、公共住宅用地单位)的权益资产,须获新加坡土地管理局事先批准。根据

《新加坡收购及合并守则》(Singapore Code on Take-overs and Mergers),合并收购在新加坡注册成立并开展业务的公司必须遵守《合同法》《公司法》及其附属条例。此外,还应遵守《竞争法》,并接受反垄断评估。

新加坡政府通过许可证制度控制特定商业部门,并采用定性和定量标准进行长期业务合规审查。例如新加坡政府在银行业和电信部门都实行了许可证制度,要求外国和国内投资者从各自审查机构获得具体批准,外国投资者需接受本国及新加坡政府的双重审查。对于外资限制区内的金融和保险业,由新加坡金融管理局(MAS)负责批准外国投资申请和颁发许可证,根据《银行法》(The Banking Act)第15A和15B条,如外国投资者在指定金融机构(如在新加坡注册成立的银行和金融控股公司)的持股超过阈值,则需进行个案审查,以保护证券市场稳定;外资增持特定金融机构亦将受到逐案审查,除非审查委员会确信外国投资行为符合法律规定和社会利益,且不会影响特定金融机构的合规性制度之实施,反之金融管理局有权叫停任何外籍机构或个人购入股权的行为。由于新加坡缺乏外国投资审查机制的专职研判机构,故其投资争端解决机制对于外国投资者与新加坡公民是通用的。

(三)新加坡外资监管体系的特征解构

就新加坡而言,在维持其外资市场景气与国家安全之间取得平衡并不困难。作为城市国家,新加坡将长期保障其自由、繁荣的商业社会作为其最主要之国家利益,而国防安全与政治安全对于其而言并非首要。新加坡国内各界形成共识,认为吸引外资是提高新加坡人生活水平最可靠之途径,因而为了在更多领域获得外资之援助,放弃部分国家安全,对于该国而言系谋存之策。

三、中国外商直接投资的监管框架

我国自1992年宣布建立社会主义市场经济体制起,一直以土地使用、税收优惠等方面采取积极措施吸引外资。但长期以来,政府对于以立法手段建立自由高效的外资管理制度一直处在探索之中。21世纪以来,作为亚太地区最主要的外资投资市场,中国的外资管理体系曾呈现过一定滞后性。近年来,为建立更加开放的资本市场,我国开始了对外商投资制度的调整与创新,与时俱进,取得了重大的改革成果。

(一) 中国外资监管的立法与行政架构

我国之前采用逐案审核制的批准办法,但随着改革开放的扩大与经济实务的需求变化,该制度显示出较严重的滞后性。在经济实务中,各部门对于外商投资事后监管之职能存在重叠,管制模式体现出共谋权而不共责的特点。参考周雪光的分析,笔者认为过去逐案审批制的治理逻辑发轫于我国曾施行的“行政发包制”,即实际监管中,上级部门将监管之权责下放至多个下级部门,下级监管部门根据其立场不同,其特定的施政目标亦有所区别,因而造成审核部门尺度各异^[11]92-96。亦诚如梯若尔所言:“法律与宪章的实际执行状态由政府组织结构所决定。”^[12]因而中国对外商投资者实行负面清单管理制,有助于排除阻碍经济增长的外部消极因素。

2015年,我国政府发布《外国投资法草案征求意见稿》,开始寻求外资监管体系的彻底变革,该草案废止当时施行的《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》;拟改逐案审批制为清单筛查制。2019年12月31日,《外商投资法实施条例》正式颁布。该《实施条例》将自2020年1月1日起与《外商投资法》同步施行,标志着外商投资管理体系完成了新旧模式转换。2020年12月19日,国家发改委和商务部发布《外商投资安全审查办法》,标志着该体系的全面完善。

(二) 中国外资监管的审查标准与流程

外资准入负面清单按行业对进入中国市场的外商投资进行分类管理,包括鼓励类,禁止类和限制类。中国在此基础上不断探索更新其准入机制,与2018年相比,2019年的中国外资投资负面清单减少了20个完全禁止类项目;与2019年相比,2020年的中国外资投资负面清单减少了8个完全禁止类项目。例如,在运输领域,取消了中资必须控制国内船舶代理权的法规限制。但是,在许多领域仍然存在限制,如禁止外商投资稀土资源、媒体业、国内物流业等行业。中国的市场准入制度总体上由政府逐案审批的模式转变为负面清单备案制,即对负面清单所列行业的外商投资实行逐项审批,对其他行业的投资只需备案。

在中国不断拓宽其外资投资体系的过程中,尤其是《中华人民共和国外商投资法》和《中华人民共和国外商投资法实施条例》于2020年1月正式实施后,我国的外资监管体制从行政结构与治

理效率层面有了长足进步。新的政策法规明确了各部门对外商投资的监管职责,避免了部门在对外商投资审批时出现职能重叠的情况,极大地避免了权力寻租^[13]。根据相关法律及条例,国家发展和改革委员会主导审查和记录外国投资项目,而行业业务主管部门主管审核相关外商投资企业的资质,并颁发相关的行业许可证;国家市场监督管理总局负责外商投资企业的设立和变更登记;根据《外商投资信息报告办法》,商务部通过经营信息报告管理以规范外商投资活动,而不直接审批外商投资进入中国市场。以上部门都有权对进入中国市场后的外商投资活动进行事后合规监督。

《外商投资法实施条例》同样确立了准入前类国民待遇的原则在申请外商投资许可的过程中,该原则强调了原则上国内外投资平等,即外资投资的适用程序与条件原则上应与国内投资相一致。据《外商投资法实施条例》第35条,各级部门在审核程序中应平等对待国内和外国投资者。该条例对于具体的工作流程亦有详细的指导方针,包括相同的许可条件、申请材料、审查环节和审查时限。

(三) 中国外资监管的事后监管框架

在放宽市场准入条件的同时,中国政府还加强了对外国投资者的事后监管。2015年,国务院制定了《关于开展事中事后监管的通知》,列出事中事后检查情形。中国政府亦强调信用约束,建立了全国统一的信用信息平台,在此基础上施行其企业信息披露制度。《外商投资安全审查办法》第十八条指出:获批后的外商投资项目,如出现自行修改且造成违反《审查办法》的后果,将被取消项目运营资格;第十九条规定,该处罚将计入征信系统,且不可被取消。据2019年中国商务部出台的《外商投资信息报送办法》,商务部对外投资信息报送的主导地位得到确认,促进了外商投资信息系统的有效建立,能够更加科学高效地监督外商的经营活动。更加中性化的审查思路保护了外国投资者的权益,事实上也提升了中国在投资环境方面的声誉。

(四) 中国外资监管体系的特征解构

考虑到国情的现实需要,中国各级政府高度重视在引入外资的过程中,对于社会稳定的维护和国家安全的保护。外资相关的国家安全审查制度最早以立法形式出现在《反垄断法》第31条中,该条规定涉及国家安全的外资并购应当接受

国家安全审查。2011年《国务院办公厅关于建立外商并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称“安全审查制度通知”)的颁布初步确立了外商投资安全审查制度的基本框架,而《外商投资安全审查办法》的发布标志着国家安全审查制度更加趋向系统化、专业化。安全审查制度将进入国内市场前的外资对象分为两类:第一,外资并购关系到国防安全的产业;第二,外国投资者通过并购获得对国内特定行业、重要企业的实际控制权。其限制行业包括关键农产品、能源资源、基础设施、关键技术和主要装备制造企业。《安全审查制度通知》列出了外国投资对涉及国防安全、经济稳定、社会秩序、技术研究能力等部门的审查规范,即在决定申请国家审查时应考虑的种种因素。此外,商务部在2011年根据其业务职能发布了《国家安全审查制度补充通知》,对参与并购行为的外商投资企业申请审查和有关部门审查工作进行了详细指导。2015年《国务院办公厅关于印发〈自贸区外商投资国家安全审查试点办法〉的通知》扩大了安全审查的范围,增加了对重要的文化及传媒产业和互联网安全产业进行安全审查的内容。除了并购,其他形式的外国投资,如信托、再投资、海外交易和租赁等,亦被纳入国家安全审查制度。

截至2020年底,对外商投资的国家审查制度体系已经得到全面的完善。在目前的投资框架下,《外商投资安全审查办法》对外商投资具有显著的滤选作用,这反映出管制模式具有高度的现实性特质。这一系列立法明确和巩固了国家安全审查制度的地位,但仍存在可以细化与改进的空间。参考陈华彬《民法总则》一书对于商法法理体系的阐述^{[14][15][197]},在《外商投资法实施条例》中采用了主体管制的法理逻辑,强调对于外商在华投资的监管须与该外资主体进行交互的国内市场主体相区分,即除负面清单内的限制或禁止类行业外,外资可自由进入其允许行业;而《外商投资安全审查办法》体现的则是国家基于本国经济安全的考量而进行的经济法上的行为管制,即对于特定投资行为进行管理。但与《外商投资法实施条例》中完善而成体系的法规框架不同,《外商投资安全审查办法》中对于实际审查标准的定义相对模糊,对于审查流程的描述也欠详尽。如第四条规定特定行业要接受安全审查,任何导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术

等产生重大影响的投资行为都将受到审查,而该规定中的特定行业,与《外商投资法实施条例》中列出的允许投资的部分行业可能在通识理解时存在一定交叠,其定义存在模糊性。李宇指出,这极大增加了外资在某些重要行业投资的难度,且因《外商投资安全审查办法》赋予有关部门的自由裁量权是相对宽泛的,一定程度上增加了外资主体在重要领域的投资的不确定性^[15]。

四、比较分析

(一) 外商投资市场准入条件比较

基于法理解构,澳大利亚与新加坡之准入制度,系基于行为管制之考量,即限制外部资本可能对其国内经济、政治、社会有影响之行为及其影响之效力,而非限制其成为市场主体。澳大利亚与新加坡对外国投资进行个案审查,其本质为评估该投资行为对于经济、政治及社会实际影响之效力;中国之外资准入制度,系基于主体管制之逻辑,即限制部分外资主体进入相关行业,因而中国采用负面清单制,按照产业类别对限制投资和禁止投资领域予以划分,从立法程序上对外国投资者在特定领域的投资予以管制,这系由于中国经济市场规模比澳新两国更大,其涉外业务量远多于澳新两国,逐案审查制在经济实务中可行性不强,其事后监管也存在难度。

中澳新三国外资治理逻辑之分野在涉敏感产业投资中表现尤为明显,这种治理逻辑体现在三国对于准入条件的传导路径有不同的设计理念。就澳大利亚和新加坡而言,其准入条件为过程性标准,即投资行为在何种影响程度上对应之何种准入条件。就中国而言,其准入条件为结论性标准,即就何种主体在何种情况可以进入给出定论。例如,2019年中国出台的负面清单直接禁止外国投资者投资邮政公司和国内网络安全业务,而新加坡和澳大利亚选择对外商投资物流快递及网络安全服务的方式和比例做出具体限制,虽并未完全禁止,但其涉足该行业的外资主体完全来自其战略盟友国家,而其他投资主体皆被拒之门外。

从经济实务角度分析,过程性标准常常对于投资主体只具有软约束力,即监管者对于外资项目常常无必然且确定或否定之结论,因而对于监管者则缺少强制约束,盖因监管者只需要对结论作出合理之解释。从实务上分析,满足程序正义的情况下,监管者的结论通常是不受质询的。与

之相对应,结论性标准对于投资主体存在硬约束力,其对于监管者之约束更加详尽,尤其是对于结果反映之社会公平正义的维护,使得监管者在准入审核时虽拥有部分自由裁量权,但实际其权力受到较大约束。通过对比,笔者认为中国之市场准入较之澳新两国更具有先进性与优越性。

(二)外商投资审查制度的比较

澳大利亚在联邦政府层面管理涉及国家安全和利益的外国投资,财长有权审查可能影响国家安全的外国投资提案。新加坡的外商投资手续简单,实行外商投资登记制度,除了金融业等少数行业外,外国投资者享受国民待遇,只需在ACRA注册业务。

与澳新两国相比,中国的外商投资审查更加精细化。在中国,国务院设立的部际联席会议的职责是从国家整体利益的角度审查外资并购的影响,结合经济、社会、国防等部门进行综合筛选并就批准外商投资提案做出决定。在国务院联席会议机制下,发改委和商务部负责根据外商投资涉及的敏感领域,会同有关部门进行安全审查。国家安全审查分为中央和地方两级,地方根据自身情况享有一定的自主审批权,但是中央主管部门的意见仍然主导引资过程。这种精细化的审查机制,反映了中国外资审查部门基于现实国情与经济现状审慎考量的行政思路。因跨国投资发轫于经济全球化,同样也是政治风险全球化外延的体现,精细化的外资审查制度能够避免此类包裹了经济内核的政治问题影响经济环境的健康发展,而其归根溯源,正是体现了中国制度的优越性,即法律化、常态化、标准化的裁定模式,规避了英澳式的立场模糊化、基于主动裁量权运行、高度以人的意志为转移的治理模式。

上文所述之分歧,盖因澳中新三国在考察外国投资对于国家安全之影响选用了不同的参照坐标。澳政府在审查外国投资提案时,主要考虑经济部门,如政府税收对象、一般经济安全与市场竞争等因素。与澳不同,中国负责审查外国投资项目的主管部门所考量的因素更加全面,其参考因素包括国防安全、国民经济的稳定运行、基本社会秩序,尤其对于涉及国家核心利益的关键领域,包括国家文化安全和国家网络安全。与澳中两国相比,新加坡对外国投资的限制最为宽松,对外国投资的国家安全没有具体的参考因素。

(三)结论

基于经济实务与法理解构逻辑,中,新,澳三国在外资准入审查制度之区别在于准入形式、审查主体构成、审查标准与动机。就准入形式而言,新加坡与澳大利亚采用个案审查制,中国采用限制类清单筛查制。就审查主体而言,澳大利亚采用单一主体决策辅以专家委员会研判,过程缺乏标准性;新加坡根据领域区分其审查主体,但实际决策也是基于单一主体部门;中国的审查主体严格遵循负面清单制,在实际审核中各部门垂直授权,层层审核,权力交互约束以避免寻租,体现了中国审查制度的完整性,彰显了强大而高超的治理能力。

就审查标准而言,新加坡最为宽松,澳大利亚相对而言更加严格,然二者都更多地考虑经济动因。但以澳新为代表的西方国家,其外资审查标准盖人为设置之缘故,因而有较大的自由裁量空间,这一现状本意为消弭程序性偏误和部门行权交叠的低效问题,使其更加具有效率,然在实施中却相反地拉长了审核通过的流程,使得审核标准更加具有不确定性。

相比澳新两国,中国的审查制度显得更加高效,以负面清单制进行初期筛查,相当于投资人基于透明的法规进行自我筛查。相较于西方的判例比对,更加高效;其次,对多部门交叉授权的安全审查制度进行二次筛查,充分避免了单一决策主体所存在的权力寻租问题,即各部门根据其主管业务与相关法律进行集中审核,这使得审查提案面临的审查范围更大,能够避免部门意见冲突,以及中央与地方意见分歧的多重不确定性。

参考文献:

- [1] Stigler. Monopoly and Oligopoly by Merger[J]. The American Economic Review, 1950(40).
- [2] 王东光. 国家安全审查: 政治法律化与法律政治化[J]. 中外法学, 2016(5).
- [3] De Melo. Patterns of Transition from Plan to Market[J]. The World Bank Economic Review, 1996(10).
- [4] 周琳静, 张国平. 外资并购国家安全审查制度研究[J]. 国际商法论丛, 2013(1).
- [5] Bath, Vivienne. Foreign investment, the national interest and national security: foreign direct investment in Australia and China[J]. The Sydney Law Review, 2012(34).
- [6] Bowman, Megan, Gilligan, O'Brien. Foreign Investment Law and Policy in Australia: A Critical Analysis[J]. Law and Financial Markets Review, 2014(8).

[7] Harper, Ian. In the national interest: foreign direct investment in Australia [J]. Policy (Centre for Independent Studies) (N. S. W.), 2001(17).

[8] 澳大利亚议会. 外国投资审查委员会 2018 年度报告 (Annual Report of the Foreign Investment Review Board 2018) [R]. 2018.

[9] Wong, Tang. Foreign Direct Investment and Services Trade: Evidence from Malaysia and Singapore [J]. Global Economic Review, 2009(38).

[10] Wong, Stoeber. Foreign Investment and Economic Development in Singapore: A Policy-Oriented Approach [J].

The Journal of Developing Areas, 1996(30).

[11] 周雪光. 中国国家治理的制度逻辑 [M]. 香港: 三联书店, 2017.

[12] Tirole. The Internal Organization of Government [J]. Oxford Economic Papers, 1994(46).

[13] 耿曙, 陈玮. 政企关系、双向寻租与中国的外资奇迹 [J]. 社会学研究, 2015(5).

[14] 陈华彬. 民法总则 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2017.

[15] 李宇. 徘徊于自治与管制之间: 外国投资法草案述评 [J]. 法治研究, 2018(3).

Review Mechanism of Foreign Capital Entry in the Asia-Pacific Region: Based on Comparative Analysis of China, Australia and Singapore

CAO Zihuang¹, DENG Lejia², ZHANG Jin³

(1. Law School, University of Sydney, Sydney 2006, Australia; 2. Beijing Deheng Law Firm, Beijing 100037, China;
3. School of Marxism, Lanzhou Vocational Technical College, Lanzhou 730070, China)

Abstract: With the evolution of economic globalization, a series of problems caused by foreign capital divergence is becoming more and more serious. A reasonable review system of foreign capital entry should aim to maintain the balance between foreign capital introduction and national security, and to eliminate the potential safety hazards caused by foreign capital introduction. The review systems of Australia and Singapore are all based on case-by-case review and approval system. Australia's system, based on its pan-liberal national position and economic practice, has the characteristics of government guidance, expert responsibility, and high politicization. Singapore adopts the mechanism of exemption list and case-by-case review on the basis of its actual national conditions of being a city-state country. For China, since 2020 the foreign investment supervision system has completed the old and new upgrading from the case-by-case review and approval system to the negative list system. Through two steps of self-review of investors and government review, the review efficiency has improved and the institutional fairness has been reflected. From the comparison of China's and foreign economic affairs, it is found that China's review system is more efficient in information transmission and review path. From the deconstruction and comparison of the three countries' systems based on juridical logic and economic practice, it can be proved that China can give more consideration to the theme of fairness, efficiency and security than Singapore and Australia.

Key words: foreign direct investment; review system of foreign capital entry; difference analysis; juridical logic

(责任编辑 陇 右)