

国家安全审查制度中的 外国投资者识别

——兼评《外国投资法(草案征求意见稿)》

黄 晋

【提 要】国家安全审查制度的复杂性迫切要求我国建立一套更为完整和实用的规制制度。在该制度框架内,识别外国投资者显得尤为重要,这是因为它不仅有利于向外国投资者明确申报义务,同时也方便我国外国投资安全审查机构对交易进行审查。我国《外国投资法(草案征求意见稿)》首次建立了外国投资者识别制度。与美国、德国和日本等国家相比,草案中的外国投资者识别制度还有待于进一步改进和提高。

【关键词】外国投资者 国家安全审查 外国投资法 外资管理

【中图分类号】D922.295 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2016)03—0093—05

一、引言

我国的外国投资安全审查制度是在改革开放后逐步形成和发展的。改革开放之初,我国陆续制定《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》等三资企业法及其配套行政法规,为外商投资确立了基本的法律依据;接着《指导外商投资方向规定》、《关于外国投资者并购境内企业的规定》^①《外商投资产业指导目录》和《中西部地区外商投资优势产业目录》以及一些特殊行业外商投资审批单行条例的通过,形成了我国外资准入的实体性和程序性规范;《反垄断法》第31条和《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《关于安全审查制度的通知》)的实施完善了我国外资并购国家安全审查

制度的建立;《国家安全法》的颁布实施进一步丰富了我国国家安全审查制度的内容。

外国投资安全审查制度的复杂性迫切要求我国建立一套更为完整和实用的外国投资者识别制度。尽管《关于安全审查制度的通知》和《国家安全法》为规制我国外国投资安全审查提供了初步指导,但是由于缺乏具体的外国投资者识别制度,实践中我国对外国投资安全审查还存在疏漏和问题。一方面我国外资审查机构不得不花费大量精力与外国投资者进行大量沟通以明确其申报义务,另一方面外资审查机构

^① 该规定在2006年以前称为《外国投资者并购境内企业暂行规定》,自2006年9月8日起修订施行后改称为《关于外国投资者并购境内企业的规定》,并于2009年6月作进一步修订。

不得不在审查前而非审查过程中就需要提前判断和分析交易是否触发管辖权门槛以及交易对国家安全的潜在影响,这均使外资审查机构不堪重负。有鉴于此,2015年1月,商务部在借鉴了美国等国家外国投资安全审查制度的基础上,公布了《外国投资法(草案征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),向公众公开征求意见。^①

本文围绕《征求意见稿》的外国投资者识别制度,从识别外国个人投资者、外国企业等方面展开,结合美国、德国和日本等国家的相关制度设计进行比较,旨在促进我国外资安全审查制度的立法与执法工作。

二、外国个人投资者的识别

《征求意见稿》使用国籍为标准的同时,兼采用实际控制原则。^②根据《征求意见稿》第11条的规定,外国投资者,是指在中国境内投资的不具有中国国籍的自然人等;外国投资者控制的境内企业,视同外国投资者。^③换句话说,在我国境内投资的具有外国国籍的自然人、无国籍自然人以及不具有中国国籍的双(多)重国籍自然人均可以视同为外国个人投资者。此外,这些外国个人投资者实际控制的境内企业也属于外国投资者。这里的境内企业,是指依照我国法律在我国境内设立的企业,如外资企业(外商独资企业)、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商投资股份有限公司、外商投资合伙企业等外商投资企业。外商投资企业属于中国企业,存在投资比例要求且投资领域、项目受到利用外资产业政策的调控。

需要指出的是,《征求意见稿》没有采用德国和日本等大陆法系所用的居民概念来确定外国个人投资者的身份,也没有采用美国法使用的国民概念来确定外国个人投资者的身份。当前《征求意见稿》使用的自然人用法很少出现在我国国内法律文本中,反而多出现在我国与外国签的投资协定以及民法教科书中。例如,我国《宪法》、《国籍法》、《居民身份证法》、《户口登记条例》以及《民法通则》等均使用了公民的概念。^④我国与德国签订的《关于促进和

相互保护投资的协定》(以下简称《中德双边投资协定》)以及我国与日本、韩国等国家签订的《中日韩关于促进、便利和保护投资的协定》(以下简称《中日韩投资协定》)反而多使用自然人用法。《中德双边投资协定》规定,……就德国而言,投资者是指德国《基本法》意义上的德国人等;就中国而言,投资者是指具有中国国籍的自然人等;^⑤《中日韩关于促进、便利和保护投资的协定》也指出,缔约国一方的投资者是指在另一缔约国从事投资的自然人或者企业;缔约国一方的自然人是指根据某个缔约国法律法令具有该缔约国国籍的自然人。^⑥此外,自然人用法多出现在法律教科书中。

我国商事领域没有普遍采用自然人这一术语与立法者对民商事法律的认识存在密切联系。由于历史原因,我国商事法律在制定过程中多使用了公民的概念。事实上,公民,是指取得某国国籍,并依据该国法律规定享有权利和承担义务的人,一般涉及人的社会属性;而自然人则偏重于人的自然属性,更适合于私法中使用。当前全国人大常委会已经确定编制单独的民法总则,根据中国社会科学院法学研究所民法典立法研究课题组发布的《民法总则

① 商务部条约法律司:“商务部就《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》公开征求意见”,http://tfs.mof.gov.cn/article/as/201501/20150100871010_shtmlhttp://www.fdi.gov.cn/1800000121_21_74322_0_7.html。

② 《征求意见稿》第11条。

③ 《征求意见稿》第11条。

④ 尽管《反垄断法》第12条将经营者界定为从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织,然而商事领域自然人用法在我国正式法律中还是很少出现。

⑤ Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/736>. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3010>.

⑥ AGREEMENT AMONG THE GOVERNMENT OF JAPAN, THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF KOREA AND THE GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA FOR THE PROMOTION, FACILITATION AND PROTECTION OF INVESTMENT, <http://www.meti.go.jp/press/2012/05/20120513001/20120513001-3.pdf>

（建议稿）》，^① 自然人术语已经替代了公民。可以预见，未来民法总则中使用自然人势在必行。有鉴于此，同时考虑到德国和日本等大陆法系对我国商事立法的历史影响，以及美国法也存在以自然人这一术语来解释国民概念，《征求意见稿》使用自然人这一术语值得肯定。

然而，无论是美国法，还是日本和德国等大陆法系在外资安全审查立法中都引入了国民或者居民的概念，而不是直接使用自然人术语对外国个人投资者进行解释。这里的原因在于，这些国家一方面存在以国籍为标准或者住所或者惯常居所地为标准的不同解释模式，以及严格遵守各国《国籍法》或者《宪法》等上位法律的立法模式，另一方面也存在监管外资安全审查的需要。例如，美国法没有涉及外国国民的界定，因此必须通过从国内法中寻找对国民的法律解释进而对外国国民进行限定，并兼采用实用主义原则。日本或者德国在民商事立法一方面有着使用住所地或者惯常居所来确定当事人权利和义务的传统，另一方面，作为调整外资审查的法律，使用住所地或者惯常居所地模式更方便对自然人进行管理。

我国未来在制定《外国投资法》中应修改《征求意见稿》以“国籍+自然人”解释方式来界定外国个人投资者的方式。考虑到外资安全审查制度的需要，建议采用“居民”解释的方式。这是因为民商事活动使用住所地或者经常居住地，一方面便于我国外资安全审查机构对外国个人投资者投资项目进行审查，另一方面也符合我国民商事立法的特点，便于与我国民商事立法发展趋势衔接。此外，实践中，加强对外国自然人商事活动的管理也是外资安全审查制度的需要。有鉴于此，我国应当将外国个人投资者解释为“在中国境内投资的非居民个人；其中，居民是指在我国境内拥有住所或者经常居住地的自然人、在我国境内拥有主要办事机构的法人、非居民个人在我国的分支机构、代表处或者其他办事处。”换句话说，在我国境内没有住所或者经常居住地的自然人不应视为我国居民。

三、外国企业的识别

《征求意见稿》使用了成立地标准与实际控制原则相结合的方式识别外国企业。根据《征求意见稿》第11条的规定，外国投资者是指在我国境内投资的依据其他国家或者地区法律设立的企业以及“受该主体控制的境内企业”。换句话说，这里的外国投资者包括外国企业和受外国企业控制的外商投资企业等。

《征求意见稿》没有使用日本和德国的“混合标准”来界定外国企业。

在日本，日本外资安全审查制度采用的是“成立地和（或者）主要办事机构所在地的混合标准”来识别外国企业。根据日本《外汇与外贸法》第6条的规定，在日本国内拥有主要办事机构的法人为居民；非居民在日本的分支机构、地方代表处或者其他办事处，不论其是否具有法律上的代理权，即使其主要办事机构在外国，也视为居民。^② 外国投资者，系指下列自然人和法人：（1）非居民个人；（2）按外国法及规定设立的法人及其他团体，或者在外国有主要办事机构的法人及其他团体；在公司中由第（1）项或第（2）项所列者直接拥有的股份数〔股东大会全部事项无法行使表决权的股份不适用，但适用于《公司法》（2005年第86号法令）第879条3款规定的有表决权的股份，以下各项和下款第4项同〕和通过其他公司间接持有的作为政令规定的股份数，占该公司已发行股份总数的50%以上者；^③ 除前两项所列者外，在法人及其他团体中，第1项所列者占其负责人员（指董事及其他准此的人员而言，以下各项同）或有代表权的负责人员中任何一方的过半数者。^④

德国采用的是“成立地和（或者）主要办事机构所在地（或者主要营业地）标准”。德国

① <http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=49193>.

② 《外汇及外国贸易法》，<http://www.houko.com/00/01/S24/228.HTM#s5>。另见 <http://www.steptoe.com/assets/attachments/4066.pdf>，第26条。

③ <http://www.houko.com/00/01/S24/228.HTM#s5>。

④ <http://www.houko.com/00/01/S24/228.HTM#s5>。

《外贸与支付法》第2条规定,居民包括但不限于:总部位于德国的法人和合伙;外国法人或者合伙在德国设立的具有总部职能且具备独立核算条件的分支机构;外国法人或者合伙在德国运营和管理的常设机构。^① 欧盟居民包括总部位于欧盟的法人和合伙、总部位于第三国^②的法人或者合伙在欧盟内设立的具有总部职能且具备独立核算条件的分支机构以及第三国法人在欧盟运营和管理的常设机构等。^③ 非欧盟居民是指非欧盟居民以外的人和合伙。德国《外贸与支付法实施条例》规定,第三国股东持有一家欧盟公司25%或以上表决权并通过该欧盟公司收购德国公司的情况也属于安全审查范围;外国投资者为滥用或者规避法律在欧盟成员国设立机构并在德国进行投资的视为非欧盟居民;外国投资者设立的分支机构和常设机构不视为欧盟居民。

此外,德国和日本还兼采用了控制原则,并以数量标准原则进行补充,而这些是《征求意见稿》所不具备的。例如,在德国,第三国股东持有一家欧盟公司25%或以上表决权并通过该欧盟公司收购德国公司的情况也属于安全审查范围。在日本,外国投资者,包括……按外国法及规定设立的法人及其他团体,或者在外国有主要办事机构的法人及其他团体直接拥有的股份数和通过其他公司间接持有的作为政令规定的股份数,占该公司已发行股份总数的50%以上者……在法人及其他团体中,非居民个人占其负责人员或有代表权的负责人员中任何一方的过半数者。^④

《征求意见稿》也没有采用类似美国的“成立地和营业地(或者权益证券交易地)标准+控制原则”。美国《关于外国人收购、兼并和接管的条例》引入了外国实体的概念,根据该条例,外国实体是指依照外国法组织的分支机构、合伙、集团或子集团、房地产基金、信托、协会、公司或公司部门或者组织,其主要营业场所位于美国国外或者其权益证券主要在一家或者多家外国证券交易所上市交易。^⑤ 在美国,对于特定投资实体是否属于外国人,除了判断该实体的成立地以外,还要对其实际控制人进行

调查;即使投资实体在美国成立不构成外国实体,但由于该实体为外国人控制或者行使控制,该投资仍被视为外国人。此外,即使投资实体中外国人股份的投票权通过表决权信托机制(Voting Trust)转让给美国国民,该外国人持有投资实体的股份仍有可能导致该实体被视为外国实体。例如,A公司是外国法人,拟从美国B公司收购其持有的另一家美国X公司50%的股权,X公司剩余50%的股权仍由B公司保留,A公司和B公司以合同方式约定A公司在10年内不行使其投票权及其它权力,该拟议交易属于受管辖交易。^⑥ 需要注意的是,外国实体的界定并不是确定外国政府控制的标准。如果外国政府控制了某投资实体,那么关于外国实体的问题就不会产生,这是由于外国实体这一术语旨在调整虽存在明显外国所有权但所有权较分散的情况。^⑦

通过与日本、德国以及美国所采用的“混合标准+控制原则”进行比较可以发现,《征求意见稿》的“成立地标准+控制原则”难以有效对外国投资者进行适当管理。例如,在我国设立但在外国有主要办事机构的法人及其他团体,虽然视为我国企业,但我国法律很难对其实施有效监管;外国法人或者合伙在我国运营和管理的常设机构虽然为外国企业,但由于处于我国管辖范围内,因此我国执法机构实践中更容易对其实施有效管理。有鉴于此,建议在

① http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ _ awg/englisch_ awg.html. Foreign Trade and Payments Act of 27 May 2009, http://www.hohmann-rechtsanwaelte.de/rechtsvorschriften/2010/awg_englisch-2009.pdf.

② 第三国,是指欧盟以外的领土,但不包括黑尔戈兰岛(德)。

③ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ _ awg/englisch_ awg.html.

④ <http://www.houko.com/00/01/S24/228.HTM#s5>.

⑤ 31 CFR 800.212. 需要指出的是,美国国民最终拥有多数股本权益的上述分支机构、合伙、集团或子集团、协会、房地产基金、信托、公司或公司部门、组织等不构成外国实体。

⑥ 31 CFR 800.207 & 31 CFR 800.301. 在这里,“受管辖交易”是指可能引起外国人对美国企业控制的交易,且交易在本条例生效当日或之后被提出或待定。

⑦ 31 CFR Part 800.

未来制定《外国投资法》过程中，修改现有的单一标准+控制原则，采用“混合性标准+控制原则”对外国企业进行界定和分析，即“成立地和（或者）主要办事机构所在地标准/营业地+控制原则”。

未来《外国投资法》还有必要对控制原则作进一步厘清。《征求意见稿》第18条关于控制的解释容易产生歧义，从而增加外资安全审查机构识别受外国企业控制的境内投资者的难度。根据该条的规定，控制包含了三种情形，包括直接或者间接持有50%的股份、股权、财产份额、表决权或者其他类似权益的；直接或者间接持有50%以下股份、股权、财产份额、表决权或者其他类似权益，但有权对董事会或者类似决策机构产生重大影响等；通过合同、信托等方式对企业经营、财务、人事或技术等施加决定性影响。其中，在第二和第三种情形下，控制均面临对重大影响和决定性影响的解释，从而造成了进一步冲突和分歧。有鉴于此，建议引入较低的数量标准来界定控制原则，从而尽可能减少法律模糊性。

结语：识别外国投资者有着重要的意义，这是由于外资安全审查机构使用该概念能够切实有效地评估外国投资者的真实情况，从而确

定该投资交易是否触发管辖权门槛以及交易对国家安全的潜在影响。

考察美国、德国和日本的相关法律实践，可以发现各国在界定外国个人投资者和外国企业时均采用了切合本国国情和本国国内法律的有效路径。尽管这些国家在商签双边协定时对外国个人投资者的界定存在相同的标准，然而具体涉及到外资安全审查制度，识别外国个人投资者在德国和日本为代表的大陆法系和美国法等法域是存在差异的。至于外国企业的识别，这些国家均采用了适合各国国情的混合标准与控制原则相结合的分析路径。

他山之石可以攻玉，未来我国《外国投资法》在引入外国投资者识别制度时应当克服《征求意见稿》存在的问题，借鉴德国、日本和美国等国家在外资安全审查制度中的立法和执法经验，在为外国投资当事人明确申报义务的同时，也为我国外资安全审查机构切实履行安全审查工作义务提供有效保障。

本文作者：法学博士，中国社会科学院国

际法研究所副研究员

责任编辑：赵俊

Identification of Foreign Investors in China's National Security Review System: with a comment on the *Draft Foreign Investment Law*

Huang Jin

Abstract: The complexities of national security review urge us to establish a more complete and effective regulatory system. It is of great importance to identify foreign investors within the framework of this regulatory system, not only because it can be helpful to clarify the notification obligation for foreign investors, but also accelerates the review process of foreign investment security by our national security review authority. The *Draft Foreign Investment Law* establishes for the first time the identification system for foreign investors. Compared with the identification systems for foreign investors in Germany, Japanese and U. S. investment laws and regulations, the *Draft Foreign investment Law* still needs to be developed and improved.

Keywords: foreign investors; national security review; *Foreign Investment Law*; foreign investment administration