www.shfzb.com.cn

■ 关注《外商投资法》(三)

外商投资安全审查制度解析

孙宏涛 刘秉昊

十三届全国人大二次会议通过了《中华 人民共和国外商投资法》 (以下简称《外商 投资法》),这部法律在我国改革开放40周 年和中美贸易磋商白热化的背景下出台,向 国际社会彰显了我国对外开放的勇气和决 《外商投资法》主要从外商投资促进、 保护和管理等方面作出规定, 虽然篇幅简 短,但对我国以往的"外资三法"有了诸多 重大的突破,首先是从"企业组织管理法" 转变为一部"投资管理基础法",其次,这 部法律没有回避外国企业在中国市场面临的 诸如技术转让、知识产权保护和公平竞争等 问题,在实质上了提升外国来华投资的信 心。在我国全面对外开放的背景下,一个重 要的问题是如何在吸引外资与国家安全之间 谋求平衡,本文主要对外商投资的安全审查 制度讲行解读。

全球化背景下的国家经济安全

在全球化的经济交往中,各个国家都将 经济安全作为国家安全的核心与基础。我国 《国家安全法》明确规定:国家安全工作应 当坚持总体国家安全观,以人民安全为宗 旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础 (第3条)。

与《外商投资法》直接相关的是第59 "国家建立国家安全审查和监管的制度 和机制,对影响或者可能影响国家安全的外 商投资、特定物项和关键技术、网络信息技 术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项 目,以及其他重大事项和活动,进行国家安 全审查,有效预防和化解国家安全风险。" 具体而言,还有防范和化解系统性、区域性 金融风险,防范和抵御外部金融风险冲击 (第20条)以及对知识产权保护与科技创 新、重点工程安全等领域的规定(第24条) 《外商投资法》第35条规定: 建立外商投资安全审查制度, 对影响或者可 能影响国家安全的外商投资进行安全审查。 依法作出的安全审查决定为最终决定。"该 条对外商投资安全审查制度作了原则性规 定,这也是在外资引入过程中对《国家安全 法》相关规定的衔接。总体而言,这两部法 律的规定较为宏观,在具体落实层面,此前

- □ 《外商投资法》对我国以往的"外资三法"有了诸多重大的突破,从 "企业组织管理法"转变为一部"投资管理基础法",且没有回避外国企 业在中国市场面临的诸如技术转让、知识产权保护和公平竞争等问题, 在实质上了提升外国来华投资的信心。
- □ 域外对外国投资进行安全审查的制度同样也在更新发展,就在我国《外商投资法》通过的3月份,欧洲理事会批准了《外国直接投资进入欧盟的审查规定》,为欧洲的外国直接投资(FDI)规则设定了框架。
- □ 对于我国外国投资安全审查制度的实施,至少需要考虑三个方面的问题。 第一,"负面清单"的"瘦身";第二,《外商投资法》与反垄断审查 制度的衔接;第三,《外商投资法》与投资经营信息报告程序的衔接。

国务院、商务部等出台了相关法规和规章,我国针对外商投资的安全审查已经有一定的制度积累。主要有 2011 年 3 月国务院办公厅发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》,对并购安全审查的范围、工作机制和审查程序作出了规定,商务部作为主导机构发布有《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》和《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》。除此之外,2015 年 4 月,国务院办公厅又印发了《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》。

域外对外国投资进行安全审查的制度同样也在更新发展,就在我国《外商投资法》通过的3月份,欧洲理事会批准了《外国直接投资进入欧盟的审查规定》,为欧洲的外国直接投资(FDI)规则设定了框架。该规定将在2020年10月起正式实施。

2018 年 8 月,美国外资投资委员会 (CFIUS) 通过《外国投资风险评估现代化法案》 (FIRRMA 法案)。CFIUS 作为联邦政府的专门委员会,其代表来自国防部、国土安全部等,是美国国家安全审查主体部门。在 FIRRMA 法案出台之前,美国总统和 CFIUS 已经有权出于国家安全的原因禁止或暂停外国人对美国企业的投资控制。

2018 年 10 月, CFIUS 的主管部门美国

财政部发布了 FIRRMA 法案试点计划的暂行规定。该暂行规定一是扩大 CFIUS 的管辖范围,覆盖了 27 个关键科技行业下细分的非控制类及非被动投资;二是对于试点计划覆盖到的行业内关键技术的交易,新增简易强制申报程序,即必须在交易预期完成日期的 45 天前提交关于交易基本信息的声明。如果未能提交,那么将面临最高相当于交易金额的罚款。上述试点计划已经在去年 11 月启动。

另外, CFIUS 正在制定 FIRRMA 法案的细则, 该法案将于 2020 年 2 月起全面实施。

安全审查制度的具体实施

对于我国外国投资安全审查制度的实施, 至少需要考虑三个方面的问题。

第一, "负面清单"的"瘦身"。新法明确外国来华投资的制度核心是准人前国民待遇加负面清单管理制度,目前我国正在实施的有以下几个"负面清单":一是针对外商投资的《外商投资准人特别管理措施(负面清单)(2018年版)》、二是针对国内多个自由贸易试验区外商投资准人特别管理措施(负面清单)(2018年版)》、三是针对一般市场主体和区域的《市场准人负面清单(2018年版)》以及与各类负面清单衔接的《产业结构调整指导目录(2013年修正)》。这些负面清单或指导目录的共同点即以国家安全为导

向,在重点行业领域排除特定类型市场主体的 进入。

在 2019 年 6 月底前,新修订外商投资准人负面清单、自贸区外商投资准人负面清单和鼓励外商投资产业指导目录也将发布。未来配合《外商投资法》的实施,如何保持国内自贸区的制度优势也是需要重点研究的问题。

第二,与反垄断审查制度的衔接。《外商 投资法》第33条规定: "外国投资者并购中 国境内企业或者以其他方式参与经营者集中 的,应当依照《中华人民共和国反垄断法》 (笔者注: 第31条) 的规定接受经营者集中审 查。"第2条明确外资进入中国后可以进行企 业新设、并购、投资新建项目和其他方式的投 资活动, 可以预见到, 面对我国广阔的市场容 量,各类产业部门将有更多外国资本参与到竞 争中来。反垄断制度的目的在于维护公平竞 争,增进市场的运行活力,同时维护经济安 全,我国的反垄断审查部门已经在此前多个外 资并购案件中发挥了一定的作用,未来应当讲 一步提升反垄断审查标准的科学性和审查透明 度,其次是要在国家安全审查机制的实施细则 中建立强制审查与豁免审查的标准。

在前述美国 FIRRMA 法案中,除了有简易申报程序外,其豁免申报的标准可资借鉴。从优化行政效率的角度来说,我国反垄断执法机构统一于新组建的国家市场监督管理总局,外资进入和经营的国家安全审查机制也可与之结合,提升审查协作效能。

第三,与投资经营信息报告程序的衔接。《外商投资法》第 34 条规定:国家建立外商投资信息报告制度,信息报告的内容和范围按照确有必要、严格控制的原则确定。外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息;通过部门信息共享能够获得的投资信息,不得再行要求报送。相比于负面清单管理机制,投资经营信息报告处于第二顺位,是对外资准人后的日常管理。在条文表述上,该制度已经考虑到报送机制的简化,总体而言,在优化审查程序上,还需要具体规则对前述机制的协调。

(孙宏涛系华东政法大学经济法学院副院 长,教授;刘乘昊系华东政法大学经济法学院 硕士生)

如何合理运用穿透式刑事认定方法

曹 坚

穿透式监管认定是近年来金融监管领域 的一个高频热词, 其基本含义是监管要遵循 实质重干形式、内容大干表象的原则, 诱讨 金融业务行为的表面形态看清其本质内涵, 揭开层层虚假民商事关系, 刺破傀儡式交易 主体身份,从金融业务的本源入手,将资金 来源、中间交易环节以及资金最终投向链接 起来, 甄别业务的真实性质, 根据业务的真 实功能及相应的法律明确监管规则。穿透式 金融监管契合了刑事实质化的基本内涵,即 透过纷繁复杂的虚假表象,去伪存真,抓住 行为的最本质特征,以揭示犯罪意图和犯罪 行径。当然,穿透式刑事认定多发生于比较 复杂的金融犯罪场域,涉及刑民交叉、罪与 非罪等问题,提出这种刑事认定的思路是基 于相应的司法实践经验的总结提炼, 其实质 仍是一种刑事认定的方法和思路

穿透式刑事认定须深层靶向式精准揭示 行为人的真实主观犯罪意图和目的。刑事认 定需要从主观与客观两个方面结合出发,既 看到行为人实施的客观行为的具体表现形式 和发生样态,也要认清行为人是在何种认识 和目的的支配下实施这种客观行为,避免片 面的客观归罪或主观定罪。行为人为规避刑 事查处的风险,在实施诸如非法集资、挪用 公款(资金)等经济犯罪活动时,客观上往 往借助经验丰富的专业团队,设计、制作条 款内容合法合规的各种协议、尽职调查报告、合同等法律文书,掩盖其真实的犯罪意图。所谓靶向式精准揭示,就是要在侦查、调查时,着力发现每一份经济合同、每一笔资金流水背后的真实意图,在主要书证之外,通过其他相关配套书证以及知情人员的言词证据,挖掘出行为人实施经济行为的实质意图,究竟是真实合法的商品交易、信托投资等民商事交易行为,还是隐藏在背后的经济犯罪。

穿诱式刑事认定须整体链接式串联主观 证据与客观证据。依据证据的生成来源和表 现形式, 刑事证明中的证据可区分为主观证 据与客观证据,主观证据系基于作证人的主 观认识而产生的证据, 客观证据系基于外在 物理形态而产生的证据。无论是主观证据还 是客观证据, 仅凭单一或部分证据都难以达 到客观、全面地认定犯罪事实的程度,必须 形成有机的证明体系。穿透式刑事认定既要 逐级深入地精准聚焦证明的关键点, 同时也 要重视不同证据的点面结合。在特别复杂的 经济犯罪案件中,主要犯罪分子往往隐匿于 幕后,通过代言人发号施令,以貌似合法的 经济行为实现隐藏的犯罪目的,导致刑事证 明的难度较大。主观证据要侧重于发现行为 人的真实想法意图,通过多组证人的证言逐 渐予以证实。客观证据的内容可能不一定能

够直接证明经济犯罪的构成要件,但是将其与相应的主观证据链接联系起来,恰好能够揭示整个事情的真相。整体链接式串联主观证据与客观证据是一个复杂的刑事证明过程,需要不断比对完善证明体系,不断调配适合的罪名,破除此罪与彼罪之间的似是而非的障碍,将关键性的证据嵌入具体罪名的构成要件。例如,某国有公司负责人通过虚假贸易的手段持续将巨额资金出借给其他公司使用,造成出借资金无法收回的重大损失,其行为在形式要件,在进乎符合国有公司人员滥用职权罪。但是,在进一步挖掘相关证据后发现,该负责人在出借资金供其他公司使用的过程中谋取了个人利益,则其行为无论是形式还是实质都更加符合挪用公款罪的犯罪构成。

穿透式刑事认定须上下贯通查实资金来源 与去向。资金是公司企业肌体的血液,查清资 金的来源、流转过程及最终的去向,有助于理 清案件头绪,查找有价值的线索,发现关键性 质的犯罪事实,准确定性定量。坚持穿透式刑 事认定的刑事追诉原则,向下需要追查每笔涉 案资金的最终走向和用途,向上需要还原每笔 涉案资金的国资还是非国资属性。以资金来源 与去向作为查案定案的切入点,一是能明确资 金的属性,是纯国有资金还是国有非国有混合 性质的资金。涉案资金作为犯罪对象,其性质 决定了犯罪行为的性质,查清资金来源是办理 经济犯罪案件的基础。如果资金来源不清,或者证明资金性质的证据存疑,刑事认定当遵循存疑认定有别于被追诉人的原则,就低认定非国有资金的相关罪名,或者不予刑事牢价。二是有利于追赃挽损。复杂经济犯罪案件中资金流转环节多,犯罪分子为隐瞒犯罪行为,故意制造中间交易环节,资金循环反复情况复杂。查清资金走向,能最大限度发现涉案资金"跑、冒、滴、漏"之处,尽可能减少犯罪造时的经济损失。

穿透式刑事认定须坚持疑罪从无的原则。 复杂经济案件之所以复杂,多体现为作案时间 长、流转环节多、账册等客观证据缺失严重、 被告人辩解多、资金混同现象严重等, 影响了 对犯罪事实的认定。办案中应当坚持一切从客 观事实出发,坚持证据存疑时有利于被告人的 原则。对涉案资金来源归国有单位还是非国有 单位属性不明的依法就低认定为非国有资金; 对涉案资金系单位所有还是后续经营所得存在 争议的,要全部剔除经营所得的资金,无法精 确剔除的则官全部视为经营所得资金,对非法 占有主观故意不明显其客观证据有缺陷的,依 法就低认定为其他不以非法占有为要件的罪 名; 要严格区分实际损失与可能造成的损失, 对单位资金是否形成最终损失的证据不到位 的,应当不作刑事评价。

(作者单位:上海市人民检察院第一分院)