

# “准入前国民待遇”背景下 我国外资安全审查功能定位探析

赵海乐 郭峻维

---

**摘要：**我国 2019 年初通过的《外商投资法》全面推行了准入前国民待遇加负面清单制度，这意味着已实施数十年的外资审批制度的终结。然而，此次改革所引发的风险却不应由外资审查制度进行对冲。在外资审批制度项下，我国审批机关需考量宏观经济、企业内部经营、公共政策三方面因素；而在司法实践当中，则大量出现外资准入法律被应用于民事诉讼、以形式瑕疵为由否认法律行为合法性的情形。从外资审批到外资审查，我国需废止对企业内部经营的过度干预，将关注重心转移至外资对经济、社会的影响。

**关键词：**外资审批；外资审查；准入前国民待遇；负面清单；国家安全；国家利益

[ 中图分类号 ] D912.295 [ 文献标识码 ] A [ 文章编号 ] 2096-6180 ( 2020 ) 04-0017-11

---

## 一、缘起：外资审查能否对冲准入风险？

“准入前国民待遇”加“负面清单”制度，是 2019 年初通过的《中华人民共和国外商投资法》（下称《外商投资法》）最重要的改革内容。准入前国民待遇赋予了投资者在设立阶段不低于本国投资者的权利，这原则上赋予了外资准入权，也预示着逐案审批制管理模式的正式消亡。负面清单则意味着政府的简政放权，清单外的行业将充分向外资开放投资。这不仅是我国走向投资自由化的重要一步，更是构建开放型经济新体制的重要一环。<sup>〔1〕</sup>

不过，与开放经济同时到来的，还有对于外资开放副作用的隐忧。我国持续数十年的外资规制政策一旦发生更改，是否会导致外资对我国国民经济和社会的冲击？因此，《外商投资法》正式生效后，一系列学者已纷纷撰文，论及准入前国民待遇可能带来的影响与对策。其中建议之一，就是尽快建立、健全我国外商投资安全审查制度，以平衡准入政策带来的影响。学者著述当中通常在论及外资安全审查制度必要性的同时，还会援引美欧立法例，表示发达国家普遍在实行准入

---

〔作者简介〕赵海乐，吉林大学法学院副教授，法学博士。郭峻维，吉林大学法学院 2019 级法学硕士。

〔基金项目〕2017 年教育部人文社会科学研究青年基金项目“海外投资利益保护视角下的我国国家安全制度构建研究”（项目批准号：17YJC820068）；2018 年教育部人文社会科学研究基金项目“经济全球化升级与 WTO 法改革的中国方案研究规划基金项目”（项目批准号：18YJA820002）。

〔1〕刘敬东：《全面开放新格局的国际法治内涵与路径》，《经贸法律评论》2019 年第 1 期，第 69-85、132 页。

前国民待遇的同时辅以外资审查制度。<sup>(2)</sup>

从内容上讲,上述建议完全符合我国国情。从《中华人民共和国国家安全法》到《中华人民共和国外商投资法》,我国的确一直在筹划建立自己的外资安全审查制度。然而,从功能上讲,能否简单地认为外资审查制度目的在于对冲“准入前国民待遇”带来的风险,这依然有待商榷。毕竟,从规模上讲,在美欧等任何一个同时存在上述两项制度的国家,接受外资审查的企业数量都远远小于获得“准入前国民待遇”的企业;从对象上讲,相当一部分国家的外资审查的传统重心都在于外资的并购行为而非新设投资,而后者恰恰是准入前国民待遇最大的受益者。因而这难以解释,规模更小、对象更加狭窄的外资审查制度,如何能够精准地对冲更加普适的“准入前国民待遇”引发的风险?因此,在中国当今的外资法律重构历程当中,有必要对已废止的外资审批制度与即将建立的外资审查制度进行功能上的比照分析,寻求新时代下外资审查制度应有的价值取向。这不仅有利于我国未来的规则建构设计,还将有助于回应外资对此的质疑:准入前国民待遇带来的红利,是否会因外资审查制度而名存实亡?

## 二、我国外资审批制度的功能探析

### (一) 制度设计中的外资准入审查功能架构

我国外商投资法律制度的建立,最早可追溯至改革开放之初“三资企业法”的制定。《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》分别制定于1979年、1986年和1988年,随后经历了数次修订,且配套出台了《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》《中华人民共和国外资企业法实施细则》《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》(以下均用简称,如《中外合资经营企业法》《外资企业法》《中外合作经营企业法》等,均于2020年1月1日废止)。在此之后,外资项目管理规则(如2004年《外商投资项目核准暂行管理办法》)、投资产业指导目录与外资并购特别管理规则(如《关于外国投资者并购境内企业的规定》)相继出台,共同构成对外资准入的规定。

我国对于三资企业的审查,存在原则性要求与否定性条件。其中,合资企业“应当能够促进中国经济的发展和科学技术水平的提高,有利于社会主义现代化建设”,且不得有损中国主权、违反中国法律、不符合国民经济发展要求、造成环境污染;签订的协议、合同、章程显属不公平,损害合营一方权益。<sup>(3)</sup>与之类似,合作企业不得存在“损害国家主权或者社会公共利益;危害国

---

(2) 朱一飞:《我国国家安全审查制度之功能定位——兼与美国国家安全审查制度比较》,《云南大学学报(法学版)》2009年第1期;陈云东、冯纯纯:《美国外国投资国家安全审查制度解析与应对》,《湖南科技大学学报(社会科学版)》2018年第3期;王宇鹏:《欧美加严外资安全审查的趋势特点和分析建议》,《国际贸易》2018年第5期;胡加祥:《国际投资准入前国民待遇法律问题探析——兼论上海自贸区负面清单》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期;杨海坤:《中国(上海)自由贸易试验区负面清单的解读及其推广》,《江淮论坛》2014年第3期。

(3) 《中外合资经营企业法实施条例》第3、4条。

家安全；对环境造成污染损害；有违反法律、行政法规或者国家产业政策的其他情形”。<sup>(4)</sup> 此处特别论及了国家安全与产业政策两项因素。而对于外资企业，一方面“必须有利于中国国民经济的发展，能够取得显著的经济效益。国家鼓励外资企业采用先进技术和设备，从事新产品开发，实现产品升级换代，节约能源和原材料，并鼓励举办产品出口的外资企业”。另一方面，有损中国主权、社会公共利益、危害国家安全、违反中国法律法规、不符合国民经济发展要求、可能造成环境污染的企业设立申请将不予批准。<sup>(5)</sup>

外资并购理论上讲属于外资准入范畴，但各国传统上均对此进行特别规制，在我国，《关于外国投资者并购境内企业的规定》于2006年公布、2009年修订，其中一方面规定了外资并购境内企业需同时满足外商投资产业目录的规定和以上“三资企业法”关于外资企业设立的规定；另一方面还规定，外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事人应就此向商务部进行申报。<sup>(6)</sup> 除此之外，外国投资者股权并购，还应向审批机关报送“被并购有限责任公司股东一致同意并购的决议”或“被并购境内股份有限公司的股东大会决议”；并购后企业设立外资企业的申请书与境内外投资者的基本情况；以及被并购境内公司的职工安置计划。外国投资者进行资产并购，向审批机关报送的文件包括境内企业同意出售资产的决议、外商投资企业设立申请书和合同及章程等内容、投资者和被并购企业的身份证明，以及被并购企业职工安置计划。<sup>(7)</sup> 除此之外，第51条规定了并购的反垄断审查。

综上，至少从法制构建的角度，我国审批机关的考量因素需包括如下三个层面：其一，宏观经济层面，如对外商投资企业促进中国经济发展、科学水平提高的要求，以及外商投资企业不得破坏国家产业政策等；对于外商投资项目的核准也有类似要求。其二，企业内部经营层面，如技术来源、原材料购买和产品销售、外汇收支安排等，甚至可能包括合资合同是否显失公平。其三，公共政策层面。此处的公共政策包含国家主权、安全、社会公共利益与环境污染，同时也可能包括就业、职工福利与职工安置，以及国家经济安全或驰名商标、中华老字号的保护。

当然，从1979年到2019年，40年来我国外资管制法律不断放宽、准入门槛不断降低，即便同一部法律在不同时代背景下的理解与执行也必然存在差异。鉴于我国并无外资审批的信息公开机制，因而对审批机关的决策进行个案研究并不现实。不过，由于上述法律法规并未禁止就外资管制问题提起诉讼，因而上述法律法规的具体实施仍然有案可循。因此，下文的分析将基于对外资法律相关判例的研究，进一步分析我国外资审批法律制度设计在实践当中的落实与价值取向。

---

(4) 《中外合作经营企业法实施细则》第9条。

(5) 《外资企业法实施细则》第3、5条。

(6) 《关于外国投资者并购境内企业的规定》第12条。

(7) 《关于外国投资者并购境内企业的规定》第21、23条。

## （二）司法实践中的外资审批法律功能研究

从司法实践角度对外资准入法律进行审视，将会发现两点特异现象：其一，较之于外资准入法律 40 年的实施而言，相关案例数量并不多。举例来讲，援引《中外合资经营企业法实施条例》的裁判文书仅有 908 篇，其中援引第 3 条、第 4 条“合营企业批准条件”的案例仅有 6 起；援引第 6 条“审批机关”、第 7 条“审批文件”的案例仅有 44 起。<sup>(8)</sup>其二，即便在上述相对有限的案例当中，尚有很大一部分案例属于民事诉讼而非行政诉讼，这部分案件诉因多为外资企业合资、合作合同纠纷或股东间纠纷，而非外资准入法律原本应解决的外资企业准入问题与待遇问题。

### 1. 外资准入法律在民事诉讼中的应用

外资准入法律在司法实践当中的重要应用方式，是确定民事法律行为的有效性。这可能体现为合资经营、合作经营合同本身的有效性，也可能体现为股份代持协议、隐名投资合同的有效性。提起诉讼的一方通常为合资、合作一方当事人，且援引我国外资准入法律的目标通常在于否认此前法律行为的效力。例如，在庄杰清股东资格确认案中，争议焦点之一即为原告（香港公民）隐名出资的行为是否有意规避我国外资管理法律；但法院认为，由于所成立公司经营项目并不涉及国家准入特别管理措施，且依据《中华人民共和国中外合资经营企业法》目前已不要求《合作成立投资公司协议书》报国家对外经济贸易主管部门审查批准，该协议书效力因而不受影响。<sup>(9)</sup>此案当中的隐名投资或许的确存在规避我国外资准入审查的故意，但该案法院处理此问题时，关注的并非规避行为本身而是规避行为效果。此种裁判方式也一再出现于类似案件当中。<sup>(10)</sup>

需特别强调的是，我国法院在处理此类问题时普遍采用从新原则。对于行为作出时违法但立案后已不再违法的行为，我国法院通常支持其效力。例如，对于依旧法应当审批但依新法无需审批的合同，法院会依照新法律肯定该合同效力。<sup>(11)</sup>对于合同签订时外资股份比例受限但案件审理时不再受限的合同，法院同样会肯定合同效力。<sup>(12)</sup>然而，对于行为作出时合法但立案后违法的行为，我国法院仍将否认此行为的合法性。例如，在李洪升股权转让纠纷案中，即便法院认定原告依据合同法有权要求返还股份，但涉案公司经营项目——高尔夫球场在我国 2007 年、2011 年《外商投资产业指导目录》当中均为“禁止”类，因而原告作为厄瓜多尔公民无权获得该公司股份。<sup>(13)</sup>

(8) 此统计源于“北大法宝”，截止日期为 2020 年 5 月 10 日。

(9) 庄杰清与熙晟（泉州）投资有限公司股东资格确认纠纷一案民事判决书，（2016）闽 05 民初 600 号。

(10) 北京骏网在线电子商务有限公司等与吴洪彬公司解散纠纷一案民事判决书，（2014）一中民（商）终字第 9542 号。

(11) 莆田市交通投资集团有限公司与华力资本投资控股有限公司、深圳四平投资有限公司合同纠纷一审民事判决书，（2017）闽民初 134 号。

(12) 任勇、中国金投能源（集团）有限公司等与付开祥等确认合同有效纠纷一案民事判决书，（2018）川 05 民初 320 号。

(13) 厄瓜多尔李洪升进出口贸易公司与河北盛泰房地产开发集团有限公司股权转让合同纠纷二审民事判决书，（2014）冀民三终字第 6 号。

## 2. 外资准入法律在行政诉讼中的应用

外资准入法律最常见的应用方式，当属作为行政诉讼的法律依据，用于判断外资准入审批机关行为的合法性。只不过，目前暂未发现由投资者起诉审批机关拒绝其新设外资企业的案例；绝大多数案例均在企业设立后、经营行为当中展开，如外资并购或投资者追加资本。在此过程中，涉案行为多为准入审批机关批准或拒绝批准股权或资本变更的行为。

从理论上讲，我国外资准入的设立审批较之于变更审批应当更加严格。设立阶段审批应进行实质审查，即“审查投资的经济效益对东道国经济发展目标和国家利益的关系”，其具体内容包括产业政策审查、经济安全审查、反垄断审查。相应，企业变更阶段的审批目的主要在于保证审批内容的持续稳定性，避免在变更阶段规避国家强制性法律。<sup>〔14〕</sup>不过，在实践当中，对于变更审批，我国法院多要求审批机关承担“审慎义务”，即变更审批材料本身形式是否无误。例如，在上海市阳陆公司诉烟台市莱山区商务局案中，二审法院即认为，被告在审批过程中因“未能注意到上海阳陆实业发展有限公司印文、‘袁立’签名与双方认可的文件不是同一枚印章盖印”而违反了审慎义务，应当予以撤销。<sup>〔15〕</sup>又如，在董全军诉即墨市商务局对于公司章程变更的许可案中，一审法院同样认为，即墨市商务局未在对章程变更的实质性审查当中尽到审慎义务，未能注意到公司章程变更需符合《中外合资经营企业法实施条例》的要求——出席董事会会议的董事一致通过，因而其作出的批准许可无效。只不过，此案二审法院认为，此种违反审慎义务的行为尚未达到《中华人民共和国行政诉讼法》第75条中“无效”的“重大且明显违法情形”。<sup>〔16〕</sup>

同时需说明的是，此类案件几乎不存在针对外资审批的具体行政行为的适当性展开。法院更倾向于依据确定的法律标准否定行政行为的合法性，如当事人提交文件不符合我国外资审批细则、文件真实性值得质疑、外资审批流程违反法定程序<sup>〔17〕</sup>；但对于审批机关拒绝的通知，法院并不愿深入分析其决策过程或理论基础。一个典型的例子是，在洛阳忠诚集团诉河南省发改委案<sup>〔18〕</sup>中，河南省高级人民法院拒绝审理“河南省发改委拒绝忠祥公司股权并购及增资申请”是否正当这一问题，尽管发改委增资核准函件属于河南省商务厅批准并购的前置条件。而即便存在实质审查问题，在实践当中几乎全部案例均被简化为依照《外商投资产业指导目录》与《产业结构调整指导目录》进行对照。例如，在“彩帝公司案”中，争议焦点即为“涉案印刷机是否符合2005年版《产业结

〔14〕 天津市顺通化工机械贸易有限公司与天津市津热供热集团有限公司股权转让合同纠纷上诉案，（2010）二中民二初字第71号；（2010）津高民二终字第33号。此案例及评述同时载于《人民司法·案例》2012年第4期。

〔15〕 上海阳陆实业发展有限公司与烟台市莱山区商务局、烟台市莱山区人民政府一审行政判决书，（2017）鲁0613行初58号。

〔16〕 即墨市商务局与董全军行政许可二审行政判决书，（2016）鲁02行终640号。

〔17〕 参见莎乌西娜·达妮娅诉沈阳市铁西区对外贸易经济合作局外资管理行政许可案，（2014）辽行终字第00137号。该案判决表明：“根据正当程序原则，沈阳市铁西区对外贸易经济合作局应在作出具体行政行为之前，告知利害关系人陈述和申辩的权利，现没有证据证明其履行了该程序。”

〔18〕 洛阳忠诚集团有限公司、洛阳忠祥新能源科技股份有限公司诉河南省发展和改革委员会撤销复函案，（2014）豫法行提字第00018号。

构调整指导目录》中鼓励类项目”，且此问题直接由我国海关总署致函国家发改委加以确定。<sup>〔19〕</sup>目前尚未发现以经济安全或反垄断问题为由否定外资准入或变更的案例。

### （三）小结：我国外资准入审查的立法目标与实践比照

仅从立法角度分析，我国外资准入审查本应集中于宏观经济政策角度考量，如要求外资应当促进中国经济发展、与产业政策相一致；同时也应当适当考量公共政策层面，如国家主权、安全、就业等；甚至还会包括对合营合同是否显失公平等企业内部经营事项进行审查。不过，对我国司法实践进行分析发现，至少在判决文本当中，我国外资准入法律的应用方式已存在一定偏移。

其一，外资准入法律当中的强制性条款被大量用于私人讼争当中，被合资、合作企业股东用于否定此前法律行为的效力。鉴于在民事诉讼当中，法官并无权力要求当事人先将此问题提交行政诉讼，因此，法院“被迫”适用作为行政法的外资准入法律，并实际上对已由外资审批机关批准或备案的合同、公司章程等的效力进行二次评价。

其二，目前极少出现就绿地投资审批程序开展的行政诉讼，几乎全部行政诉讼均是针对变更审批展开。在我国并未禁止投资者就外资准入问题提起诉讼的情况下，这很可能是由于准入阶段对投资者的限制并不足以引发大量纠纷。这或是因为投资者被拒绝进入的案例本身并不多见，或者因为投资者被拒绝存在明确的法律依据（如《外商投资产业指导目录》的明确规定）。

其三，在变更审批当中，目前的司法实践并不足以揭示行政机关的具体考量因素。在现有的判例当中，几乎全部涉及“产业政策考量”均被等同于“该行业是否处于外商投资产业目录‘禁止’类项目”；而关于我国外资法律中的主权、安全、就业、促进我国科技进步等因素，理论上出现在法律当中，但至少在涉诉案例当中从未提及此类因素。

基于以上三方面偏移，对于我国从外资审批到外资审查的变革的研究，固然需从文本演进的角度研究，但同时必须考虑司法实践中的外资审批现实，进而更为精确地研究当前外资审查制度创新的实质所在。

## 三、从外资审批到外资审查：我国需进行何种改革？

从外资审批到外资审查，这是我国进一步扩大开放投资的进程；然而，开放投资并不意味着一味地简政放权。如果将上述司法实践同样考量在内，从外资审批到外资审查的过程，将同时存在“破”即废除落后于时代要求的审批规则，与“立”即进一步强化外资审查的特别元素。

### （一）废止内容：对企业内部经营的过度干预

首先，外资审批法律中对合同公平性的关注，已不再是外资审查的关注重点。上文对我国立法与司法实践的分析足以表明，在外资审批体制下，相当一部分外资法律被用于处理当事人之间

〔19〕 广西南宁彩帝印刷有限公司与广西壮族自治区工业和信息化委员会内贸行政确认纠纷上诉案，（2012）南市行终字第25号。

法律行为的合法性，如合同的合法性等。<sup>(20)</sup>大量的欠缺合法性的法律行为在民事诉讼中被否认其效力。这显然不是我国外资审批法律构建之初试图达到的目的。事实上，从2010年后的案例当中也能够看出，在相当一部分民事案件中，法院已放宽了对合同效力的审查标准，在合同不与现行法律相抵触的情况下尽可能承认其效力。随着大量外商投资门类从审批制转为备案制，合资、合作合同甚至已不再需要提交审批机关审查。当这一趋势从外资审批改革直接扩展至外资审查，对合同内容与实质公平的关心显然将进一步弱化。

其次，随着“三资企业法”的正式废止，外资审批制度下对于外资企业内部管理特别要件的要求同样将被废止。《外商投资法》的规制重心已不再是三资企业具体的商事组织结构和行为规则，而是“国家对待外商投资的基础性、原则性和普遍性立场和规范”。<sup>(21)</sup>此种倾向同样可以从法律名称的变革当中获知——“三资企业法”重心在于“企业”，而《外商投资法》重心则在于投资保护、投资开放与投资规制。企业的组织形态问题不仅不再是《外商投资法》的关注内容，而且恰恰是《外商投资法》希望在五年过渡期后全盘交由《公司法》加以规制的内容。因此，可以预计的是，上文提及的外商投资企业内部股东就公司治理问题的大量民事诉讼将不再因其“外资”属性而具有特异性；外资审批部门未来也无需因三资企业特别的组织形式而被迫承担大量“审慎义务”。

最后，外资审批制度项下由于审批机关对企业经营过程中的持续监管所引发的大量案例同样将不复存在。上文对司法实践的回顾表明，绝大多数由外资审批而引发的案例，均出现在企业变更审批阶段而非准入阶段。诸如法人代表、企业增资、公司章程修订等任何重大事项变更均可能引发审批要求。随着“三资企业法”实施条例和实施细则的废止，上述持续监管要求同样不复存在。外资审查因而无需再次承担持续监管的职责。

## （二）新增内容：对外资经济、社会影响的进一步关注

在将公司内部治理问题交由当事人意思自治的同时，我国外资审批法律曾经强调但司法判例当中鲜少出现的对公共利益问题的关注，反而应当成为外资审查的关注重心。这一方面是由于我国从外资审批到外资审查，制度设计的整体取向已经转向投资保护与扩大开放，因而对外资的审查理应转向对“开放”副作用的防范。另一方面，更重要的是，我国一系列外资审查相关文件已对此进行了明示。具体来讲，我国外资安全审查虽在《外商投资法》与《外商投资法实施条例》当中均被描述为“国家安全审查”，但至少从现行的外资并购安全审查规则中可知，其具体审查内容实际上包含了国家安全与国家利益。例如，2011年《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》对审查内容的规定除包括国家安全因素之外，还包括“并购交易对国家经济稳定运行的影响”和“并购交易对社会基本生活秩序的影响”。而2015年《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》在此基础上，还包括了“对国家文化安全、公共道德的影

<sup>(20)</sup> 对行政行为与民事权利的相互作用问题的详细论述，参见李永军：《民法典编纂中的行政法因素》，《行政法学研究》2019年第5期。

<sup>(21)</sup> 丁丁：《从双轨到并轨：外商投资企业的法律适用之变》，《法律适用》2019年第14期。

响”。考虑到我国自由贸易试验区已然先于《外商投资法》展开了“准入前国民待遇”试点工作，此种对外资审查功能的界定在准入前国民待遇全面铺开 after 仍然具有参考意义。

不过，对外资经济、社会影响的进一步关注，同样不代表外资审查工作将全面继承外资审批机关的考量因素。从宏观经济角度来讲，外商投资是否必须促进中国经济发展、提高科学水平、不得破坏国家产业政策，此问题是否需提交审查，尚需取决于我国的外资审查究竟采用“国家利益”标准还是“国家安全”标准。而从公共政策层面考量，《关于外国投资者并购境内企业的规定》先后规定了职工安置、中华老字号或驰名商标保护、反垄断审查等一系列因素。这些要素的确需要在并购进程中考量，但是否需要外资审查机关考量却仍有疑问。毕竟，《外商投资法》并未对外资并购的反垄断审查进行额外的规定，仅要求其“依照《中华人民共和国反垄断法》的规定接受经营者集中审查”；且“外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理”（第28条）。因此，对外资审查工作的具体制度设计，还将取决于我国商务部对于宏观经济管理的具体权力划分。

#### 四、我国外资审查制度的具体安排展望

综上，对我国外资审查制度功能的理解，首先在于其公共政策而非私权规制的价值导向；其次在于其与反垄断机关、知识产权保护机关等的公共职能分担。这两重制度功能的区分，又进一步决定了我国外资审查制度在公共政策价值导向下的具体制度安排。

##### （一）外资审查部门与其他部门的公共职能分担

从公共职能分担角度而言，上文分析已经表明，我国外资审查制度除服务于国家安全之外，还服务于国家经济稳定运行与保障社会基本生活秩序。这固然区别于狭义的国家安全审查，但同时也并未排除与反垄断审查、知识产权保护、人力资源保障等其余政府职能的关联。此前，或许并未出现各级发改委与商务厅局以上述原因为由拒绝外资进入的案例；但就域外外资审查案例而言，外资审查部门对上述问题进行考量以至于同上述政府机关展开合作的现象并不少见。以澳大利亚为例，其外商投资审查委员会（FIRB）在长江基建并购 APA 公司案中，就将澳大利亚竞争与消费者委员会的反垄断审查许可作为并购前置条件。然而，在此案当中，即便长江基建已获得反垄断许可，FIRB 仍然有权就竞争问题进行进一步考量；尽管，此种考量已不仅限于竞争格局本身，其关注的更多是外资在竞争中的地位 and 影响。<sup>(22)</sup> 考虑到外资审查原本就是作为“安全阀”、仅在例外情况下需提交审查，而非外资审批这样的常规性程序，因此，我国同样可以效仿此种制度安排，在政府部门之间就公共职能进行分担的同时，在内外资“一视同仁”的原则之上允许在个案当中考量外资影响。<sup>(23)</sup>

---

(22) Andrew Corkhill, Australia: Treasurer uses FIRB powers to reject \$13 billion bid by CKI for APA Group on national interest grounds, 28 Nov. 2018, <https://www.mondaq.com/australia/inward-foreign-investment/758984/treasurer-uses-firb-powers-to-reject-13-billion-bid-by-cki-for-apa-group-on-national-interest-grounds>.

(23) 孔庆江、丁向群：《关于〈中华人民共和国外商投资法〉立法过程及其若干重大问题的初步解读》，《国际贸易问题》2019年第3期，第1-13页。



## （二）作为投资自由“例外”的外资审查特性探析

考虑到准入前国民待遇属于我国外商投资法的原则性规定而外资审查仅仅是投资自由的例外性规定，此种“例外”因而决定了外资审查作为外资监管的“非常规性”工作，其启动条件、执行机关等均应具有特异性。

第一，鉴于外资审查是对投资自由的例外性规定，因此，外资审查机关必然具有较高级别，以通盘把握投资自由与经济安全、产业利益等其他价值之间的关系。目前，我国外资审查机关为国家发展和改革委员会，具体执行部门为外国投资国家安全审查部际联席会议。<sup>(24)</sup>此种权力不宜再次下移，更不宜授权省市级发改委代为完成部分职责。

第二，外资审查或许会涉及外商投资与我国产业政策之间的关联，以及产业政策是否符合国民经济发展方向，但外资审查绝不应等同于负面清单审查。判断一项外商投资是否被纳入负面清单、是否因而需特别审批程序、是否需遵循中资控股的特别规定等属于常规性工作，而外资审查则作为例外性安排，审查内容必然且必须有别于负面清单审查。

第三，正是由于外资审查属于例外而非原则，因此，对外资审查的启动条件界定不宜机械照搬外资审批的“投资金额”标准。这是因为，一定金额以上的投资与并购或许由于其体量而将引发强制申报义务，但可能触发外资对国家安全、经济社会问题威胁的绝不止于“投资规模”这唯一因素。从美欧外资审查立法也可看出，即便在设定了“门槛金额”的国家，也通常为审查机关保留了对任何其认为可能存在威胁的外商投资进行审查的权力；而近年来外资审查的普遍趋势，是在进行并购审查的同时，对关键基础设施领域投资、关键技术领域投资、外国政府投资等特殊投资类型降低或取消门槛金额，同时将绿地投资纳入审查范围。毕竟，外资对本国关键基础设施的控制可能对国家安全产生的威胁，并不因此种控制是基于并购还是绿地投资而有所差别；而外资并购关键技术产业，甚至只需很小规模的非控制性投资就可获知技术秘密。因此，作为投资自由的例外，我国外资审查的启动条件或可采纳投资金额标准以减轻审查机构负累；但同时也应认识到特定领域（如关键基础设施、关键技术、外国政府投资、信息安全）风险的特异性，进而针对该特定风险设定特异化的外资审查启动条件。

必须承认的是，我国目前对外资审查启动条件的规定还相对粗糙。我国最早的规定，见于2011年《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》之中。其中明示，外资审查的范围，是“外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得”。然而，随着我国负面清单管理模式开始试点，我国外资审查似乎也扩展到了新设投资：2015年《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》中，一方面强调其目的在于“试

<sup>(24)</sup>《中华人民共和国国家发展和改革委员会公告》，2019年第4号。2011年《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》。

点实施与负面清单管理模式相适应的外商投资国家安全审查”；另一方面，将安全审查范围拓展至以上情形的“投资且取得实际控制权”。2015年《中华人民共和国国家安全法》第59条和2019年《外商投资法》也同样将国家安全审查对象界定为对“外商投资”而非“外资并购”，因而也为外资审查扩展至新设投资留下了制度空间。

对以上规则进行分析可知，我国外资审查从范围上讲未必局限为“并购审查”。然而，简单地将外资审查范围扩展至对特定行业的“投资且取得实际控制权”，同样有“一刀切”之嫌。对此的安排完全可以更为细致：一方面，对于关键基础设施（可能包括军工、农业、能源资源产业在内）的外商投资审查完全可以不设门槛金额，也可以不区分外资并购与绿地投资；但此中安排必须与负面清单共同实施，以提升外资管理工作的透明度；另一方面，对于关键技术、关键信息等“接触即致损”的行业，也完全可以不以“控制权”作为外资审查门槛。

### （三）对外资审查的司法监督

外资审查的司法监督问题仍需进行更加细致的安排。当前，世界各国在此问题上的做法并不一致：美国在其2018年《外国投资风险评现代法案》（FIRRMA）当中明确表示，对外资审查仅能进行范围极为有限的司法监督，且仅限于程序问题而非实体问题；而澳大利亚则明确否定任何形式的司法监督。而对我国而言，对外资审批的司法监督，问题却并不在于是否应当监督，而是在于此种监督同时“过宽”与“过严”。所谓“过宽”，是指上文当中所提及的，与外资审批相关的大量行政法规被用于民事诉讼当中，甚至被一方当事人用于否认其先前法律行为的效力，导致民事庭法官被迫履行司法监督职责；而所谓“过严”，则是指仅有外资企业股东方有权对此提出质疑，利益相关者既无诉权也无机会对此提出质疑。例如，在吕良诉南阳市卧龙区发改委案<sup>〔25〕</sup>当中，吕良为涉案土地使用权人，其对南阳市卧龙区发改委批准外商投资者开发土地这一行为提起行政诉讼，但此案以其并不享有诉权而被驳回起诉。仅从行政诉讼的角度来讲，此判决或许并不违法。然而，正如上文所分析的，外资审查是一个公共利益考量的过程，而非单纯的私权确认过程。当公共利益不可避免地成为外资审查的考量因素之一时，即便不在行政诉讼当中赋予当事人诉权，亦应当以其他途径给予利益相关者发表意见的权利。

## 五、结语

从外资审批到外资审查，这是我国深化改革与扩大开放进程中的又一里程碑。<sup>〔26〕</sup>正如本文开头所论及的，我国持续数十年的外资规制政策一旦发生更改，无疑会引发外资对我国国民经济和社会的冲击，甚至出现类似我国“入世”之初对外国商品大量涌入的担忧。然而，外资审查至多能够用于对冲外资引发的公共利益风险，而不宜用于处理外资对我国国民经济的冲击。

〔25〕 吕良诉南阳市卧龙区发展和改革委员会确认行政违法案，（2016）豫13行终269号。

〔26〕 张倩雯、王鹏：《双边投资协定国民待遇条款的中国实践：历史经验与未来演进》，《国际商务（对外经济贸易大学学报）》2018年第5期，第119-130页。

首先，外资审查不宜用于维护我国产业政策与区域经济布局。外资投资于高耗能、高污染行业或明显产能过剩产业等的确会对我国国民经济带来冲击，但内资企业也同样可能会造成同一结果。因此，以外资审查为干预手段无疑会造成对外资的歧视，这也与我国正在推行的“准入前国民待遇”背道而驰。即便我国使用产业政策对此加以调控，产业政策也应当符合“由差异化、选择性向普惠化、功能性转变”的改革趋势，而不应在内外资之间造成事实上的差别待遇。

其次，外资审查不宜干预企业的具体商事行为。除被列入负面清单的重点行业之外，关于外资企业是否会凭借其技术、知识产权、规模经济等优势对我国国内产业产生冲击的问题，或归结于市场调节，或归结于竞争法规制，而非作为外资政策的一部分单独立法。在此问题上，同样有必要实现国民待遇。

最后，我国外资审查真正需要对冲的风险，是外资对我国社会利益的冲击，如对国家安全、对公民信息安全、关键基础设施安全的威胁等。外资凭借其经济体量对就业、民族文化保护等方面的影响也同样可以纳入考量范畴。从内容上讲，基于此种“社会风险”的外资审查，完全不必拘泥于“国家安全审查”，而可以扩展至“国家利益审查”。从范围上讲，外资审查也完全可以扩展至绿地投资，至少对于国家安全与关键基础设施问题可以如此。

综上，准入前国民待遇作为我国推进投资自由化的重要举措，不可避免地会带来新的风险。然而，其中的部分风险的出现，如市场风险与竞争风险，恰恰是外资管理体制改革的题中应有之义；政府简政放权的目标，恰恰是将部分风险交于“看不见的手”加以调整。从这一角度来讲，外资审查完全无须对冲此部分纯经济风险。而对于外资准入带来的政治与社会风险，则恰恰是外资审查的题中应有之义。此种对我国外资审查制度的功能定位，将直接决定未来外资审查制度的构建方式与服务目标。

## The Function of China's Foreign Investment National Security Review under the Background of "Pre-entrance National Treatment"

ZHAO Haile GUO Junwei

**Abstract:** China's Foreign Investment Law promulgated in early 2019 thoroughly implements a pre-entrance national treatment and negative list approach. This indicates the end of decade old foreign investment examination and approval system. Meanwhile, any risk that arises from such reform is not meant to be offset by foreign investment review. Under the system of foreign

(下转第 55 页)