

论负面清单对安全审查范围的标定

王云鹏 丁 丁

摘 要：安全审查制度的不确定性，根植于该制度的功能与目的，旨在保障东道国规制权力的弹性边界。国际法上甚难通过立法或条约解释的方式实现对安全审查制度的协调；国内的安全审查制度立法及其适用更是倾向于维护这一不确定性。负面清单制度已经成为外资管理的基本体制，可以以其统御安全审查制度的运行，以“标定”安全审查的交易范围，提高安全审查制度实施的透明度。

关键词：国家安全审查；外商投资法；负面清单；投资准入

[中图分类号] D996.4 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 04-0001-16

一、问题的提出

国家安全审查已经成为阻碍全球范围内跨境投资的重要机制。据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）统计，因安全审查为由否决的跨境并购影响的国际投资金额达 1 500 亿美元。^{〔1〕}各国在对外国投资实施安全审查的过程中，倾向于扩张审查范围、模糊审查标准、弱化审查结果的可问责性^{〔2〕}，意图以充满弹性的制度最大程度上实现东道国的国家规制权。但是，这种不确定性为保护性和歧视性的单边措施提供了机会，使得投资保护主义的实践不断侵蚀本就缺乏多边规制的国际投资秩序，制约了全球经济的复苏与增长。中国的对外投资也深受其影响。据国务院新闻办公室发布的《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》，中国企业成为美国外资投资委员会（CFIUS）滥用国家安全审查的主要受害者。^{〔3〕}加拿大^{〔4〕}、澳大利亚^{〔5〕}、欧盟^{〔6〕}等国家和地区纷纷效仿，以安全审查制度

【作者简介】王云鹏，河南大学法学院/知识产权学院副教授，法学博士。丁丁，对外经济贸易大学法学院教授，法学博士。

〔1〕 据 UNCTAD 最新发布的《世界投资报告 2019》，55 个经济体发布的投资措施中有 1/3 是限制性投资措施；东道国采取这些措施的动机就是对国家安全的关切。UNCTAD 认为，这些措施导致了国际投资政策的不确定性，削弱了国际投资者的信心。See UNCTAD, WORLD INVESTMENT REPORT 2019: SPECIAL ECONOMIC ZONES 84-85 (United Nations Publications, 2019)(hereinafter referred as “UNCTAD/WIR/2019”).

〔2〕 以美国《外国投资风险评估现代化法案》（FIRRMA）为例，该法案在 2007 年《外国投资与国家安全法》（FISMA）基础上，将审查范围扩充至特定的不动产交易，增加了“关键技术企业”和“重要基础设施企业”概念，纳入对恶意网络活动的安全考量，强调“特别关注国家”增加了制度实施的歧视性，扩充了不受司法审查的范围等。参见漆彤、汤梓奕：《美国〈2018 年外国投资风险审查现代化法案〉介评》，《经贸法律评论》2019 年第 3 期，第 80-83 页。

〔3〕 参见国务院新闻办公室：《关于中美经贸摩擦的事实与中方立场》（2018 年 9 月），第三部分“美国政府的贸易保护主义行为”，https://www.gov.cn/zhengce/2018-09/24/content_5324957.htm#allContent，最后访问时间：2020 年 3 月 8 日。（转下页）

作为应对中国海外投资扩张的主要政策工具，中国企业正常的海外投资活动受到严重阻碍。⁽⁷⁾

安全审查制度的滥用损害了国际投资制度的“开放、非歧视、透明、可预见”原则⁽⁸⁾，并构成中国企业海外投资的重要政策风险。这使得安全审查制度成为我国国际经济法领域长期关注和研究的一个热点问题。研究的重点是该制度的历史沿革、概念体系、结构设置、审查范围、审查标准和问责机制等。研究的目的是，一方面在于释明安全审查制度运行的内在机理和外在影响，为中国企业“走出去”提供应对性建议；另一方面则在于通过比较与借鉴，作为反制措施，建立并完善中国对外资的安全审查制度。自加入世界贸易组织（WTO）以来，中国始终坚定支持多边贸易体制，积极推进贸易投资自由化和便利化⁽⁹⁾；坚定反对“逆全球化”思潮，倡导“合作共赢”，深化全方位对外开放，建设开放型世界经济，构建人类命运共同体。⁽¹⁰⁾ 对于国际经贸领域安全例外被滥用所导致的贸易保护主义和投资保护主义，中国有责任提出解决这一问题的中国方案。

关键的问题是如何合理地弱化安全审查制度的不确定性，从而实现投资开放与国家安全之间的平衡。从安全审查制度实施的效应来看，弱化安全审查制度的不确定性，事实上就是要对国家基于经济管理主权所制定的国内投资管理措施进行规范，特别是投资准入措施。在国际法上，在投资准入已经普遍实现国民待遇和最惠国待遇的背景下⁽¹¹⁾，安全审查制度的合法性根植于国际经

（接上页）

（4）梁咏、李寰宇：《加拿大外资国家安全审查制度对中国的借鉴》，《国际贸易法论丛》2015年第6期，第152页以下。

（5）刘思源：《澳大利亚的国家安全审查制度及我国的应对：以“国家电网收购澳洲电网案”为视角》，《时代法学》2018年第4期，第114页。澳大利亚财政部长以国家安全为由拒绝了此次并购；中方认为该决定存在明显的保护主义倾向。

（6）廖凡：《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》，《法商研究》2019年第4期，第182页。作者认为，该法对中国的指向性明显。

（7）中国对美投资自2017年开始呈明显下降趋势，自2016年的465亿美元下滑至2018年54亿美元。这一趋势主要是受美国投资环境的影响，其中重要的干扰因素就是针对中国歧视性的外资并购安全审查。据CFIUS发布的年度报告，自2012年以来，中企受审查案件数量出现激增，列各国之首。据CFIUS统计，2015—2017年间，共计审查552起，中企受审案件143件。See CFIUS, *Annual Report to Congress: CY 2016 and CY 2017*, pp. 18—19, <https://home.treasury.gov/system/files/206/CFIUS-Public-Annual-Report-CY-2016-2017.pdf> (last visited Mar.8, 2020). 中资企业在澳大利亚和欧洲的投资也受到安全审查的负面影响。除前注5提及国家电网案之外，中国交建收购加拿大企业Aecon、福建宏芯收购德企爱思强（Aixtron）、烟台台海集团收购莱菲尔德等并购受阻，表明加拿大和德国等传统以投资开放和投资自由自诩的国家，也开始以安全为由加强对中资企业并购交易的审查。安全审查已经成为中国企业“走出去”的重要障碍和制度性风险。

（8）参见《二十国集团全球投资指导原则》，https://www.g20chn.org/hywj/dncgwj/201609/t20160914_3459.html，最后访问时间：2020年3月8日。2016年在中国召开二十国集团峰会通过了《二十国集团全球投资指导原则》。该文件规定，“政府应避免与跨境投资有关的保护主义；投资政策应设置开放、非歧视、透明和可预见的投资条件”。

（9）参见国务院办公厅：《中国与世界贸易组织》白皮书，2018年6月，第二部分，<https://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/37868/38521/38523/Document/1632360/1632360.htm>，最后访问时间：2020年3月8日。

（10）参见习近平：《开放共创繁荣 创新引领未来——在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上的主旨演讲》，2018年4月10日，https://www.xinhuanet.com/2018-04/10/c_1122660064.htm，最后访问时间：2020年3月8日。

（11）国际投资在投资准入的立法范式上存在着从欧洲双边投资协定（BITs）模式下的“抽象性措辞”向美国主导的“承诺国民待遇和最惠国待遇的准入立法”模式转变的趋向。典型表述为：在投资的设立、获取、扩大、管理、经营、运营、销售或其他处置上，缔约一方给予另一缔约方投资者（或涵盖投资）的待遇，缔约一方给予另一缔约方的待遇应不低于在其领土内在相似情况下给予本国投资者（涵盖投资）的待遇，且也不应低于给予任何其他缔约方或任何非缔约方投资者（涵盖投资）的待遇。条款范例见于以美国为缔约一方的各类自由贸易协定（FTA）相关投资章节和BIT中，如《北美自由贸易协定》（NAFTA）第1102条和第1103条、美韩FTA第11.3条和第11.4条、美国和巴拿马FTA第10.3条和第10.4条以及《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP）第9.4条和第9.5条等。美国2012年公布的BIT范本和已签署未生效的TPP延续了NAFTA的负面清单管理模式。加拿大和日本对外签订的BITs也沿用此例。（转下页）

贸条约中普遍规定的安全例外条款。⁽¹²⁾但是,通过国际法的途径规范安全审查制度,譬如该类措施在WTO规则下的可诉性⁽¹³⁾,从现状看并非可行或现实的路径。相比之下,以国内法的完善规范安审制度的不确定性,可能更为可行,特别是考虑到国际投资体制的多边化进程缓慢和碎片化趋势凸显的现实。⁽¹⁴⁾

对安全审查制度不确定的国内法规制,概言之,有两种方式:一种是通过程序法的机制,增加安审制度的可问责性;另一种是实体法的角度对国家安全的概念、审查范围、审查标准等进行规则完善,以削弱法律条文解释的模糊空间。对于前者,学者围绕“三一集团诉奥巴马案”已经进行了较为深入的讨论,结论是安全审查决定虽然是终局性的,但是其形成决定审查程序应当受到司法审查⁽¹⁵⁾;虽然安全审查制度司法审查的空间不足,也应提高审查程序的正当性以增强安审制度的透明度和可问责性。⁽¹⁶⁾对于后者,学者的讨论主要围绕的是国家安全因非传统安全观念而衍生的不确定性,认为国家安全的政治内核决定了国家安全审查标准的有限法律化、抽象性和模糊性。⁽¹⁷⁾普遍的认识是,国家安全本身就是一个不确定性的概念⁽¹⁸⁾,但是安全审查制度不能否定外资的作用、阻碍外资的进入或者为保护主义提供制度基础⁽¹⁹⁾,特别是在我国已确定推动开放型经济新体制构建⁽²⁰⁾和《中华人民共和国外商投资法》(下称《外商投资法》)确立以投资开放和投资保护为基本理念的背景下。⁽²¹⁾

在坚持对外开放基本国策和维护国家安全利益的外资管理体制下,本文试图探讨通过审查范围的“标定”合理限定规范安全审查制度不确定性的可能性。这一分析主要是在投资准入制度完善的框架下进行。考虑到《外商投资法》已经确立“负面清单+准入前国民待遇”作为投资准入

(接上页)例如,2004年加拿大BIT范本同样在第3条第1、2款分别要求缔约方在相同条件下授予其他缔约方的投资者及其投资在其领域内设立、收购、扩张、管理、生产、运作和销售或其他处置投资方面不低于授予本国投资者及其投资的待遇;第3款则要求在国内政府层面对其他缔约国的投资者及其投资在相同条件下授予国民待遇。加拿大与科特迪瓦、马里(Mali)和塞内加尔在2014年签署的投资保护协定的内容与该范本基本一致。日本自2012年以来签署的9个BITs中,与缅甸、莫桑比克、科威特、乌拉圭等国的协定规定了准入前国民待遇。欧盟和加拿大、日本签订的综合性经济贸易协定中,也开始沿用了此种立法例。

(12) UNCTAD早在2008年曾有统计,大部分自由贸易协定和双边投资协定均对国家安全条款予以规定。截至2018年12月31日,在其统计的2572个国际投资协议(IAs)中有388个明确包含了“核心安全例外条款”,其中104个使用了“其认为必需”的词语。其他条约虽未明确规定“核心安全例外条款”,但也有“国家安全条款”。

(13) 黄志瑾:《论国家安全审查措施在WTO中的可诉性》,《河北法学》2013年第12期,第124-130页。

(14) 石静霞:《国际贸易投资规则的再构建及中国的因应》,《中国社会科学》2015年第9期,第140页。

(15) 赵海乐:《论外资并购国家安全审查中的投资者保护缺失:以三一集团诉奥巴马案为视角》,《现代法学》2015年第4期,第139-148页。

(16) 陶立峰:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第69-75页。

(17) 王东光:《国家安全审查:政治法律化与法律政治化》,《中外法学》2016年第5期,第1297页。

(18) 李军:《外国投资安全审查中国国家安全风险的判断》,《法律科学》2016年第4期,第191-200页。“国家安全的风险分析倾向于以盖然性分析,而非实然分析。”

(19) 丁丁、潘方方:《对我国的外资并购国家安全审查制度的分析及建议》,《当代法学》2012年第3期,第133页。

(20) 参见《中共中央 国务院关于构建开放型经济新体制的若干意见》,2015年5月5日, https://www.gov.cn/xinwen/2015-09/17/content_2934172.htm,最后访问时间:2020年3月8日。

(21) 参见《中华人民共和国外商投资法》第1、3、5条。

基本制度⁽²²⁾，因此，将主要围绕负面清单制度与安全审查制度的协调，探讨可否通过负面清单机制“标定”安全审查制度实施之不确定性“区域”的存在，目的是围绕中国相应制度的完善，探讨在开放型经济新体制的构建中是否可以创设一种以国内法合理规范安全审查制度不确定性的制度路径。这首先需要阐明安全审查制度不确定性的根源，而后再从负面清单制度与安全审查制度协调适用的路径中探求规范这一不确定性的可能性。

二、安全审查制度中不确定性的根源

负面清单制度和安全审查制度之间的关系或者协调适用问题，当前的法律法规并未明确予以规定。国务院办公厅相关文件中曾有涉及：“《自贸试验区负面清单》中未列出的与国家安全、公共秩序、公共文化、金融审慎、政府采购、补贴、特殊手续和税收相关的特别管理措施，按照现行规定执行。”⁽²³⁾从这一表述来看，安全审查制度被视为一种“特别管理措施”，是外商投资准入制度特别法的负面清单制度的“特别法”。但是，从制度设计和实践来看，安全审查制度和负面清单制度被视为承载不同功能的独立规范体系，有特殊的适用标准和审查程序。从程序上来看，外国投资是否会因威胁国家安全的原因而被中止交易或者附加条件，基本需要经历两个步骤：第一，主管机关根据“国家安全”和“控制”确定某一项外国投资交易是否应当纳入国家安全审查的范围；第二，根据审查中获取的事实（证据）形成该交易是否会影响国家安全的结论（内心确信）。前者的不确定性主要来自规则设定中关于审查范围和审查标准的宽泛性和模糊性规定所导致的国家安全的弹性概念边界；后者则主要在于弹性的规则设定下执法者的广泛自由裁量权。

（一）立法所形成的弹性权力边界

自2007年《中华人民共和国反垄断法》（下称《反垄断法》）第31条规定外资并购国内企业的安全审查制度以来，安全审查制度已经在我国全面建立。从整体框架上来看，我国的安全审查制度基本上沿袭了美国、加拿大等国制度建构的基本路径，呈现以下基本特征：第一，以弹性的国家安全概念维持保障东道国对外商投资的规制权力。第二，以联合决策机制作为审查主管机关，以保证决定与国家宏观经济和社会整体利益的契合性，避免依靠单一部门视角所带来的偏颇。第三，决定的终局性。

从立法来看，安全审查制度的各项法律法规均将安全审查制度作为一项独立的制度予以设定，并不考虑与其他影响国内规制措施的协调问题。如《反垄断法》第31条仅规定，“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”。《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》（下称《通知》）细化了这一条款内容，并通过对审查范围和安全审查

(22) 参见《中华人民共和国外商投资法》第4条。

(23) 转引自《国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）的通知》，国办发〔2015〕23号，“说明”第3条。

内容的规定，对国家安全的概念进行了释明。

《通知》对于国家安全的描述与 2015 年通过的《中华人民共和国国家安全法》对于国家安全的定义基本一致，并不限于“国家政权、主权、统一和领土完整”等传统安全范畴，而是涉及人民福祉、经济社会持续发展和其他国家重大利益等内容。从《通知》来看，国家安全具体涵盖国防安全、国家经济安全秩序、社会基本生活秩序、关键技术研发能力等内容，涉及“军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，其他有关国防安全的单位，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”。⁽²⁴⁾ 这一列举显然不能解释为已经穷尽列举国家安全与有影响的所有行业领域。虽然涉及军工企业或者设施相关的国防安全，审查标准应当说是相对明确；但是，对于何种产品、能源、资源、设施、技术、装备制造能够称之为重要或者重大，《通知》并没有通过事项列举或量化指标的方式进一步明确。这可能会对适用造成操作上的困难，也影响制度适用的可预见性和确定性。就并购而适用的安全审查制度而言，通过模糊性的词语赋予监管机关以裁量权，可能是立法者制定该项政策的本意。美国⁽²⁵⁾ 和澳大利亚⁽²⁶⁾ 关于外资并购国内企业的涉及国家安全因素的审查范围和标准的规定，也是通过考量因素的非穷尽列举，给予审查者以指引的同时最大可能地保障其裁量权的宽泛范围。

当自贸区将安全审查制度的适用扩展到外国投资者并购之外的一般投资行为时，过于宽泛和模糊的国家安全界定，更有可能妨碍外国投资者确定性投资预期的形成。⁽²⁷⁾ 根据国务院办公厅《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》（下称《试行办法》），上海、广东、天津和福建等四个自贸区内的外国投资，如果投资行为“影响或可能影响国家安全、国家安全保障能力”或者涉及“敏感投资主体、敏感并购对象、敏感行业、敏感技术、敏感地域”，无论该投资形式属于并购，抑或是“新建项目或设立企业”和“通过协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、租赁、认购可转换债券等方式”，均应当根据《通知》确定的程序进行安全审查。《试行办法》作为《通知》实施之后的“后法”，并没有提出更为明确和具体的适用标准或者缩小安全审查的范围，而是使国家安全的概念更为模糊。“国家安全保障能力”在“国家安全”这一本就充满了灵活性和裁量

(24) 参见《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》，国办发〔2011〕6号。

(25) See 50 U. S. C. APP 2170(f). FIRRMA 对界定国家安全的列举因素进行了修改，但是其修改并没有改变 CFIUS 以非传统安全作为主要关注的趋势。学者认为，其改革并非是颠覆性的。参见漆彤、汤梓奕：《美国〈2018 年外国投资风险审查现代化法案〉介评》，《经贸法律评论》2019 年第 3 期，第 87 页。因此，FIRRMA 之后的 CFIUS 仍然是在界定模糊的国家安全概念下，行使其审查权利。参见胡振虎等：《美国外资国家安全审查机制对中国影响及应对策略分析》，《财政研究》2017 年第 5 期，第 90 页。

(26) See Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 of Australia, section 56–60; also Foreign Acquisitions and Takeovers Legislation Amendment Act 2015 of Australia, section 56–60. 澳大利亚外资审查的核心概念是国家利益，其中国家安全是一个重要的考量因素。除国家安全之外，外资审查委员会还会考虑竞争、税收与环境目标、投资对整个经济运行的影响、外国投资者的公司治理特征等因素，并在此基础上进行个案裁量。总体上，其审查所依据的国家利益也是一个动态而灵活的范畴。参见张庆麟、刘艳：《澳大利亚外资并购国家安全审查制度的新发展》，《法学评论》2012 年第 4 期，第 63–64 页。

(27) 这一点也为经济合作与发展组织(OECD)关于各国国家安全审查政策的近期报告所证实。See Wehrle, F. and J. Pohl, INVESTMENT POLICIES RELATED TO NATIONAL SECURITY: A SURVEY OF COUNTRY PRACTICES, 37 (2016).

空间的概念之外，很大程度上扩展了安全审查适用的弹性范围；“敏感”也并不比“重要”更有助于主管机关理解和适用相关政策。此外，《试行的办法》还将审查的范围标准从并购对象的属性扩展至并购主体的属性，即将安全审查触发的条件从“重要”或者“敏感”的投资对象扩展到“敏感”的投资主体。至于什么样的外国投资者能够称之为“敏感”的，并没有具体的标准和指引。

自贸区关于投资体制的创新实践成为修订外资三法的重要推动。商务部在2015年公布了《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》（下称《外国投资法（草案）》）。这部草案给予了学界和实务界以极大的想象空间。其一，该《外国投资法（草案）》说明立法者已经采纳了学界长期主张的三法合一的立法模式；其二，《外国投资法（草案）》围绕准入前国民待遇原则和负面清单制度重构了外商投资管理的体制，产业政策、竞争政策和国家安全政策“三位一体”的管理体系凸显；其三，安全审查制度在外资法下独立建章，弥补了该制度长期以来效力层级低、内容不完善和制度空置等问题。^{〔28〕}《外国投资法（草案）》中安审制度的审查范围基本上与《试行的办法》保持了一致，涉及并购、新设和其他外国投资形式。在审查标准上，有关规则综合了《通知》和《试行的办法》中的相关标准，较为全面地对国家安全审查的标准进行了规定，并参考国外立法例，列举了审查应当考虑的十项因素，诸如国防安全、关键技术、关键基础设施、信息和网络完全、关键资源、是否受外国政府控制、国家经济运行稳定、公共利益和公共秩序等。虽然《外国投资法（草案）》并未像俄罗斯《外资进入程序法》^{〔29〕}那样列举42个战略性产业和新兴产业以进一步明确安全审查的行业范围，但是相比《通知》和《试行的办法》而言，其对于审查范围和审查标准的规定已经较为符合相关的国际通行做法。当然，《外国投资法（草案）》下的安全审查制度同样具有审查范围的扩大化和审查标准的模糊性的基本特征。

至2019年新《外商投资法》及其实施条例正式颁布，安全审查制度成为外商投资基本法所确立的一项正式制度。法律渊源位阶的提升强化了安全审查制度的合法性，但是过于简化的条文设计却弱化了《外国投资法（草案）》带给学界和实务界的想象空间。《外商投资法》第35条^{〔30〕}以极其简洁的语言再次强调了安全审查决定的终局性，且未对国家安全的概念作任何新的界定。《中华人民共和国外商投资法实施条例》第40条只是简单重述了《外商投资法》第35条的规定，未就如何建立安全审查制度作进一步的解释说明。安全审查制度再次回到了“原点”，唯一的不同是，其效力层级得以提升，制度的合法性基础得到了解决。

〔28〕 漆彤：《外资国家安全审查立法中的若干重要问题》，《中国法律评论》2015年第5期，第79-80页。

〔29〕 即《俄罗斯联邦有关外资进入对保障俄罗斯国防和国家安全具有战略意义的经营公司的程序法》（the Federal Law on the Procedure for Facilitating Foreign Investment in Legal Entities Having Strategic Importance for National Defense and State Security）。与之配套适用并修改的法律包括《联邦地下资源法》《联邦大陆架法》《联邦股份公司法》《联邦有限责任公司法》《联邦外国投资法》和《联邦保护竞争法》等。

〔30〕 《中华人民共和国外商投资法》第35条规定：“国家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。”

（二）审查决定的不确定性

从各国安审制度的适用来看，除外国投资所涉足的领域或者行业为“敏感”“重要”或“战略新兴”等之外，成立国家安全威胁或者国家利益减损的另一关键前提是外国投资对上述领域或者行业的“控制”。“控制”的构成因素同样极具弹性。《试行办法》主要从股权比例和实际控制因素方面去阐述，以外国投资者能够对企业的决策产生重大影响作为实际标准。在适用中，主管机构往往以股权比例作为是否成立“实际控制权”的判断标准。《试行办法》列举了三种情形：（1）外国投资者及其关联投资者持有企业股份总额在 50%以上；（2）数个外国投资者持有企业股份总额合计在 50%以上；（3）外国投资者及其关联投资者、数个外国投资者持有企业股份总额不超过 50%，但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。美国财政部也有类似的列举阐释的范例。其将“控制”解释为“直接的或间接的（无论行使与否）通过拥有所有权的多数或者少数但具有主导性的投票权、董事会代表、代理投票、特殊股份、合同、正式或非正式安排一致行动或者其他方式来决定、指导影响一个实体重要事件的权力”。^{（31）}此类列举所辐射的投资类型极为宽泛，几乎涵盖所有公司之间为取得控制权而进行的制度性安排。宽泛的关于“控制”的定义，同“国家安全”和“国家利益”的定义一样，在于确保外资主管机关的广泛性权力。即使外国投资者持有的股权比例低于公司法理论所普遍接受的成立“控制”的比例标准，审查者也可以基于其他的因素，譬如契约性安排，认定“控制”的成立。这最终都取决于审查者在进行个案审理时作为执法者的内心确信。

内心确信必须建立在“可信”（credible）的证据之上。各国均要求在作出最终的审查决定时，审查者必须根据“可信”的证据形成所审查的具体外国投资行为是否存在危及国家安全的内心确信。然而，对于什么是可信的证据，关于国家安全审查的法律或者规章均没有单独的阐明。以美国为例，CFIUS 从未明确界定什么是“可信”的证据。Edward M. Graham 和 David M. Marchick 通过对 CFIUS 的官员访谈，发现对于 CFIUS 而言，在向总统提出建议是否需要禁止一项交易时，其可以采纳的“可信”的证据是那些审查者认为“值得相信”（worthy of belief）的证据。^{（32）}显然，CFIUS 并不愿意明确何谓“可信”。即便 CFIUS 愿意，这对于他们来说也是一项难以完成的挑战，因为诉讼法上关于证据的规定并不能为之提供有效的帮助：美国最高法院从未对什么证据是可信的作出解释；密苏里州最高法院认为，可信证据这一词汇的涵义是不言自明的——不需要解释；纽约州最高法院则将可信证据界定为“来源可靠且能合理地支持其主张的证据”。^{（33）}这就使得，安审最终决定的作出充斥着极大的主观判断，极易受到裁断者个人认知结构和意识形态的影响。

行政执法或者司法中对于证据可信性依赖于法官自由裁量或者自由心证的立场，并不是普通

（31） See Department of Treasury, Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, 31 CFR Parts 800.

（32） See Edward M. Graham and David M. Marchick, US NATIONAL SECURITY AND FOREIGN DIRECT INVESTMENT 39, the Peterson Institute for International Economics 2006.

（33） *Id.*, at 40.

法国家特有的司法传统。大陆法系在证据的证明力上也早已摒弃法定证据主义对于证据形式性和证明力的机械规定,而转向由裁判者自由判断对全部证据材料的证明力和可信性进行心证从而进行事实认定的自由心证主义。我国在对大陆法系民事和行政诉讼法进行继受的过程中也已经接受了这一原则。譬如,孔祥俊教授在评价最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》时认为,该规定虽然对证据形式、效力乃至证明力的比较等有诸多规定,但仍不能称之为对法定证据主义的回归,而是仍然倾向于立足法官专家化基础上的自由心证或者内心确信。⁽³⁴⁾

(三) 不确定性规范的可能路径

可见,规则设定上的弹性边界和适用上的不确定性根植于安全审查制度功能本身。作为投资开放的例外,安审制度确立的本意似乎就在于赋予东道国以广泛的监管权力。在美国、欧盟等国针对中国进一步收紧外资审查框架的背景下,我国应当以《外商投资法》为起点进一步升级和完善安全审查制度,在国内法层面对外形成潜在反制。⁽³⁵⁾

然而,基于对外开放的基本国策和塑造法治化营商环境的大局,升级和完善不应仅以制备一种对抗的法律政策“武器”为唯一目的。对抗的形象和话语塑造与我国维护多边贸易体制和构建开放型经济新体制的基本立场不符。中国秉持人类命运共同体理念作为国际交往行动指南的外交话语体系下,引导国际社会合理规范安全审查制度的滥用,可能更契合我国当前秉持“人类命运共同体”理念作为对外国际经济交往指南的外交话语体系,也更符合我国经济进入新常态后产能过剩和创新驱动不足从而亟待通过提出新的制度化倡议推进并主导新一轮的全球化的内在诉求。⁽³⁶⁾并且,考虑到我国企业的对外投资是国际范围内安全审查制度的主要“受害者”,倡议以国际或者国内法的途径协调或规制各国安全审查机制,于我国而言更具有现实的利益。

1. 国际法角度的规制

从国际法角度规范安全审查机制的路径主要有:第一,在国际投资条约中限定安全例外的适用条件。这主要是参照WTO下安全例外的立法例进行的规则设计。长期以来,国际投资条约中的安全例外比较简单,已经不能适应当前各国国内法上安全审查制度泛滥的国际经济现实。因此,UNCTAD近年来致力于推进国际投资条约的改革,并建议在以安全例外保障国家规制权的同时,可以通过审查范围的限定提高国际投资体制的一致性。譬如,规定国家只有在应对严重经济危机和维持国际和平与安全的情势下,或者规定只有履行各国在《联合国宪章》下的为维持国际和平与安全的行动时,如禁止武器贩运或核武器扩散,国家才可以援引安全例外。UNCTAD认为,此类规定可以增加各国安全审查制度的可预期性,与《联合国宪章》的关联还可以增加不同国家

(34) 孔祥俊:《行政诉讼证据行政证据规则通释:最高人民法院〈关于行政诉讼证据若干问题的规定〉的理解与适用》,《法律适用》2012年第10期,第12页。

(35) 廖凡:《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》,《法商研究》2019年第4期,第190页。

(36) 裴长洪:《经济新常态下中国扩大开放的绩效评价》,《经济研究》2015年第4期,第17页;鞠建东:《贸易新常态下的全球经济治理新框架和中国对外开放战略研究》,《南京财经大学学报》2017年第2期,第1-7页。在经济新常态下,中国需要主导新一轮的经济全球化,通过在国际经济活动中发起新倡议、新议题和新行动,参与未来世界经济构建。

相关制度的一致性。⁽³⁷⁾ 第二,通过解释适用现存的多边条约规范各国安全审查制度的适用。由于贸易与投资的关联性,学者多是探讨在 WTO 下安全审查措施的可诉性问题。主要的法律依据涉及《与贸易有关的投资措施协定》(TRIMs)和《服务贸易总协定》(GATS)。在 TRIMs 下审查安全审查措施的合法性,主要的障碍是证明措施是“与货物贸易有关”的“投资措施”,且在内容上与“当地成分要求”相关。⁽³⁸⁾ 在 GATS 下,虽然“商业存在”本质上是一种投资形式,但是建立安全审查措施与阻碍服务贸易之间的关联性,可能需要考察东道国在相应服务业的具体市场准入承诺。即便是美国和欧盟等国在计算机及其相关服务、通讯服务和视听服务等行业上均作出了市场准入和国民待遇的承诺⁽³⁹⁾,东道国援引 GATS 的安全例外仍然可以有效地主张其安全审查措施的合法性。在现有法律框架下,对 WTO 管辖权的质疑和举证责任的负担,阻碍了以突破《关贸总协定》(GATT)和 GATS 下安全例外的方式证明投资领域安全审查措施的非合法性的可能。⁽⁴⁰⁾ 且在 WTO 下,安全例外条款一直被视为一个“自决性”条款。⁽⁴¹⁾ 即便专家组在“乌克兰诉俄罗斯运输措施限制案”确认争端解决机构对国家安全例外的解释适用有管辖权⁽⁴²⁾,在上诉机构已经“停摆”且其“造法性”屡受成员方质疑的背景下,该案件应很难对安全例外条款适用上的单边性有实质性影响,遑论专家组在裁决中并没有否定俄罗斯限制措施的合法性。⁽⁴³⁾ 更现实的问题是,即使专家组受理了有关争议并宣告东道国措施违法,在上诉机构缺位的情况下,其裁定得以执行的可能性也微乎其微;即使上诉机构不缺位,经过漫长的程序,投资机会也可能已经因为资本的时间成本和技术更新换代而不再具有投资的价值。

2. 国内法角度的规制

在国内法框架下规范安全审查制度的探讨,主要集中在两个角度:第一,通过实体法规则的完善进一步明确国家安全的概念界定,增加审查范围和审查标准的确定性。从各国最新的立法来看,其倾向维持国家安全概念的广泛外延,进一步扩大审查覆盖的行业范围和交易类别,而不是相反。自 2007 年美国以 FINSA 将安审机制法律化以来,CFIUS 所关注的审查范围始终处于扩张趋势。FINSA 增加了国土安全因素、外国政府背景的投资和反恐合作领域等审查重点。⁽⁴⁴⁾ FIRRMA 则进一步扩充,将涉及关键技术、关键设施和敏感个人数据的对美国企业的“任何其他投资”纳入受管辖交易的范围。这使得依据 FINSA 不构成控制的股权比例小于 10%的被动投资也

(37) See UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, 25, 36–37 (New York and Geneva: United Nations 2017).

(38) 黄志瑾:《论国家安全审查措施在 WTO 中的可诉性》,《河北法学》2013 年第 12 期,第 124–126 页。

(39) 廖凡:《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》,《法商研究》2019 年第 4 期,第 190 页。

(40) 黄志瑾:《论国家安全审查措施在 WTO 中的可诉性》,《河北法学》2013 年第 12 期,第 128 页。

(41) See e.g. Tsai-fang Chen, *To Judge the Self-Judging Security Exception under the GATT 1994-A Systematic Approach*, 12 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L & POL'Y 311 (2017); *Russia—Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512, Panel Report, Para 7.52, 7.57, (26 April 2019). 俄罗斯和美国均坚持安全例外条款的自决性。

(42) See *Russia—Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512, Panel Report, Para 7.102-7.104 (26 April 2019).

(43) *Id.*, at 7.148.

(44) See 50 App. U.S.C.A. §2170 (f).

被纳入审查范围。此外, FIRRMA 还将 CFIUS 审查权力扩充至房地产交易领域, 并增加了四项审查考虑因素。⁽⁴⁵⁾ 同样的, 我国立法中也是以扩张审查范围和审查要素为特征。这一趋势的背后是国家总体安全观的形成。第二, 从程序性机制提高安全审查制度的透明度和可问责性。在制度设计上, 各国均规定安全审查的决定具有终局性。“三一集团诉奥巴马案”为学者探究安全审查制度的可诉性提供了一个历史性范本。⁽⁴⁶⁾ 但是, 从诉辩理由和法院最终的判决来看, 即使是被赋予司法审查权的美国法院, 安全审查的最终决定也可以基于政治问题例外原则而免受法院的审查, 被审查者也难以依据正当程序取得审查机关作出决定所依据的材料。⁽⁴⁷⁾ 即便这些作为证据的非公开信息可以被质证, 但是, 决定作出过程中如何对这些信息进行取舍和运用从而得出最后的决定, 或者最终决定所依据的对国家安全与有影响的内心确信是如何从这些信息中淬炼出来的, 仍然是不允许司法审查的“黑匣”。当然, 这也并不能否定“三一集团诉奥巴马案”所带来的对于安全审查制度完善的意义。它作为第一起针对美国外资并购安全审查提起的诉讼, 可能会带来重大的程序调整, 增加制度的透明性。⁽⁴⁸⁾ 然而, 也不应过分夸大该案的意义, 认为外部的司法监督能够限制安全审查制度中“任意”的行政权力。“三一集团诉奥巴马案”后修订的 FIRRMA 仍是以国会作为 CFIUS 的唯一法定监督主体。审查程序设计中新增的一些限制和条件强化了国会的监督⁽⁴⁹⁾; 可是在所谓“中国威胁论”下限制来自中国的并购成为新的“政治正确”时⁽⁵⁰⁾, 国会愿意做的更多的是强化安全审查机制⁽⁵¹⁾, 而非“分权”。以司法审查增加安全审查制度的可问责性, 在审查决定终局性的制度特征下, 充其量只能是程序正义应然性下的理想。以信息披露强化安全审查透明度的机制设计, 并不能削弱审查决定的不确定性。

巴里·布赞等认为, 国家“安全”是一种自我参照的实践。在实践中, 某一问题被视为安全问题, 并不仅仅是真正的“存在性威胁”的存在, 而是因为这个问题是被作为一种威胁被提出的。⁽⁵²⁾ 安全审查制度作为一种“安全化”的机制, 就是以“存在性威胁”出现为由, 以宣布打破规则为合法来实施的。安全审查更多地倾向于以模糊或者不确定性的规则实现制度权力的自我强化, 而非是以增加相对确定的实施条件和可问责性条款实现自我限定。在国际投资法这一制度框架下, 安全审查制度更像是一个自足的体系所维系的触发后果不确定性的游走“雷区”, 所影响的就是东道国依法所确立的外国投资者准入权和设立权的适用范围; 而这些适用范围在现有的外商投资管

〔45〕 See Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 50 U.S.C. §1703 (2018).

〔46〕 陶立峰:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第70页。

〔47〕 赵海乐:《论外资并购国家安全审查中的投资者保护缺失:以三一集团诉奥巴马案为视角》,《现代法学》2015年第4期,第142页。

〔48〕 陶立峰:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第71页。

〔49〕 漆彤、汤梓奕:《美国〈2018年外国投资风险审查现代化法案〉介评》,《经贸法律评论》2019年第3期,第86-87页。

〔50〕 郑永年、张弛:《特朗普政府〈美国国家安全战略报告〉对华影响及对策》,《当代世界》2018年第2期,第22-25页。

〔51〕 漆彤、汤梓奕:《美国〈2018年外国投资风险审查现代化法案〉介评》,《经贸法律评论》2019年第3期,第85页。评介称, FIRRMA 改革的主要动因是 CFIUS 现有人员和资源配置已不足以维持安全审查所要求的质量和效率。

〔52〕 [英] 巴里·布赞等:《新安全论》,朱宁译,浙江人民出版社2003年版,第34-35页。

理体制下则主要是通过负面清单和准入前国民待遇所保障的。负面清单制度或可成为“标定”不确定性雷区的可行机制。所谓的“标定”，就是价值取向相异的负面清单制度和国家安全审查制度之间，通过合理的制度设计实现协调有序共存，实现投资者与东道国之间的利益平衡、投资开放与国家安全利益为主之间的平衡。

三、负面清单合理协调安全审查制度的路径探讨

作为主要在市场准入阶段实施的制度机制，负面清单制度和国家安全审查制度规范的主要对象都是外资的准入权，但是二者具有完全相异的功能。负面清单制度所体现的是“法不禁止为自由”的立法理念，旨在通过否定的列举方式标识允许外资准入并设业的范围和方式，是塑造东道国外商投资管理开放型体制的核心制度，是增加规制透明度的重要措施。⁽⁵³⁾ 反垄断审查是影响外资准入权的另一项重要制度。因此，在《外商投资法》修订期间，学者认为，新外资法对于国家安全审查制度的确立，为通过机构和程序上的合理设计实现国家安全审查制度、投资准入审查与反垄断的有机结合，创设了法治基础。⁽⁵⁴⁾

（一）协调的路径建议

就负面清单和安审制度程序上的衔接而言，迄今仅原《外国投资法（草案）》第34条进行了简单的描述——要求“外国投资主管部门在进行准入审查时，发现外国投资事项危害或可能危害国家安全的，应暂停准入审查程序，并书面告知申请人提交国家安全审查申请”。从该草案第26条来看，需要提出准入申请的外国投资包括两种情形：第一，投资数额超过国务院规定标准的外国投资——除涉及国家安全因素外，对此类投资设立准入审查主要是基于维护本国市场竞争格局的考虑；第二，投资领域属于限制外资进入的领域——涉及那些与国计民生相关的、技术水平相对落后的、不利于节约资源和环境保护的或者国家基于维护基本社会制度和经济秩序而逐步开放的产业领域。简言之，与广义上的国家安全相关的产业领域。

2016年《全国人民代表大会常务委员会关于修改外资企业法等四部法律的决定》中明确规定，举办外资企业不涉及国家规定实施准入特别管理措施的，适用备案管理；取消了负面清单列举特别管理措施之外的投资事项的审查准入。这是对自贸试验区试点负面清单制度的认可。“负面清单+准入前国民待遇”作为我国外商投资管理的核心机制得以确立，并成为2019年《外商投资法》的基本体制。在该体制下，只有负面清单目录内的外国投资或者外国投资行为才需要经过准入许可程序。借此是否可以得出如下推断，清单目录之外的不需要经过准入许可的外国投资也就不需要经过国家安全审查？从《通知》《试行办法》乃至《外国投资法（草案）》第四章对于安全审查

(53) 参见王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，《中国法学》2014年第5期，第26-40页；商舒：《中国（上海）自由贸易试验区外资准入的负面清单》，《法学》2014年第1期，第28-35页；樊正兰、张宝明：《负面清单的国际比较和实证研究》，《上海经济研究》2014年第12期，第31-40页。

(54) 漆彤：《外资国家安全审查立法中的若干重要问题》，《中国法律评论》2015年第5期，第80页。

制度的程序性规定来看,我们并不能得出上述结论。即便是外国投资者根据其投资内容自行判断并不需要提出安全审查的申请,虽然该投资并不属于负面清单目录内的投资形式,相关主管机构也可自行或者根据有关部门、行业协会、同业企业、上下游企业及外国投资者以外的其他当事人的建议依职权进行安全审查。毕竟,《外国投资法(草案)》第34条的规则内容仅涉及准入许可与安审制度的衔接,并未将安全审查制度明确地置于其第三章“准入管理”的内容下,从而将安全审查制度限定在外资准入管理的制度框架内并以负面清单限制其适用范围。《通知》和《试行办法》中的相关规则也不能成立上述推论。在立法和执法上,安全审查制度仍属于独立适用的制度体系。

对于外国投资者而言,在实施投资时,更优的选择可能是无论是否属于负面清单目录内的投资形式,均向有关机构提出安全审查的申请,以规避不确定性风险。这样就减损了负面清单制度实施的效益,毕竟该制度的目的即在于通过透明的规则,减少外国投资准入时的合规成本和制度性障碍。对于决定是否需要进行安审的外国投资主管机构的具体审查人员而言,在缺乏构成国家安全的明确指引的前提下,避免因失职而承担个人责任的最优策略是将那些不能确定是否会构成国家安全影响的外国投资,全部提交最终的决定机构,即外国投资国家安全审查部际联席会议。可以预见,没有常设机构的联席会议极大可能会因为案牍堆积而失去决策效率或者因审查时间不足而草率作出决定。即便经审查已经作出允许进行交易的决定,外国投资者根据决定实施了投资行为,安全审查也可以事后以外国投资在经营过程中已经出现重大变更为由,以可能存在国家安全威胁为依据,重新发起安全审查。外国投资者将因为安审程序而承担更多的因法律的不确定性而导致的履约成本,无论是金钱的还是时间上的。投资的便利化和开放性即因而减损。这与我国强调投资开放和投资保护的开放型经济新体制的基本价值导向有所相悖。这可能也是因何新外资法中未对国家安全着墨过多的原因,因为强调国家安全可能会减损该法所传递的强化投资开放和投资保护的话语想象塑造。

在负面清单走出自贸区成为全国范围内可复制的制度经验后,特别是新外资法已经确立负面清单制度作为外商投资管理体制的核心机制后,在制度设计上可以考虑将安全审查制度“包容”在负面清单管理体制的框架下,重新构建一个围绕负面清单的外国投资准入管理制度体系。

具体来讲,就是在我国未来的以“负面清单+准入前国民待遇”的外资管理体制下,在关于国家安全审查制度的实施细则制定中,通过对原《外国投资法(草案)》中第26条和第34条规则的引入,特别是第26条第3款“未在限制实施目录中列明的,无需申请准入许可”;且通过修改该草案第四章第48条内容,明确“国家安全审查是准入许可程序”,比如将该条文内容修改为“为确保国家安全,规范和促进外国投资,国家建立统一的外国投资国家安全审查制度,对任何危害或可能危害国家安全的外国投资进行准入许可审查”,从而把安全审查制度置于准入许可制度的框架下;并在外国投资主管部门编制的“外商投资准入指南”中明确:只有被负面清单目录所涵盖的外国投资,外国投资者才需要提出安全审查的申请或主管机关才可以依职权发起安全审查。简

言之，将作为国民待遇例外的安全审查制度归属于“特别管理措施”的一种，即以负面清单管理制度来实现对安全审查制度的合理控制。

如图 1 所示，在外资准入阶段，安全审查作为准入许可的“或然性”程序，只有当外国投资属于负面清单内的投资或者投资行为时，外国投资者才有必要向安全审查机关申请或经外资主管机关主动发起安全审查程序。以负面清单的管辖范围作为安全审查制度适用的前提条件，外国投资适用的准入管理制度可以围绕负面清单制度形成以投资开放为原则、以适用上受到控制的安全审查制度为合理例外的规则体系——负面清单制度作为确定性边界可以减少安全审查制度适用的不确定性，增加外国投资者的可预见性；而国家安全概念本身的宽泛界定则确保了制度的灵活性，为主管机关提供了足以维护东道国利益的裁量权。

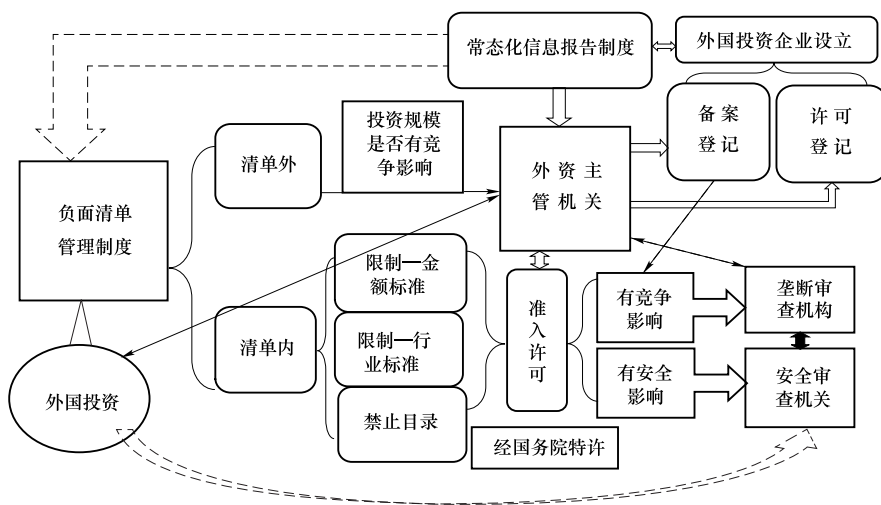


图1 围绕负面清单的外资准入制度体系

（二）负面清单合理控制安全审查的可行性分析

在上述框架下，安全审查制度的适用被国家定期公布和调整的负面清单所“标定”。这并没有从安全审查制度本身对国家安全的概念进行修正，也没有改变审查标准的模糊性和审查决定的终局性，只是以透明度较高的负面清单对安全审查实施的产业领域进行了一个“预见性”的“标识”；安全审查制度仍是一个独立的制度体系。

在这种机制设计下，外资主管机关仍然能够对清单外的投资所可能带来的安全风险和其他负面影响进行有效控制。第一，外国投资主管机关可以通过反垄断审查对清单外的投资进行控制。外国投资企业对于东道国经济秩序和社会秩序负面影响的可能性，除涉及行业与安全之间的关系敏感性之外，很大程度上取决于其投资规模的大小。因此，澳大利亚在确定并购是否会因国家安全而影响国家利益时，一个关键的因素考量就是权益规模的大小。对于允许和鼓励投资的行业而言，很难相信投资金额在 1 000 万元（或者更大规模）的外国农副食品加工企业会对我国的相关

市场造成国家安全方面的负面影响,哪怕其经营的是儿童食品。金额巨大的外资并购,通过有明确适用标准的反垄断审查,主管机关即可以控制其所可能导致的对于东道国市场竞争格局和经济运行秩序的负面影响,避免经济安全的负面影响。换言之,反垄断审查和安全审查制度从量与质两个层面共同构成了对外国投资的审查控制机制;以负面清单“统御”二者的协调适用,可以在外商投资准入下形成“负面清单+安全审查+反垄断审查”的审查体系。

第二,从立法渊源上来看,未纳入负面清单的行业或者投资形式本身就隐含着外国投资主管机关的价值判断:外国投资对于清单外领域的投资在国家安全、能源资源、技术创新、就业、环境保护、安全生产、区域发展、资本项目管理、竞争、社会公共利益、对于行业发展的实际影响与控制力等因素上,不存在进行审查限制的必要。换言之,在允许和鼓励行业进行的外商投资,存在着收益大于其负面影响所可能导致损失的预判。负面清单制定的依据之一就是《外国投资产业指导目录》,未纳入清单管理的行业类型基本上都是我国综合考虑外资的影响效应后允许和鼓励的产业范围。也就是说,这些行业对于外资的基本政策和价值取向是投资自由化,即通过便利化措施鼓励外国投资,尽可能地通过制度适用的稳定性和可预期性强化其投资意愿。即便是随着经济社会的发展,原先允许和鼓励的领域已经形成了外资独大的态势,新增该等领域的外国投资恶化了这一态势,外资主管机关也可以通过对负面清单中特别管理措施和《外商投资产业指导目录》的定期评议和修改,重新平衡开放和限制之间所体现出来的投资者和东道国之间的利益冲突。我国改革开放以来,结合经济社会发展的现实状况,对《外商投资产业指导目录》进行修改,事实上已经形成了常态化机制。

第三,合理限制准入阶段安全审查制度的适用范围顺应了外商投资监管体制从“事前监管”向“事中”“事后”监管转变的改革趋势。在负面清单管理模式下,当前趋势是弱化政府对于外资准入和运营的事前监管,体现的是对国际投资的“疏”。但是,监管的宽与严、堵或疏,实质上是东道国利益和外国投资者的利益平衡,在监管环节和标准上“疏”大都需要通过其他制度上的“堵”来平衡监管弱化所可能导致的东道国利益和外国投资者利益的失衡。比如,新外资法下的信息报告制度,其意图就在于通过对于外国投资可以广泛的信息披露义务,掌握其实际经营状况,从而强化对于外国投资的事中和事后监管。当外资主管机关发现外国投资企业在经营中存在可能影响国家安全的重大事项变更时,其有权就该事项变更发起包含安全审查在内的准入许可,只要该事项变更使得外国投资从性质上发生了变化——从负面清单外落入了清单内。清单以外的外商投资准入阶段的备案管理,也是重要的信息搜集机制。通过信息化手段,商务主管部门可以有效掌握外商投资的资金来源、投资方向、投资规模、投资方式等信息。作为同样负责安全审查的核心部门之一,商务主管部门可以基于大数据的管理方式,围绕安全审查有关的关键词进行异常信息抓取,实现对外资准入后的动态监管。

第四,负面清单制度在范围上提高了安全审查制度适用的透明度,强化了安全审查制度本身的可问责性。国际投资以自由化为整体趋势下,安全审查制度本就不应当成为投资保护主义的通行证。⁽⁵⁵⁾ 基于安全审查制度适用中投资保护主义的忧虑或者出于权力制衡的基本考量,按照程序

(55) 陶立锋:《外国投资国家安全审查的可问责性分析》,《法学》2016年第1期,第71页。

正义的原则而对安全审查程序的合法公正予以控制一直是安全审查制度自我修正的重要内容，特别是增加审查过程透明度的要求，如 OECD《与国家安全有关的东道国投资政策指南》⁽⁵⁶⁾ 和《资本自由化流动法典》⁽⁵⁷⁾ 在承认国家有权基于国家安全对投资自由化予以限制的同时，强调该等程序机制应当遵守透明度原则、非歧视原则和比例原则。通过信息披露而实现的透明度以及在此基础上衍生的被规制者对于制度运行结果的可预见性，是安全审查制度可问责性的前提。但是，由于审查标准的弹性和审查意见所依据的证据标准的模糊性——特别是审查机关对保密证据或者不保密证据的界定有决定权，以及安全审查决定的终局性，安全审查制度的信息披露机制仍然是形式上的，仍然存在决策不透明的黑色地带。即便是在三权分立传统下的美国，国会虽然通过提交证明书、年度报告、进行质询和个案干预等方式，对 CFIUS 的审查权力予以制衡，美国的安全审查制度仍然存在可问责性的缺失。在“三一集团诉奥巴马案”中，虽然联邦巡回法院确认美国总统发出的并购禁令属于“非经正当程序剥夺财产权”，违反了《美国联邦宪法第五修正案》对正当程序的要求⁽⁵⁸⁾，但是，罗尔斯公司仍然无法通过司法程序修改或者废除并购禁令。其进一步的救济请求也有可能因无法获取证据而缺乏针对性，因为 CFIUS 有权拒绝向其开放保密证据，甚至其请求公开非保密的证据也会被 CFIUS 以行政特权而拒绝。可见，安全审查制度本身的信息披露机制并不足以保障该制度的可问责性，而负面清单制度通过对审查范围的限缩，可以有效地缩减决策不透明的黑色地带，间接地提高了安全审查制度适用的透明度。

四、结语

“负面清单+准入前国民待遇”已经成为中国未来投资开放政策的基本配置。为进一步完善以负面清单制度为核心的外国投资管理制度体系，通过制度创新深化改革，在自贸区负面清单管理制度已获认可和全面推广的基础上，可以考虑在自贸区内对负面清单制度和安全审查制度的协调适用先行先试，总结准入前国民待遇原则、负面清单管理制度、备案管理制度、安全审查制度、外国投资信息报告制度等在实施过程中存在的诸多问题，持续改进和完善，形成可推广的先进制度经验，减少未来外国投资管理上全程国民待遇原则和负面清单制度全面推广所可能导致的规则冲突和执行混乱。在第二批和第三批自贸区的总体方案中，陕西、湖北、江苏、河北等包含了做好“外商投资安全审查工作”这一改革任务。如何“做好”？在《外商投资法》及其实施条例均未更进一步明确安全审查的适用规则以及我国安全审查制度仍存在不完善之处的现状下，终归要回到自贸区设立之初的目标和理念上，即以制度创新为核心，深化改革开放，转变政府职能，推动贸易和投资便利化，建设法治化营商环境。

(56) See OECD, *Guidelines For Recipient Country Investment Policies Relating To National Security*, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009, <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/43384486.pdf> (last visited Mar. 9, 2020).

(57) See OECD, *OECD Code of Liberalisation of Capital Movements*, OECD Publishing, Paris (2011), <https://doi.org/10.1787/9789264110779-en> (last visited Mar. 9, 2020).

(58) See *Ralls Corporation, Appellant v. Committee on Foreign Investment in the United States, et al.*, Appellees, Appeal from the United States District Court for the District of Columbia, No. 13-5315.

负面清单入法完成了制度创新的一大步，但并不是终点。投资自由化是投资管制政策体制不断开放的过程。自贸区被赋予通过制度创新对接更高标准的国际经贸规则的使命，而所谓更高标准的国际经贸规则也不是静态的规则体系或者管制标准。就目前来看，二十国集团所倡导的“开放、非歧视、透明、可预见”表征了当前更高标准的国际投资体制的原则和特征。负面清单制度和审查制度的协调适用，可以提高外资管理的透明度和确定性，强化国际投资政策的可预见性，当可成为自贸区未来制度创新的一个着力点。探索负面清单制度协调并合理规范安全审查制度的路径，也是引领当前国际经济秩序变革的题中应有之义。

Targeting the National Security Review by Negative List

WANG Yunpeng DING Ding

Abstract: The uncertainty of the National Security Review is rooted in its institutional function and goal to ensure the flexibility of the recipient countries' regulatory power. It is hard to collaborate international by treaty making and interpretation. The legislature and implementation in the municipal law tend to enlarge the uncertainty and flexibility in practice. Since the negative list mechanism has been promulgated as the fundamental framework in regulating foreign investment, it will be feasible to utilizing it to targeting the transactions to be reviewed to improve the transparency.

Keywords: National Security Review; Foreign Investment Law; Negative List; Investment Access

（责任编辑：王乐兵）