

美欧外资国家安全审查机制立法趋势： 从与安全有关的投资措施到与投资有关的安全措施？

张 皎 李传龙 李 彤*

摘 要：2018年，美国、英国、德国、法国、意大利等国几乎同步进行了国家安全审查机制的立法，掀起了关于国家安全审查机制的“国际标准”的第二轮大讨论。国际投资的发展推动着安审机制作为一项投资管理措施在制度设计上的升级，此为安全审查机制法治化的一面；而当前国家战略竞争的态势触发了安审机制作为一项国家安全防御措施在功能上向“国家安全”的政治属性回归，此为安全审查机制政治化的一面。安审机制不仅仅是一项与安全有关的投资措施，也是一项与投资有关的安全措施。将安审机制作为国家安全战略的一部分看待，更有助于理解来自于战略竞争对手的国有企业在关键基础设施领域的投资将成为当前及未来一段时间内美欧安审机制关注的重中之重。

关键词：外商直接投资 投资自由 国家安全 国家战略

引 言

近两年来，在国际经济与安全局势发生重大变化的背景下，^① 国际经济法体系相应进行着深刻的变革。在国际贸易法领域，集中表现为世界贸易组织体系实体规则与争端解决机制的改革，^② 在国际投资法领域，投资协定的实体规则与争端解决机制都呈现出投资保护与政府规制权再平衡。^③ 与

* 张皎，法学博士，华东政法大学国际法学院讲师、硕士生导师；李传龙、李彤，华东政法大学2018级硕士研究生。基金项目：司法部国家法治与法学理论研究项目《欧盟共同投资政策的新发展及其对中欧投资法律框架的影响》；华东政法大学科学研究项目《中国外资安全审查立法研究》。

① 参见宗芳宇：《全球跨境投资政策变化、影响及中国的对策》，载《国际贸易》2019年第3期，第50页；潘晓明：《特朗普经济安全战略及其影响》，载《国际问题研究》2018年第5期，第90—102页；韩立余：《构建国际经贸新规则的总思路》，载《经贸法律评论》2019年第4期，第1—13页；王璐瑶、葛顺奇：《投资便利化国际趋势与中国的实践》，载《国际经济评论》2019年第4期，第139—156页；徐崇利：《二战之后国际经济秩序公正性之评判——基本逻辑、实力兴衰及收益变化》，载《经贸法律评论》2019年第3期，第67—78页；蔡从燕：《国家的“离开”“回归”与国际法的未来》，载《国际法研究》2018年第4期，第3—15页。

② 参见石静霞：《世界贸易组织上诉机构的危机与改革》，载《法商研究》2019年第3期，第150—163页。

③ 参见李滨：《国际投资条约的投资者义务条款研究》，载《国际经济法学刊》2019年第3期，第15—28页；余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011年第2期，第132—143页；王鹏：《国际投资法的社会化趋势探析》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2016年第4期，第89—95页。

此同时，各国涉外法律体系也在多年促进自由贸易与自由投资的大趋势下，逐步为保护本国产业竞争力与国家经济安全建立“保护墙”。^①美欧等发达经济体在国家安全审查机制（以下称为“安审机制”）^②方面的立法即是修筑“保护墙”重要的一步。

2018年8月13日，美国总统特朗普签署了《外国投资风险审查现代化法案》（以下称为《现代化法案》），^③作为美国《2019财政年度国防授权法案》^④的重要组成部分。^⑤在大西洋彼岸的欧盟则于2019年3月5日投票表决通过了《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》^⑥，引起了国际社会的广泛关注。^⑦此外，英国于2017年、2018年先后发布《国家安全和基础设施审查绿皮书》^⑧《国家安全与投资白皮书》；^⑨加拿大于2016年发布《国家投资安全审查指南》；^⑩德国、法国、意大利均在2018年12月至2019年5月期间通过立法采取了新的与国家安全有关的投资措施。^⑪

这一系列紧凑的变动引发了对于这些国家同期进行安审机制立法的动因及其影响的思考。一般认为，安审机制是投资接受国外资监管体系的一部分。在自由投资的倡议下，各国对外资限制逐步减少，伴随着市场开放的同时，国家安全审查机制作为“最后一道防线”至关重要。^⑫然而，从2000—2018年世界前20位投资接受国来看，虽然这一轮进行立法改革的国家基本都在榜

-
- ① 参见蒋小红：《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》，载《河北法学》2019年第3期，第42—56页；东艳：《全球贸易规则的发展趋势与中国的机遇》，载《国际经济评论》2014年第1期，第45—64页。
 - ② 各国对于基于国家安全原因对于外资进行审查的机制名称不尽相同。有些称为“国家安全审查制度”，有些称为“投资安全审查机制”，也有些称为“投资审查机制”。经合组织做过一份详细的调研报告，各国机制命名的不同，审查的对象也会相应有所不同，有些为“国家安全”，有些为“基本安全利益”，有些为“公共秩序”，参见 OECD, *Security-related Terms in International Investment Law and in National Security Strategies*, May 2009. 为了讨论便利，本文所称“投资安全审查机制”泛指各国基于国家安全原因对投资进行审查的机制。
 - ③ *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018*, 50 U. S. C. § 1723 (2018).
 - ④ House of Representatives, *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019*, <https://www.congress.gov/115/crpt/hrpt676/CRPT-115hrpt676.pdf> (last visited August 31, 2019).
 - ⑤ 相关研究参见：刘栩栩：《美英外资安全审查趋势及对我国影响分析》，载《中国经贸导刊》2018年第33期，第30—32页；卢进勇、李小永、李思静：《欧美国家外资安全审查：趋势、内容与应对策略》，载《国际经济合作》2018年第12期，第4—9页；胡振虎、于晓：《特朗普政府加大中企赴美投资审查力度：原因、趋势与对策》，载《财政科学》2018年第4期，第150—155页。
 - ⑥ Regulation 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019, *establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the European Union*, OJ L79/1.
 - ⑦ 相关研究参见：石岩：《欧盟外资监管改革：动因、阻力及困局》，载《欧洲研究》2018年第1期，第114—135页；廖凡：《欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对》，载《法商研究》2019年第4期，第182—192页；叶斌：《欧盟外资安全审查立法草案及其法律基础的适当性》，载《欧洲研究》2018年第5期，第25—42页。
 - ⑧ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *National Security and Infrastructure Investment Review: The Government's review of the national security implications of foreign ownership or control*, October 2017.
 - ⑨ The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy, *National Security and Investment: A consultation on proposed legislative reforms*, July 2018.
 - ⑩ Guidelines on the National Security Review of Investments 2016, <https://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk81190.html> (last visited August 31, 2019).
 - ⑪ OECD and UNCTAD, *Twenty-first Report on G20 Investment Measures*, 24 June 2019.
 - ⑫ 参见项松林：《外资国家安全审查制度为何是最后一道“防线”》，载《理论导报》2019年第1期，第45页。

上，但是，仍然有近一半的投资接受大国并未进行国家安全审查制度的立法。^①那么，国家会在什么情况下构建或加强安全审查机制？这一轮国家安全审查机制立法变动的动因是什么？这些变动是否体现了国际上国家安全审查机制立法发展的某种趋势？

一 自由投资与国家安全的平衡

（一）投资安全审查机制：国家安全的“防火墙”

东道国通过制定优惠政策、构建法治化的投资环境为外国投资提供便利以促进本国经济、社会的发展。但是，与此同时，外资也会带来诸如环境污染、掠夺资源、垄断市场、威胁产业安全等问题，甚至会影响和威胁东道国国家安全。^②东道国可以通过制定产业准入制度以限制部分领域的外国投资，甚至可以明确列明禁止外国投资的行业，达到维护产业安全的目的。基于吸引外资促进本国社会经济发展的需要，各国都力图营造良好的营商环境，而产业准入制度作为营商环境评价的重要因素，亦趋于宽松而非缩紧，尤其是采用负面清单制度的国家，倾向于缩小列明的限制范围而非扩大。^③产业准入制度的放宽其实也增加了安审制度作为“最后一道防线”的重要性。

一般认为，投资安全审查制度是国家在对外开放的过程中，为应对投资自由化导致的外资大量进入东道国市场并控制或影响某些关键领域，对东道国国家安全造成潜在的不利威胁，在准入限制及反垄断措施不足以应对这类问题时，采取的防御措施。此类威胁主要有三类：第一类是用于投资政策的一般的安全理念，包括国防、公共健康与安全、以及公共秩序；第二类是与投资更为直接相关的威胁，包括收购在边境地区或靠近战略性重要设施的房产、在国防军事领域的外国投资、有组织犯罪或恐怖主义对国家经济的渗透、对国防所需的关键资源的控制等；第三类是特殊领域的威胁，包括武器、加密设备等。^④

从国家实践来看，对于与安全有关的投资措施各国监管程度及方式不一。有些国家有专门的安全审查制度（例如美国），有些国家在整体的国家安全范畴中予以考虑（例如奥地利），有些国家在其关键基础设施政策中予以规制（例如波兰）。^⑤而从各国构建或加强安审制度的动因来看，多半由一特殊时期来自于特定国家的投资所激发。例如，就美国安审机制的历史发展来看，第一次世界大战期间德国公司在美进行了大量对作战十分重要的化学和制药产业的投资滋生了1917年的《与敌国贸易法》；20世纪70年代，石油输出国将通过提高油价赚得的美元大量投资于美国引发了强烈疑虑，催生了1974年《外国投资研究法》、1975年美国外国投资委员会

① 投资接受大国中，比利时、荷兰、西班牙、巴西、爱尔兰、瑞典、新加坡、墨西哥等国并未在近两年加强投资安全审查机制，其中，甚至有不少国家并未构建投资安全审查机制。可见，并非所有投资接受大国都需要投资安全审查机制。

② 参见王东光：《外国投资国家安全审查制度研究》，北京大学出版社2018年版，第6页。See also Christopher M. Weimer, “Foreign Direct Investment and National Security Post-FINSA”, (2009) 87 *Texas Law Review* 663, p. 667.

③ 参见李思奇、牛倩：《投资负面清单制度的国际比较及其启示》，载《亚太经济》2019年第4期，第95—104页。

④ See OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Proportionality of Security-related Investment Instruments: A Survey of Practices*, May 2008, p. 5.

⑤ See OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Proportionality of Security-related Investment Instruments: A Survey of Practices*, May 2008.

(CFIUS)的成立、以及1976年《国际投资调查法》；20世纪80年代，日本投资的大量涌入，尤其是1986年日本富士通计划收购美国军用电脑芯片供应商仙通半导体一案，促成了1988年的《埃克森-弗洛里奥修正案》；2006年左右来自中国和海湾国家的大额并购，又产生了2007年《外国投资与国家安全法》。^①

综上，投资安全审查机制首先是一种在其他外资监管措施无法消除外资对国家安全的潜在威胁时的防御性措施；其次，该机制所防御的对象主要是通过控制或影响关键领域而可能产生的对东道国国家安全造成威胁的外国投资；再次，安审机制作为“最后一道防线”的功能定位，以及“国家安全”概念本身的政治性，导致安审机制先天是一种标准不明且不可能具有很高程度透明度的机制。最后，由于缺乏国际法规制，各国安审机制的确立、发展及实施主要依赖于“自我裁断”，这也为安审机制“功能”的无限扩大提供了可能。

(二)“自由投资进程”中关于投资安全审查机制的探讨

国家基于主权有管制或禁止外资进入的权力。^②然而，无制约的安审制度对全球经济的负面影响是显著的。^③一方面，安审机制本身标准的模糊性和不透明将造成商业上的不确定性，阻碍有益的外国投资；另一方面，基于其他战略原因对安审机制的滥用可能引发投资者母国的对等措施，进而阻碍自由投资进程。

对于如何构建有效、合理的投资安全审查机制的探讨目前主要集中在经合组织的“自由投资进程”议题中。^④考虑到保护国家安全的投资政策是很多国家投资政策的重要组成部分，为了帮助各国制定对自由投资影响最小又能实现保护国家安全目标的政策，经济合作与发展组织(OECD)在2008年至2009年期间，发布了一系列关于“与国家安全有关的投资措施”的研究，包括：《“关键基础设施”的保护和与国家安全有关的投资措施的作用》^⑤《与安全有关的投资措施的比例性：国家实践的调查》^⑥《基于国家安全考虑的投资政策的透明度与可预见性：国家实践的调查》^⑦《与安全有关的投资政策的可审查性》^⑧《外国政府控制的投资者和投资接受国投资政策：调查文件》^⑨《国际投资法和国内安全政策中与安全有关的术语》。^⑩在这些报告研究基础

① 参见李巍、赵莉：《美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响》，载《国际展望》2019年第1期，第45—49页。

② 参见吴兴南、林善炜：《全球化与未来中国》，中国社会科学出版社2002年版，第298页。

③ See James F. F. Carroll, “Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act’s Conception of National Security”, (2009) 23 *Emory International Law Review* 167, p. 186.

④ OECD自由投资进程的官方网站：<http://www.oecd.org/investment/foi.htm>，最后访问时间：2019年8月22日。

⑤ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Protection of ‘Critical Infrastructure’ and the Role of Investment Policies Relating to National Security*, 2008.

⑥ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Proportionality of Security-related Investment Instruments: A Survey of Practices*, May 2008.

⑦ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Transparency and Predictability for Investment Policies addressing National Security Concerns: A Survey of Practice*, 2008.

⑧ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Accountability for Security-related Investment Policies*, November 2008.

⑨ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Foreign Government-Controlled Investors and Recipient Country Investment Policies: A Scoping Paper*, January 2009.

⑩ OECD Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Security-related terms in international investment law and in national security strategies*, May 2009.

上，OECD于2009年发布《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》（以下称为《指南》），^①提出与国家安全相关的投资政策应当符合四大原则：非歧视原则、透明度/可预见性原则、监管平衡性原则及可问责性原则。

非歧视原则要求一国政府在通常情况下采取以相同方式对待地位相同的投资者的一般性措施。如果非歧视的措施无法有效保护国家安全，应当基于这一对国家安全造成威胁的投资的特定情况采取特别措施。透明度原则提出相关政策的汇编与公布、事先通知、协商、程序公正和可预见性、披露投资政策措施等要求。具体而言，透明度原则要求对于为什么特定的投资项目需要经过安全审查的原因应当是清晰的；审查机构应当有明确且可公开获得的关于如何评估一项投资的指南；如有必要，审查机构可以征询与国家安全相关的和特定领域的专家的意见；拒绝或限制某项投资的决定应当在保护商业敏感或其他机密信息的情况下公开或者应向其他公开机制报告。监管平衡性原则，即指对投资之限制或对交易之调整应以维护国家安全所需为限，如果已有的措施适合于并足以解决国家安全问题，则应避免采取其他限制或调整措施。虽然基本安全利益是由国家自主裁决的，但监管平衡性原则提出对投资的限制应集中于小范围与国家安全有关的考虑、基于合适的审查、对特定风险有相应的反应措施、作为一种最后手段等要求。可问责性原则，是指在立法中应考虑政府内部监督程序、国会监督程序、司法审查、定期的规制效果评估等机制，以及要求重要的决定应由较高层级的政府作出。可问责性的基本含义是有使公共政府官员为他们所做出的决定负责的可能。《指南》认为，国民和国际社会均可对作出安审机制的决策者问责，一则因为可问责性是民主治理的根本性原则；二则因为政府对维持一个提供开放的、竞争的市场准入的国际投资体系的共享利益。据此，可问责性的机制应当包括行政、政治、司法、国际四个层面。

从世界范围来看，各国对于安审机制的需求不同，大多数国家甚至都还没有相关立法，因而，这份指南实际上是为有或需要有安审机制的国家提供能尽可能平衡投资促进与国家安全维护的立法参考。应当说，这份指南充分体现了法治原则对安审机制的要求。如若各国在安审机制的构建过程中均遵循以上四大原则，将有效促进自由投资与国家安全的平衡，制约安审机制“功能”的无限扩大，遏制安审机制内里的政治属性。然而，安审机制毕竟是一项与国家安全有关的措施，又是一项在其他外资监管措施无法消除外资对国家安全的潜在威胁时的“最后一道防线”，因而，各国都未明确列举可能威胁国家安全的投资，也未明确规定审查的标准，从而确保安审机制的充分灵活性，以使其有能力成为投资接受国拒绝一切可能威胁其安全的投资项目的法律武器。为了保护涉及国家安全的关键及敏感信息，安全审查的全过程又难以完全公开。这就给可问责性原则的实现带来了困境：信息无法公开的情况下，如何实现问责？而所谓司法上的救济，由于相关信息的保密性，司法机构一般仅能审查程序问题，而不审查实质决定，因而，结果最多也就是由安审机构重新审查。尽管如此，OECD提出的非歧视、透明度/可预见性、监管平衡性及可问责性四大原则确也为如何在国际层面进一步探讨对各国安审机制的制约以实现自由投资与国家安全的平衡提供了基石。

① OECD Investment Division, *Guidelines for Recipient Country Investment Policies relating to National Security*, Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009.

二 近两年各国投资安全审查机制的立法调整

(一) 各国投资安全审查机制立法动态

新一轮投资安全审查机制的立法高潮出现在2018年前后。美国于2018年8月13日通过《现代化法案》，扩大审查交易范围、优化“申报”程序、增加延长审查期限、严格减缓协议使用要求以应对不断变化的国家安全问题。2018年10月10日，作为实施《现代化法案》第一阶段的试行计划，美国财政部又将包括生物技术研发、半导体和相关设备制造等关键技术行业在内的27个领域纳入审查范围并对实施强制性申报的要求发布了暂行规定。^①2019年9月17日，美国财政部针对《现代化法案》发布拟议实施细则。^②

英国传统上没有对外国投资进行投资安全审查的专门立法，其有关国家安全审查的法律规定“镶嵌”在《企业法》和《外商投资法》中。但随着技术的不断发展，潜在国家安全风险的性质也在不断发展。因此，2017年10月17日，英国发布《国家安全和基础设施审查绿皮书》，提出短期措施和长期措施^③加强安全审查力度。2018年3月15日，英国再次发布《国家安全和基础设施审查绿皮书》，提出议会将会审议批准两份命令，内容分别为降低触发安全审查的营业额、市场份额标准，且两项命令将同时生效。^④2018年6月11日，英国发布两项法令对《企业法》进行修改。^⑤2018年7月24日，通过《国家安全与投资白皮书》，建议下调政府干预的门槛，扩大适用领域，赋予英国各部门负责人对可能存在国家安全隐患的外资收购交易增加审查的权限。^⑥

欧盟国家则同时在国家层面及联盟层面加强了对外商投资的安全审查。德国在2017年修改了《对外经济法》和《对外贸易和支付条例》，2018年再次修订《对外贸易和支付条例》。^⑦最新的《对外贸易和支付条例》修正案于2018年12月29日生效，有两项主要变化：一是大幅降低审查门槛，对涉及敏感行业或关键基础设施公司的并购项目，审查门槛从直接或间接收购德国公司25%投票权降至10%投票权；二是在属敏感部门的关键基础设施清单中新增媒体行业。意大利总统马塔雷拉于2019年3月25日签署通过了更新《黄金权力法案》的法令，将“基于5G

① See U. S. Department of the Treasury, Treasury Releases Interim Regulations for FIRRMA Pilot Program, <http://home.treasury.gov/news/press-releases/sm506> (last visited August 30, 2019).

② See Committee on Foreign Investment in the United States, U. S. Department of the Treasury, <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius> (last visited October 28, 2019).

③ 短期措施是指在军用、军民两用及部分先进技术领域，降低以营业额、市场份额为标准的审查门槛；长期措施是指安全审查在自愿申报的基础上给予政府主动审查的权力，且对涉及特定关键领域的外商投资实行强制申报。Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *National Security and Infrastructure Investment Review: The Government's review of the national security implications of foreign ownership or control*, October 2017.

④ See Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *National Security and Infrastructure Investment Review: Government response to its consultation on short-term proposals*, 15 March 2018.

⑤ The Enterprise Act 2002 (Share of Supply Test) (Amendment) Order 2018, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/578/pdfs/uksi_20180578_en.pdf (last visited August 31, 2019).

⑥ See Department for Business, Energy & Industrial Strategy, *National Security and Investment: A consultation on proposed legislative reforms*, July 2018.

⑦ Foreign Trade and Payments Ordinance of 2 August 2013 (Federal Law Gazette [BGBl.] Part I p. 2865), as last amended by Article 1 of the Ordinance of 19 December 2018 (BAnz AT 28.12.2018 V1).

技术的宽带通讯服务”纳入本国战略资产范畴。根据这一法案，政府有权对该领域内意大利企业与非欧盟成员国家实体的交易进行审查，并作出最终决定。^① 立陶宛《保护对保障国家安全具有重要性的目标法》于2018年3月1日生效。^② 匈牙利内政部长提交的关于控制侵犯匈牙利安全利益的外国投资法案也于2018年10月2日通过。^③ 法国分别在2018年12月1日和2019年1月1日，对外国投资审查机制进行变更以确保更有效地保障其根本安全利益。^④

除了国家层面安全审查机制的立法，欧盟于2019年3月5日投票表决通过了《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》（下称《条例》）。^⑤ 《条例》为各成员国安全审查机制设立了一些普遍适用的标准，在各成员国间及成员国与联盟间就正在进行或已完成的可能影响其他成员国或联盟的安全与公共秩序的投资建立相互通报及沟通协调的合作机制，在各成员国内及欧盟层面建立“联系点”，并成立专家组就欧盟安全审查机制的发展持续研究。《条例》并未在欧盟层面构建如主权国家一样完整的安全审查机制，其本身规制的对象是成员国而非投资者，且并不要求所有成员国必须构建相应的安全审查机制，对于是否进行安审以及是否允许或拒绝投资的决定权也仍然在成员国手中。然而，值得关切的是，一方面，《条例》将推动部分成员国构建或修改其国家层面的安全审查机制；另一方面，信息互通与合作机制可能使某些投资计划暴露于整个欧盟及其成员国面前。

2020年受新冠肺炎疫情影响，各国拟进一步收紧外资安全审查。欧盟于2020年3月25日发布《在第2019/452号外商直接投资审查条例适用前，关于来源于第三国的外商直接投资和资本自由流动，以及保护欧洲战略资产的指南》。^⑥ 另据2020年4月6日报道，美国总统特朗普宣布将加强在移动通讯网络领域外商投资审查的机构间合作。^⑦ 德国则于4月8日宣布将通过进一步修改法律，加强对关键基础设施、药物及防护装备、能源及科技公司的保护，保证电信、药品和防护物资的基本供应。^⑧ 英国也将在原先《国家安全与投资白皮书》的基础上，考虑通过《国家安全与投资法案》的可能性。^⑨ 总体而言，受疫情影响，各国进一步收紧外资安全审查主要有两方面原因：一是药

① OECD and UNCTAD, *Twenty-first Report on G20 Investment Measures*, 24 June 2019.

② Republic of Lithuania Law on the Protection of Objects of Importance to Ensuring National Security, <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/a7ba7f40211411e88a05839ea3846d8e> (last visited August 31, 2019).

③ 《明年一月起，匈牙利将对涉及国家安全的外国投资进行审查》，匈牙利联合报，<http://www.lianhenews.com/index.php?m=Xapp&c=Article&a=set&id=1036&cid=4>，最后访问时间：2019年8月31日。

④ OECD and UNCTAD, *Twenty-first Report on G20 Investment Measures*, 24 June 2019.

⑤ Regulation 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 *establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the European Union*, OJ L79/1. 该《条例》由欧盟委员会于2017年9月13日提出立法建议，经欧洲议会、欧盟理事会等机构讨论、修改后，于2019年3月5日通过，并于2019年4月10日起生效，2020年10月11日起施行。

⑥ C (2020) 1981 final, Communication from the Commission, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, Brussels, 25.3.2020.

⑦ News from the Federal Communications Commission, “Carr Praises Executive Order Enhancing National Security Review of Foreign Participation in U.S. Telecom Sector, Calls for New Committee to Focus on Threats from Carriers”, <https://www.fcc.gov/document/carr-praises-enhanced-national-security-review-foreign-telecoms> (last visited April 21, 2020).

⑧ 参见欧洲时报德国版：《德国修改法案进一步加强外资并购限制》，<https://www.xinouzhou.com/detail/627696> (last visited April 21, 2020).

⑨ Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP and Affiliates, “Conservative Party Win Paves Way for Reforms to UK National Security Reviews”, <https://www.skadden.com/insights/publications/2020/01/2020-insights/conservative-party-win-paves-way-for-reforms> (last visited April 21, 2020).

物及防护装备等成为关系到国家安全的重要“战略资产”；二是应对疫情对经济发展造成的负面影响，保护国内企业免遭外国机会性收购。

（二）各国投资安全审查机制调整的内容

整体来看，近两年各国安审机制立法在审查机构、审查对象、考量因素和审查程序方面均作出了系统性调整。

首先，重整审查机构。各国安审机制在审查机构方面的变化反映了三大趋势：一是各国逐步建立专门负责安全审查的机构；二是负责安全审查的机构的级别都相对较高；三是牵涉的部门越来越多。英国通过改革将安审机制独立，由内阁级的高级部长负责，并独立于竞争性审查机制等其他监管机制。美国《现代化法案》增强了外国投资委员会的重启调查权、提高风险减缓标准、新增中止交易权等。德国明确负责安全审查的部门为联邦经济与能源部，必要时与财政部、联邦银行联合行动。

其次，拓宽审查对象。美国《现代化法案》将“受辖交易”的范围拓宽至关键基础设施、关键技术及敏感个人数据的对美国企业的“任何其他投资”。英国增加对军用及军民两用、计算机硬件、量子技术三个关键领域的审查。德国拓展了关键基础设施的涵盖范围，将“传媒业”也纳入关键基础设施领域。意大利在安全审查的对象中着重强调5G基站通讯服务。

再次，增加考量因素，主要表现在两个方面。第一，强化对投资者身份背景的考察。美国2018《现代化法案》特别规定要防范“特别关注国家”，以及特别关注外国投资者的历史背景。欧盟在审查框架中强调关注投资的资金来源。第二，关注特定领域的市场份额或控制程度。英国在《国家安全与投资白皮书》中规定了敏感领域的收购份额，将对“特定领域”的审查门槛由7000万英镑降低到100万英镑。

最后，在审查程序上，引入强制申报制度并延长审查期限。在强制申报方面，英国规定如果外商投资涉及的英国企业属于关键技术领域，且“具有至关重要功能”，则对该投资实行强制申报制度。德国《对外贸易和支付条例》同样规定外资在德国投资涉及“关键基础设施”的必须向德国联邦经济事务和能源部进行申报。在审查期限方面，美国《现代化法案》将审查期延长至45天，调查期在“特殊情况下”可另外延长15天。德国将跨行业并购的审查期限从2个月延长为4个月，特定行业并购的审查期限从1个月延长到3个月。

（三）中国对外投资与美欧国家投资安全审查机制的变动

如前所述，安审机制的变动多半是由于某一特殊时期内对来自于某一国家的投资产生疑虑而激发出来的。那么，2018年前后这一波安审机制的变化可以说与中国近些年的对外投资有直接关联了。无论从这些国家立法背景的文件，还是从学界对于这些国家安审机制的变化动因的分析，^①中国近些年对外投资的发展与这次美欧国家安审机制的变动之直接联系都可见一斑。从以

^① See Gregory T. Chin, “An Uncomfortable Truth: Canada’s Wary Ambivalence to Chinese Corporate Takeovers”, (2018) 73 (3) *International Journal* 399, pp. 399–428; Carsten Koenig, “Current Developments in Foreign Direct Investment Control”, (2018) 2 (3) *European Competition and Regulatory Law Review* 221, pp. 221–225; Souvik Saha, “CFIUS Now Made in China: Dueling National Security Review Frameworks as a Countermeasure to Economic Espionage in the Age of Globalization”, (2012) 33 (1) *Northwestern Journal of International Law & Business* 199, pp. 199–235; Patrick Griffin, “CFIUS in the Age of Chinese Investment”, (2017) 85 (4) *Fordham Law Review* 1757, pp. 1757–1792.

上分析的这次安审机制变动的内容来看，对以下三方面的特别关注可以说是直接应对源自于中国的投资产生的安全威胁。

1. “国有企业”投资

从投资者身份来看，各国均着重加强对投资者身份背景的审查。美国将对所有与美国商业有关的政府控制的投资进行调查。“国有企业”投资本身就是安审机制针对的重点投资类型。一般认为，外国政府利用投资实现特定安全或情报相关目标的可能性比私主体投资大得多，但也有研究表明，这并非是必然的。^① 由于中国对外投资的迅猛增加，国际投资市场上的国有企业作为投资主体的数量也随之增加，使得各国开始重新审视自己的安审机制是否能足以消除国有企业投资对国家安全造成的特殊威胁。

国有企业投资可能引发的对国家安全的威胁主要被认为是来源于三个方面：一是担忧投资者出于战略原因进行投资。欧盟在其关于全球化的反思文件中提到：“已经有人对外国投资者特别是对国有企业出于战略原因收购拥有关键技术的欧洲公司表达了关切”。^② 二是担忧重要资源掌握在外国政府手中。三是认为如果该外国政府与东道国具有不同的国家利益，那么源自于该国的投资对国家安全的威胁更值得关注。^③

2. “关键基础设施”领域的投资

从投资领域来看，对关键基础设施领域投资的审查明显加强。虽然关键基础设施是安审机制关注的传统领域，然而，中国“一带一路”倡议的提出与推进，无疑增强了投资接受国对中国投资者在其关键基础设施领域的投资是否具有战略意图的疑虑。

一般而言，“关键基础设施”被定义为一旦出现故障或遭到破坏将会对国家安全造成削弱性影响，或是对国民经济、国民健康安全、社会发展、政府运作有严重影响的那些维持经济、政治和社会生活的物理的或虚拟的资产、服务和系统，包括物理设施、供应链、信息技术以及通信网络等。^④ “关键基础设施”是一个不断发展的概念，各国定义不同，国内各部门理解亦不同，这也给“关键基础设施”的宽泛解释提供了可能。然而，值得注意的是，对于“关键基础设施”领域投资的规制，不仅有安审机构，还有诸如国土安全部、关键基础设施中心等规制关键基础设施的主体。这看似好像使得对关键基础设施领域的投资面临层层审查，但实质上，安审机制是一种在其他监管措施无法消除对国家安全的潜在威胁时的防御性措施，因而，关键基础设施领域规

① James E. Mendenhall, “Assessing Security Risks Posed by State-Owned Enterprises in the Context of International Investment Agreements”, (2016) 31 (1) *ICSID Review*, p. 36.

② 欧盟委员会报告中提到：“对外资开放仍然是欧盟的一个关键原则和重要增长源泉。但是，已经有人对外国投资者特别是对国有企业出于战略原因收购拥有关键技术的欧洲公司表达了关切。欧盟投资者往往并不享有在这些投资的来源国进行投资的相同权利。对这些关切需要进行仔细分析并采取适当行动。” COM (2017) 240, *Reflection Paper on Harnessing Globalization*, Brussels, 10. 5. 2017.

③ See Joanna Rubin Travalini, “Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance between National Economy Benefits and National Security Interests”, (2009) 29 (3) *Northwestern Journal of International Law & Business* 779, p. 782.

④ 美国将其定义为“对美国至关重要的，一旦出现故障或遭到破坏将对国家安全造成削弱性影响的系统和资产，不论其是无力的或虚拟的”。英国认为关键的国家基础设施包括那些维持英国经济、政治和社会生活的资产、服务和系统，一旦受损将造成大规模的生命损伤；对国民经济有严重影响；对社会有其他严重后果；直接引起政府的关注。加拿大的关键基础设施是指如果受到干扰或破坏，将对加拿大人的健康、安全、保障或经济福利或加拿大政府的有效运作产生严重影响的物理和信息技术设施、电子网络、服务与资产。澳大利亚将关键基础设施定义为那些如果遭到破坏、弱化或在较长时间内不可使用，将极大地影响国家社会、经济福利，或影响澳大利亚进行国防和确保国家安全能力的物理设施、供应链、信息技术以及通信网络。

制的主体越多,越有可能限缩安审机制发挥作用的空間。

3. “战略竞争对手”的投资

从投资来源国来看,部分国家毫不避讳地在安审机制中增强其国别针对性。2017年美国《国家安全战略》在很多层面上将中国定为“战略竞争对手”。2018年《国防战略》再度将中国作为美国国家安全的最大威胁国家。在经贸领域的体现则是在美国贸易代表2018关于知识产权的特别301报告中将中国列为特别观察对象,以及在2017《现代化法案》中将中国作为“特别关注国家”加以防范。来自于中国的投资被视为“非同盟”伙伴的投资,而将受到更严格的审查。^①

此外,所谓的“战略竞争对手”还表现为“战略伙伴的战略竞争对手”。例如,由于美国将中国视为“战略竞争对手”,那么加拿大、澳大利亚等国在安审制度方面对待中国投资的态度就极有可能受美国的影响。因而,可能造成安审机制的“拉帮结派”。美加墨协定谈判期间,加拿大在考虑是否批准CCCI/Aecon并购案^②时,就必然需要考虑到美国因素。^③可见,安审机制将愈加受国家安全战略的影响。国家间战略竞争态势越紧张,安审机制受国家安全战略影响越大。对于来源于战略竞争对手的投资自然是安审机制的重点监控对象。

事实上以上三点也并非孤立的,结合起来理解,也可以理解为:来自于战略竞争对手的国有企业在关键基础设施领域的投资将成为当前及未来一段时间内美欧安审机制关注的重中之重。

三 投资安全审查机制的发展趋势

(一) 自由投资与国家安全的“再平衡”

整体来看,当前,具有安审机制的国家仍然是少数,各国对于是否必须要有安审机制立场不一。在有安审机制的国家中,各国立法在审查机构、审查对象、考量因素和审查程序方面差异仍然很大。但是,值得注意的趋势是,安审机制逐步从镶嵌在其他措施中(例如对外贸易法案或者公司法)发展成为独立的制度,并对更大范围的盟国的相关立法产生影响。例如,在德、法、意的推动下,欧盟层面的安审制度的确立实际上将影响联盟内其他暂时没有安审机制立法的成员国考虑相关立法的必要性。美国安审机制的加强也将引发其盟友对相关制度的思量。而一旦这些国家开始考虑构建或加强安审机制,又会以已有安审机制的国家的立法实践为模版。因而,此次美欧国家安审机制的立法的影响不仅在于这些国家对自身投资监管体系及国家安全战略的完善与补充,也在于国际上对于安审机制立法规则的确立与发展。

随着可能威胁到国家安全的投资行为的复杂化,安审机制随之不断调整。投资来源国、投资者身份、投资领域的变化都会引发投资对国家安全的影响发生变化。近两年的相关立法对于审查对象从并购扩展到绿地投资、从外国资本控制的投资扩展到非控制的投资、从外国企业扩展到本

① See Qingxiu Bu, “RALLs Implications for the National Security Review”, (2016) 7 (2) *George Mason Journal of International Commercial Law* 115, p. 126.

② 2018年,加拿大政府阻止了中国交通建设集团子公司——中交国际(CCCI)对该国最大建筑商阿肯集团(Aecon)的12亿美元收购。

③ See Gregory T. Chin, “An Uncomfortable Truth: Canada’s Wary Ambivalence to Chinese Corporate Takeovers”, (2018) 73 (3) *International Journal* 399, p. 424.

国企业、从引进来企业扩展到走出去企业，实际上都是基于近些年投资对国家安全的影响愈加复杂化的制度反应。^① 除此之外，当前国际经济与安全局势变化使得安审机制的政治属性凸显。在这样的背景下，安审机制不再单纯是投资监管措施的“最后一道防线”，而是服务于一国国家安全战略的“与投资有关的安全措施”。该措施可能成为限制“非联盟”国家在关键基础设施领域投资的法律武器。因而，自由投资与国家安全的再平衡既是投资行为的变化引起的，也是国家间战略竞争态势变化促发的，受后者影响尤甚。

（二）投资监管措施与国家安全战略的结合

投资安全审查机制长久以来都是作为一项外资监管措施而存在的。上文提及的 OECD《指南》中提出的非歧视、透明度、监管平衡性、可问责性原则，也是建立在将安审机制作为一项投资监管措施而提出的。然而，如若国家安全审查机制仅仅是一项投资监管措施，为何世界上仅少数几个国家进行了国家安全审查机制的立法？为何有安审机制的国家在机构设置、审查对象、审查标准、审查程序等制度设计上都相去甚远？为何此番安审机制的变动背离了 OECD《指南》的非歧视性原则，而明确强调防范“特别关注国家”或“投资资金来源”？^②

当今国际竞争已经由军事、科技、经济等单纯实力竞争发展到规则话语权的竞争，成为国家之间的战略竞争，^③ 有机融合多种国家力量要素（军事、经济、文化、外交、情报、科技、人才等等）。国家安全战略既包含对现实安全威胁因素的被动防御，也囊括对潜在安全威胁因素的积极进攻，维护安全现状和保障良好发展空间，构成一国安全保障的完整体系。^④ 当前国家战略竞争背景下，国家更着眼于创造本国优越发展潜力，使自身的发展不落后，由此导致的两个结果是：其一，一些国家会采取遏制战略，限制他国的发展；其二，国家非常关注先进、关键领域的发展。网络、关键基础设施等现代化设施关系社会生产生活，关系公民服务，关系国防事务，支撑并推动经济增长，增进经济和社会福祉，一旦被破坏会导致灾难性的深远影响。关键技术不仅包括与国防安全相关的技术，也包括其他新兴和基础技术。科技快速发展带来长效驱动力，推动社会进步、经济发展，也影响着未来“战争”形态。

安审机制从来都是以“国家安全”为守护对象的制度。当前，越来越多的国家更是逐渐将安审机制纳入该国国家安全战略中。2018 年美国《现代化法案》就是作为《2019 财年国防授权法案》的一部分颁布。欧盟新的安审条例也是其整体对外经济政策和产业战略的一部分。^⑤ 在新的国际战略竞争的背景下，作为国家安全战略一部分的安审机制也随之在制度设计上进行了相应

① See OECD, *Current Trends in Investment Policies Related to National Security and Public Order*, November 2018, pp. 4–5. 另参见王璐瑶、葛顺奇：《投资便利化国际趋势与中国的实践》，载《国际经济评论》2019 年第 4 期，第 139—156 页；张天行：《美国〈外国投资风险评估现代化法案〉下的监管变革：立法与应对》，载《国际经济法学刊》2019 年第 2 期，第 104—118 页。

② 例如：FIRRMA 法案特别强调防范“特别关注国家”；欧盟《规则》关注投资资金的来源；意大利将“基于 5G 技术的宽带通讯服务”纳入战略资产范畴，对本国企业与非欧盟成员国国家实体的交易进行审查。

③ 美国在 2018《国防战略报告》中也指出“国家间的战略竞争现在是美国国家安全的首要问题”。Summary of the 2018 National Defense Strategy of The United States of America: Sharpening the American Military's Competitive Edge.

④ 参见孙晋平：《国际关系理论中的国家安全理论》，载《国际关系学院学报》2000 年第 4 期，第 3—9 页。

⑤ 参见石岩：《欧盟外资监管改革：动因、阻力及困局》，载《欧洲研究》2018 年第 1 期，第 138 页。

的调整,在外国投资领域回应国家安全保障的需要。一方面,“国家安全”理念的拓展,国家安全战略竞争态势的升级都将诱发安审机制在审查机构、审查对象、审查标准上的调整;另一方面,在国家安全战略考量中列入战略竞争对手的国家,自然也就成为了该国安审机制重点关注的国家。受国家间战略关系定位的影响,同一个投资来源国的投资对不同投资目的地的国家而言,安全威胁程度可能是不同的;同一个领域的投资对于不同国家而言,安全威胁程度也可能是不同的;对一特定国家而言,来自于一些国家的某种投资可能引发国家安全的担忧,但来自于另一些国家的同样的投资却不会引发担忧。在世界大格局中,每个国家面临的安全威胁不尽相同,因而,每个国家对外资国家安全审查制度的需求度也就不同。

(三) 对 OECD《指南》四大原则的重新考量

如本文第一部分所述,OECD《指南》提出的非歧视性、透明度、监管平衡性、可问责性四大基本原则,从法治的角度出发,对安审机制的构建提供了指引。在当前安审机制变动的趋势下,亟需继续在 OECD“自由投资进程”中,在《指南》的基础上,密切关注各国安审机制的发展动向,进一步探讨自由投资与国家安全平衡的有益做法。

对《指南》四大原则的重新考量,一方面应在实然层面充分考虑各国安审机制立法的实践与现有四大原则之间的落差,另一方面需在应然层面探讨自由投资与国家安全之间的平衡。非歧视性原则及监管平衡性原则应当强化,这是安审机制作为一项在其他监管措施无法消除外资对国家安全的潜在威胁时的防御性措施的本质要求。自由投资仍是当前的主旋律也是各国经济发展的共同需求。国家安全“例外”的援引应当受到严格的限制,尤其应当符合比例性及非歧视性要求。对于透明度原则而言,则确应在兼顾保护安全相关信息及敏感信息的需求的基础上,要求公开安审制度规则,尤其是程序规则,增强可预测性。至于可问责性原则,可以说是平衡自由投资与国家安全的最根本性的保障。法治是遏制一项措施被滥用的有效路径,而国际法治是制约各国政府规制权行使以促进国际发展的有效路径。想在自由投资与国家安全间求得平衡,一则需要依靠各国国内法治等宪法性原则的制约;二则需要通过投资协定及争端解决机制推进国际投资法治的建设。

四 结语

从这一轮调整投资安全审查机制的国家来看,2018年前后世界范围内各国安审机制的变动主要是由于美欧国家普遍认为原先的制度无法满足保障国家安全的需要。对此,可以从两方面加以解释:一是投资行为本身发生变化,二是国家安全理念发生变化。无论是投资行为发生变化,还是国家安全理念发生变化,又或是两者皆有,都可以为安审机制的改革提供一定的合理性。

但是,值得注意的是,如果说传统的国家安全审查机制是作为一项投资监管措施中守护国家安全的“最后一道防线”而存在的,当前,美欧立法已逐渐将安审机制由幕后推向台前,主动发挥着控制市场准入、寻求对等开放、保护产业竞争力、实现国家安全战略目标等功能。“国家安全”概念本身的模糊及延展性,以及相应国际规则的缺失给予了安审机制功能拓展的空间。安审机制既是一项与安全有关的投资措施,又是一项与投资有关的安全措施。而此次安审机制的

变动使得安审机制越来越多地受国家安全战略的影响。突出的表现则是源自于“战略竞争对手”的“国有企业”在“关键基础设施”领域的投资将成为安审机制的重点监控对象。

对于一国国家安全审查机制的评价之难点在于很难划分该机制是为了保障国家安全还是服务于其他目的。尤其从立法的角度进行分析，机制的设计本身裹着“法律制度”的外衣。能够对一国涉外法律制度的构建加以限制最有效的途径只能依赖于国际规则的构建。正如国际贸易规则对各国涉外贸易管理体系的制约一般，促进国际投资与维护国家安全的平衡终将取决于国际投资法治的发展。

The Trends of the National Security Review Mechanism of the US and Europe: from A Security-related Investment Measure to An Investment-related Security Measure?

Zhang Jiao, Li Chuanlong and Li Tong

Abstract: Many countries, such as the US, UK, Germany, France, Italy, almost simultaneously upgraded their national security review mechanism (NSRM) in 2018. This raises a second round of discussion about the “international standard” of NSRM. The development of international investment stimulates the countries to upgrade the mechanism since it is an investment management measure, while the current situation of national strategic competition triggers the return of the NSRM to the political attribute of “national security”, representing the politicization of the NSRM. The NSRM is not only a security-related investment measure but also an investment-related security measure. Taking it as a part of national security strategy may help to better understand that foreign investments in the area of key infrastructure by State-owned companies from strategic competition countries would be the main focus of the NSRM of the US and Europe in the current and near future.

Keywords: Foreign Direct Investment, Freedom of Investment, National Security, National Strategy

(责任编辑: 李庆明)