

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2025.11.001

欢迎按以下格式引用:杨银,易在成.外商投资安全审查制度二元结构的再平衡——基于投资者权益保护的 analysis[J].重庆大学学报(社会科学版),2026(1):211-225. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2025.11.001.



Citation Format: Yang Yin, Yi Zaicheng. The rebalance of the foreign investment security review system: an analysis based on investor rights protection[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2026(1): 211-225. Doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2025.11.001.

# 外商投资安全审查制度 二元结构的再平衡 ——基于投资者权益保护的 analysis

杨 银, 易在成

(澳门科技大学 法学院, 中国 澳门 999078)

**摘要:**传统国际投资秩序受新自由主义的影响,推崇东道国在弱化外商投资安全审查的同时加强对投资者权益的保护,是资本输出国维护其海外利益的结构性产物。然而,传统的资本输出国和资本输入国在经济全球化进程中出现了身份混同的现象,导致传统资本输出国担忧传统资本输入国的外商投资会冲击其国内的社会稳定、经济安全和技术发展,引发了外商投资威胁国家安全的论调。美国和欧盟等传统资本输出国为应对外商投资产生的安全风险,在安全例外主义、仲裁保护主义和法律工具主义的驱动下修订其国内的外商投资安全审查制度,通过扩大审查范围、弱化透明度和豁免外商投资安全审查决定的司法审查等方式限缩投资者权益,打破了外商投资安全审查制度中东道国规制权和投资者权益保护的二元结构平衡,损害了国际投资秩序的稳定性和可预期性。鉴此,各贸易投资协定有必要修正外部限制保障东道国对外商投资的规制权,调适国家安全范畴缓解国家安全泛化的风险,重塑透明度原则揭开外商投资安全审查制度的面纱,改革救济模式筑牢投资者权益保护的最后一道屏障,以创新的理念、务实的措施和开放的姿态推动外商投资安全审查制度二元结构的再平衡。同时,我国正处于资本输入国向资本输出国的转型阶段,需要在总体国家安全观的引领下完善外商投资安全审查制度的域外效力,通过补强投资者知情权、细化外商投资安全审查工作机制办公室的工作报告机制和完善信息公开机制等措施提升外商投资安全审查制度的透明度,并不断优化外商投资安全审查决定的管辖权制度保障投资者的救济途径,确保我国外商投资安全审查制度在新发展格局下既能防范外商投资的系统性安全风险又

基金项目:国家社会科学基金重大项目“完善我国条约司法适用制度研究”(23&ZD167)

作者简介:杨银,澳门科技大学法学院博士研究生;易在成(通讯作者),法学博士,澳门科技大学法学院教授,博士研究生导师,Email: zcyi@must.edu.mo。

能保障投资者权益,以高水平安全保障高质量发展,最终形成具有中国特色的外商投资安全审查体系。

**关键词:**外商投资安全审查;国家安全审查;国际投资安全;投资者保护;外商投资法

**中图分类号:**D922.295;D996.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2026)01-0211-15

## 一、问题的提出

从1980年至2024年,全球外商直接投资净流入规模从534.1亿美元增长至1.53万亿美元,直接增长了28倍<sup>①</sup>。在外商直接投资的增长初期,以美国和欧盟为代表的发达国家作为主要的资本输出国,受新自由主义的影响披上了托马斯·弗里德曼的“金色紧身衣”<sup>[1]</sup>,推崇东道国减少甚至取消对外国资本的准入限制,放宽对外国投资者的安全审查,给予投资者合理的政策优惠,在资本单向输出的历史语境中形成了传统的投资者权益保护模式,是传统的资本输出国保护其资本输出的必然选择。但是,全球经济经历21世纪初期的蓬勃发展之后,以中国为代表的传统资本输入国的资本输出呈现出快速增长的态势,该转变促使外商投资的资本流动模式从单向流动变为双向流动,让各国兼具资本输出国和资本输入国的双重身份。同时,以美国和欧盟为代表的传统资本输出国在身份转化过程中认为,传统投资者权益保护模式奉行的私权优位,削弱了东道国对外商投资的安全监管,导致投资者在关键基础设施、关键技术、关键供应链和敏感数据等领域的投资突破了国家安全的边界,存在威胁国家安全的风险。

据此,以美国和欧盟为代表的东道国为消解外商投资的安全风险,以国家安全为名修订其国内的外商投资安全审查制度(以下简称“外资安审制度”),通过扩大审查权限、泛化审查范围或要求投资者限期剥离已有投资等方式强化本国对外商投资的规制权,从而弱化了对投资者权益的保护,打破了传统投资者权益保护模式下外资安审制度二元结构的平衡,导致全球外商直接投资净流入规模出现下滑趋势,引发了理论界与实务界的关注。但是,外资安审制度的现有研究多从美国、欧盟与中国的比较法视角展开,通过解构美国和欧盟的外资安审制度的特征与影响,分析我国外资安审制度的问题,提出推动全面投资协定谈判<sup>[2]</sup>、优化我国企业股权结构或必要时终止投资等建议解决外资安审制度面临的挑战<sup>[3]</sup>;或从投资者权利救济的角度,提议东道国保障投资者对国家安全审查结果的救济权<sup>[4]</sup>,引导投资者通过国际投资协定的公平公正待遇条款、禁止非法征收条款和保护伞条款等规则寻求法律救济<sup>[5-7]</sup>;或从安全例外条款适用的角度,探讨外资安审制度援引安全例外条款的适用边界<sup>[8-9]</sup>。很少有学者从投资者权益保护的角度关注外资安审制度二元结构的再平衡问题,其研究的系统性和理论性有待提升。本文将分析外资安审制度二元结构失衡的根源及表象,提出外资安审制度二元结构再平衡的新范式,并立足于总体国家安全观的理论基础维护我国外资安审制度二元结构的平衡,营造稳定、公平、透明和可预期的外商投资环境。

## 二、外资安审制度二元结构的失衡根源

东道国实施外资安审制度是维护国家安全的应有之义,具有法理的正当性和合法性。但是,外资安审制度的二元结构在当代国际治理体系转型过程中呈现出系统性失调的态势,究其本质是受

<sup>①</sup> 数据来源:世界银行WDI数据库(<https://data.worldbank.org.cn/indicator/BX.KLT.DINV.CD.WD?end=2024&start=1980>,最后访问时间:2026年2月6日)。

安全例外主义、仲裁保护主义和法律工具主义等因素的影响而产生的制度性困境。鉴此,有必要立足于国际投资法和国家安全法的制度理论解构相关因素的运作机理,为外资安审制度二元结构的再平衡提供方向指引。

### (一)安全例外主义:豁免东道国的条约义务

从历史角度考察,传统的贸易投资协定制定安全例外条款豁免东道国维护国家安全应当承担的条约义务,以解决自由贸易投资与国家安全之间的冲突问题。然而,传统的贸易投资协定对安全例外条款的自由裁量权、适用范围和适用标准的规定较为宽泛,导致东道国随意援引安全例外条款作为实施外商投资安全审查措施的抗辩理由,是外资安审制度二元结构失衡的根源之一。

第一,安全例外条款赋予东道国自由裁量权。各类贸易投资协定参照WTO关税及贸易总协定的安全例外条款普遍使用“其认为”(it considers)的描述,赋予缔约方援引安全例外条款的自由裁量权。从文义解释的角度分析,“其认为”意味着缔约方有权自主决定国家安全的涵盖范畴和自主选择维护国家安全的具体措施,而不受任何其他国家及组织的评估与审查<sup>[10]</sup>,是东道国对国家安全问题享有自由裁量权的理论基础,亦是东道国不断修订外资安审制度对外商投资加强国家安全审查的“导火索”。

第二,安全例外条款的适用范围变广。传统的贸易投资协定为防止缔约方把任何问题上升为国家安全问题,将安全例外条款中“基本安全利益”的范围限制在较窄的范围内,仅包含维护国家领土完整、社会稳定和公民生命健康安全等国家关键职能<sup>②</sup>。但是,随着关键基础设施、供应链、人工智能和大数据等新兴技术作为新质生产力在国防建设中发挥着越来越重要的作用<sup>[11]</sup>,导致新兴技术领域的外商投资存在威胁国家安全的风险。部分贸易投资协定的缔约方突破传统“基本安全利益”的限定范围,将基础设施交易、商业数据交易、技术转让和产业供应链合作等经贸事项纳入“基本安全利益”的范畴,扩大了“基本安全利益”的定义和内涵,为本国扩大外资安审制度的审查范围创造了制度条件。例如,美国和欧盟将关键基础设施(包括能源、交通、通信、航空、敏感设施和重要地产等)、关键技术(包括人工智能、机器人、量子技术、半导体等)以及敏感数据(包括个人敏感数据、政府相关数据等)等关键领域纳入外资安审制度的审查范围,不仅扩大了外资安审制度的审查范围,更能维护本国在新兴技术领域和关键技术领域开展地缘政治博弈的竞争优势,形成“遏制型战略”限制其他国家的技术经济发展<sup>[12]</sup>。

第三,安全例外条款的适用标准宽泛。依据WTO专家组对俄罗斯过境货物案的分析,缔约方援引贸易投资协定的安全例外条款要满足关联性标准、必要性标准和合理性标准<sup>②</sup>。其中,关联性标准要求成员方实施的限制性措施与国家安全问题存在最低关联,但没有明确最低关联的具体判定标准;必要性标准要求缔约方为维护国家安全实施的限制性措施对于维护国家安全而言是不可缺少的,但是不要求该限制措施具有唯一性,也不要求该限制措施对贸易投资的限制最小;合理性标准要求缔约方实施的限制性措施要符合比例原则,不能主观恶意地任意实施限制性措施规避条约义务,但是没有明确比例原则的边界<sup>[13]</sup>。显然,安全例外条款的适用标准较为宽泛,降低了安全例外条款的援引难度,导致东道国的外商投资审查具有任意性和常态化的趋势,引发国家安全泛化的风险,成为影响全球投资自由化发展的不确定性变量。

<sup>②</sup> See Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R.

## (二) 仲裁保护主义: 限缩东道国的规制权

东道国损害投资者权益时, 投资者有权向国际投资争端解决机构(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 以下简称ICSID)申请投资仲裁寻求权利救济。但是, ICSID仲裁庭在解决东道国规制权与投资者利益保护的公私冲突时偏向于保护投资者利益, 通过解释规则弱化了东道国在外商投资领域对国家安全问题的规制权, 从而忽略了东道国在国家治理中维护国家安全承担的政府职责, 形成了仲裁保护主义。该情形反向促使东道国强化国内的外资安审制度, 避免国内的外商投资活动因国家安全问题进入仲裁程序而承担不利后果, 是外资安审制度二元结构失衡的根源之一。

第一, ICSID仲裁庭通过限缩解释确立其对国家安全问题的管辖权。各类贸易投资协定的安全例外条款通过“其认为必要”(it considers necessary)的文字描述赋予东道国对国家安全问题的自由裁量权。但是, ICSID仲裁庭在桑普拉国际能源公司诉阿根廷案和CMS燃气管道公司诉阿根廷案中认为, 东道国对国家安全问题拥有的自由裁量权仅限于对基本安全利益内容的判断, 并非绝对性权利; 东道国援引安全例外条款是对实体性问题的抗辩, 不能对程序性问题产生约束力, 而且该贸易投资协定也没有明确排除ICSID仲裁庭对国家安全问题的管辖权, 所以ICSID仲裁庭有权审查东道国维护国家安全实施的相关措施。显然, ICSID仲裁庭通过解释贸易投资协定的安全例外条款确定其管辖权, 实质性否定了东道国基于安全例外条款享有的自由裁量权系绝对性权利的主张, 限制了东道国对国家安全的规制权。

第二, ICSID仲裁庭结合善意原则提升安全例外条款的适用标准, 否定东道国援引安全例外条款的合理性和正当性。各类贸易投资协定制定安全例外条款豁免东道国在维护国家安全时应该承担的条约义务, 是尊重东道国主权的表现。但是, ICSID仲裁庭在解释安全例外条款时, 结合善意原则对安全例外条款的必要性标准、合理性标准和关联性标准作出了扩大解释<sup>[14]</sup>。例如, ICSID仲裁庭在LG&E能源公司诉阿根廷案中认为, 阿根廷为了维护国家经济安全采取冻结公用事业费率和废除天然气价格美元计费机制的措施是有必要的, 但是阿根廷在经济危机结束后没有立刻停止该限制性措施超过必要限度, 阿根廷不能援引安全例外条款作为免责理由<sup>③</sup>。该裁定结果对合理性标准的解释更偏向于保护投资者利益, 但是阿根廷承担的赔偿责任应限于经济危机结束后未及时取消限制性措施对LG&E能源公司造成的损失, 不能完全否定阿根廷在经济危机期间基于安全例外条款享有的豁免权。显然, ICSID仲裁庭提升安全例外条款的适用标准, 不符合东道国将条约解释权让渡给ICSID仲裁庭以保障仲裁结果中立性的初衷, 约束了东道国对国家安全的规制权。

第三, ICSID仲裁庭对相同的国家安全问题作出不同裁定, 引发东道国对ICSID的信任危机。ICSID仲裁庭作出的裁决不具有先例效力<sup>[15]</sup>, 导致不同仲裁庭对相同的问题作出不同的裁定结果, 形成同案不同判的现象。例如, 仲裁庭就经济危机是否属于基本安全利益的范畴存在不同的态度, CMS天然气管道公司诉阿根廷案、安然公司诉阿根廷案和森普拉能源公司诉阿根廷案的仲裁庭认为, 阿根廷遭遇的经济危机还没达到社会崩溃和国家消亡的程度, 不符合安全例外条款对相关性和必要性的标准<sup>④</sup>; 然而, LG&E能源公司诉阿根廷案和大陆保险公司诉阿根廷案的仲裁庭表示, 阿根

<sup>③</sup> See LG & E Energy Corp et al. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/02/1(2006).

<sup>④</sup> See CMS Gas Transmission Co. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/8 (2005); Enron Corp. Ponderosa Assets v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/01/3 (2007); Sempra Energy International v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/02/16 (2007).

廷在2001年12月1日至2003年4月26日之间产生的经济危机足以威胁经济安全、社会秩序等基本安全利益,在此期间采取限制性措施维护国家安全符合安全例外条款的援引条件<sup>⑤</sup>。显然,仲裁庭对相同问题作出不同的裁决结果不仅破坏了贸易投资协定的稳定性<sup>[16]</sup>,还消解了东道国对ICSID的信任,导致玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉等国家相继退出《国际投资争端解决中心公约》,损害了投资者的救济途径,从而破坏了外资安审制度二元结构的平衡。

### (三)法律工具主义:实现本地保护的安全化

国家安全问题作为法律规制的核心领域及大国战略博弈的关键议题,美国和欧盟等国家以保护国家安全之名行本地保护之实,通过特定的立法实践实现本地保护主义的合法化,使法律本身异化为推行本地保护主义的工具。其中,外资安审制度的关键领域保护要求和投资者国别要素是东道国实现本地保护主义安全化的“催化剂”。一方面,东道国利用外资安审制度将关键领域的市场权利转化为大国博弈的工具,限制竞争对手的技术创新与经济发展,深刻体现“安全—利益”的复合转化逻辑。例如,美国不再将国家安全威胁局限于军事技术领域,而是把国家安全威胁扩充至影响美国军事霸权、经济霸权和科技霸权的任何行为<sup>[17]</sup>,禁止或限制外国投资者在人工智能、大数据、量子计算和半导体等关键领域的投资<sup>[18]</sup>,避免投资者通过投资转移关键技术和敏感数据而威胁美国国家安全,是东道国规制权回归主权国家的适应性调整,体现了国家主义思潮的回归<sup>[19]</sup>。另一方面,外资安审制度引入投资者国别要素,基于投资者母国身份构建了二元划分的审查机制,即东道国依据本国与投资者母国之间是否存在友好合作关系或持有相同政治立场,对来自不同国别的外商投资活动实施不同的安全审查措施。例如,美国豁免英国、加拿大和澳大利亚的外商投资安全审查,但是将中国、俄罗斯、朝鲜及伊朗列为受关注国家,受关注国家的投资者在人工智能、半导体、微电子和量子信息技术等领域的投资会面临美国外国投资委员会的严格审查<sup>[20]</sup>。显然,外资安审制度作为一般性制度,东道国应该根据最惠国待遇原则普遍适用于所有的外国投资者。但是,东道国在外资安审制度中引入投资者国别要素,违背了国际投资法的最惠国待遇原则和公平公正原则,让该制度沦为本地保护主义的“遮羞布”,亦是外资安审制度二元结构失衡的根源之一。

## 三、外资安审制度二元结构的失衡表象

各东道国受安全例外主义、仲裁保护主义和法律工具主义的影响,不断对外商投资活动增大安全审查力度,达到强化东道国规制权的目的。其中,美国、欧盟和中国等东道国新修订的外资安审制度在扩大审查范围、弱化透明度和豁免司法审查等方面的变化具有趋同性,是外资安审制度二元结构失衡的主要表象,体现了“卡尔沃主义”在外商投资安全审查领域的回归。

### (一)扩大外资安审制度的审查范围

外资安审制度的审查范围是反映东道国规制权大小的核心要素。各东道国通过增强国家安全的概念张力、拓宽审查机构的审查权和设置兜底条款等措施扩大外资安审制度的审查范围,从而削弱外国投资者的投资空间达到保护本国优势产业和关键资产的目的<sup>[21]</sup>,是外资安审制度二元结构失衡的典型表象之一。

第一,增强“国家安全”的概念张力,为扩大外资安审制度的审查范围提供解释空间。例如,美

<sup>⑤</sup> See LG & E Energy Corp. et al. v The Republic of Argentina. ICSID case no. ARB/02/1(2006); Continental Casualty Company v The Argentine Republic. ICSID case no. ARB/03/9A(2008).

国在2018年修订的《外国投资风险审查现代化法案》(以下简称FIRRMA)、欧盟在2019年出台的《欧盟外国直接投资审查框架条例》(以下简称《欧盟审查条例》)以及我国在2019年和2020年分别颁布的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)和《外商投资安全审查办法》(以下简称《外资安审办法》)等法律法规对“国家安全”的定义仅作概括性界定,并没有明确“国家安全”的具体内涵。一方面,国家安全的词义本身就具有模糊性,无论适用文义解释、目的解释、体系解释还是其他解释方法都无法对国家安全的内涵作出精确解释,不过是一组抽象词汇到另一组抽象词汇的转换,无法实现词义的具象化<sup>[22]</sup>;另一方面,外资安审制度对国家安全的定义仅作概括性界定的目的在于维持概念的灵活性,保障东道国能够通过解释规则将更多的外商投资项目纳入国家安全的审查范围,实现扩大外资安审制度的审查范围的目的。

第二,拓宽外商投资安全审查机构(以下简称“外资安审机构”)的审查权。外资安审机构在启动审查程序、作出审查决定、监督决定执行和惩戒外商投资违规行为等方面发挥重要作用。其中,外资安审机构的审查权是决定外商投资安全审查范围大小的关键要素,扩大外资安审机构的审查权等同于直接扩大外资安审制度的审查范围。例如,《欧盟审查条例》生效前,德国和法国等欧盟成员的外资安审机构启动外商投资安全审查程序须以外国投资者获得公司控制权为前提。德国意图降低外国投资者的控制权门槛以扩大外商投资安全审查范围,但仍要求启动外商投资安全审查程序时外国投资者持有德国公司至少10%的控制权<sup>[23]</sup>。然而,《欧盟审查条例》取消了启动外商投资安全审查程序对控制权的要求,即无论外国投资者是否享有控制权,只要外商投资威胁国家安全,欧盟成员的外资安审机构就有权启动外商投资安全审查程序,是扩大外商投资安全审查范围的典型表象<sup>⑥</sup>。作为对应,我国外商投资安全审查工作机制办公室(以下简称“外资安审办公室”)有权单方面对外商投资安全审查作出最终审查决定,无需交由上级部门审核及备案;并且,《外资安审办法》未对审查标准、审查时限和审查职责等问题作出规定,由外资安审办公室视情况自行判断,是扩大外资安审办公室审查权的体现。

第三,设置兜底条款,保障外商投资安全审查范围的开放性。我国《外资安审办法》第4条第1款规定,“外国投资者在国家安全领域的投资享有实际控制权就属于外商投资安全审查的范围”。同时,该条第2款规定,“其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形属于外国投资者实际控制权的范围”。该兜底条款通过弹性表述弥补法律漏洞,可以涵盖所有的外国投资者及外商投资活动,表面上是扩大外国投资者实际控制权的范围,实质上是扩大外资安审制度的审查范围,确保该制度的审查范围能够涵盖所有的国家安全事项。

## (二) 弱化外资安审制度的透明度建设

透明度原则作为国际投资法的基本原则,要求东道国依法公开与投资相关的法律法规及政策信息,确保东道国投资环境的稳定性和可预见性<sup>[24]</sup>,是投资便利化议题的核心要素之一<sup>[25]</sup>。其中,外资安审制度的透明度原则是指,东道国修订外资安审制度应征求公众意见,公开外商投资安全审查的最新法规及政策,启动外商投资安全审查程序应通知投资者,并且外商投资安全审查结果作出脱密处理后应对外公开,为投资者提供明确的投资指引。为此,美国FIRRMA第1713条、《欧盟审查条例》第3条和《外商投资法》第10条均规定,外资安审机构应该遵守透明度原则向公众公布外商投

<sup>⑥</sup> See Regulation (EU) 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 Union, Article 8.1.

资安全审查信息。但是,各东道国在实践中表示,外商投资安全审查的实体性事项和程序性事项涉及国家安全问题,无法对外公开外商投资安全审查信息。例如,美国福特总统曾发布 11858 号行政命令,要求美国外国投资委员会(The Committee on Foreign Investment in the United States,以下简称 CFIUS)收集的国家安全信息仅能用于处理外商投资安全审查工作,除法律特别规定外 CFIUS 无权向外界透露外商投资安全审查的任何信息。

但是,美国、欧盟和中国等东道国受全球投资便利化改革的影响,在实践中开始零碎地向外公布外商投资安全审查信息,让国内外资安审制度的透明度有了“新面貌”,但零碎的外商投资安全审查信息不足以让投资者了解东道国外资安审制度的“全貌”。例如,美国剥离 TIKTOK、德国阻止中资收购 Aixtron 和意大利阻止中资收购半导体公司 LPE 等案例中,东道国均未对外公布外商投资安全审查的具体内容,更未阐明该外商投资与国家安全之间的因果关系。我国国家发展和改革委员会或商务部的官方网站没有公布外商投资安全审查信息,亦未提供外商投资安全审查信息的查询途径;而且,官方媒体仅报道争议性较大或影响力较大的外商投资安全审查案件,其报道信息仅作概括性描述不会涉及案件的具体细节。此外,各东道国的外资安审机构善用磋商、咨询和缓解协议等非正式治理措施处理外商投资的国家安全问题<sup>[26]</sup>。非正式治理属于外资安审机构与投资者的友好协商,有利于投资者对外商投资安全审查结果提前作出预判。但是,外商投资安全审查的非正式治理模式具有相对性,导致非正式治理信息具有非公开性,间接降低了外商投资安全审查程序的透明度<sup>[27]</sup>。显然,东道国信息披露义务的缺位导致外资安审制度透明度降低,会损害投资者基于正当程序原则享有的合理期待,而影响外资安审制度的预测功能,是外资安审制度二元结构失衡的典型表象之一。

### (三)豁免外商投资安全审查决定的司法审查

根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》的规定,外国投资者对东道国作出的安全审查决定有异议,可以寻求国际救济和东道国当地救济。然而,各东道国受桑普拉国际能源公司诉阿根廷案、安然公司诉阿根廷案和 CMS 燃气管道公司诉阿根廷案的影响,在后续签订的贸易投资协定中制定专门条款排除 ICSID 对外商投资安全审查的管辖权。例如,《澳大利亚—中国自由贸易协定》《澳大利亚—秘鲁自由贸易协定》和《澳大利亚—印尼全面经济伙伴关系协定》约定,东道国实施外商投资安全审查不受 ICSID 管辖;同时,《美国—墨西哥—加拿大自由贸易协定》规定,ICSID 仅能管辖东道国违反国民待遇、最惠国待遇和征收及补偿产生的投资争端,通过列举的方式排除 ICSID 对国家安全审查的管辖权。

此外,美国等少数东道国为了维护外资安审机构的权威性,禁止投资者对东道国的外商投资安全审查决定提起司法审查<sup>[28]</sup>,以防当地救济泄露国家安全秘密。显然,东道国豁免外商投资安全审查决定的司法审查会产生负面影响。一方面,从投资者利益保护的角度分析,投资者无法通过独立的司法程序质疑东道国外商投资安全审查决定的合法性,将面临外资安审机构滥用审查权实施不当审查的风险,成为投资者无法逾越的法律壁垒。另一方面,从东道国投资环境分析,东道国豁免外商投资安全审查决定的司法审查违反公平公正原则对程序正义的要求,损害投资者的司法救济权,将外资安审制度演变为地缘政治博弈和经贸摩擦的工具,不利于东道国构建良法善治的外商投资环境,是外资安审制度二元结构失衡的典型表象之一。

## 四、外资安审制度二元结构再平衡的新范式

现行外资安审制度通过扩大审查范围、弱化透明度和豁免司法审查等措施扩大东道国的规制权,打破了外资安审制度二元结构的平衡,直接影响国际经贸的发展。例如,美国在2018年出台FIRRMA加强外商投资安全审查措施后,中国对美国的新增直接投资从2016年的264.3亿美元断崖式下跌至2021年的2.94亿美元<sup>[29]</sup>。鉴此,各东道国为了促进外资流动恢复经济发展,可以从外资安审制度二元结构失衡的根源上修正外部限制、调适国家安全范畴、重塑透明度原则和改革救济模式,以外资安审制度的范式转型促进二元结构的再平衡。

### (一)修正外部限制:保障东道国对外商投资的规制权

东道国实施外商投资安全审查是维护国家安全的应有之义,其正当性和合法性源于国家基本权利学说和安全例外条款的法理延伸。然而,ICSID仲裁庭通过条约解释扩大仲裁庭的管辖权并提高安全例外条款的援引标准,构成对东道国规制权的外部限制。该情况引发东道国对国家主权和国家安全的担忧,促使其加强外商投资安全审查措施以巩固规制权,导致外资安审制度二元结构的失衡。但是,外资安审制度的二元结构是东道国规制权和投资者利益保护并行的利益结构,二者相辅相成不可偏废。唯有保障东道国对外商投资安全问题的规制权,才能促使东道国采取更加完善的措施保护投资者权益,是实现外资安审制度二元结构再平衡的支点。

目前,保障东道国对贸易投资协定的解释权来修正外部限制,是维护其规制权的关键。东道国取得贸易投资协定解释权的途径分为反致解释模式和联合解释模式。反致解释模式是ICSID仲裁庭在处理外商投资安全审查争端需要对条款作出解释时,由被申请人即东道国对条款的含义、目的和适用标准等内容作出解释。但是,东道国在争端解决过程中既是规则的解释者又是争端的当事方,导致解释结果缺乏中立性,影响裁决结果的公正性,该解释模式不宜作为保障东道国规制权的最佳选择。此外,联合解释模式是指贸易投资协定的所有缔约方或缔约方共同组成的联合委员会对外商投资安全审查争端涉及的条款内容作出解释。联合解释模式不仅能够体现缔约方的共同意思确保条款内涵的一致性,还能解决反致模式缺乏中立性的问题。但是,由贸易投资协定的所有缔约方共同达成一致意见需要消耗较长的时间,不符合经济发展对效率的要求。为确保联合解释模式的效率,应设定条款解释的时间限度。如果缔约方没有在规定时间内对条款的解释结果达成一致意见,则授权ICSID仲裁庭依据已有的协商结果作出补充性解释,以保障争端解决的效率。

### (二)调适国家安全范畴:缓解安全泛化风险

各类贸易投资协定的安全例外条款豁免东道国在紧急情况下维护国家安全应当履行的条约义务,是平衡国家安全与投资自由化的重要途径。然而,安全例外条款的自由裁量权过于灵活、核心概念过于宽泛和适用标准过于虚化的问题会助推东道国利用解释规则不当增强外资安审制度的规制权,从而损害外国投资者的权益。为此,通过完善东道国援引安全例外条款的解释规则和细化外商投资安全审查的范围调适国家安全范畴,从根源上促进外资安审制度二元结构的再平衡。

第一,完善东道国援引安全例外条款的解释规则。双边、区域或多边条约的例外条款原则上属于但书条款,通常以明确的语义对条约履行过程中的特殊性事项作出规定。缔约方应依照从严解释规则对但书条款仅作文义解释,不宜采用扩大解释或缩小解释改变词义内涵和规制范围<sup>[30]</sup>,避免缔约方滥用但书条款规避其条约履行过程中应当承担的义务,而违背但书条款的设立宗旨。为此,

安全例外条款作为但书条款,东道国援引该例外条款作为合理抗辩理由时,应依据从严解释规则论证外商投资安全审查措施是否符合安全例外条款中基本安全利益、必要性要素、合理性要素和关联性要素的最低要求;同时,以安全例外条款作为理论基础确定外资安审制度的定义、内涵和审查范围时,亦需严守从严解释规则降低国家安全泛化的风险<sup>[31]</sup>。

第二,细化外资安审制度的审查范围。外资安审制度涉及国家安全问题,避免东道国滥用外资安审制度损害外国投资者权益的关键是明确国家安全的定义和内涵。但是,国家安全的含义本身具有模糊性和多样性,无法形成统一的界定标准;而且,在金融危机、网络攻击、气候变化和卫生防疫等非传统安全事项影响全球和平发展的背景下<sup>[32]</sup>,国家安全范畴除军事国防安全外还包含经济安全、网络安全、气候安全和生物安全等内容,导致各类贸易投资协定及国内法规仅能对国家安全的定义和内涵作出概括性描述,成为东道国扩大外商投资安全审查范畴的原因之一。但是,通过细化外资安审制度的审查范围可以间接释明外资安审制度中国家安全的定义与内涵。东道国细化外资安审制度的审查范围可以参考美国 FIRMA 的“有限列举+兜底条款”模式,相较于《欧盟审查条例》的抽象概括模式具有更强的确定性和灵活性。其中,“有限列举”可用于明确威胁国家安全的具体范围,主要包括军工、航天、能源、关键基础设施、关键技术和敏感数据等重点领域;“兜底条款”依照从严解释规则,可以将与“有限列举”具有相似危害程度的新兴领域纳入外商投资安全审查范围,达到调适国家安全范畴的目的,是平衡东道国规制权和投资者权益保护的约束性制度。

### (三) 重塑透明度原则:揭开外资安审制度的面纱

外资安审制度的透明度缺失表现为审查时限的不确定性、审查程序的模糊性和审查结果的非公开性,实现外资安审制度的二元结构再平衡需要从建立外商投资安全审查信息的分级分类制度和明晰外商投资安全审查流程等方面重塑透明度原则,揭开外资安审制度的神秘面纱。

#### 1. 建立外商投资安全审查信息的分级分类制度,提升信息的透明度

外商投资安全审查的实体事项和程序事项涉及国家安全问题,会触发国家秘密保护义务和特别监管程序,客观上会对外商投资安全审查信息的透明度造成局限性。但是,为了系统科学地提升外商投资安全审查信息的透明度,有必要对外商投资安全审查信息实施分类分级管理。东道国根据外商投资安全审查信息的类别和级别决定是否公开,以及公开前需要采取的保密措施,有助于完善外商投资安全审查信息的公开、管理和查询,通过提升信息的透明度营造良好的投资环境。

东道国建立外商投资安全审查信息的分类分级制度需要考虑两方面的内容。一方面,基于不同行业类别,构建外商投资安全审查信息的二维分类体系。第一,从产业维度进行信息分类,将外商投资安全审查信息分为能源安全、航空航天、人工智能、金融基础设施等类别;第二,从信息本身的属性维度分类,根据信息生成路径、功能定位及使用场景进行业务细分。另一方面,基于与国家安全风险的关联程度,从高到低构建外商投资安全审查信息的三元分级体系,主要包括:核心涉密信息、重要敏感信息和一般可公开信息。第一,核心涉密信息主要涉及国防军事领域、关键技术和关键基础设施等涉密信息,该级别信息采取负面清单模式进行管理,禁止任何形式的主动公开或依申请公开。第二,重要敏感信息主要是涉及特定领域、特定群体和特定区域的数据,存在威胁国家安全的可能。该类信息实施附条件公开制度,并且只能依申请公开。首先,申请该类信息的主体需要通过外资安审机构的适格性审查,并要签订保密协议;其次,由外资安审机构的主管部门与国家安全部门共同确认该类信息公开的必要性和可行性;最后,由外资安审机构的主管部门依据“可分

割原则”进行数据脱敏、信息遮蔽和内容截取等技术处理后,再将申请公开的信息提供给申请人,并要求申请人严格依照规定使用该类信息。第三,一般可公开信息是除核心涉密信息和重要敏感信息以外的其他信息,不存在威胁国家安全的风险,经外资安审机构的主管部门审查后主动公开。

## 2. 明晰外商投资安全审查程序,保障程序的透明度

外商投资安全审查程序的透明度要求涉及审查机构、审查流程和信息通知等内容,保障外商投资安全审查程序的透明度是维护程序正义的首要准则<sup>[33]</sup>。第一,明确具体的外资安审机构,避免机构内部的权力斗争。各东道国现有的外资安审机构基本由跨领域的多部门联合组成,各部门之间存在相互推诿或相互争权的现象,不利于高效开展外商投资安全审查工作。为此,外资安审机构可以采取“1+N”的结构模式,由一个主要部门负责,其他部门从事辅助性工作,利于外部监管和责任承担。第二,明确外商投资安全审查的流程和时限。东道国根据实际情况确定外商投资安全审查的主动申报、强制申报、启动初审和作出审查决定的具体审查流程。此外,还要明确外商投资安全审查程序中各环节的具体审查时限,以及特殊情况下外资安审机构有权延长的最长时限和可延长的最多次数,避免外资安审机构拖延审查时限对投资者造成非必要的经济损失。第三,明确外商投资安全审查信息的通知义务和公示义务。外资安审机构应将审查依据和审查结果及时通知投资者,并且对外商投资安全审查信息作出脱敏处理后对外公示,保障投资者及社会公众的知情权和监督权<sup>[34]</sup>。

### (四)改革救济模式:筑牢投资者权益保护的最后一道屏障

各国在贸易投资协定中排除ICSID对外商投资安全审查问题的管辖权后,要实现外资安审制度二元结构的再平衡需要改革东道国的救济模式,为投资者构建合理的当地救济途径。其中,外商投资安全审查决定的法律性质属于具体行政行为,当地救济途径主要分为行政复议和司法审查(行政诉讼)<sup>[4]</sup>。外资安审机构由东道国最高行政机关的具体执行部门联合组成,如果投资者不服外资安审机构作出的安全审查决定有权向执行部门申请行政复议,或者向东道国最高行政机关申请裁决。但是,行政复议作为行政机构的内部纠错机制和监督机制,行政复议的审查程序容易受到内部意见的左右,以及维护外资安审机构权威性的主观考量,导致行政复议决定的中立性不足;同时,若投资者向东道国最高行政机关申请裁决,由最高行政机关作出的行政复议裁决一般视为最终裁定,投资者将无权对该裁决提起司法审查。所以,东道国改革外资安审制度的救济模式时,可以选择更具中立性的司法审查作为外商投资安全审查决定的救济途径。

然而,外商投资安全审查决定的司法审查分为三种模式。第一,以法国为代表的实体可诉模式,法国《货币与金融法》允许法院对外商投资安全审查决定进行程序性审查和实体性审查,如果外商投资安全审查决定对外国投资者造成损失,法院有权裁定外资安审机构对外国投资者作出赔偿;但是,法国对外商投资安全审查决定实施司法审查的实践较少,该制度的宣示作用大于实践作用<sup>[28]</sup>。第二,以澳大利亚为代表的程序可诉模式,澳大利亚《外商收购并购法》仅规定法院有权对外商投资安全审查决定的程序正当性事项作出审查,实体性问题属于外资安审机构的自由裁量事项而无权审查;显然,程序可诉模式仅能保证程序正义,不能确保外商投资安全审查决定的正当性和合理性。第三,以美国为代表的不可诉模式,美国FIRRMA和禁止外国投资者对外商投资安全审查决定的程序性问题和实体性问题提起司法审查,阻断外商投资安全审查决定的当地救济。但是,禁止投资者对外商投资安全审查决定提起司法审查并非绝对性规则。例如,美国受“Ralls诉CFIUS和

奥巴马政府案”的影响具有改变禁止司法审查的趋势<sup>⑦</sup>,FIRRMA 专门规定外国投资者可以在总统或CFIUS作出外商投资安全审查裁定或行动后60天内就程序性问题向哥伦比亚特区上诉法院寻求宪法救济,但是外商投资安全审查决定的实体性问题仍不受司法审查。

鉴此,基于现有司法审查模式的优劣,外商投资安全审查决定的司法审查改革应该以“程序性审查为锚点,实体性审查为纵深”,让司法审查成为制衡外资安审制度的有效屏障。一方面,法院对程序性问题的审查是保障外商投资安全审查决定具有正当性的基础,并对实体性问题的审查具有支撑作用。当外资安审机构未履行法定程序,可以合理怀疑外商投资安全审查决定存在瑕疵,起到监督外资安审机构权力运行的作用,实现“程序促实体,法治稳外资”的制度目标。另一方面,法院对实体性问题的审查是保障外商投资安全审查决定合理性的关键。法院主要审查外商投资活动的主体要素、行为要素和结果要素等实体性问题,判断外商投资安全审查决定是否涉及国家安全问题,避免外资安审机构以国家安全之名维护非国家安全利益,是促进外资安审制度二元结构再平衡的核心要义。

## 五、外资安审制度二元结构再平衡的中国展望

我国兼具资本输入国和资本输出国的双重角色,通过制定《外商投资法》和《外资安审办法》构建外资安审制度治理国家安全风险,但是该制度的内涵和外延比历史上任何时候都要丰富,内外因素比历史上任何时候都要复杂<sup>[35]</sup>。从东道国规制权的角度分析,我国外资安审制度不具有域外效力,无法审查域外投资威胁我国国家安全的行为,不能有效维护海外安全利益;同时,从投资者权益保护的角度分析,我国外资安审制度存在弱化透明度建设和豁免司法审查的问题,致使投资者权益保护的内生性不足,难以维系外资安审制度二元结构的平衡。鉴此,我国应在总体国家安全观的指引下通过完善域外效力、增强透明度和优化司法审查制度等措施修正外资安审制度二元结构的平衡,并以大国经济发展理论和新贸易理论为投资者权益保护架起坚实的制度桥梁<sup>[36]</sup>,促进国际投资治理的良性循环。

### (一)完善我国外资安审制度的域外效力

投资者在东道国的投资行为对于第三国而言属于离岸投资,可能会直接或间接地影响第三国在该投资项目上的控制权,从而威胁第三国的国家安全。为此,以美国为代表的东道国赋予外资安审制度域外效力,预防离岸投资行为产生国家安全风险。例如,在2016年中国地理信息服务提供商四维图新公司投资荷兰的SIWAY公司并试图收购荷兰汽车地图导航服务商HERE公司10%的少数股权案中,该收购行为是中国公司和荷兰公司之间的普通商业行为,但是CFIUS审查认为HERE公司在美国从事地图服务的运营服务,中国公司收购HERE公司的股权会掌握美国的地理信息而威胁美国国家安全,导致该交易未通过CFIUS的安全审查而被迫终止。虽然该投资交易未发生在美国境内,但是CFIUS有权对威胁本国国家安全的域外投资行为实施外商投资安全审查,体现了外资安审制度域外效力维护国家安全的重要性。

然而,我国《外资安审办法》第2条规定,本法所指的外商投资是指直接或间接在中华人民共和国境内实施的投资。该规定则意味着,我国外资安审办公室无权对外国投资者的离岸投资行为实施国家安全审查。鉴此,我国应该适当完善外资安审制度的域外效力。但是,我国外资安审制度的

<sup>⑦</sup> See *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States*, et al. 758 Federal Reporter, 3d Series, 2014.

域外效力应以比例原则和国际礼让原则作为法理基石,仅限离岸投资行为与我国国家安全存在直接且实质的联系时,外资安审办公室才有权启动外商投资安全审查程序,保证外资安审制度域外效力的正当性和合理性,避免外资安审制度的域外适用引发管辖权冲突。该举措既能维护我国的国家安全和海外利益安全,又能回应法律单边主义的质疑,是健全我国涉外法治建设的应有之义<sup>[37]</sup>。

## (二)增强我国外资安审制度的透明度

我国在2021年出台《外资安审办法》之后,外资安审制度的透明度有了明显的改善,但是投资者知情权、工作汇报机制和信息公开机制等体现外资安审制度透明度的措施还待优化,完善上述内容是平衡我国外资安审制度二元结构的重要支点。

第一,增强投资者知情权。我国外资安审办公室启动外商投资安全审查程序后,应将立案通知书、举证告知书和案件决定书等法律文书及时送达投资者,让投资者知晓外商投资安全审查的情况和进展。外资安审办公室作出外商投资安全审查决定之前,应该告知投资者和利害关系人享有陈述、申辩和听证的权利,并在投资者签署保密协议后召开闭门陈述申辩会和闭门听证会,由投资者对投资项目是否危及国家安全的问题作出陈述,保障投资者的知情权、参与权、表达权、监督权与国家安全之间的平衡,避免外资安审机构以“国家安全”为由对外商投资活动作出概括性否决,而忽略了投资者的基本权利。

第二,细化外资安审办公室的工作报告机制。有学者表示,外资安审办公室应该编制年度报告提交全国人大及其常委会<sup>[38]</sup>。然而,外资安审办公室由国家发展和改革委员会与商务部联合组建,属于国务院的下属机构,由外资安审办公室直接向全国人大及其常委会报告审查工作不符合正常的工作流程。为此,我国需要细化外商投资安全审查的工作报告机制,先由外资安审办公室编制年度外商投资安全审查报告提交给国家发展和改革委员会或商务部,再由国家发展和改革委员会或商务部提交至国务院,然后由国务院向全国人民代表大会及其常委会报告,最后通过全国两会期间的政府工作报告向社会各界呈现外商投资安全审查的成果,形成自下而上的报告机制。该工作报告机制不仅能够监督外资安审机构的权力运行,还能透过政府工作报告对外公布我国外资安审制度的实施情况,是增强我国外资安审制度透明度的有效途径。

第三,完善外资安审制度的信息公开机制。外商投资安全审查的信息公开主要包括主动公开和依申请公开。其中,外商投资安全审查的程序事项和审查决定涉及公民、法人或其他组织的切身利益,只有与该信息具有关联的主体才有权知晓,属于依申请公开的事项;但是,外商投资安全审查决定司法审查的裁判文书是一般可公开信息,公开法律裁判文书是保证外资安审制度透明度的根基,对其他投资者具有指引作用,法院对裁判文书的敏感信息作出脱敏处理后应予主动公开。通过完善外资安审制度的信息公开机制消除信息不对称产生的投资壁垒,有助于完善外资安审制度的透明度,构建稳定、开放和可预期的外商投资环境<sup>[39]</sup>。

## (三)优化我国外资安审制度的救济途径

司法审查作为外商投资安全审查决定的救济途径,不仅是东道国对国家安全问题积极行使规制权的表现,亦是评判东道国法治建设和营商环境的重要因素。然而,我国《外商投资法》第35条第2款规定,外资安审机构作出的安全审查决定为最终决定。该规定意味着,我国外商投资安全审查决定属于外资安审机构的单方决策,免受司法审查的约束。但是,司法审查作为制衡外资安审机构的有效途径,不仅保障外商投资安全审查决定的正当性和合理性,还能制约和监督外资安审机构的

权力运行,有利于保障投资者权益促进外资安审制度二元结构的平衡。为此,我国《外商投资法》应优化司法审查制度,赋予法院对外商投资安全审查决定的管辖权,即使外商投资安全审查决定涉及重大的国家安全问题,也只能排除法院对实体问题的管辖权,而立案、调查、取证和听证等程序问题不应豁免于司法审查之外。

若《外商投资法》明确外商投资安全审查决定的管辖权之后,该司法审查将涉及国防军事设施、关键基础设施和核心技术等敏感信息和关键技术,对保密性和专业性的要求较高。若由我国基层法院对外商投资安全审查决定进行司法审查,会存在双重功能性局限:一方面,基层法院既无审理国家安全事项的权限,亦缺乏保障信息安全的保密机制;另一方面,基层法院的法官缺乏处理国家安全问题的知识背景和实践经验,不具备评估外商投资安全风险的专门能力,难以穿透外资安审机构作出的专业判断,容易让司法审查陷入“程序空转”的困境。所以,我国可以在最高人民法院国际商事法庭框架内设立专门的法官团队集中处理外商投资安全审查决定的相关争端。由最高人民法院出台具体规范明确外商投资司法审查的法官选任条件、案件审查标准、案件审查程序和保密制度等内容,确保司法审查的专业性和保密性,并通过一审终审制保障司法审查的效率。据此,我国对外商投资安全审查设置专门的司法审查制度,是以“底线思维”保障国家安全,是以“法治思维”规范外资安审机构的审查权,有利于维护外资安审制度中东道国规制权和投资者权益保护的动态均衡。

## 结语

传统的资本输出国与资本输入国出现身份混同的现象,不仅让传统的投资者利益保护模式陷入囹圄,也让传统的资本输出国意识到外商投资存在威胁国家安全的风险。美国和欧盟等东道国受安全例外主义、仲裁保护主义和法律工具主义的影响,以国家安全之名修订外资安审制度,通过扩大审查范围、弱化透明度和豁免司法审查等方式强化对外商投资的规制权,让外商投资的规制权成为维护国家安全和经济主权的重要方式<sup>[40]</sup>,亦成为外资安审制度二元结构失衡的重要表象。该系列措施与贸易投资协定中安全例外条款和最惠国待遇条款的适用宗旨存在异位,让外资安审制度从正当的公共政策工具蜕变为地缘博弈的法律武器,打破了以和平与发展为核心的国际经贸关系。为此,各东道国有必要通过调适国家安全范畴、提升审查透明度和改革当地救济模式等措施修正外资安审制度二元结构的失衡现象,防范东道国的不当规制对外商投资产生次生风险。同时,我国兼具资本输入国和资本输出国的双重身份,既须完善外资安审制度的域外效力维护海外利益安全,也须提升外资安审制度的透明度增强投资环境的国际公信力,更须优化司法审查制度保障外商投资安全审查决定的救济途径,在总体国家安全观的引领下维护我国外资安审制度二元结构的平衡,推进外商投资安全审查能力和审查体系的现代化<sup>[41]</sup>,构建高质量发展和高水平安全的新安全格局。

### 参考文献:

- [1] Friedmar T L. The lexis and the olive tree: understanding globalization [M]. New York: First Anchor Books Edition, 2000: 101.
- [2] 葛顺奇,林乐,陈江滢. 中国企业跨国并购与东道国安全审查新制度[J]. 国际贸易,2019(10):49-57.
- [3] 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[J]. 国际经济合作,2018(12):4-9.
- [4] 高华. 新时代中国外商投资安全审查制度的完善:基于对欧盟安全审查制度变革的考察与借鉴[J]. 法学论坛,2022

- (5):74-85.
- [5] 张光. 国家安全审查的国际投资仲裁救济探析[J]. 国际商务研究, 2019(5):55-62.
- [6] 张怀岭. 美欧强化外资安全审查及其影响[J]. 国际问题研究, 2019(5):65-85.
- [7] 刘禹, 莫漫漫, 颜苏. 中国企业海外投资面临的国家安全审查风险与应对[J]. 中国软科学, 2024(1):36-46.
- [8] 刘敬东. “国家安全”条款的适用边界及发展动向评析:以国际贸易投资规则为视角[J]. 法学杂志, 2023(2):121-138;
- [9] 朱玥. 投资协定“国家安全”条款的范式优化及其适用[J]. 政治与法律, 2024(8):164-176.
- [10] 马忠法, 徐子淳. 论WTO安全例外条款的解释路径及其对中国的启示[J]. 国际商务研究, 2024(6):38-51.
- [11] 孟东方, 翟长森, 程诗源. 法治赋能新质生产力发展的理论逻辑与实践路径[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2025(3):219-230.
- [12] 殷维, 朱颐芳. 美国对外投资安全审查机制及中国因应[J]. 国际经济合作, 2025(3):58-69.
- [13] 杨银. 论数据安全单边治理及我国应对:基于美国敏感数据的分析[J]. 重庆社会科学, 2025(4):161-179.
- [14] 张倩雯. 国际投资协定中投资者与东道国利益平衡路径的重构[J]. 中国海商法研究, 2023(3):92-102.
- [15] 刘笋. 论国际投资仲裁中的先例援引造法[J]. 政法论坛, 2020(5):64-78.
- [16] Franck S D. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions[J]. *Fordham Law Review*, 2005, 73:1521-1558.
- [17] 苏丽娜, 张乐. 美国外资国家安全审查机制的政治异化及其法律因应[J]. 国际贸易, 2022(3):82-88.
- [18] The White House. Interim national security strategic guidance[EB/OL]. (2021-03-03)[2025-04-05]. <https://bidenwhitehouse.archives.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/03/interim-national-security-strategic-guidance/>.
- [19] José E A. The return of the state[J]. *Minnesota Journal of International Law*, 2011, 20:223-264.
- [20] The White House. FACT SHEET: addressing U. S. investments in certain national security technologies and products in countries of concern [EB/OL]. (2024-10-28) [2025-04-05]. <https://bidenwhitehouse.archives.gov/briefing-room/statements-releases/2024/10/28/fact-sheet-addressing-u-s-investments-in-certain-national-security-technologies-and-products-in-countries-of-concern/>.
- [21] 胡子南. 英法德三国收紧外商投资安全审查监管研究[J]. 国际论坛, 2021(6):87-102.
- [22] 杨银. 论RCEP数据跨境流动公共例外政策条款的适用与衔接[J]. 湖北经济学院学报, 2025(1):78-87.
- [23] 胡子南. 德国加强外商直接投资审查及对华影响:基于《对外经济条例》修订的分析[J]. 现代国际关系, 2019(6):10-18.
- [24] 孙南申. 国际投资仲裁中透明度原则的适用与发展[J]. 法治现代化研究, 2022(5):68-83.
- [25] UN Trade and Development. Launch of the World Investment Report 2024[R/OL]. (2024-06-20)[2025-03-30]. <https://unctad.org/meeting/launch-world-investment-report-2024>.
- [26] 刘露馨. 美国投资安全审查中的非正式治理[J]. 国际经济评论, 2024(5):78-104.
- [27] Huang R H. China's national security review of foreign investment: a comparison with the United States [J]. *Vand. J. Transnat'l L.*, 2023, 56:1261.
- [28] 漆彤. 论外商投资国家安全审查决定的司法审查[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2020(3):142-150.
- [29] 张俊芳, 周代数, 张明喜, 等. 美国对华投资安全审查的最新进展、影响及建议[J]. 国际贸易, 2023(5):56-65.
- [30] 余文唐. 法律但书:以“意思转折”为判断规则[N]. 检察日报, 2017-06-01(003).
- [31] 杨梦莎. 安全例外条款的功能演进与司法审查标准:以供应链安全为视角[J]. 政法论坛, 2023(4):160-169.
- [32] 董静然, 顾泽平. 美欧外资安全审查法律制度新发展与中国之应对[J]. 国际商务研究, 2020(5):74-85.
- [33] 沈伟, 陈睿毅. 论我国外资国家安全审查的正当程序及其优化进路[J]. 国际商务研究, 2023(2):72-84.
- [34] 刘瑛, 刘沁. 《投资便利化协定》透明度规则:发展、比较与中国履行[J]. 经贸法律评论, 2024(5):71-88.
- [35] 总体国家安全观研究中心. 把学习贯彻总体国家安全观不断引向深入[N]. 人民日报, 2024-04-15(09).
- [36] 张邦辉, 李琴. 构建新发展格局视域下的营商环境治理研究[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2024(1):269-282.
- [37] 张晓君, 汪圣杰. 国内法域外适用的制度逻辑、体系构建与完善[J]. 人民检察, 2025(3):33-36.
- [38] 陈喆, 钟艺玮. 新发展格局下我国外商投资安全审查制度的进步、局限与完善[J]. 国际商务研究, 2021(4):87-97.
- [39] 杨欣. WTO《促进发展的投资便利化协定》透明度条款及我国实施方案[J]. 国际商务研究, 2025(1):59-72.
- [40] 杨希. 国际投资法中的国家“回归”趋势:兼评我国《外商投资法》中的规制权[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),

2021(1):129-138.

[41] 王小洪. 推进国家安全体系和能力现代化[N]. 人民日报,2024-08-08(06).

## The rebalance of the foreign investment security review system : An analysis based on investor rights protection

Yang Yin, Yi Zaicheng

(*School of Law, Macau University of Science and Technology, Macau 999078, P. R. China*)

**Abstract:** The traditional international investment order, influenced by neoliberalism, advocates that host countries strengthen the protection of investors' rights while weakening the security review of foreign investment. This is a structural product of capital-exporting countries safeguarding their overseas interests. However, the identities of traditional capital-exporting and capital-importing countries have become blurred in the process of economic globalization. This has led traditional capital-exporting countries to fear that foreign investment from traditional capital-importing countries would undermine their domestic social stability, economic security and technological development, sparking concerns that foreign investment threatens national security. To address the security risks posed by foreign investment, countries such as the United States and the European Union have revised their foreign investment security review systems, driven by security exceptionalism, arbitration protectionism, and legal instrumentalism. These efforts have restricted investor rights by expanding the scope of review, reducing transparency, and exempting foreign investment security review decisions from judicial review. This has disrupted the dual structural balance between host country regulatory power and investor protection within the foreign investment security review system, undermining the stability and predictability of the international investment order. In light of this, countries can safeguard host countries' regulatory power over foreign investment by revising external restrictions, adjust the scope of national security to mitigate the risk of national security becoming generalized, reshape the principle of transparency to unveil the foreign investment security review system, reform the remedy model to strengthen the final barrier to investor rights protection, and promote the rebalancing of the dual structure of the foreign investment security review system with innovative concepts, pragmatic measures, and an open attitude. Meanwhile, China is in a transitional phase from a capital-importing country to a capital-exporting country. Under the guidance of the overall national security concept, it is necessary to improve the extraterritorial effectiveness of the foreign investment security review system. This can be achieved by strengthening investors' right to know, refining the reporting mechanism of the Foreign Investment Security Review Working Mechanism Office, and improving the information disclosure mechanism to enhance the transparency of the foreign investment security review system. Furthermore, it is crucial to continuously optimize the jurisdiction system for foreign investment security review decisions to ensure investors have access to remedies. This will ensure that under the new development paradigm, China's foreign investment security review system can both prevent systemic security risks in foreign investment and protect investors' rights, thereby ensuring high-quality development with high-level security and ultimately forming a foreign investment security review system with Chinese characteristics.

**Key words:** foreign investment security review; national security review; international investment security; investor protection; the Foreign Investment Law

(责任编辑 胡志平)