

加拿大外资国家安全审查制度演进及其启示

黄可而

(武汉大学, 湖北 武汉 430072)

摘要: 自 2009 年《投资国家安全审查条例》出台以来, 加拿大逐渐建立起外资审查的双重架构, 其中外资国家安全审查制度独立于净效益审查制度。2020 年以来, 加拿大外资国家安全审查制度迅速发展, 具体体现在审查范围、审查标准和审查时限等方面。总体上, 加拿大外资国家安全审查制度演进呈现两大趋势: 一是外资国家安全审查适用频率持续上升, 二是国有企业投资更易受到审查。关注加拿大外资国家安全审查制度演进可为赴加拿大中企利益保护及我国国际投资治理提供有益借鉴。投资者赴加拿大投资前宜强化合规能力建设, 提升外资国家安全审查风险防控能力; 东道国宜从规则、执法、救济等方面多措并举, 提升外资国家安全审查制度透明度, 营造良好营商环境。

关键词: 国际投资法; 国家安全审查; 加拿大; 外资审查

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2024) 01-0068-13

一、加拿大外资国家安全审查的制度演进

(一) 加拿大外资国家安全审查的体系完善

“二战”后近 30 年间, 为发展制造业和资源产业, 加拿大政府对外资涌入持积极鼓励态度, 外资并购交易数量激增。1957 年, 由沃尔特·戈登主持的加拿大经济前景皇家委员会向内阁提交报告, 对加拿大外资增长形势提出质疑, 建议强化外资管控, 削弱外资对加拿大政治独立、经济独立造成的威胁 (Hale, 2008)。19 世纪 60 年代, 加拿大制造业、采矿业、石油业等重要经济部门均为外国资本所控制, 加之受美国经济危机影响, 加拿大国内失业率大幅增长, 国际收支严重失衡 (Fayerweather, 1975)。在此背景下, 加拿大外资审查制度在 1973 年正式建立, 但直至 2009 年, 外资审查仅限于效益审查。2009 年以来, 加拿大外资审查制度形成双重审查机制, 涵盖净效益审查与国家安全审查。由早期的空缺到逐渐成型, 再到晚近的升级强化, 加拿大外资国家安全审查制度演进与其国家战略及社会经济形势的发展有着密切联系。

1.1973~2008 年: 由制度空缺到初现端倪 1970 年以来, 随着流入加拿大的外资持续增长, 在自由党的推动下, 经济民族主义甚嚣尘上。1973 年 12 月, 加拿大通

作者简介: 黄可而, 武汉大学国际法研究所博士研究生, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家留学基金委员会国家建设高水平大学公派研究生项目 (项目编号: 202206270075)。

过《加拿大外资审查法》（FIRA），设立外商投资审查局，正式建立外资审查制度。为维护加拿大国民对加拿大企业的控制权，FIRA 确立了显著效益标准，对外国投资进行逐一审查，外商投资项目需对加拿大具有或可能具有显著效益方得实施。鉴于其浓厚的投资保护主义色彩，FIRA 被认为是“民族政治情绪压倒对民族经济效益的追求”的政治产物（张北尘，1988）。

1980 年以来，受加拿大经济衰退影响，经济民族主义在加拿大国内呈现阶段性降温。1985 年 6 月，进步保守党在大选中胜出，为刺激经济发展，马尔罗尼政府对外资政策作出调整，出台《加拿大投资法》（ICA）与《加拿大投资法实施细则》。ICA 取代 FIRA，变“显著效益审查”为“净效益审查”，提升了审查门槛，降低了审查标准，且严格限制审查时限，从而促进外资流入加拿大。2005 年 6 月，时任加拿大工业部的大卫·艾默生在众议院提出 C-59 法案，^①要求修改 ICA，基于国家安全对任何规模的外资加以审查，以应对后“9·11”时期的国家安全隐患。尽管 C-59 法案最终未获通过，但 4 年后出台的《投资国家安全审查条例》与该法案一脉相承。至此，加拿大外资国家安全审查制度初现端倪。

2.2009~2019 年：双重审查架构确立与完善 加拿大外资国家安全审查制度正式建立于 2009 年。随着主权财富基金与国有企业在国际市场上的重要性日益提升，哈珀政府增强了对外资的审查，净效益审查制度难以满足加拿大外资审查需求（Hale，2014）。2009 年，加拿大出台《投资国家安全审查条例》（下称《安审条例》），正式设立外资国家安全审查机制，由此构建起包括净效益审查和国家安全审查的双重外资审查架构，强化了对外资尤其是流入能源部门的外资的审查（Hale，2014）。2015 年，加拿大修改《安审条例》，扩大外资国家安全审查范围，并于 2016 年发布《投资国家安全审查指南》（下称《安审指南》），对外资国家安全审查相关程序性事宜予以说明。

3.2020 年至今：政策更新推动严格审查常态化 2020 年以来，受新冠肺炎疫情全球蔓延影响，加拿大先后出台多项投资政策，收紧外资国家安全审查。2020 年 4 月，加拿大发布《关于外国投资审查与新冠肺炎疫情的政策声明》，宣布对与加拿大公共健康相关或涉及向加拿大提供关键商品与服务的任何外国直接投资加强审查，并对所有来自外国国有企业的投资或与外国政府有密切关系或受外国政府指导的私人投资进行严格审查。2021 年 3 月，加拿大首次更新 2016 年发布的《安审指南》，细化并补充了可能触发国家安全审查的敏感投资领域清单，强调个人敏感数据保护，并强化对外国国有企业投资的审查。同月，加拿大工业、技术与科学常务委员会发布《加拿大投资法：应对新冠肺炎疫情，加速经济复苏》报告，倡议联邦政府采用更加谨慎、高效、透明的方式以规范外国对加拿大的投资，就外资审查制度提出多项建议，

^① 此处“工业部”与后文提及的“创新、科学与经济发展部”系同一部门。2015 年，加拿大工业部更名为创新、科学与经济发展部。

其中包括强化国家安全审查职能、在外资国家安全审查过程中加强部门间协作等。^①

2020年以来,在新冠肺炎疫情背景下出台的外资国家安全审查规定中,包括审查期限在内的程序规则已经有所调整,而包括强化关键产业审查在内的实体规则至今未见松动,呈长期化、常态化趋势。2022年12月,加拿大发布C-34法案,推进ICA修改进程,拟进一步强化外资国家安全审查。C-34法案具体提议包括:扩大创新、科学与经济发展部(ISED)部长权限,使其有权延长外资国家安全审查程序时限,有权在外资国家安全审查程序结束之前对外资采取临时措施,有权接受投资者所作承诺等;提高违反ICA规定的罚款限额;强制要求拟投资特定敏感领域的投资者提前备案;改进加拿大与盟国间关于外资审查的信息交流;强化外资国家安全审查决定的司法审查中的信息保护等。前述提议是否会体现在ICA最终修改中尚待观察。

(二) 加拿大外资国家安全审查的规则发展

在加拿大外资审查体系下,国家安全审查制度与净效益审查制度彼此独立,各具特色——后者考察外资对经济的促进作用,前者则关注外资活动对国家安全的影响或潜在影响。外国投资在通过净效益审查后,还可能面临国家安全审查的考验。加拿大外资国家安全审查由ISED主导,参与审查主体包括总督、ISED部长、公共安全和应急准备部部长等。根据个案情况,ISED还可联合其他部门(如交通部、枢密院)对外资项目展开国家安全审查。晚近以来,加拿大外资国家安全审查的规则发展呈现三大特征:审查范围扩大、审查标准细化和审查时限延长。

1. 审查范围扩大 在加拿大外资国家安全审查制度下,不论是新设投资或并购投资,不论投资规模大小,不论被投资企业被控制的程度高低,所有外国投资者的已有投资及拟议投资均可能受到国家安全审查。根据投资形式,受到国家安全审查的投资可以分成3类:新设投资;取得加拿大企业控制权的投资;全部或部分地取得或设立在加拿大有经营活动的实体的投资。不同于加拿大外资净效益审查制度,加拿大国家安全审查不设金额门槛,一旦某项投资被认为可能有损国家安全,审查程序随即启动。2021年更新的《安审指南》对审查范围进行了补充和细化。^①对特定投资主体进行的投资予以重点关注。根据《安审指南》第7条,由外国国有企业投资者或“经评估与外国政府有密切关系或受其指导的私人投资者”进行的投资,不论所涉资产价值多少,都将加强审查以确定是否启动国家安全审查程序。^②明确指出涉及敏感技术^③、关键矿产资源^④、关键基础设施^⑤的投资更可能受到国家安全审查。继《安审指

① The Standing Committee on Industry, Science and Technology. The Investment Canada Act: Responding to the Covid-19 Pandemic and Facilitating Canada's Recovery [EB/OL]. 2021, House of Commons Chamber Des Communes. <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/432/INDU/Reports/RP11176192/indurp05/indurp05-e.pdf>. [2021-03-01] (2023-11-24).

② 敏感技术领域包括:先进材料与制造;先进海洋技术;先进传感与监控技术;先进武器;航天;人工智能;生物技术;能源的生产、存储与传输;医疗技术;神经技术与人机融合;下一代计算和数字基础架构;位置、导航和定时;量子科学;机器人自治系统;航空技术。此外,根据需要,敏感技术领域清单将定期更新。

③ 加拿大的关键矿产资源具有以下特征:第一,对加拿大的经济安全至关重要;第二,对于加拿大向低碳经济体转型必不可少;第三,为加拿大贸易伙伴提供可持续的关键矿产资源。具体而言,关键矿产资源共计31种,包括:铝、铋、铍、铯、铬、钴、铜、萤石、镓、锗、石墨、氦、铟、锂、镁、锰、钼、镍、铌、钨、铂族金属、钾肥、稀土元素、铊、铊、碲、锡、钛、钨丝、铀、钒、锌。

④ 关键基础设施包括:能源与公用设施、金融、食物、运输、政府、信息通讯技术、健康、水、安全、制造业。

南》强调关键矿产资源领域的投资审查之后，2022 年 10 月，加拿大发布《关于外国国有企业投资加拿大关键矿产的政策》，指出鉴于国有企业和受外国影响的私人投资者所具有的内在风险，前述投资者投资加拿大关键矿产可能有损加拿大国家安全，因而不论投资具体价值、直接或间接投资、是否取得控制权、涉及价值链哪一阶段，属于国家安全审查范畴。^①

2. 审查标准细化 相较于净效益审查，在外资国家安全审查中，审查部门具有更宽泛的自由裁量权，由此也增加了审查的不确定性和不可预测性。早年 ICA 和《安审条例》均未对外资国家安全审查的审查标准作具体规定，仅有“可能危害国家安全”这一宽泛模糊的原则性规定。《安审指南》对此进行了补充。根据《安审指南》，对已有或拟议投资进行国家安全审查时，应考量资产（含无形资产）或业务活动的性质、交易所涉相关方（包括最终控制人和可能受影响的第三方）。《安审指南》还进一步明确明确了外资国家安全审查的考量因素（表 1）。

表 1 加拿大外资国家安全审查的考量因素

序号	考量因素
1	投资对加拿大国防能力和利益的潜在影响，包括但不限于国防工业基地和国防机构
2	投资对加拿大境外敏感技术或专有技术转让的潜在影响，包括考虑投资是否提供与敏感技术的研究、设计或制造相关的非公共领域信息的访问
3	投资参与管控商品或技术的研究、制造或销售
4	投资对向加拿大国民或加拿大政府提供关键商品和服务的潜在影响
5	投资对关键矿物和关键矿物供应链的潜在影响
6	投资对加拿大关键基础设施安全的潜在影响
7	投资可能导致外国监视或间谍活动的发生
8	投资可能阻碍当前或未来的情报或执法行动
9	投资对加拿大国际利益（包括对外关系）的潜在影响
10	投资可能参与或促进诸如恐怖活动、有组织犯罪、腐败等非法活动
11	投资可能使敏感个人数据泄露，且相关数据的利用将损害国家安全 ^②

资料来源：《安审指南》第 8 条。

其中，第 5 项“关键矿物及其供应链”、第 11 项“敏感个人数据”为 2020 年《安审指南》更新时新增的考量因素。在《安审指南》基础上，2022 年 10 月发布的《关于外国国有企业投资加拿大关键矿产的政策》还特别强调了外资国家安全审查过程中对于“国有企业可能对加拿大企业、供应链及产业施加的控制或影响的程度”“交易可能对加拿大供应链利用资产或获取替代来源（包括国内供应）的能力产生的影响”“当前地缘政治环境和对盟国关系的潜在影响”等因素的考察。

3. 审查时限延长 2022 年 8 月，加拿大再次修订《安审条例》，延长了外国国

① Government of Canada.Policy Regarding Foreign Investments from State-owned Enterprises in Critical Minerals under the Investment Canada Act[EB/OL].2022, Government of Canada.<https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/en/policy-regarding-foreign-investments-state-owned-enterprises-critical-minerals-under-investment>. [2022-10-28] (2023-11-24).

② 相关数据包括但不限于可识别的个人健康或基因数据、生物识别数据、财务数据、通信数据、地理位置数据以及与政府官员有关的数据。

家安全审查时限。《安审条例》修订前，在投资者完成“通知类”投资的备案申请或“审查类”投资净效益审查申请的45日内，^①如ISED部长有合理理由认为投资可能危害国家安全，可通知投资者该项投资可能面临国家安全审查；若投资不属于“通知类”投资或“审查类”投资，ISED部长可在交易完成后45日内通知投资者该项投资可能面临国家安全审查。《安审条例》修订调整了非“通知类”或“审查类”投资的审查时限，规定如投资属于“全部或部分地取得或设立在加拿大有经营活动的实体的投资”，投资者可以主动申报，ISED部长可在申报完成后45日内启动审查程序；如投资者未主动申报，则最晚可于交易完成5年内启动审查程序。这一修改在促使投资者主动申报的同时进一步增加了投资受到审查的可能。当然，新规在一定程度上可以降低此类投资在交易完成后才受到国家安全审查的概率。

二、加拿大外资国家安全审查制度演进的总体趋势

（一）外资国家安全审查适用频率持续上升

晚近以来，加拿大国家安全审查适用频率迅速增长。2012年4月至2023年3月，在加拿大根据ICA第25.3条发起的74次外资国家安全审查中，超六成审查程序发生在2020年4月至2023年3月，且呈逐年增长态势。在审查结果上，约三成投资者撤回投资，约二成投资者被要求资产剥离，还有少数投资者被要求附条件开展投资。^②加拿大外资国家安全审查持续收紧，具体原因有：

表2 加拿大外资国家安全审查结果（2012年4月~2023年3月）

时间	审查决定						
	阻止	撤回投资	资产剥离	附条件实施	通过	进行中	总计
2012年4月~2013年3月	1	1					2
2013年4月~2014年3月	1						1
2014年4月~2015年3月	1		2	2			5
2015年4月~2016年3月							0
2016年4月~2017年3月			3	2			5
2017年4月~2018年3月	1	1					2
2018年4月~2019年3月		2	2		3		7
2019年4月~2020年3月		3	3		1		7
2020年4月~2021年3月	1	4	2		4		11
2021年4月~2022年3月		4			7	1	12
2022年4月~2023年3月		8	3		10	1	22
总计	5	23	15	4	25	2	74

数据来源：根据ICA年度报告整理。

① 根据ICA，外国投资分为“通知类”投资和“审查类”投资。“通知类”投资包括新设投资和未达到净效益审查门槛但取得控制权的并购投资，一般情况下，“通知类”投资的投资者仅需在交易完成后30日前申报备案，若投资涉及加拿大文化产业则需经净效益审查；“审查类”投资指外国投资者并购的加拿大企业资产价值超过净效益审查门槛，且取得控制权的并购投资。

② ISED. Annual Reports Archived[EB/OL]. 2023. ISED. <https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/en/investment-canada-act/archives>. [2023-09-28] [2023-11-24].

1. 外资增长凸显战略安全关切 在外商直接投资迅速增长背景下, 资本输入国的战略安全关切愈加凸显。所谓战略安全关切指由于外国投资者可能由第三国所有、控制或影响, 当外国投资者对一国关键技术、基础设施或敏感信息等领域形成控制或影响时, 第三国可能损害东道国的技术优势乃至国内安全和公共秩序, 而海外资本增速的提升则在一定程度上加剧了此种关切 (Szarzec et al., 2020)。加拿大外资存量情况在 2011 年后呈波动上升趋势, 2018 年后外商赴加拿大投资规模更是迅速扩张。^①在此背景下, 加拿大《安审指南》就外国投资中可能触发国家安全审查的因素进行了说明, 其中特别列明敏感技术、关键矿产资源和关键基础设施的具体清单, 意在保护本国技术领先优势。这一趋势也体现在近年加拿大外资国家安全审查实践中。近 3 年加拿大根据 ICA 第 25.3 条发起的外资国家安全审查程序中, 约四成的被审查投资涉及计算机产业、电信产业等高新技术产业。^②

2. 新冠肺炎疫情加剧投机并购担忧 受新冠肺炎疫情影响, 针对特定产业的投机并购担忧加剧, 净效益审查不足以满足东道国规制要求。加拿大 2020 年 4 月发布的《关于外国投资审查与新冠肺炎疫情的政策声明》指出, 新冠肺炎疫情可能导致加拿大企业估值下降, 进而引发投机并购, 危及产业安全。因而, 加拿大将特别关注涉及公共健康、关键产品和服务领域的投资, 不论相关投资是否取得企业控制权, 均会受到严格审查。在 2021 年 3 月发布的政策声明中, 加拿大强调 2020 年 4 月发布的政策声明继续有效, 即疫情下特定产业的外资准入仍将持续受到重点考察。^③这在一定程度上导致外资国家安全审查进一步收紧, 且部分措施呈常态化趋势。

3. 低碳转型加速关键矿产博弈 当前, 全球低碳经济转型加速进行, 各国在碳减排上的政策行动不仅是全球气候治理进程的推进, 也是地缘政治和国际经贸的博弈, 与一国国家利益、国家安全息息相关。随着多国相继宣布碳中和目标, 部分国家和地区针对碳密集型产品的税收征收和清洁能源的使用制定了系列新规, 如拜登政府的《清洁能源改革和环境中立计划》、日本《绿色增长战略》、欧盟《碳边境调节机制法案》等, 试图通过碳关税等手段实现平衡区域内外产品的碳成本、避免产业外移等目标。加拿大在气候政策上也日趋严苛, 其《2020 年秋季经济声明》从财政、金融、税收和基础设施等方面对碳减排作出规定。2020 年《安审指南》的更新凸显了国家安全审查在加拿大推进去碳化过程中所扮演的角色。加拿大将锂矿等矿产列入关键矿产资源清单, 且先后与美国制定《关键矿产合作行动计划》、与欧盟建立

① OECD.FDI Stocks:Inward,% of GDP (2005-2020)[EB/OL].2023,OECD.<https://data.oecd.org/fdi/fdi-stocks.htm#indicator-chart>. [2023-03-24](2023-11-24).

② ISED.Annual Reports Archived[EB/OL].2023,ISED.<https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/en/investment-canada-act/archives>. [2023-09-28](2023-11-24).

③ Government of Canada.Minister Champagne Highlights Updated Guidelines on National Security Review of Foreign Investments[EB/OL].2021,Government of Canada.<https://www.canada.ca/en/innovation-science-economic-development/news/2021/03/minister-champagne-highlights-updated-guidelines-on-national-security-review-of-foreign-investments.html>. [2021-03-24](2023-11-24).

欧加原材料战略伙伴关系，强化针对新能源矿产投资的国家安全审查。加拿大 2022 年出台的《关于外国国有企业投资加拿大关键矿产的政策》也进一步强化了对矿业投资的审查。该政策出台不久后，加拿大对中矿（香港）稀有金属资源有限公司、盛泽锂业国际有限公司、藏格矿业投资（成都）有限公司等 3 家中国矿企的投资作出了资产剥离决定。对于东道国而言，限制关键矿产投资可能有助于扩大本国在能源结构优化、清洁能源利用上的优势；但对于投资者而言，在新能源矿产需求扩张情况下，外资国家安全审查的进一步泛化可能形成新的投资壁垒。

4. 安全概念泛化扩展外资安审范畴 与大多数经贸规则一样，ICA 未对国家安全作出明确界定。晚近以来，国家安全的内涵和外延随着时代发展和国家治理需要，通过条约等法律文件被不断丰富与延展。传统的军事安全和政治安全自不待言，除此之外，各国对于经济安全、金融安全、科技安全、生态环境安全、信息网络安全、文化传播安全、资源与能源安全、粮食安全、恐怖主义活动、跨国犯罪、非法移民等非传统安全领域的重视程度不断提高。譬如，在全球经济数字化转型加速推进的背景下，加拿大《安审指南》特别强调了数据安全。加拿大在政策声明中宣称，政府有责任保障涉及数据访问（尤其是敏感个人数据）的外国投资不会威胁国家安全。随着技术发展，外商投资与数据访问的联系日益紧密，更多的外资项目可能落入国家安全审查范畴。

（二）外国国企投资更可能面临国家安全审查

2020 年 4 月，加拿大《关于外国投资审查与新冠肺炎疫情的政策声明》指出，在新冠肺炎疫情背景下，外国国有企业出于非商业目的对加拿大进行的投资可能带来更高的风险，加拿大将对所有外国国有企业的投资、被评估为与外国政府有密切联系或受其指挥的私人投资者所作的投资进行严格审查。《安审指南》第 12 条进一步明确，当投资者为国有企业或受外国政府指导时，投资者应主动地、尽早地联系外资审查部门，并明确对国有企业投资进行严格审查。可见，在加拿大外资国家安全审查制度下，除国有企业投资外，“与外国政府关系密切或受外国政府指导的私人投资者”的投资也是严格审查对象，但所谓私人投资者与母国政府间的“密切关系”和“指导关系”如何认定，相关文件未予明确，为审查部门行使自由裁量权留下较大空间。更有甚者，2022 年 10 月发布的《关于外国国有企业投资加拿大关键矿产的政策》在提及“与外国政府关系密切或受外国政府指导的私人投资者”的投资时，特别指出要关注与“立场不同的外国政府”（non-likeminded governments）关系密切或受其指导的私人投资。^①

^① Government of Canada. Policy Regarding Foreign Investments from State-owned Enterprises in Critical Minerals under the Investment Canada Act [EB/OL]. 2022, Government of Canada. <https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/en/policy-regarding-foreign-investments-state-owned-enterprises-critical-minerals-under-investment>. [2022-10-28] (2023-11-24).

2020年12月21日,加拿大以国家安全为由,叫停了中国山东黄金矿业股份有限公司针对加拿大企业TMAC Resources的收购行为。TMAC Resources系加拿大初级黄金矿商,其所经营的霍普湾金矿位于加拿大北部努纳武特地区。案涉交易于2020年5月达成,曾获TMAC股东大会及中国监管部门批准,但在加拿大国家安全审查程序中被ISED否决。根据保密规定,加拿大并未公开阻止交易的具体理由。综合有关报道,交易被否决的主要原因或与矿场所在地有关。霍普湾矿场毗邻西北航道,且邻近加拿大用以收集军事信息的某一预警雷达站。^①中国山东黄金矿业股份有限公司对加拿大TMAC Resources收购案的失败并非孤例,近20年间,随着加拿大外资国家安全审查制度调整升级,不少中企赴加拿大投资止步于准入阶段。^②据《ICA年度报告》,2012年4月至2023年3月,根据ICA第25.3条所作出的74项国家安全审查命令中,高达47项系针对中国投资者所作出的,且所涉企业多为国有企业或国资参股企业。^③

由加拿大外资国家安全审查规则发展与审查实践可见,加拿大在外国国有企业投资审查上日趋严格。其中,针对中国国有企业投资的顾虑在表面上涉及两个方面:一是国企可能凭借其身份获取各类投资补贴,进而影响东道国市场竞争秩序;二是国企的经营模式、战略布局可能在一定程度上受政府影响乃至控制(Hale, 2014)。就第一点而言,全球贸易壁垒和地缘政治紧张局势升级使得国有企业投资的政治敏感性上升,西方对中国国有企业的系统性偏见短期内难以消弭。美欧日三方联合声明要求解决国有企业扭曲市场的行为,提出针对“非市场经济主导政策和做法”制定特殊的国有企业规则和补贴规则。作为美欧主要贸易伙伴及《美墨加协定》成员方,加拿大在相当程度上受到美欧影响。从2017年取消对昂纳科技集团的资产剥离令到2018年阻止CCCI收购Aecon Group,可以看到,加拿大政府对待中国国企投资审查的态度渐趋保守。就第二点而言,加拿大将外国国企投资与本国经济发展相关联,其政策声明认为外国国有企业可能在不同程度上受外国政府影响,从而国有企业投资者的行动可能与加拿大产业和经济发展目标不符;且外国国有企业对加拿大企业的并购可能给后者的效率、生产力和竞争力带来不利影响,从长远看不利于加拿大经济发展(Hale, 2008)。因此,加拿大认为应采取措施保护国民利益,避免某一产业的私营性被外国国有企业投资破坏,进而导致该产业受到外国政府影响。除了前述原因以外,包括加拿大在内的西方国家对中国的经济制度和政治体制的顾虑长期存在,如加拿大工业、技术与科学常务委员会所称,加拿大政府对外国国有企业

① Daly, Tom, Lewis, Jeff. Canada Rejects Bid by China's Shandong for Arctic Gold Mine on Security Grounds[EB/OL]. 2020, Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-tmac-resources-shandong-gold-idUSKBN28W18R>. [2020-12-22] [2023-11-24].

② 相关案件还有中国五矿集团对加拿大诺兰达矿业公司收购案、中国交通建设公司海外子公司CCCI对加拿大建筑公司Aecon Group收购案等。

③ ISED. Annual Reports Archived[EB/OL]. 2023, ISED. <https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/en/investment-canada-act/archives>. [2023-09-28] [2023-11-24].

投资的审查强度把握，实质上在于加拿大如何权衡面向特定国家的经济开放度。^①这也一定程度上导致了加拿大外资国家安全审查有较为明显的国别指向性。

三、加拿大外资国家安全审查制度演进的双重启示

（一）投资者层面：赴加拿大投资的中企如何因应外资安审

面对升级的外资国家安全审查压力，中企赴加拿大投资前应做好充分准备，全面了解外资审查规则、投资标的性质、所涉敏感领域、合作方情况等因素，研判审查受阻的可能性，进而提升外资国家安全审查风险防控能力，以免陷于被动。具体可从5个方面着手。

（1）优化投资策略和交易保护机制，降低外资国家安全审查风险。为应对触发概率持续增长的外资国家安全审查，投资者可以适当调整投资策略：尽量减少涉及加拿大敏感领域或战略资产的投资；考虑与外资企业、民营企业等联合设立合资企业，由合资企业参与对加拿大企业的并购交易；尽量避免签订赴汤蹈火条款（hell or high water clause），采取购买反向分手费保险等保护措施，降低投资审查可能导致的风险。

（2）加强前期内部沟通，制定审查申请计划。充分、细致的前期安排有助于缩短审查时限，提高投资成功率。一方面，投资者宜尽早根据加拿大外资国家安全审查规则判断投资是否属于审查范围，并与投资合作伙伴就审查材料提交等事宜达成共识。另一方面，鉴于加拿大竞争审查程序和外资审查程序的交叉性，在投资同时属于两种程序的审查范围时，应关注不同审查程序的时限要求，及时提起审查申请。譬如，在存在重大竞争问题的情形下，ISED 部长通常在竞争审查结束后才会就外资审查作出决定。

（3）关注投资外部环境，适时展开非正式沟通。根据以往实践，加拿大外资国家安全审查决定的作出不仅出于政策考量，更掺杂着一定的政治色彩。因而，在投资实施前，投资者宜密切关注加拿大当地的政治环境和社会环境。结合地缘政治格局变化，预判投资所面临的政治法律风险及其对投资审查的潜在影响，尽量避开在政治敏感期进行投资。同时，关注舆论宣传，营造正面的公众形象，积极承担社会责任，就竞争对手或当地社会团体对投资项目的不当抹黑作出及时有效回应。此外，对于牵涉加拿大敏感领域或关键技术的投资，宜尽早联系包括 ISED 在内的审查部门，主动申报并与其展开非正式沟通。非正式接触有助于投资者尽早获取有关信息、把握审查重心，也可增进投资者与审查部门间的相互了解，寻求共识，提升后续审查效率，避免因违反审查规定而面临高额罚款。

^① The Standing Committee on Industry, Science and Technology. The Investment Canada Act: Responding to The Covid-19 Pandemic and Facilitating Canada's Recovery[EB/OL]. 2021, House of Commons Chamber Des Communes. <https://www.ourcommons.ca/Content/Committee/432/INDU/Reports/RP11176192/indurp05/indurp05-e.pdf>. [2021-03-01] (2023-11-24).

(4) 结合投资具体情况, 审慎作出承诺安排。在加拿大外资国家安全审查过程中, 投资者可能被要求就以下事项作出有约束力的承诺, 包括但不限于: 就拟议投资所在地获得政府批准, 避免接近战略资产; 服务和支持加拿大的部分或全部业务线; 制定经批准的公司安全协议以保护信息; 进行第三方合规审计; 为合规检查提供便利。尽管前述承诺可为投资项目过审争取空间, 投资者在作出前述承诺安排时, 应充分考量具体承诺的履约成本、可操作性、经济效益等, 避免得不偿失或遭遇监管处罚。

(5) 了解潜在救济渠道, 保留诉诸司法救济选项。投资者可就其与东道国间的法律争议诉诸当地救济或国际救济。就外资国家安全审查决定而言, 投资者通常可依据东道国法律提起行政复议或行政诉讼, 或根据母国与东道国间订立的国际投资协定诉诸国际救济。在国内救济层面上, 根据 ICA 第 25.6 条规定, 加拿大外资审查部门所作的决定具有终局性和法律约束力。除受联邦法院司法审查外, 不适用任何上诉程序或其他法院司法审查。因此, 若投资者不满外资国家安全审查决定, 只能向加拿大联邦法院提起司法审查。针对加拿大外资审查决定进行的司法审查不乏先例。2015 年, 在加拿大以国家安全为由要求昂纳科技集团剥离对蒙特利尔激光科技公司 ITF 的投资后, 昂纳科技集团向加拿大联邦法院提起司法审查, 认为审查决定违反了公正程序, 且不具有合理性。2016 年, 加拿大联邦法院下令撤销资产剥离令, 要求对投资项目进行重新审查。该案司法审查结果相对乐观, 但这与彼时加拿大政府换届不无关系。2015 年特鲁多上台后, 加拿大对中国投资的态度相对此前更加积极。总体上, 既往实践中鲜有投资者就加拿大外资国家安全审查决定诉诸国内司法审查。一方面, ICA 赋予了审查部门一定的自由裁量空间, 尤其是在带有一定政治色彩的国家安全审查程序中, 审查标准难以量化; 另一方面, 司法诉讼将耗费一定的时间、人力、金钱成本, 投资者需审慎评估诉讼风险和维权成本。就国际救济而言, 2009 年加拿大外资国家安全审查机制建立后, 包括《加拿大—中国双边投资协定》在内, 几乎所有加拿大与他国订立的国际投资协定都在正文或附件中将外资审查决定排除在争端解决机制(含投资者与国家间争端解决机制、国家间争端解决机制)的适用范围之外。换言之, 外国投资者无法就外资审查决定对加拿大提起国际仲裁。因此, 投资者宜将重心置于前期的审查准备, 同时保留司法救济选项, 必要时向联邦法院提起诉讼。

(二) 东道国层面: 中国外资安审制度的透明度强化

外资是链接国内外双循环的重要桥梁和纽带。据《世界投资报告》, 中国已成为全球第二大资本输入国。^①在国内国际双循环相互促进的新发展格局下, 为有效预防和化解国家安全风险, 使外企顺利融入国内大循环, 宜完善外资审查制度, 营造

^① UNCTAD.World Investment Report 2023:Invest in Sustainable Energy for All[EB/OL].2023,UNCTAD.https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf. [2023-07-01] (2023-11-24).

良好的法治营商环境。中国 2019 年出台的《外商投资法》及其实施条例明确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。2020 年 12 月，国家发改委、商务部发布《外商投资安全审查办法》（下称《安审办法》），对适用国家安全审查的外商投资类型、审查机构、审查范围、审查程序、审查决定监督执行和违规处理等方面作出规定。随着相关文件陆续出台，中国外资国家安全审查工作的规范性、精准性和透明度较之早年有明显提升。制度透明度对于避免审查泛化至为关键，且有助于降低投资纠纷发生的可能性。在透明度方面，中国现有外资国家安全审查制度仍有一定提升空间。比较而言，加拿大外资国家安全审查制度在制度透明度方面已经相对成熟。由此，中国外资国家安全审查制度透明度提升可从规则层面、执法层面和救济层面多措并举。

首先，规则透明度涉及审查范围、审查标准和审查程序等相关规定。中国外资国家安全审查制度的规则透明度在《安审办法》出台后有了较大改进，尤其是常设审查机构的明确、审查范围的细化等，但在部分问题上仍有一定模糊性。譬如，《安审办法》第 4 条第 2 款规定，“投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域，并取得所投资企业的实际控制权”的外商投资，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报。但《安审办法》对相关领域的涵盖范围未予界定，而将裁量权赋予工作机制办公室。而加拿大外资审查部门在其官方网站提供了较为详细的答疑清单，并通过若干指南对外资审查规则进行细化，如明确敏感技术领域、关键矿产资源、关键基础设施的涵盖范围。后续中国在外资国家安全审查制度建设中，宜强化部门协作，通过公开外资国家安全审查相关规章制度、建立涉及投资准入与外资审查的咨询点、定期通报外资审查政策动向等方式，提升规则透明度。譬如，公布《安审办法》第 4 条第 2 款下所涉领域的清单，并根据实际情况定期更新清单内容。

其次，执法透明度涉及执法主体、执法对象、执法结果等信息的披露。加拿大对外资国家安全审查执法情况的信息披露主要包括年报汇编和决定公示。自 2009 年起，即加拿大外资国家安全审查机制建立后，根据 ICA 第 38.1 条要求，加拿大创新、科学与经济发展部每年发布《ICA 年度报告》，就上一财年加拿大外资净效益审查和国家安全审查情况进行梳理和总结，报告内容囊括申请数量、投资产业、投资者国籍、审查结果等多方面。^①此外，加拿大每月定期对其已完成的外资审查决定予以披露，公布相关决定所涉投资者名称、被收购或新设企业名称、在加拿大的业务活动等信息。执法透明度的提升不仅对投资者研判外资国家安全审查风险具有重要价值，且有助于减少对外资国家安全审查政治化的批评，提升审查程序的合法性，降低潜在

^① ISED. Annual Report of Investment Canada Act (2022-2023)[EB/OL]. 2023, ISED. <https://ised-isde.canada.ca/site/investment-canada-act/sites/default/files/attachments/2022-23-annual-report-en-v4.pdf>. [2023-09-28] (2023-11-24).

纠纷的发生率。因此,中国可参考加拿大模式,建立外资国家安全审查定期报告制度,由工作机制办公室负责相关事宜,在适当范围内公布审查情况,同时做好投资者商业秘密等信息的保护工作(陈喆和钟艺玮,2021)。

最后,救济透明度的缺失可能导致公权力异化,表现为国家安全审查泛化等结果。外资审查的救济体系由国际救济与国内救济构成。相较于加拿大外资国家安全审查制度,中国在外资国家安全审查决定的法律救济上不甚清晰。在国际救济上,中国所订立的国际投资协定绝大部分未明确将外资国家安全审查决定排除在仲裁范围之外,理论上为投资者基于中国订立的国际投资协定就外资国家安全审查决定诉诸国际仲裁留有余地。国际投资仲裁实践中也已出现投资者就外资国家安全审查事宜对东道国提起仲裁的情况。^①在此类案件中,东道国或可援引安全例外条款抗辩。但即便相关国际投资协定规定了安全例外条款,在既有仲裁实践中,部分仲裁庭指出,在国际投资协定未明确限定国家援引安全例外条款的自裁量范围时,仲裁庭有权审查政府基于国家安全所采取的相关行为。^②因此,中国在国际投资协定体系革新进程中,应重视安全例外条款的完善,通过将新兴安全利益纳入基本安全利益、明确安全例外条款援引条件等方式,在国家自裁量权与投资者合法权益间寻求合理平衡。在国内救济方面,《外商投资法》赋予了投资者通过外商投资企业投诉工作机制就外资审查事宜提出投诉或建议的权利,但就外资审查决定的司法审查而言,立法仍存在模糊地带。《外商投资法》第35条第2款规定“依法作出的安全审查决定为最终决定”。基于文本解读,安全审查决定如非“依法作出”,则投资者有权诉诸司法诉讼。但《安审办法》对何为“依法作出”的决定仍未作说明。结合立法精神与条文文义,《外商投资法》第35条并未完全排除法院对外资审查决定进行司法审查之可能。鉴于国家安全与投资者权益的平衡及安全审查决定的政治属性,后续中国在安审制度完善过程中,不宜完全剥夺投资者的司法诉讼权利,但应将司法救济范围限于程序事项(漆彤,2020)。这也与经济合作与发展组织在《与国家安全有关的外资政策指南》中所提出的可问责性原则相符。^③

四、结语

加拿大外资国家安全审查制度以ICA为核心,以《安审条例》和《安审指南》等为补充,在规范体系和制度设计上已经相对成熟。2020年以来,加拿大外资国家安全审查制度经历了较大调整。伴随全球经贸格局发展,加拿大外资国家安全审查制度演进仍在持续。结合规则发展与审查实践可知,在多重因素推动下,加拿大外

^① Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada, ICSID Case No. ARB/16/16, Award, March 27, 2020, paras. 573-618.

^② CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, July 25, 2016, paras. 218-219.

^③ OECD. Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security [EB/OL]. 2009, OECD. <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/43384486.pdf>. [2009-05-25] [2022-01-10].

资国家安全审查适用频率的增长是必然趋势，这一趋势短期内不会改变。与此同时，外国国有企业投资将面临更为严苛的审查。

在各国经济制度、政治体制、法律机制和公司治理文化等方面的差异面前，外资国家安全审查不仅是一国外资监管手段，而且受国家间政治与意识形态交锋的影响。在国际经贸秩序重构背景下，妥善应对外资流动过程中的压力与风险，是投资者与国家共同面临的挑战。从投资者视角看，加拿大外资国家安全审查风险防控要求投资者对投资内外部环境充分了解，在遭遇或可能遭遇审查时化被动为主动，争取投资空间和利润。从国家视角看，渐进式投资自由化发展仍是大势所趋；同时，传统安全观在经济、法律、政治、技术等因素调整变动下持续遭受冲击，如何在国际投资治理中更好地平衡规制与自由仍是挑战。

参考文献：

- [1] 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).
- [2] 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).
- [3] 张北尘. 简析加拿大联邦政府外资政策的演变 [J]. 世界经济, 1988, (8).
- [4] Fayerweather, John. Canadian Foreign Investment Policy [J]. California Management Review, 1975, 17(3).
- [5] Hale, Geoffrey. CNOOC-Nexen, State-controlled Enterprises and Canadian Foreign Investment Policies: Adapting to Divergent Modernization [J]. Canadian Journal of Political Science, 2014, 47(2).
- [6] Hale, Geoffrey. The Dog That Hasn't Barked: The Political Economy of Contemporary Debates on Canadian Foreign Investment Policies [J]. Canadian Journal of Political Science, 2008, 41(3).
- [7] Szarzec, Katarzyna, et al. State-owned Enterprises as Foreign Direct Investors: Insights from EU Countries [J]. Post-communist Economies, 2020, 33(5).

The Evolution of Canada's Foreign Investment National Security Review System and Its Implications

HUANG Keer

Abstract: Since the introduction of National Security Review of Investments Regulations in 2009, Canada has gradually built up a dual structure for foreign investment review, in which the national security review is distinct from the net benefit review. Recent years have witnessed a rapid development of Canada's security review of foreign investments, as reflected in the scope of the review, the review criteria, the review process, and other aspects. In general, two major trends in the evolution of Canada's foreign investment national security review system can be observed. First, the frequency of application of the national security review has continued to increase; and second, foreign investments made by state-owned entities are now under stricter review. Research on Canada's national security review of foreign investments can provide reference for both China and Chinese enterprises. At the investor level, investors are suggested to strengthen the compliance capacity building before investing in Canada, and enhance their ability to prevent and control the risks of national security review. At the host State level, China is suggested to enhance the transparency of rules, enforcement and remedies under the current national security review system to improve the business climate.

Keywords: international investment law; national security review; Canada; foreign investment review

(责任编辑: 金孝柏)