

美国外资安全审查制度发展历程及中国应对之策

张玉莹

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年3月13日; 录用日期: 2023年5月12日; 发布日期: 2023年5月19日

摘要

近几年, 各国外商投资安全审查制度开始建立或改革完善, 整体趋势为审查范围扩大, 审查标准模糊, 东道国自由裁量权加大。以美国为例, 从《对敌贸易法》到《外国投资风险评估现代化法案》, 从CFIUS的设立到其职能范围的加大, 完备的法律体系, 严格的审查程序, 均反映出国家安全与投资发展之间的关系正在发生变化。因此, 我们有必要探究外资安全审查制度的本质, 并从中寻找中国政府和企业新常态下的投资之道。

关键词

美国, 外商投资安全审查制度, CFIUS, 应对之策

The Development Process of the U.S. Foreign Investment Security Review System and China's Countermeasures

Yuying Zhang

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 13th, 2023; accepted: May 12th, 2023; published: May 19th, 2023

Abstract

In recent years, foreign investment security review systems in various countries have begun to be established or reformed. The overall trend is to expand the scope of review, obscure review standards, and increase the discretionary power of the host country. Taking the United States as an example,

from the “Adversary Trade Act” to the “Foreign Investment Risk Assessment Modernization Act”, from the establishment of CFIUS to the expansion of its scope of functions, a complete legal system and strict review procedures all reflect national security and the relationship between investment development is changing. Therefore, it is necessary for us to explore the essence of the foreign investment security review system and find ways to invest in the new situation of the Chinese government and enterprises.

Keywords

United States, Foreign Investment Security Review System, CFIUS, Countermeasures

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

外资安全审查制度是针对外国投资者对特定领域的直接或者间接投资交易进行审查的制度，是国际通行的外资管理制度，在平衡经济利益和维护国家安全方面具有重要作用。2018年以来，美国多次指出因自由贸易导致美国工资下降、失业上升、不平等加剧的社会问题，进而做出宣布退出跨太平洋伙伴关系协定，对中国等征收高额关税等一系列举措，曾经的贸易自由主义倡导者逐渐成为贸易保护主义的带头人。并且，美国的外国投资安全审查逐渐表现出超越国民待遇、政治性因素考虑较多、救济途径匮乏等特征，对于正常的投资秩序已经造成严重影响。因此，为促进国际投资秩序健康发展，维护中国海外企业的合法权益，本文旨在厘清外资安全审查制度的发展背景及立法举措，重在鼓励更多国内企业在合法合理的前提下，大胆地走出去。

2. 美国外资安全审查制度的立法演进及机构设置

2018年7月26日，美国众议院以359票对54票通过《外国投资风险评估现代化草案》，并于8月13日纳入美国《2019财年国防授权法》，经总统签署生效。这部法案拓展了美国外商投资安审制度的审查对象，并赋予了CFIUS更广泛的审查权力，加入了“特别关注国家”概念，对中国赴美投资产生深远影响。因此，下文将对美国外资安全审查制度发展进程中的法案的立法背景及重点内容进行论述，寻找其中的立法旨意。

2.1. 萌芽阶段(第一次世界大战~1973年)

第一次世界大战期间，德国公司在美国化学与制药产业进行了大量直接投资。鉴于这些产品在作战方面的重要性，美国国内开始担忧外资引发的国家安全风险[1]。在此背景下，1917年美国国会通过了《Trading With the Enemy Act, 简称TWEA》。虽然这部法律并非专门调整外资并购安全审查，但它是美国最早的外资审查法。

TWEA具体阐述了“敌人”“敌人联盟”概念，详细列举了“不合法交易”类型，并授予总统在国家处于战争或其他紧急状态期间与敌对国家间发展贸易关系的权力，以及没收和征用外商在美投资的权力。¹

¹1977年国会通过了《国家紧急经济权力法》(International Emergency Economic Power Act, 简称IEEPA)，取消了《对敌贸易法》中授予总统的紧急权力，并规定总统只能在应对源于美国本土之外的威胁的情况下宣布国家进入紧急状态，并且在没有爆发战争的情况下，总统仅有权扣押外商在美资产，而不能将外国所有的企业再事实上国有化。

第一次世界大战后，美国国会又对无线电广播、电信、电力、航运、银行等特殊领域设置了外资限制，通过了包括《无线电法》(Radio Act of 1927)、《紧急银行救济法》(Emergency Banking Relief Act of 1933)、《电信法》(Communication Act of 1934)、《联邦电力法》(The Federal Power Act of 1935)、《商船法》(Merchant Marine Act of 1936)等一系列相关法律法规，在一定程度上限制了 20 世纪 30 年代和 40 年代外国大量投资涌入美国的关键行业和特殊领域[2]。

1950 年，朝鲜战争爆发，为支援前线和加强国防生产能力，美国国会制定并颁布了《国防生产法》(Defense Production Act of 1950)，授予总统加强动员基础、生产军用物资、控制和稳定国民经济，以及全面动员国家资源支援战争等广泛的权利。总统继而把这些权力授予国防动员局局长，让他负责协调和控制国家的动员活动[3]。同时，该法第 721 节经过多次修订已成为美国审查外国投资的一项基础性法律。

2.2. 成型阶段(1988~2001 年)

20 世纪 70 年代，外国资本大量涌入美国，尤其是石油输出国组织(OPEC)国家在实施石油禁运这一政治行动之后，将提高油价赚得的巨额利润投资于美国各个领域，引起美国社会各界的震惊，有人甚至惊呼“美国将败于外国经济侵略”[4]。在此背景下，美国国会于 1974 年颁布《外国投资研究法》(Foreign Investment Study Act)，授权美国商务部、财政部等对外国直接投资和证券投资事项进行调查和研究，于 1976 年制定《国际投资调查法》(International Investment Survey Act)，授权总统至少每隔 5 年进行一次外资综合性调查。²

上世纪 80 年代末 90 年代初，国际经济力量发生重大变化。经过战后 40 年的调整，日本经济实力日益膨胀，成为世界上最大的债权国，掀起一股并购美国企业的热潮。例如 1986 年三井不动产公司以 6.1 亿美元买下埃克森总部大楼，斯瓦公司以 6.2 亿美元买下阿科广场等，都是当时影响比较大的收购案[5]。特别是 1987 年日本富士通公司(Fujitsu Ltd.)计划收购拥有敏感技术的美国仙童半导体公司(Fairchild Semiconductor Co.)³，进一步加剧了美国对国家安全关注，从而直接促成了 1988 年的《埃克森 - 弗洛里奥修正案》(The “Exon-Florio” Provision)的出台。

该修正案授权美国总统可以采取任何“适当的”措施，中止或禁止已经递交的或将要进行的“可能危害美国国家安全的”外国收购、并购或“在美国从事州际贸易的人”接管美国公司的行为[6]。但总统在行使权力时，应当有证据证明外国并购者的控制可能导致威胁美国国家安全的结果，且除《国际紧急经济权力法》(the International Emergency Economic Powers Act)以外的其它法律无法为国家安全提供充分的保护。同时，该授权有效期原本是截止到 1991 年，但被 1991 年《国防生产法延续与修正案》(Defense Production Act Extension and Amendment of 1991)第八条永久化了。

《埃克森 - 弗洛里奥修正案》通过后，国有企业并购美国企业的数量增加，美国国内又开始怀疑各国政府是否意图利用经济控制达到某种政治目的。1990 年，中国航空技术进出口总公司计划收购美国航空制造商 MAMCO，⁴ 布什总统认为危害美国航空业发展，予以否决。之后，美国国会以维护国家安全为由，于 1992 年通过了《1993 财年国防授权法第 837(a)条》，即《伯德修正案》(Byrd Amendment)。该修正案要求美国外国投资委员会对符合以下两个条件的合并、收购进行调查：1) 收购方由外国政府控制或

² 总统授权商务部调查外商直接投资情况，授权财政部调查外商证券投资情况，授权农业部分析建立外商对美不动产投资监督体系的可行性。

³ 美国仙童半导体公司是美国顶尖的电脑芯片制造商，对美国国防起着至关重要的作用。美国国防部认为，如果这一并购案获得通过，日本企业将控制美国最重要的军用计算机芯片制造企业，使美国的国防工业在更大的程度上依靠外国供应商，因此，国防部反对这一并购案。

⁴ 1990 年 2 月，CFIUS 照常将交易呈递给现任总统美国前总统布什，但总统否决了其中该收购案，禁止中国航空技术进出口总公司收购美国 MAMCO 公司。这是美国历史上第一次由总统禁止的国际收购案。最终，中国航空技术进出口总公司同意将 MAMCO 出售给另一家美国公司，收购以失败告终。

代表外国政府；2) 收购导致在美国从事州际贸易的人受到控制并可能影响美国国家安全。

1993年，克林顿打着“变革美国经济和社会”的旗号竞选成功。执政期间，克林顿奉行“凯恩斯主义”经济政策，主张放弃经济自由放任，由国家干预经济，以国民收入为中心，目标是充分就业、促进经济繁荣。因此，此阶段美国以经济发展为首要目标，外资安全审查监管较为温和。

2.3. 成熟阶段(2001年至今)

2001年，“9·11”恐怖袭击事件使国家安全成为美国国内的首要关切。2001年10月，小布什总统签署颁布了《美国爱国者法》(USA Patriot Act)，将国家安全的含义延伸到重要基础设施，强调与金融服务、电信、能源、交通相关的关键行业对国家安全的重要性。

2005年之后，中国和海湾国家的一些大额收购再次点燃了美国国内对外资的担忧情绪而要求加强监管。2007年美国颁布《外国投资与国家安全法》(Foreign Investment and National Security, 简称 FINS)，2008年美国出台《关于外国人收购、兼并和接管的条例》(Regulations on Mergers, Acquisitions and Takeover by Foreign Persons)。

FINS 及其实施条例颁布意味着美国已经形成了内容完备、标准严格、程序严密的外国投资安全审查体系。首先，FINS 中新增审查重点。一是将国土安全因素如关键基础设施和关键技术纳入国家安全审查范畴；二是对有外国政府控制或者参与的交易，从强制审查变为强制调查；三是如果投资者由外国政府控制，那么该国政府与美国的反恐合作情况要作为重要的审查因素[7]。其次，扩大审查范围。《关于外国人收购、兼并和接管的条例》将 CFIUS 对外国投资的审查规范进一步予以明确并规定，外资审查并购依据不再以持股比例 10%为限，进一步扩大外资审查的范围[8]。

2008年金融危机后，美国急于恢复国内经济，对外资安全审查的态度比较稳定，没有颁布相关法案。直至2015年，中国公布“中国制造2025计划”，美国开始表现出对中国投资的担忧及中国企业外资审查的政治性倾向[9]。2017年11月，美国政府否认中国的市场地位[10]。此后，包括美国对华“301调查”报告、对中兴通讯出口管制和中美“关税战”在内的一系列举措加剧了中美关系的恶化，逐渐表现出对跨国贸易的怀疑主义和单边主义色彩[11]。2018年8月，特朗普签署了《外国投资风险评估现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modern Act, 简称 FIRRMA)。2018年11月，《外国投资风险评估现代化法案》试点计划(Pilot Program)正式实施，对美国外资安全审查制度中的实体和程序规则进行了多方位改革。

在实体规则方面：第一，进一步拓宽审查对象范围，新增特定不动产交易，明确强制申报类型；第二，细化关键技术和重要基础设施内容；第三，关注网络安全，新增恶意网络活动概念；第四，强调“特别关注国家”，即对国家安全利益呈现明显威胁的国家；第五，CFIUS 国家安全审查的豁免标准，即美国是否与该投资者母国签订共同防御条约、签订涉及外国投资国家安全的多边协定、该投资者母国外国投资国家安全审查制度及其他 CFIUS 认为合适的标准[12]。

在程序方面：第一，延长审查期限。初始审查时限由 30 天延长至 45 天，特殊情况下，CFIUS 主席有权继续将调查时限延长至 60 天；第二，新增收取申报费用。FIRRMA 允许 CFIUS 设定并收取申报费，但费用不能超过交易额的 1%或 30 万美元，且将每年根据通胀情况对费用进行调整；第三，建立内部程序识别未申报交易。第四，成立 CFIUS 基金[13]。第五，引入了“声明”和“强制性声明”两种申报程序，“声明”是一种简易性程序，内容不超过 5 页纸，为期 30 天。对于非强制性申报项目，交易方可以自愿选择提交声明或正式的书面申报。

3. 美国外资安全审查制度本质及现状

美国“限制外商投资”的外商投资安全立法宗旨与中国的“鼓励投资”立法宗旨存在根本性的差异，

导致两国在理解彼此外商投资安全审查法律上存在误解。因此，我国学者应深入剖析美国的立法本质，从根本上破解投资受限的难题，在此基础上，分析中国对外投资现状，继而提出解决策略。

3.1. 美国外资安全审查制度的本质

美国的全球霸权集中依赖在两大支柱之上：一是以技术优势为核心的军事霸权，二是以美元独特地位为核心的金融霸权，两者相辅相成，使得美国既是世界的警察，又是世界的银行。但是，要想维持和拓展美元霸权，就需要向外部开放市场尤其是美国的资本市场；而要想维持和拓展美国的技术优势从而保障美国的军事霸权，就必须限制或筛选外国资本对美国资产、技术和股权的收购行为。一个要求开放，一个却要封闭和控制，两者在根本方向上出现内在悖论。现实中，美国投资安全审查制度日渐成为保护主义的缩影，实质上就是要拒绝、阻止或延滞大额存款人将信用资产转化为相对可靠的实物资产的行为[14]。

3.2. FIRRMA 实施以来中国对外投资现状

中国自加入世贸组织以来，一直履行承诺，积极拓展对外开放投资，投资流量占比几乎每年攀升。就赴美投资而言，2010年中国赴美投资逐渐增多，至2016年达到顶峰。2018年以来，FIRRMA实施并加以中美贸易战影响，中国企业赴美投资流量直线下降。2020年以来，新冠肺炎疫情爆发，全球经济低迷，在中国政府的引导下，中国一跃成为对外投资流量的大国，加以中美第一阶段对话协议达成，美国对中国的安全危险日益放松警惕，贸易表现趋好。安永发布的《2022年一季度中国海外投资概览》(下称概览)统计显示，按交易额计，2022年一季度中企宣布海外并购的十大目的地国中，美国、印度和德国位居前三。按交易宗数计，前三位是美国、日本、韩国，美国同样位居榜首。美国仍为中企海外并购最大目的地国。

总体而言，美国 FIRRMA 的实施对中国的影响没有直接反映在对外投资流量上，但是，这项举措仍旧深深限制了中国企业赴美投资的领域，使得许多在“受管辖的交易”名单内的企业发展受阻，技术研发缓慢，甚至存在生存危机。同时，美国严密的审查体系催生了世界上其他国家的外资安审制度，贸易自由化与经济全球化再一次陷入危机状态。2020年，具有监管或限制性质的投资政策措施数量增加了一倍以上。联合国贸易和发展组织对国家投资政策措施的监测条目从2019年的21项增加到50项。关键因素之一是由于对敏感行业 FDI 投资的国家安全考虑，政府越来越多地使用审查机制。

4. 新常态下中国赴美投资的应对之策

2018年以来，中美贸易摩擦已升级至贸易、科技、金融、外交、地缘政治、国际舆论、国际规则等全领域。经过不断磋商，沟通，2020年1月15日，中美双方在华盛顿签署《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》(第一阶段经贸协议)，效果良好。2021年前11个月，中美双边贸易出现惊人增长，预计全年双边贸易额将超过7500亿美元，较2018年增加1000多亿美元。贸易态势转好，并不意味着审查的松缓。中国企业想要拓展更大的美国市场，需要政府和企业的共同努力。

4.1. 政府层面

4.1.1. 支持民营经济发展，提高自主创新能力

美国程序上加强对外国有企业的审查力度，矛头直接指向包括中国在内的国有企业大国。一方面，我们应该化解国有企业与美国国家安全审查程序之间的矛盾。另一方面，我国要更加重视对民营企业和民营经济的培养和支持[15]。

党的十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》提出了“加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”，其中提到坚持创新驱动，是形成新发展格局的关键所在。中国企业必须加大研发投入力度，培育自身的自主创新动能，努力缩小与发达国家的技术差距，减少对美国技术的依赖，从其他非强制性审查领域加大投资力度，谋求经济利益。同时，中国下一步势在必行的措施是规范财务制度、优胜劣汰、促进有竞争力的企业全球化发展，营造民族品牌[16]。

4.1.2. 加快与美国的双边投资协定拟定进程

历时 8 年的 BIT 谈判之所以未能在奥巴马总统任期内完成，主要的分歧集中在国有企业、投资者和东道国争端解决机制、知识产权保护及劳工和环保等四个方面。在美国外资审查日益严格的形势下，中国政府可以向美方要求重启 BIT 谈判，在谈判中要求美国明确“根本安全”概念、细化安全例外条款适用范围、探求国家安全审查救济渠道，致力于在 BIT 框架下减缓美国外资审查制度对中国企业的钳制，并解决其他利益分歧[17]。

4.1.3. 组织编纂赴美投资指南

美国对外国投资进行安全审查是美国政府监管外国投资的具体行政行为，为应对这一美国政府行使公权力的行为，从国家层面编纂一份投资指南，既是对外国安全审查制度的应对，也是对本国企业负责任的行为[18]。投资指南内容应包括：美国外资安全审查范围、审查标准、审查流程、救济途径、赴美投资的专家建议(根据中美之间的经贸关系变化及时更新)，并附以美国与各国优势产业对比，各国税收情况等。

4.1.4. 细化安全审查制度，提升安全审查工作能力

2020 年《外商投资法》出台，明确指出建立我国外商投资安全审查制度。2021 年《外商投资安全审查办法》正式实施，构建出我国外资安审的基本框架，其中明确了审查对象、审查主体、审查范围等重要问题，是我国外资安审制度的一项重大突破。但是，随着各国网络、高新技术、新能源等新兴产业的高速发展，框架式的外资安审制度已经不能满足实践现状。对于外国投资者来说，缺乏透明度，产业审查标准不明晰，可能会望而却步；对于我国本身来说，不完备的外资安审制度只是个架子，不能真真切切落实。因此，我们需要汲取外国产业安审经验，尽快细化我国外资安审制度，建设一流安审队伍，提高安审工作能力[19]。

4.2. 企业层面

4.2.1. 中资企业在投资并购中要积极主动申报和沟通

一方面，中资企业要加强与 CFIUS 及其相关组成部门的非正式沟通与接触，了解外资审查最新动态，避免在敏感行业进行集中性的投资[20]。另一方面，中资企业要做好本土经营规划，做好投资并购公关工作。事实上，美国的一系列举措并非根本上排斥外资进入，特别是美国各州政府对于外资进入是十分欢迎的。中国企业应该抓住这个机会，在投资并购中要积极游说议员，积极与国会沟通，并随时公开投资并购信息，以透明化方式获得社会大众的认可[21]。

4.2.2. 联合多方资本，淡化投资并购中的国企背景

为淡化国企背景，国有企业在美国投资并购中可以设置并购实体，联合外资企业、民营企业等股份制合资企业，以合资企业的名义来投资并购，由此可以淡化中国国企的政府背景，进而避开 FIRRMA 的“雷区”。如上海锦江集团联合德尔公司成功收购美国洲际酒店，并顺利通过美国政府安全审查就是例证。

4.2.3. 利用美国国家安全审查的国内可诉性

若中国企业处于合规经营却在对外直接投资受到安全审查，且难以用磋商的形式解决，就可以诉诸司法渠道，即通过美国的司法途径，对美国政府做出的决定提起诉讼。虽然总统和 CFIUS 的行为不受一般司法审查，但根据 FIRRMA 的规定，仍可以向哥伦比亚特区巡回法庭进行申诉。2012 年，“三一重工诉 CFIUS 和美国总统奥巴马案”就是运用司法程序解决争议的典型案例。

5. 结语

随着美国外国投资安全审查政策的调整，一些反全球化现象油然而生，例如倡导国内资本流动、扩大外国限制进入范围等，但其本质是经济全球化进程中出现的一种博弈，并没有改变经济全球化的发展趋势[22]。因此，开放仍旧是当今世界发展的主基调。中国企业尤其是民营企业，要勇敢尝试，抓住各种发展机遇，善用政治与经济政策，积极沟通，保持开放心态，促进贸易和投资自由化便利化，推动经济全球化朝着更加开放、包容、普惠、平衡、共赢的方向发展。

参考文献

- [1] 李巍, 赵莉. 美国外资审查制度的变迁及对中国的影响[J]. 国际展望, 2019, 11(1): 44-71.
- [2] 冀承. 美国外国投资国家安全审查制度的历史变迁、制度设计及中国的应对[J]. 国际贸易, 2019(6): 4-7.
- [3] 孙哲, 石岩. 美国外资监管政治: 机制变革及特点分析(1973~2013) [J]. 美国研究, 2014, 28(3): 39-56.
- [4] 徐杰. 美国针对中国企业投资的国家安全考量研究[J]. 国家行政学院学报, 2015(1): 102-106.
- [5] 孙效敏. 论美国外资并购安全审查制度变迁[J]. 国际观察, 2009(3): 65-72.
- [6] Jackson, J.K. (2007) Exon-Florio Foreign Investment Provision: Comparison of H.R.556 and S.1610. CRS Report for Congress, Order Code RL34082.
- [7] 李先腾. 后危机时代中企海外收购面临的安全审查困局及治理路径——以美国 CFIUS 监管机制为切入点[J]. 交大法学, 2014(2): 96-111.
- [8] 沈伟. 美国外资安全审查制度的变迁、修改及影响——以近期中美贸易摩擦为背景[J]. 武汉科技大学学报(社会科学版), 2019, 21(6): 654-668.
- [9] 宋瑞琛. 美国外资安全审查制度的新动向与国际投资保护主义[J]. 当代经济管理, 2020, 42(11): 81-89.
- [10] 沈伟. “竞争中性”原则下的国有企业竞争中性偏离和竞争中性化之困[J]. 上海经济研究, 2019(5): 11-28.
- [11] 屠新泉, 周金凯. 美国国家安全审查制度对中国国有企业在美投资的影响及对策分析[J]. 清华大学学报(哲学社会科学版), 2016, 31(5): 74-83.
- [12] 冯纯纯. 美国外资国家安全审查的新动向及其应对——以美国《外国投资风险评估现代化法案》为例[J]. 河北法学, 2018(9): 146-161.
- [13] 贾英姿. 美国《外国投资风险评估现代化法案》简析[J]. 财政科学, 2019(2): 144-149.
- [14] 翟东升, 夏青. 美国投资保护主义的国际政治经济学分析——以 CFIUS 改革为案例[J]. 教学与研究, 2009(11): 56-62.
- [15] 林乐, 胡婷. 从 FIRRMA 看美国外资安全审查的新趋势[J]. 国际经济合作, 2018(8): 12-15.
- [16] 常健聪. 西方视角下我国在美投资的关键问题分析[J]. 经济问题探索, 2013(6): 97-102.
- [17] 叶瑞. 论中美 BIT 中根本安全例外条款的设置——从应对我国企业海外并购“安审”法律风险的角度分析[J]. 重庆工商大学学报(社会科学版), 2015(8): 70-86.
- [18] 黄志瑾. 论国家安全审查措施在 WTO 中的可诉性[J]. 河北法学, 2013(12): 121-128.
- [19] 桂畅旒. 美外商投资国家安全审查制度的改革动向及对我国影响[J]. 信息安全与通信保密, 2017(7): 50-56.
- [20] 王保民, 袁博. 美国外资安全审查的政治化趋势及我国的法律应对[J]. 国际贸易, 2020(10): 89-96.
- [21] 滕涛, 徐雪峰. 美国对中国企业在美并购安全审查的现状、趋势以及应对之策——兼论美国投资安全审查机制的新进展[J]. 对外经贸实务, 2019(9): 41-44.
- [22] 庄宗明. 经济全球化没有逆转, 也不可能逆转[J]. 世界经济研究, 2018(3): 11-13.