

全球外资安全审查新趋势及中国对策

杨婷婷

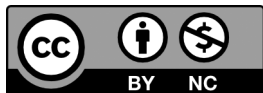
中南财经政法大学法律硕士教育中心，武汉

摘 要 | 随着美国、德国、欧盟等国际主体修订和制定外资安全审查制度，此领域开始呈现出新的变化趋势。本文以美国、德国、欧盟等国际主体最新立法为背景探讨外资安全审查制度新发展的内容、新发展的趋势及对我国的对策，包括中国外资审查制度完善的启示和中国企业对外投资的策略。

关键词 | 外资安全审查；新趋势；审查范围

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



1 全球外资安全审查制度的新发展

1.1 美国外资安全审查制度的新发展

美国在外资安全审查领域的立法模式是专门立法模式^①。从 1950 年的《国防生产法》到 1988 年《埃克森—弗罗里奥修正案》，此修正案标志着美国外资并购国家安全审查制度的建立。美国在 2000 年颁布了《伯德修正案》，在 2007 年颁布了《外国投资与国家安全法》，再到 2018 年为维护国家安全颁布了《外

基金项目：2021 年中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：2021011712）。

作者简介：杨婷婷，中南财经政法大学 2019 级硕士研究生，研究方向：国际法。

文章引用：杨婷婷. 全球外资安全审查新趋势及中国对策 [J]. 社会科学进展, 2021, 3 (4): 425-435. <https://doi.org/10.35534/pss.0304033>

① 专门立法模式是指立法机关进行单独立法，专门规定外资国家安全审查问题。那混合立法模式是指没有进行专门立法，有这个该领域的规定散落在其他的法律里面，比如：反垄断法、外贸法、外汇法等法律。

国投资风险评估现代化法案》(以下简称 FIRRMA), 此法案扩大了美国外资投资委员会(以下简称 CFIUS)的权限。

审查程序的启动以投资者自愿申报为主、CFIUS 机构通知为辅。在正式调查之前有一个磋商的过程, 是指交易各方向 CFIUS 提交资料, CFIUS 了解被审查对象的基本情况这样一个过程。之后就是 CFIUS 进行审查, 如果委员会决定不进行审查, 那么审查程序到此终结, 不需要再提交总统决定。如果委员会决定需要中止或者禁止外国投资, 则需要报总统决定。也就是决定中止或者禁止外资并购交易的机构是总统。最后的监督机构是国会, 国会会对整个审查程序进行监督。

1.1.1 扩大 CFIUS 管辖交易范围

此项变化是 FIRRMA 的最大的一项变化。CFIUS 这是行政部门的一个机构间委员会, 负责审查可能导致外国控制美国业务的交易。^[1] CFIUS 自 1975 福特总统签署的《第 11858 号政令》中诞生, 至今其职能与性质都发生了实质性的变化。CFIUS 在初期并无实权, 其主要是一个收集外资信息的机构, 实权是在美国财政部手中。1988 年通过的《埃克森—弗洛里奥修正案》赋予了 CFIUS 执行权。1992 年通过的《伯德修正案》扩大了其审查权范围即将具有外国政府性质的企业纳入其审查范围。2008 年美国通过的《关于外国人收购、兼并和接管的条例》确认了 CFIUS 的法律地位并赋予其外资审查的决定权。2018 年, 特朗普总统签署 FIRRMA 主要增加了六种新型交易又进一步扩大了 CFIUS 管辖交易范围, 新的修改如下:

CFIUS 的管辖权扩大至有关“关键技术”的外国投资的审查。FIRRMA 扩大了“关键技术”的范围, 其不仅仅指传统的核设备, 生化武器及导弹技术等世界公认的国防科技技术, 还将“新兴和基础技术”纳入其中。这意味着对一些新兴的高科技技术, 只要其在主观上觉得对美国的国家安全可能产生威胁就可以进行安全审查。此种做法虽可以保护本国的高技术产业并给予国家安全更好的保护但同时也阻碍了很多国家的高新技术产业进入美国市场, 对美国和投资方都会产生损失。

CFIUS 的管辖权扩大至有关“关键基础设施”的外国投资的审查。FIRRMA

同时扩大了“关键基础设施”的范围，既包括传统的靠近军事基地以及政府部门等基础设施所在地附近的房地产交易还包括任何向持有、运营、生产、供应或向关键基础设施提供服务的企业。^[2]此种做法是将审查范围扩大了一圈，不仅审查基础设施交易本身还审查为基础设施交易提供服务的企业。

CFIUS的管辖权扩大至有关“关键个人信息”的外国投资的审查。在FIRRMA修改之前，并没有将关键个人信息列入审查范围，FIRRMA将可能被利用的美国公民的“敏感个人信息”等可能危害国家安全的交易列入审查范围。^[3]

CFIUS的管辖权扩大至“像外国人出售和出租临近美国军事设施或临近其他敏感国防设施的房地产交易”的审查。^[2]与“关键个人信息”相同，在FIRRMA修改之前并未对房地产交易进行审查，在FIRRMA中规定了CFIUS对敏感地区的房地产交易具有审查的权利，例如：接近美国军事基地、海运港口及空运港口的房地产交易。

CFIUS的管辖权扩大至“破产交易”的审查权。FIRRMA赋予CFIUS审查破产交易购买的权利及阐明“涵盖交易”所包含的交易类型的立法权。

CFIUS的管辖权扩大至“网络安全”的审查权。其主要是对可能危害美国网络安全的外国投资进行审查，充分体现出美国对网络信息安全的重视。

1.1.2 外资安全审查程序的新变化

改变外资安全审查制度旨在维护保护国家安全和从外资中获取利益的平衡。除了上述CFIUS的审查权范围发生变化，美国外资安全审查制度的程序在启动程序、审查程序及监督程序也发生了很多变化，总体的审查程序呈现出越来越严格和正规化的趋势。

在启动程序中最大的变化是增加了强制审查制度及收取审查费用。在FIRRMA生效之前，美国对外资收购本国企业采取自愿原则，即想要申请审查的交易一方或双方可以向CFIUS主席提出书面审查。FIRRMA中规定外资对特殊领域的收购必须经过CFIUS审查才能进入美国市场，包括上述提到的对“关键个人信息”“关键基础设施”“关键技术”及涉及美国企业25%以上投票权的外资并购交易。CFIUS在30天内做出申请人是否需要进一步提交审查资料的回复。审查的目的是判断其是否具有危害美国国家安全的可能性及其是否侵犯

美国政府的利益。如果符合申报审查的并购行为,交易双方没有主动申请审查,则会受到高额罚款。除此之外,FIRRMA生效前,CFIUS对提起的审查是不收取费用的。FIRRMA规定对审查要收取费用,认为此项决定为合理的措施,审查费用的数额根据交易额决定。

在审查程序中最大的变化为延长了初审的时间期限及规定了需要提交的审查材料。FIRRMA将初审的时间由30天延长到45天,此外在个案牵头机构官员的申请下还可以有45天的调查期限,在“特殊情况”下还可以再延长15天,这意味着CFIUS可以对一项外资进行长达105天的审查。此规定给国家情报局提供了充足的时间审查外国投资者的投资活动是否威胁其国家安全,但也关小了对外开放的大门,让许多外国投资者望而却步。FIRRMA还赋予了CFIUS要求交易双方提供与贸易有关的所有重要材料的权利。

美国外资并购安全审查的监督机制主要体现在CFIUS要向国会提交证明材料,CFIUS要向国会提交年度报告及CFIUS要接受国会的质询。其中变化重点是年度报告内容的变化,FIRRMA规定CFIUS提交的年度报告中应该披露更多详细的信息。并且国家情报总监每两年要提交一次外国投资风险报告,要对美国国家安全的威胁进行分析,外国投资风险报告的内容应当是独立的和客观的。^①此外,笔者认为,FIRRMA还赋予总统一定的监督权,因为总统可以以“任何适当的额外行动来应对国家安全威胁”。这意味着总统有权对外资交易进行监督,可以随时暂停交易。

1.2 德国外资安全审查制度的新发展

德国的立法模式是混合立法模式。2004年《联邦德国对外经济法》修正案增加国家安全审查例外条例,2013年《对外经济条例》生效并成为目前德国最重要的外资安全审查法规。此外,还有一些专门法律中对此领域进行规范,例如:《卫星数据安全法》《联邦社会法典》等。2017年通过了《对外经济条例修正案(九)》,2018年德国对该条例进行再次修订。

^① FIRRMA. H. R. 4311. Sec 11. (11).

在审查机构方面德国的审查机构和美国相比较是比较集中的,集中于经济与技术部。虽然比较集中,但是也要因具体审查事项的不同需要多部门配合。国会主要负责监督和对不当的审查行为进行干预。德国的审查程序较美国是比较简单的。首先在启动的程序上,就比美国少了一个投资者可以主动申请的途径,德国只能由经济与技术部决定是否审查。经济技术部和相关部门协商有权作出最终决定。而美国最终的决定权在总统手上。

近年来,中资企业在德国大规模并购的商事行为成为其修订《对外经济法条例》的直接原因。2017年和2018年,德国先后对此条例进行两次修订。2017年的修订明确了对特殊领域的保护,2018年的修改进一步提高了审查标准。^[4]主要体现在:(1)保护领域的明确。明确外资安全审查的领域,将其扩大至关键基础设施领域,包括能源供应、信息通讯、交通运输、健康、水资源、食品生产和金融保险服务,以及为相关企业提供软件服务和信息技术的公司;(2)涉及上述领域的外资安全审查由自愿申报改为强制申报;(3)延长了审查期限。收购方申请无异议证书的期限由一个月延长至两个月,第二阶段的审查最长期限由两个月延长至四个月。

1.3 欧盟外资安全审查制度的新发展

2020年之前,欧盟没有外资安全审查领域的立法。但是中国在欧盟投资总量和大型并购活动的增多引起了欧盟在外资监管领域的反思。2020年10月11日实施的欧盟《外国直接投资审查框架条例》(以下简称“《欧盟外资审查条例》”)打破了此领域无立法的局面,欧盟外资安全审查呈现出规则性和保守性。有学者指出欧盟制定此条例的原因有三:一是维护欧盟内部组织的安全;二是保护其关键技术的核心竞争力;三是提升其市场核心竞争力。^[5]不同于美国和德国,欧盟是一个共同体。外资安全审查不仅要考虑成员国的还要考虑共同体的安全 and 经济秩序,因此欧盟的外资安全审查建立了双重授权机制。本文讨论的审查趋势集中于欧盟层面的审查制度。

根据《欧盟外资审查条例》第六条,成员国在进行外资安全审查时应将相关信息提交至欧盟委员会及其他成员国,其应当在收到通知的15日内通知审查

国是否发表意见或评论，^[6]35日内提出评议意见。此条例还进一步规定了，欧盟委员会和其他成员国应从投资对象和投资主体两个方面进行评议。^①委员会和其他成员国可以就此发表意见或不发表意见。但是，如有三分之一以上成员国认为该项外资会威胁欧盟安全或公共秩序，欧盟委员会应当就该项投资发表意见。无论委员会和其他成员是否对此项审查发表意见，最终决定权依然在于审查国，即欧盟委员会的建议并无法律效力。虽然不具有法律效力，但是各成员国丧失了部分审查主导权，因为此条例限定了各成员国自由审查的范围，欧盟委员会认为一项外国投资可能会影响欧盟安全或者公共秩序时，该条例规定，就其他成员国或者欧盟委员会的意见，审查国应“尽力顾及”“遵从”该意见。审查国若有不同意见，则应作出解释。

2 全球外资安全审查制度的新趋势

中国在外国投资总量的增加和大型外资并购等商事行为成为美国、德国和欧盟修订或制定此领域立法的原因之一。除经济原因，各国还综合考虑国家安全、政治稳定等其他因素。在总结美国、德国、欧盟外资安全审查制度新发展的基础上，总结出以下几点发展趋势。

2.1 明确及扩大外资安全审查范围

美国扩大外资安全审查范围表现在被两个方面：一是 FIRRMA 扩大了“关键技术”“关键基础设施”“关键个人信息”等重要领域的审查范围；二是扩大了 CFIUS 的管辖权。这两项变化意味着以前无需进行安全审查的外资现在有可能被审查。德国 2017 年修订的《对外经济法条例》明确及扩大了外资安全审查的范围，将其扩大至关键基础设施领域。欧盟委员会认为一项投资可能影响欧盟安全或公共秩序，其可以发表意见。欧盟首次将欧盟安全或公共秩序纳入外资安全审查范围。

① 投资对象包括：关键基础设施、关键技术、关键能源供应、敏感信息的接触和控制能力及媒体自由和多样性；投资对象包括：外国投资者是否被外国政府、军队、国有机构控制，外国投资者是否曾参与影响欧盟成员国安全或者公共秩序的活动，外国投资者是否有参与违法或者犯罪活动的重大风险。

外资安全审查范围在横向和纵向两个纬度都有扩大。例如：在横向上，美国和德国扩大“关键基础设施”的范围。在纵向上，外资安全审查范围由制造业扩展至金融业，主要表现在以各类合规检查、反洗钱等名义设置的限制不断增加。^[7]

2.2 延长外资安全审查程序期限

外资安全的审查程序的修订中影响较大的是延长了审查期限。美国 FIRRMA 将初审的时间由 30 天延长到 45 天，此外在个案牵头机构官员的申请下还可以有 45 天的调查期限，在“特殊情况”下还可以再延长 15 天。德国收购方申请无异议证书的期限由一个月延长至两个月，第二阶段的审查最长期限由两个月延长至四个月。欧盟层面并没有直接规定审查程序和期限的问题，只规定了委员会和其他成员国的评议期限，为收到审查信息的 35 日。其只是评议期限，在评议期限结束之后，外国投资者还要遵守各成员国国内的审查程序及期限。审查程序的复杂化及审查期限的延长意味着一项外资的安全审查需要提交更多审查资料并且需要等待更长的审查时间，外资进入市场的成功率会降低。

2.3 严格申报方式

在 FIRRMA 出台之前，美国以投资者自愿申报为主、CFIUS 机构通知申报为辅。在 FIRRMA 生效后，对特殊领域的收购必须经过 CFIUS 审查才能进入美国市场，特殊领域包括上述提及的扩大的审查范围。德国在申报方式方面类似美国，在关键领域的投资由自愿申报改为强制申报。欧盟层面，委员会认为一项外资可能影响欧盟安全或者公共秩序，可以要求审查国提交相关申报信息。由此可见，各国都严格了外资的申报方式，在关键领域，强制申报已成为唯一的申报方式。

修订外资安全审查制度旨在维护国家安全和从外资中获取利益的平衡。无论是扩大审查范围、严格外资安全审查程序、延长审查期限还是在关键领域实施强制申报机制都表明各国都在加大外资安全审查的力度，提高外资准入的门槛，给予国家安全高度保护，但同时也带来了很多负面影响。在经济全球化的

背景下，各国一直对外强调其实行长期的开放投资政策，但其国家行为确实是反其道而行之。

3 外资安全审查制度新趋势下的中国对策

3.1 对中国投资制度完善的启示

3.1.1 立法层面：明确国家安全审查的范围

随着国际关系的变化，科学技术的提高及经济的快速发展，国家安全的定义越来越模糊，我们也要用与时俱进的眼光去探讨国家安全。美国外资安全审查制度自1988到2018年间的历次修改都不断的扩大了国家安全的审查范围，2007年的FINSA在《埃克森费罗里奥修正案》（*Exon-Floiro Amendment*）规定的5项有关国家安全的参考因素基础上新增了7项，共12项，这种延伸确实是大势所趋。有关国家安全的参考因素，我国只规定了4项，即“国防安全、国家经济稳定运行、社会基本生活秩序及对涉及国家安全关键技术的研发能力的影响”^[8]。比较而言，我国规定的国家安全参考因素太少且比较宽泛，审查范围的不确定性对外国投资者来说是种阻碍，从而打消他们投资积极性。综上，客观上国际大环境在变化，深化国家安全刻不容缓。主观上明确国家安全审查范围可以促进外国投资。笔者认为，主要的改进措施如下。

确认国家安全制度的宪法依据。我国现行宪法的四章内容里没有提及国家安全制度，但是国家安全攸关一国存亡。宪法的使命不应该局限于规定一国国内的事务，对于涉及国家安全的事项也应进行规定。宪法上国家安全条款欠缺，导致设计外资国家安全审查制度时，缺少根本的宪法依据，不利于完善外资国家安全审查法律体系。^[9]第二，减少使用含义模糊的词汇，例如“国家经济稳定运行”“影响国家安全的关键技术”等。用词应尽量具体和明确，描述影响国家安全参考因素的用词可以参考FIRMA。

3.1.2 审查层面：订立《外国投资安全审查法》

2020年1月1日生效的《外商投资法》，虽有很大进步之处，但42项条款

中并未规定外资安全审查制度。外资安全审查制度作为国家安全的“防火墙”确有必要明确化,专业化。此外,明确联席会议的审查权。《外国投资法(征求意见稿)》对联席会议的法律地位,构成部门及职权都没有具体的说明。明确其审查权可以提高审查效率及资源的合理配置。另一方面,订立此法可以完善我国外商投资的法律体系。目前我国没有外资安全审查法,订立此法可以更有力地保护我国国家安全。

3.1.3 监督层面:采取内外监督相结合的模式

《外商投资法》第35条规定“依法作出的安全审查决定为最终决定”,此条款意味着联席会议作出的决定为最终决定,但此法并未规定对联席会议权力的行使进行监督的方式。当我国公民或企业侵犯外商的权益,其可以选择向法院提起诉讼,但是原告要负担举证的义务且担心得不到公正的判决,他们往往会寻求国际救济。建立完善的监督机制可以减少错误的审查。在完善内部监督方面,国务院可要求联席会议将审查决定向其提起备案,有利于国务院对个案的监督。在完善外部监督方面,可以采用立法监督,即向全国人大常委会备案。内外监督相结合的方式可以规范联席会议权利的行使。

3.2 对中国企业赴美投资的启示

3.2.1 避开敏感领域的投资

组建专业团队,加强对外资安全审查领域各国最新立法的解读,明确哪些领域为敏感领域,在投资时避免对该领域的投资,例如:关键技术领域、关键基础设施领域、个人信息领域等。这些领域都列入了国家安全审查范围,审查时间必定会延长,审查的程序必定会更加繁琐和严格,可能会提交更多的审查材料。专业团队会给予更加专业的建议以避开敏感领域的投资,避免浪费企业的时间及资源。此外企业自身还可以总结各国在颁布最新立法之后哪些投资案例通过了审查哪些没有通过,推理出其安全审查的边界,制定更完善的投资策略以顺利通过安全审查程序。

3.2.2 某些国有企业股权多元化

美国和德国都明确了外国投资者是否被外国政府、军队、国有机构控制是

其审查的重要内容之一。为维护东道国国家安全,其对外国国有企业和有国资背景的企业进行重点安全审查。我国可以对某些国有企业的股权结构进行改革,使其多元化。减少企业背后的政府意志,从而降低东道国对我国成功投资后对其国家政权威胁的担忧。也可以总结没有通过安全审查的案例,推理出美国可以接受的国有资本在企业中的占比及更详细的审查标准,明确自己的改革方向以推动我国企业顺利通过安全审查。此外,企业自己也要加强对法案的解读,争取寻求更多的投资路径。

参考文献

- [1] Jonathan Wakely, Andrew Indorf. Managing National Security Risk in an Open Economy: Reforming the Committee on Foreign Investment in the United States [J]. Harvard National Security Journal, 2018 (2).
- [2] 刘岳川. 投资美国高新技术企业的国家安全审查风险及法律对策 [J]. 政法论坛, 2018, 36 (6): 117-125.
- [3] Farhad Jalinous, Karalyn Mildorf, Keith Scho- mig, et al. Sowerby : National security reviews 2018: United States [EB/OL]. [2021-8-10]. <https://www.whitecase.com/publications/insight/national-security-reviews-2018-united-states>.
- [4] 沈小蕙. 德国外资并购国家安全审查制度及对我国立法启示 [D]. 上海外国语大学, 2019.
- [5] 李军. 《欧盟建立外资审查框架条例》评析——以竞争为视角 [J]. 吉林工商学院学报, 2020, 36 (3): 83-87.
- [6] 廖凡. 欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对 [J]. 法商研究, 2019, 36 (4): 182-192.
- [7] 赵蓓文. 全球外资安全审查新趋势及其对中国的影响 [J]. 世界经济研究, 2020 (6): 3-10+135.
- [8] 关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知 [EB/OL]. (2011-02-12). http://www.Gov.Cn/zwgk/2011-02/12/content_1802467.htm.

- [9] 姬云香. 外资国家安全审查制度发展与中国的应对策略研究[J]. 社科纵横, 2019, 34(8): 42-48.

The New Trend of Global Foreign Investment Security Review and China's Countermeasures

Yang Tingting

*Master of Law Education Center of Zhongnan University of Economics and Law,
Wuhan*

Abstract: With the revision and formulation of foreign investment security review system by the United States, Germany, the European Union and other international subjects, this field begins to show new trends. This paper takes the latest legislation of the United States, Germany, the European Union and other international bodies as the background to discuss the content of the new development of foreign capital security review system, the new development trend and the countermeasures to China, including the enlightenment of China's foreign capital review system and the strategy of Chinese enterprises' foreign investment.

Key words: Foreign capital safety review; The new trend; The scope of Review