

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2018.03.014

# 美国外国投资国家安全审查制度解析与应对<sup>①</sup>

陈云东<sup>1</sup>,冯纯纯<sup>2</sup>

(1.云南大学 法学院;2.云南大学 公共管理学院,云南 昆明 650091)

**摘要:**美国外国投资国家安全审查制度变迁大致经历了以分散式立法为主的萌芽阶段、以相对集中式立法为主的形成阶段和以专门立法为主的成熟阶段,呈现出审查机构权力不断扩大、审查对象和标准不断拓宽、审查程序不断细化、审查监督不断增强的发展趋势,并导致了审查目的异化、审查权力滥用、审查监督失序的后果。为了维护中国的海外投资利益,一方面中国要修订外国投资国家安全审查制度,另一方面中国企业亦要遵循事前风险防控、事中加强沟通、事后总结经验的策略,双管齐下地应对美国国家安全审查。

**关键词:**美国 CFIUS 审查;立法变迁;中国赴美投资

**中图分类号:**D93/97

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-7835(2018)03-0104-09

随着中美贸易摩擦不断升级,擅于在投资、汇率、技术等贸易之外的领域采取多样化手段对目标进行多维打击的美国很可能在外商直接投资、人才技术流动及知识产权保护等方面加强对中国的限制,而外国投资国家安全审查就是其重要手段之一。在中美贸易摩擦日益增多和国际竞争日趋激烈的背景下,中国赴美投资将遭遇更多美国国家安全审查。对美国外国投资国家安全审查制度进行解读和评析,是中国投资有效应对美国国家安全审查的重要前提,对当前贸易局势下的中国具有重要意义。

## 一 变化视角下的美国外国投资国家安全审查制度

### (一) 萌芽阶段:分散式立法

在萌芽阶段,美国外国投资国家安全审查的相关规定分散在部分单行法律中,没有专门的国家安全审查立法。随着第一次世界大战爆发,美国真正从国家安全角度关注外国投资问题,1917年10月通过的《与敌贸易法》是美国国家安全审查立法的开端<sup>①</sup>。第一次世界大战后,美国开始

通过颁布单行法律对特定领域的外国投资进行限制,如1926年《商业航空法》、1927年《无线电法》、1933年《紧急银行救济法》等。第二次世界大战期间,美国没有通过新的涉及外国投资国家安全的法律,而是再次启用《与敌贸易法》。战后的30年间,美国一直处于资本输出国地位,外国投资基本没有引发国家安全问题。

20世纪70年代初,伴随大量中东资本的涌入,美国于1975年5月发布《第11858号行政命令》,建立外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States,以下简称CFIUS),专门负责监测和评估外国投资对美国国家安全的影响<sup>②</sup>。与此同时,美国继续通过颁布单行法律对外国投资进行监测与调查,如1974年《外国投资研究法》、1976年《国际投资调查法》、1977年《国际紧急经济权力法》等。

### (二) 形成阶段:相对集中式立法

在形成阶段,美国仍然没有国家安全审查的专门立法,主要以相对集中的国家安全审查条款辅以行政命令和实施细则的方式对外国投资进行规制。进入20世纪80年代,随着外资并购代替

<sup>①</sup> 收稿日期:2018-03-16

作者简介:陈云东(1961-),男,山东淄博人,教授,博士生导师,主要从事国际政治与国际法研究。

<sup>①</sup>Baban Hasnat.“US National Security and Foreign Direct Investment”, *Thunderbird International Business Review*, 2015, 57(3):185-196.

<sup>②</sup>张举胜:《美国外资并购国家安全审查制度研究》,中国政法大学博士学位论文,2010年,第55-60页。

新设投资成为外国直接投资的主要形式<sup>①</sup>,以 1986 年日本富士通公司收购美国仙童半导体公司为契机,美国于 1988 年 8 月通过了《1988 年综合贸易与竞争法》,该法第 5021 节将《1950 年国防生产法》第 721 节纳入其中,即《埃克森-弗罗里奥修正案》。该修正案是美国国家安全审查立法的最早文本,初步确立了国家安全审查制度的基本框架,标志着政府开始主张制定法律来阻止外国公司投资涉及美国国家安全的敏感行业<sup>②</sup>。为了更好地实施该修正案,美国于 1988 年 12 月和 1991 年 11 月相继发布《第 12661 号行政命令》和《外国人兼并、收购和接管条例》(以下简称《1991 年条例》),使国家安全审查立法的内容更为丰富、更具有操作性。

《埃克森-弗罗里奥修正案》实施 4 年后,美国对其进行了第一次修订,即《伯德修正案》。该修正案增设了强制调查程序,为美国强制调查由外国政府控制或代表外国政府行事的人在美国从事兼并、收购或接管提供了法律依据;<sup>③</sup>修订了总统向国会报告的义务,使其成为国家安全审查的必经环节,不仅为国会干预 CFIUS 审查和总统决定提供了合法性,也为后期形成国家安全审查监督机制奠定了坚实基础。

### (三)成熟阶段:专门立法

随着一系列涉美重大并购案<sup>④</sup>的发生,以 2005 年迪拜政府控股的迪拜世界港口公司竞购英国半岛及东方航运公司拟出售的 6 大港口运营权为导火索,美国于 2007 年 7 月通过《外国投资与国家安全法》(Foreign Investment and National Security Act of 2007,以下简称 FINS A),从审查机构、审查对象、审查标准、审查程序、审查监督五个方面对 1988 年初步形成的国家安全审查制度进行了全面修订。为了更好地实施 FINS A,美国于 2008 年 1 月发布《第 13456 号行政命令》,进一步明确了 CFIUS 的权责。同年底,财政部发布《外

国人兼并、收购和接管条例》(以下简称《2008 年条例》),对《1991 年条例》进行了大幅修订和增补。此外,根据 FINS A 的明确要求,财政部发布《美国外国投资委员会国家安全审查指南》,列举了呈现出国家安全问题的交易类型,对投资者起到了一定的指引作用。

成熟阶段的美国国家安全审查制度形成了一系列由国会立法、行政命令、实施细则、审查指南组成的国家安全审查法律体系,完成了从分散式立法到专门立法的转变,整体架构日臻完善。

## 二 美国外国投资国家安全审查制度演变特征

回顾美国国家安全审查制度变迁的历史,可以发现其变迁蕴含的内在规律,即始终围绕如何使国家安全审查制度更具灵活性进行变革。

### (一)审查机构权力不断扩大

在萌芽阶段,国家安全审查权分属多个部门,《第 11858 号行政命令》规定 CFIUS 只能监测外国投资对美国的影响并协调投资政策的执行<sup>⑤</sup>,是一个只具有形式上审查权、只能对外国投资数据进行审查和分析的单纯行政机构。在形成阶段,总统明确赋予 CFIUS 国家安全审查权,其职责包括接受或拒绝投资者自愿申报、延迟审查开始时间、对外国投资进行 30 天审查和 45 天调查、强制调查外国政府控制交易、向总统提交报告等<sup>⑥</sup>,CFIUS 由此转变为一个能对外国投资进行审查、调查、并建议总统中止或禁止交易的具有实质审查权的行政机构。在成熟阶段,FINS A 明确了 CFIUS 的法律地位,即 CFIUS 是根据《第 11858 号行政命令》设立的跨部门委员会,其职能是实施国家安全审查<sup>⑦</sup>,提升了 CFIUS 审查的合法性与正当性。与此同时,CFIUS 的权力进一步扩大。根据 FINS A 的规定,CFIUS 不仅可以与投资者签订减缓协议并监督协议执行,而且可以对撤回申

①徐维余:《外资并购安全审查法律比较研究》,华东政法大学博士学位论文,2010年,第6-38页。

②王中原,龙卫球:《美国商业法律环境研究》,法律出版社2015年版,第322-328页。

③朱广平:《美国外国投资国家安全审查制度研究》,外交学院博士学位论文,2016年,第31-38页。

④2004年中国联想集团收购IBM个人电脑业务、2005年中国海洋石油有限公司竞购美国尤尼科、2006年阿联首迪拜世界港口公司收购英国半岛及东方航运公司6大港口运营权等。

⑤Executive Order 11858 of May 7, 1975, Section 1(b).

⑥Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Persons, 31 CFR Part 800, Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 1991.

⑦Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49-July 26, 2007, Sec. 3(1), 121Stat. 252.

报的交易进行追踪和监督<sup>①</sup>,还可以对提交错误、作虚假陈述、遗漏重要信息或实质性违反减缓协议的已结案交易重启审查<sup>②</sup>。此外,根据《2008年条例》的相关规定,CFIUS认为重要的信息可以通过法院传票向投资者调取;<sup>③</sup>并在投资者故意提交错误、作虚假陈述、遗漏重要信息或实质性违反减缓协议时对其进行处罚<sup>④</sup>。

## (二) 审查对象和标准不断拓宽

在形成阶段,《1991年条例》明确规定了审查对象范围,即拟提出或正在进行的任何可能导致外国人控制美国企业的收购、兼并或接管<sup>⑤</sup>,主要以收购为主。在成熟阶段,《2008年条例》通过引入“受管辖交易”这一全新概念,把收购、兼并或接管之外的任何可能导致外国人控制美国企业的交易纳入审查范围,包括但不限于导致或可能导致美国企业被外国人控制的交易、外国人之间针对美国企业控制权的交易、导致或可能导致外国人控制美国资产的交易、因组建合资企业而导致外国人控制美国企业的交易<sup>⑥</sup>。此外,《2008年条例》通过新增8类构成“控制”的情形、2类“控制”的判断标准和“重要基础设施”“重要技术”等核心概念<sup>⑦</sup>进一步扩展了审查对象范围。

形成阶段的国家安全考虑因素以国防需求为主,包括对满足国防需求的国内生产的潜在影响、满足国防需求的国内产能等5类<sup>⑧</sup>,凸显的是传统国家安全价值取向。成熟阶段的审查标准延续了美国国家安全审查立法的一贯做法,仍然没有明确定义国家安全,而是把国家安全考虑因素拓

展至交易是否会对重要基础设施和关键技术产生潜在影响、是否受外国投资控制、是否对能源及其他重要资源需求计划产生影响等10类,并附加兜底条款——总统或CFIUS认为应当纳入考虑的其他因素<sup>⑨</sup>。新增的5类国家安全考虑因素涉及重要基础设施、关键技术、能源等领域,表明审查标准开始由纯粹的传统安全领域向非传统安全领域外溢,是9·11事件后美国国家安全认知转变的具体体现。更重要的是,通过设置国家安全考虑因素的兜底条款为美国进一步扩张国家安全审查标准提供了法理依据,为审查目的异化埋下了伏笔。

## (三) 审查程序不断细化

在形成阶段,国家安全审查程序框架基本确立,包括启动程序、审查程序、调查程序、总统行动和决定,并规定了相应的时限要求。与此同时,为了针对日益增多的外国国有企业投资,《伯德修正案》规定对外国政府控制或代表外国政府行事的人在美国从事兼并、收购或接管进行为期45天的调查<sup>⑩</sup>。为了防止投资者推翻审查决定,《埃克森—弗罗里奥修正案》明确规定总统的发现和决定不受司法审查<sup>⑪</sup>。在成熟阶段,一方面新增非正式磋商程序,鼓励投资者在正式提交申报前与CFIUS进行磋商<sup>⑫</sup>;明确风险减缓的具体措施及程序,<sup>⑬</sup>确保在国家安全风险可控范围内引进外国投资。另一方面为了针对未申报的投资者,设置强制申报程序,要求可能属于受管辖交易范围

①Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49-July 26, 2007, Sec.5, 121Stat. 254-255.

②Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49-July 26, 2007, Sec.2(b)(D), 121Stat. 248.

③Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.701(a), Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

④Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.801, Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

⑤Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Persons, 31 CFR Part 800, § 800.301(b), Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 1991.

⑥Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.301, Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

⑦Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.204, § 800.208, § 800.209, Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

⑧Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988, Public Law 100-418-AUG. 23, 1988, Sec.5021(e), 102 Stat.1426. & The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Public Law 102-484-OCT. 23, 1992, Sec.837(b), 106 Stat.2464.

⑨Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49-July 26, 2007, Sec. 4(4), 121 Stat. 253-254.

⑩The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Public Law 102-484-OCT. 23, 1992, Sec.837(a)(2), 106 Stat.2464.

⑪Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988, Public Law 100-418-AUG. 23, 1988, Sec.5021(d)(2), 102 Stat.1426.

⑫Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.401(f), Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

⑬Executive Order 13456 of January, 2008, Section 7.

或者出现国家安全风险的投资都要进行申报<sup>①</sup>;为了促使投资者认真履行义务,设置重启审查和处罚程序,以保证投资者提交信息的完整性和真实性,保证投资者严格遵守已经签订的减缓协议。

美国虽然设置了诸如非正式磋商、风险减缓等来提振投资者信心,但新增了更多不利于投资者的障碍程序。实践中,强制申报程序和重启审查程序对美国而言极其有利,意味着就算交易的具体情况发生变化,也有充足法律依据再次对其进行审查,变相拓宽了受管辖交易的范围;但对投资者而言极其不利,意味着即便现在已经通过审查,将来也很有可能再次面临审查,国家安全审查的可预期性降低;再加上国家安全审查豁免规则,投资者不但无法寻求有效救济,还会面临高额民事罚款,加重了投资者的负担。

#### (四) 审查监督不断增强

在萌芽阶段,国家安全审查监督权并未明确赋予国会,国会主要通过立法授权总统对外国投资进行国家安全审查,例如 1917 年《与敌贸易法》授权总统在战时可以监督或者限制任何敌方与美国进行的贸易和投资<sup>②</sup>。在形成阶段,为了解决 CFIUS 的审查决定总是与总统观点保持一致的问题<sup>③</sup>,国会开始直接参与国家安全审查。《伯德修正案》规定无论总统作出何种决定都应当向国会作出书面解释且要附加具体引用的国家安全考虑因素<sup>④</sup>,这为国会监督国家安全审查提供了程序上的便利。在成熟阶段,国会的监督进一步强化,一方面把总统向国会报告的义务变更为 CFIUS 向国会报告的义务,要求 CFIUS 主席向国会汇报上一年度内已经进行审查或调查的外国投资信息、分析涉及关键技术的外国投资情况、并就来自单个国家的外国投资情况提供报告<sup>⑤</sup>;另一方面丰富了国会的监督方式,包括审阅阶段报告和年度报告、质询具体交易情况或减缓协议实施情况、干预个案甚至推翻总统决定等,以此强化

国会对国家安全审查的监督。

### 三 美国外国投资国家安全审查制度的深度阐释

美国通过修订国家安全审查立法扩大审查机构权力、拓宽审查对象和标准、细化审查程序和增强审查监督的做法具有合法性,是国家主权原则在立法领域的具体体现。但美国滥用国家安全审查限制外国投资的做法却是明显的单边主义和保护主义行径,这种只顾自身利益的做法不仅背离了国际投资法平等互利的的基本原则,而且违反了安全例外的相关规定,严重破坏了国际投资的自由化和便利化。

#### (一) 国家安全审查目的异化

美国构建国家安全审查制度的初衷是为了在一定程度上限制外国投资以保护美国国家安全,符合国际投资法安全例外的相关规定。但实践中,美国时常通过国家安全审查来达成其他目的或者是把国家安全审查作为限制外国投资的手段,明显背离了安全例外的立法原意。

美国国家安全审查目的异化的表现主要有三:一是投资保护主义,二是审查政治化,三是投资者的竞争工具<sup>⑥</sup>。就投资保护主义而言,美国不对国家安全作明确定义而列举国家安全考虑因素并附加兜底条款的做法,增强了审查标准的模糊性,使 CFIUS 可以借助审查限制外国投资以保护美国的重要产业,国家安全审查也因此成为美国单边实施投资保护主义的完美借口。就审查政治化而言,国家安全审查政治化是指利用对外国投资的国家安全审查进行国内或国际政治斗争,包括两党斗争、国会与总统争权、国家间博弈等。尽管对外国投资进行国家安全审查具有正当性,但国家安全本身的政治属性决定了其很难完全法律化。在纳入更多审查对象的情况下,不断扩张国家安全考虑因素导致审查的不确定性上升,给

<sup>①</sup>Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Person, 31 CFR Part 800, § 800.401(b), Office of Investment Security, Department of Treasury, November 21, 2008.

<sup>②</sup>Edward M. Graham, David Marchick: US National Security and Foreign Direct Investment, Washington DC, Institute for International Economics, 2006, pp.4-6.

<sup>③</sup>James K. Jackson: The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment, Congressional Research Service, 7-5700, RL33312, March 29, 2013.

<sup>④</sup>The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Public Law 102-484-OCT. 23, 1992, Sec.837(c), 106 Stat. 2464.

<sup>⑤</sup>Foreign Investment and National Security Act of 2007, Public Law 110-49-July 26, 2007, Sec.7(b)(1), 121 Stat. 257.

<sup>⑥</sup>李军:《外国投资国家安全审查实施要件研究》,华东政法大学博士学位论文,2015年,第88-95页。

审查政治化创造了机会。就投资者的竞争工具而言,投资者间相互竞争是目标企业实现利益最大化的重要途径。因此在交易中,一方面相互竞争的投资者或目标企业很可能会利用国家安全审查获得有利地位;另一方面相互竞争的投资者或目标企业也可以游说 CFIUS,通过国家安全审查增加投资成本以阻止或者促成交易。

典型的案例是中海油竞购尤尼科案<sup>①</sup>。2005年中海油竞购美国尤尼科引起了美国国内广泛关注,集中体现了国家安全审查目的的异化。出于石油的政治敏感性,国会强烈要求 CFIUS 对该收购案进行严格国家安全审查。由于该收购案发生在美国大选期间,候选人通常以炒作中国议题增加自身的胜率,中海油竞购尤尼科就成了候选人的炒作目标,这是中海油竞购尤尼科受挫的原因之一。与此同时,中海油的竞争对手雪佛龙一边利用本土化优势获得尤尼科的内部支持,一边积极进行游说活动,不断夸大中海油竞购成功给美国带来的国家安全威胁。最终,在候选人有力炒作、国会强大政治压力和竞争对手有效斡旋下,中海油主动放弃了该项收购,雪佛龙以低于中海油的竞价成功完成了对尤尼科的收购。

## (二) 国家安全审查权力滥用

对外国投资进行国家安全审查本质上是一国行使主权的行爲,一般不会侵害投资者的权利,有正当的法理基础<sup>②</sup>。但由于审查对象和审查标准的宽泛性,使国家安全审查较为依赖 CFIUS 的自由裁量,容易造成审查权滥用。随着 CFIUS 权力不断扩大,审查权滥用的可能性进一步提升,明显违背了安全例外的比例性原则。

国家安全审查权的滥用主要包括两种类型,一是 CFIUS 明显超越国家安全审查立法赋予的权力,二是 CFIUS 滥用国家安全审查自由裁量权。相较越权审查而言,CFIUS 滥用自由裁量权的情况在实践中更容易发生,主要体现在程序和实体两个方面。就程序而言,CFIUS 滥用审查权的情形比较容易识别,例如 CFIUS 没有遵守审查的时限要求、没有及时向投资者披露审查信息、没有给予投资者陈述申辩的机会等,侵犯了投资者的合法权益。就实体而言,CFIUS 滥用审查权的

情形较难识别,不容易判断是否侵犯了投资者的合法权益,极易给投资者带来损失。较难识别实体方面审查权滥用的原因,一方面是美国国家安全审查制度中实体性规定的不确定性;另一方面是国家安全审查是一个“假设性”的风险防范措施,审查的触发是假设外国投资会损害美国国家安全,而实际上是否真的损害国家安全不能确定。国家安全审查的“假设性”为 CFIUS 任意解释审查原因和审查标准提供了空间,据此作出的审查决定非常容易损害投资者的权益。

例如 Ralls 诉 CFIUS 和奥巴马案<sup>③</sup>。奥巴马总统以 Ralls 公司收购美国 Butter Creek 四个风场可能威胁美国国家安全为由,否决了该项收购。Ralls 公司就 CFIUS 和奥巴马总统滥用国家安全审查权向美国法院提起诉讼,诉由既包括越权审查,也包括滥用自由裁量权;既涉及实体方面的权力滥用,也涉及程序方面的权力滥用。最终,上诉法院经过审理认为奥巴马总统未经合法程序剥夺了 Ralls 公司的私有财产权,明显违反了美国宪法第五修正案的正当程序要求;但并未改变奥巴马总统否决该项收购的决定,Ralls 收购美国 Butter Creek 四个风场项目由于未通过国家安全审查而失败。上诉法院仅就程序方面审查权滥用作出判决,一方面印证了程序方面审查权滥用的可识别性,Ralls 公司的私有财产权受到法律保护;另一方面也恰好说明了识别实体方面审查权滥用的难度,奥巴马总统否决该收购案造成的损失 Ralls 公司将无法得到赔偿。

## (三) 国家安全审查监督失序

国会的监督对美国国家安全审查制度的规范化具有重要意义,一方面能够防止 CFIUS 滥用审查权,另一方面能够确保审查决定的正确性。但实践中,由于参与国家安全审查的国会议员人数较多且代表不同的利益集团,国会干预个案审查的现象不断发生,国会监督不可避免地出现了政治化倾向,背离了安全例外可问责性原则对审查监督的要求。

国会干预个案审查的方式有三种:一是直接运用审查监督权干预 CFIUS 或总统的决定;二是

<sup>①</sup>王凌:《美国对他者的安全化——路径与动因研究》,复旦大学博士学位论文,2012年,第158-182页。

<sup>②</sup>李群:《外资并购国家安全审查法律制度研究》,西南政法大学博士学位论文,2012年,第21-24页。

<sup>③</sup>龚柏华,谭观福:《美国总统以国家安全为由否决外资并购令可诉性分析——兼析中国三一集团告美国总统否决并购侵权案》,《国际商务研究》2014年第3期。

通过引导舆论走向影响 CFIUS 或总统的决定;三是通过法律议案、听证会等方式向 CFIUS 或总统施压,干扰 CFIUS 或总统的决定。实践中这三种方式经常相互交织,共同导致国会监督不断政治化,并最终使国家安全审查监督失序。国会之所以积极干预个案审查,一方面是因为不满 CFIUS 的审查工作,试图通过积极干预个案使 CFIUS 的审查走向与国会保持一致,这是国会积极干预个案审查的首要原因;另一方面是为了在与政府的外资监管权博弈中占据主导,把对外资的监管权纳入国会的权限范围,这是国会积极干预个案审查的深层原因。

国会干预个案审查的例子很多,其中尤以中海油竞购尤尼科案最为典型。2005 年 6 月初,41 位国会议员联合致信 CFIUS 主席,要求对该收购案展开国家安全审查,理由是中国是否会通过该收购案获得敏感技术;6 月 30 日,众议院以 398 对 15 票通过决议,要求对该收购案进行国家安全审查,理由是通过该收购案控制石油这类战略性资源会使中国变得更强大;7 月 13 日,众议院军事服务委员会就该收购案举行听证会;7 月 15 日,参议员 Byron Dorgan 提出法律议案阻止该收购案;7 月 29 日,参众两院通过能源法修正案,要求能源部、国防部和国土安全部完成对中国能源状况的调查,在调查结果出来前 CFIUS 不能对该收购案进行审查<sup>①</sup>。国会一方面通过持续向 CFIUS 施压不断干预审查,另一方面通过能源法修正案限制 CFIUS 的审查,最终迫使处于不利舆论中的中海油主动放弃了该项收购。

#### (四) 国家安全审查救济机制缺乏

司法审查是实现投资者权利救济最直接、最有效的途径。在国家安全审查中,审查机构的瑕疵审查或不当审查不仅会减损投资者权益,而且很有可能给投资者造成无法挽回的损失。为此,投资者应该享有充分的安全审查救济权,这也是安全例外可问责性原则对审查救济的要求。

国家安全审查救济机制分为可诉模式和不可诉模式两种,而选择何种救济机制与一国对待外国投资的理念密切相关,具体来说,就是该国是倡导投资自由化还是倾向投资保护主义,是给予外

国投资者国民待遇还是以国家安全例外原则为由排除外国投资者的救济。虽然美国一直奉行投资自由化,但其国家安全审查救济机制是典型的不可诉模式,即总统的发现和行动不受司法审查。

美国之所以明确规定国家安全审查的豁免规则,一方面是为了增加国家安全审查制度的威慑性和强势性。在以国家利益为核心的国家安全审查中,投资者始终处于弱势,国家安全审查结果对投资者而言是不可逆转的,即便投资者认为审查结果不公平、不合理,也无法得到任何有效的行政救济或司法救济。因此,在大多数情况下,只要投资者在与 CFIUS 磋商中发现其对交易持保留意见,即便投资者明知付出的各种成本可能无法回收,也不得不重新评估该项投资的获益是否足以对抗未通过国家安全审查带来的损失,并在 CFIUS 最终提交总统决定之前作出主动放弃交易或者签署减缓协议的决定,以避免因总统否决交易给投资者带来的诸如股价下跌、商誉受损等负面评价。另一方面是美国认为以司法审查救济投资者并非不可替代,可以通过设置完备且运转良好的监督机制对投资者进行救济,而良好的监督机制反过来也可以在一定程度上保护投资者的利益。因此,美国国家安全审查制度明确赋予国会国家安全审查监督权,意图通过国会监督对投资者进行救济。但实践中,由于国会监督出现政治化倾向,投资者不但不能通过国会监督得到救济,反而会因国会监督使自身的合法权益受到侵害。

在国家安全审查不可诉、国会监督又背离预期目标的情况下,美国国家安全审查所谓的救济机制彻底沦为“摆设”,对投资者没有任何实质意义。随着美国国家安全审查目的异化、审查权力滥用、审查监督失序,如果再缺乏行之有效的救济机制,会使本就面临较高审查风险的中国投资更加被动。

## 四 美国外国投资国家安全审查的应对之道

在美国国家安全审查制度中,CFIUS 以法律为制高点、以国家安全为武器,具有绝对的谈判筹码<sup>②</sup>。随着中美贸易摩擦愈演愈烈,美国为了增

<sup>①</sup>Edward M. Graham, David Marchick. *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington DC, Institute for International Economics, 2006, pp.128-136.

<sup>②</sup>马贵予:《外国投资国家安全审查中投资者救济机制研究》,华东政法大学硕士学位论文,2016 年,第 23—37 页。

加其在贸易领域的谈判优势,很可能会运用国家安全审查加强对中国投资的限制,中国投资遭遇不公平、不合理审查的可能性增加。为了规避国家安全审查风险,维护中国的海外投资利益,中国必须对美国国家安全审查进行有效应对。

### (一) 国家层面的应对

就国家层面而言,应对美国国家安全审查最为有效的方式是修订2011年中国初步构建的外国投资国家安全审查制度。通过修订国家安全审查制度,一方面有利于弥补中国现行国家安全审查制度中的不足;另一方面也有利于对美国展开同等规模、同等范围、同等力度的对等措施,是对美国滥用国家安全审查限制中国投资的有力反击。

第一,建立独立常设审查机构。中国国家安全审查主要由部际联席会议负责,但部际联席会议本质上是一种工作机制,并非是一个独立的常设审查机构,由其具体开展国家安全审查工作较为困难。中国可以考虑建立独立、常设的审查机构——外资委员会。就成员结构而言,既要涵盖与国家安全相关的部门,又要包括支持开放投资的部门,实现国家安全与开放投资间的平衡;就成员分类而言,既要有具备国家安全审查权和表决权的固定机构,又要有在具体交易中行使国家安全审查权的临时机构,确保审查权责分明,防止权力滥用。此外,在运作模式方面,要明确外资委员会的运作模式为会议制,会议的召集包括应国务院的要求召开和应外资委员会主席的要求召开两种;在审查保障方面,可以设立由投资者负担经费的“国家安全审查基金”,保障国家安全审查的良性运转。设置独立的常设审查机构不仅有利于对外国投资进行专门监管,而且有利于保证国家安全审查行为的一致性,这也是安全例外非歧视性原则的内在要求。

第二,明晰审查对象范围。中国国家安全审查制度规定的审查对象是外资并购,并对外国投资者获得实际控制权的情形进行了简单列举,但对核心概念“控制”的界定较为简洁,没有明确界定和区分外国投资的主体、形式和目标。中国可以把除政府投资者和国际组织之外的基金投资纳入外国投资者的范围;可以明确区分“被动投资”与“主动投资”;可以对“控制”的具体情形进行细化,把诸如公司重组、重要转产、捐赠、发行股票或债券、联合投资等纳入“控制”范围;可以增加“重

要技术”“重要原料”等核心概念。与美国不断扩大审查对象范围不同,中国明晰审查对象范围并非是为了实行保护主义,而是为了弥补审查对象范围较窄的不足,更好地适应国际投资目的、形式和主体的多样化。当然,中国也可以根据海外投资遭遇国家安全审查的具体情况,引入“特别关注国家”这一重要概念,在平等对待外国投资的基础上,根据国际法对等原则对来自特定国家的外国投资进行一定限制,以反击该外国投资者母国滥用国家安全审查的行径,例如美国。

第三,拓宽审查标准。中国国家安全审查制度没有明确定义国家安全,而是简要规定了评估外国投资国家安全影响的基本标准和国家安全考虑因素,但仅涉及与国防相关的战略领域,范围较窄。中国在对审查标准进行修订时,可以考虑把国家安全考虑因素由传统安全领域向非传统安全领域适当扩展并附加相应的兜底条款。与美国一再拓宽审查标准不同,中国拓宽审查标准并非是为了制造投资壁垒,而是为了克服投资领域扩大化给中国带来的不利影响,更好地保护中国国家安全;而设置兜底条款的目的也并非是为了寻找继续扩张审查标准的法律依据,而是为了方便审查机构根据不同时期、不同情况对国家安全考虑因素进行调整,节约法律修订的成本。

第四,优化审查程序。中国国家安全审查制度初步建立了国家安全审查程序的雏形,包括启动程序、一般审查程序、特别调查程序、执行程序、正式提交审查前的预约商谈机制等,但未涉及风险减缓、重启审查、处罚程序等,需要进一步增补。与美国不断设置审查障碍程序不同,中国优化审查程序并非是为了阻碍外国投资,而是为了提升审查的透明度和可预期性,降低投资者的国家安全审查风险。中国在对审查程序进行修订时,可以增设风险减缓制度,明确减缓的措施、程序和监督,以便在最大程度上引进国家安全威胁可以被减缓的外国投资;可以把国家安全审查中的实体性问题纳入预约商谈范围,提升预约商谈机制的实质性。当然,中国也可以增加重启审查程序,明确在投资者提交错误、作虚假陈述、遗漏重要信息或违反减缓协议时,可以对已经结案的交易重启审查,以便在交易情况发生变化时掌握主动权。

第五,增设审查外部监督机制。中国国家安全审查制度仅简单地规定了审查的内部监督机制,即国务院对国家安全审查工作的监督,并未对

审查的外部监督机制作出规定。在不设置国家安全审查救济机制的情况下,中国可以考虑增加审查外部监督机制,并选择适宜的监督方式。与美国一味强化审查外部监督机制不同,中国增设国家安全审查的外部监督机制正是为了防止只有内部监督机制的弊端,通过内外部监督机制共同确保国家安全审查的正确性和合理性,最大限度地维护投资者的合法权益。与此同时,要注意内外部监督机制之间的协调与配合,通过合理配置内外部监督机制的权力来防止国家安全审查监督失序,更好地契合安全例外的可问责性原则。

## (二) 企业层面的应对

就中国企业而言,在中美经贸摩擦日益剧烈的背景下,中国企业要做好赴美投资遭遇更强劲国家安全审查的心理准备,通过在赴美投资前做好风险评估与防控、在赴美投资中加强与各相关方沟通交流、在赴美投资后总结相关经验“三位一体”的方式,积极应对美国国家安全审查。

第一,事前风险防控。在中国企业赴美投资之前,要认真做好国家安全审查风险评估与防控。一是要熟悉美国国家安全审查制度,找准国家安全审查的法律风险。中国企业要了解 CFIUS 的组成成员和主要权责、受管辖交易的范围、审查的标准和程序、国会监督的运作模式等。通过全面了解美国国家安全审查制度,准确找到国家安全审查制度的核心风险。二是要关注美国对内对外政策的变化,找准国家安全审查的政治风险。中国企业要密切关注美国政治政策、经济政策、国家安全战略的变化,关注中美政治关系、经贸关系的发展趋势。通过全面了解美国对内对外政策和中美关系走向,准确找到国家安全审查实施的核心风险。三是适时调整投资策略,提升国家安全审查通过率<sup>①</sup>。中国企业要科学选择投资目标,尽量避开核心技术、重要基础设施、能源、国防、航空航天、网络安全等领域;要充分认识到企业自身属性,通过丰富投资主体的方式规避针对国有企业的强制调查,例如国有企业与民营企业联合、控股审查较松国家的企业等;要合理选择投资时机,尽量避开美国大选期、中美关系敏感期等。通过熟悉美国国家安全审查制度、密切关注美国对内对外政策变化、适时调整投资策略,中国企业可以有

效规避美国国家安全审查的法律风险和政治风险,最大限度地提升赴美投资的成功率。

第二,事中加强沟通。在中国企业赴美投资过程中,要加强与国家安全审查各相关方的沟通交流。一是加强与 CFIUS 沟通<sup>②</sup>。中国企业要利用美国国家安全审查制度中的非正式磋商程序,在正式提交申报前就相关实体问题或程序问题向 CFIUS 进行咨询。通过非正式磋商,投资者一方面可以表达投资诚意,消除 CFIUS 的疑虑;另一方面可以评估 CFIUS 对交易的态度,以便作出最符合自身利益的商业决定。二是重视游说。中国企业要通过游说与国家安全审查各相关方取得联系,加强沟通交流。一方面可以对目标企业的股东进行游说,只有得到目标企业股东的支持,投资才能获得成功,雪佛龙对尤尼科股东的游说是其成功收购尤尼科的关键;另一方面可以对国会进行游说,一旦得到国会支持,通过审查的概率就会提升,但要注意选择适当时机,中海油竞购尤尼科的失败与其选择的游说时机不当有关,在中海油已经处于舆论焦点时游说国会只能化解现存危机,而无法争取更多支持。三是加强在美宣传。中国企业可以加强与美国媒体的沟通交流,向媒体阐明中国投资不但不会威胁美国国家安全,反而会促进美国经济发展、提升美国生产力和竞争力、为美国创造更多就业机会。通过创造对中国投资有利的舆论氛围,进而影响 CFIUS 和总统的决定,最终提升国家安全审查的通过率。

第三,事后总结经验。在中国企业赴美投资之后,要认真总结赴美投资国家安全审查的经验和教训。如果交易顺利通过国家安全审查,要总结通过审查的有益经验,包括投资策略的制定、投资时机的选择、与 CFIUS 交流的方式和内容、游说国会的运作模式、加大宣传力度的方法等。通过总结成功的经验,不仅可以为将来赴美投资提供指引,而且可以进一步熟悉审查的法律风险和政治风险,尽可能减少美国国家安全审查对中国投资的影响。如果附加减缓协议通过国家安全审查,要认真遵守减缓协议,履行减缓协议的相关义务。通过认真执行减缓协议,一方面可以规避美国国家安全审查制度中的重启审查和处罚程序,降低再次遭遇审查的风险和成本;另一方面可以

<sup>①</sup>谢皓,杨文:《跨国并购中的美国国家安全审查机制研究》,《亚太经济》2014年第1期。

<sup>②</sup>张秋萍:《美国国家安全审查制度解析——兼论中国企业的应对》,吉林大学硕士学位论文,2014年,第28-29页。

给CFIUS留下良好印象,为将来再次赴美投资打下良好的形象基础。如果没有通过国家安全审查,由于美国国家安全审查缺乏救济机制,中国无法通过救济获得相应赔偿,因此首先要尽可能防止因未通过审查给企业带来的负面效应,如果无法防止,要尽可能地降低损失;在此之后要总结失败的教训和原因,以避免再次因相同问题导致赴美投资失败。

### 结 语

随着中美贸易摩擦不断升级,美国很可能会运用国家安全审查加强对中国投资的限制,进而增加美国在贸易领域的谈判筹码。美国这种滥用国家安全审查的做法不仅降低了审查的透明度,而且违背了国际投资法安全例外的相关规定,是

对全球自由贸易和投资的强力破坏。中国是全球化的倡导者,致力于发展开放型世界经济,平等友好地对待外国投资,但不排除对外国投资进行一定限制。鉴于中美在经贸领域的竞争日趋激烈,中国要完善外国投资国家安全审查制度,一方面更好地遵守国际投资法的相关规则,另一方面更好地运用法律捍卫自身的合法权益。中国坚决反对美国滥用国家安全审查限制中国投资的单边主义和保护主义行径,如果美国一意孤行,中国将给予美国同等规模、同等范围、同等力度的反击。中美双向经贸大国的身份注定了他们是“命定的夫妻”<sup>①</sup>,是对手也是伙伴,对抗不符合中美双方的根本利益。中国要在完善外国投资国家安全审查制度的前提下,以互利共赢为出发点和落脚点,通过协商对话的方式解决中美之间的经贸分歧。

## Analysis of the United States' National Security Review System in Foreign Investment and China's Countermeasures

CHEN Yun-dong<sup>1</sup> & FENG Chun-chun<sup>2</sup>

(1. School of Law, Yunnan University, Kunming 650091, China;

2. School of Public Management, Yunnan University, Kunming 650091, China)

**Abstract:** The changing regime of the United States' national security review system in foreign investment has experienced through the budding stage based on a series of single laws, the formative stage focused on clauses related to national security review, and the mature stage based on specialized fields in laws. The above changes show that Committee on Foreign Investment in the U.S.(CFIUS) jurisdictions are expanding, review objects and standards are broadening, review procedures are increasing, and review monitoring mechanism is fostering. Consequently, it has brought forth the heterization of the review aim, abuse of CFIUS jurisdiction, and out of order in review monitoring mechanism. In order to protect the interests of Chinese overseas investment, on the one hand, China shall revise its national security review system in foreign investment. On the other hand, Chinese enterprises shall follow the strategy of preventing and controlling risk before the event, enhancing communication in the event and summarizing experience after the event. Only in this way can China and Chinese enterprises effectively respond to the United States' national security review system in foreign investment.

**Key words:** the United State's CFIUS review; legislative changes; Chinese investment in the United States

(责任校对 李云霖,游星雅)

<sup>①</sup>环球网:《楼继伟:中美是命定的夫妻,敞开门打架,是没有教养的表现!》,访问时间:2018年4月2日,网址:<http://world.huanqiu.com/exclusive/2018-03/11722182.html>。