

美国外资安全审查新规： 制度变化、投资影响与中国应对

熊 灵 向欣宇

【摘 要】2018年美国出台《外国投资风险评估现代化法》(FIRRMA),2019年和2020年又陆续发布补充规定和实施细则。这是美国自2007年颁布《外国投资与国家安全法》(FISIA)之后又一次对外资安全审查制度进行的重大修订,是美国外资准入制度的最新变化。本文基于FIRRMA与FISIA的对比,着重分析美国外资安全审查制度的实质变化及其针对中国投资的特别用意和规则设计。FIRRMA的颁布实施,极大增强美国外商投资委员会(CFIUS)的审查权限,并不断扩大其审查范围,使其对来自中国的直接投资审核愈加严格,导致中国企业赴美投资急剧下降,投资风险不断增加。为此,我国应对FIRRMA实施带来的投资风险进行全面评估,加强对跨境直接投资的指导,企业应主动适应外部环境的变化,积极转变发展思路。

【关键词】美国;外商直接投资;安全审查制度;CFIUS;FIRRMA

【作者简介】熊灵,经济学博士,武汉大学国际问题研究院副教授、博士生导师;向欣宇,武汉大学国际问题研究院2021级硕士研究生(湖北 武汉 430072)。

【原文出处】《边界与海洋研究》(武汉),2022.5.87~108

自1979年中美建交以来,双边经贸关系不断发展,成为两国关系的压舱石和助推器,不仅使两国的经济增长获益匪浅,而且对全球经济稳定也有举足轻重的影响。然而自2017年特朗普政府上台后,美国本土民粹主义卷土重来,在“美国优先”的口号下实行保护主义和单边主义,在美国参众两院的配合下推动对外资安全审查制度大幅改革,通过并签署《外国投资风险评估现代化法》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act,以下简称FIRRMA)以及后续补充规定。

FIRRMA的出台进一步扩大美国外商投资委员会(CFIUS)的管辖权限,对重点行业进行重新界定,将被认为可能威胁美国国家安全的投资都纳入审查范围。尤其值得注意的是,FIRRMA明确增加了“特别关注国家”,特别提出要对中国每两年进行“特别报告”。当今世界经济仍在承受新冠肺炎疫情席卷全球带来的重大打击,FIRRMA的颁布和实施将对中国赴美投资产生深远的影响,与持续多年的贸易摩

擦一起,削弱中美双边关系良性发展的基础。因而,有必要对FIRRMA进行系统深入的剖析,分析其对中国对美直接投资的影响,探究中国的应对之策。

一、美国外资安全审查制度的发展与变革

(一)美国外资安全审查制度的起源

美国国会在1917年颁布《与敌国贸易法案》,授予总统在特殊时期,即战争时期或国际紧急状态时期,有限制甚至阻止外资进入美国的权利。该法案首次提出“安全审查”的概念。第一次世界大战结束后,美国通过颁布《紧急银行救济法》(1933年)、《联邦电力法》(1935年)等一系列法律,对外资进入无线电广播、通讯、航运等特殊行业进行限制。^①二战之后,美国在1950年颁布《国防生产法》,不仅在国防安全层面进一步强化安全审查制度,也为朝鲜战场提供了支援。此后,日本经济的高歌猛进和欧佩克(OPEC)国家借助石油不断积累财富给美国带来压力,美国国会分别于1974年和1976年颁布《外国投资研究法》和《国际投资调查法》,^②此举在政策上收

缩对美国外商投资的审查,以求稳定国内经济。

(二)创建美国外商投资委员会(CFIUS)

1975年,时任总统福特发布《第11858号行政命令》,创建了美国外资安全审查核心机构——外商投资委员会 CFIUS(The Committee on Foreign Investment in the United States),这一跨部门的外商投资委员会主要负责外资的监管与审查。然而,CFIUS在成立初期职能并不明确,管辖范围也十分有限,几乎没有起到创设初期预期的作用。直至20世纪80年代,美国经济陷入滞涨困境,同期的日本经济却在快速腾飞,在此冲击下 CFIUS 的改革被提上日程。1988年,美国通过了《埃克森—佛罗里奥修正案》,并在《国防生产法》的基础上出台《伯德修正案》,此举扩大了 CFIUS 的职权范围,并且对政府与私人掌握的外商投资进行区分,对政府控制的企业并购加强监管,拓宽了 CFIUS 的审查范围。^③

2007年,CFIUS 迎来新的改变。美国国会通过立法对1988年颁布的《埃克森—佛罗里奥修正案》进行修订,出台了《外国投资与国家安全法》(Foreign Investment and National Security Act of 2007, FINSa)。FINSa 进一步确定和完善 CFIUS 的职能,在不打压外资的基础上给国家安全提供保障,同时也将关键技术和行业纳入安全审查的范围。为配合 FINSa 的实施,美国财政部随后于2008年出台《关于外国人合并、收购和接管规定》,该规定作为 FINSa 的实施细则,对外商对美投资并购相关的原则、标准以及程序问题做出明细的规定。自此,美国外资安全审查制度的相关法律准备与机制框架最终确立,并开始走向成熟。

(三)出台外资审查新法案 FIRRMA

2017年6月,美国参议员科宁(John Cornyn)提出对 CFIUS 程序法规进行重大修订的立法倡议,即“国防生产法”第721条。2018年8月,美国国会两院通过、时任总统特朗普签署了《外国投资风险评估现代化法》(FIRRMA),这是继2007年 FINSa 颁布后十年以来首次重要修订,对美国外资安全审查制度影响重大。2019年,美国国会后续出台《关于审查涉及外国人及关键技术特定交易的试点计划的决定和暂行规定》对相关重点行业进行详细规定,给尚在试行期

的 FIRRMA 法案提供补充和指引。2020年1月13日,美国财政部发布《关于外国人在美国进行特定投资的规定》《关于外国人在美国进行有关不动产特定交易的规定》(以下合称《最终法规》)。《最终法规》是 FIRRMA 法案的实施细则,在以往发布的法律文件基础上,综合各方评论意见,对 FIRRMA 的实施提供了针对性、细节化的规定,进一步扩大了 CFIUS 对外商投资的审查权利,并详细规定了相关交易的声明和申报程序,增加了关于强制声明和自愿声明的相关规定,这标志着美国外资审查政策的进一步收紧。

二、美国出台外资审查新法案的现实动因

(一)美国转向保守主义和单边主义强调“美国优先”

2008年次贷危机后,美国虽仍保持着经济、贸易、科技等领域的优势地位,但随着新兴经济体的崛起,其在水世界经济舞台上的影响力逐渐削弱,同时美国社会内部挑战增多,国内贫富差距和种族矛盾不断加剧,国内外形势均不乐观。因此,美国国内孤立主义、保护主义思潮再度回归,美国皮尤研究中心的民调结果显示美国国民希望“更专注于自己国家的问题,致力于美国的强大和繁荣”。^④

2017年特朗普就任美国总统之后,更是进一步将“以美国为中心”的思想落实到施政政策中,在各领域贯彻“美国优先”理念,企图通过民粹主义经济手段“使美国再次伟大起来”。一方面,特朗普政府对内继续推行新自由主义,实行大规模减税和减少国家管制以激发市场活力;另一方面,对外强硬推行单边主义,不断实施霸凌行为,践行其民粹主义和保护主义承诺。特朗普一上任即宣布退出《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)和《巴黎气候协定》,随后不顾众多反对又全面开启对华贸易战和对盟友贸易极限施压,标志着美国正式转向保守主义和单边主义。在此背景下,特朗普政府收紧对外资的审查,严格保护国内制造业和敏感行业关键技术,以此来维护美国的核心竞争力,同时收割美国国内的民意和选票。

(二)CFIUS 无法有效应对激增的交易审查需要

自1988年颁布《埃克森—佛罗里奥修正案》后,CFIUS 的管辖权长达三十年基本没有变更。作为美国外资安全审查的关键机构,CFIUS 越来越无法有

效应对美国日益复杂的国家安全担忧与快速增长的审查需求。

通过CFIUS进行安全审查的交易数量快速增长,已由2009年的65项增加到2016年的173项,2017年进一步大幅增长达到237项,前后增加近四倍,并在2015-2017年间增速提升明显(如图1所示)。而这些交易因受到CFIUS审查而自动终止的只占极少数,比如2016年173件被审查交易中最终大约只有8起交易因CFIUS审查而自行终止。^⑤面对不断创出历史新高的交易审查,CFIUS工作量剧增,通常本应在收到申报后5天左右开始的初审阶段,在2017年前后已延长至6周后才会正式开始,^⑥导致CFIUS启动和完成审查流程所需的时间更长。造成上述现象的首要原因是,CFIUS的专职工作人员数量不足,导致相关职务空缺,无法满足激增交易数量的要求。CFIUS机构内部关键职位空缺,又会导致基层工作人员产生怠惰心理,在审查交易时倾向于拖延推诿甚至转移风险。

CFIUS面对的交易审查情况也日趋复杂,反复审查案件不断增多。据CFIUS年度报告数据估计,2015年有13项申报交易由于涉及美国国家安全被交易双方主动撤回,其中有9项进行了再申报;2016年撤回申报有27起,进行再申报的案件15起;^⑦2017年,主动撤回并再申报的交易数量较前两年继续增加,CFIUS审查周期普遍延长,主要表现为经历多轮审查的案件数量增多,以及单轮审查时间加长。此外,2017年CFIUS审查工作量相对2016年增长了约40%,其中要求采取缓解措施的案件和不予批准的

案件数量也增长了30%~40%,而这两类案件的审查需要消耗CFIUS大量的精力与时间。^⑧

CFIUS工作人员数量不足、职位空缺、职能不清、审查情况日益复杂,这都给CFIUS机构本身的有效运转带来极大压力,也极大降低了对外资进行安全审查的效率,不利于美国外资安全审查制度的长存发展。综上所述,CFIUS自身的改革迫在眉睫。

(三)美国担忧中国竞争力并出现“国家安全危险感知”

近年来,中国在高新技术行业和科技创新方面都展现了极强的竞争力和发展势头。2015年,中国颁布实施制造强国战略的第一个十年行动纲领《中国制造2025》,随后2016年中国成为仅次于美国的全球第二大资本输出国,这引起了美国的严重关切和强烈反弹。部分美国政府官员和国会议员毫不掩饰地表示对来自中国投资的担忧。美国白宫安全委员会亚洲事务资深主任博明(Matthew Pottinger)就直言不讳宣称,特朗普政府已将竞争的概念置于美国对华政策的最前沿和国家安全战略的顶部。^⑨美国参议院共和党党鞭科宁多次公开表态蔑称中国利用对美投资手段窃取美国先进技术威胁美国国家安全,除非能改变中国投资美国高科技领域的趋势,否则未来中国将会使用从美国获得的先进技术来对付美国,强烈呼吁CFIUS加强对来自中国投资的审查。^⑩甚至还有人用“武器化投资”来形容中国对美国的投资。^⑪

2018年以来,中美贸易摩擦逐步出现全面性和持续性的特征,而中国抗住压力持续稳定的发展更加刺激了美国的冷战思维。美国国防部于2018年发布的《美国国防战略报告》中提及,现在美国国家安全首要考虑的是国家间战略竞争问题,该报告将中国定义为美国长期的战略竞争对手。此外,还提出经济安全是国家安全的基础,^⑫美国在与中国的贸易摩擦中也力求满足自身削减贸易逆差、在高端制造业获得更多竞争优势、重新振作本土制造业等诉求。冷战思维模式下,中国产业竞争力不断加强、国家实力不断崛起使美国认为自身霸主地位遭动摇,甚至国家安全遭受到威胁,随之逐步产生“国家安全危险感知”。因而,美国试图通过限制中国对美直接

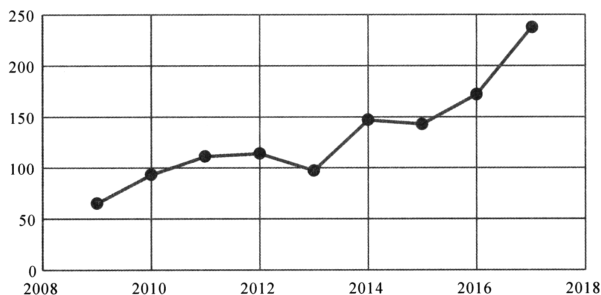


图1 2009-2017年通过CFIUS进行安全审查的交易数量变化趋势

数据来源:CFIUS 2018年年报, <https://home.treasury.gov/system/files/206/CFIUSPublic-Annual-Report-CY-2018.pdf>。

投资尤其是高科技产业的投资,来达到阻碍中国产业竞争力提升的目的。

三、美国外资安全审查制度新规的实质变化

(一)FIRRMA扩大了受管辖交易的范围

在FINSA中,受管辖交易被定义为“任何1988年8月23日之后,由外国人提出的收购、并购交易,该交易有可能导致美国国内的贸易受到外国控制”。^⑬FIRRMA在此基础上,对受管辖交易范围进一步扩充和细化,具体表现如下:

关于不动产交易。2007年颁布的FINSA并没有对外国投资的特定不动产交易是否属于受管辖范围做出明确规定,美国其他外资安全审查法规中也未涉及对不动产交易的特殊规定。然而,FIRRMA明确授权CFIUS对以下情况的不动产交易有审查权限:外国人购买或租赁美国境内的房地产,该房地产将作为空港或海港的一部分,或靠近美国军事设施基地,或靠近美国政府与国家安全有关设备或财产;外国人对美国核心产业进行投资,拥有或经营关键基础设施,或生产或创造多种关键技术,或保存并收集美国公民个人敏感信息;外国人购买的不动产会使国家安全活动暴露在国外监视的风险下。^⑭除此之外,FIRRMA也说明单一住房单位和城市化区域的不动产交易不在CFIUS的审查范围内。^⑮

关于其他特定投资。除上述不动产交易外,FIRRMA还对其他特定投资进行了解释:拥有、经营、制造、供应或服务关键基础设施;生产、设计、测试、制造或开发一种或多种关键技术;维持或收集美国公民的敏感个人资料,且这些资料极有可能被用来威胁国家安全。上述三类相关企业被统称为“TID美国企业”,涉及的投资交易都被纳入CFIUS的审查范围内。^⑯比较而言,FINSA将CFIUS的审查对象规定为“受管辖的交易”,即任何在美国跨州进行并对美国国家安全存在威胁的外国主要控制的交易。以往实践中外国投资持股比例小于10%的交易,且单纯为实现投资利益的交易不会被审查,然而FIRRMA将非控制性的“其他投资”也纳入受管辖的范围,^⑰具体如下:

首先是关键基础设施。关键基础设施在FIRRMA中被定义为:对美国至关重要的,不论是有形还

是虚拟的系统或资产,当其丧失效力或遭到破坏时会对美国国家安全产生不利影响的投资。^⑱该项定义与FINSA原本对其的解释没有大的出入。根据CFIUS既往的审查案例可得知,关键基础设施指的是如电信、医疗、市政工程、交通、金融工程等28个领域。^⑲FIRRMA明确了美国企业可能在关键基础设施行业履行的五种功能,分别是拥有、运营、制造、供应或维修保养,只要在上述28个领域对应至少一个功能,企业就将被视为TID而相关交易会受到CFIUS的审查。

其次是关键技术。FIRRMA用较长篇幅将关键技术描述为《美国防务目录》和《商品管制清单》所包含的内容,包括国防物资、生化武器、导弹技术、核技术等内容。同时,FIRRMA将关键技术的范围进一步扩展至受美国商务部出口管制或涉及国家安全领域的新兴和基础技术。^⑳任何交易只要导致具有关键技术的美国企业受外国投资者控制,或受到外国投资者以非被动、非控股少数股权形式投资,需要受到CFIUS的严格审查和特别关注。^㉑但FIRRMA并未对新兴和基础技术进行明确定义,只是依照《2018出口管制改革法》每半年对此概念进行更新与补充,这使得大量的基础和新兴技术被囊括进关键技术的范围内。

再者是个人敏感信息。FIRRMA没有单独篇幅专门定义个人敏感信息,但此概念却贯穿在整个法案中,涉及美国公民个人敏感信息的交易都将被CFIUS视为需重点关注的对象。个人敏感信息包括诸如医疗行业、保险行业等涉及的大规模个人可识别信息,^㉒在《最终法规》中做出了相对细化的规定,将个人敏感信息分为“基因测试”和“可识别数据”两类。

此外,外国人对美国投资的权利发生变更以致威胁美国国际贸易控制主体或属于上述其他特定投资范围的情况,都将受CFIUS管辖,即便这项投资开始的时间早于FIRRMA颁布及生效的时间。^㉓FIRRMA还规定,任何旨在规避审查或相关法律适用的交易或者协议,都被划为同样受CFIUS管辖范围。但对规避性交易手段未做出明确的规定,这就赋予了CFIUS审查的灵活性和自由性。

(二)FIRRMA增强了CFIUS的审查权

除了扩大审查范围,FIRRMA还进一步加强了CFIUS的审查权力,主要表现在以下几个方面:

其一,增强CFIUS的审查识别能力。允许CFIUS设置新的“试点程序”,用来识别属于CFIUS管辖范围但没有采用规定的简短或书面通知向其提交审查申报的交易。

其二,赋予CFIUS终止交易权和司法审查豁免权。比起FINSA尊重并强调总统权力,FIRRMA进一步扩大了CFIUS的监督权。只要投资交易威胁到美国国家安全,不论该交易处于哪一阶段,CFIUS都有权利终止,且可自行决定,不用提交总统。此外,CFIUS做出的决定和裁决本身具有司法豁免权,这导致外国投资者申诉的权利受限制。

其三,收紧对缓解措施的要求和条件。缓解措施是外国投资者与CFIUS达成的一项协议,旨在规定外国投资者可自行采取一系列措施缓解该项投资对美国国家安全带来的威胁,前提是该项投资不涉及国家重要机密,不足以使CFIUS对其叫停。FIRRMA要求缓解措施首先是合理且有效的,其次可适当以核查的方式遵守协议条款或条件,最后能够有效监测相关情况,并遵守和执行条款规定的条件。^③

(三)FIRRMA增加了强制性申报的要求

FINSA规定的申报程序以自愿主动向CFIUS提交正式书面申报为主,FIRRMA的规定下主要有声明和强制性声明。

声明是一种简易型程序,交易双方可向CFIUS提交一份内容简短、仅需包含交易的基本信息且长度不超过5页的声明书对交易进行申报,为期30天。《最终法规》规定,不受强制申报要求的交易双方可自愿选择提交声明或正式的书面进行申报。

对于强制性声明,《最终法规》对外国投资者在美国的投资的特定情形做出了强制申报的要求,具体有以下两种情况:涉及TID中“关键技术”的某些交易;外国政府享有“重大利益”的某些交易。此类交易被强制性要求向CFIUS提交声明,若未提交则必须提交正式的书面申报。设置强制性声明的主要目的是加强对涉及美国敏感领域的外国投资的限制

与管辖,包括来自外国政府主权基金、政策性投资公司、国有企业等投资,从而减少对美国经济安全的影响。^⑤

(四)FIRRMA延长了CFIUS的审查时限

在FINSA法案的规定下,CFIUS对投资交易审查分为三个环节:30天的初始审查;初审之后最长不超过45天的继续调查;15天以内的总统决策阶段。(26)在FIRRMA法案的新规定下,初审的时间被延长到45天,第二环节仍保持最长45天不变,但若CFIUS主席即美国财政部部长在特殊情况下有另外要求,可额外增加最多15天。^⑥从而可看出,FIRRMA颁布之后,对一项交易的审查最长时间由90天延长至120天。

(五)特别设计了与中国相关的规定条款

1.“特别关注国家”

FIRRMA法案明确提出“特别关注国家”的新概念。“特别关注国家”指已表明或宣布其战略目标是获得某种关键技术或关键基础设施,从而影响美国在国家安全相关领域领导地位的国家。可以看出,此定义仍与TID三个概念紧密联系。FIRRMA法案专门提出CFIUS需考虑一项交易是否与“特别关注国家”相关,如是则将被CFIUS特别关注并进行审查。耐人寻味的是,FIRRMA并未对“特别关注国家”进行明确界定,这样一方面可以掩人耳目,另一方面使CFIUS在进行判断时更加灵活,也是一种隐形扩大其权限的表现。但是,中国毋庸置疑榜上有名,具体表现在以下两个方面:

表1 2013-2017年中国作为交易方被CFIUS审查的交易数

年份	CFIUS审查案件总数	中国作为交易方的案件数	比例
2013	97	21	21.65%
2014	147	24	16.33%
2015	143	29	20.28%
2016	167	54	32.3%
2017	234	60	25.6%
总计	788	188	23.86%

数据来源:CFIUS年度报告(2015-2019年),<https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-reports-and-tables>。

首先,虽然在2018年8月正式出台的FIRRMA法案中并未在“特别关注国家”处直接提及中国,但在之前众议院提交的FIRRMA草案中曾对“特别关注国家”做出具体界定,其中明确指出CFIUS需对与国家安全相关的外国投资给予更多关注,尤其当这些投资来自中国 and 俄罗斯时。^②由此可看出,中国就是美国意有所指的“特别关注国家”之一。

其次,根据CFIUS既往审查历史来看,涉及中国的交易往往是CFIUS重点审查对象。根据CFIUS提交给美国国会2015-2019年的年度报告,CFIUS在2015-2017年分别审查了中国投资29项、54项、60项,连续三年居各国首位(如表1)。2018-2019年,CFIUS共审查来自中国的交易80件,占总数的20%,仍然居所有国家占比首位。此外,根据荣鼎咨询数据显示,2017-2019年中国国有企业对美投资比重不断下降,尤其在2018年降幅显著,美国对来自中国的外资审查带有极强的政治色彩,认为由中国政府主导的对美投资带有极强的政治阴谋和政治意图,^③从现实角度也反映美国一直给予中国“特别关注”。

2. 关于中国的特别报告

FIRRMA法案专门增加了关于“中国特别报告”的具体要求。法案规定,美国商务部部长不迟于FIRRMA法案颁布两年后并在此后每两年至2026年,应向美国国会和CFIUS提交一份关于中国主体在美国进行直接投资交易的报告,其中应包括:(1)中国在美国的总投资额;(2)按价值将中国对美投资分类,从少于5千万美元到超过或等于50亿美元共分为六档;(3)按北美两位数行业分类系统代码将中国对美投资分类;(4)按投资类别将中国对美投资分类,包括公司成立和公司收购;(5)按政府和非政府将中国对美投资分列,包括每类投资的数量、部门和类型;(6)中国通过政府在美国成立公司的名单;(7)中国管辖下实体的美国分公司数目,这些公司的雇员总数以及估价;(8)对上述投资模式包括数量、类型、部门以及投资模式在多大程度上符合《中国制造2025》计划中提出的目标,以及对中国在美国的投资和在美国的所有外国直接投资的比较分析;(9)要求美国商务部长获取中国在美投资的综合信息,列明在收集过程中的任何限制。

综上可看出,虽然FIRRMA的最新规则表面上适用于所有国家,但其中暗含针对中国的意图昭然若揭。这表明,美国在制定投资审查政策时不再只考量经济发展利益和保护国家安全,更多融入了国际关系中大国博弈的因素,政治色彩更加浓烈。

(六)其他修订

为进一步完善美国外资安全审查制度,FIRRMA还在多个方面做出修订。其一,它规定CFIUS可以自行决定对审查交易收取相关审查申报费。其二,在国家合作方面,它授权CFIUS在“以国家安全为目的并遵守适当保密及机密要求”的原则下,可与国内相关机构和国外战略合作伙伴合作,分享建立外资安全审查制度的经验,同时CFIUS能通过此方式获取盟国提供的有可能威胁美国国家安全的信息。其三,将网络安全状况纳入CFIUS审查的范围内,在FIRRMA法案中新增了所谓“恶意网络活动”,一方面能保护美国网络安全,另一方面也是美国强势网络安全政策的一部分。^④

四、FIRRMA法案对中国赴美直接投资的影响

自特朗普政府上任之后,美国便将中国视为直接竞争对手,其对华政策出现重大转变,中美关系出现重要拐点,这种趋势在拜登政府上台后仍在延续。在此背景下,FIRRMA法案的颁布和实施,既反映了美国外资安全审查的新趋势,同时对中国的指向性也很明显。综合上文分析,FIRRMA法案对中国直接投资的影响主要有以下几个方面:

其一,CFIUS的审查范围扩大,过去不会被审查的领域也被纳入安全审查的范围中,这无形中缩小了中国对美国投资的领域范围,尤其在涉及美国关键基础设施、关键信息、个人敏感信息的领域,来自中国的投资可谓是寸步难行;其二,FIRRMA赋予CFIUS重启审查权和终止交易权,这无疑增加了中国赴美投资的安全审查风险,意味着即使通过了CFIUS的安全审查,也随时有可能被重新审查,并且只要美方单方面怀疑某项交易对美国安全有威胁,就可以随时终止该项交易,这使得中国对美投资充满不确定性,从而赴美的积极性大大降低;其三,CFIUS审查标准模糊,FIRRMA扩展其管辖权,但并未对相关概念进行明确的定义,这导致实践中部分

交易将不加限制的被纳入审查范围,CFIUS审查过于专权,审查结果难免缺乏客观,再加上中美贸易摩擦日趋激烈,审查边界模糊更便于美国制裁来自中国的投资;其四,CFIUS审查时间延长,FIRRMA将CFIUS审查时间由最长不超过90天延长至120天,这使得中国企业对美投资的周期拉长,从而时间成本增加;此外FIRRMA允许CFIUS收取申请费,这使得中国赴美投资的资金成本增加。

目前,FIRRMA法案及后续规定颁布实施后,已经从多个层面对中国在美直接投资产生了显著的影响。

(一)宏观整体层面

近年来,中国始终是美国国家安全的重点审查对象。根据CFIUS年度报告的数据显示,来自中国的被审查交易在CFIUS年度审查案件总数中的占比多年位居首位(如图2所示)。值得注意的是,在FIRRMA出台前的2017年,被审查交易中与中国相关的数目达到顶峰,共审查了中国对美投资60项,占比25.6%,远远超过其他国家。2018年FIRRMA出台后,由于CFIUS审查范围的扩大和审查时间的调整,其审查权力不断加强,与中国相关的交易中在调查阶段就被驳回或撤销的越来越多,能通过第一阶段进入审查阶段的交易明显减少,被审查的中国对美投资项目从2017年的60件迅速减少到2020年的17件。但即便如此,涉及中资的案件数在CFIUS审查案件总数中的占比仍然位居各国前列。

为了更全面地展现美国外安全审查制度变革新

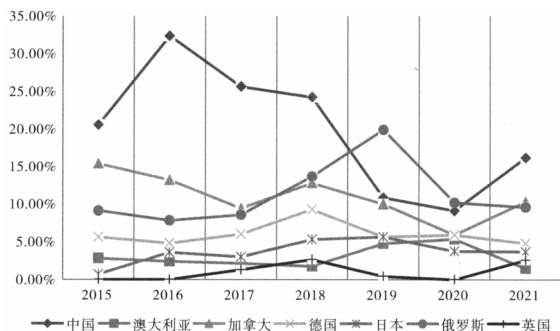


图2 2015-2021年相关国家被CFIUS安全审查的外资交易数占比

数据来源:CFIUS年度报告(2017-2022年),<https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-reports-and-tables>。

规的后续影响以及深层指向,本文特地选取俄罗斯、德国、英国、日本、加拿大和澳大利亚为代表国,比较其在2015-2021年被CFIUS安全审查的外资交易数占比(如图2),其中俄罗斯同被视为“特别关注国家”,而其他国家要么是美国盟友,要么是关系密切国家。^③可以看出,中国和俄罗斯对美投资交易被影响程度最深、浮动幅度最大。尤其是中国,在2019-2020年被俄罗斯超越暂居第二后,于2021年大幅反弹再次成为被审查最多的国家,被审查的交易占比超过16%。与此同时,其他与美国关系密切国家对美投资受影响程度较低,波动幅度较小。英国作为美国最亲密的盟友,被审查交易数量的占比从未超过3%,甚至在2019-2020年接近或为0。澳大利亚被审查交易数量的占比在2019-2020年时有较明显上升,但数值仍不足6%,且在2021年骤降至2%以下。加拿大作为美国的邻国盟友,其交易被审查的数量占比反倒于2019-2020年下降,2021年虽有所反弹但也不足10%。德国交易被审查数量的占比较为稳定,除2018年有较明显上升之外,其余年份均维持在5%上下浮动。日本作为美国亚太地区的重要盟国,与美国贸易投资关系密切,且与中国的地理距离相近,但其对美投资被审查数目的占比一直较低,2015年以来最高不超过6%。由此反映出,美国外资安全审查制度新规针对中国的指向性明显,表面看是外资安全审查机制的变革,实则内核充满政治性与遏制意图,这极大地打击了中国企业对美投资的积极性,导致中国对美直接投资呈现持续下滑趋势。

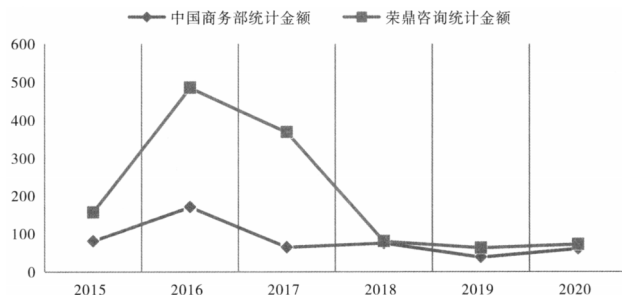


图3 2015-2020年中国对美直接投资额(亿美元)

数据来源:中国商务部,《中国对外直接投资统计公报》(2016-2021年);荣鼎咨询中美投资中心,<https://www.us-china-investment.org/fdi-data>。

根据中国商务部发布的《中国对外直接投资统计公报》,从2017年FIRRMA法案正式提出起,中国对美投资的交易数量与交易额均呈断崖式下降,2019年中国企业在美直接投资仅为38.1亿美元,同比下降49.1%,不足2016年高峰时期169.8亿美元的四分之一。而荣鼎咨询数据显示,中国对美直接投资在2010年后迅速增长,2016年达到450多亿美元的峰值,但2017年特朗普政府上台,随后颁布FIRRMA法案改革美国外资安全审查制度,对中资审查力度进一步强化,同时叠加中国对海外投资加以规范和限制,2019年中国企业在美直接投资直线下降到62.5亿美元(如图3所示)。^⑤虽然两套数据库在中国对美直接投资量级上出现较大差异,但从数据变化趋势的角度来看,两套数据均在2017-2019年有明显降幅,这说明FIRRMA法案的颁布对中国赴美投资确实产生了实质性影响。此外,2020年新冠肺炎疫情以来,中国对美直接投资仍然呈现萎靡状态,除疫情引起的经济休克外,美国对中资的“特别关注”与不公平对待是导致此结果的重要原因。

(二)行业企业层面

从近年来美国阻止和否决中国企业投资的数据来看(如表3所示),CFIUS对中国投资审查的范围已经从半导体、金融行业扩展到信息、娱乐甚至猪饲料等食品加工业,可以说只要和中国有关的外资进入美国,不管涉及何种领域,都会引起美方的高度警

惕,更不用说与TID相关的核心敏感产业。在美国外资安全审查日趋严厉的大环境下,中国企业对美投资将愈发艰难,CFIUS也逐渐从单纯审查外资安全的机构变为带有浓烈政治色彩的大国博弈工具。

显而易见,FIRRMA表面上披着保护美国国家安全的“外衣”,实质上则致力于为美国国内产业未来的发展扫清障碍,其对许多概念模糊的定义更是隐形扩大了CFIUS的权限,其审查要求远远严格于WTO的规定。^⑥这对中国企业赴美投资造成了巨大影响,各行业近几年数据都能明显反映出新法案带来的强烈冲击(如表4所示)。

荣鼎咨询2015-2020年中国对美各行业直接投资的统计数据显示(如图4),中国对美投资的大多数行业在2016-2017年形成热潮达到高峰,期间中国对美国的直接投资集中在房地产、交通和基础设施等行业。从2018年开始,FIRRMA出台导致美国对外资管理举措的进一步收紧,给各行业的中国赴美投资都带来了巨大冲击,中国对美投资额无论从宏观角度还是从微观行业着眼都大幅下降。其中值得注意的是,FIRRMA法案对关键基础设施、关键技术、个人敏感信息做出特别规定,这使得更多涉及以上三类信息的科技型企业被纳入CFIUS审查范围内,中国投资者不得不转向不太敏感的领域。2020年的行业格局反映了这样的趋势,此时中国在美国直接投资已主要集中在娱乐业、服务业以及健康和生

表3 2015-2020年因CFIUS审查而被撤销的部分中资海外并购交易

年份	买方	卖方	行业
2016	中国金沙江创投集团	荷兰皇家飞利浦旗下 Lumileds 公司(含美国业务)	制造业
2017	中国 TCL 集团美国	Novatel Wireless 旗下 MIFI	通信
2017	中国四维图新联合腾讯、新加坡政府投资基金	荷兰数字地图供应商 HERE(含美国业务)	地图
2017	中国海航集团	美国全球鹰娱乐有限公司	娱乐
2017	中国忠旺集团	美国爱励铝业	制造业
2018	中国蚂蚁金服集团	美国速汇金公司(Money Gram)	金融
2018	中国大北农业科技集团	美国种猪销售公司(Waldo Genetics)	农业
2018	中国蓝色光标	美国大数据营销公司(Cogint)	金融
2018	中国重型汽车集团	美国 UQM 科技股份有限公司	制造业
2018	中国海航资本	美对冲基金公司天桥资本(SkyBridge Capital)	金融
2018	中国新纶科技	美国阿克伦聚合物系统公司	新材料
2020	北京中长石基	美国云系统信息科技有限公司	信息服务

资料来源:作者由公开资料整理而得。

表 4

2015–2020 年中国对美分行业直接投资情况(千万美元)

年份	2015	2016	2017	2018	2019	2020
所有行业	1559	4848	3681	799	625	720
农业和食品	< 5	< 5	30.3	8.86	4.5	3.1
汽车和运输设备	172	240	111	98.83	61.33	20.91
航空	26.66	< 5	15.42	< 5	< 5	< 5
化学品、金属和基础材料	24.45	42.89	54.44	82.81	33.39	21.15
消费产品与服务	36.03	576	158	39.34	233	164
电子产品和电气设备	41.74	424	20.37	< 5	5.33	< 5
能源	175	< 5	< 5	9.96	13.2	15.05
娱乐、媒体和教育	96.28	478	294	99.19	< 5	333
金融和商业服务业	304	175	1238	30.99	5.37	41.5
健康、医药与生物科技	45.18	199	300	172	79.69	62.53
信息和通讯技术	96.98	907	125	< 5	< 5	< 5
工业机械	24.69	43.96	27.68	36.32	45.8	< 5
房地产和酒店旅游业	513	1751	1300	220	1399	55.83
交通运输和基础设施	< 5	< 5	< 5	< 5	< 5	< 5

数据来源:根据荣鼎咨询中美投资中心数据整理而成, <https://www.us-china-investment.org/fdi-data>。

物技术行业,而在半导体、航空和基础设施建设等被严格监管的行业,来自中国的直接投资大大减少甚至消失。如汽车和运输设备行业,中国对美投资额在2016年达到顶峰24亿美元,2020年下滑至2.09亿美元;电子产品和电子设备行业的投资额由2016年的42.4亿美元下降至2019年的0.52亿元,2020年更是低于5000万美元;尤其是信息和通讯技术行业,其投资额从2016年的90.7亿美元骤降至2020年的不足5000万美元(如图4所示),五年内降幅超过99%。

2020年8月6日,时任总统特朗普签署总统令,

于同年9月20日下架TikTok(海外版抖音)和微信,禁止美国任何公司或个体与其交易。美国封杀TikTok的原因之一是字节跳动在收购Music.ly时未向CFIUS提交安全审查声明,虽然已经过了审查期限,但FIRRMA新规赋予了CFIUS重启审查的权限。此外,Music.ly多年来在美国市场上拥有大量消费者,后台收集了庞大的美国公民个人信息等敏感信息,字节跳动收购该公司后将享有绝大部分权益,这就涉及到了贯穿FIRRMA法案的个人敏感信息。美国按照自己的逻辑解释字节跳动的收购行为,认为这使美

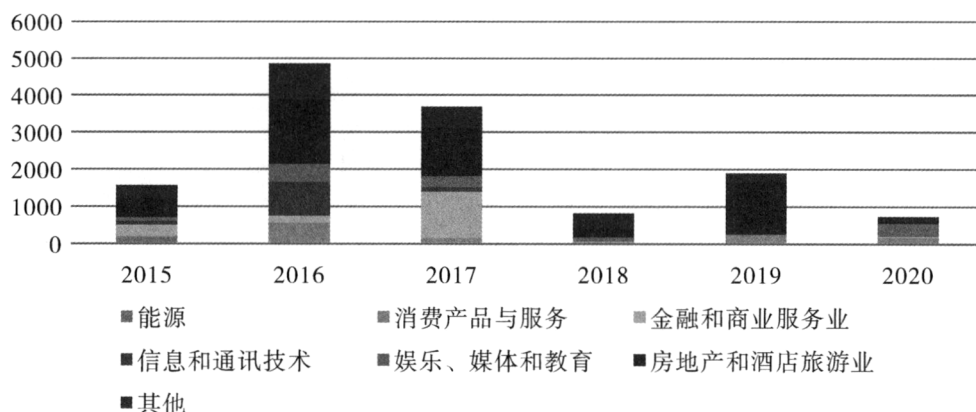


图4 2015–2020年按行业分列的中国对美直接投资(千万美元)

数据来源:荣鼎咨询中美投资中心, <https://www.us-china-investment.org/>。

国的国家安全受到了威胁,特朗普政府多次公开表示要将TikTok的并购纳入影响国家安全问题的范畴。由此,TikTok被勒令出售或剥离在美国的所有业务。这是自FIRRMA颁布以来CFIUS对新规和扩展权利进行运用非常典型的一个案例,也直接反映出外资安全审查新规颁布后,中国企业在美投资和经营活动举步维艰,这对中美经贸关系的未来发展是极大的挑战。

(三)国际影响层面

美国是世界上最早建立外资安全审查制度的国家,2018年美国颁布FIRRMA新法案,对原有制度进行大变革,这无疑是在暗示其他资本主义国家及其盟友跟上其改革步伐,审查连锁效应接连发生。中国在美国的直接投资尤其是高新技术企业投资遭到严格审查,欧盟也愈发担心中国会对其在国际上的政治经济地位造成威胁,跟随美国脚步建立欧盟外资审查机制、提高外资审查标准,澳大利亚更是在美国的煽动下遏制中国在澳企业发展,国内爆发多次反对华为在澳建立基地的游行。^④

2019年3月,欧盟在英国脱欧背景下制定并颁布了《外国直接投资审查条例》,其中规定涉及关键基础设施、关键技术、可能导致个人或国家敏感信息泄露的交易、涉及第三方国家直接或间接控制的交易和涉及危害国家公众秩序的交易都在审查范围内,无疑是受到了美国FIRRMA法案的极大影响。该条例赋予了欧盟委员会更大的管辖权,使其有权在第三国对某成员国进行投资时提出指导性意见,且该意见应被“最大程度考虑”。^⑤

在全球新冠疫情爆发、世界投资大幅受挫的背景下,作为美国盟友的澳大利亚依然跟随美国在2020年制定颁布了《外国投资改革法》。该法案以保护澳大利亚国家安全为由赋予澳大利亚外国投资审查委员会(FIRB)更多权力,规定新增的国家安全事务是独立于以交易金额为审查门槛的新审查制度,赋予FIRB介入权和最终审查权,以及多样的执法权和执法方法等。日本于2020年初颁布《外汇及外国贸易法》修订案,着重保护网络安全,防止技术外流,避免发生损害国防工业生产、基础技术等影响日本国家安全的交易,通过修订案增加受限制的外商直接

投资范围,包括IT、电信技术制造、软件开发和基础设施建设等。这些投资安全审查新规都不约而同仿照美国扩大审查管辖范围,降低审查门槛,赋予审查主体更多更大的权利,并有意针对来自中国的投资。这无疑不利于当前世界经济从疫情影响中快速恢复发展,同时也对中国对外直接投资带来巨大的挑战。

五、中国的应对之策

综上所述,美国外资安全审查制度日趋严格,此次修订指向性明显,对中国企业赴美投资造成巨大影响。作为当今世界上最大的发展中国家和第二大经济体,中国应当积极采取应对策略,吸取经验变被动为主动。本文将从政府政策和企业策略两个角度提出建议。

(一)政府政策层面的应对

第一,适时推动中美双边投资协定谈判,降低中美双边投资风险。中国在双边投资协定谈判中可以要求美国明确国家安全的内涵和外延,从而有效化解FIRRMA增加国家安全的考虑因素给中国赴美投资带来的显著负面影响。同时,在谈判中可以要求美国进一步细化国家安全例外条款的适用范围和规则,防止美国在审查中国投资交易时任意引用国家安全例外条款,从而降低中国赴美投资的风险与不确定性。此外,可以建议缔约方在日后援引该条约时,仅限于出于东道国管理国家的主观善意,而非有其他目的,以此来有效规避条约被滥用的情况。

第二,掌握主动顺应潮流,为企业海外投资指明新的方向。《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)已于2022年1月1日正式生效,我国可加速拓展对日本、韩国、东盟等国的投资力度,加快推动中日韩等自由贸易区的谈判,着力构建立足周边、辐散“一带一路”与面向全球的自贸区网络,^⑥以此来反制和对冲对美投资风险。与此同时,积极与欧盟保持良性沟通,争取促成《中欧全面投资协定》早日落地实施。另外,可继续推动WTO改革,积极维护多边经贸体系,充分利用WTO中与“国家安全”有关规则,发挥专业服务机构的力量帮助我国在受到美国外资安全审查时冷静应对,为我国企业对美投资营造良好的支撑环境,提高企业对外投资的稳定性预期。

第三,吸取经验完善制度,反制美国过度的外资安全审查。在美国不断打压中国投资之际,国家发改委、商务部2020年12月9日发布《外商投资安全审查办法》(下文简称《安审办法》),规定对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查,自2021年1月18日起开始施行。《安审办法》以《国家安全法》和2019年颁布的《外商投资法》为法律依据,借鉴主要国家的外资安全审查制度,对外商投资安全审查制度做出较为全面系统的规定,明确应当进行安全审查的外商投资范围,主要包括两个方面:一是投资军工、军工配套等关系国防安全的领域,以及在军事设施和军工设施周边地域的投资;二是与国家安全的重要农产品、重要能源和资源等九个领域相关,并取得所投资企业实际控制权的投资。这不仅有助于在促进外商投资的同时保护国家安全,也为更高水平的对外开放保驾护航,充分响应国家构建国内国外双循环的愿景。但不容忽视的是,相比欧美发达国家,中国外资安全审查起步较晚、经验不足,有效性、针对性和适应性还需进一步提升。面对美国有意针对中国投资的特别关注和特殊规定,中国也应在机制和政策上予以回应。比如,以美国FIRRMA要求每两年针对与中国有关的直接投资进行特别报告的规定为例,中国也应该在机制上做出相应规定,以每两年对与美国相关的直接投资进行系统的分析报告作为回应。

(二)企业策略层面的应对

第一,应全面了解美国投资审查制度新规。中国企业需要深入研究FIRRMA的最新规定,了解其对来自中国企业投资的敏感领域以及启动审查的标准和程序。实践上,可以利用简易申报来降低投资风险,积极向CFIUS提交自愿声明,以此代替正式的书面申报从而可节省审查时间。同时,投资企业也应积极利用磋商程序在审查过程中加强与CFIUS的沟通,使其能够全面了解投资交易的情况,有助于审查的顺利推进并提高审查效率。再者,如果中国企业在美进行投资时遭遇审查,应主动与相关部门及CFIUS沟通联系,争取采取缓解措施来推进后续进程。

第二,应适时调整对外投资思路 and 方向。在近

年美国对外资审查制度收紧的环境下,中国企业应当在国家政策的指导下,选择合适的时期与行业对美进行投资。国有企业的对外投资往往受到CFIUS重点关注,相关企业可以采取曲线投资方式,与外国公司合资或创立新公司,淡化政府影响或国有背景,以此消减美国政府的疑虑。相反,一些中小型企业可以积极“走出去”,因为交易涉及金额数较小,不易引起美方注意,更易通过安全审查,同时可大胆采用绿地新建或合资合营的方式,不仅降低审查风险,也可通过提高企业本土化程度提升可行性。此外,企业应仔细考量投资领域,尽量避开FIRRMA中明确规定的与关键技术、关键基础设施、个人敏感信息相关的行业企业。最后,中国企业还需开阔思路,顺应全球化和区域发展潮流,不要局限于美国市场,而应积极利用“一带一路”和RCEP的时代契机和政策优势,开拓新的投资合作领域。

注释:

①冀承、郭金兴:《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》,《国际贸易》2019年第6期,第69-78页。

②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》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2019年第6期,第654-668页。

③董静然:《美国外资并购安全审查制度的新发展及其启示——以〈外国投资风险审查现代化法案〉为中心》,《国际经贸探索》2019年第3期,第99-112页。

④韩召颖、岳峰:《金融危机后美国的新孤立主义思潮探析》,《美国研究》2017年第5期,第9-31+5页。

⑤CFIUS, "CFIUS Annual Report to Congress for CY 2018"

⑥杜卿卿:《CFIUS审查:中资企业赴美投资首先得过这一关》, <https://www.yicai.com/news/5315253.html>, 登录时间:2021年11月29日。

⑦"Treasury Data regarding Covered Transactions, Withdrawals, and Presidential Decisions 2014-2016", https://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/CFIUS_Stats_2014-2016.pdf, visited on 29 Nov. 2021.

⑧CFIUS, "CFIUS Annual Report to Congress for CY 2017".

⑨"Trump Official Matt Pottinger Quotes Confucius, in Chinese, to Make Point about Language and Truth", <https://supchina.com/2018/10/01/matt-pottingerquotes-confucius-in-chinese/>, visited on 29 Nov. 2021.

⑩"China Using 'Tentacles' to Erode U. S. Security, Senator Warns, Urging Passage of Bill Boosting Scrutiny of Deals", <http://www.scmp.com/news/china/policies-politics/article/2133263/china-using-tentacles-erode-ussecurity-senator-warns>, visited on 29 Nov. 2021.

⑪ Robert D. Williams, "CFIUS Reform and U. S. Government Concerns over Chinese Investment", *Lawfare*, Nov. 13, 2017; Robert Delaney, "China Using 'Tentacles' to Erode U. S. Security, Senator Warns, Urging Passage of Bill Boosting Scrutiny of Deals," *South China Morning Post*, Feb. 14, 2018.

⑫隆国强:《理性认识当前的中美贸易摩擦》, <http://theory.people.com.cn/n1/2018/0829/c40531-30257328.html>, 登录时间:2021年11月29日。

⑬Foreign Investment and National Security Act of 2007, July 26, 2007, § 2(a)(3), 121 Stat. 246.

⑭ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(4)(B)(i)-(ii), H. R. 5515-538.

⑮ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(4)(C)(i), H. R. 5515-538.

⑯ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(4)(B)(iii), H. R. 5515-538.

⑰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》,《当代经济管理》2020年第11期,第81-89页。

⑱ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(5), H. R. 5515-538.

⑲李巍、赵莉:《美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响》,《国际展望》2019年第1期,第44-71+159页。

⑳ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(6), H. R. 5515-538.

㉑胡柳、刘亚南等:《2020年世界主要经济体外商投资政策变化与影响分析》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/202012/20201203026765.shtml>, 登录时间:2021年12月22日。

㉒李巍、赵莉:《美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响》,《国际展望》2019年第1期,第44-71+159页。

㉓ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1703(a)(4)(B)(iv), H. R. 5515-538.

㉔ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, August 13, 2018, § 1718(4)(C), H. R. 5515-538.

㉕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》,《当代经济管理》2020年第11期,第81-89页。

㉖Foreign Investment and National Security Act of 2007, July 26, 2007, § 2(b)(1)(E), 121Stat. 246.

㉗李巍、赵莉:《美国外资审查制度的变迁及其对中国的影响》,《国际展望》2019年第1期,第44-71+159页。

㉘ Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, House of Representatives, sec. 201(c)(ii)

㉙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》,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2016年第5期,第74-83+194页。

㉚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》,《武汉科技大学学报(社会科学版)》2019年第6期,第654-668页。

㉛实际上,根据美国财政部2022年2月公布的最新名单,英国、加拿大、澳大利亚和新西兰在投资交易审查上被作为例外国家享受特殊待遇,即这些国家的投资者在美国的投资将不属于投资管辖范围。

㉜大多数政府统计数据主要基于国际收支平衡(BOP)原则来衡量资金流动,往往只统计直接来源国或目的国的外国直接投资数据,但该原则受到复杂的全球融资结构、税收优化、公司内部转移和其他因素的影响,从而导致数据往往存在一定的时滞和偏差。而荣鼎咨询(Rhodium Group)的数据库采取自下而上的方式收集,涵盖的直接投资范围包括设立子公司、工厂、研发中心和办公室(绿地投资)、扩大现有设施和并购现有公司,可以提供实时双向流动的比较参考数据。

㉝房裕、田泽:《美国外资安全审查新动向、影响及应对策略研究》,《理论探讨》2020年第6期,第14-19页。

㉞陈良奎、简基松、杨昕:《西方国家外资审查制度的“逆全球化”趋势及中国的对策》,《决策与信息》2021年第7期,第72-81页。

㉟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》,《国际商务研究》2020年第5期,第74-85页。

㊱项松林:《发达国家调整外资国家安全审查政策的影响》,《开放导报》2020年第8期,第129-136页。