

美国外资国家安全审查制度中的数据审查与应对

包柠榛

(厦门大学, 福建 厦门 361000)

摘要: 美国外资国家安全审查制度新设数据审查规则, 围绕影响国家安全的敏感个人数据和特定领域的重要数据两大类审查事由实施。此种数据审查是基于国家安全新内涵呈现的法律安排。数据审查内容具有针对性, 着重防止“受关注国家”获取敏感个人数据, 并严密监控此类国家的数字产业发展, 数据审查规则延续外资审查制度有针对性地运用于某些国家的特点。同时, 数据审查程序具有裁量性, 其裁量规则模糊泛化且带有主观倾向, 致使投资者不易救济自身面临的审查结果。中国赴美投资企业应积极寻求应对之策: 对于数据审查事由, 做好主动合规, 抑制数据审查的针对性; 对于数据审查程序, 反向利用审查制度的裁量空间, 争取适用缓解措施; 对于数据审查结果, 可积极采用司法救济路径, 综合保护自身权益。

关键词: 数据审查; 敏感数据; 外资国家安全审查; 数据安全

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 03-0103-12

随着全球数字经济的勃兴, 各国在该领域竞相争夺数据资源、产业优势和规则制定权, 对数据的监管规制随之纳入国家安全范围 (Burri, 2017)。不乏国家或地区以国家数据安全为由, 将法律制度作为合法外衣, 采取限制性举措保障自身数据安全, 外资安全审查制度亦成为主要措施之一并由此变动。其中, 美国外资国家安全审查制度 (下称“外资审查制度”) 的改革即为典例。

为适时回应数据安全问题, 美国 2018 年修改《外国投资风险审查现代化法》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018) 并配套出台政令法规。财政部外国投资委员会 (the Committee on Foreign Investment in the United States) 作为实施法案的审查机构, 颁布实施条例 (下称“《实施条例》”)。循此保护数据安全的思路, 2022 年 9 月, 美国第 14083 号行政命令《关于确保美国外国投资委员会有力地考虑不断变化的国家安全风险的行政命令》(Executive Order on Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States) 为外国投资委员

作者简介: 包柠榛, 厦门大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际经济法、数据法。

基金项目: 福建省社科基金省法学会专项课题“私人主体参与数据治理的法律障碍及制度供给研究”(项目编号: FJ2021TWFB05)。

会综合考虑美国国家安全风险提供最新指导，其目的包括应对网络安全和公民敏感个人数据所面临的新变化与新威胁，并关注“外国对手”或“特别关注国家”。2024年2月，第14117号行政命令《关于防止受关注国家获取美国人大量敏感个人数据和美国政府相关数据的行政命令》（Preventing Access to Americans' Bulk Sensitive Personal Data and United States Government-related Data by Countries of Concern）采取避免本国数据流向受关注国家的限制性措施。实践中，美国频繁将数据安全风险矛头指向中国投资者，当投资项目涉及数字、通信网络基础设施等上下游产业时，频频向中国投资者发难。如美国主张WeChat、TikTok对国家安全带来不可接受的风险，对其有关交易实施禁止令，^①导致企业陷入诉讼拉锯战。

一、美国外资审查制度的数据审查规则

数据审查源于美国外资国家安全审查制度回应国家保障数据安全的现实需求。美国通过《外国投资风险审查现代化法》及其配套《实施条例》，新设两类数据审查规则，具体涉及影响国家安全的敏感个人数据和非控制性投资中“特定领域”重要数据的投资项目。

（一）数据审查是“国家安全”的立法新内涵

“国家安全”的概念会随国家主体、地域、历史阶段的不同而变化，其内涵的厘定需要结合具体问题和背景。该概念的内涵与外延也并不存在统一理解，多由国家自主界定（甘培忠和王丹，2015）。美国“国家安全”的内涵同样随着历史阶段的变化而调整。其中，外资审查制度中的“国家安全”概念，也会因为管控特定时期的重要投资项目而被赋予新的内涵。例如，历经“911”恐怖袭击、海湾国家大额并购事件后，2007年美国《外国投资与国家安全法》增设国土安全要素、反恐合作、具有外国政府背景的投资等审查内容。在2016年至2017年间，中国企业赴美投资并购数额大幅增加（胡子南和秦一，2020），促使美国将泛国家安全观作为主导理念，表现为外资审查制度当前在安全监管与投资自由之间作出侧重于国家安全的选择（胡宏雁，2020）。至此，美国的“国家安全”从最初保障军事领域安全，到涵盖经济、政治、科技、环境等诸多非传统安全领域，并着眼于对半导体、人工智能、数据安全等高新技术领域的安全审查。

现在数据审查是对“国家安全”新设的立法保障，针对涉数据投资项目牵动的数据安全防护线而确立此类审查事由、审查标准。数字经济时代没有从实质上改变国家安全的模糊性特点，而是增加了新兴安全威胁的表现形式（刘志云和刘盛，2016）。《外

^① U.S. Department of Commerce. Commerce Department Prohibits WeChat and TikTok Transactions to Protect the National Security of the United States[EB/OL].<https://2017-2021.commerce.gov/news/press-releases/2020/09/commerce-department-prohibits-wechat-and-tiktok-transactions-protect.html>. [2020-09-18] (2025-03-22).

国投资风险审查现代化法》的数据审查再度突破传统国家安全领域，通过确立数据审查的启动事由、审查标准以此回应国家新增的数据安全风险。

（二）影响国家安全的敏感个人数据的审查事由

影响国家安全的敏感个人数据是《外国投资风险审查现代化法》新设的数据审查启动事由之一。该审查规则可再分为两类启动审查的静态与动态数据风险情形。

从数据静态属性层面界定敏感个人数据，因其内容类型的重要可能受到数据审查。《外国投资风险审查现代化法》配套的《实施条例》细化了“敏感个人数据”的判断标准与典型类别。敏感数据多具备可识别性，即为“可识别数据”，指可用于区分或追踪个人身份的数据。《实施条例》将“可识别数据”类型化为个人财务、信用报告、身心健康状况、地理位置、生物识别信息等10类，并纳入基因检测结果，共同构成敏感个人数据。同时，条文还反向排除了美国企业维护或收集的企业内部员工的数据和属于公开记录的数据。^①可见，立法以可识别敏感个人数据的程度为实质标准，从数据静态的类别属性上划定可能触及审查的界限。

《实施条例》规定敏感个人数据涉及“国家安全”的情况，只要具备以下情形之一，即可启动数据审查。其一，因服务重要对象而持有或收集关乎“国家安全”的数据。即拟投资的美国商业主体定向提供产品或服务的客户，是负责情报、国家安全或此类职责的行政机构或军事部门，或为其工作人员或承包商；其二，商业主体持有一定时间、体量的数据及其业务性质，可能出现威胁国家安全的动态风险而适用数据审查。例如，商业主体在过去12个月内的任何时间点，曾收集或持有超100万美国公民的可识别数据，或者商业主体的业务旨在持有或收集超过100万人的可识别数据。此类持续且较大体量的数据收集与持有行为容易挖掘与国家安全的关联信息。

可见，《外国投资风险审查现代化法》及《实施条例》既关注敏感个人数据的静态类别，又谨防数据聚合分析和持有数据达到一定时间或体量后而威胁国家安全的动态风险（刘金瑞，2021）。同时，外国投资委员会实施数据审查时会将自身执法方式与数据静态属性和动态安全特点相结合：在投资准入阶段，侧重审查数据的静态属性，判断其是否属于《CFIUS实施条例》所列举的“敏感”类别；在外资准入后的运营阶段，可以审查投资者是否既掌握足够庞大的数据资源，又具备数据分解和去匿名化等能力，防止投资者通过分析利用数据生成威胁国家安全的动态风险，若属于上述情形则可重启审查。

（三）涉及特定领域企业重要数据的审查事由

在《外国投资风险审查现代化法》改革之前，外国投资委员会仅审查达到“控

^① Provisions Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons, 31 C.F.R. § 800.241 (a)(1)(ii);(2).

制性”的外国投资，现其管辖权已拓展至审查特定领域的“非控制性”投资，此处的“特定领域”指关键技术（Critical Technologies）、关键基础设施（Critical Infrastructure）和敏感个人数据（Sensitive Personal Data）领域，即外国投资涉及3类特定领域时，则构成投资“敏感行业的美国企业”。据此，美国启动对外国非控制性投资的数据审查，需先判断非控制性投资是否发生于特定领域的企业，再判断外国投资者在特定企业的权利范围。

1. 判断目标投资企业是否属于特定领域企业

3类特定领域企业的第一类为技术企业，即生产、设计、测试、制造、建造和开发一项或多项关键技术的企业。《外国投资风险审查现代化法》列举了若干关键技术，其中“新兴和基础技术”关乎数据审查。新兴产业、高新技术与数字产业目前彼此依存，共同驱动社会新变革，促使此类技术不仅属于关键技术，还包括诸多数字服务产品。第二类为基础设施企业，即拥有、运营、制造、供应或服务关键基础设施的企业。《CFIUS 实施条例》将符合特定条件的互联网协议网络和电信服务等企业均纳入“基础设施企业”之列。当前，计算机与电子产品产业已成为重点受到审查的行业（杨长湧，2014），因为这些企业不仅属于关键性基础设施，而且能生成数据或在业务上与数据深度耦合。第三类为敏感个人数据企业，即以直接或间接方式收集或维护美国公民敏感个人数据的企业。在数据认定上，主要参照前述敏感个人数据的界定。在企业行为上，企业业务需要通过直接或间接方式收集或维护美国公民敏感数据，这实质上扩展了受审查公司的范围。

这3类特定领域企业均在一定程度上与数据资源或数字技术有所关联，属于涉及数据安全产业链的上下游。此类行业相互关联，数据要素与数字技术共同驱动产业融合发展。故此，投资特定领域企业容易触发数据审查。

2. 外国投资者在特定领域企业中享有特定权利

外国投资者对特定领域企业进行非控制性投资的前提，还需叠加投资者对此类企业享有特定的权利，外国投资委员会可启动此种数据审查，即前述两个累加条件满足后可将该投资纳入审查范围。“特定权利”包括：有权访问企业非公开的重大技术信息；有权获得类似于董事会管理职能机构的成员或观察员权利，或具备提名某人担任类似于董事会管理职位的权利；除股权投资之外，还拥有足以切实影响实质性决策的权利，该决策涵盖企业如何获取或处理重要非公开技术信息或个人敏感数据。然而，数字技术深度覆盖国民经济并泛用于千行百业，诸多企业直接或间接地与数据要素相关联。因此，企业除了面临自身行业特定领域的外资安全审查启动风险之外，还面临数字化转型后新耦合的数据安全问题，面临双重审查风险。

《外国投资风险审查现代化法》和《CFIUS 实施条例》将数据审查分别列为两类启动事由。第一类，审查内蕴着国家安全的敏感个人数据，法案列举的即可触发审查个人敏感数据的种类（刘金瑞，2021）以及个人数据关乎国家安全这两类情形。

由于拟投资目标涉及身份敏感的服务对象，收集了体量较大的数据以及较长时间持有数据，导致数据受动态叠加后可能危及国家安全而触发数据安全审查。第二类，审查需要适用条件的累加才可启动：非控制性投资发生于“特定领域”的企业；外国投资主体在非控制性的企业投资中享有“特定权利”。

外国投资委员会并不乏对中国投资者启动此类审查的法律实践。例如，2020年，外国投资委员会要求北京石基信息技术有限公司剥离已收购的 StayNTouch。该机构认为投资者以管理软件获取入住人员敏感数据，要求在审查核实及投资者撤资之前，中国投资者及其任何子公司或附属机构不得通过 StayNTouch 访问客户数据。^①又如，美国严防战略对手国对特定领域企业的投资。根据美国财政部公布的 2023 年外国投资委员会年报，涉及“关键技术”企业的交易在审查申报中占比较大。^②

数据审查新规确立的影响国家安全的敏感个人数据、投资特定领域企业的审查事由成为中国投资者切实面临的美国数据审查法律风险。同时，数据审查内容具有针对性，形成对特定投资者重点审查的“规则围堵”，这有赖于审查程序的裁量性予以落实。即数据审查从明确审查启动事由的内容标准，到颇有针对指向的审查适用范围，再到依托审查程序的裁量空间，环环紧扣地实现审查目的。

二、美国外资审查制度中数据审查的针对性

《外国投资风险审查现代化法》不仅新设数据审查的启动事由、厘清数据审查的内容标准，而且与其后续配套法案推动辅助落实数据审查事由，协同在立法中展现针对性适用的倾向。于是，数据审查新规及相关政令法规组成了带有针对性的审查标准，特别关注来自“特别关注国”和“战略对手国”投资者的涉数据投资。

（一）数据审查针对“战略对手国”的数据获取及其发展特定产业

外国投资委员会与总统均有权启动数据审查。总统颁布数据安全领域的行政令，与外国投资委员会开展审查实践相互协作，共同关注数据风险，由此有针对性地限制战略对手国，避免影响国家安全的敏感个人数据流出。

1. 着重防止“外国竞争对手”获取敏感个人数据

如前所述，数据审查将敏感类别的美国公民数据与国家安全深度捆绑。美国的后续相关立法与《外国投资风险审查现代化法》数据审查相互配套，防止敏感类别的美国数据落入某些外国实体手中，避免数据流出威胁国家安全。

鉴于美国将中国视为战略竞争对手以及中美之间博弈的态势，美国政府出台《关

^① Order Regarding the Acquisition of StayNTouch, Inc. by Beijing Shiji Information Technology Co., Ltd. Sec.2.(b).(ii);(iii).

^② CFIUS Annual Report to Congress Report Period: CY 2023[EB/OL].2023,Department of the Treasury.<https://home.treasury.gov/system/files/206/2023CFIUSAnnualReport.pdf>.(2025-03-22).

于保护美国公民敏感数据免受外国竞争对手侵害的行政令》（下称《行政令》），^①辅助数据审查的适用，并重点将中国视为美国敏感公民数据外流的首要防范对象。《行政令》限制本国大量使用外国竞争对手控制、管辖或指示设计、开发、制造或供应的软件，以保障美国公民个人敏感数据的域内控制并谨防其向竞争对手国流动。一方面，《行政令》密切关注应用软件权属性质、运营行为和数据内容等与对手国家的关联性，将应用软件的身份属性作为评估此类软件安全的风险要素之一。《行政令》认为对手国若利用应用软件获知、分析美国公民数据后，它们基于国家竞争关系及其与美国经济地位、产业发展相抗衡的客观能力，更有可能损害美国数据安全。另一方面，执行部门常态化跟进应用软件的安全风险，并由商务部持续评估应用软件及其交易的风险，动态跟踪美国在通信技术、关键基础设施与数字经济领域所受威胁的演化情形。可见，《行政令》继续秉持新设数据审查规则防范国家数据安全风险的制度目标，形成针对竞争对手国数字产业发展态势的长效评估机制，外国投资委员会与总统配合启动此类软件或相关交易数据审查。正因为如此，中国被美国定位为战略对手国，已出现 TikTok、WeChat 等软件在美国遭封禁的严峻现实。从应用软件到与“敏感个人数据”相关的数字产业，美国数据审查及其配套措施均针对性锚定带有中国背景的企业。

2. 以法律方式严密监视“战略对手国”数据行业的发展

数字经济时代，控制高新数字类的核心技术意味着控制数据资源（张继红，2021）。中国正处于夯实数字产业实力的上升期，美国认为中国发展数字经济会加剧美国的数据安全隐患。《重塑美国优势——国家安全战略临时指南》强调美国面临网络与数字威胁，并认定中国是长期挑战现有国际秩序的唯一竞争对手。正因如此，美国现行制度框架的数据审查直接限制外国投资者在特定领域企业的投资，通过“组合拳”式的配套规则，打击“战略对手国”数字产业在美国投资或其在本国的发展。

《外国投资风险审查现代化法》将中国视为“特别关注国”，要求美国商务部于 2026 年前以两年一次的频率向国会与外国投资委员会提交“中国投资报告”。该报告涵盖中国投资项目行业分布、投资方式以及与“中国制造 2025 计划”的密切程度等方面。其中，外国投资委员会跟踪“特别关注国”在高新技术与信息化产业领域的布局、数字化发展计划，由此防范战略对手国网信和数据科技等重要行业的发展，避免其威胁美国数字产业领先地位。

（二）美国数据审查规则延续外资审查制度的针对性立法

美国倾向于采取有针对性的立法或修法举措遏制特定时期的对手国。一些国家

^① Protecting Americans' Sensitive Data From Foreign Adversaries, Executive Order 14034 of June 9, 2021 [EB/OL]. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/06/11/2021-12506/protecting-americans-sensitive-data-from-foreign-adversaries>. [2021-06-09] [2025-03-22].

或地区实力的攀升和赴美投资体量的激增，往往成为外资审查法律规则变动的直接原因。表 1 是美国针对特定历史阶段的外国投资者颁布新法或修法的情形。

表 1 美国不同阶段针对特定对手国的立法及修法情况

阶段	针对国家	立法或修法
20 世纪 70 年代	石油输出国组织大量在美投资	1974 年《外国投资研究法》和 1976 年《国际投资调查法》在政策层面对外资流入趋严监管
20 世纪 80 年代	日本崛起、大幅投资	《埃克森—弗洛里奥修正案》赋予总统在一定条件下可以国家安全干预跨国并购，总统暂停、禁止交易的决定为终局的，不受司法审查约束；第 12661 号行政令赋予外国投资委员会审查实权，重点审查外国投资者是否带有他国政府背景
20 世纪 90 年代	中国航空技术进出口总公司拟收购美国航空制造商 MAMCO	1992 年《伯德修正案》加强审查外国政府控制或代表外国政府管控的企业
2000 年后	海湾国家与中国大额并购	《外国投资与国家安全法》紧盯由外国政府控制的交易：外国投资委员会和总统需审查外国政府或由外国政府控制的实体；要求此类交易强制申报；特别关注美国战略竞争对手的交易

资料来源：作者根据相关立法背景与立法内容整理。

由此可见，美国外资安全审查制度已多次用于限制竞争对手赴美投资，维护美国产业优势地位与核心利益（董静然和顾泽平，2020）。审查机构虽然以投资项目为审查对象，但却极为关注投资者的国别特征。在具体项目审查中，投资者与投资项目来自哪一国家，是盟国还是竞争对手国家，以及投资者母国的主体差异性所触发的美国安全警觉程度并不相同（王东光，2016）。在中美博弈与各国数字治理博弈之下，美国判断是否启用数据审查亦无法摆脱这一考虑要素。有学者认为，美国外资安全审查制度的改革及其后续政令法规的出台，与中国近年来大量对美投资存在直接关联（Griffin, 2017）。实际上，美国外资安全审查制度的功能在于立法保障国家安全并配合美国的政治战略，拟通过数据审查立法牵制中国高新技术产业的发展态势，以规则针对性实施的方式打压中国科技产业崛起。如美国强调中国是造成最大国家安全威胁的国家，将中国设定为特别关注国，并实施更严格的投资安全审查（Bu, 2016）。2024 年末，《美国 2025 财年国防授权法案》仍强调对中国的遏制和打压，并对中国实施技术封锁，限制中国获取美国核心技术。

三、美国外资审查制度中数据审查的裁量性

数据审查规则是国家安全因时而变的法律表现，且其内容又颇具针对性，共同决定了此类规则需要模糊泛化地处理，并有赖于审查者的裁量判断。为确保数据审查用以抵御国家数字安全风险，数据审查在一般性适用外资审查制度程序的基础上，还采用模糊泛化的处理方式，同时保留主观裁量的灵活空间。这源于国家安全的政治性作用，还表现为审查结果的终局性而增大投资者的救济难度，并且数据要素对社会行业的深度嵌入，又增加了赴美投资者成为受审查对象或面临审查重启的法律风险。

（一）数据审查规则的模糊泛化与主观裁量并举

美国数据审查的条文内蕴着较大的裁量空间。该规则兼采条文列举与兜底条款的规定方式，为审查提供识别安全风险的方向和据以判断的思考要点。外国投资委员会为维护经济政策的灵活性与审查机关广泛的裁量空间，多次公开拒绝对“国家安全”含义作出具体界定（王东光，2016）。无论是《外国投资风险审查现代化法》数据审查划分敏感个人数据的类别及威胁国家安全的情形，还是特定领域企业涉及重要数据的审查要件，均承袭甚至加剧以“国家安全”为由的泛化审查倾向。

不止于此，数据广泛应用于数字时代的现实强化了数据审查被滥用的特点，导致审查打击面更广，潜在受害对象倍增（Barrington，2020）。具体而言，第一，诸多社会生活情境已经数字化，商业主体主动或被动地生成或持有大量个人数据。即使数据审查以100万的用户信息数量为门槛作为审查启动的要件之一，但较为活跃的头部互联网数字企业大多超过这一用户社群体量，审查对象范围容易扩大。第二，涉及非敏感数据的商业主体，容易因数据汇聚分析后趋于敏感和重要，进而触及国家数据安全。由于数据客体广泛用于社会生活，极大拓展了数据审查适用对象的范围。第三，特定领域企业业务范围通常体现国家关键领域与数据要素相互交织，形成此类“复合型”安全隐患的双重审查事由，由此拓宽数据审查范围。

模糊泛化的数据审查规则依赖审查机构的主观裁量，以确定国家安全受到威胁的程度。正因为美国外资审查制度中“国家安全”的内涵及认定规则尚无确切边界，许多受审查对象的具体内涵需要在实践适用中才能明确。审查机构依据法律和事实，经过认知加工形成对客观存在的国家生存与利益状态的主观认识，但其难以脱离政治色彩的影响（Bu，2016）。数据审查者判断投资项目是否触及数据安全或达到审查启动门槛的裁量标准，缺乏客观性和精准度，又缺少行权规则的约束，导致裁量权行使过程中易受政治因素的影响，形成带有强烈主观倾向的审查结果。倘若数据审查偏囿于安全价值，且数据审查的启动条件和判断依据尚不明确，那么潜在受害主体和受害项目范围也会因此而扩大，加剧投资法律环境制度的不确定性。

（二）数据审查的结果终局性与审查重启的不稳定性

数据审查规则文本叠加数据客体的特点加重投资者面临审查结果的不稳定性。

其一，“国家安全”的内核颇具政治性，限缩了救济审查结果的空间。^①数据审查延续外资审查制度的重要程序特征，外国投资委员会与总统审查决定具有终局性，对司法机构的监督权能有所限制。司法机构在此类问题上也多持谦抑态度，即便它们介入审查，也多侧重于判断程序问题，而避免触及安全审查决定的实体内容（徐树，2020）。正因司法机构的监督较为乏力，缺乏抑制安全审查泛化的相应制度，导致

^① 在三一重工一案中，司法机构主要否定程序瑕疵，但不涉及判断实体内容。Ralls Corporation, Appellant v. Committee on Foreign Investment in the United States, No.13-5315.(Columbia.Cir.2014).

投资者的正当权益在审查中容易受到侵害，且缩小了投资者获得有效救济的可能。实际上，数据审查滥用的趋势与审查者的主观裁量可能受国家政治影响，这加剧了赴美投资者面对本就可能缺乏公平或流于武断的审查结论的维权难度。同时，此种数据审查结果的终局性意味着，审查决定的实体内容成为让投资者无可辩诉的终局结果，若某一软件、平台等被停用，实则大幅削减企业竞争力并增加投资成本。

其二，由于美国外资审查制度并未限制外国投资委员会启动审查的时效，该机构得以依据“常青条款”（Evergreen Provision）行使监管权，甚至可对已作出审查决定的投资项目重新启动审查程序，^①致使审查结果不稳定，破坏裁量结论的既判力。即使外国投资在过往审查中被认定为“不具有国家安全风险”，但审查机构依据“常青条款”所赋予的重启审查权，仍可在交易之前、交易过程中乃至交易结束后继续审查（Barrington, 2020）。2024年11月，美国财政部作为外国投资委员会的主席机构出台“最终规则”（Final Rules），用于加强审查程序对国家安全风险的快速响应程度，并增强其针对未申报交易的识别与调查执法的权威性，进一步以全面保障国家安全为由趋严审查对美投资。不容忽视的是，数据要素广泛嵌入行业，存在数据静态与动态、属性分类与聚合利用的全周期风险形态，这意味着原本并非国家安全范围的投资项目，转而成为潜在的审查对象。故此，已通过审查的投资，也可能因数据与行业耦合以及数据领域安全与投资者身份背景的关联性而重启审查，这将导致审查结果丧失裁决应有的稳定性。2019年外国投资委员会要求中国数字保健独角兽公司智能碳云，出售其在2017年持有多数股权的PatientsLikeMe。可见，社会与经济的数字化转型大量扩充新的审查对象。已完成的交易在数据审查新规出台后可能因涉及庞大的敏感个人数据体量成为外国投资委员会的审查对象，遭受回溯审查。然而，此前美国立法尚未明确数据审查事项，赴美投资企业无法提前预见专设数据审查规则，并出于降低投资成本考量，投资者未必能主动提交审查申请。然而，数据审查新规关注数据全周期安全，可与审查机构不受时间限制的重启审查权力相辅相成，使之前已完成的交易项目，再度面临审查的法律风险和更繁重的合规义务。

四、中国投资者对数据审查的因应

（一）做好主动合规：淡化身份针对性并强化数字经济影响力

首先，中国赴美投资企业应致力于“身份合规”，尽可能去除国有企业属性或淡化政府背景，以减缓数据审查中的国别针对性。对此，中国投资者可以吸收资本结构多样的企业和外资加入，促进投资主体资金来源多样性和背景多元化，组建对

^① 常青条款指经外国投资委员会审查为合格的交易时，交易一方向美国外国投资委员会提交的信息存在实质性虚假或错误或遗漏，或者故意严重违反缓解协议且无其他救济措施的情况下，审查机构有权再次启动调查先前审查或者调查过的交易的程序。

外投资联合体或财团，或在运营中注重纳入美国企业的管理方案或美国管理人员，以淡化投资者的中国背景。

其次，投资者可利用投资项目与社会经济需求的契合性，强化自身促进数字经济发展的积极影响，以提升投资的接受度与认可度。一方面，此类投资者可尝试合法利用美国游说制度，提升与地方国会议员的关系，并发挥“游说集团”的影响力，减少自身赴美投资因审查机构认知偏差而导致的审查误判；另一方面，依托投资项目符合美国社会经济发展的需要，争取获得更多的社会支持。随着数字产业成为新一轮产业革命的主力军，投资者利用项目所蕴含的数据要素能有效发展数字经济。例如，TikTok 在应对美国政府与外国投资委员会审查的过程中，除了承诺引进第三方数据保护主体、加强数据保护措施外，还承诺实施百亿营收计划并为美国增加 1 万个工作岗位，通过承担社会责任争取政府和民众的认同。^①数字科技企业若能从改善当地民生环境和助推当地经济发展着手，积极承担社会责任并向当地释放数字经济红利，有益于获取民众的认可并缓解美国国内的敌对情绪。

（二）利用审查程序：争取审查磋商与适当的缓解措施

当投资者主动合规的举措无法提前规避审查风险或未能缓解审查不利影响时，投资者需在受审查过程中尽力降低损害。数据审查的泛化和立法的针对性，也为审查者在该类审查中预留了认定风险程度、决定缓解措施的裁量空间。鉴于外资审查制度赋予投资者磋商的正当权利，投资者有权在审查过程中推进磋商环节，利用双方的商榷机制，争取达成缓解协议。如“附条件批准”的审查结果要求投资者采取措施缓解风险，但此类要求措施轻重有别。在数据审查中，投资者可反向利用审查程序的弹性裁量，争取相对利于自身履行的缓解措施，从而提高过审概率（沈伟，2019）。

投资者利用数据审查实施中审查程序的裁量空间时，拟争取的缓解措施应立足于投资者数字产业的特点，考虑数据审查客体的特征以及投资者与投资项目的存续需求。以投资互联网应用软件为例，其主要依赖数据技术、用户忠诚度等要素来保证用户活跃度与数据分析的正常运作。若对该企业直接禁止交易或不断重启审查，将极大损害用户黏性与活跃度，对互联网类数字企业的经营造成重创。鉴于此，投资者在外国投资委员会审查作出决定的过程中，应主动推进磋商，争取获得“附条件批准”以履行缓解措施，防止自身因外国投资委员会一刀切地禁止运营、禁止交易或剥离核心业务的不适配措施而造成严重损害。

（三）探索救济路径：从程序合法性层面寻求美国司法救济

赴美投资者如果未能基于裁量空间缓解损害，还可尝试获得司法救济。外资审

^① Margaret Harding McGill, Axios, TikTok Says It'll Hire 10,000 Jobs in the US by 2023 as Trump Threatens Ban[EB/OL].<https://www.businessinsider.com/tiktok-us-hiring-jobs-lobbyists-thousands-threatened-ban-axios-2023-2020-7>. [2020-07-13] (2025-03-22).

查制度的审查决定虽具有终局性，但也并未剥夺投资者争取法律救济的正当权利。尽管外国投资委员会的审查决定与总统审查决定的实体内容一般不具有可诉性，但投资者可从数据审查的审查程序合法性角度出发，选择美国司法救济中契合数据产业救济需求的方式维权。

一方面，投资者可尝试通过司法路径维护自身合法权益。如美国哥伦比亚特区联邦地区法院就 TikTok 一案裁定暂缓实施“下架或停止境内服务运营”的禁令。法院作出该裁定的法律依据为宪法第五修正案赋予投资者的权利，即限制政府未经正当法律程序，直接剥夺公司在美的合法业务和财产。^①另一方面，以程序正当的瑕疵挑战外国投资委员会或总统审查的合法性具有一定的可行性。尽管美国司法部门对介入安全审查决定的实体内容持审慎谦抑的态度，但是对于需要遵循程序正当、程序合法约束的纯粹法律问题，则可施以司法检视。审查程序本身并不涉及判断国家安全，因此具有可诉性。2012 年，三一集团将奥巴马和外国投资委员会列为共同被告提起诉讼，美国法院裁定该案程序正当。^②2021 年，小米公司被美国政府武断认定为“中国军方控制企业”后以行政程序瑕疵为由提出诉讼。法院认为小米虽为中国企业，但仍可依据美国《行政程序法》第 702 节规定，享有主张司法审查行政程序的正当权利。《行政程序法》第 706 节规定，对于可能存在“专横、肆意、滥用自由裁量权或其他不合法的行为”，法院有权认定行政决定违反联邦行政程序法。因此，面对美国数据审查容易泛用和颇具针对性的立法与实践情形，中国赴美投资者对于数据审查过程的程序正当性问题，仍可尝试寻求有利的司法救济。

五、结语

美国外资审查制度新设数据审查事由，旨在回应新型国家安全风险。数据审查延续着针对战略对手的适用指向性和可操纵性的裁量空间等特点。数据嵌入社会生活，不仅是攸关国家安全的审查要素，而且涉及数字基建与数字技术，与特定领域密切关联，因此容易引发数据审查。不止于此，美国近来数字立法政策仍旧沿袭外国投资委员会数据审查的特点，是针对性排外思路的具体实践。当今大国数据博弈愈加激烈，数据审查实则涉及新兴领域的法律攻防。中国赴美投资者作为数据审查的直接适用者，不仅需要多维度地规避审查风险和寻求保障自身利益的救济路径，而且有待中国健全与涉数据产业走出去、投资体量相适应的制度安排。

参考文献：

[1] 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 [J]. 国际商务研究, 2020, 41(5).

^① Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319(1976), No. 74-204, Supreme Court of United States, pp. 334-335.

^② Ralls Corporation, Appellant v. Committee on Foreign Investment in the United States, No. 13-5315, (Columbia Cir. 2014).

- [2] 甘培忠,王丹.“国家安全”的审查标准研究——基于外国直接投资市场准入视角[J].法学杂志,2015,36(5).
- [3] 胡宏雁.跨国并购中的国家安全审查问题及应对——知识产权的利益考量视角[J].北方法学,2020,14(6).
- [4] 胡子南,秦一.美国收紧 FDI 国家安全审查新动向、影响以及对策[J].国际贸易,2020,(4).
- [5] 刘金瑞.美国外资安全审查改革中的数据安全审查及其对我国的启示[J].中国信息安全,2021,(7).
- [6] 刘金瑞.数据安全范式革新及其立法展开[J].环球法律评论,2021,43(1).
- [7] 刘志云,刘盛.基于国家安全的互联网全球治理[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2016,(2).
- [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).
- [9] 王东光.国家安全审查:政治法律化与法律政治化[J].中外法学,2016,28(5).
- [10] 徐树.外资准入国民待遇的救济体系论[J].环球法律评论,2020,42(2).
- [11] 杨长湧.美国外国投资国家安全审查制度的启示及我国的应对策略[J].宏观经济研究,2014,(12).
- [12] 张继红.国家安全视域下我国数据安全法的制度构造[J].西北工业大学学报(社会科学版),2021,(3).
- [13] Barrington, J.CFIUS Reform: Fear and FIRRMA, an Inefficient and Insufficient Expansion of Foreign Direct Investment Oversight, Transactions[J].The Tennessee Journal of Business Law,2020,21(1).
- [14] Bu, Q.RALLs Implications for the National Security Review[J].Commercial Law Quarterly,2016,30(1).
- [15] Burri, M.The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements[J].Georgetown Journal of International Law,2017,48(1).
- [16] Griffin, P.CFIUS in the Age of Chinese Investment[J].Fordham Law Review,2017,85(1).

The Data Review in the U.S. National Security Review of Foreign Investment and China's Response

BAO Ningzhen

Abstract: The U.S. National Security Review of Foreign Investment system has established new data review rules, which are implemented around two categories of review reasons: sensitive personal data that affects national security and important data in specific fields. Data review is a legal arrangement that responds to the new connotation of national security. The content of data review is targeted, focusing on preventing Countries Concerned from obtaining sensitive personal data, and closely monitoring the development of digital industries in such countries. The data review continues the targeted application of the foreign investment review system to certain countries. At the same time, there is a huge room of discretion when operating data review procedures, and the rules of restricting discretion are vague, generalized, and subjective, making it difficult for investors to seeking remedies. In this regard, Chinese investors investing in the United States should actively seek counter-measures: for data review reasons, taking proactive compliance measures to suppress the specificity of data review; for data review procedures, reverse utilizing the discretion of the review system and striving for mitigation measures; for data review results, judicial remedies can be actively adopted to comprehensively protect the rights and interests of enterprises.

Keywords: data review; sensitive data; foreign national security review; data security

(责任编辑: 金孝柏)