發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200



保護研發競爭力即保護國家安全

國家安全在現代不應僅是軍事方面的意義，應當包括政治、社會、經濟、傳播與文化；從而，國家間的競爭關係也不僅限於軍備競賽，而是涵蓋到全球市場與產業分工關係下，各產業與科技的角力，從美國剛發

Phoca PDF

布供應鏈報告，即可證明科技產業與國家發展和競爭力至為關鍵。

中國就技術與人才爭奪、以及和民主國家間的科技研發競爭，早已進行多時，近十年來，積極發展各種高科技與關鍵基礎建設。中國國務院台灣辦公室於2018年，發表「關於印發《關於促進兩岸經濟文化交流合作的若干措施》的通知」（以下簡稱《惠台31條》
），
有意地吸引台灣的高科技公司或人才前往中國參與中國製造2025及千人計劃。如何避免《惠台31條》成為我國產業研發成果或營業秘密非法流向中國的渠道，如何避免敵對勢力以合法的買或非法的偷，侵蝕損我國之科技競爭力，已是迫在眉睫之事。

本文首先擬觀察與中國有最激烈的高科技競爭關係之美國，其對於外資的審查和高科技出口的管制程序究竟為何，主管機關又有哪些法律或政策的工具得以運用；再觀察鄰國日本作為與我國同樣仰賴出口的國家，在市場也相當程度仰賴中國的情形下，將在受到美國外國投資審查的修法影響後，如何改變自己對中資或對中出口的政策和法律制度。最後，反思我國過去以《兩岸人民關係條例》為核心的中資管制，以及其他高科技產品或技術出口的管制規定，是否足夠因應中國對我國核心競爭力的不利影響，並提出法制革新之建議。

美國針對外國投資審查措施

美國對於外國人投資之審查，係以「外國投資委員會」（The Committee on Foreign Investment in the United States,
CFIUS）為核心
，係基於1970年代美元貶值下外國對美投資大幅增加的背景所產生，CFIUS建立之初，其功能主要係在於

Phoca PDF

外國在美投資之分析、資料之搜集與投資項目之審查，其權限上有其侷限[1]。

其後美國國會於1992年以DPA之《伯德修正案》（Byrd amendment）修正「Exon-Florio條款」，對於CFIUS的功能與權限進一步加以規範[2]。除彰顯CFIUS在外國投資人審查的重點，也特別注意外國政府於相關收購案的角色。2007年又通過《外國投資與國家安全法》（Foreign Investment and National Security Act, FINSA），對於CFIUS的組織進行大規模的修正[3]。FINSA取代過去之行政命令，立法提供CFIUS法律依據，調整其成員，並增加總統於投資審查決定上所得考慮之因素[4]。

美國國會於2018年通過《外國投資風險審查現代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act 0f 2018, FIRRMA）

，對於外國投資審查

機制以及CFIUS管轄與審查程序進行革新，

並加強其審查之權限[5]。FIRRMA立法後，CFIUS的審查程序分為正式程序與非正式程序：非正式程序使CFIUS開始與相關企業進行非正式的協商，針對其交易架構中有國安疑慮之處進行溝通。正式程序原則上由企業自願向其提出併購案而開啟。

然FIRRMA針對特定投資案，要求採取強制申報程序，從事28類別關鍵科技（critical technology）之相關生產、設計、測試、製造、或開發等行為之美國企業所進行之投資案即屬之。而由外國政府就該外國投資

Phoca PDF

人直接或間接持有重大利益者（substantial interest）（此處重大利益係指持有大於49%之股份），該外國投資人所參與之投資案如會讓該外國投資人對於該美國企業持有重大利益（大於25%之股份），則強制其應提出書面通知[6]。

總統並不受CFUIS建議所拘束，有權自行決定是否中止或禁止該項投資案。然而該項決定之過程仍必須符合正當法律程序之要求，就此而言可受司法審查，以確保憲法上權利不受此項程序之侵害[7]。

日本外國投資審查法規

日本於1949制定《外匯及對外貿易法》（Foreign Exchange and Foreign Trade Act，以下簡稱《外匯法》），此法規主要規範日本進出口和外國投資相關事宜。根據《外匯法》第1條之立法目的，該法規透過限制最小且必要之管理協調手段，使日本與外國能適當地進行貿易往來，維持日本國內與國際社會之和平與安全，同時確保國際間收支平衡
和日幣穩定，以創造穩定的日本經濟發展[8]
。此部法律在制定後迭經修改，此又與日本自身經貿狀況息息相關。也因此，日本於2007年修正《外匯法》相關政令（日本法律體系位階係從法律到政令至省令），強化外國企業對日本企業收購之管制，避免國

[9]。

除了2007年修正相關政令外，日本又於2017、2019、2020年進行《外匯法》相關修正。2017年《外匯法》修法，增列外國投資人間移轉持股為管制對象[10]

Phoca PDF

。新法規定：若外國投資人手中握有日本特定產業公司所發行的非上市股票，此時欲移轉給其他外國投資

[11]。2019年《外匯法》修法，增加應事前通知產業和受規範之直接投資行為[12]。

2020

年外匯及對外貿易法修法，降低

事前通知股份數額，增加豁免對象和範圍[13]

。此次修法，進一步細分、擴大過往之指定行業，除過往有關國家安全、社會秩序與和平之產業別外，還納入廣播、大眾運輸、農業等類別[14]

。另外，過往只有區分為指定行業和非指定行業，本次修法則將指定行業進一步區分為核心指定行業和非核心指定行業，即目前

有三種分類，非指定行業、核心指定行業和非

核心指定行業[15]。依被投資公司從事不同行業時，適用不同豁免規定。

我國法制革新之需要

1、避免敵對勢力合法的買走科技競爭力

非我國投資人在我國的投資，以投資人的身分區分為「僑外來臺投資」及「陸資來臺投資」兩類別，又被稱為雙軌制[16]

。簡言之，外來投資會先區分為「華僑或外國投資人」、「大陸地區投資人」或「港澳地區投資人」三種

Phoca PDF

身分，接著適用前述雙軌的審查程序（華僑外國一類，中港澳一類）及相應之法規。

在依身分區分為「僑外來臺投資」或「大陸來臺投資」之類別後，接著再依其各自的投資標的適用相對之規範。在「僑外來臺投資」部分，是以「僑外投資負面表列—禁止及限制僑外人投資業別項目」之原則允許、例外禁止或限制的方式，而就中港澳之投資，則是以原則禁止或限制、例外允許的方式來規範。可見，我國就非我國投資人對我國投資法規之架構，因現實之政治情勢及外交政策之考量而呈現較特殊的雙軌制，並就如華僑、香港或澳門地區投資人有不同的準用規定，在雙軌間也呈現出明顯的管制程度差異。

2020

年12月30日我國經濟部投資審議委員會於修正《大陸地區人民來臺投資許可辦法》。此次的修正重點有三：第一是修正「第三地區投資之公司」的定義，使「投資」內涵明確包括「投資持股」及「有控制能力」之情形；第二為將更多大陸地區投資人之投資行為態樣納入管制，包括「以協議或其他方式控制我國獨資、合夥、有限合夥或非上市櫃、興櫃公司」及「併購我國非上市櫃、興櫃公司」；第三為明訂投資審議主管機關應限制「大陸地區黨政軍所投資之企業」來臺投資。經濟民主連合社團聯盟亦為了避免陸資利用其他投資人之名義及身分規避審查，而提出針對《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》第73條及第93條之1的增修草案。然前述修法及建議均未針對《外國人投資條例》修正草案進行修正，使得法規所適用之產業類別及技術類型仍有所缺漏。

本文認為當務之急應是在《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》、《外國人投資條例》中，增訂行政機關在必要時得以採取的事實或證據調查程序，並授權行政機關得採取間接或是直接強制手段，如此一來方能使行政機關有更多的工具追查投資者的金流。否則，如要使國家有權發動強制性手段進行調查，似乎只能由檢察官向法院聲請搜索票以進行搜索扣押。然而在我國尚未制定如經濟間諜罪、人頭罪之前，檢察官亦無法直接就境外資金的非法投資行為進行犯罪偵查，因此擴充行政調查權限一事刻不容緩，而應儘速修正相關之法規。

Phoca PDF

我國需要外資的投入，經貿上引以為傲的自由資本主義市場及民主制度，卻成為易被攻克的弱點，是以在追求自由貿易、經濟成長的同時，不可忽略國家安全之保護，吸引外資、建立開放自由之投資環境不再是唯一考量。

台版FIRRMA法案之提出有其必要，建議應著重於以下三個面向：第一，就中資管制部分，我國應當將中資管制改革納入「民主防護網」之一部；第二，FIRRMA法案關於「關鍵基礎設施及不動產」之管制，可供我國規劃中資及其透過第三地投資購買我國不動產之租賃、購買管制之參考；第三，FIRRMA「原則自願申報交易、例外強制申報交易」的規範方式，與主管機關及總統撤銷交易權限搭配執行，而就FIRRMA於修法前即賦予總統撤

銷交易之權限，亦為我國可討論之面向。出口

管制法規對於

無形技術、資料與軟體之移轉以及輸往管制地區之行為規範，更是國家核心技術保護之重點方向，應一併處理。

2、避免敵對勢力非法的偷走科技競爭力

我國為因應國際上世界貿易組織及與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，TRIPS）對於營業秘密保護之要求

[17]

。當時所制定公布之營業秘密法並無刑事責任之規定，僅設有民事賠償責任，而隨著國際商業活動日趨複

Phoca PDF

雜、竊取營業秘密案件增加，雖然我的刑法分則關於侵害營業秘密的行為，有部分以被洩漏工商秘密罪、竊盜罪、侵占罪、背信罪、無故取得刪除變更電磁紀錄罪等所涵蓋，但在行為主體、客體及侵害方法之改變下，該等規範都不足完整有效的保護營業秘密，而有增訂刑事責任之必要性，是我國立法院遂於2013年通過營業秘密法，增訂第13條之1到第13條之4營業秘密法刑事責任相關規定[18]。

然我國營業秘密保護相關法制仍有待改進之處。第一，營業秘密法並非經濟間諜法，我國應從國安角度思考經濟間諜入罪化的必要。現行營業秘密法第13條之2規範，若係在防止經濟間諜之發生，除了在保護法益之界定上，可以在第13條之1與第13條之2間進行調整區隔，再參照美國立法例上，以「圖利外國政府、外國法人」之構成要件作出區分，或以日本、韓國立法例上的「敏感科技」標的作出分別，進行規範之調整與修改的思考方向，或許在規範更完善的前提下，更能落實立法者以刑事責任保護營業秘密、產業倫理及國家競爭力之立法目的。第二，營業秘密法第13條之3所創設之「告訴可分」規定，實為我國刑事訴訟所無之規範，在實務告訴過程中，屢屢發生同一案件中「情節重者不告，情節輕者提告」的奇怪現象，亦造成檢調機關偵辦過程尋求案件完整性的制肘。而因外國勢力在臺設置公司進行營業秘密竊取行為，亦無從適用營業秘密法第13條之2。第三，營業秘密法第13條之4欠缺明確的組織體刑事責任，以組織體作為竊密主體，能造成的損害遠大於自然人，我國在國安層級的犯罪嚴重欠缺防制組織體侵害國家安全的規範，是國安的一大漏洞[19]。

結語

本文以美國、日本之外國投資審查相關法規作為分析主軸，探究各國對於國家核心競爭力、高科技產業競爭優勢、敏感機密保護產業所採取之保護策略，作為日後我國外國投資審查相關規範健全之借鏡，以達到國家核心競爭力保護之核心目標。

Phoca PDF

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

我國外臨強大敵對勢力，國家安全、核心競爭力、敏感資訊之保護刻不容緩，吸引外資、建立開放自由之投資環境雖然重要，但絕非唯一考量，政府在某些領域固有追求自由貿易、國家經濟成長之必要，在關鍵核心的技術領域上，應訂立完善健全之外國投資審查相關法制、同時重新檢討欠缺國安高度的營業秘密法，以化我國於亞太安全樞紐地位的決心，戰略上得以與民主同盟國家協力，對抗極權勢力，保護科技研發競爭力，就是保護國家安全。

---

[1] Deborah M. Mostaghel, Dubai Ports World Under Exon-Flogo: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport?, 70 ALB. L. Rev. 583, 588-89 (2007).

Phoca PDF

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

[2] National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Pub. L. No. 102-484, 106 Stat. 2315, (1992).

Phoca PDF

[3] Foreign Investment and National Security Act of 2007, Pub. L. No. 110-49, 121 Stat. 246.

[4] Jackson, supra note 14, at 10.

Phoca PDF

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

[5] John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019, Pub. L. No. 115-232, 132 Stat. 1636 (2018).

Phoca PDF

[6] 惟應注意，如屬於關係企業之母子公司之狀態，則視為100%持有。

[7] Ralls Corp. v. Comm. on Foreign Inv. in U.S., 758 F.3d 296, 311 (D.C. Cir.2014).

Phoca PDF

[8] Japanese Law Translation,

http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?printID=&re=&lvm=02&id=3267&vm=03

(last visited Jun. 25, 2021).

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

[9]

日本外國人投

資審核機制及無形技術移轉

Phoca PDF

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

管控措施之研究，公務出國報告資訊網：

https://report.nat.

gov.tw/ReportFront/ReportDetail/det

ail?sysId=C10802953（最後點閱時間：2021年6月25

Phoca PDF

日）；日本的出口管理制度，經濟部國際貿易

局：https://reurl.cc/WL16q5（最後點閱時間：2021年6月25日）。

[10] 日本外國人投資審核機制及無形技術移轉管控措施之研究。

[11] Japan implements amendment of the Foreign Exchange and Foreign Trade Act, https://globalcompliancenews.com/japan-amendment-foreign-exchange-trade-20171018/ (last visited Jun. 28, 2021); National security reviews 2017: A global perspective – Japan,

https://www.whitecase.com/publications/insight/national-security-reviews-2017-global-

perspective-japan (last visited Jun. 25, 2021).

[12] Id. Recent amendments to Foreign Exchange and Foreign Trade Act,

Phoca PDF

https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Banking-Financial-Services/Japan/Nagash

ima-Ohno-Tsunematsu/Recent-amendments-to-Foreign-Exchange-and-Foreign-Trade-Act (last

visited Jun. 25, 2021).

[13] Japan’s revisions to the Foreign Exchange and Foreign Trade Act mark a significant shift in Japan’s oversight of foreign investment,

https://www.hoganlovells.com/en/publications/japans-revisions-to-the-foreign-exchange-and-

foreign-trade-act (last visited Jun. 25, 2021).

[14] Overview of the Amendments to Foreign Exchange and Foreign Trade Act of Japan

-Listed Securities and Prior Notifications.

[15] Japan’s revisions to the Foreign Exchange and Foreign Trade Act mark a significant shift in Japan’s oversight of foreign investment.

Phoca PDF

[16]

王振宇，「外人投資併購與國家安全審

查機制之比較研究——

以中國大陸國營企業海外併購

Phoca PDF

個案為例」，臺北大學法學論叢，第98期，頁317-341（2016

）；潘書嫻、林志潔，守護皇冠上的寶石，萬國法，第律230期，頁57-72（2020）。

[17]
1995年12月22
日營業秘密法異動及理由，立法院法律系統：
https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00032F735D040000000000000000A000000002000000^01967084122200^00005001001（最後點閱時間：2021年6月25日）。

[18]
1995年1月11
日營業秘密法異動及理由，立法院法律系統：
https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?004C6B43680B0000000000000000014000000000400FFFFFD00^01967102011100^00000000000（最後點閱時間：2021年6月25
日）。關於營業秘密法與修法建議，可參考林志潔，《白領犯罪與財經刑法─從立法、偵審到執行》，元照出版（2017）。

[19] 同上註。

Phoca PDF

發佈：2021-09-16, 週四 15:35
點擊數：13200

作者 林志潔 為陽明交大科法所教授

Phoca PDF