

《外商投资风险评估现代化法案》：通过 CFIUS 改革应对跨国投资的“武器化”？

针对人工智能、机器人、自动汽车和互联网领域等敏感行业的外国（尤其是中国）投资的迅速增长，美国国会正在考虑制订一项改革现有外国投资审查制度的法案。目前正在起草的《外商投资风险评估现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2017，或简称“FIRRMA”）将通过多项改革扩大美国政府对上述行业的交易的审查范围，包括将非控制性投资纳入审查、建立政府投资者的强制申报制度和对美国公司与非美国公司之间的技术合作实施全新的管制体系。在法案出台后，上述变化将对计划参与美国经济的海外投资者和寻求境外投资机会的美国技术公司产生重大影响。

CFIUS 程序概述

根据现有法律，如投资导致外国公司获得敏感行业的美国公司的控制权，美国总统有权禁止或解除该项投资。该权限由《埃克森-弗罗里奥修正案》（Exon-Florio Amendment）授予，通过美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States，或简称“CFIUS”）实施¹。CFIUS 审查传统上针对国防、交通基础设施、能源和政府供应链等涉及核心国家安全的交易。近年来，其已将重点扩展到技术和金融领域。

CFIUS 目前采用自愿申报制度，但是，如交易方在审查前不进行交易申报，CFIUS 可能自行启动审查并在交割后要求缓解交易影响甚至解除交易。审查程序在交易方向 CFIUS 提交申报（或 CFIUS 自行启动审查）之时开始，交易方通常在数月后获准继续推进交易或面临驳回申请，并可能遭到美国总统否决交易。如 CFIUS 认为交易存在

重点

- CFIUS 程序概述
- CFIUS 职责的增加和潜在弊端
- 通过 FIRRMA 对 CFIUS 进行改革
- 结论

¹ P.L. 100-418, Title V, Section 5021, August 23, 1988; 50 U.S.C. Appendix §2170; see also P.L. 102-484, October 23, 1992 (the "Byrd Amendment"); P.L. 110-49, July 26, 2007 ("FIRISA").

对国家安全或关键基础设施的风险，CFIUS 有权要求对交易进行调整，在批准交易前通过与当事方签署缓解协议限制外资的控制或获得美国敏感技术或资产。但是，CFIUS 近期已拒绝批准多个以往可能会通过签署缓解协议获得批准的交易，并在更多的已批准交易中施加缓解措施。

CFIUS 职责的增加和潜在弊端

近年来，无论是从案件数量还是复杂程度方面观察，CFIUS 面临的挑战都已大幅增加。2018 年 1 月 25 日，在向参议院银行、住房和城市事务委员会提交的一份书面陈述中，美国财政部部长助理塔波特（Heath P. Tarbert）提供了一系列数字，反映了 CFIUS 工作量的增长：

- CFIUS 处理的案件由 2009 年至 2010 年的不足 100 件增加至 2017 年的超过 240 件。
- 2007 年，只有 4% 的案件进入调查阶段；而目前，接近 70% 的案件须接受调查。
- 2008 至 2015 年，不足 10% 的交易与 CFIUS 达成了缓解协议。目前，这一数字已翻倍，近 20% 的交易需要某种程度的缓解措施。

工作量的大幅增加主要是由于中国对美直接投资或中国对在美国开展业务的欧洲公司和其他非美国公司进行的收购的不断增长。例如，2010 至 2015 年，美国半导体、人工智能、自动汽车、机器人、虚拟现实、定向能和高超音速领域约 6% 的合资项目涉及中国投资。2015 至 2017 年，这一数字攀升至 16%²。

多名国会议员认为，当前的 CFIUS 程序容易导致美国的关键行业被外国政府（特别是中国政府）利用。参议员 Mike Crapo 担心：“[中国的] 对外投资战略意图收购美国公司的两用技术和专有技术，战略已经‘武器化’，这将‘对美国国家安全带来多层次的威胁’。”因此，国会似乎有意扩大 CFIUS 审查范围和避免现有出口管制制度的漏洞。

通过 FIRRMA 对 CFIUS 进行改革

为弥补可能存在的漏洞，参议员 Cornyn（德克萨斯州共和党议员）和 Feinstein（加利福尼亚州民主党议员）和众议员 Pittenger（北卡罗来纳州共和党议员）向参众两院提出 FIRRMA，通过这一两党共

² 负责制造业与工业基础政策的美国国防部助理部长 Eric D. Chewing 先生的证词，银行、住房与城市事务委员会，美国参议院（2018 年 1 月 25 日）。

提的议案寻求大幅度改革 CFIUS 程序、扩大 CFIUS 审查范围。其中最重要的内容包括：

对外转让管制

FIRRMA 首次将 CFIUS 的审查范围扩大到美国“关键技术公司”与非美国实体就知识产权、专有技术和相关支持进行的交换，包括对外转让³。FIRRMA 授权 CFIUS 酌定需要审查的涉及关键技术公司的交易类型。在特朗普政府下，CFIUS 很可能对此做出宽泛的界定。几乎可以肯定，敏感新技术、国防、人工智能、网络安全、核技术和机器人行业的境外合资企业将纳入审查范围。在上述领域聘用非美国员工、向外国提供信息和支持以及其他方式的跨国合作也可能纳入范围，从而使得其审查范围与现有的出口管制范围基本一致（或更大）。法案的发起人认为，上述新措施是应对现有出口管制体系未覆盖的新技术和交易所必须的措施，因此为领先技术的流失提供了“第二道防线”⁴。多家美国公司已表示忧虑，认为上述措施可能会减少其进入海外市场和获得专有技术的渠道，并且数以千计的新增交易将导致 CFIUS 程序尤为拥堵⁵。

非控制性投资

FIRRMA 还将美国关键技术和基础设施行业内（即便不会导致外国投资者控制美国公司的）投资纳入 CFIUS 的审查范围。除了外国交易方获得对美国公司非控制性影响的交易，具备下列特点的交易也将会受到审查：(1) 获得保密技术信息；(2) 获得其他投资者无法同样获得的信息；(3) 获得任何董事会权利或公司管理权；或(4) 涉及平行的战略和财务安排。多数的外国非控制性投资可能会触发上述一项或多项标准。对于未满足上述标准的交易，CFIUS 还可能建立监督或监控机制以执行上述标准中所反映的禁止内容。

强制申报

FIRRMA 规定的另一项显著变化是，如果外国政府拥有外国投资者 25% 或以上的股权或存在 CFIUS 界定的其他情况，收购交易的

³ FIRRMA 将“关键技术”定义为：(1) 《国际武器贸易条例》下的所有防务物品和服务（22 C.F.R. §§120-130）；(2) 《出口管制条例》下的许多两用物项（15 C.F.R. §§730-774）；(3) 大多数核设备、设施和材料；(4) 化学制剂与毒素；(5) 与美国国家安全相关的新型技术；以及(6) 任何其他 CFIUS 认为相关的技术。

⁴ 参议员 John Cornyn 的证词，银行、住房与城市事务委员会，美国参议院（2018 年 1 月 18 日）。

⁵ IBM 公司政府与监管事务部门副主席 Christopher Padilla 先生的证词，银行、住房与城市事务委员会，美国参议院（2018 年 1 月 18 日）。

CFIUS 申报将构成强制申报⁶。虽然根据现行法律，可能产生国家安全问题的投资被强烈建议进行申报，但该申报从未具有强制性。FIRRMA 的强制申报条款还规定了处罚措施。未进行申报可能导致大额民事罚款以及禁止或解除交易。

“白名单”投资

如上文所述，FIRRMA 针对更敏感领域内的境内、境外投资和合作规定了多项新监管要求。但是，如投资涉及与美国签署了共同防御协议的国家（所谓的“白名单”）或拥有 CFIUS 认为满足其要求的投资审查制度的国家，FIRRMA 授权 CFIUS 豁免满足前述新审查标准的投资。上述条款为已加强其外资审查制度的美国盟国的投资者提供了巨大便利。

除上述显著变化外，FIRRMA 还通过下列方式改变了当前 CFIUS 的主要架构：

- 针对可能不会产生国家安全问题的特定类型的交易建立了简易申报程序，并规定了更快的审查期。这是潜在的重大利好。
- 将购买敏感设施“邻近”土地和其他为规避 CFIUS 管制而设计的交易或安排纳入审查范围，从而扩大了 CFIUS 的管辖权并增加了 CFIUS 可审查的交易类型。
- 增加了 CFIUS 在评估交易的国家安全风险时必须考虑的因素。
- 将审查期从 90 天延长至 120 天。目前的程序下 CFIUS 的审查期通常大幅超出相关法规中规定期限二至三个月。
- 针对每项交易收取最高可达 300,000 美元的申报费，并同时设计了完善 CFIUS 资源配置的机制。
- 增加了 CFIUS 监督和执行缓解协议的能力；
- 进一步限制了对 CFIUS 行为的司法审查；以及
- 建立了一套用以评估和监控未提交 CFIUS 审查的交易的程序。

由于 FIRRMA 规定了 CFIUS 的多项酌定权，上述条款的累积效应目前尚不明确。通过简化审查程序和白名单，上述规定将有利于部分交

⁶ 根据提案的当前版本，其第 2098 小节设定了强制性申报的门槛，即“外国政府直接或者间接拥有 25%或以上可投票股权的外国公司对美国业务进行的 25%或以上可投票股权的收购”。此处的 25%可能会在后期修改。比如，负责出口管理的美国商务部副部长 Richard E. Ashooh 在向银行、住房与城市事务委员会提交的书面评论（2018 年 1 月 25 日）表达了如下顾虑：“FIRRMA 中的 25%的门槛太高，以至于许多交易可以轻松绕过。我们鼓励委员会考虑更低的门槛。”

易，但是却增加其他多数交易的负担，特别是在新技术领域的投资和与 CFIUS 关切的国家（如中国）的合作。很明显，法案存在一个特殊目的，即，建立一个更灵活、更强制的体系，确保政府机关能够根据具体情况有针对性地应对外国投资和境外技术合作产生的威胁。但上述灵活性可能利益和风险并存。随着政府更替，CFIUS 的侧重点也发生变化，这将导致美国 and 外国企业的跨国投资的结果将更加难以预测。对此，我们应有所准备。

结论

FIRRMA 法案似乎获得了国会和政府官员的大力支持。Cornyn 参议员的积极工作、内阁级官员以及其他政府高官的支持将提高法案获得通过的机会。根据近几周的国会听证会的情况，改革 CFIUS 程序并为案件增多的 CFIUS 提供更多资源的呼声越来越高。

尽管如此，我们预计法案的某些条款将遭遇美国商界的反对。他们的主要顾虑是 CFIUS 的审查范围扩张到对外投资。进入外国市场、与外国公司合作和聘用外国员工方面增加的监管负担和时间将导致美国公司在与外国公司的竞争中处于不利地位，限制美国公司获得非美国技术和资本的能力，最终迫使美国公司将其研发活动转至境外。此外，多家公司认为上述监管负担是没有必要的，美国出口管制制度已足以保护美国敏感技术的出口和再转让。商界多数公司认为，如现行出口管制规定存在问题，应对其进行改进，而不是在 CFIUS 程序中建立重复的要求。

虽然 FIRRMA 的最终结果尚无从知晓，但我们可以进行一些预测。国家安全问题（特别是与中国以及其在国际技术投资领域日益强大的角色相关的问题）将始终是争议的焦点。有效处理 CFIUS 程序对于外商在美国投资的成功愈发重要。跨国交易中备受关注的出口管制、制裁方面的合规问题在 CFIUS 程序的重要性将不断提高。为应对上述变化，计划向美国进行投资的公司需要密切关注 CFIUS 的变化，同时继续对美国出口管制、制裁制度对其收购战略的影响保持充分了解。

联系我们

符国成
中国区联席管理合
伙人

T +86 10 6535 2299
E terence.foo
@cliffordchance.com

王彦峰
中国区联席管理合
伙人

T +86 10 6535 2266
E tim.wang
@cliffordchance.com

马云
合伙人

T + 86 21 2320 7217
E glen.ma
@cliffordchance.com

葛凯利
合伙人

T + 86 21 23207234
E kelly.gregory
@cliffordchance.com

张宏
资深顾问律师

T + 86 106535 2256
E hong.zhang
@cliffordchance.com

柏勇
资深顾问律师

T + 86 10 6535 2286
E yong.bai
@cliffordchance.com

以上内容基于我们作为国际法律顾问代表客户参与其在中国的经营活动的经验，不应视为法律意见。和其他所有在中国开业的国际律师事务所一样，我们可提供有关中国法律环境影响的信息，但我们不能以本地律师事务所的身份从事中国的法律事务。如您需要本地律师事务所的服务，我们将很乐意推荐。高伟绅律师事务所为本文的版权所有人，其中所提供的信息仅供本所客户读用。如需转载，请注明本文为本所的著作。本文仅供一般参考，其内容不一定论及各相关重要课题，也不一定涵盖论题的各个方面。本文并非为提供法律意见或其他咨询意见而编写，对于依赖本文的行动后果，本所概不负责。如欲进一步了解有关课题，欢迎联系本所。

www.cliffordchance.com

中国北京朝阳区建国门外大街1号国贸大厦1座3326室

中国上海静安区石门一路288号兴业太古汇香港兴业中心二座25楼

© Clifford Chance 2017

Clifford Chance LLP 是在英格兰与威尔士注册的有限责任合伙，注册编号OC323571。

注册办事处地址：10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ

文中采用“合伙人”字眼表示 Clifford Chance LLP 的成员，或者具有同等地位和资格的雇员或顾问。

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok •
Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest •
Casablanca • Dubai • Düsseldorf •
Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London •
Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow •
Munich • New York • Paris • Perth • Prague
• Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai •
Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw •
Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.