

美国投资法律新动向：特朗普总统签署 FIRRMA—国家安全审查箭指中国投资？

自特朗普政府上台以来，中、美两国的经济博弈愈演愈烈。在对中国及其他国家采取一系列贸易制约措施的同时，美国国会针对外国主体在美投资也在酝酿新的监管举措。2018年8月13日，特朗普总统签署了《2019财政年度国防授权法案》（National Defense Authorization Act for fiscal year 2019），一并通过了《2018年外国投资风险评估现代化法案》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018，以下简称“FIRRMA”），以及《2018年出口管制改革法案》（Export Control Reform Act of 2018，下称《出口管制改革法案》）（《出口管制改革法案》对中国的影响请见君合研究简讯-特朗普总统签署《出口管制改革法案》—“量身定制”限制对华技术出口？）。FIRRMA的通过将对外国主体在美投资施加新的限制。该法案扩大了相关美国政府机构的审查权限，增加了新的制裁举措，并且规定了一系列新的申报和审查程序。FIRRMA的通过将直接影响中国对美投资。

本文将重点讨论 FIRRMA 对 CFIUS 审查制度的变化以及对中国投资人的影响。本文首先总结 FIRRMA 的立法背景，其次将简要介绍 FIRRMA 对现有法律的实质性与程序性更改或更新，最后将简单评述 FIRRMA 通过后对中国在美投资可能产生的影响。

一、FIRRMA 的立法背景

CFIUS 是一个跨部门的联邦政府委员会，在 FIRRMA 通过之前，CFIUS 的职能与审查标准主要由《2007年外国投资与国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act of 2007，以下简称“FISIA”）规定。根据 FISIA，CFIUS 有权对“受辖交易”（Covered Transactions）进行审查，并就其认为可能危害国家安全的交易下令整改或提请总统否决有关交易。

2017年 CFIUS 已呈现出审查标准提高、审查力度提升、审查尺度更严的趋势。2017年未通过 CFIUS 审查的交易数量比往年有显著增长，其中涉及中国投资人赴美投资的项目包括 Canyon Bridge 收购莱迪思半导体公司（Lattice Semiconductor Corporation）、海航集团投资 Global Eagle Entertainment Inc.、以及蚂蚁金服（Ant Financial）拟收购速汇金（MoneyGram International Inc.）等。其中，Canyon Bridge 收购莱迪思半导体公司的交易于2017年9月被特朗普总统否决，其他均因未获得 CFIUS 批准而被交易双方主动放弃。

2017年11月8日，参议院多数党督导 John Cornyn，众议员 Robert Pittenger 分别在参议院和众议院平行地提出了 FIRRMA 提案，拟对现有的 CFIUS 进一步改革。

John Cornyn 和 Robert Pittenger 明确指出，该法案一定程度上是针对中国在美国科技领域投

资而提出的¹。他们认为部分中国公司在其政府的指导下战略性地获取美国科技，且中国的科技、军事进步将威胁美国国家安全²。美国立法者的冷战思维和对于中国政治上的不信任一定程度上均促使了 FIRRMA 提案的出台。

2018 年 6 月，美国参议院和众议院分别通过了其各自版本的 FIRRMA 提案。因为两个提案间存在差异，参众两院为达成共识而组成了“联席委员会”。2018 年 7 月 23 日，该委员会以委员会报告的形式发布了 FIRRMA 的最新版本，并以修正案形式包含在须由两院表决通过的《2019 财年国防授权法案》之中。

美国众议院和参议院已分别于 2018 年 7 月 26 日和 2018 年 8 月 1 日表决通过上述《国防授权法案》并呈送特朗普总统签署。2018 年 8 月 13 日，特朗普总统正式签署了该法案，FIRRMA 正式成为现行法律。

二、FIRRMA 下对 CFIUS 审查权限的扩大

在 FIRRMA 通过后，CFIUS 的审查权力将比原先更为宽泛，其中包括扩大“受辖交易”范围、增加审查考量的因素、增加 CFIUS 可使用的制裁措施等。

(一) “受辖交易”范围扩大

如上所述，在 FINSAs 与相关法规和行政令所订立的框架下，CFIUS 主要对“受辖交易”进行审查。在 FINSAs 规定下，“受辖交易”定义为：任何可能导致外国主体控制在美进行跨州贸易企业的

任何并购或收购。

与此相对，FIRRMA 的一个首要改变是进一步扩大了“受辖交易”的范围。首先，FIRRMA 指出，上述“受辖交易”的定义包括了通过合资的形式进行的并购或收购。其次，FIRRMA 列举了以下四种类型的新的“受辖交易”：

1. 房地产投资

CFIUS 有权对外国主体购买或租赁靠近以下设施的房地产进行审查：机场、港口、美军军事基地、或其它与国家安全相关的敏感政府设施。

FIRRMA 增加此条是为了防止外国实体通过当前未被 FINSAs 纳入“受辖交易”的房地产购买或租赁来获取据点，从而在美收集包括与导弹测试相关的军事数据或刺探其它情报与机密。这也是 CFIUS 首次被授权对房地产交易进行审查。

2. 其它非被动型投资（non-passive investment）

FIRRMA 将授权 CFIUS 对掌握“关键设施”（critical infrastructure）、“关键技术”（critical technology）或收集及掌握美国公民之敏感个人数据的企业所进行的“其它投资”（other investments）进行审查。显然，该条将直接影响外国主体对美国的能源和交通等基础设施、掌握核心技术的科技公司、以及其它新兴互联网公司所进行的投资行为。值得注意的是，在此条规定之下，是否取得控制权不再是 CFIUS 审查“其他投资”的先决条件，任何可能使外国主体对美国公司决策产生影响，或获取其关键资讯、数据、技术的投资行为都将被列入审查范围。

(1) “关键设施”与“关键技术”的定义

“关键设施”指任何对美国至关重要、其能力丧失或被摧毁将极大减弱美国国家安全能力的系统或资源。

¹ John Cornyn, *Morning Keynote: “Implications of China’s Growing Power for the U.S.”*, Nov. 14, 2017, available at <https://www.csis.org/analysis/morning-keynote-implications-chinas-growing-power-us>;
Robert Pittenger, *FOREIGN INVESTMENT RISK REVIEW MODERNIZATION ACT (FIRRMA), H.R.4311 REP. ROBERT PITTENGER*, Nov. 7, 2017, available at https://pittenger.house.gov/uploadedfiles/firma_background_-_as_filed.pdf.

² John Cornyn, *Cornyn: Time to Strengthen CFIUS’s Review Process is Now*, Mar. 8, 2018, available at https://www.youtube.com/watch?v=T_0iOZXf8yE&t=983s.

“关键技术”除了包括此前被列入《美国防务目录》(United States Munitions List)的国防用品与服务、《贸易控制清单》(Commerce Control List)的出口管制技术、某些核设施与核材料以及某些标本与毒素外,还将包括《出口管制改革法案》所规定的新兴或基础性技术。

(2) 例外情形

FIRRMA 中专门对投资基金类型(investment fund)的交易做出了特别的澄清,对于外国投资人作为基金的有限合伙人(limited partner),或作为基金的咨询委员会(advisory board)成员的,若满足一定条件,将不被视作“受辖交易”,这些条件包括:基金仅由普通合伙人(general partner)或管理股东(managing member)进行管理、该普通合伙人或管理股东非外国投资人、外国投资人所在的咨询委员会对基金的投资决定、普通合伙人或管理股东的决策等均无控制权或批准权、外国投资人没有通过任何其他权限达到控制该基金的目的等。

3. 权利变化

此外,如果交易将导致(1)投资美国企业的外国主体对该企业的权利产生变化(change in rights),并且(2)该权利变化会导致外国主体控制美国企业,或其结果符合上述第二条的“其它投资”,则 CFIUS 将有权审查该交易。

4. 规避性交易

最后,CFIUS 有权审查任何为了规避 CFIUS 审查而进行的交易行为。

(二) 新增审查考量因素

FINSA 除了确立 CFIUS 的审查范围外,还规定了一系列其审查过程中需要考量的因素,其中包括被审查交易对美国国防需求的影响;交易与恐怖组织之间的可能联系;以及交易对美国的关键基础设施、技术或原材料的影响等。在此基础

之上,FIRRMA 新增了一系列 CFIUS 可考虑的额外因素,包括:

(1) 交易涉及的其他国家是否为“特别关注国家”(country of special concern),即是指某些带有战略性目标来获取关键技术或基础设施的国家;

(2) 外国政府或个人对于某一类关键设施、能源资产、原料或科技的累积控制是否已可能影响美国国家安全;

(3) 进行交易的外国主体是否有遵守美国法律法规的历史;

(4) 外国主体对美国实业或商贸活动的控制是否会影响美国的国家安全能力,包括其对人力资源、产品、技术、原材料及其它供给或服务的影响;

(5) 交易是否有可暴露美国公民的个人信息、基因信息或其它敏感信息;

(6) 交易是否会危害美国的网络安全状况。

值得注意的是,FIRRMA 的众议院立法报告提到“特别关注国家”时,特意列举了中国、俄罗斯、伊朗以及委内瑞拉。

(三) 新增制裁措施

除了扩大其审查范围,FIRRMA 还授权 CFIUS 采取一系列新的制裁举措。依据原来 FINSA 的规定,如果 CFIUS 在审查结束后认为被审查交易可能对美国国家安全产生威胁,则 CFIUS 有权与交易方协商,或施加缓解协议或措施(mitigation agreements/conditions)。除此以外,只有总统才有权在听取 CFIUS 报告后,直接下令中止或否决交易。与此相对,FIRRMA 将赋予 CFIUS 更大的执行权力。具体而言,包括以下新的制裁举措:

(1) 就已经完成的交易，CFIUS 可在审查期结束之前对交易施加任何过渡性质的缓解协议/条件；

(2) 就任何拟定的或正在进行中的、可能影响美国国家安全的交易，CFIUS 可在审查期内直接搁置该交易；

(3) 如果交易方自动放弃交易，CFIUS 可对交易方施加缓解条件以确保放弃的实施（CFIUS 须定期审查缓解协议）。

此外，FIRRMA 还要求 CFIUS 建立主动识别未向其申报的交易行为是否为“受辖交易”的程序。总而言之，FIRRMA 通过之后，CFIUS 的地位将由一个总统下属的审查委员会向一具有独立行动能力的政府审批机构靠拢，其职权将得到大幅提升，独立展开调查与采取干预性行动的能力也将大大加强。

三、申报与审查程序的变动

除了上述一系列的更严格、覆盖面更广的审查举措外，FIRRMA 也引入了一系列的审查程序改革，包括增加“声明书”制度，并强制性要求外国政府投资递交“声明书”。此外，FIRRMA 将额外要求商务部撰写中国在美直接投资报告。

（一）新增简化申报程序——“声明书”

在 FINSA 现有规定下，交易方需自愿向 CFIUS 提交完整的书面通知，才能取得反馈。该书面通知需详细地介绍交易细节、涉交易的美国实体与美国政府的交易往来、外国交易方的背景细节等。这种申报方式相对复杂且可能增加交易的成本。对此，FIRRMA 为符合条件的交易提供了一种新的、更简化的递交“声明书”（Declaration）制度。在该制度之下，交易方可主动向 CFIUS 提交一份内容简短、仅需包含交易的基本信息、长度不超过 5 页的“声明书”来进行申报。收到“声明书”后 CFIUS 须在 30 天内提供

以下反馈：

(1) 要求交易方提供完整书面通知来启动正式的审查程序；

(2) 告知交易方，根据“声明书”的信息，CFIUS 无法作出决定。交易方此时可以选择提交完整的书面通知为 CFIUS 提供足够的信息以作出决定；

(3) CFIUS 可单方面针对该交易启动审查；或

(4) 批准该交易。

递交“声明书”制度不同于当前的“通知前咨询”制度（Pre-Notice Consultation），“声明书”可以为交易方提供指导性意见，而“通知前咨询”不能。其作用仅为帮助 CFIUS 了解该交易，以便于在正式上报时，交易方可以提前得知需要补充的材料，其本身并非正式申报程序。

“声明书”制度为不确定自己的交易行为是否会触发美国国家安全审查的交易方提供了一种更稳妥经济的申报方法。此外，该制度的引入将使交易仅可能与美国国家安全产生微弱或局部联系的交易方更愿意主动进行申报。

（二）特定交易的强制性申报要求

尽管如此，递交“声明书”制度的引入并不完全是为了便利申报人。当前，CFIUS 审查一般由交易方主动提起而没有强制性的申报要求。然而，根据 FIRRMA 的规定，如果（1）交易方有外国政府背景，且（2）交易将使其对拥有“关键设施”、“关键技术”、“敏感数据”的美国企业取得“实质性权益”（substantial interest），则交易方必须向 CFIUS 提交上述“声明书”进行申报。“实质性权益”将由 CFIUS 在未来发布法规予以规定。

此外，FIRRMA 还授权 CFIUS 进一步制定法

规，将其认为须强制申报的任意种类的“受辖交易”纳入强制性申报的范围内。若相关交易没有按照规定申报，交易方可能会受到民事处罚（具体处罚细则目前还不明确）。

尽管如此，CFIUS 可以免除符合条件的外国主体或投资基金该强制要求。例如，如果 CFIUS 判定外国主体没有受到外国政府指使并该主体有配合审查的历史，或投资基金没有赋予外国主体控制权等。

（三） 其他程序性修改

FIRRMA 还对其他审查的程序进行了修改，包括审查的时间、允许 CFIUS 收取上报费用、限制对 CFIUS 判决上诉的管辖权：

（1） 审查时间：根据 FINSA，整个审查程序为最长 90 天，其中审查期（Review）为 30 天，调查期（Investigation）为 45 天，调查期结束后，总统将在 15 天内做出决定。FIRRMA 下，整个审查程序延长为最长 120 天。其中，CFIUS 审查期从原来的 30 天延长至 45 天。调查期维持原来的 45 天不变，但如有特殊情况可在 45 天的基础上继续延长 15 天。总统作出最终决定的期限保持不变；

（2） 审查费用：此前，CFIUS 不对上报进行收费。而在 FIRRMA 之下，CFIUS 可以对递交的书面通知收取最高为交易价值 1% 或 30 万美元的费用（以较低为准）；

（3） 管辖权：对 CFIUS 判决结果的上诉只能在哥伦比亚特区联邦巡回上诉法院提起。

（四） 中国投资报告

FIRRMA 额外要求美国商务部长每两年向国会和 CFIUS 提交中国在美直接投资（Foreign Direct Investment）报告。该报告需要对中国直接投资就以下层面做分类整理：

（1） 总直接投资金额，并就最终收益人

进行分类；

（2） 依据交易的价值之大小进行分类；

（3） 依据两位数的北美行业分类系统（NAICS）进行分类；

（4） 就投资为设立企业还是收购企业进行分类；

（5） 就投资为中国政府还是非政府行为进行分类，并对上述两种投资的大小、行业、类型分类；

（6） 罗列出中国政府通过政府投资收购的美国公司名单；

（7） 中国公司的美国关联公司的数量、其雇员数量、和上市的美关联公司的市值。

同时，FIRRMA 明确要求，该报告需结合《中国制造 2025》进行全面分析，以明确中国在美投资的趋势是否与其目标吻合。为此，报告还需要对中国在美投资与所有外国在美投资进行对比分析。

该报告显然是为了加强 CFIUS 对中国在美投资的监管力度。特朗普政府、FIRRMA 提出者 Robert Pittenger，美国商会等都曾表示对《中国制造 2025》担忧³。尽管如此，FIRRMA 没有明确地在 CFIUS 申报、审查程序上对中国投资加以额外限制。

四、FIRRMA 起效日

³ White House Statements and Releases, *Statement by the President Regarding Trade with China*, June 15, 2018, available at <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-regarding-trade-china/>;
Robert Pittenger, *FOREIGN INVESTMENT RISK REVIEW MODERNIZATION ACT (FIRRMA)*, H.R. 4311 REP. ROBERT PITTENGER, Nov. 7, 2017, available at https://pittenger.house.gov/uploadedfiles/firma_backgrounder_-_as_filed.pdf;
U.S. Chamber of Commerce, *Made in China 2025: Global Ambitions Built on Local Protections*, available at https://www.uschamber.com/sites/default/files/final_made_in_china_2025_report_full.pdf.

FIRRMA 的大部分条款在签署后立即生效。对于扩大“受辖交易”范围的条款,包括涉及“房地产投资”和涉及“关键设施”、“关键技术”或“敏感信息”的“其他投资”的相关规定,以及新增的“声明书”程序(包括政府投资的强制性“声明书”)等则会在 FIRRMA 签署后的 18 个月或 CFIUS 主席依据 FIRRMA 发布具体法规之后的 30 天后生效(以较早为准)。

在 FIRRMA 生效后的约一年半内,CFIUS 有权在相应的最终法规出台前暂行一个或多个试点计划(pilot programs),以执行一些 FIRRMA 签署后未立即生效的条款。这些试点计划经“联邦公报”(Federal Register)公布 30 日后即可开始实施。

五、对中国在美投资影响及对中国投资人的建议

中国对美投资近期虽然因为各种因素有所下降,但作为全球第二经济大国,中国在美国的投资仍然处于初级阶段,未来的发展空间和商业机会将继续吸引日益活跃的中国资本和实业。

尽管 FIRRMA 下扩大了 CFIUS 审查的范围与权限,但主要仍集中在一些敏感行业、技术与地域,对于绿地投资、被动型投资、或是不涉及敏感行业、关键技术或敏感数据的普通行业,例如传统制造业、生物医药、或在地域上没有敏感性的地产行业,FIRRMA 中并没有作出可能对该些领域的投资产生重大不利影响的变动。此外,对于大部分外国投资人而言,新设的“声明书”申报程序将极大地减轻交易方申报的负担与成本。

尽管 FIRRMA 已正式签署通过,但部分条款仍在等待 18 个月后的最终生效日,或是最终法规的出台。在此之前,CFIUS 就该些条款执行的任何试点计划也均有可能对正在酝酿或进行中的交易产生影响。在此立法新旧交替的背景下,拟赴美投资的中国投资人更应密切关注相关政策与法规动态,并积极咨询专业团队,了解立法变化对自身交易的潜在影响,尽早对交易结构与策略进行统筹与规划,这将对确保交易的顺利进行至关重要。

杜江 合伙人 电话: 1-212 7038703 邮箱地址: duj@junhe.com

刘义婧 律师 电话: 1-646 2059966 邮箱地址: liuyijing@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息,敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。



