

## 中国公司赴美投资中的美国国家安全审查问题

美国外国投资委员会（Committee on Foreign Investment in the United States, 以下简称“CFIUS”）是美国审查外国投资的一道大门，审查关注交易是否可能对国家安全造成威胁。近年来，随着中国对美直接投资的井喷式增长，受CFIUS审查的涉及中国的交易也逐渐增多。据CFIUS 2012年和2013年报告显示，中国已经连续两年成为受辖交易数量最大的申报国。其实，大多数交易因不涉及国家安全并不受CFIUS管辖，绝大多数受辖交易也顺利通过审查，如双汇收购Smithfield，联想收购IBM个人电脑业务，万向收购锂电池制造商A123大部分资产等，另一些交易则因安全原因由交易方主动撤回或由总统驳回。赴美投资者应对CFIUS有基本了解，以应对可能的CFIUS审查。

本文将首先以时间为线索对CFIUS的成立、发展及相关法律法规进行简要概述，并着重介绍CFIUS审查范围，其次回顾一些中国投资者参与的重要案件，并在文章结尾提出针对性建议。

### 一、历史沿革

CFIUS是一个跨部门的联邦政府委员会，由九个政府机构组成，包括财政部、国务院、国防部、国土安全部、商务部、能源部、司法部、以及两个白宫办公室（美国贸易代表谈判处、科学与技术政策办公室），其中财政部为委员会主席。

另有五个办公室在必要时参与CFIUS审查：美国行政管理和预算局、经济顾问委员会、国家安全委员会、国家经济委员会、国土安全委员会。此外国家情报总监和劳工部部长也会视情况依职权参与相关调查，但不享有投票权。

### 1. 1975年总统行政令——CFIUS成立

CFIUS并非由国会立法产生。审查外国投资的权利最早由国会通过《1950年国防生产法》（Defense Production Act of 1950）第721节赋予总统直接行使。1975年，由于国会担忧石油输出国组织（OPEC）在美的大量政治性投资，福特总统因此发布行政令设立CFIUS，委托其对外国投资进行监管和分析。在最初阶段，CFIUS并不具有其今日举手投足间就可产生的实际影响。例如，在1975年至1980年间，CFIUS各机构间仅开会十次，并且不能对审查应关注政治方面还是经济方面达成共识。

### 2. 1988年《埃克森—弗罗里奥修正案》——CFIUS重大变革

上世纪80年代，美国普遍担忧外资在美并购可能带来的安全问题，特别是日本企业来美收购数量的增多。为此，美国国会通过了《埃克森—弗罗里奥修正案》（Exon-Florio Amendment to the Defense Production Act）。法案在维持开放的投资政策下加强了总统审查外国投资的权力，即总统

可因国家安全原因禁止或暂停一项交易。同时，国会强调审查应尽力确保经济性投资行为不纳入政治考量。该法修订了《1950 年国防生产法》，并通过里根总统令由 CFIUS 代为审查并向总统提出是否阻止交易的建议。由此，CFIUS 转变为一个具有实际权力的部门——对交易进行实质审查并为总统最终决定提供建议。

### 3. 2007 年外国投资与国家安全法——扩大 CFIUS 审查范围

但自 1988 年以来，CFIUS 的审查方式依然存在很大不透明性。在 2006 年迪拜港口并购案中，因布什政府做出批准交易的决定，美国民众和国会对 CFIUS 的审查标准和方式产生质疑。加之 9/11 事件后美国对与国家安全相关议题的敏感度提升，国会因此再一次敦促对 CFIUS 的改革，《2007 年外国投资与国家安全法》（Foreign Investment and National Security Act 2007,以下简称“FINS A”）应运而生。FINS A 修改了《1950 年国防生产法》并替代了很多《埃克森—弗罗里奥修正案》的条款。FINS A 的出台扩大了 CFIUS 的管辖范围，即扩大了国家安全概念，并加强了国会的监督职能。自那以后，CFIUS 在每一年度结束后都将依照相关年度的审查情况向总统和国会报告，并向大众公布。

## 二、CFIUS 机构简介

### 1. 审查范围

CFIUS 的职权与审查范围随着美国社会外部环境与需求的变化而不断发展。在 40 年的实践中，CFIUS 积累了大量的经验，对审查内容及标准有了更为清晰的理解。这些理解通过不断修正的法案和与法案配套的相关法规所体现。到目前为止，CFIUS 审查范围的规定主要依据 FINS A、财政部据 FINS A 颁布的《外国人兼并、收购和接管规定》（以下简称“2008 年最终规定”）、以及

总统发布的行政令。

CFIUS 对受辖交易（Covered Transaction）是否对国家安全造成威胁进行审查。有关审查对象，根据 FINS A 定义，“受辖交易”指能使得外国人控制美国企业的任何交易，且此笔交易在 1988 年 8 月 23 号之后被提出或待定。其中“外国人”、“控制”、“美国企业”、“交易”等词分别以定义或举例的方式在 FINS A 及 2008 最终规定中列明。除此以外，FINS A 及 2008 最终规定还对 CFIUS 的审查内容做出了解释，包括对“国家安全”的最新阐明，对“基础设施”、“基础技术”等词汇进行解释等，并罗列了在审查过程中的一些参考因素，以下分别进行概述。

#### (1) 审查对象

CFIUS 并非对所有交易进行审查，仅审查“受辖交易”。“受辖交易”指能使得外国人控制美国企业的任何交易。

“控制（control）”是整个法案和规定中的核心定义。然而此定义并未在 FINS A 中做出，而由 CFIUS 在 2008 最终规定中阐明。在 2008 最终规定中，“控制”被认为是对重大事务有“确定、下达、做出、达成或促成决策”的能力。条款虽没有明确界定或设立最低标准，但列举了包括所有权比例、投票权、董事人数等在内的一些考量因素。条款还列举了 CFIUS 对一些情况的判定，供投资者参考，例如，外国投资者虽然仅购买美国企业 9% 的股权，但如果对高管的免除享有否决权，则应视为取得了控制权。

“外国人（foreign person）”则指任何外国国民、外国政府或任何外国实体；或者任何受控于或可受控于外国国民、外国政府或外国实体的实体（即，美国子公司或美国“控股”公司）。“外国实体”是指主要经营场所在美国之外，或其股票主要在一个或多个外国交易所进行交易的、依

据外国法律成立的任何分支机构、合伙、集团或集团下属单位、协会、遗产、信托、公司或公司分部、组织。

在这一点上，CFIUS 一直强调对外国国有企业和国有资本的审查。审查考量因素包括：国家所有权和控制权、公司和军方的联系、商业风险及国家间谍活动的风险、国家融资或国有分支机构、未经授权的技术转移或技术扩张和在“敏感”国家的活动和投资。因此，国有企业更易受到关注。

另外，根据 FINSA 规定，一家在美国成立的公司依然有可能被认为是“外国”投资者，如果该美国公司的直接或间接的“控制权”掌握在外国个人、外国政府或外国机构手中。因此，通过中间层的子公司来进行投资以达到规避或通过审查的目的，并不能对 CFIUS 的审查标准和范围造成实质影响。

此外，被收购的“美国企业（US business）”应包括企业单位或具备持续经营要素的单位（例如设施、雇员、客户清单、知识产权），包括外国母公司在美国的分支机构；如果美国公司是以其全部业务或部分业务出资时，合资企业也可能受到审核。但绿地投资（Greenfield Investment，指跨国公司等投资主体在东道国境内依照东道国的法律设置、部分或全部资产所有权归外国投资者所有的投资方式）不在审核的范围内。

## (2) 审查内容

CFIUS 主要对受辖交易是否可能对美国国家安全造成威胁进行审查。FINSA 阐明，“国家安全”应被解释为与“国土安全”有关的人和事项，包括“关键性基础设施”。

“关键性基础设施”指对美国极为重要、实质或虚拟的系统或资产，而该系统或资产的故障

或破坏将会对国家安全造成破坏性影响。

但是这一定义太过空泛，几乎可以包涵大多数行业。为了解决这个问题，CFIUS 又补充说明其并不关注相关行业的所有并购案件，只考虑“特定”的交易。由于 CFIUS 采用的是“一案一议”的审查方式，一笔并购被界定为“关键性基础设施”后将在多大程度上影响 CFIUS 对后续类似交易的裁定，是不确定的。

另外 FINSA 要求 CFIUS 在审查过程中考虑以下 13 个因素：

- (1) 对国防所需的国内产品的潜在影响；
- (2) 对满足国防需要的国内产能的潜在影响，包括对人力资源、产品、技术、材料及其他服务的适用性的影响；
- (3) 外国人对美国国内产业和商业设施的控制对美国满足其国家安全的能力的潜在影响；
- (4) 交易涉及向支持恐怖活动、导弹技术及生化武器扩散国家转让军事物资设备或技术的潜在影响，以及美国国防部认为交易可能给美国利益施加区域性的军事威胁；
- (5) 对美国在国家安全技术领域保持国际领先地位的影响；
- (6) 对美国关键基础设施产生的与国家安全相关的影响；
- (7) 关于美国关键基础设施（包括主要能源资产）的潜在影响；
- (8) 对美国关键技术的潜在影响；
- (9) 对美国能源、关键资源和原材料长期需求的潜在影响；
- (10) 对军事应用技术的输送和扩散的潜在影

响；

- (11) 交易是否导致美国企业被国外政府或代表国外政府的实体所控制；
- (12) 相关外国政府对防扩散控制机制的遵守情况及与美国进行“反恐”合作的纪录；
- (13) 总统和 CFIUS 认为合适的其他因素。

其中，第 6 至第 13 项是 FINSA 新增的，大幅度增加了 CFIUS 需要考虑的国家安全因素。

## 2. 审查程序

根据 FINSA，审查程序可以由总统或 CFIUS 成员启动，也可由交易任意一方向 CFIUS 提交书面通知主动申请开始。交易方可自愿申报交易，但若未主动申报，依然可能会受到 CFIUS 审查。

整个审查程序可分为审查（Review）、调查（Investigation）和总统裁决（Action by the President）三个阶段。其中审查期限为 30 天，如果 CFIUS 在审查过程中认为该交易不会对美国国家安全构成威胁，则 CFIUS 将通知相关方不予调查，程序结束。但若出现下列三种情况之一，交易需要进入为期 45 天的调查期：一是交易确实威胁到美国国家安全，二是交易由外国政府控制，三是外国人拟通过交易控制美国关键基础设施并且此控制会威胁美国国家安全。调查结束后，CFIUS 或与交易双方协商有效的缓解措施，或提请总统中止或否决交易。如各成员机构对该交易的看法无法达成一致，CFIUS 主席将会在向总统的报告中详细阐述各种不同的意见，请总统裁决。总统须在 15 天内作出最终决定。当且仅当有可靠证据证明交易可能会对美国国家安全造成影响，并且现行其他法律不能为国家安全提供有效保护的情况下，总统才能暂停或否决此交易。

另外，FINSA 允许交易方在审查和调查期间

主动撤回申报，则相应程序终止。

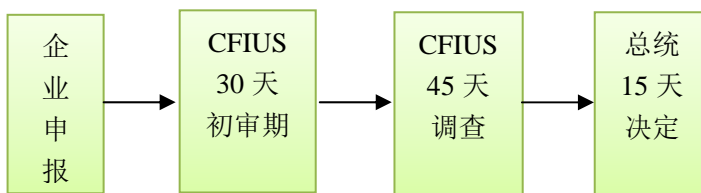


图 CFIUS 审查过程

值得注意的是，FINSA 允许 CFIUS 对某些已审查的交易进行重新审查，前提是交易双方并未提供有关交易的重要信息或提供带有误导性的信息，或故意重大违反缓解协议。

## 三、 中国企业在美并购案例分析

中国企业对 CFIUS 的认识因投资量的增加而逐渐增长。2000 年以前，中国对美投资很少且主要集中在国有企业。2007 年以来，中国赴美投资增量迅猛。在与 CFIUS 打交道的过程中，中国投资者积累了宝贵的经验，因篇幅所限，本文仅对中国投资者参与的受辖交易列举两例，以供借鉴。

### 1. 交易被否决——三一集团 Butter Creek 项目收购案

罗尔斯（RALLS）公司在美国特拉华州注册成立，其所有者为三一集团的两位高管，是三一集团的关联公司。2012 年 3 月，罗尔斯公司从希腊电网公司 Tema 手中收购了美国俄勒冈州 Butter Creek 风电项目（由四个美国企业组成）。然而，交易中四个风电项目的位置与美国海军的空中禁区和轰炸区部分重叠。其中三个风电场距离空中禁区不到七英里，而名为 Lower Ridge 的风电场就在空中禁区以内。并购交易完成后，奥巴马发布总统令暂停该交易，称三一集团的并购项目威胁美国国家安全，要求三一集团立即停工，

立即移走涉案风电场内的全部设备，并禁止三一集团未经 CFIUS 批准转让该项目。CFIUS 的命令使三一集团遭受了巨大的损失。

值得注意的是，在交易交割前，三一公司并未向 CFIUS 进行申报，但已经获得了包括并网协议、购电协议、环评、美国联邦航空管理局颁发的“无潜在危险”证等所有合法手续。并且，此前希腊公司投资这个项目时，并未受到审查，但在三一集团接手后，CFIUS 认为交易涉及安全问题。此外，在总统令颁布前 CFIUS 也未能告知禁止交易的理由。这一过程后来被美国哥伦比亚特区联邦上诉法院认定违反宪法正当程序原则（Due Process）。

这是自 2000 年来，美国总统否决的唯一一起交易。在 1989 年我国航空技术进出口公司收购美国西雅图 MAMCO 公司案中，布什总统命令中国公司强制性剥离收购资产。仅有的两起否决交易都与中国相关，并不就能证明 CFIUS 审查存在“国别歧视”，但是与“中国”相关的投资确实会受到更多关注。

## 2. 交易通过审查——中海油收购尼克森

2013 年，中海油以 151 亿美元收购尼克森，并获得 CFIUS 的批准。尼克森是一家石油公司，基地位于加拿大，但在墨西哥湾拥有重要的采矿权和生产批准。然而，对尼克森的收购并非中海油第一次意图购买具有美国资产的能源公司。

2005 年，中海油计划欲以最高报价 185 亿美元购买美国能源生产商优尼科，但在华盛顿遭遇了强硬的政治反对立场，甚至还未到 CFIUS 审查这一环节，就不得不撤回了购买要约。究其原因，很大程度上是因为未利用公关和舆论。而当时中海油的竞争对手雪佛龙公司则利用其政治资源和当时的舆论，进行了巧妙地游说活动，对于民众和议员的公关工作做得很到位。雪佛龙公司拥有

在政界的代言人，保持着与国会和白宫的良好沟通，并大力渲染此次并购可能对美国国家安全带来的威胁，导致美国大多数国会议员要求对这起中国企业并购美国上市公司的交易案进行阻止。

在 2013 年的收购中，中海油吸取之前的经验，在交易初期就积极游说美国和加拿大的监管机构，采取各种措施以取得政客的支持，甚至在宣布交易前就成功安抚了监管机构。在尼克森招标期间，中海油在签约之前通过非正式的渠道与 CFIUS 沟通，解释了拟议交易，以及在交易获批后中海油计划如何处置位于美国的资产。中海油的提前通知使 CFIUS 在媒体炒作前就得以熟悉该交易，从而不受到任何外在压力；与此相反，当年优尼科拟议交易中，CFIUS 是在报纸刊登了批评报道后才第一次知晓交易。

最终，中海油收到了 CFIUS 的批准，但是被禁止“运营”墨西哥湾的油田。协议允许中海油拥有这些资产，能够在高层面监督运营，并从这些不动产中获取收益，但是却不能控制这些设施的日常经营。中海油收购尼克森的案例，充分证明了在交易可能涉及国家安全时积极主动申报的重要性。

## 四、对欲来美国并购的中国企业的建议

### 1. 自愿提前通报 CFIUS

须再次强调的是，并非所有交易都需要申报，仅当交易可能对美国国家安全造成威胁时才会受到审查。因此，交易方应首先同相关专业人士进行咨询，如果交易不涉及前述威胁，则无需申报。若对交易是否需要申报把握不准，交易方可以在申报前与 CFIUS 进行非正式磋商，这一前期沟通由实践中衍生出来。申报前的沟通对 CFIUS 和交易方来说无疑都是有益的。一方面，交易方可以明确交易是否涉及国家安全，且不会对拟议交易带来负面影响。另一方面，CFIUS 也可以不受正



式程序的时间限制，全面了解交易细节。

## 2. 妥善选择并购目标，降低敏感性

中国赴美投资的“关键性基础设施行业”主要集中在电信业、能源业、制造业与金融业，其中电信业和能源业受到的影响最大。中国的部分电信设备制造商对美收购屡次受挫，已经具有一定的政治敏感性。在未来的收购中需要明确公司的治理结构，谨慎选择并购目标，强调投资的商业目的，与CFIUS密切合作，将可能涉及国家安全的技术或资产从并购目标中分离出来。

## 3. 尽早主动提出缓解协议

缓解协议是在某些情况下，CFIUS成员和交易方协商谈判移除并购方商业计划中有可能损害到国家安全的部分，以换取CFIUS对项目批准的协议。缓解协议通常在正式的30天审查程序中进行，但有时甚至可能在正式审查程序开始之前进行。由于CFIUS近年来增加了缓解协议以及附条件的批准的使用，中国投资者最好在审查程序开始之前，针对可能受到CFIUS关注的问题，主动提出缓解方案。

## 4. 做好公关、舆论工作

公关在并购美国公司的过程中尤为重要，但经常被中国投资者忽略。舆论对交易产生的影响在美国尤为突出。中海油收购尼克森、联想收购IBM的成功等，都与中国公司前期与专业公关团队的合作密不可分。中国企业要学会利用美国公关公司、律所、投资银行等中介机构，和美国政府机构、媒体、公众进行有效沟通，降低潜在的

审查风险。

## 5. 提早聘请专业团队

在项目前期就聘用经验丰富的律师、公关顾问团队等，能够帮助交易各方预测潜在的CFIUS风险，搭建合适的交易结构，从而减小不利结果带来的风险，将潜在的CFIUS审查影响最小化。专业的顾问能积极主动地与CFIUS沟通从而推动审查进程尽快完成，最大化客户的利益。在并购交易中，专业律师能够根据法律规定调整优化交易结构，减小被CFIUS审查的可能性。

## 五、结语

中国的投资定会持续受到美国政府的关注，但投资者不应就此失去信心。不论在联邦层面或是地方层面，美国对外国（包括中国）投资都是欢迎的。自2011年起，奥巴马政府集23个联邦政府部门之力启动“选择美国（Select USA）”项目，全面推广并吸引外国投资，这是美国立国两百余年来第一次在联邦政府层面设立招商引资项目，参与项目的联邦政府机构就包括从事投资审查的部门。很多州也正在针对中国投资者开展路演以及在中国新设立办公室等吸引投资的活动。尽管受到金融危机的影响，奥巴马政府仍坚定地反对利用国家安全审查作为对本国贸易保护的工具体，其他官员也曾反复强调美国欢迎来自中国的投资。可以看出，美国还是非常欢迎来自中国的投资的。

郝勇 合伙人 电话：1-646 797 5704 邮箱地址：haoy@junhe.com

杜江 合伙人 电话：1-212 703 8702 邮箱地址：duj@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”

