

CFIUS 立法改革综述

2018 年 8 月 13 日

美国总统特朗普于 8 月 13 日签署了《2019 财年国防授权法》，该法包括《外国投资风险审查现代化法》（Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 简称“FIRRMA”）和《出口管制改革法》（Export Control Reform Act, 简称“ECRA”）。在任何外来收购和任何跨境高科技合作中，都需要考虑这些法律。FIRRMA 显著扩大了美国外国投资委员会（CFIUS）的管辖范围和权力。CFIUS 是美国对外国投资进行国家安全审查的跨部门委员会。ECRA 为出口管理条例提供了永久的法定依据，并可加强出口管制，包括对武器禁运国家的出口和“新兴和基本技术”的出口。以下为我们总结的本次立法的要点。

该法的某些条款将在法案颁布后立即生效，但最重要的实质性条款（例如，扩大涵盖交易类别和强制性备案要求）则不会立即生效。相关机构可能需要几个月的时间才能最终确定实施条例。然而，在条例颁布之前，行政部门有权通过试点项目，实施部分或全部条款。

《外商投资风险评估现代化法》（FIRRMA）

一、背景

FIRRMA 于 2017 年 11 月 8 日同时向参议院和众议院提出。最引人注目的是，最初的立法在提出后得到了大幅修改，删除了一些条款。这些条款是关于扩大美国外国投资委员会（CFIUS）管辖范围，以将美国公司在美国本土外进行某些技术转让纳入其管辖范围的条款。虽然国会批准的版本删除了许多先前草案中明确提及中国的内容，但措辞仍反映出国会对中国投资的担忧。¹我们期望这些担忧将在 FIRRMA 和 ECRA 随后的实施条例中得到进一步解决。

在本备忘录结尾，我们附上了实施 FIRRMA 的预期步骤和时间表的摘要。

二、关键变化

尽管本文中讨论的 FIRRMA 的大多数条款将在颁布后立即生效，但某些条款，包括关于 CFIUS 管辖范围扩大的规定、声明以及 CFIUS 意见和受理申报的时间框架，将在晚些时候生效。下面我们将讨论 FIRRMA 的主要条款。²我们注意到，某些规定的实际效果仍不明确；然而，即将出台的实施条例可能会细化和澄清这些关键变化。

¹ 《国防授权法》（National Defense Authorization Act）的部分内容明确针对所谓的中国威胁。然而，FIRRMA 通过不那么明确的方式来应对中国；例如，未定义的“特别关注的国家”推荐的国家安全因素，扩大了房地产交易管辖范围，对某些类别的“其他投资”定义为“外国人”，中国投资的政府报告要求等。

² 第 1728(b)(1)(A)条规定，不能立即生效的条款应“于(i)本法颁布之日起 18 个月之日起生效”；或(ii)美国外国投资委员会主席在联邦登记册上公布其决定后 30 天内的日期，即有关管理新规定所需的条例、组织结构、人员和其他资源已就位。然而，该法授权 CFIUS 通过一个或多个试点项目立即生效的任何条款，在该项目的范围和程序在联邦登记册上公布后不少于 30 天内开始实施。除非美国外国投资委员会将试点项目延长至不超过 180 天的一次性期限，否则此类试点项目将在一年后终止。

A. 扩大国家安全的考量因素

1950年《国防生产法》（于2007年经《外国投资和国家安全法》修订）（“DPA”）第721章规定了CFIUS在进行国家安全分析时可能考虑的各种因素。FIRRMA修改了一些当前因素，并增加了新的因素。这些因素集中在对CFIUS越来越重要的关键主题上，比如保护敏感技术、保护美国国防供应链、保护敏感个人信息和网络安全。³这些都是FIRRMA中反复出现的主题。

B. 扩大CFIUS的管辖范围

CFIUS有权审查“涵盖交易”（covered transactions，触发CFIUS管辖权的原因）。“涵盖交易”当前定义为任何由外国人士或与外国人士进行的交易，该交易可能导致外国人士控制美国业务。⁴FIRRMA通过多种方式扩大了“涵盖交易”的定义，从而扩大了CFIUS的管辖范围：

- 美国企业的定义。现行法规将美国企业定义为在美国从事州际贸易的实体，但仅限于其在州际贸易方面的活动。FIRRMA重新定义了美国业务，但不包括后者。相反，它将“美国企业”定义为在美国从事州际贸易的任何人。目前尚不清楚美国国会为何偏离监管定义，也不清楚这是否表明美国国会有意扩大CFIUS对其能审查的交易的某些方面的管辖权（可能包括被收购企业的非美国资产）。
- 房地产交易。FIRRMA扩大了CFIUS的管辖范围，不论交易是否涉及美国业务，其将某些美国房地产交易纳入“涵盖交易”的定义中。对于CFIUS对这些交易的管辖权，FIRRMA也不包含任何利益或控制的门槛。CFIUS将有权审查位于美国的私人或公共房地产的外国人士在购买、租赁或特许权，并且：
 - 该房地产位于或将作为机场或海运港口的一部分；或
 - 毗邻美国军事设施或美国政府的其他设施或财产，这些房地产（i）具有国家安全敏感性；（ii）具有可合理向外国人提供收集有关该设施、场地或资产的活动情报的能力；或（iii）可能使这种设施、场地和资产的国家安全活动面临外国监视的风险。
- 此条款还受到CFIUS根据未来监管规定的其他标准的约束；不过，CFIUS可能不会扩大已涵盖的房地产类别。FIRRMA将单元住宅和城市化地区排除在“涵盖交易”的定义之外。更重要的是，FIRRMA指示CFIUS将CFIUS对房地产交易的管辖权适用于某些类别的外国人，如下文C部分所述。该条款颁布后不会立即生效，从而使CFIUS得以制定必要的实施条例。
- 对美国敏感企业的“其他投资”。根据FIRRMA，除非在独立的美国敏感业务中有豁免，CFIUS有权审查外国投资的任何“其他投资”（即使它没有上升到控制级别）。

³ 第1702章增加的CFIUS在其国家安全分析中可能考虑的新因素如下：

- 所涉及的交易是否涉及一个特别关注的国家，该国家有明确或公开的战略目标，即获得一种影响美国在国家安全相关领域的领导地位的关键技术或关键基础设施；
- 外国人对涉及任何一种关键基础设施、能源资产、关键材料或关键技术的近期交易的持续控制或交易模式可能产生的潜在的国家安全相关影响；
- 参与涵盖交易的外国人是否有遵守美国法律法规的历史记录；
- 对美国满足国家安全要求的能力的影响；
- 承保交易可能直接或间接暴露的美国公民的个人身份信息、遗传信息或其他敏感数据，使外国政府或外国人利用该信息威胁国家安全；和
- 该交易是否可能会在美国加剧或造成任何新的网络安全漏洞，或者可能导致外国政府获得从事针对美国的恶意网络活动(包括旨在影响联邦办公室任何选举结果的活动)的新能力。

⁴ 参考 31 C.F.R. §800.207

“美国敏感企业”不是该法中使用的术语，但我们在这里为了方便使用它，特指美国企业：

- 拥有、经营、制造、供应或服务关键基础设施；⁵
- 生产、设计、测试、制造、编造或开发一项或多项关键技术；⁶或
- 维护或收集可能以威胁国家安全的方式被利用的美国公民的敏感个人数据。

然而，只有外国人士有以下情况，“其他投资”才属于 CFIUS 的管辖范围：

- 获取掌握敏感美国业务的任何重大非公开技术信息⁷（重大非公开信息不包括有关业务绩效的财务信息）；
- 敏感美国企业的董事会或同等机构的成员资格或观察员权利，或提名该个人的权利；或
- 除了通过表决权股份外，任何参与敏感美国企业的实质性决策。

该条款在颁布后并不会立即生效。

FIRRMA 进一步说明，尽管有关于董事会权利的规定，但投资基金资讯委员会或委员会的有限合伙人参与，不应视为“其他投资”，只要：⁸

- 该基金由普通合伙人（或同等资格）独家管理；
- 普通合伙人（或同等资格）并非外籍人士；
- 咨询委员会或委员会不得批准，不批准或以其他方式控制与本基金投资实体相关的投资决定或普通合伙人（或同等资格）的决策；⁹
- 放弃潜在利益冲突、放弃分配限制，或根据投资基金管理协议的类似活动不构成“控制”。

除了在本章中讨论的关键变化外，FIRRMA 明确表示，如果外国人士对其投资的美国企业的权利发生任何变化，导致 1) 对美国企业的控制权或 2) 构成“其他投资”，即为“涵盖交易”。¹⁰

⁵ 尽管 FIRRMA 并未修改“关键基础设施”的定义，但新法要求 CFIUS 将这一条款的适用范围限制在可能对国家安全至关重要的关键基础设施上。

⁶ FIRRMA 将“新兴和基础技术”增加到关键技术的定义中。这些技术将通过 2018 年《出口管制改革法》建立的新机构间程序加以确定。CFIUS 也可能向跨部门委员会推荐技术。

⁷ 第 1703(a)(4)(D)(ii) 条中的定义为“(i)就关键基础设施的设计、位置或操作提供公共领域无法获得的知识、技术诀窍或理解”的信息；或(ii)不在公共领域内，是设计、制造、开发、测试、生产或制造关键技术(包括工艺、技术或方法)所必需的。”

⁸ FIRRMA 包含一项条款，明确允许 CFIUS 要求在提交通知时提交合伙协议、集成协议或其他附属协议。

⁹ 根据投资基金管理协议，对潜在利益冲突给予豁免、放弃分配限制或类似行为不构成“控制”。

¹⁰ 此项规定适用于“其他投资”，在立法后不会立即生效。

C. 豁免进入新房地产的某些类别投资者以及“涵盖交易”的“其他投资”类别

FIRRMA 指示 CFIUS，将“涵盖交易”的房地产和“其他投资”类别的适用范围缩小至某一外国人士的子类别。该标准“应考虑到外国人与外国或外国政府的联系，以及这种联系是否可能影响美国的国家安全。”

先前版本中，拟议中的立法允许 CFIUS 创建一个豁免国家的名单，在扩大的“涵盖交易”定义中，境内投资不在豁免国家之列。新措辞（“此类标准应考虑到外国人士如何与外国或外国政府联系”）似乎暗示，豁免可能是针对投资者的特定类别（例如，来自北约盟国的私人实体），而不是针对整个国家。

这项豁免只适用于扩大的房地产和“其他投资”类别的“涵盖交易”。对于导致外国控制美国企业的交易，任何投资者都不享有豁免。

D. 加速和强制申报

FIRRMA 为简短的通知创立了一个简化程序，称为“申报”。这些“申报”可能会加快获得 CFIUS 批准交易程序。此类“申报”将包含一般不超过 5 页的有关事务的基本信息。收到申报后，CFIUS 将有 30 天的时间采取行动，包括要求正式通知、启动单边审查或完成有关交易的所有审查。虽然大多数申报都是自愿的，但在某些情况下有些申报是强制性的。

对于外国人士直接或间接获得敏感美国企业“实质利益”的交易（或外国政府直接或间接拥有“实质利益”），当事人将被要求提交申报。虽然“实质利益”的定义有待于法规中加以界定；然而，该法明确规定，“实质利益”不包括（1）投资占美国企业投票权益的 10%，以及（2）不属于“其他投资”范畴的投资。

如果外国投资者证明交易不是由外国政府主导，且外国投资者有与 CFIUS 有合作的历史，CFIUS 可能会放弃强制申报要求。该法没有具体说明外国政府具有实质利益的外国人士将如何证明其投资不是由外国政府指导的，也没有具体说明证明一次或每笔交易需要多长时间。

FIRRMA 单独豁免符合上述“其他投资”豁免标准的投资基金的强制性申报要求。¹¹

该法将授权 CFIUS 在涉及一项或多项关键技术的敏感美国企业中识别其他类型的“涵盖交易”，且这些关键技术将受到强制申报。

我们预计，CFIUS 将在即将出台的实施条例中处理上述问题。

E. 其他程序事项

- **时限。** FIRRMA 增加了 CFIUS 程序的法定期限。初步审查期由 30 天增加至 45 天，而 45 天调查期不变。这一改变在颁布后立即生效，初审期限延期是否会导致更多的案件清算还有待观察。在特殊情况下，调查可以延长 15 天，即共 60 天。该法还规定了新要求，即如果当事人规定管辖权，CFIUS 要么在收到通知后 10 个工作日内对草案或正式通知提出意见，要么在 10 个工作日内接受正式备案。这项规定在颁布后并不立即生效。由于 CFIUS 的案件数量不断增加、过去几年里预先提交文件和接受申请的时间有所增加，这一条款可能会为正式审查前的过程带来更多的可预测性和一致性。
- **费用。** 目前没有与 CFIUS 审查相关的申请费，但根据 FIRRMA，CFIUS 可能会收取交易价值的 1% 或 30 万美元（根据通货膨胀进行调整）的申报费用（以较低者为准）。尽管此项授权在法颁布后立即生效，但 CFIUS 尚未表明征收此类费用的时间表。FIRRMA 还指示 CFIUS 在接受正式备案之前，就确定 CFIUS 审查优先顺序的费用的可行性和可行性进行研究。

¹¹ 该基金完全由普通合伙人(或同等资格)管理；普通合伙人(或同等资格)不是外国人士；且每一位作为基金咨询委员会或委员会有限合伙人的外国人士，都必须满足关于与基金投资实体相关的投资决策或普通合伙人(或同等资格)的决策的控制标准。

《出口管制法》（ECRA 法）和《反抵制法》（ANTI-BOYCOTT ACT）

一、出口管制改革法

《国防授权法》（The National Defense Authorization Act）涉及美国《出口管制法》（ECRA）的几个方面。特别是 ECRA：（1）为出口管理条例（“EAR”）提供了永久的法定权力，（2）要求对武器禁运国家（如中国）的许可要求进行审查，（3）创建机制以识别和控制“新兴和基础”技术，（4）退出先前提出的与中兴通讯公司（“中兴通讯”）达成和解协议的限制，以及（5）修改违规处罚金额。尽管有这些变化，ECRA 并没有实质性地增加或减少出口管制。

A. 美国出口管制的法定依据

ECRA 废除了大部分《出口管理法》（the Export Administration Act，简称“EAA”），取而代之的是一个新的出口管制立法机构。EAA 按其条款已于 2001 年到期。但自 2001 年以来，总统每年都根据《国际经济紧急状态权力法》（the International Economic Emergency Powers Act，简称“IEEPA”）的授权，宣布进入紧急状态，维持 EAR 有效。ECRA 为 EAR 下的授权、规则、条例、决定和许可提供了永久的法定基础。

B. 审查受武器禁运限制国家的许可证要求

ECRA 要求商务部、国防部、能源部和国务院的部长审查对中国和其他受美国全面武器禁运或联合国武器禁运限制的国家的出口。值得注意的是，审查不仅限于对军用终端和军用终端用户的项目的限制，还包括商业控制清单上的许多项目（即不属于“EAR99”的项目），这些项目目前不受中国和其他国家受武器禁运国的许可要求。与美国国会和特朗普政府对中国贸易和投资行为（例如，在美国贸易代表办公室[第 301 条调查](#)中）表达的担忧一致，我们预计，这些审查将产生更多基于终端用户和终端使用的控制。该法第 1759（b）章规定，该等审查的结果须在制定 ECRA 后 270 天内实施，而这可能会导致更严格的管制。

C. 新兴和基础技术的评估

如上所述，关于 CFIUS，ECRA 建立了一个定期的跨部门程序来识别“新兴和基础技术”；这些技术被广泛定义为（a）对美国国家安全至关重要，及（b）根据第 1703（a）（6）条未被识别为“关键技术”。跨部门程序视情况会涉及商务部、国防部、能源部的部长，国务卿和其他联邦机构负责人。此外，ECRA 指示各部门考虑要新兴和基础技术在国外的发展，出口管制可能对美国的新兴和基础技术的发展造成的产生影响，以及控制防止新兴和基础技术扩散到国外的出口管制的有效性。这些机构将通过公开可获得的信息、机密信息、与外国投资委员会审查和调查相关的信息，以及来自美国商务部工业和安全局（Bureau of Industry and Security）设立的咨询委员会的信息得到通知。新兴技术技术咨询委员会（Emerging Technology Technical Advisory Committee）向美国商务部（Department of Commerce）提供潜在新兴技术方面的建议。该委员会的任务广泛，可以预测“未来 5 至 10 年可能对国家安全、美国国防工业基地以及美国经济整体健康和竞争力产生的影响”。

尽管 ECRA 没有列出或定义新兴和基础技术，但值得注意的是，特朗普政府关于《中国制造 2025》以及人工智能、机器人、航空航天和 5G 技术等前沿领域竞争的声明。似乎有理由推断这些领域将受到跨部门程序的注意。重要的是，在跨部门程序确定新兴或基础技术的情况下，ECRA 指示商务部至少要对遭受美国禁运，包括武器禁运的国家（例如，中国）的项目提出许可要求。跨部门程序受制于相关通知和评议期，因此有关各方将有机会在执行新的条例和要求之前提供反馈。

美国商务部、国防部和国务院已经对为美国提供了重要的军事或情报优势的软件和技术等项目进行了临时分类（OY521 分类）。部门间根据 ECRA 建立的流程正式确定了这一程序，（即，它不局限于提供重要军事或情报优势的项目）。

D. 中兴通讯协议

与 ECRA 的早期草案不同，ECRA 的最终版本不会干扰美国和中兴之间达成的协议。禁令将中兴通讯置于商务部的否认人名单中和禁止涉及《美国出口管制规则》（例如，含有超过美国原产地的最低含量或从中出口）的与中兴通讯有关的项目主题的交易。但是，由于与中兴通讯的协议保持不变，这种与中兴通讯的交易限制并不适用。

根据第 889 条规定的一项例外，联邦机构不得使用或购买任何中兴通讯或华为科技公司（“华为”）（以及某些部门的其他实体）生产的电信设备、系统或服务作为实质性的或任何系统的基本组件，或作为任何系统一部分的关键技术。同样，联邦机构不得与将此类设备、系统或服务作为任何系统的重要组成部分或作为任何系统的重要技术组成部分的实体签订、延长或续签合同。如上所述，这些规定仅限于联邦政府机构，不影响与中兴或华为的交易。

E. “美国人”（U.S. Person）的定义

ECRA 的最终版本不再改变“美国人”的定义，这在某种程度上这可能会对外国人在美国的业务产生重大影响。此定义非常重要，因为它会对何时出现“出口”，并且可能需要获得许可证的情况产生影响。第 1742（13）节编纂了现有的方法，即“美国人的定义”包括了根据美国法律，各州或地区法律及哥伦比亚特区法律所成立的法人。“ECRA 的早期草案增加了一种情况是美国自然人拥有至少 50% 的法律实体的，该法律实体也可被视为“美国人”。因此，“外国人”在美国设立的分支机构仍然是“美国人”。

F. 对违反出口管制行为的处罚的编纂

ECRA 并未实质性地改变对违反美国出口管制的民事和刑事处罚。即违规行为可能会导致：

- 民事处罚为 30 万美元或两倍于所涉交易价值、一般剥夺出口特权，以及吊销先前发给的许可证；及
- 故意违规的刑事处罚可能导致最高 100 万美元的罚款和最高 20 年的监禁。此外，被定罪的罪犯可能会被没收用于其实施违反出口管制的财产、由此产生的收益以及其非法出口的产品或技术。

《反抵制法》（Anti-Boycott Act）

《反抵制法》为美国现行的反抵制法规提供了永久的法定权力。法规一般禁止美国人采取或同意采取行动，以遵守或支持其他国家抵制美国友好的国家的行为。

FIRRMA 的实施步骤和时间表

实施时限

2018 年 8 月 13 日，特朗普总统签署了 2019 财政年度的《国防授权法》，其中包括《外商投资风险评估现代化法》（FIRRMA）和《出口管制改革法》（ECRA）。

法的某些条款将在法颁布后立即生效，但最重要的实质性条款（例如，扩大涵盖交易的类别和强制性备案要求）则不会立即生效。有关机构可能需要几个月的时间才能最终确定实施规定。但行政部门有权通过试点计划，在法规出台之前实施部分或全部的法规。

这些条款的生效日期将据下列要求确定：

- 本规定将于本法颁布 18 个月后 (a) 之初生效；(b) 在联邦登记册公布美国外国投资委员会主席的决定后 30 天内，该委员会主席认为管理法律的规章、组织结构、人员和其他要求已经到位。
- 早些时候生效的规定 (a) 后的 18 个月内制定的行为或 (b) 出版后 30 天在联邦注册的外国投资委员会主席的决心法规、组织结构、人事管理法律和其他要求。
- 然而，CFIUS 可在 30 天通知后，通过一个或多个试点项目实施任意条款。我们不确定特朗普政府计划通过试点项目实施任意条款，但行政部门可能会迅速实施这样的计划。
- CFIUS 将颁布试行条例。根据法律，该条例必须开放征集公众意见至少 30 天。
- FIRRMA 颁布 180 天后，CFIUS 必须向国会报告其实施计划。

我们预计，美国政府已经在起草拟议中的法规。然而，可能需要几个月的时间才能颁布条例草案。然而，如上所述，行政部门可能会通过试点项目尽早实施该法的某些条款。

2007 年《外国投资和国家安全法》实施时间表

为便于比较，这是 2007 年 CFIUS 一次立法改革的实施时间框架：

- 法案的签署： 2007 年 7 月 26 日
- 生效日期： 2007 年 10 月 24 日
- 试行条例制定通知： 2008 年 4 月 23 日
- 征求公众意见截止日期： 2008 年 6 月 9 日
- 新法规的生效日期： 2008 年 12 月 22 日

Sidley Austin LLP provides this information as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship. Readers should not act upon this information without seeking advice from professional advisers. In addition, this information was not intended or written to be used, and cannot be used, by any person for the purpose of avoiding any U.S. federal, state or local tax penalties that may be imposed on such person.

Attorney Advertising —Sidley Austin LLP, One South Dearborn, Chicago, IL 60603. +1 312 853 7000. Sidley and Sidley Austin refer to Sidley Austin LLP and affiliated partnerships, as explained at www.sidley.com/disclaimer.