



哥伦比亚外国直接投资观点
哥伦比亚大学维尔可持续国际投资中心
有关可持续国际投资的外国直接投资热门话题的观点

2009年1月7日 第二号

主编: Karl P. Sauvart (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

编辑: Lisa Sachs (LSachs1@law.columbia.edu)

经修订的有关外国在美国直接投资的国家安全审查程序

Mark E. Plotkin 和 David N. Fagan*

2008年12月22日,规定美国政府对外国并购美国企业进行国家安全审查程序的新规则生效。这是修改和加强美国外国投资委员会(CFIUS)¹审查的漫长努力的最后一步。

CFIUS 实施所谓“艾克森-弗劳里奥法案”,该法案赋予美国总统以审查可能导致外国控制在美国从事州际商务的美国机构或实体的并购和接管的权利(而绿地投资则不受 CFIUS 审查)。对于可能损害美国国家安全而该风险又不能得以减轻或者根据总统判断、无法根据其它美国法律得以解决的并购,总统可以暂停或禁止这样的外国投资——该决定不受任何司法审查。

艾克森-弗劳里奥法案本身和作为其执行机构的 CFIUS,在 2006 年迪拜环球港务集团并购彻底失败后遭受政治攻击。美国国会部分人士寻求急剧收紧外国在美投资的法律制度。幸运的,通过国会一些主要成员、行政部门及商界的领导,争论转向通过以下原则改进审查机制——在维持美国对外资开放的同时而又保护国家安全。最终的结果即 2007 年外国投资和国家安全法案,该法案周到地增强了艾克森-弗劳里奥法案和 CFIUS 程序。目前财政部协同其他 CFIUS 机构已经发布实施法案的最终规则。

经修订的 CFIUS 程序保留了现有正式的审查并购时间框架,为外国投资者和美方提供了有关确定性的极为重要的尺度。CFIUS 审查(及必要时总统采取行动)的时间框架可概述如下:

*Mark E. Plotkin 是美国科文顿·柏灵律师事务所(Covington & Burling LLP)合伙人,联系电话是+1-202-662-6000;电子邮箱是 mplotkin@cov.com; David N. Fagan 是美国科文顿·柏灵律师事务所的律师,联系电话是+1-202-662-6000,电子邮箱是 dfagan@cov.com。

¹除了担任 CFIUS 主席的财政部之外,该委员会由其它八个具有表决权的机构(商务部、国防部、国土安全部、司法部、国务院、能源部、美国贸易代表和白宫科技办公室)、两个永久无表决权的机构(国家情报总监和劳工部)及另外若干个作为观察员的行政部门办公室(有时也参与 CFIUS 审查)组成。

- CFIUS 在收到国外收购者和美国企业联合递交的自愿审查申请后，开始执行 30 天的初审。绝大多数 CFIUS 案例在 30 天初审后结束。
- 对于认为需要 30 天初审后加审的交易，法案授权 CFIUS 执行最多 45 天的额外调查。
- 如果 CFIUS 在 45 天调查期结束的时候没能全体一致地解决对美国国家安全的威胁，CFIUS 将向总统提交一份正式报告。而总统有 15 天时间发布他对此案的决定。（极少有交易进入需要总统决定的阶段。）
- CFIUS 目前需要就其审查向国会汇报，但仅在审查结束后才递交报告。国会并不具有正式的事先涉入的作用。

对于国外投资者和美方当事人而言，还存在若干关于 CFIUS 在修订的法案和规则下的权限和管辖需要注意的其它方面。首先，为了确定管辖的目的，CFIUS 制度继续对被外国“控制”的定义采取广泛灵活的标准。

其次，适用的法律和法规没有精确地定义何为“国家安全”。因而 CFIUS 的国家安全评估保持按照个体情况来决定。即使受外国政府控制的投资者的出现-- 法律假定对于此类控制应当增强审查的力度 -- 也并不一定产生国家安全风险；CFIUS 在确定造成何种（如果存在）国家安全风险时，仍然要考察有关处于审议中特定并购的所有事实和情形。

第三，虽然 CFIUS 有权利自行开始并购审查，但 CFIUS 审查从本质上说仍保持为自愿的程序，使得并购各方能够对何时及是否将“受监管的交易”（即涉及外国人投资的并购）告知 CFIUS 做出判断。

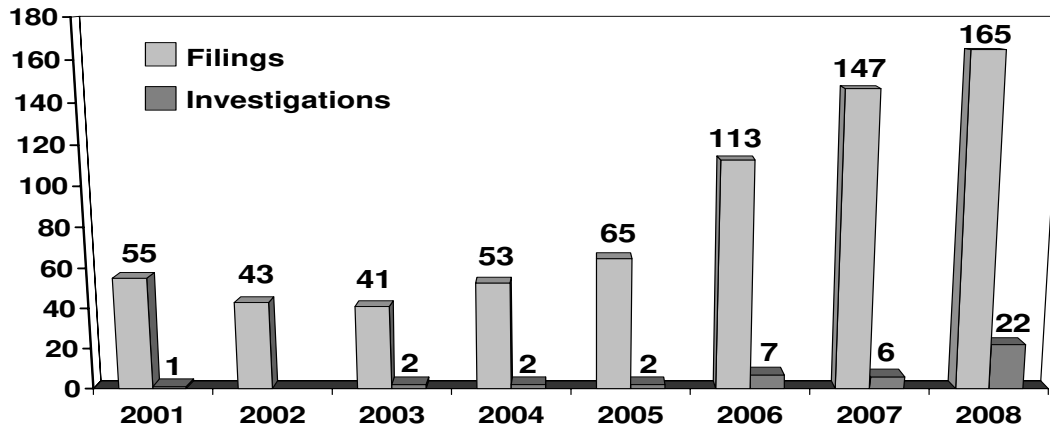
第四，尽管 CFIUS 经修订的法律权限在实践中提供了更加思虑周详的审议过程，在特定情况下可导致审查力度的提高，从而产生更多的调查，对 CFIUS 而言，这也使其从并购方得获取作为批准条件的正式的（并且是潜在的高成本的）减缓风险承诺的门槛可能更高了。

修订的 CFIUS 制度的这些特点共同赋予 CFIUS 灵活性以审查可能产生真实的（或被察觉到的）国家安全风险的交易并合理解决这些风险，同时也没有践踏美国促进外国投资的总体上政策。此外它们也能让交易方自行决定是否将得到 CFIUS 批准作为对受监管的并购的完成条件。因而，尽管向 CFIUS 提出申报的并购数量在近几年稳步上升（如下表所示），但 CFIUS 很可能仍然将只审查外国在美国商业领域投资的一小部分，一般估计少于 10%。此外，即使立案和调查增加，绝大部分 CFIUS 审查仍然保持在最初 30 天的期间内完成。

值得注意的是，并购方应该谨慎判断何时及是否将交易通知 CFIUS，并请求其在结束交易前批准。CFIUS 的确在监控并购活动，并且对于并购参与方而言，自愿向 CFIUS 申报一项交易与在宣布交易后被 CFIUS 正式来电询问相比永远更为可取。此外，尽管只有相对很少的受监管并购具有潜在的国家安全问题，总统和 CFIUS 有权力在交易交割后解约。相反，CFIUS 的审查和批准为交易提供了一种安全港的形式，此等交易仅在非常有限及特殊情形下能被重

审。因而，建议并购参与方在参与受监管并购前评估涉及外国投资的潜在交易的 CFIUS 相关可能情形，并决定进行 CFIUS 审查是否可取。

表 1. CFIUS 立案和调查数量，2001-2008



来源：美国财政部

最后，经修订的 CFIUS 制度很大程度上保护了现行的实践和时间框架；为交易各方提供了某种更高的透明度；建立了 CFIUS 内部之间及 CFIUS 对美国国会更高的责任度；并且强化了对 CFIUS 审查体系的政治信任及尊重。有鉴于在迪拜环球港务之后政治进程开始的困难之处，这是积极的结果，并且通过确保 CFIUS 审查程序较高的透明度和稳定性而使外国投资者和美国参与方均得以受益。

本文中的资料如果附加以下信息可以被重印——“Mark E. Plotkin和David N. Fagan，经修订的有关外国在美国直接投资的国家安全审查程序，哥伦比亚外国直接投资热门话题观点第 2 系列，2009 年 1 月 7 日。重印经哥伦比亚大学维尔国际可持续投资中心同意 (www.vcc.columbia.edu)。”

请将副本通过vcc@law.columbia.edu发送给哥伦比亚维尔国际可持续投资中心。

本文作者所表述的观点并不一定反映哥伦比亚大学或其合作伙伴或支持者的意见。

哥伦比亚大学维尔可持续国际投资中心 (VCC)：由Karl P. Sauvant博士领导的哥伦比亚大学维尔可持续国际投资中心 (VCC) 是由美国哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究机构。该中心寻求成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC致力于分析和讲授对外直接投资的公共政策和国际投资法的含义。