



漢坤律師事務所

# 汉坤法律评述

融贯中西 · 务实创新

2018年10月16日

## FIRRMA 未到，试点先行——简评美国财政部外国投资审查试点规定

周成曜 | 王鑫 | 王煜珩 | 王子豪

2018年10月10日，美国财政部（U.S. Department of the Treasury）投资安全办公室（Office of Investment Security）发布了针对审查涉及外国人士和关键技术的若干交易的试点规定（Pilot Program to Review Certain Transactions Involving Foreign Persons and Critical Technologies，“试点规定”）。根据该试点规定，美国外国投资委员会（the Committee on Foreign Investment in the United States，即“CFIUS”）可于《外国投资风险审查现代化法案》（the Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018，即“FIRRMA”）全面生效前实施未生效条款中的部分内容。该试点规定将于2018年11月10日起生效，但其仅为临时性规则，将在全面实施 FIRRMA 的最终规则正式生效前终止，最晚不会超过 FIRRMA 发布后的第 570 天（即 2020 年 3 月 5 日）。

### 一、 试点规定出台背景

2018年8月13日，美国总统特朗普签署了 FIRRMA 使之正式成为法律。FIRRMA 大幅度扩大了 CFIUS 对外国投资审查的权限范围，同时也对 CFIUS 对外国投资的审查程序进行了改革。关于我们对 FIRRMA 的分析和评述详见《汉坤境外投资/ODI 视点六：FIRRMA 法案扩大 CFIUS 权限——雷霆监管下中国对美投资是否还能成功落地？》<sup>1</sup>。

FIRRMA 第 1727(b)款规定，除第 1727(a)款内容（主要包括审查期和调查期的延长、将旨在规避 CFIUS 管辖的交易或安排纳入管辖范围、对未申报的管辖交易的识别、与盟友和伙伴监管机构信息共享机制等）以外，FIRRMA 其他规定均应当于以下较早之日起生效：(i) FIRRMA 被通过成为法律之后满 18 个月（即 2020 年 2 月 13 日）；或(ii) CFIUS 发布关于实施 FIRRMA 的全部必要配套规则、机构、人事以及其他资源已经就位的联邦公告之后满 30 日。因此，FIRRMA 大部分对于外国投资审查的实质性规则尚未实际生效，上述期限也是为 CFIUS 全面实施 FIRRMA 而设置的过渡期。

美国财政部投资安全办公室认为对美国特定行业企业的投资（尤其是部分外国投资人通过投资影响或获得关键技术的行为）在近年来已经越来越威胁到美国国家安全，因此 CFIUS 在过渡期内

<sup>1</sup> 文章链接：<https://www.hankunlaw.com/downloadfile/newsAndInsights/93efe53040d9e79e2c4496e80a5dbcfe.pdf>

有必要采取措施来应对该等威胁，并且 CFIUS 也认为在过渡期内适当执行试点计划有利于其积累实施 FIRRMA 的经验。因此，根据 FIRRMA 的授权，美国财政部投资安全办公室发布了该试点规定。

## 二、 试点规定主要内容

试点规定作为实施 FIRRMA 部分内容的试点规则，除明确规定提前实施 FIRRMA 部分内容以外，还对 FIRRMA 部分规定从实操层面进行了丰富和细化。试点规定主要涉及 FIRRMA 中两部分的内容：一是将 CFIUS 审查范围拓展至涉及“关键技术”（critical technologies）的非控制性投资，即 FIRRMA 中所称的“其他投资”（other investment）；二是针对试点规定所涉及的审查范围内的交易适用“强制声明”（mandatory declaration）程序。

### （一） 扩大 CFIUS 审查范围

FIRRMA 将 CFIUS 审查范围从原先的仅限于导致外国投资者控制美国公司和业务的交易拓展至某些不会导致美国公司被外国投资者控制的“其他投资”，主要包括：拥有、运营、生产或提供“关键基础设施”（critical infrastructure）或为该等设施提供服务；生产、设计、测试或开发“关键技术”（critical technologies）；维护和收集美国公民敏感个人数据（且该数据可能被滥用而导致威胁美国国家安全）。此次试点规定的内容仅包括涉及上述关键技术其他投资。

根据试点规定，CFIUS 有权审查的交易范围（pilot program covered transaction，“试点计划管辖交易”）包括<sup>2</sup>：

1. 外国投资人对于生产、设计、测试、制造和开发特定行业（pilot program industry，“试点计划行业”）所使用关键技术的非关联美国业务（即外国投资人未直接持有该美国业务超过 50% 的投票权且无权任命董事会或类似机构超过一半的成员）（pilot program U.S. business，“试点计划美国业务”）的直接或间接非控制性投资，且该投资能够使该外国投资人获得下列权利之一：①能够获取试点计划美国业务拥有的重大非公开技术信息（material nonpublic technical information）；②在试点计划美国业务的董事会或类似机构中拥有席位或担任观察员，或拥有相关提名权；或③通过非投票权的方式参与试点计划美国业务的涉及关键技术的使用、开发、获取或公布的实质性决策。本第（1）项中的投资称为“试点计划管辖投资”（pilot program covered investment）；
2. 外国投资人可能取得试点计划美国业务控制权的投资（包括通过合资公司方式开展的投资）。这意味着，对于一项控制性投资而言，如果外国投资人所投资的美国业务涉及试点计划行业所使用的关键技术，那么此类控制性投资将适用试点规定的申报和审查规则，而在此范围之外的其他控制性投资将继续适用试点规定发布前的 CFIUS 其他相关法规。

试点计划行业包括飞机、飞机发动机、电子计算机、制导导弹、航天器、核电、石油化工、纳米技术、生物技术、半导体、蓄电池等 27 个行业（完整清单请见附件）。此外，还值得关注的是，美国能源部于 2018 年 10 月 11 日发布了《美国与中国民用核合作政策框架》，收紧了核

<sup>2</sup> 试点规定第 801.209、801.210、801.213 条。

领域向中国的出口和转让许可政策，据其所称是为了防止中国将美国民用核技术非法用于军事和其他非授权目的。该政策框架规定，特定种类的核技术及核设备的出口将推定为不授予许可，而任何向中国广核集团及其关联公司进行的涉及任何核技术、核设备、核材料的出口和转让都将被推定为不授予许可。

“重大非公开技术信息”的定义沿用了 FIRRMA 定义中的相关部分，即指设计、制造、开发、测试、生产关键技术所必需且不为公众知悉的信息，包括程序、技术或方法，但不包括企业运营表现的财务信息<sup>3</sup>。

“关键技术”的定义亦与 FIRRMA 保持一致，包括<sup>4</sup>：

1. 国际武器贸易条例（International Traffic in Arms Regulations, ITAR）中的美国军需清单（United States Munitions List）内包含的国防物品或国防服务；
2. 出口管制条例（Export Administration Regulations, EAR）中的贸易管制清单（Commerce Control List）内包含的并且属于以下情形之一的物品：①根据多边制度受到管制，包括由于国家安全、生化武器扩散、核不扩散或导弹技术等相关原因；②由于地区稳定或监听等原因受到管制；
3. 联邦法规（涉及协助外国原子能活动）中特别指定的核设备、零件、组成部分、材料、软件和技术；
4. 联邦法规（涉及核设备和材料进出口）中的核设施、设备和材料；
5. 联邦法规中特定制剂和毒素；
6. 《2018 年出口管制改革法案》第 1758 节中确定的新兴与基础技术（emerging and foundational technologies）。

根据试点规定，以下几类交易均属于试点计划管辖交易的范围<sup>5</sup>：

1. 符合试点计划管辖投资定义的交易，不论投资所获得投票权的比例大小。例如，如果外国企业 A 所投资的美国公司 B 属于试点计划美国业务，A 在投资后将获得 B 的 4% 股权，A 有权向董事会委派观察员或者 B 许可第三人使用关键技术需取得 A 的批准，那么该投资属于试点计划管辖投资，进而也属于试点计划管辖交易；
2. 即使 CFIUS 已经完成对某一试点计划管辖投资的审查（不论依据声明程序或书面通知程序），但如果同一投资人就同一目标公司的后续新增投资属于试点计划管辖交易的范围，则需要提交 CFIUS 审查。例如，CFIUS 已完成外国企业 A 对属于试点计划美国业务的美国企业 B 的投资审查，A 投资后将获得 B 的 4% 股权，并拥有董事会观察员的权利。一年后，A 计划增持 5% 股权（即投资完成后将总计持有 B 的 9% 股权），同时，A 还将额外获得接触和获取 B 所拥有的重大非公开技术信息的权利。由于新增投资满足了试点计划管辖投资的条件，因此属于试点计划管辖交易；

---

<sup>3</sup> 试点规定第 801.208 条。

<sup>4</sup> 试点规定第 801.204 条。

<sup>5</sup> 试点规定第 801.302 条。

3. 即使某一交易中涉及的关键技术是在 2018 年 11 月 10 日之后才成为《2018 年出口管制改革法案》第 1758 节项下的受管制技术，但只要该交易符合试点计划管辖交易的定义，则属于试点计划管辖交易（除非是属于 2018 年 11 月 10 日前已完成所有权转移的交易，或者交易各方已于 2018 年 10 月 11 日前签署有约束力的协议或列明交易实质条款的协议的交易）；
4. 任何可能导致外国投资人控制试点计划美国业务的交易。

从另一方面来说，根据“试点计划管辖交易”的定义，以下类型的交易不属于试点规定的管辖范围<sup>6</sup>：

1. 虽然外国投资人所投资的美国目标公司生产试点计划行业中使用的技术，但美国目标公司不生产、设计、测试、制造、开发任何关键技术。例如，外国企业 A 计划投资在试点计划行业内开展业务的美国企业 B，A 投资后将获得 B 的 4% 股权，A 还有权向 B 的董事会委派观察员，但是 B 并不生产、设计、测试、制造、开发任何关键技术，在不存在其他相关事实的前提下，该等投资不属于试点计划管辖交易；
2. 虽然外国投资人所投资美国企业属于试点计划美国业务，但该投资不会赋予外国投资人试点计划管辖投资定义中描述的任何权利或控制能力；
3. 虽然外国投资人取得对某一美国公司的控制，但该美国公司不属于试点计划美国业务。

## (二) 强制声明

在 FIRRMA 颁布前，CFIUS 对外国投资的审查一直适用自愿申报制度，FIRRMA 创新性地引入了“声明”（declaration）和“强制声明”（mandatory declaration）的程序。针对试点计划管辖交易，试点规定将开始实施 FIRRMA 中尚未生效的声明制度（但该声明制度并不适用于试点计划管辖交易以外的其他交易）。“声明”是一种对于此前的正式“书面通知”（written notice）的更为简短的替代性程序，相比正式书面通知程序，根据声明程序提交的材料更为简短，需要提供说明和解释的信息也更少，一般不超过 5 页。

根据试点规定，试点计划管辖交易的各参与方应当共同向 CFIUS 提交声明，除非各参与方选择向 CFIUS 提交正式书面通知作为替代。如果缺少任何一个交易方，导致 CFIUS 认为在此基础上不足以对交易进行评估审查的，CFIUS 可以选择要求各交易方提交正式书面通知<sup>7</sup>。提交正式书面通知后，在未经允许的情况下不得再就同一交易或实质上相同的交易提交声明<sup>8</sup>。

如果交易在 2018 年 11 月 10 日至 2018 年 12 月 25 日之间完成所有权转移，则交易各方应当在 2018 年 11 月 10 日或完成所有权转移后立即提交声明或书面通知；如果交易在 2018 年 12 月 25 日之后完成所有权转移，则各方应当在完成前 45 天提交声明或书面通知<sup>9</sup>。

在 CFIUS 对交易进行审查期间，在交易计划、事实和情况或者应 CFIUS 要求提交的后续

---

<sup>6</sup> 试点规定第 801.303 条。

<sup>7</sup> 试点规定第 801.403(b)条。

<sup>8</sup> 试点规定第 801.401(a)(b)条。

<sup>9</sup> 试点规定第 801.401(c)条。

信息发生任何重大变化时，提交声明人应当及时告知 CFIUS，并且该等信息也将成为声明内容的一部分<sup>10</sup>。

任何未根据上述要求提交声明或书面通知的交易方都将可能面临民事罚款，最高可达到拟进行的试点计划管辖交易的总金额<sup>11</sup>。

在提交声明后，交易各方可在 CFIUS 采取行动前书面请求撤回已提交的声明，但需要说明原因以及该交易是否已经完全、永久地终止和放弃<sup>12</sup>。

CFIUS 需在收到声明后的 30 天内采取行动，包括：①要求各方提交正式的书面通知；②通知交易方其无法根据声明完成审查，交易方可选择提交正式书面通知以取得 CFIUS 完成全部审查的确认；③单方面启动审查；或④通知交易各方其已完成有关交易的所有审查<sup>13</sup>。

需要特别注意的是，CFIUS 对试点计划管辖交易根据声明程序完成审查后，并不会当然地豁免其后针对同一目标公司的新增投资<sup>14</sup>。这也就意味着，即使一项控制类投资的试点计划管辖交易已经依据声明程序完成审查并获得 CFIUS 放行，但其后的新增投资依然视为一项新的投资，进而应当重新根据法规判断是否需要进行任何申报以及需进行何种申报。

### (三) 试点规定的例外

试点规定不适用于下列交易<sup>15</sup>：

1. 2018 年 11 月 10 日前已完成所有权转移的交易；
2. 在 2018 年 10 月 11 日前，交易各方已签署有约束力的协议或列明交易实质条款的协议的交易；
3. 在 2018 年 10 月 11 日前，交易一方已向试点计划美国业务的股东发出公开要约；
4. 在 2018 年 10 月 11 日前，股东已就某一试点计划美国业务的董事会选举进行委托投票征集或已要求就有投票权的可转换证券予以转换。

试点规定还延续和重申了 FIRRMA 中关于投资基金属于管辖例外的相关内容。如果外国人通过美国投资基金间接投资试点计划美国业务，且该外国投资人作为美国投资基金的有限合伙人或咨询委员会的成员，在满足以下条件的情况下，外国投资人的该等投资不视为试点计划管辖交易<sup>16</sup>：

1. 该基金仅由一位美国的普通合伙人、管理人或同等职位的人进行管理；
2. 该等外国投资人不是基金的普通合伙人、管理人或同等职位；
3. 咨询委员会不具有批准、否定或通过其他方式控制基金的投资决定、普通合伙人或管

---

<sup>10</sup> 试点规定第 801.402(d)条。

<sup>11</sup> 试点规定第 801.409 条。

<sup>12</sup> 试点规定第 801.406(c)条。

<sup>13</sup> 试点规定第 801.407 条。

<sup>14</sup> 试点规定第 801.401(d)条。

<sup>15</sup> 试点规定第 801.103(b)条。

<sup>16</sup> 试点规定第 801.304 条。

理人或同等机构就该基金所投实体有关的决策的权力；

4. 该等外国投资人也不能有其他可以控制基金的权力，包括：①批准、否定或通过其他方式控制基金投资决定；②批准、否定或通过其他方式控制普通合伙人/管理人或同等职位的人所做的与该基金所投实体有关的决定；或③单方解雇、阻止解雇、挑选普通合伙人、管理人或同等职位的人，或决定其薪酬；
5. 该等外国投资人不因其在咨询委员会的任职而能够取得重大的非公开技术信息；且
6. 该项投资符合其他关于“其他投资”的要求。

### 三、 试点规定对中国赴美投资的影响及相关建议

虽然美国财政部表明试点规定适用于所有外国投资人，并不针对特定国家，但同时也表示其会与美国盟友和伙伴一起加强投资审查程序。从 FIRRMA 透露出的立法考量和倾向以及过往实践经验来看，相比来自美国传统盟国的投资人，中国企业对美投资可能会更加受到 CFIUS 的特别关注和审查。

根据我们对可公开查询到的 2017 年 1 月至 2018 年 7 月底经过 CFIUS 审查的已放行、已终止、待批准和审查状况不明的中国对美投资项目<sup>17</sup>所属行业的理解和初步统计，在获得 CFIUS 批准的 20 起交易中，涉及试点计划行业的约有 9 起，被否决的 15 起交易中涉及试点计划行业的约有 8 起，仍在审查中的 6 起交易中涉及试点计划行业的约有 3 起，因缺乏足够公开信息无法归类的 9 起交易中涉及试点计划行业的约有 2 起。总体来看，50 起交易中约有 22 起交易可能涉及试点计划行业，占比接近 50%，因此，试点计划行业总体上属于中国赴美投资的热门行业。

此外，我们理解，由于试点计划行业的特性，其涉及关键技术的可能性较大，如果中国企业在这些行业内的投资能够使其获得重大非公开技术信息、在董事会或类似机构中拥有席位或担任观察员、或享有其他一些实质性决策权力，则该等投资将会不可避免地落入试点计划管辖交易的范畴，从而必须履行声明或书面通知义务。

因此，中国企业在赴美投资时应当谨慎选择、研究目标公司所属行业，尽早聘请专业顾问对目标公司是否涉及关键技术提前进行了解，并对是否会触发 CFIUS 强制声明程序进行分析和判断。如果一旦构成试点计划管辖交易，则应当尽早做好申报准备，并及时履行申报义务，避免面临高额罚款。同时，投资人在要求董事或观察员席位、对公司重大决策和活动的否决权及接触重大非公开技术信息等权利时，应当综合考虑和权衡商业目的的实现和 CFIUS 申报义务及获批难度。此外，如同我们一直所提示和建议的那样，中国投资人需要谨慎考虑与 CFIUS 审批相关的反向分手费（reverse termination fee）、交割截止日（long stop date）、终止合同的权利等条款，以及慎重承诺为取得 CFIUS 批准而需要付出的努力标准。

### 四、 小结

试点规定虽然只是 FIRRMA 正式实施前的过渡期内的试点计划，但我们可以从 CFIUS 在试点规定实施过程中体现出的具体审查态度和倾向来观察和预测 FIRRMA 未来正式全面生效之后可能

---

<sup>17</sup> 具体请见《汉坤境外投资/ODI 视点六：FIRRMA 法案扩大 CFIUS 权限——雷霆监管下中国对美投资是否还能成功落地？》附表。

的实施情况和影响，同时也为拟赴美投资的中国企业适应和熟悉及进一步研究 FIRRMA 并找出应对措施提供了一段过渡期。

我们会持续关注试点规定以及未来 FIRRMA 的相关信息，并从法律角度对其进行解析，以飨读者。

附件：试点计划行业

序号	试点计划行业名称	中文翻译	NAICS <sup>18</sup> 代码
1	Aircraft Manufacturing	飞机制造	336411
2	Aircraft Engine and Engine Parts Manufacturing	飞机发动机和发动机零部件制造	336412
3	Alumina Refining and Primary Aluminum Production	氧化铝精炼和原铝生产	331313
4	Ball and Roller Bearing Manufacturing	滚珠和滚柱轴承制造	332991
5	Computer Storage Device Manufacturing	计算机存储设备制造	334112
6	Electronic Computer Manufacturing	电子计算机制造	334111
7	Guided Missile and Space Vehicle Manufacturing	制导导弹与航天器制造	336414
8	Guided Missile and Space Vehicle Propulsion Unit and Propulsion Unit Parts Manufacturing	制导导弹和航天器推进装置和推进装置零件制造	336415
9	Military Armored Vehicle, Tank, and Tank Component Manufacturing	军用装甲车、坦克和坦克部件制造	336992
10	Nuclear Electric Power Generation	核电力生产	221113
11	Optical Instrument and Lens Manufacturing	光学仪器和透镜制造	333314
12	Other Basic Inorganic Chemical Manufacturing	其他基础无机化学物制造	325180
13	Other Guided Missile and Space Vehicle Parts and Auxiliary Equipment Manufacturing	其他制导导弹和航天器零件及辅助设备制造	336419
14	Petrochemical Manufacturing	石油化工制造	325110
15	Powder Metallurgy Part Manufacturing	粉末冶金零件制造	332117
16	Power, Distribution, and Specialty	电力、输电和特种变压器制造	335311

<sup>18</sup> NAICS 为“北美工业分级系统”（North American Industry Classification System）的英文缩写。

	Transformer Manufacturing		
17	Primary Battery Manufacturing	原电池制造	335912
18	Radio and Television Broadcasting and Wireless Communications Equipment Manufacturing	广播电视播送和无线通信设备制造	334220
19	Research and Development in Nanotechnology	纳米技术的研究与开发	541713
20	Research and Development in Biotechnology (except Nanobiotechnology)	生物技术研究与开发（纳米生物技术除外）	541714
21	Secondary Smelting and Alloying of Aluminum	铝的二次冶炼和合金化	331314
22	Search, Detection, Navigation, Guidance, Aeronautical, and Nautical System and Instrument Manufacturing	搜索、探测、导航、制导、航空和航海系统和仪器制造	334511
23	Semiconductor and Related Device Manufacturing	半导体及相关器件制造	334413
24	Semiconductor Machinery Manufacturing	半导体机械制造	333242
25	Storage Battery Manufacturing	蓄电池制造	335911
26	Telephone Apparatus Manufacturing	电话设备制造	334210
27	Turbine and Turbine Generator Set Units Manufacturing	涡轮机和涡轮发电机组制造	333611

境外投资/ODI 系列文章:

视点一: 如何优雅地“走出去” ——简评《民营企业境外投资经营行为规范》

视点二: 11 号令“新”在哪里——解读《企业境外投资管理办法》

视点三: “七头并进”共管境外投资——简评七部委《对外投资备案(核准)报告暂行办法》

视点四: 素颜出“境” ——简评国家发改委《境外投资敏感行业目录》以及《企业境外投资管理办法》之配套格式文本

视点五: 揭开 11 号令的面纱 —— 简评发改委最新问题解答

视点六: FIRRMA 法案扩大 CFIUS 权限——雷霆监管下中国对美投资是否还能成功落地?

视点七: 证券投资基金经营机构“出海”新规简析

## ● 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所周成曜律师（+8610-85164156; [aaron.zhou@hankunlaw.com](mailto:aaron.zhou@hankunlaw.com)）联系。