

美国总统以国家安全为由否决外资并购 令可诉性分析 ——兼析中国三一集团告美国总统否决并购侵权案

龚柏华¹ 谭观福²

(1. 复旦大学法学院, 上海 200438; 2. 上海对外经贸大学WTO学院, 上海 200336)

摘要: 中国三一集团关联公司罗尔斯公司诉美国外国投资委员会及奥巴马总统案, 经过美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院的两次开庭审理, 原告的所有诉讼请求均被驳回。本案主要涉及中国企业跨国并购遭遇美国国家安全审查壁垒的问题。本文在概述基本案情基础上, 结合美国法院的思路, 就美国总统外资并购国家安全审查否决令可诉性进行法律分析。本文还就中国企业应对的策略、中国政府需完善的法规提出了相关建议。

关键词: 跨国并购; CFIUS; 国家安全审查; 正当程序; 三一集团

中图分类号: F740.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 03-0045-12

中国(上海)自由贸易试验区的建设及十八届三中全会决议的公布, 都预示着更多的利好政策鼓励中国企业“走出去”, 以兼并等方式进行海外投资。美国仍然是中国企业海外投资的重要目标国。然而, 值得关注的是, 美国国内近年来有加紧利用其国家安全审查等手段对中国企业特别是国有企业采取投资壁垒的趋势。本文讨论的三一集团项目美国并购受阻案就是一例。尽管三一集团在美国进行了法律诉讼, 但该案结果不容乐观。由于美国是判例法国家, 该案的法律问题症结所在及该案的最终结果值得关注。本文在归纳案情的基础上, 分析美国外资国家安全审查结论的可诉性的法律问题, 并就我国企业及政府如何应对类似情况提出了建设性建议。

一、中国三一集团诉美国总统以国家安全为由 否定并购项目

2012年2月28日, 中国三一集团(Sany Group)关联公司罗尔斯公司(以下简

收稿日期: 2014-02-10。

作者简介: 龚柏华, 男, 复旦大学法学院教授, 研究方向: 国际法、国际经济法; 谭观福, 男, 上海对外经贸大学WTO学院研究生, 研究方向: WTO法。

称“Ralls公司”)^①与希腊电网公司特纳(Terna)美国公司签订资产收购合同,收购Terna 美国公司在美国俄勒冈州Butter Creek的风场项目。事先,Ralls公司未就此项交易向美国外国投资委员会(以下简称“CFIUS”)申报。风电场位于美国海军军事基地附近,其中有3个风场距离海军限飞空域7英里,另外一个(Lower Ridge wind farm)完全在限飞空域范围内。美国海军以Butter Creek项目中一个风场可能影响空军训练为由与三一集团进行交涉。Ralls公司同意将该风场搬迁到一个新的位置,但仍在限飞空域东部区域范围内。

2012年6月,CFIUS得到国防部报告介入调查Ralls公司并购项目,要求Ralls公司提交报告。6月28日Ralls公司和Terna 美国公司向CFIUS提交了项目交易相关的报告。2012年7月11日,CFIUS在华盛顿就 Butter Creek 项目举行了专门听证会。

2012年7月25日,CFIUS以涉嫌威胁国家安全为由发出临时禁令,要求三一集团停止建设并撤出所有三一设备。2012年8月2日,CFIUS又颁布了临时禁令和修改令。按照CFIUS的要求,Butter Creek项目公司、Ralls公司、Ralls公司的子公司、三一集团的所有者必须做到以下各项:(1)立即停止在Butter Creek项目区域的所有建设和运营;(2)移除所有的库存或储存项目,不能将新的项目留在项目区域或者规定的区域或者距离限飞空域的距离近于到规定地点的地方;(3)立即禁止任何人进入该项目区域,除非是与该公司签订了合同并且经过CFIUS批准的美国公民按照命令的要求仅仅为了清除项目;(4)禁止出售、转让或者建议、促使出售、转让三一集团生产的任何项目给第三方使用或者在项目区域安装;(5)该项目公司和资产禁止转让或出售给任何第三方,直到所有财产上的项目移除完毕,且告知CFIUS潜在接受者或者买方信息10个营业日的公告期内未被CFIUS拒绝。

2012年9月12日,Ralls公司在美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院将CFIUS告上法庭。2012年9月13日,CFIUS将评估报告提交给奥巴马总统。同日,Ralls公司向法院提交了撤销临时限制令和初步禁令的动议。2012年9月14日,法院与当事方举行了第一次电话会议,要求被告在9月17日之前就无法挽回的损失对原告的动议提出局部的反驳。2012年9月18日举行了第二次电话会议。由于美国总统将在9月28日作出判决,所以CFIUS命令将在10天内失效。法院将被告对于原告动议提出全面反驳的期限延长了一天,即在9月20日进行听审。第二天,原告自动撤销了之前提出的动议。

2012年9月28日,奥巴马签发总统令,声称有可靠的证据表明Ralls公司对美国俄勒冈州Butter Creek风场项目4个风场的收购有可能威胁美国的国家安全,由此禁止了该收购项目。具体包括以下几点:(1)Ralls公司与Terna公司的交易应当被禁

^① Ralls公司为中国三一集团关联公司,其实际控制人为三一集团两位副总裁段大为和吴佳梁。

止；（2）Ralls公司应当在90天内剥离在Butter Creek项目公司的所有产权、资产和任何被其开发好的、保留的或控制的业务；（3）Ralls公司应当在14日（日历日）内从项目区域和任何备用场所撤出全部装置或其他设施。^①

2012年10月1日，Ralls公司向美国哥伦比亚特区联邦地方分区法院递交更新修改的诉状，将奥巴马总统和CFIUS列为共同被告，并向法院递交要求加快审理此案的动力。Ralls公司主张如下：（1）CFIUS就Butter Creek项目针对三一各公司下达的两项命令超出了721条款的授权，从而违反了美国行政程序法第702条、第704条、第706条等相关条款；（2）CFIUS就Butter Creek项目针对三一各公司下达的两项命令在没有提供任何事实证据，给出任何理由的前提下做出该项目威胁美国国家安全的结论，采取极为严厉的强制性停工、三一设备禁用等措施，是出尔反尔、任意妄为的政府行为，违反美国行政法规；（3）奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对三一各公司下达的各项命令超越了宪法和相关法规赋予的权限，是违法操作；（4）奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对三一各公司下达的各项命令未经合法程序剥夺了Ralls公司的私有财产权，违反美国宪法第五修正案；（5）奥巴马总统和CFIUS就Butter Creek项目针对三一各公司下达的各项命令，突出三一集团的中国属性及Ralls公司控制人为三一集团的高管即中国公民，而对Ralls公司拥有Butter Creek项目做出选择性执法，侵犯了Ralls公司享有的平等保护的宪法权利。

2012年11月28日，本案开庭审理，这次庭审属于程序审查，没有进入实体的审理。庭审的焦点是，法院是否对这起案件有管辖权。2013年2月26日，美国哥伦比亚特区联邦地方分区法官Amy Berman Jackson签署了庭审裁决结果。^②法官认定，对于上述5项请求，同意被告撤销第一、二、三、五项主张的动力，而第4项主张中的“总统令未经合法程序剥夺了Ralls公司的私有财产权，违反美国宪法第五修正案”将进行受理。

2013年7月11日，三一及关联公司Ralls公司诉美国CFIUS及奥巴马一案展开二次庭审。2013年10月10日，美国哥伦比亚特区联邦地方分区法官Amy Berman Jackson判决准予被告撤案的动议。^③

2013年10月16日，Ralls公司宣称，就该案依法向哥伦比亚特区上诉法庭递交了上诉通知，进行上诉。

^① Order Signed by the President regarding the Acquisition of Four U.S. Wind Farm Project Companies by Ralls Corporation. The White House Office of the Press Secretary. September 28, 2012. <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/09/28/order-signed-president-regarding-acquisition-four-us-wind-farm-project-c> (2014-04-05).

^② Ralls Corp. v. Committee On Foreign Inv. in the U.S. 926 F.Supp.2d 71 D.D.C., 2013. February 26, 2013.

^③ Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States. F.Supp.2d. 2013 WL 5583847 D.D.C., 2013 October 10, 2013.

二、美国法律是否允许对美国总统相关命令进行司法审查

(一)美国法院对于Ralls公司主张的美国总统令越权是否有管辖权

1988年8月23日美国国会通过了《埃克森—弗罗里奥修正案》(Exon -Florio Amendment) (简称“721 条款”),规定外资并购若涉及到与美国国家安全相关的产业将受到CFIUS的特别审查,经审查若认为该并购威胁到国家安全的,CFIUS将就此事提请总统审查,总统有权根据“国家安全”的理由,禁止任何外国人对从事州际商务的美国企业实行兼并、收购或者接管。对外资并购的审查由CFIUS执行。Ralls公司认为,美国总统令超出了721条款授予他的权力范围。

美国法院审理此案之前需要解决的问题是法院对该案是否有管辖权。美国法院认为,美国行政程序法未授予法院审查总统行为的权力,而且721条款也未授予司法审查的权力,因此这种可能涉及到的审查应被视为“非法定审查”(non-statutory review)。按照美国行政法的规定,一切行政行为在法律未明确禁止审查时,都可受到司法审查,这种法律未明确规定的司法审查称为非法定审查。非法定审查适用于法律对于某种行为没有明确规定审查的情况,或者所规定的审查不能给予适当救济的情况,它是根据法院所具有的一般管辖权限进行的审查。^①

美国法院通过研究判例认为可对越权的行政措施进行审查。当一项行政行为越权了,法院通常可以对行政人员的权力进行重新限制。但是也有例外,当原告的主张直接与总统有关,法院会拒绝司法审查。当原告的主张不直接针对总统而是希望禁止下级行政官员执行总统令,则这个主张是可以被审查的。当原告起诉了总统及其执行总统令的下级官员寻求确认赔偿和禁令救济时,法院并不关心总统作为被告,因为针对下属官员的救济足以弥补原告受到的损害。

美国法院认为,尽管Ralls公司反对总统令,但它也针对执行总统令的下级行政官员寻求救济。Ralls公司的损失完全可以通过禁止行政官员执行总统令得到充分的救济。因此,在本案中,尽管总统是被告,但并不能就此认为原告的主张是不能审查的。但是,本案比较特殊。虽然原告寻求的救济针对下级行政官员,但总统可以重新做出一个决定和修改命令。因此,法院的救济将不可避免地直接影响到总统。美国政府辩解认为,这种救济是非常不合适的,因为这种行政命令是针对国家安全威胁而发布,而总统在该领域享有宪法上的权力、广泛的自由裁量权以及特定的管辖权。

美国法院认为,尽管非法定审查通常是可行的,但国会也可能特意阻止该项审查。本案中,被告主张721条款最终条文明显地排除了所有的审查,包括对越权

^① 王名扬.美国行政法(下)[M].北京:中国法制出版社,2005:567~568.

主张的审查。Ralls公司一再强调，721条款规定总统的权力只限于暂停或禁止受管辖权交易，但在本案中总统除了禁止交易外，还对其采取了广泛的限制性命令和禁止令，这远远超出了721条款的授权。美国法院认为，Ralls公司对法条的限制性解释违背了法律解释的基本原则。事实上，721条款已经授予了总统广泛的权力，可以采取任何适当的措施来维护美国的国家安全，因此总统发布的命令并未超越法定权限。

（二）美国法院对Ralls公司主张的总统令侵犯宪法平等保护权是否有管辖权

Ralls公司主张，其附属机构和管理人员与在相同处境下的其他人员相比受到了不公平、不适当的待遇。美国政府认为，该主张的审查是被721条款所禁止的。按照先例，美国法院处理这个问题时先推定进行司法审查，这需要满足清楚且令人信服的证据来证明一个相反的立法目的。法院经审理查明，这些条件都已满足。尽管原告的第五项诉求援引的是宪法，实际上是希望法院对总统令的合法性进行审查，而国会已经清楚地表明了其对最终条文运用的观点。

Ralls公司主张总统未履行合法程序剥夺了其财产权，而美国宪法第五修正案中规定“不经正当程序，不得剥夺生命、自由或财产”。按照原告的主张，第五修正案的“正当程序条款”赋予了Ralls公司对于总统令进行听证和寻求解释的机会。Ralls公司是希望法院裁决什么样的程序保障是应当的，以及这些保障是否被否决了。参照先例，法院经审理查明，没有清楚明确的证据表明国会想要撤销对于总统令有关正当程序主张进行审理的管辖权。法院将继续依法审理此案，被告请求撤回起诉的动议将被驳回。

（三）CFIUS命令是否属于“逃避审查”的情况

美国总统在发布命令时撤消了CFIUS的命令。根据美国宪法的规定，法院审理的必须是一个实际的争议，宪法只允许法院审理“真实的、仍在进行的”争议。按照判例，如果一个案件的判决结果不能对当事方现实的权利产生影响，也不会对双方将来的权利产生影响，则这个案件是没有继续进行诉讼的必要的。长期以来，联邦法院无权对无实际意义的问题或抽象的命题发表意见，或对当前审理的争议不能产生影响而提出原则或法则。鉴于以上原则，美国法院驳回了原告的主张。

Ralls公司认为其主张属于无效的例外，因为CFIUS的命令可能反复出现而且逃避了审查。美国法院认为，这种例外只有符合以下两种条件才适用：（1）被质疑的行为由于持续时间太短，而在其中断或终结前不能被充分地提起诉讼；（2）可以合理期待同样的申诉方将再次经历同样的诉讼。但是Ralls公司的主张对以上两个条件都不符合。

本案中，CFIUS是在2012年7月25日发布命令，修改后的禁令是在2012年8月

发布的，而Ralls公司一直等到2012年9月12日才向法院提交了撤销临时限制令和初步禁令的动议。因此Ralls公司浪费了41天（或42天）的时间，当其向法院提出动议时，距离总统发布撤销CFIUS禁令时间只剩下15天。尽管如此，法院还是做出了在15天内听审Ralls公司动议的简要安排，但在听审之前Ralls公司自愿撤销了之前提出的动议。

按照判例，原告如要援引例外则必须尽最大的努力阻止案件变得无实际意义，同时还要履行义务主张临时禁令或者请求否决临时禁令。这仅适用于真正逃避审查的情形，被列为是保护伞规则。通过自愿撤销动议，Ralls公司并没有履行这个义务。由于Ralls公司迟延提出诉讼并自愿撤销了针对临时限制令和初步禁令的动议，使得法院在CFIUS的命令撤销前不能对Ralls公司的主张进行审理。美国法院认为，Ralls公司的主张不符合无效例外当中“逃避审查”的要件。

美国法院认为，Ralls公司没能证明可合理期待它将再次经历同样的诉讼。法院在解释“同样的诉讼”时，涉及到特定的招商政策、规章制度、指导方针、周期性的相同的机关行为。为了查明相同类型的诉讼是否会必然地再次发生，法院首先应当确切地查明什么是可以重复出现的，以防止案件变得无实际意义。

Ralls公司主张在将来很可能会牵涉到受管辖权交易，因为它将继续收购美国境内的风电场。但是，对于公司将在哪里安装涡轮机以及未来风电场的任何其他细节都缺乏相应的信息。美国法院认为，不能仅据此情形就可合理推断将引发国家安全方面的担心。因此，Ralls公司将来在美国的投资计划这一事实不能产生一种合理的可能性，即所谓侵权行为将再次发生。

侵权行为是否会再次发生很大程度上取决于将来一系列不可复制的事实。本案中CFIUS在其命令中指出，争议中的交易涉嫌危害美国国家安全，减轻这种风险的唯一方式是通过具体规定的措施。法院认为，该法律争议直接针对特定的事实背景，这不能让人合理期待相同的申诉方将再次经历同样的诉讼。

是什么导致CFIUS采取行动，美国法院认为不得而知，但其行为是基于特定的事实背景。正如Ralls公司所主张的，其他很多公司的并购项目都没有遭到CFIUS的安全审查。因此法院不能据此合理推断Ralls公司在其他地方的并购交易将受到与本案相同的对待。此外，一旦本案中的侵权行为再次发生，没有什么可以阻止Ralls公司快速起诉以寻求紧急救济。

综上所述，Ralls公司对于CFIUS命令的反驳是没有意义的，而且不属于可以重复出现却规避了法院审查的例外情形。

（四）美国总统令是否非法剥夺了原告的私有财产权

第二次开庭主要是对于奥巴马总统就Butter Creek项目针对三一各公司下达的各项命令是否“未经合法程序剥夺了Ralls公司的私有财产权，违反美国宪法第五修正案”。法院认为，如果原告想援引美国宪法第五修正案成功主张正当程序的要求，

必须符合以下两个条件，一是政府剥夺了应受保护的权利，二是政府没有按宪法的要求履行充分的程序。美国法院经审理查明，Ralls公司对这两个条件都不符合。

1. Ralls公司是否主张了应受保护的权利 Ralls公司花了大量篇幅反对驳回起诉的动议，声称政府剥夺了其参与并购交易时获得的财产权利。美国法院认为，尽管Ralls公司确实参与了并购，并获得了根据州法律享有的一定财产权利，但承担了可能受到总统否决的风险。在并购开始前，Ralls公司没有主动寻求CFIUS和总统的决定，这事实上放弃了法律赋予其的权利。

受管辖权并购交易的任何当事方都可以通过向CFIUS提交书面通知来发起审查。如果主动提交了书面通知，则受管辖权交易将经受诚实信用的审查或调查。如果审核结果断定该交易未对美国国家安全构成威胁，则总统和CFIUS都不能再发起对交易的审查。该条款有意创造一种激励机制，让外国公司在实施并购交易之前主动提交审查申请。潜在的反面后果是非常严重的，如果一项并购交易未通过审核，则在任何时候都可以被终止，尽管其已经完成建设也是如此。尽管法律规定了并购前的协调机制，但Ralls公司在着手并购前并未主动向CFIUS提交书面审查申请，这等于自愿放弃了该权利，Ralls公司不能据此提出正当程序主张。

Ralls公司主张法院应当考虑将它在并购项目公司时获得的财产权利作为正当程序中受保护的权利的一部分，不管交易是否被总统否决，法院的正当程序调查都应该是一样的。美国法院认为，Ralls公司在并购前对于项目公司并无财产权利，法院对于Ralls公司部分财产权利的让步不能被硬塞到正当程序受保护的权利。

Ralls公司还主张按照判例，当总统禁止交易时，不仅其现实的财产权利被剥夺了，其可期待的财产权利也被剥夺了。它认为，不管总统在并购之前还是之后对交易进行审查，Ralls公司都可以产生同样的期待利益，因为总统的禁止交易的权限是受到拘束和限制的。美国法院认为，法律只是授予总统阻止交易的权力，它并未产生新的权利。另外，总统决定是否终止一项交易是完全自由、没有任何限制的，因此Ralls公司不能对并购财产主张期待利益。

2. Ralls公司是否履行了充分的程序 尽管法院可能认为总统令剥夺了Ralls公司根据州法律主张的财产权利，但其正当程序主张仍然不能成立，因为它履行了充分的程序。程序是否正当由以下3个因素决定：（1）被行政行为影响的私人利益；（2）错误剥夺财产权利和可能产生的额外程序保障的价值的风险；（3）政府在现有程序中的利益。这3个因素的合理平衡才能保障程序正义的实现。

Ralls公司主张总统在采取措施之前，并未给Ralls公司通知，从而无法知悉他将采取的行动和理由，也就无法对总统令作出的理由进行反驳。美国法院认为，事实上Ralls公司和Terna美国公司在2012年6月28日都自愿向CFIUS提交了申请，此时他们的交易已被终止。随后的几周，CFIUS向当事双方询问了一系列的问题，而且在正式发布命令之前给予Ralls公司与其进行沟通的机会。

美国法院最后认为，在命令作出前，Ralls公司被给予了通知，并接受了审问，因此其基于宪法的主张可以被断定为它有权知悉总统禁止交易的理由或者说至少是非机密的原因。因此双方争议的是Ralls公司是否有权知悉总统作出禁令的潜在理由。尽管此前法院曾认定Ralls公司的一些财产权利确实被剥夺了，但相对于政府维护国家安全来说显得不那么重要。

三、中国企业可从本案汲取的教训及中国政府的对策建议

本案是我国海外企业在美国并购活动遭遇的美国对外资国家安全审查的“壁垒”事件。这是美国总统第二次以国家安全为由阻止外国企业在美国进行收购交易。这也是中国企业第一次拿起法律武器对美国投资“壁垒”措施进行法律抗争。本案中涉及的法律问题值得深入研究，同时中国企业海外投资也可从中汲取教训。

（一）中国企业在美国并购活动要重视CFIUS的国家安全审查

中国企业在美国的一项并购交易是否需要向CFIUS申报，表面上完全属于自己裁量，完全取决于该交易是否可能影响美国的国家安全以及重要基础设施。当投资者未主动申报，而CFIUS认为可能威胁到美国国家安全时，可依职权强制进行调查。这种“事先不审批，事中可审查”的外资准入制度，将投资风险全部转嫁给了外资。

在本案中，Ralls公司并购前未向CFIUS主动申报。虽然在项目收购完成后不久，Ralls公司就收到了当地海军希望项目进行搬迁的请求，Ralls公司也给予了积极的配合，并得到了美国海军的支持，但终究还是没有主动向CFIUS申报。因此，在三个月后，CFIUS从国防部处了解到这一交易时，随即要求Ralls公司提交关于交易案的说明以便审核，并发布禁止令。此时，项目已经处于建设期，如果完全遵照CFIUS禁令和其后的总统令，Ralls公司将面临巨额的损失，Ralls公司陷于被动。

根据美国CFIUS年度报告透露的信息，以下类型的外资并购是其重点关注的：外国政府控制的项目；来自有防核扩散或其他相关国家安全隐患的国家控制的项目；历史记录中有对美国国家安全伤害的国家控制的项目。另外，中国企业还要特别注意并购项目所在地是否靠近美国的军事设施，最好是能请行业内人士做预评估。^①

CFIUS的审查程序中包含了申报前的协调机制，交易各方在申报前通常需要在CFIUS的配合下互相协商，并在正式申报一周前提交草案，这样CFIUS就可以对当事方有所了解，评估涉及国家安全以及重要基础设施的风险。如果Ralls公司做好了前期的协调工作，主动申报并通过了CFIUS的审查，则该交易就获得“安全港”

^① Fagan, David N., Plotkin, Mark E. and Wakely, Jonathan R. The Ralls Case: Lessons for Foreign Investors [J]. Global Trade and Customs Journal (G.T. & C.J.) 2013, 8(7/8):198-201.

地位，美国行政当局将来也不得以危害美国国家安全的理由对该交易进行审查。正是由于Ralls公司没有做好事前的协调并主动申请审查，后来法院频频援引这“致命”行为反驳原告的主张。本案告诉中国企业主动申请审查的重要性。^①

根据CFIUS公布的2013年年度报告，在2010年到2012年期间，中国企业主动提出并购审查的有39起（2010年为6起，2011年为10起，2012年为23起），仅次于英国（68起），排名第二。^②中国企业在美国并购申报国家安全审查的项目主要集中在制造业（20起），矿产、公用事业和建筑（12起），金融、信息和服务（7起）。

图1是2006年至2012年中国企业在美国并购受CFIUS管辖交易的交易数量与总体比例情况。^③从趋势上看，中国买家项目受CFIUS管辖的比例在逐年上升，2012年已经占到总数的20%。这一方面是中国企业海外投资项目的基数增加，另一方面也是CFIUS对来自中国投资的警觉提高。

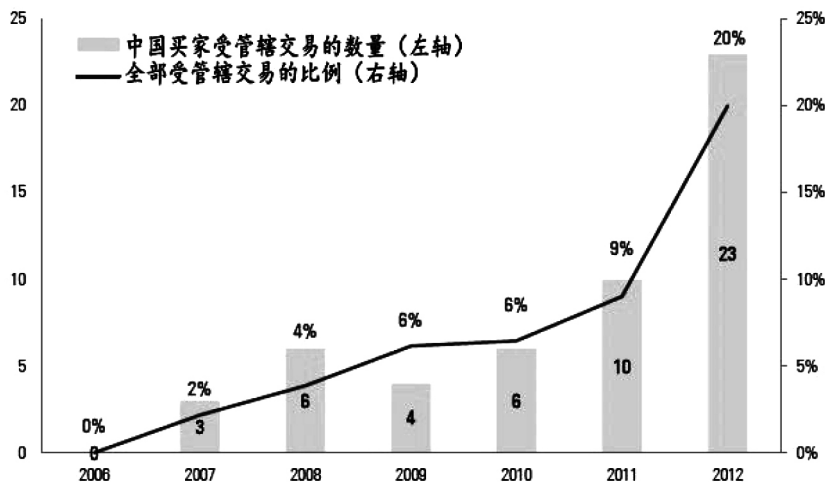


图1 2006年至2012年中国企业在美国并购受CFIUS管辖交易的交易数量与总体比例情况

2013年内几项备受瞩目的交易也受到了国家安全相关复杂情况的影响，包括中海油对尼克森的收购、万向对A123的收购、双汇对史密斯菲尔德的收购以及卓越航空对豪客比奇的收购失败。当然，2013年中国投资方放弃的收购或是撤销的投资，主要因素还是典型的商业因素，其中包括在条款及价格上的分歧（联想与IBM有关x86服务器资产的买卖，中国国家开发银行与美房地产商Lennar）、买方对于商业可行性的担忧（东风与吉利竞购美国混合动力汽车制造商Fisker）、融资困难（中国财团收购国际金融租赁公司ILFC）、法律纠纷（华锐风电退市）或者行业下滑周期

① Zucker, Jeremy, Hari, Hrishikesh. Gone with the Wind II: The Ralls Decision and Lessons for Foreign Investors' [J], Global Trade and Customs Journal (G.T. & C.J.) 2014, (1):44~46.

② 引自美国CFIUS2013年12月公布的给国会的年度报告。

③ 图表来源：美国荣鼎资讯公司（Rhodium Group，简称RHG）发布的《中国FDI：回顾2013并展望2014》的研究报告。

(尚德破产)。尽管如此,中国企业在美国并购活动中,需要对美国国家安全审查制度越来越重视。^①

(二) 中国学者/律师要对CFIUS国家安全审查制度深入研究

美国是世界上最早对跨国并购进行安全审查的国家。1988年的721条款正式建立了美国的外资并购国家安全审查体制,目前已建立了较完备的法律体系和审查程序。^②面对美国“日益发达”的国家安全审查壁垒,中国学者/律师应深入研究,为中国企业海外投资提供事先防范、事中咨询和事后总结的服务机制。^③

近年来,不少国家跟随美国从国家安全角度出发颁布相关的法律、政策,以完善国家安全审查体系名义来控制外资对本国市场的进入。美国《2007年外国投资与国家安全法》(the Foreign Investment and National Security Act of 2007)并未对国家的概念进行明确的界定,而只是提到了一些模糊性的标准,这导致CFIUS和总统有充分的自由裁量权,并可能因政治目的而滥用这项权力。美国2008年实施的《外国法人兼并、收购、接管条例》(Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons)在适用范围中规定:721条款的主要原则是,授权总统暂停或禁止任何与外国人涉及美国的兼并、收购或接管行为,当该行为是美国的州际交易且总统认为有可能损害国家安全利益时才可以暂停或禁止。也就是说,只有涉及美国州际交易的活动才是安全壁垒审查的范围,而对“州际交易”活动美国法律并没有做出明确的解释。到底是以交易方的登记注册地还是主要营业地来确定“州籍”,可以有不同的理解。^④若是以注册登记地为准,则Ralls公司可以通过在俄勒冈州注册成立公司进行州内交易,从而规避CFIUS的安全审查。

本案中,CFIUS指控Ralls公司的股权和所有权结构不透明,是中国政府间接控制的公司。美国政府历来对于实质是由外国政府控制的外资并购项目高度关注,1988年法和2007年法对于这样的项目都要求进入第二阶段的调查程序,除非CFIUS肯定该项目不涉及国家安全。^⑤美国采取此种策略主要是出于国家战略、美国企业利益、国会议员利益等多重考虑。我国海外投资者一方面要入乡随俗,另一方面也要另辟蹊径,避开法律障碍。如以境外投资办厂为并购前奏,通过与东道国法人、自然人合作设立公司,由该“中间公司”对目标公司进行并购,降低并购难度;稀释国有股权;剥离敏感技术和产品等。^⑥

① Zucker, Jeremy and Hari, Hrishikesh. Gone with the Wind: the Ralls Transaction and Implications for Foreign Investment in the United States [J]. Global Trade and Customs Journal (G.T. & C.J.) 2013, 8(7/8): 182~191.

② 黄爱武. 战后美国国家安全法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 52~54.

③ 有关CFIUS的操作程序研究, 可参考: Schlossberg, Robert and Laciak, Christine. US: CFIUS Review [J]. Global Competition Review (G.C.R.) 2013, Nov Supp (The Antitrust Review of the Americas): 17~21.

④ 孙学博. 美国国家安全壁垒下的中国企业对美并购研究——罗尔斯公司诉奥巴马案分析[J]. 学理论, 2013, (7).

⑤ 王淑敏. 国际投资中“外国政府控制的交易”之法律问题研究——由“三一集团诉奥巴马案”引发的思考[J]. 法商研究, 2013, (5).

⑥ 王飞. 美国外资并购国家安全审查制度之应对[J]. 企业导报, 2013, (8).

在发起具体诉讼时,中国律师应该深入研究相关判例,帮助企业设计好诉讼策略。本案中原告的5项诉讼请求中前3项都涉及行政方面,而美国法官显然不想对政府部门的权限进行审查,因此这3个理由就被驳回了。后面第四项和第五项其实都是与违宪有关的,而宪法权利反映的是美国法律最核心的价值,即保护人的权利和自由,每个人的宪法权利都是神圣不可侵犯的。因此,法官当然重视。法院支持的第四项的法律依据是宪法修正案中规定的“未经法定正当程序不得剥夺任何人的财产”。而且既然支持了第四项请求,就已经在实质上给了原告获得司法救济的法律途径,没必要再去支持第五项了。此案给我们的启示是,以后如果中国企业碰到此类案件,以违反宪法修正案中正当程序为由起诉,更有可能得到法院的支持。

从诉讼策略角度看,将来遇到类似问题时,中国企业可从美国总统的命令不妥当角度起诉,而不应从美国总统越权的角度起诉。美国法院在本案中并没有对美国总统不说明理由提供有信服力的法理分析。

(三) 中国政府应进一步完善我国外资并购国家安全审查制度

在外资并购领域加强国家安全审查制度是一国维护其国家利益的重要举措,我国长期以来没有这方面的专门立法,只有零星的规定在相关的法规中,缺乏协调性和衔接性。^①我国对于外资并购所引起的国家经济安全问题主要在《反垄断法》中有所涉及。2009年商务部修改的《关于外国投资者并购境内企业的规定》只是在第12条笼统地规定要对外资并购国家经济安全进行审查^②,但审查程序规定不明。国务院于2011年2月3日发布了《关于建立外国投资者并购境内企业国家安全审查制度的通知》,明确中国建立外国投资者并购境内企业国家安全审查制度。国务院授权部际联席会议行使外资并购国家安全审查的权力,这一授权类似于美国对CFIUS的授权。^③该《通知》解决了中国外资并购国家安全审查中存在的诸多问题,如明确了并购安全审查的范围、并购安全审查的内容、并购安全审查的工作机制及审查程序。当然,我国的外资并购国家安全审查制度在实践中仍然需要细化。比较而言,美国CFIUS审查案中采取了多样化、具体化的措施,一部分案子(8%)中迫使企业接受一定的“国家安全”措施,如保证仅被授权人员可接触某些技术和信息;设立公司安全委员会和其它机制来确保执行所有被要求的行为,诸如指派美国政府批准的安全官员或董事会成员、安全政策的要求、年度报告、独立审计;设立指南和条款处理现存的或将来的美国政府合同、美国政府客户信息和其他敏感信息;确保仅美国公民处理某些产品和服务,确保某些活动和产品仅设在美国境内;事先通知安全官

① 邵沙平,王小承. 美国外资并购国家安全审查制度探析——兼论中国外资并购国家安全审查制度的构建[J]. 法学家, 2008, (3).

② 第12条: 外国投资者并购境内企业并取得实际控制权,涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的,当事人应就此向商务部进行申报。当事人未予申报,但其并购行为对国家经济安全造成或可能造成重大影响的,商务部可以会同相关部门要求当事人终止交易或采取转让相关股权、资产或其他有效措施,以消除并购行为对国家经济安全的影响。

③ 关于中美比较,可参考: Bush, Nathan. SinoCFIUS: Same Wall, Same Guards, New Watchtower [J]. Competition Law International (C.L. Int.). 2012, 8(1):43~48.

员或相关美国政府当事方得到允许让有关外国人来访美国的商业机构；通知有关的美国政府当事方注意任何国家安全隐患。这些措施有效地“筛选”了美国不想要的外资项目。

我国目前需要进一步完善外资并购国家安全审查制度，一方面可以维护我国在利用外资过程中的国家安全，另一方面亦可对其他国家滥用安全审查的行为形成法律反制。我们可借鉴美国的经验，尽量使国家安全审查机制所管辖的范围广一些，在制定法规时尽量采取较为模糊的定义，以保持一定的自由裁量权。本案中美国法规就规定美国总统“可”根据“可信的证据”做出适当的命令，这些词充满弹性，使得中国企业无法成功地通过美国法院来挑战美国总统的命令。^①我国目前也已经制定了一些涉及外资并购的国家安全的审查制度，尽管仍然不完善，缺乏透明度，^②但笔者认为，尽管透明度是立法追求的目标，但这要以对等性为前提，美国的立法实践并未采取应有的透明度。从本案中我们还可以发现，美国就国家安全制定的法规比较“有远见”地限制了司法审查的范围，使美国政府（总统）可以在更大范围内、更长时期内根据需要灵活解决外资与国家安全之间的问题。

与美国打交道，最好的报复是法律的报复。我们需要学习美国的经验，不断完善中国的外资并购国家安全审查制度和做法。^③将来我们可通过中美双边投资协定谈判等渠道，共同探讨增加外资并购中国国家安全审查的透明度问题，共同克服将国家安全审查演变为投资壁垒的弊端。对各国来说引进外资是原则，使用国家安全审查排除外资毕竟是例外。中国（上海）自由贸易试验区也可作为先试先行的试验地。^④

The Availability of Judicial Review over the Vetoing of Foreign Acquisition by the U.S. President for National Security: Comments on the Case of Ralls Corporation v. Barack H. Obama as the U.S. President

GONG Bai-hua TAN Guan-fu

Abstract: On Oct. 9, 2013, the U.S. District Court for the District of Columbia dismissed the Chinese-owned Ralls' case with respect to a review by the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) of its acquisition of several Oregon wind farms, which led to an order by President Obama for Ralls to divest its interests. The key take-away from this case is that Chinese companies, seeking to acquire U.S. businesses, should take advantage of the opportunity to obtain a CFIUS determination in advance of the acquisition. The Chinese government should have the similar legislation as to the Defense Act in order to safeguard the Chinese national security and counter the U.S. abuse of its law.

Key words: transnational merger; CFIUS; national security review; due process; Sany Group

（责任编辑：金孝柏）

① Pickard, Daniel B., Daly, Nova J. and Neelakantan, Usha. The Ralls Case: Why CFIUS and the Court Got It Right [J]. Global Trade and Customs Journal (G.T. & C.J.) 2013, 8(7/8): 192-197.

② 有些学者认为中国的相关立法应该增加透明度。参见：陈咏梅. 中国外资并购国家安全审查论[J]. 学术探索, 2013, (2).

③ 这方面的讨论可参见：丁丁, 潘方方. 对我国的外资并购国家安全审查制度的分析及建议[J]. 当代法学, 2012, (3).

④ 这方面的讨论可参见：宋晓燕. 中国（上海）自由贸易试验区的外资安全审查机制[J]. 法学, 2014, (1).