

簡介拜登政府就跨境投資與併購交易有關國家安全風險審查之行政命令

蔡佩璇、林思妤 編譯

摘要

拜登總統於今 (2022) 年 9 月 15 日簽署一項行政命令，要求美國外人投資委員會加強審查美國關鍵工業與商業部門，並依據「國防生產法」第 721 條，制定審查必須涵蓋的五項國家安全考量：關鍵供應鏈韌性、美國於先進科技的領先地位、整體產業投資趨勢、資訊安全風險、及敏感性個人資料。其中，前二項考量因素，係由「國防生產法」第 721 條所作之延伸解釋，後三項則是此次行政命令之新增內容。系爭行政命令強化美國外人投資委員會對跨境併購的審查，並提供更明確的闡述與指引，但沒有改變其法律管轄權或審查要求。由行政命令可知，美國期許透過更嚴謹的風險評估，以因應不斷演變的國家安全威脅。

(取材資料：Antonia I. Tzinova et al., *New Executive Order Creates Roadmap of Heightened CFIUS Scrutiny for Cross-Border M&A*, HOLLAND & KNIGHT (Sept. 20, 2022), https://www.hklaw.com/en/insights/publications/2022/09/publnew-executive-order-creates-roadmap-of-heightened-cfius-scrutiny?fbclid=IwAR1hq_Aw5bl-Zk6XUwcJuG-9P58jYvcsWOKHSRIqkRgnzedsXD9BrM7wo_U.)

拜登總統於今年 9 月 15 日簽署一項行政命令，要求美國外人投資委員會 (Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS) 加強審查美國關鍵工業與商業部門的跨境投資與併購交易¹。「外人投資風險審查現代化法案 (Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, FIRRMA)」修訂了「國防生產法 (The Defense Production Act of 1950, DPA)」第 721 條 (f) 款，該款例示之若干國家安全因素，指引 CFIUS 於審查過程中應考量之因素²。本

¹ Press Release, *FACT SHEET: President Biden Signs Executive Order to Ensure Robust Reviews of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States*, THE WHITE HOUSE (Sept. 15, 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/09/15/fact-sheet-president-biden-signs-executive-order-to-ensure-robust-reviews-of-evolving-national-security-risks-by-the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states/>; Exec. Order No. 14,083, 87 Fed. Reg. 57,369.

² Defense Production Act of 1950 §721, 50 U.S.C. §2170 (“(f) Factors to be considered. For purposes of this section, the President or the President's designee may, taking into account the requirements of national security, consider — ...”); Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018, H.R. Res. 5841, 115th Cong. §308 (2018) (enacted) (“SEC. 308. FACTORS TO BE CONSIDERED. Section

次簽署之行政命令即在擴張及新增該些應考量因素。

此為自 1975 年 CFIUS 成立以來，美國總統第一次在其發布之行政命令中，提供 CFIUS 於審查涉及跨境投資與併購之交易時，因應層出不窮之國家安全風險的清楚指引³。此審查指引涵蓋五項國家安全考量因素：關鍵供應鏈韌性、美國於先進科技的技術領先地位、整體產業投資趨勢、資訊安全風險、以及敏感性個人資料 (sensitive personal data)；其中前兩項為深化 DPA 第 721 條所作之解釋，後三項為此次授權該條款所新增⁴。

以下先簡介本次行政命令之緣起，接著介紹系爭命令中所提及的五項國家安全考量因素，並分析此些因素之潛在影響，最後作一結論。

壹、緣起

近年來因地緣環境、日益演變之國際局勢與跨國投資互動之影響，外人在美投資之商業交易數量及其敏感性大幅提升，美國政府亦重申在關鍵技術、關鍵基礎設施及敏感性個人資料層面的諸多國家安全考量⁵。

DPA 第 721 條 (f) 款列舉 CFIUS 可能審查的 11 項因素，例如：基於國防要求所需的國內生產、國內產業滿足國防要求之能力、外人對國內產業及商業活動之控制……等⁶。此次拜登總統發布之行政命令，除了擴大上述立法考量的因素並做進一步解釋，亦列舉雖尚未規範於 DPA 第 721 條中，但仍應受考量之國家安全因素⁷。

儘管此為第一個提供 CFIUS 審查程序指導的行政命令，但其係建立在美國政府現有的政策趨勢及法案規範之範圍內。有鑒於系爭審查環節必須隨著美國各項國家安全風險之轉變調整，從而強化其在國際環境中的戰略目標與程序規劃，美國便以行政命令的形式提醒，俾使 CFIUS 處理此些風險⁸。

貳、五項國家安全因素

721(f) of the Defense Production Act of 1950 (50 U.S.C. 4565(f)) is amended—....”).

³ *FACT SHEET: President Biden Signs Executive Order to Ensure Robust Reviews of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States*, *supra* note 1.

⁴ Exec. Order No. 14,083, *supra* note 1.

⁵ *FACT SHEET: President Biden Signs Executive Order to Ensure Robust Reviews of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States*, *supra* note 1.

⁶ Defense Production Act of 1950 § 721(f).

⁷ Exec. Order No. 14,083, *supra* note 1.

⁸ *See Id.* art. 1.

於甫發布之行政命令下，未來審查相關交易時，CFIUS 需考量的五項國家安全因素分別為：該交易是否影響美國關鍵供應鏈韌性、是否影響美國在先進科技的領先地位、是否影響美國整體的產業投資趨勢、是否增加資訊安全風險、以及是否增加美國國民敏感性資料外洩之風險⁹。以下以 DPA 第 721 條 (f) 款已列舉與否，作為系爭命令既存因素與新增因素之區別，從而予以分析。

一、DPA 第 721 條 (f) 款既存之因素

上述國家安全因素中，前兩項聚焦於「是否影響美國關鍵供應鏈韌性」以及「是否影響美國在先進科技的領先地位」，並於 DPA 第 721 條 (f) 款第 5 項及第 7 項中有概要性敘述：前者提到商議中或未完成之交易對美國在其國家安全之領域的國際技術領先地位之潛在影響；後者為對美國關鍵技術之潛在國家安全相關影響¹⁰。

在本次發布之行政命令下，針對美國關鍵供應鏈韌性，CFIUS 需考慮交易如何影響對國家安全具有重要性的美國關鍵供應鏈之韌性，其中亦包括國防工業以外的產業供應鏈¹¹。蓋若一投資造成對國家安全有重要性之製造能力、服務、關鍵礦產資源、或技術，轉移予可能危害美國國家安全之外國投資人，則可能造成美國之關鍵商品與服務供應之中斷¹²。而 CFIUS 之考慮因素應包括整體供應鏈中的供應商多元性，包括供應商是否位在同盟或夥伴國、其與美國政府間的關係、以及系爭供應鏈中外資所有權或控制權的比例¹³。

就美國在先進科技的領先地位方面，CFIUS 需考慮交易對美國在與國家安全高度相關的技術領域之領先地位造成之影響¹⁴。該些領域包含微電子、人工智能 (Artificial Intelligence)、生物科技與生物製造、量子運算、先進的乾淨能源 (如電池存儲和氫)、氣候調適技術、重要原料 (如鋰及稀土元素)、以及對糧食安全產生影響之農業要素¹⁵。

由上可知，美國在本次發布之行政命令中詳述 CFIUS 的審查產業與範圍，並持續推動立法監管及行政執行方面之進展。系爭命令除了考慮國防部門由內至外的供應鏈彈性、以及交易在未來影響到對美國至關重要的商品及服務，導致其供應中斷或對其構成威脅的可能性之外，亦提及美國在先進科技領域之發展。該命令中提及的技術與美國國家科學技術委員會 (United States National

⁹ *Id.* arts. 2-3.

¹⁰ Defense Production Act of 1950 § 721(f).

¹¹ *Id.* art. 2(a)(ii).

¹² *Id.* art. 2(a)(i).

¹³ *Id.* art. 2(a)(i)(B).

¹⁴ *See Id.* art. 2(b)(i).

¹⁵ *Id.* art. 2(a)(ii).

Research Council) 發布的最新關鍵及新興技術清單相同，呈現美國政府對於技術保護的一致性¹⁶。由此可知，美國政府對供應鏈、市場競爭力及彈性的關注，不斷提升¹⁷。

二、系爭行政命令新增之因素

在此行政命令要求 CFIUS 防範資訊安全之漏洞前，美國政府便曾強調網絡及資訊安全之重要性，並發布改善國家網絡安全之行政命令。除此之外，系爭命令亦對特定產業日益增加之外人投資數量，表達交易本身可能涉及相關國家安全威脅之關切¹⁸。

DPA 雖未於第 721 條 (f) 款第 1 項至第 10 項中提及另外三項考量因素，亦即整體產業投資趨勢、資訊安全風險、及敏感性個人資料，但是第 11 項為概括條款¹⁹，故可作為為此三項考量因素之法源依據，以下將逐一說明之：

首先，關於美國整體的產業投資趨勢，CFIUS 將審查可能對國家安全產生影響之投資的走向²⁰。蓋將 CFIUS 對個別交易之審查置於整體或一系列相關交易之脈絡中觀之，或可揭露交易中於其他方面並不明顯之國家安全風險²¹。例如，從過往整體交易情況觀之，收購一系列相同、相似、或相關的「從事對國家安全十分重要的活動、或某條件下涉及美國國家安全」之美國公司，可能導致關鍵產業中的技術轉移、或外國投資者因持有大量股份而使美國國家安全風險上升²²。

再者，針對資訊安全風險方面，CFIUS 將密切關注可能損害國家安全的網路安全風險²³。該些有能力、或意圖實行網絡攻擊或其他惡意網絡行為的外國投資者，可能對國家安全形成威脅²⁴。此行政命令指示 CFIUS 需考慮是否在投資交易中將各方交易者之網絡安全態勢、實務、能力、與近用權利提供予外國

¹⁶ See *Id.* art. 2; FAST TRACK ACTION SUBCOMMITTEE ON CRITICAL AND EMERGING TECHNOLOGIES OF THE NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL, CRITICAL AND EMERGING TECHNOLOGIES LIST UPDATE 2 (2022), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/02/02-2022-Critical-and-Emerging-Technologies-List-Update.pdf>.

¹⁷ See Exec. Order No. 14,083, *supra* note 1, art. 2.

¹⁸ See *Id.* art. 3; Press Release, *Executive Order on Improving the Nation's Cybersecurity*, THE WHITE HOUSE (May 12, 2021), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/05/12/executive-order-on-improving-the-nations-cybersecurity/>.

¹⁹ Defense Production Act of 1950 § 721(f)(11).

²⁰ Exec. Order No. 14,083, *supra* note 1, art. 3(a).

²¹ *Id.* art. 3(a)(i).

²² *Id.*

²³ *Id.* art. 3(b).

²⁴ *Id.* art. 3(b)(i).

人 (或其相關第三方), 從而使外國人 (或其相關第三方) 得以進行對國家安全形成威脅之活動²⁵。

另外, 該行政命令亦呼籲 CFIUS 關注有關敏感性個人資料之國家安全風險²⁶。因為利用系爭資訊而產生的國家安全漏洞, 在被納入 FIRRMA 以前便已持續受到 CFIUS 關注²⁷。行政命令進一步明確指出科技的進步及大型數據的近用, 使過去無法被識別的數據如今可被解密, 因此政府必須將重點放在及時了解先進科技帶來的威脅, 包含外國人可能利用取得之美國數據, 鎖定美國境內之個人或團體的特定數據, 以致損害國家安全²⁸。系爭命令亦指出 CFIUS 應考慮投資交易是否涉及提供美國國民之敏感性個人資料給可能採取威脅美國國家安全之行動的外國人、以及外國投資者 (或相關聯之第三方) 是否有意或有能力藉由系爭資訊, 以商業或其他手段破壞國家安全²⁹。

由上可知, 此三項考量因素係首次透過行政命令之形式宣布, 而面對持續變化的國家安全風險, 其將受到美國政府、國內外投資者的高度重視。

參、預期影響

以下分別說明本次發布之行政命令可能對業者及法律制度造成的影響。

一、對業者之潛在影響

系爭命令中, 五個國家安全考量因素皆提及 CFIUS 應審查與「第三方」有關聯之外國交易, 因無論是美國國內產業可能受到供應鏈中斷的影響、將重要投資技術轉移給外國人、或是受到網絡惡意攻擊等, 都可能使美國國家安全受到損害³⁰。是以, 在系爭命令下, 有意或已經在美投資、且可能涉及敏感性國家安全因素之企業或廠商, 應持續留意, 並在需要時主動提出其審查需求。

該命令亦強調, 相關審查不僅限於交易過程, 還必須考慮更廣泛的市場條件 (例如市場集中度、美國供應鏈廠商之選擇) 及市場趨勢 (例如近期是否參與併購、是否有所有權變更之事項), 該些考量趨勢凸顯 CFIUS 審查的滾動式調

²⁵ *Id.* art. 3(b)(iii).

²⁶ *Id.* art. 3(c).

²⁷ 從 CFIUS 在 2015 年向國會提交的年度財政報告中可以得知, 當時其將交易區分為「涵蓋交易 (covered transactions)」、「關鍵科技 (critical technologies)」等類型, 以便對涉及國家安全之個人資料作更深入的討論。COMM. ON FOREIGN INV. IN THE U.S., ANNUAL REPORT TO CONGRESS FOR CY (2015).

²⁸ Exec. Order No. 14,083, *supra* note 1, art. 3(c)(i).

²⁹ *Id.* art. 3(c)(iii).

³⁰ *See Id.* arts. 2-3.

整性質³¹。畢竟，外國投資人會隨著時間、環境及國際情勢的變化，改變其投資策略與作法，進而影響到整體產業之投資趨勢。

二、對法律制度之潛在影響

系爭命令並未改變 CFIUS 對交易雙方的法律或監管要求，但其提供公司評估是否自願向 CFIUS 申報可能與美國國家安全有關之投資交易的工作流程 (roadmap)³²。

今年 10 月 20 日由 CFIUS 發布之首份執法及處罰指南，說明 CFIUS 將如何評估違規及處罰機制，以及可能採取之其他執法行動，CFIUS 亦提供了一份據以加重及減輕處罰之因素清單供各公司參考³³。

整體而言，在該行政命令發布後，可預期未來之趨勢如下：(一) 原本對提交通知文件抱持謹慎態度之受影響產業的公司，可能因此行政命令提升申報意願，使自願申報的公司數量增加；(二) 隨著時間的推移，外國重複投資者將在總體投資或收購的背景下，重新衡量低風險投資或收購的影響；(三) 定期評估國家安全漏洞。同時，白宮科技政策辦公室 (Office of Science and Technology Policy) 在與 CFIUS 的其他成員諮詢後，定期更新對美國於國家安全相關領域的技術領先地位至關重要的技術部門之責任³⁴。

肆、結論

受到地緣政治的影響，雖然系爭命令並沒有明確指出美國政府的主要審查對象，但顯然該些於交易中涉及俄羅斯、中國或其他美國戰略競爭對手的企業或廠商，將成為審查的目標。由於此行政命令剛簽署不久，美國政府持續因應國際市場的變化，宣布相關細項，因此實際運作上仍存在許多不確定性，包括其是否會提升自願申報公司的數量，以及其是否會影響欲前往美國投資之公司的投資評估與策略。然而，目前此行政命令中包含的五項國家安全因素將成為拜登政府在不同領域優先考量的競爭力指標，從而形塑整體供應鏈、領先技

³¹ See *Id.* art. 2(a).

³² *CFIUS Overview*, U.S. DEP'T OF THE TREAS, <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-overvie> (last visited Nov. 25, 2022).

³³ *CFIUS Enforcement and Penalty Guidelines*, U.S. DEP'T OF THE TREAS, <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-enforcement-and-penalty-guidelines> (last visited Nov. 25, 2022); Nova J. Daly et al., *CFIUS Releases First-Ever Enforcement and Penalty Guidelines*, WILEY REIN LLP (Oct. 21, 2022), <https://www.wiley.law/alert-CFIUS-Releases-First-Ever-Enforcement-and-Penalty-Guidelines>.

³⁴ See *Office of Science and Technology Policy*, THE WHITE HOUSE, <https://www.whitehouse.gov/ostp/> (last visited Nov. 25, 2022).

術、投資趨勢、資訊安全風險、及敏感性個人資料之評估標準。

