

产业组织与企业组织研究中心

(教育部人文社会科学重点研究基地)

中国工业经济学会



产业组织评论

Industrial Organization Review

第三辑

林 平 李嫣怡

外资并购的国家安全审查：概念、国际经验和政策建议

王 宏 陈宏民

密封价格拍卖、虚名投标与事后腐败

唐晓华 张丹宁

产业网络视角下外向型企业应对海外商账的风险防范

肖兴志 孙 艳

中国建筑安全规制机制设计

李建标 王光荣 于 娟 巨 龙

双寡头默契共谋中纳什策略的预测能力

陈 锐

价格上限规制下企业的信息获取激励机制研究

于 左

产业政策、金融危机与竞争政策

3
KD00704803

产业组织研究中心

(教育部人文社会科学重点研究基地)

产业经济学会



产业组织评论

Industrial Organization Review

第三辑

林 平 李嫣怡

外资并购的国家安全审查：概念、国际经验和政策建议

王 宏 陈宏民

密封价格拍卖、虚名投标与事后腐败

唐晓华 张丹宁

产业网络视角下外向型企业应对海外商账的风险防范

肖兴志 孙 艳

中国建筑安全规制机制设计

李建标 王光荣 于 娟 巨 一

双寡头默契共谋

陈 锐

价格上限规制下

与

规制研究

于 左

产业政策、金融危机与竞争政策

FE 东北财经大学出版社

Dongbei University of Finance & Economics Press

大连

© 于 立 2009

图书在版编目 (CIP) 数据

产业组织评论·第3辑 / 于立主编. —大连: 东北财经大学出版社, 2009.7

ISBN 978 - 7 - 81122 - 720 - 8

I. 产… II. 于… III. 产业组织 - 文集 IV. F062.9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 118280 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总 编 室: (0411) 84710523

营 销 部: (0411) 84710711

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连图腾彩色印刷有限公司印刷

东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 180mm × 255mm 字数: 333 千字 印张: 17 插页: 1
2009 年 7 月第 1 版 2009 年 7 月第 1 次印刷

责任编辑: 石真珍

责任校对: 贺 荔

封面设计: 张智波

版式设计: 钟福建

ISBN 978 - 7 - 81122 - 720 - 8

定价: 42.00 元

顾问

汪祥春 东北财经大学
吴家骏 中国社会科学院

主编

于立 东北财经大学

学术委员会(按拼音排序):

陈宏民	上海交通大学	千春晖	上海财经大学
金 碚	中国社会科学院	林 平	香港岭南大学
刘志彪	南京大学	卢东斌	中国人民大学
吕 政	中国社会科学院	戚聿东	首都经贸大学
荣朝和	北京交通大学	王俊豪	浙江财经学院
武常岐	北京大学	夏春玉	东北财经大学
肖兴志	东北财经大学	于良春	山东大学
郁义鸿	复旦大学	原毅军	大连理工大学
臧旭恒	山东大学	张昕竹	中国社会科学院

主编助理

张 嫚 吴绪亮

编辑部主任

于 左

编辑部副主任

姜春海

产业组织评论

第三辑

2009年6月

目 录

[论 文]

- 外资并购的国家安全审查：概念、国际经验和政策建议 林平 李嫣怡 (1)
- 密封价格拍卖、虚名投标与事后腐败 王宏 陈宏民 (21)
- 产业网络视角下外向型企业应对海外商账的风险防范 唐晓华 张丹宁 (36)
- 中国建筑安全规制机制设计 肖兴志 孙艳 (49)
- 双寡头默契共谋中纳什策略的预测能力 李建标 王光荣 于娟 巨龙 (65)
- 价格上限规制下企业的信息获取激励机制研究 陈锐 (85)
- 产业政策、金融危机与竞争政策 于左 (98)
- 经济全球化发展、寡头竞争反应与产量博弈均衡 江海潮 (125)
- 集群的困惑：新西兰集群发展之探析 马丁·佩里 孙振明 (147)
- 电视观众收视行为的经验分析 池建宇 (163)
- 溢出效应、利益分配与技术联盟方式的选择 生延超 (178)

[综 述]

- 通道费的反垄断问题：理论进展与政策评论 张健敏 吴绪亮 (193)
- 纵向一体化动因：综述、评价与展望 徐斌 (206)

[书 评]

- 《多厂模式的规模经济问题：国际对比研究》评介 鄂立彬 苏畅 (228)
- 《政府采购与规制中的激励问题》评介 崔文杰 (242)
- 《竞争战略》评介 田明君 姜和志 (255)

Industrial Organization Review

Vol. 3

June, 2009

CONTENTS

[PAPER]

National Security Examination on Foreign Investors Related M&A	Lin Pin et al. (1)
Sealed-Bid Auctions, False Name Bidding and Ex Post Corruption	Wang Hong et al. (21)
Export-Oriented Enterprises' Keeping Away Risks of Overseas Debt Based on Industrial Network	Tang Xiao-hua et al. (36)
The Mechanism Design of Chinese Construction Safety Regulation	Xiao Xing-zhi et al. (49)
An Experimental Test on Nash Reversion Strategy	Li Jian-biao et al. (65)
On the Incentive for Information Acquisition under Price-Cap Regulation	Chen Rui (85)
Industrial Policy, Financial Crisis and Competition Policy	Yu Zuo (98)
On the Development of Economic Globalization, Oligopolies' Strategies Reaction and Production Equilibrium	Jiang Hai-chao (125)
Cluster Confusion: Cluster Experience from New Zealand	Martin Perry et al. (147)
An Empirical Study of Television Audiences' Viewing Behaviors	Chi Jian-yu (163)
The Spillovers, the Benefit Assignment and the Way Choice of the Technical Alliance: Based on the Shapley Value	Sheng Yan-chao (178)

[SURVEY]

Antitrust Issues in Slotting Allowances	Zhang Jian-min et al. (193)
Motive about Vertical Integration	Xu Bin (206)

[BOOK REVIEW]

Review on <i>The Economics of Multiplant Operation</i>	E Li-bin et al. (228)
Review on <i>A Theory of Incentives in Regulation and Procurement</i>	Cui Wen-jie (242)
Review on <i>Competitive Strategy</i>	Tian Ming-jun et al. (255)

【论 文】

外资并购的国家安全审查:概念、 国际经验和政策建议*

林 平¹ 李嫣怡²

(1. 香港岭南大学 经济系, 山东大学 经济学院;

2. 山东大学 经济学院, 山东 济南 250100)

摘 要 本文回顾国内近期对外资并购的国家安全审查的讨论, 概述美、英、法、俄、印等国的相关审查制度, 提出国防安全、经济安全和产业安全之间的集合图示关系。外资并购的国家安全审查包括国防安全审查和关键产业安全审查的并集, 但并不包括产业安全的全部。国家安全审查的标准是安全, 而不是竞争力本身, 也不是竞争。把经济安全(即关键产业安全)的边界划得过宽, 会使得国家安全审查制度变为产业政策的一种工具。反垄断、国家安全审查和产业政策均是公共政策的不同领域, 各自目标函数不同, 应当各司其职, 而不是相互利用。

近年来, 国内对建立外资并购的国家安全审查制度的必要性和迫切性有了广泛的讨论。从2005年备受争议的凯莱—徐工一案, 到2008年9月的可口可乐—汇源果汁收购案, 人们普遍感受到建立对外资并购的国家安全审查制度迫在眉睫。在公共政策方面, 2002年国务院颁布的《指导外商投资方向规定》, 就明确禁止危害国家安全或公共利益的外商投资。2007年通过的《中华人民共和国反垄断法》第31条规定: “对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中, 涉及国家安全的, 除依照本法规定进行经营者集中审查外, 还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”建立外资国家安全审查制度有了法律依据。

虽然相关的法律框架已经建立, 但由于所涉及的问题的复杂性, 政府至今还未发表有关外资并购的国家安全审查的详细规定和指南。人们对国家安全的含义, 国家安全、经济安全和产业安全之间的关系, 以及国家安全审查、反垄断和产业政策的不同等问题, 还未达到基本的共识。

本文回顾学术界近来对国家安全的讨论, 并介绍和比较美国、英国、法国、俄罗斯、印度等国家已经运行或正在酝酿建立的外资国家安全审查制度, 用一个简单的集合图示来表述国防安全、经济安全和产业安全三个不同概念之间的关系, 并在此基础上提出, 中国要建立的外资国家安全审查制度, 是国防安全和经济安

* 作者简介: 林平(1959—), 男, 山东鄄城人, 香港岭南大学经济系教授, 山东大学讲座教授。李嫣怡(1987—), 女, 山东大学经济学院研究生。

全的并集。^① 这一审查范围与产业安全有关:它是产业安全的子集,但不应该包括产业安全的全部。国家安全的审查不应变为产业政策的工具。

一、国内关于国家安全的讨论

尽管国内近年对国家安全的讨论很多,但对其确切的含义却有不同的理解。根据李炳炎(2007),国内学术界对经济安全的定义主要有三种不同的观点。^② 第一种观点认为国家经济安全就是国家安全的经济化。这个观点主要是强调经济实力相对领先的地位对于国家安全的重要性。第二种观点认为经济安全是本国经济发展的自主性和稳定性。这个观点主要是强调经济主权是一个国家经济安全的本质特征。第三种观点认为经济安全是指一个国家的整体竞争实力。这种观点主要强调产业的竞争力,特别是国际竞争力是国家经济安全的基础。^③ 根据这一观点,在某些关键产业受到伤害的时候,国家经济安全就可能受到威胁甚至伤害。^④ 毛定之(2008)认为,国家经济安全是指一国最为根本的经济利益不受危害和威胁。其主要内容包括:一国经济在整体上主权独立、基础稳固、运行健康、增长稳定、发展持续,在国际经济生活中具有一定的自主性、防卫力和竞争力,不会因为某些问题的演化而使整个经济受到过大的打击和遭受过多的损失,能够避免或化解可能发生的局部性或全局性的危机。^⑤ 马宏晖、何霄(2008)的定义是,国家安全是一个国家生存与发展的基本条件。它是指国家拥有政治上的独立、经济上的自主和文化上的自成一体。从宏观来看,国家安全是一个体系,包含国家政治安全(或国家军事安全)、国家经济安全、国家文化安全。^⑥

虽然对于经济安全的定义还没有完全统一的观点,但是最核心的就是主权和竞争力问题。产业的竞争力是指产业中的国内企业在市场上(国内市场或国外市场)上有竞争力。与主权和竞争力密切相关的是民族品牌的问题。2006

① “国家经济安全要求国家的经济命脉掌握在本国政府和企业手中,关系国计民生的产业应由本国企业来掌握和经营,排出外国政府和企业对涉及本国经济命脉及相关产业的介入和控制。”见商务部条法司:《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》,266页,北京,法律出版社,2007。

② 李炳炎:《外资并购与我国产业安全》,载《探索》,2007(6)。李炳炎、王小刚:《外资的大量引进与我国经济安全》,载《马克思主义研究》,2006(8)。

③ 关于国家安全、经济安全、产业安全的代表性表述可参见李炳炎、王小刚:《外资的大量引进与我国经济安全》,载《马克思主义研究》,2006(8);李炳炎教授2007年4月11日在北京大学的讲座《外资并购与我国产业安全》;桑百川:《在对外开放中维护国家经济安全》,载《中国流通经济》,2006(12)。

④ 李炳炎认为,经济安全指的是一个国家既有的和潜在的经济的主权和利益不受侵害,在主观上不存在国家经济产业受到侵害的恐惧感,客观上有一种良好的状态不受到外国的威胁和控制。它是指一个国家独立自主,对外不受外国控制和威胁,不因为国际经济形势的变化而改变本国的经济发展模式和道路,能够有力地维持国家根本利益,对内能够保证全国经济稳定地发展,在经济活动中具有竞争能力和具有能够抵御国外的干扰和侵袭的能力。上海社科院世界经济研究所张幼文则强调产业结构对经济安全的重要性,他认为,如果一个国家不能拥有较先进的经济结构,不能控制具有重要战略意义的敏感和主导产业,不掌握具有重要安全和战略意义的现代技术,不能有效调控金融体系以保障宏观经济稳定,或者经济结构不具有发展的内在动力,那么经济安全问题就是严峻的。见《外资并购需建国家安全审查机制》,http://big.nbfet.gov.cn/wstz/detail_phtml?newId=8274,2007-07-18。

⑤ 毛定之:《关于维护国家经济安全的思考》,载《理论前沿》,2008(19)。

⑥ 马宏晖、何霄:《浅析外资并购中的经济安全问题》,载《经济与社会发展》,2008(1)。

年,中国社科院在一份题为《开放环境中的中国经济安全》的研究报告中指出^①,一些外资通过并购国内龙头性企业,使其品牌消失,这些民族企业和品牌就消亡了。同样,跨国并购使国内多年积累的技术进步的基础受到严重削弱。^②《开放环境中的中国经济安全》报告中提出,在进一步开放的大前提下,中国政府应该规制大型跨国公司,在制定国家对跨国公司的购并规制时,不仅从市场垄断角度考虑,更重要的是从国家安全、国家经济安全角度予以考虑,加强对外资企业的监督管理。

二、国家安全、国防安全、经济安全和产业安全的图示关系

从上面的观点综述来看,国内近来关于国家安全的讨论中涉及三个主要的概念是,国防安全、经济安全和产业安全。国防安全要求国家领土不受侵犯和国家国土安全。经济安全是指国家最为根本的经济利益不受危害和威胁,这要求关系国民经济命脉的行业掌控在国内企业手中。产业安全是指各个产业中国内企业的市场竞争力不受外来因素的威胁或削弱,要求产业中的主导企业是国内企业。

作为相互联系但又不同的概念,国防安全、经济安全和产业安全之间的关系可以用图1来表示。

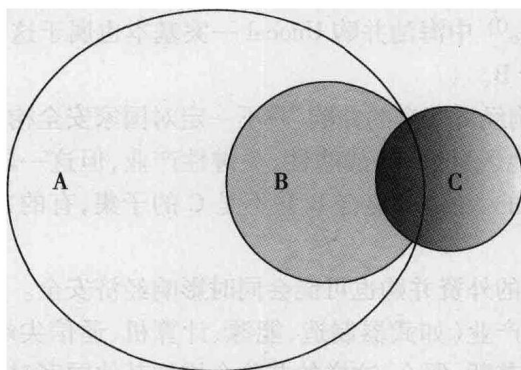


图1 国防安全、经济安全、产业安全的关系

注:A——威胁产业安全的企业兼并的集合;

B——威胁经济安全的企业兼并的集合;

C——威胁国防安全的企业兼并的集合。

国家安全 = $B \cup C$; 国防安全和经济安全的并集。

^① 中国社科院工经所“开放环境中的国家经济安全”课题组:《开放环境中的中国经济安全》, http://www.usc.cuhk.edu.hk/webmanager/wkfiles/5450_1_paper.doc。

^② 中国社会科学院经济研究所赵英表示,这是一个很严重的问题。比如说徐工,大家认为它是工程机械行业的,与国家安全的确关系不大,但是它提供了中国整个建筑机构行业的技术研发平台。在中国许多产业里,一旦这个平台没有了,其他的零部件、技术开发就失去了载体。见《外资并购需建国家安全审查机制》, <http://big.nbfet.gov.cn/wstz/detail.phtml?newId=8274>, 2007-07-18。

图 1 中的 A 代表会威胁产业安全的企业兼并的集合,而 B 是威胁经济安全的企业兼并的集合。由于威胁和伤害某一产业(如饮料行业)安全的兼并并不一定会伤害整个经济的安全,但伤害经济安全的兼并一定是伤害经济体中某些行业(如关键性行业)的安全,所以,A 所包含的范围要大于 B,即 B 是 A 的一个子集。比如,可口可乐并购汇源一案,可能属于集合 A,但它并不会影响整个经济的安全,所以可口可乐—汇源的合并属于 A 但不属于 B。

所以,产业安全与经济安全不是同一概念,保护产业安全所包含的内容,要比保护经济安全大得多。保护经济安全只是保护产业安全的一部分。换句话说,保护经济安全并不要求保护所有产业的安全,而只是对那些关系到国民经济命脉的重要产业进行保护。损害产业安全是损害经济安全的必要条件,即损害经济安全的兼并一定是以损害某些产业的安全为前提的,但不是充分条件,既损害某些产业的安全并不一定导致对整个经济的安全的损害。

图中的 C 部分代表威胁国防安全的企业兼并的集合。集合 C 中的企业兼并会影响一个国家国防军事的安全(包括军事、情报、国土安全),但对经济安全可能会有影响,也可能没有影响。比如说,美国外资国家安全审查部门对联想收购 IBM 个人电脑业务的担心,是因为该收购可能会使一些美国禁止出口的比较先进的民用技术间接地流到中国国防上。这一收购可能会影响美国的国防安全,但影响美国经济安全的可能性很小,因为这一收购不会对美国整个计算机行业产生负面的影响。^① 中海油并购 Unocal 一案基本也属于这一类。这些兼并属于集合 C 但不属于 B。

另一方面,影响经济安全的并购,并不一定对国家安全构成威胁。外资可能控制了一个国家(地区)的一些战略性、关键性产业,但这一国家(地区)在国防上可能仍然是安全的。所以,集合 B 并不是 C 的子集,有的并购属于 B 但不属于 C。

影响国家安全的外资并购也可能会同时影响经济安全。如果在一些与国防和经济密切相关的产业(如武器制造、能源、计算机、通信尖端技术等),外资的并购导致该行业被垄断,那么,这样的并购会增加其他国家对东道国在军事和经济两个方面的威胁和控制力,同时影响该国的军事安全和经济安全。这样的外资兼并就属于 B 和 C 的交集。

在上述国防安全、经济安全和产业安全三者的图示关系基础上,人们可以定义国家安全。可以说,国家安全至少要包括军事安全,即对外资并购的国家安全审查至少要包括集合 C,C 是国家安全审查的最小范围(下面可以看到,这基本上是美国的做法)。各个国家由于经济发展阶段不同或政策偏好不同,对国家安全定义也不同,有些国家把经济安全(集合 B)也包括在国家安全范围之内,

^① IBM 在全球个人电脑市场上的市场份额在 2004 年第四季度是 5.9%,而另外两家美国企业 Dell 和 HP 的市场份额分别是 16.0% 和 16.6%。见 <http://blogs.zdnet.com/ITFacts/?p=267>。

但对集合 B 边界的界定则有所不同。

在下面一节里,我们对美国、英国、法国、俄罗斯、印度等国家的国家安全审查制度作一个简短的对比,对美国国家安全审查制度较详细的介绍则放在本文的附录里。

三、主要西方国家针对外资的安全审查概况

(一)美国对外国投资的安全审查(CFIUS 审查)

美国国会在 1988 年通过了《埃克森—弗罗里奥修正案》(Exon - Florio Amendment),它给予了美国总统一个有力的工具来阻止对美国国家安全有威胁的外国兼并。具体的审查工作由美国外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)进行。因此埃克森—弗罗里奥审查也被称作 CFIUS 审查。CFIUS 机构由财政部长以及十一位其他成员组成:财政部长(主席),国务卿,国防部长,商业部长,国土安全部长,司法部长,行政管理和预算局长,美国贸易代表,经济顾问委员会主席,美国国家科技政策办公室主任,总统国家安全事务助理,总统经济政策助理。

《埃克森—弗罗里奥修正案》的框架以及相关规定给予 CFIUS 非常大的自由决定权和灵活度。第一,CFIUS 的权利没有限期,也不存在法定时效。合并双方可以自愿申请国家安全审查,CFIUS 也可以在任何时候(甚至在合并完成以后)开始对交易进行审查。

第二,《埃克森—弗罗里奥修正案》并没有给出国家安全的明确定义,而只是提出了一系列帮助总统评估潜在威胁的标准,这些标准包括:^①

- ✓ 对国内国防产品生产的直接影响。
- ✓ 对国内产业满足国家防卫需要的生产规模和能力,包括相关人力资源、产品、科技技术、原料以及其他供给和服务的可用性的影响。
- ✓ 外资对相关国内产业和商务活动的控制,对美国满足国防需要的生产规模和能力的影响。
- ✓ 兼并是否可能会使军火武器、设备或技术销售到支持恐怖主义、扩散导弹制造技术或生物武器的国家。
- ✓ 兼并对于美国在国家安全领域的科技领先地位的潜在影响。

事实上,CFIUS 在制定如何实施《埃克森—弗罗里奥修正案》的详细规定时,特意不对国家安全下定义,以保证在执法过程中有足够的灵活性。而且,在过往的实际审查中,CFIUS 的考虑并不局限在这些标准之内,除了涉及国防领域外,CFIUS 也对其他行业(如科技、电信、能源和自然资源)的一些兼并进行过国

^① 见 Graham and Marchick, 2006, 38 页。

家安全审查。^①

第三,在条例规则中,对于外国控制的定义有着相当大的宽度。外资控制包括任何直接或间接的股权上的控制,也包括通过其他合同方式对国内企业的控制。条例规定了一个外资股份占 10% 的很低的门槛。^② 外资方可能是外国政府、外国公民或其他机构,但外资方是否有外国政府背景,是 CFIUS 评估国家安全风险的一个关键因素。^③

综上所述我们可以看出,CFIUS 以一个宽泛的角度确定了国家安全的含义,并对实际的案例进行了实际的分析,法律有意赋予了 CFIUS 很大的酌情处理权。而且,对于国家安全的理解和看法也会随着时间和环境的改变而发生一定的变化,最明显的就是在 9·11 恐怖袭击事件之后,美国许多政府部门都更加重视外国投资对国家安全可能带来的威胁。

虽然 CFIUS 从未公布过哪些外国投资行为会威胁到美国的国家安全,但是 Edward M. Graham 和 David M. Marchick 从对 CFIUS 审查过的案件的总结中得出一些通常会被美国国家部门认为是威胁的外国投资活动,而且有些所谓的威胁也已经超出了《埃克森—弗罗里奥修正案》所给出的参考标准,例如美国失去敏感行业的技术领先地位等。

值得一提的是,《埃克森—弗罗里奥修正案》最初的版本也包括国防安全以外的经济安全的内容。最初的提案建议,对外资兼并对美国的“关键商务”(essential commerce)和“经济福利”(economic welfare)的影响也进行审查。这一建议遭到了里根政府和一些参议员的强烈反对。当时的美国商务部长 Baldrige 指出,这一条款违背美国信奉自由贸易的根本立场。里根政府甚至表示,如果这一条款不撤除,它将否决整个法案。结果,最终通过的《埃克森—弗罗里奥修正案》只是要求纯粹的国家安全的审查,删去了所有关于“关键商务”和“经济福利”的字眼。^④

本文附录里有关于《埃克森—弗罗里奥修正案》颁布前后的历史背景、有关争论和实施的更详细的介绍。

(二) 英国对于外国投资的国家安全审查

英国作为欧盟成员国之一,对符合欧盟要求前提下需要审查的外国投资会交由欧委会进行审查,而对于英国本身层面的投资交易活动,英国依据的是 2002 年颁布并于 2003 年开始实施的《企业法》,即英国的反垄断法。

专门针对外国投资可能引起的国家安全影响,英国主要参照《企业法》里对于公共利益一章的规定进行处理。在这里,公共利益包括两个领域:国家安全和

① 见 Graham and Marchick, 2006, 38 页。

② Regulation on Implementing Exon - Florio, Code of Federal Regulations, title 31, sec. 800. 204.

③ 见 Graham and Marchick, 2006, 37 页。

④ 见 Graham and Marchick, 2006, 43 ~ 44 页。

媒体的多样化。^① 2008年,英国把金融行业的稳定性加进来,作为公共利益的第三个领域。^②

通常的交易案件由英国公平贸易办公室和竞争委员会对其进行审查。英国国家贸易产业部长负责对可能威胁公共利益的案件进行审查。特别是在这类交易审查中,英国国家贸易产业部长可以凌驾于英国公平贸易办公室和竞争委员会之上而做出决定。^③

英国自2003年开始施行新的《企业法》以来,一共发出了7份通告,对可能危害英国国家安全的7项交易进行了国家安全的审查,其中有5项是国防工业,1项是媒体业,另1项则是在最近国际金融海啸中发生的一起银行并购案。^④

2007年1月15日,作为史密斯宇宙航空公司的母公司,史密斯集团和通用电气公司宣布,通用电气计划以48亿美元的价格收购史密斯宇宙航空公司。3月14日,欧洲委员会对此发出通告,对此交易的竞争影响进行了审查。在英国方面,英国国家贸易产业部长发出了介入通告,对于此交易可能产生的国家安全影响进行了分析。最后在史密斯公司及通用电气公司做出保护公共利益的保证之下,英国同意了该交易的进行。保证的主要内容包括:(1)维护英国战略能力——与军用工程相关的英国企业中的主管大部分是英国公民,并由在英公司直接控制,与国家安全有关的事项在六个月内必须通知国防部门;(2)信息技术的开发和保护——与军用工程相关的管理工作须由符合规定的人员管理,只有符合规定的人员才能接触国家机密资料,不允许国家机密资料转移或泄漏到国外;(3)依法遵守有关知识产权的规定。^⑤

(三) 法国对于外国投资的国家安全审查

在法国,众多法律和法规,如《公司法》、《劳动法》、《商业法》、《税收法》、《海关法》、《专利法》等,不仅适用于本国的企业,也同样适用于外国直接投资企业。只有在项目被认为对法国的公共秩序、国防安全、公共卫生和环境造成威胁的情况下政府才能做出否定的答复。

2003年7月,美国的一家投资公司购买了意大利 Fiat Avio 航空公司70%的股权,这家意大利公司参与建设了许多欧洲的军事及航空工程,对此法国国防部长 Michèle Alliot-Marie 提出要提高警惕,保卫法国和整个欧洲的安全。^⑥ 在

① Enterprise Act 2002, Chapter 2, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020040_en_5.

② 见 http://www.opsi.gov.uk/si/si2008/em/uksem_20082645_en.pdf.

③ John Vickers, *Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect*, 11 February, 2004.

④ 见 http://www.opsi.gov.uk/si/si2008/em/uksem_20082645_en.pdf 和 Department of Business Enterprise & Regulatory Reform UK, *Mergers with a National Security Element*, <http://www.berr.gov.uk/bbf/competition/mergers/public-interest/national-security>.

⑤ 见 <http://finance.sina.com.cn/stock/t/20070116/03121157435.shtml> 及 <http://www.berr.gov.uk/files/file39236.pdf>.

⑥ Grégoire Biseau and Nicolas Cori, *Ere du soupçon dans les secteurs sensibles*, *Libération*, November 24, 2004.

2004年,一个泛欧洲投资集团购买了法国 Alcatel 公司的 Saft 电池业务, Saft 电池中的某些业务是与国防事业相关的,因此法国政府为此交易设定了严格的条件,其中包括 Saft 公司的总部、研究中心和生产法国军用产品的部门设在法国本土等。

法国先前规范外国投资的法案仅仅概括地规定了,对公共秩序、国防安全、公共卫生和环境可能造成威胁的交易,政府可对其进行限制和阻止。2004年12月9日,法国国会颁布了新的规范外国投资的法律。^① 2005年12月30日,法国颁布了2005-1739号法令,规定当并购案件涉及敏感部门时,则需要得到法国经济部长的批准。受保护的敏感行业或部门包括博彩业、保险业、生物技术业、解药生产部门、交通和拦截装置部门、信息系统安全行业、双重工艺行业(既可用于民用,也可军用)、密码学部门、涉及国防机密的部门以及军火部门等11个。

2006年,意大利国家电力公司意图收购准备私有化的法国燃气公司时,法国政府立即组织法国燃气公司与另一家法国公司合并,制止了意大利公司的收购。

2008年10月,法国政府决定在年底前建立“战略投资基金”,其主要使命是避免在金融风暴中股价大幅下跌的本国重要企业落入外资手中,以确保本国经济安全。^② 根据相关安排,一旦法国具有战略意义的大企业陷入困境或可能遭外资收购,“战略投资基金”就会以投资、入股等形式进入该企业。据报道,这种做法在法国并不少见,是早有的法国“经济爱国主义”的最新体现。法国政府对能源、汽车、航空和防务等行业的战略性企业一贯采取这一做法。每当这些企业陷入困境或面临外资收购时,政府均会干预,以免因企业易主而威胁法国能源、金融等战略经济部门的安全。

(四)俄罗斯关于外国投资安全审查的近期发展

2006年俄罗斯天然气工业股份公司(Gazprom)试图收购拥有英国能源公共事业公司(British Gas)的 Centrica 公司。这一举动引起了英国以及其他欧洲国家对于俄罗斯在能源部门投资的关注。^③

俄罗斯近期对于限制外国投资 Sahalin-2 工程和 Shtokman 天然气田项目的行为,连同俄罗斯对于能源部门的外国投资越来越多的限制也被看成国家安全因素的另外一种表现形式——资源国家主义。^④ 在此,对于国家自然资源特别是石油和能源的保护被认定为国家安全的内容。

在俄罗斯的经济改革中,前总统普京明确提出关系国家安全的战略性企业不允许任意私有化。2004年8月,普京签署一道总统令,公布一份有着1000多

① Article 30 of Law No. 2004-1343, dated December 9, 2004.

② 见 http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/fortune/2008-10/27/content_10259383.htm.

③ Gazprom Stake Talk Lifts Centrica, *Financial Times*, June 9, 2006.

④ Stuart S. Malawer, Global Mergers and National Security, *Virginia Lawyer*, December 2006.

家企业的名单,指出俄罗斯总统有权审批这些核心企业的改制,这1 000多家企业的并购必须经过总统的批准。^①

普京2007年9月10日在访问阿联酋期间宣布,俄罗斯准备仿效美国通过立法限制外国投资,具体法案和责任监督机构尚未确定。

俄罗斯联邦政府也一直在筹划出台一部效仿美国国家安全审查法案的法律来限制战略部门的外国投资。^②据俄罗斯工业和能源部长赫里斯坚科透露,根据新法案,政府将成立一个专门机构,接受那些有意控股俄罗斯战略性企业的外国投资者的申请。随后,这些申请将由包括俄罗斯联邦安全局在内的一个政府委员会进行审查。俄罗斯总统在特定情况下拥有否决申请的权力。^③

俄罗斯欲立法限制外资的进入,也蕴涵着反击其他国家限制俄罗斯对外投资的意味。普京在2007年亚太经合组织峰会上表示,一些国家采取了立法的措施来限制外国投资,特别是对来自俄罗斯的投资进行了人为的限制。他强调,美国通过了相关的法律,一些国家正在讨论通过类似文件的可能性。“如果这种情况继续的话,我们将被迫采取相应的步骤来保护自己的利益。”^④

俄罗斯于2008年5月5日公布了新的限制外资的法律,涉及能源、电信、航空、国防、矿业、空间技术、核能等42个战略行业,规定了外资进入哪些行业需得到批准。该法律规定,外国私人投资者购买俄罗斯战略行业公司50%以上股份,需得到俄罗斯总理领导的外资委员会批准。外国国有公司不得在俄罗斯战略行业公司中控股,如果要收购超过25%的股份,则需得到委员会的批准。^⑤

(五)印度投资安全审查的近期发展

从2002年开始,出于对国家安全因素的考虑,印度外国投资推广署已经拒绝了一些公司的申请,但这些行为都没有恰当的法律支持。

2003年中国中兴电信公司获得印度外国投资推广署的批准在印度建立了电信设备生产基地,但在2006年5月,中兴对提供售后服务的申请却因国家安全的考虑没有得到批准。随后中兴公司决定向印度政府申请RBI自动通道(某些部门的外国投资可以在没有政府正式批准的情况下通过自动通道引进)。随后,对FDI所带来的国家安全的担心引发了印度政府对于外国投资多面性的思

^① 兴业证券—复旦大学联合课题组:《尽快建立全面的外资并购国家安全审查制度》,载《中国证券报》,2007-09-03。

^② Edward Alden, David M. Marchick, Matthew J. Slaughter, C. F. R., Council Special Report on Global Policy Toward Foreign Direct Investment, October 2007; Russia to Restrict Foreign Investment in Strategic Sectors, *Russia Today*, September 17, 2007.

^③ 新华社:《俄立法限制外企投资战略部门》,2007-02-02。

^④ 中华人民共和国驻俄罗斯联邦大使馆经济商务参赞处:《普京提出俄罗斯不排除限制外国投资》,http://ru.mofcom.gov.cn/aarticle/jmxw/200709/20070905082932.html,2007-09-11。

^⑤ Russia Sets New Rules for Foreign Investors, *Financial Times*, May 6th, 2008, http://www.ft.com/cms/s/0/908b2b4c-1b04-11dd-aa67-0000779fd2ac.html.

考,并决定建立类似于欧洲和美国的国家安全审查立法体系。^①

在印度,已经有一些中国企业先后因为安全因素而使投资受阻。^② 2005年,中国华为公司申请在印度建立6 000万美元的电信设备制造中心。这个申请2005年3月送交印度外国投资推广署,但一直未决。^③ 拥有全球10%集装箱业务的和记港口,申请在杰瓦哈瑞尔纳布港口建立扩展工程的竞标也没有被批准。

印度国家安全委员会决定制定一部《国家安全例外法案》(National Security Exception Act),该法案旨在赋予政府更大权力以国家安全为理由对外资在印度的投资、招标以及收购、兼并等各种经营活动进行审查,甚至禁止受怀疑外资在印度的经营。同时,该法案将赋予印度安全情报机构更多的权力以判断外资在印度的经营活动是否危及其国家安全。另一方面,该法案将使印度政府建立较为清晰的关于外资涉及其国家安全利益的监督体系。该法实施后,原由印度内务部对某些案例的审查以及由印度储备银行执行的对外国直接投资的自动批准政策将可能被取消。^④ 该立法系统计划在总理公署的监督下由国家安全委员会执行,并且安全审查将基于该项立法提出敏感地带、敏感行业以及公司的某些反国家行为。敏感地带可能包括克什米尔查谟、东北地区,以及其他靠近原子能源、空间和保卫装置及边界的地区。国家安全涉及的部门主要有航空、港口、海运和电信部门。^⑤

四、国外经验对中国的启示:C + 战略性行业

从世界主要国家在外资国家安全审查方面的做法可以清楚地看到,美国1988年的《埃克森—弗罗里奥修正案》,只是对国防安全方面的影响进行审查,即只审查集合C。值得一提的是,在这一法案通过之前,曾有议员试图把经济安全(“关键商务”,“经济福利”)方面的考虑也纳入审查的范围,但遭到里根政府的强烈反对,最后通过的法案里完全没有“关键商务”或“经济福利”的字眼。在日后的执法过程中,CFIUS虽然对一些不直接涉及国防安全的行业的外资并购进行过审查,如能源、高科技等,但美国国家安全的审查基本上是针对国防安全方面(如果说美国对国家安全的审查也曾超过了集合C的边界,其超过

① Puja Mehra, Eagle Eye on FDI – Concerned about National Security – the Centre Plans a Law to Make Foreign Investment Terror – proof, *India Today*, September 18th, 2006.

② As Foreign Investment Rises, India Addresses Security Concerns, *New York Times*, August 24th, 2006.

③ http://news.xinhuanet.com/fortune/2005-08/18/content_3371080.htm; <http://finance.sina.com.cn/stock/hkstock/hkstocknews/20060807/10052797570.shtml>; Puja Mehra, Eagle Eye On FDI – Concerned about national security – the Centre plans a law to make foreign investment terror – proof, *India Today*, September 18th, 2006.

④ 中华人民共和国驻印度共和国大使馆经济商务参赞处:《印度将实施新法案并赋予政府更大权力以国家安全理由限制外资在印度的各种经营》, <http://in.mofcom.gov.cn/aarticle/jmxw/200608/20060802883038.html>.

⑤ Puja Mehra, Eagle Eye On FDI – Concerned about National Security – the Centre Plans a Law to Make Foreign Investment Terror – proof, *India Today*, September 18th, 2006.

的部分也极小)。美国在 1988 年至 2005 年间只调查了 25 例外资并购(见附录中的表 1)。

英国的做法与美国基本上相似:如前面提到的,作为公共利益三个范围之一的国家安全的审查制度,到 2008 年 10 月共审查了 7 项兼并,其中有 5 项是国防工业,1 项是媒体业,另 1 项则是银行业。

相比之下,法国对国防安全以外的经济安全的考虑则比较多一些,审查的范围除了包括 2004 年列出的 11 个敏感性行业外,还包括能源、交通、金融等行业。

俄罗斯和印度都正在考虑建立国家安全审查制度。从近期的发展动向来看,印度所考虑的范围基本也是国防安全,把审查的范围限定在“敏感地带和敏感行业”。敏感地带可能包括克什米尔查谟、东北地区以及其他靠近原子能源、空间和保卫装置及边界的地区。国家安全涉及的部门主要有航空、港口,海运和电信部门。俄罗斯则比较看重对其“战略性企业”的保护,包括能源、电信、航空、国防、矿业、空间技术、核能行业。

另外,一些西方国家(如美国)的国家安全审查,特别注重那些有外国政府背景的企业兼并美国国内企业的案例。比如,2005 年 6 月,中国海洋石油有限公司购买美国 Unocal 公司的方案遭到美国外国投资委员会和美国国会的反对,其原因是,美国十分担心这个由中国国家控股的公司的竞标方案,会使得 Unocal 公司成为实现中国侵蚀美国能源资源并威胁美国国家安全的战略武器。同样,2004 年联想对 IBM 个人电脑生产业务的收购受到美国国会议员和有关部门审查,也是由于联想集团的母公司(联想控股)是中国的国有企业。^① 他们担心,这一收购会使美国的一些先进技术间接地流到中国军队里。同时,他们也担心联想会利用被收购的 IBM 的生产设施在美国境内进行经济间谍活动。^②

五、中国的做法:审查 C 和 B 的并集(CUB)

在反垄断法颁布后不久,商务部在《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》一书中对国家安全审查的含义作了如下描述:^③

相对于反垄断来说,国家安全“是一个相对宽泛同时内涵又不十分明确的概念,一般来说包括军事安全、经济安全和政治安全等。一般意义上,国家经济安全要求国家的经济命脉掌握在本国政府和企业手中,关系国计民生的产业应由本国企业来掌握和经营,排除外国政府和企业对涉及本国经济命脉及相关产业的介入和控制”。(第 266 页)

2007 年,国家发改委提交了一份报告,就外资并购和产业安全问题提出了

① http://localtechwire.com/business/local_tech_wire/biotech/story/1162417.

② 中国对外资收购的讨论,几乎不区分外资是否与来源国政府有关。换句话说,国内针对外资并购对国家安全影响的动机的讨论不多。

③ 商务部条法司:《〈中华人民共和国反垄断法〉理解与适用》,北京,法律出版社,2007。