

中央高校基本科研业务费资助项目成果

西方国家外资并购国家安全 审查制度的最新发展及其启示

——兼论开放经济条件下我国
外资并购安全审查制度的建构

The Recent Developments on National Security Review System of
Foreign M & A in the Western and China's Improvement of Related
Legal System in an Open International Investment Environment

王小琼 著

湖北长江出版集团

湖北人民出版社

中央高校基本科研业务费资助项目
本研究得到中南财经政法大学“中央高校基本科研业务
费项目[2010043]”资助

西方国家外资并购国家安全审查 制度的最新发展及其启示

鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

西方国家外资并购国家安全审查制度的最新发展及其启示/王小琼
著.

武汉:湖北人民出版社,2010.12

ISBN 978 - 7 - 216 - 06672 - 3

I. 西…

II. 王…

III. 外资公司—企业合并—安全管理—研究—西方国家

IV. F279.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 243443 号

西方国家外资并购国家安全审查制度
的最新发展及其启示

王小琼 著

出版发行:湖北长江出版集团
湖北人民出版社

地址:武汉市雄楚大街 268 号
邮编:430070

印刷:武汉市宏隆印务有限公司

经销:湖北省新华书店

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

印张:10

字数:278 千字

插页:3

版次:2010 年 12 月第 1 版

印次:2010 年 12 月第 1 次印刷

书号:ISBN 978 - 7 - 216 - 06672 - 3

定价:28.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

内 容 摘 要

随着以石油为代表的战略性资源供应的日趋紧张、生态环境的日益恶化、各国产业竞争的加剧和就业压力的增大,投资政策在维护国家战略产业安全方面日益起着重要作用,因此各国基于国家战略产业安全和其他重要国家利益对外资并购进行安全审查已成为外资监管的普遍实践。就中国自身而言,一方面,自20世纪90年代初以来,在以“市场换技术”作为招商引资基本战略的情况下,我国不断扩大引资规模,不仅外资并购份额日益扩大,而且涉及能源生产、机械制造、金融服务业等重要领域,外资并购中的国家安全问题逐渐引起重视,特别是外资对国内行业龙头企业的“斩首式并购”交易对国内产业造成的安全隐患,引起举国上下的关注。现有监管规则不足以消除外资并购对国家战略产业安全带来的威胁。因此,2006年《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》,其2009年修订仅涉及反垄断规则部分)所确立的外资并购审查机制面临着变革的压力。另一方面,我国《利用外资“十一五”规划》、《关于2009年深化经济体制改革工作的意见》和2010年政府工作报告都明确提出,要加快建立外资并购安全审查制度。这说明中国即将着手建立外资并购安全审查制度,极需外资监管法理论和对策上的支撑。就中国所处国际环境而言,投资自由化一直是西方各国外资政策的核心价值。但9·11事件的发生、以石油为代表的战略资源供应的日趋紧张,以及源于发展中国家和新兴经济体的一批带有国有背景的新的对外投资者的出现,使得西方国家传统的开放性外资政策发生了某些变化,开始日益关注外资并购中的国家安全保障问题。自2006年以来,美、加、德、法、澳、俄、印等国相继就外资并购安全审查采取立法措施。与此同时,我国一些国有企业境外并购由于遭遇当地国家安全审查而被搁浅。面对目前的国内外投资环境,中国建

构外资并购安全审查制度,既是维护本国战略产业安全的需要,也是应对国际投资环境变化的需要。在这种背景下,本文研究有着迫切的理论意义和实际意义。本文研究旨在通过对西方代表性国家外资并购国家安全审查制度的新发展和中国相关法制以及国际组织有关文件的深入研究和典型案例的分析,引起各界对外资并购国家安全审查问题的高度关注,并力图在借鉴国际经验教训的基础上,推动中国外资并购国家安全审查制度的研究和建设。具体来讲,本书将围绕中外外资并购国家安全审查制度的重大理论和实践问题展开研究,主要由六章构成:

第一章为导论部分,从总体上研究外资并购国家安全审查制度的基本理论问题,以期为以下其他各部分的研究奠定理论基础。“并购”和“国家安全”是构筑外资并购国家安全审查制度的基础和核心概念。“并购”概念关系到审查对象的界定,“国家安全”概念则涉及到国家安全审查标准的确立。作为基础理论部分,还有一个重要的问题需要澄清,那就是各国为什么格外关注外资并购直接投资?相对于外资绿地投资而言,各国对外资并购直接投资的监管更为严格。对这一问题的回答,直接关系到对外资并购安全审查单独进行立法的必要性以及它在整个外资监管制度中的地位和功能。再者,外资并购国家安全审查制度的立法模式关系到该制度运行的成败和效率,并且是该制度立法中首先要解决的问题。基于上述考虑,本章首先对研究中涉及的外资并购国家安全审查制度的基本概念进行界定和说明。在此基础上,从外资监管和维护国家安全的角度,通过对产业政策、竞争法制等现有常规投资措施在维护国家安全功能上存在不足的分析,对外资并购国家安全审查制度在整个外资监管制度中的地位和功能进行了探讨,指出外资并购安全审查是一种独立于产业政策审查和反垄断审查的投资审查机制,属于维护国家安全利益的最后救济措施性质。最后,结合世界代表性国家的立法实践,对外资并购国家安全审查制度的两种立法模式进行了归纳。

第二章深入探讨了外资并购国家安全审查制度的建构原则。外资并购安全审查制度的确立无疑会对一国投资开放政策产生某种限

制性影响,而保持投资环境的开放性是经济全球化的必然要求,因而外资并购安全审查制度在维护国家安全利益的同时,必须最大限度地减少对投资开放政策的限制性影响,避免由于国家安全审查措施的不当使用所引发的投资保护主义,使一国外资并购安全审查制度沦为保护一般意义上应完全由市场调节的幼稚产业甚或落后产业的政策工具。同时以国家安全审查之名实施投资保护主义,也会招致他国的对等式报复。但如何在外资并购安全审查中实现投资开放政策和国家安全利益的恰当而有效的平衡,建立开放经济下国家安全利益有效维护的法律保障机制,是世界各国都面临的难题。为此,引发了 OECD 自 2006 年关于投资自由化与国家安全和战略产业安全维护关系的深入讨论,并于 2009 年 5 月发布了《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》。为了使我国的外资并购国家安全审查立法既符合中国实际情况,又能最大限度地吸收和借鉴各国通行做法,从而营造一个东道国国家利益和外国投资者利益相对平衡的外国投资环境。鉴于此,本章对 OECD 上述指南中针对其成员方在投资领域采取国家安全审查措施所应遵循的四项基本原则——非歧视待遇原则、监管平衡性原则、透明度或可预见性原则和问责性原则,结合 OECD 相关所发布的相关背景文件和代表性国家的立法和实践,进行了比较全面的剖析,指出这四原则对我国外资并购国家安全审查制度的建构有很大的借鉴意义,但在具体实施路径上还必须结合我国国情,作出恰当的制度安排。

第三章重点分析作为美国外资并购国家安全保障本位体制的《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则《外国人合并、收购和接管规定》的实体内容和程序规定。鉴于美国外资并购审查制度的系统性和相对完善的特征,本书第三章和第四章专门就美国外资并购审查制度作专题研究。《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则在美国外资并购国家安全保障体制中处于基础和核心的地位。通过对该修正案及其实施细则在制定和实施过程中的主要争论以及改进建议的深入剖析,重点说明两个问题:一是《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则已建立起一个外资并购国家安全审查程序,该程

序授予美国总统和外国投资委员会(以下简称CFIUS)很大的灵活性,“9·11”以后CFIUS通过扩大国家安全观,来充分利用其自由裁量的灵活性。二是《埃克森—佛罗里奥修正案》制定后,由于政治和经济因素的交错影响,一直面临着改革的压力。鉴于CFIUS同时面临着保护国家安全和保持开放投资环境的两项使命,以下几项完善措施应该被仔细考虑:外国投资委员会所考虑的国家安全标准应该扩展到包括重要基础设施领域;CFIUS和美国国会的合作特别是关于信息共享方面应该更加明确界定;对“控制”的构成要件应给予清楚阐明。

第四章采用比较的方法,对美国外资并购国家安全保障立法的最新发展——《2007年外国投资与国家安全法案》及其2008年《实施细则》的实体内容和程序规定进行系统研究。

在实体内容方面,新法案对外资并购涉及的国家安全问题给予了全新的诠释,即除了传统的“国防安全”外,还将考虑所有对美国至关重要的有形或无形的系统或资产(如银行、供水、关键技术、基础设施等),如被破坏或摧毁将对美国国家安全所造成的潜在影响。另外,在新旧法案中,“控制”一直都是一个门槛概念,从发动对自愿申报的交易进行审查和调查的授权到阻止一项交易的总统授权都已事先预期到该交易涉及对在美国从事商业活动的实体的外国控制。这种对控制的关注,表明了美国国会的一种基本价值取向,即认为导致对在美国从事商业活动的实体的外国控制的并购交易对国家安全构成的潜在风险是非常高的。因此,关于实体内容方面,本章重点选取以下三个问题进行阐述,即美国外资并购国家安全审查对象、审查标准和关于“被外国政府控制或代表外国政府的实体”的特殊规定。通过对这三个问题的分析和阐述,主要揭示两个问题:一是相比较《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则,新法案及其实施细则强化了“控制”的概念,扩展了国家安全标准,从而扩大了外国投资委员会的审查范围。二是新法案强化了对外国政府控制的并购交易进行强制性国家安全审查的机制,从而使美国的外资并购国家安全审查程序具有一定的政治色彩。

在程序规定方面,2005 年中国海洋石油有限公司收购美国石油公司尤尼科以及 2006 年由阿联酋政府控制的迪拜世界港口公司并购对美国 6 个主要港口拥有经营权的原英国半岛—东方航运公司均遭到美国国会的极力反对。这两起并购案在美国引发了长达两年的争论,美国共和党与民主党均要求修订《埃克森—佛罗里奥修正案》,以提高 CFIUS 的权力和地位,扩大政府对外国公司投资涉及的核心基础设施和关键技术等经济和技术领域的国家安全审查权限。另外新法案制定前,国会对于 CFIUS 的了解相当少,CFIUS 以保密为由不积极应对国会的质询,关于外资审查和调查结论的签署,白宫高层也一般授权手下进行,所以国会对于 CFIUS 的把关没有信心,这反而导致国会盲目地扩大性干涉,国会干涉“中海油收购案”和“迪拜公司收购案”就是典型例子。鉴于此,本章重点选取以下四个问题进行阐述,即美国外资并购国家安全审查机关、审查程序、监督机关和事后监督机制。通过对这四个问题的分析和阐述,主要揭示五个问题:一是 CFIUS 法律地位的提升和成员的增加,体现了美国对外资监管权力的高级别和美国对外资对国家安全影响的重视。二是申报前非正式磋商、自愿申报及缓和协议的达成充分体现了美国外资并购安全审查程序的灵活性。三是新法案和《实施细则》关于强制进入调查程序的强化和常青条款的规定,为交易增加了风险和不确定性。四是虽然国会在监督行政行为以确保外国投资活动正确的规范方面,具有重要的作用,但是国会必须谨慎地行使它的权力。它应该在制止威胁国家安全交易的同时,又不使合法和安全的外资冒巨大的风险或高昂的代价以致放弃美国资本市场。五是民事处罚以及申报撤回后后续行为监督的规定,体现了对相关并购交易持续监督的严密性。

第五章详细介绍和分析了除美国之外的其他西方代表性国家外资并购安全审查制度的最新发展。自 2006 年来,美国、澳大利亚、加拿大、德国、法国等发达国家和以印度、俄罗斯为代表的发展中国家和转型国家的外资并购安全审查立法发生了巨大的变革,引发了 OECD 关于投资自由化与国家安全和战略产业安全维护的深入讨

论,并发布了《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》。考虑到全球投资环境的这种整体变化,本章对加拿大、澳大利亚、德国、法国、英国、日本等发达国家和印度、俄罗斯等发展中国家和转型国家外资并购安全审查制度的最新立法作了介绍。在此基础上,结合前述各国立法实践和 OECD 相关背景文件,对各国外资并购安全审查制度理论和实践中共同关注的两大问题——外国投资者身分识别和跨国投资者最终受益所有权和控制权识别问题作了专题研究。本章研究旨在揭示各国的国家安全战略和外资监管体系对外资并购安全审查制度发展的影响,这种影响导致了各国外资并购安全审查制度共性和差异并存的局面,我国在建构外资并购安全审查制度时,应充分意识到这一点,而不仅仅局限于借鉴某一个国家的制度。

第六章探讨中国外资并购国家安全审查制度的完善以及中国企业对美国相关法制的应对问题。2006 年以凯雷收购徐工为代表的外资并购事件引起了举国上下对外资并购所引发的国家经济安全问题的关注。为了规范外资并购,中国于 2006—2008 年相继发布和实施了以《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《规定》)和《反垄断法》为代表的一系列法律法规,初步建立了外资并购国家安全审查制度。但同时存在相关政策原则性过强、缺乏可操作性、立法存在盲点以及概念混乱等问题,特别是《反垄断法》第 31 条的实施问题。2008 年 8 月 1 日,中国《反垄断法》开始实施,其中第 31 条关于外资并购安全审查的规定及其实施,引起外资和国内民众的极大关注。《反垄断法》第 31 条是中国第一个以法律形式明确规定对外资并购交易进行国家安全审查的条文,该条明确规定国家安全审查的实施依国家有关规定进行。而商务部等六部委联合发布的《规定》则是中国唯一的一部以部门规章形式出现的关于外资并购国家安全审查的规定,在《反垄断法》实施以前扮演着指导外资并购国家安全审查的重要角色。在《反垄断法》实施以后,《规定》是否能继续扮演这种角色,《反垄断法》第 31 条所指的“国家有关规定”是否包括《规定》在内呢?这些问题都有待研究和解决。因此,本章以中国外资并购国家安全保障制度为研究对象,对中国外资并购国家安全

保障制度相关立法的现状、存在的问题及重构予以剖析和展望。同时还探讨了中国企业应对美国外资并购国家安全审查制度的对策。前者重点探讨两个问题：一是目前中国外资并购国家安全保障制度立法存在的不足；二是中国反垄断法第31条关于外资并购国家安全审查规定的实施细则的构建。该构建涉及外资并购国家安全审查的立法宗旨、审查对象的界定、审查标准的细化、部际联合审查机构的确定、公开透明的审查程序的建立、投资者救济性权利的配置和监督执行机制的确立。后者建议主要从以下四个方面着手：一是主动向美国外国投资委员会提起国家安全审查申请；二是确立中国企业市场法律主体资格；三是争取目标公司的支持与配合；四是对美国外资并购国家安全审查风险的防范。

目 录

第一章 外资并购国家安全审查制度概述	1
第一节 外资并购国家安全审查制度的基本理论	1
一、并购的法律涵义和外资并购的法律性质	1
二、“国家安全”的基本含义及其演化	4
三、国际投资法和国家安全战略中与安全相关的概念	9
四、外资并购国家安全审查制度	11
五、外资并购和绿地投资对一国经济和其他方面的 不同影响	12
六、与国家安全相关的投资政策在保护一国关键基础 设施中的作用	17
第二节 外资并购国家安全审查制度的功能定位及立法模式	18
一、外资并购国家安全审查制度在保护国家安全方面 的最后救济性质	18
二、其他相关法律政策工具在维护国家安全方面的局 限性	19
三、外资并购国家安全审查制度与反垄断审查制度的 区别和协调——以我国为例	22
四、外资并购国家安全审查制度的社会功能及其特征	30
五、外资并购国家安全审查制度的立法模式分析	32

第二章 外资并购国家国家安全审查制度的建构原则

第二章 外资并购国家国家安全审查制度的建构原则	34
第一节 OECD《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》的出台背景	34
一、OECD《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》出台前西方代表性国家投资政策的发展	35
二、维持一个开放投资环境的必要性	36
三、与国家安全相关的投资措施给监管带来的挑战及其相关共识	37
第二节 无差别待遇原则	39
一、代表性国家主管机构基于国家安全和重要利益对外国投资者采取的歧视性做法	39
二、OECD《国民待遇投资文件》框架下的国家公共秩序和重大安全利益的保护	44
第三节 透明度或可预见性原则	46
一、透明度或可预见性原则的涵义	47
二、OECD 对透明度或可预见性原则的实施建议	47
第四节 监管的均衡性原则	51
一、监管均衡性原则的基本内涵	51
二、对国家安全采取的一般做法——以澳大利亚、捷克和波兰为例	52
三、对外国投资中有关重大国家安全利益关切的评估	53
四、将监管权力授予最合适的机构	54
五、针对特定投资提议作出恰当的投资政策回应	54
六、OECD 对监管均衡性原则的实施建议	55
第五节 问责制原则	57
一、透明度的早期讨论——问责性的含义	57

二、投资政策制定者承担责任的对象——本国公民和 国际社会	58
三、投资政策责任承担的主体——政治领导人和公务员	58
四、问责性机制	59
五、OECD《投资接受国与国家安全相关的投资政策指 南》关于问责制原则的观点	61
第三章 美国外资并购国家安全审查本位体制的确立： 《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则	64
第一节 美国外资并购国家安全审查制度历史变革概述	64
一、《埃克森—佛罗里奥修正案》出台之前外资并购国 家安全审查的分散立法	64
二、美国外资并购国家安全审查本位体制的确立：《埃 克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则	67
三、美国外资并购中国国家安全法律保障体制的新发 展：《2007 年外国投资与国家安全法案》及其实 施细则	73
第二节 《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则 ——《外国人合并、收购和接管规定》	76
一、《埃克森—佛罗里奥修正案》概述	77
二、《埃克森—佛罗里奥修正案》制定和实施过程中的 主要争论	82
三、实践中国家安全风险的评估	95
四、《埃克森—佛罗里奥修正案》在“9·11”事件后的 实施	99
第三节 关于《埃克森—佛罗里奥修正案》及其实施细则的 改进建议和争论	113

一、增加对“核心基础设施”保护的考虑	115
二、就非本国国民在敏感职位任职建立安全标准	118
三、加强对国会的信息披露	120
四、完善并明确外资的“控制”标准	125
五、发展国家安全审查程序的国际标准	131
六、关于强制申报、CFIUS 主席职位和经济安全审查标准 的争论	135
七、我们的结论	143
第四章 美国外资并购国家安全审查立法的最新发展： 《2007 年外国投资与国家安全法案》及其《实 施细则》的实体内容和程序规定	146
第一节 美国外资并购国家安全审查的对象	146
一、对外国人和美国企业的界定	147
二、对“交易”——合并、收购和接管行为的界定	151
三、CFIUS 的管辖范围	151
第二节 美国外资并购国家安全审查的标准	158
一、“控制”概念的强化	158
二、国家安全标准的扩展	164
第三节 关于“被外国政府控制或代表外国政府利益的 实体”的特殊规定	172
一、1992 年关于“被外国政府控制或代表外国政府的 实体”的修正案及其对中国企业的影响	172
二、《2007 年外国投资与国家安全法案》及其实施细则 的相关规定及其对中国企业的影响	174
第四节 美国外资并购国家安全审查的审查机关—— CFIUS	177
一、美国外资并购国家安全审查机关	177

二、CFIUS 协调多机构的机制·····	184
第五节 美国外资并购国家安全审查程序·····	186
一、申报/通报·····	186
二、初审 (review)·····	194
三、调查 (investigation)·····	195
四、总统的决定·····	198
第六节 美国外资并购国家安全审查的监督机关——国会 ·····	200
一、国会就外资并购国家安全审查事项立法的权力基础 ·····	200
二、国会对外资规范的监督权力·····	200
三、FINSA 关于国会监督权的加强·····	201
四、关于国会介入外资并购国家安全审查适当性的分 析·····	202
第七节 事后监督机制的建立·····	204
一、审查程序的重启——常青条款·····	204
二、缓和协议·····	206
三、关于民事处罚和权利救济的规定·····	208
第五章 西方其他代表性国家外资并购国家安全审查 制度的新发展·····	210
第一节 加拿大外国投资法的重大修正——国家安全审查 内容的增加·····	210
一、《加拿大投资法》的修正与外资并购安全审查·····	211
二、《外国投资国家安全审查条例》的出台及其主要 内容·····	213
第二节 澳大利亚《外国收购和接管法案》的最新修正 ·····	215

一、《外国收购和接管法案》修订的目的	215
二、修正前的《外国收购和接管法案》	216
三、《外国收购和接管法案》的主要修订内容	218
四、关于澳大利亚对外国国有实体的投资政策	220
第三节 德国外资并购国家安全审查的最新立法	222
一、德国《对外经济法》及《对外经济法适用条例》的 主要修改内容	222
二、《对外贸易和支付法》修正案的主要内容	228
第四节 俄对外资进入其战略性行业的国家安全审查 制度	230
一、对保障国防和国家安全具有战略意义的 42 个行业	231
二、触发俄罗斯国家安全审查的外国投资交易	232
三、审批程序	234
四、审批标准——对外资控制俄罗斯战略性公司的 认定	235
五、违反俄罗斯国家安全审查制度的法律责任	236
第五节 印度外资准入制度与外资安全审查法	237
一、审批制度	238
二、电信设备制造行业与基础设施行业的具体政策	242
三、国家安全审查	243
第六节 法国、英国、日本三国外资并购国家安全审查 的最新立法	248
一、法国对于外国投资的国家安全审查规定	248
二、英国对于外国投资的国家安全审查规定	250
三、日本对于外国投资的国家安全审查规定	251

第七节 西方代表性国家外资并购国家安全审查中的 外国投资者身份识别制度比较分析·····	252
一、投资者身份概念对国家安全风险识别的意义 ···	254
二、投资者身份概念与受益所有权概念之间的关系 ·····	254
三、代表性国家处理国家安全关切的投资措施类型 ·····	255
四、投资审查程序处理信息的成本 ·····	256
五、识别投资者身份的信息来源 ·····	257
第八节 投资者最终受益所有权和控制权的识别·····	261
一、公司形式可以使跨境投资受益所有人难以确定 ·····	262
二、实现匿名的机制 ·····	264
三、当局用来克服识别受益所有权和控制权方面的障 碍可采纳的方法 ·····	267
四、信息来源 ·····	269
五、关于投资受益所有人和控制人的身份和国籍的识 别以及潜在安全风险评估的经验教训 ·····	271
六、结论 ·····	272
第六章 开放经济条件下中国外资并购国家安全审查 制度的建构以及中国企业对西方国家相关法 制的应对 ·····	274
第一节 中国外资并购国家安全审查立法的现状及存在的 问题·····	274
一、中国外资并购国家安全审查的立法现状 ·····	274
二、中国外资并购安全审查立法存在的问题 ·····	275
第二节 《反垄断法》第 31 条的实施 ·····	281
一、《反垄断法》第 31 条的立法宗旨 ·····	281