



郑雅方
著



美国 外资并购 安全审查制度研究

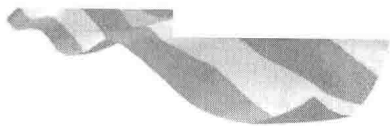


中国政法大学出版社

美国外资并购 安全审查制度研究

MEIGUO WAIZI BINGGOU
ANQUAN SHENCHA ZHIDU YANJIU

郑皓方◎著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

美国外资并购安全审查制度研究/郑雅方著. —北京:中国政法大学出版社, 2015.

ISBN 978-7-5620-7064-1

I. ①美… II. ①郑… * I. ①美… II. ①郑… * I. ①美… II. ①郑… *
* I. ①美… II. ①郑… * I. ①美… II. ①郑… *

①外资公司—企业兼并—国家安全法—研究—美国 IV. ①D971.221

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第102279号

-
- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 7
字 数 151千字
版 次 2015年5月第1版
印 次 2015年5月第1次印刷
定 价 28.00元



目 录 / Contents

前 言	1
一、问题的提出	1
二、研究现状	3
三、研究内容	5
四、研究方法	6
第一章 美国外资并购安全审查制度变迁	8
一、美国外资并购安全审查概述	8
二、美国外资并购安全审查制度的产生与发展	13
三、美国外资并购安全审查的法律框架	24
第二章 《埃克森 - 弗洛里奥修正案》	28
一、立法背景	28
二、实体制度	37
三、程序制度	48
四、典型案例	55



第三章 外国投资与国家安全法	64
一、立法背景	64
二、实体制度	83
三、程序规范	95
四、典型案例	105
第四章 美国外资并购安全审查制度适用	111
一、外资开放与国家安全平衡	111
二、国会监督机制	119
三、主权财富基金安全审查	127
四、审查结果的可诉性	146
第五章 美国外资并购安全审查的中国借鉴	163
一、我国外资并购安全审查的必要性	163
二、我国外资并购安全审查的立法现状	167
三、美中外资并购安全审查的比较	173
四、完善我国外资并购安全审查的建议	183
第六章 美国外资并购安全审查的法律应对	186
一、中国企业“走出去”战略概述	186
二、中国企业赴美并购现状	190
三、中国企业赴美并购的对策研究	197
四、典型案例	203
参考文献	210



前 言

一、问题的提出

不断深入的全球经济一体化已成为当今世界经济发展的主要特征，而跨国并购则是推动全球经济一体化的原动力。随着2001年党的十五届五中全会正式将“走出去”战略写入《国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》，我国越来越多的企业谋求海外并购，到2010年我国海外并购进入高速发展时期。高速发展不仅源于我国作为新兴经济体在进入经济危机后仍保持了稳步发展的态势，国民经济整体实力得到提升；还源于发达经济体复苏相对缓慢。随着我国“走出去”战略的不断深入实施，我国现已成为全球并购交易数额第二大国家，仅次于美国。

我国有实力的企业“走出去”之路并非一帆风顺，常伴有阻力与障碍。以美国为例，美国因其优越的投资条件长期以来被各国视为理想的投资对象，但我国企业赴美并购失败率总体高于英、法等国，所谓失败率指已宣布竞购的跨国并购被撤回、拒绝或失效的比例。较高的并购失败率使得我国赴美投资总额



比例低于美国政府预期份额。导致跨国并购失败的原因多样，其中之一是我国企业跨国并购多集中于能源产业及高科技领域，这些产业本身就是美国外资并购安全审查的重点，而未能通过外资并购安全审查则会导致我国企业赴美并购失败。基于此，在经济一体化背景下，如何为我国企业更好开展跨国并购提供有效法律对策是亟待解决的问题。通过对以美国为代表的国外外资并购安全审查法律制度的研究，寻求法律对策，以配合“走出去”战略实施，是解决问题的有效路径。

另外，我国自改革开放以来就注重吸引外资，利用外资扩充资本、提升技术与管理水平、带动本国经济发展。作为东道国，外资并购不仅给我们带来了经济发展的动力，也引发了产业安全、国家安全的担忧，这些担忧不仅存在于学界、商界，也为我国最高决策层所关注。我国 2008 年施行的《中华人民共和国反垄断法》对外资并购国家安全审查进行了原则性的规定。2011 年 2 月，国务院办公厅下达《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》完成了对外资并购安全审查制度的框架性规定，目的在于促进我国利用外资方式多样化、引导外资并购境内企业有序发展的同时，维护国家安全。2011 年 8 月，我国商务部为完善外资并购安全审查制度，发布了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》。概言之，我国目前已建立了完整的外资并购安全审查制度，但制度所依据的法律渊源效力层级较低，且规范有待进一步细化完善，故有必要通过对先进的国外外资并购安全审查制度进行研究，思考如何进一步完善我国相应制度。



二、研究现状

美国对本国外资并购安全审查制度的研究可分为两条主线：一为学理研究，一为实证研究。早期美国该领域学理研究的主要集中点为：外资并购安全审查制度的必要性与独立性问题。在学理研究方面，较早的有 Alvarez 教授的论文 *Political Protectionism and US International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon - Florio*，论文集中阐述了作为外资并购安全审查制度早期法律蓝本的《埃克森 - 弗洛里奥修正案》可能带来的贸易壁垒，并可能导致美国违反国际投资义务。Nance 等在论文 *Regulation of Imports and Foreign Investment in the US on National Security Grounds* 中表示对《埃克森 - 弗洛里奥修正案》的支持，阐明修正案对维护国家安全的积极意义。随着国际经济一体化的发展，外资并购安全审查制度实施的深入，2007 年美国国会推出《外国投资与国家安全法案》（简称 FINSIA）。该法律的出台再一次引起法学界对该制度的关注，关注点集中于：改革后更严苛的审查制度如何才能平衡外资开放及国家安全。颇具影响力的学术论文如 Georgiev 教授的 *The Reformed CFIUS Regulatory Framework: Mediating Between Continued Openness to Foreign Investment and National Security*。Stagg 教授的论文 *Scrutinizing Foreign Investment: How Much Congressional Investment Is Too Much* 以新法授权国会参与安全审查为切入点，论证了应如何平衡安全审查中的外资开放与国家安全。

美国外资安全审查制度的审查研究以隶属美国国会的国会研究部（简称 CRS）和国会总审计局（简称 GAO）为代表，对



外资安全审查制度有系列研究报告，研究出发点围绕制度实效评估及制度实效提升。美国的学术论文为制度研究提供了批判研究的线索；CRS 和 GAO 的系列报告为制度研究提供了实证研究基础。

在我国，较早对美国外资并购安全审查制度进行研究的是黄进教授，其论文“在美国的收买投资与国家安全审查”中认为《埃克森-弗洛里奥修正案》是美国反垄断法的新发展。《埃克森-弗洛里奥修正案》现在被看做是美国外资并购安全审查制度的早期法律框架，而外资并购安全审查制度与反垄断制度虽有联系，但彼此独立。

自 2006 年以后，国内对美国外资并购安全审查制度的研究逐步深入。推动研究深入的原因之一是我国 2005 年中海油竞购案因未通过外资并购安全审查制度而宣告失败。具有代表性的学术论文如：韩龙教授在其论文“美国外资并购中的国家安全审查制度：中国之借鉴”中对《埃克森-弗洛里奥修正案》的审查程序与国家安全标准进行了探讨，并提出对中国的启示借鉴。刘东洲教授在论文“美国外资监管中国国家安全审查制度研究”中，阐释了美国外资并购安全审查制度的意义及作用。邵沙平、王小承教授在论文“美国外资并购国家安全审查制度探析——简论中国外资并购国家安全审查制度的构建”中通过梳理美国外资并购安全审查制度的历史演变，介绍了整体制度框架及制度改革。

2011 年我国外资并购安全审查制度初步建成，这促使我国法学界除了对美国外资并购安全制度本身展开研究外，在注重制度对策研究的同时，开始对中美制度比较研究以探讨我国制



度的进一步完善。具有代表性的学术论文如：贺丹教授“企业海外并购的国家安全审查风险及其法律对策”集中分析了在国家安全概念扩展的背景下，中国企业如何将政治风险与因素转化为法律问题的对策。陈业宏、夏芸芸在《中美外资并购立法宗旨之比较》中，比较分析了中美外资并购立法目的差异，并提出应借鉴美国外资并购立法，确保我国国家、企业、职工的长远根本利益。另有些硕士、博士学位论文对美国外资并购安全审查制度进行研究介绍，但涉及此研究领域的专著为数不多。

总体而言，目前我国此领域的研究虽对美国外资并购安全审查制度新发展有介绍，但对制度缺陷及制度改革研究仍属空白；虽对中美外资并购立法有框架性的对比，但鲜见从制度层面及实证层面对两国立法实体及程序制度的全面比较。

三、研究内容

本书尝试通过多种研究方法的运用，对外资并购安全审查制度法律问题进行较全面的研究，研究分三部分内容完成。

第一部分对美国外资并购安全审查制度进行详细研究，通过梳理制度历史演进的方式，结合大量实证，阐释美国对外资并购过程中的新兴国家安全问题予以法律规制的必要性及合理性；论证如何合理实施美国外资并购安全审查制度——外资开放与国家安全平衡机制；并从国会如何适度参与安全审查、如何建立审查决定诉讼机制等方面探讨进一步优化该制度的革新点。本书研究的出发点是中国跨国并购法律对策问题及外资并购安全审查制度完善问题，故第二部分围绕我国企业赴美并购法律对策展开。基于案例分析，第二部分紧扣中国企业赴美并



购可能遭遇的审查及风险，论述如何通过双边协定、完善企业公司治理、协同联动等方式保障我国企业有效参与并顺利通过美国外资并购安全审查。第三部分通过对中美外资并购法的系统化对比分析，探讨我国外资并购安全审查法的理论基础，并沿着实体制度与程序制度的主线，提出具体而富于操作性的制度完善措施。

四、研究方法

实证分析法。美国外资并购安全审查制度属于个案审查制度，即审查机构需充分考虑每个具体案件的事实，才能评价案件是否可能威胁美国国家安全。故如想全面深入地研究美国外资并购安全审查制度，不仅需要分析法律规范本身，更需结合大量实证案例，分析法律制度的实际运用。毕竟，美国外资并购安全审查制度的先进性不仅在于其不断革新完善的法律文本，更在于其执法机构的法律执行与法律运用。因此，大量经典并购案件的研究实属必要。

历史分析法。要客观真实地介绍美国外资并购安全审查制度，必须了解该制度的起源、发展、现状及未来。本书通过历史分析法，基于法律规范产生的特定经济、政治背景，系统梳理了美国外资并购安全审查制度的变迁。通过考察制度变迁史可知，在经济一体化背景下，一国并购安全审查制度的形成、发展与国际政治经济大环境的发展不可分割。

比较研究方法。本书旨在通过对美国外资并购安全审查制度的研究，对比中国现有外资并购安全审查制度，实现两大研究价值：首先，全面系统地分析美国外资并购安全审查立法制



度，为中国企业赴美并购提供法律对策保障及政策分析指引；其次，通过总结美国外资并购安全审查立法制度经验及未尽之处，为我国外资并购安全审查制度提供可借鉴启示，从而实现我国外资并购安全审查的立法初衷，即实现外资并购企业的可持续发展，并保护我国国家安全。因此，本书大量使用比较研究方法，对中美两国相应领域立法进行深入对比。

美国外资并购安全审查制度变迁

一、美国外资并购安全审查概述

(一) 外资并购与国家安全

并购的内涵十分丰富，其本质在于获取有关企业的经营控制权，可指兼并及收购。兼并是指两家或多家独立企业法人合并成一家企业，通常是由一家优势企业吸收一家或多家企业的形式。收购是指一家企业用现金或有价证券购买另一家企业的股票或资产，以获得对该企业全部资产或某项资产的所有权，或对该企业的控制权。外资并购，或称跨国并购，是国内并购的延伸概念。外资即指外国投资者，是从东道国的视角界定母国并购东道国企业并获取其全部或部分经营控制权的产权交易行为的，属外国直接投资的形式。因国内外对并购及外资并购的概念并无明确界定，故此处不做深入探讨。

“国家安全”是一个内涵简单而外延宽广的概念，它的历史并不长，在二战以后才被提及使用。美国《国际社会科学百科全书》将其内涵定义为：一个国家的内部社会制度能够不受外



来威胁的能力。可见，“国家安全”是一种国家利益，处于国家利益体系中的基础地位，是其他利益的保障。

学术界对“国家安全”的外延一直存有争议。随着二战后几十年来的世界政治、军事、经济的发展变迁，其外延越发丰富。目前，学界认为国家安全由许多要素构成，如政治、军事、经济、能源、科技、文化等，这些要素上升到足以影响整个国家安全状况均可视为国家安全。^{〔1〕}

基于“国家安全”的丰富外延，美国外资并购安全审查制度审查的目标利益十分广泛，包括对外国投资者并购本国企业是否威胁国家政治、经济、军事、能源、科技等多方面安全。

基于外资并购与国家安全概念分析可知，美国外资并购安全审查制度是美国对外国投资者购买本国境内企业股份、股票或资产，以获得该企业控制权的过程中，美国政府实施的维护国家安全，限制外资并购的法律规范。

（二）美国外资并购安全审查制度的必要性

美国自建国起便奉行外资开放政策，在国际社会长期推行投资自由化政策，但它也最早建立起外资并购安全审查制度。1977年起美国的外国直接投资增速首次超过其海外投资增速，外国直接投资规模与其海外投资规模持平。快速增长的外国投资引起了美国关注，甚至给美国带来恐慌。为防止外国投资垄断本国经济、本国领先的技术经验外溢他国，美国着手构建、完善外资并购安全审查制度。

外资并购这一直接投资方式确有安全审查必要。外资并购

〔1〕 巴中侠主编：《大国兴起中的国家安全》，北京大学出版社2005年版，第285页。



与绿地投资相比具有并购企业可迅速占领东道国市场、有效利用被并购方已有市场资源、融资便利等诸多优势，因此外资并购方式现已成为外商直接投资的主要方式。然而外资并购在给东道国带来资本、先进技术和管理经验、增加就业机会的同时，也可能对东道国经济产生负面影响：危及民族产业发展、垄断东道国市场、破坏竞争秩序、冲击政府产业政策，从而影响国民经济健康运行。

外资并购的优劣势给美国经济带来正负面的多重影响。外资并购为美国经济带来了勃勃生机，但同时也意味着美国的许多重要经济、政治及社会利益都依赖国际直接投资的发展。如何在利用跨国投资发展经济的同时，保证外国投资者并购美国企业不会引发国家安全风险成为困扰美国的一个难题。因此，美国在过去 50 年中致力于外资并购国家安全政策建设。一方面给外资创造开放的环境，另一方面克服外资并购的负面影响以维护国家安全，从这两大立法目的出发，美国外资并购安全审查制度在外资开放政策与外资并购安全间寻找最佳平衡点。

（三）外资并购安全审查制度的理论基础

深入探讨外资并购安全审查制度之前，有必要分析该制度的理论依据、法理基础。该制度的理论基础源于国际公法的基本原则——国家主权原则及公共利益原则。

1. 国家主权原则

在法学领域，国家主权概念无论是内涵还是外延均随着历史环境的发展而不断变化。最初主权多指国之所以为国而自然享有的一种政治上和安全上的独立权、平等权。国家主权作为最高法律权威，不从属于其他世俗权威，使国家全面独立。全



面独立是国家在政治、经济、文化等诸多方面独立自主。

国家主权原则体现了“领土内的一切属于领土”这句古老谚语的精神实质，它赋予了一国对自己领土内的任何人、财产及行为拥有管辖权。该原则包括两层基本内涵：首先，在国际社会，主权国家享有国家主权，各国主权平等，主权各国有权独立自主决定本国事务，不受他国干涉；其次，在国内，主权为高于一切的权力，任何其他实体权力或权利皆在国家主权之下。

经济全球化改变了传统意义上的国家主权原则。这种改变首先源于国际条约的签订和国际规则的遵守。条约必须信守，这意味着国家需部分限制或让渡国家的权力，国家自主决定事物的权力在一定程度上受到制约。当然，主权让渡须合法、适度，而且是主权国家为求自身发展而自愿做出。其次，改变还源于经济全球化后，跨国公司迅速崛起成长。跨国公司多拥有庞大的经济规模、雄厚的资本实力、基于全球范围而优化的资源配置、先进的技术与管理经验，它们作为经济全球化的产物也不断推动着经济全球化的深入发展。跨国公司按照本公司的全球化战略调动公司在世界范围内的生产资源，与东道国产生紧密的贸易往来。有学者认为跨国公司的全球性特征及逐利性本质使得它的目标是成为超越任何国家主权的国际主宰，同时让所有国家的主权权力为它们服务，^[1] 这必将冲击东道国的主权。

[1] [美] 米歇尔·帕伦蒂：“全球化是跨国公司对国家主权搞‘政变’”，载《环球视野》电子版，管彦忠摘译自西班牙《起义报》，<http://www.wyzxwk/Article/guoji/2009/09/75874.html>，2015年3月15日访问。



外资并购安全审查制度就是国家主权原则在国际投资领域的体现。基于国家主权原则，东道国拥有属地管辖权，可对外资并购进行国家安全审查，不容他国干涉。联合国、WTO 等国际组织纷纷通过条约允许成员国在投资领域行使国家主权，以维护国家安全。1974 年联合国大会在《各国经济权利和义务宪章》中规定，任何国家均有权依据本国国内法、本国目标及本国有限权的原则，在国家管辖权范围内，对外国投资进行规制。

2. 公共利益原则

公共利益是一个抽象概念，广而言之，是全体社会成员为实现个体利益所必需的社会秩序，其实现形式包括国家制度和国家权力。公共利益是公众共同需求，具有社会共享性以及相对普遍的影响力。

外资并购可能导致国家安全受到威胁，公共利益便不可避免地受到牵连。首先，跨国外资并购可能危及民族产业，削弱国内企业竞争力。经济全球化对传统民族企业带来冲击力，我国便有不少民族企业被兼并，导致国家产业链及产业生态环境发生较大变化，进而国家产业安全可能受到威胁。跨国公司在并购东道国民族企业后，常伴随着市场垄断并冲击国内品牌的现象，从而导致国内企业竞争力下降，这一现象在发展中国家尤为常见。^[1]其次，外资并购可提高就业率，但在某些情况下，也可使失业率上升。当跨国并购目的之一是为获取东道国高端经济及先进经验，便可能产生技术外溢，使并购获得的生产线、技术、原料等转移到投资方母国，进而阻碍东道国生产

[1] 张举胜：“美国外资并购国家安全审查制度研究——兼论中国外资并购国家安全审查制度的构建”，中国政法大学 2011 年博士学位论文。