



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

外资并购国家安全审查制度的 平衡机制研究

Research on the Equilibrium Mechanism Pertaining Review System
on National Security of Foreign Capital Mergers and Acquisitions

杨静◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

外资并购国家安全审查制度的 平衡机制研究

Research on the Equilibrium Mechanism Pertaining Review System
on National Security of Foreign Capital Mergers and Acquisitions

杨静◎著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

外资并购国家安全审查制度的平衡机制研究 / 杨静
著. -- 北京: 法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1581 - 6

I. ①外… II. ①杨… III. ①外资公司—企业兼并—
国家安全法—研究—中国 IV. ①D922.144

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 263503 号

外资并购国家安全审查制度的平衡机制研究
WAIZI BINGGOU GUOJIA ANQUAN SHENCHA ZHIDU DE
PINGHENG JIZHI YANJIU

杨 静 著

责任编辑 屈 瑶
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.25
字数 232 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1581 - 6

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建淼 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
姚建宗 叶 青 应松年 赵秉志 赵旭东 张保生
张庆福 张守文 张卫平 张新宝 郑成良 周叶中
朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：彭 伶 李存捧 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目立项的14项成果，已于2016年底出版。2016年上半年后期资助项目经评审委员会评审，共15项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们还将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会
2017年12月

常用简称对照表

来源	简称	全称	中文对照
美国	CFIUS	Committee on Foreign Investment in the United States	外国投资委员会
	FINSA	Foreign Investment and National Security Act	《外国投资与国家安全法》
	《2008年 条例》	Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Person	2008年《外国人合并、收购、接管条例》
	《2008年 指南》	Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States	《美国外国投资委员会国家安全审查指南》
德国	[德] BMWi	the Federal Ministry of Economics and Technology	联邦经济与科技部
加拿大	ICA	Investment Canada Act	《加拿大投资法》
澳大利亚	FATA	Foreign Acquisitions and Takeovers Act	《外资并购与接管法》
	FIRB	Foreign Investment Review Board	外国投资审查委员会

续表

来源	简称	全称	中文对照
国际组织	OECD	Organization for Economic Co-operation and Development	经济合作与发展组织
	《OECD 指南》	Guidelines for Recipient Country Investment Relating to National Security	《东道国与国家安全相关的投资政策指南》
	WTO	World Trade Organization	世界贸易组织
	ECJ	European Court of Justice	欧洲法院
	GAPP	Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principals and Practices	《主权财富基金——普遍接受准则与实践》
俄罗斯	《俄罗斯外国投资国家安全审查法》	《外国投资者对保障俄罗斯国防和国家安全具有战略意义的商业公司投资程序法》	
中国	《国家安全审查通知》	《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》	
	《商务部国家安全审查规定》	《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》	
	《外资法草案》	《中华人民共和国外国投资法（草案征求意见稿）》	
	《自贸区审查办法》	《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》	

目 录

Contents

绪 论	1
一、问题的提出和研究的意义	1
二、国内外相关研究成果综述	5
三、研究思路和主要内容	12
第一章 外资并购国家安全审查制度的平衡机制之一般原理	15
第一节 外资并购的国家安全审查概述	16
一、外资并购的概念溯源	16
二、外资并购中的国家安全意涵	19
三、外资并购影响国家安全路径的双向性	22
四、外资并购的国家安全审查及其合法性	25
第二节 代表性国家外资并购国家安全审查制度的最新发展	30
一、外资并购国家安全审查制度的立法模式	30
二、专门立法模式之代表性国家的最新立法发展	31
三、分散立法模式之代表性国家的最新立法发展	40
第三节 外资并购国家安全审查制度的平衡机制界定	44
一、平衡机制的提出背景	44

二、平衡机制的内涵阐述	48
三、平衡机制的主要内容	52
本章小结	57
第二章 外资并购国家安全审查制度下权力配置中的平衡	59
第一节 行政机关内部的权力配置	60
一、审查主体与多机构的合作	60
二、审查主体的内部协调	64
三、审查主体的权力限制	67
第二节 行政机关与立法机关之间的权力配置：以美国为研究 对象	70
一、国会对外资并购国家安全审查事项的立法权探析	71
二、FINS A之前国会监督权的立法沿革	74
三、FINS A之前国会监督权的扩张	76
四、FINS A强化国会监督机制	83
第三节 行政机关与司法机关之间的权力配置	86
一、国家安全审查中的司法介入	87
二、国家安全审查决定免受司法审查的现实挑战	89
三、国家安全审查决定接受司法审查的现实困境	94
本章小结	96
第三章 外资并购国家安全审查制度下实体标准中的平衡	98
第一节 审查对象的多重识别	99
一、主体身份和控制的双重识别标准	99

二、主体身份、并购领域和控制的三重识别标准	105
三、主体身份、并购领域和并购规模的三重识别标准	107
第二节 审查标准的外延限定	109
一、国家安全“定义或留白”之争	110
二、国家安全考察因素限定	113
三、国家安全之外的审查标准限定	119
第三节 实体标准适用中的平衡	123
一、实体标准模糊化之辩	124
二、实体标准透明度提升	127
三、实体标准的有限适用	130
本章小结	134
第四章 外资并购国家安全审查制度下程序规范中的平衡	136
第一节 外资并购国家安全审查的程序规范	136
一、启动程序	137
二、审查程序	144
三、处罚程序	151
第二节 外资并购国家安全审查程序中的灵活措施	152
一、无异议证明	153
二、非正式磋商	155
三、撤回申报	159
第三节 外资并购国家安全审查程序中的减缓措施	162
一、实质审查结束后适用法定范围内的减缓措施	162
二、实质审查结束后适用必要的减缓措施	164

三、实质审查进行中适用必要的减缓措施	166
本章小结	170
第五章 外资并购国家安全审查制度下“外国政府控制的 并购”之特别平衡	172
第一节 外国政府控制的并购及其产生的国家安全担忧	173
一、“外国政府直接控制的并购”之主体界定	174
二、“外国政府间接控制的并购”之主体识别	180
三、“外国政府控制的并购”产生的国家安全担忧	184
第二节 “外国政府控制的并购”之特别审查	188
一、排除“外国政府控制的并购”之审查豁免	189
二、延长“外国政府控制的并购”之审查期限	193
三、关注“外国政府控制的并购”之治理结构	197
第三节 “外国政府控制的并购”之特别平衡	202
一、制定特别审查指南	203
二、批准附加特别条件的并购交易	206
三、国际合作对实现特别平衡的积极作用	210
本章小结	214
第六章 我国外资并购国家安全审查制度的平衡机制探讨	216
第一节 我国外资并购国家安全审查制度的立法沿革	217
一、分散立法阶段	217
二、专门立法阶段	222
第二节 我国外资并购国家安全审查制度的平衡机制述评	225

一、我国构建外资并购国家安全审查制度的平衡机制之必要性	226
二、我国外资并购国家安全审查制度的平衡机制之基本规则	229
三、我国外资并购国家安全审查制度的平衡机制之检讨	233
第三节 我国外资并购国家安全审查制度的平衡机制之完善	
——兼评《外资法草案》.....	237
一、立法模式的选择	238
二、权力配置中的平衡	239
三、实体标准中的平衡	242
四、程序规范中的平衡	244
五、“外国政府控制的并购”之特别平衡	247
本章小结	249
结 论	251
参考文献	255
后 记	276

绪 论

一、问题的提出和研究的意义

自 20 世纪 80 年代以来,伴随经济全球化进程中对外直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)的总体增长,外资并购(Merger and Acquisition)得到迅速发展,甚至一度超过新建投资成为 FDI 的主要方式。2008 年金融危机爆发至今,外资并购在世界 FDI 中所占的比例有所下降,但并购规模仍在快速增长,并成为全球直接外资流量增长的主要推动力量。^①然而,在促进东道国经济增长、增加就业、形成更为有效的市场竞争机制的同时,外资并购可能导致东道国国家安全相关的关键部门和关键技术被外国投资者控制。因此,为维护国家安全,东道国政府普遍对外资并购实施一定的干预和限制,其中最重要的法律手段即实施国家安全审查。

美国一直以实行自由开放的国际投资政策自居,但它也是最早就外资并购国家安全审查规则进行专门立法的国家。^②美国 2007 年颁布实施的《外国投资与国家安全法》(Foreign Investment and National Security Act, FINSA)及其 2008 年《外国人合并、收购、接管条例》(Regulations

① 贺晓琴:《跨国并购与中国对外投资的国际环境》,载《国际关系研究》2013 年第 5 期。

② 胡盛涛:《寻求投资开放与国家安全的新平衡——美国境内外资并购中的国家安全审查制度及其对中国立法的借鉴》,载《国际经济法学刊》2007 年第 1 期。

Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Person, 以下简称《2008 年条例》), 补充和修改了之前以《埃克森 - 弗罗里奥修正案》(Exon-Florio Amendment) 为核心的外资并购国家安全审查规范。随后, 德国、俄罗斯、加拿大和澳大利亚等代表性国家, 以美国的上述立法为蓝本制定或修订了国内相关规范。^① 在这一背景下, 为避免各国国家安全审查成为资本自由流动的障碍, OECD 调查和分析了包括其成员国和非成员国在内的多个国家的外资政策, 并于 2009 年 5 月发布了《东道国与国家安全相关的投资政策指南》(Guidelines for Recipient Country Investment Relating to National Security, 以下简称《OECD 指南》)。各代表性国家的国内审查制度和《OECD 指南》都在寻求开放投资与维护国家安全之间恰当的平衡, 并通过各项具体的审查规则构建了实现这一平衡的有效机制。

我国自 20 世纪 70 年代末期开始吸收外国投资以来, 受制度安排等因素影响, 跨国公司长期依靠新建投资方式进入中国市场, 包括与境内企业进行合资、合作或独资等。直至 90 年代初期, 从香港中策公司收购山西太原橡胶厂开始, 外资并购才在我国起步。^② 此后, 我国以并购方式吸收的外国资本有所增加, 但占吸引外资总量的比重从未超过 10%。^③ 2001 年加入世界贸易组织 (World Trade Organization, WTO) 后, 我国按照承诺进一步开放外资进入领域。同时, 为了调整产业结构和深化国有企业改制等, 我国对外资的需求不断增长。因此, 通过并购方式吸引的外资也逐渐

① 王小琼、何焰:《美国外资并购国家安全审查立法的新发展及其启示——兼论〈中华人民共和国反垄断法〉第 31 条的实施》, 载《法商研究》2008 年第 6 期。

② 郑艳馨:《论我国企业混合合并的反垄断法规制》, 载《河北法学》2005 年第 10 期。

③ 周泽红:《国际资本流动的新趋势与我国利用外资策略的调整》, 载《上海交通大学学报》(社会科学版) 2001 年第 4 期。

增多。^①然而,实践中不断出现外资对部分行业内大型企业的“斩首式并购”。^②为应对这一新形势对国家经济安全造成的威胁,我国及时修改了一系列法律、法规和政策,但仍侧重于鼓励外资并购的发展,故对国家安全审查都仅做了原则性规定。^③2005年,美国凯雷投资集团收购中国徐工机械后,国内各界开始广泛关注外资并购对国家安全带来的威胁。^④因此,商务部、国资委、税务总局、工商总局、证监会和外汇局于2006年联合发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》,第12条规定了外资并购国家经济安全审查的适用范围、申报义务和审查机构。^⑤

2008年8月1日,我国开始实施《中华人民共和国反垄断法》,其第31条第一次从法律高度确认了我国外资并购的国家安全审查原则,但仅指向:“依据相关规定进行。”因此,国务院办公厅于2011年发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》。该通知从审查范围、审查内容、审查机构和审查程序等方面,初步建立了我国外资并购国家安全审查制度的基本框架和实施规则。虽然该通知力图实现开放投资与维护国家安全的平衡,但部分规则仍存在不完善之处。我国外资并购国家安全

① 慕亚平、肖小月:《我国外资并购中的国家安全审查制度》,载《法学研究》2009年第5期。

② 在针对我国国内企业的并购风潮中,一些跨国公司或私募股权基金(Private Equity Fund)以“必须绝对控股”“目标是行业龙头企业”和“预期收益必须超过15%”为原则,对我国企业进行并购,即“斩首式并购”。参见汤欣:《“经济安全”与外资并购审查》,载《当代法学》2008年第1期。

③ 刘思培、董家友:《抑制、规制抑或鼓励:外资并购的法律策略研究——以外资并购安全审查制度为视角的展开与分析》,载《江汉论坛》2012年第8期。

④ 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》,载《法学家》2008年第3期。

⑤ 该规定第12条规定:“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。”

审查的专门立法起步较晚,研习代表性国家相关规范中的平衡机制,将有助于我国借鉴他国经验完善相关规则。

相比较外资并购在我国的发展,我国企业的跨国并购起步稍早。20世纪80年代,基于自身发展需要和国家战略指引,一些大型国有企业已通过设于香港的“窗口企业”^①投资于多国大型企业。^②加入WTO后,我国境内企业的跨国并购迎来了一个全新的发展阶段。同时,我国企业在跨国并购中面临的风险也在增加,包括需接受东道国更严格的国家安全审查,传统的国有企业和新兴的民营企业面临的东道国国家安全审查风险都在增加。若对东道国相关规范有较深入了解,我国企业在跨国并购的决策和实施中就能更充分地考虑、应对东道国国家安全审查风险,并在遭遇不公正待遇时寻求权利救济,而这正是本文期望实现的实践意义。

此外,各国近年不断完善国内外资并购国家安全审查制度的现实使国际社会意识到在此领域加强合作以促进资本自由流动的重要性。FINSIA已提议发展有关国家安全审查制度的国际标准,这一提议已引起多方重视。^③OECD也在为此做出努力并取得了一定成果,我国积极参与了OECD的多项调查。在国际社会未来就外资并购国家安全审查制度进行更多合作时,我国仍应积极参与,并努力促成这一制度的平衡机制在国际投资法文件中得到体现。因此,研究代表性国家的上述平衡机制可为我国参与相关规则的国际谈判奠定基础。

① “窗口企业”是指我国省、自治区、直辖市人民政府或中央部门直接出资,在港、澳地区注册成立的、对该地区本部门或本行业驻港澳企业行使行政管理职能的经济实体。转引自沈华珊《窗口企业的兴衰成败——香港中资企业的历史、现状与未来》,载《对外经济》1999年第4期。

② 叶建木:《跨同并购:驱动、风险与规制》,经济管理出版社2008年版,第216页。

③ 漆彤:《美国外资并购安全审查制度的最新发展及其借鉴》,载《河南省政法管理干部学院学报》2009年第2期。

二、国内外相关研究成果综述

（一）国内主要研究成果综述

近年来,我国学界研究外资并购中国国家安全审查问题的成果颇多。遗憾的是,平衡机制作为外资并购国家安全审查制度的核心内容尚未形成系统的研究成果。黄进、张爱明 1991 年发表的《在美国的收买投资与国家安全审查》以中国航天技术进出口公司并购美国曼科公司案为背景,指出《埃克森 - 弗洛里奥修正案》是美国反垄断法的最新发展。^①此后较长一段时间鲜有以这一制度为研究对象的成果,直至联想集团有限公司 (Lenovo Group Limited, 以下简称联想公司) 和中国海洋石油总公司 (China National Offshore Oil Corporation, 以下简称中海油) 发起的并购遭遇了美国严苛的国家安全审查。胡丹于 2005 年完成的硕士学位论文《美国外资并购国家安全审查制度法律问题研究》分析了该制度的渊源、实体规范和程序规范,这是我国最早形成的全面研究这一制度的成果之一。该文最后建议,我国应借鉴美国相关规则制定专门的外资并购国家安全审查法。^②美国 2007 年 FINSA 及其《2008 年条例》的颁布引起了我国学界的广泛关注,如蒋姮、伍燕然的《外国投资国家安全审查:美国的新举措及其借鉴》一文详细介绍了 FINSA 的出台背景,并对其实施前后的相关规则进行了比较。^③韩龙、沈革新的《美国外资并购安全审查制度的新发展》一文综合 FINSA 及其《2008 年条例》和第 13456 号行政命令的相关规定,系统研究了美国国家安全的审查对象、审查标准、审查程序、审查机构等

① 黄进、张爱明:《在美国的投资与国家安全审查》,载《法学评论》1991 年第 5 期。

② 胡丹:《美国外资并购国家安全审查制度法律问题研究》,中国政法大学 2005 年硕士学位论文,第 38 页。

③ 蒋姮、伍燕然:《外国投资国家安全审查:美国的新举措及其借鉴》,载《国际经济合作》2007 年第 9 期。