

Jurisprudential Study
on National Security Review System
about Undertakings Concentration
with Foreign Investment

外资参与经营者 集中国国家安全审查制度研究

◎ 朱识义 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

014034022

D922.144
69

绍兴文理学院出版基金资助

外资参与经营者集中国家 安全审查制度研究

Jurisprudential Study
on National Security Review System
about Undertakings Concentration
with Foreign Investment

朱识义 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



北航

C1722201

D922.144
69

图书在版编目(CIP)数据

外资参与经营者集国家安全审查制度研究 / 朱识义著.
—杭州:浙江大学出版社,2013.12
ISBN 978-7-308-12765-3

I. ①外… II. ①朱… III. ①外资公司—国家安全—
法律—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 002548 号

外资参与经营者集国家安全审查制度研究

朱识义 著

责任编辑 李峰伟(lifwxy@zju.edu.cn)

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路148号 邮政编码310007)

(网址:<http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 富阳市育才印刷有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 12

字 数 222 千

版 印 次 2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12765-3

定 价 36.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式:(0571) 88925591;<http://zjdxcb.tmall.com>

前言

在经济一体化背景下,资本跨国流动将更加频繁,其形式也将更加多样化,外资参与我国境内经营者集中情形可能迅速增多,国家安全因此而面临的压力必将更大,形势也必将更为复杂。《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第三十一条规定: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。目前,该等“国家有关规定”的制定与完善仍是一个亟待研究的课题。剖析外资参与经营者集中国家安全审查制度理论基础,从制度架构(包括审查机构、审查对象、审查标准、审查程序及其救济措施等)和制度实践等方面比较研究西方主要国家外资参与经营者集中国家安全审查制度,就建立和完善我国外资参与经营者集中国家安全审查提出合理可行的借鉴建议,具有重要的理论和实践意义。

(1)外资参与经营者集中国家安全审查制度的法理阐释。基于文化差异及竞争政策和法律的差异,各国立法对“经营者集中”的概念表述不尽相同。但从本质上分析,经营者集中乃控制权的获取。《反垄断法》第二十条对经营者集中的界定采用了列举式的方式,规定了经营者集中的三种情形。这一立法模式的优点在于其准确揭示了经营者集中的“控制权获取”的制度本质,其不足之处在于列举范围有限,难以概括现实经济生活经营者集中的各种情形。依据不同的标准,经营者集中可以分为横向集中、纵向集中与混合集中;恶意集中与友好集中;内资集中与外资参与的集中等几种类型。对于经营者集中的法律审查主要有反垄断审查、社会公共利益审查和国家安全审查三种。这三种审查在理论基础、审查标准、审查程序及其功能等方面均具有一定的差异。

(2)外资参与经营者集中国家安全审查制度的理论基础。按照近代民族国家的概念,主权是国家区别于其他社会集团的本质属性,国家和主权密不可分。主权是指国家独立自主地处理自己对内对外事务的最高权力。任何一个主权国家在吸引外资发展本国经济进而为本国人们造福祉的同时,必须合理保护本国的国家安全,在外资开放与国家安全压力之间寻求合理平衡点。国家主权理论

为外资参与经营者集中国国家安全审查的理论基础之一。为了维护国家安全,确保国家主权不受侵害,必须对外资参与经营者集中进行国家安全审查。新国家安全理论对传统国家安全进行了扬弃,其内容具有综合性、开放性、多元性等特征。透过美国国家安全审查制度的发展,可以明显看到美国对国家安全的敏感度不断提升,对“国家安全”的定义也不断扩展,西方各国都在利用外资参与经营者集中国国家安全审查提升国家安全防卫能力和国家竞争力。

(3)外资参与经营者集中国国家安全审查的对象。外资参与经营者集中国国家安全审查的对象涉及三个方面的问题,首先是经营者范围的认定,其次是外资的认定,最后是经营者集中行为的认定。对于经营者的概念,世界各国立法表述不尽相同。我国《反垄断法》关于经营者概念的界定淡化了经营者的营利性与经济性的特征,对经营者的认定较为宽泛。任何法律概念必须借助于理论解释才能应用于实践。对于经营者的认定应当坚持经营性的标准,即只要从事经营性活动,就是经营者。世界各国立法对于“外资”的认定亦存在不同的理解,学者在理论上亦无关于“外资”界定的统一见解。在理论上对“外资”的界定,主要有国籍主义、资本来源地说、实际控制主义说三种主张。“以资本实际控制标准”来解释外资的含义坚持了形式要件与实质要件的统一,不仅科学地界定了外资的内涵,而且能够合理地确定外资的外延,避免在外延上扩大外资的范围。经营者集中行为要件主要包括实质要件即“控制”和外在客观形式要件两个方面。外资参与经营者集中必须影响到国家安全才有审查的必要。外资参与经营者集中对国家安全构成威胁,是以外资参与经营者集中成为企业的实质控制者为前提的。外资参与经营者集中行为主要表现为经营者合并、取得股权或者资产以及合同安排等。

(4)外资参与经营者集中国国家安全审查的标准。确定外资参与经营者集中国国家安全审查标准的关键是界定国家安全概念。外资参与经营者集中国国家安全审查标准——“国家安全”具有模糊性,在实践中甚至存在泛政治化现象,这是由外资参与经营者集中国国家安全审查法律规范(经济法规)本质属性决定的,更是由国家安全内容的开放性、广泛性、内含政治因素以及外资参与经营者集中国国家安全审查的本身平衡价值目标等决定的。为平衡“国家安全”的模糊性与确定性,使外资参与经营者集中国国家安全审查具有相对明确的可预见性,应当在外资参与经营者集中国国家安全审查制度中对国家安全进行明确法律定义,使其具有法律认可性、法律调整性、法律目的性;采取列举式立法模式,详细规定国家安全考量因素;确立对等原则,采取对等限制措施防止外国在进行国家安全审查时国家安全标准的泛政治化等。依据新国家安全理论,结合其他国家的相关立法与实践,对外资参与经营者集中进行的国家安全审查主要包括国防、军事安全,国家经济命脉安全,国家关键技术安全,公共秩序安全,生态资源安全,民族文化安

全六个方面。

(5) 外资参与经营者集中国家安全审查的程序。相对于实体性规范来说,程序性规范除工具价值即为实体性规范的实现服务外,还具有独立价值。由于国家安全内容的开放性、广泛性、内含政治因素以及外资参与经营者集中国家安全审查本身的平衡价值目标等,经营者集中国家安全审查具有程序依赖性。对外资参与经营者集中进行国家安全审查首先涉及审查机构问题,即必须由具有审查资格的机构依法进行审查。美、德、加等国的经营者集中国家安全审查机构都具有共同的特点,即具有较高的综合性、权威性和独立性。我国对外商投资的管理处于多头分散的状态,涉及众多部门。我国经营者集中国家安全审查机构的重构应注重国家安全审查机构的统一性和综合性,即应通过实施细则建立一个对外资参与经营者集中行为进行国家安全审查的部际联合审查机构(可暂称为外商投资联合审查委员会),其成员可包括国家发展和改革委员会、商务部、国防部、外交部、国家安全部、科学技术部、工业和信息化部、总装备部、国有资产监督管理委员会、农业部、人力资源和社会保障部等部门,同时规定审查机构的具体职责、相关的组织方式以及运作程序。对外资参与经营者集中进行国家安全审查应当遵守的法定程序:①国家安全审查程序的启动。国家安全审查程序可因当事人自愿申报或因有关部门主动介入外资参与经营者集中而启动。②调查、取证。启动国家安全审查程序之后,即国家外资安全审查委员会决定对某外资参与经营者集中进行国家安全审查时,国家外资安全审查委员会应当对外资参与经营者集中的有关情况进行调查取证。③审查。调查结束后,即进入审查程序。④决定。审查结束后,国家外资安全审查委员会应当作出审查决定,即对该外资参与经营者集中是否会对国家安全构成威胁作出最后的审查决定。对于审查决定的补救措施,国际上通行的做法是要求外国投资者答应某些条件后才允许其进行投资,条件包括设立防火墙、降低持股比例、设置表现要求等,而且还由有关机关监督履行。我国应当借鉴国际上通行的做法,在制度设计中注重保护投资者的权利,包括但不限于建立申报前的非正式磋商机制,准许投资者撤回申报,准许投资者提交申诉等。当事人对于国家外资安全审查委员会的决定不服的,还可以借助于行政复议或者行政诉讼方式进行救济。

目 录

绪 言	(1)
一、研究目的和意义	(1)
二、研究现状	(8)
三、研究内容与方法	(10)
第一章 外资参与经营者集中国家安全审查制度的法理阐释	(13)
第一节 经营者集中的本质及其类型化	(13)
一、经营者集中的本质	(13)
二、经营者集中的类型化分析	(19)
第二节 经营者集中法律审查类型及其比较分析	(21)
一、经营者集中法律审查及其价值目标	(21)
二、外资参与经营者集中国家安全审查与其他类型法律审查的比较	(28)
第二章 外资参与经营者集中国家安全审查制度的理论基础	(45)
第一节 国家主权理论	(45)
一、国家主权理论的源流	(45)
二、国家主权理论的挑战与发展	(49)
三、外资参与经营者集中与国家主权	(55)
第二节 新国家安全理论	(57)
一、国家安全理论的演变及新国家安全理论的产生	(57)
二、新国家安全理论的内容及特征	(62)
三、新国家安全理论与外资参与经营者集中国家安全审查	(67)
第三章 外资参与经营者集中国家安全审查的对象	(71)
第一节 外资参与的经营者集中行为主体	(71)
一、经营者的范围	(71)

二、外资的认定	(76)
第二节 外资参与经营者集中行为	(83)
一、经营者合并	(83)
二、取得股权或者资产	(84)
三、合同方式	(87)
第三节 外资参与经营者恶意集中问题	(89)
一、“恶意”与法律行为价值评判	(89)
二、“恶意”集中与国家安全审查	(93)
第四章 外资参与经营者集中国国家安全审查的标准	(97)
第一节 外资参与经营者集中国国家安全审查标准的模糊性	(97)
一、外资参与经营者集中国国家安全审查标准模糊性的法理阐释	(97)
二、外资参与经营者集中国国家安全审查标准模糊性趋势	(102)
三、外资参与经营者集中国国家安全审查标准模糊性与确定性的平衡	(110)
第二节 外资参与经营者集中国国家安全审查标准的具体分析	(115)
一、外资参与经营者集中国国家安全审查标准的比较法考察	(115)
二、我国外资参与经营者集中国国家安全审查标准的确定与改进	(129)
第五章 外资参与经营者集中国国家安全审查的程序	(134)
第一节 外资参与经营者集中国国家安全审查程序价值分析	(134)
一、法律程序价值的基本维度	(134)
二、外资参与经营者集中国国家安全审查的程序依赖性	(139)
第二节 外资参与经营者集中国国家安全审查机构	(145)
一、外资参与经营者集中国国家安全审查机构的比较法考察	(145)
二、我国外资参与经营者集中国国家安全审查机构的完善	(148)
第三节 外资参与经营者集中国国家安全审查程序的具体分析	(153)
一、外资参与经营者集中国国家安全审查程序的比较法考察	(153)
二、我国外资参与经营者集中国国家安全审查程序的完善	(161)
结 论	(167)
参考文献	(169)
索 引	(183)
著者简介	(184)

绪 言

一、研究目的和意义

改革开放 30 多年过去了,“外资”的意义已经悄然发生质的变化,从起初国人印象中的“三资企业”和国家 GDP 的“资本引力”逐步演变成碾压民族经济的“资本战车”。在通过设立“三资企业”为国内经营者带来资金、先进的技术和管理理念并迅速扩大其生产规模、经营渠道的同时,外资更频繁地通过并购、参股、协议等方式对国内经营者进行集中^①,逐步实现对国内经营者的控制甚至最终让其消亡。商务部产业损害调查局 2009 年 7 月 23 日公布了《2008 年中国产业安全状况年度评估报告》,该评估报告从产业控制力、竞争力、成长性、发展环境、重点行业的产业安全等几个方面,围绕钢铁、石化、轻工、纺织、机械、船舶、汽车、电子、建材、有色等 10 个重点行业对 2007 年以来的中国产业安全状况、影响因素、近期趋势和对策建议进行了评估研究^②。研究表明,在中国已开放的产业中,每个产业排名前 5 位的企业几乎全都由外资控制;中国 28 个主要产业中,外资在 21 个产业中拥有多

① 起初外资在我国投资 95% 以上采取新设机构方式,只有 5% 是通过并购方式进行的。在国际市场,70% 至 80% 的投资通过并购实现。有预测显示,未来几年,外国资本在中国的投资方式会发生很大的变化,通过并购进入的将达到一半以上。参见詹昊:《反垄断法下的企业并购实务》,法律出版社 2008 年版,第 298 页。

② 参见“商务部发布 2008 年度中国产业安全状况评估报告”,中国产业安全指南网, <http://www.acs.gov.cn/sites/aqzn/aqxnr.jsp?contentId=2495619974847>。

数资产控制权^①。我国经营者集中市场中的中外资本博弈早已不是“这里的黎明静悄悄”，而是弥漫着“经济战争的硝烟”。目前，外资在我国参与经营者集中已经完成三点战略转移，即由自由竞争向产业垄断转移、由参与竞争向消除中国产业竞争力转移和由利用技术手段向强化控制力转移^②。外资参与经营者集中开始以“企业”为目标，现在已转向以“行业”为目标，特别是那些中国竞争力强、对产业结构影响深远的行业，例如机械制造行业。^③ 外资参与经营者集中开始着眼于扩大市场份额，强化竞争力，现在已经着眼于消除我国产业竞争力，消灭潜在的竞争对手。在外资参与经营者集中过程中，我国民族品牌不断沦陷。据初步统计，我国众多民族品牌企业在被外资

① 外资参与国内经营者集中的步伐不完全统计：1994年，“中华”和“美加净”被联合利华（英国）收购。1996年，娃哈哈与达能（法国）、香港百富勤公司共同出资建立5家公司，生产以“娃哈哈”为商标的包括纯净水、八宝粥等在内的产品。娃哈哈持股49%，亚洲金融风暴之后，百富勤将股权卖给达能，达能的控股地位跃升到51%。2000年3月，“乐百氏”被达能（法国）收购92%的股权。2001年，“西北轴承”整体与FAG公司（德国）合资，德方占51%的股权。西北轴承曾经是全国轴承行业一流企业，是原铁道部生产铁路轴承的定点厂。在德方资金久不到位、德方人员垄断决策权的情况下，宁夏要求西北轴承“从招商大局出发，坚决把合资工作搞下去”。连续三年亏损后，德方全部收购了中方股份，从此西部最大的轴承企业落入外方手中，同时拿去了中国铁路轴承25%的市场份额。后嫌利润太薄，德方竟停止生产铁路轴承。2003年8月，“南孚电池”被其竞争对手吉列集团（美国）收购。2003年11月，“三笑”（扬州集团）被高露洁（美国）收购了全部股份。2004年，“哈尔滨啤酒”（中国第四大啤酒商）被百威啤酒（美国）的制造商AB集团（美国）收购。2004年，“佳木斯联合收割机厂”被约翰迪尔（美国）收购。佳木斯联合收割机厂曾是全国唯一能生产大型联合收割机的企业，其产品占中国市场份额的95%。1997年，美国跨国公司约翰迪尔与佳联合资，到2004年改为独资公司。约翰迪尔遂取代了原佳联在农机市场的地位，我国失去了在大型农业机械领域的自主发展平台。2004年11月24日，“山东山工机械有限公司”（排名中国工程机械行业第七，已经具备年产8000台装载机的生产能力）与卡特彼勒（美国）正式签署购并及股权转让协议，其作为卡特彼勒在中国全资收购的第一家企业。2006年8月，“苏泊尔”被著名小家电企业SEB（法国）收购。2006年，“小护士”被欧莱雅（法国）收购。2006年9月22日，“统一润滑油”被壳牌（荷兰）收购。通过这次购买，壳牌成为中国润滑油市场排名第一的国际能源公司。2006年，“雪津啤酒”（福建，雪津啤酒是中国第八大啤酒商）被比利时英博啤酒集团（全球第一大啤酒巨头）收购。2006年，“唐山市啤酒厂”被AB集团收购。2007年4月，“大宝”被强生（美国）收购。2007年4月，“双汇”被高盛（美国）收购；“大连电机厂”（曾经是中国最大的电机企业，一直肩负着引领国内中小电机行业技术发展的重任）被威斯特（新加坡）收购；“大连第二电机厂”（曾是机械部生产起重冶金电机的排头兵企业）被伯顿（英国）并购；“无锡威孚”（国内柴油燃油喷射系统的最大厂商）被博世（德国）并购；“锦西化工”（中国著名的化工设备生产基地）已与跨国巨头西门子（德国）合资，外方占70%的控股地位；“江苏五星电器”（国内第四大家电连锁商）被百思买（北美最大的消费电子零售商）以1.8亿美元的价格收购51%的股权，从而正式进入中国市场。

② 参见陈群：“外资并购充满经济战争的硝烟”，香港《大公报》，2006年8月7日。

③ 徐州工程机械集团有限公司、西北轴承股份有限公司、锦西化工机械、江苏无锡威孚有限公司、大连电机、杭州前进齿轮箱集团有限公司、常州变压器厂、陕西鼓风机（集团）有限公司等，已经全部成为外资的囊中之物。

以各种形式集中后,民族品牌大都已经淡出市场^①。一开始,外资参与经营者集中主要是在技术、设备环节上加以控制,现在已经转化为从产业链和价值链上实施全面控制。美国卡特彼勒公司在集中过程中就提出所谓“卡特彼勒游戏规则”,即“凡是国外建立的企业必须控股”,而且一定要“消化或抑制竞争品牌”。^② 2003年其在提交给国内某企业的“投资合作意向书”中,提出要求:合资要在卡特彼勒全球战略下进行,并服从卡特彼勒的全球战略;卡特彼勒要求拥有品牌,强调全球一体化,限制使用原中国企业品牌;将该企业建成具有能生产卡特彼勒产品技术的企业,成为其在中国的生产基地……卡特彼勒还同时宣布,要在中国投资100亿美元,建立“既包括生产、采购,也包括物流、营销、金融”的大公司^③。我国早已提出建立“创新型国家”的目标,大力提倡“自主创新精神”;但是,作为创建“创新型国家”主力军的行业龙头企业,却正面临着被外资巨头以并购、参股、协议等所谓合法途径、方式进行“经营者集中”而被清洗出局的危险命运。难怪时不时有有识之士发出“狼来了”和“民族经济遭遇外资绑架”的疾呼。

未来几十年,我国将以和平崛起为动力,以企业经营者在国际经济中的地位为基本坐标,以推动企业经营者国际接轨与跨国发展为首要任务,着重培育一批具有国际竞争力的跨国经营者。然而,从1992年首钢集团收购秘鲁铁矿公司播下第一颗火种开始,我国企业经营者在国外参与集中的星星之火却远未显现燎原之势。特别是近几年来,我国企业经营者在国外集中之路始终是蹒跚而行,失败远多于成功。这其中最主要的原因就是国内经营者对国外的政治与法律环境不熟悉,频繁遭遇国外外资审查机构的国家安全审查^④。以我国第三大石油天然气集团——中国海洋石油有限公司(中海油)收购美国优尼科公司(Unocal Corporation,到2004年年底优尼科的价

① 其中包括活力28、熊猫洗衣粉、美加净、乐百氏、扬子、香雪海冰箱、红梅音响、天府可乐,甚至互联网行业的易趣、3721等。

② “卡特彼勒遇阻厦工:‘垄断式并购遭质疑’”,http://www.360doc.com/content/06/0325/11/267_86036.shtml。

③ “跨国巨头在中国的掠夺式并购”,《中国经济周刊》,2006年2月27日。

④ 我国经营者国外集中最早遭遇国家安全审查的案例是1990年中国航空技术进出口公司并购美国西雅图一家飞机零部件制造企业,这是在美国外资委30多年的历史提交总统并被阻止的唯一案例;近几年来主要有2005年6月23日,中海油收购美国第九大石油公司优尼科;2006年7月4日,中国移动收购Millicom International Cellular;2008年2月,中国华为技术有限公司收购3ComCorp.(COMS);2008年2月20日,中钢集团收购澳洲中西部钢铁公司;2008年3月,首钢集团收购澳大利亚吉布森山铁矿公司的交易;2008年9月,中国国家开发银行收购德国德累斯顿银行;2009年3月,中国五矿斥资收购澳大利亚Ozerals;2012年7月,中国海洋石油总公司(中国海油)收购尼克森;等等。

值约为110亿美元)为例:出于“实现企业跨越式发展、快速建立国际级能源公司的需要”,又鉴于“优尼科原油储量和产量与中海油相近,但当时市值仅为中海油的2/3,存在较大升值空间;优尼科分布在亚洲、里海地区的优质油气资产占其总资产的2/3;这些地区靠近中国市场,中国文化更能发挥作用;优尼科公司登记储量中2/3为天然气且增长空间显著,还有约10亿桶储量的天然气因市场未落实原因而暂未登记储量,在中国的液化天然气市场落实后可以很快增值”。^①在2005年2月27日优尼科向中海油提供初步资料并邀请其作为友好收购的候选公司之一后,中海油正式启动了初步评价、详细尽职调查、评价等工作流程,与优尼科展开了密切接触。在竞购对手——美国另一家石油企业雪佛龙公司于2005年4月4日报价后,中海油进行了深入研判,于6月22日正式宣布参与竞购,并于次日出价进行公开回应。这个“你情我愿”、互利共赢的“友好收购”引发了美国参众两院一些议员的激烈反应,称此举危及美国能源与安全,要求美国政府从中干预,从而揭开了“优尼科事件”的序幕。他们认为,中海油作为中国国有企业,具有政府背景,而此次并购对象优尼科公司拥有美国国家战略性资源(军民两用深海探测技术,可用于武器试验),若此项收购成功,将可能会威胁美国国家安全。^②2005年7月,美国投资审查委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)发表声明称,“中海油竞购美国优尼科石油公司一案适用关于美国国家安全的《埃克森—弗罗里奥法案》(Exon-Florio Act)”。2005年7月2日,中海油向CFIUS提交通知书,以便其展开对中海油并购优尼科公司提议的审查。2005年7月20日,优尼科公司董事会决定接受雪佛龙公司加价之后的报价,并推荐给股东大会。据悉,由于雪佛龙提高了报价,优尼科决定维持原来推荐不变。同日,中海油认为185亿美元的全现金报价仍然具有竞争力,优于雪佛龙现金加股票的出价。对优尼科股东而言,中海油的出价价值确定,溢价明显。中海油表示:为了维护股东利益,公司无意提高原报价。2005年8月2日,中海油撤回并购优尼科报价^③。尽管中海油报价高于雪佛龙公司竞价约10亿美元,但由于美国国会和CFIUS的干预,中海油最终被迫撤回收购要约、退出收购,竞购

① 参见“中海油竞购优尼科”,新浪财经, <http://finance.sina.com.cn/nz/lnzhyykn/index.shtml>。

② Christopher Corr, Pressures to Stiffen Exon-Florio: The Chinese Bid for Unocal Sparks a Firefight over Inbound Deals, MERGERS AND ACQUISITIONS, DEALMAKER'S J., Jan. 1, 2006, p. 36.

③ 参见“新闻背景:中海油并购优尼科历程”, <http://www.chinanews.com.cn/news/2005/2005-08-03/26/607222.shtml>。

失败。

总结我国企业经营者参与国外经营者集中过程中遭遇的东道国国家安全阻力,我们可以发现,其一般具有以下特点:一是多以正式立法的形式表现;二是多发生在欧洲、澳洲、美洲的发达国家,而其中又以美国和澳大利亚居多;三是从其法律内容和实施实践来看,这种阻力具有很强的主观性和不确定性,一些国家以国家安全之名行投资保护主义之实,存在商业泛政治化的趋势。另外,还有一部分国家仍以冷战时期思维思考问题,戴着有色眼镜看待我国,甚至赤裸裸地对我国进行国别歧视^①。对于中海油收购优尼科,新加坡《联合早报》一篇社论说,中国企业收购美优尼科公司是一个比较单纯的商业行为,旨在扩大石油来源,确保原油进口的稳定性。这并不意味着美国的安全利益和经济利益将受损,反而会对美国经济有利:一、它将促使大量资金从中国回流到美国;二、有助于美国产品在中国市场获得更大份额;三、将使中国更愿意与美国保持稳定和密切的经贸关系。^②然而,其最终还是以失败告终。目前,世界上许多国家与地区都出台了有关对外资参与国内经营者集中进行国家安全审查的法律法规。例如,1973年11月,加拿大立法机关制定了《外国投资审查法》,世界上第一次确立了经营者集中国家安全审查;美国在1988年颁布并通过了《1950年国防生产法》第721节的修正案,即《埃克森—弗罗里奥修正案》,确立了外资参与国内经营者集中国家安全审查,随后,《外国人合并、收购和接管规定》、《1992年国防产品授权法案》、《2007年外国投资与国家安全法》(FINSAs)不断从实体和程序方面对其进行完善;2009年9月,德国政府颁布新修订的《对外贸易与支付法》、《对外贸易与支付法实施条例》,重申对外资集中涉及国家安全的企业时将考察该集中行为对国家安全的影响,进一步明确了国家安全审查的标准与程序;法国在2004年至2006年期间规定对11个重要产业和20家大公司给予特别保护以限制外资并购;英国2002年的《企业法》(Enterprise Act, 2002)规定,如果涉外并购交易被认定为对国家安全具有负面影响,外交大臣对其可以采取禁止或中止交易、强制附加交易条件等措施。前述立法中大都强调设立专门机构对外资参与国内经营者集中进行国家安全审查,以维护其国家安全。

反思外资在我国国内经营者集中市场过程中的肆虐和民族品牌的现行

^① 印度拟颁布《直接外商投资促进法》,规定对来自“存在安全风险”国家名单即中国以及巴基斯坦、孟加拉国和阿富汗的外资进行检查,以确保这些公司的营运不致威胁到印度的国家安全。

^② “对中国公司收购美国公司就事论事”,新加坡《联合早报》,2005年7月6日。

危机,我们不得不承认,我国相关法律制度相对滞后,由此导致政府在运用相关法律手段处理此类事务时捉襟见肘。2005年12月,商务部、证监会、税务总局、工商总局、外汇管理局联合颁布《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》^①,明确外国战略投资不得危害国家经济安全与社会公共利益;2006年2月23日出台的《国务院关于振兴装备制造业的若干意见》^②明确表明了国家管理层对于外资参与经营者集中重点行业的骨干企业不得危害国家安全的底线;2006年8月8日,商务部、国资委、税务总局、工商总局、证监会和外汇管理局等6部委颁布了新的《关于外国投资者并购境内企业的规定》^③,该规定中国家经济安全概念显得格外突出,为外资并购我国境内企业划定了一条“安全底线”;2006年11月出台的《利用外资“十一五”规划》^④对外资并购给出了明确的指导意见,并提出要加快出台反垄断法,加大反垄断工作力度,维护公平竞争的市场秩序,进一步细化关系国计民生和国家安全的敏感性行业的政策,完善外资的产业准入制度。2007年8月30日颁布的《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)^⑤则是我国第一次以基本法律的形式规定要对涉及国家安全的外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中应当按照国家有关规定进行国家安全审查。以上一系列政策法规中关于国家安全审查的规定,一方面表明我国引进外资进入了理性阶段,对于外资参与经营者集中的审查将进一步严格,国家安全成为审查外资参与经营者集中的重要考虑因素;另一方面,也表明我国目前尚未建立一套完整的对外资参与经营者集中进行国家安全审查的法律制度。在“阿塞洛米塔尔收购东方集团案例”中,阿塞洛米塔尔收购计划曾遭到中国反垄断部门的反对。阿塞洛米塔尔东方集团控制人韩敬远等在2007年底签

① 《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》第四条 战略投资应遵循以下原则:(一)遵守国家法律、法规及相关产业政策,不得危害国家经济安全和社会公共利益。

② 《国务院关于振兴装备制造业的若干意见》指出:“大型重点骨干装备制造企业控股权向外资转让时应征求国务院有关部门的意见。”

③ 新的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第十二条规定:“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。”

④ 《利用外资“十一五”规划》指出:“加强对外资并购涉及国家安全的敏感行业、重点企业的审查和监管,确保对关系国家安全和国计民生的战略行业、重点企业的控制力和发展主导权。”

⑤ 《反垄断法》第三十一条规定:“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。”

署了一份股东协议,约定阿塞洛米塔尔可以最终增持东方集团股份(原来29.6%)至73.13%。但根据《外商投资产业指导目录(2007年修订)》显示,东方集团属于钢铁产业,属于国家限制外资投资的行业。国家发改委之前颁布的《钢铁产业发展政策》也规定,原则上不允许外资控股中国的钢铁企业。中国反垄断部门反对阿赛洛米塔尔并购行为的消息公布后,外国媒体就纷纷作出反应,指责中国政府所谓经济保护主义。^①

《反垄断法》虽然首次从法律的基本层面直接规定了外资参与经营者集中的国家安全审查制度,要在防止影响国家安全的外资参与经营者集中问题上发挥作用,但该条款的内容过于简单、抽象,只是宣示性地作出规定,并未建立起一套具有较强操作性的外资参与经营者集中的国家安全审查制度。因此,我国外资参与经营者集中国国家安全审查需要进一步健全和完善。例如,第三十一条对“国家安全”并未作出解释,对什么是“国家安全”、该由什么部门负责对外资参与经营者集中进行国家安全审查、国家安全审查的标准和审查时考虑的因素是什么、国家平等原则和对等原则如何合理加以运用、“国家有关规定”具体怎么落实(是法律、行政法规还是部门规章层次的立法)等诸如此类的问题,并没有进一步具体规定。该条文的具体落实问题遂成为广大外国投资者关注的对象。2010年《政府工作报告》已经明确将国家安全审查制度列入国务院立法规划。2011年2月12日,国务院办公厅发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(国办发〔2011〕6号)。2011年3月4日,商务部颁布实施《外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》。但该等立法层次较低,概念使用与《反垄断法》不一致,导致审查范围缩小,审查内容(标准)不够全面,审查机构权限划分仍不够明确,缺乏救济措施等。

在经济一体化背景下,资本跨国流动将更加频繁,其形式也将更加多样化,外资参与国内经营者集中情形可能迅速增多,国家安全面临的压力必将更大,形势也必将更为复杂。因而,剖析外资参与经营者集中国国家安全审查的理论基础,从制度架构(包括审查机构、审查对象、审查标准、审查程序及其救济措施等)和制度实践等方面比较研究主要国家外资参与经营者集中国国家安全审查,就建立和完善我国外资参与经营者集中国国家安全审查提出合理可行的建议,具有重要的理论和实践意义。

① 邱林:“对外资并购的国安评估无可厚非”,光明网—光明观察,2008年8月29日。

二、研究现状

以《反垄断法》的颁布时间为准,可以将外资参与经营者集中国国家安全审查的研究分为两个阶段。就所收集到的国内资料而言,《反垄断法》的颁布以前的外资参与经营者集中国国家安全审查的研究并不多见,其主要以《外资企业并购国内企业规定》等相关规定为依据,分析讨论外资并购过程中国国家安全审查问题的必要性、国外外资投资审查制度的规定与实践、借鉴国外外资投资审查制度的可能性及如何借鉴等问题,而其中尤以介绍美国国家安全审查制度的居多,还有部分学者结合个案研究外资并购审批程序问题。从内容上看,此阶段国内对经营者集中相关制度的研究还主要停留在经营者集中的概念、经济审查标准、反垄断立法、申报标准、反垄断豁免范围等方面,有关对外资参与经营者集中国国家安全审查的论述较少。^①从研究成果形式方面来看,大都是短篇期刊论文,缺少较为系统的研究,硕士论文也以介绍国外立法及其初步实践为主。而且由于2007年《反垄断法》对“经营者集中”的界定较《外资并购境内企业规定》中“外资并购境内企业”仅指“股权并购”和“资产并购”的范围更为广泛,即除了“股权并购”和“资产并购”之外,还包括两个或者两个以上企业之间的合并,以及一个企业以合同或者其他方式取得对其他企业的控制权或者施加支配性影响的情况。因此,该阶段的研究成果对目前建立和完善我国外资参与经营者集中国国家安全审查可借鉴意义不大,但其促进了立法当局在《反垄断法》中正式确立“对外资并购境内企业或者以其他方式参与的、涉及国家安全的经营者集中应当按照国家

① 主要期刊论文包括黄进、张爱明:“在美国的收买投资与国家安全审查”,《法学评论》,1991年第5期;刘东洲:“美国外资监管中国国家安全审查制度研究”,《法学杂志》,2006年第6期;周放生:“应建立国外投资国家安全审查制度”,《上海国资》,2005年07期;黄进喜:“反垄断法对国家经济安全的维护功能”,《人民政坛》,2007年第11期;李莫言:“让反垄断法少些遗憾”,《国际关系学院学报》,2007年第4期;师车:“外资危害国家经济安全言过其实”,《国际关系学院学报》,2007年第3期;杨莹:“从经济安全到安全经济”,《人民论坛》,2005年第5期;张士铨、王洁:“国家经济安全中的规则问题”,《国家安全通讯》,2001年第4期;杨建:“‘十一五’期间应更加关注国家经济安全”,《理论前沿》,2006年第14期;吴鸣、李向京、李楠:“经济全球化与国家经济安全”,《求实》,2004年第2期;傅华、傅宁:“我国战略产业安全与外资并购立法研究”,《电子科技大学学报》(社科版),2007年第5期。硕士论文包括张琪炜:“外资并购国家安全审查制度研究——兼议中国外资并购国家安全审查制度的构建”,华东政法学院硕士论文,2007年4月;王少喆:“跨国并购国家安全审查制度比较研究”,北京大学硕士学位论文,2007年4月;胡丹:“美国外资并购国家安全审查制度法律问题研究——兼论对构建中国相关制度的借鉴”,中国政法大学硕士论文,2005年4月。著作有王为农:《企业集中规制基本法理:美国、日本及欧盟的反垄断法比较研究》,法律出版社2001年版。

有关规定进行国家安全审查”的制度,更为后阶段此类研究奠定了坚实的基础。《反垄断法》颁布以后,因为制度的原则性确立,对外资参与经营者集中国家安全审查的研究成果迅速增多^①,而且更为系统深入^②,针对性更强。这些研究成果主要呈现以下几个方面特点:第一,重在制度建设,即如何借鉴国外外资参与经营者集中国家安全审查完善我国相关制度;第二,在内容上存在较多重复,例如对美国的外国投资审查相关法律制度研究较多,第三,缺乏案例实证研究,有关成果的可应用性较弱;第四,研究方法方面主要运用比较分析方法,缺乏对建立外资参与经营者集中国家安全审查的法理基础的阐述,缺乏对不发达国家、地区的外资参与经营者集中国家安全审查的比较法考察,较少论及外资参与经营者集中国家安全审查与其他经营者集中审查制度的相互关系等。对经营者集中进行国家安全审查是一项极富政治色彩的法律工作,同时具有较强的技术性。目前,有关经营者集中国家安全审查的研究成果还缺乏外资参与经营者集中国家安全审查案例的实证研究,有关建议的操作性不强。

就所收集到的国外资料而言,目前国外对外资参与经营者集中国家安全审查的研究较国内更为充分,美国国会研究部(Congressional Research Service,

① 期刊论文主要有王晓晔:“《中华人民共和国反垄断法》中经营者集中的评析”,《法学杂志》,2008年第1期;邵沙平、王小承:“美国外资并购国家安全审查制度探析”,《法学家》,2008年第3期;胡健:“《反垄断法》中‘经营者集中’的立法解读”,《安徽大学法律评论》,2008年第1辑(总第14辑);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”,《国际经济合作》,2007年09期;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”,《法商研究》,2008年第6期;朱一飞:“我国国家安全审查制度之功能定位——兼与美国国家安全审查制度比较”,《云南大学学报》(法学版),2009年01期;漆彤:“美国外资并购安全审查制度的最新发展及其借鉴”,《河南省政法管理干部学院学报》,2009年第2期;林永梅:“议美国外资并购国家安全审查制度及对我国的启示”,《法制与社会》,2009年06期;朱一飞:“国家安全审查与反垄断法的区别与协调——以产业安全保障为视角”,《河北法学》,2009年05期;胡海燕:“外资并购国家安全审查:美国的立法对我国的启示”,《知识经济》,2009年06期;赵银芝:“论外资并购的国家安全审查”,《知识经济》,2009年05期;陈明:“对外资进入其战略性行业的国家安全审查制度”,《国际石油经济》,2009年04期;刘丽园:“新‘国家安全审查’条款与我国的外资并购规则”,《理论界》,2009年05期;杨鸿:“美国国家安全审查对主权基金的监管及其启示——结合美国国家安全审查相关规则最新改革的分析”,《河北法学》,2009年06期;宋金一:“外资并购中的国家安全审查制度研究”,《工会论坛》(山东省工会管理干部学院学报),2009年03期;阮利:“完善外资并购国家安全审查制度”,《天津职业院校联合学报》,2009年03期。

② 硕士论文有近十篇并不断增多,主要有郭华伟:“外资并购国家安全审查制度研究”,西南政法大学硕士学位论文,2009年4月;阚道平:“对外资参与经营者集中的国家安全审查法律制度研究”,重庆大学硕士学位论文,2009年4月;沈革新:“论美国外资并购国家安全审查制度的晚近发展”,苏州大学硕士学位论文,2009年4月;周斌:“美国外资并购国家安全审查制度研究”,厦门大学硕士学位论文,2009年3月。