

我国外资并购中的 国家安全审查制度

慕亚平 肖小月*

内容提要：我国对外资并购的监管在不断变化和调整过程中逐渐形成体系。但现行法律关于国家安全审查的规定相对简单，缺乏系统性和可操作性。国家安全审查有其独立性，行业审查和反垄断审查均不能代替国家安全审查。建议我国成立类似于反垄断委员会的国家安全审查委员会，专门处理外资并购的国家安全审查问题，并从审查对象、审查标准、审查机关、审查程序、救济途径等方面完善国家安全审查制度。

关键词：外资并购 国家安全审查 经济安全审查

在经济全球化的今天，外资并购作为最主要的国际投资方式，对我国经济发展的影响日益显著。外资并购是一把“双刃剑”，它在促进我国经济发展的同时也可能危及我国经济安全乃至国家安全。尽管我国《关于外国投资者并购境内企业的规定》（以下简称《并购规定》）中涉及“经济安全审查”，我国反垄断法也提出对外资进行“国家安全审查”，《指导外商投资方向暂行规定》（以下简称《暂行规定》）和《外商投资指导目录》（以下简称《指导目录》）对外资并购的产业准入进行了比较合理的调控，^{〔1〕}但从总体来看，现行法律关于国家安全审查的规定相对简单，缺乏系统性与可操作性。因此，健全我国外资并购中的国家安全审查制度重要而迫切。

一、我国外资并购的规定及并购案引发的国家安全思考

（一）我国外资并购法律规定的现状

从总体上看，我国对外资并购的监管经历了一个从放任自流、限制、鼓励到规范的过程。改革开放以来，我国经济快速稳定增长，巨大的市场、廉价的成本、宽松的政策以及日益完

* 慕亚平，中山大学法学院教授；肖小月，中山大学国际法硕士研究生。

〔1〕《指导目录》将产业划分为允许、鼓励、限制、禁止外资进入四类。

善的法律体系,使得并购〔2〕在外国直接投资中所占比重越来越大,〔3〕对外资并购的监管政策也处于不断变化和调整过程中。20世纪90年代初期“中策现象”〔4〕出现时,我国对外资并购基本上处于放任自流的状态。20世纪90年代中期,我国出现外资并购热潮,特别是在经历了“北旅并购案”和“江铃并购案”后,我国对外资并购采取了限制或禁止的政策。直到2002年之前,我国对外资并购仍持较谨慎态度,采取严格的审核制度。加入WTO后,考虑到入世承诺以及中国经济发展的需要,我国对外资并购采取了鼓励政策。近年来,随着外资并购的增加及对中国经济的影响加大,我国逐步开始对外资并购进行规范,相关的法律规定也相继颁布。2002年,随着《关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关问题的通知》、《合格境外投资者境内证券投资管理办法》的公布,A股市场的大门被打开。在2005年、2006年,我国又出现了外资并购的浪潮。商务部和证监会等五部门于2006年颁布了《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》,放开了外资作为战略投资者直接投资A股市场的大门,〔5〕而后颁布的《并购规定》首次确认了换股并购(Share Swap)的交易模式,为外资并购境内企业拓宽了渠道和手段。

作为我国规范外商投资准入最具有操作性的法规,1995年颁布的《指导目录》历经了1997年、2001年、2004年尤其是2007年的修订,反映了我国利用外资目的与方式的变化:鼓励类条目数量大幅增加;服务业对外开放进一步扩大;调整单纯鼓励出口的导向政策;对部分涉及国家经济安全的战略性和敏感性行业持谨慎开放的态度,以维护国家经济安全。

近年来,外资并购境内企业的特点日益明显:斩首式并购、〔6〕控股性并购加强,行业性并购、具有市场优势的跨国企业作为并购主体的情况明显增加。在外资并购过程中,随着许多知名民族品牌的消失、国有资产的流失以及外资行业垄断的威胁,人们日益关注外资并购可能导致的行业垄断、民族经济发展受威胁等相关问题。不少人担心外资的恶意并购对国家经济安全会带来不利影响,提议建立外资并购审查机制,特别是国家安全审查制度。〔7〕

2006年国家六部委修订的《并购规定》第12条和2008年8月施行的反垄断法第31条设置了类似于美国“艾克森—弗洛瑞奥条款”(Exon-Florio provision)〔8〕的关于国家安全审查的规定,反映出我国开始对外资并购中的国家安全问题予以关注与重视。

(二) 外资并购案引发国家安全审查法律问题的思考

我国作为消费型大国的特点、持续走强的经济以及日趋成熟的法律环境,吸引了跨国公司的逐利目光。从2005年起,国际并购大腕们从容不迫地收购我国的金融保险、商业服务、消费品、

〔2〕 本文所指的“并购”(M&A)兼指:(1)股权并购,即外国投资者取得境内企业的股权;(2)资产并购,即外国投资者直接或间接取得境内企业资产并运营该资产。参见《并购规定》第2条。

〔3〕 参见商务部外资司:《2008年1—12月利用外资统计简表》,http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI/wztj/wstztj/lywztj/t20090122_101098.htm;《2009年外商直接投资统计》,http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI/wztj/wstztj/default.htm。See also World Investment Report 2008—Overview (UNCTAD/WIR/2008(Overview)),http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=1397&lang=1。

〔4〕 指利用国际财团的资本实力,对中国国有企业进行成片、成行业打捆式的参股、控股和改造,然后利用国际财团的金融操作手段,在国际资本市场出售,以求牟利。

〔5〕 汤欣:《“经济安全”与外资并购审查》,《当代法学》2008年第1期。

〔6〕 “斩首式并购”是指外资以“必须绝对控股”、“必须是行业龙头企业”、“预期收益率必须超过15%”的“三必须”原则作为指导,对境内企业进行的并购。同上引,汤欣文。

〔7〕 王存奎、张军英:《外资热与国家经济安全》,《中国外资》2004年第6期;上引,汤欣文;刘民:《论外资并购安全审查的独立性》,《社会科学战线》2008年第5期。

〔8〕 “艾克森—弗洛瑞奥条款”是美国1988年综合贸易竞争法案的一个条款,该条款授权美国总统在认定外国公司对美国公司的并购行为构成对美国国家安全的威胁时,有权中止或禁止该并购行为。

基础材料、机械以及食品酒类等领域的优良或不良资产，部分产业已出现被外资垄断的迹象。其中，凯雷收购徐州工程机械集团案和索尼收购成都索贝案引起了社会对外资并购问题的关注，特别是引起了社会对外资并购应否进行国家安全审查的探讨。^{〔9〕}

1. 凯雷收购徐州工程机械集团案、^{〔10〕}索尼收购成都索贝案^{〔11〕}

2005年10月25日，徐州工程机械集团有限公司（简称“徐工集团”）、凯雷徐工机械实业有限公司（简称“凯雷徐工”）、徐工机械^{〔12〕}签订股权买卖和股本认购协议与合资合同。据此，股权转让及增资完成后，凯雷徐工将持有徐工机械85%的股权，徐工集团仅拥有徐工机械15%的股权。凯雷针对中国机械行业龙头企业发动的“斩首”行动引起了中国财经界的警觉。^{〔13〕}此方案仍在商务部审批过程中，至今尚未通过。这起凯雷并购徐工案被视为我国外资并购政策的一个风向标。^{〔14〕}

该案引起人们对几个问题的关注：第一，凯雷并购徐工的价格是否为最优价格，竞价高是否是最佳并购方案？第二，凯雷并购徐工的价格是否有贱卖国有资产之嫌？第三，将徐工卖给财务投资者对徐工的未来发展是否有利？第四，装备制造业是为其他行业提供母机和装备的产业，在某种意义上，装备制造业的发展直接决定了国民经济其他行业的现代化水平。徐工机械作为我国工程机械的龙头企业，如果被凯雷控股，是否会威胁装备制造业的产业安全？

这不禁使人们想起与此案相似的索尼收购成都索贝案。2003年，商务部批准了索尼收购成都索贝的方案。该收购引起了行业内的质疑和担忧，因为该案已经给中国的广电产业带来实质上的威胁，涉及我国产业安全问题。^{〔15〕}索尼收购索贝，显然是因为我国企业非线性技术的发展对其技术优势地位产生了巨大冲击。收购后索尼可以通过经营决策限制索贝发展该技术，同时也可以遏制拥有类似技术的其他中国企业的发展，维护自己的优势地位。广电产业关系到国家信息安全，如果这个领域的设备和集成服务完全被外国厂商垄断，那么中国广电事业的健康发展将存在隐患。

从法律角度思考，上述问题可集中为：产业安全是否关系到国家经济安全？对外资并购的安全审查究竟是经济安全审查还是国家安全审查？外资并购审查和反垄断审查能否替代国家安全审查？我国是否需要对外资并购进行国家安全审查？

2. 关于国家安全、国家经济安全的涵义解读

《并购规定》第12条中出现了“国家经济安全”的概念，反垄断法第31条中出现了“国家安全”的概念，而学界大多将外资并购中的安全审查解读为经济安全审查，^{〔16〕}甚至不少人将安

〔9〕 2009年3月18日，商务部禁止可口可乐并购汇源案也引发了人们对国家安全审查制度的讨论，但该案并非这方面的典型案例。

〔10〕 徐州工程机械集团作为中国最大的工程机械开发、制造和出口企业，其产品在中国工程机械市场上的占有率超过50%。凯雷投资集团是一家全球私人股权投资机构，从事企业并购、创投、房地产、债券等领域的投资，区域涉及北美、欧洲和亚洲。案情详见《凯雷并购徐工案独家调查》，《瞭望》2006年第5期。

〔11〕 秦海波：《索尼以并购消灭本土对手 中国企业强震担忧》，《经济日报》2003年10月23日。

〔12〕 徐工集团为徐工机械的实际控制人，凯雷徐工是凯雷亚洲投资基金（Carlyle Asia Partners I, L. P.）在开曼群岛注册的全资子公司。

〔13〕 全球并购研究中心主编：《中国十大并购》，中国经济出版社2006年版，第62页以下。

〔14〕 贾林青、昌孝润主编：《中国企业兼并与破产的法律规制研究》，知识产权出版社2008年版，第194页。

〔15〕 20世纪80、90年代，中国在专业录像机产品上高度依赖索尼的产品，直到1995年和1999年中科大洋先后推出的非线性编辑系统和非线性编辑网络系统，以及包括索贝在内的一些本土企业在类似产品或网络上的成功，才解除了国内对索尼产品的依赖。

〔16〕 前引〔7〕，王存奎等文；前引〔5〕，汤欣文。

全审查混同于反垄断审查。从保护国家安全与有效利用外资的需要来看,应该对这些概念进行区分和准确界定。

“经济安全”的概念源于1980年日本《国家综合安全报告》。国家经济安全被界定为国家的经济发展、经济利益不受外国和国际威胁的一种状态,可从内部机制和外部环境两个方面把握。从内部机制而言,国内要有一个良性的经济运行机制,能够保证国民经济健康有效地运行,杜绝发生经济崩溃的危险;从外部环境看,要能够保证本国的经济运行过程不受来自其他国家和地区的相关组织力量的威胁与控制,并且有抵御国际经济危机和金融风险冲击等方面的能力。简言之,国家经济安全是指国家经济领域中重大的经济利益不受威胁和侵犯的状态。^[17]相对而言,国家安全是一个更广泛的概念,既包括传统的国防、军事安全,也包括国家经济安全、文化安全等。

从逻辑关系来看,产业安全应包含在国家经济安全的范围内,作为国家经济安全的子概念;而国家经济安全应为国家安全的分支。因此,根据立法目的与现实需要,将《并购规定》中的“国家经济安全”解释为国家安全,更有利于作出准确的判断,即不仅仅限于经济安全,而应从更广泛的意义上考虑,在审查时可以将国防、军事安全等因素考虑在内。

3. 设立国家安全审查制度的争议及我见

界对外资并购境内企业能否威胁国家安全,是否应当设立国家安全审查制度仍存在争议。反对者主张无须单独设立国家安全审查制度,归纳起来理由如下:(1)外资并购境内企业后会受中国法律约束以及中国政府管理,并不会威胁中国经济安全,更别说国家安全;(2)如果外资通过并购形成垄断,可以通过反垄断法加以约束;(3)如果片面强调国家安全审查,不利于积极有效地利用外资。^[18]

笔者认为,以上观点混淆了反垄断审查与国家安全审查两种制度的理论基础、目的及价值取向、制度差异。^[19]尽管针对外国投资的国家安全审查与反垄断审查都是对外资并购的某种程度的限制,但国家安全审查是基于国家主权原则,其立法目的是为了保护国家的产业安全、经济安全及国土安全。而反垄断审查则是基于有效、公平竞争理论,其立法目的是规制垄断和保护竞争,因而无法约束那些并未破坏公平竞争秩序但危害国家安全的行为。无论是在外资并购过程中还是在并购成功后的经营过程中,只要外资企业没有实施不正当竞争行为也没有违反反垄断法的相关规定,即便存在危及行业安全和国家安全的可能性,也无法依据反垄断法及反不正当竞争法对其加以审查与监控,从而会形成法律监管的空白地带。譬如外资并购境内企业后,减少对被并购企业研发部门的投入,削弱被并购企业的自主创新能力,对被并购企业的品牌进行雪藏等,对这些行为政府通常无权涉足,因而对国家重要利益保护存在空缺。尤其是关系国计民生或是对国防有影响的重要行业龙头企业,一旦被外资企业控制,极有可能威胁国家安全。可见,无论是出于法律完善的要求还是实践需要的考量,健全外资并购国家安全审查机制都有必要性与紧迫性。

二、我国外资并购国家安全审查制度的现状及缺陷

(一) 我国外资并购国家安全审查制度的初步形成

[17] 张士铨、雷家骥:《经济安全》,陕西人民教育出版社2006年版,第13页。

[18] 参见陈明键:《外资并购无须矫枉过正 防病毒需“杀毒软件”》,《市场报》2006年10月25日。

[19] 参见前引[7],刘明文。

针对社会上普遍存在的对于外资斩首并购和产业安全的担忧，特别是凯雷并购徐工案引发的国家经济安全讨论，国家相关部委通过不懈努力，逐步确立了国家经济安全的审查规则。

在商务部审批徐工并购案悬而未决的情况下，国务院于2006年2月下发《国务院关于加快振兴装备制造业的若干意见》，^{〔20〕}在某种程度上表明了政府对可能涉及国家安全的重要行业的保护立场。

2006年8月的《并购规定》第12条第1款规定涉及国家经济安全的“应就此向商务部进行申报”的措词，相较于2003年4月12日施行的《外国投资者并购境内企业暂行规定》第19条第2款“可以要求外国投资者作出报告”的措辞，体现了由任意申报到强制申报的转变，体现了我国立法对国家经济安全的重视。《并购规定》第12条第2款还表明商务部对可能影响国家经济安全但未予申报的外资并购享有介入权。

2006年11月，国家发改委发布《利用外资“十一五”规划》，明确提出“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”。

2007年1月，国务院国资委发布《关于企业国有产权有关事项的通知》，规定外资并购方的“受让行为不得违反国家经济安全方面的限制性或禁止性规定”。

2008年8月起施行的反垄断法第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。”至此，国家安全审查制度的立法由部门规章上升到了全国法律层面的高度。

（二）我国外资并购国家安全审查制度的缺陷

1. 缺乏完整的法律法规体系

从我国关于外资并购监管法律的总体来看，该体系及战略意图不清晰，政策摇摆幅度大，主要表现在以下几个方面：第一，没有一部能统率外资并购相关法律规范的基本法，外资并购立法在不同效力层次和与规制领域上缺乏配合，缺乏体系性，并经常出现法律规范的相互冲突和无法可依的状况。第二，外资并购立法层次低，缺乏权威性。在涉及外资并购的法律法规中，除了反垄断法、公司法、证券法是由国家立法机构颁布的以外，其余大多数是各个部委以条例、实施细则、办法、规定等名称颁布的行政法规、政府规章。第三，政策不确定，朝令夕改。

再从我国关于外资并购的国家安全审查具体制度来看，相关的规定仅有为数不多的几个条款，如《并购规定》第12条赋予商务部对涉及“经济安全因素”的外资并购进行实质性审查的广泛权力；反垄断法第31条提及外资并购或以其他方式参与经营者集中涉及国家安全的，应进行经营者集中审查以及国家安全审查。而现有法律法规均未对国家安全审查的具体审查机构、标准、程序、期限等作出规定。

就我国而言，外资并购的风险主要来自三个方面：资产造假、资产流失问题；产品、服务垄断问题；外资之间在中国境内的激烈竞争给中国产业造成损害、威胁国家安全的问题。保证本国经济安全以及国家安全是引进外资不可逾越的底线，而确保国家安全需要建立起完备的风险预警体系，包括反不正当竞争法律体系、反垄断法律体系和国家安全许可认证体系。

2. 缺乏具体可操作的实施细则

〔20〕《国务院关于加快振兴装备制造业的若干意见》第三部分第7条指出：对在重大技术装备制造领域具有关键作用的装备制造骨干企业，要在保证国家控制能力和主导权的基础上，支持其进行跨行业、跨地区、跨所有制的重组。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。

外资并购的相关法律规则可操作性不强，特别是国家安全审查的实施规则的缺失，不利于制约外资并购的负面效果。

我国对外资并购的安全审查尚不够全面，现行的行业准入审查和反垄断审查最多只是对国家经济安全方面的审查，而对外资并购的审查应当对广泛的国家安全，包括国防、军事安全进行审查。尽管我国已经意识到行业安全、国家经济安全、国家安全的区别以及在引进外资方面的不同价值取向，并在反垄断法中加以规定，但在反垄断法中“国家安全”的规定仅仅是概念的提出，尚未规定具体的实施细则，亟待健全和完善。

三、健全我国外资并购中国家安全审查制度的建议

(一) 确定外资并购国家安全审查制度的价值取向

各国对外资并购本国企业进行规范和监管的程度取决于该国在外资并购问题上的价值取向，此价值取向通常根据本国经济和社会情况的特殊性以及不同时期的不同侧重而有所变化。尽管各国具体做法有所差异，但总的趋势是都承认与允许跨国并购，在鼓励和支持外资并购国内企业的同时，为维护本国的经济主权的独立性，防止本国经济对外资的过度依赖，对外资并购采取谨慎的态度，对外资进入的行业加以一定限制。

在确定我国有关外资并购的立法价值取向时，既要借鉴国外立法经验，又要考虑我国的实际经济状况以及外资并购的特殊影响。不仅考虑外资并购作为重要的国际私人直接投资在我国已经大量存在并给我国带来了积极影响，同时也考虑我国经济发育尚未成熟，企业的生存和竞争能力还相对较弱，民族工业还需适当保护。倘若全面放开我国资本市场，无限制无选择地引进外资，将会影响我国产业结构的调整，危及行业安全乃至国家经济安全，这是个不容忽略和回避的事实。因此，目前阶段应该综合考虑各方面因素，审慎对待外资并购。

1. 允许和鼓励外资并购我国企业

我国在立法取向上应该允许与鼓励外资并购我国企业。在经济全球化、资本国际化的今天，允许和鼓励外资并购具有重要的意义：(1) 外资并购有利于优化产业结构及国有经济的战略性调整；(2) 外资并购不仅能够给被并购企业带来大量现金流量，而且有利于企业更新装备，提高技术水平；(3) 外资并购可以使国内企业更快地融入国际生产体系。被并购企业能够参与跨国公司的全球产业链，按照跨国公司的全球战略充分发挥比较优势，实现分工效益，更为重要的是能够充分利用跨国公司在全球的营销网络、技术等资源拓展生存与发展空间。^[21]

2. 合理限制外资并购的范围

从各国通行做法看，对外资并购基本上都有限制性要求。以美国为例，虽然美国对外资并购采取开放政策，但事实上，对可能造成其市场过度集中、导致限制竞争，危及或可能危及其国家经济安全的并购，美国是严厉禁止的。这些法律法规集中体现在谢尔曼法、联邦交易委员会法以及克莱顿法等反垄断法上。^[22]此外，为了保证国家经济安全，美国在某些行业领域限制外资进入。

从实际情况出发，我国的市场经济体系尚未完备，产业结构尚需进一步调整，外资并购的负

[21] 胡秀山：《外资企业并购问题探讨》，《当代经济》2008年第2期（上）。

[22] 参见CFIUS网站，<http://www.treas.gov/offices/international-affairs/exon-florio/>。

面效果可能导致产业结构失衡。此外,我国民族工业起点较低,缺乏足够的实力与跨国公司抗衡,外资的大肆入侵将不可避免地破坏民族工业的发展,甚至带来毁灭性的打击。因此,只有对外资进行合理限制,才能更好地维护和发展良好的产业结构,保护民族工业,确保国家经济安全和国防安全。合理限制外资并购是克服其消极影响的有效手段。

(二) 明确外资并购国家安全审查制度的性质与定位

要健全我国外资并购安全审查制度,首先要充分考虑以下问题:我们究竟应主张国家安全审查还是国家经济安全审查,抑或产业安全审查?对这三者如何界定与区别?国家经济安全审查与反垄断审查是否合一?国家安全审查应采用何种模式?

国家安全、国家经济安全及产业安全,三者的本质均是国家利益,国家经济安全是国家安全的分支,而产业安全应该归属于国家经济安全。从逻辑角度考虑,国家安全作为属概念,经济安全、国防安全、文化安全作为种概念,如果在立法中仅仅将安全审查界定为国家经济安全审查,那么一旦外资并购涉及国防安全、文化安全等方面的因素,就只能采取两种方式:一是由于立法并无规定,对此不予审查,这样会极大地损害我国的利益。二是对国家经济安全予以扩大解释,即将其他情况纳入国家经济安全的范围。但这样做有明显的缺陷,一则违反逻辑关系,不符合法律确定性与可预见性的要求;二则不利于保护本国利益,不利于真正实现国家安全审查的价值。因此,应统一将审查中的“安全”界定为“国家安全”。

当然,在强调国家安全审查的同时,应该避免对国家安全审查期望过高,不能过分夸大国家安全审查的作用。我国外资并购实践中存在的国有资产贱卖、税收流失、不公平关联交易、经济垄断行为、侵害被并购企业职工合法权益、技术不当转移、民族品牌消失等问题,^[23]其解决需要多个法律部门共同调整,如国有资产管理法、税法、公司法、反垄断法、劳动法、知识产权法等,不宜把上述问题都笼统视为外国投资带来的“国家安全隐患”而全部纳入国家安全审查的范围。

(三) 健全外资并购国家安全审查具体制度的构想

为了妥善平衡外资利用与国家安全的关系,我国应当成立类似于反垄断委员会的国家安全审查委员会,专门处理外资并购的国家安全审查问题,并完善国家安全审查的相关规定。首先,根据我国经济发展需要对《指导目录》进行相应修改,为涉及国家安全的战略行业以及重点企业提供具体指引,避免行政裁量权的不当行使而对外资开放政策造成冲击。其次,或在《并购规定》或通过专门立法将国家安全审查的机关、标准、期限、程序等重要因素予以明确,使其具有可操作性。

考虑到确定《指导目录》中具体哪些行业属于涉及国家安全的战略行业,通常是从我国经济发展水平和国家发展战略出发,涉及政策、政治、经济、法律、科技等诸多方面,本文对此不加论述,仅从法律角度就外资并购国家安全审查中涉及的重要因素,如审查对象、审查标准、审查机关、审查程序、救济途径等加以探讨。

1. 明确界定外资并购国家安全审查的对象

界定外资并购国家安全审查的对象,最关键的是对外资的界定。各国普遍以投资者国籍为标准来区分,包括设立地标准、资本来源地标准、实际控制主义标准。《并购规定》对外国投资者作了广义的界定,包括外国投资者和外商投资企业,对外国投资者的认定主要采取设立地标准,

[23] 前引[5],汤欣文。

辅以实际控制原则。^[24]为了更好地区分内外资，建议我国对投资者国籍的判断采取以设立地为主，兼顾实际控制及资本来源地的标准。

外资并购主要是指外国投资者通过兼并购的形式而取得公司的控制权。西方学者把企业兼并和收购简称为 M&A (Merger & Acquisition)，我国通常将其译为并购（购并）、兼并、收购、合并等词语。《并购规定》在对“并购”行为进行阐述时，考虑到此前已经有立法对外国投资者兼并境内企业的行为作出规定，为了避免立法上的重复与冲突，其仅对外资收购行为进行了规定。笔者认为比较完善的国家安全审查制度所调整的并购行为应该包括兼并和收购两种。

2. 细化外资并购国家安全审查的标准

《并购规定》对外资并购进行安全审查的第一个标准就是并购企业实际取得被并购企业的控制权，但《并购规定》中未对控制权的具体标准作出规定。在实践中往往参照公司法的规定，采取 51% 以上的绝对控股与不及 51% 的相对控股加以判断。这种对控制权的解释过于笼统简单，存在明显缺陷。建议参照美国对“控股”的解释规定我国对控制权进行界定的具体标准：（1）实体主要财产的一部分或全部销售、租赁、抵押或其他让与；（2）实体的解散；（3）实体生产或研发设施的关闭或迁移；（4）解除或不履行该实体的合同；（5）就前面四项中的事务修改实体的组织或组成协议。^[25]

美国、加拿大等国在对外资并购国家安全审查的相关规定中，均采取了列举的方式对国家安全标准加以明确。我国的国家安全审查标准也宜采取列举的方式，以提高国家安全审查制度的透明性，同时应辅以弹性条款，以便对国家安全方面的问题予以更周延的保护。具体而言，我国外资并购国家安全审查的标准可以考虑对国防安全所需的国内产业造成的影响、该产业满足国防安全需要的能力及其重要性、是否与国家政策、产业政策和经济政策相一致、外国投资者对国内产业和商业活动的控制是否对我国国家安全造成影响、对我国国家安全领域中的国际技术领导地位的潜在影响、对我国国际竞争力的影响等因素，^[26]进而细化出我国外资并购国家安全审查的可操作的具体标准。

3. 建立我国外资并购国家安全审查的专门机构

《并购规定》对国家经济安全的审查机关仅仅规定为“商务部会同相关单位”，但没有明确“相关单位”具体是哪些单位，这使得国家经济安全的审查机关存在不确定性。同样，反垄断法虽然设立了反垄断委员会并规定了其职能，但未明确细化该反垄断委员会的组成和工作细则。

由于外资并购国家安全审查是十分复杂的过程，涉及的范围广泛，不论是军用工业、国防设施、基础建设，还是民用事业、企业设施、科学技术等诸多产业，各种因素都可能对国家安全产生影响。国家安全审查本身不是仅仅依靠实体标准进行判断就可以解决问题的。在外资并购国家安全的审查过程中，每个组成部门能否就该外资并购对其管辖行业或领域安全的影响作出准确判断尤为重要。即便是各部门较为准确地进行了评估，但若无牵头部门将相关判断综合分析并作出最终评判，仍会导致国家安全审查拖延且流于形式。因此，需要设立专门的牵头部门将各部委的

[24] 《并购规定》第 9、11、58 条针对境内自然人或法人实际控制的“假外资”问题作了专门规定。

[25] 参见 CFIUS 网站，§ 721 of the Defense Production Act of 1950, as amended <http://www.treas.gov/offices/international-affairs/exon-florio/>。

[26] 参见胡丹：《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 2005 年硕士论文；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。

评判结果汇总,通过调查、综合评估、听取多方(包括各部委、并购涉及行业的行业协会、并购当事方等)意见的方式,最终作出判断并向国务院总理提交评估报告。据此,建议我国设立一个类似于反垄断委员会的国家安全审查委员会,负责协调各部委工作,保证国家安全审查的有效进行,其常设机构应设在商务部或国家发展和改革委员会,而“相关单位”可由多个国家部门构成,如国防部、国家安全部、国家发展和改革委员会、财政部、商务部、科学技术部、国务院国有资产监督管理委员会、司法部等。

4. 完善我国外资并购国家安全审查的程序

建议参照美国的外资并购国家安全审查程序并结合我国现行相关法律法规的程序规定设计我国外资并购国家安全审查的程序,^[27]主要包括四个阶段:申报(干预)阶段、初审阶段、调查阶段、决定(公布)阶段。

(1) 申报(干预)阶段。《并购规定》规定国家安全审查可以通过两种途径启动:一是交易方的主动申报,二是政府强制干预。笔者认为第二种启动途径应包括政府主动调查以及经第三方申请后调查。符合外资并购国家安全审查申报标准的,交易方必须在交易完成前报相关部门审批;对于不符合申报标准的外资并购或者符合申报标准但交易方未申报的外资并购,政府可以在交易完成前和交易完成后的任何阶段介入。

(2) 初审阶段。我国法律对此尚未规定。建议参考美国的相关规定,经交易方申报或政府启动干预后,外资并购安全审查进入45天的初审阶段。在此阶段,国家安全审查委员会秘书处将此次外资并购的相关资料转发给审查委员会各成员机关,由其在各自领域内对此次外资并购进行具体审查,意见形成后汇总到国家安全审查委员会,经过国家安全审查委员会论证后形成初步意见,决定是否对该并购交易提起调查。

(3) 调查阶段。国家安全审查委员会成立专门的调查机构,对进入调查阶段的并购交易进行调查,通过实地调查、专业跟踪、召开听证会等方式了解并购的真实情况,并根据审查标准对外资并购是否影响国家安全作出判断。调查时间应该限定在60天内,如因案件复杂,经总理批准可以延长30天。

(4) 决定(公布)阶段。国家安全审查委员会根据调查机构提交的调查报告组织“相关单位”召开会议,作出最终决定。自调查结束之日起7日内应将所作出的决定公布。

5. 明确我国外资并购国家安全审查的救济途径

如果当事方或者利益相关方不同意外资并购国家安全审查委员会的决定,是否有相应的救济方式,我国法律尚未规定。基于“有权利必有救济”的法理,应该对国家安全审查的结果提供相应的救济途径。依照我国现行的行政法、行政复议法的规定,对外资并购的国家安全审查可能被视为具体行政行为,对其救济可以采取行政复议或行政诉讼的方式。但是,笔者认为,鉴于国家安全审查的特殊性与重要性,可以将国家安全审查委员会视为国务院的独立部门,给予其必需的权力,即法律赋予国家安全审查委员会关于国家安全审查的行政终局决定权。这主要是考虑到国家安全审查的专业性比较强,而且比较复杂,人民法院行使审查权有一定的难度,加之涉及到国家安全审查等事项,不宜交由法院处理。总之,国家安全审查作为一种特殊的行政行为,不同于

[27] 可以参照美国的艾克森—弗洛瑞奥修正案(Excon—Florio Amendment)、外国人合并、收购和接管规定(Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Persons)、2007年外商投资与国家安全法案(Foreign Investment and National Security Act of 2007)及其实施细则草案,以及我国的行政法、行政复议、行政诉讼法、反垄断法等。

其他行政行为，不宜通过诉讼方式予以救济。考虑到我国现行法律的规定及我国的实际情况，法律应该明确规定：当事方或利益相关方对国家安全审查委员会的最终复议决定不服的，可以提交全国人大常委会进行审核。

Abstract: China's regulation policy on foreign capital M&A has gradually formed a system through constant change and adjustment. However, the existing legal provisions regarding the national security review are relatively simple, unsystematic and lacking of operability. In addition, due to the independence of the national security review, it can not be replaced by either the industry review or the anti-monopoly review. Therefore, to perfect China's national security review system is of great significance.

It is proposed by this thesis to set up a national security review committee (similar to the anti-monopoly committee) to deal with the national security review issues of foreign capital M&A specifically, to coordinate the related work of different ministers and to lead the national security review effectively. The standing organization of such committee may be set in the Ministry of Commerce or the National Development and Reform Commission, and "the related ministers" may consist of many national departments, such as the Ministry of National Defense, the Ministry of State Security, the National Development and Reform Commission, the Ministry of Finance, the Ministry of Commerce, the Ministry of Science and Technology, the State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council, the Ministry of Justice, and so on.

It is also suggested that the committee should further improve the national security review system from several perspectives, such as the objects of review, its standards, its procedure, the relief methods, and so on. The objects of review should be clearly defined, especially the foreign capital. The nationality of investors should be judged by their establishing places as primary standard, as well as the actual control standard and the capital origin standard. The standard of national security review should be refined, including the control standard and security review standard. And the procedure of review can be divided into four stages: the Declaration (Intervention) stage, the First trial stage, the Investigation stage, and the Decision (Announcement) stage. It is also suggested that the concerned party or other interest-related persons can submit the decision to the Standing Committee of the NPC if they do not agree with the final decision made by the National Security Commission.

Key Words: foreign capital M&A, national security review, economic security review
