



## 论身份混同背景下我国外资并购 国家安全审查标准的完善<sup>\*</sup>

■ 孟国碧<sup>\*\*</sup>

**【内容摘要】** 在全球化背景下,我国在国际投资领域的身份发生了混同。作为审查制度核心内容的审查标准的设计必须考虑这种双重身份。我国现有的审查标准并没有真正考虑到身份混同因素,在价值取向、具体内容等方面都存在不足。考察制度较为健全、同样具有双重身份的发达国家的相关立法,它们在审查标准的四大核心内容上都有值得我国借鉴之处。因此,我们应当充分考虑身份混同的因素,吸取发达国家的经验,完善审查标准的四大核心内容。

外资并购在促进经济发展的同时,也可能给一国国家安全带来威胁。以美国为首的西方发达国家相继建立或完善了外资并购国家安全审查制度,并将其作为维护国家安全的有效手段。连俄罗斯也不甘落

---

\* 本文系作者主持的广东省哲学社会科学十二五规划项目《我国外资并购国家安全审查制度:立法与完善》(项目批准号:GD12CFX04)的研究成果。

\*\* 作者系广东财经大学法学院教授,法学博士。



后,于2008年制定了该项制度。<sup>①</sup>我国是全球化的积极参与者,享受着全球化带来的诸多好处的同时,也承受着全球化带来的诸多消极影响。在外资并购领域,自2005年始,我国外交困:对内,从“凯雷收购徐工”<sup>②</sup>开始,外资大量“斩首式”<sup>③</sup>并购我国企业,使我国的国家安全遭受严重威胁;对外,从中海油收购美国优尼科失败<sup>④</sup>开始,我国企业海外并购遭遇严重的国家安全审查壁垒,到2012年华为、中兴并购美国3Leaf遭封杀<sup>⑤</sup>时达到极致。为了维护国家安全,国务院于2011年2月发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》(以下简称国务院《通知》)。商务部于同年9月发布了该《通知》的实施细则,即《实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》(以下简称商务部《规定》),从而正式确立了我国的外资并购国家安全审查制度。

在全球化背景下,我国在国际投资领域的身份发生了混同,由原来的“引进来战略”下单一的资本输入大国,变成了既是“引进来战略”下的资本输入大国,也是“走出去战略”下的资本输出大国的双重身份。<sup>⑥</sup>遗憾的是,我国目前的制度主要是站在资本输入大国的立场设计的,学界关于完善该项制度的建议也是站在资本输入大国的角度提出的。因

---

① 2008年5月5日时任总统普京正式签署《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》,从法律上正式确立了对外资进入俄国战略性行业时的安全审查制度。

② 2005年10月,凯雷计划注资3.75亿美元,取得徐工85%的股份。在历经两年的谈判和争论后,2007年3月,凯雷下调控股比例,持有45%的徐工股份,徐工持有55%的股份,掌握控股权。

③ 指在并购风潮中,一些跨国公司或者私募股权基金明确提出的三项基本要求,即必须绝对控股、并购目标是行业龙头企业、预期收益必须超过15%。

④ 2005年6月23日,中国海洋石油有限公司出价185亿美元购买美国第九大石油公司优尼科公司,同年8月2日,中海油宣布撤回对美国优尼科公司的收购要约,从而宣告收购失败。

⑤ 2011年2月,华为公司拟以200万美元收购美国3Leaf公司,被美国外国投资委员会否决。随后,美国国会针对华为公司提起“国家安全”调查,2011年年底,调查进一步扩大至中兴公司。2012年10月8日,美国国会发布调查报告,称华为公司、中兴公司为中国情报部门提供了干预美国通信网络的机会,建议美国企业避免与其合作。

⑥ 《2013世界投资报告》显示,2012年中国吸引外资达1210亿美元,位居第二,仅次于美国。2012年中国对外直接投资创下840亿美元历史纪录,中国成为世界第三大对外投资国,仅次于美国和日本,被列为最有前途的外国直接投资来源地。参见联合国贸易与发展会议《2013年世界投资报告》,at <http://doc.mbalib.com/view/8dcbcf20a38fcc6d10ea8ff7ee06e2.html> 2014年3月10日。

此,已有的制度设计难免存在某些不足,学界的完善建议也难免有失偏颇。审查标准是外资并购国家安全审查制度最核心的内容,从某种程度上讲,直接关系到制度的成败。为此,本文尝试在中国身份发生混同的背景下,从“引进来战略”和“走出去战略”的双重角度,考察我国的外资并购国家安全审查标准,拟从审查标准的基本范畴入手,剖析我国已有规定的不足,分析身份混同对审查标准设计的新要求,比较国外同样具有双重身份的主要发达国家的规定,提出完善我国审查标准的建议。

## 一、外资并购国家安全审查标准的核心范畴

外资并购中国国家安全审查标准的核心内容包括国家安全的界定,外国投资者取得被并购企业实际控制权的判断标准,对“重要”、“重大”、“关键”、“敏感”等术语的解释及相应战略行业的确定,对具有外国政府背景的企业并购的关注等。此外,可能还包括诸如“净利益”、“国家利益”等范畴。

### (一) 国家安全的界定

国家安全的内涵与外延是审查标准最基本的内容,也是各国在进行国家安全审查立法时最关注的问题。尽管1947年国家的概念已开始在各政府机构的名称或者法律文件中普遍出现<sup>⑦</sup>,但时至今日,理论界对于“国家安全”的定义仍然没有统一的认识,很多学者从不同层面、不同角度对“国家安全”给出过不同的解释,如“国际关系状态说”<sup>⑧</sup>、“法律层面说”<sup>⑨</sup>、“国家利益说”<sup>⑩</sup>等。但国家安全概念定义的困难并没有影响对其范围的界定,国家安全的内涵和外延已随着时代的变化发展而不断地丰富和发展。现今,“国家安全”的范围已从传统的国家安全演变为现代的综合安全。传统的国家安全主要指军事、政

<sup>⑦</sup> 赵明义著《当代国家安全法制探讨》,台湾黎明文化出版社2005年版,第2页。

<sup>⑧</sup> 王逸舟主编《全球化时代的国家安全》,上海人民出版社1999年版,第9页。

<sup>⑨</sup> 梁忠前《“国家安全”概念法理分析》,载于《江苏社会科学》1995年第4期,第77~82页。

<sup>⑩</sup> 马维野《国家安全·国家利益·新国家安全观》,载于《当代世界与社会主义》2001年第6期,第14~18页。



治以及社会的安全;现代的综合安全除包含传统的国家安全外,还包含经济全球化赋予国家安全的新内涵,即经济安全、金融安全、产业安全、生态与环境安全、石油安全、信息技术安全、社会安全、文化安全等。<sup>①</sup>

在外资并购国家安全审查制度中,有些国家并没有明确使用“国家安全”一词,而是使用了其他一些类似的概念,如澳大利亚的“国家利益”范畴、加拿大的“净利益”标准<sup>②</sup>、德国的公共安全概念。学理研究表明,“国家利益”包含了“国家安全”的因素<sup>③</sup>，“净利益”标准相当于东道国的“重大利益”，“重大利益”当然也包含“国家安全”的因素。广义上的公共安全包含了国家安全。<sup>④</sup>因此,澳大利亚对“国家利益”的测评、加拿大对“净利益”的考虑、德国对公共安全的考量都包含了对“国家安全”的界定。

## (二) 外国投资者取得被并购企业实际控制权的判断标准

一国启动外资并购国家安全审查,往往基于外国投资者可能取得被并购企业的实际控制权,实际控制权取得的判断标准直接决定国家安全审查范围的大小,而审查范围的大小直接影响国家安全的维护。因此,如何判断取得“实际控制权”也就成为审查标准的核心内容。就目前各国的立法实践看,主要有以下四种标准:一是股权控制标准,即要求外国投资者对被并购的企业所持有的股权达到绝对控股或相对控股,或表决权足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响。二是实际控制标准,即不管外国投资者是否对被并购企业达到控股,只要境内企业的经营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者,即视为取得实际控制权。三是兼采股权控制标准和实际控制标准。四是混合标准。就是在股权控制标准和实际控制标准的基础上增

<sup>①</sup> 参见王小琼著《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》,长江出版集团、湖北人民出版社2010年版,第5页。

<sup>②</sup> “净利益”即净利润,指在利润总额中按规定交纳了所得税以后公司的利润留存,一般也称为税后利润或净收入。在加拿大投资法中可以理解为东道国单方面所获得的纯收益的最大化,也即“重大利益”。参见祁子芯《外资并购国家安全审查制度研究》,华南理工大学2012年硕士学位论文,第16页。

<sup>③</sup> 阎学通著《中国国家利益分析》,天津人民出版社1997年版,第10~11页;张丽华:《经济全球化背景下国家利益分析》,载于《政治学研究》2009年第3期,第98~104页。

<sup>④</sup> 参见吕建军《哲学视域下我国社会转型期公共安全研究》,云南大学2010年硕士学位论文,第8页。

加货币数额标准,即不仅要求取得实际控制权,而且要求并购在一定规模以上才启动国家安全审查;如果并购没有达到一定规模,即使取得实际控制权,也不在国家安全审查的范围之列。

### (三) “重要”、“重大”、“关键”、“敏感”等术语的解释和相应战略行业的确定

外资并购中的国家安全审查并不是针对所有的并购交易,只有当外国投资者并购境内关系国家安全的重要、重大、关键、敏感企业时才会启动安全审查。因此,如何界定重要、重大、关键、敏感等术语,并在此基础上确定相应的国家战略行业,也是审查标准的重要内容之一。各国通常根据本国的综合国力和不同时期国家安全的重点进行解释或列举,通常有以下几种模式:一是既有对关键术语的解释,又列举了相应的战略行业;二是没有对关键术语的解释,只列举了相应的战略行业;三是既无对关键术语的解释,也没有列举相应的战略行业。在对战略行业的列举中,又有以下两种模式:一是静态穷尽式列举,即在相关立法中列举相应的国家战略行业,并且未设兜底条款,如果将来出现新的威胁到国家安全的行业,要启动安全审查时,只有重新修订立法,否则将无法可依;二是动态非穷尽式列举,即列举了相应的战略行业,但同时规定可根据国家的外资政策适时调整,或者设有兜底条款,为将来新出现的行业留下启动安全审查的空间。

### (四) 对具有外国政府背景的企业并购的关注

具有外国政府背景的企业的并购,因其背景特殊,可能对东道国的国家安全造成更大的威胁,东道国对此可能更敏感,因此,往往需要对其并购行为进行特殊规定。审查制度较健全的西方发达国家往往对具有外国政府背景的企业的并购都比较关注,但关注的方式往往因国而异,归纳起来大致上有以下几种:一是因具有外国政府背景的企业并购而直接修订法律,并制定专门针对该种并购的考量因素;二是笼统地将并购交易是否为外国政府所控制作为国家安全审查时应考量的因素之一;三是只在相关立法中简略提及,并没有制定相应的考量标准。



## 二、我国的外资并购国家安全审查标准:现状与问题

### (一) 立法现状

自2003年始,我国相继制定并实施了关于国家安全审查的一些政策、部门规章、行政规章、法律,逐渐使我国的外资并购国家安全审查制度有法可依,其中现行有效的、与国家安全审查有关的规范性文件主要有:

#### 1. 《关于外国投资者并购境内企业的规定》

2006年,商务部等六部委联合颁布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》),首次提出了“国家经济安全”的概念并规定了相应的申报制度。根据《并购规定》第12条的规定,外资并购我国重点行业影响国家经济安全或者外资并购导致拥有驰名商标或中华老字号的企业控制权转移的,当事人应当向商务部申报,未申报的,并购对国家安全造成影响的或者可能造成影响的,商务部会同有关部门可以要求当事人终止交易或采取其他措施消除威胁国家安全的影响。2009年该《并购规定》进行了修订,但修订未涉及国家安全审查的内容。

#### 2. 《反垄断法》

2007年我国颁布了《反垄断法》,其中第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《反垄断法》规定进行经营者集中审查外,还应该按照国家有关规定进行国家安全审查。这是我国第一次在立法上正式提出“国家安全审查”的概念。

#### 3. 2011年国务院的《通知》和商务部的《规定》

国务院《通知》正式确立了我国的外资并购国家安全审查制度,包括审查机构、审查标准、审查对象、审查程序等。商务部的《规定》是国务院《通知》的实施细则。国务院《通知》对审查标准在四大核心内容方面作了规定。

#### 4. 2011年修订的《外商投资产业指导目录》

2011年修订的《外商投资产业指导目录》是确定我国国家安全审查范围的主要依据,其将外商投资的产业划分为鼓励类、限制类、禁止

类。其中在关乎国防的因素上,禁止外资进入武器弹药制造和危害军事设施安全和使用效能的项目;在政治文化上,禁止外资进入军事、警察、政治和党校等特殊领域教育机构。在其他领域,对重要、重大、关键等战略行业的确定具有指导作用。

## (二) 存在的问题

### 1. 价值取向单一

国务院的《通知》和商务部的《规定》是在外资频繁“斩首式”并购我国大型国有企业、威胁到我国的国家安全的情况下,在理论界和实务界的千呼万唤下出台的。因此其目的非常明确,“为引导外国投资者并购境内企业有序发展,维护国家安全。”<sup>⑮</sup>毋庸置疑,在任何情况下,外资并购国家安全审查制度的根本目的都是维护国家安全,但这种设计只是站在资本输入大国的立场,基本没有考虑我国作为资本输出大国的身份。因此,将制度的功能仅仅定位于维护国家安全是不够的,还必须同时考虑到我国既作为资本输入大国、又作为资本输出大国的双重身份;考虑到在维护国家安全的同时,如何维护开放的投资政策、保持公平自由的市场经济环境、不至于引起他国的报复、制度不沦为外交保护的工具有。

### 2. 法律效力层级低

上述规范性文件除《反垄断法》属于法律,位阶较高外,其他仅有以“通知”、“规定”等名词出现的部门规章或行政规章,政策性强,立法层次比较低,一旦与其他法律相冲突,便不能适用,具有不稳定性。而《反垄断法》中只有一个条文,缺乏可操作性,不能依照其处理外资并购案件。法律效力层级低,作为资本输入大国,不能对外资并购方产生必要的权威;作为资本输出大国,也不能对我国对外投资所在东道国产生一定的震慑力。因此,既不能满足我国作为资本输入大国的要求,也不能满足我国作为资本输出大国的要求。

### 3. 审查标准本身不完善

#### (1) 国家安全的界定不够明确,缺乏前瞻性

前述相关的规范性文件,都有一个共同的特点,即都没有对国家安

<sup>⑮</sup> 国务院《通知》之前言。



全下一个明确的定义,只能通过审查的内容和审查的范围进行解释。国务院的《通知》给出了审查的范围,从《通知》的规定看,尽管《通知》未给国家安全下明确的定义,符合国际上通行的做法,国家安全既包括传统的国家安全,也包括现代的综合安全,但仍然存在以下不足:第一,国家安全的范围比较窄,国务院《通知》只列举了国防安全、经济安全、社会安全、技术安全等;第二,缺乏一定的前瞻性,对未来可能影响国家安全的一些重要因素未予考虑,如文化安全、信息安全等;第三,从国务院《通知》看,国家安全的范围似乎是穷尽的,如果未来出现新的威胁国家安全的因素,需要进行审查时,将无法可依。国家安全界定方面的这些不足,可能产生以下不利后果:一方面,当外资并购威胁到没有列举出来的国家安全的内容,或者将来出现新的威胁国家安全的因素时,我国要对外资并购进行安全审查将无法可依,从而不能有效地维护国家安全;另一方面,当我国的海外并购所在东道国就某些新兴的考虑因素对我国企业进行安全审查,我国想要实施“对等”审查时,也会无法可依,从而不能有效地保护我国的海外投资。

#### (2) 取得实际控制权的判断标准相对单一,缺乏灵活性

国务院《通知》规定了外国投资者取得实际控制权的四种情形<sup>⑩</sup>,四种情形中,第一、第二两种情形采用的是股权控制标准,第三、第四两种情形采用的是实际控制标准。两种标准简单明了,但也存在以下不足:第一,股权控制标准没有区分不同行业,一律采取50%的比例,不符合不同行业的发展特点;第二,未考虑并购的规模,缺乏货币数额标准,可能使一些针对中小企业的并购也被纳入到安全审查的范围,从而加大行政成本,降低工作效率。

#### (3) 缺乏对“重要”、“重大”、“关键”等术语的界定,战略行业不明确

《通知》规定,只有外资并购国内某些重要、重大、关键行业时才可能启动安全审查。但无论是国务院《通知》还是商务部《规定》,都未对这些重要术语进行必要的解释或描述,致使审查的范围广且随意性大,可能使外国政府质疑我国的法律制度,使外国投资者对我国的法律制度产生疑虑和不信任,从而直接影响外商投资。另外,国务院《通知》

<sup>⑩</sup> 国务院《通知》第1条第3款。



和商务部《规定》未就适用的战略行业和产业目录作出明确规定,一些规定之间甚至相互矛盾冲突。如依据2011年修订的《外商投资产业指导目录》,某些产业如“天然气”的风险勘探、开发属于“鼓励类”的产业,看来似乎不用对其进行审查,但《外国投资者并购境内企业安全审查行业表》又将其划为需要审查的范围。在实践中,这对想主动申报的投资者来说无疑具有很大的难度,结果必然引起很多问题,影响其主动申报的积极性,也不利于国家安全的维护。

#### (4) 缺乏对具有外国政府背景的企业并购的特殊规定

目前,对具有外国政府背景的企业的并购只在商务部的《规定》中有提及。商务部《规定》第5条第3项规定,在向商务部提出并购安全审查正式申请时,申请人应提交下列文件:外国投资者及关联企业(包括其实际控制人、一致行动人)的情况说明以及与相关国家政府的关系说明。上述规定表明我国外资并购安全审查对“被外国政府控制或代表外国政府利益的实体”有所关注,但相较于美国、加拿大、澳大利亚的重大关注和特别规定,我国的规定过于简略。

审查标准不完善,作为资本输入大国,当外资并购威胁到国家安全,需要提起国家安全审查时,会无健全法律可依,既不能有效地维护国家安全,也可能使外资并购方对国家的投资环境、法制环境产生疑虑,影响外资的引进。作为资本输出大国,可能会使我国的对外投资者所在东道国轻视我国的立法,为我国的海外并购设置审查壁垒;也可能当我国想“以其人之道还治其人之身”时,无标准可循,从而直接影响我国的海外投资。

### 三、身份混同对外资并购中的国家安全审查标准设计的新要求

前已述及,在全球化背景下,我国在国际投资领域的身份已经发生混同。因此,我国外资并购国家安全审查制度的设计必须考虑这一背景,作为制度核心内容之一的审查标准的设计也必须考虑这一背景。身份混同对我国外资并购国家安全审查标准的设计提出了以下新要求:



### (一) 审查标准的价值取向应当多元化

外资并购国家安全审查的最根本目的是维护国家安全,但当身份发生混同的情况下,就必须同时考虑我国既作为资本输入大国,也作为资本输出大国的双重身份;考虑引进来的外国投资者既可能并购中国的企业,威胁到我国的国家安全,走出去的中国投资者也可能并购外国的企业,对投资的东道国的国家安全造成威胁。在这样一种大背景下,我国的外资并购国家安全审查标准的价值取向就不能是单一的,而应当在坚持维护国家安全的根本目的的同时,将价值取向多元化,表现在:

(1) 审查标准既要维护国家安全,又要有利于“引进来战略”的实施。

开放的投资政策和公平、自由的市场竞争环境是“引进来战略”有效实施的前提。因此,审查标准在设计时要能维持两个平衡:第一,维护国家安全与保持开放的投资政策之间的平衡。从广义上讲,外资并购国家安全审查制度属于一国外资准入审查的范围,从“引进来”的角度看,如果过度适用,必将使国际社会对一国吸收和利用外资的政策产生疑虑,降低外国投资者对一国投资的积极性。2011年国务院《通知》发布后,有海外媒体称,外资在中国的并购行为今后可能常常会受到这个新机构的审查,并会以威胁国家安全的理由遭到拒绝。<sup>①⑦</sup> 外资在过去三十余年对我国的经济社会事业发展作出了重大贡献,今后,我国仍会积极实施“引进来战略”,保持开放的投资政策。党的十八大报告进一步明确提出“全面提高开放型经济水平,适应经济全球化新形势,必须实行更加积极主动的开放战略,完善互利共赢、多元平衡、安全高效的开放型经济体系。”<sup>①⑧</sup> 因此,维护国家安全与保持开放的投资政策之间的平衡至关重要。第二,维护国家安全与保护公平、自由的市场竞争之间的平衡。基于我国是以建设健全的市场经济制度为长远目标,因此外资并购主要应当按照市场并购主体双方的自由意志为主进行。

<sup>①⑦</sup> 王志乐《不要误读外资并购安全审查制度》,载于《IT时代周刊》2011年第5期,第66页。

<sup>①⑧</sup> 新华网《十八大报告(全文)》,at [http://www.xj.xinhuanet.com/2012-11/19/c\\_113722546.htm](http://www.xj.xinhuanet.com/2012-11/19/c_113722546.htm) 2013年12月25日。

如果政府对外资并购过度审查干预,则必将影响我国市场经济制度的建设,破坏市场规律,损害公平竞争,也会影响到我国的吸引和利用外资工作,影响我国“引进来战略”的实施。公平要求不能滥用国家安全审查的权力,如果政府对外资并购进行过多的人为干预,那么非但不能取得应有的法律效果,反而会损害国家形象,阻碍经济发展。

(2) 审查标准既要维护国家安全,又要有利于“走出去战略”的实施。

海外投资者能得到公平与公正待遇,不会遭受到报复性歧视,政府不将审查制度作为外交保护的工具有等是“走出去战略”成功实施的基础。基于此,审查标准在设计时也要做到在维护国家安全与保护海外投资者免受报复性歧视之间保持平衡。从“走出去”战略的角度来看,据国家统计局《2012年国民经济和社会发展统计公报》显示,全年非金融类对外直接投资额601亿美元,比上年增长1.8%。<sup>①</sup>且今后一段时期将继续保持总体增长趋势。基于此,如果我国动辄以国家安全审查制度为由干预市场化的外资并购,在世界许多国家均存有“外资并购安全审查制度”的背景下,我国在“走出去”战略下开展境外投资的过程中也将遭遇诸多“对等”的“安全审查”,从而影响我国企业通过跨国并购成功“走出去”。

## (二) 审查标准的立法层级应当提高

无论是作为资本输入大国,还是作为资本输出大国,审查标准都必须具备一定的权威。对内,对外资并购方可以产生一定的震慑力,让并购方明确,外资并购一旦威胁到国家安全,法律将是维护国家安全的有力武器;对外,对我国的海外投资所在东道国也是一种警示,如果东道国不动就将安全审查作为投资壁垒,我国也可以依法对等实施安全审查。为此,必须提高安全审查相关立法的层级,从而提高审查标准的立法层级。

## (三) 审查标准本身要保持中性、弹性和前瞻性

在前述审查标准的四大核心内容的设计上必须注重以下三性:首

<sup>①</sup> 国家统计局《2012年国民经济和社会发展统计公报》,at [http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201302/22/t20130222\\_24134296\\_2.shtml](http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201302/22/t20130222_24134296_2.shtml),2013年12月3日。



先,要保持中性。因为身份已经发生混同,审查标准就成了双刃剑,在设计时既不能过宽,也不能过严,而必须维持一个度,也就是要保持中性。这样,既能维护国家安全,又能保护海外投资。其次,要保持弹性。该模糊的时候模糊,该精准的地方精准,既要做到相对具体、明确,又不能搞一刀切,避免死板、僵化。保持弹性可以使外资并购方感受到法律的透明度和确定性,便于吸引外资。最后,要保持前瞻性。既有对过去经验的总结,也要考虑到国家经济、政治等方面的未来发展趋势,以保持立法的相对稳定性,避免“朝令夕改”。

#### 四、美国、加拿大、澳大利亚外资并购中的 国家安全审查标准:考察与启示

在发达国家,美国、加拿大、澳大利亚等的国家安全审查制度对上述审查标准的核心范畴都有详细规定,美国的外资并购国家安全审查立法主要包括1988年《埃克森—弗罗里奥修正案》(Exon-Florio Amendment)、2007年《外国投资与国家安全法》(the Foreign Investment and National Security Act of 2007, FINSA)及其2008年实施细则《关于外国法人收购、兼并和接管的条例》(以下简称2008年《条例》)。加拿大外资并购国家安全审查的相关立法主要是1985年《加拿大投资法》、2005年针对中国企业并购Noranda公司案出台的《加拿大投资法修正案》(以下简称C-59法案)、<sup>②</sup>2009年《投资安全审查条例》。C-59法案的出台标志着加拿大真正建立起外资并购国家安全审查制度,2009《投资安全审查条例》为确定具体审查的事项提供了依据。澳大利亚没有独立的国家安全审查立法,而是由外资政策、外资并购法及实施细则共同构成安全审查体系,1975年《外资收购与接管法》(以下简称1975年《并购法》)是外资并购的基本法律,1989年《外资兼并与接管规则》(以下简称1989年《并购规则》)是并购法的实施细则,《并购规则》会适时修订,以及时反映投资政策,成为落实国家投资政策的工具。下面主要依据美国、加拿大、澳大利亚的上述立法,对它们的审查

<sup>②</sup> 2004年中国五矿集团公司并购加拿大Noranda公司,引起了加拿大议会和公众的广泛关注,并购最终以失败告终。加方讨论的焦点集中在:是否应当在《加拿大投资法》中纳入国家安全和人权的考量因素。

标准进行深入考察。

### (一) 美、加、澳关于审查标准核心内容的规定

#### 1. 国家安全的内涵和外延

##### (1) 美国

无论是《埃克森—弗罗里奥修正案》还是 FINSA 和 2008 年《条例》,都未对国家安全下确切的定义,只列举了安全审查时应考量的因素。《埃克森—弗罗里奥修正案》给出了国家安全审查机构外国投资委员会(Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS)进行安全审查时考虑五个因素。<sup>①</sup> FINSA 首先对“国家安全”进行了一般性的描述,“国家安全”是指“与国土安全有关的问题,包括对关键基础设施的影响”<sup>②</sup>。其次,在《埃克森—弗罗里奥修正案》的基础上增加了六项安全审查时应考虑的因素。<sup>③</sup> 这些新增的考虑因素使审查外资并购交易是否存在危害国家安全的影响更加明确,更具可操作性。2008 年《条例》对“国家安全”的解释与 FINSA 一致。

综观美国的立法,其在国家安全的界定方面显现出以下特点:第一,美国未对国家安全进行确切的定义,最大限度地保证了审查机构的自由裁量权,从而在任何情况下都能及时有效地维护国家安全。第二,侧重国防安全。这与美国自第二次世界大战以后树立起的强大的政治地位和当时的国际政治形势密切相关,国防利益无疑是传统国际政治经济形势下美国最看重的国家安全的核心内容。第三,不断扩大国家安全的范围。随着国际政治局势和经济局势的变化,美国开始把国家经济安全也纳入国家安全的范围之内。

##### (2) 加拿大

加拿大法律既没有对国家安全下定义,也未列举国家安全的具体考量因素。工业部、文化遗产部和外交国际贸易部对涉及国家安全的交易进行审查时通常会参考“净利益”的六大评定标准进行判断。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> See Exon-Florio Amendment.

<sup>②</sup> See Foreign Investment and National Security Act of 2007, SEC. 2. (a) (5).

<sup>③</sup> 韩龙、沈革新《美国外资并购国家安全审查制度的新发展》,载于《时代法学》2010 年第 5 期,第 97 页。

<sup>④</sup> 安建主编《中华人民共和国反垄断法释义》,法律出版社 2007 年版,第 210 页。



1985年《加拿大投资法》第20、21条列举了“净利益”的六大具体考量因素。<sup>⑤</sup>2005年的C-59法案新增第25条第1款,要求对外资并购中涉及国家安全的交易也要进行审查,但却没有对国家安全作具体的规定。2009年《投资安全审查条例》同样未对国家安全进行界定。

综观加拿大的立法,其在国家安全的界定方面具有以下特点:第一,未对“国家安全”作出明确的界定,而是参考“净利益”的考量因素。“净利益”应考量的因素的列举似乎是穷尽的,未设兜底条款。第二,侧重的不是国防安全,而是国家经济安全。

### (3) 澳大利亚

在澳大利亚国家安全审查制度中,1975年《并购法》和1989年《并购规则》中并未真正出现“国家安全”的表述,而代之以“国家利益”作为判断的标准。1975年《并购法》中没有明确界定国家利益以及何种情况构成对国家利益的侵犯,但明确了“国家利益”测评应考察的因素。澳大利亚对“国家利益”的考察不仅依据外资并购法的规定进行,而且及时融入最新外资政策的要求,使得“国家利益”如同“国家安全”概念一样,成为一个动态而灵活的范畴。1975年《并购法》规定,财政部长对一项并购申请进行“国家利益”的裁量主要考虑三个方面:第一,是否符合当前全部政府的政策和法律,特别是涉及国家利益的敏感领域;第二,是否符合国家安全战略利益;第三,是否有利于国家经济和社会的发展。<sup>⑥</sup>因上述考量因素比较抽象,缺乏明确性和可操作性,2011年澳大利亚政府颁布的外资政策进一步明确了“国家利益”测评的几大因素,包括国家安全、竞争、澳大利亚政府的其他政策、对经济及社会的影响、外国投资者的性质等。<sup>⑦</sup>

综合澳大利亚的相关立法,其在国家安全的界定方面的显著特点是:以“国家利益”代替“国家安全”,并规定了“国家利益”的测评因素,测评因素既包括传统的国防安全,也包括新型的国家经济安全等。

<sup>⑤</sup> 《加拿大投资法》第20、21条。

<sup>⑥</sup> 曾智慧《澳大利亚外资并购安全审查制度概述》,载于《商品与质量》2011年1月刊,第69页。

<sup>⑦</sup> See Australia's Foreign Investment Policy, January 2011, p6, at <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>, Nov. 25 2013.

## 2. 外国投资者取得被并购企业实际控制权的判断标准

### (1) 美国

在《埃克森—弗罗里奥修正案》、FINSA 和 2008 年《条例》中都有关于“控制”的规定。根据 FINSA 的规定,并购只有在外国实体对美国企业能够实施控制时,才对其进行国家安全方面的审查。2008 年《条例》通过列举的方式具体解释了“控制”的几种方式,包括:通过拥有一个企业的多数股份或占支配地位的少数股份、在董事会中占有席位、代理投票、特殊股份、合同安排、正式或非正式的协同行动安排或其他方式而决定公司的重要事项的权力,无论该权力为直接或间接行使,或是否被行使。<sup>②③</sup> 重要事项包括公司对财产的处理、对日常运营的筹划、公司自身存续和对公司合同的处置等,同时还包含和以上各种活动有关的公司章程的修订。<sup>②④</sup> 在实践中,CFIUS 在分析判定一项并购交易是否受到外资控制的时候,关注的焦点也是该外资并购方是否具有决定美国企业重要事项的影响力或主导力,而不仅仅以外方的持股比例来判断。<sup>③⑤</sup>

综上所述,在取得实际控制权的判断标准方面,美国兼采股权控制标准和实际控制标准。

### (2) 加拿大

《加拿大投资法》第 28 条规定,控制标准是指外国实体取得加拿大实体的多数表决权或者控制该实体三分之一以上的表决股份。如果没有达到这个股份控制标准,C-59 法案规定,部长可在考虑实体提交或代其提交的信息和证据之后,认定该实体实际上是否取得控制权。<sup>③⑥</sup> 对于不属于公司制的实体(如合伙、企业联营或信托)来说,由于其实际上不是由表决权控制,收购多数所有者权益就被认为获得了控制权。在涉及文化产业的案件中,工业部或者文化遗产部可以考察事实控制的证据,并据以确认是否取得了控制权。因此,在关于控制权的最终认

<sup>②③</sup> See 31 C. F. R. § 800.204(a), (2008).

<sup>②④</sup> See Proposed Rules Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, 31 C. F. R., *Federal Register*, Vol. 73, No. 79, April 23, 2008, pp. 21863 - 21864, p. 21869, p. 21878, p. 21879, p. 21880.

<sup>③⑤</sup> C. M. Weimer, Foreign Direct Investment and National Security Post—FINSA 2007, *Texas Law Review*, February 2009, p. 675.

<sup>③⑥</sup> 《加拿大投资法》第 28 条第 4 款。



定上,部长有最终的决定权。<sup>②</sup>

以上规定表明,在取得实际控制权的判断标准上,加拿大主要采取的是股权控制标准,辅之以部长的最终决定权。

### (3) 澳大利亚

1975年《并购法》规定,如果外国投资者申请直接收购总资产超过50亿澳元的澳公司15%或数个外国投资者或投资合伙人合计拥有40%或更多的股权,必须强制申报接受审查,财政部只有认定投资者违背本国利益时才能否定一项申请或终止收购。外资政策要求,对接管方的海外公司及其在澳子公司的资产在50亿澳元或者更多的收购行为,需要获得外国投资的官方证明书。价值在50亿澳元以上60亿澳元以下的收购通常都会得到批准,不用详细核查,只有申请投资敏感区域或是涉及国家特殊利益的项目才会受到详细审查。

此外,澳大利亚还规定了两大特殊领域的判断标准,一是外国政府的直接投资,二是媒体领域的外国投资。对外国政府的直接投资采取了更低的股权比例标准,即10%。在媒体领域<sup>③</sup>,若外国投资者拟投资超过5%则需要申报,然后接受审查。

澳大利亚对实际控制权不仅规定了股权比例限额,同时还规定了货币价值限额,货币价值限额还根据通货膨胀率、GDP情况不断折算调整<sup>④</sup>,这就使得小规模并购股权比例虽然达到15%,但数额不大的并购就不用接受审查。

综上所述,在取得实际控制权的判断标准方面,澳大利亚的规定具有两大重要特点:一是对股权控制标准没有一刀切,而是根据不同行业及其重要性,规定不同的股权比例。二是在股权控制标准和实际控制标准的基础上,辅之以货币限额标准,从而将对小规模企业的并购排除在国家安全审查的范围之外。

<sup>②</sup> 江山《加拿大“投资—国家安全”审查中的关键资源——基于〈加拿大投资法〉的分析》,载于《国际经济合作》2013年第1期,第78页。

<sup>③</sup> 主要指日报、电视和广播以及具有播放功能或采用该等媒体方式的网站。

<sup>④</sup> 张庆麟、刘艳《澳大利亚外资并购国家安全审查制度的新发展》,载于《法学评论》2012年第4期,第62~69页。



### 3. 关键术语的解释及相应战略行业的确定

#### (1) 美国

FINSA 在定义部分对“关键基础设施”进行了严格定义。“关键基础设施”是指系统和资产,不管它是实际存在的还是虚拟的,如它们不能运转或遭致毁损将会危害美国的国家安全。<sup>⑤</sup>由此确定了 11 个关键基础设施部门和 5 类核心资产。11 个关键基础设施部门是:农业与食品、水资源、公共卫生、应急服务、国防工业、电信、能源、邮电与运输、银行金融、化工和信息技术。5 类核心资产是:国家纪念馆和圣像、核能工厂、堤坝、政府设施和核心商业资产。<sup>⑥</sup>

综上所述,美国不仅对立法中出现的关键术语如“关键基础设施”进行了严格定义,而且列举了相应的战略产业。

#### (2) 加拿大

在加拿大的相关立法中,未出现“重大”、“关键”、“重要”企业等术语,代之的是“敏感”行业。并对敏感行业的外国投资设定了额外的限制,规定了外商持股的最高比例,最低的为 10%,如保险业,最高的为 49%,如铀矿业。加拿大立法规定了四大敏感行业,分别是:①金融(银行业、证券业、保险业、信托业等);②能源(石油以及天然气、电力、核能等);③交通;④文化与通信(广播、出版、电讯等)。<sup>⑦</sup>

#### (3) 澳大利亚

澳大利亚法律规定,只有申请投资敏感区域或涉及国家特殊利益的收购项目才会受到详细审查,并列出了九大敏感领域,分别是:能源领域、不动产领域、银行领域、民用航空领域、飞机场领域、航运领域、媒体领域、电信领域、矿产领域。对上述九大敏感领域进行了较为具体的规定,针对不同的领域给出了须接受审查的标准,具有较高的透明度,也使外国投资者具有较强的可预见性。

<sup>⑤</sup> See Foreign Investment and National Security Act of 2007, SEC. 2. (a) (6).

<sup>⑥</sup> J. Bush: The Physical Protection of Critical Infrastructures and Key Assets, February, 2003.

<sup>⑦</sup> 中华人民共和国驻加拿大大使馆经济商务参赞处《加拿大对外国投资合作的法规和政策》,at <http://ca.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/201112/20111207856301.shtml>, 2014 年 1 月 7 日。



#### 4. 对具有外国政府背景的企业并购的关注

##### (1) 美国

FINSA 明确将“并购交易是否为外国政府所控制”作为国家安全审查时应考量的因素,同时特别强调在对外国政府控制的并购交易进行审查时,要着重考察交易方政府与防止核扩散管制国家的联系以及与美国在反恐方面的合作、有关军事技术转移的潜在可能。由此可见,美国作为一个超级大国,并没有放松警惕,相反对具有外国政府背景的企业并购特别予以关注,特别是当与反恐和社会主义国家有关联时。

##### (2) 加拿大

加拿大立法对具有外国政府背景的企业的并购格外关注。C-59 法案出台的直接动因就是中国五矿集团公司并购加拿大 Noranda 公司。2007 年加拿大颁布的一项投资指南中,专门针对具有外国政府背景的企业的并购制定了应考量的两大因素:第一,应重点对该国有企业的财务报告、商业发展等进行综合考虑,此外还将考虑该国有企业所属国政府对其控制的程度和方式。第二,在非加拿大国有企业并购加国企业之后,要重点考虑被并购的加国企业是否能够适当保有生产能力、创新能力、管理能力、开展商业运作等多方面的可持续发展要素,以及维持全球竞争地位等方面所应具备的能力和竞争力等。<sup>③</sup> 这些规定表明,加拿大对具有外国政府背景的企业并购予以关注,特别是对中国等社会主义国家的企业并购非常关注。

##### (3) 澳大利亚

澳大利亚将投资者是否与相关政府实体有关作为“国家利益”测评的因素之一。同时,将具有外国政府背景的企业作为特殊领域,给出了专门的审查标准,规定投资者如果是政府及其相关实体的,通常需取得被并购企业 10% 的股权,才需进行申报;但低于 10% 的投资,如对投资目标产生实质性的影响或者产生实际的控制仍需进行申报,并列举了低于 10% 但需进行申报的情形。总之,对具有外国政府背景的企业并购,无论投资金额多少,外国投资审查委员会都将对其进行审查,而且审查标准非常严格。

---

<sup>③</sup> 同上。

## （二）美、加、澳的规定对我国的启示

### 1. 必须有效力层级较高的立法

是否有效力层级较高的立法,对制度的权威性会产生相当大的影响。美、加、澳三国的相关立法层级都较高。在立法模式上,澳大利亚的做法值得我国借鉴。澳大利亚的国家安全审查立法由外资政策、外资并购法及实施细则共同构成。外资并购中国国家安全审查的范围跟外资政策密切相关。在国家安全审查立法中往往不可能完整地列举可能威胁国家安全的战略产业,外资政策往往可以进行补充,二者形成一种良性互补。今后,一方面我国要进行专门立法,提高法律的效力层级;另一方面可借鉴澳大利亚的做法,将立法与外资政策密切结合,二者互为补充。

### 2. 不需对国家安全下确切的定义,只需列举弹性的考量因素

美、加、澳三国都未对国家安全作出确切的定义,而只给出了考量的因素。考量的因素虽然多寡不一,范围大小不同,但都是在充分考虑本国的历史和现状的基础上进行的列举。考量的因素不在于数量多寡,而在于是否具有弹性。这一点值得我国思考。

### 3. 取得实际控制权的判断标准不能单一,应当灵活

美、加、澳三国都以股权控制标准为基础,兼采其他标准。特别是澳大利亚,将是否接受国家安全审查与并购规模相结合,这样使一些小规模的并购可以不接受安全审查,既提高了效率,也节省了资源。另外,澳大利亚还区分不同的行业,规定不同的股权比例标准,而没有一刀切,这种做法也值得我国借鉴。

### 4. 应对关键术语进行解释,并根据外资政策列举相应的战略产业

美、加、澳都对立法中涉及的一些关键术语进行了解释,并列举了相应的战略行业。尽管战略行业的范围各国不一,但都是根据本国的国情来确定的,而且这种确定并不是一成不变的,如澳大利亚通常会根据外资政策适时进行调整。这一点也特别值得我国借鉴。

### 5. 应对具有外国政府背景的企业制定单独的审查标准

美、加、澳都对具有政府背景的企业的并购作了规定。美国于1993年的《伯德修正案》中增加将“具有外国政府背景的企业”作为国家安全审查的考量因素之一,目的就是为了防止具有外国政府背景的



企业并购美国基础企业或敏感企业,影响美国安全,同时也是为了应对中国等国以国家为背景的企业对美国企业的并购。加拿大出台 C-59 法案的直接动因也是针对中国五矿集团公司并购加拿大 Noranda 公司。美、加、澳等国作为发达国家,都对具有外国政府背景的企业并购予以关注,这也值得我们深思。

## 五、身份混同背景下完善我国外资并购 国家安全审查标准的建议

身份混同要求审查标准的设计既能维护国家安全,也能吸引外资,还能保护海外投资;既具有相当的透明度和明确性,也要保持一定的弹性;既不能过宽,也不能过窄。基于此,借鉴国外的成熟经验,我国的外资并购国家安全审查标准应从以下方面进行完善:

### (一) 明确并适当扩大国家安全的考量因素,增加兜底条款

目前,我国的相关规定对国家安全没有进行具体、明确的概念解释,这一点符合国际立法经验。但在国家安全的考量因素方面,还应进一步完善。从美、加、澳关于国家安全的界定及其考量因素看,它们都对国家安全的考量因素进行了列举,而且涉及的国家安全的范围都比较广,既包括传统的国防安全,也包括现代的综合安全。因此,我们应借鉴西方发达国家的经验,完善我国的相关规定。针对前述我国在“国家安全”的界定方面存在的问题,应从以下方面进行完善:(1) 借鉴美国等国对“国家安全”的界定方法,同时结合中国的实际情况,采取概括加列举相结合的立法方法,规定我国外资并购国家安全审查的对象为一切危害或可能危害我国国家安全的外资并购交易,同时有所侧重。就目前我国所处的国际国内大环境而言,我国重点要考量的因素必须包括国防安全、国家经济安全,在此基础上再囊括其他方面。(2) 拓宽对“国家安全”的考量因素,将未来可能威胁国家安全的一些重要因素包括进去,同时重视特殊行业的考量因素,如文化产业和金融产业。关于文化产业方面,在进行安全审查时,不仅要考虑外资并购所涉及的文化领域对我国国内相关文化产业的建立和发展的不利影响,也要考虑外资并购涉及的文化产品、文化理念是否会与我国传统文化、

民族精神相悖,还要考虑外资并购对我国民族传统工艺发展壮大的影响。关于金融产业方面,金融是一国的经济命脉,金融安全是一个国家最突出、最现实的安全问题。以往的教训表明,金融危机的爆发可能直接威胁到一国的国家安全。因此,当外资对银行、保险、证券这些金融行业进行并购时,也应该进行国家安全审查。(3) 增加兜底条款,以利于将来可能出现新的威胁国家安全的因素时能够进行安全审查,最大限度地维护我国的国家安全,同时也为审查机构留下一定的自由裁量空间。

### (二) 对实际控制权的取得兼采股权控制标准和实际控制标准,增加货币数额标准

针对前述我国立法在实际控制权方面存在的不足,我国应从以下方面进行完善:(1) 不能过分依赖股权控制标准,应将股权控制标准和实际控制标准并重。在当今社会,特别是在股权分散的现代企业,股权的绝对控制甚至相对控制都日趋不明显,因此以实际控制和影响力标准判断一项并购交易是否属于安全审查范围之列更受到关注和重视。(2) 股权控制标准不能一刀切,应当针对不同的行业有所区分,前述澳大利亚的做法值得我国借鉴。(3) 增加货币数额标准,规定即使并购交易达到了股权控制标准,或者已经取得实际控制权,但也必须达到一定的规模才启动安全审查,以排除对一些中小型企业的并购的安全审查,节省资源。

### (三) 对“重要”、“重大”、“关键”、“敏感”等术语进行解释,明确具体的战略产业

对相关术语进行必要的解释,列举相应的战略产业已成为我国外资并购安全审查中首先要解决的问题。我国在对“重要”、“重大”、“关键”、“敏感”进行界定时,重要的是应当根据国家当前的经济状况和发展趋势,及时颁布国家战略产业,为外商投资预先划定“雷区”。这样既能为外商投资指明方向,同时又使安全审查具有很强的可操作性,避免人为地将安全审查当作投资保护的工具体。就我国目前的国情而言,对于涉及国家经济命脉的产业应该集中在基础性和支柱性的战略产业上,例如军工国防、石油化工、电信电力、交通运输、科技等关键领域。在这方面,我们可以借鉴澳大利亚的做法,将关于国家安全审查的专门



立法与外资政策联系起来,在立法中进行较为概括的列举,而在外资政策中进行具体的列举,并对二者进行协调、统一。此外,因为外资政策是根据我国的发展适时调整的,因此也应为相应的战略产业预留调整的空间。

#### (四) 制定专门适用于外资并购的产业指导目录

表面上看来,外资并购国家安全审查制度的内容应该不包括制定专门的外资并购产业指导目录,但实际上外资并购产业指导目录对外资准入的作用却非常重大,因为它不仅承担着预防外资负面影响的首要任务,还可以与国家安全审查制度相辅相成,共同维护国家安全。可是我国还没有出台具体的指导目录,只有一个简单的、仅包含一般情况的外商投资产业指导目录。与普通的外商投资相比,外资并购对国家安全的影响更大,也应该有更为严格和细致的规定。因此,制定专门的适用于外资并购的产业指导目录是必需的,不仅能够充分发挥其本身在维护国家安全方面的作用,同时对国家安全审查制度功能的实现也会起到很大的协助作用。但在制定外资并购产业指导目录时还应考虑投资协定中的“准入前国民待遇”<sup>③⑨</sup>和“负面清单”<sup>④⑩</sup>问题。“准入前国民待遇和负面清单的外资管理模式已逐渐成为国际投资规则发展的新趋势,世界上至少有77个国家采用了此种模式”。<sup>④⑪</sup>2012年10月,备受瞩目的中美双边投资协定谈判恢复,2013年7月10~11日中美双方举行第五次战略与经济对话,中方同意以“准入前国民待遇”和“负面清单”为谈判基础。美国一直走在双边投资协定拟定的最前线,其高标准的BIT范本一直是它与其他国家双边投资协定谈判的基础。如果中美能够达成高标准的双边投资协定,这在客观上无疑对将来国际投资规则的形成会起到推动作用,同时中国现有的外资准入限制也将面临重大的调整。那么在制定外资并购产业指导目录时应否考虑“准入前国民待遇”和“负面清单”模式?笔者以为,目前,在我国,“准入前

<sup>③⑨</sup> 准入前国民待遇,指在企业设立、取得、扩大等阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。

<sup>④⑩</sup> 负面清单,也叫否定清单,指凡是针对外资的与国民待遇、最惠国待遇不符的管理措施,或业绩要求、高管要求等方面的管理措施均以清单方式列明。

<sup>④⑪</sup> 中国新闻网《中美战略与经济对话推动双边投资协定进实质性谈判》,at <http://www.chinanews.com/gn/2013/07-12/5035137.shtml> 2014年1月7日。

国民待遇”和“负面清单”的模式还只在上海自贸区“先行先试”,该种模式会对我国造成多大的不利影响还难以估计。因此,一方面,我们可以借鉴美国的做法,将外资并购国家安全审查与双边投资协定分开,使双边投资协定不能约束国家安全审查制度。对此,我国可以效仿美国,在双边投资协定中加进“自裁定”条款。<sup>⑫</sup>另一方面,“负面清单”模式在我国比较超前,在列举涉及国家安全的产业指导目录时更不能操之过急,建议先采取“正面清单”(也叫肯定清单)模式。当与美国的双边投资协定谈判成功后,“负面清单”模式比较成熟时,再与外资立法、外资政策和一般的外商投资产业指导目录一起调整、转换。

#### (五) 设定“被外国政府控制或代表外国政府的企业并购”的条款

制定专门针对具有外国政府背景的企业并购的特殊规定,在国际上已是大势所趋。我国作为一个实行公有制经济的发展中国家,在这方面应当更加重视和敏感。但在这方面我国还处于犹豫阶段。笔者以为,我国必须予以关注。但考虑到我国的双重身份,对具有外国政府背景的实体并购我国的战略行业,不能一概予以否决,否则,我国的国有企业,特别是像中海油、中石油、中远集团等大型国有企业,在境外并购极可能遭到外国政府的报复。但也不要过分敏感,具有外国政府背景的实体并购我国的战略行业,只要能够说明企业与外国政府的关系,并且并购行为完全是市场化运作的结果,对我国的国家安全没有威胁,我国同样可以予以批准。这样既能达到保护国家安全的目的,也能为我国国有企业在境外并购争取到一个相对公平的法律环境。

## 结 语

外资并购国家安全审查标准是外资并购国家安全审查制度的核心内容,关系到制度的成败,制度较为完善的国家都将其作为重点予以详细规定。我国作为新兴的发展中国家,健全的法律不仅是维护国家安

<sup>⑫</sup> 美国2012年BIT范本中涉及国家安全的第18条是一个“自裁定”条款:缔约方有权采取其认为必要的措施来维护和平与安全利益,什么样的措施是必要的则由采取措施的一方自己决定。参见崔凡:《美国2012年双边投资协定范本与中美双边投资协定谈判》,载于《国际贸易问题》2013年第2期,第123~131页。



全的保障,也是有效实施“引进来战略”和“走出去战略”的保证。因此,根据本国国情和已有实践,考虑到身份混同的特殊背景,借鉴国外成熟经验,完善我国相关立法,已成当务之急。审查标准本身具有较大的弹性,如何在立法中把握这一弹性,是完善审查标准的关键。

(编辑:郑旸)

## Improving the Standards of China's National Security Review of Foreign M&A under the Background of Identity Confusion

Meng Guobi

**【Abstract】** The identity of our country is confused in the field of international investment. We must take into account the dual identities when designing the standards of national security review for the standards are the core contents of this system. There are many problems in the present standards of our national security review for we did not really take into account our dual identities. The standards of review of developed countries with dual identities are worthy of reference in four core contents. Therefore, on the basis of fully considering our dual identities, we should improve the core contents of the standards of review by learning from the experience and lessons of western countries.