

外资并购的国家安全审查：概念、国际经验和政策建议

林 平 香港岭南大学经济系、山东大学经济学院

李嫣怡 山东大学经济学院

2008 年 12 月

摘要

本文回顾国内近期对外资并购的国家安全审查的讨论，概述美、英、法、俄、印、等国的相关审查制度，提出国防安全、经济安全和产业安全之间的集合图示关系。外资并购的国家安全审查包括国防安全审查和关键产业安全审查的并集，但并不包括产业安全的全部。国家安全审查的标准是安全，而不是竞争力本身，也不是竞争。把经济安全（即关键产业安全）的边界划得过宽，会使得国家安全审查制度变为产业政策的一种工具。反垄断、国家安全审查和产业政策，均是公共政策的不同领域，各自目标函数不同，应当各司其职，而不是相互利用。

近年来，国内对建立外资并购的国家安全审查制度的必要性和迫切性，有了广泛的讨论。从 2005 年的倍受争议的凯莱-徐工一案，到 2008 年 9 月的可口可乐-汇源果汁收购案，人们普遍感受到建立对外资并购的国家安全审查制度迫在眉睫。在公共政策方面，2002 年国务院颁布的《指导外商投资方向规定》中，就明确禁止危害国家安全或公共利益的外商投资。2007 年通过的《中华人民共和国反垄断法》第 31 条规定，“对外资并购境内企业或者以其它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。”建立外资国家安全审查制度有了法律依据。

虽然相关的法律框架已经建立，但由于所涉及的问题的复杂性，政府至今还未发表外资并购的国家安全审查的详细规定和指南。人们对国家安全的涵义，对国家安全、经济安全和产业安全之间的关系，以及国家安全审查、反垄断、和产业政

策的不同等问题，还未达到基本的共识。

本文回顾学术界近来对国家安全的讨论，并介绍和比较美国、英国、法国、俄罗斯、印度等国家已经运行或正在酝酿建立的外资国家安全的审查制度。并用一简单的集合图示来表述国防安全、经济安全和产业安全三个不同概念之间的关系。并在此基础上提出，中国要建立的外资国家安全审查制度，是国防安全和经济安全的并集。¹ 这一审查范围与产业安全有关：它是产业安全的子集，但不应该包括产业安全的全部。国家安全的审查不应变为产业政策的工具。

1. 国内关于国家安全的讨论

尽管国内近年对国家安全的讨论很多，但对其确切的涵义却有不同的理解。根据李炳炎（2007），国内学术界对经济安全的定义主要有三种不同的观点。² 第一种观点，认为国家经济安全就是国家安全的经济化，这个观点主要是强调经济实力相对领先的地位对于国家安全的重要性。第二种观点，认为经济安全是本国经济发展的自主性和稳定性。这个观点主要是强调经济主权是一个国家经济安全的本质特征。第三种观点认为，经济安全是指一个国家的整体竞争实力。这种观点主要强调产业的竞争力，特别是国际竞争力是国家经济安全的基础。³ 根据这一观点，在某些关键产业受到伤害的时候，国家经济安全就可能受到威胁甚至伤害。⁴

¹ “国家经济安全要求国家的经济命脉掌握在本国政府和企业手中，关系国计民生的产业应由本国企业来掌握和经营，排出外国政府和企业对涉及本国经济命脉及相关产业的介入和控制”。见商务部，《中华人民共和国反垄断法理解与适用》，法律出版社，2007年9月，第266页。

² 李炳炎，“外资并购与我国产业安全”，2007年第6期《探索》；李炳炎、王小刚：《外资的大量引进与我国经济安全》，载于《马克思主义研究》2006年第8期

³ 关于国家安全、经济安全、产业安全代表性表述可参见李炳炎、王小刚：《外资的大量引进与我国经济安全》，载于《马克思主义研究》2006年第8期；李炳炎教授2007年4月11日在北京大学的讲座《外资并购与我国产业安全》；桑百川：《在对外开放中维护国家经济安全》，载于《中国流通经济》，2006年第12期。

⁴ 李炳炎认为，经济安全指的是一个国家既有的和潜在的经济的自主权和利益不受侵害。在主观上不存在国家经济产业受到侵害的恐惧感，客观上有一种良好的状态不受到外国的威胁和控制。指一个国家独立自主，对外不受外国控制和威胁，不因为国际经济形势的变化而改变本国的经济发展模式和道路，能够有力地维持国家根本利益；对内能够保证全国经济稳定地发展，在经济活动中具有竞争能力和具有能够抵御国外的干扰和侵袭的能力。上海社科院世界经济研究所张幼文则强调产业结构对经济安全的重要性，他认为，如果一个国家不能拥有较先进的经济结构，不能控制具有重要战略意义的敏感和主导产业，不掌握具有重要安全和战略意义的现代技术，不能有效调控金融体系以保障宏观经济稳定，或者经济结构不具有发展的内在动力，那么经济安全问题就是严峻的。见 <http://big.nbfet.gov.cn/wstz/detail.phtml?newId=8274>

毛定之（2008）认为，国家经济安全，是指一国最为根本的经济利益不受危害和威胁。其主要内容包括：一国经济在整体上主权独立、基础稳固、运行健康、增长稳定、发展持续；在国际经济生活中具有一定的自主性、防卫力和竞争力；不会因为某些问题的演化而使整个经济受到过大的打击和遭受过多的损失；能够避免或化解可能发生的局部性或全局性的危机。⁵ 马宏晖、何霄（2008）的定义是，国家安全是一个国家生存与发展的基本条件。它是指国家拥有政治上的独立、经济上的自主和文化上的自成一体。从宏观来看，国家安全是一个体系，包含国家政治安全(或国家军事安全)、国家经济安全、国家文化安全。⁶

虽然对于经济安全的定义还没有完全统一的观点，但是最核心的就是主权和竞争力问题。而产业的竞争力是指产业中的国内企业在市场上（国内市场或国外市场）上有竞争力。

与主权和竞争力密切相关的是民族品牌的问题。2006年，中国社科院在一份题为《开放环境中的中国经济安全》的研究报告指出⁷ 一些外资通过并购国内龙头性企业，使其品牌消失，这些民族企业和品牌就消亡。同样，跨国并购使国内多年积累的技术进步的基础受到严重削弱。⁸ 《开放环境中的中国经济安全》报告中提出，在进一步开放的大前提下，中国政府应该规制大型跨国公司，在制定国家对跨国公司的购并规制时，不仅从市场垄断角度考虑，更重要的是从国家安全、国家经济安全角度予以考虑，加强对外资企业的监督管理。

⁵毛定之，“关于维护国家经济安全的思考”，《理论前沿》2008年19期。

⁶马宏晖、何霄，“浅析外资并购中的经济安全问题”，《经济与社会发展》2008年第六卷第一期。

⁷中国社科院工经所“开放环境中的国家经济安全”课题组，“开放环境中的中国经济安全”，www.usc.cuhk.edu.hk/webmanager/wkfiles/5450_1_paper.doc

⁸中国社会科学院经济所赵英表示，这是一个很严重的问题。比如说徐工大家认为它是工程机械，与国家安全的确实关系不大，但是它提供了中国整个建筑机构行业的技术研发平台。在中国许多产业里，一旦这个平台没有了，其它的零部件、技术开发就失去了载体。<http://big.nbfet.gov.cn/wstz/detail.phtml?newId=8274>

2. 国家安全、国防安全、经济安全和产业安全的图示关系

从上面的观点综述来看，国内近来关于国家安全的讨论中涉及的三个主要的概念是，国防安全、经济安全和产业安全。国防安全要求国家领土不受侵犯和国家国土安全。经济安全是指国家最为根本的经济利益不受危害和威胁，这要求关系国民经济命脉的行业掌控在国内企业手中。而产业安全是指各个产业中国内企业的市场竞争力不受外来因素的威胁或削弱，要求产业中的主导企业是国内企业。

作为相互联系但又不同的概念，国防安全、经济安全和产业安全之间的关系可以用下面的图来表示。

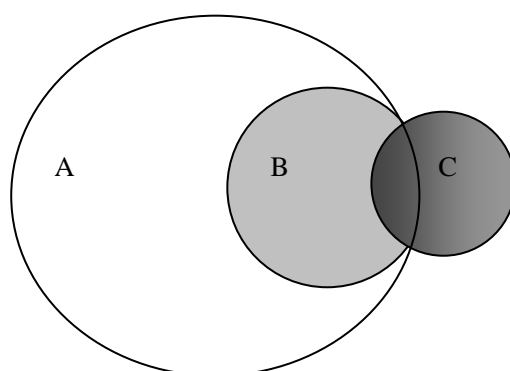


图1 国防安全、经济安全、产业安全的关系

A -- 威胁产业安全的企业兼并的集合

B -- 威胁经济安全的企业兼并的集合

C -- 威胁国防安全的企业兼并的集合

国家安全 = $B \cup C$ ：国防安全和经济安全的并集

图中的 A 代表会威胁产业安全的企业兼并的集合。一项兼并至少可以从下面三个不同的渠道影响一个产业的安全。第一，当兼并的对象是国内的领头企业时，这项兼并会直接消除国内企业在该行业内的主导地位，从而对产业安全带来伤害。第二，即便兼并对象不是领头企业，但如果它们是产业中有相当竞争力的国内企业（如第三或第四大企业），一项兼并也可能会削弱甚至动摇国内领头企业

的市场主导地位，从而间接地对相关产业带来威胁和伤害。第三，被兼并的企业规模也许并不是很大，但拥有关键的技术或原材料，或拥有市场潜力很大的新产品，这样的兼并会巩固兼并方外资企业的市场势力，从长远来讲，会削弱甚至动摇其他国内企业的市场地位。属于上面任何一种的兼并都会影响给定产业的安全。集合 A 包含那些影响某一产业安全的所有外资并购，而其涵盖面包括经济体系中所有的产业。

图中 B 是威胁经济安全的企业兼并的集合，即影响和威胁关键产业安全的那些兼并。

由于威胁和伤害某一产业（如饮料行业）安全的兼并并不一定会伤害整个经济的安全，但伤害经济安全的兼并一定会伤害经济体中某些行业（即关键性行业），所以，A 所包含的范围要大于 B，即 B 是 A 的一个子集。比如，可口可乐并购汇源一案，可能属于集合 A，但它并不会影响整个经济的安全，所以可口可乐-汇源的合并属于 A 但不属于 B。

所以，产业安全与经济安全不是同一概念，保护产业安全所包含的内容，要比保护经济安全大的多。保护经济安全只是保护产业安全的一部分；换句话说，保护经济安全并不要求保护所有产业的安全，而只是对那些关系到国民经济命脉的重要产业进行保护。损害产业安全是损害经济安全的必要条件，即损害经济安全的兼并一定会以损害某些产业的安全为前提的，但不是充分条件，损害某些产业的安全并不一定导致对整个经济的安全的损害。

图中的C部分代表威胁国防安全的企业兼并的集合。集合C中的企业兼并会影响一个国家国防军事的安全（包括军事、情报、国土安全），但对经济安全可能会有影响，也可能没有影响。比如说，美国外资国家安全审查部门对联想收购IBM个人电脑业务的担心，是因为该收购可能会把一些美国禁止出口的比较先进的民用技术间接地流到中国国防上，⁹ 所以，这一收购可能会影响美国的国防安全。

⁹ 见 http://localtechwire.com/business/local_tech_wire/biotech/story/1162417/

但这一收购影响美国经济安全的可能性很小，因为这一收购不会对美国整个计算机行业产生负面的影响。¹⁰ 中海油并购Unocal一案基本上属于这一类。¹¹ 所以，C不是B的子集。

另一方面，影响经济安全的并购，并不一定对国家安全构成威胁。外资可能控制了一个国家（地区）的一些战略性关键性产业，但这一国家（地区）在国防上可能仍然是安全的。所以，集合 B 并不是 C 的子集，有的并购属于 B 但不属于 C。

影响国家安全的外资并购也可能会同时影响经济安全。如果在一些与国防和经济密切相关的产业（如武器制造、能源、计算机、通讯尖端技术，等），外资的并购导致该行业的垄断，那么，这样的并购会增加其它国家对东道国在军事和经济两个方面的威胁和控制力，同时影响该国的军事安全和经济安全。这样的外资兼并就属于 B 和 C 的交集。

在上述国防安全、经济安全和产业安全三者的图示关系基础上，人们可以定义国家安全。可以说，国家安全至少要包括军事安全，即对外资并购的国家安全审查至少要包括集合 C，C 是国家安全的审查的最小范围（下面可以看到，这基本上是美国的做法）。各个国家由于经济发展阶段不同或政策偏好的不同，对国家安全定义也不同，有些国家把经济安全（集合 B）也包括在国家安全范围之内，但对集合 B 边界的界定则有所不同。

在下面一节里，我们对美国、英国、法国、俄罗斯、印度等国家的国家安全审查制度作一个简短的对比，对美国国家安全审查制度的较详细的介绍，则放在本文的附录里。

¹⁰ IBM在全球个人电脑市场上的市场份额在 2004 年第四季度是 5.9%，而另外两家美国企业Dell和HP的市场份额分别是 16.0%和 16.6%（见<http://blogs.zdnet.com/ITFacts/?p=267>）。

¹¹ 本文附录中有对该案例的较详细的介绍。

3. 主要西方国家针对外资的安全审查概况

3.1 美国对外国投资的安全审查 (CFIUS 审查)

美国国会在 1988 年通过了埃克森—弗罗里奥修正案 (Exon-Florio Amendment), 它给予了美国总统一个有力的工具用来阻止对于美国国家安全有威胁的外国兼并。具体的审查工作由美国外国投资委员会 (Committee on Foreign Investment in the United States, 简写 CFIUS) 进行。因此埃克森—弗罗里奥审查也被称作 CFIUS 审查。CFIUS 机构由财政部长以及十一位其它成员组成: 财政部长 (主席), 国务卿, 国防部长, 商业部长, 国土安全部长, 司法部长, 行政管理和预算局长, 美国贸易代表, 经济顾问委员会主席, 美国国家科技政策办公室主任, 总统国家安全事务助理, 总统经济政策助理。

埃克森—弗罗里奥修正案的框架以及相关规定给与 CFIUS 非常大的自由决定权和灵活性。首先, CFIUS 的权利没有限期, 也不存在法定时效。合并双方可以自愿申请国家安全审查, CFIUS 也可以在任何时候 (甚至在合并完成以后) 开始对交易进行审查。

第二, 埃克森—弗罗里奥法案并没有给出国家安全明确的定义, 而只是提出了一系列帮助总统评估潜在威胁标准, 这些标准包括:¹²

- ✓ 对国内国防产品生产的直接影响。
- ✓ 对国内产业满足国家防卫需要的生产规模和能力, 包括相关人力资源、产品、科技技术、原料以及其它供给和服务的可用性的影响。
- ✓ 外资对相关国内产业和商务活动的控制, 对美国满足国防需要的生产规模和能力的影响。
- ✓ 兼并是否可能会使军火武器、设备、或技术销售到支持恐怖主义、扩散导弹制造技术或生物武器的国家。
- ✓ 兼并对于美国在国家安全领域的科技领先地位的潜在影响

事实上, CFIUS 在制定如何实施埃克森—弗罗里奥案的详细规定时, 特意不对国家安全下定义, 以保证在执法过程中有足够的灵活性。而且, 在过往的实际审查中, CFIUS 的考虑并不局限在这些标准之内, 除了涉及国防领域外, CFIUS

¹² 见 Exon-Florio Amendment, App., 2170(f).

也对其它行业（如科技、电讯、能源、和自然资源）的一些兼并进行过国家安全审查。¹³

第三，在条例规则中，对于外国控制的定义有着相当大的宽度。外资控制包括任何直接或间接的股权上的控制，也包括通过其它合同方式对国内企业的控制。条例规定了一个外资股份占 10% 的一个很低的门槛。¹⁴ 外资方可能是外国政府，外国公民或其它机构。但外资方是否外有外国政府背景，是CFIUS评估国家安全风险的一个关键因素。¹⁵

综上所述可以看出，CFIUS 以一个宽泛的角度确定了国家安全的涵义，并对于实际的案例进行实际的分析，法律有意赋予了 CFIUS 很大的酌情处理权。而且，对于国家安全的理解和看法也会随着时间和环境的改变而发生一定的变化，最明显的就是在 9.11 恐怖袭击事件之后，许多美国政府部门都更加重视外国投资对国家安全可能带来威胁。

虽然 CFIUS 从未公布过哪些外国投资行为会威胁到美国的国家安全，但是 Edward M. Graham 和 David M. Marchick 从对 CFIUS 审查过的案件的总结中得出一些通常会被美国国家部门认为是威胁的外国投资活动（见附录），而且有些所谓的威胁也已经超出了埃克森—弗罗里奥修正案所给出的参考标准，例如美国失去敏感行业的技术领先地位等等。

值得一提的是，埃克森—弗罗里奥修正案最初的版本里，也包括国防安全以外的经济安全的内容。最初的提案建议，对外资兼并对美国的“关键商务”（essential commerce）和“经济福利”（economic welfare）的影响也进行审查。这一建议遭到了里根政府和一些参议员的强烈反对。当时的美国商务部长Baldrige指出，这一条款违背美国信奉自由贸易的根本立场。里根政府甚至表示，如果这一条款不撤除，它将否决整个法案。结果，最终通过的埃克森—弗罗里奥修正案，只是要求纯粹的国家安全的审查，删去了所有关于“关键商务”和“经济福利”的字眼。

¹⁶

¹³ 见 Graham and Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, 2006, Washington, DC, p.38.

¹⁴ Regulation on Implementing Exon-Florio, *Code of Federal Regulations*, title 31, sec. 800.204.

¹⁵ Graham and Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, 2006, Washington, DC, p. 37.

¹⁶ 见 Graham and Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, 2006, Washington, DC, pp. 43-44.

本文附录里有关于埃克森—弗罗里奥修正案颁布前后的历史背景、有关争论、和实施的更详细的介绍。

3. 2 英国对于外国投资的国家安全审查

英国作为欧盟成员国之一，因此对符合欧盟要求前提下需要审查的外国投资会交由欧委会进行审查。而对于英国本身层面的投资交易活动，英国依据的是 2002 年颁布并与 2003 年开始实施的《企业法》 - 即英国的反垄断法。

专门针对外国投资可能引起国家安全影响，英国主要参照《企业法》里对于公共利益一章的规定进行处理。在这里，公共利益包括两个领域：国家安全和媒体的多样化。¹⁷ 2008 年，英国把金融行业的稳定性加进来，作为公共利益的第三个领域。¹⁸

通常的交易案件会由英国公平贸易办公室和竞争委员会对其进行审查。英国国家贸易产业部长负责对可能威胁公共利益的案件进行审查。特别是在这类交易审查中，英国国家贸易产业部长可以凌驾于英国公平贸易办公室和竞争委员会之上而做出决定。¹⁹

自英国 2003 年开始施行新的企业法以来，一共发出了 7 份通告，对可能危害英国国家安全的 7 个交易进行了国家安全的审查，其中有 5 项是国防工业，1 项是媒体业，另 1 项则是处于最近国际金融海啸中的一起银行并购案。²⁰ 2007 年的美国通用电器收购英国史密斯宇宙航空公司的案例。

2007 年 1 月 15 日，作为史密斯宇宙航空公司的母公司，史密斯集团和通用电器公司宣布，通用电器计划以 48 亿美元的价格收购史密斯宇宙航空公司。3 月 14 日，欧洲委员会对此发出通告，对此交易的竞争影响进行了审查。在英国方面，英国国家贸易产业部长发出了介入通告，对于此交易可能产生的国家安全影响进行了分析。最后在史密斯公司及通用电器公司做出补偿保护公共利益的保证之下，英国同意了该交易的进行。保证的主要内容包括：（1）维护英国战略能力：与军用工程相关的英国企业中的主管大部分是英国公民，并有在英公司直接

¹⁷ Enterprise Act 2002, Chapter 2, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2002/ukpga_20020040_en_5

¹⁸ 见 http://www.opsi.gov.uk/si/si2008/em/uksem_20082645_en.pdf

¹⁹ John Vickers, *Merger policy in Europe: retrospect and prospect*, 11 February 2004

²⁰ 见 http://www.opsi.gov.uk/si/si2008/em/uksem_20082645_en.pdf，和 Department of Business Enterprise & Regulatory Reform UK, *Mergers with a National Security Element*, <http://www.berr.gov.uk/bbf/competition/mergers/public-interest/national-security/>

控制，与国家安全有关的事项在六个月内必须通知国防部门；(2) 信息技术的开发和保护：与军用工程相关的管理工作须由符合规定的人员管理，只有符合规定的人员才能接触国家机密资料，不允许国家机密资料转移或泄漏到国外；(3) 依法遵守有关知识产权的规定。²¹

3. 3 法国对于外国投资的国家安全审查

在法国，众多法律和法规，如《公司法》、《劳动法》、《商业法》、《税收法》、《海关法》、《专利法》等，不仅适用于本国的企业，也同样适用于外国直接投资企业。只有在项目被认为对法国的公共秩序、国防安全、公共卫生和环境造成威胁的情况下政府才能做出否定的答复。

2003年7月，美国的一家投资公司购买了70%的意大利Fiat Avio航空公司，这家意大利公司参与建设了许多欧洲的军事及航空工程，对此法国国防大臣Michèle Alliot-Marie提出要提高警惕保卫法国和整个欧洲的安全。²²在2004年，一个泛欧洲投资集团购买了法国Alcatel公司的Saft电池业务，Saft电池中的某些业务是与国防事业相关的，因此法国政府为此交易设定了严格的条件，其中包括Saft公司的总部、研究中心和生产法国军用产品的部门设在法国本土等。

先前规范外国投资的法案仅仅概括的规定了对于公共秩序、国防安全、公共卫生和环境可能造成威胁的交易政府对其进行限制和阻止。2004年12月9日，法国国会颁布了新的规范外国投资的法律。²³2005年12月30日颁布2005-1739号法令规定当并购案件涉及到敏感部门时，则需要得到法国经济部长的批准。受保护的敏感行业部门包括：博彩业、保险业、生物技术业、解毒药生产部门、交通和拦截装置部门、信息系统安全行业、双重工艺行业(既可民用，也可军用)、密码学部门、涉及国防机密的部门以及军火部门等11个产业为受保护产业。

2006年，意大利国家电力公司意图收购准备私有化的法国燃气公司时，法国政府立即组织法国燃气公司与另一家法国公司合并，制止了意大利公司的收购。

2008年10月，法国政府决定在年底前将建立“战略投资基金”，其主要使

²¹ 见 <http://finance.sina.com.cn/stock/t/20070116/03121157435.shtml>及<http://www.berr.gov.uk/files/file39236.pdf>

²² Grégoire Biseau and Nicolas Cori, *Ere du soupçon dans les secteurs sensibles*, *Libération*, November 24, 2004.

²³ Article 30 of Law No. 2004-1343, dated December 9, 2004

命是避免在金融风暴中股价大幅下跌的本国重要企业落入外资手中，以确保本国经济安全。²⁴ 根据相关安排，一旦法国具有战略意义的大企业陷入困境或可能遭外资收购，“战略投资基金”就会以投资、入股等形式进入该企业。据报道，这种做法在法国并不少见，而是早有的法国“经济爱国主义”的最新体现。法国政府对能源、汽车、航空和防务等战略企业一贯采取这一做法。每当这些企业陷入困境或面临外资收购时，政府均会干预，以免因企业易主而威胁法国能源、金融等战略经济部门安全。

3.4 俄罗斯关于外国投资安全审查的近期发展

2006 年俄罗斯天然气工业股份公司 (Gazprom) 试图收购拥有英国能源公共事业公司 (British Gas) 的 Centrica 公司，这一举动引起了英国以及欧洲国家对于俄罗斯在能源部门投资的关注。²⁵

而俄罗斯近期对于限制外国投资 Sahalin-2 工程和 Shtokman 天然气田项目的行为，连同俄罗斯对于能源部门的外国投资越来越多的限制也被看成了国家安全因素的另外一种表现形式—资源国家主义。²⁶ 在此，对于国家自然资源特别是石油和能源的保护被认定为国家安全的内容。

在俄罗斯的经济改革中，普京总统明确提出关系国家安全的战略性企业不允许任意私有化。2004 年 8 月，普京签署一道总统令，公布一份有着 1000 多家企业的名单，指出俄罗斯总统有权审批这些核心企业的改制，这 1000 多家企业的并购必须经过总统的批准。²⁷

普京在 2007 年 9 月 10 日在访问阿联酋期间宣布，俄罗斯准备仿效美国通过立法限制外国投资，具体法案和责任监督机构尚未确定。

俄罗斯联邦政府也一直在筹划出台一部效仿美国国家安全审查法案的法律来限制战略部门的外国投资。²⁸ 据俄工业和能源部长赫里斯坚科透露，根据新法案，政府将成立一个专门机构，接受那些有意控股俄战略性企业的外国投资者的

²⁴ 见 http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/fortune/2008-10/27/content_10259383.htm

²⁵ Gazprom Stake Talk Lifts Centrica, *Financial Times*, June 9, 2006.

²⁶ Stuart S. Malawer, *Glober Mergers and National Security*, Virginia Lawyer, December 2006

²⁷ 尽快建立全面的外资并购国家安全审查制度, *中国证券报*, 2007 年 09 月 03 日

²⁸ Edward Alden, David M. Marchick, Matthew J. Slaughter, C.F.R., *Council Special Report on Global Policy Toward Foreign Direct Investment*, October 2007 ; Russia to restrict foreign investment in strategic sectors, *Russia Today*, September 17, 2007

申请。随后，这些申请将由包括俄联邦安全局在内的一个政府委员会进行审查。俄总统在特定情况下拥有否决申请的权力。²⁹

俄欲立法限制外资的进入，也蕴涵着对其它国家限制俄对外投资反击的意味。普京在 2007 年亚太经合组织峰会上表示，一些国家采取了立法的措施来限制外国投资，特别是对来自俄罗斯的投资进行了人为的限制。他强调，美国通过了相关的法律，一些国家正在讨论通过类似文件的可能。“如果这种情况继续的话，我们将被迫采取相应的步骤来保护自己的利益。”³⁰

俄罗斯于今年 5 月 5 日公布了新的限制外资的法律，涉及能源、电信、航空、国防、矿业、空间技术、核能等 42 个战略行业。规定了外资进入哪些行业需得到批准。法律规定，外国私人投资者购买俄罗斯战略行业公司 50% 以上股份，需得到俄罗斯总理领导的外资委员会批准。外国国有公司不得在俄罗斯战略行业公司中控股，如果要收购超过 25% 的股份，则需得到委员会的批准。³¹

3.5 印度关于外国投资安全审查的近期发展

自从 2002 年开始，出于对国家安全因素的考虑，印度外国投资推广署已经拒绝了一些公司的申请。但这些行为都没有恰当的法律支持。

2003 年中国中兴电信公司获得印度外国投资推广署的批准在印度建立了电信设备生产基地，但在 2006 年 5 月，中兴申请提供售后服务的申请却因国家安全的考虑没有得到批准。随后中兴公司决定向印度政府申请 RBI 自动通道（某些部门的外国投资可以在没有政府正式批准的情况下通过自动通道引进）。随后，对 FDI 所带来的国家安全的担心引发了印度政府对于外国投资多面性的思考，并决定建立类似于欧洲和美国的国家安全审查立法体系。³²

已经有一些中国企业先后因为安全因素投资受阻。³³2005 年，中国华为公司申请在印度建立六千万美元的电信设备制造中心。这个申请 2005 年 3 月送交印

²⁹ 俄立法限制外企投资战略部门，*新华社*，2007 年 2 月 2 日

³⁰ 普京提出俄罗斯不排除限制外国投资，*中华人民共和国驻俄罗斯联邦大使馆经济商务参赞处*，2007 年 9 月 11 日，<http://ru.mofcom.gov.cn/aarticle/jmxw/200709/20070905082932.html>

³¹ Russia sets new rules for foreign investors, *Financial Times*, May 6th 2008, <http://www.ft.com/cms/s/0/908b2b4c-1b04-11dd-aa67-0000779fd2ac.html>;

³² Eagle Eye On FDI-Concerned about national security-the Centre plans a law to make foreign investment terror-proof, Puja Mehra, *India Today*, September 18th 2006

³³ As Foreign Investment Rises, India Addresses Security Concerns, *New York Times*, August 24th, 2006

度外国投资推广署，但一直未决。³⁴拥有全球百分之十集装箱业务的和记港口，申请在杰瓦哈瑞尔纳布港口建立扩展工程的竞标也没有被批准。

印度国家安全委员会决定制定一部名为国家安全例外法案 (National Security Exception Act)，该法案旨在赋予政府更大权力以国家安全为理由对外资在印的投资、招标以及收购、兼并等各种经营活动进行审查甚至禁止受怀疑外资在印度的经营。同时，该法案将赋予印度安全情报机构更多权力以判断外资在印经营活动是否危机其国家安全。另一方面，该法案将使印政府建立较为清晰的关于外资涉及其国家安全利益的监督体系。该法实施后，原由印度内务部对某些案例的审查以及由印度储备银行执行的对外国直接投资的自动批准政策将可能被取消。³⁵该提议的立法系统，计划在总理公署的监督下由国家安全委员会执行，并且安全审查将基于立法提出敏感地带、敏感行业以及公司的某些反国家行为。敏感地点可能包括克什米尔、查谟、东北地区以及其它靠近原子能源、空间和保卫装置及边界的地区。而国家安全涉及的部门主要有航空、港口，海运和电信部门。³⁶

4. 国外经验对中国的启示: C + 战略性行业

从世界主要国家在外资国家安全审查方面的做法可以看到，美国 1988 年埃克森—弗罗里奥法案，基本上只是对国防安方面的影响进行审查，即只审查集合C。值得一提的是，在这一法案通过之前，曾有议员试图把经济安全（“关键商务”，“经济福利”）方面的考虑也纳入审查的范围，但遭到里根政府的强烈反对，最通过的法案里完全没有“关键商务”或“经济福利”的字眼。在日后的执法过程中，CFIUS虽然在对一些不直接涉及国防安全的行业的外资并购进行过审查，如能源、高科技、等，但美国国家安全的审查，基本上是针对国防安全方面。（如

³⁴ 见http://news.xinhuanet.com/fortune/2005-08/18/content_3371080.htm,

<http://finance.sina.com.cn/stock/hkstock/hkstocknews/20060807/10052797570.shtml>及Eagle Eye On FDI-Concerned about national security-the Centre plans a law to make foreign investment terror-proof, Puja Mehra, *India Today*, September 18th 2006

³⁵ 印度将实施新法案并赋予政府更大权力以国家安全理由限制外资在印度的各种经营行, *中华人民共和国驻印度共和国大使馆经济商务参赞处*,

<http://in.mofcom.gov.cn/aarticle/jmxw/200608/20060802883038.html>

³⁶ Eagle Eye On FDI-Concerned about national security-the Centre plans a law to make foreign investment terror-proof, Puja Mehra, *India Today*, September 18th 2006

果说美国对国家安全的审查也曾超过了集合C的边界，其超过的部分也极小。) ³⁷
美国在 1988 至 2005 年间，只调查了 25 例外资并购（见附录表一）。 ³⁸

英国的做法与美国基本上相似：如前面提到，作为公共利益三个范围之一的国家安全的审查制度，到 2008 年 10 月共审查了 7 项兼并，其中有 5 项是国防工业，1 项是媒体业，另 1 项则是银行业。

相比之下，法国对国防安全以外的经济安全的考虑则比较多一些，审查的范围除了包括 2004 年列出的 11 个敏感性行业外，还包括能源、交通、金融，等行业。

俄罗斯和印度都正在考虑建立国家安全审查制度。从近期的发展动向来看，印度所考虑的范围基本也是国防安全，把审查的范围限定在“敏感地带和敏感行业”，敏感地点可能包括克什米尔、查谟、东北地区以及其它靠近原子能源、空间、和保卫装置及边界的地区。而国家安全涉及的部门主要有航空、港口，海运和电信部门。俄罗斯则比较看重对其“战略性企业”的保护，包括能源、电信、航空、国防、矿业、空间技术、核能行业。

另外，一些西方国家（如美国）国家安全审查的对象，特别注重那些有外国政府背景的企业兼并美国国内企业的案例。 ³⁹ 比如，2005 年 6 月中国海洋石油有限公司购买美国Unocal公司的方案遭到美国外国投资委员会和美国国会的反对，其原因是，美国十分担心这个由中国国家控股的公司的竞标方案，会使得Unocal公司成为实现中国侵蚀美国能源资源并威胁美国国家安全的战略武器。同样，2004 年联想对IBM个人电脑生产业务的收购受到美国国会议员和有关部门审查，也是由于联想集团的母公司（联想控股）是中国的国有企业。 ⁴⁰ 他们担心，这一收购会使美国的一些先进技术间接地流到中国军队里。同时，他们也担心联想

³⁷ 所以，当我们听到“美国对中国企业进行国家安全审查，我们对美国企业并购中国企业也要进行国家安全审查”的论点时不要忘记，在这一句子里不同地方出现的国家安全审查一词，其背后的涵义可能是不同的。

³⁸ CFIUS 在正式调查之前审查的案例数字大于这一数字。同时，这一数字不包括那些因担心通不过国家安全审查而自动取消合并协议的外资合并。美国政府未公布 2005 年以后的数字。

³⁹ 相比之下，中国近来对外资收购的讨论，几乎不区分外资是否与来源国政府有关，换句话说，国内针对外资并购对国家安全影响的动机讨论的不多。

⁴⁰ http://localtechwire.com/business/local_tech_wire/biotech/story/1162417/

会利用被收购的IBM的生产设施在美国境内进行经济间谍活动。

5. 中国的做法：审查C和B的并集（ $C \cup B$ ）

在反垄断法颁布后不久，商务部在《中华人民共和国反垄断法理解与适用》一书中对国家安全审查的涵义作了如下描述：⁴¹

相对于反垄断来说，国家安全“是一个相对宽泛同时内涵又不十分明确的概念，一般来说包括军事安全、经济安全和政治安全等。一般意义上，国家经济安全要求国家的经济命脉掌握在本国政府和企业手中，关系国计民生的产业应由本国企业来掌握和经营，排出外国政府和企业对涉及本国经济命脉及相关产业的介入和控制（第266页）。”

2007年，国家发改委提交了一份报告，就外资并购和产业安全问题提出了系统的政策建议。⁴² 报告建议设立由国家发改委牵头、相关部委参与组成常设的“外商投资联合审查委员会”，重点审查“涉及国民经济命脉的行业和关键领域内”的重大外资并购项目。对于命脉行业，报告列出了军工国防科技、电网电力、石油石化、电信、煤炭、民航、航运、金融、文化等9个行业。而对关键领域，报告列出了重大装备制造、汽车、电子信息、建筑、钢铁、有色金属、化工、勘察设计、科技9等个领域。

可以看到，发改委建议的核心思想，是为了保证涉及国民经济命脉的行业和关键领域不受外资的控制，这与商务部关于国防安全和经济安全的解释是相符的。如果我们沿用这一界定的话，中国对外资并购的国家安全审查的涵义，就是针对国防安全和经济安全两者的审查，即对集合C和集合B两者（即它们并集）的审查，产业安全并不属于审查的范围，除非并购发生在上述命脉行业或关键性领域内。换句话说，属于A但不属于B的外资并购并不在国家安全审查的范围之内。

根据这一界定，涉及“民族品牌”或“龙头企业”的外资并购，并不一定要经过国家安全审查，除非并购是属于集合B或集合C内。在关系国民经济命脉和关

⁴¹ 《中华人民共和国反垄断法理解与适用》，法律出版社，2007年9月。

⁴² 见 http://news.cnwest.com/content/2007-02/03/content_419652.htm

键性领域以外的行业的“龙头企业”或“民族品牌”，即便是被外资并购和控制后，亦不会对国家安全构成威胁，所以这类的外资并购不属于国家安全审查的范围。

虽然并不包括产业安全的全部，但与国外主要国家相比，发改委 2007 报告对经济安全集合 B 边界的界定（即 18 个命脉行业和关键性领域），其范围还是比较宽泛的。比如说，汽车、钢铁、建筑等领域是否关系到国民经济命脉，值得商榷。这些领域也很少出现在其他国家的审查范围之内。

有了清楚的界定之后，政策上的透明度就会大大增加，企业并购市场（包括股票市场）上的不确定性就会大大减少，一些不涉及国家安全的企业兼并就会及时顺利地得以实现，而不是因为政府政策的不明朗而处于等待、或干脆暂时不合并的状态，从而提高整个经济运行的效率。

6. 不要把国家安全审查作为产业政策的工具

如上所述，国家安全审查旨在保护国防和关系国民经济命脉的产业和关键性领域不受外资的威胁和控制，并不是要保证每一个产业的“产业安全”，并不是要保护所有产业的国内企业的竞争力。产业政策旨在通过调整产业结构、优化产业布局、促进技术进步、扶持甚至保护产业中的国内领军企业等手段，来提升和巩固国内企业在国内外市场上的竞争力，提高资源配置的效率。但是，并不是国家或地方产业政策涵盖的所有产业都属于国家安全保护的范畴。比如说，一些不属于关系国民经济命脉的产业（如饮料、乳制品、皮革制品，等等）也有相应的产业政策。⁴³ 可以想象，这些产业的个数恐怕要比关系国民经济命脉的产业的数目要大的多。

行业政策固然重要，但它与国家安全审查不是一个概念，其根本宗旨不同。即便是对那些属于命脉行业合关键性领域的产业，这些产业的行业政策与国家经济安

⁴³ 比如说，国家发改委在 2008 年 6 月颁布了中国第一套系统的《乳制品加工业产业政策》，见国家发改委网站或http://news.xinhuanet.com/fortune/2008-06/04/content_8312915.htm。中国皮革协会也制定了自己的发展规划和产业政策；可参见<http://www.china-leather.com/info/kuaixun/new/115/3.htm>。

全的内涵也不同；前者强调企业的竞争力，后者则强调产业的控制权掌握在内资企业的手里。一个百分之百由国内企业控制的行业从国家安全的角度来看是十分安全，但在国际市场上可能毫无竞争力。另一方面，在某些行业，外资的参与、技术的引进、以及市场竞争的提高，很可能是提高国内企业竞争力的有利甚至是必须的途径。企业竞争力理论大师波特和他的合作者通过对日本产业发展历史的系统研究发现，与好多人的看法相反，日本经济和产业成功的原因，并不在于日本的产业政策，而是由于市场的竞争，相反，一些产业政策影响大的日本产业，其国际竞争力反而很弱。⁴⁴ 国内外资专家王志乐认为，“没有外资企业的示范作用和竞争的压力，中国企业竞争力不可能在短短十几年间取得如此之大的进步”。“绝大多数行业应该允许外资、民营企业进入。这样对中国的产业安全最有利。”

45

所以，在实际制定有关国家安全审查详细条例的时候，切不可把与国家安全无关的行业也包含近来。如果把集合 B 的边界划的过大，那末，国家安全的审查制度就有可能成为产业政策的一种工具，而偏离它保护国家安全的宗旨。而且，对一些损害国家安全的外资并购经济审查甚至限制，并不在于这些并购损害了国内“命脉行业”中国内企业的竞争力，而是在于国内企业竞争力的损害会导致整个国民经济安全和威胁。简单的说，国家安全审查的标准是安全，而不是国内企业的竞争力。国家安全审查保护国家安全（即国防安全加经济安全），反垄断审查保护市场竞争（而不是保护竞争者），而产业政策旨在保护、培育、和建立国内企业的竞争力。国家安全审查、反垄断法、产业政策应该各司其职。不要让国家安全审查来承担产业政策的重任。

7. 政策建议

中国政府应当明确宣布，对外资并购得国家安全审查只有在国防安全或国民经济的关键行业的安全受到威胁时才进行；国家安全审查的范围并不包括所有行业；政府应尽快制定国防领域和关系国民经济命脉的关键产业的名单（发改委 2007

⁴⁴ 见 Porter, M., M. Sakakibara, and H. Takeuchi, 2000, *Can Japan Compete?* New York, Basic Books.

⁴⁵ 王志乐，“也谈外资收购和中国经济安全”，http://www.chinainsol.org/Article_Show.asp?ArticleID=727。他同时也指出，“不能把一个企业或者一个产业在市场竞争中遭遇困难就上升到国家经济安全的高度，这样做往往会使某些企业以国家经济安全为名行企业保护之实。”

年建议的 18 个行业和领域的名单似乎仍过于宽泛)。同时，政府应明确指出，国家安全审查的标准是国防或整个经济体的安全，而不仅仅是国内企业的竞争力，更不是因为国内企业的市场地位受到威胁。国家安全审查、产业政策、和反垄断各自政策目标不同，它们应该各司其职，而不要把国家安全审查当作产业政策的一个工具。品牌是一个市场竞争的概念，企业合并是否会带来品牌的消失属于反垄断中竞争审查的范畴。保护国内领头企业和民族品牌，是产业政策所关心的问题，不属于国家安全审查的范畴。

最后，在讨论和防范外资并购威胁国家安全的同时，我们也不要忘记企业兼并对经济运转的正面作用：企业间的兼并不但可有利于规模经济效益的实现，同时也是改进公司治理的一个有效机制。通过企业兼并，管理不善的企业的资源会流向公司治理更有效的另一家企业，从而提高经济体系中企业管制的整体水平；而且，即便一个公司并没有受到兼并，但一旦业绩不好而会被其他公司收购的可能性，会时刻提醒和促使该公司的管理层来不断提高经营和管理水平，维持和增强企业的竞争力。从这一意义上来讲，允许企业兼并（包括外资兼并内资企业）也会有利于产业政策的执行。即便对关系国计民生的关键性产业，一定程度的外资并购可能会有利于增强内资企业的竞争力，从而有利于这些行业的安全。文中所说对集合 B 的审查，并不等于对发生在关键性产业的所有外资并购都审查，而只是要求对危害关键性产业安全的外资兼并进行审查。

附录：美国国家安全审查制度

埃克森—弗罗里奥修正案建立

早在第一次世界大战期间，来自德国的投资就引起了美国对于其国家安全影响的关注，在此期间，美国国会通过了在特殊行业禁止FDI的法令以及《敌国贸易法案》(Trading with the Enemy Act)，该法令法案赋予总统阻止和没收国外投资的权利。⁴⁶

一战期间，化学产业、无线广播、电讯业、能源部门、银行业的外国投资都受到了很大的影响。美国海军在对于FDI的限制活动中起了领导性的作用，也是立法的积极推动者。1927年国会通过了无限电通信法案。1926年通过空中商业法案，该法案后来连同其它一些法案后来合并成为联邦航空法案。1920年通过了矿产土地租赁法案。十九世纪，美国开始对于国外资本投资银行业进行了限制。1919年，国会通过了国际条例以刺激美国银行参与到国际金融和贸易中，但国际条例要求美国公民占有银行的大部分资产并且担任大多数的银行职务。

在第二次世界大战期间，罗斯福总统依照敌国贸易法案，对与涉及国家安全的德国日本在美资本进行了没收和查封。

针对国家安全的顾虑在不同时期也各不相同。一战期间，美国国内的FDI主要是绿地投资，所以当时美国国内主要担心外资会控制美国国内战略性产品和服务的市场，担心和这些产品及服务相关的重要技术就会一直掌握在国外投资者手中，而无法使本国获得发展。但在1988年，美国企业几乎都站在了相应技术的领先水平。而且大多数的国外投资也都变成是兼并购买现成的美国公司了。所以对于国外投资的安全争议就和一战时期的大不相同。这方面的争议主要集中在外国的投资兼并会使外国企业掌握先前不属于他们的技术，而这可能会对国家安全产生一定威胁。⁴⁷

1985年之后，有一阵兼并美国公司及资产的狂潮，尤其是来自于日本的一些公司。1986年，英国著名投机商人，英格兰东方综合投资公司主席 James Goldsmith 提出以每股49美元的价格购买固特异轮胎与橡胶公司(Goodyear Tire & Rubber Company) 88.5%的股份，总价值计47亿美元。1987年，日本富

⁴⁶ Trading with the Enemy Act, App.§5(b)(1)(B)

⁴⁷ Edward M. Graham and David M. Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, p.28

士通公司企图购买仙童半导体公司 (Fairchild Semiconductor Corporation) 80%的股份，而仙童半导体公司是为美国国防生产电脑芯片的最重要的企业 (Alvarez 1989)。这一行为引起了美国上下对美国国家安全的担忧，Fairchild 公司认为这样的并购会伤害到美国的竞争力同时让日本获得对于美国至关重要的技术，进而使得美国的半导体生产依赖于日本 (Alvarez 1989, 58)。美国司法部以及商业部长都对此发表了看法。在一系列政治压力下，最终日本富士通公司放弃了这一计划。

这两个案例引发了美国国会的讨论，也促使了美国政府部门开始为限制外国投资进行立法准备。⁴⁸ 1988 年，美国国会通过了埃克森—弗罗里奥修正案 (Exon-Florio Amendment)，它给予了美国总统一个有力的工具用来阻止对于美国国家安全有威胁的外国兼并。而这个法案也成为关于 FDI 和它对国家安全的影响的讨论的中心。

条例宣布，如果存在可信证据使总统相信国外投资的活动会威胁和削弱美国的国家安全，或者在案例之中没有其它法案 (除 IEEPA 法案) 提供给总统合适的有关权利去保护国家安全，美国总统可以通过这个法案阻止来自国外资本的并购。

美国国外投资委员会的组成

埃克森—弗罗里奥修正案通过之后，总统将他的最初审查决策权利以及他的调查职责转交给 1975 年成立的美国外国投资委员会 (Committee on Foreign Investment in the United States，简写 CFIUS)。因此埃克森—弗罗里奥审查也被称作 CFIUS 审查。CFIUS 机构由财政部长以及十一位其它成员组成。

CFIUS 的成员组成

财政部长 (主席)

国务卿

国防部长

商业部长

国土安全部长

⁴⁸ Edward M. Graham and David M. Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, p.41

司法部长
行政管理和预算局长
美国贸易代表
经济顾问委员会主席
美国国家科技政策办公室主任
总统国家安全事务助理
总统经济政策助理

可以看到，CFIUS 中的一些部门负责法律的实施、国土安全和国家防卫，而其它的则旨在推动开放贸易和投资政策。这种各部门之间的组成关系是在各种经济和安全考虑之下建立的。法律条例规定，当外资并购活动中的任何一方提出自愿申请或者任意委员会某成员提出建议时，CFIUS 将会对这一并购进行审查。法案规定的 CFIUS 审查过程时间表如下：

- 接到通告之后进行最初的三十天审查，如无异议，则可通过。
- 对于存在异议、需要进一步审查的案件进行四十五天的调查研究。
- 向总统提交正式的报告
- 收到报告后十五天内总统进行调查并做出决策

埃克森—弗罗里奥修正案下的国家安全审查的目标和内容

在埃克森—弗罗里奥修正案下，美国通过对外国投资进行国家安全审查，从而对可能威胁国家安全的外国投资行为进行限制，保证美国的国家安全。法律条例并没有给出国家安全的定义，而是确定了一系列标准帮助总统评估潜在的威胁，这些标准包括：

- ✓ 对国内国防产品生产的直接影响。
- ✓ 对国内产业满足国家防卫需要的生产规模和能力，包括相关人力资源、产品、科技技术、原料以及其它供给和服务的可用性的影响。
- ✓ 外资对相关国内产业和商务活动的控制，对美国满足国防需要的生产规模和能力的影响。
- ✓ 兼并是否可能会使军火武器、设备、技术销售到支持恐怖主义、扩散导弹制造技术或生物武器的国家。

✓ 兼并对于美国在国家安全领域的科技领先地位的潜在影响

埃克森—弗罗里奥修正案的框架以及相关规定的自由决定权和灵活度：

首先，CFIUS 的权利没有限期，也不存在法定时效。合并双方可以自愿申请国家安全审查，CFIUS 也可以在任何时候（甚至在合并完成以后）开始对交易进行审查。

第二，法律条例并没有给国家安全下定义，而只是确定了（上面列举的）一系列标准，以帮助总统评估潜在的威胁。⁴⁹ 事实上，CFIUS 在制定如何实施埃克森—弗罗里奥案的详细规定时，特意不对国家安全下定义，以保证在执法过程中有足够的灵活性。而且，在过往的实际审查中，CFIUS 的考虑并不局限在这些标准之内，除了涉及国防领域外，CFIUS 亦对其它行业（如科技、电讯、能源、和自然资源）的一些兼并进行过国家安全审查。⁵⁰

第三，在条例规则中，对于外国控制的定义有着相当大的宽度。外资控制包括任何直接或间接的股权上的控制，也包括通过其它合同方式对国内企业的控制。条例规定了一个外资股份占 10% 的一个很低的门槛。⁵¹ 外资方可能是外国政府，外国公民或其它机构。但是外资方是否外有外国政府背景，是 CFIUS 评估国家安全风险的一个关键因素。⁵²

综上所述我们可以看出，CFIUS 以一个更加宽泛的角度确定了国家安全的含义，并对于实际的案例进行实际的分析，法律有意赋予了 CFIUS 很大的酌情处理权。而且，对于国家安全的理解和看法也会随着时间和环境的改变而发生一定的变化，最明显的就是在 9.11 恐怖袭击事件之后，许多美国政府部门都更加重视外国投资对国家安全可能带来威胁。

虽然 CFIUS 从未公布过哪些外国投资行为会威胁到美国的国家安全，但是 Edward M. Graham 和 David M. Marchick 从对 CFIUS 审查过的案件的总结中得出一些通常会被美国国家部门认为是威胁的外国投资活动，而且有些所谓的威胁也已经超出了埃克森—弗罗里奥修正案所给出的参考标准，例如美国失去敏感行业

⁴⁹ 见 Graham and Marchick, 2006, 第 38 页。

⁵⁰ 见 Graham and Marchick, 2006, 第 38 页。

⁵¹ Regulation on Implementing Exon-Florio, *Code of Federal Regulations*, title 31, sec. 800.204.

⁵² Graham and Marchick, 2006, p. 37.

的技术领先地位等等。

通常会被 CFIUS 认为是存在威胁的外国投资行为主要有：

- ✓ 关闭或者企图破坏美国的关键设施
- ✓ 阻止美国法律实施或者阻止国家安全调查
- ✓ 接触敏感数据，察觉到联邦调查，或者了解到美国情报及执法机构所用的方法，包括将交易数据和记录转移到海外
- ✓ 限制以监督调查和实施法律为目的的美国政府获取相关信息
- ✓ 拒绝把关键的技术或关键产品提供给美国政府或美国工业
- ✓ 把对于国家保卫、情报工作和国土安全十分重要的关键技术或产品转移到国外
- ✓ 非法的将美国出口控制法所限制的技术转移到外国
- ✓ 破坏美国在防卫、情报和国土安全方面所具有的科技领先地位
- ✓ 威胁美国政府与私营部门之间的关系
- ✓ 通过兼并购买美国企业推动国家或经济上的间谍活动
- ✓ 帮助支援外国的军事情报活动，进而不利于美国的军事情报活动⁵³

值得一提的是，埃克森—弗罗里奥修正案最初的版本里，也包括国防安全以外的经济安全的内容。最初的提案建议，对外资兼并对美国的“关键商务” (essential commerce) 和“经济福利” (economic welfare) 的影响也进行审查。这一建议遭到了里根政府和一些参议员的强烈反对。当时的美国商务部长 Baldrige 指出，这一条款违背美国信奉自由贸易的根本立场。里根政府甚至表示，如果这一条款不撤除，它将否决整个法案。结果，最终通过的埃克森—弗罗里奥修正案，只是要求纯粹的国家安全的审查，删去了所有关于“关键商务”和“经济福利”的字眼。

54

涉及的案例汇总

截至到 2005 年年底，CFIUS 一共提起有 1593 个通告。从 2001 年 9 月 11 日

⁵³ Graham, Edward M. and David M. Marchick, 2006, *US National Security and Foreign Direct Investment*, p.54

⁵⁴ Graham, Edward M. and David M. Marchick, 2006, *US National Security and Foreign Direct Investment*, pp. 43-44.

起，调查和撤销的数量明显增加，当然这是因为新的安全局势使得对于外国兼并购买交易的调查力度进一步加强。9·11 恐怖袭击之后，对于国家国土安全的关注急剧增长，所以对于外国投资的国家安全审查也更加深入。

在 2003 年 2 月，布什总统将国土安全局加入到 CFIUS，使得委员会中更关注安全的部门力量得到加强，相比之下更多考虑经济因素的部门力量在对比中减弱了。委员会中对于国家安全的高度重视，使得委员会进行了更多的调查以及确立了更严格的限制条件。

表一 美外国国投资委员会的通告，调查及总统决定统计表^a

	收购案件数 ^b	发出的通告数	撤销的通告数 ^{bc}	调查数目	调查期间撤销的 通告数目	总统的决 定数目
1988	N/A	14	N/A	1	0	1
1989	N/A	204	N/A	5	2	3
1990	N/A	295	N/A	6	2	4
1991	N/A	152	N/A	1	0	1
1992	N/A	106	N/A	2	1	1
1993	N/A	82	N/A	0	0	0
1994	N/A	69	N/A	0	0	0
1995	N/A	81	N/A	0	0	0
1996	N/A	55	N/A	0	0	0
1997	60	62	2	0	0	0
1998	62	65	3	2	2	0
1999	72	79	3	0	0	0
2000	71	72	1	1	0	1
2001	51	55	4	1	1	0
2002	42	43	1	0	0	0
2003	39	41	2	2	1	1
2004	50	53	3	2	2	0
2005	N/A	65		2	N/A	0
总计		1593		25	13	12

备注

- a.1988 年至 2004 年的数据是取自美国政府责任办公室(前美国审计办公室)出版的报告。2005 年的数据摘自 Graham & Marchik 非正式的从 CFIUS 获取的数据。
- b.1988 年至 1996 年没有公共可获得的数据
- c.可以明显看出美国外国投资委员会通常不会在初次审查阶段就撤销通告。

对于国家安全审查的部分内容的争议

最早先 Exon 议案中要求美国商业部长对可能影响美国关键商业部门和经济福利的外国的兼并合资收购案件进行调查。但这一提议引起了里根政府及商业领袖的强烈批评。在 1987 年 7 月 10 日举行的听证会上很多参议员和政府官员表达了他们的看法，对于所谓“关键商业部门”，商务部长 Malcolm Baldrige 指出，除非外国投资威胁我们的国家安全，否则我们是不应该限制外国投资和贸易。美国财政大臣 James Baker 在对委员会的信中写到，外国投资给我们带来资本、工作、新的科学技术和技巧，Exon 提议将会危害美国经济 (US Senate 1987, 68)。在 1991 年，Mel Levine 提出名为“外国投资和经济安全”的提案，这个提案指出，FDI 可以推动美国的经济增长，但是对于美国国家防卫和经济安全紧密相连的一些产业中的外国投资需要仔细的评估，总统则需要对于影响国家和经济安全的并购兼并进行仔细的调查和限制。这个提案只得到很少的支持者，大多数的反对意见也同当时反对参议员 Exon 最初的提案当时的相同。

近期部分重要案例

2005 年的 4 月，美国 Chevron 公司提出以 61 美元每股购买美国第九大石油公司美国加州联合石油公司 (Unocal) 的股票。而在 6 月由中国国家部分控股的中国海洋石油有限公司提出以 185 亿美元现金购买 Unocal 公司的竞标方案 (折合约 67 美元每股)。⁵⁵ 中海油的这一方案立即在美国国会引起巨大反响，美国国会十分担心中海油的竞标方案会使得 Unocal 公司成为实现中国侵蚀美国能源资源并威胁美国国家安全的战略武器。。据 Graham 和 Marchick (2006) 总结，反对这一收购案的人士提出了下面的 5 个理由。⁵⁶ 第一，反对者人士认为，由中国政府

⁵⁵ 中海油新闻发布稿，“CNOOC Limited Proposes Mergers with Unocal Offering US\$67 per Unocal Share in Cash,” June 23 3005, www.cnoocld.com.

⁵⁶ 见 Graham and Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, 2006, Washington, DC, pp. 138.

控制的中海油在收购了Unocal以后，有可能会把有关石油资源只供应给中国，在石油价格高涨的情况下，这会增加全球石油短缺的风险，从而影响美国的国家安全和能源安全。第二，反对这一收购的人士认为，中海油这一收购是中国政府控制关键石油和能源供给的一步棋，对能源供给的控制以及所带来的经济收入收购会增强中国政府的实力。第三，反对者人士声称，在这一收购竞价过程中，中海油收到了中国政府的优惠贷款，这对美国的相关企业不公平。第四，反对者人士认为，这一收购有可能会使一些“敏感技术”流入到中国政府手里。第五，中国政府从来也绝对不会让美国企业收购中国的石油公司，所以，反对者人士声称，按照对等原则，美国也应该阻止这一收购。

中国海洋石油有限公司向美国外国投资委员会(CFIUS)递交了申报书，请求对此交易进行国家安全审查。中海油在面临强大的政治对立之后，在CFIUS正式做出正式审查之前撤销了竞标。这个案例引起了各方面的广泛的关注，各方观点经常出版在各类媒体刊物中，例如金融时报，华盛顿邮报等等，甚至出现在了土耳其和印度的当地新闻中。

2006年2月，阿联酋迪拜港口国际公司以68亿美元收购了英国铁行轮船公司。该英国公司原先拥有美国巴尔的摩、迈阿密、新泽西、新奥尔良、纽约和费城6大港口的经营权，英国公司被收购后，美国这六大港口的经营权将收归阿联酋迪拜公司。

虽然这笔交易通过了CFIUS国家安全审查。但是，美国参众两院众多议员都认为这笔交易可能影响到美国的国家安全，阻挡该收购案，除非“迪拜港口世界”交出英国铁行轮船公司掌握的6个美国港口经营权。3月9日，美国众议院拨款委员会以62票反对、2票赞成，投票否决了阿联酋迪拜公司拥有美国6个港口的经营权。第二天，“迪拜港口世界”发表声明说，“为了维系阿联酋与美国之间的稳固关系，’迪拜港口世界已经决定将英国铁行轮船公司的美国港口营运完全移交给一个美国机构。”最终迪拜公司也没有获得此六个美国港口的经营权利。⁵⁷

CFIUS 最新改革及新法案

⁵⁷ 阿联酋公司收购美国港口经营权终告失败，*人民网*，2006年03月12日，<http://world.people.com.cn/GB/14549/4190500.html>

2007年7月26日，经美国国会批准，布什总统正式签署了《外国投资与国家安全法案》(Foreign Investment and National Security Act, 简写FINS)，并于90天后正式生效。该法案是对《埃克森—弗罗里奥修正案》(Exon-Florio Amendment)的修订，旨在改革外国投资委员会(CFIUS)、加强外资并购安全审查，表明美国进一步强化了对外国公司投资美国资产的审查与限制。

概括来讲，新法案的主要内容有以下几个方面。首先，新法案确立的CFIUS的法律地位，使得CFIUS可以有权直接调查有关案件并做出决定，而不只限于向总统提出建议。并且，CFIUS有权对影响国家安全的外资并购附加合适的条件。第二，新法案中规定，CFIUS成员固定为九名，分别是财政部长、国土安全部长，商业部长、国防部长、国务卿、司法部长、能源部长、劳工部长、国家情报局局长。其中国家情报局局长和劳工部部长是外国投资委员会的无投票权的职权成员(nonvoting, ex officio)，能源部长是新加入的成员，新法案还授权总统可以加入另外新的成员。⁵⁸

第三，新法案规定，关键基础设施、重要技术、对于关键资源和材料的长期需要、外国投资者身份等等，都在审查考虑范围之内。对涉及外国政府控股的投资者时，还要考虑其与美国的关系尤其是在反恐政策方面的合作记录。其中，被外资控制或遭到破坏会对美国国家安全造成威胁的系统和资产、受到攻击时可能对国民生命或民众信心产生严重损失的关键资产(包括有形和无形资产)，都在美国的重点监管范围之内。外国政府控制的企业收购美国企业的所有的合并，都必须受到审查。此外，外资并购如果威胁到美国在关键技术领域的世界领先地位，或影响美国的本土就业，在新的法案中都被视为威胁国家安全。⁵⁹ 虽然审查的范围较以前的法案稍为宽泛，但新法案同时强调，审查的核心仍然是外资并购对国家安全所带来的风险，而不是与并购有关的“广泛意义上的公共政策所关心的事情。”⁶⁰

⁵⁸ 参见 <http://www.treas.gov/offices/international-affairs/cfius/docs/Summary-FINSA.pdf>

⁵⁹ 有关 FINS 详细内容的中文介绍，可参见王铁山，詹政，冯宗宪，“美国对外资进入的安全审查制度及启示”载于《经济纵横》，2007年第12期。

<http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI/tzdt/dt/P020080520605182963751.doc>

http://www.ycwb.com/myjjb/2007-09/05/content_1607417.htm

⁶⁰ <http://www.treas.gov/offices/international-affairs/cfius/docs/Summary-FINSA.pdf>

第四，新法案规定，CFIUS对案件的最初审查必须在30日之内完成。其后的调查（如有必要）必须在45日内完成。

2008年4月21日，美国财政部在网站上公布了《关于外国投资者兼并、收购的条例》（Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions and Takeovers by Foreign Persons）的公共咨询文件。⁶¹这部条例相当于《外商投资与国家安全法案》的实施细则。2008年11月14日，在经过公共咨询和听证后，条例的最终方案得以公布。⁶²

⁶¹ Treasury Issues Proposed CFIUS Regulations; Lowery to Hold Briefing Today, 美国财政部网站, 2008年4月31日, <http://www.treas.gov/press/releases/hp937.htm>

⁶² http://www.treas.gov/offices/international-affairs/cfius/docs/finalregs_111408%20.pdf