

通过法律比较 反思外资并购

作者：广西师范大学法学院 蒋燕 林小娟

一、外资并购管理的法律体系比较

美国是第一个制定反垄断法的国家，主要由反垄断法、证券法、公司法和一些涉外投资法律或条款来管理外资并购，其中又以反垄断法最为重要。

日本的外资并购除了受到日本《禁止垄断法》、《证券交易法》和《商法》等相关的国内法规约束以外，还受到《外资法》的管制。

欧洲理事会的《企业合并控制条例》，主要管制企业合并，凡是在欧共同体范围内造成影响的合并都是条例的适用对象。2002年欧盟出台了《关于企业合并控制的第139/2004号决议》，并同时颁布了《横向合并评估指南》和《合并调查最佳实践指南》来管理外资并购行为。

我国对外商投资企业的管理主要受《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》三部基本法规范以及《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》。2006年，又制定了《关于外国投资者并购境内企业的规定》，对外资并购的行为作了详细规定。

外资并购对一个国家的经济，特别是在基础性、涉及国家安全性的行业产生必然影响，国外对外资并购的管理有一个共同之处，就在于反垄断法。而我国外资投资法律管理多为行政法规、部委规章或其他规范性文件，立法效力层次低，权威性不够，没有形成一个完整的法律体系，无《反垄断法》突显出我国法律的软弱之处。

二、外资并购中监管部门的比较

美国由司法部反垄断局和联邦贸易委员会对外资并购进行管理。另外，外国投资委员会又扮演了极其重要的角色，主要审查涉及国家安全的收购案。如我国2005年1月中国联想集团收购美国IBM个人电脑事业部和同年7月中国海洋石油有限公司(中海油)收购美国优尼科石油公司的议案中，都遭遇美方刁难，声称这些收购涉及美国法律中的《埃克森-佛罗里奥法案》(Exon-Florio Act)，可能会威胁美国国家安全。

日本对外资进行反垄断审批的机关主要是国家公正交易委员会，同时，下设一个事务总局，事务总局还下设负责总务和协调国际竞争政策的官房，通过一个统一的机关行使反垄断审查的职能。

欧盟各国对外资并购的审查机构一般都比较集中的。比如英国的公平交易局和垄断与并购委员会、法国的公平交易、消费者事务和欺诈控制局和竞争委员会、德国的联邦卡特尔办公室。

我国从改革开放之时引进外资到今天为止，针对外资并购并没有一个明确的审批机构。2006年颁布《关于外国投资者并购境内企业的规定》，将审批机关由外经贸部变更为商务部以及省级商务主管部门。《关于外国投资者并购境内企业的规定》中又规定涉及反垄断审查的外资并购行为，应当经商务部和国家工商行政管理总局批准。同时，按照《外商投资产业指导目录》分类，发改委对总投资额达到一定数量的外国直接投资准入部门要进行审查。即我国对于外资并购行为有权进行审批的机关至少有三个——商务部、国家工商行政管理总局和国家发改委。

国外虽在外资并购的审批机关设置上存在一定差异，但在其设置上都力图实现统一和确定。而在我国外资并购的实践中，审查机构太过分散，导致行政效率的下降，各个部门对法律政策的解释把握不一致，易产生混乱，意见不统一，常使外商对应向哪个机构提出投资计

划感到茫然。

三、外资并购审批制度比较

美国对于外资并购采用的是双重规制原则。一方面，对外资并购实行的平等的市场准入制度，即国民待遇。另一方面在少数相关法律中对外资并购与国内企业并购迥异的一些特殊问题作出某些特别规定。

日本对外国直接投资不采取审批制，而是实行自动许可制。凡符合法律规定的外国投资者，须按法定程序提出申请，在 30 天后即可获得自动许可。但如认为该投资项目有违其相关规定者，则须个别审查。

欧盟规定，申报程序是企业合并行为发生法律效力的一个必经步骤，也是企业合并程序的第一步，如果没有事先的申报，无论是故意还是过失，都将受到罚款。

我国对外资并购采取普遍审查制，由于我国的审批机构众多，对哪些需要审核，审核什么，由谁审核，怎样审核，法律规定相当混乱。

与国外相比较，我国对外资并购的审批制度并不完善。《公司法》只对吸收合并和新设立合并作了规定，而对收购没有规定。《中外合资经营企业法》及其《实施条例》和上述两个《关于外国投资者并购境内企业的规定》都对并购的审批和监管有所规定，但内容不统一，而且不完善，缺乏可操作性。

四、对我国外资并购的思考

1、外资并购中的国有资产流失问题

外资并购中对国有资产的保护是一个重要的方面，但国有资产流失与外资并购并没有必然的联系，而是国有资产管理体制以及并购过程中缺乏有效的法律监管而造成的。

在我国的外资并购中，地方政府扮演着重要的角色，“引进外资”是考量地方政府政绩的一个重要指标，在地方政绩的驱动下，外资并购过程缺乏透明度，甚至有的国有企业在出售时“暗箱操作”。地方政府在与外资的谈判合作中也很难取得对等的地位，难以代表国有企业的真正利益。所以，将国有资产的流失归咎于外资进入的观点是片面的。

2、加强立法来规制外资并购行为

相关行政法规的制定缺乏统一性、稳定性，在实施中缺乏操作性。《关于外资投资者对境内企业并购的规定》的相关规定过于原则，不利于操作。早日出台《反垄断法》，对防止和减少某些外国投资者规避我国法律，保护我国国家利益和内资企业利益具有重要作用。

3、建立专业的审批机构

外资并购监管多头审批，缺乏协调性，利益冲突明显。需要建立一个专业的审批机关，对外资并购中的专业性问题进行专业性的审查，加快我国的经济发展。

4、国民待遇

WTO 里一个最基本的原则就是国民待遇。在 80 年代，引进外资，发展经济，我国制定了很多对外资的优惠政策，时至今日，这样的超国民待遇仍然存在。内外资在投资层面上的不平等造成了竞争上的不平等，违背了 WTO 公平竞争的原则，应对外资实行国民待遇。

外资并购是当前国际直接投资的主要形式，加强对外资并购的管理，调整规范相关的规制政策和产业关联政策，是目前我国对外资并购管理的一个需要认真研究的课题。

参考文献：

[1] 关于外国投资者并购境内企业的规定

[2] 克莱顿法

[3] 顾功耘.公司并购法论[M]北京：高等教育出版社

[4] 慕亚平.黄勇.外资并购的形式、存在的问题及法律调整[J].法商研究.1999