

外资并购安全审查裁量权的 限定与控制

陈业宏 田玉军 黄媛媛

【提要】 外资并购安全审查行政裁量权是外资并购安全审查制度的核心。为防止裁量权的滥用、误用和消极使用,应当取消审查主体等等不必要的裁量,限定和建构对审查范围、审查内容和审查程序的裁量,加强人大常委会、行政机关、人民法院对并购安全审查机关的控制。明确联席会议的固定组成机关,细化“国家安全”、“控制权”、“外国投资者并购境内企业的情形”的裁量标准,构建裁量公开机制、民众参与机制、责任追究机制等,保证裁量正义。

【关键词】 外资并购 国家安全审查 行政裁量权

【中图分类号】 DF415 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1000-2952(2013)02-0066-07

当外国投资者并购境内企业时,国家安全审查机关可以根据法律的授权行使并购安全审查裁量权,即不仅可考量是否制定审查规则、是否进行安全审查,选择什么审查措施等问题,还能顾及此案与彼案之间的差异、利害关系人利益、纳税人利益乃至在没有规则时采取何种裁量基准等问题。外资并购安全审查行政裁量权是并购安全审查制度的核心问题。诚然,裁量权的正当行使可以弥补并购安全审查规则的有限性,灵活应对外资并购的复杂性,协调国家、外国投资者、目标企业等多个主体间的利益冲突,但是,滥用、误用或者消极使用裁量权将会严重破坏并购安全审查规则的法律性和道德性,纵容人治之恶。我国已制定了一系列外资并购安全审查规则,授予审查机关广泛的裁量权,却忽略对裁量的限定和控制。国内也鲜有学者对此问题进行研究。我国在完善并购安全审查制度之际,有必要限定和控制并购安全审查裁量的空间和程度,实现裁量正义的最优化。

外资并购安全审查裁量权的表现

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断

法》)第31条、《外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)第12条、《国务院办公厅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《审查通知》)以及《商务部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《审查规定》)等规范性文件共同组成我国并购安全审查制度。这些法律法规在审查主体、审查范围、审查内容、审查程序等环节赋予审查机关宽泛的选择裁量权和解释裁量权。

(一) 关于审查主体的裁量

《审查通知》规定由外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议(以下简称“联席会议”)负责并购安全审查,“联席会议在国务院领导下,由发展改革委、商务部牵头,根据外资并购所涉及的行业和领域,会同相关部门开展并购安全审查。”至于国务院如何领导、发改委与商务部如何协商、如何根据外资并购所涉及的行业和领域确定联席部门等内容,《审查通知》和其他法律法规没有明确规定,完全授权给发展改革委与商务部。发展改革委与商务部可对联席会议具体组成成员的名单、成员的人数以及成员的表决权等行使选择裁量权。

（二）关于审查范围的裁量

《反垄断法》第31条提出对外资并购进行“国家安全”审查。根据《并购规定》第12条的规定，商务部可以“对国家经济安全造成或可能造成重大影响的”外资并购行为采取禁止或限制措施。《审查通知》在此基础上第一次确立了并购安全审查范围，细化了审查对象，将外国投资者并购境内企业的情形由《并购规定》的三种情形补充至四种情形，并列出了“外国投资者取得实际控制权”的四种情形。但究竟何为“国家安全”、“国家经济安全”，其范围如何确定，现行立法没有界定其定义、穷尽所有的情形，以至于赋予商务部和地方商务部门非常宽泛的行政裁量权。例如，可对所有的“关系国防安全的其他单位”进行裁量审查，可对导致“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的”任何情形进行裁量审查等等。

（三）关于审查内容的裁量

《并购规定》第12条规定对于“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”外资并购，商务部可“自由”决定国家经济安全审查的标准，因为立法对什么是“重点行业”、“国家经济安全因素”均未作具体解释。

《审查通知》第一次对并购安全审查的四项内容予以明确规定，总体来说主要审查外资并购对国防安全、国家经济安全和社会公共利益的影响，至于如何解释“国防安全”、“国家经济稳定运行”、“社会基本生活秩序”以及“国家安全关键技术研发能力”，采取何种标准和方式衡量并购交易对这些事项的影响，如何判断和把握这些影响的程度，以及是否存在其他方面的审查内容都属于商务部和联席会议裁量的范围。

《审查规定》第3条允许在“国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业”提出并购安全审查建议的时候，联席会议在主观上认为“确有必要”，可以进行并购安全审查，否则可以不予审查。但立法对“确有必要”未规定具体的考量因素，联席会议具有较大的自由裁量权。

（四）关于审查程序的裁量

《审查规定》第4条给予外国投资者预约商谈的机会，但是由于“该预约商谈不是提交正式申请的必经程序，商谈情况不具有约束力和法律效力，不作为提交正式申请的依据。”因此，商务部有权接受商谈也有权拒绝商谈，享有裁量自由。

《审查规定》第6条虽然明确当“申请人所提交的并购安全审查申请文件完备且符合法定要求的”，商务部有义务受理申请。但如何判断“文件完备”、“符合法

定要求”则属于商务部裁量的范围。同样的，《并购规定》第25条也允许审批机关“自收到规定报送的全部文件之日起30日内，依法决定批准或不批准”，至于如何确定“全部文件”，哪些属于法定文件、哪些属于意定文件，审批机关享有个案裁量的决定权。

此外，《并购规定》第12条规定：“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，商务部可以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，以消除并购行为对国家经济安全的影响。”该条授予商务部不受任何时间限制的裁量权，对凡是有损于国家经济安全的并购交易都可以直接采取禁止或限制措施，同时商务部享有“会同”或不“会同”其他相关部门的选择权。

外资并购安全审查裁量权的限定

“裁量权既可能失之于宽泛，亦可能失之于狭隘。倘若过于宽泛，正义就面临专断或不平等之虞。倘若过于狭隘，正义就面临具体化不足之虞。”^①因此，对并购安全审查裁量权的规制首先需要取消不必要的裁量，扩大必要裁量的程度，限定裁量权行使的范围。

（一）取消不必要的裁量

1. 取消对审查主体的裁量

我国由发改委、商务部牵头的联席会议与美国外国投资委员会（以下简称“CFIUS”）形似而神不似。根据《埃克森—弗罗里奥修正案》和《外国投资与国家安全法》授权，美国总统和CFIUS拥有广泛的并购安全审查裁量权，但在审查主体方面，无论是总统还是CFIUS的主席——财政部都没有裁量权。CFIUS作为美国并购安全审查的主要执行机关，由财政部、国务院、商务部、国防部、总监察官办公室、国土安全部、能源部、劳工部、国家情报局9大部门组成，实行首长负责制，各部门在并购安全审查中有非常具体的审查职责和职权，没有裁量的空间。

我国在审查主体方面的裁量至少会导致如下一些问题：一是发改委和商务部在确定具体的联席部门时会有分歧，这种分歧的平衡和消除不仅会耽误并购安全审查的时间，还易导致联席会议成员的选任不尽合理；二是发改委和商务部有可能互相推诿或滥用裁量权，不“会同”有关部门或者“会同”少数几个部门，使联席会议的民主决策程序形同虚设；三是由于缺乏明晰的分工机制和责任机制，发改委和商务部具有不受制约的裁量

^① [美] 肯尼斯·卡尔普·戴维斯著《裁量正义——一项初步的研究》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第56页。

权,进一步增加了权力滥用的风险。因此,关于审查主体的裁量毫无必要,应被取消。国务院应尽快完善并购安全审查工作规则,确定由发改委牵头,由固定成员组成的联席会议,^①细化各成员的表决权和职责,尤其应发挥财政部、人力资源和社会保障部、国有资产监督管理委员会的审查职能。

2. 取消对文件审查的裁量

由于并购安全审查的起算点关系审查期限的计算,如果审批机关以“文件不完备”、“文件不符合法定要求”为借口不断要求申请人补充文件,那么就on能变相延长并购安全审查时间,“合法”脱离审查期限的限制。“在‘可口可乐公司收购汇源案’中,商务部在经过经营者四次补充材料后才对申报进行立案审查”,^②无疑延长了审查期限,增加了并购交易当事人的经济成本。

实际上,我国《行政许可法》第32条已经明确规定:“行政机关对申请人提出的行政许可申请,申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容,逾期不告知的,自收到申请材料之日起即为受理。”同样的,在并购安全审查中,程序的起算应当明确,无需自由裁量。审查机关应当在合理期限内告知当事人“完备”、“符合法定要求”文件的内容,限定补充材料的次数,否则应推定当事人的文件完备、合法。为了尽可能减少裁量寻租的环节,我国可实施“一站审查”程序,让并购当事人能在“一个部门”、“一个网络”完成全部文件审查程序,不再为何时应向哪个部门提交什么材料、履行什么程序而四处奔波。

(二) 增加必要的裁量

1. 增加“外国投资者并购境内企业”的裁量标准

《并购规定》和《审查通知》明确限定了外国投资者并购境内企业的情形,直接缩小了并购安全审查范围,也限制了其他情形下裁量的空间。事实上,随着外资并购方式的多元化,外国投资者并购境内企业的情形远不止《审查通知》中的四种。为了保证审查的灵活性,《审查规定》要求商务部“对于外国投资者并购境内企业,应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围;外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查,包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。”但该规定与《审查通知》不一致。

我国应统一现有分散、相冲突的并购法律法规,增加对“外国投资者并购境内企业”情形的裁量,不仅涵盖代持、信托、贷款等多种外资并购情形,还应明确并购安全审查范围的豁免情形,包括绿地投资、“股份分割或按比例分配股息但未涉及控制权变化的交易”^③

等等,便于审查机关在清晰的审查范围内灵活运用裁量权。

2. 增加依职权审查的裁量

国际上大多数国家将投资者的自愿申报与审查机关依职权审查程序相结合,如在英国、日本等国,“申报与不申报的法律后果不同,当审查机构决定对未申报的并购案进行调查时,调查程序则不受法定期限的约束。”^④在德国和美国,并购交易则随时有被禁止或限制的可能。

我国现行并购安全审查制度采取单一的自愿申报程序。当投资者不愿意提起并购安全审查申请,或者根据《审查规定》第10条“外国投资者并购境内企业未被提交联席会议审查,或联席会议经审查认为不影响国家安全的,若此后发生调整并购交易、修改有关协议文件、改变经营活动以及其他变化(包括境外实际控制人的变化等),导致该并购交易属于《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》明确的并购安全审查范围的,当事人应当停止有关交易和活动,由外国投资者按照本规定向商务部提交并购安全审查申请”的,投资者不愿意重新提起并购安全审查申请的,审批机关都无权享有依职权审查的裁量权。虽然《审查规定》补充了由全国性行业协会等利害关系人和有关部门提起的审查建议程序,但该程序不是并购安全审查的必经程序,审查机关仍然非常被动。事实上,外国投资者基于节省并购交易成本或者故意规避审查等原因通常不愿意主动提出申请,而保护国家安全的责任主要依靠政府主动承担,因此,我国有必要改变并购安全审查方式,采纳依申请审查和以依职权审查并重的做法,增加审查机关的主动裁量权。为了鼓励并购交易双方自主申报,我国也可采取提倡他们与审查机关签订某种“缓和协议”(mitigation agreement),以承诺和承担相关民事责任的形式换取审查的终止,在保障国家安全的前提下节省交易成本。

(三) 对必要裁量的限定

1. 对“国家安全”、“控制权”裁量的限定

“国家安全”、“控制权”等法律概念的模糊性是并购安全审查制度自身常有的缺陷,为审查裁量权的产生

① 陈业宏、夏芸芸:《中美外资并购立法宗旨之比较》,《法学评论》2012年第3期。

② 张永忠:《兼并审查自由裁量权的法律控制》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期。

③ 孙效敏:《美国外资并购安全审查制度研究》,《华东政法大学学报》2009年第5期。

④ 孙强:《英日外资并购安全审查制度及其对中方的启示》,《中国商界》2010年第4期。

和扩大提供了合法依据，同时也为裁量权的滥用创造了可能。我国有必要详细列举“国家安全”、“控制权”的判断因素，限制解释裁量权。

“国家安全”一般包括国防军事安全、国家政治外交安全、国家经济安全、国家文化思想安全，具体来说包括国防安全、军事安全、金融安全、食品卫生安全、生物安全、环境资源安全、国有资产安全以及就业安全等等。这些安全下面可细设具体的产业目录或项目目录。俄罗斯就在《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》中列举了42种涉及国防和国家安全业务。^①应当注意的是“国家安全”的判断标准比《外商投资产业指导目录》的分类标准严格，其目录不仅包括《外商投资产业指导目录》中的禁止类目录，也涵盖部分限制类目录甚至鼓励类目录。例如，根据《外商投资产业指导目录》，“徐工集团的主要产品除推土机、起重机（限于合资、合作）涉嫌限制外商投资外，大部分属于鼓励类，因此外资并购应允许。不过，机械工业是国民经济的装备产业，是科学技术物化的基础，是高新技术产业化的载体，是国防建设的基础工业，事关国家安全。”^②可见，符合《外商投资产业指导目录》的外资并购仍然需经“国家安全”审查。

关于“控制权”的判断一直是各国并购安全审查的难题。我国现行法律法规依然以50%的持股比例作为判断控制权的主要标准，混淆控制权与控股权的区别，弱化了实质控制权的危害性。事实上外国投资者采取50%以下持股比例，以最小的成本控制境内企业的股东、管理层、销售渠道、产品价格、技术等，更容易危害国家安全、目标企业等主体的经济利益。我国应按国际惯常作法，将10%以上持股比例的并购交易作为审查裁量的重点对象，除非外国投资者明确表明放弃控制权或只以获取纯收益权为目的。此外，对现行法规定的“其他导致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的情形”可作更细致的划分，限定审查机关的裁量范围。

2. 对审查内容裁量的限定

美国在《外国投资与国家安全法》中明确列举了11项判断“国家安全”的考量因素，包括在区域范围内对美国军事利益的潜在威胁、对美国主要能源资产等核心基础设施的潜在影响、对美国国家关键技术的潜在影响，是否来自外国政府控制的并购、是否危及美国对能源等重要资源和原材料的长期需求以及总统或外国投资委员会特别认定的其他因素。^③美国在审查内容方面“做了两大改革：第一，要求外资委员会及总统在审查时‘须’逐一考虑前述因素。第二，增加多个须‘考虑

的因素’，包括对‘关键基础设施’、‘关键技术’的影响等。”^④将原来选择性考虑的审查因素改为强制性考虑的审查因素，增加了投资者的预期性。而我国现行法律法规中关于并购安全审查内容的规则非常简单、抽象，导致并购安全审查机关自由裁量的空间过大。这不仅不利于我国并购安全审查机关在有限的时间内全面、客观审查并购交易对国家安全的实质影响，也不利于审查机关采取统一的措施公平对待情况类似的并购交易，更使并购当事人以及利害关系人由于信息不对称对并购安全审查缺乏了解，无形中增加审查裁量的难度。

我国有必要通过细化审查内容的标准使审查机关在裁量时有章可循。如在考察并购交易对国防安全的影响时，除了考察现行法“对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响”外，还须考察对国防产品原材料、国防产品销售地区、国防产业链上下游企业、国防相关产业的技术水平、军事物资、军事技术、军事人才、技术人员的开发创新能力等的影响；考察并购交易对国家经济安全的影响时，考核的因素应包括民族品牌、驰名商标、中华老字号、国有资产、重要资产、国家核心基础设施、相关产业结构调整与产业升级、相关产品的市场占有率、对国计民生至关重要的关键技术的影响或潜在影响等；考察并购交易对就业安全的影响时，需调查对目标企业的充分就业水平、同行业和同地区的就业量和就业水平、技术工人、工资等的影响；在维护国家政治外交安全和国家文化思想安全时，需调查外国政府、主权基金、国有企业或政治财团来华并购的政治背景和政治目的等，防止资本主义“金钱万能论”、“个人主义”等腐朽思想的传播。

3. 对审查程序裁量的限定

并购安全审查裁量权行使时，“如果利害相关的当事人可以作为平等的竞争者参与其中，而不是仅仅成为裁量权作用的接受者，那么行政裁量权的行使过程，本质上就可以转化为一个公权——私权竞争和相互作用的过程”。^⑤并购安全审查中的非正式磋商程序实质上就是

① 孙效敏：《外资并购境内企业监管研究》，北京大学出版社2010年版，第253页。

② 王银凤、刘和平：《美国外资并购规制及其借鉴》，《证券市场导报》2006年第7期。

③ See Foreign Investment and National Security Act of 2007, SEC. 4.

④ 杨鸿：《美国外资国家安全审查制度的最新改革：对我国影响的评估及其应对》，《江淮论坛》2009年第5期。

⑤ 王锡锌：《自由裁量权基准：技术的创新还是误用》，《法学研究》2008年第5期。

允许并购当事人参与审查、事先与审查机关进行沟通的民主协商程序,在国外并购实践中发挥了限定裁量的作用。如美国鼓励这种非正式磋商程序,承认非正式磋商期间部分信息的法律效力,从而约束审查机关裁量权。我国虽然建立了预约商谈程序,但并未将商谈视为商务部的义务,也没有制定约束商务部裁量行为的有效措施,容易导致预约商谈程序形同虚设。我国有必要完善预约商谈等程序,疏通与裁量授权相抗衡的“参与、听证和公开的利益沟通方式,并构建新型的契约、磋商、和解、调解等实质性利益沟通方式”,^①加强行政相对人和利害关系人行政参与的水平 and 程度,并对审查机关课以保密义务、服务义务等,遏制消极裁量行为。

外资并购安全审查裁量权的控制

对行政裁量权“最主要的控制方式是建构和制约……建构包括计划、政策说明和规则以及公开裁决、公开规则、公开先例。制约则既包括行政的也包括司法的监督与审查。”^②对并购安全审查裁量权的控制也可以从权力的建构和制约入手,实现权力内部控制和外部控制、规则控制和程序控制相统一。

(一) 并购安全审查裁量权的建构

裁量权的建构重点在于对权力的内部控制和程序控制,因此需要审查机关和审查人员从理念、原则到程序措施各个方面建构并购安全审查裁量权。

1. 裁量理念的建构

审查机关和审查人员在行使审查裁量权时应当确立和实施积极作为理念、服务理念和法治理念。由于审查机关具有解释裁量和选择裁量的权力,审查机关在裁量时可以怠于作为,不立案、不调查、不审查、不协商等等,这种情况很难从外部加以控制。有鉴于此,审查人员首先应当树立积极作为理念。审查人员应当充分利用国家机关和国家公务员对法律政策、国家安全、社会经济状况的了解和对情报信息掌握等方面的优势,弄清楚外国投资者的并购意图,认真分析外资并购对我国国家安全的近期和长期影响,积极主动地履行自己的工作职责,并妥善行使国家安全审查裁量权。其次,树立服务理念。国家行政人员不直接创造财富,在人身直接依附于国家,在经济上依赖于纳税人的财税,因此,国家行政人员保护国家安全,这不仅是为了财富创造者服务,为了纳税人,也是为了自己的生存。上至国务院各部门首长下至地方基层普通行政人员都务必要树立服务意识,尊重当事人及利害关系人的知情权,为他们提供并解释并购安全审查规则和程序,阐明审查机关的职权和职责,介绍成本费用的计算方法,鼓励并帮助当事人

启动预约协商程序、签订“缓和协议”。最后,铭记法治理念。审查人员在灵活裁量时,脑子里应有法治理念。因为并购安全审查裁量比一般的行政裁量更依赖审查人员的个人素质,主观色彩浓厚,审查常常游弋于违法裁量、合法不合理裁量、合法合理存疑裁量、合法合理裁量之间,只有审查人员铭记法治理念才能走出“人治”的误区。

2. 裁量原则的建构

经济合作与发展组织的《投资接受国与国家安全相关的投资政策指南》要求各国的并购安全审查需遵守四项原则,即无差别待遇原则、透明度或可预见性原则、监管均衡原则、问责性原则。一些国家认为中国的外资立法包括外资并购法太武断、太官僚主义,忽视了审查程序的全面解释,加大了外国投资者的投资风险。为了保障在华近461亿美元的投资利益,日本已联合韩国政府,“要求”中国通过完善立法来解决并购审查等问题。^③针对我国并购安全审查裁量中的突出问题,裁量的建构至少要遵守透明度原则、比例原则和问责性原则。

裁量的建构需遵守透明度原则。透明度原则是保障行政公平公正、行政参与的基本原则,是实现阳光行政、反对腐败的最有力工具。由于涉及国家秘密、商业秘密,并购安全审查实体内容的透明度通常难以确定和保证,而在并购安全审查裁量行为的程序上一般应当透明化。

比例原则“表明在行政裁量过程中,如果同样可以达成特定的行政目的,应当采取对民众利益侵害最小的方式。”^④比例原则要求以维护国家安全为核心目的的审查裁量需平衡国家利益、社会公共利益和并购投资者利益之间的关系,平衡并购投资者与其他利害关系人之间的利益关系,具体包括外国投资者、外商投资企业、中方投资者、同业企业和行业、目标企业职工、消费者等主体间的利益关系,在保护国家安全的同时以私方利益损失最小化为代价。

问责性原则是为了防止审查机关滥用、误用以及怠于行使审查裁量权而特别强调责任机关和主要责任人员

① 周佑勇:《论行政裁量的利益沟通方式》,《法律科学》2008年第3期。

② [美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯著《裁量正义——一项初步的研究》,毕洪海译,商务印书馆2009年版,第59页。

③ Jordan Brand, COMPARING FOREIGN INVESTMENT IN CHINA, POST-WTO ACCESSION, with FOREIGN INVESTMENT in the UNITED STATES, POST-9/11, Pacific Rim Law & Policy Journal, March, 2007.

④ 胡建森:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社2005年版,第134页。

法律责任的原则。我国现行并购安全审查方面的外资法法律制度的问责性原则完全缺位，只能依靠《行政许可法》等行政法来追究有关机关和人员的法律责任，惩罚力度偏弱。并购安全审查责任条款可以由国务院先行在现行法规中予以补充，待时机成熟时，纳入到将来制定的《并购法》或《外商投资与国家安全法》、《国家安全法》中。值得注意的是，我国不仅要严厉追究裁量权滥用者的法律责任，更要对必然导致裁量滥用的立法腐败者施以重罚。如对郭京毅立法腐败案，不仅要以其官级、恶劣影响范围为加重情节追究主要责任人员刑事责任，永远禁止这类人员再担任行政职位，更要制定高额的经济赔偿责任追究机制，以弥补国家、并购方及利害关系人的经济损失。对误用、急于使用审查裁量权而损害并购交易方或第三方经济利益的情形，也可考虑在并购安全审查制度中制定国家赔偿条款或国家补偿条款及其追偿机制。

3. 裁量程序的建构

首先，公开所有的并购安全审查法律和政策，鼓励民众参与立法。美国2007年《外国投资与国家安全法》要求美国财政部就外国投资委员会审查过的交易及关注的“国家安全”问题公布指引。美国财政部为了推行《外国投资与国家安全法》的实施细则，在海内外公开征询意见。我国《审查规定》虽也是在征询民众意见的基础上形成，但由于民主参与理念较为薄弱，《审查规定》仍主要体现官方意志。对此可对并购安全审查的相关计划、政策说明和法律法规等实行书面听证，采取相关鼓励制度加强民众对裁量权的监督。

其次，公开并购交易的裁定以及相关的责任处罚结果。这也是实现并购交易当事人以及纳税人知情权的重要程序。并购交易裁定的公开有利于并购交易当事人、利害关系人以及一般纳税人了解裁定的理由、程序和结果，而相关责任处罚结果的公开对所有人员都具有警示作用。在美国、德国等发达国家，并购安全审查制度的责任条款还包括了并购当事人的民事责任条款。在德国“如果收购方（或出售方、或者两者共同）故意或过失地违反审查机关的最终决定、所递交的与并购相关的文件材料不完整、不正确，过错方要受到行政处罚，可能支付最高达50万欧元的罚款。”^①在美国，依照法律收购方则有可能被处以25万美元的处罚。

最后，采取公正的非正式程序。我国可借鉴美国立法经验，承认预约商谈程序的部分内容，约束审查机关。此外，建立预备听证制度，“其目的是议定听证程序的进行，阐明争点，提出有关文书及证据，变更听证之日期、场所与主持人。”^②并将预备听证程序纳入到正式审查程序中，限制审查裁量的空间。

（二）并购安全审查裁量权的制约

1. 对裁量的立法监督

美国1988年《爱克逊——佛罗里欧修正案》虽然在外资并购上赋予总统很大的裁量权，但同时要求总统“必须立即就其已采取的行动及相关的理由以书面形式向国会做出报告”。这使美国并购安全审查裁量权的适用常年保有谨慎。^③我国在联席会议难以决策的时候由国务院做出决定，该决定不接受司法审查的终审决定，也没有相关的立法制约；立法机关对联席会议和商务部裁量行为的监督和制约也非常薄弱。

并购安全审查关系国家重大安危，是行使国家主权的重要表现，我国有必要尽快建立全国人大常委会及地方人大常委会的立法监督机制。联席会议和商务部应当在每次并购安全审查结束后向全国人大常委会报告，报告案件的具体调查情况、档案明细、审查内容和结果。每年联席会议需向全国人大提交年度并购安全审查报告。如果联席会议决定不进行并购安全审查或者做出免于审查的决定，需要向全国人大常委提交充分的证据并签署责任保证书。同样的，地方商务主管部门也应向地方人大常委提交报告接受立法监督。无论是否属于并购安全审查范围，地方商务部门应当就每个并购交易案向地方人大常委汇报案件的属性和主要内容，对督促申请人提交并购安全申请的情形做出说明。凡已经提交给商务部的并购案例，地方人大常委有权监督地方商务部门的裁量行为。

2. 对裁量的行政制约

对裁量的行政制约应该构成最经常的制约方式。我国应在健全各机关职责体系和分工体系的同时，加强同级机关之间、上级机关和下级机关之间的制约。

同级机关主要是商务主管部门的同级机关对商务部门的监督和制约。当商务部拒绝“国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业”提出并购安全审查建议，或者经初步审查后不提交联席会议，或者联席会议认定并购交易不构成国家安全危害时，商务部应当向提出建议的机关阐明理由，并将建议机关的质疑理

① 王小琼：《德国外资并购安全审查新立法述评及其启示》，《国外社会科学》2011年第6期。

② 应松年、杨解君：《行政许可法的理论与制度解读》，北京大学出版社2004年版，第241页。

③ 自从美国颁布《外国投资与国家安全法》后，从2007年至2009年11月，美国外国投资委员会共收到约358起通知(notice)，真正实施调查(investigation)的并购案为54起，总统未禁止1起并购交易。数据来源于CFIUS ANNUAL REPORT TO CONGRESS (2010)，参见美国财政部网站 <http://www.treasury.gov/Pages/Search.aspx?k=cfius&s=allsites>，2012年8月6日访问。

由和其他意见做出书面记载,存档备查。

上下级机关之间制约则是相互的。一方面,联席会议做出任何禁止或限制并购交易的决定需经国务院的批准才生效;地方商务部门在决定是否上报涉及国家安全的并购交易案件时,需接受商务部的书面监督。任何未上报的外资并购交易案件都应当由地方商务部门的负责人签署“不涉及国家安全”的字样以及相关责任条款。另一方面,包括地方商务主管部门在内的地方机关也有权牵制上级机关的审查裁量行为。如根据《审查规定》,当地方商务主管部门向商务部上报有关并购安全审查案件时,商务部和联席会议的相关决定应当适时与地方部门沟通。在下列情形下需要地方部门联合其他相关利害关系人签署“无异议文件”:(1)当并购交易对地方经济安全、就业安全、环境利益等有直接影响时;(2)当外国投资者与审查机关签署“缓和协议”时;(3)审查机关做出不审查决定但地方利害关系人有较大异议的。无异议文件及其附带的保留意见条款需上报国务院和全国人大常委会。

3. 对裁量的司法审查

我国至今未发生并购安全审查裁量争议的行政诉讼案例,但不能因此就说明不需要对审查裁量权进行司法审查。“日本行政法理论将行政行为分为羁束行为和裁量行为,将裁量行为分为法规裁量和便宜裁量。法规裁量是行政机关解释不确定法律规范时的裁量,该裁量若违法,要接受司法的审判,服从法院的统制;便宜裁量是法律未提供判断准则、完全委托于行政机关自由判断时的裁量,该裁量若违法,只是行为不当,可能追究行政责任或政治责任,但无需接受司法的审判。”^①

我国应从以下几个方面对并购安全审查裁量行为

进行司法审查:首先,司法审查的对象一般是具体的裁量行为,不包括抽象的裁量行为,但如果审查机关在公开计划和制定法律法规时未遵守相关的公开程序,那么当事人有权在中级法院或高级法院提起维权诉讼。对具体裁量行为,法院主要审查的是程序性的合法性问题,而不审查实体性内容,也不审查合理性问题。其次,在司法审查程序上可取消国家安全审查裁量行为的行政复议前置程序,即对商务部等部门的具体裁量行为,当事人可以不用进行行政复议而直接向法院提起诉讼。最后,完善司法审查的内容:一是有资格提起诉讼的主体应当是并购交易当事人或者团体性的利害关系人,职工个人或消费者个人只有通过代表机关或达到一定数量才能构成资格主体;二是实行举证责任倒置原则,由于起诉方在并购安全审查上的举证能力非常有限,应当由审查机关证明自己的裁量行为合法;三是法院虽然无权直接撤销裁量行为,但有权认定审查机关的裁量行为违法,必要时可督促审查机关重新做出裁量行为,并依法追究相关机关和人员的法律责任。

本文作者:陈业宏是华中师范大学法学院教授、博士生导师;田玉军、黄媛媛是华中师范大学马克思主义学院博士生
责任编辑:赵俊

① [日]田中二郎:《行政法总论》,(东京)有斐阁1957年版,第282、294页。Tanakajiro · Administrative Remarks · Yuhikaku. 282. 294 (1957). 转引自肖军《田中二郎的行政法思想》,《行政法学研究》2010年第1期。

Limitation and Controls on the Discretion Right of the National Security Review in Foreign Investors' Acquisition

Chen Yehong Tian Yujun Huang Yuanyuan

Abstract: The administrative discretion is the core of the national security review system in foreign investors' acquisition. In order to prevent abusing, misusing and negatively using of the discretion right, we should cancel unnecessary discretion, define and set the discretion right from the aspects of the review range, content and procedure. We should also strengthen the control of the standing committee of people's congress, administrative organ and people's court. It is suggested forming the fixed composition organs of joint meeting; making the concepts of "national security", "right of control" and "the acquisition of domestic enterprises by foreign investors" clear; and constructing the disclosure mechanism, public participation mechanism, accountability mechanism to ensure the discretionary justice.

Key words: foreign investors' acquisition; national security review; administrative discretion