

德国外资并购 安全审查： 改革内容与法律应对^{*}

张怀岭

摘 要：德国外资并购安全审查制度的改革旨在实现政治目的之法律化。《对外经济条例修正案(九)》通过具体化公共秩序与安全标准,强化反滥用和反规避措施,以及严格化外资并购安全审查的程序性规定来加强对我国投资者并购德国企业的控制,同时存在诱发欧盟内连锁效应的制度可能性。德国法中的公共秩序与安全审查标准具有欧盟法属性,构成对设立自由抑或资本流动自由的限制,应受欧洲法院司法审查,符合比例原则的要求。作为法律应对措施,我国投资者应通过充分利用设立自由,实现法律身份本土化。个案中启动欧洲法院对德国审查机关限权措施违反欧盟法的司法审查,而交易方于并购协议中针对性地安排交易结构和约定保障措施则属于必要的预防与减损措施。

关键词：并购安全审查；公共秩序与安全；比例原则；资本流动自由；设立自由

作者简介：西南财经大学法学院 副教授 博士 成都 611130

中图分类号：D912.29；D996.4

文献标识码：A

文章编号：1005-4871(2018)03-0057-15

^{*} 本文系西南财经大学中央高校基本科研资助项目“非上市公司治理中董事勤勉义务规则优化与实施研究”(批准号:JBK1801074)、四川省社会科学研究“十三五规划”2017年度课题“四川自贸区内资企业合规风险及防范机制构建研究”(批准号:SC17FZ020)的阶段性成果。

一、德国外资并购安全审查制度的改革背景及其政治针对性

德国《对外经济法》(Außenwirtschaftsgesetz, AWG)和《对外经济条例》(Außenwirtschaftsverordnung, AWV)授权联邦经济与能源部(以下简称“德国经济部”)对欧盟及非欧盟外国投资者并购德国企业的交易进行审查。在相关并购交易对德国的公共秩序与安全及核心安全利益构成具体威胁的情况下,德国经济部有权对交易加以禁止或者设定附加条件。德国联邦政府于2017年7月12日通过了《对外经济条例》第九修正案(以下称《对外经济条例修正案(九)》)。^① 修订后的《对外经济条例》扩大了外资并购德国境内企业的申报义务,以列举方式将公共秩序与安全审查标准具体化,大幅度地延长了程序审查期限,借此进一步强化了德国政府对非欧盟外资并购德国企业的安全审查。^②

就《对外经济条例》的修订目的而言,德国立法者^③首先认为,鉴于外国投资者对德国企业投资的迅速发展、关键基础设施不断增加的重要性以及过去数年装备技术的发展,为了维护德国的安全利益,应当对外国投资安全审查法律规定进行具体化,尤其应当重点审查外国投资者对以下类型企业的并购:关键基础设施的经营者、关键基础设施行业专用软件开发企业、被委托从事法定监控和信息共享措施或者生产或曾经生产过用于从事法定电信监控措施的设备并且掌握相应技术知识的企业、提供云计算服务的企业、拥有电子通信技术基础设施组件或服务许可的企业。其次,为了保障德国的安全利益免于遭受可能的威胁,德国立法者认为,在装备科技领域也应当扩大针对防卫关键技术(具体类别由联邦政府认定^④)并购的安全审查。德国国内主体对本国防卫科技企业的控股对于保障联邦国防军必要的装备具有极为重要的意义,包括战时的安全保障以及政治安全利益的维护。外国投资者的参股及其对企业经营战略影响力的取得将会导致巨大的技术流失风险、持续发展的风险以及(尤其是战时)企业可靠性的丧失。尽管(原)《对外经济法》已经授权联邦政府在特别行业安全审查程序中对外国投资者的并购行为设定限制措施,但是,限制的范围上仅是援引了《战争武器目录》,范围太窄,应当进行补充。^⑤

不容忽视的是,自2009年以来,德国外资并购安全审查制度的历次修订都充满

^① Banz AT 17.7.2017 V1; Drucksache 18/13417.

^② Marius Boewe/Christian Johnen, „Die Änderung der Außenwirtschaftsverordnung und deren Relevanz für Unternehmenskäufe“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, Heft 28, 2017, S. 1095 - 1099, hier S. 1095.

^③ Drucksache 18/13417, S. 10.

^④ Strategiepapier der Bundesregierung zur Stärkung der Verteidigungsindustrie in Deutschland von 8. Juli 2015.

^⑤ 同注^③。

了针对中国企业投资的浓烈政治意味。同样，中资企业近年来在德国进行的大规模并购热潮构成了德国此次修订《对外经济条例》的直接动因。^① 这是德国政府基于维护本国市场、保护敏感领域企业免于被中资企业并购所采取的最新法律应对措施。^② 这也意味着德国的决策者、监管机构以及公众^③在对待中资企业投资态度上的巨大转变，呈现更加明显的保护主义倾向。^④ 德国外资并购安全审查制度的强化不仅已经对我国投资者造成实质性冲击，^⑤而且极有可能引发其他欧盟成员国的“跟随效应”。我国学界虽对于德国的外资审查早有关注，但或因德国立法多次修订而略显过时^⑥，或未充分关注欧盟法（尤其是比例原则）对成员国法律法规的限制，或法律应对建议较为宽泛、缺乏可操作性。^⑦ 本文将首先解读德国外资并购安全审查制度的基本内容及其立法变化；其次，在欧盟法的语境下分析“公共秩序与安全”标准的内涵与司法适用逻辑，着重在比例原则的视域下考察德国外资并购限制与欧盟法“资本流动自由”与“设立自由”可能存在的法律冲突；最后，以欧盟法中比例原则对“公共秩序与安全”审查标准的限制为出发点，为我国投资者提出针对性的法律应对方案。

二、德国外资并购安全审查制度的基本内容及其立法变化

（一）德国外资并购安全审查制度的法律基础

德国《对外经济法》第4条第1款规定，联邦政府在涉及下列事由的情况下可

^① Drucksache 18/13417, S. 8.

^② Daniel Metzger, „Inbound-Investitionskontrolle in Deutschland“, in Yuanshi Bu (Hrsg.), *Chinesische Outbound-Investitionen in Deutschland Rechtlicher Rahmen, Fälle und Analysen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, S. 275 – 294, hier S. 291.

^③ Marius Boewe/Christian Johnen, „Die Änderung der Außenwirtschaftsverordnung und deren Relevanz für Unternehmenskäufe“, S. 1095.

^④ Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI), Positionspapier Erweiterung der staatlichen Eingriffsrechte für ausländische Direktinvestitionen vom 11. Juli 2017, S. 1.

^⑤ 例如，2016年5月，福建宏芯基金通过其德国子公司依据德国证券法向陷入经营困境的爱思强（Aixtron SE）发出股份收购的公开要约，拟交易额高达6亿7000万欧元。德国经济部最初对于该并购交易出具了“不存疑证明”，但又于2016年10月宣布撤销之前的许可。自2018年初，国家电网两次力图并购德国电网运营商50Hertz公司20%股权的交易皆因德国经济部促使比利时电网运营商Elia以及德国国有银行复兴信贷银行（KfW）参与相关交易而失败。参见 „Bundesregierung vereitelt Einstieg der Chinesen beim Netzbetreiber 50Hertz“, *Handelsblatt*, 2018-07-27, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/konstrukt-mit-staatsbank-kfw-bundesregierung-vereitelt-einstieg-der-chinesen-beim-netzbetreiber-50hertz/22853410.html>, 访问日期：2018-09-04.

^⑥ 聂名华：《德国对企业并购投资的法律管制》，载《中南财经政法大学学报》，2004年第4期，第117-123页；王小琼：《德国外资并购安全审查新立法述评及其启示》，载《国外社会科学》，2011年第6期，第129-133页。

^⑦ 孙立峰：《德国对外国投资者并购德国公司的安全审查制度及其法律对策》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》，2012年第3期，第42-45页。