

海外矿业并购中的政府作用：从作茧自缚到化蛹成蝶

栾政明

引言

“走出去”战略是党中央和国务院根据我国经济社会形势做出的重大决策，但是现行海外投资审批制度给企业“走出去”带来了时间、商机和精力等多方面的障碍，阻碍了企业“走出去”的步伐，改革海外投资审批制度势在必行。

目前，国家对企业的海外投资有着严格的管理规定。在审批机关上，须经过发改委、商务部（厅）、外汇管理局、和国资委等多部门审批；在审批程序上，需要投资项目核准、开办企业审批、外汇登记等多重手续；在审批时间上，准备材料和多部门、多层级的审查时间加在一起，不可谓不漫长。审批管理在企业海外投资中本该发挥降低风险的作用，然而，严格的审批程序并没有给企业的海外投资带来预期的效果。根据德勤提供的数据，中国企业有三分之二的投资案例是不成功的，60%的并购没有实现期望的商业价值。国际知名金融数据提供商 Dealogic 的数据显示，2009 年和 2010 年连续两年中国企业跨境收购的失败率居全球首位。从目前的现实情况看，一些繁琐和不必要的审批程序给企业的海外投资带来了很大的负面影响，严重阻碍了企业“走出去”的步伐。为了更好地支持中国企业“走出去”，充分市场机制的调节作用，政府应加快海外投资审批制度改革，转换其在企业“走出去”的过程中所扮演的角色。

一、典型案例

（一）政府审批掣肘，紫金矿业收购英多菲

提示：2009年紫金矿业拟收购英多菲公司90%以上的股权，由于福建省政府在给予紫金矿业的审批上延迟了几个月，且没有获得具体的时间表，紫金矿业与英多菲不得不中止谈判。

2009年11月29日，紫金矿业与英多菲矿业签订收购协议，拟用每股约1.28澳元的价格，现金收购英多菲90%以上的股权，按收购100%股权计算，约5.45亿澳元。

英多菲是一家在澳大利亚上市的矿产企业，其主要资产均位于菲律宾，拥有坦帕坎铜金矿37.5%的股权。坦帕坎铜金矿是现今亚洲最大的未开发铜金矿。坦帕坎铜金矿适合大规模露天开采，紫金矿业称该矿预计将于2016年正式投产。整个矿山服务年限估计为20年，其间平均每年生产铜精矿（含铜）34万吨，黄金35万盎司（10.89吨）。

经过持续半年对英多菲的“公开”追逐后，紫金矿业表示，不再延长其全资子公司金蕴矿业有限公司向英多菲矿业所有普通股作出场外现金要约收购的要约期。该要约收购将于2010年7月9日终止。

紫金矿业抽身，令英多菲CEO理查德·拉夫曼感到“非常令人失望”。在英多菲的公告里，理查德·拉夫曼称，由于福建省政府在给予紫金矿业的审批上延迟了几个月，且没有获得具体的时间表，紫金矿业与英多菲不得不终止谈判。

（二）海外投资审批寻租第一案

提示：原国家计委外资司海外投资处处长、发改委外资司助理巡

视员何连中，十年间收受的企业贿赂，全部来自其手中掌握的中国企业海外投资审批权的变现。

何连中，男，1996年被任命为国家计委外资司海外投资处处长。2003年，国家部委机构改革时，他获任国家发改委外资司助理巡视员，执掌国内企业海外投资的审批大权。

1996年至2006年，利用自己担任国家发展计划委员会外资司海外投资处处长、发改委外资司助理巡视员的职务便利，何连中先后34次收受国内10家公司（及个人）的财物共计人民币105.6万元，并为上述企业在推动海外投资项目的审批和落实、介绍项目中介权等方面提供了便利条件。

2008年1月，何连中因收受企业及个人105.6万元贿赂，被北京市一中院一审判处12年有期徒刑。

二、我国企业海外投资的审批现状

目前，我国政府对企业海外投资进行审批监管的规定有：《关于境外投资开办企业核准事项的规定》、《境外投资项目核准暂行管理办法》、《境外投资管理办法》、《关于同意下放非贸易性境外投资审批权限改革试点的批复》、《国家外汇管理局关于境外上市外汇管理有关问题的通知》、《中华人民共和国外汇管理条例》、《对外直接投资统计制度》、《境外投资联合年检暂行办法》、《境外矿产资源开发网上备案制度》、《企业境外并购事项前期报告制度》、《国别投资经营障碍报告制度》、《境内机构境外直接投资外汇管理规定》以及《关于调整部分境外投资外汇管理政策的通知》等。

此外，涉及国有企业的特殊规定还有《境外国有资产产权登记管理暂行办法》、《境外国有资产管理暂行办法》、《中央企业投资监督管理暂行办法实施细则》、《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》、《中央企业境外国有产权管理暂行办法》等。

一般而言，我国企业对外投资需要履行如下审批程序：

（一）商务部（厅）的企业境外投资证书核准。商务部负责核准的情形有：在与我国未建交国家的境外投资；特定国家或地区的境外投资（具体名单由商务部会同外交部等有关部门确定）；中方投资额1亿美元及以上的境外投资；涉及多国（地区）利益的境外投资；设立境外特殊目的公司。商务部在做出决定前应当征求我驻外使（领馆）（经商处室）意见；同时，商务部核准矿产资源勘查开发类境外投资应当征求国内有关商会、协会的意见，以作为核准时的参考。

（二）发改委的项目核准。国家发改委主要对境外投资资源开发类项目（指在境外投资勘探开发原油、矿山等资源的项目）和大额用汇项目（指在资源开发类项目领域之外中方投资用汇额1000万美元及以上的境外投资项目）实施核准管理。资源开发类项目用汇3000万美元以上的，由国家发展改革委核准；其中中方投资额2亿美元及以上的，由国家发展改革委审核后报国务院核准。大额用汇类项目由国家发展改革委核准，其中中方投资用汇额5000万美元及以上的，由国家发展改革委审核后报国务院核准。低于上述限额的由省级发改委核准。

（三）外汇管理局的外汇登记。境内机构境外直接投资获得境外

直接投资主管部门核准后，应到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记；办理境外直接投资外汇登记时，应说明其境外投资外汇资金来源情况。

（四）国资委的登记手续。国有企业在进行境外投资前后均需向国资委办理登记，使用国有资产进行境外投资涉及实物资产的，还应当对该资产进行评估并报国资委备案或核准。

三、现行审批制度存在的问题分析

（一）法律规定残缺不全

首先，海外投资的立法指导思想有失偏颇，我国现行立法重在管制，忽略了对企业海外投资的鼓励和保护，不利于引导海外投资的有序发展。

其次，缺乏规范和约束海外投资并购行为的基本法，导致行政法规和部门规章缺少统一的指引，难免会出现部门规章之间的冲突或真空地带。

再次，现行规定效力层次低，多数都是以“规定”、“通知”等出现的部门规章，容易使企业产生短期行为。

（二）手段与目标严重脱节

政府的行政管理应该以提供公共服务为目标导向，并根据目标不断改进和完善行政管理体制。现行海外投资审批制度并不是根据目标导向、经过科学论证之后设计的科学的管理制度，而是国内投资审批制度的一种延伸，是权力惯性与部门利益相结合的产物。审批部门往往自己也说不清设置审批的目的是什么，审批管理要解决什么问题，

审批所要达到的效果是什么；也不明白各个审批环节之间的关系是什么，获得批准的必要条件是什么。这样的管理制度，在实施中出现各种矛盾和问题，给企业带来困难是必然的、不可避免的。

（三）审批权限模糊不清

从部门关系上来看，商务部（厅）负责企业的合同和章程管理，发改委负责投资项目管理，外汇管理局负责境外投资外汇管理有关事宜。表面看，各部门的审批似乎没有什么矛盾，但在实际工作中却不是这样。各个部门的审批相互之间是一种什么关系？企业不明白，审批部门也说不清楚。

从审批条件来看，由于相关规定过于原则化，导致审批部门的自由裁量权过大。是否能够获得批准，没有明确的条文规定，而是取决于行使审批权人员的主观判断。在一个部门内部，也不能够确切地知道到底是哪个司局在主管审批，好不容易得到一个司局的同意，其他司局又会提出不同意见，无休止的扯皮，使企业苦不堪言。有境外投资愿望的企业只好根据各个部门的要求，反复申请，或者寻求其他的解决途径。

（四）审批程序与商业逻辑背道而驰

商场如战场，海外投资机会转瞬即逝，国际对手虎视眈眈，而国内主管部门审批太慢，程序过于繁琐，中国企业夹在中间，往往有苦难言。一方面，企业要花费大量的时间和精力，甚至需要采取多种违规手段以达到通过审核目的；另一方面，漫长的审批时间使企业错过了投资的最佳时机，往往是企业在海外选择了投资项目，等办完这一

系列审批手续时，项目已经被其他国家的企业拿走。

例如，国内某企业计划收购印尼一铁矿，由于储量大、品位高，国外多家大型公司参与竞争。几经周折终于胜出，双方签订收购了协议，在履行国内审批手续的过程中，有关部门要求企业提供矿山的详查报告。由于详查周期较长，而且需要相应的资金支持，这对于尚处于签约阶段的企业来说是个大难题。由于无法通过审批这一关，该项目最终流产，令人痛惜！此类案例不时见诸新闻媒体，成为一个令海外投资企业十分无奈的问题。由于中国政府对中国企业海外并购审批的巨大不确定性，海外卖家在考虑中国公司提出的并购条件时不得不大打折扣。

四、对策建议

（一）逐步取消海外投资的行政审批

我国现行的海外投资审批体制建立在计划经济向市场经济的转轨时期，行政色彩浓厚。审批带来的一个问题就是由政府替企业决策，而出现问题仍然需要企业自己承担。在企业海外投资体制改革的问题上，一切管理制度的设计，都应当有利于实现企业“走出去”的政策目标。因此，为了加快企业“走出去”步伐，提高海外投资效益，落实企业投资的自主权，对于那些同政策目标没有直接联系的审批环节，应尽快取消。从长远来讲，随着企业“走出去”经验的日渐成熟，应逐步取消海外投资的整个审批程序，代之以备案制。对于国有企业，政府可以通过对国内母公司的考核、审计来实现对海外国有资产的监管。

（二）加强对海外投资的政策支持

首先，针对海外并购融资难的问题，一方面应加大金融支持力度，鼓励国内商业银行为海外投资项目提供融资便利和良好的金融服务；另一方面要积极发挥国家政策性金融机构的融资支持作用，支持企业采用境内外发行股票、债券以及项目融资等多种方式筹集资金。其次，要继续深化海外投资的外汇管理改革，进一步简化用汇手续，为企业海外投资提供外汇支持。再次，要完善支持企业海外投资的风险保障机制，扩大承保规模，开发新的险种，同时积极研究财税、货物通关、人员出入境等方面的相关支持政策，为企业海外投资创造便利的条件。

（三）提高政府在企业“走出去”中的服务能力

在贯彻落实贯彻落实“走出去”战略的过程中，我国政府有关部门应以提供指导和服务为基本原则。应加强政府管理部门之间、政府和企业之间的沟通，组织企业相互交流和沟通，避免国内企业间的无序竞争；支持相关的社会中介组织发挥桥梁作用，为企业提供法律、财务、咨询、知识产权和认证等公共服务。做好海外投资的环境研究，尤其是加强信息体系建设，收集、评估其他国家和地区的政治经济形势、社会治安状况、民族宗教矛盾等情况，为企业提供信息服务；加强投资项目科学评估，建立风险预警、防范和应急处置机制。

参考文献

1. 栾政明. 国际矿业并购的十大关键问题及对策. 中国矿业报, 2011

年中国国际矿业大会专版.

2. 秦义夫. 繁琐的行政审批阻碍了企业“走出去”. 中国经济周刊, 2007 年第 23 期.

3. 张岸元. 企业走出门, 政府如何送. 中国海关, 2007 年第 5 期.

4. 陈建明. 三分之二中国海外并购案不成功. 新华网,

http://news.xinhuanet.com/fortune/2011-03/08/c_121161375.htm

5. 中国企业并购后文化整合调查报告. 德勤网站,

http://www.deloitte.com/view/zh_CN/cn/

(本文作者栾政明系北京市雨仁律师事务所创始合伙人, 北京市律师协会自然资源法律专业委员会主任)