doi:10.3969/j.issn.1003-5559.2020.12.002

欧盟新外国直接投资审查机制的缺陷及中国应对

■ 孙 珺 王雨蓉 河海大学

摘 要:为了更好的应对欧盟日趋严格的外资审查所带来的不利影响,对欧盟的外资审查机制进行探讨即被赋予了重要的意义。通过文本研究法对欧盟的《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》和《关于外国直接投资审查和第三国资本自由流通以及保护欧洲战略资产的指南》进行探析,得出欧盟虽然新规定了其与成员国在外资审查方面的分工与合作,但也存在法律基础、条款效力以及标准和定义等方面的缺陷。进而从欧盟和成员国各自的角度对成因进行分析。针对欧盟存在缺陷的新外资审查机制,中国应当积极地对待,既要从国内层面提升应对外资审查风险的能力,又要在国际层面继续稳住欧洲的合作伙伴。以期实现中国与欧盟在外商投资方面的共赢。

关键词:欧盟;外资审查;缺陷

欧盟理事会批准通过的《关于建立欧盟外国直接投资审查框架的条例》(以下简称:《条例》),于2020年10月11日起实施。该《条例》是首个在欧盟层面统一的,欧盟委员会与成员国协同合作的外国直接投资审查框架条例。在2020年疫情期间,欧盟委员会又发布了《关于外国直接投资审查和第三国资本自由流通以及保护欧洲战略资产的指南》(以下简称:《指南》)。该《指南》所涉及的关于外资审查的规定,例如加强审查、提醒成员国事后审查等,无一不表明欧盟收紧外资审查政策和立法的决心。《条例》虽然对欧盟和成员国在审查主体、考量因素上规定了分工与合作,但在整体层面和具体规定层面仍存在诸多缺陷。

一、欧盟新外资审查机制存在的缺陷

(一)整体层面

1.法律基础的不适格性。欧盟在2017年公布的草案解释中称,《条例》的法律基础是《欧洲联盟运行条约》(The Treaty on the Functioning of the European Union,以下简称:TFEU)第207条列举的有关共同商业政策的清单。欧盟认为,外资审查理所应当属于TFEU第207条第1款共同商业政策清单里的外国直接投资领域。且根据《里斯本条约》的规定,共同商业政策是欧盟的专属权能,多年来通过欧洲法院的判例继而获得其基本法的法律属性,加之TFEU第3条的规定。因此,仅欧盟有权在该领域制定和通过相应的法律文件。然而这在后来引发了一系列法律问题。例如,名义上的专属权和实质上的决定权的分离、欧盟的共同商业政策与内部市场资本自由流动条款之间的冲突。最新的《指南》在某些措施上也触及了欧盟自由市场的三大根本自由,即货物、资本和人员的自由流通。

首先,《条例》在开篇的第1条第2款和第3款就规定了各成员国依旧对本国的国家安全和必要的安全利益负有唯一的责任。在该条规定下,欧盟委员会在外资审查方面做出的决定是不具有拘束力的,有拘束力的决定只能由成员国做出。因此,即使共同商业

[基金项目]本文系中央高校基本科研业务费项目(项目编号:2015B03914B0391)之阶段性研究成果。

[作者简介]孙珺(1970—),女,河海大学法学院教授;研究方向:国际经济法、国际私法。王雨蓉(1996—),女,河海大学法学院国际法专业硕士研究生;研究方向:国际经济法。

政策规定了外资审查是欧盟的专属权能，最终决定权也不在欧盟手中。

其次，成员国在该《条例》出台前对其各国的外资进行安全审查的法律依据是 TFEU 第 65 条第 1 款 b 项的“资本自由流动的安全例外条款”。欧盟的资本自由流动规则的特征之一在于，主体不仅限定在成员国之间，还对成员国与第三国之间的资本流动进行了规定。这就导致成员国依据资本自由流动的安全例外进行的外资审查，与欧盟依据共同商业政策进行的外资审查的事项产生重合。如此不仅浪费了审查资源，长此以往，各成员国通过自身监管带来的收益和欧盟法案解释带来的影响之间可能会发生矛盾。因此，在一定程度上，《条例》的法律基础存在不适格性。

2. 投资保护主义问题继续存在。欧盟近年来的投资政策也逐渐由开放型投资政策转向投资保护主义。近几年，中国也出现不少对欧投资失败的案例，例如 2018 年中国国家电网收购德国 50Hertz、2018 年中企烟台台海集团并购德国莱菲尔德。从中国对欧投资的流向国别来看，前三位里面有两位是没有外资审查机制。因为有外资审查机制的国家，更易因为外资审查这道门槛而将外资拒之门外。并且据商务部统计公报显示 2018 年的中国对欧盟直接投资流量出现严重的下降，或许与欧盟有意出台《条例》，从而收紧外资监管有关，这不仅使投资保护主义问题非但没有得到解决，而且被加深。

3. 任意性规范较多。从《条例》的内容可以看出，其对各成员国规定的任意性规范较多，也侧面反映了成员国在外资审查方面拥有的自由裁量权较大。因为其用词几为“may”和“shall”，而这两个词的意思通常表示为可以，语气较弱。并且，《条例》在第 1 条和第 6 条第 9 款中均说明最终的决定由成员国根据其本国的审查机制做出，各成员国仍是对国家安全唯一负责的主体。《条例》也没有对成员国是否必须设立外资审查机制提出要求，已经设立的可以继续保持或进行调整。新出台的《指南》也只是呼吁没有外资审查机制的成员国尽快建立一套成熟的外资审查机制，有审查机制的成员国最大化的使用该机制。因此，《条例》虽然是欧盟在外商投资方面的派生性立法，与成员国内国法律体系上的“法律”在约束力方面类似，具有完整的约束力以及普遍的法律效力，直接适用于各成员国，对个体也有“直接穿透效力”。但它的缺陷在于任意性规范较多，在外资审查方面，欧盟无法强制成员国而只能通过呼吁的方式。

（二）具体规定层面

1. 审查标准未统一。目前，《条例》对于各成员国详细具体的外资审查机制并没有统一的标准。在英国脱欧之后的 27 个欧盟国家中，拥有外资审查机制的只有 14 个，还有近一半的国家没有外资审查机制，并且这些国家在审查时间、标准以及内容上均有不同的规定。从上述运行机制框架图也可以看出，有外资审查机制的成员国还是根据其本国已有的审查机制去审查外资，没有审查机制的成员国是依照之前的方式去筛选和引进外资，欧盟也并没有强制其必须设立统一的外资审查机制。即欧盟并未创建一个“美式”的统一综合性审查机制，也没有形成“中央集权”，而是一种欧盟与成员国之间的协同合作机制。

2. 关键名词定义缺乏。《条例》对关键名词的定义模糊且缺乏，即使信息交流共享，然而还是会对法案的透明度造成影响。如此不仅使投资者对法案规定的理解不明确，间接造成投资成本的上升，更严重的是扩大了东道国的自由裁量权，造成投资者与东道国地位不对等情况的出现。虽然《条例》中定义了外商直接投资、外国投资者等名词，但仍未规定全面。首先，从宏观角度来看，《条例》审查的核心，即“安全与公共秩序”就未被明确的定义。这将直接导致外商投资者处于不利境地，因为对“安全与公共秩序”的定义将直接关系到一项外资是否能够进入该东道国。从微观角度来看，一些具体规定中的关键名词也没有明确的定义。例如《条例》规定的考量因素中的关键基础设施、关键技术以及敏感信息等。

3. 欧盟主导权过大。《条例》所规定的的内容体现出欧盟在外资审查中的主导权较大。例如《条例》第 8 条，任何会影响到欧盟利益的项目或计划，欧盟都可以对此给出意见。并且成员国应当尽可能的采纳该意见，否则要向欧盟委员会作出解释。而且这些影响到欧盟利益的项目或计划，条文中仅是概括性的说明为“相当数量”和“重要份额”，对于具体的“相当数量”和“重要份额”是多少

并没有一个详细的界定。以及后面虽然对影响欧盟利益的项目和计划在附件中有所列举，但并未详尽，且欧盟委员会有权对项目和计划清单进行修改。

二、欧盟新外资审查机制缺陷成因

（一）欧盟与成员国之间的权力错位

欧盟的外资管辖权与成员国的外资审查权存在错位。欧盟虽因共同商业政策掌握外资的管辖权，但外国直接投资领域里的国家安全是成员国的专属权能，所以最终在外资安全审查上作出有拘束力决定的还是成员国本身。如此，欧盟负责投资协定的谈判与签订，职责相对轻松，而审查外资安全的重要且繁重的工作却留给成员国。这对于成员国来说是极不平衡的，因为成员国无法通过投资协定的签订来达到与投资者母国交换利益的目的。而欧盟与投资者母国的缔约谈判和签订过程又很漫长，极大地影响了成员国的利益，这就造成了欧盟的外资管辖权和成员国的外资审查权之间的错位。

（二）欧盟意愿与能力的不足

欧盟虽在其整体层面统一了外资审查制度，但其外资审查的意愿和能力都体现出心有余而力不足。早在2010年末，鑫茂集团准备对荷兰光纤光缆德拉克公司进行收购时，就引起了欧委会工业专员塔加尼的担忧，他担忧这可能会让中国掌握关键核心技术，从而损害欧洲的利益。也有观点提出欧盟需要建立外资审查机制，但在当时并未引起欧委会的足够重视，一直等到2017年才着手拟稿《条例》草案。在2017年德法意对建立统一的外资审查条例呼声最高的时候，布鲁塞尔的官员们仍然希望通过自由贸易来吸引投资。

并且欧委会也无法做到像美国外资投资委员会那样，有足够强硬和统一的机构去亲自审查外资，因为其意识到成员国不会接受像美国一刀切的集中机制。美国外资投资委员会有权审查任何可能会控制美国经济的外国投资，而欧委会却只是一个提供建议的身份。进一步分析，欧盟毕竟只是一个主权国家联盟，若要进行外资审查的实体工作，势必要抽调和召集熟悉各成员国国情的专家来担任外资审查专员。而外资审查标准所需要的一些数据信息又可能会涉及一国的机密，各成员国是否愿意提供，也是一大困难。由此，欧委会在意愿和能力上都不足以建立一个统一的外资审查机制，能通过目前的《条例》已是一种进步，这也是《条例》任意性规范较多的原因所在。

（三）外资审查机制与设立意愿的碎片化

外资审查机制碎片化是指，欧盟各成员国的外资审查机制设立情况不一致。有的国家有相对较完善的外资审查机制，而有的国家则没有。正是因为外资审查机制设立情况的不同，各成员国对“安全与公共秩序”的理解与定义不同，才导致欧委会出台的《条例》中对于“安全与公共秩序”这一关键词语的定义不明确。并且各成员国对于什么是影响欧盟利益的项目和计划也没有明确统一的标准，这也使得欧盟在该方面掌握了一定意义上的主导权。在外资审查机制设立意愿方面，有些国家如德国、法国、意大利，积极推动欧盟层面统一的外资审查机制的设立，而有些则非常反对。例如芬兰的贸易和发展部长凯•米凯宁就曾对此提出过批评，认为这不仅不会起到什么效果，还可能会引发一场贸易战。不愿意设立统一的外资审查机制还有一方面原因在于，从《条例》的主体和范围也可以看出其审查核心是安全和公共利益，而涉及到一个国家的安全事项是一个国家最核心的主权权力。在欧盟层面制定统一的国家安全审查标准，意味着国家主权的让渡。即使是欧盟这样一个经济政治共同体，各成员国也不愿意将国家安全置于欧盟的司法管辖之下，因为在这种“分散”的局面下，更容易让欧盟“趁机”取得在整体层面对各国外资审查的主导权。因此，欧盟各成员国的外资审查及设立情况与设立意愿的碎片化也是审查标准不统一、关键词语定义模糊以及欧盟主导权过大的原因之一。

三、欧盟新外资审查机制存在缺陷下的中国应对

（一）国际层面

1.继续扩大对外开放。在面对美欧等国家日趋严峻的外资审查情势下，中国更应当继续贯彻党的十九大精神，坚持“双向开放”以及“走出去与引进来并重”的指导思想。进一步开放市场，用实际行动来表明与之合作的诚心，消除

欧盟在“对等”方面的顾虑。欧委会在之前的文件中就强调，全球化正在产生积极地影响，开放的欧盟经济体也并没有使欧盟变得不平等。也正如习总书记所说，要共建开放合作的世界经济，以开放促发展。由此，继续扩大对外开放的力度是缓解欧盟严峻外资监管，消除双方“对等”疑虑，实现平等相待的长久之计。

2.加快中欧BIT谈判。中国与欧盟BIT谈判自2013年以来，已经历7年之久，但还没有形成一个突破性的进展。目前中欧BIT谈判已进入到冲刺阶段，其中欧盟最关心的就是投资自由化。因为欧盟认为中国并没有完全落实“对等原则”，妨碍了投资自由化，从而僵滞了中欧BIT的谈判。中国在后续与欧盟BIT的谈判过程中，应着重应对这方面，与欧盟达成共识。让欧盟企业充分享受中国的国民待遇和最惠国待遇的同时，也维护好中企在海外的利益不受侵犯。做出更高水平的承诺，争取早日签订中欧BIT，降低中国在对欧投资时的安全审查风险。

（二）国内层面

1.进一步完善《外商投资法》。虽然中国目前已经初步建立外资审查制度，但在立法层级上还停留在部门规章或国务院规范性文件级别。《外商投资法》也只是在第35条规定外资审查的原则性内容，在第40条规定了“对等原则”。且最新出台的《外商投资法实施条例》虽然在第40条提及了外资审查，但也只是规定国家建立外商投资安全审查制度，对具体如何审查还是没有进行详尽的规定。因此，中国应当进一步完善《外商投资法》，配套相应的外资审查实施细则。明晰关键词语的定义以及审查的范围、标准、时机、流程，借鉴《条例》的优点，规避其中的缺陷，取长补短。将已经初步建立的外资审查制度与《外商投资法》合并，给予外资审查制度细则以法律的地位。在《外商投资法》里直接规定国家安全的定义，坚持中国《国家安全法》的理念，从国家主权、国家利益和可持续发展维度来定义国家安全。

2. 成立应对外资监管帮扶工作组。由国家商务部牵头主导掌握大局和方向，各行业委员会为主体成立各行业的应对外资监管帮扶工作组。在审查前，即中国企业进行对外投资前，监管帮扶的责任主体为企业自身，主要途径有提升企业自身实力以及全面了解东道国外资审查风险等。首先中国企业需要加大对科研经费的投入，专注提升自己的技术水平。在对外投资中以先进技术吸引外国企业，使其心甘情愿的与中国企业分享科技和资源整合带来的收益。其次就是要了解欧洲的外资审查政策，明晰欧洲外资审查机制的限制领域，从而形成初步的风险评估报告与法律风险防控措施。并对存有疑虑的地方，及时与东道国沟通，在展现中国企业投资共赢诚意的同时，也降低中国企业被安全审查排除的风险。最后做两手准备，及时关注和考察尚未设立外资审查机制的国家，分散投资风险，从而提高中国企业对欧投资的成功率。

在审查中，责任主体为企业和行业委员会。企业在该阶段还是应尽到谨慎注意的义务，尽可能的配合东道国的外资审查，满足其合理要求。行业委员会可将东道国提出的要求，会同相关领域的专家进行商讨，最终起到把关的作用。

在审查后，责任主体也为企业和行业委员会。若被审查后拒绝进入东道国市场，则企业应尽可能的收集对己方有利的证据，向东道国进行申诉。若申诉、谈判或协商都无果，应及时提交投资争端解决。若成功进行投资，行业委员会还要帮助企业应对投资完成后15个月内的审查程序。行业委员会的作用即尽最大可能为中国企业提供法律咨询和帮助，维护好中国企业的正当利益。▲

参考文献：

[1] 由军强. 欧盟外商直接投资审查条例改革对中国的影响及政策选择[J],对外经贸实务,2020,376(5):20-23.

[2] 叶斌.《欧盟外资安全审查条例》与资本自由流动原则的不兼容性 [J], 欧洲研究,2019 (5): 68-85+6-7.

[3] 潘圆圆. 欧盟外资审查框架对中国的影响及应对策略[J],国际贸易,2019(5):19-26.

[4] 张怀岭. 美欧强化外资安全审查及其影响[J],国际问题研究,2019(5):65-85.

[5] [英] 理查德·欧文(Richard Owen).欧盟法基础(第三版)(Essential European Community Law, Third Edition)[M],武汉大学出版社(影印版法学基础系列),2004:18.

[6] 廖凡. 欧盟外资安全审查制度的新发展及我国的应对[J],法商研究,2019(4):182-192.

[7] 蒋璇芳,张庆麟.欧盟外国直接投资审查立法研究——从产业政策的角度[J],上海对外经贸大学学报,2019(2):84-98.

[8] 冷帅. 欧盟外资监管和安全审查立法的评估与应对——基于《建立外国直接投资监管框架条例》的分析 [J], 现代法学,2019(6):194-209.